**המשפט העברי במדינת ישראל**

**ד"ר חיים שפירא**

# מבוא

המשפט של כל מדינה מייצג את מערכת הנורמות שמחייבת את אזרחי המדינה ותושביה. מערכת זו היא המערכת שגוברת בתוך המדינה על כל המערכות הנורמטיביות השונות למשל מערכות דתיות, מועדני ספורט, צבא, משטרה וכו'. כל אחד מגופים אלו קובע לו כללים ונורמות משלו. כל המערכות שקיימות במדינה כפופות למערכת של החוק והחוק משמש כמעין מטריה. מטבע הדברים מערכת המשפט משקפת את הערכים והתפיסות של החברה שיצרה אותה. לכל משפט יש ייחוד משלו המשקף את המסורת התרבותית של החברה ושל המדינה בה הוא נוצר. השאלה היא האם ועד כמה המשפט של כל מדינה צריך להיות מיוחד והאם צריך להתאמץ כדי ליצור משפט אותנטי המתאים לתרבות של כל מדינה ומדינה? האם גם בתוך המשפט עצמו יש ייחוד לשיטה מסויימת?

שאלות אלו הטרידו רבים, במיוחד לפני קום המדינה והתמקדו בשאלה: **מה יהיה אופי המשפט במדינה?**
בשנת 1918 בתום מלחמת העולם הראשונה ולאחר הצהרת בלפור, שבה חזון המדינה נראה יותר מעשי, התארגנה קבוצה של משפטנים ציוניים במוסקבה שהקימה את "חברת המשפט העברי". הם התחילו לנסח חזון שלפיו צריך לחקור את המשפט העברי ולהכין אותו כבסיס למדינה שעתידה לקום. הם סברו שכפי שחידשו את השפה העברית ע"י אליעזר בן יהודה כך צריך לחדש את המשפט העברי ול"חלן" אותו, להפוך אותו למודרני ושימושי.

המושג "משפט עברי" הוא מושג מודרני ובמקור נקרא כ-"הלכה". ההלכה מתארת את המערכת הנורמטיבית של היהדות, היא מושג רחב שמקיף גם עניינים דתיים כגון כשרות. לעומת זאת, המושג **"משפט עברי" בא לבודד בתוך ההלכה את ההיבט המשפטי בלבד.** נשאלת השאלה האם לגיטימי לעשות את ההפרדה בין החלקים השונים לא רק מנקודת מבט חילונית אלא גם מנקודת מבט דתית פנימית.

2 דברים יסודיים מאפיינים את המשפט העברי:

1. **שיטת משפט עתיקה**- שממשיכה להיות פעילה לאורך 2000 השנים האחרונות (בשונה מהמשפט הרומי למשל). ישנן התפתחויות שלא נלקחו בחשבון בשיטת משפט זו כמו המהפכה התעשייתית. יש צורך לסגל את השיטות למודרניזציה של היום. למשל, בעבר היו עושים קניין בהעברה פיזית והיום לא תמיד זה אפשרי. האם זה אפשרי לעשות את המעבר לקדמה ומה הדרך לעשות זאת היו שאלות שהיו שנויות במחלוקת.
2. **משפט דתי**

החזון הגדול שהמשפט במדינה יתבסס על המשפט העברי לא צלח ולא התגשם, אך ישנן זיקות רבות בין 2 מערכות המשפט. הייתה דילמה האם המשפט במדינה יהיה מבוסס ע"פ המשפט בארץ (המשפט העות'מני) או ע"פ משפט העם (המשפט העברי). כאשר הבריטים כבשו את הארץ, קיבלו מנדט והחילו חוקה- "דבר המלך ומועצתו", בה הוחלט כי יש לשפוט ע"פ החוק התורכי- העות'מאני. כמו כן, הוסיפו את סימן 46 לדבר המלך לפיו- כאשר אין תשובה בחוק העות'מאני יש לפנות לחוק האנגלי.

ב1948 ביום הכרזת העצמאות נקבע כי המשפט שהיה קיים במדינה לפני הקמתה יעמוד בתוקפו עד שיינתנו חוקים חדשים ע"י מועצת העם. כלומר המשפט הישראלי צמח בשכבה הראשונה על המשפט התורכי, בשכבה השנייה על המשפט האנגלי ורק בשכבה השלישית על משפט ישראלי. לא הוזכר המשפט העברי. כלומר מדינת ישראל ב1948 לא הייתה עצמאית מבחינה משפטית והייתה לה זיקה לאנגליה. היא שמרה על כך במשך 32 שנה עד 1980 בה נקבע כי סימן 46 לדבר המלך בטל ואין לפנות לחוק האנגלי כאשר יש לאקונה. רק ב1984 קבעו כי גם ה"מג'לה"- החוק העות'מאני, בטל. חוקים בריטים ששימרנו עברו נוסח מחודש שהפך למחייב. כיום יש לנו משפט ישראלי עצמאי ומקורי אך עדיין ניתן לראות זיקות וקשר למשפט העברי.

### הזיקות בין המשפט הישראלי למשפט העברי

1. דיני הנישואים והגירושים- הזיקה הראשונה והכי אדוקה בין ההלכה למשפט המדינה. חוק שיפוט בתי דין רבניים בישראל קובע שנישואין וגירושין של יהודים יערכו בישראל ע"פ דין תורה (כל דת אחרת ע"פ השיטה העות'מאנית כלומר ע"פ דתו). אין בישראל נישואים שנעשים שלא בדרך דתית ושלא ע"י מוסד דתי. כמו כן, גם שאלת הנישואים והגירושין נדונה ע"י בית דין רבני בלבד, כלומר שיפוט ייחודי של בית דין. **בענייני נישואים וגירושים של יהודים ההלכה היא משפט המדינה**.
2. חוק יסודות המשפט- "אם ביהמ"ש עומד בפני שאלה משפטית שאין לה הכרעה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה או בהיקש, הוא יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של **המשפט העברי ומורשת ישראל**. הסעיף מחליף את סימן 46 הבריטי." **החוק הזה קובע בצורה מפורשת שעקרונות המשפט העברי הן מקור משלים למשפט הישראלי.** כלומר יש זיקה חזקה ומפורשת.
3. הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית- במגילת העצמאות ובחוקי היסוד מדינת ישראל מוגדרת כמדינה יהודית. הראיה לכך שעוד טרם יצירת חוק יסודות המשפט שופטים היו פונים למשפט העברי לצרכים שונים.
4. חוקים בהשראת המשפט העברי כמקור משפטי- המשפט העברי שימש כמקור היסטורי לחוקים שונים. לפעמים ההשפעה היא בשם (חוק "השבת אבידה") ולפעמים ההשפעה היא בתוכן החוק ("לא תעמוד על דם רעך").
5. המשפט העברי כמקור לפסיקת בתי המשפט- לעיתים השופטים פונים אל המשפט העברי על מנת להשתמש בו בשאלות שונות שעומדות בפניהם (לאו דווקא בעניינים דתיים אלא גם בעניינים אזרחיים כגון חוזים וקניין). אין פה הפעלה פורמלית של חוק יסודות המשפט.

\*\*אנו רואים שהמשפט העברי משמש כזיקה הן בחוקים (חוק יסודות המשפט) והן בפסיקה (2 הנקודות האחרונות).

# חזון המשפט העברי

### דרך ביטויו של חזון המשפט העברי

* ציונות מדינית וציונות רוחנית (תרבותית)- לפני הקמת המדינה הייתה את שאלת התרבות – האם הציונות צריכה לפתח תרבות (ציונות רוחנית, בא לידי ביטוי בעיקר אצל אחד העם ומזרח אירופה) או רק לפתח חזון מדיני (השקפה שבאה לידי ביטוי אצל הרצל ומרכז/מערב אירופה). הדבר בא לידי ביטוי בין היתר בדגש על תחיית השפה העברית. במובן מסוים התנועה הציונית עסקה יותר בהקמת מדינה, אך עם זאת היא כן עסקה גם בתרבות והיא היוותה גם כתנועת תחייה לאומית. על כן עסקה בין היתר בתיאטרון, שפה, אומנות וגם במשפט- מטרתם הייתה להחיות את המשפט במדינה. יש ליצור משפט על בסיס המסורת שלנו וע"פ המשפט העברי.
* משפט ותרבות- תפיסה אחת הייתה רציונלית, האומרת כי המשפט צריך להיות אחד בכל מקום. **העקרונות המוסריים הם אוניברסליים**. באותו אופן צריך לחשוב על המשפט והעקרונות (האיסור וההיתר) צריכים להיות זהים בכל מקום. דבר זה נובע מהנאורות ומההשכלה הכללית. מנגד עלתה במאה ה-19 תנועת הרומנטיקה שמדגישה את הלאומיות. לפי תנועה זו המשפט קשור לתרבות ולמסורת של כל חברה. על כן **שיטת המשפט צריכה לשקף את התרבות והייחוד של כל מדינה**. במאה ה-19 התנועות הלאומיות יוצרות מסגרת מדינית אחת (למשל גרמניה), יוצרים שפה, כותבים את ההיסטוריה של כל עם, נוצרת ספרות מודרנית שמשתלבת עם התנועה. הטענה של המשפטנים הללו (כמו סביני) שגם המשפט צריך להיות ייחודי לכל מדינה. על רקע זה ניתן להבין מה תפיסתם של היהודים כאשר הם צריכים להקים את המדינה. על אף שלא הייתה להם מדינה או שפה הם ראו עצמם כעם (על אף שהיו שחלקו על כך). הרעיון הזה של "משפט ותרבות" נפגש עם התנועה הלאומית היהודית שרצו ליצר משפט יהודי שמתאים להיסטוריה ולתרבות. כלומר התפיסה של משפט עברי לא נובע רק מתפיסה יהודית אלא היוזמה באה גם מכיוון של הוגים ציוניים שרצו שהמשפט המדיני ישקף את המסורת.
* חברת המשפט העברי- חברה שתפקידה להחיות את המשפט העברי. שמואל איזנשטדט ונוספים מייסדים כתב עת שנקרא "המשפט העברי". היו להם שתי מטרות עיקריות- 1. חקירת המשפט העברי 2. הפריית המשפט העברי, כלומר יצירת יצירה חדשה מתוכו ופיתוחו. לדעתם חייבים ליצור משפט מקורי יהודי ולא ניתן לקחת משפט זר. ברור לו כי לא ניתן לקחת את המסורת כפי שהיא ולהכיל אותה, אלא יש לחדשה. כלומר יש לאסוף את החומר הישן, לחקור אותו וליצור יצירה חדשה. בפרוצס (תהליך) היצירה יש להפריד בין הדין המשפטי לדתי, במטרה להכשיר משפט מודרני- "לחלן את המשפט העברי". להסיר את המרכיבים הדתיים ולהכשיר אותו לחברה חילונית שלא יכולה להסתמך על עונשי שמיים. מכיוון שהם חילונים הם מרגישים חופש וזכות בחירה לסנן דברים מסוימים ולשמר אחרים- יחס של חירות כלפי המסורת, הם לא מחויבים לכל דקדוקיה.

### משפט השלום העברי

רשת של בתי משפט פרטיים שפעלו בדרך של בוררות. הרשת הוקמה בשנת 1909 (תחת השלטון העות'מאני) ופעלה עד שנות השלושים. המטרה הראשונה הייתה ליצור מסגרת משפטית שאינה כפופה לשלטון העות'מאני וגם אינה כפופה למערכת הרבנית (הם היו חילונים). בתי משפט השלום העברי פעלו לפי משפט עממי או קהילתי ולא לפי חוק. אנשי העלייה השנייה השתמשו במילה "עברי" על מנת לסמן שלא מדובר ביהודי (דתי) וגם לא בדין גלותי. הקהילה היהודית באותה עת הייתה מספיק חזקה על מנת שבוררות תספיק גם שפעלו ללא חוק. הם הושפעו מתנועת "המשפט החופשי" בגרמניה ופעלו לפי עקרונות כלליים של צדק ותפיסות עממיות. התנועה ממשיכה להתחזק ובשנות ה-20 היא מגיעה לשיאה. יש אלפים של תיקים שמגיעים לבירור בבית משפט השלום העברי. יש אווירה של יצירת משפט עברי חדש. בשנות ה-30 תנועה זו מתחילה להתפורר, מאחר והמשפט הבריטי הולך ותופס תאוצה, ונתפס כמשפט מודרני ונאמן. היישוב העברי גדל ונהיה הטרגוני, וכבר אין לחץ ללכת לבוררות אצל משפט השלום העברי.

### על רקע זה מגיעים לשאלה: מהו המשפט עברי?

משפט עברי זהו מושג ציוני ואפילו ביסודו חילוני. האם זהו משפט הלכה "המשפט העברי המסורתי" או משפט חילוני "המשפט העברי החדש"? אולי בכלל משפט ההלכה משמש כבסיס ומשם מחדשים? אנחנו רואים שאין שימוש אחיד במונח זה. התפיסה של חברי המשפט העברי, חילוניים ודתיים כאחד, רוצים שהמשפט החדש יתבסס על המשפט המסורתי ויהווה המשך שלו. הם רוצים לראות את המשפט כשיטה אחת בעלת רבדים שונים כלומר ליצור משפט חדש אך שבבסיסו תהיה לו זיקה למשפט המסורתי.

אשר גולאק כותב את הספר "יסודי המשפט העברי" ב1922. בהקדמה הוא כותב כי "משפט עברי" הוא המשפט המסורתי הכולל הכל- מהתנ"ך ועד ימינו. כלומר הוא תופס את המשפט העברי כיצירה אחת, אחדותית. הוא בתפיסה הרומנטית שהמשפט הוא ביטוי האומה והלך הרוח של העם ועל כן יש להיות נאמנים לו ולהיות אותנטיים אליו. גם גולאק וגם אחרים מבינים כי יש לחדש את המשפט העברי. הוא מתאר את הקושי שבכך: מצד אחד הפרוגרסיביים כלל לא רוצים לשמוע על המסורת העתיקה. מצד שני החרדים אומרים כי אין לשנות בהלכה דבר ואין להוסיף קוצו של יוד. ההנחה של חברי המשפט העברי זה שדווקא הם, החוקרים, יכולים ליצור את החידוש.

הרב פישמן (מימון) כותב את ספר המזרחי. הוא מסביר את עמדתה של הציונות הדתית על כך. כותב על המשפט העברי כמשקף את רוח האומה- "נשמת האומה". לדעתו, יש צורך לחדש את המשפט העברי. אך, הוא לא מסתייג מהאופי הדתי של המשפט העברי, ולדעתו אין להפריד בין הדת והמדינה. הרב מאיר ברלין (בר-אילן) גם כן כותב על החיבור שבין המשפט העברי לדת.

**ההבדל בין התפיסות:** אנשי המשפט העברי החילוניים מרגישים חירות גמורה ביחס להלכה. רוצים לראות אותו כבסיס אך אין להם הגבלה במה שהם יכולים לשנות ולתקן. לעומתם, האנשים הדתיים הרבה יותר מתונים בדעתם על השינויים שיש אפשרות לעשות במשפט המסורתי.

### סמכות החידוש: תיקונים או תקנות?

עלתה שאלה מי יכול לחדש את המשפט העברי ועל מי המלאכה לעשות זאת. האם החוקרים יכולים לתקן את המשפט העברי או שהרבנים יכולים להעביר תקנות. למשל הרב הרצוג (הרב הראשי) טוען כי לא כל אדם יכול לעשות תיקונים בהלכה ועל כן יש לעשות זאת בידי סמכות רבנית. החילונים טוענים כי לא ניתן לחכות עד שזה יעשה. כך מתחיל המתח בין החזונות השונים של המשפט העברי:

**החזון החילוני-** להחיות את המשפט העברי, המסורתי וליצור משפט עברי חדש. אמנם תהיה זיקה בין השניים אך המחויבות שלהם למשפט המסורתי היא מעטה.

**החזון הדתי-** נאמנים למשפט העברי, רצון לשמור על המסורת. השינויים לא יכולים להיעשות בידי הפרופסורים והפוליטיקאים אלא ע"י אנשים שההלכה מכירה בהם- הרבנים. יש להכיל את ההלכה ולהתאים אותה (לא מכחישים שיש לעשות תיקונים אך משתמשים במנגנון שונה מהחילונים).

הויכוח האידאולוגי הביא לפיצול בחברת המשפט העברי ולאיבוד חברים מהמחנה. בגלל הקושי לשנות ולחדש את המשפט העברי מתוך ההלכה, התנועה הדתית מתפרקת אך חזון המשפט העברי נשמר, התפיסה שהמשפט הישראלי שיקום צריך להיות מחובר למשפט העברי, לא בצורתו הדתית נשמרה. המשפט העברי לאורך 30 שנות קיומו לא הצליח ליצור קודקס חוקים, החזון לא הצליח להיות מיושם בפועל. 2 החזונות- המשפט העברי והחילוני יחד לא הצליחו להציע חוקים שניתן ליישמם בפועל ולכן מעוררים מחלוקת בגין מערכת המשפט במדינה שתוקם.

# מעמדו של המשפט העברי עם קום המדינה

לפני הקמת המדינה בשנת 1947 הוקמה מועצה משפטית ברשות דב יוסף. תפקיד המועצה היה לדון ב2 שאלות יסודיות לגבי שיטת המשפט במדינה העתידית:

1. מה תהיה השיטה היסודית בחוק בארץ- האם כמו אנגליה לפי שיטת ה-common law או שיטת קודיפיקציה הקונטיננטלית?
2. האם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או שניקח את חוקי ממשלת המנדט כבסיס ונוסיף להם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת? השאלה השנייה מניחה שבמידה ואנו נלך בשאלה הראשונה על החוק הבריטי איך נשלב את המשפט העברי.

### האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי

1. אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי או ליצור חוקים בנושאים מסוימים ולאמץ אותם. הקושי ביישום החלטה כזו בתאריך זה (חודשים ספורים לפני הקמת המדינה) הוא שהקודקס לא היה קיים. כלומר זאת החלטה יותר תיאורטית ולא מעשית.
2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה. כלומר לקבל את המשפט האנגלי אבל שינוי שלו עם הזמן בהתאם למשפט העברי.
3. ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בהפניה למשפט העברי. אפשרות זו הכי קלה לביצוע. מבטל את המחויבות לבתי המשפט באנגליה.

מענה לשאלה הייתה בהצעת החוקה: (י"פ כהן)

* "המשפט שהיה קיים בישראל ביום מתן החוקה יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, וכל עוד לא בוטל או תוקן ע"י בית הנבחרים". כלומר, כל עוד לא בוטל או חוקק חוק מסוים, המשפט יהיה המשפט האנגלי הקיים בעת הקמת המדינה.
* "תחיית המדינה תהא מושתת על עקרונות יסוד של המשפט העברי. העקרונות האלה ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים".

\*\*בסופו של דבר לא כוננה חוקה ולכן הצעה זו לא התקבלה.

הצעה נוספת הייתה הצעת פלטיאל דיקשטיין. הצעה זו הייתה הצעה יותר מתונה להחלפת ס' 46, הצעה יותר גמישה, בהתאם לצורכי הזמן.

* כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם
* בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים בנקודה מסוימת או שיש בהם דו משמעות או סתירות על בתי המשפט ועל השלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן.

ישיבת המועצה שהייתה בתל אביב קיבלה את ההצעה, אך הישיבה המקבילה שהייתה בירושלים לא. לכן, ההצעה לא התקבלה.

הפקודה לסדרי שלטון ומשפט- המסמך שיצא 5 ימים לאחר קום המדינה. כבר ביום הקמת המדינה יצא מנשר שאח"כ הפך לפקודה. פקודה זו מכוננת את המשפט של המדינה העתידה לקום (מעין חוקה):

"המשפט שהיה קיים בא"י ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיחוקקו ע"י מועצת המדינה הזמנית או על פיה, בשינויים המחויבים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה"

כלומר, **היא משאירה בתוקפו את ס' 46**, מדינת ישראל לא זוכה לעצמאות משפטית ונשארת כפופה לאנגליה **והיא לא נותנת תוקף למשפט העברי**. למה? דעה אחת סברה כי כתוצאה מנסיבות מלחמת העצמאות, היה מעין היסח הדעת והדרכים המשובשות במדינה מנעו תקשורת תקינה בין תל אביב לירושלים (שם התנגדו). דעה אחרת סברה שההתנגדות לא הייתה ממניעים טכניים אלא מתוך כוונה לא לעגן את המשפט העברי.

**מדיניות חקיקה-** הצהרה של שר המשפטים הודתה כי אימצו את המשפט האנגלי מחוסר ברירה ובפועל בעת חקיקת החוקים ישאבו השראה מהמקורות של המשפט העברי הלאומי.

בחלק מהחוקים ניתן לראות דוגמא לניסיון לבסס את החוקים על המשפט העברי:

1. חוק איסור לשון הרע- בהצעת החוק נאמר שיש שורשים קדומים לאיסור לשון הרע במסורת המשפט העברי כמו "לא תלך רכיל בעמך" וכו'
2. חוק הגנת השכר- גם פה צוטטו פסוקים מהם נלקח החוק כמו: "לא תלין פעולת שכיר בעמך"
3. חוק פיצויי פיטורים- חוק שבא להסדיר בדרך חקיקה נוהג שהתקבל בא"י. בע"א וולפסון נ חברת ספינס- מבססים חוק זה על דברים טו (עבד עברי). מתבסס על יחסי עבדות בתורה. עלו 2 שאלות בנידון:
4. האם יש חובת הענקה לעבד שמשתחרר מרצונו? חובת הענקה לעבד חלה רק במקום בו האדון משחרר אותו אבל אם העבד פודה עצמו אז לא חלה חובה על האדון להעניק לו פיצוי. ההקבלה אצל עובד- אם העובד מתפטר אין צורך לפצות אותו אלא רק אם אתה מפטר אותו.
5. האם יחסי עובד מעביד זה בכלל מקביל ליחסי אדון ועבד? ע"פ ספר החינוך- דיני עבד נוהגים בזמן המקדש ולאחר מכן הם בכלל לא רלוונטיים. אך, הוא מוסיף שיש ללמוד מכך דבר מוסר שאם אתה לוקח שכיר יש להעניק לו בצאתו מענק. אך זה בגדר המלצה ולא חובה.

בכל מקרה זה נתן פתח מהמסורת היהודית להענקת פיצויים וכאמור נוהג זה התפתח בא"י והמחוקק הציע לאמץ את הנוהג.

