**המשפט העברי במדינת ישראל**

**מבוא:**

המשפט של כל מדינה מייצגת את מערכת הנורמות המחייבת את אזרחיה ותושביה. מערכת המשפט הזאת גוברת על כל המערכות האחרות במדינה, כמו מערכות וארגוני עבודה, משטרה, צבא וכדומה. כל המערכות הקיימות במדינה כפופות לחוק, שהוא המערכת הנורמטיבית העליונה המשמשת מעין מטריה לשאר המערכות. מטבע הדברים המערכת הזאת משקפת את הערכים והתפיסות של החברה שבה היא נוצרה. קיים דמיון במשפט בדברים בסיסיים, למשל איסור רצח, שוד, אונס וכו', ובנוסף כולם קובעים דיני נזיקין, חוזים, עונשין וכדומה. אך לכל אחד גם יש ייחוד משלו, המשקף את המסורת התרבותית של המדינה והחברה שבה הוא נוצר.

מתוך כך עולה השאלה האם ועד כמה המשפט של המדינה צריך להתאמץ לשקף את המסורת שלה ולייצר משפט אותנטי? האם ועד כמה צריך לשמור על האופי הייחודי של שיטת המשפט? וכיצד זה בא לידי ביטוי?

בראש ובראשונה זה בא לידי ביטוי בשפה, לכל תרבות יש שפה משלה.

האם קיימים מאפיינים נוספים?

שאלות אלו הטרידו ועודם מטרידים אנשים רבים במדינת ישראל.

עוד מהקונגרס עלתה השאלה מהו אופי המשפט של המדינה העתידית?

גם לאחר קום המדינה השאלה הזאת המשיכה להטריד משפטנים ופוליטיקאים רבים. משנת 1918, ולאחר הצהרת בלפור שבה חזון המדינה נראה יותר מעשי, התארגנה קבוצת משפטנים ציוניים ברוסיה. קבוצה זו הקימה את חברת המשפט העברי והתחילה לנסח חזון לפיו צריך לחקור את המשפט העברי ולהכין אותו כבסיס למשפט של המדינה שעתידה לבוא. אותה תפיסה תרבותיות הייתה שהמשפט של המדינה צריך להיות עם זיקה לתרבות העברית, שהרי מדובר במדינה יהודית שבה מדברים עברית. עם זאת, בתוך התנועה הציונית הייתה מחלוקת עד כמה צריך להסתכל אחורה. הרצל בכלל הציע לדבר בשפות האירופיות כמו אנגלית, צרפתית, גרמנית ועוד כמה שפות. במזרח אירופה לעומת זאת חשבו על חידוש השפה העברית. כך גם הייתה מחלוקת בנוגע למשפט העברי, עד כמה ואם בכלל צריך לחדש אותו ולהפוך אותו לשפה יומיומית, על מנת שיהיה מודרני ושימושי.

המושג משפט עברי הוא מושג מודרני ולא מקורי/ היסטורי. המושג המקורי בכלל נקרא **הלכה**. המושג משפט עברי בא בעצם להוסיף את הצדדים המשפטיים ולא המוסריים, שהם כבר קיימים בהלכה. המושג בא לבודד בהלכה את ההיבט המשפטי. דוג' לכך הוא השולחן הערוך. השו"ע מחולק ל-4 חלקים: **אורח חיים**, **יורה דעה** שעוסק בהיתרים ואיסורים, **חושן המשפט** שעוסק בתחומים משפטיים, **ואבן העזר** שעוסק בענייני משפחה ויש לו גם היבט משפטי וגם היבט דתי.

המשפט העברי עוסק בעניינים שבין אדם לחברו ולא שבין אדם למקום. האם ההבחנה הזאת היא הבחנה שההלכה בעצמה מכירה? או שהיא בכלל חיצונית?

חשוב לשים לב שמייסדי המדינה היו חילונים, הם לא חשבו שהמדינה המודרנית תאמץ ממש את הדת, אלא חשבו שהם לוקחים את רק התחום המשפטי מתוך כל ההלכה. נעשו מאמצים לחשוב איך אפשר להשתמש במשפט העברי כבסיס למשפט המדינה.

**מאפייני המשפט העברי:**

1. שיטת משפט עתיקה. אולם בניגוד לשיטות משפטית עתיקות כמו יוון ורומא, שיטת המשפט העברי ממשיכה להיות פעילה. אתגר מרכזי של המשפט העברי הוא היכולת להתאים אותו לעולם המודרני. השאלה עד כמה זה אפשרי ומהי הפרוצדורה לעשות זאת, הייתה שנויה במחלוקת.
2. משפט דתי.

האם החזון של המשפט העברי הצליח?

החזון הגדול אמנם לא צלח, אבל יש זיקות רבות בין המשפט הישראלי למשפט העברי. הוא לא נזנח לגמרי, אך גם לא יצא לפעול כמתוכנן.

**ההיסטוריה של המשפט הישראלי:**

המשפט הישראלי התפתח על רקע משפט הארץ. הדילמה הייתה האם המשפט הישראלי יתבסס על בסיס הארץ או על בסיס העם. אם הוא מתבסס על בסיס העם, המשמעות של כך היא שפונים למשפט העברי. אך אם מתבסס על הארץ, פונים למשפט הישראלי.

א"י הייתה תחת כיבוש טורקי במשך 400 שנים. בסוף התקופה הזאת אומץ החוק העות'מאני. לאחר שהבריטים כבשו את הארץ, הם החילו חוקה הנקראת **דבר המלך ועצתו**, או במילים אחרות, הם אימצו את החוק העות'מני. החוק הזה היה בסיס שעל גביו הם הוסיפו חוקים משלהם.

**סימן 46 לדבר המלך** אמר שבמקרים שבהם לביהמ"ש אין חוק לנהוג על פיו, לא עות'מאני ולא בריטי, הוא ינהג ע"פ עקרונות הצדק הנהוגים באנגליה.

ביום הקמתה של מדינת ישראל נקבע שהמשפט הקיים באותה תקופה יישאר בתוקף, כל עוד אין לו סתירה לחוקים אחרים שיינתנו בהמשך.

הסדר הוא: משפט עות'מאני, משפט בריטי ומשפט ישראלי. המשפט העברי לא מופיע כאן, לכן הוא צומח **כמשפט הארץ ולא כמשפט העם**.

כאשר מדינת ישראל קבעה שהמשפט שהיה עד כה ימשיך לקבל תוקף, היא בעצם נתנה תוקף גם לסימן 46. בפועל זה אומר שמדינת ישראל לא באמת הייתה עצמאית מבחינה משפטית, אלא נשענה על אנגליה. המשמעות- פסקי הדין של בית הלורדים הם המחייבים, הם הערכאה העליונה במדינת ישראל. התנהלות זו התרחשה במשך 32 שנים, עד שנת 1980 שבה נקבע שסימן 46 בטל. רק אז מדינת ישראל השתחררה מאנגליה. עם זאת זה לא ביטל את שאר החוק בדבר המלך ואת החוק העות'מני. ב1984 נחקק חוק לביטול המג'לה (החוק העות'מאני).

לאט לאט מדינת ישראל הרכיבה משפט ישראלי וגם מה שנקלט מהמשפט הבריטי עבר ניסוח מחדש. פקודת העונשין בעבר הייתה אמנם בשפה העברית, אך בעת בעיה פרשנית ביהמ"ש ניסח לפי התרגום האנגלי. לאחר הניסוח מחדש של הפקודות, נקבע שהנוסח המחייב הוא הנוסח העברי. כיום יש למדינת ישראל שיטת משפט **ישראלית עצמאית ומקורית**.

עולה השאלה מה בכל זאת הקשר למשפט העברי? הרי משפט ישראלי הוא לא משפט עברי.

כפי שנאמר המשפט הישראלי יצר זיקות משמעותיות למשפט העברי.

**הזיקות למשפט העברי:**

* **זיקה ראשונה** והכי הדוקה (אולי גם הכי בעייתית) היא בתחום דיני הנישואין והגירושין. חוק שיפוט בתי דין רבניים בישראל קובע שנישואין וגירושין של יהודים בישראל יתנהלו ע"פ דין תורה בלבד (ניתן לשים לב לכך שהמונח יותר מובהק, רשום דין תורה ולא המשפט העברי). החוק בעצם קובע שאין בישראל נישואים אזרחיים. עניינים אלו של נישואין וגירושין יהיו בשיפוט ייחודי, כלומר, רק ע"י בית דין רבני ולא בית דין אזרחי. ההסדר בין נישואין וגירושין שבו ההלכה היא ע"פ חוק היהודים, לא משקף את מעמד המשפט העברי ואת אופי המדינה. קיים הסדר שנקבע ע"י העות'מאניים, הקובע שבנושא של נישואין וגירושין כל אחד יכול לדון לפי דתו (יהדות, נצרות ואיסלם). השיטה הזאת נקראת **שיטת המילט**.
* **זיקה שנייה** בין המשפט הישראלי למשפט העברי הוא באמצעות חוק יסודות המשפט (תחליף לסעיף 46). לפי חוק זה, אם ביהמ"ש ניצב בפני שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, הוא יכריע לאור עקרונות היושר והשלום של מורשת ישראל. המשפט העברי ישמש כמקור משלים במצבים שיש בהם לקונות.
* **זיקה שלישית** היא הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית גם במגילת העצמאות וגם בחוקי היסוד.
* **זיקה רביעית** היא החקיקה. המשפט העברי משמש כמקור (היסטורי) לחלק מהחוקים הישראלים. יש חוקים שונים בהם יש השראה מהמשפט העברי, כמו חוק השבת אבדה או חוק לא תעמוד על דם רעך. החוקה היא מקור משפטי לחוקים.
* **זיקה חמישית** ואחרונה היא פסיקת בתי המשפט. בתי המשפט פונים אל המשפט העברי כאשר עולות שאלות שונות בתחומים שונים.

יש שופטים שיש להם יותר נטייה לפנות למשפט העברי ויש שופטים שנוטים פחות.

**חזון המשפט העברי:**

ב-50 שנה הראשונות לפני קום המדינה, התפתח החזון של המשפט העברי. חזון זה הוא מורכב ובעצם אינו חזון אחד, אלא הרכב של חזונות שונים.

בתנועה הציונית היה ויכוח בשאלה המכונה שאלת התרבות. כלומר, האם התנועה הציונית צריכה לעסוק בשאלות ציוניות ולפתח תרבות, או להימנע מכך, לעסוק רק בשאלה מדינית ולחתור למען הקמת המדינה בלבד?

הרצל הגיע למסקנה שאין תוחלת לקיום העם היהודי באירופה על רקע האנטישמיות הגוברת, הוא בא עם רעיון של הקמת המדינה. במזרח אירופה צמחה תנועת חיבת ציון, שגם היא חתרה לשאיפה להגיע לא"י. הרצל חשב ש**שאלת המדינה** היא שאלה משנית, ואילו השאלה היותר חשובה היא **השאלה התרבותית**.

היו אף אנשים דתיים שחששו מהכיוון התרבותי מכיוון שחשבו שהמדינה בפועל תהיה חילונית, לכן הם הסכימו עם כך שהשאלה צריכה להיות רק מדינית ולא תרבותית. מצד אחד הרצל ניצח בכך שהתנועה הציונית כיוונה להקמת המדינה, אך מצד שני לא הייתה השפעה של התרבות.

השפה העברית הייתה קיימת כשפה דתית- תפילה, לימוד תורה. סופרים התחילו לכתוב שפה ספרותית ותרבותית, ובכך השפה העברית נהייתה השפה המדוברת. התנועה הציונית נתפסה לא רק כבעלת תפקיד להקים מדינה, אלא גם כתנועת תחיה לאומית: תחיית השפה, התרבות, האמנות, התיאטרון וכדומה. בתוך מסגרת התחייה, משפטנים חשבו על המשפט, שאלו מה יהיה אופיו של המשפט במדינה העתידה לקום.

על רקע הציוניות התרבותית ועל רקע התעוררות התחייה הנ"ל, המשפטנים אמרו שהם גם צריכים להחיות את השפה שלהם- השפה המשפטית. הם רצו להיות חברה מלאה, להבדיל מהחברה היהודית המסורתית שהתקיימה רק ע"פ ההלכה, ובניגוד לחברה המתבוללת שדיברה שפות זרות ולא הייתה לה יצירה תרבותית ואומנותית. הם בעצם רצו להוסיף את המשפט ליצירה הזאת.

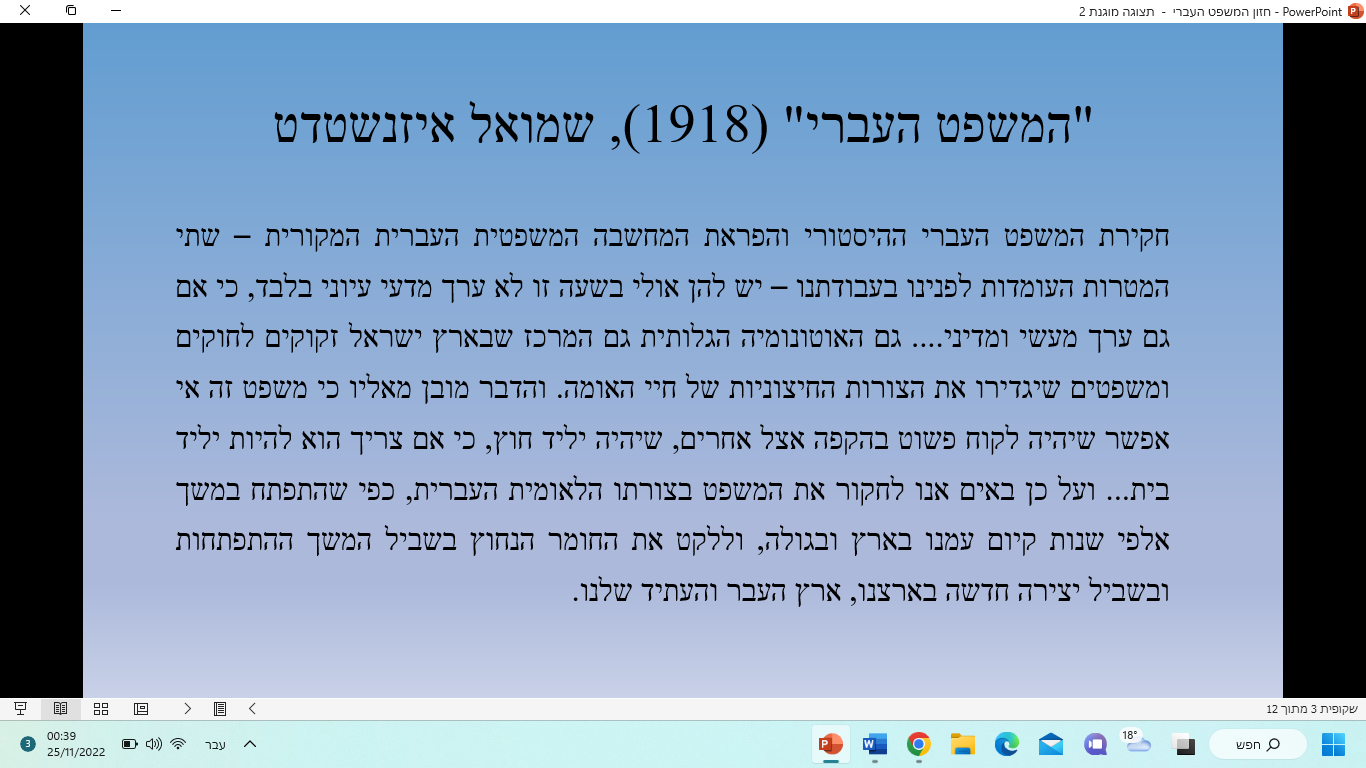
**היחס בין המשפט לתרבות:** במאה ה19 צמחה בגרמניה תנועה רומנטית שהדגישה את הלאומיות ואת הקשר של המשפט לתרבות. מתוך תפיסה רציונליסטית צמחה תנועת הנאורות, לפיה המשפט הוא עניין רציונלי, העקרונות המוסריים אינם משתנים בין עם לעם, כמו למשל עקרון "מה ששנוא עליך". המשפט בעצם קשור לתרבות ולמסורות של כל חברה. עלתה טענה שכמו שאין דבר כזה מוסר פרטיקולרי של עם אחד, כך גם אין דבר כזה משפט פרטיקולרי, אלא המשפט צריך להיות אוניברסלי. מה שאסור לעשות אסור בכל מקום, כנ"ל לגבי החובות. תפיסה זו נבעה מהנאורות ומההשכלה הכללית.

בגרמניה אדם בשם סביני פיתח את התפיסה הכורכת את המשפט, היסטוריה והתרבות. הוא בעצם טען שלגרמנים יש משפט משלהם השונה משל שאר המדינות, ופיתח את הרעיון הזה בכתיבה מאוד ענפה. המאה ה- 19 הייתה עידן שבו תנועות לאומיות התפתחו, תנועות אלו היו כאמור בעלי מרכיבים פוליטיים ותרבותיים. היה אלמנט של שפה אחידה לכל המדינה, אלמנט של מסגרת מדינית אחת, כתיבת היסטוריה וכתיבת ספרות מודרנית המשתלבת עם התנועה הלאומית. הטענה של המשפטנים הללו הייתה כמו הרעיון של סביני, גם המשפט צריך להיות מיוחד לכל מדינה.

עם זאת, סיפור היהודים הוא סיפור אחר כי הוא עם מפוזר בין כל העמים. טענתו של הרצל לפיה אנחנו עם אחד, הייתה נתונה למחלוקת. יחד עם זאת, בכל מקרה ליהודים הייתה תודעה של עם. היו ביקורות כנגד היהודים שהם דת ולא עם, אך העם היהודי חש שהוא לא רק דת אלא גם עם. החילונים במיוחד הרגישו את הפן הלאומי משום שהם התנתקו מהדת.

דבר ראשון צריך לחשוב על חידוש השפה ועל יצירת משפט יהודי המתאים להיסטוריה ולתרבות. היהודים קראו לייסד חברה שתפקידה לעשות זאת. הוגים ציוניים, לאו דווקא דתיים, אמרו שהם רוצים לחשוב על המדינה ההודית באותו אופן כמו סביני. במוסקובה קמה **חברת המשפט העברי** שנה לאחר הצהרת בלפור. בין אנשים אלו אדם בשם שמואל אייזנשטדט. חברת המשפט העברי ייסדה כתב עת בשם המשפט העברי, ומשפטנים דתיים וחילוניים הצטרפו לחברה הזאת.

המניפסט של החברה:



היו בעצם 2 מטרות: **1)** חקירה אקדמית של המשפט העברי **2)** הפריית המשפט העברי, כלומר, פיתוח ויצירה מתוך המשפט העברי. למטרות אלו היה ערך מדעי עיוני, אך גם ערך מעשי.

ברור לגמרי שאם רוצים להקים משפט לא ייקחו משפט זר, אלא ייצרו משפט מקורי. אייזנשטדט מניח שחייבים ליצור משפט יהודי מקורי שאותו בעצם ניצור מהמסורת. אצל אייזנשטט המשפט העברי ההיסטורי הוא בעצם ההלכה, בשביל לעשות זאת צריך ללמוד ולחקור אותה, או במילים אחרות צריך להפוך את המשפט למודרני. כמו כן, אייזנשטדט דיבר על בעיה מרכזית בולטת במשפט העברי: גם ההלכה המשפטית לא עוסקת בעניינים הקשורים לדת, אלא עוסקת בעניינים של בין אדם לחברו כמו דיני נזיקין וכו'. במשפט העברי יש עירוב בין דת לבין משפט וקשה לפעמים להבדיל ביניהם.

*"ידוע הוא שבמשך אלפי שנות חיינו ההיסטוריים נשאה עליה כל תרבות חותם דתי, וההלכה המשפטית הייתה קשורה ואחוזה בהלכה הדתית, עד שבכמה עניינים קשה לקבוע גם היום את הגבולות בניהן. במשך עשרות השנים האחרונות התחיל בספרות הפרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת, ואנו באים להמשיך את הפרוצס ולהכשיר את משפטנו לקיום חילוני".*

המשפט העברי קשור ליסוד הדתי בכל מיני אופנים, כמו למשל הכלל מי שפרע. המשפט העברי דן ע"פ פשרה, ביה"ד יכול לחרוג מהכללים משום עקרון הצדק.

מטרה מובהקת של תנועת המשפט העברי הוא לחלן את המשפט העברי, כלומר להפוך אותו לחילוני. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שחברה מודרנית צריכה להיות רציונלית ולא להסתמך על קללות ושבועות. המשפט העברי הוא עתיק, לכן היה רצון להפוך אותו למודרני ולהחליט מה להכניס אליו מהמשפט העברי. כמו שהשפה העברית הייתה דתית והפכו אותה לחילונית ולשפת יום יום, כך ניתן לעשות בנוגע למשפט. מרגישים חירות גדולה ביחס להלכה, כלומר לא מחויבים למשפט העברי לגמרי ופתוחים לשינוי.

האם יש לאמץ את השיטה של המשפט העברי ולהטיל פחות אחריות (כמו פטור מגרמה)? מהות העניין הוא השאלה איזה יסודות יש לשמר ואיזה לחדש.

באותה עת, בארץ ישראל (עוד לפני תנועת המשפט העברי במוסקבה) לא רצו מערכת משפט עות'מאנית ורבנית, לכן הקימו מערכת משפט חדשה. מערכת זו נקראה **משפט השלום העברי**. השתמשו במילה עברי במקום יהודי, מכיוון שהמילה יהודי סימלה גלות, דת וכו', ולא רצו הקשר שכזה. המשפט העברי פעל ע"פ חוק עממי, כלומר ע"פ עקרונות היושר והצדק. זה נעשה בהשראת תנועה בגרמניה שנקראה **המשפט החופשי**. לאחר מלחמת העולם הראשונה, בזמן שהבריטים כבשו את הארץ, המערכת הנ"ל (ביהמ"ש העברי) החלה להתחזק. היו מאות תיקים שהגיעו לבירור בבית המשפט העברי. החברה האלו לא היו יכולים להישאר במוסקבה בעקבות האנטישמיות ולכן הגיעו לארץ והקימו תנועה דומה.

השאלה העולה בעקבות כך היא מהו משפט עברי בשפה של האנשים הללו?

כאמור, המשפט העברי החדש צומח מהמשפט העברי המקורי. השימוש במשפט העברי הוא אינו אחיד, משתמשים בו בכמה מובנים.

מה הקשר בין המשפט העברי המסורתי למשפט העברי החדש?

כולם רוצים לראות קשר, רוצים שלמשפט העברי החדש הנוצר בארץ יהיה זיקה למשפט העברי המסורתי, שיהיה מעין המשך שלו. כמו כן, כולם מסכימים שהמשפט העברי צריך חידוש ואי אפשר ליישמו כמו שהוא. אשר גולאק היה הפרופ' הראשון באוני' העברית.

*"השם 'משפט עברי' כולל אפוא כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו מן התקופות הקדומות ביותר עד ימנו. הוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית השולטת באוצר המשפטי העשיר הזה שהוא כולו יצירה ענקית של מסורת העם, הלך נפשו ואורח חייו".*

בעיני גולאק, המשפט העברי הוא המשפט המסורתי כולל הכל: תנך, תורה, משנה, תלמוד וכו'. הוא תופס את המשפט העברי כשיטה אחת. בנוסף, הוא אומר שהמשפט העברי הוא יצירה של מסורת העם והלך נפשו. תפיסה זו דומה בעצם לתפיסה של התנועה הרומנטית, גם כאן נאמר שהמשפט הוא ביטוי לנפש האומה. עם זאת קיים שוני מהתנועה- יש מסורת שאנחנו צריכים להיות נאמנים לה. ההנחה של אנשי חברת המשפט העברי היא שהם יכולים לעשות את החידוש הנחוץ.

באיזה מידה המשפט העברי החדש ישמור על זיקה עם המשפט העברי המסורתי?

* קביעת סדר משפט עברי יכולה לפגוש התנגדות משני הצדדים.
* הפרוגרסיביים יראו בדבר את השלטת השו"ע בחיינו. אין מקום לקנון דתי מימי הביניים בחיים תרבותיים של מדינה מודרנית.
* אלה שבמפלגת החרדים שהם יראים מכל תנועה של התפתחות המביאה לידי שינויים, יתנגדו גם כן לתחיית המשפט העברי. הם יורו על השו"ע ויאמרו שאין להוסיף קוצו של יוד.

