**המשפט העברי במדינת ישראל:**

**רקע**- לכל שיטת משפט יש ייחוד משלה: שפה שונה/ מהות ודיון שונה/ תרבות שונה.

השאלה הנשאלת היא בעת יצירת המערכת חדשה עד כמה שיטת המשפט צריכה לשקף את התרבות והמוסר של החברה בה היא נוצרה, והאם התרבות צריכה להיות משוקפת?

הדיון הזה העסיק את ההוגים הציונים בתחילה המאה ה20 עם הקמת המדינה והדיון נמשך עד היום ביחס שבין המשפט העברי למערכת המשפט הישראלית. רבים מההוגים חשבו שהמשפט של המדינה צריך להיות מבוסס על המשפט העברי ההיסטורי של העם היהודי, זהו החזון של המשפט העברי.

החזון לא התגשם והמשפט העברי הוקם על יסודות המשפט המנדטורי שהיה כאן לפני, אך עדיין יש לו זיקה למשפט עברי- על אמירה זאת הדעות חלוקות.

**המשפט העברי**-מונח מודרני למושג ההלכה , המונח משפט עברי נועד לבדל את החלקים בהכלה שנוגעים בצד המשפטי ולא הדתי. מנחם אלון: המשפט העברי עוסק בחלק שבין אדם לחברו. הבחנה חשובה שכן יכולה לעלות השאלה האם יש לאמץ את ההלכה לכל מובני החיים? לא, הכוונה במשפט עברי ויישומו הוא יישום החלקים האזרחיים והמשפטים שלה ומונח זה מבין זאת באופן ברור.

המשפט העברי זאת שיטה משפטית עקיפה -משמע היא כבר מובנית וקיימת ומנוסה במקומות שונים בעולם. אך מנגד היא מערכת משפט עתיקה שנוצרה לפני שהמהפכה התעשייתית התרחשה. מייסדי המשפט העברי יכלו לקחת רק חלקים ממנו ולעדכנם ביום יום.

**המשפט הישראלי**- התפתח לא מהמשפט העברי אלא דרך המשפט העות'מני ואחריו האנגלי "דבר המלך במועצתו" האנגלים אימצו את החוק העות'מני ואנו אימצנו את האנגלי, אך בשאלה לביהמ"ש שאין לה תשובה יוכרע לפי הביהמ"ש האנגלי. הדבר הזה הושאר בתוקף גם כשמדינת ישראל הוקמה בסימן 46 שעד שנת 1980 היה קיים= עד 1980 הקמת המדינה לא הביאה לעצמאות משפטית.

**חוק יסודות המשפט ס'2**- ביטול סימן 46 ושמירת דינים. הוכנס ס'1 לחוק יסודות המשפט: אם אין תשובה יש תחליף (יורחב בהמשך). 1984- ביטול החוק העות'מני= משפט ישראלי עצמאי מאז ועד היום. ניתן לראות שהתפתחות זו לא נבעה מהמשפט העברי והן **צמחו כשיטות נפדות**, אך יש קשרים בניהם:

1. ענייני נישואין וגירושין- שיפוט בתי דין רבניים, נערכים לפי התורה- זיקה בין ההלכה למשפט. יש סתירה בין ס'1 לס'2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (אזרחי המדינה/ יהודים) בפועל אין שיקול של המשפט העברי מלא, כי הדבר חל גם על בני דתות אחרות.
2. המשפט העברי כמקור משלים בחוק יסודות המשפט במקרה של לקונה יש להכריע לאור עקרונות מורשת ישראל- משפט עברי מקור משלים.
3. ממגילת העצמאות וחוקי היסוד עולה בברור למרות שאין לכך הזכרה מפורשת שמדינת ישראל היא מדינה יהודית- גם חוק יסודות המשפט וגם מגילת העצמאות מיצירת זיקה מופרשת עקרונית.
4. משפט עברי מקור היסטורי לחקיקה ישראלית- בהסבר של חוקים משנות ה60 נכתב כי המשפט העברי היווה השראה לחוקים.
5. משפט עברי מקור ביסוס לפסיקת ביהמ"ש- לא הרבה אך יש שופטים הפונים למשפט העברי.

סעיפים 4 ו-5 קשורים ל2 ו-3: שופט שמאמין שהמשפט הישראלי מקור משלים יפסוק לפיו.

**ביסוס המשפט העברי מנק' מבט דתית**: דעות חלוקות: יש טוענים שפוסקי ההלכה הם רק דיינים לכן יש לשמור על המערכות מופרדות ועדיף משפט חילוני בנפרד והלכה עצמאית בנפרד.

**חזון המשפט העברי**- התנועה הציונית התחלקה בראשיתה לשני זרמים: דגש על ההיבט המדיני ודגש על ההיבט התרבותי:

הרצל היבט מדיני- ייסוד מדינה יהודית עם דגש שהפרויקט מדיני והתרבותי משני. בן ברית שלו היה הרב ריינס תמך כי פחד שהיבטים תרבותיים יעסוק בהיבטים חילוניים.

