



מחברת קורס
המשפט העברי
במדינת ישראל של
ד"ר חיים שפירא
תשפ"ג
דוד גרינברג

תוכן עניינים

6 הקדמה
עמ' 3.

2. חזון המשפט העברי
עמ' 8

3. מעמדו של המשפט
העברי עם קום המדינה
עמ' 15

4. שילוב המשפט
העברי מנקודת מבט
דתית
עמ' 21

5. המשפט העברי
והחקיקה הישראלית
החדשה
עמ' 26

6. המשפט העברי
בפסיקה (1948-1980)
– חוזים
עמ' 33

7. המשפט העברי
בפסיקה (1948-1980)
– פלילי
עמ' 42

8. חוק יסודות המשפט
עמ' 48

9. המשפט העברי
בפסיקה (1980-1992)
– זכויות יסוד
עמ' 54

10. חוק יסוד כבוד
האדם וחירותו: מדינה
יהודית ודמוקרטית
עמ' 59

11. המתת חסד וחוק
החולה הנוטה למות
עמ' 65

12. סיכום: המשפט
העברי במשפט
המדינה: מצוי ורצוי
עמ' 74

מנהלות
בקורס
המשפט
העברי
במדינת
ישראל

ד"ר חיים
שפירא

נוכחות – אין חובה, יש מיטיב

ציון מיטיב - יש ציון מיטיב על השתתפות
בכיתה ודפי נוכחות שהוא יעביר מדי פעם

חומרי קריאה – לעקוב במייל

מבחן - בחומר סגור = 90% מהציון.

עבודה = 10%.



- משפט בכל מדינה משקף את **הנורמות הנהוגות** בכל מדינה. מטבע הדברים, המשפט משקף את ההשקפות הערכיות והכלכליות של תושבי אותה מדינה. יש דמיון בין שיטות שונות. לדוגמה: כולן אוסרות על רצח או פגיעות אחרות. כולן מסדירות חוזים וזכויות קנייניות.
- עם זאת, לכל מערכת משפט **יש ייחוד משלה** – שפה משלה, ומאפיינים יחודיים מבחינה מהותית ודיונית. לדוגמה, ההבדל בין המשפט המקובל לקונטיננטלי, ואפילו בתוך המשפחות המשפטיות יש הבדלים.
- **השאלה:** האם משפט צריך לבטא את הערכים וההשקפות של תושבי המדינה? או שמא עדיף להקים מערכת משפט מיטבית ללא התחשבות במאפיינים הנ"ל?

הרצון לחדש את המשפט העברי וחברת "המשפט העברי(1918)"

- בשנת 1918 הוקמה קבוצת "המשפט העברי" במוסקבה לצורך הכנה והתאמה של המשפט העברי למדינה העתידית. קבוצה מעורבת מדתיים וחילונים, שעבדו כחלק מהחייאת התרבות העברית – שפה, אדמה וכדומה.
- השאיפה **לא** התגשמה, והמשפט הישראלי המודרני נשען על שיטות משפט אחרות. עם זאת, נותרה **זיקה**, **שמידתה** **והיקפה שנויה במחלוקת שלא הוכרעה עד היום**, בין המשפט העברי לישראלי

משמעות המונח 'משפט עברי'

- **משפט עברי** הוא מונח **מודרני**. המונח המקורי למשפט היהודי הוא **'הלכה'**.
- **ההלכה כוללת-כל**. דיני תפילה וברכות, שבת ומועדים, כשרות ועוד. בנוסף, גם דברים שבין אדם לחברו – כלומר דין אזרחי רגיל.
- לעומת זאת, **המשפט העברי מוגבל בהיקפו**, וכולל רק את תחומי ההלכה שנהוג ל"משפט" אותם היום – בעיקר דינים אזרחיים, כגון קניין, נזיקין חוזים ועוד, ללא החלק הדתי.
- **ההלכה עצמה** מבחינה בין דיני איסור(כלפי שמיים, (לבין דין אזרחי)ממונות, (אך ההבדל שעשו עם חידוש המשפט העברי היה על מנת לבדל את מסורת המשפט העברי מהדת.

אתגרים ביישום המשפט העברי בחברה מודרנית

מצד אחד, המשפט העברי מעמיד שיטה משפטית מקיפה – יש בו דיני מסים, חוזים, משפט מנהלי, דיני קניין ועוד

מן הצד השני, צריך לזכור שהמשפט העברי הוא שיטת משפט עתיקה, שקיימת בערך 2,000 שנה. שיטות משפט עתיקות אחרות אינן פעילות. בעיות. 1: זו שיטה עתיקה שקשה ליישם בימינו. 2: היא נוצרה לפני המהפכה התעשייתית. ולכן, אין לנו דינים מודרניים, כגון דיני תאגידים, היי-טק, בנקאות ועוד

המשמעות: לא ניתן ליישם את המשפט העברי כמו שהוא במדינה מודרנית ללא התאמה

ציר זמנים בהתפתחות המשפט הישראלי והתנתקות ממקורותיו הזרים

כיום, לפי שפירא, התלות
במשפט העותומני והבריטי -
נעלמה

המשפט הישראלי התפתח על לא על רקע
המשפט העברי, אלא על רקע "משפט
הארץ הזאת – "משפט עותומני, בריטי
וישראלי.



2. החוק לביטול המג'לה (1984)
קובע: "המג'לה – בטלה."

כאשר הבריטים כבשו את הארץ הם קבעו
שימור כללי של החוק העותומני (דבר המלך
במועצתו ס. 46) 'הסעיף קבע שבמקרים
שאין קביעה של החוק, שופטים לפי יסודות
החוק ועיקרי הצדק הנהוגים באנגליה.



1. חוק יסודות המשפט (1980) קובע: "ראה בית
המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא
מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או
בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות
החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט
העברי ומורשת ישראל".

כשקמה המדינה, קבעו גם כן שימור כללי
של החוק האנגלי שהיה נוהג. כשאימצו
את החוק, אמצו גם את עיקרון עיקרי
הצדק האנגלי, דבר שהיה תקף למשך
30 שנה, עד 1980 (!)



התנתקות
ממקורות המשפט
הזרים



זיקות בין המשפט הישראלי והעברי



1. ענייני נישואין וגירושין של יהודים(הזיקה ההדוקה ביותר) – א. נתונים לשיפוט ייחודי של בתי דין רבניים - חל רק על יהודים אזרחים או תושבים ב. נערכים לפי דין תורה בלבד(חל על כל יהודי)

הערה של שפירא: זה לא ביטוי באמת למשפט עברי דווקא, כי גם בני דתות אחרות כפופים לבתי הדין הדתיים שלהם. לכן, לא נדון בדיני משפחה בקורס

2. המשפט העברי כמקור משלים – חוק יסודות המשפט שמצוטט למעלה

3. המשפט העברי מכוח היותה של ישראל מדינה יהודית(הכרזת העצמאות, חוקי יסוד). מידת הזיקה תידון בהמשך

4. המשפט העברי כמקור(היסטורי) לחקיקה הישראלית – אימוץ של חלקים מהמשפט העברי לתוך חוקים מסוימים, כגון: חוק בתי משפטים, חוק החוזים, חוק השומרים וחוק הירושה

7 5. המשפט העברי כמקור או ביסוס נוסף לפסיקת בית המשפט



שיעור שני במשפט
העברי במדינת ישראל
חזון המשפט העברי
08.11.2022
דוד גרינברג

- 1. **בנייה על גבי המשפט העברי המסורתי**, אך יצירה של מערכת משפט מודרנית שאינה בהכרח הלכתית (אייזנשטדט, דיקן)
- 2. **המשפט העברי = הלכה**, בהתאמות לעולם המודרני (גולאק, הרב מימון, הרב בר-אילן)
- 3. **הקמת מערכת משפט מנותקת מההלכה** (מה שקרה בפועל בהקמת המדינה)

חברת המשפט העברי ובתי משפט השלום העברי

- הוקמה במוסקבה ב-1918, **בעיקר** בידי חילונים, אך **גם** דתיים, במטרה 1. לחקור את המ"ע המקורי 2. להפרות ולחדש אותו. **בנוסף**, פעלו בארץ בתי "משפט השלום העברי", ששפטו לפי משפט **קהילתי**, ולא לפי חוק מוסדר. הם לא רצו להיות כפופים לא לעות'מנים ולא לרבנים.
- בשנות ה-20 הייתה פריחה משמעותית של המשפט העברי, אך בשנות ה-30 הייתה קריסה משמעותית, והחברה ובתי משפט השלום העברי קרסו. **סיבות לקריסה:**
- 1. כי האנגלים הגיעו לארץ, ומערכת המשפט שלהם הייתה אמינה יותר מהמערכת העות'מנית.
- 2. קשיים אידאולוגיים ומריבות בין החילונים לדתיים בחברה בנוגע למשמעות המשפט העברי והסמכות להתאימו למציאות. לדוגמה, סיפור הירושה.
- 3. קשיים כלכליים שפקדו את החברה.
- חברת המשפט העברי היא **ביטוי לשיטה הקולטת**, דהיינו שאיפה לקלוט כמה שיותר נורמות מהמשפט העברי, תוך חילון, ברירה, התאמה והפרדה. פירוט מלא בנוגע לשיטה נמצא בפרק האחרון בקורס.

שורה תחתונה – כישלון החברה

- מכיוון שהמשפט העברי שקע, כשקמה המדינה, לא הייתה שום הצעה קונקרטית או מערכת משפט מוכנה שאפשר לאמץ. הכישלון של החברה התבטא באי יצירת קודקס משפט עברי שניתן לעבוד איתו.

ציונות מדינית וציונות רוחנית

הציונות המדינית (הרצל) – הדגישה את ההיבט המדיני של ייסוד המדינה היהודית על פני ההיבט התרבותי. תמך בו אז הרב ריינס.

איך התעלמות מתרבות ורוח מסתדרת עם ציונות דתית? כי הדתיים פחדו שהתעסקות בתרבות תהיה חילונית בעיקרה, ולכן העדיפו להתעסק במאפיינים מדיניים בלבד.

הציונות הרוחנית-תרבותית(אחד העם) – דגש על חידוש המסורת והתרבות היהודית מנקודת מבט מודרנית.

יש לציין שבמהלך המאה ה-19 הייתה התעוררות לאומית בכל רחבי אירופה, שכללה "חזרה למקורות" התרבותיים, וכך גם קרה בתנועה הציונית.



חברת "המשפט העברי"

במהלך עידן הנאורות(המאות ה-18-17), שאפו למערכת משפט אוניברסלית כללית. לעומת זאת, במאה הלאומנית(ה-19) הדגישו את הקשר שבין התרבות ללאום(לדוגמה: סאביניי הגרמני)

תחת השפעה מההתעוררות התרבותית הלאומית, והטרנד של חיבור בין משפט לתרבות, קמה ב-1918 במוסקבה חברה ששאפה לחזור למקורות המשפט העברי

- משפטנים **חילוניים בעיקר** – שמואל אייזנשטאט ופלטיאל דיקן, אך אליהם מצטרפים גם **משפטנים דתיים**, בולט ביניהם אשר גולק, לימים הדיקן הראשון בפקולטה למשפטים בעברית. הם מקימים גם כתב עת. מטרות שצוינו:
 1. חקירת המשפט העברי ההיסטורי
 2. הפראת המחשבה המשפטית העברית המקורית
- אייזנשטאט מדגיש שלא מדובר במחקר עיוני היסטורי בלבד, אלא בחלק מהתפתחות תרבותית לאומית

אוקיי, מה זה "משפט עברי"? 3 גישות עיקריות

1. במשמעות של **חבריה החילונים** של החברה, ממש לא ההלכה היהודית במלואה, ואפילו לא החלק המשפטי נטו בהלכה, **שמושפע מרעיונות דתיים**. החברה רצתה לחלן את המשפט העברי ולהתאים אותו למערכת משפט מודרנית שאינה קשורה בהכרח להלכה.
2. **החזון של אנשי ההלכה (גולאק, הרב מימון, הרב בר-אילן)** – יישום של ההלכה תוך התאמות לעולם המודרני
3. **החזון של המשפט העברי המקורי**, שאינו מחויב או נשען על ההלכה – הגישה המרוחקת ביותר מההלכה (וזו שקרתה בפועל בהקמת המדינה)

המשך התפתחות החברה

- עקב רדיפות ברוסיה הסובייטית, הם מגיעים לארץ, ונתקלים בחברה קיימת כבר – תנועת **"משפט השלום" העברי**, שהוקמה ב-1909 ופעלה עד שנות ה-30.
- **המטרה הראשונית** של משפט השלום הייתה ליצור מסגרת משפטית שאינה כפופה **לשלטון העותמני המושחת מצד אחד, או למסגרת הרבנית מן הצד השני.**
- בתי משפט השלום העברי פעלו לפי משפט **עממי או קהילתי, ולא לפי חוק.**

תומכים בגישת המשפט העברי = הלכה, בהתאמות קלות

- 1. **אשר גולאק, "יסודי המשפט העברי" (1922) - משפט עברי = הלכה,** או לפחות רוב מוחלט של ההלכה.
- גולאק מבין את ההתנגדות הצפויה לגישתו מצד **החילונים** מחד, שלא ירצו חוק דתי, ומצד **החרדים** מאידך, שיצביעו פשוט על השולחן ערוך ויאמרו שאין להוסיף לו כלום.
- 2. **הרב פישמן(מימון), ספר המזרחי. "חטא ופשע לאומי אם נבוא לעקור משורשו את המשפט העברי המקורי שלנו ולהפקיע את זכויותינו....".** לפי הרב מימון, **אין הפרדה בין הדת והמדינה,** שצריכות לשמש במשותף.
- 3. **הרב מאיר ברלין(בר אילן) – "המשפט העברי היה גאותנו.... גם אלה שהאמונה לא הייתה נר לרגליהם האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי"**
- 4. **הרב הרצוג – מסכים עם העיקרון, אך מתנגד למונח 'משפט עברי', ומעדיף פשוט 'הלכה'**

ויכוח בין הדתיים לחילונים בחברה על סמכות החידוש

- מי יכול לבצע שינויים - אנשים מן השורה או מוסדות מוסמכים?
- החילונים במשפט העברי – אנחנו נתקן. הדתיים – רבנים מוסמכים.

