**המשפט העברי בתמורות הזמן**

**תשפ"ב | ד"ר שיפרה מישלוב**

**אלינור מוסה-זדה**

**מבוסס על איתי פלור, עדן חזן, הודיה זנג ושירז נצר**

[שיעור ראשון, 11/10/2021 – היחס בין מסורת לחידוש במשפט העברי 2](#_Toc94111446)

[שיעור 2, 18/10/2021 – הדגמים להתמודדות עם הפער שבין המסורת לחידוש: המשך 5](#_Toc94111447)

[שיעור 3, 25/10/2021 – אבות הציונות והמשפט העברי ומשפט השלום העברי 9](#_Toc94111448)

[שיעור 4, 01/11/2021 – משפט השלום העברי: המשך 12](#_Toc94111449)

[שיעור 5, 08/11/2021 – חברת המשפט העברי ותקנות בתי הדין הרבניים 16](#_Toc94111450)

[שיעור 6, 15/11/2021 – תקנות בתי הדין הרבניים 20](#_Toc94111451)

[שיעור 7, 22/11/2021 – המשפט העברי ערב הכרזת המדינה 23](#_Toc94111452)

[שיעור 8, 29/11/2021 – השפעות המשפט העברי על עיצוב החוקה 26](#_Toc94111453)

[שיעור 9, 06/12/2021 – המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק א' 33](#_Toc94111454)

[שיעור 10, 13/12/2021 - המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק ב' 36](#_Toc94111455)

[שיעור 11, 27/12/2021 - המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק ג' 40](#_Toc94111456)

[השפעת המשפט העברי על החקיקה הפלילית 43](#_Toc94111457)

[שיעור 12, 03/01/2022 – דוגמאות להצעות לתיקון הקודקס האזרחי על פי המשפט העברי 45](#_Toc94111458)

[שיעור 13, 10/01/2022 – חוק יסודות משפט 49](#_Toc94111459)

[סיכום נושאי הקורס 57](#_Toc94111460)

[חפרי וינוגרדוב אדם "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות המגזר הציוני דתי" 58](#_Toc94111461)

[מנחם אלון - המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, חלק ב. עמ' 1138-1087 62](#_Toc94111462)

[עמיחי רדזינר "חוק מקרקעין עברי: על עוד ניסיון (מרשים אך כושל) להחדרת המשפט העברי לחקיקה הישראלית" עמ' 293-313- שבתי בן-דוב – סיכום של איתי פלור 71](#_Toc94111463)

# שיעור ראשון, 11/10/2021 – היחס בין מסורת לחידוש במשפט העברי

**נהלים:** המבחן 85% מהציון בחומר סגור, עבודה 15%, נוכחות חובה. יש מיטיב.

עבודה במהלך הקורס- בחירת פסק דין שהושפע מהמשפט העברי, מקור שסייע לשופט להגיע להכרעה. לתאר את המקרה, להביא את המקור, לבאר אותו ולנתח אותו. הגשת העבודות היא עד סוף הסמסטר.

המשפט העברי כמערכת מכיל בתוכו היבטים היסטוריים, הלכתיים ומשפטיים. במסגרת הקורס לא נעסוק במערכת ההלכה היהודית בכללותה, אלא בתחומים של משפט אזרחי, של בין אדם לחברו, ובתחומים של משפט ציבורי-מנהלתי. לא נגע גם במשפט פלילי עברי משום שיש הכרה פנימית בתוך פוסקי ההלכה שמשפט הפלילי הוא בסמכות המלך / המדינה.

במסגרת הקורס ננסה לראות איך המשפט העברי שהתחיל לפני למעלה מ3,000 שנה רלוונטי לענייננו כיום. היחס בין מסורת לחידוש הוא קריטי כי מחד יש לנו נורמות והשאלה היא איך הנורמות מתאימות את עצמן לחידושי הזמן, כל שכן כשמדובר בנורמות המשפט העברי.

**✓ תזכורת - ממה מורכב המשפט העברי?**

* תורה שבכתב = תורה, נביאים, כתובים
* תורה שבעל פה = משניות, גמרא (פרשנות הגמרא, ספרות ההלכה ושו"ת)
* קודקסים הלכתיים שהתחברו על בסיס פרשנות הגמרא
* תקופת הראשונים – פרשני הגמרא בתקופת הראשונים - רש"י, תוספות, הרא"ש, הרי"ף ועוד.
* ספרות ההלכה – הרמב"ם, בעל הטורים ועוד.
* ספרות השו"ת – הרב שרירא גאון ועוד.
* תקופת האחרונים – פרשני הגמרא מתקופת האחרונים – הרב יעקב קנייבסקי ועוד.
* ספרות ההלכה – הרב יוסף קארו מחבר השו"ע והמפרשים שלו שבאו אחריו.
* ספרות השו"ת – הרב עובדיה יוסף ועוד.

**✓** כל המפעל הפרשני הזה מנסה כל הזמן להתכתב עם התורה שבע"פ ושבכתב, ומצד שני לתת מענה לשאלות המתחדשות ולבעיות שלא היו קיימות אז. **נשאלת השאלה באיזה שיטות / הנמקות / הסברים אפשר להתמודד עם הפער בין החדש לישן?**

**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."

התורה לא מספרת לנו מה קרה כשמשה רבנו עלה להר סיני, את החסר הזה משלימה לנו המשנה. מתואר שבשעה שמשה רבנו עולה להר סיני הוא מוצא את הקב"ה "קושר כתרים לאותיות" (מקשט אותיות כסופר סתם). בתגובה, משה רבנו תוהה על הצורך בכתרים ושואל את ד' מה העניין להשקיע כ"כ בקישוטים. הקב"ה עונה לו שיבוא יום ויהיה מישהו שכל הקישוטים האלה ישמשו לו כרמזים לכל מיני חידושים והלכות. משה מתפעל ורוצה לדעת מי יהיה הפרשן שיסיק כ"כ הרבה חידושים מהקישוטים. ד' אומר לו שאין בעיה ולוקח אותו ל"מסע בזמן". משה מגיע לבית מדרשו של ר' עקיבא, שם בתי המדרש היו מסודרים בצורה של גורן עם 8 שורות, ככל שמתקדמים בלימוד מתקדמים בשורות למעגל הפנימי. משה מגיע ויושב בסוף ולא מבין כלום, הוא לא מבין על מה מדברים והדבר מאוד ציער והבהיל אותו. ר' עקיבא ממשיך ללמד ומשה רבנו לא מוצא את עצמו. ר' עקיבא מלמד איזו דרשה ולא מסביר אותה, שאלו אותו תלמידיו מניין לך ור' עקיבא אומר שזו הלכה למשה סיני- תורה שבע"פ ואז נתיישבה דעתו של משה.

זה אחר המקורות שממחישים את המתח הזה- האדם שהביא את התורה לא מבין כלום כאשר שמים אותו אלף שנים קדימה. התפתחות התורה שונה לגמרי ממה שהיה. זה מביא לנו **התנגשות חריפה בין מסורת לחידוש, הם לכאורה לא מדברים זה עם זה אבל שניהם נתלים על הלכה למשה מסיני.**

**① דגם השחזור -** הדגם הראשון להתמודדות עם המסורת והחידוש הוא דגם השחזור, לפיו **"מה שהיה הוא שיהיה".** כל החידושים הם חשיפה של מה שהיה ונשענים על המסורת.

**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."

מספרים על ר' יוסי בן דורמסקי שהלך להקביל פני רבו – ר' אליעזר בלוד. ר' אליעזר שואל את ר' יוסי מה החידוש שהיה היום בבית המדרש. ר' יוסי סיפר לו על ענייני שמיטה בתחומים של עמון ומואב.

**רקע**: מה דין עמון ומואב? באזור הזה ישבו שניים וחצי השבטים בתקופת בית ראשון ולכאורה זה הצטרף לקדושת ארץ ישראל. עם זאת, בתקופת בית שני האזור הזה כמעט ולא היה מיושב וגם לא קידשו אותו- הכריזו עליו כשטח שקדוש בקדושת שביעית. נשאלת השאלה מה עושים עם השטח הזה בשביעית? האם צריך לשמור בו שמיטה או לא? האם הישיבה בו בבית ראשון מקדשת את המקום או שצריך עוד פעם לקדש אותו? אמר ר' יוסי לר' אלעזר שזו השאלה שהייתה לנו בבית המדרש ומסביר את הצורך בדיון כיוון שזו שאלה שלא נידונה בתקופת משה ולכן עלינו לדון בה. ההכרעה הייתה שעמון ומואב אינם מקדושת ארץ ישראל. זאת, מכיוון שנקבע שהם צריכים להפריש בכל שנה שביעית מעשר עני ובאזור שמקודש בשנה שביעית וחלה בו שנת שמיטה, אין צורך להפריש מעשר עני שהרי השטחים הללו נמצאים תחת שמיטה- אינם שייכים לחקלאים- ולא ניתן להפריש מהם. לכן, עמון ומואב לא נחשבים אזור מקודש.

ר' אלעזר כעס ולא אהב את התשובה הזו, שהוא אומר לרבי יוסי לפשוט ידיו ולקבל עיניו. ר' אלעזר אומר שאם חשבתם שאתה מחדשים הלכה, אתם טועים, ולמעשה, זה משהו שתמיד ידעו אותו ובית המדרש כלל לא חידש. אפשרות נוספת לכעס היא שהחידוש של בית מדרשו של ר' יוסי מרחיק מהמקור / שמדובר ביהירות של בית הדין לייחס לעצמו חידוש כשלא כך הדבר.

ר' אליעזר אומר לר' יוסי שילך ויגיד לבית המדרש "אל תחושו למניינכם". כלומר, לא חידשתם דבר אבל אל תדאגו, כיוון שזו מסורת שקיבלתי מרבן יוחנן בן זכאי שהגיעה מימי משה.

באופן כללי, עולי מצרים קידשו את השטח הזה אבל מה שקידשו עולי מצרים היה לשעתם ושחזרו עולי בבל רק ארץ ישראל נשארה קדושה. למה הכריעו את ההלכה הזו? כדי שניתן יהיה לתת משהו לעניים, שהרי ללא מעשר עני כיצד תהיה להם קדימות ולכן השאירו להם את השטח שממנו הם יקבלו ומעשרות.

בסוף הקטע, עיניו של ר' יוסי חזרו למקומן.

המקור מדגים למעשה את השחזור – ההלכה הייתה קיימת. ר' אלעזר כעס על עניין "החידוש", משום שמדובר בהלכה למשה מסיני. היתקון שהמקור משקף הוא שאנו יושבים על מקורות מאוד איתנים ומבוססים וחידושים עשויים להרחיק אותנו מהמקורות. בעצם, השחזור מעניק יציבות והסמכה למקור קיים ועוזר להעניק בסיס הלכתי להלכות. עם זאת, החיסרון בשחזור הוא שמדובר בתפיסה בעייתית שכן כיצד המסורת והמשפט העברי ייתן מענה במידה והוא מתעקש לא להתחדש ולהישאר נאמן למסורת המקורית. כמו כן, תפקידם של החכמים הוא שולי – לשמר את הקיים ולהזכיר אותו ולא לחדש ולשנות.

החשש מחידוש (שהדגים ר' אלעזר) יכול לנבוע גם מפחד להיפרד מהמקורות שאיחדו את כולם וניתוק בין המסורת לבין ההווה. הפתרון של ר' אלעזר לחשש הזה הוא ההתעמקות במסורת - הכל כבר קיים בה ככל שנתעמק בה נגלה דברים חדשים.

**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."

דגם לימוד התורה של משה רבנו היה בחבורות ובכל מקרה בו הייתה עולה שאלה שלא ידעו ליישב, היו פונים למשה. המקור מספר על כך שלאחר מות משה, כיוון שלא היה את מי לשאול נשתכחו הרבה הלכות.

עם זאת, רבי אבהו אמר כי ההלכות שנשתכחו הוחזרו ע"י עתניאל בן קנז. עתניאל היה גדול חכמי דורו בתקופת השופטים והוא זה שהיו באים אליו כשהיו מחלוקות וכו', הוא השתמש באותן שיטות כדי לגלות דברים שנשתכחו. סך הכל עתניאל לא היה רחוק שנות דור מתקופת משה ועדיין ההרגשה היא שנשתכחו דברים והתחושה הייתה שרוצים להחזיר אותם.

ההלכות שנשתכחו עתניאל החזיר מתוך פלפול. כלומר, לכאורה נראה שהוא חידש אך בסופו של דבר מדובר בגזרות קיימות שנשתכחו והתגלו מחדש. זהו מעין שחזור דבריו של משה. מדובר באמרה חזקה נוספת במסגרת דגם השחזור.

לסיכום- דיברנו היום על היחס בין מסורת וחידוש כמבוא לקורס. התחלנו לדבר על איך חז"ל מתמודדים רעיונית בין משפט ישן למשפט חדש. הדגם הראשון הוא של ר' אלעזר ועתניאל בן קנז- דגם השחזור. יש מסורת ואין חידוש ולכן אין מתח. החידוש רק נראה לנו חידוש, הכל נשען על המסורת. בשיעורים הבאים נדבר על עוד 3 דגמים אפשריים ונראה כיצד זה פוגש אותנו היום.

# שיעור 2, 18/10/2021 – הדגמים להתמודדות עם הפער שבין המסורת לחידוש: המשך

**② דגם החידוש –** עדכון ושינוי ההלכה.

**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."

כנסת ישראל אמרה לפני הקב"ה שהיא הוסיפה על עצמה דברים שלא היו לפני כן ויותר ממה שד' גזר עלינו. בבית המדרש היו לתלמידים כל מיני תפקידים, ביניהם היה תלמיד שתפקידו היה לזכור את ההלכות והאגדות שעוברות מדור לדור, ללמד ולהסביר אותן לאחרים. מסופר שרב חסדא (אמורא מפורסם) שאל אותו כיצד הוא מבין את הפסוק "חדשים גם ישנים דודי צפנתי לך" – האם מישהו העביר מסורת בנושא והסביר מה הם ישנים ומה הם חדשים?

התלמיד השיב לו כי מדבר על שני סוגי מצוות – לא מצוות חדשות וישנות, אלא מצוות קשות ומשמעותיות יותר שהעונשים עליהם חמורים יותר ומצוות קלות שהעונש עליהן פחות חמור.

רב חסדא לא מקבל את הפירוש ומביא פירוש משל עצמו – המילה ישנים מתייחסת לדברים שניתנו לעם ישראל מאת ד' והמילה חדשים מתייחסת להלכות שחידשו סופרים / חכמים. כלומר, **עפ"י המקור לחכמים יש סמכות לחדש.** הגמרא ממשיכה ומביאה חיזוק מדברי האמורא רבא שציטט מקהלת "ויותר מהמה בני הזוהר עשות ספרים הרבה". כלומר, כל העובר על דברי סופרים חייב מיתה. נשאלה השאלה, אם דברי הספרים כ"כ חשובים, מדוע לא כתבו אותם? כיוון שיש הרבה חידושים שקשה מאוד להקיף את כולם והלעלותם על הכתב. לכן נקבע להלכה ש"כל העובר על דברי סופרים חייב מיתה". בניגוד לדגם השחזור שמנסה להראות איך החידושים יוצאים מהדברים הישנים, דגם החידוש מפריד ביניהם וקובע שיש ישנים ויש חדשים. ויתרה מזאת, ייתכן ודגם החידוש אף מעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר לחידושים על פני הישנים.

מה היתרון של תפיסה זו, דגם החידוש, אל מול דגם השחזור? דגם החידוש מאפשר התקדמות והתאמה של המסורת וההלכה לזמנים החדשים.

**מה הלגיטימציה של החידוש?** מי/מה מעניק לגיטימציה לחכמים להמציא / להוסיף מצוות והלכות? האם החכמים ממציאים יש מאין?

**תנחומא נשא, כט**: " "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".

הקטע עוסק בשאלה מה קורה עם שמן הזית שנשאר בנרות יום לאחר ההדלקה, האם לדוג' אפשר להשתמש בשמן של נר מהיום הראשון, בהדלקת הנר של היום השני? עפ"י התשובה אפשר להוסיף עוד קצת שמן ולהשתמש בשמן שנותר, כך לאורך כל ימי החג. הבעיה הייתה מה ניתן לעשות עם השמן של היום השמיני והאם ניתן להשתמש בו לדברי חול? נקבע כי מכיוון שהשמן הזה הוקצה לנרות חנוכה, **למצווה ספציפית**, אין להשתמש בו לדברי חול, אלא יש לשרוף אותו.

המדרש לוקח את הדיון והופך אותו לדיון עקרוני – חכמים הם שקבעו את חיוב הדלקת הנרות ולכן מי החליט שמצוות חכמים שלא כתובה בתורה כלל, קידשה את השמן? הגמרא אומרת שהקב"ה אמר על דברי חכמים "כל מה שגוזרים עליכם, תהיו מקיימין" ולמד זאת מהפסוק "ועשית על פי התורה אשר יורוך". הגמרא מביאה דוגמה להסכמה של אלוקים מברכות יעקב לאפרים ומנשה – יעקב הקדים צעיר לבכור ואלוקים קיבל את הסדר שהוא בחר כך שגם בסדר הקרבת הקורבנות אפרים הצעיר קודם למנשה הבכור. כלומר, האבטיפוס לסמכות החידוש מגיע כבר מיעקב אבינו וסדר הקורבנות, ומקורה ישרות מהקב"ה.

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".

מדרש זה מדבר על בצלאל שבנה את המשכן, ובאופן פלאי הוא אמר שיש לבנות את המשכן בצורה שונה ממה שהורה משה. כאשר בצלאל משנה מהציווי של משה, הוא בעצם אומר שהוא משלים את המצווה מדברי אלוקים וכיוון לדעת הציווי הראשוני של אלוקים.

בעצם עפ"י המדרש יש לנו תפיסה קצת אחרת - אפילו אם נראה שמדובר בחידוש, לא מדובר בחידוש כי אם **בקליעה לכוונה המקורית**. אין כאן סמכות אמיתית לחדש אלא גילוי ודיוק של הדברים הראשוניים. בעצם לחכמים יש יכולת להבין לעומק את הציווי המקורי. הקטע הזה מעט מסייג את תפיסת החידוש ואת היכולת לחדש על דברי התורה.

**③ דגם ההלכה הנסתרת של פרופ' שלום רוזנברג**

עפ"י המודל השלישי, חרף כך שההלכה נותנת לנו תחושה של שחזור, ההלכה תמיד הייתה קיימת אבל היא מתגלה רק כאשר היא הופכת לרלוונטית. משהתגלתה, היא לא מחדשת, משום הייתה קיימת.

***קהלת רבה א, י:*** *" כתיב ( דברים ט , ' י) : 'ויתן ה ' אלי את שני לוחת האבנים כתבים באצבע אלהים ועליהם ככל הדברים'. אמר ר ' יהושע בן לוי : עליהם - ועליהם , כל - ככל , דברים - הדברים , המצוה - כל המצווה, ללמדך : שמקרא ומשנה, הלכות , תוספתות והגדות ומה שתלמיד ותיק עתיד להורות כבר היה וניתן הלכה למשה מסיני , מניין ? ממה שכתוב : 'יש דבר שיאמר ראה זה חדש הוא', והרי חברו מוכיח עליו - 'כבר היה לעולם'.*

*ר' ברכיה בשם רבי חלבו : (משל) לאחד שהיתה סלע צרורה בכנפיו ונפלה ממנו. ליתן גדולה ממנה - אין המקום מחזיק, ליתן קטנה ממנה - אינה מתמלאה , ליתן כיוצא בה - המקום מתמלא, כך שמעת תורה מפי תלמיד חכם - יהי בעיניך כאילו שמעוה אוזניך מהר סיני, הוא שהנביא מקנתרן , ואומר להם (ישעיה מ"ח, טז): 'קרבו אלי שמעו זאת לא מראש בסתר דברתי מעת היותה שם אני'.*

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

הקטע מדבר על כך שכל הדברים היו קיימים וניתנו למשה בסיני "מקרא ומשנה, הלכות, תוספתות והגדות". כך שאם כאשר הדברים יתגלו לתלמיד חכם שיציגו כחידוש, ניתן יהיה להוכיח אותו ולהגיד לו "כבר היה לעולם". הגמרא מוסיפה משל שהציג ר' ברכיה לכך שאדם לא יכול להחזיק בידיו משהו שגדול למידות היד שלו, שהרי הכמות שאדם יכול להחזיק תלויה בקיבולת שלו. הנמשל הוא שקיבלנו את התורה בצורה שמותאמת לאותו הזמן והמקום, ליכולת הקיבולת שהייתה לנו בזמן מתן תורה בהתחשב ברמת הידע וההבנה. לא היה עניין לתת את ההלכות באותו הזמן, כאשר המציאות לא מתאימה להן, ולכן ההלכות הנסתרות מתגלות רק כאשר המציאות מחייבת. דהיינו, רק כאשר קיבולת היד גדלה, כך קיבולת ההלכה גדלה ומתאימה את עצמה.

בעקבות המשל ונמשל נשאל השאלה מדוע לא קיבלנו את כל התורה כולה ממשה בסיני ועונים מפני שאין טעם לתת הלכות ומצוות שלא רלוונטיות לתקופת הזמן. ד' צופה ורואה לכל הדורות ויגלה את ההלכות כאשר הן יהיו רלוונטיות מבחינת התקופה, רמת הידע וההבנה. אך המקור לכל ההלכות בתורה ולא מדובר בחידושי חכמים. לדוג' גילוי ההלכות שקשורות בחשמל לא היה מועיל בתקופת הר סיני.

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

התוספות יום טוב מסכם הצורה יפה את דגם ההלכה הנסתרת. מסופר שהקב"ה הראה למשה בסיני את כל ההלכות והפסוקים הקיימים ("שהראהו הקב"ה דקדוקי תורה ודקדוקי סופרים"). לא נאמר 'מסר' או 'לימד', אלא הראה. ללמדנו שלא מדובר בהבדל סמנטי בלבד- הקב"ה הראה למשה את כל מה שעתיד להיות, ואילו נתן לו בצורה קונקרטית את הדברים שעליו למסור לעם וליהושוע, והדברים הנסתרים יתגלו בזמן הנכון במהלך הדורות.

**④ הדגם המשולב של הרמב"ם**

עפ"י הרמב"ם ב**הקדמה למשנה** קיימים שני רבדים בתורה שבעל פה – רובד השחזור, כולל נאמנות מוחלטת למה שכתוב בתורה, ורובד של חידוש. כמו כן, ישנם חמישה חלקים לתורה שבע"פ-

1. **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.

🡨 החלק הראשון זה התושב"ע שקיבל משה בסיני ועוברים מדור לדור. פירושים שעפ"י המסורת משה קיבל בסיני וניתן למצוא להם ביסוס בתורה שבכתב.

1. **הלכה למשה מסיני** – הם הדינין שנאמר בהן הלכה למשה מסיני, ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וזה כמו כן אין חולק עליו.

🡨 החלק השני דומה לחלק הראשון, הלכה למשה מסיני. ההבדל בין חלקים אלו שבחלק הראשון זה הלכה שאפשר למצוא לה אסמכתא בכתובים והחלק השני זה הלכה שלא ניתן למצוא לה אסמכתא בכתובים. אבל המשותף להן ששתיהן ניתנו למשה בסיני ואח"כ עוברת בישראל מדור לדור.

1. **סברות** – החלק השלישי, הדינין שהוציאו על דרכי הסברא, ונפלו בם מחלוקת כמו שזכרנו, ונפסק הדין בהן על פי הרוב.

🡨 דינים שהוציאו ע"י הסברא, באמצעות ההיגיון והפרשנות של פרשני התורה, ולא הלכה שנמסרה למשה מסיני. הלכות שניתנו במציאות חדשה ולא מובהקת, ונועדו ליצור קודקס.

1. **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.

🡨 חקיקת חכמים – גזרות וסייגים לתורה כהרחבה של איסורים וציווים במטרה לשמור על התורה.

1. **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.

🡨 דומה לחלק הרביעי, הלכות שיצרו חכמים בעצמם. תוספת של מצוות דתיות או עניינים שבין אדם לחברו באמצעות מנהגים ותקנות במטרה לשמור את התורה ("ושמרתם את משמרתי").

**בחלוקה לדגמים שלמדנו – שני החלקים הראשונים מתאים לדגם השחזור ושלושת החלקים האחרונים מתאימים לדגם החידוש בהעניקם לחכמים סמכות לחדש וליצור.**

לדעת המרצה, הרמב"ם באמצעות החלוקה הדיכוטומית, איפשר קיום משותף לשני הדגמים המרכזיים בהם עסקנו – השחזור והחידוש. הרמב"ם יוצר מעין תשתית בסיסית שממנה לא זזים ונשארים נאמנים אליה, אך במקביל יש חידושים מותאמים למציאות כשהגרעין הקשה והחשוב אינו משתנה. יש כללים מאוד מפורטים ומנגנון מאוד מורכב ששומר תמיד על כך שיחד עם החידוש תמיד יישאר גרעין שמייצב את המערכת כמו שהיא עם מטרותיה הראשוניות; כך שהדגם מאפשר חידוש, אך מקשר אותו אל גרעין חשוב ובלתי משתנה.

לסיכום, עסקנו בשלושה דגמים- שחזור, חידוש, והלכה נסתרת, והצענו פתרון משולב של הרמב"ם- החידוש מתקבל ויש לו חשיבות, אך הוא נסמך ויושב על בסיס המסורת. הרמב"ם גם הגדיר היררכיה בין המעמדות ומי גובר על מי במקרים של מחלוקת.

# שיעור 3, 25/10/2021 – אבות הציונות והמשפט העברי ומשפט השלום העברי

במשך אלפי שנים, בגלות ובא"י, חכמים עבדו עם המנגנון של חידוש המסורת באמצעות תקנות, גזירות וכד'. היום, נדלג 2000 שנה קדימה מהמקורות עליהם דיברנו בשני השיעורים הראשונים - אל התקופה של טרום הציונות. **איך הגענו למצב שהמדינה היהודית לא נשענת על מקורות המשפט העברי בשיטת המשפט שלה**. לצורך כך נכיר 2 תנועות חשובות שקמו בראשית תנועת הציונות וניסו לשלב את המשפט העברי במשפט המדינה.

מסופר על **בנימין זאב הרצל** שיוצא מה**קונגרס השלישי** (1889) בחמת זעם ולא מוכן להיכנס חזרה, מאחר ובישיבת הקונגרס דנו באופייה התרבותי של המדינה ועל מה יתבססו מוסדות התרבות במדינה היהודית, במקום שידונו בעניינים הפרקטים של הקמת המדינה. לעמדת הרצל, זה לא הזמן לריב על זה. אלא יש לדון בדברים המעשיים – הקמת מדינה, מוסדות ושלטון. הרצל עשה זאת כי הוא הבין שהדיון בסוגיה הזו יכול למוטט את מה שהיה בבנייה. הדבר ברור לו מכיוון שהזרמים בתוך התנועה הציונית היו מגוונים – **חילונים משכילים** שהציונות בשבילם היא תחליף ליהדות ולמסורת. לעומתם, היו גם זרמים של **חובבי ציון** שהחזיקו בעמדות דתיות לחלוטין ורואים את הציונות כהתפתחות מתוך המסורת.

שתי התנועות הללו היו מנוגדות מאוד בעמדותיהן וכמעט ולא הצליחו להתדיין ביניהן. כל אחת ראתה את העמותה האחרת כעמותה שמנוגדת ליהדות. ולפי דבריו של דב אריה פרידמן ב'המגיד' מ1885: "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". החילונים, בהשפעת תקופת ההשכלה במאה ה-17, ראו את החרדים כפרימיטיביים ואטומים "הולכי על ארבע" והחרדים ראו את החילונים כמי שיתנתקו מהיהדות. מה שיצר מתחים רבים.

