

המקורות ההיסטוריים של המשפט פועלים אפוא להתפתחותה של המערכת המשפטית רק בעקיפין, כגורמים המהווים דוגמה (כגון קליטת עיקרון ממערכת משפטית אחרת) או המעוררים את הצורך בפיתוח המערכת המשפטית (כגון תנאים כלכליים או חברתיים מסוימים). לעומת זאת ההתפתחות הישירה של המערכת המשפטית באה באמצעות המקורות המשפטיים, המהווים את השערים היחידים, אשר דרכם יבואו ביטולים, שינויים או עקרונות חדשים לתוך היכלה של אותה מערכת משפטית.<sup>3</sup>

## 2. הנורמה הבסיסית של המשפט

פירושו של המושג מקורות משפטיים של המערכת המשפטית הוא אפוא המקורות, שאותה מערכת משפטית עצמה מכירה בהם כאמצעים, שדרכם כל נורמה משפטית מקבלת את תוקפה. כאן מתעוררת, כמובן, השאלה הבאה: מגיין שאבו מקורות משפטיים אלה עצמם את תוקפם וסמכותם, היינו מי הכיר בהם כבני תוקף לקביעתם והכנסתם של נורמות משפטיות לתוך המערכת המשפטית? על כך משיב סלמונד:

“There must be found in every legal system certain ultimate principles, from which all others are derived, but which are themselves self-existent. Before there can be any talk of legal sources, there must be already in existence some law which establishes them and gives them their authority... These ultimate principles are the grundnorms or basic rules of recognition of the legal system”<sup>4</sup>.

כל מקור משפטי של המערכת המשפטית שואב את הכרתו ותוקפו מערך משפטי עליון. מונח זה — Ultimate legal principle — משווה סלמונד למונח Grund-norm — נורמה בסיסית — שבתאוריה הידועה של קלון, היינו הערך המשפטי העליון שבסולם הערכים של אותה מערכת משפטית, שמכוחו ומכוח כוחו מוענק התוקף לכל נורמה ונורמה שבאותה מערכת משפטית.<sup>5</sup> דרך משל; לפי הוראה

3 דברינו על המשמעויות השונות של המושג מקורות המשפט הם על פי סלמונד, שם. דיון נוסף בעניין ראה עוד: Allen, Law in the Making, p. 268 etc.; R. Cross, Precedent in English Law, Oxford, 1961, p. 147-156. וראה הערתו של קרוס, שבמושג מקורות היסטוריים יש להכליל גם את אישיותו והשקפת עולמו של השופט, עד כמה שהם משפיעים על פסיקתו; עמ' 147, הערה 1; וראה שם עמ' 45-49; מ. אלון, חקיקה דתית, עמ' 69 ואילך.

4 סלמונד, שם, עמ' 111-112.

5 על התאוריה של Kelsen ראה עוד דברי סלמונד, שם, עמ' 48-49.

הקיימת בעיר מסוימת אין לפתוח את החנות לאחר השעה שבע בערב. מהיכן נובע תוקפה של הוראה זו? ממה שקבעה העירייה בחוק העזר. ומניין לעירייה הסמכות לקבוע כך? משום שבחוק שחקק הפרלמנט הואצלה לעיריות סמכות להתקין חוקי עזר, וקיימת נורמה ראשונית הקובעת, שחוק הפרלמנט מוסמך לחייב את מערכת המשפט האנגלי. הערך המשפטי העליון — או הנורמה הבסיסית — שממנו שואבת ההוראה על סגירת החנות את תוקפה היא אפוא נורמה ראשונית זו, וכוחו המחייב של חוק העזר של העירייה הוא ערך נמוך הימנו, הפועל בתוקף הסמכות שהואצלה לעירייה מן הערך המשפטי העליון.<sup>6</sup> בכל מערכת משפטית מצויה אפוא שרשרת של האצלת סמכויות (delegation of power, delegation of authority), שיסודה בערך המשפטי העליון של אותה מערכת משפטית. יש לציין, שאם חל לגבי הוראה משפטית מסוימת שינוי בנורמה הבסיסית של הוראה זו, אין כל הכרח שיחול גם שינוי בתוכנה של אותה הוראה. ייתכן גם ייתכן, שאותה הוראה משפטית עצמה שאבה את כוחה עד למאורע פוליטי או משפטי מסוים מנורמה בסיסית אחת, ומאותו מאורע מסוים ואילך תקפה היא מכוח נורמה בסיסית אחרת. כך היה, למשל, בעניין המערכת המשפטית בארץ עם הקמתה של מדינת ישראל. עד להקמתה של המדינה היתה הנורמה הבסיסית של המערכת המשפטית בתקופת המאנדאט הנורמה שקבעה את הסמכות המשפטית המחייבת של הפרלמנט הבריטי; מעת ייסודה של מדינת ישראל היתה הנורמה שקבעה את הסמכות המשפטית המחייבת של מועצת המדינה הזמנית, לנורמה הבסיסית של המערכת המשפטית במדינת ישראל,<sup>7</sup> וזאת אף על פי שאותה שעה לא חל שינוי ברוב

