**היחס בין מסורת לחידוש במשפט העברי**

**הקדמה**

המשפט העברי כולל 3,000 שנים של הגות, והסוגייה שאנחנו נעסוק בה בקורס היא המסורת אל מול החידוש- כלומר איך נגשר על המתח בין מסורת, קודקס, הלכה שהיא סטטית פחות או יותר, לבין השינויים שמתרחשים עם הזמן.  
כשמדברים על משפט עברי, בימינו המתח שצריך לעבוד איתו הוא המתח של משפט מסורתי היושב על קודקסים חלקם בני אלפי שנים, ואיך בעצם עובדים איתו בעידן המודרני. וזאת בניגוד לציונות שהביאה אתגרים ושאלות ייחודיות לגבי השילוב של עם יהודי שחוזר לארצו ומפתח בה מדינה מודרנית וטכנולוגית, לבין עולם ההלכה והמשפט העברי.

דוג' למורכבות במדרש:

אמר רב יהודה אמר רב: בשעה שעלה משה למרום מצאו להקב"ה שיושב וקושר כתרים לאותיות. אמר לפניו: רבש"ע מי מעכב על ידך? אמר לו: אדם אחד יש שעתיד להיות בסוף כמה דורות ועקיבא בן יוסף שמו שעתיד לדרוש על כל קוץ וקוץ תילין תילין של הלכות. אמר לפניו: רבש"ע הראהו לי. אמר לו: חזור לאחורך. הלך וישב בסוף שמונה שורות ולא היה יודע מה הן אומרים. תשש כחו. כיון שהגיע לדבר אחד אמרו לו תלמידיו רבי מנין לך? אמר להן הלכה למשה מסיני נתיישבה דעתו. (מנחות כט ע"ב)

משה רבנו עלה להר סיני לקבל את התורה וראה שה' מתעכב לדקדק בכל מילה. כשמשה שואל מדוע, ה' אמר לו כי עוד כמה דורות יהיה אדם חשוב שידרוש על כל אות ואות. אחר כך, עוברים בזמן לראות את רבי עקיבא דורש בבית המדרש. עם זאת, כשמשה יושב בבית מדרש הוא לא מבין כלום, ורבי עקיבא עונה לו שהוא לא המציא שום דבר, אלא הכל ניתן למשה מסיני. מתעוררת השאלה איך ניתן לשמר את מה שהיה אבל להמשיך להתכתב עם מה שהיה?

דגמים להתמודדות עם המתח של מסורת וחידוש

דגמים שיענו על השאלה איך חז"ל מתמודדים רעיונית עם המתח הזה בין משפט ישן למציאות חדשה.

1. **דגם השחזור**

כל דבר שנראה כחידוש טמון כבר בתורה ובהלכה. מה שעושים ב"חידושים" הוא ניסיון לשחזר. כלומר, על פי הדגם הזה יש גבולות לתורה. חשוב שכל פרשן יהיה בתודעה של שחזור ולא יחשוב שהוא מחדש. הדגם של רבי אליעזר, מבטא גישה שהכל כבר טמון וניתן מלכתחילה, ולכן אין חידוש אלא שחזור של דברים שקיימים.

חגיגה ג' (מעדן חזן)

הלך להקביל, לכבד בשבתות בחגים – ר' אלעזר הגדול ור' יוסף הוא הקטן יותר והולך לכבד אותו. עמון ומואב – אזור שבתקופת הבית הראשון שישבו בו שבטים והצטרף לכאורה לקדושת א"י, אבל בתקופת הבית השני כמעט לא ישבו שם. נשאלת השאלה איך מתייחסים לאזור הזה בשנת שמיטה? יצטרכו לקיים בו את הדינים הקשורים בה? האם צריך לקדש שוב את המקום? ר' יוסי אומר לר' אלעזר שזו השאלה שהייתה להם בבית המדרש. לכאורה, שאלה חדשה שהחכמים צריכים להחליט בה. ההכרעה: צריך להפריש מעשר עני בשביעית, במשך שש שנים צריך להפריש מעשר כאשר בשנה השביעית איך צורך כי לחקלאים אין בעלות על האדמות, כאן כן מפרישים מעשר עני ולכן הוחלט שלא חלה קדושה שביעית על האזורים הללו. מתואר תיאור של ר' אלעזר שהוא התעוור, כלומר הוא קיבל קשה את ההחלטה. מה שבעצם הפריע לו: אתם חשבתם שאתם ממציאים משהו/ מחדשים הלכה, זה בכלל התגלה לכם אבל זה בעצם משהו שמאז ומתמיד ידעו אותו. מביא עיגון מרבן יוחנן בן זכאי הוא הגדול שהעביר את המסורת, כמעט היחיד שנותר. מה המטעם של כן מעשרת אבל לא שביעית? הייתה קדושה ראשונה לשעתה (כשחיו פה, עד הגלות) וכשחזרו לא קידשו. הכריעו את ההלכה הזו כדי שאפשר יהיה לתת משהו לעניים. ואז מתואר תיאור שהעיניים של ר' אלעזר חזרו אליו. ר' אלעזר מתרגז על ההתיימרות לחדש – הכול היה ידוע, הייתה עזרה גדולה משמיים שמה ש"חידשתם" זה גם מה שעובר במסורת, אבל אתם לא מחדשים. מה שנראה לכם שאתם מחדשים זה בעצם מה שהיה קיים ולא ידעתם. המסורת היא המסורת והכל כבר קיים בה.  ממחיש את הרתיעה מלחדש.

"מעשה בר' יוסי בן דורמסקית שהלך להקביל פני ר' אלעזר בלוד. אמר לו: מה חידוש היה בבהמ"ד היום? א"ל: נמנו וגמרו - עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית. אמר לו: יוסי פשוט ידיך וקבל עיניך. פשט ידיו וקבל עיניו. בכה ר' אלעזר ואמר (תהלים כה, יד): 'סוד ה' ליראיו ובריתו להודיעם'. אמר לו: לך אמור להם אל תחושו למניינכם. כך מקובלני מרבן יוחנן בן זכאי ששמע מרבו ורבו מרבו אהלכתא למשה מסיני - עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית. מה טעם? הרבה כרכים כבשו עולי מצרים ולא כבשום עולי בבל, מפני שקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא, והניחום כדי שיסמכו עליהן עניים בשביעית. תנא: לאחר שנתיישבה דעתו, אמר: יהי רצון שיחזרו עיני יוסי למקומן וחזרו".

תמורה ט"ז

"אלף ושבע מאות קלין וחמורין וגזירות שוות ודקדוקי סופרים נשתכחו בימי אבלו של משה. אמר רבי אבהו אעפ"כ החזירן עתניאל בן קנז מתוך פלפולו".

כל מה שעושה סנהדרין מאוחר יותר הוא לשחזר את מה שנאמר על ידי משה רבינו ונשכח.

1. **דגם החידוש**

"חדשים גם ישנים דודי צפנתי לך'. אמרה כנסת ישראל לפני הקב"ה: רבונו של עולם הרבה גזירות גזרתי על עצמי יותר ממה שגזרת עלי וקיימתים. א"ל רב חסדא לההוא מדרבנן דהוה קא מסדר אגדתא קמיה: מי שמיע לך חדשים גם ישנים מהו? אמר ליה: אלו מצות קלות ואלו מצות חמורות. א"ל: וכי תורה פעמים פעמים ניתנה? אלא הללו מדברי תורה והללו מדברי סופרים. דרש רבא: מאי דכתיב (קהלת יב, יב) 'ויותר מהמה בני הזהר עשות ספרים הרבה' וגו'? בני הזהר בדברי סופרים יותר מדברי תורה, שדברי תורה יש בהן עשה ולא תעשה, ודברי סופרים כל העובר על דברי סופרים חייב מיתה. שמא תאמר: אם יש בהן ממש מפני מה לא נכתבו? אמר קרא: עשות ספרים הרבה אין קץ (קהלת יב, יב) ולהג הרבה יגיעת בשר". (עירובין כ"א)

מעודד יצירה של דברים נוספים, חידוש והתאמת המסורת לשינויים חברתיים וטכנולוגיים. נראה דרשות על הפסוק משיר השירים, ואמירה שלחדשים יש תוקף יותר חזק מאשר הישנים, וזאת משום שבניגוד לישנים, בחדשים באה לידי ביטוי היצירה הלכתית והיכולת להתמודד עם החידושים של החיים.

עירובין כ"א (מעדן חזן): בבית המדרש, היו כל מיני תפקידים ללומדים בבית המדרש – משננים, העברת שמועות, אחד שהתפקיד שלו היה לזכור את האגדות ולהסביר אותן. מדובר בעניינים של מחשבה ומוסר (לא הלכות) – משלים. איך אתה מבין את הפסוק הזה – "חדשים גם ישנים""? השיב לו אותו אחראי על פרשנות האגדות – הפסוק מדבר על שני סוגי מצוות: קשות יותר וקלות יותר (ולא חדש וישן). הרב לא מקבל את הפירוש הזה. זה לא נשמע שפעם התקבלו מצוות חמורות ועכשיו קלות. כשהפסוק אומר ישנים הוא מדבר על דברי תורה שניתנו בעבר למשה רבנו, חדשים: דברי חכמים/ סופרים. כך מגדיר רב חיסדא. הגמרא ממשיכה ומביאה חיזוק לדבריו מדברי רבא: "עשות ספרים הרבה" – לא צריך להגזים בכתיבה. אבל רבא מפרש אחרת – לא רק שאפשר לחדש, אלא שהחידושים אפילו צריך להיזהר מהם יותר מאשר הדברים הישנים. דברי תורה יש עשה ולא תעשה – חמורות יותר ופחות, עונשים חמורים יותר ופחות. דברי סופרים – כל העובר עליהם חייב מיתה. החידושים הם רבים ואי אפשר לכתוב את כולם אבל כן יש אפשרות לחדש. כלומר אפשר לחדש + לחידושים יש מעמד נורמטיבי גבוה יותר מהישנים. מה היתרון בתפיסה הזו? הדבר מאפשר לנו להתאים את ההלכה למציאות ולהמשיך ולפתח אותה. מפתח היבט של צייתנות ואחידות לעומת גישת שחזור שיכולה לגרוג אחריה התנגדויות.

1. **דגם ההלכה הנסתרת**

כל הדגמים מבוססים על מחקרו של שלמה אייזנברג- לפי החלוקה שלו יש את דגם השחזור, חידוש, ודגם ההלכה הנסתרת.

קהלת רבה, א, י

כתיב (דברים ט , י) : 'ויתן ה' אלי את שני לוחת האבנים כתבים באצבע אלהים ועליהם ככל הדברים'. אמר ר' יהושע בן לוי: עליהם - ועליהם, כל - ככל, דברים - הדברים, המצוה - כל המצווה, ללמדך : שמקרא ומשנה, הלכות , תוספתות והגדות ומה שתלמיד ותיק עתיד להורות כבר היה וניתן הלכה למשה מסיני , מניין? ממה שכתוב : 'יש דבר שיאמר ראה זה חדש הוא', והרי חברו מוכיח עליו - 'כבר היה לעולם'.

ר' ברכיה בשם רבי חלבו : (משל) לאחד שהיתה סלע צרורה בכנפיו ונפלה ממנו. ליתן גדולה ממנה - אין המקום מחזיק, ליתן קטנה ממנה - אינה מתמלאה, ליתן כיוצא בה - המקום מתמלא, כך שמעת תורה מפי תלמיד חכם - יהי בעיניך כאילו שמעוה אוזניך מהר סיני, הוא שהנביא מקנתרן , ואומר להם (ישעיה מ"ח, טז): 'קרבו אלי שמעו זאת לא מראש בסתר דברתי מעת היותה שם אני'.

אמרי ליה : למה לא אמרת לן ? אמר להם: שלא נבראו בי קינים, ועכשיו שנבראו בי קינים - 'ועתה ה' אלהים שלחני ורוחו' (שם).

הכל נסתר אבל כבר היה. משה רבנו קיבל תורה והפסוק מרמז שהכל כבר טמון בתורה, והמשל אומר שאדם יכול להחזיק סך מסוים, כבר היה לנו את הסך וקיבלו את החבילה, היא נפלה ולא הכל בידינו, אבל נמלא אותה זה בדיוק כפי שהיא הייתה לא יותר ולא פחות.   
ובמילים אחרות- כמו שאדם לא יכול להחזיק סלע גדול יותר/ לא מממש את מלוא יכולתו בהחזקת סלע קטן מאוד – כך התורה ניתנת לפי יכולת הקיבול. את התורה קיבלנו לפי הדברים שהיו באותו זמן, הם התאימו ליכולת הקיבול שלנו, המציאות שהייתה באותו זמן, האנשים וההנהגות. אבל, יש בה עוד הרבה שעתיד ללכת ולהתגלות.

לפי דגם ההלכה הנסתרת, הכל היה טמון ברמה התיאורטית והמופשטת, אך זה יוצא לפועל ומתגלה באופן מפורש רק כשהדבר רלוונטי לאנשים, למציאות שלהם ולשינויים בחייהם. זאת אומרת, זה שונה מדגם השחזור בכך שהכל כבר טמון, הכל היה וכל מה שעושים זה רק להוציא. ההבדל הוא שבניגוד לשחזור אמרנו שהכל כבר נמצא ורק מוציאים את זה, בהלכה הנסתרת הדברים נמצאים אך מתגלים בזמן הנכון. כלומר, הם באמת נסתרים מעינו, רק כשמגיע הזמן אנחנו מחדשות בתודעה שלנו, אך החידוש כבר נמצא. הכל נסתר ואינו ידוע, רק שעל ידי החידוש זה מתגלה.

1. **הדגם המשולב- הרמב"ם**

גם את הרמב"ם הטרידה השאלה מה הגבולות בין החידוש למסורת ובאיזה כלים להשתמש- שמצד אחד משאירים את המקור אך נותנים כלים לחדש ולהתאים לנסיבות החיים: לפי הרמב"ם יש את רובד השחזור ואת רובד החידוש, שאלו כמה רבדים של התורה שבעל פה. בעצם, יש חמישה חלקים לתורה בעל פה:

* פירושי תורה – אין מחלוקת בפירושים המוסכמים שעוברים במסורת. יש להם רמז מן הכתוב, כך שזה קושר אותנו למקור ויותר לדגם השחזור.
* הלכה למשה מסיני – גם כן, אין חולק.

שני המרכיבים הללו שייכים לדגם של השחזור – זה מה שהיה וזה מה שיהיה, לא זזים מהמסורת. שניהם מתבססים על המקור, נצמדים אליו ולא מתרחקים ממנו.

חלקי התושב"ע לפי הרמב"ם – הקדמה למשנה

* פירוש התורה – פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב ואפשר להוציאם בדרך סברא, וזה אין בו מחלוקת, אבל כשיאמר האחד כך קבלתי אין לדבר עליו.
* הלכה למשה מסיני – הם הדינין שנאמר בהן הלכה למשה מסיני, ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וזה כמו כן אין חולק עליו.
* סברות – החלק השלישי, הדינין שהוציאו על דרכי הסברא, ונפלו בם מחלוקת כמו שזכרנו, ונפסק הדין בהן על פי הרוב.
* גזרות – הם הגזרות שתקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור כדי לעשות סייג לתורה, ועליהם צווה הקדוש ברוך הוא לעשותם והוא מה שאמר במאמר כללי "ושמרתם את משמרתי"(ויקרא יח, ל), ובאה בו הקבלה (יבמות דף כא.) עשו משמרת למשמרתי, והחכמים יקראו אותם גזרות.
* תקנות ומנהגים – הם הדינים העשויים על דרך חקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בם תוספת במצווה ולא גרעון, או בדברים שהם תועלות לבני אדם בדברי תורה, וקראו אותם תקנות ומנהגים.
* סברות – יש עניין של חידוש, דברים שבאים ממציאות חדשה לעולם, לא ניתנה להם תשובה ברורה ומוחלטת וכאן חכמים עושים את השיקול שלהם בהצבעה על פי רוב. רובריקה שהיא אומרת בין הקודמים שהם שחזור והלכה נסתרת, לבין חידוש- כי מצד אחד זה סברה, אך יש להם תוקף של דאורייתא כי זה נסמך על דבר קודם שנמצא בפנים. לכן כשהסברות הן יותר חזקות ויש יותר הסכמה ניתן תוקף של שחזור, וכאשר הסברות פחות מוסכמת ניטה לקבוע שהן חידוש. לוקח לכיוון החידוש מאחר וזה עדיין חידוש על בסיס הקיים.
* גזרות- עוד שלב אחד בסקלה בין חידוש למוסרת, לוקח לחידוש אך עדיין עם קשר עין לפסוקים.
* תקנות ומנהגים- פה זו זירה נפרדת. יש דברים שהמציאות כל כך משתנה, אין שום דבר בתוך המקורות שניתן להתבסס עליו, ולכן תהיה יצירה וחידוש מאפס. אלו הן תקנות וגזרות חדשות לגמרי בשל המציאות המשתנה. עם זאת, למרות שהם יחשבו כחלק מהמכלול של התורה שבעל פה, המעמד והתוקף שלהן יהיה פחות יותר.

ניתן לראות כי גם בחידוש, יש ספקטרום רחב מאוד- חידוש שמחדשים לגמרי מאפס כמותקנות ומנהגים, אל מול חידוש שמתבסס על המקור ולא מתרחק ממנו: הסברות והגזרות, הם בגדר רובד נוסף שחכמים יכולים לחדש בו, אך עם קשר רציף לקיים וחידוש תוך ניסיון להתבסס על הפסוקים. לעומת זאת, בתקנות ובמנהגים, היד היא יותר רחבה ואפילו מתנתקת מהמקורות. אומנם, הם החקיקה החדשה תמיד תהיה דבר שתואם את הרוח של התורה, ותמיד יהיו הנמקות שונות שמנסות לתקף את זה למקור.

לרמב"ם יש דגם משולב השואב ונמסך על שלושת הדגמים. בעצם, הוא לוקח את כולם על מנת שזה יהיה קשור למקור ולסמכות חכמים. זה דגם שמנסה לקחת את כל היתרונות של שלושת הדגמים ובחידוש, ובאותו הזמן גם למזער את החסרונות של התרחקות מידי, הענקת סמכות לחכמים וכו. זה דבר שמנסה לאזן בין היתרונות לחסרונות.

ניתן להוסיף (מהמחברת של עדן חזן) כי הרמב"ם יוצר מודל של גרעין בסיסי איתן שלא נוגעים בו, ומסביבו החידושים שניתן לעשות תוך שמירת המבט לאותו גרעין בלתי משתנה, הדבר יותר יכולת מאוזנת של חידוש. גם החידוש הוא תמיד מכתב, שומר על קשר עין עם הבסיס שאין בו שינוי. לכן מצד אחד יש הכרה בכוח החידוש, ומצד שני החידוש מתקשר למשהו בלתי משתנה.

**סיכום**

יש 4 דגמים שמתמודדים עם המתח של מסורת אל מול חידוש:

* שחזור
* חידוש
* הלכה נסתרת
* דגם משולב

לסיכום, סיימנו את המבוא ליחס בין מסורת החידוש בעולם ההלכה, לאן מושך כל צד, כשבסוף ראינו את הרמב"ם שנותן מענה, אך מעורר גם שאלות נוספות. בהחלט ניתן לראות את הדגם המשולב כמסביר את המובן של כל אחד מהדגמים- שאף אחד לא ניסה ללכת לקיצוניות אלא לעשות שילוב בין כלל הדגמים.

**שאלת ציונות ותרבות**

**מבוא**

בסיום הצגת הדגמים להתמודדות עם המתח בין מסורת לחידוש, נקפוץ 2,000 שנה קדימה ונגיע לדילמה של השנים האחרונות, שהתעוררה בזמן שההלכה הייתה מרכזית מאוד בתפוצות השונות. במאה ה19, קמה התנועה הציונית שמעוררת את השאלה החוזרת מה היחס בין הדבר החדש, מה היחס בין הגוף החדש והחתירה להקים מדינה יהודית בארץ ישראל, לבין המסורת?

**אחד העם בקונגרס הציוני השלישי**

אחד העם מביא לידי ביטוי איזושהי מצוקה מאוד גדולה שהייתה להרבה אנשים. כשקמה הציונות לא היה ברור מה היחס שלה לדת, למסורת ולתרבות היהודית שהייתה באותה תקופה. בניגוד לאחרים, הרצל שייסד את התנועה הציונית הבין שזוהי שאלה קשה מידי שתעורר יותר מידי ויכוחים, ולכן הוא פעל וקידם את התפיסה של ציונות מדינית- מאחר וזה מוקש יותר מידי מסובך, בואו נניח את זה לימים שיבואו, וכעת נתעסק בפעילות הפרקטית של הקמת מדינה.   
מנגד, היו את הקבוצות שטענו כי לא ניתן להמשיך בפעילות מבלי לענות על שאלות היסוד. הטענה שלהם הייתה כי הקמת המדינה מבלי לדון בשאלת המשותף ומקום המסורת, משולה לגוף מבלי נפש. אם מקימים רק גוף, מבלי לדבר על המהות שלו, הוא לא יצליח לקום ולהחזיק מעמד. מה יהיה פה ברוח בלי התרבות היהודית?

ואף גם זאת רצו המנהיגים, שהקונגרס הזה יתעלם לגמרי מעניני הקולטורא, ולא עלתה בידם, ובעל כרחם נשמעו מעל במת הקונגרס איזו דרשות 'קולטוריות'; ואולם לא מצאנו שהחליט הקונגרס איזה דבר ממשי ביחס לעבודת הקולטורא, ולפי המסופר על ידי סופרים שונים, כמעט גם לא היה מי שיחליט בזה דבר, כי במשך עת הדרשות והוכוחים על אדות הקולטורא נשמטו רוב חברי הקונגרס והלכו להם אחד אחד, עד שלבסוף לא נשארו בבית כי אם איזו עשרות 'סבלנים', שלא קצרה נפשם בעמל הזה. ולא לחנם הביא אחד הרבנים מחברי הקונגרס את הבשורה הטובה לאנשי בריתו, כי 'הקולטורא נתבטלה מכל וכל...

עם זאת, אחד העם מבקר את הקונגרס בכך שאולי באים בדרישות אבל אף אחד לא מעוניין לדון בענייני התרבות. כלומר, ישמעו בקונגרס דרישות, אבל אף אחד לא יבוא ויגיד דבר ממשי, וכמעט שלא היה מי שיחליט על כך. מי מוכן לדבר על ענייני תרבות ולדון? אנשים הלכו ולא רצו להתעסק עם כל הרבדים העמוקים האלה. בעצם, אחד העם משקף שגם הדתיים מעוניינים שלא נדבר על זה, כי כולם יודעים שבסוף השאלה הזאת, זה יהיה ויכוח כה עמוק עד לפירוד העם. אלו שהובילו את התנועה הציונית הדתית באותו הזמן הסכימו עם הרצל שלא כדאי להתעסק, וזאת משום שאם נחזור אחורה ונחשוב על הזרמים השונים ביחס למסורת, יש את אלו שהוקירו את המסורת היהודית לא כדת אלא כתרבות, כדבר שראוי לכבד אותו ולתת לו כבוד אבל לא כדת. מהצד הקיצוני יותר, היו שלחמו במסורת וציונות באה למחוק את המסורת- שזה דבר ישן, פרימיטיבי מנוון, והציונות באה להחליף את המסורת הישנה וליצור מקור שייכות חדש. לעומת מי שניסה לשלב בין הלאומיות הציונית למסורת הדתית- שזה עוד ביטוי של המסורת היהודית.   
בין הקצוות, היה את אחד העם שאמר שהציונות היא טריגר לגיבוש תרבות יהודית חדשה שתחליף את המסורת היהודית, לא רק להתנתק ממנה אלא לייצר משהו חדש. על הרקע הזה נולד הקושי להתמודד עם כל אחד מהמשיכות האלה.

**שאלת השאלות**

האם הציונות היא תנועה מדינית ומעשית בלבד, או תנועה של התחדשות תרבותית ורוחנית?

**התנועה הציונית (תנועה מודרנית)**

**הדת והמסורת**

הדת והמסורת ביחס לתנועה הציונית שהיא בגדר תנועה חדשה המבקשת להתחדש.

**עדות על הקונגרס ה5- הלל צייטלין**

בקונגרס החמישי, השאלה של התרבות הפכה להיות ויכוח שקשה מאוד להכיל אותו. הלל צייטלין שהיה סופר פולני שעבר תהפוכות בחייו (ולימים גם נספה בשואה), לצד כתבים תרבותיים מאוד חשובים. הוא בא בתור נציג לקונגרס, והוא מתאר כי כולם התווכחו על עניין התרבות וזה יצא משליטה. עתידו של עם שלם תלוי בשאלה וכל אחד מושך לצד שלו, שלא היה ברור לאן זה הולך. בקונגרס הזה קרה מה שלימים היה דבר בעל משמעות מאוד גדולה- הרבה מאוד מהנציגים הדתיים הבינו שזה לא מתאים להם, הם הבינו שהולכת להיות משיכה מאוד חזקה לכיוון התרבות ולמסורת שהם לא מכירים, ולכן הם יצאו וברחו מהתנועה הציונית. הם לא משתפים פעולה בחזון המשותף אלא רק ברמה הפרקטית.

ההכרעה: סטטוס קוו

מה שנתן את השקט זה ועידת יוצאי רוסיה במינסק, ששם יש את מפלגת המזרחי- הדתיים שכן החליטו להישאר בתוך הציונית הדתית, ולעומתם גוף שעומד בצד השני, שאומר שלא ניתן לדבר על ציונית בלי הצד החילוני שלה, לספק תשובה מי אנחנו ולא מהצד המסורתי. מאוחר יותר, נציגים נכנסו לישיבה ויצרו את הסטטוס קוו- הציונות תכיל שני זרמים שלכל אחד יהיה את הזרם החינוכי שלו, לא נחליט על דבר אחיד אלא כל זרם ייקח את זה לצד שלו ויעסוק בתכנים לפי השקפת עולמו. זה נתן את השקט לקונגרסים הבאים לדון בפן המעשי והמדיני, כשהעניינים החינוכיים והתרבותיים מתפתחים בזרמים שונים וכל זרם מפתח את שלו.

סטטוס קוו= כל פלג יעסוק בתכנים תרבותיים ובתכנים חינוכיים בנפרד על פי השקפת עולמו

ומה עם המשפט? האם דיברו וחשבו עליו בתוך כל הדיונים הללו של תרבות, חינוך ורוח?

אך כעת עולה שאלה- מה קורה עם המשפט? לייסד שני זרמים שונים למשפט זה דבר בלתי יעלה על הדעת, ויש הכרח קיים מערכת משפטית מאוחדת. שהרי היה ברור שלא ניתן לקיים שתי מערכות משפטיות מקבילות באופן שלם. בגדול, משפט אמור לאחד את תושבי המדינה סביבו. בסופו של דבר הציבור הדתי לא לקח חלק בייסוד המוסדות הציוניים.

על גבי הדילמה והפלונטר הזה, עולות יוזמות שונות ע"י הצדדים השונים. שכל צד מושך לכיוון אחר- בין המסורתי לבין יהדות כתרבות שרואה את המסורת כמקור השראה ולא כדבר מחייב, לכל אחד יהיה מה להגיד וזה כל הזמן עומד ברקע. כל אחד מהזרמים ינסה למצוא פתרון משלו למערכת המשפט. נראה בהמשך מספר זרמים מעניינים וניסיון לשלב ידיים בין הזרמים המתונים (שמנסים לייצר דגמים שיתנו מענה למי שרוצה זיקה מסורתית) לבין הזרם שראה את הדת רק כתרבות, ונראה את הקשיים שעולים על רקע הויכוח בין הדת למסורת בציונות.

**משפט השלום העברי**

**המתח בתנועה הציונית בין מסורת לחידוש**

עמדות שונות למתח ולשילוב של מסורת וחידוש:

* בריחה מהדת- היו שלחמו במסורת היהודית וראו בה גורם ארכאי ומנוון (לדוגמא: יהודה לייב גורדון – מראשי המשכילים ברוסיה).
* יהדות כתרבות- היו שקראו להתחדשות תרבותית-חילונית, אך מתוך הוקרה למסורת היהודית כתרבות (לדוגמא פרץ סמולנסקין מראשי חובבי ציון).
* ציונות כתחליף- היו שראו בלאומיות תחייה תרבותית רוחנית שתחליף את המסורת היהודית (לדוגמא אחד העם מראשיה של הציונות הרוחנית).
* ציונות כהמשך לדת- היו שראו בלאומיות המשך ישיר של הדת ובקשו לשלב בין השתיים (לדוגמא: הרב שמואל מוהליבר גם הוא מראשי חובבי ציון).

מהמתח שבין מסורת חידוש, מתעוררת השאלה כיצד השפיעו גישות אלה על שאלת אופיו הרצוי של המשפט במדינה העתידה לקום.

**הקמת משפט השלום העברי- 1909**

יוזמה שנרקמה לה בראשית הציונות בא"י- שניסתה לקחת את השילובים האלה ולבנות מערכת משפטית.

מערכת משפט השלום העברי הוקמה בשנת 1909, שבתקופה הזאת השלטון השולט בארץ היה השלטון העות'מאני. באותו הזמן, מערכת המשפט העות'מאנית שהיא הייתה מערכת המשפט המוסדית, לא השביעה רצון והתעוררה עליה ביקורת רבה.   
כצעד נגד, באו ציונים משכילים חרוצים שניסו להקים מערכת משפט ציונית. זו הייתה מערכת בוררות, מאחר והמשפט העות'מאני הוא המשפט הרשמי. כלומר זו מערכת משפט שניסתה לפתור סכסוכים קטנים.

פלתיאל דיקשטיין-פעיל מרכזי בתנועה הזו, משפטן ופעיל ציוני שדחף למערכת הזו. והמזכיר ראשון של המערכת – ישי עגנון.

חשוב להדגיש כי המערכת התחילה בקטן – מערכת בוררות פחות מסודרת, לא כזה ברור מה קורה בה, פסקי דין קצרים. הדיונים נמשכו זמן קצר יחסית, לא קל למצוא דיון משפטי מהותי, מרבית פסקי הדין כתובים בקצרה, הנימוקים קצרים.

מקור השם

שם המערכת: ביהמ"ש שלום - על בסיס הפסוק "אמת ומשפט שלום שפטו בשערכם" – מערכת משפט עממית, לא מסודרת, שמשרתת קהילה קטנה יחסית – תחליף למערכת העות'מאנית שלא סמכו עליה וכן התגלמות החזון.

**מקורות הפסיקה**

מתעוררת השאלה על אילו מקורות נשתית את המערכת החדשה שתהיה יותר מסודרת ופחות אינטואיטיבית? על איזה מקורות נבנית המערכת המשפטית? שמצד אחד צריכה להיות מודרנית ומצד שני ציונית, לבטא איזושהי זיקה למסורת היהודית.