מוסד הירושה כדוגמה למחלוקת

- מסורתית, ירושה הייתה באמצעות בנים בלבד. לפי המודל הכלכלי חברתי הנהוג אז. עם חידוש המשפט העברי, עלה רצון לאפשר גם לבנות לרשת. המנגנון המרכזי שפעל בהלכה הוא הפשרה – מתן רשות לדיינים לדון על דרך פשרה. כך, גם הבנות יורשות.
- הרב הרצוג סבר שמדובר בדיני ממונות ויש לתקן תקנה שמתירה ירושה של בנות, אך לא הייתה הסכמה לדעתו

קריסת חברת המשפט העברי

- פריחה משמעותית של 20- בשנות, ושקיעה דרמטית בשנות ה-30. למה?
- 1. כי האנגלים הגיעו לארץ, ומערכת המשפט שלהם הייתה אמינה יותר מהמערכת העות'מנית
- 2. קשיים אידאולוגיים ומריבות בין החילונים לדתיים בחברה
- 3. קשיים כלכליים שפקדו את החברה

המשפט העברי עם הקמת המדינה

- מכיוון שהמשפט העברי שקע, כשקמה המדינה, לא הייתה שום הצעה קונקרטית או מערכת משפט מוכנה שאפשר לאמץ. הכישלון של החברה התבטא באי יצירת קודקס משפט עברי שניתן לעבוד איתו.



שיעור שלישי במשפט
העברי במדינת ישראל
"מעמדו של המשפט
העברי עם קום המדינה"
15.11.2022
דוד גרינברג

שאלות שעלו עם הקמת המדינה



האפשרויות המעשיות לאימוץ המשפט העברי לתוך משפט המדינה



עם הקמת המדינה, דב יוסף, יו"ר מועצת המדינה, מעלה מספר שאלות:

1. מה יהיה הבסיס לשיטת המשפט בארץ? – הקונטיננטלי, המשפט האירופאי המבוסס על המשפט הרומי ומבוסס בעיקר על קודיפיקציה ואינו מכיר בתקדים, או המשפט המקובל, המבוסס על הדין האנגלו-אמריקאי, ומכיר במוסד התקדים?

2. האם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או ניקח את החוק המנדטורי כבסיס, ועליו נוסיף חוקים מתאימים?

1. אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי – לא באמת כזה מעשי כי אף אחד לא ייצר קובץ כזה בשום תחום משפטי.

2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה העתידיים

3. ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו והחלפתו בהפניה למשפט העברי

כלל האפשרויות מדברות על משפט אזרחי בלבד, ולא פלילי.

- י"פ כהן הציע חוקה הכוללת את השארת המשפט המנדטורי + חקיקה המבוססת על עקרונות יסוד של המשפט העברי, בתי המשפט יזדקקו למקורות אלו בבואם למלא חוסרים בחוק – תואם להצעות 2+3.
- פלטיאל דיקטשיין הציע השארת החוק המנדטורי על כנו + בכל מקום שיש חוסר או דו משמעות או סתירות על בימ"ש והשלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצורכי הזמן - תואם להצעות 2+3.

הפקודה לסדרי שלטון ומשפט – מייד עם הקמת המדינה

- "11. המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה."
- כלומר, 1. אין הצהרה עתידית על קבלת המשפט העברי 2. ס' 46 לדבר המלך במועצתו נשאר על כנו

מדוע לא ניתן שום מעמד למשפט העברי?

- 1. גישה אחת, היסח הדעת - הועדה בתל-אביב במקור החליטה בעד ביטול 46 והכנסת עקרונות יסוד עבריים. בגלל המלחמה, חוסר הקשר עם ירושלים וטרדות הזמן, זה פשוט לא הוכנס בהיסח הדעת(פרופ' חריס)
- 2. גישה שנייה, התנגדות להיקף התפקיד ההלכתי - התנגדות של המשפטן והשופט לעתיד חיים כהן בירושלים בגלל הסתמכות יתירה על ההלכה

- בדברי הכנסת עלתה עקרונית אמירה שבעתיד יזנחו את המשפט הזר ויכניסו חלקים מהמשפט הלאומי(=עברי), אבל זה לא עוגן באמת בשום מקום

התפתחויות בשנים שלאחר מכן

- התייחסות מסוימת למשפט העברי בדברי הסבר לחקיקה.
- חוק לשון הרע – בדברי ההסבר מתייחסים לרקע ההלכתי ומקורות המשפט העברי של איסור לשון הרע.
- חוק הגנת השכר – התייחסות לאיסור הלנת שכר בספר ויקרא.
- חוק פיצויי פיטורים – הכרה בחובה לפצות בבתי הדין לעבודה על בסיס מנהג, תוך התייחסות להליך שחרור עבד בספר דברים או סיום העסקה בספר חינוך.

הצעת חוק הירושה – קושי, כי ההסדר העברי לא מתאים למערכת שוויונית

- במקור, החוק היה בחברה פטריארכלית, והיה היגיון בהסדר, אך עם התפתחות החברה – הוא איבד מההיגיון הכלכלי, ולכן אפילו בימי הביניים נעשו הסדרים ה"עוקפים" אותו
- החוק בישראל מתבסס בין השאר על המשפט העברי, כמקור ראשי, אך לא יחיד או מחייב – "לא כמו שמצאנו אותן בשולחן ערוך ובנושאי כליו, ואף לא תוך התאמה לצרכי הזמן"

חוק הירושה בישראל	המשפט העברי
במות אדם עובר עזבונו ליורשיו – אומץ מהמשפט העברי	ירושה <u>אינה</u> תלויה במוריש או ביורשים – אוטומטית עם מוות.
היורשים הם יורשים ע"פ דין או זוכים ע"פ צוואה – מנוגד למשפט העברי	אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. מותר רק לתת מתנה טרם המוות – "מתנה לאחר מיתה" - מתנה מהיום, שתחול רק לאחר המוות.
	הכותב ירושה לאחרים והזניח את בניו(בצורה של מתנה לאחר מיתה) – מה שעשה עשוי, אבל אין דעת חכמים נוחה הימנו.
יורשים על פי דין הם 1. בני זוג(מנוגד למ"ע) 2. ילדי המוריש וצאצאים, הוריו וצאצאיהם 3. הורי הוריו וצאצאיהם 4. אם אין מוריש – המדינה(מנוגד למ"ע)	יורשיו של אדם הם צאצאיו, ואם אין, צאצאי אביו, ואם אין – צאצאי אבי אביו, וכן הלאה - עד שמגיעים למישהו .
ילדי המוריש חולקים ביניהם שווה בשווה(מנוגד למ"ע)	הבכור יורש פי שניים מחלקו של כל אחד מהאחים.
בנות יורשות כרגיל	הבנים יורשים והבנות אינן יורשות, אלא במקום שאין בנים
בת זוג יורשת	האישה אינה יורשת את בעלה.
19	

חוק הירושה בישראל



56". הניח המוריש בן-זוג, ילדים או הורים והם זקוקים למזונות, זכאים הם למזונות מן העזבון לפי הוראות פרק זה, בין בירושה על פי דין ובין בירושה על פי צוואה."



מזונות גוברים על ירושה ע"פ דין תוך התבססות על מקורות מהמשפט העברי

המשפט העברי



משנה כתובות, יג, ג: "מי שמת והניח בנים ובנות, בזמן שהנכסים מרובין, הבנים יורשים והבנות ניזונות. ובנכסים מועטים, הבנות יזונו והבנים יחזרו על הפתחים."



החוק לא באמת תואם 100%, אבל רואים פה שמזונות גוברים בעצם על ירושה

בס"ד



שיעור רביעי במשפט
העברי במדינת ישראל
"שילוב המשפט העברי
במשפט המדינה מנקודת

מבט דתית"

22.11.2022

דוד גרינברג

- האם שילוב חלקים מהמשפט העברי רצויים מנקודת מבט דתית?
- האינסטינקט הוא לומר כן, כי מדובר בהלכה יהודית. בפועל, זה מורכב יותר. האימוץ החלקי בלבד של ההלכה, והשיפוט בידי בתי משפט אזרחיים חילוניים מהווים בעיה



העמדה הקלאסית – יחס שלילי לשילוב חלקים מהמשפט העברי

- ההלכה היא גוף שלם, ויש לאמץ את כולו, ללא שינויים.
- הרב וולדנברג(יחס שלילי) – בתורה שבכתב ובעל פה יש את כל החוקים הרלוונטיים למדינה, יחסים בין הפרטים, ובין הפרטים למדינה. התורה נתנה בסיני ולא תשתנה לעולם. יש לאמץ את ההלכה כמשפט המדינה תוך התאמת היישום למציאות המודרנית. והיחידים שמוסמכים לבצע את ההתאמות הם חכמי התורה בלבד.



גישה חיובית ומתונה יותר – הרב הרצוג

- הרב הרצוג – "התחיקה והמשפט קשורים זה בזה, כלומר שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות שהתחוקה תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה. כדי שיתקבל סעיף זה...מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה"
- לדעת הרב הרצוג, ניתן היה להסכים ברמה מסוימת על מערכת משפט אזרחית חילונית(י"בתי דין של הדיוטות"). הרב הרצוג מסייג וקובע שרק הרבנות יכולה לבצע את ההתאמות הדרושות ליישום מודרני.

- מה יש לעשות, אם כן? יש לנסח קודקס הלכתי בצורה שמתאימה ליישום מודרני, הכולל דיני חברות, ביטוח, תנועה וכול', דבר שנצרך גם לבתי הדין הרבניים כמו גם למשפט המדינה.
- למה חובה לנסח קודקס עברי? כי אחרת יבחרו חוקים ממדינות זרות "ונמצא שם שמים מתחלל במידה גסה, בישראל וגם בעמים". אם יהיה קודקס עברי – אז לפחות יסגלו חלקים מהמשפט העברי, וזה חיובי.



פרופסור אנגלרד – יחס שלילי

- משפט דתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי.
- המחוקקים והשופטים אמורים לשקול(בין השאר) את השיקולים הללו.
- הם צריכים להיות ראויים לשקול את השיקולים הדתיים האלו, ולכן הם חייבים להיות דתיים ולהזדהות עם התפיסה הדתית.
- לעומת זאת, משפט המדינה הוא משפט חילוני, הכולל אינטרסים אנושיים וחילוניים בלבד.
- המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואינם צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים.
- כלומר, כשמשפט אזרחי לוקח נורמות מהמשפט הדתי הוא מחלן אותן. עכשיו צריך לפרש ולהחיל אותן לפי הסטנדרטים החילוניים. הוא מבחין בין 2 סוגים: 1. חילון פורמלי – התוקף של חוקי המדינה הוא הכנסת. התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על "הנורמה הבסיסית" של ההלכה. אימוץ המשפט העברי בידי הכנסת משקף את זה שהתוקף שלו הוא חילוני ולא דתי. 2. חילון מהותי – חוק משתלב בסביבה הנורמטיבית, וההשתלבות הזאת בהכרח משנה אותו ואת הפרשנות שלו מהחוק המקורי.

