

ספרים

תחיית מדע המשפט בישראל

משה שטרנברג

„מחקרים במשפט ארצנו“ מאת
גד טדסקי. הוצאת ספרים של האוניברסיטה
ברטיטה העברית ע"ש י. ל. מאגנס.
ירושלים תשי"ג.

שלושה הם מרכזי היצירה שבהם מתקמים ביד"ם עים היימשפט של אומה: בית המחקקים, בית המשפט ובית האולפנא. בית המחקקים מנסה בצורה נורמאטיבית את הדרוש לאומה לשם הסדרם וסיפוקם של צרכיה הקיבוציים; בית המשפט מפעיל את הנורמות המשפטיות כלפי מקרי המציאות ועובדות הנסיון; ובית האולפנא, מתוך דרכי הוראה ועיון, סוקר את חיי המשפט בכללותם, בודק בדיקה שיטתית נורמות משפטיות לאור קטגוריות ועקרונות משפטיים ועוקב אחרי מידת התגשמותן ודרך עיצובן במציאות החברתית הממשית. כל שלוש הפונקציות הללו, החקיקה, השפיטה והמדע, זקוקות זו לזו ומשלימות זו את זו. עם תקומתה של מדינתנו החלה אצלנו פעילות משפטית עצמאית מבורכת בכל שלושת הכתים. במשך ארבע שנות קיומה גילתה הכנסת כושר יצירה פורה. בבתי המשפט, ובמיוחד בבית המשפט העליון, יוצרים יום יום דפוסי לשון ומחשבה משפטית. והאוניברסיטה, אף שבדרך הטבע מכוונת עבודתה בשנים הראשונות לקיומה של הפקולטה למשפטים בעיקר להסדרת ההוראה השיטתית במקצוע המשפט, כבר החלו מתקמים בה חיי עיון וחקירה רציניים המניחים יסוד למדע המשפט בישראל. פרי בשל של חיי עיון אלה הם עשרת מחקריו של גד טדסקי, פרופיסור למשפט האזרחי באוניברסיטה העברית, שיצאו לאור בקובץ הנקרא „מחקרים במשפט ארצנו“.

היריעה כאן רחבה והנשימה ארוכה, והספר כולו הוא תרומה נכבדה למדע המשפט הישראלי הצעיר. הקובץ פותח במאמר מתודי „על המחקר האינדוקטיבי בחיי המשפט“, בו משרטט פרופיסור טדסקי תכנית מחקר באזור בלתי רגיל בתחום מדע המשפט. המאמר היא תשובה לבעיה רגישה בתורת המשפט והיא: האם שדה עיונו של המשפטן מסתיים בכירור המבנה של שיטה משפטית מסוימת, והיחס ההגיוני שבין חלקיה, בפירוש כלליה ובהסקת המסקנות ההגיוניות מן ההקדמות שלה, או האם הכרח הוא, לשם ההבנה

השלמה של חיי המשפט לצאת מתחום זה אל תחום המציאות החברתית, לעיין בדרכה ובשיעורה של התגשמות הכללים במציאות, ולחקור באיזו מידה מצליחים הם למלא את התפקידים המקוריים שכוון אליהם בשעת לידתם. פרופיסור טדסקי אינו מסכים לדעתם של החוקרים הרואים בשיטת התיאור הסוציאולוגי של חיי המשפט את המתודה האכסקלוסיבית של מדע המשפט. להיפך, הוא טוען כי מדע המשפט אינו יכול לוותר על השיטה הדוגמאטית-הגיונית, אלא מוסיף ואומר כי עיון זה טעון השלמה על-ידי מה שקוראים בתיאוריה המשפטית בשם „הסוציולוגיה של המשפט“. במונח „משפט“ כולל הוא לא רק את משפט המדינה הרשמי אלא את כל הסדרים החברתיים שהנהיגו בני אדם במציאותם הקיבוצית. על ידי עיון בדרך שבה מתגשמים למעשה האינסטיטוטים המשפטיים, על ידי קבלת ההמלצות של „נוהג הבריות“, הצמח תועלת מרובה למשפט ובמיוחד למדע החקיקה. „אם שואף מדע החקיקה להיות מדע אמתי הרי מחובתו ללמוד לקח מפרשת הגשמתו של המשפט הנוהג“. מתוך הדוגמאות המאלפות שפרופיסור טדסקי מזכיר במחקרו מתברר מה מסועף עשוי להיות המחקר המשפטי בארצנו בשטח העובדות, ובמיוחד כשמצויים אצלנו גופים מיוחדים במינם, כקיבוצים, המהווים כעין מעבדות ספציפיות לעיצוב חיי משפט מקוריים.