1. מנהגי הסוחרים במקום- מנהגים כלכליים שמתפתחים בין הסוחרים. כל מערכת עממית מכילה מנהגים הנוהגים בהקהילה המקומית. בודקים מה כבר עושים, מה המנהגים שמנהלים את המערכת המסחרית שלנו, מעין חוקה לא כתובה ומוסכמת.
2. תקדימים של בית המשפט עצמו- ככל שעובר הזמן, מצטברים דינים שכבר ניתנו ונפסקו. על בסיסם, השופטים יכולים לפסוק בסכסוך הבא, עם כי הם מעולם לא הגיעו להכרעה שהתקדימים יחייבו. באופן טבעי מערכת מתחילה לייצר פסיקה פנימית משל עצמה ושניתן להסתמך עליה.
3. עקרונות משפט אירופאיים- אותם עולים שרובם הגיעו ממדיניות אירופה וחלקם ממזרח אירופה (משפטנים מגרמניה), הגיוני שיביאו איתם את מה שהם מכירים, מלימודי המשפט עם מערכות המשפט שהם מכירים. כלומר אותם עולם מביאים עקרונות משפט אירופאים מודרניים ממקומות עלייתם. בהיעדר משהו שהוא מאוד מסודר ומניה של המערכת הקיימת, מתבססים על הקיים ועל מה שעובד ומצליח במקומות אחרים.
4. מקורות ההלכה היהודית- בסוף מדובר באנשים שקמו מהזיקה הציונית, שרצו להקים מערכת השומרת על הזיקה עם המסורת היהודית. זה רק אחד ממקורות ההשפעה ולא בהכרח הבכיר מבניהם.

חשוב לציין כי לא במערכת המשפט השלום העברי, לא נשאבו עקרונות ורעיונות מהמשפט העות'מאני. השופטים לא לקחו מהשלטון המנדטורי וזאת מתוך הרעיון של ייחודיות ונפרדות- המערכת הוקמה מתוך הרצון להבחין את עצמם מהמערכת העות'מאנית. כמובן שלקחו עקרונות דומים, ובמובן הזה הייתה זהות מסוימת, אך היה רצון לבדל את עצמם במטרה ליצור מערכת אחרת, עצמאית וייחודיות.

**מהו המקור ההלכתי?**

מה זה אומר בפועל? מאיפה שואבים את הזיקה להלכה היהודית? מהם המקורות ההלכתיים שעל בסיסם פסקו בבית משפט השלום העברי?

* תלמוד
* משנה תורה לרמב"ם
* חושן משפט של 'בעל הטורים'
* שולחן ערוך ונושא כליו

טענות הצדדים שהגיעו לאותו בית משפט, ונימוקיהם המעטים של השופטים התבססו על המקורות ההלכתיים המאוד תשתיתיים- תלמוד, רמב"ם (משנה תורה), חשון משפט של בעל הטורים, שולחן ערוך. כל הקודקסים הנגישים, הזמינים, התשתיתיים והידועים ביותר לכולם. אלה המקורות שהיו זמינים לאנשים שלא היו בקיאים במשפט העברי, הספרים הכי מרכזיים, ידועים וקלאסיים.

מכאן, מתעוררות שתי שאלות:

מה חסר? אילו מקורות הלכתיים חסרים, מה חסר מתוך כל הקודקסים?

1. שו"ת- בראש ובראשונה חסרים ספרי שאלות ותשובות, המקור של השו"ת זה המקור המרכזי שחסר במקורות שעל פיהם פסק בית המשפט השלום. אחת הדרכים הכי בסיסיות להתפתחות של משפט זה הקייסים, המקרים עצמם שבאים בפני בית המשפט. ספרי השאלות ותשובות הם הקייסים, המקרים הקונקרטיים- בוחנים איך המשפט נפגש עם המציאות בשטח, איך המשפט מתפרש ובא לידי ביטוי בצורה קונקרטית, איך מפרשים ואיך מיישמים. מכאן, שהשימוש של משפט השלום רק בפסיקה התשתיתית כמו שולחן ערוך, זה לא לפסוק אלא לקחת משהו מאוד נקודתי.
2. גמרא- הגמרא זה בעצם פירוש של המשנה, אך גם על הגמרא יש עוד המון ומגוון רחב של פרשנים. אי אפשר ללמוד גמרא מבלי ללמוד את כלל הפוסקים. כלומר השימוש בגמרא, מחייב ללמוד את כל הפרשנויות עליה. מי שפוסק על פי הגמרא, מחויב להתייחס לכלל הדיונים הארוכים והמפותלים על הגמרא ולא דיון תמציתי וקצר. כלומר לפסוק רק על הגמרא בלי הפירושים עליה, זה פסיקה קצרה מאוד, שטחית ושלא רואה ואף מתעלמת מהתמונה הכוללת.

יש חוסר בהירות לא רק באיזה מקורות השופטים משתמשים, אלא מה במקורות, מה בתוך המקורות נעשה שימוש? כלומר היה צמצום גם במספר המקורות ההלכתיים שמשתמשים בהם, וגם בתוך המקורות עצמם היה צמצום בפוסקים, בדעות שבהם משתמשים. מלכתחילה זה היה מאוד מצומצם, אך גם בתוך הצמצום לא ברור מה המקורות.

המקורות מחייבים או מנחים? האם המקורות ההלכתיים הם מחייבים ואסור לזוז מהם? או שהם מהווים מקורות מנחים במובן שניתנת גמישות במתן משקל לאותה הלכה, האם זה מקור השראה לפסיקה או שזה כלל מחייב לפיו צריך לפסוק.

גם מבחינת מה נמצא במקורות היהודים, מה משתמשים, ואם זה כל כך מצומצם ולא לוקח את כל השתלשלות והמורשת של המקורות הלכתיים לדורותיה, זה פשוט לא הלכה. מי שעושה את זה באופן הזה לא פוסק לפי המסורת ההלכתית אלא רק מספר מקורות מנחים. ואם הוא לא פוסק לפי המסורת ההלכתית אז זה גם לא מחייב אלא מהווה רק מקור השראה.

**ד"ר מ' גרשמן**

בשאלה איך הפוסקים הגיבו ליוזמה והקמתו של בית המשפט השלום, ניתן לראות את דבריו של ד"ר גרשמן.

ד"ר גרשמן, הוא פעיל ציוני ששאל את השאלה: במה המשפט שלנו עברי? באיזה אופן משתמשים במערכת ההלכתית? הוא אומר שקשה לענות על השאלה במה המשפט שלנו עברי. אנחנו מנסים לבנות מערכת משפט עברי אך לא ברור מה מכיל אותה ואנחנו חלוקים בכך. הוא אומר שזה לא נורא אם ננסה לבנות משהו לאומי שלנו תוך לקיחת דוגמה מארצות אירופה, זה עדיף בעיניו מלאמץ את המשפט העברי – זה גם לא ישים, זה רחוק מאוד מהחיים המשפטיים ועולם הערכים של היום. אנחנו חיים בהווה ולא בעבר, המטרה שעם יחיה במשפט, משפט שלא השתמשו בו הרבה זמן הוא בטל ומבוטל. מבחינתו ההגדרה של המשפט העברי זה עצם זה שאנחנו העבריים מאמצים משפט, גם אם זה יהיה משיטות משפט אחרות.

מצד אחד הייתה מוטיבציה גדולה שזה לא יהיה סתם עוד בית משפט עממי, בכל זאת היה חזון ציוני שזה יהיה דבר שמייחד את העם היהודי. ד"ר מ' גרשמן מבטא חשיבה על בתי המשפט האלו. הוא אומר שזה יפה מאוד לרצות את המשפט העברי, אך כל העמים לוקחים משפטים מפותחים יותר ולא מתבססים על משפט עתיק. המשפט העברי הוא משפט עתיק, ארכאי שלא נותן תשובות לצרכים של היום, ולכן הכי הגיוני לקחת משפט מודרני שמותאם לצרכים של אותה התקופה.

עם זאת, ניתן לבקר את תפיסתו דרך העובדה שכל הזמן הזה, המשפט העברי שימש את הקהילות היהודיות בגלות. המערכת של המשפט העברי שימשה את הקהילות בגלות והיא כן נתנה מענים בקהילות לאורך הזמן בעניינים שונים. לכן להגיד שזה משהו ששייך לעבר זה לא נכון. אם מתבססים על הקודקסים העתיקים ומנסים מהם לגלות תשובות זה לא נכון, אך אם מכירים את כל העושר שיש במשפט העברי, זה מצמצם את הבחירות על אי התאמה לתקופה ולזמנים.

**משפט השלום העברי- משנות העשרים**

ככל שעובר הזמן וככל שהמשפט התגוון, כבר אין הסכמה בין השופטים לגבי תפיסות העולם וכיצד המערכת צריכה להראות. ועכשיו צריך לראות איך ניתן לבנות את מערכת המשפט בצורה ברורה ומסודרת. כלומר, ככל שהקהילה גדלה, גבולות התרבות המשותפת מיטשטשים.

מה מערכת המשפט כוללת ומה לא?

מרדכי בן הלל הכהן מנסה לאפיין מה יש במערכת המשפט השלום העברי ומה אין:

1. מה יש? סדר דין ברורים - בהיבט הפרוצדורלי
2. מה אין? משפט מהותי, העדר מערכת נורמות מסודרת ופורמלית שהשופטים פוסקים לפיה. כתוצאה מכך אין אחידות בפסיקה וודאות.

אחד הפתרונות המוצעים למערכות משפט עממיות שאין להן מערכת נורמות מסודרת, זה הקשחת סדרי הדין. בהיעדרה של מערכת נורמות, יש להקשיח את סדרי הדין והפרוצדורה. זו תפיסה לפיה, הקשחת סדרי הדין תביא ליציבות המערכת. כמובן, שלאורך הזמן זה לא מחזיק מים ולא נותן את הוודאות לפסיקה והיכולת לתכנן על סמך מה שהולך להיפסק. מהצד השני זה גם מעורר תרעומת גדולה מצדם של הדיינים- הם היו רגילים למערכת שמתנהלת בצורה משפחתית, וככל שהיא מתפתחת היא הופכת להיות נוקשה ופחות גמישה לאופי הצדדים, זה דבר שלא היה קל לספוג אותו.

מרדכי בן הלל הכהן

לא נכונים דברי מר אוסישקין, שאין למשפט השלום העברי פרוצדורה. תקנות המוסד הזה קבועות ונשמרות בכל תוקף, ומשפט השלום העליון מפקח על זה. מצד זה אין מתאונן. אלא מאי, – חוק קבוע אין לפניו, ופסקי הדין יוצאים על פי רגשות לבם של היושבים כסאות למשפט, ולאלה נבחרים אנשים, ׳שרובם אין להם לא השכלה ולא פרקטיקה יורידית׳ כדברי מר אוסישקין, והם ׳קשורים רק בפרינציפים הרחבים והמופשטים ביותר של הצדק והיושר׳ .

בשלב הזה כבר נוצר חלק מקודקס ארוך של סדרי דין- איך מתנהל המשפט, נורמות בסיסיות מוסכמות אך סדרי דין מפורטים כבר יש בצורה מפורטת ארוכה ומאוד נוקשה. הייתה מחשבה שאולי זה מה שייתן את הפתרון אך לאורך זמן זה לא עובד והיה צורך להבין על מה המערכת מבוססת מבחינה מהותית.

**התחרות בין בית משפט השלום העברי לבתי הדין- מרדכי בן הלל**

צריך לזכור שאנחנו לא בוואקום- כשבית המשפט השלום מנסה להקים משהו חדש, בעצם מבקשים להתחרות במערכת המנדטורית, מערכת המשפטית של השלטון. חשוב לזכור כי יש בתי דין קהילתיים ברחבי העולם, וזה דבר שעובד כל השנים. בכל התפוצות של קהילות היהודיות, תמיד הייתה מערכת משפטית קהילתית של בתי דין. כך שבית השפט השלום זה לא דבר שבא על וואקום, אלא על דבר קיים ומנסים ליצור פה תחרות. מרדכי בן הלל מתאר את התחרות בין בית משפט השלום העברי לבתי הדין.

מרדכי בן הלל הכהן

תפקידו העיקרי והיחידי של משפט השלום העברי הוא, "להשיב שופטינו כבראשונה", וכי בארצנו לקראת תחיתנו הקרובה לא נהיה מוכרחים לרעות בשדה אחרים. הצדק, יסוד המשפט, הוא פרי הרגש המוסרי של עם ועם, והצדק העברי שונה מן הצדק הרומאי. ואנו רוצים להשפט עפ“י העברי, כפי המושגים של עמנו. ובכל לב אנו רוצים, כי הרבנים, אנשים מישראל שקראו ושנו ומלאו כרסם בידיעות הצדק העברי, ישתתפו אתנו במשפט השלום העברי, יעמדו גם בראשו. ואולם בשום אופן לא נרשה להם לותר על הסדרים, שהם ורק הם עוטרים אנשים להיות שופטים, לקחת מזה ולתת לזה, וכי יהיה הפקרם הפקר. עוד בראשית הוסד משפט השלום העברי פנינו אל הבד"צ ביפו לסדר ישיבות משפטיות משותפות. לצערנו, לא היה כבר רבנו הרא"י קוק בארץ. והרבנים דחו אותנו בקש ובגבבא. הנמוקים היו מגוחכים. כותב הטורים האלה, בתור מורשה לכך, נהל את המשא והמתן. הרבנים בשום אופן לא הסכימו לשתף אותנו במשפט. ולא מחכמה הם עשו ועושים זאת. לא הבד"צים יוכלו להתחרות עם משפט השלום העברי, כי אין הצבור מאמין בהבנתם את הויות העולם ובידיעותיהם את דרכי החיים.

מקימי בית המשפט השלום ניסו ורצו לייצר מערכת משפט יהודית, עברית שאפילו משתמשת בפסוקי הנביאים. אבל אז, הוא הולך לכוכבית הקטנה- זה לא שבהקמת בית המשפט, הם בעצם מקימים ומתעלמים מזה שכבר קיימים רבנים, בתי דין שפועלים, הוא לא מתעלם ואפילו קורא להם לבוא ולהיות חלק מההנהגה של הקיים. אך לא נסכים לוותר על הסדרים- הוא משתמש במושג הפקר בית דין הפקר, ורומז שעד כה הרבנים עשו מה שרצו וכעת רוצים לעשות משהו מסודר ולהחליט איך זה הולך להיות. הוא מספר איך זה עבד- שהרי היו פה משכילים חילוניים אל מול חרדים, ולכן נשאל איך נעשה את ההרכבה הזאת. כשרק בנו את המערכת, פנו אל בית דין שפעל באזור יפו. כך שזה לא שהקימו את המערכת כמערכת מתחרה תוך התעלמות למה שקיים, הם כן פנו לבתי הדין הקיימים אך הם לא שיתפו פעולה. הוא מציין שכבר הרב קוק שהיה הרב של יפו לא נמצא. הוא לא היה בארץ, יכול להיות שעם הרב קוק שתמך במפעל הציוני, היו מצליחים לייסד משהו משותף. אך הוא לא היה בארץ, מי שהיה פה לא התאים לחבור אליהם, ודחו אותם בנימוקים חסרי עומק.

כלומר מצד אחד הם רצו לשתף פעולה ופנו לרבנים אך הם לא חברו, ומצד שני אם הם חושבים שהם יתנו את המענה אז הם לא יתנו. רואים שכבר הציבורי היהודי כבר לא דתי ובתי הדין לא נותנים את המענה, ובכל מקרה הם יפנו אל בתי המשפט השלום. זה שהם לא חוברים זה לא הופך אותם דומיננטיים יותר אלא רק ידחקו לפינה. הם היו צריכים להצטרף, לא הצטרפו בזמן ובכך חרצו את גורל המערכת שלא יהיו חלק ממנה.

האם הטיעונים של מרדכי בין הלל- האופן שבו דחו את ההצעות שלו הם מגוחכים? האם החשש של בתי הדין להצטרף אליהם היה לא מוצדק?

**שוחט נ' גלוסקין (1923)**

הבעייתיות בטיעון של מרדכי בין הלל מובאת בדוגמא של שוחט נ' גלוסקין. דוגמא מפרשה שהתסיסה את היישוב באותה תקופה כדגם לפער בין איך משפט השלום פוסק לבין מערכת הלכתית פוסק:

היה קבלן שרכש קרקע מבעל קרקע, וטען שבעל הקרקע מכר אותה במחיר מופקע והוא לא היה מודע לפער בין המחיר הריאלי למחיר הנמכר לו והוא רוצה לבטל את החוזה. הייתה תרמית ואם היה יודע את הערך האמיתי של הקרקע לא היה רוכש אותה.

שני הצדדים:

* הטענה הייתה שבעל הקרקע הונה את הקבלן באשר לשווי הקרקע.
* טענת תרמית בכריתת חוזה לרכישת קרקע לבניית בית.

מצד אחד התובע מתבסס על הלכה משולחן ערוך ומצד שני הנתבע מתבסס על הלכה אחרת משולחן ערוך.

שולחן ערוך, חושן משפט, רכז, א-ב:

אסור להונות את חבירו בין במקחו בין בממכרו. ואיזה מהם שאינה בין לוקח בין מוכר עובר בלאו: בכמה תהיה אונאה ויהיה חייב להשיב? שתות בשוה. כיצד? הרי שמכר שוה שש בחמש או שוה שבע בשש או שוה חמש בשש או שוה שש בשבע, הרי זה אונאה ונקנה המקח וחייב המאנה לשלם האונאה ולהחזירה כולה למתאנה:

התובע מתבסס על דין הונאה- כאשר מתגלה שנמכר יותר מהערך הריאלי יש זכות לבטל. הפגם הוא המחיר- המחיר לא נכון ולכן ניתן לבטל את העסקה. ולכן התובע מבקש לבטל את המכירה.

הנתבע מביא הלכה אחרת משולחן ערוך וטוען כי דין הונאה לא רלוונטי במקרקעין- ניתן למכור יותר מהערך של הקרקע ולא ניתן לבטל את העסקה, גם אם יש פער במחיר.

שולחן ערוך, חושן משפט, רכז, כט

אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות. אפילו מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה.

ראינו את הרקע לכך שהמשפט העברי לא התקבל למשפט הרשמי בארץ. ראינו ניסיונות שונים שלא צלחו ליישם את המשפט העברי כמשפט הנוהג. המשפט השלום העברי- בפרשת שוחד נ' גלוסקין, הביאו טיעונים מההלכה-השולחן ערוך.

* הקבלן טוען-דין בשולחן ערוך, הונאה זה אם מישהו מכר לי נכס בלמעלה משישית מערכו.
* הנתבע טוען-יש המשך לשולחן ערוך. כמה סעיפים קדימה כתוב שעל שטרות אין הונאה-לא ניתן לבטל עסקת מכר קרקע בגלל פער במחיר.

פסק בית המשפט

ביהמ"ש העברי שלל את הטענה של המוכר: אנחנו לא מחויבים להלכה כלשהי, אנחנו מקבלים את העקרון של הונאה שהעסקה מתבטלת, זה לא מחייב אותנו לקבל את שאר ההלכות הספציפיות שמשתלשלות. ביהמ"ש רואה כלל מנחה שנראה לו נכון – עסקאות מוגזמות מבחינה פער מחירים נראה לו הגיוני לבטל אותן, אבל אין לו מחויבות הלכתית ספציפית לקבל משהו מעבר לזה. זה כמובן מסתמך על עקרונות של צדק ולכן מקבלים אותו. הדוגמה משקפת בצורה מאוד ברורה את הבעייתיות – אין נורמות, גם כשמשתמשים בהן לא ברור איך.

פסק בית המשפט

* ההלכה היהודית מנחה את בית המשפט אך אינה מחייבת אותו.
* בית המשפט רשאי לפרש את ההלכה, לשנותה או אף לדחותה כליל.
* מה שיכריע הוא האינטרס החברתי בהגנה מפני תרמיות בעת כריתת חוזה.

ביהמ"ש מבחינתו יש את ההלכה היהודית שאומרת שבמקרה של קרקע אין הונאה. מה שמכריע כאן-אינטרס חברתי, רוצים ליצור שוק קרקעות שהוא הוגן, לא רצו שוק על בסיס רמאויות. ביהמ"ש כן רוצה לבטל את העסקה והוא לא מחויב לשולחן ערוך. זה מקור מנחה אבל כשהוא מתנגש עם אינטרס חברתי כלכלי אז לא חייבים.

דרך חלופית להתייחס להלכה- האם באמת בכל עסקאות המקרקעין אי אפשר לבטל?

* יש מקרים שאפשר לבטל- למשל כשערך הקרקע פי שניים – הרמ"א
* בנוסף, למה עסקאות מיטלטלין אפשר לבטל ומקרקעין לא? מה הרציונל? במקרקעין זה שלא מבטלין עסקה, אבל זה לא מפחית מחומרת איסור הונאה.

הדוגמה הזו ממחישה את הבעייתיות.

**מרדכי בן הלל הכוהן (מעדן חזן)**

מרדכי בן הלל הכהן מציג את הבעיות הקיימות. רצינו שיהיה לנו משהו שהוא אותנטי, עצמי שלנו בעניין המשפט, לפי הצדק העברי של העם שלנו שהוא שונה מצדק של עמים אחרים. באופן עקרוני זה נכון – לצורך כך הקמנו את המערכת הזו. אנחנו אפילו מזמינים את הרבנים להיות חלק מזה, מודעים לכך שהם היו חלק מזה במשך השנים. אבל, הם צריכים להבין שמשהו צריך להראות אחרת, לא כמו שעובד הבד"ץ ביישוב הישן בירושלים, זה לא יכול לעבוד אותו דבר ביישוב העברי החדש.

כלומר נכון שהמשפט העברי ספג הרבה ביקורת מבית הדין. פנו היוזמים לבד"צ יפו, והם סרבו בטענה שהם לא מיישמים נכון את ביהמ"ש שלום עברי. הם לא מעוניינים להתערבב ולאבד בלעדיות, סוברים שמעמדם ירד אבל בסוף יוצא שהם לא אטרקטיביים, הוא אומר שהם לא התחרות שלנו כי הציבור לא מאמין בהם

אך מה שבאמת גרם למפלה של המשפט העברי, מה שבאמת מתחרה בביהמ"ש השלום העברי זה בתי המשפט שלפי המנדט הבריטי- בתי המשפט המנדטוריים. מרגישים שיש שם וודאות ואפילו כיהנו שם גם שופטים יהודים. הכל נעשה שם בשפה העברית. פסקי הדין חזקים ומקבלים את הגיבוי של המנדט. ערך הוודאות ניצח ולכן המשפט המנדטורי גבר. עם כל הכבוד לביקורת של הדתיים, בחרו במשפט המנדטורי כי רצו משהו ברור, וודאי, מודרני.

המתחרה במשפט השלום העברי הוא המשפט בערכאות, בתי הדין של הממשלה, ביחוד בכל מקום אשר השופטים הם יהודים. הן ישנם בין השופטים האלה של הממשלה, שהצטיינו מקודם בעסקנותם גם במקצוע משפט השלום העברי. השופטים האלה שומעים את העניינים בשפה העברית, כותבים בשפתנו הלאומית את פסקיהם ועורכים בה את הפרטי-כלים של המשפטים. הוסיפו לזה את הסדרים הקבועים, ואף כי ההורמנא והכח של הפסקי הדין, ואז נהיה מוכרחים להודות, כי המוסדות האלה בכחם להתחרות עם משפט השלום העברי.

הוא מתאר פה את המצב שנוצר בשטח: בד"ץ ממשיכים לשפוט לפי ההלכה ומשרתים בדיוק את הקהל שלהם – לא מהווים אבן מושכת לציבור המתיישבים הציוני. ביהמ"ש השלום העברי לא מספק את הסחורה. אז לאן אנשים הולכים בסופו של דבר? לערכאות של המנדט. בכך הוא אומר לרבנים שהם טעו בכך שחשבו שהם מהווים "אטרקציה" בעבור היישוב הציוני.

**קידר (מעדן חזן)**

ניר קידר מסכם את הסוגייה.

משפט השלום העברי הלך ושקע לא משום ששופטיו ועובדיו התווכחו עד אין-קץ בשאלות של תרבות וזהות, אלא משום שהיישוב העברי כולו – על מוסדותיו, הנהגתו וקבוצות העילית שלו – הכריעו כי לא הגיעה השעה לעסוק בשאלות הזהות והתרבות הנדרשות לצורך יצירת גוף הכללים המשפטיים שיחייב את משפט השלום העברי. היישוב היהודי והנהגתו העדיפו לוותר על מערכת שיפוט לאומית עצמאית ובלבד שלא להתדרדר למלחמת תרבות.

 סקר בצורה מאוד רחבה את ההתפתחות של מערכת משפט השלום העברי, הוא שם את האצבע על הנקודה – מה בסופו של דבר לא אפשר למערכת להצליח להגיע להסכמה סביב נורמות? מדובר בתיבת פנדורה. גם כשניסו לשבת ולהחליט על משהו זה כל הזמן היה בוויכוח. אין שום הסכמה האם מקבלים את סמכות הרבנים, איזה טקסטים. מדובר בהחלט מטא תרבותית. לא שאלה של תרבות וזהות אלא משום שהישוב העברי הכריעו כי לא הגיעה השעה לעסוק בשאלות הנדרשות לצורך הקמת גוף משפטי. במה זה שונה משפה, מדגל וכו'? כשמדברים על משפט אנחנו מדברים על דברים מאוד ספציפיים ולא רק בעניין הצהרתי מופשט.

ביהמ"ש השלום העברי הצהיר שזה גדול עליו, וללכת לשם זה כל הזמן להיות בחוסר וודאות, היישוב הציוני לא בנוי להכרעה במחלוקות ונדרש תהליך מאוד ארוך לצורך כך, תוך שסובלים חוסר וודאות לאורך זמן – מה שהציבור כאן לא יכול היה לקבל. הציבור בחר במוסדות המשפט של המנדט ובכך ויתר על שיטת משפט.

**חברת המשפט העברי (על בסיס עדן חזן)**

המשפט העברי שקע והישוב היהודי הכריע ברגליים שהוא מעדיף את המשפט המנדטורי. על בסיס זה אנחנו עוברות ליוזמה השנייה והיא חברת המשפט העברי.

יוזמה נוספת שממחישה את הקשיים של שילוב משפט עברי במערכת המשפט היא חברת המשפט העברי. בזמן הזה מתעוררת הבנה שאולי רצנו מהר מידי, שכן בביהמ"ש השלום יש אנשים שהם פחות משפטנים, לכן ראוי לעשות חשיבת עומק לגבי המשפט העברי.  
בניגוד לביהמ״ש השלום, שהוקם ע״י לא משפטנים, חברת המשפט העברי הוקמה כולה ע״י משפטנים מומחים. היוזמה החלה בראשית המאה ה-20 ע״י משפטנים שמקורם ברוסיה.

ברוסיה, בשנת 1919 מוקמת חברת המשפט העברי.

**הרקע להקמת החברה**

3 תפיסות להקמה:

1. שאיפה לציונות רוחנית תרבותית- למשפט יש כוח, לכן חשוב לפתח משהו ייחודי לעם היהודי.
2. תפיסות לאומיות רומנטיות- של המשפט המבטא את רוח העם, תפיסות רומנטיות שרואות במשפט משהו שמשקף זהות לאומית. פיתוח היסטורי מרכזי לעם. התחיל מגרמניה- לא יכול להיות עם ללא משפט ייחודי. יש נורמות אוניברסליות אך לכל עם צריך ייחודיות לו וכל עם יפרש אחרת נורמות בינלאומיות.
3. משפט כמכשיר לשינוי פוליטי-חברתי- משפטנים ברוסיה החל מהמאה ה-19, מתחילים להבין את העוצמה במשפט ככלי לשינוי ככלי לחיזוק זכויות. מנסים להתמודד עם אנטישמיות והגשמה עצמית. נובעת מוטיבציה לגבש משפט ייחודי לנו.

פה יש משפטנים שחדורים בתפיסות עומק של מה זה המשפט ואיך עליו להראות-לכן אנו צופים שהידע והמוטיבציה יביאו משהו אחר ממה שהיה.

משמעות הביטוי המשפט העברי:

ב1919 לאחר שהרעיון חלחל במוסקבה, נפגשה לראשונה אספה של משפטנים רוסים יהודים שהקימו את האגודה להחייאת המשפט העברי. הם אלו שתבעו את המושג "משפט עברי" שכן עד אז הייתה הלכה, תלמוד, פוסקים ותורה.

1. מבטא את תחיית המשפט כיצירה נבדלת מהמשפט שעוצב בגלות
2. משפט מבודל מהלכה היהודית
3. התחומים המשפטיים שבהלכה היהודית בניגוד לתחומים הדתיים
4. תרגום מרוסית למונח "משפט יהודי"

זהו משפט ששונה מהקודקס הרחב שמדבר גם על עניינים בין האדם לאל- כאן זה רק במובן המשפטי.

**אישים בולטים**

הדמויות המרכזיות במערכת היו:

1. שמואל אייזנשטדט שלמד משפטים בשוויץ.
2. פלטיאל דיקשטיין שלמד משפטים באודסה.

מטרות החברה היא מחד לקחת את מה שהתפתח עד כה אך גם להתחדש. יש תודעה של יצירה חדשה, על בסיס מה שהיה. הייתה לכך התנגדות מההסתדרות הציונית- המזרחי. הבעיות הצפויות לאור מטרות אלו היא התנגשות עם תפיסתם של ציונים דתיים; הבדל בין תחייה ליצירה חדשה; חידוש בכלים הלכתיים; היוצרים- פוסקי ההלכה.

המטרה המוצהרת הינה "לחקור ביחוד את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה בארצנו".

**שנות העשרים- המהפכה הבולשביקית**

בשנות ה20-המוקד עובר לא"י בעיקר וגם ללונדון. בשנות ה20 ברוסיה התקיימה המהפכה הבולשביקית שלא אפשרה להקים מרכז יהודי, רוסיה כבר לא מקום בטוח, ולכן הפעילים המרכזיים עלו ארצה וחברו למשפטנים וחוקרים בארץ. כמו כן, קם סניף מרכזי בלונדון של חברת המשפט העברי.

החברה בארץ

שמות מוכרים- חברים: היו מספר שמות מוכרים שחוברים למרכז בארץ:

* מרדכי אליעש, מהחשובים שבעורכי הדין בארץ (ולימים שגרירה הראשון של ישראל בבריטניה).
* גד פרומקין, השופט היהודי בבית המשפט העליון המנדטורי.
* נורמן בנטוויץ׳ (Bentwich) היועץ המשפטי הראשון של ממשלת המנדט.

פעילויותיה המרכזיות של החברה בארץ

1. ועידה ארצית כדי לדון בתחיית המשפט העברי;
2. הרצאות לפני קהלים שונים;
3. הוצאה לאור של כתב העת המשפט העברי;
4. פרסום מחקרים בתחום המשפט; הצטרפות למנגנון משפט השלום העברי;
5. הקמת בית הספר למשפט ולכלכלה בתל אביב.

למרות שלל הפעולות, הצלחותיהם היו מינוריות. הפעולות נתקלו בחשדנות כמעט מכל גורם בארץ, שהובילה לכך שההרצאות פחתו, הכינוסים לא הביאו אנשים מרכזיים, כתב העת פסק, בית הספר נסגר והחברה נכנסה לחדל"פ ונמחקה ב1938.

