המשפט העברי במדינת ישראל

מטלת ביניים – חוק יסודות המשפט תש"ם – 1980

באלו מקרים על בית המשפט לפנות ל"עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל"?

הציגו את דעותיהם של השופטים מנחם אלון ואהרן ברק. כיצד פסק בית המשפט?

·        מה כוללים "עקרונות מורשת ישראל" לפי אלון ולפי ברק?

*הערת הבודק*

*התייחסת לשאלה האם חוק יסודות המשפט משפיע על פרשנות במקרה שאינו לקונה.*

*התייחסת למחלוקת בשאלה מהם עקרונות מורשת ישראל (הלכה לעומת דברי הנביאים, הפילוסופים היהודים ומשפטנים בני-זמננו).*

*התייחסת לשאלה מהו חסר משפטי (הלכה של בית המשפט העליון בלבד, לעומת פיתוח המשפט).*

*התייחסת לשאלה כיצד מפרשים מושגים ערכיים, כגון צדק, תום לב ותקנת הציבור.*

*התייחסת לשאלה האם למשפט העברי השפעה על פרשנות חוקים.*

*התייחסת לשאלה האם המשפט העברי הוא מקור ראשון במעלה או שווה בין המקורות.*

*התייחסת לשאלה כיצד פסק בית המשפט בתיק.*

***התייחסת לשאלה האם לקונה היא בחוק בלבד או גם בהלכה הפסוקה. יפה מאוד***

*ציון 100*

בפס"ד הנדלס[[1]](#footnote-1) התגלעו חילוקי דעות בקרב שני שופטי ביהמ''ש העליון, ברק ואלון, על מידת ואופן השימוש במשפט העברי (=מ"ע). המחלוקת בפס"ד הנדלס הייתה, מהי הדרך לפרש באופן המיטבי את המושג בחוק השבת אבידה 'רשותו של אדם אחר', האם לפי המ"ע או לפי מקורות אחרים? בתורף הדיון נמצאת השאלה באילו מקרים ראוי וישנה חובה לפנות למ''ע, וכן מה משמעות המונח ''מורשת ישראל''[[2]](#footnote-2) המופיע בחוק יסודות המשפט - שנחקק באותן שנים בהם התרחשו הדיונים. [[3]](#footnote-3) לשון החוק היא:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"

בפני ביהמ"ש בערעור הראשון, הונחו מספר חוות דעת על שיטת המ"ע בנושא. השופט אלון, קיבל את חוות הדעת ואמר עליהם כי זו דרך המאפשרת לשופטים לדעת מה סובר המשפט העברי. ואף אם הדבר אינו בגדר מסמך משפטי, הרי הוא ושכמותו יאפשרו לשופטים להשתמש במשפט העברי - ''כל המרבה לספר במשפט העברי, לתארו ולהסבירו, הרי זה משובח'' - טוב וראוי להשתמש בהם.

ברק לעומתו, ראה פסול בעצם הניסיון ללמוד מהמ"ע על המקרים הקונקרטיים "המשפט העברי לענייננו אינו "דין" החל בישראל, שכן בענייננו חל חוק השבת אבידה ולא המשפט העברי" ולכן התנגד לעצם השימוש בעוצם חו"ד.

במאמרו "עוד בענין חוק יסודות המשפט"[[4]](#footnote-4) מסביר אלון כי המושג ''עקרונות מורשת ישראל'' הוא מושג מופשט, שלא מייצג את מהות השילוב הראוי. לדידו, "עקרונות אלו" המופיעים בחוק, ראוי שיהיו המ"ע, שהוא "המערכת המשפטית ההסטורית" של עם ישראל. זוהי מסורת שהחלה לפני אלפי שנים, החל מהמשנה לתלמוד שאלות ותשובות ראשונים אחרונים, ועד "קבצי תקנות וספרי שטרות". אלון רואה בכל תלמיד שיושב בבית המדרש ולומד את הוויות האמוראים אביי ורבה, את תורת הראשונים הרמב"ם והר"ן - כממשיך חי של המשפט העברי, וממשיך ללמוד ו"להגות בתורתו וחכמתו של המ"ע". רצונו של אלון להשתמש במ"ע נובע מתוך אמונה כי ההפריה ההדדית בין המ"ע לבין המשפט הישראל עשויה להועיל משני הצדדים; למשפט העברי היא תביא התפתחות וחיוניות, ולמערכת המשפט הישראלי היא תזכה ל"השתלבות חכמת הדורות" בתוך המערכת הצעירה. הוא רואה בתחיית השפה העברית, מודל שיכול להראות כיצד שימוש במסורת, הופך לרנסנס מלבב.

