

1. מסורת המשפט העברי ומרכיביה - היחס שבין שמירה על המסורת לבין חידושה

א. מרכיבי המשפט העברי

המשפט העברי מורכב מ: תנ"ך « תורה שבע"פ « משניות « גמרא.

הגמרא מתפרשת על מס' תחומים:

1. פרשנות הגמרא: פרשנות הראשונים (רש"י, תוספות, רא"ש, הרי"ף) ופרשנות האחרונים (בנות הלוי).
2. ספרות ההלכה: הראשונים (רמב"ם, בעל הטורים) והאחרונים (שו"ע, רב"ח, ש"ך, ט"ז).
3. שו"ת: הראשונים (שרירא גאון, הרב עובדיה יוסף ועוד).

ישנם מס' כלים כדי לקבל את ההלכות מהמסורת אל תוך המציאות כיום:

1. ואהבת לרעך כמוך
2. דינא דמלכותא דינא
3. תקנה
4. מנהג
5. היעזרות בדעות מיעוט
6. תקנות קהל

ב. המתח בין ההלכות המקוריות להלכות כיום - ההנמקה האדאולוגית

מנחות כט ע"ב: אמר רב יהודה אמר רב: בשעה שעלה משה למרום מצאו להקב"ה שיושב וקושר כתרים לאותיות. אמר לפניו: רבש"ע מי מעכב על ידך? אמר לו: אדם אחד יש שעתידי להיות בסוף כמה דורות ועקיבא בן יוסף שמו שעתידי לדרוש על כל קוץ וקוץ תילין תילין של הלכות. אמר לפניו: רבש"ע הראהו לי. אמר לו: חזור לאחורך. הלך וישב בסוף שמונה שורות ולא היה יודע **מה הן אומרים**. תשש כחו. כיון שהגיע לדבר אחד אמרו לו תלמידיו רבי מנין לך? אמר להן הלכה למשה מסיני נתיישבה דעתו.

הסבר: כשמשה קיבל את התורה, ה' עשה קישוטים לאותיות "קושר כתרים לאותיות", והסביר למשה שיום יבוא ובעתיד מהקישוטים האלה ניתן יהיה להבין רמזים לחידושים ולהלכות מתחדשות. משה מתרשם ורוצה לראות איך זה ייראה בעתיד לכן ה' לוקח אותו ל"מסע בזמן" - משה מגיע לישיבה שבה ר' עקיבא מעביר שיעור תורה אך משה לא מבין כלום וזה מאוד מצער ומחליש אותו. ר' עקיבא לא מסביר או מנמק את דבריו אלא רק עונה "הלכה למשה מסיני".

משמעות: מקור זה מסמל את השינוי ואדפטציה שעוברת ההלכה המקורית עד למצב שכלל לא מזהים אותה. יש כאן ביקורת על כך שהתורה התפתחה בצורה שונה לגמרי ואין קשר כבר בין המסורת לחידוש. הקשר היחיד הוא "הלכה למשה מסיני", אך זה קשר מזערי ולכן יש תחושה קשה של מתח.

ג. דגמים שבאמצעותם חכמים מתמודדים עם הפער בין ההלכה המקורית להלכה כיום

1. **גישת השחזור:** גישה שאומרת שאין באמת חידושים, אלא הכל כבר ניתן מראש הלכה למשה מסיני. אם ההלכה "מתחדשת" כיום זה לא באמת חידוש אלא רק חשיפה של ההלכה שכבר ניתנה בעבר, הכל אותו דבר כמו בעבר.

חגיגה ג, ע"ב: מעשה בר' יוסי בן דורמסקית שהלך להקביל פני ר' אלעזר בלוד. אמר לו: מה חידוש היה בבהמ"ד היום? א"ל: נמנו וגמרנו - עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית. אמר לו: יוסי פשוט ידיך וקבל עיניך. פשט ידיו וקבל עיניו. בכה ר' אלעזר ואמר (תהלים כה, יד): 'סוד ה' ליראיו ובריתו להודיעם'. אמר לו: לך אמור להם אל תחושו למניינכם (=אל יהו לכם שום חשש וגמגום במה שמיניתם ותיקנתם שהרי הסכמתם להלכה). כך מקובלני מרבן יוחנן בן זכאי ששמע מרבן ורבן מרבן אהלכתא למשה מסיני - עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית. מה טעם? הרבה כרכים כבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל, מפני שקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא, והניחום כדי שיסמכו עליהן עניים בשביעית. תנא: לאחר שגתישבה דעתו, אמר: יהי רצון שיחזרו עיני יוסי למקומן וחזרו.

הסבר: ר' יוסי הלך לכבד את ר' אלעזר הגדול בשבתות וחגים. ר' אלעזר שאל את ר' יוסי מה היה החידוש היום בבית המדרש, אז הוא ענה לו שנשאלה שאלה- איך להתייחס לאזור עמון ומואב בשנת שמיטה? שהרי בתקופת הבית הראשון ישבו בהם שבטים והם הצטרפו לקדושת א"י, אך בתקופת בית שני כמעט לא ישבו שם. לכן נשאלת השאלה האם צריך לקדש שוב את המקום כדי לקיים בו דינים? ר' יוסי מסביר שזו שאלה חדשה שהחכמים נתקלו בה בבית המדרש. ר' יוסי ממשיך ומסביר שההכרעה של הרבנים הייתה שצריך להפריש שם מעשר עני בשנה השביעית. ר' אלעזר אומר לר' יוסי שזה לא חידוש, אלא שרבו יוחנן בן זכאי כבר קבע את זה והרבנים בבית המדרש פשוט לא הכירו את זה. ההסבר להלכה זו שזה הפוך מההלכה המקובלת לגבי אדמת א"י, שבה צריך להפריש מעשר 6 שנים ובשביעית אין צורך כי לחקלאים אין בעלות על האדמות. אך בעמון ומואב הוחלט שכן מפרישים מעשר עני ולכן הוחלט שלא חלה קדושה שביעית על האזורים הללו. ר' אלעזר שומע את הדברים והתעוור, כלומר הוא קיבל קשה את הכרעת הרבנים.

משמעות: מה שהפריע לר' אלעזר זה שהרבנים בבית המדרש חשבו שהם ממצויאים/מחדשים הלכה, אך זה בכלל דבר שמאז ומתמיד ידעו אותו וזה פשוט התגלה רק עכשיו. הוא התרגז על ההתיימרות של הרבנים לחדש- הכל היה ידוע וקיים, פשוט לא ידעתם את זה. המסורת היא המסורת והכל כבר קיים בה. התרגזותו של ר' אלעזר ממחישה את הרתיעה מלחדש. רבי אליעזר חלק על הרצון של הרבנים לחדש ואמר שאין מקום לתקנה כזו **וגם אין צורך בה**. כי דין זה דאורייתא הוא, הלכה למשה מסיני.

תמורה, ט"ז, ע"א: אלף ושבע מאות קלין וחמורין וגזירות שוות ודקדוקי סופרים נשתכחו בימי אבלו של משה. אמר רבי אבהו אעפ"כ החזירן עתניאל בן קנז מתוך פלפולו.

הסבר: התלמוד מציג בעיה- 1700 הלכות מסוגים שונים (כאלה שנלמדו בשיטות "קל וחומר", "גזירה שווה" ודקדוקי סופרים) אבדו עם מות משה. רבי אבהו אומר שזה נשכח לגמרי, אפשר להחזיר את ההלכות באמצעות "התפלפלות" כמו שעשה עתניאל.

משמעות: שכחת התורה מעוררת תחושת אובדן וחשש גדול מפני הכוח להמשיכה. ר' אבהו מרגיע: את ההלכות ששכח יהושע "החזיר" עתניאל בן קנז, ולכן גם אם משתכחת התורה, יש דרך להחזירה. כיצד? על-ידי פלפול. הפלפול- ההעמקה היצירתית בסוגיה ובחינתה מכל צדדיה- יכול לתקן את השכחה ולרפא את האובדן. הפלפול של עתניאל מייצג את גישת השחזור- עתניאל מתפלפל בהלכה ועושה פרשנות של קל וחומר. מהצד אולי זה ייראה כמו "חדשנות" אך זה בעצם בדיוק מה שנאמר למשה מלכתחילה בהר סיני וזה פשוט נשכח, ועתניאל משחזר את זה ולא מחדש דבר. המאורע הדרמטי של שכחת ההלכות מהווה דגם המעמיד בפנינו את התזה, לפיה אין לראות סתירה בין האמונה בהתגלות למשה לבין חידוש ההלכה. אכן הייתה התגלות ראשונית למשה והיא כללה הכול, אפילו מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש, ואנו חייבים לשחזר התגלות זו.

2. **גישת החידוש:** התורה ניתנה בעבר אך אנחנו עושים לה עדכונים. לא בהכרח כל ההלכות כיום היו עמונות בהלכות שניתנו לנו בעבר אלא יש צורך לחדש.

עירובין, כא, עב: 'חדשים גם ישנים דודי צפנתי לך'. אמרה כנסת ישראל לפני הקב"ה: רבוננו של עולם הרבה גזירות גזרת על עצמי יותר ממה שגזרת עלי וקיימתים. א"ל רב חסדא לההוא מדרבנן דהוה קא מסדר אגדתא קמיה: מי שמיע לך חדשים גם ישנים מהו? אמר ליה: אלו מצות קלות ואלו מצות המורות. א"ל: וכי תורה פעמים ניתנה? אלא הללו מדברי תורה והללו מדברי סופרים. דרש רבא: מאי דכתיב (קהלת יב, יב) 'ויותר מהמה בני הזהר עשות ספרים הרבה וגו' בני הזהר בדברי סופרים יותר מדברי תורה, שדברי תורה יש בהן עשה ולא תעשה, ודברי סופרים כל העובר על דברי סופרים חייב מיתה. שמא תאמר: אם יש בהן ממש מפני מה לא נכתבו? אמר קרא: עשות ספרים הרבה אין קץ (קהלת יב, יב) ולהג הרבה יגיעת בשר.

הסבר: רב חסדא שואל את האדם שתפקידו היה לזכור את האגדות ולהסבירן- האם מישהו אמר לך מהם חידושים ומהי המסורת הישנה? האדם ענה לו שלא, אבל יש מצוות קלות ויש מצוות חמורות. רב חסדא מתפלל והתשובה לא מקובלת עליו, שהרי התורה ניתנה רק פעם אחת ולא חולקה למצוות קלות ולחמורות. ענה לו כשהפסוק אומר "ישנים" מדובר על מצוות משה רבנו וכשאומרים "חדשים" מתכוונים לחידושי החכמים ודברי סופרים. כלומר חדשים כאן הם חכמי המשנה והתלמוד ותורה שבע"פ שלא רק מרחיבה ומסבירה את התורה שבכתב (הישנים) והופכת אותה לתורת חיים, אלא בונה 'אוקימתות' ומוסיפה סייגים, תקנות וגזירות חכמים. רבא מסביר שלא רק שאפשר לחדש את התורה אלא שהחידושים אפילו מחמירים יותר וצריך להיזהר בהם, שכן כל העובר על דברי סופרים חייב מיתה (זה לא תמיד כך כשמדובר על דברי תורה). החידושים כה רבים שאי אפשר להקיף את כולם.

משמעות : בניגוד למקורות הקודמים, כאן רבא מסביר שיש לחכמים סמכות לחדש חידושים ואף מגדיל ואומר שלחידושים יש מעמד גבוה יותר מאשר לישנים. היתרון בגישה זו זה שהיא מאפשרת למצוא פתרונות לבעיות חדשות שמתעוררות במציאות החדשה, בעיות שלא היו מתעוררות בתקופת קדם. לפי מקור זה, בגישת החידוש אנו מגלים גילוי נוסף או אנו מתחייבים התחייבות נוספת **מעבר** למה שצויינו בתורה.

מי הסמיך את החכמים לחדש ? :

א. תנחומא, נשא, כט : "ביום השמיני נשיא לבני מנשה". ילמדנו רבינו, נר הנוכה שהותיר בה שמן ביום ראשון, מהו להדליק בה בשני. כך שנו רבותינו, נר הנוכה שהותיר בה שמן ביום ראשון, מוסיף עליו כל שהוא ומדליקו ביום שני. ואם הותיר ביום שני, מוסיף עליו ביום השלישי ומדליקו. וכן בשאר הימים. אבל הותיר ביום שמיני, עושה לו מדורה בפני עצמו. למה. כיון שהוקצה למצוה, אסור להשתמש ממנו. לא יאמר אדם, איני מקיים מצות זקנים הואיל ואינן מן התורה. אמר להם הקדוש ברוך הוא, בני, אין אתם רשאים לומר כך. אלא כל מה שגוזרים עליכם, תהיו מקיימין, שנאמר, (דברים ז, י): "ועשית על פי התורה אשר יורוך". למה, שאף על דבריהם אני מסכים, שנאמר (איוב כב, כח): "ותגזר אומר ויקם לך". תדע לך, שהרי יעקב בשעה שברך מנשה ואפרים, מה כתיב שם, (בראשית מח, כ): "וישם את אפרים לפני מנשה", עשה הקטן קודם לגדול, וקיים הקדוש ברוך הוא גזרתו. אימתי, בקרבנות הנשיאים שהקריב שבט אפרים תחלה. שנאמר, (במדבר ז, מח): "ביום השביעי נשיא לבני אפרים", ואחר כך מנשה, מנין, ממה שקראו בענין "ביום השמיני נשיא לבני מנשה".

הסבר : נשאלת השאלה אם נשאר משמן הזית שהדלקנו עבור נר ראשון לחנוכה, האם ניתן להדליק איתו גם לנר השני? התשובה היא שאפשר, אבל אם נשאר שמן מהיום השמיני והאחרון אז לא משתמשים בו ומכלים אותו כי הוא הוגדר לצורך מצווה ואין להשתמש בו לצרכי חול. כעת עולה ביקורת על התשובה - חכמים הם אלה שציוו על נרות חנוכה, אז מי שמם להחליט שהשמן לא מקודש אם זה בכלל לא מצווה מהתורה? הקב"ה עונה שלחכמים יש סמכות לחדש, כלומר הקב"ה משווה את הציוויים שלו לציוויי החכמים. אנו למדים שה' מסכים לחידושי חכמים מפרשת הבכורות - יעקב לפני פטירתו מבקש מיוסף שיביא אליו את מנשה ואפרים. יעקב מברך קודם את אפרים לפני מנשה על אף שמנשה הוא הבכור. כתוב שם שה' קיים את גזרתו - כלומר ה' הסכים להחלפה שעשה יעקב, וזה בא לידי ביטוי גם בכך שה' נתן לאפרים את הקדימות בקרבנות.

משמעות : ניתן להבין שה' מסמיך חכמים להחליט על דברים מסוימים והוא מסכים עימם. בעיני הקב"ה, דין דברי החכמים כדין דבריו שלו. ממקור זה אנו למדים שישנה פרשנות שאומרת **שמי שהסמיך את החכמים לחדש חידושים זה הקב"ה בעצמו!** ההסכמה באה לידי ביטוי בזה שהקב"ה פועל לפי הקביעה שנקבעה על ידי החכמים. זוהי מידת טובו של הקב"ה, המסכים עם ההלכה האנושית. החכם תורם בבנייתו, בקונסטרוקציה שלו, לקביעתה הסופית של ההלכה, והקב"ה מסכים איתה.

ב. בראשית רבה, א, יז : רבי תנחומא משום רב הונא אמר (שמות לח, כב): "ובצלאל בן אורי בן חור למטה יהודה עשה", את אשר צוה אותו משה לא נאמר אלא: "את כל אשר צוה ה' את משה". אפילו דברים שלא שמע מפי רבו הסכימה דעתו למה שנאמר למשה בסיני.

הסבר : לעיתים בצלצל היה בונה את ביהמ"ק אחרת ממה שצווה עליו. המקור האחרון מסביר שכשבצלאל משנה את הציווי של משה, הוא בעצם ניסה לכוון לדעת הציווי הראשוני. כלומר משה הבין את ה' בדרך מסוימת, ובצלאל ניסה לקלוע לדברי ה' המקוריים.

משמעות : במקור הקודם ראינו שהחכם מחליט לחדש וה' מסכים איתו. אך במקור זה המשמעות הפוכה - האדם "הסכימה דעתו לדעת המקום", 'דעת' שלא הייתה ידועה לו. הביטוי 'הסכימה דעתו', מייצג כאן את זהות הדעות, למרות שלא הייתה הדרכה מוקדמת או ידיעה מראש. האינטואיציה הנכונה של החכם מביאה אותו לגלות את האמת ההלכתית, את המעשה הרצוי לשמייים. בצלאל למד דברים מפי רבו, אך גם מחדש דברים מעצמו באמצעות הכללה. לפי מקור זה התשובה לסמכות של החכמים לחדש חידושים - היא שהחכמים לא באמת מחדשים אלא יותר מדייקים ומנסים לקלוע לדברי ה' המקוריים.

3. גישת ההלכה הנסתרת : דבר שהוא נסתר והוא עוד לא רלוונטי ורק כשהופך לרלוונטי הוא מתגלה. זה תלוי יכולת קיבולת, ה' לא ייתן לבני האדם הלכות/ מצוות/ איסורים שלא תואמים את התקופה הספציפית שבה הם נמצאים, כיוון שזה יהיה חסר טעם. **קהלת רבה, א, י :** כתיב (דברים ט , י) : ' ויתן ה' אלי את שני לוחת האבנים כתבים באצבע אלהים ועליהם ככל הדברים'. אמר ר' יהושע בן לוי: עליהם - ועליהם, כל - ככל, דברים - הדברים, המצוה - כל המצווה, ללמדך : שמקרא ומשנה, הלכות ,

תוספתות והגדות ומה שתלמיד ותיק עתיד להורות כבר היה וניתן הלכה למשה מסיני, מניין? ממה שכתוב: 'יש דבר שיאמר ראה זה חדש הוא', והרי חברו מוכיח עליו - 'כבר היה לעולם'. ר' ברכיה בשם רבי חלבו: (משל) לאחד שהיתה סלע צרורה בכנפיו ונפלה ממנו. ליתן גדולה ממנה - אין המקום מחזיק, ליתן קטנה ממנה - אינה מתמלאה, ליתן כיוצא בה - המקום מתמלא, כך שמעת תורה מפי תלמיד חכם - יהי בעיניך כאילו שמעוה אוזניך מהר סיני, הוא שהנביא מקנתרן, ואומר להם (ישעיה מ"ח, טז): 'קרבו אלי שמעו זאת לא מראש בסתר דברתי מעת היותה שם אני'. אמרי ליה: למה לא אמרת לן? אמר להם: שלא נבראו בי קינים, ועכשיו שנבראו בי קינים - 'ועתה ה' אלהים שלחני ורוחי' (שם).

הסבר: לדברי יהושע בן לוי, הפסוק "וייתן ה' אלי..." שכתוב בתחילת המקור, כתוב באופן מסורבל וארוך. הוא יכול היה להיכתב אחרת. אז למה נכתב כך דווקא? כדי להראות לנו שבתוך המילים הללו טמונים דברים נוספים, לא הכל התגלה במעמד הר סיני. יש כאן משהו שמזכיר את דגם השחזור-הכל כבר ניתן אך טרם התגלה. "החידושים" של המציאות כיום הם לא באמת חידושים, אלא הכל כבר היה קיים מאז ומעולם, אבל זה לא התגלה בעבר כי לא ניתן להחזיק בידיים משהו יותר גדול מיכולת הקיבול שלהן. כלומר בעבר קיבלו את התורה לפי המציאות שהייתה קיימת אז ובהתאם ליכולת הקיבול באותו הזמן, כלומר התורה ניתנה כמידתה של אותה המציאות שהייתה תקפה, אך יש בה עוד דברים שעתידיים להתגלות. נשאלת השאלה- למה כל התורה לא נאמרה מההתחלה במקום שזה יתגלה לאט לאט? התשובה היא שלא היה עניין לתת את ההלכות של היום לתקופת העבר כיוון שהן לא היו רלוונטיות והמציאות לא חייבה בהן.

משמעות: הכל היה טמון בתורה ברמה המופשטת, אך זה מתגלה עם הזמן באופן מפורש, רק כשהדברים הופכים רלוונטיים למציאות הקיימת. ייתכן שלפנינו הבנה חדשה ושונה של ה'הלכה למשה מסיני'; זאת ההלכה שנתגלתה למשה מסיני אך לא הועברה במסורת, ונתגלתה רק כאשר החכמים גילו אותה בכוחותיהם. אנו מחויבים לתורה שקיבל משה מסיני, לכשתתגלה על ידי החכמים. החידוש מתרחש, אולם הוא כבר מצוי בהתגלות הראשונית. במשל של ר' חלבו קיימת התאמה מסתורית בין הלב האנושי, מקור החידוש, לבין התורה שבשמיים. יש כאן מעין 'היזכרות' בה חוזר החכם אל התורה אידיאלית המצויה בשמיים. משל המטבע בא להדגיש את ההתאמה שבין נפש האדם להתגלות הראשונית.

תוספות יום טוב, הקדמה למשנה: מלמד שהראהו הקב"ה למשה דקדוקי תורה ודקדוקי סופרים ... שזה לא היה משה מוסר לאחרים כלל. ודקדוק לשונם כך הוא: שאמרו 'מלמד שהראהו', ולא אמרו 'ש'מסר לו' או 'ש'לימדו'. שאילו אמרו אחד מאלו הלשונות, היה מתחייב מזה שהוא ימסרם וייתנם גם כן ליהושע, שהרי עינו לא הייתה צרה ... אבל אמרו 'שהראהו', וזה בדרך ראייה בלבד לא בדרך מסירה, כאדם המראה דבר לחברו לראותו ואינו נותנו לו; וזה דקדוק נאה ועניין אמיתי.

הסבר: ה' הראה למשה חידושי סופרים. כשמשה רבנו הגיע לקבל את התורה, לא כתוב שה' מסר לו את התורה אלא רק הראה לו אותה, בדרך ראייה בלבד ולא בדרך מסירה- כמו אדם שמראה דבר לחברו אבל לא נותן לו.

משמעות: אנו למדים שמשה רבנו ראה כבר את כל מה שטמון בתורה וכל מה שעתידי להיות, אבל זה שונה ממה שנמסר לו. כל מה שהוא ראה יתגלה במהלך הדורות בהדרגה, אך מה שנמסר אליו זה רק מה שרלוונטי לאותה התקופה.

4. **הפתרון- הדגם המשולב:** הרמב"ם נתן לנו את הדגם המשולב לפיו קיימים 5 רבדים בתורה שבע"פ- 2 הרבדים הראשונים תומכים במסורת ו-3 הרבדים האחרונים תומכים בחידושים:

חלקי התושב"ע לפי הרמב"ם, הקדמה למשנה:

פירוש התורה - פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב ואפשר להוציאם בדרך סברא, וזה אין בו מחלוקת, אבל כשיאמר האחד כך קבלתי אין לדבר עליו.

הלכה למשה מסיני - הם הדינין שנאמר בהן הלכה למשה מסיני, ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וזה כמו כן אין חולק עליו. סברות - החלק השלישי, הדינין שהוציאו על דרכי הסברא, ונפלו בם מחלוקת כמו שזכרנו, ונפסק הדין בהן על פי הרוב.

גזרות - הם הגזרות שתקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור כדי לעשות סייג לתורה, ועליהם צווה הקדוש ברוך הוא לעשותם והוא מה שאמר במאמר כללי "ושמרתם את משמרתני" (ויקרא יח, ל), ובאה בו הקבלה (יבמות דף כא.) עשו משמרת למשמרתי, והחכמים יקראו אותם גזרות.

תקנות ומנהגים - הם הדינים העשויים על דרך חקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בם תוספת במצווה ולא גרעון, או בדברים שהם תועלות לבני אדם בדברי תורה, וקראו אותם תקנות ומנהגים.

הסבר: התורה שבע"פ מחולקת ל-5 חלקים. **החלק הראשון "פירוש תורה"**, הוא החלק שנאמן למסורת, בלי חידוש בכלל- זה החלק שכולל את כל פירושי התורה שניתנו למשה. **החלק השני "הלכה למשה מסיני"**, הם הדינים שנאמרו הלכה למשה מסיני- מה שהיה זה מה שיהיה, זו המסורת ואין חידוש כלל. **החלק השלישי "סברות"**- באה מציאות חדשה לעולם ובאו חכמים

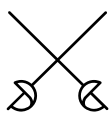
שעושים את השיקול שלהם ומתאימים את ההלכה למצב הקיים. **החלק הרביעי "גזרות"** - גזרות הן הרחבות או גדרות מסוימים שמרחיבים את ההלכה כדי שטעות לא נעבור על המצווה, ה' הוא זה שנתן לחכמים את הסמכות להוסיף ציוויים והלכות. **החלק החמישי "תקנות ומנהגים"** - לא מדובר בחידוש המצוות עצמן אלא מדובר ביצירת הלכות חדשות לגמרי שהן נדרשות למציאות החדשה שיש להסדיר אותה.

משמעות: הרמב"ם יוצר מעין תשתית גרעינית ברורה שממנה יוצאים את החידושים, כלומר גם החידושים הם בהתאם למערכת הגרעינית המקורית. החידוש תמיד יתכתב וישמור על "קשר עין" עם ההלכות הבסיסיות. יש כללים מפורטים על איך משנים ומה משנים, מה לגיטימי ומה לא, באיזה מנגנון הכרעות מתקבלות וכו'. מנגנונים אלה שומרים על כך שלמרות החידוש המערכת המקורית תישמר כפי שהיא. הדגם המשולב מצד אחד מכיר בכוח החידוש ומצד שני תמיד קושר אותו למשהו בלתי משתנה, יציב מאוד, נצחי שלא נוגעים בו ויש ציפייה שהחידוש יהלום את ההלכה הבסיסית.

2. אבות הציונות והמשפט העברי

א. המתח בין הדת והמסורת לבין התנועה הציונית המודרנית

בתקופת הגלות החכמים נעזרו בכל מיני מנגנונים כדי לחדש הלכות מקוריות כמו באמצעות תקנות, גזרות, פרשנות וכו'. כיצד הגענו למצב שעם ישראל שמאז ומתמיד נשען על המשפט העברי ועל ההלכות, רוצה להקים מדינה שלא נשענת על מקורות המשפט העברי?



כדי להבין את מהות הפולמוס יש לעמוד על מערכת היחסים המורכבת שבין התנועה הציונית המודרנית (תנועת ההשכלה) לבין הדת והמסורת. **ישנן 2 תנועות חשובות בראשית תקופת הציונות ביניהן הייתה מתיחות חריפה:**

1. **תנועת ההשכלה:** ניסתה להחליף את המשפט העברי במשפט הישראלי המחודש. תפישת התנועה הזו הייתה שהציונות היא תחליף למסורת, ואין קשר בין היהדות לציונות.

2. **תנועת חובבי ציון:** ניסתה לשלב את המשפט העברי במשפט המדינה. תנועה זו תפשה את הציונות כהתפתחות מסורתית.

הוחלפו האשמות רבות בין 2 המגזרים הללו, שיצרו מתחים- המשכילים 'החופשיים' סברו שהחרדים האדוקים מעודדים בטלנות, היסטריה דתית, אטימות מחשבתית וחושך תרבותי. לעומתם, הנאמנים למסורת ראו במשכילים כופרים שדרכם נטולת האמונה והמצוות תוביל אותם במקודם או במאוחר אל מחוץ לשרשרת הדורות היהודית, שראשיתה באברהם אבינו וסופה באחרית הימים. את הקרע הזה, רווי העוינות והניכור, תיאר הסופר העברי דב אריה פרידמן בעיתון 'המגיד' ב-1885:

דב אריה פרידמן, המגיד, 1885: "הייראוש גדול משני הצדדים במאוד מאוד. הנאורים יחשבו את לובשי ארוכים לאחד מהולכי על ארבע, והאחרונים יחשבו את הראשונים כנבדלים מקהל ישראל ואינם עוד מבני דתם ואמונתם"

הסבר: המשכילים מתנועת ההשכלה חשבו שהדתיים מתנועת חובבי ציון הם אנשים פרימיטיביים שתקועים בעבר, ואילו הדתיים מתנועת חובבי ציון חשבו שהמשכילים התנתקו לחלוטין מהשורשים שלהם ונטשו את היהדות האמיתית.

ב. תנועת "חיבת ציון" - סיכוי לקירבה

קמה תנועת "חיבת ציון" אשר מצליחה לאגד גם את החילונים וגם את הדתיים באופן הבא- המשכילים חושבים שיש משהו חשוב בדת היהודית אבל במובן התרבותי ולא ההלכתי, כלומר היהדות חשובה לתרבות של העם. הם שואבים את זה גם מתנועות לאומיות סביבם באירופה במובן שאתה לא יכול להקים תנועה ללא מטען תרבותי מוסרי. חלק ממובילי הדעה זו הינם סמולנסקין, לילינבלום ועוד. אנו מתחילים להרגיש שאולי יש מצב שנוכל ליצור משהו משותף. התעוררותה של תנועת 'חיבת ציון' נשאה עמה תקווה שהמתיחות הזו תיפסק או למצער תתמתן. הוגי דעות שבאו מהמחנה המשכיל והחילוני החלו לראות בדת היהודית פנים חדשות. במקום לראות בשמירת המסורת הוויה ארכאית ומנונת המוציאה את הבריות מהעולם וכופה עליהם חיי עוני צרי אופקים העמוסים באלפי פרטים זעירים של הלכה מגבילה ומשעבדת, נראו לפתע התורה והמצוות כעמוד השדרה הנצחי והמופלא של העם היהודי. גם **פרץ סמולנסקין**, אחד מהוגי תנועת ההשכלה, אמנם לא קיבל את הערך הדתי של קיום המסורת, אך בהחלט ראה בה תשתית חיונית וחסרת תחליף לקיום זהות לאומית מגובשת. משכיל נוסף שהלך בדרכו של סמולנסקין הוא **משה לייב לילינבלום** שנמלט מאורח החיים הדתי שבו גדל וחי וכתב נגדו דברים חריפים, שב להביע סימפטיה עמוקה למסורת כגורם שיאחד את העם היהודי. הוא האמין שהמסע של העם היהודי לארץ ישראל, תכלית הפעולה הציונית, יתבסס על הזהות הדתית. יחד עם זאת הוא צפה שעם כינונם של חיים חדשים ושלוים בארץ המובטחת יעזבו היהודים את השולחן ערוך באופן טבעי.

גם הדתיים שנטלו חלק בתנועה הציונית היו צריכים להתמודד עם השותפות הבלתי צפויה עם חילונים. ההלכה אומרת דברים קשים על יהודים שאינם שומרים מצוות, ובכל זאת היו דמויות רבניות בולטות באותה תקופה שמצאו צידוק הלכתי, עיוני ואידאולוגי להליכה יד ביד עם יהודים 'חופשיים'. **המטרה הנעלה הצדיקה בעיניהם את האמצעים**, והם קיוו שעם התממשות החלום הציוני ישובו עוזבי הדת אל כור מחצבתם.