**1938- חדלות פירעון**

בשנת 1938 החברה נכנסת לחדלות פירעון ומתפרקת. מה הביא לחדל"פ?

נסיבות חיצונית:

1. צורך מהיר במשפט יעיל- עולם המסחר והכלכלה מתפתחת עקב העליות, לכן רוצים משפט יעיל, מהיר וצודק-לכן המשפט המנדטורי מתקבל.
2. עליה בורגנית והתמערבות- בשנות ה20-30 יש שינוי: היו בעבר את החלוצים, המתיישבים שבאו עם תודעה לאומית חזקה-הם רצו משפט לאומי. בשנות ה20-30-באות עליות יותר בורגניות, באים מסיבות פרקטיות של לבנות בית ופרנסה ופחות ממקום אידיאולוגי. לכן רוצים משהו שעובד, ולא משהו שצריך לפתח אותו.
3. חשש להיכנס למלחמת תרבות פנימית
4. התמקדות בפתרונות מדיניים לנוכח עליית הנאצים והמרד הערבי- גם באותו זמן, המוסדות הציונים לא מתעסקים בפיתוח מערכת המשפט אלא עקב הנאציזם רוצים קודם שתהיה מדינה-התעסקו בדברים החיוניים.

ובקצרה:

* פרופיל אוכלוסייה פחות אידיאליסטי
* התפתחות כלכלית
* נאציזם וצורך חיוני קודם במדינה
* חוסר הסכמה בין הגוונים השונים על המשפט העברי

נסיבות פנימיות:

1. מחלוקת תרבותית בשאלת אופיה של יהדות בעולם מודרני- מה זו יהדות, מה הכוונה בלהיות עברי? שאלה קשה. העולם היהודי מורכב מיהודי תפוצות שונות.
2. הכרח ההכרעה- מערכת משפטית, צריך להכריע, אי אפשר להישאר ברמת הפילוסופיה, צריך להגיד מה עושים, מה הכלל-ובהכרעה המחלוקת נהיית יותר נוקבת.
3. שאלת הסמכות – האדם או אלוהים- מי בעל הסמכות? משפט דתי או חילוני?
4. אילו מקורות – קדומים, או גם מאוחרים- על אילו מקורות מסתמכים? מה נחשב בתוך הסל של ההלכה היהודית שצריך להשתמש בה. כל השו"ת?
5. שאיבת נורמות משיטות משפט אחרות- כמה לקחת מבפנים וכמה לקחת מבחוץ? יש שיטות משפט מודרניות מוצלחות-כמה לקחת מהן?

צריך להחליט תשובות ברורות על כל אחת מהשאלות.

בשאלת שאיבת הנורמות משיטות אחרות, יש שתי דעות מרכזיות:

1. זאב יעבץ, ממקימי תנועת המזרחי- ׳אין לנו מקום בבית-דיננו בשובנו אל ארצנו, למשפט הרומי פרי רוח העם שהגלה אותנו מארצנו׳.
2. משה זילברג- ׳אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני׳.  
   כאשר הנאצים עולים לשלטון-שוב פעם עולה תסכול על כך שלא מצליחים להחיל מערכת משפט עברי. מצד אחד מבינים שזה לא הולך, מנגד, סבלנו כל כך משיטות משפט שונות אז איך אנו נחיל משפט זר בארצנו?

"אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני׳.

סיימנו לראות 2 יוזמות דומיננטיות: 1. משפט שלום עברי; 2. החברה למשפט העברי.

**המשפט העברי ובתי הדין הרבניים**

**הקדמה- יוזמות להקמת מערכת שיפוטית על פי המשפט העברי**

ביחידות הקודמות ראינו שתי יוזמות:

1. בית משפט שלום- מערכת שנוסדה ועבדה, ובחנו את הסיבות לקריסה שלה.
2. חברת המשפט העברי שנוצרה ברוסיה.

וכעת נראה את היוזמה השלישית:

1. מערכת בתי הדין שתחת הרבנות הראשית

ביחידה זו נעבור לעולם הדתי ונראה את המוסד השלישי שממנו אנחנו מצפות ליישם את המשפט העברי בימינו – בתיהדין.

העולם הדתי הסתכל בהתנשאות על שתי היוזמות הללו של בית משפט השלום וחברת המשפט העברי, וזה מפני שבתי הדין ביישוב הישן שאלו את עצמם- למה לחפש במקומות רחוקים? האוצר נמצא בתחת לפנס. מי שרוצה יישום של משפט עברי במערכת המשפט, נמצא כבר בבתי הדין. לאורך ההיסטוריה בתי הדין בקהילות והגלויות פעלו על פי המשפט העברי, כך שבתי הדין לא מבינים על מה הויכוח ולמה מחפשים מערכת כזו, שהרי יש כבר מערכת קיימת הפוסקת לפי המשפט העברי, והרבנים כבר עושים את זה כל פעם שהם פוסקים.

**בתי דין תחת השלטון העות'מאני**

מה היה נהוג בארץ ישראל בזמן השלטון העות'מאני?

1. החכם באשי- החכם באשי הוא שעמד בראש קהילה הספרדית. הוא היה הגוף השלטוני היחיד שמוקם על ידי השלטון העות'מאני, הוא זה שייצג את הקהילה היהודית מול השלטון. ניתנה לידיו סמכות מאוד חזקה- גביית מסים, חלוקת הנטל בין היהודים וכו. החשיבות שלו הייתה בהיותו הגוף השלטוני היחיד שהוקם ותפקד גם מבחינה דתית וגם מבחינה שלטונית ותפקודית.
2. קונסוליות כוללים- בנוגע לקהילות האשכנזיות, הן היו משויכות לקונסוליה של כוללים, שכל כולל אחד נוגע לארץ מוצאו.
3. בתי דין לכל עדה- מלבד הקונסוליות, כן היו עדות דתיות שתפקדו ופעלו בעצמאות, וכן הייתה להן מערכת משפט ייחודית. כלומר לכל קהילה הייתה מערכת משפט משל עצמה, כשבתי הדין התקיימו בארץ ישראל כפי שהם פעלו בכל מקום בעולם שהיו בו קהילות יהודיות.

**בתי הדין במנדט הבריטי**

כשהגיע המנדט הבריטי וראה את כל מה שקורה בתחום של דת ובגבול האפור בין דת ומשפט- הבריטים רואים את המצב הזה ומחליטים לבחון את הקיים. הרברט סמואל שהיה יהודי בעצמו, מונה לתפקיד הנציב העליון, והחליט לבחון ולראות איזה סמכויות ניתן יהיה לשמור לקהילות הללו, ואיזה להעביר למערכת המשפט המנדטורית.

אחרי התייעצות ממושכת בוועדות ואל מול גורמים מרכזיים בארץ (כמו הסתדרות הציונית ובדחיפת הרב קוק) הוחלט על הקמת מוסד רשמי של הרבנות הראשית. בעצם היוזמה ביקשה לקחת את כל הקהילות המוסדות שפעלו בקהילות שונות ולאחד תחת גוף אחד שיורכב מרב ראשי אשכנזי אל מול רב ראשי מזרחי, ושני שלישי נציגי ציבור.

**הקמת הרבנות הראשית**

וכך ב24 24 בפברואר 1921, הוקמה הרבנות הראשית לארץ ישראל, שמטרתה הייתה לרכז תחת גוף אחד את כלל הסמכויות הדתיות.

סמכות בתי הדין

עם הקמתה של הרבנות הראשית הוחלט שהרבה מאוד מהסמכויות קודמות שהיו בידי בתי הדין יישארו תחת הסמכות שלהם:

1. סמכות בוררות אזרחית
2. סמכות בענייני מעמד אישי (דיני משפחה, גיור וכו')

היה ברור שהמערכת הזאת לא תתפקד כמערכת המשפטית הרשמית של הציבור בישראל, שזה תפקיד שיועד למערכת המשפט המנדטורית, אך כן ניתנה אפשרות למי שמעוניינת בכך לקחת את הסכסוכים הפרטיים והאזרחיים שלו ולהתדיין בבתי הדין.

חשוב לציין כי הרבנות הראשית אומנם שאפה לסמכות רחבה יותר, אבל התפיסה הייתה שיש פה הזדמנות להראות לציבור הרחב ושלטון המנדטורי כי מערכת בתי הדין יכולה לתפקד כמערכת רחבה, מאוחדת, ממלכתית שבתוכה מתבררים גם סכסוכים אזרחיים ולא רק דיני המעמד האישי (שהיו מלכתחילה בסמכותה). ברגע הזה נפתח הפתח של המוסדות של בתי הדין הרבניים להיות חלופה מקבילה למוסדות האזרחיים ולהחיל את המשפט העברי בתחומים של מעבר למעמד האישי. שכן, בתי הדין והרבנות הראשית רצו להראות ולהדגים כיצד היא כמערכת משפטית, יכולה ליישם את משפט העברי בהיבטים רחבים מאוד.

**נורמן בנטוויץ'- תנאים להקמתה**

עם זאת, נורמן בנטוויץ' שהיה היועץ המשפטי מטעם המנדט, לא מיהר כל כך לאפשר את הקמתה של הרבנות הראשית ובמיוחד לא בקלות כזו. תחילה, בנטוויץ' רצה להשתכנע שאכן יש היתכנות להקמת הרבנות הראשית ושהיא מערכת שבאמת יכולה לעבוד. בשביל זה, היו לו מספר דרישות, ולצורך הדיוק, שתי דרישות:

1. תיקון סדרי דין- בנטוויץ' דרש מבתי הדין לבסס ולתקן תקנות סדרי דין, שיסדירו את ההתנהלות של בתי הדין והרבנות הראשית. וזאת משום שאם המערכת רוצה לקבל הכרה כמערכת ממלכתית היא צריכה לתקן מערכת של סדרי דין מסודרת וברורה מראש. בנטוויץ' מבקש להחיל סדרי דין בהיקף רחב ומפורט, שלא כמו קודם.
2. מינוי שלושה משפטנים חילוניים- דרישה נוספת הייתה מינוי של שלושה משפטנים חילוניים. לאו דווקא חילוניות במובן של היעדר אמונה ובריחה מהדת, אלא חילוניות במובן של הכרה במערכת משפטית חילונית (לא דתית). כלומר בנטוויץ' דרש מינוי של משפטנים הבקיאים במשפט החילוני, במשפט הכללי והמקובל. משפטנים שלאו דווקא יביאו את שיטת המשפט הדתית, אלא כאלו היודעים איך עבודות שיטות משפט קיימות אחרות. הסיבה לכך היא שעל מנת שיוכלו להסדיר מערכת משפטית אחת גדולה, צריכים להיות משפטנים חילוניים שיעזרו לבתי הדין לתקן סדרי הדין. שכאן הדרישה מבחינה מספרית היא לשלושה משפטנים בלבד.

The general superintendence and control over all Civil Courts and

Religious Courts in the Occupied Territory shall be vested in the Senior

Judicial Officer, who with the sanction of the Chief Administrator may,

from time to time, make rules as to any of the following matters:

(a) The organisation jurisdiction, procedure and business of the Courts.

(b) The functions and duties of the judges and officials of the Courts.

(c) The fees payable in the Courts or in connection with any proceedings of

the Courts or their officials, and the costs, charges, and expenses to be

allowed to parties, witnesses and others.

ניתן לראות את דבר כלל החקיקה הראשון הטיל על היועץ המשפטי את הסמכות לקבוע הסדרים שיאפשרו התקנת תקנות כדי להסדיר את הרבנות הראשית כמערכת מסודרת שתעבוד בצורה תקינה.

השיטה אדוורסרית אל מול השיטה האינקוויזיטורית

מדוע היה כה חשוב לבנטוויץ' שיתוקנו תקנות סדרי דין?

התשובה לכך נעוצה בהבדל שבין השיטה האדוורסרית אל מול האינקוויזיטורית: בעוד שבנטוויץ' רצה וודאות משפטית, הרבנים רצו גמישות ושיקול דעת רחב.

בנטוויץ' מגיע מתפיסת העולם של המשפט האנגלי\ המשפט המקובל, שבו התפיסה הרווחת יותר היא של סדרי דין קבועים וברורים. הוא מביא איתו את התפיסה הטוענת כי יש יתרונות רבים לפורמליסטיות בסדרי הדין. בנטוויץ' מסתכל על מערכות משפט מודרניות שמביאות איתן ערכים כמו וודאות, יציבות, תכנון מראש, מה שלדעתו יוביל למערכת משפט תקינה וצודקת. ולכן בתי הדין שרוצים להראות כי הם יכולים להיות מערכת משפט ממלכתית, בסוף צריכים להראות כי הם יכולים להיות מערכת משפט מודרנית.

מהצד השני, אפשר להבין את הרבנים שרגילים למערכת משפטית שעובדת על פי תפיסת העולם של המשפט העברי, כזו המקדשת את הגמישות, המדברת על יותר ריאליזם ופחות פורמליזם- דיבור ישיר עם הצדדים, הבנת הסכסוך מהם, סדר המותאם לפי צרכי הצדדים, ובסופו של דבר לקבל מהצדדים גם את הראיות ולהכריע ביניהם.

יתרונות הגישה האדוורסרית (יריבנית-לעומתית)

1. יציבות משפטית
2. וודאות
3. ניטרליות של השופטים כי זה מונע מהשופט לקחת צד אלא לפסוק רק מה שמגיע עם הצדדים
4. שוויון בין הצדדים ומנטרל אפשרות להטיות שונות

יתרונות השיטה האינקוויזיטורית (החקרנית):

1. גמישות
2. הגעה לחקר האמת- לא תמיד הצדדים יודעים מה להביא ואם הצדדים לא חורגים ולא מבקשים מהדיין לחרוג, זה עלול לפגוע בחקר האמת.
3. שמירה על המסורת ההלכתית
4. חשש משינוי

נאומו של בנטוויץ' ודרישות מהותיות?

בנאומו של בנטוויץ' בפתיחת הישיבה הראשונה של הרבנות הראשית, ניתן לשאול האם כל מה שהוא ביקש זה רק סדרי דין פורמליסטים או גם שינוי מהותי המשפט העברי?

ניתן לראות כי תוך כדי נאומו, בנטוויץ שתל כל מיני מוקשים שהפחידו חלק מהרבנים. טענתו הייתה מה שהרבנים מביאים הוא לא מספיק, ולכן חייבים לעשות תיקונים על מנת שיתאימו את המערכת לעקרונות מודרניים של צדק ושוויון (של הזמן הזה). הוא לא מפסיק פה, אלא מדבר גם על הרכבים שמורכבים מדיינים ומעורכי דין חילוניים.

**דיוני ועדת הבחירות לאספת הרבנות הראשית:**

עומדים אנחנו בשעה חמורה ביחס להתפתחות בתי הדין ואחריות גדולה מוטלת עליכם ועל האספה העדה היהודית שלבית־הדין תהיה סמכות שלמה בכל הענינים הנוגעים להמצב האישי של היהודים.

המטרה הזאת תוכל לצאת לפועל רק אם תקנות חשובות תעשינה גם בסדרי המשפט וגם בדינים גופא.

שני הדברים אינם משביעי רצון חלק חשוב של העדה בתנאים הנכחים...

יש לעשות תיקונים ש״יבטיחו את האמון בבתי הדין אשר ישפטו את כלם בצדק ובמישרים בהתאם לעקרים היסודיים של מסורתנו וכמו כן בהתאם לדרישות הצדק והשוויון של הזמן הזה״.

**בנטוויץ' באספת היסוד של הרבנות הראשית**

חכמינו ז״ל הראו לפנים את כחם מה רב, בפרשם את חוקי התורה לפי מה שרוח הזמן דרש מאתם.

אחד התפקידים של אספה זו יהיה: מנוי חבר־רבנים, שיראה איזה שנויים נחוץ להביא בסדרי המשפטים ההויים ובהוראת בית הדין...

אקוה שאנשים חילונים ישתתפו באיזה חבר־רבנים אשר תמנוהו לתקון סדרי המשפטים ובאור החוקים. נמצא כעת בארץ ישראל מספר רב של עורכי־דין מצוינים ובקיאים בתלמוד, שלמדו בישיבות, ושיש להם גם יד ושם במשפטי זמננו זה. בטוח הנני שעצתם תביא תועלת לא מעטה לחבר הרבנים שיתעניין בהכנסת תקונים בבתי הדין. למען הקים את בתי הדין שלנו על יסודות איתנים נחוץ לנו כיום הזה לא רק הכהן כי אם גם אנשי משפט.

אפשר שאחרי זמן תמצא מועצת הרבנים לנכון שאנשים חילונים ישבו על ידה בבתי הדין; אבל מה שהועדה מציעה, לעת עתה, הוא שאספה זו תבחר בשלושה חילוניים, שמועצת הרבנים תמלך בהם בשאלות משפטיות.

כלומר לבנטוויץ' היו בעצם שתי דרישות נוספות מלבד הדרישה להתקנת תקנות סדרי הדין:

1. שינוי הדין המהותי- בנטוויץ' מבקש ולעשות תיקונים גם בדין המהותי - לא רק להוסיף תיקונים פרוצדורליים, ובעצם להכניס ערכים חילוניים ומודרניים לתוך המשפט העברי.
2. הכנסת משפטנים חילוניים להרכב בית הדין- שדה פקטו ישפיעו ויביאו לפסיקות עם זיקה ערכית חילונית.

בנטוויץ טען כי שתי הדרישות הללו הן מתוך הרצון לעזור לרבנים ברכישת אמונו של כלל הציבור בהם כמערכת משפטית, ולא לגרום לאמון סקטוריאלי שרק סקטור אחד מאמין בדרכה של הרבנות הראשית.

**התגובות לדרישותיו של בנטוויץ'**

מצד אחד הרבנים מבינים שהוא בא מכוונות טובות אך להשקפתם בנטוויץ' מבקש יותר ממה שנדרש מלכתחילה. לא רק זה, הוא יוצא מנקודת הנחה שגם הדרישות הראשוניות היו מוסכמות, אך במציאות, גם תיקון סדרי הדין עצמם לא עובר חלק בגרון, ולכן קל וחומר אם זה רק כסות לכמה צעדים קדימה של שינוי הדין המהותי ושילוב הרכב של משפטנים חילוניים לדתיים.

נאומו של בנטוויץ' הוביל לכך שכבר בישיבה הראשונה של הרבנות הראשית, שהייתה אמורה להיות חגיגית וכזאת המשקפת קונצנזוס רחב, מתקבלת בוויכוחים קשים. הרבנים אמרו כי לא יעלה על הדעת, גם את הדבר הראשון שנאמר הם לא מקבלים, ומצד שני הנציגים החילוניים שהיו באספה נרעשים מהתגובות של הצד הדתי ועוזבים את החדר- מבחינתם, אם רוצים שהמערכת תעבוד ותכלול גם אותם אז אלו הדרישות ויש לקבלן.

בשורה התחתונה, כבר את האספה הראשונה מפוצצים אותה ונוטשים אותה. וכעת, סביב הרבנות הראשית ובתי הדין יש ויכוח מהותי- מחד החילוניים דורשים שינויים מרחיקי לכת, ומאידך, הדתיים שלא רוצים לשנות שום דבר גם לא את סדרי הדין.

* ויכוחים נוקבים ומתח רב.
* אי נחת מצד הרבנים.
* מחלוקת על פרשנות דבריו.
* נטישת הנציגים החילוניים.

**הרב קוק**

מי שעמד בראש הדרישה הזאת להקמת הרבנות הראשית היה הרב קוק. הוא זה שדחף להסדרה של הרבנות הראשית ולחזון של הקמת מערכת משפטית כמו בימי הסנהדרין. הרב קוק עומד בין הצדדים- החילוניים מהצד האחד והדתיים מהצד השני. הרב קוק ייצג את התפיסה והמחשבה של דעה מגוונת הכוללת את כלל הזרמים, והוא זה ששאף לייצר מערכת משפט ממלכתית המשלבת את שני הצדדים- את העולם החילוני והציוני אל מול העולם הדתי.

השאלה מה הייתה עמדתו- איך הוא ראה את הדרישה של בנטוויץ' ואיך הוא תפס את ההתנגדות הרבנית. מתוך השאלה הזאת נוכל לראות את המשך הוויכוח: האם הוא מימש את השאיפות של החילונים להיות רב המקבל את הדרישות, או השאיפות של הדתיים להדוף את הדרישות לשנות?

עמדתו לדרישות

הרב קוק מתנגד התנגדות נחרצת –לא ייתכן שיתערבו בתחומים הלכתיים. הוא מוכן לקבל עצות שהן אך רק בגדר עצות והתייעצות ולא חובה. וגם אחרי שמקבלים את העצות, הפשרנות גם היא תהיה הלכתית. צריך להבחין בין דברים שהוא מוכן לשקול, כי יכול שלהיות שחסר לבין דברים שאין על מה לדבר ואין על מה לדון בו.

איננו צריכים לבחור דוקא בעורכי דין מפני שזה יראה כאילו לא די לנו המשפט שלנו, אלא שאם נרצה נבחר בעורכי דין מפני שלרוב הם בקיאים בחיים החברתיים והסדוריים.

היועצים יהיו נדרשים מהרבנים בכל זמן שירגישו בעצמם שאיזה ידיעה מהמציאות חסרה להם, אבל לא בעניני הלכות, ואפילו בענינים סדוריים ישנם לפעמים דברים התלויים בהלכות ודינים...

אנו מכירים שפרוצדורה צריכה להיות ברבנות הא״י. יוכל היות שנבקש מכם עצה.

אנו נקח השכלה מכם ונעכל אותה לפי רוחנו, אבל אנו גם נלחם בכם בשלכם.

אי אפשר לגרוע מזכות הרבנות כמלוא נימא. אי אפשר שהחילונים ישבו עם הרבנים באותה שעה שידונו על עניני דינים והלכות.

הוא מנסה לפשר בכך שלאו דווקא אותם משפטניים חייבים להיות עורכי דין- למה צריך להגדיר מראש שאנחנו לא יודעים כלום, אלו יועצים משפטיים. אנחנו לא צריכים לבחור בעו"ד, יכול להיות שנתייעץ מיוזמתנו בעו"ד – יכולות להיות להם עצות טובות אך זה לא ייכפה עלינו.   
הוא מכיר בבעיה הפרוצדורלית, והוא מקבל את הנחת המוצא שצריך לתקן פרוצדורה ולהסדיר את בית הדין, ולכן הוא מכיר בזה שהמשפט המודרני יכול לתת עצות ורעיונות שאין במשפט ההלכתי היהודי, אך גם בעצות האלה תהיה את הפרשנות הדתית וההלכתית.

אבל, בתחום של הדיון עצמו, השפיטה עצמה, פה אין מקום בכלל לדבר ואין מקום לפרשנות, ברור שזה חריגה וכניסה לתוך הסמכות של סמכות הרבנות שיכולה לדון בדין המהותי. כמו שבית משפט חילוני יוכל להכניס את האנשים שאין הכשרה מתאימה, גם פה בהרכבים של בית הדין הדתי לא ניתן להכניס דין חילוני. הוא בעצם מותח קו בין דברים שאפשר להכניס ולשאוב השראה מהמשפט המודרני, לבין דברים שאין מקום בכלל.

הרב קוק מבין כי מעבר לדרישה הפורמלית יש הרבה שינויים פרוצדורליים ורוצים להגיע לדין המהותי. הוא מתנגד לזה בחריפות בשל ההבנה ששינויים פרוצדורליים הם לעיתים מסווה לרצון להגיע לשינויים בחוק המהותי.

ההצעה של הרב קוק מתקבלת, וזה אחרי שהחילונים יוצאים. מבחינתו זו הצעת פשרה משום שהוא היה מוכן ללכת ולקבל אפשרויות ושינויי סדרי דין. עוד שהאספה מקבלת את הצעתו, בנטוויץ' ששומע את זה, חוזר לאספה ואומר כי לא יקום ולא יהיה, המנדט הוא נותן את הסמכות לעבוד, ואם לא מקבלים שלושה משפטניים חילוניים כבעלי סמכות ויקבלו את מה שהם מנסחים לרבנים- אז אין פה התקדמות והמנדט לא יאפשר את הקיום של הגוף הזה. הרב קוק לא היה מוכן להתפשר, אך בסופו של דבר עם הזמן מתקבלת פשרה.

**הצעת פשרה**

'בוחרים בשלושה חילוניים יודעי תורה ושומרי דת, שהם יהיו למועצה על יד הרבנות הראשית. בתוך החוקים לא יתערבו כלל. הם יתועדו עם הרבנים פעם אחת בחדש להתייעץ על הסדר והתכסיס ויעזרו לרבנים באותן הידיעות שמחוץ לדיני תורה'.

בוחרים שלושה משפטנים שלא רק מגיעים מהמשפט המודרני אלא אנשים שגדלו על ההלכה. המשפטנים בתוך החוקים הם לא יתערבו כלל. יש פה ניסוח מצד אחד לרצות את הרבנים- לא יתערבו בחוקים, אך הם כן יעזרו לרבנים בידיעות שהם לא יודעים, כלומר הכרה בזה שהרבנים לא יודעים חלק מהדברים והם צריכים את העצה.

הרב קוק מסכים לנוסחה הזאת בשביל השלום והאחדות- כדי שיסתדר פה משהו, ולא משהו מוצא חן בעיניו.

כלומר בפשרה הושגו מהצד החילוני שני דברים:

1. ישיבות קבועות ורשמיות
2. הכרה שהרבנים לא יודעים וצריכים את העצה

ומהצד הדתי הושגו:

1. משפטנים שהם לא חילוניים בלבד אלא מגיעים מעולם ההלכה
2. אי התערבות בחוקים ובדיונים ההלכתיים
3. עזרה בלבד בסדרי הדין (ולא חובה)

אבל כמה שזה נשמע מאוד כושל ואפילו לא חצי הדרך- מבחינת הרבנים החרדיים שישבו באותה מועצה זה כבר היה הרבה יותר מידי. איזה מין דבר זה שבתוך המועצה ישבו אנשים לא דתיים, חילוניים ולא רבנים והם יחויבו להקשיב להם.

מלכתחילה אלו שתמכו ברבנות הראשית והיו מוכנים להיות תחתיה, מהנקודה הזאת הם עוזבים את מועצת הרבנות הראשית ולא מוכנים לקבל את מרותה. הרגע הזה שבו בנטוויץ לחץ שתהיה הסכמה להכניס עצות, זה הרגע שבו הרבנים החרדיים אמרו כי אם יש פה התערובת בוטה זה לא הרבנות הדתית אלא רבנות שתמיד תהיה מטעם- מטעם הממשלה, המדינה, תהיה כפופה לאילוצים ולחצים, הם לא לוקחים חלק בזה והם רואים את הרגע הזה כהיפרדות מתוך המערכת השלמה של הרבנות הראשית.

הצעת הפשרה בסוף הייתה התייעצות על הסדר וכתכסיס- רק מה שנוגע לאיך שזה מתנהל, ולא לדין המהותי. הייתה התנגדות כל כך גדולה לנגיעה גם בסדרי הדין וזאת בשל ההבנה שנכנסים דרך סדרי הדין לאוטונומיה ולדין המהותי.

מפה והלאה החרדים יוצאים מהרבנות הראשית ולא רואים את עצמם כחלק מהרבנות הראשית.

מי בסוף מונה?

* ד״ר מרדכי עליאש
* יוסף חי פניז׳יל
* מרדכי לבנון

שלושה עורכי דין מוכרים וידועים בציבור באותה התקופה. אלה אנשים מאוד דתיים- בנטוויץ מצא אנשים עם מטען של ידע בתחום היהודי, הם היו שומרי מצוות, ובוגרי ישיבות.

**סדרי המשפטים**

שלושת עורכי הדין מתקנים תקנות. הרב קוק נתן הסכמה שבשתיקה- ההצהרה הרשמית הייתה של התייעצות בלבד, אבל מאחורי הקלעים הוחלט שהם ימונו, יתקנו תקנות והרבנות הראשית תקבל אותן:

המשפטנים מתקנים תקנות דיון משוכללות יחסית המשלבות בתוכן ישן וחדש, סדרי דין שהמקור של רובם בהלכה ומעטם חידושים השאובים מן המשפט הזר.

בכך תקנה שהם מתקנים הם באמת מבינים את המורכבות ומנסים להראות שהדברים גם יושבים על תשתית הלכתית קיימת, כי זה שהמשפט העברי אין הרבה תקנות לא אומר שאין בכלל. כל מקום שהם יכלו לבסס על תקנות ונוהגים שהיו בקהילות, הם מבססים את זה על זה.

המרכיבים החדשים בתקנות

בסופו של דבר הם משנים-ומייסדים:

1. עצם קיומו של דין פרוצדורלי מפורט
2. סדר הגשת כתבי טענות
3. זמני הדיונים
4. ערכאת הערעור- ערכאת ערעור שזה הדבר הכי מהפכני בבתי הדין, עצם זה שהסכימו על ערכאת ערעור זה הדבר הכי משמעותי.

הרבנות הראשית ממשיכה לעבוד עם התקנות שנקבעו, וזאת משום שהיא מבינה כי בנטוויץ מתנגד ובלי זה, לא תהיה סמכות לרבנות. כך שיש את בתי הדין שפועלים, את התקנות שהותקנו ושלושת היועצים שעובדים ומתקנים, אך האם משהו באמת קורה?

הציבור החילוני רואה שבתי הדין לא מוכנים לקבל על עצמם, ולכן הם הולכים ומתרחקים. בתי הדין רצו להיות מערכת שמקבלת את אמון הציבור הרחב אבל הרבה התרחקו- החילונים ברחו כי לא קיבלו מספיק, החרדים ברחו כי לטענתם הם קיבלו יותר מידי, וכך הרבנות הראשית נשארה עם ציבור מאוד קטן וצר ולא קיבלה את אמון הציבור הגדול והממלכתי.

**תקנות המשפטים**

תקנות המשפטים פורסמו בכתב העת 'המשפט'. וזאת יחד עם פרסום תקנות בית משפט השלום העברי.

ניתן לשאול למה פתאום בתי הדין החליטו לפרסם את התקנות שלהם?

באותו הזמן הולכות ומתרחבות הסמכויות של בתי המשפט השלום שמנסים למקם את עצמם כאלטרנטיבה, ולכן מתוך התחרות הרבנות הראשית מפרסמת את ההתקנות. אך בסופו של דבר הן לא התקבלו, לא יושמו, ולא אושרו רשמית על ידי הרבנות הראשית.

מדוע התקנות לא התקבלו?

הרב קוק באותה התקופה היה הרב הראשי, ראש המערכת נשיא בתי הדין הרבניים בחלוקה עם החכם באשי. הרב קוק לא התאמץ ולא יצא מגדרו על מנת לקדם את אותן תקנות, וזאת משום שהן הותקנו על ידי יועצים משפטיים ולא רבנים מתוך כפייה. הם נאלצו לקבל כפייה מצידו של בנטוויץ' וזה לא בא מתוך הרצון האישי של הרבנים.