**✓ תנועת חיבת ציון -** קמה במאה ה19 ואיגדה אליה גם דתיים וגם חילונים. המשכילים התחילו לחשוב שאולי יש משהו חשוב ומשמעותי בדת היהודית, לא במובן ההלכתי, אלא מבחינת התרבות והתשתית של העם, כבסיס מסורתי והצדקה ליישוב הארץ. הם שואבים את זה מתנועות לאומיות שמתפתחות מסביב באירופה, במובן הזה שאתה לא יכול להקים תנועה בלי הלאום שלך, בלי מטען תרבותי מוסרי.

בנקודה הזאת מתחולל השינוי שאולי נוכל לחיות יחד ויש סיכוי לקירבה. ברור שיש פערים, אבל בתקופה הזו הפערים לא מרגישים בולטים כי גם המשכילים מתחילים להבין שאולי יש משהו בזהות היהודית ובלאום היהודי. חלק ממובילי דעה זו היו פרץ סמולנסקין וליליינבלום (כמובן שיש מגמות מקבילות – משכילים שיותר מזדהים עם הלאום היהודי ומשכילים שפחות). מן העבר השני, הזרמים הדתיים מוקירים ומעריכים את הרעיונות שהביאו איתם המשכילים.

השלב הבא הוא עוד פעם הליכה אחורה בעקבות קרע שנוצר בין הזרמים. זה קורה עם קום המושבות הראשונות בשנות ה80 של המאה ה19 לאחר העלייה הראשונה. במושבות הראשונות, המתחים בין הזרמים מאוד נוכחים - העולים היו בעלי צביון דתי, אבל הצעירים כבר לא הרגישו מחויבות למסורת (היו יותר ציוניים), וכך נוצרו התנגשויות ביישוב הישן שמתסיסות ומרתיעות את היישוב החדש.

אחת מנקודות השבר או החיכוך הגדולה ביותר התרחשה עם **עליית אחד העם** (אשר גינזבורג) שהאמין כי הוא בונה תרבות חדשה כאדם חילוני בעל עולם תרבותי מקביל שיכול להחליף את העולם הדתי. זה מסלול להתנגשות מאוד מסוכנת כי הוא אומר שהוא יכול להחליף את התרבות היהודית בתרבות חילונית. אחד העם הציג חילוניות רוחנית לא מתגוננת.

**ואז מופיע הרצל** – הוא מזהה בקונגרס השלישי, שאופיין בצרחות וויכוחים בין שני הזרמים, שהסוגייה אודות הזהות התרבותית של העם במדינה שתקום עלולה לסכן את כל המפעל הציוני שהקים. לכן, הרצל בקונגרס השלישי אומר שצריך להתרכז בדברים הפרקטיים (ציונית מדינית ולא תרבותיות רוחנית) - להשיג אישורי יישוב, לצבור נכסים בארץ ישראל וכו'.

הזרמים המשכילים הקיצוניים והזרמים הדתיים הקיצוניים הסכימו יחד שאין כל טעם בוויכוח. עם זאת, מולם עמדו שארית שני הזרמים שהאמינו כי לא פרקטי להקים יישוב בארץ ישראל כשלא יודעים מה יהיה הצביון והרוח שלו.

גם בקונגרס הרביעי הרצל פורש ומנסה להטיל את מלוא כובד משקלו להסיט אותם. באותה תקופה, כשהציבור החרדי מבין כי ייתכן שיקום בארץ מפעל שמאיים על הצביון הראוי במדינה החדשה שתוקם, הם מתפצלים מהמפעל הציוני ומקימים את **"אגודת ישראל"** במטרה להקים יישובים בסגנון שלהם (במובן מסוים זוהי התגשמות החשש של הרצל).

**✓ הקונגרס החמישי: קו השבר –**

הלל צייטלין בעדותו על הקונגרס החמישי מביע דאגה כלפי גורלו של העם היהודי בנקודה זו: " "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".

סוגיות שעלו בקונגרס החמישי:

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

החרדים הציוניים לא השתתפו בקונגרס החמישי, לאחר האכזבה מהקונגרס הרביעי. בקונגרס לא התקבלו החלטות, אך הוקמה **"תנועת המזרחי"**, המורכבת מהיהדות המסורתית (הדתיים שנשארו בציונות ולימים נקראים הציונות הדתית). התנועה האמינה כי ללא פיצול, תיעלם משנתם. הם רצו להקים סיעה משל עצמם כדי שהם יוכלו לשמור על האינטרס שלהם וכדי שהיהדות המסורתית לא תיעלם. זה בעצם היה קו השבר שבן הבינו כי חייבת לקום סיעה נפרדת לפלג היהדות המסורתית.

**✓ ועידת ציוני רוסיה (מינץ, 1902): ההכרעה -**

ההכרעה הסופית התקבלה בעזרת ועידת ציוני רוסיה שהייתה באופן כללי מאוד מרכזית בקונגרסים של הרצל. לתנועת המזרחי היה גם ייצוג מכובד בוועידה. חיים וייצמן סירב להגיע משום שהיה בטוח שהועידה תהיה גרועה מאוד לאור הכוח הגדול של המזרחי (200 נציגים מ600) שיכולים לקבל החלטות שלא יהיו מקובלות על הציבור החילוני.

בועידה עצמה חל המפנה, מבינים שאי אפשר להתעלם לגמרי משאלות התרבות והרוח אבל אפשר **שיהיו שני פלגים כמעין סטטוס קוו** – הציונות והציונות הדתית – כל פלג יעסוק בתכנים תרבותיים ובתכנים חינוכיים בנפרד עפ"י השקפת עולמו ושניהם יקבלו תקציבים לפיתוח עולמם התרבותי. זו הייתה פשרה מחויבת כדי שנמשיך לחיות ביחד, שהרי אי אפשר לעסוק בתכנים התרבותיים ביחד ואי אפשר שלא. בהמשך גם נהיה זרם שלישי של החרדים. גם כיום, ישנו איחוד סביב מוסדות מרכזיים אך הפרדה ביחס לחינוך ותרבות.

🡨 לסיום, אנחנו מדינה אחת שמפולגת מבחינה תרבותית לתפיסות שונות.

**✓ אבל מה עם המשפט? האם בתוך הדיון על בתי כנסת, מוסדות תרבות וכו' הייתה מחשבה על איך ייראה המשפט?**

המשפט באופן אינהרנטי מערכת אחת. צריך מערכת משפט אחת שתסדיר את מערכת היחסים שבין האדם לשלטון באופן ברור ומאחדת את אוכלוסייתה למערכת משפט אחת (כשיש התדיינויות), גם אם בסוגיות אחרות הם לא מסכימים זה עם זה.

**🡨 אז איך שילבו את זה? לצורך כך, היו שתי יוזמות משפטיות בתקופת המנדט הבריטי:**

**① משפט השלום העברי**

'אֱמֶת וּמִשְׁפַּט שָׁלוֹם שִׁפְטוּ בְּשַׁעֲרֵיכֶם' (זכריה, ח, טז). בשנת 1909, אחרי העלייה השנייה, כבר היה בארץ יישוב יהודי שתקומתו מ1882. באותה תקופה, המערכת המשפטית שקיימת בארץ הייתה מערכת המשפט העות'מאנית שנשענה על המשפט המוסלמי. מערכת המשפט העות'מאנית הייתה מנוונת וחלשה, ובשל הפלורליזם היחסי שהעניק השלטון הטורקי לנתיניו בני הדתות השונות, היה רצון (שמקורו בחלוצים הראשונים שעלו לארץ) להקים מערכת משפט מוסרית, אמינה וצודקת יותר שיושבת על אתוס ציוני-יהודי ותעשה משפט צדק.

**🡨 הגורמים שאפשרו הקמת מערכת משפט עברית: פלורליזם של השלטון הטורקי, ניוון מערכת המשפט הטורקית ורצון ציוני-מעשי להקים מערכת משפט צודקת ובלתי-תלויה.**

טרם העליות, ולאורך כל הדורות בארץ ישראל (גם בזמן הגלות) פעלה בארץ מערכת בתי דין רבניים שפעלה כמערכת משפט – קיימה התדיינויות משפטיות ופתרה סכסוכים לפי כללי המשפט העברי וההלכות הקיימות. החלוצים, בני היישוב החדש, לא הלכו למערכת בתי דין אלה, שפעלו כאמור לפי המשפט העברי, מכיוון שהם התנערו מהדת ומהמסורת ולא היו מזוהים עם היישוב הישן. לכן, הם לא האמינו שזו המערכת שתעזור להם ביישוב סכסוכיהם ונמנעו מלפנות אליה ככל הניתן.

כתוצאה מכך, נוסדה **מערכת משפט השלום העברי** – שפעלה כבית משפט שלום לפתירת סכסוכים. אלא שביהמ"ש היה זקוק לקודקס-מערכת חוקים/ נורמות לצורך ההכרעה. דבר שמעלה את השאלה על איזה קודקס יסתמך בית המשפט הזה? הצעות מהכיתה:

התנ"ך- התנ"ך הוא ספר דתי-תרבותי שמוסכם על רוב התנועה הציונית אז אולי ממנו נשאב את הקודקס? הבעיה- האם מהתנ"ך אפשר לגזור מערכת נורמות שפוסקים לפיה? שהרי הוא סדרת ספרים מופשטת מאוד.

אולי גם משפט משווה- אירופי? אולי נייבא את ערכי המשפט מהמעצמה העולה היושבת ביבשת אירופה, ונאמץ גם כללים המוכרים לחלק מהעולים מאותן מדינות, תוך פרשנות מסורתית?

נמשיך לדון בכך בשיעור הבא, אבל מה קרה בפועל? חוסר אחידות ובלאגן קשה (התשובה גם בחומרי הקריאה).

# שיעור 4, 01/11/2021 – משפט השלום העברי: המשך

מערכת משפט השלום העברי קמה בשנת 1909, עבדה די יפה והייתה פתרון טוב למחלוקות שבין הדתיים והחילונים: לא המשפט העות'מאני ולא משפט הלכה כתקוות החרדים הקיצוניים, אלא משהו חדש משלהם.

**מי מכהן במערכת כזו?** המערכת פעלה כסוג של בוררות. על פניו, היו צריכים לכהן בה שופטים, אך בפועל עמדו בראשה דמויות מוכרות מהישוב היהודי בארץ, לאו דווקא משפטנים, שמונו ע"י המשרד הארץ-ישראלי, שלוחה של ההסתדרות הציונית בארץ. המזכיר הראשון של המערכת היה ש"י עגנון.

כידוע, מערכת משפט צריכה ספר חוקים ומערכת נורמות שתהווה את התשתית שעל בסיסו יפסקו. לכן, עלתה השאלה **מהו סט הנורמות והכללים שיעמוד בבסיס המשפט השלום העברי?** מה שישב בבסיס המערכת זה לאו דווקא נורמות וערכים מסודרים אלא הבוררים פעלו לפי ראיית הצדק שלהם והשכל הישר.

**התפתחות המערכת:** המערכת התחילה בקטן – כסוג של בוררות. עם השנים היא התפתחה והגיעה להיקף לא מבוטל. מספר התקנון המרכזי של המערכת (שנמצא בארכיון המדינה) ניתן ללמוד שהמערכת נפרסה על פני לא מעט יישובים (מחוזות). כל ביהמ"ש נקראו בית משפט שלום, אך הייתה היררכיה – בתי משפט שלום בפריסה מקומית, בימ"ש שלום-מחוזי ובימ"ש שלום-עליון.

בתחילה המוסד נחשב להצלחה גדולה. הפרוצדורה הייתה די מובנית, הדיונים נמשכו זמן קצר יחסית והיו ממוקדים יחסית, לא היה דיון משפטי מהותי. מרבית פסקי הדין כתובים בקצרה ובלי יותר מדי הנמקות. המערכת הייתה די פרימיטיבית במובנה המשפטי ומערכת בוררות המובן הכי פשוט שלה. ולמרות שלא הייתה מערכת נורמות והשופטים לא היו באמת שופטים, המערכת זכתה להרבה אמון ולא מעט אנשים התדיינו בה. המערכת הייתה עצמאית למדי ופעלה לפי נורמות משלה. יש הרגשה של הגשמת חלום ציוני-יהודי.

**איך נבחרו השופטים?** המשרד הארץ ישראלי, שמימן את הפרויקט, בחר את האנשים המתאימים בעיניו שהיו בעיקר אנשים מוכרים ביישוב היהודי (הבוררים פחות או יותר מינו את עצמם).

**מה היו מקורות הפסיקה? על מה המערכת התבססה?** קווים כללים שהנחו את הפסיקה:

* מנהגי הסוחרים והמנהגים האחרים שהתפתחו בארץ- מנהגים כלכליים שמתפתחים בין הסוחרים בארץ ונתפסו כ"מנהג המדינה, העיר ואנשי המקום" (דוקטרינה שמקובלת במחוזות יהודיים לאורך השנים). מעין חוקה לא כתובה שכולם פחות או יותר מסכימים עליה.
* תקדימים שלהם עצמם- ככל שהמערכת פועלת יותר, יש בסיס ותשתית להכרעות שכבר ננקטו וניתן להתבסס עליהן.
* עקרונות ממשפט מדינות אירופה- מרבית היהודים באותה תקופה הגיעו מאירופה ורוסיה. כמו כן, אירופה נחשבה כדמוקרטיה שמפתחת ערכים משפטיים (כזכויות אדם) ועקרונות צדק ראויים, שניתן להתבסס עליהם. לכן, באופן טבעי, האנשים שהגיעו לשם, ומי שבעיקר שימשו כבוררים השתמשו בעקרונות אלה.

**אז איפה המשפט העברי כאן?** ההצהרה הייתה שבבסיס השפיטה עומדים מקורות יהודיים. האנשים לא היו מיומנים, לא כשופטים ולא כפוסקי הלכה. לכן, המקורות שהיו זמינים להם היו המקורות הקלאסיים והתשתיתיים – תלמוד, משנה תורה לרמב"ם, חושן משפט של בעל הטורים ושולחן ערוך ונושאי כליו. מה שהיה חסר הוא עולם השו"ת (מערכת הפסיקה של ההלכה היהודית), בו פוסקי ההלכה לקחו את המקורות הגולמיים ויישמו אותם. לא היה שימוש בעולם השו"ת כיוון שהתחום לא היה מוכר לשופטים, שכאמור, לא היו פוסקי הלכה ולאו דווקא הכירו את המקורות החשובים. לכן, פסיקתם הייתה די בוסרית. כמו כן, משום שחלקם גם לא היו שומרי תורה או מצווה, הם לא התייחסו למקורות כמחייבים, אלא כמקורות מנחים.

בבסיס כל המוסד של המשפט העברי בזמנו עמדו אותם וויכוחים שראינו עוד בקונגרסים הציוניים – מה מעמד ההלכה? האם היא באמת מחייבת? האם צריך לשנות אותה לטובת ערכים מודרניים? שאלת הסמכות- מי מחליט איך לפרש את ההלכה? האם פוסקי הלכה או השופטים עצמאית? וכיו"ב.

אחד מהאנשים המרכזיים שהיו מאוד פעילים בהקמה של ביהמ"ש השלום ובניסיון למסד ולפתח אותו הוא הפעיל הציוני **ד"ר גרשמן**, ששאל את השאלה "**במה בית המשפט שלנו הוא עברי?**" ועונה כי "באמת קשה לענות על שאלה זו". הוא נותן כדוגמה את המשפט הגרמני המבוסס על המשפט הרומאי ושואל "בשעה שהיה שורר בגרמניה משפט רומאי, האם היה בית משפט גרמני ולא רומאי?". לדעת ד"ר גרשמן, אי אפשר להתבסס אך ורק על המשפט העברי, מכיוון שאנחנו לא יודעים להשתמש בו והוא רחוק מהחיים המשפטיים והמושגיים של ימינו ("אנחנו לאום חי ולא ארכיבי"). לדעת גרשמן, "אנחנו חיים בהווה ולא בעבר. כל המשפטים, מטרתם שהעם יהיה בהם. וכל משפט שלא משתמשים בו זמן רב הוא בטל ומבוטל".

לכן, דווקא שימוש אך ורק במשפט העברי, אשר בחלקו לא מתאים לתרבות המשתנה וזר לחלק לא מבוטל של העם, עלול להפוך אותו לזר עבורנו. עולה מדבריו כי זה לגיטימי שהעבריים יאמצו עקרונות ודרכי פעולה משיטות משפט אחרות ויתבססו עליהם.

חשוב להסתכל על הטקסט במבט ביקורתי. לדוג' גרשמן אומר כי המשפט העברי זר לחלק לא מבוטל של העם, אבל זה לא נכון כי מנגד יש חלק גדול בעם שהולך לפי המשפט העברי גם בזמן כתיבת הדברים ויש מערכת מקבילה שפוסקת לפי המשפט העברי. הטקסט של גרשמן קיצוני יחסית באמירות שלו, הוא קובע מציאות ולא מתאר מציאות, אך הוא משקף את אותם וויכוחים ודילמות שביקשו הכרעה בשאלה על מה שיטת משפט השלום העברי מבוססת.

כל עוד המערכת הייתה קטנה יחסית ושירתה מספר מועט של אנשים, אפשר היה להסתדר עם חוסר הבהירות בשאלת הערכים והנורמות שהמערכת עומדת עליהם. עם זאת, ברגע שהמערכת מתרחבת, הדרישה לוודאות משפטית גדלה ויש ציפייה שההנמקות ישבו על קרקע מוצקה.

**🡨 שנות העשרים**

עם התרחבות המערכת, השופטים עצמם העלו (באסיפה שכינסו) מספר תהיות וחששות:

1. הביעו את חששם מכך שהם לא יודעים כיצד לפסוק ושאין בידיהם ערכים ברורים לצורך הפסיקה.
2. השופטים עמדו על הצורך בקודקס משפטי-הלכתי שיסייע לפסיקתם.
3. דרישה לגוף מסודר של נורמות שייצור ודאות, יציבות ואחידות משפטית. כשהמערכת הייתה קטנה ויחסית חדשה, די היה בפרוצדורה ובסדרי הדין כדי להעניק וודאות ויציבות. עם הזמן, זה לא מספיק ולא היה במערכת פרוצדורלית כשיש סכסוכים יותר משמעותיים. מצפים לפסיקה מהותית.
4. ככל שהקהילה גדלה, מתגוננת ומתפתחת, גבולות התרבות המשותפת מיטשטשים.
5. האם הפרוצדורה מספיקה? צריך אופן הכרעה ברור. בתחילת המערכת שהייתה קטנה יש וודאות, אבל עם הזמן גם זה לא מספיק.

**מאילו כיוונים מגיעה הדרישה?** לדברי מרדכי בן הלל הכהן (פעיל ציוני מרכזי, סופר ועיתונאי), ניתן להישען על הפרוצדורה. זאת, מכיוון שבפסקי הדין של מערכת משפט השלום העברי השופטים נסמכים על רחשי ליבם של אנשים שאין להם השכלה משפטית. ולכן זו מעין חזקה שהפסיקה נשענת על עקרונות רחבים יותר של צדק ויושר.

*"לא נכונים דברי מר אוסישקין, שאין למשפט השלום העברי פרוצדורה. תקנות המוסד הזה קבועות ונשמרות בכל תוקף, ומשפט השלום העליון מפקח על זה. מצד זה אין מתאונן. אלא מאי, – חוק קבוע אין לפניו, ופסקי הדין יוצאים על פי רגשות לבם של היושבים כסאות למשפט, ולאלה נבחרים אנשים, ׳שרובם אין להם לא השכלה ולא פרקטיקה יורידית׳ כדברי מר אוסישקין, והם ׳קשורים רק בפרינציפים הרחבים והמופשטים ביותר של הצדק והיושר׳ ."*

🡨 לדעת המרצה, לא די בפסיקה על סמך רגשות וחוש צדק אישי כדי להגיע להכרעות צודקות. חברה מפוחת נדרשת ליותר מפרוצדורה.

**שוחט נ' גלוסקין: דוגמא לאי הבהירות שבערכאת השלום של בית משפט השלום העברי -**

עסקה של קבלן שרכש חלקה ממוכר פרטי, בדרך לבניית בית. הקבלן טען שהייתה פה הונאה – מכירת נכס ביותר משישית הערך שלו בפועל נחשבת להונאה ואז היא בטלה (סעד). הקבל הסתמך על דברי השו"ע. בתגובה, המוכר הסתמך גם על דברי השולחם ערוך במקום אחר:

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

דהיינו, אונאה לא חלה על מקרקעין, אפילו אם פער המחירים יותר גבוה. ויותר מזה, אי אפשר להסתמך על מקור של ההלכה העברית, כאשר אותו מקור עצמו שולל את זה במקום אחר.

ביהמ"ש העברי שלל את טענת המוכר ואמר כי הם לא מחויבים להלכה כמו שהיא. הם מקבלים את העיקרון הכללי של הונאה שמביאה לביטול העיסקה, אבל זה לא מחייב אותם לקבל את שאר ההלכות הספציפיות שמשתלשלות מאותו מקור. לכן, אן העסקה נכרתה באמות ובחוסר שקיפות, מדובר בהונאה.

**בעצם, השופטים הלכו לפי חוש הצדק שלהם ואימצו כלל מנחה שנראה להם נכון, אך הם לא ראו את עצמם כמחויבים מבחינה משפטית והלכתית לקבל משהו מעבר לזה.** פסק הדין עורר ביקורת קשה מהציבור הדתי, שלא אהב את העובדה שהתבססו על משפט עברי בחלקו אך שללו חלק אחר באותו הדין בדיוק (מקבלים הונאה, אבל לא מקבלים הונאה ביחס למקרקעין למרות שכתוב שהיא אינה נכללת). הדוגמה משקפת בצורה מאוד ברורה את הקושי והבעייתיות בעמימות הנורמות של השופטים – אין נורמות, וגם כשמשתמשים בהן לא ברור איך.

**מרדכי בן הילל הכהן** מציג את הבעיות הקיימות:

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

הרצון ברעיון משפטי מסורתי-מקורי השייך לעם היהודי הוא הגיוני ומוצדק. לצורך כך הוקמה מערכת משפט השלום העברי. יתרה מזאת, אפילו הרבנים והבד"צ של היישוב הישן הוזמנו להיות חלק מזה, כיוון שהשופטים לא תמיד הכירו את ההלכה. אבל, בתנאי שהם צריכים להבין שמשהו צריך להיראות אחרת, לא כמו שעובד הבד"צ ביישוב הישן בירושלים.

הוא מספר שאפילו פנו אל בד"צ ביפו, בהצעה "לסדר ישיבות משפטיות משותפות", אבל הרבנים סירבו ממניעים אינטרסנטיים – איבוד "לקוחות" ותחרות. הרב קוק, שניסה לגדר בין היישוב הישן לחדש, לא היה באותה תקופה בארץ כדי לנסות להשפיע עליהם שיתמזגו. לסברת בן הילל, הדחייה הייתה מגוחכת מכיוון שמשפט השלום העברי לא בא להתחרות עם בד"צ, מפני שהתחרות האמיתית הייתה עם המוסדות המשפטיים הבריטים. מוסדות שהעניקו וודאות רבה יותר ואפילו כיהנו בה שופטים יהודיים שכתבו את פסקיהם וניהלו את הדיונים בעברית ושלפסיקתם יש כוח משפטי מחייב ולא של בוררות ואליהם היהודים פונים כדי לקבל וודאות.

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.** בעצם, בבחירה להתדיין במוסדות המשפטיים של המנדט, היישוב היהודי בארץ וויתר על היוזמה של בית משפט שלום עברי. למערכת בלי פונים אין זכות קיום, ולכן מערכת משפט השלום העברי נכשלה בסופו של דבר.

**⇐ קידר** – סקר בצורה רחבה את התפתחות מערכת בית משפט השלום העברי. הוא שם אצבע על השאלה - מה **קבר את המערכת והביא לנפילתה ביחס להסכמה סביב הנורמות?** מדובר בתיבת פנדורה. גם כשניסו לשבת ולהחליט על משהו זה כל הזמן היה בוויכוח. לדוג' כאשר התחילו העבודה המשפטית ביחס לגיבוש הנורמות, לא הצליחו להסכים על מהות המשפט היהודי-העברי (בעיה שחרצה את גורלו של בתי משפט השלום העברי). לדעת קידר "לא מלחמת תרבות הכריעה את משפט השלום העברי, אלא החלטה מטא-תרבותית... כי לא הגיעה השעה לעסוק בשאלות הזהות והתרבות הנדרשות לצורך יצירת גוף הכללים המשפטיים שיחייב את משפט השלום העברי... היישוב היהודי והנהגתו העדיפו לוותר על מערכת שיפוט לאומית עצמאית ובלבד שלא להתדרדר למלחמת תרבות. ואכן, אף על פי ששלטונות המנדט הכירו בבתי משפט השלום העברי ואף על פי שבתי משפט השלום העברי מומנו ונתמכו כמערכות בוררות, על ידי הוועד הלאומי והרשויות המקומיות היהודיות, הלך הציבור היהודי ונטש אותם."

**הדים/לקחים לניסיון הנפל להקים מערכת משפט עברי מקומית:**

1. **התנגדות מוחלטת**: בלתי אפשרי – משני צידי המפה (אי הקמת מערכת כזו בשנית ע"י החילונים והיבדלות מוחלטת של הציבור הדתי). יותר כמו הדעות של גרשמן.
2. **ניסיון לייצר השפעה תרבותית כלשהי** – נראה בהמשך דוגמות (חוק יסודות המשפט וכו'). מדובר בגישה שאומרת שגם אם זה לא עבד במערכת משפט מסודרת, לא נתייאש מליצור זיקה במערכת הקיימת.

# שיעור 5, 08/11/2021 – חברת המשפט העברי ותקנות בתי הדין הרבניים

למדנו עד כה בקורס על המתח בין מסורת לחידוש, הרקע לקונגרסים הציוניים ולמתח התרבותי בין התפיסות הציוניות המרכזיות שהשתקף גם ביחס למשפט. למדנו על מערכת משפט השלום העברי כמתאים לדגם החידוש. היום נפגוש את **חברת המשפט העברי**. בניגוד למערכת משפט השלום העברי שקמה והובלה ע"י לא-משפטנים, חברת המשפט העברי הוקמה עולה ע"י משפטנים מומחים. כדברי פרופ' אסף לחובסקי: "המשפט העברי נולד מהמפגש שבין פרופסורים גרמנים וסטודנטים ציונים".

היוזמה התחילה בראשית המאה ה-20 ע"י משפטנים שמקורם ברוסיה ורצו שתחיית המשפט העברי תהיה מלווה בתחיית המשפט הלאומי (על רקע אחד העם נוצרה הבנה). **הרקע להקמת החברה** והשאיפות שרצו להשיג היו מפורטים ומבוררים יותר מאשר תפיסות של אנשים לא משפטנים:

1. שאיפה לציונות רוחנית תרבותית – אי אפשר להקים עם רק סביב הסכמות טכניות, אלא צריך ליצוק תוכן תרבותי.
2. המשפט כמכשיר לשינוי פוליטי-חברתי – עקב הדיכוי שהיה ברוסיה בסוף המאה ה19 כלפי היהודים ושאסר עליהם בין היתר ללמוד משפטים, הבינו את העוצמה שבמשפט ככלי לקידום זכויות ושינוי פוליטי חברתי. כמו כן, הם מנסים להשתמש במשפט כדי להתגונן מהאנטישמיות ולהגשמה לאומית. מכאן נובעת המוטיבציה למשפט ייחודי לנו.
3. תפיסות לאומיות רומנטיות - אין עם שיכול להתקיים ללא מערכת משפט עצמאית. לכן, יש להקים מערכת משפט שכזו בארץ ישראל (זה חובר לכל המגמות הלאומיות של אותה תקופה).