ג. המשברים צפים שוב

אלא ששיתוף הפעולה לא היה מושלם. כבר בראשית דרכה היו בתנועת חיבת ציון חילוקי דעות :

1. **משבר מנהיגות** : מי יעמוד בראשה, **הרב שמואל מוהליבר** משלומי אמוני ישראל מהמגזר הדתי, או שמא **הרופא יהודה לייב פינסקר** שלפני שנהיה ציוני חי חיי מתבולל בחברה הרוסית. שאלה זו, שביטאה את המורכבות של שיתוף הפעולה בין החילונים לדתיים במסגרת הלאומית החדשה, עוררה מתיחות וסכסוכים ממושכים בתנועה הצעירה.
2. **משבר ההתיישבות** : גם במקום שבו היו אמורות להתגשם כל התקוות התפתחו עימותים שונים על רקע עיצוב צביונה של החברה החדשה. מצד אחד, במרבית המושבות שקמו זה עתה הייתה הפרהסיה בעלת צביון דתי, אך מצד שני חיו בהן גם עולים צעירים שלא חשו מחויבות עמוקה למסורת ואולי אפילו התנגדו לה. בנקודה זו הצד הציוני משתלט על הצד הדתי.
3. **עלייתו ארצה של אחד העם** : אשר גינזבורג, הלא הוא אחד העם, קרא לשינוי מהפכני בגישת תנועת חיבת ציון. בהיותו משכיל חילוני סבר כי המדינה היהודית ואנשיה אינם צריכים לאחוז בתכני הדת, כי אם לחדש תכנים מודרניים ברוח התקופה. את שיקומה של היהדות ביקש אחד העם לבסס ללא הממד הדתי שלה, אך הטיף לשמירה על זיקה ואהדה למסורת וכן להתרכזות בעולם היהודי הישן ופיתוחו והרחבתו באיטיות, כך שתיווצר המשכיות לעם. בכך נחשב לאחד ממבטאיה המובהקים של הגישה הדוגלת ביהדות כתרבות, וכאחד ממפתחי הזהות החילונית-לאומית. התחייה שראה אחד העם בעיני רוחו הייתה כמובן לאומית, אבל חילונית. זה היה חידוש של ממש ששינה את כללי המשחק שנהגו עד אז בשיתוף הפעולה בין דתיים לחילונים. **אחד העם בא ואומר שהוא בונה מסורת ותרבות חדשות לגמרי**. הוא טוען שכציוני-חילוני יש לו עולם משמעותי-תרבותי משלו, עולם שמקביל ויכול להחליף את התרבות היהודית. לראשונה הוא בא ואומר שניתן להחליף את התרבות היהודית. הוא אומר שהחילונים הם לא "עגלה ריקה" או "חילונית רוחנית לא מתגוננת".



ד. הרצל פורש מהמליאה בקונגרס השלישי

בשלב מורכב זה בתולדות התנועה הצעירה, שבו עלתה שאלת התרבות על הפרק, הופיע בזירה הציונית **בנימין זאב הרצל**. הוא שימש מנהיג התנועה הציונית במשך כשמונה שנים והפך אותה להמונית ותוססת. הרצל לא הבין את שאלת התרבות. הוא ראה את עיקר פעולתה של הציונות כזינוק אדיר לעבר **הגשמת חלום פרקטי**. כל ויכוח עיוני נדחה מבחינתו לימים שלאחר השגת המטרה המעשית. הרוח היהודית המסורתית, ואפילו הכמיהה המשיחית, לא היו זרות להרצל, אך הוא היה בן תרבות מרכז אירופה, רציונליסט וליברל. הוא ראה בציבור היהודי החרדי שותף פוטנציאלי להגשמת חלומו, אך לא העלה על דעתו לתת למנהיגים החרדים עמדת השפעה של ממש בתנועה הפוליטית שהלך וביסס. הרצל שאף לאחדות בעם. הוא לא רצה לפגוע בדתי, אך גם לא רצה שהיא תהיה גורם אינטלקטואלי משפיע בפעילות הלאומית. הרצל מזהה שהמשברים הללו לא הולכים לסגת, והם גורמים לקרע ומשבר זהות בעם. משבר זהות זה עלול עוד לפרק את כל המפעל שהעם יצר. לכן לדעתו, **יש להשאיר את הוויכוח הדתי-תרבותי לאחר כך, וכעת יש לפעול בפרקטיקה** כמו להשיג אישורים מהעות'מאניים, לגייס כספים ועוד. **רבנים רבים ממזרח אירופה הסכימו עם הרצל** על אף שידעו כמה הנושא חשוב, מפני שהם הבינו שאם הוויכוחים האלה ימשיכו כך מדינת ישראל לא תצליח לקום, ולא נצליח להתקדם לשום מקום.

כאשר החלו הדיונים על עניין זה בקונגרס הציוני השלישי **יצא הרצל מהאולם כדי להמחיש שהדיון אינו מעניינו**. הרבנים הציונים צידדו בעמדתו של הרצל והתנגדו לדיון. גם בעיניהם ראוי היה למקד את העשייה הציונית בעניינים מדיניים.

ה. הקונגרס הרביעי - תחילת ההיפרדות

היכוח התרבותי הלך ונעשה נפיץ, על אף התנגדותם של הרצל והרבנים. אחד העם וסיעתו ממשיכים להזכיר שזה לא יעבוד בלי שנחליט לפני הקמת המדינה על כיוונה, אופייה וזהותה. גם הציבור הדתי מתעקש ורוצה לפתור עכשיו את הסוגייה כיוון שהם חוששים שבהמשך תקום מדינה שנוגדת את היסודות הדתיים. הם חוששים שאחד העם וחבריו ימחקו את המסורת היהודית ויטלו את הסמכות מהרבנים. הרבנים שהשתתפו בקונגרס הגיעו מלאי חששות מפני הכוחות המבקשים לטעון את הציונות בתכנים תרבותיים חילוניים. הם חששו מחגים חילונים, מפרשנות חילונית למקרא, מיצירתו של אדם עברי חדש ומביטולה של התורה שבעל פה. בשל חששם הם העלו הצעות לביסוס מעמד הדת כדי לוודא שהציונות לא תפגע בערכי המסורת. **כאן מתחילה היפרדות מעשית של הציבור הדתי מהתנועה הציונית.** החשש של הרצל מתחיל להתגשם. בקונגרס הרביעי למעשה הדתיים מבינים שזה הולך לכיוון שהם לא מרוצים ממנו, לכן קמה "אגודת ישראל" שאומרת שהדתיים לא חלק מהקונגרס הציוני. כאן מתחילה ההפרדה.

ו. הקונגרס החמישי - שיא השפל

כעבור שנה התקיים הקונגרס החמישי שממנו דיווח הלל צייטלין. בקונגרס זה כבר ניכר שינוי של ממש. רק שני רבנים הגיעו לאספה. אחדים מחבריהם נטשו את התנועה בשל שאלת הקולטורה והפכו לאנטי ציוניים. הלל צייטלין מתאר את המצב הקשה שהיה בקונגרס החמישי-

הלל צייטלין, עדות על הקונגרס הציוני החמישי: "כל הנציגים מתהוללים, משתוללים, מריכים, מתווכחים, מדברים רמות רמות על דבר הקולטורה ונגד הקולטורה... תמה אני אם יש קומדיה מעוררת שחוק כזו, ואולם הקומדיה מתהפכת מיד לטרגדיה איומה... בזכרנו כי פה מדברים... על עתידו של עם שלם וגורלו".

הסבר: צייטלין פרסם על שראו עיניו ושמעו אוזניו בקונגרס החמישי. רשמיו היו קשים. מהרגע שנכנס לאולמות שבהם נערכו הדיונים חש היטב את המתח ואת המרירות שריחפו באוויר. הרושם הכללי שלו היה עגום. הסכסוך הגדול, המריבה הקולנית והדרמה המגוחכת והטרגית שראה צייטלין, ניצתו סביב נושא שהסעיר את חברי התנועה הציונית במזרח אירופה בשנים הראשונות של המאה העשרים. היה זה 'פולמוס הקולטורה'.

מול שני הרבנים התייצבה סיעה גדולה המייצגת את הציונות החילונית. עמדתם של אנשי הסיעה הייתה ברורה: דרישה לדיון רציני ומעמיק בשאלת התרבות והחינוך. הם רצו לוודא שלציונות תהיה אמירה אידאולוגית ברורה באשר לשפת היהודים, להיסטוריה של העם ולספרותו החדשה. הם דרשו שלציונות תהיה בשורה רוחנית ולא רק תכנית מדינית. בדרכו של אחד העם הם ביקשו לבטא זהות יהודית חילונית ללא עמדת נחיתות מול האורתודוקסיה. מתוך כל זה השתמע דבר ברור: הציונות מהווה תחליף לדת המסורתית. 2 הרבנים שהגיעו לאספה נבהלו- הרב רבינוביץ' חש מפני חילון והרב ריינס היה נסער ביותר. הוא לא רצה לוותר על השותפות בתנועה הציונית אך לא יכול היה לקבל את עריפת ראשה של המסורת. מתוך דילמה זו נולדה פשרה.

ז. הפשרה - הקמת תנועת "המזרחי"

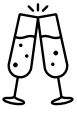
אין החלטות בקונגרס החמישי אך כאמור, בעקבותיו הוקמה תנועת המזרחי של הדתיים שנשארו בתוך הציונות (לימים ייקראו הציונות הדתית). הם רצו להקים סיעה משל עצמם כדי שהיהדות המסורתית לא תיעלם. זה קו השבר שבו הבינו כי חייבת לקום סיעה נפרדת משלהם. מתוך הדילמה בקונגרס החמישי נולדה פשרה. ב-1902 קמה תנועה דתית בתוך התנועה הציונית- **תנועת 'המזרחי'**. וכך קרה שהתנועה הציונית קרעה קרע אדיר בתוך הציבור הדתי במזרח אירופה. דתיים מעטים בחרו להמשיך ליטול חלק בתנועה הציונית במסגרת המזרחי, ואילו מחנה הרוב בחר לבצר את החברה המסורתית ולאטום אותה מפני הרעיונות המודרניים של הציונות. תמו שנות שיתוף הפעולה בין שדרות רחבות בציבור הדתי לבין הציונים החילונים.

ח. סטטוס קוו

נקודת השיא של הפולמוס הייתה בוועידה הגדולה של ציוני רוסיה במינסק בקיץ 1902. היה זה האירוע הציוני הגדול ביותר שהתקיים ברוסיה בתקופתו של הרצל. **הרצל הגיע סקפטי לוועידה הזו-** הוא הבין שהמזרחי הולכים להגיע מאוד מאוחדים ולכן זה מתכון להתנגשות בין כל הפלגים, כי הגיעו נציגים עם עמדות מאוד ברורות ומובהקות מכל פלג. תנועת המזרחי התארגנה וחיזקה את שורותיה לקראת הוועידה. בניגוד להם, אנשי "הפרקציה הדמוקרטית" (התנועה הציונית-חילונית) לא התארגנו היטב וביטאו תחושה של עוינות כלפי העניין כולו.

האיבה בין החילונים לדתיים בתנועה הרקיעה שחקים. אחד העם התבקש על ידי אנשי התרבות להקדים להגיע לוועידה. הם היו זקוקים למנהיג ואיש רוח. צחצוח חרבות נשמע באוויר. הכוחות עמדו להתנגש אלה באלה. הוועידה החלה ושאלת התרבות עמדה

במוקד. התנועה הציונית דרשה בתוקף כי הדרך שבה היא תופסת את הזהות היהודית תוכר כלגיטימית. אין לאיש מונופול על היהדות ואין לראות בדתיים בעלי הבית הרוחניים של המסורת. מנגד הבהירה התנועה הדתית כי שינוי חינוכי של המוסדות ושל הערכים הדתיים בשם הציונות החילונית לא בא בחשבון.



הדיונים היו רווי מתח. ציוני רוסיה היו חייבים לפתור את הבעיה הבווערת שעמדה בפניהם על מנת שיוכלו לשתף פעולה. לבסוף, התקבלה הצעת פשרה והיא **הסטטוס-קוו: כל פלג יעסוק בתכנים תרבותיים ובתכנים חינוכיים בנפרד על פי השקפת עולמו ואיש לא יכפה את רעיונותיו על הזולת**. המשבר חלף, הפשרה הושגה והשלום שב לשרור בין הציונים.

וכך, בקיץ 1902 נוסח במינסק לראשונה הסטטוס קוו בכל הנוגע לשאלת הקולטורה הבווערת, מבלי יכולת להכריע בסוגיה. סטטוס קוו זה היווה את הבסיס לסטטוס קוו הקיים בין דתיים וחילונים עד ימינו. זו הייתה הכרה בכך שיש לפחות שתי דרכים להבין את משמעותה של הציונות כתנועה המגדירה את התרבות היהודית. שני הכוחות הללו - לצד השליה החרדית המוחלטת של הציונות - עדיין קיימים ורוחשים היום, למעלה ממאה שנה לאחר שפולמוס הקולטורה החל.

ומה עם המשפט? המשפט הוא באופן אינהרנטי **מערכת אחת**. צריך מערכת משפט אחת שתסדיר את המערכת בין אדם לשלטון באופן ברור. לא ניתן לקיים שתי מערכות במקביל, המשפט אמור להיות משהו שמאחד את המדינה סביבו.

3. משפט השלום העברי

א. הקמת משפט השלום העברי

"אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה, ח, טז). בשנת 1909 היה כבר יישוב יהודי שהתבסס עוד משנת 1882. בתקופה זו חלה מערכת המשפט העותומאנית, שהייתה מערכת מוסלמית, אך בה-בעת הייתה סובלנית כלפי כל הדתות שהיו בארץ. על אף זאת, היה רצון להקים מערכת משפט יותר צודקת ואתית המבוססת על האתוס הציוני. התנועה הציונית רצתה להקים מערכת משפט חדשה שתהלום את התפישה הציונית אבל גם כזו שעובדת ותהיה מוסרית יותר משיטת המשפט הנהוגה ע"י העותומאניים. מבחינת הדין המהותי וסדרי הדין, המייסדים ביקשו ליצור סינתזה בין ההסדרים המשפטיים המקובלים בהלכה היהודית הקלאסית ובין צרכי הזמן והשקפות משפטיות מודרניות. הנחת המוצא של "משפט השלום העברי" הייתה שאי אפשר כיום להשתמש במשפט המעשי שבהלכה היהודית כפי שהיא, ויש לחלן אותו, קרי לברור מתוכו את ההסדרים המתאימים לזמננו ולשלבם עם הסדרים שמקורם אינו בהלכה.

לאורך כל שנות הגלות מערכת המשפט היהודית הייתה מורכבת מבתי הדין הרבניים, אך החלוצים היהודים שעלו לארץ פיתחו מערכת משפט חדשה. הם לא פנו לבתי הדין הרבניים כי הם התנערו מהדת והמסורת, הם כבר לא מזוהים עם היישוב הישן. החלוצים לא מאמינים כי בתי הדין הרבניים יפתרו את הדברים, ויש ליצור סט נורמות וערכים חדש לגמרי.

מערכת משפט השלום העברי קמה בשנת 1909, והיא היוותה ניסיון לייצר משפט לאומי בארץ, שייתן מענה למסחר ולכלכלה. מי שמכהן במערכת הזו הם דמויות ידועות בארץ, לא דווקא משפטנים אלא אנשים מרכזיים ביישוב.

מה שישב בסיס המערכת זה **לא היה דווקא נורמות וערכים מסודרים אלא יותר ראיית הצדק של הבוררים והשכל הישר**. המערכת הזו התחילה מאוד בקטן כמערכת ברורות פחות מסודרת וחסרת נורמות אך עם הזמן התפתחה והגיעה להיקף לא מבוטל.

המערכת מחולקת ל-3 ערכאות:

1. בתי משפט שלום אזוריים.
2. בתי משפט שלום מחוזיים (יפו, חיפה, טבריה).
3. ביהמ"ש שלום עליון.

יש מעין היררכיה ויש הנחיות פחות פרוצדורליות. בהתחלה המערכת נחשבה להצלחה גדולה, היו דיונים קצרים (מרבית פס"ד כתובים בקצרה והנימוקים קצרים, יותר מהבטן פחות הנמקות) ואנשים אכן הגיעו לדיונים. **בשלב זה, למרות שעדיין אין מערכת נורמות ברורה ומוסכמת והשופטים אינם מיומנים, עדיין המע' זוכה להרבה אמון ואנשים מגיעים אליה וסומכים עליה.**

ב. המקורות עליהם התבססו פסיקות משפט השלום העברי

משפט השלום העברי ביסס את פסיקותיו על 3 מקורות :

1. מנהג הסוחרים- המנהגים הכלכליים שמתפתחים, חוקה לא כתובה שכולם מסכימים עליה.
2. תקדימים שלהם עצמם.
3. עקרונות משפט ממדינות אירופה.

אז מה כ"כ עברי כאן ? למה קראו לזה משפט שלום עברי אם המקורות בכלל לא עבריים ?

מערכת המשפט העברי התבססה על חומרי הלכה בוסריים ותשתיתיים כמו תלמוד, משנה תורה לרמב"ם, חושן משפט, שו"ע ועוד (לא הסתמכה על השו"ת שהיה פחות נגיש ומוכר לאותם הבוררים). אך עולה השאלה האם מקורות אלה היוו תקדים מנחה או מחייב? **ד"ר גרשמן**, מפעילי ההקמה של משפט השלום העברי שאל את השאלה במה למעשה משפט השלום העברי הוא בכלל עברי ? קשה לענות על השאלה הזו כיוון שאנחנו כלל לא משתמשים בהלכה לצורך פסיקות. **לדעת גרשמן, לא ניתן להלביש את המשפט העברי המקורי על המציאות ולהשתמש בו כפי שהוא בבית המשפט השלום, ואם נעשה זאת הוא יהפוך לזר בעמנו, כיוון שהתרבות שלנו היא תרבות חדשה ולא דומה לעבר.**

הביקורת : הביקורת כלפי גרשמן הייתה שלא ברור איך הוא אומר דבר כזה מוזר. איך משפט עברי הוא זר עבור העם העברי. הוא בונה פה מציאות מעוותת.

ג. תחילתו של קושי- קרקע לא מוצקה

כאמור מערכת משפט השלום העברי היא מערכת לא ברורה **שלא מבוססת על נורמות וערכים מסודרים** וידועים מראש, אלא על הצדק ועל השכל הישר. בהתחלה, מערכת המשפט העברי הייתה קטנה, מעין מערכת בוררות שמשרתת יישוב קטן אז עוד אפשר היה להסתדר עם מערכת נורמות לא ברורה. **אבל מה קורה ברגע שהמערכת גדלה, כשיש יותר תושבים ?** במצב כזה כל אחד מצפה שההנמקות והפסקים יישבו על **קרקע מוצקה**, שהכל יהיה מובן ונבין על סמך מה היא עובדת על מנת ליצור יציבות וודאות משפטית, שנדע שיש כאן דין צדק. ככל שהמערכת הלכה והתפתחה, כך אנו מוצאים דרישה שהיא תהפוך למסודרת יותר.

ד. שנות ה-20- הקשיים בשיאם

בשנות ה-20 עלו מס' תהיות ודרישות בקשר למשפט השלום העברי :

1. **גוף מוסדי :** הייתה דרישה לגוף מסודר של נורמות, כזה שייצור ודאות, יציבות ואחידות משפטית.
2. **אופן הכרעה :** יש צורך באופן הכרעה ברור, בייחוד לאור התפתחות וגדילת הקהילה, ולאור טשטוש גבולות התרבות המשותפת.
3. **הוראות תוכן :** יש צורך בהוראות תוכניות ומהותיות מעבר להוראות הפרוצדורליות הקיימות. המשפט לא יכול להתבסס על סדר דין אזרחי בלבד.

אופטישקין (אחד הפעילים הגדולים ביותר דאז) טוען שלמשפט העברי אין פרוצדורה ולכן הוא לא יעזור לנו. הוא טוען שפסקי הדין יוצאים לפי "רגשות ליבם" של אנשים שאין להם השכלה משפטית, הם נשענים רק על עקרונות רחבים ביותר של הצדק והישר. הפרוצדורה לא תספיק לבדה, למרות שמבחינה פרוצדורלית באמת ניתן לראות תקנות מאוד מסודרות, מאוד ברור איך מגישים ומה סדר ההליך, אך זה לא מספיק. **מרדכי בן הלל הכהן**, אחד מהאנשים המאוד מרכזיים, פעיל ציוני, סופר, עיתונאי. מרדכי מתנגד לדעת אופטישקין ודווקא כן מנסה להישען על הפרוצדורה שאולי היא תעזור לנו-

מרדכי בן הלל הכהן : לא נכונים דברי מר אופטישקין, שאין למשפט השלום העברי פרוצדורה. תקנות המוסד הזה קבועות ונשמרות בכל תוקף, ומשפט השלום העליון מפקח על זה. מצד זה אין מתאונן. אלא מאי, – חוק קבוע אין לפניו, ופסקי הדין יוצאים על פי רגשות לבם של היושבים כסאות למשפט, ולאלה נבחרים אנשים, ישרובם אין להם לא השכלה ולא פרקטיקה יורידית' כדברי מר אופטישקין, והם 'קשורים רק בפרינציפלים הרחבים והמופשטים ביותר של הצדק והישר'. אמנם כן, אבל אל נא ישכח מר אופטישקין, כי הפרינציפלים של הצדק והישר, ששופטי משפט השלום העברי קשורים בהם, הם הם היסודות של כל קודקס, של כל חוקים קבועים ומקובלים. ומפני שהצדק והישר האלה הם, בנידון זה, פרי רוחם של המצפון העברי והמחשבה העברית והמוסר העברי, – הנה אין טוב מאלה להיות יסוד לפסק דין. השכלה מקצועית ונסיון משפטי הם בלי ספק מדות רצויות מאד בשופטים. אבל אמרו כי גם "שלשה רועי בקר" נקראים בית דין, ומשפטם צדק. אין דין אמת אלא אחד, ושופטים בני אנוש מוציאים משפט על פי "שקול הדעת", ויש שמשקל הדעת תועה וטועים שופטים. מחוקים מוצאים מן "הפרינציפלים" של הישר והצדק ולא להיפך.

הסבר: אוסישקין טוען שאמנם יש הוראות פרוצדורה אבל אין הוראות לגבי תוכן הפסיקות, והשופטים אינם מיומנים. מרדכי מבקר אותו על דבריו ואומר לאוסישקין שלא ישכח שעיקרון הצדק והיושר הוא היסוד לכל הקודקס המשפטי ולכן אין טוב ממנו להיות יסוד לפסקי דין. לגבי ההשכלה וניסיון השופטים, זה אמנם רצוי אבל לא סתם נאמר בהלכה שכך "שלושה רועי בקר" יכולים להיות שופטים בעלי משפט צדק. כל השופטים הם בני אנוש בשר ודם, כולם יכולים לטעות וכולם יכולים לתת גם משפט צדק.

ה. ההלכה כעיקרון מנחה ולא מחייב

הייתה אי-בהירות רבה וחוסר ודאות משפטית לגבי פסיקות ביהמ"ש. כך למשל, הגיע פסק דין לבית משפט שלום. מדובר על פרשה של קבלן שרכש חלקה ממוכר פרטי בדרך לבניית בית. הקבלן טען שהייתה פה הונאה (ברגע שמוכרים משהו ביותר משישית מערכו האמיתי זה נחשב הונאה). הקבלן דרש לבטל את העסקה והסתמך על המקור בש"ע שאומר את זה. המוכר הגיע והתפלא איך הוא התבסס על כך, אם הוא היה קורא את הסעיף הבא היה רואה ש:

שולחן ערוך, חושן משפט, רכז, כט: אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים והשטרות והמקצועות וההקדשות. אפילו מכר שווה אלף בדינר או שווה דינר באלף אין בהם אונאה.

הסבר: יש מוצרים מסוימים שלא יכולים לטעון לגביהם הונאה, ואחד מהם זה קרקעות.

על אף התימוכין שהביא המוכר משולחן ערוך, ביהמ"ש העברי שלל את הטענה של המוכר, כיוון שהם לא מחויבים להלכה כמו שהיא אלא מקבלים את העיקרון שבמקרה שעסקה נסגרה ברמאות וחוסר שקיפות ביחס לערך הקרקע אז היא יכולה להתבטל, וזה לא מחייב לקבל גם את ההלכות הספציפיות שבאות עם זה. **ביהמ"ש רואה את ההלכה כעיקרון מנחה ולא כעיקרון מחייב.** אין מחויבות הלכתית ספציפית לקבל את זה כמו שזה. ההחלטה לבטל את העסקה בשל הונאה נשענת על עקרונות צדק ולכן הם מקבלים אותה. נשאלת השאלה- האם באמת ביהמ"ש הסתמך פה על המשפט העברי, או שמא רק בגלל שזה נוח להם לפסוק כך? פס"ד זה עשה רעש גדול- הביקורות אמרו שלא ניתן לסמוך על המערכת, או שהולכים לפי ההלכה או שלא.

הדוגמה הזו משקפת בצורה מאוד ברורה את הבעייתיות – אין נורמות, גם כשמשתמשים בהן לא ברור איך.

ו. לסיכום- מה מנע ממערכת משפט השלום העברי לפרוץ ולהתפתח?

מרדכי בן הלל הכהן: תפקידו העיקרי והיחיד של משפט השלום העברי הוא, "להשיב שופטינו כבראשונה", וכי בארצנו לקראת תחילתנו הקרובה לא נהיה מוכרחים לרעות בשדה אחרים. הצדק, יסוד המשפט, הוא פרי הרגש המוסרי של עם ועם, והצדק העברי שונה מן הצדק הרומאי. ואנו רוצים להשפט עפ"י העברי, כפי המושגים של עמנו. ובכל לב אנו רוצים, כי הרבנים, אנשים מישראל שקראו ושנו ומלאו כרסם בדיעות הצדק העברי, ישתתפו אתנו במשפט השלום העברי, יעמדו גם בראשו. ואולם בשום אופן לא נרשה להם לותר על הסדרים, שהם ורק הם עוטרים אנשים להיות שופטים, לקחת מזה ולתת לזה, וכי יהיה הפקדם הפקר. עוד בראשית הוסד משפט השלום העברי פנינו אל הבד"צ ביפו לסדר ישיבות משפטיות משותפות. לצערנו, לא היה כבר רבנו הרא"י קוק בארץ. והרבנים דחו אותנו בקש ובגבבא. הנמוקים היו מגוחכים. כותב הטורים האלה, בתור מורשה לכך, נהל את המשא והמתן. הרבנים בשום אופן לא הסכימו לשתף אותנו במשפט. ולא מחכמה הם עשו ועושים זאת. לא הבד"צים יוכלו להתחרות עם משפט השלום העברי, כי אין הצבור מאמין בהבנתם את הויות העולם ובידיעותיהם את דרכי החיים.

הסבר: מרדכי ממשיך בביקורתו. רצינו שיהיה לנו משהו שהוא אותנטי ועצמי שלנו, אך כעת אנו מגיעים למסקנה שאנחנו לא מבינים איך לעבוד עם ההלכה ואולי לפעמים אנו מיישמים אותה לא נכון, לכן אנחנו מזמינים את הרבנים הגדולים לעמוד בראש המערכת. אני מוכן להקשיב לרבנים הגדולים ושהיו חלק ממערך השפיטה אבל הם צריכים להבין שמהו צריך להיראות אחרת, זה לא יכול לעבוד כמו בעבר, כיום מדובר ביישוב חדש עם תרבות חדשה שצריך להלביש עליה את המשפט העברי בהתאמה. **בתי הדין בתגובה חשבו שמה פתאום להתערב עם המשפט הלאומי, שכן כך מעמדם יירד ולכן הם לא רוצים לשתף פעולה.** מרדכי מתאר מצב שנוצר בשטח- יש ביה"ד צדק רבניים שממשיכים לשפוט לפי ההלכה היהודית ומשרתים את הקהל שלהם בלבד, ולא מהווים אבן מושכת לקהל יעד אחר חוץ מהדתיים, ובתי המשפט השלום הלאומיים גם לא מספקים את הסחורה כי השופטים לא מיומנים מספיק. מרדכי מבקר את הרבנים שהם טעו כשחשבו שאם לא יתערבבו הם יהיו יותר מוקד משיכה לשאר העם.

קידר: אמנם משפטנים משכילים האמינו ביכולתם ליצור מערכת נורמות משפטיות לאומית ואף ניגשו למלאכה במרץ, אולם חקיקה היא מלאכה סבוכה וארוכה, וכרוכה בוויכוח ערכי, תרבותי ופוליטי עמוק. עם כל הרצון הטוב, היהודים המודרניים, בארץ ומחוצה לה, לא הצליחו להסכים על מהותו של אותו משפט יהודי-עברי (שאפילו שם מוסכם לא היה לו) ובעיה זו היא שחרצה את גורלם של בתי משפט השלום העברי לשקיעה אטית ולכליה. לא מלהמת תרבות הכריעה את משפט השלום העברי,

אלא החלטה מטא-תרבותית. משפט השלום העברי הלך ושקע לא משום ששופטיו ועובדיו התווכחו עד אין-קץ בשאלות של תרבות וזהות, אלא משום שהיישוב העברי כולו – על מוסדותיו, הנהגתו וקבוצות העילית שלו – הכריעו כי לא הגיעה השעה לעסוק בשאלות הזהות והתרבות הנדרשות לצורך יצירת גוף הכללים המשפטיים שיחייב את משפט השלום העברי. היישוב היהודי והנהגתו העדיפו לוותר על מערכת שיפוט לאומית עצמאית ובלבד שלא להתדרדר למלחמת תרבות. ואכן, אף על פי ששלטונות המנדט הכירו בכתי משפט השלום העברי ואף על פי שבתי משפט השלום העברי מומנו ונתמכו כמערכות בוררות, על ידי הוועד הלאומי והרשויות המקומיות היהודיות, הלך הציבור היהודי ונטש אותם.

הסבר: כן התחילה עבודה כלשהי של התפתחות המשפט, אך חקיקה היא מלאכה סבוכה וארוכה, וכרוכה בוויכוח ערכי, תרבותי ופוליטי עמוק. הבעיה מתחילה בקונגרסים ששם אין שום יכולת להסכים על מהו יהודי עברי מודרני, וברגע שמתחילים לדבר על מהם הערכים של המשפט העברי זה פותח תיבת פנדורה ואף אחד לא מצליח להחליט משהו בנידון, הכל נעשה בוויכוחים, אין הסכמות. במה המשפט שונה משפה? מארץ? מדגל? התשובה היא שכאן מדובר בסמלים, זהויות מופשטות. אבל כשמדברים על משפט מדובר בנורמות מוסריות ספציפיות, לא עניין הצהרתי מופשט. היישוב היהודי מבין שהוא לא מגיע להכרעה, ולהנחיל את משפט השלום העברי זה היה צעד בעייתי מאוד שדרש תהליך ארוך וסבלנות גדולה על מנת לסבול חוסר ודאות לאורך זמן, והציבור לא היה מסוגל לקבלו. הציבור בחר במוסדות המשפט של המנדט וויתר על החלום של שיטת המשפט העברי כי זה מצריך יותר מדי הכרעות תרבותיות פנימיות. לא הייתה כאן בעיה של פרוצדורה או ארגון, אלא בעיה ערכית של חוסר יכולת להכריע, ולכן הציבור היהודי נטש את המוסדות העבריים.

ז. לסיכום

נוצר מצב שבית המשפט השלום העברי לא רכש מעמד רציני במדינה המתפתחת. לא היו בידיו אמצעי אכיפה, והיהודים מיעוט לפנות אליו מיוזמתם: הדתיים בחרו להתדיין בבית הדין הרבני, ואילו החופשיים פנו לבתי המשפט המנדטוריים, אשר דן בהגינות וביעילות בעניינים אזרחיים, שלא היה בהם היבט לאומי או פוליטי.

ח. הדים לניסיון הנפל להקים מערכת משפט עברי מקורי

1. התנגדות מוחלטת: בלתי אפשרי – משני צידי המפה. יותר דעות כמו של גרשמן.
2. ניסיון לייצר השפעה תרבותית כלשהי – נראה בהמשך דוגמות (חוק יסודות המשפט וכו') גישה שאומרת: אוקי זה לא עבד במערכת משפט מסודרת אבל בואו לא נתייאש מליצור זיקה במערכת הקיימת.

4. חברת המשפט העברי

א. ההבדל בין חברת המשפט העברי לבין משפט השלום העברי

בניגוד למשפט השלום העברי שהוקם ע"י לא-משפטנים, בסוף שנת 1917 הוקמה במוסקבה "חברת המשפט העברי" בהנהגת משפטנים מומחים מרוסיה- **שמואל איזנשטדט** (למד משפטים בשוויץ) ו**פולטיאל דיקשטיין** (למד משפטים באודסה). את הכרך הראשון והיחיד הוציאו השניים במטרה "לחקור את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה בארצנו, ארץ העבר והעתיד שלנו". כוונת המייסדים הייתה להשתמש בכלי מחקר השוואתיים, היסטוריים ואחרים, באופן שאינו כפוף לדרך הלימוד המסורתית של ההלכה. העשייה האקדמית אמורה הייתה לשרת תכלית ציונית, שעיקרה יצירת שיטת משפט מודרנית המבוססת על מקורות ההלכה, תוך סינון וברירה של מה שראוי להיקלט במערכת משפט מודרנית.

