

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

מסמך רקע לקראת ישיבת הוועדה ביום 5.3.2018 – הכנה לקריאה השנייה והשלישית

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

ואולם, בעקבות ההסתייגויות השונות שהועלו ביחס לנוסח המקורי של ההצעה, יוזם ההצעה ערך שינוי משמעותי בהצעה כך שיקבע בסעיף שעקרונות המשפט העברי אשר יסייעו בהכרעה במצב של לקונה יהיו רק כאלה העולים בקנה אחד עם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום".

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

סעיף 1 קובע כיום כך:

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

הנוסח המעודכן של הצעת החוק:

תיקון סעיף 1

1. בחוק יסודות המשפט, התש"ס–1980, בסעיף 1, במקום "מורשת ישראל" יבוא "המשפט העברי ומורשת ישראל".

הנוסח המשולב של התיקון המוצע לסעיף 1 הוא כדלקמן:

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

רקע

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

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

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

בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית הובהר כי ההפניה לערכי היסוד של "מורשת ישראל" נועדה להימנע מ"לכפות עליו [על בית המשפט] את כל הוראות המשפט העברי". ואכן, מן הדיונים הרבים בממשלה שקדמו להנחת הצעת החוק¹, ובהמשך לכך, מהדיונים בכנסת שעסקו בהצעת החוק, עולה כי השימוש בביטוי "מורשת ישראל" (ובנוסף, ההפניה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום), נועד לאפשר חופש פרשני רחב - כשעבור האחד "מורשת ישראל" משמעותה המשפט העברי, ואילו עבור האחר "מורשת ישראל" כוללת גם כתיבה של סופרים עבריים מודרניים, יצירה יהודית לא דתית, פולקלור יהודי וכיו"ב. נוסחאות רבות נוספות שנבחנו כתחליף לביטוי "מורשת ישראל" נדחו על-ידי הוועדה אשר אישרה בסופו של דבר את הנוסח הממשלתי².

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

בשנים שחלפו מאז חקיקת החוק, ההתייחסות לחוק יסודות המשפט בבתי המשפט הייתה מועטה יחסית. עם זאת, כפי שפורט בהרחבה במסמך ההכנה מיום 20.11.2017, בפסיקה שכן עסקה בסעיף ניתן למצוא כי המחלוקות ביחס לפרשנותו התמקדו בשני היבטים: **ראשית**, למה התכוון המחוקק במונח "מורשת ישראל", ובפרט באיזו מידה ניתן לזהות את "מורשת ישראל" עם המשפט העברי. **שנית**, מתי יש לפנות ל"עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" - האם רק במצב שבו יש לקונה - חסר בחוק, או גם לצרכי פרשנות, בפרט כשמבקשים לפרש מושגים עמומים כמו "תום לב" או "תקנת הציבור".

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

התיקון המוצע

כאמור, על-פי הנוסח המעודכן מוצע להוסיף התייחסות מפורשת לעקרונות המשפט העברי כמקור משלים בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, כך: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

לתיקון המוצע שתי משמעויות עיקריות:

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

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

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

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

יודגש כי למרות שההפנייה **המפורשת** למשפט העברי עשויה לכאורה לתת משנה תוקף למעמדו של המשפט העברי כמקור משלים בשיטה המשפטית, **נראה כי קיימים טעמים משמעותיים לסבור שהתיקון המוצע אינו כופה את ההוראות הספציפיות של המשפט העברי על המשפט הישראלי, ואף אינו הופך את המשפט העברי למקור ההשלמה המרכזי בשיטת המשפט שלנו:**

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

שנית, על-פי הנוסח המוצע **כעת**, ההפנייה אינה לכלל עקרונות המשפט העברי אלא רק לאלה המתיישבים עם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום", כך שנותרת לבית המשפט חירות רבה בבואו להכריע אילו עקרונות של המשפט העברי יחולו על סוגיה מסוימת, ומתי עקרונות אלה אכן מתיישבים עם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום". חירות זו גם באה לידי ביטוי בכך שאין מדובר בהפנייה "נוקשה" להלכות ספציפיות של המשפט העברי, אלא הפניה "רכה" יותר המפנה את בית המשפט לפסוק "לאור עקרונות ... המשפט העברי".

לבסוף, יצוין כי העובדה שההצעה המעודכנת מפנה את בית המשפט **רק לעקרונות המשפט העברי המתיישבים עם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום"** נותנת מענה לחששות שהועלו במהלך הדיון בוועדה בדבר המתח האפשרי שבין חלק מעקרונות המשפט העברי ובין עקרונות היסוד של השיטה כשיטה דמוקרטית מודרנית, במיוחד בכל הנוגע ליחס לנשים ולא יהודים ובכל הנוגע לנורמות משפטיות מסוימות בדין הפלילי.