

החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט

מאת

אהרן ברק*

א. היצירה השיפוטית לסוגיה. ב. מהותו של החסר; 1. הצגת הבעיה; 2. האם קיים חסר במשפט? (א) היבט פנימי והיבט חיצוני; (ב) היבט פנימי – האם קיים עיקרון שלילי כללי? (ג) חסר בחקיקה ובהלכה הפסוקה; (ד) חסר במשפט הישראלי; (ה) היבט חיצוני – סגירות השיטה? (ו) השיטה הישראלית – סגורה או פתוחה? 3. חסר במשפט מהו? (א) השיקולים בקביעת החסר; (ב) הגדרת החסר והדגמתו; (ג) חסר רק מתוך בחינה פנימית; חסר ומשפט רצוי; (ד) חסר ויתר; (ה) חסר וחוסר-ודאות; (ו) חסר – אי-שלמות הנוגדת את התכלית; (ז) "תכלית החקיקה" מהי? 4. שתיקת החוק; (א) שתיקת החוק לסוגיה; (ב) שתיקה ואוטונומיה של הפרט; (ג) שתיקת החוק והסדר משתמע; (ד) שתיקת החוק והסדר שלילי; (ה) שתיקת החוק וחסר; 5. חסר ופרשנות; 6. חסר והטיעון מתוך ניגוד; 7. האם קיימים ענפי משפט שבהם אין חסר? (א) חסר בכל תחומי המשפט, לרבות משפט פלילי; (ב) חסר ועיקרון שלילי כללי – המשפט הפלילי; (ג) השלמת חסר בכל ענפי המשפט; 8. החסר לסוגיו; (א) הקיים חסר בהלכה הפסוקה? (ב) חסר בחוק וחסר במשפט; (ג) חסר בנוסחה וחסר בהסדר; (ד) חסר ראשוני וחסר משני; (ה) חסר מודע וחסר שאינו מודע; (ו) חסר גלוי; (ז) חסר סמוי; (ח) היתס בין חסר גלוי לחסר נסתר. 9. השלמת החסר; (1) "הדין המשלים" – שלביו, סוגיו, מהותו וכוחו; (א) הקשר בין קיום החסר להשלמתו; (ב) השלמת חסר הומוגנית והשלמת חסר הטרוגנית; (ג) השלמת חסר רק כפעילות שיפוטית; (ד) השלמת חסר – חובה ולא המלצה; 2. הדין המשלים בישראל; 3. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; 4. תנאים מוקדמים לתחולת הדין המשלים; 5. תנאים מוקדמים: "ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה"; (א) חסר וקשיי פרשנות; (ב) "דבר חקיקה"; (ג) מונחים ערכיים בחקיקה; (ד) מונחים ערכיים יוצרים חסר; (ה) מונחים ערכיים אינם יוצרים חסר; 6. תנאים מוקדמים: "ולא מצא לה תשובה..." בהלכה פסוקה"; (א) "הלכה פסוקה" ובעייתיה; (ב) "הלכה פסוקה" ומקורות המשפט; (ג) "הלכה פסוקה" בשיטה מעורבת; (ד) חסר ב"הלכה פסוקה"; (ה) "הלכה פסוקה" – הלכתו

* שופט בית-המשפט העליון, הרשימה מבוססת על כמה פרקים בספר על פרשנות המשפט, העומד לראות אור בקרוב. תודתי נתונה לד"ר סגילביץ, לד"ר בן-אוליאל ולמר לויץ, על עזרתם הרבה בנגישות למקורות הקונסטיטליים. כן נתונה תודתי לד"ר מאוטנר על הערותיו המאלפות.

של בית-המשפט העליון; (ז) "הלכה פסוקה" – פירוש חוק ומשפט מקובל; (ז) "הלכה פסוקה" ו"משפט שנקלט"; (ח) "הלכה פסוקה" וטעם ההחלטה; (ט) "הלכה פסוקה" ו"הלכה שנפסקה"; (י) "הלכה פסוקה" והלכת החקרים; (יא) "הלכה פסוקה" ופיתוח המשפט; 7. הדין המשלים – שלב ראשון: היקש (אנלוגיה); (א) מעלותיו וחסרונותיו של ההיקש; (ב) מהותו של ההיקש – דמיון בין מצבים; (ג) היקש וטיעון מקל-וחומר; (ד) היקש לחוק והיקש למשפט; (ה) איסור על היקש – משפט פילי וחריגים; (ו) היקש ופירוש; (ז) היקש ושיקול-דעת שיפוטי; 8. הדין המשלים – שלב שני: עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל; (א) דין משלים הומוגני והטרופי; (ב) דין משלים דר-שלבי – היקש ומורשת-ישראל; (ג) עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום; (ד) עקרונות נורמות אינדיבידואליות; (ה) "מורשת-ישראל" ומשפט עברי; (ו) "מורשת-ישראל" ושיקול-דעת שיפוטי; 9. דין-שיור; (א) הצורך בדין-שיור – הדין המשלים של המשפט כדין-שיור; (ב) המשפט העברי כדין-שיור; (ג) עקרונות היסוד של המשפט כדין-שיור; 10. הערכתו של חוק יסודות המשפט; (א) הערכת הניסוח; (ב) הערכת תוכן ההסדר – חקיקה; (ג) הערכת תוכן ההסדר – פסיקה; (ד) הערכת מאוזנת של הדין המשלים והפעלתו. ד. סוף דבר.

א. היצירה השיפוטית לסוגיה

הפעילות השיפוטית הנורמטיבית נחלקת לשלושה סוגים¹: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט. בפרשנות השופט נותן מובן ל"טקסט" של הנורמה המשפטית. גבולות הפרשנות הם גבולות הלשון². מבין המובנים הלשוניים השונים של הנורמה הפרשן בוחר במובן המשפטי³. תוצאת הפרשנות יכול שתהא מרחיבה ויכול שתהא מצירה, אך לעולם תהא הפרשנות כבולה בד' אמות של הלשון הקובעות את מסגרתה. לכל פעילות פרשנית חייב שיהא עיגון, ולו מינימלי, בלשונה של הנורמה⁴.

הפעילות השיפוטית בהשלמת חסר מתחילה אף היא בפעילות פרשנית. השופט מפרש את הנורמות החקיקתיות ומגיע למסקנה כי קיים בהן חסר, כלומר: שהנורמה

- 1 ראה א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה – פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט (1990) 267. עוסק אני בפעילות השיפוטית הנורמטיבית ובקביעת תוכנה של הנורמה המשפטית; איני עוסק בקביעת העובדות וכן איני עוסק בהפעלת הנורמה על מערכת עובדות. להבחנות אלה ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 53.
- 2 ראה F. Bydlinzky, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 468; R. Zippelius, *Einführung in die Juristische Methodenlehre* (München, 1971) 25. משתמש אני בביטוי "פרשנות" הן במובן של Interpretation והן במובן של Construction.
- 3 להבחנה בין מובן לשוני לבין מובן משפטי ראה בג"צ 328/60 מופא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 78; ע"א 674/85 "אליהו" חברה לבטוח בע"מ נ' זק, פ"ד מג(1) 356, 364; בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא עמותה ואח' נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים ואח', פ"ד מג(3) 728, 736. ראה גם F.A.R. Bennion, *Statutory Interpretation* (London, 1984) 4.
- 4 ראה ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715; ראה גם א' ברק, "פרשנות ושפיטה – יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י' (תשמ"ד) 476, 467; השווה F. Frankfurter, "Some Reflections on the Reading of Statutes" 47 *Columbia L. Rev.* (1947) 527, 544.

החקוקה אינה שלימה, ואי-שלימות זו נוגדת את תכליתה של הנורמה⁵. כשם שקיים חסר בקיר-אבנים, במקום שהבנאי שוכח להכניס את אחת האבנים הנחוצות להשלמת הקיר, כך קיים חסר בנורמה המשפטית הנכנית על-ידי המחוקק⁶. חסר זה מתמלא על-פי הדין המשלים⁷, הנוהג בשיטת-המשפט על-ידי הפעילות השיפוטית. התהליך השיפוטי של מילוי החסר – להבדיל מהתהליך של קביעת עצם קיומו – אינו תהליך פרשני. השופט סיים לפרש את הנורמה החקוקה, ועתה הוא בא להשלים חסר שבה על-פי הדין המשלים (כגון היקש ופנייה לעקרונות-משפט כלליים) הנוהג בשיטתו. בכך השופט יוצר נורמה (הלכתית) חדשה. בפרשנות השופט בוחר מבין מובנים אחדים הטמונים בלשון הטקסט. במילוי חסר על-פי הדין המשלים, השופט מעמיד טקסט חדש. הלשון של הנורמה המשפטית קובעת את גבולותיו של הפירוש. במילוי חסר השופט פועל מעבר לגבולות הלשון, תוך שהוא מספק לשון חדשה.

הפעילות השיפוטית השלישית היא בפיתוח המשפט⁸. בפעילות זו השופט אינו מפרש נורמה קיימת, ואף אינו משלים חסר המצוי בה. השופט מפתח את המשפט מעבר לנורמות הקיימות ולחסר המצוי בהן⁹. פעילות זו היא רב-גונית, ונכללים בה, בין השאר, קביעת אמות-מידה לעדיפות הנורמטיבית במקרה של סתירה – אנכית או אופקית – בין נורמות שונות באותה שיטת-משפט; יש בה פיתוח הלכות בתחום שהושאר לאוטונומיה של הפרט. הדוגמא המובהקת לסוג פעילות זו היא פיתוח חלקים נרחבים של המשפט המקובל (ה-*common law*) ושל

5 ראה להלן, ליד הערה 85.

6 ראה (1983) W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken in Gesetz*, המשתמש בדימוי זה, וממנו הוא נלקח.

7 ראה הכותרת לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שעניינה "מקורות משפט משלימים". מניסוח זה אנו גוזרים את הדיבור "הדין המשלים". השופט כהן נזקק לדיבור "דין-שיורי". ראה ח' כהן, "דין-השיורי" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285. דין זה מוגבל, על-פי מינוחו של השופט כהן, אך למורשת ישראל. על-פי מינוחו, הן ההיקש והן מורשת ישראל הם דין משלים. "דין השיורי" על-פי מינוחו מוגבל ל"דין משלים" מדרגה שנייה. ראה להלן, הטקסט ליד הערה 317.

8 לפעילות זו ראה ברק (לעיל, הערה 1); וכן K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1977); K. Engisch, *Einführung in das Juristische Denken* (Stuttgart, 7th ed., 1983); (Berlin, 5th ed., 1983).

9 M.A. Glendon, M.W. Gordon and C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St. Paul, Minn., 1983) 212:

A Fourth, and entirely different set of intellectual operations is involved when the usual gap-filling or ambiguity-resolving methods fail to yield a solution; when the law is completely silent on a problem; or when an old law, because of changed circumstances, has become completely unsuitable to current conditions. Though the judges activity in these situations is often disguised or characterised as interpretation, it is clear that whatever process he or she engages in is not interpretation in the sense of the search for the meaning of a legislative text. In this fourth group of situations, judges develop the law on their own, but there is great variation in the extent to which this is openly acknowledged and in the manner in which judges proceed in modern civil law systems.

דיני-היושר (equity)¹⁰. חלקים נרחבים של המשפט המנהלי בישראל מהווים פרי פעילות שיפוטית זו¹¹. במשפט הגרמני פותחו בדרך זו הכללים בדבר משא-ומתן בתום-לב¹², ובצרפת נוצרו בדרך זו חלקים ניכרים של המשפט המנהלי¹³. המייחד פעילות זו הוא בכך, שהיא נעשית שלא בדרך של פירוש נורמה משפטית קיימת או השלמת חסר בה, אלא בדרך של יצירת נורמה חדשה כדי להתאים את המשפט לצורכי החיים¹⁴. מוסדות והסדרים משפטיים אשר שירתו את החברה בעבר שוב אינם תואמים את צורכי ההווה והעתיד¹⁵; מוסדות משפטיים חדשים מוקמים כדי לשרת צרכים שלא היו בעבר¹⁶ ומחליפים את הישנים. עיקרה של פעילות זו היא במסגרת הדין הקיים ותוך התאמה עמו (*praeter legem*). בכמה שיטות-משפט פעילות זו מוכרת לעתים נדירות אף בניגוד לחוק¹⁷ (*contra legem*). היא נעשית לרוב על-פי עקרונות-היסוד של המשפט ותפישות-היסוד של החברה¹⁸.

הבחנה זו בין שלושת הסוגים של הפעילות השיפוטית היא חשובה. הדינים החלים על כל אחת מהפעילויות הללו הם שונים. ההבדל מתבטא, בין השאר, בשאלת הסמכות השיפוטית לפעילות זו והלגיטימיות שלה, בקריטריונים לפעילויות השונות ובתוקף המשפטי של תוצאת הפעילות¹⁹. בכל אחת מהסוגיות הללו הדינים

- 10 ראה M. Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (1988).
- 11 כך, למשל, דיני "ההסכמים הקואליציוניים" הם חלק מפיתוח המשפט. ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס ואח' (טרם פורסם). הוא-הדין בידי-המכרזים ובכללים בדבר ניגוד עניינים. ראה בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566.
- 12 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 296.
- 13 ראה L.N. Brown and J.F. Garner, *French Administrative Law* (London, 3rd ed., 1983) 108.
- 14 ראה א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71.
- 15 ראה ע"א 284/70 בלילי נ' אגודה חינוכית רפואית קתולית בישראל, פ"ד כה(1) 578, 585: "...שעה שבית-המשפט קובע הלכה בשאלה שאין לה עדיין תקדים, רשאי הוא לשוות לגור עניני שיקולים מעשיים ומציאותיים ואת ההשלכות החברתיות הנובעות מפסיקתו. זוהי הדרך שהמשפט מתפתח בה באפיקים רצויים לפי צרכי הזמן" (השופט ויתקון).
- 16 ראה בג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פד"י טז 1023, 1027: "לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואילו בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שכנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט" (השופט ויתקון). ראה גם ד"ר 29/84, 30 קוסי נ' בנק פריסטונגר בע"מ ואח', פ"ד לח(4) 505, 511: "כפי שנוצר באנגליה משפט מקובל, שלא היה רק בגדר פרשנות של ביטויים, כך נוצרה גם אצלנו האפשרות העצמאית לפתח משפט מקובל, לאו דווקא תוך פרשנות ביטויים כפשוטה" (הנשיא שמגר). ראה גם ע"א 180/71 לביא נ' קצין התגמולים, פ"ד כו(2) 501, 509: "אך אפילו חסרה היא בסיס סטטוטורי, קרוב אני לומר שזכות הקיימת ושנוהגים לפיה בבתי-משפטנו יום יום זה למעלה מיובל שנים, מאוחר מדי לערער עכשיו על קיומה. גם בכוחנו ליצור 'משפט מקובל' משלנו" (השופט ויתקון).
- 17 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 287. לניחות הסוגייה ראה י' טל, "מחוקק כל-יכול: האמנם? עיוני משפט י' (תשמ"ד) 361; וכן בג"צ 142/89 תנועה לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם). ראה גם G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982).
- 18 ראה ברק (לעיל, הערה 1); וכן J.W. Salmond, *On Jurisprudence* (London, 12th ed., 1966) 188.
- 19 ראה ברק (לעיל, הערה 1).

ב. מהותו של החסר

ביסוד הבעייתיות של קיום החסר (לאקונה)²⁰ במשפט עומדת המציאות החברתית. מציאות זו היא, כי היחסים הבין-אנושיים שבהם המשפט עוסק הם בלתי-מוגבלים במספרם. יהא מספרן של הנורמות המשפטיות החקוקות והיקפן אשר יהא — מספרם והיקפם של היחסים הבין-אנושיים יהא תמיד גדול יותר. המחוקק לעולם לא יוכל לחזות ולהסדיר את מלוא היחסים בין בני החברה. מכאן הבסיס לשאלה, מה דינם של יחסים שהנורמה הקיימת אינה משתרעת עליהם, שכן לא צפתה אותם ועל-כן גם לא הסדירה אותם?²¹ האם נאמר, כי יחסים שלא הוסדרו אינם "רלבנטיים" למשפט; ואם כן — מה משמעותה של אי-רלבנטיות זו? האם נאמר, כי כל דבר שלא הוסדר על-פי נורמה משפטית ספציפית נופל בגדר עיקרון משפטי כללי, הקובע שכל שלא נאסר — הותר? או שמא נודה בקיומו של חסר בנורמה המשפטית ונסמך את השופט להשלים את החסר? ואם כן, כיצד תיעשה השלמה זו ומה מידת החופש השיפוטי במצב זה? ואולי, במקום שאינה קיימת נורמה, על השופט לומר שהמצב אינו ברור (*non liquet*), ועל-כן הוא מסרב לשיפוט? אכן, שאלות אלה קשות הן. הן קשורות בעצם מהותו של המשפט וביחסים שבינו לבין החברה. הן שזורות במהותה של מערכת נורמטיבית, בשאיפתה לשלימות וביכולתה להשיג שאיפה זו. הן נוגעות ביחס שבין משפט טבעי לבין משפט

21 ראה M. Corsale, "Lacune Dell Ordinamento" 23 *Enciclopedia Del Diritto* (Varese, 1973) 257.

פוזיטיבי, ובשאלה אם שיטת-משפט היא "פתוחה" או "סגורה". הן מחדדות את ההבחנה בין משפט מצוי (*de lege lata*) לבין משפט רצוי (*de lege ferenda*). הן מעוררות בעיות חשובות בתחום המשפט החוקתי²² ומעמידות במבחן את היחסים שבין חקיקה לבין שפיטה ושכין מחוקק לבין שופט. הן כוחנות את תפקידו של השופט בחברה: האם הוא רשאי ליצור נורמות משפטיות חדשות, ועד כמה חופשי הוא לעשות כן? שאלות אלה הטרידו משפטנים זמן רב. עם גבור תהליך החקיקה, ובעיקר החקיקה הקודיפיקטורית באירופה של המאה התשע-עשרה והעשרים, רבתה הספרות בסוגיות אלה²³. מחברים איטלקיים²⁴, גרמניים²⁵, צרפתיים²⁶, שווייצריים²⁷, בלגיים²⁸, אוסטרניים²⁹ ואחרים³⁰ הרבו לעסוק בשאלות אלה, ברמות הפשטה שונות, החל מניסיון לבנות מִטָּה-תיאוריות של משפט וחברה וכלה בדיון פוזיטיבי במהות

22 ראה Canaris, "De la maniere de constater et de comploter les lacunes de la loi en Droit allemand", in: Ch. Perelman (ed.), *Le Probleme Des Lacunes En Droit* (1968) 163.

23 לשימה ביבליוגרפית ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 204. לאוסף מאמרים ראה *Le Probleme Des Lacunes En Droit* (לעיל, הערה 22).

24 ראה, בין השאר, G. (1910); D. Donati, *Il Problema della lacuna dell'ordinamento giuridico* (1910); S. Romano, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1917); S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925); Carnelutti, *Teoria generale del diritto* (1951); Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1961); Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* (1962); Conte, "Decision, Completude, Cloture - A propos des Lacunes en Droit", *Probleme Des Lacunes En Droit*, שפורסם ב-, (לעיל, הערה 22), 67.

25 ראה, בין השאר, קנריס (לעיל, הערה 6); ציפליס (לעיל, הערה 2), 68; Von Bulow, *Gesetz und Richteramt* (1885); Bergbohm, *Jurisprudenz Und Rechtsphilosophie* (1892); Zitelmann, *Lücken in Recht* (1903); Anschütz, "Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen", in: *Verwaltungs- und Archiv*, (1906) XIV, 315; Engisch, "Der Begriff der Rechtslücke - Eine analytische studie zu Wilhelm Sauer's Methodenlehre" *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seine 70 Geburtstag* (1949) 85; Klug, *Rechtslücke und Rechtsgeltung* *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag* (1965) 71.

26 ראה Lamert, *La Function Du Droit Civil Comparé* (1903); Seililles, "Methode historique et codification" *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche* (1903); Geny, *Methode d'interpretation et Sources en Droit Prive Positif* (1899); Terre, "Les Lacunes Du Droit" *Le Problem De Lacunes En Droit* (לעיל, הערה 22), 143.

27 ראה A. Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber* (1951); Burckhardt, *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung* (1925); Wolfe, "Les Lacunes du droit et Leur Solution", en *Droit Suisse* *Problem De Lacunes En Droit* (לעיל, הערה 22), 183. ראה גם Meier-Hayoz, "Lücken intra Legem - Rechtsfindung, Beiträge Zur Juristischen Methodenlehre" *Festschrift für O.A. German zum 80 Geburtstag* (1969) 149.

28 ראה Van Der Eycken, *Methode Positive de L'interpretation Juridique* (1907); Foriers, "Les Lacunes du droit" *Problem Des Lacunes En Droit* 9; Huberlant, "Les Necanismes Institue's pour combler les lacunes de la loi" *Problem Des Lacunes En Droit* (לעיל, הערה 22), 31.

29 ראה בירלינסקי (לעיל, הערה 2), 468.

30 ראה, בין השאר, Ziembinski, "Les lacunes de la loi dans le systeme juridique Polonais Contemporain et tes methodes utilisées pour les combler" *Problem de Lacunes En Droit* 129 (לעיל, הערה 22); Tammelo, "On the Legal Openness of Legal Orders", 8 *Am. J. Comp L.* (1959) 187; H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (2nd ed., Tran. Knight, Berkley, 1967) 246.

החסר ובדרכי השלמתו. בישראל הקדיש לנושא זה מאמר חשוב פרופ' טרסקי³¹. במסגרת רשימתנו זו לא נוכל לדרת לעומקן של תורות אלה בדבר החסר במשפט. עם זאת, נעמוד על כמה גישות בסיסיות בסוגייה זו, וזאת ככל שהעיון בהן חיוני להבנת מושג החסר.

2. האם קיים חסר במשפט?

(א) היבט פנימי והיבט חיצוני

האם קיים חסר במשפט? שאלה זו הטרידה רבים במאה הי"ט, והיא לא נעלמה גם במאה העשרים³². הסיבה העיקרית להתעוררות השאלה במאה הי"ט קשורה במפעל החקיקה, בכלל, ובמפעל הקודיפיקציה, בפרט³³. מפעל הקודיפיקציה שואף לשלימות, וממילא מתעוררת השאלה, האם ייתכן בו חסר. כן קשורה שאלה זו במעמד השופט: האם השופט אך מבצע נורמה הקבועה בחוק או שמא נתונה לו אף הסמכות למלא חסר הקיים בחוק³⁴. גישה "אופטימית" ביחס לחקיקה, הרואה בה שלימות, וגישה "פסימית" ביחס לתפקידו היוצר של השופט תורמים לגישה השוללת את החסר במשפט. לעומת זאת, גישה "פסימית" ביחס לשלימות החקיקה וגישה "אופטימית" ביחס לתפקידו היוצר של השופט תורמים לגישה המכירה בקיום חסר במשפט. האם קיים אפוא חסר במשפט? לשאלה זו שני היבטים, שמן הראוי להבחין ביניהם. ההיבט הראשון מתמודד עם השאלה, אם בנורמה משפטית נתונה או בהסדר משפטי נתון ייתכן חסר, או שמא יש לומר כי כל שאלה משפטית ניתנת לפתרון באמצעות קיומו של עיקרון כללי, חיובי או שלילי, השולל את קיומו של החסר. היבט זה מכוון את עצמו לנורמות אינדיבידואליות. על-פיו נשאלת השאלה, האם אין לומר, כי במקום שאין תשובה לשאלה משפטית בנורמה נתונה מתבקשת המסקנה כי למעשה קיימת תשובה, הנגזרת מעיקרון כללי, חיובי או שלילי. ההיבט השני מתמודד עם השאלה, האם בשיטת-משפט עשוי להתקיים מצב דברים, שלפיו לשאלה נתונה כלל אין קיימת תשובה (משום *non liquet*). היבט זה מכוון את עצמו לשיטה כולה, והוא מבקש לדעת אם לאחר שהופעלו כל האמצעים המצויים בה לפתרון של בעיות חדשות, לרבות השלמת חסר בנורמות אינדיבידואליות, עדיין יימצאו שאלות משפטיות שאין להן תשובה³⁵. כמובן, אם

31 ג' טרסקי, "בעיית הליקוים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (תשי"ב) 54.

32 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31); טאמלו (לעיל, הערה 30); ראה גם J. Stone, *Legal System and Lawyers Reasonings* (Stanford, Calif., 1964) 188; Tammelo, *Modern Logic in the Service of Law* (1978) 131.

33 ראה 419, 420 (1963) *N. Bobbio, "Lacune Del Diritto" 9 Novissimo Digesto Italiano* (Torino, 1963).

34 ראה בוביו (לעיל, הערה 33), 420. ראה גם H. Coing, *Grundzuge der Rechtsphilosophie* (Berlin, 4th ed., 1985) 339.

35 ראה A.M. Rabello, "Non liquet - From Modern Law to Roman Law" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 63; J. Stone, "Non Liquet and the Function of Law in the International Community" 35 *British Year Book of Int. L.* (1959) 124.

במסגרת ההיבט הראשון הגישה היא, כי בצד כל נורמה אינדיבידואלית קיים עיקרון כללי הפותר כל בעיה משפטית, ממילא אין מקום לבחינתו של ההיבט השני. בעייתו של ההיבט השני מתעוררת רק אם בשיטת-משפט אין מכירים בקיומו של העיקרון הכללי הפותר כל בעיה משפטית ומכירים בקיום חסר בנורמה האינדיבידואלית.

(ב) היבט פנימי – האם קיים עיקרון שלילי כללי?

ההיבט הראשון לבעיית החסר מעורר את השאלה הבאה: האם ייתכן חסר בנורמה או בהסדר נורמטיבי ספציפי, או שמא כל מקרה נפתר, לחיוב או לשלילה, מכוח עקרונות כלליים, המתירים או האוסרים את הפעילות? היה זה ציטלמן³⁶ (Zitelmann) אשר גרס, כי מאחורי כל הכללים המשפטיים עומד עיקרון שלילי כללי (allgemeinem negativ satz), שלפיו כל הפעולות מותרות, אלא-אם-כן נאסרו³⁷. כלומר: הכללים השונים המטילים אחריות אזרחית או אחריות פלילית אינם אלא חריגים לעיקרון הכללי. משלא נמצאת תשובה באחד החריגים הללו של השיטה, ממילא יימצא הפתרון בעיקרון הכללי: בצד כל נורמה ספציפית עומד עיקרון כללי הקובע כי כל שלא נאסר – הותר. משחסרה נורמה ספציפית, חלה הנורמה הכללית, וממילא אין חסר³⁸. גישה זו אינה מקובלת עוד³⁹. מבחינה הגיונית אין כל צידוק לקיומו של כלל שלילי כללי. כאשר החוק אומר, כי בהתקיים עובדות מסוימות מוטלת על אדם אחריות, הוא אינו אומר, בהכרח, כי אם לא מתקיימות אותן העובדות אינה מוטלת על אדם אחריות⁴⁰. מבחינה משפטית, ברוב השיטות אין העיקרון השלילי הכללי מקובל הלכה למעשה. עמד על כך פרופ' טדסקי, באומרו⁴¹:

ציטלמן אינו צודק בקבעו כי מעבר לכלל כלל חיובי ניצב כלל שלילי המתייחס לכל יתר המעשים הניתנים לעלות על הדעת, היינו – לכל המעשים שאין אותו כלל חיובי מיוחד נוגע בהם. אמת, נכון, וזאת מעיר בירלינג, שכל צו חוקי נסמך לו אף צו שלילי, האיסור לפעול באורח שאינו מתאים להתנהגות החיובית המצווה.

36 ראה ציטלמן (לעיל, הערה 25), 19. באיטליה נקט שיטה זו דונטי. ראה דונטי (לעיל, הערה 24).
37 עיקרון שלילי כללי הוא דוגמא לכלל של "סגירות השיטה" (closure principle). ראה טאמלו (לעיל, הערה 30), 131.

38 גישה דומה לגישתו של ציטלמן, אך לא זהה עמה, היא גישתם של ברגבוהם (Bergbohm) ורומנו (Romano). ראה רומנו (לעיל, הערה 24). אני מביא השקפות אלה על-פי סיכומי של בוביו (לעיל, הערה 33), 421. לפי גישה זו, כל פעולות האדם נופלות לתחום הנורמות המשפטיות או לתחום הריק במשפט. במקרה הראשון הפעולה רלבנטית למשפט; במקרה השני הפעולה אינה רלבנטית למשפט. אפשרות שלישית אינה קיימת. על-פי גישה זו, אין חסר במשפט.

39 לביקורת גישתו של ציטלמן ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 49.

40 ראה D. Friedmann, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel" 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 324, 362:

"We cannot ignore the possibility that *lacunae* may exist and there are instances where the gap created by the legislator's silence cannot be filled by simply relying on the general principle of freedom".

41 טדסקי (לעיל, הערה 31), 163.

אבל תכנו של העיקרון השלילי הזה אינו עולה במאומה על היקף הצו החיובי. אין לומר על כלל מיוחד אחד, ואף לא על כל הכללים המיוחדים ביחד, שמונח ביסודם הרעיון כי כל שאר המעשים המוסדרים ע"י כלל מסוים אחר, ולו גם כלל בעל תוכן שלילי, באופן שהכללים החיוביים המיוחדים היו נראים כיוצאים-מן-הכלל לגבי הכלל השלילי המקיף..... סברתו של ציטלמן, לפיה שתיקת המחוקק מהווה תמיד הסדר שלילי, אינה נכונה.

לשם תמיכה בגישתו מביא ציטלמן את המשפט הפלילי. העדר הוראה המגדירה התנהגות כעבירה משמעותה כי ההתנהגות מותרת. על כך משיב טדסקי⁴², כי תוצאה זו אינה מושגת מכוח עיקרון שלילי כללי, אלא מכוח עקרון החוקיות, המיוחד למשפט הפלילי, שלפיו התנהגות שלא הוגדרה על-ידי המחוקק כעבירה אינה ענישה. אכן, אין להצדיק את שלילת קיומו של החסר על בסיס עיקרון שלילי או חיובי כללי. אמנם, עשויים להיות מקרים מיוחדים בהם קיים עיקרון שלילי כללי; אך אין לומר כי עיקרון כזה קיים בכל המקרים⁴³. נהפוך הוא: המצב הטיפוסי הוא זה שבו לצד ההסדר הספציפי של הנורמה קיים תחום שכלל אינו מוסדר על-ידה, והעשוי להוות חסר בה. אכן, הגישה המקובלת כיום על מרבית חכמי המשפט היא, כי בכל שיטת-משפט קיים חסר בנורמות אלה או אחרות וכי שלמות פנימית של כל שיטה היא אגדה. בוודאי שזו דעתם של הריאליסטים האמריקניים⁴⁴ ושל אנשי המשפט החופשי באירופה⁴⁵; אך גם פוזיטיביסטים, כמו הארט ורו, מכירים בקיום חסר במשפט⁴⁶. בצדק מציין בוביו (Bobbio)⁴⁷, כי בשום תחום של פעילות אנושית לא קיימת שלימות, ואין כל סיבה לגרוס כי המשפט מהווה חריג. נמצא כי אין לשלול קיומו של חסר בנורמה או בהסדר. על כל פנים, שיטת-משפט רשאית להכריז על עצמה כשיטה המכירה בחסר המצוי באחד ממקורותיה. גם אם הפילוסוף יוכל להמשיך ולטעון כי לפי תפישתו שלו הנורמה אינה חסרה, הרי השופט יהא חייב לקבוע כי על-פי תפישת המחוקק קיים חסר בנורמה. דרך זו נוקטות כל אותן שיטות-משפט הקובעות במפורש, כי במקרה של חסר יש להשלימו על-פי דין-שיור שנקבע על-ידן. דרך זו נקטה השיטה הארצישראלית בקובעה, כי במקום שהשופט אינו מוצא תשובה בשיטתו, עליו לפנות למשפט האנגלי. בכך הכיר המחוקק כי בשיטה עשוי להתקיים חסר. עמד על כך פרופ' טדסקי באומרו⁴⁸:

- 42 טדסקי (לעיל, הערה 31), 163.
 43 ראה ח' בן-מנחם, "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 — חובת ציות או חובת הוועצות" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 257, 258. ראה גם ש' שילה, "על חוק יסודות המשפט — הערות והארות" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 351, 356.
 44 ראה, למשל, J. Frank, *Law and the Modern Mind* (London, 1949).
 45 ראה Geni, *Methode d'interpretation Et Sources En Droit Privé Positif* (2nd ed., 1954; Eng. tran.).
 46 ראה J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford, 1979) 70.
 47 בוביו (לעיל, הערה 33), 421.
 48 ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 144.

אשר למשפט הא"י במובנו המצומצם, ברי שלא תיתכן גישה השוללת היעדרם של ליקויים בחוק, משום שגישה כזאת היתה עומדת בסתירה להוראות סעיף 46. בעוד אשר בכמה שיטות רואים משפטים רבים גישה זאת כפזיה עליהם בתוקף השיטה המשפטית עצמה (כך שאף אלה הדנים אותה לכך חובה מוכרחים לקבלה כפיקציה), נהפוך הוא במקרה שלנו: אף הרואה כל שיטה משפטית, בתוקף היותה כזאת, כמושלמת ונטולת ליקויים (בכוח או בפועל), בכל זאת יהיה עליו להודות שביחס לשיטה הא"י במובנה המצומצם כופה עליו ס' 46 גישה הפוכה; וכי תורת השלימות היתה עושה פלסתר את עיקר ההוקקות למשפט האנגלי הכלול באותו ס' ונטולת ממנו את כל חיותו. מבחינה זו דומה השיטה בא"י (וכן כל שיטה המייחדת מקור משני להשלמת עצמה) לשיטות המודות במציאות ליקויים בקרבן, גם אם שונות מסקנותיהן באשר לדרכי מילוי החלל הריק.

ועל אותו רעיון עמד כהן באומרו⁴⁹:

מאחר שאין לדין-השיוור קיום בלי ליקוי בדין, ומאחר שיצירת דין-שיוור מקורי משלנו היתה משאת-נפשו של המחוקק, ממילא צריך ליצור — או להניח — ליקויים המצדיקים את דין-השיוור. שוב אין נפקא מינא אם קיימים ליקויים למעשה: דיו למחוקק שניתן להעלות ליקויים, אי-פה אי-שם, על הדעת.

הנה כי כן, מנקודת-מבטה של נורמה נתונה או הסדר משפטי נתון יש להכיר באפשרות קיומו של חסר. כל שיטת-משפט קובעת את דרכי השלמתו של חסר זה.

(ג) חסר בחקיקה ובהלכה הפסוקה

המשפט הקונטיננטלי המודרני מכיר בקיום חסר בחקיקה, והסמכות להשלים את החסר נתונה לשופט על-פי הדין המשלים הקבוע בשיטה⁵⁰. בכמה שיטות-משפט — כגון איטליה⁵¹, אוסטריה⁵², פורטוגל⁵³, ספרד⁵⁴, ארגנטינה⁵⁵ ושווייץ⁵⁶ — הדבר נקבע במפורש בקודיפיקציה האזרחית. במדינות אחרות — כגון גרמניה⁵⁷

49 כהן (לעיל, הערה 7), 291.

50 ראה R. David, "Sources of Law - The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification" 2 *International Encyclopedia of Comparative Law*. ראה כהן (לעיל, הערה 7), 285; פרידמן (לעיל, הערה 40), 360.

51 סעיף 12 לקודקס האזרחי מ-1942.

52 סעיף 7 לקודקס האזרחי מ-1811.

53 סעיף 16 לקודקס האזרחי מ-1867.

54 סעיף 6 לקודקס האזרחי מ-1889.

55 סעיף 16 לקודקס האזרחי מ-1867.

56 סעיף 1 לקודקס האזרחי מ-1911.

57 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 244.

וצרפת⁵⁸ — הדבר כה ברור וטבעי, עד כי לא נמצא כל צורך לחזור על כך בדבר חקיקה. נכונות זו של שיטות המשפט הקונטיננטליות להכיר בחסר בחקיקה יונקת את חיותה מתפישתן את החקיקה ואת מקומה בשיטת המשפט⁵⁹. בשיטות אלה, החקיקה היא מקור מרכזי למשפט. השופט רואה את תפקידו במתן מלוא התוקף לדבר החקיקה. שופט קונטיננטלי רואה את עצמו שותף זוטרי במפעל החקיקה, חש כי מתפקידו לשמור על ה"אינטגריטי" שלה ורואה מחובתו "להציל" את החקיקה מחסר המצוי בה, כדי שתוכל להשיג את יעדיה. כאשר דבר חקיקה חסר, הוא רואה זאת כתפקידו להשלימו כדי לשמור על האחידות המאפיינת אותה ועל התכליות שהיא באה להסדיר. החוק אינו מסדיר רק את הנכלל בתחומו, אלא מקרין את כלליו ועקרונותיו לתוך שיטת המשפט כולה. על-כן ניתן לעשות היקש מדבר חקיקה אחד לשם מילוי חסר בדבר חקיקה אחר⁶⁰. לעניין השלמת חסר בהלכה הפסוקה שונה הדין במשפט הקונטיננטלי. נושא זה לא זכה לדיון שיטתי במשפט הקונטיננטלי. דומה שהטעם לכך הוא, שההלכה הפסוקה אינה נתפשת בארצות הקונטיננטל כמקור משפטי, ולפיכך ממילא אין צורך לבחון את שאלת מעמדה של חסר בהלכה זו. לעומת זאת, בארצות הקונטיננטליות המנהג מהווה לרוב מקור משפטי. מכיוון שכך, מוכר חסר בו וניתנת לשופט סמכות להשלימו⁶¹. במשפט האנגלו-אמריקני מוכר כוחו של השופט למלא חסר במשפט המקובל ובכללי היסוד⁶². עם זאת, לא פיתחה שיטת משפט זו הבחנה ברורה בין השלמת חסר בהלכה הפסוקה לבין פיתוח המשפט מעבר להשלמת חסר. הדוגמטיקה של המשפט המקובל עוסקת בצוותא-חדא בכל הפעילות ההלכתית, בלא להבחין בין השלמת חסר בהלכה לבין פיתוח המשפט ההלכתי גם בלא כל חסר בו. כתוצאה מכך לא התפתחו קריטריונים מיוחדים להשלמת חסר, תוך שהקריטריונים להשלמת חסר ולפיתוח המשפט זהים. שונה המצב כאשר לחסר בחקיקה ולכוחו של בית המשפט להשלים חסר זה⁶³.

58 ראה Rieg, "Appliation De La Loi Par Le Judge" 11 *Juris Classeurs* (1980) 5C.

59 ראה Herman, "Quot Judices Tot Sententiae - A Study of the English Reaction to Continental Interpretive Techniques" 1 *Legal Studies* (1981) 165, 189:

For a continental judge, a body of law is by definition legislative in character; he is in partnership with the legislator and the guardian of the integrity of the legislation. Hence, their functions are complementary, not antagonistic. Unlike his English counterpart, he instinctively tries to avoid the legislative gap or explain it away. His use of analogy and teleological method reflects a desire always to save the legislation, for tradition requires the assumption that it is the fountainhead of predictability in law.

60 ראה R. Pound, "Common Law and Legislation" 21 *Harv. L. Rev.* (1908) 383.

61 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 30.

62 E.W. Patterson, *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* (New York, 1953) 586: ראה

The gaps in meaning between precedent grooves are frequent and they have to be filled in by the application, in large measure creative, of principles and policies and other guides which can be found within the legal system.

63 לטוגיא זו ראה פאונר (לעיל, הערה 60); וכן Horack, "The Common Law of Legislation" 23 *Iowa L. R.* (1937) 41; Landis, "Statutes and the Sources of Law" *Harvard Legal Essays* (1934) 213; Page, "Statutes as Common Law Principles" (1944) *Wis. L. Rev.* 175; Traynor, "Statutes Revolving in Common-Law Orbits" 17 *Cath. U.L. Rev.* (1968) 401; Burrows, "The

עם תחילת התפתחותה של החקיקה באנגליה נהגו בה השופטים בחופשיות. הם פעלו על-פי ה-*equity of the statute*, כלומר: על-פי רוחו של דבר החקיקה, ולא רק על-פי לשונו.⁶⁴ ניתוח המצבים השונים שבהם הופעלה גישה זו מצביע על כך, שבחלקם הופעלה גישה זו כגישה פרשנית מרחיבה. מבין המשמעויות השונות אשר יכלה הלשון לשאת, נבחרה המשמעות המגשימה את רוחו של דבר החקיקה. בחלקם האחר של המקרים – והם הנוגעים לבעיית החסר – חרגה הפעילות המשפטית מעבר לפרשנות המרחיבה והגיעה לכדי מתן משמעות שאין לשונו של דבר החקיקה סובלת. מאז תחילת המאה ה-19 חדלו בתי-המשפט להכיר ב-*equity of the statute* כפעילות המאפשרת את החלת רוחו של החוק על מצבים שלשונו אינה משתרעת עליהם.⁶⁵ גישה זו מנעה פיתוח של תורת ליקויים בחקיקה ומילויים על-ידי בתי-המשפט. במאה ה-19 המשיכה נטייה זו להתפתח: בתי-המשפט באנגליה חזרו והרגישו כי אין זה מסמכותם למלא חסר בחקיקה⁶⁶ ואין הם רשאים להקיש מחוק כדי להשלים את שחסר בו. כאשר לשונו של דבר חקיקה אינה אוצרת בחובה כוח להגשים את תכליתו, אין בתי-המשפט רשאי למלא את החסר הלשוני על-ידי השלמת החסר מתוך היקש לחוק. כאשר בחקיקה יש 'מקרה חסר' (*casus omissus*), אין לבתי-המשפט סמכות להשלים את החסר מתוך היקש מהחוק עצמו. כאשר השופט דנינג הביעה את דעתו בבית-המשפט לערעורים, כי⁶⁷

We sit here to find out the intention of Parliament and of Ministers
and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and

- Interrelation Between Common Law and Statute" 3 *Otago L. Rev.* (1976) 583; Williams, "Statutes as Sources of Law Beyond Their Terms in Common-Law Cases" 50 *Gea W.L.Rev.* (1982) 554; G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass., 1982); P.S. Atiyah, "Common Law and Statute Law" 48 *Mod.L. Rev.* (1985) 1.
- 64 W.H. Lloyd, "The Equity of a Statute" 58 *U. of Pennsylvania L. Rev.* (1909) 76; ראה F.T. Plucknett, *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century* (Cambridge, 1922) 51, 121; De Sloovere, "The Equity and Reason of Statute" 21 *Cornell L. Q.* (1936) 591; Thorne, "The Equity of a Statute and Heydon's Case" 31 *Ill. L. Rev.* (1936) 202; Marcin, "Epaieikeia: Equitable Lawmaking in the Construction of Statutes", 10 *Conn. L. Rev.* (1978) 337.
- 65 E.A. Driedger, *Construction of Statutes* (Toronto, 2nd ed., 1983) 82: ראה
The doctrine of equitable construction vanished at the end of the seventeenth century. Beginning with the eighteenth century the judges refused to go beyond what Parliament had actually said, expressly or by necessary implication.
- ראה גם *Great Western Railway v. Mostyn* [1928] A. C. 57, 87; *Gwynne v. Burnell* (1837) 7 Cl. & F. 572, 607.
- 66 W.F. Craies, *On Statute Law* (London, 7th ed., 1971) 96. ראה גם (לעיל, הערה 65), 96.
- 67 *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation* [1950] 2 All E.R. 1226, 1236.

making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis.