גולאק מדבר על הצורך להפעיל את המשפט העברי המקורי. הוא רואה במשפט ההלכה את הביטוי של נשמת האומה.

הרב פישמן מימון בספר המזרחי: *"בכל שנות גלותנו שמרנו על אופיינו הלאומי ועל תכונותיו ועל צביוננו המיוחד. היה לנו גם משפט וספר חוקים משלנו, משפטים וחוקים הבנויים על יסוד אספקלריית חיים מיוחדת שנוצרה מתוך תכונה נפשית קבועה על יסוד תורה אלוקית כתובה ומסורה. עכשיו כשיש לנו הצהרה כעין זו על זכותנו ההיסטורית על ארצנו, יהיה זה חטא ופשע לאומי אם נבוא לעקור משורשו את המשפט העברי המקורי שלנו, ולהפקיע את זכויותיו שנתערו בנשמת האומה. כשם שאומתנו שונה מכל עם ולשון, כך גם דתנו שונה מעל כם. אם אצל העמים האחרים הדת והמדינה הן שתי רשויות היונקות מתחומים נפרדים, הרי אצלנו, אצל עם ישראל, הדת והמדינה אחוזות ודבוקות זו בזו. כל הרוצה להפריד בניהן את נפש האומה הוא קובע".*

התפיסה של הציונות הדתית היא שאין להפריד בין הדת למדינה. מה שמשותף לו ולאנשי המשפט העברי החילונים הוא הביטוי נפש האומה, המשפט הוא ביטוי של האומה לכן צריך לשמור עליו.

הרב מאיר ברלין: *"המשפט העברי היה נחשב תמיד להבעתו של הגניוס העברי, של המחשבה העברית, לעומקה ולרוחבה. ראשיתו של המשפט העברי נעוצה ב "ואלה המשפטים" והמשכתו הולכת ונחשלת לאורך כל הדורות. המשפט העברי היה גאוותנו "כי היא חכמתכם ובינתכם לעיני כל העמים". גם אלה השאמונה לא הייתה נר לרגלם, האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי".*

לעומת אנשי המשפט העברי החילונים שהרגישו חופשיים בכל הנוגע למחויבות למשפט העברי, האנשים הדתיים סברו אחרת.

למי יש סמכות לשנות את המשפט העברי? החוקרים של התנועה או פוליטיקאים, או שמא בכלל הרבנים באמצעות תקנות? גולאק חשב שהשינויים יכולים להיעשות ע"י החוקרים והקהל, לעומת זאת רבים מהדוברים הדתיים חשבו שהסמכות נתונה לרבנות הראשית שתוקם בהמשך או לרבנים. דבר זה יצר מתח בין 2 הקבוצות הללו. לכן ניתן לומר שישנם חזונות שונים של המשפט העברי.

**חזון ראשון-** מוסקובה, חילונים, להחיות את המ"ע המקורי וליצור ממנו משפט חדש.

**חזון שני-** קבוצה דתית, אמרו שהם יותר נאמנים למ"ע ולא ירצו לשנות כל דבר. בנוסף טענו שהשינויים צריכים לבוא ע"י גורמים מוסמכים שההלכה מכירה בהם.

התנועה הזאת (משפט השלום העברי) התחילה לאבד מכוחה ולהתפרק מכמה סיבות: לאחר סכסוכים פנו יותר ויותר למשפט הבריטי שנכנס לא"י, משום שהיה יותר ותיק, תפקד טוב יותר והיה לו יותר מוניטין. בנוסף, הישוב היהודי גדל ואיבד את הכוח הפנימי שלו, לכן המנגנון חדל מלפעול ומי שלא רצה להתדיין בבית דין רבני, היה יכול לעשות זאת בבית המשפט הבריטי.

מה קורה לחברת המשפט העברי (שמואל אייזנשטדט)? גם היא מגיעה למשבר בעקבות מחלוקת אידיאולוגית בין האגף הדתי לחילוני, התנועה איבדה מהמחנה המשותף שלה. ברמה האידיאולוגית נשארה התפיסה לפיה המשפט הישראלי צריך להיות מחובר למשפט העברי. אמנם לא בצורה הדתית אך באיזשהי צורה אחרת.

המשפט העברי לא הצליח ב- 30 שנות קיומו (18-48) להעמיד הצעה לקודקס חוקי. הרעיון לעשות זאת היה קיים אך מעשית הוא לא התממש בשום תחום, לא בחוזים, נזיקין, פלילי וכו'. לא הצליחו לתת הצעה מעשית שניתן יהיה לקיימה וזה מה שקבע את התוצאות בקום המדינה.

**מעמדו של המשפט העברי בקום המדינה:**

חצי שנה לפני הקמת מדינת ישראל, הוקמה וועדת מצב שתפקידה להכין את המדינה העתידה לקום. בתוך הוועדה הייתה מועצה משפטית שתפקידה היה לדון בשאלת המשפט העתידי במדינת ישראל. בראש המועצה עמד עו"ד דב יוסף, שהיה היועמ"ש של הסוכנות היהודית. הוא העלה 2 שאלות יסודיות:

1. מה תהיה שיטת המשפט הישראלית? האם להמשיך עם השיטה האנגלית או לפי השיטה הקודיפיקציה?
2. האם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה, או ניקח את חוקי ממשלת המנדט ונוסיף עליהם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת?

\* במערב יש 2 שיטות משפט עיקריות: הקונטיננטלית- של היבשת האירופית ושיטה המאפיינת את המשפט האנגלי. שיטות אלו נבדלות באופן יסודי בכמה דברים. **השיטה האירופית** בנויה על חקיקה חוקים, התפיסה היא שהחוק עומד על המחוקק ואילו תפקיד ביהמ"ש הוא ליישם את החוקים, לשפוט בהתאם לחוק. הדבר מבטא את תפיסת הפרדת הרשויות. לפי שיטה זו אין תקדים מחייב. לעומת זאת, לפי **השיטה האנגלית** החוק לא נוצר באמצעות המחוקק, אלא ע"י בתי המשפט שקובעים הלכה ממקרה למקרה ובשיטת התקדים המחייב, אלו בעצם נהפכים לחוק. לפי שיטה זו לשופטים יש תפקיד חשוב בחוק, ואילו לפי השיטה האירופאית הם כמעין פקידים.

**האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי:**

1. אימוץ קודקוס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי. השופט זילברג קרא לאמץ אפשרות זו. הקושי הוא שקודקס כזה לא היה בנמצא באותו הזמן, לכן מדובר בהחלטה תיאורטית.
2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה. כלומר לקבל את המשפט האנגלי, אבל להצהיר שעם הזמן הולכים לשנות אותו ולהתאימו למשפט העברי.
3. ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בהפניה למשפט העברי. הסימן קובע שכאשר יש לקונה צריך לפנות למשפט באנגליה.

אפשרויות 2 ו- 3 הן יותר מעשיות.

הצעת החוקה מפי י"פ כהן כללה כמה דברים: *"המשפט שהיה קיים בישראל מיום מתן החוקה, יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, כל עוד הוא לא בוטל או תוקן ע"י בית הנבחרים. תחיקת המדינה תהא מושתת על עקרוני יסוד של המשפט העברי. העקרונות האלו ידריכו את בתי המפשט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים"*.

הצעת החוקה בעצם בוחנת את שתי האפשרויות האחרונות. לפי הצעה זו, המשפט העברי יהיה יסוד גם לחקיקה וגם למילוי חללים. זה לא התקבל משום שבסוף הוחלט לא לכונן חוקה.

הצעת חוקה נוספת מפי פלטיאל דיקשטיין: *"כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם. בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים בנקודה מסוימת או שיש בהם דו משמעות או סתירה על בתי המשפט ועל השלטונות, להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן"*.

בהצעה זו אמנם אין הצעה לחקיקה, אך יש הצעה להחליף את ס' 46. הניסוח הזה הוא גמיש, אומרים להשתמש במשפט העברי אך בהתאם לצרכי הזמן.

באותה העת מדינת ישראל נמצאה תחת מלחמה (מלחמת השחרור עד 1948), הדרכים היו משובשות ולא היה מעבר חופשי מירושלים לת"א (היו 2 ישיבות, אחת בירושלים ואחת בת"א). הישיבה בת"א דווקא כן קיבלה את ההצעה הזאת, לעומת הישיבה בירושלים שלא. קיימת מחלוקת מדוע ירושלים סירבה לקבל את ההחלטה (יש הטוענים שזה היה מקרי, תוצאה של נסיבות המלחמה וחוסר התקשורת, ויש הטוענים שזה היה מכוון על מנת לא לייצר הפניה למשפט העברי בצורה כה מפורשת).

**הפקודה לסדרי שלטון ומשפט** היא המסמך המהווה סוג של חוקה: *"המשפט שהיה קיים בא"י ביום ה' באייר תש"ח, יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו, או לחוקים אחרים שיחוקקו ע"י מועצת המדינה הזמנית או על פיה, בשינוים המחויבים מתוך המדינה ורשותיה"*.

הוחלט לבחור במשפט האנגלי ולהשאיר את סימן 46 בתוקפו. עולה השאלה מדוע זה נעשה? הרי היו הצעות קונקרטיות והסכמה די רחבה לנתק את סימן 46. לפי השיטה האנגלית (שיטת הקאמל לאו) לא צריך את סימן 46 משום שהמשפט נוצר על העדר חוק, איפה שיש לקונה בעצם מייצרים חוקים חדשים. זאת לעומת השיטה הקונטיננטלית.

התוצאה של הפקודה הנ"ל- הכפפת המשפט לאנגליה ללא מתן הפניה למשפט העברי. בהקמת המדינה לא ניתן מעמד פורמלי בחוק למשפט העברי, אך יחד עם זאת, הרעיון של חקיקה ברוח המשפט העברי נשמר. אמנם לא הייתה הצהרה רשמית, אבל הרוח של המשפט העברי שרתה על המחוקקים ועל משרד המשפטים.

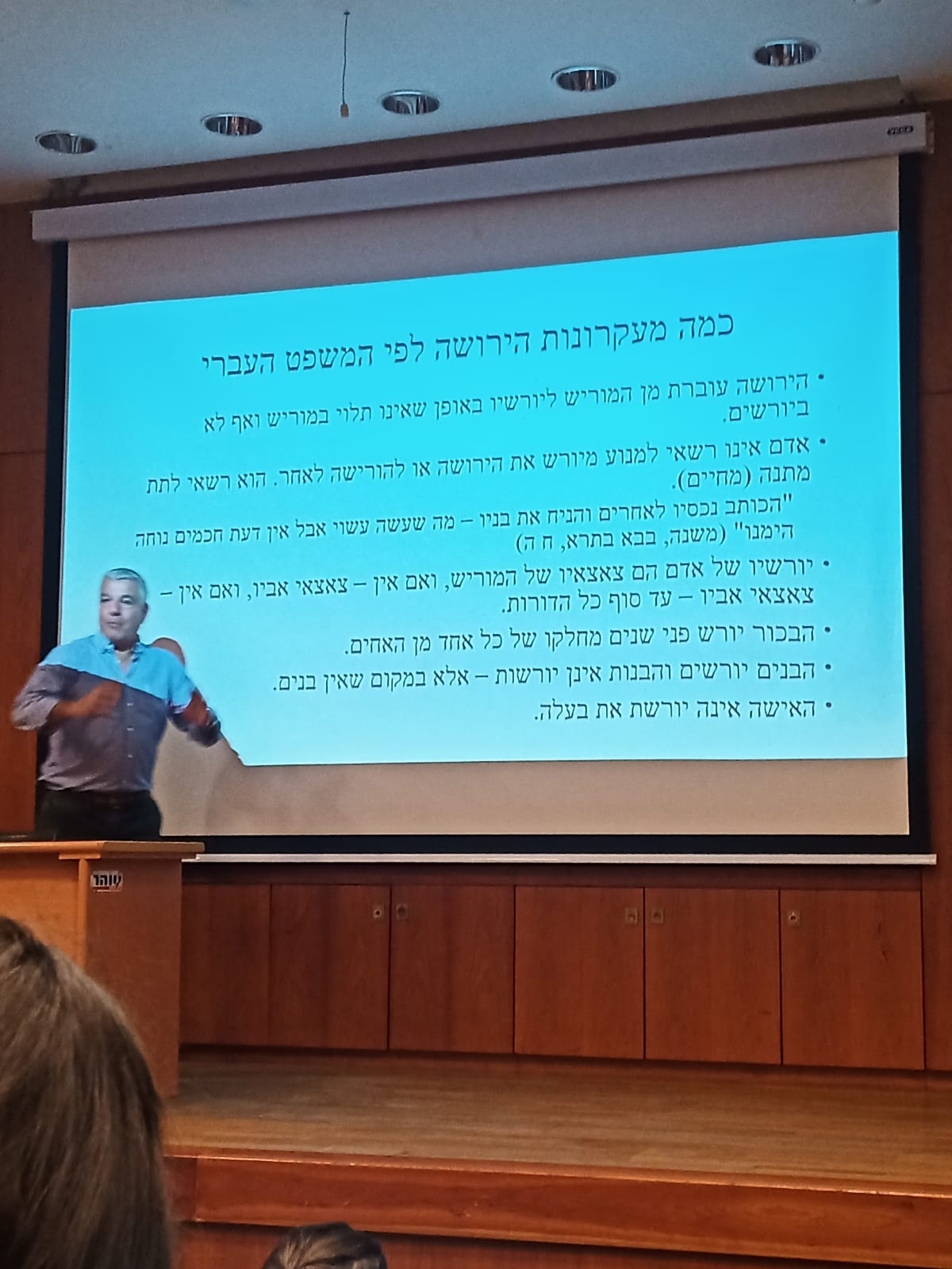
מדיניות חקיקה: *"המשפט וסדרי השלטון יישארו לפי שעה באותו מצב בו מצאנו אותן בשעת ביטול המנדט. לא מרצון נקטנו עקרון זה. אין כוונתו להמשיך ולקיים את החוקים העות'מאניים הישנים ואת כל החקיקה המנדטורית. תקוותנו היא שבקרוב נוכל לגשת להחלפת החוקים האלה בחוקים חדשים שיהיו מתקדמים יותר, ויחד עם זה ינקו מהמקורות של המשפט הלאומי שלנו".*

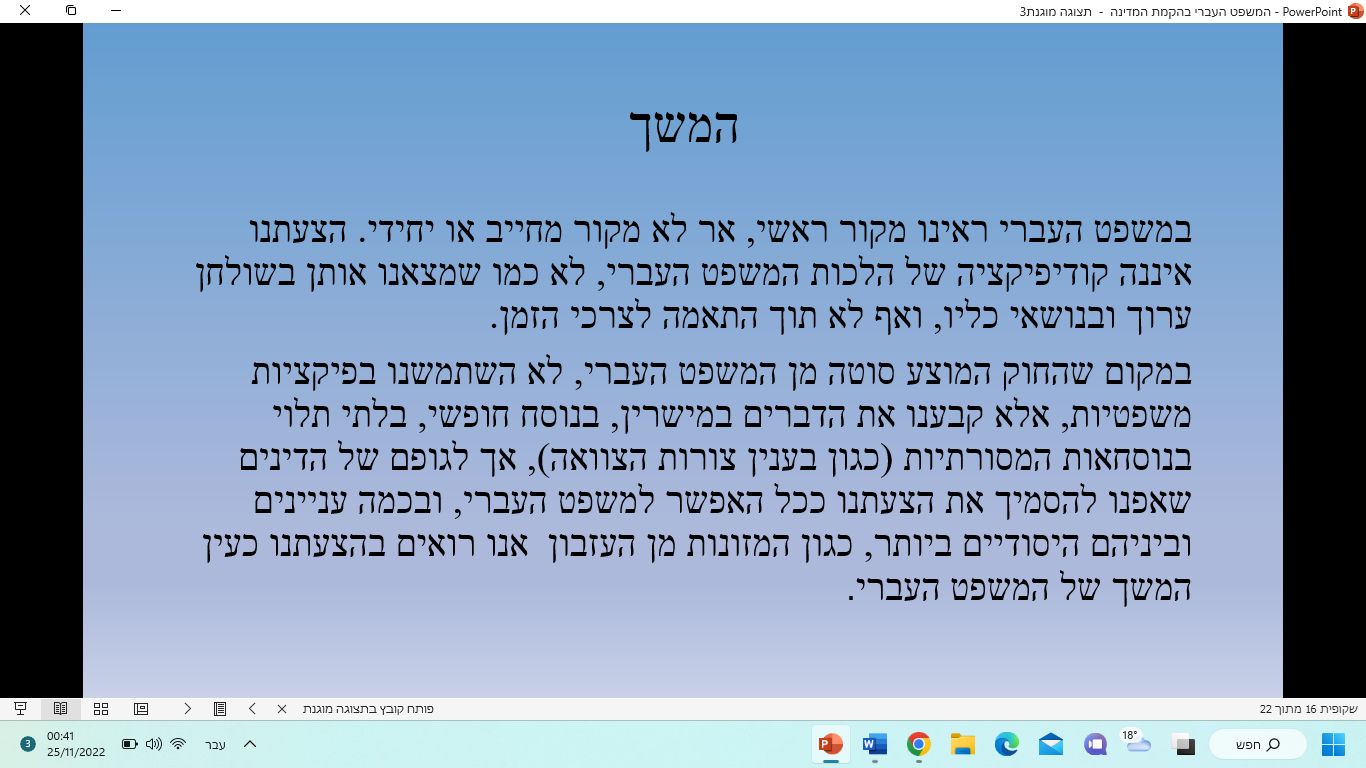
בחלק מהחוקים ניתן לראות זיקה למשפט העברי, כמו חוק איסור לשון הרע ("שורשים קדומים לה במסורת המשפט העברי..."), חוק הגנת השכר ("כפי שנאמר בספר ויקרא: לא תלין פעולת שכיר..."), חוק פיצויי פיטורים המבוסס על פס"ד וולפסון נ' חברת ספיניס.

2 שאלות הנוגעות ליישום חוק פיצוי פיטורים: האם הפיצויים ניתנים רק כאשר מעביד מפטר את העובד? או גם כאשר עובד מתפטר בעצמו? מדרש בספר דברים קובע שהמענק הוא רק כאשר האדון משחרר את העבד ולא הפוך. ספר החינוך מוסיף דבר מוסר: אם אדם לוקח שכיר שעובד אצלו זמן רב, כאשר הוא מתפטר יש לתת לו מענק. אמנם מדובר בהמלצה ולא בחובה משפטית פורמלית, אך הדבר יצר פתח להענקת פיצויי פיטורים. התשובה לשאלות לעיל היא שפיצויים ניתנים גם כאשר עובד מתפטר, וזאת על יסוד המשפט העברי.

התעוררה בעיה שהתחילה בפרשת חוק הירושה. חוק זה העמיד אתגר יותר גדול מאחר וקיימים כמה דברים שקשה לקבל אותם באופן חוקי, כמו העניין שרק בנים יורשים ולא בנות, או העובדה שבן בכור מקבל פי שניים מאחיו. מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ומודרנית לא יכולה לאמץ חוק כזה, לכן עולה השאלה מה עושים במצב כזה?

על מנת לתת מענה לכך, עלתה הצעה לחוק הירושה, שבה נאמר שהיא מתבססת על כמה דברים:





ברגע שהחברה מפסיקה להיות מבוססת על נחלות כמו שהיה בעבר, אין סיבה שרק הבנים ירשו נחלות ובעוד בנות לא. בהלכה קיים מנגנון הנקרא **פשרה**, בעלי דין יכולים להרשות לדיין לפסוק פס"ד של פשרה. ביה"ד הרבני מחתים זוג מראש על כך שהוא מאשר לו לפסוק ע"פ הפשרה לפיה גם הבנים וגם הבנות יורשות. אם לא חותמים ביה"ד לא דן בנושא, הוא בעצם מתנה את השיפוט בהסכמת הצדדים שהוא ינהג בדרך של פשרה. היו רבנים שלא רצו לשנות את הנוהג הקיים בהלכה לגבי הורשת הנחלה, לכן הם לא קראו לכך פשרה, אלא קבעו באופן ישיר במקרים בהם חשבו שלבנים ולבנות מגיעה ירושה שווה.

מצד אחד ניתן לראות שהמציעים שהציעו את חוק הירושה (לעיל), רצו לראות במשפט העברי מקור חשוב וראשי לחקיקה, אך מצד שני הם אמרו שהוא לא מחייב ולא יחידי. כלומר, כאשר המשפט העברי לא היה נראה להם הוא נדחה. אמירה זו הינה אמירה מורכבת.

ניתן לראות התקיימות יחס מורכב בחוק הירושה:

"הצעתנו מתבססת:

1. על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ כעת.
2. על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו.
3. על חוקים של ארצות זרות, במזרח ובמערב, שמהן מתקבצים בני עמנו ע"מ להתמזג כאן לציבור אחיד."

ברגע שאדם מת, הירושה שלו עוברת ליורשים גם בלי רצונו של המוריש. אדם איננו רשאי לפי ההלכה להעביר את רכושו למישהו אחר, אלא רק באמצעות "מתנה מחיים" (טריק בנוסח, במקום לומר שההורשה תהיה לאחר שימות, האדם אומר שהוא נותן אותה עכשיו, אבל המקבל יקבל אותה בפועל רק לאחר מותו).

ההלכה לא אוהבת שאדם מנשל את הילדים שלו. המשנה אומרת שניתן לעשות זאת, אך במקרה כזה אין דעת חכמים נוחה הימנו. צוואה בעצם מאפשרת לעקוף את הדין. לפי ההלכה יורשיו של אדם הם צאצאיו של אביו, ואם אין לו- צאצאי אביו עד סוף הדורות. אם אין ילדים מביאים את הירושה לאחים, אם גם אין כאלו מביאים לילדים של הסבים (בני דודים) וכן הלאה. בקיצור לקרובי משפחה (תמיד ניתן למצוא מישהו כזה).

**חוק הירושה עשה מהלך של ברירה:**

במות אדם עובר עזבונו ליורשו- תואם את המשפט העברי.

היורשים הם ע"פ דין או זוכים ע"פ צוואה.

הירושה היא ע"פ דין, זולת במידה שהיא ע"פ צוואה- ברירת המחדל היא ירושה, אך אם יש צוואה נפעל לפיה.

ס' 10 מגדיר יורשים לפי כמה דברים:

"מי שהיה במות המוריש בן זוגו"- החוק לא מבחין בין זכר לנקבה, דבר המהווה סטייה מהמשפט העברי, לפיו האישה לא יורשת את בעלה. כמו כן, החוק עולה רק 2 דרגות, להורים ולהורי ההורים. זאת בשונה מהמשפט העברי שעולה בדרגות עד אין סוף. בנוסף, אם אין יורשים כאלו המדינה היא היורשת.

ס' 13: "ילדי המוריש חולקים בניהם בשווה, וכן חולקים הורי המוריד בניהם והורי הוריו בניהם בשווה". החוק שלל את דין הבכור, ואת ההבחנה בין נשים לגברים. המחוקק בעצם קבע ירושה שוויונית.

מה קורה במקרה שבו אדם מצווה את כל רכושו לאחרים, והילדים שלו נקלעים למצב שאין להם בכלל דרך להתפרנס? ס' 58 לחוק הירושה קבע שהם כן יקבלו מזונות מהעיזבון על חשבון מי שלפי דין זכאי להם, זאת למרות התפיסה הקניינית והוראות הצוואה.

מוריש לא יכול לנשל לגמרי את היורשים שלו מהצוואה, מאחר וקיים חלק בצוואה השייך להם. בנוסף, במשנה נאמר שכל עוד בנות לא נשואות הן צריכות לקבל מזונות מהעיזבון. זאת כאשר יש לאדם נכסים, אך כאשר אין לו נכסים, הבנות ניזונות והבנים מחזרים על הפתחים. כלומר, מעדיפים את מזונות הבנות על פני הירושה של הבנים.

לסיכום- חוק הירושה הוא דוג' טובה לכך שהמחוקק רואה במשפט העברי מקור לחקיקותיו, אך גם הרגיש חופשי ולא מחויב בכל הנוגע לכך. הוא אימץ את עקרון השוויון בין הבנים לבנות ובין בן הזוג לבת הזוג, זאת בשונה מהמשפט העברי.