6 בכל מערכת משפטית הכרחי אפוא קיומו של לפחות ערך משפטי עליון אחד, אף כי ייתכן שיהיה יותר מאחד. ראה סלמונד, עמ' 48-49: “Where there is a written constitution, the grundnorm will be that the constitution ought to be obeyed. Where there is no written constitution, we must look to social behaviour for the grundnorm. The English legal system would appear to be based on several different such basic rules, one of which concerns parliamentary legislation, others of which deal with the binding force of judicial precedents.” וזאת — משום שכוחו המחייב של התקדים באנגליה אינו שואב את סמכותו מחוק של הפרלמנט; וראה עוד, שם, עמ' 111-112. לעומת זאת במערכת המשפטית של מדינת ישראל, תוקפו המחייב של התקדים הוא מכוח סעיף 33 לחוק בתי-המשפט, תשי”ז-1957 (ספר חוקים, 233, עמ' 148 בעמ' 152) ולכן התקדים הוא רק מקור משפטי מואצל Derivative source of law, ששואב את כוחו מחוק הכנסת.

7 ראה קלינגהופר, Die Entstehung des Staates Israel, Jahrbuch Des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 10, s. 458-459. סמכותה המחייבת של מועצת המדינה הזמנית משתמעת מאליה — אף אם לא נאמרה



המכריע של תוכן ההוראות השונות שבמערכת המשפטית עצמה — המשפט שהיה קיים הוסיף לעמוד בתוקפו.<sup>8</sup>

ועתה מתבקשת שאלה נוספת: מי מעניק את הסמכות והתוקף לעיקרון המשפטי העליון, לגורמה הבסיסית? התשובה על כך היא, שמעבר לשאלה זו אנו יוצאים את תחום עולם המושגים של המשפט, ועוברים לעולם המושגים של ההיסטוריה, של אמונות ודעות וכיוצא באלו:

“But whence comes the rule that Acts of Parliament have the force of Law? This is legally ultimate; its source is historical only, not legal. The historians of the constitution know its origin, but lawyers must accept it as self-existent. It is the law because it is the law, and for no other reason that it is possible for the law itself to take notice of”<sup>9</sup>.

### 3. הגורמה הבסיסית של המשפט העברי

נעיין עתה, כיצד עלינו להחיל מושגים אלה שבתורת המשפט הכללית בתוך מסגרת עולמו של המשפט העברי.

מהי הגורמה הבסיסית של המשפט העברי? גורמה זו היא הגורמה היסודית הקובעת, שכל האמור בתורה שבכתב מחייב את מערכת המשפט העברי. הגורמה הבסיסית של המשפט העברי מבטאת אפוא לא רק רעיון של האצלת סמכות גרידא, אלא שלובה היא בתוכן הסופסטאנטיבי של התורה שבכתב, המהווה את

במפורש — מתוך מנשר הכרזת העצמאות ו"אותה פסקה (שבהכרזת העצמאות), שבה נאמר שמועצת העם תפעל כמועצת המדינה הזמנית, יש לראותה — לפי תיאורית הגורמה הבסיסית של קלון — כגורמה הבסיסית של מדינת ישראל". סמכותה המחייבת של הכנסת היא תוצאה פרויטיבית — ולכן אינה היפותטית בלבד — של חקיקת מועצת המדינה הזמנית. ראה קלינגהופר, שם; בנושא זה ראה עוד ב. אקצין, תורת המשפטים, כרך א, עמ' 27—34; 102—109; 120—143; משה שטרנברג, הגורמה הבסיסית של המשפט בישראל, הפרקליט, כרך ט (תשי"ג—1953), עמ' 129 ואילך. וראה להלן הערה 9.