מחקר זה, כמחקרים האחרים בספר, זרוע אמרות בודדות הנוגעות בשרשן של בעיות יסוד בתורת המשפט כגון „אין תקפה החיובי של שיטה מהווה תנאי שהודות לו קיים המשפט בתור כזה“; „את הקריטריון העליון להערכה (של המציאות המשפטית) עלינו לשאול מן הפילוסופיה והדת“ וכיוצא באלו. יש בהן באימרות אלו כדי לעורר צמאון ולשמוע מפי החוקר המלומד הסברה רחבה יותר בסוגיות נכבדות אלו.

המאמר השני, התשיעי, והעשירי, הם גוש עיון אחד לפי שכולם עוסקים בבעיות החקיקה של ישראל, וחבל שלא באו בספר בזה אחר זה. בראשון מברר פרופיסור טדסקי את תופעת קליטתו של חוק זר בארצות השכנות, ארצות האיסלם. אף-על-פי שהקליטה נתקלה ונתקלת שם בהתנגדות גם מצד הדתיים-הקנאים וגם מצד זרמים לאומניים, כל צד בשל המוטיבים המיוחדים לו, הנה יש לציין שהנסיון בכללו הצליח. ההיאבקות בין המוטיב הלאומי והדתי מצד אחד לבין ההכרח להענות מיד לתביעות השעה עשויה להיות

במשפטנו נהוגה הלכת התקדים, לאמור ההלכה אשר בניסוחה הקיצוני וללא ההסתייגויות שנשתייגה בהן, מורה כי עקרוננו של פסק-דין מחייב לגבי מקרים דור-מים באים גם את בית המשפט הפוסק וגם בתי המשפט הנמוכים ממנו. במאמרו „על הלכת תקדימים במשפט האי הגוהג והעתיד“, מעמיד פרופיסור טדסקי שתי שאלות והן: האם הלכת התקדים מחייבת בישראל לאור המשפט החיובי שלנו, וכלום היא רצויה? תשובותיו לשתי השאלות הן שליליות. המתברר מוכיח את העדר התוקף המשפטי של ההלכה בישראל, בחינת מקור של משפט, ומונה את התוצאות הקשות של השימוש בה, מגרעות שצויינו והובלטו גם בארצות האנגלו-סקסיות שהן מולדת הלכת-התקדים. אשר לתשובה לשאלה הראשונה אין אף ניתוחו החודר של המחבר עצמו מגלה שאין שום יסוד משפטי להלכת התקדים בישראל כי אם זה בלבד שהיסוד המשפטי של הלכה זו אינו מוצק למדי. ולואת יש להסכים. אמנם, דומני כי המבקש אחיזה משפטית לתקדים אפשר שימצא אותה בתוך המונח „קומון לוי“ (Common Law) המופיע בסימן 46 של דבר המלך במועצתו, 1922. שהרי מונח זה אין לומר שהוא חופף רק את שטח המשפט הסובסטיבי ולא את העקרונות הפורמליים של ה„קומון לוי“, החי מפי התקדים. אם לא ימצא השופט הישראלי הוראת-חוק מטריאלית לגבי המקרה הנדון במערכת הסובסטיבית של המשפט הישראלי, מערכת שהורחבה על ידי סימן 46 של דבר המלך, הרי יורה הוראת-חוק מחייבת בתוקף התקדים. לעומת זאת אפשר לפרש את המונח „קומון לוי“ המופיע בסימן הנזכר, פירוש מצמצם ולהגדילו רק להוראות-חוק סובסטיביות. ההכרעה תבוא, כנראה, גם כאן מתוך הערכה, הערכת חשיבותו של התקדים במערכת המשפטית. השולל את התקדים ייתפס לפירוש מצמצם של המונח „קומון לוי“, ואילו המחייב ירחיב. ודומה כי התקדים הוא אמצעי בדוק להשגת יציבות ואחדות במערכת המשפטית ויש בו כדי למנוע ערבוביה בהחלטות שופטים, ביהוד כשמוסד השפיטה שלנו צעיר והסר עדיין מצפן מסורתי משותף. בהעדר עקרון החיוב שבתקדים יפתור כל שופט את מקרהו תמיד, במידה שהדבר נתון בתחום סמכותו, בהתאם ל„תמונה החברתית“ שלו או „לפי ההקדמה הגדולה הבלתי מובעת שלו“, בלשון האסכר לה הפונקציונלית, וכן ירבו השינויים וההבדלים בין פסק-דין למשנהו באותה נקודה עצמה. דבר זה חסרון הוא גם מבחינת „הצפייה הציבורית“, וגם מבחינה חינוכית אזרחית, שהרי מחלוקת בין בתי-משפט אין בה כדי לעורר יראת-כבוד כלפי המוסד שהוא הפוסק והמכריע בענייני צדק. התועלת שבתקדים עולה, לדעתי

לברכה לעם שיש בו כוח חיוני לעכל את החומר הנור ולהפכו מזון לעצמו. אין לראות בקליטה פתרון אידיאלי, מלמד המחבר, אך מאידך „יש לרסן את יצר היהירות המגיע אומות לדחות את הלקח הנובע מנסיונם של עמים אחרים“. אין להכחיש, שלכל עם ועם יש מן האופייני לו, ובכל זאת ברור שצרכיהם של אומות דומים יותר משהם שונים. במאמרו זה אין פרופיסור טדסקי מסיק את המסקנות לגבי ישראל, אך מתוך הדברים שהוסברו יש מקום ללמוד גזירה שווה מן הארצות השכנות ולומר כי יש לחייב „קליטה“ גם בארצנו בתנאי שתהא זו קליטה אורגנית ולא מיכנית, זו המביאה לידי „תיקוי של התחרות“ שיש בו כדי לגלות את הכוח היוצר של האומה.