- סעיף 1 לחוק הערבות: "ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר לפי אדם שלישי" – מתאים למשפט העברי
- **כעת, נשאל – מיהו "אדם"? בחוק הפרשנות כתוב אדם, לרבות תאגיד. האם הפרשנות מתאימה להלכה? לא בהכרח. האם אדם בן 13 יכול להיות ערב? לפי ההלכה, כן. לפי החוק בישראל – לא.**
- **דוגמאות נוספות: 1.** שופטים בבתי משפט אזרחיים אינם כשירים לדון בכלל לפי ההלכה. 2. **לפי ההלכה וחוק הירושה(ס' 23) "שכיב מרע" יכול לתת צוואה בעל פה בפני שני עדים, ואין צורך בכתב. האם נדרשים 2 עדים כשרים לפי ההלכה? לפי החוק, ברור שלא.**
- **לכן, אימוץ הלכה לתוך משפט המדינה מחלן אותה גם פורמלית וגם מהותית ואין סיבה לתמוך בה מנקודת מבט דתית.**



דעתו החולקת של פרופסור אלון

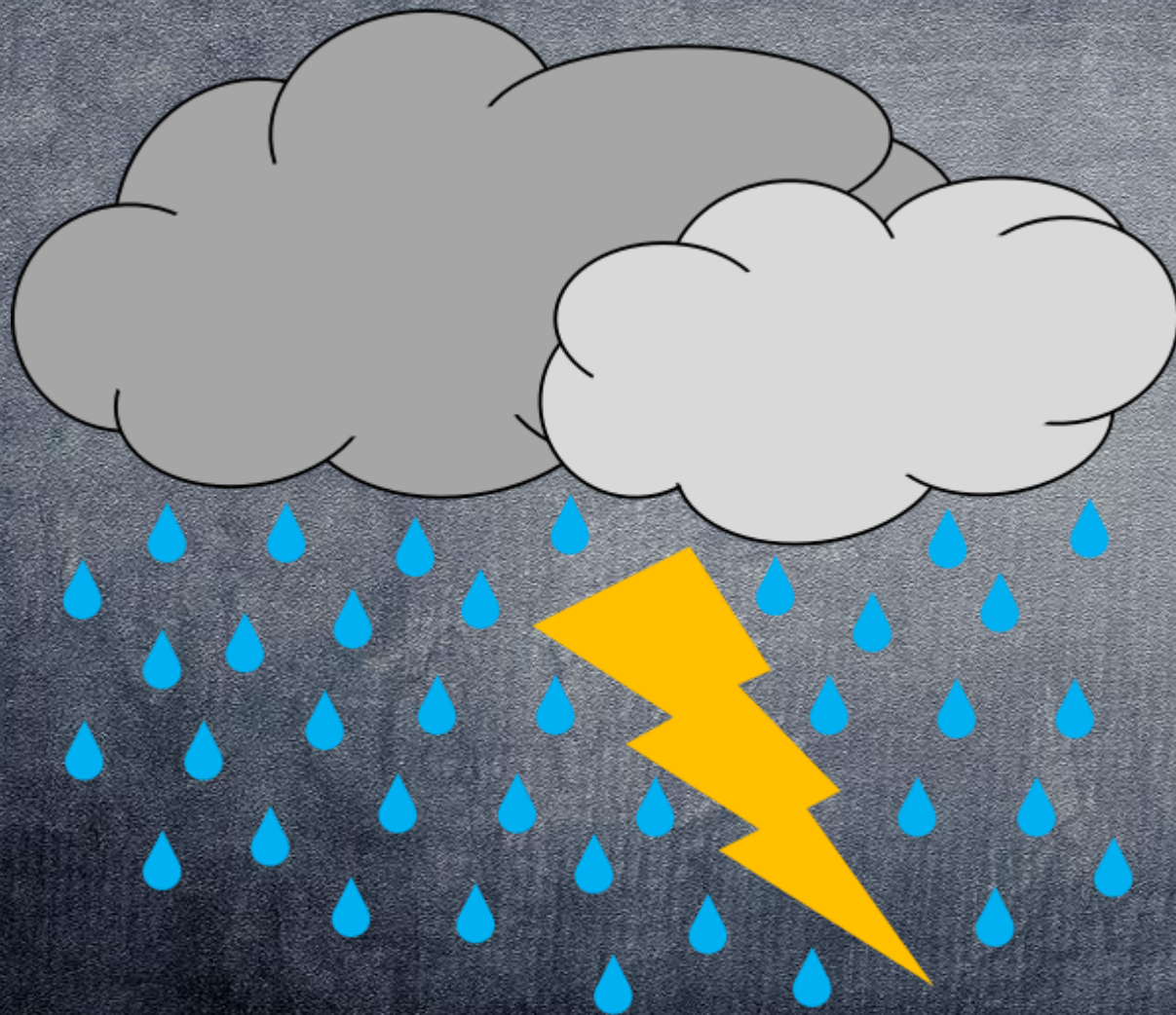
- שילוב המשפט העברי במשפט המדינה אינו יכול לחלן אותה. להלכה תוקף עצמי שאינו תלוי במשפט העברי.
- במעשה של קליטת המ"ע במשפט הישראלי אין משום מעשה של פס"ד של חכם הלכה, לא מבחינת עולמה של ההלכה ולא מבחינת ריבונותה של הכנסת. **למה חשוב לשלב בכל זאת?**
- 1. למרות שהקליטה של הנורמות הופכת אותן למשפטיות ולא הלכתיות, **עצם אימוץ הנורמות הוא חשוב מבחינה תרבותית.**
- 2. הדרך היחידה **להחיות את המשפט העברי ולהחזיר אותו לחיים** היא לשלב אותו במשפט המדינה. אם נשאיר אותו בחוץ – **הוא יישאר קפוא ולא מפותח.**

תשובתו של אנגלרד בנוגע לטענה התרבותית של אלון

1. המשפט העברי הוא משפט דתי, ואי אפשר לקלף את השכבה הדתית ולקיים את "הגרעין התרבותי-חילוני"

2. המשפט הפרטי בזמן הזה אינו בעל משמעות תרבותית עמוקה. עניינו בשאלות טכניות ומעשיות – מה הכי יעיל בחוזים, נזיקין וכול

בס"ד



שיעור חמישי במשפט
העברי במדינת ישראל
המשפט העברי והחקיקה
הישראלית החדשה
29.11.2022
דוד גרינברג

שאלת המחקר של השיעור

- משיש חוקים הקשורים למ"ע – כמה נסתמך על מקורות המשפט העברי בנוגע ליישומם ופרשנותם , בפרט בשעה של התנגשות עם החוק הישראלי?

חוק השומרים 1967

- החוק מאמץ עקרונות יסודיים של המשפט העברי -
- (1. א) (שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות
- (ב) (השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.
- (ג) (השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר.
- (ד) (השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל".

אחריות שומרים

- (1. א) (שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו) נטל ההוכחה על התובע – ד.ג. (ג).
- (ב) (שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו) נטל ההוכחה על השומר – ד.ג. (ג).
- (ג) (שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו) משטר של אחריות מוחלטת – ד.ג. (ג). (ובלבד שאחריותו 27 לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין".

- אדם רוכש טופס הימורים לטוטו ומפקיד אותו אצל ששון, בעל הדוכן. פעם היו מחלקים ל-2 עותקים, אחד אצל רוכש הטופס עם הניחושים, ואחד אצל בעל הדוכן עם הניחושים, ואם הם היו נכונים – משוויים בין הטפסים והרוכש זוכה. ששון מאבד את הטופס. אחרי המשחק – עלי מגיע עם עותק הטופס שלו ואומר שהוא ניחש נכונה את כל תוצאות המשחקים. לששון לא ברור לחלוטין מה קרה לטופס – הוא "לא יודע".
- עלי טוען שששון היה שומר על הטופס, ולכן הוא חייב עכשיו לפצות אותו כסכום הזכייה.

בימ"ש קובע

- על הטופס חל חוק השומרים" קניין בעל ערך חומרי לבעליו. ("
- בשאלה איזה סוג שומר הוא – הוא בוודאי שומר שכר, ונקבע שהשמירה היא עסקה "טפלה למטרה העיקרית של החזקתו", כמפורט בס' 2' ב).

דיון בהתרשלות

- אם ששון יצליח להוכיח שהוא לא התרשל – הוא יהיה פטור.
- השאלה – מה זו התרשלות במקרה דנן? האם ניקח את המושג מפקודת הנזיקין ונחיל אותה כאן? אם כן – כנראה שהוא כן התרשל.
- אבל, מכיוון שהחוק לקוח מהמשפט העברי – בימ"ש בודק במקורות המשפט העברי.
- שולחן ערוך, חושן משפט, רצא, א': שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה"
- משנה בבא מציעא': המפקיד אצל חברו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני, ואמר לו השומר איני יודע אנא הנחתי פקדון זה – הרי זה פושע וחייב לשלם מייד".
- מסקנה – ששון חייב גם לפי המשפט העברי וגם לפי הדין הישראלי. עם זאת, נקבע שאין הוכחת נזק – אי אפשר באמת להוכיח שהטופס היה עם 12 ניחושים נכונים. במקרה הזה, אין קונפליקט בין מקורות המשפט העברי לבין החוק הישראלי.

ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' אליעזר הנדלס – מקרה עם סתירה בין החוק למשפט העברי

- הנדלס מצא בחדר הכספות של בנק קופת עם 2 אגרות חוב למוכ"ז(מוסר כתב זה – כל אחד בעצם (ע"ס 10,000 ₪ כל אחת
- הכניסה לחדר הכספות היא חופשית. להלכה, צריך לקבל אישור להיכנס לשם, אבל בפועל הבנק לא מקפיד על זה.
- האגרות נמסרו למשטרה במשותף ע"י הנדלס ומנהל הבנק שהלכו ביחד למשטרה. ולאחר שעברו 4 חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את באיגרות. הבנק מצידו תובע לקבלן.
- **חוק השבת אבידה 3.** "המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו; קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא".
- השאלה – מה זו רשות של אדם אחר? בעלות? חזקה? שליטה של ממש(נניח סופרמרקט – לא, כי כולם נכנסים ללא סינון אמיתי)

ברק

- **מטרתו של חוק השבת אבדה היא השבת האבדה לבעליה.** במקרה שנמצאה האבדה ברשותו של אדם אחר – יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה, כי: א. המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות ב. בדרי"כ בעל הרשות ידאג לאבדה יותר מגורם מזדמן.
- במקרה דנן, טעמים אלו חלים על הבנק, ולכן יש לראותו כבעל הרשות.

- 2הטעמים של ברק **אינם משכנעים**. המשטרה היא כתובת לאבדה. ולעתים למוצא יש מוטיבציה יותר גדולה ובמיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא ימצא. השאלה היא את מי ראוי לתמרץ? אלון הולך **למשפט המשווה** – **Toledo Trust V Simmons** – עובדת בנק שמוצאת ניירות בחדר הכספות ולאחר שהמאבד לא נמצא דרשה לזכות בהם. הבנק התנגד. בימ"ש בארה"ב קובע לטובת העובדת, ואומר שהיה עליה לדווח מייד לבנק, אבל אין בכך משום ויתור על זכויותיה במקרה בו המוצא לא יופיע.
- **נקבע שלצורך "רשותו של אדם אחר" צריך חזקה בנכס עם שליטה אפקטיבית**

אלון – מקורות המשפט העברי

- **משנה בבא מציעא, ב, ד** " –מצא בחנות, הרי אלו שלו. בין התיבה לחנווני –של החנווני. מצא לפני שולחני (=חלפן כספים, בנק – (הרי אלו שלו. בין הכיסא לשולחני –הרי אלו של שולחני".
- **רמב"ם גזלה ואבדה, טז, ד** " –המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנווני הרי הן של בעל החנות. ואם מצאן על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן. ולמה לא תקנה החנות לבעליה לפי שאינה חצר המשתמרת."
- **כלומר, עמדת המשפט העברי היא שליטה אפקטיבית. לפי אלון, חוק השומרים שואב מהמשפט העברי, ולכן צריך ללכת למקורות המשפט העברי) בנוסף להיגיון ולמשפט המשווה = (פסיקה לטובת הנדלס.**

- "החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו, על-פי המשתקף ממנו ביחס לכוונת המחוקק. אסמכתאות מן המשפט המקובל האנגלי-אמריקאי לא תיצלחנה לכך, כי הן מבוססות על הנחת יסוד שונה השואלת מי בעל החזקה (פוססיה) (במקום שבו נתגלה האבידה.....סבורני שגם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב השראה והדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד שלו בסוגיה זו שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות) (פרסומפציות) עובדתיות להוכחת זכות הקניין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שחברי הנכבד, השופט אלון, הביא מן המקורות"
- לנדוי פוסק למעשה כדעת ברק

- בימ"ש מקבל את הערעור ופוסק לטובת הבנק. בהמשך נחזור לדיון הנוסף
- 31 לפסק הדין שהתבצע אחרי חוק יסודות המשפט, שמחזק את המשפט העברי

גישות בפרשנות מונחים או הסדרים השואבים או מבוססים על מקורות המשפט העברי

1. אלון, בקוטב אחד, בעד – יש לחזור למקורות המ"ע לצורך פרשנות. עם זאת, לא הסתמכות בלעדית(הנדלס).