8 סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח—1948. ראה להלן, עמ' 1357.  
9 סלמונד, שם, עמ' 111. הגורמה הבסיסית בשביל המשפטן היא בבחינת אקסיומה שאין מהרהרין אחריה: “Such basic rules are to a legal system what axioms are to geometry; they are the initial hypotheses from which all other positions in the system are derived” (שם, עמ' 49). אקצין, שם, עמ' 32 ואילך, מעיר, מתוך הסתייגות, בעניין בידוד רשת הגורמות המשפטיות מרשתות גורמאטיביות אחרות. וראה על כך דבריניו להלן לעניין המשפט העברי.

### הגורמה הבסיסית והמקורות של המשפט העברי

החוקה הנצחית של המשפט העברי, שאינה ניתנת לשינוי, לא לתוספת ולא לגירעון.<sup>10</sup> גורמה זו מהווה מקור התוקף ונקודת המוצא לכל מערכת המשפט העברי על כל תקופותיו, שינויו והתפתחותיו, והיא המאצילה סמכות למקורות המשפטיים של המשפט העברי לשמש כדרכים בנות תוקף להמשיך יצירתו ופיתו-חו.<sup>11</sup> דרך משל: יש דין, שהמיטלטלין נקנים בקניין משיכה; מהו מקור תוקפו של דין זה? משום שכך הותקן בתקנה. וכאשר אנו מוסיפים ושואלים, מניין גובע תוקפה של תקנה זו, תהא התשובה: משום שחכמים התקינה.<sup>12</sup> ומניין הסמכות לחכמים להתקנת התקנה, התשובה על כך היא: משום שהתורה מאצילה לחכמים סמכות להתקין תקנות,<sup>13</sup> וקיימת גורמה יסודית, שכל האמור בתורה שבכתב מחייב את מערכת המשפט העברי.

ומהו מקור סמכותה ותוקפה של גורמה בסיסית זו? בשאלה זו אנו יוצאים מתחום עולם המושגים של תורת המשפט ועוברים לתחום עולם האמונה: אמונת יסוד בעולמה של היהדות, שמקור סמכותה של התורה בנותן התורה, שהיא ציוויו ורצונו של ריבון העולמים. משבאים אנו לדון בעניין מבחינת עולמה של היהדות כמושג כולל ושלם, נימצא אומרים, שאין לראות בה מערכת של גורמות משפטיות, המבודדת מקבוצות גורמאטיביות אחרות שבה — כגון גורמות דתיות ומוסריות — ובלתי תלויה בהן; לאלה ולאלה גורמה בסיסית וערך עליון אחד ואחיד: ציווי ה', כפי שהוא מתגבש בתורה שניתנה למשה בסיני.<sup>14</sup>

חכמי ההלכה עמדו היטב על מהות רעיונית זו שבגורמה הבסיסית כמקור התוקף לגבי כל מה שכלול במערכת ההלכה העברית; נציין דברי שניים מהם. ממה שאמור במשנה<sup>15</sup> בעניין איסור אכילת גיד הנשה<sup>16</sup>, מסיק הרמב"ם את הדברים הבאים<sup>17</sup>:

“ושים לבך לכלל הגדול הזה המובא במשנה זו, והוא אמרם: 'מסיני

10 ראה להלן, עמ' 406 ואילך. שילוב כזה בין הגורמה הבסיסית לבין תוכן סובסטאנטיבי מתבקש גם לגבי אותן חוקות, שכוללות בתוכן הוראות, שנקבע לגביהן במפורש, כי אין הן ניתנות לשינוי בכלל. כגון בצרפת ובאיטליה — לענין הצורה הריפובליקנית של משטר; בבראזיל — לגבי המשטר הריפובליקני והפדראלי; בנורווגיה — לגבי “עקרונות היסוד” של החוקה, ועוד (ראה ב. אקצין, תורת המשפטים, ב, עמ' 44; י. קלינגהופר, הערך “חקה” שבאנציקלופדיה העברית, כרך יז, עמ' 867—871). שינוי הוראות כאלה יכול לבוא רק בדרך מהפכנית, אגב שבירת מסגרת הרציפות הקונסטיטוציונית, ודבר זה גורר שינוי הגורמה הבסיסית.