1. חוק הירושה העמיד אתגר יותר גדול מכיוון שמצד אחד הרעיון מסתמך על המשפט העברי. מצד שני במשפט העברי יש דברים שיהיה קשה לקבלם במשפט מודרני לגבי ירושה. למשל, ירושה רק לגברים, הבן הבכור מקבל פי 2 וכו'. לכן, הצעת חוק הירושה מ1952 התבססה על המשפט הקיים בארץ, על המשפט העברי- כמקור ראשי, ועל משפט של מדינות נוספות. כלומר הם ראו **במשפט העברי כמקור ראשי אך לא מקור מחייב או יחידי**. הם הבינו שההלכות בירושה לא תואמות לצרכי הזמן. לכן הם סטו מן המשפט העברי אך תוך שאיפה להסמיך את הצעתם ככל האפשר עליו. לפיכך, בתי הדין מחייבים לחתום על הסכם פשרה בדיני ירושה לפיו הם יחלקו באופן שווה את הירושה בין נשים לגברים. אם לא מוכנים לחתום בית הדין לא ידון במקרה.

### עקרונות הירושה לפי המשפט העברי:

* הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן שאינו תלוי במוריש ואף לא ביורשים.
* אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה (מחיים). כלומר מעין צוואה שאדם בחייו יכול לתת מתנה למי שבוחר בכך. נאמר כי מי שמוריש את נכסיו לאחרים ולא לבניו- זה תקף הלכתית אך אין דעת חכמים נוחה הימנו (מוסרי אך לא משפטי, לא ניתן לאכוף).
* יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש (ילדיו), ואם אין- צאצאי אביו (כלומר אחיו), ואם אין, צאצאי אבי אביו (בני דודים) וכו'- עד סוף כל הדורות.
* הבכור יורש פי שניים מחלקו של כל אחד מן האחים.
* הבנים יורשים והבנות אינן יורשות- אלא במקום שאין בנים.
* האישה אינה יורשת את בעלה.

### חוק הירושה (1965):

1. במות אדם עובר עזבונו ליורשיו
2. "היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים ע"פ צוואה; הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה". כלומר ע"פ דיני הירושה ברירת המחדל שיורשיו של אדם מקבלים את הירושה, כמו במשפט העברי. אך עם זאת, בחוק יש אפשרות לעשות צוואה שתגבור על הירושה הטבעית.
3. יורשים ע"פ דין הם: 1. בן זוגו (בלי הבחנה בין זכר לנקבה), כמובן שזו סטיה מהמשפט העברי. 2. ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם (ולא עד סוף כל הדורות). כאשר אין יורש המדינה תירש את הכסף.
4. ירושה שוויונית- גם ביחס לבכור לשאר האחים וגם ביחס נשים וגברים.
5. מי שהיה תלוי בפרנסה של המוריש וזקוק למזונות (ילדים, או אישה או הורים) אז החוק קובע שניתן לתת לו מזונות מהירושה אפילו אם לא מגיע להם (הם לא היורשים). ההצעה לחוק זה הגיעה מן המשפט העברי. הכלל הפטריארכלי במשפט העברי אומר כי כאשר ישנם נכסים מרובים אז אמנם הבנים יורשים אך עד שהבנות מתחתנות הן מקבלות מזונות מירושת האב כי הן תלויות בו. חריג- אם היו נכסים מועטים אז הבנות יקבלו מזונות והבנים יחזרו על הפתחים.

סיכום לחוק הירושה: המחוקק הצהיר שהוא שואף לראות במשפט העברי מקור אך הוא חש חופשי ביחס אליו. יש היבטים מנוגדים וחורגים למשפט העברי (כמו עיקרון השוויון) ויש היבטים שנסמכו על המשפט העברי (כמו היורשים הטבעיים). ראינו כי ישנן סיבות שונות מדוע אין היצמדות למשפט העברי הן בשל עקרונות שהשתנו (כמו היחס לנשים) והן בשל פרקטיקה (כמו חוסר היכולת למצוא את כל העץ המשפחתי על מנת למצוא יורש).

# שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנקודת מבט דתית

כיצד חכמי ההלכה רואים את העניין של קליטת המשפט העברי לתוך המדינה? לכאורה התשובה הייתה אמורה להיות ישר כן, שהם שמחים מכך. אבל התמונה במציאות יותר מורכבת. כיוון, שחכמי ההלכה ציפו שהמדינה תאמץ את ההלכה בשלמותה לפחות בתחומים הנוגעים למשפט, כלומר- לא ציפו שיאמצו את דיני השבת והכשרות אבל לפחות במשפט האזרחי בכללותו.

הרב א"י וולדנברג- הלכות מדינה:

"בתורה שבכתב ושבעל פה נצא כל החוקים והמשפטים השייכים למדינה והליכותיה ובה פתרונים לכל הדברים שבין אדם לאדם ובין אדם למדינה לכל התקופות והדורות".

במילים אחרות ההלכה כבר קיימת ובהלכה יש את הפתרונות לכל מה שהמדינה אי פעם תפגוש ולכן צריך להכיר בה בשלמותה. כמובן שיש צורך לעשות שינויים, התאמות ופיתוחים שיתאימו לענייני החברה והמסחר החדשים. **מי ראוי לעשות את השינויים?**

"אין הרשות נתונה לכך כי אם **לחכמי התורה** שבדור אשר יד ושם להם בהבנת דברי התורה". הייתה לו ביקורת חריפה מאוד כלפי הלא מוסמכים המנסים לשנות את ההלכה "נואלו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהיגי דוד ודור".

כלומר, לדעתו יש לקלוט את המשפט העברי בשלמותו, מאוד ייתכן שדרושים שינויים והתאמות אבל השינויים צריכים להיות פנימיים רק ע"י תלמידי חכמים ופוסקי הלכה. המדינה לא יכולה להיות "בעלת הבית" על המשפט העברי. אימוץ חלקי הוא פסול.

### הרב הראשי הרב יצחק הרצוג:

עמדה קרובה אך לא זהה הביע הרב הרצוג. העיקרון הבסיסי לדעתו הוא ש"המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה". גם אם יחוקקו חוקים חדשים הם לא יכולים לסתור את התורה.

"כדי שיתקבל סעיף זה מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה". למשל לגבי דיני עדות כולם צריכים להיות כשרים לעדות, השופטים לא יכולים להיות רק גברים כי צריך להיות שוויון וכו'. הוא מאוד התאכזב שלאחר שהקימו את המדינה לא קבעו שהבסיס המשפטי הוא המשפט העברי אך הוא מבקש שיצהירו שאחרי תקופת ההתאקלמות של המדינה המשפט ילך לשם. "על כל פנים אחרי תקופת המעבר הלזאת, ישוב משפט התורה לחדש ימיו כקדם". כלומר גם הוא רצה לאמץ את המשפט העברי כמכלול, הכיר בצורך של תיקונים אבל ע"י מוסד רבני מוסמך (תיקונים פנימיים) ואח"כ זה ייכנס לחוקת המדינה.

לדעתו, יש להכין קובץ הלכות חדש שידבר בשפה משפטית מודרנית כך שלא רק תלמידי חכמים יוכלו להבין אותו.

"הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים, יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים וכו'. וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד, אלא שיש צורך להקל במידה ידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה."

### הסיבות לצורך בקודקס הלכתי מודרני חדש גם לבתי דין רבניים:

1. השלמות של ההלכה
2. תקנות חדשות
3. יקל על השימוש במקורות הלכה למעשה. כיוון שפסיקת הלכה כיום זה דבר קשה מאוד ורק תלמידי הלכה מופלגים יכולים היום לפסוק. **הפתרון הזה הוא לטובת המדינה:**

"מה יעשו היוריסטים שאינם יכולים להתמצא בחושן המשפט? הלא ייקחו להם מן הגויים איזה קודקס. ונמצא שם שמיים מתחלל במידה גסה, בישראל וגם בעמים. אם יהיה ספר כזה משלנו מוכן מסתבר שלא יתעלמו מדיני התורה ויסתגלו להם חטיבות חטיבות ואולי פרקים פרקים. ועדיין זה רחוק מאוד ממילוי דרישתנו.."

1. אימוץ לפחות חלקים מהתורה ומהמשפט העברי (מעין הצעת פשרה).

התועלת של חיבור קובץ מעין זה תהיה כפולה, גם לבתי הדין הרבנים (מהסיבות שאמרנו) וגם בשביל בתי המשפט של המדינה, מדוע?

- אם לא נוציא קובץ זה, בתי המשפט יאמצו מהגויים (ממדינות אחרות) קובץ מובן יותר.
- הקודקס ישמש את המדינה כאשר באים לחוקק חוקים או כשבתי המשפט באים לפסוק. אם נעמיד קודקס משפטי לפי ההלכה ויאמצו ממנו "חטיבות חטיבות, פרקים פרקים", אז יקחו חוקים מסוימים על יסוד ההלכה. זה רחוק מאוד ממה שהוא רוצה באידיאל, אך מצדיק גם אימוץ חלקים מהמשפט העברי גם אם לא מאמצים את כולו.

לסיכום: הרב הרצוג היה יותר מחובר לשטח מאשר הרב וולדנברג:

תפיסתו האידיאלית- שיאמצו את המשפט בשלמותו וגם שם מבין את הצרכים ושצריך להתאים לדמוקרטיה

בפועל- כהצעת פשרה הסכים שיכינו חלקים שאותם יאמצו, בחלקים.

### פרופ' אנגלרד: משפט דתי ומשפט המדינה-

פרופ' אנגלרד מנסח עמדה חריפה וביקורתית נגד הפרויקט של המשפט העברי. ראשית הוא לא מקבל את המונח משפט עברי הוא טוען שזה מונח חילוני וקורא לו "משפט דתי". הוא נגד אימוץ חלקים מהמשפט הדתי ולדעתו יש לאמץ את הכל (גם את החלקים שלדעתנו הם 'אזרחיים וגם אלו שלדעתנו הם דתיים'. בכל ענפי המשפט הדתי יש רובד של שיקולים דתיים והפוסקים צריכים להתחשב בזה. כדי שהם יתחשבו בזה הם חייבים להיות מזוהים ומאמינים בהלכה. שופט חילוני לא יעשה את השיקולים הללו. לכן דיינים צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים. כלומר, ההלכה היא מערכת עצמאית סגורה, השופטים צריכים להיות חלק מהמערכת וכפופים אליה. אדם חיצוני לא יכול להזדהות עם ערכי ההלכה, להיות מחויב להם ולכן לא יכול לשפוט. לעומת זאת, משפט המדינה מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד. לא נכון להכניס למשפט זה שיקולים דתיים, זה פוגע בנשמת ההלכה. לכן המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואינם צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים. יש 2 מערכות שונות לא רק במטריה של החוקים אלא גם בהפעלה שלהם. המיזוג שלהם מהווה ויתור על הרובד הדתי של ההלכה, הוא אינו אפשרי ומשנה את ההלכה מיסודה.

### חילון פורמלי של ההלכה

התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים ע"י הכנסת. התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה. אימוץ המשפט העברי ע"י הכנסת משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני ולא דתי. כאשר אדם עושה את המצווה לא בתור מצווה אלא בתור חוק היא מאבדת מהערך שלה וזה "מחלן" אותה.

### פגיעה מהותית בגוף ההלכה באמצעות חקיקה

חוק של המשפט העברי שמאומץ על ידי הכנסת מחייב ניסוח מחודש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק.

אימוץ חלקי של המשפט העברי ושתילתו במשפט הישראלי משנה אותו, ואי אפשר לראות בזה הלכה. כאשר המחוקק מאמץ חוק מהמשפט העברי ו"שותל" אותו במשפט הישראלי הוא משתנה:

**חוק הערבות:** ערבות היא התחייבות לקיים חיוב של אחר כלפי אדם שלישי. ניתן לטעון שהחוק תואם את המשפט העברי כשלעצמו. כאן עולה השאלה **מי הוא אדם?** ע"פ חוק הפרשנות אדם הוא גם תאגיד או גוף משפטי אחר. משמעות הדבר שגם תאגיד יכול להיות ערב לאדם. אולם, המשפט העברי לא דוגל בעמדה הזאת. לדעתו של אנגלרד רק פוסק הלכה יכול לקבוע שאדם הוא תאגיד. אם שופט יפסוק זאת, אין כאן קביעה הלכתית. **מהו חיוב?** במשפט העברי ההגדרה של חיוב שונה מהחוק. לא כל דבר שאדם מתחייב לו נחשב לחיוב (לדוג' ע"פ ההלכה אסמכתא- התחייבות עתידית היא חסרת גמ"ד ולכן היא לא נחשבת לחיוב).

### פגיעה מהותית בגוף ההלכה באמצעות השפיטה

שופט קובע הלכה בבימ"ש אזרחי, והוא אינו עומד בתנאי הכשירות לפי ההלכה. שופטים נדרשים לפרש ולפתח את החוק הקיים ואין להם סמכות הלכתית לכך.

**פס"ד שותפות האחים לוינסקי:** האחים לוינסקי היו שותפים שירשו מאביהם נכסים רבים (דירות, מפעל). השאלה הייתה כיצד לחלק את הירושה. אחד האחים טען שהוא צריך לקבל את המפעל כיוון שיש לו קשר אליו (הוא פיתח אותו לאורך השנים), והאח השני יקבל דירות באותו השווי. בש"ע נכתב מקרה דומה, אם יש אח שטוען טענה מנומקת למדוע הוא רוצה שטח מסוים, ולאח השני אין סיבה אמיתית להתנגד, ניתן לכפות על המתנגד את החלוקה (והתנהגותו של המתנד היא מידת סדום). הרמ"א מוסיף שאין שומעים לו, אלא הוא צריך גם להוסיף כסף על בקשתו.

בפסה"ד פוסק ביהמ"ש (השופט לם) באותה עמדה. אולם אנגלרד מסביר שגם אם ביהמ"ש הכריע כדעת הש"ע, אין פירוש הדבר שיש לה תוקף הלכתי.

לסיכום: לדעת אנגלד המ"ע לא ניתן לאימוץ מלא, ומנק' מבט דתית אי אפשר לאמץ אותה, גם חלקים חלקים (כמו בדוגמאות שהבאנו). הכנסה של המשפט העברי למשפט הישראלי מחלנת אותו ולא שומרת על טהרתו.

**דעתו של השופט אלון:** להלכה יש תוקף עצמי. אם המדינה בוחרת לאמץ משהו מהמשפט העברי היא לא מחלנת אותו. הוא מאמין כי כאשר הכנסת או שופט מאמצים את המשפט העברי הם לא מאמצים את ההלכה, אלא שמדובר בחקיקה או בפסיקה אזרחית שקשורה למורשת ולתרבות. מתן פס"ד שמתבסס על המ"ע אין בו פס"ד של חכם הלכה, אלא רק חיבור של יצירה חדשה אל המסורת, מדובר על מוטיבציה תרבותית ולא דתית. בניגוד לאנגלד, אלון מאמין שקליטה מחודשת של המ"ע במערכת המשפט הישראלי תחייה אותו ותצליח לשמר אותו ולטהר אותו. לסיכום, הטמעת המשפט העברי במשפט הישראלי תטיב הן למשפט הישראלי והן למשפט העברי.

לדעת אנגלרד- משיב לאלון: המשפט היהודי הוא דתי, ואי אפשר לקלף את הרובד הדתי ולקיים את "הגרעין התרבותי חילוני". המשפט הפרטי בזה הזמן אינו בעל משמעות תרבותית עמוקה. עניינו בשאלות טכניות ומעשיות.

# המשפט העברי והחקיקה הישראלית החדשה

עולה שאלה פרשנית בשימוש במשפט העברי: כאשר המחוקק משתמש במושגים הלקוחים מהמשפט העברי, האם הדבר מחייב את ביהמ"ש לבצע פרשנות למושגים ולהסדרים ברוח המשפט העברי, או שהמחוקק וביהמ"ש לא מחויבים למשפט העברי בפרשנות. נראה מספר דוגמאות:

### חוק השומרים תשכ"ז 1967

בא להחליף את ההסדר שהיה במג'לה. החקיקה הזו הושפעה מן המשפט העברי כבר בשמו של החוק (חוק השומרים) אך בעיקר מן הקטגוריות של השמירה:

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

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

(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****.*

החוק מחזיק שמירה באופן רחב כלומר כל החזקה של נכס כדין גם אם היא לא נועדה לשמירה. למשל שכירות- אני שוכר אוטו לשם שימוש אבל אני גם אחראי באיזשהו אופן לרכב, כמעין שמירה עליו. לעיתים יכול להיות מצב בו אדם מחזיק חפץ ללא שום הסכמה ועדיין הוא שומר עליו למשל בהשבת אבדה. ההמשגה של השומרים (השמות שנותנים להם) ותפקידם לקוח מן המשפט העברי מעניין שומרים בהלכה.

### אחריות שומרים

2. (א**)" *שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו*"** – לשומר חינם יש אחריות רק במידה והוא התרשל בשמירה, המונח ההלכתי "פשע".

(ב) ***רישא: שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם******נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן****";* כלומר מידת האחריות של שומר שכר גבוהה יותר (מכיוון שהוא מקבל שכר) והאחריות שלו היא מלאה למעט נסיבות שלא יכל לצפותן מראש ולא יכל למנוען. במונח ההלכתי נסיבות אלו נקראות "אונס". למשל, הוא אחראי אם הייתה גניבה או אבידה.

**סיפא: *"אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו****".* החוק מבדיל בין שומר שכר שעיקר מטרתו הוא שמירה ואז הוא אחראי ברמת אחריות גבוהה כפי שנאמר ברישא. לעומת שמירה שהיא מטרה משנית לעסקה שאז יש לו רמת אחריות כמו של שומר חינם. למשל במקרה בו אני מפקיד חפץ לתיקון אז המטרה היא לא שמירת החפץ אלא תיקונו.

(ג) ***"שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין"***. אחריות שואל היא אחריות מוחלטת, היא לא תלויה במידת הזהירות שלו, גם במקרה של אונס ובמקרה שלא יכל לצפות את הנסיבות.

\*יש לשים לב לחריגה בסעיף ב בין המשפט העברי לבין החוק הישראלי- במשפט העברי אין הבדל בין שני שומרי השכר. המחוקק לא מחויב למשפט העברי עד הסוף גם במקום בו הוא משתמש בו במידה מובהקת.

בית המשפט יגיד שיש הבדל נוסף בין שומר חינם לבין שומר שכר ב' של נטל הראייה. שומר חינם אחראי לאובדן הנכס אם הנזק נגרם ברשלנות, התובע הוא שצריך להוכיח את הרשלנות. לעומת זאת במקרה של שומר שכר ב' נטל הראייה הוא על השומר שהוא לא התרשל.

**ע"א 341/80 עלי נ' ששון-** עלי רכש טופס טוטו בדוכן. חלק 1 מפקידים אצל המוכר וחלק 2 אצל הקונה. כאשר אדם זוכה יש להביא את החלק שאצלו חזרה וכך להוכיח את זכייתו. רחמים ששון בעל הדוכן איבד את הטופס (חלק 1) שנמסר לו. כלומר חלק 1 כלל לא הגיע לחברה. עלי בא לדוכן עם טופס שמראה כי ניחש את כל המספרים ומבקש לקבל את הכסף. המוכר ששון בודק ואומר שהטופס אבד ולא נשלח. עלי מגיש תביעה כנגד חברת הטוטו, וכנגד בעל הדוכן כי חייבים לו את סכום ההגרלה בשל איבוד הפתק. החברה יורדת בשלב מסוים מהתביעה כי לא הגיע אליה הפתק, ונשארת התביעה כנגד המוכר. ביהמש העליון צריך להכריע בשאלה מהי שמירה? האם ניתן לראות בבעל הדוכן שומר? נקבע כי הוא שומר שכר מסוג ב' שהשמירה שלו טפלה לעניין העיקרי ולכן אחריותו פחותה. על כן עליו להוכיח שהוא לא התרשל ונטל ההוכחה עליו. **לפי איזה קנה מידה יגדירו רשלנות בסיטואציה של תיק השומרים?**

* אפשרות אחת להסתכל בפקנ"ז שם יש הגדרה למונח רשלנות וללמוד משם. ס' 35 בפקנ"ז- "מעשה שאדם סביר לא היה עושה... לא נקט מידת זהירות.. הרי זו רשלנות". יש הגדרה עקרונית שם, אך צריך להתאים אותה למקרה זה לחוק השומרים שהרי כאן אולי שמירה שונה מנזיקין. מהלך הפרשנות וההתאמה מפקנז לחוק השומרים הוא שצריך לנהוג כפי ששומר סביר היה נוהג ובמקרה הספציפי הזה להתאים למוכר דוכן.
* אפשרות שנייה- השתמשנו בחוק זה במשפט העברי, נעזרנו בהגדרות של מידת האחריות משם ולכן נסתכל מהי מידת האחריות שחלה עליו לפי המשפט העברי ונבדוק לפי זאת. לפי השולחן ערוך "שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה" כלומר שומר חינם חייב בפשיעה בלבד (אם לפי החוק, שומר שכר ב הוא בעל מידת אחריות כשל שומר חינם). נקיש מכאן לכאן ונסיק מהי פשיעה: נראה במשנה בבא מציעא הגדרה לפשיעה: דוגמא- שומר חינם שנתן לילדיו הקטנים לדאוג לחיה, לא דאג כראוי לכבש- חייב משום שלא שמר כדרך השומרים. כלומר **ההגדרה לפי המשפט העברי היא האם שמר כדרך השומרים.** זה מאוד דומה להגדרת הפקנז. אם שמר כדרך השומרים הוא פטור לפי הלכה, ואם לא שמר כדרך השומרים זה אומר שפשע- התרשל ולפיכך חייב.

ביהמש ממשיך ושואל, אז האם במקרה שלנו השומר - בעל הדוכן התרשל או לא?

לפי- שו"ע, חושן משפט, רצא, ז:

*"המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך הרי זה פושע וחייב לשלם מיד.* לפי דבריו של ששון הוא לא יודע בדיוק מה קרה לטופס ולכן הוא התרשל. "

כלומר בית המשפט אומר שבין אם הוא בוחן לפי הפקנ"ז ובין אם לפי המשפט העברי הוא אשם והתרשל בנידון, הוא אחראי לנזק שנגרם. ניתן לראות כי לבית המשפט היה חשוב להביא גם את עמדת המשפט העברי בנושא. כעת יש לדון מה הנזק? ההוכחה היחידה שהכרטיס בידי עלי הוא הכרטיס הזוכה היא טענתו והיא אינה מספקת. בית המשפט מבקש ממנו שיוכיח להם שהוא באמת רשם את הניחושים האלו לפני מועד ההודעה של מחזורי המשחקים, ואין לו דרך להוכיח זאת. על כן למרות שששון אשם הוא לא צריך לשלם.

