**המשפט העברי בתמורות הזמן/ ד"ר שפרה מישלוב**

עדן חזן

**שיעור מס' 1 – 11.10.2021**

**במה יעסוק הקורס**

בקורס זה, משפט עברי מצטמצם לתחומים של משפט אזרחי, ציבורי-מנהלתי. תחומים שלמים שהם חלק מההלכה היהודית הקשורים להלכות שבין אדם למקום והמעמד האישי, לא ניגע בהם. כמו כן, גם במשפט הפלילי ומה שיש למשפט העברי להגיד עליו. נתמקד בניסיונות להפוך את המשפט העברי לרלוונטי בימינו.

**דרישות הקורס**:

1. **נוכחות חובה** – 80% מהשיעורים. מי שלא מגיע כותב את הסיבה במייל. השתתפות היא בונוס.
2. **קריאת חומרי הסילבוס לקראת ההרצאות**
3. **מטלת ביניים: עבודה – 15% מהציון** – ניתוח וביקורת על מקור הלכתי אקטואלי. צריך לבחור פס"ד (בכל נושא חוץ ממעמד אישי) שבו השופט משתמש במקור כלשהו מהמשפט העברי והסתייע בו לצורך ההכרעה, יש לבאר ולנתח את המקור ולראות כיצד השפיע/ לא השפיע על הפסיקה והיווה רק קישוט. שניים-שלושה עמודים. לחילופין, אפשר לבחור פס"ד של בתי דין ולראות איך חקיקה ישראלית השפיעה על ההכרעה. הגשת העבודות היא עד סוף הסמסטר.
4. **מבחן – 85% בחומר סגור.** מעט מאוד שאלות על חומרי הקריאה, רוב השאלות על מה שנאמר בשיעורים.
5. **מיטיב על השתתפות.**

**מה היחס בין מסורת לחידוש במשפט העברי**

איך הנורמות של המשפט העברי יכולות להתאים למציאויות משתנות ומתחלפות? האם ואיך המשפט העברי יכול להתאים את עצמו ומה המנגנונים הפנימיים שבהם הוא משתמש לצורך כך?

המשפט העברי מורכב מ: **תורה נביאים כתובים -> תורה שבע"פ -> משניות -> גמרא**, שמתפרשת על כמה תחומים: **פרשנות הגמרא, ספרות ההלכה, שו"ת**. בפרשנות הגמרא יש לנו את פרשנות **הראשונים** (רש"י, תוספות, רא"ש, ריף) ו**האחרונים** (בנות הלוי) בספרות ההלכה יש לנו את רמב"ם, בעל הטורים בראשונים ואת השולחן הערוך, רב"ח, ש"ך, ט"ז באחרונים. בשו"ת – הראשונים: שרירא גאון, הרב עובדיה יוסף ועוד הרבה אחרים.

דיון שנערך בכיתה ועלו ממנו מספר כלים לצמצום הפער: פרשנות של עקרונות כלכליים כמו "ואהבת לרעך כמוך", דינא דמלכותא דינא, תקנה, מנהג, היעזרות בדעות מיעוט, תקנות קהל ועוד.

**דגמים שבאמצעותם חכמים מתמודדים עם הפער:**

עדיין לא נכנסים לכלים עצמם, אלא אנו מצויים בשלב ההנמקה האידיאולוגית.

* **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 שעתיד להיות בסוף כמה דורות ועקיבא בן יוסף שמו שעתיד 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.

מקור זה מצביע על הבעיה, המתח המובנה בין משהו שניתן למשה בסיני, לבין הפיתוח של זה והיישום המגוון. מדובר על מעמד הר סיני, התורה שבכתב לא מספרת מה קורה שם והמדרש משלים את החסר. "קושר כתרים לאותיות" – לאותיות בספר תורה יש מעין כתרים מלמעלה. המדרש אומר שלכאורה הוא ראה את הקב"ה עושה את הקישוטים הללו. למשה העיכוב מפריע, ה' אומר לו שיש מישהו שיבוא יום אחד, ומה שאני עושה יהיה רמז לחידושים והלכות מתחדשות. משה מאוד מתרשם, מה כבר אפשר להוציא מחידושים, הוא רוצה לראות את האדם הזה וה' לוקח אותו למסע בזמן. בית המדרש היה מסודר בצורה שהתלמידים החדשים יושבים בסוף והוותיקים יושבים קרוב לרב, עם הזמן מתקדמים. משה יושב בסוף בבית המדרש של ר' עקיבא, ולא מבין כלום. הדבר החליש וציער אותו. ר' עקיבא מדבר ולא מסביר ומנמק. שואלים אותו מאיפה הוא יודע והוא אומר "הלכה למשה מסיני" – זה הגיע ממשה. **מקור זה מדגיש את המתח, כמשל לוקחים את האדם שהביא את התורה המקורית, אלף שנים קדימה הוא לא מבין שום דבר, התורה התפתחה באופן שונה לגמרי ואין שיח בין המסורת לחידוש. יש קישור ע"י "הלכה למשה מסיני"** (אפשר לפרש פרשנות מצומצמת – זה משהו אחד שרק לגביו נאמר הלכה למשה לסיני ופרשנות מרחיבה – לכל מה שנאמר מיישבים ע"י הלכה למשה מסיני) **אך הוא מזערי ולכן עולה תחושה קשה של מתח לאור השוני בין הדברים.**

**הדגמים:**

1. **דגם השחזור** – אחד לאחד. כמו שהיה במסורת ככה יהיה גם בחידוש, הכל זה חשיפה של מה שכבר היה. הגמרא הולכת יותר לכיוון הזה. מה שהיה הוא שיהיה – זה רק נראה חידוש אבל הכול בעצם אותו דבר.
* **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 וגמרו - 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. כך מקובלני מרבן יוחנן בן זכאי ששמע מרבו ורבו מרבו אהלכתא למשה מסיני - עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית. מה טעם? הרבה כרכים כבשו עולי מצרים ולא כבשום עולי בבל, מפני שקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא, והניחום כדי שיסמכו עליהן עניים בשביעית. תנא: לאחר שנתיישבה דעתו, אמר: יהי רצון שיחזרו עיני יוסי למקומן וחזרו.

הלך להקביל, לכבד בשבתות בחגים – ר' אלעזר הגדול ור' יוסף הוא הקטן יותר והולך לכבד אותו. עמון ומואב – אזור שבתקופת הבית הראשון שישבו בו שבטים והצטרף לכאורה לקדושת א"י, אבל בתקופת הבית השני כמעט לא ישבו שם. נשאלת השאלה איך מתייחסים לאזור הזה בשנת שמיטה? יצטרכו לקיים בו את הדינים הקשורים בה? האם צריך לקדש שוב את המקום? ר' יוסי אומר לר' אלעזר שזו השאלה שהייתה להם בבית המדרש. לכאורה, שאלה חדשה שהחכמים צריכים להחליט בה. ההכרעה: צריך להפריש מעשר עני בשביעית, במשך שש שנים צריך להפריש מעשר כאשר בשנה השביעית איך צורך כי לחקלאים אין בעלות על האדמות, כאן כן מפרישים מעשר עני ולכן הוחלט שלא חלה קדושה שביעית על האזורים הללו. מתואר תיאור של ר' אלעזר שהוא התעוור, כלומר הוא קיבל קשה את ההחלטה. **מה שבעצם הפריע לו: אתם חשבתם שאתם ממציאים משהו/ מחדשים הלכה, זה בכלל התגלה לכם אבל זה בעצם משהו שמאז ומתמיד ידעו אותו**. מביא עיגון מרבן יוחנן בן זכאי הוא הגדול שהעביר את המסורת, כמעט היחיד שנותר. מה המטעם של כן מעשרת אבל לא שביעית? הייתה קדושה ראשונה לשעתה (כשחיו פה, עד הגלות) וכשחזרו לא קידשו. הכריעו את ההלכה הזו כדי שאפשר יהיה לתת משהו לעניים. ואז מתואר תיאור שהעיניים של ר' אלעזר חזרו אליו. **ר' אלעזר מתרגז על ההתיימרות לחדש – הכול היה ידוע, הייתה עזרה גדולה משמיים שמה ש"חידשתם" זה גם מה שעובר במסורת, אבל אתם לא מחדשים. מה שנראה לכם שאתם מחדשים זה בעצם מה שהיה קיים ולא ידעתם. המסורת היא המסורת והכל כבר קיים בה.** ממחיש את הרתיעה מלחדש.

* **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.

הדגם של הלימוד תורה של משה – קיבל את התורה ולימד באוהל שלו את הזקנים שהם לימדו קהל יותר רחב, חבורות שלמדו. כל פעם שעלתה שאלה היו שואלים את משה, כשמשה נפטר, נוצרה שכיחה של הרבה דברים. כל מה שנראה לכם שעתניאל בן קנז עשה, פרשנות של קל וחומר שנראית כ"חדשנות", הגמרא אומרת **שבעצם כל זה ממשה רבינו מלכתחילה.** זו אמירה מאוד חזקה בכיוון של דגם השחזור.

**סיכום להיום:** במהלך השיעורים נביא מקורות ונדון בהם, התחלנו את המבוא לקורס – עיקר הקורס יתמקד בתקופתנו. נזכרנו במרכיבי התורה והתורה שבע"פ, במצגת יש תרשים זרימה עם עוד דוגמות. התחלנו לדבר על איך חז"ל מתמודדים רעיונית עם המתח הזה בין משפט ישן למציאות חדשה, התחלנו את הדגם הראשון של ר' אלעזר – **דגם השחזור.** מה שהיה הוא שיהיה.

**שיעור מס' 2 – 18.10.2021**

**המשך הדגמים:**

1. **חידוש**

מתקבלת היכולת לעשות עדכונים. כשמתעוררות דילמות חדשות יש יצירה, לא הכל טמון במה שניתן לנו בעבר.

**עירובין, כא, ע"ב**: 'חדשים גם ישנים דודי צפנתי לך'. אמרה כנסת ישראל לפני הקב"ה: רבונו של עולם הרבה גזירות גזרתי 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 חמורות. א"ל: וכי תורה פעמים 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.

בבית המדרש, היו כל מיני תפקידים ללומדים בבית המדרש – משננים, העברת שמועות, אחד שהתפקיד שלו היה לזכור את האגדות ולהסביר אותן. מדובר בעניינים של מחשבה ומוסר (לא הלכות) – משלים. איך אתה מבין את הפסוק הזה – "חדשים גם ישנים""? השיב לו אותו אחראי על פרשנות האגדות – הפסוק מדבר על שני סוגי מצוות: קשות יותר וקלות יותר (ולא חדש וישן). הרב לא מקבל את הפירוש הזה. זה לא נשמע שפעם התקבלו מצוות חמורות ועכשיו קלות. כשהפסוק אומר ישנים הוא מדבר על דברי תורה שניתנו בעבר למשה רבנו, חדשים: דברי חכמים/ סופרים. כך מגדיר רב חיסדא. הגמרא ממשיכה ומביאה חיזוק לדבריו מדברי רבא: "עשות ספרים הרבה" – לא צריך להגזים בכתיבה. אבל רבא מפרש אחרת – **לא רק שאפשר לחדש, אלא שהחידושים אפילו צריך להיזהר מהם יותר מאשר הדברים הישנים**. דברי תורה יש עשה ולא תעשה – חמורות יותר ופחות, עונשים חמורים יותר ופחות. **דברי סופרים – כל העובר עליהם חייב מיתה**. החידושים הם רבים ואי אפשר לכתוב את כולם אבל **כן יש אפשרות לחדש**. **כלומר אפשר לחדש + לחידושים יש מעמד נורמטיבי גבוה יותר מהישנים**. מה היתרון בתפיסה הזו? הדבר מאפשר לנו להתאים את ההלכה למציאות ולהמשיך ולפתח אותה. מפתח היבט של צייתנות ואחידות לעומת גישת שחזור שיכולה לגרוג אחריה התנגדויות.

נשאלת השאלה: מה הלגיטימיות של החידוש? ניתנה התורה וניתנו הכללים, מי שמכם? המציאות מחייבת, כוח שניתן לחכמים לחדש גם אם הם טועים, יצירת התאמה לחיים החדשים מתוך מה שכבר קיים, צריך מישהו שיהיה אחראי על המציאות הנוכחית, יש ערך לעצם הלימוד והחידוש, ככל ההכרה הדתי – התורה עצמה מכירה בהסכמה שהתורה עוברת מדור לדור שמאפשר הרחבה – החידוש טמון כבר בתוך הכללים של התורה והיא נותנת את הלגיטימיות.

הנמקה אפשרית – **הסכמה של אלוקים למה שהאדם עושה.**

**תנחומא נשא, כ"ט)** ביום השמיני נשיא לבני מנשה". ילמדנו רבינו, נר חנוכה שהותיר בה שמן ביום ראשון, מהו להדליק בה בשני. כך שנו רבותינו, נר חנוכה 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 רשאין 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".

מתחילים בפתיחה של שיח – אב ותלמיד. מתחילים לדבר על הלכה של חנוכה, אם נשאר שמן בנר הראשון לאחר שהחנוכייה בערה, ניתן להשתמש בו גם ביום השני של חנוכה ולהוסיף עליו שמן, וכך בכל ימי חנוכה. בעיה שנוצרת – מה עושים עם השמן של היום השמיני? האם ניתן להשתמש בו לאחר מכן? המדרש אומר שלא. הוא הוקדש להדלקת הנר ואי אפשר להשתמש בו לדברי חול. עכשיו, המדרש לוקח את הדיון הזה והופך אותו לדיון עקרוני – **מי קבע שהדלקת נרות חנוכה זה חיוב? חכמים – הדבר לא נקבע בתורה. חכמים המציאו מצווה, זה הופך את השמן להיות כזה שאי אפשר להשתמש בו? על שם מה הפך להיות מקודש? כאן בא הפסוק "ועשית על פי התורה אשר יורוך". משפט המחץ "שאף על דבריהם אני מסכים" – יש פה הבנה שלחכמים יש סמכות לחדש, ואלוקים לכאורה מסכים, אם הם חידשו זה הופך להיות מצווה.** המדרש מביא לנו הוכחה – כך מבינים איך הכל מתקשר לפסוק הראשון "ביום השמיני נשיא לבני מנשה" – אחת הדוגמות הראשונות שמוכיחות לנו שאלוקים מסכים עם החכמים – יעקב אבינו. מבקש מיוסף בנו להביא אליו את הנכדים – מנשה ואפרים, הבנים של יוסף. מנשה הבכור, אך יעקב מברך קודם את אפרים הצעיר. הפוך ממה שהגיוני בטבע – מסורת של הקדמת הבכור שקיימת עוד לפני כן. הקב"ה הסכים עם הבחירה של יעקב להקדים את אפרים למנשה – בקורבנות – קודם הקריב שבט אפרים ואח"כ מנשה. כלומר ליעקב הייתה סמכות להקדים את אפרים למנשה ואלוקים הסכים איתו וגם נתן לשבט אפרים את הקדימות בקורבנות. **החכמים יכולים לסדר את המציאות בצורה שונה, ואלוקים יסכים איתם, הסכמה לסמכות. יש חידוש, לא משחקים משחקים.**

**בראשית רבה א יד**) 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.

בצלאל היה זה שבנה את המשכן, המדרש אומר – באופן פלאי, בצלאל טען שיש לעשות את הדברים באופן אחר ממה שמשה ציווה. המדרש אומר: כשבצלאל משנה מהציווי של משה, הוא משלים את הדברים ממה שאמר ה', ה' אמר למשה את הדברים ובדרך קצת שינה מסיבותיו שלו, בצלאל לא באמת שינה אלא החזיר אחורה. **החכמים בחידוש שלהם מצליחים לקלוע לכוונה המקורית**. זה לא נאמר אבל אתה מצליח בכוח שכלך לכוון לכוונה הנכונה. זה ההבדל מהשחזור – שם זה כביכול **באמת נאמר.**

1. **הלכה נסתרת**
* **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'.

בתוך הדברים שניתנו טמונים דברים אחרים גם כן. כל מה שעוד יהיה בהמשך הדורות כבר היה וניתן הלכה למשה מסיני. מצד אחד מזכיר לנו את דגם השחזור, הכל כבר ניתן, אלא מה – ניתן ולא התגלה. הפסוק שואל זה באמת חדש? לא, הכל כבר היה.

* **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'.

המשל: כמו שאדם לא יכול להחזיק סלע גדול יותר/ לא מממש את מלוא יכולתו בהחזקת סלע קטן מאוד – כך התורה ניתנת לפי יכולת הקיבול. כשאנחנו קיבלנו תורה, קיבלנו אותה לפי הדברים שהיו באותו זמן, הם התאימו ליכולת הקיבול שלנו, המציאות שהייתה באותו זמן, האנשים וההנהגות. התורה ניתנה כמידתם של אותם אנשים. אבל, יש בה עוד הרבה שעתיד ללכת ולהתגלות.

* **אמרי ליה : למה לא אמרת לן ? אמר להם : שלא נבראו בי קינים, ועכשיו שנבראו בי קינים - 'ועתה ה' אלהים שלחני ורוחו' (שם).**

אז למה לא אמרת לנו כשקיבלת את התורה מסיני ורק את מה שמותאם לאותו זמן? קינים – מסכת חדשה שעוסקת במציאות שלא הייתה, ולא היה טעם לתת אותה כשלא הייתה מציאות כזו. הדבר מתגלה כשהמציאות מתאימה לכך.

**כלומר הדגם אומר: הכל היה טמון ברמה התיאורטית והמופשטת – הדבר יוצא לפועל ומתגלה באופן מפורש רק כשהדבר רלוונטי לאנשים, למציאות שלהם ולשינויים בחייהם.** דגם מורכב – הכל טמון אבל בצורה מופשטת ונסתרת, עד לרגע שיש לדבר ערך וממשות לאנשים עצמם.

**סיכום הנושא של ההלכה הנסתרת:**

* **תוספות יום טוב, הקדמה למשנה)** מלמד שהראהו הקב"ה למשה דקדוקי תורה ודקדוקי סופרים ... שזה לא היה משה מוסר לאחרים כלל. דקדוק 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.

משה רבינו הגיע לכאורה לקבל תורה, לא כתוב שאלוקים לימד אותו אלא **הראה לו**, אם היו מעבירים לו משהו מפורש היה מעביר אותו, הראה לו בדרך ראייה בלבד ולא בדרך מסירה. יש כאן משהו, שמשה רבינו "ראה" את כל מה שטמון ועתיד להיות. אבל, מה שניתן לו בצורה קונקרטית זה הדברים שרלוונטיים לדורו, לזמנו. מה שהוא ראה, יתגלה טיפין טיפין – מה שהיה שם בצורה מופשטת ונסתרת.