2. שניאור זלמן חשין(האב, (בקוטב השני, נגד 89/51) מיטובה – (תהא זו טעות גדולה לפרש כל מונח וכל ניב בחוקינו החדשים לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקור באוצרות תרבותנו העתיקה בהם הם מצויר, אף אם ברור הדבר, שהם לוקחו מאותו מקור" –
3. חיים כהן, עמדת ביניים, קרובה יותר לאלון – באופן עקרוני יש לחזור למקורות המ"ע לצורך פרשנות מושגים או ניבים במקום בו המחוקק שאב אותם מהמ"ע. ספציפית בפרשת הנדלס, מונח הרשות בכלל לא נלקח מהמשפט העברי.

4. פרופסור ברכיהו ליפשיץ, עמדת ביניים רחוקה יותר מאלון – במקומות שברור שניב או נוסחה או הסדר שאובים מהמ"ע יש חזקה הניתנת לסתירה לפרשנות בהתאם למקורות המשפט העברי. **איך סותרים את החזקה?** אם רק המושג או הניב שאולים מהמ"ע, אבל המהות היא מקורית או אחרת – לא מפרשים בהתאם למ"ע. כלומר – משפט עברי רק כשמשוכנעים שהצורה והמהות לקוחות מהמשפט העברי.



שיעור שישי במשפט
העברי במדינת ישראל
המשפט העברי בפסיקה:
חוזים
06.12.2022
דוד גרינברג

אימוץ מנגנון מהמשפט העברי לחוזה בלתי חוקי רציו לשיעור

- **בחוזה בלתי חוקי:** המשפט הקונטיננטלי קובע בטלות מוחלטת. המשפט המקובל קובע שבימ"ש לא ילכלך ידיו" בחוזה כזה, אך יש תוקף מסוים. חטאו שניהם כאחד – **יד הנתבע תהיה על העליונה. במשפט העברי – תוקף מסוים לחוזה.** מקיימים את החלק של החוזה שמותר. לדוגמה, יחזירו הלוואה, אך לא את חלק הריבית בה. **חוק החוזים אימץ עיקרון זה בס' 31 שמעניק שיקול דעת לבית המשפט בקיום חלקי של חוזה בלתי חוקי,** בהתבסס על הדיון בעיקרון זה בידי זילברג בפס"ד קרטוז. **לחלופין,** ניתן לטעון שס' 31 הוא המצאה ישראלית מקורית(פרידמן).

פסקי דין בחלק החוזים

- **קרטוז(השכרה ללא אישור שכ"ד):** פסיקה למעשה במו הגישה האנגלית. דיון של זילברג בגישת המשפט העברי, **שבעקבותיו אומץ ס' 31 בחוק החוזים.**
- **הווארד(מספרים פיקטיביים בחוזה לצורך מס):** דוגמה לשימוש בס' 31 ובעקרון שיקול הדעת לבימ"ש בקיום חלקי של חוזה בלתי חוקי ומתן תוקף מסוים לחוזה בלתי חוקי, כמו במשפט העברי.

פרשנות מושגי שסתום בהתאם לעקרונות המ"ע ומורשת ישראל

- **ציום(תנית הפטור וקלקול קיבה):** העדפה של פרשנות המונח "**הסדר הציבורי**" בהתאם להשקפה האמריקאית, כי היא **תואמת לעקרונות קדושת החיים שבמורשת ישראל.**
- **רוט נ' ישופה: 1.** פרשנות המונח תום לב באמצעות עקרונות המשפט העברי 2. החלטה מתי תום לב הוא חובה ומתי הוא סתם נו נו נו בהקבלה לעיקרון "ועשית הישר והטוב" שבמ"ע.

- המערער(ג'ייקובס) השכיר דירה **לקרטוז**, כשהדירה מושכרת עוד לפני אישור החוזה בבית הדין לענייני שכר דירה(כבר לא קיים), דבר המהווה עבירה פלילית – חוזה לא חוקי.
- ג'ייקובס תובע את פינזיו של קרטוז לפני תום החוזה, תוך שימוש בנימוק שהחוזה אינו חוקי, ולכן הוא בכלל לא שוכר.
- השאלה המשפטית: מה מעמדו של החוזה?
- **במשפט הקונטיננטלי, החוזה בטל**. השוכר יושב בדירה **שלא כדין**.
- **הדיון מתבצע לפני חקיקת חוק החוזים**. יש את חוק הפרודצדורה העותמנית. מה עושים?

זילברג

- הכלל הרומי שהתקבל במשפט המקובל – מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. עילה **דיונית**, ולא **מהותית** – זה לא שאין זכות, אלא לא יסייעו לאדם.
- חטאו שניהם כאחד – **יד הנתבע(במקרה שלנו – שוכר) תהא על העליונה**.
- **זילברג**: החוזה לא בטל. אבל בית המשפט לא "ילכלך את ידיו" ויסייע לתובע שמבסס את התביעה על עבירה. **מסקנה: אין לפנות את השוכר**.

- זילברג בוחן מה העמדה במשפט העברי: **העמדה היא שחובה לא חוקי תקף**. דוגמאות:
- 1. **רמב"ם הלכות מלווה ולווה, ו, א (בבא מציעא סא ע"ב): "ריבית קצוצה יוצאת בדיונין".** נניח, הלוואה של אלף ₪ בנוסף לריבית. אין אכיפה של **הריבית** בידי בית הדין, ואם לווה שילם את הריבית הוא יכול לתבוע אותה בחזרה. אבל כן יש אכיפה של האלף עצמו. **כלומר, אין שלילה של תוקף החובה לחלוטין. בית הדין לא "מושך ידיו מן החובה".**

2. שולחן ערוך, חושן משפט ר"ח

- **"מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות ונתקיים הקנין באחד מדרכי ההקנאה, המקח קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח."** – העסקה קיימת וניתן לאכוף רק את הצד החוקי שלה, קרן ההלוואה, אך לא את הריבית.

רמב"ם הלכות מכירה, פרק ל הלכה ז

- **"המוכר או הנותן בשבת, ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו מעשיו קיימים. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותנין."**
- **כלומר, אכיפה של חובה בלתי חוקי. כמובן, אך ורק במובן שאכיפת החובה עצמה אינה בלתי חוקית, כגון מתן ריבית. רק בחלק ההיתר – ההלוואה עצמה.**

- הסנקציה של חוק ההשכרה היא שנתיים מאסר. **בקונטיננט** – החוזה לא תקף בכלל. **במשפט המקובל** – החוזה קיים, אך בימ"ש לא ילכלך ידיו. **במשפט העברי** – תהיה אכיפה של החוזה בחלקיו המותרים.

ע"א הניה הווארד נ' מיארה – אחרי חוק החוזים

- הווארד מוכרת קרקע למיארה, במצב ששליש מהקרקע מופקע בידי הרשות, והיא ידעה זאת. מיארה גילו, ודרשו לקיים את החוזה, אך להפחית שליש מהעלות, בדמות החזרה של שליש מהסכום ששילמו. הווארד רוצה להשתחרר מהחוזה.
- **אלמנט החוזה הבלתי חוקי**: לא כל הסכום נכתב בחוזה כדי להתחמק ממס. הווארד אומרת שהיא תיתן להם שליש ממה שכתוב בחוזה. **לחלופין**, עשינו חוזה בלתי חוקי, ולכן החוזה בכלל בטל.
- **השיטה האנגלית לא תפתור את הנושא**, כי הרמאית היא הנתבעת, ואמרנו שיד הנתבע על העליונה. אם נפעל לפי האנגלים, נגיע לתוצאה בלתי צודקת.

חוק החוזים – אומץ ברובו מהמשפט הגרמני הקונטיננטלי

- 30". חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל."
- **תוספת של הדין הישראלי, ס' 31** – ".....אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן **ובתנאים שימצא לנכון**, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד **ביצע את חיובו לפי החוזה** – לחייב את הצד השני **בקיום החיוב שכנגד**, כולו או מקצתו."

המשך חוק החוזים

- המשמעות של ס' 31 – סייג גדול לעקרון בטלות החוזה הקונטיננטלי. הבטלות נתונה לשיקול דעת בית המשפט.

שמגר, ביישום לפס"ד הווארד

- הווארד נהגה בחוסר תום לב. לכן, בימ"ש יקיים חלק מהחוזה.

מאיפה מגיע ס' 31?

- פרידמן: הוראה זו אינה מגיעה משיטת משפט זרה. היא לא מגיעה מהדין הגרמני או האנגלי. אפילו לפי הדין האנגלי, במידה ויש מידת אשמה שווה – יש שלילה של זכות התביעה. ס' 31 של שיקול הדעת הוא המצאה ישראלית מקורית.
- אלון: הצעת חוק החוזים הבינה שהדין האנגלי גורם עוול. הם אומרים, שהפתרון מבוסס על המשפט העברי, שנידון בפרשת קרטוז בידי זילברג. בעצם, ביסוס על מקורות המשפט העברי.

• ס' 31 מאמץ 2 עקרונות :

- 1. **שלילת הגישה הקונטיננטלית** של בטלות מוחלטת של חוזה לא חוקי.
- 2. **המגמה היסודית של המשפט העברי**, לפיה "אין יוצא חוטא נשכר", ולא הגיוני שעבריין ייהנה בנוסף למעשה העבריינות גם מאי קיום חוזה לא חוקי שחתם עליו, כמו בפרשת הווארד.

ע"א 461/62 צים נגד מזיאר

- אישה שהפליגה באונייה של חברת צים. במהלך ההפלגה קיבלה קלקול קיבה ודלקת לתקופה ארוכה. תביעה כנגד הטבח והחברה. בימ"ש מקבל את התביעה. צים מערערת, באמצעות ס' פטור בכרטיס הנסיעה, בו נאמר שהחברה פטורה מנזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האונייה בשל רשלנותם?
- **האם נכיר בתניית פטור זאת?**
- **זילברג:** השיטה האנגלית מכירה בתניות אלו. כל עוד אין הטעיה – תקף. לעומת זאת, השיטה האמריקאית אינה מכירה בתניות כאלו.
- זילברג מעדיף את **ההלכה האמריקאית**, מכיוון שזה תואם להשקפות **המושרשות בתודעה היהודית**. אפשר לבטל חוזה הנוגד את הסדר הציבורי לפי חוק הפרוצדורה העותמנית. כעת יש לשאול, איזה תוכן ניצוק לתוך המונח של הסדר הציבורי?

המשך זילברג

- היהדות מפארת את הערך הכביר של חיי האדם. משמעות לעניינו: אנו מעדיפים את קדושת החיים על פני חופש החושים. לכן, נאמץ את ההלכה האמריקאית ונפסול את תניית הפטור של צים.
- מסקנה: מתן פרשנות למושגי שסתום בהתאם למשפט העברי

ע"א 18/77 רוט נגד ישופה

- קבלת דירה באיחור ועם פגמים רבים. בחוזה כתוב שקבלת הדירה מהווה ראייה סופית ומוחלטת שהחברה קיימה התחייבויותיה
- אלון: בבואנו לפרש מושגי שסתום כגון תום-לב, יש לפנות לעקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל.

דוגמאות של אלון

- מכילתא, פרשת בשלח, פרשה א: כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים כל התורה כולה
- תלמוד בבלי, שבת, לא, א: אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין (=בבית דין של מעלה) אומרים לו: נשאת ונתת באמונה?

המשך אלון

אין בכוח המחוקק לצפות את כל המקרים, ולכן צריך לפעול בצורה של "ועשית הישר והטוב" - הוראה כללית שמכסה על כלל המקרים, הן במקרים שיש לאקונה, והן במקרים שבהם יש זכות, אך מימושה נוגדת לעקרונות היושר.

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

אלון מסכם ואומר שבית המשפט צריך לבחון ולקבוע מתי עיקרון ועשית הישר והטוב, או ביישום לכאן – עיקרון תום הלב, נהפך לחובה. במקרה של רוט נ' ישופה – הוא נהפך לחובה.

שורה תחתונה: 1. פרשנות של מושג השסתום שקיים בחוק ויציקת תוכן לתוכו בהתאם לעקרונות המשפט העברי 2. פרשנות של היקף הסמכות – האם אכיפה או סתם נו נו נו.



שיעור שביעי במשפט
העברי במדינת ישראל
המשפט העברי במשפט
הפלילי

13.12.2022

דוד גרינברג

- שוטרים שהתפרצו לבית כי חשדו שמתבצעים שם הימורים וסמים. לא בקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. אפג'ר הודף את השוטרים ומורשע בתקיפה. הוא מערער לעליון.