**השילוב של המשפט העברי במשפט המדינה מנק' מבט דתית:**

כיצד המשפט העברי או ההלכה רואים את קליטת המשפט העברי לתוך המדינה? לכאורה התשובה היא שהראיה הינה חיובית, אבל המצב יותר מורכב מצד חכמי ההלכה והרבנים שהיו באותו דור. הם ציפו שהמדינה תאמץ את ההלכה בשלמותה לפחות בכל התחומים הנוגעים למשפט (לא בדיני שבת וכשרות אלא בתחום המשפט האזרחי).

**הרב א"י וולדנבר** כתב בספרו הלכות מדינה: "*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 מדינתנו כבר ניתנה בסיני ולא תשתנה לעולמים. לא אנו נתנו לה את תוקפה וממילא לא בידיו לבטלה...עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתי על ידי הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה*". ההלכה קיימת ויש בה פתרונות לכל השאלות המשפטיות שהמדינה תפגוש, כל מה שצריך הוא ליישם אותה ולהכיר בה כמשפט המדינה בשלמותה. הוא היה מודע לצורך לבצע שינויים, התאמות ופתוחים ע"מ להתאים לחברה ולמסחר החדש, אך סבר שמי שראוי לעשות זאת אלו תלמידי חכמים (חכמי התורה) שבדור שמבינים את דברי התורה ונחשבים כפוסקי הלכה, ולא מלומדים משפטנים רגילים או נציגי הציבור.

"*נואלו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהיגי דור ודור, תהיינה מעמדם הציבורים והשקפותיהם הרוחניות איזו שתהיינה, לתקן תקנות לצורכי הדור בכלי שטחי החיים לפי ראות עיניהם, והנקל בעיניהם לשנות גם כן את חוקי התורה המפורשים בתורה שבכתב...".* הוא כיוון זאת לאנשי המשפט העברי, בעצם שואל אותם איך הם יוכלו לשנות את התורה לפי ראות עיניהם.

הוא היה חושב שהפרויקט של המשפט העברי- קליטה סלקטיבית של ההלכה לפי ראות עיניהם של משרד המשפטים/ פוליטיקאים/ כנסת וכו', הוא דבר שבלתי ניתן להעלותו על הדעת, מאחר ואין להם סמכות לעשות זאת. להלכה יש מנגנון פנימי של פרשנות, חקיקה ושינויים, מנגנון הפתוח למי שהוסמך לכך, ובעיניו אימוץ חלקי של ההלכה הוא דבר פסול.

עמדה דומה אבל לא זהה, הביע הרב הראשי שהיה באותה תקופה, **הרב יצחק הרצוג**. הוא נקט גישות יותר נועזות:

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

לדעתו המשפט בארץ צריך להיות מבוסס על חוקי התורה, כך שגם אם מחוקקים חוקים חדשים הם לא יכולים לסתור את התורה. הוא הניח שהמדינה צריכה להיות דמוקרטית המקבלת את עקרונות האו"ם, אך הכיר בכך שהדבר נובע ממרכיבי החברה (אנשים יהודים ולא יהודים). הכיר בעובדה שנדרשות זכויות שוות, שופטים לא יכולים להיות רק גברים, רק יהודים, רק דתיים וכו', לכן הלך לפרויקט הלכתי שמטרתו להכשיר זאת בעניין ההלכה. הוא קבע את עניין העדות, לפיו כולם צריכים להיות קשורים לדיני העדות על מנת שהמשפט יהיה מבוסס על ההלכה. כאמור, הוא עשה מהלכים נועזים מבחינת ההלכה ע"מ להתאימה למדינה הדמוקרטית, אך כאשר זה לא קרה הוא מאוד התאכזב ואמר: "*אם בנוגע למצב הקיים, היינו ה- 'סטטוס 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 משפט, עליון, ותורת ישראל לא נדרשה, לא נזכרה ולא נפקדה... כלום לא הייתה מחובתה הראשונה של הממשלה להכריז ולהודיע שכוונתה ומטרתה היא, שעל כל פנים אחרי תקופת המעבר הלזאת, ישוב משפט התורה לחדש ימיו כקדם, ושהיא, ממשלת ישראל, עתידה לבקש עצה, הדרכה, והוראה, מפי חכמי התורה בנוגע לתקנות והשלמות הדרושות בשטחים ידועים במשפט התורה, כשינתן לו תוקף מלכותי?"*.

הוא אמר שיוכל להבין מדוע בעת הקמת המדינה לא אימצו את משפט התורה, אבל ביקש שתהיה הצהרה כללית לפיה **משפט התורה** יחדש ימין כקדם.

אנשי המשפט העברי רצו הצהרה דומה, אך הם רצו ש**המשפט העברי** (ולא משפט התורה) הוא זה שיהיה בסיס לחקיקה. המשפט העברי הוא מונח יותר פתוח וחילוני, שבו לשופטים ולמחוקקים יש יותר שליטה, זאת לעומת משפט התורה.

כמו כן, הרב יצחק הרצוג חלם על שיתוף פעולה עם הרבנות הראשית שתאשר את התקנות והחוקים של המדינה באופן הלכתי, ורק לאחר מכן הם יכנסו לחוק המדינה. הוא הציע תקנות לדיני הירושה שבהם השינויים ייקבעו, אך היה חשוב לו שהתקנה תהיה תקנה פנימית שתבוא מתוך ההלכה ובהנהגת הרבנות הראשית. מועצת הרבנות הראשית לא הסכימה לתקן תקנה כל כך נועזת בתחומי הירושה (שוויון וכו'), הכנסת לא חיכתה לאישורם ולכן חוקקה חוק משלה.

לאחר הקמת המדינה, הוא הציע הצעות מעשיות: *"צו השעה חזק עלינו להכין מעין 'ערוך השולחן' בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטיים [=משפטנים]. 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', וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד, אלא שיש צורך להקל במידה ידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה*".

צו השעה הוא בעצם להכין קובץ הלכות חדש שידבר בשפה משפטית מודרנית, שאותו גם משפטנים ולא רק תלמידי חכמים יוכלו להבין. הוא הרשה לעצמו לומר שהצורך הנ"ל הכרחי גם לבתי משפט רבניים. אמר שדרך זו צריכה להיות כדרך התקנות שבה יש חידוש מפורש. כמו כן, אמר שיש להקל על הלימוד, העיון והשימוש במקורות למעשה, מכיוון שהיה מודע לכך שגם לתלמידי חכמים יש קושי לעשות שימוש בקובץ ההלכתי הקיים.

בעצם יש פה 3 סיבות ליצירת קובץ חדש: השלמות של ההלכה, תקנות חדשות, והקלה על השימוש במקורות. התועלת בכך תהיה כפולה- גם לבתי דין רבניים וגם לבתי משפט אזרחיים של המדינה. הוא טוען שאם לא יעשו כן, המדינה תאמץ חוקים מחו"ל ובכך יגרם חילול ה', אבל אם יהיה ספר מוכן לא יתעלמו מהתורה, אלא יאמצו חלקים מסוימים (חטיבות חטיבות ופרקים פרקים). הוא פועל בגישה לפיה עדיף לאמץ חלק מאשר כלום. היה נועז בשינויים הנעשים בהלכה, אך בסוף בעצם הבין שצריך להתפשר.

רואים כאן מחלוקת פנימית בין הרבנים.

קיימת עמדה חריפה יותר נגד הפרויקט של המשפט העברי, והיא של **פרופ' אנגלרד**:

* משפט דתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי.
* המחוקקים והשופטים אמורים לשקול (בין השאר) את השיקולים הללו.
* הם צריכים להיות ראויים ומתאימים לשקול את השיקולים הללו. כלומר, להיות מזוהים עם ההלכה וכפופים לה.
* משפט המדינה מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד.
* המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואינם צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים.

קודם כל הוא לא מקבל את המונח של המשפט העברי, אלא קורא לו המשפט הישראלי. הוא מבקר את המונח של המשפט העברי ע"י המדינה ומחדד את ההבדלים בניהם. **משפט עברי** הוא משפט דתי בשלמותו, שבעיניו מכיל ערכים, שיקולים והליכים בעלי אופי דתי, לכן הוא גורס שהמחוקקים והשופטים צריכים לשקול את השיקולים הללו. בכל ענפי המשפט הדתי יש רובד של שיקולים דתיים שצריך להתחשב בהם, ועל מנת לעשות כן, הם צריכים להיות מזוהים ונאמנים להלכה. מאחר ושופט חילוני לא כזה, השופטים והדיינים צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים. אדם חיצוני למערכת לא יכול ורשאי לפרש אותה מפנים מאחר ולא מזוהה עם ערכים אלו. **משפט המדינה** לעומת זאת הוא חילוני, אנושי, ארצי. השיקולים הם יעילות, וודאות, צדק וכו'. לצורך חקיקת חוקים חילוניים ופירושם אסור להכניס שיקולים דתיים, לכן השופטים במערכת החילונית לא ייקבעו ע"פ סטנדרט דתי.

דרך זו הובילה לקיומן של 2 מערכות שונות: דתית וחילונית. מיזוגם, כפי שאנשי המשפט העברי רוצים, הוא לא פשוט בכלל.

אימוץ של ההלכה ע"י הכנסת תגרום לחילון פורמלי של ההלכה.

**-** התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים ע"י הכנסת.

**-** התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה.

**-** אימוץ המשפט העברי ע"י הכנסת משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני ולא דתי.

**-** חוק של המשפט העברי שמאומץ ע"י הכנסת מחייב ניסוח מחודש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק.

**-** חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במקרים חדשים שלא נידונו בעבר.

**-** חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במחלוקות.

אם מצייתים לחוקי הכנסת, בעצם מודים בכך שתוקף החוק הוא מטעם הכנסת ולא מטעם ההלכה, דבר הגורם לחילון מנק' מבט של אדם דתי. כאשר החוק מאמץ נורמה, היא משולבת בסביבה המשפטית שלה, ולאחר מכן מתפרשת ע"י המשפט האזרחי. בנוסף, פרופ' אנגלרד מסביר את הדרישה לפיה ההלכה צריכה להתפרש מבפנים, ודוחה את הפרויקט של המשפט העברי.

חוק הערבות למשל הוא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי צד שלישי. מושג זה קיים גם בהלכה, לכן ניתן לטעון שהחוק תואם את המשפט העברי.

עולה השאלה מיהו אותו אדם שערב? על שאלה זו ניתן לענות באמצעות עיון בחוק הפרשנות. אדם כולל תאגיד או כל גוף משפטי אחר, לכן גם חברה יכולה להיות ערב לאדם. אך במשפט העברי ובהלכה הנושא לא מחייב וברור, כלומר, קשה למצוא מקור הלכתי המורה שתאגיד הוא אדם שיכול להיות ערב. מנק' מבט הלכתית מי שמוסמך לפסוק זאת הוא פוסק הלכה. כמו כן, חוק הכשרות המשפטית גם יכול לענות על השאלה מיהו אדם. חוק הכשרות אינו זהה להגדרת הכשרות ההלכתית. דבר זה מראה שגם אם לוקחים נורמה התואמת למשפט העברי, כאשר שותלים אותה במשפט הישראלי, הפרשנות תהיה לפי המשפט האזרחי ולא לפי המדינה.

מהו חיוב? במשפט העברי ההגדרה שונה מההגדרה במשפט האזרחי.

אימוץ המשפט העברי ושתילתו במשפט האזרחי גורם לשינוי ולא ניתן לראות בו הלכה.

**פגיעה מהותית בהלכה באמצעות השפיטה:**

שופטים בבתי משפט אזרחיים אינם עומדים בתנאי הכשירות לפי ההלכה, שופטים נדרשים לפרש ולפתח את החוק הקיים ולהכריע בהחלטות, ואין להם סמכות הלכתית לכך. לכן, ההחלטות הנעשות במשפט האזרחי אינן בעלות תוקף הלכתי.

פס"ד 309/59 שותפות האחים לוינסקי מדבר על אחים שהיו שותפים וירשו מאביהם נכסים רבים. הירושה כללה מפעל שבו אחד האחים רצה לקבלו מאחר וניהל אותו ויש לו קשר סנטימנטלי, אך האח השני התנגד לכך. בתי המשפט נעזרו בהלכה בשביל להכריע במחלוקת. בשו"ע נאמר שאם אחד האחים טוען טענה טובה ומנומקת לכך שהוא רוצה שטח מסוים, ואחיו מתנגד ללא נימוק וסיבה מוצדקת לעין, דבר זה נקרא מידת סדום ולכן נותנים ליורש את החלק שרצה. השופט לם קבע שלא ימנע מאדם שתרם להגדלת המפעל ולפריחתו לקבל אותו. יש מחלוקת על כך במשפט העברי, מאחר ויש דעה המאפשרת לבחור שטח מסוים, הוא בוחר לקבל אותה.

השופט אנגרלד הסכים איתו אך קבע שלא ניתן לתת להכרעה כזאת בין רבנים תוקף הלכתי. מנק' מבט דתית אין טעם לאמץ את המשפט העברי שעומד בפני עצמו, רק לפי חלקים מסוימים, בהכרעה ע"פ דעה אחת וכו', הדבר נעדר סמכות לכך.

פרופ' מנחם אלון אומר ש- *"שילוב המשפט העברי (או ההלכה) במשפט המדינה, אינו יכול לחלן אותה. להלכה יש תוקף עצמאי שאינו תלוי במשפט המדינה. אין במעשה של קליטת המשפט העברי ע"י המערכת השיפוטית משום מעשה של פס"ד של חכם הלכה. לא בבחינת עולמה של ההלכה ולא מבחינה ריבונותה של הכנסת".* כאשר המדינה בוחרת לאמץ חוק או סעיף חוק מהמשפט העברי, היא לא מחללת אותו אלא נותנת לו **בנוסף** תוקף אזרחי. כאשר הכנסת/ שופט מאמצים חוק מהמשפט העברי, לא אומר שהם נותנים למשפט העברי תוקף של פס"ד, אלא משתמשים בו מכיוון שהוא המסורת והמורשת של העם היהודי במשך שנים רבות. במילים אחרות מדובר **בשיקול תרבותי**. סיבה נוספת היא יעילות. כאשר עולה בעיה שלא נמצא לה פתרון במקום אחר, יהיה נוח ויעיל לפנות למשפט העברי, שבו השפה נגישה ולא צריך לתרגם אותה. במילים אחרות השיקול הוא **שיקול תועלתי**.

"*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 הכנסתו לבידוד. ולא יהא 'טהור' ו'משומר'. להיפך: הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא על ידי קליטתו המחודשת במערכת המשפטית של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם בעיות שהזמן גרמן. ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש שיש עמה תסיסה ויצירה".*

הדבר נחוץ גם למדינה וגם למשפט העברי עצמו. כדי שהמשפט העברי יתאים לעולם המודרני, הוא צריך להשתלב במשפט הרווח במדינה.

השופט אנגלרד מעלה 2 טיעונים הנוגעים לתרבות:

1. המשפט היהודי הוא משפט דתי ואי אפשר לקלף את השכבה הדתית ולקיים את הגרעין התרבותי החילוני.
2. המשפט הפרטי בזמן הזה אינו בעל משמעות תרבותית עמוקה, אלא עניינו בשאלות טכניות ומעשיות.

הוויכוח הזה הוא ויכוח חי עד היום.

**המשפט העברי בחקיקה:**

בעקבות שילוב המשפט העברי בחקיקה עולות שאלות פרשניות. אחד ממקורות ההשראה של החקיקה הוא המשפט העברי. בחלק מהמקורות נאמר שהמשפט העברי הוא מקור ראשי, דבר שהוביל לחקיקה סלקטיבית של המשפט העברי (חלק מהמשפט העברי נכנס לחקיקה הישראלית וחלק לא). לעיתים המשפט העברי הטביע את חותמו בשמות החוקים, אבל ההסדרים היו הסדרים שונים.

נניח שהמחוקק משתמש במשפט העברי ובמיוחד ממונחים הלקוחים משם, האם כאשר מפרשים את החוק צריך לחזור למקורות ההיסטוריים- למשפט העברי, על מנת לפרש את החוק? לעיתים הנושא משתלב עם פרשנות אחרת ולעיתים מעורר שאלות.

ניתן לראות זאת בסוגיה של **חוק השומרים**. החוק בא להחליף את ההסדר שהיה במג'לה, בחקיקה מקורית שהושפעה מהמשפט העברי. ניתן לראות זאת באמצעות שמו של החוק וקטגוריות השמירה. החוק קובע קטגוריה כללית, לפיו שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות, כלומר, החזקה של נכס כדין גם אם היא לא נועדה לשמירה. למשל כאשר אדם שוכר רכב ע"מ להשתמש בו ועל הדרך שומר עליו, או כאשר אדם נותן חפץ לבעל מלאכה לתיקון. כמו כן, לעיתים יכול להיות מצב בו אדם מחזיק בחפץ ללא הסכמה אך הוא עדיין ייחשב כשומר, כמו במקרה של השבת אידה.

**המחוקק מגדיר כמה סוגי שומרים:**

**שומר חינם-** שומר נכס שאין לו בכך טובת הנאה לעצמו.

**שומר שכר-** שומר נכס שמקבל תמורה בעד השמירה/ שעצם השמירה נותנת לו טובת הנאה לעצמו והוא איננו שואל.

**שואל-** שומר נכס כדי להשתמש בו/ להנות ממנו בלי לתת על כך תמורה.

**שוכר-** דינו כשל שומר שכר. ההבדל- שומר שכר מקבל תמורה כבור השמירה ושוכר מקבל זכות שימוש.

**אחריות שומרים:**

שומר חינם- יש אחריות על נזק/ אובדן הנכס רק אם התרשל בשמירה. המינוח ההלכתי לכך הוא **פשיעה**.

שומר שכר- מידת האחריות של שומר שכר גבוהה משל שומר חינם, משום שמקבל על כך שכר. האחריות היא מלאה למעט מקרים בהם לא היה יכול לצפות ולמנוע את התוצאות. המונח ההלכתי נקרא **אונס**.

האחריות היא בעצם מוחלטת ולא תלויה במידת הזהירות שלו, אפילו אם מדובר על אונס הוא יהיה אחראי. אולם, יש לכך סייג- החוק מבחין בין 2 סוגים של שומר שכר:

* שומר שכר שעיקר מטרתו היא השמירה, רמת אחריותו גבוהה.
* שומר שכר שהשמירה היא תפלה ולא מהטרה העיקרית. כאמור, שמירה יכולה להיות גם החזקה כדין. למשל אדם שקיבל חפץ לתיקון, המטרה היא תיקון החפץ ולא השמירה, אבל בזמן התיקון המתקן שומר על הנכס. גם הכסף שמקבל הוא לא עבור השמירה אלא עבור התיקון. **רמת אחריותו היא כשל שומר חינם**.

הבדל נוסף בין שומר חינם לשומר שכר ב', הוא נטל הראיה. כעקרון התובע צריך להוכיח את הרשלנות (כאשר מדובר על שומר חינם), אך במקרה של שומר שכר ב', החובה שחלה על השומר היא רחבה, הוא זה שצריך להוכיח שלא התרשל.

פס"ד עלי נ' ששון מדבר על אדם בשם חוסיין עלי שרכש טופס הימורים בדוכן טוטו. לטופס היו 2 העתקים, אחד הולך למוכר ואחד נשאר אצל המהמר. רחמים ששון, בעל הדוכן, איבד את הטופס שלו (הוא טען שעלי לקח את 2 הטפסים). עלי הגיע לדוכן עם הטופס שבו ניחש את כל הניחושים בצורה נכונה, אך בעל הדוכן לא נתן לו את הכסף מאחר ולו לא היה את ההעתק של הטופס. עלי הגיש תביעה לקבל את הכסף, בהתחלה הוא תבע את טוטו אח"כ תבע אישית את בעל הדוכן. התביעה הגיעה לביהמ"ש העליון שקודם כל בדק האם חוק השומרים חל על המקרה הנ"ל.

עלתה השאלה האם ניתן לומר שבעל הדוכן שומר מאחר והחזיק בטופס כדין? שאלה נוספת שעלתה היא האם הטופס שמקנה זכות להשתתפות בהגרלה נחשב כנכס? היו על כך ויכוחים שבסופו של דבר נקבע שכן. אח"כ נדבק איזה סוג של שומר בעל הדוכן. נקבע שהוא שומר שכר מסוג ב', השמירה תפלה לעסקה העיקרית. המשמעות היא שמי שנטל הראיה מוטל על השומר ע"מ להוכיח שרמת האחריות שלו מופחתת. אם הוא רוצה להנות מאחריות מופחתת עליו להוכיח שלא התרשל.

**כיצד נגדיר רשלנות?**

**אפשרות אחת**- להסתכל על ס' 35 בפקודת הנזיקין. את ההגדרה שבפקודה צריך להתאים למקרה הזה ולחוק השומרים. שמירה יכולה להתאים למשלח יד, מכיוון שבעל הדוכן צריך לנקוט זהירות כחלק ממשלח היד שלו. הוא היה צריך לעמוד בסטנדרטים ששומר סביר היה נוהג, ובסטנדרטים שבעל דוכן סביר היה נוהג (למשל לדאוג לשמור את הטופס במגירה).

**אפשרות שנייה**- ביהמ"ש עושה מהלך נוסף בכך שפונה למשפט העברי. החוק חוקק בהשראת המשפט העברי, מכיוון שהשתמשו באותם מושגים ובאותה מידת האחריות. בשו"ע כתוב ששומר חינם פטור מגניבה ואבדה ולא חייב לשלם, אלא אם כן מדובר בפשיעה (שומר שכר ב הוא בעל אחריות של שומר חינם).

**מכאן עולה השאלה מהי פשיעה?**

המשנה בבבא מציעה נותנת מענה לכך: אדם שסוחב חפץ ומחזיק אותו מאחורי הגב באופן שבו מי שעומד מאחוריו יכול למשוך ולגנוב אותו. או למשל אדם שנתן לילדיו הקטנים את החפץ בלי שנעל אותו כראוי, חייב לשלם מכיוון שלא שמר בדרך השומרים.

**האם במקרה הנ"ל השומר (בעל הדוכן) התרשל או לא?**

השומר אומר שלא התרשל אלא פעל כפי שתמיד פועל, הוא שם את הטופס על המשקולת. הוא לא יודע מה קרה לטופס והוא בכלל חושב שעלי לקח את הטופס לעצמו ושמדובר במהלך מתוכנן של הונאה. הוא טען שעלי רשם את הניחושים לאחר שפרסמו אותם ואז הגיע לקחת את הכסף.

קיימת הלכה בשו"ע לפיה שומר שלא יודע מה קרה לחפץ ששמר עליו- נחשב כפושע שחייב לשלם מיד. במקרה דנן, מכיוון שבעל הדוכן לא יודע מה קרה לטופס, לפי ההלכה הוא מוגדר כפושע שחייב לשלם.

בין אם בוחנים לפי פקודת הנזיקין רשלנות ובין אם לפי המשפט העברי, בעל הדוכן רשלן ואחראי לנזק שנגרם.

**מהו הנזק שנגרם לעלי?**

עלי טען שהנזק הוא מיליון שח, אך ביהמ"ש ביקש לקבל הוכחה שהניחושים שעשה נכתבו מבעוד מועד. הוא לא יכול להוכיח זאת, לכן הנזק הוא על הכרטיס שיש בו ניחוש 1 בלבד, שבעצם לא שווה כלום. ההוכחה היחידה היא טענתו של עלי, דבר שאינו מספיק. ניתן לראות שלמרות שנקבע שבעל הדוכן הוא אחראי, הוא לא צריך לשלם. הגיעו לאותה תוצאה כמו בשימוש במשפט העברי.

פרשת קופת העם נ' הנלדס מדבר על אדם בשם הנדלס שמצא בחדר הכספות בבנק 2 אגרות חוק למוכ"ז ("מחזיק שטר זה") בשווי עשרת אלפים שח (הכניסה לחדר הכספות בעבר הייתה חופשית). הוא היה איש ישר לכן החליט להחזיר את האגרות הללו לבעליו. לשם כך הוא יידע את מנהל הבנק שלאחר בדיקה לא ידע של מי זה שייך. שניהם הלכו למשטרה יחד לרשום ולדווח על האבדה (בהתחלה הבנק רצה ללכת לבד אך הנדלס לא הסכים לכך, כנראה כי חשש שייקח זאת לעצמו).

ס' 3 לחוק השבת האבדה- *"המוצא אבדה ברשותו של אדם חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לפי דרישתו. קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא".* לפי חוק השבת אבדה, אחרי 4 חודשים שבהם החפץ לא נדרש, המוצא הישר זוכה בו. אכן עברו 4 חודשים שבהם הבעלים לא פנה לקבל את האבדה, לכן הנדלס ביקש לקבל את האגרות לעצמו. הבנק טען שמאחר והן נמצאו בשטח הבנק, הן שייכות לו.