1. **הפתרון המהותי: דגם משולב**

**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 משמרתי"(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.

יש את רובד השחזור ואת רובד החידוש – אלה כמה רבדים של התורה שבע"פ. לפי הרמב"ם יש לנו חמישה חלקים לתורה בעל פה. פירושי תורה – אין מחלוקת בפירושים המוסכמים שעוברים במסורת. אם יש מחלוקת היא על עצם השמיעה ולא על מה נכון או לא. הלכה למשה מסיני – גם כן, אין חולק. שני המרכיבים הללו שייכים לדגם של **השחזור – זה מה שהיה וזה מה שיהיה, לא זזים מהמסורת.** סברות – יש עניין של חידוש, דברים שבאים ממציאות חדשה לעולם, לא ניתנה להם תשובה ברורה ומוחלטת וכאן חכמים עושים את השיקול שלהם בהצבעה על פי רוב. בדיוק כמו חוק שלא יכול לתת מענה לכל מה שיעלה בעקבותיו. זה עדיין **חידוש על בסיס הקיים.** יש **חידוש שמחדשים לגמרי מאפס –** גזרות – על מנת להגן על קיום התורה. עליהם ציווה הקב"ה לעשותם, נתן להם את הסמכות להוסיף עוד גזרות. עוד דבר שהוא בגדר חידוש מאפס – תקנות ומנהגים. צריך את הדברים החדשים האלה בשל המציאות המשתנה, שאין מה שיסדיר אותה. **הרמב"ם יוצר מודל של גרעין בסיסי איתן שלא נוגעים בו, ומסביבו החידושים שניתן לעשות תוך שמירת המבט לאותו גרעין בלתי משתנה, הדבר יותר יכולת מאוזנת של חידוש. גם החידוש הוא תמיד מכתב, שומר על קשר עין עם הבסיס שאין בו שינוי. לכן מצד אחד יש הכרה בכוח החידוש, ומצד שני החידוש מתקשר למשהו בלתי משתנה.**

**שיעור מס' 3 – 25.10.2021**

**אבות הציונות והמשפט העברי**

**המתח:**

הרקע להקמת התנועה הציונית. מתחילתה יש לנו מערכת יחסית מאוד מורכבת בין אנשי תנועת ההשכלה, שהולכת ומשפיעה גם על העולם היהודי שהיה סגור עד אותה תקופה. יש לנו זרמים ציוניים משכילים שהציונות מבחינתם היא תחליף ליהדות ולמסורת. הם לא רואים שום קשר בין הלכה ליהדות.

**דב אריה פרידמן, עיתונאי בעיתון "המגיד"** – עיתון מרכזי ליהודים באותה תקופה, מבטא את הייאוש בין הצדדים: "הייאוש 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"

**כלומר ישנם שני פלגים מאוד שונים באמונות שלהם וביחס שלהם לציונות, הדבר מעורר מתחים מאוד משמעותיים.**

קמה תנועת חיבת ציון, **שמצליחה לאגד את הדתיים והחילונים, הדבר נותן תקווה מסוימת** באשר לחים יחד. המשכילים לפתע חושבים שאולי בכל זאת יש משהו בדת היהודית (לא במובן ההלכתי של קיום הלכות) אבל כן מתחיל להיראות כמשהו משמעותי מבחינה תרבותית והתשתית הרוחנית של העם, הם שואבים את זה גם מתנועות לאומיות שמתפתחות מסביב באירופה, **במובן הזה שאתה לא יכול להקים תנועה בלי שיהיה לך מטען של הזהות של הקבוצה שלך.** מנהיגים מובהקים של התנועה הזו: לילנבלום, סמולנסקי.

שוב חווים קרע מאוד משמעותי – למשל מי יהיה מנהיג התנועה – מישהו מהצד הדתי או מהצד המשכיל?

בשלב הבא, שוב הולכים אחרונה, זה קורה כשקמות המושבות הראשונות, הצעירים במושבות לא ממש מרגישים מחויבות למסורת, העניין הציוני משתלט על העניין המסורתי בשלב הזה.

**חילוניות רוחנית "לא מתגוננת")** אחת מנק' השבר הגדולות ביותר – **הופעתו של אחד העם** – הוא לא רק אומר שלמשכילים החילוניים יש זיקה למסורת, אלא אומר שבונה מסורת ותרבות חדשות. כציוני חילוני יש לי עולם משמעותי תרבותי משלי, שהוא מקביל ויכול להחליף את עולם התרבות הדתי. **זהו רקע למלחמת תרבות של ממש.**

**הופעתו של הרצל)** הרצל מזהה שהסוגייה התרבותית רוחנית של מה הולכת להיות הזהות של העם הזה, הולכת לפרק את כל המפעל. הוא משתייך ל"ציונות המדינית" שאומרת בואו נתעסק בפרקטיקה, ולא נתווכח על התרבות עכשיו אלא אחרי שנתיישב מבחינה פרקטית. גם רבנים אדוקים במזרח אירופה הסכימו עם הרצל. הצליחו להיפגש במקום הזה, למרות שלא הסכימו ביניהם כן הבינו שכך לא נתקדם לשום מקום. מאידך אחד העם וסיעתו ממשיכים להזכיר שזה לא יעבוד, לא אם לא נחליט על הכיוון והאופי. גם מבחינת הזרם הדתי יש חשש שיקום משהו שנוגד את היסודות הדתיים, ולכן מתחילה היפרדות מעשית של הציבור הדתי מהתנועה הציונית. החשש של הרצל מתחיל להתגשם.

**הלל צייטלין, עדות על הקונגרס ה-5**

"כל הנציגים מתהוללים, משתוללים, מריבים, 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".

זה מה שהוא מתאר כשהוא נכנס לקונגרס הציוני החמישי, שם הסוגיה התרבותית-רוחנית מאוד תוססת. הוא מגחך על המצב אבל אומר שהמצב לא מצחיק ומסוכן, לא ברור לאן הולכים.

**הקונגרס החמישי – קו השבר**

* **דרישה לדיון רציני ומעמיק בשאלת התרבות והחינוך -** החילוניות הרוחנית לא מאפשרת להתחמק מהשאלה הזו.
* **הציונות מהווה תחליף לדת המסורתית –** הטענה המרכזית של החילוניותהרוחנית.
* **הקמת המזרחי – קמה בעקבות אותו קונגרס על מנת שהיהדות המסורתית לא תיעלם.**

**ההכרעה – ועידת ציוני רוסיה, מינץ, 1902**

ועידה גדולה שהייתה ברוסיה, מרבית הנציגים היו מרוסיה. תנועה המזרחי הגיעה לשם מאוד חזקה, שאר התנועות קצת פחות. ויצמן חזה שהוועדה הזו תהייה משהו גרוע מאוד, כי המזרחי מגיעים מאוד מאוחדים וההחלטות לא ימצאו חן בעיננו החילונים. מגיעים אנשים מכל מיני עמדות ברורות ומובהקות ומנוגדות. **כאן חל המפנה,** בלתי אפשרי להתעלם משאלות התרבות והחינוך, אך נסכים על סטטוס קוו – שני פלגים שכל אחד מהם יעסוק בתכנים תרבותיים וחינוכיים בנפרד על פי השקפת עולמו. **זו הייתה פשרה מחויבת.** זה מאז ועד היום מה שמלווה ומאפיין אותנו מבחינה תרבותית.

**ומה עם המשפט?** האם דיברו וחשבו עליו בתוך כל הדיונים הללו של תרבות, חינוך ורוח?

היה ברור שלא ניתן לקיים שתי מערכות משפטיות מקבילות באופן שלם. בגדול, משפט אמור לאחד את תושבי המדינה סביבו. בסופו של דבר הציבור הדתי לא לקח חלק בייסוד המוסדות הציוניים.

גדולי הפוסקים עסקו בשאלה איך להכיל את הציבור הערבי, אלה שהציעו ליישם את המשפט העברי הבינו שלא ניתן לעשות זאת בלי להכריע בשאלה של הציבור הערבי ולכן הציעו כיצד זה עשוי לעבוד.

**משפט השלום העברי** – "אֱמֶת וּמִשְׁפַּט שָׁלוֹם שִׁפְטוּ בְּשַׁעֲרֵיכֶם"

יש לנו יישוב יהודי שהולך ומתבסס, אנחנו אחרי העלייה השנייה שהביאה הרבה כוחות ליישוב. איזו מערכת משפטית חלה בארץ באופן עקרוני? אנחנו עדיין עם השלטון העות'מאני. האימפריה העות'מאנית בתקופה הזו לא הייתה בשיא כוחה, נתפסה כמערכת מנוונת ומושחתת. הדבר מוביל **לרצון להקים מערכת משפטית חדשה ועצמאית של היישוב היהודי.** זה יושב על הרצון לייצר מערכת יותר אמינה, מוסרית וצודקת, וזה יושב גם על אתוס ציוני. אנחנו בונים יישובים ומוסדות וצריכים גם משפט משלנו. קיימים בתי דין אבל אנחנו מדברים על אנשים שהתנערו מהדת והמסורת, הם לא מזוהים עם היישוב הישן. יש קו חתוך ברור בין יישוב ישן (החרדים ובתי הדין שלהם) ליישוב חדש. זו לא ברירת המחדל של האנשים הללו. **כתוצאה מכך אנחנו מקבלים את מערכת שלום המשפט העברי,** מערכת שעבדה דיי יפה ורחב והייתה סוג של פתרון נהדר – לא עות'מאניים ולא חרדים קיצוניים. משהו חדש משלנו.

מערכת משפט צריכה ספר חוקים, מערכת נורמות שמהווה את התשתית שלה לפיו פוסקים. לפי מה פסקו? נענה על השאלה בשיעור הבא.

**שיעור מס' 4 – 01.11.2021**

**משפט השלום העברי**

ניסיון לייצר מערכת משפט שתתן מענה לאומי. כיהנו בה דמויות מרכזיות ביישוב שסמכו עליהם, לאו דווקא שופטים. מערכת משפט צריכה ספר חוקים, מערכת נורמות שמהווה את התשתית שלה לפיו פוסקים. לפי מה פסקו? מה שישב בבסיס המערכת זה לאו דווקא נורמות וערכים מסודרים, אלא הרבה מאוד השכל הישר וראיית הצדק של השופטים/ הבוררים היא זו שהובילה.

המערכת התחילה בקטן – מערכת בוררות פחות מסודרת, לא כזה ברור מה קורה בה. עם הזמן היא התפתחה והגיעה להיקף לא מבוטל. ניתן לראות צילום מארכיון המדינה של ספר תקנון מרכזי של המערכת, יש פריסה על לא מעט יישובים. המערכת התפצלה לכמה דרגות, כולם תחת הכותרת של בימ"ש שלום בפריסה מקומית ומחוזית וביהמ"ש שלום העליון.

הדיונים נמשכו זמן קצר יחסית, לא קל למצוא דיון משפטי מהותי, מרבית פסקי הדין כתובים בקצרה, הנימוקים קצרים ויותר "מהבטן". יש גם פסקי דין קצת יותר משמעותיים אבל בגדול מדובר בבוררות במובן הכי פשוט שלה = אנשים פחות מיומנים כשמערכת הנורמות לא ברורה.

למרות זאת, **המערכת הזו זוכה להרבה אמון,** הרבה מאוד אנשים מגיעים אליה בתחושה שיהודים ציונים אנשי ציבור מרכזיים מייסדים שיטת משפט שעובדת – בכך אנחנו מגשימים את החלום.

הבוררים פחות או יותר מינו את עצמם, המשרד הארץ הישראלי שמימן את הפרויקט הזה בחר בהם.

**מקורות הפסיקה** – כן הייתה ציפייה להציג קווים כלליים שמנחים את הפסיקה.

1. **מנהגי הסוחרים והמנהגים האחרים שהתפתחו בארץ –** מנהגים כלכליים שמתפתחים בין הסוחרים, מה נהוג לעשות ומה לא, חוקה לא כתובה שכולם פחות או יותר מסכימים עליה.
2. **תקדימים שלהם עצמם –** ככל שהמערכת פועלת יותר יש בסיס ותשתית להכרעות שכבר ננקטו וניתן להתבסס עליהן.
3. **עקרונות ממשפט מדינות אירופה** – מאירופה ורוסיה האנשים האלה בעיקר הגיעו, אירופה נחשבת זו שדמוקרטיה וזכויות מתפתחים ממנה, ולכן באופן טבעי האנשים שהגיעו משם, והם אלה שבעיקר משמשים כבוררים שואבים עקרונות אלה**.**

**אז איפה המשפט העברי כאן?** מה עברי במערכת הזו? המערכת נקראת משפט שלום העברי ורוצים להאמין שמייסדים פה משהו שהוא זהות משפטית ייחודית.

**מקורות הדיונים והפסקים בהלכה – מקור מחייב או מנחה?** אלה המקורות שהיו זמינים לאנשים שלא היו בקיאים במשפט העברי, מדובר בספרים הכי מרכזיים, ידועים וקלאסיים. מערכת הפסיקה של ההלכת היהודית מתבססת במידה מרובה ביותר על מה שנקרא עולם השו"ת – מרחב מאוד גדול של שאלות ותשובות, פוסקים שלקחו את המקורות הללו שהם יחסית גולמיים ויישמו אותם – האופן שבו מיישמים אותם, זה האופן שבו ההלכה היהודית מתפתחת עם השנים. עם זאת, ספרות השו"ת לא כ"כ הייתה מוכרת לאנשים שישבו שם, לכן **הם התבססו על הבוסרי והתשתיתי.**

* **תלמוד**
* **משנה תורה לרמב״ם**
* **חושן משפט של ׳בעל הטורים׳**
* **שולחן ערוך ונושאי כליו**

עולה השאלה: האנשים שישבו במוסד הבוררות לא הגדירו עצמם שומרי תורה ומצוות, וגם ההתבססות על המקורות הללו לא היו ברורים לאותם אנשים, **האם מדובר במשהו מנחה או מחייב?** זהו סימן השאלה הגדול ביותר.

בבסיס כל התשתית הזו, המפעל והניסיון הזה עומדים ויכוחים מאוד יסודיים: מה מעמד ההלכה? האם היא באמת מחייבת? האם צריך לשנות אותה לטובת ערכים מודרניים? שאלת הסמכות- מי מחליט איך לפרש את ההלכה? פוסקי הלכה/ יכולת עצמאית לשופטים?

אחד מהאנשים המרכזיים שהיו מאוד פעילים בהקמה של ביהמ"ש השלום ובניסיון למסד ולפתח אותו הוא **ד"ר גרשמן,** פעיל ציוני ששאל את השאלה: **במה המשפט שלנו עברי**? באיזה אופן משתמשים במערכת ההלכתית? זו שאלה שכל הזמן התסיסה את העוסקים בדבר. הוא אומר שקשה לענות על השאלה במה המשפט שלנו עברי. אנחנו מנסים לבנות מערכת משפט עברי אך לא ברור מה מכיל אותה ואנחנו חלוקים בכך. הוא אומר שזה לא נורא אם ננסה לבנות משהו לאומי שלנו תוך לקיחת דוגמה מארצות אירופה, זה עדיף בעיניו מלאמץ את המשפט העברי – זה גם לא יישים, זה רחוק מאוד מהחיים המשפטיים ועולם הערכים של היום. אנחנו חיים בהווה ולא בעבר, המטרה שעם יחיה במשפט, משפט שלא השתמשו בו הרבה זמן הוא בטל ומבוטל. דווקא להשתמש במשפט העברי שלנו יהיה זר עבור העם שלנו. מבחינתו ההגדרה של המשפט העברי זה **עצם זה שאנחנו העבריים מאמצים משפט, גם אם זה יהיה משיטות משפט אחרות זה לא נורא.**

חשוב להסתכל על הטקסט שלו במבט ביקורתי, למשל שהוא אומר שלא משתמשים במשפט הזה והוא זר עבור העם – זה לא נכון, יש חלק גדול בעם שהולך לפי זה ויש מערכת מקבילה שפוסקת לפי המשפט הזה. הטקסט הזה הוא באמת קיצוני יחסית באמירות שלו, הוא קובע מציאות ולא מתאר מציאות, **משקף את אותם וויכוחים ודילמות שביקשו להגיע להכרעה ברורה לשאלה על מה שיטת המשפט שלנו מתבססת.**

כל עוד המערכת קטנה יחסית: ישוב קטן שסומך על הבוררים שלו, אפשר להסתדר עם מערכת נורמות שאינה ברורה. מה קורה ברגע שזה קצת גדל? יותר תושבים, המערכת גדלה ואז כל אחד מצפה שההנמקות ישבו על קרקע מוצקה – מה צפוי להיות? על סמך מה המערכת עובדת? **זוהי דרישה בסיסית של וודאות משפטית.** ככל שהמערכת הלכה והתפתחה אנחנו מוצאים דרישה שתהפוך להיות יותר מסודרת.

ניתן לראות קטע מעיתון שהתפרסם באותה תקופה: אסיפה שבה השופטים מצביעים על הבעייתיות הזו, אנחנו לא יודעים מה לפסוק כי לא גיבשנו לעצמו מערכת נורמות ברורה. כל מערכת משפטית גדולה דורשת **ודאות, יציבות ואחידות. בהיעדר אחידות משפטית אי אפשר לסמוך על המערכת.**

המערכת תחילה התבססה מאוד על פרוצדורה, סדרי דין. כשהמערכת היא קטנה זה יכול לתת וודאות ויציבות, אבל עם הזמן גם זה לא מספיק, פרוצדורה לא מספיקה כשיש לנו סכסוכים יותר משמעותיים וכשאנחנו גדלים יותר. יש ציפייה למשהו מהותי.

**מרדכי בן הלל הכהן** אחד מהאנשים המאוד מרכזיים, פעיל ציוני, סופר, עיתונאי. הוא מנסה להישען על הפרוצדורה. אולי היא תעזור לנו. הוא מתנגד לאוסישקין שמבקר את המשפט הזה ובעד המשפט של המנדט הבריטי. מעיד על כך שפסקי הדין יוצאים לפי "רגשות ליבם" של אנשים שאין להם השכלה משפטית, הם נשענים רק על עקרונות רחבים ביותר של הצדק והיושר. הפרוצדורה לא תספיק. מבחינה פרוצדורלית באמת ניתן לראות תקנות מאוד מסודרות, מאוד ברור איך מגישים ומה, וסדר ההליך. זה כמובן לא מספיק.

**שולחן ערוך, חושן משפט, רכז, כט – דוגמה לאי הבהירות**

אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות. אפילו מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה.