לעומת השופט אלון, סובר השופט ברק, שעקרונות מורשת ישראל אינם דווקא המורשת המשפטית של המ"ע. במאמרו "החסר במשפט"[[5]](#footnote-5) הוא טוען כי המושג "מורשת ישראל" ילך ויתבהר במהלך השנים, אך ניתן להגדירו באופן כללי כמושג לאומי הכולל גם פרשנים מסורתיים כרמב"ם, אך גם כאלו שנדחו מהמסורות - כשפינוזה; זהו מושג הכולל ספרות עתיקה, אך גם ספרות חדשה של השנים האחרונות; הוא כולל גם ספרות תורנית, אך גם ספרות חילונית. לדידו, כמעט ואין משמעות לחיקוקו של חוק יסודות המשפט, שכן עקרונות הצדק וכד' נמצאים במורשת של העם באופנים רבים שונים ומגוונים - ולא רק במ"ע.

לסיוע לדבריו הוא מביא כי כאשר עלו הנוסחים השונים לנוסח החוק, פרופ' רקובר ממשרד המשפטים הציע את הנוסח "במסורת המשפט (או: ביצירה המשפטית) של העם היהודי" ואילו הוא, השופט ברק, שינה זאת ל "לעקרונות צדק ויושר של מסורת ישראל" שכן לדבריו אין כאן הפניה למקורות המשפטיים דווקא, אלא למכלול היצירה היהודית. יתר על כך, הערכים של צדק יושר וכד', נלמדים ממהותה של המדינה, ולאו דווקא מהמ"ע – ולכן ממילא אין חובה לפנות דווקא למ"ע.

**באלו מקרים על בית המשפט לפנות ל"עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל"?**

לפי **השופט אלון** בית המשפט צריך להשתמש במ"ע כמקור השראה ראשון במעלה, בטרם יבוא לפנות למקורות אחרים.

ישנם שני מקרים בהם חובה על ביהמ"ש לפנות למ"ע:

1. כאשר ביהמ"ש לא מצא לא במקורות המשפט הקיימים, וגם לא מצא על דרך ההיקש, וקיים "שטח ריק"/לאקונה, אזי חוק יסודות המשפט מחייב פניה למ"ע.

2. מקרה נוסף הוא כאשר ישנה חוסר בהירות לגבי הפרשנות הנכונה, אזי המ"ע הוא החוק המשלים. לדוגמה: כאשר מופיע בחוק מושג כמו צדק / תום-לב / תקנת הציבור וכד' הם צריכים להתפרש על פי "השקפות יסוד, המושרשות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי"

הוא מדייק בלשון החוק, שם לא נאמר שרק במצבי חסר (לאקונה) יש לפנות למ"ע, אלא במקרים בהם יש "שאלה משפטית הדרושה הכרעה". וכי החוק לא מתייחס רק חסר שבחקיקה, אלא גם בחסר בפסיקה. לדידו יישומו של החוק הוא רחב.

**השופט ברק** מדייק כי החוק מפנה דווקא ל"עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל" ולא לכל פרטי הדינים המצויים שם ואף לא למתודולוגיה שלו.

הוא מוסיף עוד, כי המ"ע לא אמור להיות הדין המשלים – ובעצם אין דין משלים כל שהוא. כאשר יש חסר בחקיקה, החוק אמור להיות הדין המשלים של עצמו - והוא לא אמור להיות כלל פרשנות. הוא מנסח זאת בצורה חדה:

הפיכתה של מורשת ישראל למקור משלים במקרה של לאקונה אינה הופכת את מורשת ישראל למקור מפרש בהעדר לאקונה. (יסודות המשפט, עמ' 7)

 ניתן לראות את ההבחנה של ברק, עליה עמד גם במאמרו "החסר במשפט", בין שלושה תהליכים משפטיים של השופט: 1) פרשנות המשפט 2) פיתוח המשפט 3) השלמה במקרה של חסר.

את הפרשנות יש לעשות לפי כללי הפרשנות הרגילים: כאשר שופט נזקק לבדוק מה היא פרשנות החוק הראויה, עליו לפרשה מתוכה - מתוך החקיקה עצמה. וכאשר החקיקה הושפעה משיטה זרה יש לפנות אליה ולא למ"ע. אם אין פתרון בפסיקה, יש לחפשו בחקיקה, ואם גם שם אין פתרון, אזי יש להגיע אליו באמצעות היקש. רק אם גם דרך זו לא מביאה לפתרון, אזי ניתן להגדיר את המצב כ'לאקונה'/חסר - זהו המקרה אליו מתייחס חוק יסודות המשפט - רק למקרים של חסר. ברק מצמצם עד מאד את המציאות שבה ייתכן ותהיה לאקונה.