במאמר „התהליך להכנת החקיקה“ שואל המחבר „כיצד לארגן את עריכת החקיקה באופן שתהא מחושבת ולא נסיונית גרידא“. בין השאר מציע המחבר ללמוד בענין זה מן הנוהג בהולנד, שם מייפיים כוחו של משפטן מומחה להכין את הצעת החוק, וכדי למנוע טרחת חינום רשאי אותו מומחה, גם קודם שהתחיל במלאכתו, לשאול את הפרלמנט שאלות הנוגעות למגמת החוק ולאפיו החברתי-מדיני. תשובות הפרלמנט למומחה אינן מחייבות ואין בה משום אישור לחוק. אך יש בהן כדי לחסוך ויכוחי סרק, מכיון שנבחן החוק המוצע באותם הקריטריונים החברתיים-מדיניים הגורמים מים למחלוקת בבית המחוקקים.

בבעית הצורה הנאותה של ההבעה התחקית ביש-ראל דן פרופ' טדסקי במאמרו על „הטכניקה בחקיקה הישראלית העתידה“. לדעתו אין להשיב תשובה לבעיה זו כל עוד אין מכריעים בדבר השיטה שממנה מוכנים אנו לקבל השראה. לעומת השיטה האנגלו-סקסית הרואה בתחיקה ובקודיפיקציה רק נספח של השמטות וטעויות לחוק המקרים, עומדת השיטה של יבשת אירופה הרואה בתחיקה ובקודיפיקציה את היסוד למשפט הארץ: הכיוון הגרמני בה חותר לקראת מערכת משפטית סגורה המבקשת להסדיר את כל המקרים האפשריים, והוא עמוס סרבול לשוני ומושגים נוקשים, והכיוון השווייצרי מתספק בהבעה גמישה, פשוטה ועממית, אך קצרה מדי, כיון שסומכת היא על מסורת משפטית חיה שבאותה אומה. הוראותיו של פרופ' טדסקי, דומה, שליליות הן בלבד בענין זה. צעירותנו, והעדר מסורת משפטית עצמאית חיה אצלנו, מחייבים להימנע גם מהסדר מופרז וגם מצמצום יתר. בניסוח החוק צריך המחוקק שלנו להניח פתח פתוח להמלצות החיים ולא להעיק בנסיון למצות את כל המקרים האפשריים, אך מאידך אין לראות בפעולת החקיקה שלנו רק ניסוח הערות ותוספות בשולי פסק-דין.

תי, על החשש של עיוות־דין במקרה מסוים. נוסף לאפשרות הערעור, ומחוץ לאמצעים שהלכת־התקדים עצמה התקינה לשם מניעת עיוות־דין, כגון „ההבחנה“ בין מקרה למקרה. הרי המנגנון התחיקתי שלנו אינו מפגר כליכך, עד שאין בידו לתקן כל הטעון תיקון במועד הנכון. לתקדים שתי פנים: הוא מאפשר יציר רה משפטית בדרך אמפירית, ופותח כר נרחב לכושר החקיקה של השופט; והוא משמש אמצעי בולם לכושר חקיקה יוצר זה. כי לאחר שניתן פסק־דין בנקודה מסוימת, הופך טעם הפסק לחוק ואין לסטות ממנו אלא במידה שהותר על ידי הסדר המשפטי. התקדים מופיע כמין גולם שהוא פרי הכושר היוצר של השור פט הקוטל כושר זה תיכף ללידתו. פרופ' טדסקי עצמו עמד על הדיאלקטיקה הפנימית הזאת של התקדים, אלא שהוא רואה בכך פחיתותו. אך דומה כי מכשיר חקיקתי הפועל מלמטה כשהוא צמוד למקרה קונקרטי של המציאות, מתוך הגבלה עצמית ברורה, הוא אמצעי מבירך בשטח היצירה המשפטית. דומה כי בישראל לא יהפך התקדים לדרך־המלך של היצירה המשפטית. המנטליות הישראלית, כך נראה, נוטה מטבעה לתפיסה של „מתן תורה“, לחקיקה המסדירה את חיי האזרח על ידי „מצוות“ כוללות ומפורשות, ואין חשש לגודש אמפיריזם. ברם, במידה שזה מצוי, ומרוסן על־ידי עקרון התקדים, ברכה בו.