מקרה שהגיע לפני ביהמ"ש השלום, לא היה פשוט לאתר תיק שכתוב בו משהו מנומק ומבוסס. יש כמה כאלה שכן ניתן לראות מה קורה. מדובר על פרשת שוחט נ' גולסקין, התשתית הייתה עסקה של קבלן שרכש חלקה ממוכר פרטי, בדרך לבניית בית. הקבלן טען שהייתה פה הונאה. "אונאה" במשפט העברי = מכירת משהו במחיר לא ריאלי. ואז העסקה בטלה. יש כאן הסתמכות על השולחן הערוך – סעיף שקובע שהונאה יותר משישית צריך לבטל, המוכר מצביע על הסעיף הבא: על קרקעות אין הונאה אפילו אם פער המחירים מאוד גבוה. לא מבטלים את העסקה על הבסיס הזה. **ביהמ"ש העברי שלל את הטענה של המוכר: אנחנו לא מחויבים להלכה כלשהי, אנחנו מקבלים את העקרון של הונאה שהעסקה מתבטלת, זה לא מחייב אותנו לקבל את שאר ההלכות הספציפיות שמשתלשלות.** ביהמ"ש רואה כלל מנחה שנראה לו נכון – עסקאות מוגזמות מבחינה פער מחירים נראה לו הגיוני לבטל אותן, אבל אין לו מחויבות הלכתית ספציפית לקבל משהו מעבר לזה. זה כמובן מסתמך על עקרונות של צדק ולכן מקבלים אותו. **הדוגמה משקפת בצורה מאוד ברורה את הבעייתיות – אין נורמות, גם כשמשתמשים בהן לא ברור איך.**

**מרדכי בן הלל הכהן** מציג את הבעיות הקיימות. רצינו שיהיה לנו משהו שהוא אותנטי, עצמי שלנו בעניין המשפט, לפי הצדק העברי של העם שלנו שהוא שונה מצדק של עמים אחרים. באופן עקרוני זה נכון – לצורך כך הקמנו את המערכת הזו. אנחנו אפילו מזמינים את הרבנים להיות חלק מזה, מודעים לכך שהם היו חלק מזה במשך השנים. **אבל, הם צריכים להבין שמשהו צריך להראות אחרת, לא כמו שעובד הבד"ץ ביישוב הישן בירושלים, זה לא יכול לעבוד אותו דבר ביישוב העברי החדש.**

הוא מספר שאפילו פנינו לבד"ץ ביפו, ביקשנו שיהיו חלק מאיתנו כי ידענו שמאגר הידע הזה נמצא אצלם. אבל בשלב הזה הרב קוק שניסה לגשר בין היישוב החדש והישן לא היה בארץ ולכן לא ייקחו לגייס אותו להקמה של ביהמ"ש השלום, ובתי הדין דחו אותנו בטענות מגוחכות. הם לא מעוניינים להתערבב ולאבד בלעדיות, סוברים שמעמדם ירד. אבל בסוף יוצא שהם לא אטרקטיביים, הוא אומר שהם לא התחרות שלנו כי הציבור לא מאמין בהם. **מה שבאמת מתחרה בביהמ"ש השלום העברי זה בתי המשפט שלפי המנדט הבריטי**, מרגישים שיש שם וודאות ואפילו כיהנו שם גם שופטים יהודים. הכל נעשה שם בשפה העברית. פסקי הדין חזקים ומקבלים את הגיבוי של המנדט. הוא מתאר פה את המצב שנוצר בשטח: בד"ץ ממשיכים לשפוט לפי ההלכה ומשרתים בדיוק את הקהל שלהם – לא מהווים אבן מושכת לציבור המתיישבים הציוני. ביהמ"ש השלום העברי לא מספק את הסחורה. אז לאן אנשים הולכים בסופו של דבר? לערכאות של המנדט. **בכך הוא אומר לרבנים שהם טעו בכך שחשבו שהם מהווים "אטרקציה" בעבור היישוב הציוני.**

**קידר**  - סקר בצורה מאוד רחבה את ההתפתחות של מערכת משפט השלום העברי, הוא שם את האצבע על הנקודה – מה בסופו של דבר לא אפשר למערכת להצליח להגיע להסכמה סביב נורמות? מדובר בתיבת פנדורה. גם כשניסו לשבת ולהחליט על משהו זה כל הזמן היה בוויכוח. אין שום הסכמה האם מקבלים את סמכות הרבנים, איזה טקסטים. מדובר בהחלט מטא תרבותית. לא שאלה של תרבות וזהות אלא משום שהישוב העברי הכריעו כי לא הגיעה השעה לעסוק בשאלות הנדרשות לצורך הקמת גוף משפטי. במה זה שונה משפה, מדגל וכו'? כשמדברים על משפט אנחנו מדברים על דברים מאוד ספציפיים ולא רק בעניין הצהרתי מופשט. **ביהמ"ש השלום העברי הצהיר שזה גדול עליו, וללכת לשם זה כל הזמן להיות בחוסר וודאות, היישוב הציוני לא בנוי להכרעה במחלוקות ונדרש תהליך מאוד ארוך לצורך כך, תוך שסובלים חוסר וודאות לאורך זמן – מה שהציבור כאן לא יכול היה לקבל. הציבור בחר במוסדות המשפט של המנדט ובכך ויתר על שיטת משפט.**

**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.

**שיעור מס' 5 – 08.11.2021 – סיכום של שיר עמליה טרי**

המשפט העברי שקע כיוון והישוב העברי הכריע כי לא הגיעה השעה לעסוק בזהות היהודית. ללכת לבימ"ש שלום עברי משמע להיות כל הזמן בתסיסה של הכרעה במחלוקות. הישוב היהודי והנהגתו בחר לוותר על החזון להקים משפט עברי- לא וויתרו על שפה, זהות, דגל וכו', אבל וויתרו על המשפט בשל הבעיה בפתירת המחלוקות. על אף שהמנדט הכיר במשפט העברי (לא הייתה בעיית מימון/ ארגון/ פרוצדורה), הייתה בעיה ערכית בהכרעה. הישוב היהודי הכריע ברגליים שהוא מעדיף את המשפט המנדטורי.

**מה בכ"ז לוקחים מהניסיון התשתיתי לשנים שיבואו?**

נוצרה תגובת קיצון- גם מי שהאמין שניתן ליצור משפט עברי הן מהצד הדתי והן מהצד החילוני תפס מרחק- לא ננסה עוד כיוון ויש שיטות משפט אחרות מהן אפשר לקחת השראה. תגובה נוספת היא שאמנם זה לא עבד במערכת משפט מסודרת, אך ניתן להמשיך את הדיון שלא הוכרע טכנית בתוך המערכת שנבחרה ברגליים.

**חברת המשפט העברי:**

בניגוד לביהמ״ש השלום, שהוקם ע״י לא משפטנים, חברת המשפט העברי הוקמה כולה ע״י משפטנים מומחים. היוזמה החלה בראשית המאה ה-20 ע״י משפטנים שמקורם ברוסיה.

**הרקע להקמת החברה:**

1. תפיסת עולם השואפת לציונות 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 ממפגש שבין פרופסורים גרמנים וסטודנטים ציונים, שנמשכו אחר התפיסה שישנה חשיבות למשפט הלאומי כחלק מהאתוס היהודי והאתוס הכללי של כל דת ולאום. לכן ב1919 לאחר שהרעיון חלחל במוסקבה, נפגשה לראשונה אספה 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.

**מהו משפט עברי?** תחיית או המצאת המשפט היהודי הלאומי לא גלותי; משפט יהודי לאומי שאינו הלכתי; גזירת ההלכה בתחום משפט פרקטי. מדובר במשפט ששונה מהקודקס הרחב שמדבר גם על עניינים בין אדם לאלוקיו- כאן זה רק משפטי; תרגום מילולי מרוסית את המילים 'משפט יהודי' ולא בטוח שהמשמעויות הקיימות להם היום הגיעו מתוך ההוגים עצמם. אלא, מדובר בפרשנות מאוחרת שהמסורת היהודית שמה בתוך המילים הללו.

**הדמויות המרכזיות במערכת** הינם שמואל אייזנשטדט שלמד משפטים בשוויץ ופלטיאל דיקשטיין שלמד משפטים באודסה.

**מטרות החברה** היא מחד לקחת את מה שהתפתח עד כה אך גם להתחדש. המטרה המוצהרת הינה "לחקור ביחוד 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". הייתה לכך התנגדות מההסתדרות הציונית- המזרחי. הבעיות הצפויות לאור מטרות אלו היא התנגשות עם תפיסתם של ציונים דתיים; הבדל בין תחייה ליצירה חדשה; חידוש בכלים הלכתיים; היוצרים- פוסקי ההלכה.

בשנות ה20 ברוסיה התקיימה המהפכה הבולשביקית שלא אפשרה להקים מרכז יהודי, 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.

**שמות מוכרים חוברים למרכז בארץ**: מרדכי אליעש, מהחשובים שבעורכי הדין בארץ (ולימים שגרירה הראשון של ישראל בבריטניה); גד פרומקין, השופט היהודי בבית המשפט העליון המנדטורי; נורמן בנטוויץ׳ (Bentwich) היועץ המשפטי הראשון של ממשלת המנדט.

**פעילויותיה המרכזיות של החברה בארץ:** 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.

**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, בית הספר נסגר והחברה נכנסה לחדל"פ ונמחקה ב1938.

**היחס לחברת המשפט העברי**:

1. עורכי הדין לא התלהבו מהחברה כיוון ובזמן שעוד המשפטנים מתווכחים ביניהם על השאלה מהו המשפט העברי קיים מנדט בריטי שעובד, וכולם מעדיפים לגשת למשפט המנדטורי.
2. הנהגת היישוב לא רוצה להתערב בוויכוח הפוליטי.
3. הציבור הרחב לא מתעניין במשפט העברי ומבין שמדובר בכניסה לקן צרעות שיוביל לוויכוחים קשים.

לכן, למרות התוכניות הגדולות זה לא עבד. יש לזכור כמו כן שבשנות ה30 הייתה עלייה בורגנית ונדרשה לכך מערכת משפטית שתעמוד בקצב ותיתן מענה.

**מה הכשיל את מטרות החברה ופעולותיה?**

**סיבות חיצוניות:**

1. עליה בורגנית.
2. צורך מהיר במשפט יעיל.
3. חוסר פניות לדיון תודעתי-תרבותי מעמיק.
4. אנגליפקציה (המשפט הבריטי)- התמערבות לקראת הגישה הבריטית.
5. התמקדות בפתרונות מדיניים לנוכח עליית הנאצים והמרד הערבי.
6. חשש להיכנס למלחמת תרבות פנימית.

**סיבות פנימיות:**

1. מחלוקת תרבותית כללית בין דתיים לחילונים.
2. אופיו של משפט כמערכת שתפקידה להכריע במחלוקות ערכיות ותרבותיות- לא ניתן להסתפק בטענת מופשטות.
3. האם ניתן לאבחן את המשפט שבין אדם לחברו משאר ההלכות?
4. שאלת הסמכות- האדם או אלוקים.
5. דרך החידוש- שאלת המקורות- קדומים או גם מאוחרים.
6. שאיבת נורמות משיטות משפט אחרות. הדילמה: מחד התרבות האירופית והתרבות הגבוהה והמתקדמת שיש ללמוד ממנה ולנסות להשתלב בה. מנגד, העבר העגום של היהודים והעתיד המאיים. דעות של אנשים: (1) זאב יעבץ, ממקימי תנועת המזרחי: ׳אין לנו מקום בבית-דיננו בשובנו אל ארצנו, למשפט הרומי פרי רוח העם שהגלה אותנו מארצנו׳. (2) משה זילברג: ׳אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני׳ .

**סיכום:**

מערכות השיפוט היהודיות העצמאיות לא התקבלו על רוב בני היישוב. כמו כן, היוזמות של חברת המשפט העברי ליצירה או להחייאה של משפט לאומי לא נשאו פרי נראה ומיידי.

**תקנות בתי הדין הרבניים:**

לכל קהילה יש בי"ד שמבצע את עבודת השפיטה שנים רבות – היכן הם נמצאים מול המשפט העברי?

**רקע**:

בארץ פעל החכם באשי בראש עדת יוצאי המזרח ברחבי האימפריה העות'מאנית. היהדות הספרדית הייתה הרוב היהודי עד שנות ה70 של המאה ה19, והייתה היחידה שהוכרה בידי השלטון העות'מאני. החכם באשי היה אחראי על עניינים ממשלתיים, על בי"ד, על הלכות וכו'. האשכנזים העדיפו להיות משויכים לקונסוליה של ארץ המוצא שלהם מבחינה מנהלית ממשלתית, ואילו מבחינה דתית לכל ארץ מוצא היה כולל משלו שהיה בעל בי"ד משלו.

כאשר המנדט מגיע, הנציב מינה שתי וועדות לראות מה מעמד הדתות על מנת לרכז ולמסד אותן. בראש הוועדות היה נורמן בנטוביץ׳- היה היועמ״ש. והוא דוחף להקמת הרבות הראשית ואומר כי במקום עדות מפורשות ופיצול, צריך מוסד אחד מרכז שבחזונו, הוא הסנהדרין שבדרך (לפני חורבן ביהמ״ק), יחד עם דעתו של הרב קוק. יחד עם התמיכה של בנטוויץ׳, זה יצא לפועל. הרב קוק מונה לרב האשכנזי, יחד עם הרב יצחק מאיר שהיה החכם באשי והוא מתמנה להיות בראש הזרם הספרדי.

ב24.2.21 הוקמה הרבנות הראשית לארץ ישראל ובראשה עמד הרב קוק והרב יצחק מאיר. הייתה הבנה שאי אפשר לעשות רב אחד כיוון והמסורת האשכנזית והמזרחית שונות מאוד. הרבנות הייתה תוצר של דחיפה פנימית מהרב הקוק והמזרחי, וגם דחיפה חיצונית מהמנדט בריטי דרך נורמן בנטוויץ'. רוח העומדים במערכת הייתה לייצר מערכת משפטית שעובדת מול מציאות חדשה ומתפתחת.

בשלבים מקדימים מגיע נורמן בנטוויץ' ונתן סמכויות לכוח המעמד האישי (כל עדה מסבירה את שלה) וגם סמכות אזרחית לבוררים – אלו בתנאי שיתקינו תקנות סדרי דין מסודרים. עליהם לקבל מוסד ערעור (בי"ד גדול) ושיהיו תקנות ברורות ומסודרות. הוא טוען שהרבנים לא יוכלו לבצע את העבודה הזו כיוון ואין להם ידע משפטי. מכאן שהוא דרש שלצד הרבנים יותקנו על ידי שלושה משפטים 'חילוניים', היינו שבקיאים במשפט החול (יכולים להיות דתיים) ולא במשפט הדת.

ס'28 לדבר החקיקה המנדטורי הראשון קבע שיש סמכות ליועמ"ש של המנדט בארץ (כאן נורמן) לתקן תקנות בכל המוסדות השיפוטיים. אם היהודים לא רוצים שנורמן יקבע להם את דברי החקיקה, עליהם לעשות כפי שביקש.

**שיעור מס' 6 – 15.11.2021**

**בתי הדין הרבניים**

הגענו למוסד השלישי שממנו ציפינו ליישם את המשפט העברי בימינו – **בתי הדין.** 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. לא אוהבים את הדרישה הזו בכלל להתערבות מצד ממשלת המנדט ומצד מי שאינם רבנים.

**דעת בנטוויץ'** – "סדרי המשפט ודינים גופא" – צריך שינוי גם בתוכן של הדינים. הטענה היא: מה שאתם מביאים לא מספיק, חייבים לעשות תיקונים ולהתאים את זה לצדק והשוויון של הזמן הזה. הוא מדבר על הרכבים שמורכבים מדיינים ומעורכי דין. טען שהוא בא לעזור לרבנים בהיבט של אמון הציבור בהם כמערכת משפטית.

המועצה מתאספת ומתחילה להתווכח וויכוחים קשים – הרבנים מתנגדים לכך בצורה נחרצת. האם הוא המליץ או דרש? מה בדיוק הוא דרש? שליש מחברי האספה מרגישים שאין את הרצון למצוא פתרון לבעיה ויוצאים. **הרב קוק** מתנגד התנגדות נחרצת – רבנות זהו מקצוע שורשי ומסורתי ואותנטי ולא ייתכן שיתערבו בו. אנחנו לא צריכים לבחור בעו"ד, הכל נמצא במשפט שלנו. יכול להיות שנתייעץ מיוזמתנו בעו"ד – יכולות להיות להם עצות טובות אך זה לא ייכפה עלינו. הוא מכיר בבעיה הפרוצדורלית, אך סובר שניתן לפתור את זה באמצעות ההלכות הפנימיות. אם זה ייכפה עלינו נשיב מלחמה. **שינויים פרוצדורליים הם לעיתים מסווה לרצון להגיע לשינויים בחוק המהותי.**

יש לנו התנגשות בלתי נמנעת, החילונית הולכים בעצבים מהאספה, החרדים לא מסכימים בשום אופן וגם הרב קוק. למחרת **בנטוויץ**' מגיע שוב למועצה ומבהיר שהוא התכוון לזה שהם יקבלו על עצמם שלושה משפטים חילוניים ותתקנו תקנות לבתי הדין הרבניים אחרת זה לא יעבוד. בלית ברירה **הרב קוק** מסכים אחרי שכמעט הסכים גם לוותר על הכל.

**הצעת פשרה** – שלושה חילונית יודעי תורה ושומרי דת – לא יתערבו כלל בתוך החוקים, יתוועדו עם הרבנים פעם אחת בחודש, הרבנים יתייעצו איתם איך לקבוע את הסדרים. **בנטוויץ**' היה מוכן לקבל את זה. גם ההצעה הזו הייתה מאוד מרחיקת לכת מבחינת החרדים ברבנות ובאותו רגע הם פרשו, הרב קוק נותר עם מעט רבנים. זה מאוד פגע בסמכות הרבנות הראשית כלפי הציבור החרדי. החילונים גם לא יצאו מרוצים כי המקום שלהם דל. **יצאה החלטה שאף אחד לא מרוצה ממנה: חרדים, חילוניים והמועצה עצמה.**

בינתיים מה שקורה: **הרב קוק** מתיישר ומתנסחות תקנות, סדרי הדין. שלושת המשפטנים שנבחרו: **ד"ר מרדכי עליאש, יוסף חי פינז'יל, מרדכי לבנון**: כולם שומרים מצוות ובוגרי ישיבות, עו"ד מאוד מנוסים. הם "החילונים" שמתמנים והם מנסחים סדרי דין = תקנות בתי הדין מתוך מוטיבציה שהם יתנהלו בצורה מסודרת ואנשים ירצו לבוא אליהם וירגישו וודאות.

מפיצים את התקנות לבתי הדין – הן משוכללות, משלבות ישן וחדש, נשענות הרבה על מה שנמצא כבר בהלכה. לעולם ההלכה יש סדרי דין בפני עצמו ומגבשים את התקנות הללו. מה יחסית חדש בתקנות הללו:

* **עצם קיומו של דין פרוצדורלי מפורט** – מאפשר לבתי הדין ליישם את זה.
* **סדר הגשת כתבי טענות** – במשפט העברי אין חיוב/ מסורת של כתבי טענות מסודרים.
* **זמני הדיונים** – בהלכה יש הגדרות מצמצמות לזמנים שבהם דנים וכאן מרחיבים את זה.
* **ערכאת ערעור** – חידוש מאוד גדול. בעולם הפנימי ההלכתי זה מוסד שהוא מאוד בעייתי, כי מאז שאין סנהדרין קשה מאוד להעריך איזה בית דין יכול לבקר בית דין אחר. אין היררכיה. מי אמר שבית דין אחר יכול לערער על קודמו? זוהי דרישה מאוד נחרצת של המנדט ובנטוויץ' היועץ המשפטי שממונה על ידי הבריטים והרבנים מקבלים את זה על עצמם.
* ועוד

התקנות מופצות לבתי הדין עם הוראה לקיים אותן, בשטח בתי הדין לא ממש עמדו בתקנות. יישמו את חלקן, בעיקר מה שהסתדר להם מבחינת המדיניות ההלכתית שלהם. הרב קוק לא יוצא מגדרו כדי לקיים אותן.