ב. הרקע להקמת החברה והמקורות ליצירת הרעיון

1. תפיסת עולם השואפת לצינונות רוחנית-תרבותית.
2. המשפט כמכשיר לשינוי פוליטי חברתי. משפטנים ברוסיה החל מהמאה ה-19, מתחילים להבין את העוצמה במשפט ככלי לשינוי ככלי לחיזוק זכויות. מנסים להתמודד עם אנטישמיות והגשמה עצמית. נובעת מוטיבציה לגבש משפט ייחודי לנו.
3. תפיסות לאומיות רומנטיות (היסטוריסטיות) - פיתוח היסטורי מרכזי לעם. התחיל מגרמניה- לא יכול להיות עם ללא משפט ייחודי. יש נורמות אוניברסליות אך לכל עם צריך ייחודיות לו וכל עם יפרש אחרת נורמות בינלאומיות.

המשפט העברי נולד מהמפגש שבין פרופסורים גרמנים וסטודנטים ציונים, שנמשכים אחר התפיסה שישנה חשיבות למשפט הלאומי כחלק מהאתוס היהודי והאתוס הכללי של כל דת ולאום. לכן בשנת 1919 לאחר שהרעיון חלחל במוסקבה נפגשת לראשונה האספה של משפטנים רוסים יהודים, שהקימו את האגודה להחייאת המשפט העברי. **הם אלו שתבעו את המושג "משפט עברי"** שכן עד אז הייתה הלכה, תלמוד, פוסקים ותורה.

למה הכוונה במושג משפט עברי? ישנן מס' אפשרויות להגדרת המונח:

1. ייתכן כי מדובר בתחיית/המצאת המשפט היהודי הלאומי, לא זה שבא מהגלות אלא זה שקם בארץ.
2. משפט יהודי-לאומי, אך לא כזה שמבוסס על ההלכה.
3. גזירת ההלכה בתחום משפטי פרקטי.
4. תרגום מילולי של "משפט יהודי" מהשפה הרוסית.

ד. מטרת החברה והתנגדות הציונות הדתית

מטרת חברת המשפט העברי הייתה לחקור בייחוד את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה בארצנו. המטרה העיקרית היא לצורך **ההתפתחות וחיידוש**, התקדמות קדימה.

לאור מטרת אלו, **צפה בעיה עיקרית והיא התנגדות מטעם הציונות הדתית**. הייתה התנגשות עם תפיסתם לפיה לטעמם אין מקום לחידוש. הכוונה היא שבתוך המסגרת ההלכתית יש לראות מהו חידוש לגיטימי ולא משהו גורף המצהיר על חדשנות. לדעת הציונות הדתית:

1. ישנו הבדל בין תחיית המשפט העברי לבין יצירה חדשה שלו.
 2. ישנה בעייתיות בחידוש הכלים ההלכתיים המוכרים למשפט העברי עד כה.
 3. במשפט עברי מחודש שכזה אנו הופכים את **השופטים לפוסקי הלכה** וזה מנוגד לדת. היוצרים של משפט כזה צריכים להיות פוסקי ההלכה המוכרים לנו.
- לטעמם, המשפט העברי אינו צריך להיוולד ולהיווצר, כמו שהעם העברי אינו צריך להיוולד ולהיווצר. חברת המשפט העברי נתקלה בהתנגדות עיקשת של הממסד הרבני והחוגים הדתיים. אלה ראו איום בתפיסתה של התנועה את ההלכה כגילום של התרבות של העם היהודי, בהבדל ממערכת משפט דתית המסדירה את חייה של קהילת מאמינים. הם ראו איום גם בניסיונם של אנשי התנועה להציג את המשפט העברי כתוצר פעילותם של גופים ומוסדות קהילתיים המגולם בחיי היום יום של היהודים, ולא כתוצר של מורי הלכה - הרבנים - המגולם בפסקי ההלכה שלהם.

ה. התפתחות החברה בארץ

באותם השנים ברוסיה התקיימה **המהפכה הבולשביקית** שלא אפשרה להקים מרכז יהודי ברוסיה, ולכן הפעילים המרכזיים **עלו ארצה** וחברו למשפטנים וחוקרים בארץ. כמו כן, **קם סניף מרכזי בלונדון** של חברת המשפט העברי. בלונדון היו יותר שמרנים ואילו בישראל חברו לאנשים יותר מהפכנים כמו:

1. **מרדכי אליעזר**: מהחשובים שבעורכי הדין בארץ (ולימים שגרירה הראשון של ישראל בבריטניה).
2. **גד פרומקין**: השופט היהודי בבית המשפט העליון המנדטורי, שהציע לערוך ועידה עולמית לצורך קביעת חידושים הלכתיים בתחומים כמו עגינות, סרבנות גט, קיפוח נשים בירושה ועוד.
3. **נורמן בנטוויץ**: היועץ המשפטי הראשון של ממשלת המנדט.

ה. היחס העיוני כלפי חברת המשפט העברי

נראה לכאורה שהם התחילו לצבור תאוצה. פעילויותיה המרכזיות של החברה בארץ היו ועידה ארצית כדי לדון בתחיית המשפט העברי, הרצאות לפני קהלים שונים, הוצאה לאור של כתב העת המשפט העברי, פרסום מחקרים בתחום המשפט, הצטרפות למנגנון משפט השלום העברי, הקמת בית הספר למשפט ולכלכלה בתל אביב ועוד. **למרות שלל הפעולות, הצלחותיהם היו מינוריות**. הפעולות נתקלו בחשדנות כמעט מכל גורם בארץ, שהובילה לכך שההרצאות פחתו, הכינוסים לא הביאו אנשים מרכזיים, כתב העת פסק. **בפועל, הפעילות שלהם הייתה מאוד מצומצמת והם נתקלו בהתנגדות**.

בית הספר שהקימו לא תפס תאוצה **ובשנת 1938 נפסקה פעילות החברה. ההתנגדות הגיעה מצד הנהגת היישוב, מצד עורכי דין** (עורכי הדין התנגדו לתביעתם של אנשי התנועה לפתח את המשפט של החברה היהודית המתהווה בארץ ישראל בזיקה למורשת המשפטית של העם היהודי, בהבדל מהמשפט של המדינה הקולוניאלית בארץ ישראל. הם התנגדו גם לניסיונם של אנשי התנועה לעצב משפט בעל אופי קהילתי, עממי ולא-מקצועני) **ומצד הציבור הרחב.** המתנגדים העדיפו להגיע למערכת עובדת שמספקת פתרונות ורצו להימנע ממה שהם שמפלב את העם והכניסה לכל הנושא של "משפט עברי" היא בעייתית. לכן, אין עניין מצד היישוב והנהגתו.

סיבות חיצוניות להפסקת פעילות החברה :

1. בשנות ה-30 הייתה **התפתחות בורגנית** ואיתה, התפתחות המסחר, לכן היה צורך במערכת משפט שתעמוד בקצב, **צורך מהיר במשפט יעיל.**
2. החברה באותה תקופה האיצה להתפתח **ולא היה לה זמן לדיונים תודעתיים-תרבותיים מעמיקים.**
3. באותה תקופה החלה גם **תופעת האנגליפיקציה**, ההתמערבות, חדירת המשפט האנגלי למשפטה של ארץ ישראל.
4. בעיקר היו ניסיונות **להתמקד בפתרונות מדיניים** לנוכח עליית הנאצים והמרד הערבי.
5. **חששו להיכנס באותה תקופה למלחמת תרבות פנימית.** הם היו צריכים להקדיש את כל זמנם וכוחם לפתרונות מעשיים-מדיניים.

סיבות פנימיות להפסקת פעילות החברה :

1. מחלוקת תרבותית כללית בין חילונים לדתיים.
2. אופיו של משפט כמערכת שתפקידה להכריע במחלוקת ערכיות ותרבותיות- לא ניתן להסתפק בטענה מופשטת.
3. האם ניתן לאבחן את המשפט שבין אדם לחברו משאר ההלכות?
4. שאלת הסמכות- האדם או אלוקים?
5. דרך החידוש- שאלת המקורות, קדומים או שגם ניתן להסתמך על מאוחרים?
6. שאיבת נורמות משיטות משפט אחרות. **הדילמה :** מצד אחד, התרבות האירופאית הינה התרבות הגבוהה והמתמקדת שיש ללמוד ממנה ולנסות להשתלב בה. מצד שני, העבר העגום של היהודים והעתיד המאיים. היו מלומדים שהתנגדו לאנגליפיקציה הזו כמו- **זאב יעבץ, ממקימי תנועת המזרחי :** "איך לנו מקום בבית דיננו כשוכנו אל ארצנו, למשפט הרומי פרי רוח העם שהגלה אותנו מארצנו". **משה זילברג :** "איך איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני".

לסיכום

מערכות השיפוט היהודיות העצמאיות לא התקבלו על רוב בני היישוב. היוזמות של חברת המשפט העברי ליצירה או להחייאה של משפט לאומי לא נשאו פרי אמיתי או מידי. בעקבות דעיכתה של התנועה להחייאת המשפט העברי, הרעיון של תחיית המשפט העברי נעשה במשך הזמן לנחלתם הבלעדית של משפטנים יהודיים שומרי-מצוות, שהגדירו את המשפט העברי באופן שקשר אותו אל ההלכה היהודית בצורה הדוקה בהרבה מזו שאנשי המשפט העברי החילוניים התכוונו לה. דברים דומים כתב גם מנחם אלון במחצית השנייה של שנות השמונים. אלון ציין כי בעוד רבים מאנשי התנועה להחייאת המשפט העברי היו חילוניים, העיסוק במשפט העברי, והעניין בו, הפכו היום לנחלה כמעט-בלעדית של שומרי תורה ומצוות.

האם הייתה השפעה ארוכת-טווח לחברת המשפט העברי? נראה שישנן נקודות השקה והשפעה אך נראה בהרחבה בהמשך.

5. בתי הדין תחת שלטון המנדט - תקנות בתי הדין הרבניים

סמכות בתי הדין הרבניים נוגעת לענייני מעמד האישי (ענייני משפחה – טיפה יותר ממה שהיום), הבריטים רואים את המצב הזה ובהמשך בשנים הבאות בתי הדין הרבניים גם יקבלו סמכות לפסוק כבוררים בסכסוכים אזרחיים – משהו שלא בהכרח מובן מאליו. פה נפתח הפתח של המוסדות של בתי הדין הרבניים להיות חלופה מקבילה למוסדות האזרחיים ולהחיל את המשפט העברי בתחומים של מעבר למעמד האישי. דעת הרבנים (גם הרבנים הראשיים וגם חברי המועצה שהורכבו מכל מיני פלגים, גם יותר חרדים) היא שהם לא אוהבים את הדרישה הזו בכלל להתערבות מצד ממשלת המנדט ומצד מי שאינם רבנים.

א. רקע היסטורי להקמת בתי הדין הרבניים

עדת הספרדים בירושלים הייתה רוב ביישוב היהודי מאז בוא מגורשי ספרד עד ראשית שנות השבעים של המאה ה-19, והעדה היחידה המוכרת באופן רשמי על ידי השלטונות העות'מאניים. בראש ההנהגה הרוחנית של העדה והיישוב היהודי בארץ ישראל עמד הרב הראשי, שכונה חכם באשי. החכם באשי היה אחראי על מגוון תחומים וביניהם על בה"ד הרבניים. האשכנזים בתקופה זו היה השתייכות לקונסוליות האירופאיות ולא היו קשורים לחכם באשי, אלא לכל אחד מיוצאי אשכנז היה כולל משלו שסיפק את שירותי הדת, המשפט וכו'.

כשהוקם הממשל האזרחי הבריטי והרברט סמואל מונה לתפקיד הנציב, התחדשה בין היתר הפעילות להגדרת מעמדו של היישוב היהודי, שהיה לא ברור עד לאותה עת. הנציב מינה 2 וועדות - אחת, שתבדוק את מעמדן של העדות הדתיות בארץ וסמכויותיהן. והשנייה-לבחינת בעיית ההנהגה הדתית של היישוב היהודי. במהלך הדיונים התברר שקיימת נטייה להקמת מוסד הרבנות הראשית לארץ ישראל. בראש הוועדות היה **נורמן בנטוויץ' - שהיה היועץ המשפטי של ממשלת המנדט הבריטי בארץ**. נורמן דוחף להקמת הרבנות הראשית ואומר כי במקום עדות רבות ופיצול, צריך מוסד אחד מרכזי (הוא הסנהדרין שבדרך). לאחר דיונים ממושכים סביב שאלת דרך בחירת הרבנים, ויחסי הייצוג בה, הוחלט על הקמת גוף בוחר ששני שלישים מאנשיו יהיו רבנים, ושליש יהיו נציגי ציבור מרחבי הארץ. בעזרת תמיכתו של הרב קוק הצליח נורמן להוציא את החזון לפועל. **הרב קוק** מונה לרב האשכנזי, יחד עם **הרב יצחק מאיר** שהיה החכם באשי והוא מתמנה להיות בראש הזרם הספרדי.

ב. הקמת הרבנות הראשית ודרישותיו של בנטוויץ'

הרבנות הראשית לארץ ישראל הוקמה לראשונה בתאריך ט"ז באדר א' התרפ"א, 24.02.1921.

הדרישות של בנטוויץ':

נורמן בנטוויץ' : "מייעצים אנחנו גם שהאספה תעין במנוי ועד (3 עו"הד שיתווספו) לתקן התקנות הנחוצות כדיני ישראל על המצב האישי ולקבע גם תעריף מסים הנגבים בבתי הדין. עומדים אנחנו בשעה חמורה ביחס להתפתחות בתי הדין ואחריות גדולה מוטלת עליכם ועל האספה העדה היהודית שלבית-הדין תהיה סמכות שלמה בכל העניינים הנוגעים למצב האישי של היהודים. המטרה הזאת תוכל לצאת לפועל רק אם תקנות חשובות תעשינה גם בסדרי המשפט וגם בדינים גופא. שני הדברים אינם משביעי רצון חלק חשוב של העדה בתנאים הנוכחים. ייש לעשות תיקונים ש"יבטיחו את האמון בבתי הדין אשר ישפטו את כלם בצדק ובמישרים בהתאם לעקרם היסודיים של מסורתנו וכמו כן בהתאם לדרישות הצדק והשוויון של הזמן הזה... חכמינו ז"ל הראו לפנינו את כחם מה רב, בפרשם את חוקי התורה לפי מה שרוח הזמן דרש מאתם. אחד התפקידים של אספה זו יהיה: מנוי חברי-רבנים, שיראה איזה שנויים נחוץ להביא בסדרי המשפטים ההוויים ובהוראת בית הדין... אקווה שאנשים חילוניים ישתתפו באיזה חברי-רבנים אשר תמנוהו לתקון סדרי המשפטים ובאור החוקים. נמצא כעת בארץ ישראל מספר רב של עורכי-דין מצויינים ובקיאם בתלמוד, שלמדו בשייכות, ושיש להם גם יד ושם במשפטי זמננו זה. בטוח הנני שעצתם תביא תועלת לא מעטה לחבר הרבנים שיתעניין בהכנסת תיקונים בבתי הדין. למען הקים את בתי הדין שלנו על יסודות איתנים נחוץ לנו כיום הזה לא רק הכהן כי אם גם אנשי משפט. אפשר שאחרי זמן תמצא מועצת הרבנים לנכון שאנשים חילוניים ישבו על ידה בבתי הדין; אבל מה שהועדה מציעה, לעת עתה, הוא שאספה זו תבחר בשלושה חילוניים, שמועצת הרבנים תמלך בהם בשאלות משפטיות"

הסבר : נורמן טוען 2 טענות קשות עבור הרבנים : (1) **שינוי בתוקן :** מה שהרבנים מביאים איתם בהלכה זה לא מספיק, יש לעשות תיקונים ולהתאים לדרישות הצדק והשוויון בזמנים אלו. לטענתו, זה בא לעזור לרבנים בהיבט של אמון הציבור בהם כמערכת משפטית. כלומר הוא חושב שיש לעשות שינוי בתוכן הדינים עצמם. (2) **שינוי בסדרי הדין :** על מנת לקבל את **הסמכויות לדון בבוררות אזרחית וענייני המעמד האישי**, ישנה דרישה להתקין תקנות סדרי דין שיותקנו ע"י שלושה משפטיים חילוניים. הסיבה

לכך היא שבאותה העת, למשפט ההלכה כפי שהוא אין קודקס מסודר שמורה איך סדר הדין עובד שכן כרגע אין זכות ערעור, אין הכרה בהיררכיה ואין תקנות מסודרות לפעולה. נורמן אומר כי לרבנים אין את הידע הנדרש לצורך התקנת תקנות סד"א, ואילו החילונים הם הבקיאיים במשפט החול ובידע המשפטי הכללי לצורך התקנת תקנות מסוג זה. נורמן למעשה יוצר ערפול בסמכות, ומטבע הדברים קשה לרבנים לקבל את הסמכות הזו בעיקר שהסמכות מאוד ברורה. לא פשוט לקבל את הדרישה שמישהו מבחוץ יקבע וישתלט על המוסד הרבני.

התגובות לדרישותיו של בנטוויץ :

1. **יוכחים נוקבים ומתחר רב** בין הפלגים. לצד בנטוויץ עמדו 2 שליש מהאספה.
2. **התנגדות ואי-נחת מצד הרבנים** : הרבנים מתנגדים להתערבות מצד ממשלת המנדט הבריטי ומצד מי שאינם רבנים, הם שוללים לחלוטין את הדרישה להתקנת תקנות סדר דין ע"י משפטים חילוניים.
3. **מחלוקת על פרשנות דבריו**.
4. **התנגדות הרב קוק**- טוען כי הרבנים מוכנים להיוועץ במשפטים חילוניים אך לא להפוך אותם לשותפים למוסד.
5. **נטישת הנציגים החילוניים**- הציבור החילוני-ציוני לא קיבל את עמדתו של הרב קוק בדבר מעמדה של הרבנות. בעיני ציבור זה, מוסד הרבנות לא היה עליון וגם לא שווה ערך למוסד ההנהגה החילוני-פוליטי.

ג. תגובת הרב קוק

הרב קוק : "איננו צריכים לבחור דווקא בעורכי דין מפני שזה יראה כאילו לא די לנו המשפט שלנו, אלא שאם נרצה נבחר בעורכי דין מפני שלרוב הם בקיאים בחיים החברתיים והסדוריים. היועצים יהיו נדרשים מהרבנים בכל זמן שירגישו בעצמם שאיזה ידיעה מהמציאות חסרה להם, אבל לא בענייני הלכות, ואפילו בעניינים סדוריים ישנם לפעמים דברים התלויים בהלכות ודינים... אנו מכירים שפרוצדורה צריכה להיות ברבנות הא"י. יוכל להיות שנבקש מכם עצה. אנו ניקח השכלה מכם ונעכל אותה לפי רוחנו, אבל אנו גם נלחם בכם בשלכם. אי אפשר לגרוע מזכות הרבנות כמלוא נימא. אי אפשר שהחילונים ישבו עם הרבנים באותה שעה שידונו על ענייני דינים והלכות".

הסבר : הרבנות לדעת הרב קוק היא מקצוע לכל דבר, והיא מבוססת על משהו יותר שורשי ולא רק על ידע משפטי. הרב קוק מכיר בבעיית המחסור בתקנות סדרי דין בהלכה, אך טוען כי הרבנות יכולה להתייעץ עם המשפטים החילוניים ותו לא, והפרשנות לעצות תיעשה לפי התפישה הפרשנית של הרבנות. לדבריו, לא תהיה כפייה חילונית על הרבנות. הרכב ב"ד שיושב, הוא בעל סמכות, הוא מכיר את ההלכות ואחרים לא יכולים לקחת חלק מהרכב זה, זו התנגדות נחרצת מצד הרב קוק.

ד. הצעת הפשרה

שינויים פרוצדוראליים הם לעיתים מסווה לרצון להגיע לשינויים בחוק המהותי. מגיעים לפשרה.

הפשרה שהציע הרב קוק : "בוחרים בשלושה חילוניים יודעי תורה ושומרי דת, שהם יהיו למועצה על יד הרבנות הראשית. בתוך החוקים לא יתערבו כלל. הם יתועדו עם הרבנים פעם אחת בחדש להתייעץ על הסדר והתכסיס ויעזרו לרבנים באותן הידיעות שמחוץ לדיני תורה". **הסבר :** בוחרים ב-3 חילוניים שידעו דברי תורה ולא יתערבו בתוך החוקים. הם יהיו למתן ייעוץ וקביעת סדרים ללא קשר להלכות עצמן.



תגובת הרב קוק : "גם הרבנים לא הסכימו לנוסחה זו רק מפני השלום והאחדות היקר להם מאד".

הסבר : בלית ברירה הרב קוק מסכים מתוך הבנה שצריך להגיע לפשרה.

אף אחד לא יצא מרוצה מהחלטה זו- החרדים קמו והלכו, שכן לדעתם אין להסכים לכל פשרה המאפשרת מגע כלשהו של "החילוניים" בדיון המשפטי המתנהל בבתי הדין, ויש לצמצם את סמכותם לתחום האדמיניסטרטיבי בלבד. הרב קוק נותר עם מעט רבנים. הצעד הזה פגע בסמכות הרבנות הראשית כלפי הציבור החרדי. החילונים גם לא יצאו מרוצים כי המקום שלהם דל בקבלת החלטות. יצאה החלטה שאף אחד לא מרוצה ממנה: חרדים, חילוניים והמועצה עצמה.

ה. התקנת תקנות בתי הדין הרבניים ע"י המועצה הראשית

לקראת מתווה הפשרה, מונו 3 יועצים חילוניים:

1. ד"ר מרדכי עליאש

2. יוסף חי פניזיל

3. מרדכי לבנון

שלושתם עורכי דין בעלי ניסיון רב, שומרי מצוות ובוגרי ישיבות. שלושת היועצים הללו מתמנים להיות "המועצה הראשית" והם מנסחים סדרי דין- תקנות בית דין על מנת שסדרי הדין אכן יתנהלו בצורה מסודרת ושנאשמים יפנו למוסד הרבני בצורה מסודרת. היועצים מפיצים את תקנות בתי הדין הרבניים- מדובר בתקנות משוכללות, המשלבות ישן וחדש יחד, ובה בעת נשענות על מה שכבר נמצא בהלכה. הרוב באמת כבר נמצא בהלכה, אך ישנם כמה חידושים שלא הופיעו בה:

1. עצם קיומו של דין פרוצדורלי מפורט שאותו הרבנים יכולים ליישם.
2. סדר הגשת כתבי טענות- שהרי במשפט העברי אין חיוב/מסורת של כתבי טענות מסודרים.
3. זמני הדיונים- בהלכה אין הגדרות מרחיבות על זמני ומועדי דיון.
4. ערכאת ערעור- זה החידוש האמיתי והגדול מכולם. מוסד הערעור הוא מוסד בעייתי בעולם ההלכתי משום שמאז שאין סנהדרין קשה מאוד להעריך איזה בית דין יכול לבקר בית דין אחר, משום שאין באמת היררכיה בין בתי הדין. הדרישה להסדיר ערכאות ערעור היא דרישה מאוד נחרצת של המנדט. בנטוויץ' (היועץ המשפטי שממונה על ידי הבריטים) והרבנים מקבלים את זה על עצמם.

תקנות בתי הדין הרבניים פורסמו בכתב העת "המשפט" יחד עם פרסום תקנות בית משפט השלום העברי. המטרה בסמיכות הפרסום היא ניסיון לייצר את התחרות מול הממסדים האחרים הקיימים באותה עת (ביהמ"ש השלום העברי).

ו. בפועל- התקנות לא אושרו/יושמו

התקנות שפורסמו לא אושרו באופן רשמי על ידי הרבנות הראשית. בפועל, הדיינים בבתי הדין לא ראו צורך להקפיד על האמור בתקנות שהיוו חידוש להלכה, והם יישמו רק מה שמסתדר עם השקפת עולמם ורק מה שתאם את ההלכה בכל מקרה. מבחינת העימות הפנים יהודי, לרב קוק הייתה דילמה, שכן הוא עמד באמצע מאבק בין 2 פלגים- מצד אחד הוא צריך להסתדר עם הרבנים השמרנים ומצד שני צריך לרצות גם את הגורמים החילוניים, לכן הוא הבין שעליו לקבל תכתיבים אז פשוט קיבל אותם באופן המינימלי ביותר.

בסופו של יום, יש 2 סיבות עיקריות לכך שהתקנות לא התקבלו:

1. חוסר אכיפה: הרב קוק לא יצא מגדרו כדי לקדם את התקנות, הוא לא כפה על בתי הדין לקיים את התקנות.
2. התקנת תקנות מלחץ חיצוני: התקנות נתקנו ע"י יועצים לא רבנים, ובכפיית המנדט. התקנות לא נבעו מצורך פנימי אמיתי של המערכת הרבנית, לכן הם לא פעלו לקדם וליישם את התקנות. חלק נכבד מעולם הדיינות הטיל ספק בכשרות ההלכתית של היצירה החדשה ובסמכותם של מתקניה, וממילא התקשה לראות בה דבר מחייב

פרופ' מנחם אלון: "במשך תקופה של למעלה מעשרים שנה לא השכילו בתי הדין הרבניים... להתארגן כבתי-משפט מסודרים עם סדרי דין קבועים. שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943."

הסבר: היה לו מאוד חשוב שמשפט העברי יעבוד בארץ, ושבתי הדין יעבדו כמו שצריך. אומר שבמשך תקופה של למעלה מעשרים שנה לא השכילו בתי הרבניים להתארגן סביב סדרי הדין כמו בתי משפט מסודרים, אולם חל שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943. הוא מעט לא מדייק כי כן היו תקנות.

ז. סיכום-ביניים

- הצלחתן של התקנות הייתה מועטה ביותר. כפייתו של בנטוויץ' הצליחה בתחום ערכאת הערעור אך לא בתחום התקנת התקנות. הרבנות זיהתה שדרישה זו של התקנת תקנות סדרי הדין היא מסווה לשינוי הדין המהותי בהלכה. נוצרה מחלוקת בין דתיים לחילוניים בנוגע למימוש משפט ההלכה בימינו – מהו המינון הנכון בין שמירה על המסורת לבין חידושה?
- לסיכום, עד כה ראינו 3 מוסדות שרצו להחיות את המשפט העברי בארץ, כל אחד בדרכו שלו-
1. משפט השלום העברי.

2. חברת המשפט העברי.
3. הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים.

ח. התקנות הראשונות שאכן התקבלו

כשמתמנים הרבנים הרצוג ועוזיאל- הרבנים הראשיים החדשים- מתחיל השינוי. הם לא מקבלים תקנות חיצוניות אלא מנסחים אותם בעצמם מתוך מוטיבציה פנימית תוך ההבחנה שזו הדרך שבה אנשים יבואו אליהם מרצון. הם מציינים שמה שנעשה בעבר לא הועיל. אמנם נקבע בית דין לערעורים שזה שינוי גדול אבל הם לא מתנגדים אליו, כיוון שלמרות שזו דרישה שבאה מצד הבריטים, מדובר במוסד שכבר היה קיים בעבר, בתקופה שביהמ"ק היה קיים, ולכן אנו פשוט מחזירים מוסד שכבר היה לנו (הסנהדרין). הרבנים עוזיאל והרצוג מבינים שיש כאן הזדמנות שבתיה הדין לא יהיו רק בפלח הצר של מעמד אישי אלא יוכלו לספק משהו כולל יותר ולהוות קונטרה, להוות תחליף לבתי המשפט, להיות הגרעין שממנו יצמח המשפט בישראל. הם מדגישים שהתקנות שלהם לא התקבלו ממשפטנים חיצוניים אלא הם התבססו על הפוסקים שלהם. התקנות הללו הן הבסיס לכך שהמערכת הזו תהייה המערכת המשפטית המרכזית במדינה.

בשנת תש"ג התפרסמו תקנות תש"ג ברבים ונכנסו לתוקף, אלה היו תקנות בתי הדין הראשונות. **הרבנים הרצוג ועוזיאל** עצמם עומדים על החידוש שבתקנות תש"ג אשר על ההקדמה להן הם חותמים בשם מועצת הרבנות הראשית לא"י. בהקדמה לתקנות, הם מתארים את הרקע ליצירת התקנות, ומזכירים את התקנות הראשונות משנת תרפ"א שלא באמת התקבלו:

הרבנים הרצוג ועוזיאל, הקדמה לתקנות תש"ג: "בחדש אדר תרפ"א, במעמד גאוני הדור וראשי קהלות ישראל שבארצנו, נקבע בית דין גדול לערעורים... ולפיקוח עליון על בתי הדין ולשכות הרבנות בארץ, דבר שיש לראות בו מעין צמיחת קרן לאותה סמכות עליונה של התורה בירושלים. מסגרת זאת התרחבה בחוקת כנסת ישראל שנתאשרה בטבת תרפ"ח בה ניתנה לכל בית דין רבני של כנסת ישראל גם סמכות של בית דין קבוע לבוררות. נפתחה דרך למסור בה לבתי הדין הרבניים לבירור ולהכרעה כל מיני סכסוכים... לרבות ענינים שהם על פי מהותם, מחוץ לסמכות החוקית של בתי דין אלה. וכך נפתח כר נרחב לפעולה בכיוון המטרה הגדולה והקדושה של החיאת המשפט הישראלי בישובנו כהלכתו בדיני ישראל ודייניו. התרחבותה של אותה סמכות, גידולו של הישוב, כן ירבה וכן יגדל, ורבוי הפונים אל בית הדין העלו צורך הכרחי במערכת של תקנות דיון אשר - בהסתמך בעיקרן על ה"שלחן ערוך" והפוסקים, ראשונים ואחרונים - תראינה לכל איש מישראל, וביחוד לעורכי הדין, את סדר הפנייה אל בית הדין, הגשת טענות ותשובות... פעולה כזו נעשתה עוד בימי נשיאי הרבנות הראשית הראשונים בארץ ישראל זצ"ל שקדמונו, אלא שלא איסתיעא מילתא לסיימה ולשכללה כי לכל זמן ועת לכל חפץ. ועתה בעז"ה הגיעה השעה, ואותו רעיון הוצא מן הכח אל הפועל בחוברת זו של תקנות הדיון שאנו מפרסמים כיום אחרי עיון ודיון מרובה, ואחרי שראינו שהוא צורך השעה כדי לקרב כל איש ישראל אל משפט ישראל ושופטיו, צעד נוסף בדרך הקודש לביסוסם ושכלולם של בתי הדין ככה חי ופועל בארץ תקוננו, כח מניע ומעורר לתחיתו של משפט תהי"ק [תורתנו הקדושה] שהוא תחלה וראש לתקומת ישראל בארצו".

הסבר: הרבנים הרצוג ועוזיאל מנסחים תקנות חדשות בעצמם ולא מקבלים את התקנות מהעבר. הפעולה שנעשתה בימי קודמיהם לא הגיעה לכדי סיום, שהרי באמת סדרי המשפטים לא נחלו הצלחה רבה בבתי הדין.