הוא נתקל בתגובה נועזת וחריפה של בית-הלורדים⁶⁸. השופט סימונד (Lord Simonds) ציין, כי⁶⁹

This proposition....cannot be supported. It appears to me to be a naked usurpation of the legislative function under the thin disguise of interpretation.

גישה דומה נקטו בחי-משפט בקנדה⁷⁰, באוסטרליה⁷¹ ובארצות-הברית⁷². דומה, כי זהו הדין המודרני בשיטת-המשפט האנגלו-אמריקנית. עמדה זו, הנקוטה בשיטת-המשפט האנגלו-אמריקנית והשוללת את סמכותו של השופט למלא חסר בחקיקה על-ידי היקש ממנה, לא הותירה תמיד את השיטה כולה בחסר. משנמצא שהחקיקה חסרה וכי אין השופט רשאי למלא את החסר בה על-ידי היקש מעקרונותיה, ניתן היה לפנות למשפט המקובל ולמצוא בו תשובה לכעיה הטעונה הכרעה. אכן, גישה שיפוטית שלילית זו להשלמת חסר נובעת הן מגישה מצמצמת לחקיקה ולתפקידה בשיטת-המשפט⁷³ והן מגישה הגורסת עמדת-בכורה למשפט המקובל ולסמכותו של השופט למלא חסר בו. על-פי התפישה המסורתית, יש

68 בפרשת *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation* [1952] A.C. 189.

69 שם, בעמ' 191.

70 ראה *Larence v. Larence* (1911) 17 W.L.R. 197, 206: "Even if quite satisfied that the omission on the part of Parliament was a mere oversight, I cannot supply the defect" (Mathers C.J.) מחלוקת דומה לזו שנפלה באנגליה נפלה גם בקנדה: ראה *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario* (1973) 35 D.L.R. (3d) 10 (Ont.C.A.): "In the construction of a statute the duty of the courts is limited to interpreting the words used by the Legislature and it has no power to fill in any gaps disclosed" (Schroeder) בפרשת *Minister of Transport for Ontario v. Phoenix Assurance Co.* (1974) 39 D.L.R. (3d) 481, 487 (Ont.C.A.): "The true and perfect intention of the legislative body has received imperfect expression... and the logically defective letter of the enacted law may and should be made logically perfect so as to give effect to the legislative intention which is clearly evident"

71 ראה דברי השופט סטפן (Stephen) בפרשת *Marshall v. Watson* (1972) C.L.R. 640, 649: "Granted that there may seem to be lacking in the legislation powers which it might be thought the legislature would have done well to include, it is no power of the judicial function to fill gaps disclosed in legislation..."

72 לספרות האמריקנית העניפה ראה J.G. Sutherland, *Statute and Statutory Construction*, (Chicago, 4th ed., 1972) Vol. 2A, 354.

73 ראה הרמן (לעיל, הערה 59), 179:

During the formative periods of English law, general principles of law were drawn inductively from existing decisional law, not deductively from legislation. Thus, the division of labour between common law judge and legislator is almost the converse of that embodied in the civil law tradition. Not surprisingly, the judicial approach to statutory construction in the two traditions differs significantly. For English lawyers, legislation has traditionally consisted of ad hoc enactments to alleviate particular social or economic mischief. English empiricism, in combination with a conception of decisional common law as a seamless web, reacts with suspicion

להלכה הפסוקה עמדת בכורה. על-כן, עיקרון הקבוע בה אינו כלוא אך במסגרת ההלכה המיוחדת שבה הוא נקבע, אלא מקרין את עצמו על השיטה כולה. בזה כוחו של המשפט המקובל ליצירה פנימית בלתי-נלאית. לעומת זאת, החקיקה נתפשת כפעילות מוגבלת ומצומצמת. עיקרון שנקבע בה מוגבל לחוק הקובע אותו, ואין בכוחו להקרין את עצמו לעבר השיטה כולה. החקיקה אינה נתפשת כאבר חי היכול – כמו ההלכה הפסוקה – להוות בסיס ליצירה שיפוטית נוספת; על-כן אין "מצפים" מהחוק אלא שיסדיר את העניינים הכלולים בו. את החסר בו ממלא השופט על-ידי פעילותו במסגרת המשפט המקובל, ולא במילוי חללים בחוק עצמו על-ידי היקש מדיני. בפעילות זו, במסגרת המשפט המקובל, אין השופט רואה את עצמו משלים חסר בחוק ואין הוא נוקט קריטריונים שראוי לנוקטם להשלמת חלל בחקיקה, כגון היקש מהחקיקה עצמה. השופט מנתק את עצמו מהחוק ורואה את עצמו כפועל במסגרת המשפט המקובל, ועל-פי הקריטריונים הנוהגים בו, ללא כל קשר לחוק ובלא לערוך כל היקש ממנו. אכן, שופט אנגלי המסרב למלא חסר בחוק אינו מרגיש שהוא נמנע מלמלא את חובתו. תפישתו היא, כי פתרון יינתן על-ידי המשפט המקובל⁷⁴. ניתן כמובן לומר, כי הפעילות השיפוטית במסגרת המשפט המקובל "השלימה" את החסר בחוק. אמירה זו נכונה מבחינה מעשית, שכן נמצא פתרון לבעיה שהחוק חסר לה פתרון; אולם היא אינה נכונה מבחינה אנליטית, שכן הפתרון שנמצא לבעיה אינו בהשלמת החוק על-פי תכליתו ועל-פי העקרונות הגלומים בחקיקה, אלא פתרון שנמצא מחוץ למפעל החקיקה וללא כל קשר עמו. זאת ועוד: בין שני מקורות אלה של המשפט האנגלו-אמריקני אין קיים מצב אופטימלי של כלים שלובים. נמצא, כי מצבים רבים שבהם קיים ליקוי בחקיקה האנגלו-אמריקנית אינם מקבלים פתרון ראוי. כתוצאה מכך הולכת וגוברת הביקורת

to such enactments: the common law judge senses that legislation is itself a kind of mischief, a nagging disturbance of the "lovely harmony of the common law"... if the particular facts do not fit into the unquestionable coverage of the legislation, the judge turns away from it, confident that he will some how turn up a solution from common law. Even when he denies the application of common law, he does not seem concerned over the potential chaos that might result from a defect in legislation. Unlike his civilian counterpart, he does not exhibit a strong commitment maintaining the myth that legislation is logically complete and perfect. This absence of commitment is predictable because the English judge, even when he say otherwise, believes he works with a safety net. If he falls through the superstructure of a legislative scheme, he believes he will land safely in the seamless, stable web of the common law.

74 ראה הרמן (לעיל, הערה 59), 179. ראה גם N.S. Marsh, *Interpretation in a National and International Context* (1974) 67, המציין כי השופט האנגלי –

Has no feeling that, if he fails to provide a remedy through the statute for the particular set of fact with which he is presented, he is failing in his duty, that he is leaving a gap in the law. There is always, apart from the statute, the common law, the law developed by the judges themselves, which will govern the legal relations of the parties.

על המצב הקיים⁷⁵. סופרים רבים מדגישים, כי מבחינת המשפט הרצוי ראוי להכיר בסמכותו של השופט למלא חסר בחקיקה וכי מבחינת המשפט המצוי, זהו אף הדין הלכה למעשה. הם מצביעים על כמה פסקי-דין שבהם הפעילו שופטים, הלכה למעשה, סמכות זו. עם זאת, דומה שיותר מאשר מציאות נורמטיבית יש בכך משום ביטוי למשאלות-לב.

לגוף העניין נראה לי, כי אין כל צידוק שלא להכיר בסמכותו של שופט למלא חסר בחקיקה ושלא לאפשר לו להשלים את החסר, בין השאר בדרך של היקש מהחקיקה עצמה. אכן, שיטת-משפט המכירה בכוחו של שופט לעצב את הלכות המשפט המקובל, מן הראוי לה שתכיר גם בכוחו של שופט למלא חסר בחקיקה תוך שימוש בעקרונות החקיקה עצמה. היצירות השיפוטיות קיימת בשני המקרים וכלל אין לומר, כי היא רבה יותר במילוי ליקויים בחוק. גם הטיעון של הפרדת הרשויות אינו יכול לעמוד בפני הביקורת, וזאת מכמה טעמים: ראשית, שיטת-משפט המכירה בהלכה הפסוקה כמקור למשפט אינה חורגת מעבר לתפישותיה היסודיות באשר להפרדת רשויות אם היא מכירה בכוחה של ההלכה הפסוקה למלא חסר בחקיקה; שנית, כשם שהחקיקה נתפשת כאצילה לפרשנות, כן ניתן לתארה כאצילה למילוי חסר בה; שלישית, אין דבר שימנע מהמחוקק מלשנות בדבר חקיקה מאוחר מילוי חסר שאינו נראה לו; לבסוף, במילוי החסר נותן השופט ביטוי לתכנון החקיקתי, ובכך מקרב את הפתרון ההלכתי לפעילות החקיקתית. אכן, עמדתו הבסיסית השלילית של המשפט האנגלו-אמריקני לסמכות השופט למלא חסר בחקיקה יותר משהיא מבוססת על שיקולים חוקתיים, היא מבוססת על מעמדה הנחות של החקיקה ועל ההפרדה שבינה לבין המשפט המקובל. במעמד זה חל שינוי ניכר במאה העשרים. יחסי-הגומלין בין חקיקה לבין הלכה הלכו והתחזקו. עם התחזקות זו יש לקוות, כי תוך זמן לא רב יוכר גם כוחו של השופט למלא חסר בחקיקה.

(ד) חסר במשפט הישראלי

שיטת-המשפט הישראלית היא שיטה מעורבת⁷⁶. יש בה מאפיינים קונטיננטליים ומאפיינים אנגלו-אמריקניים. מהמשפט הקונטיננטלי נטלנו את עמדת-הבכורה של החקיקה. מטבע הדברים, עמדת-בכורה זו משפיעה על דרכי הפרשנות של החקיקה

75 A. Lenhoff, *Comments, Cases and Other Materials on Legislation* (1949) 599, 945; Amos, "The Interpretation of Statutes" 5 *Cambridge L.J.* (1934) 163; Freund, "Interpretation of statutes" 65 *U. of Pennsylvania L. Rev.* (1917) 207, 226; Lenhof, "Extra Legislative Process of Law - The Place of the Judiciary in the Shaping of New Law" 28 *Neb. L. Rev.* (1942) 542; De Sloovere, "Steps in the Process of Interpreting Statutes" 10 *N. Y. U. L. Rev.* (1932) 1, 11; Whitherspoon, "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: The Middle Dickerson, "Introduction Symposium on Road" 40 *Texas L. Rev.* (1962) 751, 753. ראה גם *Judicial Law Making in Relation to Statutes* 34 *Ind. L. J.* (1961) 411. המחבר מותח ביקורת על הפסיקה האנגלו-אמריקנית ומדגיש, כי לא הוקדשה חשומת-לב מדעית במידה מספקת לסוגייה זו. הוא מוסיף: "This area of judicial lawmaking with respect to statutes cries for further study".

76 משתייכים אנו למשפחת המדינות שלהן שיטה מעורבת (Mixed jurisdiction). ראה Yadin, "Judicial Lawmaking in Israel", In: J. Dainow (ed.), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (1974) 298. מדינות אחרות המשתייכות לשיטה זו הן סרי-לנקה

ועל השלמת חסר בה. מהמשפט האנגלו-אמריקני נטלנו את כוחה של ההלכה הפסוקה להוות מקור משפטי ליצירת דין. אנו מכירים ב"משפט מקובל נוסח ישראל"⁷⁷. ענפים שלימים של המשפט בישראל מקורם המשפטי הוא בהלכה הפסוקה. כך הוא הדין לעניין המשפט המנהלי, דיני-הראיות, הלכות הפיצויים בנזיקין ותחומים אחרים. על רקע זה קמה ועומדת השאלה, האם מוסמך שופט בישראל למלא חסר במקורותיו המשפטיים? שאלה זו יכולה היתה לעורר בעיות מעניינות⁷⁸ לולא ניתן לה פתרון חקיקתי. סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922 קבע, כי בתי-המשפט האזרחיים יפסקו על-פי המשפט העות'מני שעמד בתוקף בארץ-ישראל ב-1914 ועל-פי דברי חקיקה התקפים בארץ-ישראל. והוא הוסיף:

As far as the same shall not extend or apply, shall he exercised in conformity with the substance of the common law, and doctrines of equity in force in England.

בעקבות הוראה זו הוכרה סמכותו של שופט למלא חסר בחקיקה. הדין המשלים שנקבע הוא יסודות המשפט המקובל והדוקטרינות של "האקוויטי". ב-1980 בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ביטול זה לא שלל את סמכות השופט למלא חסר בחקיקה. פועלו של הביטול לא היה אלא בהחלפת הדין המשלים. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, קבע כי חסר בחקיקה יתמלא על-ידי ההלכה הפסוקה, על-ידי היקש ועל-ידי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

(ה) היבט חיצוני – סגירות השיטה?

עד כה עמדנו על הראשונה מבין שתי השאלות שבעיית החסר מעוררת. בחנו את השאלה, האם קיים חסר בגורמה משפטית אינדיבידואלית או בהסדר משפטי ספציפי והאם השופט מוסמך להשלים חסר זה. נעבור עתה לשאלה השנייה, האם ייתכן כי בשיטת-משפט נתונה ימצאו בעיות משפטיות ללא פתרון? האם כל שיטת-משפט היא "סגורה", כלומר: פותרת את כל הבעיות מכוח דין-שיור שהיא קובעת; או שמא קיימות גם שיטות-משפט "פתוחות", כלומר: שיטות-משפט המכירות בקיומן של בעיות ללא פתרון? בעניין זה קיימות מסורות משפטיות שונות. כך, למשל, המשפט האנגלו-אמריקני רואה את עצמו כשיטה סגורה. על-פי גישתו, בכוחה של השיטה ליתן פתרון לכל בעיה משפטית המתעוררת. עמד על כך אייזנברג, באומרו⁷⁹:

ודרום-אפריקה. כן משתייכות אליה קויבק שבקנדה, סקוטלנד שבממלכה המאוחדת ולואיזיאנה שבארצות הברית. על השיטות המעורבות ראה 'Common Law' and 'Civil Law' in Mixed Jurisdiction Smith, "Law Reform in Mixed 'Civil Law' and 'Common Law' Jurisdiction" 35 La. L. Rev. (1975) 927.

77 ראה לעיל, הערה 16.

78 ראה א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5. ברשימה זו הבעתי את הדעה, כי גם בהעדר הוראה חקיקה מוסמך השופט למלא חסר בחקיקה.

79 אייזנברג (לעיל, הערה 10), 159.

The common law is comprehensive, in that there is a legal answer to every question that takes the form, 'What is the law concerning this matter?'.... The generative conception, however, permits an answer to be given at every such question, and it is supplemented by an institutional principle that courts should give such an answer; that courts, having capacity under the generative conception to determine the law on every matter, should pass upon the justice under law of any claim that might arise.

האם יש להסיק מכך, כי כל שיטת-משפט המחייבת את השופט להכריע בסכסוך והאוסרת עליו להימנע משיפוט — דוגמאת סעיף 4 לקודקס האזרחי הצרפתי — היא בהכרח שיטה סגורה? גישה זו נוקט סטון⁸⁰ (Stone). לפי גישתו, אם השופט חייב להכריע בכל סכסוך, ממילא יש לו לסכסוך פתרון וממילא יש נורמה משפטית שעל-פיה הוא ניתן. ספק אם גישה זו נכונה⁸¹, וזאת משני טעמים: ראשית, השאלה העקרונית, אם השיטה "פתוחה" או "סגורה" אינה מותנית בהכרח בסמכות השיפוט. בית-משפט יכול לדחות תביעה בנימוק שקיים חסר שלא הושלם; התביעה תידחה, אך השיטה תישאר חסרה. שנית, שיטת-משפט האוסרת על השופט לסרב להכריע בסכסוך מבוססת על הצורך להבטיח ודאות במשפט. שיטה זו עצמה עשויה להעדיף העדר החלטה על פני החלטה שיפוטית שרירותית שאינה מבססת את עצמה על כללים הקבועים בשיטה. אכן, דעתי היא כי התשובה לשאלה, אם השיטה היא "סגורה" או "פתוחה", מותנית בדין הפוזיטיבי הנוהג בשיטה. עמד על כך פרופ' סטון עצמו, באומרו⁸²:

Whether a particular legal order contains a rule of positive law making it a closed order, or whether it is an open order in which a gap or space devoid of law may be found, is a matter to be determined under the legal order.

כך, למשל, שיטה הקובעת כי הדין המשלים היחיד הוא ההיקש, היא זו שתעמוד בפני השאלה, כיצד למלא חסר שאינו ניתן למילוי בדרך של היקש; שכן אין קיימת כל הוראה שממנה ניתן להקיש. אם השיטה לא תתן תשובה לשאלה זו, לא יהא מנוס מלקבוע כי זו שיטה "פתוחה". לעומת זאת, אם הדין המשלים בשיטה הוא מקיף וסופו שהוא משאיר את ההכרעה בשאלה לשופט, הרשאי להפעיל שיקול-דעת סובייקטיבי — הרי בשיטה שכזו ימצא לכל בעיה משפטית פתרון, וממילא השיטה היא "סגורה".

80 ראה סטון (לעיל, הערה 32), 191.

81 ראה קגריס (לעיל, הערה 6), 173.

82 ראה סטון (לעיל, הערה 32), 189.

(ו) השיטה הישראלית – סגורה או פתוחה?

האם שיטתנו היא "סגורה" או "פתוחה"? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. התשובה לה צריכה להימצא בדוגמטיקה של שיטתנו ובתפיסותיה העקרוניות. האם עמדתנו היא, כי בסופו של דבר יימצא לכל בעיה פתרון במקורות המוכרים אצלנו ליצירת משפט פוזיטיבי? נניח כי בעיה משפטית הטעונה הכרעה אינה מוצאת את פתרונה בדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט ואף לא בדין-השיור המהווה "רשת-ביטחון" מתחת לדין המשלים – האם מוסמך השופט הישראלי ליצור דין הלכתי שיפתור את השאלה? המוכרת הליגיטימיות של פעילותו זו? ואם כן, מהי אמת המידה על-פיה יפעל השופט? לדעתי, הדוגמטיקה הצעירה שלנו מכירה ב"סגירותה" של שיטתנו, בהכירה בכוחו של השופט להשלים כל חסר בה⁸³. לגיטימיות זו יונקת חיותה, על-פי תפישתי, מהמסורת המשפטית שלנו, אשר בעניין זה שייכת למסורת "המשפט המקובל". אכן, כשם שהמשפט המקובל רואה עצמו כשיטה "סגורה", כן גם אנו רואים את עצמנו כשיטה "סגורה". אמת-המידה שלפיה יפעל השופט היא עקרונות-היסוד של השיטה.

3. חסר במשפט מהו?

(א) השיקולים בקביעת החסר

ספרות עניפה קיימת בשאלה, חסר (לאקונה) מהו?⁸⁴ הרבו לעסוק בכך משפטנים קונטיננטליים. נוכל, כמובן, להיעזר בנסיונם המשפטי. עם זאת, יהא עלינו לגבש הגדרה משלנו, אשר תתאים לתפישת המשפט שלנו, שבה הן החקיקה הן הפסיקה נתפשות כמקורות משפט עצמאיים. כמו בתפישת הפרשנות עצמה, גם בתפישת החסר (לאקונה) השיקולים המרכזיים הם פילוסופיים, חוקתיים ומעשיים. ביסודם של שיקולים אלה עומדת התפישת, כי לכל נורמה משפטית יש תכלית ולכלל הנורמות המשפטיות יש תכלית. מטרת השופט-הפרשן היא ליתן ללשון הנורמה אותה משמעות המגשימה את תכליתה. מטרת השופט העוסק בחסר (לאקונה) בחקיקה היא להשלים את הנורמה החקוקה הבלתי-שלימה באופן שתוגשם תכליתה. נמצא, כי הן בפרשנות הן במילוי חסר, המרכיב המרכזי הוא תכלית הנורמה ומטרתה. בפרשנות מופעל המרכיב התכליתי על-גבי המרכיב הלשוני. במילוי חסר אין השופט נותן משמעות למרכיב הלשוני. הוא פועל מעבר למשמעות הלשונית של הנורמה. במקומה באה הפעילות היוצרת של השופט, הממלא את חוסר השלימות של הנורמה המשפטית מתוך רצון להגשים את תכליתה. פעילות זו עולה בקנה אחד עם השיקולים החוקתיים של דימוקרטיה, הפרדת רשויות, שלטון

83 ראה טרסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו (תש"ן) 5, 13: "אין שיטת-המשפט הישראלית משלימה עם קיום לאקונה, בהרשותה לשופט להימנע מהחלטה בנימוק non liquet (העניין לא ברור). חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 מטיל על השופט למצוא פתרון לכל בעיה משפטית. אף אם תידרש לכך פעולה יצירתית של הפרשן, מניחים שהכלל יתקיים".

84 ראה לעיל, הערות 21-31.

החוק ואמון הציבור בשפיטה. השופט אינו מגשים את תכליתו-שלו, אלא את תכליתה של הנורמה המשפטית. השופט מגשים את תכליתה של החקיקה על-פי תכנונה שלה ולא על-פי תכליתו-שלו. תכלית זו משקפת את המטרות של המחוקק אשר דבר החקיקה ביקש להגשימן על-פי תכנונו הפנימי שלו, אך נכשל בכך. אכן, במילוי חסר בחקיקה, השופט משלים את מלאכתו הבלתי-שלימה של המחוקק. המחוקק ביקש להגשים תכלית נתונה; דבר החקיקה שיצא תחת ידו אינו מגשים תכלית זו במלואה; את חוסר-השלימות הזו ממלא השופט. הלגיטימיות הפורמלית לפעילות זו שלו מצויה בחוק יסודות המשפט, המסמך את השופט למלא את החסר.

(ב) הגדרת החסר והדגמתו

על רקע תפישות פילוסופיות-חוקתיות אלה נוכל להגדיר את החסר (לאקונה) באופן הבא⁸⁵: חסר משמעותו אי-שלימות של ההסדר המשפטי, הנוגד את תכליתו. נדגים גישה זו בכמה עניינים:

(א) חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969⁸⁶, וחוק המיטלטלין, התשל"א-1971⁸⁷, קובעים הסדרים מסוימים לעסקאות נוגדות. הוראות אלה חלות על ניגוד בין שתי התחייבויות לעשות עסקה. ההסדר הוא כי זכותו של הקודם בזמן עדיפה, אלא אם התקשר השני בעסקה וקיבל את המיטלטלין או הזכות — ובמקרקעין, את הרישום — בתום-לב ובתמורה. על-פי לשונם, אין הסדרי החקיקה חלים במקום שהניגוד אינו בין שתי התחייבויות לעשות עסקה. מה הדין אם הניגוד הוא בין חובת השבה מהדין, מזה, לבין התחייבות חוזית, מזה⁸⁸? נראה לי, כי בעניין זה קיימת אי-שלימות הנוגדת את תכלית החקיקה. תכלית זו היא ליתן עדיפות לקודם בזמן, אלא-אם-כן השני רכש (חזקה או רישום) בתמורה ובתום-לב. אי-השלימות היא חסר שיש למלא⁸⁹.

(ב) חוק השליחות, התשכ"ה-1965, חל על פעולות משפטיות אשר שלוח מבצע כלפי צד שלישי בשמו או במקומו של שולח⁹⁰. הדיבור "פעולה משפטית" אינו כולל פעולה פיזית⁹¹. מה דינן של פעולות פיזיות ששליח מבצע כלפי צד שלישי?

85 הגדרה דומה נוקטים לארנס (לעיל, הערה 8), 245 וקניס (לעיל, הערה 6), 16. עם זאת, שני המחברים קובעים, שלאקונה מהווה אי-שלימות הנוגדת את התכנון. על התכנון למדים המחברים מתוך התכלית הפנימית ומתוך עקרונות-היסוד של השיטה. לדעתי, עדיף לפנות במישרין לתכלית — אשר לשיטתי כוללת גם את עקרונות-היסוד — ולא להתמקד בתכנון.

86 סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

87 סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

88 טול את המקרה הבא: ראובן עשה חוזה למכר מיטלטל עם שמעון. המיטלטל נמסר לשמעון. שמעון התחייב למכור את המיטלטל ללוי. המיטלטל טרם נמסר ללוי. ראובן ביטל את החוזה כדין בשל פגם בכריתתו. שמעון עומד בפני שתי תביעות נוגדות: תביעת ההשבה של ראובן (מכוח סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) ותביעת החזית של לוי. למי העדיפות?

89 ראה ג' כהן, התערבות ביחסים החוזיים (תשמ"ב) 190.

90 סעיף 1(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

91 ראה א' ברוך, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (פירוש לחוקי החוזים, ג. טדסקי (עורך), 1975) 70; ג' פרוקצ'יה, דיני שליחות בישראל (תשמ"ו) 74.

האם שליח חב נאמנות לשולחו? כיצד באה פעולת השליח לסיומה? אין בעניין זה כל הוראה בחוק השליחות. חוק זה ביטל את הספר האחד-עשר של המג'לה, שבו הוסדרו גם פעולות פיזיות, ולא קבע כל הסדר תחתיו. נראה לי, שזוהי אי-שלימות הנוגדת את תכלית החקיקה. תכלית זו היא להסדיר את כל הפעולות שאדם מבצע בשמו או במקומו של אחר כלפי צד שלישי. אי-השלימות היא חסר שיש למלאו⁹². (ג) פקודת הנזיקין הנגרמים על-ידי ספינות בניווט, 1939, מטילה אחריות בנזיקין על בעל ספינה ועל המנווט אותה. אין הפקודה קובעת כל הסדר באשר לאחריות שילוחית בגין אחריות זו. אין בה כל הוראות באשר לסיבתיות, לאשם תורם, להגנות מפני אחריות, להערכת הנזק וכיוצא בהם עניינים המוסדרים בדרך-כלל בחלק הכללי של דיני-הנזיקין. חלק כללי כזה אכן קיים בפקודת הנזיקין, אך על-פי לשוננו⁹³ — כפי שנתפרשה בפסיקה⁹⁴ — אין הוא חל על אחריות בנזיקין המעוגנת מחוץ לפקודת הנזיקין. נראה לי, כי בעניין זה קיימת אי-שלימות של פקודת הניווט הנוגדת את תכלית החקיקה. תכלית זו היתה לראות באחריות על-פי פקודת הנזיקין הנגרמים על-ידי ספינות בניווט משום אחריות בנזיקין, שעליה יחולו ההוראות הכלליות של דיני-הנזיקין. בשל לשונה של פקודת הנזיקין אין להחיל את הוראותיה הכלליות מחוץ לגבולותיה. לפנינו אי-שלימות של ההסדר, הנוגדת את תכליתו ומחייבת השלמה⁹⁵.

(ד) סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע עוולה שעניינה גרם הפרת-חוזה שלא כדין. ביסוד העוולה עומדת הפרתו של חוזה. מה דינה של הפרת חיוב שאינו חוזה? טול מקרה שבו צד שלישי משדל ערב לחזור בו מערבותו. ערבות עשויה להיווצר בפעולה משפטית חד-צדדית של הערב אשר נמסרה עליה הודעה לנושה⁹⁶. במקרה זה אין חוזה בין הערב לנושה. האם הצד השלישי אחראי בנזיקין בגין גרם הפרת החיוב? או טול מקרה שבו צד שלישי משדל צד לחוזה שבוטל שלא להשיב את שקיבל על-פי החוזה לצד האחר לאותו חוזה — חובה המוטלת עליו על-פי סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (במקרה של פגם בכריתת החוזה), או סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות של הפרת חוזה), תשל"א-1970, (במקרה של הפרת החוזה) — ולהעביר את הדבר לצד השלישי. חובת ההשבה מקורה המהותי בדיני ההתעשרות שלא כדין⁹⁷ ומקורה הצורני בדברי חקיקה. אין היא חובה חוזית⁹⁸. האם ניתן להטיל על הצד השלישי אחריות בגין

92 ראה ברק (לעיל, הערה 91), 78.

93 סעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

94 ראה י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז) 74.

95 ראה ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואח', פ"ד לט(1) 393.

96 ראה סעיף 3 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967.

97 ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 37; ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ ואח' נ' טרבלוס ואח', פ"ד לג(1) 197, 204; ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות לבניין (1978) בע"מ ואח' נ' הורביץ ואח', פ"ד לה(3) 541, 533.

98 ראה לעיל, הערה 97. יש הסבורים כי חובת ההשבה היא חוזית. ראה ע"א 186/77 (לעיל, הערה 97), 203.

גרם הפרת החיוב? או טול חיוב הנובע מפסק-דין. פלוני המשרדל את החייב על-פי פסק-הדין שלא לבצע את חובתו. האם הוא מבצע עוולה? לדעתי, התשובה על כך היא בחיוב⁹⁹. פקודת הנזיקין מצמצמת את עצמה ל"גרם הפרת חוזה". זוהי אי-שלימות הנוגדת את התכלית החקיקתית, שהיא רחבה יותר ומשתרעת על חיובים שאינם חוזיים. לפנינו חסר הניתן להשלמה.

(ה) החקיקה הארצישראלית והישראלית לא קבעה הוראות כלליות באשר למשפט בינלאומי פרטי. בתי-המשפט ראו בכך חסר. גישה זו בדין יסודה. העדר הוראות בעניין התנגשות דינים הוא חוסר-שלימות הנוגד את התכלית ואת התכנון החקיקתי¹⁰⁰. כמו-כן, עד לחקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט ראו בתי-המשפט בהעדר הוראות בעניין התעשרות שלא כדין משום חסר בשיטתנו¹⁰¹. עד לחקיקתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ראו בהעדר הוראות בעניין אכיפה חסר הדורש השלמה¹⁰². הוא-הדין באשר להעדר הוראות בדבר טעות¹⁰³, כפייה¹⁰⁴ והטעיה. לעומת זאת, הנטייה היתה שלא לראות בהעדר הוראות בעניין "נאמנות פרטית" משום חסר בשיטתנו¹⁰⁵. נראה לי, כי גישה זו לעניין עשיית עושר, תרופות בגין הפרת חוזה, פגם בכריחת חוזה ונאמנות פרטית – בדין יסודה. לעומת זאת, הגישה לעניין אכיפה היא בעייתית ואינה נקייה מספקות. פקודת החברות (נוסח חדש) אינה כוללת כל הוראות באשר לחובות האמון שדירקטור חב לחברה. זהו חסר המחייב השלמה¹⁰⁶. סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, קובע הסדר בדבר קיזוז "חיובים כספיים". דומה כי העדר הסדר לגבי קיזוז של חיובים לאספקת טובין (טון חיטה מול טון חיטה) מהווה חסר.

- 99 ראה נ' כהן (לעיל, הערה 89), 32; ראה גם מ"א ראבלו, פרקים בדיני חיובים (תשל"ז) 198, המבסס את עצמו על פרשנות מרחיבה של הדיבור "חוזה". הוא-הדין בג' טרסקי, "גרם הפרת חוזה" לאור 'חוק התרופות' עיני משפט ג' (תשל"ג) 818, 828.
- 100 ראה פרידמן (לעיל, הערה 40), 366; לבונטין וגולדוטר (להלן, הערה 201). ראה גם בג"צ 125/49 אמאדו נ' מנהל מחנה העולים בפרדס חנה, פ"ד ד 5, 14; בג"צ 129/63 מטלון נ' בית-הדין הרבני האזורי ת"א-יפו ואח', פ"ד יז 1640, 1645; המ' 42/63 אברמובסקי נ' גלייטמן ואח', פ"ד יז 2605, 2607; ע"א 423/63 רוננבאום נ' גולי, פ"ד יח(2) 374, 376.
- 101 ראה ע"א 412/54 ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל-אביב נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3" בע"מ, פ"ד י 1835; ע"א 108/59 פריצקר ואח' נ' ניב בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545, 1549; ע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד כח(1) 393; ראה פרידמן (לעיל, הערה 40), 366, 372; וכן ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 12.
- 102 ראה 178 P.L.R. 3 (1936) *Haj Hassan Hammad v. Mgr. Louis Barlassina*; L. A. 1/36; וכן ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהל עזבון בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 792.
- 103 ראה ע"א 130/50 עמל בע"מ נ' שינדלר, פ"ד ו 710.
- 104 ראה ע"א 412/54 (לעיל, הערה 101).
- 105 לבעיית הנאמנות הפרטית ראה H.C. 77/31 *Eliash v. Director of Lands, Jerusalem* [1931] P.L.R. 735.
- 106 לעומת זאת, הטלת חובות אמן על בעל-מניית שליטה כלפי החברה אינה בגדר מילוי חסר, אלא פיתוח המשפט. ראה ע"א 585/82, 818, 817/79 קוסוי ואח' נ' בנק פריכטונגר, פ"ד לח(3) 253; ד"נ 30, 29/84 קוסוי ואח' נ' בנק פריכטונגר, פ"ד לח(4) 505, 511.

(ג) חסר רק מתוך בחינה פנימית; חסר ומשפט רצוי

חסר (לאקונה) קיים כאשר ההסדר המשפטי אינו שלם והוא "זועק להשלמה". שלי-מותו של ההסדר המשפטי נקבעת על-פי תכלית-שלו. הבחינה היא פנימית להסדר עצמו. הבחינה אינה חיצונית בהשוואה להסדרים בעניינים דומים בשיטות-משפט אחרות¹⁰⁷. בצדק ציין פרופ' טדסקי, כי¹⁰⁸:

מוטל עלינו להתחקות אחר ליקויים בכללים המקומיים לא לאור שיטה משפטית נכרית אלא מעצם בחינת הכללים הנדונים.

ועל אותה גישה עמד פרופ' פרידמן, באומרו¹⁰⁹:

The question of *lacunae* must be analyzed from the viewpoint of the local legal system.

זאת ועוד: אי-שלימותו של ההסדר אינה נקבעת על-פי בחינתו של משפט רצוי, והשאלה אינה מהו ההסדר הטוב שיש לשאוף אליו. אי-שלימותו של ההסדר נקבעת על-פי בחינתו של המשפט המצוי. השאלה היא מהו התכנון הנורמטיבי המתבקש מתוך ההסדר הקיים והאם בהשוואה אליו לפנינו אי-שלימות. טול את פקודת הנזיקין, המעניקה לתלויים באדם שמותו נגרם בעוולה זכות לפיצויים כלפי המזיק¹¹⁰. התלויים מוגדרים כבני-זוג, כהורים וכילדים¹¹¹. אחים ואחיות אינם נכללים בגדר תלויים. ייתכן שזו תוצאה לא-רצויה ובלתי-צודקת, ייתכן שהמחוקק טעה במדיניותו – אך אין זה חסר. אין לפנינו אי-שלימות הנוגדת את התכלית. נהפוך הוא: התכלית של החוק היתה ליצור אחריות מוגבלת בהיקפה בעקבות מותו של המפרנס. מנקודת-מבטה של תכלית החקיקה, ההסדר בעניין התלויים הוא שלם. אכן, יש להבחין בין חסר לבין מדיניות משפטית בלתי ראויה. חסר אינו מהווה ביקורת על המשפט המצוי או תיקון המשפט המצוי לשם הגשמת המשפט הרצוי. חסר מהווה אי-שלימות בתוך המשפט המצוי עצמו. עניין זה הוא חשוב, והוא נגזר מתפישות-היסוד החוקתיות העומדות ביסוד מילוי החסר. הלגיטימיות של מילוי חסר על-ידי השופט מבוססת על כך, שהשופט משלים את שהמחוקק עצמו החסיר על-פי מדיניותו של המחוקק עצמו. לא את השקפת-עולמו-שלו מגשים השופט, אלא את השקפת-עולמו של המחוקק¹¹². לגיטימיות זו אינה משתרעת על תיקון החוק כדי להגשים מדיניות רצויה וטובה, אך שאינה מדיניותו של המחוקק עצמו. שופט אינו רשאי לקבוע "חסר" רק משום שההסדר הקיים נראה

107 לדעה אחרת ראה קשת (להלן, הערה 209), 614. לדעת המחבר, על השופט בישראל לקבוע קיום חסר אם בכל סוגייה פלונית קיים דין באנגליה וחסר דין בישראל. גישה זו אינה נראית לי. אין בורקים חסר בשיטה אחת על-פי הקיים בשיטה אחרת. החסר נבדק על-פי מבנה השיטה עצמה.

108 ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 158.

109 ראה פרידמן (לעיל, הערה 40), 365.

110 סעיף 78 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

111 סעיף 78 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). "ילד" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) ככולל "נכד, ילד-חורג, עובר, ילד שלא-מגישוראין, או ילד מאומץ".

112 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 163.

לו בלתי צודק. חסר לא נקבע על-פי עמדתו הסובייקטיבית של השופט, אלא על-פי עמדתו האובייקטיבית של המחוקק. זו גם הסיבה שאני נמנע מלהשתמש בדיבור "ליקוי" לתיאור חסר. הדיבור "ליקוי" הוא מעורפל. הוא כולל, כמובן, חסר, אך הוא כולל גם הסדר שלם בלתי ראוי. חסר (לאקונה) אינו משתרע על הסדרים אלה. ציטלמן ואחרים מכנים לעתים הסדרים שלמים אך בלתי-ראויים כלאקונות לא-אמתיות (unechte Lücken) או כלאקונות פוליטיות או אידיאולוגיות או כלאקונות של ביקורת¹¹³. על טרמינולוגיה זו נמתחה ביקורת¹¹⁴. לדעתי, אין להשתמש בה. הסדרים שלימים אך בלתי-ראויים אינם יוצרים חסר ואין הם לאקונה — לא אמתית ולא מדומה¹¹⁵. עלינו להבדיל בין הדין המצוי (de lege lata) לבין הדין הרצוי (de lege ferenda). לאקונה היא חסר בדין המצוי ונקבעת על-פיו. אין היא שאיפה לדין רצוי¹¹⁶. מילוי החסר הוא על-ידי השלמת הדין הקיים. תיקון הדין הקיים והפיכתו לדין ראוי מחייב שינוי בדין הקיים. אכן, חסר בחוק מתמלא על-ידי השופט, ותיקון בחוק נעשה על-ידי המחוקק¹¹⁷. בהתייחסו לשאלת החסר, קבע השופט זילברג¹¹⁸:

מכיון שכך, הרי זו היא סוגיא משפטית שמצאה לה 'סידור כל שהוא, ואפילו בלתי ממצה, ואפילו פגום, בפרקי ההלכה המקבילים של החוק בארץ-ישראל'. (ע"א 167/47 פסקים א, 1949, עמ' 49, בעמ' 52), ושוב אין להפעיל כאן את 'צינור היבוא' של סימן 46 לדבר המלך, ודי לו, לחוק הארץ-ישראלי, שיפקיע את עצמו במה שיש בו.

ניסוח זה מעורפל. עצם העובדה שסוגייה מסוימת הוסדרה על-ידי המחוקק אין בו כדי להבטיח כי אותה סוגייה היא שלימה ואין בה חסר. לא די "בסידור כל שהוא, ואפילו בלתי ממצה, ואפילו פגום" כדי לשלול חסר. גהפוך הוא: החסר קיים דווקא כאשר סוגייה פלוגית הוסדרה בחקיקה, והסידור הוא בלתי-ממצה ופגום. סוגייה כזו עשויה להיות בלתי-שלימה באופן הנוגד את תכליתה. עם זאת, נכון הוא, כי אם סוגייה מסוימת הוסדרה על-ידי המחוקק, עצם העובדה שהסידור אינו ממצה ואף פגום אין בו כדי להצביע על חסר. ייתכן שהסידור אינו ממצה, שכן הדין מצוי במקום אחר, וייתכן שהסידור הוא פגום אך שלם. אכן, הביטויים "בלתי-ממצה" ו"פגום" אינם שופכים אור על סוגיית החסר ואין בהם כדי להכריע לכאן או לכאן. השאלה אינה אם הסוגייה ממצה או לא או אם היא פגומה או לא. השאלה היא, אם הסידור החקיקתי אינו שלם ואם חוסר-שלימות זה נוגד את תכליתה של החקיקה.

113 ראה מאיר-היים (לעיל, הערה 27), 150.

114 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 130. קנריס מביא מדברי מחברים שונים המגדירים סוגים שונים של לאקונות, אשר לדעתו אין להשתמש במושגיות שלהם, שכן אין הם לאקונות כלל.

115 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 420.

116 ראה בוביז (לעיל, הערה 33), 422.

117 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 138.

118 ראה ע"א 208/51 הקר ואח' נ' ברש ולוסמן, פ"ד ת 566, 585.

(ד) חסר ויתר

יש להבחין בין מצב של חסר, שבו השיטה חסרה נורמה, לבין מצב של יתר, שבו השיטה כוללת נורמה מיותרת¹¹⁹. במושג "יתר" כוונתי לכל אותם מצבים, שבהם מצויות בשיטה שתי נורמות או יותר, הסותרות זו את זו. במקרה זה, אחת מאותן נורמות מיותרת, תוך שכל שיטת-משפט שואפת לקבוע איזו מבין הנורמות היא שתוצא מהשיטה. כאשר יש בשיטה יתר, השיטה לקויה, אך אין היא חסרה. על החסר מתגברת השיטה על-ידי תהליך מילוי; על-היתר מתגברת השיטה על-ידי תהליך של דחייה. מושג החסר קשור למושג השלימות של השיטה, ונגזר ממנו; ואילו מושג היתר קשור למושג הקוהרנטיות, ונגזר ממנו. פתרונה של בעיית היתר אינו בכללי החסר, אלא בכללים בדבר פיתוח המשפט, אשר קובעים איזו מבין הנורמות המיותרות תידחה. יתכן, כמובן, כי על-פי כלליה של השיטה ייווצר מצב שבו שתי הנורמות הסותרות יבטלו זו את זו. במקרה זה עשוי להיווצר חסר ("חסר של סתירה" — kollisions lücke) המחייב השלמה על-פי הדין המשלים. לרוב דואגת כל שיטה, כי במקרה של סתירה בין נורמות רק אחת מבין השתיים תתבטל, ואילו השנייה תעמוד בתוקפה.