בהמשך, התקנות פורסמו בכתב העת המשפט יחד עם פרסום תקנות ביהמ"ש השלום העברי – מראה על סוג של תחרות.

המאבק של הרב קוק והרבנות הראשית היא לא רק מול המדנט בנוגע להתנגדות לתקנות או ליישם אותן, לרב קוק יש בעיה גם פנים יהודית – שמרניים וחילוניים, הרב קוק היה ביניהם לכיוון השמרני.

כשהתקנות מגיעות בכפייה ולא מהמערכת בפנים תוך הבנת הנחיצות שלהן – הן לא מתקדמות ולא מיושמות. שום דבר לא עובד בכפייה.

**פרופ' מנחם אלון** – 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 מוסדרים, אולם חל שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943. הוא מעט לא מדייק כי כן היו תקנות.

**סיכום הנושא של תקנות בתי הדין הרבניים:**

* הצלחתן של התקנות הייתה מועטה ביותר.
* כפייתו של **בנטוויץ**' הצליחה בתחום ערכאת הערעור אך לא בתחום התקנת התקנות.
* הרבנות זיהתה שדרישה זו היא רק התחלתה של דרישה לשנות גם את הדין המהותי.
* מחלוקת בין דתיים לחילוניים בנוגע למימוש משפט התורה בימינו – המינון הנכון בין מסורת לחידוש.

כשמתמנים **הרב הרצוג ועוזיאל** – הרבנים הראשיים החדשים – **מתחיל השינוי –** הם לא מקבלים תקנות חיצוניות אלא מנסחים אותם בעצמם מתוך מוטיבציה פנימית תוך ההבחנה שזו הדרך שאנשים יבואו אליהם. הם מציינים שמה שנעשה בעבר לא הועיל. נקבע בית דין לערעורים שזה שינוי גדול – הם לא מתנגדים לערכאת הערעור אלא מחזירים למה שהיה פעם בירושלים כאשר בית המקדש היה קיים. נכון זה בא מדרישת הבריטים אבל זה מחזיר מוסד שכבר היה לנו. הם אומרים שלבתי הדין הרבניים יש סמכות גדולה יותר מבתי דין פרטיים ויכולים לבוא בפתחם כל מיני סכסוכים – יש הזדמנות שבתי הדין לא יהיו רק בפלח הצר של מעמד אישי אלא יוכלו לספק משהו כולל יותר ולהוות קונטרה. שמים את זה על השולחן שהם לא מסתפקים רק בתחום של מעמד אישית אלא **מעוניינים להוות תחליף לבתי המשפט, להיות הגרעין שממנו יצמח המשפט בישראל.** הם מדגישים שהתקנות שלהם לא התקבלו ממשפטנים חיצוניים אלא קודם כל מבוססות על הפוסקים שלהם. התקנות הללו הן הבסיסי לכך שהמערכת הזו תהייה המערכת המשפטית המרכזית במדינה.

ראינו שלושה מוסדות: חברת המשפט העברי, בתי המשפט השלום העברי, בתי הדין הרבניים שראו עצמם כמוסד שממנו יעבור הנושא של החייאת המשפט העברי. ראינו את הדילמה: אפילו להתחיל ולסדר סדרי דין בסיסיים זה משהו שהיה לא ברור ויצא כבר מראש שאלות על אופן פעילותו. **אלה ניסיונות טרום המדינה לייצר מערכת משפט שעובדת.** בינתיים ראינו שזה לא עבד – לא כיצור כלאיים בין ההלכה למשפט המודרני, לא מצד בתי הדין – הן מהצד הדתי והן מהצד החילוני בינתיים אין לנו מערכת שעובדת ומראה כיצד שני הצדדים יכולים לעבוד בתוך מערכת משפט מתפקדת אחת.

**שיעור מס' 7 – 22.11.2021**

**מעמד המשפט העברי ערב הכרזת המדינה**

**החלטת עצרת האו"ם על הקמת מדינה יהודית –** עכשיו יש צורך בקבלת החלטה מעשית. עד קודם המדינה אין לנו יוזמות מוצלחות, אבל עכשיו צריך לקבל החלטה אקטיבית.

**מה השתנה עם ההחלטה על החלוקה והקמת המדינה?**

* הצורך ליצור מערכת משפט למדינה העומדת לקום עורר **מחדש את הדיון.**
* רבים האמינו כי כמו שנוצרה הזדמנות של ׳עכשיו או לעולם לא׳ להקים מדינה יהודית, **נוצרה גם הזדמנות חד-פעמית להתגבר על המחלוקות התרבותיות והפוליטיות ולבצע מהפכה גם בתפיסת המשפט העברי.**
* תקווה חדשה: מחד, ישראלים עצמאיים לא ירצו להמשיך ולהשתמש במשפט זר, אם קמה מדינה רוצים משהו ייחודי, ומאידך **המציאות הממלכתית והחברתית-כלכלית החדשה תחייב את המשפט העברי להיעשות למשפט חי, מעודכן ומתאים לחברה ממלכתית**.

אם קודם דיברנו על פאן תיאורטי, חלק מהמון בעיות והייתה חוסר נכונות מהצדדים להתקרב זה לזה, הייתה תחושה שאולי הרגע הזה, המיוחד של משהו חדש – כן יאפשר ליישם את המשפט העברי לפחות באופן כזה או אחר, ולהתגבר על כל הבעיות שעלו עד עכשיו. לא רק חסידי המשפט העברי חלמו על זה:

**דב יוסף, עו"ד וד"ר למשפטים:**

לא היה מזוהה עד אז עם המשפט העברי אלא הגיע עם רקע משפטי רגיל. הוא אמר יש להכריע: ׳אם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או ניקח את חוקי ממשלת הארץ כבסיס ונוסיף עליהם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת׳. זה משהו שאפשר לחשוב עליו, זה לא מופרך. נקודה ייחודית ששונה מכל הדיונים התיאורטיים שהיו עד עכשיו.

**תומכים**

1. **חילונים** שרצו לבסס זהות יהודית לאומית אותנטית.
2. **דתיים לאומיים** שהאמינו **שמדינת ישראל היא שלב בדרך לגאולה** (המזרחי), או לפחות עובדה מוגמרת חיובית שיש להשפיע על עיצובה (פועלי אגודת ישראל וחלקים מאגודת ישראל). אין הבדל בין דת ללאום.

**מתנגדים**

1. **הפלגים החרדיים הקיצוניים יותר** – מדינה חילונית נוגדת מדינת תורה. 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. **מפלגות וזרמים חילוניים שונים** – אין מקום לדין תורה במדינת ישראל הציונית, חילונית, דמוקרטית ומודרנית. לא רואים בזה את הביטוי של הייחודיות של מדינה יהודית.

כלומר רואים גם מהצד הפלג החילוני וגם הדתי/ חרדי טיעונים בעד ונגד.

**מה מנע את השילוב?**

* 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. צריך להמציא יש מאין.
* המהירות שהתרחשו בה הדברים
* היציאה החפוזה של הבריטים
* הצורך לברוא מערכת חדשה מהיסוד
* רק בשלהי 1947 הקים הוועד הלאומי מחלקה משפטית שתתחיל ותחשוב מה יהיה כאן, איזו מערכת משפטית תנהג. ברשות הוועד הזה, עומד זרח וורפטי, איש המזרחי.
* המלחמה
* חוסר הוודאות – גם לגבי תמיכה של מעצמות.
* חברה פתוחה ודמוקרטית – אי אפשר להצניח עליה מערכת חוקים שהיא לא התרגלה אליה.

היו אמירות שהמשפט העברי צריך למצוא מקום בשיטת המשפט, אך בשלב הזה זה רק נאומים והכרזות.

מהן החלופות למי שכן רוצה זיקה כלשהי למשפט העברי?

**שלוש אפשרויות תיאורטיות לשילוב המשפט העברי**

1. למהר **לחוקק חוקים** **שיתבססו על המשפט היהודי-עברי**, או לפחות להוסיף לחוקים הקיימים כמה פרקים או סעיפים.
2. **לקבוע הצהרה כללית בהכרזה העתידית על עצמאותה של מדינת ישראל** (מגילת העצמאות) או בחוקתה, כי המשפט היהודי-עברי יהיה אחד ממקורות החקיקה בישראל (ואולי אף המקור העיקרי שבהם).
3. **המשפט העברי יהיה ׳דין השיור׳ (residuary law) הישראלי** – הדין שיחול במקרים של חסר (לָקונה) במשפט. מי שהיה בעד האפשרות הזו הבין שהראשונה לא מספיקה, השנייה לא אומרת הרבה. לשלישית יש איזשהי היתכנות (על אף שיש מחלוקת אם בכלל יש דבר כזה לקונה, או שהכל בדין הקיים) אבל זה לפחות נותן משהו. בתקופה הזו, בניגוד ל40 שנה קדימה, יש לנו הרבה מאוד משפטנים שהם בוגרי ישיבות, גם אם הם עזבו הם צמחו על ברכי הידע ההלכתי והמשפטי המסורתי. לכן, היכולת שלהם לממש את האפשרות הזו ולפנות למקורות האלה הייתה הרבה יותר גבוהה. **בסופו של דבר הובן שזו האפשרות הריאלית מכולן.**

**דבר המלך במועצתו על פלשתינה-א״י, 1922 – סימן 46**

במקרה של חסר במשפט הארץ- ישראלי, כשהשופטים אינם מוצאים פתרון בחקיקה או בפסיקה, עליהם לפנות למשפט האנגלי. – ניקח את זה, במקום אנגלי, נחוקק משפט עברי. לפחות תהייה לנו התחלה.

**פלטיאל דיקשטיין**

להחליף את ההפניה לדין האנגלי בפנייה -

 'לפסקי הלכות של השולחן ערוך ושאר פוסקים מקובלים, עד כמה שפסקי הלכות אלה הולמים את צרכי החיים בזמן זה'. כלומר, זה אפשרי דרך דין שיורי. זאת מתוך הנחה שהרבה מאוד מהשופטים, עורכי הדין והמחוקקים לא זר להם המשפט העברי בתקופה ההיא.

**האם זה אפשרי?**

**רון חריס** –

'רבים ממשפטני הדור, ובהם שופטים לעתיד, למדו בצעירותם בישיבות, ועולמו של המשפט העברי לא היה זר להם, כך שהיו יכולים, לו ניתנה להם האפשרות החוקית, לבצע קליטה הדרגתית של המשפט העברי במינון הנראה להם'

**דוד רמז, יושב ראש הוועד הלאומי**

'בוודאי שיש לנו קו לשאוב מן המעיינות שלנו כל מה שניתן, כדי להשקות בו את שדה החוק של המדינה העברית'. האפשרות המינורית הזו לא עוררה התנגדות למשהו להתחיל איתו.

**פברואר 1948 - ישיבת ועדת המשנה מספר 6 של ועדת המצב**

רוב הועדה חילוני, הועדה באה להסדיר הרבה עניינים, בין היתר השילוב של המ"ע. מדובר בנציגים מכל הפלגים.

נוכחים:

* פלטיאל דיקשטיין –
* משה זילברג (לימים שופט בית המשפט העליון )
* פליקס רוזנבליט (לימים שר המשפטים הראשון)
* זרח ורהפטיג, איש הפועל המזרחי (לימים שר בממשלת ישראל). יו"ר הוועדה.
* נחום ניר-רפאלקס, איש מפ״ם (שניהם עתידים לעמוד בראש ועדת החוקה, חוק ומשפט

ההחלטה:

**החלת המשפט העברי כדין שיורי**.

ההחלטה לא מתקבלת בשלב הזה, אלא רק עשרות שנים אח"כ.

ההחלטה לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש״ח - 1948– שנוסחה ב – 19 במאי 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'.

**אין רמז בשלב הזה לחוקים במשפט העברי/ הסדר שיורי/ הצהרות.** גם היוזמה שהייתה על השולחן ומנהיגים דיברו עליה, והחליטו עליה בוועדה שמגבשת את החוק = שום דבר כזה בפועל לא נכנס. למה?

**מדוע החלטת ועדת המצב לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט?**

אופציה א: **נסיבות הזמן**:

* נתק בין ירושלים ובין תל אביב.
* פקודת סדרי השלטון והמשפט נוסחה בדוחק בזמן קשה.
* התבססה באופן חלקי בלבד על עבודת ההכנה המוקדמת.
* בן גוריון הנחה את המשפטנים להתמקד בניסוח ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ועל שאלת מעמדה הבינלאומי של ישראל.

אופציה ב: **מחיקה מכוונת**:

* התנגדותו של חיים כהן – אחד המזכירים של הועדה, ידע על החלטת ישיבה המצב, לא כלל את ההמלצה בעניין בדו״ח הסופי שהגישו מזכירי המועצה לעורך הדין דב יוסף. (רדזינר)

**הטמעת המשפט העברי במשפט הישראלי**

אפשרות רצויה או פתרון שווא? האם זו החמצה היסטורית או שמא ממילא זה לא היה נותן להרבה?

**סיכום:
ההכרעה בדבר אי השילוב של המשפט העברי במשפט הישראלי לא נבעה מהחלטה ציבורית מושכלת** כי כן הייתה וועדה שהחליטה לשלב**, אלא**:

* מנסיבות הזמן – אי הערכות, מהירות ועוד
* מאילוצי המלחמה
* מתמרונים משפטיים במנותק מהמערכת הפוליטית
* מאי תשומת לב של פוליטיקאים

**שיעור מס' 8 – 29.11.2021**

**משפט עברי וחוקה**

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 שיורי גם לא התקבל בסוף.

נמשיך הלאה – איפה למשפט העברי יש ביטויים בחוקה שלנו? האם השפיע בעיצובם או לא?

**רקע היסטורי**

* **זרח ורהפטיג** – 1947 – הדמות מרכזית במזרחי, היה פעיל מרכזי בהצלת בחורי ישיבות בעת השואה, ישר השתלב בהנהגת המזרחי. **מוטלת עליו המשימה על ידי הועד הלאומי להיות זה שיכין תשתית לחוקה.** יו"ר מחלקת החוק של הועד הלאומי: 'הוסכם שחברנו מר ורהפטיג יכין טיוטה של הצעת קונסטיטוציה, או יותר נכון יכין את הקווים הכלליים לקונסטיטוציה' (יצחק בן צבי, נשיא הועד הלאומי).
* ד**"ר ליאו כהן**, המזכיר המדיני של הסוכנות – סוף 1947. **הסוכנות לא מצאה חן בכך שהמשימה מוטלת על איש מזרחי וממנה אחראי משלה. מתחילות להתהוות שתי הצעות.**
* אנחנו מגיעים לא כ"כ מוכנים בתחום של החוקה, יש תשתית של אפשרויות אבל ללא הכרעה לאן זה הולך.

לכן, **המגילה ממש נוקטת במועד שעד אליו צריכה להיחקק חוקה**. **מגילת העצמאות קובעת ניסוח חוקה תוך מספר חודשים** – 'אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על–ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ–1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית. **החוקה צריכה להיות התשתית שממנה יצאו שאר המוסדות וההסדרים ולכן חייבים להקדיש בחודשים הקרובים את הזמן לייסד אותה, ברירת המחדל הייתה שכן תהייה חוקה.**

* 8 ביולי 1948 – בישיבה התשיעית של מועצת המדינה הזמנית **נבחרה ועדת חוקה בראשות ורהפטיג שוב,** שהוא חבר במועצה הזמנית כנציג המזרחי.
* הוועדה יושבה, מגיעים נוסחים שונים: התקיימו למעלה מ – 20 ישיבות שדנו בהצעות שונות לחוקה (בעיקר של ליאו כהן), **עד לפירוק הועדה עם פיזור מועצת המדינה הזמנית**. מתייסדת הכנסת כי רואים שזה לא עובד, **מקימים בלי שיש חוקה**.
* 1949 – **הקמת ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת. גם היא לא מצליחה להבין לחוקה מוסכמת**.
* 13.6.1950 - **קבלת הצעת יזהר הררי – חיקוק החוקה בשלבים – חוקי יסוד**. החוקה לא תהייה חוקה כעת אלא תחוקק בשלבים, חוקי יסוד שלאט לאט יבנו ויגדירו את החוקה הכוללת, שעד היום לא קיימת.

**מה צריך להיות הפרופיל של החוקה, איך היא אמורה להיראות? תפיסות כאלה קמו כבר משנת ה30:**

**תפיסות שונות לגבי תפקיד החוקה – 'חוקה מתגוננת'**

ייצגה את התפיסה הזו אגודת ישראל, חרדים שאמנם עומדים מחוץ לתנועה הציונית אך מקיימת איתה קשרים ודו שיח. אין לנו יומרה יותר מידי להשפיע ולעצב כי המדינה גם ככה לא לעיני החרדים= יהודית דתית שמנהלת על פי התורה. **לכן מה שצריך לדאוג זה לשמור על הקיום היהודי שלנו באמצעותל החוקה.**  – **החוקה: מכשיר להגנת זכויות המיעוט הדתי**.

**הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי**, 1937 -אחד מגדולי תלמידי החכמים בעולם התורה החרדי באותה תקופה, מתנגד לציונות אבל הבין שצריך ליצור דו שיח.

'אבל לפי השערה נראה כי אחרי החלטת הקונגרעס הציוני והאגענץ [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'.

בסוף התוכנית המקורית של האנגלית להקים מדינה יהודית תצליח, לכן עלינו לעמוד על המשמר ולהבטיח שיובטחו בחוקה ענייני הדת. שלנו כיהודים חרדיים תהייה אפשרות להמשיך לשמור על החיים היהודים שלנו.

**הרב משה בלוי, מנהיג אגודת ישראל בארץ ישראל**

ניסח באותם שנים הצעת חוקה משלו, בהתחלה ביסס אידיאל חרדי שהחוקה תהייה לפי התורה ובהמשך מתפתח תפיסה יותר ריאלית. אז לפחות נבטיח את זכויות החרדים:

**הצעת חוקה (סוף תרצ"ח) שתבטיח את זכויות החרדים - 'תכנית לדרישות החרדים בענין החוקה של המדינה היהודית':**

* אם המדינה לא תכיר בחוקתה בסמכות התורה, אזי תינתן אוטונומיה ליהודים חרדים לחיות בקהילותיהם לפי דרכם.
* יש להבטיח את זכותם של עובדי ציבור שלא לחלל שבת ולקבל אוכל כשר.

**חוקה מעצבת – כבסיס לנציגות במשא ומתן**

גם בציבור החרדי ובאגודת ישראל המשיכו לשמור על עמדה מוצהרת של חוקה מעצבת, אבל יודעים שזה לא יעבוד אז ההצהרה היוותה בסיס למו"מ כדי להטיל וטו על עניינים מסוימים.