אסיפת המשפטנים הרוסים נפגשת לראשונה בדצמבר 1919 ברוסיה. אלו הקימו את **האגודה להחייאת המשפט העברי** שנקראה **"חברת המשפט העברי"**. האם אלו שטבעו את המושג 'משפט עברי', עד אז זה היה תורה ' פוסקים וכד'. **מה משמעות הביטוי 'משפט עברי'? למה החליטו לייצר מונח חדש?**

1. תחיית או המצאת המשפט היהודי הלאומי – לא גלותי.
2. משפט יהודי לאומי – לא הלכתי (עניינים משפטיים גרידא, בלי דתיים).
3. גדירת ההלכה בתחום משפט פרקטי.
4. תרגום מילולי מרוסית את המילים ׳משפט יהודי׳. כלומר, לא בטוח שבהכרח היו למונח כ"כ הרבה משמעויות בתחילתו. בהמשך יצקו תוכן לתוך משפט זה.

**הדמויות המרכזיות במפעל אגודת המשפט העברי:**

* שמואל אייזנדשטדט- למד משפטים בשוויץ.
* פלטיאל דיקסשטיין- למד משפטים באודסה.

**✓ מטרות החברה:**

*"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"*.

מה צפויות להיות הבעיות לאור מטרות אלה? רואים פה שוב את המתח שראינו בשיעורים הקודמים. החרדים אומנם לא בסיפור כרגע, אך הייתה התנגדות מצד הציונות הדתית לשינויים, בשל אמונתם כי ההלכה עמוקה דיה כדי ליצור מערכת משפטית שלמה על פיה ולהתאים אותה למציאות המשתנה. הציונות הדתית סברה שכל שצריך הוא להחיות את ההלכה וגם אם יהיה חידוש הוא ייעשה ע"י כלים הלכתיים, בעוד חברת המשפט העברי ביקשה ליצור מחדש. בנוסף, הציונות הדתית האמינה כי היוצרים יהיו פוסקי הלכה.

✓ באותן שנים עם התרחשות המהפכה הבולשביקית של לנין, טרוצקי וסטלין, הרדיפה כלפי היהודים הולכת וגוברת. בעקבות זאת, **הפעילים של חברת המשפט העברי מתפצלים לשני מרכזים** – חלקם עולים **לארץ** וחוברים לחוקרים, משפטנים ועורכי דין. וחלקם עוברים **ללונדון**, שם מוקם הסניף המרכזי של חברת המשפט העברי. פרופ' רדזינר במאמרו עומד על ההבדלים שהיו בין המרכז בלונדון, לבין זה שבישראל. באופן כללי, הסניף בלונדון היה מסורתי ובדל יותר, אך הסניף בארץ היה פחות שמרני לאור זה שהם התערבבו עם משפטנים בארץ. מעבר לכך, לא ניכנס לדקויות שבין הסניפים השונים.

**שמות החברים המוכרים שחוברים אליהם בארץ:**

1. גד פרומקין - השופט היהודי בבית המשפט העליון המנדטורי.
2. מרדכי אליעש - מהחשובים שבעורכי הדין בארץ (ולימים שגרירה הראשון של ישראל בבריטניה).
3. נורמן בנטוויץ׳ - (Bentwich) - היועץ המשפטי הראשון של ממשלת המנדט.

**✓ פעילות החברה -**

* וועידה 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 הגבוה למשפט ולכלכלה בתל אביב.

**למרות הפעילות הרבה, הם נתקלו בחשדנות מהמון גורמים בארץ**. עם זהמן, פחות ופחות אנשים הגיעו להרצאות עד שהן פסקו, כתב העת נפסק ובית הספר למשפטים שהקימו לא התפתח. **ב1938 הגיעה החברה לחדלות פירעון ופסקה מלהתקיים**.

**✓ היחס לחסרת המשפט העברי –**

* מצד הציבור הרחב: בתקופה שלפני קום המדינה, המשפט העברי לא היה בראש מעייניו של הציבור הרחב. הם חשו שהכניסה לתוך החברה הזו, היא כמו כניסה ל"קן צרעות" שיביא לוויכוחים קשים ולכן העדיפו לוותר.
* מצד עורכי הדין: עורכי הדין העדיפו לברר את ההתדיינויות במערכת מסודרת וממומנת יותר אצל בתי המשפט של המנדט הבריטי, מאשר לחפש פתרונות בעצמם.
* מצד הנהגת היישוב: סירוב לממן או להשתתף בפעילות שעלולה לפלג את העם.

**✓ הגורמים החיצוניים לכניסת החברה לחדלות פירעון ב1938 –**

1. עלייה בורגנית בשנות ה-30, התפתחות של עלייה ומסחר שמגבירה את >>
2. הצורך במשפט מהיר ויעיל. דבר שחברת המשפט העברי לא הייתה יכולה לספק כיוון שהחברה, שהוקמה ע"י אגודה של תיאוריטיקנים (בניגוד למשפט השלום העברי שהוקם ע"י אנשים פעלתניים יותר), רצתה לבסס קודם את התשתית הרעיונית, ובאותה תקופה היה >>
3. חוסר פניות לדיון תודעתי-תרבותי מעמיק.
4. אנגליפיקציה (התמערבות) – הנורמות של המשפט האנגלי השולט בארץ התקבלו, ודחו לעיתים את המשפט העברי.
5. התמקדות בפתרונות מדיניים לנוכח עליית הנאציזם והמרד הערבי.
6. חשש להיכנס למלחמת תרבות פנימית, בהתחשב בחזון של התנועה.

**✓ הגורמים להכשלות מטרות החברה ופעולותיה –**

1. מחלוקת תרבותית כללית בין חילוניים לדתיים
2. אופיו של משפט כמערכת שתפקידה להכריע במחלוקות ערכיות ותרבותיות – לא ניתן להסתפק הטענת מופשטות. החברה לא רצתה להיכנס למחלוקות ערכיות ודגלה בחזון פשוט יחסית.
3. האם ניתן לאבחן את המשפט שבים אדם לחברו משאר ההלכות?
4. שאלה הסמכות – האדם או אלוקים?
5. דרך החידוש – שאלת המקורות – קדומים או גם מאוחרים?
6. שאיבת נורמות משיטות משפט אחרות. מחד, יש ממי ללמוד- ממסורת משפט המנדט ומדינות אירופאיות אחרות. התרבות האירופית נתפסה כתרבות הגבוהה והמתקדמת שיש ללמוד ממנה ולנסות להשתלב בה. מאידך, יש רתיעה. לאור העבר העגום של היהודים וההווה והעתיד המאיימים, מדובר בתחילת שנות ה-30, תקופה שהנאציזם והרדיפה אחר היהודים באותן מדינות אירופאיות עולה ולכן כיצד נכניס נורמות משפטיות של עמים שרודפים אותנו?!

ציטוטים של אנשים מרכזיים מאותה תקופה הממחישים את ההתנגדות לשאיבת נורמות משיטות משפט אחרות:

* יעבץ – ממקימי תנועת המזרחי - ״אין לנו מקום בבית דיננו בשובנו אל ארצנו, למשפט הרומי פרי רוח העם שהגלה אותנו מארצנו״.
* משה זילברג – ביטא גם עמדת משפטנים כלליים – ״אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני״. זילברג טען שיש לבדל עצמנו מכל עמי אירופה שרדפו אותנו.

**🡨 סיכום:** מערכות השיפוט היהודיות העצמאיות לא התקבלו על רוב בני היישוב. היוזמות של חברת המשפט העברי ליצירה או להחייאה של משפט לאומי לא נשאו פרי נראה ומיידי.

**תקנות בתי הדין הרבניים**

**✓ תחילת דרכם של בתי הדין הרבניים –**

**🡨 תקופת השלטון העות'מאני**

**החכם באשי:** זהו התואר שניתן לרב הראשי של הקהילה היהודית ברחבי האימפריה העות'מאנית. היה ממוצא ספרדי. עד סוף שנות ה-70 של המאה ה-19, רוב היהודים בארץ היו בני העדה הספרדית, הוכרו ע"י השלטון העות'מאני וזכו לחופש דת ולעצמאות הלכתית. החכם באשי היה האחראי על גביית המיסים, המנהל, על בתי הדין הרבניים ששפטו בארץ ועל המערכת ההלכתית הספרדית ועקרונותיה הדתיים.

היהדות האשכנזית לא זכתה להכרה. הם העדיפו להיות כפופים לקונסוליות או נציגויות של מדינות המוצא שלהם. במובן הדתי, הם היו מנותקים מהחכם באשי ופעלו במסגרת הכוללים והישיבות שלהם, שסיפקו לכל קבוצה שירותי דת ומשפט. לכל כולל היה בית דין משלו שהכריע בסכסוכים, ענייני מעמד אישי וכו'.

כלומר, בתקופת השלטון העות'מאני הסמכויות הדתיות היו מפוזרות ולכל עדה הייתה מערכת דתית משלה.

**🡨 תקופת המנדט הבריטי**

בתקופת המנדט הנציב מינה 2 וועדות שדנו במעמד היישוב היהודי ומה ראוי שיהיה עם ההנהגה הדתית של היישוב היהודי.

עו"ד נורמן בנטוביץ, היועץ משפטי הראשון של ממשלת המנדט, היה גם נציג משמעותי בוועדות. בנטוביץ, יחד עם תמיכת הרב קוק, דחף להקמת הרבנות הראשית. הם האמינו שבמקום מערכות נפרדות לספרדים ואשכנזים, צריך להקים גוף אחד מרכז, מעין "סנהדרין שבדרך", שיהיה ריכוזי וינהל את ענייניהם של היהודים בארץ. ואכן, בתמיכתם, ב24.2.1921 הוקמה **הרבנות הראשית לארץ ישראל**.

הייתה הבנה שבשל ההבדל העצום שבין המסורת הספרדית לאשכנזית, יש להעמיד 2 רבנים ראשיים – אחד שינהל את ענייני הספרדים ואחד שינהל את ענייני האשכנזים. החכם באשי מתמנה להיות הרב הראשי הספרדי והרב קוק והראי"ה מתמנה להיות הרב הראשי האשכנזי הראשון.

מפני שהרבנות הראשית נולדה מדחיפה יהודית ובריטית, הייתה ציפייה שהגוף הזה שמנסה לאגד את כל העדות יהיה עם כוח ושיניים, שתוקפה של הרבנות יהיה מחייב ואופייה ההלכתי יערב בין החדש לישן.

עוד טרם היווסדה, התנה בנטוביץ את קבלת הסמכויות בהתקנת סדרי דין ברורים (כולל רשות ערעור) שיותקנו ע"י שלושה משפטניים חילוניים.

# שיעור 6, 15/11/2021 – תקנות בתי הדין הרבניים

**✓ סמכות בתי הדין** – הסמכות נגעה בתחילה לענייני המעמד האישי ובהמשך התפתחה גם לבוררות אזרחית. 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 בנוגע לתנאי של בנטוביץ** – הרבנים (וגם הרבנים הראשיים) התנגדו להתערבות מצד ממשלת המנדט ומצד מי שאינם רבנים.

מנגד, בנטוביץ רצה להתערב לא רק בסדרי הדין, אלא גם בתוכן הדינים: *"המטרה הזאת תוכל לצאת לפועל רק אם תקנות חשובות תעשינה גם בסדרי המשפט וגם בדינים גופא"*. לטענתו, חייבים לעשות תיקונים ולהתאים את הדינים לערכי הצד והשוויון של העת המודרנית. לדעתו, שינוי מקיף ויסודי יגביר את אמון העם במערכת: *"יש לעשות תיקונים ש'יבטיחו את האמון בבתי הדין אשר ישפטו את כלם בצדק ובמישרים בהתאם לעקרים היסודיים של מסורתנו וכמו כן בהתאם לדרישות הצדק והשוויון של הזמן הזה'"*.

**באסיפת היסוד של הרבנות הראשית** בנטוביץ ממלית על מינוי 'חבר רבנים' שיפרש את חוקי התורה בהתאם לרוח הזמן. לדעתו, באותו 'חבר רבנים' צריכים לשבת גם עורכי דין ואנשים חילוניים.

דבריו של בנטוביץ באסיפה מעוררים וויכוחים נוקבים ומתח רב; אי נחת מצד הרבנים; מחלוקת על פרשנות דבריו; נטישת הנציגים החילוניים; והתנגדות קשה מצד **הרב קוק** שסבר כי לכל היותר ניתן להיוועץ בחילוניים ובעורכי הדין אך לא לשתף אותם בחבר הרבנים.

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

**הרב קוק** מכיר בבעיה הפרוצדורלית, אך סובר שניתן לפתור אותן באמצעות ההלכות הפנימיות. הרב מוסיף ואומר שאם יצטרכו עצות משפטית, הם יתייעצו עם עורכי הדין, כשם שכשהם צריכים עצות רפואיות הם פונים לרופאים, אבל עורכי דין לא יכולים לקבוע דברים מהותיים במשפט העברי, ואפילו לא ביחס לפרוצדורה, המשפיעה על הדין ובעצמה כבר קיימת. הרב קוק רוצה למתוח קו גבול מאוד ברור, כדי למנוע התערבות ופוטנציאל לשינויים מהותיים ביותר שעלולים להגיע בהמשך. הרב קוק מבין כי שינויים פרוצדורליים הם לעיתים מסווה לרצון להגיע לשינויים בחוק המהותי.

בעקבות ההתנגשות הבלתי נמנעת, הציגים החילוניים נוטשים את האסיפה והחרדים משמיעים קולות קיצוניים יותר מזה של הרב קוק.

יום לאחר מכן, בנטוביץ חוזר לאספה ומראה שהוא התכוון ברצינות לשינויים ושאם הם לא יקרו, לא תהיה רבנות ראשית. הרב קוק בתחילה ממשיך להתנגד אך בסופו של דבר הם מגיעים **לפשרה**:

"בוחרים בשלושה חילוניים (מי שבקיאים בענייני משפט) יודעי תורה ושומרי דת, שהם יהיו למועצה על יד הרבנות הראשית. בתוך החוקים לא יתערבו כלל. הם יתועדו עם הרבנים פעם אחת בחדש להתייעץ על הסדר והתכסיס ויעזרו לרבנים באותן הידיעות שמחוץ לדיני תורה'".

החרדים לא אהבו גם את הפשרה הזו ופרשו מהאספה. דבר שפגע לגיטימיות של הרבנות הראשית עבור הציבור החרדי והותיר את הרב קוק עם מעט רבנים שלדבריו "גם לא הסכימו לנוסחה זו רק מפני השלום והאחדות היקר להם מאד". גם החילונים היו מאוד לא שבעי רצון מהפתרון מפני שהם היו כפופים לעניין המעמד האישי לרבנות הראשית, וההסדר לא היה "פרוגרסיבי" דיו עבורם. בעצם אף אחד לא היה מרוצה מההחלטה – החרדים, החילוניים והמועצה עצמה – ובכל זאת, היוזמה יצאה לדרך.

**שלושת המשפטנים שנבחרו:** **ד"ר מרדכי עליאש, יוסף חי פינז'יל ומרדכי לבנון**. שלושתם עורכי דין בעלי ניסיון רב, שומרי מצוות ובוגרי ישיבות (הם ה"חילוניים").

הם מנסחים בתקנות את סדרי הדין מתוך שליחות ומוטיבציה אמיתית שבית הדין הרבני יתנהל בצורה ראויה ומסודרת, ושאנשים ירצו לבוא אליו וירגישו וודאות. תקנות הדיון שנוסחו היו משוכללות יחסית ושילבו בתוכן ישן וחדש, סדרי דין שהמקור של רובם בהלכה ומעטם חידושים השאובים מן המשפט הזר.

**המרכיבים החדשים בתקנות:**

* **עצם קיומו של דין פרוצדורלי מפורט** – בניגוד לדין העברי הישן שהיה מפוזר לאורך כל ההלכה, התקנות החדשות היו מפורטות ומרוכזות במקום אחד בצורה שנוחה יותר לבתי הדין ליישם אותן.
* **סדר הגשת כתבי טענות** – בניגוד למשפט העברי שבו אין מסורת של כתבי טענות מסודרים.
* **זמני הדיונים** – בהלכה יש הגדרות מצמצמות לזמנים שבהם דנים וכאן מרחיבים את זה.
* **ערכאת ערעור** – החידוש הכי גדול. בעולם ההלכתי הישן, מדובר במוסד בעייתי, כי מאז שאין סנהדרין, קשה להעריך איזה בית דין יכול לבקר בית דין אחר. אין היררכיה. זוהי דרישה מאוד נחרצת של המנדט ובנטוביץ, והרבנים מקבלים את זה על עצמם.
* **ועוד**.

**תקנות המשפטים** – התקנות הופצו לבתי הדין עם הוראה לקיים אותן ופורסמו בכתב העת "המשפט", יחד עם פרסום תקנות בית משפט השלום העברי (כחלק מניסיון לקדם תחרות בין המוסדות), אך הן לא אושרו רשמית ע"י הרבנות הראשית. בשטח בתי הדין לא ממש עמדו בתקנות, אלא יישמו את חלקן. בעיקר את מה שהסתדר להם מבחינת המדיניות ההלכתית שלהם. הרב קוק לא יוצא מגדרו כדי לקיים אותן.

הרב קוק והרבנות הראשית לא התמודדו רק מול המנדט בנוגע לתקנות וליישומן, אלא הוא התמודד גם עם **עימות פנים יהודי** בין הרבנים השמרניים לגורמים חילוניים. הרב קוק אולי היה באמצע מבחינת הפשרה, אך נטה יותר לצד השמרני.

**מדוע התקנות לא התקבלו?** התקנות נתקנו ע"י יועצים לא רבנים ובכפיית המנדט, לא מתוך המערכת תוך הבנת הנחיצות שלהן. ולכן הרב קוק לא יוצא מגדרו כדי לקדם אותך במערכת בתי הדין הרבניים.

**פרופ' מנחם אלון**, מומחה למשפט עברי ומי שרצה מאוד שהמשפט העברי ובתי הדין יעבדו כמו שצריך אמר כי "במשך תקופה של למעלה מעשרים שנה לא השכילו בתי הדין הרבניים...להתארגן כבתי משפט מסודרים עם סדרי דין קבועים. שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943". הוא מעט לא מדייק כי כן היו את תקנות 1921.

**סיכום סוגיית תקנות המשפטים:**

* הצלחתן של התקנות הייתה מועטה ביותר.
* כפייתו של בנטוביץ' הצליחה בתחום ערכאת הערעור (הוקם ביד"ר הגדול) אך לא בתחום תיקון התקנות.
* הרבנות זיהתה שדרישה זו היא רק תחילתה של דרישה לשנות גם את הדין המהותי.
* מחלוקת קשה בין דתיים לחילוניים בנוגע למימוש משפט התורה בימינו - המינון הנכון בין מסורת לחידוש.

**✓ תקנות תש"ג** –

ב1943,לאחר פטירתו של הרב קוק ועם מינויים של הרב הרצוג והרב עוזיאל לרבנים הראשיים החדשים, מחליטים להתקין תקנות מתוך צורך פנימי ומבלי כפייה חיצונית, אלא מתוך רצון אמיתי, מוטיבציה פנימית והבנה שזו הדרך שאנשים יבואו אליהם.

**בהקדמה לתקנות תש"ג** מצוין כי מספר גורמים העלו את הצורך במערכת של תקנות דיון המסתמכות בעיקרן על השולחן ערוך והפוסקים- התרחבות הסמכות של ביה"ד הרבניים גם לבוררות אזרחית וגידולו של היישוב היהודי שהרבה את כמות הפונים אל בתי הדין.

בתקנות תש"ג נקבע בית דין לערעורים. מדובר בשינוי גדול כי הם כבר לא התנגדו לערכאת ערעור, אבל בעצם הם אומרים שלמרות שמדובר בדרישה של הבריטים, זו חזרה למה שהיה פעם בירושלים כאשר ביהמ"ק היה קיים.

בית הדין הרבני שואף להיות תחליף לבתי המשפט ולא שואף להישאר בתחום המעמד האישי בלבד, אלא לפתור סכסוכים בעוד תחומים ולהוות תחליף לבתי המשפט האזרחיים ו**גרעין שממנו יצמח המשפט בישראל.**

הם מדגישים שהתקנות שלהם לא התקבלו ממשפטנים חיצוניים אלא קודם כל מבוססות על הפוסקים שלהם. התקנות הללו הן הבסיס לכך שהמערכת הזו תהייה המערכת המשפטית המרכזית במדינה שתקום.

**לסיכום -** 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. בשיעור הבא נתמקד בבתי הדין הרבניים לאחר קום המדינה ואיך התקבעה המציאות שאנו מכירים היום.

# שיעור 7, 22/11/2021 – המשפט העברי ערב הכרזת המדינה

כפי שראינו בשיעורים הקודמים, היישוב היהודי והנהגתו לא השקיעו דיו ביצירת משפט עברי נוהג.

**מה השתנה עם החלטת כ"ט בנובמבר – החלטת עצרת האו"ם על תוכנית 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, ומאידך המציאות הממלכתית והחברתית-כלכלית החדשה תחייב את המשפט העברי להיעשות למשפט חי, מעודכן ומתאים לחברה ממלכתית.

ראינו שעד קום המדינה, היוזמות לפיתוח המשפט העברי לא היו מוצלחות, תיאורטיות בחלקן, ונתקלו בחוסר נכונות של הצדדים להתקרב זה לזה. לאחר החלטת כ"ט בנובמבר הייתה תחושה שאולי הרגע הזה יאפשר להתגבר על כל הבעיות שעלו עד עכשיו ויאפשר את יישום המשפט העברי ויישומו. התחושה הזו לא הייתה ייחודית רק בקרב חסידי המשפט העברי, אלא גם משפטנים ומקימי הארץ היו שותפים לה.

ניתן לראות את דברי דב יוסף, עו"ד וד"ר למשפטים, שהיה בכיר במשפט העברי ולא היה מזוהה עם הניסיונות להחיות את המשפט העברי: "יש להכריע ׳אם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או ניקח את חוקי ממשלת הארץ כבסיס ונוסיף עליהם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת׳".

**התומכים בשילוב המשפט העברי:**

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.

התומכים האמינו שמדובר בהזדמנות שיש לקחת בשתי ידיים בהתחשב בהיווסדות המדינה הצעירה.

**המתנגדים לשילוב המשפט העברי:**

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 לשלב, מדובר באחיזת 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.

**מה מנע את שילוב המשפט העברי במערכת הישראלית, למרות המוטיבציה הגוברת?**

* האתגרים העצומים העומדים בפני מדינת היהודים – האתגרים הכי דחופים הם הכי מעניינים, הכרזת המדינה ולפני כן ההכרזה במועצת האו"ם, הטיפול בעלייה, המלחמה שבפתח והצורך לייסד את צה"ל. 🡨 אין פניות לנסח משהו חדש.
* 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 תקום. בראשות הוועד הזה, עומד זרח וורהפטיג, איש המזרחי.
* מלחמת העצמאות והחשש הקיומי למדינה הצעירה שקמה.
* חוסר הוודאות – גם לגבי תמיכה של מעצמות.
* חברה פתוחה ודמוקרטית – אי אפשר להצניח עליה מערכת חוקים שהיא לא התרגלה אליה ושאין לה הסכמה רחבה.

**שלוש האפשרויות התיאורטיות לשילוב המשפט העברי למי שכן רוצה זיקה כלשהי למ"ע:**

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. זוהי החלופה האפשרית והמומלצת ביותר, מפני שהיא לכל הפחות נותנת כיוון והיתכנות להחלתו של המשפט העברי בדין הישראלי. בתקופה הזו, בניגוד ל40 שנה אחורה, יש לנו הרבה מאוד משפטנים שהם בוגרי ישיבות, גם אם הם עזבו את עולם התורה והמצוות, הם צמחו על ברכי הידע ההלכתי והמשפטי המסורתי. לכן, היכולת שלהם לממש את האפשרות הזו ולפנות למקורות האלה כדיו שיורי הייתה הרבה יותר גבוהה. **בסופו של דבר הובן שזו האפשרות הריאלית מכולן.**

זרח וורהפטיג הציע לשנות את הסיפא של **סימן 46 לדבר המלך במועצתו על פלשתינה-א"י 1922** שקבעה כי "במקרה של חסר במשפט הארץ- ישראלי, כשהשופטים אינם מוצאים פתרון בחקיקה או בפסיקה, עליהם לפנות למשפט האנגלי". על פי הצעת וורהפטיג, במקום הפנייה למשפט האנגלי, נפנה **למשפט העברי**.

בהמשך לכך, **פלטיאל דיקשטיין,** חוקר משפט עברי, הציע להחליף את הפנייה לדין האנגלי בפנייה "לפסקי הלכות של השולחן ערוך ושאר פוסקים מקובלים, עד כמה שפסקי הלכות אלה הולמים את צרכי החיים בזמן זה".

**האם זה אפשרי?** כאמור, הרבה מהמשפטנים באותה תקופה היו בוגרי ישיבת שהדין העברי לא היה זר להם. כדברי הפרופ' למשפטים 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".

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

**הנוכחים בישיבת ועדת המשנה השישית של וועדת המצב בפברואר 1948 היו מכל הפלגים ביישוב:**

* פלטיאל דיקשטיין – חוקר משפט עברי.
* משה זילברג - לימים שופט בית המשפט העליון.
* פליקס רוזנבליט - לימים שר המשפטים הראשון.
* יו"ר וועדת המשנה, זרח ורהפטיג - איש הפועל המזרחי ולימים שר בממשלת ישראל.
* נחום ניר-רפאלקס - איש מפ״ם. הוא וורהפטיג עתידים לעמוד בראש ועדת החוקה, חוק ומשפט .

**🡨 הוועדה החליטה על החלת המשפט העברי כדין שיורי.**

בפועל, ההחלטה לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שנוסחה ב19.05.1948. הפקודה קבעה המשכיות של חוקי המנדט הבריטי של המשפט הישראלי בהוראות הבאות-

**סעיף 11 לפקודה – סעיף שמירת הדינים:** "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".

בשלב זה, אין רמז בחוקים להחלת המשפט העברי כדין שיורי. **מדוע החלטת וועדת המצב לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט?**

**אופציה א - נסיבות הזמן ולא מחיקה מכוונת:**

* 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 הוועדה (ולימים שופט ביהמ"ש העליון ודתל"ש שעבר הליך חזרה בשאלה אגרסיבי למדי). כהן ידע על החלטת ישיבת המצב ו לא כלל את ההמלצה בעניין בדו״ח הסופי שהגישו מזכירי המועצה לעורך הדין דב יוסף (רדזינר).

**🡨 הטעמת המשפט העברי המשפט הישראל -** האם אפשרות רצויה או פתרון שווא? האם זו החמצה היסטורית או שמא ממילא זה לא היה נותן להרבה?

**✓ לסיכום** – ההכרעה בדבר אי השילוב של המשפט העברי במשפט הישראלי לא נבעה מהחלטה ציבורית מושכלת, כי כן הייתה וועדה שהחליטה לשלב. אלא נבעה מנסיבות הזמן – אי הערכות, מהירות ועוד; מאילוצי המלחמה; מתמרונים משפטיים במנותק מהמערכת הפוליטית; ומאי תשומת לב של פוליטיקאים.