**ע"א קופת עם נגד הנדלס-** אדון הנדלס מצא בקופת הכספות 2 אגרות חוב למוכ"ז ע"ס 10000 ₪ כל אחת. מי שיש לו את האגרת יש לו את הכסף (סכום אדיר). אדון הנדלס איש ישר והחליט להחזיר את האבידה לבעליה. הוא מיד יידע את מנהל הבנק. הם הלכו למשטרה ולאחר שעברו 4 חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את האיגרות. הבנק מצדו תובע לקבלן לידיו. חשוב לציין כי הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא חופשית. להלכה, יש לקבל רשות להיכנס לשם אך למעשה אין הבנק מקפיד על כך והכניסה לחדר חופשית לכל.

ע"פ ס' 3 לחוק השבת אבידה- *המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו;* ***קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא****.* לפי חוק זה הבנק הוא המוצא. כעת ניתן לשאול מהי "רשותו של אדם אחר"? ניתן להגיד שרשות זה בעלות. ניתן להגיד שרשות זה חזקה. ואולי ניתן להגיד שרשות זה שליטה. כלומר ההגדרה היא מסובכת וישנן 3 אפשרויות עיקריות מה זה. איך נחליט?

**השופט ברק**- קובע שמטרתו של חוק השבת אבידה היא השבת האבידה לבעליה, במקרה שנמצאה האבדה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה. לכן:

א. המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות.

ב. בדרך כלל בעל הרשות ידאג לאבדה יותר מאשר מוצא מזדמן.

טעמים אלו חלים במקרה זה על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות. נראה אם כן, כי לפי ברק מדובר בחזקה בשטח, למרות שהוא לא מתחייב למילה חזקה באופן דווקני*.*

**השופט אלון-**

השופט אלון אומר כי שני טעמיו של ברק אינם משכנעים. המשטרה היא הכתובת לאבידה, לעיתים למוצא יש מוטיבציה יותר גדולה ובמיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא ימצא. השאלה היא כאמור, את מי ראוי לתמרץ. לדעתו, "רשותו של אדם אחר" היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית. במקרה של **Toledo trustco. V. Simmoms** עובדת בנק מצאה ניירות ערך בחדר הכספות ולאחר שהמאבד לא נמצא דרשה לזכות בהם, והבנק התנגד. נקבע, כי כאשר יש לאדם **חזקה ושליטה אפקטיבית בנכס** אז הוא יכול לתבוע בעלות על דברים הנמצאים בנכס. כך הפסיקה באנגליה ובארה"ב. אין להתחשב בחזקה של בעל הרשות, כי המשמעות של החזקה שלו היא כוונה לממש את השליטה, כמו בבית. לכן, במקומות כמו קניון ובנק ששם אין אפשרות לבעלים לממש את החזקה ולקבוע מי נכנס למקום, זה לא רלוונטי. בנוסף, יש לתמרץ את מי שמצא את האבדה ולדווח, כי ככה הוא יוכל לקבל את המציאה אם לא יבואו לקחת אותה. לכן, קבעו כי האבדה שייכת לעובדת.

אומר השופט אלון לפי הסוגייה במשנה בבא במציעא: "מצא בחנות, הרי אלו שלו; בין התיבה לחנווני – של החנווני. [מצא] לפני שולחני (= חלפן כספים) – הרי אלו שלו; בין הכיסא ולשולחני - הרי אלו של שולחני".

על זה הרמב"ם מוסיף ונוקט עמדה מאוד ברוה לגבי השליטה בנכס: "המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנוני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות? לפי **שאינה חצר המשתמרת**".

חצר שאינה משתמרת הכוונה שכל אחד יכול להיכנס אליה, כמו בנק או קניון, ולכן לבעלים אין שליטה אפקטיבית בנכס ולמרות שהיינו חושבים שכשמצאו אבידה בחנות שלו זה יהיה שייך לו, ההלכה קובעת כי האבידה שייכת למי שמוצא אותה.

אומר השופט אלון הואיל וחוק השבת אבידה לקח את מערכת המושגים שלו מהמשפט העברי יש לפרשו גם כן לפי המשפט העברי.

**סיכום-** השופט אלון אומר שדרך המשפט העברי מגיעים לאותה מסקנה של הדין הזר (האמריקאי והאנגלי) לפיו בגלל שבבנק אין שליטה אפקטיבית בנכס אזי לבנק לא מגיעה את האבידה אלא לאדון הנדלס.

השופט לנדוי מכריע באופן הבא:

"החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו, על-פי המשתקף ממנו ביחס לכוונת המחוקק. אסמכתאות מן המשפט המקובל האנגלי-אמריקאי לא תיצלחנה לכך, כי הן מבוססות על הנחת יסוד שונה השואלת מי בעל החזקה (פוססיה) במקום שבו נתגלה האבידה.

 סבורני שגם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב השראה והדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד שלו בסוגיה זו שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות (פרסומפציות) עובדתיות להוכחת זכות הקנין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שחברי הנכבד, השופט אלון, הביא מן המקורות".

ע"פ לנדוי, אנו קבענו הסדר משלנו ולא כפופים למשפט המקובל, יש להבין מה כוונת המחוקק במשפט הישראלי ולא להסתמך על הדין הזר. לדעתו גם אין זה נכון לקבל השראה מהמשפט העברי, כי ההסדר הישראלי שונה ולמחוקק שלנו ישנה תפיסה אחרת. **לנדוי פוסק למעשה כדעת ברק.**

### ישנן שלוש עמדות מסכמות לגבי מקומה של הפרשנות המסתמכת על המשפט העברי:

1. **השופט חשין בהמ' 89/51 מיטובה נ' קזם :**

"תהא זו טעות גדולה לפרש, למשל, כל מונח, כל ניב, אשר בחוקים שלנו לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמש בצהרים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור... הכלים שאולים ממקום אחד, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי, ולקוח ממקום אחר"

נראה שהשפה שלנו היא עברית והיא נלקחת מהמקורות של השפה, אך אין לנו סיבה לפנות למשפט העברי כי יצרנו שיטת משפט חדשה ולא נפנה עוד למשפט העברי.

1. **השופט חיים כהן בד"נ הנדלס נגד קופת עם:**

"אין אני בא לחלוק על הנחת היסוד, שמקום שבחר המחוקק ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי, מן הדין הוא לפרשם כמשמעותם (או כאחת המשמעויות) במשפט העברי וכך נהגנו בבית-משפט זה פעמים רבות. אלא חולק אני על ההנחה, שהמונח "רשות" נלקח בידי המחוקק מן המשפט העברי: זהו מונח נפוץ ונדרש בשפתנו המשפטית היומיומית, ואין כל מקום או צורך לפנות אל המשפט העברי כדי לחפשו שם ולשאלו משם."

נראה שרק במקרים שצריך לפנות למשפט העברי כי מונח משפטי נלקח מהמשפט העברי יש לפנות לפרשנות שכזו- וזו החובה לעשות זאת. במקרה זה המונח "רשות" לא נלקח משם ולכן אין צורך לפנות לשם.

1. **פרופ' ברכיהו ליפשיץ:**

"נראה, שאין הפרשן רשאי להתעלם מגילויי דעתו, המפורשים והמשתמעים, של המחוקק בדבר הזיקה למקורותיו של החוק, הנעוצים במשפט העברי. מקום שברור שניב או נוסחה מיוחדים למשפט העברי, וכן מקום שהסדר משפטי מסוים מיוחד למשפט העברי, יש להניח תחילה שיש לפרשם על־פי משמעותם במשפט העברי. אבל הנחה זו ניתנת לסתירה, וביקורתה של הנחה זו צריך שתיעשה קודם לפתיחתו של הליך הפרשנות. על השופט לבדוק האם אמנם רק "הכלים שאולים מן המשפט העברי, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר"

במקום בו ביהמ"ש השתכנע שלקחו את המילים או את **ההסדר** מהמשפט העברי- אזי יש לפרש לפיו. אך- יש לבדוק האם אכן זה כך. יש מקרים בהם נראה שההסדר לקוח מהמשפט העברי, אך בפועל המחוקק עצמאי. לכן, גם במקום בו נסמך על המשפט העברי- הרבה פעמים הרשה לעצמו לסטות ממנו, ולפיכך **רק אם ההסדר המשפטי כולו לקוח מהמשפט העברי**, נפרש על פיו.

**סיכום הדעות מתי יש לפרש ע"פ המשפט העברי:**

חשין- אף פעם לא

אלון- תמיד יש לפנות!

באמצע - יש לנו שתי עמדות קרובות. חיים כהן- מספיק שאשתכנע שמושג לקוח מהמשפט העברי על מנת לפרש על פיו. ברכיהו ליפשיץ- יש להשתכנע שההסדר **כולו** ממשפט העברי על מנת לפרש לפיו.

# המשפט העברי בפסיקה – דיני חוזים

עד כה דנו על חידושים בחקיקה שהובאו מתוך המשפט העברי. כעת, נסתכל על חידושים שהגיעו מן הפסיקה. כאשר שופטים פנו למשפט העברי והשתמשו בו כדי לפסוק בשאלות שהיו לפניהם. לעיתים המשפט העברי רק סייע בידם ולפעמים למשפט העברי היה משקל גדול יותר. אין בסיס חוקי פורמלי שמפנה את השופט או את המחוקק למשפט העברי ובכל זאת הם פנו אליו מכיוון שהרגישו שהמשפט העברי הוא המסורת והבסיס של המשפט הישראלי. נתחיל בחוזה בלתי חוקי או חוזה פסול.

### ע"א גייקובס נגד קרטוז

המערער גייקובס השכיר דירה למשיב קרטוז. הדירה הושכרה לפני שהתקבל אישור מבית דין לענייני שכר דירה על גובה שכר הדירה. דבר זה מהווה עבירה פלילית. גייקובס תובע את פינויו של קרטוז מהדירה לפני תום החוזה בנימוק שהחוזה הוא בלתי חוקי ולכן אין הוא שוכר דין. קרטוז מצידו מבקש להישאר בדירה מכח החוזה. **מה מעמדו של חוזה לא חוקי?**

יש כמה שיטות משפט שונות: בשיטות המשפט הקונטיננטליות חוזה בלתי חוקי הוא בטל ובעצם על בסיס זה מבוססת התביעה.

**השופט זילברג-** ההנחה של המערער שחוזה בלתי חוקי הוא בטל היא הנחה מוטעית. הכלל המחייב כאן הוא כלל מהמשפט הרומי (שהמשפט המקובל אימץ אותו): "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" ויש לו חלק נוסף שאומר "חטאו שניהם כאחד- יד הנתבע על העליונה". כלומר, אם נעשה מעשה בלתי חוקי ששני הצדדים היו שותפים לו, כמו במקרה זה, יד הנתבע על העליונה. המשמעות של הכלל היא שחוזה בלתי חוקי לא בטל- הוא תקף מבחינה מהותית. אלא, שבית המשפט לא יסייע לתובע שיבסס תביעה על העניין. מניעה פרוצדורלית שמובססת על דבר עבירה. הדבר נעשה מכבודו של בית המשפט, שלא יאה לו ללכלך את ידיו בחוזה של דבר עבירה. כלומר, אדם לא יכול לתבוע כשהוא בא עם ידיים לא נקיות ובית המשפט לא ייתן לו סעד. מצד שני, אם יש אדם שנתבע, התובע לא יכול לנצל את העובדה שהעסקה היא בלתי חוקית כדי שזה יפעל לטובתו או לזכותו. אם אני מפעיל כאן את השיטה האנגלית ולא השיטה הקונטיננטלית התביעה לא תתקבל. הפתרון הזה לא שלם מכיוון שלעיתים נדרשת התערבות של בית המשפט. חוסר התערבות של בית המשפט יביא לתוצאה בלתי צודקת ולכן אולי תדרש התערבות כזו.

לכן, הוא מעלה כאן את השיטה של המשפט העברי בנושא מעמד החוזה הבלתי חוקי:

יש לעשות הפרדה בין העבירה לבין התוקף של החוזה. אמנם לפעמים כאשר מימוש החוזה כרוך בעבירה אז לא יאפשרו את מימושו. **דוגמאות:**

1. **רמב"ם הלכות מלווה ולווה-**

"ריבית קצוצה יוצאת בדיינין": מה קורה כאשר אדם מלווה תמורת ריבית? ברור כי החוזה הוא בלתי חוקי. המלווה לא יכול לתבוע את מימוש החיוב מכיוון שמימוש החיוב הוא עבירה. אך האם הלווה ששילם את הריבית יכול לתבוע את השבתה? אם אנחנו הולכים לפי השיטה הקוננטינלית או אפילו האנגלית אז בית המשפט לא מלכלך את ידיו בחוזה בלתי חוקי. אבל לפי המשפט העברי מייחסים תוקף לעסקת ההלוואה על אף שהיא בלתי חוקית- הוא לא יחייב לשלם ריבית (כי זה לא חוקי) אבל הוא יכול לחייב להשיב את הריבית.

1. **שולחן ערוך-**

"מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות ונתקיים הקנין באחד מדרכי ההקנאה, המקח קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח".

בית הדין מתייחס אל העסקה כעסקה תקפה, אמנם המוכר לא יכול לקבל את הריבית אלא את מחיר המוצר הראשוני. המוכר לא יכול לחזור בו מהעסקה. יש לנו פה שוב חוזה בלתי חוקי כי החוזה נעשה תוך עבירה על דיני הריבית, לפי ההלכה לא מבטלים את החוזה אלא החוזה תקף ואי אפשר לבצע את פעולת העבירה. בית הדין לא יחייב את הקונה לשלם את הריבית.

1. **הלכות מכר רמב"ם פרק א' הלכה עמ' 199**

"המוכר או הנותן בשבת, ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו מעשיו קיימים. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותנין".

אדם שעשה עסקה בשבת (אסור לעשות עסקה בשבת והוא יכול להיענש על כך). העסקה קיימת מבחינה חוזית וכן כל מי שעשו קניין ממנו זה תקף ולאחר השבת ניתן לכתוב את החוזה.

כלומר במשפט העברי יש הפרדה מאוד ברורה בין האיסור של החוזה לבין התוקף שלו.

בצד האחד יש את המשפט הקוננטינלי שחוזה בלתי חוקי הוא בטל.

באמצע את השיטה האנגלית שהוא לא בטל אבל בית המשפט לא ילכלכך את ידיו.

בצד השני המשפט העברי שאומר שחוזה בלתי חוקי הוא תקף למרות שמבוסס על איסור.

**אז מה קורה במשפט הישראלי? חוק החוזים תשל"ג-1973:**

ס' 30: חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.

לכאורה, המשפט הישראלי אימץ את המשפט הקונטיננטלי. אבל אז מגיע ס' 31:

 "הוראות סעיפים 19 (ביטול חלקי) ו-21 (השבה) יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, - כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו"

כלומר, ניתן לראות שהביטול הוא לא מלא. דבר ראשון כאשר מבטלים חוזה נדרשת פעמים רבות השבה. דבר שני, בית המשפט רשאי אם הוא רואה זאת לנכון, לבטל את ההשבה, לבטל את החיוב או לחייב צד לקיים את התחייבותו בחוזה. לבית המשפט יש שיקול דעת לקבוע שהחוזה תקף.

**השופט אלון-** שתיים הן ההוראות העיקריות, המצויות בסעיף 31: א. בדרך כלל ומן הסתם חלה בחוזה בלתי חוקי חובת השבה, כאמור בסעיף 21 לחוק, אלא אם ראה בית המשפט, שמן הצדק לפטור מחובה זו, כולה או מקצתה. ב. אם צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה, רשאי בית המשפט- אם ראה, שמן הצדק לעשות כן – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

סעיף 31 קובע אפוא, שלא זו בלבד שבית המשפט נזקק לתביעה של השבת מה שנתקבל על־פי החוזה הבלתי חוקי, אלא אף רשאי ויכול הוא "להחיות" את החוזה הבטל ולהורות, בנסיבות מסוימות, על קיום חיובים שבו. אם מסתכלים על ס' 30 יחד עם ס' 31 התמונה משתנה- לא בדיוק אימצנו את השיטה הגרמנית ואף לא את השיטה האנגלית. ס' 31 יכול ואולי אף חייב להתערב ולהטיל את החיובים על פי החוזה. כלומר החוזה לא לגמרי בטל- ישנו הסדר מיוחד שבעצם מכיר בתוקף החוזה ומשאיר אותו לשיקול דעת בית המשפט.

**פרופ' דניאל פרידמן, עיוני משפט ה-** הוראה זו אינה לקוחה משיטת משפט זרה. אין היא עולה בקנה אחד עם המשפט האנגלי ואף לא עם הדין הגרמני או הצרפתי. בכל השיטות הללו נוהג הכלל השולל, בכפוף לסייגים מסוימים, את זכות התביעה במקרה שחטאם של שני הצדדים שווה. לעומת זאת מציעה ההוראה שבסעיף 31 לחוק החוזים **פתרון ישראלי מקורי** שאינו מושתת על המקורות עליהם מתבססת בדרך כלל החקיקה הישראלית.

כלומר, יש לנו פה הוראה שאם מסתכלים עליה במבט השוואתי זה פתרון ישראלי מקורי. מאיפה היא באה?

**השופט אלון-** אומר שהוא לקוח מהמשפט העברי, הוא מפנה **להצעת חוק החוזים**: "העקרונות שעליהם מבוסס החוק המוצע נדונו בוועדה הציבורית לאחר בדיקת שיטות משפטיות שונות, **תוך שימת לב מיוחדת לשיטת המשפט העברי**".

הדין הקיים (לפני הצעת החוק), המבוסס על המשפט האנגלי, מורה שחוזה פסול היינו חוזה שכריתתו או מטרתו בלתי חוקית, בלתי מוסרית או נוגדת את תקנת הציבור אינו ניתן לביצוע, אך אינו בטל מעיקרו. לפי הכלל האנגלי אל לו לבית משפט ללכלך ידיו בטיפול בחוזה כזה ומוטב שיהא ההפסד שנגרם מאי קיומו נשאר "במקום שנפל". הוראות אלה גרמו עוול רב, כפי שהראה השופט ד"ר מ' זילברג במחקריו וכן בפסק הדין במשפט ג'ייקובס נ. קרטוז ופסקי הדין שהלכו בעקבותיו.

הצעת החוק אומרת באופן כללי שהיא שואבת השראה מהמשפט העברי ובאופן ספציפי לתקן עוולה שנעשתה בגייקובס וע"פ זילברג.

סוגיית החוזה הבלתי חוקי בחוק החוזים הישראלי היא דוגמה מעניינת של קליטת עקרונות ומגמות שבמשפט העברי, בלי שנתקבלו חלק מפרטי דיניו ועמדותיו. לא נתקבלה עמדת המשפט העברי, שבדרך כלל תקף הוא החוזה הבלתי חוקי לעניין נפקויותיו האזרחיות. הכלל הוא, כאמור בסעיף 30 שחוזה כזה בטל הוא. **אך כן נתקבלו בחוק החוזים שני עקרונות מהותיים שביסוד דיני החוזה הבלתי חוקי במשפט העברי:**

1. עצם ההיזקקות לתביעה, שיסודה בחוזה, הפגום באי-חוקיות. נשללה בתכלית הגישה, כי תביעה על-פי חוזה בלתי חוקי היא "מוקצה מחמת מיאוס". שומה על בית המשפט לעשות צדק בין בעלי הדין ולשם כך אף "ללכלך ידיו" בתביעה מעין זו.
2. המגמה היסודית במשפט העברי, ש"אין חוטא נשכר", שהעבריין לא ייהנה, בנוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי־קיום הנפקויות שבדין האזרחי, הנובעות מהחוזה.

### ע"א הניה הווארד נגד מיארה

המערערת הניה מכרה קרקע למשיבים בני הזוג מיארה. לאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקעה על ידי העיריה. המערערת ידעה זאת ולא גילתה למשיבים. יש כאן ודאי משא ומתן בחוסר תום לב. המשיבים מצידם לא רצו להפסיד את העסקה אך בקשו להפחית את מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום. המערערת הודיעה על ביטול החוזה מכיוון שלא עמדו מבחינתה בהתחייבותם. המשיבים דרשו לקבל את הסכומים ששילמו ובכלל זאת סכום שניתן כביכול עבור חומרי בניין. המערערת טענה שהסכום לא נכלל בחוזה משיקולי מס ולכן החוזה בלתי חוקי ועל בית המשפט לא להיזקק לתביעה. היא טוענת ששני הצדדים ידעו כי הם מעלימים מס והם הציגו את הסכום כחומרי בניין ולא כחלק מהמחיר על מנת להעלים את הסכום מהרשויות.

ע"פ השיטה האנגלית- בית המשפט לא מלכלך את ידיו, המערערת היא הנתבעת ולכן ידה על העליונה. תוצאה זו נראית לא הוגנת כיוון שהיא הונתה את הזוג.

**השופט שמגר:** אין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי הכלל של "חטאו שניהם כאחד". החוק בסעיף 31 מותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב לעשות שיקולי צדק. במקרה זה המערערת שנהגה בחוסר תום לב במשא ומתן לא תוכל עתה ליהנות מכך שערכה חוזה לא-חוקי.

**השופט אלון:** מסכים אבל מוסיף ומציג את הניתוח של המשפט העברי ואומר שכל המהלך הזה מקורו מהעברי.

## סעיף פטור

### ע"א 461/62 צים נגד מזיאר

המשיבה עלתה בריאה ושלמה על האניה "תיאודור הרצל" שהפליגה מצרפת לישראל. במהלך שהותה באוניה הרגישה ברע וחלתה בדלקת קיבה שארכה כ־3 חודשים. פגיעה זו נגרמה, לכאורה, על־ידי המזון המקולקל שקיבלה באניה. בית המשפט המחוזי הפעיל את הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" וחייב את חברת צים ואת הטבח באחריות לנזק. המערערים הסתמכו בהגנתם על סעיף הפטור המופיע בכרטיס הנסיעה. סעיף זה פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האניה, בשל רשלנותם.

**השופט זילברג-** הפסיקה האנגלית מכירה בסעיפי פטור מעין זה. לדעת בתי המשפט באנגליה זכותו של מוביל או ספק להתנות סעיף פטור והוא ייפסל רק אם יש בו הטעיה. הפסיקה האמריקאית אינה מכירה בסעיפי פטור כאלה. לדעת בתי המשפט בארה"ב סעיפים שפוטרים את המוביל מאחריות לנזק שנגרם ברשלנות בטלים. השאלה היא: איזו היא הדרך שנבחר לנו אנחנו, שופטי ישראל, על פרשת דרכים זו?