**מהי רשותו של אדם אחר?**

רשות היא חזקה, בעלות ושליטה.

כיצד נחליט בשאלה פרשנית שכזאת? כמה אופציות לכך:

* פרשנות תכליתית, לפי התכלית של החוק.
* משפט עברי.
* משפט משווה.

**השופט ברק** אמר שמטרתו של חוק השבת אבדה היא השבת האבדה לבעליה. במקרה שנמצאה האבדה ברשותו של אדם אחר, יש למוסרה לו כי זוהי הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה. למה זוהי הדרך הכי טובה?

* המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות.
* בד"כ בעל הרשות ידאג לאבדה יותר מאשר מוצא מזדמן.

ברק טוען שטעמים אלו חלים במקרה זה על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות. השופט ברק בחר באופציית החזקה, לכן קבע שבעל הרשות שזכאי לקבל את האבדה הוא הבנק.

**השופט אלון** אמר ששני הטעמים של ברק אינם משכנעים מכיוון שגם המשטרה היא כתובת לאבדה. כמו כן, הוא אמר שלעיתים למצוא יש מוטיבציה יותר גדולה, ובמיוחד אם ניתן לו את התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא יימצא. השאלה היא בעצם את מי רוצים לתמרץ. לדעתו רשותו של אדם אחר היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית, לכן כאשר פוגעים בתמריץ פוגעים בעצם במטרת החוק.

אלון הולך בכמה מסלולים:

מקביל לפרשה דומה שהייתה בארה"ב: עובדת של בנק מצאה נייר ערך בחדר הכספות, לאחר שהמאבד לא נמצא היא דרשה לקבל אותן והבנק התנגד לכך. ביהמ"ש האמריקאי קבע שהיא אמנם הייתה חייבת לדווח על כך, אבל זה לא אומר שהיא ויתרה על זכויותיה כמוצאת. כאשר לאדם יש בבית חזקה עם שליטה (אפקטיבית) עם כוונה לממש את השליטה שלו, הוא יכול לתבוע בעלות. אך אם אין לו, הוא לא מנתק את הקשר של המוצא.

נקבע שיש לתת את האבדה למוצא ולא להתחשב ברשות הפורמלית, אלא ברשותו של אדם אחר כפי שהוא מסכם. אולם, במקום שאין בו שליטה אפקטיבית, כמו בנק, גם אדם פרטי יוכל לקבל את המציאה. אלון אמר שגם אם המטרה היא השבת האבדה, לא בטוח שצריך לתת לבנק את המציאה אלא צריך גם לתמרץ את המוצא. הוא אמר שהוא צריך לפרש את המושג רשותו של האדם האחר לפי המשפט העברי.

משנה מסכת בבא: אם אדם מצא אבדה בחנות, היא שלו. אם האבדה שנמצאה היא בין התיבה לחנווני, היא שייכת לחנווני. אם האבדה נמצאת לפני השולחני, היא שייכת לו. אם האבדה נמצאה בין הכיסא לשולחני, היא שייכת לשולחני.

**שורה תחתונה:** אם נפרש את ס' 3 לפי הפסיקה האמריקאית, רשותו של אדם אחר תהיה תוגדר לפי שליטה אפקטיבית בנכס. השופט אלון אמר שזוהי דוג' ברורה להסדר הנכון בסוגייה.

גם הרמב"ם פסק את אותה ההלכה. הוא קבע שמי שמוצא מציאה על התיבה או על החנות כולה, המציאה שייכת למוצא. הוא מסביר מדוע בעל החנות שהוא בעצם בעל הרשות לא מקבל את המציאה, זאת מכיוון שלא מדובר בחצר המשתמרת (אינה בשליטה אפקטיבית).

הבנק לא במעמד לשלול מהנדלס את זכותו כמוצא ישיר. גם אם מפרשים את החוק לפי פרשנות תכליתית, וגם אם לפי המשפט העברי, מגיעים לאותה התוצאה.

**השופט לנדוי** הצטרף לעמדתו של ברק, ואמר שהחוק הישראלי חייב להתפרש מתוכו ע"פ המשתקף ממנו לפי כוונת המחוקק. הוא טען שקבענו הסדר משלנו ואנחנו לא כפופים למשפט האנגלי שמבוסס על הנחת יסוד שונה. כמו כן, הוא סובר שגם מהמשפט העברי לא נוכל לשאוב את התשובות, מכיוון שגם הוא שונה מהחקיקה הישראלית.

**קיימות 3 עמדות ביחס לפרשות מונחים המסתמכת על המשפט העברי:**

1. חשין האב בפס"ד מיטובה נ' קזם- סבר שתהא זו טעות גדולה לפרש כל מונח וכל ניב בחוקים שלנו, לפי המקום המדויק במשנה או בתלמוד. לדעתו אף פעם אין טעם וצורך לחזור למשפט העברי. השפה אמנם לקוחה מהמשפט העברי אבל לא צריך לפרש כל דבר ודבר לפי המשפט העברי.
2. השופט חיים כהן בפס"ד הנדלס- לא בא לחלוק על הנחת היסוד לפיה יש ללכת למשפט העברי כאשר ברור לנו שהמחוקק לקח את המונח משם, אך במקרה הנ"ל הוא לא חושב שהמונח רשות נלקח משם.
3. פרופ' ברכיהו ליפשיץ- אומר דברים דומים לשל חיים כהן, אבל מוסיף שלא רק כאשר מדובר במונח אלא גם כאשר מדובר בהסדר מיוחד. עם זאת, קבע שניתן לסטות ממנו. הוא סובר שבמקום שבו ביהמ"ש משוכנע שהמילים או ההסדרים נלקחו מהמשפט העברי, יש לפרש לפיו, אבל צריך לבדוק האם אכן כך הדבר. בהרבה מקרים למרות שאומרים שנלקח מהמשפט העברי, לא בהכרח כך הדבר. מידת המחויבות למשפט העברי היא קטנה יותר.

**ניתן לראות שתי גישות מנוגדות:** חשין האב סובר שאף פעם לא צריך את המשפט העברי, ואילו אלון סובר שתמיד צריך אותו.

**המשפט העברי בפסיקה:**

בתקופה שלפני חקיקת חוק יסודות המשפט לא היה בסיס חוקי פורמלי המפנה את ביהמ"ש למשפט העברי, אך אף על פי כן, פנו אליו מתוך מסורת.

**חוזים:**

פס"ד ג'ייקוב נ' קרטוז- המערער השכיר דירה למשיב. הדירה הושכרה עוד לפני שהתקבל אישור מבית הדין לענייני שכירות על גובה שכר הדירה (הדבר היה חובה בחוק באותה תקופה). ג'ייקוב רצה לפנות את השוכר שלו מהדירה עוד לפני מועד סיום החוזה. הוא טען שהחוזה שלהם הוא בלתי חוקי מהסיבה לעיל, לכן הוא בטל והשוכר לא יכול להיות שם אלא צריך לפנות את הדירה.

עולה השאלה מהו מעמדו של חוזה בלתי חוקי? האם הוא בטל? האם ניתן לביטול? האם תקף? שיטות המשפט השונות נוקטות גישות שונות בנושא:

**שיטות משפט קונטיננטליות-** חוזה בלתי חוקי הוא בטל ולא תקף. שיטה זו נהוגה בצרפת ובגרמניה ועל תפיסה זו התביעה מבוססת.

**שיטת המשפט האנגלית-** שונה מהשיטה הקודמת.

**שיטת המשפט העברי-** גם עולה במקרה הנ"ל.

השופט זילברז אמר שההנחה שחוזה בלתי חוקי הוא בטל, היא הנחה מוטעית. הכלל המחייב כאן הוא הכלל מהמשפט הרומי שהמשפט המקובל אימץ, לפיו מתוך עילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. אך במקרה שבו שני הצדדים חטאו כאחד, יד הנתבע היא על העליונה. במקרה דנן שני הצדדים היו שותפים לאי חוקיות החוזה, לכן יד הנתבע על העליונה. השופט אמר שהמשמעות של הכלל הוא שחוזה בלתי חוקי אינו בטל, אלא תקף, אך ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס תביעה על עבירה ולא ייתן סעד על מקרים כאלו. יש פה מעין מניעה פרוצדורלית/ מהותית של ביהמ"ש לענות על תביעה כזאת. הדבר נעשה מכבודו של ביהמ"ש, לא יאה לביהמ"ש ללכלך את ידיו בתביעות של חוזים לא הגונים (למשל חוזה בין גנבים). מהצד השני, התובע לא יכול לנצל את העובדה שהעסקה היא בלתי חוקית, בצורה שתפעל לטובתו.

התוצאה בפסה"ד היא שהחוזה אינו בטל.

ביהמ"ש מפעיל את השיטה האנגלית ולא את השיטה הקונטיננטליות. הוא קובע שג'ייקוב רימה פעמיים, גם בכך שעשה חוזה בלתי חוקי ולקח יותר כסף מהמשכיר, וגם בכך שרוצה עכשיו לסלק את הדייר. למרות שהדבר היה בהסכמה של הנתבע, ידו על העליונה.

עם זאת, השופט זילברג מכיר בכך שהפתרון הזה אינו שלם. זאת מאחר ויכולים להיות מצבים בהם נדרשת התערבות ביהמ"ש גם בסוגיות של חוזים בלתי חוקיים, משום שחוסר התערבותו יביא לתוצאה בלתי צודקת.

**השופט זילברג מעלה גם את המשפט העברי:**

המגמה של המשפט העברי היא להכיר בחוזה בלתי חוקי. כלומר, לעשות הפרדה בין העבירה לבין תוקף החוזה. אם מימוש החוזה כרוך בעבירה, לא יאפשרו זאת.

הרמב"ם- "ריבית קצוצה יוצאת בדיינין". לפי ההלכה אסור לקחת ריבית על הלוואה, כאשר יש צדדים שעושים זאת למרות האיסור, החוזה הוא בלתי חוקי ופסול מבחינה הלכתית. האם יש לו תוקף כלשהוא? ברור שהמלווה לא יוכל לתבוע את הריבית בבית הדין, משום שביצוע החוזה כאן כרוכה באי החוקיות. ביה"ד לא יכול לפסוק לצד המלווה לבצע עבירה ולהחזיר את הריבית.

מה קורה במקרה ההפוך? האם הלווה ששילם את הריבית יכול לתבוע את השבתה? אם הולכים לפי השיטה הקונטיננטלית ואף לפי השיטה האנגלית, ביה"ד לא מלכלכך את ידיו בחוזה בלתי חוקי שכזה. אך המשפט העברי פוסק שאם הלווה שילם ריבית שלא כדין למלווה, הלווה יכול לתבוע בביה"ד את השבת הריבית בחזרה, למרות שתשלום הריבית היה אי חוקי.

**ניתן לראות שהמשפט העברי לא מאמץ את השיטה הקונטיננטלית.**

השו"ע- מביא כדוגמה מצב בו הקונה לא רצה לשלם וביקש דחייה בתשלומים, אך המוכר היה מוכן לדחות את התשלום בתוספת ריבית. השו"ע שפוסק לפי ההלכה המקורית, קובע שהדבר אסור ושביה"ד יתייחס לעסקה הזאת כתקפה. אולם המוכר לא יוכל לקבל בביה"ד את הריבית, אלא את הסכום המותר (הסכום ללא הריבית). בעצם לא מחייבים את הקונה לבצע את פעולת העבירה, שהיא תשלום הריבית.

**דוג' נוספת:** עסקה שנעשית בשבת. הרמב"ם קובע שקיימת אפשרות להעניש אדם על כך שביצע עסקה בשבת, אבל העסקה עצמה תקפה. יש הפרדה בין האיסור הדתי לבין התוקף הממוני של החוזה. במוצ"ש ניתן לכתוב על חוזה את הקניין שהתחייבו לעשות בשבת.

**יש פריסה של 3 שיטות:** השיטה הקונטיננטלית- חוזה בלתי חוקי בטל. באמצע נמצאת השיטה האנגלית- החוזה לא בטל, אבל ביהמ"ש לא יסייע במימוש החוקים. בצד השני יש את שיטת המשפט העברי- חוזה בלתי חוקי הוא תקף למרות שנעשה בו איסור.

**מה קורה במשפט הישראלי?** ס' 30 לחוק החוזים קובע שחוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור, בטל. ניתן בעצם לראות אימוץ של הגישה הקונטיננטלית.

עם זאת, ס' 31 קובע שהוראות סעיפים 19 (ביטול חלקי של סעיפים) ו-21 (חובת ההשבה), יחולו בשינויים אם ביהמ"ש רואה שמן הצדק לעשות כן. הביטול הוא לא מלא, אי אפשר להתעלם מהחוזה ולקרוע אותו. ביהמ"ש רשאי לבטל את ההשבה/ חיוב, או אף לחייב צד לבצע את חלקו בחוזה (יש לביהמ"ש שק"ד לקבוע שהחוזה תקף).

השופט אלון קובע שבד"כ כאשר מבצעים חוזה צריכה להיות השבה, אלא אם כן ראה ביהמ"ש שמן הצדק לא לחייב את ההשבה. אם צד אחד כבר ביצע את החוזה, ביהמ"ש יוכל לחייב את הצד השני לקיים גם את החובה שלו בחוזה. זאת כאשר הוא סובר שמן הצדק יש לעשות זאת.

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

במילים אחרות, הוא אומר שלא קיימת זכות תביעה, בין אם התביעה היא מהותית לפי המשפט הקונטיננטלי, ובין אם היא דיונית לפי המשפט האנגלי. הוא טוען שהשיטה הזו היא ישראלית מקורית שאינה מושתת על המקורות עליהם מתבססת בד"כ החקיקה הישראלית.

השופט אלון לקח את דבריו של פרופ' דניאל, וקבע שהעקרונות עליהם החוק המוצע מבוסס, נידונו בוועדה ציבורית לאחר בדיקת שיטות משפטיות שונות, תוך שימת לב מיוחד למשפט העברי. הדין הקיים לפני הצעת החוק, מבוסס על המשפט האנגלי האומר שחוזה בלתי חוקי הוא בטל. ביהמ"ש הבין שהוראות אלו גרמו עוול רב, כפי שהשופט זילברג הראה בפס"ד ג'ייקוב ובמחקריו. בעקבות פסה"ד של זילברג וג'ייקוב, ביהמ"ש הורה לתקן את הדין האנגלי על יסודות המשפט העברי.

השופט אלון*- "סוגיית החוזה הבלתי חוקי בחוה"ח הישראלי, היא דוג' מעניינית לקליטת עקרונות ומגמות במפשט העברי, בלי שנתקבלו חלק מפרטי דיניו ועמדותיו. לא נתקבלה עמדת המשפט העברי, שבדרך כלל תקף הוא החוזה הבלתי חוקי לעניין נפיחויותיו האזרחיות. הכלל הוא, כאמור בסעיף 30, שחוזה כזה בטל הוא, אך כן נתקבלו בחוק החוזים שני עקרונות מהותיים שביסוד דיני החוזה הבלתי חוקי במשפט העברי."*

כלומר, השופט אלון אומר שהמשפט העברי היה קיצוני ולכן לא בחרו בו, אך כן נבחרה מגמה שקבעה 2 עקרונות מהותיים:

1. הגישה האנגלית נשללה. ביהמ"ש חייב להתערב בחוזים במקרים כאלו.
2. אסור שחוטא יהיה נשכר. לא מאפשרים לאדם שעשה חוזה בלתי חוקי לנצל זאת לטובתו.

פס"ד הניה הווארד נ' מיארה- המערערת (הניה) מכרה קרקע למשיבים. לאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקע ע"י העירייה. המערערת ידעה זאת ולא גילתה למשיבים. היא ידעה שהיא גובה מחיר על 100% מהשטח, אך הם מקבלים רק 66% ממנו (כי השאר מופקע). המשיבים מצידם ביקשו להפחית את מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום, לכן 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 בלתי חוקי ועל ביהמ"ש לא להיזקק לתביעה.

שליש מהכסף ששולם היה עבור חומרי בנייה (מה שבפועל לא קרה משום שהייתה העלמת מס). המשיבים דרשו שהתשלום ייחשב כחלק מהחוזה, או שיקבלו אותו בחזרה, לכן הניה טענה שהחוזה בלתי חוקי. כמו כן, היא טענה שהיא הנתבעת ולכן ידה על העליונה. ביהמ"ש קבע שאמנם בעבירה הזאת של ההעלמת המס שני הצדדים היו שותפים, אך בהונאה שבה לקחה למשיבים שליש מהסכום על כביכול חומרי בנייה, רק היא אשמה ואחראית ולכן היא לא תוכל להנות מהכלל המאפשר את ידו העליונה של הנתבע (הכלל תקף רק כששני הצדדים נגועים באי החוקיות).

השופט שמגר קבע שלא צריך להיכנס להלכת "חטאו שניהם כאחד", משום שיש לנו את ס' 31 לחוה"ח. בגלל שהמוכרת נהגה בחוסר תום לב והונתה את הקונים, היא לא תוכל להנות מהעבודה שהחוזה הוא בלתי חוקי, לכן ניתן לבצע את החוזה (ולא לבטלו).

השופט אלון הסכים עם כך, אך הוסיף את הפן של המשפט העברי בכך שאמר שמקורו של כל המהלך הזה הוא מהמשפט העברי.

ניתן לראות שקיים פה מהלך משולב של יישום המשפט העברי בפסיקה ובחקיקה.

השופט זילברג הביא בפסיקתו את המשפט העברי. אך פסה"ד של ג'ייקוב נתן תוצאה מספקת בלי שהיה צריך להזדקק למשפט העברי. לכן עלתה השאלה האם בכלל יש ערך בציטוט המשפט העברי? התשובה היא כן. כאשר המחוקק בא לחוקק את חוק החוזים, הוועדה המחוקקת מצאה את ההפניה למשפט העברי ומשום שראתה שהוא הציע פתרון טוב יותר, הוסיפו זאת לחקיקה.

**פרשנות עקרונות לפי המשפט העברי:**

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

כעקרון, הפסיקה מאנגליה מכירה בסעיפי פטור שכאלו. לדעת בתי המשפט באנגליה, זכותו של מוביל או ספק להתנות סעיף פטור והוא יפסל רק אם יש בו התניה. עם זאת, הפסיקה האמריקאית אינה מכירה בסעיפי פטור כאלה. לדעת ביהמ"ש בארה"ב, סעיפים שפוטרים את המוביל מאחריות לנזק שנגרם ברשלנות בטלים.

מה צריך לפסוק? האם ללכת לפי המשפט באנגליה או לפי הפסיקה האמריקאית? השופט זילברג טוען שיש לאמץ את ההלכה האמריקאית. הוא הסביר איך ניתן לעשות זאת. לדבריו, את ההלכה לפיה ניתן לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני. אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסד והתרבות שלנו, כי אין מקור אחר לסדר ולתקינות.

יש יסוד חוקי/ עקרוני האומר שחופש החוזים הוא אינו מוחלט, אלא יכול להיות מוגבל. למשל ס' 30 מגביל את החוזה ומחייב אותו להיות חוקי, מוסרי ותואם את תקנ"צ.

**עולה השאלה, מה זה אומר נוגד את הסדר הציבורי ואת תקנ"צ?** לשם כך, עלינו ללכת למשפט העברי. "*היהדות מאז ומעולם מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים. 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא י"ח, הי)– 'וחי בהם ולא שימות בהם' (יומא, דף פ"ה, ע"ב).*"

כלומר, כמו שפיקוח נפש דוחה את כל מצוות התורה, כך גם חיוב החוקים הוא עד סכנת חיים.

"*והקול הקורא ממעקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים, או קדושת העיקרון של חירות החוזים, כבודה במקומו מונח, אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים*"*.*

קדושת החוזים/ העקרון של חופש החוזים הוא חשוב ויפה, עד שהוא מסכן את החיים, במצב כזה לא יכירו בחופש החוזים.זוהי דוג' לכך שנעזרים במשפט העברי על מנת "לברוח" ולא לאמץ את עקרונות השיטה האנגלית.

השופט אלון פיתח את העקרונות הללו בפרשת רוט נ' ישופה. המערערים רכשו דירה מחברת ישופה. הם קיבלו את הדירה באיחור ומצאו בה ליקויים רבים. הם תבעו פיצויים ותיקונים. החברה טענה שלפי החוזה, קבלת החזקה בדירה על ידי הקונה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה. ביהמ"ש המחוזי קיבל את הטענה הזאת, אך ביהמ"ש העליון לא קיבל וסבר בגישה אחרת.

השופט אלון- "סעיף 39 לחוק החוזים: בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת בחוזה". הוא בעצם הולך בדרכו של השופט זילברג. קובע עקרון לפיו המושג תו"ל הוא מושג כללי הקיים בכל שיטת משפט, אבל כאשר יורדים לפירוטו, גם אם אין הפניה מפורשת בחוק, צריך לעיין בראש ובאשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל.

**השופט אלון מצטט כמה מקורות מהמשפט העברי:**

מכילתא- *"כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעילן עליו כאילו קיים כל התורה כולה".* נושא ונותן באמונה- ניהול מו"מ בתו"ל, תוך אמון הדדי. אלון לוקח מקורות במשפט העברי שהם לאו דווקא הלכתיים, אלא יותר אמירות מוסריות כלליות, ונותן להם משמעות הלכתית.

תלמוד בבלי*- "אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין (=כבית דין של מעלה) אומרים לו: נשאת ונחת באמונה?".*

האלמנט היסודי במושג תום הלב הוא היושר ועשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במילים 'ועשית הישר והטוב' (דברים ו, יח). עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין 'הוראה מלכותית' בכל עולם ההלכה.

הרמב"ן אומר שהתורה מלאה במצוות ובהוראות. עקרון "ועשית הישר והטוב" מוסיף שאדם יכול לקיים את כל מצוות התורה באופן פורמלי, אך הן לא מכסות את מלוא המקרים, משום שקשה לכסות את כל האופציות הקיימות. גם אם אדם עומד על זכותו, הוא צריך לעשות זאת בתו"ל ולא לעשות בה שימוש לא הוגן. מי שעושה כן, עובר על עקרון "ועשית הישר והטוב".

אלון- אם מאמצים את העקרון הזה, ניתן להפעילו ב-2 צורות:

1. הוראה מוסרית שאי אפשר לכפות אותה, האומרת שאדם צריך לנהוג ביושר ובאמון.
2. תוספת תקנה שיכולה להתגבש לזכות משפטית. יש דוגמאות שונות לכך בהלכה.

**מסקנה-** ישנם מצבים בהם שופט יבין שצד אחד נהג בחוסר תו"ל, אך לא ברמה שיכפו עליו את החוזה. לעומת זאת, ישנם מצבים בהם שק"ד של ביהמ"ש יביא למצב שבו יכפו את החוזה.

בפס"ד רוט נקבע לאכוף את החוזה ולבטל את הסעיף הלא חוקי.

הדבר הראשון שאלון עשה הוא להגדיר מהו תום לב- לנהוג ביושר ובאמון.

הדבר השני שעשה הוא להסביר את שיקול דעתו של ביהמ"ש. הכל לפי נסיבות העניין.

התפיסה העקרונות של אלון היא שפרשנות של מושגים מופשטים (כמו תו"ל) צריכה להיעשות לפי המשפט העברי.

**לעבודה:** אלון- הולך לפי זילברג ויקבל חיזוק מחוק עקרונות המשפט. ברק- לא צריך ללכת למשפט העברי.

**פלילים:**

פס"ד אפנג'ר נ' מדינת ישראל- נידונה שאלת ההגנה העצמית. שוטרים התפרצו לבית לאחר שחשדו שנעשתה עבירה (הימורים וסמים). הבית היה סגור ובאיזשהו שלב השוטרים ניתקו את הגז מבחוץ בכדי שבעל הבית יפתח את הדלת. הם התפרצו פנימה ללא הזדהות (היו לבושים אזרחי). בעל הבית הדף אותם בכוח ולכן הואשם בתקיפת שוטרים. לאחר שהורשע במחוזי, הוא ערער לביהמ"ש העליון וטען את טענת ההגנה העצמית. באותן שנים, חוק העונשין איחד את הגנת הצורך וההגנה העצמית (לאחר התיקון בחוק הייתה הפרדה).