(ה) חסר וחוסר-ודאות

הבחנה אחרת אשר חשוב לעמוד עליה היא זו שבין מצב של חסר (לאקונה) לבין מצב של חוסר-ודאות. ברוב המצבים של חסר קיים מצב של חוסר-ודאות. כל עוד לא קבע השופט כי קיים חסר וכיצד יש למלא אותו, קיים לרוב חוסר-ודאות באשר לנורמה המשפטית החלה. היפוכו של דבר אינו נכון: אין לומר כי לרוב במקרה של חוסר-ודאות קיים חסר. רבים הם המקרים שבהם חוסר-הודאות קשור לפרשנותה של הנורמה המשפטית. לשון החוק סובלת פירושים מספר, ותכלית החוק מעלה כמה אפשרויות. בסוף התהליך הפרשני נעשית הבחירה על-ידי השופט. כל עוד לא קבע השופט מהו הפירוש המחייב, יש חוסר-ודאות בשיטה באשר לפירוש זה. עם זאת, חוסר-ודאות זה אינו יוצר חסר. קיימת נורמה משפטית החלה בעניין, והשאלה היא רק איזו מבין האפשרויות הלשוניות הטמונות בנורמה היא האפשרות המשפטית המחייבת. על-כן לא הגדרתי את החסר במונחים של חוסר-ודאות. אין לומר, כי קיים חסר בשיטה בכל מקרה שקיימת אי-ודאות באשר לתוכנה של הנורמה המשפטית החלה. קיים חסר כאשר אין קיימת נורמה משפטית הצריכה לחול על-פי תכליתו של ההסדר. אכן, מושג חוסר-הודאות קשור, בראש ובראשונה, לתופעה הפרשנית; השאלה אם קיים חוסר-ודאות אם לאו היא בראש ובראשונה שאלה פרשנית. את תוצאת חוסר-הודאות קובע הפרשן. תוצאה אפשרית של חוסר-ודאות עשויה להיות חסר, אך אין זו התוצאה האפשרית היחידה; זו בוודאי אינה התוצאה השכיחה. אכן, ברוב המקרים מוסר חוסר-הודאות על-ידי הפרשנות. אין אפוא לבסס את מושג החסר על מושג חוסר-הודאות.

119 ראה בוביו (לעיל, הערה 33), 419.

(ו) חסר – אי-שלימות הנוגדת התכלית

בהגדרת החסר יש להיזהר מנקיטת הגדרות צרות מדי או רחבות מדי. הגדרה צרה עשויה להגביל את מושג החסר לחקיקה בלבד. זו גישתו של לארנס¹²⁰ (Larenz). הוא מגדיר את החסר כאי-שלימות הנוגדת את התכנון. לארנס מציין כי הגדרה זו תופשת רק לגבי חקיקה, שכן רק לגביה תופש מושג החסר. גישה זו צרה היא מדי, שכן – לדעת¹²¹ – המנהג מהווה מקור משפטי בישראל, ועל-פי הגדרתו של לארנס לא ניתן יהיה להחיל עליו את תורת החסר, שהרי המנהג אינו מתוכנן. הגדרה רחבה מדי עשויה לטשטש את ההבחנה בין פעילות שיפוטית בתחום מילוי חסר לבין פעילות שיפוטית בפיתוח המשפט, תוך ראיית מלוא הפעילות השיפוטית (שאינה פרשנית) כפעילות בתחום החסר ומילוי. זו גישתו של קנריס¹²² (Canaris). מחבר זה מגדיר חסר כהעדר הסדר במקום שהמצב המשפטי בכללו דורש הסדר. המחבר מציין, כי רוחבה של ההגדרה נועד לשים תחת כנפי תורת החסר את מלוא פיתוח המשפט על-ידי השופט, ובכך להעניק לו את המרחב המיתודולוגי שהוא זקוק לו. לדעתי, הגדרה זו רחבה מדי. על-כל-פנים, בישראל אין מקום לגישה זו. לפיתוח המשפט על-ידי השופט קיים בסיס מיתודולוגי איתן בשיטה הישראלית, אשר כשיטת-משפט מעורבת יונקת בעניין זה ממסורת המשפט המקובל. הגדרתי-שלי לחסר – אי-שלימות הנוגדת את התכלית – נוקטת עמדת-כנייים ראויה. מחד גיסא, היא רחבה דיה כדי להשתרע גם על המנהג. תוצאה זו חיונית, שכן מושג החסר מן הראוי שיחול על המנהגים. אמת, אלה אינם מתוכננים ואין בהם רמת מודעות כנדרש בחקיקה. עם זאת, חוסר-שלימות הנוגד את תכליתו של המנהג עשוי להתקיים גם בו. זאת ועוד: גישתי יוצרת התאמה בין אמת המידה לפרשנות לבין אמת המידה לקביעת חסר. בשני המקרים נזקקים לאותה אמת מידה ממש – תכלית החקיקה. מאידך גיסא, היא צרה דיה כדי שלא לפלוש לתחום פיתוח המשפט. אכן, בהעמידנו בבסיס הגדרת החסר את תכלית ההסדר המשפטי אנו יוצרים אחדות מושגית של התפישה המשפטית, תוך יצירת סינכרוניזציה מלאה בין הפעילות הפרשנית לבין הפעילות במילוי חסר. אחדות זו חיונית לתורת החסר, שכן זו סומכת עצמה על תוצאותיה של הפרשנות. כפי שראינו הן בפרשנות הן בקביעת החסר, מרכיב מרכזי הוא תכלית הנורמה המתפרשת. קביעת החסר חייבת לעגן את עצמה בתכלית זו.

(ז) "תכלית החקיקה" – מהי?

גישתי למושג החסר מחייבת עיון במושגיות של "תכלית הנורמה", שכן החסר נתפש כאי-שלימות הנוגדת את התכלית. לשיטתי, תכלית הנורמה היא הערכים,

120 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 248.

121 לדעתי, המנהג ממשיך להיות מקור משפט בישראל. כמו בהלכה הפסוקה, גם המנהג הוא מקור אצלנו מעצם מהותו כשיטת-משפט עצמאית. יש להצטרף על כך, שהוכר לא נקבע במפורש בחוק יסודות המשפט, אך אין להסיק מחוק זה הסדר שלילי. ראה גם גביון (להלן, הערה 173).

122 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 39.

המטרות והאינטרסים – והאיזון ביניהם במקום שהם מתנגשים – אשר הנורמה מגשימה. בתחום החקיקה הם כוללים, בראש-וּבראשונה, את הערכים, המטרות והאינטרסים אשר המחוקק ההיסטורי ביקש להגשים בשעת החקיקה. עם זאת, אין הם כוללים את "התמונות הספציפיות" שהמחוקק ההיסטורי ראה לנגד עיניו ואין הם משתרעים על הפתרון שהמחוקק ההיסטורי נתן לבעיה המשפטית הניצבת בפני השופט. "תכלית החקיקה" היא הפשטה שמעל למקרים קונקרטיים. היא כוללת בחובה – בנוסף על התכליות ההיסטוריות השונות, ברמות הפשטה שונות, שהתקיימו בעבר – גם תכליות שחזקה על המחוקק במדינה דמוקרטית, שהעמיד לנגד עיניו. אלה הן "חזקות" התכלית (ה־presumptions), המשלימות של התכליות בפועל והמשקפות את ערכי היסוד של השיטה. "מערך" תכליות זה יוצר לרוב כמה תכליות, ברמות הפשטה שונות, העשויות לחול על המקרה הטעון הכרעה. הבחירה בין האפשרויות השונות נעשית על-ידי הפרשן על רקע המציאות הנורמטיבית שבהוזה ועל-פי צרכי הזמן המודרני. נמצא, כי תפישת-שלי את המושג של "תכלית החקיקה" אינה תפישת סובייקטיבית, כלומר: אינה מזהה את תכלית החקיקה אך עם הדימויים שעמדו לנגד עיני המחוקק ההיסטורי ("כוונת המחוקק"). כמו-כן, תפישתי שלי אינה תפישת אובייקטיבית, כלומר: אינה מזהה את תכלית החקיקה אך עם הדימויים המודרניים ("מטרת החוק"). אכן, השופט אינו צריך לפרש את החוק כפי שהיה מפרשו ביום חקיקתו. על השופט לפרש את החוק כפי שמתבקש ביום פירושו. בעשותו כן, עליו להתחשב בדימויים המופשטים של המחוקק ההיסטורי, וזאת על רקע עקרונות-היסוד של שיטתו, כפי שהם מעוצבים בעת מתן הפירוש ומתוך מגמה להגשים "הרמוניה חקיקתית" במערכת כולה. תפישתי את תכלית החקיקה היא מורכבת. יש בה שילוב בין תפישות סובייקטיביות לבין תפישות אובייקטיביות, המוכתבות על-פי שיקולים חוקתיים של דימוקרטיות, הפרדת רשויות, שלטון החוק, מבנה חוקת-שיטתי, עקרונות-היסוד של השיטה ואמון הציבור בשפיטה. במסגרת רשימתי זו אסתפק בחיבור תמציתי זה של תפישתי בעניין התכלית¹²³, שאותה הנני מרחיב בספרי על הפרשנות.

4. שתיקת החוק

(א) שתיקת החוק לסוגיה

נניח חוק מסוים הקובע, כי בהתקיים התנאים א' ו-ב תיקבע תוצאה משפטית A. מה השפעה יש לחוק אם מתקיים רק תנאי א' או מתקיימים תנאים א', ב' ו-ג, או מתקיים רק תנאי ד'? בכל האפשרויות הללו אין לשון החוק עוסקת באופן פוזיטיבי. זו קובעת תוצאות משפטיות אם מתקיימים תנאים א' ו-ב גם יחד. מה משמעות

123 ראה א' ברק, "כוונת המחוקק – מציאות או דמיון?" הפרקליט לו (תשמ"ה) 165; א' ברק, "פרשנות ושפיטה – יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ד) 467; בג"צ 547/84 עוף העמק אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי ואח', פ"ד מ(1) 113, 143; בג"צ 463,448,446,431,429,428/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505, 593.

שתיקתו זו של החוק לגבי שאר האפשרויות? עקרונית, ניתן לחשוב על ארבע התשובות הבאות: האחת, כי החוק גוקט עמדה, וקובע תוצאה A אם מתקיימים התנאים א ו-ב. בכל שאר המקרים החוק אינו נוקט כל עמדה, וביחס אליהם יהא הדין כפי שהיה ללא אותו דבר חקיקה. טול את חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. החוק קובע, כי חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול¹²⁴. הצעה מוגדרת כפנייה שיש בה גמירת-דעת ומסוימות¹²⁵. אם שני תנאים אלה מתקיימים בהצעה וקיבול, תתבקש התוצאה כי נכרת חוזה. אם אחד התנאים אינו מתקיים, לא נכרת חוזה. משמעות הדבר היא, שכל אחד מהצדדים חופשי להתנהג – בהנחה שהמשא-ומתן התנהל בתום-לב – כפי שהיה רשאי להתנהג בטרם נכנס למשא-ומתן החוזי. התשובה השנייה היא, כי בקובעו תוצאה משפטית A בהתקיים התנאים א ו-ב, ממילא קבע החוק תוצאה משפטית A גם אם מתקיימים תנאים א, ב ו-ג – שכן די אם נתקיימו תנאים א ו-ב ביחד, ותנאי ג אינו חיוני. כדוגמא שהבאתי, גניח כי בהצעה וקיבול מתקיימים תנאי גמירת-הדעת והמסוימות, ונוסף על כך גם תמורה או כתב. ברור מאליו שתוצאה A תחול גם בהתקיים תנאים אלה. התשובה השלישית היא, כי אם בתנאים א ו-ב החוק קבע תוצאה A, הרי בהתקיים תנאי א בלבד – או בהתקיים התנאים א, ב ו-ג או תנאי ד – התוצאה צריכה להיות לא A (-A). זהו טיעון שלפיו "מכלל הן של החוק משתמע הלאו שלו"¹²⁶ (*argumento a contrario*). במקרים אלה אנו אומרים, כי ההסדר הנורמטיבי של החוק רחב יותר מלשונו. החוק קובע תוצאה משפטית לא רק על התחום שאותו הסדיר באופן חיובי (אם א ו-ב ביחד או A), אלא גם על התחום שאותו הסדיר באופן שלילי (לא א ו-ב ביחד – אז -A). התשובה הרביעית היא, כי הסדרו של החוק, שלפיו אם מתקיימים תנאים א ו-ב נובעת תוצאה A, הוא הסדר לא שלם הנוגד את תכלית החקיקה. בחוק יש חסר אשר מילוי מביא לידי כך, שתוצאה A תחול גם אם מתקיימים תנאי א או תנאים א, ב ו-ג או תנאי ד.

(ב) שתיקה ואוטונומיה של הפרט

הנה כי כן, שתיקת המחוקק משתמעת לכמה פנים. בשתיקתו מעביר המחוקק מסרים אחדים; בהיעדרו של הסדר מפורש ניתן להסיק כמה מסקנות. המסקנה האחת יכולה להיות, שאת שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש, הוא השאיר כפי מצבו בטרם התערב. במצב דברים זה אין כל חסר בחוק לגבי מצב הדברים שאותו לא הסדיר המחוקק במפורש, והחוק אינו בלתי-שלם: החוק הוא שלם, וחל רק על אותם עניינים שאותם הסדיר המחוקק במפורש. לפיכך התערבות שיפוטית, באמצעות הכרה בקיום חסר, תהא פלישה שלא כדין לתחום המוסדר על-ידי נורמות משפטיות שונות. בספרות הקונטיננטלית מדגישים, כי אין לדבר על חסר (לאקונה) אם המחוקק משאיר תחום מסוים חופשי

124 סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

125 סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

126 ראה מאיר-היום (לעיל, הערה 27), 145.

ממשפט¹²⁷. כשלעצמי, איני סבור כי קיימים תחומים חופשיים ממשפט¹²⁸. ענייני הדת, המוסר, הנימוסין וכיוצא בהם עניינים שאותם רואים כ"חופשיים ממשפט", אינם אלא תחומים הכלולים במשפט, ואשר המשפט קבע בהם אוטונומיה של הרצון הפרטי. אך יהא עניין זה כאשר יהא – מקובל עלי כי אם תכלית החקיקה היתה להשאיר תחומים מסוימים (לא א-ר-ב) מחוץ לגדרו של החוק – אם במסגרת גדר האוטונומיה של הרצון הפרטי או בגדרה של נורמה אחרת – אין לומר כי שתיקתו של המתקוק ביחס לתחומים אלה (לא א' ו-ב') מהווה חסר. בצדק ציין פרופ' טדסקי, כי¹²⁹:

עלינו לומר כי אין ליקוי בחוק...אם שברצונו (של המחוקק) ליחד הסדרם של עניינים מסוימים לכוחות חברתיים אחרים, כגון הדת, המוסר וכו', או אפילו למרכז הוראות משפטיות עצמאי.

חסר קיים רק אם ההסדר המשפטי אינו שלם. כאשר המחוקק ביקש מראש להשאיר תחומים מסוימים מחוץ לגדר הסדריו, אין לומר כי בתחומים אלה קיים חוסר-שלימות. תכנונו של המחוקק היה שלא להסדיר תחומים אלה באמצעות החוק, ותכנון זה הוא הקובע את החסר או השלימות. על-פי תכנון זה, עניין לנו בהסדר שלם ביחס לתחומים המצויים מחוץ לחוק ואין לנו כל עניין בחסר לגביהם.

(ג) שתיקת החוק והסדר משתמע

המסקנה השנייה אשר ניתן להסיקה משתיקתו של החוק היא, כי לעתים מה שנראה לכאורה כשתיקה, למעשה אינו שתיקה אלא הסדר פוזיטיבי של ממש. את שהסדיר המחוקק במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש – הסדיר במשתמע¹³⁰. אף כאן אין לנו עניין בחסר בחוק. החוק הוא שלם, ואין בו כל ניגוד לתכליתו המחייב השלמה. למסקנה זו עשוי השופט להגיע בעזרת הטיעון של "מקל-וחומר" (*argumento a fortiori*). על-פיו, אם תוצאתו המשפטית של החוק נקבעת בהתקיים כמה תנאים, קל-וחומר שאותה תוצאה ממש מתבקשת לגבי תנאים הכלולים במשתמע בהסדרו של החוק.

(ד) שתיקת החוק והסדר שלילי

מסקנה שלישית שניתן להגיע אליה משתיקתו של החוק היא, כי לעתים מה שנראה כשתיקה למעשה אינו שתיקה, כי אם הסדר שלילי. את שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר לחיוב, ואת אשר לא הסדיר במפורש הוא הסדיר לשלילה. סביב הסדירי

127 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 246; קנריס (לעיל, הערה 6), 40.

128 ראה בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441. אני מבחין בין חוסר שפיטות נורמטיבית לבין חוסר שפיטות מושגית. לדעתי, אינה קיימת חוסר שפיטות נורמטיבית. חוסר השפיטות היחיד הקיים הוא חוסר השפיטות המוסרית.

129 ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 160.

130 ראה ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 76: "לעתים הדברים משתמעים במפורש ולעתים מכללא. לעתים הדברים בולטים, ולעתים יש ללמוד עליהם בין השיטין".

(החיוביים) של החוק מתקיימים לעתים הסדרים שליליים. על הבחנה זו עמד השופט זוסמן, באומרו¹³¹:

כיצד עלינו להתייחס לשתיקת המחוקק המקומי, האם נראה בה שתיקה מדעת, יצירה מכוונת של הסדר שלילי... או שמא נראה בה מעין שכחה בהיסח הדעת, השמטה בלתי-מובנת של עיקרון משפטי שיחול באותו עניין.

טול את הוראת סעיף 4 לחוק השליחות, שלפיה "כל אדם כשר להיות שלוח לפעולה שהוא עצמו בר-דעת לעשותה, אך לענין זכויותיו וחובותיו יחולו דיני-הכשרות המשפטית הכלליים". החוק קובע הסדר "חיובי", שלפיו מי שהוא בר-דעת לבצע פעולה כשיר לשמש שלוח חרף חוסר כשרותו הכללית. מתוך הסדר חיובי זה מתבקשת המסקנה ה"שלילית", כי מי שאינו בר-דעת לעשות פעולה אינו כשיר לשמש שלוח¹³². שתיקתו של המחוקק באשר למי שאינו בר-דעת אינה אי-שלימות הנוגדת את תכלית החקיקה. ההסדר של החוק הוא שלם: בר-דעת כשיר לשמש שלוח, ומי שאינו בר-דעת אינו כשיר לשמש שלוח. נמצא, כי במקום שניתן להסיק מהסדריו החיוביים של החוק גם הסדרים שליליים של החוק, כלל אין מקום לחסר. עמד על כך פרופ' טדסקי, באומרו¹³³:

עלינו לומר כי אין ליקוי בחוק כאשר נמנע המחוקק מלהוציא הוראות על נושא כלשהו מתוך... שברצונו כי בענין הנדון יחול הסדר שלילי (כלומר שלא תידרשנה לשכלולה של עסקה משפטית צורות ומידות פרט לאותן המפורטות בחוק; או שלא יצרפו חובת תשלום פיצויים לשום מעשים, פרט לאותם המעשים המפורטים בחוק; או שכל מעשה מותר, פרט למעשים מסוימים שהחוק מטיל עליהם איסור ומצרף להם עונש).

דומה שלדברים דומים כיוון השופט זילברג, באומרו¹³⁴:

יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו, כפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה.

ועל אותה גישה עמד פרופ' פלר, באומרו¹³⁵:

משמעותו של החסר הנורמאטיבי הוא שתיקה שהיא לאקונה, ולא שתיקה המהווה, לאמיתו של דבר, הסדר שלילי, לעומת הסדר חיובי שקיים לגבי המקרים האחרים. אי-לכך, שומה עלינו לאבחן תחילה

131 ע"א 108/59 פריצקר ואח' נ' "ניב" בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545, 1549.

132 ראה ברק (לעיל, הערה 91), 198.

133 ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 160.

134 ע"א 167/47 מינקוביץ נ' פישצנר, פ"ד ב 39, 43.

135 ראה ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין (1984), כרך א 197.

את שתיקת החוק – שמא משמעותה היא דווקא קיום דין על דרך של הסדר שלילי ועקב כך הימצאות תשובה לשאלה המשפטית שהתעוררה.

הנה כי כן, ההסדר השלילי שולל את החסר. "יש שהשתיקה היא רצונית ומכוונת, ויש שהיא מקרית ובלתי-מכוונת. היתה השתיקה מכוונת, כי אז יש בה משום 'הסדר שלילי' ואין בה משום חסר או ליקוי"¹³⁶. מבחינה עקרונית דומה המסקנה השנייה המתבקשת משתיקת החוק (הסדר משתמע) למסקנה השלישית המתבקשת משתיקת החוק (הסדר שלילי). בשני המקרים, עניין לנו בפעולה פרשנית הפועלת בתחום המשתמע. בשני המקרים, אין מקום לחסר ולהשלמתו, ואף אין מקום לפעילות שיפוטית בפיתוח המשפט. השוני בין שני המצבים הוא אך זה: במובן השני של שתיקת המחוקק, מורחב ההסדר המפורש לתחום המשתמע. במובן השלישי מוטל על התחום שאינו מוסדר במפורש הסדר שהוא היפוכו של ההסדר המוטל על התחום המוסדר במפורש. נמצא, כי השוני בין שני המובנים הנזכרים הוא אך בתוכנם. במקרה השני תוכנו של התחום מוסדר במשתמע הוא כתוכנו של התחום המוסדר במפורש. במקרה השלישי, תוכנו של התחום המוסדר במשתמע הוא היפוכו מתוכנו של התחום המוסדר במפורש. אם בתחום השני, הטיעון הפרשני הוא מ"קל-וחומר" (a fortiori), הרי בתחום השלישי הטיעון הפרשני הוא "מלשון הן אתה לומד לאר" (a contrario). בשני המקרים, הטיעונים הם פרשניים¹³⁷.

(ה) שתיקת החוק וחסר

מסקנה רביעית שניתן להגיע אליה משתיקתו של החוק היא, כי לעתים מה שלכאורה נראה כשתיקה, מהווה הסדר בלתי-שלם הנוגד את תכלית החקיקה. את שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם ומתוך קיום חסר המצדיק מילוי. במקרה רביעי זה, ורק במקרה זה, ניצב השופט בפני חסר (לאקונה). נמצא, כי שתיקת החוק כשלעצמה אינה תנאי מספיק לקיומו של חסר. חסר ושתיקה אינם היינו הך. שתיקה היא חסר אם היא נובעת מאי-שלימות הנוגדת את תכלית החקיקה. שתיקה הופכת לחסר, אם בצד היסוד הפסיבי עומד גם יסוד אקטיבי, ואם בצד היסוד השלילי עומד גם יסוד חיובי¹³⁸. כלומר: אם בצד השתיקה עומד הצורך הפנימי לקבוע הסדר שישלים את חוסר-השלימות שבשתיקה. טול דבר חקיקה הקובע תוצאות משפטיות לאדם הפועל מתוך שכרות (intoxication). האם תוצאות אלה חלות על אותו אדם אם הוא נתון להשפעת סמים מסוכנים? על שאלה זו יכולות להיות כמה תשובות. ייתכן שהסדרי החוק הם אך לעניין השתכרות בגין נטילת יינות משכרים, ואין כל הסדר – לא לחיוב ולא לשלילה – לעניין נטילת סמים מסוכנים. ייתכן שניתן לפרש את החוק באופן ששכרות משתרעת לא רק על שכרות מייך משפר, אלא גם על שכרות מסמים מסוכנים¹³⁹;

136 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 291.

137 ראה להלן, הערה 149.

138 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 51.

139 בסעיף 20(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, נקבע כי "שכרות" לעניין סעיף זה – לרבות שכרות מסמים נרקוטיים או מסמי מרפא".

ייתכן, שמהסדריו החיוביים של המחוקק בעניין שכרות – המתפרשת כשכרות הנובעת מיינות משכרים – משתמע הסדר שלילי בעניין שכרות הנובעת מנטילת סמים מסוכנים; ייתכן, שכעת חקיקת החוק היתה אך בעיה של שכרות הנובעת משתיית יינות משכרים וכי בעיית הסמים המסוכנים נוצרה לאחר חקיקת החוק. אם תכלית החוק ומטרתו משתרעים גם על תוצאות הנובעות מנטילת סמים מסוכנים, ניתן לראות בהסדרי החוק – המתפרשים כשכרות הנובעת מיינות משכרים – הסדרים בלתי־מושלמים הנוגדים את תכליתו. שתיקת החוק בעניין סמים מסוכנים היא חסר. הנה כי כן, רק אם האפשרות הרביעית הזו היא האפשרות העולה מתוך החוק, ניתן לומר כי קיים חסר. אי־הסדר, הסדר משתמע לחיוב או הסדר משתמע שלילי אינם בגדר חסר. עמד על כך פרופ' פלר, בציניו¹⁴⁰:

רק אם מדובר בחסר נורמטיבי של ממש, נמצאים אנו בתחום הסדרתן של הוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט.

ועל אותו רעיון חזרתי, בציני¹⁴¹:

חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, דהיינו יצירת דין חדש מקום שהדין הקיים שותק ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי.

5. חסר ופרשנות

חסר הוא אי־שלימות של הסדר משפטי חקיקתי, הנוגד את תכליתו. למסקנה שקיים חסר מגיע השופט על יסוד פעילות פרשנית. ההכרעה על קיום חסר או על היעדרו היא הכרעה פרשנית. על השופט לפרש את ההסדר המשפטי הנוגע בדבר, תוך שעליו להסיק מתוך פעילותו הפרשנית אם בפניו אי־הסדר, הסדר משתמע חיובי, הסדר משתמע שלילי או חסר. רק אם יגיע השופט למסקנה, כי מפרשנותו של ההסדר המשפטי עולה מסקנה של חסר – רק אז יוכל להמשיך ולבחון כיצד ניתן למלא את החסר¹⁴². בפעילותו הפרשנית בודק הפרשן את לשון הנורמה המשפטית ואת תכליתה, תוך שימוש בשיקול דעת שיפוטי. "תכלית החקיקה", המהווה אמת־מידה פרשנית להבנתו של טקסט משפטי, היא אותה "תכלית" שניגוד לה מצביע על קיומו של חסר. הפרשן מגדיר את תכלית החקיקה. הוא בודק אם ניתן להגשימה באמצעות לשונו של החוק. אם התשובה הפרשנית היא בחיוב,

140 ראה פלר (לעיל, הערה 135), 197.

141 ראה ד"ר 40/80 קניג ג' כהן, פ"ד לו(3) 701, 725.

142 ראה א' ברק, שיקול־דעת שיפוטי (1987) 134:

בית־המשפט צריך, איפוא, לקבוע – בטרם יפנה להיקש או למוורש־ישראל – כי השאלה המשפטית הניצבת בפניו לא מצאה לה תשובה בחוק או בהלכה הפסוקה. לשם כך צריך השופט, כפי שראינו, לפרש את החוק ולקבוע את ההלכה הפסוקה. רק כך יוכל לדעת אם המקרה שלפניו נעדר כל נורמה. רק כך יוכל לקבוע כי לפניו "לאקונה" ולא "הסדר שלילי".

ראה גם קניג (לעיל, הערה 34), 346.

שוב אין לו עניין בחסר; הפעילות הפרשנית שללה את קיומו של חסר. הפרשן ממשיך ובודק שמא מהסדרו החיובי של החוק מתבקש הסדר שלילי. אם הוא מגיע למסקנה כי אכן קיים הסדר שלילי, שוב אין לו עניין בחסר. אף כאן, הפעילות הפרשנית שללה את קיומו של החסר¹⁴³. רק אם מסקנתו הפרשנית של השופט היא כי בהסדר המשפטי קיימת אי-שלמות הנוגדת את תכלית החקיקה, רק אז הוא ניצב בפני חסר בהסדר המשפטי ורק אז הוא פונה למדרג הבאה בפעילותו השיפוטית, היא המדרג של השלמת (מילוי) החסר. הנה כי כן, קביעת קיומו של חסר בהסדר המשפטי (להבדיל מהשלמתו) היא פעילות פרשנית. השופט מפרש את ההסדר המשפטי הקיים ומגיע למסקנה, כי מבין האפשרויות השונות העולות משתיקת החוק מתבקשת המסקנה כי ההסדר המשפטי חסר. כל עוד לא פירש השופט את ההסדר המשפטי, אין הוא יכול להגיע למסקנה כי קיים חסר. משפירש את ההסדר המשפטי והגיע למסקנה כי אין בו חסר, ממילא לא מתעוררת שאלה של מילוי החסר. עמד על כך פרופ' טרסקי, בצינו¹⁴⁴:

יש להודות במציאותו של ליקוי — כלומר באי-שלמותה של הנורמה — רק במקרה שישאר ליקוי אף לאחר שמיצה המפרש את כל אמצעי הפרשנות המותרים לו לשם התחקות אחר משמעותה של הנורמה.

ועל אותה גישה חזר פרופ' פלר, באומרו¹⁴⁵:

מן ההכרח להבחין בין 'שטח ריק' — לאקונה בלע"ז — או בלשוננו חסר נורמאטיבי, כאשר אין תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בשל העדר דין המסדיר אותה שאלה, לבין פרשנות, כאשר יש תשובה בדין לשאלה הטעונה הכרעה, אולם המובן הלשוני של הדין המצוי או משמעותה המשפטית של לשונו טיעונים פיענוח, ותהא מלאכת הפיענוח של דין זה קשה כאשר תהא. גבול החסר הנורמאטיבי הוא באותו מקום שבו מתחיל הדיון בהבנת לשונה ומשמעותה המשפטית של הנורמה הקיימת, המסדירה את הסוגייה הנדונה. שתיים אלה הן כבר ענין של פרשנות הקיים, ולא של השלמת החסר.

143 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 161: "שתיקת המחוקק צריכה להתפרש עליידי הדין לפי מסיבות המקרה: פעמים תיראה בעיניו כהסדר שלילי, ופעמים כליקוי אמיתי בחוק". ראה גם ברק (לעיל, הערה 142), 133:

כאשר קיימת הוראה חקוקה, על בתי-המשפט לפרשה. עליו לקבוע את תחומי התפרטותה. אם השאלה המשפטית הטעונה הכרעה נופלת למסגרת תוכנה של הנורמה (בין במסגרת "הסדר חיובי" ובין במסגרת "הסדר שלילי"), מסתיים התפקיד השיפוטי, ואין על בתי-המשפט לפנות להיקש או למורשת-ישראל, שכן פנייה זו מותרת רק אם השופט אינו מוצא תשובה בדבר חקיקה, ואילו על-פי הנחתנו תמצא תשובה בדבר חקיקה, גם אם לשם כך נוקק בתי-המשפט לשיקול-דעת שיפוטי.

144 טרסקי (לעיל, הערה 31), 173.

145 פלר (לעיל, הערה 135), 196. פרופ' פלר אינו עומד על ההבחנה בין חסר לבין פיתוח המשפט.

על-כן, אין לפנות לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, בטרם פירש השופט את ההסדר המשפטי הנוגע לעניין ובטרם הגיע למסקנה הפרשנית כי ההסדר המשפטי חסר. עמדתי על כך בפרשה אחת, בצייני¹⁴⁶:

חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, דהיינו יצירת דין חדש מקום שהדין הקיים שותק ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי, ואילו אנו עניין לנו בפירוש נורמה משפטית קיימת דהיינו בגבולותיה של הוראה הנותנת תשובה לשאלה, ועל כן אין תחולה לחוק יסודות המשפט.

ועל אותו רעיון עמד כהן, באומר¹⁴⁷:

'דבר חקיקה' כמשמעותו בחוק יסודות המשפט הוא, כאמור, חקיקה כפי שנתפרש, והפרשנות שמילאה את החסר כאילו נבלעה בדבר החקיקה ונכללה בו.

הנה כי כן, קביעת קיומו של חסר היא פעולה פרשנית הקודמת להפעלתו של חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980. רק משפורש החוק ונקבע בו חסר, יש מקום לפנות לחוק יסודות המשפט לשם השלמת החסר. לא חוק יסודות המשפט הוא הקובע את תחולתו של החסר; החסר הוא הקובע את תחולתו של חוק יסודות המשפט. תחולת החסר נקבעת בתהליך הפרשני: לא החסר הוא הקובע את פרשנותו של החוק, כי אם פרשנות החוק היא הקובעת את החסר בו.

6. חסר והטיעון מתוך ניגוד

טיעון מקובל מפי משפטים הוא טיעון על דרך הניגוד (*argumento a contrario*). טיעון זה אינו מיוחד לתחום המשפט; הוא נובע מתורת ההיגיון ואינו תופש בכל הנסיבות¹⁴⁸. מהאמירה כי אדם הוא בן-תמותה לא נובע כי חיה חיה לנצח. הכול תלוי בהקשר שבו נאמרים הדברים. בתחום הפרשנות, משמעות הדבר היא שהכול תלוי בתכלית החקיקה. במקום שתכלית החקיקה מצדיקה את פעולתו של הטיעון *a contrario*, הרי פועלו הוא בתחום הפרשנות. הטיעון *a contrario* הוא טיעון פרשני¹⁴⁹. הוא מסייע בקביעת גבולות התפרשותה של הנורמה המשפטית. לענייננו הוא עשוי לקבוע, כי בצד ההסדר החיובי נקבע גם הסדר שלילי. הטיעון *a contrario* אינו ממלא חסר המצוי בהסדר המשפטי. הוא שולל את קיומו של החסר. אכן, היקש וטיעון *a contrario* מהווים צמד של ניגודים¹⁵⁰. היקש גורס כי, מקרים דומים מחייבים פתרון דומה. הטיעון *a contrario* גורס, כי מקרים שונים מחייבים פתרון שונה. עם זאת יש לזכור, כי ההיקש תופש רק כשיש חסר; הטיעון *a contrario* שולל

146 ד"ר 40/80 (לעיל, הערה 141), 725.

147 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 292.

148 ראה ח' פרלמן, ממלכת הריטוריקה (תשמ"ד) 62.

149 ראה מאיר-היים (לעיל, הערה 27), 145; קוינג (לעיל, הערה 34), 342.

150 ראה קניס (לעיל, הערה 6), 34.

את החסר. בכך שונה הטיעון *a contrario* מהטיעון של "קל-וחומר" (*argumento a fortiori*). טיעון אחרון זה הוא מורכב. לעתים הוא מהווה טיעון פרשני, הבא לקבוע את היקף התפרשותה של נורמה משפטית נתונה. כשם שהטיעון מתוך ניגוד (*contrario a fortiori*) עשוי לקבוע את היקפו של ההסדר השלילי, כן עשוי הטיעון מקל-וחומר (*a fortiori*) לקבוע את היקפו של ההסדר החיובי. לעתים מצביע הטיעון *a fortiori* על היקפו של היקש, תוך שהוא מניח קיומו של חסר. נמצא, כי הטיעון מקל-וחומר תופש הן למניעת חסר הן למילוי. לעומת זאת, הטיעון על דרך הניגוד תופש אך למניעת החסר.

7. האם קיימים ענפי משפט שבהם אין חסר?

(א) חסר בכל תחומי המשפט, לרבות משפט פלילי

תורת "החסר" אינה מוגבלת לענף משפטי זה או אחר. זוהי תורה כללית החלה בכל ענפי המשפט החקיקתיים¹⁵¹. לפיכך עשוי להתקיים חסר בדיני-החוזים, הנוזיקין, המשפט המנהלי ושאר ענפי-המשפט. לעניין זה אין מקום להבחין בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, בין משפט אזרחי לבין משפט צבאי, בין משפט מהותי לבין משפט דיוני. עם זאת, על-פי דיני-החסר עצמם, לא כל שתיקה היא חסר. לעתים השתיקה מצביעה על הסדר שלילי; לעתים קיים בתחום משפטי מיוחד "עיקרון שלילי כללי", שלפיו מה שלא נאסר הותר. ראינו, כי ציטלמן גורס "עיקרון שלילי כללי" זה בכל ענפי-המשפט. גישה זו אינה נכונה, משום כלליותה. עם זאת, אין כל סיבה שלא להכיר בקיומו של "עיקרון שלילי כללי" בענף משפטי זה או אחר או בתחום משפטי מסוים. במצבים אלה שתיקת החוק לא מהווה חסר אלא הסדר שלילי. כך, למשל, במשפט הפלילי מקובל עקרון החוקיות (*nullum crimen sine lege*)¹⁵². על-פיו, "אין עבירה ואין עונש אלא על-פי חוק שעמד בתוקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום ענישתה"¹⁵³. עיקרון זה הוא פרי המדינה הדימוקרטית-ליברלית, המגנה על זכויות הפרט ועל עקרונות חוקתיים של הפרדת רשויות ושלטון החוק. בתי-המשפט בישראל חזרו והכירו בתחולתו של

151 על החסר בחוזה שבין צדדים, ראה A. Farnsworth, *Contracts* (1982) 517. על-פי הוראת סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מתמלא חסר זה על-פי הנוהג שבין הצדדים או הנוהג הכללי. ובאין נוהג – על-ידי הוראות דין. במשפט האנגלו-אמריקני מוכר כוחו של בתי-המשפט למלא חסר כחצה על-ידי תורת התניות מכללא. תחולתה של זו בישראל שנויה במחלוקת. ראה ג' שלו, דיני חוזים (1990) 304. ודוק: הכנסתה של תניה מכללא אינה מהווה פעילות פרשנית, אלא פעילות בהשלמת חסר בחוזה. גדר הספיקות הוא, אם בתי-משפט בישראל מוסמך להשלים חסר בחוזה על-ידי תורת התניות מכללא. יהא עניין זה כאשר יהא – בתי-משפט בישראל מוסמך להשלים חסר בחוזה מכוח עקרון חוס-הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. זהו המקור להשלמת חסר בחוזה על-פי הגישה הקונטיננטלית, ונראה לי שזהו גם המקור להשלמת חסר בחוזה במשפט הישראלי. שאלה יפה היא, מה דין השלמת חסר בצוואה.

152 לעיקרון זה ראה פלר (לעיל, הערה 135), 3: לוי ולרמן, עיקרים באחריות פלילית (1981) 62.

153 פלר (לעיל, הערה 135), 4.

עיקרון זה בישראל¹⁵⁴. אמנם, אין הוא מהווה עיקרון חרות, אך הוא מהווה עיקרון הלכתי מרכזי, כפי שאמר השופט כהן¹⁵⁵:

אם כי אין עוד בישראל הוראה חקוקה האוסרת תחולתם למפרע של דיני-עונשין, פשיטא שהכלל הוא אין עונשין אלא לפי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה. דין הוא בישראל, אם בתורת כלל גדול של המשפט הבינלאומי, אם בתורת דין של המשפט המקובל האנגלי... ואם בתורת דין חוקתי במדינת שלטון החוק, כל עוד לא נקבע אחרת בחוק.

מעיקרון זה מתבקשות מסקנות שונות¹⁵⁶, מהן בתחום הפרשנות ומהן בתחומים אחרים¹⁵⁷. לענייננו מתבקשת המסקנה, כי אינו קיים חסר בכל הנוגע לעבירות הפליליות ולעונשים שבצדן. במקום שהמחוקק לא קבע התנהגות פלונית כהתנהגות פלילית, עלינו להניח – מכוח פרשנותן של ההוראות הפליליות האחרות, מזה, ועקרון החוקיות, מזה – כי התנהגות פלונית מותרת. לא קיים חסר הדורש השלמה. אמת הדבר, לעתים עשויה להתקבל תוצאה קשה, לפיה התנהגות פלונית מותרת; ואילו התנהגות אלמונית, הנתפשת כקלה יותר מבחינת חומרתה החברתית, אסורה; אולם יש להשלים עם תוצאה זו, שכן הדבר נדרש מעקרון החוקיות¹⁵⁸. עמד על כך פרופ' פלר, באומרו¹⁵⁹:

לעניין איסור וענישה בפלילים, אין לאקונה בחוק; שתיקתו היא לעולם בבחינת הסדר שלילי. וזאת, מכוח עקרון החוקיות, לפיו אין עבירה ואין עונש אלא על-פי חוק שעמד בתקפו בשעת המעשה.

154 ראה ע"פ 53/54 אשר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 785, 818; ע"פ 33/64 מימון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (2) 434, 436; ד"נ 7/78 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 828, 832.

155 ע"פ 557/71 הקשטטר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 241, 245.

156 ראה פלר (לעיל, הערה 135), 14; לוי ולדרמן (לעיל, הערה 152), 67.

157 כגון דרכי הניסוח של העבירות הפליליות ופרסום החוק הפלילי.

158 ראה פלר (לעיל, הערה 135), 11: "לעתים ניתן להעריך, בצדק, כי מעשה שנעשה הוא חמור ממעשה אחר אשר החוק הפלילי מגדיר אותו כעבירה פלילית. כלום השיקול שלפיו המעשה הראשון עשוי להיחשב כעבירה פלילית מכוח קל וחומר – *a fortiori* – יכול לשמש בסיס משפטי למסקנה כזאת? כך, יש מקרים אשר גם בהם ניתן להשוות מעשה נתון מבחינת טבעו למעשה אחר אשר מוגדר על-ידי החוק הפלילי כעבירה פלילית, והשכל הישר היה משלים עם ראייתו של המעשה הראשון, בשל הסכנה לציבור הטמונה בו, כעבירה פלילית. האם מן הדין לטפל במעשה זה, על-פי אנאלוגיה, כעבירה פלילית ולהטיל עליו עונש פלילי? תשובת בתי המשפט בישראל לשאלות כגון אלה היא כי נבצר מן השופט לחרוץ את הדין מכוח שיקולי הגיון וללא גיבוי בחוק".

159 פלר (לעיל, הערה 135), 199.

גישה זו עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית-המשפט העליון¹⁶⁰. עמד על כך השופט כהן, באומרו¹⁶¹:

כלל גדול הוא בדיני-העונשין: 'אין עונשין מן הדין' (סנהדרין נ"ד, ע"א, ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכח היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך.

נמצא, כי בתחום העבירה והעונש קיימים שני מצבים בלבד: או שהמעשה נופל במסגרת לשונו של החוק הפלילי, ועל כן אסור; או שהמעשה אינו נופל במסגרת לשונו של החוק הפלילי, ועל כן מותר. מצבים נוספים אין. על-כן לא יוכל השופט ליצור עבירות חדשות בדרך של פיתוח המשפט.

(ב) חסר ועיקרון שלילי כללי – המשפט הפלילי

במקום שקיים לצד ההסדר החוקי הספציפי "עיקרון שלילי כללי", אינו קיים חסר. מצבים אלה מעוררים את השאלה, מהו היקפו של אותו "עיקרון שלילי כללי" ועד כמה מתפרשת כלליותו? טול את העיקרון הכללי השלילי בעניין עבירות ועונשין. האם עיקרון זה חל אך על העבירות והעונשין או שמא הוא משתרע גם מעבר לכך. כך, למשל, האם "העיקרון השלילי הכללי" חל גם לעניין הגנות מפני אחריות פלילית? פרופ' פלר משיב על כך בחיוב, באומרו¹⁶²:

החוק החרות קבע מערכת סייגים לאחריות הפלילית, כאשר חרף התקיימות כל הנתונים לשם התהוות עבירה פלילית והיווצרות אחריות פלילית בגינה, אין להטיל אחריות כאמור. המדובר במצבים של 'כורח' 'צורך', 'צידוק', 'הגנה פרטית', ומצבים אחרים, המהווים סייגים לאחריות הפלילית, אם העבירה נעברה בתנאים האמורים בכל אחד מהם. מקום שתנאים אלה אינם מתמלאים, גם הסייג אינו קם, והאחריות הפלילית נשארת על כנה, בין אם אנו מסכימים לתנאים אלה, ובין אם היינו מציעים למחוקק לשנותם או לתקנם.