לדעתו, עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. כי זה לא כ"אימוץ" ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות יסוד מהמשפט העברי. את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, שואבים מסעיף 64 (1) של חוק הפרוצידורה האזרחית, העותמאני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, אין מקור ולכן לדעתו יש לפרשו מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו (מהמשפט העברי).

היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים — של החיים, ולמען החיים. לכן, הקורא ממעמקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר־מכר בחיי אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים, או קדושת העקרון של חירות החוזים, כבודה במקומו מונח, אבל **מקודשת הרבה יותר היא קדושת החיים**.

המשפט האנגלי אולי מכיר בסעיף שפוטר אותו גם כאשר יש פגיעה בגוף או בחיים אבל לפי המשפט העברי לא ניתן לקבל סעיף כזה והוא בטל. לכן במקרה מאמצים את המשפט האמריקאי.

### ע"א רוט נגד ישופה

המערערים רכשו דירה מחברת ישופה בנייה. הם קיבלו את הדירה באיחור ולאחר שקיבלוה נמצאו בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצוי ותיקונים. החברה טענה שלפי החוזה, קבלת החזקה בדירה על ידי הקונה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה. (המחוזי קיבל את טענת החברה).

**השופט מנחם אלון-** סעיף 39 לחוק החוזים : בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה. בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסאלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל.

מושג "תום הלב" הוא מושג מופשט והשופט אלון מניח שיש לפרשו לפי עקרונות המשפט העברי כמו שזילברג הניח זאת בפס"ד צים.

מכילתא, פרשת בשלח, פרשה א: כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים כל התורה כולה.

תלמוד בבלי, שבת, לא, א: אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין (=בבית דין של מעלה) אומרים לו: נשאת ונתת באמונה?

השופט אלון לוקח את המקורות הללו ואומר שהם בעלי משמעות הלכתית (והם לא רק רעיונות). *"האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא, אפוא, היושר, עשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במלים "ועשית הישר והטוב" (דברים, ו, יח). עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין "הוראה מלכותית", בכל עולם ההלכה".*

המצוות ההלכתיות לא ממפות את כל המקרים ולכן יש עיקרון על שהאדם חייב לנהוג ביושר, שלא יהיה "נבל ברשות התורה". כלומר, אדם יכול באופן פורמלי לקיים את כל המצוות והחוקים אך עדיין לנהוג שלא כדין. חובת הישר והטוב מחייבת אדם גם כאשר הוא מקיים את החוק לא לעשות בו שימוש בלתי הוגן, לא לעמוד באופן בלתי צודק על הדין.

*"ויישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים: יש ועשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית-דתית של עשייה לפנים משורת הדין, ממידת חסידות, שאין כופין עליה, ויש שבכוחו ומכוחו של עיקרון זה נוצרו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והכל לפי העניין."*

כשזה רק עיקרון מוסרי אפשר לחנך ולהזכיר לנתבע שיש לנהוג בתום לב, אך כשזו זכות משפטית ניתן לחייב אותו.

מסקנה: בעיקרון תום הלב שבסעיף 39, כחלק מהותי מהעיקרון הכללי של ועשית הישר והטוב שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה, ומתוך כך גם רב אחריות, אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי "מדת חסידות" ללא נפקות משפטית ואין בית המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, "להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה". הכל לפי העניין והכל לפי הנסיבות.

השופט אלון לוקח את ס' 39, אומר שבית המשפט יכול להפעיל את שיקול הדעת שלו ולהגיד האם הצד שנהג בחוסר תום לב זה חוסר מוסריות או פגיעה בזכות וניתן לחייבו בשל כך. במקרה זה יש לקבל את הערעור ולהחזיר למחוזי לדיון לגופו של עניין.

אלון עשה 2 שימושים בפרשה זו במשפט העברי-

1. להגדיר מהו תום לב- לנהוג ביושר, באמון. לא רואה אותו כסעיף שסתום אלא נותן תוכן למושג תום לב ע"פ המשפט העברי
2. מסביר את היקף שיקול הדעת של בית המשפט בס' 39. שיקול דעת רחב מביטול החוזה או סעיף מסויים ומצד שני להגיד שזוהי רק דרישה מוסרית

התפיסה העקרונית של אלון כאן זה שפרשנות של מושגים מופשטים (כגון צדק ותום לב) צריכה להיעשות ע"פ המשפט העברי.

# המשפט העברי בפסיקה – דיני עונשין

### הגנה עצמית

**ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל-** שוטרים התפרצו לבית משום שהם חשדו כי נעשית שם עבירה. בפס"ד לא ברור באיזו עבירה מדובר. השוטרים ניתקו את הגז מחוץ לבית ואז כשאפנג'ר יצא לבדוק מה קרה לגז הם התפרצו בכח. הם לא ביקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה. הוא טוען להגנה עצמית.

אפנג'ר טוען להגנת הצורך. זהו פסק דין ישן ולכן מדובר בחוק העונשין במתכונתו הבריטית ולא המתוקן. החוק אומר כי אדם לא יכול להגן על אדם אחר אלא אם כן יש לו חובה להגן עליו. כאן עלתה השאלה האם אדון אפנג'ר שהדף את השוטרים על מנת להגן על האחרים ששהו בדירה יכול להשתמש בהגנה זו.

**השופט אלון-** האפשרות שההגנה הפרטית, במקרה של הגנה על הזולת, מוגבלת דווקא לגבי אחרים שלגביהם קיימים יחסי קרבה או חובה מיוחדים אינה עומדת בפני הביקורת. אין להעלות על הדעת שראובן הרואה את שמעון מותקף על ידי לוי, בהתקפה שאולי מרה תהא אחריתה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהא אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון.

לפי אלון ברור כי יש לי זכות שהחוק לא יאשים אותי בתקיפה אם אני מתערב לטובת הזולת. התמונה לגבי סוגיה זו בשיטות המשפט השונות היא מעורבת. נראה כי בית המשפט לא מרוצה מהשיטה הבריטית ולכן הוא פונה למשפט העברי:

**דין רודף:** **דין של הגנה עצמית-**

**סנהדרין עג ע"ב-** "תנו רבנן: מניין לרודף אחר חבירו להרגו, שניתן להצילו בנפשו? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'" (ויקרא, יט, טז).

התלמוד אומר בברייתא שחובה "לא לעמוד על דם רעך". כלומר ישנה חובת הצלה עד כדי הריגתו של הרודף. אבל יש המשך להלכה זו:

**סנהדרין עד ע"א-** "תניא; רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחר חבירו, ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל – נהרג עליו".

באופן עקרוני ניתן להרוג אבל אם היה ניתן להציל את הרודף ולא עשה זאת אז המציל עצמו הפך להיות רוצח. כלומר, ישנה חובה להשתמש באמצעים המינימליים על מנת להציל. הרבה פעמים מקלים על אחריות המציל על מנת שאנשים לא יימנעו מלעזור.

**רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א ו-ז-** הרודף אחרי חברו להרגו... כל ישראל מצווין להציל הנרדף מידי הרודף ואפילו בנפשו של רודף... כיצד? אם **הזהירוהו** והרי הוא רודף אחריו, אע"פ שעדיין לא קיבל התראה, כיון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג. ואם יכולים **להצילו באבר מאברי הרודף**, כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו – עושין;

ואם אינם יכולים לכוון (= לאחד מאבריו) ולהצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף – הרי אלו **הורגין אותו** **אף על פי שעדיין לא הרג**... שכל החושב להכות חבירו הכאה הממיתה אותו – מצילין את הנרדף בכפו של רודף; ואם אינן יכולין – מצילין אותו אף בנפשו, שנאמר (דברים, כה, יב): "לא תחוס עיניך".

לפי הרמב"ם יש לעשות את פעולת המניעה בדירוג:

צעד ראשון- צריך להזהיר את הרודף. צעד שני- אם יכולים לפגוע ברודף באחד מאיבריו אז צריך לעשות את זה על מנת לעצור אותו. למשל, לשבור לו את הרגל. צעד שלישי- אם לא ניתן לכוון לאחד מהאיברים וכך להצילו, אז אפשר להרוג אותו אף על פי שעדיין לא הרג. כלומר זה לא ענישה אלא מניעה. נסכם את דבריו של הרמב"ם:

1. ישנה **חובת** הצלה להתערב להצלת חברו.
2. החובה הזאת חלה גם על הגנת הזולת
3. החובה מתירה לפגוע את הפגיעה המינימלית ברודף, עד כדי הריגתו

כמובן שעד פה מדובר בסכנת חיים. אבל מה יקרה כאשר מדובר על תקיפה שאינה מסכנת חיים, האם גם שם עיקרון זה יחול?

**רבנו אשר – פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, יג-** וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחיו, והכה את המכה כדי להציל קרובו – פטור.... וכן אם רואה אדם מישראל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה, אף על פי שאין מכהו מכת נפש, מותר להכות המכה לאפרושי מאיסורא (להפרישו מאיסור)... ומיהו צריך לומר, שאם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה – חייב.

רבנו אשר מדבר רק על בני משפחה, כלומר רק מי שחייבים להגן עליו. החלק החשוב בדבריו הוא הרחבת עקרונות דין רודף גם על תקיפה שאיננה מהווה סכנת חיים. אבל, עם תנאי לפיו **אסור להרוג את התוקף.** כלומר ניתן להכות אותו אם זה נדרש אך לא להביא למיתתו. עיקרון הנחיצות (הפגיעה המינימלית הנדרשת) מתחייב גם כאן. בניגוד לתקיפה של סכנת חיים בה הייתה חובה להתערב במקרה זה מדובר ב**רשות** להתערב.

**שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, יג**- שנים שחבלו זה בזה, ... אם התחיל האחד, השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו.... ומיהו צריך אומד אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה, חייב. וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חבירו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכה, יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא.

מדובר בתגרה בין שניים. במקרה של תוקף ומותקף אז הנתקף שהגן על עצמו וגרם נזקים לתוקף פטור כי יש לו רשות להגן על עצמו. אך, הוא זכאי להגנה רק אם עשה את המינימום שהיה נדרש ממנו (עיקרון הנחיצות). גם פה מבחינים בהגנת הזולת בין מקרה של סכנת חיים שם יש חובה להתערב, לבין מקרה של תקיפה ללא סכנת חיים שם ההתערבות היא רשות.

מסקנה: לפי המשפט העברי לאדם יש זכות להגן על הזולת ובמקרה של סכנת חיים יש אפילו חובה.

**השופט אלון-**

• "משקבע המחוקק את עצם העיקרון שכלל ההגנה הפרטית – כהגנה שלא להיות מואשם בפלילים – יפה הוא הן לעניין הגנה עצמית והן לעניין הגנת הזולת.

• נראה לי, כי עקרון ההגנה הפרטית חל הוא – במידה ומדובר בפגיעה נגד גופו של הזולת – לגבי כל מקרה שבו פלוני, האזרח הסביר "שאכפת לו", רואה לעצמו חובה אזרחית מוסרית שלפי נסיבות הענין ומצב הדברים עליו להיחלץ להגנתו של אלמוני הנתקף, להצלתו שלה נרדף מידי רודפו.

• אמנם אין החוק בישראל, כפי שכך הוא גם ברוב המערכות המשפטיות דהאידנא, מכיר בהטלת חובה משפטית להצלת הזולת הנמצא בסכנה."

יש הבדל בין מערכת משפט דתית לאזרחית. מערכת המשפט הדתית מטילה **חובה** להתערב להצלת הזולת אך מערכת משפט אזרחית לא תעשה זאת. אמנם יש את חוק "לא תעמוד על דם רעך" אך הוא לא ממש מחייב התערבות ברמה גבוהה אלא רק התקשרות עם גורמי ביטחון למשל משטרה. המשפט האנגלי שלכאורה אנחנו מחויבים אליו לא כולל את עיקרון ההגנה על הזולת, ולשופט אלון אין נחת מכך. על כן, הוא פונה אל מקורות המשפט העברי, מאמץ את עיקרון ההגנה על הזולת ומזכה את אפנג'ר.

**הנשיא זוסמן**- "בפתרון הבעיה הלזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכסי תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי קא עסקינן שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים. אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה האם יהא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על פי הלכת המשפט העברי, אישה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?"

הנשיא זוסמן אמנם מסכים עם מסקנתו של אלון אך מגיע לכך בדרך שונה לחלוטין. הוא מתנגד נמרצות לכך שהשופט אלון הסתייע במשפט העברי.

**השופט אשר-** "לא אוכל להסכים לדעת חברי (השופט אלון) כי כלל ההגנה הפרטית לצורך "הצלת אדם אחר" חל גם כאן במקרה שאין בו יחסי קירבה או אחריות מיוחדת בין הטוען להגנתו של הכלל לבין אלה שלטובתם הוא מתערב בצורה אלימה"

השופט אשר בדעת מיעוט- מקבל את ההלכה האנגלית ולדעתו אין להתערב בה. רוצה להרשיע את אפנג'ר.

**סיכום הגנה עצמית:** דעתו של אלון התקבלה כדעת רוב ובהמשך דעה זו גרמה לתיקון של חוק הגנה עצמית בחוק העונשין- הגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

### עבירת האינוס

**ע"פ 91/80 כהן נגד מדינת ישראל**- אדם הורשע באינוס לאחר שבעל את אשתו בניגוד לרצונה, תוך שימוש בכוח.

**נוסח חוק האינוס הישן: סעיף 345-** "הבועל אשה, שלא כדין, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באיומים עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו – מאסר ארבע־עשרה שנים."

באותה תקופה, היינו מחויבים לדין באנגליה לפיו בעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על־ידי ההסכמה ההדדית וחוזה הנשואין האשה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה.

**ע"פ 353/62 אל פקיר נגד היועמ"ש-**

**השופט הלוי:** "לדעתי, השקפה זו אינה הולמת את כבוד האדם ואת כבוד הנשואין, ואין לאמצה בישראל ללא הוראה מפורשת של המחוקק. אישה המסכימה בהינשאה לחיי אישות עם בעלה אינה מסכימה בזה לשימוש בכוח או באיומי מוות או באיומי חבלה גופנית חמורה נגד גופה. אישה אינה כשבויית חרב אצל בעלה, והיא זכאית לחירות גופה כמו בעלה."

**תולדות הנוסח:**

הפקודה האנגלית: unlawfully‏

נוסח ראשון בחוק העונשין (1977): שאינה אשתו

נוסח שני – תיקון ועדת חוקה (1978): שלא כדין

**נשאלת השאלה: האם השינוי היה רק קוסמטי או מהותי?**

**השופט דוד בכור-** אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה (במשמעות שאינה אשתו). המילים "שלא כדין" מתייחסות לדינו האישי של האדם. יש לבחון האם לפי הדין האישי רשאי אדם לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. במקרה של יהודים יש לבחון את הדבר לפי המשפט העברי. הוא מצא מקורות בהם כתוב שאדם לא יכול לבעול את אשתו שלא כרצונה:

* **תלמוד בבלי, עירובין, ק, ב :** אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה.
* **רמב"ם הלכות אישות, פרק טו, יז:** ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה.
* **שולחן ערוך, אבן העזר, כה ב:** לא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפייסנה עד שתתרצה.
* **רמב"ם הלכות אישות פרק יד:** "האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו להוציא לשעתו, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה".

הרמב"ם אומר שאם האישה לא יכולה לקיים יחסים עם בעלה מפני שמאסה בו, מחייבים את הבעל להתגרש ממנה. ניתן לראות כמה חזק רצון האישה בקיום יחסים.

**השופט בכור-** "לאור כל מה שנאמר לעיל, אין, בעניין הנדון, להחיל בין יהודים את ההלכה של המשפט המקובל האנגלי, שמה שעשה המערער אינו מהווה אינוס, כמשמעותו בסעיף 345 לחוק העונשין, בגין קיום קשר הנישואין עם אשתו. אלא **צריך להחיל את המשפט העברי לפיו מדובר באינוס**."

**השופטת מרים בן פורת-** מגיעה לאותה מסקנה אך מגיעה אליה בדרך שונה:

"מעדיפה אני להשאיר בצריך עיון לעת מצוא את עמדתי בשאלה, כלום כדאי והכרחי לקבוע, שקיים קשר בין הביטוי "שלא כדין" לבין התחייבויות בני הזוג לפי דינם האישי במסגרת ברית הנישואין.

אשר לקיומו של הביטוי "שלא כדין" בהגדרת העבירה, הרי כרגיל (פרט למקרים, בהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת) אין, לדעתי, ליחס לו שום משמעות."

**ד"נ כהן נגד מדינת ישראל – השופט חיים כהן**- משמחקה הוועדה את המלים "שאינה אשתו" גילתה דעתה שלא ייתכן כלל שהאונס את אשתו יהא פטור מעונש. ומשגילתה דעתה זו, לא עשתה ולא כלום כשהחזירה ליושנן את המלים "שלא כדין". אם האונס את אשתו אינו פטור מעונש, כי אז המלים "שלא כדין" אינן מעלות ואינן מורידות לעניין אחריותו הפלילית, ולמעשה אין להן כל משמעות.

השופט כהן קובע דין אחיד כלפי כל הדתות. בעקבות הדיון הנוסף הפנייה למשפט העברי ייתרתה. אך עדיין ניתן לראות את הנטייה של המשפט הישראלי לפנות למשפט העברי כאשר ברצונו לעקוף את החוק הקיים. במקרה הנידון החוק האנגלי מאוד שוביניסטי ולכן המשפט מוצא מזור במשפט העברי.

# חוק יסודות המשפט

הרקע לעבודה הוא סימן 46 לדבר המלך שקבע בשעתו:

המשפט שהיה נוהג ערב המנדט הבריטי (החוק העותמאני) ימשיך לחול ואליו יוותפסו גם הפקודות המנדטוריות ובמקרה שאינן חלות אז הוא יפנה לעקרונות המשפט המקובל שבאנגליה.

עם הקמת המדינה הסימן לא בוטל, המגמה הייתה לצמצם את התחולה שלו אבל הוא נותר בחוק.

היו דעות שסברו שיש לבטלו ולתת לו חלופה אך היו דעות שיש לבטל את סימן 46 ולא לתת לו חלופה. באנגליה לא היה דין שיורי מכיוון שבתי המשפט רגילים לכך שיש לקונות והם מוצאים פתרונות לכך. במשפט הקונטיננטלי הרגישו צורך לתת מענה מכיוון שהם בנויים על קודקס.

אף על פי כן הרוב בישראל החליט שיש לתת תחליף לסימן 46 וחוקקו את חוק יסודות המשפט. החוק קבע בס' 2 שלו שסימן 46 בטל. בזה נותק באופן רשמי חבל הטבור בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי. בס' 1 החוק מציע אלטרנטיבה. בנוסחו המקורי לא היה כתוב על המשפט העברי ורק ב2018 החוק תוקן.

"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."

2 התאמות מהכרזת העצמאות:

1. הוסיפו את עיקרון היושר
2. **החלק החשוב-** החליפו את מה שכתוב בהכרזת העצמאות כ"נביאי ישראל" במשהו סובסטנטיבי (ממשי). הייתה התלבטות אם לכתוב משפט עברי. בהתחלה כפי שנאמר לא נכתב ובחרו בנוסחה כללית "מורשת ישראל".

בדברי ההסבר כתוב שמבין הצעות שונות נבחרה נוסחה זאת כדי להפנות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת, בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי. מכאן מובן כי עקרונות הצדק והיושר מעוגנים במשפט העברי ואמנם החוק לא מפנה אל כל המשפט העברי אבל הוא מפנה לפחות אל חלקו. נדון במה זה בדיוק "מורשת ישראל" לפי הדעות השונות בהמשך.

עם ביטול סימן 46 מתעוררת השאלה **כיצד ימלא בית המשפט שטחים ריקים או לאקונות?** ברור שחוק יסודות המשפט בא להדריך את השופטים כיצד למלא לאקונה. אין מחלוקת בכך. גם כותרת המשנה של החוק זה "מקורות משלימים". עכשיו נשאלת השאלה מה זה בדיוק לאקונה ומה ההיקף שלה:

* **בדבר חקיקה-** חקיקה ראשית או משנית
* **בהלכה פסוקה-** הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בלבד? (מ' אלון, ח' כהן). השופט אלון אומר שהלכה פסוקה היא רק הלכה של בית המשפט העליון כי רק היא מחייבת. הלכות שניתנות ע"י בתי משפט נמוכים יותר לא מחייבות ולכן הן לא נחשבות כהלכה פסוקה. השופט חיים כהן חולק על כך וקובע כי הלכה פסוקה זה כלל ההלכות של בית המשפט.
* **בדרך של היקש-** אנלוגיה ממקרים אחרים

כלומר השופט אלון אומר שכל מה שאין לגביו תשובה בהוראת חוק דבר חקיקה, הלכה פסוקה (רק בית משפט עליון), אין היקש ולא דבר פרשנות אחרת יהיה בגדר חסר שאותו יש להשלים לפי עקרונות מורשת ישראל.

מה המעמד של פרשנות מושגים משפטים ערכיים?

מושגים מופשטים כללים כמו צדק, תום לב, תקנת הציבור וכיוצא בזה?

השופט אלון- יש להתייחס אליהם כאל חסר מכיוון שהם מופשטים ואין לנו הוראה ספציפית, אז יש לצקת אליהם תוכן ויש להשתמש במשפט העברי. הוא נעזר ברוט נ' ישופה ששם כתוב שיש למלא בהם תוכן

השופט ברק- מושגים משפטים ערכיים מופשטים כאלה הם אינם בגדר חסר, לא צריך לפנות בהם למשפט העברי אלא השופט צריך לצקת בהם תוכן לפי העניין בלי שום זיקה למשפט העברי.

### על פי מה צריכה להיות הפרשנות של חוקים כלליים?

השופט אלון- פרשנות איננה בגבולות של חוק יסודות המשפט. אמנם אלון הרחיב שזה גם כולל מושגים ערכיים אבל לטענתו רק במקרה של לאקונה יש **חובה** לפנות למורשת ישראל. במקרה של פרשנות אין חובה כזו. בפרשנות, בית המשפט מחפש לו השראה ועניין משיטות משפט משוות ובמקורות האלה למשפט העברי יש מקום ראשון במעלה. כלומר, למשפט העברי יש קדימות בפרשנות חוקים באופן כללי. לדעתו, יש מעמד בכורה בפרשנות מ3 סיבות:

1. החקיקה הישראלית עצמה ראתה את המשפט העברי כ"מקור ראשי". הואיל ובחקיקה הוא מהווה מקור ראשון אז גם בפרשנות צריך להיות כך.
2. המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת "תורת משפט ישראלית". המשפט הישראלי הוא משפט צעיר וצריכה להיות לו תשתית אחידה.
3. חוק יסודות המשפט שהעניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים.