ההגנה נקראה **הגנה פרטית**- הפרט מגן על עצמו. עלתה השאלה האם ההגנה כוללת הגנה על הזולת? אדם לא יכול להגן על אחר, אלא אם כן יש לו חובה לעשות זאת. השופט אלון אמר שהוא לא מקבל את הטענה שכאשר אדם אחר רואה מישהו מנסה לרצוח עם סכין, אסור לו להתערב אם אין לו חובה לעשות כן. כמו כן, לא קיבל את טענת הבריטים לפיה הדבר נועד לצמצם אלימות. הוא הוסיף שיש מערכות משפטיות שונות שמכירות בך, כמו הגישה האמריקאית והדין בארצות שונות של הקונטיננט (התמונה במשפט המשווה היא מעורבת).

פרטים שההגנה חלה עליהם- ילדים, עובדים, תלמידים.

בישראל באותו הזמן היה צריך ללכת לפי השיטה האנגלית, אך לביהמ"ש לא היה נוח עם השיטה הזאת, לכן השופט אלון קבע שבמצב כזה יש ללכת למשפט העברי.

**במשפט העברי** יש דין שנקרא **"דין רודף"**. זוהי בעצם טענה של הגנה עצמית, הנרדף יכול להציל את עצמו מהרודף גם באמצעות הריגתו. הציווי "לא תעמוד על דם רעך" הוא לא רק ציווי, אלא ממש חובה. במסכת סנהדרין נאמר שהחובה להציל את הנרדף אמנם מתירה לנקוט את כל האמצעים עד כדי הריגת הרודף, אך אם אדם יכול להציל את עצמו ע"י פגיעה באחד מאבריו של הרודף ולא עשה כן, הוא נחשב רוצח. כלומר, יש לנקוט באמצעים מדורגים, לנקוט באמצעי המינימלי הדרוש, להתחיל במינימום (פגיעה באיברים) לפני שמגיעים למקסימום (הריגה).

עקרון הנחיצות הוא בעצם עקרון הפגיעה המינימלית.

הרמב"ם סיכם את ההלכה התלמודית ואמר שהרודף אחר חברו להורגו, כל ישראל מצווים (זאת ממש חובה) להציל את הנרדף. הפעולה הראשונה הדרושה לשם כך היא אזהרת הרודף, אם לאחר מכן ממשיך במעשיו, ינסו לפגוע באחד מאיבריו (למשל פגיעה ע"י אבן, סיף, קטיעת יד, שבירת רגל, גרימת עיוורון וכדומה). רק אם גם זה לא אפשרי, הורגים את הרודף, למרות שהוא עדיין לא הרג את הנרדף. מכאן לומדים שפעולה כנגד הרודף היא איננה פעולת ענישה, אלא פעולת מניעה.

**לסיכום**- מה לומדים מגישה הרמב"ם?

- ישנה חובת הצלה הכוללת רשות לפגוע ברודף.

- החובה חלה גם ביחס להגנת הזולת.

- קיים היתר לפגוע בפגיעה המינימלית הדרושה כנגד הרודף, ולעשות זאת בהדרגתיות (אזהרה, פגיעה בגוף, הריגה).

כל זה רלוונטי לתקיפה המסכנת חיים. הרמב"ם לא אומר מה קורה כאשר מדובר על תקיפה שאינה בגדר סכנת חיים (כמו שקרה בפסה"ד).

רבנו אשר אמר שכאשר אדם רואה שמכים את אביו/ בניו/ אחיו, הוא יכול להכות את התוקף על מנת להציל את קרוביו ולהיות פטור מעונש. "אחרים שהגנתם עלייך", כלומר, בני משפחה. כנ"ל לגבי אדם שרואה שמכים את חברו, גם אם אין במכות סכנת נפשות, מותר לו להכות את המכה. עם זאת, עקרונות הדין הרודף כפופים לשינויים מחייבים. כלומר, אסור להרוג את התוקף, אלא רק להכות אותו. עקרון הנחיצות/ הפגיעה המינימלית מתקיים גם כאן. הגנת הזולת גם חלה כאן. כמו כן, נאמר שאם אדם יכול להציל את עצמו ע"י חבלה מועטה, אך למרות זאת הוא חבל בצורה מוגזמת, הוא יהיה חייב על מעשיו.

לפי ניסוח הראש ("מותר"), ניתן לראות שההתערבות אינה בגדר חובה, אלא בגדר רשות.

**השו"ע** פוסק באופן דומה. הוא אמנם התחיל את הניסוח בהגנה עצמית של אדם על עצמו, אך אח"כ דיבר על הגנת הזולת ואמר את אותם הדברים שהרא"ש אמר.

**סיכום- הגנה פרטית במשפט העברי:**

* על כל אדם מוטלת החובה להיחלץ לעזרתו של אדם אחר, שנרדף על ידי רודף שמסכן את חייו.
* לשם הצלת של הזולת רשאי אדם לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך. כלומר, עליו לנקוט את האמצעי שגורם את הפגיעה המינימלית, אבל אם אין די בכך הוא רשאי לנקוט כל אמצעי עד כדי הריגתו של הרודף.
* במקרה של רדיפה שאין בה סכנת חיים אלא חבלה בלבד, רשות נתונה לכל אדם (אך לא חובה) להילחץ לעזרה.
* 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.
* כמובן, זכות ההגנה העצמית נתונה גם לאדם המותקף עצמו לפי אותם עקרונות.

השופט אלון אמר שברגע שהמחוקק הכיר בעקרון ההגנה העצמית, צריך להניח שהוא חל גם על הגנת הזולת. הוא אמר שעקרון ההגנה הפרטית חל גם במקרה שכל עובר אורח סביר רואה לעצמו בנסיבות העניין חובה מוסרית להיחלץ לעזרתו של אלמוני נתקף. לבסוף אומר שאמנם בישראל לא לוקחים כל דבר מהמשפט העברי, החוק הישראלי לא מטיל חובה משפטית להצלת הזולת הנמצא בסכנה, אך הוא מציע להתעלם מהמילים בחוק "אחרים שהגנתם עליו", ובכל פעם שאדם ירגיש חובה להגן על אחרים, הוא יהיה זכאי לפטור בגין הגנה עצמית.

השופט אלון פנה למשפט העברי בכדי להכריע בשאלה האם עקרון ההגנה העצמית כולל את עקרון הגנת הזולת. מאחר ולא אהב את הדין האנגלי במקרה הזה, הלך למשפט העברי.

הנשיא זוסמן אמר שהוא מסכים לפסה"ד של השופט אלון, אך מגיע אליו בדרך אחרת ולא ע"י הסתמכות על המשפט העברי. הוא אומר שלדעתו לא כל כך לגיטימי לפרש חוק שמקורו מהמשפט הבריטי, ע"י המשפט העברי. הוא נתן דוגמאות לכך שכיום הציבור לא ירצה לקבל את הלכת המשפט העברי הפלילי: לא נרצה להרוג אישה נואפת בסקילה או בת כהן בשריפה.

השופט אשר אמר שהוא מקבל את ההלכה האנגלית לפיה אין זכות להתערב. כמו כן, הוא אמר שהוא לא יכול להסכים עם השופט אלון, משום שכלל ההגנה הפרטית לצורך הצלת אדם אחר חל גם כאן. כלומר, במקרה שאין בו יחסי קרבה/ אחריות מיוחדת בין הטוען להגנתו של הכלל, לבין אלו שלטובתם הוא מתערב בצורה אלימה.

לאחר תיקון חוק העונשין, הגנת הזולת נכנסה ועוגנה בסעיף 34י.

פס"ד כהן נ' מדינת ישראל- אדם הורשע באונס אשתו כנגד רשותה תוך שימוש באמצעים אלימים. הם היו פרודים, אך פורמלית עדיין נשואים. בניסוח הישן של חוק העונשין, ס' 345 הגדיר אונס בין היתר כבעילה שלא כדין. באותה תקופה הדין היה שאונס בין בעל ואישה אינו נחשב כאונס, הסיבה לכך הייתה הטענה שכאשר אישה התחתנה היא הסכימה לכך שבעלה יקיים איתה יחסי מין מתי שירצה, והיא לא יכולה לחזור בה.

בפס"ד אל פקיר נ' היועמ"ש הדין הזה בוטל מכיוון שהוא לא תואם את כבוד האדם וחירותו ואת כבוד הנישואין. נאמר שאישה נשואה אינה מסכימה לשימוש בכוח או באיומי חבלה גופנית חמורה כנגד גופה. אישה **אינה שבויה** אצל בעלה והיא זכאית לחירות גופה כמו בעלה.

הפקודה האנגלית משתמשת בנוסח Unlawfully. נוסח ראשון בחוק העונשין תרגם את המילה ל- "שאינה אשתו", אך לאחר שנה הנוסח תוקן ל- "שלא כדין". האם השינוי היה בנוסח בלבד, או שהיה שינוי מהותי?

השופט דוד בכור אמר שאין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה "שאיננה אשתו". המילים "שלא כדין" נכנסות לדין האישי של כל אדם. הוא אמר שאי אפשר להתעלם לגמרי מהמילים "שלא כדין", אלא צריך לבדוק את הנושא במשפט העברי. במשפט העברי נאמר בכמה מקורות שהדבר אסור.

הרמב"ם התייחס לאחד מהחובות ההדדיים של בעל ואישה, והוא לקיים יחסי מין. לכן אם אחד מבני הזוג מסרב לעשות זאת באופן גורף, הוא נקרא מורד. אם אישה אומרת שהיא לא מסוגלת לקיים יחסים עם בעלה משום שמאסה בו, הדבר מקנה לה עילת גירושין, משום שהיא **אינה שבויה** בידי בעלה.

השופטת מרים בן פורת העדיפה להשאיר את השאלה בנוגע למילים "שלא כדין" בצריך עיון. היא אמרה שהיא מוכנה להגיד שלמילים אלו אין משמעות.

בדיון נוסף, השופט חיים כהן אמר שהוא מבין שהורדת המילים "שאינה אשתו" היא מאוד מהותית, שהרי לא יתכן שאדם יהיה פטור מאונס אשתו. אך יחד עם זאת סבר שהמילים "שלא כדין" אינן מעלות ואינן מורידות. כמו כן, אמר שלדעתו אין משמעות לפנייה לדין האישי.

בשני מקרים אלו, המשפט העברי שימש כמקור לעקיפת הדין האנגלי.

**חוק יסודות המשפט:**

סימן 46 לדבר המלך במועצתו קבע שהחוק העות'מאני ימשיך לחול, ואליו יתווספו גם הפקודות המנדטוריות. במקרים בהם הם אינם חלים (כלומר, אין פתרון בחוק), בתי המשפט צריכים לפעול בהתאם לחוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. סימן זה אינו בוטל עם הקמת המדינה, אלא הוא נשאר בתוקף.

עלתה השאלה האם להחיל אותו גם בחוקים חדשים שנחקקים בישראל לאחר קום המדינה? עמדת ביהמ"ש הייתה לצמצמו, אבל למרות זאת הוא עדיין נותר על כנו. היה ברור שצריך לבטל אותו ולמצוא לו תחליף. עלתה טענה של משרד המשפטים, לפיה די בביטול הסימן ולא צריך למצוא חלופה אחרת לכך.

באנגליה הדבר לא היה כך, משום שהם היו רגילים שהמשפט מפתח את החוק כאשר הדבר נדרש, לכן לא היה צורך בהוראה מיוחדת ומפורשת. הרוב בישראל החליט שיש למצוא תחליף לסימן זה, והוא חוק יסודות המשפט. אכן חוק זה קבע בסעיף 2 שסימן 46 בטל. עניין זה ניתק את חבל הטבור בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי.

בנוסחו המקורי של החוק לא נזכר הביטוי המשפט העברי, אלא הוא נוסף מאוחר יותר, לכן עלתה השאלה כיצד יש לפרש את הביטוי **"מורשת ישראל"**.

השופט ברק אמר שעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום הגיעו מתוך מגילת העצמאות (מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל). נעשו 2 התאמות לנוסחה זו:

* נוסף הביטוי **"יושר"**. עקרונות החירות, הצדק והשלום אינם מספיקים, לכן נוסף עניין היושר, שמקורו בביטוי "ועשית הישר והטוב" במשפט הבערי.
* החליפו את הכתוב **"נביאי ישראל"** (דברי נבואה ומוסר) במשהו ממשי.

ההתלבטות הייתה האם לכתוב את המילים "משפט עברי". אך מכיוון שלא רצו להפנות לשם, רשמו רק את המילים מורשת ישראל.

"*מבין הצעות שונות נבחרה נוסחה זאת כדי להפנות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת, בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי*".

ניתן לראות שניסוח זה הוא יותר מטשטש מאשר מבהיר. החוק לא מפנה לכל המשפט העברי, אלא רק לחלקו. על השאלה מהי מורשת ישראל ישנה התלבטות בקרב השופטים. כמו כן, מתעוררת השאלה כיצד ביהמ"ש ימלא שטחים ריקים או לקונות לאחר שסימן 46 בוטל.

החוק נועד להדריך את השופטים כיצד למלא לקונה, על כך אין מחלוקת. המשפט העברי וכל מה שכלול בו הם מקורות משלימים.

**מהי לקונה ומה היקפה?**

לקונה היא שאלה משטית שלא נמצאה לה תשובה באחד מהמקורות להלן:

**בדבר חקיקה**. מדובר גם בחקיקה ראשית וגם בחקיקה משנית. למילה חוק בעברית יש 2 משמעויות: חוק הוא מובן כללי המתכוון למשפט עצמו ולדין (למשל הביטוי "חוקי"), וחוק במובן חוק של הכנסת.

**בהלכה פסוקה**. לפי השופט אלון הלכה פסוקה היא רק הלכה של ביהמ"ש העליון, מכיוון שרק היא מחייבת. לעומת זאת, הלכות של ביהמ"ש השלום והמחוזי לא מחייבות אלא רק מנחות. השופט חיים כהן חולק על כך, הלכות פסוקות לטענתו הן כלל ההלכות של בתי המשפט, משום שגם הלכה של ביהמ"ש העליון לא מחייבת אותו (ביהמ"ש העליון יכול לסטות מהלכה שקבע). במילים אחרות, הוראה שיצאה מביהמ"ש, להבדיל מהוראת חוק.

**דרך של היקש**, כלומר, אנלוגיה ממקרים אחרים.

לפי אלון, כל מה שאין לגביו הוראות חוק או הלכה פסוקה או שניתן ללמדו ע"י היקש או פרשנות אחרת, יהיה בגדר לקונה/ חסר שאותו צריך להשלים לפי עקרונות מורשת ישראל.

**מהו המעמד של מושגים מופשטים כללים כמו צדק תו"ל, סבירות, תקנ"צ וכו'?**

לפי השופט אלון, צריך להתייחס אליהם כלקונה, משום שאין לגביהם הוראה ספציפית לכן צריך לצקת לתוכם תוכן. השופט ברק חולק עליו בחריפות גם בפס"ד הנדלס וגם במאמרו. לטענתו מושגים אלו אינם בגדר חסר, לכן לא צריכים לפנות למשפט העברי. השופט צריך ליצוק לתוכם תוכן לפי העניין, לפי השקפת הציבור הנאור (לאחר כמה שנים נסוג מהמשפט הזה משום שקיבל ביקורת ציבורית) ובהתאם לתנאי החיים. ברק דוגל בפרשנות תכליתית, כלומר לפי התכלית של אותו עניין. לפי ברק, למושגים אלו אין שום זיקה למשפט העברי.

נושא נוסף הוא **פרשנות חוקית**. השופט אלון הודה שפרשנות איננה בגדרו של חוק יסודות המשפט, מכיוון שהוא מורה לפנות במקרים של לקונה ולא במקרי פרשנות כללית. אולם, הוא טען שבפרשנות ביהמ"ש מחפש השראה ועניין משיטות משוות, ולמשפט העברי יש מקום ראשון במעלה מתוך שאר המקורות בפרשנות חוקים באופן כללי. כלומר, יש לו מעמד בכורה גם כאשר מדובר על פרשנות.

**מכאן עולה השאלה מדוע יש לו מעמד בכורה?**

הנימוק הראשון לכך, הוא שהחקיקה הישראלית עצמה ראתה במשפט העברי מקום ראשון, כפי שראינו בדברי ההסבר של החוק.

הנימוק השני הוא שהמעמד המיוחד ניתן מכוח חוק יסודות המשפט. אם בלקונה יש מעמד מיוחד, קל וחומר בנוגע לפרשנות.

הנימוק השלישי הוא שהמשפט הישראלי הוא משפט צעיר שצריכה להיות לו תשתית אחידה (אי אפשר לפנות כל פעם למערכת משפט שונה), לכן כדי ליצור שיטה הומוגנית וקוהרנטית נדרשת תשתית אחידה ומשותפת.

קיים וויכוח גדול בנוגע לשאלה עד כמה המחוקק הישראלי השתמש במשפט כמקור ראשון במעלה. אמנם בדברי ההסבר ניתן למצוא אזכור למשפט העברי, אך זהו מס שפתיים, כלומר רק בכדי לצאת ידי חובה. ניתן לראות שבמהלך השנים היו מאוד סלקטיביים בנוגע למשפט העברי, לקחו משם רק מה שרצו ולכן אין לו באמת מעמד בכורה. אלון במידה רבה נתן למשפט העברי מקום מאוד מרכזי, בשביל ששופטים אכן יוכלו לפנות אליו, שתהיה לכך הצדקה.

השופט ברק כאמור חלק על כך בצורה ברורה. לטענתו, פרשנות לא צריכה לבוא ממקורות המשפט העברי, אלא את דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו תוך תשומת לב למציאות החיים. פירוש החוק צריך להיות לפי תכליתו. גם אם המחוקק הפנה למשפט העברי לצורך השלמת לקונות, אין הדבר משפיע על פרשנות.

**מדוע בפס"ד הנדלס צריך לפרש את הביטוי "רשותו של אדם" לפי המשפט העברי?**

ראשית, אלון סובר שמושג זה נלקח מהמשפט העברי.

שנית, זוהי פרשנות כללית של חוקים. חוק השבת האבדה ציין בפירוש שהוא נלקח מהמשפט העברי.

שלישית, בעקבות חוק יסודות המשפט, למשפט העברי יש מעמד של מקור משלים.

יש שאלה פרשנית שניתן להחיל עליה גם פרשנות חוקים כללית וגם פרשנות של מושג הנשאל מהמשפט העברי, לכן אלון העלה את הטענה הזו בפס"ד הנדלס. שאר השופטים לא הצטרפו לדעתו וסברו שלא מדובר בלקונה. הם טענו שכאשר ניתן למצוא תשובה בהלכה פסוקה בדבר חקיקה או בהיקש, המשפט העברי לא נדרש. כמו כן, ביהמ"ש קבע שאין למשפט העברי מעמד בכורה על פני שאר החוקים. השופט חיים כהן אמר שכאשר המחוקק שאל מושג מהמשפט העברי, ראוי לפרש אותו על פיו, אך כאן סובר שזה לא קרה. דעת הרוב סברה שחוק יסודות המשפט מוגבל אך ורק ללקונות, ניתן לראות שהחוק בעצם התפרש באופן צר.

בפס"ד ז'רז'בסקי, נשאלה השאלה איזה פרשנות יש לתת כתשובה לשאלה שלא נמצאה לה הכרעה. השופט אלון אמר שהפרשנות צריכה להיות רחבה, כלומר, כל מקום שיש חסר בחוק הוא לקונה. יש בכך בעיה שהשופט ברק עמד עליה. לטענתו, צמצום הלקונה שאלון הגדיר אינה מספיקה, אלא אנחנו שייכים למסורת המשפט המקובל שבה החוק מתפתח, לכן לא מתקבל על דעתו שכל דבר ממלאים רק לפי עקרונות מורשת ישראל.

ביהמ"ש באנגליה משלים חוסר בלי שום הוראה, אלא משום סמכותו הטבועה לעשות כן. בתי המשפט באנגלייה רואים את עצמם כמעין מחוקקים. לכן, השופט ברק הבחין בין השלמת חסר לבין פיתוח המשפט. השלמת חסר לדעתו היא דבר מאוד מצומצם. לקונה היא חסר שאותו צריך להשלים. כלומר, המחוקק כן הסדיר משהו מסוים, אך עדיין קיים חסר שצריך להשלים.

כאמור, באנגלייה אין דבר כזה השלמת חסר, אלא בתי המשפט עושים זאת כחלק מתפקידם. כמו כן, במשפט הקונטיננטלי השלמת חסר היא בגדר של חוק. ברק מקבל עמדה זו.

דוג': חוק הבחירות (דרכי תעמולה) קובע ששידרי תעמולה בטלוויזיה הם כאלו רק לאחר שוועדת הבחירות מאשרת אותה. החוק לא קבע הוראה כזאת בנוגע לרדיו. ביהמ"ש אמר שזאת לקונה, משום שהמחוקק לא הסביר מה קורה במצב שמדובר ברדיו. ביהמ"ש קבע שיש להשלים את החוסר. אך ההשלמה לא נעשה ע"י פנייה למשפט העברי, אלא ע"י היקש.

כל מה שלא לקונה הוא פיתוח המשפט, ביהמ"ש מבצע חקיקה שיפוטית קלאסית.

**מה כוללת מורשת ישראל?**

השופט אלון מגדיר את מורשת ישראל ככזאת הכוללת את כלל הלכותיו של המשפט העברי: הגות, ספרות יהודית מודרנית וכו'. עקרונות אלו אינם עומדים כשלעצמם ותו לא, אלא צריך לראות כיצד הם לובשים ביטוי במשפט העברי. לא מסתפקים במילים המופשטות של חירות, צדק ושלום.

השופט ברק חולק על כך, הוא אומר שמורשת ישראל אינה זהה למשפט העברי ואף לא כוללת בתוכה את המשפט העברי. מורשת ישראל היא מושג רחב ביותר, היא כל המורשת שלנו. כלומר, לא רק משפט עברי, אלא כך המורשת היהודית מתנך ועד פלמ"ח.

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

מישעיהו וירמיהו ועד לשפינוזה, חסרים הרבה דמויות במשפט העברי- רמב"ם, ר' יהודה הנשיא וכו'. לפי הרשימה הזאת מורשת ישראל הכל חוץ מהמשפט העברי. הוא בכוונה מדלג על כך, בשביל לנתק את המשפט העברי ממורשת ישראל. בעקבות כך הוא הותקף, לכן מאוחר יותר מיתן את הרשימה והוסיף את הרמב"ם.

התיקון האחרון של חוק יסודות המשפט הזכיר במפורש את המשפט העברי. לשיטת אלון לא שינו כלום ואילו לשיטת ברק שינו, תיקון החוק בעצם דחה את שיטתו של ברק. למרות זאת, השאלות שעלו עדיין נשארו- מהי לקונה? מתי פונים למשפט העברי? לכן תיקון זה היה יחסית צר ומצומצם בהיקפו ומשמעותו.

**המשפט העברי בפסיקה- זכויות יסוד:**

פס"ד ניימן נ' יו"ר וועדת הבחירות- חבר הכנסת כהנא קרא להפליה ברורה של האזרחים הערבים, הציע לשלול מהם את זכות הבחירה ועוד שלל הצעות גזעניות. הוא עיגן את המסורת הזאת במורשת ישראל. בעקבות כך מפלגתו נפסלה ע"י וועדת הבחירות והוא הגיש עתירה לביהמ"ש העליון.

וועדת הבחירות פסלה בנוסף רשימה ערבית. ביהמ"ש היה יכול להתבסס על התקדים שנקבע בפרשת עירדור (הפסילה הנוספת לעיל שהייתה קודמת) ולבסס ולפסול/ לאשר את הפסילה שנעשתה. בפרשת ניימן ביהמ"ש איחד את כל העתירות שהיו בנושא, ודן בשאלה האם להתבסס על התקדים של עירדור ולפסול את הרשימה של כהנא שהיא אנטי דמוקרטית ומסיתה לגזענות, ואת הרשימה של מיערי שהיא כנגד ישראל כמדינה יהודית.

בפס"ד ניימן ביהמ"ש החליט לא לעשות כך ולפרש את התקדים של עירדור בצורה מצמצמת, לפיה הפסילה תיעשה רק במקרה שהרשימה רוצה לחסל את מדינת ישראל **ולא** לשנות את המשטר שלה. אם הכנסת רוצה שוועדת הבחירות תבחר את האידיאולוגיה של המפלגות בהתאם לקנה מידה מסוים, היא צריכה לחוקק חוק בנושא. הכנסת אכן חוקקה את ס' 7 המאפשר לפסול רשימות. ביהמ"ש בעצם אישר את שתי הרשימות, של כהנא ושל עירדור.

