

על השיטה המשפטית הישראלית ועל תפקיד האקדמיה

ריקרדו בן-אוליאל*

1. הכרזת העצמאות ב-1948 יצרה תופעה מיוחדת במינה: הקמתה של חברה שגדרשה להתמודד עם בעיות מבית ומחוץ, בתוכן בעיות חברתיות קשות ביותר, כאשר הכלי המשפטי שהיה בידיה להתמודדות עם בעיות אלה – כלומר: המערכת המשפטית – היה מוגבל למדי. המערכת אשר היתה קיימת אז התבססה בעיקר על דינים שנתקבלו מהעמים ששלטו בעבר באזור – התורכים והאנגלים – ועל כן מובן מאליו כי המערכת הנורמטיבית לא ביטאה את אופיו המיוחד של העם היהודי, את תרבותו ואת השקפת העולם החדשה שהחלה להתפתח אצלנו.

הקמת המדינה מזכירה לנו את ההסבר המיטפורי שפילוסופים שונים השתמשו בו כדי להצדיק את הסמכות אשר ניתנה לכל חברה מאורגנת לצורך הגנה עצמית ולהגנת כל חבריה. הסבר זה נובע מתורת האמנה החברתית, שאחד מתומכיה הגדולים היה, כידוע, ז'אן ז'אק רוסו, אם כי הכירו בה גם אחרים לפניו, כגון האנגלי ג'ון לוק, ואף הפילוסופים האפיקוריסטים של יוון העתיקה.

בעיקר בגלל השלכותיה של מלחמת העולם השנייה, הפך להיות ברור לרובם, כי ללא אישיות מדינית משלו, קלושים ביותר סיכוייו של העם היהודי להמשיך ולהתקיים, לא חלילה כנושא למחקר הנעשה על-ידי אחרים, אלא כעם חופשי וכאדון לעצמו. על-כן הושג קונסנסוס, אם כי לא על-ידי כולם, בעניין הקמת המדינה, ויצאנו לדרך מלאי תקווה. אלא שמערכת משפטית משלנו, מודרנית ומסוגלת למלא את הדרישות השונות של אותה חברה פלורליסטית אשר החלה לצעוד את צעדיה הראשונים, מובן שלא היתה קיימת.

2. שיטת המשפט בישראל החלה להתפתח על פי קווים שונים במהותם מאלה המאפיינים את התפתחות רוב שיטות המשפט בעולם. המערכת הנורמטיבית שלנו אינה פרי של הליך דיאלקטי ממושך ומבוסס – הליך שהוא אחד המאפיינים העיקריים של התרבות המשפטית במדינות מערביות – אלא באה למעשה לענות על בעיות שפתרוןן לא אפשר דיוחי. קלטנו דין מנדטורי, למדנו את המשפט המשווה והתחלנו בניסוח החקיקה שלנו, לעתים בלשון לקונית מדי, ופה ושם אף בסגנון כמעט טלגרפי. בהדרגה ביטלנו את עיקרי הדינים שמקורם במשפט העותמני ואף ניתקנו את הקשר עם המשפט המקובל. אימצנו דרך של כינון חוקה בשלבים ושל יצירת הקודיפיקציה האזרחית בשלבים. עבודה עצומה נעשתה, אך ודאי שהמבנה טרם הושלם.

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. הרצאה שנישאה בטקס פתיחת שנת הלימודים תשנ"ח.

בהשוואה למצבן של מדינות מערביות אחרות, מעמדנו הוא של חולשה בלתי-מבוטלת. עם זאת, ניתנה בידינו האפשרות הבלתי-ירגילה להקים בתוכנו "מעבדה משפטית" עם עוצמה נדירה. משפטנים דגולים אשר ייצגו תרבויות משפט שונות באו לכוון ולנהל את המערכת המשפטית. הירושה של המשפט האנגלי המנדטורי עשתה את שלה, וגם המשפט העברי - אין לשכוח - לא מת.