160 ראה ע"פ 77/63 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 80: "ייתכן גם ייתכן ולעניין הסכנה הצפויה לנרדף, אין כל הבדל בין מסירתו לידי השלטון העוין לבין מניעת בריחתו מידיו; אבל בו בזמן שהמסירה לידי הוכרזה בחוק כעבירה פלילית, מניעת בריחתו מידיו לא הוכרזה כעבירה פלילית; ואין עונשין מן הדין. ענישה מתוך היקש (אנאלוגיה) או מקל-וחומר, במקום על-פי החוק המפורש בלבד, היא מנת חלקן של מדינות שאין בהן שלטון החוק; ולא יהא חלקנו עמהן. הסכנה שעושה מעשה נפשע ומרושע כאמור לא יבוא על עונשו בבית-משפט, אינה שקולה כנגד הסכנה שבית-המשפט יטול עונשין שלא על-פי חוק ברור ומפורש". ראה גם ע"פ 41/52 וילקומירסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 663, 669.

161 ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372.

162 פלר (לעיל, הערה 135), 201.

וזהו סמכותה הבלעדית של הרשות המחוקקת, והיא נותנת ביטוי לפן השני של עקרון החוקיות בדיני העונשין. אין עבירה אלא על-פי חוק, ומכוח הקביעה, לפיה גם עונש אין אלא על פי חוק – קביעה המשלימה את הנוסח המלא של עקרון החוקיות – מצמיחה כל עבירה גם עונש, אלא אם כן החוק, ורק הוא, קובע סייגים לכך. זהו הפן השלישי של הגדרת העבירה.

דומה, שיש מקום להרהר אחר קביעה זו. מהקביעה כי "אין עבירה ללא חוק" לא מתבקש כי "כל שהחוק קובע הוא עבירה". שלילתו של חסר לעניין יצירת עבירות ועונשים שאינם קבועים בחוק נובע מתוך "העיקרון השלישי הכללי", כי כל שלא נאסר – הותר. שלילתו של חסר לעניין יצירת הגנות שאינן קבועות בחוק, צריכה להתבסס על "עיקרון חיובי כללי", שלפיו כל שלא הותר – נאסר. "עיקרון חיובי כללי" כזה אינו קיים. ייתכן, כמובן, כי קיימים שיקולים אחרים שיש בהם כדי להצדיק את מסקנתו של פרופ' פלר. כשלעצמי, ספק בעיני אם היא נכונה. כך, למשל, אין בחוק העונשין הוראה כי אין אחריות לזוטות (*de minimis non curat lex*). הוראה מקבילה קיימת בדיני הנזיקין¹⁶³. האם עקרון החוקיות שולל הכרה בהגנה זו כתחום דיני העונשין¹⁶⁴? או טול את דוגמת השכרות. סעיף 20 לחוק העונשין (נוסח חדש), תשל"ז-1977, קובע כי שכרות תשמש הגנה לאדם אם מחמת השכרות הוא לא ידע בשעת המעשה מה הוא עושה או שאסור לו לנהוג כפי שנהג, ובלבד שהוא בא לידי שכרות במעשה זדון או רשלנות של זולתו ושלא בהסכמתו. נניח, כי הפירוש המילולי של הדיבור שכרות (*intoxication*) משתרע על נטילה יתירה של משקאות חריפים, אך אינו כולל שכרות מסמים נרקוטיים¹⁶⁵. נניח עוד, כי בשעת חקיקת ההוראה לא נחזתה בעיה זו, שכן השימוש בסמים לא היווה תופעה שתשומת-לבו של המחוקק הוסבה אליו. האם אין לומר כי קיים חסר בחוק העונשין, אשר ניתן להשלמה? האם עקרון החוקיות חל גם במצב דברים זה? לדעתי, התשובות על שאלות אלה אינן ברורות מאליהן¹⁶⁶. המשפט הפילי אינו חטיבה אחת, אשר על כל גורמיה חל עקרון החוקיות; שאם תאמר כן, מאבד עיקרון זה את ייחודו והופך לעיקרון כללי שיש לפעול על-פי החוק. עיקרון זה חל בכל ענפי המשפט, ואין בו כדי לשלול קיומו של חסר; שכן קיום החסר והשלמתו נעשים גם על-ידי החוק. אכן, נדרשת בחינה יסודית של הדין העונשי על כל היבטיו כדי לבחון סוגיות שבהן אין חסר (כגון יצירת עבירות חדשות) לצד סוגיות שבהן עשוי להתקיים חסר הדורש השלמה (כגון ביצירת הגנות חדשות, תחולת האחריות הפלילית מבחינת המקום והזמן ודיני סיבתיות).

163 סעיף 4 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

164 לדעת פרופ' פלר, קיים בעניין זה הסדר שלילי. ראה פלר (לעיל, הערה 135), 616. הצעה בעניין זה כלולה בסעיף 50 של "הצעת חלק מקדמי וכללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד (תשמ"ד).

165 זו הנחה היפותטית, שכן הלכה למעשה נקבע בסעיף 20(ג) כי "שכרות", לעניין סעיף זה – לרבות שכרות מסמים נרקוטיים או מסמי מרפא. שאלתנו מתעוררת אפוא על יסוד ההנחה שהגדרה זו אינה מצויה בחוק העונשין. מקרה נוסף יכול להיות זה, שבו הסם אינו סם נרקוטי או סם מרפא, אך יש לו תופעות דומות לסמים אלה.

166 ראה קרינג (לעיל, הערה 34), 346.

(ג) השלמת חסר בכל ענפי המשפט

עקרונית קיימת אפשרות של חסר והשלמתו בכל ענף מענפי המשפט. על-כן ניתן להכיר בחסר בדין המהותי ובדין הדיוני (האזרחי או הפלילי). למותר לציין, כי החסר מתקיים בענפים השונים של המשפט הפרטי (חוזים, נזיקין, קניין, אישים, תאגידים ושטרות). אמת, תורת החסר במשפט הקונטיננטלי התפתחה בעיקר במשפט הפרטי (הקודיפיקציה). עם זאת, אין כל מניעה עקרונית שלא להחילה גם במשפט הציבורי. הקושי העיקרי בתחום זה נעוץ בעובדה, שמספר נורמות במשפט הציבורי הן בעלות עליונות נורמטיבית. כך, למשל, חוקה נוקשה קובעת הוראות-על, המבטלות נורמות שאינן מתיישבות עמן. הוא-הדין בחוקי-יסוד משוריינים בישראל¹⁶⁷. השאלה היא, אם ניתן להכיר בחסר במסמכים אלה והאם להלכה השיפוטית המשלימה אותם מעמד-על כמעמד הטקסט המושלם? הבעיה התעוררה בפני בתי-המשפט השווייצרים¹⁶⁸. התשובה שניתנה בשווייץ היתה, כי גם בחוקה ייתכן חסר וכי השופט רשאי להשלים את החסר. כך, למשל, נפסק, כי כמה זכויות-אדם, כגון הזכות לחיים, הזכות לחופש דעה, הזכות לכבוד האדם והזכות לחופש אסיפה אינן נזכרות בחוקה והיעדרן יוצר בה חסר. בתי-המשפט השלימו את החסר, תוך שפסקו כי להלכתם השיפוטית מעמד חוקתי. גישה דומה נקט בית-המשפט החוקתי בגרמניה¹⁶⁹. אכן, הגישה המכירה בחסר בחוקה ובחוקי-יסוד נראית לי. אין כל סיבה להניח כי מסמכים אלה הם כללי השלימות. אין גם כל יסוד להנחה כי חל בהם העיקרון הכללי השלילי, שלפיו מה שלא הוסדר בהם לחיוב, הוסדר בהם לשלילה. שאלה אחרת היא, מה התוקף הנורמטיבי של ההלכה השיפוטית הממלאת את החסר? הבעיה היתה פשוטה, אם הסמכות למלא את החסר היתה מעוגנת, היא עצמה, בחוקה או בחוקי-יסוד משוריינים. במקרה זה ניתן היה להכיר בתוקף העליון של ההלכה השיפוטית המשלימה את החסר בחוקה או בחוקי-יסוד המשוריינים. לרוב אלה אינם פני הדברים. הסמכות למלא את החסר מעוגנת בחקיקה רגילה (קודיפיקציה) – ואצלנו, בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, שאינו נהנה מכל שריון – או במסורת המשפטית. היש בכוחם של אלה ליתן לנורמה המשלימה מעמד חוקתי?

167 ראה בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 1; בג"צ 142/89 תנועת לאור נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם).

168 ראה Jean-Francois Aubert, *Traite de droit Constitutionnel Suisse* 126 (Vol. I, 1967); Jorg-Paul Müller, *Grundrechte, Besonderer Teil* (1985) 287.

169 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 172.

8. החסר לסוגיו

(א) הקיים חסר בהלכה הפסוקה?

תורת החסר התפתחה במשפט הקונטיננטלי. בשיטות-המשפט המשתייכות למד שפחה זו, מקורות המשפט העיקריים הם החוק והמנהג. בהתאם לכך, פותחה תורת החסר ביחס למקורות אלה, תוך שמכירים בקיום חסר בחוק ובמנהג. בשיטות-משפט אלה ההלכה הפסוקה אינה מהווה, כשלעצמה, מקור משפטי, ועל-כן לא פותחה תורת-החסר בהלכה הפסוקה. במשפט האנגלו-סקסי ההלכה הפסוקה מהווה מקור משפטי, לצד החקיקה והמנהג. ניתן היה לצפות, כי בשיטות-משפט אלה תפותח תורת החסר גם לעניין ההלכה הפסוקה, ולא היא: תורת החסר לא התפתחה בשיטות אלה. ולעניין ההלכה הפסוקה, לא נעשתה הבחנה בין פעילות שיפוטית במילוי חסר לבין פעילות שיפוטית מעבר למילוי חסר, ועל-כן אין דיון עיוני בשאלת החסר בהלכה הפסוקה. מכאן הקושי שבפניו אנו ניצבים בישראל. אנו משתייכים למשפחת-משפט שלישית, היא משפחת השיטות המעורבות (mixed jurisdiction). המאפיין אותנו הוא המיזוג בין מאפיינים קונטיננטליים (כגון קיום מגמת קודיפיקציה והכרה בסמכות השופט למלא חסר בחוק) לבין מאפיינים אנגלו-סקסיים (כגון: הכרה בהלכה הפסוקה כמקור למשפט), תוך יצירת ייחוד משלנו. במסגרת מיוחדת זו אנו מכירים הן בחוק הן בהלכה הפסוקה כמקורות משפט. אנו מכירים בקיום חסר בחוק. מה הדין לגבי חסר בהלכה הפסוקה? התשובה על שאלה זו היא קשה, ויש בה פנים לכאן ולכאן. לא נוכל לפתור אותה ברשימתנו זו, ונרצה אך להעמידה. מחד גיסא, ניתן לומר, כי אין כל ייחוד בחוק ובמנהג כמקורות משפט שבהם עשוי להתקיים חסר. גם ההלכה הפסוקה היא מקור משפטי שבו עשוי להתקיים חסר. טול, למשל, הלכה פסוקה הקובעת (במסגרת פיתוח המשפט) כי "הסכם קואליציוני" יש לפרסם¹⁷⁰. הלכה זו אינה קובעת מה הדין אם ההסכם אינו מתפרסם כנדרש. ניתן לומר, כי שתיקה זו יש בה חסר. הלכה חדשה אשר תקבע את תוצאות אי-הפרסום תשלים את החסר בהלכה הפסוקה. על-פי גישה זו, יש צורך להבחין בין הפעילות השיפוטית בתחום ההלכה הפסוקה שעניינה מילוי חסר בה, לבין פעילות שעניינה פיתוח המשפט מעבר למילוי חסר. מאידך גיסא, ניתן לומר, כי מעצם מהותה של ההלכה הפסוקה כמקור משפטי מתבקשת המסקנה כי אין להחיל עליה את תורת החסר. שופט הפועל במסגרת שיטת "משפט מקובל", והיוצר הלכות חדשות, אינו משלים חסר בהלכות הישנות, אלא פועל לפיתוח המשפט. עצם מהלכה של ההלכה הפסוקה, ממקרה למקרה, תוך התפתחות אקראית, שוללת יומרה לשלימות ושוללת קיומה של תכלית המאפשרת איתור חסר בהלכה הפסוקה. אכן, הבעיה אינה פשוטה ויש בה פנים לכאן ולכאן.

170 ראה בג"צ 1601/90 (לעיל, הערה 11).

(ב) חסר בחוק וחסר במשפט

במסורת הקונטיננטלית מקובל להבחין בין חסר בחוק¹⁷¹ לבין חסר במשפט¹⁷². קיים חסר בחוק, כאשר החוק אינו שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכנונו או את תכליתו. קיים חסר במשפט, כאשר שיטת-המשפט כולה חסרה הסדרים משפטיים מבלי שניתן לייחס חסר זה לחקיקה הקיימת. זהו המקרה שבו היעדרו של הסדר שלם נוגד את תכליתם הפנימית של כלל ההסדרים המשפטיים הקיימים, מבלי שניתן לייחס חסר זה לחקיקה. זהו המצב, למשל, כאשר השיטה חסרה כללים של משפט בינלאומי פרטי או שאין בה כל הסדר משפטי בעניין תרופת ההשבה. בסופו של דבר, "סגירותה" של השיטה לא תשאיר בה חסר שלא ניתן להשלמה. אך כל עוד ההחלטה השיפוטית — אשר רק היא משלימה את החסר — לא ניתנה, ניתן לראות קיומו של חסר במשפט שאינו חסר בחוק. לעתים קיים בחוק חסר בלא שיהיה חסר במשפט. דבר זה יקרה במקום שקיים חסר בחוק, והחסר מתמלא על-ידי המנהג או על-ידי ההלכה הפסוקה. כמובן, כאשר חסר בחוק הושלם על-ידי היקש, המשפט שוב אינו חסר. יחד עם זאת, ההשלמה בדרך ההיקש לא הסירה את החסר. החוק לא שונה: הוא היה ונשאר חסר. השיטה היתה חסרה, ואילו עתה — לאחר ההשלמה (בדרך ההיקש) — השיטה שוב אינה חסרה. ודוק: כאשר קיים חסר בחקיקה והמקורות האחרים של המשפט אינם נותנים אף הם תשובה לשאלה הטעונה הכרעה, השופט חייב לפנות לדין המשלים (היקש, מורשת-ישראל). אין הוא רשאי לפנות להלכה הפסוקה ולמנהג ולפתח מקורות אלה באופן שתימצא בהם תשובה לשאלה הטעונה הכרעה. במצב דברים זה, שבו גם ההלכה הפסוקה והמנהג¹⁷³ אינם נותנים תשובה לשאלה, אל-לו לשופט לפתח מקורות אלה. עליו להשלים החסר בחקיקה — שהוא גם חסר במשפט — על-פי הדין המשלים שבשיטתו. כאשר קיים חסר בחוק, על השופט למלא את החסר. אין הוא רשאי לזנוח את תפקידו זה ולפנות לפיתוח המשפט. עליו למלא בראש-בראשונה את חובתו במילוי החסר. רק לאחר שהשלים את תפקידו זה, יוכל לפנות למילוי תפקידו בפיתוח המשפט.

(ג) חסר בנורמה וחסר בהסדר

הבחנה אחרת היא בין חסר בנורמה ספציפית לבין חסר בהסדר משפטי שלם או בתחום משפטי שלם¹⁷⁴. כאשר נורמה משפטית קובעת שהתנהגות פלונית אסורה, אך אינה קובעת את התוצאות הנובעות מהאיסור — בטלות הפעולה, נפסדות הפעולה וכיוצא בהן — לפנינו חסר בנורמה המשפטית. כאשר חסר מוסד משפטי שלם, לפנינו חסר בהסדר המשפטי. כך, למשל, היעדרם של דיני משפט בינלאומי פרטי בשיטתנו, היווה בעבר חסר שהצדיק מילוי על-ידי פנייה למשפט האנגלי.

171 המכונה Gesetzeslücke. ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 250.

172 המכונה Rechtslücke. ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 250.

173 לדעת, המנהג מהווה כיום מקור משפטי בישראל. ראה גביון, "ביטול המג'לה — המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ד) 325. ראה גם לעיל, הערה 121, ולהלן, הערה 262.

174 להבחנה זו ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 247; מאיר-היוס (לעיל, הערה 27), 151.

במידה שחסר זה לא הושלם, מוצדק המשך מילוי על-פי הוראות חוק יסודות המשפט. סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922 נועד, בעיקרו, להשלמת חסר בהסדרים במשפט הארצישראלי. עם זאת, על-פי ניסוחו והפעלתו, הוא החל גם על חסר בנורמות אינדיבידואליות.

(ד) חסר ראשוני וחסר משני או מאוחר

הבחנה מקובלת בין סוגים של חסר נעשית על-פי מבחן של זמן¹⁷⁵. כאן מבחינים בין חסר ראשוני לבין חסר משני או מאוחר. חסר ראשוני קיים, במקום שעם יצירתה של נורמה טמון בה חסר. כך, למשל, חוק השליחות תשכ"ה-1965, חל על שליחות ל"פעולה משפטית". דיבור זה אינו כולל בחובו פעולה מטריאלית (פיזית): על אלה אין חוק השליחות חל. לעומתו, השטרע הפרק הדין בשליחות במגילה גם על שליחות לפעולה מטריאלית (פיזית). נמצא, כי עם חקיקת חוק השליחות, ועם ביטול הפרק במגילה הדין בשליחות, נמצא בחוק השליחות חסר ראשוני באשר לפעולות המטריאליות (פיזיות)¹⁷⁶. חסר משני או מאוחר קיים, במקום שהנורמה היתה שלימה בעת יצירתה, והחסר "נוסף" עליה מאוחר יותר, בשל שינויים שונים שהתרחשו. שינויים אלה יכול שיהיו בחקיקה, במציאות החברתית, או בתפישות יסוד ערכיות.

(ה) חסר מודע וחסר שאינו מודע

הבחנה אחרת בתחום החסר, היא בין חסר מודע לבין חסר שאינו מודע¹⁷⁷. חסר מודע מתקיים, כאשר יוצר הנורמה מגבש אותה במודע כנורמה לא שלמה, על רקע תכלית הנורמה. דבר זה יקרה במקום שיוצר הנורמה אינו רוצה או אינו מסוגל להשלימה כנדרש¹⁷⁸. חסר שאינו מודע קיים במקום שהנורמה אינה שלמה על רקע תכליתה, בלא שיוצר הנורמה היה ער לכך (בין ברשלנותו ובין ללא רשלנות מצדו). דבר זה עשוי לקרות לחסר ראשוני, כאשר החסר מצוי בחוק עם חקיקתו, והמחוקק אינו מודע לכך. דבר זה יקרה לרוב בחסר מאוחר. התרחשויות מאוחרות יותר בדיון או במציאות החברתית עושות את ההסדר המשפטי לחסר-שלימות. דומה, כי חסר במנהג הוא תמיד חסר שאינו מודע.

(ו) חסר גלוי

הבחנה חשובה היא בין חסר גלוי וחסר סמוי¹⁷⁹. חסר גלוי קיים במקום שהשופט ניצב בפני הברירה: למלא את החסר או להימנע במצב שבו אין קיימת נורמה לפיה

175 להבחנה זו ראה קניס (לעיל, הערה 6), 135: לארנס (לעיל, הערה 8), 253.

176 ראה לעיל, הערה 91.

177 ראה מאיר-היוס (לעיל, הערה 27), 151.

178 במובן מסוים, אם התכלית החקיקתית היתה להשאיר ההשלמה לשופט, אין לומר שהחסר נוגד את התכלית החקיקתית, אלא דווקא מתיישב עמו. דומה, כי התשובה היא בהבחנה בין כמה תכליות. חוסר-השלמות נוגד את התכלית העניינית, אך מתיישב עם התכלית להשאיר את ההשלמה לשופט.

179 להבחנה זו ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 252.

עליו לשפוט, ולפיכך להימנע משיפוט¹⁸⁰. בסוג זה של חסר, הנורמה המשפטית אינה שלימה, שכן היא אינה כוללת מצבים אשר על-פי תכליתה היו צריכים להיכלל בה. בשל חסר זה השופט אינו יכול להפעיל את הנורמה בלא להשלימה. בלא להפעיל את הנורמה, השופט אינו יכול לשפוט: הוא אינו רשאי להמנע משיפוט¹⁸¹, והוא חייב ליתן תשובה על מצב הדברים שהנורמה חסרה התייחסות אליו. על-כן, השופט חייב להשלים את החסר, שאם לא כן לא יוכל לשפוט. דוגמא לחסר גלוי כנורמה, הוא מצב דברים שבו הנורמה קובעת שפעולה אסורה, אך אינה קובעת תוצאות האיסור. בדומה, נורמה קובעת חובת תשלום ריבית, אך אינה קובעת את שיעור הריבית. דוגמא לחסר גלוי בהסדר, הוא – שוב – העדר הוראות בדבר משפט בינלאומי פרטי. כך, למשל, כאשר יש לחוזה היבטים לאומיים שונים, יש לקבוע איזה דין לאומי יופעל על-ידי השופט. השופט חייב להפעיל דין לאומי כלשהו, אך הדין אינו קובע איזה דין יופעל. בדומה, קיים חסר גלוי בהסדר במקום שהדין אינו קובע הסדר כאשר ל"עסקאות נוגדות". השופט חייב להחליט איזו עסקה עדיפה, שאם לא כן יהא עליו להימנע משיפוט. המאפיין דוגמאות אלה, הוא שבלא השלמה של החסר, אין לשופט נורמה שעל-פיה יכריע את הסכסוך, והוא עומד בפני הברירה להשלים את החסר או להימנע משיפוט. מכיוון שאסור לשופט להימנע משיפוט, הריהו חייב להשלים את החסר. החסר הוא "גלוי", שכן מלשון הנורמה המשפטית גלוי שאין היא חלה על מצב הדברים שבו צריך השופט להכריע.

(ז) חסר סמוי

חסר סמוי קיים במקום שהנורמה, על-פי לשונה, חלה על מצב הדברים הדורש הכרעה¹⁸². עם זאת, על-פי תכליתה של הנורמה מן הראוי היה להכיר בחריג או בהגבלה לעניין מצב דברים זה. הנורמה היא כחסר בכך שהחריג או ההגבלה לא הוכרו בה, והשופט ממלא את החסר על-ידי הכרה בהם. במצבים אלה השופט אינו עומד בפני הברירה של השלמת החסר או סירוב לשיפוט. גם בלא השלמת הנורמה היא חלה על מצב הדברים העומד להכרעה, שכן לשונה משתרעת על מצב דברים זה. עם זאת, החלת הנורמה על אותו מצב דברים נוגד את תכלית הנורמה. החסר הוא "סמוי", שכן מלשון הנורמה עצמה ניתן להסיק כי היא חלה על מצב הדברים הדורש הכרעה, ורק מתוך עיון בתכלית של החקיקה יש להסיק כי אין להחיל את הנורמה על אותו מצב דברים. טול את הוראת חוק השליחות, התשכ"ה-1965, שעל-פיה השלוח "לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו"¹⁸³. מטרתה של ההוראה היא להגן על האינטרסים של השולח בדרך של מניעת ניגוד עניינים אצל השלוח.

180 על-כן מכנה קנריס חסר זה כחסר של סירוב שיפוט. ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 55.

181 ראה ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4, 21: "למד את לשונך לאמור: אינני יודע" (ברכות ז, ע"ה) אינה הוראה המכוונת אל השופט, והוא חייב, בדרך כלל, להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת בפניו" (השופט זילברג).

182 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 82; לארנס (לעיל, הערה 8), 252.

183 סעיף 8(ד) לחוק השליחות. הדוגמא לקוחה מלארנס (לעיל, הערה 8), 252. דוגמא אחרת המובאת אצל לארנס (לעיל, הערה 8), 270, היא ביצירת חריג לדרישת הצורה, באותם מקרים שבהם הטוען להעדר צורה הוא האחראי להיעדרה. קנריס מביא את הדוגמא הבאה: על-פי החוק חסר-כושר רשאי

מה הדין אם השלוח מבקש ליתן מתנה לשולח? תכליתה של ההוראה מחייבת כי במקרה זה יוכל השלוח לעשות פעולת שליחות עם עצמו, שכן ממהותה של העסקה היא יכולה רק להועיל לשולח. עם זאת, לשון ההוראה אינה מאפשרת תוצאה זו. היעדרו של חריג למקרים של מתנה מהווה חוסר-שלימות הנוגד את התכלית. לפנינו חסר סמוי, המתמלא על-ידי הכרה בחריג או בהגבלה לנורמה¹⁸⁴. דוגמא נוספת יכולה להיות זו: הנח כי חוק ירושה אינו קובע, כי מי שרוצח את המוריש אינו יכול לרשת. ניתן לומר כי על-פי לשונו (הכללית) של החוק, גם היורש-הרוצח יורש. דבר זה נוגד את תכלית החקיקה, המעגנת בחובה בין השאר את עקרון-היסוד, שאין אדם נהנה מפרי מעשיו האסורים. היעדרו של חריג מפורש בעניין יורש-רוצח הוא חסר סמוי. החסר יתמלא על-ידי הכרה (שיפוטית) בחריג בדבר היורש-הרוצח¹⁸⁵.

אכן, דוגמאות אלה מראות כי יש להבחין היטב בין פירוש מצמצם לבין הכרה ומילוי של חסר סמוי. קו-הגבול הוא מטושטש, אך קיים. בפירוש מצמצם אנו נותנים ללשון משמעות משפטית שהיא צרה יותר מהמשמעות הלשונית, וזאת כדי להגשים את תכלית החקיקה. בחסר סמוי אנו נותנים ללשון משמעות משפטית העולה בקנה אחד עם משמעותה הרגילה, אך מכירים בחריג או בהגבלה למשמעות המשפטית; גם זאת, כדי להגשים את תכלית החקיקה. ניתן לטעון, כי הכרתנו בחסר הסמוי אינה מתיישבת עם תפישתנו את החסר כפעילות שמעבר לגבולות הלשון של הנורמה. טענה זו אין בידי לקבלה. החסר פועל מעבר למשמעות המשפטית של הלשון, אך לא בהכרח מעבר למשמעותה הלשונית. אכן, הפרשן שולף ממגוון המשמעויות הלשוניות של הנורמה את משמעותה המשפטית. משמעות זו קובעת את תחום ההתפרסות של הנורמה. החסר מתקיים מעבר לתחום זה, גם אם הוא במסגרת משמעות לשונית (לא-משפטית) אפשרית. עם זאת נכון יהא לומר, כי בעוד שהחסר הגלוי פועל מעבר למשמעות הלשונית (והמשפטית) של הטקסט, הרי החסר הסמוי פועל במסגרת המשמעות הלשונית של הטקסט, אך מעבר למשמעותו המשפטית.

להיות שלוח. עם זאת, אין לאפשר לחסר-כושר להיות שלוח של תאגיד שאחריות חבריו אינה מוגבלת וחסר-הכושר חבר בו. היעדר-הגבלה זו הוא חסר סמוי, הדורש השלמה שיפוטית. שם, עמ' 82.
184 לארנס (לעיל, הערה 8), 265, מכנה את הפעילות השיפוטית כ"צמצום תכליתי" (teleologische reduction). ראה גם קנריס (לעיל, הערה 6), 82.

185 בטפרות המשפטית מקובל לראות בדוגמא זו פעילות שיפוטית פרשנית. ראה R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) 23; R. Dworkin, *Law's Empire* (1986) 15. אחרים סבורים, כי במסגרת הפרשנות אין לשלול מהיורש את פרי הירושה. ראה Columbia Pound, "Spurious Interpretation" 7 *Columbia L. Rev.* (1907) 379. לדעתי, התוצאה שאליה מגיע פרופ' דבורקין היא הנכונה, ואני מסכים אף שניתן להגיע אליה בדרך פרשנית. עם זאת, הנני סבור כי הדרך של חסר סמוי היא טובה יותר. אכן, לפנינו "מקרה קשה" של בחירה בין פרשנות לבין היקש. לגיתוח בעיית היורש-הרוצח, ראה שילה, "פסלות לרשת: מי שגרם במתכוון למותו של המוריש" ספר אורי ירין (1990) ב', 257.

(ח) היחס בין חסר גלוי לחסר נסתר

מילוי החסר הסמוי מבוסס על התפישתו, כי למקרים שונים יש להעניק תוצאות שונות. מבחינה זו התהליך המחשבתי בחסר הסמוי ובהשלמתו הוא הפוך לתהליך המחשבתי בחסר הגלוי ובהשלמתו. כזה האחרון משלימים את החסר על-ידי השאיפה להגשים את עקרון השוויון, באופן שמצבים דומים יזכו לפתרון דומה. בחסר הסמוי אנו משלימים את החסר על-ידי השאיפה, כי מקרים שונים יזכו לפתרון שונה. זאת ועוד: כשם שהגבול בין חסר נסתר ומילוי לבין פרשנות מצומצמת הוא מטושטש, כן מטושטש הגבול בין חסר גלוי ומילוי לבין פרשנות מרחיבה. לבסוף, הן החסר הגלוי הן החסר הנסתר פועלים בכל הנורמות ובכל המצבים. על-כן ניתן להכיר בחסר (גלוי או נסתר) לא רק כנורמה משפטית הקובעת כלל, אלא גם כנורמה משפטית הקובעת חריג לכלל. השלמת החסר הגלוי עשויה להרחיב את החריג ובכך לצמצם את הכלל; ואילו השלמת החסר הנסתר עשויה ליצור חריג לחריג, ובכך להרחיב את הכלל.

ג. השלמת החסר

1. "הדין המשלים": שלביו, סוגיו, מהותו וכוחו

(א) הקשר בין קיום החסר להשלמתו

הפעילות השיפוטית בתחום החסר (לאקונה) בישראל, כמו במשפט הקונטיננטלי, מורכבת משתי מדרגות. במדרגה הראשונה בחזן השופט אם קיים חסר בחקיקה. משהגיע השופט למסקנה כי החסר קיים, הוא ממשיך ובודק אם חרף החסר בחקיקה יש לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה פתרון במקורות המשפטיים האחרים של השיטה (המנהג, ההלכה הפסוקה). אם מקורות אלה פותרים את הבעיה, הרי קיים אמנם חסר בחוק, אך הוא אינו חסר במשפט, ושוב אין צורך לפנות לדין המשלים. משמגיע השופט למסקנה, כי המקורות המשפטיים האחרים אינם פותרים את הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה (כלומר: חסר בחוק ממשיך להיות חסר במשפט), על השופט לעבור למדרגה השנייה. במדרגה זו מבקש השופט למלא את החסר. אף ששתי המדרגות – מציאת החסר והשלמתו – נבדלות באופן חד והן עוקבות זו אחר זו באופן הגיוני, הרי רב המשותף ביניהן, ולעתים סדר הדברים מתחלף¹⁸⁶. לא פעם השופט שואל את עצמו, אם אין זה ראוי כי שני מצבים יזכו לפתרון אחד; ומשהשתכנע כי אכן זוהי תכלית החקיקה, הוא קובע כי העדר הסדר ברוח מחשבתו מהווה חסר. בדרך חשיבה זו השיקול האנלוגי (ההיקש) משמש הן למציאת החסר הן להשלמתו, כאשר החשיבה בעניין ההשלמה קודמת לחשיבה בעניין עצם קיומו של החסר. עם זאת, מבחינה אנליטית חשוב להבחין

186 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 139; לארנס (לעיל, הערה 8), 275.

בין המדרגות. לא הרי שאלת קיום החסר כהרי שאלת השלמתו. שתי שאלות אלה שונות הן. הקריטריונים למתן תשובה לשאלה הראשונה אינם זהים לקריטריונים למתן תשובה לשאלה השנייה. כך, למשל, נבחנת השאלה הראשונה על-פי עקרון תכלית החקיקה. במסגרתה של זו יש מקום לעקרון השוויון ולעקרונות כלליים אחרים. עם זאת, אין השוויון ואין עקרונות כלליים אלה משקפים את התכלית על כל רב-גוניותה. השאלה השנייה נבחנת על-פי הדין המשלים שבשיטה. עקרון ההיקש – המבוסס אף הוא על השוויון – הוא אחת מדרכי המילוי על-פי הדין המשלים, אך אין הוא הדרך היחידה. על כן, במקרים מסוימים משמש עקרון השוויון הן למציאת חסר הן להשלמתו, אך אין הדבר כך בכל המקרים. ייתכנו מצבים שבהם עקרון השוויון ישמש למציאת חסר, אך לא להשלמתו¹⁸⁷; ייתכנו מצבים שבהם עקרון השוויון לא ישמש למציאת חסר, אך ישמש להשלמתו¹⁸⁸. מן הראוי, על-כן, כי נבחין בין החסר לבין השלמתו.

(ב) השלמת חסר הומוגנית והשלמת חסר הטרוגנית

כל שיטת-משפט קובעת את כלליה-היא באשר לדרכי השלמת החסר ("הדין המשלים"¹⁸⁹). אין דרך אחת להשלמת החסר שאין בלתי-ה¹⁹⁰. עקרונית ניתן להבחין בין דין משלים הומוגני לבין דין משלים הטרוגני. דין משלים הומוגני קובע, כי השיטה תושלם מתוכה-היא באופן שתישמר אינטגרציה פנימית בין הדין החסר לבין הדין המשלים. אמות-מידה הומוגניות הן ההיקש (אנלוגיה) והעקרונות הכלליים של שיטת-המשפט. על-פיהן מתפתח המשפט מתוכו-הוא ומוציא מהכוח אל הפועל את הפוטנציאל הטמון בו¹⁹¹. דין משלים הטרוגני קובע, כי השיטה תושלם תוך הסתייעות בעקרונות חיצוניים לשיטה: באופן זה לא נשמרת אינטגרציה פנימית בין הדין הקיים לבין הדין החדש-המשלים¹⁹². אמת-מידה הטרוגנית היא בהפניה

187 דבר זה יקרה באותן שיטות שבהן ההיקש אינו משמש אמת-מידה למילוי חסר. דבר זה נדיר ביותר. גם אם החקיקה של המדינה אינה כוללת את ההיקש בין דרכי מילוי החסר – כפי שהדבר בשוויון, למשל – הלכה למעשה פונים להיקש למילוי החסר. ראה מאיר-היוס (לעיל, הערה 27), 164. תחת משטרו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, חל איסור על השימוש בהיקש, והשופט הופנה להשלמת החסר למשפט האנגלי.

188 דבר זה עשוי לקרות בחסר הגלוי. מציאת החסר אינה מבוססת בהכרח על היקש. מילוי החסר יכול שיעשה תוך שימוש בהיקש.

189 אני מבחין בין "דין-משלים" לבין "דין-שיוור". הדין המשלים בישראל הוא היקש ומורשת-ישראל. דין-שיוור הוא דין-משלים מיוחד כשהדין המשלים "הרגיל" שוב אינו פועל.

190 קרנלוצי מבחין בין אוטו-אינטגרציה (autointegrazione) לבין הטרו-אינטגרציה (eterointegrazione). ראה 83 Carnelutty, *Teoria generale del diritto* (2nd ediz, 1946).

191 דין-משלים הומוגני מצוי בסעיף 12 לקודקס האזרחי האיטלקי הקובע, כי במקום שאין לפתור הסכסוך בדרך פרשנית, על-ידי הפעלת הוראת חוק במישרין, יש לקחת בחשבון הוראות המסדירות מקרים דומים או אנלוגיים. אם המקרה עדיין נשאר בספק, יש להחליט בו על-פי העקרונות הכלליים של ההסדר המשפטי של המדינה. כמריכך, מצוי דין משלים הומוגני בסעיף 6 לקודקס האזרחי הספרדי (1889), שלפיו יש להשלים חסר על-ידי פנייה למנהג או על-פי העקרונות הכלליים של המשפט.

192 דין-משלים הטרוגני מצוי בקודקס האזרחי ההולנדי (1955), שלפיו בהעדר חוק או מנהג, יש להשלים את החסר "על-פי היושר". ראה Elders, "Equity in Dutch Law", in: Newman (ed.), *Equity in the World's Systems* (1979) 362.

לשיטת-משפט חיצונית, כגון הדין ששרר בישראל בעבר, שלפיו מילוי חסר נעשה על-ידי פנייה למשפט האנגלי. כמובן, הפניה לעקרונות כלליים מסוימים ולא לעקרונות אחרים של השיטה היא הפניה לשיטה הטרוגנית, שכן אין מאפשרים לשיטה להשלים עצמה על-פי מלוא עקרונותיה¹⁹³. דין משלים הומוגני שואב את הפתרון המשלים מתוך נכיה של השיטה עצמה. הוא עשוי, על-כן, לשמש בסיס לפיקציה כי הדין המשלים טמון כבר בשיטה פנימה, והשופט אך מצהיר על הקיים¹⁹⁴. על-פי גישה זו, מה שחסר אינו הדין אלא הידע שלנו אודותיו. לעומת זאת, בדין שיוור הטרוגני, המפנה להשלמת חסר לעקרונות חיצוניים לשיטה השיטה אינה מתיימרת ליתן מנבכיה-היא פתרון לכל שאלה. אין היא בנויה על-פיקציה שהפתרון טמון בכלליה של השיטה עצמה. בשני המקרים, לרוב הדין המשלים מעניק שיקול-דעת לשופט. השלמת החסר אינה פעולה מיכנית ואין כלליה של השיטה קובעים את כל מהלכיה. גם אם נקבל את הפיקציה שעליה עשויה להתבסס הגישה ההומוגנית, הרי אין משתמע ממנה שלילת שיקול-דעת שיפוטי¹⁹⁵. יש להבחין בין הקביעה כי פתרון קונקרטי טמון בשיטה לבין הקביעה כי השיטה טומנת בחובה אמצעים לפתרון של מקרים קונקרטיים. אכן, קיומם של אמצעים — בין הטרוגניים ובין הומוגניים — מניח יצירה שיפוטית המתבססת על שיקול-דעת שיפוטי. ברוב השיטות שבהן נקבע דין משלים, הדין הוא בעל אופי "מעורב": יהיו בו יסודות הומוגניים (היקש) ויסודות הטרוגניים (צדק, משפט טבעי). דין משלים מקורי קיים בשווייץ. דין זה קובע, כי אם השופט לא מצא לבעיה הניצבת בפניו תשובה בחוק או במנהג — ומהספרות עולה שיש להוסיף את ההיקש — עליו להכריע בשאלה כאילו היה מחוקק, תוך זיקה לתורת-המשפט ולמסורת המשפטית¹⁹⁶.

(ג) השלמת חסר רק בפעילות שיפוטית

שאלה יפה היא, האם הדין המשלים ממלא את החסר מכוח עצמו או שנחוצה לשם כך הכרעה שיפוטית? האם בהעדר הכרעה שיפוטית ניתן לומר, כי הדין המשלים השלים את החסר¹⁹⁷? דומה, כי התשובה על שאלה זו טמונה במסורת של השיטה ובניסוח הדין המשלים שלה. בהעדר עמדה שיטתית או חקיקתית

193 ראה בובי (לעיל, הערה 33), 423.

194 ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 141: "אילו כפתה השיטה על השופט לשאוב את עקרונות החלטתו בכל מקרה ומקרה מתוך הכללים הקיימים באמצעות תהליך אנאלוגי, כי אז היתה השיטה המשפטית עצמה כופה עלינו את הפיקציה בדבר תפקידו הדקלרטיבי גרידא של השופט". פרופ' טדסקי מצוין, כי המשפט האנגלי אינו מחייב שופט למלא חסר במשפט המקובל בדרך ההיקש, ומאפשר לו לפנות לעקרונות של צדק, יושר והגינות של דברים. השופט האנגלי אינו חייב אפוא לשאוב את הפתרון מתוך העקרונות הטמונים בשיטתו. מכאן מסקנתו של טדסקי, כי הפיקציה בדבר התיאוריה הדקלרטיבית אינה נוהגת באנגליה. טדסקי מסיק מכך גם, כי המשפט המקובל אינו מבוסס על שלימות פנימית, והוא מודה בקיום חסר בו.

195 ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 277.

196 סעיף 1 לחוק האזרחי השווייצרי. ראה מאייר-היוס (לעיל, הערה 27), 144.

197 לעניין קליטת המשפט האנגלי מכוח סעיף 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, הבחין פרופ' טדסקי בין שתי גישות אפשריות. האחת — קליטת מכוח חקיקה ("תורת-ההנהגה"); השנייה — קליטת פסיקתית ("תורת-ההסמכה"). לדעתו, אימץ סעיף 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, את תורת-ההנהגה. ראה

ברורה נראה לי, כי הגישה הראויה היא לראות בדין המשלים דין המחייב הכרעה שיפוטית. כל עוד לא קבע בית-משפט כי קיים חסר וכי הוא מתמלא על-ידי הדין המשלים, אין לומר כי החסר הושלם. השלמת החסר היא מעין פעולת חקיקה של השופט, וכל עוד לא עשה השופט את מעשה החקיקה, החסר לא הושלם. הדין המשלים הוא מנוף להשלמת חסר בשיטה: כל עוד לא נעשה שימוש במנוף, לא הושלם החסר. דומה כי עמדה עקרונית זו היא עמדתו של המחוקק הישראלי. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מעמיד את שאלת החסר כשאלה הניצבת בפני בית-המשפט ורואה בהשלמת החסר פעולה שיפוטית. פעולה זו היא בעלת אופי קונסטיטוטיובי. זאת ועוד: ההכרעה השיפוטית משלימה את החסר רק אם יש לה כוח מחייב כלפי הציבור כולו. הכרעה שיפוטית הפועלת רק כמעשה בית-דין משלימה את החסר כלפי הצדדים, אך לא כלפי הציבור הרחב; מבחינת השיטה כולה החסר לא הושלם. רק כאשר תיעשה ההשלמה על-ידי הלכה פסוקה, הפועלת כלפי השיטה כולה, נוכל לומר כי החסר בשיטה הושלם. על-כן נראה לי, כי השלמת חסר בישראל תיתכן רק על-ידי פסיקתו של בית-המשפט העליון. למעלה מזאת: השלמת החסר אינה פועלת בהכרח למפרע¹⁹⁸: בית-המשפט רשאי לעתים¹⁹⁹ לקבוע, כי החסר מתמלא פרוספקטיבית, מיום מתן החלטתו של בית-המשפט או בתאריך אחר שייקבע על-ידו. השלמת חסר היא לרוב²⁰⁰ פעולה יוצרת, הכרוכה בשיקול-דעת שיפוטי. במסגרת שיקול-דעתו רשאי בית-המשפט לקבוע את מועד תחילתה של ההשלמה השיפוטית לחסר בשיטה. לבסוף, מן הראוי לציין, כי הפעילות השיפוטית המשלימה את החסר בחקיקה לא משנה את לשון החקיקה. החקיקה עוצבה על-ידי המחוקק בחסר, וחסר זה ממשיך לעמוד בעינו כל עוד לא תוקנה החקיקה על-ידי מעשה חקיקה חדש. הפעילות השיפוטית, מבחינתה הפורמלית-לשונית, אינה מוסיפה הסדר חקיקתי חדש: לכך מוסמך רק המחוקק. השופט אך משלים בהלכתו השיפוטית את שהמחוקק החסיר בחקיקתו. נוצר אפוא מעין שעטנו בין חוק חסר לבין הלכה משלימה. החוק החסר ממשיך בחסרונו; המשפט החסר הושלם ושוב אינו חסר. חסר בחוק אינו כרוך בחסר במשפט.

טדסקי, "ביטול ס' 46 לדבר המלך וכוח פעולתו" משפטים ח 180. לגישה אחרת ראה י' זמיר, סדרי המינוח בישראל וס' 46 לדבר המלך (1974).