אחד העם היבט תרבותי- בעינו ההיבט המדיני היה בעדיפות שניה וחידוש התרבות המסורתית הייתה בראש מעיניו מנקודת מבט חילונית.

בסוף המטרה הייתה מדינית אך אנו רואים כיום שהזרמים התמזגו ואנו תוספים את התנועה הציונית כתנועה להרמת מדינה בעלת אופי תרבותי- לולא התרבות זה לא היה מצליח!

משפט ותרבות- תנועת התחייה הלאומית מודרנית רצתה להחיות את המשפט העברי וליצור משפט המבוסס של המסורת שלנו. הדגישו את המאפיינים הלאומיים ועל הקשר בין התרבות למדינה. יש הבדל בין תפיסת הנאורות שהיא תפיסה אוניברסלית לתפיסות הלאומיות של המשפט- אלו אומרים שהמערכת קשורה לתרבות מסוימת ומבטאת את רוח העם.

מיד לאחר הצעת בלפור קמה **תנועת המשפט העברי** במוסקבה, חלק המשפטנים חילונים (שמואל אייזנשטדט ופנטיאל דיקשטיין חלק דתיים- אשר גולק. פרסמו כתב עת עם החזון שלהם, ומציבים שתי מטרות: 1. פירוש ההלכה- חקירת המשפט העברי ההיסטורי 2. חידוש הלכה- הפרית המחשבה המשפטית עברית. המטרה שלו היא שחידוש המשפט העברי בעצם ממלאת מטרה מדינית- ליהודים החיים באירופה בגלות (הגדרה עצמית וחיזוק). החזון שהם מציגים הוא **משפט עברי מודרני**- לקחת את המשפט העתיק וליצור ממנו משהו חדש. ידוע להם שהמשפט העברי הוא משפט דתי, אך החזון שלהם הוא התחדשות המשפט העברי למשפט חדש ומודרני ולא לחזור אחורה להלכה. לאור פרעות במוסקבה ביהודים הם בורחים ועולים לארץ ישראל שם הם פוגשים בתנועה שכבר התפחתה: **משפט השלום העברי** שפעלה במתכונת של בתי משפט פרטיים= בוררות של סכסוכים של יהודים, זאת בשל השחיתות של המשפט העות'מני. המצב הנתון היה שהיהודים היו הולכים לבתי המשפט הרבניים. לעומתם אנשי העלייה השנייה הם חילונים לגמרי לכן הם מקימים רשת בתי משפט "**המשפט השלום העברי**" אשר אינו כפוף להלכה ולא משוחד כמו העות'מני. הם שופטים ללא קודקס פורמלי והם עממים וקהילתיים שאפו השראה מהמשפט העממי והחופשי בגרמניה.

**דמיון** בין חברת המשפט העברי למשפט השלום העברי- שאיפה להקים משפט עברי, יהודי, לאומי מודרני.

**שוני**- חברת המשפט העברי פעלה יותר כמו משפטנים מקוסקס כתוב: ההלכה. מעורר שאלה על איזה מערכת משפט אנו מדברים כאשר אנו מדברים על המשפטי העברי**? מההלכה או משפט עברי חדש**:

* אשר גולאק- המשפט העברי כולל את כל האוצר של המשפטים- מדבר על המשפט המסורתי ועל ההלכה. משפט אחיד, שיטת משפט אחת הנקראת המשפט העברי. הוא מציין שחידוש המשפט העברי יגרור התנגדויות משני הצדדים: חרדים יתנגדו השלטת השולחן הערוך ללא חידוש שלו, והחילונים ירצו משפט ללא דת. לפי אשר גולאק יש שני אמצעים להשגת המשפט העברי- **ההלכה בסיס+ חידוש ההלכה.**
* המונח עברי היה עדיף על יהודי לראשונים כי יהדות מזכירת דת וגולה דבר שהציונות רצתה להתנגד לו בעוד שעברי מציין את הארץ ישראל קשר לאומי. לכן למייסדי חברת המשפט העברי **נועדה להבדיל אותו מההלכה** **יצירה ארץ ישראלית ללא קשר להלכה**.
* הרב פישמן (מימון):
1. המשפט של המדינה יהיה מבוסס על המשפט העברי המקורי- ההלכה.
2. הרב משתמש במונח משפט עברי, הוא לא רואה בו מונח המייצג את המשפט העברי החדש.
3. הוא משתמש בשפה מבסס את הקשר בין במשפט העברי לתרבות- על בסיס ההלכה נבסס את המדינה.

הרב מימון מתנגד לאנשי המשפט העברי שמפרידים את היסוד הדתי מהיסוד המשפטי, הפרדה כזאת בעניו פוגעת בנפש האומה. הוא מוכן לעשות שינויים קלים בהלכה אך רק בתנאי שהיא במקום מרכזי במערכת החדשה.