בשל השפעה זו של תרבויות משפט שונות נשאלת מזה שנים רבות השאלה, לאן הגענו? וכיצד לסווג את שיטת-המשפט הקיימת אצלנו? כידוע, מקובל על-ידי חכמי המשפט המשווה לאחד שיטות-משפט שונות במסגרת משפחות-משפט לאחר שנתגלו סימני קרבה ודמיון בין שיטות אלה. הסיווג המלא של שיטה משפטית כלשהי אינו עבודה קלה כלל ועיקר, ועל-כן לא נוכל כעת לענות באופן מושלם על השאלה העומדת בפנינו. חרף זאת, עלינו להדגיש כמה נקודות-מפתח. הקומפרטיסטים הדגולים צווייגרט וקוץ, לאחר ניתוח מעמיק של הסוגיה, הסיקו את המסקנה המשכנעת כי הדבר המאפשר להבחין בין שיטות-משפט שונות הוא למעשה הסגנון - Style - של כל אחת ואחת. הם כותבים:

In our view the critical thing about legal systems is their style, for the styles of individual legal systems and groups of legal systems are each quite distinctive. The comparatist must strive to grasp these legal styles, and to use distinctive stylistic traits as a basis for putting legal systems into groups.

אלא שגם המונח "סגנון" טעון הסבר. המונח נוצר בעולם הספרות והאמנות, כפי שצוין בצדק על-ידי המלומדים הנזכרים, אך הוא התפשט גם להקשרים אחרים, כולל המגרש המשפטי.

סגנון משפטי, מהו? צווייגרט וקוץ עונים על השאלה ומסבירים, כי המושג הוא פרי מפגש בין כוחות וגורמים שונים הקיימים בכל שיטת-משפט, דהיינו: הרקע ההיסטורי; הקו המחשבתי הדומיננטי בטיפול בסוגיות; טיב המוסדות המשפטיים העיקריים; מקורות המשפט של השיטה; ולבסוף - האידיאולוגיה, במובן של הדוקטרינה המדינית, הכלכלית או הדתית השלטת.¹ בהסתמך על יסודות אלה המחברים מבחינים בין לא פחות משמונה משפחות משפטיות שונות, כלומר: הרומניסטית, הגרמנית, הצפונית, זו של המשפט

1. Konard Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1987), 68. ההדגשות במקור.

2. ראו שם, 69 ואילך.

המקובל, הסוציאליסטית (אשר בינתיים כנראה נעלמה), משפחת המדינות של המזרח הרחוק, המשפחה האיטלקית, וההודית.³

לאור מפת-עולם משפטית מורכבת כזו ישאל השואל: איפה עומדת שיטת המשפט של מדינת ישראל? לאיזו משפחה היא משתייכת?

הלכה למעשה אין ויכוח על כך, כי הקבוצות שאנו מגלים כלפיהן סימנים של "קרבה משפחתית" הן השיטות האנגלו-סקסיות והמערב-אירופאיות, המוכרות כמשפחה הרומנו-גרמנית. מכוח העובדה, הנשכחת לעיתים,⁴ כי שיטות אלה נובעות ממקור היסטורי משותף – הוא המשפט הרומי (jus commune) והמשפט הקנוני (jus utrumque) – ישנם גם מאפיינים משותפים לשתי המשפחות. שתיהן מעמידות את האדם, ולא את הקולקטיב, במרכז הדיונים. שתיהן מדגישות את עליונות המשפט על כל נורמה ערכית אחרת – כגון דוגמות דתיות, מוסריות או מנהגיות – לשם מתן פתרון לקונפליקטים חברתיים. ולבסוף, שתי השיטות הנזכרות התפתחו בהסתמך על הניתוח הרציונלי של הסוגיות, דבר שאף הביא לקונספטואליזציה בתחום המשפט. בעקבות דברים אלה ואחרים הסיק ההיסטוריון ויאקר את המסקנה הנכונה, כי שלושה הם המאפיינים היסודיים של התרבות המשפטית האירופאית – דהיינו: מרכזיות האדם (personalism), שלטון החוק (legalism) ולבסוף תפיסה וניתוח אינטלקטואליים (intellectualism).⁵

חרף נקודות-הקישור האלה, דרכי ההתפתחות של שתי השיטות היו, כידוע, שונות, ובעקבות הגורמים המייתרים אותן קיבלה כל אחת את צבינה שלה, את הסגנון המאפיין אותה.

מקובל להדגיש כלפי המדינות של המשפט המקובל את מרכזיותו של השופט ביצירת המשפט, בעוד שעל-פי השיטה של המדינות הקונטיננטליות המקום המרכזי במערכת הנורמטיבית הובטח גם למחוקק וגם לאקדמיה. המשפטנים הגדולים באנגליה היו שופטים, אך בקונטיננטל הם הפרופסורים. ובין שופט אנגלי לבין פרופסור אירופאי קונטיננטלי נגלה בקלות הבדלי סגנון, כאשר תפיסתו של הראשון אמפירית ביסודה, בעוד שזו של השני מופשטת הרבה יותר, כלומר היא תפיסה מושגית בעיקרה.

