**המשפט העברי במדינת ישראל**

**25/10/2022**

הקדמה – המעמד של המשפט העברי במדינת ישראל

המשפט של כל מדינה מייצג את מערכת הנורמות העליונה והמחייבת של אזרחי המדינה ותושביה. מטבע הדברים המשפט משקף את התפיסות הערכיות החברתיות והכלכליות של החברה שבה הוא נוצר.

יש דמיון בין שיטות משפט שונות, כל שיטות המשפט אוסרות על צורות של פגיעה בזולת, אונס, רצח וכולי. כל שיטות המשפט מסדירות את הדרכים שבהן ניתן לעשות עסקאות, לרכוש זכויות קנייניות וכולי. גם המבנה המודרני מסדיר בנקאות, ביטוח וכולי. אבל לכל שיטת משפט יש ייחוד משלה לרבות השפה (כל שיטת משפט כתובה בשפה משלה), מאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית ודיונית, משפט קונטיננטלי לבין המשפט האנגלי (קומון לו), משפט מזרח אסיה וכולי אך גם בתוך המשפחות הללו יש הבדלים.

נדון האם ובאיזו מדינה צריכה שיטת משפט לשקף תרבות ומסורת של החברה בה היא נוצרה, האם צריך לטפח ולחדד אותו? או שיטת משפט צריכה להיות ללא השקפה דתית כלשהי או תרבות כלשהי.   
בתנועה הציונית היה דיון רב לגבי האופי של המשפט העתידי במדינה העתידית שתקום. הדיון דיי הוכרע, אך בפועל הוא עדיין מעסיק רבים בישראל לרבות פוליטיקאים, משפטנים ואנשי ציבור ויש מתח בין המשפט העברי לישראלי.

רבים חושבים שהמשפט העברי הוא היסטורי ולכן ישלו מקום רב, ב-1918 קמה חברה במוסקבה שביססה את המשפט העברי והכינה אותו לקראת קליטה במדינה הישראלית לרבות חילונים ודתיים גם יחד, כשם שהשפה העברית חודשה כך צריך לחדש גם את המשפט העברי. **החזון הזה לא התגשם לבסוף והמשפט הישראלי הוקם על יסודות אחרים אך יש זיקה בין המשפט העברי לישראלי. והעברי כן נישאר שיטה קרובה למשפט הישראלי.** מידת הקרבה בניהן שנויה במחלוקת עד ימינו.

משפט עברי הוא מושג מודרני, המונח המקורי הוא "הלכה" וההלכה כוללת את כל העניינים לרבות דתיים, דיני תפילה וברכות, שבת ומועדים, טומאה וטהרה, כשרות וכולי וגם עניינים שבין אדם לחברו דיני קניין, דיני עבודה, דיני חוזים, דיני משפחה וכולי.

המונח משפט עברי נוצר כדי לבדל חלק של המשפט העברי שעוסק בצד המשפטי ולא בצדדים הדתיים והחלק הדתי (מצוות, פולחן וכולי) אלא רק בחלק האזרחי-משפטי שבין אדם לחברו.   
"המונח משפט עברי כולל רק אותם תחומים של ההלכה שבדומה להם מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות דהיום היינו עניינים המסדירים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו" (מנחם אלון).

בהלכה עצמה אבחנה זו כלולה, אבל השימוש המודרני כיום הוא לא רק לצרכים תאורטיים אלא גם מעשיים. שכן אבחנה זו היא היסוד שניתן בעזרתו ליישם את המשפט העברי. שכן היה ברור לכולם שהמשפט במדינה העתידה לקום לא יהיה משפט דתי לרבות דיני שבת, דיני טהרה וכולי וכן יהיה בה חופש דת. היה ברור לכולם שפנייה למשפט העברי יהיה רק במונחיו האזרחיים ולא הדתיים. אנו לא נסקול מי שלא שומר שבת, אבל כן נשתמש בדיני הקניין של המשפט העברי למשל.

המשפט העברי הוא שיטת משפט עתיקה ופעילה וכן יש שיטות משפט שכבר לא פעילות כמו משפט יווני או רומי. המשפט העברי נוצר לפני המהפכה התעשייתית ומהפכת המידע. ואין בשיטה זו התייחסות לדברים אחרים כיום לרבות דיני אינטרנט, דיני חברות וכולי – אלו דינים שלא קיימים בהלכה. מנסים כיום לעדכן אותם בהתאם לצורכנו.

התפתחות המשפט הישראלי סימן 46 –התפתח באמצעות משפט הארץ לרבות העותמנית, הבריטית והישראלית, והמשפט העברי לא שימש כבסיס למשפט הישראל. כשהבריטים כבשו ב1917 הם העמדו פה במנדט בריטי ב1920 וכוננו פה מערכת חוקים בשם "דבר המלך ומועצתו" ונקבע כי בתי המשפט כאן ישפטו לפי החוק העותומני. משמע – המשפט העברי מבוסס גם על החוק העותמני ועליו נחקק עוד חוקים. במקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. משמע - אם למשפט העותמני אין תשובה אז פונים למשפט האנגלי, הדבר הזה נשאר בתוקף גם אחרי הקמתה, וכאשר הוקמה המדינה ב1948 נקבע כי המשפט הבריטי יישאר (שהוא כמובן כולל בתוכו את העותמני).

קומה ראשנה משפט עותמני, קומה שניה משפט אנגלי, קומה שלישית משפט ישראלי. הקמת מדינת ישראל לא הביאה לעצמאות משפטית, המדינה יצרה מערכת משפט משלה והייתה מבוססת על המשפט הבריטי עד שהדבר בוטל ב1980.   
ב-1980 ישראל ניתקה את חבל הטבור בינה לבין בריטניה וסימן 46 בטל ואילו מקורות משפט משלימים יהיו עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל.

חוק לביטול המג'לה – 1984.

2022 – המשפט הישראלי הוא שיטה עצמאית, שהיא מנותקת מיסודותיה. יוצא מצב כי חזון הראשונים לא מומש. המשפט העברי והישראלי הן שונות ונפרדות אבל יש בניהן מערכת של זיקות.

**זיקה מס' 1 וההדוקה ביותר בין המשפט העברי וישראלי הוא – חוק שיפוט בתי דין רבניים – 1953 ענייני נישואים וגירושים**: לפי החוק הישראלי נישואים וגירושים הם בשיפוט של בתי דין רבני ויערכו על פי דין תורה. ככתוב:   
1. "**ענייניי נישואים וגירושים של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים**" – תושבים/אזרחי קבע לא יכולים לדון בענייני הנישואים והגירושים שלהם באף דין אחר מלבד הדין ההלכתי הדתי. גם הדין וגם הדיין יהיו על פי ההלכה.

2. **נישואים וגירושים של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה** – מדינה יכולה להשיא את מי שאינו אזרחה למשל יהודים שמתחתנים בקפריסין צ'כיה, אבל יהודים שבאים להתחתן פה חייבים להתחתן לפי דין תורה. למשל יהודים מניו יורק יכולים לבוא להתחתן פה אבל רק בדין תורה כדי המדינה תכיר בהם. כל יהודי שבא לפה, חייב להתחתן פה על פי דין תורה.

נישואים וגירושים בישראל של ערבים הם בסמכות בי"ד שעריים וכנ"ל דרוזים לפי הדת הדרוזית ונוצרים כנסייה עם כומר וכולי.

**זיקה מס' 2 – המשפט העברי כמקור משלים – חוק יסודות המשפט:** במקרה שבו ביהמש רואה שאין לו תשובה בחוק אז הוא יכריע בה לאור עקרונות חירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל (נוסח א – הוכר שזה כולל את המשפט העברי) ב-2018 תוקן החוק ונכנס גם "ולאור המשפט העברי".

**זיקה מס' 3 – מכוח היותה של ישראל מדינה יהודית (הכרזת העצמאות, חוקי היסוד):**(הכרזת העצמאות, חוקי היסוד) ההגדרה של ישראל כמדינה יהודית כוללת פנייה למקורות היסטוריים יהודיים. מכוח הגדרה זו נוצרת זיקה מסוימת.

**זיקה מס' 4 - המשפט הישראלי כמקור היסטורי לחקיקה ישראלית –** כשנוצרה בשנות ה-60 חקיקה חדשה בתחומים שונים לרבות מקרקעין, בתים משותפים, חוקי ירושה וכולי, אז יש הצהרות בדברי רקע ההסבר לחוקים ונאמר כי הם/חלקם נוצרו בהשראת המשפט העברי ואומצו בחלקן מן המשפט העברי.

**זיקה מס' 5 – המשפט העברי כמקור לפסיקת בית המשפט –** שופטים פונים למשפט העברי לפסוק על פיו, מי יותר ומי פחות. שופטים פונים למשפט העברי כמקור לפסיקה שלהם. בין אם כמקור מרכזי ובין אם כהשראה ממנו. הם עושים זאת מכוח זיקה מס' 4 או מכוח חוק יסודות המשפט "לאור המשפט העברי". השופט זילברג עשה זאת, גם מנחם אלון, חשין, וחיים כהן.

**האם יש ערך לביסוס המשפט הישראלי על העברי? האם חשוב ורצוי מנק' מבט דתית.**יש חרדים שיגידו שרק הרבנים פוסקים הלכה ואילו שופטים חילוניים לא יכולים בכלל לשפוט אותנו, ההלכה היא עצמאית ואם המדינה בוחרת לאמץ זאת אהלן וסהלן אבל לא לערבב אותנו בזה.

**שיעור 2 – 08/11/2022**

בתקופת החזון ניסו לגבש חזון אחיד של משפט עברי, התגבשו כמה חזונות.   
ציונות מדינית וציונות רוחנית (תרבותית), במקביל הציונות המדינית רצו להדגיש את חשיבות המדינה והתנועה הציונות בהתעלם מההיבט התרבותי. הרצל האמין שההיבט התרבותי הוא שולי (הרצל לא חשב שידברו עברית פה אלא בשפות שדיברו במדינות מהן באנו). לרעיון זה היו בני ברית לרבות הרב ריינס מייסד תנועת המזרחי. הרב ריינס הסכים עם הרצל שלא יעסקו בהיבטים תרבותיים. הדתיים רצו להימנע מתרבות כי חששו שיעזבו את הדת וחששו מהחילוניות. ולכן הדתיים עזבו את נושא הדת והחילון ודתיים כמו הרב ריינס פשוט הלכו עם הנושא של הקמת מדינת ישראל מדינה ליהודים.

עבור כל היהודים שחיו במזרח אירופה הייתה תחייה תרבותית של השפה העברית, התחילו לכתוב בעברית ולחדש אותה. מצד אחד היבט מדני-פוליטי ומצד שני היבט תרבותי-רוחני.

הרצל ניצח, אך הציונות התאפיינה גם בתרבות השפה העברית, דיבור השפה העברית ושני הכיוונים הללו התמזגו (אחד העם וחיים נחמן ביאליק התלמיד שלו) ביחד עם הרצל וריינס.   
כל אומה ניסתה לחדש את השפה, והיו אומות כמו העברית שהיה צריך ממש להקפיד על חידושה כי זה היה קשה. כל תנועה לאומית התאפיינה בחידוש השפה האחידה שמאחדת את הלאום, כמובן שמתפתחת גם ספרות וכן מרכיבים אחרים. כך גם הציונות התאפיינה במאפיינים אלה.

משפטנים ציונים באו ואמרו שאם רוצים להקים מדינה ולחדש שפה, יש לחדש גם משפט עברי, לייסד משפט שמבוסס על המסורת שלנו, וליצור משפט עברי.

רקע נוסף קשור ליחס הכללי בין משפט לתרבות, ויש קשר בין משפט לתרבות בכל לאומיות שצמחה טרם הלאומיות העברית, כך למשל בגרמניה – פרידריך סביני, הדגיש את הקשר בין משפט, תרבות והיסטוריה. אם רוצים משפט גרמני צריך להתבסס על התרבות וההיסטוריה של גרמניה (תפיסה של נאורות, מוסר והשכלה). וכל הרעיונות הללו מבוססים על מוסר ואוניברסליים שכל עם וכל תרבות יכולה להזדהות עמה. הסדרים מופשטים וקצרים.   
התפיסות הלאומיות של המשפט הן תפיסות עבות ומפורטות, ומפעלי החקיקה הושפעו מפרידריך סביני וכך גם אנשי המשפט העברי הלאומי, המשפט מבטא את רוח העם והנשמה שלו.

ב-1918 קמה במוסקבה חברת המשפט העברי על ידי משפטנים יהודים ציונים, לאחר הצהרת בלפור, והחלום של הרצל כבר היה יותר ריאלי. רוב המייסדים היו חילונים למשל שמואל אייזנשטט ופלתיאל דיקשטיין. אליהם מצטרפים גם משפטנים דתיים כמו אשר קולאק יליד ליטא.

שמואל אייזנדשטט מפרט את החזון שלו – מדבר על 2 מטרות מדיניות:  
א. חקירת המשפט העברי ההיסטורי לרבות פירוש ההלכה (ערך היסטורי-עיוני).  
ב. הפריית החשיבה המשפטית העברית, כלומר יצירת הלכות וחידוש המחשבה של המשפט העברי (ערך מעשי), יצירת שיטה מודרנית שתאפשר לשפוט.

זאת משום שגם בא"י זקוקים לחוקים ומשפטים שיגדירו את הצורות החיצוניות של האומה.   
לדעת איזנשטט למשפט העברי דרוש חידוש, יש לחדשו כמו שחידשנו את השפה העברית והפכנו אותה לשפת יום יום כך גם עם המשפט העברי-לחדשו ולהפכו למודרני ומתאים אלינו.

יש אחיזה וקשר בין המשפט הדתי למשפט החילוני-ישראלי. אך יש גם הפרדה מסוימת, החזון של המשפט העברי הוא חזון של התחדשות אך אין פרושו חזרה למשפט העברי כמו בתקופת הסנהדרין, אלא יצירת משפט חילוני מודרני עברי אשר מבוסס על משפט עברי אבל לא בול אחד לאחד כמו במשפט העברי ודיניו בעבר.

למשל המשפט העברי לא דורש שיעזרו לזולת בעוד שהמשפט הישראלי כן דורש.   
המשפטנים היהודים לא יכלו להישאר שם במוסקבה, כי הייתה מהפכה בולשביקית שגם כללה רדיפת יהודים, והם עלו לא"י. פה בארץ הם מוצאים מציאות שהתפתחה עוד ב-1909, תנועת משפט השלום העברי, שהייתה מעט שונה כי היא רשת בתי משפט עבריים שבה פעלו בדרך של בוררות. המשפט העותמני מלא בשחיתות, אז אנשי משפט השלום לא רצו להישפט לפני העותמנים אך גם לא לפני ההלכה ולכן הם הקימו רשת בתי משפט משלהם שפוסקת על פי עממיות, ולא לפי קודקס חוקים מסוים כי אין אחד כזה וגם מבחינה אידיאולוגית הם מושפעים משיטת המשפט החופשי של גרמניה שמדברת על משפט פחות פורמליסטי ויותר עממי. ברשת בתי המשפט הזה פועלים המנהגים של אותה התקופה.

דמיון למשפט העברי – לאנשי משפט השלום שאיפה להקים משפט עברי יהודי מודרני חילוני.  
השוני – אנשי המשפט העברי דרשו לפי המשפט העברי המסורתי ולא עממי בעוד שאנשי השלום לא רצו משפט עברי.

אשר גולאק – יסוד המשפט העברי 1922:

השם משפט עברי כולל אפוא את כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו מן התקופות הקדמות ביותר עד ימינו. הוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית השולטת באוצר המשפט העשיר הזה שהוא כולו יצירה ענקית של מסורת העם, הלך נפשו ואורחות חייו של העם היהודי.

עבור גולאק המונח משפט עברי כולל את כל אוצר המשפט העברי וההלכה, כל המשפט המסורתי, הוא אחיד.   
הלאומיות החדשה יש מי שכינו אותה "עבריות" אבל במיוחד הקשר לארץ. ויהודי זה גלותי-דתי.   
**המשפט העברי נקרא עברי כי הוא לא מתבסס על ההלכה היהודית אלא על העבריות והארץ ישראליות, חידוש הלכה ויצירת ארץ ישראליות ולאו דווקא קשורה להלכה.  
באותה תקופה המונח משפט עברי משקף תפיסות שונות של עבריות ויהדות.**

אשר גולאק מזהה את ההתנגדות למשפט העברי. מחד חרדים שמפחדים מכל שינוי שהו ורוצים לקבל את השולחן ערוך כפי שהוא. מאידך חילונים שרוצים יצירה עברית חדשה לגמרי שאינה מבוססת על השו"ע.   
שורה תחתונה - חזון המשפט העברי דורש קבלה של המשפט העברי + חידושו. דרך האמצע.

הרב פישמן – מאמין שמשפט העברי הוא מקורי כלומר ההלכה, ולפי זה יש להקים את משפט המדינה פישמן לא מתייחס כלל להאם צריך שינוי או לא צריך שינוי. הוא טוען שהפרדה מהדת היהודית היא פגיעה בנפש האומה. הוא מייצג את האגף הדתי, הוא רוצה קשר ליהדות ולהלכה. הוא טוען שיש מקום חשוב להלכה היהודית במשפט המתחדש.

הרב מאיר ברלין – המשפט העברי היה נחשב תמיד להבעתו של הגניוס העברי של המחשבה הברית לעומקה ולרוחבה. ראשיתו של המשפט העברי נעוצה ב"ואלה משפטים" והמשכתו הולכת ונחשלת כחוט לאורך כל הדורות, המשפט העברי היה גאוותנו "כי היא חוכמתכם ובינתכם לעיני על העמים" . גם אלה שהאמונה לא הייתה נר לרגלם האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי.   
מתחיל להיווצר פער בין האגף הדתי לחלוני. הדתי רואה מחויבות להלכה והמודרני פחות רואה מחויבות להלכה.

הרב הרצוג – רצה את משפט ההלכה ומתנגד לשם משפט עברי.

סמכות החידוש- תיקונים ותקנות?

הבנו שמשפט עברי צריך גם יהדות וגם מודרניזציה, אך מי יעשה תיקונים ותקנות?   
חברת המשפט העברי אומרת שמי יעשה זאת זה הם עצמם. הדתיים אומרים שצריך לתת לרבנים לעשות זאת. הרב הרצוג האמין שזה תפקיד הרבנים.   
אבל יש בעיה למשל, חברות פטריארכליות רק גברים יורשים נחלה. מדינה מודרנית לא יכולה לקבל דיני ירושה של הדת, עם אבחנה שבה רק בנים יורשים ובנות לא.   
ההלכה הולכת עם הפשרה כמנגנון משפטי, ויש בתי דין רבניים שפוסקים פשרה לפי היתר. הצדדים חותמים מראש שבתי הדין ראשי לפסוק על פי הפשרה. רבנים תמיד נותנים לבנות ופוסקים בצורה דיי שווה.

אבל כשמדובר בחוק המדינה קשה להשאיר נושא שכזה לעניינים של פשרה, הרב הרצוג הציע לתקן תקנה שבה בנים ובנות יורשים שווה בשווה, אבל חבריו לרבנות הראשית לא הסכימו עמו ותקנה זו נפלה. **הרבנים הסכימו לפשרות ספציפיות אבל לא כתקנות קבועות חוקתיות.**

המשפט האנגלי נכנס לפה אחרי מלחמת העולם ה-2. רבים מצאו זאת כמשהו טוב ואפילו טוב יותר ממשפט השלום העברי ולכן אנשים פנו אל המשפט האנגלי, והרבה הלכו אליו וכך **התנועה העברית שקעה ונגמרה בשנות ה30.**

**גם חברת המשפט העברי הגיע למשבר אידיאולוגי, התפצלות בין הדתיים לחילוניים לגבי מה הוא משפט עברי ומנגנוניו, שינויים ותיקוניו ומי מוסמך לעשות שינויים וכו' יצא מצב שהחברה פשטה רגל ושקעה.**

היו 3 חזונות שונים:  
1. מקורי של חברת המשפט העברי שביקש להחיות את המשפט העברי המסורתי וליצור משפט מודרני.  
2. חזון של המשפט העברי של הרבנים ואנשי הלכה שרצו ליישם את ההלכה כמשפט המדינה עם תיקונים ספציפיים.  
3. חזון של המשפט העברי שהוא מקורי לגמרי מודרני ואינו קשור להלכה.  
שלושה חזונות שונים וכך התפרקה החברה למשפט עברי.

אולם עצם החזון של משפט משולב מודרנה ויהדות יחדיו כן נשמר במידה מסוימת.   
נוצר מצב של משפט אנגלי מוצלח וישים. וכשרצו להקים מדינה ב1948 לא עמדה על המדף הצעה קונקרטית שניתן להציע אותה. לכן קבעו שהמשפט שיונהג אחרי הקמת המדינה הוא זה שהיה עד כה כלומר המשפט הבריטי, כי אין הצעה קונקרטית. אך אנחנו נחוקק חוקים בכנסת שלנו ונוכל להשתמש במשפט העברי. ולחוקק חוקים עם זיקה למשפט העברי.

**שיעור 3 – 15/11/2022**

יו"ר המועצה דב יוסף, שאחר כך היה גם ח"כ היה צריך להחליט האם נלך לפי הקומון לו או לפי הקונטיננט.  
השיטה האירופית – קונטיננטלית, השופט חוקר ומגיע גם בעצמו לחקר האמת.   
בשיטה האנגלית (קומון לו) – שני הטיעונים מגיעים והשופט בוחר.   
השיטה האירופית/קונטיננטלית ממשיכה את המשפט הרומי ומבוססת על קודיפיקציה (חקיקה), המחוקק הוא מקור החוק. החוק מכסה את כל התחומים, והשופטים תפקידם ליישם את החוק. יש יותר הפרדת רשויות ואין אצלם עיקרון של תקדים מחייב, **כל שופט פונה מחדש אל החוק. כל בית משפט מחדש מפרש שוב את החוק**, אולם כן יש השפעה של בתי משפט קודמים שהולכים אך תקדים מחייב זה לא עיקרון שמחייב אותם.

שיטת הקומון לו - התפתחה גם היא בימי הביניים על ידי פסיקות של בית משפט ולא התחילה מחקיקה. מידי דור או שניים היו אוספים את התקדימים ולפי זה קובעים את החוק. היה לפרלמנט עליונות אבל המשפט נוצר מהחלטות בתי המשפט ועיקרון התקדים מחייב את כל בתי המשפט.

דב יוסף היה צריך להחליט גם מה מעמדו של המשפט העברי?   
בימי הביניים חכמים פסקו לפי מה שפעל באותה קהילה אבל לא באמצעות המשפט הפלילי היהודי, כי הוא לא מעשי. המשפט האזרחי כן פעל במשפט העברי. אך בכל 30 השנים 1918-1948 זרם המשפט העברי לא הניחו קובץ חוקים שניתן ליישם. המשפט העברי יכול לתת פתרון בתחומים של חוזים/נזיקין/משפחה/עבודה וכולי, אך לא בתחום המשפט הפלילי.

הייתה אפשרות של הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה לצד זה שנחליט האם ניקח את המשפט האנגלי או האירופי. וכך בפועל הוחלט שנתבסס על משפט אנגלי ונשלב לאורו את המשפט העברי בעתיד לבוא.

הצעה נוספת שעלתה לבטל את סימן 46 לדבר המלך (שקובע שאם יש לקונה פונים לחוק האנגלי) ולהחליף את הפנייה הזו בפנייה למשפט העברי. ושאם יש לאקונה פונים למשפט העברי ולא האנגלי.

פנחס כהן – מציע הצעה לחוקה ואחד הסעיפים שהוא מציע זה שהמשפט שהיה קיים במדינת ישראל ביום מתן החוקה (המשפט האנגלי) יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, וכל עוד לא בוטל או תוקן ע"י בית הנבחרים. כך שניקח משפט קיים אנגלי ומוכר וכשיש לקונה נפנה למשפט העברי.

כלומר, תחילה המדינה תהא מושתת על עקרונות יסוד של המשפט העברי. העקרונות האלה ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים. (כלומר מדובר בהחלפת סימן 46 לדבר המלך). פנחס כהן בעצם נותן הצהרה לפיה "נתבסס על המשפט האנגלי וכשיש לקונה, נפנה למשפט העברי". לבסוף לא נחקקה חוקה.

פלתיאל דיקשטיין – פרסם מאמר בכתב עת "הפרקליט". פלתיאל הציע שכל החוקים שהיו קיימים בתקופת המנדט יישארו בתוקפם.   
בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים בנקודה מסוימת או שיש בהם דו משמעות או סתירות אז בתי המשפט והשלטונות ישתמשו בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן.