# שיעור 8, 29/11/2021 – השפעות המשפט העברי על עיצוב החוקה

בשיעורים האחרונים אנחנו מנסים לבחון כיצד המשפט העברי משפיע על המשפט הנוהג במדינה. ראינו את הרקע – ניסיונות היישוב הישן לשלב ואת הניסיון הכושל לשילובו במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה. ראינו כמה אפשרויות כאשר אפילו האפשרות המצומצמת ביותר של המשפט העברי כמשפט שיורי לא התקבלה לבסוף. **היום נמשיך הלאה ונבחן האם המשפט העברי השפיע בעיצוב החוקה וחוקי היסוד שלנו, אם בכלל.**

**✓ רקע היסטורי אודות החוקה הישראלית –**

**1947:** זרח ורהפטיג, יו"ר מחלקת החוק של הוועד הלאומי, פעיל ציבור דומיננטי ועו"ד ממולח, אשר היה דמות מרכזית במזרחי והיה פעיל מרכזי בהצלת בחורי ישיבות בעת השואה. הוועד הלאומי הטיל על ורהפטיג את המשימה להכין תשתית לחוקה - "טיוטה של הצעת קונסטיטוציה, או יותר נכון יכין את הקווים הכלליים לקונסטיטוציה" (יצחק בן צבי, נשיא הועד הלאומי).

**סוף 1947:** הסוכנות היהודית, דוד בן-גוריון ויצחק גרנבוים טענו כי אין זה נכון שהוועד הלאומי ייקח לעצמו את העיסוק הממלכתי החשוב של ניסוח חוקת ישראל. לכן, הם מינו עבור מלאה זו את ד"ר ליאו כהן, המזכיר המדינה של הסוכנות ומומחה למשפט חוקתי. בעצם, מתחילות להתהוות שתי הצעות.

**מאי 1948, מגילת העצמאות:** *"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".* המגילה ממש נוקטת במועד שעד אליו צריכה להיחקק חוקה. ברירת המחדל הייתה כי החוקה תהיה התשתית שממנה יצאו שאר המוסדות וההסדרים.

**8.7.1948:** בישיבה התשיעית של מועצת המדינה הזמנית נבחרה ועדת חוקה בראשות ורהפטיג, חבר המועצה ונציג המזרחי.

**וועדת החוקה קיימה למעלה מ-20 ישיבות** שדנו בהצעות שונות לחוקה (בעיקר בהצעתו של ד"ר ליאו כהן). עם פיזור מועצת המדינה הזמנית והקמת הכנסת, התפרקה גם וועדה החוקה ללא שכוננה חוקה.

**1949:** הקמת וועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת. גם היא לא מצליחה להגיע לחוקה מוסכמת.

**13.6.1950: קבלת הצעת יזהר הררי – חיקוק החוקה בשלבים ע"י חוקי יסוד**. *"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה"*.

**🡨 עד היום אין לנו חוקה**.

**✓ תפיסות שונות לגבי תפקיד החוקה – "חוקה מתגוננת"**

תפיסה זו ייצגה את **אגודת ישראל**, תנועה חרדית המזוהה עם הפלג המרכזי של היהדות החרדית ברחבי העולם. התנועה מקיימת קשרים ודו שיח עם התנועה הציונית. אגודת ישראל ניסתה לקבע, כבר בשנות השלושים, תפיסה לפיה **החוקה מהווה מכשיר להגנת זכויות המיעוט הדתי**. הם הבינו שהמדינה לא הולכת להיות מדינה דתית ולהתנהל עפ"י התורה, ואין להם יומרה לעצבה ככזו. לכן, קיים צורך לשמור על הדת היהודית באמצעות החוקה.

**הרב חיים עוזר גרודז'ינסקי** (1937), אחד מגדולי תלמידי החכמים בעולם התורה החרדי של אותה תקופה בדבריו משקף את ההתנגדות לציונות, יחד עם ההבנה שצריך להיות 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"*.

לדבריו, בסוך התוכנית המקורית של האנגלים להקים מדינה יהודית תצליח. לכן, עלינו לעמוד על המשמר ולהבטיח שיובטחו בחוקה ענייני הדת, כדי שלנו כיהודים חרדיים תהיה אפשרות להמשיך ולשמור על החיים היהודיים שלנו.

**הרב משה בלוי, מנהיג אגודת ישראל בארץ ישראל** באותה תקופה, ניסח את ה**"תכנית לדרישות החרדים בענין החוקה של המדינה היהודית**", הצעת חוקה משלו עם עקרונות דתיים שנועדה להבטיח את זכויות החרדים. כשהרב בלוי הבין שחוקה כזו כנראה לא תהיה, הוא אמר ש*"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 לנסיגות במשא ומתן**

הן הציבור החרדי והן אגודת ישראל המשיכו לשמור על עמדה של חוקה מעצבת – חוקה קשיחה שאפשר לסגת ממנה ולהתפשר במידת הצורך. עמדתם המוצהרת כפי שבאה לידי ביטוי באספת גדולי התורה משנת 1937:

* קיום מדינה יהודית היא אפשרית רק אם המדינה מכירה את חוקי התורה בתור החוקה היסודית שלה ושהנהלתה היא עפ"י התורה.
* מדינה יהודית המסרב להכיר בתורה כחוקתה, מתכחשת למקור ישראל ושוללת את הצביון הנכון של הלאום והיא חותרת בה תחת קיומה. יישוב יהודי כזה אינו יכול להיקרא בשם 'מדינה יהודית'.

ד"ר יצחק ברויאר, ממייסדי אגודת ישראל: *"התורה היא משפטו של העם הישראלי..... במידה שהציבור העברי לא ימלא אחרי משמעת התורה, מעשיו יהיו בלתי חוקיים"*.

מבחינה ההצהרה, חברי אגודת ישראל האמינו כי לא יכולה להיות חוקה שלא נשענת על התורה. אבל מבחינה פרקטית הם הבינו שזה לא יכול להיות, ועדיף שתהיה לפחות חוקה מתגוננת. חוקרים מייחסים להצהרות הללו בסיס למו"מ. חברי אגודת ישראל חששו שאם לא יציבו רף גבוה שממנו יהיה ניתן לסגת ולהגיע להגנה על המישור הפרטי ועל זכויות חופש הדת, הם לא יקבלו גם את ההגנה המינימלית הזו. ולכן, הציבו דרישות גבוהות של חוקה מעצבת.

**🡨 החלטת הסוכנות בתגובה לדרישות אגודת ישראל (1938)** – הסוכנות דווקא גילתה הבנה כלפי הדרישות והחששות של אגודת ישראל, על אף שלא קיבלו את הצהרותיהם העקרונית. הם רצו לשמור על מרחב אישי של כל זרם ולא ניסו לשנות ולעצב. הסוכנות מורידה את רף החששות ומודיעה בהחלטה מ1938 כי *"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".*

**✓ חוקה מעצבת – תפיסת המזרחי (הציונות הדתית)**

בניגוד לאגודת ישראל, שלמרות הצהרותיהם הסתפקו בפועל בהגנה על זכויות הפרט, תנות המזרחי האמינה המעורבות בכינון החוקה בצורה יותר חד משמעית. בתזכיר שנשלח כתבה התנועה:

* 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.

ביהדות לא ניתן להפריד בין לאום ודת, שהרי התורה היא ספר החוקים שלנו. הקו המרכזי הוא מסורת ישראל. המזרחי לא מגדירים את ההגדרות מרחיקות הלכות הללו רק מבחינת השפעה ועיצוב, אלא גם אם יהיה רוב שיתנגד להם, הם מתכוונים להילחם ולדרוש את זה. לדעתם, זה צביון המדינה.

כאשר חברי המזרחי שומעים שהסוכנות היהודית קיבלה את תפיסתה המצמצמת והמתגוננת של אגודת ישראל, הם כועסים מאוד. הרב מאיר, נשאי המזרחי, בפנייה לסוכנות היהודית אומר כי: *"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"*.

כאמור, ביהדות אין הפרדה בין דת ולאום. לכן, לא ניתן להסתפק במישור הפרט, אלא יש להכניס מרכיבים יהודיים גם במרחב הציבורי. הסוכנות כמובן דוחה מכל וכל את תפיסת המזרחי, ונוצר חיכוך משמעותי ביניהן.

**✓ הצעת ורהפטיג – שילוב בין חוקה מתגוננת לחוקה מעצבת באמצעות חוקה צרה**

אומנם היינו מצפים כי ורהפטיג, כחבר תנועת המזרחי, יגבש פשרה שקרובה יותר לדעות המזרחי, אבל הוא היה זהיר ומינימליסטי בתחילת דרכו. לדבריו: *"מבין שתי השיטות, האמריקאית והאירופית, נראה לי כי מכמה בחינות כדאי לבחור בשיטה האמריקאית ולסדר קונסטיטוציה קצרה עד כמה שאפשר. המצב העדין בו אנו נתונים מחייב להרבות בסתום יותר מאשר במפורש ויש להשאיר מקום גם לפרלמנט להוסיף או לגרוע אחר כך"*.

לדעת ורהפטיג, חוקה קצרה (כמו זו של האמריקאים) היא חוקה הפתוחה לפרשנות, ולכן היא עדיפה כי היא תימנע את המשך המחלוקות והחיכוכים בין המזרחי לסוכנות היהודית. במיוחד בזמן הרגיש בו אנחנו נמצאים, שהמחלוקות יכולות לערער את עצם קום המדינה ועתידה. ורהפטיג רצה להתמקד בדברים יותר טכניים שלטוניים, שבאותה תקופה היא נצרכים כדי להקים מדינה ורק אח"כ נתעסק בדברים רגישים של דת ומדינה.

**הנושאים המרכזיים 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.

**סוגיית דת ומדינה – סטטוס קוו**: לצד הנושאים הפרקטיים יחסית העומדים בבסיס הצהרתו, מתייחס ורהפטיג גם לסוגית דת ומדינה באמצעות מושג ה'סטטוס קוו'. ורהפטיג אומר כי לצד הענקת הזכויות למיעוטים הדתיים במדינה וסידור היחסים בין הדת שלהם למדינה, יש לסדר זאת גם ביחס לחיים היהודיים פנימה. לדעתו, הפתרון הרצוי כדי לסדר את העניינים האלה "בלי זעזועים יתרים" הוא הבטחה של הסטטוס קוו בענייני שבת, ענייני מעמד אישי, לרבות סדור ענייני ההקדשות, וארגון הקהלות והרבנות. כדבריו:

*"בנוגע לזכויות המעוטים הדתיים הרי הצעת הרוב מבטיחה את תחיקת המשפחה ואת המעמד האישי של המעוטים הדתיים לרבות עניין ההקדשות.*

*בקשר עם זה כדאי לציין כי אחת הפרובלמות החשובות של הקונסטיטוציה הבאה הוא סידור היחסים בין דת ומדינה, לא רק ביחס למעוטים הלאומיים, אלא גם בחיים היהודיים פנימה.*

 *לאשרנו הפרובלמות האלו ניתנות להסתדר פחות או יותר בלי זעזועים יתרים. הבעיות הדתיות הכי חשובות הטעונות סדור קונסטיטוציוני הן: הבעיה של שמירת יום מנוחה – שבת, תחיקת המשפחה והמעמד האישי, לרבות סדור ענייני ההקדשות, וארגון הקהלות והרבנות.*

*סבור ומתקבל על הדעת בכל העניינים האלה שהבטחת ה'סטטוס קוו' תהיה הפתרון הרצוי [...] בשים לב לליברליות של החוק היהודי הדתי בשטח של תחיקת המשפחה והמצב האישי ובשים לב לנטיה הטבעית הטבועה בשדרות רחבות של היהודים להמשיך את הצורה המסורתית בענינים חיוניים אלה, אין להניח כי תהיה איזו שהיא התנגדות מצד חוקים חשובים נגד החוקים הנ"ל".*

לדעת המרצה, ורהפטיג מביע כאן אופטימיות יתרה.

**התייחסות למשפט העברי**: *"השיפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפני החוקים שהיו בתוקפם ביום שלפני ביטול המנדט ובהתאם למשפט התורה וליסודות הצדק"*. לדעת ורהפטיג, דין התורה לא יהיה דין שיורי, אלא הוא יהיה חלק אינהרנטי מהשיטה המשפטית שתנהג בישראל.

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.

**✓ החוקה המעצבת של הרבנים הראשיים**

מתוך תפיסת העולם של מרכזיות ההלכה, הרבנים הראשיים שהיו דומיננטיים באותה תקופה, רצו שהתורה תעצב את החוקה העתידית ורצו להשפיע על כינונה.

בי"ג-י"ד חשוון תש"ח (27-28/10/1947), כחודש לאחר כינוס מועצת האו"ם, מועצת הרבנות הראשית קיימה ישיבה חגיגית. בישיבה הם מגיעים להבנה כי הם צריכים לבסס את מקומות במדינה שעתידה לקום. לכן, הוחלט כי הרבנות תקים וועדה שתעסוק בבירור עמדת הרבנות הראשית בעניין החוקה. בראש הוועדה עמד הרב הרצוג, הרב הראשי האשכנזי, שבמשך שנים בירר, חקר וכתב על התשתית ההלכתית שתהיה בסיס למדינה יהודית. בנוסף אליו, היו חברים בוועדה הרב הראשי הספרדי הרב עוזיאל, הרבנים צבי פסח פראנק, איסר יהודה אונטרמן וראובן כ"ץ (רבנים בולטים באותה תקופה שגם עסקו בסוגיית דת ומדינה).

בט"ז בחשוון תש"ח, 30/10/1947, הרבנות הראשית פונה לסוכנות הלאומית ולוועד הלאומי בבקשה לשתפה בעיצוב החוקה.

**🡨 חלקים מרכזיים בהצעתו של הרב עוזיאל, הרב הראשי הספרדי**

* 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"*. הרב 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"*. כלומר, הרב עוזיאל אומר שהוא מבין שהרף הגבוה הציב לא יעבוד מיד, אך הוא מביעה תקווה שעם הזמן הציבור יבין את הצורך והתועלת.

**🡨 הרב הרצוג – תחוקה לישראל**

בשונה מהרב עוזיאל, הרב הרצוג לא היה מוכן לקבל פשרות או סעיף מעבר, וחוקתו כללה התייחסות לכלל ההיבטים של מדינה יהודית מודרנית (שנוסחו כבר בצורה שמתאימה לחוקה עצמה) – מבנה השלטון; זכויות מיעוטים; שיטת משפט; הדין הפלילי; בחירות; וצבא.

**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"*.

לדעת הרב הרצוג, אם לא ייעשה מאמץ להראות שאפשר לייתור חוקה שתעמוד בכללי התורה, ההזדמנות תחלוף ולא תחזור (תהיה בכייה לדורות).

**🡨 השפעת הרבנות הראשית על סוגיית החוקה**:

הסוכנות והוועד הלאומי לא הסכימו לשתף את הרבנים הראשיים בעיצוב החוקה. הם ראו את עצמם כמי שמנסחים ורק מתייעצים עם אחרים. עם זאת, ורהפטיג התייעץ עם הרבנים הראשיים לאורך כל הדרך.

כמו כן, הרבנים הסתייגו מהצעתו של ד"ר ליאו כהן שהייתה נטולת כל התייחסות ליחס בין התורה למדינה ומקומה במדינה. נראה כי דחייה זו השפיעה בצורה מרחיקת לכת על השתלשלות העניינים. בהודעת מזכיר מועצת הרבנות, הרבנות ביקרה בחריפות את חוקתו וטענה שהחוקה נראית גנרית וזה לחוקה של כל מדינה אחרת ללא מרכיבים יהודים אמיתיים.

*"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"*.

**✓ חוקה מחנכת – ורהפטיג בעמדו כראש וועדת חוקה חוק ומשפט (1949)**

אנחנו רואים דגם חדש של חוקה לאחר שורהפטיג נבחר לכנסת. ביחס למעמדה של החוקה כמחנכת- הצהרתית, טען ורהפטיג שצריכים להיות בה כמה מרכיבים:

* צריך לתת מעמד לדת ישראל במדינת ישראל ולא להסתפק בהסדרים מינימליים. סוג של דחיית החוקה של ליאו כהן וקבלת הביקורת של הרבנים הראשיים שהוא לא מספיק נלחם.
* צריך לתת בחוקה ביטוי להחייאת המשפט העברי ולו אפילו בצורה סתמית.
* עניין המעמד האישי חייבת להיות מוסדר לפי העקרונות הדתיים.
* מרכזיות קדושתה של ארץ ישראל.

**ורהפטיג בישיבה החגיגית במלאת שנה לכנסת**

* קובע במפורש כי תפקידה של החוקה הוא 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.

ורהפטיג מציג כאן גישה הפוכה לתפיסת החוקה הכללית והעמומה שנקט בה קודם. עם זאת, כשהוא רואה את הכיוון שאליו החוקה כנראה הולכת, הוא מעדיף שלא תהיה כזו. לכן, הוא עושה יד אחת עם בן גוריון (שלא היה מעוניין להגביל את כוחו בחוקה חזקה) כדי למסמס את החוקה ולקבל את הצעת הררי, שהחליטה לחוקק חוקה "פרקים פרקים". הוא נימק את שינוי העמדה המשמעותי (שהרי ורהפטיג עבד רבות על החוקה בעבר) בחשש שהחוקה תנתק את הקשר עם התורה, ושתהיה לא ברורה וצנומה מדי.

*"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...."*

**🡨 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 9, 06/12/2021 – המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק א'

אורי ידין, ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, מבטא בדבריו מדיניות ששולטת גם 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".*

כלומר, התפיסה הרווחת באותם ימים ככלל, ובמחלקת החקיקה בפרט, לא ראתה במשפט העברי ובמקורותיו, מקורות מחייבים בחקיקה. הקו המנחה היה אל עבר גיבוש שיטת משפט מודרנית שמתאימה לצורכי החיים של החברה. דבר שהמשפט העברי לא יכול לספק (לדעתם).

דברים דומים השמיע 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 את המדיניות שקיבל מבן גוריון באותן השנים, לפיה צרכי המשפט הישראלי הם שיהוו בסיס לחקיקה, יחד עם הסתכלות על שיטות משפט מודרניות אחרות. בעוד המשפט העברי הוא רק אחד מהמקורות שניתן להסתמך עליהם ולשאוב מהם השראה, אך לא הבכיר שבהם.

**ולמרות התפיסות לעיל, ב1959 הוקם תקן של יועץ מיוחד למשפט עברי, שברבות השנים הורחב לכדי מחלקה באגף ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים**. מי שאיישו את התקן במהלך השנים היו- פרופ' מנחם אלון, פרופ' נחום רקובר, וכיום ד"ר מיכאל ויגודה, שמשמש כראש תחום משפט עברי.

🡨 קיומה של המחלקה מלמד שיש הבנה בעולם המשפט בצורך לעמדת המשפט העברי ע"י המחוקקים.

כאמור, **משרד המשפטים והכנסת אינם רואים בהלכה מקור השראה 'ראשון בין שווים', ובוודאי לא מקור מחייב.** כאשר חוות הדעת של מחלקת המשפט העברי מסתדרת עם מה שהם חשבו מלכתחילה כפתרון ההולם, הם ישתמשו בחוות הדעת ויצטטו אותן בהצעות החוק כסוג של גיבוי.

ניתן לראות כדוגמה שמנסחי 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 נוכחת בצורה סמלית בהסדרים כלליים ולא בהסדרים יותר ספציפיים.**

**✓ המדיניות הזו לא סיפקה את תומכי המשפט העברי. לדברי 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".* לאלון הצטרפו גם **ותיקי המשפט העברי** (אנשי משפט השלום העברי, לאו דווקא דתיים) שהשמיעו קול מחאה, עד שנדם קולם.

**✓** כיום, הביקורת על מיעוט השימוש במשפט העברי מושמעת ע"י משפטנים, חוקרים, אנשי ציבור דתיים וחברי כנסת דתיים (חרדיים ודתיים לאומיים), אשר חוזרים ומשמיעים אותה בדיוני הכנסת השונים.

מנגד, המתנגדים לשילוב המשפט העברי טוענים כי מדובר בשיטת משפט מיושנת ולא מודרנית, וכי אין למשפט העברי מוכנות להשתלב במערכת החוק והמשפט במדינת ישראל. הדרך להתמודד עם הטענה השנייה היא באמצעות **יוזמות לקידום המשפט העברי בחקיקה**, שעלו במהלך השנים:

* **פרופ' רקובר – סדרת ספרים "חוק לישראל".** פרופ' רקובר כתב בספריו על הרבה תחומים של המשפט האזרחי במשפט העברי. הדיון הוא בשפה משטית מודרנית, ובספריו הוא אף כתב מספר הצעות חוק שעוסקות בדרכי הפניה והשימוש למשפט העברי.
* **ארגון צוהר – "צוהר לחקיקה".** במסגרת הפרויקט נכתבו מספר הצעות חוק שהוצעו לח"כים במסגרת יוזמות חקיקה. המוכרות שבהן הן בתחום הנישואין והכשרות.
* **משפטי ארץ – קודקס אזרחי על יסוד דיני המשפט העברי** **במגוון תחומים**. הקודקס מנסים להראות כיצד הייתה נראית חקיקה קיימת (למשל, חוק המכר) אילו הייתה מותאמת לדיני המשפט העברי.
* **ועוד ספרים ומאמרים שכתבו רבנים וחוקרים נוספים.**

🡨 ההצעות האלה "ממסמסות" את מתנגדי המשפט העברי וטענתם השנייה לפיה לא ניתן להתאים את המשפט העברי למציאות המודרנית ולהתנהלות העסקית.

**✓ דוגמאות למפגש בין המשפט העברי לחקיקה**

**① חוק המחאת חיובים, התשכ"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.

(ב) ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד.

**הגנת החייב**

2. (א) המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה.

(ב) פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום-לב.

(ג) פרע החייב את הזכות לנמחה לאחר שהממחה הודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב אף אם לא עברה הזכות לנמחה, זולת אם פעל שלא בתום-לב.

חוק קצר שמאפשר המחאת חיובים מאחד לאחר וקובע את התנאים לביצוע ההמחאה. ההשפעה של המשפט העברי על החוק היא יחסית מינורית.

**מקור שמו של החוק –** שמו של החוק שאוב מהמונחים של המשפט העברי כפי שמופיעים במשנה:

***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...."*

עפ"י המשנה, יש חיוב לשלם לאדם שנתן לי חפץ / עשה עבורי עבודה **באותו היום**, ולא להשאיר אותו תלוי ועומד ללא הכסף שלו שנאמר "ביומו תתן שכרו". דהיינו, אסור להשהות תשלום. ההלכה נועדה לטובת העובד / נותן השירות / מוסר החפץ. עם זאת, המשנה ממשיכה ואומרת שאם בעל הזכות לא דרש מבעל החוב לפרוע את חובו, ניתן להשהות את התשלום במעט, והמשנה ממשיכה וקובעת מועדים לעניין. בהמשך המשנה, המשנה מדברת על אפשרות המחאת החוב לנותן שירות אחר (חנוני / שולחני) וקובעת כי ניתן לעשות זאת, ובעל הזכות ייפרע את החוב מאותו נותן שירות אחר.

**מקור הדין** - ***מסכת גיטין****: "אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לו לפלוני במעמד שלשתן קנה..."*

הגמרא קובעת כי בזמן שעסקת המחאת הזכות מתבצעת מי שצריכים להיות נוכחים הם החייב, הממחה ומי שמקבל את הזכות.

**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".*

עפ"י השו"ע, מרגע שבוצעה המחאת חיוב, לא ניתן להתחרט. מי שהעביר את הזכות לא יכול לוותר על החוב כי הוא כבר לא בידו.

**במה שונה ההלכה שמחייבת את נוכחות כל השלושה בזמן העברת הזכות מהחוק?** בניגוד למשפט העברי, אשר לא מאפשר המחאת חוב, אלמלא החייב יודע על זה ונוכח בעת יצירת העסקה, החוק לא דורש את מעמד השלושה. ולכן, לכאורה, החוק מנוגד להלכה. הרציונל של דרישת הנוכחות עפ"י המשפט העברי הוא להגן על זכותו של החייב, שידע למי החוב עבר. אנחנו לא רוצים להפתיע אותו ושלא יהיה כפל חיובים. נדגיש כי אנחנו לא מחפשים את הסכמתו, אלא רק מודיעים לו.

החושן משפט מסביר את **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".*

מתן האפשרות לשמעון להעביר את החיוב של ראובן כלפיו לראובן, היא **כדי לאפשר גמישות במסחר**. אם אין לי כסף זמין, אז בתמורה לסחורה אתן לך את החיוב של מישהו כלפי. זה מאפשר מסחר גמיש. בהמשך, השולחן ערוך מסביר למה זה דווקא במעמד החייב, כי גם החייב צריך להיות מודע להתרחשות ההמחאה, כי שלא ישלם כפל חיובים.

**איך אנחנו מסתדרים עם זה שהחוק לכאורה לא עומד בדרישות ההלכה?** נראה שהרציונל של התפיסה ההלכתית כן בא לידי ביטוי בס' 2 לחוק שעוסק בהגנת החייב. החוק כולל הגנה מלאה לחייב שלא ידע על ההמחאה, ובכך עונה על מטרת ההסדר ההלכתי. החוק אומנם לא דורש נוכחות, אבל קובע שאם החייב פרע למלווה הראשוני בגלל שהוא לא ידע שההמחאה כבר עברה, מחשיבים לו כאילו פרע את החוב.

**אם אנחנו הולכים לרציונל של ההסדר ההלכתי – גמישות בעסקאות והגנה על חייבים - אז החוק עומד בדרישה הזו ומעניק את שני ההיבטים של ההלכה, ובכך עונה על מטרת ההסדר ההלכתי.**

🡨 לסיכום, בדוגמא שלעיל ראינו השפעה מינורית בשם, יחד עם הסדר שלכאורה לא תואם את ההלכה המקורית אבל כן תואם ומגשים את הרציונל שלה. כך שבסוף אין התנגשות – החוק מעניק הגנה לחייב ומאפשר גמישות. המרצה מציינת כי גם בבתי דין לממונות שמגיעה אליהם סוגייה כזו, ישנה מגמה לאשר את ההמחאה גם אם השלישי לא נכח בביצוע העסקה.

# שיעור 10, 13/12/2021 - המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק ב'

**② חוק השומרים, התשכ"ז-1967**

**שמירה ושומרים**

1. (א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.

(ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.

(ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר.

(ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.

**אחריות שומרים**

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

(ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא 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.

מדברי ההסבר לחוק, ניתן ללמוד כי חוק השומרים שאב השראה מהמשפט העברי: *"לעניין 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)".*

עפ"י ס' 1 לחוק יש שלושה סוגים של שומרים:

* שומר חינם = מי ששומר נכס של אחר ולא מפיק מכך טובת הנאה כלשהי.
* שומר שכר = מי ששומר נכס ומפיק מכך טובת הנאה כלשהי או מקבל תמורה בעד השמירה.
* שואל = מי ששומר נכס על מנת להשתמש בו או להנות ממנו ולא משלם / מעביר תמורה בעד השימוש לבעל הנכס.

ס' 2 לחוק מסביר מה הדין לגבי כל אחד מהשומרים לעיל:

* ככלל, שומר חינם פטור, אלא אם איבד את הנכס או גרם לו נזק ברשלנות.
* לשומר שכר יש אחריות מוגברת, למעט בנסיבות שהוא לא היה יכול לשלוט בהן.
* לשואל יש אחריות כמעט מוחלטת, "ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס של כדין".

**✓ דיני שומרים בהלכה**

הרמב"ם במשנה תורה כותב כי ישנם ארבעה סוגים של שומרים בתורה:

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

הרמב"ם ממשיך ומפרט מהי ההגדרה של סוגי השומרים ומה הדין של כל אחד מהם:

**1) שומר חינם:**

***משנה תורה, הלכות שכירות, א, 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'."*

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

עפ"י הרמב"ם והשו"ע, שומר חינם שנשבע ששמר "כדרך השומרין" והנכס אבד/ניזוק פטור, אלא אם הנכס אבד/ניזוק עקב רשלנות פושעת. דהיינו, לשומר חינם יש אחריות מופחתת ופטור כמעט גורף מפיצוי. **ניתן לראות כי ההסדר שבחוק תואם את ההלכה.**

2) **שואל:**

***משנה תורה, הלכות שכירות, א, הלכה ב****: "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'."*

הדין לפי הרמב"ם הוא שהשול, בניגוד לשומר חינם, חב באחריות מוחלטת שנא' "השואל משלם הכל". הרמב"ם מציין שהשואל חייב גם במקום שבו הנכס אבד/ניזוק באונס לדוג' במקרה שבו מתה הבהמה בלי שהשואל היה יכול לדעת.