כלומר שתי סיבות:

1. יועצים לא רבניים
2. כפיית המנדט

**הריא"ה הרצוג והבצמ"ח עוזיאל**

חלפו עשרים שנה, בהן התקנות לא מיושמות, הרבנות הראשית הופכת להיות מהגוף שהרוב בא אליהם ומכיר בו, לגוף שמכירים בו פחות ופחות. החרדים והחילוניים פונים למקומות אחרים וכתוצאה מכך הרבנות הראשית נחלשת ולא באמת הופכת לאלטרנטיבה לציבור רחב.   
עשרים שנה אחרי זה מגיעים רבנים חדשים- הרב עוזיאל והרב הרצוג. פתאום התקנות הופכות להיות מאוד רחבות, מפותחות ומזכירות תקנות של בתי המשפט האחרים.

נראה את ההסבר מה השתנה ומה עכשיו כן מצדיק לתקן תקנות רחבות ומחייבות ולהחיל אותם על כל בתי הדין?

הם מזכירים את מה שהיה יותר מעשרים שנה קודם. המטרה לא להיות רק בית דין קהילתי שפוסק על קהילה שמעוניינת, אלא שהם יהיו אלה שיחיו את המשפט הישראלי. מערכת שהופכת להיות מקטנה לגדולה, היא משרתת ציבור גדול יותר היא צריכה יותר תקנות. הרבנים הרצוג ועוזיאל אומרים כי עבר זמן, המערכת גדלה, הם מבינים כי הם רוצים שהיא תהפוך להיות מערכת שמהווה אלטרנטיבה היא חייבת להיות בעלת סדרי דין, והם מבינים כי ניתן למצוא בתוך ההלכה עצמה אסמכתא ומקור לסדרי דין.   
בעבר זה לא הסתדר, אך כעת, מה שהשתנה זה גודל המערכת כולה, הבינו כי בלי זה זו לא תהיה מערכת אטרקטיבית, והדבר השלישי והעיקרי מי שעכשיו מתקן את התקנות הם הרבנים, וזה לא יוצא מתוך אילוץ וכפייה אלא מתוך הרבנים עצמם שמוודאים כי זה תואם ולא סותר את הדין ההלכתי.

**מנחם אלון**

מנחם אלון

במשך תקופה של למעלה מעשרים שנה לא השכילו בתי הדין הרבניים...להתארגן כבתי־משפט מסודרים עם סדרי דין קבועים. שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943.

אחרי כל התמונה הזאת, באים החוקרים ומסתכלים אחורה, כמו מנחם אלון שרצה להטמיע את המשפט העברי כמה שיותר בתוך מערכת המשפט הישראלית. לטענתו מי שאשם בזה שמערכת בתי הדין לא הפכה להיות אלטרנטיבה משמעותית, אלו אותם 22 שנה שבהם הרבנים שלא הסכימו באמת לקבל וליישם. ובאותן 22 השנים נוצרה מציאות שהרבנות הראשית הופכת להיות מערכת מבולגנת, לא מסודרת ואיננה דבר שאפשר לעבוד איתו ולסמוך עליו. זה פרק הזמן המשמעותי שבתי הדין לא הפכו להיות אלטרנטיבה משפטית אמיתית ורצויה.

**סיכום**

* הותקנו תקנות והצלחה שלהם הייתה מועטה ביותר ולא הפכו להיות דבר מחייב.
* כפייתו של בנטוויץ' הצליחה בתחום ערכאת הערעור אך לא בתחום תקנת התקנות.
* הרבנות זיהתה שדרישה זו היא רק התחלתה של דרישה לשנות גם את הדין המהותי.
* התקנת התקנות בחלוף השנים הייתה ככל הנראה מעט מידי ומאוחר מידי.
* שוב אנו פוגשים מחלוקת בין דתיים לחילוניים בנוגע לאופן מימוש משפט התורה בימינו – המינון הנכון בין מסורת לחידוש.

סיימנו לסקור שלוש מערכות שניסו להחיות את המשפט העברי ולהוות אלטרנטיבה למערכת המשפט הקיימת, וכעת נעבור ליחידה בה נראה מה קורה אחרי הקמת המדינה.

**המשפט העברי ערב הקמת המדינה**

ראינו את המוטיבציות והניסיונות לשלב את המשפט העברי בציונות, וזה לא כל כך עבד. ערב הקמת המדינה הייתה תחושה שמשהו הולך להשתנות.

**מה השתנה עם ההחלטה על החלוקה והקמת מדינה?**

מה השתנה לקראת הקמת המדינה שגרם למצדדי המשפט העברי לחשוב שהפעם תהיה תמיכה להקמת מערכת משפטית המבוססת על המשפט העברי?

הקמת המדינה מעוררת תחושות בארץ של "עכשיו נחיל דבר פרקטי מעשי, זו הזדמנות לייצר מערכת משפט שלנו שממש עובדת". הדיון מתעורר מחדש כי עד עכשיו היו תחת משפטים זרים וזה לא משנה, אך כעת התעורר הדיון מהו שלנו. כעת מקימים מדינה היהודית, עד עכשיו היו מחלוקות אבל כעת הם הצליחו להביא ללא יאומן של הקמת מדינה יהודית ביחד, ולכן נצליח להגיע למערכת משפט עברי ביחד או לא.

זה עכשיו ולעולם לא- יישום אחר כשכבר יתקבעו דברים חדשים זה יהיה מאוד קשה. מתעוררת תקווה חדשה ביחד עם הקמה של מדינה חדשה, שבאמת הפעם זה יהיה אפשרי. גם אלה שבעבר התנגדו, יחד עם העצמאות המדינית יהיו מוכנים לחשוב על עצמאות משפטית וזה יעבוד גם על אלו שהתנגדו בעבר.

אלה התקוות שהתעוררו בקרב חסידי המשפט העברי, הבריטים עומדים לעזוב את הארץ, יש התרגשות גדולה, אחרי השואה ותחושה של התחדשות ונס גדול שתוך שלוש שנים מסיום השואה כבר מימים מדינה, יש פה תחושה של טלטלה מאוד גדולה שיחד איתה יש אפשרות לעשות שינויים שבעבר נראו דמיוניים.

דב יוסף, עו"ד וד"ר למשפטים

ובאמת דב יוסף שהופקד על ידי הסוכנות היהודית להתחיל ולחשוב מה עושים ולאן הולכים- האם משפט תורה או קבלת חוקים חדשים כבסיס ועליהם חוקי התורה?

באספה הראשונה שמתאספת דב יוסף לא שולל את ההיתכנות של מערכת משפט המבוססת על המשפט העברי והוא לא אומר שזה לא רלוונטי, אלא להפך הוא מעלה ושם אותה על השולחן. כבר בכינוס המועצה שאמורה להתחיל לגבש מה הולכת להיות שיטת המשפט של המדינה שבדרך, מעלים את זה כאפשרות.

**תומכים ומתנגדים- לפי זרמים**

מי הם אלה שתומכים בשילוב של המשפט העברי בחוק הנהוג בארץ?

1. חילונים שרצו לבסס זהות יהודית לאומית אותנטית- חילונים ציוניים שהיו מעורבים ביוזמות הקודמות של חברת המשפט העברי ובית המשפט השלום העברי. הם ראו במשפט העברי כאיזושהי אפשרות למשפט לאומי, משפט המשקף את הפרופיל הלאומי שלו ולכן המשפט היהודי צריך משפט שלעצמו.
2. דתיים לאומיים שהאמינו שמדינת ישראל היא שלב בדרך לגאולה (המזרחי), או לפחות עובדה מוגמרת חיובית שיש להשפיע על עיצובה (פועלי אגודת ישראל וחלקים מאגודת ישראל). דתיים לאומיים שאמינו שמדינה ישראל היא שלב בדרך לכאורה ולכן הוא צריך להיות דבר המשלב מוטיבים מהמשפט העברי לישראלי.

מי שמתנגד אלו שני קצוות:

1. הפלגים החרדיים הקיצוניים יותר – מדינה חילונית נוגדת מדינת תורה. החרדים שאומרים כי המשפט העברי הוא לא קשור בכלל, קמה מדינה חילונית שממילא קמה לא מן התורה, ולכן אין מוטיבציה לשלב שם דבר מהמסורת, להפך כמה שנשלב זה מראה כמה זה לגיטימי. אין קשר בין המדינה שקמה למשפט העברי.
2. מפלגות וזרמים חילוניים שונים – אין מקום לדין תורה במדינת ישראל הציונית, חילונית, דמוקרטית ומודרנית. זרם יותר קיצוני מהזרם הציוני שאומר כי אין מקום לדין תורה במשפט הישראלי המודרני, ציוני, חילוני דמוקרטי- מדינה יהודית זה לא אומר מדינה דתית עברית, וכאן נפגשים שני קצוות של מתנגדים.

שבטווח בין הזרמים החילוניים לחרדים, יש גם את החילונים הציונים וגם את הדתיים שרוצים לראות שילוב ביניהם.

**מה מנע את השילוב?**

זה ברור לכולם אחרי ניסיון קטן כי בשלב הזה לא ניתן לגבש את כל שיטת המשפט בהתאם למשפט העברי. זה ברור כי צריך לקחת את כל הקודקסים הדתיים ולהפוך אותם לדבר המסודר בצורה מודרנית ובלשון מודרנית, וזו עבודה מאוד גדולה ויסודית שלא ניתן לעשות אותה עכשיו. מכמה סיבות:

1. האתגרים העצומים העומדים בפני מדינת היהודים- יחד עם התרוממות הרוח, אנחנו מדברות על שנת 1947 בעת הכרזת האום על המדינה, זמן קצר לאחר מכן מתחילים מאבקים מבחוץ ומבפנים. לא ניתן בשלב כל כך קצר ועם אתגרים פיזיים מסביב, לעשות עבודה כל כך יסודית של ניסוח משפט.
2. היציאה החפוזה של הבריטים- הבריטים יצאו ישר אחרי ההכרזה וזה קרה מאוד מהר- התקבלה החלטה באום, הבריטים מקפלים את עצמם, מתחילות פרעות, פורצות מלחמות ולכן לא ניתן לעשות שבפרק זמן הזה משהו יסודי.
3. הצורך לברוא מערכת חדשה מהיסוד- לא מדברים על דבר קטן אלא לברוא דבר מהיסוד, נכון שיש הרבה חומרים כתובים להתבסס עליהם, אבל צריך להפוך את המשפט העברי לדבר גולמי שניתן לעבוד איתו.
4. רק בשלהי 1947 הקים הוועד הלאומי מחלקה משפטית- כתוצאה מהחיפזון, המהירות והצורך לעשות דברים נוספים, רק בשנת 1947 הוועד הלאומי הקים ועדה קובעת מה צריך לעשות פה. בחצי השנה הזאת יש לחשוב על מה עושים וזה מאוד בעייתי, כשהמלחמה עוד יותר מקשה על זה.
5. המלחמה
6. חוסר הוודאות- לא יודעים מתי זה יקרה, מתי יצאו הבריטים, מתי תצא הכרזת המדינה. הכל יהיה בסימן שאלה מאוד קשה.
7. חברה פתוחה ודמוקרטית- ועל גבי כל זה, מתעוררת ההבנה שלא ניתן לקחת את המשפט כפי שהוא אלא להתאימו לציבור רחב שחלקו לא מעוניין בזה או מעוניינים רק באופנים שונים ולכן צריך להתאים לאופי החברה.

יש הרבה גורמים שעיקרו את היכולת לעשות את המשפט העברי כמשהו שהוא יהי המשפט. אם חשבו על זה בהתחלה פתאום מסתבר שזה לא יכול להיות הכיוון.

**מה נשאר?**

לא נוכל ליישם את המשפט העברי כולו על המשפט הישראלי- זו עבודה רחבה מידי, הציבור לא בהכרח מתאים לזה ואין זמן. אז מה בעצם נשאר לחסידי המשפט העברי לבוא לדרוש ולבקש ולהציע לאותה מועצה שעומד בראשה דב יוסף? מה האפשרויות כרגע על רקע המצב הנתון?

יש היענות מצידם של חילונים ציוניים ודתיים לאומנים רבים, והם רוצים מערכת משפט שמבוססת על המשפט העברי. אך הם יודעים שדבר שלם וגדול לא ניתן לעשות, ולכן מתעוררת השאלה מה ניתן להציע- במקום הכל ולא כלום (או מערכת משפט כזו או שלא בכלל), זו הזדמנות והתחושה החזקה עדיין אומרת שזו ההזדמנות לעשות משהו. מה ניתן לעשות בכל זאת בהינתן שלא הכל ניתן לקבל?

**מודלים לשילוב המשפט העברי**

בהינתן שלא ניתן יהיה לייסד את מערכת המשפט כולה על המשפט העברי, ישנן 3 דרכים חלופיות לשילוב המשפט העברי במשפט המדינה שעמדו בפני תומכי המשפט העברי ערב הקמת המדינה:

1. למהר לחוקק חוקים שיתבססו על המשפט היהודי עברי, או לפחות להוסיף לחוקים הקיימים כמה פרקים או סעיפים. לפחות את החוקים שפשוט לחוקק יותר אז כן לנסות להתחיל לחוקק אותם. אומנם זה יהיה דבר מהיר ומהלך מהיר אך זה יהיה ביחס לדברים שכן ניתן לחוקק כי יש תשתית.
2. לקבוע הצהר כללית בהכרזה העתידית על עצמאות של מדינת ישראל (מגילת העצמאות) כי המשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה (ואולי אפילו העיקרי ביניהם)- לקבוע הצהרה כללית או בהכרזה על העצמאות או החוקה שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה. זה עדיין בשלב של החוקה. המשפט העברי הוא אחד מהמקורות הלגיטימיים שמהם שואבים.
3. המשפט העברי יהיה דיון שיורי ישראלי- הדין שילוח במקרים של חוסר (לקונה) במשפט. חוק יסודות המשפט, המשפט העברי היה דין שיורי רק במקרים של לקונה לפחות אז נשתמש.

אלו שלוש אפשרויות שהציעו מתוך ההבנה שלפחות בשלב הזה בוא נעשה משהו, מתוך הנחה שהכל לא אפשר לקבל ולכן צריך לדון על מה כן.

בוועדה של דב יוסף ישבו כמה אנשים שהכרנו מהיוזמות הקודמות שדחפו את משפט השלום העברי וחברת המשפט העברי. אותם אנשים ניסו לעשות מהלך כזה גם באותן ישיבות. אבל אפילו כשניסו לחוקק חוקים שהם מובנים מאליהם, הייתה תחושה של דחיפות- שלא היה בסיס של פנאי וזמינות. גם בחלק הקטן הזה לא הייתה אפשרות להתעסק בו. אפילו לחוקק חלקים מסוימים, זה לעורר דיון שלא ניתן ואין זמן להתעסק בו.

שתי האפשרויות שבהן התמקדו:

1. האפשרות השנייה להשקיע על איך תיראה בחוקה כי בה יקבע שיש מקום משמעותי במשפט העברי זה דבר שניתן להתמקד בו אחר כך.
2. האפשרות השלישית הדין השיורי- יש כרגע מספיק משפטנים שגדלו בישיבות ומכירים את ההלכות, ואפילו הדין השיורי של להשתמש במשפט העברי גם כשלא מצאנו דברים במקורות אחרים, גם בזה אפשר להשפיע.
3. **פתרון ראשון- חוקה**

האם זה ריאלי ואיך זה עבד?

המטרה שמערכת המשפט והמערכת המדינית, העקרונות הפוליטיים באותה מדינה לא שיתנו לפי כל רוח נושבת אלא יהוו את התשתית שמכוונת את ההתנהגות גם של המחוקקים, השופטים והאזרחים. לכן חוקה גוברת על חוקים והיא במעמד על חוקתי.

החוקה זה בעצם מה שקרה במדינות דמוקרטיות- זה מה שהגדיר רוסו האמנה החברתית, דבר המשקף את התפיסה היסודית ועקרונות היסוד של החברה. זה יכול להיות בתחום של חקיקה, השלטון, דמות החקיקה והשלטון וכן זכויות אדם. כל מדינה מגדירה את עקרונות היסוד שלה שמגבילה את המנגנונים השלטוניים.

**רקע היסטורי**

* זרח ורהפטיג – 1947 – יו"ר מחלקת החוק של הועד הלאומי: 'הוסכם שחברנו מר ורהפטיג יכין טיוטה של הצעת קונסטיטוציה, או יותר נכון יכין את הקווים הכלליים לקונסטיטוציה' (יצחק בן צבי, נשיא הועד הלאומי).
* ד"ר ליאו כהן, המזכיר המדיני של הסוכנות – סוף 1947.
* מגילת העצמאות קובעת ניסוח חוקה תוך מספר חודשים – 'אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על–ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ–1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית.
* 8 ביולי 1948 – בישיבה התשיעית של מועצת המדינה הזמנית נבחרה ועדת חוקה בראשות ורהפטיג.
* התקיימו למעלה מ – 20 ישיבות שדנו בהצעות שונות לחוקה (בעיקר של ליאו כהן), עד לפירוק הועדה עם פיזור מועצת המדינה הזמנית.
* 1949 – הקמת ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת.
* 13.6.1950 - קבלת הצעת יזהר הררי – חיקוק החוקה בשלבים – חוקי יסוד.

ב1947 לקראת סופו התמנה יו"ר מחלקת החוק של הועד הלאומי, והוא אחד הנציגים הבולטים של המזרחי שמונה על ידי הועד הלאומי להיות זה שמנסח את החוקה. במקביל ד"ר ליאור כהן ממונה מטעם הסוכנות. בהכרזת העצמאות נקבע כי תוך כמה חודשים תנוסח חוקה שעל בסיסיה יעבדו כל המוסדות המכוננים.

* חוקת המדינה היהודית תהא מבוססת על יסוד משפט תורתנו, ולשם באור החוקה תתקיים על יד השלטון המדיני מועצה של אנשים בקיאים ומומחים במשפט העברי.
* דיני המשפחה יהיו על פי ההלכה; המוסדות הציבוריים ישמרו על כשרות; השבת תהא יום המנוחה הרשמי; השפה העברית היא השפה הרשמית; החינוך במדינה יהיה ברוח מסורת ישראל אף כי יש מקום לטפוסים שונים של בתי ספר.
* אם גם יהיה עלינו לעמוד בפני רוב במדינה, מכוון נגד דרישותינו הללו – מה שקשה לנו לשער – לא נמנע מלעמוד עליהן שיתמלאו.

ביולי נבחרת וועדת חוקה בראשות ורהפטיג. במהלך הזמן הזה התקיימו ישיבות רבות עד שמוקמת כנסת קבועה.

ב1950 מתקבלת הצעת הררי שקוברת את היוזמה לחוקק חוקה, ובמקומם מתקבלים חוקי יסוד, שרק אחרי עשרות שנים מחוקקים חוקי יסוד הנוגעים לזכויות אדם ומעוררים ויכוח שלם סביבו.

**חוקה לפי תנועת המזרחי**

איך אמורה הייתה להיות החוקה ואיך ניסו באמצעותה להכניס תשתית של המשפט העברי?

למה ממנים דווקא את ורהפטיג ליזומה של ניסוח החוקה? הגורם הכמעט יחיד שהתעסק בשאלה הזו בשנים לפני הקמת המדינה, זו תנועת המזרחי. תנועת המזרחי שהייתה חלק מההסתדרות ציונית, שאלה איך אמורה להתנסח החוקה. ורהפטיג היה אחד מאנשיה הבולטים של התנועה, ולכן מינו אותו לראשות הועדה.

החוקה המקורית שלה, ודרישותיה של מזרחי הן:

* חוקת המדינה היהודית תהא מבוססת על יסוד משפט תורתנו, ולשם באור החוקה תתקיים על יד השלטון המדיני מועצה של אנשים בקיאים ומומחים במשפט העברי.
* דיני המשפחה יהיו על פי ההלכה; המוסדות הציבוריים ישמרו על כשרות; השבת תהא יום המנוחה הרשמי; השפה העברית היא השפה הרשמית; החינוך במדינה יהיה ברוח מסורת ישראל אף כי יש מקום לטפוסים שונים של בתי ספר.
* אם גם יהיה עלינו לעמוד בפני רוב במדינה, מכוון נגד דרישותינו הללו – מה שקשה לנו לשער – לא נמנע מלעמוד עליהן שיתמלאו.

לא רק שבחוקה כתוב כי המשפט העברי הוא יהיה חלק מהנורמות המחייבות, אלא החוקה תהיה מבוססת על משפט התורה והפרשנות שלה יהיו על בסיס אנשים הבקיאים על משפט התורה. זה לא דבר שהם מוכנים להתפשר עליו, זה הבסיס לתשתית ועל זה אמורה לקום מדינה יהודית.

המזרחי כבר שנים מחזיקה בתפיסה שחוקה צריכה להיות, וחוקה צריכה להיות בכיוון הזה- של משפט התורה, ושעל בסיסו יחוקקו החוקים הנמוכים יותר במדרג הנמוך.

הדבר הזה עומד אל מול חוקה אחרת ותפיסה אחרת שהציגו זרמים אחרים. למשל אגודת ישראל שפרשו מההסתדרות הציונית על שאחת התרבות. לדעתם הם לא דורשים חוקה מעצבת שתגדיר שאיך תראה המשפט, אלא חוקה מתגוננות- כל מה שמבקשים הוא שתהיה אפשרות למיעוט הדתי לקיים את אורחות חייו בקהילות שלו. לא חושבים שבאמת צריך ואפשר מעבר לזה, וכנגד זה באה הדרישה של המזרחי. לפיה אמירה שלא נסתפק בחקיקה מאוד צרה, בחוקה צרה שמאפשרת לכל מיעוט להתנהג כרצונו, אלא החוקה היהודית צריכה לקבוע הוראות מעבר לזה.

סוגיות דת ומדינה- סטטוס קוו

ורהפטיג שמביא איתו לניסוח של החוקה, של הוועד הלאומי מבקש ממנו לנסח את החוקה- הוא מביא את התפיסה של המזרחי. אומנם הוא ממתן אותה, הוא לא מחיל אותה באופן שלם.

לדעתו:

ברור שצריך להגן על זכויות המיעוטים הדתיים כדי שיוכלו לפעול על פי מה שהם היו רגילים עד עכשיו, אבל לא נוכל להסתפק רק בסידור היחסים ודאגה למיעוטים, אלא הקונסינטציה באה לסדר גם את היחסים בין הדת למדינה. החוקה לא יכולה להיות רק כזאת שמצטמצמת. בהגנה אלא היא רוצה להגיד משהו איך המדינה היהודית צריכה להיות ביחסי דת ומדינה ולתת מקום ליהדות במרחב הציבורי ובדמות המדינה.

ממילא הציבור היהודי באמת הוא מסורתי, הוא רוצה להמשיך הרבה דברים שקשורים לפרהסיה היהודית הציבורית ולכן הוא לא רואה שהולכת להיות בעיה עם כך. אך הוא לא מסתפק רק עם הפרהסיה ולהמשיך דברים קיימים אלא אומר כי הוא לא מבטל, הוא עושה עקרון המשכיות והוא מבין שאי אפשר להנחיל דבר חדש לגמרי, אך צריך להיות מוגדר שגם ממשיכים את מה שקיים זה בהתאם לתורה ולעקרונות הצדק.

הוא כן צמצם את מזרחי- היא כן מתגוננת בהגנה על זכויות מעוטים ופרהסיה היהודית. אך הוא מבין שלגבי משפט התורה הוא לא יכול להחיל את זה בבת אחת, והוא כן רוצה להכניס לחוקה את הפרשנות שנותנים לחוקים להמשיך לפי התורה. זה כן ממשיך את השאיפות של המזרחי, הוא כן ממתן את השאיפה של לקבוע דבר מוחלט בחוקה, אבל הוא כן רוצה להכניס לתוך זה את הכיוון של הפרשנות. ביחס למוטיבציה של המזרחי הוא מאוד צנוע ולא דורש משפט התורה כמשפט המדינה, אך הוא כן רוצה לאפשר התפתחות עתידית על זה שהפרשנות תלך למשפט התורה.

נקודת המוצא של הדיון כי כל מה שנותר עכשיו זה להבין איפה נכנסות ההצהרות, ולא לחוקק חוקים בפועל.

**הרב עוזיאל והרב הרצוג**

ורהפטיג עובד ומנסה לנסח חוקה, אך במקביל לא מוצאת חן בעיני הסוכנות היהודית הכיוון שהוא לוקח- של דין דתי מידי. בעקבות זאת, היא ממנה את ד"ר כהן שגם הוא ינסח חוקה משל עצמו. הסוכנות טענה זה לא ברור לאן זה הולך ולכן רוצים שתי הצעות ונבחר ביניהם משהו שהוא יותר מתאים כלל הציבור. והרפטיג מרגיש הוא נדחק בפינה ואין לו כבר יותר מידי תמיכה, הוא מפחד שזה לא יצא לפועל. הוא פונה לרבנים הראשיים כדי לקבל את חוות דעתם ולקבל גיבוי של איך רואים את החוקה ואת התשתית למה שהולך לבוא.

מועצת הרבנות הראשית מקימה אספה חגיגת שתציע את ההצעות שלה- לרבנים הראשיים יש גישות שונות לגבי איך החוקה צריכה להיראות, איך צריך לעבוד איתה ומה צריכה להיות הטקטיקה לפיה תכונן החוקה?

* הרב עוזיאל- הרב עזויאל אומר כי החוקה של המדינה יהודית צריכה להישאב מהמסורת ההלכתית. ועוד כי הרבנות הראשית צריכה לעשות זאת כי היא לו יודעת איך לנסח ואיך לעשות את זה, וגם לגבי הפרשנות. הוא כן מבין שיעשו תיקונים על ידי אספה נבחרים ולא על ידי הרבנים, אך גם זה צריך להיות ברוח התורה ולא סותר אותה.

ברור כי חוקת המדינה לא תוכל לבוא בבת אחת, המצב והמציאות ברורה לו, ולכן יש לקחת את הסטטוס קוו, להשאיר בינתיים את מה שטוב ואת כל השינויים יעשו בצורה אבולוציונית הדרגתית כל מה שנעשה בהתאם לזמן. למרות שיש לו תפיסה מה צריך להיות, צריך לעשות הכל עם הזמן.

* הרב הרצוג- מציג תפיסה יותר אידאית וחד ממדית. הוא עסק בזה כבר עשרות שנים לפני כן, והוא באמת ניסח איך צריכה להיותה חוקה. הוא מודה כי יש דברים קשים ולא בהכרח נפתור אותם מיד ואפילו בתהליכים של דור אחד ושניים, אבל הוא הראה כי ניתן לקבוע חוקה קבועה ומוחלטת שלא סותרת אף פרט לתורה. מצד אחד הוא יותר פתוח מהגישה שמציג הרב עוזיאל- שלא בהכרח הכל נשאב מתוך עקרונות התורה אלא יש גם דברים שנקבל מבחוץ, עם זאת הוא דוחק יותר מעוזיאל לשעה ולעשות את זה עכשיו, כי אחרת הרוב הגדול יתייאש מהתורה ויאמץ משהו אחר (כנראה המשפט המודרני). זו הזדמנות להראות איך זה עובד, איך הכל עובד בשטח, שלא הכל חייב לנבוע מהתורה ושהכל יסתדר ולא הכל יתנגש עם התורה. הרב הרצוג בעצם אומר כי את הכל ננסח לפי מה שהתורה קובעת, או שנקבל מנגנונים חיצוניים ונראה איך הם לא מתנגשים עם התורה. הוא יותר נכון לשקול דברים מבחוץ אך הוא יותר דוחף לשעה.

**השפעת הרבנות הראשית על סוגיית החוקה**

* הרבנים הראשיים הסתייגו מהצעתו של ד"ר ליאו כהן.
* ורהפטיג התייעץ עם הרבנים הראשיים לאורך כל הדרך.
* הסוכנות והוועד הלאומי לא הסכימו לשתף את הרבנים הראשיים בעיצוב החוקה.

כמה שהרבנים השקיעו בזה וניסחו חוקה, הסוכנות והועד הלאומי לא הסכימו לחוקה שעוצבה. ברור כי גם ורהפטיג וגם הרבנים הראשיים הסתייגו מההצעה של ד"ר ל' כהן. חוץ מההקדמות של העם היהודי, ההצעה שלו לא מתייחסת להיבטים דתיים, אלא הוא קובע רק חוקה מתגוננת המאפשרת קיום דתי בקהילות.   
ההצעה של ורהפטיג שבה תומכים הרבנים הראשיים בגדול בצורה ברורה לא התקבלה.

**ורהפטיג בעמדו בראש ועדת חוקה, חוק ומשפט**

מי שממונה על ניסוח חוקה זה ורהפטיג, אבל ועדת חוק וחוקה מבקשת שהבסיס לדיונים תהיה הצעתו של ל' כהן, כך שיהיה בסיס להכל. ורהפטיג אומר כי צריך לתת מקום לשלושה עקרונות שיופיעו בחוקה:

* יש לתת מעמד לדת ישראל במדינת ישראל
* יש לתת בחוקה ביטוי להחייאת המשפט העברי
* עניין המעמד האישי חייב להיות מוסדר לפי העקרונות הדתיים

בסקירה ההיסטורית יש כמה חודשים של ניסיונות ליצור מערכת משפט מבוססת משפט עברי, ורהפטיג לא מרוצה מהכיוון שזה לוקח, זה הולך להיות צר, לא מספק ודבר שבאמת לא מאפשר לעבוד וליישם את הדברים בתוך החקיקה. ולכן הוא ממליץ לבן גוריון לקבל את ההצעה של הררי ולרדת מהניסיון לכונן חוקה.

נאומו של ורהפטיג שמציע לאמץ את הצעת הררי, שמשקף את נימוקיו ומתייאש:

אם לחוקה אין את הרוח, הזהות היהודית שמובילה לאידיאה- עדיף שהיא לא תהייה כי אז היא מגדירה אותנו כעם בעל עקרונות צרים. מעדיף לא להיות חלק מזה ועוברים לרעיון של חוקי יסוד.

לסיכום:

ערב הקמת המדינה המוטיבציות עולות לשמיים וראינו שלושה פתרונות אפשריים:

1. חקיקה מהירה- לא יעבוד.
2. חוקה- גם זה לא עבד למרות ניסיונות חוזרים של ורהפטיג.
3. דין שיורי- בהמשך.
4. **פתרון שני- דין שיורי**

הדין השיורי הוא הפתרון שנקבע כריאלי ביותר להוציא לפועל. בחלק זה נראה את התגלגלות ההיסטורית של הדין השיורי כשנקודת הסיום הוא חקיקת חוק יסודות המשפט. אך לפני כן נרצה לשאול מה היה עד ערב הקמת המדינה מבחינת הדין השיורי?

**ערב הקמת המדינה**

דבר המלך במועצתו על פלשתינה-א״י, 1922 – סימן 46

במקרה של חסר במשפט הארץ- ישראלי, כשהשופטים אינם מוצאים פתרון בחקיקה או בפסיקה, עליהם לפנות למשפט האנגלי. לפי סימן 46 לדבר המלך המשפט האנגלי הוא הדין השיורי, ויש לפנות אליו רק אם אין פתרון במצב הקיים ובמשפט הישראלי.