**עמדתה המוצהרת של אגודת ישראל:**

אספת גדולי התורה בשנת 1937 -

* קיום מדינה יהודית היא אפשרית רק אם המדינה מכירה את חוקי התורה בתור החוקה היסודית שלה ושהנהלתה היא על פי התורה.
* מדינה יהודית המסרבת להכיר בהתורה כחוקתה, מתכחשת למקור ישראל ושוללת את הצביון הנכון של הלאום והיא חותרת בה תחת קיומה. ישוב יהודי כזה אינו יכול להקרא בשם מדינה יהודית.

מבחינת ההצהרה, לא יכולה להיות חוקה שלא יושבת על התורה. אבל מבחינה פרקטית מבינים שזה לא יכול לעבוד ועדיף שתהייה לפחות חוקה מתגוננת.

**ד"ר יצחק ברויאר :**

* 'התורה היא משפטו של העם הישראלי..... במדה שהציבור העברי לא ימלא אחרי משמעת התורה, מעשיו יהיו בלתי חוקיים'.

חוקרים מייצגים להצהרות הללו בסיס למשא ומתן, רף מקסימלי שממנו אפשר ללכת ולרדת ולהגיע להגנה על המישור הפרטי ועל הזכויות של חופש דת. מתוך חשש שאם לא נציב רף גבוה גם את המינימום לא יהיה לנו.

**הסוכנות היהודית**

**החלטת הסוכנות בתגובה לדרישות אגודת ישראל: 1938**

לסוכנות דווקא היה מאוד נוח עם התפיסה הזו, בסה"כ רוצים לשמור על מרחב אישי ולא באים לשנות ולעצב. הסוכנות מורידה את רף החששות:

* בחוקה יובטח חופש מצפון ודת, וכל קבוצה תוכל במסגרת החוקה לסדר את צרכיה הדתיים ברשות עצמה, אם תראה צורך בכך.
* שבתות ומועדי ישראל יהיו ימי מנוחה ממלכתיים.

אין כאן באמת יומרה למשהו מעבר לזה, חוץ מהצהרות שנשארו באוויר.

**חוקה 'מעצבת' – המזרחי (הציונות הדתית) :**

לא כמו שראינו בחוקת ישראל – ברעיון ביסוס על תורה ובפועל הגנה על זכויות הפרט, אצל המזרחי זה הרבה יותר חד משמעי. תזכיר שנשלח:

* 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.

אצל היהדות אי אפשר להבחין בין לאום ודת, זה לא משהו ששייך רק לפרט אלא התורה היא ספר החוקים שלנו, על זה הם מבססים דרישות קונקרטיות מבחינתם. הקו המרכזי הוא מסורת ישראל, הם לא רק מגדירים את ההגדרות המרחיקות לכת האלה מבחינת השפעה ועיצוב, אלא גם אם יהיה רוב שיתנגד לדברים הללו הם מתכוונים ממש להילחם על זה ולדרוש את זה, לדעתם זה בסיסי מבחינת הצביון של המדינה.

כשהם שומעים שהסוכנות מקבלת את התפיסה של חוקה מתגוננת של אגודת ישראל, איך הם מקבלים את זה:

**הרב מאיר ברלין, נשיא המזרחי לסוכנות היהודית – מכתב זועם:**

* יש 'לדאוג לכך שבשעת סדור החוקה של המדינה העברית בשלבה הראשון [...] יובטחו הענינים הדתיים בהיקפם הלאומי'.
* לא ייתכן לקבל את העמדה שענייני הדת יהיו ענייניהן הפרטיים של קבוצות מסוימות.

ביהדות אין כזה דבר הפרדה בין דת ולאום לא ניתן להסתפק במישור הפרט. המדינה במישור הציבורי צריכה להכניס לעצמה מרכיבים יהודיים.

זה גרם כמובן לכעס מאוד גדול למנהיגים בסוכנות, מבחינתם אין על מה לדבר. הם הולכים לגבש חוקה שדומה למדינות אחרות.

**ראינו שתי תפיסות מרכזיות של היהדות הדתית באות התקופה: מתגוננת ומעצבת.**

**ורהפטיג – שילוב בין חוקה מתגוננת למעצבת באמצעות חוקה צרה**

היינו אולי מצפים שיביא תפיסה של המזרחי כי הוא חלק מהם, אבל כנראה שהוא נבחר כי הוא דווקא שיקף שיטה יותר משלבת. הוא זהיר ומינימליסטי בתחילת הדרך.

 מבין שתי השיטות, האמריקאית והאירופית, נראה לי כי מכמה בחינות כדאי לבחור בשיטה האמריקאית ולסדר קונסטיטוציה קצרה עד כמה שאפשר. היתרון של החוקה האמריקאית שהיא קצרה וממוקדת, הצהרתית, אפשר לפרש אותה בכמה היבטים.

למה זה טוב? כי המצב העדין בו אנו נתונים מחייב להרבות בסתום יותר מאשר במפורש ויש להשאיר מקום גם לפרלמנט להוסיף או לגרוע אחר כך.

למה הוא מבקש להשאיר את הערפול הזה? מחשש למחלוקות. ברגע שהדבר ניתן להרבה מאוד פרשנויות הדבר מהווה יתרון וזה מחלץ אותנו ממחלוקות ובעיות שמסוכנות – המצב הרגיש שבו נמצאים בשלב הזה מחלוקות הן יכולות לערער את עצם קום המדינה ועתידה.

הוא רצה להתמקד בדברים היותר טכניים – שלטוניים:

נתעסק עם מה שאנחנו צריכים בשביל לעבוד, ואח"כ נתעסק בדברים היותר רגישים של דת ומדינה.

**נושאים מרכזיים בחוקה על פי ורהפטיג:**

* מעמדה של 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

דברים שכן נוגעים לצביון המדינה:

* מעמדה של ירושלים
* שמירת אופייה היהודי של המדינה באמצעות שני מרכיבים: נשיא יהודי ועלייה חופשית.

בכל זאת, היו לו התבטאויות שהביאו את עמדתו בסוגיות דת ומדינה

נקט בעמדה מאוד אופטימית.

**סוגיות דת ומדינה – סטטוס קוו:**

בנוגע לזכויות המעוטים הדתיים הרי הצעת הרוב מבטיחה את תחיקת המשפחה (ההצעה של הוועדה הלאומית) ואת המעמד האישי של המעוטים הדתיים לרבות עניין ההקדשות.

בהקשר 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 יתרים. הבעיות הדתיות הכי חשובות הטעונות סדור קונסטיטוציוני הן: הבעיה של שמירת יום מנוחה – שבת, תחיקת המשפחה והמעמד האישי, לרבות סדור ענייני ההקדשות, וארגון הקהילות והרבנות. **מונה כאן כמה מישורים שבהם רואה את השילוב בין דת ומדינה.**

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 **(החוק היהודי מתקדם ומתקבל על כל לב, לא בעייתי גם מבחינת החילונים)** ובשים לב לנטיה הטבעית הטבועה בשדרות רחבות של היהודים להמשיך את הצורה המסורתית בענינים חיוניים אלה, אין להניח כי תהיה איזו שהיא התנגדות מצד חוקים חשובים נגד החוקים הנ"ל. **בעניינים המרכזיים שיש התנגשות בין דת ומדינה, הציבור היהודי פחות או יותר מסכים שיש להסכים כמו שכבר קורה כמו נישואין וגירושין. לא צפויה לכך כל התנגדות. הוא מביע כאן אופטימיות יתרה.**

**התייחסות למשפט העברי**

השפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפני החוקים שהיו בתוקפם ביום שלפני ביטול המנדט ובהתאם למשפט התורה וליסודות הצדק. **זה לא רק יהיה שיורי אלא ישתלב עם החוקים של המנדט, לא יכולה להיות חוקה ללא התייחסות למשפט התורה.**

מצד אחד הוא כן מכיר בזה שצריך להיות מינימליסטיים 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.

שילוב של הבנת המגבלות אבל כן עיצוב ברמה מסוימת.

**הרבנים הראשיים – חוקה מעצבת**

מתוך תפיסת העולם של מרכזיות התפיסה וההלכה, הרבנים הראשיים כן רוצים שהחוקה תתעצב בהשפעת התורה

* י"ג-י"ד בחשוון תש"ח (27-28.10.47) – ישיבה חגיגית של מועצת הרבנות הראשית – מתעוררים ומבינים שהולכת לקום פה מדינה ויש לבסס את המקום שלהם בזה.
* הרבנות תקים ועדה שתעסוק בבירור עמדת הרבנות הראשית בעניין החוקה
* בראש הוועדה הועמד הרב הרצוג – למה דווקא הוא לא עוזיאל (הרב הראשי השני)? כי הרב הרצוג במשך שנים ישב כבר וכתב, וחקר ובירר את היסודות לתשתית למדינה יהודית, ולא התעורר רק ב47.
* חברי הוועדה: הרבנים הראשיים, הרבנים צבי פסח פראנק, איסר יהודה אונטרמן, ראובן כ"ץ – רבנים מאוד בולטים באותה תקופה שעסקו בסוגיות הללו בכתיבה ההלכתית שלהם.

ט"ז בחשוון תש"ח (30.10.47) -**הרבנות הראשית פונה לסוכנות הלאומית ולוועד הלאומי בבקשה לשתפה בעיצוב החוקה.**

**חלקים מרכזיים בהצעתו של הרב עוזיאל**

**יסודות הקונסטיטוציה**

* הקונסטיטוציה של המדינה היהודית וכן תורת המשפט האזרחי, צריכה להיות מבוססת ושאובה מן הספרות ההלכית והמשפטית. מנוסחת בסגנונה הספרותי של תורת ישראל ומעובדת בשיתוף פעולה עם הרבנות הראשית לארץ ישראל.... **הרבנות הראשית לא ראתה עצמה כאחראית רק על נישואין וכשרות. היא צריכה להיות משפיעה ומעורבת.**

**אינטרפרטציה וביקורת התחוקה**

* **הייתה הבנה שהפרשנות היא המשמעותית פה**: 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. **אני לא מוכן להשאיר את זה לידי ההלך הציבורי.**
* תיקונים בחוקה יעשו רק על ידי אסיפת הנבחרים...בתנאי ששינויים אלה לא יהיו מתנגדים ליסודות התורה והאמונה'. **לא מפתיע אותנו שרב ראשי מנסה לחתור לכיוון הזה, אבל הוא כן הכניס סעיף שמבהיר את ההבנה שלו לכך שזה לא משהו כל כך פשוט:**

**סעיף מעבר**

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.

**ז"א –** קבעתי את הרף הגבוה, אבל בפועל אני מבין שזה לא יעבוד מיד. יש תקווה שעם הזמן הציבור יבין את הצורך והתועלת.

**הרב הרצוג – תחוקה לישראל**

בשונה מהרב עוזיאל לא מוכן לקבל פשרות:

**כלל ההיבטים של מדינה יהודית מודרנית:**

* מבנה השלטון
* זכויות מיעוטים
* שיטת משפט
* הדין הפלילי
* בחירות
* צבא

לכל דבר היה לו ניסוח, ותשתית רעיונית ואידיאולוגית. זה אפשרי אז תני לנו לעשות את זה. הרבנות הראשית צריכה להיעזר במשפטנים אמנם אבל היא זו שצריכה לנסח את החוקה ולא רק מתייעצים איתה, זו העבודה שלה כי היא הגוף הרוחני ולכן 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 הכחות לשם מטרה זו כי אם ח"ו נתרפה במלאכת שמים זו בעת ההכרעה הזאת ח"ו שהרוב הגדול של הישוב יתיאש ח"ו מן התורה ויאמץ לו לבלי התחשב עם תורת קדשנו שורש נשמתנו איזו תחוקה גויית מודרנית מן המוכן ואיזה ספר משפטים וחוקים שויצרי או אחר, וזה כבר בעצמו יהא הרס פנימי גמור רוחני דתי היסטורי וחלול גדול כלפי חוץ. **אם לא ננצל את המומנטום זו תהייה בכייה לדורות.**

**השפעת הרבנות הראשית על סוגיית החוקה – מה הייתה ההשפעה אם בכלל?**

* הסוכנות והוועד הלאומי לא הסכימו לשתף את הרבנים הראשיים בעיצוב החוקה. הם ראו את עצמם כמי שמנסחים ורק מתייעצים עם אחרים.
* אבל, **ורהפטיג** התייעץ עם הרבנים הראשיים לאורך כל הדרך.
* הרבנים הראשיים הסתייגו מהצעתו של **ד"ר ליאו כהן**. נראה שהיא השפיעה מאוד בצורה מרחיקת לכת על השתלשלות העניינים.

**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.

בהצעת של ד"ר ליאור כהן כמעט אין התייחסות לתורה ולכן מאוד מבקרים אותה.

**מאחורי הקלעים הייתה לרבנות הרבה השפעה דרך והרפטינג.**

**חוקה מחנכת– ורהפטיג בעמדו בראש ועדת חוקה, חוק ומשפט**

בשנים המאוחרות יותר כשורהפטינג בנכסת רואים דגם חדש של חוקה. כבר לא מסתפק בהסדרים המינימליים – שומעים שהחוקה צריכה לתת מעמד לדת ולמשפט העברי

הוא היה צריך לדון בהצעה של ליאו כהן שאין בה התייחסות לפאן היהודי, אז הוא דווקא רצה לשים את השולחן את האפשרות להכניס אלמנטיים 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).

* צריך לתת מעמד לדת ישראל במדינת ישראל
* צריך לתת בחוקה ביטוי להחיאת המשפט העברי ולו אפילו בצורה סתמית
* עניין המעמד האישי חייב להיות מוסדר לפי העקרונות הדתיים
* מרכזיות קדושתה של ארץ ישראל

**ורהפטיג בישיבה החגיגית במלאת שנה לכנסת**

* תפקידה של החוקה לחנך.
* החוקה בדמות שמתגבשת כעת אינה מתיישבת עם מורשת ישראל.
* אין צורך בחוקה שאין בה ממד חינוכי, וממילא אין אפשרות להציג תפיסה חינוכית עמוקה ורחבה יותר מזו המוצגת בתורה ובתנ"ך.

**גישה בדיוק הפוכה לתפיסת החוקה חוקה כללית ועמומה שנקט בה קודם.**

**בסופו של דבר לרבנות הראשית השפעה מאוד גדולה על החוקה כי היא זו שהשפיעה כך שהיא לא תצא לפועל.**

**דברי והפרטיג:**

אנחנו חוששים ופוחדים, 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....

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

**סיכום בראייה לאחור**

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 לחוקק חוקת יסוד מעודדת, מעוררת, מרעננת, מלהיבה לבות יהודים המלאים כמיהה וכיסופי דורות לגאולה.

**סיכום**

****

**שיעור מס' 9 – 06.12.2021**

**המשפט העברי בחקיקה**

**אורי ידין, ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים**:

מבטא מדיניות שהיא פחות או יותר שולטת עד היום:

׳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 המשפטנים והמלומדים המסוגלים להרים משימה כבדה זו׳

לא צוין באופן מפורש כשפונים למשפט העברי, אין מקור מחייב. והקו המנחה הוא שמגבשים שיטת משפט מודרנית, שמתאימה לצרכי החיים של החברה.

יש פה שני צדדים: מחד, רצון לייסד משפט שדומה למשפט מודרני ומותאם לשיטות המקובלות, ומאידך התחושה שהמשפט העברי לא מסוגל לספק את הסחורה, משהו שאפשר ליצור ממנו הסדר.

**חיים כהן, מנכ"ל משרד המשפטים, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה**:

׳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 מהממשלה הוא ימשיך לפעול בקו זה׳.

חיים כהן למעשה משקף מדיניות שהוא קיבל מבן גוריון באותן השנים – אפשר לקבל חוות דעת מהמשפט העברי, בסופו של דבר **הצרכים של המשפט הישראלי הם אלו שיהוו את הבסיס הקובע לחקיקה.** המשפט העברי הוא רק אחד המקורות, והוא גם לא הבכיר מביניהן.

**זו פחות או יותר המדיניות המקובלת ע"י המחוקקים וע"י בכירים במשרד המשפטים: חקיקה לפי הצרכים, הסתכלות על שיטות משפט מודרניות, והמשפט העברי נמצא שם – כמקור השראה, אבל לא הרבה יותר מזה.**

**1959 - תקן של יועץ מיוחד ל׳משפט עברי׳, ואחר כך הורחב לכדי מחלקה מצומצמת.**

* **פרופ' מנחם אלון**
* **פרופ' נחום רקובר**
* **ד"ר מיכאל ויגודה** – יושב בראש המחלקה היום.

כלומר יש הבנה שיש צורך בהתייחסות כלשהי לעמדת המשפט העברי ע"י המחוקקים, והמחוקקים יבחרו את הצעד המעשי.

**משרד המשפטים והכנסת אינם רואים בהלכה מקור השראה ׳ראשון בין שווים׳, ובוודאי לא מקור מחייב**. הם יקבלו את חוות הדעת אם הן מסתדרות עם מה שהם חשבו מלכתחילה שזהו פתרון הולם. אז ציטטו בהצעות החוק אבל כגיבוי למה שחשבו מלכתחילה שהוא ההסדר הנכון.

**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 מהֶסדר משפטי של מדינה אחרת. **ההלכה היהודית נוכחת ברמה יותר סמלית, של הסדרים כלליים או של הסדרים מאוד ספציפיים.**

**המדיניות הזו כמובן לא מספקת את תומכי המשפט העברי:**

**השופט 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׳

יש משהו, אבל הוא לא מבט את היותנו מדינה יהודית.

חוסר שביעות הרצון היא לא רק מהצד הדתי:

**ותיקי המשפט העברי**

השמיעו קול מחאה. עד שנדם קולם....

אלה שדיברנו עליהם שהקימו את משפט השלום העברי. הם השמיעו קול מחאה אך מטבע הדברים הפכו לא רלוונטים ולא כ"כ נשמעו.

**כיום הביקורת על מיעוט השימוש במשפט העברי -** סוברים שלמשפט העברי יש הרבה מה לתרום למשפט הישראלי, והוא לא חלק ממנו ברמה המספקת.

* משפטנים, חוקרים ואנשי ציבור דתיים.
* חברי כנסת דתיים (חרדים ודתיים לאומיים) חוזרים ומשמיעים אותה בדיוני הכנסת השונים.

**יש שתי טענות: המשפט הישראלי לא רוצה את המשפט העברי כי זוהי שיטת משפט שאינה מודרנית; למשפט העברי אין מוכנות להיכלל במשפט הישראל**י.