נבחין בין הדברים השונים שהזכרתי. ראשית כול, לעניין החקיקה – ובמיוחד זו שבתחום המשפט הפרטי – ראוי לציין, כי חרף העובדה שגם במדינות של המשפחה האנגלו-אמריקאית כבר נעשתה עבודה קודיפיקטיבית מקיפה מאוד,⁶ עבודה

3. ראו שם, 75.

4. ראו Franz Wieacker, "Foundations of European Legal Culture" 38 *The American Journal of Comparative Law* (1990) 6, note 6.

5. שם, 20 ואילך.

6. ראו, למשל, Carlos Bollen and Gerard-Rene de Groot, "The Sources and Backgrounds,

קודיפיקטיבית כזו שונה באופן מהותי מזו המוכרת במדינות של הקונטיננט האירופאי, בארצות הקונטיננט חשובה ביותר הקודיפיקציה האזרחית – כלומר: הטקסט החקיקתי הקובע, בין השאר, הסדרים שלמים ושיטתיים בתחומים רחבים של המשפט הפרטי, ובעיקר בדיני חובים (עם דגש על דיני חוזים), בדיני קניין ובדיני משפחה וירושה. עובדה זו מעלה שם את הקודיפיקציה האזרחית לרמה העליונה בין מקורות המשפט הפרטי, ודומה כי היא משלימה את החוקה בתחולתה על היחסים היומיומיים בין אנשים.

אין לשכוח כי הקודיפיקציה היא גם אלמנט המחזק את האופי הדמוקרטי של החברה, בכך שהיא עשויה לאפשר לכל אחד להכיר את מעמדו המשפטי ולהגן עליו ללא חיפוש אחר פסיקה, שהיא לעתים רבה ולא תמיד ניתנת להשגה בקלות; ובגלל הקשר האינטימי שבין הקודיפיקציה לבין היוקרה הנסובה סביב זכויות האזרח אין פלא שהקודיפיקציה האזרחית קיבלה תנופה מיוחדת לאחר תקופת-ההשכלה באירופה. מנגד, לא חסרים אלה המערערים על יעילותה של הקודיפיקציה כמקור משפטי, בשל נוקשותה, בגלל התערבות-היתר של המחוקק בחיי האדם ואף כמכשול להפעלה החופשית של כוחות השוק, ועוד.

אך תהיה אשר תהיה הביקורת – ומן הראוי שהיא תישמע – אין מנוס מלהכיר בעובדה, כי לאחר שהחלה התנועה הקודיפיקטיבית במאה השישית, עם הקודקס של יוסטיניאנוס, ועד היום, לא הפסיקה הקודיפיקציה להתפתח ולהתפשט בעולם, באירופה וביבשות האחרות; וכעת, כידוע, מתנהלים דיונים בעניין הכנת קודקס אורחי אירופאי,⁷ ואף על פרויקט של דינים בתחום החוזים השואפים לתחולה עולמית.⁸

כאמור, במדינות המשתייכות למשפחה הרומנו-גרמנית, בצד הקודיפיקציה ונוסף עליו, ניתן גם מקום מכובד ביותר בין מקורות המשפט לעבודה המחקרית, ובעיקר לזו של הפרופסורים למשפטים. עבודה מחקרית זו ידועה בכינוי "דוקטרינה".

בין הדוקטרינה לבין הקודיפיקציה יש קשר הדוק ביותר. קודיפיקציה יעילה ומתקדמת חייבת להשיג ולשמור על מידה לא-מבוטלת של הפשטה. המחוקק לא תמיד יכול או מעוניין להסדיר כל פרט ופרט; ואף כאשר המחוקק לא יעדיף בהקשרים שונים לאמץ עקרונות כלליים ומופשטים יותר, יש להביא בחשבון כי בכך יתחזק כוחם של אלו הטוענים – ובמקרים כאלו בצדק – נגד נוקשות של השיטה.

הדוקטרינה היא מקור השראה חשוב ביותר למחוקק. היא צריכה להביא בפניו את תוצאות המחקר שלה ולהמליץ על ההסדרים החקיקתיים הראויים; הכנת

of European Legal Systems", *Towards a European Civil Code* (A.S. Hartkamp et al. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994), 113 et seq.

7. ראו למשל, קובץ המאמרים בספר *Towards a European Civil Code*, שם.