***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 מסכים עם הרמב"ם שלשואל יש אחריות מוחלטת, אך מחריג מקרה שבו הנזק נגרם שלא באשמת השואל והדבר היה קורה בין כה וכה, גם הנכס היה אצל המשאיל. **גם בדין השואל, אנחנו מוצאים את הכלל והחריג בחוק.**

**3) שומר שכר:**

***משנה תורה, הלכות שכירות, א, הלכה ב****: "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'."*

לשיטת הרמב"ם, שומר שכר (וזה הדין גם לגבי שוכר) חייב. הדבר נובע מכך, שהרי התשלום הוא עבור השמירה כדי שהנכס לא יינזק או יאבד. עם זאת, הרמב"ם פוסק כי אם הנזק נגרם כתוצאה מדבר שלא היה בשליטת או בצפיות שומר השכר (לדוג' בהמה שמתה), ושומר השכר נשבע שהסיפור נכון, אז הוא פטור. הדבר נובע מכך ששומר שכר הוא בין שומר חינם לשואל - אין לו הנאה מעבר לשכר שהוא מקבל ולכן **הציפייה היא לשמירה סבירה**.

***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)."*

השו"ע פוסק כשיטת הרמב"ם. על שומר השכר לנקוט אמצעים סבירים להגן על הנכס והגבול הוא דברים ששמים אותו בסכנת חיים כמו שריפה, שוד וכיו"ב. **גם כאן, ההסדר בחוק דומה להלכה**.

**🡨 לסיכום, ס' 2 לחוק השומרים שואב, במפורש, השראה מהמשפט העברי והושפע ממנה**. החוק כמובן נתון לפרשנות ביהמ"ש – יש שפירשו אותו מאוד תואם להלכה ויש שפירשו פחות, אבל מרגישים את הכיוון של המשפט העברי.

× שולמית אלוני, שרת חינוך לשעבר וח"כ מטעם המערך, הביעה תמיכה במתן השם "חוק השומרים" לחוק הנ"ל, על פני הצעה אחרת לקרוא לו "חוק שמירת נכסים". זאת, לאור הזיקה שבין שם החוק לבין המורשת. לדעתה חשוב לשמור על הזיקה למורשת ולערכי התרבות במילים, סמלים מושגים וקשרים אסוציאטיביים *"בייחוד באותו תחום שאנחנו כל כך גאים בו, שהרי מבחינת התחיקה הסוציאלית עמנו הוא שנתן את היסוד למחשבה המערבית בתחום זה"*.

אלוני מדברת על הפן החינוכי ומשמעותה של הרציפות *"המאחדת 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"*. כמורה לשעבר, חרה לה שהיה קשה להמחיש את התנ"ך ולתווך אותו לתלמידים: *"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... אני רוצה שילדי, שעה שלומדים זאת, ידעו שאין זו מצוה מהתנ"ך שאין לה חיוב, אלא שיש לה קשר עם המציאות היומיומית בישראל"*. זוהי לדעתה הרציפות הטובה ביותר והדרך להראות שהתנ"ך עדיין רלוונטי.

**③ חוק השבת אבידה, התשל"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 שהושפע מהמשפט העברי בצורת הניסוח ובתוכן.** כאן, בניגוד להתאמה בין החוק וההלכה בחוק השומרים ולמרות הדמיון למונחים בהלכה, קיימים הבדלים משמעותיים בין החוק להלכה.

שמו המקורי של החוקהיה **חוק הטיפול באבידות,** שם שלא כ"כ משמר את המשפט העברי.

**✓ התייחסויות בנוגע להצעת החוק ומה שחסר בה:**

**הרב משה צבי נריה מתנועת 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."*

לדברי הרב נריה, ההלכה מטילה חובה על המוצא שלא להתעלם מהאבידה (מצוות לא-תעשה) ומוסיפה אף מצווה עשה של "השב תשיבם". לעומת זאת, עפ"י ס' 2 לחוק, אין שום חיוב להתייחס לאבידה והמוצא רשאי להשאיר אותה אצלו עד שהבעלים יגיע או להודיע על כך למשטרה. בעצם, **התורה מציבה רף גבוה יותר**.

**ח"כ ארי אנקוריון ממפלגת 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...".*

הלכות השבת אבידה מציבות סטנדרט התנהגות חברתי ומוסרי גבוה. אנקוריון אוהב את הכיוון הזה ומצטרף לדרישה שלא להתעלם מהאבידה.

**✓ ההלכה: מציאת האבידה לאחר ייאוש בעלים ממנה** -

**בבא מציעא, כא, ע"ב**: *"איתמר: יאוש שלא מדעת. אביי אמר: לא הוי יאוש, ורבא אמר: הוי יאוש.*

*בדבר שיש בו סימן - כולי עלמא לא פליגי, דלא הוי יאוש. ואף על גב דשמעיניה דמיאש לסוף - לא הוי יאוש, דכי אתא לידיה - באיסורא הוא דאתא לידיה. דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש, מימר אמר: סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא, ושקילנא ליה....*

*כי פליגי - בדבר שאין בו סימן. אביי אמר: לא הוי יאוש, דהא לא ידע דנפל מיניה. רבא אמר: הוי יאוש, דלכי ידע דנפל מיניה - מיאש. מימר אמר: סימנא לית לי בגויה, מהשתא הוא דמיאש."*

המשנה עוסקת במחלוקת בין אביי ורבא לגבי ייאוש שלא מדעת. שניהם מסכימים כי במקום בו יש סימן בחפץ, סימן שהבעלים לא התייאש ויש להחזירו לבעלים לאחר שימסור למוצא את הסימנים שבחפץ. 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.

המחלוקת היא לגבי דבר שאין בו סימן. לדוגמא, אדם הפיל עט שאין בו סימן ולא ידע שהוא נפל. לדעת אביי, הוא בכלל לא ידע שנפל, ולכן לא התייאש. לדעת רבא, אם היה יודע שנפל העט, משאין סימן הוא היה מתייאש מלקבל את האבידה חזרה.

המשנה פוסקת כי גם אם האבידה שווה מעט מאוד, כל עוד יש בה סימן יש להניח שהבעלים לא התייאש.

לעומת זאת, 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. במקום שבו מדובר בחפץ בעל ערך מועט, החוק מתיר להניח שהבעלים מתייאש ממנה ופוטר מהשבה.

**דהיינו, אמת המידה לבחינת ייאוש שלא מדעת עפ"י החוק הוא שווי האבידה, לעומת ההלכה שם אמת המידה היא קיומו של סימן באבידה.**

# שיעור 11, 27/12/2021 - המשפט העברי בחקיקת הכנסת חלק ג'

**④ חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979**

החוק עוסק בסיטואציות בהן ממון הגיע לאנשים באמצעים לא כ"כ קונבנציונליים. כבר מלכתחילה, החוק הושפע מאוד מהתפיסות של המשפט העברי וניתן לראות זאת ב**מבוא 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'... 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'."*

כאמור, החוק עוסק בסיטואציות שבהן אנשים השיגו כספים בצורה מעורפלת שלא באה במסגרת דין ספציפי (חוזים, נזיקין, קניין וכו'), ומנסה לפתור את אותן סוגיות.

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.

ס' 1 קובע חובת השבה כללית שמחייבת להחזיר זכויות, שירות או טובת הנאה, לא משנה כיצד הן הגיעו לזוכה. נראה להלן מספר מקורות שבהן ההלכה נתקלה באותן סיטואציות וכיצד התמודדה עם הדילמה המוסרית כיצד יש לפעול במקרים הגבוליים האלה, בהם אין אינטואיציה ברורה שצריך להחזיר, אין חוזה ואין נזק:

**1) 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."*

המשנה מדברת על מקרה שבו אדם נכנס לחצר של חברו, שכנראה הייתה ריקה, וגר באותה חצר (כנראה במבנה שהיה בה) מבלי להודיע לבעלים. השאלה היא האם אותו אדם צריך לשלם בעבור השימוש בנכס? הגמרא מבחינה בין 2 סוגים של נכסים

* אם מדובר בנכס שאינו עומד להשכרה ואין לבעלים כוונה להשכיר אותה, וגם "הפולש" לא התכוון לגור במקום, אזי הגמרא מפעילה את הכלל של "זה נהנה וזה לא חסר" וקובעת כי הפולש לא צריך לשלם, שהרי אף אחד מהצדדים לא נהנה- הבעלים לא התכוון להשכיר והפולש גר במקום אחר.
* אם מדובר אם מדובר בנכס שהבעלים רוצה להשכיר, הפולש, אף אם לא רוצה לגור שם, הוא הנהנה והבעלים הוא החסר, ולכן על הפולש לשלם לבעלים על השימוש בנכס.
* הקושי הגדול הוא במקום שבו הפולש מעוניין לגור בנכס ולבעלים אין כוונה להשכיר. מחד, הבעלים לא חסר כי הוא לא התכוון להשכיר. מאידך, הפולש הוא נהנה ולכן מן הצדק שישלם בעבור השימוש. במקרה השלישי נכנסת הדילמה המוסרית, האם לחייב את השוכר לשלם בעד השימוש, על אף שלכאורה הבעלים לא מפסיד שום דבר, אלא יכול לנצל הזדמנות להרוויח. ההלכה דנה בנושא הזה ארוכות ולבסוף נפסק כי על הנהנה לשלם, על אף שלכאורה הבעלים לא חסר. ההלכה מציעה לכך כל מיני הסברים – התשלום הוא בגין הבלאי לנכס שגורם להיזק כלשהו / התשלום מהווה דמי שימוש .

**2) 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."*

הסוגייה דנה במקרה שבו אדם עושה טובה לחברו, מבלי שהחבר ביקש. האם על החבר לשלם בכין אותה טובה? הדוגמא בגמרא היא על אדם שנוטע ללא רשות בשדה חברו. מחד, הוא השביח את הקרקע. מאידך, בעל הקרקע כלל לא הזמין את אותה השבחה.

**רב** סובר שבעל הקרקע צריך לשלם לנוטע, אך ישלם לו שכר נמוך - רק על עלות הנטיעה ולא על הפירות/ ההשבחה. **שמואל** סובר שעל בעל הקרקע לשלם לנוטע לפי ערך העבודה, כך שהשכר יכול להיות גבוה יותר. **רב פפא** מסביר ששני האמוראים לא חלוקים ביניהם, אלא כל אחד מדבר על סיטואציה שונה. רב מדבר על "שדה העשויה ליטע". דהיינו, שדה שבעליה כבר הכין אותה לנטיעה ולכן התשלום נמוך. ואילו שמואל מדבר על "שדה שאינה עשויה ליטע". דהיינו, על שדה לא מוכן, שהנוטע בא ועשה מעשים שהבעלים לא התכוון לעשות, אשר השביחו את הקרקע ויצרו רווח מהותי. ולכן, על הבעלים לשלם עבור העבודה את השכר המלא.

**3) 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."*

המשנה דנה במקרה בו אדם השכיר פרה מחברו. אך המשכיר, השאיל אותה לאדם אחר והפרה מתה כדרכה- לא במזיד. לפי דיני השומרים, הציפייה מהשוכר היא לשמירה סבירה (בדומה לשומר שכר) ולכן השוכר פטור מדמי השבה אם יישבע לבעלים שהיא מתה כדרכה, שהרי המוות הזה היה מתרחש בין כה וכה גם אם הפרה הייתה אצל הבעלים. עם זאת, לשואל יש אחריות מוגברת, שהרי הוא לא משלם בעבור בשימוש ולכן הוא מחויב להחזיר את שווי הפרה למשאיל, דהיינו, לשוכר, והושכר לא צריך להעביר את הכסף לבעלים. יוצא מצב שהשוכר מרוויח על חשבון הבעלים "עושה סחורה בפרתו של חברו". **רבי יוסר פסק כי במצב כזה הכסף צריך לעבור לבעלי הפרה, שהרי לא ייתכן שהאדם שאינו בעל הנכס/הזכות יזכה בפירות.**

**✓ זרה ורהפטיג: התעשרות ללא עילה** -

*"הרשו לי להתחיל בעניין השם. את המטבע של השם הזה טבע ד"ר חשין, השופט. הוא הלך בעקבות שם החוק באנגליה – enrichment unjust. הוא מצא פסוק בירמיהו, חשב שזה המוצלח ביותר ולקח משם את המלים 'עשיית עושר ולא במשפט'. נדמה לי שהשם אינו מתאים. ואל תזלזלו בשם כי 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 הבעיה הזאת ולא צריך להדביק מיד שם רע."*

על אף שמחתו של ורהפטיג על חקיקת החוק, המושפע רבות מהמשפט העברי, הוא מסתייג מן השם. מציע השם, היה ד"ר חשין שעבד באותה תקופה בייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. השם לקוח מפסוק בספר ירמיה שמדבר על מקום שבו אדם גנב וחמס - הרוויח זכות שלא ביושר. ואילו, בענייננו, החוק עוסק במקרים שבהם הזכות הגיעה לזוכה שלא מרצון וללא שהזוכה עשה מעשים שליליים. לזוכה הזה צריך להתייחס בכבוד ולהחליט בצורה מכובדת למי שייכת הזכות, אבל לא צריך להדביק לו שם רע. לדעת ורהפטיג, לשם החוק יש השפעה על איך שתופסים את החוק כולו. לכן, היה מתאים שיקראו לחוק בשם אחר כמו "זה נהנה וזה לא חסר", אבל לא שם שמעלה קונוטציות של עושק וגזל.

**✓ ס' 5 לחוק עשיית עושר – החידוש הגדול של החוק**

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.

סעיף 5 לא דומה לנהוג במשפט המקובל ובמה שהיה נהוג לפי חוקי המנדט. על פי סעיף 5, אדם שפעל בתום לב ובסבירות כדי להציל אחר, אזי על האחר לשפות את המציל בעבור הוצאותיו הסבירות.

**דברי ורהפטיג על סעיף 5 לחוק:** *"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".*

לדברי ורהפטיג, שום שיטת משפט בעולם לא מחייבת אדם לשפות את מי שהציל אותו וזה לא מובן מאליו שנחייב אדם לשפות את המציל שהוציא הוצאות מתוך בחירה. החוק עיגן את ההסדר במשפט העברי שטיפל באותם מצבים מתוך החשש שאנשים לא יושיטו עזרה זולתם.

**לכיוון הזה 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..."*

רובינשטיין רואה בסעיף תיאום לצורך חברתי של שמירה על מתנדבים. לדבריו, לא מדובר בעידוד, אלא באי הרתעה. זה טבעי שאנשים יעשו חישוב האם יוכלו לעמוד בעלות ההצלה והסיכון הנובע ממנה. ולכן, החוק בא להסיר מהם את החשש הזה.

**✓ לסיכום, בחלק זה של הקורס ראינו כי במהלך השנים היו השפעות מינוריות של המשפט העברי על שמות וסעיפים כאלה ואחרים של החקיקה האזרחית. בהמשך, נדון בהצעת הקודקס האזרחי ועמדת המשפט העברי כלפיו.**

## השפעת המשפט העברי על החקיקה הפלילית

השפעת המשפט העברי על המשפט הפלילי מועטה מאוד, ביחס להשפעת המשפט העברי על המשפט האזרחי. הדבר נובע ממספר סיבות:

* המשפט העברי כמעט ולא מאפשר להאשים ולהרשיע אף אחד בשום דבר, הדין המהותי ודיני הראיות מקשים על ההרשעה.
* במשך מאות שנים, דיני הנפשות של המשפט העברי, לא היו מיושמים בקהילות היהודיות כיוון שלא הייתה להם אוטונומיה ולכן הדינים לא התפתחו.

**✓ דוגמה להשפעת המשפט העברי על המשפט הפלילי: החוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), תשי"ב-1952.** החוק התמזג בשנת 1977 אל חוק העונשין, ועוגן בסעיפים 290-297 לחוק.

**החוק תואם למשפט העברי בשם**. השם לקוח מישעיהו א, כג:

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

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.

בשונה מהחוק המנדטורי, ובדומה למשפט העברי, החוק קבע כי גם נותן השוחד עובר עבירה פלילית. הרמב"ם מסביר כי החיוב נובע מהכלל "ולפני עיוור לא תיתן מכשול":

**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...."*

לדברי השולחן ערוך, יש להיזהר מאוד בלקיחת שוחד, אפילו אם זה לדברים ראויים. מי שלקח שוחד, צריך להחזירו. השו"ע מוסיף כי איסור השוחד חל לא רק על ממון, אלא גם על דברים אחרים.

**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.

לפי החוק, השוחד הוא לא בהכרח עבור פעולה מסוימת, אלא הוא יכול להינתן גם כדי להטות למשוא פנים (סעיף 4(ג))(שוחד שניתן בצורה כללית, כדי שבבוא היום משוא פניו של מקבל השוחד יהיה לטובתי), יכול להיות עבור פעולה חיובית או פעולה שבחובה (סעיף 4(ז)). סעיפים אלו מהווים חידוש ביחס למצב המשפטי קודם החוק, ומושפעים מהמשפט העברי.

🡨 דוגמאות מהמשפט העברי:

**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 דוגמאות מעניינות למה זה שוחד בעבור משוא פנים (/שוחד דברים) – הוא מספר על דייג שהיה עוזר מדי יום ביומו לדיין עת שהיה עולה בסירה קטנה. כאשר הדייג בא לפני הדיין במשפט, הדיין אמר שהוא פסול מלשבת בדין, שהרי הדייג עוזר לו מדי יום ולא ראוי שהוא ישפוט אותו.

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

עפ"י האמור בכתובות, השוחד יכול להיות עבור משהו שממילא פקיד הציבור היה עושה בעבור נותן השוחד. אך מתן השוחד הופך את הפעולה לבלתי תקינה.

**🡨 הבדל משמעותי בין בחוק למשפט העברי** - 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."*

**🡨 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 (פערים בתפישות, חסר בפיתוח התחום, נטל פלילי קשה מאוד להוכחה ונוטה להעדפת נאשמים ברורה, והעצמאות הקהילתית שהייתה נתונה רק בתחומים האזרחיים).

# שיעור 12, 03/01/2022 – דוגמאות להצעות לתיקון הקודקס האזרחי על פי המשפט העברי

בשיעורים הקודמים דיברנו על מספר היבטים אזרחיים והיבט פלילי אחד שבהם המשפט העברי בא לידי ביטוי. את השיעור הזה נייחד לשילוב המשפט העברי בחקיקה האזרחית עם הפנים קדימה. מתוך השיעורים הקודמים, ניתן להגיע למסקנה כי התחום האזרחי הוא התחום המרכזי שבו המשפט העברי יכול להשתלב.

**✓ הצעת חוק דיני ממונות**

בעשורים האחרונים היו ניסיונות לאחד את כלל החקיקה האזרחית תחת קודקס אחד. בשנת 2004 הוגשה טיוטת הצעת חוק דיני ממונות שהכילה קרוב ל-900 סעיפים.

לדברי 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". מדובר במהפכה רצינית שתיקנה ושינתה חלק מהחקיקה האזרחית הקיימת. לא מדובר רק באיחוד חוקים לקובץ אחד.

**וכמובן, נשאלה השאלה האם במסגרת השינוי הנ"ל, נלקחה בחשבון עמדת המשפט העברי? עמדת המסורית יהודית שהיא מלאה היבטים אזרחיים? לדברי המרצה, לא הייתה שום פנייה לשום גורם או חוקר רבני בעת הכנת ההצעה.**

פרופ' נחום רקובר, ראש המחלקה למ"ע במשרד המשפטים בזמנו, ביקש להימנות בין חברי הוועדה. הצעתו נענתה בשלילה, בטענה שעבודה הוועדה אינה אלא עבודה טכנית של האחדת החוקים האזרחיים הקיימים לכדי קודקס אחד. אך בפועל, כפי שציינו לעיל, הקודקס כלל לא רק ליקוט של הדינים הקיימים, אלא נקט שינויים מרחיקי לכת בתפיסות היסוד האזרחיות. ולמרות זאת, לא הוטל על מומחה אחר למשפט עברי להביא בפני הוועדה את דבר המשפט העברי.

ב2010, שר המשפטים דאז, פרופ' יעקב נאמן, עיכב את אישור הצעת החוק עד שתישמע בפני הוועדה התייחסות המשפט העברי לסעיפי החוק המוצע. הייתה הבנה כי יש צורך בקבלת חוות הדעת של המשפט העברי ושבלעדיו לא ניתן לקדם את הקודקס (מאז ועד היום הנושא תקוע והצעת החוק לא אושרה).

בעקבות החלטתו של שר המשפטים, ד"ר מיכאל ויגודה, ראש מחלקת מ"ע במשרד המשפטים כיום, הכין מסמך התחלתי ובו הצביע על המקומות שבהם יש חוסר במשפט העברי, הציע תוספות והסתייגויות על סעיפי הקודקס, מנקודת המבט של המשפט העברי. למסמך זה שותפים רבנים וחוקרי המשפט העברי.

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.

 **✓ דוגמאות להצעות שינוי לקודקס**

**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.

**מוצע להוסיף ולהקדים בין תכליות החוק:**

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

**1. הצעת ויגודה ביקשה להוסיף** לתכליות הקודקס משהו שמעבר לקידום ערכים אוניברסליים, משהו שקשור במורשת ובייחוד שלנו כעם.

**תום לב**

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

**2. ויגודה הסכים עקרונית עם ההסדר, אך הציע שם שונה.** כידוע, עיקרון תום הלב הוא עיקרון סל שעוטף את כל ההתנהלות המשפטית. לדברי ויגודה, אומנם המונח תום לב" לא מוכר במשפט העברי, אך החובה המוסרית שנובעת ממנו אכן קיימת. חז"ל הכירו בשלושה עקרונות המבטאים היבטים של עיקרון תום הלב:

1. "ועשית הישר והטוב".
2. "כופין עליו מידת סדום" – עיקרון שלפיו גם במקום שבו יש לאדם זכות מוקנית, המשפט יכול לכפות עליו להעניק מהזכות שלו אם לא יהיה לו הפסד גדול, אבל לאחרים יכולה לצמוח מזה תועלת רבה.
3. "מחוסר אמונה" (או "המקיים את דברו") – אדם שמבטיח משהו וחוזר בו ייחשב מחוסר אמנה. אומנם מבחינת ההלכה אי אפשר לחייב אותו לקיים אותן, אך הציפייה היא שהאדם יעמוד בהבטחתו.

כלומר, אין סתירה בין עיקרון תום הלב לעקרונות המשפט העברי שלעיל, ואף יש תיאום. המגיד משנה מסכם את ההיבטים האמורים:

**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".*

אין צורך ואין אפשרות להגדיר את עיקרון "ועשית הישר והטוב" בבירור, מפני שהמשמעות שלו משתנה מתקופה לתקופה. יחד עם זאת, יש הכרעות קונקרטיות מחייבות שהן בעיקרן קריאת כיוון מוסרית. כלומר, גם התורה אומרת שיש לנו עיקרון יסוד הקובעת סטנדרט התנהגות בין אדם לחברו, אשר פרטיו ייקבעו לאחר מכן. נראה כי **עיקרון ועשית הישר והטוב כעיקרון סל דומה לעיקרון תום הלב**.

ד"ר בני פורת ממרכז המשפט העברי באוניברסיטה העברית וחוקר בולט תחום, סבר כי "עדיף לתת ככותרת לסעיף: ועשית הישר והטוב (או: כופין על מידת סדום), ולא הביטוי "תום לב", שמקורו ב -BGB הגרמני (הקודקס הגרמני). או אולי להוסיף לכותרת את המילים 'ועשית הישר והטוב'".

**חלק משנה שני: הוראות מיוחדות לחוזים**

**פרק ראשון: משא ומתן לקראת כריתת חוזה**

**תום לב במשא ומתן**

98.(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.

**3. תום לב בהקשר של דיני חוזים** - הסעיף אינו מתייחס להיבטים שקשורים לצד שלישי שעשוי להיפגע כתוצאה מהתנהגות חסרת תום לב. מחד יש שיעדיפו לתת בכורה לעיקרון קיום החוזים והגשמת רצון הצדדים. ומאידך, יש שיטה שתיטה לומר שאכפת לנו גם מהשלכות החוזה על צדדים שלישיים ולכן יהיו מצבים שבהם נתערב בחוזים. הדבר מעורר את הנושא הבא:

**🡨 תום לב בהקשר לאדם שלישי – המתח בין עיקרון פרטיות החוזה אל מול ההגנה על האינטרס של אדם שלישי.** דוגמאות למתח:

**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."*

ערב שהתחייב לסכום המצוין בכתובה של זוג במידה ולבעל לא תהיה יכולת כלכלית לשלם בשעת גירושין. עלול להיווצר מצב בו בני הזוג עושים קנוניה, מתגרשים, האישה מקבלת את כתובתה ואז הזוג מתחתן מחדש. רבן שמעון בן גמליאל אומר שהוא לא יאפשר דבר כזה, והוא לא יתיר לזוגות שהתגרשו בשביל מטרה כזו להינשא מחדש. לא נאפשר בהסכמות בעל על מנת 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."*

ההלכה עוסקת בדינא דבר מצרא – זכות ראשונים לשכן לקנות את הקרקע, מתוך הנחה שהוא ירוויח יותר מהבעלות בשטח, מאשר מקונה שלישי אחר. הרמב"ם דן במקרה בו אדם מנסה להערים על החיוב, כדי לעקוף את זכות הראשונים. זאת, באמצעות מכירת חלקים מתוך הקרקע לאחר כך שהוא הופך להיות גם בר מצרא באופן מלאכותי ואז הוא ימכור לו את שארית השדה.

לכאורה, למה שנתערב? הרי זו זכותו של בעל המקרקעין. עכשיו החדש הוא גם שכן – הוא גם בר מצרא וגם מגיע לו. הרמב"ם אומר שזה לא ייתכן. להסכם שבין שני הצדדים, יש השפעה על השכן הראשון = הצד השלישי. ולכן, לא ניתן שההסכם בין השניים יתרחש בשל ההשפעה שלו על הצד השלישי. יש התערבות בחופש החוזים מתוך ההבחנה שגם הצד השלישי הוא אלמנט.

**חלק שלישי: חיובים**

**זקיפת תשלום בחיובים אחרים**

58. 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.

**4. חיובים** - בענייני חיובים עולה השאלה למי יש את מירב הכוח ומי יכול לקבוע את התנאים לתשלום. בעניין הזה קובע ס' 58 לקודקס כי הכח בידיים של החייב להחליט איזה חוב הוא פורע ראשון, ורק אם הוא לא מחליט, הבחירה עוברת לנושה. זה משמעותי כי מולו יכולים להיות נושים שהיו מעדיפים אחרת. ולכן, הקודקס קובע כי כל עוד לא נקבע אחרת, לחייב הכח להחליט איזה חוב הוא פורע קודם. מעניין לראות את עמדת המשפט 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."*

עפ"י ההלכה, כיוון שהמלווה הוא ש"עושה את הטובה", אנחנו מצפים שהוא זה שיוכל לקבוע את התנאים של ההלוואה. לכן, הלווה הוא סוג של כפוף לרצונו של המלווה. הגמרא מדברת על מצב שבו השטר הלך לאיבוד והמלווה לא יכול להראות שקיים חוב. מה עושים במקרה כזה? למי מאמינים? הגמרא אומרת כי במקרה שבו שטר ההלוואה אבד, יש לכתוב מחדש את השטר, על כל פרטיו, במטרה שהלווה לא יתכחש להלוואה ויצא נשכר.