198 לסוגייה זו ראה ברק (לעיל, הערה 142), 417.
199 הוא רשאי לעשות כן במקום שקביעת החסר הוא "מקרה קשה", כלומר: הן הקביעה שקיים חסר הן הקביעה שאינו קיים חסר הן קביעות לגיטימיות. כמו-כן, הוא רשאי לעשות כן במקום שהשלמת החסר הוא "מקרה קשה", כלומר: קיימות כמה דרכי השלמה וכל אחת מהן היא לגיטימית. ראה ברק, (לעיל, הערה 142), 418.

200 לרוב, אך לא חמיד. אני מוכן להניח כי קיימים מקרים שבהם הכרה בחסר ודרכי השלמתו הם "מקרים קלים", שאינם מעוררים כל שיקול-דעת שיפוטי. יהיו אלה בוודאי מקרים נדירים, אך אין לשלול את קיומם.

(ד) השלמת חסר – חובה ולא המלצה

הדין המשלים אינו אך המלצה לשופט. זהו דין, אשר השופט חייב להיזקק לו. משהתגלה חסר, מוטלת על השופט החובה לפנות לדין המשלים לשם מילוי החסר²⁰¹, ואין הוא רשאי להתעלם ממנו. זאת ועוד: השופט אינו יוצא ידי חובתו אם הוא "נמלך" או "נועץ" בדין המשלים. על השופט לפעול על-פיו. עם זאת, לרוב מעניק הדין המשלים שיקול-דעת לשופט. לרוב אין הוא מכתיב פתרון אחד ויחיד. כך, למשל, כאשר ההפניה היא להיקש, ייתכנו לעתים כמה היקשים אפשריים. כמזכר, כאשר ההפניה היא לעקרונות כלליים, עשויים להתקבל פתרונות נוגדים מהמקורות השונים. בכל אלה מוענק לשופט שיקול-דעת. קיומו של שיקול-דעת זה אין בכוחו לשלול מהדין המשלים את אופיו המחייב. חנינה בן-מנחם ציין²⁰², כי ההפניה ל"מורשת-ישראל" מטילה חובת היוועצות בדין זה, ותו לא. גישה זו, כגישה כללית החלה על כל בתי-המשפט, אינה נראית לי. המחוקק הורה לשופט למלא את החסר – במקום שההיקש אינו ממלא אותו – לאור עקרונות מורשת-ישראל. משמעות הדבר, כי אין למלא את החסר אלא לאור עקרונות אלה. השופט לא יקיים את שהטיל עליו המחוקק, אם יעיין במורשת-ישראל, אך לאחר-מכן ימלא את החסר לאור עקרונות שאינם משל מורשת-ישראל. עם זאת, אין בהפניית חובה זו למורשת-ישראל משום הכתבתו של פתרון אחד ויחיד בכל המקרים. כמו הפנייה לעקרונות כלליים בדרך-כלל, ייתכנו לעים כמה ררכי השלמה לאור עקרונות אלה. בכל אלה יש לו לשופט שיקול-דעת. יחד עם זאת, אין שיקול-דעת זה הופך את

201 ראה ד"ר 13/80 (להלן, הערה 231), 793: "במקרה של לאקונה מעמדם של העקרונות האמורים של המשפט העברי הוא בבחינת מקור משפטי משלים של המערכת המשפטית בישראל ובית-המשפט מצווה לפנות אליהם כאל מקור משפטי מחייב". ראה גם פלר (לעיל, הערה 135), 196: "הרשות השופטת איננה בת חורין לפנות למקורות אחרים ולדלות מהם השלמות כאמור אלא זכות הבכורה מוקנית לעקרונות האמורים באותן הוראות". חובה דומה התקיימה לענין השלמת חסר על-פי סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. ראה טדסקי (לעיל, הערה 31), 179:

נוהגים להעמיד את ההזקקות למקורות האנגליים המשלימים כעין רשות השופט: אם קיים חסרון במקורות המקומיים, רשאי השופט למלאם בהזקקו לכללים האנגליים. אך דעה זו אינה מתיישבת עם לשונו של ס' 46, אשר לפיה, במקרה של ליקוי, חייב הוא להיזקק אל המשפט האנגלי, הנקלט באופן אוטומטי.

הלכה למעשה ראו עצמם שופטים, לעתים, בני רשות לפנות למשפט האנגלי. ראה, למשל, ע"א 89/49 פופקו נ' חמדי, פ"ד ה' 242, 248: "במסיבות אלה מותר להם לבתי המשפט לקבוע אשנב אל מערכת משפט עשירה יותר... ולהעביר אל תחום סמכותם, בתוקף הסימן 46 לדבר-המלך במועצה, את יסודות המשפט המקובל" (השופט חשין). ראה גם א' לבונטין וד' גולדווטר, לכללי ברירת הדין בישראל וסימן 46 לדבר המלך במועצתו (תשל"ד) 38. מעבר זה מחובה לרשות לא עלה בקנה אחד עם לשונו של סימן 46 לדבר המלך.

202 ראה בן-מנחם (לעיל, הערה 43). בן-מנחם משווה את פעולת הדין המשלים בחוק יסודות המשפט לפעולתם של עקרונות כשיטת-משפט. להשוואה זו אני מסכים. אכן, כמו במורשת-ישראל, כך גם בעקרונות הכלליים לא קיימת רק חובת היוועצות. קיימת חובה להפעיל את העקרונות. שופט אינו רשאי לומר: "כשיטתי מצוי עקרון השוויון, נמלכתי בו והריני פוסק בניגוד לו". עם זאת, לעתים קרובות מצויים כשיטת-משפט עקרונות מספר הנוגדים זה את זה. חובתו של השופט היא לפעול על-פי כולם. במקרה זה ניתן לו שיקול-דעת להכריע לאיזה עקרון יפנה או כיצד יאזן בין העקרונות המתחרים. אין הוא רשאי אך להימלך בהם ולפנות לעקרונות אחרים. קיומו של שיקול-דעת במסגרת העקרונות אינו הופך את הפנייה לעקרונות לפנייה לצורכי היוועצות בלבד.

חובת הפנייה אל מורשת-ישראל לחובת היועצות בלבד. עם זאת, בהיבט אחד ניתן לטעון לטובת גישתו של בן-מנחם. ניתן לומר, כי כאשר ההלכה מילאה חסר בחקיקה, הריהי הופכת להיות חלק מהדין ההלכתי בישראל. בית-המשפט העליון – מכוח הסמכות הכללית לסטות מתקדימו, המוענקת לו על-ידי חוק יסוד: השפיטה – רשאי לסטות מהלכה פסוקה שמקורה ההיסטורי הוא בחסר בחקיקה. על-כן, מבחינת בית-המשפט העליון – להבדיל מכל בית-משפט אחר בישראל – הפנייה למורשת ישראל היא לצרכי "היועצות בלבד"²⁰³.

2. הדין המשלים בישראל

מאז חקיקתו של סעיף 46 לדבר המלך במועצה, 1922, ועד לביטולו ב-1980, נהג בארץ-ישראל ובישראל דין משלים הטרוגני. משנמצא חסר בחקיקה, השופט הופנה לדין זר ובלתי-מוכר: היה עליו למלאו על-ידי העקרונות של המשפט המקובל והדוקטרינות של דיני-הישר. חל איסור על היקש מהדין המקומי וחל איסור על השלמת החסר מכוח עקרונות-היסוד של השיטה עצמה. נוצרה דיסהרמוניה בשיטה: תחת התפתחות טבעית, באו שכבות-שכבות של דינים בעלי רקע שונה ומסורת שונה²⁰⁴. מצב דברים זה לא הניח את הדעת. עם הקמת המדינה הוא יצר מצב בלתי-נסבל של קשר חי בין שיטת המשפטית של מדינה עצמאית אחת לבין שיטת המשפטית של מדינה עצמאית אחרת²⁰⁵. במשך השנים הלך קשר זה ונחלש²⁰⁶. תחילה נקבעה "עצמאות" לכמה חוקים²⁰⁷, שלפיה בעניינים שאותם חוקים דנים בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך. לאחר-מכן בוטל סעיף 46 לדבר המלך, ותחתיו הוחק חוק יסודות המשפט. המשפט האנגלי שנקלט בעבר, מכוח הוראת סימן 46 לדבר המלך, ממשיך להתקיים, ובלבד שלא שונה כדין²⁰⁸. קליטה חדשה מהמשפט אנגלי הופסקה.

203 ראה גנו (להלן, הערה 211), 527. ראה גם להלן, הערה 261.

204 ראה צלטנר, "הסימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין-שיכבתי" הפרקליט טז (1960) 300.

205 קשר זה התקיים גם באמצעות כמה פקודות מנדטוריות, שבהן נקבע כי יפורשו על-פי המשפט האנגלי. להוראות אלה ראה פרוקציה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי" עיוני משפט ג (1973) 112.

206 בצד הפעילות החקיקתית לניתוק הקשר עם המשפט האנגלי התקיימה פעילות שיפוטית באותו כיוון. כך, למשל, נפסק כי אין כוח מחייב לפסיקה אנגלית שניתנה לאחר קום המדינה. ראה ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225.

207 והם חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (סעיף 150); חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (סעיף 160); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (סעיף 24); חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (סעיף 24); חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (סעיף 10).

208 סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, הקובע: "אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה". ראה גם פרוקציה, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" עיוני משפט י (תשמ"ד) 145. ראה גם טרסקי (לעיל, הערה 197); לבונטין וגולדווטר (לעיל, הערה 201); זמיר (לעיל, הערה 197); טרסקי, "יסודות עסקיים" הפרקליט לה (1983) 5.

3. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980

השלמת חסר בחקיקה בישראל קבוצה בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980²⁰⁹. וזו לשון החוק²¹⁰:

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

הוראה זו קובעת את דרכי הכרעה של "שאלה משפטית הטעונה הכרעה". מהי שאלה זו, והאם היא כוללת בצד "חסר" גם שאלה פרשנית? בצדק ציין ד"ר גנז כי "שאלות של פרשנות הן שאלות משפטיות הטעונות הכרעה"²¹¹. האם נובע מכאן, כי חוק יסודות המשפט משתרע גם על פתרון של שאלות פרשניות? לדעתי, התשובה שלילית. חוק יסודות המשפט עוסק בהשלמת חסר ולא בפרשנות. הטעם לכך נעוץ בתכליתו של חוק יסודות המשפט. חוק זה נועד להחליף את סימן 46 לדבר המלך במועצתו. סימן זה לא עסק בפרשנות אלא בהשלמת חסר, והוא הדין בחוק יסודות המשפט. אמנם, "אחת ממטרותיו המרכזיות של חוק יסודות המשפט היא להגדיר את הוויקה בין שיטת המשפט הישראלית לבין המורשת של התרבות היהודית"²¹²; אך מטרה זו ממומשת בשני אפיקים שונים. באפיק האחד – בו דן חוק יסודות המשפט – מתממשת מטרה זו על-ידי הפיכתם של עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל לדין המשלים החסר. באפיק השני – בו דן חוק יסודות המשפט כלל לא דן – מתממשת מטרה זו באמצעות התפישת, כי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם חלק מעקרונות-היסוד של השיטה שלנו, ועל-כן משמשים לפרשנות החקיקה²¹³. ודוק: מקומם של עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל כחלק מעקרונות-היסוד של שיטתנו אינו מעוגן בחוק יסודות המשפט או בתפישתנו את עקרונות-היסוד שלנו ככוללים אותם. על-כן, אין עקרונות-היסוד מוגבלים רק

209 לניתוח חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ראה טדסקי, (לעיל, הערה 197); קשת, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" הפרקליט לג (1981) 611; דנציגר, "מחווה סימלית שנוקה רב מתולדותה" הפרקליט לג (1981) 619; פרוקציה, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" עיוני משפט י (1984) 145; קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות" עיוני משפט יא (1985) 117; אלון (להלן, הערה 233), 1537; אלון, "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227; בן-מנחם (לעיל, הערה 43), 237; ברק (לעיל, הערה 142), 265; כהן (לעיל, הערה 7), 285; שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 307; שילה (לעיל, הערה 43), 351; שרשבסקי, "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), 257; פלר (לעיל, הערה 135); א' ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת-ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; ויתקון, משפט ושיפורט (1988) 7.

210 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט.

211 ראה גנז, "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח (תשמ"ח) 509, 527. לדעה דומה ראה גם דויטש, "הפנייה למורשת ישראל מכוח 'חוק יסודות המשפט'" דברי הקונגרס העולמי היהודי למדעי היהדות (תש"ן) א, 238.

212 שם, שם.

213 ראה א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (1973) 5.

לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. על כל פנים, חוק יסודות המשפט כלל אינו עוסק באפיק השני (הפרשני). כל כולו מוגבל לאפיק הראשון (השלמת החסר). יחד עם זאת, יש להודות כי ניסוחו של הסעיף הוא לקוי. מן הראוי היה לקבוע בצורה ברורה כי החוק עוסק בחסר, כי החסר הוא בחקיקה וכי בהעדר הלכה פסוקה או מנהג, החסר יושלם על-ידי ההיקש ומורשת ישראל, המהווים שניהם את הדין המשלים. אף שהניסוח של החוק לקוי, הרי פירושו הראוי, על רקע תכליתו, מביא לתוצאה זו עצמה. בתוכנה הוראה זו מהווה פשרה בין שתי מגמות: האחת גרסה, כי יש לבטל את הדין המשלים הישן ולא לקבוע תחתיו כל דין משלים סטטוטורי. משמעות הדבר היתה השארת פיתוחו של הדין המשלים בידי בית-המשפט כפי שהדבר הוא בגרמניה ובצרפת. יש להניח, כי במקרה זה היה נקבע דין משלים הומוגני, שלפיו חסר בשיטתנו יתמלא על-ידי היקש, ובמקום שזה אינו אפשרי, על-ידי עקרונות-היסוד של השיטה²¹⁴. המגמה השנייה גרסה את ביטולו של הדין המשלים הישן והחלפתו בדין משלים סטטוטורי חדש, אשר יפנה אל המשפט העברי כמקור משלים. כפשרה בין שתי מגמות סותרות אלה נקבעה הוראה סטטוטורית (כמגמה השנייה) המפנה להיקש (כמגמה ראשונה) ולמורשת ישראל (כפשרה בין שתי המגמות). שתי המגמות הוגבלו אך להשלמת החסר, וכלל לא עסקו בפרשנות; על ההיסטוריה החקיקתית עמדתי במקום אחר²¹⁵. יש להניח, כי פרשנותו של חוק יסודות המשפט תעסיק אותנו רבות: ניסוחו אינו בהיר דיו, ורב בו הסתום. נעמוד בקצרה על היבטים מספר של החוק, ובעיקר על ההיקש, מזה, ועל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, מזה.

4. תנאים מוקדמים לתחולת הדין המשלים

חוק יסודות המשפט מעמיד שלושה תנאים מוקדמים לתחולת הדין המשלים. שלושת התנאים הם קיומה של שאלה משפטית הטעונה הכרעה, העדר תשובה לשאלה בדבר חקיקה והעדר תשובה לשאלה בהלכה הפסוקה (ועלינו להוסיף – במנהג). לא התקיים אחד מתנאים אלה, הפנייה לדין המשלים אסורה. כך, למשל, אם יש תשובה לשאלה המשפטית הטעונה הכרעה בדבר חקיקה, אין לפנות לדין המשלים. על-כן סבורים אנו, כי אין לפנות לדין המשלים במקום ששאלה משפטית מוכרעת על-פי מושג ערכי או כללי המצוי בחקיקה, שכן במצב דברים זה מצויה תשובה בדבר חקיקה. כמו-כן, אם קיים חסר בחקיקה אך מצויה תשובה לשאלה המשפטית הטעונה הכרעה בהלכה הפסוקה או במנהג, אין לפנות לדין המשלים. אכן, הדין המשלים חל רק כאשר קיים חסר במשפט. עם זאת, משקיים חסר, הפנייה לדין המשלים היא, כאמור, עניין שבחובה. אמת הדבר, לעתים עצם השאלה אם קיים חסר אם לאו היא שאלה קשה שבה יש לשופט שיקול-דעת. משהחליט השופט וקבע כי הוא ניצב בפני חסר, חובה מוטלת עליו לפנות לדין המשלים. הדבר שוב

214 ראה ברק (לעיל, הערה 213).

215 ראה נספח לרשימתי על חוק יסודות המשפט, ברק (לעיל, הערה 209), 280.

אינו נתון לשיקול-דעתו. זאת ועוד: חובה זו לפנות לדין המשלים משמעותה, כי על השופט לדלות את התשובה מהדין המשלים עצמו. אין הוא נועץ בדין המשלים ותו לא; חובתו לציית לו. חובת הפנייה לדין המשלים מוטלת על כל ערכאות השיפוט. אמנם, חוק יסודות המשפט מפנה את "בית-המשפט" לדין המשלים, וניתן לומר כי "בית-משפט" אינו כולל "בית-דין". לדעתי, יש לפרש את הדיבור "בית-משפט" בחוק יסודות המשפט ככולל בחובו גם "בית-דין" וכן כל ערכאת שיפוט אחרת. מן המפורסמות היא, כי לדיבור "בית-משפט" משמעויות שונות בהקשרים שונים. בהקשר של חוק יסודות המשפט יש ליתן לו את משמעותו הרחבה ביותר. הטעם לגישה זו נעוץ בצורך ליצור הרמוניה בשיטתנו. הדין המשלים מביא להשלמת החסר בחקיקה, וזו חלה על כל בתי-המשפט, בתי הדין ושאר ערכאות השיפוט. אין זה מתקבל על הדעת, כי "בתי-המשפט" ישלימו חסר בחקיקה על-פי דין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט; ואילו "בתי-דין" וערכאות-שיפוט אחרות לא יכירו בקיומו של חסר בחקיקה או ישלימו את החסר על-פי דין משלים אחר. הצורך להבטיח קוהרנטיות ותפישת כוללת ואחידה של המשפט מחייב – לדעתי – את החלתו של חוק יסודות המשפט על הערכאות השיפוטיות כולן. הדבר מתבקש אף מהפיקוח השיפוטי של בית-המשפט הגבוה לצדק על ערכאות-השיפוט כולן²¹⁶.

5. תנאים מוקדמים: "ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה"

(א) חסר וקשיי פרשנות

הדין המשלים יופעל רק אם בית-המשפט לא מצא תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בדבר חקיקה. "לא מצא לה תשובה" משמעותו, שביחס לאותה שאלה קיים חסר בשיטה. "לא מצא לה תשובה בדבר חקיקה" משמעו, שדבר החקיקה אינו שלם, באופן הנוגד את תכליתו. הקביעה אם דבר החקיקה חסר אם לאו היא קביעה הבאה רק לאחר שאותו דבר חקיקה פורש על-ידי בית-המשפט. קשיי פירוש אינם מפעילים את הדין המשלים. כמרכן אין הדין המשלים מופעל במקום שלשון הנורמה יוצרת חוסר-ודאות. הדין המשלים יחול רק לאחר שהתהליך הפרשני הסתיים, ובסיומו הגיע השופט למסקנה כי החקיקה חסרה, כלומר: שיש בה אי-שלמות הנוגדת את תכלית החקיקה. אכן, "לא מצא לה תשובה" אין משמעו שהתשובה קשה או שלשון החקיקה היא רב-משמעית או עמומה או מתפרשת באופנים שונים מכל סיבה אחרת. בכל המקרים האלה יש לפנות לכללי הפרשנות, אשר תפקידם ליתן לנורמה את משמעותה, ועל-פיה להכריע בבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. אכן, כאשר הנורמה המשפטית יוצרת חוסר-ודאות (כגון בשל

216 על-כן תחול הוראת הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט על בית-הדין לעבודה ועל בתי-הדין (המשפט) הצבאיים. היא תחול גם על בתי הדין בענייני המעמד האישי. כך למשל, בית-דין רבני אשר ייתקל בחסר בחוק, ישלים אותו על-פי הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט. בהקשר זה עשויה להתעורר השאלה, כאשר להשלמת חסר בדין הדתי עצמו. האם הוא ייעשה על-פי הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט או על-פי הדוגמטיקה של הדין הדתי. בעניין זה אין תחולה לחוק יסודות המשפט. הדין הדתי אינו "דבר חקיקה", והוראת חוק יסודות המשפט בדבר השלמת חסר אינן חלות עליו.

השימוש במונחים ערכיים), על הפרשן להסיר את חוסר-הוודאות על-ידי פירוש הנורמה. בסוף התהליך הפרשני, ולעתים תוך שימוש בשיקול-דעת שיפוטי-פרשני, יוסר חוסר-הוודאות ביחס לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. התוצאה המתקבלת תהא אפוא זו של פתרון הבעיה במסגרת פרשנות הנורמה המשפטית המתפרשת, בלא כל פנייה להשלמת חסר בה על-פי הדין המשלים. הכרה בחסר והשלמתו על-פי הדין המשלים תתרחש רק כאשר עם סיום התהליך הפרשני יתברר כי לנורמה אין תחולה (בין משום חסר גלוי המצוי בה ובין משום חסר נסתר הטמון בה).

(ב) "דבר חקיקה"

"דבר חקיקה" משמעו מקור "סטטוטורי", כלומר: נורמה הבאה מבית היוצר של המחוקק הראשי או על-פיו. דבר חקיקה כולל אפוא את החקיקה של הכנסת ואת חקיקת-המשנה. כמרכן כולל הדיבור "דבר חקיקה" את כל דברי החקיקה העות'מניים והמנדטוריים התקפים בישראל, ובהם דברי מלך ופקודות. כן נכללים בדיבור "דבר חקיקה" אותם חוקים עות'מניים ובריטיים אשר היו בתוקף בארץ-ישראל בתקופת המנדט ונשארו בתוקפם זה לאחר קום המדינה²¹⁷. שאלה היא, אם הדיבור "דבר חקיקה" כולל את ההלכות הפסוקות המפרשות דברי חקיקה. נראה לי, כי הדיבור "דבר חקיקה" משמעו המקור החקיקתי כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון²¹⁸. "הצורה בה מתגבש החוק סופית היא הצורה שהשופט נותן לו"²¹⁹ וכן "דין הוא דבר המחוקק כפי שנתפרש על-ידי השופט"²²⁰. ההכרעה בשאלת החסר נעשית רק לאחר שדבר החקיקה פורש, ולאור פירושו. איננו משקיפים על "דבר החקיקה" במערומו; אנו מעיינים בו כפי שהוא מופיע בפנינו לאור פרשנותו השיפוטית. על-כן, אין שופט — למעט שופט של בית-המשפט העליון — רשאי לומר: "אני מפרש את דבר החקיקה באופן פלוני, ועל-פיו קיים חסר בדבר החקיקה, הגם שבית-המשפט העליון פירש את דבר החקיקה באופן אלמוני ועל-פי פירוש זה לא קיים חסר בדבר החקיקה". החוק המחייב את הכול הוא החוק כפי שהתפרש על-ידי בית-המשפט העליון. חובת הציות של השופט לחוק כוללת בחובה גם את חובתו לציית לחוק הקובע כי הלכה פסוקה של בית-המשפט העליון מחייבת את השופט.

217 מחלוקת נפלה בין קשת (לעיל, הערה 209), 612 לבין פרוקציה (לעיל, הערה 209), 152 באשר לפירוש הביטוי "דבר חקיקה". רומה שהמחלוקת ביניהם מבוססת על אי-הבנה.

218 ראה ברק, (לעיל, הערה 142), 135; וכן אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" משפטים י (התשמ"ד) 233, 244.

219 ראה זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ז (תשל"א) 213.

220 ראה זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות" ספר יובל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 147, 156.

(ג) מונחים ערכיים בחקיקה

בחקיקה מרבים להשתמש במונחים ערכיים כמו מוסר²²¹ וצדק²²². כן משתמשים במונחים המשקפים מטרות חברתיות, כגון "תקנת הציבור"²²³ ודימוקרטיה²²⁴. לא פעם משתמש המחוקק בלשון המבטאת אמות מידה חברתיות, כגון סבירות²²⁵, התרשלות²²⁶ ותום-לב²²⁷. לשון זו, מטבעה, אינה כוללת פירוט של המצבים שעליהם תחול בעתיד²²⁸. הערכים, המטרות החברתיות ואמות-המידה מהווים נקודת-פתיחה לשיקול ולבחינה. עמד על כך פרופ' פאונר, באומרו²²⁹:

These principles do not attach any definite detailed legal result to any definite, detailed state of fact. They do not threaten any definite official action in case of any definitely described conduct. They do not provide any patterns for definite situations. They are starting points from which to proceed according to the received technique.

על אותו רעיון חזר פרופ' רוז, באומרו²³⁰:

Principles... do not stipulate what considerations should be acted on. They merely specify the type of considerations which may be taken into account and leave the rest to the officials or the courts addressed by the principles. Rather than negating discretion, they presuppose its existence and guide it. What is 'unjust' or 'for the general good' is a matter of opinion and the courts or officials concerned are instructed by law to act on their own view. The law does not impose its own views of justice or the common good. Rather it leaves the matter to the discretion of the courts or the officials.

- 221 ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: "חזה שכריתתו, תכנו או מטרותו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".
- 222 סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מסמך את בית-המשפט לפטור מחובת השבה בחוזה בלתי-חוקי, "אם ראה שמן הצדק לעשות כן". ראה גם סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, הקובע, כי "על אף קיומה של עילת פיגור רשאי בית-המשפט לסרב לחת פסק דין של פיגור אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהא זה צודק להתרו".
- 223 ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
- 224 ראה סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.
- 225 ראה, למשל, מבחן הסכירות המופיע פעמים מספר בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (כגון סעיפים 7, 18, 20, 21, 29, 35, 41 ו-42).
- 226 ראה סעיף 35 לפקודת הנויקין (נוסח חדש).
- 227 ראה סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
- 228 על מקומם של ערכים, מטרות חברתיות ואמות-מידה במשפט ראה ברק, (לעיל, הערה 142), 78.
- 229 ראה Pound, "Discretion, Dispensation and Mitigation - The Problem of the Individual Case" 35 N. Y. U. L. Rev. (1960) 925.
- 230 ראה Raz, "Legal Principle and the Limits of Law" 81 Yale L. J. (1972) 823, 847.

האם השימוש במונחים ערכיים אלה יוצר חסר בדבר חקיקה, המפנה את השופט לפעילות שיפוטית שעניינה מילוי החסר, או שמא השימוש במונחים ערכיים אינו מצביע על חסר, ועל השופט ליתן תוכן קונקרטי לערכי הנורמה תוך פעילותו הפרשנית? אם התשובה היא כי לפנינו חסר, על השופט לעזור את המדרגה הפרשנית ועליו לפנות לדין המשלים שעל-פיו מתמלא חסר בשיטתו. בישראל הוא יופנה להיקש ולעקרונות מורשת-ישראל. לעומת זאת, אם אין לפנינו חסר אלא פעילות פרשנית, על השופט ליתן משמעות לביטויים הערכיים על-פי העקרונות שעל-פיהם הוא מפרש כל טקסט משפטי אחר. אין הוא מופנה להיקש ואין הוא מקבל תשובות מתוך "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל".

(ד) מונחים ערכיים יוצרים חסר

קיימת מחלוקת לגבי שאלת מיקומם של ערכים בפעילות השיפוטית. יש הסבורים, כי השימוש במונחים ערכיים מוליד חסר, אשר יש למלאו בדרכים המקובלות למילוי חסר בשיטה. זו כנראה השקפתם של כמה חכמי-משפט בשווייץ²³¹. פרופ' רו אף הוא נוקט עמדה זו²³². לדעתו, קיים חסר (Gap) בשיטה כאשר לשאלה משפטית אין תשובה מלאה (complete answer). כאשר החוק נזקק למונחים ערכיים, אין תשובה מלאה בשיטה, שכן התשובה מותנית בשיקול-דעת שיפוטי. במינוחו של פרופ' רו אלה הם מקרים "בלתי-מוסדרים" (unregulated) המצביעים על חסר בשיטה. לאותה תוצאה הגיע השופט אלון ברשימה ארוכה של פסקי-דין²³³. אומר השופט אלון²³⁴:

כבר נפסק לא אחת, מפייהם של מספר שופטים בבית משפט זה, כי מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות — כגון המושגים: צדק, תום-לב, תקנת-הציבור וכיוצא באלה, המצויים במערכת המשפטית בישראל — צריך שיתפרשו על-פי השקפות היסוד, המושרשות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי. מושגים ערכיים אלה, שפרט לכינויים אינם מפנים לתוכן סובסטנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת תוכן בהם היא בבחינת מילוי 'שטח ריק', במיוחד לאור האמור בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט הנ"ל,

231 ראה מאיר-היום (לעיל, הערה 27), 265. המחבר מציין, כי אין הסכמה בשאלה אם סוג זה של לאקונות — המכונות על-ידו *Lücke intra legem* — הוא בגדר לאקונות כלל וכי ניתן לראות בסוג זה של חסר כחלק מהפעילות הפרשנית (שם, עמ' 262). המחבר מוסיף ומציין, כי סעיף 1(2) לקודקס האזרחי השווייצרי, העוסק בהשלמת לאקונה, אינו דן בהשלמת חסר *intra legem* (שם, עמ' 157). בכך מודה המחבר, בעיקרו של דבר, כי מתן תוכן למונחים ערכיים אינה פעילות של השלמת חסר.

232 ראה רו (לעיל, הערה 46), 72.

233 ד"ר 13/80 הנדלס נ' קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785; ד"ר 40/80 (לעיל, הערה 141); ע"א 391/80 לסרטון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 237; כג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826; ע"כ 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225; כ"ש 15/86 מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ (1) 706; ע"פ 877/84 גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (4) 169; כג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1.

234 ד"ר 13/80 (לעיל, הערה 231), 793.

שמפנה במפורש לעקרונות ערכיים אלה; אשר עלי-כן, דרך הפרשנות האמורה, שנקוטה היא בידי שופטים אלה, הריהי מעתה בבחינת מילוי לאקונה ולא עניין של פרשנות בלבד, על כל המשתמע מכך.

ועל עמדה זו חזר בספרו וכרשימה מפרי-עטו²³⁵. לדעתו, "דין מושגים משפטיים ערכיים אלה כדין לאקונה, שהרי פרט לאותיות שמהן מורכבת המלה אין ללמוד מהמלה-מושג דבר כלשהו על תוכנו".

(ה) מונחים ערכיים אינם יוצרים חסר

יש הסבורים, כי שימוש במונחים ערכיים בחקיקה אינו מעורר שאלה של חסר בשיטה. עניין הוא לפרשנות דבר החקיקה, והפעילות השיפוטית מתבצעת כל-כולה במסגרת הפרשנות, ובה לבד. זו העמדה המקובלת על רוב הסופרים הגרמניים²³⁶. בספרו על לאקונות במשפט, מקריש קנריס לשאלה זו פרק מיוחד²³⁷. לדעתו, כאשר החוק משתמש במונחים ערכיים, אין לומר כלל כי הוא חסר. אין לפנינו אי-שלימות הנוגדת את התכנון החקיקתי. נהפוך הוא: המחוקק נזקק בכוונה למונחים ערכיים, תוך שביקש ליתן גמישות להסדר המשפטי, לשם התאמתו לצורכי החיים המשתנים ולצרכים האינדיבידואליים. גישה זו נראית אף לי כנכונה²³⁸. השימוש במונחים ערכיים אינו יוצר חסר הנוגד את התכלית. לפנינו מושג ערכי המתבקש מהתכנון החקיקתי. אמת הדבר, המושג הערכי הוא סתום, ואין ללמוד מתוכו בלבד אודות היקף התפרסותו; אך בכך אין כדי לגבש חסר. ברוב המקרים אין לדעת מלשון החוק בלבד מהו תחום התפרשותה של ההוראה החקיקה. הלשון הערכית, כמו כל לשון של טקסט משפטי, צריכה פירוש. תפקידו של הפרשן הוא ליתן ללשון החוק, לרבות הלשון הערכית, את משמעותה המשפטית, ואת זאת יעשה על רקע תכלית החקיקה. עמדתי על כך בפרשה אחת, באומרי²³⁹:

- 235 מ' אלון, המשפט העברי (מהד' שלישיית, תשמ"ח) 1571; אלון, "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227, 241.
236 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 141;
237 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 26.
238 ראה ברק, (לעיל, הערה 209). ראה בעיקר ד"ר 13/80 (לעיל, הערה 231), 797; ד"ר 40/80 (לעיל, הערה 141), 725.

חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, דהיינו, יצירת דין חדש, מקום שהדין הקיים שותק, ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי, ואילו אנו עניין לנו בפירוש נורמה משפטית, דהיינו, בגבולותיה של הוראה, הנותנת תשובה לשאלה, ועלי-כן אין כל תחולה לחוק יסודות המשפט.

עמדתי שונה מגישתו של דר. לדעתי, דר אינו רגיש דיו למובנים השונים של שתיקת החוק. הוא אינו מבחין דיו בין שתיקה שהיא הסדר שלילי, לבין שתיקה היוצרת חסר. לא כל שתיקה נשלטת על-ידי "עיקרון שלילי כללי". איני סבור כי גישתו של דר למושג החסר נדרשת מתפישת פוזיטיביסטית של המשפט. גישתי-שלי למושג החסר מתייבשת יפה עם תפישת משפט פוזיטיביסטית. גישתו של דר אינה תואמת את משמעות החסר בחוק יסודות המשפט. כך, למשל, כלל הוא כי שופט אינו מוסמך להשלים חסר בעבירות פליליות – וביתר דיוק, אין בהן חסר או הסדר שלילי. כלום יעלה על הדעת לטעון, בעקבות דר, כי שופט אינו מוסמך לפרש ביוטיים ערכיים בחקיקה פלילית? אכן, דר משתמש במונח חסר (gap) במשמעות שונה מזו שאנו עוסקים בה, בהקשר של דין משלים הממלא חסר בחקיקה הישראלית על-פי חוק יסודות המשפט.

- 239 ראה ד"ר 13/80 (לעיל, הערה 231), 797.

מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון 'צדק', 'תום לב', 'תקנת-הציבור' וכיוצא בהם מושגים 'ערכיים', תפקידו של בית-המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על-פי מטרתו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני 'שטח ריק' (לאקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה, החלה בעניין.

אמת הדבר, במתן פירוש ללשון הערכית בדרך-כלל יש לשופט שיקול-דעת פרשני. דא עקא, שמתן שיקול-דעת לפרשן אינו שולל את המפעל הפרשני ואינו מעביר את השופט למדרגה של מילוי חסר בשיטה. זאת ועוד: מקובל עלי, כי במתן תוכן למונחים "ערכיים" על השופט לפנות לתפישות-היסוד של החברה ולערכיה הבסיסיים. עליו לשאוב מערכי-הרוח של השיטה ומ"האני מאמין" שלה. אך כל אלה אינם יוצרים "חסר" (לאקונה) וכל אלה אינם מאפשרים פנייה לדין המשלים של השיטה. אמת הדבר, במסגרת ערכיה הבסיסיים של שיטתנו מצויים גם ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל²⁴⁰. הפנייה אליה תעשה, על-כן, במסגרת הפנייה הפרשנית לערכי-היסוד של השיטה, ולא כאל הדין המשלים של משפטנו. אכן, כל עוד השופט יכול למצוא פתרון לבעיה הטעונה הכרעה בדרך הפרשנות, אין הוא נזקק למילוי חסר²⁴¹. רק כאשר לאחר מעשה הפרשנות נותר חסר הנוגד את התכלית, יש מקום להיזקק למילוי החסר. לדעתי, טעותם של בעלי הדעה הנוגדת נעוצה בכך, שהם מזהים קיומו של שיקול-דעת פרשני – במתן מובן למונחים ערכיים – עם קיומם של חסר. שני אלה אינם היינו הך. שיקול-דעת הוא מיסוד הפרשנות, ואין בקיומו כדי לשלול את המפעל הפרשני. רק כאשר המפעל הפרשני הסתיים והחסר נותר בעינו, יש מקום למילוי החסר על-פי הקריטריונים הקבועים בשיטה לשם כך. כל עוד ניתן לפתור את הבעיה המשפטית בדרך פרשנית, כלל אין לדבר על חסר. עמד על כך כהן, באומרו²⁴²:

'דבר חקיקה' כמשמעותו בחוק יסודות המשפט הוא, כאמור, חיקוק כפי שנתפרש, והפרשנות שמילאה את החסר כאילו נבלעה בדבר החקיקה ונכללה בו. דבר חקיקה יוצא מתחת ידי מחוקקו כחומר גלמי שבית-משפט מפיה בו רוח-חיים בדרך הפרשנות; הדברים גלויים וידועים והם אמורים לא רק כשלשון החוק היא סתומה או לוקה בחסר, אלא אף כשלכאורה לשונו ברורה היא וחד-משמעית. בפרשו דבר-חקיקה, אין השופט מוסיף על החיקוק ולא כלום ואין הוא גורע ממנו; הוא רק עושה אותו לבר-ביצוע, אם לענין פלוני

240 ראה ברק (לעיל, הערה 209).

241 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 89: "יש להודות במציאותו של ליקוי – כלומר באי-שלימותה של הנורמה – רק במקרה שיישאר ליקוי אף לאחר שמצאה המפרש את כל אמצעי הפרשנות המותרים לו לשם התחקות אחר משמעותה של הנורמה. קיימים ליקויים כאשר לשון החוק אינה מספיקה להקניית הנראות מסוימות, אף לאחר שכיון המפרש כלפיה את כל מכשירי הפרשנות המותרים לו".

242 דאה כהן (לעיל, הערה 7), 292.

ואם בכלל, וכל עוד נתמלא חסר בחוק בדרך הפרשנות, אין נפקא מינה אם הפרשנות היא מילולית או הגיונית, קפידה או נדיבה, שמרנית או חדשנית, יהיו אשר יהיו טיבה ומידתה, לעולם אין בה אלא כדי להעמיד דבר החקיקה על תילו.

מונחים ערכיים בחקיקה אינם מצביעים על חסר. את המונח הערכי חייב השופט לפרש על-פי כללי הפרשנות המקובלים עליו, כפי שציין פרופ' שילה²⁴³:

המחוקק היה ער לבעיה הנדונה והעדיף להעניק לשופט שיקול-דעת ולא לקבוע כללים נוקשים בנושא. מקובלת עלי גישה זו, שכן לדעתי אין מקום לשימוש בחוק יסודות המשפט כשמדובר בסעיפי שיקול-הדעת הרבים, המפוזרים בחוקים שונים ומגוונים.

כך הוא אם החוק מעניק במפורש שיקול-דעת לשופט. לא יעלה על הדעת לטעון, כי הוראת חוק המעניקה במפורש שיקול-דעת לשופט יוצרת מאליה חסר המפנה את השופט לדין המשלים²⁴⁴. הוא-הדין אם שיקול הדעת מוענק לשופט על-פי דיני-הפרשנות. אמת, שההבחנה בין פרשנות לבין מילוי חסר אינה קלה, וקיימים מקרי-גבול קשים. עם זאת ההבחנה קיימת, ומן הראוי להכיר בה, בעיקר במקום שהקריטריונים לפרשנות והקריטריונים למילוי החסר שונים הם. בהקשר זה אמר פרופ' פרידמן²⁴⁵:

It is not always easy to distinguish between interpretation of a statute and the filling of a *lacuna*. The question arises, for example, with regard to general concepts which the legislator has left undefined, such as 'bona fides', 'justice', 'negligence', 'fault', or 'public policy'. Use of broad, general terms differs, however, from the problem of *lacuna* caused by the legislator's failure to address himself to a particular subject. In the latter case, there is a preliminary question, that is, whether the legislator's silence is to be construed as a negative arrangement (where the principle of general freedom applies) or as a *lacuna* to be filled. This question does not arise where the legislator has established a statutory provision based on a broad concept. There the legislator has clearly indicated that some positive legal norm is to apply, except that the limits of the legal rule and, on occasion, the exact determination of its content are left to the courts. . . The distinction would, of course, have significance if the court were requested to apply different

243 ראה שילה, (לעיל, הערה 43), 358.

244 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 153.

245 ראה פרידמן (לעיל, הערה 40), 363.

rules, e.g., to turn to some foreign legal system in order to fill a *lacuna* and to proceed differently for the purpose of construction.

אמת הדבר, ביטויים ערכיים יוצרים לעתים חוסר-ודאות. אין בכך בלבד כדי ליצור חסר: את חוסר-הודאות שבביטוי הערכי יסירו דיני-הפרשנות. אכן, אילו גרסנו כי ביטויים ערכיים יוצרים חסר המחייב השלמה על-פי הדין המשלים, היינו עומדים בפני מצב קשה במקום שהביטוי הערכי מופיע בנורמה פלילית היוצרת עבירה. כיצד היינו נותנים תוכן לביטוי זה, לאור איסור ההשלמה? זאת ועוד: אם ביטוי "ערכי" (כגון צדק ומוסר) יוצר חסר המחייב השלמה, האם כל ביטוי "עמום" (כגון סבירות, טובת הקטין, עכב, צפוי) יוצר חסר המחייב השלמה? דומה, שאם בראשונים נראה כמקרי חסר יש לראות גם באחרונים מקרים של חסר. גישה זו תהפוך את המשפט על פניו, ובמקום לראות בו רשת צפופה של הסדרים ובהם "חורים", היא תראה במשפט סדרה צפופה של חורים וביניהם רשת מקשרת דקיקה. גישה זו שגויה היא.

6. תנאים מוקדמים: "ולא מצא לה תשובה... בהלכה פסוקה"

(א) "הלכה פסוקה" ובעיותיה

בעיה משפטית הטעונה הכרעה וקיים לגביה חסר בחוק, אך נמצאה לה תשובה בהלכה הפסוקה, אין לגביה חסר במשפט. באין חסר במשפט, אין תחולה לדין המשלים. גדר הספקות הוא, מה משמעותו של הדיבור "הלכה פסוקה"? לשאלה זו כמה היבטים²⁴⁶: האחד מתמקד בבית-המשפט שפסק-דינו מהווה "הלכה פסוקה". האם "הלכה פסוקה" היא הלכתו של כל בית-משפט הפוסק בסכסוך או שמא הלכתו של בית-המשפט העליון בלבד? ההיבט השני בוחן את המקור המשפטי שבו פועלת ההלכה הפסוקה. האם "הלכה פסוקה" היא כל הלכה פסוקה — זו המפרשת דבר חקיקה, זו היוצרת "משפט מקובל נוסח ישראל" וזו הנגזרת מהדין המשלים עצמו — או שמא "הלכה פסוקה" היא אך הלכה המפרשת דברי חקיקה, או אך זו היוצרת "משפט מקובל נוסח ישראל" והנגזרת מהדין המשלים. ההיבט השלישי מתרכז ביחס שבין "הלכה פסוקה" לבין המשפט שנקלט על-פי הדין המשלים הישן. האם "הלכה פסוקה" משתרעת, בין השאר, על כל הדין הישן שנקלט, או שמא רק חלקים ממנו הם בגדר "הלכה פסוקה"? ההיבט הרביעי פונה אל פסק-הדין עצמו. האם "הלכה פסוקה" היא כל הלכה הנפסקת בפסק-הדין או שמא "הלכה פסוקה" היא רק טעם-ההחלטה (ה-*ratio decidendi*), להבדיל מאמרת-האגב (ה-*obiter dicta*)? ההיבט החמישי מבקש לבדוק את היחס בין חוק יסודות המשפט לבין הלכת התקדים המחייב. משנפסקה הלכה על-פי הדין המשלים ומילאה את החסר, האם חל על הלכה זו עקרון התקדים המחייב? האם רשאי בית-המשפט העליון לסטות מהלכה הממלאת חסר בשיטה? ההיבט השישי

246 ראה קשת (לעיל, הערה 209), 613; טדסקי (לעיל, הערה 197); פרוקצ'יה (לעיל, הערה 209), 147; ברק (לעיל, הערה 142), 135.