**לאחר הקמת המדינה**

ועדת מצב

כמה חודשים לאחר הקמת המדינה, קמה ועדת המצב שמטרתה הייתה למלא את מקום של וועדה שתפקידה להכין את המנגנונים של המדינה שבדרך, כלומר להקים את משרדי הממשלה והשירותים הציבוריים שיחליפו את השלטון הבריטי. חשוב להבין כי הועדה הזאת קמה באיחור, שהרי עבודתה החלה כמה חודשים לאחר הכרזת המדינה.

בראש הועדה עמדו מנהיגי היישוב באותה תקופה- בן גוריון, שרת, גולדה מאיר, ראשי ההסתדרות והועדים הלאומיים.

ועדת המצב התחלקה למספר ועדות משנה שכל אחת מהן עסקה בנושא אחד ומטרתן הייתה לטפל בכל אחד מהתחומים הללו:

* כלכלה;
* שירות החוץ;
* חינוך;
* בריאות ושירותים סוציאליים;
* השלטון המקומי;
* מערכות המשפט והמשטרה.

בועדת המשנה של מערכות המשפט, לאחר שהתכנסו לכמה ישיבות, מתעוררת השאלה כיצד יש לפעול ומה עושים עם סימן 46 לדבר המלך ומועצתו, האם להחליף אותו? להשאיר, או דווקא לשנות?

פלטיאל דיקשטיין: בועדת המשנה של ועדת המצב שתפקידה לטפל במערכת המשפט, יושבים בה כלל הזרמים שבמדינה- מדתיים ועד חילוניים, וכולם לוקחים חלק פעיל בוועדה. אחד ממשתפי הוועדה היה פלטיאל דיקשטיין שהיה חלק מראשי ומקימי חברת המשפט העברי.   
דיקשטיין הציע להחליף את הפניה לדין האנגלי בפנייה למשפט העברי. לדעתו, אם יש סוגיה שיש בה חסר ולא ברור לשופט כיצד לנהוג במקרה, אם קיים הדין השיורי עליו לפנות לתמורות ההלכה של המשפט העברי, בהבנה שפונים רק למה שרלוונטי בתקופה הזאת של המדינה המודרנית. כלומר, זה אפשרי דרך דין שיורי, וזה מתוך הנחה שהרבה מאוד מהשופטים, עורכי הדין והמחוקקים לא זר להם המשפט העברי בתקופה ההיא.

'לפסקי הלכות של השולחן ערוך ושאר פוסקים מקובלים, עד כמה שפסקי הלכות אלה הולמים את צרכי החיים בזמן זה'.

דוד רמז: הדבר הייחודי בוועדה הזאת הוא שכל הזרמים תומכים ולא מתנגדים לרעיון. אפילו דוד רמז שהיה ראש הועד הלאומי לא התנגד לרעיון לפיו המשפט העברי יהיה רק בגדר מוצא אחרון. לדעתו בוודאי שניתן יהיה להכניס את המשפט העברי לתוך הדין השיורי, הוא רואה בכך רק נקודת ההתחלה של כניסת המשפט העברי לתוך המשפט הישראלי. גם אם זה המוצא האחרון, וזה רק דין שיורי ואין למשפט העברי מעמד יותר גבוה מזה, הוא מסכים להצעה.

'בוודאי שיש לנו קו לשאוב מן המעיינות שלנו כל מה שניתן, כדי להשקות בו את שדה החוק של המדינה העברית'.

**פברואר 1948 - ישיבת ועדת המשנה מספר 6 של ועדת המצב**

אנחנו רואות שכל אותם נציגים שישבו בועדת המשנה לא מתנגדים להצעה, ולסוף מתקבלת ההחלטה להחליף סימן 46 לדבר המלך.

נוכחים:

* פלטיאל דיקשטיין
* משה זילברג (לימים שופט בית המשפט העליון)
* פליקס רוזנבליט (לימים שר המשפטים הראשון)
* זרח ורהפטיג, איש הפועל המזרחי (לימים שר בממשלת ישראל).
* נחום ניר-רפאלקס, איש מפ״ם (שניהם עתידים לעמוד בראש ועדת החוקה, חוק ומשפט).

המחשבה המשותפת הייתה כי סימן 46 הוא כבר לא רלוונטי יותר בשלב הזה שמקימים מדינה יהודית, ולכן כן נרצה להביא לדין שיורי שהוא על סמך המשפט העברי. חשוב לציין כי לא כל הנציגים של הועדה נכחו בישיבה וזאת משום שבזמן הזה פרצו פרעות ברחבי הארץ, מה שמנע את השתתפותם. עם זאת, אף אחד מהנציגים שהגיעו לישיבה לא התנגד- מדתיים לחילוניים.

ההחלטה שהתקבלה- החלת המשפט העברי כדין שיורי.

חשוב להבין כי זאת הסכמה חד פעמית וייחודית בין דתיים לחילוניים, ולכן צריך לבחון מה הייתה הסיבה לכך. ניתן לטעון כי מצד נציגי השמאל החילוניים המחשבה הייתה שההחלטה הזאת היא בגדר הצהרה בלבד, זאת משום שחלק השופטים יכולים להשתמש במשפט העברי וחלק מהם לא. לכן מה אכפת להם לסמן וי על דבר קטן שיעשה טוב על הדתיים, ולזרוק להם איזו עצם שירגישו טוב עם ההחלטה.   
אבל המחשבה הזאת נובעת מנקודת המבט בימינו- החילונית והצינית. אם נלך אחורה לאותה התקופה, בעבר היו לא מעט אנשים חילוניים שבאמת שאפו לקידום המשפט העברי ורצו שהוא יהיה נוכח כמשפט לאומי (ולא דתי). לרבים מהם היה רקע של מסורת וידע הלכתי, ולכן הייתה להם מוטיבציה להכניס את המשפט העברי לתוך המשפט המדינתי. להרבה מהם זה היה טבעי שיש שפה עברית, תרבות עברית ולכן הם רצו שיהיה גם משפט עברי- שיהיה דבר מייצג של המשפט העברי בתוך מערכת המשפט. זאת כן הייתה כוונה רצינית ולא רק מתוך הרצון לזרוק פירורים לנציגים הדתיים שהיו באותה התקופה.

**19 במאי -1948פקודת סדרי השלטון והמשפט**

מה שקורה למרבה הפלא ההחלטה הזאת בוועדת המשנה לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט. מטרת הפקודה הייתה להמשיך ולתפקד כהוראת מעבר, מעין הוראה המאפשרת הסתגלות והמשכיות מהדין הקודם לדין החדש. בפקודה הוחלט כי:

* סעיף 11 לפקודה: המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה'.
* סעיף 17 לפקודה: 'כל עוד לא ניתן חוק חדש בעניין בתי המשפט, יוסיפו בתי המשפט אשר בשטח המדינה לפעול במסגרת הסמכויות שמעניק להם החוק'.

בשני הסעיפים הללו של פקודת המעבר אין זכר למעמדו של המשפט העברי כדין שיורי. מה שנשאר זה המשך הסמכות של בתי הדין הרבניים לדון על פי ההלכה בדין האישי, אך אין שום זכר לאותה החלטה של ועדת המצב שהייתה החלטה גורפת על פניו והייתה אמורה להכניס לניסוח של סדרי השלטון והמשפט. כלומר מה שיש בשלב הזה של הקמת המדינה, הוא שנשארים עם הפנייה לדין האנגלי.

**מדוע החלטת ועדת המצב לא נכנסה לפקודת סדרי השלטון והמשפט?**

יש שתי אפשרויות מרכזיות שקהילת המחקר מסכימה עליהן: או שהנסיבות המלחמתיות הן אלה שלא אפשרו, או שהיה סיכול של ההחלטה כאיזשהו גורם שם לא רצה את הדבר הזה.

ובהרחבה: חוקרים נחלקים לשתי האופציות האלה:

אופציה א- נסיבות הזמן:

מצד אחד יש את רון חריס שטוען כי זה לא היה דבר מכוון, שהרי התכוונו להכניס את זה בפקודה. הייתה הסמכה כוללת על ההחלטה אך צריך להבין את הנסיבות שהיו באותה העת.

* נתק בין ירושלים ובין תל אביב- איפה שהתקבלה ההחלטה (תל אביב) לא בהכרח הגיעה לאיפה שהתקבלה הפקודה (ירושלים).
* פקודת סדרי השלטון והמשפט נוסחה בדוחק בזמן קשה- ההכנה הייתה מאוד קצרה, בהולה ומהירה ולכן לא בהכרח כל מה שעבדו עליו נכנס לפקודה.
* התבססה באופן חלקי בלבד על עבודת ההכנה המוקדמת.
* בן גוריון הנחה את המשפטנים להתמקד בניסוח ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ועל שאלת מעמדה הבינלאומי של ישראל. אכן בן גוריון תיעדף וקבע את סדר העדיפויות, יותר התעסקות בסוגיות הקשורות להקמת המדינה ומעמדה הבינלאומי.

יש קושי לפתוח את הדיון בפקודה מחדש אחרי המלחמה, מאחר וזה היה עשוי לפתוח ולהציף את כל הרגישיות שהיו קודם, ולכן בהכרח זה הפך להיות משהו קבוע, מה שהיה בזמן המלחמה הוא זה שיתקיים לאחר מכן.

לפי העמדה הזאת של נסיבות הזמן, הייתה כוונה רצינית לעיגון ההחלטה בפקודה אבל אילוצי הזמן לא אפשרו.

אופציה ב- מחיקה מכוונת:

* התנגדותו של חיים כהן – אחד המזכירים של הועדה, ידע על החלטת ישיבה המצב, לא כלל את ההמלצה בעניין בדו״ח הסופי שהגישו מזכירי המועצה לעורך הדין דב יוסף (רדזינר).

אומנם, מהצד השני רדזינר טוען כי זה לא היה כל כך תמים כפי שחריס חושב, ההחלטה הייתה מאוד ברורה- והיא הכנסת המשפט העברי כדין שיורי. אלא שהייתה דמות ספציפית ומסוימת שבעצם חיבלה בהחלטה ומנעה ממנה להיכנס לפקודה. לטענתו, הדמות הזאת היה השופט חיים כהן שהיה בזמן הזה המזכיר של וועדת המצב. הוא היה זה שאמור היה להגיש את דוח הסופי של הועדות, עם ההחלטה שהתקבלה. כהן התנגד עקרונית לכניסה של המשפט העברי לדין השיורי.   
בסופו של דבר ההחלטה לא התקבלה לא בגלל התנגדות פוליטית, עקרונית, ולא בגלל נסיבות של המלחמה, אלא שפשוט שמו רגליים להחלטה. המשפטן שהיה אמון על הדבר ולא רצה שזה יקרה. לו היה קורה, המשפט העברי היה נכנס כדין השיורי באותה התקופה.

**רון חריס**

ניתן לחשוב כי השימוש במשפט העברי כדין שיורי היה מתחלק לשתי הקבוצות: מצד אחד אותם אנשים עם התודעה הלאומית היו משתמשים בפועל אופציה הזאת. וזאת בעוד שחילונים היו מתחמקים, מוצאים על דברים אחרים להתבסס עליהם ולא היו משתמשים בזה.

רון חריס הולך לכיוון האופטימי, לדעתו בנקודת הזמן שהייתה אז, כן היה אפשר להכניס את הדין השיורי אך בגמישות ולא באופן אגרסיבי. כלומר הוא מצפה כי היה ניתן להכניס את המשפט העברי למערכת המשפט בצורה הדרגתית ולא חדה. עם זאת בימינו, כשהמשפטנים כיום לא מכירים את המטריה של המשפט העברי וגדלו על ברכי המשפט האמריקאי, הם נמצאים במקום שהם כבר לא מכירים מספיק את המקורות ההלכתיים, ולכן מה שיכל להיות אז, היום כבר נראה אחרת כמה עשרות שנים אחר כך.

**חוק יסודות המשפט**

עשרות שנים אחר כך מגיעים לחוק יסודות המשפט. אותה שאיפה להכנסת המשפט העברי לדין השיורי מתגשמת בחקיקת חוק יסודות המשפט.

הנה סוף סוף בוטל סימן 46 לדבר המלך שהפנה לדין האנגלי. במשך 32 שנה שיטת המשפט הישראלית הייתה מחוברת בטבור לחוק האנגלי, אך בסופו של דבר, החוק בטל, מסיימים את אותה סאגה היסטורית והמשפט העברי נכנס כדין שיורי מכוח חוק יסודות המשפט. אומנם לשון החוק מאוד אמורפית ולא נכתב במפורש המשפט העברי, אך אחרי 32 שנה אותה החלטה של ועדת המשנה לוועדת המצב סוף סוף באה לידי מימוש בחוק.

תמיר

שר המשפטים תמיד כי בכל זאת צריך לבטל את העניין של חוק המלך ומועצתו, אין צורך בחוק זר ואין זה הגיוני במשפט הישראלי העצמאי להפנות למשפט האנגלי. ואם כבר מנתקים אותנו מהמשפט המנדט זה לא רע לחבר למשפט העברי, העצמאות של המשפט הישראלי היא חשובה ועובדת ובמקום לכרוך את עצמינו לפתרון של משפטים זרים, אלא להביא לנו למוסד עצמאי שמבוסס על משפט משלנו.

והרפטיג

ציפינו שורהפטיג שעשרות שנים עובד על הכנסת המשפט העברי למשפט הישראלי, והוא זה שהציע את הדין השיורי וניסה לחתור אליו בימי קום המדינה, ישמח שיש התחלה. עם זאת ורהפטיג לא כ"כ מרוצה מהתוצאה ואנחנו רואות שלא רק שהוא לא שמח אלא הפוך- הוא מתרגז.

הוא רומז כי כמו שיהודים נשארו תחת גלות האחשוורוש ולכן פורים לא היה באמת גאולה כפי שאנחנו חושבות. אם לא נהפוך את המשפט של מדינת ישראל למשפט עברי, זה סוג של גלות תחת שלטון זר. ורהפטיג אפילו מפנה לפסיקה של בית המשפט העליון בטענה כי לא רק הוא חושב כך, אלא שגם השופטים עצמם בבית אמרו במפורש שהגיע הזמן שהמשפט העברי יהיה חלק מהמשפט הישראלי.

ורהפטיג מתעצבן על התוצאה הסופית, שהרי מה בסוף הביאו? הביאו הגדרה כל כך מעורפלת שלא ניתן לעשות איתה שום דבר. עקרונות – "מורשת ישראל" = זה מושג כללי ואמורפי, אין הכוונה והדרכה מועילה והכל בידי השופט, זה לא נותן לנו כלום, הוא אפילו חושב שזו הגדרה מעליבה כלפי המשפט העברי, שכן כי ילד בישיבה לומד הלכה, משנה, גמרא, זה לא מורשת ישראל יש דברים מאוד קונקרטיים שהם היסודות של המשפט העברי. יש כל כך הרבה דברים שניתן לעבוד איתם ולכן להגיד מורשת ישראל זה להתעלם לגמרי ההלכה ולהפנות לדבר מעורפל מאוד ולא קונקרטי. מי שלומד אותו לומד כ"כ הרבה הסדרים – יש משפט רחב ומקיף על פני מאות שנים, הצעת החוק מתעלמת מכל אלה ומפנה למושג מעורפל של מורשת ישראל. הצעתו היא להחליף את המילים מורשת ישראל במילים "המשפט העברי".   
המונח של מורשת ישראל גורמת לכך שהשופטים משתמשים במונח ומפנים למורשת ישראל שהיא בעצם מדינת ישראל. מי שפעל כדי להכניס את המשפט העברי ויוצא נגד ההצעה הזאת בטענה שהיא לא מספקת את הסחורה. דווקא מי שקידם את החוק אלו היו הסיעות הדתיות שראו בכך התחלת מהלך, ויש מקום לזיקה של המשפט העברי במערכת המשפט.

וירשובסקי

מהצד השני את וירשובסקי מטריד שמכניסים דבר שהשופטים כלל לא מכירים אותו. מבקשים מהשופט להשתמש בשיטה משפטית שהם לא מכירים, לא יודעים איך היא עובדת, לא מכירים את השפה שלה, ומבחינתם זה יהיה כמו יפנית. לפי וירשובסקי זה בלתי אפשרי להכניס שיטת משפט שלא מוכרת לשופטים. לדעתו עושים פה בלאגן שלם, הם גם בכלל לא יודעים מה זה אומר המשפט העברי. הוא אומר כי הוא כעיקרון בעד, אך זה יוצר בלאגן, היישום בעייתי. זה לא שהוא לא בעד המשפט העברי, אלא הוא מרגיש שזה לא מכבד, ואם כבר מכניסים את המשפט העברי יש להכניס בדלת הראשית ולא בדרך האחורית. אחרת, אם עושים את זה ככה זה פוגע במשפט העברי שזה הופך אותו למאוד מעורפל, לא נותן לשופטים כלים לעבוד עם זה, מי שרוצה משפט עברי צריך לעשות את זה בדרך מכובדת ויותר ברורה.

ולכן באופן מפתיע הוא מתחבר לורהפטיג- החקיקה הזאת כל כך אמורפית וכל כך מעורפל שזה לא עושה את העבודה. וירשובסקי גם אם הוא נגד הוא אומר כי אין מה לעשות עם זה, ולכן מנה העבודה פה?

**הצעת חוק- שינוי חוק יסודות המשפט**

מה שבאמת קורה עם הקריאה של והרפטיג, קריאתו הדהדה באוויר הרבה מאוד שנים, ולאחר 38 שנים, אנחנו מגיעות לכנסת בשנת 2018 יש רוב המאפשר שינוי של חוק יסודות המשפט שם מוסבר בדברי ההסבר:

הם מסתכלים אחורה על הביקורת שהייתה בעת חקיקת החוק ומביאים שורה של פסיקות שמראות כי לא ראו את החוק כמחייב, ולכן צריך להכניס בצורה מפורשת שמפנים לעקרונות המשפט העברי. מורשת ישראל זה לא דבר אמורפי אלא ההלכה היהודית. אבל הם מדברים על הבעיה העיקרית של חוסר הידע שמביא לזה שכל אחד עושה כרצונו ואין פרשנות מוסמכת למשהו שאפשר לעבוד איתו, ולכן הם מציעים להקים מכון ממלכתי שיעסוק בתרגום ספרות המשפט העברי לעברית עכשווית המובנת לכל. זה נוצר מההנחה כי אי אפשר להכניס משפט עברי אם לא ברור מהו המשפט העברי. הם מציעים להקים מכון שיעשה את העבודה הזו- הוא ייקח את כל המקורות התשתיתיים ויראה כיצד ניתן להשתמש בזה במדינה מודרנית. לקרוא ולזה מורשת ישראל ומשפט עברי בלי לתת את אפשרות לעבוד עם זה, זה לא נותן את הסחורה ולא ניתן ליישם את זה.

מה מבין המרכיבים של הצעת החוק נכנס בסוף?

נכנס התיקון ובחוק יסודות המשפט נקבע כי יכריע זה לאור העקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל. אך לא הוכנס הקמת המכון, ולכן עדיין נשארה הבעיה העיקרית של אף אחד לא יודע מהו המשפט העברי. הפתרון העיקרי שאמור היה לייצר תהליך עומק, שלא נעשתה עבודה יסודית של מה זה אומר המשפט העברי ואיך מתאימים את זה למדינה מודרנית. זה ירד כי משרד האוצר לא אישר, כך הצעת חוק שיש בה תקציבים היא נפסלת, וכמובן שהיה ויכוח גדול מה יהיה במכון, ומלחמות היהודים מסמסו את הפתרון הזה שעשוי היה לקדם את הנושא.

**התפתחות היסטורית**

ב2018 יש כבר פנייה למשפט העברי, ולכן מה קורה? מה השתנה? למה מה שהתאפשר בשלושים השנה התאפשר עכשיו? הנסיבות שאפשרו לדין השיורי להתחלף:

1. דווקא בסוף מה שאפשר את המשפט העברי לדין השיורי זה דבר טכני- משפטנים עמדו מול ס' המלך ומועצתו ושאלו מה עושים עם הס' הזה? חלק אמרו שפשוט לא צריך להתייחס לזה, במילא זה מיותר והתייתר מעצמו ולא צריך להתייחס אליו.
2. יש כאלה שאמרו כי כל עוד לא בוטל הס' הוא מחייב, צריך להיות כנים עם עצמינו, ואם אין תשובה את החוק מחייב לפנות אל המשפט האנגלי.

אחת דמויות המפתח בשאלה הזאת הוא השופט ברק שנקט עמדת ביניים.

**עמדת ביניים- שופט ברק**

עמדת ביניים:

* לנוכח הבעייתיות של רעיון החסר במשפט ולנוכח קיומה של מערכת משפט ישראלית עצמאית ומפותחת לא יהיו למעשה מקרים שיחייבו פנייה למשפט האנגלי לצורך השלמת החסר.
* עם זאת, נכון יהיה לבטל את סעיף החוק המנדטורי בחקיקה פורמלית.

דעתו באופן עקרוני העמדה שלו בפני לקונה, כל הנושא של לקונה זה דבר מחשיד ביותר, יש מחלקות משפטיות וכמעט אין דבר כזה. לקונה- כל דבר ניתן לפרש את החוק הקיים, לעשות היקש לחוק אחר, ולקונה זה לא דבר שבאמת משתמשים בזה, יצור משפטי מופרך ולא עובד. אבל הוא בכל זאת חשב שצריך לבטל בחקיקה פורמאלית- זה לא ראוי שיש חוק שמנחה את השופטים אבל לא משתמשים בו. כשלעצמו הוא לא רואה הרבה ערך בדין השיורי, אבל אם כבר נחקק דין שיורי צריך להתייחס אליו.

**1976- ברק היועמ"ש**

זה התחיל מדיון מאוד טכני של מה עושים עם ס' 46, ולא אפילו התחיל מדיון עקרוני. אלא דיון שהתחיל האם הס' רלוונטי ומה עושים. לברק הייתה עמדה משלו שזה לא משנה כי אין באמת דבר כזה דין שיורי, אך הוא צריך להתבטל. ברק הגיע לעמדת היועץ המשפטי לממשלה והוא שאף לכך שהתפיסה התיאורטית שלו תיקח מקום ולכן הוא מבקש מראש מחלקת החקיקה לנסח הצעת חוק קצרה שתורה על ביטול סימן 46 החייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של חסר בדין.

ביקש מראש מחלקת החקיקה לנסח הצעת חוק קצרה שתורה על ביטול סימן 46 המחייב פנייה למשפט האנגלי במקרים של חסר בדין.

בהצעת החוק המקורית היו שני סעיפים קצרים בלבד –

סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל.

אין בביטול ׳כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה

[החוק המבטל] ׳ .

לא נקבע דין השיור שיחליף את המשפט האנגלי.

מכאן והלאה אין יותר חובה לפנות למשפט האנגלי, מבחינת ברק זה מספיק כי אם אין באמת דין שיורי שהוא באמת עובד, והפרשנות תיתן את כל התשובות, ולכן הוא לא מתקדם צעד אחד קדימה ולדעתו צריך לעצור פה- שהרי גם ככה אין כזה דבר דין שיורי שעובד, כי את כל הפתרונות אפשר כבר למצוא בפרשנות ואין באמת דבר כזה לקונה.

זה ברור שהשופט ברק בעמדתו חשב שאין דבר כזה לקונה, ואם לשון החוק מאפשרת יש את הכלי של הפרשנות. מבחינת ברק כל מה שצריך לפתור זו בעיה מאוד קטנה- שומה קטנה שאומרת כי אין צורך בסימן 46 ולכן עדיף למחוק את זה.

**שר הדתות- אהרן אבו-חצירא**

אבל כשברק הפיץ את תזכיר הצעת החוק, מי שרואה את זה הוא שר הדתות אהרן אבו-חצירא. שאמר כי מה פתאום, היה עד עכשיו דין שיורי שהוא חשב, לא כל דבר ניתן לפרשנות ויש מקומות שבהם יש חסר, וכי אם מוחקים את הפנייה למשפט האנגלי הוא דורש שתהיה פנייה למשפט העברי. צריך לפנות למקור חלופי שנותן פתרון ללקונה, ואם כבר מחקנו את המשפט האנגלי אז יש להפנות למשפט העברי.  
ברגע שברק לחץ על הנקודה ורצה רק למחוק את הדין השיורי, הוא עורר את העמדות שהיו מתחת לפני השטח. ברגע ששר הדתות מעלה את זה עולה דרישה של אנשי ציבור, רבנים וכו.

להוסיף להצעה את הסעיף: ׳במקום שישנו חסר בדין הישראלי יחול המשפט העברי׳

מה שקורה בשנת 1977 זה המהפך- הליכוד עולה לראשונה לשלטון אחרי כל השנים, וכוחם של המפלגות הדתיות עולה כלשון מאזניים בין המערך לליכוד. כעת הלחץ הפוליטי הפך להיות גדול יותר, ולכן ברק שבא ללחוץ רק לבטל ס' טכני, הוא לחץ בדיוק בתקופה שחזר הכוח דתי הפוליטי ואז יש רעש שלם ונוצרת אפשרות היסטורית למה שחיים כהן עשה במחטף, כעת מתלכדים כוחות פוליטיים חדשים וכן מציעים מחדש את ההחלטה.

**פרופ' נחום רקובר**

ברק חוזר לפרופ' רקובר, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, בבקשה שינסח הצעת טיוטה לחקיקה. רקובר הציע ארבע הצעות אשר אוחדו לכדי הנוסח המוכר לנו כיום. ואחרי שנתיים של דיונים סוערים עברו עד שאושרה הצעת החוק בכנסת ב-2 ביולי 1980.

**השפעת המשפט העברי על החקיקה**

**דוגמאות להשפעת המשפט העברי**

* חקיקה
* פסקי דין
* בתי דין לממונות

**המדיניות המקובלת במחלקת החקיקה שבמשרד המשפטים**

* למשפט הישראלי מקורות השראה רבים ומגוונים.
* כחברה מתועשת מודרנית בוחן משרד המשפטים הסדרים רלוונטיים דומים במדינות מתועשות אחרות.
* גם מקומה של ההלכה היהודית אינו נפקד כמקור השראה לחקיקה.

בכל זאת, כבר מראשית המדינה המדיניות של משרד המשפטים שכשיש הצעת חוק שמתגלגלת וצריכה חוות דעת של משרד המשפטים, התפיסה הייתה שלמשפט הישראלי יש מקורות השראה רבים. נקודת המוצא היא שכשבוחנים חוק חדש יש להסתכל לא רק על מדינות אחרות ועל ההסדרים שבהם, אלא גם על המשפט העברי. המשפט העברי כן נמצא שם כמקור השראה, אבל לא הרבה יותר מזה.

1959

תקן של יועץ מיוחד ל׳משפט עברי׳, ואחר כך הורחב לכדי מחלקה- זה גדל היום למחלקה שלמה במשרד המשפטים שאמונה על המשפט העברי.

* פרופ' מנחם אלון
* פרופ' נחום רקובר
* ד"ר מיכאל ויגודה

כיום, המחלקה במשרד המשפטים נותנת חוות דעת כמעט על כל הצעת חוק שמגיעה לשלבים מתקדמים של חקיקה. כך שיושבת ועדת חוק ומשפט יש בפניהם את חוות הדעת של מששרד המשפטים.

מתי מוגשת עמדת המשפט העברי?

עמדת ההלכה באשר לשאלות שונות העומדות על מדוכת החקיקה אכן מובאת לידיעת הצוותים המחוקקים, אולם בדרך כלל הדעת ניתנת לעמדה זו רק אם הפתרון ההלכתי עולה בקנה אחד עם צורכי המציאות החברתית והכלכלית בהווה כפי שהבינו אותם המחוקקים.

כלומר בדרך כלל לוקחים את המשפט העברי בחשבון משתי סיבות:

1. על מנת לקשט את דברי ההסבר להצעת החוק
2. רק אם זה מתאים, כלומר אם יש נקודה מסוימת במסורת ובמשפט העברי שלא פוגעת ועולה בקנה אחד עם חוות הדעת האחרות שנוגעות למצב הקיים ברחבי העולם.

מנחם אלון

מצד אחד מספר ניכר של חוקים ועקרונות משפטיים בחוק הישראלי הקיים מבוססים על המשפט העברי...מצד שני הייתה קליטה זו מעטה וקטנה מכפי שיכלה להיות, וחוקים שונים נוגדים, ללא כל הצדקה עניינית, את המשפט העברי׳

לכן במבט על השופט אלון סיכם כי אם היו נותנים לזה יותר תשומת לב היה ניתן לחוקק הרבה יותר מתוך התאמה למשפט מודרני ולאו התנגדות וסתירה לו.

**יוזמות לקידום המשפט העברי בחקיקה**

אם בעבר רק הרב הרצוג היה זה שכתב באופן פורה הצעות לאיך המשפט העברי יכול להתחבר למשפט המודרני, כיום, אנחנו חיות בדור אחר שבו יש הרבה מאוד כתיבה שיכולה להוות תשתית להצעות חוק המבוססות על המשפט העברי. כלומר מצד אחד עד היום לא קיבלו החלטה ברורה של הכנסת המשפט העברי לחוק, אך כן הייתה מחלקה בייעוץ וחקיקה שניסתה לקדם משפט עברי בחוק, ועם השנים נכתבו הרבה מאוד ספרים שניסו למצוא את הדרך והיכולת להשפיע על החקיקה.

* פרופ' רקובר - סדרת ספרים 'חוק לישראל'
* ארגון צהר- צהר לחקיקה- ארגון שעבד עם ועדות הכנסת.
* משפטי ארץ- קודקס אזרחי על יסוד דיני המשפט העברי. ארגון שמוציא קודקס של חוק אזרחיים שמבוססים על המשפט העברי.
* רבנים וחוקרים נוספים- ספרים ומאמרים- אינסוף של רבנים וחוקרים שכתבו מאמרים וספרים שיכולים להוות תשתית לאופן שבו ניתן לעשות את החקיקה המודרנית שמאפשרת התנהלות עם הכלכלה והתרבות הקיימת.

למרות השינוי של הכתיבה הענפה, עדיין אין מי שרוצה להשתמש בכתיבה הזאת.

**דוגמאות לחקיקה המבוססת על המשפט העברי**

1. **חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969**

חוק המחאת חיובים נוגע לסיטואציה בה אדם מלווה סכום מסוים למישהו והוא חייב להחזיר לו, אך בעל הזכות יכול להעביר את הזכות שלו לצד שלישי, שהוא יקבל בחזרה את החוב. כלומר אפשר להעביר את החיוב של מישהו חייב ללא הסכמת החייב, וזה בתנאי שלא הסכימו על משהו אחר ועשו רק הסכם של חיוב (בX כסף ולא הגבילו אותו). רק אז ניתן יהיה להעביר את החוב לצד שלישי.

מקור שם החוק

השם של החוק עצמו מבוסס על משפט העברי, המחאת זכות זה מושג במשנה- שצריך לשלם מיד על התשלום על דבר שקניתי או עבודה שעשיתי. אם לקחתי בעל עבודה שיעשה דבר בבית חובה לשלם לו את הסכום שמגיע לו מיד ולא לחכות כמה ימים, אך זה רק אם הוא דורש את הכסף. אם הוא לא אומר, אפשר להעביר את הסכום למישהו אחר במקום הקבלן.