**יוזמות לקידום המשפט העברי בחקיקה – מי שטענו שלמשפט העברי יש מקום במשפט הישראלי:**

* **פרופ' רקובר** - סדרת ספרים 'חוק לישראל' – כתב על הרבה מאוד תחומים של המשפט האזרחי, דן בשפה משפטית מודרנית ויש לו הצעות חוק מסודרות: איך זה יכול להיראות אם נפנה למשפט העברי. יש את מה שצריך כדי להשתמש במשפט העברי.
* **ארגון צהר - 'צהר לחקיקה'** – עכשיו מכירים אותו הרבה בעניין של הכשרות, ושל חתונות. היה להם פרויקט צהר לחקיקה, הגיעו לכנסת ולוועדות הראו שיש להם מה לתת כדי להסתייע.
* **'משפטי ארץ'** – מוציא קודקס אזרחי של חוקים על יסוד דיני המשפט העברי במגוון תחומים – איך זה היה נראה אם היינו פונים אליו ואיך זה היה שונה ממה שיש לנו היום, מענה לכל סיטואציה שקורית היום.
* **רבנים וחוקרים נוספים - ספרים ומאמרים** – כולם עשו את העבודה והניסיון לתרגם את המשפט העברי לחקיקה של היום.

**לכן, הטענה שהמשפט העברי לא מותאם ואי אפשר לייסד על גביו קודקס מודרני – פחות רלוונטית. אם רוצים אז יש לאן לפנות**.

**נראה מספר דוגמות:**

**חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969**

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.

אם הלוויתי למישהו 2000 ₪, והוא חייב להחזיר לי אותם, אני יכולה להעביר את החיוב לאדם אחר – והוא ידרוש את הסכום הזה.

(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. ההעברה תיעשה באותם התנאים.

(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. מגינים גם על החייב במקרים שבהם הוא כבר שילם את חובו.

(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.

זו דוגמה יחסית מינורית להשפעה של המשפט העברי, פחות או יותר השם של החוק נגזר מהמונחים של המשפט העברי, מושג ההמחאה:

**מקור שמו של החוק**

**משנה, בבא מציעא, פרק ט, משנה יב –**

אחד שכר אדם ואחד שכר בהמה ואחד שכר כלים יש בו משום ביומו תתן שכרו (דברים כד, טו), ויש בו משום לא תלין פעולת שכיר אתך עד בוקר (ויקרא יט, יג). אימתי. בזמן שתבעו, לא תבעו, אינו עובר עליו. המחהו אצל חנוני או אצל שולחני, אינו עובר עליו....

חיוב לשלם לאדם שנתן לי עבודה/ חפץ באותו היום, ולא להשאיר אותו תלוי ועומד ללא הכסף שלו. אסור להשהות תשלום. זהו עקרון של החוק שנותן לטובת העובד/ נותן השירות או החפץ. אם לא ביקש העובד את הכסף – אפשר להמתין קצת וההלכה מדברת על מועדים. כאן מדובר בהעברת התשלום תוך מתן אפשרות לממש את התשלום שהאדם חייב.

האם יש התנגשות מהותית בחוק בין המושג המחאה במשפט העברי לבין החוק?

**מקור הדין**

'אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לו לפלוני במעמד שלשתן קנה...'

יש לי סכום כסף, חיוב אצלך – אתה יכול להעביר את החיוב שלי למישהו אחר. מי צריכים להיות נוכחים במעמד של המחאת הזכות? החייב, הנושה, וזה שמקבל את הזכות. שלושתם צריכים להיות נוכחים בזמן שהמחאת הזכות נעשית.

**פסיקת ההלכה**

**שו"ע, חושן משפט, קכו, א –**

'ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלוה 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 עסוקין באותו עניין. וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו למי שהוא בידו. ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון, קנה'.

אפשר לעשות את ההמחאה ולא ניתן להתחרט, ברגע שזה הומחה אי אפשר לחזור. מי שהעביר את הזכות לא יכול לוותר על החוב כי הוא כבר לא בידו, אפילו אם לוי לא היה בעולם כשהחוב נוצר אפשר להמחות לו.

במה שונה ההלכה מהחוק שראינו? **ההלכה שמחייבת שכולם יהיו נוכחים בעת המחאת החוק סותרת את החוק שלנו, בכך שלא צריך מעמד של שלושתם.** לכאורה החוק מנוגד למשפט העברי.

**הרציונל** של הדרישה שהחייב יהיה נוכח בעת המחאת החוק – שהחייב ידע למי החוק עבר, שישמור על זה שהתנאים נשמרים, הכל נעשה למען הגנה על הזכויות שלו – הוא לא חייב להסכים אך לפחות שיהיה מודע לכך שהוא לא חייב כפל חיובים.

**הנימוק לדין**

**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'.

לא חייב מעשה קניין לצורך ההמחאה, מספיק להגיד, העיקר ששלושתם יחד. **למה אפשרו להעביר חוב של אדם לאדם אחר**? כדי לפתור בעיות של אין כסף זמין, במקום זה נותנים את החיוב של מישהו כלפיי – מסחר גמיש.

הוא מסביר בהמשך – **למה זה דווקא במעמד החייב?** כי גם הוא צריך להיות מודע לכך, ולא ישלם כפל חיובים.

איך אנחנו מסתדרים עם זה שהחוק לכאורה לא עומד בדרישות ההלכה? כי הוא לא דורש נוכחות של שלושתם.

נראה שבחוק, הרציונל של התפישה ההלכתית כן בא לידי ביטוי בס' 2 = הגנת החייב. **החוק כולל הגנה מלאה לחייב שלא ידע על ההמחאה, ובכך עונה על מטרת ההסדר ההלכתי**. החוק אמנם לא דורש נוכחות, אבל מגן עליו שאם פרע למלווה הראשונה מאחר ולא ידע שההמחאה כבר עברה, הוא יהיה פטור ויחזירו לו את התשלום. החוק לא קיבל את הדרישה לנוכחות, אבל כן קיבל את הרציונל, וכך עונה על מטרת ההסדר ההלכתי. **גמישות + הגנה על החייב.** זה מה שחשוב להלכה.

**לסיכום (הוראת החקיקה הזו) רואים כאן: השפעה של השם + הסדר שלכאורה לא תואם את ההלכה המקורית אך כן רואים את הגשמת הרציונל של ההלכה המקורית, ולכן אין כאן התנגשות**.

**שיעור מס' 10– 13.12.2021**

**ממשיכים את הנושא של המשפט העברי בחקיקה:**

**אחריות שומרים**

2א. שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.

ב. שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה 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 היתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק.

באופן כללי שומר חינם פטור, אלא אם יש רשלנות, לשומר בכסף יש אחריות מוגברת למעט נסיבות שהוא לא יכול היה לשלוט בהן, שואל זה רף האחריות הגבוה ביותר. אפילו אם לא יכול היה לחזות את הנסיבות הוא יהיה אחראי אבל לא יותר ממי שלקח שלא כדין.

דברי ההסבר

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

**דיני שומרים בהלכה – רמב"ם:**

ארבעה שומרים נאמרו בתורה ושלשה דינין יש להם ואלו הן הארבעה שומרין: שומר חנם והשואל ונושא שכר והשוכר.

**שומר חינם -** המשך הרמב"ם -

הלכה ב

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

נשבע ששמר זה אומר שהוא נותן את ההסבר שלו למה שקרה, והוא מתקבל כי האחריות שלו היא מופחתת, הוא פטור. כאן, כמו בסעיף שראינו בחוק, כמעט בכל מצב שומר החינם פטור חוץ ממצב של רשלנות פושעת = לא שמר אפילו במינימום. בגדול יש כאן פטור גורף.

שולחן ערוך, חושן משפט, רצא, סעיף א -

* שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה:

כך גם לפי השולחן הערוך. רק אם השמירה נעשתה בצורה פושעת נחייב אותו, מעבר לזה לא. **זה תואם את הסעיף בחוק.**

**השואל משלם הכל:**

**המשך הרמב"ם -**

* השואל משלם הכל בין שאבד דבר השאול או נגנב בין שארעו אונס גדול מזה כגון שמתה הבהמה השאולה או נשברה או נשבית שכך כתוב בשואל 'ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם'.
* רואים את הקצה השני, לעומת שומר חינם שפטור כמעט כל הזמן, השואל אחראי כל הזמן לדוגמה: מתה הבהמה בלי שהוא יכול היה לדעת, מישהו לקח ממנו בכוח.. בכל זאת הוא חייב.

**שולחן ערוך, חושן משפט, שמ, סעיף א -**

* השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו כגון שמת או נשבר או נשבה חייב:
* הגה: ודוקא שאירע האונס מכח השואל אבל אם אירע האונס מכח המשאיל פטור ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו"ם והשאילו לחבירו 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:
* השו"ע פוטר אותו ממשהו קטן: אם זה משהו שקרה ללא קשר לסיטואציה של השואל, אלא משהו 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 – משהו שהיה קורה ממילא בגלל המשאיל.

**שומר שכר – פטור רק במקרים שאין לו שליטה**

**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 נשבית או נטרפה הרי אלו נשבעין שנאנסה ופטורין שנאמר 'ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה'' וגו' וכתיב 'אם גנוב יגנב מעמו ישלם לבעליו' וגו'
* בגניבה או אבדה יש אחריות – משלמים לך כדי לשמור, כדי שהדבר לא יגנב ולא יאבד. אבל במקרים שהשומר לא יכול היה לצפות: הבהמה מתה או נשרפה, במקרה הזה הוא ישבע – יספר את הסיפור וישבע שהוא נכון, והוא פטור. כלומר הציפייה היא לשמירה סבירה – מדברים שאפשר לצפות אותם, זה עומד בתווך בין שואל לשומר חינם. אין לו הנאה מעבר לתשלום על השמירה הסבירה ולכן לא נטיל עליו אחריות בכל מקרה.

**שולחן ערוך, חו"מ, שג, סעיף ב -**

* שומר שכר חייב בגניבה ואביד' 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 חומה של ברזל ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל חייב בגניבה ואבידה אא"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) ודוקא שיודע בודאי 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):
* ככה פוסק גם השולחן הערוך. מתי אנחנו כן מצפים שיהיה בערנות? השולחן ערוך מחמיר על השומר חינם – גם במציאות שגנבו ממך כשישנת או שהייתה חולה אנחנו מחייבים, אבל פוטרים מדברים שהם מעבר: שוד, שריפה.

**זוהי דוגמה לסעיף שהושפע לגמרי מההלכה היהודית – בהגדרות השמירה, אחריות השומר. החוק כמובן נתון לפרשנות של בתי המשפט, יש כאלה שפירשו מאוד תואם להלכה ויש כאלה שפירשו פחות. אבל המ"ע נתן 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 היתה 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 היתה לקרוא לו: "חוק השומ­רים", אבל אז התעוררה אצל אנשים רבים אסוציאציה של "השומר" בגליל, "השומר הצעיר" ושומרים אחרים שכבודם במקומם מונח.

הייתה חברת כנסת מהצד השמאלי של המפה ואלה היו דבריה על החוק. למרות זאת, היא נותנת את הגב לכיוונים של השאיבה מהמשפט העברי. לחוק קראו "חוק שמירת נכסים" והיא לא הבינה למה לא קוראים לו "חוק השומרים" כפי שהדבר נקרא במקורות.

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.

היא נתקלה במשהו שניסו לנתק בין מקור החוק לשם שלו, זה מעורר אותה לחשיבה: האם עד עכשיו עבדו נכון? היא מתפלאת למה לא קושרים עוד יותר חוקים למסורת, לתרבות וכו'.

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.

היא הולכת לכיוון החינוכי (הייתה שרת החינוך) – מדברת על עצמה כמורה שרצתה להראות לתלמידים שלה שהמשפט העברי לא שייך רק לעבר אלא חי בקרבנו. זוהי רציפות הטובה ביותר. לא מדובר בכפייה דתית אלא בסיס לחשיבה משפטית מודרנית ואין להתכחש אליו.

**חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973**

**הגדרות**

1. בחוק זה –

"אבידה" - מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם;

"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 הענין 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.

עוד חוק שמאוד השופע מהניסוחים של המ"ע והתוכן שלו. פה, בניגוד להתאמה המושלמת של השומרים, נראה מקומות מרכזיים שבהם למרות המינוח הדומה להלכה וההגדרות הדומות יש **הבדלים** **מאוד משמעותיים לבין מה שנקבע בחוק לבין מה שנקבע בהלכה.**

תוכן החוק הוא בס' 2, המוצא יכול להשאיר את החפץ אצלו עד שהבעלים שיגיע או להעביר למשטרה, אלא אם המשטרה דרשה את זה במקרים מסוימים.

מהם ההבדלים בין החוק לבין ההלכה? **בהלכה חובה שלא להתעלם מהאבדה, כאן מבחינת החוק אין חובה להתייחס אליה**.

**שמו המקורי של החוק -**  היה **חוק הטיפול באבידות –** שם שלא כ"כ משמר את המשפט העברי.

התייחסויות להצעת החוק ולמה שחסר בה:

**הרב משה צבי נריה, 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 לבו 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.'

מדבר על כך שבהלכה יש חובה שלא להתעלם ובמצוות עשה – כבר אני חייבת להשיב את העבודה שהיא לכאורה עוד לא ברשותי, רק מעצם שזיהיתי את האבדה כבר אני מחויבת בעשה – להחזיר 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...'

ח"כ שהתלהב מהרף המוסרי ממקום חברתי, הוא אוהב את הכיוון הזה והיה רוצה שהרף יעלה.

**מציאת האבידה לאחר ייאוש בעולם ממנה:**

הנושא של ייאוש שלא מדעת, אנחנו רואים הבדל במקרים שבהם אדם התייאש.

**החוק 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 ההבדל בין החוק להלכה.

החוק לקח את המינוח של ייאוש בעלים = לא חייבים להחזיר במקרים שבהם אדם התייאש, במה הוא תולה את הייאוש? **בשווי.** בגמרא תולים את הייאוש **בסימן**. סימן = שאפשר יהיה לזהות שאתה הבעלים.

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.**

על מה הם כן חולקים? **בדבר 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.

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

**שיעור מס' 11 – 20.12.2021**

**השיעור בוטל 😊**

**שיעור מס' 12 – 27.12.2021**

**ממשיכים בנושא של ההשפעה של המשפט העברי על החקיקה.**

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

החוק דן במקומות האפורים – כסף שהגיע לכל מיני אנשים באמצעים לא כ"כ קונבנציונליים. החוק מאוד מאוד מושפע מהתפיסות של המשפט העברי כבר מלכתחילה. זה היה מאוד ברור כבר 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 הקנינים ודיני הנזיקין משאירים 'שטחים מתים'. מקומות שכספים הגיעו לא בדין ובצורה מעורפלת, לא כ"כ ברור למי הכסף שייך ויש היבט מוסרי לשני הצדדים.
* 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'.

**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 הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

יש כאן הגדרה כללית שמחייבת להחזיר זכויות, שירות או טובת הנאה זה לא משנה איך הן הגיעו.

נראה סוגיות בהלכה שעליהן נשען החוק הזה, ומשם מתחילה הדילמה המוסרית במקרים הגבוליים שאין לנו אינטואיציה ברורה שצריך להחזיר. אין חוזה, אין נזק.

**זה נהנה וזה לא חסר**

**בבא קמא, כ, ע"א-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 חסרתיך או דלמא מצי אמר הא איתהנית.'

תיאור הסיטואציה המרכזית העיקרית שבה החוק עובד. אדם נכנס לחצר של חברו שעומדת כנראה ריקה, יש שם יחידת דיור או משהו כזה, הוא לא שאל אותו ונכנס לגור – האם צריך לשלם או לא? הגמרא שואלת באיזה מקרה מדובר? חצר שלא עומדת להשכרה והאדם שנכנס לגור לא צריך את המקום הזה למגורים, זה שהחצר שלו הוא לא התכוון להרוויח – החצר סתם עומדת. וגם זה שנכנס לשם לא צריך את המגורים כי יש לו מגורים – אף אחד מהצדדים לא מרוויח.

עולה אותה שאלה במקרה שיש אחד שרוצה לשכור ואחד שרוצה להשכיר. אז יש לשלם למשכיר.

מתי השאלה מתעוררת? כשיש לנו חצר שהמשכיר לא התכוון להשכיר, אבל מי שגר שם כן התכוון לגור, צריך את המקום למגורים. מה אכפת לאדם שהחצר שלו, הוא לא התכוון להשכיר אותה? למה השוכר צריך לשלם לה? אתה נהנת אז תשלם על השימוש. פה זו הדילמה שהגמרא מביאה. **זו הדילמה המוסרית: אם בעל הבית לא מפסיד שום דבר, ועכשיו יש לו הזדמנות להרוויח, האם אנחנו מחייבים את השוכר לשלם או לא?** אפשר להגיד מה אכפת לך לתת אם ממילא לא התכוונת להרוויח? יש דיון ארוך בגמרא לכל האפשרויות **ההלכה היא שכן – מי שנהנה משלם מה שנהנה.** יש כל מיני סברות – כי בכל זאת יש היזק כלשהו לבעל הבית, מישהו כן משתמש בדברים.

**יורד לנכסי חברו**

**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 לנוטעה אמר רב פפא טולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע.

אדם שעשה טובה לחברו בלי שהוא ביקש, האם אותו אדם צריך לשלם? לאדם יש שדה שצריך לעבד, מישהו בא מיוזמתו ונוטע 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 = הם בעצם לא חלוקים אלא מדברים על שתי מציאויות שונות**. שדה שעשויה ליטע – בעל השדה הכין אותה לנטיעה והתכוון לשלם על העבודה ואז באמת צריך לשלם את הסכום הגבוה. ורב מדבר על מצב שאין כוונה ואז באמת משלמים בסף הנמוך.

**עושה סחורה בפרתו של חברו**

**משנה, 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.

אדם שהשכיר את הפרה לחברו כדי שיעשה בה עבודה בשדה, השוכר הזה חרש את שדהו, סיים לחרוש ויש לו חבר בשדה ליד שמבקש את הפרה לאחר סיים – בלי כסף רק לחרוש כמה תלמים והוא יחזיר = זו נקראת שאילה. השוכר נותן לו ובזמן שהשואל משתמש בפרה היא מתה כדרכה, לא משהו שקרה במכוון היא הייתה כבר זקנה. יוצא שמי ששכר את הפרה הוא פטור מלהשיב את דמיה, היה אמור להחזיר אותה לבעלים והוא פטור מזה כי היא מתה, ולא הייתה לו אחריות על המוות כי היא ממילא הייתה מתה אצל בעליה. **אבל השואל לא פטור מזה, מכיוון שהוא לא משלם כסף הוא כן מחויב להחזיר את שווי הפרה לשוכר.** השוכר לא צריך להחזיר את שווי הפרה לבעליה כי הוא פטור.

איך זה הגיוני ששוכר 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.**

**זרח והרפטיג, 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 בדך כלל בחוקים 'שמא 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 הבעייה הזאת ולא צריך להדביק מיד שם רע'.

על אף שמחתו שיש השפעה של המשפט העברי על החוק הזה, יש לו הסתייגות, מי שנתן לזה את השם – ד"ר חשין שהיה בייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, הוא מאוד התלהב מהשם הזה, אבל והרפטיג דווקא טוען **שהשם בכלל לא מתאים לחוק הזה.** הוא אומר שלשם של החוק יש הרבה כוח לאיך שאנחנו תופסים אותו. 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 – 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 עושק וגזל.**

**המשך חוק עשיית עושר ולא במשפט**

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 הענין.