מפנה את מבטיו ליחס בין "הלכה פסוקה" הממלאת חסר, לבין "הלכה פסוקה" המפתחת את המשפט הישראלי. האם רשאי בית-המשפט לפתח את המשפט מעבר לפירוש החוק ולמילוי חסר בו או שמא צמצם חוק יסודות המשפט את היקף הפעילות השיפוטית והעמידה על פרשנות וגילוי חסר בלבד? שאלות אלה אינן פשוטות. הן יורדות לשורש מבנה השיטה ומקורותיה. אין להן תשובה ברורה כחוק יסודות המשפט. פתרון צריך להימצא בפירושו של חוק יסודות המשפט על רקע תכליתו. תכליתו של חוק יסודות המשפט היתה כפולה: ראשית, ביטולו של הדין המשלים שנקבע בסעיף 46 לדבר המלך מ-1922, שלפיו חסר בחקיקה העות'מנית והמנדטורית יושלם על-ידי המשפט המקובל ודיני-היורש האנגליים. שנית, קביעת דין משלים מקורי ועצמאי, שיש בו פשרה בין מגמות סותרות. פשרה זו ביקשה לקבוע דין משלים הומוגני, כמקובל ברבות מהמדינות הקונטיננטליות (ההיקש), לצדו של דין משלים הטרוגני, המפנה לכמה ערכים כלליים המעוגנים במורשת התרבותית-רוחנית שלנו (מורשת-ישראל).

(ב) "הלכה פסוקה" ומקורות המשפט

חוק יסודות המשפט לא בא לשנות מהמבנה הבסיסי של שיטת-המשפט עצמה. תכליתו לא היתה לערוך שידוד-מערכות במקורות המשפט בישראל. החוק ביקש לשמור על מבנה המקורות הקיים, תוך שינוי בדין המשלים. מאז הפכה ארץ-ישראל למנדט בריטי הפכה שיטת המשפט לשיטה מעורבת, שלא השתנתה גם עם קום המדינה. המיוחד אותנו, בין השאר, הוא המזיגה בין תפישות הנהוגות במשפט המקובל לבין תפישות הנהוגות במשפט האזרחי. מהמשפט המקובל קלטנו את התפיסה הבסיסית, כי הלכה פסוקה היא מקור משפטי-פורמלי. בפסק-דינו יוצר בית-המשפט דין הלכתי, אשר אינו מהווה אך פירוש של דבר חקיקה. הוא עומד על רגליו-הוא ומחייב את כל בתי-המשפט, ועמם – את הציבור כולו. מאז נחקק חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957,²⁴⁷ רוכזה גישה זו: בית-המשפט העליון אינו מחייב את עצמו, והוא רשאי לסטות מפסיקתו-שלו. מעבר לכך, תפישת-היסוד נשארה בעינה. פסק-דינו של בית-המשפט העליון מחייב כל בית-משפט אחר, ההלכה הפסוקה על-ידו מחייבת מכוחה הפנימי – שהוכר בסעיף 20 לחוק יסוד השפיטה – ולא כגזירה מדבר חקיקה שאותו היא מפרשת. מהמשפט האזרחי קלטנו את מרכזיותה של החקיקה כמקור משפטי. חוק יסודות המשפט ממשיך במסורת זו. אין הוא בא לשנות את אופיה של שיטתנו כשיטה מעורבת, נהפוך הוא: חוק יסודות המשפט חיזק את מעמדנו כשיטת-משפט מעורבת. מחד גיסא, חיזק החוק את ההיבט של "המשפט המקובל" בכך שהכיר פורמלית בהלכה הפסוקה כמקור למשפט. מאידך גיסא, הוא חיזק את ההיבט של "המשפט האזרחי" בכך שהכיר בכוחה של החקיקה להקרין מתוכה, באמצעות הדין המשלים, פתרונות למקרים שאינם מכוסים על-ידה. אכן, חוק יסודות המשפט גיבש והצהיר על המגמה הקיימת, שלפיה יש לראות בהלכה הפסוקה מקור משפטי עצמאי. עם זאת, הוא חיזק את

247 סעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. הוראה זו בוטלה והוחקה מחדש בסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה.

המגמה הרואה בדבר החקיקה מקור מרכזי המקרין מכוחו גם מעבר למסגרתו. חוק יסודות המשפט לא שינה את אופיה הבסיסי של שיטתנו. היינו לפניו, והננו כיתר שאת כיום, שיטת-משפט מעורבת.

(ג) "הלכה פסוקה" בשיטה מעורבת

חוק יסודות המשפט מכיר ב"הלכה פסוקה" כמקור עצמאי למשפט. ציינתי, כי בכך הצהיר על המצב שהתקיים בטרם הוחק. ישאל השואל: כיצד זה הוכרה ההלכה הפסוקה כמקור עצמאי בטרם הוחק חוק יסודות המשפט? האם היה בעניין זה חסר שהצדיק את קליטת המשפט האנגלי, ואם לא – כיצד זה הפכה ההלכה הפסוקה למקור משפטי עצמאי העומד על רגליו-הוא? שאלה זו יפה היא. לדעתי, אין לראות בתהליך שהתרחש בתקופת-המנדט ועם תחילת קום המדינה, משום מילוי חסר בשיטה. אי-הכרה סטטוטורית בהלכה הפסוקה כמקור משפטי אינה חסר הדורש השלמה. נראה לי, כי ההתפתחות המשפטית, שהביאה להכרה בהלכה הפסוקה כמקור משפטי עצמאי, היא עמוקה הרבה יותר. היא פרי התפתחות פוליטית-חברתית-משפטית. הקשר המדיני של ארץ-ישראל עם אנגליה הפך אותה במשך השנים לשיטת-משפט שבה קיימים יסודות אנגליים חזקים ובמרכזם העיקרון של קיום משפט מקובל פרי ההלכה הפסוקה. ביטוי לכך ניתן בפסיקתו של בית-המשפט העליון עם קום המדינה, שהכיר בתחולתו של עקרון התקדים המחייב²⁴⁸, וזאת ללא כל הוראה חקוקה ובלא שניתן לומר כי העדר הוראה מהווה חסר. ההכרה בעקרון התקדים המחייב שיקפה את ההכרה החברתית-משפטית הפנימית, כי חלים בשיטתנו זרמים משפטיים חזקים שמקורם בהלך המחשבה האנגלי. זרמים אלה הם האחראים לקיום "המשפט המקובל נוסח ישראל". חוק יסודות המשפט חיזק מגמה זו. הוא קבע במפורש, אם גם בדרך אינצידנטלית²⁴⁹, כי "הלכה פסוקה" היא מקור משפטי עצמאי. יחד עם זאת, חוק יסודות המשפט לא ביצע כל מהפכה. הוא לא הגביר את המגמות של "משפט מקובל" בישראל. נהפוך הוא: הוא חיזק מגמות "אזרחיות" בכך שקבע, כי בית-משפט מוסמך להשלים חסר בחקיקה, כמקובל במדינות הקונטיננטליות. על רקע תפישה זו של חוק יסודות המשפט, תכליתו ופועלו, ניתן לגשת לבחינתן של השאלות הקשות הקשורות בפירוש הביטוי "הלכה פסוקה".

(ד) חסר ב"הלכה פסוקה"

"הלכה פסוקה" מהווה מקור משפטי עצמאי בשיטתנו המשפטית. על רקע זה קמה ועומדת השאלה, מה דין חסר ב"הלכה פסוקה". האם על חסר זה חל חוק יסודות המשפט ועל-כן הוא מתמלא על-פי הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט או שמא חוק יסודות המשפט חל רק על חסר ב"דבר חקיקה"; ואילו

248 ראה בג"צ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ח 494; בג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים, פ"ד ט 617; טרסקי, "על הלכת התקדים המחייב" מחקרים במשפט ארצני (מהדורה שנייה מורחבת, חשי"ט) 92.

249 כמו דרכו האינצידנטלית בקביעת ההיקש כחלק מהדין המשלים.

חסר בהלכה הפסוקה בא על פתרונו, בצד פיתוח המשפט, על-ידי כלליה הפנימיים של ההלכה הפסוקה? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. קיים קושי בהבחנה בין חסר לבין פיתוח המשפט לעניין ההלכה הפסוקה. קושי זה מקורו בכך שבמשפט האנגלואמריקני, אשר בשיטתו ההלכה הפסוקה מהווה מקור משפט, לא נעשתה כל הבחנה בין חסר לבין פיתוח המשפט. האם עלינו, כשיטת-משפט מעורבת, ליצור הבחנה, שהמשפט האנגלואמריקני עצמו לא עמד עליה? הנוכל לחדש בתחום עדין זה? נראה לי, כי בסופו של דבר, התשובה צריכה להימצא בחוק יסודות המשפט עצמו. אם פירושו של חוק זה מחייב הבחנה בין חסר בהלכה הפסוקה (המתמלא על-פי הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט) לבין פיתוח ההלכה הפסוקה (המתקיים על-פי קריטריונים שמחוץ לחוק יסודות המשפט), יהא עלינו לכבד את קביעתו זו של החוק. מה קובע אפוא חוק יסודות המשפט? לשונו של החוק — "ראה בית-המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה" — היא רחבה. נקבע בחוק, כי חסר שלא מצא פתרונו בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה מתמלא על-פי הדין המשלים שבמשפטנו. לכאורה חסר יכול שיהא בכל נורמה משפטית, בין אם היא חקוקה בין אם היא מנהגית ובין אם היא הלכתית. לדעתי, עיון מקרוב מצביע על כך, שאין ליתן לחוק יסודות המשפט משמעות רחבה זו.

ראשית, יש להדגיש כי חוק יסודות המשפט אינו קובע במפורש כי החסר יכול שיהא בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה. חוק יסודות המשפט קובע רק, כי חסר שלא מצא פתרונו בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה, יתמלא על-פי הדין המשלים שבשיטתו. אכן, זהו גם הדין הקונטיננטלי, הקובע כי חסר בחוק יתמלא על-ידי הדין המשלים רק אם אין מקור אחר (כגון מנהג), שבו ניתן למצוא תשובה לבעיה המתעוררת. בהזכירו את ההלכה הפסוקה לא בא חוק יסודות המשפט אלא להצביע על כך שההלכה הפסוקה היא מקור משפטי עצמאי, שבכוחו להשלים חסר במשפט. חוק יסודות המשפט אינו קובע, כי חסר יכול שיהיה בהלכה הפסוקה עצמה. אכן, בשאלה זו אין לשונו של החוק נוקטת כל עמדה. שנית, אין לפרש את חוק יסודות המשפט בקובע, שכל שאלה משפטית הטעונה הכרעה, אשר אין לה תשובה בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה, מפעילה את הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט. כבר ציינו, כי כעיה פרשנית אינה נתפרת על-ידי חוק יסודות המשפט. יתירה מזאת: לא כל חסר בא על תיקונו בחוק יסודות המשפט. טול, למשל, חסר בצוואה או בחוזה שבין הצדדים. חסר זה בוודאי יוצר שאלה משפטית הטעונה הכרעה. דומה שהכול יסכימו כי חסר זה אינו מתמלא על-פי הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט. אכן, חוק יסודות המשפט אינו חל על כל חסר בכל נורמה. שלישית, חוק יסודות המשפט נועד להביא לביטולו של הדין המשלים הישן, שנקבע בסימן 46 לדבר המלך במועצתו, ולהחליפו בדין משלים חדש. זו היתה תכליתו של חוק יסודות המשפט, ועל רקע תכלית זו יש לפרש את הוראותיו. דומה שאין מחלוקת, כי סימן 46 לדבר המלך במועצתו עסק בהשלמת חסר בחקיקה (העות'מנית והמנדטורית) בלבד. סימן 46 לא עסק כלל בהשלמת

חסר ב"הלכה פסוקה"²⁵⁰, הוא-הדין בחוק יסודות המשפט. כל תכליתו לא היתה אלא לקבוע, כי לא המשפט המקובל ודיני-היושר האנגליים הם שישלימו חסר בחקיקה, אלא ההיקש ומורשת-ישראל. אכן, הגשמתה של תכלית ברורה זו לא היתה גורמת כל קושי, לולא הוזכרה בחוק יסודות המשפט ה"הלכה פסוקה". אזכור זה לא בא ליצור אובייקט נוסף (בצד החקיקה) לחסר. אזכור זה בא להכיר בהלכה הפסוקה כמקור משפטי אשר בכוחו להשלים חסר בחקיקה, וזאת לאור אופיה של ההלכה הפסוקה כמקור משפט עצמאי בישראל. ואם תישאל השאלה, כיצד יושלם החסר בהלכה הפסוקה בישראל, הרי התשובה היא, כי הדבר ייעשה בצוותא חדא עם פיתוח המשפט, על יסוד עקרונות כללים של המשפט, כגון עקרונות של שוויון, הגינות, יושר, צדק וסבירות. אכן, אזכורה של "ההלכה פסוקה" בחוק יסודות המשפט אינו מוצלח. עם זאת, אזכור זה חיוני בשיטת-משפט שבה ההלכה הפסוקה היא מקור למשפט. בשיטת-משפט אשר כזו, שבה ההלכה הפסוקה היא מקור משפטי עצמאי, אין מקום לפנות, להשלמת חסר בחקיקה, להיקש ולמורשת ישראל, בטרם נבחן אם לבעיה הטעונה הכרעה אין פתרון בהלכה הפסוקה. ודוק: ההלכה הפסוקה אינה משלימה את החסר בחקיקה. אין היא סותמת את החור שבקיר החקיקה. עם זאת, ההלכה הפסוקה – ועל כך יש להוסיף גם את המנהג – נותנת פתרון לבעיה הטעונה הכרעה ושלגביה קיים חסר בחקיקה. אכן, החסר בחקיקה לא הושלם (באופן הלכתי), והרי הוא ממשיך להתקיים. עם זאת, הבעיה הטעונה הכרעה נפתרה, ושוב אין צורך לפנות להיקש ולמורשת-ישראל. מצב דברים זה מעורר את השאלה הבאה: משנמצא חסר בחקיקה ולא נמצאה הלכה פסוקה (או מנהג) הפותרת את הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, כיצד יושלם החסר? על-ידי הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט (היקש ומורשת-ישראל) או על-ידי פיתוח ההלכה הפסוקה על-פי מבחניה-היא. שאלה זו אינה מתעוררת כלל במשפט הקונטיננטלי, שכן ההלכה הפסוקה אינה מהווה מקור משפטי וממילא ברור כי השופט חייב להשלים את החסר בחקיקה על-ידי פנייה לדין המשלים. לעומת זאת, שאלה זו מתעוררת בישראל, שבה ההלכה הפסוקה מהווה מקור משפטי. האם שופט רשאי לפתח את ההלכה הפסוקה ("משפט מקובל נוסח ישראל") ולמצוא בה תשובה לבעייתו או שמא עליו לפנות לדין המשלים שבשיטתו? ושוב: אילו הבעיה

250 על-פי ניסוחו, סימן 46 לדבר המלך קובע דין משלים להשלמת חסר בחקיקה העות'מנית או המנדטורית, ולא בהלכה הפסוקה. וזה לשונו של סימן 46 לדבר המלך:

The jurisdiction of the civil courts shall be exercised in conformity with the Ottoman Law in Force in Palestine on 1st November, 1914, and such later Ottoman Laws as have been or may be declared to be in force by Public Notice and such Orders in Council, Ordinances and Regulations as are in Force in Palestine at the date of the commencement of this Order, or may hereafter be applied or enacted; and subject thereto, and so far as the same shall not extend or apply, shall be exercised in conformity with the substance of the common law, and the doctrines of equity.

דומה, שגם פרופ' טרסקי סבור כי סימן 46 לדבר המלך קובע הוראות באשר להשלמת חסר בחקיקה בלבד. ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 146.

המשפטית הטעונה הכרעה כבר מצאה את תשובתה בהלכה הפסוקה (או במנהג), ברור הוא שאין מקום לפנות לדין המשלים. אך במקום שההלכה הפסוקה אף היא אינה נותנת תשובה לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, והעדר תשובה בשיטה המשפטית נתפש כחסר בחקיקה, הרשאי שופט להימנע מהפעלת הדין המשלים והרשאי הוא לפנות לפיתוח המשפט? לדעתי, התשובה היא, כי על השופט להשלים את החסר בחקיקה על-ידי פנייה לדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט. הלכה פסוקה מונעת את הצורך לפנות לדין המשלים אם היא קיימת ועומדת על מכונה בעת ההכרעה. אם הלכה פסוקה זו טרם גובשה והיא עדיין לא קיימת, חובתו של השופט היא להשלים את החסר באמצעות הדין המשלים. הוראתו של חוק יסודות המשפט היא, כי משנמצא חסר בחקיקה, שאין לו תשובה בהלכה הפסוקה (ואנו נוסיף – ובמנהג), על השופט לפנות לדין המשלים ולא לפיתוח ההלכה הפסוקה. ודוק: פנייה זו לדין המשלים (היקש, מורשת-ישראל) חייבת להיעשות רק אם בהלכה הפסוקה אין פתרון לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. כאשר ה"תחרות" היא בין הדין המשלים לבין השלמת חסר בהלכה הפסוקה או פיתוחה – ושני אלה חד הם בדוגמטיקה של המשפט המקובל ושלנו – יד הדין המשלים על העליונה. לעומת זאת, אם ההלכה הפסוקה נותנת תשובה לשאלה הטעונה הכרעה, שוב אין חסר במשפט ואין צורך לפנות לדין המשלים. ניתוח זה מחייב נקיטת עמדה באשר לשאלה, מתי ההלכה הפסוקה נותנת תשובה לבעיה משפטית הטעונה הכרעה (ושוב אין מקום להפעיל את הדין המשלים) ומתי ההלכה הפסוקה אינה נותנת תשובה לבעיה המשפטית (ויש להפעיל את הדין המשלים). שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר והיא מחייבת בחינה נפרדת. אדגיש רק זאת: אם הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה כבר נדונה בעבר, ונפסק לגביה, עלינו לומר כי יש לה לאותה בעיה משפטית תשובה בהלכה הפסוקה. כמו-כן, אם בהלכה הפסוקה מופרים עקרונות-היסוד אשר מהם נגזרת התשובה לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, יש לומר כי הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה מצאה את פתרונה בהלכה הפסוקה, ואין מקום להפעלתו של הדין המשלים. לעומת זאת, אם לפתרון הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה יש צורך לפתח את עקרונות-היסוד עצמם, אות הוא כי ההלכה הפסוקה טרם נתנה תשובה לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. הוא-הדין אם הדרך היחידה לפתרון של הבעיה היא בהיקש מדין הלכתי אחר. הצורך בהיקש מלמד על כך, כי ללא היקש הבעיה המשפטית טרם הוכרעה בהלכה הפסוקה; ומכיוון שכך, יש לפנות לדין המשלים, ולא להלכה הפסוקה.

(ה) "הלכה פסוקה" – הלכתו של בית-המשפט העליון

האם "הלכה פסוקה" היא הלכתו של כל בית-משפט או אך הלכתו של בית-המשפט העליון? לדעתי, "הלכה פסוקה" היא אך הלכתו של בית-המשפט העליון²⁵¹. הטעם המונח ביסוד גישה זו נעוץ בתפישה, כי רק פסק-דין של בית-המשפט העליון הוא מקור של משפט בישראל, ואם מצויה בו תשובה לשאלה המשפטית הטעונה

251 לדעה אחרת ראה קשת (לעיל, הערה 209), 613.

הכרעה שוב אין מקום לפנות לדין המשלים. לעומת זאת, פסק-דין של בית-משפט אחר אינו מהווה מקור משפטי כללי; הוא מחייב את הצדדים בלבד. על-כן, אם לבעיה משפטית הטעונה הכרעה יש תשובה בפסיקתו של בית-משפט שלום או בית-משפט מחוזי, אך אין תשובה בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אין לומר כי החסר בחקיקה מצא את פתרונו בהלכה הפסוקה. ודוק: ברוב-רובם של המקרים, הלכותיהם של בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי סומכות את עצמן על הפסיקה של בית-המשפט העליון. לפיכך, על-פי-רוב, אם יש תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בפסיקה של בית-משפט השלום או של בית-המשפט המחוזי, משמע שיש לה תשובה גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון. אין הדבר כך תמיד: ייתכן שהבעיה היא חדשה, וייתכן שבית-משפט השלום או בית-המשפט המחוזי היו הראשונים שיצרו יש מאין. אם מילאו בכך חסר — והם חייבים לעשות כן על-פי הדין המשלים — ממילא הנחנו כי קיים חסר בשיטה. השלמת החסר עלידם נעשית לעניין הספציפי שבפניהם. השלמה נורמטיבית של חסר זה תיעשה רק בפסיקתו של בית-המשפט העליון. הנה כי כן, אם אמנם קיים חסר, אין בפסיקה של בית-משפט שלום ובית-משפט מחוזי כדי למלא את החסר. כמו-כן, אם על-פי הדין המשלים הקודם נקלטה הלכה מהמשפט האנגלי, היא השלימה את החסר בשיטתנו רק אם הקליטה נעשתה על-ידי בית-המשפט העליון. קליטה על-ידי בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי אינה קליטה היוצרת דין כללי, ועל-כן אין בה כדי למלא את החסר. אכן, איני רואה כל הבדל בין המשפט שנקלט על-פי הדין המשלים הישן לבין המשפט שנוצר על-פי הדין המשלים החדש. שניהם "הלכה פסוקה", היא הלכתו של בית-המשפט העליון.

(ו) "הלכה פסוקה" — פירוש חוק ומשפט מקובל

האם "הלכה פסוקה" היא כל הלכה הנפסקת או רק הלכה המפרשת "דבר חקיקה"? לדעתי, אין כל יסוד להגביל את הדיבור "הלכה פסוקה" אך לאותה הלכה המפרשת "דבר חקיקה". אם זו היתה תכליתה של החקיקה, ניתן היה להסתפק בדיבור "דבר חקיקה". "דבר חקיקה" הוא ממילא דברו של המחוקק כפי שהתפרש על ידי בתי-המשפט. אכן, לא זו היתה מטרת החקיקה. המחוקק ביקש לגבש את התפישה הרואה בהלכה הפסוקה מקור משפטי עצמאי, בחינת "משפט מקובל נוסח ישראל". על כן הנני סבור, כי עיקר הכובד של הדיבור "הלכה פסוקה" הוא דווקא באותן הלכות פסוקות שאין בהן פירוש דבר חקיקה, אלא מהוות מקור משפטי עצמאי, העומד על רגליה הוא ושאינו נסמך כפירוש לדבר חקיקה. כמו-כן, ניתן להוסיף לכך אותן הלכות פסוקות אשר עיגונן בדבר חקיקה מסוים הוא מזערי. טול, למשל, את ההלכות הרבות שנפסקו בישראל בדבר פיצויים למעשה נזיקין²⁵². העיגון בדבר חקיקה לפסיקה זו הוא בכמה הוראות כפקודת הנזיקין, שלפיהן בגין עוולה זכאי הנפגע לפיצויים²⁵³. יש לראות בפסיקה זו, הלכה למעשה, "משפט מקובל נוסח ישראל", ועל-כן — חלק מהדיבור "הלכה פסוקה". יהא זה מלאכותי להשקיף

252 ראה ד' קציר, פיצויים בשל נזק גוף (1983).

253 ראה א' ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף" — דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט (1983) 243.

על פסיקה זו ככלולה בדיבור "דבר חקיקה". לעומת זאת, הפסיקה המפרשת את היסודות של עוולה זו או אחרת יש לראותה כנכללת בדיבור "דבר חקיקה". כך, למשל, הפסיקה המפרשת את הדיבור "לטובתו או להגנתו של אדם אחר" אשר בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין²⁵⁴ יש לראותה כחושפת את משמעותו של דבר החקיקה, ועל-כן נכללת בדיבור "דבר חקיקה". קיימים, כמובן, מקרי-ביניים קשים. כך, למשל, מה דין פסיקה²⁵⁵ המיישמת, הלכה למעשה, את מבחן הצפיות הקבוע בעוולת הרשלנות? אין לנו צורך לבחון מקרוב שאלה זו, שכן בין אם נראה בה פירוש של "דבר חקיקה" ובין אם נראה בה "הלכה פסוקה" היא מהווה מקור משפטי, כאמור בחוק יסודות המשפט. בעקבות חוק יסודות המשפט עצמו יש לראות עתה כ"הלכה פסוקה" גם אותן הלכות אשר בית-המשפט יוצר אותן מכוח הדין המשלים עצמו. אף הלכות אלה – שאינן פירוש של דבר חקיקה – מהוות חלק מ"הלכה פסוקה". אכן, אם מכוח הדין המשלים התמלא החסר, אין עוד חסר ואין מקום לפנייה מחודשת לדין המשלים. ההלכה אשר מילאה את החסר אינה "דבר חקיקה"; היא מהווה חלק מתוך ההלכה הפסוקה. הוא-הדין באשר ל"משפט שנקלט" מכוח הדין המשלים הישן. אף הוא מהווה חלק מ"הלכה פסוקה" והמשך התפתחותו לא יהיה קשור עוד בחוק יסודות המשפט, אלא ייעשה על-פי דרכי התפתחותו של "המשפט המקובל נוסח ישראל".

(ז) "הלכה פסוקה" ו"משפט שנקלט"

מה היחס בין "הלכה פסוקה" לבין ה"משפט שנקלט" בארץ לפני תחילתו של חוק יסודות המשפט? כידוע, עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922, לא בוטלו עמו כל הדינים שנקלטו על-פיו בשיטתנו המשפטית. סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט קבע הוראה בדבר "שמירת דינים", שעל-פיה

אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה.

נמצא, כי אם ראה בית-המשפט בעיה משפטית הטעונה הכרעה ומצא לה תשובה ב"משפט שנקלט", שוב אין לומר כי קיים חסר. הטעם לגישה זו נעוץ בתפישה, כי המשפט שנקלט מילא את החסר שהתקיים וממילא שוב אין חסר בשיטה באותם עניינים המוסדרים על-פיו. אמת הדבר, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט אינו מונה במפורש את ה"משפט שנקלט" שהעדר דין בו הוא תנאי מוקדם לתחולת הדין המשלים; אך אין בכך ולא כלום. ה"משפט שנקלט" הוא חלק מ"הלכה פסוקה" שבה דן סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. לעניין זה אין כל הבדל בין ה"משפט שנקלט" לבין "הלכה פסוקה" של בית-המשפט העליון, הממלאת חסר בדין הישראלי. מעמדם של השניים זהה. על-כן, כשם שבית-המשפט העליון רשאי לסטות מ"הלכה פסוקה" משלו המשלימה חסר מכוח הדין המשלים, כן רשאי

254 ראה ברישורה, הפרת חובה חקוקה (מהדורה שנייה, בעריכת ד' לוינסון-זמיר, 1989) 31.
255 כגון המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317; ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85. ראה ברק (לעיל, הערה 142), 452.

הוא לסטות מ"משפט שנקלט" שהשלים חסר על-פי הדין המשלים הישן. אכן, אחד הנימוקים שאפשרו את חקיקתו של חוק יסודות המשפט היה זה, שה"משפט שנקלט" כולל בחובו הסדרים משפטיים מקיפים דיים, באופן שביטולו של סעיף 46 לדבר המלך לא ישאיר את השיטה עם חסר מכביד ביותר²⁵⁶. כמובן, כשם שההלכה הפסוקה עניינה "טעם ההחלטה", כך גם ה"משפט שנקלט" הממלא את החסר הוא הגיונם של הפסקים ולא אמרות-האגב שבהם. כמובן, ה"משפט שנקלט" הוא אך המשפט שנקלט על-ידי פסק-דין של בית-המשפט העליון. קליטה על-ידי בתי-משפט אחרים אינה חלק מה"משפט שנקלט", שכן, כאמור, אין בפסיקה זו ליצור דין כללי.

(ח) "הלכה פסוקה" וטעם ההחלטה

האם "הלכה פסוקה" היא אך טעם ההחלטה (ה-*ratio decidendi*) או שמא משתרעת היא גם על אמרות-האגב (ה-*obiter dicta*)? שאלה זו אינה קלה כלל ועיקר. בספרות המשפטית חלוקות הדעות בדבר החשובה הנכונה. קשת גורס²⁵⁷, כי "הלכה פסוקה" אפשר שתתייחס לכל חלק שהוא של פסק-הדין ולכל שאלה שהוכרעה בפסק-הדין, לאו דוקא לרציו דסידנדי בלבד, ומשום כך אין מניעה מלהתייחס בהקשר זה גם לשאלה אשר לגביה ניתנת חוות-דעת אגב אורחא. כסייג לגישתו זו הוא מעמיד את דעת המיעוט, שאינה חלק מההלכה הפסוקה. בדעה שונה מחזיק פרוקצ'יה²⁵⁸. הוא מבחין בין הדיבור "הלכה פסוקה" שבחוק יסודות המשפט לבין הדיבור "במשפט שנקלט" שבאותו חוק. לדעת פרוקצ'יה, הדיבור "במשפט שנקלט" רחב יותר מהגיון ההחלטה וכולל בחובו "גם את היסוד היוריספרודנטיאלי הרחב, שממנו נדלה הדין ששימש יסוד להלכה". לעומת זאת, הדיבור "הלכה פסוקה" משמעותו "טעם ההחלטה" במובנו הטכני. לעומתו גורס טרסקי²⁵⁹, כי לעניין ה"משפט שנקלט", רק טעם ההחלטות של אותו משפט נשמר: "יש להבין את הקליטה הנדונה בחוק יסודות המשפט כמוגבלת לדינים ששימשו יסוד להחלטה (*ratio decidendi*) בפסיקה הישראלית. אין זה סביר לחשוב שהמחוקק התכוון גם ל"מימרות-האגב", כיון שאין בהן אותה מידת האחריות המאפיינת את החלטת השופט ושגבולותיהן סתומות לעתים קרובות". דומה שעל-אחת-כמה-יזכמה זו השקפתו באשר להלכה הפסוקה של בית-המשפט העליון לעניין הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט. לדעתי, "הלכה פסוקה" משמעה "טעם ההחלטה" (ה-*ratio decidendi*). רק בה מתגלה אחריותו המרכזית של בית-המשפט. רק היא מחייבת

256 ראה הצעת חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978 (ה"ח 1361, תשל"ח, 307): "מחקרים שנערכו בשטחי משפט שונים — דיני מינהל, משפט בינלאומי פרטי ודיני בנקאות — הראו שגם בלי סימן 46 לא יתקשו בתי המשפט למצוא פתרונות נאותים בעניינים שהחקיקה הישראלית עדיין לא טיפלה בהם במלואם". ראה גם לבונטין וגולדווטר (לעיל, הערה 201); זמיר, (לעיל, הערה 197).

257 ראה קשת (לעיל, הערה 209), 613.

258 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 209), 149.

259 ראה טרסקי (לעיל, הערה 209), 10. טרסקי קובע, כי "המשפט שנקלט" מכוח הוראת סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט מתייחס להגיון ההחלטות ולא לאמרות האגב. דומה, כי מתבקש מכאן שדין דומה צריך לחול גם לעניין ההלכה הפסוקה.

על-פי המסורת האנגלו-סקסית, ואיני רואה מקום לעמדה שונה באופן מהותי בשיטתנו המשפטית. לא כל התבטאות בפסק-דין יכולה וצריכה לשמש "הלכה פסוקה" של בית-המשפט. אמרות-אגב כשמן כן הן: הן נאמרו "אגב" הפסק חאינן בגדר הלכתו.

(ט) "הלכה פסוקה" ו"הלכה שנפסקה"

לדעתי, "הלכה פסוקה" בחוק יסודות המשפט – והוא-הדין בדיבור ה"משפט שנקלט" – משמעותה ההלכה המהווה מקור משפטי הלכתי. היקפה של "הלכה פסוקה" זו חייב אפוא לחפוף את היקפו של הדיבור "הלכה שנפסקה" בסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, הקובע את עקרון התקדים המחייב. הדיבור "הלכה פסוקה", הדיבור ה"משפט נקלט" בחוק יסודות המשפט והדיבור "הלכה שנפסקה" בחוק יסוד: השפיטה, הם שני צדדים של אותו מטבע. חוק יסודות המשפט מכיר בהלכה הפסוקה כמקור משפטי, ומשמעותה של קביעה זו הוא, כי ההלכה הפסוקה מהווה גורמה כללית במדינה. מסקנתי זו מתחזקת לאור זהות הביטויים בשני החוקים ולאור הטעמים ההגיוניים העומדים ביסוד התפישה, כי לא כל דבר הכלול בפסק-הדין מהווה את הלכתו. בכתיבת הפסק מכוון השופט את עיקר המאמץ האינטלקטואלי לבעיה העומדת להכרעתו. אין הוא מגלה אותה רגישות ואחריות לשוליים הנורמטיביים שאינם עומדים להכרעתו. על-כן מוצדק להבחין בין הלכת הפסק לבין התבטאויות שונות המצויות בפסק ושאינן בגדר הלכתו. רק הלכת הפסק מחייבת כתקדים ורק היא מהווה מקור משפטי עצמאי. בכך לא פתרנו את השאלה מהי "הלכה פסוקה" או "הלכה שנפסקה": האם ביטויים אלה זהים ל"טעם ההחלטה" (ה-*ratio decidendi*) כפי שדיבור זה מוכן בתורת-המשפט האנגלו-אמריקנית? בחינתה של שאלה זו חורגת ממסגרתנו²⁶⁰ ומחייבת עיון ובחינה משלהם. אציין רק, כי לדעתי, יש להבין בדיבור "טעם ההחלטה" גם את העקרונות ותפישות-היסוד אשר שימשו בסיס להחלטה. גישתי זו מבססת את עצמה על תפישה ראויה של מהות העיקרון של התקדים המחייב; היא חשובה לתפישה ראויה של ההלכה הפסוקה כמקור משפטי עצמאי; ומתבקשת משמירת ה"משפט שנקלט" הכולל בחובו – לדעתי – גם את עקרונות-היסוד שהפסק מתבסס עליהם. צמצום הלכת-הפסק אך לכלל "הצר ביותר" ששימש בסיס להכרעת הדין תותר אותנו עניים ממעש. ניתן, כמובן, לטעון, כי הרחבת המשמעות של הדיבור "הלכה פסוקה", ה"משפט שנקלט" או "הלכה שנפסקה" משמעה הצרת היכולת לסטות מהתקדים וצמצום המקרים שבהם נזדקק לדין המשלים. תשובתי היא, כי אין לחשוש מדבקות-יתר בתקדים, שכן בית-המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו. תפישות אנגליות שעניינן התקדים, אשר נוצרו בתקופה שבה גם בית-המשפט העליון באנגליה – הוא בית-הלורדים – לא רשאי היה לסטות מתקדימיו, אינן

260 לשאלה זו ראה סלמנר (לעיל, הערה 18), 174. ראה גם Goodhart, "Determining the Ratio Decidendi of a Case" 40 *Yale L. J.* (1930) 161; Simpson, "The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent", in: Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*; R. Cross, *Precedent in English Law* (3rd ed., 1977) 38.

צריכות לחול אצלנו, במקום שבית-המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו. צמצום הפנייה לדין המשלים ראוייה היא. מבחינתה של שיטת-המשפט עדיף תמיד לפעול על-פי שלימות הדין, ולא על-פי השלמת החסר בו.

(י) "הלכה פסוקה" והלכת התקדים

האם הלכת התקדים, הקבועה בחוק יסוד: השפיטה, חלה על "הלכה פסוקה" כמשמעותה בחוק יסודות המשפט? התשובה על כך מתבקשת מעצם מהותה של הלכה פסוקה כמקור משפטי. הלכה פסוקה זו היא פסיקתו של בית-משפט, ועקרון התקדים הקבוע בחוק יסוד השפיטה חל עליה. מכאן, שכל בית-משפט מחויב בהלכתו של בית-המשפט העליון המשלימה חסר בחקיקה, ואין הוא רשאי לסטות ממנה. זאת ועוד: משהפעיל בית-המשפט העליון את הדין המשלים וקבע על-פיו הלכה הממלאה את החסר, הופכת הלכה זו ל"הלכה פסוקה" חדשה, אשר עקרון התקדים חל עליה. נמצא, כי כל בית-משפט מחויב בהלכה פסוקה חדשה זו, ואילו בית-המשפט העליון רשאי לסטות ממנה. דבר זה חל הן לגבי "הלכת-הפסק" של פסקי-דין שנגזרו מהדין המשלים של חוק יסודות המשפט, הן על "הלכת-הפסק" שנגזרה מהדין המשלים שקדם לו. עמד על כך פרופ' טרסקי, באומרו²⁶¹:

לא ייתכן שהיה בכוונת המחוקק לשריין עד כדי כך את הדינים הנקלטים ולפסול את עצמו מכל פגיעה בהם (כלומר: לשריין את הדינים הזורים בכוח שאין לדינים הישראלים).

בצדק ציין פרופ' פרוקצ'יה²⁶², כי "חוק יסודות המשפט בא להקנות עצמאות למשפט הישראלי ולשחררו מכבילות המשפט האנגלי ולא בא לעצור את התפתחותו. פירוש של הלכה פסוקה כהלכה שמקפאה את התפתחות המשפט היה נוגד את סעיף 32(ב) לחוק בתי-המשפט ואת כוונת המחוקק בחוק יסודות המשפט". אכן, הבעיה הנראית לי קשה אינה עצם כוחו של בית-המשפט לסטות מ"הלכה פסוקה" קודמת, בין זו המהווה פרי הפעלתו של הדין המשלים ובין זו הפועלת כחלק מפיתוח המשפט המקובל נוסח ישראל. כאמור, כוחו של בית-המשפט לסטות מהלכות אלה הוא טבעי וברור. השאלה הנראית לי סבוכה היא, אם בעקבות ההחלטה לסטות אין לומר כי נוצר חסר בשיטה, המחייב השלמה על-פי הדין המשלים. אף כאן נראה לי, כי אין קושי בקביעה כי "הלכה פסוקה" קודמת, המהווה פרי "המשפט המקובל" שהוא עצמו לא היה תוצאה של הפעלת הדין המשלים, ניתנת לשינוי בלא כל פנייה למבחני הדין המשלים. מה שלא נוצר על-ידי הדין המשלים אינו חייב בשינוי על-פי הדין המשלים. הנה כי כן, הבעיה הקשה היא זו: "הלכה פסוקה" היא פרי הדין המשלים הממלא חסר בחקיקה. בית-המשפט העליון מוסמך לשנותה, והוא מבקש לעשות כן. האם הקריטריונים לשינוי הם אלה של הדין המשלים או אלה הנהוגים בפיתוח ההלכה בדרך-כלל (מעבר לדין המשלים)? בעניין זה ניתן להעלות שתי תשובות אפשריות. על פי האחת, הלכה שיפוטית

261 ראה טרסקי (לעיל, הערה 209), 10.

262 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 209), 153.

שנוצרה מכוח הפעלת הדין המשלים היא בעלת מעמד מיוחד. בית-המשפט העליון מוסמך, כמובן – מכוח אי-כבילותו לתקדימיו – לסטות ממנה, אך גם הלכתו החדשה חייבת להיות פרי הפעלתו של הדין המשלים. אין בית-המשפט חופשי לעצב פתרון שאינו נובע מהדין המשלים, שאם לא תאמר כן, התוצאה תהיה כי הדין המשלים הוא חובה לכל השופטים, פרט לשופטי בית-המשפט העליון. אכן, אם בית-המשפט העליון רשאי לסטות בהלכתו המאוחרת מהלכה קודמת, המפעילה את הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט, והוא רשאי לעשות כן על-פי מבחנים השונים מאלה הקבועים בחוק יסודות המשפט – מה ימנע אותו ממילוי החסר, עוד בהלכתו הראשונה, על-פי מבחנים השונים מאלה הקבועים בחוק יסודות המשפט? התוצאה תהיה, כי מבחינת בית-המשפט העליון חוק יסודות המשפט הוא בגדר המלצה בלבד. יתירה מזו: אם בית-משפט רשאי לסטות מהלכתו הקודמת שלא על-פי המבחנים שיצרו אותה – מה ימנע את בית-המשפט מלסטות מהלכתו הקודמת – המהווה פירוש דבר-חקיקה – בלא כל קשר לחוק שהתפרש? אכן, עלינו להבחין בין סמכותו של בית-המשפט העליון לסטות מתקדימיו הוא לבין הקריטריונים שעל-פיהם נוצרת ההלכה החדשה. סמכות הסטייה קיימת תמיד; הקריטריונים שעל-פיהם נוצרת ההלכה החדשה משתנים על-פי מקורה ההיסטורי של ההלכה הקודמת, שממנה סטו. אם הלכה זו היא פרי פעילות פרשנית, יש לעצב את ההלכה החדשה באמצעות כללי הפרשנות; אם היא פרי השלמת חסר, יש לעצב את ההלכה החדשה על-פי הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט; ואם היא פרי פיתוח משפטי, יש לעצב את ההלכה החדשה על-פי הקריטריונים הקבועים בשיטה לפיתוח המשפט.

התשובה השנייה תאמר, כי עם השלמת החסר מכוח הדין המשלים הופכת פסיקתו של בית-המשפט העליון ל"הלכה פסוקה". המשך התפתחותה מותנה בדרכי ההתפתחות של ההלכה הפסוקה בישראל, בלא כל קשר למקורה ההיסטורי. כשם שבית-המשפט העליון מוסמך לסטות ממשפט אנגלי שנקלט מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ולפתחו על-פי הקריטריונים הקבועים לפיתוח ההלכה – כך רשאי הוא לסטות מהלכתו-הוא, שנוצרה מכוח חוק יסודות המשפט ולפתחה על-פי קריטריונים אלה²⁶³. אין זה רצוי לפצל את ההלכה הפסוקה על-פי מקורותיה. ההלכה הפסוקה, היא מקורה אשר יהא – דין משלים ישראלי, משפט שנקלט מכוח הדין המשלים הישן, משפט הלכתי "נוסח ישראלי" (אך לא הלכה המפרשת דבר-חקיקה) – היא בעלת אחדות אחת, הצריכה להמשיך ולהתפתח על-פי מבחניה הפנימיים, ולא על-פי מבחנים שונים הקשורים במקורותיה ההיסטוריים. שתי התשובות הן אפשריות, וההכרעה ביניהן קשה. דעתי נוטה לטובת התשובה הראשונה. הלכה פסוקה המשלימה חסר בחקיקה נוצרה מכוח הדין המשלים, ועל-כן שינויה צריך לקיים את תנאיו של דין משלים זה, שאם לא כן יהפוך הדין המשלים לאות מתה. אם בית-המשפט העליון רשאי לסטות מהלכתו הקודמת שלא על-פי הקריטריונים הקבועים בחוק יסודות המשפט, ממילא הוא רשאי כבר בהלכתו הראשונה להשלים חסר שלא על-פי הקריטריונים שבחוק יסודות המשפט.