* הרב מאיר ברלין (בר אילן)- גם הוא לא מסתייג מהמונח משפטי עברי כמו מובנו של הרב מימון כלומר מדגיש את המחויבות להלכה, אך כוונתם שונה משל האגף החילוני, אשר רואים במשפט יצירה מודרנית.
* הרב יצחק הרצוג- מתנגד לשימוש במונח משפט עברי ומוכן להשתמש במונח משפט התורה, וזאת מאחר שלדעתו המשפט המחייב הוא התורה. הוא מבין שיש צורך בשינויים אך הוא מבקר את השימוש בשיטות משפט זרות. הוא מתאמת עם שאלת התאמת משפט התורה לדמוקרטיה- יש צורך לאמץ כמה רעיוניות דמוקרטים= מכיר בצורך בשינוי אך מסתייג.

**על מה הויכוח**- סמכות החידוש: תיקונים או תקנות: יש הסכמה ששינוי נדרש במשפט ההלכה כדי שיהיה משפט מדיני מודרני אך מי מוסמך לשנות: חברת המשפט העברי- המשפטנים המודרניים. הדתיים- רק רבנים יכולים לתקן את ההלכה. האנשים הדתיים בתוך חברת המשפט העברי היו שמחים אם רב היה מתקן את ההלכה אך הם לא חושבים שזה מחייב (גם מנחם אילון שייך לזרם דתיים זה). הרבנים מימון, ברלין, והרצוג- שינויים בהלכה רק מפסיקת הרבנות או הרבנות הראשית. נקודת מבט פנימית או חיצונית של ההלכה.

* דוגמה לפער: **דיני ירושה**- בהלכה רק בנים רשאים לרשת בעוד שהמציאות כיום היא שגם בנים וגם בנות יכולות לרשת. כמו כן בהלכה הבכור יורש לפני אחיו. פתרון: נשים מקבלות מזונות לפעמים יותר גבוהים מירושה, משפחות חרדיות שפונות לבתי דין רבניים מקבלות פשרה וכך גם נשים יורשות. פתרון זה אינו מספק שכן חוק לא יכול להיות מנוסח כך- לכן הרב הרצוג הציע תיקון של שיני הירושה כך שגם בנות יוכלו לרשת בצורה שווה (דיני ממונות ניתן לתקן) חבריו לרבות הראשית לא הסכמיו אתו וההצעה נפלה. בתוך האגף הדתי יש אי הסכמה.

בשנות ה20 בתי הדין הרבניים בוררים שקעו שכן אנשים רצו ללכת שיטת משפט בריטי אשר החליף את המשפט הטורקי המושחת. גם חברי המשפט העברי פשטו רגל ובעצם ארגוני המשפט העברי נעלמו. היה **משבר אידיאולוגי** חריף שהיא בסיס למצב שכאשר הוקמה המדינה לא הייתה אלטרנטיבה קיימת למשפט הבריטי הנהוג- **כישלון בחוסר ייצור קודקס משפטי שניתן ליישום**.

**במשפט העברי עם הקמת המדינה**-

הסוכנות היהודית הקימה וועדה להכין את משפט המדינה שעתידה לקום. יו"ר המועצה דב יוסף מעלה בפני המועצה את השאלות העקרוניות לגבי המשפט העתידי בארץ:

1. **מה השיטה היסודית**- COMMON LAW/ שיטת הקודיפיקציה: **בשיטה הקונטיננטלית** השופט בפעיל וחוקר ומקורה הוא בשיטה הרומית שמבוססת על חקיקה שמתכוונת לתת בפתרון בכל תחום ונושא, הפרדת רשויות קלאסית ואין תקדים מחייב כעקרון משפטי. **השיטה האנגלית** היא שיטה בה השופט אינו פעיל המרכז בה הוא בית המשפט יש מעמד לתקדימים והמחוקק בוחר מהם מה לחוקק- היה לפרלמנט עליונות על בימה"ש אך המשפט התחיל מביהמ"ש.
2. **החוק היהודי הוא יסוד לחוק המדינה או החוק הבריטי ונחדש עליו**- האם להשתמש בחוקי התורה או בחוקי המנדט. אך האם ניתן לקחת את המשפט העברי הרי אין לו קודקס ודברי הרמב"ם והשו"ע הם דברי ימי הביניים, צריך להפוך אותם למודרניים. אפשרויות מעשיות ליישום המשפט העברי:
* אימוץ קודקס או חוקים על יסוד המשפט העברי- (השופט זילברג) חשב שניתן לנסח קודקס משפטי על ההלכה, אומנם ללא דיני העונשין שלא רלוונטיים יותר (למרות שהם לא בשימוש מימי הביניים) אבל במגזר האזרחי ניתן לנסח קודקס כזה- לא יושם.
* הצהרה עקרונית שהמשפט הערי יהיה אחד ממקורות החקיקה- נאמץ את המשפט הבריטי אך החוקים שנחוקק מעתה ואילך יהיו מבוססים על המשפט העברי.
* ביטול סימן 46 והחלפתו בהפניה למשפט העברי- הצעה מעשית, כדי לקבלת עצמאות משפטית נקבע כי המקום שאין תשובה וחלופה נפנה למשפט העברי כמקור משלים.