6. מעמד המשפט העברי עם הקמת המדינה

א. ניצוצות של תקווה

עם החלטת עצרת האו"ם קמה לה מדינה יהודית. באותה תקופה, היישוב היהודי והנהגתו לא השקיעו ביצירת משפט עברי נהג, וכעת יש צורך בקבלת החלטה מעשית. ראינו כבר שעד קום המדינה לא היו לנו יוזמות מוצלחות להשרשת ותחיית המשפט העברי, אבל זה הזמן לקבל החלטה אקטיבית, כי כעת קמה מדינה. היהודים הרגישו שכעת יש צורך במערכת משפטית משלנו הרבה יותר מבעבר. הצורך הזה במערכת משפט למדינה הטרייה מחדש את הדיון סביב "המשפט העברי". רבים האמינו כי נוצרה הזדמנות ייחודית להקים מדינה יהודית, ויחד איתה נוצרה הזדמנות ייחודית וחד-פעמית להתגבר על המחלוקות התרבותיות והפוליטיות, ולבצע מהפכה גם בתפישת המשפט העברי. הייתה מעין **תקווה חדשה**- מחד, ישראל היא כעת מדינה עצמאית והישראלים לא ירצו להמשיך ולהשתמש במשפט זר כי כעת יש לנו מדינה ייחודית משלנו ויש צורך גם במשפט ייחודי משלנו ולא משפט ששאוב ממדינות אחרות, ומאידך, המציאות הממלכתית והחברתית-כלכלית החדשה תחייב את המשפט העברי להיעשות למשפט חי, מעודכן ומתאים לחברה הממלכתית והמגוונת שבארץ ישראל.

מי שהופקד להכין ולבסס את המערכת המשפטית במדינת ישראל הטרייה הוא **עו"ד דב יוסף**. דב לא היה מזוהה עד אז עם המשפט העברי אלא הגיע עם רקע משפטי רגיל.

עו"ד דב יוסף טען שיש להכריע: "אם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או ניקח את חוקי ממשלת הארץ כבסיס ונוסיף עליהם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת".

הסבר: דב יוסף טען כי כעת המחלוקת העיקרית היא להחליט האם ההלכה תהיה מעין חוק יסוד במדינת ישראל, או שמא חוקי הבסיס יהיו חוקים ישראלים חדשים ועליהם נוסף חוקים מהמשפט העברי, רק כאלה שמתאימים למציאות המתקדמת של ימינו.

ב. הצדדים למחלוקת הנהגת המשפט העברי במדינת ישראל

תומכים:

1. חילוניים שרצו לבסס זהות יהודית-לאומית אותנטית ויחילו להקמת מדינה יהודית עם מערת משפט ייחודית לה.
2. דתיים לאומיים, בייחוד מתנועת "המזרחי", שהאמינו שהקמת מדינת ישראל היא שלב בדרך לגאולה, או לפחות עובדה מוגמרת חיובית שיש להשפיע על עיצובה.

מתנגדים:

1. חרדים קיצוניים שטענו כי החלת משפט עברי "חדשני ומעדוכן" יביא להקמת מדינה חילונית נוגדת את חוקי התורה. לא רואים שום מגע בין המדינה החילונית הכופרת שקמה לבין מה שהדת אומרת. אין שום מוטיבציה לחבר בין השניים ולהיפך, גם אם ננסה שאפשר להשפיע זו אחיזת עיניים שמעמיקה את הבעייתיות שיש במדינה הזו.
2. זרמים חילוניים שונים שטענו כי אין מקום לדין תורה בישראל הציונית, החילונית, הדמוקרטית והמודרנית. דין התורה לא צריך ולא אמור לאפיין את המדינה היהודית.

ג. הסיבות שערכו את שילוב המשפט העברי בארץ

היו מס' גורמים שהקשו על שלוב המשפט העברי במשפט המדינה:

1. האתגרים העצומים העומדים בפני מדינת היהודים – האתגרים הכי דחופים הם הכי מעניינים, ההחלטה על הכרזת המדינה ולפני כן ההכרזה במועצת האו"ם, הבריטים מתפנים ויש מלחמת בפתח, צריך לייסד את צה"ל ואין פניות לנסח משהו חדש.
2. המהירות שבה כל הפעולות התרחשו, לא היה זמן לפנות מחשבה למשפט העברי.
3. היציאה החפוזה של הבריטים מהארץ. ההנהגה היהודית לא הייתה מוכנה לכך, לא הכינו את עצמם לשלב הזה.
4. היה צורך לברוא מערכת חדשה מהיסוד, ליצור יש מאין. היה קושי גדול בכך.
5. היה חוסר וודאות גדול, לא היה ברור אם הייתה תמיכה מצד מעצמות בעולם.
6. החברה בארץ באותה תקופה הייתה חברה פתוחה ודמוקרטית, שאי אפשר להפיל עליה מערכת חוקים שהיא לא התרגלה אליה.

רק בשלהי 1947 הקים הוועד הלאומי מחלקה משפטית שתתחיל ותחשוב מה יהיה כאן ואיזו מערכת משפטית תנהג. ברשות הוועד הזה, עומד **זרח ורהפטיג**, איש מתנועת "המזרחי".

ד. האפשרויות לשילוב המשפט העברי בארץ

ישנן 3 אפשרויות תאורטיות לשילוב המשפט העברי בארץ:

1. חקיקת חוקים שיתבססו על המשפט העברי, או הוספת חוקים לחוקים הקיימים.
2. לקבוע הצהרה שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה.
3. האפשרות הכי ריאלית שהתקבלה- לקבוע שהמשפט העברי יהיה דין השיור הישראלי- הדין שיחול במקרים של חסר (לקונה) במשפט. היו הרבה תומכים לאפשרות זו, כי היא הכי פרקטית, לפחות יותר מ-2 האופציות האחרות שלא באמת אומרות הרבה. זו האפשרות הכי ריאלית גם מפני שבאותה תקופה היו המון משפטים שהם בוגרי ישיבות, שגדלו על הידע ההלכתי והמסורתי, ולמדו גם ידע משפטי, כך שהם יכלו לפנות למקורות ההלכתיים ברמה גבוהה.

אכן האפשרות השלישית נראתה הכי ריאלית, והיו ניסיונות להפוך את המשפט העברי לדין שיורי במדינת ישראל. עד כה, הדין השיורי היה המשפט הבריטי כפי שנכתב בדבר המלך-

דבר המלך במועצתו על פלשתינה-א"י, 1922: במקרה של חסר במשפט הארץ-ישראלי, כשהשופטים אינם מוצאים פתרון בחקיקה או בפסיקה, עליהם לפנות למשפט האנגלי.

פלטאל דיקשטיין אכן הציע להחליף את ההפניה לדין האנגלי בפנייה למשפט העברי, וקבע כך- **פלטאל דיקשטיין:** "יש לפנות לפסקי הלכות של השולחן ערוך ושאר פוסקים מקובלים, עד כמה שפסקי הלכות אלה הולמים את צרכי החיים בזמן זה".

הסבר: נשלב את המשפט העברי דרך דין שיורי, אך רק בדרך שתתאים למציאות העכשווית, ואין לקבל את ההלכה כפי שהיא ללא שינוי.

ה. האם האופציה השלישית באמת אפשרית?

פרופ' רון חריס: "רבים ממשפטני הדור, ובהם שופטים לעתיד, למדו בצעירותם בשיבות, ועולמו של המשפט העברי לא היה זר להם, כך שהיו יכולים, לו ניתנה להם האפשרות החוקית, לבצע קליטה הדרגתית של המשפט העברי במינוח הנראה להם".

הסבר: האפשרות השלישית היא אכן אופציה אפשרית וריאלית, מתוך הנחה שלהרבה מאוד מהשופטים, עורכי הדין והמחוקקים באותה התקופה המשפט העברי לא זר, והם כבר יידעו איך לעבוד איתו ולעשות בו שימוש.

דוד רמז, יו"ר הוועד הלאומי: "בוודאי שיש לנו קו לשאוב מן המעיינות שלנו כל מה שניתן, כדי להשקות בו את שדה החוק של המדינה העברית".

הסבר: האפשרות הזו אכן ריאלית וניתן להתחיל איתה, כך לפחות תהיה לנו התחלה כלשהי של מערכת משפט בארץ.

1. פברואר 1948- ההחלטה על החלת המשפט העברי כדין שיורי

ב-1948 התקיימה ישיבת ועדת המשנה מס' 6 של ועדת המצב. ועדת המצב הייתה ועדה שנוסדה על ידי הנהגת היישוב לקראת הקמת המדינה לשם הכנת הקמתו של מנגנון המדינה.

מי שנכח בוועדה זו הם:

1. בראש הוועדה- זרח ורהפטיג מתנועת המזרחי.
2. פלטיאל דיקשטיין
3. משה זילברג
4. פליקס רוזנבליט
5. נחום ניר-רפאלקס ממפ"ם.

זרח ורהפטיג רוצה לשלב את המשפט העברי בצורה דרסטית אבל מבין שלא ניתן לעשות את זה בבת-אחת וצריך להתחיל לפחות עם משהו. הוא ממונה להיות יו"ר ועדת המשנה של ועדת המצב, כדי לייסד את כל הגופים שצריכים לעבוד. אחת מוועדות המשנה היא "ועדת החוק" שהיא לראות מה מקור החוק היהודי בארץ. בפברואר 1948 **התקבלה ההחלטה לחוק את הפנייה למשפט הבריטי ובמקום להכניס פנייה למשפט העברי.**

2. בפועל ההחלטה לא מתקבלת

בפועל, ההחלטה לא מתקבלת בשלב הזה, אלא רק עשרות שנים אח"כ, שכן היא לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948 שנוסחה ב-19 למאי 1948. הפקודה קבעה המשכיות של החוק מהמנדט הבריטי למשפט הישראלי, כולל המוסדות:

סעיף 11 לפקודה: "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". **סעיף 17 לפקודה:** "כל עוד לא ניתן חוק חדש בעניין בתי המשפט, יוסיפו בתי המשפט אשר בשטח המדינה לפעול במסגרת הסמכויות שמעניק להם החוק".

לפי הפקודה, אין רמז בשלב הזה להוספת חוקים מהמשפט העברי או לחלופין הפיכתו לדין שיוירי. ההחלטה בוועדת החוק לא תועדה בשום רישום לא נכנסה לפקודה.

מדוע ההחלטה לא נכנסה לפקודה? יש לכך 2 אופציות:

1. נסיבות הזמן:

- א. נתק בין ים-לת"א.
- ב. פקודת סדרי השלטון והמשפט נוסחה בדוחק בזמן קשה.
- ג. התבססה באופן חלקי בלבד על עבודת ההכנה המוקדמת.
- ד. בן גוריון הנחה את המשפטנים להתמקד בניסוח ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ועל שאלת מעמדה הבינלאומי של ישראל.

2. **מחיקה מכוונת:** התנגדותו של **חיים כהן**, אחד המזכירים של הוועדה, שידע על החלטת ועדת המצב, אבל במכוון לא כלל את ההמלצה בעניין בד"ח הסופי שהגישו מזכירי המועצה לעורך הדין דב יוסף, כי הוא פשוט התנגד לעניין הזה ולא היה מעוניין בו.

לסיכום, האם מדובר באפשרות רצויה או פתרון שווא? האם זו החמצה היסטורית או שמא ממילא זה לא היה נותן להרבה? כי הרי היה אפשר לשלב את המשפט העברי, המשפטנים ידעו איך לעבוד איתו. יש את אלו שהרגישו שזו הייתה החמצה, כי אם היו מחדירים את המשפט העברי בתקופה ההיא כשעוד היו משפטנים רבים שמכירים את המשפט העברי זה יכול היה לעבוד. בניגוד אליהם, היו את אלה שאמרו שגם אם היו משלבים את המשפט העברי זה רק היה מגביר את החיכוחים, לכן זה לא באמת פספוס.

סיכום ביניים

ראינו שההכרעה בדבר אי-השילוב של המשפט העברי במשפט הישראלי לא נבעה מהחלטה ציבורית מושכלת כי ראינו שכן הייתה וועדה שהחליטה כן לשלב את המשפט העברי. אם כן, אי-השילוב נבע:

1. מנסיבות הזמן – אי הערכות, מהירות ועוד.
2. מאילוצי המלחמה.
3. מתמרונים משפטיים במנותק מהמערכת הפוליטית.
4. מאי-תשומת לב של פוליטיקאים.

מה שנקבע בפועל שונה ממה שהוחלט בהחלטות הרשמיות- אנו לא באמת יודעים אם זה מכוון או לא.

7. משפט עברי וחוקה

א. הקדמה

אנחנו במסע שלנו לבחון איפה המשפט העברי משפיע על המשפט הנוהג בין זמנינו, במדינה שלנו, ראינו את הרקע: ניסיונות שהיו בזמן היישוב היהודי לעשות איזשהו שילוב. התחלנו לבחון את האפשרויות לשילוב בעת הקמת המדינה. ראינו כמה אפשרויות כאשר אפילו האפשרות המצומצמת ביותר של המשפט העברי כמשפט שיוירי שגם לא התקבל בסוף. כעת הגענו לעת הקמת המדינה.

מאז קמה מדינת ישראל חוזרת ונשנית הקריאה להתקין חוקה למדינה שתסדיר את פעולת המנגנונים השלטוניים ותקבע את אופייה של המדינה. תחושתם של התומכים בחוקה במהלך השנים היא שמכשול מרכזי בדרך לחיקוק חוקה הוא התנגדות הציבור הדתי, הרבנים והפוליטיקאים הדתיים.

ב. רקע היסטורי

- בשנת 1947 **זרח ורהפטיג**, שהיה דמות מרכזית בתנועת "המזרחי", מתמנה להיות אחראי להכין תשתית לחוקה- סמכות שהוטלה עליו ע"י הוועד הלאומי. הסוכנות היהודית לא מצאה חן בכך שהמשימה מוטלת על איש מתנועת המזרחי, וממנה אחראי משלה להכנת תשתית לחוקה- **ד"ר ליאו כהן**, המזכיר המדיני של הסוכנות.

- מכאן נוצר מצב שמתחילות להתהוות 2 הצעות לחוקה, יש תשתית של אפשרויות אבל אין הכרעה בהן. לכן, מגילת העצמות נוקטת במועד ספציפי שעד אז צריכה להיחקק חוקה ע"י האספה המכוננת הנבחרת. המועד שנקבע הוא **1 באוקטובר 1948**. החוקה צריכה להיות התשתית שממנה ייצאו שאר המוסדות וההסדרים ולכן חייבים להקדיש בחודשים הקרובים את הזמן לייסדה.
- **8 ביולי 1948** – בישיבה התשיעית של מועצת המדינה הזמנית נבחרה **ועדת חוקה** בראשות ורהפטיג שוב, שהוא חבר במועצה הזמנית, כנציג תנועת "המזרחי".
- וועדת החוקה הזו מגיעה לניסוחים שונים לחוקה, ודנה בהמון ישיבות ובהמון הצעות שונות לחוקה (בעיקר מצד ד"ר ליאו כהן). המועצה הזמנית מתפרקת וכך גם ועדת החוקה, ללא שום החלטה ביד.
- בכל זאת, מחליטים לייסד את הכנסת, כי אם נמשיך לחכות ליצור חוקה בסוף לא נתקדם לשום מקום. אז מקימים כנסת ללא חוקה.
- **1949** - הקמת ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת. גם היא לא מצליחה להגיע לחוקה מוסכמת.
- **החלטת הררי** - 13.06.1950, מתקבלת הצעתו של יזהר הררי לחוקק החוקה בשלבים. לחוקק בהדרגה את חוקי היסוד שלאט לאט יבנו ויגדירו את החוקה הכוללת, שעד היום לא קיימת.

ג. תפישות שונות לגבי תפקיד החוקה

1. חוקה מתגוננת- תפישת אגודת ישראל

תפישה זו ייצגה את תפישת **אגודת ישראל**- חרדים שאמנם עומדים מוחץ לתנועה הציונית אך מקיימת איתה קשרים ודו שיח. אנחנו לא מתיימרים להשפיע ולעצב את החוקה כי המדינה גם ככה לא יהודית דתית שמנהלת על פי התורה. לכן תפקיד החוקה זה רק לדאוג ולשמור על הקיום היהודי שלנו באמצעות החוקה. לפי תפישה זו **החוקה היא למעשה מכשיר להגנת זכויות המיעוט הדתי**.

התפיסה המתגוננת בוטאה לראשונה בדבריו של **הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי**, מרבני וילנה, נשיא מועצת גדולי התורה של אגודת ישראל ואחד המתנגדים הבולטים לציונות. במכתב שכתב, הוא דן בשאלות הלכתיות שונות שמעלה הצעת החלוקה הבריטית. בין היתר הוא כותב את הדברים האלה-

הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי, 1937: 'אבל לפי השערה נראה כי אחרי החלטת הקונגרס הציוני והאגעניץ [הסוכנות היהודית], אם הממשלה המאנדאטית רוצה בחלוקת הארץ ותעמוד בדעתה בזה, לא תתחשב עם דעת אחרים ותעשה כרצונה, ואז עלינו להתאמץ ולהשתדל בפנים ובחוץ ולעמוד על המשמר לראות שבהקאנסטיטוציע שתנתן יובטחו עניני הדת וכל המשאלות העומדים על בסיס התורה בכל הפרטים'.

הסבר: בסופו של דבר, התוכנית להקים מדינה יהודית כן תצלה, אז עלינו לעמוד על המשמר ולוודא שהחוקה מבטיחה ענייני דת, על מנת שלנו כיהודים-חרדים תהיה אפשרות להמשיך לשמור על החיים היהודים שלנו.

הרב משה בלוי, מנהיג אגודת ישראל, ניסח באותן שנים הצעת חוקה משלו. בהתחלה הוא ביסס אידיאל חרדי שהחוקה תהיה לפי התורה ובהמשך הוא מפתח את זה לתפישה יותר ריאלית. הוא מבין שכנראה החוקה לא תהיה דתית גרידא, לכן לפחות נבטיח את זכויות החרדים. הצעתו היא שיש להבטיח את זכויות עובדי ציבור שלא לחלל שבת ולקבל אוכל כשר, ואם המדינה לא תכיר בחוקתה בסמכות התורה, אזי תינתן אוטונומיה ליהודים-חרדים לחיות בקהילותיהם לפי דרכם. אנו רואים שגם הרב בלוי מבין שמדינת הלכה כבר לא תהיה פה, אבל אם כבר יש חוקה אז לפחות שהיא תבוא להגן על זכויות החרדים בארץ, ולהבטיח מינימום של פגיעה בהם.

לסיכום, אגודת ישראל ומנהיגיה נקטו דרך מורכבת. כלפי חוץ הם צידדו בעמדה שלא תיתכן חוקה שאיננה חוקת התורה, אולם הם הבינו היטב שדרישה זו אינה ראלית כלל, ועל כן פנו לכיוון של "חוקה מתגוננת"- במטרה לעגן בה הגנה על זכויותיהם הדתיות של בני המיעוט החרדי. הם דאגו שהחוקה תהיה כלי מגן לאינטרסים החשובים להם.

במישור הפומבי המשיכו נציגי האגודה לטעון כי הם דוגלים ב"חוקה מעצבת" כמו תנועת המזרחי, אבל מאחורי הקלעים הם ידעו שזה לא ריאלי, ולכן הכינו את עצמם ליום המחר ודרשו לכל הפחות "חוקה מתגוננת".

כך למשל, **במועצת גדולי התורה הוחלט**- "ד. קיום מדינה יהודית היא אפשרית רק אם המדינה מכירה את חוקי התורה בתור החוקה היסודית שלה ושנהגלה היא על פי התורה. ה. מדינה יהודית המסרבת להכיר בתורה כחוקתה, מתכחשת למקור ישראל ושוללת את הצביון הנכון של הלאום והיא חותרת בה תחת קיומה. ישוב יהודי כזה אינו יכול להיקרא בשם מדינה יהודית".

הסבר: אנו רואים כי אגודת ישראל שידרה כלפי חוץ כאילו היא לא תסכים כלל וכלל למדינה שלא תהיה מבוססת על ההלכה. אבל זה היה רק מצג לצורך הטלת וטו ויצירת מו"מ, כלומר רק כדי שיחשבו שהם לא מוכנים לוותר. בלב הם ידעו שזה לא ריאלי ודרשו "חוקה מתגוננת".

על בסיס הדברים שנכתבו במועצת גדולי התורה, ביסס ד"ר יצחק ברויאר הצעת חוקה משלו הנפתחת בקביעה-
ד"ר יצחק ברויאר: "התורה היא משפטו של העם הישראלי... במידה שהציבור העברי לא ימלא אחרי משמעת התורה, מעשיו יהיו בלתי הוקיים".

הסבר: מתזכירו של ברויאר, ניתן להבין כי הוא ידע שהצעתו אינה מציאותית וניסח אותה כהצעה קיצונית במתכוון, שממנה יהיה ניתן לסגת כדי להשיג רווחים בתחום שמירה על אינטרסים דתיים שהיו חשובים לקהילת ישראל. הכל עניין של ניהול משא ומתן.

תגובת הסוכנות היהודית לדרישות אגודת ישראל: "ב. בחוקה יובטח חופש מצפון ודת, וכל קבוצה תוכל במסגרת החוקה לסדר את צרכיה הדתיים ברשות עצמה, אם תראה צורך בכך ג. שבתות ומועדי ישראל יהיו ימי מנוחה ממלכתיים".

הסבר: אנו רואים שהסוכנות היהודית נענתה לדרישות אגודת ישראל לגבי "חוקה מתגוננת". הסוכנות מבינה שאגודת ישראל רוצה רק לשמור על המרחב האישי של החרדים ולא לעצב/לשנות את המצב הכללי בארץ. לכן הם הצהירו שיהיה חופש דת, וימי השבת יהיו ימי מנוחה ממלכתיים.

2. חוקה מעצבת- תפישת תנועת "המזרחי"

התנועה הציונית-דתית, "תנועת המזרחי", הציגה באותה עת גישה שונה מזו של אגודת ישראל. אפשר ללמוד על כך גם מההידברות של אנשי אגודת ישראל עם המזרחי במטרה לשתף פעולה במאבק על אופייה של המדינה העתידה לקום. מתוך מגמה לגבש חזית דתית רחבה, שתעמוד על הבטחת זכויותיו הדתיות של הציבור הדתי, פנו אנשי אגודת ישראל בשנת 1938 לתנועת המזרחי בניסיון לשיתוף פעולה.

גישתה של תנועת המזרחי לשאלת החוקה שונה מזו של אגודת ישראל. לדידה, הניסיון לחוקק חוקה ברוח עקרונות ההלכה לא היה אמירה מן השפה ולחוץ. בהקדמה למסמך עקרונות החוקה של המזרחי הובעה התנגדות לחוקה שמשמרת את זכויות המיעוט הדתי אך מפקירה את שאר המדינה לחילוניות גמורה. עמדתה של תנועת המזרחי עולה גם מן התזכיר ששלחה התנועה. התזכיר פותח בתפיסת המזרחי, שלפיה לא ניתן להבחין בין לאום לדת, וממילא התורה היא 'תורת הדת שלנו וגם ספר החוקים שלנו ואין להבדיל ולהפריד ביניהן'.

תזכיר שנשלח מטעם תנועת המזרחי: חוקת המדינה היהודית תהא מבוססת על יסוד משפט תורתנו, ולשם באור החוקה תתקיים על יד השלטון המדיני מועצה של אנשים בקיאים ומומחים במשפט העברי. דיני המשפחה יהיו על פי ההלכה; המוסדות הציבוריים ישמרו על כשרות; השבת תהא יום המנוחה הרשמי; השפה העברית היא השפה הרשמית; החינוך במדינה יהיה ברוח מסורת ישראל אף כי יש מקום לטפוסים שונים של בתי ספר. אם גם יהיה עלינו לעמוד בפני רוב במדינה, מכוון נגד דרישותינו הללו – מה שקשה לנו לשער – לא נמנע מלעמוד עליהן שיתמלאו.

הסבר: לא כמו אגודת ישראל, תנועת המזרחי באופן חד משמעי רוצה שהחוקה תבוסס על דיני התורה. לדעתם, לא ניתן להבחין בין לאום ודת. התורה היא ספר החוקים שלנו. הם מתכוונים לדרוש את זה ולהילחם במי שיתנגד לכך. לדעתם, זו דרישה בסיסית לצורך שמירה על הצביון היהודי במדינה.

תנועת המזרחי שומעת שהסוכנות היהודית קיבלה את תפישת "החוקה המתגוננת" של אגודת ישראל, ולכן הם שולחים מכתב זועם-

הרב מאיר ברלין, נשיא המזרחי, במכתב לסוכנות היהודית: יש לדאוג לכך שבשעת סדור החוקה של המדינה העברית בשלבה הראשון... יובטחו העניינים הדתיים בהיקפם הלאומי... לא ייתכן לקבל את העמדה שענייני הדת יהיו ענייניהן הפרטיים של קבוצות מסוימות.

3. ההצעה של ורהפטיג- שילוב בין חוקה מתגוננת לחוקה מעצבת- "חוקה צרה"

היינו לכאורה מצפים שורהפטיג יתמוך בתפישת המזרחי כי הוא חלק מהם, אך בה בעת הוא גם היה זהיר ומינימליסטי בתחילת דרכו ולכן בחר ליצור חוקה משלבת. ורהפטיג התווה קווים עיקריים לאופי החוקה הרצוי בעיניו-

תזכירו של ורהפטיג: "מבין שתי השיטות, האמריקאית והאירופית, נראה לי כי מכמה בחינות כדאי לבחור בשיטה האמריקאית ולסדר קונסטיטוציה קצרה עד כמה שאפשר. המצב העדין בו אנו נתונים מחייב להרבות בסתום יותר מאשר במפורש ויש להשאיר מקום גם לפרלמנט להוסיף או לגרוע אחר כך".

הסבר: ורהפטיג הציע (הצעה שהסתייג ממנה לאחר זמן) ליצור חוקה קצרה ולא מפורטת, שמחד גיטא תהיה חוקה כתובה ומאידך גיטא תאפשר מרחב פרשנות סביר בהמשך. הוא רוצה ליצור חוקה דומה לחוקה האמריקאית, שהיתרון שלה הוא שהיא קצרה וממוקדת, הצהרתית, אפשר לפרש אותה בכמה היבטים. זה טוב כי החברה הישראלית כרגע נמצאת במצב עדין ולכן יש להשאיר מקום לפרשנויות ולא לקבוע הכל חד-משמעי ומראש. הוא מבקש להשאיר את הערפול הזה מחשש למחלוקות בהמשך. כשהדברים נאמרים בצורה כללית ולא מפורשת, זה מהווה יתרון ומחלף אותנו ממחלוקות ובעיות שמסכנות את המצב הרגיש שבו החברה הישראלית נמצאת ואף יכולות לערער על עצם קיום המדינה ועתידה.

ורהפטיג רצה שהחוקה תתמקד בדברים היותר טכניים-שלטוניים. הוא רצה שהחוקה תקבע קודם כל הסדרים שאיתם ניתן לעבוד ואח"כ נתעסק בשאלות של דת ומדינה. הנושאים המרכזיים שהחוקה תעסוק בהם הם מעמד הממשלה, שיטת הבחירות הרצויה, זכויות המיעוטים הלאומיים במדינה היהודית (סוגיה רגישה אמנם אבל חייבים לתת עליה את הדעת כבר בשלב הזה), קיומה ואופייה של הביקורת השיפוטית. אך הוא גם ביקש לכלול דברים שכן נוגעים לצביון המדינה כמו שאלת מעמדה של ירושלים ושמירת אופייה היהודי של המדינה באמצעות שני מרכיבים: נשיא יהודי ועלייה חופשית.

לסוגיות דת ומדינה הקדיש סעיף אחד והציג בו, במפתיע, **גישה פרגמטית ואופטימית**. בתזכיר הוא כתב:

המשך תזכירו של ורהפטיג: בנוגע לזכויות המיעוטים הדתיים הרי הצעת הרוב מבטיחה את תחיקת המשפחה ואת המעמד האישי של המיעוטים הדתיים לרבות ענייני ההקדשות. בקשר עם זה כדאי לציין כי אחת הפרובלמות החשובות של הקונסטיטוציה הבאה הוא סידור היחסים בין דת ומדינה, לא רק ביחס למעוטים הלאומיים, אלא גם בחיים היהודיים פנימה. לאשרנו הפרובלמות האלו ניתנות להסתדר פחות או יותר בלי זעזועים יתריים. הבעיות הדתיות הכי חשובות הטעונות סדור קונסטיטוציוני הן: הבעיה של שמירת יום מנוחה – שבת, תחיקת המשפחה והמעמד האישי, לרבות סדור ענייני ההקדשות, וארגון הקהלות והרבנות. סבור ומתקבל על הדעת בכל העניינים האלה שהבטחת ה'סטטוס קוו' תהיה הפתרון הרצוי [...] בשים לב לליברליות של החוק היהודי הדתי בשטח של תחיקת המשפחה והמצב האישי ובשים לב לנטיה הטבעית הטבועה בשדרות רחבות של היהודים להמשיך את הצורה המסורתית בעניינים חינוניים אלה, אין להניח כי תהיה איזו שהיא התנגדות מצד חוקים חשובים נגד החוקים הנ"ל.

הסבר: ורהפטיג מונה מס' מישורים בהם הוא רואה את השילוב בין הדת למדינה כמו משפחה, מעמד אישי, נישואין וכו'. בעיניו, החוק היהודי מתקדם ומתקבל על כל לב, והוא לא בעייתי גם מבחינת החילוניים. ורהפטיג למעשה טוען שבעניינים המרכזיים שיש התנגשות בין דת ומדינה, הציבור היהודי פחות או יותר מסכים (למשל בענייני נישואין וגירושין). לדעתו, לא צפויה לכך כל התנגדות מהצד החילוני. הוא מביע כאן אופטימיות יתרה. לא ברור אם האופטימיות של ורהפטיג נבעה מגישה נאיבית למציאות או מניסיון להדחיק קשיים שהיה מודע להם היטב.

תזכיר ד' של ורהפטיג הציע כך: "השיפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפני החוקים שהיו בתוקפם ביום שלפני ביטול המנדט ובהתאם למשפט התורה וליסודות הצדק והיושר".

הסבר: אנו רואים כאן אזכור של "המשפט העברי" (כתוב משפט התורה). ורהפטיג למעשה אומר כאן במובלע כי המשפט העברי לא רק יהיה שיורי אלא ממש ישתלב עם החוקים של המנדט, לא יכולה להיות חוקה ללא התייחסות למשפט התורה. מצד אחד הוא כן מכיר בזה שעליו להיות מינימליסטי בדרישות ולראות את זה משתלב עם תומכי החוקה החילונית. מצד שני הוא מנסה להכניס פה סעיפים מעצבים: אלמנט של תורה בחוקה, סטטוס קוו ושמירה על רוב יהודי. יש כאן ניסיון לשילוב של הבנת המגבלות אבל כן עיצוב ברמה מסוימת.

לסיכום, **תזכירו של ורהפטיג מעידים כי בראש מעייניו עמד קידום חיקוקה של חוקה.** הוא היה מודע לאופייה של החוקה שאפשר יהיה להגיע אליה בהסכמה, ויותר מראש על הדגשת הסדרים בנושאי דת ומדינה העלולים להיות שנויים במחלוקת. **מטרתו הייתה להציג חוקה שתהיה רלוונטית וקבילה גם בעיני בני שיחו מהמפלגות החילוניות.** תזכירו ממעטים לעסוק בנושאים 'יהודיים', וכמעט שאינם עוסקים בהכרזות ובשאלות של רוח – שסביר שוורהפטיג היה מודע להן היטב ופסח עליהן בכוונת מכוון.

הרבנות הראשית- תומכים ב"חוקה מעצבת"

בסוף שנת 1947 ישנה ישיבה חגיגית של מועצת הרבנות הראשית. התקיימה ישיבה חגיגית של מועצת הרבנות הראשית המורחבת. באותו זמן כבר ברור היה שקבלת החלטה באו"ם על הקמתה של מדינה יהודית היא דבר קרוב, ועל כן עלה עניין החוקה של המדינה העתידית. באותה ישיבה חגיגית של מועצת הרבנות הראשית הוחלט שהרבנות תקים ועדה שתעסוק בבירור עמדת הרבנות הראשית בעניין החוקה. בראש הוועדה הועמד **הרב הרצוג**, שעוד קודם לכן עסק בשאלת חוקתה של המדינה היהודית וחיבר את הצעת החוקה של הרבנות. למה הרב הרצוג ולא הרב עוזיאל (הרב הראשי השני במדינת ישראל)? משום שהרב הרצוג יושב, כתב וחקר במשך שנים את היסודות לתשתית למדינה יהודית. חברי הוועדה הם הרבנים הראשיים והרבנים **צבי פסח פראנק, איסר יהודה אונטרמן, ראובן כ"ץ ועוד**- רבנים מאוד בולטים באותה תקופה שעסקו בסוגיות הללו בכתיבה ההלכתית שלהם.