השופט ברק- חולק על השופט אלון. פרשנות לא צריכה לבוא מעקרונות המשפט העברי ואת דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו (הנדלס). פרשנות צריכה להיות תכליתית והזיקה למשפט העברי לא רלוונטית. העובדה שהמחוקק הפנה למשפט העברי לצורך השלמת לאקונות לא משפיעה על פרשנות בכלל.

### בהנדלס יש לנו כמה עניינים שעולים:

1. יש כאן פרשנות של מושג הנשאל מהמשפט העברי לטענתו בשל דברי ההסבר לחוק.

 2. פרשנות כללית של חוקים וחוק השבת אבידה בפירוש מהמשפט העברי, מה זה "רשותו של אדם אחר"

 3. חוק יסודות המשפט נתן למשפט העברי מעמד כמקור משלים.

**ד"נ הנדלס – הכרעה:** השופטים כהן לוין ולנדוי מצטרפים לברק

* חוק יסודות המשפט חל רק במקרה של "שטח ריק" (לקונה). במקום שבו ניתן למצוא תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש אין חובה להיזקק לעקרונות מורשת ישראל.
* למשפט העברי אין מעמד מיוחד ("ראשון במעלה") בפרשנות חוקים.
* חיים כהן- אמנם מקום שבו השתמש המחוקק בניב או ביטוי שמקורו במשפט העברי יש לפרשו בהתאם למשמעותו במשפט העברי. בפרשת הנדלס לדעתו המושג רשות לא לקוח מהמשפט העברי ולכן לא נזקקים לכך במקרה זה.
* בית המשפט רשאי להביא ראיות מן המשפט העברי אבל הן בגדר רשות ולא בגדר חובה.

מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה"? **הדילמה הפרשנית**- איזה פרשנות לתת לשאלה שלא נמצאה לה תשובה.

* **פרשנות רחבה**: לפי אלון: החוק מדבר על כל שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, ומצווה להכריע בה לאור עקרונות מורשת ישראל. כל מקום של חסר בחוק זה לקונה.
* **פרשנות צרה**: לפי ברק: החוק מדבר על השלמת חסר בלבד. בית המשפט משלים חסר בחוק (במעמד של חוק) ואולי גם חסר בפסיקה.

ברק מתווכח עם אלון על **אקטיביזם שיפוטי-** אלון נגד האקטיביזם השיפוטי. ברק אומר שאנחנו שייכים למסורת המשפט המקובל, הם כל הזמן מפתחים את המשפט בתחומים שהמחוקק לא פיתח והם לא זקוקים לעקרונות שינחו אותם. זה הסמכות הטבועה שלהם. במשפט הקונטיננטלי אין את זה. באנגליה השופטים תופסים עצמם גם כמחוקקים ולכן את פיתוח המשפט הם לא רואים כחסר, המשפט מתפתח באופן תדיר. לכן הוא עושה את ההבחנה בין השלמת חסר לפיתוח משפט:

השלמת חסר היא דבר מאוד מצומצם, הוא נותן הגדרה במאמר שלו למה זה השלמת חסר- כמו בנאי שבונה קיר לבנים ויש לבנה חסרה. ככה גם במשפט כשהמחוקק מסדיר תחום אבל מחסיר פרט בהסדר. לקונה זה מקום שהמחוקק הסדיר דבר מה ויש חסר אותו יש להשלים.

מה התוקף של השלמת החסר של המחוקק? האם כחוק או כהלכה פסוקה?

בעיניי האנגלים- אין דבר כזה השלמת חסר וזה תמיד הלכה פסוקה

במשפט הקונינטנלי- זה בגדר חוק וזה מה שברק מאמץ. זה כמו הלבנה הזאת שהמשפט משלים. דוגמא: חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959.

### הסדר של שידורים בטלוויזיה

15 (ד) לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית.

המחוקק הסדיר את חוקי התעלומה ולא הסדיר מה צריך לעשות עם רדיו.נשאלה השאלה מה דינם של שידורי תעמולה ברדיו?

**בג"ץ 212/03 חירות נגד יו"ר ועדת הבחירות:** בית המשפט הסדיר את התחום שלא נידון ע"י היקש מטלוויזיה! זה הפך להיות כמו חוק מחייב.

### מה כולל המושג מורשת ישראל?

השופט אלון- מורשת ישראל כוללת, בראש ובראשונה, את **כלל הלכותיו של המשפט העברי**. הוא מרחיב מעבר לכך וכולל כמו כן גם את עולמה של אגדה, דברי הגות ומחשבה, כפי שאלה עלו ונדונו בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי. (בג"ץ 852/86 אלוני נ. שר המשפטים, עמ' 97)

"ברור שעיקרו ויסודו של הכלול במושג זה הוא המשפט העברי. על בתי המשפט להחליט מה כלול בו בנוסף למשפט העברי כגון דברי הגות ומחשבה שבמורשת ישראל וכן דברי הגות מתקופת התחייה (המשפט העברי, עמ' 1548). "

ניתן היה לומר כי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום ממלאים את התוכן ולא צריך יותר מכך. אך לפי אלון צריך לראות איך העיקרון הזה לובש ביטוי במשפט העברי. לא מסתפקים בעיקרון המופשט אלא הולכים לגופי הלכות שלהם. מה ההיקף של צדק? מתי משתמשים בו? וכו'.

השופט ברק- מורשת ישראל איננה זהה עם המשפט העברי. זה מושג רחב ביותר וזה נכס לאומי של ישראל הישנה והחדשה.

"הננו מדינה צעירה ועם עתיק. שורשינו נעוצים במסורת ארוכת השנים שלנו. תורתם של ישעיהו וירמיהו – כמו גם של שפינוזה ואחד העם, ז'בוטינסקי ובן גוריון, בובר ושולם, אגרנט וזילברג- מעצבת את דמותנו כעם וכמדינה. "

יש קפיצה של 2000 שנה בין ישעיהו וירמיהו עד שפינוזה. באמצע הוא מדלג על כל המשפט העברי ויש בכך אמירה מובהקת שלדעתו עקרונות מורשת ישראל לא כוללים את כל התחום הזה. הוא הותקף על כך שהוציא את המשפט העברי ממורשת ישראל ולכן הוא לאחר מכן תיקן את הרשימה:

"מורשת ישראל אינה זהה למשפט העברי זה מושג לאומי החובק את המורשת הלאומית הישנה והחדשה גם יחד.היא כוללת **את מורשתו של הרמב"ם** ואת מורשתו של שפינוזה, של הרצל ושל אחד העם, היא כוללת את המורשת שלפני הקמת המדינה וזו שלאחר הקמתה. את המורשת העולה מהספרות התורנית ומהספרות החילונית גם יחד."

זאת בסופו של דבר הסיבה לתיקון החוק ב2018. היו דיונים עד כמה לתקן והיו לכך כמה הצעות למשל לקבל את דעתו של אלון. בסופו של דבר בתיקון האחרון הזכירו בפירוש את המשפט העברי. לשיטת אלון לא שינו שום דבר כי מורשת ישראל זה בראש ובראשונה למשפט העברי. אז יש להניח שהתיקון בא לדחות את שיטת ברק.

"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**."

 כל השאלות האחרות נשארו בצ"ע- מה זה לאקונה ומתי יש לפנות למשפט העברי. אולי בזה נשארנו עם העמדה הצרה של ברק. גם לגבי כך שפרשנות מושגים כללים אינה נכללת בחוק וכו'. כלומר התיקון היה מאוד מצומצם בהשפעתו והיה יותר סמלי מאשר מהותי. השאלות הגדולות נותרו בעינן.

# **זכויות יסוד-** המשפט העברי בפסיקה (1992-1980)

ע"ב 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות – חבר הכנסת מאיר כהנא ביקש להפלות את הערבים והוא ביסס את עמדתו על המשפט העברי. על הרקע הזה המפלגה שלו נפסלה לועדת הבחירות לכנסת בשנת 1984, משום שהרשימה הייתה גזענית. זו הייתה הפעם הראשונה שפסלו מפלגה בכנסת. ועדת הבחירות פסלה מן הצד השני גם את הרשימה של מוחמד מיערי, רשימה ערבית, משום שהוא חותר לפסילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ותומך בטרור. כלומר נפסלו 2 רשימות לכנסת. לכאורה הם יכלו להסתמך על התקדים של רשימת ירדור- רשימה ששללה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. השופט זוסמן טען כי ניתן לפסול רשימה והדבר נובע מעיקרון של הגנה עצמית, כמו שלאדם פרטי יש זכות להתגונן כך גם למדינה (דמוקרטיה מתגוננת). בעתירת ניימן, ביהמ"ש דן בשאלה האם להתבסס על התקדים של ירדור בשביל לפסול את שתי הרשימות- את כהנא משום שהיא נוגדת את עיקרון הדמוקרטיה ואת מיערי משום שזה נוגד את העיקרון של מדינה יהודית. ביהמ"ש החליט לצמצם את ירדור, למרות ששתי הרשימות מנוגדות לעקרונות המדינה הן לא מתכוונות לחסר את המדינה ולכן אי אפשר להתבסס על ירדור ויש לאשרן. אם הכנסת רוצה שועדת הבחירות תבחן את האידיאולוגיה של המפלגות בהתאם לאיזשהו קנה מידה יש לחוקק חוק לכך. כך באמת קרה בהמשך, לפי ס'7א שקבע את מי ניתן לפסול כרשימה. אך במקרה זה, ביהמ"ש אישר את 2 הרשימות. הייתה אפילו הסתייגות מירדור והם אמרו שיש להירתע מלפסול רשימות לכנסת. כהנא אמנם היה גזעני אך לא אנטי-דמוקרטי. ביהמ"ש רצה להדגיש שהם לא תומכים בכהנא. השופט אלון מנצל את ההזדמנות לפרוס עקרונות יסוד של המשפט העברי:

**השופט אלון-** "עולמה של הגות ישראל לדורותיה — ואף מערכת ההלכה גופה, כפי שנעמוד על כך להלן — מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות ובעל דין זה או בעל הדין שכנגדו לא יתקשו להעלות מנבכי המקורות סימוכין לטענותיהם ולדעותיהם... אך המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות".

כלומר, המשפט העברי זוהי מסורת עתיקה ועשירה וכל אדם יכול למצוא מקור שיחזק את עמדתו. לדעתו, פוסק צריך להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ובין דברים שנאמרו לדורות, וגם מה הדעה המרכזית ומה השולית וכו'. הוא מחלץ כמה עקרונות חשובים מהעניין:

1. **חופש הדעה והביטוי-**

נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמשים כאב־טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המופנית כלפי השלטון, המשתמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, וכלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם. דומה שאין לך ביטוי קולע יותר וממצה לחופש הבעת הדעה ולחשיבותה שלכל דעה ודעה – ואף שזו דעת יחיד היא – מן הכלל שטבעו חכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל ש"אלו ואלו דברי אלהים חיים".

עצם הרעיון של חופש הדעה זה רעיון מרכזי. היחס במשפט העברי הוא להביע את עמדתך. הנביאים פעמים רבות יוצאים נגד הדעה המקובלת (נגד הציבור, או נגד המלך). גם במחלוקת בין בית שמאי לבית הלל ניתן לראות כי המגמה היא לא לגנות את הדעה שאיננה כדעתך. הלכה כבית הלל מכיוון שהם כיבדו את העמדה המנוגדת להם. אלון מסיק שגם בחברה הישראלית הגישה צריכה להיות פלורליסטית שמאפשרת דעות שונות.

1. **שוויון-**

"יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו."

"אמר ר' עקיבא: חביב אדם שנברא בצלם"

כל אדם נברא בצלם אלוקים ולכן כל אדם הוא בעל ערך שווה.

1. **אהבת אדם-**

"ואהבת לרעך כמוך (ויקרא, יט, יח) ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה ; בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם [ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו] (בראשית, ה, ו) – זה כלל גדול מזה" (ספרא, קדושים, פרשה ד, י).

תפיסה זו רואה את המרכז של התורה באהבת האדם, תפיסה המוניסטית. ישנה מחלוקת בין ר' עקיבא לר' עזאי מה הכלל המרכזי בתורה- לפי ר' עקיבא אהבת האדם ולפי ר' עזאי שהאדם נברא בצלם אלוקים. ניתן לראות את המחלוקת כך שלפי ר' עקיבא יש להשוות את הזולת אלייך ולפי ר' עזאי הקריטריון הוא אובייקטיבי, כלומר לא להסתכל מה היה נעים לי אישית אלא כלפי אדם סביר. תפיסה נוספת היא שר' עקיבא מסתכל מראייה קרובה אל האדם ור' עזאי טוען שיש להסתכל על הזולת מראיה אוניברסלית.

אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות ; ואליבא דבן עזאי הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה.

ע"פ תפיסה זו המחלוקת היא בכך שר' עקיבא אומר שהערך העליון הוא אהבת האדם והבריות. ואילו לפי בן עזאי הערך העליון הוא השוויון. כמובן שאף אחד מהם לא שולל את השני והם חושבים ששני הערכים חשובים.

נושא זה עולה בפסק הדין מכיוון שרוצים להראות את הניגוד בין תפיסה זו לבין התפיסה של כהנא. כהנא הביא תימוכין לעמדה שלו מהמלחמה של יהושע בן נון. במקורות אלו ניתן לראות תימוכין לעמדה המנוגדת לחלוטין ממנו. כך, נראה חיזוק לטענתו של אלון כי ניתן למצוא פסוקים המחזקים כל עמדה במשפט העברי. אך, לדעתו אין ללמוד מהדברים שהם מתאימים לשעתם (עליהם כהנא הסתמך) אבל העקרונות של ר' עקיבא ובן עזאי הם עקרונות קבועים ונצחיים. לפי עמדתו של אלון יש לעשות בעצם בחירה וברירה בין המקורות השונים מה העיקרון המרכזי ומה העיקרון השולי. אלון עושה מהלך פרשני בין ערכים מסוימים- הוא מבליט ערך הומניסטי של שוויון ואהבת האדם כערך המרכזי של היהדות.

**הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אורות הקודש, ג-** אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה.

הציפייה היא שאדם שהוא ירא שמיים שהוא יהיה יותר מוסרי. אם אדם דתי הוא פחות מוסרי אז יראת השמיים שלו פגומה. כהנא בא עם פאתוס דתי אך אלון אומר לו שזה בעצם היפוכו של דבר.

1. **היחס למיעוטים-** יש דחייה מוחלטת של הגזענות ביהדות.

• "כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות כג ט)

• הגזענות שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על־ידיה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: "חוקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ" (במדבר, ט, יד).

• המיעוט הלאומי זכאי לכל הזכויות האזרחיות והמדיניות של יתר תושבי המדינה: "גר ותושב- וחי עמך" (ויקרא כה, לה)

אלון מוסיף כי יש לשים לב כי דווקא העיקרון של היחס השוויוני למיעוטים מעוגן במגילת העצמאות ולא התפיסה הגזענית של כהנא.

**רשימת כך-** תוכן רשימת "כך" ומגמת יוזמיה וראשיה, כפי שעלו בחומר המצוי לפנינו, יש בהם משום ניגוד משווע לעולמה של יהדות, להלכותיה ולהגיגיה, לעברה של האומה העברית ולייחולי עתידה. נוגדים הם ניגוד מוחלט לעקרונות יסוד של מוסר אדם ומוסר עם, למגילת העצמאות של מדינת ישראל ולתשתיתן של הדמוקרטיות הנאורות בימינו, ובאים הם להעתיק למדינה העברית רעיונות ומעשים שהחזיקו בהם המקולקלות שבאומות העולם.

השופט ברק - ציטוט מהרב קוק: **המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת האדם**, והיא גם כן צריכה להתפשט על כל האדם כולו. למרות שינויי דעות בדתות ואמונות, ולמרות החילוקים של הגזעים והאקלימים, נכון הדבר לרדת לסוף דעתן של העמים והקיבוצים השונים, כמה שאפשר ללמוד את אופיים ואת תכונותיהם, למען דעת איך לבסס את האהבה האנושית על יסודות המתקרבים למעשה. ...צרות עין, הגורמת לראות בכל מה שמחוץ לגבול האומה המיוחדת, אפילו אם הוא חוץ לגבול ישראל, רק כיעור וטומאה, היא אחת מהמחשכים היותר נוראים, שגורמים הריסה כללית לכל בנין הטוב הרוחני, שכל נפש עדינה מצפה לאורך.

אלון מציע לאורך כל הדרך ליהדות פירוש ליברלי והומניסטי. אלון מזהה עקרונות יסוד בתוך המסורת ההלכתית שזה מהלך יחסית נדיר. ישנו הבדל משמעותי בין כללים ועקרונות. כללים זה סעיפי חוק, דברים ספציפיים ועקרונות זה יותר כללי, מתווים כיוון. במשפט כלל גובר על עיקרון. בהלכה אין מסמך שמאגד את העקרונות ובכל זאת הוא מזהה אותם ועושה בהם שימוש. אלון לא פועל רק כשופט אלא **פועל בשתי חזיתות-** חזית אחת היא המשפט הישראלי אותו הוא מבסס על המשפט העברי. חזית נוספת היא במשפט העברי עצמו. הוא תוך כדי דבריו מפרש את המשפט העברי ומיישם אותו בצורה מסוימת, ליברלית והומנית, שרבים לא מסכמים איתו. כלומר, הוא גם מציע גרסה הומנית למשפט העברי וגם מציע גרסה יהודית למשפט הישראלי.

בג"ץ קטלן נגד שירות בתי הסוהר- פסק הדין העקרוני והתקדימי דן בשאלת סמכותו של שירות בתי הסוהר לבצע חוקן בגופם של עצורים ואסירים, גם בניגוד להסכמתם ותוך שימוש בכח, לצורך גילוי ומניעה של נסיונות להחדרת סמים לבית המעצר המרכזי ברמלה.

**השופט חיים כהן:** חברי הנכבד, השופט ברק, ברוב בקיאותו, העלה בחכתו מובאות מרשימות מאד מן הספרות המשפטית האנגלית והאמריקאית, להראות שגם לפי דעות שופטים דגולים וגאוני משפט שבאומות העולם עדיפה השמירה על כבוד האדם על פני סיפוק צרכים לגיטימיים של השלטת חוק וסדר. אמרתי בלבי, לא רק מפיהם של הללו אנו חיים: הבה אנסה לדלות ממקורות מחצבתנו שלנו דברי חכמים להאיר עיניים ולשמח לבבות.

והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה: "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא-תעשה שבתורה" (ברכות י"ט ב', ועוד). "תירגם" רב בר שבא לפני רב כהנא, שהמדובר הוא בלא-תעשה של לא תסור, לאמור כבוד הבריות דוחה כל המצוות והאיסורים מדרבנן שמצווים אנו עליהם מכוח הלאו של לא תסור, להבדילם מן המצוות והאיסורים מדאורייתא שאינם נדחים מפני כבוד הבריות. אם "נתרגם" את התורה שבכתב ללשוננו המשפטית כחקיקה ראשית, ואת דברי הסופרים כחקיקת-משנה, נמצאנו למדים שגם כבוד הבריות אינו יכול לעמוד כנגד חקיקה ראשית, ואילו חקיקת משנה עשויה להידחות מפני כבוד הבריות.

כמו שבהלכה כבוד הבריות יכול לגבור על חקיקת משנה כך יש לעשות במקרה זה- כבוד הבריות (עיקרון ראשי) צריך לדחות את התקנה שהסוהרים יכולים לבצע חוקן באסירים (חקיקת משנה). הוא קורא למחוקק שגם בחוקיו הראשיים לא יפגע בכבוד האדם.

עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר- בעניין זכותו של אסיר להיבדק על ידי מומחה רפואי לפי בחירתו.

הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו. זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו.

התחילה מגמה של נתינת זכויות בסיסיות לאסירים. השופט אלון תמך בכך מאוד וביסס את דבריו על המשפט העברי:

**דברים כה, א-ג:** כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו למשפט ושפטום... ארבעים יכנו לא יוסיף פן יוסיף להכותו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך.

**משנה, מכות, ג טו:** משלקה - הרי הוא כאחיך.

**השופט אלון:** וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו.

התורה מגבילה את העונש ל40 מלקות על מנת שהאדם לא יתבזה. התורה דואגת לכבודו של האדם שמורשע בדין. אין לבזות אותו יתר על המידה. מכאן אחרי שאדם קיבל את העונש הוא אדם ככל האדם וזכאי לכל הזכויות. גם בשעת העונש יש לכבד את זכויותיו כמה שניתן.

השופט אלון עושה הבחנה בין זכויות מוחלטות וזכויות יחסיות. כל זכות מוחלטת חובה להעניק אותה גם בבתי הסוהר. למשל עצם הזכות להתרפא היא זכות מוחלטת. הזכות לבחור רופא היא זכות יחסית ולכן יכול להיות שזכות זו לא תוענק לאסיר.

בג"ץ 337/84 הוקמה נגד שר הפנים- מימוש זכות הבחירה של אסירים. עד שנת 1984 לא הייתה לאסירים זכות בחירה.

"כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין.

ואם כך הוא לעניין כל זכות מזכויותיו של האסיר, מכל שכן כך הוא לעניין זכותו להצביע לכנסת, שאין כמוה להצביע על קשר שבינו לבין החברה שממנה הוא בא ושאליה עתיד לשוב."

בג"ץ 114/86 וייל נגד שרות בתי הסוהר- עתירת אסיר יהודי שומר מצוות להורות לשירות בתי הסוהר לאפשר לו קיום מצוות פרייה ורבייה כדת משה וישראל לשם שלום בית לפחות אחת לחודש.

שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר? ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם מצויה גם בידי האסיר. השאלה אינה אלא זו, האם יש בה, בשלילת החירות וחופש התנועה, כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות, ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על־פי דין, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים.

מה ניתן להסיק מעקרונות מורשת ישראל? מי שהורשע על הריגת אדם בשוגג גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו; ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צורכי חיים חיוניים. כאמור, ארבעים ושתיים הערים, שהיו מיושבות על־ידי הלויים, שנמנו עם מורי העם וחכמיו, שימשו כערי מקלט, וסביבה זו היה בה כדי לשקם את הגולה האסיר ולהחזירו למוטב. הלכות אלה, וכיוצא בהן, נשנו במקורות תלמודיים שונים.