* חייב- בעל החוב
* ממחה- בעל הזכות
* נמחה- מי שאליו העבירו את החוב בהמחאה.

בכל שיטת משפט יש שאלה על מי מגנים יותר ולמה? יכול להיות שנרצה להגן יותר על הנמחה כי נרצה לאפשר כמה שיותר גמישות בהמחאת חיובים (שזה נותן אפשרויות מסחריות ונזילות לסחור בחיובים ובשטרות חוב), ומהצד השני יכול להיות שנרצה להגן על החייב כי הוא הצד החלש, והוא לא הסכים לכך מראש. שיטת משפט יכולה לבחור ללכת בכמה כיוונים וזה מאוד תלוי בתפיסת העולם המשפטית והפנימית.

אנחנו רואות כי שתי שיטות המשפט- הישראלית והמשפט העברי, על אף שיש שני הסדרים שונים הן נוטות לצד החייב. שתיהן כוללות הגנה מאוד חזקה על חייב במובן הזה שחייב שלא ידע על המחאת הזכות לא נחייב אותו- כל שיטה וכל חוק נותנת את האפשרויות שלה אך נותנת גם את ההגנה.

בחוק רואים כי גם אם ממחים את הזכות נשמרים תנאיה, אבל ב' וג' כוללים הוראות ללא ידיעה- חייב שלא ידע על המחאת הזכות, למרות שהעבירו את הזכות הוא פטור. יש הגנה מאוד חזקה על החייב. אלמנט הידיעה הוא מאוד משמעותי וזה לחלוטין לא ברירת המחדל של שיטות משפט אחרות שמעדיפות את העולם המסחרי על פני הגנת החייב- ולכן גם אם הוא פרע לא לאדם הנכון ולא ידע על כך לא נפטור אותו.

המשפט העברי מראש נותן יותר יציבות לידיעת הצדדים- גם ככה זה דבר שצריך גילוי וגמירות דעת, אך דווקא בהקשר של העברת זכויות, לא דורשים מעשה קניין. יש הגנה- קניין זה מעשה פיזי של מראה- העברת כסף, שטר, מראים שרוצים להעביר את החוב. והם לא דורשים מעשה קניין לכל שלושתם כי ההלכה מבינה את הצורך המסחרי, אך מה שזה מצריך את נוכחותם- צריך לוודא שהחייב היה שם העברת הזכות, ידע שהיא עוברת ולא נחייב אותו בלי זה. ברור כי במציאות מודרנית אם נחייב תמיד שלושתם יהיו באותו מקום זה לא יעבוד. בעבר עשו עסקאות עם מי שנמצא לידך, כשהיום כל נעשה במרחק. לכן במקום מעמד השלושה, החליפו אותו בשלושת הוראות החוק לפיהן הוא חייב לדעת על העסקה- אם הוא לא ידע הוא לא יהיה חייב שהזכות עברה.

הנימוק לדין

מצד אחד גם ההלכה מכירה בזה שיש צורך בגמישות מסחרית, ולכן שולחן ערך אומר כי מצד אחד ההלכה רוצה לאפשר את הגמישות היחסית ולא נרצה לעקור את תקנת המסחר. כן רואים שההלכה מצד אחד כמו החוק מכירה בצורך של הגמישות ולהעביר את החיובים, מצד שני רק מעמד שלושתם, ולא ניתן לעשות את הגמישות הזאת במקרה שהחייב יודע על הדבר הזה, ולא ניתן שהנמחה והמחה קובעים עסקאות והחייב לא חלק מהן. אנחנו רואות דוגמא שהעיקרון ההלכתי של אפשרות לגמישות מסחרית אבל שלא תבוא על חשבון ההגנה על החייב שימצא את עצמו חייב לשני אנשים, כך שההגנה על החייב היא העומדת בתשתית. המחוקק בחר ללכת לאיזון שדומה מאוד למשפט העברי, בתוך התאמה למציאות המודרנית. החוק בעצם קבע כי אולי החייב לא חייב להיות פיזית אבל הוא חייב להיות מבחינת המודעות שלו לעסקה. בסוף הרציונל שעומד מאחורי התפיסה ההלכתית נכנס לחקיקה האזרחית (למרות שמבחינת הכלל הוא סותר את ההלכה- בכך שאין צורך במעמד ונוכחות השלושה).

1. **חוק השומרים, תשכ"ז- 1967**

דוגמא לשומר זה כשמבקשים ממישהו שישמור על הבית של השכן בזמן שהוא לא נמצא שם.

החוק מדבר על שלושה סוגים של שומרים:

1. שומר חינם- מי שקיבל את הנכס ושומר עליו ללא תשלום
2. שומר שכר- שומר תמורת תשלום על השמירה על הנכס.
3. שומר שואל- שומר על הנכס אך הוא גם משתמש בו ונהנה ממנו.

. (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.

* החסר הוא שומר שוכר- השומר שכר שגם נהנה מהנכס וגם משלם על הנכס.

דיני שומרים בהלכה

זה מאוד מובהק שגם שם החוק נגזר מההלכה- הציטוט של הרמב"ם. הרמב"ם מתייחס לארבעה שומרים ולכן ברור לנו שהחוק הושפע מהמשפט בתחום השמות. אך האם יש משהו מהותי יותר- מה תהיה מידת האחריות של השומר על הנכס? שהרי ברור כי שומר בשכר יהיה אחראי בצורה אחרת משומר חינם וכו.

דברי ההסבר

בדברי ההסבר להצעת החוק נראה כי החוק מנסה להיות תואם וללכת בעקבות המשפט העברי. שם מבחין החוק בין שלושה שומרים בהסדר דומה למשפט העברי.

אחריות השומרים

הגענו למקום שבו נרצה לעמוד על זהות התוכנית- האם מלבד השם וההגדרות השונות של כל שומר, האם גם לעניין האחריות של כל שומר יש זהות והשפעה של המשפטי העברי על החוק?   
המחוקק כן הפנה לעניין האחריות לדין העברי. מראש החלוקה לקטגוריות במידת האחריות הולכת אחרי המשפט העברי. אבל השאלה עד כמה מהותית האחריות שונה?

1. שומר חינם- מכיוון שהוא לא נהנה מהנכס ולא מקבל שכר על שמירתו, האחריות של שומר חינם זה רק אם זה לקה ברשלנות, אם הוא שמר בצורה סבירה, אז הוא לא היה אחראי על הנכס ורק אם הוא היה רשלן בשמירה.
2. שומר שכר- מאחר והוא מקבל שכר על שמירתו האחריות מוגברת, זה כבר מעבר לרף הרשלנות, לשומר בשכר צריך לחזור ולנקוט אמצעים אקטיביים של שמירה כנגד כל דבר שהיית יכול לחשוב עליו. אם למשל לא נעלת את הדלת, לא עשית את הדבר הבסיסי ולשמור מפני גנב.
3. שומר שואל- שואל אחראי כמעט בכל מצב, האחריות של האדם עצמו עוברת אליו, גם אם הוא לא יכל למנוע את הנזק, וזה בשל ההנאה שהוא מפיק מהנכס. אחריות כמעט מוחלטת עם הסתייגות- יש דברים שנפטור מהם אם נגיע למסקנה כי אין לו שום אחריות על כך.

הקשר בין הגדרות האחריות בחוק להלכה

1. שומר חינם- הוא נשבע אך אם הגרסה שלו נכונה והוא עומד מאחוריה ולא עשה שום דבר בעייתי, לא פשע, אז הוא פטור מאחריות.
2. שומר שכר- יש פה אחריות מוגברת, אך אונס גדול יכול לפטור- מקרה של אונס שלא ניתן לצפות אותו הוא כן פטור. זה צריך להיות דב באמת מאוד חריג, כי גם שמירה טובה לא פוטרת.
3. השואל- משלם הכל, חוץ ממקרה שזה מכוח המשאיל.

השוואה:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **שומר חינם** | **שומר שכר** | **שואל** |
| חוק אחרי לאובדן הנכס אם לנזקו אם נגרמו מרשלנותו. | אחראי לאובדן הנכס או לנזק זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן. | לאחראי לאובדן הנכס או לזנקו. יהיו גורמיהם אשר היו ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיקה בנכס שלא כדין. |
| שומא חינם פטור בשבועה מגניבה, אבידה ואונס, ואינו חייב לשלם כי אם פשיעה. | שומר שכר חייב בגניבה ואבידה שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע. ואפילו הקיפו חומה של ברזל ........ | השואל מחברו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו כגון שמת או נשבר או נשבה חייב. הגה: ודווקא שאירע האונס מכח השואל אבל אם אירע האונס מכל המשאיל פטור. |
| החוק מדבר מתי הוא חייב בעוד שההלכה מתי הוא פטור. בניגוד לחוק, לפי ההלכה החוק לא קיים הנושא של השבועה (שאגב זה בוטל ולא קיים היום גם בבתי הדין). גם הנשוא של שהבועה וגם בנושא שבחוק הרשלנות גורמת להטלת אחריות, ובהלכה פשיעה. כבר ההגדרות הן שונות. | פה יש פער גדול- נכון שמידת האחריות עליו, אבל לפי החוק אם שומר שכר עשה הכל כדי למנוע, אך הוא לא יכל לצפות אותן ולכן במקרים כאלה הוא פטור.  לעומת זאת בשומר שכר בהלכה הנסיבות שפוטרות מאחריות יותר קיצוניות. ההלכה מטילה אחריות מאוד כבדה בשומר שכר- אם היה מוכן קלחת את האחריות תמורת תשלום הוא אחראי, לא משנה מה הוא עשה כדי למנוע את הנזק. גם פה יש פטור אך מדבר על אונס גדול- משהו מאוד חריג, ולכן האחריות היא כמעט מוחלטת. בעוד שהחוק אומר כי אם הוא שמר בצורה סבירה, נקט באמצעים סבירים אז הוא פטור. | זה נראה דומה למה שההלכה אומרת, אך בשואל ההלכה נותנת דוגמאות. הוא חייב בתשלום כי הוא לקח את הנכס עצמו והוא לקח את כל התשלום |

כן יש השפעה ברף האחריות, והחוק חילק אחריות דומה מאוד בהתאם להלכה, אך ההגדרות הן לא חופפות. זו הצצה להשפעה חלקית.

סיכום- שולמית אלוני (המערך)

היא הייתה שייכת למפלגת מר"צ. בנאומה היא אומרת כי רצו לתת שם ניטרלי מהמשפט העברי, ומסתבר לה שמדובר בהלכות שומרים מהגמרא. אך לא קראו לו כך כי זה הזכיר אסוציאציה של השומר הצעיר. היא לא אומרת שהיא רוצה את דיני השומרים כפי שהם היו, אלא שבכל זאת יש עם יהודי, תרבות ומסורת, ולכן נרצה רצף בין המשפט העברי למשפט הישראלי- יש רציפות אך את התוכן נרצה אחרת. אך נשאלת השאלה האם זה נשאר ברובד השם או שיש תוכן? תמיכה בזיקה בין דיני השומרים בהלכה לבין החוק.

1. **חוק השבת אבידה, תשל"ג- 1973**

מקור השם

השם המקורי של החוק היה אמור להיות החוק לטיפול באבדות. אך אחרי שהנציגים הדתיים אמרו כי אם מדובר בחוק הנוגע לאבדה, ולדעתם יש לקרוא לזה בשם של חוק השבת אבדה בדומה להלכה, נקבע השם לפי ההלכה והשם המקורי נדחה. כך שבדומה לחוקים אחרים שראינו, שם החוק הושפע מהניסוח ההלכתי.

תוכן החוק

הרב משה צבי נריה, המזרחי

'הצעת החוק מתעלמת מן ההלכה הפסוקה בהשבת אבידה, מן הלאו המפורש בתורה 'לא תוכל להתעלם'; היינו החוק המוצע קובע: המוצא אבידה ונוטלה, חייב להשיבה לבעלה', ואילו בתורתנו קיים חיוב על האדם להקדיש תשומת לבו לאבידה עוד לפני שהוא נוטלה. קיים חיוב על האדם ליטול אותה, אסור לו להתעלם מאבידת רכושו של הזולת, גם אם טרם בא במגע יד עם הרכוש, ולדעת הרמב"ם (פרק א בהלכות אבידה), לא רק הלאו של 'לא תוכל להתעלם' קיים לגבי אבידה, אלא גם מצוות עשה של 'השב תשיבם', אף היא חלה על האדם מאותו רגע שראה אותה, שראה רכוש ההולך לאיבוד.'

דבר ראשון נציגי הכנסת הדתיים, מתייחסים לדבר שהחוק מתעלם ממנו- הצעת החוק מתעלמת מההלכה הפסוקה בהשבת אבידה. החיוב מתחיל מרגע שלקחו את האבידה, ואילו בהלכה החיוב מתחיל עוד לפני שהוא לקח, ויש חיוב על המוצא לקחת את החפץ ולהשיב על בעליו. ברגע שהאדם מצא הוא חייב בחיוב של השבת האבידה. יש פה דבר רחב הרבה יותר וזה לא אם במקרה הגיע לידיו והוחלט לקחת- אם ראית משהו יש חובה עלייך להשיב לרעך.

ארי אנקוריון

לא רק הרב נריה הרגיש שחסר בחוק ערך שלא נחתן להתעלם ממנו- כאיזושהי תודעה והכרזה תודעתית של המחוקק כן נרצה להעביר ולהטיל אחריות על אחרים. לא נרצה להגביל את האחריות החברתית, שכן לא תוכל להתעלם, ראית את זה החפץ, קח את זה. יש פה תמיכה במובן החברתי- תהיה אמפתי וקח את זה, אם אדם איבד את החפץ הוא צריך להיות אחראי ולקחת את זה.

ארי אנקוריון, מפ"ם

'וכך נאמר במלים הנהדרות של שפת התורה: 'לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים, והתעלמת מהם. השב תשיבם לאחיך. ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרוש אחיך אותו, והשיבותו לו. וכן תעשה לחמורו....לא תוכל להתעלם'....מן הראוי לציין שציווי זה של התורה מרחיק לכת לגבי ההצעה שלנו. הוא אוסר לא רק אל אי השבת אבידה לאחר מציאתה אלא גם על התעלמות מן האבידה גרידא. חובת השבת אבידה נשתרשה עמוק בהלכה העברית...רבנו גרשום מאור הגולה...מתשובתו אנו למדים על מנהג שהיה בתקופתו, שלפיו היו גוזרים באלה ובשבועה, שכל היודע על המצאה של אבידה חייב לגלות את הדבר לבעל האבידה...'

ראינו שהחוק הושפע גם מעצב החיוב והחוב להחזיק וגם השם, אך יש התעלות מלא תוכל להתעלם, וחל חובה.

יש עוד נושא משמעותי שגם עליו היו ויכוחים בכנסת- מתי יש פטור מהשבה? באיזו סיטואציה נמצא פטור מהשבה?

פטור מחמת הייאוש

השאלה מתי נחשב שאני פטורה מלהחזיר ואני יכולה להיחשב כבעלים של הנכס? יש פטור מחמת ייאוש.

מתי זה יכול להפוך להיות שלה כי זה היה הפקר. אם זה נחשב שאני התייאשתי מהחפץ שאבדתי זה אומר שהרכוש זה שלו, כי בייאוש החפץ לו שלי וויתרתי עליו, ולכן מי שמצא את זה הופך להיותה בעלים של הנכס. מהצד השני יש דעה שאומרת כי זה לא נחשב ייאוש, אלא רק בפועל. זה לבוא ולהכניס למישהו ברא שאיזושהי חזקת ייאוש למרות שהוא לא יודע על זה.   
שני הרבנים יסכימו כי הוא לא מתייאש, כי אדם שמאבד משהו שיש בו סימן הוא לא יתייאש אף פעם- יש סימן, זה דבר ייחודי שלא נמצא אותו בכל מקום, יש עליו משהו שגם אם הוא אבד זה יכול לחזור אליו. אך אפילו אם יבוא האדם הספציפי שיגיד שיש לו סימן אך הוא עצמו התייאש, גם אם הוא עצמו אומר שהוא התייאש נלך לפי דעת רוב העולם, כזה שלא מתייאש שיש סימן. זה לא שאסור לקחת את האבידה- אלא המשמעות היא שהאדם רהים את החפץ לא הייתה לו ההנחה הסבירה להניח שהוא התייאש, כי הוא לא התייאש בגלל הסימן. כשיש סימן בחפץ.

יש חריג אחד- גם באבידות שיש בהן סימן- במקרה שזה אבד במקום שהסיכוי שזה יחזור מאוד נמוך, כמו למשל גאות הים. אם איבדתי חפץ סמוך לחוף הים, והגאות עלתה והחפץ נסחף- מה הסיכוי שזה יחזור? ולכן אפילו אם יש סימן במקרה הזה ההנחה היא שבעלי החפץ יתייאשו. במקרים שבהם הסיכוי שהחפץ יחזור אליו הוא נמוך מאוד, ואדם סביר יתייאש מזה.

אם הם לא חלוקים בדבר שיש בו סימן, הם נחלקים בדבר שאין לו סימן- אדם שאיבד את החפץ הוא לא ידע שהוא איבד, ולכן גם אם אין לו סימן, מבחינת האדם החפץ עדיין אצלו, הוא לא ויתר עליו והמשמעות היא שצריך להחזיר את הנכס גם אם הוא ללא סימן. אם הוא היה יודע שהחפת נופל הוא היה מתייאש. הגמרא הולכת לראש של האדם- והיא מכניסה לראש שאם היית יודע שזה נפל, היית מתייאש. זו שאלה האם צריך ידיעה ממשית או שלא.

ההלכה מעמידה את הפטור מהשבה בין סימן להיעדר סימן, והמודעות לאובדן החפץ- צריכה להיות מודעות כדי שנחיל על זה את הנחת הייאוש.

וזה לעומת החוק שמעמיד את הנחת הייאוש על ערך כספי. כשהגמרא בכלל לא מדברת עלה ערך- זה יכול להיות חפץ ששוויו זוטות.

ראינו כי בעקבות הדרישה של הנציגים הדתיים כן נכנס הנושא של פטור מייאוש- אך הנסיבות הן שונות לחלוטין הגמרא לא מדברת על אלמנט של זמן, שווי אלא מה הסבירות שהאדם יתייאש מהדבר הזה כשנקודת החיתוך בין סימן לא סימן, בנסיבות קיצוניות המודעות.

סיכום:

* החוק מדבר על ייאוש בעלי שתלוי בשווי החפץ וחלוף הזמן מאז קרות מקרה האבדה. רק במקרה זה ישנו פטור מהשבה.
* גמרא- ייאוש בעלים תלוי בקיומו של סימן בחפץ, וכן בנסיבות מיוחדות שבהן אנו משערים שהתייאש מחזרתו. רק בנסיבות אלה יהיה פטור מהשבה.

אנחנו רואות שגם בחוק השבת אבידה יש גם את עצם השם של החוק, עצם עניין החובה להשבת אבידה, וההבדלים הגדולים הם:

1. בהלכה חובת האבידה מורחבת- ברגע שראה חלה החובה להשיב ולא להתעלם ממנה, בעוד שבחוק זה מצומצם רק כשהאדם לקח את האבידה.
2. ההבדל השני זה בפטור מהעבירה- בין שווי הרכוש, לבין סימן והתייאשות סובייקטיבית של האובד.

הפעם נתמקד בדוגמא נוספת מהמשפט האזרחי ודוגמא מהתחום הפלילי.

1. **חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979**

אם אדם קיבל נכס או שירות או טובת הנאה באופן שלא מגיע לך, חובת השבה או שווי במקרים שזה לא אפשרי. זה יכול להיות במגוון של אופנים. יש מקרים שבהם בית המשפט רשאי לפתור מההשבה הזאת, מקרים שרואים כי לא סביר לחייב השבה, אך ברירת המחדל היא חובת השבה.

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979

חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

פטור מהשבה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

ניכוי הוצאות

2. הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכיה.

המבוא להצעת החוק

במבוא להצעת החוק הצהירו שצורה מפורשת שהחוק נחקק לפי גישת המשפט העברי וזה לא משהו שבהכרח מוצאים בכל חקיקה אחרת, אלא דבר שהולך בעקבות המשפט העביר שעוסק בזכויות שמגיעות שלא כדין בהשבתן. יש פה נורמה חברתית שהיא מעבר, לפנים משורת הדין בין אדם לחברו- מקום שאין חוק אחר שמחייב להחזיר ובכל זאת יש פה דבר צורם שכן מזמין נורמה מוסרית מעבר.

במקרים של עבודה לטובת האחר שגרמה להצלתו, החוק מחייב השבה למרות שאף אחד לא ביקש ממנו את הכסף הזה, אף אחד לא ביקש לעבוד בגין זה, אין שום מסגרת חוקית אחרת המחייבת להשיב, אך החוק הזה מעלה את הרף המוסרי.

זרח ורהפטיג

ציפינו שוהרפטיג ישמח מהצעת החוק, אבל שוב זה לא קורה. הוא אומר שזה נשמע שם שלקוח מהמקורות היהודיים, אבל הוא אומר שזה ממש שיבוש לחלוטין של השם. היה לו חשוב להתחיל בעניין השם, שכן זה העתקה של שם החוק מהמשפט האנגלי עם הלבשה על ציטוט מירמיהו. הוא מתעכב על זה כי השם זה אחד הרכבים החשובים בחוק- כי לפי השם מפרשים את החוק. החוק מדבר על עשיית עושר ולא במשפט, על גזל ועל חמס- על נבואת פורענות שהיה המצב ביהודה, והצעתה חקו מדברת על היפוך הגמור- שאדם מתעשר שלא כרצונו ואין לקרוא לו שודד אלא לחבק אותו.

נראה סוגיות שונות של התעשרות שלא כצדק או העשרה של האחר המחייבת תגובה, ומתוך הסוגיות האלה יש כל מיני רעיונות שיכלו לקרוא לו בשם יותר תואם:

סוגיית זה נהנה וזה לא חסר

הסוגייה הבסיסית בגמרא – מקום עומד שומם בלי שמישהו גר בו, ומישהו נכנס לגור שם בלי שהוא עדכן את הבעלים, אין הסכם שכירות והשאלה האם הוא צריך לשלם- לכאורה אף אחד לא מפסיד שום דבר, החצר בכלל לא עומדת להשכרה וזה חצר שהבעלים שלה בכלל לא מתכוון להשכיר אותה, והיה לדר צורך להיכנס לדירה שם. אין פה לא הנאה ולא חסר מבעלי החצר- אין פה אף אחד שהפסיד. אם זו חצר שעומדת לשכר וחצר שבאמת משכירים אותה, ואדם שצריך מקום מגורים- זה רוצה להרוויח מהחצר להשכרה, והשני פלש למקום בלי תשלום, ולכן יש פה אחד נהנה ולאחר חסר. אף במקרה הראשון שהאדם לא מעמיד את החצר להשכרה וזה עומד שם סתם ריק, ומי שנכנס לשם הוא כן נהנה מזה- הוא נהנה כי הוא צריך את מקום המגורים והשני לא חסר כי הוא לא התכוון להשכיר.

אז מהם שני הצדדים- אפשר להסתכל על זה מצד חסרון בעל החצר, שמילא בעל הנכס לא הפסיד ממילא, אם הוא לא תכנן להרוויח על המקום הזה אז למה שישלם. או שבעל החצר אומר כי הוא נהנה למרות שלא התכוון להשכיר את החצר, הוא נהנה מרכוש שלו ומשטח שלו ולכן הוא צריך לשלם. מצד אחד הגיוני לפטור והמצד השני לחייב- בכל מקום היה משלם על כזה שירות של מגורים בחצר.

שולחן ערוך מפרט לנו עוד יותר במה מדובר- אבל בכללי היא קובעת שאם אדם לא התכוון להשכיר את הנכס שלו היא הולכת לצד המגורר, שאם לא היה שום חיסרון לבעל הנכס, אז מי שגר שם לא חייב לשלם- הצד השני בכלל לא התכוון להרוויח על הדבר הזה. ובהלכה יש ההסתייגויות מאוד ברורות באיזה מקרה מדובר:

* ברגע שבעל הדירה גילה את דעתו שלא מכון שיהיו בשטח שלו ואדם נשאר, אז הוא חייב לשלם. כי ברגע שהוא גילה את דעתו ואמר שלא נוח לו עם זה וזה פוגע בו בצורה כזו או אחרת אז לא צריך להסכים שהוא יגור שם. גילוי דעת זה לא בתוך הגדר של זה נהנה וזה חסר.
* אם הוא תכנן בכלל להרוויח מזה משהו אז כמובן שלא.
* ההנחה הבסיסית שאדם לא מחזיק נכס ריק סתם וכל אדם רוצה להרוויח ממה שעומד לרשותו. גם אם מעולם לא השכירו את הדירה, ההנחה היא שכולם ירצו להשכיר את השטח.
* במקרה של אי תשלום זה רק במקרה שאין שום נזק לנכס- כשאדם נכנס לבית מטבע הדברים הוא גורם לבלאי ולכן אם מוכיחים שהיה נזק קטן מגלגלים את כל דמי השכירות כי זה כרב לא העניין שאין פה חיסרון.

התאמה לחוק

החוק בגדול הולך לכיוון של זה נהנה וזה לא חסר- אם מישהו קיבל משהו הוא צריך להשיב, אך ס' 2 זה מה שמקביל אלינו- מישהו זכה במשהו ולא גרם לחיסרון לצד השני. יש פה הליכה לכיוון של ההלכה אך יש מתן סמכות רחבה לבתי המשפט- יש כאן זכייה שלא כרוכה בחיסרון המזכה- שלפחות בהלכה יש קריטריונים, היא נותנת כלים הרבה יותר מפורטים מתי חל הכלל ומתי לא, בעוד שפה נקבע כלל כללי וההחלטה של בית המשפט איך לפרט אותו. לדעת שפרה היה פה פספוס מלתת עוד כמה כללים, לדוגמא:

* אם ראה בית המשפט חסרון אפילו קטן למזכה, יחייב את הזוכה בתשלום.
* אם המזכה הכריז מראש שאינו מסכים לשימוש בנכס, לא יחול פטור זה
* ישנם נכנסים חזקה לכך שהם מיועדים להשכרה, ובמקרה זה לא יינתן הפטור.

עושה סחורה בפרתו של חברו

עוד סוגיה מעניינת בהקשר של זה נהנה וזה לא חסר, רק בעניין של השכרת נכסים- עושה סחורה בפרתו של חברו. יש פה שלושה אנשים: 1. הבעלים של הפרה, 2. אדם שככר ושילם להשתמש בפרה, 3. אותו אדם ששכר העביר אותה למי ששואל ממנו את הפרה. מה הדין של שוכר במקרה שהפרה מתה אצלו? כשזה מתה כדרכה כלומר יכלה למות באותה מידה גם אצל בעלים, גם השומר שכר פטור במקרה כזה- כי זה לא משנה אם היה אצל השוכר או לא, אבל אצל השואל יש אחריות כמעט מוחלטת. לכן יוצא שהשואל חייב לשלם על הפרה לשוכר, והשוכר לא חייב לשלם לבעלים.

לא הגיוני שהתשלום בגין שווי הפרה יעבור לשוכר, אלא זה צריך לעבור לבעלים. גם פה לא הייתה פלישה או עוולה מסוימת- פשוט נכס הגיע אליו, ועל פניו מבחינת חוש הצדק הבסיסי זה קורה והבעלים לקח בחשבון שהיא יכלה למות אצל השוכר, אבל למה שהשוכר יקבל את התשלום על הפרה- הפרה לא שלך אז למה שתקבל את הפיצוי עליה? הגיוני שהבעלים ייהנו מפירותיו על הנכס שלו ולא השוכר. ולכן נקבע בהלכה על פי יוסי שלמרות שכל ההסכמים החוזיים ודיני שומרים, על פניו השוכר יכול לקחת את הכסף אבל יש לפני משורת הדין- שלקחת דבר על חשבון רכוש של חברך ולכן הפיצוי יעבור אל הבעלים.

המשך חוק עשיית עושר ולא במשפט

ראינו שתי סוגיות של נהנה ולא חסר- או כזה לא הזיק לנכס או כזה שהרוויח על גבו של חברו. החלק השני של החוק הולך לכיוון אחר לגמרי- שזה מישהו שעשה משהו אקטיבי לטובת החבר והינה אותו וגרם רווח. זה לא דבר שקרה אלא דבר אקטיבי.

יש למשל פרדס עם תפוזים ואף אחד לא מטפל בהם, החברה נכנס לפרדס וקוטפת את התפוזים בשבילי למרות שלא ביקשתי את זה. לא ביקשתי ואין בנינו חוזה אבל בסופו שלד בר הרווחתי מהפעולה של החברה.

יורד לנכסי חברו

רבה אומר שמשלמים רק את ההוצאות שהוציא זה שעבד בשדה או את הרווח- אם הרווח קטן בהוצאות אז תשלם רק את הדווח, בכל מקרה לא תשלם יותר ממה שקיבלת מהפירות.

הרב שמואל אומר לשלם כמו פועל בלי קשר לכמה הוא הוציא ולכמה הוא הרוויח.

והרב פפה מנסה להסביר את ההבדל ביניהם- שאין ביניהם הבדל אלא מדברים על שני מקרים שונים- בין שדה שעומד לעבודה ובין שדה שלא. במקרה כזה צריך לשלם מהרווחים ולדעתו שמואל מדבר על שדה שעומד לנטיעה.

יכול להיות שניהם מדברים על שדה שלא עשוי ליטע.

גם לפי שמואל אפשר להבין שאם השדה לא עשוי ליטע- כלומר מישהו עבד, גם בשדה שלא עשוי ליטע ישלמו לו על העבודה שלו, אך הרב פפה מסביר שנותנים לו רק את ההוצאות או את כמה שהרוויחו. משלמים לו כמו פועל, אותו תשלום שהייתי נותנת לפועל אז ככה הייתי משלמת- לא על ההוצאות, ההכנסות וכו אלא שכר. רק בשדה שעשוי ליטע הייתי משלמת על פועלים, ובשדה שלא עשוייה ליטע אקזז מהרווחים שלה את ההוצאות שהוציאו. יש מצב שאפילו בשדה שלא עשוייה ליטע ישלמו לו על עבודתו.

איך זה משתלב עם החוק? החוק לחלוטין לא לוקח את הכיוון של הרב שמואל של תשלום שכר- יש פה עידוד לעזור לחבר, אם עזרתי לחבר לפחות לא אפסיד מזה, אבל האם זה עידוד מקבמילי שלא רק להפסיד אלא להרוויח כמו פועל? החוק לא עושה את הצעד הזה שההלכה עשתה.