11 ראה להלן, עמ' 210.

12 ראה להלן, עמ' 254 ועמ' 477.

13 ראה להלן, עמ' 394.

14 וראה דיוגנו בעניין מושג היסוד “תורה מן השמים”, עמ' 173—174, ולהלן עמ' 214—215.

15 משנה חוליו, ז, ה.

16 בראשית, לב, לב.

17 פירוש המשנה לרמב"ם, חוליו, ז, ה.



## 4. מקורות המשפט העברי

שלושת הסוגים של מקורות המשפט — היינו המקורות הרישומיים, ההיסטוריים והמשפטיים — מצויים גם במערכת המשפט העברי.

א. המקורות הרישומיים<sup>26</sup>

בסוג זה כלולים כל המקורות המוסמכים, שמצויות בהם ההוראות השונות שבמשפט העברי, כגון — בנוסף על התורה שבכתב — המשנה, מדרשי ההלכה, התוספתא, שני התלמודים, ספרות הפירושים והחידושים, שאלות ותשובות, ספרי ההלכות והפסקים ועוד. וכן קיימים במערכת המשפט העברי — כמו במערכות משפטיות אחרות — סוגי משנה נוספים, כגון מה שמכונה ספרות משפטית

בסיסית זו "רצונו של ריבון העולם" ועתה — "רצונו של רבון הלאום" (עמ' 141), ובכך באה לידי ביטוי חריף בעית המפגש של ההלכה עם המדינה. דוגמה מעניינת לכך ראה בספרו של Allen, Law in the Making, עמ' 447, הערה 1, לענין איסורי עריות (incest) שנאסרו בחוקים שונים באנגליה משום שהעובר עליהם עובר על מצוות ה', למשל ב־22 Hen. VIII. c. 25, בסעיף 3, נאמר: "No man, of what estate, degree or condition soever he be, hath power to dispense with God's laws, as all the clergy of the realm in the said convocations, and the most part of all the famous universities of Christendom, Brook v. B. and we also, do affirm and think". ובעמ' 226 נאמר על ידי Lord Granworth: "We do not hold the marriage to be void because it is contrary to the law of God, but because our law has prohibited it on the ground of being contrary to God's law. It is our laws which makes (sic) the marriage void, and not the law of God". וראה חומר נוסף בשאלה זו — בפסקי־הדין המאוחרים ב Allen, שם. יש להעיר שני דברים: א. שינוי זה לא נתחדש עם הקמת המדינה, שכן לענין המשפט העברי שבדיני המעמד האישי היתה הנורמה הבסיסית בתקופת המנדט סמכות הפרלמנט הבריטי. נכון הוא, כפי שמתכוון, כנראה, שטרנברג, שהפעם געשה שינוי זה במערכת משפט של מדינה יהודית. ב. כל השינוי הזה מבחינת הנורמה הבסיסית פועל, כמובן, רק מבחינת המערכת המשפטית של המדינה; מבחינת המערכת של המשפט העברי לא חל כל שינוי בנורמה הבסיסית של הוראה מהוראותיה, גם לאחר שהיא נקלטת במערכת משפטית אחרת. מבחינת המשפט העברי גשארית הנורמה הבסיסית תמיד הנורמה הבסיסית העברית, והיא הסמכות המחייבת של התורה שבכתב. וראה לעיל, עמ' 1598 ואילך; מ. אלון, חקיקה דתית, עמ' 59 ואילך.