שתי ההצעות האחרונות היו מעשיות ועמדו על הפרק:

* פנסח כהן- מציע כי החוק הבריטי המנדטורי יעמוד על תוקפו עד מתן חוקה, ובמילוי לקונה שאין תשובה בחוק, עקרונות המשפט העברי ינחו את השופטים (החלפת סימן 46). הוחלט באופן עקרוני לא לאמץ חוקה- בן גוריון והדתיים התנגדו לחוקה והתקבל החלטת הררי- חוקי היסוד בדרך לחוקה.
* פלטיאל דיקשטיין- החוק המנדטורי יישאר ויש הפניה מפורשת לביטול סימן 46 בפסקי הלכות של המשפט העברי כמקור למילוי לקונה. ההבדל בין הצעתו להצעת פנחס היא שההצעה הקודמת אמרה "עקרונות המשפט העברי" וההצעה הזאת ממש מכוונת "לפסקי הלכות" (יש סייג של התאם לצורכי זמן)

**מה קרה בפועל**- הפקודה לסדרי שלטון ומשפט קבעה בס'11 שהיא מאמצת את המשפט הקיים ומעתה ואילך שהכנסת תחוקק אך לא אמרה שום אמירה עקרונית לגבי חיקוקי העתיד, לא ביטלה ולא נגעה בסימן 46. למה לא בוטל סימן 46 והוחלף במקור המשפט העברי:

1. הוועדה שהייתה בירושלים בניגוד לוועדה בת"א לא החליטה כך, זמן של מלחמת השחרור לא זמן לעסוק במשפט. רון חריס טוען שהיא לא התקבלה בשל היסח דעת של חוסר תאום הוועדות בת"א וירושלים- **החמצת הזדמנות היסטורית בהיסח דעת**.
2. עמיחי רדזינר טוען כי מזכיר הועדה עו"ד חיים כהן התנגד לכך, למרות שהיה מזוהה עם אהדה למשפט העברי, בגלל שחשש מכפיפות להלכה הקיימת- הוא היה בעד חידוש המשפט העברי ולא בהכפפה להלכה הקיימת כפי שהוצע בוועדה.

לכאורה למשפט העברי אין מעמד פורמלי במדינה. הצהרה של שר המשפטים- הצהרה עקרונית שמדינת ישראל תיגש למפעל חקיקה חדש מודרני שתתאים למדינה מודרנית אך יונקת השראה מהמשפט העברי.

* היו משפטנים שהאמינו בביטול סימן 46 גם ללא חלופה עליו שכן אנו מתנהלים לפי השיטה המקובלת שגם בה ובאנגליה אין מקור מחייב למילוי חסר כי השופט הוא מעיין מחוקק.

למרות שאין מעמד פורמלי למשפט העברי יש חוקים המושתתים על המשפט העברי:

* חוק איסור לשון הרע- שואב לפחות בלשונו רעיון מהמשפט העברי.
* חוק הגנת שכר- לא תלין פעולת שכיר.
* חוק פיצויי פיטורים- מנהג שקיים עוד טרם הקמת המדינה הלקוח מהמשפט העברי והוא כאשר מפטרים אדם יש לתת לו פיצויים. במשפט העברי- דין עבד: כשמשחררים עבד יש לתת לו צאן, מוגבל לעבד אך אחד הראשונים (ספר חינוך) אומר שהמצווה מהווה דין של עבד עברי שעבד בבית המקדש ולא רלוונטית היום, אך ממנה הושרש המנהג בחברה שיש לפצות על פיטורין.

רואים שיש מאמץ באיזשהו אופן להיות קשורים למשפט העברי, אך מנגד אנו רואים כי החוקי ההלו קיימים גם במדינות אחרות. לכן נשאלת השאלה **האם באמת ההשראה שאנו נוקטים בהסדרים ספציפיים נובעת מהמשפט העברי**:

* חוק הירושה- בהצעת החוק ב1952 רושמים שהמשפט העברי הוא אחד מהמקורות להצעת החוק אך הוא לא היחיד וגם חוקים אחרים ממדינות זרות הם מקור, אומרים שצריך לחדש את המשפט העברי שכן לא הגוני שבקודקס החוקים יהיה חוסר שיוון כלומר שאישה לא תוכל לרשת (כפי שכבר דנו). אך הסכם פשר כפי שהוצג מחייב את מי שהולך לחתום לפני דיינים גם אם הם אינם רוצים זאת. הסיבה שעדיין לא הכילו את המשפט העברי גם אם הפשרה בגלל העקרון שהוא מייצג שהוא בעייתי.