פה בא השוני והשינוי של החוק לעומת המצב של המשפט המקובל שהיה נהוג במנדט. למשל זרקתי סט צלחות יקר כדי להציל אדם שטבע בנהר. בא החוק ואומר: זה שהצלת את אותו אדם, ולא ניתן להגיד היית יכולה שלא לזרוק את הצלחות, הוא צריך להשיב את הסכום של הצלחות.

**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; עשית מצווה, תסבול 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.

זה החידוש הגדול של החוק, בזה הוא שונה משיטות משפט אחרות. יש כאן אינטרס עתידי של עידוד עשיית מעשים כאלה של הצלה, אם אתה רוצה שאדם יעזור לחברו, אל תעמיד אותו במצב שאם הוא יצטרך להוציא כסף להצלת חברו/ הרכוש הוא לא יעשה זאת משיקולים שהעלות לא תחזור לו. זה לא בהכרח מובן מאליו ביחס לשיטות אחרות, העניין של שיפוי ברגע של הצלה.

לכיוון הזה ולהצעה הזו היו תומכים גם במקומות פחות צפויים:

**פרופ' אמנון רובינשטיין, נציג התנועה לשינוי ויוזמה**

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...

גם הוא תומך בסעיף. יש תיאום לצורך חברתי של שמירה על מתנדבים – הצלה והליכה לקראת כל מי שצריך לעזרה. לא ממש מדובר בעידוד אבל באי הרתעה, זה טבעי שאדם יעשה את החישוב אם יוכל לעמוד בעלויות של ההצלה.

**סיכום**

**השפעה על החקיקה הפלילית**

בנושא הפלילי אנחנו רואים אפילו עוד פחות השפעות על המשפט העברי. למה?

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

**דוגמה להשפעות המשפט העברי בתחום הפלילי**

**חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד)**, תשי"ב-1952, שהפך בשנת 1977 להיות חלק **מחוק העונשין** סעיפים 290-297.

**הנוסח המקורי של החוק**

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.

איפה זה תואם את המשפט העברי?

**שם החוק**

**ישעיהו א, כג –**

שָׂרַיִךְ סוֹרְרִים, וְחַבְרֵי גַּנָּבִים--כֻּלּוֹ אֹהֵב שֹׁחַד, וְרֹדֵף שַׁלְמֹנִים; יָתוֹם לֹא יִשְׁפֹּטוּ, וְרִיב אַלְמָנָה לֹא-יָבוֹא אֲלֵיהֶם.

**בשונה מהחוק המנדטורי, גם נותן השוחד עובר עבירה פלילית**

רמב"ם, הלכות סנהדרין, כג, ב:

וכשם שהלוקח עובר בלא תעשה כך הנותן שנאמר ולפני עור לא תתן מכשול.

שו"ע, חו"מ, ט, א:

מאוד מאוד צריך הדיין ליזהר שלא ליקח שוחד אפי' לזכות את הזכאי ואם לקחו צריך להחזירו כשיתבענו הנותן וכשם שהלוקחו עובר בלא תעשה כך הנותנו עובר בלפני עור לא תתן מכשול ולא שוחד ממון בלבד אלא אפי' שוחד דברים....

גם אם לוקחים שוחד על מנת לעשות דברים ראויים, גם אז אין לקחת שוחד ויש להחזירו.

לא מדובר רק בממון אלא גם בדברים אחרים.

**המשך החוק**

דרכי שוחד

4.    אין נפקא מינה בשוחד –

(א)  אם היה כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת;

(ב)  אם היה בעד עשיה או בעד חדלה, השהייה, החשה, האטה, העדפה או הפלייה לרעה;

(ג)   אם היה בעד פעולה מסויימת 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.

השוחד הוא לא בהכרח עבור פעולה מסוימת, אלא גם כדי להטות למשוא פנים באופן כללי. זה חידוש מאוד רציני בחוק הזה לעומת מה שהיה קודם. גם תשלום על דברים חיוביים שממילא היו נעשים אבל כעת נעשים מתוך השוחד, גם בעייתי.

בהקשר של החוק הזה חשוב להבין שהוא יושב על התפיסה של המשפט העברי: **לא רק המקבל חייב אלא גם הנותן,** זה שינוי לעומת מה שהיה נהוג במנדט. בנוסף, המשפט העברי עיצוב את החוק בכך **שהשוחד נחשב לא רק פעולה מסוימת – אני רוצה להשיג משהו ומשלמת על זה, אלא גם עם תשלום שוחד כללי.** אני נותנת למישהו בעל עמדה כל מיני פינוקים באופן כללי, כדי שבבוא הזמן משוא פניו יהיו לטובתי.

**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 בדוגית 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.

הרמב"ם מביא לכך דוגמות מאוד מעניינות למה זה "לשמן" מה זה לתת פינוקים בשביל משוא 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).

**כתובות דף קה, א:**

לא תטה משפט אלא אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב.

**עוד דבר משמעותי – השוחד יכול להיות למשהו שממילא פקיד הציבור היה עושה בשבילי, זה שנתתי שוחד בשביל זה הופך את זה לבלתי תקין.**

במה המשפט העברי שונה מהחוק?

**הבדל משמעותי - הדין העברי מורה להחזיר את השוחד למשלם, בעוד החוק אינו מורה כן.**

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.

**בחוק – אדם משלם שוחד, זה נגמר. במ"ע מחייבים להחזיר בחזרה את השוחד. זה לא התקבל בחוק.**

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

**שיעור מס' 13 – 03.01.2022**

**דוגמות להצעות לתיקון הקודקס האזרחי על פי המשפט העברי**

דיברנו על היבטים אזרחיים שבהם המשפט העברי בא לידי ביטוי, והיבט פלילי לקראת הסוף. את השיעור הזה נייחד לשילוב המשפט העברי בחקיקה האזרחית עם הפנים קדימה. התחום האזרחי הוא התחום המרכזי שבו יכול להשתלב המשפט העברי.

**הצעת חוק דיני ממונות**

* איחוד כלל החקיקה האזרחית תחת קודקס אחד
* טיוטה בת קרוב ל – 900 סעיפים.

נעשה ניסיון לאחד את החקיקה האזרחית לקודקס אחד . ישבה קב' מומחים במשך עשרות שנים ובשנת 2004 הגישה טיוטה למשרד המשפטים של קודקס של למעלה מ900 סעיפים, הפרופ' הכריז על המטרות של הקודקס:

**פרופ' מיגל דויטש – מוביל היוזמה**

הקודקס הוא תוצר של רוויזיה כוללת של הוראות החקיקה... ועדת הקודיפיקציה בחנה כל הוראה בדין הקיים, בנושאים הנדונים בקודקס, כמו גם רעיונות חדשים. תהליך זה הניב רוויזיה ייחודית וחסרת תקדים באופייה.

**נשאלת השאלה – האם בשינוי הזה נלקחה בחשבון עמדת המשפט העברי? עמדת המסורת היהודית שהיא מלאה היבטים אזרחיים?**

**לא הייתה פנייה לשום גורם/ חוקר רבני בתחום הזה**

**פרופ' נחום רקובר** – ראש המחלקה למ"ע במשרד המשפטים.

פנה לוועדה על מנת להיות חלק מן חברי הוועדה, לייצג את המ"ע, שהדעה תישמע ואפשר יהיה לשמוע אותו.

* ביקש להימנות בין חברי הוועדה ונענה בשלילה.
* הטענה: עבודת הוועדה אינה אלא עבודה טכנית של **האחדת החוקים האזרחיים הקיימים**. אבל ראינו שבפועל זו לא הייתה רק עבודת ליקוט אלא חשיבה מחדש ונקיטת שינויים מרחיקי לכת בתפיסות היסוד האזרחיות.
* לא הוטל על מומחה אחר למשפט עברי להביא בפני הוועדה את דבר המשפט העברי.

**שר המשפטים, פרופ יעקב נאמן (2010)**

עיכוב אישור הצעת החוק עד שתשמע בפני הוועדה התייחסות המשפט העברי לסעיפי החוק המוצע. צריך לעשות עבודה מהתחלה ולשמוע מה יש למ"ע להגיד על הסעיפים האלה, משהו מאוד יסוד חסר פה ואי אפשר לקדם את הקודקס בלעדיו. **מאז ועד היום הנושא תקוע.**

**מה זה כ"כ משנה? אם יש הסדרים שהם צודקים, הוגנים, מה יכול להיות משמעותי בהערבות הזו?**

**ד"ר מיכאל ויגודה** – ראש המחלקה למ"ע במשרד המשפטים היום. בעקבות הפנייה של שר המשפטים הכין מסמך ראשוני שהצביע מה חסר, איפה המ"ע יכול היה להוסיף משלו.

* מסמך התחלתי ובו הסתייגויות על סעיפי הקודקס, מנקודת המבט של המשפט העברי. רק דברים ראשוניים וצריך להשקיע זמן ועבודה משמעותית לעבודה רצינית לקודקס כה ארוך.
* למסמך זו שותפים רבנים וחוקרי המשפט העברי. ההתייעצות הייתה מאוד רחבה.

**זה יכול לתת לנו מבט עתידי של איפה המ"ע יכול להיכנס אם יתנו לו להיכנס ולהשפיע, איפה יש פער ולמ"ע יש מה להוסיף בהיבט החיובי - נותן זווית שמשכללת ומשפרת בצורה רחבה ערכים מהמסורת המשפטית.**

**בנושא של הצהרות החקיקה = מה מטרותיה ומה היא מבקשת להציג?**

פרק 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.

מדובר בהחלט במטרות חשובות ומשמעותיות. אבל משהו חסר:

מוצע להוסיף ולהקדים בין תכליות החוק:

"(1) **קידום ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל".**

משהו ששם אותנו מעבר לקידום ערכים אוניברסליים, לחזור לייחוד שלנו – יש לנו כבר מורשת מאוד ארוכה של קידום העקרונות האלה.

**הסכמה עקרונית עם ההסדר אך הצעת שם שונה** – משהו הצהרתי לביטוי המסורת הייחודית למ"י.

**נושא תוה**"**ל** - בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב. עקרון סל שעוטף את כל ההתנהלות המשפטית. ויגודה אומר שבשם זה לא מוכר במ"ע אבל בעקרון בוודאי:

**חז"ל הכירו בשלושה עקרונות המבטאים היבטים של עקרון תום הלב:**

מדובר בביטויים של המ"ע שמאוד מלווים את החקיקה העברית.

* **'ועשית הישר והטוב'**
* **'כופין על מידת סדום' –** גם במקום שאדם לכאורה יש לו זכות מוקנית, אבל במקום שאין לו הפסד גדול ולאחרים יש רווח מאוד גדול, המשפט יכפה על אדם כן להעניק מהזכויות שלו גם כשהוא לא חייב – עקרון של צדק.
* **'מחוסר אמנה'** (או 'המקיים את דברו') - גם אם אדם מבטיח משהו, לא נוכל מבחינת ההלכה להבטיח אותו ולקיים, אך מצופה מאדם לקיים זאת על אף שלא ניתן.

כלומר – אין סתירה בין עקרון תוה"ל למשפט העברי, להפך – יש תיאום.

**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 והאישים, והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם שעשו אותם בדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל".

בעניינים האלה 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. יש הכרעות קונקרטיות מחייבות, קריאת כיוון מוסרית – אי אפשר לקבוע את זה באופן מוחלט. צריך להציב עקרון יסוד שהוא הרבה מעבר לכל מה שנאמר אחרי זה. **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.** גם אם לא נגיע לכל רמת הפירוט של היישום יש עקרון על ברקע.

העקרון הזה שיש עקרון על ברקע – עקרון סל הוא תואם הן את המשפט האזרחי והן את המשפט עברי בהיבט של תוה"ל. **יש כאן השקה.**

**ד"ר בני פורת**

עדיף לתת ככותרת לסעיף: ועשית הישר והטוב (או: כופין על מידת סדום), ולא הביטוי "תום לב", שמקורו ב -BGB הגרמני. או אולי להוסיף לכותרת את המילים "ועשית הישר והטוב"

למה לקחת ביטוי שהוא חלק מהקודקס הגרמני?

**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.

בתחום של דיני חוזים אין אף התייחסות להיבטים **שקשורים לצד השלישי שנפגע כתוצאה מהתנהלות שאיננה תמת לב.**

**תום לב בהקשר לאדם שלישי?**

המתח בין **עיקרון פרטיות החוזה** מול ההגנה על **האינטרס של אדם שלישי**

יש שיטה שתתן זכות בכורה לעקרון קיום החוזים ורצון הצדדים – גם אם אנשים יפגעו מהדבר. יש שיטה שתיטה לומר שאכפת לנו גם מההשלכות על אחרים ואנחנו נתערב בגינן.

**משנה 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.

מישהו שהתחתן והתחייב לתת לאישה סכום מסוים במקרה של גירושין, וערב שמתחייב לשלם במקרה שיהיו גירושין ולבעל אין יכולת לשלם. האיש והאישה עושים קנוניה – האישה אומרת אתה תגרש אותי, הערב יתן את הכסף ואז נחזור להיות יחד. רבן שמעון בן גמליאל אומר שהוא לא יאפשר דבר כזה, מי שיגרש במקרה כזה לא נאפשר לו להינשא מחדש לאישה שממנה התגרש. לא נאפשר להשתמש בהסכמות ע"מ לפגוע באותו ערב תמים.

**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 שמכר לו בסוף מצרו, הרי זה מערים, ובן המצר מסלק אותו מן השדה שקנה בסוף.

דין ייחודי במ"ע לפיו כאשר לאדם יש שדה והוא רוצה למכור את השדה הוא יתן עדיפות לשכן שלו (בר מצרא) כי ההנחה היא שהוא ירוויח יותר מהבעלות בשטח. מדובר כאן על מקרה שלאדם יש שדה למכירה, הוא לא רוצה למכור אותו לשכן, מה הוא עושה? הוא מוכר חלק קטן אחר מתוך השדה שלו למישהו אחר ולכן הוא הופך להיות גם בר מצרא – זוהי דרך להכניס אותו ולמכור לו את השטח כולו ולהימנע ממכירה של השדה כולו לשכן. לכאורה, למה שנתערב? זכותו. עכשיו החדש הוא גם שכן – הוא גם הבר מצרא וגם מגיע לו. **הרמב"ם אומר שזה לא יתקבל, להסכם שבין שני הצדדים יש השפעה על השכן הראשון. על הצד השלישי.** לא ניתן שההסכם בין השניים יתרחש בשל ההשפעה שלו על הצד השלישי**. יש התערבות** **בחופש החוזים מתוך ההבחנה שגם הצד השלישי הוא אלמנט.**

**חיובים**

יש כאן עקרון של למי יש את מירב הכוח – ברגע שיש מישהו שיש לו חובה לתשלום כלפי השני – מי זה שיכול לקבוע את התנאים? קובע הקודקס האזרחי: חייב שחב חיובים אחדים לנושה, זכאי לקבוע בעת התשלום לנושה, לחשבונו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום; לא עשה כן, זכאי הנושה לקבוע את אופן זקיפת התשלום.

יש פה בעצם איזשהי אמירה **שהכוח ביד החייב להחליט איזה חוב הוא פורע ראשון.** נניח שהלוויתי לחברה שלי כל מיני סכומים לצרכים שונים – היא יכולה להחליט על מה היא תחזיר קודם, נותנים בידה את הכוח. זה משמעותי מי הוא זה שיחליט כי יכול להיות שהמלווה היה מעדיף אחרת, **אם לא קבענו אחרת, נותנים את הכוח כלפי החייב.**

מהי עמדת המשפטי העברי בנושא הזה?

**עבד לווה לאיש מלווה**

בבא בתרא (קעא, ב):

ומסתברא דכותבין שובר, דאי סלקא דעתא אין כותבין שובר, אבד שטרו של זה - יאכל הלה וחדי? מתקיף לה אביי: ואלא מאי? כותבין שובר, אבד שוברו של זה - יאכל הלה וחדי? א"ל רבא: אין, עבד לוה לאיש מלוה.

הלווה הוא סוג של כפוף לרצונו של המלווה, המלווה עשה את הטובה והלך לקראת השני ולכן אנחנו מצפים שהוא זה שיוכל לקבוע את התנאים. הגמרא כאן מדברת על מקרה שהשטר הלך לאיבוד והמלווה לא יכול להראות שקיים החוב. מה עושים במקרה כזה? מי גובר? למי מאמינים? אומרת הגמרא – אם הלך לאיבוד השטר של ההלוואה, יכתב שטר חדש שבו יהיה רשום מחדש החוב, גובה החוב והתנאים שלו. למה? הסברה כאן היא שאם לא תכתוב מחדש את השטר הזה, אם המלווה יאבד את השטר הלווה יצא נשכר – יוכל להשאיר את הכסף אצלו. אבל אם נכתוב שטר חדש, במקרה שהשטר אבד והחוב כבר הוחזר – אנחנו לא יודעים, יכול להיות שהשטר לא קיים כי החוב הוחזר – ואז המלווה יצא נשכר כי הוא יקבל פעמיים.

רבא משיב: אנחנו הולכים לטובת המלווה, ברגע שאין משהו ברור: השטר הלך לאיבוד, אין דברים ברורים בשטר כמו אופן ההחזר – העקרון הוא "**עבד לווה לאיש מלווה**" – המלווה הוא זה שנתן, ויתר על הזכות שלו, ולכן בהמשך היחסים בין הצדדים אנחנו ניתן **בכורה למלווה**.

**הצעת ויגודה**

ניסוח הסעיף על פי המשפט העברי צריך להיות:

**חייב שחב חיובים אחדים לנושה, זכאי הנושה לקבוע בעת התשלום, לחשבונו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום.**

העקרון הזה שזה שויתר על הזכות – זה שחייבים לו הוא זה שיקבע – צריך לקבל ביטוי גם בקודקס האזרחי. יכול להיות שזה באמת קיים רק בהלוואה – כי כאן יש משהו שהמלווה הולך לקראת השני:

ייתכן שזכותו של הנושה עדיפה רק בחיוב שנוצר כתוצאה מהלוואה, ולא בחיובים אחרים, בהם לא קיים העיקרון "עבד לווה לאיש מלווה". לפי זה יהיה נוסח הסעיף:

**חייב שחב חיובים אחדים לנושה, שמקורם אינו בהלוואה, זכאי לקבוע בעת התשלום לנושה, לחשבונו של איזה מן החיובים ייזקף התשלום; לא עשה כן, זכאי הנושה לקבוע את אופן זקיפת התשלום**. אפשר לתהות האם זה נכון, האם זה תואם את המציאות הכלכלית של ימינו שבה יש רווח גם ממתן הלוואה.

**עושק**

15. (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.

**לפי המשפט העברי, זכות הביטול קיימת גם בהעדר כוונת ניצול**

ערוך השולחן, חושן משפט, סימן רסד, סעיף יז

וזה לשון הרמב"ם... 'מי שברח מבית האסורים של אנסים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו העביריני 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.