ביום ט"ז בחשוון תש"ח פנתה הרבנות הראשית לחברי הסוכנות היהודית ולוועד הלאומי, **והביעה את עניינם של חברי הרבנות בשיתופם בעיצוב החוקה**. כלומר כאן אנו רואים תמיכה של הרבנות הראשית עם תפישת "חוקה מעצבת". הרב הרצוג החל בכתיבת חיבור גדול על חוקת המדינה, אך גישתו לא התקבלה ע"י ורהפטיג, שחלק עליו בשאלת אופייה של מערכת המשפט. הרצוג היה קיצוני בעיני ורהפטיג, ורצה להשתית את כל המשפט על ההלכה, לכן גישתו לא התקבלה עליו.

ורהפטיג כעת פנה לרב עוזיאל, שיותר תאם את תפישתו שלו, והכיר בעובדה שהחוקה והמשפט במדינת ישראל לא יהיו מבוססים באופן נרחב על דין התורה.

הצעתו של הרב עוזיאל

לדעת הרב עוזיאל, החוקה היא לא רק מכשיר להגנה על האינטרסים הדתיים, ואף לא מכשיר סמלי לעיצוב ציונה היהודי של המדינה. החוקה היא בעיניו עניין מהותי, ויש לו רצון להיות שותף בעיצובה לא רק מן ההיבט ההלכתי. **הרב עוזיאל מבין כי ההלכה לא תהיה המקור היחיד לעיצוב משפטה של מדינת ישראל, אמנם מקור מרכזי אך לא בלעדי**.

עוזיאל בהצעתו פירט גם את צורתה הראויה של החוקה וביקש להקים מוסד לפרשנותה -

מתוך הצעתו של הרב עוזיאל: **יסודות הקונסטיטוציה**: הקונסטיטוציה של המדינה היהודית וכן תורת המשפט האזרחי, צריכה להיות מבוססת ושאוּבָה מן הספרות ההלכתית והמשפטית. מנוסחת בסגנונה הספרותי של תורת ישראל ומעובדת בשיתוף פעולה עם הרבנות הראשית לארץ ישראל. **אינטרפרטציה וביקורת התחוקה**: כל תחוקה בטבעה ובקצורה ההכרחי, סובלת פירושים רבים. ויש בה לגלות פנים כהלכה ושלא כהלכה. וצריך למסור פירושה ובאורה לבית דין מיוחד לכך שיחבר או שימונה עפ"י תקנות מוסכמות. תיקונים בחוקה יעשו רק על ידי אסיפת הנבחרים...בתנאי ששינויים אלה לא יהיו מתנגדים ליסודות התורה והאמונה'.

הסבר: החוקה צריכה להתהוות על בסיס ספרות ותורת ישראל, ולהיות מעובדת בשת"פ עם הרבנים. אך התורה לא תהיה המקור הבלעדי לחוקה. החוקה תהיה כללית, ולכן יש צורך בהקמת מוסד שבסמכותו לפרש את החוקה.

חשוב לציין כי בסוף דבריו בעניין זה הרב עוזיאל מוסיף סעיף מעבר -

סעיף המעבר: "תחוקת המדינה לא תוכל לבוא בבת אחת, אלא רצוי ומחוייב לקחת את הסטאטוס קבו הקיים בתור מצע לתחוקה, להשאיר באופן זמני את מה שטוב להשאיר, ולשנות את הצריך שינוי באופן שתקומת המדינה תהיה באופן אבולוציוני".

הסבר: הרב עוזיאל עומד על כך שחוקה לא תוכל לבוא בבת אחת, אלא יש לפתחה בזהירות ו"באופן אבולוציוני". קבעתי את הרף הגבוה, אבל בפועל אני מבין שזה לא יעבוד מיד. יש תקווה שעם הזמן הציבור יבין את הצורך והתועלת.

הצעתו של הרב הרצוג- ספר תחוקה לישראל

בשונה מהרב עוזיאל, הרב הרצוג לא מוכן לקבל פשרות. בחיבורו הוא כולל היבטים של מדינה יהודית-מודרנית. החיבור עוסק במבנה השלטון, זכויות מיעוטים, שיטת משפט, הדין הפלילי, בחירות וצבא. לכל דבר היה לו ניסוח ותשתית רעיונית ואידיאולוגית. הרב הרצוג מנסה להוכיח לורהפטיג שזה אפשרי. לדעתו, הרבנות הראשית צריכה להיעזר במשפטים אמנם אבל היא זו שגם צריכה לנסח את החוקה, הרבנות היא לא רק על תקן "מיעצת" אלא גם על תקן "מנסחת". זו העבודה של הרבנות כי היא הגוף הרוחני ולכן היא מתאימה לתשתית התיאורטית שמביאה החוקה.

הרב הרצוג: "העבודה הזאת שהוטלה עלי ע"י אסיפת המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ ישראל חשובה וקשה היא כאחת אין אני מתברך בלבבי שכבר הצלחתי לפתור את כל הבעיות כשהאמת היא שעד כדי כך לא נתכוונתי. המטרה העיקרית שלי היתה להראות שקיימת אפשרות ליצור תחוקה למדינה היהודית ולכונן בה משטר משפטי שלא יהא בשום פרט בניגוד לתורתנו הקדושה. כדאי לדעתי להתאמץ בכל הכוחות לשם מטרה זו כי אם חס וחלילה נתרפה במלאכת שמים זו בעת ההכרעה הזאת ח"ו שהרוב הגדול של הישוב יתייאש חס וחלילה מן התורה ויאמץ לו לבלי התחשב עם תורת קדשנו שורש נשמתנו איזו תחוקה גויית מודרנית מן המוכן ואיזה ספר משפטים וחוקים שוויצרי או אחר, וזה כבר בעצמו יהא הרס פנימי גמור רוחני דתי היסטורי וחלול גדול כלפי חוקי".

הסבר: לדעת הרב הרצוג, אם לא ננצל את המומנטום הזה זו תהיה בכייה לדורות. עלינו להתאמץ ולהמשיך להאמין כי אכן זה אפשרי ליצור תחוקה למדינה יהודית וליצור בה משטר משפטי שלא יהיו מנוגדים לתורה הקדושה.

השפעת הרבנות הראשית על סוגיית החוקה

1. הסוכנות והוועד הלאומי לא הסכימו לשתף את הרבנים הראשיים בעיצוב החוקה. הם ראו את עצמם כמי שמנסחים ורק מתייעצים עם אחרים.
2. אבל, ורהפטיג התייעץ עם הרבנים הראשיים לאורך כל הדרך. הוא שלח להם גם את הצעתו של ד"ר ליאו כהן מהציונות הדתית לעיונם. הצעת החוקה של ליאו כהן הציגה מודל חוקה שעשוי להתאים למדינה חילונית אך לא דתית.
3. הרבנים הראשיים הסתייגו מהצעתו של ד"ר ליאו כהן. נראה שהיא השפיעה מאוד בצורה מרחיקת לכת על השתלשלות העניינים. הצעתו של כהן עוררה עניין רב אצל רבנים והם טרחו להגיב עליה באריכות.

הודעת מזכיר מועצת הרבנות: "כמעט כל הרבנים מדגישים, שאין בהצעת ד"ר ל. כהן שום זכר, ושום קשר פנימי, לדיני התורה. על אחדים מהם ההצעה עושה רושם של תרגום מלועזית של חוקה, שיכולה לשמש חוקה לכל מדינה שבעולם, ואין מרגישים שיש כאן מדינה של עם יהודי, שיש לו דינים וחוקים תורניים עתיקים-חדישים-נצחיים. בכלל ההצעה מתעלמת מקיום דיני התורה ומשתיקה אותם, ולפעמים עומדת בניגוד להם, או נותנת מקום לחששות, שהחיים המשפטיים של המדינה היהודית יעמדו בניגוד לתורת ישראל".

הסבר: הצעת ד"ר ליאו כהן לא כוללת כמעט התייחסות לתורה, ולכן הרבנים מאוד מבקרים אותה. אנו רואים שמאחורי הקלעים הייתה לרבנות הרבה השפעה דרך ורהפטיג.

הדגם החדש של החוקה

4. חוקה מחנכת- ורהפטיג, בעמדו בראש ועדת חוקה, חוק ומשפט

בשנים המאוחרות יותר כשורהפטיג בכנסת, אפשר לראות דגם חדש של חוקה. כבר לא מסתפק בהסדרים המינימליים- החוקה צריכה לתת מעמד לדת ולמשפט העברי. ורהפטיג הוא היה צריך לדון בהצעה של ליאו כהן שאין בה התייחסות לפן היהודי, אז הוא דווקא רצה לשים את השולחן את האפשרות להכניס אלמנטים יהודיים. היה כאן ברקע את התפיסות של הרבנים הראשיים שאמרו שלא יכול להיות שהוא מסתפק במשהו כ"כ מצומצם וביקרו אותו שהוא לא מספיק נלחם (במיוחד הרב הרצוג).

בשלב הזה היה צריך לתת מעמד לדת ישראל במדינת ישראל, צריך לתת בחוקה ביטוי להחייאת המשפט העברי ולו אפילו בצורה סתמית, עניין המעמד האישי חייב להיות מוסדר לפי העקרונות הדתיים וכל זאת על מנת לשמור על מרכזיות קדושתה של ארץ ישראל.

ורהפטיג בישיבה החגיגית במלאת שנה לכנסת טען כי **תפקידה של החוקה לחנך**, אך תפקיד זה לא מתיישב עם מורשת ישראל. אין צורך בחוקה שאין בה ממד חינוכי, וממילא אין אפשרות להציג תפיסה חינוכית עמוקה ורחבה יותר מזו המוצגת בתורה ובתנ"ך. **ורהפטיג פעל עתה בניגוד לקו שבו פעל בוועד הלאומי ובוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית.** שם הוא הביע עמדות פרגמטיות בניסיון לעקוף סוגיות עקרוניות ולקדם את החוקה, ואילו כאן הוא הבליט את ההיבטים הסמליים של החוקה, בידעו שאין סיכוי להגיע להסכמה עליהם. בסופו של דבר לרבנות הראשית השפעה מאוד גדולה על החוקה כי היא זו שהשפיעה כך שהיא לא תצא לפועל. תנועתו של ורהפטיג – מהובלת חקיקת החוקה להתנגדות חריפה לחוקה – גררה את ביקורתם של כמה מתומכי רעיון החוקה.

ורהפטיג: אנחנו חוששים ופחדים, שחוקה צנומה וצרודה כזו, לא יהיה בה תוכן רב...אנו חוששים שחוקה כזו לא תחזק את הקשר עם העבר העשיר שלנו, אלא תנתק את הקשר...עם אחד יש בעולם שאצלו לא נפסקה השרשרת עד היום, עדיין קיימת

אותה תורה אשר קבל בעבר....אנו רוצים להיות הממשיכים. אנו נתנו פעם הרבה לעולם הגדול, ואנו רוצים שנוכל לתת גם בעתיד, ואולי, אולי תגיע פעם השעה ששוב נוכל לתת תרומה לעולם הגדול....צריכים לחכות עד שתהיה השראת רוח מתאימה. איני רואה צורך ואפשרות לקבל חוקה בכתב עד שתשרה עלינו הרוח....מדינת ישראל יכולה להסתפק בחוקי יסוד ולסדר את כל בעיות השלטון על הצד הטוב ביותר ע"י חוקי יסוד אלו...

הסבר: אם לחוקה אין את הרוח, הזהות היהודית שמובילה לאידיאה- עדיף שהיא לא תהיה כי אז היא מגדירה אותנו כעם בעל עקרונות צרים. מעדיף לא להיות חלק מזה ועוברים לרעיון של חוקי יסוד.

סיכום בראייה לאחור

ורהפטיג: נרתענו גם מפני יבשותה של חוקה חילונית, שלא יהא בה משום מסר רוחני לעם היושב בציון ולתפוצות הגולה. תוך כדי עבודתו הרבה ומאמצינו להוציא מסמך מתוקן, החלו לכרסם בלבנו ספקות רבים אם הוכשרה השעה ואם ראוי הדור לחוקה חוקת יסוד מעודדת, מעוררת, מרעננת, מלהיבה לבות יהודים המלאים כמיהה וכיסופי דורות לגאולה.

סיכום

הנציגים הדתיים ובראשם ורהפטיג הבינו שהחוקה לא תהיה רק מסמך יסוד טכני, אלא 'חוקה מחנכת' - אבל לא בכיוון שלהם, ולכן תמכו בקבירת היוזמה. עם כל התפישות של חוקה- מתגוננת/ מחנכת/ מעצבת, החיכוכים שהיו והראון של הרבנים להשפיע, כל אלה בסופו של דבר מבטאים את המחלוקות העמודות. לכן, העדיפו להשאיר את הנושא כלא פתור עד ימינו. מתנגדי החוקה היו בעיקרם זרח ורהפטיג ודוד בן גוריון.

8. המשפט העברי בחקיקת הכנסת

היחס של המשפט העברי לחקיקה ולהיפך

בשנים האחרונות, אורי ידין שעמד בראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, מבטא את המדיניות שדי שולטת עד היום ביחס למשפט העברי.

אורי ידין: "נמצא שהקריאה "הבו לנו משפט עברי" היא סיסמא יפה ורצויה, אך הפיכתה מן המופשט אל המעשי נתקלת בבעיות רבות. יתכן שטרם הגיע הזמן וטרם נמצאו המשפטים והמלומדים המסוגלים להרים משימה כבדה זו".

הסבר: הרצון לשלב את המשפט העברי בחקיקה הוא כוונה יפה בסה"כ, אבל קשה מאוד להוציא את זה מהכוח הפועל, כי קשה למצוא היום משפטים שמתמצאים גם במשפט הישראלי וגם במשפט העברי כאחד. יש פה 2 צדדים, צד אחד רצון לייסד משפט שהוא מודרני המותאם לשיטות המקובלות, ומצד שני הרגשה שהמשפט העברי טרם יכול לספק את הסחורה ועדיין אין מקור שאפשר לשאוב ממנו בצורה מסודרת ומותאמת.

חיים כהן, מנכ"ל משרד המשפטים, פרקליט המדינה והיועמ"ש: "משרד המשפטים מנסח את הצעות החוקים בדרך הנראית לו כמתאימה ביותר לעניין גופו ואין מגמתו להחיות את המשפט העברי. במידה שהוראות המשפט העברי מתאימות הן מוכנסות לחוקים. כל עוד לא יקבל משרד המשפטים הוראות מהמשלה הוא ימשיך לפעול בקו זה".

הסבר: חיים כהן מסביר שהמטרה של משרד המשפטים היא לא להחיות את המשפט העברי מחדש אלא רק להשתמש בו בדרך שהכי תתאים למציאות כיום, כלומר רק אם הוראותיו מתאימות להוראות המציאות העכשווית. חיים כהן משקף מדיניות שהוא קיבל מבן גוריון, שאפשר להסתכל, לקבל חוות דעת והשראה מהמשפט העברי אך מה שיקבע זה הצרכים של המשפט הישראלי וכך יוצרים את החקיקה.

היחס של משרד המשפטים למשפט עברי

בשנת 1959 נוצר תקן של יועץ מיוחד למשפט עברי במשרד המשפטים, ואח"כ הורחב לכדי **מחלקת משפט עברי**. בראש המחלקה ישבו **פרופ' מנחם אלון**, לאחריו **פרופ' נחום רקובר** וכיום יושב בראשו **ד"ר מיכאל ויגודה**. משרד המשפטים מבין שיש צורך לכל הפחות להציג את העמדה של המשפט העברי בפני המחוקק, והוא כבר יבחר אם להשתמש בזה או להתייחס לזה.

משרד המשפטים טרם רואה בהלכה כמקור שווה בין שווים, ובוודאי **לא מקור מחייב**. מנסחי החוק ושר המשפטים דואגים להבליט את המקומות הדומים בהצעת החוק להסדרים שבהלכה, אף אם מקורם של הסדרים אלה אינו בהלכה אלא ברעיון מקורי שעוצב בארץ או בהשראה מהסדר משפטי של מדינה אחרת. בדר"כ חוות דעת של המשפט העברי יתקבלו **רק אם זה יהלום ויתאים את התשובה המשפטית מלכתחילה**.

בגדול, כיום ההלכה היהודית נוכחת במשפט הישראלי אבל רק ברמת הסמלית, ברמה של עקרונות כלליים או הסדר ספציפי מאוד מסוים. הנוכחות הדלה הזו לא משביעה את רצונם של תומכי המשפט העברי כמובן.

פרופ' מנחם אלון: "מצד אחד מספר ניכר של חוקים ועקרונות משפטיים בחוק הישראלי הקיים מבוססים על המשפט העברי... מצד שני הייתה קליטה זו מעטה וקטנה מכפי שיכלה להיות, וחוקים שונים נוגדים, ללא כל הצדקה עניינית, את המשפט העברי".

הסבר: פרופ' מנחם אלון, מהתומכים של המשפט העברי, טוען כי אמנם ישנה התייחסות למשפט העברי בחקיקה אך לא כמו שהוא היה רוצה ולא כמו שהוא חושב שנכון להתייחס. היחס מועט, וזה לא מספיק כדי להצדיק את מדינת ישראל כמדינה יהודית. משהו פה התפספס, והמשפט העברי לא בא מספיק לידי ביטוי.

היחידים שמשמיעים קולות מחאה על ההתייחסות הדלה למשפט העברי כיום הם רק משפטנים, חוקרים, אנשי ציבור דתיים וח"כ דתיים שמשמיעים טיעוניהם בדיוני הכנסת השונים.

היכן נראה התייחסות למשפט עברי כיום?

1. מחלקת משפט עברי במשרד המשפטים.
2. פרופ' רקובר שיצר את סדרת ספרים "חוק לישראל" - שמנסה להראות כיצד מערכת המשפט תיראה אם כן נפנה למשפט העברי, ומראה שקיים קשר אדוק בין המשפט העברי לישראלי. מטרתו להראות שהמשפט העברי יכול להיות מודרני ולהשתלב גם במשפט של ימינו.
3. ארגון צהר שיצר את "צהר לחקיקה" - ספר שמסייע ליישם את המשפט העברי במשפט הישראלי.
4. קודקס "משפטי ארץ" - מטרתו זהה לצהר לחקיקה.
5. רבנים וחוקרים רבים שכתבו מאמרים וספרים, שבהם הם מנסים לתרגם את ההלכה היהודית לתחומים של ימינו.

דוגמאות לחוקים במשפט הישראלי שהושפעו מהמשפט העברי

 חוק המחאת חייבים	
המחאת זכות	1. (א) זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה. (ב) ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד.
הגנת החייב	2. (א) המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה. (ב) פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום-לב. (ג) פרע החייב את הזכות לנמחה לאחר שהממחה הודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב אף אם לא עברה הזכות לנמחה, זולת אם פעל שלא בתום-לב.

שם החוק

שם החוק "המחאת חייבים" נגזר ממונחי המשפט העברי, מהמשנה-

משנה, בבא מציעא, פרק ט, משנה יב: "אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים יש בו משום כיומו תתן שכרו (דברים כד, טו), ויש בו משום לא תלין פעולת שכיר אתך עד בוקר (ויקרא יט, יג). אימתו. בזמן שתבעו, לא תבעו, אינו עובר עליו. **המחאה** אצל חנוני או אצל שולחני, אינו עובר עליו".

הסבר: אנו רואים שהמילה "המחאה" נזכרה כבר במשנה, והחקיקה של היום משתמשת בה. יש פה גם שילוב עיקרון מהמשפט העברי- "לא תלין פעולת שכיר איתך עד אור הבוקר".

תוכן החוק

לא בטוח שתוכן החוק הישראלי דומה בתוכנו לעיקרון מהמשפט העברי-



מסכת גיטין: 'אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לו לפלוני במעמד שלשתן קנה...' .
הסבר: בניח שלוי חייב לראובן 20 דקלים, וראובן אומר אני מעביר את החיוב שלי לשמעון.

ש"ע, חושן משפט, קכו, א: 'ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלווה בין פקדון, ואמר ליה במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, בין שנתנו לו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו, קנה, ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם, אף על פי שעדיין עסקין באותו עניין. וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו למי שהוא בידו. ואפילו נולד לוי לאחר שהלווה ראובן לשמעון, קנה.'
הסבר: המשפט העברי לא מאפשר העברת חוב אלמלא החייב יודע על כך או נמצא בעת יצירת העסקה, והרציונל של הלכה זו זה להגן גם על האינטרסים של המלווה ושיידע שאכן התנאים שעוברים הלאה יישמרו גם לזה שהמחו אליו את החוב. **פסיקת ההלכה מחייבת את מעמד שלושת הצדדים. בחוק הישראלי לעומת זאת, לא צריך שהדבר יקרה במעמד שלושתם.**

ערוך השולחן על חושן משפט: 'תקנו חז"ל דראובן שהיה לו מעות ביד שמעון ורוצה למוסרם ללוי יכול להקנותם ללוי בדברים בעלמא בלא שום קניין רק כשהם שלשתם ביחד ואומר ראובן לשמעון מנה שיש לי בידך תנם אותם ללוי קנה לוי מיד ואין אחד מהם יכול לחזור כפי שיתבאר ולמה תקנו כן מפני תקנת המסחור דלפעמים נצרך לו לאדם מעות בשוק לשלם בעד סחורה שקנה ואין הזמן מספיק לעשות קניינים תקנו שיוכל למסור במעמד שלשתן ולהקנות למי שירצה בדיבור בעלמא.'
הסבר: למה תיקנו בכלל את העיקרון הזה של להמחות חיוב לאחר? מפני תקנת המסחור, זה משהו שנולד כדי לאפשר גמישות בשוק המסחר, זה מאפשר לעשות מסחר הרבה יותר רחב וגמיש מאשר רק באמצעות כסף.

לסיכום, אמרנו שהחוק הישראלי לא דורש את מעמד 3 הצדדים כמו בהלכה. **אז איך בכל זאת החוק הישראלי מגן על החייב?** החוק אמנם לא כולל דרישה שהחייב יהיה נוכח בזמן ההמחאה אבל הוא כן מגן עליו בצורה כזו שאם הוא פרע למלווה הראשוני בגלל שהוא לא ידע שההמחאה כבר עברה אז הוא יהיה פטור ויחזירו לו את התשלום שהוא שילם. כלומר זה נכון שהחוק לא קיבל את הדרישה של נוכחות השלושה, אבל כן קיבל את הרציונל של הגנה על החייב ובכך עונה על מטרת ההסדר ההלכתי שנועד ליצור גמישות בעסקאות יחד עם הגנה על הצדדים. יש כאן הסדר שהוא לכאורה לא תואם את ההלכה אבל הוא כן עונה על הרציונל שמאחוריה, ולכן זה מספק אותנו.



חוק השומרים, תשכ"ז-1967

שמירה ושומרים

1. (א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.
- (ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.
- (ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר.
- (ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.

אחריות שומרים

2. (א) שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.
- (ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.
- (ג) שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין.
- (ד) שומר שנודע לו כי עלול להיגרם לנכס נזק שהוא אינו אחראי לו לפי סעיפים קטנים (א) עד (ג), ולא הודיע על כך לבעל הנכס תוך זמן סביר או לא נקט אמצעים סבירים להודיע לו, יהא אחראי לאותו נזק במידה שההודעה הייתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק.

הסבר: בניח שנתתי לחבר לשמור לי על חפץ שברשותי. החוק מסווג את סוגי "השומרים" ל-3 סוגים:

1. **שומר חנם**- אדם ששומר לך על החפץ בחינם.
2. **שומר בכסף**- אדם ששילמת לו על מנת שישמור לך על החפץ.
3. **השואל**- אדם ששומר על החפץ שלך כדי להשתמש בו או להנות ממנו.

החוק מבחין גם בין האחריות המוטלת על כל שומר :

1. **שומר חנם** - יהיה פטור מאחריות, אלא אם כן התרשל בתפקידו.
2. **שומר בכסף** - יש אחריות מוגברת יותר, שכן שילמתי לו כדי שיעשה את תפקידו. אלא אם כן, מדובר בנסיבות שבהן הוא לא יכול היה לשלוט בהן.
3. **שואל** - רף אחריות גבוה יותר. גם אם השואל לא יכול היה לחזות את הנסיבות ולא יכול היה לשלוט בהן, הוא יהיה אחראי.
4. **לוקח שלא כדין** - רף אחריות גבוה ביותר.

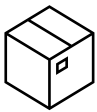
הדמיון למשפט העברי

דברי ההסבר לחוק השומרים: "לעניין האחריות הנובעת מחיובי השמירה, מבחין החוק בין סוגי שומרים שונים, בעקבות הסדר דומה המצוי במשפט העברי (משנה שבועות פ"ח מ"א; ארבעה שומרים הן שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר)".

הסבר: אנו רואים שהחוק עצמו מציין כי ההסדר שבו לקוח מן ההסדר שבמשפט העברי, מתוך משנה שבועות.

דיני השומרים בהלכה

1. שומר חנם פטור



א. רמב"ם, הלכות שכירות א, הלכה א: ארבעה שומרים נאמרו בתורה ושלשה דינין יש להם ואלו הן הארבעה שומרין: שומר חנם והשואל ונושא שכר והשוכר.

הסבר: אנו רואים כי ההלכה מבחינה בין 4 סוגי שומרים (ולא 3 כמו החוק הישראלי) - שומר חנם, שומר כסף, שואל ושוכר.

הלכה ב: ואלו הן שלשה דינין שלהן - שומר חנם שנגנב הפקדון ממנו או אבד ואין צריך לומר אם נאנס הפקדון אונס גדול כגון שהיתה בהמה ומתה או נשבתה הרי זה נשבע ששמר כדרך השומרין ופטור שנאמר 'וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלהים'.

הסבר: אם שומר חנם נשבע ששמר כמו שצריך ומסביר מה בדיוק קרה ואיך נגנב החפץ, אזי הוא פטור מאחריות כי האחריות שלו מופחתת. יש כאן דמיון לחוק הישראלי שאומר שכמעט בכל מצב שומר החנם פטור חוץ ממצב של רשלנות פושעת - לא שמר אפילו במינימום. בגדול יש כאן פטור גורף.

ב. שולחן ערוך, חושן משפט, רצא סעיף א: "שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבדה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה".

הסבר: כך גם לפי השולחן הערוך. רק אם השמירה של שומר חנם נעשתה בצורה פושעת נחייב אותו, מעבר לזה לא נחייב כי מושתתת עליו אחריות מופחתת. זה תואם את הסעיף בחוק הישראלי.

2. שומר שכר - פטור רק במקרים שאין לי שליטה על הנסיבות

א. המשך הרמב"ם: "נושא שכר או השוכר שניהם דין אחד יש להן אם נגנב או אבד הדבר השכור או שנטל שכר על שמירתו הרי אלו משלמים, ואם ארעו אונס גדול מזה כגון שהיתה בהמה ומתה או נשברה או נשבתה או נטרפה הרי אלו נשבעין שנאנסה ופטורין שנאמר 'ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' וגו' וכתוב 'אם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו' וגו'".



הסבר: לשומר שכר משלמים כדי לשמור, לכן יש לו אחריות מוגברת. אם הנכס אבד או נגנב יש לו אחריות. אבל במקרים ששומר השכר לא יכול היה לצפות שהדבר יקרה (שמר על בהמה והיא לפתע מתה), אזי אם יישבע ויספר מה שקרה בדיוק הוא פטור. יש כאן דרישה לשמירה סבירה - אם אתה יכול לצפות שהדבר יקרה אז יש לך אחריות, אם לא - אין לך אחריות. אין לו הנאה מעבר לתשלום על השמירה הסבירה (שלא כמו שואל, שנהנה מהנכס עצמו) ולכן לא נטיל עליו אחריות בכל מקרה.

ב. שולחן ערוך, חושן משפט, ש"ג, סעיף ב: שומר שכר חייב בגניבה ואבידה וי"א שאפי' שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות או גם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה חייב ואפי' הקיפו תומה של ברזל ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל חייב בגניבה ואבידה א"כ היה שם ולא היה יכול להציל.



סעיף ג: שומר שכר פטור מאונסים איזהו אונס בא עליו לסטים מזויין אפי' אם גם הרועה מזויין לפי שהליסטים מוסר נפשו יותר: הגה: אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה שומר שכר עליהם הוי אונס אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים (מרדכי פ' המפקיד ופ' השואל) ודווקא שיודע בוודאי שנשרפו אבל



אם אינו יודע בבירור רק שהיו בבית שנשרף אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עכו"ם נכנסו וגנבו אותו ולכן חייבים לשלם אא"כ עכו"ם הנכנסים הם ליסטים מזויינים דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בלסטים מזויינים ופטור (שם).
הסבר: גם השולחן ערוך פוסק כמו החוק הישראלי. שומר שכר חייב בגניבה או אבידה, אבל פטור מאונס (כלומר מדברים שלא ידע/צפה שעלולים לקרות). אנו נצפה ששומר השכר יהיה עירני. השו"ע קצת יותר מחמיר עם שומר שכר ואומר שאם גנבו ממנו את הנכס בזמן שהיה חולה או בזמן שישן עדיין אנחנו נחייב אותו. אבל הוא יהיה פטור ממקרים שהם מעבר לזה כמו שוד או שריפה.

3. השואל- אינו פטור

א. **המשך הרמב"ם:** השואל משלם הכל בין שאבד דבר השואל או נגנב בין שארעו אונס גדול מזה כגון שמתה הבהמה השאולה או נשברה או נשבת שכך כתוב בשואל 'ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם'.

הסבר: רואים את הקצה השני, לעומת שומר חנים שפטור כמעט כל הזמן, ולעומת שומר כסף שפטור רק אם קרה דבר לא צפוי, השואל אחראי כל הזמן. לדוגמה: מתה הבהמה בלי שהוא יכול היה לדעת, או שמישהו לקח אותה ממנו בכוח- בכל זאת הוא חייב. **ההסדר הזה זהה להסדר שבחוק הישראלי.**

ב. **שולחן ערוך, חושן משפט, שמ סעיף א':** השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו כגון שמת או נשבר או נשבה חייב. הגה: ודווקא שאירע האונס מכח השואל אבל אם אירע האונס מכח המשאיל פטור ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו"ם והשאילו לחברו ליקח עליו עוד מעות ונשרף המשכון פטור השואל דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל (מרדכי פרק השואל). וא"צ לומר שחייב בגניבה ואבידה אבל כל קלקול שאירע בה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה לא מבעיא אם הוכחשה מחמת מלאכה שהוא פטור אלא אפילו מתה מחמת מלאכה פטור והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה אפילו היא קלה ממנה תלינן דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה ואפילו באותה מלאכה עצמה אפשר לשנות כגון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך כל הארץ.

הסבר: אנחנו רואים דמיון אבל זה לא זהה לחוק הישראלי. השו"ע גם משית על השואל אחריות גדולה יותר, **אבל פטור אותו ממשוה קטן-** אם זה משוה שקרה ללא קשר לשואל, אלא משוה שממילא זה היה קורה גם למשאיל, נפטור אותו כי זה היה קורה ממילא באחריות המשאיל, אי אפשר לחייב דבר כזה. זה מקביל לסעיף שראינו בחוק: הגבלה קטנה שיש לשואל - משוה שהיה קורה ממילא בגלל המשאיל.