עקרונות ירושה לפי המשפט העברי:

* ירושה עוברת למוריש באופן אוטומטי
* לפי הדין, חובה לתת את הירושה לבנים, ואם רוצים לעקוף זאת אפשר רק על ידי "מתנה מחיים" אך למרות שהיא עוקפת את הדין דעת החכמים אינה נוחה הימנו- לא ראוי. (לא מאפשר נישול יורשים)
* לפי ההלכה יורשיו של אדם הם צאצאיו ואם אין לו האחים שלו ואם אין ככה ממשיכים עד סוף הדורות.
* בכור יורש פי שתיים משאר האחים.
* בנות לא יורשות ורק בנים יורשים, אם אין בנים בנות ירשו.
* אישה לא יורשת את בעלה.

מה החוק מאמץ:

* ירושה אוטומטית לעיזבונו ויורשיו.
* ירושה יכולה להיות לפי דין (צאצאים) ויורשים (כמו במתנה) לפי צוואה שהם לא צאצאים.
* החוק סוטה מההלכה והוא מגביל את הירושה עד הורי ההורים- לא כל הדורות (יעילות וודאיות)
* החוק ביטל את דין הבכור ואת דין הבנות- שוויון.
* אם אין יורש המדינה יורשת.

משנה כתובות יג ב: מראים איך גם במקורות העבריים יש העדפה לתת את הירושה לנזקקים = הבנות (כן איכס) ולא ליורשים שזה הבנים.

**שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנ' מבט דתית**:

האם הדבר רצוי או לא? מצד אחד רבנים אמורים לרצות לאמץ את ההלכה כי זה המשפט שהם חושבים שראוי, אך מנגד אין אימוץ של ההלכה באופן מלא, לא מהותי ולא של ערכאות הלכתיות- בתי הדין במדינה אזרחיים. לכן מדברים על **קליטה סלקטיבית וחלקית של המשפט העברי.** העמדת הרבנים הקלאסית היא שיש לאמץ את כל ההלכה ואי אפשר לעשות שינויים (רבנים ציונים ולא חרדיים ששללו זאת [חזון האיש]):

* הרב א"י וולדברג- הוא טוען כי בהלכה יש הצעה שלמה לאורך ניהול חיי מדינה מהבחינה המשפטית שהיא שלמה, יש פתרונות לכל השאלות והדבר היחיד שנותן זה להכריז עליו כחוק המדינה. הוא יודע שהמציאות היום ובימי כותבי ההלכה שונה, אך הוא חושב שפוסקים יוכלו להתאים את ההלכה לשאלות של דורותינו. הוא חושב שההתאמות שההלכה צריכה למציאות העכשווית צריכה להיעשות על ידי חכמי ההלכה ולא לציבור, משמע לא לחברי הכנסת לכן **אימוץ סלקטיבי של ההלכה הוא פסול**.
* הרב הרצוג- יש לו תכונית שבנויה על שתי עקרונות- 1) אימוץ ההלכה כיסוד המשפט- לאמץ את משפט התורה לפחות כסעיף עקרוני בחוקה העתידית. 2) נכונות לשינוי דרמטי של ההלכה- בתי משפט לפי ההלכה אינם מתאימים לתפיסה דמוקרטית (שופטים הם לא רק גברים יהודיים שומרי מצוות) הוא מסביר שהדבר אפשרי על ידי הקמת בית דין הדיוטות שם יוכלו להיות גברים לא יהודיים ונשים גם. דבר נועז! ההלכה מכירה בשופטים שאינם לפי דין והציבור מקבל אותם- שינויים אלו לא התקבלו. איך הם יפרשו ואיזה תוקף יהיה לכך על זה הוא לא הרחיב. **השינוי שיעשה בהלכה יעשה רק על ידי הרבנות הראשית** ולא המחוקק. לאחר שהצעתו לא התקבלה והמדינה והקמה לפי המנדט הבריטי הוא הבין למה יש לשמר את מבנה המנדט וחוקיו אך לא הבין למה מעתה לא נחוקק לפי משפט התורה- אכזבה גדולה בשבילו.

רצה וניסה ליצור התאמה בין המשפט למדינה דמוקרטית, הוא חושב שהשינויים שנדרשים הם **לא רק עבור המדינה אלא גם בשביל בתי הדין הרבניים**. התועלת מהחלת המשפט העברי בקודקס אזרחי תהיה כפולה- גם המדינה מקבלת קודקס מוכן וגם בתי הדין הרבניים יוכלו לדון בנושאים עכשוויים, דחיית ההלכה והחלת קודקס ממדינות זרות יביא **לחילול שמיים**. לבסוף הרצוג מציע להקים אופוזיציה של חוק לפי ההלכה שתוכל להציע חקיקה לאימוץ למדינה.