אולם ביהמ"ש לא הסתפק בכך, אלא נכנס לדון ביחסו לתוכן של רשימת כך (הרשימה של כהנא). הסיבה לכך היא שלא רצה שההכשר של המפלגה של כהנא תתפרש כהיתר וכהסכמה עם אמירותיו.

השופט ברק אמר בהערת אגב שניתן לשלול רשימה במידה ושוללת את הדמוקרטיה. אך זאת הייתה בהערת אגב וברק היה שותף לדעות שאר השופטים.

השופט אלון הביע הסתייגות מאמירותיו של כהנא, והביא לשם כך חיזוק מהמשפט העברי. הוא ניצל את ההזדמנות הזו על מנת לפרוש עקרונות יסוד פוליטיים מדינתיים. הוא אמר שכל בעל דעה יוכל למצוא תימוכין וחיזוקים לטענותיו אם רק יחפש, לכן לפוסק/שופט/מעצב דעה יש צורך להבחין בין דברים שנאמרו לדורות לבין דברים שנאמרו לתקופה מסוימת. כמו כן, יש להבחין בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים המבטאים דעה חריגה.

אלון מחלץ כמה עקרונות מפסה"ד:

**חופש הדעה והביטוי:**

השופט אלון הולך בכיוון הכשרת דעות שאינן רצויות בעיניו. ביהמ"ש בעצם סוג של הכשיר 2 דעות קיצוניות (ומנוגדות במקרה הנ"ל). עצם הכשרת הדעות אינו מפחיד אותו, אלא מאפשר את חופש הביטוי.

ניתן לאות כיצד הנביאים יוצאים כנגד הדעה המקובלת, לפעמים יוצאים כנגד המלך, כנגד הציבור וכו'. השופט אלון מביא את המחלוקת בין בית שמאי לבית הלל כהמחשה לכך שאין לגנות את הדעה שהיא אינה ההלכה, אלא יש לכבד את כל הדעות. הגישה של אלון היא פלורליסטית, כזאת המאפשרת מגוון וריבוי דעות. **אלון בעצם לומד מהיהדות את החשיבות של חופש הדעות**.

לאחר מכן אלון הולך להתקפה ישירה כנגד תנועת כך. הוא מסביר שהרעיון של בריאת האדם בעצם אלוקים הוא היסוד של התפיסה היהודית המוסרית, המשמעות הבסיסית היא שכל אדם הוא בצלם אלוקים. הוא מדגיש שזוהי תכונה אוניברסלית ולא רק לחלק מהאנשים. הוא מצטט את אמירתו של ר' עקיבא "חביב אדם הנברא בצלם".

**שוויון וואהבת לרעך כמוך:**

קיים וויכוח על השאלה מהו העקרון הכי גדול בתורה. רבי עקיבא סובר שהעיקרון "ואהבת לרעך כמוך" המבוא בספר ויקרא, הוא העיקרון הכי גדול בתורה ואף הסטנדרט בהתנהגות אל שאר העולם. לעומתו, בן עזאי סובר שהעיקרון הכי גדול בתורה הוא העקרון שכל אדם נברא בצלם אלוקים. בן עזאי סובר שסטנדרט ההתנהגות הוא אובייקטיבי. לדעתו קנה המידה להתנהגות לזולת הוא לא סובייקטיבי, משום שעלול להוביל למקרה שבו אדם מבזה אחרים משום שאין לו בעיה שיבזו אותו.

אלון מתייחס ליחס הנפרד בכל פסוק. לדעתו אהבה היא לאו דווקא רגש האהבה, אלא עזרה ועשייה לזולת את מה שנדרש, למשל מתן צדקה, השבת האבדה וכו'. ערך השוויון לכל אדם באשר הוא, לכן כל בני האדם נבראו בצלם אלוקים.

לא מדובר במחלוקת חזיתית שבה כל אחד שולל את העקרון של השני, לכן ניתן למזג את שניהם.

ניתן לראות שדבריו של אלון מהווים ניגוד מוחלט לדבריו של כהנא, שגם הוא ביסס את דעתו ע"פ פסוקי התורה. אלון סובר שבריאת האדם בצלם אלוקים וואהבת לרעך כמוך הם העקרונות שנאמרו לאורך דורות, ולא הנאמר בירושת הארץ שיש להשמיד את האויבים, שזוהי בעצם אמירה זמנית לאותה תקופה וסיטואציה שהייתה קיימת.

אלון עושה מהלך פרשני וברירתי בין ערכים מסוימים, הוא מבליט את ערך האהבת האדם וכו' ודוחק לצד ערכים אחרים (השמדת האויבים, לעיל).

**הרב קוק** מדבר על היחס בין מוסר טבעי לבין יראת שמיים שאותה לומדים מהדת. אם לאדם יש יראת שמיים גדולה, אך הוא פחות מוסרי, כנראה יראת השמיים שלו אינה טהורה. הציפייה היא שאדם ירא שמיים יהיה יותר מוסרי ולא להפך.

**היחס למיעוטים:**

אלון מקדיש בפסה"ד פרק שלם על השאלה מהו היחס המהותי למיעוטים. הוא מצטט את הפסוק "כי גרים הייתם בארץ מצרים" ועוד כמה פסוקים, הממחישים את העובדה שהמוצא הוא אינו קנה מידה ביהדות. חיזוק לכך ניתן לראות שברגע שאדם מתגייר הוא נהיה יהודי לכך דבר ועניין. אלון אומר שמיעוט לאומי זכאי לכל הזכויות והחובות של יתר תושבי המדינה. כמו כן, הוא מזכיר את הניסוח שנמצא במגילת העצמאות, לפיו יש לתת יחס שווה לכולם ללא הבדל של גזע, דת, מין וכדומה.

הגיוס של המשפט העברי כמקור לזכויות יסוד ליברליות והומניות, ישמש את אלון בסדרה של פסקי דין אחרים. אפילו ברק שלא נוהג לצטט את המשפט העברי, ציטט משפט האומר שבסופו של דבר כל בני האדם שווים ומוצאם אחד, ואין אדם נחות או עליון יותר. הוא מצטט גם את הרב קוק האומר שהמחשבה שכל מה שנמצא מחוץ לעם שלנו הוא מכוער וטמא, זהו אסון גדול, משום שהמטרה היא אהבת כל אדם באשר הוא.

**המהלך של אלון** בכל פסה"ד הוא הצעת פירוש ליברלי והומניסטי ליהדות. **מהלך נוסף** המתקשר להלכה שאלון עושה, הוא שמזהה קודם כל את עקרונות היסוד הכלליים בתוך היהדות ונותן להם משקל גדול, דבר הנדיר במסורת ההלכתית. בדיון הלכתי שגרתי בד"כ לא משתמשים בעקרונות על כאלו, אלא מתייחסים לדינים ולמצוות יותר ספציפיים. עקרונות היסוד הם חופש הדעה, שוויון, אהבת האדם. אלון לא פועל רק בכובע של שופט במשפט הישראלי שמטרתו לבסס את המשפט הישראלי על המשפט העברי, אלא הוא פועל בכובע נוסף של פרשן המשפט העברי.

בג"ץ קטלן נ' שירותי בתי הסוהר- ביהמ"ש פסק שלא ניתן לבצע בדיקה על גופו של אסיר בשביל לחפש סמים. השופט חיים כהן ביקש למצוא לכך בסיס במקורות היהודיים, לשם כך הוא לוקח את עקרון "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה". כלומר, כבוד האדם כל כך חשוב עד שיכול להתגבר על איסורי לא תעשה.

חשוב לשים לב שהכוונה היא 'לא תעשה' מדרבנן בלבד ולא מהתורה, כלומר, לא תעשה מכל אשר יורוך ימין ושמאל. מתוך כך הוא אומר שכבוד הבריות יכול להתגבר על חקיקת משנה ועל תקנה של שירות בתי הסוהר המאפשר לעשות בדיקות חוקן לאסירים.

פס"ד מדינת ישראל נ' תמיר- מדבר על השאלה האם אסיר זכאי לקבל שירות רפואי מרופא מחוץ לבתי הסוהר. אלון קבע כמה עקרונות בהקשר השאלה הזאת: חלק מזכויות האדם הוא להיות מטופל באופן רפואי, אך גם לבחור את האדם שיטפל בו. הוא קובע עקרון לפיו כלל הזכויות ניתנות לאסיר והזכות היחידה הנשללת מהאדם היא זכות החירות האישית (מן הסתם שיהיו כמה זכויות שיוגבלו עקב זכות החירות הנשללת).

התורה מגבילה את עונש המלקות ל-40, משום שיותר מהן מבזות אותו. לאחר שאדם קיבל את עונשו הוא נחשב כ- "אחיך". השופט אלון מגדיל ואומר שהאדם נחשב כ"אחיך" גם בזמן שהוא מרצה את עונשו ולא רק לאחר מכן.

עצם הזכות להתרפא היא זכות מוחלטת, בית הסוהר חייב לתת לאדם את היכולת להתרפא, הזכות לבחור רופא לעומת זאת, היא זכות יחסית.

אלון דיבר על זכות הבחירה לכנסת שלא הייתה קיימת לאסירים עד שנות ה-90. הוא אמנם לא היה יכול להורות הלכה למעשה ללא התארגנות מנהלית, אך הוא הצהיר שיש להם את היכולת לכך, הצהרה שבסופו של דבר הובילה לארגון קלפיות בכנסת.

בג"ץ וייל נ' שרות בתי הסוהר- אסיר שעתר לבג"ץ בכדי שיאפשרו לו לקיים יחסי אישות עם אשתו. הוא נתן לכך סיבה הלכתית- מצוות פרו ורבו. אלון אמר שבלי קשר למצוות פרו ורבו יש לאפשר לאסירים לקיים יחסי אישות. אלון הולך לרעיון של ערי מקלט, אדם שרצח בשוגג יכול לברוח לערי מקלט בשביל שגואל הדם של הנהרג לא יהרגו אותו. השהות בעיר המקלט היא לא רק זכות, אלא גם עונש. לעיר המקלט הרוצח בורח עם משפחתו ולא לבד, מכך אלון לומד את העקרון שעונשי מאסר צריכים להיות במסגרת שלא מבודדת את האדם כליל ממשפחתו. במידה ואין ברירה אחרת אלא להכניס אסיר לבית הסוהר, כמובן צריך להכניס אותו, אך יש לתת לאסירים חופשות ומפגשי התייחדות עם המשפחות. הוא מסביר את החשיבות בכך- מניעת תקיפות מיניות בכלא וכו'.

**עד כמה המשפט העברי היה הגורם בפסיקה של אלון בנושא זכויות האסירים?** אמנם לא רק בישראל ניתנו זכויות לאסירים, אלא בשלל מדינות שלא קשורות למשפט העברי, אך ניתן לראות את המאמץ הקבוע והגדול של אלון לעגן את הנושאים הללו במשפט העברי. אלון באופן אישי מתנגד למאסר באופן כללי (חוץ ממקרים בהם מדובר בעבריינים המסוכנים לציבור, שבמקרים כאלו אין ברירה אלא לכלוא אותם).

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:**

**השפעתו על מעמד המשפט העברי:**

מטרתו של חוק זה הוא להגן על כבוד האדם וחירותו. העיגון של הזכויות הנמנות בחוק הם חלק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מטרתו של חוק זה הוא לעדכן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בסעיף 8 לחוק נקבעה פסקת הגבלה, לפיה אין לפגוע בזכויות שבחוק, אלא רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**השאלה שעולה היא מה כוללים הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית ומהו התוכן שלהם?**

**מהו הרכיב של מדינה דמוקרטית?**

ערכי הדמוקרטיה הם שלטון העם שבא לידי ביטוי בבחירות שנערכות מעת לעת, וכבוד לזכויות האדם, שלטון החוק וכו'.

**מהו הרכיב של מדינה יהודית?**

השופט מנחם אלון במאמר שפרסם ובכמה פסקי דין, אמר שבעקבות חקיקת חוק כבוד האדם וחירותו, כאשר ביהמ"ש בא לפרש כל אחת מזכויות האדם שנמנות בה במפורש ובמשתמע, הוא צריך לפרשם לאור היותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. הוא מוסיף ואומר שכשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינה יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות שבכבשונה של יהדות, והתמודדות עם מקורות אלו. כלומר, את הגדרת המושג "יהודית", יש לפרשם לאור המשפט העברי ולפרש כל אחד ואחד לפיו. לפי פירוש זה, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מבסס ומשדרג את המשפט העברי, משום שגורם לפרש את כל אחת ואחת מהזכויות האלו תוך עיון במשפט העברי.

השופט ברק חלק על פרשנות זו. מיד לאחר חקיקת חוק יסוד זה, הוא פרסם מאמר יסוד הנקרא "המהפכה החוקתית והגנה על זכויות האדם". בכרך הפתיחה הוא ניתח את החוק והכריז על מהפכה חוקתית. עד לאותה עת, מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד היה כשל חוקים רגילים. המשמעות של כך היא שהם היו מתקבלים ברוב רגיל של הכנסת, היה ניתן לשנותם ברוב רגיל, לא הייתה להם עליונות על חוקים אחרים ומעמדם היה כשל שאר החוקים. חריג לכך הוא כאשר הכנסת שריינה חוק יסוד וקבעה במפורש שאת השינוי ניתן לעשות ברוב מסוים שאותו נקבע בחוק.

השופט ברק קבע שחוק יסוד כבוד האדם וחרותו שונה, מכיוון שיש בו שריון מהותי ולא מספרי. כאשר בחוק עצמו נקבע שאין לפגוע בו אלא בתנאים מסוימים, בעצם ניתנה לו עליונות מסוימת. לפי ברק, המדינה היהודית היא אינה ע"פ המשפט העברי, אלא במובן שבו ליהודים יש זכות לעלות עליה. הוא בעצם שולל אפשרות פירוש שבו מדובר על מדינה יהודית במובן של הלכתי/ דתי, ומפרש את המושג במובן לאומי/ תרבותי. חוק הלאום שנחקק בכנסת שעברה, מגדיר את מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, אין בו פירוש דתי.

ברק מוסיף ואומר שערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. הוא אומר שהכוונה היא לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק וכיוצא בהם. ערכים אלו הם **אוניברסליים** שאותם היהדות הנחילה לעולם כולו. מתייחסים אליהם באופן מופשט, עם רשימת ערכים זו כל אדם יכול להזדהות. ברק בניגוד לאלון, סובר שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא קבע דבר בנוגע למשפט העברי, לא שדרג וביסס את מעמדו כלל.

**תגובת אלון לברק:**

אלון מדבר על ברק ואומר שברק מפשיט את הערכים ומתייחס להם כאוניברסליים, אך ערכים שהעולם לא לקח הם **פרטיקולריים**. כלומר, ברק אומר שאין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל עם המשפט העברי. לדעתו של אלון לא ניתן לקבוע שתי אמות מידה שונות לשני ביטויים המופיעים באותו החוק. הוא לא מסכים עם כך שאת הביטוי "דמוקרטית" יפרשו כמו שהוא, ואילו את הביטוי "יהודית" יפרשו בהתאם לאמות מידה אוניברסליות.

**השוואת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לחוק יסודות המשפט-** חוק כבוד האדם וחירותו לדעת אלון, שדרג את רמת המשפט העברי מעמר למה שנאמר בחוק יסודות המשפט הנועד להשלמת לקונות. כבוד האדם וחירותו לעומת זאת לא מתייחס ללקונות ולא מותנה בהם, הוא חוק רחב יותר האומר שכל דיון בזכויות האדם צריך להיות לאור חוק יסוד זה. אלון נותן כמה דוגמאות לשימוש שלו בעקרונות היסוד של המשפט העברי. בעקבות חוק זה, השופט אלון ישב בסדרה של תיקים שנגעו בזכויות האדם וכתב את משנתו.

* **עילות מעצר עד תום ההליכים:**

בעבר לא היה חוק בנושא, אלא הוא נקבע בחקיקה שיפוטית. העילות המוסכמות הם: מסוכנות, הימלטות מהליך שיפוטי, שיבוש הליכים. עלתה השאלה האם חומרת העבירה כשלעצמה (למשל שוחד) ללא התקיימות שאר העילות, מהווה עילת מעצר?

לדעת רוב השופטים בעבר, חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההליכים כדי להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי. כאשר אלון התתמנה לשופט בביהמ"ש העליון, הוא הופיע בדעת יחיד שחלקה על העמדה הזאת. לדעתו אמון הציבור לא נראה לו כהצדקה מתאימה משום שהנאשם עדיין לא הורשע, לכן עומדת לו זכות החפות, זכות החירות וכו'. וויכוח זה נמשך במשך עשור. כאשר ברק הצטרך לביהמ"ש העליון הוא הצטרך לדעת הרוב.

השופט אלון אמר שלפי **המשפט העברי**, חירותו האישית של האדם היא מאוד חשובה, עד כדי כך שאדם לא יכול לוותר על חירותו האישית. אלון התייחס לשו"ת הריב"ש, שבו עלתה השאלה האם מותר לשחרר אדם בערבות. התשובה שניתנה לו עשתה הבחנה בין 2 מצבים: **1)** אם אדם חייב לשלם ממון/קנס, אין הצדקה לשים אותו במאסר עד תום ההליכים, **2)** אם הוא חייב עונש גופני, קיימת הצדקה לשים אותו במאסר עד תום ההליכים. הסיבה לכך היא שערבות גורמת לחשש הימלטות.

התנאים המופיעים בשו"ת למעצר עד תום ההליכים: קיום ראיות לכאורה, עונש גופני, חשש הימלטות. השופט אלון אומר שאם אין חשש הימלטות, אין סיבה לבצע מאסר עד תום ההליכים.

בשנת 1988 נחקק סעיף בחוק סדר הדין הפלילי המתייחס למעצר עד תום ההליכים. סעיף זה מסדיר את המחלוקת שהייתה בביהמ"ש העליון. החוק קובע שעילות המעצר עד תום ההליכים הן מסוכנות, הימלטות מהליך שיפוטי, שיבוש הליכים. אך הוא מוסיף רשימת עבירות בהם יש סכנת הימלטות.

השופטים לא מתרשמים מהחוק, וממשיכים עם עמדתם. לכן ניתן לראות שהמחלוקת לא באמת מוכרעת. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו את המעצר כפגיעה בחירות האישית, והזכות לחירות אישית היא זכות מנויה בחוק. חוק היסוד משדרג את הזכות לחירות אישית שמעוגנת בחוק היסוד וקובע שהיא צריכה להתפרש לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לדעת אלון יש להבין את החירות באופן קונקרטי כפי שהובן במשפט העברי, והוא ששלילתו תתקיים רק כאשר יש מסוכנות או חשש לשיבוש הליכי משפט.

לאחר חוק היסוד, עמדתו של אלון הפכה מדעת מיעוט לדעת רוב שאותה כמעט כל השופטים אמצו. לאחר כמה שנים חוק הסד"פ תוקן, ונקבע באופן חד משמי שחומרת העבירה כשלעצמה אינה מהווה כעילת מעצר עד תום ההליכים.

פס"ד מדינת ישראל נ' עזאמי- נאמר שמלבד הזכות לחירות, נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו הוא התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת-אנושיים ובצפיפות קשה ביותר. אצל חלק ניכר של העצורים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה ולכן הם נאלצים הם לישון על הרצפה. צפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך. לכך גם השפעה על אפשרות שמירת הניקיון בתאים וכן ועל טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטארי.

אלון מתייחס לרמב"ם אומר שלביה"ד יש סמכות לאסור אדם, אך הוא שם לכך סייג- רק כאשר הדיין סובר שהדר ראוי ונצרך, ושהדבר ייעשה לשם שמים. כלומר, כבוד הבריות הוא שיקול שאמור לאזן את הסמכות לכלוא אדם.

אלון לומד מהמשפט העברי עקרונות ליברלים שיש להקפיד עליהם יותר, לכן הוא מחזיק העמדה לפיה עילות המעצר צריכות להיות מוגבלות. מצד אחד אלון רוצה לראות השפעה של המשפט העברי, ומצד שני הוא מפרש את המשפט העברי כל הזמן כבסיס לתפיסה הליברלית.

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

אלון רואה את המשפט העברי כסיבה להקפיד יותר על חירות אישית וכבוד האדם. לפי תפיסתו, ערכיה של מדינת ישראל כוללים את המשפט העברי.

בסוף שנות ה-90 **ברק חוזר בו מעמדתו**. הוא אומר במאמרו שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם מצד אחד ערכים לאומיים ציוניים, ומצד שני ההלכה היהודית לדורותיה.

מהם, אפוא, **ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית?** "נראה לי כי אלה ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה היהודית לדורותיה) המאפיינים את ישראל. על ערכים אלה יש לעמוד מתוך תפיסותיה הפנימיות של הציונות והיהדות. אין הן מוטלות ״מבחוץ״, אלא נגזרות מאופייה המיוחד של מדינת ישראל כמדינה יהודית." כלומר, הוא בעצם מקבל את עמדתו של אלון, ואומר שיש ללמוד את ערכיה של מדינת ישראל ממקורות פנימיים ולאו דווקא רק מבחוץ. יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה, היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו ״טעם״ קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית. ״מדינה יהודית״ היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ״ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. ״**מדינה יהודית״ היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב**, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על־פי דין תורה. ״מדינה יהודית״ היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.

לאחר שאומר את הדברים האלו, הוא אומר שעדיין קיים בינו לבין אלון הבדל. הוא אומר שאם אלון מפרש את המושג "מדינה יהודית" רק לפי המשפט העברי ולפי ההלכה, הוא לא מסכים איתו, אך אם הוא רואה מפרש את הביטוי מדינה יהודית ככזה הכולל מכלול של ערכים, הן דתי והלכתי והן ציוני, הוא מסכים איתו ואין בניהם הבדל.

ברק בסופו של דבר הסכים שהביטוי מדינה יהודית כולל בין השאר את המשפט העברי.

**המתת חסד וטיפול בחולה הנוטה למות:**

לנושא זה יש השפעה חזקה של המשפט העברי על המשפט הישראלי, קודם כל על הפסיקה ולאחר מכן על החקיקה. לאחר חקיקת חוק כבוד האדם וחירותו, נושא זה עלה לדיון בביהמ"ש בסדרת פסקי דין. הייתה התלבטות בסוגיית ניתוק המכשירים, מכיוון שבמציאות המודרנית נוצרה מציאות שלא הייתה בעבר. יכול להיות מצב שבו אדם צלול ומחובר למכשירים, אבל לא רוצה להמשיך לחיות, אלא רוצה שינתקו אותו מהמכשירים. מבחינה קוגניטיבית הוא נמצא במצב תקין לגמרי, הוא חי, עירני ומבין הכל. יש גם מצבים אחרים שבהם אדם לא יכול לבקש בעצמו להתנתק מהמכשירים (תינוק, צמח וכדומה), כלומר, הוא נמצא בחוסר הכרה מוחלט, ללא פעילות מוחית. במצב כזה מתעוררת השאלה האם מותר לנתק אותו מהמכשירים בלי שבכלל ביקש זאת? שאלות אלו נידונו בעבר בבתי משפט מחוזיים שנתנו תשובות שונות, עד שהגיע לביהמ"ש העליון.

פס"ד מנחה בנושא הוא פס"ד יעל שפר. מדובר על ילדה פעוטה שאובחנה כסובלת ממחלת טיי זקס. תינוק שחולה בה עובר תהליך הדרגתי של ניוון, איבוד הכרה ונפטר עד גיל 3. הילדה הייתה במצב של צמח, לא היו לה תחושות והבעות. האם, האפוטרופסית הטבעית שלה, ביקשה בשמה שאם תזדקק להנשמה או לטיפול רפואי אחר, לא לתת לה זאת, למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב לא היה שותף לבקשה זו, הוא ביקר את הילדה כל יום לעומת האם. הוא לא התנגד לכך מפורשות, אך גם לא הצטרף לבקשתה.

**השאלה המשפטית הראשונה שעלתה, היא האם אדם בגיר שמודע לעצמו יכול לבקש מבית החולים לקרב את מותו או להימנע ממנו לקבל טיפול רפואי מציל חיים?**

אם התשובה היא חיובית, עולה השאלה מהו דינו של קטין ופסול דין? האם האפוטרופוסים הטבעיים שלהם יכולים לבקש מביה"ח בשמם לא לתת להם טיפול רפואי מציל חיים?