זרח ורהפטיג

נכון שהחוק לא הלך את כל הצעד עד להלכה אך הוא כן נתן עידוד גדול לעבוד לטובת חברים- הגישה המשפטית בעולם כולו שאם הוצאת כסך זה עניינך, אם הוצאתי כסף לעזור לאדם זה בעיה שלי. אז פה יש ערבות שלא קיימת בעולם- רוצים שאדם יעזור לחברו לא רק במקרים של אובדן נפש אלא גם רכוש ורווח, אם הוא צריך להוציא כסף לטובת חברו, צריך לתת לו לפחות את הוודאות וביטחון שהוא יקבל את השיפוי. זה נורמה מעבר לחוק- אף אחד לא הכריח, אין פה חוזה, ועדיין אם הוצאת כסף ועזרת אז לפחות תחזיר את ההוצאות ואם לא יותר.

אמנון רבינשטיין

מהמקום החברתי של עידוד עזרה לזולת- נרצה שאדם יסתכל מסביב, יראה מה צריך ולא יהיה שקוע בתוך עולמו. לא נלך בעידוד- כמו ההלכה בתשלום עבודת שוכר, אלא לפחות באי הרתעה. זה דבר שהולך הרבה לפנים משורת הדין- אף אחד לא אמר לעשות את זה ורוצים לעזור אבל משפים על זה, ושוב יש פה פער כי פה לפחות לדעת שמואל היה מקבל שכר עבודה, בוודאי במקום שהוא היה רוצה את זה באופן מובהק כמו הצלת רכוש.

**השפעת המשפט העברי בתחום הפלילי**

עד כה החוק הישראלי מסתכל באופן מאוד מינורי על המשפט העברי כמקור השפעה והוא דחף אותו לסוף חוק יסודות המשפט, בכל זאת המשפט העברי נשאר בתוך התחום המצומצם של בתי הדין, שמי שמשתמש במשפט העברי הם הרבנים. נראה איך אפשר לנצל את המשפט העברי בתוך תחום המשפט המודרני וזאת בתחום הפלילי.

1. **סעיפים 290-297 לחוק העונשין (עבירות שוחד)**

בסוף שנות ה70 שחוקק חוק העונשין הגדול, התיקון של עבירות שוחד נכנס לתוך החוק הגדול.

הנוסח המקורי

החוק בעצם כלל גם את הנותן וגם את לוקח השוחד כמואשמים בעבירה פלילית. מה דומה בחוק למשפט העברי? כמובן שמו, זה נוסח על דברי הנביא שלא אוהב שוחד ורדף שלמנים- זה נבואת פורענות מדוע ירושלים תיחרב, זה מכיוון שלקחו שוחד. כבר בתורה מדובר על שוחד שדיינים אסור להם לקחת, ועל זה התבססו בהצעת החוק כתיקון שמדינת ישראל מנסה למגר את השוחד.

מה שונה? העבירה הפלילית היא לא רק כלפי מקבל השוחד אלא גם נותן השוחד, ובחוק מנדטורי המקורי נותן השוחד לא הוגדר כעובר עבירה פלילית אלא רק המקבל. וכבר אז, לפני שהשוחד היה נפוץ במקומות האחרים, בעקבות ההלכה נקבע בחוק ששני הצדדים לוקטים בעבירה פלילית. כפי שהרמב"ם אמר- גם הנותן עושה עבירה של להסית ולהדיח לקבל את השוחד ולכן גם הוא נכלל בהגדרה של שוחד. הרמב"ם מתייחס לדיין כי זו האוטוריטה הגבוהה ביותר שראה, אך הכוונה היא לכלל אדם שמכהן בתפקיד ציבורי.   
גם שו"ע- נכון שבהלכה הנותן לא מוגדר כעובר עבירת שוחד, הוא לא עובר לא תעשה של איסור קבלת שוחד, אבל מגדירים אותו כעובר עבירה לא פלילית אלא מוסרית של הסתה והסחה.

רואים פה גם את נקודת הדמיון בשם החוק, והכללת הדין הפלילי גם על הנותן וגם על המקבל.

הרמב"ם וס' 4 לחוק- מהו שוחד?

הגמרא נותנת מקרים יותר מפורטים שממחישים את השוחד, בעוד השחוק נותן אמירה כללית מהו שוחד.

* השוחד לא חייב להיות בדמות כסף אלא גם באמצעות שירות\סיוע או כל טובת הנאה- זה יכול כסף, שווה כסף, שירות, טובת הנאה- יכול להיות מגוון של דברים שיכול להביא להטיית השוחד. אפילו הפעולה הקטנה הזו של הסיוע- מדברים על מצב שכבר יש דין, כלומר הולכים לכיוון שכבר שיש דין ונותנים לו את השוחד. או במקרה אחר, מלכתחילה, אפילו לפני שיש דין מנסים לשחד כדי שהדיין יהיה לטובת אדם, וזה שוחד כללי לאו דווקא לדבר מסוים. אפילו במתנה כללית ולא בהקשר ספציפי, גם זה עשוי להיחשב כשוחד. ואפילו מעשה שנעשה ממילא אך הוא נעשה באופן מהיר, מפנק, או קרוב למועד מסוים גם זה עשוי להיות שוחד.
* השוחד הוא לא רק למען פעולה ספציפית אלא לגבי כל סוגי שינוי התנהגות- העניין הזה שהוא מגדל השררה- כלומר מגדל את שררתו במכוון כדי להיות בהשפעה ושהוא יוכל לקחת בה את השוחד.
* מספיק שהשוחד יגרום למשוא פנים גם אם לא בהכרח ניתן להצביע על שינוי התנהגות אצל הדיין.
* שוחד גם לטובת אחרים- לא חייב להיות דווקא בעד עצמו אלא גם בעד אחרים.
* הפעולה עדיין נחשבת לשוחד גם אם זו פעולה שנעשית בין כה וכה.
* גם במקרה שהשוחד ניתן על פעולה שעובד הציבור חייב לעשותה.

מספיק שהשוחד יגרום למשוא פנים- גם אם לא יודעים ספציפית שיהיה פה דבר ספציפי של שינוי בדין, איזושהי נטייה. רואים פה לא מעט השוואות ודמיונות ובעיקר אפילו הדבר הקטן ביותר, אלו הגדרות מאוד מדויקות אפילו הדברים הכי קטנים (להוריד לכלוך קטן) יש פה החמרה בשביל להתרחק ושעל החוק לא תהיה הטיה. זה הולך ברוח שלא יהיה אפילו החשד הכי קטן של שוחד, מה שלא דבר מובן מאליו שכן היה ניתן לפרש בצורה מאוד מצומצמת של מהו שוחד, ופה ניתנה פרשנות מרחיבה שמנסה לכסות את כל ההיבטים של השוחד.

מסכת כתובות

נקודה שחסרה אצל הרמב"ם אך כן בולטת במסכת כתובות. אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב- אדם לקח שוחד אבל בכל מקרה האדם היה עושה את זה. אפילו בדבר שבעל השררה היה עושה ממילא גם על זה יחשב שוחד. גם אם זה לא יוביל לתוצאה שגויה ובעייתית, לקיחת השוחד עצמה היא בעייתית. מה שמפריע לנו שזה האדם לא התנהג בצורה ראויה, ולא התוצאה- כלומר עצם המוכנות לקחת היא שגויה.

שוני מהחוק

מוצאים הבדל מאוד משמעותי כי בדין העברי יש שני מסלולים מקבילים- יש את המישור המוסרי של מתן השוחד, ומהצד השני הכסף הוא של הנותן, ולכן ברגע שתפסנו את העסקה הוא לא יקבל את הכסף ששילם, אם גילינו הוא לא קיבל את התמורה שעליה הוא שילם ולכן יש להחזיר לו את הכסף. כלומר זה במישור הממוני- אם נותן השוחד תובע את מקבל השוחד בכך שהוא שילם, אך לא קיבל את השירות, אז מבחינה ממונית הוא זכאי בחזרה לכספו מה שכמובן לא התקבל בדין הישראלי- הכסף לא יוחזר. המחשבה היא שהוא היה לא בסדר, הוא יזם את המזימה הזאת ולכן הוא צריך להיענש על מעשיו ע"י אי החזרת הכסף. הרמב"ם בוחר להכניס לתוך הדינים לכך שהכף חוזר אל הנותן, בעוד שבדין הפלילי אין אמירה כזאת. בתוך כל המכלול השיקולים הרמב"ם אומר שיש להחזיר את הכסף, ובחוק הפלילי לא נותנים את האופציה לכך שהכסף חוזר בכל מקרה ולכן זה אולי מבטא כיוון של תפיסת העבירה בהלכה- העבירה חמורה אבל בסוף את הכסף צריך לבחון למי הוא שייך.

**השפעת המשפט העברי על הפסיקה**

בדרך כלל השפעת המשפט העברי על הפסיקה היא מועטה. שכן, זה לא סוד ששופטים רבים אחרי שהם כבר מגיעים למסקנה וממילא הולכים לכיוון מסוים, רק אז לוקחים את המשפט העברי ומוסיפים אותו לפס"ד כתמיכה בהכרעה. וקשה מאוד למצוא מקרה, המשפט העברי הוא זה שהכריע והראה את האיזונים והשיקולים הראויים בסוגיה הנידונה.

1. **השוויון בחינוך- שמשון ג'קלין ואח' נ' משרד החינוך**

פסיקה שניתנה בשניים האחרונות, הטענה הייתה שבמדינת ישראל לא מתקיים שוויון בחינוך, משום שמדינת ישראל מאפשרת חינוך פרטי. לא ניתן להגיד שמתקיים שוויוני חינם כי להורים שלהם יש את הכסף שלהם על החינוך הם משלמים אלפי שקלים בחודש ומקבלים בתמורה חינוך ברמה גבוהה עם ערכים מסוימים וכו, וזאת להורים שלהם אין את היכולת הזו, וילדיהם מקבלים חינוך חינם אך ברמה הרבה יותר נמוכה.

אז בעצם מתנגשים פה כמה ערכים:

* מצד אחד עומד ערך השוויון
* מצד שני זכות ההורים על חינוך ילדיהם
* מצד שלישי הצורך במצוינות- מדינה שרוצה להיות בעלת חוסן צריכה אנשים מצוינים שיובילו אותה ולכן אם נשמוט את החינוך המיוחד והיקר הזה גם נשמוט את האופציה הזו.

העתירה נדחתה.אך היה קושי להכריע משום שאומנם יש את חוק חינוך חובה הקובע שחינוך יהיה חינם- אך הוא קובע חוק מסגרת, והבעיה היא שאין דבר בחוק שמכריע באיזון שבין מצוינות, זכות הורים, חובת המדינה. לכן, בעתירה הזו נכנס המקום של עולם ערכי, וזאת בניגוד לפסקי דין אחרים שיש חקיקה ברורה, פה הגיע מקרה גם תקדימי וגם שמצריך לאזן בין תפיסות עולם וערכים. לכן השימוש במשפט העברי מראה שיש יכולת להכריע במקומות שהחוק חסר והדיון ערכי.

**השופט מינץ**

הוא השופט שהתייחס למשפט העברי. מהם האיזונים שהוא לומד מהמשפט העברי?

בבא בתרא

הוא הולך לסיפור הידוע של רבי יהושע שהא זה שייסד את בתי הספר הציבוריים. בהתחלה אנשים היו לומדים בבית- מי שיש לו אב למד בבית ומי שלא לא היה לומד בבית. מדובר אחרי המרד ברומאים, מדברים על מציאות שיש לא מעט ילדים שאין להם אב שילמד אותם. לא רק האבות חייבים ללמד אלא כל הציבור בכללותו חייב בחינוך. זה לא פתר את הבעיה להקים בית ספר ציבורי בירושלים כי זה היה מאוד לא נגיש- בית הספר היה רק בירושלים, ולכן מי שלא עלה בידו את הכסף והרכוש לשלם על כך והגעתו של הילד לבית הספר, לא שלחו אותו. כך שגם ככה רק העשירים שוב יכלו לשלוח את הילדים לבית הספר. פה לא מתארת החובה אלא תיאור המציאות- הוא מסתכל ורואה שמי שאין לו אב לא לומד. הקימו בירושלים ועדיין מי שלא היה לו אב לא נשלח לירושלים. ולכן התחילו להקים בתי ספר בכל מקום ומקום, אבל אז הם היו מגיעים בגיל נוער שהם היו עצמאים ויכלו ללכת- שבגיל הזה הם מרדנים ועקשנים. ולכן הם גם פתחו פער בלימודים וגם אם זה לא בא להם טוב הם הלכו ויצאו. משום כך החליטו להקים בתי ספר במקומות קטנים יותר ולכן יכלו לשלוח אותם בגיל יותר צעיר, ובגיל הזה הם גם לא פתחו פערים וגם יכלו ללמד אותן בשל הנכונות ללמוד ומשמעת. זה התיקון של יהושע בן גבאי.

מה המשמעות של הדבר הזה?

הסיפור הזה עדיין לא נותן אינדיקציה, לא הבנו מה המשקל שיש לתת בין חובת החינוך לחינוך ההורים: מצד אחד, החובה מוטלת על ההורים מצד שני יש חובה על הציבור ללמד.

שולחן ערוך

רואים את השיוויון- גם ילד שרואים ששום דבר לא נכנס והוא לא מצליח ללמוד, גם אז לא שולחים אותו אלא משאירים אותו עם חבריו שאולי משהו בהמשך יכנס. זה חינוך לכולם- גם מי שלא מצפים שיוכל להפיק מזה את מה שהוא יכול.

אנחנו עדיין מדברות על שני ערכים שלא יודעים להכריע ביניהם מה גובר- מצד אחד החובה מוטלת על ההורים לחינוך ילדיהם, והמצד שני מוטלת על הציבור להקים מסודות ציבוריים ועוד לא יודעים מה קורה שיש התנגשות.

תלמוד הירושלמי

יש שני כיוונים שונים לנושא של חובה הציבורית לעומת החובה האישית.

התלמוד הירושלמי עוסק בשאלה מתי מתחילה חבות דייר חדש בעיר לשלם מיסים לצרכים שונים. מגיע דייר חדש לעיר ורוצים לחייב אותו במסים והשאלה מתי לעשות את זה. לא רוצים מיד להפיל עליו את הכל, ולכן נקבע כי תוך 30 יום נחייב עליו את הצדקה למזון לעניים- כי זה דבר דחוף ובסיסי. למסים של הגנה על העיר, כסף לצדקה מעבר לאוכל הבסיסי- 12 חודש. ומעבר לזה הגמרא קובעת כי גם אחרי 12 חודש משלמים על סופרים ומשנים- שזה בגדר הדבר החיוניים לשלם עליהם. הגמרא משווה אל המס של הביטחון לבין צדקה של סופרים ומשנים- כותבי ספרי תורה והמלמדים. הגמרא הירושלמית קובעת באופן מפורש חובת מס ומיסוי ברורה שכל מי שמתגורר בעיר חייב לשלם מס לעיר, רק אחרי שנה- כי אז ידוע שהוא גר קבע.

זה צד אחד- חובה מאוד ברורה של הציבור לשלם ולממן, להחזיק את המערכת.

לחם משנה

מצד שני יש דעה מפתיעה של לחם משנה- שם הוא אומר כי אולי חשבנו שכל הציבור חייב לממן בתי ספר, זה מוציא מידי ההורים את החובה בסיסית שלהם- לא. זה שהציבור לקח לא מוציא את ידי חובת האב, האב בעצמו חייב ללמד. ההתחלה הייתה שאדם שיכול לשלם כסף או היה ידוע חייב לחנך את בנו, ומי שלא יכל ולא ידע והוא פטור מהמצווה. מה בעצם עשתה התקנה? היא החזיקה את החיוב על ההורים והגבירה אותה. כי התקנה בעצם הוזילה את היכולת לממן את הלימוד. מה שבעצם מחדש לחם משנה, הוא שאומר כי התקנה לא נועדה להוריד את החיוב מההורים ואת החובה שלהם להשתתף בחינוך ילדיהם, להפך, קודם לכן מי שהיה לו כסף היה פטור, אלא בזכות התקנה החינוך הפך להיות יותר זול וזה מחזיר את החובה אל ההורים לחנך את ילדיהם. תעשו את המאמץ למצוא את הסכום הקטן שבזכות רבי יהושע קטן מאוד ותהיו שותפים מזה. כלומר התקנה לא לקחה את החבות אלא מסייעת להם למלא את חובתם בצורה רוחבית יותר.

חידושי הריטב"א

לא צריך להביא את התינוקות לקחת מאחד ולהביא לאחר. זו בדיוק התקנה של שיהיו מחנכים בכל עיר ועיר ושלא יצטרכו להעביר ילדים ממקום למקום. הרי זה פשוט, כי זו בדיוק הייתה התקנה. אז מה הרבא מחדש שמזיזים תינוקות מעיר לעיר? הסברה של רבא באה לחדש שאפילו אם אין 25 תינוקות, בבית ספר יסודי. מ25 ל30 היכולת של מחנך להגיע לילדים זה אחרת, הריטבא קבע ש25 ילדים זה הגג. 25 ילדים זה הכיתה, ומה שהתכוון רבא להגיד שאפילו שאם אין את המספר המינימום או המקסימום לכיתה- 25, עדיין שוכרים מחנך.   
האבות יכולים להכריח את הקהילה להשקיע משלה גם אם אין 25 ילדים. אם אין 25 ילדים זה אומר שאין מספר בתי אב שיכסו את העלות של ההורים, ולכן יכולים להכריח את הקהילה לכסות את החלק שלהם ואת השאר הם ישלמו. החבות הבסיסית היסודית היא על ההורים- ברור שההורים משלמים מה שהם יכולים כדי לקיים את המערכת, אבל אם אין מספיק כסף, המערכת הציבורית והיא משלימה. לכן החבות לא הוצאה מידי ההורים, אלא המערכת הציבורית היא ברקע כדי לתמוך בזה שזה התקיים. לא נרצה מצד אחד שילדים יצטרכו ללכת מעיר לעיר ומהצד השני לא נוכל להכריח לשלם את ההורים לשלם אם אין להם. רוצים לדאוג שלילדים הצעירים תהיה המערכת, אבל מה שצמוד פה זה האחריות המשותפת- קודם כל חובת ההורים ואחר כך הציבור שמשלים את זה. לכאורה ניתן לפרש שאין אחריות הורית כי הציבור לקח על עצמו, אך המקור מחדש בכך שהוא סותר את הפרשנות הזאת- שהאחריות נשארת על ההורים, וגם אם זה פחות מ25 ילדים הציבור צריך לדאוג.

הרב פינשטיין

הרב פיינשטין מנסה להגיע לאיזון בשאלה איפה ההורים ואיפה הציבור.   
יש פה דאגה לעניים ולכאלה שהאב מסרב לשלם מסיבות כאלה או אחרות. הוא מצטט את הפרשה מהגמרא, המלמדים צריכים את הביטחון שהם באים ללמד שיהיה גוף שיממן את זה. לא בהכרח כל אב יכול או ירצה לשלם ויכול להיות שישלמו ילדים בתחילת השנה ואז יחליטו שהם עוזבים את המערכת בסוף השנה, ואז מה יעשו במהלך כל השנה?   
כל מה שהתקנה באה להגיד, זה לתת איזשהו גיבוי מאחורה, שהמלמדים ידעו שיש רשות ציבורית שלוקחת את האחריות על המשכורת שלהם. גם מי שהולך על תקנת הציבור של בן גמלא, זה לא שאחריות של בני העיר פוטרת את ההורים מהתשלום והחובה הבסיסית שלהם, אלא שיש פה דבר מגבש- שהפרנסים יבואו וייקחו את הכסף אם לא ריצו לשלם, או לתת ערבות שאם אין מספיק כסף ישלמו. זה בא לפתור כל מיני חששות, בעיות, גיבוי כלכלי ולתת פתרונות למי שלא יכול לשלם, אך הוא מדגיש כי על כל פנים יש חובה על ההורים להיות אחראים באופן בסיסי על חינוך ילדיהם, התקנה הזאת לא ביטלה את החיוב הזה של ההורים לחנך את ילדיהם. זאת אומרת ההורים גם מחויבים במקרה שיש לילדים יכולת לימוד יותר גבוהה לשכור מלמד גם מעבר לחינוך הבסיסי, לימוד למצוינות, אנשים צריכים להיות גם להיות אחראים על חינוך ילדיהם וגם לתרום למערכת הציבורית שתוכל לסבסד גם למי שאין לו. זאת אומרת הוא מחדד פה הרב פיינשטיין שאל להורים לחשוב שבזה שהם שלחו ילדים למערכת החובה ירדה מהם. יש להם אחריות גם לממן וגם במקרה שהמערכת הציבורית לא מפתחת מספיק את הילד, האחריות עדיין בידיהם.

דחיית העתירה

מכל המקורות האלה, השופט מינץ החליט לדחות את העתירה. הוא מבין את הצורך בשוויון, והחובה שמערכת הציבורית לקחה על עצמה, ועדיין החובה נשארת בידי ההורים, ולכן הוא לא יכול לקחת את החובה והזכות של ההורים לחנך את ילדיהם. הם לא יכולים לקחת מידי ההורים את המקום זה והוא קובע את האיזון הנכון.   
הוא נתן רוח גבית לעותרים בכל שהם צודקים שהמוטיבציה הזו שרף החינוך יעלה בכל מקום ולא יהיה נחלתם של רק אלה שיכולים לשלם, ולכן הוא פטר את העותרים מהוצאות. זה עדיף לדחוף את משרד החינוך מתוך עצמן ליוזמות למצוינות במקום שההורים לא יכולים להשקיע. יש חשיבות לעתירה לדחוף את משרד החינוך להשקיע בעצמו אבל לא לקחת מההורים את חובתם וזכותם לחינוך ילדיהם. המערכת היא רק גיבוי אחורי ואין בזה לבטל את תפקידם של ההורים. דומה מאוד לרב פיינשטיין. רואים את האיזון בין הערכים, נקבע במידה מרובה של התפיסה היהודית.

1. **זכויות יוצרים- Nestle Produits des Societe נ' אספרסו קלאב בע"מ**

החברה הבינלאומית לקפה נספרסו, תבעה חברה ישראלית, אספרסו, שעשתה איזשהו תשדיר שמתכתב עם תשדיר של נספרסו העולמית. יש שיח בין הפרסומות ואז נספרסו תבעה את אספרסו במחוזי בגין מספר עילות:

* התעשרות שלא כדין
* גניבת עין- סימן מסחרי לא רשום שהוא מוכר היטב.
* דילול מוניטין
* הפרת סימן מסחר
* הפרת זכויות יוצרים

הטענות נטענו במחוזי, והמחוזי בעצם דחה את התביעה וזה הגיע לעליון. מי שכתב את פס"ד הוא השופט הנדל, ששאר השופטים הצטרפו אליו.

הטענה: הרי זאת לא אותה פרסומת, אותה עלילה, לא אותו מלל, אז האם יש פה העתקה ופגיעה בזכויות יוצרים?

* השימוש בכפיל של קלוני הפר את הזכויות שיש למערערות בדמות שמגלם קלוני בפרסומות שלהן – דמות בדיונית של כוכב קולנוע שנופל קרבן לכוכבות של עצמו.
* השימוש בכפילו של קלוני הוא בגדר "נטילת המהות" של הדמות שמשחק קלוני בפרסומות לנספרסו, דמות שהיא "חלק ממארג האסוציאציות החובק את המותג נספרסו".

קולני הוא בעצם מסמל את הקפה בעצמו ושלוקחים אותו מנסים לחקות ולדמות אותו.

* שנית, נטען להפרת זכויות היוצרים שיש להן בפרסומות כמכלול, על רכיביהן השונים. בהקשר זה הצביעו המערערות על היבטים שונים בפרסומת של אספרסו שנלקחו מהפרסומות של המערערות, כגון התפאורה, המוזיקה ועוד.

זה לא רק את הדמות המסמלת את הקפה, אלא את כל ההיבטים האחרים של מוזיקה, תפאורה, רקע, החנות עצמה.

זה לא אחד לאחד, לא אותה פרסומת ולא מדובר בהעתקה ממש, אבל אולי מדובר ביצירה נגזרת? יש פה יצירה אחרת שנשענת על היצירה האחרת ומתכתב איתה.

**האם פרודיה היא יצירה נגזרת?**

מהי יצירה נגזרת?

ס' 16 לחוק זכויות יוצרים: "*עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד".*

קודם כל כשבית המשפט מנתח את המקרה הוא מדבר על יצירה נגזרת, המבוססת על יצירה אחרת, כי אנחנו רואות שיש שוני ביצירה, זו יצירה מקורית ואל העתקה של הפרסומת הקודמת, יש פה משהו שמבוסס ולא ניתן להבין אתה פרסומת החדשה אם לא מבינים את הפרסומת הישנה.

חוק זכויות יוצרים מגן על יצירה נגזרת, וקובע כי ס' 11: *זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן... (6) עשיית יצירה נגזרת...*

לכאורה יש איסור לעשות יצירה נגזרת על בסיס יצירה חדשה, ורק ליוצר עצמו מותר לעשות יצירה הנגזרת על היצירה הקודמת.  
כן יש פה פרסומת היושבת על הפרסומת הקודמת- לוקחת מוטיבים, מתבססת עליה מבחינה אומנותית, צוחקת עליה וצריך להכיר את הפרסומת הקודמת בשביל להבין את החדשה ולכן מדובר ביצירה נגזרת. מתי כן ניתן להשתמש ביצירה נגזרת שהשימוש תחת הגנה של שימוש הוגן?

**ההגנה אינה מוחלטת**

ס' 19 קובע שמותר ביצירות מסוימות להשתמש לצורך שימוש הוגן. הס' מגדיר כי שימוש הוגן ביצירה מותר:

1. שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, **ביקורת**, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.
2. (ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה:
   1. מטרת השימוש ואופיו;
   2. אופי היצירה שבה נעשה השימוש;
   3. היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;
   4. השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

יש פה את אופי השימוש וההוגנות של השימוש, צריך לראות האם השימוש המפר נכנס לתחת אחת מהגדרות ס' 19א וגם אם זה נכנס תחת ההגדרות, האם זה נעשה בצורה הוגנת, בצורה שאינה פוגעת ביוצר המקורי והיא מוצדקת לאור המטרות שלה. האם אפשר להכניס את הפרסומת תחת ההגנה של ביקורת?

**האם פרודיה תוגדר ביקורת?**

הפרסומת מרוקנת אותה מהתוכן המקורי שלה שכמה נפרסו טעים, הקפה מעולה וכדאי לשתות אותו. היא לוקחת את השחקן כדי להגכיח גם את הקפה ולתת את אלטרנטיבה לקפה זול יותר, עממי יותר וכו.

הנדל

הנדל אומר כי המחוקק בא בחוק זכויות היוצרים ואומר כי עצם קיומה של הביקורת היא מספיק חשובה כדי שנאפשר פגיעה זכויות היוצרים. יכלנו לחשוב על כל מיני דרכים אחרות כדי להביע ביקורות אבל המחוקק החליט שזו אחת הדרכים שכן נרצה לאפשר, גם אם נסתכן בפגיעה. פרודיה זה אמצעי ביקורת מאוד שנון וחד שהמחוקק רצה לאפשר אותו, כמובן בנסיבות הרלוונטית. למרות שבהגדרה המילונאית לא רואים ביקורת בתוך פרודיה, לא מובן שפרודיה רוצה להביא נימה ביקורתית על היצירה הקודמת.

השאלה המשפטית המרכזית שעומדת פה איך נבחין בין העתקה לבין פרודיה, ובאיזה אופן השימוש בפרודיה יחשב כשימוש הוגן?

טענת המערערת

המערערות טענו שהפרסומת היא לא ביקורת ופרודיה, כי אספרסו לא רצתה לבקר את נספרסו, אלא שאדם יראה את אספרסו ויחשוב על נספרסו, זה יצור זיקה ונחשבה על המותג הבינלאומי היוקרתי. דבר מאוד יוקרתי, זה כאילו בגיחוך אבל זה רוצה לייצר זיקה. תכליתה היא לא לבדל את שתי החברות אלא ליצור ביניהן דמיון ברור. זה בכלל לא פרודיה, זה לקחת את המרכיבים העיקריים של הפרסומת וליצור את הקונים את ההרגשה שגם אם קונים אספרסו, אז טועמים נספרסו.

**אמות המידה לבחינת יצירה נגזרת לגיטימית**

1. מבחן ההקשר- הביקורת\ הפרודיה צריכה להיות היסוד הדומיננטי ביצירה לפי מבחן ההקשר.
2. השוואה בין שתי היצירות- יש להתמקד בהשוואה בין שתי היצירות, המקור והיצירה החדשה המתיימרת להיות ביקורתית.
3. הקשר חברתי רחב- לעיתים מבחן ההקשר כולל בחינה של הקשר חברתי רחב, אך לרוב ניתן- כפי שכאן- להתמקד בשתי היצירות.
4. יצירה נוגדת, מגחיכה ומבקרת- יש לבחון בהתאם להקשר ולהשוואה בין שתי היצירות האם מדובר ביצירה מנגדת\ מגחיכה\ מבקרת, או שמא יש ניסיון העתקה והישענות על הצלחת היצירה הקודמת.
5. היסוד הדומיננטי ביצירה- יש לבחון מהו היסוד הדומיננטי ביצירה.

יש לבחון בהתאם להקשר ולהשוואה בין שתי היצירות, אם מדובר ביצירה נוגדת, מגחיכה, מבקרת. או שמא יש ניסון העתקה והשענות על הצלחת היצירה הקודמת. יש לבחון מהו היסוד הדומיננטי ביצירה. אין מנוס מהשוואה בין היצירות, ולפעמים גם ההקשר התרבותי ייתן את הבחנה מהו היסוד הדומיננטי והאם מדובר בהגחכה והישענות על המוטיבים החיוביים של המוניטין.

**זכויות יוצרים – כיצד מאזנים בין הערכים השונים?**

יש שתי נקודות בתחום של המשפט העברי, שתי נקודות השופט הנדל מתייחס אליהן:

1. הפרודיה במסורת היהודית האם היא נחשבת לביקורת ראויה שיש להגן עליה? המחוקק הגן על הביקורת בהבנה שיש בזה ערך חברתי, ולכן הנדל רוצה לבדוק האם גם במשפט העברי יש מקום שנתן ערך לשימוש בפרודיה, ויותר מזה הוא נכנס לעומק להיקף של זכויות יוצרים וההגנה של זכויות יוצרים במשפט העברי.
2. הוא מביא פסוק משמות יד, יא- שמתסכל עליו במבט הומוריסטי בספר שמות בתחילת המסע במדבר, עם ישראל פונה למשה רבינו שואלים לה הוציא אותם ממצרים, שהכול קשה, אין אוכל, אין ממה להתקיים, אומרים במן בדיחה שחסרים קברים במצרים שהוא הוציא אותם מהמדבר?

הירש שהיה אחד מפרשני המקרא של המאה ה19, הוא התייחס לפסוק כסוג של אירוניה. יש כל מיני נקודות מאוד קשות, דווקא בנקודת שפל היכולת להסתכל בהומור ולהסתכל בעיניים ציניות, זה דבר שנותן עוצמה וסוג של כוח. הוא מסכם ואומר כי המשפט העברי רואה בפרודיה כלי לגיטימי, חדשני, לביקורת המקדמת ערכים. קודם כל הוא קובע כי ליצירה הזאת יש ערך, חשיבות מקום, גם במשפט העברי. השימוש בכלים של הומור, להגכיח, הגזמה זה שימוש לגיטימי שהוגה המשפט העברי רואה בו שימוש יצירתי המוביל לתועלות חברתיות חיוביות, והיכולת להסתכל על מצב מסובך כמצב שאפשר לעבור אותו. הוא מפתח חשיבה חיובית לסוגה הזאת של הצירה.