הגנת הצורך בחוק העונשין דאז(לפני הרפורמה ב-1994)

- "ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו, או ברכוש שהופקד בידי; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע".
- כלומר, הגנת הצורך תקפה רק במקרה של תקיפה כנגדי או אחרים שאני מחויב להגן עליהם. אפג'ר היה אורח ולא בעל הבית.

האם אפג'ר זכאי להגנת הצורך?

- אלון: לא הגיוני שההגנה מוגבלת רק לאנשים ספציפיים. לא סביר שלא אהיה מסוגל להגן על אחרים שמותקפים. בנוסף, יש מערכות משפטיות שונות, בארה"ב ובקונטיננט, שמכירות בהגנת הצורך כלפי כל אדם מותקף.

- סנהדרין עג ע"ב: "תנו רבנן: מניין לרודף אחר חבירו(כלומר, כל אחד – ד.ג.) להרגו, שניתן להצילו בנפשו(כלומר – להרוג את הרודף – ד.ג.)? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'" (ויקרא, יט, טז)."
- סנהדרין עד ע"א: "תניא; רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחר חבירו, ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל – נהרג עליו". כלומר, חובה להציל את המותקף במינימום פגיעה בתוקף, לא להרוג מייד.
- רמב"ם הלכות רוצח, פרק א ו-ז: כל אחד מצווה להציל נרדף מרודף אחריו להורגו. **דבר ראשון** צריך להזהיר את הרודף, לאחר מכן – אם ניתן להציל באמצעות **פגיעה באיבר** ולא הריגה – **צריך לעשות זאת**. אם אי אפשר – צריך להרוג את הרודף.

שאלה: האם ההגנה במ"ע חלה גם במקרה של רודף לחבלה, ולא למוות?

- רא"ש בבא קמא, פרק ג, יג: ההגנה חלה גם על הגנה של אחר שאין הגנתו עלי וגם מחבלה שאינה מסכנת חיים. סייג הנחיצות: אם אפשר להציל בחבלה מועטה, ופגעת בחוזקה – לא תקין.
- **הבדל בין הצלה ממוות לבין הצלה מחבלה לא מסכנת חיים**: ברצח הצלה היא חובה. בחבלה הצלה היא רשות.
- שולחן ערוך חושן משפט, סימן תכ"א, יג: הכרה בהגנה עצמית. ההגנה חלה גם בחבלה שאינה מסכנת חיים ואדם שהגנתו אינה מוטלת עליו. מסכים בעצם עם הרא"ש.

סיכום ביניים

- במשפט העברי חובה להציל נרדף מרודף להורגו בשלבים הבאים: 1. אזהרה 2. פגיעה מינימלית 3. אם לא עזר – הרג.
- ההגנה חלה גם ברודף לחבלה שאינה מסכנת חיים ואדם שהגנתו אינה מוטלת עלי, אך אין חובה להציל, אלא רשות. גם כאן חל עיקרון הפגיעה המינימלית.

יישום של אלון לפרשת אפנג'ר

- אלון מפרש את "אחרים שהגנתם עליו" באופן נרחב לא כאחרים שיש לי חובה משפטית להגן עליהם, אלא אחרים שראוי או נכון מוסרית להגן עליהם.

תגובת השופטים האחרים לאלון

- הנשיא זוסמן: לא מקבל החלה זו של המשפט העברי, כי: 1. ההוראה בחוק היא אנגלית לחלוטין, אין שום רקע עברי. 2. המשפט הפלילי העברי אינו מקובל על הציבור הישראלי בימינו. לדוגמה: אף אחד לא ישרוף היום בת כהן נואפת היום. במקרה הספציפי, מזכה את אפנג'ר.
- השופט אשר: לא מסכים עם אלון. ההגנה חלה רק בהתאם לחוק והנורמה האנגלית שבחוק העונשין.

תיקון 39 לחוק העונשין(1994)

- מאמץ את הגישה של אלון וקובע שהגנה עצמית כוללת גם את הגנת הזולת.

ע"פ 91/80 כהן נגד מדינת ישראל

- הרשעה של בעל באינוס אשתו עקב בעילה כנגד הסכמתה תוך שימוש בכוח.
- **בחוק העונשין(ס' 345) כתוב "הבועל אישה, שלא כדין....".** כהן טוען, בהתאם לדין האנגלי המסורתי, שאין כזה דבר אונס של אישה נשואה בידי בעלה, כי עצם הנישואין מהווה הסכמה הדדית מתמדת לקיום יחסים.
- **בנוסח הראשון של חוק העונשין נכתב "שאינה אשתו"(כלומר, אימוץ הדין האנגלי), אבל בנוסח השני שינו ל - "שלא כדין".**

מה חשבו השופטים על טענה זו?

- **השופט דוד בכור:** "שלא כדין" = דינו האישי של האדם. יש לבחון האם לפי הדין האישי אדם רשאי לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. **במקרה של יהודים, צריך לפנות למשפט העברי.**
- **תלמוד בבלי, עירובין, ק,ב:** אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה(=יחסים).
- **רמב"ם ושלחן ערוך:** מפרשים את זה כאיסור לקיים יחסים בכפייה.
- **רמב"ם הלכות אישות פרק יד:** אישה שלא רוצה לקיים יחסים כי בעלה דוחה אותה – מחייבים את הבעל לתת גט, "לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה", כלומר – אנו רואים שאסור לכפות יחסים.

המסקנה של השופט בכור

- יש לדחות את טענתו של כהן, מכוח העמדה של המשפט האישי הרלוונטי - העברי.

דעות כהן ובן פורת – דחיית הערעור ללא שימוש במ"ע

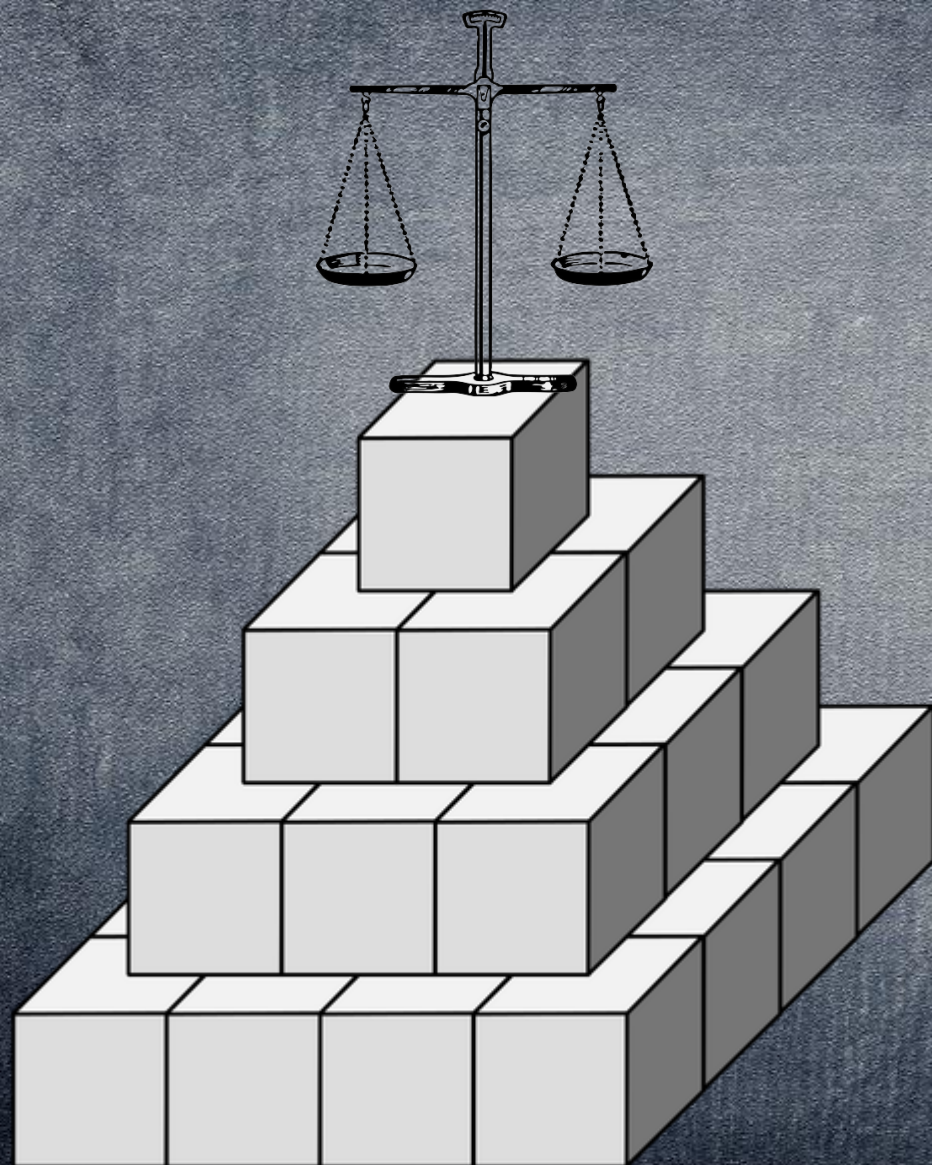
- **השופטת בן פורת:** הביטוי "שלא כדין" לא רלוונטי להגדרת העבירה וצריך להתעלם ממנו. יש להרשיע את כהן.
- **השופט חיים כהן:** הוועדה מחקה את המילים "שאינה אשתו" מנוסח החוק הראשון. **המשמעות:** דחייה של ההלכה האנגלית המסורתית שלא מכירה באונס אישה בידי בעלה. המילים "שלא כדין" מיותרות.

עבירת האינוס בחוק העונשין כיום

- **בעבר** – הבועל אישה כנגד רצונה תוך איום. **כיום** – שלא בהסכמתה החופשית.
- העיפו את המילים "שלא כדין".

סיכום

- פנייה למשפט העברי גם בתחום המשפט הפלילי. הרחבה של הגנה על הזולת לא רק לאנשים שחובה להגן עליהם – אלון בפרשת אפנג'ר, מה שאומץ אח"כ בחוק העונשין. בפרשת כהן בוצע שימוש במ"ע על מנת להכריע שאונס של אישה נשואה הוא אכן אונס.



**שיעור שמיני במשפט
העברי במדינת
ישראל
חוק יסודות המשפט
20.12.2022
דוד גרינברג**

רציו לשיעור חוק יסודות המשפט

- **אלון:** מדובר בלקונה, יש לפנות לחוק יסודות המשפט.
- **ברק:** לא מדובר בלקונה, יש לפנות לדרכי פרשנות רגילות.

פרשנות מושגים
משפטיים-
ערכיים כגון צדק
או תום לב

- **אלון:** למשפט העברי יש מעמד "ראשון במעלה" בקבלת ה**שראה** בפרשנות חוקים.
- **ברק:** אין למשפט העברי מעמד מיוחד.

פרשנות חוקים

- **ברק:** פניה לחוק רק במקרים של חסר, לקונה – נושא שיש בו הסדרה שחסרה - קיר שחסרה בו לבנה.
- **אלון:** גם במקרים של חלל, מקום שאין בו בכלל הסדרה או קיר.

רק חסר או גם
חלל? ז'רז'בסקי

- **ברק:** הגות של עם ישראל לאורך שנים ותקופות שונות. ישראל הישנה והחדשה. משפט העברי מהווה חלק קטן בלבד. מתוך מורשת ישראל צריך לפנות לעקרונות של חירות, צדק, יושר ושלוש ולא אחרים.
- **אלון:** בעיקר המשפט העברי.
- **ב-2018 תוקן החוק והמילים "משפט עברי" הוספו במפורש(התיקון נוטה יותר לדעת אלון).**

מהי "מורשת
ישראל"?

רקע לחוק יסודות המשפט

- מגיע על רקע סימן 46 לדבר המלך, לפיו במקרים של חסר צריך להשלים לפי עיקרי הצדק הנוהגים באנגליה.
- התלבטו האם גם חסר שנוצר אחרי הקמת המדינה מצריך פניה לסימן? **נקבע שלא**, מה שהיווה צמצום מסוים של הסימן.

חוק יסודות המשפט תש"ס – 1980

- "1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי(בנוסח החוק המקורי לא הופיע משפט עברי, זה תיקון מ-2018 – ד.ג.). ומורשת ישראל."
 - 2. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947 – בטל.
 - (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה."
 - בדברי ההסבר נאמר שרצו לתת **אפשרות** להשתמש במורשת ישראל, **ללא כפייה**
- של המשפט העברי על החוק.

מהי לקונה? שאלה שאין לה תשובה במקורות הבאים:

- **"בדבר חקיקה"** – חקיקה ראשית או משנית.
- **"בהלכה פסוקה"** – פסיקה. מחלוקת האם מדובר בהלכות של בימ"ש העליון בלבד או גם בידי בימ"ש נמוך יותר? לדעת אלון, רק בימ"ש העליון. לעומת זאת, כהן סבור שהלכה פסוקה כוללת גם הלכות בידי בימ"ש נמוך יותר.
- **"בדרך של היקש"** – אנלוגיה מעניין לעניין, וייתכן שכלולה גם פרשנות כללית.