הרב הרצוג מבין שהמדינה לא תבסס את המשפט על ההלכה והוא מציע שלפחות כמה חוקים כן יהיו מבוססים- יותר קרוב למפעל המשפט העברי **ולא שולל אימוץ חלקי של ההלכה** כי זה מצב טוב יותר מהתעלמות מהתורה.

**מלומדים משפטיים דתיים והוויכוח בהחלת ההלכה על המשפט**:

* אנגלרד- מתנגד ומבקר את פרויקט המשפט העברי ומחדד את ההבחנה בין משפט דת למשפט מדינה:
1. משפט דתי גם ממליץ ולא רק אוסר/ מתיר.
2. במשפט הדתי השופטים פוסקים לפי שיקולים דתיים, לכן יש סטנדרטים למי יכול היות שופט.
3. משפט המדינה שוקל רק אינטרסים אנושים וחברתיים ולא ראוי שישקול שיקולים דתיים שכן הוא רשות שלטונית וכפית דת באמצעות חקיקה היא פסולה. שופטים במדינה צריכים להזדהות עם ערכיה ולא ערכי הדת, שופט דתי דן בשיפוטו רק לפי ערכי המשפט ולא ערכים דתיים.

יש שתי מערכות נפרדות- אימוץ ההלכה למשפט האזרחי הוא **חילון של הנורמות ההלכתיות**, שכן הן יתפרשו לפי שיקולים חילוניים בבתי המשפט כי אסור במסגרת מוסד מדיני לפרשם בשיקולים דתיים.

שתי סוגי חילון:

1) חילון פורמלי- חילון שקשור למקור הסמכות, הופכים את החוק הדתי למקור חקיקה חילוני ואדם מאמין אשר אמור לפעול לפי ציות לאלוקים ולחוקי התורה יצטרך לפעול בשל חוקי המדינה הפורמליים, חילון עקרוני שנוגע למקור הנורמה.

2) חילון מהותי- החוק אף פעם לא עומד לבד תמיד הוא מגיע ביחד עם סביבתו, והשילוב בסביבה שלו תמיד תורם לפרשנות שלו בצורה שונה מהמקור. דוגמאות:

* **חוק הערבות**- ס'1 מגדיר ערבות כהתחייבותו של אדם לקיום חובו כלפי אדם אחר כלפי אדם שלישי- מתאים למשפט העברי. יש צורך לפרש מיהו אדם לפי הסעיף הזה ואם משתמשים בחוק הפרשנות נגיד לתוצאה של אדם או תאגיד- פרשנות לא מתאימה להלכה. ההלכה לא נתנה את הדעת אם תאגיד יכול להיות ערב כי לא היה בזמנה דיני תאגידים. מי שאמור לפסוק במקרה של חוקי המדינה הוא השופט ולא הרב או החכם ולכן יקרה מצב שהוא משנה את ההלכה שכן פרשנותו לחוק אינה הלכתית. כמו כן חיוב לפי החוק יכול להיות חיוב עתידי ולפי ההלכה לא.
* **חוק הכשרות המשפטית**- לפי החוק בגיר הוא מגיל 18 ולפי ההלכה בגיר הוא בגיל 13. במקרים הללו שופטים יצטרכו לפרש דברים שהם לא מוסמכים אליהם כלל- פוגע גם במוסד השפיטה.
* **חוק הירושה**- צואת שכיב מרע= אדם שגוסס או הולך למות. לפי ההלכה, ובמקרה זה חוק הירושה אימץ את ההסדר מהמשפט העברי, במקרה של שכיב מרע מוותרים על דרישת הכתב ודורשים רק שני עדים לצורך תקפות הצוואה. לפי החוק הישראלי אין צורך שהעדים יהיו כשרים לפי ההלכה.

אנגלדר- **פרויקט המשפט העברי הוא פרויקט שמנק' דתית אין סיבה לתמוך בו- חילון ההלכה**.

* מנחם אלון- מאמין בשילוב המשפט העברי במשפט המדינה. לא מסכים שהשילוב יכול לחלן את ההלכה- יש לה תוקף עצמי לא קשור למשפט המדינה. הפסיקה והשילוב אינו פסיקה דתית הלכתית אלא פעולה חלונית של שפיטה. מנחם אלון רוצה שהנורמות הדתיות יהיו משפטיות גם אם אין להן תוקף דתי וזאת בשל אינטרס לאומי לשלב את המשפט העברי במשפט המדינה. לדעתו הדרך היחידה לחידוש המשפט העברי היא על ידי שינויו למשפט מדינה. טיעון כפול:
1. תרבות ולאומיות- לא משנים את ההלכה עצמה אלא את משפט המדינה בשביל התרבות והלאומיות.
2. החייאות המשפט העברי- המשפט העברי עתיק וזאת אחת מבעיותיו והשילוב עם משפט המדינה יביא להחייאתו ולפיחותיו. שני טיעונים ללמה שילוב הוא רצוי גם אם אין לו אופי דתי.