אם התשובה היא חיובית גם כאן, עולה השאלה האם רק הורה אחד יכול לבקש בקשה כזאת?

בקשת האם נדחתה בביהמ"ש המחוזי. הוא לא הכריע בשאלה הראשונה באשר לבגיר, משום שלא היה צריך לעשות זאת באותו המקרה. אולם, הוא קבע שגם אם בגיר יכול לבקש זאת, אפוטרופוס לא יכול ובוודאי לא הורה יחיד. האם הגישה ערעור לביהמ"ש העליון, אך גם הוא דחה את הערעור ללא נימוקים משום שלא היה זמן לכך. כעבור כמה זמן הילדה נפטרה, לכן נשאלה השאלה האם ראוי בכלל לדון בשאלה תיאורטית. קיים כלל לפיו ביהמ"ש לא דן בשאלות תיאורטית, אלא דן רק בנושאים המובאים לפניו. ביהמ"ש אמר שהוא לא דן בשאלה תיאורטית, אלא הוא נותן נימוקים להכרעה שכבר בוצעה.

פס"ד ROW V. WADE ניתן לאחר מעשה. האישה שביקשה לעשות הפלה בטקסס ונדחתה כבר ילדה את התינוק. ההצדקה לדיון בנושא בכל זאת, היא שהליך משפטי לוקח בד"כ יותר מ-9 חודשים, לכן אף פעם לא ניתן יהיה למצות הליך משפטי בתוך תקופת ההיריון, וייצא מצב שבו אף פעם לא ניתן יהיה לדון בשאלה ההפלות. הואיל וזוהי שאלה שעתידה לחזור, ביהמ"ש יכול לדון בה. דעת המיעוט בפסה"ד הייתה שמדובר בהליך של חקיקה שיפוטית, כלומר בשאלה תיאורית שביהמ"ש לא מוסמך לכך.

השופט אלון ציטט את פסה"ד הזה בפרשת יעל שפר ואימץ את דעת הרוב. הוא אמר שגם מקרה של המתת חסד אינו מאפשר דיון ממצה בזמן אמת וגם הוא עתיד לחזור.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע ש- "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם... וכן, כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". אחת הטענות בסוגיה של המתת חסד, היא שקיימת סתירה בין הגנה על החיים לבין הגנה על הכבוד. כלומר, יש לאדם זכות למות בכבוד. אם משאירים אדם בחיים כאשר הוא סובל, פוגעים בכבודו. השאלות המשפטיות האלו מקפלת בתוכה התנגשות בין 2 זכויות יסוד שח"י כבוה"א מגן עליהם: הזכות לחיים והזכות לכבוד/ חירות אישית ואוטונומיה.

השופט אלון אמר שההכרעה בשאלה של ניגוד בין זכויות, צריכה להיעשות לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כלומר, יש לבחון את הנושא לפי ההלכה ולפי הערכים המקובלים במדינות דמוקרטיות, ולעשות בניהם סינתזה. חלקו הראשון של פסה"ד הוא סקירה הלכתית מאוד מפורטת בסוגייה של המתת חסד ובעניין הרצון, ובסקירה של העניין מנק' מבט דמוקרטית של המשפט המשווה.

**ביהמ"ש עושה כמה הבחנות:**

אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית יכול להיעשות באמצעות 2 דרכים:

* מתן חומר ממית, הזרקת רעל ע"י רופא.
* סיוע בהתאבדות. למשל הרופא נותן לחולה תרופה שאותה הוא לוקח בעצמו.

גם אותונזיה (המתת חסד) פסיבית הנעשית במחדל, יכול להיעשות באמצעות 2 דרכים:

* הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים. למשל הימנעות מהחייאה, עירוי דם וכדומה.
* ניתוק ממכשירים (מכונת הנשמה).

אלון מסווג את הניתוק מהמכשירים כהמתת חסד פסיבית, אבל לכאורה ניתן לטעון שמדובר בהמתת חסד אקטיבית משום שיש ממש פעולה אקטיבית שנעשית- ניתוק מהמכשירים.

**מנק' מבט הלכתית:**

עולה השאלה האם מי שהורג אדם שעומד למות הוא רוצח? לפי ההלכה, גם אדם גוסס נחשב חי לכל דבר. לכן מי שנוגע בו הוא שופך דמים (משום שכל נגיעה עלולה להרוג אותו). הדבר דומה לנר שמטפטף, כאשר אדם יגע בו הוא יכבה. הדבר תקף גם לאדם חולה סופני שיודעים בבירור שהוא עומד למות. **לפי ההלכה המתת חסד אקטיבית היא אסורה ונחשבת כרצח, גם אם החולה מבקש זאת בעצמו**.

**המתת חסד פסיבית- הימנעות מטיפול:**

האם ניתן לומר מבחינת ההלכה שמכיוון שהחיים הם ערך חשוב, צריך לעשות כל מאמץ כדי להעריך את החיים אפילו כשהאדם נמצא במצב סופני או סובל?

על אדם שנמצא במצב סופני של סבל, ניתן להתפלל עליו שלא יחייה. כלומר, לא מתפללים עליו לרפואה שלמה, אלא שימות. 2 תנאים לכך: **1)** כאשר אדם חולה סופני. **2)**  כאשר אדם נוטה למות.

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

הוא אומר שאדם חולה שלא רוצה לקבל טיפול מאריך חיים, רשאי להימנע ממנו ולא חלה עליו חובה הלכתית לקבל את הטיפול. זאת למרות שההימנעות מקצרת את החיים.

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

הוא באותה דעה של הרב שלמה, אומר שמתן טיפול מאריך חיים לחולים תלוי ברצונם.

**לפי ההלכה, המתת חסד פסיבית היא מוצדקת ומותרת בשני התנאים לעיל.**

שאלת הניתוק מהמכשירים היא יותר מסובכת.

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

בחלק הראשון הרמ"א אומר שאסור לגרום למותו של אדם גם אם הוא גוסס. אבל לאחר מכן הוא מסתייג מכך, הוא אומר שאם לאדם שעומד למות מפריעים הרעשים בחוץ בכך שמונעים ממנו למות, מותר להפסיק אותם (את הרעשים וההפרעה החיצונית). הסיבה לכך היא שהפסקת הרעשים האלו היא הסרת המונע. למרות שפעולה זו כעקרון אקטיבית, אך היא בעלת אופי פסיבי.

יש פוסקים שעל רקע האמירה הזאת אומרים שמכונת ההנשמה היא הסרת המונע החיצוני, ומותרת משום שחשבת כפעולה בעלת אופי פסיבי למרות שבפועל היא אקטיבית. לא כל הפוסקים מסכימים עם כך, יש כאלו שחושבים שהניתוק מהמכשירים היא פעולה אקטיבית ולא פסיבית.

בפסה"ד, השופט אלון אומר שאפילו ניתוק מכשירים עלול להיות מותר, זאת לפי הפוסקים המתירים זאת. לשם הבחינה ע"פ הערכים הדמוקרטיים, אלון לוקח 2 מדינות: ארה"ב והולנד.

**ארה"ב:**

אותונזיה אקטיבית היא אסורה ומהווה עבירה פלילית בכל מדינות ארה"ב.

אותונזיה פסיבית היא מותרת. הפסקת פעילות מתירת חיים היא בד"כ אסורה, אך אם חולה מבקש או מורה מראש לנתק אותו מהמכשירים, יהיה מותר לעשות זאת.

כמו כן, אם הקטין מסרב לקבל טיפול רפואי, מפעילים 2 מבחנים: מבחן אומד הדעת של הקטין, או מבחן טובתו של הקטין.

**הולנד:**

החולה בעצמו מבקש ומסכים לפעולה זו, כשהוא בר כושר שיפוט מלא;

הסבל והרצון למות הם קבועים ומתמידים;

הסכמתו של החולה לפעולת ההמתה היא חופשית, מודעת ומתמידה;

הרופא והחולה מסכימים, שמדובר במחלה חשוכת מרפא, המלווה בסבל קשה;

נעשו ניסיונות אחרים להפחית את הכאב והסבל, אך לא נמצא פתרון אחר, שהוא מתקבל על דעתו של החולה;

רופא נוסף מסכים לאותם ממצאים;

רק הרופא, ולא כל שליח אחר, יבצע את ההמתה

השורה התחתונה היא שבהתקיימות כל התנאים הללו, מותר לבצע המתת חסד אקטיבית.

**הסינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית:**

לפי ערכיה של "מדינה יהודית", המתת חסד אקטיבית אסורה.

ברוב המדינות הדמוקרטיות (כדוגמת ארה"ב) המתת חסד אקטיבית אסורה. במדינות מעטות (כדוגמת הולנד) היא מותרת.

השילוב מחייב לאמץ את הגישה האוסרת המתת חסד המשותפת לשיטות.

לפי ערכיה של "מדינה יהודית", הימנעות מטיפול רפואי מותרת. גם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות היא מותרת. לכן יש לאמץ היתר זה.

לגבי ניתוק ממכשירים (הסתר המונע), יש גישות שונות גם בהלכה וגם הבדלים בין מדינות שונות והכל תוך התחשבות בנסיבות שונות.

שאלה זו לא נידונה בפרשת יעל שפר, משום ששם דובר על אי חיבור למשכירים, כלומר המתה פסיבית. אך אלון כשאלה תיאורטית מותיר את האפשרות שגם ניתוק ממכשירים יהיה אפשרי.

**ההבדל בנק' המוצא:**

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

**נקודת המוצא** במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא **זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי** מכוח העקרון של **חירותו האישית**; זכות זו הוגבלה וסויגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד. היא מוגבלת כאשר יש למדינה אינטרס חזק כמו קדושת החיים.

**ההתנגשות בין קדושת החיים לכבוד האדם:**

השופט אלון אומר שזכותו של האדם למות בכבוד הוא ביטוי של רטוריקה מוטעית. זאת משום שחיים הם כבודו של האדם, ואסור להתייחס לאף אדם סובל כפגיעה בכבוד האדם. גם אם אדם לא בריא וצלול, זה לא אומר שאין לו כבוד. אלון בעצם שולל את טענת היסוד לפיה יש התנגשות בין קדושת החיים לכבוד האדם.

הביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי; חייו הם כבודו של אדם.

התפיסה שאם אדם לא בריא או צלול, אז זה פגיעה בכבודו – זו טעות אלא עצם החיים הם כבודו של האדם גם אם הוא חולה וסובל והוא שולל את טענת היסוד שאם יש פגיעה בחיים זה פגיעה בכבוד.

כוחות כלכליים וחברתיים דוחפים בני אדם לסיים את חייהם – זה עולה המון כסף, אם אנשים יבחרו למות זה יהיה יותר זול למערכת משום שמכונות הנשמה הן מאוד יקרות וגם למשפחה הדבר כרוך במאמץ רב.

הזכות למות בכבוד עלולה להיפך לחובה. הכרה בזכות למות בכבוד תביא לתהליך שהיא תהפוך לחובה – יהיה לחץ חברתי לסיים את החיים.

החשש גדול במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין. מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם?

**השופט אלון קובע כמה החלטות כלליות:**

- המתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט.

- המתת חסד פסיבית על שתי צורותיה – הימנעות מטיפול וניתוק ממכשירים – תלויה בשיקולים נוספים: האוטונומיה של החולה, כאב וייסורים.

- במקרה של קטין או פסול דין – יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש ל"מדרון חלקלק". באופן עקרוני אפוטרופוסים יכולים לסרב לטיפול רפואי בשמו של קטין אך כשהדבר עלול להביא למותו יש לקבל את אישור בית המשפט.

הורים כאפוטרופוסים יכולים להסכים או לסרב לטיפול רפואי לקטין, אך כאשר הדבר עלול להוביל למותו הדבר מצריך אישור של ביהמ"ש.

**הכרעה במקרה הנדון:**

הילדה אינה סובלת ואינה מבוזה, כבודה נשמר מעל ומעבר.

הבקשה הגיעה מצידה של האם בלבד, שאינה מבקרת את הילדה באופן רציף. האב, שמבקר ומטפל בילדה אינו שותף לבקשה.

על כן, אין הצדקה שלא לתת לה את כל הטיפול הנדרש לשמירת חייה.

בפס"ד יעל שפר, המשפט העברי מילא תפקיד חשוב ומרכזי בעיצוב הדין. המשפט העברי שימש כגורם חשוב ומשפיע על הדין, ולא רק "קישט" וביסס אותו. השימוש במשפט העברי היה מכריע והוא זה שהוביל את השופט אלון לפסוק כפי שפסק.

**המצב בעולם:**

בהולנד ובבלגיה מותרת המתת חסד.

בשוויץ מותר לסייע בהתאבדות (למשל כתיבת מרשם או סיפוק התרופה שתוביל לסיום החיים).

בקנדה ובכמה מדינות בארה"ב מתירים סיוע בהתאבדות.

בבריטניה, אירלנד, גרמניה, צרפת, דנמרק ואוסטרליה המתת חסד אסורה. מה שמותר הוא סירוב לקבלת טיפול רפואי.

התמונה בארץ התעדכנה בחקיקה. פסה"ד היה מנחה בשעתו, אך מאחר ומדובר בנושא מאוד חשוב המחוקק הסדיר את העניין הזה בחוק. שר הבריאות מינה וועדה רחבה של רופאים, משפטנים, רבנים, אנשי דתות אחרות וכו', שהתבקשה להמליץ על הנושא של המתות חסד. בעקבות כך חוקק חוק החולה הנוטה למות. החוק מטפל רק בחולה הנוטה למות ומגדיר מי נחשב כחולה הנוטה למות- לפי הארכת הרופאים נותרו לו עד 6 חודשים לחיות גם אם יקבל טיפול רפואי. אם הערכה היא שהחולה יכול לחיות יותר מחצי שנה, למרות שהוא חולה במחלה סופנית הוא לא ייכנס תחת חוק זה.

זה חשוב משום שיש מקרים שאינם תחת הגדרת החוק, אך עדיין יכולים לעורר את השאלה באשר להמתת חסד אקטיבית ופסיבית. כמו למשל חולה החולה במחלת ניוון שרירים שאין לה מרפא, עם מחלה זו יש אפשרות לחיות שנים רבות, אך איכות החיים מאוד ירודה- חוסר יכולת לדבר, ללכת וכו'.

החוק לא כולל הסדר מקיף באשר להמתת החסד, אך נותן השפעה על כך. בחוק יש סעיפי מטרה, הוא קובע שהוא בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, תוך איזון ראוי בין **קדושת החיים** לבין ערך **אוטונומיית הרצון והחשיבות של איכות החיים** (בקשת החולה והתחשבות באיכות החיים שלו). כלומר, החוק מעמיד על כף המאזניים את שני ערכים אלו.

החוק לא העמיד את כבוד האדם בתור ערך הסותר את קדושת החיים, לכן ההתנגשות היא בין האנטומיה לקדושת החיים. כמו כן, החוק מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר. מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו של החולה הם השיקולים הבלעדיים בעניין, שיקולים אחרים כמו רצון המשפחה, הם לא לגיטימיים באשר לצורת הטיפול.

החוק אומר שחזקה על אדם שהוא רוצה לחיות, אלא אם כן הוכח אחרת. אם כעת כשהוא נמצא במצב שבו לא יכול לבטא את רצונו, החזקה היא שהוא כן רוצה להמשיך לחיות. ס' 14-15 אומרים שחולה הנוטה למות בעצם רוצה שחייו יוארכו ומבקש טיפול רפואי, לכן יש לכבד את רצונו ולתת לו את הטיפול הרפואי. פועלים כך גם אם לדעת הרופא האחראי אין לכך הצדקה בנסיבות העניין. זוהי קביעה עקרונית לפיה חולה לא יכול לבקש טיפול, ניתוח, תרופות וכדומה, שלא שייכים כלל למחלה שלו. לכן הטיפול צריך להינתן בהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים מעת לעת, הבקשה צריכה להיות הגיונית במסגרת התנאים האלו.

כמו כן, חולה המבקש לקבל טיפול על אף שהרופא חושב שאין לכך תכלית- יש לכבד את רצונו. כך גם ההפך, חולה שהוא בעל כשרות ונוטה למות, אם הוא לא רוצה שחייו יוארכו, יש לכבד את בקשתו ולהימנע מלתת לו טיפול. חולה יכול לבקש לא לחבר אותו למכונת הנשמה, לא לבצע בו החייאה, לא לתת לו טיפול תרופתי. הוא יכול לבקש בקשה זו מראש או באותו רגע.

**החידוש של החוק הוא שמסדיר סירוב של החולה לקבלת טיפול רפואי ועשיית פעילות מצילות/ מאריכות חיים**.

**חוק החולה הנוטה למות:**

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

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

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

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

13. חולה הנוטה למות, הרוצה שחייו יוארכו, ומבקש טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי, אין לו הצדקה בנסיבות הענין, יש לכבד את רצונו ולתת לו את הטיפול המבוקש בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל; הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי טיפול רפואי שלדעת הרופא האחראי אינו צפוי להאריך את חייו, או עלול לגרום נזק משמעותי למטופל או לזולתו.

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

**החוק מטפל בנוסף בסוגיית הקטין:**

ס' 24 לחוק קובע שבאופן עקרוני הורה של קטין מוסמך לייצגו בעניין הטיפול הרפואי בו, בין לעניין הארכת חייו ובין לעניין הימנעות מהארכת חייו.

ס' 25 קובע שקטין שהוא חולה הנוטה למות, זכאי להשתתף בקבלת החלטה על הטיפול הרפואי בו, בהתקיים 2 מאלו:

1. הקטין מודע למצבו ומבקש להשתתף בקבלת ההחלטה בעניינו.
2. הרופא האחראי קבע שכושרו ובשלותו השכליים והנפשיים של הקטין מאפשרים את שיתופו בקבלת ההחלטה בעניינו.

**הפעולות האסורות:**

ס' 19 קובע שאין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית או שתוצאתה קרוב לוודאי היא גם גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא. כלומר, החוק אוסר המתת חסד אקטיבית, גם אם היא נעשית מתוך חסד וחמלה ולאחר בקשתו של החולה.

ס' 20 אוסר סיוע בהתאבדות, גם אם מדובר בפעולה הנעשית מתוך חסד וחמלה ולאחר בקשתו של החולה.

ס' 21 אוסר על ניתוק חולה ממכשירים. הוא מתיר שלא לחדש את הטיפול אם הוא נפסק מסיבה כלשהיא (למשל תקלת חשמל וכו').

ניתן לראות שהיחס בין הוראות החוק לבין הוראות ההלכה מתאימים. זה לא נעשה במקרה, בוועדה שדנה היו דעות שונות, בראשה ישב פרופ' אברהם שטיינברג (פרופ' לרפואה שהוא גם רב ומומחה לרפואה והלכה). קבע שזוהי עמדת רוב הפוסקים בהלכה ולכן זה מה שנקבע בוועדה.

בסוגיית ניתוק ממכשירים הייתה בהלכה מחלוקת, היו דעות לפיהן הפעולה מותרת משום הסרת המונע, והיו דעות שאסרו זאת משום שזוהי פעולה אקטיבית הגורמת למותו של האדם. החוק אימץ את הדעה המחמירה האוסרת זאת.

**ההסדר בפסיקה-** פס"ד יעל שפר.

**ההסדר בחקיקה-** חוק החולה הנוטה למות.

עמדה דומה לכך ראינו בבריטניה ובאירלנד, אבל בלי ספק בישראל ההסדר הושפע מהמשפט העברי. עם זאת, ישנן עמדות שונות בציבור, יש כאלו שמסתייגים וטוענים שהחוק מחמיר מידי והיה צריך לנתק מיד את החולה מהמכשירים, יש אפילו עמותות התומכות בהמתת חסד אקטיבית.

ההכרעה של הסדרי החוק מבוססים לאור ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. ללא ספק העיצוב של ההסדר החוקי נעשה בעקבות המשפט העברי.

**עקרונות ציבוריים- ייצוג ומינוי שופטים:**

בג"ץ אבירם נ' שרת המשפטים- בח"י השפיטה נקבע הרכב מינוי שופטים שבו מכהנים 2 ח"כים שאותם הכנסת בוחרת. התפתח נוהג (שלא כתוב בחוק) שאחד מחברי הכנסת יהיה מהאופוזיציה. נבחר ח"כ רוברט אילטוב מסיעת ישראל ביתנו שהייתה באופוזיציה ולאחר כמה זמן עברה לקואליציה, כלומר, לא היה ייצוג של האופוזיציה בוועדה למינוי השופטים. לפיכך עתרו לביהמ"ש וטענו שהמנהג שהתפתח בישראל הוא חוקתי ומחייב, שלפיו אחד מחברי הוועדה צריך להיות נציג האופוזיציה ולכן על הכנסת לבחור נציג אחר במקום אילטוב.

**טענות נגד:**

שיהוי- ישראל ביתנו הצטרפה לקואליציה במאי. העתירה הוגשה בנובמבר. בחצי שנה הזאת מינו הרבה שופטים, אם ביהמ"ש יחליט שזה בלתי חוקתי, מה יקרה לכל מינויי השופטים שהיו בזמן הזה? האם יש לבטל אותם?

מנהג חוקתי- שאלה משפטית ממדרגה ראשונה לפיה האם קיים בישראל מוסד של "מנהג חוקתי"? האם מנהג יכול להיות מחייב במישור החוקי ובמישור החוקתי?

**אם כן, האם במקרה דנן אכן התגבש מנהג חוקתי מחייב?**

בחוק יסודות המשפט, מנהג לא נזכר כמקור משפטי מחייב. מקורות הם: הלכה פסוקה, היקש, המשפט העברי ומורשת ישראל.

השופט אלון אומר שזוהי לא טעות שמנהג לא הוזכר שם, אלא מנסחי החוק לא חשבו שראוי שיהיה חלק מכך. זה מחזק את העמדה שמנהג חוקתי איננו מחייב.

השופט הנדל אמר שנניח שמקבלים את מוסד המנהג החוקתי, לאחר מכן בשביל לקבוע אם הוא התקבל, הוא מציע 3 מבחנים:

1. האם קיים נוהג? האם קיימת פרקטיקה של מינוי נציג אופוזיציה לוועדה? יש להבחין בין מנהג לנוהג, נוהג בודק האם כך עושים בפועל, למנהג לעומת זאת יש מעמד מחייב.
2. בהנחה שהתשובה היא חיובית, האם הנוהג נתפס כמחייב? האם יש תודעת חיוב? הסכמה ג'נטלמנית למשל היא לא מחייבת.
3. האם יש רציונל הגיוני המבסס את המנהג? האם ראוי להכיר במנהג כמחייב?

ביהמ"ש מקדיש יותר זמן לשאלה השלישית.

**המחלוקת:**

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

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

מבחן 3- האם ראוי להכיר המנהג? מאיפה הוא צומח? הוא בעצם נותן לביהמ"ש כלי להתכחש למנהג. ביהמ"ש הפדרלי בקנדה אמר שהדרישות להכיר במוסכמה משפטית דומות להכרה במשפט מנהגי, אבל הן אינן מספיקות. כלומר, לא מספיק שתהיה פרקטיקה, אלא צריכה להיות לה טעם, היא צריכה להיות רציונלית.

**מנהג במשפט העברי:**

* "צא וראה מה העם נוהג" (תלמוד בבלי, ברכות מה ע"א ועוד).
* כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה צא וראה מה הציבור נוהג ונהוג (תלמוד ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ה).
* "מנהג מבטל הלכה"- יש עדיפות למנהג העממי על פני ההלכה. (תלמוד ירושלמי, בבא מציעא פרק ז, הלכה א).
* השופט מוסיף שבמשפט העברי יש דוקטרינה האומרת שמנהג טעות אינו מנהג, כלומר, יש פה ביטוי לנורמטיביות של המנהג. בוחנים האם המנהג ראוי או לא ראוי. (שו"ת הרשב"א ח"ב, רסח; תוספות, בבא בתרא ב ע"א, ד"ה "בגויל").

המשפט העברי ללא ספק מכיר במנהג. ניתן לראות שיש פוסקים שאומרים שמנהג טעות הוא אינו מנהג, ואף יש פוסקים האומרים שמנהג אותיות גיהנום.