263 ראה גז (לעיל, הערה 211), 527. ראה גם לעיל, הערה 203.

לא זו היתה תכליתו של חוק יסודות המשפט. הוא בא להטיל חובת פנייה לדין המשלים, ולא רשות בלבד; אך כאמור, הנושא אינו נקי מספיקות והוא מחייב פיתוח נוסף.

(יא) "הלכה פסוקה" ופיתוח המשפט

השאלה האחרונה שבה נעסוק בתחום הסוגייה של "הלכה פסוקה" היא זו: האם "הלכה פסוקה" מהווה מקור משפטי לדין פוזיטיבי מעבר להשלמת חסר בשיטה? היש קיום ל"הלכה פסוקה" כמקור עצמאי לפיתוח המשפט, שאינו כרוך בפרשנות דבר חקיקה ובמילוי חסר בשיטה באמצעות הדין המשלים? לדעתי, בכל שיטת-משפט, אין התפקיד השיפוטי מוגבל אך לפרשנות ולמילוי חסר. תמיד מוכרת פעילות שיפוטית יוצרת המפתחת את המשפט מעבר לפירוש הדין הקיים ומעבר למילוי חסר בו. חוק יסודות המשפט לא בא לשנות ממצב דברים זה. אין להסיק מחוק יסודות המשפט, כי הפעילות השיפוטית היחידה, בצד פרשנות החקיקה, היא בהשלמת חסר בה. חוק יסודות המשפט לא בא לקבוע רשימה סגורה של מקורות משפט. כך, למשל, המנהג, כמקור עצמאי ליצירת דין²⁶⁴, אינו מוזכר בו. חוק יסודות המשפט בא להחליף דין משלים ישן בדין משלים חדש. זוהי מטרה מרכזית וחשובה. אין להעמיס על חוק יסודות המשפט מטלות שהוא לא נועד להגשימן. עד כמה שההלכה הפסוקה שימשה מקור לדין הלכתי מעבר לפרשנות ולמילוי חסר בדברי חקיקה לפני חוק יסודות המשפט, היא ממשיכה לשמש מקור משפטי ליצירת דין הלכתי גם לאחר חקיקתו. המקור המשפטי לפעילות שיפוטית זו הוא במסורת המשפטית שלנו, שהיא, כאמור, שיטת-משפט "מעורבת". מתוך מסורת המשפט המקובל קלטנו את כוחה של הפסיקה ליצור דין הלכתי. כוח זה אינו מוגבל אך לפירוש דברי חקיקה או להשלמת חסר בהם. כוח זה קיים גם במקום שאין נורמה חקוקה שצריך לפרשה ובמקום שאין בה חסר, אך יש מקום לפיתוח המשפט לשם התאמתו לחיים. כמובן, כוחה של הפסיקה ליצור דין חדש במקום שקיים חסר בחקיקה מוסדר עתה בחוק יסודות המשפט. בעניין זה שוב אין הפסיקה יכולה להמשיך על-פי מבחניה הקודמים. עליה למלא את החסר בחקיקה על-פי הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט, ואל-לה לעקוף דין זה על-ידי פנייה לפיתוח ההלכה הפסוקה. עם זאת, במקום שלא קיים חסר בדבר חקיקה

264 שעה שחוק יסודות המשפט הוחק עמדו בתוקף הוראות המגילה שהכירו במנהג כיוצא דין. חוק יסודות המשפט לא בא לשנות ממצב דברים זה. בצדק ציין פרוקצ'יה (לעיל, הערה 209), 156 כי "מקור המנהג מצוי בסעיפים 36–45 למגילה; סעיפים אלה לא בוטלו על ידי חוק יסודות המשפט, והם ממשיכים לחול בישראל, בהיותם דינים של המשפט העותומני שהיה קיים עם קום המדינה ועודנו מחייב. תוקפו של משפט זה נובע ישירות מסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. ניתן, על-כן, לקבוע שבתחום זה, לא חל כל שינוי במשפט המדינה כתוצאה מחקיקת חוק יסודות המשפט, והמנהג ממשיך להיות מקור ליצירת דין מכוח הסעיפים האמורים של המגילה". עם חקיקתו של החוק לביטול המגילה, תשמ"ד-1984 (ס"ח 1119 תשמ"ד, 156), בוטלו סעיפי המגילה אשר שימשו בעבר מקור משפטי למנהג. שאלה היא אפוא אם המנהג ממשיך להיות מקור במשפטנו. לעניין זה ראה גביון (לעיל, הערה 173); שילה (לעיל, הערה 43), 365. לדעתי, התשובה חיובית. המנהג היכה שורשים כמקור למשפט, ואין בביטול הוראות המגילה כדי לשלול את כוחו של מקור זה. דרושה לכך הוראה מפורשת, והוראה כזו אינה בנמצא.

— ואף אין הסדר שלילי — עדיין עומד כוחה של ההלכה הפסוקה ליצור דין חדש. ביצירה זו לא יחול הדין המשלים. מבחניה של היצירה השיפוטית הזו אינם קבועים בחוק יסודות המשפט ואינם נגזרים ממנו. הם חלק מהמסורת המשפטית שלנו. בעניין זה נוכל להעזר במסורתן של מדינות אחרות, אך בסופו של דבר נצטרך לפתח את תפישותינו שלנו בעניין זה, ההולמות את ההיסטוריה שלנו, את תרבותנו ואת מעמדנו כשיטת-משפט מעורבת. נראה לי כי בעניין זה עלינו לפתח קריטריונים הנסמכים על עקרונות-היסוד של השיטה (לרבות מורשת-ישראל) ועל תפישות-היסוד של הציבור הנאור בישראל²⁶⁵. ודוק: פיתוח הלכתי זה אינו מתחרה עם הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט. כאשר קיים חסר בחקיקה ולא קיימת הלכה פסוקה, על השופט למלא את החסר על-פי הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט, ולא בדרך של פיתוח ההלכה הפסוקה. אך בהעדר חסר בחקיקה, פתוחה הדרך לפיתוח ההלכה הפסוקה.

7. הדין המשלים — שלב ראשון: היקש (אנאלוגיה)

(א) מעלותיו וחסרונותיו של ההיקש

משמצא שופט בישראל חסר בחקיקה, עליו לבחון אם הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה לא מצאה פתרונה בהלכה הפסוקה ובמנהג. אם התשובה על-כן היא בחיוב, הרי החסר בחוק אינו הופך לחסר במשפט וממילא אין מקום לפנות לדין המשלים. אך משמצא השופט, כי החסר בחקיקה אינו נפתר על-ידי ההלכה הפסוקה והמנהג, עליו לפנות לדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט. השלב הראשון בדין משלים זה הוא ההיקש²⁶⁶. אכן, הדרך הטבעית ביותר למילוי חסר היא ההיקש²⁶⁷. רוב-רובן של שיטות-המשפט מפנות — בין בהוראה מפורשת²⁶⁸ ובין כחלק מהמסורת המשפטית²⁶⁹ — אל ההיקש כדרך למילוי חסר. במשפט הקונטיננטלי ההיקש ממלא חסר בחוק ובמנהג; במשפט האנגלו-אמריקני ההיקש (בצד אמצעים

265 ראה ברק (לעיל, הערה 1).

266 כהן מחיל את דין-השיוך רק לעניין עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל. ראה כהן (לעיל, הערה 7). אין הוא כולל בגדר "דין-השיוך" את ההיקש.

267 על ההיקש ראה בובי (לעיל, הערה 33); קורסלה (לעיל, הערה 21); לארנס (לעיל, הערה 8), 255; אנגיש (לעיל, הערה 8), 146; ג'ני (לעיל, הערה 45), 390. ראה גם Murray, "The Role of Analogy in Legal Reasoning", 39 U. C. L. A. L. Rev. (1982) 833.

268 ראה ג'ני (לעיל, הערה 45), 390.

269 בצרפת ובגרמניה אין הקודקסים כוללים כל הוראה בעניין היקש. הדבר נראה מובן מאליו, כפי שמציין טרסקי (לעיל, הערה 31), 149: "ההיזקקות לפירוש אנאלוגי של הנורמות החיוביות טבעית למשפטן אשר נתחנך על ברכי השיטות הקונטיננטליות, עד כי כל הוראה מפורשת של המחוקק בדבר היוקקות כזאת נראית לו מיותרת. אף המשפטן האנגלי, הפוסל את התהליך האנאלוגי בפרשנות החוק החדות (סטטוט), אף הוא מקבל מן הסתם כי יש להכריע 'על-פי פרינציפ' כלומר על-פי הגיון האנלוגיה, כל בעיה הנוגעת בפעם הראשונה ואשר אין לפתרה 'על-פי אוטוריטה' כלומר על-פי תקדים החל עליה. אף שפרופ' טרסקי מתייחס ל"פירוש אנלוגי" כזונתו היא ל"השלמת חסר אנלוגית", ולא להיקש כאמצעי פרשני. להבחנה זו, ראה להלן, הטקסט ליד הערה 290.

אחרים) ממלא חסר ומביא להתפתחותו של המשפט המקובל²⁷⁰; בשיטת-משפט מעורבת כשלנו, ההיקש ממלא חסר בחקיקה. יתרונו של ההיקש הוא כפול: ראשית, הוא נותן ביטוי לעקרון השוויון, שכן הוא מבוסס על התפישת כי מצבים עובדתיים שווים צריכים לקבל פתרון שווה²⁷¹. שנית, הוא מאפשר לשיטת-המשפט להשלים את החסר בצורה שהיא קוהרנטית להוראותיה הקיימות. עמד על כך פרופ' טרסקי, בציינו²⁷²:

האנאלוגיה היא הטבעית ביותר בין הדרכים המקובלות למילוי ליקוי בחוק, שכן יסודה בצורך השוויון המשפטי, לפיו ראויים מצבים דומים במציאות לזכות בטיפול משפטי שווה – אשר על-כן הכלל היוצא מאת המחוקק נראה לנו כניתן להעברה ממקרה אחר למקרה דומה לו.

לבסוף, במקרים מסוימים ההיקש מגביר את הוודאות, שכן במקרים אלה ניתן לקבוע מראש, כרמת-וודאות גבוהה, את תוכן הנורמה המשלימה. בכך גם גובר האמון של הציבור ברצינות של השיטה. עם זאת, אין להעלים עין מחסרונותיו של ההיקש. חסרונות אלה הם בעיקר שלושה: האחד, לעתים ההיקש יוצר חוסר-וודאות, זאת באותם מקרים שבהם אין לדעת מראש אם מתקיימים התנאים להפעלתו²⁷³. השני, ההיקש מחייב החלת דין דומה הקיים בשיטה, גם אם דין זה אינו ראוי לגופו. בכך הוא משליט הסדרים בלתי-ראויים המצויים בשיטת-המשפט אף מעבר לתחום תחולתם המקורי. השלישי, אין בהיקש כדי למלא את החסר בכל המקרים. קיימים מצבים שבהם החסר לא יתמלא על-ידי היקש, שכן לא קיים דין שממנו ניתן להקיש. חרף מגבלות אלה אנו רואים בהיקש אמצעי מרכזי וראשוני למילוי חסר בשיטה.

(ב) מהותו של ההיקש – דמיון בין מצבים

היקש קיים כאשר מנורמה משפטית, החלה על מערכת-עובדות מסוימת, נגזרת נורמה חדשה המוחלת על מערכת עובדות אחרת, בשל הדמיון בין שתי מערכות-העובדות. הציר המרכזי שההיקש סובב עליו הוא הדמיון במערכת-העובדות. במקום שמערכות-העובדות זהות, אין לנו עניין בהיקש, שכן הנורמה המשפטית הקיימת חלה מעצמה. במקום שמערכות-העובדות אינן דומות, אין מקום להיקש. הדמיון בין מערכות-העובדות נקבע על-פי מבחנים נורמטיביים²⁷⁴. אין מדובר בשאלה של

270 במשפט המקובל ההיקש אינו הדרך היחידה למילוי חסר. לשופט חופש בחירה בין כמה דרכי השלמה, כאשר ההיקש הוא רק אחת מהן. ראה לעיל, הערה 18.

271 ראה לנהוף (לעיל, הערה 75), 945; ג'ני (לעיל, הערה 45), 382; מאיר-היס (לעיל, הערה 27), 164.

272 ראה טרסקי (לעיל, הערה 20), 69.

273 ראה Peschka, "Analogical Reasoning in the Methods of Interpreting and Applying the Law, According to the Differences of the National Laws" *General Reports of the 10TH International Congress of Comparative Law* (1981) 91.

274 מדברים על "דמיון מטריאלי". ראה פשקה (לעיל, הערה 271), 94; אחרים מדגישים את הצורך בתכונות משותפות רלבנטיות.

היגיון, כי אם בשאלה ערכית; אין לנו עניין אך בלוגיקה, אלא גם בתילאולוגיה²⁷⁵. אכן, מבחן הדמיון נקבע על-פי תכליתה של הנורמה²⁷⁶. השאלה היא, אם תכליתה של הנורמה – ומושג זה כולל בחובו הן את התכלית "ההיסטורית" הן את ערכי-היסוד של השיטה²⁷⁷ – חלה לא רק על העובדות הנתפשות בלשונה, אלא גם על מערכות-עובדות המצויות מחוץ ללשונה. קיים, כמובן, דמיון בין חשיבה אנלוגית לבין חשיבה דדוקטיבית ואינדוקטיבית. בחשיבה דדוקטיבית אנו עוברים מהכלל אל הפרט. בחשיבה אינדוקטיבית אנו עוברים מהפרט אל הכלל. בחשיבה היקשית אנו עוברים מהפרט אל הפרט. עם זאת, כדי לבצע מעבר זה, יש לערוך פעולה מורכבת של אינדוקציה מהנורמה הקיימת או מהסדר הנורמטיבי הקיים לעבר ההכללה העומדת ביסודם, ושל דדוקציה מהכללה זו לעבר נורמה חדשה. הנה כי כן, בחשיבה היקשית אנו נעזרים הן באינדוקציה הן בדדוקציה²⁷⁸. נמצא, כי בהיקש השופט אינו אך פותר בעיה משפטית הטעונה הכרעה, אשר אין לה תשובה בנורמה משפטית קיימת. בהיקש השופט מעמיד נורמה חדשה, אשר בעזרתה נפתרת הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. ודוק: בהיקש אין נוטלים נורמה, המשתרעת על עובדות מסוימות, ומחילים אותה על עובדות דומות. בהיקש יוצר השופט נורמה חדשה מנורמה ישנה, תוך שהוא נעזר בנורמה הישנה כמודל שממנו נעשה היקש. אין השופט משנה את תחום התפרסותה של הנורמה הישנה ואין הוא משנה את לשונה. אין הוא מוסמך לכך. השופט גוזר מהנורמה הישנה נורמה חדשה, התואמת את תכליתה והמשתרעת על מערכת-העובדות החדשה. ל"גזירה" זו הוסמך השופט. בגזירתה של נורמה חדשה זו על השופט לקחת בחשבון את העובדות המונחות בפניו, ואשר לשם הכרעה בהן נעשה ההיקש. עם זאת, עליו לנסח את הנורמה החדשה בניסוח נורמטיבי²⁷⁹. הנורמה החדשה תחול אפוא על כל המקרים הטיפוסיים והאפשריים אשר נתפשים בתכליתה, ולא אך ורק על העובדות שהיוו בסיס לגזירתה. היא תיהפך לחלק מהמשפט המקובל של השיטה.

(ג) היקש וטיעון מקל-וחומר

שיטת ההיקש מבוססת על הדמיון בין המצב המוסדר לבין המצב הבלתי-מוסדר. מקרה מיוחד וחרף של דמיון הוא במקום שבין המצב המוסדר לבין המצב

275 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 149; לארנס (לעיל, הערה 8), 256. אנגיש מביא את הדוגמא הבאה, הלקוחה מהמשפט הרומי. המשפט הרומי הטיל אחריות בנויקין על בעליה של חיה בעלת ארבע רגליים. מה דין בעל חיה בעלת שתי רגליים: האם חיה בת שתי רגליים "דומה" לחיה בת ארבע רגליים? התשובה על שאלה זו אינה בתחום הלוגי, אלא בתחום התלאולוגי. יש לבחון את תכליתה של ההוראה בדבר אחריות הבעלים. אם תכליתה של הוראה זו היא להטיל אחריות על בעל חיה העשויה להזיק אם לא תישמר, הרי אותו הדין חל גם על חיה בת שתי רגליים העשויה להזיק, אם לא תישמר. כך הוחלט במשפט הרומי. אנגיש (לעיל, הערה 8), 149.

276 ראה לעיל, הערה 123.

277 ראה ציפליוס (לעיל, הערה 2), 64.

278 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 147; לארנס (לעיל, הערה 8), 259.

279 ראה קנריס (לעיל, הערה 6), 177.

הבלתי-מוסדר אינו קיים רק דמיון, אלא שמקל-וחומר, אם במקרה המוסדר הפתרון הוא פלוני, גם המקרה הבלתי-מוסדר חייב לקבל פתרון דומה. זהו הטיעון הידוע כ-*argumentum a minori ad majus* וכ-*argumentum a majori ad minus*²⁸⁰. בטיעון הראשון, אם תנאים מסוימים מולידים תוצאות משפטיות מסוימות, קל-וחומר שתנאים חריפים יותר יולידו אותן תוצאות. כך, למשל, אם נורמה קובעת כי יש לשלם פיצויים כאשר קרקע מופקעת כדין, הרי קל-וחומר שיש לשלם פיצויים כאשר קרקע מופקעת שלא כדין. כמרכן, אם נורמה קובעת כי מוטלת אחריות על אדם בגין רשלנות קלה, על-אחת-כמה-וכמה שמוטלת עליו אחריות בגין רשלנות גסה. בטיעון השני, אם תנאים מסוימים מולידים תוצאות מסוימות, קל-וחומר שתנאים חריפים פחות יולידו אותן תוצאות. כך, למשל, אם אדם רשאי לבטל חוזה בלא ליתן הודעה מוקדמת, קל-וחומר שהוא רשאי לבטל את החוזה, תוך מתן הודעה מוקדמת. ההכרעה בשאלה, מתי הטיעון מ"קל-וחומר" תופש, אינה נעשית על-פי שיקולים של תורת-ההיגיון. היא נעשית על-פי שיקולים הקשורים בתכליתה של הנורמה. ודוק: לעתים השיקול של "קל-וחומר" הוא שיקול פרשני. דבר זה יקרה כאשר לשון החוק עשויה להשתרע על שני המצבים. לעתים השיקול של "קל-וחומר" אינו שיקול פרשני. דבר זה יקרה כאשר לשון החוק אינה מצליחה להשתרע על שני המצבים גם יחד. טול שיטת-משפט שאינה מכירה בעיקרון כללי של שוק פתוח. עם זאת, נקבע בה כי אם הבעלים מוסר מיטלטל למשמרת, והשומר מוכר אותו לקונה בתמורה ובתום-לב, זה האחרון רוכש במיטלטל קניין טוב. מה הדין אם ראובן מכר נכס לשמעון, ולימים ביטל את החוזה בשל אי חוקיות שנפלה בו. שמעון מכר הנכס ללוי, שרכש אותו בתמורה ובתום-לב. הרוכש לוי קניין טוב בנכס? לשם תשובה לשאלה זו יהא עלינו לבחון אם הוראת הדין, המכירה ב"שוק פתוח" לעניין שמירה, חלה גם במקרה שלפנינו. האם ניתן לומר כי ראובן מסר את הנכס לשמעון למשמרת? אם התשובה היא בחיוב, כי אז הכרנו בזכותו של לוי מכוח פעילות פרשנית. הטיעון מקל-וחומר אך סייע בידנו לקבוע כי הדיבור על מסירת מיטלטלין למשמרת משתרע גם על המקרה שבו המסירה היתה לצורכי מכירה. במקרה זה איננו נזקקים לטעון מקל-וחומר לצורכי השלמה, אלא לצורכי פירוש בלבד. לעומת זאת, אם התשובה היא בשלילה, ניתן יהיה להפעיל בדרך של היקש את הטיעון מקל-וחומר לצרכי השלמה. נאמר, כי בשיטה קיים חסר באשר לזכותו של צד שלישי שרכש בתום-לב מצד לחוזה פסול וכי ייעשה היקש, בדרך של קל-וחומר, מהדין המכיר רכישה משומר. אם על המסירה למשמרת בין א לבין ב מוחל עקרון השוק הפתוח לטובת ג, קל-וחומר ("פשיטא") שעקרון השוק הפתוח צריך לחול במקום שנערך חוזה מכר בין א לבין ב. ההסתמכות של ג, שעליה בא הדין להגן, חזקה יותר במקרה המכר מאשר במקרה המשמרת, ועל-כן "על-אחת-כמה-וכמה" ששוק פתוח צריך לחול לעניין המכר.

280 ראה מאיר-הייס (לעיל, הערה 27), 165; בידלינסקי (לעיל, הערה 2), 48; ציפליס (לעיל, הערה 2), 23.

(ד) היקש לחוק והיקש למשפט

בספרות הקונטיננטלית מבחינים בין היקש לחוק (*Gesetzesanalogie; analogia legis*), לבין היקש למשפט (*Rechtsanalogie; analogia iuris*)²⁸¹. בהיקש לחוק אובייקט ההיקש מהווה נורמה ספציפית של דין חקוק. חוק השליחות, התשכ"ה – 1965, קובע כי שלוח חב אמן לשולח²⁸². הוראה זו חלה על שלוח, דהיינו: מי שמבצע פעולה משפטית בשמו או במקומו של שולח²⁸³. מה דין חובת אמן של שליח – כלומר: מי שמבצע עבור שולחו פעולה מטריאלית – כלפי שולחו. כפי שראינו²⁸⁴, לפנינו חסר בחוק השליחות, שכן חוק זה אינו חל על פעולות השליח. חסר זה יש להשלים על-ידי היקש. התכלית העומדת ביסוד ההוראה המטילה חובת אמן על שלוח כלפי שולחו תופשת גם ביחסים בין שליח לבין שולחו. ניתן אפוא לגזור דין חדש שלפיו השליח חב אמן לשולחו. היקש זה נעשה מהוראה חקוקה ספציפית והוא מהווה דוגמא להיקש לחוק. בהיקש למשפט, אובייקט ההיקש אינו נורמה ספציפית של דין חקוק, אלא העיקרון המשפטי העולה מקבוצת הוראות חקוקות. על-כן מכונה היקש זה לעתים כ"היקש כולל"²⁸⁵. השופט מסיק באופן אינדוקטיבי עיקרון כללי מכמה הוראות, ומחיל באופן דדוקטיבי פתרון זה על המקרה הדומה הבלתי-מוסדר. טול, למשל, את הוראות החוק השונות המצויות בחקיקה האזרחית החדשה והעוסקות בזכותו של צד שלישי²⁸⁶. ניתן לומר, כי הוראות חקוקות אלה מבוססות על התכלית הכללית של מתן הגנה לצד שלישי בתנאים מסוימים. בדרך ההיקש ניתן לגזור מעיקרון זה דין חדש העוסק בזכותו של צד שלישי בנסיבות עובדתיות שאינן מוסדרות על-ידי החקיקה והנופלות למסגרת התכלית האמורה. במשפט הקונטיננטלי, הן בהיקש לחוק הן בהיקש למשפט – וההבדל בין השניים הוא בדרגה בלבד – אובייקט ההיקש (כלומר: הנורמות שמהן מיקשים) הוא החקיקה²⁸⁷ והמנהג. ההלכה הפסוקה אינה אובייקט להיקש. הדבר נובע מהתפישה של שיטות-משפט אלה, שלפיה ההלכה הפסוקה אינה מקור משפטי. בישראל ההלכה הפסוקה היא מקור למשפט. על-כן עשויה גם ההלכה הפסוקה לשמש אובייקט להיקש. העובדה שהחסר שבו עוסק חוק יסודות המשפט הוא חסר בחקיקה בלבד, והעובדה שההלכה הפסוקה אינה אובייקט לחסר אינה גוררת אחריה את המסקנה כי ההלכה הפסוקה אינה אובייקט להיקש. אכן,

281 ראה ג'ני (לעיל, הערה 45), 209; בידלינסקי (לעיל, הערה 2), 477; לארנס (לעיל, הערה 8), 258. מחבר זה מציע לנקוט בטרמינולוגיה אחרת, המבחינה בין היקש יחידתי לבין היקש קבוצתי.

282 סעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

283 סעיף 1 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

284 ראה לעיל, הערה 91.

285 ראה בידלינסקי (לעיל, הערה 2), 477.

286 ראה, למשל, סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971; סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967. ראה גם פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245; מאוטנר, "יוצרי סיכונים" ו"נלקעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשמ"ו) 92.

287 ראה אנגיש (לעיל, הערה 8), 150.

בהשלימו את החסר, רשאי השופט להקיש הן מדברי חקיקה, הן מהמנהגים והן מההלכה הפסוקה. שאלה יפה היא מהו ההיקש העדיף: היקש מהחקיקה, היקש מהמנהג או היקש מהפסיקה. דומה כי התשובה על שאלה זו היא, שההיקש העדיף הוא ההיקש מההוראה הדומה ביותר, בין אם היא חקיקתית, מנהגית או הלכתית. אין ליתן עדיפות מראש להיקש מאחד ממקורות המשפט. כאשר אובייקט ההיקש היא הלכה פסוקה, הרי זו אך הלכה פסוקה של בית-המשפט העליון, שכן רק היא יוצרת נורמה כללית בשיטתנו²⁸⁸. רק הלכה פסוקה שהיא מקור מחייב באותה שיטת-משפט משמשת אובייקט להיקש. על-כן פסיקה זרה²⁸⁹ או פסיקה של בתי-משפט אחרים – פרט לבית-המשפט העליון, כגון בית-המשפט המחוזי או בית-משפט השלום – אינה יוצרת נורמה כללית, ועל-כן אינה בגדר הלכה פסוקה לעניין זה. זאת ועוד: דין הלכתי שבעצמו נגזר בדרך ההיקש מדין (חקוק, מנהגי או הלכתי) קודם, עשוי לשמש גם הוא אובייקט לפעולת היקש נוספת. דין הלכתי זה הופך להיות חלק מההלכה הפסוקה של אותה שיטת-משפט, ועל-כן הוא עשוי לשמש אובייקט להיקש. למותר לציין, כי ניתן להקיש מתחום משפטי אחד לתחום משפטי אחר. על-כן ניתן להקיש ממשפט פרטי למשפט ציבורי, וממשפט ציבורי למשפט פרטי.

(ה) איסור על היקש – משפט פלילי וחריגים

מקובל לומר, כי קיימים כמה אובייקטים נורמטיביים שבהם קיים איסור על היקש. כך, למשל, הגישה המקובלת היא כי אין להקיש מהוראה פלילית חקוקה ובדרך זו לגזור הוראה פלילית הלכתית חדשה. לדעתי, צורת ביטוי זו אינה מדויקת. הגישה הראויה היא, כי במקרים אלה¹ לא קיים חסר, שכן ישנו הסדר שלילי. מכיוון שאין חסר, אין מקום להשלמה, ומשאין מקום להשלמה, אין מקום להיקש. אכן, לא ההיקש אסור, אלא החסר אינו קיים. הוא-הדין בגישה, שלפיה אין להקיש מחריג²⁹⁰. אף כאן נראה לי שהגישה הראויה היא, כי באותם מקרים שבהם הכלל חל, ההסדר החקיקתי אינו חסר, וקיומו של חריג פלוני מצביע – על-פי הטענות מתוך ניגוד – על הסדר שלילי לגבי חריגים אחרים. במקרה זה שוב, בהעדר חסר אין מקום להיקש. על-פי גישה זו, במקום שניתן לגלות חסר במשפט הפלילי או בחריגים יש מקום להשתמש בהיקש למילוי החסר. אכן, הדיבור על איסור ההיקש מהוראה פלונית אינו אלא צורת דיבור בלתי-מדויקת, הבאה להביע את התפישה

288 אך ראה כהן (לעיל, הערה 7), 290.

289 כהן סובר, כי ניתן להקיש גם מהלכה שאינה מחייבת, כגון הלכות זרות. ראה כהן (לעיל, הערה 7), 290. לדעתי, פסיקה זרה אינה מהווה מקור משפטי, ועל-כן אין היא אובייקט מחייב להיקש. אמת הדבר, כי גם פסיקתו של בית-המשפט העליון אינה מחייבת אותו, אך היא מחייבת כל בית-משפט אחר, והיא אף מחייבת את הציבור. מכיוון שפסיקת בית-המשפט העליון היא מקור משפטי, היא עשויה לשמש אובייקט מחייב להיקש. עם זאת, גם לשיטתי מותרת הפנייה להלכות זרות (אם לצורכי פרשנות ואם לצרכי היקש), וזאת כמקור השראה חשוב. ראה בידלינסקי (לעיל, הערה 2), 461; מאיר-היוס (לעיל, הערה 27), 166.

290 הכלל הוא, כי *singularia non sunt exten denda*. הכללה זו מוטעית היא. לעתים מותר ואף מוטלת חובה להקיש גם מחריג. ראה לארנס (לעיל, הערה 8), 253.

כי תכליתה של אותה הוראה פלונית אינה משתרעת מעבר למצבים העובדתיים המוסדרים על-ידיה, ועל-כן לא קיים חסר הדורש השלמה.

(ו) היקש ופירוש

לדיבור "היקש" משמעויות שונות. יש המשתמשים בו לצורכי פירוש לשונה של נורמה נתונה. כך, למשל, אנו מפרשים את הדיבור "תום-לב", "פיצויים" וכיוצא בהם כיטויים המופיעים בחוק פלוני, "בהיקש" מהפירוש שניתן לאותו דיבור בחוק אלמוני, הממלא תפקיד דומה. כאן ממלא ההיקש תפקיד פרשני ("היקש פרשני"). אנו נותנים לדיבור או לנורמה המופיעים בחוק פלוני משמעות דומה (אנלוגית) למשמעות הניתנת לאותו דיבור או לדיבור דומה או לנורמה דומה, בחוק אלמוני הממלא תפקיד דומה. בהיקש הפרשני קו-המחשבה הוא היקש: אם לדיבור "פיצויים" בפקודת הנזיקין ניתנה משמעות מסוימת, הרי יש ליתן לאותו דיבור בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 משמעות דומה; שכן שתי ההוראות מסדירות עניינים דומים, ועקרון השוויון דורש כי מצבים דומים יקבלו פתרון דומה. עם זאת, ההיקש הוא פרשני. בית-המשפט אינו ממלא חסר בחקיקה. הוא נותן משמעות לנורמה הקיימת. בשימוש זה, מותר ההיקש (ואף הטיעון מקל-וחומר) גם בהוראה פלילית, שכן גם הוראה פלילית זקוקה לפירוש. על-כן מותר להקיש מפירושה של נורמה פלילית פלונית על-פירושה של נורמה פלילית אלמונית. מובן אחר קיים לדיבור "היקש", והוא בהשלמת חסר. זהו "היקש המשלים חסר". למובן זה מכונה הדיבור "היקש" בחוק יסודות המשפט, שכן מטרתו של חוק יסודות המשפט היתה לקבוע דין משלים למקרה של חסר, ולא דיני-פרשנות לטקסט בלתי-ברור. אכן, אילו נסב הדיבור "היקש" להיקש פרשני, לא היה כל טעם בהכללתו בחוק יסודות המשפט, שאינו עוסק בפרשנות כלל. על-כל-פנים, אם המחוקק היה כולל את ההיקש הפרשני, היה עליו לכלול גם את אמצעי הפרשנות האחרים שאינם נבדלים בחשיבותם מההיקש הפרשני, ואף עולים עליו. המחוקק לא עשה כן. הטעם לכך הוא, שההיקש הנזכר בחוק יסודות המשפט אינו היקש פרשני, אלא היקש המשלים את החסר, כמקובל ברבות משיטות-המשפט הקונטיננטליות. כמסגרת דין משלים הקבוע בחוק יסודות המשפט יש ליתן לדיבור "היקש" משמעות התואמת חוק זה, שעניינה השלמת חסר, ולא פירוש. בצדק ציין כהן, כי²⁹¹:

יש להוציא מכלל ההיקש כמשמעותו כאן את ההיקש הבא רק לבאר ולפרש, ועל-כן נמנה עם כללי הפרשנות; שהרי אם דבר חקיקה מתפרש על-פי כלל מכללי הפרשנות, הוא נכנס או נשאר בגדר דבר חקיקה במשמעותו בחוק, כפי שנתפרש. דרכי ההיקש הם בסילוגיזם, בגזירה שווה, בקל-וחומר, בבניין אב או בכל דרך אחרת של היגיון.

אכן, פירוש לחוד והיקש לחוד. בפירוש (לרבות בהיקש הפרשני) אנו נותנים משמעות ללשון הנורמה הקיימת. בהיקש (המשלים חסר) אנו יוצאים מעבר לתחום

291 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 290.

הנורמה הקיימת ויוצרים נורמה חדשה. אמת, תנאי להיקש הוא הפירוש. רק באמצעות הפירוש אנו יודעים את היקף התפרסותה של הנורמה ואת תכליתה. באמצעות מידע זה אנו יכולים לקבוע אם קיים חסר בנורמה פלונית. כמורכב, רק באמצעות הפירוש אנו יכולים לדעת את תכליתה של נורמה אלמונית והאם ניתן להקיש ממנה למילוי החסר. הפירוש הוא אפוא המכשיר אשר באמצעותו אנו מעמידים נורמה חסרה, מזה, ונורמה שניתן להקיש ממנה, מזה. בכך מסתיים תפקיד הפרשנות. ההיקש הוא פעולה חדשה הגוזרת נורמה הלכתית חדשה מנורמה קיימת, המשלימה בכך נורמה חסרה. כשלעצמה, פעולת גזירה זו אינה פעולה פרשנית. מכאן מתבהר, כי במתן משמעות לביטויים ערכיים, כגון – תוס'לב, צדק, סבירות, הגינות וכיוצא בהם ביטויי-שסתום – אין השופט עוסק בהיקש (כמשמעות ביטוי זה בחוק יסודות המשפט)²⁹². אכן, בהיקש קיימת נורמה שתחום התפרסותה אינו משתרע על מצב עובדתי פלוני, ובדרך ההיקש נוצרת נורמה חדשה הגוזרת ממנה והמשתרעת על מצב עובדתי זה, הדומה למצב העובדתי שעליו משתרעת אותה נורמה. תהליך זה אינו קיים בפירוש ביטויי-שסתום. כאן השאלה היא תחום ההתפרסות של ביטויי-השסתום. אין כאן כל עניין בהיקש מנורמה אחת לזולתה. מכאן גם שקיים הבדל מהותי בין פרשנות מרחיבה לבין היקש²⁹³. בפרשנות מרחיבה השופט נותן משמעות לטקסט הקיים, ולו באופן "מרחיב". בהיקש השופט פועל מעבר לטקסט הקיים ויוצר טקסט חדש בהיקש מטקסט ישן. אכן, הבחנה זו בין פירוש לבין היקש ובין היקש פרשני (כחלק מפרשנות) לבין היקש להשלמת חסר (כחלק ממילוי חלל בנורמה) היא חיונית להבנתו ולהפעלתו של חוק יסודות המשפט. חוק זה עוסק בהיקש כדין משלים, ובהיקש זה בלבד. אין הוא עוסק בהיקש הפרשני כלל.

(ז) היקש ושיקול-דעת שיפוטי

הקביעה, אם ניתן להקיש מהוראה פלונית אם לאו, היא לעתים פשוטה; ברוב המקרים היא קשה. קיימות כמה הוראות ספציפיות שמהן ניתן להקיש, ויש לבחור ביניהן. לקבוצת הוראות עשויות להיות תכליות מספר, ברמות הפשטה שונות, ויש לבחור ביניהן. אכן, הפעילות השיפוטית בתחום ההיקש היא פעילות שבשיקול-דעת²⁹⁴. לא פעם עומד השופט בפני כמה אפשרויות אשר כל אחת מהן לגיטימית. זאת ועוד: לעתים ניצב השופט בפני השאלה הקשה אם ההיקש אפשרי או שמא אין אפשרות להיקש, ויש לפנות לדין המשלים הנוטר, כלומר: עקרונות מורשת-ישראל. אף שאלה זו היא לרוב שאלה קשה, המעמידה את השופט בפני כמה דרכי פעולה חוקיות. שיקול-דעת זה עשוי ליצור חוסר-ודאות. חרף זאת, יתרונותיו של ההיקש עולים על חסרונותיו. הוא מהווה אמצעי ראוי למילוי חסר, והוא אף אמצעי יעיל לכך. רוב מקרי החסר ניתנים למילוי בדרך ההיקש. יהיו אלה מקרים מעטים בלבד, שבהם לא יתמלא חסר על ידי היקש. עם זאת, מקרים כאלה

292 ראה לעיל, הערה 238.

293 להבחנה בין פירוש מרחיב לבין היקש ראה 73 (1968), H. Silving, *Sources of Law*.

294 על שיקול-דעת שיפוטי בהיקש ראה ברק (לעיל, הערה 142), 139.

קיימים. לשם השלמתם של אלה יש לפנות לדין המשלים הנותר, והם עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל. לבחינתו של דין משלים זה נעבור עתה.

8. הדין המשלים – שלב שני: עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל

(א) דין משלים הומוגני והטרוגני

מרבית שיטות-המשפט הקונטיננטליות מקיימות דין משלים דו-שלבי. בשלב הראשון מופנה השופט, אשר קבע חסר בדבר חקיקה שאינו מקבל את תשובתו במנהג, אל ההיקש. בשלב השני הוא מופנה לעקרונות כלליים²⁹⁵. עקרונות אלה יכולים להיות מכלול עקרונותיה של השיטה המשפטית. כך, למשל, קובע הדין המשלים האיטלקי²⁹⁶, כי על השופט לפנות אל "העקרונות הכלליים של המערכת המשפטית של המדינה". הוראה דומה מופיעה בקודקס האזרחי הספרדי, המפנה אל העקרונות הכלליים של המשפט²⁹⁷. כמורכב, הדין המשלים האוסטרי מפנה אל "העקרונות הטבעיים של המשפט"²⁹⁸. זהו דין משלים הומוגני, המשלים את החסר בחקיקה בדרך שהיא טבעית לשיטת-המשפט. לעתים קרובות, ההפניה היא לערכים מיוחדים (כגון צדק), ולא למכלול ערכיה של השיטה. לעתים ההפניה היא לעקרונות כלליים של שיטת-משפט זרה. זהו הדין המשלים שנהג אצלנו על-פי משטרו של סעיף 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, שהפנה את השופט, אשר קבע חסר בחקיקה העות'מנית והמנדטורית, ליסודות המשפט המקובל ולדוקטרינות של האקוויטי. עם ביטולו של סעיף 46 לדבר המלך במועצתו הונהג תחתיו דין משלים חדש המפנה את השופט, אשר קבע את קיומו של החסר בדבר חקיקה, והמשיך וקבע כי החסר אינו ניתן להשלמה בדרך ההיקש, אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל". בכך נקט המחוקק דרך ביניים: מחד גיסא, בחר בדין משלים הטרוגני, שכן ההפניה אינה למכלול ערכיה של שיטת-המשפט; מאידך גיסא, ההפניה אינה לדין זר. עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל הם מעקרונותיה של שיטתנו המשפטית. מורשת-ישראל היא חלק ממורשתה של מדינת ישראל. הנה כי כן, המחוקק לא הפנה את השופט אל מכלול ערכיה של שיטת-המשפט, אלא בחר מתוך המכלול קבוצת ערכים מסוימת, המהווה את הדין המשלים. את רצונו זה של המחוקק יש לכבד. השופט אינו רשאי לפנות אל כלל הערכים של השיטה, תוך חיפוש אחר איזון ביניהם במקום שהם מתנגשים. השופט אף אינו רשאי לפנות לערך זה או אחר, כגון צדק או מוסר. עליו

295 חריג הוא הדין המשלים בשווייץ, המורה לשופט להשלים את החסר באותו אופן שלדעתו המחוקק היה מסדיר, תוך זיקה לתורת-המשפט ולמסורת המשפטית – סעיף 1 לחוק האזרחי השווייצרי. ראה גם מאייר-הייס (לעיל, הערה 27), 163.

296 סעיף 12 להוראות המבוא לקודקס האזרחי האיטלקי.

297 סעיף 6 לקודקס האזרחי הספרדי.

298 סעיף 7 לקודקס האזרחי האוסטרי. לבחינתו של הסדר זה ראה כידלינסקי (לעיל, הערה 2), 481.

לפנות אל קבוצת הערכים המיוחדת שאליה הפנה אותו המחוקק. פנייה זו חובה היא. אין השופט רשאי אך להיוועץ או להימלך בערכים אלה ואין הוא רשאי שלא לפעול על-פיהם למילוי חסר. במקום שעקרונות אלה מעלים כמה אפשרויות, עליו לבחור ביניהן, תוך שימוש בשיקול-דעתו השיפוטי.

(ב) דין משלים דו-שלבי – היקש ומורשת-ישראל

משקבע השופט חסר בדבר חקיקה, עליו לפנות להלכה הפסוקה ולמנהגים. אם אלה נותנים פתרון לבעיה הטעונה הכרעה, שוב אין חסר במשפט ואין צורך להמשיך ולחפש פתרון בדין המשלים. אם ההלכה הפסוקה והמנהגים אינם משלימים את החסר (כלומר: חסר בחקיקה ממשיך להיות חסר במשפט), על השופט לפנות לדין המשלים הדו-שלבי. בשלב הראשון פונה השופט אל ההיקש, ואם ההיקש אינו משלים את החסר – על השופט לפנות לשלב השני, כלומר: לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל. שופט אינו רשאי לפנות לעקרונות אלה בטרם יבחן את ההלכה הפסוקה ואת המנהגים ובטרם יקבע שאינו קיים היקש מתאים. דבר זה מתבקש מניסוחו של חוק יסודות המשפט. הוראה זו קובעת כי במקום שלא נמצאה תשובה "בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש", עליו להכריע בשאלה על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל. מכאן, שאם לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה נמצאת תשובה בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, אין לפנות לעקרונות מורשת-ישראל. יש להודות כי הניסוח של חוק יסודות המשפט אינו מוצלח וכי לא מן הראוי היה להפנות להלכה הפסוקה ולהיקש בדרך אינצידנטלית. עם זאת, גם על-פי הניסוח הלכתי אין ספק כי רק בעיה משפטית הטעונה הכרעה שלא נפתרה על ידי ההלכה פסוקה – ולכן יש להוסיף את המנהג – ורק חסר שלא הושלם על ידי ההיקש יש להשלימו על-פי מורשת-ישראל. בטרם יפנה השופט למורשת-ישראל עליו למצות את ההלכה הפסוקה, המנהג וההיקש.²⁹⁹

(ג) עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום

המחוקק הפנה את השופט אל ארבעה עקרונות של מורשת-ישראל. ארבעת העקרונות הם "החירות, הצדק, היושר והשלום". נמצא, כי אל לו לשופט לפנות לעקרונות אחרים המצויים במורשת-ישראל³⁰⁰. עמד על כך כהן, באמרו³⁰¹:

299 בכמה פסקי-דין ציין השופט אלון, כי מושגים ערכיים – כגון צדק, תום-לב ותקנת-הציבור – יוצרים חסר, אשר מילוי מחייב פנייה למורשת-ישראל. כבר ציינו (לעיל, הערה 238), כי מתן משמעות למושג ערכי כרוך בפירושו של אותו מושג ולא במילוי חסר בו. אך גם אם היינו רואים במושג הערכי מושג היוצר חסר, הרי לשם מילוי החסר יש לפנות תחילה להיקש. "קפיצת-דרך" אינה אפשרית. ראה ברק (לעיל, הערה 209), 267.