לסיכום, חוק אחריות שומרים הושפע לגמרי מההלכה היהודית בהגדרות שמירה, באחריות השומר וכו'. החוק כמובן נתון לפרשנות ביהמ"ש, יש כאלה שפירשו אותו כתואם להלכה ויש כאלה שפחות. אבל המשפט העברי הוא זה שנתן את הכיוון.

שולמית אלוני (המערך): "כבוד היושב ראש, כנסת נכבדה. כשהתחלנו לעסוק בחוק זה בוועדה, חוק שהוא למעשה הפיכתה או תרגומה של המג'לה ושל הוראות אחרות לקודקס ישראלי על יסוד המשפט העברי, לא הבינותי במה עוסקים כשדובר ב"שמירת נכסים" הואיל וקיבלנו חוק זה ברציפות, ער אשר ראיתי את הסעיפים. והנה הסתבר לי כי המדובר ב"הלכות שומרים" כפי שלמדנו בבית הספר הן בתנ"ך והן בגמרא, ומובן שזו הייתה האסוציאציה הראשונה בשעה שעברתי על החומר. שאלתי לתומי על שום מה אין קוראים לחוק זה: "חוק השומרים", אלא "חוק שמירת נכסים". אמרו לי שאמנם ההצעה המקורית הייתה לקרוא לו: "חוק השומרים", אבל אז התעוררה אצל אנשים רבים אסוציאציה של "השומר" בגליל, "השומר הצעיר" ושומרים אחרים שכבודם במקומם מונח. נדמה לי כי דווקא העובדה שבשעה שדנים בחוק העברי אשר עוסק בשמירת נכסים, וכולו בנוי על ארבעה שומרים, שבמקרא, והאסוציאציה איננה נמשכת לאותם דיני שומרים, עובדה זו דווקא מעוררת הרהור רציני אם הכנסת נהגה נכון עד עכשיו ולפנינו עוד שנים רבות מאד בכך שניתקה מלים, סמלים, מושגים וקשרים אסוציאטיביים אשר יכולים ליצור זיקה למורשת, לעבר, לערכי תרבות, בייחוד באותו תחום שאנחנו כל כך גאים בו, שהרי מבחינת התחיקה הסוציאלית עמנו הוא שנתן את היסוד למחשבה המערבית בתחום זה. עבדתי בהוראה מספר שנים, וחבל היה לי כמורה, ששעה שנתקבל 'חוק הגנת השכר' לא קראו לו: חוק למניעת הלנת השכר, כדי שהמורה, שעה שהיא מלמדת את הפסוק: "לא תלין פעולת שכיר", תוכל להמחיש את הדברים ולומר: דין זה שנתקבל בתורה הנה קיים היום, זוהי משמעותה של רציפות. כך יוצרים קשר אסוציאטיבי שהוא חשוב ומחנך. זוהי אולי הרציפות הטובה ביותר והמאחדת את כולנו ובצדה אין שום הוראות לא של "כפיה דתית" או "כפיה לאומית", מפני שהבסיס האתי והמשפטי הזה הוא בסיס לחשיבה מודרנית בכלל בתחום המשפטי, ואין להתבייש ואין להתכחש לעובדה שמקורו באותו יסוד שעם ישראל יצר בתקופה שיצר את תורתו. באותה מידה חרה לי כאשר נתקבל חוק פיצויי פיטורים, שמקורו למעשה בפסוק: 'לא תשלחנו ריקם, הענק תעניק לו', שהרי המלה מענק חייבת היתה להישמר בשם החוק. חבל

לי שמורה בבית ספר לא יכולה היתה להצביע על הקשר האסוציאטיבי בין חוק זה לבין פסוק זה. ולא רק מורה בבית ספר גם באוניברסיטה רבים אינם יודעים על זיקת הגומלין בין השניים. אני רוצה שילדי, שעה שלומדים זאת, ידעו שאין זו מצוה מהתנ"ך שאין לה חיוב, אלא שיש לה קשר עם המציאות היומיומית בישראל".

הסבר: שולמית אלוני הייתה חברת כנסת מהצד השמאלי של המפה ואלה היו דבריה על החוק. היא מצרה על כך שהכנסת שינתה את שם החוק ל"חוק שמירת נכסים" במקום להשאיר אותו כ"חוק השומרים", כמו המונחים של המשפט העברי. היא מסבירה שדבר זה היה מקשר את המשפט הישראלי למשפט העברי ויוצר זיקה למורשת ולעבר, וכך גם היינו יכולים להמחיש דוגמאות מהמשפט העברי. היא מצרה על כך שהמשפט הישראלי מנסה בכוח לנתק בין שם החוק למקור שממנו הוא בא. היא לא בטוחה שעבודת הכנסת הייתה טובה- מדוע הכנסת לא רוצה לקשור את חוקיה למסורת שלנו? לתרבות? ליהדות? היא רוצה להראות שהמשפט העברי לא שייך רק לעבר אלא הוא חי ונושם גם היום. לטעמה, לא מדובר בכפייה דתית אלא בבסיס לחשיבה משפטית מודרנית שאין להתכחש אליו.



חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973

הגדרות

1. בחוק זה - "אבידה" - מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות העניין יש להניח שיצאו משליטתם;

2. "בעל" לגבי אבידה - לרבות מי שזכאי להחזיק בה.

חובת המוצא

2. (א) המוצא אבידה ונוטלה (להלן - המוצא) חייב להשיבה לבעלה או להודיע עליה בהקדם למשטרה, זולת אם בנסיבות העניין יש להניח שבעל האבידה התייאש ממנה מחמת מיעוט שוויה.

(ב) הודיע המוצא למשטרה, רשאי הוא למסור לה את האבידה והוא חייב לעשות כן אם היא דרשה זאת ממנו.

הסבר: אדם שמוצא אבידה חייב להשיב אותה לבעלים שלה, או להודיע בהקדם למשטרה, אלא אם כן ניתן להניח שבעל האבידה התייאש מחיפושה עקב שוויה הנמוך.

החוק הזה מושפע מאוד מהניסוח של המשפט העברי ומהתוכן שלו. לעומת חוק השומרים שזהה כמעט בהתאמה מושלמת להלכה, כאן אנו אמנם נראה דמיון אבל יהיו גם הבדלים משמעותיים בין מה שנקבע בחוק לבין מה שנקבע בהלכה.

ההבדל בין החוק להלכה

בהלכה ישנה חובה שלא להתעלם מאבדה, אך בחוק הישראלי אין חובה כזאת, כלומר אם אני אלך ברחוב ואראה חפץ אבוד, אני יכולה להתעלם ממנו ולא תהיה על כך סנקציה.

שם החוק

השם המקורי של החוק היה "חוק הטיפול באבדות" - זהו שם שלא כ"כ משמר את המשפט העברי.

התייחסויות להצעת החוק הישראלי

הרב משה צבי נריה, תנועת "המזרחי": 'הצעת החוק מתעלמת מן ההלכה הפסוקה בהשבת אבידה, מן הלאו המפורש בתורה 'לא תוכל להתעלם'; היינו החוק המוצע קובע: המוצא אבידה ונוטלה, חייב להשיבה לבעלה', ואילו בתורתנו קיים חיוב על האדם להקדיש תשומת לב לאבידה עוד לפני שהוא נוטלה. קיים חיוב על האדם ליטול אותה, אוסר לו להתעלם מאבידת רכושו של הזולת, גם אם טרם בא במגע יד עם הרכוש, ולדעת הרמב"ם (פרק א בהלכות אבידה), לא רק הלאו של 'לא תוכל להתעלם' קיים לגבי אבידה, אלא גם מצוות עשה של 'השב תשיבם', אף היא חלה על האדם מאותו רגע שראה אותה, שראה רכוש ההולך לאיבוד'.

הסבר: הרב נריה לא אוהב את העניין שהחוק לא זהה להלכה בכל העניין של החיוב להתייחס לאבידה. בהלכה יש חובה שלא להתעלם ובמצוות עשה- רק מעצם כך שזיהיתי את האבדה אזי אני כבר אני מחויב בעשה- להחזיר את האבידה, **וגם באל תעשה-** לא להתעלם. התורה דורשת רף גבוה יותר לאדם.

ארי אנקוריון, מפ"ם: 'וכך נאמר במלים הנהדרות של שפת התורה: 'לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים, והתעלמת מהם. השב תשיבם לאחיך. ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרוש אחיך אותו, והשיבותו לו.'

וכן תעשה לחמורו... לא תוכל להתעלם'... מן הראוי לציין שציווי זה של התורה מרחיק לכת לגבי ההצעה שלנו. הוא אוסר לא רק אל אי השבת אבידה לאחר מציאתה אלא גם על התעלמות מן האבידה גרידא. חובת השבת אבידה נשתרשה עמוק בהלכה העברית... רבנו גרשום מאור הגולה... מתשובתו אנו למדים על מנהג שהיה בתקופתו, שלפיו היו גוזרים באלה ובשבועה, שכל היודע על המצאה של אבידה חייב לגלות את הדבר לבעל האבידה...!

הסבר: ארי, ח"כ ממפ"ם, אהב מאוד את הרף המוסרי הגבוה שהציבה התורה לאדם. הוא חושב שזה יקדם אותנו כחברה אם נשאף לרף מוסרי כזה- לא להתעלם מאבידות. הוא היה רוצה שהחוק יהיה יותר דומה להלכה בקטע המוסרי.

מציאת אבידה לאחר ייאוש הבעלים ממנה- מהו ייאוש?

בבא מציעא, כא, ע"ב: איתמר: ייאוש שלא מדעת. אביי אמר: לא הוי ייאוש, ורבא אמר: הוי ייאוש. בדבר שיש בו סימן - כולי עלמא לא פליגי, דלא הוי ייאוש. ואף על גב דשמעיניה דמיאש לסוף - לא הוי ייאוש, דכי אתא לידיה - באיסורא הוא דאתא לידיה. דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש, מימר אמר: סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא, ושקילנא ליה. ... כי פליגי - בדבר שאין בו סימן. אביי אמר: לא הוי ייאוש, דהא לא ידע דנפל מיניה. רבא אמר: הוי ייאוש, דלכי ידע דנפל מיניה - מיאש. מימר אמר: סימנא לית לי בגויה, מהשתא הוא דמיאש.

הסבר: גם החוק הישראלי וגם ההלכה מבדילים בין אדם שהפסיק לחפש את האבידה סתם כך, לבין אדם שהפסיק לחפש מתוך "ייאוש שלא מדעת". החוק הישראלי דורש מהאדם להפעיל שיקול דעת סביר, ולבחון אם הבעלים יחפשו אחר האבידה או לא, כשהמשקל העיקרי הוא **שווי האבידה**, ולא האם יודע שהתייאש והאם יש סימן. **זהו הבדל נוסף בין החוק להלכה**- החוק, כמו ההלכה, לא מחייב להחזיר את האבידה אם ע"פ שק"ד סביר הבעלים התייאש מחיפוש אחריה, אבל **בחוק הייאוש קשור לשווי האבידה, ואילו בגמרא תולים את הייאוש בסימן**. סימן= שאפשר יהיה לזהות שאתה הבעלים. לפי הגמרא, כשיש סימן, שניהם מסכימים שהוא לא התייאש וצריך להחזיר לבעלים. גם אם שמענו שהוא כן התייאש, זה לא ייאוש אמיתי, ולכן המוצא לא קנה בעלות על האבידה, כי אם הבעלים היה יודע הוא לא היה מתייאש. בעל האבדה שיש לו סימן בחפץ, יגיד את הסימן שלו ויקבל את החפץ חזרה לכן שניהם מסכימים שהוא לא התייאש וצריך להחזיר לו את האבידה, הוא יודע שיש סימן ויש סיכוי שזה יחזור אליו.

המחלוקת בהלכה

ישנה מחלוקת לגבי דבר שאין בו סימן- חפץ שאי אפשר לזהות למי הוא שייך. **אביי:** זה לא נחשב ייאוש. **רבא:** זה כן נחשב ייאוש. למשל למישהו נפל עט מהכיס, הוא לא ידע שנפל לו אז הוא לא יכול להתייאש, אבל האם ניתן לייחס לו כוונת ייאוש? אביי: הוא לא ידע שזה נפל - אי אפשר לייחס ייאוש. רבא - זה כן ייאוש, כי אם הוא היה יודע שזה נפל הוא גם יודע שאין לו סימן ולכן לא יצפה לקבל את האבידה חזרה, ולכן כבר מעת שהעט נפל נוכל לייחס לו ייאוש מלכתחילה, אף אחד לא יאמין שהעט יחזור אליו. גם כשמדובר בשווי נמוך מניחים שהאדם לא התייאש.

לסיכום, **החוק הישראלי אמנם הושפע, אך הפערים מאוד גדולים ואפשר להצדיק אותם על רקע השינויים בתקופה**. עם זאת, אפשר להבין את הרציונל של המשפט העברי שדרש רף גבוה יותר.

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979

חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

החוק הישראלי מחייב להחזיר זכות/ שירות/ טובת הנאה אם הם התקבלו לא ע"פ דין מאדם אחר. החוק למעשה דן במקומות האפורים- כאשר אדם מקבל דבר באמצעים לא קונבנציונליים. החוק הזה נשען מאוד על ההלכה מהמשפט העברי, והדבר כתוב גם במבוא להצעת החוק-

המבוא להצעת החוק: 'אם כי הסוגיה מקיפה הלכות שונות ומשונות, ניתן להגיד באופן כללי שמרוכזים בה ההלכות של 'ועשית הישר והטוב' בין אדם לחברו, מקום שדיני החוזים, דיני הקניינים ודיני הנזיקין משאירים 'שטחים מתים'. החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות: הוא מזכה בהשבה את המשביח נכסי חברו; הוא מאמץ את העקרון של 'זה נהנה וזה לא

חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה; והוא מזכה את המציל רכושו של חברו בשיפוי על הוצאותיו, במטרה לעודד פעולות הצלה.

הסבר: מקומות שכספים הגיעו לא בדין ובצורה מעורפלת, לא כ"כ ברור למי הכסף שייך ויש היבט מוסרי לשני הצדדים. במבוא נכתב שהחוק מאמץ את גישת המשפט העברי בכך שגם הוא מזכה בהשבה את המשביח נכסי חברו, מאמץ את עקרון "זה נהנה וזה לא חסר ומזכה את המציל רכושו של חברו בשיפוי על הוצאותיו. כל זאת במטרה לעודד פעולות הצלה.

כלל ראשון שהמשפט הישראלי מאמץ - "זה נהנה וזה לא חסר"

"זה נהנה וזה לא חסר" הוא ביטוי המתאר מצב שבו אדם אינו מפסיד דבר, אך יחד עם זאת, מאפשר לאחר ליהנות מנכסים שבחזקתו או ממעשים שעושה. הביטוי מתבסס על הסוגיה התלמודית שבה נקבע כי "זה נהנה וזה לא חסר - פטור". משמעות הכלל היא שביטוי דין יכול לכפות על אדם לזכות על תביעתו הכספית במקרה שלא נגרם נזק לתובע.

בבא קמא, כ, ע"א-ע"ב: 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך היכי דמי אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר זה לא נהנה וזה לא חסר אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר זה נהנה וזה חסר לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי אמר ליה מאי חסרתיהך או דלמא מצי אמר הא איתנהית.



הסבר: כאן מתארת הגמרא את הסיטואציה המרכזית שבה העיקרון הזה עובד. ישנן 3 אפשרויות: אדם נכנס לחצר של חברו שעומדת כנראה ריקה, יש שם יחידת דיור נניח, הוא לא שאל אותו ונכנס לגור - האם צריך לשלם או לא? הגמרא שואלת באיזה מקרה מדובר? ישנן 3 אפשרויות:

1. בעלי החצר לא רוצה להשכיר והאדם שנכנס לחצר לא רוצה לשכור, לא צריך מקום מגורים - בעלי החצר לא התכוון להרוויח. החצר סתם עומדת. וגם זה שנכנס לשם לא צריך את המגורים כי יש לו מגורים - אף אחד מהצדדים לא מרוויח. אין על מה לשלם כאן.
 2. כשבעלי החצר רוצה להשכיר את החצר למגורים, והאדם שנכנס רוצה לשכור - אזי יש לשלם למשכיר.
 3. השאלה מתעוררת במצב הזה - בעלי החצר לא מתכוון להשכיר, אבל האדם שנכנס לחצר כן רוצה לשכור, כלומר הוא צריך את המקום למגורים. **כאן יש דילמה מוסרית** - בעלי החצר בכל מקרה לא התכוון להשכיר אותה, אז למה השוכר צריך לשלם לו? העיקרון אומר שבגלל שנהנית אתה צריך לשלם. בעל החצר אמנם לא מפסיד דבר מהשימוש של השוכר, אבל יש לו הזדמנות להרוויח. לאחר דיון ארוך בתלמוד, נקבע שהאדם שנכנס לחצר **פטור מתשלום** דמי שכירות בגין השימוש בחצר, שכן זה (הפולש) נהנה, וזה (בעל הבית) לא חסר (הוא לא ידע על הפלישה עד סיומה, ולא נדרש כלל וכלל לחצר, ולכן לא ניזוק).
- אך יש לכך חריג** - יוצא מן הכלל הוא מקרה שבו אותה חצר נועדה לשכירות, אף אם לא הושכרה צריך המשתמש בה לשלם דמי שכירות אם יוכח שהתכוון בעל החצר להשכירה ורק לא מצא שוכר. במצב זה הנהנה צריך לשלם על ההנאה שלו, כי הסברה אומרת שבכל זאת יש איזשהו היזק עקיף לבעל הבית - מישהו משתמש בנכסים שלו.

האימוץ למשפט הישראלי: במבוא לחוק "עשיית עושר ולא במשפט", נכתב כי החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות, כשאחת מהן הוא העקרון של "זה נהנה וזה לא חסר" כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה.

כלל שני שהמשפט הישראלי מאמץ - יורד לנכסי חברו שלא מדעתו

בבא מציעא, קא, ע"א: יורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות אמר רב שמין לו וידו על התחתונה ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטועה אמר רב פפא טולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע.

הסבר: אדם שעשה טובה לחברו בלי שהוא ביקש, האם אותו אדם צריך לשלם? למשל, לאדם יש שדה שצריך לעבד, מישהו בא מיוזמתו ונטע את השדה - האם צריך לשלם לו? הוא בכלל לא הזמין את זה. **רב** סובר שמשלמים לו אבל בסף הנמוך - רק על התוצאה ולא על עצם העבודה. **שמואל** סובר שצריך לשלם לפי ערך העבודה ואז זה יכול לצאת יותר. **רב פפא אומר שהם בעצם לא חלוקים אלא מדברים על שתי מציאויות שונות** - רב מדבר על מצב שבו בעל השדה לא תכנן בכלל לנטוע/ לעבד את השדה, ואז יש לשלם שכר נמוך. שמואל מדבר על מצב שבו בעל השדה תכנן בכל מקרה לנטוע/לעבד את השדה, ולכן יש לשלם שכר גבוה יותר כי בכל מקרה הוא התווך לעשות זאת.



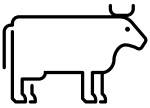
באופן כללי, לפי ההלכה, היורד לנכסי חברו שלא מדעתו הוא אדם שהשביח את נכסיו של חברו בלא ידיעתו. האדם שהושבחו נכסיו ללא ידיעתו חייב לשלם לאדם שהשביח את נכסיו, ואינו יכול לטעון שאינו מעוניין בהשבתה זו.

האימוץ למשפט הישראלי : במבוא לחוק "עשיית עושר ולא במשפט", נכתב כי החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות, כשאחת מהן זה שגם הוא, כמו המשפט העברי, מזכה בהשבה את המשביח נכסי חברו.

כלל שלישי שהמשפט הישראלי מאמץ - עושה סחורה בפרתו של חברו

בבא מציעא, פרק שלישי, לה : השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה; ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, אלא תחזור פרה לבעלים.

הסבר : מדובר על סיטואציה שבה אדם משכיר פרה לחברו כדי שיעשה בה עבודה בשדה, השוכר חרש איתה את שדהו, סיים לחרוש ואז חבר שבשדה שלידו ביקש את הפרה לחרוש גם את שדהו, ללא כסף, בהשאלה. השוכר נותן לו ובזמן שהשואל משתמש בה היא מתה כדרכה מזקנה. יוצא שמי ששכר את הפרה פטור מלהשיב את הכסף למשכיר כי היא מתה, ולא הייתה לו אחריות על המוות כי הוא מתה בידי השואל ולא בידי. יוצא מצב שבו השואל לא פטור מכיוון שהוא לא משלם כסף הוא כן מחויב להחזיר את שווי הפרה לשוכר, והשוכר לא צריך להחזיר את שווי הפרה לבעליה כי הוא פטור.



יש כאן שאלה מוסרית - איך השוכר מקבל תשלום על פרה שלא שלו? ברור שהתשלום על הפרה שייך לבעלים, זה שיש לו פטור טכני - לא יכול להיות שיצא מכך שיהיה רווח ולכן הרווח ילך לבעלים. זוהי סיטואציה שמדובר בכסף לא צפוי, עולה השאלה של מי זה שייך ואומרים **שלא ייתכן שהאדם שאינו בעל הזכות יזכה בפירות הזכות.**

כלל רביעי שהמשפט הישראלי מאמץ - זיכוי המציל בשיפוי על הוצאותיו

המשך - חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979

5. (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות העניין.

יש כאן דמיון רב למשפט העברי אבל זה חתיכת חידוש ביחס לשיטות משפט אחרות בעולם. החוק אומר שאם השתמשתי/הרסתי כלי כלשהו להצלת אדם אחר, אזי האדם שהצלתי חייב לשלם לי פיצוי על הכלי שהשתמשתי בו או הרסתי אותו.

זרח ורהפטיג : החידוש הגדול של החוק הוא בסעיף 5 העוסק בהצלת נפש והצלת רכוש ושיפוי על כך. זה כולו מן ההלכה, מן המשפט העברי. אולי התקינו משהו בעניין זה באנגליה אבל הגישה המשפטית בעולם כולו היא: הוצאת כסף, זה עניינך; עשיית מצווה, תסכול גם את הנזק. המשפט העברי דאג לזה, הוא דאג גם לתקנת הציבור; שאם לא כן, לא יימצא מי שירצה להציל את חברו. אם אתה רוצה לקיים 'לא תעמוד על דם רעך', אם אתה רוצה שאדם יעזור לחברו, אל תעמיד אותו במצב שאם הוא צריך לשכור פועלים הוא להוציא כסף למען חברו, לא יעשה זאת. אם הוא צריך להוציא כסף למען חברו, ניתן לא לפחות את השאנס שיקבל את השיפוי. זה חידוש במשפט, חידוש חשוב מאד, וצריך לעבד אותו יותר.

הסבר : התכלית של ההסדר הזה כדי לעודד אנשים לעשות מעשים של הצלת האחר. יש כאן אמירה - אם אנחנו רוצים שאדם יעזור לחברו, אז לא נעמיד אותו במצב שהוא צריך לשקול האם זה ישתלם לו. אנו לא רוצים להעמיד אדם במצב שבו הוא יאלץ להוציא כסף כי הציל מישהו אחר, או שהוא יבחר שלא להציל אותו רק משיקול כספי. ההסדר הזה לא מובן מאליו ביחס לשיטות משפט אחרות בעולם.



להסדר הזה הגיעו תומכים גם ממקומות פחות צפויים -

פרופ' אמנון רובינשטיין, נציג התנועה לשינוי יוזמה : "הערה דומה של זהירות אני מבקש להשמיע גם לגבי סעיף 5. המגמה, לדעתי היא חיובית. בצדק אמר חבר הכנסת ורהפטיג שהמשפט העברי השכיל לראות בעניין זה את הצורך החברתי שבאי ההרתעה של המתנדבים. לא הייתי אומר בעידוד אלא באי הרתעה משום שהנטייה הטבעית של אדם הרואה את הזולת או את רכושו של הזולת בסכנה, לחשוב בצד הנטייה האלטרואיסטית להתנדב ולהושיע ולעזור, גם על הנזק שייגרם לו ועל הסיכון שהוא נוטל. מן הדין שהחוק יפצה את המתנדב על אותה תחושה המרתיעה אותו מעזרה לזולת..."

הסבר : גם אמנון רובינשטיין תומך בסעיף. הוא מבין את הצורך החברתי שבא לקדם המשפט העברי. הוא אומר שהסעיף לא בא לעודד להציל אלא פשוט לא-להרתיע. לדעתו, זה טבעי שאדם יעשה את החישוב אם יוכל לעמוד בעלויות של ההצלה, ולכן אנו רוצים למנוע ממנו לשקוע לתוך החישובים הללו.

ביקורת על שם החוק

זרח ורהפטיג, התעשרות ללא עילה: 'הרשו לי להתחיל בעניין השם. את המטבע של השם הזה טבע ד"ר חשין, השופט. הוא הלך בעקבות שם החוק באנגליה - enrichment unjust. הוא מצא פסוק בירמיהו, חשב שזה המוצלח ביותר ולקח משם את המלים 'עשיית עושר ולא במשפט'. נדמה לי שהשם אינו מתאים. ואל תזלזלו בשם כי בדרך כלל בחוקים 'שמה גורם'. השם קובע הרבה כי על פיו מתייחסים לבעיה. הפסוק בירמיהו הוא: 'קורא דגר ולא ילד, עושה עושר ולא במשפט, בחצי ימיו יעזבנו ובאחריתו יהיה נבל'. שם מדובר על עשיית עושר לא במשפט, על גזל ועל חמס. אבל בהצעת חוק זו מדובר על ההיפוך הגמור: היא מדברת על מקרה שאדם התעשר שלא מרצונו, לא מתוך כוונה, בלי שעשה כל רע... יש להתייחס לאדם זה בכבוד. הוא לא שדד, הוא לא חמס. צריך לפתור את הבעיה הזאת ולא צריך להדביק מיד שם רע'.

הסבר: ורהפטיג שמח שהחוק לקוח מהמשפט העברי אבל הוא לא מרוצה מהשם שלו "עשיית עושר ולא במשפט". ד"ר חשין שטבע את השם הזה, למעשה לקח את המשפט הזה מתוך ספר ירמיהו, אך שם זה נאמר בהקשר של גזל וחמס. ואילו כאן, בחוק הישראלי, מדובר במקרים שהזכות הגיעה ללא רצון, ללא צעד שלילי שאדם עשה, יש להתייחס לאדם הזה בכבוד, צריך להכריע למי שייכת הזכות או מי זכאי לשיפוי בגינה, אבל לא צריך להדביק מיד שם רע לאותו אדם. ורהפטיג אומר שלשם של החוק יש הרבה כוח לאיך שאנחנו תופסים אותו. לא כל מה שנשמע עברי הוא באמת עברי, נכון שהחוק מושפע מהיסודות שלו אבל היה ניתן לקרוא לו בשם אחר כמו "זה נהנה וזה לא חסר" ולא מילים בעלות קונוטציה של עושה גזל.

סיכום

אמנם המשפט העברי הוא לא המקור הבלעדי וגם לא העיקרי שהמשפט הישראלי מסתמך עליו ביצירתו חוקים חדשים, אך במהלך השנים היו כן נראה שהיו השפעות, אמנם מינוריות, של המשפט העברי על שמות וסעיפים כאלה ואחרים של החקיקה האזרחית.

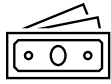
9. השפעת המשפט העברי על החקיקה הפלילית

א. השפעה מינורית בתחום הפלילי

אם ראינו השפעה מועטה של המשפט העברי על חקיקת הכנסת, בתחום הפלילי זה אפילו חמור יותר. יש לך 2 סיבות עיקריות:

1. המשפט העברי כמעט לא מאפשר להאשים ולהרשיע אף אחד בשום דבר – הדין מאוד מקל ומתקשה להרשיע.
2. במשך מאות שנים לא היה יישום של המשפט הפלילי ע"פ ההלכה, אלא יותר במישור האזרחי. לא הייתה אוטונומיה לקהילות במשפט העברי ולכן לא הייתה התפתחות של הדינים הללו.

ב. דוגמאות להשפעת המשפט העברי בתחום הפילי



חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), תשי"ב-1952

לקיחת שוחד

1. (א) עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו – מאסר שבע שנים או מאסר שבע שנים עם קנס עשרת אלפים לירות.
- (ב) בסעיף זה, "עובד הציבור" – כמשמעותו בחוק לתיקון דיני העונשין (עובדי הציבור), תשי"ז-1957 ועובד של תאגיד המספק שירות לציבור.

מתן שוחד

3. נותן השוחד דינו כדין לוקח השוחד, אלא שהעונש שהנותן צפוי לו הוא מחצית מן העונש האמור בסעיף 1.

דרכי שוחד

4. אין נפקא מינה בשוחד –
 - (א) אם היה כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת;
 - (ב) אם היה בעד עשייה או בעד חדלה, השהייה, החשה, האטה, העדפה או הפלייה לרעה;
 - (ג) אם היה בעד פעולה מסוימת או כדי להטות למשוא פנים בדרך כלל;
 - (ד) אם היה בעד פעולה של הלוקח עצמו או בעד השפעתו על פעולת אדם אחר;
 - (ה) אם ניתן מידי הנותן או באמצעות אדם אחר; אם ניתן לידי הלוקח או בשביל הלוקח לידי אדם אחר; אם בתחילה או בדיעבד; ואם הנהנה מן השוחד היה הלוקח או אדם אחר;
 - (ו) אם תפקידו של הלוקח היה של שררה או של שירות; אם היה קבוע או זמני ואם כללי או לענין מסויים; אם מילויו היה בשכר או בלי שכר, אם בהתנדבות או תוך קיום חובה.
 - (ז) אם נלקח על מנת לסטות מן השורה במילוי תפקידו או בעד פעולה שעובד הציבור היה חייב לעשותה על פי תפקידו.

חוק זה הפך להיות חלק מחוק העונשין בשנת 77'. החוק שכתוב למעלה זה הנוסח המקורי של החוק.

הדמיון למשפט העברי

1. **שם החוק**: השם לקוח מהמשפט העברי.

ישעיהו א, כג: שְׂרִיף סוֹרְרִים, וְחַבְרֵי גִנְבִים--כָּלוּ אֶהֱב שָׂחָד, וְרִדְף שְׁלֹמֻנִים; יָתוֹם לֹא יִשְׁפֹטוּ, וְרֵיב אֶלְמָנָה לֹא-יָבוֹא אֲלֵיהֶם.
הסבר: אנו רואים שהמילה "שוחד" נגזרה מהפסוק הזה בישיעיהו, כלומר יש כאן שאילה ממונחי המשפט העברי.

2. **מהות החוק**:

א. כמו במשפט העברי ובשונה מהחוק המנדטורי, גם במשפט הישראלי נותן השוחד נחשב לעובר עבירה פלילית ולא רק זה שמקבל אותו.

רמב"ם, הלכות סנהדרין, כג, ב: וכשם שהלוקח עובר בלא תעשה כך הנותן שנאמר ולפני עור לא תיתן מכשול.
הסבר: כמו שהלוקח אסור לו לקחת שוחד, כך גם לנותן אסור לתת, מתוך העיקרון של "בפני עיוור לא תשים מכשול".
שולחן ערוך, חושן משפט, ט, א: מאוד מאוד צריך הדיין לזהר שלא ליקח שוחד אפי' לזכות את הזכאי ואם לקחו צריך להחזירו כשיתבענו הנותן וכשם שהלוקח עובר בלא תעשה כך הנותן עובר בלפני עור לא תתן מכשול ולא שוחד ממון בלבד אלא אפי' שוחד דברים...

הסבר: גם פה אנו רואים שגם נותן השוחד עובר עבירה. בנוסף, שולחן ערוך מוסיף שאסור לקחת שוחד גם אם זה על מנת לעשות דברים ראויים. במצב כזה יש להחזיר את השוחד. הוא מוסיף גם שהשוחד יכול להיות גם טובות הנאה אחרות ולא רק ממון.

- ב. גם תשלום על דברים חיוביים שממילא היו נעשים אבל כעת נעשים מתוך השוחד, זה בעייתי.