ביהמ"ש ראה לנכון לבסס את המבחן השלישי, מבחן הנורמטיביות הכי מעניין אותו. הנדל לא רצה להתבסס רק על המשפט הקנדי, לכן מצא לו בסיס במשפט העברי. ביהמ"ש השאיר בצ"ע את השאלה היסודית האם מנהג חוקתי אכן מחייב.

**הנורמטיביות בענייננו – הועדה לבחירת שופטים:**

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

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

מי ימנה את השופטים היא השאלה העומדת על הפרק. ישנה וועדה שתפקידה לבטא את הרעיון שמעמידים רשות שהיא עצמאית (הרשות השופטת), לצד זאת הרשות השופטת מהווה אחת משלוש הרשויות של המדינה והיא חייבת להביא לידי ביטוי מחויבות לציבור האזרחים ולערכים הדמוקרטיים.

הרשות השופטת היא רשות מרשויות המדינה, מחויבת למדינה ולערכים הדמוקרטיים. אבל השאלה מי ימנה אותה עומדת לדיון.

השופט הנדל מונה 3 עקרונות:

1. הרשות השופטת צריכה עצמאות ואי תלות בגורמים פוליטיים.
2. אחריותיות- גוף שנושא באחריות לציבור.
3. שיקוף- גוף המשקף את חלקי החברה השונים.

**המסקנה** של השופט הנדל היא הוועדה שקיימת בישראל משקפת את העקרונות האלו, יש בה ייצוג לשלושת הרשויות, ייצוג לאופוזיציה שהיא המיעוט. אם לא יהיה נציג לאופוזיציה, הוועדה לא ממלאת את תפקידה. הוא ביסס את הנורמטיביות מנק' מבט פוליטית, אך לא מתבסס רק על כך אלא הולך למשפט העברי.

הדגמות לכך שהשופטים אינם נבחרים ע"י השלטון:

**משפט עברי – דרך בחירת השופטים:**

*"שופטים ושוטרים תתן לך בכל שערך אשר ה' אלוקיך נותן לך לשבטך ושפטו את העם משפט צדק"* (דברים, פרק טז, פס' י"ח).

מי הנמען? מי זה לך? העם? השליט? **ר' יצחק אברבנאל**: *"והנה אדון הנביאים ביאר בזה שהשופטים שיהיו בישראל, שאין ראוי שימנה אותם המלך, ולא יהיו מידו, אבל שהעם ימנו אותם, רוצה לומר, שכל שבט ושבט ימנה את השופטים הראויים בעל עיר מערכיהם. ועל זה אומר "אשר ה' אלקיך נתן לך לשבטך". רוצה לומר, שה' אלוקיך נותן מינוי השופטים לשבטך, שהם ימנו אותם בשעריהם, לא המלך".*

ניתן לראות שהנמען הוא העם.

ר' יצחק אברבנאל קורא את המצווה הזאת כמינוי עממי.

המשנה לא הלכה בדרך הזאת, לפיה מי שממנה את השופטים הוא בית דין הגדול שיושב בירושלים של 71. **תוספתא סנהדרין ז א**: בית דין שבלשכת הגזית... משם היה יוצאת הלכה ורווחת בישראל. ומשם שולחין ובודקין כל מי שהוא וחכם ושפוי וירא חטא ופרק טוב ורוח הבריות נוחה הימנו עושין אותו דיין בעירו. משנעשה דיין בעירו מעלין ומושיבין אותו בחיל ומשם מעלין ומושיבין אותו בלשכת הגזית.

ביה"ד הגדול ממנה את השופטים המקומיים, ההתקדמות בתוך המערכת נעשית פנימה על פיו. אח"כ הוא מביא מנהג של הקהילה בקרקוב שעשתה וועדה למינוי שופטים פנימית:

ביום ראשון של חול המועד התאספו ארבעת ה'ראשים' וחמשת ה'טובים' וארבעה עשר חברי ועד הקהילה, וקבלו על עצמם 'באמונת שמים, על דעת המקום ועל דעת הבריות', שלא עשו ולא יעשו שום קנוניא עם מי שהוא על דבר הבחירות, וכל אחד מהם יחווה דעתו לשם שמים ולטובת הכלל. הנאספים מטילים לתוך הקלפי פתקאות, ועל כל פתקה כתוב רק שמו של איש אחד. השמש מוציא מתוך הקלפי תשע פתקאות, והרשומים עליהם נחשבים **לבוררים ראשונים**. תשעת הבוררים נכנסים לבית הכנסת, והשמש משביעם לפני ארון הקודש הפתוח שיבחרו בחמשה אנשים חשובים והגונים **לבוררים שניים**. השמש מאסף תכף את חמשת הבוררים השניים לבית הכנסת ומשביעם שיתחשבו בבחירת כל ממוני הקהילה רק עם טובת הכלל. אחר השבועה מכניסים אותם לחדר מיוחד בבית הקהל, ושם הם יושבים 'סגורים ומסוגרים אין יוצא ואין בא אליהם... ואפילו בלילה יעמדו השומרים לשמור דלתי פתחיהם', והם בוחרים בדיינים, פרנסים, טובים, ויתר ממוני הקהילה לשנה הבאה.

**הכרעה:**

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

חשוב לביהמ"ש לומר שנציגות האופוזיציה בוועדת השופטים היא חשובה למרות שהוא לא דורש מחבר הכנסת להתפטר. לשלטון לא צריכה להיות שליטה על הוועדה למינוי שופטים.

**מהו מעמדו של המשפט העברי בישראל?**

בשאלת המעמד הרצוי ניתן להבחין בין המעמד הפורמלי למעמד המעשי.

**מבחינה פורמלית:**

מעמדו של המשפט העברי מוגדר בפירוש בחוק יסודות המשפט כמקור משלים למשפט הישראלי. עניין נוסף שבו נקבע בצורה פחות מפורשת אך מוסכמת ע"י הרוב, הוא בח"י כבוד האדם וחירותו שקובע את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שהשופט אלון (ולאחר מכן ברק) פירש, ערכיה של מדינת ישראל כוללים את המשפט העברי, הדיון בשאלת פגיעה ואיזון בזכויות הוא לאור ערכיה של מדינת ישראל.

מבחינה פורמלית, החוק הישראלי מכיר במשפט העברי כמקור משלים וכמקור האומר שערכיה של ישראל כמדינה יהודית רלוונטיים להכרעות בסוגיה של זכויות אדם.

**מהו המעמד של המשפט העברי בפועל ומהי מידת ההשפעה של המשפט העברי בישראל כהלכה למעשה?**

בשאלה זו יש מחלוקת בין המלומדים לשופטים, אך ניתן לראות שתי עמדות קצה:

**השופט אלון-** אלון אומר שהמשפט העברי הוא אחד מהמקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה. כמו כן, היקפו והשפעתו ניכרים היטב בכל תחומי היצירה שבה. אלון סוקר בספרו על פני עמודים רבים את ההשפעה של המשפט העברי הן בתחומי החקיקה והן בפסיקה.

ניתן לראות שגם מלומדים אחרים הלכו בדרך זו.

**השופט חשין-** "השפעתו הייתה שולית ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח נינוח". חשין בעצם סובר שהמשפט העברי לא באמת השפיע על המשפט הישראלי, אלא "הפיץ ריח נינוח". כלומר נלקחו משם מושגים, אבל לא באופן מהותי והשפעתו שולית בלבד.

גם אליו הצטרפו מלומדים נוספים.

במקרה דנן, חיים (המרצה) חושב שהשופט אלון הגזים בחשיבות שייחס למשט העברי, ומצד שני חשין ואחרים הגזימו באשר לחוסר השפעתו. פרשנויות אלו מושפעות מתפיסת העולם של כל אחד. השופט אלון בכוונה רצה להדגיש את ההשפעה העצומה של העברי על החקיקה. הסיבה לכך היא שאם באמת חוקים רבים נקבעו על פני המשפט העברי, מוצדק להשתמש בהם (כמו למשל בחוק השומרים והשבת האבדה).

אם מנסים להסיר את ההטיות האידיאולוגיות שיש לצדדים:

המשפט העברי והמשפט הישראלי הן שתי שיטות משפט שונות ולא זהות, בעלות מקורות משפטיים והנחות שונות. עם זאת, יש להן קרבה מסוימת:

**רובד הלשון-** הלשון המשפטית הישראלית ספוגה במושגים ומונחים שנלקחו מהמשפט העברי, כמו למשל עו"ד, דיני נפשות, שלוחו של אדם כמותו, אדם נברא בצלם וכדומה.

**חוקים-** שמות של חוקים רבים אכן נקבעו לאור המשפט העברי, אבל לא מדובר רק בשמות, אלא גם בהבחנות, הגדרות והסדרים בסיסיים שהושפעו מהמשפט העברי. למשל **חוק השומרים**, אמנם לא כל ההסדרים בחוק זהים למשפט העברי אבל עדיין קיימת חפיפה מסוימת. כך גם לגבי **חוק השבת האבדה**, לשון ומטרת החוק לקוחים מהמשפט העברי. יש שוני גם כאן: בעוד המשפט העברי מטיל חובה על האדם שמוצא אבדה להשיבה, החוק לא עושה זאת אלא מאפשר לאדם להתעלם מהאבדה. **חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים** נלקחו מהמשפט העברי. השוני הוא שפרטי החוק אינם לקוחים מהמשפט העברי. **חוק עשיית עושר ולא במשפט**, השם לקוח מהתנ"ך אך לא בדיוק בהקשר החוק, אלא הכוונה היא מי שעושה עושר בניגוד למשפט, בגזלה. המחוקק הישראלי השתמש בשם הזה בהקשר אחר- דיני השבה, חובה להשיב דבר שאדם זכה בו שלא כדין ולאו דווקא זכיה מתוך חוזה. החוק כדמותו קיים בכל מערכות המשפט, אבל יש ביטוי שקשור למשפט העברי- "זה נהנה וזה לא חסר". במשפט העברי נשאלת השאלה האם ההשבה היא על התועלת שהופקה מהנכס? או שמשלם על מה שחברו חסר כתוצאה מהשימוש? הדינים בנויים על ההמצאה והתועלת שהופקו מהשימוש של חברו. דוג' לכך היא חנייה, אדם לא מתכוון לעשות שימוש בחנייה שלו ואדם אחר עושה בה שימוש ונהנה בלי שהדבר מפריע לבעל החנייה.

אם אדם לא נהנה מהנכס מה מפריע לאפשר לו שימוש? בישראל המחוקק מאפשר לביהמ"ש שק"ד לפטור אדם מחובת השבה במקום שבו הבעלים לא חסר דבר. הוא לא מטיל זאת כחובה אלא רק מאפשר זאת. רעיון זה לקוח מהמשפט העברי ולא מצוי בשיטות משפט אחרות. **חוק בתים משותפים**, שם החוק אינו נלקח מהעברי, אלא הרעיון שאדם יכול לזכות בקרקע בצורה חלקית. המשפט העברי מאפשר לחלק את הבעלות והמחוקק בעצם משתמש בתפיסת עולם זו כבסיס לחוק. **חוק החולה הנוטה למות**- השם וההסדרים הבסיסיים לקוחים מהחוק.

יש חוקים שיש להם השפעה יותר חזקה, כמו חוק לא תעמוד על דם רעך, אבל גם הרעיון של חובת ההצלה לקוחה מהמשפט העברי. יש הרבה מאוד חוקים במשפט הישראלי שגם בשמם וגם הרעיונות והמושגים המרכזיים שלהם לקוחים מהמשפט העברי. **השפעות אלו הן לא השפעות מבוטלות ולא סתם "ריח".**

**פסיקה-** שופטים רבים פונים למשפט העברי, גם בביהמ"ש מחוזיים. לעיתים הפנייה היא בעת תפקיד חשוב ואף מכריע בפסיקת ההלכה, לעיתים היא תוספת ביסוס ולעיתים אף קישור רטורי. האם ההשפעה הייתה שולית או מרכזית? לעיתים שולית ולעיתים מהותית. ניתן לראות זו בפסיקה שבה דנו:

**הנדלס-** קשה לומר האם המשפט העברי הכריע, היה על כך דיון ואי הסכמה.

**יעל שפר-** ללא ספק מכריע, בלעדיו התוצאה הייתה אחרת לגמרי.

מתוך המכלול, המשפט העברי לא קבע את אופי המשפט הישראלי. אך מנגד המשפט העברי הוא לא בלתי מבוטל, אלא כן יש לו השפעה מסוימת. המחוקק קבע זיקה בין המשפט העברי למשפט הישראלי, הוא רצה שתהיה זיקה בין השיטות, זיקה הבאה לידי ביטוי בהשפעה של המשפט העברי על החקיקה. עצם העובדה שקבעו את הזיקה הזאת נותנת למשפט העברי מעמד של מקור משלים. זיקה זו מצומצמת באופן יחסי, אך כאמור כן קיימת.

**סיכום המצוי:**

הזיקה באה לידי ביטוי בהשפעת העברי בכמה היבטים:

חקיקה- בדברי ההסבר של חלק מהחוקים נאמר שהמשפט העברי השפיע עליהם.

פסיקה- כאמור, יש השפעה רבה יש מועטה.

מקור משלים.

המחוקק קבע שתהיה זיקה בין המשפט העברי לישראלי, ועם זאת היקף ההשפעה היא מצומצמת באופן יחסי.

**המצב הרצוי:**

וויכוח זה רווי באידיאולוגיה ותלוי תקופות. הרבה מהתומכים במשפט העברי לא באמת מבינים עד הסוף מה אפשרי ומה לא, משום שיש פערים בין המשפט העברי לישראלי שהוא מודרני/ טכנולוגי וכו'.

יש חוקים שהמשפט העברי לא עסק בהם בכלל, כמו דיני חברות (מוסד כלכלי יחסית חדש), דיני ביטוח, בנקאות וכו'. המשפט הפלילי העברי הקלאסי לא רלוונטי משום שאם הוא יושם זה היה בזמן המקדש. מאז חורבן הבית אין דיני נפשות יותר, לכן כל הדינים הללו לא רלוונטיים והוא לא יכול להיות בסיס ליישום. גם חוזים או נושאים שכן היו במשפט העברי, מחייבים שינוי.

**שלושה דגמים למצב הרצוי:**

**דגם הקליטה-** יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מהמשפט העברי ככל הניתן. שאיפה זו הוקמה ע"י משפטנים ציוניים חילונים שסברו שכמו שחוזרים לארץ ולשפה העתיקה, צריך לחזור גם למשפט העברי. אולם, הם הבינו מהר שהמשפט העברי לא יהיה ניתן לקליטה מהירה, לכן עשו פעולה של הפרדה.

קודם כל מתקיים תהליך של **חילון**, שזה בעצם הפרדת היסודות הדתיים מהמשפטיים. לפי דיני הנזיקין של המשפט העברי חייבים רק על נזק שנגרם באופן ישיר ואילו גרמא (נזק עקיף) פטור. החובה בגרמא תהיה רק בידי שמיים. כאשר רוצים ליישם זאת למשפט המודרני, צריכים לבדוק האם פוטרים את גרמא או לא, אבל אי אפשר להשאיר את העניין של דיני שמיים.

לאחר מכן עושים תהליך של **ברירה**. היה ברור שלא מקבלים כל דבר מהמשפט העברי אלא יש לעשות ברירה ומתוך המשפט העברי לבחור מה מקבלים ומה לא.

אח"כ היה תהליך של **התאמה**, פירוש של הדברים באופן שיתאימו למדינה מודרנית. היה ברור שמצד אחד רוצים לקלוט כמה שאפשר, אבל מצד שני הקליטה לא תהיה באופן מלא.

על רקע זה החברים הדתיים הסכימו.

למשל בחוק הירושה היה ברור שמדינה מודרנית לא יכולה להבחין בין בכור ליתר ולא בין בנים לבנות. לכן היו שינוי בחלק מהדברים, נקבע שאין הבדל בין בכור לשאר, בין בנים לבנות. פעולה זו היא תהליך של ברירה.

תהליך נוסף הוא **התאמה**- קולטים רעיון מסוים כמו למשל עיזבון, ומפרשים אותו בצורה שתתאים לנושא.

עוד תהליך הוא **חידוש-** מחדשים ומחוקקיםחוקים חדשים שלא היו במשפט העברי.

דגם זה היה מקובל גם על הדתיים (חילון אולי לא, אבל השאר כן), מכיוון שהשאיפה הייתה לקלוט כמה שיותר. קליטה יכולה לעשות גם ע"י המחוקק וגם ע"י בתי משפט פסיקה.

**הדגם נתקל בסדרה של קשיים:**

היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי. הקודיפיקציה האחרונה המקיפה היא השולחן הערוך, שזה היה לפני 500 שנה. דברים רבים השתנו בזמן זה. אין קודיפיקציה עדכנית, לא מבחינת שיטת המיון ולא מבחינת הניתוח והניסוח.

החומר מפוזר ועניינים רבים שנויים במחלוקת. היו מחלוקות ודברים השנויים במחלוקת. למשפט העברי אין מחוקק ושופט, אין מי שיכריע במחלוקות, דבר המקשה לקבוע איזו דעה לוקחים מהמשפט העברי.

היעדר גישה של מחוקקים ושופטים למשפט העברי. החומר למשפט העברי הוא לא נגיש.

רצון ליצור שיטה מקורית ועצמאית שאיננה בנויה על המשפט העברי.

דגם זה היה קשה מאוד ליישום באופן מעשי, משום שנדרש לתקן וכל הפעולות לעיל, לכן ייצרו שיטה חדשה- חקיקה מקורית ועצמאית. קושי נוסף מתקשר לפערים הערכיים והאידיאולוגיים.

**דגם ההפרדה-** יש לחתור להפרדה בין שיטות המשפט, מדינה לחוד ומשפט עברי לחוד. לפי שיטה זו אין מקום למשפט העברי במדינה. מה שמניע את הגישה הזאת היא כל הקשיים הנ"ל והבדלים ערכיים בין השיטות. כמו למשל עקרון השוויון שהוא מקיף ומלא במשפט המודרני, אך לעומת זאת במשפט העברי יש הבחנות בין יהודיים ללא יהודיים, בין בנים לבנות וכו'. משום שנדרש להתגבר על הקשיים, רצו לא להצטרך לעשות זאת בכלל. שיטה דתית היא קדם מודרנית, לא מתאימה לקליטה. גם אנשי הקליטה מודים שלא יאמצו את המשפט העברי כלשונו, אלא רוצים לבצע התאמה ושינוי, לכן יוותרו מראש על כל המאמצים.

בנוסף הייתה התנגדות דתית מכיוון שנעשה חילון של ההלכה, לכן אין ערך לקליטת המשפט העברי. חילון המשפט שונה במהות ובסמכות (הכנסת היא לא סמכות דתית). חלק גדול מהחרדים יחשבו כך. הייתה תפיסה לפיה ההלכה פיתחה כללים לאורך השנים איך לחיות במדינה עם משפט זר, לכן רוצים להמשיך בכך ולא לקחת את המשפט העברי ולחלן אותו. הציונות הדתית לעומת זאת רצתה לקרב את המדינה ואת ההלכה, לכן היה מצידה רצון שהמדינה תאמץ כמה שיותר מהמשפט העברי.

**דגם הדו שיח-** אין לחתור לקליטה כמה שאפשר, אלא להשוואה ולדו שיח עם המשפט העברי. צריך לתפוס את המשפט העברי כמעין משפט משווה שלא בהכרח רוצים לקחת ממנו כמה שיותר.

**היתרונות של המשפט העברי כמשפט משווה:**

שונות- הצגת אלטרנטיביות של ממש, ניתן ללמוד ממנו דווקא על רקע השונות. לדוג' המונח של "זה נהנה וזה אינו חסר", למה שאדם לא ייתן לחברו אם לא מפסיד מכך? הבנה זו נתפסת די בקלות במשפט המערבי.

קרבה לשונית- אין מכשול של שפה.

רציפות תרבותית- ראוי לשמור על דו שיח. מצד אחד הדבר מבטא את המשך ההיסטוריה היהודית, ומצד שני את המדינה המודרנית וההטרוגנית באופייה. מי שדוגל בדו שיח רוצה לחתור לקשר ולרציפות מסוימת.

התוצאה של דגם זה היא הציפייה לקלוט כמה שיותר מהמשפט העברי. לעיתים מקבלים ולעיתים דוחים, תמיד לומדים (גם כאשר דוחים, לומדים מעצם ההשוואה).

דגם הדוח שיח הוא הרווח בקרב המלומדים כיום.

**קריאה למבחן:**

פרק 2- חזון המשפט העברי מאמר של לכובסקי

פרק 4- המאמרים של אנגרלנד ואלון.

פרק 8- ברק ואלון.

פרק 10- ברק ואלון.

פסקי הדין- כולם.

**שורה תחתונה של כל פס"ד:**

לוינסקי- ירושה בין אחים. מ"ע- אם אין סיבה מוצדקת ומנומקת לאי מתן שטח לאחר, נותנים לו כי זוהי מידת סדום.

עלי נ' ששון- טופס הימורים, מהמשפט העברי נלמדו רשלנות ואחריות שומרים.

(מיטובה- חשין האב סבור שזוהי טעות לפרש כל ניב וניב ע"פ המשפט העברי).

הנדלס- כספת, רשות, מחלוקת בין ברק לאלון באשר ללקונות וחוסר.

ג'ייקוב- חוזה לא חוקי (השכיר בלי שקיבל אישור מביה"ד לעבודה על גובה שכ"ד), לפי המ"ע מפרידים בין העבירה לבין החוזה עצמו שאותו צריך לקיים.

הניה הווארד- חוזה לא חוקי (השכירה דירה ועשתה קטע של העלמת מס בדמות תשלום על חומרי בניין), אם שני הצדדים נגועים באי חוקיות, ידו של הנתבע על העליונה.

צים- אוניה, לפי המ"ע לא מכירים בסעיפי פטור כאשר נוגדים את תקנ"צ= פוגעים בקדושת החיים.

רוט- פרשנות מושגים עמומים (במקרה הזה תו"ל) לפי המ"ע.

אפנג'ר- שוטרים, גז, הגנה עצמית. לפי המ"ע הגנה עצמית חלה גם על הזולת ולא רק אישית כלפי הנתקף. כמו"כ, נקיטת אמצעים מדורגים.

כהן- אונס אישה בידי בעלה.

אל פקיר- לפי המ"ע נקבע שאישה אינה שבויה בידי בעלה, לאישה שמואסת בבעלה יש עילת גירושין.

ז'רז'בסקי- איזה פרשנות יש לתת לשאלה שאין לה הכרעה? מחלוקת בין ברק לאלון באשר לפנייה למ"ע.

ניימן- ח"כ קרא קריאות גזעניות. נלמד מהמשפט העברי: חופש הדעות והביטוי (שצריך להיות בכבוד כמו בית הלל ובית שמאי), שוויון, ואהבת לרעך כמוך.

קטלן- ביצוע בדיקה על גופו של אסיר. מ"ע- כבה"א כל כך חשוב עד שיכול לגבור על לא תעשה של חכמים.

תמיר- שירות רפואי לאסיר. מ"ע- התורה מגבילה ל-40 מלקות כדי לא לבזות את האדם ולאחר מכן קוראים לו "אחיך". אלון לומד שגם בזמן ריצוי העונש הוא אחיך ולא רק אחרי.

וייל- אסיר שרצה לקיים יחסים עם אשתו. מ"ע- גם כשאדם מרצה את עונשו הוא לא צריך להיות מבודד, דוג' בערי מקלט שאדם בורח עם משפחתו ולא לבד.

אבי צור- "זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, וכלל גדול בו הוא, כי כל אדם בחזקת כשרות עד שלא יוכח ההיפך ותורע חזקתו. וכן ראינו, כי לפי המשפט העברי אין לעצור נאשם אלא אם הוא חשוד בעבירות חמורות ביותר או כאשר קיים חשש שישבש הליכי משפט".

עזמאי- בתי כלא עם תנאים קשים. מ"ע- כבוד הבריות הוא שיקול שאמור לאזן את הסמכות לכלוא אדם, רק כשנחוץ ולשם שמים. אלון לומד מכך שחלופות מעצר עדיפות.

יעל שפר- מ"ע נגד המתת חסד אקטיבית, גם אם אדם גוסס (משל הנר), גם אם מבקש זאת. הסרת המונע מותרת.

(ROW- אישה שלא אישרו לה לעשות הפלה, ביהמ"ש נתן את הנימוקים לאחר שילדה ולכן לא דן בשאלה תיאורטית).

אבירם- במ"ע יש התייחסות למנהג, עדיפות, בדיקה האם הוא ראוי או לא.