מה קורה במקום שבו השטר אבד והחוב הוחזר? אנחנו לא יודעים. יכול להיות שהשטר לא קיים כי החוב הוחזר, ואז המלווה יצא נשכר כי הוא יקבל פעמיים. לכן, רבא אומר שבמקרה כזה אנחנו עדיין נעדיף את המלווה משום העיקרון "עבד לווה לאיש מלווה" – המלווה הוא שהעניק מנכסיו ולכן נעניק לו את הבכורה.

**🡨 הצעת ויגודה** –

לדעת ויגודה, העיקרון שמופיע בהלכה לפיו זה שוויתר על הזכות, הוא שיקבע את סדר הפירעון, צריך לקבל ביטוי גם בקודקס האזרחי. לכן, 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".*

אומנם, ייתכן שזכותו של הנושה עדיפה רק בחיוב שנוצר כתוצאה מהלוואה, ולא בחיובים אחרים, בהם לא קיים העיקרון "עבד לווה לאיש מלווה". במקרה כזה, 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

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

לפי המשפט העברי, זכות הביטול קיימת גם בהיעדר 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."

**🡸 לסיכום, ראינו כי למשפט העברי יש הרבה מה לומר על ההסדרים החוקיים בתחום האזרחי והוא מביא השקפת עולם שלמה משלו.**

# שיעור 13, 10/01/2022 – חוק יסודות משפט

**ב1980, לראשונה, אנחנו מוצאים אמירה אקטיבית המשלבת את המשפט העברי בתוך יסודות המשפט הישראל ע"י חוק יסודות המשפט.** ב2017 תוקן החוק ולצד ההפניה לעקרונות מורשת ישראל, נוספה הפנייה ברורה גם למשפט העברי. זה התיקון המשמעותי שהכניס בצורה ברורה את ההפניה למ"ע ולא הפנה רק לעקרונות המופשטים של מורשת ישראל.

**חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980**

**מקורות משפט משלימים**

1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של **המשפט העברי** ומורשת 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.

במהלך הקורס ראינו את היוזמות של משפט השלום העברי, את הניסיון להכניס דין שיורי בקום המדינה שלא עבד, לאור היותה סוגייה יותר מידי קריטית ושנויה במחלוקת, ואת החלטה להשאיר את העניין של המ"ע בצד יחסית. ראינו שהמשפט העברי ושילובו בחקיקה לא היה מאוד משמעותי, כיוון שלא היה רצון להציף קשיים ומחלוקות. **בשנת 1980 מתחיל שינוי בתפיסה הזו, עם חקיקת חוק יסודות המשפט. פעם ראשונה, שיש החלטה להכריע ולהגיד משהו אקטיבי שאומר שאנחנו כן משלבים במשפט שלנו היבטים של המ"ע**.

המוטיבציה לשינוי נבעה מהרצון לבטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו שחייב פנייה למשפט האנגלי עפ"י הדין השיורי הבריטי במקרים של חסר במשפט הישראלי. טרם תיקון החוק, היה ויכוח בין משפטנים מה לעשות עם הסעיף הזה שנותר כשריד מתקופת המנדט וכיצד יש לשלבו במערכת המשפט הישראלית. בעניין הזה היו 2 עמדות רווחות ועמדת ביניים:

1. **הסעיף המנדטורי התיישן ו׳מת׳ מעצמו לנוכח קיומו של משפט ישראלי עצמאי ומפותח** המייתר מאליו את חובת הפנייה למשפט האנגלי. במילים אחרות, זה לא כ"כ משנה שהדין הזה נמצא שם, עדיף לא לגעת בזה כדי שלא תתחיל תסיסה סביב השאלה מה אמור להחליף את זה.
2. **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.
3. עמדת הביניים של השופט ברק: 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, על אף שהחוק מת מבחינה מעשית, נכון יהיה לבטל את סעיף החוק המנדטורי בחקיקה פורמלית. יש משמעות להצהרתיות שבביטול.

**✓** בשנת 1976, ברק ששימש אז כיועמ"ש, ביקש מראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים לנסח הצעת חוק קצרה שתורה על ביטול סימן 46 המחייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של חסר בדין. לא הייתה מטרה להכניס דין שיורי חלופי במקום זה שהתבטל. זאת, מתוך תפיסה שאין דבר כזה דין שיורי, כיוון שברוב המקרים ניתן למצוא הסדר בחוק או לעשות היקש וכו'. ואכן בהצעת החוק המקורית היו שני סעיפים קצרים בלבד ללא קביעת דין שיורי חלופי:

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

🡨 לדעת אורי ידין, ראש מחלקת החקיקה בזמנו – "דין השיור הוא מוקש מסוכן. המדובר 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".

כלומר, לעמדתו של ידין, הכנסת המשפט העברי לדין השיורי של מדינת ישראל לא תהיה רק בגדר הצהרה, אלא היא מבטאת את עקרונות החברה והזהות. דין השיור הוא מעין הוראות פעולה לשופטים כיצד להכריע במקום שבו המחוקק לא קבע את הדין ולכן יש להיזהר כדי לא לגרום למחלוקות קשות.

🡨 לאחר הפצת טיוטת הצעת החוק, שר הדתות דאז, אהרון אבו-חצירא, הציע להוסיף להצעה את הסעיף "במקום שישנו חסר (=לאקונה) בדין הישראלי יחול המשפט העברי", שהרי מה יותר מתאים מפנייה למשפט המקורי שלנו במקומות של לקונה? לדרישה זו הצטרפו שרים, חברי כנסת, רבנים ואנשים רוח. הלחץ גבר לאחר עלייתה של מפלגת הליכוד לשלטון בשנת 1977 והעלייה בכוחן של המפלגות הדתיות שהיו אז ל"לשון המאזניים" בין שתי המפלגות הגדולות.

🡨 לאור התרחשויות אלו, ברק פונה לפרופ' רקובר ומבקש ממנו שיציע הסדר שיכול לרצות את הבקשות בצורה מאוזנת ולא ממוקדת או מוגזמת מדי. רקובר ניגש למלאכה והציע 4 הצעות אשר אוחדו לכדי הנוסח המוכר לנו כיום. לאחר שנתיים של דיונים סוערים, נוצרה הסכמה. גם מי שלא מאוד אהב את הכיוון, הבין שמדובר בהסדר אמורפי, משום שהדין השיורי כשלעצמו לא כזה שמיש גם ככה, וגם למי שיפנה אליו יש מספיק מרחב תמרון בפרשנות העקרונות האלה. לכן, גם הלא מרוצים היו יחסית מרוצים. הצעת החוק אושרה בכנסת ב2.7.1980.

🡨 דברי 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".*

לדברי תמיר, 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.** לכן, מי שתומך במשפט ישראלי עצמאי יתמוך גם בהצעה.

🡨 זרח ורהפטיג לא היה כ"כ מרוצה מהתוצאה. הוא היה מראשוני הקוראים לביטול הדיון השיורי בסימן 46 בימי קום המדינה. ורהפטיג ניסה להכניס לנוסח הסעיף המקורי הפניה למשפט העברי, אך ללא הצלחה. הסיבה שהוא לא אוהב את החוק הייתה כי ההגדרה בעיניו מאוד כוללנית ומעורפלת, כך שהיא משאירה את הבחירה בידי השופט ונטיותיו האינדיבידואליות ללא כל הכוונה והדרכה מועילה. יתרה מזו, לדעת ורהפטיג מדובר בהצעת חוק מעליבה, המזלזלת במשפט העברי. בשימוש במונח "מורשת ישראל", יש התעלמות מעולם המשפט העברי ולכן הצעתו היא להחליף את המילים מורשת ישראל במילים "המשפט העברי".

"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".

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"".

🡨 מרדכי וירשובסקי מהתנועה לשינוי ויזמה מצביע על בעיה מעשית – הוא תמה כיצד שופטים (ועורכי דין) שאינם מומחים במשפט העברי יצטרכו לפסוק ולהכריע על יסוד הדין השיורי שהם לא מכירים. הם עלולים ליצור הלכות חדשות ללא ביסוס בדין. לדבריו, הדבר פוגע בוודאות המשפטית, ולכן הצעת החוק אינה ראויה ולא עושה חסד עם המשפט העברי עצמו. וירשובסקי התייחס לשתי בעיות:

1. חוסר הידע 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. מנגד, יש שיטענו כי הדין השיורי הוא לא זה שיערער את וודאות המערכת.

"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.

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....

לכן אני חושב שהחוק הזה איננו מכובד. הוא מכניס את המשפט העברי בדלת האחורית ובצורה הלא מכובדת. שהרי הוא לא תלוי בטעמו ובסגנונו של כל שופט ושופט, יהיה אחד שיאמץ זאת, יהיה אחר שלא יאמץ זאת. יהיה אחד שירצה לקבל כהלכה שאלות ותשובות 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 בתי המשפט ולדעת שיש להם שיטת משפט יציבה."

**✓ יוזמת חקיקה של שורת חברי כנסת: ניסן סלומינסקי, שולי מועלם-רפאלי, מכלוף מיקי זוהר, אברהם נגוסה, עודד פורר, ענת ברקו, יעקב מרגי, דוד אמסלם, ויואב 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."

במהלך השנים, ההפנייה למשפט העברי הייתה מעורפלת מאוד. שופטי העליון קבעו הלכה לפיה החוק לא מחייב פנייה למשט העברי במקרה של לאקונה. לכן, חברי כנסת מהצד הימני והדתי של המפה הפוליטית הציעו ב2017 תיקון לחוק שיקבע את מעמדו של המשפט העברי בצורה ברורה יותר. הנחתם הייתה כי השימוש במשפט העברי כדין שיורי מועט ביותר כי הדין לא מספיק ברור ומונגש, ולכן הפרשנות שניתנה לו בפסיקה מצומצמת. הצעות החוק הציעו להקים מכון ממלכתי שיעסוק בתרגום המשפט העברי לעברית עכשוויות ומובנת לכל, בעיקר בתחום המשפט האזרחי. עם זאת, משיקולי תקציב ההצעה להקמת המכון ירדה מהפרק.

**בהצעת החוק הזו, החלום של ורהפטיג התגשם במובן הזה שהמשפט העברי נכנס בצורה ברורה. אבל שאר הבעיות של שימוש ונגישות לא ממש נפתרו כי לא ניתנו הכלים לשופטים שלא בקיאים במשפט העברי**.

שרת המשפטים איילת שקד דאז מינתה יועצת מיוחדת לענייני משפט עברי בביהמ"ש העליון כדי שתהיה כתובת לשופטי עליון שמעוניינים להשתמש במ"ע בפסיקותיהם. אומנם, זה לא פותר את הבעיה של הערכאות הנמוכות יותר. אבל יש מכונים שונים שמאפשרים לשופטים לפנות ולקבל חו"ד, כולל הקליניקה למ"ע בפקולטה. הטענה הזו שאין מספיק ספרות נגישה לפנות אליה, מלבד העובדה שאין מכון ממלכתי, 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 בבית המשפט העליון**

מרגע שהחוק נכנס לתוקף ב1980, נוצר וויכוח נוקב בין שופטי העליון כיצד להשתמש בחוק. המחלוקות נוגעות לשלושה היבטים:

* הצורך להיזקק לדין השיור
* פרשנות המונח "מורשת ישראל"
* אופן השימוש במשפט העברי

הטענות האלה נידונו במסגרת 2 פרשות מאוד מיוחדות בבית המשפט העליון - פרשת הנדלס (אבדה בחדר כספות בבנק והשאלה האם חדר הכספות הוא רשות הרבים או שטח פרטי) ופרשת קניג (צוואת שכיב מרע).

**🡨 פרשת הנדלס**

בפרשת הנדלס, נדון סכסוך אזרחי בין מוצא אבידה, אליעזר הנדלס, לבין בעלי המקום בו היא נמצאה, בנק קופת עם. הנדלס מצא ברצפת חדר הכספות בבנק מעטפה ובה שתי איגרות חוב המזכות את בעליהן בסך 20,000 ל"י, ללא ציון פרטי בעליהן. הנדלס ניסה לברר אצל פקידי הבנק למי שייכת האבידה, אך לא היה להם מידע בנושא. מנהל הסניף דרש ממנו למסור לידיו את המעטפה, אך הנדלס סירב. הוא העדיף למסור אותה לידי המשטרה, שאכן קיבלה את האבידה לידיה, על פי חוק השבת אבידה. לאחר ארבעה חודשים שבהם לא התבררה זהות המאבד, פנה הנדלס למשטרה וביקש לקבל לידיו את איגרות החוב על פי החוק הקובע כי במקרה כזה ניתנת האבידה למוצא. המשטרה סירבה לבקשתו בטענה שעליה למסור אותן לבנק, משום שבו נמצאה האבידה. הסוגיה העיקרית בדיונים הייתה למי שייכת אבידה שבעליה אינם ידועים שנמצאה בשטח בבעלות פרטית, אך כזה המשמש בפועל כמקום ציבורי, ומצויים בו עוברים ושבים רבים בהיתר. השופטים נחלקו כיצד להגדיר את חדר הכספות של הבנק – האם כרשות הרבים או כ"רשותו של אחר".

בפסק הדין, הנחשב לאחד מפסקי הדין המכוננים במערכת המשפט הישראלית, התגלעה מחלוקת יסודית בשאלת מידת מעמדם של מקורות המשפט העברי במשפט הישראלי המודרני, ומידת הזיקה הראויה ביניהם.

**① השופט מנחם אלון** - **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.**

לדעת אלון, המחוקק נתן מקום למשפט העברי ולא השאיר אותו בשוליים. לכן, פרשנות המונח "רשות הרבים" (ובקניג פרשנות המונח "שכיב מרע"), צריכה להיעשות על רקע המשפט העברי וכיצד שהוא רואה אותו.

**דברי אלון**: "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?

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."

**② השופט חיים כהן** – כהן לא מסכים עם ההרחבה שנובעת מהדיון השיורי. לדעתו, יש לפרש קודם כל פרשנות קלאסית, לפי כללי הפרשנות שבחוק. השימוש במשפט העברי הוא רשות ולא חובה – מי שרוצה ירבה ומי שרוצה ימעיט. אבל אנחנו לא חייבים לפנות בכל מונח שקיים במשפט הישראלי ושיש לו פירוש גם לפי המשפט העברי, אל המשפט העברי.

מויקיפדיה: לדעת כהן, טעות היא לברר את המונח "רשות" באמצעות גדריו במשפט העברי, משום שמילה זו נמצאת בשיח היומיומי ואין היא מיוחדת למשפט העברי. לדעתו נכון לפנות אל המשפט העברי רק במקרים שהמחוקק בחר להשתמש בניב או בהגדרה שאינה שכיחה בשפה המדוברת בפי העם, אלא רק במשפט העברי. במקרים כאלו, התווה המחוקק את כיוון הבירור הרצוי, אם הוא נחוץ - המשפט העברי. לצד זאת, עשוי המשפט העברי לשמש כדי "להביא מתוכו ראיות לחזק או לסתור או חומר להשוות או להבדיל או חכמה ותבונה ללמוד מהן מידות טובות".

"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 ..."

**③ השופט אהרון ברק: שתי הערות אזהרה** -

ברק אומר בצורה מאוד ברורה שלקונה מתרחשת במקרים מאוד ספציפיים ומצומצמים, כאשר יש חסר ממשי. לדעתו, המשפט העברי לא משתרע על מונחי סל כדוגמת תום לב וכו', שאותם יש לפרש לפי עולם ערכים אחרים, אפילו ששמם לוקח אותנו אל המשפט העברי. לדעתו, אף שמותר לפנות אל המשפט העברי ולהיעזר בו כדי לפתור סוגיות משפטיות, אין חובה לעשות כן. יתירה מכך, הפנייה אל המשפט העברי היא רק כדי לקבל ממנו השראה לפסיקת הדין, אך לא כדי להעתיק ממנו דין ספציפי בשלמותו.

"1. 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.

2. 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׳."

**🡨 לסיכום,** 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

1. 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.
2. בהרצאות הבאות עסקנו ב**פולמוס התרבות בקרב אבות הציונות ובקונגרסים הראשונים**.
3. 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'.
4. דנו **במתחים ובנסיבות המגוונות שגרמו לאי הצלחתן של יוזמות אלה, ו**בעיקר 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.
5. ראינו את הניסיון ליצור תחרות לבית המשפט העברי ולבתי המשפט של המנדט – ב**הקמת הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים**, ואת הקשיים בהתנהלות בתי הדין, לרגל החשש מתיקונים פרוצדורליים שנדרשו שיובילו לדרישה לתיקונים בדין המהותי ההלכתי.
6. 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.
7. 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.
8. 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. המאמר של רדזינר מדבר על ניסיון לחוק חוק מקרקעין עברי שלא צלח.
9. ראינו זוויות שונות של אפשרות **השפעה של המשפט העברי על הקודקס האזרחי** שמתוכנן להחליף את החקיקה האזרחית העשויה כיום טלאים טלאים.
10. בחנו את **הרקע לחקיקת חוק יסודות המשפט** ואת המחלוקת על יישומו בקרב שופטי בית המשפט העליון.
11. לקריאה: מקורות מרכזיים של המשפט העברי ואופן גיבושם – השולחן ערוך של רבי יוסף קארו עם הגות הרמ"א. בתי הדין הפרטיים הציונים דתיים כפרויקט המשך משלים ליוזמות המשפט העברי בראשית הקמת המדינה.

# חפרי וינוגרדוב אדם "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות המגזר הציוני דתי"

המאמר סוקר את ביה"ד ההלכתיים לממונות שנוסדו בשנים האחרונות, עומד על הגורמים להופעתם בקרב הציבור הציוני-דתי ומנתח את התופעה מחמש נקודות מבט תיאורטיות. לסיכום, כותב המאמר מביע תהייה בנוגע לעתידם של בתי הדין החדשים.

**א. מבוא:** למרות שאיפתו של הרב עוזיאל, ביה"ד הרבניים בתקופת השלטון הבריטי זכו בסמכות שיפוט שהוגבלה רק לענייני המעמד האישי והקדשות שבין איש לרעהו היהודי בלבד. גם לאחר קום המדינה, דיני הממונות נותרו בסמכות השיפוט של ביהמ"ש האזרחיים בלבד.

בשנים האחרונות נוסדו בישראל עשרות בתי דין הלכתיים לממונות מחוץ למערכת השיפוט המדינתית, ששופטיהם נמנים עם הציבור הציוני דתי. בי"ד אלו, אינם שואבים את סמכותם מכוח ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. לכן, למרות פסיקות ביהמ"ש העליון בעניין אמיר וכץ, הם יכולים לשמש כבוררים ולהוציא כתבי סירוב. תוקף פסיקותיהם בא להם מן הסמכות הרבנית של דייניהם ומהסכמת הצדדים למנות את ביה"ד כבורר. אומנם, היקף התיקים אינו גדול ומגיע למאות שנה, ובכל זאת, כותב המאמר סבור כי מדובר בהתפתחות משמעותית בניסיון להציב את ההלכה כחלופה ממשית למשפט האזרחי בדיני ממונות.

**ב סקירת התופעה:** ביה"ד הראשונים בקריית אונו, קריית ארבע ומטה בנימין הוקמו בשנת התשמ"ח ע"י רבני יישובים, כחלק מפעילות של המועצה הדתית המקומית וכהרחבה של פעילותו השגרתית של הרב המוניציפלי. 5 שנים לאחר מכן קמו בי"ד נוספים בשכונת הר-נוף בירושלים ובאלון-שבות. משנת התשס"ה, קמו בי"ד נוספים ביישובי איו"ש.

לצד בי"ד אלו, הוקמו בשנים האחרונות גם בי"ד ציוניים דתיים לממונות שמייסדיהם אינם ממלאים תפקיד רבני רשמי מטעם המדינה. הבולטת בהם היא רשת ביה"ד לממונות "ארץ חמדה-גזית" שהיא תוצאת איחודם של רשת "גזית" ושל ביה"ד לממונות שליד כולל "ארץ חמדה" בירושלים. לרשת שמונה בתי דין פעילים המספקים שירותי שיפוט הלכתיים בממונות במרחב גיאוגרפי שונה מזה שרוב ביה"ד לממונות של רבני יישובים מרוכזים בו. בעוד ביה"ד היישוביים ממוקמים באיו"ש, ביה"ד של ארץ חמדה ממוקמים בפריפריה ובמרכז.

ביה"ד החדשים מבקשים להציע חלופה לכל אוכלוסייתה היהודית של המדינה וחלופה לניסיון לבסס את דין המדינה על המשפט העברי. על מנת להגשים מטרה זו, מנסים יוזמיהם של ביה"ד להציגם כעדיפים על המערכת המדינתית גם מנקודת מבטו של המתדיין החילוני, ובעיקר כמהירים, כיעילים וכזולים יותר. לדעת כותב המאמר, מצג זה נכון בעיקרו.

הגורם המרכזי לעלותה הנמוכה של ההתדיינות בבתי הדין החדשים הוא מיעוט השימוש בעורכי דין, על אף שחלקם התירו את השימוש בהם. בד"כ חילונים המתדיינים בבתי הדין החדשים מלווים בעורכי דין כיוון שהם רגילים בכך ואינם רגישים להסתייגות ההלכתית מהם. כחלק מהמאמץ למשוך מתדיינים חילונים - הדיינים בביה"ד בעלי כושר לדיינות מטעם הרבנות הראשית. מתמצאים בהליכות החיים ונעזרים במומחים חיצוניים בעת הצורך. למרות הניסיון למשוך קהל חילוני וחרדי, רוב המתדיינים הם בעיקר בני הציבור הציוני דתי.

**ג. הגורמים להקמת בתי הדין:**

1) זיהויה של מערכת ביהמ"ש המדינתית עם תפיסת עולם לא דתית– במשך שנים, חוגים רבים של הציבור הדתי והחרדי ניסו ללא הצלחה למחות כנגד התייצבותה של מערכת המשפט המדינתית לצד הליברלים שבחברה הישראלית. עקב אי ההצלחה, חלק מהציבור הציוני דתי (בעיקר החרד"לים) נוטש את המערכת המדינתית לטובת חלופות המזוהות עם ההלכה.

2) פסילת מנהגם של ביה"ד הרבניים הממלכתיים לדון כבוררים בענייני ממונות ע"י ביהמ"ש העליון בפרשת אמיר. למרות זאת, ישנם בי"ד שממרים את הלכת בג"צ ודנים בענייני ממונות. "שיפוט ממרה" זה לוקה במגרעות משמעותיות לעומת השיפוט טרם הלכת אמיר – הדיינים חשופים לסנקציות והמתדיינים לא רואים את ביה"ד הממלכתי כ"בי"ד קבוע". למרות זאת, מבדיקת מבקר המדינה עלה כי מספר תיקי הבוררות שנפתחו בביה"ד הממלכתיים ירד משמעותית לאחר פסיקת בג"צ בפרשת אמיר. לכן, ניתן להסיק כי חלק מן הביקוש לשירותי הבוררות עבר לביה"ד החדשים.

3) גידול בהיצע השיפוט ההלכתי ובביקוש לו במגזר הציוני-דתי – ישיבות הציונות הדתית תרמו לגידול מומחי ההלכה בארץ. בוגרי ישיבות אלו, בניגוד לדיין החרדי הטיפוסי, מסוגלים לספק שירותי שיפוט הלכתיים המתאימים לאורח החיים המודרני. אעפ"כ, דרכם של בוגרי ישיבות הציונות הדתית למשרות דיין בביה"ד הרבניים הממלכתיים נחסמת לא פעם על ידי גורמים מן העולם החרדי, המשפיעים על תהליכי מינוי הדיינים לטובת מועמדיהן של חצרות הרבנים החרדים השונות. הקמת ביה"ד החדשים עונה על חסם זה מבחינה מהותית ומבחינה סמלית, אך לא מבחינה חומרית, כיוון שדייני ביה"ד החדשים לא מתוגמלים בעבור תפקידם. גם הביקוש לשירותיהם של ביה"ד החדשים קיים וגדֵל, גם אם לא במהירות שיוזמיהם מקווים לה.

4) הזלזול ההדדי בין המגזרים הציוני-דתי והחרדי אשר הוביל לדרישה במגזר הציוני-דתי לבתי דין דתיים של המגזר. דרישה זו אינה באה על סיפוקה בביה"ד הרבנים הממלכתיים ובבתי הדין הפרטיים שדייניהם חרדים. ביה"ד החדשים לממונות משלימים את המערך הממסדי הדתי של המגזר הציוני דתי.

5) התקווה כי הצעת שירותי שיפוט הלכתיים מעולים בממונות תגביר את הפופולריות של הדת בקרב חילונים, תקרבם אליה ותיצור תשתית ל"מהפכה הלכתית" עתידית בדין המדינתי. נראה כי זיהוי ביה"ד כדרך חדשה לקידום פרויקט העומק המסורתי של המגזר הציוני דתי הוא גם סיבה מרכזית לאורך רוח של חלק מביה"ד ביחס להצלחתם המוגבלת, בינתיים, במשיכת מתדיינים. התנהלות זו משקפת מידה גבוהה של מחויבות לשרידותם, להמשכיותם ולהצלחתם של ביה"ד - מחויבות שיש לה שורשים אידיאולוגיים הנטועים בלב האתוס הציוני דתי.

**ד. נקודות מבט תיאורטיות לתיאור תופעת ביה"ד החדשים והסיבות להקמתם:**

1) שיפוט דתי ומערכת המשפט המדינתית: שילוב לצד הפרדה - כיום, מקובלים שני מודלים של יחסים בין השיפוט הדתי לבין המדינה:

א. מודל השילוב (מונהג בישראל ובמדינות מוסלמיות) – מערכות השיפוט המדינתיות מפעילות נורמות שמקורן במסורת המשפט הדתית. זאת, ע"י הענקת סמכות שיפוט פורמלית למערכת משפט מסורתית-דתית או ע"י הפעלת מערכת המשפט המסורתית כמערכת משפט המדינה בתחום מסוים. ניתן, כמובן, לפעול לשילוב הדין והשיפוט הדתיים בדין ובשיפוט המדינתיים בשתי הדרכים גם יחד.

ב. מודל ההפרדה (מדינות המערב) – במדינות אלו מערכת המשפטית המדינתית חילונית וערכאות שיפוט דתיות פועלות כבתי דין פרטיים של הקהילה הדתית או האתנית. סמכותן של ערכאות אלה מוקנית להן על בסיס מנהג של הקהילה הרלוונטית. קיומן של ערכאות השיפוט הללו כופה על הממסדים החילוניים של מדינות המערב התמודדות לא נוחה עם הסתירה שבין זכויות אדם בסיסיות לבין רעיון הרב תרבותיות.

ישראל בחרה, עקרונית, במודל השילוב בשמרה את מודל המילטים העותמני, לפיו ענייני המעמד האישי הוקצו לשיפוטם של בי"ד דתיים המהווים זרוע של המדינה. למרות שהחילונים לא אוהבים את המודל הזה, הם לא הצליחו לבטלו. עם זאת, הם מצמצים בהתמדה את סמכויות ביה"ד הרבניים. צמצומים אלו גורמים לתחושת ניכור בקרב הציבור הציוני דתי כלפי מערכת המשפט המדינתית. תחושות אלה הולידו רנסנס של שיפוט הלכתי "פרטי", מחוץ למערכת המשפט המדינתית השואב את סמכותו מיוקרתם של הדיינים, מסמכותם הדתית או מהסמכת ביה"ד כבורר, כמקובל בקרב יהודים ומוסלמים במדינות שבהן שורר "מודל ההפרדה". אם כן, שני המודלים ליחסים בין השיפוט הדתי להמדינה מתקיימים כיום בישראל זה לצד זה.