שולחן ערוך, חושן משפט, ט, א: מאוד מאוד צריך הדיין לזהר שלא ליקח שוחד אפי' לזכות את הזכאי...

כתובות דף, קה, א: לא תטה משפט אלא אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב.

הסבר: גם אם זה השוחד נלקח לזכות אדם חף מפשע, שזה כביכול מעשה טוב, זה בעייתי.

ג. השוחד יכול להיות כללי ולא עבור פעולה ספציפית, למשל- אני מפנקת עובד ציבור במתנות לאורך תקופה, כדי שבבוא הזמן ובעת הצורך הוא יסייע לי.

רמב"ם הלכות סנהדרין, כג, ג: כל דיין שיושב ומגדל מעלתו כדי להרבות שכר לחזניו ולסופריו הרי הוא בכלל הנוטים אחרי הבצע. וכן עשו בני שמואל ולכך נאמר להם ויטו אחרי הבצע ויקחו שחד. ולא שחד ממון בלבד אלא אפילו שחד

דברים. ומעשה בדיין אחד שהיה עולה בדוגינת קטנה לעבור בנהר ופשט אחד ידו וסייעו בעלייתו והיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין. ומעשה באחד שהעביר אברה נוצה של עוף מעל רדיד הדיין ואחר כסה רוק מלפני הדיין, ואמר לו הריני פסול לך לדין. ומעשה באחד שהביא מתנה אחת ממתנות כהונה לדיין כהן ואמר לו פסול אני לך לדין. ומעשה באריס אחד של דיין שהיה מביא לו תאנים מתוך שדהו מערב שבת לערב שבת. פעם אחת הקדים והביא בחמישי בשבת מפני שהיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין. אע"פ שהתאנים משל דיין הואיל והביאן שלא בזמנם נפסל לו לדין.

הסבר: הרמב"ם מביא כל מיני דוגמאות של מקרים שמראים שגם לתת פינוקים ולסייע לאורך תקופה ארוכה ולא לשם סיבה מסוימת, זה עדיין ייחשב "שוחד" בבוא היום, כי זה גורם למשווא פנים. הוא מתאר אנשים שמקבלים ביום יום פינוקים. לדוגמה דיין שהיה עולה בסירה קטנה ומישהו אחר היה נותן לו יד ועוזר לו לעלות, הוא אמר לו שהוא פסול לדין בשבילו – לא יכול להיות שאני אשב בדין שלך כשאתה כל יום עוזר לי (חשוב לתת שיש דוגמות כאלה בהלכה ולא את הדוגמות הספציפיות).

השוני מהמשפט העברי

ישנו הבדל משמעותי בין החוק הישראלי לבין ההלכה- הדין העברי מורה להחזיר את השוחד למשלם, בעוד החוק אינו מורה כך- **רמב"ם, הלכות סנהדרין, כג, א:** לא תקח שוחד, אין צריך לומר לעות את הדין, אלא אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב אסור ועובר בלא תעשה והרי הוא בכלל ארור לוקח שוחד. וחייב להחזיר השוחד כשיתבענו הנותן.

הסבר: בחוק הישראלי אדם משלם שוחד ושם זה נגמר, ואילו במשפט העברי מחייבים להחזיר בחזרה את השוחד. כלומר זה לא התקבל בחוק. החוק הישראלי פחות מחמיר.

לסיכום

לסיכום, ראינו מעט השפעות של המשפט העברי על המשפט האזרחי, ועוד פחות השפעה של המשפט העברי על המשפט הפלילי, וזאת בשל כל הסיבות שהזכרנו לעיל (בייחוד העצמאות הקהילתית שהייתה נתונה רק בתחומים האזרחיים).

10. השפעת המשפט העברי על הקודקס האזרחי

א. שילוב המשפט העברי בחקיקה אזרחית

התחום האזרחי הוא התחום המרכזי שבו השתלב המשפט העברי, וזאת מפני שבייחוד בתחומים אלה, ליהודים הייתה עצמאות מבחינת ענישה פנים-קהילתית. בתחום הפלילי הם לא היו עצמאיים כ"כ ולכן שם שילוב ההלכה היה מועט יחסית.

ב. הצעת חוק דיני ממונות של מיגל דויטש

קודקס אזרחי הוא אוסף שיטתי של חוקים אשר נועד להתמודד באופן מקיף עם תחומי הליבה של המשפט האזרחי. הניסיון של פרופ' מיגל דויטש היה לאחד את החקיקה האזרחית לקודקס אחד, בשם "דיני ממונות". ישבה קבוצת מומחים במשך עשרות שנים, ובשנת 2004 הגישה את הטיוטה למשרד המשפטים. הטיוטה כללה יותר מ-900 סעיפים. פרופ' דויטש הכריז על המטרות של הקודקס-

פרופ' דויטש, מוביל היוזמה: "הקודקס הוא תוצר של רביזיה כוללת של הוראות החקיקה... ועדת הקודיפיקציה בחנה כל הוראה בדין הקיים, בנושאים הנדונים בקודקס, כמו גם רעיונות חדשים. תהליך זה הניב רביזיה ייחודית וחסרת תקדים באופייה."

הסבר: הקודקס נוצר לשם בדיקה מקיפה וכוללת של העקרונות שמאחורי החקיקה הקיימת. הוועדה בחנה את טיב החוקים ואת המטרות מאחוריהם. כל התהליך הזה יצר שינוי כולל וחסר תקדים בקודקס האזרחי.

נשאלת השאלה האם בשינוי הזה שנעשה בקודקס האזרחי נלקחה גם עמדת המשפט העברי בחשבון? התשובה היא שלא, לא הייתה פנייה לשום גורם/חוקר רבני בתחום המשפט העברי.

בטיטה של החוק נכתב כך : האם במסגרת רוויזיה זו נבחנו גם הרעיונות המשפטיים המצויים למכביר במסורת המשפטית היהודית המפוארת לדורותיה, מן המקרא, המשנה, התלמוד, ספרות הקודיפיקציה היהודית: משנה תורה לרמב"ם, השולחן ערוך של רבי יוסף קארו, ספרות השאלות ותשובות העצומה בגודלה ובעושרה? על כך יש להשיב בשלילה. קודמי בתפקיד הממונה על המשפט העברי במשרד המשפטים, פרופ' נחום רקובר... ביקש בשעתו להימנות בין חברי הוועדה ונענה בשלילה בטענה שעבודת הוועדה אינה אלא עבודה טכנית של האחדת החוקים האזרחיים הקיימים. גם לא הוטל על מומחה אחר למשפט עברי להביא בפני הוועדה את דבר המשפט העברי.

הסבר : אנו רואים בטיטה נכתב כי אין כל התייחסות למשפט העברי בקודקס הזה. בנוסף, פרופ' נחום רקובר, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, פנה לוועדה שדנה בהצעת הקודקס הזו, ודרש להיות חלק ממנה בתור זה שמייצג את המשפט העברי, הוא רצה שהדעה שלו תישמע ושהמשפט העברי יילקח בחשבון. בקשתו נענתה בשלילה בטענה שעבודת הוועדה היא רק עבודה טכנית של איחוד חוקים אזרחיים קיימים.

בפועל, **טענה זו לא הייתה נכונה**, כי למעשה הצעת הקודקס לא הייתה רק עבודת ליקוט של חוקים אזרחיים אלא ממש חשיבה מחודשת ונקיטת שינויים מרחיקי לכת בתפישות היסוד האזרחיות. כלומר על אף השינויים הרבים שיצרה הצעת החוק הזו, לא נתנו מקום לאף גורם מטעם המשפט העברי להביע דעה, והדבר גרם לתסכול ואכזבה בקרב תומכי המשפט העברי-

הערות מטעם המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים לגבי הקודקס : היעלה על הדעת, שמדינת ישראל, מדינתו של העם היהודי, תאמץ לעצמה חוק חשוב ומקיף כל כך, קודקס אזרחי המבקש להסדיר את מכלול היחסים המשפטיים שבין אדם לחברו למען עשיית צדק ביניהם, ובין המומחים היושבים על המדוכה, לא יישמע קולו הוותיק והמנוסה של המשפט העברי?

הסבר : אנו רואים את הצער והתמיהה של תומכי המשפט העברי, שגרמה להחלטה לא לשתף אותם או לשמוע דעתם לגבי הקודקס האזרחי. לטעמם, רוב החקיקה האזרחית מבוססת על הלכות מהמשפט העברי שתורגמו לאורך הדורות לכדי המציאות העכשווית, ולכן זו טעות גדולה שלא לתת לאנשי המשפט העברי להעיר הערות על ההצעה.

אבל אז חלה תפנית בעלילה- בשלהי 2010, במסגרת ועדת שרים לחקיקה, שר המשפטים דאז, פרופ' יעקב נאמן, החליט לעכב את אישור הצעת החוק עד שתושמע בפני הוועדה התייחסות המשפט העברי לסעיפי החוק המוצע. לדעתו, לא ייתכן שתגיע הצעת חוק שתחולל שינוי כה גדול במערכת המשפט הישראלית, ללא שמיעת דעתם של אנשי המשפט העברי. יש כאן יסוד מרכזי חסר שלא ניתן לקדם את הקודקס הזה בלעדיו.

מאותו רגע, ד"ר מיכאל ויגודה, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים כיום, יצר מסמך ראשוני של הערות לטיוטת הצעת החוק דיני ממונות (ההצעה של דויטש). במסמך ההערות הזה הוא הסביר מה חסר לדעתו בהצעה הנוכחית והיכן המשפט העברי יכול להוסיף לה. במסמך היו הסתייגויות מסוימות על סעיפים מתוך הקודקס, מנק' מבט של המשפט העברי. מסמך ההערות היה די ראשוני, משום שצריך להשקיע זמן ועבודה משמעותית על קודקס כה ארוך ומורכב. חוץ מד"ר ויגודה, את מסמך ההערות הזה עזרו לכתוב עוד רבנים וחוקרים של המשפט העברי, שדנו והתייעצו רבות טרם שליחת המסמך.

מסמך ההערות שלהם למעשה נותן מבט עתידי לגבי היכן המשפט העברי יכול להשתלב בקודקס האזרחי, היכן יש פערים בין השניים והיכן יכול המשפט העברי להוסיף על הקודקס האזרחי. כלומר המסמך בסופו של דבר נותן זוויות חדשות לקודקס האזרחי, שמשכללות ומשפרות בצורה רחבה ערכים מהמסורת המשפטית.

כעת נדון בחלק מההערות שכתבו חוקרי המשפט העברי במסמך.

ג. דוגמאות להערות מתוך מסמך ההערות של המשפט העברי על הצעת הקודקס



חלק ראשון : עקרונות יסוד

תכליות החוק

1. התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה:
 - (1) הבטחת צדק, הגינות וסבירות;
 - (2) קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט;
 - (3) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי;
 - (4) שמירה על זכויות מוקנות;
 - (5) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים.

הערה ראשונה

המסמך מתחיל בציטוט של תכליות החוק, כפי שהן כתובות בהצעה הנוכחית של דויטש. מחלקת המשפט העברי מציעה להוסיף תכלית נוספת: "**(1) קידום ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח עקרונות החירות הצדק הישר והשלום של מורשת ישראל**".

למעשה, אנשי המשפט העברי מציעים להוסיף לתכלית החוק, מעבר לתכליות שנרשמו ע"י פרופ' דויטש, את התכלית לקדם את ערכי מדינת ישראלית כיהודית ודמוקרטית, ברוח מורשת ישראל. לדעת אנשי המשפט העברי, מעבר לקידום ערכים אוניברסליים, יש לקדם את המורשת שכבר קיימת לנו בתור עם עתיר מורשת. לכן יש לקדם גם את העקרונות שיצרנו כמדינה יהודית, דמוקרטית, ובהסתמך על המורשת הייחודית לנו, ולא רק לקדם עקרונות כלליים שיכולים להיות בכל מדינה ללא ייחודיות.

חלק ראשון : עקרונות יסוד

תום לב

2. בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חוב, יש לנהוג בתום לב.

הערה שנייה

פרופ' דויטש בהצעתו מדגיש את נושא תום הלב בקודקס האזרחי. זהו מעין עקרון סל שעוטף את כל ההתנהלות המשפטית. אנשי המשפט העברי מברכים את השינוי הזה בהצעה של דויטש, שבא ושם את עקרון תום הלב כעקרון יסודי מרכזי בקודקס האזרחי, ומעמיד אותו כערך עליון. לטעמם שינוי זה מבורך ביותר מנקודת מבטו של המשפט העברי.



ההערה שלהם היא לא על המהות והתוכן, אלא על שם הסעיף- "תום לב". לטענתם, המשפט העברי גם הוא מכיר בעיקרון תום הלב, אך קורא לו בשמות אחרים כמו-

1. "**ועשית הישר והטוב**" - והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם.
2. "**כופין על מידת סדום**" - כופים על אדם שלא יעשה שימוש לרעה בזכות משפטית.
3. **דין "מחוסר אמנה"** - מצופה מאדם לקיים דבר שהבטיח, על אף שלא ניתן להעניש אותו אם לא יעשה זאת. זו נורמה מוסרית.

המגיד משנה, שכנים, יד, ה: "וכן אמרה [התורה] ועשית הישר והטוב. והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות פרטים לפי שמצות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל ענין ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפת לפי הזמן והאיש, והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם שעשו אותם בדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל".

הסבר: בעניינים של עשית הישר והטוב, אי אפשר לקבוע בדיוק מה זה כולל כי זה משתנה מתקופה לתקופה. בכל תקופה יש את מה שנחשב מעשים לא ישרים. להתנהג ביושרה ובטוב עם אחרים הוא עקרון יסודי שיש ללכת לאורו. כלומר גם התורה אומרת שיש לנו עקרון יסוד של התנהגות בני אדם, הפרטים יקבעו לאחר מכן וישתנו אבל החשיבות היא בכך שיש לנו עקרון יסוד. אנו רואים שמהבחינה הזו המשפט העברי והמשט הישראלי זהים- בשניהם יש עקרון על ברקע של תום לב. יש כאן השקה בין 2 המערכות.

אז מה ההערה שלהם? לדעת ד"ר בני פורת, חלק מכותבי מסמך ההערות, **עדיף ששם הסעיף תהיה "ועשית הישר והטוב"** או כל ביטוי אחר המורה על תום לב מהמשפט העברי, וזה עדיף מאשר הביטוי "תום לב" שמקור הביטוי הזה הוא בכלל ב-BGB הגרמני (הקודקס האזרחי הגרמני). או לכל הפחות, יש להוסיף לשם הסעיף את הביטוי "ועשית הישר והטוב", שיהיה לצד "תום לב".

חלק שלישי: חיובים הוראות מיוחדות לחוזים

98. תום לב בהקשר של דיני חוזים בקודקס האזרחי

(א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ינהג אדם בתום לב.

(ב) המפר את חובת תום הלב כאמור בסעיף קטן (א), יפצה את הצד שכנגד בשל הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה.

הערה שלישית

לדברי אנשי המשפט העברי, ביסוד ההוראה המוצעת עומד הרעיון שמשא ומתן בין אדם לחברו חייב להתנהל ביושר ובהגינות – רעיון המושרש עמוק במשפט העברי, הן במקרא, "ועשית הישר והטוב", והן בדברי חז"ל, "שיהא הן שלך צדק ולא שלך צדק", "שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב". לדעת אנשי המשפט העברי, **הבעיה בחוק המוצע היא שהוא אינו מתייחס לחובת תום הלב כלפי צד שלישי**, ומתוך ס"ק (ב) בחוק הנוכחי עולה לכאורה שחובת תום הלב חלה רק בין הצדדים לחוזה, ולא כלפי צד שלישי. תמיד קיים המתח שבין שמירה על חופש החוזים של הצדדים לחוזה, לבין ההגנה על האינטרס של אדם שלישי. במשפט העברי מעדיפים את ההגנה על אדם שלישי מאשר חופש החוזים.

כאמור, חובת תום הלב במשפט העברי נובעת מהפסוק "ועשית הישר והטוב". לדעת אנשי המשפט העברי, בניגוד להצעה של דויטש, עקרון תום הלב מהמשפט העברי מטיל חובה לנהוג בתום לב כלפי כל מי שעשוי להיות מושפע מן החוזה. הם נותנים לכך דוגמאות מהמשנה ומדברי הרמב"ם –

בבא בתרא, י' ז: "וכן היה רבן שמעון בן גמליאל אומר: הערב לאשה בכתבתה והיה בעלה מגרשה, ידירנה הנאה, שמא יעשו קנוניא על נכסים של זה ויחזיר את אשתו".



הסבר: המשנה מתארת סיטואציה של הסכם מלאכותי בין שני צדדים – גירושי הבעל והאישה, שמטרתו פגיעה באינטרס של אדם שלישי – הערב (הערב הוא אדם שמתחייב לשלם במקרה שיהיו גירושין אם לבעל אין יכולת לשלם).

כלומר יש חשש שהזוג יתגרש באופן מלאכותי, הערב יאלץ לשלם לאישה את החוב של הבעל, ואז הם יחזרו להינשא שוב ובכך בעצם הם ירמו את הערב, ויקחו ממנו כסף לשווא. לצורך הגנה על הערב, תיקן רבן שמעון בן גמליאל כי הגירושין וגביית הכתובה יותנו בכך שהבעל יידור הנאה מאשתו, כך שלא יוכל לשוב ולשאת אותה. לא נאפשר להשתמש בהסכמות ע"מ לפגוע באותו ערב תמים. כלומר, אנו רואים שכבר מהמשנה חובת "תום הלב" הייתה גם כלפי צד ג', ולא רק כלפי הצדדים לחוזה.

רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יג, הלכה ה: "מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו, ואחר כך מכר לו קרקע בצד אותה שדה שבאמצע... אם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת [כלומר, באותה איכות] שמכר לו בסוף מצרו, הרי זה מערים, ובן המצר מסלק אותו מן השדה שקנה בסוף".

הסבר: הלכה היא במשפט העברי שכאשר אדם רוצה למכור את השדה שלו, עליו קודם כל לתת דין קדימות לשכן שלו, כי כך הוא ירוויח יותר מהבעלות בשטח (זה נקרא כלל "בר מצרא"). הרמב"ם מביא סיטואציה שבה שאדם רוצה למכור את שדהו,



אבל לא מעוניין לתת דין קדימות לשכן שלו. אז מה הוא עושה? מוכר חלק קטן אחר מהשדה למישהו אחר, וכך הופך את "המישהו" הזה לשכן בעצמו! כך למעשה, הוא יכול למכור לו את כל השדה ולהימנע ממכירה של השדה לשכן המקורי. זו דרך ערמומית לעקוף את כלל "בר מצרא". לכאורה, אין כאן סיבה להתערב שכן זו זכותו של המוכר, הוא לא באמת עשה משהו בניגוד לכללים. אבל הרמב"ם קובע שזה פשוט לא מתקבל. לדעת הרמב"ם, להסכם בין שני הצדדים לחוזה תמיד תהיה השפעה על צד שלישי, וצריך להתחשב בכך. אנו לא ניתן שהסכים בין השניים יתרחש בשל ההשפעה שלו על הצד השלישי, על השכן המקורי. יש כאן התערבות של הרמב"ם בחופש החוזים מתוך הבנה שיש להתחשב גם בצדדים שלישיים.



חלק שלישי : חיובים הוראות כלליות לחיובים

זקיפת תשלום בחיובים אחדים

58. חייב שחב חיובים אחדים לנושה, זכאי לקבוע בעת התשלום לנושה, לחשבוננו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום; לא עשה כן, זכאי הנושה לקבוע את אופן זקיפת התשלום.

הערה רביעית

כשיש אדם שחב חובת תשלום כלפי אדם אחר- מי מהם זכאי לקבוע את התנאים להחזרת החוב? הסעיף לעיל בקודקס של דויטש, מדבר על סיטואציה שבה אדם לווה מחברו כסף לכל מיני צרכים- לדוגמא, יוסי לווה מדני כסף גם עבור רכישת מזון וגם עבור רכישת דירה. הצעתו של דויטש קובעת כי יוסי זכאי לקבוע בעת התשלום לדני לחשבוננו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום- למזון או לדיוור. אם לא עשה כן, זכאי דני לקבוע את אופן זקיפת התשלום. יש כאן אמירה- לחייב יש את הכוח להחליט איזה חוב הוא פורע ראשון, וזה כוח משמעותי מאוד. כלומר **הקודקס האזרחי של דויטש מעדיף את זכותו של הלווה על פני זכותו של המלווה, ואילו במשפט העברי הדבר הפוך- ישנה עדיפות לזכות המלווה על פני זכות הלווה.**

אנשי המשפט העברי מביאים במסמך ההערות את עמדת המשפט העברי בנידון- עקרון "**עבד לווה לאיש מלווה**"- **בבא בתרא, קע"א, ב :** ומסתברא דכותבין שובר, דאי סלקא דעתא אין כותבין שובר, אבד שטרן של זה - יאכל הלה וחדדי? מתקיף לה אביי: ואלא מאי? כותבין שובר, אבד שוברו של זה - יאכל הלה וחדדי? א"ל רבא: אינו, עבד לווה לאיש מלווה. **הסבר :** הלווה נחשב כפוף לרצונו של המלווה, שכן המלווה עשה טובה ללווה, ולכן היינו מצפים שהמלווה הוא זה שיקבע את התנאים לפירעון ההלוואה. הגמרא מביאה כאן מקרה שבו שטר חוב הלך לאיבוד, והמלווה לא יכול להוכיח שקיים איזשהו חוב כלפיו. מה נעשה במקרה כזה? הגמרא קובעת כי במקרה כזה **המלווה יכתוב שטר חדש** שבו יהיה רשום גובה החוב והתנאים לפירעונו. מדוע הגמרא נותנת כוח כה גדול מלווה? מתוך ההנחה שאם המלווה לא יכתוב מחדש את השטר למעשה ייווצר מצב שבו הלווה ייצא נשכר ויוכל להשאיר את הכסף אצלו. **מצד שני, יש כאן בעייתיות**- ייתכן כי החוב כבר הוחזר ואז שטח החוב אבד, ואז המלווה ירשום בכל זאת שטר חדש שיחייב את הלווה להחזיר לו שוב את החוב, כלומר הפעם המלווה ייצא נשכר ויקבל את חובו חזרה כפליים. **רבא אומר על כך שבכל זאת יש ללכת לטובת המלווה**, כי העיקרון הוא "עבד לווה לאיש מלווה"- המלווה הוא הנותן, הוא זה שיותר על הזכות שלו, ולכן תמיד נעדיף לתת לו בכורה, גם על חשבון הסכנה שהוא ייצא נשכר יותר ממה שמגיע לו.

הצעתו של ויגודה וחבריו היא שנוסח הסעיף לפי המשפט העברי לכאורה היה צריך להיות כך- "חייב שחב חיובים אחדים לנושה, **זכאי הנושה** לקבוע בעת התשלום, לחשבוננו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום". אנשי המשפט העברי למעשה רוצים לשנות את הסעיף כך שזכותו של המלווה תגבר על זכותו של הלווה, כמו שקובעת המשנה. **אבל**, אנשי המשפט העברי מבינים שעקרון "עבד לווה לאיש מלווה" עובד רק כאשר מדובר בחיוב שהוא הלוואה, אבל יש עוד סוגי חיובים אחרים שהם לא הלוואה, ולכן העיקרון הזה לא יפעל, אז אנחנו לא יכולים לשנות באופן גורף את הסעיף כך שזכות הנושה תגבר. לכן, הצעתם הסופית של אנשי המשפט העברי לניסוח הסעיף מחדש הוא כזה : "**חייב שחב חיובים אחדים לנושה, שמקורם אינו בהלוואה, זכאי לקבוע בעת התשלום לנושה, לחשבוננו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום; לא עשה כן, זכאי הנושה לקבוע את אופן זקיפת התשלום**".

ניתן לתהות האם זו הצעה נכונה? האם זה תואם את המציאות הכלכלית בימינו שבה יש גם רווח ממתן הלוואה באמצעות ריביות וכו'? לא בטוח.



חלק שלישי : חיובים הוראות מיוחדות לחוזים

עושה

115. (א) התקשר אדם בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקתו, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי אותו אדם לבטל את החוזה.

הערה חמישית

ההוראה המוצעת בקודקס של דויטש מאפשרת ביטול חוזה בעילת העושה רק אם הצד העושה התכוון לנצל את מצוקתו של הצד העשוק. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, זכות הביטול קיימת גם בהעדר כוונת ניצול, ואף אם הצד העשוק הוא שיזם את ההתקשרות, ובלבד שהתקשרותו בתנאים בלתי סבירים נבעה ממצוקתו. את זה אנו למדים מהמקור הבא-

ערוך השולחן, חושן משפט, סימן רסד, סעיף ז: וזה לשון הרמב"ם... 'מי שברח מבית האסורים של אנסים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו'... ולמדנו מזה דאף אם המתחיל לא היה המציל, אלא הנצול אמר לו אתן לך כך וכך, אין צריך ליתן לו אלא שכר הראוי.

הסבר: המקרה המדובר הוא במי שהיה בורח מבית כלא, ולשם כך היה חייב לעבור את הנהר כדי להגיע לחוף מבטחים. כדי להגיע לשם סיכם עם חברו שהוא ישלם לו דינר, שהוא שכר מופקע ביחס לשכר הריאלי שלוקחים על שירות מעין זה. כלומר, האדם שבורח הציע תמורה גדולה מאוד עבור שירות זול, וזאת מתוך לחץ ומצוקה שהוא נמצא בהם. הדין הוא שלא מגיע לחברו דינר כפי שסוכם אלא הבורח צריך לתת לו את שכרו הראוי לו דהיינו כפי שמקובל לשלם במקרה דומה.

משמעות: מכאן אנו מבינים שלפי המשפט העברי, גם אם החבר לא התכוון לנצל את חברו שברח, עדיין ההסכם ביניהם לא תקף כי התמורה המוגזמת הוצעה מתוך לחץ ומצוקה, ללא קשר לכוונתו של החבר לנצל או לא לנצל את חברו הבורח. בנוסף, אנו למדים מהמקור הזה שאפילו אם האדם שהמצוקה הוא זה שיצר את ההתקשרות עם הצד השני לחוזה, עדיין תהיה לו הזכות לבטל את ההסכם.

כלומר ההערה של אנשי המשפט העברי היא להרחיב את עילת העושה לפי המשפט העברי, כך שהאדם העשוק יוכל לבטל את החוזה גם כאשר הצד השני לא התכוון לנצל אותו, וגם אם העשוק הוא זה שיצר את ההתקשרות מלכתחילה.

הערה שישית- בנוגע לאותו סעיף

ההערה השישית נוגעת לאותו סעיף של עושה. לצד הרחבת עילת העושה, הרב ד"ר ברוך כהנא מציע גם לצמצם את התרופה של האדם העשוק. כלומר, הוא מביא סייג שהתרופה (ביטול החוזה) תוכל לבוא רק בתנאי אחד- שהאם העשוק לא קיים את חיוביו לפי החוזה. כלומר, אם האדם העשוק קיים את חיוביו, ושילם מה שצריך לפי החוזה, הוא לא יוכל לדרוש את ביטול החוזה, התרופה מצטמצמת רק למקרים בהם העשוק עוד לא השלים את חיוביו. הרב כהנא לומד זאת מהמקור הבא:

שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רסד, סעיף ז-ח: וכך מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו וא"ל העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו. במה דברים אמורים? בשלא נתן לו אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו.

הסבר: כלומר אנו מבינים שעשוק יכול לבטל את ההסכם אם היה בו עושה, אבל רק אם לא נתן עדיין את התמורה שלפיה התחייב בחוזה. אם כבר נתן את התמורה הוא לא יכול לבטל את החוזה ולא יכול להוציא את הכסף שנתן מיד הצד השני שעשה אותו.

סיכום

לאנשי המשפט העברי יש הרבה מה לומר על ההסדרים החוקיים בתחום האזרחי שהציע פרופ' מיגל דויטש. המשפט העברי למעשה מביא השקפת עולם שלמה משלו על החקיקה האזרחית. ההערות שצינו קודם, שאותן כתבו חוקרים ורבנים רבים בראשם ד"ר יוגדה, הן רק חלק קטן מאוד מתוך מסמך ההערות הארוך שהם יצרו. הייתה להם הערה כמעט על כל דבר בקודקס, וזה מראה כמה למשפט העברי יש עמדה נחרצת לגבי תחומים אזרחיים.

10. חוק יסודות המשפט

א. השינוי האמיתי- חקיקת חוק יסודות המשפט



חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980

מקורות משפט משלימים

1. 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.

ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו ושמירת דינים

2. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1947-1922 – בטל.
(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה.

עד כה, ראינו את היוזמות של משפט השלום העברי, הניסיון להכניס דין שיורי בקום המדינה שלא עבד, הסוגייה הייתה יותר מידי קריטית ושנויה במחלוקת, ולכן ההחלטה הייתה להשאיר את העניין של המ"ע בצד יחסית. ראינו שהמשפט העברי והשילוב שלו בחקיקה לא היה מאוד משמעותי, בייחוד לא בתחום הפלילי, לא היה רצון להציף קשיים ומחלוקות.

בשנת 1980 מתחיל שינוי בתפיסה הזו, עם חקיקת חוק יסודות המשפט. פעם ראשונה, יש החלטה אקטיבית שאומרת שיש לשלב את מורשת ישראל במשפט הישראלי.

התכלית הייתה לבטל את סימן 46 לדבר המלך, שהשאיר את הדין השיורי של המנדט הבריטי. למעשה, הרצון היה שאם ביהמ"ש נתקל בלקונה הוא יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בכך, מבטל הדין השיורי בפנייה לדין הבריטי של המנדט.

מקורות משפט משלימים

1. 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.

בשנת 2017 חל השינוי המשמעותי ביותר - שונה החוק עוד פעם ונוספה לו הכוונה ברורה: **המשפט העברי והמורשת ישראל**, זה התיקון המשמעותי שהכניס בצורה ברורה את ההפניה למשפט העברי בעת לקונה, ולא רק לעקרונות מופשטים של מורשת ישראל.

ב. מה הייתה המוטיבציה להפנות למשפט העברי פתאום?

הדבר העיקרי שגרם לחקיקת חוק יסודות המשפט והפנייה למשפט העברי במצב של לקונה, היה למעשה **תקפותו של דבר המלך המנדטורי**. סימן 46 לדבר המלך למעשה חייב את המשפט הישראלי לפנות למשפט האנגלי במקרים של לקונה. זה היה בעייתי להשאיר את הסימן הזה בתוקף כי מדובר בשארית עתיקה מתקופת המנדט שלא דווקא באמת משתלבת עם המשפט הישראלי כיום. הייתה מחלוקת לגבי התוקף של סימן זה, ולכך היו 2 עמדות רווחות ועמדת ביניים של השופט אהרון ברק:

1. **הסימן המנדטורי כבר לא בתוקף**, כי התיישן ומת מעצמו מהרגע שהתחיל משפט ישראלי עצמאי ומפותח בארץ, המייתר את הפנייה למשפט האנגלי.
2. **הסימן המנדטורי עדיין בתוקף** כי כדי שהוא יבטל הכנסת צריכה לבטל אותו בחקיקה. כל עוד היא לא עשתה זאת הוא עדיין מחייב.
3. **עמדת ביניים** - השופט אהרון ברק, שהיה אז פרופ' למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, טען כי נכון שמבחינה מעשית הסימן הזה כבר מת והתיישן מעצמו, ובאמת אנו רואים שאין בו שימוש כלל. אבל, מבחינה טכנית, ראוי יהיה לבטל אותו בחקיקה פורמלית, כי הביטול הוא לא רק מעשי אלא יש פה גם אמירה הצהרתית, ולכן בכל זאת חשוב לבטלו בחקיקה.