בפס"ד ז'רז'בסקי הוא מסביר כי פיתוח המשפט לפי המ"ע עלול להיות פגם במלאכת הפרשנות, שכן את פיתוח המשפט יש לעשות על פי העקרונות של השיטה המשפטית ומתוך האמונות ותפיסות היסוד של החברה. ממילא, קיימת ההיזקקות גם למ"ע, כאחד מני רבים - ולא כבכור. זאת משום שערכי ה"צדק יושר וכד'" הם הערכים עליהם מושתתת התרבות של החברה. לכן כאשר ביהמ"ש יבקש לפתח את המשפט, ערכי החברה יכללו ממילא ערכים מהמ"ע. לעומת זאת, אם הוא יפנה בדווקא למ"ע, הרי שיחמיץ ערכים תרבותיים רבים. לדוגמה: כאשר השופט נתקל במושג כמו תום לב וכד', עליו לפנות לנורמות הכלליות שישנן במציאות החיים הנוכחית, ולא למערכת מושגית עתיקת יומין. עליו לפנות, להיסטוריה החקיקתית של מדינת ישראל, לערכי היסוד של המדינה - כפי שאלו מקובלים על "הציבור הנאור". מורשת ישראל מתחרה עם ערכים שינקנו ממסורות שסביבנו כגון שוויון ,קידמה וכד' ואין לערכי מסורת ישראל בכורה או "מעמד על".

המקום בו לכאורה יש מקום למורשת ישראל הוא כאשר יש חסר. ברק טוען כי המערכת בישראל היא מערכת משפטית ''סגורה'' - כזו "הפותרת את כל הבעיות מכוח דין שיור שהיא קובעת". ממילא, על השופט להשלים כל חסר שישנו במשפט, והשלמה זו באה מתוך מטרות ועקרונות המשפט. השופט בפסיקתו, משלים את מה שלא יכול לעשות המחוקק. השלמה זו נעשית מתוך שאיפה להרמוניה פסיקתית ומתוך ראיית המציאות הנוכחית. ממילא, פניה למ"ע אינה רלוונטית שכן היא גם נובעת ממקור אחר, גם אינה הרמונית לשיטה וגם אינה ממציאות החיים הנוכחית. יוצא איפה כי אין מציאות של חסר אותה יכול להשלים המ"ע.

**פסיקת ביהמ"ש**

השופט לוין סובר כשופט אלון.

השופט חיים כהן, מ"מ טוען שכאשר המחוקק בחר ניב מהמ"ע, פרשנותו צריכה בהתאם להיות מהמשפט העברי. אך כאשר זהו מושג הקיים גם במ"ע וגם במקורות אחרים, אין הצדקה, וודאי שלא חיוב, להשתמש בפירוש הנמצא במ"ע, והממעיט – אינו גורע.

במקרה שלנו, הוא סובר שפרשנותו של אלון לגבי "מקום" הנסמכת על המ"ע, היא פרשנות שגויה ביחס לחוק, ולכן לא מסכים עימו.

השופט לנדוי סובר כי יש ליצור סינטזה – כפי שבא לידי ביטוי בחוק; במקרה של לאקונה - מחד ישנה הפניה למס ורת ישראל כמקור פרשני ראשון במעלה, ומאידך לשון החוק לא צמצמה עצמה למ"ע. במקרה שלנו אין לאקונה.

רוב בקרב השופטים פסק לקיים את פסק הדין שניתן בערעור.

1. ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס. ובערעור ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם. [↑](#footnote-ref-1)
2. בתיקון לחוק משנת 2018 נאמר "…של **המשפט העברי** ומורשת ישראל" [↑](#footnote-ref-2)
3. חוק יסודות המשפט חוקק ביולי שנת 1980. הערעור הראשון לעליון היה ב2/1980 והערעור השני בעליון היה ב3/1981. ניתן לשער שבשל סמיכות הדברים יש לפס"ד משמעות כה גדולה. [↑](#footnote-ref-3)
4. **מנחם אלון** "**עוד לעניין חוק יסודות המשפט"** שנתון המשפט העברי - לו [↑](#footnote-ref-4)
5. א' ברק, "**החסר** (**לאקונה**) **במשפט וחוק יסודות המשפט**" משפטים כ (תשנ"א). [↑](#footnote-ref-5)