דין ערי מקלט אינו נוהג בזמן הזה, אך הרעיון הגלום בדרך הענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד לנגד עינינו בבואנו לדון בסוגיית דרכי הענישה, ביצוען של דרכים אלה ומטרותיהן. אלון לומד מכך את העיקרון שעונשי מאסר צריכים להיות במסגרת שלא מבודדת את האדם כליל ממשפחתו. אם אין ברירה אלא להכניס את האסיר לבית סוהר אז צריך ליצור מסגרת שבה האסיר יכול להיפגש עם משפחתו. לדעתו אי האיחוד עם האישה גם מגביר את האלימות המינית בתוך בית הסוהר. מכיוון שלא היו מתקנים לביקורי משפחות והתייחדות באותה תקופה הוא טען כי יש להתחשב בכך בביקורים האסיר בביתו.

**מסקנות:**

שלילת זכות ההתייחדות כאמור, בנוסף לפגיעה שיש בעצם מניעתה, כמה וכמה רעות חולות וקשות נלוות לה – לאסיר עצמו, לאוכלוסיית האסירים כולה, לבני משפחתו של האסיר ובסופו של דבר -לחברה כולה. אילו זכינו, וניתן היה להנהיג בבתי הסוהר שלנו- כפי שמקובל במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם הסדר של ביקורים משפחתיים, ודאי שהיה זה הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד זו בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה.

שונה הוא מצב הדברים בנוגע לחופשה לצורך התייחדות... לדעתי נכון כי נימוק זה ייכלל בין הנימוקים המצדיקים חופשה שאותם כמובן יש לאזן עם אינטרסים אחרים.

המאמץ הגדול של אלון לבסס את זכויות האסירים על המשפט העברי קשורה לשתי החזיתות עליהם דיברנו לפני כן- הוא גם מציע גרסה הומנית למשפט העברי וגם מציע גרסה יהודית למשפט הישראלי.

# חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

## השפעתו על מעמד המשפט העברי

1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק- יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

כעת נשאלת השאלה מה כוללים הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית? שכן אלו מושגים מאוד כלליים.

"דמוקרטית"- לרוב כוללת כבוד לזכויות האדם, שיטת בחירות דמוקרטית ומספר מאפיינים קבועים במדינות מערביות שמנהלות דמוקרטיה.

"מדינה יהודית"-

**אלון**, דרך חוק בחוקה- ההוראה בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו מורה כי הפרשנות של מכלול ההוראות שבסוגיית זכויות של האדם וישראל מורכבת על שני ראשים השלובים זה בזה ובא זה ולימד על זה, היינו, על ״ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

בעקבות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כאשר בית המשפט בא לפרש כל אחת מזכויות האדם שנזכרות בחוק בפירוש או במשתמע, הוא צריך לפרשם לאור היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. כשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינת יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות שבכבשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה. במילים אחרות, יש לפרש את "מדינה יהודית" במקורות היהודים של המשפט העברי. לפי הפרשנות הזאת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בעצם מבסס או אף משדרג את מעמדו של המשפט העברי כיוון שמעתה צריך יהיה לעיין במקורות המשפט העברי לפירוש כל אחת מהזכויות הללו.

**ברק**, המהפכה החוקתית- המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי־דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי.

עם חקיקת החוק, אהרן ברק ניתח אותו וקבע כי יש מהפכה חוקתית. זהו חוק יסוד שנעלה מעל החוקים האחרים, יש בו שריון מהותי ולא מספרי. ברגע שהוא קבע את פסקת ההגבלה הוא "הרים" עצמו מעל החוקים האחרים והכריז עצמו כחוק במעמד נורמטיבי גבוה יותר. לדעתו, המדינה היא לא יהודית במובן דתי-הלכתי אלא במובן לאומי-תרבותי. ערכי המדינה היהודית שהוא מציין הם ערכים אוניברסליים שאותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלו היא ברמת הפשטה גבוהה כלומר לא לביטוי קונקרטי שלהם אלא רמה גבוהה שאיתם כל אדם יכול להזדהות. בניגוד לאלון, לדעת ברק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא קבע דבר לגבי המשפט העברי.

**תגובת אלון** על שיטת ברק- גובה ההפשטה הגיע אפוא עד לרמה האוניברסלית של ערכים יהודיים אלה. לשון אחרת: על טיבם של מושגים אלה- אהבת האדם, קדושת החיים וכו'. שהיהדות הנחילה לעולם כולו, עלינו ללמוד מתוך מה שהעולם כולו קיבל "ברמת ההפשטה האוניברסלית", ולא מתוך המקור שהימנו נוצרו ובאו, היינו, מתוך מקורות היהדות ומורשת ישראל! וכדי להבהיר הבהר היטב כוונת הדברים, מסכם פרופסור ברק ואומר, כי "על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. "

ואתה תמה ושואל: כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני הביטויים המופיעים באותו חוק ובאותם סעיפים - יהודית ודמוקרטית - ששניהם באים לתאר אותו דבר - את מהותה של מדינת ישראל?

אלון עושה השוואה בין חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסודות המשפט:

כדי להיזקק לערכיה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית", אין להיזקק לפתיחת השערים על ידי מפתח הלקונה, מפתח שכוח פתיחתו ניטל הימנו, אליבא דחברי השופט ברק...

הפיתוח המשפטי של זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, של עקרון האיזון שבחוק זה ושל כל יתר הוראותיו הוא על ידי עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולשם כך חייבים אנו ומצווים אנו להיזקק לעיון ולדיון במקורות שמהם ניתן להסיק על ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית, כדי למצוא את הסינתיזה המתאימה וההולמת של תכלית שלובת ערכים זו - מדינה יהודית ודמוקרטית.

כלומר, לפי אלון חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הוא רחב הרבה יותר מחוק יסודות המשפט. זאת משום שבחוק כבוה"א אין צורך בלקונה אלא כל דיון בזכות מזכויות האדם צריך להיעשות לאור עקרונותיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. "יהודית" כאמור מדבר על המשפט העברי. לכן לדעתו החוק שדרג את מעמד המשפט העברי ביחס לחוק יסודות המשפט.

**דוגמאות להתנגשויות:**

מהם עילות מעצר עד תום ההליכים?

ישנן עילות מעצר מוסכמות כגון שיבוש הליכים, סכנה לציבור וכו'. עלתה שאלה האם חומרת העבירה כשלעצמה מהווה עילת מעצר?

בעבר, לדעת רוב השופטים בשנות ה-70, חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההליכים כדי להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי. למשל, **פרשת ידלין**- בכיר ממפלגת העבודה שעמד להתמנות לתפקיד של נגיד בנק ישראל. מתברר שאותו אדם נתן שוחד והוא הועמד לדין. מתברר שכשהוגש נגדו כתב אישום ביהמ"ש החליט לעצור אותו עד תום ההליכים, כי יש פה עבירה חמורה של שוחד בתור בעל תפקיד. ההצדקה לזה היא אמון הציבור בהליך הפלילי. אם אדם מועמד מואשם בעבירה חמורה ונותנים לו להסתובב ברחוב זה נראה רע, ולכן צריך להכניס אותו למאסר.

כאשר אלון התמנה לשופט עליון בשנת 78' הוא הופיע עם דעת יחיד החולקת על עמדה זו- הוא אומר שאמון הציבור לא נראה בעיניו כהצדקה כי האיש עדיין לא הואשם וחזקת החפות עומדת לו, ולכן גם הזכות לחרות עומדת לו, ולכן אין הצדקה לשלול ממנו את חרותו האישית רק בגלל אמון הציבור. יש הצדקה אם הוא מסוכן לציבור/חושש להימלט/חשש שישבש הליכים, אבל אם אין את כל אלה- החומרה כשלעצמה לא עילה.

ויכוח זה התפרש על פני עשור, בשלב כלשהו ברק הצטרף לביהמ"ש והוא הצטרף לדעת הרוב (המנוגדת לדעת המיעוט של אלון).

ש"פ 71/78 מדינת ישראל נגד אבוקסיס

השופט אלון- זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק, עוד בשחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביחסים שבין לווה ומלווה, ובין עובד ומעביד. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד מכך, שאף אם ויתר פלוני מרצונו החופשי על חירותו האישית, והתנה והתחייב, שיהא במאסר אם לא ישלם את חובו, התחייבותו בטלה ומבוטלת ותנאו אינו תנאי, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה, **והתורה אוסרת את שלילת חירותו של האדם.**

אלון משיב כי זוהי לא פעם ראשונה שנתקלים בשאלה זו אלא היא נשאלה כבר **בשו"ת הריב"ש**, סימן רלו (ר' יצחק בר-ששת, ספרד, מאה 14)

**שאלה:** אם יש רשות לבית דין להוציא את שמעון המסור מבית האסורין בערבים בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב אם יתברר הדבר.

**תשובה:** אין ספק שכל שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, שבית דין חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב עונש רק חיוב ממון לבד, ואין נותנין אותו בערבים. שהרי העובר אם יראה שיתחייב בדין, מיד ברוח יברח, ומה יעשו בית דין לערבים ומה יועילו כי יפגעו בהם והם לא עשו עבירה... ועוד שהעובר ילך לו בלי שום עונש ולא מצינן לקיומי ביה "ובערת הרע מקרבך". ועוד, שמי שעבר עברה שיש בה חשש חיוב עונש אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאין ונותנין בדינו. ולכן אם ראו בית דין **שיש ממש בדברי התובע** ושאם יתברר הדבר שיהיה העובר חייב **עונש בגופו** אין נותנין אותו בערבים.

מדובר בבית משפט שדן במעצר עד תום ההליכים. גם אם ישנו ערב עדיין יש חשש שהחשוד יברח ולכן אין לשחרר אותו. בית הדין קבע 3 תנאים שבהם יש להשאיר אדם במעצר עד תום ההליכים:

1. כשיש ממש בדברי התובע, ראיות לכאורה
2. כשהעובר יהיה חייב עונש בגופו, צפוי לעונש גופני
3. חשש להימלטות

בשנת 1988 לראשונה נחקק חוק שבא להסדיר את המחלוקת העקבית בדבר מעצר עד תום ההליכים. החוק קבע כי אפשר לאסור אדם בגלל שלושת התנאים המוזכרים, וכן מציין רשימת עבירות בהם יש חשד למסוכנות (ולא מתייחס לחומרה כשלעצמה). בפועל, מרבית השופטים המשיכו לפרש את החוק באופן שעדיין מתייחס לעניין החומרה ולא מתייחס אך ורק ל3 רכיביו כפי שנדרשו.

ב"ש 2169/92 סוויסה נגד מדינת ישראל-

**השופט אלון-** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו - בסעיף 5 - את המעצר כפגיעה בחירות האישית, ויש לפרשו על־פי התכלית המפורשת בסעיף המטרה של חוק היסוד, והיא עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ערכי־ על משולבים ושלובים אלה - יהודית ודמוקרטית - שוללים אפשרות מעצרו של אדם בטרם משפט מהטעם של "הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות מנגנון המשפט.

ההצדקה לשלילת זכות יסוד זו על-פי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית היא, שבהתהלכו חופשי יסכן את שלום הציבור או היחיד או ישבש הליכי המשפט, ואלה בלבד; הא ותו לא.

לדעת אלון, במשפט העברי יש על החירות הגנה חזקה יותר ששוללת את החשש להימלטות. העילה למעצר היא רק מסוכנות ושיבוש הליכי המשפט. אך, בניגוד לברק החשש מאמון הציבור לא מהווה עילה למעצר. עמדתו של אלון החלה להתקבל לאחר חוק יסוד כבוה"א ומרבית השופטים קיבלו את דעתו. כלומר לדעתו, המשפט העברי מעלה על נס את **הזכות לחירות**.

בש"פ 3743/92 מדינת ישראל נגד עזאזמי

נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו מאחורי סורג ובריח, שהוא אף חשוב ומכריע יותר מקודמו, מצוי בהוראה שבסעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת את זכות היסוד ש"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת- אנושיים ובצפיפות קשה ביותר. חלק ניכר של העצורים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה, ונאלצים הם לישון על הרצפה; וצפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך. לכך גם השפעה על אפשרות שמירת הניקיון בתאים וכן ועל טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטארי.

מביא נימוק נוסף- ניתן לראות כי מעצר עד תום ההליכים הוא לא רק פגיעה בחירות האישית אלא גם **פוגע בכבוד האדם**. הוא מביא מקורות מהמשפט העברי לחיזוק עמדה זו:

**רמב"ם, הלכות סנהדרין, כד י**-כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם.

מכאן, כבוד הבריות אמור להיות שיקול מאזן לעונש מאסר (שאינו מקובל במשפט העברי).

**סיכום:**

אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות. במכלול נסיבות אלה מצווה בית המשפט, וחובה היא עליו, למצוא דרך של חלופה למעצר, וחובה זו גדולה היא במקרה דנן מאשר במקרה "רגיל", שבו לא מצויים פגיעה בכבוד האדם האלמנטארי של הנאשם.

אלון לומד מזה שלפי המ"ע כבוד הבריות צריך להגביל את היכולת לאסור. הוא כל הזמן מציג את המשפט העברי כמקום ליברלי, והוא מראה שזה אפילו יותר ליברלי מהדעות של שאר חבריו השופטים שבוחנים את הזכויות לפי תפיסות אחרות. מקום שיש פגיעה בכבוד האדם בתנאי מאסר קשים, צריך ללכת לחלופת מאסר כמו מעצר בית, אזיק אלקטרוני וכו. אלון רואה את המ"ע כסיבה להקפיד יותר על כבוד האדם וחירותו. ערכיה של מדינה יהודית בלי ספק כוללים את המ"ע. לא רק הערכים ברמת הפשטה גבוהים אלא באופן קונקרטי.

**ברק**, פרשנות במשפט בשנות ה90- מהם, אפוא, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? נראה לי כי אלה ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה היהודית לדורותיה) המאפיינים את ישראל. על ערכים אלה יש **לעמוד מתוך תפיסותיה הפנימיות של הציונות והיהדות**. אין הן מוטלות "מבחוץ", אלא נגזרות מאופייה המיוחד של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו "טעם" קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית.

ברק נסוג ומקבל את עמדות אלון. יש מקום להלכה כאשר מפרשים את העיקרון של מדינה יהודית. יש לפרש את הערכים מתוך התפיסות הפנימיות של היהדות. אין להסתכל עליהם במבט אוניברסלי וללמודה מבחוץ.

אך, נותר הבדל ביניהם-

עד כמה שהשופט אלון רואה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית — להבדיל מערכיה כמדינה דמוקרטית – ערכים בעלי אופי הלכתי בלבד ("עולמה של יהדות", "משפט עברי") איני יכול להסכים לעמדתו. עד כמה שהוא רואה בערכיה של מדינה יהודית מכלול ערכים, מהם בעלי אופי דתי־הלכתי ("מורשת היהדות") ומהם בעלי אופי ציוני־כללי ("מורשת ישראל"), מסכים אני לעמדתו זו.

"מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "**מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב**, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על־פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

# המתת חסד וטיפול בחולה הנוטה למות

בנושא זה למשפט העברי הייתה השפעה משמעותית, קודם כל בפסיקה ולאחר מכן גם בחקיקה. השאלה האם ניתן להמית אדם מתעוררת פעמים רבות כיום, בעידן המודרני, במקרים בהם אנשים תלויים במכשירי הנשמה ותרופות. **האם ניתן לנתק אדם ממכשירים הן במצב של חוסר הכרה, והן תוך הכרה וידיעה?** (השאלה עולה גם מצד בני המשפחה).

**פרשת יעל שפר:** הפעוטה יעל שפר (ילידת 2.86) אובחנה כסובלת ממחלת טיי-זקס. היא נמצאת במצב של חוסר הכרה (צמח) ומטופלת בבית החולים. האם (בלבד) מבקשת בשם הילדה שאם יוחמר מצבה הרפואי והיא תזדקק לסיוע בהנשמה או לטיפול רפואי אחר – הדבר לא יינתן לה, למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב במקרה לא היה שותף לבקשה, אך ביקר את הילדה מידי יום (לעומת האם שלא ביקרה).

השאלות המשפטיות העולות במקרים אלו:

שאלות אלו נידונו בדר"כ בביהמ"ש המחוזיים, אלה נתנו תשובות שונות. ביהמ"ש העליון מנסה לתת הלכה ברורה לגבי הנושא.

1. האם אדם **בגיר** יכול לבקש מבית החולים שיקרב את מותו או שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?מצד אחד לכל אדם יש אוטונומיה על גופו. מאידך, ע"פ ההלכה והפרוטוקול בבי"ח בישראל, יש לטפל בחולה כזה, גם במקרה שלא מדובר בהצלת חיים לאורך זמן (אלא שבכל מקרה האדם גוסס וימות בקרוב). אנו לא קובעים מהם חיים שווים וראויים – האם הם תלויים בהבנה ותפקוד או במשך חיים, זאת מתוך קדושת החיים.
2. האם **הורים ואפוטרופוסים של קטין** **או פסול דין** יכולים לבקש בשמו מבית החולים שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים? הרי הדבר יכול להוות פגיעה באוטונומיה של הקטין ופסול הדין. ניתן להגיד שמבקרה הזה יכולה להיות דילמה – אולי האפוטרופוס לא היה רוצה שהילד יחיה, אך הקטין בעצמו היה רוצה זאת?
3. האם הורה אחד יכול לבקש בקשה כזאת? זאת מבלי לבקש רשות של ההורה השני.

החלטות בפרשת יעל שפר:

בקשת האם נדחתה במחוזי. הוא לא הכריע בשאלה הראשונה אבל קבע שגם אם בגיר יכול לבקש זאת אפוטרופוס אינו יכול לבקש זאת ובוודאי לא הורה יחיד. הערעור לעליון נדחה (ללא נימוקים). בינתיים הילדה מתה (11.88), וביהמ"ש העליון דן בשאלה למרות זאת, ונתן את נימוקיו להחלטה הקודמת.

כאן עולה השאלה **האם יש טעם בדיון עתה, לאחר שהילדה נפטרה?** הרי הכלל הוא שביהמ"ש אינו דן בעניינים תיאורטיים (וזה מבדיל בינו ובין המחוקק שצופה פני עתיד). ניתן להגיד שביהמ"ש במקרה הזה לא דן במקרה תיאורטי, אלא נותן את נימוקיו לפס"ד הקודם. סיבה נוספת מביא השופט אלון מתוך פרשת **Row v. Wade** (פרשת ההפלות בארה"ב). גם שם ניתן פסק הדין לאחר מעשה. בית המשפט קבע שהואיל ואף פעם לא ניתן יהיה למצות הליך משפטי בתוך תקופת ההיריון, ייצא שאף פעם לא ניתן יהיה לדון בשאלת ההפלות (כיוון שהליך שיפוטי אורך יותר מ-9 חודשים). הואיל וזו שאלה שעתידה לחזור בית המשפט דן בה. דעת המיטוט בפס"ד Row v. Wade טענה שמדובר בחקיקה שיפוטית, ולכן לא ניתן לאפשר אותה. השופט אלון בפס"ד שפר מאמץ את דעת הרוב. גם מקרה של המתת חסד אינו מאפשר דיון ממצה בזמן אמת וגם הוא עתיד לחזור.

דרך הדיון בסוגיה:

הדיון בסוגיה יהיה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שקובע: "אין פוגעין בחייו, בגופו או בכבודו של אדם". וכן "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". בדיון זה, נטען ששמירת החיים עומדת בניגוד לכבודו של אדם וכן לחירות האישית ולאוטונומיה שלו. בפס"ד שפר אומר השופט אלון שההכרעה בשאלה של ניגוד בין זכויות צריכה להיעשות לאור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". משמע, **יש לבחון את השאלות הנוגעות להמתת חסד והימנעות מטיפול רפואי ע"פ הערכים היהודים – ההלכה היהודית, ולפי ערכים דמוקרטיים, ולעשות ביניהם סינתזה.**

**הערכים המתנגשים בנושא הם הזכויות לחיים, אל מול הזכות לכבוד, חירות אישית ואוטונומיה** – מחד, אם נאפשר לבגיר המתת חסד לבקשתו, אז נפגע בזכותו לחיים. מאידך אם לא נאפשר זאת, נפגע בזכותו לאוטונומיה.

הבחנות בין סוגי ההמתות:

אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית תהיה באמצעות מתן חומר ממית או בסיוע להתאבדות. לעומת זאת, אותונזיה פסיבית יכולה להיות בהימנעות מטיפול רפואי מציל חיים או באמצעות ניתוק ממכשירים (מכונת הנשמה).

ההצדקה להמתת החסד הפסיבית היא שהחולה מת באופן טבעי, ולא אחר ממית את האדם באופן ישיר. אלון מסווג ניתוק מכשירים כהמתה פסיבית כיוון שהיא חיצונית למצב האדם.

דיון בהבחנות מנק' מבט הלכתית – אלון בפס"ד שפר:

המתת חסד אקטיבית:

"הגוסס הריהו כחי לכל דבר... והנוגע בו - הרי זה שופך דמים. למה זה דומה? לנר שמטפטף, כיון שיגע בו אדם - יכבה. וכל המעמץ (= עוצם) עיניו עם יציאת הנפש - הרי זה שופך דמים". (רמב"ם, הלכות אבל, פרק ד, הלכה ה; שלחן ערוך, יורה דעה, שלט, א).

מכאן עולה שע"פ ההלכה המתת חסד אקטיבית אסורה, גם אם החולה מבקש זאת. מי שעשה זאת, דינו כדין מי שהרג אדם אחר.

המתת חסד פסיבית:

**הרב שלמה זלמן אוירבך, מנחת שלמה, סימן צא, ענף כד:** "יש סוברים דכשם שמחללים שבת עבור חיי שעה כך חייבים להכריח את החולה על זה כי הוא אינו בעלים על עצמו לוותר אף על רגע אחת. אך מסתבר שאם החולה סובל מכאבים וייסורים גדולים או אפילו סבל נפשי חזק מאוד, חושבני שאוכל וחמצן לנשימה חייבים ליתן לו גם נגד רצונו, אבל מותר להימנע מתרופות הגורמות סבל לחולה אם החולה דורש את זה."

לדעת הרב אוירבך, **יש שני תנאים המצדיקים להתפלל על אדם שימות – אם אדם חולה סופני, וסובל ממחלתו (אף סבל נפשי).** לצד זאת, ניתן לאפשר לחולה להימנע מטיפול רפואי כגון תרופות והחייאה. אולם, יש לתת לאותו אדם אוכל וחמצן, אף אם הוא אינו מעוניין בכך. אבל, לא חלה על החולה חובה הלכתית לקבל טיפול רפואי מציל חיים.