**כיצד מגדיר המשפט העברי את הזכות?**

זה תחום שברור שלא היה, ההלכה במקור לא נתנה פרשנות לסוגיה הזאת כי היא לא הייתה קיימת כל עוד אין טכנולוגיה המאפשרת העתקה בהיקפים גדולים אז הבעיה לא עולה. ולכן זה מקום שההלכה והמשפט העברי נבחנים איך מגיבים לדבר שלא היה והתחדש, באיזה כלים הם ניגשים לבחון את הדבר הזה.

1. **זכות קניינית**

בדרך של סברה

שלושתם הולכים לכיוון דומה שהוא הכיוון הקנייני, יש פה זכות קניין והם מבססים אותה על היגיון פשוט- הרב נתנזון אומר כי פשוט שלאדם יש זכות במה שהוא יצר, יש יצירה של השכל וכפי שיש קניין בגוף כך יש בשכל.

הרב יוסף שאול נתנזון- היו כאלה שהעתיקו והפיצו על חשבון ההשקעה שלו, וזו הפעם הראשונה שהסוגייה מגיעה לפוסקים. יש לו זכות קניינית, יש לו בעלות על כך ולא צריך לנמק. והוא מתכוון לחקיקה הכללית- לא יכול להיות שבכל העולם רואים ומכירים בזכות היוצר כזכות קניינית והם לא יענו על כך. לכן אם כולם מכירים בזכות היוצר כזכות קניינית אז גם ההלכה צריכה. נתנזון מסתכל על זכות היוצר בדיוק כמו זכות קניינית בגוף, בדבר מוחשי ופיזי כך גם בקניין רוחני, זכות מופשטת יותר.

הרב וויס ממשיך את זה ואומר שלא צריך יותר מידי עוגנים ומקורות שניתן להתבסס עליהם, מאחר וזו הלכה פשוטה- לא משנה אם שמת את היד על רכוש פיזי שהוא שלך לבין מה שיצרת דבר חדש, שניהם נחשבים לקניין. הוא משווה את זה לאדם שגידל בחצר שלו דקל, שהרי הוא אף פעם לא קנה את הפירות אלא רק את העץ עצמו, ולכן כפי שהרוח היא שלו כך גם הפירות ולא צריך מעשה קניין מעבר לזה. כלומר היצירה היא דבר שנמצא מעבר למעשה הקניין.

שלושתם מבססים את זכות היוצרים כזכות קניין על בסיס סברה ולא יותר מזה.

הנדל מביא את הרב קוק, שהיה רב הוגה וכותב דבר המסביר את העומק של התפיסה הקניינית הזו. הוא אומר כי לאדם יש דמיון ושם יש לו את כל הקניין הרוחני שלו. אדם בשכל שלו, זה כלי שאליו הוא יוצק את פירות רוחו ועל ידי שכלו הוא יוצר דברים חדשים שהם נותנים ממשות לדברים המופשטים שנמצאים באוצר הדמיון. זה עומק שמביא לתפיסה הפשוטה שאדם יוצר זה הקניין שלו.

יש פוסקים שאתגרו את התפיסה הזאת, ואומרים מה זה פשוט- הם מכירים עקרונות בהלכה ומה שמוגדר קניין הוא קניין, ודרכי הקניין הם דרכי הקניין, ואדם זוכה בדבר מסוים על ידי פעולות מסוימות ואמצעים שבאמצעותם רוכשים קניין. אז מה זה הסברות האלה? מאיפה ממציאים זכות קניינית מדבר שלא ראו ולא שמעו. הם אומרים שלא די בסברה, אלא צריך כלי הלכתי שבאמצעותו הם יבחנו את הדבר הזה.

בדרך של מנהג

שלמה פנחס  
גם הוא נדרש לשאלה הזאת שעם המצאת הדפוס והמפכה התעשייתית, היכולת להעתיק הופכת להיות יותר נפוצה וזאת משום שיש יכולת להפיץ באופן יותר נרחב.   
צריך להשתמש בכלי הלכתי לפיו- לכן הוא מוצא מקור המדבר על זכות רוחנית ולא מופשטת כמו בסנדקאות. הסנדק מאחר לברית, וכמה דק אחרי האב נתן את הסנדקאות למישהו אחר. הוא משווה בין זכות בסנדקאות לזכויות יוצרים- שהרי זכות במצווה זה דבר מופשט שלא ניתן להעביר מיד ליד. הוא עושה דיון שלם אם אפשר לקנות מצווה או להבטיח מצווה. הוא אומר שבעבר לא היה קונים מצוות, וכעת אנשים שרוצים לעלות לתורה, אנשים מוכנים להשקיע הרבה מאוד כסף כדי לעלות לתורה. יש תקנה למי שחוטף את העלייה לחבר שלו צריך לפצות אותו, יש מקומות שבהם התקבע ונהוג לאפשר לקנות מצוות. ואם מישהו חוטף למישהו הוא יפצה אותו. הוא אומר שלמרות אין פה דבר מוחשי, אם במקום מסוים נתנו לזה היבט קנייני אז יש לזה היבט קנייני. בדברים הקשורים לקניין הולכים לפי מנהגי המקום.  
הוא מזכיר את הדיון הנוגע לחביות יין, שאם אין מקום היו משלמים לאדם כדי לאחסן את החביות, ומסמנים את החיבות של האדם. לא נעשה מעשה קניין ורק סימנו את הקניין, האם זה נחשב קניין של הקונה? אומרים שבאופן עקרוני הסימן לא קניין, אבל במקום שנוהגים לראות בזה קניין, אז זה קניין, או כל מיני אקטים שמראים שנסגרה העסקה. יש סברה בגמרא שאומרת שזה לא קניין ממש, זה לא קניין אמיתי ולא רואים בחיוב מי שמבוטל כזאת עסקה, אבל הגמרא מגיעה למסקנה שבמקום שמתייחסים לזה כקניין, זה קניין ממש ולא רק רף מוסרי שצריך לעמוד בו. מכאן אנחנו הולכות אחרי מנהג- הולכים לפי המקום, גם אם זה לא קניין ברור וניתן לצקת אותו לפו מה שההלכה מכירה, אם כך נוהגים ואז כך ננהג. הוא הולך לכיוון קנייני אך הוא לא יכול ללכת רק לסברה, אלא לצקת לקטגוריות הלכתיות ולכן הוא נותן זכות קניינית מתוקף המנהג. זה לא דבר שהוא המציא אלא דבר שהגמרא נותנת תוקף למנהגים למה שמכירים במושגים הבסיסיים.

בדרך של בור

יצחק לוין  
מבוסס על הכיוון של שלמה. הוא בא לשני הכיוונים האחרים ושואל- סברה זה לא כזה פשוט, ואתה מתבסס על מנהג שהוא הרחבה מאוד גדולה וזו גם סוג של המצאה של יש מאין. יש מקום שהוא מוצא מתוך העקרונות ההלכתיים הבסיסיים עצמם, הוא מוצא מקום שבו יש הכרה בזכות קניינית מופשטת, הוא לא המציא וזה נמצא שם.   
למשל כשמישהו כרה בור בשטח הרבים ומישהו נפל וניזוק, כולם אומרים שהוא מחויב לשלם על הנזק. למה לחייב אדם שכרה בור ברשות הרבים? השטח הזה הוא לא שלו, הוא חייב משום שהתורה חייבה אדם שחפר היא חייבה אדם שהוא בעל השטח הזה, והוא בעל הבור. כשאדם חופר ברשות הרבים, השטח והבור לא שלו ולכן מכוח מה הוא מחויב על הנזק? כיוון שהחופר המציא דבר חדש שלא היה מקודם, והוא בעלים על הריק הזה- על הבור שהוא יצר, למרות שאין לו בעלות ממשית על המקום והאדמה, אך הוא אחראי לריק שהוא יצר בחפירה שלו ומכוח זה הוא מחויב על הנזק של מי שנפל שם. רק מי שבעלים צריך לשלם, ולכן אותו אדם בעלים רק על הריק, הבור. והוא אפילו חייב גם במקרה שמישהו חפר רק את החלק האחרון, ששם נפל האדם. למרות שהוא לא את כל ה9 מטר של הבור, הוא חייב משום שהוא הוסיף והוא העמיק את הבור, ולכן הוא יהיה חייב בכל הנזק. אפילו אל כל הריק שלו שייך לו אבל הוא העמיק את זה כזה לעומק שזה הפך מלהיות מסוכן, הסיכון שהוא יצר פה יצר בעלות לא רק על התוספת אלא על הבור כולו.   
הרב ברוך לוין אומר כי צריך למצוא דבר מסוים בהלכה המקורית שנותן כיוון שיכול להיות דבר קנייני לא ממשי, דבר מופשט, ופה הוא מוצא את המקום המופשט. בחיוב נזיקין כלומר יש פה בעלות, ובהעלות היא על הבור, החפירה, האין שיצר את הסיכון. הוא גם הולך לכיוון הקנייני אבל הוא לא מוכן שזה לא יהיה מבוסס על דבר שאין לו רמז בהלכה המקורית כפי שהיא.

1. **דינא דמלכותא דינא**

בית יצחק  
בית יצחק הוא זה שענה לרב נתנזון, הם היו בני אותו דור והוא זה שאמר שסברה פחות נראית לו ולכן נשאלת על מה הוא מבסס את זה? הוא מבסס את זכויות היוצרים כזכות קניינית על בסיס דינא דמלכותא. לדעתו יש כלי ודבר מאוד פשוט שנקרא חוק המדינה, כלומר נכון שאצלנו אין במשפט העברי אין דבר שניתן להיתפס עליו בהכרה בזכות יוצרים, אבל אם יש את חוק המדינה שנוגע לנושא הזה, ניתן לאמץ את החוק בעניין הזה.   
יש גם סברה שאפשר לתת דברי תורה בחינם, ולכן איך זה כזה ברור שיש זכות קניינית? הוא יכל להביא נימוקים אחרים למה לא להכיר בזכות קניין, אז למה שנגיד שנגן דווקא על היוצר? בעצם בית יצחק יוצא כנגד התפיסה שמעניקה הגנה חזקה לזכות היוצר ומעדיף גישה הפוכה מזו. לטענתו, גם השלטון עצמו לא מגן על כל יוצר בכל צורה שהיא ונותן הגנה מוחלטת, ולפעמים מעדיפים דווקא את זכות הציבור לקבל את היצירה באופן חופשי ולא את היוצר. זאת אומרת, הוא כשלעצמו לאו דווקא היה מגן על היוצר ובאופן הזה- (כלומר לא מקבל את האיזון שפונה אל היוצר), ואולי היה מאפשר את הפצת היצירה בהיקפים גדולים יותר. אבל יש את דין המדינה, ויש מקרים שההלכה מכירה ומאמצת את דין המדינה, בתנאים מסוימים. לכן הוא לא מחפש דבר בתוך הכלים ההלכתיים אלא הוא מאמץ את זה כמשהו שחיים בתוכו ומקבלים את זה מהחוק הכללי שסביבנו.

1. **תקנה**

הרב הלוי הרצוג  
בניגוד גמור לרב נתנזון ולרב לוין, הוא לא מחפש דבר מסוים כי זה לא היה קיים במציאות הזאת. אבל מה כן? יש יסוד לשער שאילו זה היה בימיהם, החכמים היו מייצרים תקנה כזו של זכויות יוצרים. כלומר זה לא שהוא מקבל את כל דין המדינה, אלא שלא מקבלים דווקא מפני שזהו דין המדינה, שהרי יש הרבה מחוקי המדינה שאותם לא מקבילים ובמקום הולכים לפי החוקים ההלכתיים. הרב הרצוג במקרה הזה של זכויות יוצרים הוא מקבל את חוק המדינה, מאחר ויש בחוק הזה היגיון, והוא רואה אותו כתקנה רצויה, שאם חז"ל הם היו מגלים את זה בימיהם, וזו הייתה המציאות שלהם, הם היו מתקינים את אותה התקנה. כלומר הרב הרצוג לא רואה סמכות גורפת להכיר בחוק המדינה, אך הוא יודע שזו תקנה ראויה, שגם הם היו מתקינים ולדן הוא נותן תוקף לדין המדינה והוא מקבל את חוקי המדינה בנוגע לזכויות יוצרים.

עד כה היינו בכיוון הקנייני- הגדרת הזכות כזכות קניין, ואף מכוח דינא דמלכותא מכירים בזכות כזכות קניינית. יכולה להיות זכות מדין סברה, דין בור, דין דינא דמלכותא.

1. **זכות מכוח דין נהנה**

נתיב אחר שניתן להסתכל על זה שאין קניין אלא הנאה- מי שייקח את הספר הוא בעצם נהנה מדבר שאדם יצר.

שו"ת נודע ביהודה

גם הוא חי באותה תקופה שבה רק התחילה ההפצה של הספרים. באותה תקופה, היו מן מכונות שמשבצים אותיות לפי הספר וזה מטביע את האותיות על הדף. למדפיס היו לו הרבה אותיות הוא לא היה צריך לסדר אותן כל פעם מחדש. במקרה הזה, מה בעצם רוצה בית הדפוס? מישהו שכתב ספר פירוש על גמרא, והוא ארגן את הסידור בצורה טובה. בית הדפוס רוצה להשתמש בדפים שכבר סודרו, להוריד את הפירוש של אותו אדם, וכעת להדפיס מחדש את הגמרות מסודרות אך בלי הפירוש, ולהשתמש בסידור הזה של הספרים. בעצם בעל הדפוס רצה להרוויח על הסידור הזה, ולהוציא את הפירוש שהוא היצירה של בעל הספר, והשאיר את עצם הסידור של הגמרות וכך הוא ימכור רק אותן, בלי הפירוש. בעל בית הדפוס בעצם רוצה להשתמש בגמרות שסודרו יפה, עם סידור טוב. אך ברגע שהוא ימכור ספר כזה רק עם הגמרות, אנשים יעדיפו לקנות את הספר הזה, במקום את הספר המקורי עם הגמרות והפירוש עליהן. כלומר אם בית הדפוס יוציא ספר המבוסס רק על הגמרות בלי הפירוש, אנשים יקנו את הספר השני ולא את הספר הראשון עם הפירוש.

הרב יהודה מגיב למקרה ועונה כי אולי זה לא נותן זכות קניינית לקונה על הסידור, אך אם מישהו משתמש בסידור זה הנאה מדבר שלו. והוא משווה את זה לסוגיה אחרת של אדם הגר בדירה של חברו מבלי לשלם, של עשיית עושר ולא במשפט. מי שמשתש נחשב כנהנה, ואם הוא הזיק במידה קטנה, צריך לחייב את כל מי שנהנה לשלם על הכל. זה לא משנה עם הפירוש או בלי הפירוש, הוא מפסיד את כל רווחו על הסידור של הגמרא, אפילו שיש חיסרון מועט מגלגלים את כל ההנאה על מי שנהנה.

**סיכום- אופן והיקף ההגנה על זכויות יוצרים**

* קניין- מכוח סברה, כדין עץ ופרותיו, סיטומטא, חופר בור.
* דינא דמלכותא
* תקנה
* דין נהנה- לא נסתכל על מי שמשתמש כגזלן אלא מי שנהנה ומשלם על ההנאה שהוא נהנה.

**נחום רקובר**

המשפט העברי בשנים האחרונות מגיב להתפתחות הטכנולוגיות. ולדעתו מאות שנות של פסיקה הלכתית, נתנה עיגון כל כך חזק לזכויות היוצרים במשפט העברי, עד כדי כך שהיא זו שהובילה שהחוק בכנסת נותן לזה משקל כל כך חזק. כלומר לדעת רקובר, המשפט הישראלי הוא זה שהלך בעקבות המשפט העברי, ולא המשפט העברי בעקבות המשפט הישראלי.

**נפסק**

השופט הנדל

גם הנדל הולך יותר לכיוון הקנייני, והוא מצהיר שהוא בוחר הכיוון הקנייני, כי זכות קניין נהנית מההגנה החזקה יותר. הוא אומר שהקניין זה ערך קדום.  
הנדל מביא מהצד השני שראינו עד כמה חזקה הזכות קניינית, המשפט העברי מספק הגנה כל כך חזקה על זכויות יוצרים עד לכדי הגנה על זכות קניינית נוקשה. מכאן אם ניקח את האיזון נראה של המשפט העברי, נראה שזה הולך להגנה של היוצר, ולכן אולי בכיוון של אספרסו נספררסו, נגן על נספרסו? אבל הנדל מביא את הצד השני. מצד אחד מאוד נרצה להגן על היוצר ולא לפגוע ביצירה שלו, אבל מהצד השני משום שאנחנו רואות ביצירות דבר כל כך חשוב, לא נרצה להגביל את היכולת ליצור על יצירות אחרות. כלומר מצד אחד נרצה להגן על היוצר שיצר ומהצד השני לא נרצה לעקר ולהגביל יותר מידי יצירות אחרות, כי עצם מהות האדם היא יצירתו ולכן זה שנתנו תוקף קנייני ליצירה הוא להגנה על היוצר אבל הוא ירצה לעודד יצירות נוספות.

הנדל דחה את התביעה, כיוון שהוא הלך על הגישה הקניינית. הוא אמר שיש פה משהו שונה- היצירה של נספרסו היא דבר אחד ועליה אני מגן, אבל יש פה יצירה שנייה והיא נגזרת מאוד רחוקה של היצירה הראשונה, ולכן לא ניתן להגן על זה בהקשר הקנייני. הדמיון בין הפרסומות לא נועד לשדר זהות אלא תכלית הפוכה, אין פה ניסיון לחקות אלא להגחיך. ולכן הוא קובע שמדובר בשימוש הוגן, במיוחד לאור כך שגם נרצה לעודד יצירות. המשפט העברי מגן על יצירה ורואה בפרודיה כיצירה רצויה ונרצה לעודד ולא להגביל. מעניין לראות כי דווקא הגישה שנותנת תוקף קנייני ליצירה והגנה חזקה ליצירות, דווקא היא מספקת את ההגנה על ה"חיקוי".

השופט סולברג

סולברג יותר לקו לכיוון של הגנה על יוצר, התוקף הקנייני של זכות היוצרים במשפט הקנייני ולכן לא ניתן לראות זה כהגנה של פרודיה, נרצה לבחון את זה בצורה מפורטת ולראות שלא נפגעה הזכות הקניינית. הוא נותן סוויץ' יותר כבד לנושא הזה, ואם בית המשפט יצר תקדים יותר גורף סולברג מצמצם אותו, ואומר אם הולכים לפי המשפט העברי צריך להיות יותר זהיר ולבחון בצורה ספציפית בכל מקרה ומקרה.

**בתי הדין לממונות במדינת ישראל**

**מבוא**

קהילות ישראל מאות שנים פעלו בתי דין מסוג אחד, לכל קהילה היה את בית הדין שלה, תלוי בסמכות והיקף הדיונים. היה הבדל ממקום למקום במידת האוטונומיה שהקהילה קיבלה מהשלטון שמסביב. אבל בתי הדין עסקו בכל דבר ועניין- מגירושין, ממון ואף פלילי. לכן כשהגיע המנדט הבריטי הוא מצא פה כבר מערכת של בתי דין רבניים השופטים ודנים, מתעוררת השאלה איזה מעמד יהיה להם. שהשאלה הזאת של מה אפשר לעשות עם מערכת בתי הדין מתחדדת עם הקמת מדינת ישראל. חשוב לציין כי חלק מבתי הדין קיבלו סמכויות מהמנדט, וחלקם לא.

**בתי הדין הרבניים**

מבחינת החוק יש את בתי הדין הרבניים שהם חלק מהמערכת הרשמית של בתי המשפט בישראל, ופועלים מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים משנת 1953.

הסמכות של בתי הדין הרבניים בחוק נקבעה לדון אך ורק לדון בגיור ומשפחה. אבל אותם בתי הדין לא הגיעו משום מקום, הם פעלו באופן עצמאי טרם קיומה של מדינה ומלכתחילה בלי הסמכתה. ולכן הם המשיכו לעבוד כפי שהם רגילים לעבוד במשך עשרות שנים- לדון בכל עניין שמגיע אליהם. כך שהם המשיכו לפסוק לא רק דיני משפחה, אלא בסכסוכים אזרחיים, בדיני ממונות בין אנשים. זה עבד ככה הרבה מאוד שנים- למרות שבחוק ההסמכה הייתה רק לדיני משפחה וגיור, בפועל כשהצדדים הסכימו הם דנו גם בעניינים אחרים. אך כל זה נפסק עם בבג"ץ סימה אמיר.

סימה אמיר

רקע עובדתי: הגיעו זוג כבר אחרי שלב הגירושין וחלוקת הרכוש, הגיעו עם סכסוך רכושי נגזר אבל שנותק מסכסוך הגירושין. כלומר הגיעו בני הזוג כבר אחרי שהגירושין נסגרו בית הדין דן בעניין רכוש שסבב סביב מחלוקת על דירה.

בית המשפט: העתירה הגיעה לבג"צ, שקבע שכבר נגמרו הגירושין והנושא לא נכרך בגירושין, ומכאן שלבתי הדין אין סמכות לדון בתביעה, וזאת מפני שהחוק נתן סמכות לדון רק בענייני משפחה.   
בג"צ סימה אמיר בעצם מהווה קו פרשת מים, שאומר כי בתי הדין הרבניים מה שעשיתם עד עכשיו, למרות שעשיתם את לפני, זה לא חוקי ולכן הם יכולים לדון רק במה שנוגע להסמכתם בחוק.

זה המצב עד 2003- לא ניתן להגיד שבאופן גורף בית הדין הפסיקו לדון בכלל בדיני ממונות ושהם לא ממשיכים לעשות זאת עד היום, אך זה לא בחוק ויש פס"ד נגד זה. וכך אחרי שבמשך הרבה מאוד שנים, הגיעו לבתי הדין הרבניים בסכסוכים אזרחיים כל זה נעלם ב2003.   
זה פתח במהלך של ניסיון פינג פונג בין בתי המשפט למחוקק, ועם השנים יש כמה הצעות חוק שהציעו מפלגות חרדיות, יהדות התורה, ש"ס שהציעו להשיב את הסמכות לבתי הדין לממונות לבתי הדין הרבניים. וכיום, זה ממש היה חלק מההסכמים הקואליציוניים- יחוקקו חוק שיחזיר את הסמכות לדון בסכסוכים אזרחיים לבית הדין הרבני. זה בא עם הרבה מאוד סייגים שרוצים לוודא שזה בא עם הסכמה מפורשת של שני הצדדים.

**בתי הדין לממונות**

מה קרה בשנים האלה שצדדים לא יכלו לפנות לבתי הדין הרבניים?

במקביל לבתי הדין הרבניים התקיימו כל השנים מאות בתי הדין שהם כלל לא חלק מהמערכת המשפטית הרגילה והמוסדרת. אלו גופים פרטיים שכעיקרון אמורים לעסוק בממון בלבד, יש גם שלוקחים לעצמם סמכויות מעבר, אך החוק לא מכיר בזה. באופן כללי הסמכות שלהם לעסוק רק בענייני ממון, והמסגרת הכללית הוא חוק הבוררות, שנועד לאפשר לכל אחד מאיתנו לבחור אצל מי הוא רוצה להישפט בענייני ממון, ורק בהם.

* גופים פרטיים
* עוסקים בענייני ממון – סכסוכים עסקיים בלבד
* המסגרת החוקית – חוק הבוררות
* מאפשר אכיפה של פסק הדין בהוצל"פ.

המסגרת החוקית היא חוק הבוררות שנותן את הסמכות, שגם מאפשר אכיפה של פסק הדין בהוצל"פ. הם עוסקים בענייני ממון תחת חוק הבוררות- ברגע שחתמו על הסכם כבורר, אז יש לבית הדין את הסמכות. במסגרת ההצעות החוק להחזיר לבתי הדין הרבניים את הסמכות, יש הצעה לתת להם עוד סמכות ואקסטרה כוח. בחוק הבוררות פס"ד לא מאושרים מיד והם צריכים לפנות לבית המשפט כדי שיאשר את ההסדר, ולכן נקבע שבתי הדין הם כבר בית משפט ולכן הם לא יצטרכו עוד גורם, ופס"ד שלהם יהיה מחייב מיידית.

ובשורה התחתונה: בתי הדין הרבניים שהם תחת המערכת השלטונית הם עוסקים רק בנושאי גירושין וגיור ולא יכולים לפסוק כבוררים (עד לפס"ד אמיר), וחוץ מזה יש בתי דין פרטיים שהם לא חלק מהמערכת והם פוסקים תחת חוק הבוררות, אך היא לא מערכת מפוקחת. בעבר שהיה להם את הסמכות נתנו להם סמכות של בית דין קבוע כי יש להם את היכולת של אכיפה, סדר.

**חוק הבוררות, תשכ"ח-1968**

אנשים בוגרים שחתמו על הסכם בוררות, יכולים לפנות לגורם פרטי שישמש כבורר. מצופה מאדם שנותן את ההסכמה לבורר פרטי, יצופה שהוא ידע איזה סוג בית דין ואיך זה מתנהל. אין תוקף להסכם בנושא שלא יכול לשמש כנושא להסכם בין הצדדים, זה מוציא את כל התחומים שלא ניתן להסכים עליהם והם קוגנטיים כמו משפט מנהלי, עניין מנהלי בין אדם לרשות, דיני עבודה, דברים שאנחנו יכלנו לעשות עליו חוזה ניתן להפנות לבורר. לא חייבים לפסוק לפי חוק המדינה, אלא הבורר יפעל בדרך שנראית לו היעילה ביותר, וזה לא יהיה קשור לסדרי הדין והדין המהותי של המדינה. אפילו לא חייבים לנמק את הפסק.

* הסכם בוררות" – הסכם בכתב למסור לבוררות סכסוך שנתגלע בין צדדים להסכם או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד, בין שנקוב בהסכם שמו של בורר ובין אם לאו;
* 3. אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים.
* תוספת ראשונה לחוק: יד. הבורר יפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך ויפסוק לפי מיטב שפיטתו על פי החומר שבפניו; הבורר לא יהיה קשור בדין המהותי, בדיני הראיות או בסדרי הדין הנוהגים בבתי המשפט.

רשימה של בתי הדין (במצגת)- המגוון הגדול והפריסה הרחבה של בתי הדין מייצרים כמובן גם שונות בין בתי הדין. נדון קודם בדברים שבתי הדין הם באמת דומים ביניהם.

**אופי הדיון בית הדין**

שיטה אינקוויזיטורית מול שיטה אדברסרית: מדינת ישראל כחלק משיטות משפט מודרניות מערביות הולכת לכיוון האדברסרי, שם יש הרבה משקל לעורכי הדין, בית המשפט נותן הרבה כוח לצדדים לטעון טענות, והשופט לא יכול להביא טיעונים חדשים, ועומדים לנגד עיניו רק מה שנטען מכוח הצדדים.

וזאת בניגוד לשיטת המשפט העברי שהיא יותר פעילה, הצדדים טוענים באופן בלתי אמצעי מול הדיין, הדיין יחקור אותם ויטען טענות גם האם הן לא נטענו, הדיין הוא צד אקטיבי והוא המנהל את ההליך. עם כי גם המערכת הרגילה של בתי המשפט פונה עם הזמן לכיוון האינקוויזיטורי. כיוון שהמערכת של בתי הדין עובדת בשיטה הזאת, אין הכרח להיעזר בעורכי הדין.

לכן מערכת בתי הדין מאופיינית בסדרי הדין מינימליים- וגם אם קיימים הם מאוד מצומצמים. ולכן אין הכרח להשתמש בעורכי דין, שכן הסיבה להיעזר בעורך דין זה כי הצדדים לא יודעים איך ההליך עצמו מתנהל. אך פה במערכת בתי הדין, הדברים יותר גמישים והרבה פחות נוקשים. בית הדין פחות פורמאלי, והולך לפי הגמישות- הרצון לתת לדיין את המקסימום כדי להגיע לתשובה הנכונה.   
זה נכון לכלל בתי הדין הפרטיים כי זה משקף תפיסה מאוד תשתיתית של בית הדין המעדיף את הצדק על פני הפורמאליות.

**בתי הדין נבדלים זה מזה**

יש שוני מאוד גדול בין בתי הדין- למשל עם הציבור החרדי עם מגוון, והציבור הדתי לאומי עם מגוון, ולכן בתי הדין גם משקפים את המגוון הזה.

* סדרי דין- יש בתי דין שכן קיבלו עליהם סדר דין מינימלי, והם יותר מסודרים ושקופים.
* מדיניות הלכתית- יש מאות פסיקה בכל מיני תחומים, ולכן ברור שבית הדין ייקח מסורת פסיקה מסוימת, יש שאלות מאוד קריטיות שאנחנו מדברות עליהן- איך מתאימים את המשפט למשפט מודרני, למשל איך מתייחסים לחברה בע"מ, לא מכירים גופים משפטיים כאלה. ואז בתי הדין צריכים לגבש מדיניות הלכתית לגבי זה, יש כל מיני שאלות של איך מגיבים לעניינים מודרניים.
* פרסום הנהלים ופסקי הדין שנפסקו על ידם- זה מביא לצדק ונותן ביטחון לצדדים לפני שהם מגיעים. יש בתי דין עם אתרים מסודרים שמפרסמים את פסקי הדין ויש כאלו שלא, ואז שם זה יושב על האמון של הקהל שאלו הרבנים שלו שעליהם הוא סומך. אלו הרבנים של הקהילה ואליהם הם הולכים.
* קיומה וזמינותה של מזכירות בבית הדין- זה שנשמע מאוד טכני, אך זה יכול להפיל תיק.
* נוסחי הסכמי הבוררות- הסכמי הבוררות שונים מאוד וחלקם פוטרים מחובות או מחייבים את הצדדים בכל מיני דברים.

**שאלת השאלות- מה תקפו של חוק המדינה?**

בהקשר של מדיניות הלכתית- שאלה השאלה- מה תוקף חוק המדינה? מערכת בתי הדין לא פועלת על ריק, אלא פועלת בתוך מדינה מסוימת עם חוקים מסוימים שלפעמים הם קוגנטיים. יש מקום שמתנהל באופן מסוים, ולכן השאלה היא שפוסקים על פי ההלכה כמה להחיל את חוקי המדינה ולהסתמך עליהם?

למשל רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית, שם הם דנים בסוגיה סבוכה של איזה חוקים של המדינה ניתן להתבסס עליהם בפסיקה. ברשת הזו מידי שנה, יש כנס דיינים שמגבש מדיניות ומנסה לקבוע כללים מה מחילים מחוק המדינה ומה לא, כי זאת שאלת השאלות- כשמגיע מישהו לבית הדין, האם הוא יקבל את ההטבות והחוקים של המדינה. בית הדין צריך להגיד מה המדיניות שלו לצדדים.