2) ניתוח סוציו פוליטי: ביה"ד החדשים כגילוי של תהליך ההיבדלות מהמדינה - הופעת ביה"ד החדשים נראית כחלק מתהליך ההתבדלות של קבוצות חברתיות רבות בישראל מן המדינה ומוסדותיה לטובת מוסדות קהילתיים. דבר שהיה אופייני בעבר בעיקר לקבוצות קטנות בחברה הישראלית, כגון הציבור החרדי. על אף שישראל מדינה יהודית, יש הרואים את מידת מחויבותה של המדינה למשפטה הדתי כבלתי מספקת. לכן, הם מקימים לעצמם מוסדות שיפוט קהילתיים עצמאיים המחילים חלק גדול יותר מאותו משפט דתי מאשר ביהמ"ש של המדינה.

בישראל, ה"התנתקות", איוש משרות הדיינות הממלכתיות ע"י חרדים ומיעוט השאיבה מהמשפט העברי בבתי המשפט האזרחיים, עוררו אצל חלקים מהציבור הציוני דתי את התחושה שהמדינה הפנתה להם את גבה, ובתגובה חלקם מפנים לה את הגב בחזרה, בין היתר ע"י פנייה לשיפוט הלכתי.

3) ניתוח מעמדי: רוב הנזקקים לשירותיהם של ביה"ד בחדשים משתייכים לשכבה סוציו אקונומית צנועה יחסית בחברה הישראלית. זאת, משום שעלותם הנמוכה של ההליכים הניעה את בעלי הדין להיזקק דווקא לבתי הדין הללו. עם זאת, כל עוד הסכמת הנתבע היא תנאי לסמכותם של ביה"ד, לא תוכל ההתדיינות לפניהם לשמש דרך אפקטיבית לחלוקה מחדש של העוצמה החברתית והעושר מחוץ לקבוצות חברתיות שכל חבריהן או רובם, ובכלל זה בעלי העוצמה שביניהם, מחויבים להתדיינות לפני פורום הלכתי. ביה"ד ממצבים עצמם כספקים של שירותי שיפוט זולים בתיקי ממונות שהיקפם מוציא אותו מסמכותו של ביהמ"ש לתביעות קטנות (שם לביה"ד אין יתרון של עלות וכחוב המשיכה שלהם מבוסס על ייחודיותם כבתי דין של תורה), אך אינו מגיע לסכומים המצדיקים היזקקות למערכת השיפוט המדינתית היקרה (בד"כ עשרות אלפי שקלים).

4) מקבילה היסטורית: משפט השלום העברי – בתחילת המאה העשרים פעלו בקרב האוכלוסייה היהודית של ארץ ישראל, מחוץ למגזר החרדי, בתי משפט עבריים חוץ מדינתיים לממונות אשר העדיפו אכיפה קהילתית לא רשמית ופסקיהם ניתנו לאכיפה ע"י ביהמ"ש ומערכת ההוצל"פ כפסקי דין של בוררים, בדומה לביה"ד החדשים. עם זאת, מערכת זו נכשלה מאחר ורוב הציבור היהודי העדיף את ביהמ"ש המנדטוריים.

שני הגלים ממחישים את הניסיון של מקימי בתי הדין לאתחל מחדש את המשפט הישראלי. אך בעוד שבתי המשפט העבריים היו פרויקט אזרחי חילוני, פסיקת ביה"ד החדשים נהפכה לפרויקט הלכתי מסורתי בעיקרו. כמו כן, בעוד מערכת המשפט העברי ניסתה ליצור "משפט עברי חדש" ושיפוט עפ"י השכל הישר, מערכת בתי הדין החדשים נשענת על ההלכה המסורתית.

**ה. תרומתם של בתי הדין החדשים לפלורליזם המשפטי בישראל**

1) העצמת הפלורליזם המשפטי וההסדרה הפרטית של המשפט בישראל – במצב שבו המדינה מעבירה את הסדרתם המשפטים של סוגיות מסוימות אל גופים פרטיים ומותירה בידה הסדרה של נושאים אחרים, הפלורליזם המשפטי מתעצם. הגורם העיקרי לעלייתה ההדרגתית של ההסדרה הפרטית במשפט הישראלי הוא הביקוש המתעצם לשירותי שיפוט. עלייתם של ביה"ד החדשים, מרחיב את היצע שירותי השיפוט הפרטיים, ומהווה אחד מהגילויים של עליית ההסדרה הפרטית של המשפט בישראל, כמו גם של התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל.

ייתכן שחלוקת השיפוט בענייני ממונות בין ביה"ד החדשים לבין ביהמ"ש האזרחיים טומנת בחובה ירידה מסוימת ביעילות השיפוט בנושא זה, או לפחות עלייה מסוימת בסרבולו. זאת, מכיוון שכאשר מי מהצדדים מסרב לפסק דינו של ביה"ד לממונות, יש להביא את פסה"ד לאישור בימ"ש מחוזי ולאחר מכן לביצוע ע"י מערכת האכיפה המדינתית. עם זאת, במצב שבו כל בעלי הדין מסכימים לקבל עליהם את פסיקת ביה"ד לממונות, ייתכן שההסדר בביה"ד יהיה יעיל כפסיקת ביהמ"ש האזרחיים ואף יעיל יותר בשל משכו הקצר ועלותה הנמוכה ואולי אף בניהולו עפ"י ההלכה.

לדעת כותב המאמר, בניגוד לדיני המשפחה, שם חוסר השוויון המגדרי ידוע והביא להתפתחות דיני משפחה אזרחיים "צודקים" יותר. כשמדובר בדיני ממונות, ייתכן שהפעלה פרגמטית של דיני הממונות שבהלכה, שתמצא דרכים להתגבר על מגבלות ההלכה ולהתאימה לשימוש במציאות המודרנית, תעשה צדק לא פחות מאשר דיני הממונות המערביים. כמו כן, ניתן אף לייבא חלק מהדינים המודרניים אל תוך דיני הממונות ההלכתיים.

2) פלורליזם בתוך פלורליזם: קירוב הדין ההלכתי לדין האזרחי - מבט מעמיק יותר בדין המופעל ע"י ביה"ד החדשים מגלה כי זה מתאפיין גם בפלורליזם פנימי הבא לידי ביטוי במכלול הנורמטיבי שהם מחילים על המקרים המובאים לפניהם. הם עושים זאת כדי להעצים את האטרקטיביות של שירותי השיפוט שהם מציעים, אשר אין לה קהל "שבוי" כשל ביה"ד הממלכתיים בענייני המעמד האישי וביה"ד החרדיים. ביה"ד מגמישים את ההלכה ומקרבים אותה אל המשפט האזרחי הישראלי במקומות שבהם אין מניה עקרונית לנהוג מנהגים ממקורות חוץ הלכתיים. כותב המאמר מראה כיצד הגמישות באה לידי ביטוי בסדרי הדין ובדיני הראיות, בעוד מידת הגמישות בדין המהותי מוגבלת.

כותב המאמר ממחיש את הגמישות בפסקי הדין המנומקים שמוציאים ביה"ד החדשים; פרסום מקצת פסקי הדין באופן המביא להסתמכות על תקדימים וכבילת ידיהם של בעלי הדין ושל הדיינים עצמם מלטעון טענת "קים-לי"; הקמת מנגנוני ערעור; פסיקה מוגברת של הוצאות משפט; פסיקה עפ"י דין תורה שבשו"ע ולא לפשרה (על אף הפסקת הסמיכה), וגם במקרי פשרה להגיע לפשרה הקרובה לדין; הגמשת דיני הראיות ההלכתיים ושינוי מההלכה הקלאסית המחייבת שני עדים כשרים לפחות ע"י מתן משקל לכל ראייה עפ"י שיקול דעתו של הדיין; כדוגמא לגמישות בדין המהותי כותב המאמר מציג את נכונות ביה"ד החדשים לפסיקת פיצוי במקרי גרמא; וקליטת התאגיד בהלכה באמצעות סעיף 5 להסכם הבוררות האחיד של "פורום בתי הדין לממונות".

**ו. סיכום ומבט לעתיד** – לתהייה אם ביה"ד החדשים מהווים מערכת שיפוט חלופית או שהם אמצעי לקידום שאיפה למדינת הלכה אין תשובה יחידה. לדעת כותב המאמר, הדבר תלוי במידת הפופולריות אליו יגיעו ביה"ד החדשים בקרה הציבור הציוני דתי ובקרב הציבור החילוני. ימים יגידו.

# מנחם אלון - המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, חלק ב. עמ' 1138-1087

**רבי יוסף קארו ופעלו הקודיפיקאטיבי**

**א. המציאות ההיסטורית והפנים הלכתית** (עמ' 1087-1089)

השנים שבין בעל הטורים לרבי יוסף קארו היו תקופה משמעותית הן בהיסטוריה העולמית והן בהיסטוריה היהודית. המרכז היהודי באשכנז נרדף וטולטל, בספרד היו פרעות ולבסוף גירוש ספרד. מצד שני פרחו ועלו מרכזים חדשים בפולין במקום אשכנז, וחכמי ספרד נדדו לצפון אפריקה, טורקיה, ארץ ישראל ועוד. המרכז היהודי בצפת היה למרכז תורה וחכמה לכל התפוצות ותרומתו ההלכתית הייתה לעין ערוך.

רבי יוסף קארו (מכונה: המחבר) נולד בספרד בשנת 1488 ובגיל 4 גורש עם משפחתו בגירוש ספרד. המשפחה עברה נדודים רבים ובסוף התיישבה בצפת. הרב קארו היה דיין בצפת וכאשר חידש ר' יעקב בֵירַב את הסמיכה הוא היה מהנסמכים הראשונים. לאחר פטירת ר' יעקב בירב עמד ר' יוסף קארו בראש בית הדין בצפת, ששימש כבי"ד מרכזי לתפוצות ישראל.

הנדודים של הגלויות השונות הביאו לכמיהה לגאולה ולהחזרת סמכות הלכתית עליונה, כמו ניסיון הסמיכה של ר' יעקב בירב. בנוסף הנדודים גרמו לערבוב קהילות ולספקות רבים עקב ריבוי ההלכות והמנהגים השונים, מה שהוביל לפריחה בתחום ספרות השו"ת, התקנת תקנות ובחיבור ספרי הלכות ופסקים. ריבוי היצירה (מדובר על אחרי המצאת הדפוס) הביא לחומר רב שקשה להתמצא בו, התעצמו המחלוקות וכן הכרעות דין מנוגדות וסותרות. את כל הדברים האלו מונה ר' יוסף קארו בהקדמתו לחיבור "בית יוסף". התורה הפכה למספר תורות ולכן ר' יוסף קארו לקח על עצמו את המשימה הגדולה שדורו והדורות אחריו היו זקוקים לה.

**ב. קודקס המורכב משני חלקים: ספר הלכות וספר פסקים** (עמ' 1089-1090)

כדי לפתור את הבעיה הקודיפיקאטיבית חיבר ר' יוסף קארו יצירה אחת המורכבת משני חיבורים הנבדלים זה מזה מבחינת תכנם אך משלימים זה את זה. רעיון זה לא היה חידוש גמור, ראינו רמז לכך באגרתו של הרמב"ם לר' פנחס הדיין בה הוא כותב כי הוא מעניין לכתוב חיבור נוסף על משנה תורה שיוסיף את מקורותיו. אך הרמב"ם דיבר רק על הדעות שהביאו לפסיקתו ההלכתית ולא מכלול הדעות הקיימות, וכן הרמב"ם רצה לכתוב רק את הדיונים שלא ברורים מהתלמוד וצריכים הכוונה וגילוי.

חיבור דומה יותר ראינו אצל הרשב"א בחיבוריו תורת הבית הארוך והקצר, אך הספר הזה נוגע בנושאים מסוימים מאוד בהלכה (דיני איסור והיתר ודיני מועדים). ר' יוסף קארו הצליח לקחת את הרעיון של הרשב"א וליצור על פיו את היצירה הגדולה ביותר בהלכה היהודית המורכבת מ2: הבית יוסף והשולחן ערוך.

**ג. הבית יוסף** (עמ' 1090-1096)

הספר הראשון בזמן, בהיקף ובתוכן. נכתב על גבי ארבעת הטורים של ר' יעקב בן אשר. 2 מטרות לספר:

1. קיבוץ כל החומר ההלכתי שעד ימיו במקום אחד- הר"י קארו ציין את כל המצוות הנהוגות בימיו עם ציון מקורותיה והדעות השונות בהלכה. הוא מביא את הדיון החל מהמשנה או הברייתא, דרך הדיון התלמודי, דעות הגאונים והראשונים. כדי לחסוך את החזרה על דברי החכמים, הוא הסמיך את ספרו לספר הטורים, הוא ציין את המקורות להלכה שבספרי הטור, ביאר את הדעות השונות המופיעות בו, ולעיתים משיג, מגיה ומתקן את דברי הטור. מלבד ארבעת הטורים, הר"י קארו מציין בהקדמתו 30 יצירות ספרותיות הלכתיות נוספות שהוא דן בהם בספרו.
2. פסיקת ההלכה והכרעה בין הדעות הרבות- היה ראוי כי ההכרעה תעשה ע"י הוכחות וראיות בדרך של מו"מ עיוני, אך הר"י קארו אינו נוקט בדרך זו כיוון שאינה ניתנת לביצוע מבחינה מעשית משתי סיבות:
3. דעות הראשונים מבוססות על הוכחות וראיות, ומי הוא שיכריע ביניהן.
4. חוסר יעילות- הבירור וההכרעה ייקחו זמן רב והסיכוי להשלים חיבור מקיף על כל ההלכה יורד.

🡨 לאור שיקולים אלו, הר"י קארו בחר בדרך מקורית לקביעת ההלכה ע"י מספר הרכבים:

1. שלושת עמודי ההוראה- פסיקה לפי הדעה שיש לה רב לפי הרא"ש הרי"ף והרמב"ם.
2. מקום שאחד משלושת עמוד ההוראה לא כתב בנושא והשניים האחרים חלוקים ביניהם נוסיף ל'הרכב' את דעותיהם של הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי והסמ"ג וההלכה תוכרע לפי הרב מבין ה6/7.
3. מקום שאף אחד מהשלושה לא כתב בנושא, נפסוק כדברי החכמים המפורסמים שכתבו בנושא ההוא.

מדובר בהכרעה טכנית-מתמטית מתוך מספר מוגדר של גדולי ההלכה. הר"י מדגיש כי זו אינה דרך הפסיקה האידיאלית, אך היא דרך המלך להסיר מכשולים. יתכן שלא תיקבע הלכה כדעה אפילו היא מוכחת מתוך התלמוד, מכיוון שניתן עדיפות לדעת הרוב מבעלי הסמכות. בעיה נוספת בשיטה זו היא חוסר האחידות הפנימית של ההלכה בחיבורו. עקב צורת הכרעה זו, יכול להיווצר מצב בו בדין מסוים נפסוק כפי שיטת הרמב"ם ואילו בדין אחר כנגד דעתו, למרות שיש קשר והיגיון פנימי בין פסיקותיו של הרמב"ם בשני מקרים אלו שאחת נפסקה להלכה והאחרת לא. אך המחבר העדיף את שיטה זו על פני השיטה האידיאלית הארוכה. הר"י קארו יצר מעין "הרכבים שיפוטיים" בספרות ההלכה כאשר ההחלטה המתקבלת היא לפי דעת הרב מכח העיקרון "אחרי רבים להטות". שיטה זו טובה בגלל מעלתם של 'חברי ההרכבים' ובגלל שדעותיהם כתובות ומפורשות, והוא רק מכריע ביניהם. לדעתו, בדרכו שלו יש סיכוי לגשר על הפער הגדול בין הדעות השונות בהלכה וריבוי הנושאים.

**ד. השולחן ערוך** (עמ' 1096-1115)

הר"י קארו הבין כי אין בחיבורו של ספר הלכות לבד כדי לספק את צורכי הקודיפיקציה של ההלכה העברית, אלא יש לחבר על בסיס אותו ספר הלכות, ספר פסקים המביא את ההלכה כאחת, בצורה ברורה, סתמית וסופית לפי הנחת היסוד של הרמב"ם כי תנאי הכרחי לקודקס הוא קיצורו ובבהירותו. על כן הוא חיבר ספר פסקים מובהק -'השולחן ערוך'.

המחבר כותב כנגד הביקורת של הראב"ד על כתיבתו הסתמית של הרמב"ם, לדעתו הסיבה לכתיבה היא החידוש בהופעת ספר פסקים קצר ובהיר. לדעתו רוב האנשים וגם תלמידים קטנים צריכים ספר פסקים מובהק ויש בה "תיקון לכל העולם" פרט ליחידי סגולה שיש בכוחם להסתפק רק בספר הלכות. גם יחידי סגולה אלה יזדקקו לספר פסקים כאשר הם ירצו לדעת את הכרעת הדין במהירות וללא חיפושים. **הדברים לא באים בסתירה לחיבור "בית יוסף", אלא כהשלמה להכרחיות של שני החיבורים לקודיפיקציה מושלמת "למען תהיה תורת ד' תמימה שגורה בפי כל".** בנוסף, ספר הפסקים יעיל יותר לשינון ההלכות וזכירתם. על כן החיבור נקרא "שולחן ערוך", שכל ההלכות בו מסודרות וברורות לכל.

1) המבנה והסידור של השולחן ערוך (1099-1103) - השו"ע מחולק ל-4 חלקים כמו הטור, וגם השמות זהים (אורח חיים, יורה דעה, אבן העזר וחושן משפט). הזהות נובעת מכך שהספר הוא קיצור של הבית יוסף שנכתב על ארבעת הטורים. כמו בטור, גם בשו"ע יש הלכות > סימנים > סעיפים.

גם בשו"ע סדר הבאת ההלכות הוא לפי נושאים, אך אופן חלוקת ההלכות שבתוך כל חלק שונה במעט מהחלוקה שבטור (הטור נקט בפיצול יתר לעומת המשנה תורה, והשו"ע צמצם את הטור בחזרה). לדוג' בטור חושן משפט **הסימנים** שכוללים 7 הלכות נפרדות שעסקו בדיני הלוואה, רוכזו ל'הלכות הלוואות'. סימנים אחרים שכללו 12 הלכות בדיני קניין נכללו ב'הלכות מקח וממכר'. המחבר שם בכל ראש סימן כותרת בכדי להשיג 2 מטרות: 1. התמצאות ראשונית בתוכנו של אותו סימן. 2. ריכוז נושאי משנה אחדים בנושא כללי אחד. עם זאת, ניתן למצוא בו גם את התופעה ההפוכה, פיצול נושא אחד בטור לחלקים. בסה"כ בולטת בשו"ע המגמה של ריכוז נושאי משנה בנושא כללי אחד. לדוג' סך ההלכות בשו"ע חושן משפט הוא 41 ואילו בטור חושן משפט הוא 58 ובמשנה תורה ל19 בלבד. סידור השו"ע הוא דרך ביניים בין משנה תורה לארבעת הטורים.

גם במיון הפנימי לעיתים שינה המחבר מקום של סעיף מסוים ממקומו בטור, אם לדעתו המיקום החדש הגיוני יותר, ולעיתים אף הוסיף נושא שלא היה בטור. למשל השו"ע הוסיף בסוף "חושן משפט" הלכות עשיית מעקה, המופיעות ברמב"ם בהלכות רוצח ולכן הטור לא הכניסם, כי בימיו לא היו עונשים פליליים לרוצחים. גם השו"ע לא דן בדיני רוצח, אך השו"ע הכניס את דיני מעקה מכיוון שהם רלוונטיים לימינו והרמב"ם שם אותם בהלכות רוצח רק בגלל קרבה רעיונית מוסרית לפי היסוד המשותף למצוות עשיית מעקה ועבירת הרצח הוא איבוד נפש. מנגד, השו"ע השמיט הלכות אחרות המובאות בטור אם אין להן חשיבות אקטואלית.

2) ניסוח וסגנון ב"שולחן ערוך" (1103-1115) – כאמור, הרב קארו רצה שהשו"ע יהיה ספר פסקים, ואכן בהשוואה לספרי הפסקים שקדמו לו, **השולחן ערוך פסקני וקצר יותר מקודמיו**. הרב קארו לא מציין את מקורות ההלכה, ההוכחות להכרעתו או את שמות בעלי ההלכה (כמו שעשה הרמב"ם במשנה תורה). כמו כן, הוא משמיט כל תוספת שאינה הכרחית לגוף ההלכה ולקביעתה ואף קיצר ככל האפשר בניסוח עצם הדין. אלון עורך השוואה בין הניסוח הקצר והפסקני של השו"ע לניסוח של המשנה תורה לרמב"ם והטור של ר' יעקב בן אשר ומסיק מספר מסקנות:

1. דוגמה א: דוגמא מהלכות אישות שמדגישות את הקיצור והפסקנות של הרב קארו.
2. דוגמה ב: דוגמא מהלכות בנושא מחוברים לקרקע שבה סגנון השו"ע הוא כסגנון הרמב"ם, על אף שסגנון הטור באותה הלכה יותר קצר במקצת (אך פחות ברור).
3. דוגמה ג: חזקת שלוש שנים - הרמב"ם מביא באותה סוגיה את כל הדוגמאות התלמודיות, הטור מקצר בסגנונו אך מביא מחלוקת עקרונית שבין הראשונים בעניין מסוים. השו"ע חוזר לסגנון הרמב"ם על כל הוספותיו, זולת קיצורים אחדים, ומביא רק דעה סתמית אחת שתומכת ברמב"ם ללא הזכרת הדעות האחרות והמחלוקת.
4. דוגמה ד: סוגייה בחזקת שלוש שנים – על מנת ש"חזקת שלוש שנים" תחול (לדוג בקרקע) נדרש שהחזקה תהיה רצופה ללא הפסקות, הנימוק: אם לא תהיה רציפותמ יוכל המערער שלטענתו הוא בעל הקרקע האמיתי, לומר שלא מחה משום שהמחזיק לא החזיק כדרך הבעלים. בעקבות דרישה זו, נידונה בתלמוד הסוגייה האם החזקת שתי שותפים לסירוגין שנה/שנה למשך 6 שנים ברציפות ממלאה אחר דרישת הרציפות במשנה? בסוגיה זו, כל אחד מהקודקסים מנסח את מסקנתו בצורה שונה.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **הרמב"ם-במשנה תורה** | **בעל הטורים** | **שולחן ערוך** |
| שני שותפים שהחזיקו בשדה שש שנים לסירוגין | שותף א החזיק שנה ראשונה, שלישית וחמישיתשותף ב החזיק שנה שנייה, רביעית ושישית. לא עלתה החזקה לאף אחד מהם, אלא אם כתבו שטר בניהם מפני זה שהופך את השותפות לפומבית) ואז החזקה חלה כבר בשנה השלישיתהלכה דומה נפסקת בעבד של שותפים | שותף א החזיק שנה ראשונה, שלישית וחמישיתשותף ב החזיק שנה שנייה, רביעית ושישית. אין חזקה, אלא אם כתבו שטר בניהם מפני זה שהופך את השותפות לפומבית) ואז החזקה חלה כבר בשנה השלישית | שני שותפים שחזיקו בשדההראשון בשנים א,ג,ההשני בשנים ב,ד,ולא עלתה חזקה לאף אחד מהם, ואם עשו חלוקה בשטר-עלתה החזקהכמו כן בעבדים |

1. **החידוש:** הרמב"ם הביא את דין החזקה בשדה בסוגייה תלמודית שעוסקת בחזקת שפחה, ואת עניין החזקה בעבד מביא הרמב"ם רק בסוף ההלכה כדרך אגב. כנראה שהרמב"ם העדיף להביא דוגמה יותר אקטואלית, ורק בסופה להביא את ההקשר התלמודי.
2. בעל הטורים הולך בעקבות הרמב"ם אך משמיט לגמרי את החזקה בעבד. ככל הנראה לא הייתה להלכה חשיבות רבה בימיו. ובוחר לתמצת גם את שאר ההלכה שהובאה ברמב"ם.
3. השו"ע בוחר סגנון שלישי, כמו הרמב"ם הוא מביא את ההקשר המקורי של חזקת עבד, אך כמו בעל הטורים הוא מתמצת את ההלכה.

🡨 מתוך עריכת ההקבלות ניתן להסיק על כמה עניינים כללים בדרך הניסוח של הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך הנובעים מן הדרך הקודיפיקאטיבית של כל אחד מהם-

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | משנה תורה לרמב"ם | בעל הטורים | השולחן ערוך |
| מטרת הספר | הספר נועד לשמש כקודקס הכולל את כל מערכת ההלכה "ואינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם". | בעל הטורים לא התיימר שספרו יהיה קודקס, אך ספריו עדיין נועדו לשמש כקודקס של ההכלה. | ספר פסקים כחלק מקודקס שכולל ספר הלכות וספר פסקים. הדרך היעילה לשיטת אלון. |
| מקורות התורה וחילוקי הדעות שבה | הושמטו | הטור מביר את חילוקים הדעות בין הראשונים בכל דין ודין | כולל רק את הדין שמובא בצורה סתמית וללא הבאת חילוקי הדעות. |
| נימוקי הלכה ודברי הגות | משולבים | לפעמים | מושמטים |
| ניסוח הדינים | בצורה מפורטת | קצרה יותר מהרמב"ם | הדין מנוסח בצורה קצרה, לעיתים הרי"ק מאמץ קיצורי נוסח מתוך הטור. אך בשעה שיש לשמור על בהירות הנוסח, הריהו מעדיף את סגנונו של הרמב"ם ואז ניסוח ארוך משל הטור. |

אומנם יש לחזור ולציין כי למשנה תורה של הרמב"ם השתמר מקום בראש מבחינת מבנה וסגנון. אין אף ספר הלכות/פסקים שהצליחו מבחינת בהירות מבנית, סגנון ואחדות כפי שהצליח הרמב"ם במשנה תורה, גם לא השולחן ערוך. חיבור זה של הרמב"ם נעשה בסגנון עברי יפה בהיר ואחיד, ובחטיבה אחת שלמה, זאת לעומת השו"ע הכולל סגנונות שונים, הכוללים כתיבה הן בארמית והן בעברית, וחוסר אחידות מבנית.

החומר ההלכתי בשו"ע מורכב מכמה שכבות: **א**. בחלקו כלולים דיני המצויים במשנה תורה, אך בחלקו כלולים גם חלקים שאינם זהים לפסקי הרמב"ם ולכן סוגננו אחרת. **ב.** בחלק ניכר כלולים בשו"ע דינים שהתווספו במשך 400 שנה (עדיאל: שכן השו"ע נכתב לאחר משנה תורה לרמב"ם). דינים שמקורם בשורה ארוכה של ספרים כגון ספרי הלכות, שות"ים, פירושים וחידושים אשר לכל אחד מהם מבנה וסגנון שונים. בניגוד לרמב"ם אשר הקפיד לשוות למשנה תורה מבנה וסגנון אחיד תוך עיבוד של המקורות השונים בהם השתמש, השו"ע לא בנוי כך. ר"י קארו (מחבר השו"ע) הביא בד"כ כל הלכה מהמקורות הנוספים בסגנונה המקורי – ארמית, עברית או שניהם יחדיו. אין בשו"ע כל מגמה לעיבוד המקורות השונים בצורה אחידה והרמונית או לשפה אחת. עיקר מאמציו של ר"י קארו הופנו לשם השגת ניסוח קצר וממצה של הדין, תוך השמטת מה שאינו רלוונטי. בזה הוא נחל הצלחה רבה, וזו אחת מהסיבות החשובות שהפכו את חיבורו לספר הפסקים של ההלכה העברית.