אנגלרד בתגובה-

1. **טענה דתית**- לא ניתן לעשות שימוש במשפט ההלכה לצרכים חילונים. הפרדה חדה בין דת למדינה.

אלון בתגובה- שיקולים של המשפט הדתי יכולי לעלות בקנה אחד עם המשפט החילוני.

1. **טענה משפטית**- המשפט מהווה מערכת טכנית חסרת משמעות עמוקה לכן התרבות והלאומיות לא חשובות. ניתן לחיות בשלום על המשפט החילוני, החיבור מחמיץ את האופי של המשפט העברי.(אנגלרד כשופט ביהמ"ש עליון לא פעם הביא והתשמש במשפט העברי).

ראינו שלושה טעמים בקליטת המשפט העברי: 1. דתי (הרצוג) 2. תרבותי (אלון) 3. תועלת למדינה (אלון).

**חוק ופרשנות**:

מידת ההשפעה של מקור החוק מהמשפט העברי על פרשנות חוקים:

* **חוק השומרים**- אימץ את עקרונותיו מהמשפט העברי, הבחנה בין סוגי שומרים ומידת האחריות שלהם:
* **ס' 1- (א)**" שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות"- לא רק עסקת שמירה אלא כל החזקת נכס כדין שלא מכוח בעלות. המחזיק= שומר. יש הבחנה בחוק בין סוגי שומרים: **(ב)** שומר חינם שעושה טובה לחברו ולא מקבל תמורה **(ג)** שומר שכר שמקבל תמורה בעד שמירתו. **(ד)** שומר נכס להשתמש בו או להנות ממנו בל תמורה הוא שואל.- **כל המונחים הללו לקוחים מהמשפט העברי** (במשפט העברי יש גם שוכר אך אחריותו שווה לשומר שכר לכן המחוקק לא הכניס אותו).
* **ס'2- 1)** שומר חינם אחראי רק במקרה של התרשלות בשמירה **2**) שומר שכר אחראי גם אם לא התרשל והדברים 'נעלמו' אך רק אם לא יכול לצפות אירוע זה מראש או למנוע זאת= שומר שכר פטור "מאונס". מבדילים פה בין שני סוגי שומרים: א. שומר שכר בעסקת שמירה- אחריות גובהה. ב. שומר שכר בעסקה שעיקרה אינו שמירה ואחריותו דומה לשומר חינם.- **הבחנה זאת אינה מצויה במשפט העברי**.
* **יש הדבל בנטל ההוכחה-** שומר חינם רגיל נטל ההוכחה הוא על התובע להראות שהוא התרשל. בשומר מסוג עסקה שהעיקר בה אינה שמירה נטל ההוכחה הוא על השומר.
* **פס"ד עלי נ' ששון**: **עובדות**- חוסיין עלי רכש כרטיס טוטו רחמים ששון בעל הדוכן איבד את חלק א' של הכרטיס שנמסר לו. לעלי יש את חלק ב' שרשום הניחושים- זכה, בעל הדוכן אומר שחלק א' של הטופס נאבד. עלי טובע את בעל הדוכן וחברת הטוטו (החברה יוצאת מהתמונה לא קשורה). **טענות**- בעל הדוכן טוען שעלי מרמה כי הוא רץ אחריו ואמר לו שהחלק א' נעלם והוא רשם את תוצאות המשחק אחרי שפורסמו. עלי טוען שבעלי הדוכן הוא שומר שאיבד ולכן צריך לפצותו על כך. **ביהמ"ש**- חוק השומרים חל. טופס= נכס ובעל הדוכן מוגדר כשומר שכר שהעסקה העיקרית אינה שמירה- שמירה אגבית, יעוד עסקה הימור ולא שמירה. הוא צריך להוכיח שלא התרשל: צריך להגדיר את מושג הרשלנות בהקשר של שומר- ס'35 לפקודת הנזיקין- לבחון שומר סביר באותן נסיבות. שומר סביר לא היה מאבד את הכרטיס לכן התרשל בעל הדוכן. ביהמ"ש בוחן רשלנות במשפט העברי- שו"ע- שומר חינם פטור מגניבה ואבדה. משנה- אם השומר לא יודע מה קורה עם הנכס (שם בכיס האחורי/ נתן לילדיו הקטנים לשמור) זוהי רשלנות. **פרשנות דומה לפקנ"ז**! **ביהמ"ש ראה לנכון לבדוק במקורות המשפט העברי משם מקור החוק**. בפועל עלי לא הצליח להוכיח את הנזק שנגרם לו כי אין לו את הטופס עם 12 הניחושים, והעדות שלו אינה מספקת.