בהתאם לצרכי הזמן = לא מתחייבים לכל מה שההלכה אומרת, אנו ניקח את מה שמתאים לנו בהתאם למציאות המשתנה.

בפועל – חמשיה ימים לאחר הקמת המדינה, החוק הראשון שמועצת המדינה הזמנית מחוקקת בתוך פקודת סדרי השלטון ומשפט – בס' 11 כתוב שהמשפט שהיה קיים עד ה' באייר יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיחוקקו על ידי מועצת המדינה הזמנית או עלפיה, בשינויים המחויבים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה. (מכאן יצא מצב שכולם קיבלו את חוקי המשפט האנגלי, כולם מכירים את המשפט האנגלי והוא מתאים למדינה מודרנית. במקביל מעכשיו אנחנו גם נחוקק).  
אולם אין כאן הצעה קונקרטית הכיצד לחוקק חוקים אלא רק הצהרות כלליות שזה סתירה לחוקים כי חוקים לא יכולים להיות כלליים.  
הפקודה הנ"ל גם לא נוגעת בסימן 46, ולא אומרת מה דינו. שהרי סימן 46 מכפיף את מדינת ישראל לבתי המשפט באנגליה, מ"י כאילו מוותרת על עצמאותה בתחום המשפט, וזה המשיך לחייב אותו עוד 30 שנים עד שהסעיף הנ"ל בוטל ב1980.   
ועדה בירושלים, לא החליטה על לבטל את סימן 46, בעוד שיש ועדה בת"א שכן הסכימה על ביטול ס' 46 בתמורה להחליפו בפנייה למשפט העברי. כל זה קורה על רקע מלחמת השחרור וירושלים במצור ולא ניתן להגיע אליה.   
הסיבה לכך שההצעה לא התקבלה היא הסח דעת ותו לא, תקלה טכנית בלבד (אומר **רון סח** חוקר מאונ' תל אביב). הוא קורא לזה החמצת הזדמנות היסטורית בהיסח הדעת שיכולנו לכפוף עצמנו כבר מעכשיו למשפט העברי כשיש לקונה בחוק.

**עמיחי רדיזנר** דוחה את דברי החוקר רון, ואומר שגם בוועדה של ירושלים היה רצון לקבל את ביטול ס' 46, אולם עו"ד חיים כהן לימים השופט כהן (שהוא אוהד גדול מאוד של המשפט העברי) ראה בכך הסתמכות יתרה על המשפט העברי וההלכה, ולא רצה בכך על כן טירפד את ההצעה הזו.

כך יוצא שמ"י נשארה כפופה לפסיקה האנגלית ולא אימצה את המשפט העברי ולא ביטלה את סימן 46.

מדיניות חקיקה- המשפט וסדרי השלטון יישארו לפי שעה באותו מצב בו מצאנו אותם בשעת ביטול המנדט. לא מרצון נקטנו עיקרון זה. אין כוותנו להמשיך ולקיים את החוקים העות'מניים, הישנים ואת כל החקיקה המנדטורית. תקוותנו היא שבקרוב נוכל לגשת להחלפת חוקים אלה בחוקים חדשים שיהיו מתקדמים יותר ויחד עם זה יינקו מהמקורות של המשפט הלאומי שלנו.

חיים כהן אומר שלא צריך חלופה, כי באנגליה אין סימן כזה. כך יוצא מצב שיש משפט מנדטורי שאין לו זיקה למשפט העברי עד 1980.

בשנות ה-60, היה מפעל חקיקה רב.   
**חוק איסור לשון הרע.** סוגיית לשון הרע, פרטיה דיניה ואיסוריה, שורשים קדומים לה במסורת המשפט העברי. בספר ויקרא נאמר לא תלך רכיל בעמך וחכמי המשפט העברי ראו בלשון הרע "עוון גדול הגורם להרוג נפשות רבות מישראל" (רמב"ם).

**חוק הגנת שכר – 1958**   
חוק זה נועד למניעת חזיון קשה בחיינו, חזיון שהכרה המוסרית החברתית והמשפטית של עמנו הוציאה עליו משפט שלילי עוד בימי קדם (כלומר ראתה בו חשיבות), כפי שנאמר בספר ויקרא: לא תלין פעולת שכיר אתך" (יט 13) וכן במשלי "אל לרעך לך ושוב ומחר אתן"– מבוסס על ספר ויקרא.

**חוק פיצויי פיטורים – 1962**   
מי שעבד ברציפות למעלה משנה אחת אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד ופוטר, זכאי לקבל ממעבידו שפיטרו פיצויי פיטורים. הכירו בכך שהיה מנהג יהודי באותה תקופה לשלם פיצויים למי שפוטר, ואילו אנו יודעים שבמשפט העברי יש מקום חזק למנהג. האנגלים מכירים במנהג, האירופאים לא מאמינים במנהג. כך יצא מצב שמנהג הפך לחוק פיצויי פיטורים.

דיני עבד – ספר דברים "כי יימכר לך אחיך העברי או העברי ועבדך שש שנים ובשנה השביעית תשלחנו חפשי מעמך". בתורה עבד עובד רק 6 שנים.

ספר החינוך – ונוהגת מצווה זו בזכרים ונקבות בזמם הביתה, שאין דין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג כמו שכתבתי במה שקדם ומכל מקום אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח שאם שכר אחד מבני ישראל ועבדו בזמן מרובה או אפילו מועט שיעניקו לו בצאתו מעמדו מאשר ברכו השם.

החקיקה הישראלית ניסתה לקחת את כל הספרים הקדושים לנו ולבסס אותם בחוקים שלה.   
ניקח חוקים שמתאימים למדינת ישראל ונבסס אותם על המשפט העברי.   
הוחלט שלא לקחת מהמשפט העברי "על מלא" אלא נבחר ממנו מה שמתאים לנו ובהתאם לצרכי הזמן.   
  
**הצעת חוק ירושה –** **1952**   
הצעתנו מתבססת על הצו המשפטי והעובדתי הקיים בארץ כעת.   
על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו   
על חוקים של ארצות זרות במערב ובמזרח שהם מתקצבים בני עמנו על מנת להתמזג כאן לציבור אחיד.   
מכך רואים שישראל משתמשת במשפט העברי אך גם במקורות אחרים. מקרים כמו חוק הירושה לא מתאימים. המשפט העברי למשל שאישה לא יורשת את בעלה, או שילדות לא יורשות את אביהן, שבכור מקבל כפול וכולי – אלו חוקים פטריארכליים שאינם יכולים להתאים למ"י כיום.

אך למשל צוואת **שכיב מרע** (שמאפשרת לערש דווי להציג צוואה בפני 2 עדים שומעים), היא בסדר ואימצנו אותה אל חוק הירושה. וזה לקוח מדיני המשפט העברי.   
פיקציות – כמו למשל שבנות לא יורשות, בתי דין רבני יתנו גם לבנות, יש הסכמה שבתי דין רבניים יפסקו על פשרה וכך בית הדין לוקח את ההסמכה הזו פשרה היא חלק מהדין הרבני. בתי דין רבניים נותנים לבנות שווה בשווה בירושה.

קבענו דברים במישרין – במקום בו יש לסטות מדיני הירושה של המשפט העברי, נסטה.   
במקומות יסודיים כמו מזונות מן העזבון – אנו רואים המשך של המשפט העברי.

מה אומץ מתוך המשפט העברי ומה לא?   
\*הירושה עוברת באופן אוטומטי ליורשים ובאופן שאינו תלוי במוריש.   
\*אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה בחיים. כלומר לא ניתן לקבוע שמדירים אנשים, לא ניתן לקבוע ירושה שסוטה מהדין אבל אפשר לתת מתנה בחיים למי שרוצים. יש בכוחה של מתנה לעקוף את הירושה, אך דעת חכמים אינה נוחה עם זה. אדם יכול לנשל את היורשים על פי הלכה ולתת את הנכסים למישהו אחר כמתנה, אך דעת חכמים אינה נוחה.   
\*יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין אז צאצאי צאצאי אביו ואם אין צאצאי אביו עד סוף כל הדורות. כך שעל פי ההלכה אין אדם שאין לו יורשים, כי אם ילדים אז הולכים לאחים/אחיות ואם אין אז לסבא ואז לבני דודים וכולי.   
\*בכור יורש פני שניים מחלקו של כל אחד מהאחים - מ"י לא אמצה זאת  
\*בנים יורשים והבנות אינן יורשות – אלא במקום שאין בנים - מ"י לא אמצה זאת  
\*אישה אינה יורשת את בעלה – מ"י לא אמצה זאת

**חוק הירושה קובע כי 1. במות אדם עובר עזבנו ליורשיו 2. היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה, הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה**.   
בהלכה אומרים "זכייה" וזו גם השפעה קטנה על החוק.   
בישראל ירושה יכולה להיות על פי דין או על פי צוואה.   
**יורשים על פי דין** הם 1. מי שהיה במות המוריש בן זוגו 2. ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו של צאצאים. (מ"י הגבילה עד לסבא, מעל הסבא לא הולכים במידה ואין לו יורשים, גג בני דודים שניים). מדובר ביעילות וודאות.   
3. ילדי המוריש חולקים בניהם שווה בשווה וכן חולקים הורי המוריש בניהם והורי הוריו בניהם בשווה. החוק קובע כאן שכולם יורשים שווה בשווה. (ילדים יורשים שווה בשווה, אם זה הורים אז שווה בשווה, אם סבא סבתא אז שווה בשווה).  
4. באין יורש לפי ס' 10-16 תירש המדינה כיורשת על פי דין.

ההלכה קובעת שבנות אינן ירושות, כי הן הולכות לנחלת בעליהן והבעל שלהן יורש וככה הן סוג של מקבלות. אם אדם מת והבנים יורשים והבנות קטנות מאוד ולא ירשו, הן זכאיות למזונות מאחיהן עד שהן תינשאנה.  
מדינה מודרנית לא יכולה לאמץ גישות כאלו פטריארכליות. חוק הירושה קובע שוויון בין היורשים לרבות בכורים ושאינם בכורים וכמובן בין בנים לבנות.

**מזונות מן העזבון -**   
הניח המוריש בן זוג, ילדים או הורים והם זקוקים למזונות, זכאים הם למזונות מן העזבון לפי הוראות פרק זה בין בירושה על פי דין ובין בירושה על פי צוואה.   
גם כאשר מחלקים את הירושה יכול להיות מצב שיש מי שזקוק יותר ואנו ניתן להם והמוריש לא יוכל להתגבר על כך ואינו יכול להפקיע בדרך של צוואה. כי מכירים בדרך של אחריות ואדם לא יכול לנשל לגמרי את אשתו/בעלה/ילדיו ויש סכום משוריין שהוא אינו לא לעבור – בישראל זה לא קיים אך יש מזונות מן העזבון, במקום שבו אדם זקוק למזונות זה יגבור על ירושה מן הדין.

המקור העקרי למזונות מן העזבון זה מהמשפט העברי מפני דאגה לאלה שהיו תלויים במוריש כמו שעשה המשפט העברי. המחוקק מצא רעיון שקיים במשפט העברי והשתמש בו ככתוב:

"מי שמת והניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובין, הבנים יורשים והבנות ניזונות, בזמן שהנכסים מוטעים הבנות יזונו והבנים יחזרו על הפתחים" אם נחלק את כל הנחלה לבנים ואילו לבנות לא יישאר מזונות, אז במצב כזה לא מחלקים להם אלא נותנים לבנות את המזונות ואם הבנים לא יקבלו כלום אז הם ילכו לקבץ נדבות. (משנה, כתובות, יג)

המחוקק הישראלי אימץ רעיון זה, ועשה מזונות מן העזבון בלי קשר לשאלה מה החלק שלהם לפי דין או לפי צוואה. מחד, יש דין חדש של חוק הירושה אשר חלקו לקוח מן המשפט עברי וחלקו לא.

**שיעור 22/11/2022**

שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנק' מבט דתית:   
לא מדובר באימוץ מלא של ההלכה או של הערכאות. בתי המשפט של המדינה הם אזרחיים ולא רבניים/תורניים. מאמצים אל תוך המשפט הישראלי חלקים נבחרים מן ההלכה/שלמים יותר או פחות/רק סעיפים מסוימים. על כן לא מדובר באימוץ של ההלכה.

העמדה הרבנית עדיין המשיכה בדעה שלא ניתן לעשות שינויים סלקטיביים.  
הרב ולדנברג (הציץ אליעזר) – בתורה שבכתב ושבע"פ נמצאים כל החוקים והמשפטים השייכים למדינה והליכותיה ובה פתרונים לכל הדברים שבין אדם לאדם ובין אדם למדינה לכל התקופות והדורות.   
חוקת היסוד של מדינתו כבר ניתנה בסיני ולא תשנה לעולמים. לא אנו נתנו לה את תוקפה וממילא לא בידנו לבטלה. עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתי ע"י הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה.

**לדעת הציץ אליעזר** – לתורה יש מבנה שעונה על הכל, יש לה פתרון לכל השאלות.  
השינוי של ההלכה "נואלנו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהגי דור ודור, תהיינה מעמדם הציבורים והשקפותיהם הרוחניות איזו שתהיינה לתקן תקנות לצורכי הדור בכל שטחי חיים לפי ראות עייניהם, והנקל בעיניהם לשנות גם כן את חוקי התורה המפורשים בתורה שבכתב. אין הרשות נתונה לכך כי אם לחכמי התורה שבדור אשר יד ושם להם בהבנת דברי התורה.

לדעת ציץ אליעזר - האנשים שישנו את ההלכה לצורך מודרנה זה אנשים שמבינים בתורה, זו לא סמכות שנתונה למנהיגי הציבור, ח"כים לא ישנו את ההלכה. לדעתו אם יש אימוץ סלקטיבי אז הוא מתנגד, זה פסול, אין סמכות לחברי הכנסת לבחור חוק כזה או אחר/לפרשם ולהתאים אותם להלכה כיצד שנראה להם. זאת משום שההלכה היא מושלמת ורק מי שישנה אותה מעט אלו החכמים המוסכמים לכך, רבנים. ח"כים ומשפטנים לא יכולים לברור ולסלף את ההלכה.   
לא ניתן לפרש את ההלכה באופן בלתי מוסמך. זה גם למה התנועה למשפט עברי התפצלה, החכמים התנגדו והחילונים רצו לקחת חלק ממנה.

**הרב הרצוג** – התחיקה והמשפט קשורים זה בזה, כלומר שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות שהחוקה (קונטיטוציה) תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה.   
כדי שיתקבל סעיף זה, מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה.

לרב הרצוג יש תוכנית שבנויה על 2 עקרונות: 1) הדרישה שהמדינה תאמץ בחוקה העתידית שלה סעיף שאומר שמשפט המדינה מבוסס על יסודות התורה ולא סותר אותו. 2) גם חכמי ההלכה חייבים לעבד מצע שיתחשב עם האופי הדמוקרטי. זו היא גישה חדשנית.   
הוא כתב סדרת מאמרים לפיה ההלכה יכולה להכיר בשופטים שיכולים להיות גם יהודים+לא יהודים, גם שומרי מצוות/לא שומרי מצוות וגם גברים ונשים.   
בפועל המדינה לא קבעה סעיף יסודי של חקיקה על יסוד המשפט עברי וההלכה, וגם הרבנים לא הסכימו לגישתו של הרב הרצוג.

מבחינה הלכתית ההלכה מבחינה "בית דין של מומחים – דן לפי דין תורה". "בית דין של הדיוטות" – אנשים שאינם מומחים בהלכה ומשתדלים לדון בהלכה כמה שניתן. ההלכה מכירה בבית דין של הדיוטות. וככה הרב הרצוג האמין. הרצוג לא נתן דעה לגבי האם זה טוב לעשות הלכות גם תוך כדי ולפתח את ההלכה. ככל הנראה הוא היה מסכים לכך.   
הדבר שהרצוג **כן העמיד כתנאי** הוא שהשינויים במשפט יעשו על ידי תלמידי חכמים והרבנות הראשית. הרבנות היא זו שצריכה לעשות תקנות לשינוי בהלכה ולא המחוקק. לפי ההלכה מותר לתקן תקנות בדיני ממונות וישוו את הגבר והאישה והבכור והקטן. הרבנים האחרים לא הלכו איתו. הרב הרצוג התאכזב כי אף אחד לא הלך איתו.

"אם בנוגע למצב הקיים היינו "הסטטוס קוו" עשויות להישמע טענות, אבל בנוגע לעתיד מה יש לטעון? הנה כבר הושיבו בתי דינים או בתי משפט וקבעו משרד למשפטים ובית דין או בית המשפט, עליון, ותורת ישראל לא נדרשה ולא נזכרה ולא נפקדה, כלום לא הייתה מחובתה הראשונה של הממשלה להכריז ולהודיע שכוונתה ומטרתה היא שעל כל פנים אחרי תקופת המעבר הזאת, ישוב משפט התורה לחדש ימיו כקדם, ושהיא, (להשלים).  
יש כאן תקווה תמימה- הרצוג ציפה שאחרי הקמת המדינה, הממשלה תצהיר שבכוונתה לחדש את המשפט כקדם.

צו השעה חזק עלינו להכין מעין "ערוך השולחן" בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים. זה אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים. יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים וכו'. יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד אלא שיש צורך להקל במידה ידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה.  
  
התועלת תהיה כפולה – תועלת בשבילנו גם בשביל בית המשפט של המדינה. הבה אפרש את דבריי. אם אנחנו לא נוציא "אוצר משפטים" בצורה ההיא מה יעשו היוריסטים שאינם יכולים להתמצא בחושן המשפט? הלא יקחו מן הגויים איזה קודקס, ונמצא שם שמים מתחולל במידה גסה, בישראל וגם בעמים. אם יהיה ספר כזה משלנו מוכן, מסתבר שלא יתעלמו מדיני התורה ויסגלו להם חטיבות חטיבות ואולי פרקים פרקים. ועדיין זה רחוק מאוד ממילוי דרישתנו, עם זאת התורה לא תחגור על שק.

הרב הרצוג - ציפה שהממשלה תטען שהיא תפנה לרבנות ותחדש את המשפט העברי כקדם. באופן אידאלי הוא רצה ליצור התאמה בין התור למדינה מודרנית דמוקרטית. לאחר שזה לא קרה, הוא מציע קובץ הלכה חדש בשם "ערוך השולחן" ולנסח את ההלכה באופן שמתאים לחוק מודרני, שהרי השו"ע הוא לא קובץ שניתן לקחת אותו למדינה מודרנית ולכן יש לנסח קודקס משלנו. הוא חושב שזה דרוש גם לרבנים וגם לאזרחים החילוניים לאור ההתפתחות הכלכלית והחברתית ויש צורך בתקנות והשלמות של דברים שלא נידנו בהלכה למשל "בנקאות, ביטוח, חברות" וכולי שהרי יש הרבה מקרים שההלכה לא דנה בהם. ההתמצאות בתלמוד קשה ולכן צריך לנסח חוק שניתן לפנות אליו ולא לפנות לתלמוד/גמרא/משנה.

לדעת הרצוג צריך לייסד קודקס שמבוסס על ההלכה, התועלת היא לכולם, גם לרבנים וגם ליוריסטים (שלא מתמצאים בחושן המשפט) שהרי אם משפטנים לא ידעו מה לענות, הם ילכו למשפט הגויים ושם שמיים יהיה מחולל. אבל אם יהיה ספר משלנו מוכן לא יתעלמו מדיני התורה ויסתגלו להם חטיבות ופרקים של יהדות אבל כך התורה לא תחגור כולה שק.

הספר הזה מאמץ חוקים סלקטיביים מתוך ההלכה, המדינה תוכל לקחת ממנו פרקים פרקים או חטיבות חטיבות. הספר יוצג למדינאים. הוא לא שולל ואף תומך באימוץ סלקטיבי של המשפט העברי, לא כי זה אידאלי עבור ההלכה אבל לפחות לא נתעלם מהתורה לגמרי.  
\*הרבנים החרדיים לא קיבלו את חוקי המדינה בכלל (ולא הלכו עם הרצוג), לדעתם או שמאמצים את כל ההלכה או שבכלל לא. הם שללו את כל רעיון המדינה (כמו החזון איש).  
 הרב ולדנברג והרב הרצוג כן היו ציוניים.

הויכוח הקיים   
**פרופ' אנגלרד** – משפט דתי ומשפט המדינה:   
\*משפט דתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי.   
\*המחוקקים והשופטים אמורים לשקול בין השאר את השיקולים הללו. – השופטים והמחוקקים צריכים להזדהות עם התפיסה הדתית כדי להזדהות עם הפן הדתי, לכן יש סטנדרט מי יכול להיות שופט. מכאן שהגישה של הרצוג מטשטשת את הדברים.   
\*הם צריכים להיות ראויים ומתאימים לשקול את השיקולים הללו. כלומר להיות מזוהים עם ההלכה וכפופים לה.   
\*משפט המדינה מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד. – משפט המדינה לא כולל אינטרסים דתיים וערכים דתיים, כי הוא משפט חילוני. ניתן להזדהות עם ערכים דתיים אבל אסור להכניס אותם לתוך השיפוט שלו. בחיי היומיום שלו שופט יכול להיות דתי, אבל הוא לא יכול לשפוט לפי הדת אלא לפי חוקי המדינה. וכנ"ל מחוקק משנה, רשות מקומית וכולי.  
\*המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואנים צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים.  
לדעת אנגרלד, כאשר משפט המדינה מאמץ משפט דתי/הלכה הוא מחלן אותם. מכיוון שכעת הם נטמאות במשפט המדינה וכעת צריך להפעיל אותן לפי שיקולים חילוניים. ואסור יהיה להשתמש בשיקולים דתיים בעת פרשנות השופט.   
חילון פורמלי – (לדעת אנגלרד)  
עבור אדם דתי הנורמה היא דתית (נורמה בסיסית) נורמה שעומדת ביסודו של מערכת משפט כלשהי.  
למשל הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי היא יש לציית לחוקי היסוד של מדינת ישראל, ועל כן כל חוקים שמחוקקים מתבססים על חוקי היסוד. **הנורמה הבסיסית של הדת היא שיש לציית לחוקי התורה**. אדם דתי מחויב לכך ואילו **אם אני שותלת נורמה דתית בחוקי הכנסת אני מערבבת בין 2 נורמות בסיסיות וזהו חילון פורמלי**. לקחתי נורמה דתית והפכתי אותה לנורמה שהבסיס שלה הוא חילוני. לדעת אנגלרד לא ניתן לראות את הנורמה החילונית ישראלית היסטורית, כנורמה דתית. כי אז האדם הדתי מציית לחוק החילוני ולא באמת לחוק הדתי. כל נורמה שמעוגנת במקור דתי אני באה ושותלת אותה בתוך נורמות חילונית (הוא לא אומר שזה טוב או רע) אבל הוא כן אומר שכעת המקור שלה זר ושונה ואחר. יש כאן אלמנט של חילון בכך שלא ניתן לתפוס את הנורמה הזו כדתית יותר.

חילון פורמלי של ההלכה לדעת אנגלרד:   
\*התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים על ידי הכנסת והנורמה הבסיסית היא שיש לציית לחוקי הכנסת.  
\*התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה שהיא שיש לציית לחוקי ההלכה.  
\*אימוץ המשפט העברי על ידי הכנסת משקף את זה שתוקף החוקים הוא חילוני ולא דתי.   
  
פגיעה מהותית בהלכה באמצעות החקיקה:  
\*חוק של המשפט העברי שמאומץ על ידי הכנסת מחייב ניסוח מחודש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק – חוק תמיד עומד בתוך הסביבה המשפטית שלו. למשל **חוק הערבות**   
ס' 1 – ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי. הגדרה זו מתאימה למשפט העברי משום שגם שם זו ההגדרה של ערבות. אימצנו כאן נורמה מהמשפט העברי.   
מיהו אדם? כתוב לפי חוק הפרשנות אדם לרבות תאגיד. האם פירוש זה מתאים להלכה? האם תאגיד יכול להיות ערב? ההלכה לא עסקה בכך מעולם כי אין בה דיני תאגידים.   
זה כעת מחייב את השופט לפסוק לפי הלכה, והשופט הוא לא איש הלכה והפרשנות שלו אינה הלכתית. גם אם לוקחים נורמה מתוך ההלכה והחוק המשפטי אז השופט צריך להכריע גם בסוגיה דתית ולומר שתאגיד יכול/לא יכול להיות ערב. כך יוצא מצב ששופט מכריע בסוגיות דתיות שהוא לא בקיא בהן.   
מהו חיוב? בין קצוב ובין מותנה (חוב שיילקח בעתיד) לפי ההלכה ערבות מותנת אינה תופסת.