**צמצום התרופה – הרב ד"ר ברוך כהנא**

שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רסד

* סעיף ז) וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו וא"ל העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו.
* סעיף ח) במה דברים אמורים בשלא נתן לו אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו:

**למשפט העברי יש הרבה מה לומר על ההסדרים החוקיים בתחום האזרחי.**

**הוא מביא השקפת עולם שלמה משלו.**

**שיעור מס' 14 – 10.01.2022**

**חוק יסודות המשפט**

**חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980**[**\***](https://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_007.htm)

**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.

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. לא היה רצון להציף קשיים ומחלוקות. **בשנת 1980 מתחיל שינוי בתפיסה הזו, עם חקיקת חוק יסודות המשפט. פעם ראשונה, יש החלטה להכריע, להגיד משהו אקטיבי שאומר שאנחנו כן משלבים במשפט שלנו היבטים של המ"ע.**

הרצון היה לבטל את סימן 46 שהשאיר את הדין השיורי של המנדט הבריטי. אם ביהמ"ש רואה שאין תשובה – בחקיקה, בפסוקה ובדרך של היקש – יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בכך, מבוטל הדין השיורי בפנייה לדין הבריטי של המנד"ט.

ב2017 שונה החוק עוד פעם ונוספה לו הכוונה ברורה: **המשפט העברי והמורשת ישראל,** זה התיקון המשמעותי שהכניס בצורה ברורה את ההפנייה למ"ע ולא רק עקרונות מופשטים של מורשת ישראל.

**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.

**המוטיבציה לשינוי**

תקפותו של סעיף החוק מנדטורי - סימן 46 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה - א״י 1922, שחִייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של חסר במשפט הישראלי.

היה ויכוח בין משפטנים מה עושים עם החוק הזה – שארית עתיקה מתקופת המנדט, איך זה משתלב בתוך מערכת המשפט הישראלי.

**שתי עמדות רווחות**

* **הסעיף המנדטורי התיישן ו׳מת׳ מעצמו לנוכח קיומו של משפט ישראלי עצמאי ומפותח המייתר מאליו את חובת הפנייה למשפט האנגלי.** זה לא כ"כ משנה שהדין הזה נמצא שם, עדיף לא לגעת בזה כדי שלא תתחיל תסיסה סביב השאלה מה אמור להחליף את זה.
* **כל עוד לא בוטל סעיף החוק המנדטורי בחוק של הכנסת, הוא עומד בתקפו ומחייב.** זה בעייתי להמשיך להשאיר בתוך המשפט הישראלי סעיף שמפנה למשפט זר.

**עמדת השופט ברק, היה אז פרופ' למשפטים באונ' העברית בירושלים.**

עמדת ביניים:

לנוכח הבעייתיות של רעיון החסר במשפט ולנוכח קיומה של מערכת משפט ישראלית עצמאית ומפותחת לא יהיו למעשה מקרים שיחייבו פנייה למשפט האנגלי לצורך השלמת החסר.

עם זאת, נכון יהיה לבטל את סעיף החוק המנדטורי בחקיקה פורמלית.

**נכון שכמעט לא יהיו מקרים שנפנה לשם, החוק הזה מת מעשית, אבל נכון יהיה לבטל אותו בחקיקה פורמלית.** יש משמעות להצהרתיות שבביטול גם אם זה לא שמיש.

**1976 – ברק היועמ"ש – המחשבה המקורית הייתה לבטל מבלי להכניס משהו אחר.**

כשהתמנה, ביקש מראש מחלקת החקיקה לנסח הצעת חוק קצרה שתורה על ביטול סימן 46 המחייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של חסר בדין. **לא הייתה מטרה להכניס דין שיורי חליפי,** זה גם כמובן מתוך תפיסת עולם שאין דבר כזה דין שיורי, כי ברוב המקרים נמצא הסדר בחוק או משפט זר.

בהצעת החוק המקורית היו שני סעיפים קצרים בלבד –

* סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל.
* אין בביטול ׳כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה

לא נקבע דין השיור שיחליף את המשפט האנגלי.

**אורי ידין, 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.

עמדתו של ידין: מסוכן להתחיל לגעת בכל הסיפור הזה, אם נעשה זאת, אנשים מטבע הדברים יביעו את השאיפות שלהם ללכת לדין שיורי של מ"ע, זו כן הצהרה שיכולה להיות מאוד משמעותית ולא סתם סעיף, זה מבטא את בסיס עקרונות החברה, זה חשוב מבחינת הגדרת הזהות, אי אפשר לומר שזה רק הצהרתי, יש כאן הוראת פעולה לשופטים לבוא ולהכריע בין ערכים שהמחוקק עצמו לא הכריע בהם. הלבשת עקרונות של המ"ע לפי ראות עיניכם = הכרעה שהיא לא הכרעת המחוקק אלא גלישה למקום אחר.

**שר הדתות – אהרון אבו חצירא**

להוסיף להצעה את הסעיף: ׳במקום שישנו חסר )= לאקוּנה ( בדין הישראלי יחול המשפט העברי׳

* לדרישה 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.

אם כבר מבטלים את הדין השיורי, נכניס את המשפט העברי כדין השיורי כי זה מה שרצינו מלכתחילה, תמיד יש חורים ולקונות ומה מתאים יותר במצב כזה מללכת למשפט המקורי שלנו? הצטרפו לעמדה הזו הרבה רבנים ואנשי ציבור ומיד חזרה לשולחן השאיפה הזו.

אנחנו נמצאים בתקופה של שלטון ימין וכוחן של המפלגות הדתיות עולה – לדרישה הזו יש הרבה יותר מקום, הקונסטלציה הפוליטית נותנת הרבה משקל לעמדות האלה.

ברק מבקש מרקובר להציע הסדר שיכול להיות לרצות את הבקשות מחד אך לא מאוד ממקוד מאידך.

**פרופ' נחום רקובר, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים**

* הציע ארבע הצעות אשר אוחדו לכדי הנוסח המוכר לנו כיום – חלק יותר ספציפיות וחלק יותר כלליות
* עוד שנתיים של דיונים סוערים עברו עד שאושרה הצעת החוק בכנסת ב- 2 ביולי 1980.

**סביב זה נוצרה הסכמה, גם מי שלא מאוד אהב את הכיוון ראה שמדובר בהסדר אמורפי, הדין השיורי כשלעצמו לא כזה שמיש גם ככה, וגם מי שיפנה אליו יש מספיק רוחב של פרשנות של מה אלה העקרונות האלה**, גם הלא מרוצים היו יחסית מרוצים.

**שר המשפטים תמיר**

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 עתירים בחכמה, במוסר, בנסיון חיים ובאהבת אדם, ודאי יתמוך בהצעה זו שאנו מביאים עתה לפניכם. אני מציע להעביר את ההצעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

יש תמיכה מצידו להצעה, החזרה למקוריות היא חשובה, זה אמנם דין שיורי אך שומר זיקה נאמנה בעלת חשיבות לערכים העולים מהמשפט העברי. תמיר נותן אמירה **מאחדת, אנחנו לא פוגעים במשפט המתקדם והנאור שלנו = הוא המרכז, אבל פותחים פתח לינוק ערכים מהמורשת שלנו.**

**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. עתידים גלי הפרשנות הזרה להציף ולגרוף 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 הדב­רים האלה : "המשפט העברי... לא פסק אי פעם... לשמש חוקם הלאומי של היהודים".

ורהפטיג לא כ"כ מרוצה מהתוצאה, הוא זה שהציע את הדין השיורי וניסה לחתור אליו בימי קום המדינה. הוא באמת מחה על היותו של סימן 46, איך יכול להיות שאנחנו ממשיכים להפנות למנדט. הוא הגיש הצעות להחלפת הסעיף, להחליף אותו בעקרונות של המ"ע, הוא כל הזמן דחף לזה אבל לא מרוצה מהתוצאה – למה?

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 ונטיותיו 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 גיאוגראפיים 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 הבינותי 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 בך בטחנו". ואין לנו להתבייש בנחלתנו המשפטית. אנחנו לא אנונים, לא בן בלי שם. נחלתנו היא עשירה מאוד, היא רב­גונית, והעיקר, היא ניתנה, צמחה, גדלה ממעמקי האמונה, התבונה ואורח חייו של העם היהודי.... הצעתי היא להחליף את המלים "מורשת ישראל" במלים "המשפט העברי".

עקרונות – "מורשת ישראל" = סופר כללי ואמורפי, אין הכוונה והדרכה מועילה והכל בידי השופט, זה לא נותן לנו כלום, הוא אף חושב שזו הגדרה מעליבה כלפי המשפט העברי, מי שלומד אותו לומד כ"כ הרבה הסדרים – יש משפט רחב ומקיף על פני מאות שנים, **הצעת החוק מתעלמת מכל אלה ומפנה למושג מעורפל של מורשת ישראל**. **הצעתו היא להחליף את המילים מורשת ישראל במילים "המשפט העברי".**

**מרדכי וירשובסקי ,התנועה לשינוי ויזמה**

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 לפניהם 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.

השופטים לא מכירים את המשפט העברי ויצטרכו לפסוק לפיו – זה אבסורד, מערכת המשפט העברי לא ידועה כלל לחלק גדול מעורכי הדין בישראל. תתרחש בעיה מעשית – בתי המשפט הם חילוניים.

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 על­פי מסגרת מסויימת 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....

תהייה פרשנות של המ"ע ע"י אנשים שבכלל לא מבינים בו, הם יצרו הלכות חדשות והדבר הזה מסוכן ביותר. החוק לא מכבד את המ"ע ומכניס אותו מהדלת האחורית באופן כזה שהוא ייושם לפי הרצון שהשופטים באים איתו מראש.

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 שאלות­ותשובות מסויימות 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 בתי­המשפט ולדעת שיש להם שיטת משפט יציבה.

**כלומר הוא מתייחס לשתי בעיות**

**1. חוסר ידע של השופטים במשפט העברי**

**2. חוסר וודאות/ יציבות המשפט – לא יודעים לאן כל אחד יקח את הפרשנות של המ"ע, חוסר וודאות לגבי הבאים למשפט. ערעור יציבות המשפט – לא נדע בדיוק מה המשפט שלנו ואיך עובדים איתו.**

עמדת הנגד היא שתמיד תהייה וודאות במערכת, זה שמוסיפים את הדין השיורי הזה לא מערער את הוודאות.

**יוזמת שורה של חברי כנסת: ניסן סלומינסקי, שולי מועלם-רפאלי, מכלוף מיקי זוהר, אברהם נגוסה, עודד פורר, ענת ברקו, יעקב מרגי, דוד אמסלם, יואב בן צור**

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 לחייב 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 והמשפטנים, 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 ייבחר במשותף על ידי נציג לשכת עורכי הדין ונציג משרד המשפטים. כמו כן, שר המשפטים יקבע בתקנות את דרך הקמת המכון וניהולו.

הייתה יוזמה של חברי כנסת מהצד הימני והדתי יותר, לפיה יש לקבוע "משפט עברי" בצורה יותר ברורה. הרציונל הוא שהשימוש בדין השיורי הוא מועט ביותר כי **הוא לא מספיק ברור.** החוק הזה לא מחייב פנייה למ"ע במקרה של לקונה. **לא נעשה שימוש, פרשנות מצומצמת,** המחוקק מעוניין שיהיה יותר שימוש במ"ע. אנחנו רואים שמנסים לתת מענה בתיקון של החוק ב2017 לביקורת שהייתה ב1980 – **המשפט העברי כמו שהוא ולא משהו אמורפי של מורשת ישראל.** עד אז זה אפשר לשופטים לברוח ולכן הם לא השתמשו בו. **זה מענה לאי הבהירות.** עוד דבר הוא עניין של **הנגשה,** חלק גדול מהביקורת של וירשובסקי הייתה שהשופטים לא יודעים מ"ע והם יעשו דברים בפערים גדולים זה מזה וזה יצור חוסר וודאות. לכן ב2017 רצו לטפל גם בנקודה הזו – אם אנחנו רוצים שהשופטים ילכו למ"ע אנחנו צריכים לתת להם כלים וידע. הם מציעים להקים מכון ממלכתי שיעסוק בתרגום ספרות המ"ע לעברית עכשווית מובנת לכל בעיקר בתחום האזרחי. זה מאוד הגיוני אם אנחנו מחייבים את השופטים לפנות למ"ע אנחנו צריכים לתת להם כלים. בהתחלה, להרבה מהשופטים היה רקע מסוים במ"ע, אבל בשלב הזה זה כבר לא המצב. בסופו של דבר, כשהצעת החוק התקבלה לידי חקיקה, **ירדה האופציה של הקמת המכון משיקולים של תקציבים – משרד האוצר התנגד.** מכון כזה גורר עלויות משמעותיות. לא היה מספיק כוח פוליטי כדי לקבל כסף בשביל זה.

**בהצעת החוק הזו, החלום של ורהפטיג כן התגשם במובן הזה שמ"ע נכנס בצורה ברורה, אבל שאר הבעיות של שימוש ונגישות לא ממש נפתרו כי לא ניתנו הכלים לשופטים שלא כ"כ מכירים**.

שרת המשפטים איילת שקד דאז מינתה יועצת מיוחדת בביהמ"ש העליון כדי שאם יש שופט עליון שמעוניין להשתמש במ"ע יהיה לו לאן לפנות כדי לקבל חו"ד. זה לא פותר את הבעיה של הערכאות הנמוכות יותר. יש מכונים שונים שמאפשרים לשופטים לפנות ולקבל חו"ד כולל הקליניקה למ"ע. הטענה הזו שאין מספיק ספרות נגישה לפנות אליה למרות שאין מכון פחות מחזיקה מים היום – שופט שרוצה יש לו הרבה מאוד נתיבים וספרות נגישה, מכונים שנותנים את השירות הזה. לכן על אף שלא קם מכון רשמי לצורך כך יש מענה – זה עניין של רצון, יכולת וזמן.

**ויכוחים בביהמ"ש העליון**

* הצורך להיזקק לדין השיור
* פרשנות המונח ׳מורשת ישראל
* אופן השימוש ב׳משפט העברי

כמובן שמרגע שהחוק יוצא ב1980, בתיקים הראשונים בביהמ"ש העליון = הנדלס וקנינג יש ויכוח מאוד נוקף בביהמ"ש העליון מה עושים עם החוק ואין משתמשים בו. בבסיס עומדת המחלוקת אם בכלל צריך דין שיורי – למשל כמו העמדה של ברק שתמיד הכל בדין, לאחר מכן – איך מפרשים את המונח "מורשת ישראל" – הלכה/ תרבות ועוד המון אפשרויות. בשלב הבא המחלוקת לא מאוד נפתרה בכך שהוכנס המושג " משפט עברי", שכן עדיין יכולה להיות מחלוקת באשר למקורות והתרבות.

**שתי פרשיות בדיון נוסף**

* הנדלס – אבדה בחדר כספות בבנק (רשות הרבים או שטח פרטי)
* קניג - (צוואת שכיב מרע)

פרשיות מרכזיות שבהן התווכחו סביב הפרשנות הזו.

**מנחם אלון בהנדלס:**

* **בחוק יסודות המשפט גילה המחוקק את דעתו באשר למעמד הבכורה של המשפט העברי גם לצורכי פרשנות.** לא רק ממש כשאין מקור חקיקתי. אם יש התלבטות בפרשנות לא צריך לאו דווקא לקונה נלך לדין השיורי = המשפט העברי.
* הכנסת קבעה למעשה שהמשפט העברי הוא מקור פרשנות והשראה ראשון במעלה
* הענקת פרשנות מרחיבה לרעיון ה'חסר' (לאקונה): חסר קיים גם במקרים שבית המשפט מתבקש לצקת תוכן ב׳מונחי סל׳ כלליים, כגון ׳תום לב׳, ׳תקנת הציבור׳ ו׳סבירות'. **עכשיו ברור שהפרשנות צריכה להיות לכיוון של המ"ע.**

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 - ובנוסח 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 "ההשראה" 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 שמוש 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?

המחוקק אמר את הדעתו, יש מקום להשראה של המ"ע, אי אפשר להגיד שזה נשאר שולי אחרת בשביל מה המחוקק עשה את הצעד הזה? אלה לא מילים לריק. זה צריך להנחות אותנו ולעמוד ביסוד שלנו של פרשנות הדברים.

בקנינג – יש את המונח של "שכיב מרע" ובהנדלס מושג של "רשות הרבים" – בוודאי שהפרשנות של המושגים הללו צריכה להיות בהקשר של איך המ"ע רואה אותו. **גם הפרשנות של המושגים צריכה להיות לפי המ"ע.**

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 בעית 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? אתמהה.

**חיים כהן**

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 – פירושם של מונחים אלה על-פי המשפט העברי [ . . . ] גישה פשוטה זו אינה משתנית גם עם תחילתו של חוק יסודות המשפט, תש״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 היקש׳ . 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 ...

חיים כהן לא מסכים עם ההרחבה. אנחנו צריכים לחפש פרשנויות במשפט הקלאסי – בחוק שלנו, על פי כללי הפרשנות, לא מתנזרים מזיקה למ"ע אבל זה רשות ולא חובה, אפשר להשתמש ומי שרוצה ירבה ומי שרוצה ימעיט – זה לא מחייב.

**ברק ב'הנדלס' – 2 הערות אזהרה:**

* המונח המשפטי ׳לקונה׳ אינו משתרע על פרשנותם של מונחי סל דוגמת תום לב; פרשנותם של מונחים אלה היא מעשה פרשנות ׳רגיל׳, ולא מילוי חסר במשפט.
* חוק יסודות המשפט לא קלט את המשפט העברי כדין השיור 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׳.

ברק אומר בצורה מאוד ברורה, **לקונה זה משהו מאוד מצומצם = חסר ממשי, לא משתרע על מונחי סל דוגמת תום לב אותו יש לפרש לפי עולם ערכים אחר, וגם לא מונחים אחרים אפילו ששמם לכאורה לוקח אותנו למ"ע.** המשפט העברי לא חל משום שהוא לא נקלט.

כלומר - יש אמירה שאומרת שימו לב למ"ע תפנו אליו, ולמרות זאת שופטי ביהמ"ש העליון ברובם התנערו מהחובה הזו. בעיקר השופטים עם זיקה למסורת משתמשים בזה.

**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 חלה תמורה בעניין.

**סיכום נושאי 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 להנכחת 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, מיהו 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 פרוצדורליים שנדרשו שיובילו לדרישה לתיקונים בדין המהותי ההלכתי.
* דברנו על הניסיונות לתת מעמד למשפט העברי, בעיקר כדין שיורי, ערב הקמת המדינה בהובלת זרח ורהפטיג, נציג המזרחי, ועל הנסיבות למיסוס 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.
* לקריאה: מקורות מרכזיים של המשפט העברי ואופן גיבושם – השולחן ערוך של רבי יוסף קארו עם הגות הרמ"א. בתי הדין הפרטיים הציונים דתיים כפרוייקט המשך משלים ליוזמות המשפט העברי בראשית הקמת המדינה.

**בהצלחה במבחן,**

**ובעיקר בהמשך התואר ובדרככם המקצועית!**