**הרב משה פינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, ח"ב, עה:** "בחולה סרטן (קענסער) שבדרך הטבע אי אפשר שיתרפא לחיות חיי עולם היינו החיים הרגילין לסתם אינשי בזמננו רק לזמן קצר לאיזה חדשים, אין צריכין ומחוייבין לרפאותו אם הזמן שיחיה יהיו חיי צער. צריך להודיע זה להחולה ולשאול ממנו אם רוצה שיתנו לו רפואה דסמים אלו. שאם בחיי יסורין רוצה יותר ממיתה – צריכין ליתן לו, ואם אין החולה רוצה לחיות ביסורין אין ליתן לו סמי רפואה אלו."

לדעת הרב פיינשטיין, יש לתת לחולה מה שהוא מעוניין. טיפול מאריך חיים אצל חולים, תלוי ברצונו של החולה. יש פה חיים של ייסורים ארוכים יותר, או להימנע מכך ואז החיים יתקצרו.

**ניתן להסיק מכך שהמתת חסד פסיבית (הימנעות מטיפול) היא מוצדקת ומותרת לפי ההלכה.**

ניתוק ממכשירים – הסרת המונע:

**רמ"א, שולחן ערוך יורה ד"ה, פסק:** "אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש, כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק, כגון חוטב עצים, או שיש מלח על לשונו, ואלו מעכבים יציאת הנפש - מותר להסירו משם, שאין בזה מעשה כלל, אלא **שמסיר המונע**".

באופן כללי אסור לגרום למותו של אדם (לדוג' הזזת אדם גוסס). הרמ"א קובע סייג, ואומר שאם יש דבר המפריע באופן חיצוני לאדם למות, מותר להסיר את ההפרעה (לדוג' רעש מחוץ לבית). **אסור לעשות פעולה אקטיבית שמזרזת את המוות, ומותר לעשות פעולה שמסירה את מניעת המוות.**

על בסיס פסיקתו של הרמ"א, פסקו נוספים (כגון הרב ולדנברג) שפעולה של ניתוק מכשירים מותרת כי מדובר בהסרת מונע חיצוני. מותו של אדם ייגרם עקב מחלתו הטבעית של האדם, ולא עקב ההסרה של מכונת ההנשמה.

לוקחים אדם חולה סופני ומחברים אותו למכונת הנשמה על מנת להציל את חייו. עובר זמן, רואים שההנשמה לא מועילה ולא מקדמת את מצבו ורוצים לנתק אותו מהמכשיר.

**הרב חיים דוד הלוי-** במצב כזה מותר לנתק אותו. כמו שאת המלח היה מותר שים מלכתחילה והלסיר ברגע שרוצם, כך גם את מכונת ההנשמה- ניתן היה לשים ואח"כ לנתק.

יש פוסקים כגון **הרב פיינשטיין** החולקים על גישה זו לטענתם ניתוק ממכשירים זה ממש לגרום למוות. יש כאן מחלוקת הלכתית.

השופט אלון בפס"ד זה נוטה לכיוון המתיר לנתק את מכונות ההנשמה לאור ערכי המדינה היהודית. כעת אלון פונה לערכי הדמוקרטיה:

דיון בהבחנות מנק' מבט של ערכים דמוקרטיים:

1. ארה"ב:

אותונזיה אקטיבית אסורה היא ומהווה עבירה פלילית בכל מדינות ארצות הברית. אותונזיה פסיבית – הימנעות מטיפול רפואי, מותרת. הפסקת פעילות מאריכת חיים (ניתוק ממכשירים) בדרך כלל אסורה. היא יכולה להיות לעיתים מותרת אם אדם יבקש זאת.

**סירובו של קטין לטיפול רפואי** – מבחן "אומד דעתו" של הקטין. מבחן "טובתו של הקטין". כשקטין מבקש לסרב לטיפול מאריך חיים צריך לאמוד את רצונו, וטובתו.

1. הולנד – המתת חסד אקטיבית מותרת:

החולה בעצמו מבקש ומסכים לפעולה זו, כשהוא בר כושר שיפוט מלא; הסכמתו של החולה לפעולת ההמתה היא חופשית, מודעת ומתמידה; הרופא והחולה מסכימים, שמדובר במחלה חשוכת מרפא, המלווה בסבל קשה; נעשו ניסיונות אחרים להפחית את הכאב והסבל, אך לא נמצא פתרון אחר; הסבל והרצון למות הם קבועים ומתמידים; מתקבל על דעתו של החולה; רופא נוסף מסכים לאותם ממצאים; רק הרופא, ולא כל שליח אחר, יבצע את ההמתה.

הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

לפי ערכיה של "מדינה יהודית", **המתת חסד אקטיבית אסורה.** ברוב המדינות הדמוקרטיות (כדוגמת ארה"ב) המתת חסד אקטיבית אסורה. במדינות מעטות (כדוגמת הולנד) היא מותרת. השילוב מחייב לאמץ את הגישה האוסרת המתת חסד המשותפת לשיטות. לפי ערכיה של "מדינה יהודית", **הימנעות מטיפול רפואי מותרת**. גם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות היא מותרת**.** לכן יש לאמץ היתר זה.לגבי **ניתוק ממכשירים (הסתר המונע)**, יש גישות שונות גם בהלכה וגם הבדלים בין מדינות שונות. לכן **באופן עקרוני הדבר יאושר, והכל תוך התחשבות בנסיבות.**

ההבדל בנקודת המוצא:

עקרון-העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון **קדושת החיים** שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוקים. **הגבלות וסייגים** מותרים לעקרון קדושת החיים, בראש וראשונה, בעקרון של מניעת סבל ויסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצונו של החולה כאשר יש לכך השפעה על מצבו, של יישום הכלל של "ואהבת לרעך כמוך" ועוד.

נקודת המוצא במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא **זכותו של החולה** לסרב לטיפול רפואי מכוח העיקרון של חירותו האישית, **וזכות זו הוגבלה וסוייגה** בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד.

קדושת החיים וכבוד האדם:

לדעת אלון, "הביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי". אל להגיד "עדיף מותי מחיי". חייו של אדם הם כבודו. התפיסה שאם אדם חי בסבל זה פגיעה בכבודו- זו טעות. חייו הם כבודו של האדם. שולל את טענת היסוד שיש ניגוד בין שמירה על החיים לשמירה על הכבוד. אלון אומר שהכרה בזכות למות בכבוד תביא לכוחות כלכליים וחברתיים שעלולים לדחוף בני אדם לסיים את חייהם.

החשש של אלון הוא במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין, אצלם עולה השאלה מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם? - עולה המון כסף לחיות ולהחיות אנשים במצב קשה. יהיה זול למערכת אם חולים ימותו. ולפעמים למשפחה שלא קל לטפל- יהיה יותר קל. והטענה כאן היא שהכרה בזכות למות בכבוד היא תביא לתהליך שיהיה לחץ חברתי על אנשים לסיים את חייהם וזה יהפוך לחובה. כמובן שחשש זה קיים במיוחד בסוגיה של קטינים: יש לקבוע את רצון הקטין ויש חשש למדרון חלקלק. אם מגיע אפוטרופוס יכול לסרב לטיפול אך כשזה עלול להביא למותו של הקטין יש לקבל את אישור ביהמ"ש.

החלטות כלליות:

* המתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט.
* המתת חסד פסיבית על שתי צורותיה – הימנעות מטיפול וניתוק ממכשירים – תלויה בשיקולים נוספים: האוטונומיה של החולה, כאב וייסורים.
* במקרה של קטין או פסול דין – יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש ל"מדרון חלקלק". באופן עקרוני אפוטרופוסים יכולים לסרב לטיפול רפואי בשמו של קטין אך כשהדבר עלול להביא למותו יש לקבל את אישור בית המשפט.

הכרעה במקרה יעל שפר:

הילדה אינה סובלת ואינה מבוזה. כבודה נשמר מעל ומעבר. בנוסף, הבקשה הגיעה מצידה של האם בלבד, והיא אינה מבקרת את הילדה באופן רציף. האב, שמבקר ומטפל בילדה אינו שותף לבקשה. על כן אין הצדקה שלא לתת לה את כל הטיפול הנדרש לשמירת חייה.

יש לשים לב שבפס"ד יעל שפר המשפט העברי מילא תפקיד חשוב ואף מרכזי בעיצוב הדין. זאת להבדיל ממקרים אחרים בהם המשפט העברי רק מקשט או מבסס את פס"ד והשיקול המרכזי הוא ממניעים אחרים. כלומר יש דרגות באשר לכמה מרכזי המשפט העברי משפיע על ההכרעה של פסיקה מסויימת מקישוט גרידא עד למקור מכריע. פה מדובר במקור מכריע.

**המצב בעולם כיום – עדכון (חלקי)**

הולנד, בלגיה – מותרת המתת חסד אקטיבית

שוויץ – מותר סיוע בהתאבדות

ארה"ב – במדינות אחדות (אורגון, קליפורניה, וושינגטון, וורמונט) – מותר סיוע בהתאבדות (מוות לפי מרשם רופא).

קנדה – מותר סיוע בהתאבדות

בריטניה, אירלנד, גרמניה, צרפת, דנמרק, אוסטרליה – המתת חסד אסורה. מותר סירוב לקבלת טיפול רפואי.

עדיין רוב המדינות בעולם מסתייגות מהמתת חסד. בכל המדינות הללו מותר סירוב למתן טיפול רפואי כמו שנפסק בפס"ד יעל שפר.

התמונה בארץ התעדכנה בחקיקה וגם כאן הייתה השפעה מרכזית ואף מכרעת למשפט העברי. מכיוון שמדובר בנושא מאוד מרכזי וחשוב לא ניתן להשאיר אותו רק לפסיקות של בית המשפט והיה ראוי שיהיה מוסדר בחקיקה. מינו ועדה של רבנים, משפטנים, רופאים, אנשי דתות אחרות וכו' וועדה זו נדרשה להמליץ בנושא המתות חסד. החוק שנוצר בעקבות הועדה:

## חוק החולה הנוטה למות תשס"ו – 2005

המונח **חולה הנוטה למות** מגיע מדבריו של הרמב"ם. חולה זה הוא חולה סופני שתוחלת חייהם לא תארך יותר מ6 חודשים. אם הוא חולה במחלה סופנית אך משערים כי יחיה יותר מ6 חודשים החוק לא חל עליו. ישנם מקרים שלא חלים תחת ההגדרה ועדיין ישנם דיון האם יש לעשות המתת חסד כגון ALS. אמנם מי שחי עם המחלה יכול לשרוד שנים רבות אך כנראה תוך סבל רב של התנוונות גופם. לכן יהיה דיון לגביהם האם ניתן לעשות להם המתת חסד אך לא תחת החוק. על כן החוק עוזר לאי ודאות המשפטית אך לא מקיף לחלוטין.

1*.(א)חוק זה בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומית הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים.*

*(ב)חוק זה מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת.*

*2. בקביעת הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו הם השיקולים הבלעדיים.*

* ההתנגשות פה היא בין אוטונומיה ואיכות חיים לבין קדושת החיים ולא כבוד האדם מכיוון שנקבע כי חיים בצורה רפואית לא טובה לא מורידים מכבודו של האדם. בנוסף אין להתחשב בשיקולים חיצוניים כמו סבל המשפחה.

4*. חזקה על אדם שהוא רוצה להוסיף לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת; לא הוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר – יש לנטות לטובת הרצון להוסיף לחיות.*

* כלומר, אם אדם לא הספיק לבטא את רצונו ועכשיו הוא אינו יכול כי הוא במצב קוגנטיבי/רפואי שאינו מסוגל אז חזקה כי הוא רוצה להמשיך לחיות.

14*. חולה הנוטה למות, הרוצה שחייו יוארכו, ומבקש טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי, אין לו הצדקה בנסיבות העניין, יש לכבד את רצונו ולתת לו את הטיפול המבוקש בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל*

*15. חולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחייו יוארכו****, יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו.***

* חולה רשאי לבקש שלא יבצעו בו החייאה, לא יתנו לו טיפול תרופתי וכיוצא בזה. החידוש של החוק שהוא מסדיר סירוב של החולה לקבלת טיפול רפואי ועשיית פעולות מצילות חיים או מאריכות חיים.

**קטין**

*24. הורה של קטין מוסמך לייצגו בעניין הטיפול הרפואי בו, בין לעניין הארכת חייו ובין לעניין הימנעות מהארכת חייו ;*

*25. קטין שהוא חולה הנוטה למות, זכאי להשתתף בקבלת החלטה על הטיפול הרפואי בו, בהתקיים שניים אלה: (1) הקטין מודע למצבו, ומבקש להשתתף בקבלת ההחלטה בעניינו ; (2) הרופא האחראי קבע שכושרו ובשלותו השכליים והנפשיים של הקטין מאפשרים את שיתופו בקבלת ההחלטה בעניינו.*

**פעולות אסורות**

19*.אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא.*

*20. אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, שיש בה סיוע להתאבדות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא.*

* ישנה שאלה של האם ניתן לתת מורפיום בכמות גבוהה לחולה סופני וסובל שמבקש זאת על מנת להקל על כאביו. מורפיום בכמות גבוהה מידי יכול להוביל למוות של החולה. על כן החוק לא מאפשר לתת את התרופה מעבר למינון מסוים שהתוצאה שלה היא קרוב לוודאי המוות שלו. כלומר ההבחנה היא האם החולה ימות מהמחלה שלו או אם מההתערבות שהרופא יבצע וזה כבר המתה אקטיבית שאסורה. לעומת זאת, הימנעות מטיפול רפואי היא לא המתה במחדל, וזה מותר.

*21. אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו; ואולם מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי רציף, שנפסק שלא במכוון או שלא בניגוד להוראות כל דין וכן מותר להימנע מחידוש טיפול רפואי מחזורי.*

* סעיף זה עוסק בניתוק ממכשירים. באופן עקרוני החוק קובע שניתוק ממכשירים הוא דבר אסור. הוא מתיר שלא לחדש את הטיפול אם החיבור הופסק מסיבה כלשהי- בין שהייתה תקלת חשמל ובין שנעשה טיפול במכונה.

ההוראות בחוק מתאימות להוראות ההלכה- ההיתר להימנע מהטיפול הרפואי ולתלות זאת ברצונו של החולה מתאים לעמדת הפוסקים כפי שראינו, ואם הוא רוצה שיעשו בו פעולות יש לכבד זאת. גם בנוגע להמתת חסד האסורה יש התאמה לדעת המשפט העברי.

בסוגיית הניתוק ממכשירים הייתה בהלכה מחלוקת, היו דעות שהדבר מותר (**השופט אלון, הסרת המונע)** והיו דעות שהדבר אסור מפני שעושים פעולה אקטיבית שמביאה למותו של האדם. החוק אימץ את הדעה המחמירה שאוסרת את זה וההתאמה לעמדות ההלכה כאן הן לא מקריות. בראש הועדה שישבה על החוק, ישב פרופסור שטיינברג שהוא גם רב וגם מומחה לרפואה והלכה.

כך נראה שהמשפט העברי השפיע גם בחקיקה ולא רק בפסיקה (יעל שפר).

יש אלו המסתייגים מהחוק וחושבים שיש לאפשר ניתוק ממכשירים. ישנה אף את עמותת לילך שתומכת בהמתות חסד. אך נראה כי החוק מושפע מאוד מהמשפט העברי והולך לפיו למרות הדעות השונות בציבור.

## המשפט העברי בפסיקה

**עקרונות ציבוריים- ייצוג ומינוי שופטים-**

### חוק יסוד השפיטה

4.(א) שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של הועדה לבחירת שופטים.

(ב) הועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הועדה.

בחוק יסוד השפיטה נקבע ההרכב של הועדה לבחירת שופטים. הועדה של 9 חברים והתפתח **נוהג** כי יהיו 2 חברי כנסת אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה.

**בג"ץ אבירם נגד שרת המשפטים**

בבחירות לוועדה שנערכו ב 22.7.2015 נבחר ח"כ רוברט אילטוב מסיעת ישראל ביתנו, שהייתה באופוזיציה, לחבר הוועדה.

בתאריך 25.5.2016 הצטרפה ישראל ביתנו לקואליציה. מעתה אין בוועדה נציג של האופוזיציה.

**העתירה** טוענת כי התפתח בישראל מנהג חוקתי מחייב שלפיו אחד מחברי הוועדה צריך להיות נציג האופוזיציה. לכן, על הכנסת לבחור נציג אחר במקום אילטוב.

**טענות הנגד**

* שיהוי – ישראל ביתנו הצטרפה לקואליציה במאי. העתירה הוגשה בנובמבר. בינתיים נערכו מינויים רבים של שופטים. מדוע השתהו העותרים? האם נדרש לבטל את כל המינויים שנערכו בינתיים?
* מנהג חוקתי – **האם קיים בישראל מוסד של "מנהג חוקתי"?** האם מנהג חוקתי מחייב? שאלה זו היא ברמה התיאורטית האם יכולה להיות נורמה חוקתית שהיא אינה דרך חקיקה רשמית אלא דרך מנהג. האם זהו אחד מעקרונות המשפט?
* אם כן, האם בענייננו התגבש מנהג חוקתי?

## מנהג חוקתי

השופט הנדל מציע 3 מבחנים:

* מבחן 1: האם קיים נוהג? האם קיימת פרקטיקה של מינוי נציג אופוזיציה לוועדה? במקרה זה ניתן להכריע כי קיים נוהג.
* מבחן 2: האם הנוהג הזה נתפס כמחייב? האם יש "תודעת חיוב"?

2 המבחנים הללו הם המבחנים החשובים וקובעים האם המנהג קיים, המבחן השלישי בא לבחון האם המנהג הקיים ראוי ויש ולהכיר בו כמחייב. כלומר המבחן השלישי נותן כלי לבית המשפט להתנגד למנהג כמחייב או לבטל אותו (המבחנים הראשונים לא תלויים בדעתו של ביהמ"ש).

* מבחן 3: האם יש רציונל הגיוני המבסס את המנהג? האם ראוי להכיר מנהג כמחייב?

כלומר ביהמ"ש צריך להכריע האם הפרקטיקה הזאת היא מחייבת או שזה כמעין הסכם ג'נטלמני בין האופוזיציה לקואליציה?

**המחלוקת בעניינו**

• מבחן 1: העותרים טוענים לקיומו של נוהג לפחות מ 1990. המשיבים טוענים כי לא התגבש נוהג כזה ובכל מקרה אין נוהג שעל חבר קואליציה להתפטר מהוועדה.

• מבחן 2: לדעת העותרים יש תודעת חיוב ולכן יש "מנהג חוקתי". לדעת המשיבים אין תודעת חיוב ולכן קיימת "הסמכה בלתי פורמלית".

• **מבחן 3 האם ראוי להכיר במנהג?**

בית המשפט הפדרלי בקנדה:

The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative.

ביהמ"ש הפרדלי בקנדה שקבע שהדרישות להכיר במוסכמה משפטית הן דומות להכרה במשפט מנהגי, אבל לא מספיקה הפרקטיקה- צריך להיות לה טעם רציונלי באופן שביהמ"ש יגיד שזה ראוי.

ביהמ"ש נעזר במשפט העברי לעניין הזה:

נורמטיביות המנהג - המשפט עברי

* "צא וראה מה העם נוהג" (תלמוד בבלי, ברכות מה ע"א ועוד)
* כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה צא וראה מה הציבור נוהג ונהוג (תלמוד ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ה).
* מנהג מבטל הלכה (תלמוד ירושלמי, בבא מציעא פרק ז, הלכה א).
* **מנהג טעות אינו מנהג** (שו"ת הרשב"א ח"ב, רסח; תוספות, בבא בתרא ב ע"א, ד"ה "בגויל").

ביהמ"ש מכיר במנהג ההלכתי של- "צא וראה מה הציבור נוהג" בכל מה שלא ברור בהלכה. בנוסף, נאמר בתלמוד שמנהג מבטל הלכה. אין ספק שהמשפט העברי מכיר במנהג כמקור משפטי. עם זאת, יש להכיר ב"מנהג טעות אינו מנהג", ואפילו יש פוסקים שאומרים "מנהג אותיות גהנום". רעיון ה"מנהג טעות אינו מנהג" זה הרעיון של נורמטיביות המנהג. זה בוחן האם מנהג הוא ראוי או לא ראוי. במידה והוא לא ראוי יכריזו עליו כמשפט טעות.

המבחן הרציונליות או הנורמטיביות מצד אחד נסמך על בית המשפט הקנדי אך גם השופט הנדל מצא לו בסיס נוסף במשפט העברי. בית המשפט משאיר בצ"ע האם משפט חוקתי בכלל מחייב והוא כן דן בשאלת הנורמטיביות. על הרקע הזה נכנסים לשאלה בדיון בנורמטיביות.

**השופט הנדל: הנורמטיביות בענייננו – הועדה לבחירת שופטים**

זוהי אינה פעולת האצלה אנכית המאפשרת לרשויות לפעול באמצעות ידן הארוכה – כנחלת יתר הוועדות; אלא זוהי החלטה מעין "קונסטיטוטיבית״ – המכוננת סמכות אופקית, עצמאית ומקבילה לסמכויות שמכוננות אותה.

הרשות השופטת אינה – ואסור שתהיה – ידה הארוכה של הרשות המחוקקת או המבצעת. **הרשות השופטת חייבת להיות עצמאית ובלתי תלויה ביתר הרשויות.**

לדעתו- הוועדה למינוי שופטים היא החלטה מעין קונסטיטוטיבית שמכוננת סמכות אופקית, עצמאית ומקבילה לסמכות שמכוננת אותה. הרשות השיפוטית היא רשות מקבילה למבצעת ולמחוקקת. אם היא מתמנה ע"י הרשות המבצעת אז היא הופכת להיות ידה הארוכה והיא לא צריכה להיות ככה. אם היא מתמנה ע"י הרשות המחוקקת- כנ"ל! זו גם השאלה שעומדת בימינו על הפרק- מי מעמיד את השופטים? את הכנסת העם בוחר, את הממשלה הכנסת בוחרת, ומי יבחר את השופטים?

לצד זאת, הרשות השופטת מהווה אחת משלוש הרשויות של המדינה והיא חייבת להביא לידי ביטוי את המחויבות לציבור האזרחים ולערכים הדמוקרטיים.