**חוק הכשרות המשפטית**, החוק הישראלי אומר שבגיל 18 אדם כשיר משפטית, אולם בהלכה כתוב 13. יש כאן סתירות וכאשר החקיקה מאמצת נורמה של משפט עברי היא נשתלת בסביבה שבכל אופן מתפרשת לפי המשפט הישראלי חילוני.   
\*שופטים נדרשים לפרש ולפתח את החוק הקיים ואין להם סמכות ההלכתית לכך.   
אימוץ ההלכה אל תוך המדינה מחלן אותה גם מבחינה פורמלית וגם מבחינה מהותית-תוכנית.

**דוגמא נוספת ס' 23 לחוק הירושה** - שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל-פה בפני שני עדים השומעים לשונו.

החוק הישראלי אימץ את שכיב מרע ואומר שלא צריך לכתוב את הצוואה אלא ניתן לצוות בפני 2 עדים.  
מי הוא עד? האם נדרשים עדים כשרים לפי ההלכה? שהרי אישה בהלכה לא יכולה להיות עדה, האם מדובר בעדי קיום או בעדי ברור?.  
כך יוצא מצב שאין באמת צורך לתמוך באימוץ נורמות דתיות מנקודת מבט דתית.

ניתן לומר שזה אינטרס תרבותי-היסטורי ולאו דווקא הלכתי אמיתי לגמרי.

**פרופ' מנחם אלון עונה לאנגרלד -**   
לדעתו, שילוב המשפט העברי או ההלכה במשפט המדינה אינו יכול לחלן אותה. להלכה יש תוקף עצמי שאינו תלוי במשפט המדינה. אין במעשה של קליטת המשפט העברי על ידי המערכת השיפוטית משום מעשה של פסק דין של חכם הלכה, לא מבחינת עולמה של ההלכה ולא מבחינת ריבונותה של הכנסת. "עיקרון העולה בידי הלומד והחוקר בדרך לימוד ומחקרו מתבקש להיקלט בחוקיה של המדינה ובפסיקתם של בתי המשפט לא כדי שאלה יוסיפו הלכה לשולחן ערוך המחייב מבחינה דתית אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למשפטה של מדינת ישראל המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית. זו קליטה נאה ורצויה אף על פי שאינה פסק הלכה של המשפט העברי."  
קליטת המשפט העברי במערכת המשפטית של המדינה אין בה משום "פגיעה" בעולמו של המשפט העברי, ואין בכוחה "לחלן" את ההלכה. המשפט העברי לא יחוסן על ידי הכנסת לבידוד. ולא יהא "טהור" ו"משומר". להיפך: הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא על ידי קליטתו המחודשת במערכת המשפט של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם הבעיות שהזמן גרמן. ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש שיש עמה תסיסה ויצירה.

הוא אומר שהפעולה של אימוץ נורמות דתיות אל תוך המשפט היא אינטרס תרבותי לאומי לשזור את המשפט העברי לתוך משפטה של מדינת ישראל. הטיעון שלו כפול; מחד, הדבר לא דרוש להלכה עצמה והיא אינה צריכה זאת, ההלכה כבודה במקומה מונח, אנו מוסיפים על המשפט המדיני כדי לשלב שורשים של הלכה בה. ההוספה נחוצה גם למשפט העברי, הוא התאים לחברה קדם מודרנית ולקהילות, הוא עתיק מאוד, ואנחנו מחדשים פה את המשפט העברי, מפתחים אותו בנושאי מדינה/כלכלה/חברות וכולי. נדון בשאלות של מדינה ובכך אנו מחיים את המשפט העברי ומפרים אותו ביחס למוסר ומלחמה אין ליהדות תשובות לכך בעוד שלנוצרים ולערבים יש. נשאל שאלות לגבי המשפט העברי ביחס למלחמה. בדרך זו המפגש של המשפט העברי עם המציאות המודרנית של מדינה, להפך אנו לא מחלנים אותו אלא מחדשים אותו ומפתחים אותו ומפגישים אותו עם שאלות חדשות שהוא עוד לא עסק בהם.   
  
**אנגלרד עונה לאלון:**  
\*המשפט היהודי הוא משפט דתי ואי אפשר לקלף את השכבה הדתית ולקיים את הרעיון התרבותי-חילוני. הפרדה חדה מאוד בין הדת למדינה. הם אינם יכולים להיות על אותו מישור כמו המשפט החילוני, כי המשפט הדתי הוא סגור ומשומר שלא ניתן להעמיד אותו על מישור אחד עם המשפט החילוני.  
\*המשפט הפרטי בזמן הזה אינו בעל משמעות תרבותית עמוקה. עניינו בשאלות טכניות ומעשיות. – לדעתו המשפט הוא מערכת טכנית ולא תרבותית עמוקה, משפט של מדינות לא רחוק זה מזה, גם מדינות בעלות תרבויות שונות יש להן משפט דומה, אני שואל שאלה מעשית מה הדרך הנכונה ביותר לרכוש דירה/מה היא עוולה/מה הוא נזק, אלו שאלות טכניות והשאלות התרבותיות לא רלוונטיות כאן ולכן אנגלרד אינו רואה טעם בלהכניס משפט דתי. מי שרוצה שיהיה דתי ולצד זה נקיים משפט חילוני והוא אף מחמיץ את האופי של המשפט העברי ואין צורך לערבב בניהם.

בפועל אנגלרד כן הביא את המשפט העברי לפסיקותיו.   
מכאן שיש טעם תרבותי, טעם דתי וטעם של תועלת. טעם של תועלת פירושו שנשתמש במשפט העברי לשם התועלת ונבדוק מה הפתרונות שלו לסוגיות מסוימות ממש כמו משפט משווה ואם הפתרון שלו מועיל אז נאמץ את העברי.

שיעור 29/11/2022

חוק ופרשנות – שאלת הפרשנות של המשפט העברי בחקיקה   
שילוב של משפט עברי בחקיקה בצורה בררנית, הטבעת חותמו על שמות החוקים, הסדרים סלקטיביים. המשפט העברי משמש לצורך חקיקה אולם באיזו מידה המקום של המשפט העברי צריך להשפיע על החוקים האלו?   
כאשר יש חוקים שנחקקו במשפט – למשל **חוק השומרים** **1967**, מאמץ עקרונות יסודיים של המשפט העברי:   
ס' 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 ומקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו ואינו השואל הוא שומר שכר.   
(ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או להנות ממנו בלי ליתן תמורה הוא שואל  
  
עסקת שמירה היא כל החזקה של נכס כדין אבל שלא מכוח בעלות, והיא מגדירה את המחזיק כשומר. יש מצבים בהם העסקה היא עסקה שמירת (הפקדת נכס בידי אדם כדי שישמור עליו, למשל אדם שמפקיד בידי שומר את הכלב שלו - שמרטף).  
לפעמים יש עסקאות לשם שימוש בנכס והנאה ממנו ועל הדרך הוא גם שומר עליו (שמירה אגבית) למשל בשכירות.   
או במקרים בהם יש עסקה אבל הם בכלל לא רצו להיכנס לדיני השומרים למשל אבידה.   
כל המצבים הללו לפי החוק הם שמירה.   
החוק מבחין בין סוגי שומרים:

שומר חינם – ס' 1 (ב) - לא מקבל תמורה בעד השמירה.  
שומר שכר – מי שיש לו טובת הנאה/תמורה בשל השמירה והוא אינו שואל (שכירות).   
שואל – השומר נכס כדי להשתמש בו או להנות ממנו בלי ליתן תמורה.

כל ההגדרות הללו לקוחות מהמשפט העברי, יש גם שוכר במשפט העברי שהוא כמו שומר שכר, ולכן יש אבחנה בין 3 סוגים.   
**שומר חינם** אחראי לאובדן הנכס או נזקו אם נגמרו ברשלנותו – כלומר רק אם הוא התרשל בשמירה, למשל לא נעל את המחסן. אבל כל רמה אחרת של רשלנות לא תחייב. כך גם קורה במשפט העברי. פשיעה במשפט העברי זה רשלנות, לא מדובר בדבר זדוני אלא רשלנות – זה היינו הך והחוק אימץ זאת.  
**שומר שכר** – אחראי לאובדן הנכס או נזקו אלא אם לא היה יכול למנוע את התוצאות הללו מדובר ברמת אחריות יותר גבוהה משומר חינם, שומר שכר גם אם לא התרשל וגם אם נעל ושמר כמו צריך אבל הפריט נעלם אז הוא אחראי אלא אם מדובר במקרה קיצוני יחסית שלא יכול היה לחזות מראש ולא יכול היה למנוע אותם. (אונס, במשפט העברי שומר שכר פטור מאונס)

כשהמטרה לשמור על הנכס היא תפלה להחזקתו העיקרית – פטור השומר אם אובדן הנכס או הנזק נגרמו שלא ברשלנותו.   
המחוקק מבחין בין 2 סוגים של שומר שכר:  
א. עסקה שמירה – רמת אחריות גבוהה. וההוכחה היא על התובע שהייתה רשלנות.   
ב. עסקת שמירה מסוג אחר – רמת אחריות פחותה ודומה לשומר חינם. למשל שוכר בשכירות או בעל מלאכה שהפקדנו בידו את המכנסיים שלנו. החייט הוא שומר שכר אבל השמירה היא אגבית (תפלה) לעסקה העיקרית ומסוג זה זה כמו שומר חינם, ויש לחייט רמת אחריות פחותה. זאת אבחנה של המחוקק בלבד ולא של המשפט העברי. המחוקק מרשה לעצמו לעשות אבחנה ולומר שעסקת שמירה שתפלה לעסקה העיקרית היא לא בדרגה של שומר שכר א אלא של ב' כמו של שומר חינם. נטל ההוכחה היא על השומר כי זו טענת פטור של השומר (החייט) שהרי ברירת המחדל שהוא חייב אבל אם השמירה תפלה לעסקה והוא רוצה להוכיח שאין התרשלות ולקבל פטור זה עליו חובת ההוכחה על החייט/השומר.

שואל אחראי לאובדן הנכס או נזקו יהיו הגורמים אשר יהיו ובלבד שאחריות לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין. כלומר שואל יש לו אחריות מוחלטת.

חוסן עלי נ' רחמים ששון   
עלי רכש טופס הימורים של טוטו בדוכן, ששון איבד את הטופס של עלי, עלי מחזיר בחלק ב' בו רשומים כל הניחושים שזכו באותו מחזור. הוא תובע מששון את סכום ההגרלה.  
 ששון איבד את חלק א'. עלי תובע גם את הטוטו וגם את ששון. הטוטו לא צד בעניין כי שום טופס לא הגיע אליו, בעל הדוכן מודה שהטופס נעלם לו. והתביעה היא מול בעל הדוכן אשר טוען שעלי את חלק א' השאיר אבל הוא אמר לו שזה לא אצלו, ואתה מילאת את הנחושים אחרי התוצאות כבר. את חלק א' סחבת לי, אבל עלי לא יודע לומר עד הסוף איפה חלק א'. עלי אומר אני מלאתי ומי שאיבד את הטופס זה אתה ששון. ולכן, אתה ששון אחראי לי ותפצה אותי בסכום ההגרלה. הוחלט שעל המקרה חל דיני השומרים, חוק השומרים, המעמד של ששון הוא שומר שכר אשר מקבל כסף על העבודה שלו, אבל האם הוא מסוג א' או מסוג של שמירה אגבית? הוחלט שזו עסקת הימורים השמירה היא תפלה לעסקה העיקרית. ייעודה של העסקה היא לא להחזיר לי טופס, אלא מטרתה השתתפות במשחק.   
עסקה שמירה היא כמו עסקה שבה שמים במחסן את הפריט ומקבלים אותו בתום ההתחייבות.   
**ששון הוא שומר שכר מסוג ב'**, **העסקה שלו טפלה לעסקה העיקרית**. אם הוא שומר שכר מידת אחריות גבוהה למעט אונס ואם ששון רוצה להוכיח שהוא פטור אז עליו ההוכחה שהוא לא התרשל.   
פקנ"ז ס' 35 – הגזרת הפקנ"ז

רשלנות בשמירה הוא שומר שלא עשה מעשה סביר, ובמקרה הספציפי הזה, ששון הוא בעל דוכן ואילו בעל דוכן סביר היה צריך לא לאבד זאת. ששון אומר שהוא לא יודע מה קרה שם. לפי הפקנז הוא התרשל.   
בית המשפט בודק גם מה זה רשלנות במשפט העברי:  
שו"ע - שומר חינם פטור מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה (סוג האחריות שששון רוצה להגיע אליה)  
משנה בבא מציע – המפקיד מעות אצל חברו צררן והפשילן לאחוריו או שמסרן לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי – חייב, שלא שמר כדרך השומרים; ואם שמר כדרך השומרים – פטור. לפי בבא מציע מי שלא שומר היטב על הפריט הוא חייב, אבל אם הוא שומר כדרך השומרים אז הוא פטור.   
משמע הפקנז דומה פה לבבא מציע. מסתכלים במשנה מה שומר סביר היה עושה.

שו"ע – המפקיד אצל חברו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני ואמר לו השומר אינו יודע אנא הנחתי פקדון זה הרי זה פושע (רשלן) וחייב לשלם מיד. משמע לפי השו"ע אם השומר אומר איני יודע, זה רשלנות.   
מסקנה – משני המהלכים של הפקנז + המשפט העברי (שו"ע) = ששון בעל הדוכן התרשל בשמירה על הכרטיס.   
המשפט העברי (שו"ע) והפקנז הביאו לאותה תוצאה. גם הפרשנות נעשתה לפי המשפט העברי. מה קורה אם התוצאה לפי המשפט עברי שונה מאשר החוק? (נראה זאת בדוגמא הבאה)  
  
ביחס לששון ועלי – נבדוק מה הנזק? עלי צריך להוכיח שיש מיליון שקל נזק, העדות היחידה היא רק של עלי ויש לו אינטרס רב לומר שהיו שם 12 ניחושים נכונים, ואילו התובע עליו הראייה. משמע ההוכחה היחידה היא רק העדות של עלי ומבחינת בית המשפט לא הוכח הנזק והערעור נדחה. לא הוכח שנגרם לעלי נזק.   
האם היה צורך ללכת לפרשנות של המשפט העברי? במקרה זה השופט לא הפסיד כי הדרכים גם של החוק וגם של המשפט העברי התמזגו, ויכולתי להוכיח רק על פי הפקנז.   
המשפט העברי מסתמך על אסמכתא וגמ"ד ואילו התחייבות מותנת אינה נחשבת על פי ההלכה.

במקרים אחרים יש התנגשות:  
ע"א קופת עם נ' הנדלס   
מר הנדלס הסתובב בחדר כספות של בנק קופת עם ומצא אג"ח למוכ"ז (מחזיק כתב זה-זה כמו כסף) על סך 10 אלף כל אחת.   
הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא חופשית, והנדלס אומר שהוא רוצה ללכת למשטרה, כי לפי חוק השבת אבידה המוצא מפקיד זאת במשטרה ואם אחרי 4 חודשים לא מוצאים אז זה של המוצא ולכן הוא רוצה להיות המוצא. בעל האג"ח לא מגיע ולכן הנדלס אומר שזה שלו. הבנק אומר שזה שלנו.   
הכניסה לחדר הכספות היא חופשית, אין שומר, אין דלת ולא צריך אישור להיכנס.   
יש ויכוח של מי הכסף, הנדלס אומר שהוא המוצא ולכן זה שלו הבנק אומר שזה נמצא **ברשות** הבנק ולכן זה שייך לבנק.   
ס' 3 לחוק השבת אבידה – המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו, קיבל בעל הרשות את האבידה לידו יראו אותו כמוצא. משמע הנדלס היה צריך למסור את זה לבנק כי הפריט נמצא ברשות הבנק ומקבל האבידה (הבנק) הוא הבעלים.   
פקודת הפרשנות – אדם לרבות חברה או תאגיד או חבר בני אדם שאינם חברו.   
**מה זה רשות של אדם אחר?** שבבעלות אדם? של מי שתופס/מחזיק בנכס? מידת השליטה של האדם בנכס האם יש לו שליטה לנכנסים לתוך הנכס.

יש 3 אפשרויות בעלות, חזקה, שליטה.   
בבית יש לי שליטה על מי שנכנס.   
בבנק/סופרמרקט – לאף אחד אין שליטה אבל יש חזקה בנכס, כי אין שליטה מלאה על כל מי שנכנס לבנק.

**פירוש השופטים למונח "רשותו של אדם אחר"**   
**ברק** – מטרתו של החוק השבת אבידה היא השבת האבדה לבעליה. במקרה שנמצאה האבדה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה.   
א. המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות   
ב. בדר"כ בעל הרשות ידאג לאבדה יותר מאשר מוצא מזדמן.   
טעמים אלה חלים במקרה זה על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות.   
לדעת ברק הבנק הוא הכתובת הכי טובה, כי בעל הרשות ידאג לפריט הכי טוב (לבנק יש מוניטין, לקוחות וכולי). ברק עושה פרשנות תכליתית. מה שחשוב זה הטעמים.   
הרעיון לתת למוצא זה גם לתת לו תמריץ, ברק מודה שמגיע למוצא והבנק לא עשה דבר בשביל האג"ח הזה, אבל מטרת החוק זה לא למי מגיע אלא למי יכול לדאוג לאבידה יותר טוב.

**אלון** – שני הטעמים של ברק אינם משכנעים, המשטרה היא הכתובת לאבדה. ולעיתים למוצא יש מוטיבציה יותר גדולה ובמיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא ימצא  
השאלה היא אפו את מי ראוי לתמרץ  
לדעתו, **רשות של אדם אחר היא רשות שיש לו בה** **שליטה אפקטיבית-ממשית (הוא יודע בדיוק מי נכנס ומי יוצא)**.   
אלון הולך דרך המשפט המשווה, מביא את פס"ד TOLETO TRUST V. SIMMOMS האמריקאי.   
עובדת בנק מצאה ניירות ערך בחדר הכספות ולאחר שהמאבד לא נמצא דרשה לזכות בהם. הבנק אומר שהיא עובדת שלו ולכן זה גם מחובתה.  
העליון בארה"ב לא פסק לטובת הבנק, העובדת חייבת לדווח לבנק אבל בעשותה כן היא לא ויתרה על זכויותיה כמוצאת, אם המוצא לא יופיע היא זוכה ולא הבנק, היא מצאה את הניירות ערך כאדם פרטי ולא כעובדת הבנק.  
   
**פרופ' איגלר** – מדובר בשליטה אפקטיבית ממשית. ואם אין שליטה אז האבידה שייכת למוצא. לבנק אין שליטה ממשית על היוצאים והבאים ולכן פוסק לטובת המוצאת.   
אלון אומר בואו נלך למשפט העברי – משנה מסכת באבא מציע: מצא בחנות הרי אלו שלו, בין התיבה לחנווני של החנווני.  
[מצא] לפני שולחני (חלפן כספים) הרי אלו שלו; בין הכיסא ושולחני הרי אלו של השולחני.   
משמע מציאה בתוך חנות זה של המוצא.  
רמב"ם הלכות גזלה   
המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לשולחני הרי הן של בעל החנות ואם מצאן על התיבה ואין צורך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות? לפי שאינה חצר המשתרת. (שליטה אפקטיבית)

**מסקנת אלון - רשות לצורך מציאה היא עניין של שליטה אפקטיבית, ואם המוצא מצא באזור שאין לבעלים שליטה אפקטיבית האבידה שייכת למוצא.**   
אלון פונה למשפט העברי כי חוק השבת אבידה הישראלי נבע מהמשפט העברי. הוא מבקר את ברק על כך שהבנק לא נקף אצבע, אלא יש לתגמל את המוצא שהלך למשטרה ועשה את מה שכתוב בחוק ומרגע שלא הגיע המוצא אז זה של אדון הנדלס.

**לנדוי** – החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו, ע"פ המשתקף ממנו ביחס לכוונת המחוקק. אסמכתאות מן המשפט המקובל האנגלי-אמריקאי לא צלחנה לכך כי הן מבוססות על הנחת יסוד שונה מהשואלת מי בעל החזקה במקום שבו נתגלה האבידה.  
סבורני שגם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב הדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד שלו בסוגיה זו שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות (פרסופציות-תפיסות) עובדתיות להוכחת זכות הקנין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שחברי הנכבד, השופט אלון, הביא מן המקורות.

לנדוי מסתייג מהמשפט העברי כי העברי מניח הנחות למי סביר יותר שהאבידה נפלה, סביר שנפלה ללקוח או למוכר.  
חיים שפירא טוען שלנדוי לא מדייק, שהרי הרמב"ם כן התעניין במילה רשות, כמו השאלה המשפטית כאן.   
לנדוי מקבל את הפרשנות של ברק ומצטרף אליה. לנדוי עומד על כך שהמשפט הישראלי צריך להתפרש מתוכו ולא לחזור אחורה למשפט העברי, וגם לא להסתכל למשפט המשווה, כי החובה היא לפרש את המשפט הישראלי מתוכו. לדעתו מותר ללכת לעוד סוגי משפט, אבל לא לקבוע על-פיהם, אלא רק לשאוב מהם מידע. לכן הוא דוחה את הפרשנות של המשפט העברי שעשה אלון.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**פרשנות לפי המשפט העברי במקום בו החוק שואב מונחים/הסדרים מן המשפט העברי (כמו המונחים של דיני השומרים בחוק הישראלי)**

**אלון** – יש לשאוב מן המשפט ברגע שהחוק שאוב מן המשפט העברי (כמו חוק השבת אבידה) ומשכך יש לחזור אליו לצורך פרשנות.  
  
**חשין** – תהא זו טעות גדולה לפרש כל מונח וכל ניב אשר בחוקים לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים אם כי ברור הדבר כשמש בצהריים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור, הכלים שאולים ממקום אחד, ואילו התוכן החומר שהושם בהם הוא מקורי ולקוח ממקור אחר. כלומר התוכן שהושם במונחים עבריים הוא מקור חדש לגמרי (מקור ותוכן ישראלי). המינוח אמנם לקוח מהמשפט העברי אבל התוכן וההסדרים הם שונים. חשין תמיד מתנגד למשפט העברי.

**חיים כהן** – (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 נהגו 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, להשלים מהמצלמה)   
חיים כהן דומה לאלון, מקום שבו המחוקק שאב מונח/ניב מהמשפט העברי אז צריך לפנות למשפט העברי. במקרה של רשותו של אדם אחר – זה לא לקוח מהמשפט העברי זה עברית, השפה העברית ולכן אין למונח הזה קשר למשפט העברי ולכן נפרש פה כרגיל, עברית רגילה ולא צריך לחזור אחורה למשפט העברי במקרה של המילה רשות.

**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.״

ליפשיץ קרוב לאלון וכהן יחסית, בעוד שאלון תמיד הולך למשפט העברי ומפרש לפיו כהן אומר לבדוק את המילים וליפשיץ הוא בין כהן לחשין. הוא אומר שאם לקוחה מילה מתוך המשפט העברי אז יש לפרש לאור המשפט העברי אבל זו חזקה הניתנת לסתירה. יש ללכת למשפט העברי כשאני משוכנע שבאמת ההסדר הוא מתוך המשפט העברי. אם ההסדר הוא לפי המשפט העברי אז נפרש אותו לפי המשפט העברי ואם המונח/ההסדר אינו מתוך המשפט העברי אז אין לפרשו לאור המשפט העברי אלא מתוך החוק הישראלי.

**שיעור 6/12/2022**

המשפט העברי בפסיקה – חוזים:

המחוקק משתמש במשפט העברי כמקור ולוקח באופן סלקטיבי מונחים/רעיונות ומשלבם בחקיקה. נשאל האם ועד כמה ביהמ"ש בעודו מפרש חוקים כאלו צריך לחזור אל המקור?

יש פניה של ביהמ"ש אל המשפט העברי כדי לפתור בעיות שונות.   
1948-1980 טרם חקיקה חוק יסודות המשפט ולמרות זאת שופטים מאמינים שיש לפנות למשפט העברי בלי שיש הצהרה/חקיקה שמפנה למשפט העברי.

כיצד להתייחס לחוזה שהוא בלתי חוקי או שנועד להשיג מטרה בלתי חוקית או שתוכנו בלתי חוקי?   
  
**פס"ד ג'ייקובס נ' קרטוז**  
גייקובס השכיר דירה למשיב קרטוז, הדירה הושכרה לפני שהתקבל אישור מבי"ד לענייני שכר דירה על גובה שכר דירה. זה מהווה עבירה פלילית. (באותה תקופה היה נדרש אישור לגבי גובה שכ"ד).  
גיי'קבס תובע את פינוי של קרטוז מהדירה (טרם תום החוזה) בנימוק שהחוזה בלתי חוקי כי בי"ד לא אישר אותו ולכן קרטוז שוהה שלא כדין (פולש). קרטוז מצידו מבקש להישאר בדירה מכוח החוזה.   
מה המעמד של החוזה הנ"ל? אם נטען שהשיטות הקונטיננטליות גרמניה צרפת וכולי שם יש עקרון שחוזה בלתי חוקה בטל ואם הוא בטל אכן השוכר יושב בדירה שלא כדין ועליו להתפנות.   
בתקופה הזו עוד לא היה חוק החוזים אלא חוק הפרוצדורה העותמנית.   
  