25 דומה שהמונח "רישומיים" הוא המונח העברי המתאים ביותר לסוג זה של מקורות המשפט, במיוחד כשמדובר במשפט העברי. המונח "מקורות ספרותיים" אינו הולם תיאורה של התורה שבכתב ושל המשנה, התלמודים, ספרות הפוסקים וכיוצא בהם. וגם המונח האנגלי literary מביע יותר מן המונח העברי "ספרותי". המונח הגרמני Erkenntnisquellen — שהוא מתאים הרבה יותר מאשר literary באנגלית — קשה מאוד לתרגום מתאים לשפה העברית. למונח "רשום" ראה דגיאלי, י, כא: "אבל

נאסר'<sup>18</sup>. והוא, שאתה צריך לדעת, שכל מה שאנו נוהרים ממנו או עושים אותו היום, אין אנו עושים זאת אלא מפני ציווי ה' על ידי משה, לא מפני שה' ציווה בכך לנביאים שקדמוהו.

דוגמה לכך; אין אנו אוכלים אבר מן החי לא מפני שה' אסר על בני נח אבר מן החי, אלא מפני שמשה אסר עלינו אבר מן החי במה שנצטווה בסיני שישאר אבר מן החי אסור. וכן אין אנו מלים בגלל שאברהם מל את עצמו ואנשי ביתו, אלא מפני שה' צונו על ידי משה להמול כמו שמל אברהם עליו השלום. וכן גיד הגשה, אין אנו נמשכים בו אחרי איסור יעקב אבינו אלא צווי משה רבינו. הלא תראה אמרם<sup>19</sup>: 'שש מאות ושלוש עשרה מצוות נאמרו לו למשה בסיני, וכל אלה מכלל המצוות'.

האיסור והמצוה, גם אם קיימים הם מלפני מתן תורה, מקור תוקפם במערכת ההלכה הוא "מפני ציווי ה' על ידי משה", במתן תורה בסיני.

וכך מבטא רעיון זה גופו בדברי הרשב"ם על האמור בבראשית<sup>20</sup>: "עקב אשר שמע אברהם בקלי וישמר משמרתו, מצותי חקותי ותורתו"; ואלה דבריו<sup>21</sup>:

"חוקותי ותורותי": לפי עיקר פשוטו, כל המצוות הניכרות<sup>22</sup>, כגון גזל ועריות וחיתוך ודינין והכנסת אורחים; כלם היו נוהגין קודם מתן תורה, אלא שנתחדשו ונתפרשו לישראל וכתרו ברית לקיימן'.

גם המצוות והדינים שהתייגו והטבע מחייבם, ה־Jus naturale — מקורם ותוקפם בברית שכרתו ישראל והקדוש ברוך הוא<sup>23</sup>, בשעת מתן תורה, לקיימם ולשמרם<sup>24</sup>.

18 כך גרס הרמב"ם במשנה, שם; גירסא אחרת "מסיני נאמר". וראה דקדוקי סופרים, שם, ואלבק משנה, שם ובהשלמות (עמ' 379).

19 מכות, כג, ב.

20 בראשית, כו, ה.

21 פירוש הרשב"ם על התורה, שם ד"ה חוקותי ותורותי, לפי מהדורת דוד ראיון, ברעסלויא, תרמ"ב (עמ' 29).

22 כל המצוות שטעמן ניכר, היינו מצוות שכליות. וראה לעיל, עמ' 175, בפירוש דברי הרשב"ם.

23 רעיון הברית וההסכם שבין העם והקדוש ברוך הוא כיסוד לקבלת התורה מצוי הרבה במקרא ובספרות התלמוד. ראה, למשל, בראשית יו, יג, ושמות לא, טו, ואילך לענין מצוות מיוחדות; שמות לד, כז, דברים כט, יא; יג—יד — לענין התורה בכלל. וכן הוא במקורות תלמודיים רבים; ראה למשל נדרים כה, א; גיטין ס, ב. והשוה דיון מפורט בסוגיה התלמודית בקשר למדת הרצון רבה לאוריתא. הרעיון פה, א, ותוספות שם ד"ה כפה עליהן הר כגיגית, וימודעא רבה לאוריתא. הרעיון של הסכם כיסוד לתוקף המחייב של הוראות משפטיות מופיע ברשב"ם גם לעניינים נוספים. ראה לעיל, עמ' 60. והשוה עוד עמ' 53, הערה 32.

24 שטרנברג, שם, מעיר על השוני שחל עם הקמתה של מדינת ישראל לענין הנורמה הבסיסית של הוראה מהמשפט העברי המתקבלת בחוקי הכנסת; מקודם היתה נורמה