מה מקומם של פרשנות של מושגים משפטיים-ערכיים?

- **ברק: לא מדובר בלקונה ואין לפנות לחוק יסודות המשפט** – "מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון "צדק", "תום לב", "תקנת הציבור" וכיוצא בהם מושגים "ערכיים", תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה, על-פי מטרתו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני "שטח ריק" (לאקונה בלע"ז)".
- **אלון: מדובר בלקונה המצריכה פניה לחוק יסודות המשפט** – "מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות - כגון המושגים: צדק, תום-לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה...שפרט לכינוים אינם מפנים לתוכן סובסטאנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת תוכן בהם היא בבחינת מילוי "שטח ריק"

פרשנות חוקים

- **אלון:** למשפט העברי יש מעמד ראשון במעלה לצורך השראה לפרשנות חוקים. למה? 1. המשפט העברי שימש "מקור ראשי" לחקיקה הישראלית, ולכן צריך גם בפרשנות 2. המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת תורת משפט ישראלית 3. חוק יסודות המשפט אינו מתייחס לפרשנות במפורש, אבל הוא מייצר הבנה של מה המערכת המועדפת בידי המחוקק, לאיזו מערכת יש מעמד בכורה.
- **ברק:** לא מסכים. זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי. צריך לפרש חקיקה מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים הרלוונטית = פרשנות תכליתית.

- חוק יסודות המשפט חל רק במקומות של שטח ריק, לקונה.
- למשפט העברי אין מעמד מיוחד בפרשנות חוקים.
- במקום שבו יש שימוש בניב או ביטוי המיוחד למשפט העברי יש לפרשו בהתאם למשמעות זו במשפט העברי.
- בימ"ש רשאי להביא ראיות מהמשפט העברי, אבל הן בגדר רשות ולא חובה.

מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה"? דיון בז'רז'בסקי

- **פרשנות רחבה(אלון):** כל שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, הלכה או היקש.
- **פרשנות צרה(ברק):** חסר קיים רק במקום בו יש הסדר, וחסר בו פרט. יש קיר אבנים, וחסרה בו אבן. השופט משלים והופך ל"מעין מחוקק". אם מדובר בנושא בו אין בכלל קיר, אלא "חלל משפטי", אין בכלל חסר שבו צריך להחיל את חוק יסודות המשפט.

דוגמה: חוק הבחירות(דרכי תעמולה)

- שידורי תעמולה לבחירות **בטלואיזיה** רק באישור מקדים של יו"ר ועדת הבחירות. אין סעיף מקביל על **שידורי רדיו**. שאלה בעתירה: האם גם ברדיו צריך אישור? זו דוגמה קלאסית ל**חסר**. יש התייחסות לשידורים, יש איזה פספוס, ולכן משלימים בדרך של היקש = חסר משפטי.
- לעומת זאת, בנושא של הסכם פוליטי, **אין בכלל הסדרה**, אין בכלל חומה, שממנה יכולה להיות חסרה אבן = חלל משפטי.

- **אפשרות א'** – כדי להגביל תחולת החוק והפניה למשפט העברי כי הוא לא כזה אוהב את המשפט העברי.
- **אפשרות ב'** – באנגליה אין חוק שמפנה ליסודות מסוימים. במשפט המקובל לא נבהלים מכך ששופט מפתח את המשפט. אנחנו רוצים לשמר את העצמאות של השופט לפתח את המשפט באופן רחב. לא מדובר בהסתייגות מהמשפט העברי.

הגישה להלכה

- **מה שהתקבל להלכה זו כנראה הגישה של ברק.** דוגמה ליישום של גישת ברק היא **מקרה נחמני**, שבו לא הייתה תשובה בחוק או בפסיקה, ואף אחד מהשופטים לא התייחס למשפט העברי.

מהי "מורשת ישראל"?

- **אלון:** "**מורשת ישראל** כוללת, בראש ובראשונה, את כלל הלכותיו של **המשפט העברי**, וכן **עולמה של אגדה, דברי הגות ומחשבה**, כפי שאלה עלו ונדונו בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי". ביסוס לשיטתו הוא מביא בין השאר מדברי ההסבר להצעת החוק, המשתמשים במושגים **משפט עברי ומורשת ישראל כשמות נרדפים**. מכיוון שמדובר במשפט, יש לפנות בעיקר למקור משפטי עברי, ולא מורשת בפרשנות רחבה.
- **ברק:** "**מורשת ישראל**" ו"המשפט העברי" אינם מונחים זהים. מורשת ישראל כוללת קשת רחבה של הוגים ודעות, היא כוללת את ירמיהו הנביא מחד, ואת שפינוזה וז'בוטינסקי מאידך. היא כוללת קשת רחבה של תקופות, זמנים ומיקומים גיאוגרפיים, ואינה מוגבלת למשפט העברי, או לתקופות עתיקות בלבד. "**מורשת ישראל** – משמעותו מורשתה של ישראל, הישנה והחדשה גם יחד". מתוך המורשת הזאת יש לפנות **לארבעה עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלוש, ולא לעקרונות אחרים**. המשפט העברי מהווה חלק בלבד ממורשת ישראל.
- **ב-2018 תיקנו את החוק והוסיפו במפורש את המילים "המשפט העברי".**

בס"ד

שיעור תשיעי במשפט
העברי במדינת ישראל
המשפט העברי בפסיקה
(1980 - 1992) – זכויות

יסוד

27.12.2022

דוד גרינברג



- ועדת הבחירות פוסלת את הרב מאיר כהנא עקב גזענות. לא היה אז את סי' 7(א) שמתיר פסילה של מפלגות עקב גזענות או שלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כעת מדובר בערעור לעליון, ובימ"ש הופך את ההחלטה של ועדת הבחירות ומתיר התמודדות לכנסת.

אלון

- אלון אומר שיש הרבה מקורות ודעות במשפט העברי, אך יש לשים לב בין דברים שנאמרו לשעתם, או דעות מיוחדות, לבין דברים שנועדו לכל הדורות ודעות כלליות ומוסכמות(עמ' 294 בפס"ד).
- אלון אומר שחופש הביטוי הוא עיקרון ברור במסורת ישראל – הנביאים שהעבירו ביקורת נוקבת, או מתן חשיבות לכל דעה ודעה, אפילו דעת יחיד. לדוגמה: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". (שפירא: ניתן לבקר את אלון ולומר שחופש הביטוי בהלכה הוא במסגרת דיון הלכתי בין חכמי התורה, ולא מעבר. זו השלכה שאלון עושה).
- אלון אומר שגם שוויון הוא עיקרון ברור במסורת ישראל – "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים (בראשית, א, כז [ב]). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו" –
- אלון מצטט מחלוקת בין ר' עקיבא לבן עזאי מה הערך החשוב בתורה. לדעת ר' עקיבא – ואהבת לרעך כמוך. לדעת בן עזאי, זה ספר תולדות אדם (בריאיה בצלם אלוהים) – זה כלל גדול מזה.

מה מהות המחלוקת בין ר' עקיבא לבין עזאי?

- לפי ר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם ואדם הוא אהבת האדם והבריות. לפי בן עזאי, הערך המרכזי הוא שוויון האדם, שכולם נבראו בצלם.
- אלון מצטט את הרב קוק: "אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה"

היחס למיעוטים וגזענות

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

ברק

- מצטט מהרב קוק, לפיו צריך לאהוב אדם למרות שינויים באמונות ודעות, וזו צרות עין לראות רק טומאה ורע בכל דבר שמחוץ לגבול מחשבת ישראל(עמ' 319).

- טענה לפגיעה בכבוד האדם של אסיר באמצעות בדיקת חוקן.
- **חיים כהן(עמ' 306):** "והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה: "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא-תעשה שבתורה". את הכלל הזה פירשו על מצוות מדרבנן בלבד. ביישום לכאן, תקנות בתי הסוהר שמתירות את הבדיקה הם בעצם "מדרבנן", וכבוד האדם דוחה אותן.

ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר – זכויות אסיר וריפוי

- צמצום בסם רפואי מאושר לאסיר בידי רשויות הכלא. ערעור כנגד החלטה זו של רשויות הכלא.
- **אלון(עמ' 209):** "על-פי האמור בדברים, כה, ג [יד]: "ונקלה אחיך לעיניך", קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: "**משלקה - הרי הוא כאחיך**" (משנה, מכות, ג, טו [טו]). וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו". כלומר, מאסר שולל רק ואך ורק את הזכות לחירות, ולא זכויות אחרות, ובכללן הזכות לטיפול רפואי.
- **ביטוי לכך:** מי שנדר שלא יהנה מרכושו של חברו או להיפך, מותר לו לקבל ממנו טיפול רפואי, משום שמדובר במצווה(רמב"ם – עמ' 206).

- דיון בנוגע לזכות אסירים להצביע בתקופת מאסרם.
- **אלון(עמ' 832):** מאסר שולל רק ואך ורק את הזכות לחירות, ולא זכויות אחרות, ובכללן הזכות להצביע. "שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא: "על-פי האמור בדברים, כה ג: ונקלה אחיך לעיניך", קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: **משלקה - הרי הוא כאחיך** (משנה, מכות, ג, טו). וכלל גדול זה יפה הוא **לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש**, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו"

114/86 וייל נ' שירות בתי הסוהר

- תביעה של אסיר לזכות לקיים יחסי אישות עם אשתו.
- **אלון(עמ' 483):** "שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר; ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם, מצויה גם בידי האסיר". יש הבחנה, יש זכויות כגון אוכל ושינה שאין בהן שום איזון, חייבים לתת אותן. יש זכויות שצריך לאזן, כגון הזכות לחופש תנועה. הזכות לקיים יחסים קרובה יותר לזכויות שלא מאזנים אותן – ביסוס לכך הוא מביא מערי המקלט, אליהם היו נסים רוצחים בשגגה בעבר. בעיר המקלט הייתה חברה ומסגרת שמאפשרת שיקום – לכן, ראוי לאפשר לאסיר חברה וזכות התייחדות עם אשתו.

בס"ד



שיעור עשירי במשפט העברי
במדינת ישראל
חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:
מדינה יהודית ודמוקרטית
10.01.2023
דוד גרינברג

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

- סעיף מטרה: "1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".
- 8. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל....."

שאלת המחקר

- מה הכוונה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? החלק הדמוקרטי יותר ברור.

אלון, דרך חוק בחוקה

- בעבר, שופט היה צריך לפרש בהתאם לתכלית דמוקרטית בלבד. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יצר חיוב של פרשנות זכויות כגון קניין, חירות וכן הלאה בהתאם לתכלית דו-ערכית: 1. יהודית 2. דמוקרטית.
- כשם שהמונח מדינה דמוקרטית מתפרש מעיון בהלכות דמוקרטיה בדמוקרטיות נאורות, כך צריך לפרש את המונח מדינה יהודית בעיון במקורות היהודיים.
- לפי אלון, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו העניק למשפט העברי מעמד חוקתי. בעבר, היינו צריכים לקונה כדי להזדקק למ"ע, לפי חוק יסודות המשפט. לעומת זאת, כיום בכל דיון בזכויות נדון במ"ע.

ברק, המהפכה החוקתית

- 'יהודי' אינו מתפרש במובן הצר ההלכתי או זה הנוגע למשפט העברי, אלא במובן הלאומי - זה שליהודים זכות לעלות אליה והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה. עם זאת, ישנם ערכי יסוד יהודיים-אוניברסליים **התואמים את אופייה הדמוקרטי של המדינה**, כגון אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי וכן הלאה, שבהם כן יש להתחשב בפרשנות המונח 'יהודי'.
- לפי ברק, אין שום שינוי במעמד המשפט העברי.

תשובת אלון לברק

- איך אפשר להתייחס למונחים 'יהודית' ו'דמוקרטית' בצורה שונה באופן דרסטי כל כך? לקחת את כל הערכים הדמוקרטיים, ומן הצד השני רק את הערכים היהודיים שתואמים למערכת ערכים אוניברסלית-דמוקרטית? הרי שניהם מופיעים באותו חוק ובאותו מעמד בדיוק!

עילות מעצר עד תום ההליכים

- האם חומרת העבירה **לכשעצמה** מהווה הצדקה למעצר עד תום ההליכים? כלומר עבירה חמורה במקרים שאין מסוכנות, חשש מהימלטות או שיבוש הליכי משפט.
- לדעת רוב השופטים בעבר – כן, ע"מ להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי.