**השופט זילברג:** הכלל הרומי לגבי למעשה בלתי חוקי לפיו מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה. חטאו שניהם כאחד – יד הנתבע על העליונה. תובע לא יכול לתבוע מכוחה של עילה שהיא עוולה ומעשה בלתי חוקי. ואם חתמו שניהם אז יד הנתבע על העליונה.   
אם שני הצדדים חתמו על מסמך שמעגן עבירה ושני הצדדים שותפים לעבירה, יד הנתבע על העליונה כלומר התובע לא יכול לנצל את החוזה לטובתו.   
החוזה שכירות הוא בניגוד לחוק והנתבע (השוכר) ידו על העליונה ולכן התובע לא יכול לנצל את החוזה הבלתי חוקי כדי לפנות את הנתבע.

זילברג אומר שהחוזה לא בטל. ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס את התביעה שלו על עבירה. בית המשפט לא יסייע לעילה בלתי חוקית. ביהמ"ש לא ילכלך את ידיו בחוזים פסולים. גם שני גנבים שחתמו על חוזה איך מחלקים את הרכוש הגנוב, בית המשפט לא יאכוף את החוזה הזה ולא ינסה לדון בו.

בית המשפט אומר לגייקובס שהוא אינו מתערב בעניין והשוכר יושב במקומו.   
יש מקרים שבהם הנתבע הוא הנוכל הראשי ואי התערבות תהיה לטובת הנוכל, כך שהפתרון האנגלי לא תמיד מסייע לעניין וגם לא הפתרון הקונטיננטלי (כך שיוצא מצב ששתי שיטות המשפט לא דנות בחוזים בלתי חוקיים, לעיתים זה פתרון לא מלא).

בפס"ד גייקובס בית המשפט מכיר באוביטר בכך שיש מקרים שנדרשת התערבות משפטית בכל זאת והולך לבדוק מה אומר המשפט העברי ביחס לחוזה בלתי חוקי:  
עמדת המשפט העברי הוא שחוזה בלתי חוקי הוא תקף למשל ריבית קצוצה יוצאת בדיינים- אנשים עשו חוזה הלוואה בריבית למרות שעל פי ההלכה אסור ריבית, ויוצא מצב שהלווה לא משלם ריבית והמלווה פונה לבית המשפט, לכאורה בית הדין לא יכפה על הלווה את תשלום הריבית כי ריבית אסורה בהלכה, אבל הוא כן יכפה את התשלום המקורי. ריבית קצוצה יוצאת בדיינים, הלווה אכן יכול לתבוע את הריבית לבסוף, כי המשפט העברי כן מכיר גם בחוזה בלתי חוקי. לפי ההלכה ריבית קצוצה יוצאת בדיינים והלווה יכול לתבוע את הכסף הבסיסי בחזרה אבל לא את הריבית בחזרה.

**שו"ע** מרחיב את העניין – מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשווי המקח בשביך המתנה המעות והתקיים קניין באחד מדרכי הקניין. המקח קיים ונותן כשער של היתר ואין אחד מהם יכול לבטל את המקח.  
למשל מישהו שקונה ב100 שקל ואומר למוכר אני אשלם בעוד חודש ואתן לך 150 בתמורה (50 ₪ ריבית על הדחייה). הדבר אסור על פי ההלכה, העסקה קיימת וכל אחד יכול לאכוף אותה, אבל את הריבית לא ניתן לאכוף, בית המשפט יתערב בצד ויחייב לשלם 100 שקל אבל לא 150.

שבת – המוכר או הנותן שבת ואין צורך לומר ביום טוב אף על פי שמכין אותו מעשיו מקיימים.   
וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין וכותבים לאחר השבת ונותנים.   
אמנם אסור לקנות בשבת והוא יענש על זה, אבל המכירה תקפה. יש תוקף להתחייבות הזאת.   
**המשפט העברי מכיר בחוזים בלתי חוקיים ואוכף את החלק הכן חוקי שבו.**   
בית המשפט יכיר בחלק הכן סביר בחוזה ככל האפשר ועל החלק של העבירה יעניש.  
למשל הלוואה של מאה שיחוזר עליה ריבית ויהיה 200, אז את 100 הוא יחייב את החייב לשלם ללווה, אבל על הריבית המלווה יעניש על כך שהוא לקח ריבית.

**פס"ד הניה הווארד נ' מיארה**   
המערערת מכרה קרקע למשיבים. לאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקע ע"י העירייה. המערערה ידעה זאת ולא גילתה למשיבים. המשיבים מצידם בקשו להפחית את מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום. המערערת הודיעה על ביטול החוזה.

המשיבים דרשו לקבל את הסכומים ששילמו ובכלל זאת סכום שניתן כביכול עבור חומרי בניין. המערערת טענה שהסכום לא נכלל בחוזה משיקולי מס. לכן החוזה הוא בלתי חוקי ועל בימת המשפט לא להיזז לתביעה.

המשיבים הם התובעים והנוכלת היא הנתבעת. החוזה הוא בלתי חוקי כי ניסו להעלים מס דרכו והחוזה בטל. כאן השיטה האנגלית (יד הנתבע על העליונה) לא תבוא לטובתנו כי היא הנתבעת ועלול לצאת מצב שהיד של הנתבעת הנוכלת הוא על העליונה.   
הם רוצים לקיים את העסקה ולשלם בצורה יחסית על ה3/4 קרקע שקיימת לאחר ההפקעה.  
והיא אומרת או שנסוגים לגמרי מהעסקה או שמקיימים את כולו ואתם משלמים 100 אחוז.   
אז או שאומרים שהוא בטל (לפי צרפת וגרמניה) או שהולכים לפי האנגלים (לא מתערבים בכלל).

ס' 30 – חוזה שכריתתו תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור בטל. חוק החוזים מושפע מהגרמנים. – חוזה בלתי חוקי הוא בטל.

אבל בשיטה הישראלית הוסיפו את 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.

נקיים את החלק החוקי, ותהיה חובת השבה על הסכומים שהיא קיבלה. בית המשפט לפי שק"ד מכניס סייג לבטלות החוזה, זו לא בטלות טוטלית ואוטומטית אלא היא נתונה לשק"ד בית המשפט והוא יכול לקיים חוזה בלתי חוקי!.

שמגר – אין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי "חטאו שניהם כאחד"   
החוק בס' 31 מותיר לבית המשפט שק"ד לעשות שיקולי צדק. במקרה זה המערערת שנהגה בחוסר תום לב במשא ומתן לא תוכל עתה להינות מכך שערכה חוזה בלתי חוקי.   
זה שהיא עשתה חוזה בלתי חוקי, אנחנו לא ניתן לה להנות ממנו. לא נאפשר מצב שבו החוזה הבלתי חוקי משרת את הנוכלת.

ס' 31 – אינו לקוח משיטת משפט זרה. אין היא עולה מקנה אחד עם המשפט האנגלי ואף לא עם הדין הגרמני או הצרפתי. בכל שיטות הללו נוהג הכלל השולל בכפוף לסייגים מסוימים, את זכות התביעה במקרה שחטאם של שני הצדדים שווה. ס' 31 לחוק החוזים הוא פתרון ישראלי מקורי שאינו מושתת על המקורות עליהם מתבסס בדר"כ החקיקה הישראלית.  
ס' 31 לקוח מתוך המשפט העברי והוא אומץ בפסיקה, השופט זילברג בגייקובס אימץ את המשפט העברי כי הוא צפה את המשמעויות של חוזה בלתי חוקי, עיצב את ההלכה הישראלית בצורה טובה יותר, וכאשר נחקק חוק החוזים הוסיפו את ס' 31 שמבוסס על המשפט העברי

השופט אלון עונה לפרידמן – העקרונות שעליהם מבוסס החוק המוצע נדונו בוועדה הציבורית לאחר בדיקות שיטתיות שונות תוך שימת לב מיוחדת לשיטת המשפט העברי.  
הדין הקיים 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 המשפט ללכלך ידיו בטיפול בחוזה כזה ומוטב שיהא ההפסד שנגרם מאי קיומו.   
  
**השופט אלון** – סוגיית החוזה הבלתי חוקי  
העיקרון האחד – עצם היזקקות 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 הוא אף לכלכך את ידיו** בתביעה מעין זו.   
העיקרון האחר - היא מגמת היסוד במשפט העברי, שאין חוטא יוצא נשכר.

**צים נ' מזיאר**   
המשיבה עלתה בריאה על האוניה "תאודור הרצל" שהפליגה מצרפת לישראל. במהלך שהותה באוניה הרגישה רע וחלתה בדלקת קיבה שארכה כ-3 חודשים.

השופט זילברג – הפסיקה האנגלית מכירה סעיפי פטור מעין זה. לדעת בית המשפט באנגליה זכותו של מוביל/ספק להתנות סעיף פטור והוא יפסל רק אם יש בו הטעיה.   
ולפי השיטה האנגלית באמת היו פוטרים את החברה.   
הפסיקה האמריקאית אינה מכירה בסעיפי פטור כאלה. לדעתי בית המשפט בארה"ב סעיפים שפוטרים את המוביל מאחיות לנזק שנגרם ברשלנות בטלים.   
  
נראה לי כי עלינו לאמץ את ההלכה האמריקאית. יען כי בעשותנו כן אין אנו מאמצים ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך שקפות יסוד המושרש עמוק בתודעה היהודית.   
את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מס' 64 (1) של חוק הפרוצדורה העותמני, אבל על עצם השאלה מהו הסדר הציבורי או תיקום העולם עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן לסדר ולתקנות.

לדעת זילברג יש הגבלה לחופש החוזים, איזה תוכן נותנים ל"נוגד את תקנת הציבור" תוכן זה יגיע מתוך המקורות העבריים.

היהדות מאז ומעולם מאדירה ומאפרת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות אלא תורת חיים – של החיים ולמען החיים. אשר יעשה אותם האדם וחי בהם. "וחי בהם ולא שימות בהם". והקול הקורא ממעמקי המקורות הנל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי אדם ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מידי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים או קדושת העקרון של חירות החוזים גבודה במקומה מונח, אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים.

ביהדות מייחסים חשיבות למעשה, היהדות היא לא רק אמונות ודעות וזה לא העיקר בה, אלא היא תורה חיים ולמען החיים. ולכן פיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה. מסקנה שעולה – קדושת החיים ושלמות הגוף זה הכי חשוב, ואין לעשות סחר מכר בחיי אדם.   
קדושת החוזים וחופש החוזים אינה עולים אף פעם על קדושת החיים.   
כל חוזה שסותר את קדושת החיים בטל. לכן תניית הפטור של חברת צים איננה אחראית לנזקי גוף, היא לא בטלה מכוח תניית הפטור לפי חוק החוזים ותניה מקפחת בחוזה אחיד אלא מכוח זה שהיא סותרת בצורה מלאה עקרון על של שלמות הגוף. **לדעת זילברג: מתן תוכן למושגי תוכן כמו תקנת הציבור יינתן לפי המסגרת והתרבות היהודית.**

**פס"ד רוט נ' ישופה**

המערערים רכשו דירה מחברת ישפה בנייה. הם קיבלו את הדירה באיחור ולאחר שיקבלוה נמצא בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצויים ותיקונים. החברה טענה שלפי החוזה, קבלת החזקה בדירה על ידי הקונה היא ראייה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה (המחוזי קיבל את הטענה).

**השופט אלון:** ס' 39 לחוק החוזים בקיום של חיוב נובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.   
בבאונו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב שאפיים הוא אוניברסלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונות של המשפט העברי ומורשתה של ישראל.

אחד המבחנים של היהודי זה כשהוא עושה מו"מ האם הוא עושה מומ באמונה או בתום לב?   
האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא אפוא היושר עשייה ישרה ושלמה והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במילים "ועשית הישר והטוב" עיקרון על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה מעין הוראה מלכותית בעולם ההלכה.   
יישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים: יש בעשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית דתית של עשייה "לפנים משורת הדין" ממידת חסידות שאין כופים עליה ומכוחו של עיקרון זה נוצרו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והכל לפי העניין.  
דינא דבר מצרא – זכות של שכן לרכוש קרקע סמוכה ראשון.   
יש מקומות שבהם בית הדין הופך עקרון להלכה מחייבת או לדון לפנים משורת הדין.   
אלון אומר – בי"ד מבחין הכין עקרון היושר מתגבש לידי עקרון משפטי שיש חובה לאכפו בדין וזה לא בהכרח ידוע מראש.

מסקנה – העולה מן הקובץ שעיקרון תום הלב שבסעיף 39 כחלק מהותי מהעיקרון הכללי של ועשית הישר והטוב שבמשפט העברי מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה ואחריות אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום לב אין בו כדי התנהגות שלא לפי מידת חסידות ללא נפקות משפטית ואין בית שמפט כופה עליה, ויש חוסר תום לב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו לעמוד כנגדו "להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה" הכל לפי העניין והכל לפי הנסיבות. במקרה זה יש לקבל את הערעור ולהחזיר למחוזי לדיון לגופו של עניין.

אלון הולך לתוכן של המשפט העברי כדי ליצוק תוכן לעקרון תום לב. לדעתו עקרון תום הלב נובע מהמשפט העברי שזה לנהוג ביושר, בהגינות בנוסף יש לקחת תוקף משפטי של תום לב ממשפט העברי והתוקף המשפטי הוא תלוי נסיבות. האם עקרון תול הוא לפנים משורת הדין או שהוא כבר יהפוך לעקרון מחייב. אלון חושב שבעת מושגי שסתום יש להכניס תמיד תוכן מהמשפט העברי.   
אלון אומר ברוט נ' ישופה עקרון תום הלב הוא כבר עקרון של ממש והוא אינו רק לפנים משורת הדין, החברה חייבת לתקן את הנזקים שלה.

בשני המקרים גם אצל גייקובס וגם אצל הניה הווארד, אחד הצדדים רצה להיות חוטא יוצא נשכר.

**שיעור 13/12/2022**  
המשפט העברי בפסיקה – המשפט הפלילי:  
פס"ד אפנגר – שוטרים פרצו לבית כי הם חשבו שיש שם הימורים, אפנגר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה. הוא טען להגנה עצמית כי הוא הדף אותם.  
השוטרים לא הזדהו כשוטרים ולא היו לובשי מדים, הוא הורשע במחוזי וערער לעליון

הייתה הגנת הצורך – ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנוען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו כבודו או רכושו או גופן או רכושם של אחרים שהגנתם עליו או ברכוש שהופקד בידיו ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע.

הגנה עצמית – זה סוג של מקרה פרטי של צורך.   
הזכות להגנה עצמית מוגבלת לפי המחוקק האנגלי לא על כל אחד, אם אני רואה אדם שמישהו מותקף ברחוב, לפי המחוקק האנגלי אינני ראשי להגן עליו ולחבול אותו. כי אני זכאי להגנה רק על אחרים שהגנתם עליו. הפסיקה האנגלית הרחיבה וכללה מעביד והעובדים שלו, מורה ותלמידיו אבל צריכה להיות זיקה מיוחדת. לפי החוק האנגלי אדם לא ראשי לפעול תוך הגנה עצמית על כל אדם ברחוב זאת כדי שלא נרחיב את התקיפות, אדם אחר הוא אינו שוטר ולא צריך שיתערב בעניינים לא לו.

אפנגר – לא היה בעל הדירה, כי אז אפשר היה לומר שבעל הדירה יש לו אחריות כלפי אורחיו, אם כך האם הוא זכאי להנות מהגנה עצמית אף על פי שלא הוא הותקף.  
**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 די לוי, בהתקפה שאולי מרה תהיה אחר(להשלים).

גישו זו בדבר קיום כלל ההגנה הפרטית לעין הצלת כל אדם אחר, אף ללא יחסי קרבה או אחריות מיוחדת כלפיו, מקורב במערכות משפטיות שונות. במיוחד מצויה גישה זו במשפטה של ארה"ב. וכן הוא הדין בארצות שונות של הקונטיננט. אלון לא מקבל שאם מישהו מותקף ברחוב אנו לא נתערב.

דין רודף – מסכת סנהדרין ברייתא: תנו רבן- מניין לרודף אחר חברו להורגו שניתן להצילו בנפשו תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך. יש חובת הצלה כללית וחובת הצלה מגיע עד כדי כך שגם ניתן להרוג את הרודף. מדובר בפעילת חובה = ניתן לעשות כל פעולה שדרושה כדי להציל עד רמה של הריגתו. יש זכות ואפילו חובה.

סנהדרין – רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחרי חברו ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל – נהרג עליו.   
אם פוגעים בתוקף יש לפגוע בו מנמלית, כפעולה דרושה להגן על הנרדף, אם ניתן לפגוע רק באיבר של התוקף מבלי להרגו יש לעשות זאת. אם המציל הורג שלא לצורך, הוא ייחשב כרוצח.   
הרמבם אומר שהוא חייב מיתה בדיני שמיים, כי קשה לומר שהרוצח הוא רוצח במזיד, הוא יכל אולי לירות רק ברגל אבל ירה לו בראש, הוא אולי לא פעל כהלכה אבל לא עשה זאת בכוונה. ההריגה נבעה מטעות וחוסר הערכה אבל קשה לומר שהוא רוצח, ולכן הרמבם פוסק שהוא לא רוצח אלא חייב בדיני שמיים מיתה. אלוהים יעניש אותו.

עקרון הנחיצות – פגיעה מינימלית וזו גם העיקרון של ההלכה היהודית.

רמבם – הלכות רוצח:

כן צריך להזהיר את התוקף בפה, ואם הוא לא מספיק אז מותר להרוג אותו וגם זה לא מיד.

**שיעור 7 13.12.22**

**ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מ"י**

רקע: שוטרים התפרצו לבית משום שחשבו שנעשית שם עבירה. הם לא ביקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה (תחילת תקיפת שוטרים ומאחר והם לא הזדהו כשוטרים הוא הואשם בתקיפה). הוא טוען להגנה עצמית. הוא הורשע במחוזי וערער לעליון.

ביהמ"ש העליון: עמד לדיון היקף ההגנה העצמית. אז שנת 1994 חוק העונשין העתיק את הפקודה האנגלית שהייתה בה הגנה אחת מסוג הגנת צורך שכיסתה הן צורך והן הגנה עצמית.

חוק העונשין- ס' 22 (הגנת הצורך): ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם **של אחרים שהגנתם עליו**, או ברכוש שהופקד בידיו; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע.

מעורבב פה עניין הצורך וההגנה העצמית. המקרה הקלאסי של צורך- אני רואה שריפה שפורצת בבית של השכן ולצורך כיבויה אני מסיג גבול לשטחו, גונב מים ומכבה את השריפה. כאן מדובר במקרה אחר. הגנה עצמית זה מקרה של תקיפה- מישהו תוקף אותי/ את זולתי והשאלה היא אם אני רשאי להתגונן. הגנה עצמית הוכנסה לצורך כמקרה פרטי של צורך (זו התפיסה של המחוקק האנגלי). הנקודה המרכזית שעולה מהסעיף היא היקף ההגנה עצמית- הזכות להגנה עצמית מוגבלת לפי המחוקק האנגלי לא לכל אחד. אם יש זר ברחוב ומישהו תוקף אותו, אפילו תקיפה קטלנית עם סכין, לפי המחוקק האנגלי איני רשאי להגן עליו. אם אגן עליו ואתקוף את התוקף- לא אהיה זכאי להגנה, כי אני זכאי להגנה רק על פגיעה בעצמי או במי "של אחרים שהגנתם עליו"- המקרה הטיפוסי זה הורה-ילדים, אבל הפסיקה האנגלית הרחיבה וכללה גם מעביד-עובדים, מורה-תלמידים, וכן הלאה, אבל עדיין צריכה להיות זיקה מיוחדת. לפי החוק האנגלי, אדם אינו רשאי לפעול תוך הגנה עצמית על כל אדם ברחוב. ההיגיון בהגנה אנגלית זו היא שבהגנה עצמית אדם תוקף, עובר עבירה, לוקח את החוק לידיים, והחוק האנגלי רצה לצמצם את זה. יתרה מכך, כשמתערבים בתקיפה, לא בטוח שהמתערב הבין נכון את הסיטואציה- מי התוקף ומי המותקף. כמובן שלאדם יש זכות טבעית להגן על עצמו ועל מי שתחת אחריותו אבל אינו שוטר ולא יתערב ברחוב. זו הייתה התפיסה האנגלית. זו הייתה השאלה שעמדה בפס"ד אפנג'ר שלא היה בעל הדירה- כי אפשר לומר שלבעל הדירה יש אחריות לאורחים. מאחר ואפנג'ר היה אורח השאלה היא האם אפנג'ר זכאי להנות מסעיף ההגנה?

הש' 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 ע"י לוי, בהתקפה שאולי מרה תהא אחריתה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהיה אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון". הגישה האנגלית לא נראית בעיני אלון. אדם אכפתי ואחראי שרוצה לעזור לנתקף ברחוב יואשם בתקיפה כי רצה לעזור לאדם חף מפשע? "גישה זו בדבר כלל ההגנה הפרטית לעניין הצלת כל אדם אחר, אף ללא יחסי קרבה או אחריות מיוחדת כלפיו מקובלת היא במערכות משפטיות שונות... במיוחד מצויה גישה זו במשפטה של ארה"ב... וכן הוא הדין בארצות שונות של הקונטיננט".

אלון מסתכל על משפט משווה, כמו שראינו במקרים קודמים. הוא מרמז שהגישה האמריקאית ראויה בעיניו. הוא פונה למשפט העברי כדי לבסס את גישתו:

המשפט העברי בדר"כ אינו שיטה חריגה יוצאת דופן, הוא בא לסייע בבחירה בין שיטות. במשפט העברי דין ההגנה העצמית מכונה "**דין רודף**" (רודף- התוקף, דין רודף- כיצד אפשר להגיב לתוקף).

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

זה חלק מחובת הצלה כללית (לא תעמוד על דם רעך) שמגיעה עד כדי כך שגם ניתן להצילו בנפשו, דהיינו להרוג את הרודף, אם יש צורך בכך. לפי לשון הברייתא, פעולת ההצלה חלה על הזולת. ברור שהמשפט העברי מכיר בהגנה על הזולת. האם פעולת הצלה זו במשפט העברי היא רשות או חובה? חובה. עצם ההיחלצות למען הזולת היא חובה כי מקורה בדין לא תעמוד על דם רעך, שזה חובה, איסור להתעלם מרעך שבמצוקה וחובה להיחלץ לעזרתו. אם במסגרת ההיחלצות לעזרתו הוא בסכנת מוות, צריך לעשות הכל כדי להציל אותו, עד כדי להצילו בנפשו. לחובה זו יש מגבלה:

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

כאן יש מגבלה שמשלימה את החובה האחרת שניתן להצילו בנפשו- כאשר נחלצים לעזר מותקף ופוגעים בתוקף, הפגיעה בתוקף צריכה להיות לפי **עיקרון הפגיעה המינימאלית**. צריך לעשות את הפעולה הדרושה להגן על הנרדף. אם אפשר להצילו באחד מאיבריו, דהיינו לפגוע רק באיבר של התוקף (לירות ברגל, לחבול בידו) אז אתה חייב לעשות כן, ואינך רשאי מייד להרגו. לא רק זה, נאמר בצורה חריפה שאם המציל הורג את התוקף שלא לצורך, המציל נחשב רוצח. זו הלכה חריפה, הרמב"ם לא פסק כך וקבע ש"חייב מיתה בדיני שמיים". ברור שבאופן ריאלי קשה לומר שהמציל הוא רוצח במזיד, הוא לא עשה כן כדי להרוג, גם אם הוא יכול היה לפגוע בצורה מינימאלית יותר ומשום כך אינו פעל כהלכה, לא ניתן לומר שהוא פעל בכוונה תחילה להרוג אלא פעל ע"מ להציל, למנוע את התקופה. ולכן מדובר בהריגה. לחלופין ניתן לומר שההריגה נבעה מטעות, לחץ, חוסר הערכה של המציאות.

רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א ו-ז

"הרודף אחרי חברו להרגו... על ישראל **מצווין** להציל הנרדף מידי הרודף ואפילו בנפשו של רודף... כיצד? אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו, אע"פ שעדיין לא קיבל התראה, כיוון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג. ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכרו אותו בחץ או באב או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו- עושין; ואם אינם יכולים לכוון (=לאחד מאיבריו) ולהצילו אלא אם כן הרגהוהו לרדוף- הרי אלו הורגין אותו אע"פ שעדיין לא הרג... שכל החושב להכות חבירו **הכאה הממיתה אותו – מצילין את הנרדף בכפו של רודף**; ואם אינן יכולים – **מצילין אותו אף בנפשו**, שנאמר (דברים, כה, יב): "לא תחוס עיניך"."

הפעולה הראשונה שיש לעשות היא להזהיר (להבדיל מהתראה). התראה דרושה לפני עונש. הריגת רודף איננה פעולה של ענישה, אלא פעולה שנעשית כדי למנוע, ולכן לא צריך התראה, אבל כן צריך תחילה להזהיר אותו. די באזהרה זו, אם לא נענה לה, כדי שיהרגו אותו, אך לא מייד. אם אפשר להצילו באחד מאיבריו עושים זאת.

הרמב"ם מתאר שלושה שלבים לתקיפת רודף: (1) אזהרה (2) פגיעה באחד מאיבריו (3) הריגה.

אנו מדברים על דין של רודף חברו להרגו- מקרה של סכנת חיים לנרדף. השאלה המתבקשת היא האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בסיטואציה שאיננה סכנת חיים אלא היא תקיפה אחרת, למשל תקיפה שמביאה לידי חבלה? הרמב"ם והסוגיה התלמודית מדברים רק על סכנת חיים.

האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בתקיפה? והאם חובת ההצלה הכללית חלה גם במקרים אחרים? הרמב"ם לא מתייחס לזה (מדובר בהלכות רוצח), וגם הסוגייה התלמודית מדברת על עבירות שעונשן מיתה.

רבנו אשר- פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, יג

"וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחריו, והכה את המכה כדי להציל קרובו- פטור...וכן אם רואה אדם מישראל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה**, אע"פ שאין מכהו מכת נפש, מותר** להכות המכה לאפשרוי מאיסורא (להפרישו מאיסור)... ומיהו צריך לומר, דאם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה- חייב"

אומר הרא"ש שאותו העיקרון של הגנה עצמית חל גם בסיטואציה של תקיפה שאיננה תקיפה ממיתה. אבל, אם המציל יכול להציל את המותקף בתקיפה קבלה, חבלה מועטת, ותקף אותו בעוצמה רבה יותר, הוא הופך להיות תוקף יש כאן שמירה על עיקרון הפגיעה המינימאלית ועיקרון הנחיצות.

יושם לב שיש הבדל בין חובת הצלה מתקיפה לחובת הצלה מתקיפה ממיתה. האם הצלה היא חובה או רשות? מלשון הרא"ש משתמע שרשות. כלומר, לא נוסחה במשפט העברי חובת הצלה במקרה של תקיפה רגילה. ממקורות אלו נראה שיש זכות להגנה עצמית, כאשר מדובר בסכנת חיים היא מתגבשת להיות חובה, כאשר מדובר בסכנה פחות היא בגדר זכות. כך גם פוסק שולחן ערוך.

שו"ע - "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".

גם אדם שמתגונן בהגנה עצמית מפני תוקף, ההגנה צריכה להיות לפי עיקרון הנחיצות, היינו עיקרון הפגיעה המינימאלית.

"וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חברו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכר, יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא".

הגנה פרטית במשפט העברי- סיכום

אפשר לסכם את עקרונות ההגנה במשפט העברי ולומר שעל אדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרתו של אדם שנמצא בסכנת חיים, ולשם הצלתו אדם רשאי לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך, כלומר, לעשות את המינימום הדרוש לפי עיקרון הפגיעה המינימלית. במקרה של חבלה שאיננה סכנת חיים נתונה רשות להיחלץ לעזרתו, גם לפי עיקרון הפגיעה המינימלית. זכות ההגנה העצמית כוללת הגנה עצמית והגנת הזולת כאחד.

1. על כל אדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרתו של אדם אחר, שנרדף ע"י רודף שמסכן את חייו.
2. לשם הצלתו של הזולת רשאי אדם לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך. כלומר, עליו לנקוט את האמצעי שגורם את הפגיעה המינ' אבל אם אין די בכך הוא רשאי לנקוט בכל אמצעי כד כדי הריגתו של הרודף.
3. במקרה של רדיפה שאין בה סכנת חיים אלא חבלה בלבד, רשות נתונה לכל אדם (אך לא חובה) להיחלץ לעזרתו).
4. לשם הגנתו של הזולת רשאי אדם לנקוט את האמצעים הדרושים ואותם בלבד אך אינו רשאי להרוג את התוקף. גם במקרה כזה חל עקרון הפגיעה המינימלית.
5. כמובן, זכות ההגנה העצמית נתונה גם לאדם המותקף עצמו לפי אותם עקרונות.

הש' 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, האזרחי 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."

אומר אלון- אני רוצה לפרש את העניין של אחרים שהגנתם עליו שבניסוח החוק (קודם ל-1994) כפעולה ראויה ולא כחובה משפטית. אמנם הוא מציין בפירוש שהחוק בישראל, כמו ברוב המדינות, לא מחיל חובה להציל את הזולת, אבל כן קובע קביעה עקרונית. הוא מזכה את אפנג'ר מאשמת התקיפה וקבע חובה עקרונית שלדעתו יש מעתה לפרש את הגנת הצורך במשפט הישראלי ככוללת הן הגנה עצמית והן הגנת הזולת. זה חידוש גדול מאוד.

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?"

זוסמן מסתייג מעמדת הש' אלון, ורומז שיש הצדקה לפנות למשפט העברי מקום בו הרקע להוראה מהמשפט העברי. כאן עסקינן בהוראה שמקורה במשפט האנגלי. הוא מטיל ספק האם החלת המשפט העברי הפלילי יהיה מקובל על הציבור הישראלי- לדוגמה, האם הציבור יהיה מוכן להמית אישה נואפת בסקילה? זו אמירה חריפה ביחס לפניה למשפט העברי.

לדעת שפירא, המשפט העברי הוא המשפט שהקדים את כל השיטות המערביות בפסילת עונש מוות. המשפט העברי קבע שאין לדון עונש מוות לפני אלפיים שנה. באנגליה במאה ה-19 עוד תלו גנבים ברחובות, ובארה"ב של אמריקה עד היום מוציאים להרוג רוצחים בכיסא חשמלי או בזריקת רעל. לקחת דווקא את הנקודה הזו של "נוציא להורג" כאילו שבאלפיים השנה האחרונות המשפט העברי הוציא להורג אישה נואפת זו דמגוגיה. זו אמירה חריגה בכך שהיא יוצאת תחת ידו של נשיא ביהמ"ש העליון שכותב אותה, ולכן זו אמירה מקוממת במידה רבה. יחס עם זאת, זה מבטא סנטימנט של חשש מהמשפט העברי. אפשר היה לבטא את החשש הזה באופן קצת יותר מתון, כפי שאפשר לצפות משופט ביהמ"ש העליון, ואולי במקום שמתאים לבטא את החשש. בסוגיה הזו, מדובר על ההיקף הנכון של הגנה עצמית. כפי שפרס אלון, יש שיטות שונות בעולם. אלון מאמץ את המשפט העברי. אפשר להסכים ואפשר שלא להסכים, אבל מכאן ועד להוציא נשים להורג בכיכר העיר הדרך ארוכה. הטענה הנוספת הזו שמציג זוסמן מטרתה להפחיד מפני פניה למשפט העברי. זה ממחיש עד כמה נושא זה היה נושא חם בביהמ"ש העליון. ראינו שגם הש' ברק חושש מפניה למשפט העברי, אך בדרך אחרת.

"צר לי שבנסיבות אלה ראתה המדינה להאשים את המערער בעבירות על חוק השוטרים. השניים באו למקום, מבלי שידעו אפילו מה עליהם לחפש, שחקני קובייה או סמים, לא פעלו כמצוות החוק וביצעו עבירה של תקיפה כלפי אדם חף מפשע".

לעניין המסקנה המשפטית הוא מצטרף לעמדתו של אלון, אך מבלי לעשות שימוש במשפט העברי ומבלי להכריע בשאלה העקרונית של היקף ההגנה העצמית. לשיטת זוטסמן, אם כבר צריך להעמיד לדין זה את השוטרים שתקפו אדם חף מפשע.

הש' 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."

אשר חלק על אלון הן ברמה העקרונית והן ברמת הזיכוי (הוא היה בדעת מיעוט, קבע שאפנג'ר לא פעל כהלכה ויש להתיר את הרשעתו על כנה). הש' אשר עומד על השיטה האנגלית- זה החוק, ולכן הגנה עצמית מוגבלת לאותו אדם ולא להגנת זולתו.

הגנה עצמית ס' 34י לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, **שלו או של זולתו**. ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים."

בתיקון של חוק העונשין יש להגנה העצמית סעיף ייחודי. המחוקק הכניס את ההלכה שקבע אלון ללשון החוק ובכך קבע שהשיטה הישראלית מאמצת את שהגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

בסופו של דבר, אלון הכניס את המשפט העברי להכריע במקרה הזה, יחיד בהרכב. הפניה למשפט העברי היא שהרחיבה את זכות ההגנה העצמית במשפט הישראלי להגנת הזולת, והיא זו שהביאה את המחוקק שניסח את עיקרון ההגנה העצמית בשנת 1994 לקבוע בפירוש שבישראל זכות ההגנה העצמית כוללת את זכות ההגנה על הזולת.

**ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י-** אדם הורשע באינוס בעקבות בעילת אשתו נגד רצונה תוך שימוש בכוח. מדובר בזוג נשוי להלכה, בפועל היו בהליכי פרידה. הגבר כנראה רצה להפגין בעלות על אשתו לפני הפרידה, אנס אותה והורשע באונס. כהן הורשע במחוזי וערער לעליון.

חוק העונשין סעיף 345 (כנוסחו אז): "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".

טענת הגבר: "הבועל אשה, שלא כדין"- מה פירוש המילים שלא כדין? טען כהן שאם היא אשתו אז הבעילה היא כדין. כך ההלכה באנגליה:

באנגליה הדין מהמאה ה-17: M. Hale, The History of the Pleas of the Crown (1682). "בעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על-ידי ההסכמה ההדדית וחוזה הנישואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה".  
 כאשר אישה הסכימה להינשא לאדם היא הסכימה שהוא יוכל לקיים עמה יחסי מין בכל זמן ובכל שעה, ואינה יכולה לחזור בה. ולכן אדם שאונס את אשתו לא יכול להיות מואשם כי יש הסכמה מראש.

* נוסח ראשון בחוק העונשין (1977): "שאינה אשתו" (החוק הישראלי בכך אימץ את החוק האנגלי שאדם לא יכול להיות מורשע באונס אשתו).
* נוסח שני: תיקון ועדת חוקה (1978): "שלא כדין" (תיקון שלא ע"י המחוקק אלא ע"י ועדת חוקה, דבר יוצא דופן).

מה זה "שלא כדין"? במקרים קודמים ביהמ"ש הביע שאינו אוהב את החוק האנגלי שפוגע בכבוה"א וכבוד הנישואין. אבל בכל זאת המחוקק בחקיקת חוק העונשין לקח מילה במילה את הפקודה האנגלית. טענת ההגנה של כהן- יש לפרש "שלא כדין" לפי ההלכה האנגלית שם המשמעות "שאיננה אשתו". הוא לא הכחיש את עצם המעשה, אך טען שמאחר והיא אשתו אינו יכול להיות מואשם באונס.

כלל ידוע הוא שהמחוקק לא משחית מילותיו לריק, ולא סתם כתב "שלא כדין". אם ביהמ"ש מבטל את פרשנות "שלא כדין" כ"שאיננה אשתו", עליו להציע פרשנות אחרת.

השופט 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.

בכור מתבסס על ההלכה לפיה ברור שאסור לאדם לאנוס את אשתו:

* תלמוד בבלי: "אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה". (דבר מצווה=יחסי מין)
* רמב"ם: "ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה".
* שו"ע : "לא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפייסנה עד שתתרצה".

רמב"ם, הלכות אישות, פרק י"ד (הלכת מורדת)

"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**."

החובה לקיים יחסי אישות היא חובה עקרונית. כשאחד מבני הזוג מסרב באופן עקרוני לאורך זמן לקיים יחסי מין, הוא הופך להיות בגדר מורד. הרמב"ם אומר בהלכת המורדת- שואלים את האישה מדוע היא מורדת. אם האישה משיבה שהבעל מגעיל אותה והיא לא רוצה לקיים עמו, והואיל ויחסי מין זה מרכיב הכרחי ביחסים, אי הסכמת האישה מחייב לכפות את הבעל לתת גט. אישה איננה שבויה ביד בעלה שתיבעל למי שהיא שונאת. ההלכה שאסור לבעל לבעול את אשתו כנגד רצונה עד כדי שאם אינה רוצה לקיים עמו יחסי מין באופן קבוע ועקרוני זו עילה לגירושין.

הש' בכור- המשך: "לאור הנאמר 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."

זה דוחה את טענת ההגנה של כהן שמותר היה לו לקיים יחסי מין עם אשתו נגד רצונה כי היא אשתו, מכוח העמדה ההלכתית היהודית אבל יוצא מדבריו של בכור, שאם נמצא בעדה המוסלמית או הדרוזית מותר לאדם לקיים יחסים, אז החוק צריך לקבל את זה, וזה בעייתי.

הפניה למשפט העברי במקרה הזה באה כדי להסתייג מהמשפט האנגלי. כאשר שופטים מרגישים שהדין האנגלי שחל בישראל מכוח לשון החוק ומכוח הזיקה שהייתה אז למשפט האנגלי לא מתאימים, הם הולכים למשפט העברי שייתן להם אלטרנטיבה. חוק העונשין דאז היה תרגום של החוק האנגלי, שהניח שאדם לא יואשם באינוס אשתו, וזו אינה התוצאה הרצויה בעיננו. גם בפס"ד אפגנרס היקף ההגנה העצמית היה מצומצם לדעת אלון ואז הוא פנה למשפט העברי כדי להרחיב את ההיקף כאמור. זה מלמד אותנו שהפניה למשפט העברי מאפשרת לשופטים להתחמק מהדין האנגלי כשהוא לא נראה להם.

הש' מרים בן פורת: מעדיפה אני להשאיר בצ"ע 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."

היא לא רוצה לקבוע ע"פ הדין האישי כי היא מבינה את המשמעויות של זה כלפי אוכלוסיות מסוימות.

"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."

בן פורתה מציעה להתעלם מהמילים "שלא כדין".

כהן הורשע. הוא קבע שההכרעה היא מנוגדת ללשון החוק ולכן התקיים **דנ"א**.

שם קבע הש' 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."

התיקון של החוק מלמד שהוועדה, הכנסת, דחתה את העמדה האנגלית. משמעות התיקון דחיית ההלכה האנגלית ולכן לא נזקקים לדין האישי כלל, אלא הן מילים מיותרות. לפי החוק, היות אדם נשוי אינה טענת הגנה מפני אונס, מבלי להיזקק למשפט העברי. כהן אימץ את הצעתה של הש' מרים בן פורת.

סעיף האינוס תוקן. אחד השינויים באונס קשור גם לעצם הגדרת האונס (שינוי מ"נגד רצונה" ל"שלא בהסכמתה"). כבר לא מדובר בעניין של תקיפה/ איום בחבלה או במיתה. בין השאר במסגרת תיקון החוק נמחקו המילים "שלא כדין", והיום אין צורך לפרש לפי הדין האנגלי או לפי הדין האישי.

ס' 345 לחוק העונשין קובע: 345. (א)  הבועל אשה (1)   שלא בהסכמתה החופשית; (2)   בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה; (3)   כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או (4)   תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;

סיכום

ראינו שגם בתחום הפלילי ביהמ"ש פנה אל המשפט העברי. במקרה של הגנה עצמית הפניה הרחיבה את ההגנה העצמית להגנת הזולת והתגלגלה בהמשך לחוק. במקרה של אינוס אישה הפתרון של הש' בכור היה לעקוף את ההלכה האנגלית באמצעות העברי. בשני המקרים, המשפט העברי היווה אלטרנטיבה למשפט האנגלי במקרים בהם לביהמ"ש נראה מבחינת הדין הרצוי, ומבחינה מוסרית, לסטות מההלכה האנגלית.

**שיעור 20/12/2022**

סימן 46 – במקרה של חסר נשלים אותו לפי עיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, כך היה גם לאחר קום המדינה והוא בוטל ב1980, עד אז ישראל לא הייתה עצמאית מבחינה פסיקתית.

חוק יסודות המשפט – במקרים שבהם יש לאקונה נפנה למשפט העברי.  
פרופ' ידין האמין שצריך לבטל את סימן 46 וההשלמה תהיה לפי סמכות בית המשפט לפתח את בית המשפט. ההחלפה של סימן 46 התעכבה כי הייתה התלבטות לגבי סוג המשפט שצריך לפנות אליו. ס' 2 לחוק יסודות המשפט קבע שסימן 46 לדבר המלך בטל.  
בדברי ההסבר לחוק נאמר שביטול דבר המלך והמשפט האנגלי, מתעוררת השאלה כיצד יש לנהוג בלקונות ומוצע שנשתמש בעקרונות מורשת ישראל כדי להפנות את השופט לכך ומבלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי (כלומר לכפות רק את עקרונות מורשת ישראל) כך שנוצרת בעצם זיקה בין המושג "עמ"י" לבין המשפט העברי.

**מהי לקונה?** שלא נמצא לה הלכה פסוקה או בדבר חקיקה או בדרך של היקש.   
דבר חקיקה = לרבות חקיקה ראשית וגם משנית (תקנות וכולי).   
היקש = אנלוגיה מעניין לעניין, אלון וברק מסכימים שכלולה כאן גם פרשנות כללית, פרשנות קודמת להשלמה מעקרונות עמ"י ואז לא תהיה השלמת החסר (לקונה).   
הלכה פסוקה = לרבות הלכת בית המשפט. האם הכוונה לתקדימים רק של העליון או של כל בתי המשפט? התשובה היא לפי **אלון** – הלכה פסוקה היא רק מה שהעליון קבע. כי רק היא הלכה שמחייבת.   
הלכות של מחוזי ושלום הם לא בגדר הלכה פסוקה. ואם יש ללקונה תשובה במחוזי אז היא לא נחשב תשובה.   
השופט **חיים כהן** – אומר שהלכה פסוקה זה גם העליון וגם הנמוכים ביותר (שלום, משפחה וכולי), כי לדעתו הלכה של העליון אין לה עליונות שהרי עליון יכול לסתור עליון.  
חיים שפירא שלנו הולך עם מנחם אלון.

פרשנות של מושגים משפטיים ערכיים (צדק, תול וכולי) – האם הם לקונה?

אלון חושב שכן, צדק/ תו"ל וכולי יציקת תוכן היא בבחינת שטח ריק – פרשנות של מושגים ריקים הם בחינת מילוי שטח ריק כי הם מאוד כלליים ומופשטים ולכן הפרשנות שלהם מחייבת יציקת תוכן ולכן הם לקונה. פירושם יעשה לפי עמ"י. אלון עשה זאת עוד טרם חוק יסודות המשפט, בפס"ד רוט נ' ישופה וגם זילברג בפס"ד צים.   
ברק חולק על אלון – תפקיד ביהמש זה לצקת תוכן על פי מטרת החוק ובהתחשב בתנאי החיים, כי המחוקק קבע נורמה שחלה בעניין. ברק חושב שמקום שהמחוקק השתמש במושגים של צדק תול ותקנת הציבור זה לא שטח ריק, אמנם יש לתת להם פרשנות אבל זה לא חסר. יש לתת משמעות אבל אין צורך לפנות לעמ"י.

פרשנות חוקים   
**אלון** – לצורך פרשנות של חוקים משפט העברי יש מקור ראשון במעלה לצורך השראה ורק אז לפנות לפרשנות חוקים למערכות משפט אחרות. כי המשפט העברי שימש מקור ראשי לחקיקה הישראלית. לדעתו כאשר המחוקק חוקק חוקים הוא נתן מקום למשפט העברי, אז כך גם בפרשנות.  
בנוסף, אין לנו מושגים משותפים אנחנו צריכים ליצור שיטה אחידה, המשפט העברי יספק זאת. מאשר שכל שאלה נפנה למשפט אחר (אנגלי/צרפתי/גרמני) כמקור השראה.  
בנוסף חו"יה– אמנם לא מתייחס לפרשנות חוקים אבל העובדה שהוא העניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים למקרים של חסר, מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים.

כך למשל בהנדלס – חוק השבת אבידה הוא ברקע המשפט העברי, אז כך גם המילה "רשות" תפורש לפי המשפט העברי.   
הוא השתמש בנימוק הנ"ל גם בערעור וגם בדיון נוסף שהיה כבר אחרי חקיקת חו"י.   
אלון סבר שכאשר יש אפשרות לפנות לפרשנות, נפרשן לפי המשפט העברי

**ברק** חולק עליו – אין לומר כלל ועיקר כי השראה פרשנית תבוא בראש והראשונה למשפט העברי. יש להשתמש גם במשפט האנגלי.   
דברי החקיקה יש לפרשם מתוכו **לשם הגשמת תכלית החקיקה**, לאור המציאות הקיימת בישראל.   
ברק לא מתייחס להאם המשפט העברי הוא מקור לחקיקה, זה לא משנה, גם אם המחוקק השתמש במונחים מהמשפט העברי אז יש נתק המושג "רשות" עומד בעצמו ואין לפנות למשפט העברי. זה חלק מפרשנות תכליתית פירוש חוק יעשה לפי התכלית לשמו הוא נועד. ואין לחזור אחורה למשפט העברי.

מעגל פנימי – חו"י הוא שטח ריק – לקונה. שאלה שאין לה תשובה בדבר חקיקה או הלכה פסוקה או בהיקש.  
לאחר חוק חו"י אין מחלוקת אך יש מעגל נוסף של פירוש מושגים כללים (תום לב וצדק)  
פרשנות חוקים – אלון מודה שהחו"י לא חל על זה אבל המשפט העברי יחול עליהם וברק אומר לא ולא! ברק מסכים שבית המשפט רשאי להביא ראיות מהמשפט העברי אבל הן רשות ולא חובה.   
**בהנדלס וקניג נ' כהן ביהמ"ש קבע שחו"י חל על רק שטח ריק (לקונה) ולא על פרשנות חוקים או על פרשנות מושגים ערכיים**/מושגי שסתום.   
הנטייה הכללית של שופטים היא לא לחזור למשפט העברי ולצמצם את תחולת חו"י.