8. ראו, למשל, Michael Joachim Bonell, "Unification of Law by Non-Legislative Means - The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts" 40 *American Journal of Comparative Law* (1992) 617, et seq. 1

ה-travaux préparatoires הוא תפקידה של הדוקטרינה; הדוקטרינה היא החייבת להכין את הטרימינולוגיה המשפטית הנכונה ולהקפיד על שמירתה ופיתוחה; ונוסף על כל אלה, היא חייבת לדון בתקיקה ולפרשה, לאחר שהיא גם זו שתדמה להכנתה. בשל מצב דברים זה, עבודות הדוקטרינה מהוות כלי-עבודה חשוב ביותר בידיו של השופט לשם פרשנות החוק והפעלתו. בלשון קיצור: העולם המשפטי, הקרוי "קונטיננטלי", מציג בפנינו תמונה משולשת - תקיקה, דוקטרינה, שיפוט - שבה חלוקת הכוחות בין המעורבים השונים, ויחסי-הגומלין בין כולם, כפופים לכללים שונים מאוד מאלה המוכרים בשיטת-המשפט האנגלו-סקסית.

3. לפי האמור עד כאן, ישאל השואל בעניין המיקום של שיטת-המשפט בישראל. מכיוון שהמשפט הוא ביטוי לתרבות ומכיוון שתרבותנו היא פלורליסטית למדי, לא ניתן למנוע זאת אף מהמשפט.

מוכרת לנו האמירה, כי אין אנו משתייכים למשפחת המדינות של המשפט המקובל, וגם לא למשפחה הרומנו-גרמנית, וכי יחד עם אחרים - כגון יוון, סקוטלנד, לואיזיאנה, קוויבק, סין, דרום-אפריקה, איי-הפיליפינים - אנו חברים במועדון המדינות שבהן נהגות שיטות-משפט מעורבות (mixed jurisdictions). אכן, אין אנו משתייכים למשפחה האנגלו-סקסית, אך אין אנו זרים לה; ואין אנו משתייכים למשפחה הרומנו-גרמנית, אך גם לא אין אנו זרים.⁹ אם כך, איפה נמצא את נקודות המגע עם שיטות-משפט אלה?

מהאנגלו-סקסיים למדנו בעיקר את מרכזיות ושל השופט ועקרון כוחו המחייב של התקדים;¹⁰ מן הקונטיננטלים אימצנו את השיטה הקודיפיקטיבית - די לזכור כי כעת מכינה ועדה קודיפיקטיבית בראשותו של נשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, קודקס אזרחי על-פי המודלים האירופאים - ועם זאת לא נשארנו אדישים בפני חשיבות הדוקטרינה ומהר הבנו את חשיבותה ככלי לצורכי קידום המשפט ופיתוחו. בהקשר זה מן הראוי להזכיר את השימוש הרחב שבתת-המשפט שלנו עושים במחקרי האקדמיה - תופעה שגם היא מקרבת אותנו למסורת האירופאית.

4. עם זאת מעניינת השאלה, כיצד תפתח שיטת-המשפט בישראל? סביר להניח כי לשאלה מסוג זה אין מקום ברוב שיטות-המשפט בעולם, אך אצלנו זו שאלה לגיטימית, בשל הדינמיקה המיוחדת המאפיינת את חיינו, בכלל, וקצב פיתוחה של שיטת-המשפט,

9. ראו דבריו של אהרן ברק בספרו פרשנות במשפט (כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית, נבו, תשנ"ב), 182 ואילך.

10. העיקרון הנזכר גם מוכר במידה מסוימת במדינות המשתייכות למשפחה הרומנו-גרמנית. דאו על כך, למשל, Rene David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (3rd ed., Stevens, London, 1985), 132 et seq.

בפרט. כללית ניתן לקבוע, כי הצלחנו עד כאן לשלב בחוכמה בין כללים אשר למדנו משיטות-משפט שונות, וכי ידענו לשמור על האיזון בין כללים אלה. למדנו על הפרגמטיזם האנגלו-אמריקני, ועם זאת לא גילינו אדישות בפני התפיסה המושגית והמופשטת יותר המאפיינת את המשפט של הארצות שהמשפט הקונטיננטלי נוהג בהן. כנראה ידענו לבחור ולאמץ את הטוב של שני עולמות-משפט שונים אלה. עם זאת הוספנו בין השאר דבר שבמידה רבה הוא מקורי. הדבר בא לידי ביטוי כאשר בתי-המשפט, ובעיקר בית-המשפט העליון, נדרשים לחקור את ההיבטים המשפטיים של הסוגיות שבפניהם ולעשות בעצמם עבודה מחקרית מעמיקה ביותר.