ג. הצעת החוק המקורית

כשאהרון ברק התמנה ליועמ"ש, הוא ביקש מראש מחלקת החקיקה לנסח הצעת חוק קצרה שתורה על ביטול סימן 46 המחייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של לקונה. בהצעת החוק המקורית היו 2 סעיפים קצרים בלבד - "(1) סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל. (2) אין בביטול 'כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה'". כלומר, **בהצעת החוק המקורית רק נקבע לבטל את**

הסימן, ולא לקבוע מה יהיה דין השיור החלופי. זה נבע מתוך תפישת עולם שאין דבר כזה "דין שיורי", כי ברוב המקרים אנחנו כן נמצא הסדר בחוק או במשפט זר, ובאופן כללי עדיף שלא לקבוע דין שיורי כי זה נותן יותר מדי כוח לשופטים במקומות שבהם המחוקק לא נתן דעתו. ניתן לראות את התפישה הזאת מתבטאת בדבריו של אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה דאז-

אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה: דין השיור הוא מוקש מסוכן- מדובר בהצהרה בעלת משמעות סמלית רבה שתציב ערכים ועקרונות-על המנחים את החברה ואת משפטה. הצהרה משפטית כזו מהווה הוראת פעולה, המחייבת את השופטים להכריע בין ערכים שהמחוקק עצמו לא הכריע בהם.

הסבר: ידן טוען שמסוכן לקבוע "דין שיורי", שכן קביעה של דין שיורי זה לא סתם הצהרה, אלא זה ממש הוראת פעולה משמעותית שמבטאת את בסיס העקרונות בחברה ומגדירה את הזהות שלה. זה בעצם נותן לגיטימציה לשופט להכריע בין ערכים שאפילו מהמחוקק עמו לא הכריע בהם. אם נפנה למשפט העברי זה בכלל יהיה בעיה, כי זה בעצם ייתן לשופט להכריע בדילמות על-בסיס המשפט העברי לפי ראות-עיניו, כלומר ייתכן שהחלטה שתתקבל תהיה שונה לגמרי ממה שהמחוקק היה קובע.

ד. ההצעה להוסיף את "המשפט העברי" כדין שיורי

אהרון אבו-חצירא, שר הדתות דאז, מציע שהמשפט העברי יהיה הדין השיורי כתחליף למשפט האנגלי, כלומר הוא מציע שבמצב שבו השופט נתקל בלקונה, הוא יפנה למשפט העברי.

להצעה זו הצטרפו שרים, חברי כנסת, רבנים ואנשי רוח. הלחץ גבר לאחר עלייתה של מפלגת הליכוד לשלטון בשנת 1977 **והעלייה בכוחן של המפלגות הדתיות** שהיו אז ל"לשון מאזניים" בין שתי המפלגות הגדולות. הם טענו שאם כבר מבטלים את המשפט האנגלי כדין שיורי, אז נכניס כבר את המשפט העברי במקומו. מה יותר יתאים במצב של לקונה מאשר לפנות למשפט היהודי, העברי, המסמל את המורשת וההסטוריה של העם הזה?

לעומת המצב בעבר שאותו סקרנו לאורך הקורס, שבו כל הצעה לשלב את המשפט העברי בדין הישראלי נדחתה על הסף, הפעם זה לא כ"כ מופרך, פתאום ההצעה של אבו-חצירא היא לא רחוקה מהמציאות ובוודאי שלא נדחית על הסף. הסיבה לכך היא שבאותה תקופה הימין שלט בארץ, וכוחן של המפלגות הדתיות עולה מאוד. לפיכך, לדרישה של אבו-חצירא לפתע יש הרבה יותר מקום, הקונסטלציה הפוליטית נותנת עכשיו הרבה משקל לעמדות כאלה של תמיכה במשפט עברי.

ה. ההסדר שיצר פרופ' רקובר

בעקבות הדרישה של אהרון אבו-חצירא וחבריו, אהרון ברק מבקש **מפרופ' רקובר**, ראש מחלקת המשפט העברי במשרד המשפטים דאז, לנסח הסדר שיכול להתאים לכולם. רקובר יוצר 4 הצעות, שאוחדו לנוסח המכיל את המילים "**מורשת ישראל**".

שמואל תמיר, שר המשפטים: "אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה, מי שמבקש לראות במשפט הישראלי משפט עצמאי המסוגל לצעוד בלי סיוע של חוק זר, משפט מתקדם ונאור הצועד עם הזמן אך שומר על זיקה עמוקה ונאמנה לעקרונות המורשה, עקרונות עתיקים בחכמה, במוסר, בנסייך חיים ובאהבת אדם, ודאי יתמוך בהצעה זו שאנו מביאים עתה לפניכם. אני מציע להעביר את ההצעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט".

הסבר: אנו רואים שיש תמיכה מצד שר המשפטים להצעתו של פרופ' רקובר. לדעתו, החזרה למקורות היא חשובה. זה אמנם רק דין שיורי שנפנה אליו רק במצב של לקונה, אבל הוא עדיין שומר זיקה נאמנה בעלת חשיבות לערכים העולים מהמשפט העברי. תמיר נותן אמירה מאחדת, אנחנו לא פוגעים במשפט המתקדם והנאור שלנו, הוא עדיין יהיה המרכז, אבל אנחנו כן פותחים פתח לינוק ערכים מהמורשת שלנו, ואין בכך כל פסול.

כעבור שנתיים של דיונים סוערים אושרה הצעת החוק בכנסת בתאריך 2 ביולי 1980. בשלב זה כבר נוצרה הסכמה של כל הצדדים סביב ההסדר, שכן גם מי שלא היה מאנשי המשפט העברי הבין שבסוף מדובר בהסדר אמורפי, שגם ככה לא נעשה בו שימוש רב מדי, ובין כה וכה הכל יהיה נתון לפרשנות השופט.

ו. התנגדותו של זרח ורהפטיג

זרח ורהפטיג לא כ"כ מרוצה מההצעה של פרופ' רקובר-

זרח ורהפטיג: לא פעם התרעתי בכנסת וקראתי תגר נגד שיעבודנו המשפטי, נגד המצב שמבחינה משפטית אכתי עבדי דהמלכה אליזבת אנו. אצטט מדבריו של השופט זילברג בשנת תשי"ח: "ובכן הגיע הזמן לכלות קוצים מן הכרם שלנו, כוונתי לקוצי כלאי הכרם הבאים מהרכבה בלתי טבעית של תחיקה ישראלית ופרשנות אנגלית. עתידיים גלי הפרשנות הזרה להציף ולגרור את ניצני

תחיקתנו הצעירה הבאה לצור צורה ולקבוע דפוסים ישראליים לחיי הארץ הזאת" ... לקראת העשור הראשון להחייאתה של מדינת ישראל בשנת תשי"ט ושוב בשנת תשכ"ב ולא אצטט את דיוני הכנסת הגשתי הצעה כוללת לביטולו של סעיף 46 והחלפתו בחובת הזיקה למקורות ומסורת המשפט העברי. הסתמכתי בין היתר על דבריהם של כמה שופטי בית המשפט העליון שקבעו לא פעם כי המשפט העברי הוא המשפט הלאומי של עם ישראל ומדינת ישראל. השופט אגרנט בפסק דין במשפט סקורניק נגד סקורניק אמר את הדב רים האלה: "המשפט העברי... לא פסק אי פעם... לשמש חוקם הלאומי של היהודים". מוצע בהצעת החוק ש"יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". ההגדרה היא כוללת, מרחפת באוויר, מעורפלת מאוד. היא כה כוללת שבעצם היא משאירה הכול בידי השופט ונטייתו האינדיבידואליות ללא כל הכוונה, ללא הדרכה מועילה. וכלל יש לנו בהלכה "אין למדין מן הכללות". אבל אני רוצה להוסיף שזוהי הגדה גם מעליבה. יש בה משום זילזול ועלבון למשפט העברי. עם ישראל הוא עם משפט. ילד יהודי הלומד תורה וגמרא משחר ילדותו מתרגל לחשיבה של צדק ומשפט, למה מותר ומה אסור. שיקולי מוסר, יושר ודרכי ניתוח משפטי מאפיינים תכונה יהודית לאומית. יש לנו אוצרות אוצרות של ספרי הלכה ומשפט, אלפים ורבבות של פסקי דין, תשובות, פתרונות לבעיות מתקופות שונות, של מאות ואלפים בשנים ממקומות גיאוגרפיים שונים. והנה באה הצעת החוק ומתעלמת מכל אלה ומפנה למושג מעורפל של "מורשת ישראל", לא מורשת יהודית, לא מורשת של עם ישראל, אלא מורשת ישראל. וכבר הבינתי מהרצאתו של אחד משופטי בית המשפט העליון, ואינני רוצה להזכיר שם אבל הוא ידוע, שהוא מפרש "מורשת ישראל" כמורשת מדינת ישראל, זו מורשת של שלושים ואחת שנה. הצעת החוק מתעלמת וכאילו מתביישת להזכיר כמקור את המשפט העברי. שלוש פעמים ביום אנו מתפללים "ולא נבוש כי כך בטחנו". ואין לנו להתבייש בנחלתנו המשפטית. אנחנו לא אנונים, לא בן בלי שם. נחלתנו היא עשירה מאוד, היא רב גונית, והעיקר, היא ניתנה, צמחה, גדלה ממעמקי האמונה, התבונה ואורח חייו של העם היהודי... הצעתי היא להחליף את המלים "מורשת ישראל" במלים "המשפט העברי".

הסבר: ורהפטיג לא כ"כ מרוצה מההסדר. למה? הרי הוא מאותם תומכי המשפט העברי שחתר להכניס את המשפט העברי כדיון שיורי במדינה. התשובה לכך היא שלטעמו, ההסדר כפי שהוא מנוסח כרגע- מפנה לעקרונות "מורשת ישראל", זה ממש כללי ואמורפי. ההסדר לא באמת מכווין ומדריך באופן יעיל את השופט. זה הסדר סתמי שלא נותן כלום. הוא חושב שלקרא למשפט העברי "מורשת ישראל" זאת הגדרה אפילו מעליבה, שכן מי שבאמת חוקר ולומד את המשפט העברי יודע שמדובר במשפט רחב ומקיף של מאות שנים. הצעת החוק הזו למעשה מתעלמת מכל אלה ומפנה למושג מעורפל של "מורשת ישראל". הצעתו היא להחליף את המילים מורשת ישראל במילים "המשפט העברי".

מרדכי וירשובסקי, ממפלגת "התנועה לשינוי ויוזמה", לא אהב את ההצעה של ורהפטיג-

מרדכי וירשובסקי, ממפלגת "התנועה לשינוי ויוזמה": "מה אנחנו עושים כאן? אנחנו מציעים שיטה שתופעל בכל הערכאות במדינת ישראל, לא רק בבתי הדין הדתיים אלא גם בבתי הדין החילוניים. פירוש הדבר שהשופטים שאינם אמונים כיום על השיטה של המשפט העברי, על שאלות ותשובות ועל כל המסורת שאותה כוללים במסגרת הזאת, יצטרכו להחליט עכשיו על פי משפט שאינם מכירים ולא יוכלו להתעלם ממנו. אם יופיע לפנייהם עורך דין שיטען כי הוא מביא פסקי דין משאלות ותשובות במשך מאות בשנים יצטרך אותו שופט להתייחס לדברים האלה. כך מעבירים אנו לכאן מערכת משפט שאינה ידועה כלל לחלק גדול מעורכי הדין בישראל ומהשופטים בבתי משפט חילוניים והם אינם בנויים לכך. אנחנו עושים פה אנדרלמוסיה בלתי רגילה. אני לא מדבר עכשיו על הצד העקרוני אלא על הבעיה המעשית שתתרחש, שיהיו לנו משפטים שבהם ישמיעו עורכי דין מלומדים לפני שופטים מלומדים כל מיני טענות ממשפט עברי שבכלל בתי המשפט לא יוכלו לעכל אותם. אנחנו הרי מדברים על בתי המשפט החילוניים. לכן מה שאנחנו ניצור או עלולים ליצור הוא אנדרלמוסיה. אנחנו גם עלולים ליצור פרשנות של עקרונות החירות, הצדק והיושר כפי שמופיעים במשפט העברי על ידי אנשים שבכלל לא בקיאים בנושא הזה. מה אנחנו נגרום בכך? ששיטת המשפט במדינת ישראל שעד היום פעלה על פי מסגרת מסוימת שאנשים יכלו לדעת פחות או יותר להעריך את הסיכויים שלהם במערכת המשפט, הם עכשיו לא ידעו בכלל למה הם נכנסים. מפני שיכולים ליצור היום הלכות חדשות לפי שיטות משפט שונות לחלוטין ממה שהיו נהוגות בחיים האזרחיים שלנו אני חושב שהדבר הזה הוא מסוכן ביותר... לכן אני חושב שהחוק הזה איננו מכובד. הוא מכניס את המשפט העברי בדלת האחורית ובצורה הלא מכובדת. שהרי הוא לא תלוי בטעמו ובסגנונו של כל שופט ושופט, יהיה אחד שיאמץ זאת, יהיה אחר שלא יאמץ זאת. יהיה אחד שירצה לקבל כהלכה שאלות ותשובות מסוימות ויהיה אחר שירצה לקבל את האחרות. אני חושב שאנחנו לא עושים חסד וצדק למשפט העברי. אני לא חושב שאנחנו עושים חסד וצדק לאזרחים של מדינת ישראל שצריכים להתדיין בפני בתי המשפט ולדעת שיש להם שיטת משפט יציבה".

הסבר: וירשובסקי מתנגד באופן חריף ביותר להכניס את המשפט העברי כדין שיורי בארץ. לדעתו, הדבר יגרום אנדרלמוסיה-בלאגן אחד גדול במערכת המשפט. הוא אומר שהדין השיורי לא חל רק על בתי דין דתיים אלא גם על בתי משפט חילוניים, ואם נחיל את המשפט העברי כדין שיורי, אנחנו בעצם נגרום לכך שאנשים חילוניים יצטרכו להכריע ולדון בהלכות מהמשפט העברי, כאשר הם בכלל לא מאומנים לכך ולא בקיאים בכל התחום הזה. איך אנחנו מצפים משופטים חילוניים שלא מכירים את המשפט העברי לפסוק לפיו? זה אבסורד! זה ייצור חוסר ודאות משפטית מסוכנת- אנשים יוכלו בכל יום להגיע לבית משפט עם טענות משיטות משפט אחרות והלכות חדשות שלא קשורות למשפט שלנו. אנחנו צריכים לתת לאזרחי ישראל תחושה שיש להם מערכת משפט יציבה. בנוסף, ההצעה הזו לא מכבדת לא רק את האזרחים והשופטים, אלא גם את המשפט העברי עצמו, שכן היא מכניסה אותו מהדלת האחורית באופן כזה שהוא ייושם לפי הרצון שהשופטים באים איתו מראש.

וירשובסקי מתייחס ל-2 בעיות שההצעה של ורהפטיג יוצרת:

1. **חוסר ידע** של שופטים חילוניים במשפט העברי.
2. **חוסר וודאות/ יציבות המשפט**- דרכי פרשנות לא ברורות, לא נדע בדיוק מה המשפט שלנו ואיך עובדים איתו. ישנם כאלה שהתנגדו לדעתו של וירשובסקי, שכן לטעמם המערכת המשפטית הישראלית תמיד תהיה וודאית, זה שאנחנו מוסיפים דין שיורי זה לא מערער את הוודאות, זה ככה בכל מערכת משפט בעולם.

ז. היוזמה של חברי הכנסת

חברי הכנסת מהצד הימני והדתי יותר- ניסן סלומינסקי, שולי מועלם-רפאלי, מכלוף מיקי זוהר, אברהם נגוסה, עודד פורר, ענת ברקו, יעקב מרגי, דוד אמסלם ויואב בן צור, יזמו הצעה שמטרתה לסייע בהכנסת "המשפט העברי" לדין הישראלי.

חברי הכנסת: חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שחוקק בשנת 1980, קובע את החובה לפנות למקורות מורשת ישראל בהכרעה בשאלה משפטית שאין לה הכרעה בחקיקה, בפסיקה, או בדרך של היקש, אולם, השימוש שנעשה בחוק לאורך השנים מועט ביותר, שכן ההפניה ל"עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" אינה ברורה וניתנת לפרשנות. לרוב, הפרשנות שניתנה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין המנחים בנושא ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ פ"ד לה (2) 785, (1981), ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו (3) 701, (1982), בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש ממשלת ישראל ואח' פ"ד מה (1) 749 (1991) ואחרים, קבעה כי אין בחוק זה כדי להיבן פניה אל עקרונות המשפט העברי במקרה של לקונה. על כן, מבקשת הצעת החוק לציין בחוק במפורש את המונח "עקרונות המשפט העברי" כמקור פרשני אליו יהיה רשאי בית המשפט לפנות במקרה של לקונה בחוק. לשם שימוש בעקרונות המשפט העברי על ידי כלל השופטים והמשפטים, יש להנגיש את ספרות המשפט העברי וזאת בין השאר לאור דבריו נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק, בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (הוצאת ירושלים 2004) עמ' 289: "נקודת המוצא שלי היא חילונית... חרף זאת הנני סבור כפי שרבים מהחילונים סבורים וכפי שמשפט המדינה קובע, כי יש מקום למשפט העברי במשפט המדינה וכי מקום זה ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו". מוצע להקים מכון ממלכתי אשר יעסוק ב"תרגום" ספרות המשפט העברי לעברית עכשווית המובנת לכל. בעיקר יש לבצע את התרגום בספרות המשפט העברי הקשורה לתחום האזרחי. מוצע כי המכון יוקם על ידי משרד המשפטים ולשכת עורכי הדין. בהנהלת המכון יכהנו שלושה נציגים: נציג משרד המשפטים, נציג לשכת עורכי הדין בישראל ושופט בדימוס, אשר יבחר במשותף על ידי נציג לשכת עורכי הדין ונציג משרד המשפטים. כמו כן, שר המשפטים יקבע בתקנות את דרך הקמת המכון וניהולו.

הסבר: חברי הכנסת הללו למעשה טענו כי לאורך השנים, מאז הצעת החוק של רקובר, השימוש במשפט העברי היה דל מאוד, שכן הניסוח היה הפניה לעקרונות "מורשת ישראל". אנו רואים כי לאורך השנים בפסיקה, כמו בפס"ד הנדלס ופס"ד קניג, קבעה כי החוק כפי שהוא מנוסח אינו מחייב לפנות למשפט העברי במקרה של לקונה. הם מעוניינים שיהיה יותר שימוש במשפט העברי, לכן הם מציעים שהחוק יציין במפורש את המונח "עקרונות המשפט העברי" ולא יסתפק ב"מורשת ישראל". לצד זאת, הם מבינים גם את הבעייתיות שיש בדבר. כפי שטען וירשובסקי, המשפטים החילוניים כיום אינם בקיאים במשפט העברי. הפתרון שחברי הכנסת הללו מציעים הוא הנגשת ספרות המשפט העברי לכל משפטן, גם לחילוניים, וזאת באמצעות הקמת מכון ממלכתי שיעסוק בתרגום המשפט העברי לשפה עברית עכשווית המובנת לכולם. הייתה הבנה שאם אנחנו מחייבים שופטים לפנות למשפט העברי אנחנו צריכים לתת להם את הכלים לשם כך.



בשנת 2018 החוק שונה כך שיכיל את המונח "משפט עברי"! אך ההצעה להקים מכון לא התקבלה בשל התנגדותו של משרד האוצר, שכן מכון כזה יגרור אחריו עלויות משמעותיות, ולחברי הכנסת שהציעו את ההצעה לא היה מספיק כוח פוליטי בזמנו כדי לבקש תקציב כה גבוה עבור הקמת המכון. **הוצע פתרון חלקי:** שרת המשפטים דאז, **איילת שקד,** מינתה את ד"ר הילה בן-אליהו, **כיועצת מיוחדת לענייני המשפט העברי בבית המשפט העליון.** הפתרון הזה חלקי כי זה אמנם מסייע לשופטי ביהמ"ש העליון להתייעץ עם מומחית בענייני משפט עברי אבל זה לא מסייע לערכאות נמוכות יותר כמו ביהמ"ש שלום ומחוזי. הטענה היא שעל אף שאין מכון אחד מרכזי שמתרגם את ספרות המשפט העברי, עדיין ישנם מכונים שונים בארץ שעושים את זה, והספרות בעידן הטכנולוגי היא נגישה לכל. כך שפחות יותר יש מענה לבעיה, וזה הכל עניין של רצון, יכולת וזמן.

ח. הוויכוחים בביהמ"ש העליון

החוק הראשוני יצא בשנת 1980 עם הניסוח "מורשת ישראל". לאחר תחילת תוקפו של החוק, בתיקים הראשונים של ביהמ"ש העליון, יש ויכוח נוקף כיצד יש להשתמש בחוק יסודות המשפט. תיקים מרכזיים בהם הדין הזה עלה הם- **הנדלס נ' בנק קופת עם וקניג נ' כהן.**

ביהמ"ש העליון הייתה סערה סביב 3 דברים:

1. **הצורך להיזקק לדין השויר מלכתחילה**- הייתה מחלוקת האם יש בכלל צורך בדין שויר? השופט ברק תמיד טען שהכל כבר נמצא בדין הקיים ואין צורך בדין שויר.
2. **פרשנות המונח "מורשת ישראל"**- מורשת ישראל יכולה להיות הלכה, תרבות, מנהגים ועוד המון אפשרויות. זה נתון לפרשנות רחבה מדי ויוצר חוסר ודאות.
3. **אופן השימוש במשפט העברי**- עדיין לא ברור מהו המשפט העברי, האם זה ההלכה לפי התורה, או גם דברי חכמים, או גם עקרונות כלליים מהמשפט העברי וכו'.

אנו רואים ששופטי ביהמ"ש העליון היו מאוד מבולבלים באותה תקופה. כך נכתב בפרשת הנדלס ובפרשת קניג, ע"י שופטי ביהמ"ש העליון-

דבריו של השופט מנחם אלון בפרשת "קניג": זאת אומר עתה, בשעת "רצון" זו. מקובלנו, שאחד מכללי היסוד בתורת הפרשנות היא שהמחוקק אינו משחית מלים לריק ושיש לתת תוכן מסויים לדברו, במיוחד כאשר מדובר בחוק שלם שנתחדש במערכת החוקים, ובמיוחד שבמיוחד כאשר מדובר בחוק יסודי שמקומו בכותל המזרח שבמערכת המשפטית של המדינה. אם גם לענין הסוגיה שבפנינו, כאשר ברור שהמחוקק קלט עקרון צוואתו של שכיב מרע ושל מי שרואה עצמו מול פני מוות ממערכת המשפט העברי- ובנוסף החוק ומטרתו אין דבר ששולל את התוצאות הנובעות מעקרון זה- עדיין אין בו בחוק יסודות המשפט כדי להעניק למערכת המשפט העברי מעמד כל שהוא בנוסף למעמד "ההשאה" של כל מערכת משפטית אחרת, אם כך הוא, סעיף 2 לחוק זה שהוא לא רק מחציתו של החוק אלא כולל את מצות ה"עשה" שבו לשם מה הוא בא ומה חידוש יש בחקיקתו? הרי גם בטרם בא חוק זה לעולמה של מערכת המשפט בישראל, מותר היה לו לבית המשפט לעסוק בתפקיד הנכבד של שימוש במשפט העברי לשם "הרחבת והרחקת האופק ושדה הראייה הפרשניים, ובכך ליצור עומק נוסף ליצירה הפרשנית", ומה נתחדש עתה עם קבלת חוק אשר בשם חוק יסודות המשפט ייקרא? ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לקונא, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד- בענין הנדלס - למושג הלקונא ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת אימתי וכיצד ייתכן שתימצא לקונא שאין לה תשובה "בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש". האמנם ייתכן לפרש חוק באופן שדברי המחוקק הם נטולי משמעות משפטית, אפילו פחות מכדי "גרוגרת דר' צדוק"? כמה וויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים ניסחו - חברי הכנסת בפרט וציבור המשפטנים בכלל, עובר לחקיקתו של חוק יסודי זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לקונא שלא באה לעולם, וספק גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם, וספק עוד יותר גדול אם וכאשר תבוא לעולם לא יוחלט ברוב דעות שאין זו לקונא כל עיקר? אתמהא.

הסבר: לדעת השופט מנחם אלון, חקיקת חוק יסודות המשפט בא לאפשר לשופטים לפנות למשפט העברי כדי לצקת פרשנות מתאימה לכל מיני מונחים כמו "תום לב" ו"סבירות", ולא רק לפנות אליו במקרים של לקונה. החוק בא ואומר בפירוש שכעת הפרשנות צריכה להיות ע"פ המשפט העברי, החוק הוא לא לשווא אלא כדי לבוא ולשים את המעמד של המשפט העברי כראשון במעלה. בפרשת קניג מדברים בעצם על המושג "שכיב מרע" שלקוח מהמשפט העברי. לשופט אלון ברור שהפרשנות של מושג זה צריכה להיות ע"פ המשפט העברי כי משם הוא נלקח.

דבריו של השופט חיים כהן בפרשת "הנדלס": המחוקק הישראלי משתמש, מטבע ברייתו, במונחים משפטיים רבים, שלא נפקד מקומם גם במשפט העברי, כמו שטר-חוב, מלווה, שעבוד, שותפות ועוד אך אין בכך כדי להצדיק – ולא כל שכן לחייב – פירושו של מונחים אלה על-פי המשפט העברי גישה פשוטה זו אינה משתנית גם עם תחילתו של חוק יסודות המשפט, תשי"ם - 1980; הצורך בזיקה למקורות ממורשת ישראל אינו מתעורר כלל, כל עוד ניתן לחפש ולמצוא תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקשי. תחילה עלינו לחפש את פתרונות בעיותינו בחוק, ואת החוק עלינו לפרש על-פי כללי הפרשנות, שנקבעו ונשנו בהלכה הפסוקה. אין זאת אומרת, חלילה, שנגזור על עצמנו הינזרות מן הזיקה למשפט העברי, כל אימת שנוכל להביא מתוכו ראיות לחזק או לסתור או חומר להשוות או להבדיל או חכמה ותבונה ללמוד מהן מידות טובות. אלא רשות היא ולא חובה, ואם כי המרבה אולי משובח, על כל פנים, אין הממעיט גורע".

הסבר: לדעת השופט כהן, קודם כל עלינו למצוא פתרונות לחוסרים במשפט ע"י החקיקה, ואת החקיקה צריך לפרש לפי כללי הפרשנות שנקבעו בפסיקות ביהמ"ש. זה לא אומר שאסור לנו לפנות למשפט העברי, אבל השופט כהן מצמצם את תפקידו של המשפט העברי רק לכזה שיכול להביא ראיות, לחזק או לסתור, להשוות או להבדיל, או להוסיף על הנאמר בפסיקה הישראלית. הדיון העברי אינו מחייב בעיניו, והפנייה אליו היא רק בגדר רשות.

דבריו של השופט ברק בפרשת "הנדלס": "המונח המשפטי 'לקונה' אינו משתרע על פרשנותם של מונחי סל דוגמת תום לב; פרשנותם של מונחים אלה היא מעשה פרשנות 'רגילי', ולא מילוי חסר במשפט. חוק יסודות המשפט לא קלט את המשפט העברי כדיון השיוור של המשפט הישראלי ובוודאי לא העניק לו מעמד בכורה כמקור פרשנות ולא עשה אותו מקור פרשנות שיש חובה לפנות אליו - 'המשפט העברי לא חל, משום שהוא לא נקלט'".

הסבר: ברק אומר בצורה ברורה ומפורשת- לקונה זה משהו מאוד מצומצם, רק כשאנחנו מדברים על חסר ממשי, ולא כאשר אנו מדברים על דרכי פרשנות מונחי סל כמו תום לב או סבירות. מונחי סל יש לפרש לפי עולם ערכים אחר. **אפילו מונחים שלקוחים מהמשפט העברי יש לפרש אותם לפי שיטת המשפט הישראלית** שלנו ולא לפי המשפט העברי, על אף שהמושג עצמו לקוח משם. לדעתו, **המשפט העברי לא חל משום שהוא פשוט לא נקלט מלכתחילה**.

אנו רואים שעל אף האמירה שבאה ואומרת שעל שופטי ביהמ"ש העליון לפנות למשפט העברי במצב של לקונה, שופטי ביהמ"ש העליון ברובם מתנערים מחובה זו ולא כ"כ מתייחסים אליה. מי שכן משתמש במשפט העברי הם בעיקר השופטים עם זיקה למסורת, שרוצים לחזק את עמדותיהם ולהביא תימוכין.

סיכום

למרות שהמחוקק אמר את דברו וקבע כי על השופטים לפנות למשפט העברי, שופטי בית המשפט העליון ברובם, התנערו מחובה זו. הדיון סביב חוק יסודות המשפט, מתמיר את חקיקת חוקי היסוד, אשר הכניסו גם הם סל של ערכים ומתח בין תפיסות שונות בחברה היהודית ביחס להגדרות – מדינה יהודית ודמוקרטית, והביאו את בית המשפט העליון להיות זירה להכרעה בין ערכים שהחברה הישראלית מפולגת בהם. הדיון שנעשה לחוק יסודות המשפט בתיקון מ-2018, מטיל לכאורה יתר חובה על בתי המשפט לפנות ל'משפט העברי', ימים יגידו האם באמת חל שינוי בעניין הזה.

11. סיכום הקורס

- בהרצאות הראשונות עסקנו במתח המלווה את ההלכה היהודית מראשיתה ביחס בין מסורת לחידוש – וראינו כמה דגמים: דגם השחזור, דגם החידוש, דגם ההלכה הנסתרת, הדגם המשולב של הרמב"ם.
- בהרצאות הבאות עסקנו בפולמוס התרבות בקרב אבות הציונות ובקונגרסים הראשונים.
- ראינו את השפעת פולמוס זה על יוזמות ציוניות להנחת המשפט העברי – בתי משפט השלום העברי וחברת המשפט העברי, ויחד עם זה דברנו על משמעות המושג 'משפט עברי'.
- דנו במתחים ובנסיבות המגוונות שגרמו לאי הצלחתן של יוזמות אלה, ובעיקר הוויכוח הערכי, התרבותי והפוליטי העמוק סביב השאלה מהי תרבות יהודית, מהו יהודי ומהו משפט יהודי, שלא אפשר פיתוח מערכת נורמות מוסכמות סביב מסורת המשפט העברי.
- ראינו את הניסיון ליצור תחרות לבית המשפט העברי ולבתי המשפט של המנדט – בהקמת הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים, ואת הקשיים בהתנהלות בתי הדין, לרגל החשש מתיקונים פרודורליים שנדרשו שיובילו לדרשה לתיקונים בדין המהותי ההלכתי.
- דברנו על הניסיונות לתת מעמד למשפט העברי, בעיקר כדיון שיוירי, ערב הקמת המדינה בהובלת זרח ורהפטיג, נציג המזרחי, ועל הנסיבות להתמססות יוזמות אלה, ותפקידו המשוער של המשפטן חיים כהן בכך.

- עסקנו בתפיסות שונות שרווחו ערב הקמת המדינה ביחס למיסוד חוקה – חוקה מתגוננת, חוקה מעצבת וחוקה מחנכת. ראינו את הניסיונות לניסוח חוקה – של ורהפטיג וליאו כהן, את יחס הרבנים הראשיים לחוקה, ואת קבירת היוזמה עם קבלת הצעת הררי.
- בחנו השפעות של המשפט העברי על החקיקה במדינת ישראל בעשורים הראשונים, בעיקר בתחום המשפט אזרחי, ומעט על הפלילי. נושא זה יורחב בקריאת החובה שנתנה לקראת המבחן.
- ראינו זוויות שונות של אפשרות השפעה של המשפט העברי על הקודקס האזרחי שמתוכנן להחליף את החקיקה האזרחית העשויה כיום טלאים טלאים.
- בחנו את הרקע לחקיקת חוק יסודות המשפט ואת המחלוקת על יישומו בקרב שופטי בית המשפט העליון.

-בהצלחה-