מהי שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה? 2 אפשרויות

ניתן לפרש את החוק באופן מילולי כפי שהוא ושכל שאלה שאין לה תשובה בפסיקה/היקש/חקיקה אז נכריע לפי עמ"י (אלון סובר) **או** שניתן לומר שיש לפרש באופן צר לפיו לא כל שאלה שאין לה תשובה בחוק היא לאקונה ולא כל מקום שאין תשובה בחוק הוא חסר (ברק סובר) – זה רומז לאבחנה של ברק בין חסר לבין פיתוח המשפט.   
הוא אומר את זה גם בזרזסקי

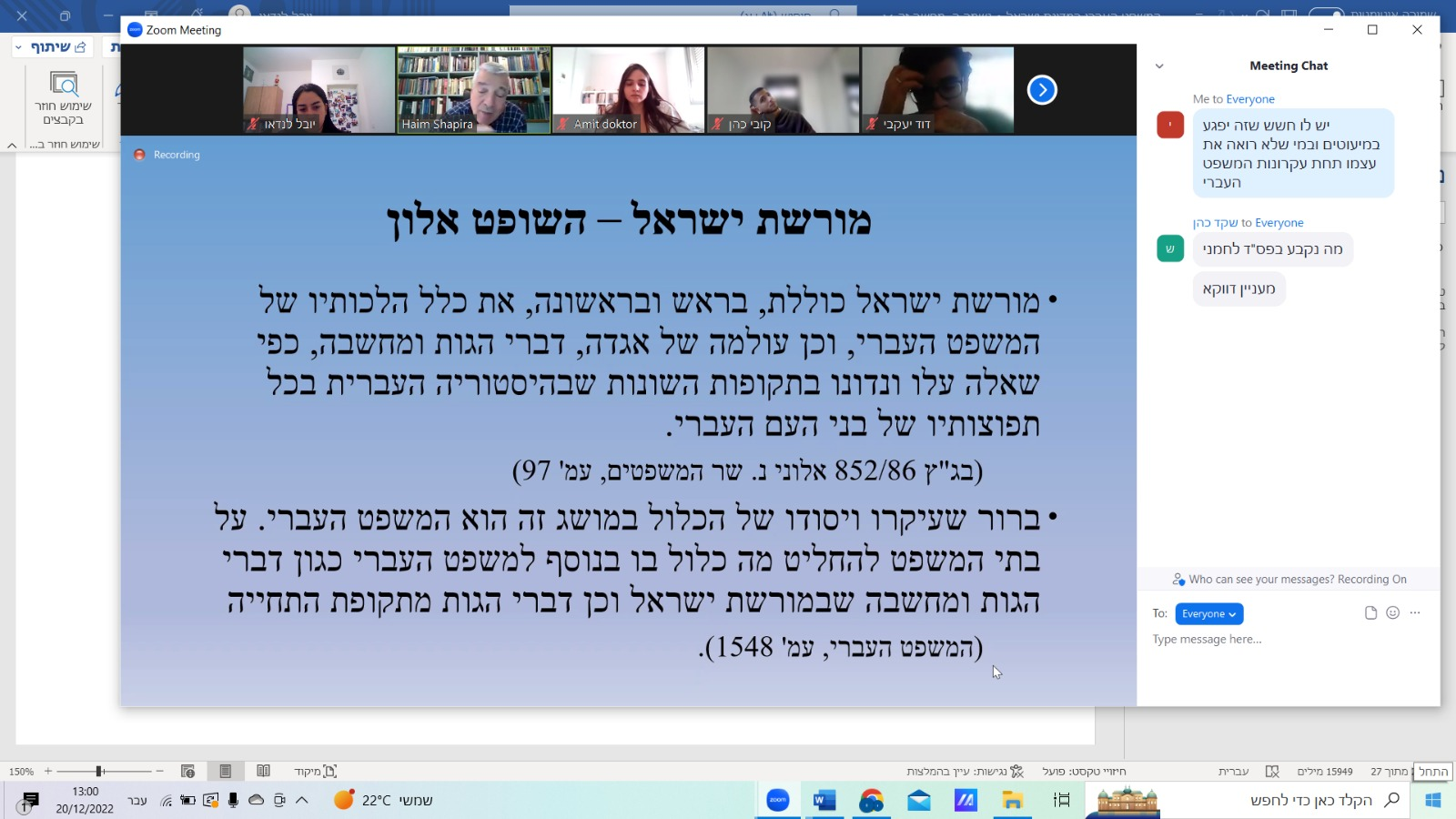
חסר = מקום שבו נורמה משפטית או הסדר משפטי הוא בלתי שלם ואי שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או תכלית ההסדר. כשם שקיים חסר בקיר אבנים כי הבנאי שכח כך קיים חסר בנורמה המשפטית שנבנתה על ידי המחוק בחקיקתו. משמע חסר קיים רק במקום שבו יש הסדר מסוים לנושא וחסר בו פרט. כלומר נבנה קיר אבנים אבל חסרה אבן. במקום שבו אין בכלל קיר אבנים אין חסר.   
השופט משלים את החסר לפי חו"י ובהשלמת חסר השופט הוא מעין מחוקק כי הוא יוצר טקסט חדש.  
**פיתוח המשפט** זה מקום שבו הנושא לא הוסדר בכלל, כלומר אין קיר אבנים בכלל.   
המשפט מפותח על יד השופטים. המשפט הישראלי הוא משפט שיפוטי שנבנה מהשופטים מיצירות שיפוטיות שבית המשםט בנה.

**אם מדובר על מקרה שכולו לא הוסדר בחוק וביהמש משלים, זה לא השלמה חסר זה נקרא פיתוח המשפט והמשפט היא שאני לא צריך את עמ"י וחו"י.   
לדעת אלון כל מקום שאין מקום תשובה הן בפסיקה והן בחוק אז יש לפנות לעמ"י.   
ברק עושה מהלך מצמצם ואומר שלא כל מקום שאין תשובה בחוק זה לאקונה ויש לבנות עמ"י, אלא יש לפנות רק אם זה לקאונה במובן הצר משמע המחוקק הסדיר את העניין והוא שכח פרט אחד.**

**חוק הבחירות תעמולה** – לא תשודר אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי מפלגות שאושרה על ידי יו"ר ועדת הבחירות המרכזי.   
אין סעיף מקביל על שידור רדיו – לא כתוב על רדיו שצריך אישור יו"ר ועדת הבחירות המרכזית.  
הייתה עתירה בנושא האם צריך גם ברדיו אישור יו"ר?  
ביהמש ענה- זו דוגמא **לחסר** כי המחוקק הסדיר את הנושא התעמולה בטלוויזיה אבל לא התייחס לרדיו ולכן יש כאן חסר והוא השלים אותו בהיקש מטלוזייה.   
חסר זה מקום שבו המחוקק הסדיר את הנושא אבל החסיר את שידורי הרדיו.  
לא כל מקום שמחוקק לא הסדיר את הנושא בכלל זה חסר – למשל זרזסבקי: מה תוקף של הסכם פוליטי קולאציוני?  
אלון אמר – בנושא הזה אין הלכה פסוקה של העליון ולא של המחוקק, ולכן נכריע לפי עמ"י.  
ברק אומר – לא, נושא זה הוא לא פניה לעמ"י כי זה לא השלמת חסר זה פיתוח המשפט, זה לא שהמחוקק הסדיר את כל הנושא וחסר לי לבנה, אלא הוא לא הסדיר בכלל את דיני הבחירות ולכן זה פיתוח המשפט של קשור לעמ"י.   
ברק מפרש את מושג הלקונה באופן צר – לפיו רק מקום שיש הסדר ופשוט חסר בו משהו קטן נפנה לעמ"י. הוא רוצה לחסום את ההשפעה של המשפט העברי.   
  
במשפט המקובל ואנגליה אין חוק מסוג חו"י – אין דין שיעור – אין הוראה לביהמש כיצד לפסוק במקום שבו אין תשובה בחוק משום שזו תופעה רגילה, המקובל לא מנסה לסדר את הכל בחקיקה, שהרי הוא קם ממקרה למקרה והמחוקק אסף אותם. המשפט המקובל לא נבהל מכך שאין בחוק תשובה לשאלה, ולשופט יש סמכות לפתח את המשפט.

בקונטינלטלי – החוק הוא מקור המשפט ובהימש פוסק, ויש הוראות לגבי כיצד להשלים חסר בחוק.   
ברק אומר – אם אנחנו מסוג המשפט האנגלי, אז יש לביהמש סמכות לפתח את המשפט ואנו לא יכולים להחיל עליו הוראות של דין שיעור. כי הרי לבהימש יש סמכות כללית לפתח את המשפט ואינו צריך דין שיעור.   
עמדה זו של ברק – אינה קשורה לאהבה או אי אהבה למשפט העברי.   
לדעת ברק אין להגביל את מערכת המשפט למקורות מסומים כי יש לביהמש סמכות קבועה לפתח את המשפט ולכן יש להגביל את המושג לקונה ולפרשה באופן צר.

**פס"ד נחמני** – ביציות מופרות, זוג התחיל הפרייה חוץ גופית והיו ביציות מורפות במקפיא, הם נפרדו האם האישה יכולה להשתמש בכך? הבעל חזר בו ואינו רוצה להיות אבא לילדים הללו.   
לא הייתה לכך תשובה בחוק. אף שופט לא הלך לעמ"י, גם שופטים שהם דתיים כמו צבי טל וטריקל.   
הם אמרו שזו שאלה של פיתוח המשפט, זה לא חסר, זה נושא חדש. השופטים מקבלים את האבחנה של ברק. השופטים חשו שלא בכל שאלה צריך לפנות לעמ"י.

מה היא עמ"י? מה כלול במושג מורשת ישראל?

אלון – כולל באש ובראשונה את כלל הלכותיו של המשפט העברי לרבות אגדות, עולמא של הגדה, דברי הגות ומחשבה.   
ברור שעיקרו ויסדו של הכלול במושג זה הוא המשפט העברי. אלון ראה במושג מורשת ישראל, בעיקרו את המשפט העברי קודם כל כי המחוקק הפנה לעקרונות מתוך המשפט העברי .  
מכיוון שמדובר בנושאים משפטיים אז צריך להשלים גם מקורות משפטיים עבריים.   
בחרו בנוסחא זו כי היא מכילה עקרונות של המשפט העברי.

ברק – מורשת ישראל דבר כללי, אנו מדינה צעירה ועם עתיק שורשינו נעוצים במרוצת השנים, (להשלים) מעצת את דמותנו.  
המשפט העברי כולל את תורתם של ישעהו וירמיהו לצד שפינוזה ואחד העם, בובר ושולם, זבוטינסקי.   
מרשימה זו ניתן לראות שלא רק מדובר על המשפט העברי, אלא גם מנהגים ואנשי רוח, נביאים וגם אנשים מהעידן המודרני.  
חיים אומר – זה היא הכל חוץ ממשפט עברי, אף דמות כאן לא קשורה למשפט העברי, אין הכוונה למשפט העברי באופן מובהק אלא כוונה למושג רחב של המורשת היהודית גם דתית וגם חילונית, גם אחרי הקמת המדינה ואחריה. השופט מופנה לחירות צדק יושר ושלום ולא לעקרונות דתיים אלא עקרונות משפטיים.   
**גם בנושא מורשת ישראל ברק אומר שאין הפניה למשפט העברי הוא לכל היותר חלק מהתרבות כולה אבל בוודאי לא הלכות מהמשפט העברי.** ברק הסכים שזה כולל את המשפט העברי אבל לא רק.   
**הויכוח פה הוביל לתיקון חוק יסודות המשפט** ב-2018: 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.

לא בהכרח שאם תמיד נפנה למשפט העברי תהיה לנו תשובה.   
ברק– כשמדובר בפיתוח המשפט לא ניתן להיות מוגבל לעקרונות כאלה או אחרים.   
יש הבדל בין הקש להשלמת חסר; אם זה היקש מסוג של השלמת חסר, אז ההיקש הוא השלמה של חלק מהחוק, זו לא השלמה שיפוטית אלא חלק מהחוק. ההיקש הזה הוא היקש של השלמה לבין היקש במסגרת פרשנות.

**היקש של פרשנות** (פרשנות של החוק/פרשנות תכליתית וכולי, פירוש של חוק תקנה וכולי זה פרשנות)  
**היקש של השלמת חסר** – זה כאילו מתוך החוק עצמו ולא מדובר לא בפרשנות ולא בפיתוח המשפט.   
**פיתוח המשפט** - כשמדובר בפיתוח המשפט לא ניתן להיות מוגבל לעקרונות כאלה או אחרים. לדעת ברק הלכות של העליון זה הלכה של פיתוח המשפט זו הלכה וזה לא חוק.

למשל: אישור יו"ר ועדת הבחירות – זה חסר מתוך החוק "מעין חקיקה" זה לא פיתוח המשפט זה היקש של השלמת חסר.

**שיעור 27/12/2022**  
  
יישום עיקרון רחב שבו גם כאשר דנים בשאלות חברתיות אז לדעות השונות יש מעמד ערכי ואין לבטלן.

שוווין (מנחם אלון): יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא אדם , שוויונו ואהבתו. "חביב אדם שנברא בצלם" (ר' עקיבא)

ביהמ"ש היה בבעיה מצד אחד הוא רצה לצמצם את הלכת **ירדור** ומצא את עצמו מכשיר את כהנא ואת זה הוא לא רצה.   
ברק ואלון הרבו לגנות את כהנא בפס"ד, כדי להראות את ההתנהגות של כהנא. אלון עשה זו בעזרת המשפט העברי.

כהנא למשל רצה גם לשלול את זכות הבחירה מערבים אז זה גם גזעני וגם אנטי דמוקרטי.  
בהימש אמר שירדור זה רק רשימה שרוצה לחסל את המדינה.   
**ברק דווקא רצה להרחיב את הלכת ירדור לכיוון דמוקרטי**, גם רשימה שרוצה לפסול את מדינת ישראל כדמוקרטית אז היא תפסל.

אחרים לא פירשו את ירדור כאילו זו חיסולה של המדינה ומצמצו מאוד.

כהנא גם טוען בשם היהדות שמדינה יהודית ואתה בחרתנו ולכן בישראל מגיע ליהודים יותר זכויות מלאחרים.   
אלון נחרד מההשחרה של היהדות, ומאיך שכהנא מדבר ולכן הוא רוצה לומר שכל אדם שווה לרעהו והוא מצטט:   
מה הוא עקרון על של התורה? ואהבה לרעך כמוך, זה ה-כלל הגדול ביותר והערך החשוב ביותר זה "אהבת" זו כל התורה כולה.   
בן עזאי – "זה ספר תולדות אדם ביום ברא אלוקים אדם בדמות אלוקים עשה אותו, זה כלל גדול מזה" – עקרון של בריאה בצלם ה'. לדעת רבי בן עזאי זה עקרון העל.

ואהבת – זה מצמצם כי זה "רעך" רע זה יכול להיות אדם מהעם שלך/אדם קרוב אליך וכולי וזה מוגבל.  
"בצלם אלוהים" – זה עקרון של כלל האדם.

**כמוך** – זה סימפטיה וסולידריות   
**צלם אלוקים** – סטנדרט שונה שהוא אלוקי וזה מה שנותן לו את המעמד, כי כולם ברואי השם, ולא בגלל שאתה מתייחס אליו ככה או אחרת. כולם נבראו בצלם אלוקים. זה סטנדרט אוביקטיבי שאינו תלוי באדם.

אלון פירש את שני העקרונות הללו כך:  
אליבא דרבי עקיבא הערך העליון ביחס אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות  
ואליבא דבן עזאי הערך העליון הוא שוויון האדם באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים היו לאחידים בידה של האומה העברי ושניהם באחד מהווים יסוד היסודות של היהדות לדורותיה ותקופותיה.   
מבחינתו – שניהם בעלי מעמד שווה והם משלימים זה את זה, הם משתלבים זה בזה.

הנקודה החשובה שאלון מדגיש זה שאדם נברא בצלם אלוקים וזה כולל \*כל\* אדם ולכן צריך להתייחס בשוויון לכל אחד.

אלון מצטט את הרב קוק:   
אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה, סימן ליראת שמים טהורה הוא כשמהוסר הטבעי הנטוע בטבע הישר של האדם הולך ועולה עלפיה במעלות גבווהת יותר ממה שהוא עומד מבלעדה.

משמע – הרגש של המוסר באדם הוא הבסיס ויראת שמים רק הופכות אדם למוסרי יותר אבל אם כתוצאה מיראת שמים ומחויבות דתית הוא נוהג בפחות מוסריות וגזענות אז זה סימן שזו יראת שמים פסולה. כי יראת שמים טהורה היא יראה שנבחנת על פי "האם האדם הפך להיות מוסרי יותר?   
יראת שמים טהורה היא כשהמוסר הטבעי הולך וגדל בזכותה ולא כשהיא מצמצת אותו.

חיים שפירא אומר שהרעיונות שמביא אלון כאן, זו אינה דמגוגיה ואינה רק רעיון לילדים בגן, אלא רעיון של שוויון שצריך להחיל גם היום.

היחס למיעוטים של אלון   
-כי גרים הייתם בארץ מצריים  
-הגזענות שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על ידי אופן 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"   
-המיעוט הלאומי זכאי לכל הזכויות האזרחיות והמדיניות של יתר תושבי המריבה: "גר ותושב וחי עמך".

סיכומון: לדעת אלון צריך להתייחס בצורה שווה לכל אדם באשר הוא אדם.   
אלון בפסיקה שלו תמיד מציע פרשנות ליברלית ליהדות. זהו הישג עצום לקחת את המשפט העברי כמקור לזכויות אדם ולגישה ליברלית. וכך הוא גם נותן פרשנות ליהדות.   
רב ופוסק גם עושה כך – גם אנשי הלכה בסופו של דבר לוקחים ציטוט ומפרש אותו למקום מסוים.

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

פסק הדין הזה נתן תשתית לכנסת לפסול רשימות בעצמן. כאן ביהמש נהג בריסון ולא פסל את כהנא אבל הביא את הכנסת לחוקק את ס' 7 (א).

בפס"ד "כך" גם ברק עושה כמו אלון ומצטט מהמשפט העברי – הרב קוק:  
"המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת האדם והיא גם כן צריכה להתשפט 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 לאורו."

**פס"ד קטלן -**

"חברי הנכבד השופט ברק, ברוב בקיאותו העלה בחכתו מובאות מרשימות מאוד מן הספרות האמריקאית והאנגלית ואני רוצה לדלות מן המשפט העברי."

חיים כהן - "והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה: גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה"

כהן עושה אנגלוגיה – אין לפסול חוק מכוח "כבוד האדם" שהיה אז רק זכות שיפוטית, אבל מכוחו כן ניתן לפסול תקנה.

**פס"ד מ"י נ' תמיר (הזכות לרפואה)**

הלכה פסוקה בידנו מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם כי זכות יסוד היא לאדם שלא יפגע בגופו בעל כורחו ושלא בהסכמתו. זכות יסוד זו כוללת 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.

**אלון אומר שהזכות לטיפול רפואי קיימת גם לאסירים, זכויות יסוד בעיקרן שמורות גם לאסירים. הדבר היחיד שנשלל ממנו זו הזכות לחירות. כי כל אדם נברא בצלם.**

"כי היה ריב בין אנשין ונגשו למשפט ושפטום, 40 יכנו לא יוסיף פן יוסיף להכותו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך" – מותר להכות רק עד 40 מכות ולא יותר, ומרגע שהוא ריצה את עונשו הוא כמו אחיך.

אלון מחדש את ואומר "וכלל גדול זה (40 מלקות) יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אל אגם בעת ריצוי עונשו".

-**הזכות להתרפא: קיימת גם לאסיר ומותר לו לבחור מי ירפא אותו במידת האפשר. אך מדובר בזכות יחסית:** "זכותו של האסיר לבחירת ייעוץ וטיפול רפואיים, הנראים בעיניו ומקובלים עליו, שמורה היא לו כל עוד אין קיומה של זכות זו נוגד חובתם של שלטונות בית הסוהר, לקיים שלילת חופש התנועה הימנו והובע מחובתם זו, היינו שמירה על כללי הביטחון וסדרי בית הסוהר. בכך דומה היא זכות זו לכל זכות יסוד אחרת, שאינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה הם ע"י מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים, של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין".   
  
\*ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים, שנינו: המודר הנראה מחבירו מרפאו רפואת נפש" – ריפוי זה לא הנאה אלא היא מצווה ולכן גם אם אדם נדר נדר שהוא לא יטפל ולא יתן לו הנאה, הוא רשאי לטפל בו, כי ריפוי זו לא הנאה.

**זכות הבחירה "הוקמה נ' שר הפנים" (זכות בחירה לאסירים)**

**אלון לא רואה סיבה לשלול מאסירים את זכות הבחירה**, **גם אם הוא במעצר ואין במעצר לשלול זכות כלשהי אלא אם יש חיקוק שמונע זאת. כי אדם בא מהחברה ואליה הוא ישוב.**

"כלל גדול בידנו כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר לבלבד בכדי 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."

באופן כללי – אלון מאמין שהדרך שבה כולאים אנשים היא רק חממה לעוד פשיעה ולא עוזרת בכלום, כמובן שאם יש מישו שהוא ממש מסוכן לחברה אז וודאי שצריך להרחיקו אבל אנשים שצריכים לקבל מעט עונש, ניתן להענישם בדרכים אחרות משום שהכליאה היא ישנה מידי ולא רלבנטית.

**וייל נ' שרות בית הסוהר (התייחדות ואישות בבית הסוהר)**הוא רצה לקיים יחסי אישות עם אשתו בכלא, ודרש מבית הסוהר שיאפשרו לו לעשות זאת.   
שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר.**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 לקיום יחסי האישות ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על פי דין לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים"

**זכות יסוד השמורה לאסיר ויש מקצתה היא בבחינת זכות בל תעבור, ומקצתה כפופה היא לכללי האיזון האמורים**. כך הוא דרך משל לעניין הטיפול, הרפואי של האיסור. הזכות לקבל טיפול רפואי מעוגנת היא בחובה שבה המוטלת על שלטונות בתי הסוהר, כמפורט בפקודת בתי הסוהר, שהותקנה על פיה זוהי זכות מינימלית אנושית, שאינה כפופה לשיקולי איזון של קיום משאבים וביטחון.

**לדעת אלון - יש זכויות שהן מוחלטות כמו בריאות, ואוכל שבית הסוהר לא יכול לאסור אותן, הם בסיסיות ואינן כפופות לאיזון ולדעתו הזכות להתייחדות, כפופה לאיזון אך היא כמעט קרובה לאלו כמו בריאות שאין לכפופן.**

מה ניתן להסיק מעמ"י?   
מי שהורשע על הריגת אדם גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו, ולא זו בלבד אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלו, צורכי חיים חיוניים.   
כאמור 42 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 בהם נשנו במקורות תלמודיים שונים.

דין ערי מקלט, אינו נוהג בזמן הזה, אך הרעיון הגלום בדרך ענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד לנגד ענינו בבואנו לדון בסוגיית דרכי הענישה ביצוען של דרכים אלה ומטרותיהן.

**בעיר מקלט אדם גולה עם משפחתו, ועם הרב שלו וכך שומר על מסגרת משקמת עבור הפושע. במקום שבו מבודדים אדם מהחברה זה לא טוב לו ולא משקם אותו**. **אלון היה חלוץ בתחום ההתייחדות והאישות בכלא, וכנ"ל בטיפול רפואי ובחירה בהם ובחירה לבחירות**.   
יש לתת עונש אחר שהוא אינו בידודו מהחברה.   
אלון טוען שהוא לקח את זה מתוך המשפט העברי, הוא מעגן את דעותיו במשפט העברי. אלון היה חלוץ בתחום המתן חופש להתייחדות, לביקור משפחות וכולי, זאת משום שהוא הבין את החוכמה שבכך למען האסיר, שיקומו ולמען החברה כולה שתרוויח מכך רק יותר במקום לכלוא את כולם ולשלול להם את החופש לגמרי ובכך רק ניצור כר פורה של עוד פשיעה. אם ניתן התייחדות לאסירים אנו מקטינים את כמות הפגיעות המיניות בכלא, ובכך ניטיב עם כולם. האסיר ישוקם טוב יותר, יהיה פחות פגיעות מיניות וחברה כולה תרוויח אדם שיוכל אח"כ לחזור לחברה בריא יותר.

"**שלילת זכות ההתייחדות כאמור, בנוסף לפגיעה שיש בעצם מניעה 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 בבית הסוהר שלנו כפי שמקובל במתוקנים שבבתי הכלא האומות העולם – הסדר של ביקורים משפחתיים, ודאי שהיה זה הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה. שונה הוא מצד הדברים בנוגע לחופשה לצורך התייחדות, לדעתי נכון כי נימוק זה ייכלל בין הנימוקים המצדיקים חופשה שאותם כמובן יש לאזן עם אינטרסים אחרים."

**ברק הסכים איתו, אבל יש לתת התייחדות גם לאסירים שאינם נשואים.**

שיעור 10/1/2023

חוק יסוד כבוד האדם וחירותי והשפעתו על מעמד המשפט העברי

מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של **מדינת ישראל כמידת יהודית ודמוקטרית**

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.

ערכיה הם מדינה יהודית ודמוקרטית.

השאלה העומדת על הפרק: מה בדיוק הכוונה ברכיב "יהודית"? המושג דמוקרטית מובן יותר.   
לעניין פרשנות החוק השופט אלון אומר:   
עד שנכנס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לקתופו לא עמד שופט בישראל בפני החובה לפרש תכלית דו ערכית זו. הפסיקה נתנה דעתה לפירוש המונח מדינת דמוקרטית בלבד, והרבתה לדון ולהתעמק במשמעותם של ערכי הדמוקטיה, שהוגדרה בתמצית בתמצית (להלשים)

\*משמע: **החידוש בחוק היסוד של כבוד האדם זה יהודית ודמוקטית, כמו שגזרנו מדמוקרטית דברים שונים אז כך גם מהמשג מדינה יהודית או לפרק מכוח הערכים היהודיים והדמוקרטיים**.  
אם שופט שואל עצמו ביחס לכבוד/פרטיות/קניין/חירות איישת וכולי וגם הבלתי מנויות שהוכנסו בדרך פרשנית, יש לפרש לפיה מקובל במדינה דמוקטית ויהודית. זו תכלית דו ערכית.

ברק באותה תקופה אומר: המדינה היא היהודית לא במובן ההלכתי-דתי אלא במובן זה **שליהודים זכות עלות עליה**, והוויתם הלאומית היא הוויתה של המדינה, (הדבר מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי המנוחה). **ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, שלטון החוק וכיוצא בהם ערכים אותם הנחילה יהדות לעולם כולו.** הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם התואמת את אופיה הדמוקטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מ"י כמדינה יהודית עם המשפט העברי.