וכעת אנו חוזרים לשאלה ששאלנו לעיל: כיצד תפתח שיטת-משפט שכזו? האם נצליח לשמור על האיזון אשר כבר הושג?

קשה להאמין שהמצב הנוכחי הוא סטטי וכי האיזון לא יישבר לכאן או לכאן. אגב, אין מדובר כמוכח במאבק בין כוחות שונים (כגון השופט נגד האקדמיה), אלא בעניין הנוגע לפיתוחם ולחזוקתם הטבעי של כוחות אלה בשל ההתפתחות האפשרית של החברה הישראלית עצמה.

הסוגיה אינה קלה כלל ועיקר. ראשית, ייתכן מאוד כי ההתפתחות לא תהיה דומה בכל תחומי המשפט וכי ההתקדמות בסקטור מסוים תשקף השפעות שונות מאלה הפועלות בסקטור משפטי אחר. כך, לא מן הנמנע כי המשפט הציבורי ימשיך להתפתח לפי דגם שונה מזה שהדריך חלק ניכר של המשפט הפרטי, שם הקודיפיקציה התעשרה וממשיכה להתעשר עקב השפעות מערב-אירופאיות. שנית, לא ניתן לצפות מראש ולהעריך את כל הכוחות אשר ישפיעו על ההתפתחות העתידית. חרף זאת, ברצוני לעורר שאלה לגבי כמה גורמים רלבנטיים לצורך העניין: ראשית, על האפשרות המעשית שבתי-המשפט, וכמובן בעיקר בית-המשפט העליון, יוכלו להמשיך ולהשקיע את המאמץ המחקרי הנדיר לטיפול בסוגיות העומדות בפניהם, הן בשל נטל העבודה הכבד הרובץ על השופטים, והן בשל המורכבות הגדלה והולכת של כמה סוגיות משפט ואף של תחומי משפט רחבים. שנית, על יכולתה של הדוקטרינה להתקדם בקצב הנדרש, ועם זאת לשמור על איכותה הגבוהה כדי שתוכל להמשיך ולהשפיע על בתי-המשפט; שלישית, עלינו לשקול השפעות תרבותיות שונות - למשל: המשך תופעת האמריקניזציה של התרבות הישראלית, בכלל, ושל התרבות המשפטית, בפרט - ואף התפתחויות מדיניות אפשריות, כגון חיזוק היחסים בין מדינת ישראל לבין השוק המשותף.

אך יהיה אשר יהיה מאזן-הכוחות בין כל אלה המשחקים במגרש המשפטי - ניתן להניח ברמה גבוהה של ודאות שאופיה של שיטת-המשפט בישראל כשיטה מעורבת לא ישתנה. צביון כזה לא יימחק בקלות. אמנם, מכיוון שהמשפט הוא ביטוי של תרבות, אין מנוס אלא להכיר בעובדה כי השיטה המעורבת היא זו המשקפת ביתר דיוק את ההטרונגניות והפלורליזם החברתי שלנו.

5. הרשו לי לומר עוד כמה מלים באשר לדוקטרינה וליחס קודיפיקציה-דוקטרינה, גם בשל המתרחש כיום במשפט הפרטי האזרחי שלנו.

זה זמן רב שהגענו לקונסנסוס, כי הקודיפיקציה היא כלי חשוב לקידום המשפט. על-כך פיתחנו את שיטת הקודיפיקציה בשלבים, עד שהוחלט, כאמור, כי גם לנו יהיה קודקס אזרחי כמו אלה הקיימים במערב-אירופה.

אין לשכוח כי הכנת קודקס אזרחי חדש מתאפשרת מכיוון שבין השאר עומדת כיום לרשותו של המחוקק ולהשראתו דוקטרינה עשירה ואיכותית. ללא תשתית דוקטרינרית רחבה ספק רב אם יוכל מחוקק כלשהו להצליח במשימתו. הדוקטרינה היא הספק העיקרי בהכנת מחקרים אובייקטיביים המלמדים גם על הנסיונות החקיקתיים של עמים אחרים, הדוקטרינה מביאה ביקורת על החקיקה הקיימת, על הפסיקה שניתנה בעקבותיה – תוך שמירה על עקרונות מופשטים – על המודלים הקונספטואליים ועל הלקסיקון המשפטי המתאים.

לשון קיצור: הדוקטרינה היא זו המעניקה למשפט את אופיו המדעי ומקדמת אותו ככזה.