**עקרונות**

א. עצמאות ואי-תלות – גוף שאינו תלוי בגורמים פוליטיים

ב. אחריותיות – גוף שנושא באחריות לציבור

ג. שיקוף – גוף שמשקף את חלקי החברה השונים. הרשות לועדה לבחירת שופטים לא מייצגת את העם באותו מובן של הכנסת אך צריך לראות בבית המשפט שיקוף של הקבוצות השונות בעם וחלקי החברה.

**וועדה שיש בה ייצוג לשלש הרשויות וגם למיעוט (אופוזיציה) מבטיחה עקרונות אלה.**

במילים אחרות, השופט הנדל שואל על מידת הנורמטיביות של הרכב הועדה למינוי שופטים (האם זה רצוי). הוא מסתכל במבט רחב ומגיע למסקנה שיש צורך שמצד אחד תהיה עצמאות ומצד שני שתהיה מחויבות לערכים ולציבור האזרחים. עד פה הוא ביסס את עמדתו על לפי השקפה פוליטית וכעת הוא יבסס אותה על המשפט העברי.

**משפט עברי – דרך בחירת השופטים**

"שׂפְטִים וְשְׂטְרִים תַּתֶּן־לְךָ בְּכָל־שְׁעָרִיךְ אֲשֶׁר יִקוק אֱלֹהֶיךָ נֹתֵן לך לשְׁבָטִיךָ וְשָׁפָטוּ אֶת־ הָעָם מִשְׁפָּט צֶדֶק": (דברים פרק טז 18)

פירוש ר' יצחק אברבנאל: והנה אדון הנביאים ביאר בזה שהשופטים שיהיו בישראל, שאין ראוי שימנה אותם המלך, ולא יהיו מידו, אבל שהעם ימנו אותם. רוצה לומר, שכל שבט ושבט ימנה את השופטים הראויים בכל עיר מעריהם. ועל זה אומר: "אשר ה' אלהיך נתן לך לשבטיך". רוצה לומר, שה' אלוהיך נותן מינוי השופטים לשבטיך, שהם ימנו אותם בשעריהם, לא המלך.

אברבנאל רואה את המצווה הזאת שהעם הוא זה שצריך למנות את השופטים ולא המלך.
לעומת זאת המשנה רואה את המצווה בצורה שונה:

משנה, סנהדרין א ה: אין עושין סנהדריות לשבטים אלא על פי בית דין של שבעים ואחד.

תוספתא סנהדרין ז א: בית דין שבלשכת הגזית... משם היה יוצאת הלכה ורווחת בישראל. ומשם שולחין ובודקין כל מי שהוא וחכם ושפוי וירא חטא ופרק טוב ורוח הבריות נוחה הימנו עושין אותו דיין בעירו. משנעשה דיין בעירו מעלין ומושיבין אותו בחיל ומשם מעלין ומושיבין אותו בלשכת הגזית.

כלומר, בית הדין הגדול הוא זה הממנה את השופטים המקומיים וההתקדמות בתוך המערכת נעשית על פיו.

על פי דרך השלילה- הנדל אומר כי מינוי השופטים לא נעשה ע"י השלטון. השופט הנדל נמנע מלקבל הכרעות כבדות.

**הכרעה בפס"ד**

* בהגשת העתירה נפל שיהוי כבד. העותרים לא פעלו בחודשים שלאחר הצטרפות ישראל ביתנו לקואליציה, מבלי שניתן לכך הסבר הולם.
* העותרים מבקשים כי נכריע לראשונה במעמדו של המנהג החוקתי בישראל אך זה נשאר בצ"ע. הם מעוניינים כי נקבע שבענייננו קיים מנהג כזה, תוך הרחבת המנהג באמצעות פרשנות למקרים שבהם מעולם לא הוחל.
* לכן אין מקום לקבל את העתירה במתכונת הנוכחית.
* יחד עם זאת, חשוב שבית המשפט יאמר את דברו לגבי הנוהג למנות לוועדה חבר כנסת אחד לפחות מסיעות האופוזיציה.

הוא כן אומר כי נציגות האופוזיציה בועדה למינוי שופטים היא חשובה. אין דרישה להתפטר אך הוא מדגיש כמה זה משמעותי.

לסיכום, הנדל משתמש במשפט העברי ל2 דברים:

1. ביסוס המבחן השלישי הנורמטיבי
2. ביסוס נורמטיבי ענייני בשאלה האם ראוי שיהיה לאופוזיציה נציג במינוי שופטים על מנת להראות שלשלטון לא צריכה להיות שליטה על הועדה למינוי שופטים (ע"י המקורות שראינו).

# סיכום: המשפט העברי בישראל- מצוי ורצוי

 יש להבחין בין המעמד הפורמלי למעמד המעשי:

##  המעמד הפורמלי

* חוֹק יסודות המשפט – עקרונות ... של המשפט העברי ומורשת ישראל

בחוק זה נקבע באופן מפורש מעמדו של המשפט העברי כמשפט משלים.

* חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

כפי שפירש בתחילה השופט אלון ולאחר מכן הצטרף אליו גם ברק, מדינה יהודית כוללת את המשפט העברי. על כן את הדיון בנושא יש לעשות לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הכוללת את המשפט העברי.

* חוק יסוד חופש העיסוק

מבחינה פורמלית החוק הישראלי מכיר במשפט העברי א. כמקור משלים ב. שהערכים של מדינת ישראל כערכים יהודיים מצויים גם במשפט העברי.

זאת אומרת יש למשפט העברי מעמד פורמלי במשפט הישראלי. זה לא רק איזה שיטה זרה ורחוקה. אך עדיין ניתן לשאול מה ההשפעה המעשית של המשפט העברי. לכאורה זאת שאלה אמפירית שיש לבדוקה אך עדיין ניתן לראות עמדות שונות בנושא עליהן נדון:

**מנחם אלון-** למעשה היה הוא [המשפט העברי] לאחד מהמקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, והיקפו והשפעתו של המשפט העברי ניכרים הם היטב בכל תחומי היצירה שבה.

**מישאל חשין-** "השפעתו הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח"

קודם כל יש לנו שאלה מאוד מעניינת של הערכת מציאות. לכאורה הערכת המציאות אמורה להיות שאלה עובדתית אך נראה כי ההערכה מאוד שונה בין 2 הדעות. לדעת חיים שפירא הדעה הנכונה היא דרך האמצע ביניהם. לדעתו, השופט אלון הגזים במשקל שהוא ייחס למשפט העברי ומצד שני חשין הגזים לצד השני. כמובן שדעותיהם נובעות מהשקפת עולמם ולא כתוצאה מאיזשהו מחקר אמפירי שנערך. למה השופט אלון מגזים? על מנת להגיד שלמשפט העברי יש המון השפעה על חוקים ולכן יש לפרש לאורו ולעשות בו שימוש נרחב. אחרים רוצים להגיד שלמשפט העברי יש השפעה שולית ולכן אין לפנות אליו בכל עניין. אם אנו מורידים את ההטיות האידיאולוגיות שלהם אנו נראה מה האמת.

## לשון המשפט

הלשון המשפטית שלנו היום ספוגה במונחים מהמשפט העברי. (והרי זה טבעי, אנו מדברים עברית..): בית דין, מעשה בית דין, עורך דין, הלכה, דיני ממונות, דיני נפשות, שלוחו של אדם כמותו, אדם נברא בצלם ועוד הרבה

השפה המשפטית ספוגה בלשון העברית והם לקוחים מהמשפט העברי. אולי זה חלק מה"ריח" שדיבר עליו השופט חשין.

## שמותיהם של חוקים ורוחם

חוק השומרים, חוק השבת אבדה, חוק איסור לשון הרע, חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, חוק עשיית עושר ולא במשפט, חוק בתים משותפים, חוק לא תעמוד על דם רעך, חוק החולה הנוטה למות ועוד

לא רק שמות החוקים הללו נובעים מהמשפט העברי אלא גם רוחם, והסדרים בסיסיים בהם הושפעו מהמשפט העברי, למשל:

* חוק השומרים- גם שמו של החוק וגם ההבחנות בו בין השומרים השונים נובעות מההבחנות ההלכתיות. במובן זה החוק אפוף באופן יסודי מהמשפט העברי על אף שלא כולו.
* חוק השבת אבדה- שמו לקוח מהמשפט העברי וגם הרעיון של מטרת החוק היא ללא ספק (כפי שהסכימו כל השופטים בהנדלס) השבת אבדה ע"פ המשפט העברי. אבל, פה יש הבדל בין השיטות- בעוד שבמשפט העברי יש חובה על אדם שמצא אבדה להשיב אותה לבעליה, במשפט הישראלי החוק מתיר לאדם להתעלם מהאבדה. כאן ההבדל די עקרוני, הדין ההלכתי נובע מתוך תפיסה מוסרית שיש לעשות מאמץ פוזיטיבי להשיב והחוק הישראלי כאמור מתיר להתעלם.
* עשיית עושר ולא במשפט- שם זה הוא שם עברי ותנכי ולא שם משפטי. ההסדר מרכזי בו של "זה נהנה וזה לא חסר" גם לקוח מהמשפט העברי. יש שאלה גדולה בדיני השבה, על מה אדם צריך לשלם כשהוא נהנה מנכס חברו- האם הוא צריך לשלם על ההנאה, התועלת שהוא עשה שימוש בנכס. או, שהוא צריך לשלם על החסר שהיה לחברו שלא עשה בו שימוש. לפי המשפט הכללי (הדין הזר) יש לשלם על עצם ההנאה שהאדם הפיק מהנכס. למשל, אדם שמשתמש בחנייה של חברו שהוא לא עושה בה כלל שימוש, צריך לשלם על השימוש בחנייה. מצד שני המשפט העברי שואל מה חסרונו של האדם השני? באופן עקרוני המשפט קובע את העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר פטור" כלומר אם האדם לא עושה שימוש במגרשו, לא משכיר ועומד כאבן שאין לה הופכין אז האדם שהשתמש בו פטור מתשלום. המחוקק הישראלי אפשר את העיקרון תחת **שיקול דעת של בית המשפט**. ניתן לפטור אדם מחובת השבה במקום שהבעלים "לא חסר דבר". ביהמ"ש לא מטיל זאת כחובה כי זה תלוי בהרבה נסיבות.
* חוק בתים משותפים- כאן שם החוק דווקא לא נובע מהמשפט העברי, אבל הרעיון שנובע מהמשפט העברי הוא תפיסת בעלות שניתן לחלק קרקע (בניגוד למשפט הרומי).
* חוק לא תעמוד על דם רעך- הרעיון המרכזי והשם שלו לקוחים מהמשפט העברי.
* חוק החולה הנוטה למות- גם השם וגם הרעיון המרכזי בחוק (כפי שכבר פירטנו).

ניתן לראות שלא רק השם של החוק נובע מהמשפט העברי אלא גם רעיונות מרכזיים בחוקים אלו מושפעים. זאת לא השפעה מבוטלת ואולי אף יותר מאשר "ריח".

## פסיקה

בתי משפט פנו ופונים למשפט העברי. לעיתים הפנייה היא בעלת תפקיד חשוב ואף מכריע בפסיקת ההלכה ולעיתים היא תוספת כביסוס, ולעיתים אף קישוט רטורי.

ראינו כי שופטים רבים פונים למשפט העברי לשם הכרעותיהם, לא רק מהעליון אלא גם מהמחוזי והשלום. מידת ההשפעה של המשפט העברי בפסיקה היא משתנה. ניתן לראות את פס"ד הנדלס ולנתח עד כמה השופט אלון שהזכיר לאורך כל ההכרעה שלו את המשפט העברי, עד כמה הוא באמת התבסס עליו לשם הכרעתו. אם נוציא את המשפט העברי האם הוא יגיע לאותה הכרעה? הטיעון שלו הוא שמן הצדק מגיע למוצא הישר ויש לתמרץ אותו. בנוסף, לפי המשפט האנגלי והאמריקאי מגיעים לאותה הכרעה. על כן, היה אפשר לנסח את פסק הדין של אלון גם ללא המשפט העברי אלא לפי משפט משווה ולפי הצדק. מצד שני ניתן לראות כמה היה לאלון **חשוב** שזוהי עמדתו של המשפט העברי.

בפרשת יעל שפר שלמדנו המשפט העברי מכריע. ההבחנות בין המתה אקטיבית לפסיבית ומה מותר ומה אסור, לכן המשפט העברי במקרה זה מכריע.

כלומר יש לעשות הבחנה בין כל פסק דין על מנת לראות מתי המשפט העברי היה מכריע ואילו מתי המשפט העברי היה רק כתומך ומבסס (מקשט). ישנו מנעד ויש לבחון את כל פסקי הדין על מנת לאבחן האם ההשפעה שהייתה היא שולית או מרכזית. אנו בחנו פסקי דין בודדים אך כאשר בודקים פסקי דין רבים לאורך שנים נראה כי המשפט העברי לא מכריע את האופי של המשפט הישראלי. אך, גם לא ניתן להגיד שההשפעה של המשפט העברי היא מבוטלת. כלומר, ההשפעה מצומצמת ויש זיקה למשפט העברי.

**סיכום המצוי**

* המשפט הישראלי והמשפט העברי הן שתי שיטות משפט שונות.
* עם זאת, המחוקק קבע שתהיה ביניהן זיקה.
* הזיקה הזאת באה לידי ביטוי בהשפעת המשפט העברי על החקיקה – בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה.
* היא באה לידי ביטוי גם בפסיקה, בפנייה למשפט העברי – בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה.

למה מתכוונים שאומרים "השפעה של המשפט העברי"? ברור כי לא ניתן שהמשפט הישראלי "יאמץ את המשפט העברי" באופן מלא או חלקי. הדברים הללו לא מבוססים. ראשית יש תחומים שהמשפט העברי לא עסק בהם בכלל למשל דיני חברות (תחום חדש ומרכזי במשפט הישראלי, תופעה מודרנית). גם אם המשפט העברי הכיר בזה בדיעבד הוא בוודאי לא בנה מערכת מקיפה מספיק לכלל הדינים. המשפט הפלילי הושם רק בבית המקדש, לאחר מכן אין דיני נפשות, דיני מלקות וזה משפט שלא הושם בפועל לאורך כל ימי הביניים ולכן זה לא בסיס ליישום. כך ניתן לראות שענפים שלמים לא ניתנים ליישום וגם דינים שקיימים כמו חוזים, משפחה צריכים לעבור הרבה התאמות.

שלושה דגמים בקליטת המשפט העברי למשפט הישראלי:

1. **דגם הקליטה-** יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מן המשפט העברי ככל האפשר. השאיפה הזאת בחברת המשפט העברי שהוקמה ב1918, ע"י משפטנים ציוניים חילונים בעיקר. הם אמרו שבציונות יש אלמנט של התחדשות (לחזור לארץ, לדבר בעברית). כמו שאנחנו חוזרים ללשונו העתיקה ולארצנו כך יש לחזור למשפטנו הקדום. הם הבינו שלא ניתן לקלוט אותו כמו שהוא אבל רצו לעשות כמה פעולות התאמה:
* חילון- להביא רק את התחום האזרחי החילוני ולא להתעסק בדיני כשרות, טומאה וכו'. למשל: לפי דיני נזיקין של המשפט העברי חייבים רק בנזק שנגרם באופן ישיר. אם אדם גורם נזק לחברו והקש"ס הוא עקיף אז הוא פטור לפי ההלכה אך הוא חייב בדיני שמיים. דין כזה יכול להגיד רק משפט דתי. אך כאשר נאמץ את המשפט העברי למשפט הישראלי נצטרך "לחלן" את הדין למשפט המודרני. אין קשר לאמונה באל אלא לאופי המשפט. האם יש מקום להשאיר נורמות שקשורות לדיני שמיים או שיש לעשות נורמות ריאליות בלבד. הדעה של המשפטנים הללו הייתה שכמובן צריך משפט אזרחי, והמשפט העברי צריך לעבור תהליך חילון.
* ברירה- לבחור מהמשפט העברי ע"י לימוד מה יש לקלוט מתוך המשפט, חלק נקבל וחלק נוציא. למשל בדיני הירושה ברור כי במדינה מודרנית לא ניתן להגיד שיש הבדל בין הבכור לשאר האחים או בין הבנים לבנות.
* התאמה- פירוש של נורמות על מנת שיתאים למדינה מודרנית. היה ברור גם לאנשי המשפט העברי הראשונים שמצד אחד הם רוצים לקלוט כמה שאפשר מתוך המשפט העברי. מצד שני אין לקלוטו באופן מלא אלא להתאים אותו לזמן המודרני.
* חידוש- דברים שהמשפט העברי לא קבע לגביהם, ויש לחוקק חוקים חדשים.

החברים הדתיים במשפט העברי הסכימו לכך. בין הדתיים היו עמדות שונות. חלק אמרו שאין להם סמכות לברור מבין ההלכה. השופט אלון מסכים באופן עקרוני עם דגם הקליטה. הוא דגל בהתאמה, ברירה וחידוש (אולי לא עם המילה חילון), אך שאיפתו הייתה לקלוט כמה שיותר תוך התאמה לזמנים שלנו. קליטה יכולה להיעשות על ידי מחוקק או בפסיקה.

דגם זה נתקל במספר קשיים:

* היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי- הקודיפיקציה המקיפה האחרונה היא מלפני 500 שנה של השולחן ערוך. אנחנו נמצאים בעולם טכנולוגי וכלכלי אחר. נניח במקרה בו המחוקק זקוק לפנות למשפט העברי לשם עזרה אין לו לאן. המשפט העברי היא שיטת משפט בלי דרך להכריע במחלוקות הקיימות מאות שנים. יש קושי עצום לבחור איזו דעה לקלוט, ואיך בכלל מגיעים אל הדעות השונות ומוצאים אותם. אם זה קשה לתלמידי חכמים איך ניתן לצפות זאת מהשופטים.
* החומר מפוזר ועניינים רבים שנויים במחלוקת. יש בלאגן וחוסר סדר בחומר.
* היעדר גישה של מחוקקים ושופטים למשפט העברי
* רצון ליצירת שיטה מקורית ועצמאית

הרבה פעמים פונים בטרוניה לשופטים מדוע הם אמרו לפנות למשפט העברי בצורה מצמצמת. אך, יש שאלה עד כמה זה באמת היה מעשי לאור הקשיים שהבאנו לעיל. לכן הדגם הזה הוא קשה מאוד באופן מעשי ליישום. כמובן שישנם גם פערים אידאולוגיים וערכיים בין המשפט העברי למשפט הישראלי המודרני. בסופו של דבר ניתן לתמצת ש**היה רצון ליצור שיטת משפט מקורית ועצמאית**. הואיל ואנחנו צריכים לעמול קשה על מנת לפרש, לתקן, להתאים וכו' כבר עדיף ליצור אחת חדשה.

1. **דגם ההפרדה-** זהו הקוטב השני של הדגם הראשון. יש לחתור להפרדה בין שיטות המשפט: משפט המדינה לחוד ומשפט עברי לחוד. **כל הקשיים** שהזכרנו קודם מביאים אותם למסקנה שיש להפריד בין שיטות המשפט ואין לפנות למשפט העברי בשביל לייסד את המשפט הישראלי. בנוסף, ישנם **הבדלים ערכיים** בין השיטות (שוויון, שיטה דתית קדם-מודרנית). הייתה **התנגדות גם מבחינה דתית** לשיטת הקליטה מכיוון שמייצרים שיטה שהיא שונה מההלכה ולכן אנחנו בעצם עושים "חילון של ההלכה" שהיא שונה במידה רבה מין ההלכה המקורית גם במהות אך אף יותר מבחינת הסמכות (במקום הרבנים הכנסת) ולכן אין לדתיים לתמוך בזה. לכן לדעתם, יש להתחיל מחדש במשפט ישראלי נפרד. עדיין היו ויכוחים בקרב הדתיים שכן היו שדגלו בדגם הקליטה. ההלכה פיתחה כללים לאורך השנים איך לחיות עם משפט של מדינה זרה (כמו דינא דמלכותא דינא) וכך יש לנהוג גם עם המשפט הישראלי עם שיטת משפט חדשה (תפיסה של חרדים ושל השופט אנגלרד). הציונות הדתית רצתה לקרב את המדינה וההלכה והם חתרו לכך שהמשפט הישראלי יאמץ כמה שיותר מהמשפט העברי (כמו השופט אלון).
2. **דגם הדו-שיח**- אין לחתור לקליטה כמה שאפשר. יש לחתור להשוואה ודו שיח עם המשפט העברי. כלומר, משפט עברי כמשפט משווה.

יתרונות המשפט העברי כמשפט משווה:

* השונות שלו- דווקא בשל השונות ישנן אלטרנטיבות של ממש למשפט הישראלי. למשל "זה נהנה וזה לא חסר" זה רעיון חדש. תפיסה יותר קהילתית, שאף משפט מודרני לא חשב עליה.
* הקרבה הלשונית- קל לישראלים ללמוד משפט עברי כי אין מכשול של שפה
* הרציפות התרבותית- מדינת ישראל היא ממשיכה של התרבות היהודית וההיסטוריה היהודית על אף היותה מודרנית. גם המשפט רוצה לחתור לקשר בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי.

התוצאה: לעומת דגם הקליטה אין רצון לקלוט כמה שיותר מין המשפט העברי אלא לעיתים מקבלים ולעיתים דוחים. גם כאשר דוחים תמיד לומדים מן המשפט העברי. "משפט עברי לתועלת" (סולברג) - להשתמש במשפט העברי כאשר הוא עוזר ומועיל, אך לא לדחוף לקלוט אותו כמה שאפשר. **כיום זה הדגם הרווח** והעמדה של השופט אלון היא פחות נפוצה.

מבחן:

לעקוב אחר רשימת המאמרים הנדרשים למבחן- יסמן בכוכבית במודל.

כל פסקי הדין נדרשים למבחן. המצגות מהוות מיקוד אבל לא כדאי להסתמך עליהן בלבד, הוא יכול לשאול על דעות שופטים שמופיעות בפסקי הדין- הדגש בפסק הדין הוא השימוש במשפט העברי ועובדות המקרה באופן כללי.

מבנה המבחן: 4 שאלות מתוך 5. חצי שעה לשאלה. תהיה הגבלת מילים בין 500 ל700 מילים לשאלה. השאלות יהיו פתוחות על החומרים התיאורטיים, הוא יבקש להציג עמדה או טיעון. חלק מהשאלות יגעו בפסקי הדין שלמדנו ויש להראות הבנה בשימוש במשפט עברי בפסקי הדין והנושאים השונים. ייתכן והוא יצטט הלכה או מקור שנלמד בכיתה ונצטרך להסביר את השימוש שנעשה בו. הוא יציג בעיה שהתעוררה בפסקי הדין בצורת קייס- המקרה והשימוש שנעשה במשפט העברי והדעות השונות של השופטים.