כי הרי עד 92 חוקי היסוד הם כמו חוקים רגלים הן מבחינתן ביטולים והן מבחינת מעמדם הנורמטיבי אלא אם כן סעיף ספציפי בחוי שוריין למשל סעפים מתוך חוק הבחירות ואז אם יהיה איזה חוק שסותר חוקים משוריינים בחוק היסוד (שריון פורמלי שדורש רוב של 80). אם לא היה שיריון פורמלי עד 92 , אז מותר היה לסתור חוק יסוד. ברק בא במאמר שלו להגיד שחוקי היסוד החדשים הם במעמד גבוה יותר על סמך פסקת ההגבלה בתוך חוקי היסוד (ס 8). היא נוסחה כפסקה חוקתית ולכן חוק היסוד כבוד האדם הוא גבוה מחוקים אחרים כי יש בו את ס' 8 וזו המהפכה החוקתית.

לראשונה יש נורמה שהיא במעמד על חוקי.

**מבחינת ברק – המדינה יהודית במובן הלאומי תרבותי ולא במובן היהודי – זו קביעה מבוססת לדעת חיים שפירא כי בהכרזת העצמאות הוכרז על מדינה יהודית משמע במובן של מדינת לאום**. מדינת לאום יהודית. ברק מחדד את הכוונה של הכרזת העצמאות אולם יחד עם זה יש גם אלמנט תרבותי ערכי היסוד של היהודית עם ערכי היסוד של המדינה משמע ערכים של **אהבת האדם, קדושת החיים, צדק הלכתי, עשיית הטוב והישר, שלטון החוק** וכולי. **כולם הם ערכים בעלי אופי אוניברסלי ולא פרטיקולריים. ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. מדינה יהודית במשמעות של ערכים שהיהדות הנחתה לכולם. הפנייה לערכים אלו הם מופשטים ואוניברסליים שתאומים את אופייה של המדינה. לכן, אין לזהות את ערכי המדינה כמדינה יהודית עם המשפט העברי.**

ברק בעצם אומר שהמדינה היא יהודית במובן התרבותי לרבות הערכים היפים של המסורת והם: קדושת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, שמירת כבוד האדם וכולי. הערכים האלה אוניברסליים, ערכים במובן הגבוה ביותר ומשתווים לגמרי עם הערכים הדמוקרטיים האוניברסליים. קדושת החיים פה היא כמו של אנגליה ושל אמריקה ושל דנמרק.

כשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות הדמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינה יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות שכבשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה.

**אלון** אומר ממש לא, כל המושגים שברק מנה לרבות קדושת החיים, אהבת האדם, עשיית הטוב והישר, זה יפה מאוד אבל כשאני שואל מה המובן שלהם צריך ללמוד את קדושת החיים לא באופן מופשט כמו שברק רוצה אלא מה אומר המקורות היהודיים לגבי הפלות/התאבדות/המתת חסד צריך לראות את המושגים הנ"ל לאור המקורות היהודיים ולא במובן האוניברסלי.   
למשל גם עשיית הטוב והישר יתפרשו לפי המקורות היהודיים ולפי האופן שזה בא במקורות היהודיים ולשלבם במקורות הדמוקרטים כשיהיה הבדל (במידה ויהיה) ביהמ"ש יכריע ויקבע גבולות מה יש לקחת מהיהדות ומה מהדמוקרטיה.

אלון עונה לברק שהמובנים הם לא אוניברסליים, אלא באופן שבו הם התפרשו במקורות היהודים. לדעת אלון חו"י כבו"דהא יש מעמד חוקתי כי הוא קבע שזכויות האדם שמנויות בחוק יש לפרש לאור ערכים דמוקרטיים ויהודיים ולפי ברק החו"י אין שום השפעה, נתן הוויה לאומית כמו קודם.

**לפי ברק חו"י ללא שינה את מעמד המשפט העברי, כי הוא תמיד דיבר על מובן יהודי-תרבותי ומעולם לא מובן הלכתי-דתי.** היבטים לאומיים הם הדתיים לרבות חוק השבות, שפה, מועדים וכולי שזה בסדר שהם יהודיים-לאומיים. מעבר לזה אין סיבה לפנות למשפט העברי בנוגע לזכויות אדם. כשאני שואל מה זה "קדושת החיים" מבחינת ברק הפירוש לא יהיה אחורה לשורשים היהודיים. לפי אלון חייבים לחזור למשפט העברי כשאני מפרשים את המושגים הללו.

**לעומת זאת לדעת אלון מעמד המשפט העברי שודרג להיות בעל מעמד חוקי לצורך פרשנות זכויות האדם**. לדעת אלון המעמד של המשפט העברי עלה שודרג, כי חוק היסוד קבע שצריך לפרש את זכויות האדם לאור הערכים של ערכיה של מדינת ישראל היהודית והדמוקרטי, משמע לפי הערכים הדמוקרטיים והיהודיים.

בחוק יסודות המשפט מתייחסים רק ללקונה ובחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שידרג כי לא רק כשיש לקונה נלך למשפט העברי אלא תמיד נלך למשפט העברי כשמדובר בזכויות המנויות בחוק יסוד כבוד"הא לפי אלון.

אלון על שיטת ברק - אלון ממשיך להגיב על ברק: גובה ההפשטה הגיע אפו עד לרמה האוניברסלית של ערכים יהודיים אלה. לשון אחרת: על טיבם של מושגים אלה – אהבת האדם, קדושת החיים וכולי

ואתה תמה ושואל: כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני

אלון מחדד את ברק אם ברק אומר שערכים יהודים זה ערכים שהיהדות הנחילה לעולם כולה אז יש סלקציה, המקורות היהודים הם רבים ועשירים אין לקחת את כולם אלא לוקחים רק את אלה שהעולם קיבל על עצמו , ערכים יהודים שהתמזגו לעולם כולו. משמע קדושת החיים כמו שהאנגלים והאמריקיים מסתכלים כי הם שאבו את זה רמת הפשטה גבוהה. הטענה של היא שקנה המדינה לבחון איזה ערכים יהודיים העולם מקבל ומה פרשנותם זה קנה מידה אוניברסלי וכך הוא מתנתק מן המקורות היהודיים.   
הטענה של אלון התקבלה על ידי מלומדים אחרים וביקרו את ברק על קנה המידה הלא סימטרי (להשלים).

"כדי להיזקק לערכיה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית" , אין להיזקק לפתיחת השערים ע"י מפתח הלקונה, מפתח שכוח פתיחתו ניטל הימנו, אליבא דחברי השופט ברק.   
הפיתוח המשפטי של זכויות היסוד המוניות בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, של עקרון האיזון שבחוק זה ושל כל יתר הוראתיו הוא על ידי עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקטית, ולשם כך חייבים אנו ומצווים אנו להיזקק לעיון ולדיון במקורות מהם ניתן להסיק ערכים של מדינה יהודית ומדוקטית, כדי למצוא את הינסתזה המתאימה וההולמת של תרכלית שלובת   
  
**חו"י הכבוד הוא שדרוג, שהרי יסודות המשפט זקוק ללקונה כדי לפנות למשפט העברי ואילו בחו"י הכבוד תמיד יפנה למקורות היהודיים.**

**לפי אלון – זכויות אדם יש לפרש לאור ערכים דמוקרטיים כלליים וגם לפי מקורות היהודית ולבסוף לעשות סינתזה – חיבור.   
לפי ברק – חו"י כבוד לא משפיע על מעמד המשפט העברי.**

עילות מעצר עד תום הליכים:

לדעת רוב השופטים בעבר חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההלכים כדי להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגון הפלילי.

בשנות ה70 האמינו שזו הלכה שיפוטית משמע לא היה חוק שטיפל בעניין הזה באופן ישיר וסדיר.  
נחבטנו בשאלה בשל חשש משיבוש הליכי משפט, בשל חשש שיברח, מסוכנות וכולי העליון אמר שצריך לעצור עד תום הליכים ולא יתכן שמי שמואשם אולי. כך היה גם על עמוס ידלין שנחשד בהונאות וגניבות כנגיד בנק ישראל.

אלון מצטרף ב1978 – העברי מתנגד למעצר בשל עבירות כספיות כי העברי ממש חשוב החירות ולכן אלון מתנגד להלכה שהייתה בשנות ה70. כך הוא אמר בפס"ד אבוקסיס:   
"זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק עוד בשחר ימיו, (להשלים)

הוא מצטט זאת על **בסיס הריב"ש** "אם יש רשות לבי"ד להוציא את שמעון המסור מבית האסורים בערבים בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב אם יתברר הדבר.

מסור = מוסר = אדם שנחשד בעבריה של מסירת יהודים/רכושם לשלטון. זו עבירה חמורה מאוד.   
האם יש לעצורו עד תום הליכים או לשחררו בערבות? אמר הריבש: "אין ספק שכל שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, שבי"ד חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין דבר חיוב עונש רק חיוב ממון לבד, ואין נותנים אותו בערבים. (להשלים)

אם יש חיוב ממון בלבד אז זה קנס בלבד ולא לאסרו, אם הוא התחייב בעונש גופני אז יש לאסור אותו, כי אם העבריין יראה שהוא עתיד להתחייב בגופו אז הוא יברח.

אם מדובר בעבירה חמירה שעונשה הוא עונש גוף אם מדובר בעבירה קלה שעונשה קנס אז אין לאסורו עד תום ההלכים ויש לשחררו בערבות. אם מדובר בעבירה חמורה אז הוא ילך למאסר עד תום הליכים, מפני החשש שמא יברח. משמע אם יש ממש בדברי התובע = יש ראיות לכאורה ולא תביעה בעלמא, ויהיה עונש בגופו אז החשש שמא יברח צריך לאסורו עד תום הליכים ואין לשחררו בעברות

מתי נשחרר אדם בערבות:

1. אם העונש הוא קנס אז נשחרר בערבות או 2) שאפילו אם העבירה חמורה אבל אין חשש שימלט אז נשחרר בערבות.

משמע צריך ראיות + אין חשש שימלט + עבירה חמורה אז נאסור בכלא שלנו אלון אומר.   
אלון מסיק גם שאם העבירה חמורה אבל אין חשש שימלט אז נשחררו בערבות אישית. כי הוא מאמין שככה המשפט העברי רואה את החירות האישית. (אלון היה בדעת יחיס) ואמרו שחומרת העבירה היא עילת מאסר. במרוצת השנים שושנה נתניהו הצטרפה לכך. והם הפכו להיות דעת מיעוט

1988 – **אימצו את גישת אלון ואמרו "אין חומרת העבירה עילה למאסר עד תום הליכים"**1992 – חוק יסד כבוד האדם וכאן זו ההזמנות של אלון לבחון שוב ולהדגים: ס' 5 - אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. זו חירות מנויה בחוק עצמו , וקובע שאסור לפגוע בחירות האישית.

פס"ד סויסה - חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו את ס' 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 מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית היא שבתהליכו** **חופשי יסכן את שלום הציבור או היחיד או ישבש הליכי משפט, ואלה בלבד ותו לא**.  
אמון הציבור במערכת המשפט כבר לא רלבנטי.

אלון אומר שהוא בוחן כעת את החירות האישית לאור ערכים דמוקטרטיים והיודים ולפי המשפט העברי אין לאסור אדם שלא הורשע בדין ויש לו חזקת חפות ומותר לעצור אותו רק אם הוא מסוחגכן או שימלט מהדין או שיש חשש שיבש הליכי משפט ותו לא. אם אנו דואגים רק "לאמון הציבור" זה לא סיבה לעצרו עדיין עד תום הליכים.

**ראיות לכאורה/חשש המלטות וכן כל התנאים שהריבש מנה –הנחו את אלון לומר ש"חשש הציבור" הוא לא עילה למאסר עד תום הליכים**. זו תפיסה חזקה של החירות האישית.  
העברי מציג עמדה ממש ליברלית וכדי לפגוע בחירות האישית צריך ממש עילה חזקה ולכן הוא קובע בפס"ד סויסה שלאחר חו"י כבוד האדם וחירותו מכריע לטובת אלון.

הוא מבסס את זה גם על פס"ד עזאזמי: נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו מאחורי סורג ובריח שהוא אף חשוב ומכריע יותר מקודמו, מצוי בהוראה שבס' 2, לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו הקובעת את זכות היסוד "שאין 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 כך הנובע מכך. לכך גם השפעה על אפשרות שמירה הניקיון בתאים וכל על טיב האוכל והניקיון כלים שהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העצור כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטרי.

מעצר בישראל זה פגיעה בכבוד האדם כי יש צפיפות בתאים, יש לכלוך ובעצר יושבים אנשים שלא הורשעו ואם אין ברירה ויש מסוכנות אז נעצור. אבל אם יש אפשרות אחרות כמו מעצר בית או אזיק אלקטוריני אז יש לבחור בכך.   
מצטט את הרמבם: כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה באוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמיים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם.

הוא לוקח גם את הריבש + הרמבם ומפרש את הקיף חופש החירות האישית לפי המשםט העברי.

**בעקבות חו"י כבוד האדם וחירותו חומרת עבירה אינה עילת מעצר – דעת המיעוט של אלון הפכה להיות דעת רוב**.   
אחרי חוק היסוד כל השופטים הצפטרו לאלון והעניין שונה.

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

ב-1996 עוגן בחוק שאם אין מסוכנות חש המלטות או שיבוש הלכי משפט אין לאסור אותם עד תום הליכים.

אלון לקח את המשפט העברי כשיטה מאוד ליברלית שמתנגדת למעצר עד תום הליכים אלא אם יש הוכחות מוצקות למסוכונת/חשש המלטות/שיבוש הלכי משפט. אלון מנהל מערכה כפולה חזית אחת במשפט הישראלי נלחם למען המשפט העברי והזיקה אליו והפנייה אלין. חזות נוסף היא פרשנות המשפט העברי – שהיא םרשנות ליברלית וכבוד האדם ולא כמשפט עברי כמשפט פשיסטי ושמרני. הגישה של אלון ךמשפט העברי זו פרשנות מאוד ליברליץ.

אלון מדגיש מאוד את עקרון השוויון ביהדות ובעניו העקרון של בריאה בצלם הוא המרכזי אבל יש חריגות כמו שהיה בפס"ד לאה שקדיאל. אלון בחן את מעמד האישה בהלכה ונתן לכך גישה ליברלית כי ההלכה לא מתנגדת לכך שאישה תמלא תפקיד ציבורי ולכן הטענה שהיא לא יכולה לכהן במועצה איזורית ירוחם כי היא אישה זה שגוי. כך הוא פותח חזית גם עם הרבנות.

בסוך שנות ה90 ברק כותב את פרשנות המשפט – פרשנות המשפט:   
מהם, אפוא, ערכיה של מ"י 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 מאופיה המיוחד של מ"י כמדינה יהודית. יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו "טעם" קיומה, אלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מ"י היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא גם יהודית.  
מדינה יהודית היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנך הוא הבסיסי שבספריה, ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. מדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב. ושענייני נישואין וגירושים של יהודים מוכרעים ע"פ דין תורה. מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכי של תורת ישראל ערכיה של מורשת ישראל וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

הוא נזקק למובן ההלכתי של היהדות, ברק עושה תפנית יהודית זה כמובן לאומי אבל זה גם ערכי ההלכה. אלה מוטלות מבחוץ (זה כמו שאלון האשים את ברק, ולכן הוא חוזר בו ומכחיש) ברק התכוון לומר שהוא ילמד מן המקורות הפניים. מדינה יהודית היא מדינה שבה המשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושעניני נישואין וגירושים של יהודים מוכרעים על פי דין תורה.  
הוא שינה את עמדתו פתאום ערכיה של תורת ישראל, מורשת ויהדות עם ערכיה היהודיים של מדינת ישראל. **ברק עושה תפנית של 180 ביחס לעמדה הראושנה שהציג ואומר שהמשפט העברי כולל את התורה ואת ההלכה והם חלק מהמשפט הישראלי בכללותו. מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים**.

ברק על אלון: 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.

המחלוקת בין ברק לאלון הצטמצמה – ברק אומר אם אלון מסכים ואלון לא יחלוק עליו, אם כך המחלוקת כמעט נמחקה. נכון שברק לא מיהר לגשת למשפט העברי אבל הוא כן אימץ את עמדת אלון לגבי המשפט העברי בתוך המשפט הישראלי והוא אכן שודרג בחוק יסוד כבוד האדם.

ברק אומר שהמשפט העברי כן רלנבטי בסך הכל. הוא אימץ את עמדת אלון.

**שיעור 17/1/2023**

המתת חסד וטיפול בחולה הנוטה למות   
פס"ד יעל שפר   
פעוטה ילידת 1986 בת שנתיים, אובחנה עם טייזקס. היא נמצאת במצב של צמח.   
היא מאבדת את יכולת התנועה שלה על למצב תרדמת וכך הם מתים עד גיל 3.   
האמא ביקשה בשם הילדה כאפוטרופסית שלה, שאם יוחמר מצב הרפואי והיא תזקק להנשמה, הדבר לא ינתן לה למעט תרופות משכחות כאבים. האבא לא התנגד אך גם לא הצטרף.  
האב לא היה שותף לבקשה, האב יותר טיפל בילדה והאמא יותר רחוקה והגיעה לעיתים רחוקות יותר לבקר אותה.  
ראשית - האם אדם בגיר יכול לב'ש מבי"ח שימנעו ממנו טיפול מציל חיים?   
שנית – האם הורים כאפטורופס יכולים לבקש בשמם מבי"ח למנוע שיטפלו בילד טיפול שהוא מציל חיים?  
שלישית – האם הורה אחד יכול לבקש?

הבקשה של האם נדחתה במחוזי, קטין לא יכול לבקש דבר כזה ובגיר אולי כן. הורה אחד בכל אופן בוודאי לא יכול לבקש דבר כזה. מכאן ערעור האם לביהמ"ש העליון. הערעור נדחה ללא נימוקים.  
בנתיים הילדה נפטרה. כשהיא כמעט בת 3. וכעת ביהמש נדרש לתת נימוקים על הערעור שהיה בעליון.   
האם יש טעם לדון בעניין תאורתי שכבר לא רלבנטי?   
מחד זה נימוקים על החלטה מעשית שהייתה כשעוד הילדה הייתה בחיים.  
מבחינת הנימוק יש צורך לנמק את ההחלטה כשעוד היא הוחלטה דאז. כעת הוא חייב לתת נימוקים על החלטה שהוא נתן בעבר.   
גם אם אדם בגיר יכול לבקש, וגם אם שני הורים יכולים לבקש, אפוטרופוס אחד בוודאי לא יכול.   
וויט – פסד דין מ73 בעניין הפלות , נקבע שגברת ג'יין רו (פלונית) עתרה נגד טקסס על זה שאסרו עליה הפלה, היא ילדה כבר את הילד אבל היא המשיכה את העתירה על כך שאסרו עליה הפלה בטקסס. עד שהערעור הגיע לעליון זה כבר לא היה רלבנטי כי היא ילדה ילד. אבל דנו בכל זאת על שאלה תאורתית ונקבע שאם נלך לפי שיטה זו אף עתירה בסוגית הפלות לא תעבור, כי אז כל אישה שעותרת כבר תלד. כך שלא מדובר בעתירה תאורטית, וכך גם השפוט אלון הלך. הוא מאמץ את דעת שופט הבית הלורדים. כי הרי המקרים הללו עתידים לחזור בעתיד כך שאלו לא דיוני סרק תאורתיים, אלא המציאות עצמה. כי אם לא, ייצא שאך פעם לא ניתן יהיה לדון בשאלת ההפלות. אלו החלטות צופות עתיד  
הדיון הרחב של העליון כאן מפיו של השופט אלון -   
דנו בשאלה זו לאור חוק יסוד כבוד האדם, יש הגנה לקדשת החיים ואין פוגעים בחייו גופו או כבודו של אדם ולכן יש להתייחס לנורמה חוקיתית זו.   
ביצוע של המתת חסד היא אסורה. הטענה שעומדת היא שיש התנגשות בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד. יש כאן אירוניה קלה - אנשים שרוצים המתת חסד דורשים בעצם זכות למות בכבוד. שכן, שמירת החיים עומדת בניגוד לכבודו של אדם וכן לחירות האישית והאוטונמיה שלו.

השופט אלון אומר שהכרעה בין זכויות צריכה להעשות לפי פסקת ההגבלה, כי אותו עיקרון של פסקת ההגבלה (התנגשות אופקית) בין 2 זכויות יש לדון לפי קריטריוני פסקת ההגבלה ובמיוחד לאור ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית.

**יש לבחון את השאלות של המתת חסד לפי הערכים היהודיים ולפי ערכיה המדוקטיים ולעשות סינתזה בניהם**.   
אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית  
באמצעות מתן חומר ממית רעיל  
באמצעות סיוע להתאבדות

אונותנזיה (מתת חסד) פסיבית  
 הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים  
ניתוק מכשירים (מכונות הנשמה) - השופט אלון מסווג את ניתוק ממכשירים כפסיבי.

שניהם דורשים התגברות על החוק הפלילי. יש מדינות שמתירות אחד אבל לא מתירות את האחר. בשוויץ למשל יש את "דיגניטס". נותנים לאדם את הכדור והוא בוחר אם לקחת אותו או לא.

בהמתה פסיבית אדם לא מת מהפעולה אלא מהמחלה שיש לו. אנו נמנעים מלבצע פעולה פיזית. סיבת המוות כאן היא המחלה שהוא חולה בה.   
אלון אומר שניתוק ממכשירים אדם מת מהמחלה שהוא חולה בה. הפעולה של הניתוק הביאה אותו למצב אפס. הוא מת מהחולי שלו. אנחנו החזקנו אותו על מכשירים ואם הסרנו את המכשירים אז הוא מת מזה.   
מחד הניתוק הוא פעולה אקטיבית וכתוצאה מכך החולה מת מבחינת הקש"ס וסמיכות הזמנים. לכן יש הטונים שניתוק מכשירים זה אקטיבי.  
אך **אלון אומר הואיל והפעולה הזו מחזירה את האדם למצב טבעי (של חולי) הוא מת מהמחלה שלו ולא מהניתוק שלו**.

אלון ניגש לברור העניין -   
**לפי הרמבם דינה של המתת חסד אקטיבית היא מיתה** "אחד ההורד את הבריא או את הנוטה למות או הגוסס נהרג עליו" משמע רצח הוא רצח בין אם אדם הוא בריא / על ערש דווי=חולה נוטה למות=סופני / גוסס-אדם שנמצא באדם שימות תוך 3 ימים גג.   
כל המתה של גוסס היא רצח.   
הגוסס הרי הוא כחי לכל דבר, וכל הנוגע בו כאילו שופך דמים, דומה לנר שמרצד ועומד להכבות. ואם יגע בו אדם "לסדר אותו" וכך הוא מכבה את הנר.   
אסור לגעת באדם גוסס וכל הנוגע בו הוא שופך דמים.  
סיכמון: המתת חסד אקטיבית לפי ההלכה היא אסורה, היא הרגיה של ממש. ולא משנה אם החולה ביקש זאת או לא.

**המתה פסיבית לפי ההלכה:** הרב שלמה זלמן **אוירבך** אומר יש סוברים שכשם שמחללים שבת עבור חיי שעה כך מכריחים את החולה שהוא אינו בעלים על עצמו גם לא לרגע אחד. אם יש אדם שהוא חולה סופני והרופאים אומר שהוא ימות שבוע הבא אבל בשבת הוא צריך טיפול רפואי מחללים עליו שבת. ולא עושים חשבון האם זה שעות אחרונות שלו "גם שעה אחת היא חיים". פיקוח נפש דוחה שבת ולא משנה כמה ימים נותר לאדם הזה לחיות. קדושת החיים היא ערך אינסופי. חייב להציל אותו כאילו הוא יחיה עוד 20 שנים. אין למדוד את איכות החיים "מה שווה החיים שלו כי הוא איבד את צללות דעתו או הוא נכה", לכל חיים יש ערך אינסופי. אין למדוד לא רוחב (אופן) החיים ולא אורך חיים.  
לכן יש להציל חיים בכל מחיר.   
אוירבך לא הולך עם תפיסה זו **ואומר** שאם החולה מדוכא מהמצב שלו, חייב לתת לו אוכל וחמצן גם נגד רצונו אבל מותר להימנע מתרופות שגומרות סבל לחולה אם החולה דורש זאת. **מותר להימנע מלתת טיפול במידה והחולה רוצה זאת**.