ב"ש 71-78 מדינת ישראל נ' רבקה אבוקסיס

- המשפט העברי מתנגד לשלילת חירות בגין חוב כספי, ופוסל תניה, אפילו רצונית, לפיה אדם שלא שילם חוב ילך למאסר.
- שו"ת הריב"ש(המאה ה-14): האם צריך לעצור אדם החשוד במסירת יהודים לשלטונות("מוסר") עד תום ההליכים, או שיש לשחררו בערבות? 1. אם מדובר **בעבירה חמורה** שצריך לתת עליה עונש גופני(זה מוביל למסקנה שסביר מאוד שהעצור יברח) 2. רואים שיש **ממש בדברי התובע**("ראיות לכאורה") 3. החשש המרכזי בעיני הריב"ש – אם יש חשש שהחשוד **יברח** – יש לעוצרו עד תום ההליכים, מחשש שיברח. אם מדובר **בעבירת ממון** בלבד – יש לשחרר בערבות.
- כלומר, אלון אומר שבמ"ע שחומרת העבירה, ועבירות ממון בפרט, אינן עילה למעצר עד תום ההליכים. תיקון של חוק סד"פ חיזק את הגישה של אלון, אך בפועל בימ"ש המשיך להתייחס לחומרת העבירה.

ב"ש 2169/92 סמי סויסה – אחרי חקיקת חו"י כבוד האדם

- 5. "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת....". אלון אומר שיש לפרש בהתאם לסעיף המטרה של ערכי המדינה היהודיים והדמוקרטיים. לפי המשפט העברי יש גישה ליברלית יותר לחירות האישית, כמו שהודגם לעיל, ולכן אלון קובע, בין השאר באמצעות שימוש במשפט העברי, שאין לעצור עד תום ההליכים במקרה דנן.

ב"ש 3734/92 מדינת ישראל נגד עזאזמי

- אלון מתקיף את מוסד המעצר עקב התנאי הקשים במעצר, שפוגעים בכבוד האדם במעוגן בחו"י. אם חייבים ממש – נעצור. אבל אם אפשר אזיק אלקטרוני או אמצעים חליפיים – נלך על זה. אלון מצטט את הרמב"ם, שאומר שהדיין צריך להתחשב בכבוד הבריות, שדוחה 'לא תעשה' מדרבנן (ראינו גם בפרשת דעקה עם חיים כהן). אלון מפרש את חו"י בהתאם ל'יהודית' – המשפט העברי. לאחר חקיקת חוק היסוד ופס"ד עזאזמי, דעת אלון הפכה לדעת הרוב וחומרת העבירה אינה שיקול במעצר עד תום ההליכים. בשנת 1996 העיקרון ממש עוגן בחקיקה.

סיכום

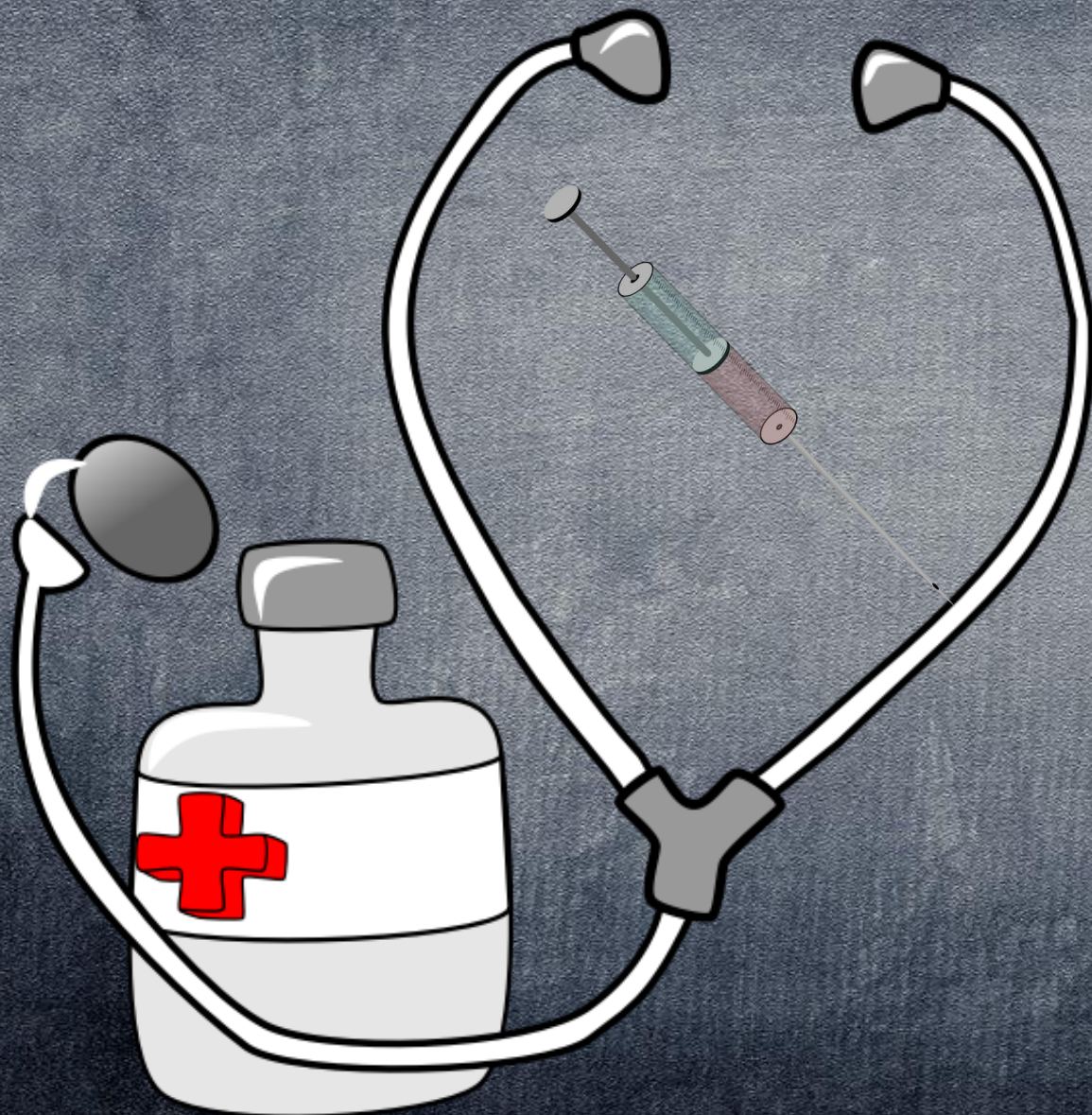
- אם ניתן להשיג את חומרת המעצר בדרך של שחרור בערבות ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירות הנאשם חמורה פחות – נלך על זה.

דרך הפעולה של אלון – 2 חזיתות

- חזית אחת (חיצונית) – ביסוס מעמדו של המשפט העברי במערכת המשפט הכללית.
- חזית שנייה (פנימית) – פרשנות ליברלית של המשפט העברי.

פניית הפרסה של ברק

בסוף שנות ה-90 ברק כותב את הסדרה המפורסמת שלו על פרשנות במשפט. בסדרה ברק שואל מה הם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית? ברק מדגיש גם את המובן הלאומי, וגם את המובן היהודי, במובן ההלכה היהודית לדורותיה. מדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושערכיה של מורשת היהדות ושל ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים. ברק מדגיש שצריך להדגיש לא רק את הפן היהודי-דתי, אלא גם את הפן הציוני הלאומי הכללי.



שיעור 11 במשפט
העברי במדינת
ישראל
"המתת חסד וחוק
החולה הנוטה למות"
17.01.2023
דוד גרינברג

המשפט העברי

הערך המרכזי – קדושת החיים, וממנו יש חריגים מטעמים של מניעת סבל, רצון החולה, "ואהבת לרעך כמוך"

המתה אקטיבית - אסורה
קטגורית (רמב"ם ושו"ע)

המתת חסד פסיבית - מותרת
(הרב אורבך והרב פיינשטיין)

ניתוק מכשירים – מחלוקת
(משתמע מהרמ"א שמה שהוא לא זירוז אקטיבי של מוות אלא הסרת מניעה – מותר. יש חולקים).

המדינות הדמוקרטיות

בארה"ב – הערך המרכזי הוא זכות הפרט שלא לקבל טיפול מטעמי חירות אישית, והחריג הוא הסירוב, מאינטרסים ציבוריים

המתת חסד אקטיבית - אסורה
ברוב המדינות למעט הולנד ובלגיה.

המתת חסד פסיבית - מותרת
ברוב המדינות, כולל ישראל.

סיוע להתאבדות - מותר בשווייץ,
קנדה וחלק ממדינות ארה"ב.

- הפעוטה יעל שפר אובחנה כסובלת ממחלת טיי-זקס. היא במצב של תרדמת(צמח), ומטופלת בבית חולים. האם(בלבד) מבקשת בשם הילדה שאם יוחמר מצבה הרפואי והיא תזדקק לסיוע בהנשמה או לטיפול רפואי אחר – הדבר לא יינתן לה, למעט תרופות לשיכוך כאבים.

השאלות המשפטיות במקרה

- 1. האם אדם בגיר יכול לבקש מבית החולים לקרב את מותו או שימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?
- 2. האם הורים כאפוטרופסים של קטין יכולים לבקש בשמו מבית החולים שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?
- 3. האם הורה אחד יכול לבקש את הנ"ל?

החלטות קודמות

- בקשת האם נדחתה במחוזי. השופט לא מכריע בשאלה מס' 1, אבל קבע שגם אם בגיר יכול לבקש זאת, אפוטרופוס לא יכול, ובודאי לא הורה יחיד.
- ערעור לעליון נדחה ללא נימוקים. זמן קצר לאחר מכן, לפני מתן הנימוקים, מתה הילדה

דיון מקדים – תיאורטיות העתירה והחוק התקף לדיון

- האם בכלל יש טעם לדון בשאלה הזאת, שעכשיו היא **תיאורטית בלבד**, שכן התינוקת כבר נפטרה? (עקרונית בימ"ש אינו דן בנושאים תיאורטיים).
- אלון מתייחס למקרה המפורסם מארה"ב, **רו נ' וייז**, שבו נאסרה הפלה בידי מדינת טקסס. עד שההליכים התבררו, היא כבר ילדה, ונקבע בידי השופט **בלאקמן** שמכיוון שהליך עתירה הוא ארוך, אם לא נדון, תביעה לעולם לא תהיה תיאורטית, ומדובר בשאלה שעתידה להשנות שוב ושוב, ולכן **דיון בה אינו תיאורטי**, ויש לדון בו. גם כאן, מקרה שפר עתיד להישנות, ולכן **דיון בו אינו תיאורטי**.
- **דגש חשוב:** ההחלטה נתנה בשנת 1988, לפני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הנימוקים נתנו בשנת 93, לאחר חקיקת החוק. ולכן, מכיוון שמטרת הפסיקה היא לעתיד, **יש לדון לפי החוק החדש, אף על פי שלא היה רלוונטי בשעתו.**

דיון

- חוק היסוד קובע: "**אין פוגעין בחייו, בגופו או בכבוד של אדם....**" וכן: "**כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו**". במקרים של **רצון להמתת חסד** נטען שיש **התנגשות בין הזכות לחיים מצד אחד, לזכות לכבוד מן הצד השני**.
- אלון קובע **שההתנגשות זכויות צריכה להיות מוכרעת לאור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"**. ולכן, יש לבחון את **המקורות היהודיים לכשעצמם**, ואת **המקורות הדמוקרטיים לכשעצמם**, ולבחון את עמדתם בסוגיה זו.

• הבחנות בסיס של אלון :

- 1. אותנזיה(המתת חסד) אקטיבית – מעשה אקטיבי המביא למות אדם, באמצעות 1. מתן חומר ממית 2. או סיוע להתאבדות.
- 2. אותנזיה פסיבית – 1. הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים 2. ניתוק ממכשירים.
- השאלה היא – למה ניתוק ממכשירים נחשב בכלל פסיבי? הרי מנתקים אותו באופן אקטיבי ממכשיר הנשמה.
- ההבחנה לפי אלון היא - ממה אדם מת? בהמתה אקטיבית, סיבת המוות היא הפגיעה החיצונית. בהמתה פסיבית, סיבת המוות היא המחלה הקיימת כבר.

דיון במקורות היהודים – מעמדה של המתת חסד אקטיבית

- רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש : אדם שהורג בריא, חולה נוטה למות(סופני), או גוסס(הערכה של מיתה תוך מקס' 3 ימים) – חייב מיתה.
- רמב"ם + שו"ע: מי שהורג גוסס כאילו הרג אדם רגיל. ממשילים לנר שמטפטף ומכבים אותו.
- המסקנה מהמקורות היא שהמתת חסד אקטיבית אסורה, גם אם האדם עצמו מבקש.

מה לגבי המתה פסיבית?