300 לדעה אחרת ראה שוחטמן (לעיל, הערה 209), 312. על-פי השקפתו, "כוונת המחוקק היא להפנות לכלל עקרונות המשפט העברי שהם עקרונות חירות, צדק וכד'. כלומר, רשימת עקרונות זו לא לצמצם באה, אלא להאיר את אופיים של עקרונות המשפט העברי, שהם עקרונות של חירות, צדק וכד'".

301 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 297.

המחוקק נטל שררה וחופש לעצמו לברר לו מתוך מכלול 'העקרונות' שניתן לדלותם ממורשתנו אך ארבעה עקרונות בלבד, מיוחדים ומסיימים מאד, שישמשו דין-שיור. מכלל בחירה חיובית זו אתה שומע שלילה ודחיה של כל העקרונות האחרים המצויים במורשת-ישראל. אם מצויים בה – לעומת עקרונות חירות, צדק, יושר ושלום – גם עקרונות עבדות, הפליה, נוקשות וקנאות, הרי אלה פסולים בעיני המחוקק מלבוא בשערי דין-השיור. ניתן לומר על מורשת-ישראל (מקל-וחומר), הפוך בה והפוך בה כולה בה; וכדי לגלות ולזהות בה את העקרונות הראויים והרצויים לספק את 'האור' לבתי-המשפט בישראל, המחוקק ראה את עצמו נאלץ לעשות סלקציה תחילה, בחינה מה לתבן את הבר.

בצדק ציין כהן, כי אל העיקרון הבסיסי של עבודת האלוהים לא הפנה המחוקק את השופט³⁰². ההפניה היא אפוא לעקרונות כלל-אוניברסליים, ולא לעקרונות דתיים או תיאולוגיים. עם זאת, ההפניה אינה למושג אוניברסלי ערטיילאי, אלא למושגים האוניברסליים של חירות, צדק, יושר ושלום "של מורשת-ישראל". נמצא, כי ההפניה היא לתפישתה של מורשת-ישראל את המושגים חירות, צדק, יושר ושלום³⁰³; שאם לא תאמר כן, אין לדיבור "מורשת-ישראל" כל משמעות. אכן, תכליתו של החוק היתה להחליף את הדין המשלים האנגלי בדין משלים המשקף את המורשת שלנו. על-כן יש להעניק לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום את המשמעות הניתנת להם במורשת שלנו.

(ד) עקרונות ונורמות אינדיבידואליות

הדין המשלים מפנה את השופט על "עקרונות" החירות, הצדק, היושר והשלום". הדין המשלים אינו מפנה את השופט לנורמות אינדיבידואליות שנגזרו מעקרונות אלה. אכן, השופט מופנה אל העיקרון שבמורשת-ישראל, ולא אל היישום המיוחד שלו³⁰⁴. את היישום המיוחד יעשה השופט על-פי הבנתו-שלו את העיקרון ואת

302 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 296.

303 דומה, כי דעתו של כהן שונה. הוא מעלה שתי אפשרויות לפירוש הדיבור "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום":

מחד-גיסא יכול שהמחוקק קבע רק את העובדה שישנם בתוך מורשת-ישראל עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלום, ועתה מוטלת על בתי-המשפט המשימה לחפשם שם ולחושם ולבחור להם מצדם ולצורכיהם 'עקרון' פלוני שלאורו יכריעו. אך, מאידך גיסא, יכול שהמחוקק כבר עשה את כל הבחירות הדורשות והנחוצות, והעקרונות שמנה אותם – חירות, צדק, יושר, שלום – כולם או מקצתם יחד או כל אחד מהם לחוד, הם המה, כמות שהם, המאורות המוגדרים שלאורם יפסוק בית-המשפט.

דומה שכהן מעדיף את האפשרות הראשונה. כהן (לעיל, הערה 7), 298, 300. לדעתי, האפשרות שנבחרה על-ידי המחוקק היא השנייה. לבעיה זו ראה Tedeschi, "The Law of Laws" 14 *Isr. L. Rev.* (1979) 145, 161.

304 ראה ברק, (לעיל, הערה 142), 141. ראה א' ויתקון, משפט ושיפוט, (1988) 13. ראה גם גנו (לעיל, הערה 211), 527.

יישומו³⁰⁵. טול, למשל, את העיקרון של "ואהבת לרעך כמוך"³⁰⁶. נראה לי, כי זהו אחד מעקרונות הצדק או היושר – ואולי הוא עיקרון של שלום – של מורשת-ישראל. הדין המשלים מפנה את השופט לעיקרון זה של מורשת-ישראל. לאורו על השופט להשלים את החסר. אל לו לשופט לחפש במורשת-ישראל את הפתרון האינדיבידואלי שניתן לבעיה הטעונה הכרעה בפניו ואשר נגזר מעיקרון זה. על השופט לראות בעיקרון של "ואהבת לרעך כמוך" נקודת-מוצא, שממנה יגזור דין המשלים את החסר בשיטתנו-שלנו. כמו-כן, עיקרון של צדק או יושר במורשתנו הוא העיקרון של "ועשית הישר והטוב"³⁰⁷. על השופט לפנות לעיקרון זה ולגזור ממנו דין אשר מכוחו יתמלא חסר בשיטתנו. אל-לו לשופט לחפש ולמצוא את הדין הספציפי במורשתנו שנגזר מעיקרון עשיית הישר והטוב ואל-לו להשלים באמצעות דין ספציפי זה את החסר בשיטתנו. המחוקק הפנה את השופט אל העיקרון, אל ההכללה, אל תפישת-היסוד. המחוקק לא הפנה את השופט אל הספציפי, אל הביטוי המעשי. בעניין זה אל-לנו לחזור על טעות שנפלה ביישום הדין המשלים הקודם. כפי שראינו, דין משלים זה הפנה אל "עקרונות" (substance) המשפט המקובל ואל הדוקטרינות (doctrines) של האקוויטי. ההפניה היתה לתפישות-יסוד, ולא לדינים ספציפיים³⁰⁸. הלכה למעשה לא נהגה הפסיקה על-פי הנחיה זו. תחת הפנייה לעקרונות ולדוקטרינות ייבאה זו לארץ דינים לפרטיהם. כתוצאה מכך הלכה הדיסהרמוניה בשיטתנו וגברה. למודי-ניסיון, אל-לנו לשוב על אותה הפעולה מוטעית של הדין המשלים. אנו מופנים אל תפישות-יסוד והשקפות-עולם, ואיננו מופנים לפרטי דינים ולהלכות מיוחדות. אנו מופנים אל דרך-המלך של העיקרון, ולא אל הסמטה של הגשמתו הלכה למעשה³⁰⁹.

(ה) "מורשת-ישראל" ומשפט עברי

הדין המשלים מפנה אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של "מורשת ישראל". הביטוי "מורשת-ישראל" נבחר במיוחד לצורכי חוק יסודות המשפט. הוא מהווה פשרה בין שתי גישות קיצוניות. האחת ביקשה להימנע מכל דין משלים סטטוטורי, והשנייה ביקשה לקבוע כי המשפט העברי הוא הדין המשלים³¹⁰. הפשרה נמצאה בשימוש בביטוי "מורשת-ישראל". ביטוי זה אינו זהה למשפט

305 כמו כל מקרה אחר, שבו שופט מיישם עיקרון כללי הטמון בשיטתו. זהו העיקרון הידוע של subsumption. ראה קרינג (לעיל, הערה 34), 332.

306 ויקרא יט, יח.

307 דברים ו, יח; יב, כח.

308 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 184, המציין כי לשונו של סעיף 46 לדבר המלך במועצה "מרמז על עיקרי אותו המשפט האנגלי, על יסודותיו, לעומת כללים מיוחדים יותר הסוטים מהם; כלומר, מפנים אותנו אל דרך המלך של דיני המסורת האנגליים ולא אל סימטאותיה... הפניה כזו אל העיקר והקבוע, בהזנחת הטפל והארעי". ראה גם פרידמן (לעיל, הערה 40), 359.

309 בפרפרזה על ניסוחו של טרסקי (ראה לעיל, הערה 302).

310 להיסטוריה החוקתית ראה ברק (לעיל, הערה 209), 280 (הנספח).

העברתי³¹¹. אך לא ברור מה כלול בו, ונראה כי הוא סתום³¹². היקף התפרסותו יתבהר בוודאי במשך השנים, עם פירושו על ידי בית-המשפט. נראה לי, כי כהן קלע למטרה, כתארו את "מורשת-ישראל" כזו הלשון³¹³:

המחוקק בחר בלשון 'מורשת-ישראל' — לשון המצטיינת בשלושת אלה: ראשית, היא גורפת ומקיפה את כל נכסי התרבות שבאו אלינו בירושה מאבותינו ואבות אבותינו שבכל דור ודור ובכל אתר ואתר; שנית, הוא מונח לא-משפטי, לא-טכני, ואינה מצביעה על אחד ממקורות המשפט המוכרים; ושלישית אין לה משמעות דתית. גם מורשה משפטית וגם מורשה לבר-משפטית במשמע. גם מורשה דתית וגם מורה אפיקורסית במשמע. כל מורשה שניתן לקרוא עליה שם ישראל, אם בשל זהות המוריש ואם בשל טיב הירושה, מורשה היא המונחת ועומדת ומוכנה לכל ישראל, תהא דעתו ואמונתו וגישתו של אדם מישראל אשר תהא.

אכן, "מורשת-ישראל" היא מושג לאומי, החובק את המורשת של האומה, הישנה והחדשה גם יחד. נכללים בה בוודאי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום העולים ממקורותינו העתיקים, אך אין הם מוגבלים לאלה בלבד. עלינו להשקיף על רצף ההיסטוריה של העם. מורשת-ישראל כוללת את מורשתו של הרמב"ם ואת מורשתם של שפינוזה ומנדלסון; את מורשתו של הרצל ואת מורשתו של אחד-העם; את המורשת שלפני הקמת המדינה ואת זו שלאחריה; את המורשת העולה מספרות תורנית ואת זו העולה מספרות חילונית.

(ו) "מורשת-ישראל" ושיקול-דעת שיפוטי

במרבית המקרים יש להניח, כי הנורמה המשפטית המתבקשת מעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל, תהא אחת ויחידה ואין זולתה. לא תמיד יהא הדבר כך³¹⁴. ייתכן שמאחד העקרונות של מורשת-ישראל ניתן לגזור דין פלוני, ואילו מעיקרון אחר של מורשת-ישראל ניתן לגזור דין אלמוני. ייתכן גם, כי מאותו עיקרון עצמו עשויים להיגזר כמה דינים. בנסיבות אלה, באיזו אפשרות יבחר השופט? התשובה היא, כי הדבר נתון לשיקול-דעת³¹⁵. זהו "מקרה קשה", שבו על השופט להפעיל שיקול-דעת שיפוטי בהכרעה בין האפשרויות החוקיות הניצבות בפניו. הוא יעשה כן לא באופן שרירותי, אלא מתוך רצון ליתן פתרון

311 ראה ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785, 798; וכן ויתקן (לעיל, הערה 303).

12. לדעה אחרת ראה דנציגר (לעיל, הערה 209), 620; שוחטמן (לעיל, הערה 209), 308.

312 ראה חשין, "מורשת-ישראל ומשפט המדינה" זכויות אורח בישראל (1982) 47, 55; טדסקי (לעיל, הערה 302), 160.

313 כהן (לעיל, הערה 7), 300.

314 ראה ברק (לעיל, הערה 209), 278.

315 ראה ברק (לעיל, הערה 142), 141. עם זאת נראה לי, כי אין מניעה לכך שעל העיקרון הכללי ילמד השופט מתוך הדינים הספציפיים. השופט יעמוד אז בפני תהליך של אינדוקציה מהפרט אל הכלל, ולאחריו — דדוקציה עצמאית מהכלל אל הפרט שבפניו.

אובייקטיבי, תוך התחשבות בשיקולים נורמטיביים, מוסדיים ובין-מוסדיים, העולים משיטת-המשפט³¹⁶.

9. דין-שיוור

(א) הצורך בדין-שיוור: הדין המשלים של המשפט העברי כדין-שיוור?

מה הדין אם הדין המשלים אינו ממלא את החסר? האם החסר יישאר בלתי-מושלם (בחנית *non liquet*) או שמא יש מקום לפנות לדין משלים נוסף ברמה שנייה, מעבר לדין המשלים הרגיל; ואם כן, מהו דין משלים זה? הקיים "דין-שיוור"³¹⁷ אליו ניתן לפנות במקום שהדין המשלים אינו ממלא את החסר? שאלה זו קשה היא. היא תתעורר בוודאי במקרים נדירים ביותר. יש הסבורים, כי ההפניה ל"מורשת-ישראל" מפנה גם ל"דין המשלים" של המשפט העברי, כגון ההיקש מהוראות המשפט הזה עצמו. כך, למשל, סובר פרופ' שוחטמן, כי המחוקק הפנה את השופט גם לעקרון ההיקש שבמשפט העברי עצמו. אומר פרופ' שוחטמן³¹⁸:

המחוקק לא עשה שימוש במונח שמשמעותו הברורה היא הפניה לנורמות מסוימות המפורשות בדין העברי, אלא עשה שימוש במונח הרחב של 'עקרונות' – מונח המתייחס ליסודות המערכת המשפטית; אם מדובר ביסודות המערכת הרי שיש הצדקה, לכאורה, לשימוש בהיקש כאשר לא נמצא פתרון מפורש, שכן ההיקש הוא אחת מדרכי יצירתה של ההלכה היהודית והוא משמש כלי חשוב בידי הפוסקים בבואם לפסוק את ההלכה. יש מקום אפוא לומר שבית-המשפט מצווה לפסוק לא רק לאור הפתרונות המפורשים שהוא מוצא במסגרת המשפט העברי, אלא גם תוך שימוש בעקרונות המתודולוגיים של מערכת משפטית זו.

גישה זו אינה מקובלת עלי³¹⁹. היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא למשפט העברי – ולא היא; היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא לפרטי הדינים של המשפט העברי – ולא היא; היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא לכל העקרונות של המשפט העברי – ולא היא. אכן, חוק יסודות המשפט מפנה לארבעה עקרונות – חירות, צדק, יושר, שלום – של מורשת-ישראל. אין הוא מפנה לעקרונות נוספים. אין הוא מפנה לדין המשלים של המשפט העברי. אין מקום אפוא לפנות להיקש מהוראות המשפט העברי. אכן, ההפניה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל היא הפניה לעקרונות אלה, ואליהם

316 ראה ברק (לעיל, הערה 142).

317 בטרימינולוגיה שלי "דין-שיוור" הוא דין משלים מדרגה שנייה. הוא חל רק במקום שהדין המשלים (ההיקש ומורשת-ישראל) אינם משלימים את החסר. אצל כהן – שטבע צורת דיבור זו – "דין-השיוור" הוא מורשת-ישראל. ראה כהן, (לעיל, הערה 7).

318 ראה שוחטמן (לעיל, הערה 209), 314.

319 שילה (לעיל, הערה 43), 363, סובר כי אם עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל אינם ממלאים את החסר – יש לפנות למשפט העברי. ראה להלן, הערה 320.

בלבד. אין כל הפניה למיתודולוגיה של המשפט העברי, הממלאת חסר במשפט העברי. בכך השוני בין הדין המשלים החדש לבין הדין המשלים הישן. על-פי הדין המשלים הישן הופנה השופט ליסודות המשפט המקובל ולעקרונות דיני-היושר. ניתן היה לומר, כי הפניה זו ליסודות ולעקרונות כוללת גם את היסודות והעקרונות הקובעים את הדין המשלים³²⁰. לעומת זאת, הדין המשלים החדש מפנה לארכה מקורות מוגדרים של מורשת-ישראל, ולא לכלל העקרונות; ממילא אין הפניה לדין משלים כלשהו.

(ב) המשפט העברי כדין-שיור

פרופ' שילה הציע, כי דין-השיור יהא המשפט העברי. פרופ' שילה מוכן להודות, כי "מורשת-ישראל" אינה זהה למשפט העברי. עם זאת הוא מציע, כי מקום שהחסר לא מתמלא על ידי "מורשת-ישראל", יפנה השופט אל המשפט העברי. אומר פרופ' שילה³²¹:

לאחר שהפניה לעקרונות לא העלתה פתרון לשאלה המבוקשת, מותר בלי-ברירה, לפנות לפרטי המשפט העברי שלכל הדעות הוא חלק ממורשת-ישראל, ולאור חוק יסודות המשפט המחוקק חפץ ביקרו.

דעה מקורית ומעניינת זו אין בידי לקבל. "מורשת-ישראל" אינה זהה ל"משפט עברי", וממילא אין כל בסיס לקבוע כי דין-השיור הבא לאחר מורשת-ישראל הוא המשפט העברי. אכן, איננו מחפשים דין משלים לדין המשלים. אנו מחפשים דין משלים לשיטת-המשפט הישראלית, לאחר שהדין המשלים שנקבע אינו ממלא את החסר.

(ג) עקרונות היסוד של המשפט כדין-שיור

מהו דין-השיור שיש להחילו במקום שהדין המשלים אינו מספק תשובה? לדעתי, עלינו לפנות לאותו דין משלים שהיינו נוהגים על-פיו לולא עמד בתוקפו הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט. "דין משלים הלכתי" זה הוא מטבעו דין משלים הומוגני. תוכנו הוא, כי את החסר יש לפתור על-פי עקרונות-היסוד של השיטה³²². ההפניה הפעם היא לכל עקרונות היסוד, ולא אך לארבעת העקרונות של מורשת-ישראל. בכך נבטיח, מחד גיסא, קיומו של דין-שיור, הבא לאחר הדין המשלים שנקבע כחוק; ומאידך גיסא, נבטיח כי החסר יתמלא בצורה שהיא הרמונית לשיטה כולה. בהפעלתו של דין-השיור נתון שיקול-דעת רב לשופט.

320 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 178. לעומת זאת, נראה לי, כי כאשר המחוקק מפנה למשפט העברי או לדין-תורה (ראה, למשל, בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נשואין וגירושין) תשי"ג-1953), הוא מפנה גם אל דין-השיור של המשפט העברי. (ראה לעיל, הערה 216).

321 שילה (לעיל, הערה 43), 362.

322 ראה טרסקי (לעיל, הערה 31), 178. הקובע, כי חסר בשיטה הארצישראלית שלא ניתן היה למלאו על-ידי הפניה למשפט האנגלי, היה מקום למלאו בדרך של פנייה אל "עקרונות השיטה הא"י הכלליים ואל עקרונות הצדק והיושר".

עם זאת, שיקול-דעת זה אינו מוחלט. השופט פועל לפי ערכי-היסוד המשותפים לציבור הנאור. אין הוא יוצר יש מאין. יפים לכאן דבריו הבאים של כהן³²³:

השופט חייב לשפוט תמיד לפי אותם 'האידיאלים' והערכים המש-
תקפים בחקיקה ובעקרונות המשפטיים המנחים אותה. אין השופט
יוצר יש מאין: ביוזעין או שלא ביוזעין, הוא תמיד שואב מן התורה
והתבונה המשפטית הטמונה באותה 'שיטה' של משפט שבתוכה
הוא גדל ושבמסגרתה הוא פועל; ועל ידי שהוא משלים את החסר
בתוך 'השיטה' וכך מקיימה בחיים, הוא מבטא, כאילו למפרע,
אותם הערכים והמידות אשר, אילולא החסר, המחוקק היה מבטאם.
מושגים מוסכמים של צדק ויושר, סדר ומשפט, צרכי הציבור
וזכויות הפרט הטמונים בכל 'שיטה' ובכל תורה משפטית, מוצאים
בשופט את דוברם ושופרם. ואף כי אין למנוע — ואולי אף אין
מן הראוי למנוע — שכל שופט יטביע על יצירתו גם את חותמו
האישי במידה זו או אחרת (הנתונה לטעמו ולשיקול-דעתו), בתוצר
המוגמר היוצא מתחת ידי בית-המשפט יהא תמיד מעין התגלמות
והתגבשות של ערכי משפט וצדק כתפישתם בציבור אשר לו נועד.

הנה כי כן, חרף שיקול-דעתו, השופט פועל במסגרת קונסנזוס חברתי והוא נותן
ביטוי לערכי-יסוד שאינם סובייקטיביים, אלא משקפים את מהותה של חברתו.
ערכי-יסוד אלה רבים הם ומקיפים. נזכיר ביניהם עקרונות של שוויון, צדק ומוסר.
הם משתרעים על מטרות חברתיות של הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות
השפיטה, חופש הביטוי, חופש התהלכה והעיסוק, חופש הקניין והחופש, חופש
הפולחן, חופש השביתה, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור ובטחונו,
ערכיה הדימוקרטיים של המדינה ועצם קיומה. הם כוללים תוס-לב, צדק טבעי,
הגינות וסבירות. בין ערכי-היסוד נמנים גם עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום
של מורשת-ישראל. דין-השיוך כולל את הערכים והעקרונות כולם. ערכים ועקרונות
אלה אינם מצויים במצב סטטי; הם נתונים בתנועה מתמדת. ערכים ועקרונות שלא
היוו חלק מהשיטה מוכנסים לתוכה ועוברים "פוזיטיביזציה" שיפוטית. ערכים
ועקרונות שהיוו חלק מהשיטה עשויים לצאת מתוכה. בכל אלה פועל השופט
כקורא נאמן של הקונסנזוס החברתי של הציבור הנאור³²⁴. באמצעותם הוא "סוגר"
את שיטת-המשפט ועל-פיהם הוא יצליח ליתן פתרון לכל בעיה משפטית הטעונה
הכרעה המתעוררת בפניו.

323 כהן (לעיל, הערה 7), 294.

324 ראה ברק (לעיל, הערה 142), 221.

10. הערכתו של חוק יסודות המשפט

(א) הערכת הניסוח

ניסוחו של חוק יסודות המשפט אינו מוצלח. יש בו ערבוב בין קביעת מקורות המשפט לבין קביעת הדין המשלים במקרה של חסר. רצוי היה להבחין בין השניים. אשר למקורות המשפט נקבע, כי בצד החקיקה גם ההלכה הפסוקה היא מקור משפטי. הדבר נעשה כדרך-אגב, באופן שאינו מתאים לחשיבות הנושא. המנהג לא צוין כמקור משפטי נוסף, ודבר זה מעורר קושי. אשר לדין המשלים, לא הובהר דיו, כי הדין המשלים חל בחסר, כי החסר הוא בחקיקה בלבד וכי אין הדין המשלים בא להשלים חסר בהלכה הפסוקה. כן לא הובהר דיו, כי החסר בחקיקה ניתן להשלים על ידי היקש מכל מקורות המשפט, כלומר: היקש הן מהחקיקה הן מההלכה הפסוקה והמנהג, ולא רק מהחקיקה. לבסוף, לא הודגש דיו כי הדין המשלים הוא דו-שלבי וכי יש לפנות תחילה להיקש, ורק כאשר היקש מתאים אינו קיים יש לפנות למורשת-ישראל. כן לא נקבע דין-שיור שיופעל במקום שהדין המשלים אינו ממלא את החסר.

(ב) הערכת תוכן ההסדר – חקיקה

הערכתו של תוכן ההסדר הקבוע בחוק יסודות המשפט מחייבת בדיקה כפולה: האחת, אם ההסדר החקיקתי מניח את הדעת. שנית, האם האופן שבו פורש ההסדר החקיקתי והופעל הלכה למעשה על ידי השופטים, מניח את הדעת. מנקודת-מבטה של החקיקה, כבר ראינו את מגבלותיה. עם זאת, אין בהן כדי להביא לפירוש שאינו תואם את תכלית החקיקה. אשר לתוכן ההסדר החקיקתי, הריהו מבוסס על פשרה. נראה לי, כי פשרה זו היא הוגנת. מחד גיסא, נוצר קשר חי עם מורשת-ישראל. מאידך גיסא, ניתנה האפשרות לשיטה להתפתח באופן טבעי (כדרך ההיקש) בלא שהיא נקשרה לשיטת-המשפט העברי, שרוב-דובו של הציבור אינו מוכן לחיות על-פי כל הוראותיה. הפשרה היא הוגנת הן כלפי הציבור החילוני הן כלפי הציבור הדתי. הקשר עם מורשת-ישראל נשמר, אם כי הפעלתה של זו אפשרית רק בהתקיים תנאים מוקדמים, באופן שיהיו אלה מקרים מעטים, שאינם נפוצים, אשר בהם יפנה השופט אל מורשת זו להשלמת חסר. אכן, בכך אין חידוש רב. אלה שהציעו בעבר להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי לעניין מילוי חסר עמדו על כך בזמנו. הנה, פרופ' אלון, בנסותו לשכנע לבטל סעיף 46 לדבר המלך ולהחליפו בהפניה למשפט העברי, כותב³²⁵:

ידידי, הבה נהיה כנים עם עצמנו ונבדוק את ה'סיכון' הגדול שבקבלת סעיף כזה. מי כמונו יודע שנחלקו חכמי המשפט ביניהם, לאקונה כזו מתי היא קיימת, מה טיבה ואימתי מותר שלא לראות בעצם שתיקתו של המחוקק תשובה שלילית לבעיה שהתעוררה.

325 ראה אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה" הפרקליט כה (תשכ"ח) 27, 51.

לאור כל אלה, אולי הגיע השעה לחשב מחדש ההפסד שעלול לצאת מההפניה לעקרונות המשפט העברי באותם מקרים מעטים שבהם יצטרכו בתי-המשפט לפנות לעקרונות אלה, לעומת השכר של קשירת קשר רשמי ופורמלי בין מערכת משפטה של המדינה העברית לבין מערכת משפטנו הלאומי.

ודוק: אלון צפה "מקרים מעטים" במקום שהליקוי צריך היה להתמלא על ידי המשפט העברי בלא הזדקקות להיקש. על-אחת-כמה-וכמה, לשיטתו-שלו, שהמקרים צריכים להיות מתי-מעט, אם השופט, בטרם יפנה למורשת-ישראל, חייב לפנות להיקש.

(ג) הערכת תוכן ההסדר – פסיקה

בהתייחסו להיקפם של מקרי החסר הביע כהן את דעתו, כי "כיום לא נשאר לדין-שיור חדש להתגדר בו אלא באותם מקרים נדירים, שקשה להעלותם על הדמיון, שבהם כל יתר מקורות המשפט איכזבו והתייבשו"³²⁶, והוא מוסיף³²⁷:

חוק יסודות המשפט הוא דוגמא נדירה על הלכה שאין עימה מעשה. כל חשיבותו מתמצית בעצם הסרתו וסילוקו של דין-השיור האנגלי והחלפתו בדין-שיור ישראלי מקורי; ואין נפקא מינה אם ואימתי יגיע דין-שיור זה לכלל יישום. עיקרו הוא בקיומו להלכה, לא בביצועו למעשה. הכתם שרכים ראו בזיקתנו הנמשכת לדין-השיור האנגלי נמחק עתה מספר חוקינו, ונפרשה עליו סוכת שלומה של מורשת-ישראל. כדי להוציא אמנציפציה זו מן הזיקה לדין-השיור האנגלי מן הכוח אל הפועל, צריך להניח תחילה שייתכנו ליקויים בדין הטעונים תיקון, חסר הטעון השלמה. מן המפורסמות היא שכל חקיקה שיפוטית אמנם באה למלא חסר שכזה, אלא היא נעשית בדרך של פרשנות החוק או פיקציה של פרשנות החוק; ולאחר שעוד הורחבו מרחבי 'הפרשנות היוצרת' על ידי תוספת ההיקש מחוץ לפרשנות החוק ומעבר לו, כמעט שלא השארנו פאת-שדה לדין-שיור לחרוש בו.

אף השופט אלון – תוך ביקורת גישתם של שופטים לעניין החסר³²⁸ – חושש כי המקרים שבהם ימצא חסר ותיקבע פנייה למורשת-ישראל, מעטים הם ביותר. אומר השופט אלון³²⁹:

ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לקונה, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד – בענין הנדלס – למושג הלקונה

326 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 286.

327 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 290.

328 ראה אלון (לעיל, הערה 209), 233; אלון (לעיל, הערה 235). לביקורת דומה ראה דויטש (לעיל, הערה 211).

329 ראה אלון (לעיל, הערה 209), 227.

ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת, אימתי וכיצד ייתכן שחיצא לקונה, שאין לה תשובה 'בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש'. האמנם יתכן לפרש חוק באופן שדברי המחוקק הם נטולי משמעת משפטית, אפילו פחות מכדי גרוגרת דר' צדוק? כמה ויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים נוסחו — חברי הכנסת בפרט ובציבור המשפטנים בכלל — עובר לחקיקתו של חוק יסוד זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לקונה שלא באה לעולם, וספק גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם וספק עוד יותר גדול אם וכאשר תבוא לעולם לא יחלט ברוב דעות, שאין זו לקונה כל עיקר? אתמהה.

לדעת השופט אלון, גישה מצמצמת זו למושג החסר ולאפשרויות הפנייה למורשת ישראל של סופרים ופוסקים אין מקורה בציווי של חוק יסודות המשפט, שכן חוק זה ניתן לפירושים שונים. מקורה של גישה צרה זו בחוסר רצונם של מחברים ושופטים לראות במורשת ישראל מקור משפטי משלים. לדעתו, גישתם היתה אחרת אילו ציווה חוק יסודות המשפט למלא את החסר על ידי פנייה למורשת האנגלו-סקסית.

(ד) הערכה מאוזנת של הדין המשלים והפעלתו

נראה לי, כי הן כהן הן אלון לא דקו פורתא. חסר בשיטתנו המשפטית קיים. כשם שנמצא חסר כדיניהם של השיטות הקונטיננטליות, כן ימצא חסר בשיטתנו-שלנו. גם המחוקק המקצועי ביותר אינו יכול להימנע מכך, על-אחת-כמה-וכמה מחוקק שאינו מדייק בחקיקתו. כל עוד תהא שיטת-משפט המבוססת על חקיקה, יהיה בה חסר. חלקו כבר קיים. חסר חדש מתוסף עם החקיקה החדשה ועם השינויים החברתיים. אין לקבל את הגישה, כי מקרי החסר הם "מקרים נדירים, שקשה להעלותם על הדמיון". נהפוך הוא: מקרי החסר הם מקרים לא-נדירים וקל לתארם. במשפט האנגלו-אמריקני לא הוכר החסר בחקיקה, ועל-כן נדחקה הפעילות השיפוטית במקרים של חסר לעבר הפעילות השיפוטית הפרשנית ולעבר הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל. אצלנו, בשיטה שבה מוכר החסר, יש לאפשר לו להתקיים בגבולותיו-שלנו. אין להשיג את גבול הפרשנות ואין להשיג את גבול פיתוח המשפט; כל פעילות שיפוטית ותחום-המחיה שלה. אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות: מקרי החסר אינם נדירים, אך אין הם תדירים ביותר. הם קיימים במקום שקיימת אי-שלימות הנוגדת את תכלית הנורמה החקוקה, ומטבע הדברים מקרים כאלה אינם נפוצים³³⁰. תוצאה טבעית זו רצויה היא. אין זה רצוי כי בחקיקה יהיו מקרים רבים מדי של חסר. עם זאת, אין זה רצוי לשלול את מקרי החסר. לחסר במשפט מעלות וחסרונות. מחד גיסא, הוא מצביע על חוסר שלימותה של

330 על הגישה בשווייץ לבעיית החסר ועל מיעוט המקרים שבהם נמצא חסר ראה von Overbeck, "Some Observations on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code", 37 *La. L. Rev.* (1971) 681. ראה גם מאיר-הייס (לעיל, הערה 27), 144.

החקיקה, ומאידך גיסא, מאפשר השלמה ראויה. עם זאת, כשם שאין לעשות כל ניסיון מכון לעצום עיניים מלראות חסר במקום שהוא קיים, כן יש להימנע מניסיון לראות בכל נורמה משפטית את החסר שבה. גישתו של השופט צריך שתהא אובייקטיבית³³¹. אין בידי לקבל את עמדתו של אלון, כי נעשה ניסיון מכון לצמצם את תורת החסר משום שהפנייה היא למורשת-ישראל וכי אילו היתה הפנייה למורשת האנגלו-סקסית, הגישה היתה שונה. יש לגשת אל בעיית החסר בצורה אובייקטיבית. בעיני, קיומו של חסר אינו מותנה באפשרות הפנייה למורשת-ישראל. נהפוך הוא: אפשרות הפנייה למורשת-ישראל מותנית בקיומו של חסר. כשם שמבקר אני את גישתו של אלון, המבקש לראות בכל מקרה-גבול מקרה המאפשר פנייה למורשת-ישראל, כן מבקר אני – וביקרתי בעבר³³² – את גישתם של אלה המבקשים בכל מקרה גבולי לפנות למשפט האנגלי. נאמנותנו לחוק ולפרשנותו – לכל חוק של המחוקק הדימוקרטי, יהא תוכנו אשר יהא – מחייבת אותנו לנקוט עמדה אובייקטיבית, המגשימה את תכלית החקיקה. תכלית זו לא היתה להמעיט בחסר או להרבות בו, אלא הניחה קיומו של חסר שאותו יש למלא.

אכן, חשיפת החסר אינה מותנית כלל בחוק יסודות המשפט. החסר נחשף באמצעות הפעילות הפרשנית, וזו מצויה מחוץ לגדרו של חוק יסודות המשפט. רק משנתגלה חסר יש מקום לפנות לחוק יסודות המשפט, ופנייה זו צריכה להיעשות באותו היקף ובאותה עוצמה, בלא קשר לתוכן המהותי של הוראות חוק יסודות המשפט. אין לקבוע מראש מה היקפם ומה מספרם של מקרי החסר בשיטתנו. כל שניתן לומר הוא, כי מקרים כאלה היו בעבר, מצויים בהווה ויהיו תמיד בעתיד; כי אין הם מקרים רבים ואין הם מקרים נדירים; כי כל שיטה וליקוייה היא; כי השופט צריך לגשת באופן אובייקטיבי לשאלת החסר, שלא מתוך עצימת-עיניים לחסר, מזה, או ראיית העיקר בחסר, מזה³³³. עם זאת, אין לכחד כי ראייה אובייקטיבית מוחלטת אינה אפשרית³³⁴. גם כאשר אנו מסתכלים על עצמנו מבחוץ, איננו עושים זאת אלא בעינינו-שלנו³³⁵. כאשר השופט ניצב בפני מקרה קשה, שבו ייתכנו כמה פירושים, הוא עשוי למצוא את עצמו – לאחר שהפעיל את כל התורות הפרשניות והמידות הפרשניות – בפני מצב דברים שבו ההכרעה תיפול על-פי תפישתו הסובייקטיבית. תפישה זו מעוגנת בנסיון-חייו ובפילוסופיה השיפוטית שלו³³⁶. היא מכוננת למציאת הפתרון הנראה לו כפתרון הטוב ביותר שהוא עשוי להגיע אליו

331 על האובייקטיביות בשיפוט ראה ברק (לעיל, הערה 142), 187.

332 ראה א' ברק, "עצמאותה של הקדיפיקציה האזרחית החדשה – סיכונים וסיכויים" משפטים ז (1976) 15; ברק, "ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב 'אול' – משפט אנגלי נ' משפט מקומי" הפרקליט כד (1968) 404.

333 ראה כהן (לעיל, הערה 7), 291.

334 ראה ברק (לעיל, הערה 142), 192.

335 B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921) 13: "We may try to see things as things are, objectively as we please. Nonetheless, we can never see them with any eyes except our own".

336 ראה ברק, (לעיל, הערה 142), 183. ראה גם אגרנט (לעיל, הערה 218), 256.

במסגרת מגבלותיו³³⁷. מהיבט סובייקטיבי זה אין מנוס. ניתן רק לקוות, כי שלב זה של "השופט עם עצמו"³³⁸ לא יהא שלב מוקדם מדי³³⁹ ולא ייעשה כאשר ניתן עדיין לפתור את הבעיה המשפטית על-פי אמות-המידה הפרשניות האובייקטיביות. זהו "כוכב-הצפון" המדריך את גישתי-שלי: אשיב על שאלת קיומו של חסר בחקיקה כמיטב יכולת השיפוט האובייקטיבית; לא אמנע מלהכיר בחסר רק בשל ה"חשש" או ה"תקווה" כי יהא צורך למלאו על-פי מורשת-ישראל; ולא אמנע מלשלול קיומו של חסר חרף ה"חשש" או ה"תקווה" כי בכך תיסגר הדלת בפני מורשת-ישראל. הנני דורש מעצמי ומזולתי נאמנות זו של הפרשן לחוק.

נראה לי כי הפסיקה הישראלית, אשר פירשה את הדין המשלים שבחוק יסודות המשפט, שמרה יפה על האיזון החקיקתי ועל האובייקטיביות הנדרשת מהפרשן. לחוק יסודות המשפט ניתן מקומו הראוי כחוק מרכזי ויסודי. עם זאת הודגש, כי החוק בא לקבוע דין משלים במקרים של חסר בחקיקה, ולא כללי פרשנות בהעדר חסר; צוין, כי פירושם של מושגים ערכיים בחקיקה הוא עניין לפעילות שיפוטית פרשנית, ולא לפעילות שיפוטית בהשלמת חסר במשפט; הובהר, כי חוק יסודות המשפט אינו יוצר קשר ישיר בין שיטתנו לבין המשפט העברי וכי הפנייה למורשת-ישראל היא לעניין עקרונותיה ולא לעניין פתרונותיה הספציפיים. עוד הודגש, כי בטרם יפנה השופט למורשת-ישראל, עליו למצות את ההלכה הפסוקה ואת ההיקש. כל אלה שומרים יפה על האיזון העדין שקבע חוק יסודות המשפט. על איזון עדין זה עלינו להמשיך ולשמור. אל-לנו, הלא-דתיים, לרוקן את החוק מכל תוכן. על-כן נהיה כנים בהכרה בקיומו של חסר בחקיקה ובמילוי — בהעדר הלכה פסוקה, מנהג והיקש מתאים — על ידי עקרונות מורשת ישראל. אל-לנו, הדתיים, למלאו תוכן שלא נועד להכילו ושיש בו שיבוש של אותו איזון עדין. לדעתי, עמדה שיפוטית, שלפיה מושגי-המשפט המוזכרים בחקיקה אשר יסודם בערכי מוסר ותרבות, כמו תוס-לב, יוצרים חסר, המחייב מילוי על ידי מורשת-ישראל — עמדה כזו משבשת את האיזון העדין; עמדה שיפוטית שלפיה יש לתת בכורה למשפט העברי או למורשת-ישראל — ושני אלה אינם היינו הך — בפרשנות החקיקה הרגילה, משבשת איזון עדין זה; עמדה שיפוטית, שלפיה מ"כוחו וכותו כוחו" של חוק יסודות המשפט יש לאמץ פירוש של חוק פלילי³⁴⁰ או חוק הסגרה³⁴¹, התואם את מורשת-ישראל, משבשת איזון עדין זה. אכן, "עקרונות החירות, הצדק,

337 ראה רו (לעיל, הערה 46), 197. ראה גם Schaefer, "Precedent and Policy" 34 *U. Chi. L. Rev.* 3, 22. "The forces and factors which I have mentioned are not weighed in objective scales. Each judge will have his individual reaction to the value of a particular precedent. Each will respond in his own degree to the pressure of the facts of the case. And each will make his own appraisal of the weight to be given to the other considerations I have mentioned".

338 ראה Clark, "The Limits of Judicial Objectivity" 12 *Am. U. L. Rev.* (1963) 1, 12; B. Cordozo, *The Paradoxes of Legal Science* (1928) 55.

339 O.W. Holmes, *Collected Legal Papers* 295: "It is a misfortune if a judge reads his conscious or unconscious sympathy with one side or the other prematurely into the law".

340 ראה ע"פ 89/78 אפנ"ד נ' מדינת ישראל, פ"ד (ג) 141; ע"פ 877/84 גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 169.

341 בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1.

היושר והשלום של מורשת ישראל" הפכו לעקרונות יסוד במשפטנו, שעל־פיהם מתמלא חסר. יחד עם עקרונות יסוד אחרים, הם משמשים בגיבוש ה"אני מאמין" של משפטנו. אין להתעלם מהשינוי המהותי שחל בשיטתנו עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט. עם זאת, מן הראוי שלא להסיק מ"כוחו וכוח כוחו" של חוק יסודות המשפט מה שאין בו. רק כך נוכל לשמור על אותו איזון עדין המאפיין את חוק יסודות המשפט, מזה, ואת החברה שלנו, מזה. ביטוי לאיזון זה נתן הנשיא לנדוי באומרו³⁴²:

נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירות של המשפט העברי, המגלם את חכמת החיים של קדמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צורכי זמננו, ללא קביעת סדר קדימה למקורות השראתנו.

ד. סוף דבר

מושג החסר סבוך הוא. איתורו הוא פרי פעילות שיפוטית פרשנית. השלמתו היא פרי פעילות שיפוטית עצמאית, העומדת על רגליה היא. פעילות זו שונה מהפעילות השיפוטית הפרשנית ומהפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט. ביקשתי לעמוד על מאפייניו של החסר ועל דרכי השלמתו. הצבעתי על הקשיים שהם טבעיים לעצם מושג החסר. עמדתי על הבעיות המיוחדות שמושג החסר מעורר בשיטת־משפט מעורבת, שבה החקיקה, המנהג וההלכה הפסוקה גם יחד מהווים מקורות משפט. הדגשתי כי מושג החסר מאפיין את החקיקה והמנהג בלבד. אין הוא מקובל באשר לפסיקה, שבה חסר ופיתוח משפט שזורים זה בזה בלא יכולת וצורך להבחין בין הדברים. ציינתי, כי אין מקום להשלים חסר בחקיקה באמצעות דין משלים, אט הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה נפתרת על ידי המנהג ועל ידי ההלכה הפסוקה. מעמד מיוחד זה של ההלכה הפסוקה, כמקור משפטי עצמאי, שאינו מהווה אובייקט לחסר אך המהווה אובייקט להשלמת החסר, מעורר קשיים ניכרים בפיתוח תורת חסר בשיטת־משפט מעורבת כשלנו. תיארחי קשיים אלה, המתורבים לאור ניסוחו הלקוי של חוק יסודות המשפט. יותר משנתתי תשובות, הצבתי שאלות. קיים חסר בהכנתו את החסר. מקווה אני, כי ברשימתי זו יהיה כדי לקדם מילוי של חסר זה.