**כך פוסק גם משה פיינשטיין**. בחולה סרטן שבדרך הטבע שלא ניתן שיתרפא לחיות חיי עולם. היינו החיים הרגילים לסתם אנשי בזממנו רק לזמן קצר לאיזה חדשים, אם צריכים ומחוייבים לרפואותו אם הזמן שיחיה יהיו חיי צער.   
צריך להודיע לחולה ולשאול ממנו אם רוצה שיתנו לו רפואה ,סמים אלו, שאם בחיי יסורין רוצה יותר ממיתה - צריכין ליתן לו ואם אין החולה רוצה לחיות ביסורון אין ליתון לו סמי רפואה אלו.  
**יש לבקש רשות מהחולה ולשאול אותו אם הוא רוצה טיפול כימותרפי, כי אם הוא רוצה חיי יסורין יותר משהוא רוצה מיתה (כמה שאפשר לחיות) אז יש לאפשר לו. ואם החולה אומר שהוא אינו רוצה לחיות בייסורים ולא לעשות כימו יש לאפשר לו זאת.**

**מסקנה**:   
**מבחינה אקטיבית** – איכות ואורך החיים היא חשובה ואסור להמית אקטיבית ולא משנה מה מצב החולה.  
**מבחינה פסיבית** – אין לבדוק באותו אופן, אלא תמיד יש לשאול את החולה כשיש ייסורים וסבל וכמובן רצון החולה. צריך לתת לחולה את הפרטים המלאה ולהתייעץ איתו ועם רצונו.

**מה בנוגע לניתוק מכשירים?**   
**הרמ"א** השגות על הש"וע– 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 להסירם משם, שאין בזה מעשה בכלל , אלא שמסיר המונע.   
אסור לזרז את מותו של אדם, אבל אם יש דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש כגון שאם יש קול מונוטוני שחוזר על עצמו ע"י חוצב עצים וזה מפריע לאדם למות, מותר להפסיק את קול הדפקה כדי לאפשר לאדם למות. או אם יש מלח על הלשון וזה מונע את המוות ושמו לו גרגר מלח כדי שלא ימות, אז מותר להזיז את גרגר המלח.   
שאין כל אלו בידי מעשה כלל אלא שמסיר המונע. **פעולות מסוג זה למרות שהן אקטיביות באופיין אין בזה מעשה אקטיבי, מותר להסיר את המניעה החיצונית כדי לאפשר לאדם למות.**

**כך גם פסקו חיים דוד אליעזר, וגם הציץ אליעזר - ניתוק ממכשירים זה כמו המלח.**

לא כולם מסכים עם פסיקה זו – הם חושבים שלנתק מכשירים זה מביא למוות ולכן היא אסורה.  
המתה אקטיבית אסור בכל מקרה, המינעות מטיפול זה מותר ואילו ניתוק ממכשירים זה שנוי במחלוקת.

מבחינת הערכים הדמוקרטיים הוא לוקח את ארה"ב והולנד. בארהב יש איסורי המתה אבל יש להוציאם מהכלל אם אדם רוצה, כי יש את הזכות לסרב לטיפול רפואי וביהמש הכיר בזכות של אדם לסרב לטיפול רפואי.   
גם בישראל אדם זכאי לסרב לטיפול רפואי ולכן הוא יכול להמנע מטיפול מציל חיים, אך זו זכות יחסית והיא כפופה לאינטרס חשוב של המדינה, וכאשר האינטרס קיים אין לאפשר זכות זו, כי למדינה יש את אינטרס שמירה על החיים. קדושת החיים לא עומדת לעצמה אלא נתפסת במסגרת אינטרס של המדינה לשמור על החיים. אלון מציין שזה שרידים עתיקים שבהם האמינו שהאדם הוא עובד המדינה ועבד שלה.   
**הנוסחה: ככל שהחולה סובל ייסורים וככל שסיכויי ההחלמה שלו מועטים וככל שההתערבות פחות פולשנית יש לקבל את סירוב החולה ולהפך**.

אלון מסכם את העמדה האמריקאית – בכל מדינות ארה"ב אין לעשות המתה אקטיבית (נכון לכתיבת פסק הדין של אלון). המתת חסד פסיבית הייתה מותרת. ניתוק ממכשירים עשויה להיות מותרת ותלוית נסיבות.   
סירבו של קטין לקבל טיפול רפואי – באמצעות מבחן "אומד דעתו של הקטין" (כמובן תלוי הגיל של הקטין) או מבחן "טובת הקטין".

הולנד – היא היחידה שמותרת בה המתת חסד אקטיבית יש לכך כמובן תנאים מסוימים כאשר ברור שהחולה בכשירותו מבקש זאת ומלווה בסבל קשה, וכאשר מדובר במחלה חשוכת מרפא.   
השופט אלון מציין שבהולנד שיעורי ההמתה בים 5000 ל10,000 הומתו על בסיס המתה אקטיבית.   
  
**הסנתזה של אלון בין יהודית ודמוקרטית**  
לפי ההלכה המתה אקטיבית היא אסורה והיא מתאימה גם לרוב המדינות הדמוקרטיות.  
לגבי הימנעות מטיפול רפואי לפי יהדות מותר וגם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות ולכן יש לאמץ זאת  
לגבי ניתוק במכשירים יש מחלוקת גם בהלכה וגם במדינות העולם. נראה כי יש מקום לדעתו שאולי כן ננתק ממכשירים.

עקרון קדושת החיים היא נקודת המוצא ויש הגבלות כאשר יש התנגשות עם סבל ואיסורים וכולי.  
מבחינת אמריקה – יש מקום לסרב מצד החולה וכבודו ואילו עקרון קדושת החיים היא אינרס של המדינה ולא של היחיד.   
לדעתו יש עדיפות לערכים של מדינה יהודית במובן הזה שהמרכזיות של ערך קדושת החיים.   
כי גם אם נמצא שמדינות דמוקרטיות הן יותר מתירות המתת חסד אקטיבית, אנו צריכים לעמוד על איסור המתת חסד אקטיבית.

השופט אלון אומר שביחס בין יהודית ודמקטית – יש עדיפות ליהדות לפחות בתחום קדושת החיים!!! צריך לאצץ את ערך החיים גם אם במדינות דמוקטיות ערכו ילך ויפחת.

עקרון העל הראשוני במעררת המשפט העברי היא עקרום קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיבי של בריאת האדם בצלם ה' הגבלות וסייגים (להשלים)

הביטוי "למות בכבוד" הוא תרתי דסתרי – חייו הם כבודו של אדם.  
חיים של אדם הם כבודו, ואין לראות באדם סובל//נכה/חסר הכרה כאדם חסר כבוד.  
כל עוד אדם חיי כבודו נשמר. אסור להמשיג את המצב הגופני של אדם כאילו זה חוסר כבוד.  
יש כוחות כלכליים וחברתיים שדוחפים אדם לסיים את חייו.  
למשל מערכת כלכלית – למה להשקיע באדם שעומד למות עוד שנה?   
גם החברה / המשפחה – לא רוצה לטפל ולהשקיע בטיפול באדם שהוא נכה/חולה.

הזכות למות בכבוד עלולה להפוך לחובה – אנו נפעיל לחץ על חוליפ במצב סופני ונלחץ עליהם למות בכבוד אך בפועל נרצה לחסוך כסף/מאמצים וכולי.

החשש הזה במיוחד עולה בסוגיית קטינים, מי רשאי להגיד להגיד שעדיף מותם על חייהם.   
אלון שולל את ההתנגשות בין חיים לכבוד ועומד על כך שיש לעמוד כנגד הכוחות החברתיים הכלכליים שדוחפים לסיום החיים.

המתה אקטיבית היא אסורה  
המתה פסיבית של 2 צורותיה – הימנעות מטיפול + ניתוק ממכשירים. ותלויה כמובן בשיקולים נוספים כגון האוטונמיה של החולה, כאב וייסורים.   
במקרה של קטין/פסול דין – יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש ממדרון חלקלק, באופן עקרוני אפטרופסים יכולים לסרב בשם קטין לקבל טיפול רפואי בעבורו ובשמו אך כשהדבר עלול להביא למות של הקטין יש לבקש את אישור ביהמ"ש.

אדם בגיר יכול לסרב לקבל טיפול ויש לכבד זאת. כאשר מדובר בקטין יש לקבל את אישור ביהמ"ש.   
לגבי יעל שפר – הילדה אינה בוזתה ולא היה סיבה שלא לחבר אותה ךמכשירים. בנוסף הבקשה התקבלה רק בגלל האם והאב לא היה שותף לכך.   
זהו פס"ד מנחה בעניין המתות חסד עד שחוקק חוק החולה הנוטה למות (2005).

התפיסה של מדינה יהודית ודמוקטית מחייבת לדון בסוגיה בשתי זוויות. המשפט העברי תבע את הפסיקה ויש כאן השפעה מכרעת על פסק דין יעל שפר בסוגיה זו.

השופט ברק חתם על פסק דין יעל שפר והסכים לו. והוא מציג את פס"ד זה באופן שבו יש לטפל בסוגיות הדמוקטיות והדתיות יחדיו. איןלנו פסקי דין של ברק שדומים לכך.   
אך הוא השתמש בו כשהוא רוצה לדבר כיצד יש לטפל במשפט העברי בתוך המשפט הישראלי.

כיום:  
הולנד בלגיה – מותרות המתת חסד אקטיבית  
דוויץ – מותר סיוע בהתאבדות   
ארהב – אורגון קליפורניה וושנגטון מורת סיוע בהתאבדות (מוות לפי מרשם רופא)  
קנדה – מותר סיוע בהתאבדות   
בריטרניה, אירלנגד גרמניה צרפת דנמרק אוסטרליה, ישראל – מותר לסברב לקבל טיפול רפואי אבל אסור המתת חסד אקטיבית.

**שיעור 24/1/2023**

המשפט העברי – רצוי ומצוי

המעמד הפורמלי - למשפט העברי יש מעמד פורמלי, החוק מצהיר על זיקה בין משפט עברי למשפט ישראל.   
במקרה של שאלה שאין לה הכרעה, אז יכריעו בה לאור ערכיה של מדינת ישראל והמשפט העברי.  
זה מקור משלים למשפט הישראל.  
גם בחוקי היסוד שיש בהם "ערכי של מדינת ישראל כיהודית ודמוקטרית", יש לפנות למשפט העברי. השופט אלון + השופט ברק הסכימו שבחוקי היסוד יש כוללות של המשפט העברי ושממעות הדבר היא שכאשר רוצים לפגוע בחוקי יסוד, יש לעשות זאת לאור התאמה לעקרונו המשפט העברי.

מעמד מעשי – מידת ההשפעה של העברי על הישראלי: הדעות חלוקות.   
אלון אומר – המשפט העברי הוא אחד המקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה.   
החקיקה ישקאלית הבססבה על המשפט העברי מאוד. היקפו של המשפט העברי ניכרים היטב בכל תחומי היצירה שבה ויש לו השפעה רבה גם בחקיקה וגם בפסיקה.  
לעברי יש השפעה רבה על המשפט הישראלי.   
חיים שפירא אומר שיש השפעה מסוימת אבל קשה להעריך כמה ואיך המשפט העברי משפיע בדיוק. כי לאורך השנים וגם כיום יש לחץ פוליטי לאחד בין המשפט העברי לישראלי.

חשין אומר - "השפעתו (של המשפט העברי) הייתה שולית ויותר משקע עיקרים הפיץ ריח ניחוח".   
הערכות הללו הן סובייקטיביות, אלו שני שופטים שחושבים אחרת האחד מהשני.  
אלון רוצה לומר "רבות" כדי להוכיח שהוא הצליח, כי הוא רוצה לומר שאם החקיקה היא על יסוד המשפט העברי אז גם פרשנותו תהיה לפי המשפט העברי.   
חשין חושב שצריך לפרש את הישראלי מעצמו ללא זיקה למשפט העברי, יגיד שזו השפעה שולית ולכן אין צורך להזקק למשפט העברי.  
לכל שופט יש דעה משלו, והם נוגעים בדבר וכל אחד רוצה לבסס את הדעות שלו.

חיים שפירא אומר שהשופט אלון מגזים בהערכת יתר, ושחשין מגזים בהערכת חסר.  
חיים שפירא חושב שלשון המשפט העישראלי טבולה ומלאה בניבים מן המשפט העברי לרבות "בי"ד, מעשה בי"ד, דיני ממנונות, דיני נפשות, אדם נברא בצלם" וכולי. לכן כולן יעידו שהשפה העברי המשפטית הושפעה מן המשפט העברי. זו עובדה תרבותית, כך מכנה אותה חיים שפירא.

הסדרים רבים וחוקים רבים מבוססים רבות על המשפט העברי לרבות חוק השומרים, השבת אבידה, איסור לשון הרע,ף חוק עשיית עושר ולא במשפט, חוק לא תעמוד ע לדם רעך, חקו החולה הנוטה למות וכולי.

החוק אבידה מתיר להתעלם מהאבידה אבל אם אתה לא מתעלם אתה לא רשאי לקחת את האבידה לעצמך אלא יש להכריז עליה.   
ואילו השבת אבידה בעברי זו מצווה מוסרית שחובה לעשות, ההלכה מתירה חובה לאסוף את האבידה.

משמע יש כאן רעיון דומה אבל שונה

חוק איסור לשון הרע – הרריון דומה וגם השם אבל יש הבדל בהגנות שהחוק נותן למשל "אמת בפרסום" ואילו העברי לא מתיר הגנות שכאלו.

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים – תקנת שבים זה מאפשר לאנשים שחוזרים בתשובה לחזור לשגרה (זה של המשפט העברי) הישראלי משתמש בתקנת השבים אבל בצורה שונה.

ע"ע ולא במשפט – זה הטבעת לשון של הנביא שמוכיח את אלו שעושים עושר לא במשפט כלומר גוזלים.  
ואילו הישראלי מאמץ זאת ומחייב אדם להשיב את הרווחים שהרוויח.

זה נהנה וזה לא חסר – העברי אומר שאדם שנהנה מרכוש של זולתו. למשל אדם עושה שימוש ברכוש של חברו שלא במסגרת חוזה, או למשל עושה שימוש במגרש של חברו/נכס של חברו ולא מכוח חוזה. אז אדם צריך להשיב את מה שקיבל שלא כדין ואם הוא נהנה מהמגרש למשל אז לפי הישראלי אדם ישלם על ההנאה גם אם הוא לא הפסיד משהו.  
העברי אומר שהוא פטור מתשלום.   
המחוקק קבע חובת תשלום על ההנאה, אבל יש שק"ד לביהמש בסיטואציות מסוימות שבהם החבר לא חסר מהשימוש של חברו.   
יש כאן השפעה של המשפט העברי.

חוק בתים משותפים - בעלות בקרקע לא ניתן לחלוקה

המשפט העברי לא השפיע על רוב החוקים במדינה, אבל תרם שמות וחלק ממש השפעה חשובה.  
זו לא השפעה מבוטלת אך זו גם לא השפעה מכרעת ולא ניתן לומר שהישראלי לא מבוסס כלל.  
כך גם לגבי פסיקה, שופטים פונים לעברי גם כשיש לקונה וגם כשאין.  
הפניה לעברי היא מכרעת, כמו שקרה בשפר ולעיתים היא רק מבססת החלטות שהיו קורות גם בלי בזה. ולפעמים הפנייה ממש רטורית. רובינשטיין למשל סתם אומר "לחיבת המשפט העברי...." משמע סקירה קטנה וניחוח של העברי על הפסיקה גם בלי צורך אליו.

סיכום:  
המשפט הישראלי והעברי הן שתי שיטות משפט שונות  
המחוקק קבע שיש בניהם זיקה  
הזיקה באה לידי ביטוי בהשפעת המשפט העברי על החקיקה – בין שרבה ובין שמעטה  
היא באה לידי ביטוי גם בפסיקה – בין אם פנייה רבה ובין אם מועטה.

שפירא אומר שזה לא רק ריח ניחוח כמו שחשין כינה, אבל זה גם לא כמו אלון שאומר כולה ובעיקרה על המשפט העברי.

המשפט העברי הרצוי לדעת שפירא – שלושה דגמים  
**קליטה** – יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מהעברי ככל האפשר. משמע דגם שרוצה לקלוט בשיטה החדשה כמה שניתן מהעברי. הוא מאפיין את חברת המשפט העברי שנוסדה ב1918, אח"כ גם קצת דתיים שהצטרפה אליהם. הם חבורת ציונים שהבינו שהולכים ליצור משפט חדש, רצו גם יהדות במשפט הזה אבל לא העתקה מלאה של ההלכה. שילוב של השניים. הם רצון את עיקרון החלון משמע הפרדת יסודות משפטיים מישראליים. יש הפרדה בעצם זה שיש פה משפט חדש. הם לא רצו את הדין הדתי ביחס לברכות/תפילות/שבת וכולי אלא רוצה את דיני החוזים/קניין/עבודה וכולי בתוך המשפט הישראלי. בנוסף בתוך התחומים המשפטים יש להפריד כמה שניתן וכאשר הדין המשפטי מערב יסוד דתי למשל שבוע/קללות מי שפרע/המלצות וכולי יש להפרידם ולנסח אותם מחדש בתוך המשפט הישראלי ואפילו קצת בצורה של חילונים. באופן שבו משפט צריך להיות נפרד מהצד הדתי שלו. לא ניתן שאדם שמפר חוזה נעשה לו מי שפרע.  
עקרון הברירה – ברור שלא קולטים את כל המשפט העברי ויש לברור מה מתאים לישראל המודרנית ומה לא. למשל נזיקין היהודי (גרמא) אומר שיש פיצוי על נזק, אם הנזק הוא עקף הוא חייב בדיני שמיים. הישראלי לא יכול לאמץ דבר כזה, כמובן שהישראלי יקח גם את העקיף וגם הישיר ולא יכול להסתמך על דיני שמיים.  
עקרון ההתאמה - ניתן לומר שגרמא נכנס גם פה, כי הנזיקין הזה לא מתאים לנו היום.   
אבל בגדול התאמה אומר שיש להתאים את הדינים העבריים אל המציאות המודרנית (זה דומה מאוד לברירה). דגם הקליטה הוא מצד אחד רצון לקלוט מהעברי מאוד מאוד מנגד להבין שלא ניתן לקחת אותו כמו שהוא ויש לברור.   
היו רבים שחשבו שצריך את העברי כמו שהוא, אבל הרוב המלומד חילונים ודתיים משפטנים כאחד, הבינו שזה לא אפשרי. משמע חידוש ויצירת תוספות למשפט המודרני מתוך העברי.   
אלון הוא מאמין בדגם הזה.  
למשל דיני חברות התחיל רק במאה ה19, מובן שהישראלי צריך לתת דעתו על הדבר ואין הנושא הזה מובע בעברי.   
קשיים של שיטת הקליטה -   
1) העדר קודיפקציה מחייבת ומסכמת אשר מסכמת את עמדותיו לאורך הדרך, זה נובע מכך שאין מוסד מוסמך לחוקק. מדובר במסורת ואוסף של שיטות של מסורות משפטיות, ויש מחלוקות רבות שאין גורם שמסכם ואוסף את הכל. היו ניסיות כמו המשנה תורה והשולחן ערוך אבל מאז עברו עוד הרבה מים מתחת לגשר. הקודיפקציה האחרונה היא מלפני 500 שנה של השו"ע, זה לא רבלנטי לנו לגמרי שהרי יש התקדמות ולא ניתן לגשת לכך כדי לקחת פסיקה למשל לגבי נזיקין וכולי.  
בנוסף צריך להיות ממש בקיא במשפט העברי ובהלכה כדי לפנות לספרים כאלה.  
יש סוגויות שלא מוכרעות באופן מלא ויש מחלוקות תמיד.   
אין נגישות של מחוקקים ושופטים שיהיה ניתן בכלל לפנות כי אין להם מושג. החומר המשפטי-עברי הוא מפוזר מאוד.  
שופט סביר לא בקיא בהלכה כמו שאלון היה.

הפרדה – יש לחתור להפרדה בין ישראלי לעברי. לא צריך לקלוט מהעברי כלום. בוודאי לא לנסות להתאמץ לעשות זאת. יש להקים ישראלי מודרני חדש. העברי הוא אחר הוא מסורתי/דתי ויש הרבה סיבות לא לפעול עלפיו.   
יש רצון להפרדה בין כל הקשיים הנזכרו לעיל.  
בנוסף יש הבדלים ערכיים בין השיטות לרבות תפיסת השוויון בין יהודים ואל יהודים, נשים וגברים וכולי. אנשי הקליטה ענו שניתן לשנות, לברור ולהתאים את עניין השוויון.  
בנוסף, הייתה התנגדות דתית (למשל אנגרלרד) שאמר שאסור לערבב בניהם, כי זה יוצר חילון. וכשאני קולט מהעברי לישראלי היא חילון של העברי, כי אני שותל נורמות דתיות בתוך ישראליות-חילוניות. אין מה לאמץ הלכה כי הישראלי בורר ולא מאמץ הלכה כמו שהיא ואין ערך דתי אומר אנגלרד לכך שהמדינה תקלוט העברי. כי יוצא מצב שאני לא מחויב דתית לעברי אלא מחויב לישראלי, ואז זו מחייבות לא אמיתית. אני בפועל מחויב לכנסת ולא להלכה, וכך זה לא פרויקט דתי.  
אנגלרד משקף את הגישה של החרדים.   
או שמאמצים הלכה דתית עברית כמו שהיא או שהמשפט חילוני ואין ערך דתי לברירה והשילוב הללו. התרבות היא מדורנית-חילונית ולכן אין בזה ערך דתי כלשהו.   
אלון עונה לאנגלרד – ההצגה של המשפט העברי מטהרתו, אתה בעצם מנוון אותו, אם אתה רוצה שהמשפט העברי יתפתח אתה צריך לחדש בו ולעמת אותו עם המציאות.  
שפירא אומר שלחרדים נוח יותר עם אנגלרד מאשר עם אלון.

דגם הדו שיח – אין לחתור לקליטה כמה שאפשר. יש לחתור להשוואה ודו שיח עם העברי, אשר לעיתים יביא לקליטה ולפעמים לא. מראש אנו לא אומרים "לקלוט כמה שיותר" אלא כמשפט משווה ולא כמקור לקחת ממנו. רצון ליצור דו שיח בין השיטות. לפעמים יביא לתוצאה שנקלוט ולפעמים לא.   
יש לכך יתרונות – העברי כמשפט משווה הוא טוב כי הוא שונה. דווקא העבודה שהעברי הוא מסורתי/דתי/ישן מאשר המשפט המערבי הוא יכול לתת תפנית וזווית חדשה למשל "זה נהנה וזה לא חסר" במעברי מוסכם שנהנה צריך לשלם ואילו העברי אומר שאם הבעלים לא מפסיד מה אכפת לך שהשני נהנה, זה מבוסס על קהילתיות.

הישראלי אימץ זאת חלקית: יש שק"ד לביהמש האם יש להטיל חובה לשלם על הנהנה או שלא.   
לפעמים התפיסה השונה של העברי היא טובה או שניתן לראות אלטרנטיבה.  
כמו כן, יש גם קרבה לשונית, כי הרבה מילים חוקתיות לקוחות מהמשפט העברי. זה נוח מבחינה לשונית לפנות לעברי.

רציפות תרבותית – יש רצון להמשיך את התרבות העברית, אותה שפה, אותה ארץ, לכן רוצים להמשיך את העבר היהודי שלנו וכך גם מבחיינה משפטית. מחד לא נתחייב תמיד להשתמש בעברי אך מנגד רוצים לשמור על זיקה ותרבות. וכך עשה בפועל המחוקק.

ההסדר הישראלי מכריז על העברי מקור משלים אך מחוקק גם חוקים מודרניים. יש רצון ברציפות תרבותית. דגם ההפרדה רוצה לנתק לגמרי והדו שיח אומר אנחנו רוצים להסתכל גם אחורה לצד היצירה המודרנית שלנו אך גם לשלב את העברי בפסיקות והחקיקה שלנו במידה כזו או אחרת, יש רצון לשמור על רציפות תרבותית. וכך יוצא שלעיתים נקבל את העברי ולעיתים דוחים ואין לנו נטייה לקלוט כמה שיותר.  
רוב חוקי העברי נוטים לדוח שיח מאשר לקליטה, תוך הנחה שתמיד יש מה ללמוד מהעברי. הוא מציב לך מראה/אלטרנטיבה/זווית חשיבה אחרת.  
סולברג שואל – איפה העברי מועיל לי כשופט? והיכן שמועיל לי אשתמש בו והיכן שלא לא.   
הדו שיח שואף להשוות מהעברי פחות לקלוט כמה שיותר.

\*טורקיה העתיקה את כל החוק הצרפתי בשלמותו.

אסף לחובסקי – מאמר חובה   
קליטת המשפט מנק מבט עברי – אנגלרד ואלון מאמרי חובה.   
חו"י – אלון וברק מאמרי חובה.   
כבוד האדם – מאמר אלון וברק הם חובה.

\*\*\*כל מה שבכוכבית צריך לדעת.