- **הרב שלמה זלמן אוירבך, מנחת שלמה:** אם החולה סובל מכאבים עצומים, או סבל נפשי חזק מאוד – חייבים לתת לו אוכל וחמצן גם כנגד רצונו, אבל מותר להימנע ממתן תרופות הגורמות סבל לחולה אם החולה דורש את זה. כלומר, שקדושת החיים מתנגשת עם סבל וייסורים (במונחי משפט מודרני – כבוד) **מותר לעשות המתה פסיבית, אך לא אקטיבית.**
- **הרב משה פיינשטיין, אגרות משה:** במחלה סופנית, החולה יכול לבחור שלא לקבל טיפול רפואי. מסכים עם הרב אוירבך.

ניתוק ממכשירים – 'הסרת המונע'

- **רמ"א, שו"ע יורה דעה, שלט:** אסור לזרז מוות, עקרונית. אבל אם יש משהו שמעכב את יציאת הנפש, לדוגמה חוטב עצים ליד, או מלח על הלשון – מותר להסיר את המניעה, מכיוון שלא מדובר בזירוז, אלא בהסרת מניעה. למרות שמדובר בהסרה אקטיבית של מניעה. פוסקים רבים כמו הרב חיים דוד הלוי מסכימים עם זה, ומיישמים את זה לניתוק ממכשירים – לא זירוז של המוות, אלא הסרת המניעה. מנגד, ישנם פוסקים שמתנגדים לפרשנות זו, ואוסרים ניתוק ממכשירים.
- **סיכום ביניים – המתה אקטיבית – אסור. המתה פסיבית – מותר. ניתוק ממכשירים – מחלוקת.**

דיון בערכים דמוקרטיים – ארה"ב

- **ארה"ב, קיצון אחד** – בתי משפט הכירו בזכות לסירוב לטיפול רפואי. זכות זו בוססה על הזכות לפרטיות או מכוח "הסכמה מודעת".
- בתי המשפט קבעו שמדובר בזכות יחסית, ויש לאזן אותה אל מול אינטרסים של המדינה, המרכזי ביניהם הוא שמירה על החיים.
- **נוסחת האיזון**: ככל שהחולה סובל מייסורים, וככל שסיכויי ההחלמה שלו מועטים, וככל שההתערבות המסייעת למוות פחות פולשנית ואקטיבית – נקבל סירוב לקבלת טיפול.
- לסיכום, המתה אקטיבית - אסורה ומהווה עבירה פלילית בכל מדינות ארה"ב. המתה פסיבית – מותרת. ניתוק ממכשירים – מותרת כתלוי בנסיבות.
- כשמדובר בסירוב של קטין – בוחנים את "אומד דעתו" של הקטין או את מבחן "טובתו של הקטין".

דיון בערכים דמוקרטיים – הולנד

- הולנד הייתה הדמוקרטיה היחידה שבה הותרה המתת חסד אקטיבית במועד פסק הדין.

- לפי ערכיה של מדינה יהודית – המתת חסד אקטיבית אסורה.
- ברוב המדינות הדמוקרטיות היא גם אסורה.
- המתה פסיבית מותרת.
- ניתוק ממכשירים – שנוי במחלוקת.

נקודות המוצא

- במשפט העברי – נקודת המוצא היא קדושת החיים המבוססת על צלם אלוקים. הגבלות וסייגים לעיקרון נובעים מהרצון למנוע סבל וייסורים, כיבוד רצונו של החולה, יישום של "ואהבת לרעך כמוך", ועוד.
- בארה"ב – הזכות הבסיסית היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העיקרון של החירות האישית, עם הגבלה מסוימת עקב אינטרסים שונים כגון שמירה על החיים ומהימנות המקצוע הרפואי.
- באיזון, אלון נתן עדיפות לערכיה של המדינה כיהודית.

החשש המערכתי של אלון מהמתות חסד

- לפי אלון, הטענה לפיה יש התנגשות בין קדושת החיים לכבוד האדם היא טענת כזב. 'למות בכבוד' זו טענת כזב. חיו של אדם הם כבודו.
- אלון אומר שיש כוחות כלכליים וחברתיים שדוחפים בני אדם לסיים את חייהם מוקדם.
- הזכות למות בכבוד עלולה להפוך לחובה.
- החשש גדול במיוחד בעניינים של קטינים ופסולי דין. מי זכאי להחליט עבורם שמותם עדיף מחייהם?

- "במקרה דנן, המערערת אינה סובלת ואינה מתייסרת. כבודה נשמר מעל ומעבר. היא בוכה, ככל ילד, כאשר זקוקה היא להאכלה או לטיפול שיגרתי רגיל. נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמציאות זו, קדושת חייה של המערערת, גם במצבה הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדות בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית...."
- על כן, אין הצדקה שלא לתת לה את כל הטיפול הנדרש לשמירת חייה.
- אלון מבצע דיון לפי ערכים יהודיים ודמוקרטיים, ומתן השפעה מכרעת לערכים היהודיים בפסק הדין שלו בסוגיה.
- **ברק הסכים עם מסקנת פסק הדין**, ובספר של פרשנות במשפט, הוא מציג את פסק הדין כדוגמה לאיך יש ליישם את פרשנות הערכים היהודים והדמוקרטיים.

המצב כיום בעולם

- **הולנד, בלגיה** – מותרת המתת חסד אקטיבית.
- **שווייץ** – מותר סיוע בהתאבדות.
- **ארה"ב** – בחלק מהמדינות מותר סיוע בהתאבדות (מוות לפי מרשם רופא).
- **קנדה** – מותר סיוע בהתאבדות.
- **בריטניה, אירלנד, גרמניה, צרפת, דנמרק, אוסטרליה, ישראל** – המתת חסד אסורה. מותר סירוב לקבלת טיפול רפואי.



שיעור 12 ואחרון במשפט
העברי במדינת ישראל
סיכום: המשפט העברי
במשפט המדינה: מצוי ורצוי
24.01.2023
דוד גרינברג

- 1. חוק יסודות המשפט : "עקרונות... של המשפט העברי ומורשת ישראל".
- 2. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו : "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כנ"ל חוק יסוד חופש העיסוק. בחינה של פגיעה בזכויות גם בהתאם לעקרונות המשפט העברי.

ההשפעה בפועל - ישנה מחלוקת

- קצה אחד, אלון : המשפט העברי הוא אחד המקורות הנכבדים של המשפט במדינה. היקפו והשפעתו ניכרים היטב בכל תחומי היצירה המשפטית.
- קצה שני, חשין : "השפעתו (של המ"ע) הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח".
- שפירא אומר שאלו לא הערכות מלומדים אובייקטיביות. לאלון יש אינטרס לטעון זאת, כי אם יש התבססות רבה על המ"ע – יש יותר צורך להשתמש בו בפרשנות ובקבלת השראה. לעומת זאת, גם לחשין יש אינטרס לטעון זאת, כדי להמעיט בערך הצורך להזדקק למ"ע.

- שפירא אומר שהערכה אובייקטיבית תוביל כנראה למסקנת ביניים – גם אלון מגזים וגם חשין מגזים:
- **לשון המשפט טבולה במשפט העברי** – בית דין, מעשה בית דין, עורך דין, הלכה, דיני ממונות, דיני נפשות, שלוחו של אדם כמותו, אדם נברא בצלם ועוד רבים.
- **שמותיהם ורוחם של חוקים רבים לקוחים מהמשפט העברי** - חוקי השומרים, השבת אבדה, איסור לשון הרע, תקנת השבים, עשיית עושר ולא במשפט, בתים משותפים, לא תעמוד על דם רעך, החולה הנוטה למות ועוד.
- שפירא מדגיש שפעמים רבות יש דמיון בסיסי **ברציונל של החוק ובשם שלו**, אך **ההסדרים בפועל** יכולים להיות שונים מאוד. **לדוגמה: בחוק השבת אבדה. דוגמה נוספת, בדיני עשיית עושר** – נניח חניתי בחנייה של אדם שלא היה שם בלילה – הוא לא הפסיד כלום בכלל. בעולם המערבי נהוג שמשלמים על עצם ההנאה. במשפט העברי נהוג לומר ש"זה נהנה וזה לא חסר", ולכן אין צורך לשלם. המשפט הישראלי משאיר את הדבר לשיקול דעת בימ"ש, מה שמהווה השפעה של המ"ע.
- לסיכום, רואים השפעה חלקית. על רוב החוקים המ"ע לא השפיע. לכן, יש השפעה חלקית, אבל לא עצומה.

- המשפט העברי והמשפט הישראלי הם 2 שיטות שונות, שאינן בנויות אחת על השנייה.
- יש בין השיטות זיקה, שנקבעה בפירוש. הזיקה באה לידי ביטוח בחקיקה, כמו גם בפסיקה.

המצב הרצוי

- 1. דגם הקליטה: יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מן המשפט העברי ככל האפשר. מאפיין את חברת המשפט העברי ההיסטורית. כל זאת תוך א. חילון - הפרדה מהחלק הדתי, דהיינו דחיה של החלק הדתי ופנייה לחלק המשפטי – דיני חוזים, דיני קניין, דיני עבודה ועוד. וגם בתוך התחומים הללו יש להפריד כמה שיותר, ובמקום בו הדין המשפטי מערב דין דתי, כגון שבועה, לקחת רק את החלקים המשפטיים. ב. ברירה – לא הכול מתאים למשפט מודרני, צריך לבחור מה מתאים. ג. התאמה – דומה מאוד לברירה. לדוגמה, בדיני ירושה בנות לא יורשות – אז מתאימים את החלק המתאים. ד. חידוש – יצירת תוספות של המשפט המודרני למשפט העברי. לדוגמה, דיני בנקאות, ביטוח, תאגידים ועוד.

- אלון שייך לזרם הדוגל בדגם הקליטה. קשיים בדגם הקליטה:

- 1. היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי. אין במ"ע מוסד מחוקק או מכריע עליון מאז הסהנדרין. 2. החומר מפוזר במקומות רבים (טכני) ועניינים רבים שנויים במחלוקת (מהותי) 3. היעדר גישה של מחוקקים ושופטים למשפט העברי – אלון, מומחה למ"ע, יכול אולי לפנות כל הזמן למ"ע, אבל מה שופט מן השורה בכלל מבין בזה? 4. הרצון ליצור שיטה עצמאית ומקורית.

- יש לחתור להפרדה בין שיטות המשפט : משפט המדינה לחוד ומשפט עברי לחוד. לא רוצים את כל הקשיים של השיטה הקולטת.
- בנוסף, יש הבדלים ערכיים בין השיטות – לדוגמה, שוויון, חירות וכדומה. זו שיטה דתית קדם מודרנית. אנשי הקליטה יטענו שאפשר לקלוט חלק ולהתאים, אבל אנשי ההפרדה יטענו שלמה בכלל להיכנס לסיפור.
- בנוסף, ישנה התנגדות דתית לקליטה של המ"ע – החילון של ההלכה, כפי שראינו אצל אנגלרד. לדעתו, אימוץ נורמות דתיות על ידי המדינה מחלן אותן פורמלית ומהותית(מפורט בהרחבה בפרק שם). גישה זו מקובלת על רוב הציבור החרדי.

3. דגם הדו-שיח – הדגם של שפירא

- אין לחתור לקליטה כמה שאפשר. יש לחתור להשוואה ולדו-שיח עם המשפט העברי. שימוש במשפט העברי בעצם כמשפט משווה+. יתרונות שיטה זו :
- 1. דווקא בגלל שהמשפט העברי שונה ומבוסס על הנחות אחרות, הוא יכול לתת לנו זווית שונה. לדוגמה, "זה נהנה וזה לא חסר", שמנוגדת לדיני עשיית עושר במערב. מה אכפת לך שאדם נהנה אם זה לא מזיק לך?
- 2. קרבה לשונית – שיטה נוחה יותר להשוואה מאשר משפט אנגלי, צרפתי או גרמני.
- 3. רציפות תרבותית – רציפות תרבותית עם המסורת היהודית לאורך הדורות.
- התוצאה – לעיתים מקבלים, ולעיתים דוחים.
- שפירא מתייחס למאמר שסולברג פרסם בזמן האחרון בשם "משפט עברי לתועלת" – שבו הוא מספר על מקרים שבו המשפט העברי עזר לו ונתן לו רעיונות, גם במקרים בהם הוא לא ממש אימץ את ההכרעה במ"ע.

חומרי קריאה מחייבים

- שפירא סימן במודל בכוכבית מאמרי חובה לקריאה למבחן. שפירא אומר שהמצגות שלו לא ממצות. הדיון בכיתה ממצה את הרוב, אבל לא הכול. אומר שלא ישאל פרטים קטנים.

נקודות למבחן

מבנה הבחינה

- מורכבת מ-4 או 5 שאלות.
- השאלות ברובן הן לא שאלות קיים, אלא שאלות פתוחות ישירות על הנושאים שנלמדו. דומה לסגנון עבודת הביניים שהייתה לנו.
- ייתכן שיהיה קיים חלקי ליישום.
- תהיה מגבלת מילים סבירה.
- מבחן בחומר סגור.
- נכון לרגע זה – אין שאלות בחירה.