**ה. התגבשות דרך הקודיפיקציה של ההלכה** (עמ' 1115-1118)

דרכו של המחבר התגבשה מתוך לבטים בקדמו לו. אילולא הפסקנות הסתומה והאחידה של הרמב"ם, ניסיונו המקורי של הרשב"א לחיבור ספר הלכות לצד ספר פסקים, ושילובם של שני אלה בארבעת הטורים, לא הייתה נוצרת יצירתו הגדולה. הרקע והמטרה של כולם בחיבורם היה שווה: הקושי במציאת ההלכה בין המקורות הרבים, וריבוי חילוקי הדעות, והמשאלה לקודקס שיאפשר את מציאת הדין בצורה יעילה ונוחה. אלא שהדרך למטרה זו הייתה שונה אצל כל אחד.

המשותף מבחינת המטרה והשוני מבחינת הדרך בולט במיוחד בהשוואת נימוקיהם של ר"י קארו לרמב"ם. שניהם עומדים על הקושי בהתמצאות וריבוי חילוקי הדעות שהביאה אותם 'לקנא קנאת ד' צבאות' ולחבר קודקס הלכתי. הרמב"ם הבין כי עליו לחבר קודקס תמציתי וסתמי שיקבץ את כל דברי התושב"ע בלי שאדם יהיה זקוק לספר אחר. ואילו ר"י קארו למד מתוך הביקורת שהופנתה כלפי הרמב"ם כי הדרך הקצרה כשלעצמה חיונית אך אינה מספיקה וכי לכתוב תחילה ספר הלכות ולאחר מכן לכתוב לצידה ספר פסקים. הר"י קארו ראה בבית יוסף כעיקר חיבוריו וקרא לו 'החיבור הגדול', כאשר השו"ע היה ליקוט של עץ גדול ועבות זה. לעומת הרמב"ם שראה במשנה תורה את עיקר יצירתו כששאר הספרים ההלכתיים טפלים לו.

הר"י קארו המשיך לחדד את ספרו ע"י כתיבת הגהות בספר 'בדק הבית'.

השוואה מעניינת נוספת היא שהמשנה, הקודקס העברי הראשון, נתחברה ע"י רבי יהודה הנשיא שישב בבית שערים ובציפורי שבגליל התחתון. כעבור 1350 שנה חיבר ר' יוסף קארו, שישב בביריא ובצפת שבגליל העליון, את הקודקס העברי האחרון. הספר הודפס בשנת 1565 ועוד בחיי המחבר נדפסו הדפסות נוספות של הספר, דבר המראה על נחיצותו ותפוצתו.

**הרמ"א ופועלו בספרות הפסקים**

**א. הגולה שבפולין** (1118-1119)

**ב. ר' יעקב פולאק ור' שלום שכנא, ויחסם לבעיית הקודיפיקציה** (1119-1122)

**ג. הַרמָ"א** (1122-1123)

ר' משה איסרליש, המכונה הרמ"א, נולד בקראקוב בערך בשנת 1530. הוא מונה בגיל 20 לרב של קראקוב, ועל אף גילו הצעיר שמו הלך לפניו כאחד מגדולי ההלכה. הרמ"א כיהן כרב בקראקוב 22 שנה בהם העמיד הרבה תלמידים וחיבר ספרים במקצועות שונים בתורה. בתקופתו יצאו לאור הספרים "בית יוסף" ו"שולחן ערוך" והוא החליף מכתבים רבים עם ר' יוסף קארו, עד שנפטר בגיל 42 (3 שנים לפני ר' יוסף קארו, שנפטר בגיל 87). דרכו הקודיפיקאטיבית של הרמ"א הייתה שונה משל רבותיו שסברו באופן קיצוני שאין להעלות את ההלכה על הכתב כדי לא לקבע את ההלכה. הרמ"א ראה חשיבות בחיבור ספרי הלכות וספרי פסקים, שינוי זה בא לידי ביטוי בשלושת חיבוריו: דרכי משה, תורת חטאת, והגהותיו על השו"ע הנקראים "המפה".

**ד. דרכי משה** (עמ' 1123-1129)

כמו ר' יוסף קארו, גם הרמ"א מפרט בהקדמתו את מניעיו הקודיפיקאטיבים. בשלב הראשון (בהקדמתו לדרכי משה) מנה 2 מטרות: 1. קיבוץ הדעות השונות השייכות לנושא הלכתי מסוים. 2. ריכוז הדעות השונות בדרך נוחה וקצרה. הרמ"א מסביר כי בעת הלימוד, הוא למד את דעות החכמים הגדולים ומתוך השוואה בין מסקנותיהם ראה כי לעיתים יש סתירה בין ההלכות השונות. לדעת הרמ"א פסיקה נכונה תגיע רק **מעיון** בדעותיהם של כל החכמים, אך הבעיה בדרך זו שהיא קשה וארוכה ולכן יש צורך בחיבור ספר שיקבץ את הדעות השונות בכל עניין ויביא אותן לעיון בדרך נוחה וקצרה. וכמו ר' יוסף קארו גם הרמ"א ראה לנכון לסמוך את חיבורו על ארבעת הטורים שהיה נוח ומסודר. זו הייתה מטרתו הראשונית של הרמ"א.

במהלך הכתיבה שינה הרמ"א מהותית את מטרתו ואת צורתו של ספרו. הסיבה לשינוי היה ה'בית יוסף' של הר"י קארו שהגיע לפולין. הרמ"א אמר כי הר"י הוא כ'נר ישראל וראש הגולה' וכי ספרו הולם את המטרות המקוריות שייעד ל'דרכי משה' ואף עולה על חיבורו של הרמ"א בעניין ובהיקף. אך לאחר שעיין בספר, ובמיוחד על דרך הכרעת הדין התברר לו כי קיימות 3 סיבות הנוספות למטרותיו הראשונות ועליו להמשיך בכתיבת חיבורו:

1. הרמ"א סבר כי המחבר הביא את הדעות באריכות ויש להביאם בקיצור רב. הטור שימש לא רק כספר שהסמיך אליו הרמ"א את ספרו, אלא גם כדוגמא של אופן הבאת הדעות השונות וניסוחן בצורה קצרה. הרמ"א היה מודע לסכנה בקיצור הדברים כך שיתכן ויובנו באופן שגוי, אך הוא העדיף זאת מכיוון שסבר שהאריכות מונעת את הלימוד והעיון. הוא הוסיף לכל הלכה קצרה את המקור שלה.
2. הרמ"א ראה כי שיטת הפסיקה של ר"י קארו מתוך מאגר פוסקים, הביאה להזנחה של ספרי הלכה רבים וחשובים, בעיקר מאשכנז. דבר שהוא פגם בספר שמטרתו לקבץ לתוכו את כל החומר ההלכתי, במיוחד שהשמטת הדעות של חכמי ההלכה (בין אם ר"י קארו בחר שלא להחשיב אותן או שלא ידע עליהן) עלולה להשפיע על הכרעתו ופסיקתו של הדיין. ולכן, לדעתו במלאכת קיבוץ הדעות חובה להביא גם דעות אלו.
3. הסיבה העיקרית להמשך כתיבת החיבור היא אי-הסכמה עם שיטת הפסיקה של ר' יוסף קארו ושמירה על כללי הפסיקה של רבו. הרמ"א חולק על ההסתמכות על שלשת עמודי ההוראה, מכיוון שהיא נוגדת את הכלל "הלכה כבתראי" שאף הרי"ף בעצמו נהג בה. כלל הפסיקה של המחבר סותר את כל הדינים המקובלים בפולין, שבנויים על "הלכה כבתראי", ועל כן אין אפשרות לקבל את הכרעתו בהם.

המושג "הלכה כבתראי" הוא שגרם לרבותיו של הרמ"א לא לרצות לכתוב כלל ספרי הלכה, אך הרמ"א לא החיל כלל זה לעניין צורתה של ספרות הפוסקים (שהרי הוא חיבר ספרים), אבל שמר עליו לעניין תוכן ההכרעה בדיני ההלכה. (הרמ"א מצביע כי גם ר"י קארו לא שמר על כללי פסיקתו.)

הרמ"א חולק לא רק על כלל הפסיקה של השו"ע אלא הוא מזהיר גם מקבלת דבריו כסופיים אעפ"י שהכריע כ'הלכה כבתראי'. הרמ"א התנסח בצורה של "כך נהוג" או "נראה לי" או להביא את בעל אותה הדעה, כדי לא לפסוק בעצמו באופן חותך בין הדעות השונות ולאפשר לכל מי שימצא טעות בפסיקתו לחלוק עליו. הרמ"א כותב כי על הדיין לעיין בכל אחת מהדעות ולפסוק לפי הנסיבות שלפניו, "כפי הוראת השעה וכאשר עם לבבו" שהרי "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

**ה. ה"תורת חטאת" ודרכו הקודיפיקטיבית** (1129-1131)

הספר השני הגדול שחיבר הרמ"א בתחום ספרות הפוסקים הוא "תורת חטאת" ובו הוא חוזר על שלושת העיקרים שבספרו "דרכי משה". ספר פסקים זה כולל חלק ניכר מדיני איסור והיתר כמו דיני טרפות, תערובת, מליחה ועוד. הוא נתחבר בעקבות "שערי דורא". בהקדמה לספר הוא דן בצורך לעמוד על דעת חכמי ההלכה האחרונים (עקרון הלכתא כבתראי), ואף חוזר שוב על עקרון חופש ההכרעה שיש להשאיר בידי כל דיין לפי נסיבות המקרה שלפניו. הוא חוזר ומזכיר שהוא סומך את דבריו על הפוסקים האחרונים שהאשכנזים נוהגים לפיהם שלא נזכרו בבית יוסף. הוא מעמיד אותנו על עקרון פסיקה חשוב נוסף – כאשר מצד הדין הדבר מותר, אך האחרונים החמירו ואסרו, אז כשקיימות נסיבות מיוחדות יש לפסוק להקל. נסיבות מיוחדות- כאשר האיסור מביא להפסד כספי גדול, עניין הנוגע לאדם עני או כאשר הדבר דרוש לכבוד השבת.

בדברי משה ראינו את הצורך של הרמ"א להביא דעות של חכמי ההלכה בקצרה כי האריכות מונעת עיון ולימוד לדעתו. בהקדמה שלפנינו, הרמ"א מדגיש שאסור לקצר מידי כי גם זה מסוכן, שהדברים עלולים להיות לא ברורים ויובילו למצב של פסיקה לא כהלכה. הדבר הזה קרה בספר שערי דורא, שמרוב קיצורו הדברים לא ברורים ופירושים עליו נראים סותרים זה את זה. הוא מסכם ואומר שהקיצור טוב אך עם זאת חשוב להביא את כל חילוקי הדינים הנמצאים בשאר הפוסקים. הרמ"א אימץ לעצמו את דרכו הקודפיקטיבית של רבינו יעקב ברבי אשר בספרי הטורים, שאף השמיט את הדיון במקורות התלמודיים אך הביא את הדעות השונות של חכמי ההלכה שלפניו.

**ו. ההגהות ל"שולחן ערוך" – המפה** (עמ' 1131-1138)

הרמ"א השלים את יצירתו הגדולה בתחום ספרות הפוסקים בחיבורו השלישי- הגהותיו לשו"ע אשר פרס כמפה על השולחן. מסתבר כי הרמ"א כלל לא תכנן לכתוב חיבור בסגנון של השולחן ערוך, הוא ראה את צורת החיבור של "דרכי משה" ו"תורת חטאת" כדרך הנכונה, ביחוד שכתב אותה בדרך קצרה יותר מ"בית יוסף". אך העובדה כי הר"י קארו סמך את חיבורו על 2 סוגי ספרים, הביאו גם את הרמ"א לעסוק ב2 יצירות.

אותן הסיבות ששימשו את הרמ"א לכתיבת ספרו 'דרכי משה' הביאו אותו לכתיבת המפה- 1. השמטת דבריהם של חכמי אשכנז ופסיקה הסותרת את מנהגיהם. 2. כלל ההכרעה של הר"י לא תואם את כלל 'הלכה כבתראי'. ולכן הרמ"א היה חייב לכתוב ספר פסקים המתבסס על ה'דרכי משה' בדומה לשו"ע וה'בית יוסף'. ואכן, הרמ"א מביא בהגהותיו את מסקנת הלכותיו בצורה קצרה וסתומה וללא ציון המקורות. אמנם בדרך זו סטה הרמ"א ממגמתו המוצהרת כפי שהופיעה בהקדמתו לספר 'תורת חטאת' שכתיבה כזו מביאה לכשל בהבנת ההלכה ופסיקתה, אך סטייה זו הייתה הכרחית כי רצה להיצמד לדרכו של השו"ע.

הגהות הרמ"א מבוססות על אותם העקרונות של "דרכי משה". הוא מוסיף את ההלכות המקובלות באשכנז שלא הובאו בפסקיו של הר"י קארו. אמנם הדבר פגע באחידות וסתמיות ההלכה של "השולחן ערוך" אך זו הייתה כוונתו ומגמתו של הרמ"א והוא ראה בזה דבר חיובי, שיראו התלמידים את ריבוי דעות בנושא מסוים ולא שיחשבו שמדובר בהלכה ללא עוררין. דרך זו הייתה קרובה יותר לגישתו של הרמ"א להביא בקיצור את הדעות השונות ולא לנסות להביא רק את ההלכה הסופית באופן סתום. גם הדיין צריך לפסוק מתוך הכרה של הדעות השונות והמציאות שלפניו מתוך הכללים "הלכה כבתראי" וכן "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

בנוסף הרמ"א הגיה שיבושים בחיבורו של המחבר, פירש והסביר את דבריו, ולעיתים הצביע על סתירות בין פסקים שונים בספר. יש שהגהה הודפסה במקום הלא נכון. לעיתים הרמ"א מוסיף הלכה מסוימת לא כי היא שנויה במחלוקת עם המחבר, אלא כדי לשכלל את תוכן השולחן ערוך כספר פסקים מושלם. לדוג':

* הרמב"ם פותח את הלכות שלוחין ושותפין בהלכה: "האומר לשולחו: צא ומכור לי קרקע או מטלטלין או קנה לי- הרי זה מוכר ולוקח ועשה שליחותו, ועל מעשיו קיימין." = שלוחו של אדם כמותו.
* הטור פותח את הלכות שלוחין בחושן משפט בהלכה: "שלוחו של אדם כמותו לכל דבר, חוץ מלדבר עבירה... וכתב הרמב"ם.. וכל מעשיו קיימין". הטור מקדים לדוג' הקונקרטית את העיקרון שביסוד דיני השליחות. שהרי בדבר עבירה "דברי הרב (אלוקים) ודברי התלמיד (השולח)- דברי מי שומעין" שהרי השליח צריך למלא את דברי ד' ולא את דברי השולח.
* הר"י קארו בפתיחתו להלכות שלוחין בשו"ע משמיט את העיקרון המובא בתחילת דברי טור ומתחיל בהלכה הקונקרטית שמציין הרמב"ם. כמובן שהשו"ע לא שולל את העיקרון, אלא שהוא מצמצם ככל האפשר בהבאת ההלכה והולך לפי סגנון הרמב"ם.
* הרמ"א הוסיף את העיקרון שבדברי הטור ואף הרחיב אותם שאף בשליחות לדבר עבירה, אם השליח אינו בן עונשין לעניין אותו מעשה שליחות, אז הוא יכול להיות שליח לדבר עבירה שהרי השולח יודע שהשליח יעשה את העבירה שהרי הוא לא מחויב במצוות ואינו נחשב כעושה עבירה.

כך השלים הרמ"א את החיבור הקצר והפסקני של ר' יוסף קארו ונתן לו עקרונות חשובים השייכים לכל ההלכות בהמשך.

**ז. השולחן ערוך כקודקס של ההלכה העברית** (עמ' 1137-1138)

עם הגהותיו של הרמ"א הושלמה היצירה בתחום ספרות הפוסקים עם כתיבת ספר פסקים של מערכת ההלכה כולה. שולחנה הערוך של היהדות כלל את כל ההלכה הנהוגה בארצות ספרד ואשכנז. אמנם ההלכה עברה עוד שלבים מאז החיבור ועל כן כיום אי אפשר לפסוק הלכה רק מספר זה, אך עד היום השו"ע והמפה הם הקודקס המקובל על הקהילות השונות וכל הדיונים ההלכתיים נעשים סביבו ומתחילים ממנו.

לסיום הנושא יש לערוך השוואה בין הגהות הרמ"א על השו"ע לבין הגהות הראב"ד על הרמב"ם. הראב"ד ראה את "משנה תורה" כחיבור בעייתי מעצם מהותו, כספר פסקים. הוא הביא לתנועת התנגדות גדולה לספרות זו, תנועה שגרמה לעיכוב בחיבורם של ספרי פסקים במשך מאות שנים. לעומת זאת, הרמ"א ראה את המחבר כ"ראש הגולה" ואת שולחנו כערוך וברור, ורק רצה להגיה עליו בדינים ומנהגים שלא באו לידי ביטוי בחיבורו. הגהותיו לא רק שלא דחו את יצירתו הקודיפיקאטיבית של המחבר, אלא הכשירו אותו להיות הספר המקובל על כל עם ישראל.

# עמיחי רדזינר "חוק מקרקעין עברי: על עוד ניסיון (מרשים אך כושל) להחדרת המשפט העברי לחקיקה הישראלית" עמ' 293-313- שבתי בן-דוב – סיכום של איתי פלור

המאמר סוקר את השפעות המשפט העברי, הנראות בבירור, על הצעת חוק המקרקעין שכשלה וטרם עברה.  בחלקים מהצעת החוק ניתן לראות מודעות ברורה למקומה של הצעת החוק במדינה מודרנית, אשר מחייבת שינויים באשר לדין העברי שהיה קיים פעם:

**דינא דבר מצרא**(זכות קדימה לרכש חלקת שדה סמוכה לזו של בעלים סמוך, מפני שלו תהא תועלת רבה יותר ממנה מאשר קונה "זר")- העקרון סויג, כך שיחול רק כאשר חיבור שתי הקרקעות, זו של החקלאי וזו של המוכר, ייצור קרקע אחת גדולה. זאת, בשל הבעיות הכלכליות שעשוי דין כזה לעורר בימינו(בשל מצב המקרקעין בישראל) ואף שפוסקים גדולים(הרמ"א ושו"ע) קבעו כי חריג ישן(הקובע שדינא דבר מצרא לא יחול כשיש מכשול בין השדה הנמכר לשדה של הבעלים הסמוך) אינו תקף לבתים.  בכך, מוכיחה הצעת החוק התחשבות בחלל אליו היא נכנסת.

ובקצרה: קבעו סייג לדינא דבר מצרא כדי להתאימו לימינו, אף שפוסקים חשובים טענו שהוא לא צריך לחול.

**דרכי קניין**- כשהוצגה הצעת החוק, המציגים עמדו על חשיבות הרישום של הזכות הקניינית, שקיבל תוקף בחוק המקרקעין ובחקיקה העות'מאנית והבריטית. עם זאת, הצעת החוק נקטה עמדה שונה- יש לעמוד על חשיבות הרישום, אך זו אינה הדרך היחידה להעברת בעלות קניינית: תתקבלנה גם העברת זכות קניינית דרך כסף, שטר או חזקה. הסיבה לכך היא שללא קבלתן, נפיל על הציבור גזירה שהוא לא יוכל לעמוד בה. עם זאת, ולמרות שמעמד שלוש הדרכים (כסף, שטר או חזקה) לא נופל מזה של רישום, הצעת החוק מפרידה ביניהן כך שהן יחולו כל עוד לא נעשתה עסקה אחרת על המקרקעין בתמורה, בתו"ל וברישום(כשהוא נדרש). ההסדר שנוצר דומה למדי לזה שבעסקאות נוגדות במקרקעין, ונועד להקנות מעמד עדיף ומוחלט לזכות מקרקעין שנרשמה, אך עדיין קיים שוני בין ההסדרים: השוני נובע מכך שעסקאות שהתבטאו במעבר כסף, שטר או חזקה אינן עוד "התחייבות לעשיית עסקה" אלא מקנות זכות קניינית מלאה(גם אם לא מוחלטת). הדבר מבטא גם את גישת המשפט העברי, לפיה חוזה המבוסס על התחייבות לרכישה שלא לווה במעשה קניין נשלל באופן בסיסי.

מה לגבי מיטלטלין שהיו על המקרקעין הקנוי? באשר אליהם, אומץ הסדר הקושר משפטית בין המיטלטלין למקרקעין שנלקחו מעצם העברתם לידי אותו הבעלים, ואפילו אם המיטלטלין כלל לא היו על הקרקע(להבנתי- אם נרכשו מיטלטלין ומקרקעין ע"י אותו אדם, עצם השלמת רכש המקרקעין כבר יכולה להקנות "מעשה קניין" למיטלטלין ולהעביר גם אותם). גם באשר להסדר זה, צוין בעיקר היתרון המעשי שבו ולאו דווקא מקורו במשפט העברי(שכלל לא אוזכר בהצעת החוק בחלק זה).

בהצעת החוק של שבתי בן-דב ניתן משקל רב **להיבטים לאומיים**: דוגמה לכך- בקרקעות מסוג "מירי"(מושג מהמשפט העות'מאני- משמעותו קרקעות בבעלות המדינה שהוכחרו לגורמים אחרים) קבע כי יש להעבירן לבעלות מוחלטת של המחזיק,  ונימק זאת בין היתר בכך שרבות מהקרקעות הוחכרו לגורמים לאומיים אחרים ולמדינה עצמה, ולכן יישארו בידי המדינה בצורה כזו או אחרת. מנגד, הוא מציג שיקול "רב משמעות" כלשונו למדיניות זו, ומסביר כי השתלטות כובשים רבים על אדמות המדינה מעולם לא הוציאה אותן מידיהן, והדבר נתמך גם במשפט העברי- "קרקע אינה נגזלת לעולם אלא ברשות בעליה עומדת.. אפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים". כך, ראוי הוא כי כל האדמות יחזרו לידי בעליהן, המדינה עצמה וזה המשטר שהיה ראוי בעיניו לאמץ(ובהמשך הוא אף רומז כי ראוי שקרקעות בבעלות פרטית- "מולק" במשפט העות'מאני, יולאמו ע"י המדינה). עם זאת, גם כאן מתנגש הרצוי עם המצוי- מדיניות זו לא תתקבל  במצב המשפטי הנוכחי, ושב"ד היה מודע לכך.  נראה כי הוא הושפע רבות מעקרון "דינא דמלכותא דינא", והאמין כי יש לאמץ את המשפט העברי בארץ ישראל, שהיה המשפט הנוהג בעבר. גישה זו משמשת אותו בקביעה כי אין כל תוקף לדין הבריטי שחל בעבר, וגם לא למשפט העות'מאני, ששניהם היו דינים ששייכים לכובשים זרים. ברור שעקרון זה חל כלפי כל הדינים, והוא התבטא גם בהצעת החוק, הרואה מי שזכו בבעלות בקרקעות לפי הדין הזר כגזלנים, שיש לקחת אדמתם(לפי הצעתו מרחיקת הלכת, לה רמז).

הדבר השפיע גם על תפיסתו הלאומית –שראתה בערבים בעלי זכות בקרקע רק לפי דין זר, שאין אנו מחויבים לו וגם הכלל "המוציא מחברו עליו הראויה" לא יחול עליו מפני שהם גוזלי קרקעות, **שהשבתן לידי המדינה תעשה את הצדק הראוי ותתקן עוול נורא- הוא החזקת קרקעות בארץ ישראל ע"י נוכרים.**גישה  זו באה לידי ביטוי בבירור בהצעת החוק.

**גישתו הכלכלית**- שב"ד ראה בשתי הגישות המודרניות, סוציאליזם וקפיטליזם, חסרונות רבים ודחף לאימוץ השיטה האופטימלית מבחינתו- שיטת התורה.  גישה זו דגלה בחירות כלכלית אינדיבידואלית שלא תחייב חסדי הזולת, אך מנגד תהא מוגבלת בחובת קיום מצוות בין אדם לחברו ובין אדם למקום כדי שהחירות האינדיבידואלית לא תהפוך לחירות אינדיבידואליסטית(כלומר- נרצה לאפשר לאדם חירות כלכלית, אך במידה שתשמור על החיבור השורשי שלו לארץ ולסביבתו). זאת, ייעשה לפי שיטת "משנת יובל"- בכל 50 שנים יחולק מחדש העושר בחברה לפי צורכי כל משפחה.

שב"ד ראה טעם להציע את הגישה הכלכלית גם כשמדובר בחיבור מעשי בדיני ממונות, מפני שהגישה רלוונטית בכל דין מ"דיני ישראל", ויש לה משמעות מעשית למדינה כצעד בדרך לגאולה, שהדין העיקרי בה יהיה דין היובל(המיוצג בגישתו הכלכלית של שב"ד).

**סיכום**-  הצעת החוק של שב"ד ודבריו הגיעו בעת בה הגישה המשפטית הכללית ראתה בדיני המקרקעין בישראל קשיים רבים, וסברה כי הם טעונים שינויים מהותיים ודחופים. מכאן, מתפצלות עמדותיהם של הגורמים המשפיעים(השר הממונה-דב יוסף ושבתי בן-דוב):

**דב יוסף:** ראה צורך בשינוי הדין הטורקי בשל הפרימיטיביות שלו, היותו עתיק ומיושן  ואי-התאמתו למדינה המודרנית

**שבתאי בן-דוב**:  שאף לשוב לדין עתיק ומאוד לא מיושן- הוא המשפט העברי, שצריך לעמוד בבסיס כל החקיקה הישראלית.

הצעתו של שב"ד היא הניסיון המשמעותי ביותר במשפט המשפטים לנסח הצעת חוק על טהרת המשפט העברי, ולא כזו שרק שאבה ממנו השראה.

קשה יהיה לטעון שלהצעה הייתה השפעה משמעותית בפועל, שכן היא לא התקבלה וגם לא השפיעה על חוק המקרקעין.

**הצעה זו מצטרפת לסדרת כשלונות בהטמעת המשפט העברי בדין הישראלי, כשהעיקרי שבהם הוא הניסיון לשנות את סימן 46 לדבר המלך כך שיפנה למשפט העברי כשיש לקונה בחוק.**

גם בכישלון זה יש לדוב יוסף, שר המשפטים, "מניות" והוא נבע מאמונתו שלמשפט העברי אין מקום כמקור מרכזי במשפטה של מדינה מודרנית, ולכל היותר הוא יוכל להוות "קישוט" בדיניה, שחלקם מבוססים על שיטות משפט זרות.

אפילו כששונה סימן 46, והפנה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", המערכת המשפטית הפכה אותו  כמעט לאות מתה מתוך אידאולוגיה שסברה שהמשפט העברי אינו מתאים לדיניה של חברה מודרנית.

בשיחתו עם שמגר, לביקורתו על חוק המקרקעין שנהפך ל"מג'לה חדשה"(ולצורך במשפט עברי כחלק מהחוק- פרשנות שלי) ענה שמגר שהיא תבוא לידי ביטוי כשיאחדו את כל החוקים בדיני הממונות תחת קורת גג אחת. עם זאת, גם בהצעת חוק דיני ממונות לא בא לידי ביטוי המשפט העברי.

חשיבות הצעתו וכתיבתו של שב"ד- זו עומדת בהעזה לשלב בין ההלכה לצרכים המודרניים של המדינה דרך היעזרות בדינים זרים ובמחקר השוואתי ועמידה על יתרונותיו של המשפט העברי על דינים אלו. בעמדה זו יש אומץ, וסביר שהייתה סופגת ביקורת בחוגים הדתיים על עצם ההשוואה בין הדינים, כמו גם על החידושים שהציע ש"מתקנים" הלכות קיימות במשפט העברי, וזאת בהיעדר מעמד הלכתי אישי חשוב של שב"ד עצמו.

גם מביקורת זו לא שב"ד לא היה צפוי להתרגש, באומרו כי חוסר המעשה של התומכים בהחייאת המשפט העברי נוכח ואינו ראוי.