מה יהיה במצב בו הפרשנות של החוק הישראלי והמשפט העברי תהיה שונה:

* **פס"ד קופת עם נ' הנדלס**: **עובדות**- הנדלס מוצא בחדר הכספות של קופת עם שתי אגרות חוב על סך של 10,000 ₪ כל אחת מהם. הכניסה לחדר הכספות בבנק היא חופשית. בעקרון צריך להיות שומר שנותן אישור אך בפועל אין. האגרות נמסרו למשטרה ואחרי 4 חודשים שאף אחד לא הגיע לקחת אותם והבעלים לא אותר גם מר הנדלס וגם הבנק תובעים את אגרות החוב שכן שניהם ביחד הלכו למשטרה למסור את הכסף, אין מוצא מוגדר אחד. **שאלה משפטית**: למי האגרות שייכות? **ביהמ"ש**-

**ס'3 לחוק השבת אבידה**- המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו. קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא. לכן הבנק טוען שהאג"ח נמצא ברשותו ולכן הוא המוצא. מה הכוונה ברשות אחר: 1 בעלות 2 חזקה 3 שליטה. לכן הסעיף אינו מחליט מהו רשות ולא פותר את הבעיה:

* השופט ברק- מטרת החוק הוא להשיב את האבידה לבעליה ואבידה שנמצאה ברשות אדם אחר הינה הדרך הטובה ביותר להשיב לו את האבדה. לכן צריך ברגע שנמצאה האבדה להחזירה לבעל הרשות כי זה משרת את מטרת החוק: 1. המאבד יחזור מטבע הדברים לרשות, הכתובת הטובה ביותר. 2. בעל ראשות בד"כ ידאג יותר לאבידה מאשר מוצא מזדמן. לגבי האינטואיציה של המוצא הישר- ברק מאמין שהאבידה מגיעה למוצא אך זוהי לא מטרת החוק ויש לתת אותה למי שיכול להחזירה לבעלים בצורה טובה יותר.
* השופט אלון- לדבריו התמריץ מגיע לאדם אשר מצא את האבידה. התמריצים שברק הזכיר פחות רלוונטיים לטעמו שכן המשטרה היא הכתובת הנוכה ביותר למצוא אבדות.

אלון בוחן משפט משווה באנגליה וארה"ב- פס"ד Toledo Trust Co v. Simmons עובדת בנק מצאה בחדר הכספות שטרות וטענה כי היא מצאה אותם והבנק טען שהיא עובדת שלו ולכן זה רק מחזק את זה שהיא צריכה להחזיר אותם (סכסוך דומה). בית המשפט קובע כי אומנם יש לה חובה לדווח על מציאת האבידה אך היא לא מוותרת בכך על זכותה כמוצאת. להפך היא המוצאת וזכותה נשמרת שכן זה לא במסגרת תפקידה (היא לא מנקה). **רשות אדם אחר= שליטה אפקטיבית, אם אין שליטה זאת המוצא שומר על זכותו.**

אלון בוחן גם לפי המשפט העברי- משנה (בבא מציע)- אדם מצא אבדה ליד חנות- של המוצא. בחנות- של המוצא. אם הוא מצא את זה בין הקופא לבין המוכר- של המוכר.

רמב"ם בהלכה גזרות ואבדה: מסביר את המקור הקודם בכך שבחנות לא ניתן לדעת למי שייך הכסף לכן הוא שייך למוצא אך מה שמאחורי הדלפק ניתן לומר ששייך למוכר. קובע כי נדרשת שליטה אפקטיבית. **אלון טוען כי פרשנות המשפט העברי זהה למשפט המשווה.** הנלדס זכאי לאבידה.

* השופט לנדוי- בד"כ מסתייג מהפרשנות התכליתית של ברק, אך גם מסתייג מפרשות לפי המשפט העברי. לנדוי אומר כי **החוק הישראלי חייב להתפרש קודם מתוכו**. הנחות ממשפט משווה לא מועילות שכן הן מסובבות על הנחות יסוד שונות ששואלות מי בעל החזקה במקום בו התגלה אבידה. גם הנחות יסוד המשפט העברי שונות בתכלית מש המחוקק הישראלי והן לא מועילות שכן הן מניחות למי סביר יותר שהאבידה שייכת לפי מקום נפילת האבידה. **לכן הוא מצטרף לדעתו של ברק**. נפסק: לטובת הבנק.
* יש דיון נוסף לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט אשר מעגן את המשפט העברי כמקור במצבי לקונה- אמורים לשנות את הפסיקה:

השופט אלון- המחוקק שואף מונח מהמשפט העברי יש לחזור אליו לפרשנות.

השופט חשין בפס"ד מיוטבה נ' קזם- טוען כי **אין** לפרש מקור הלקוח מהמשפט העברי לפיו שכן התוכן שהושם במונחים הללו הוא מקורי ולקוח ממקום אחר ושונה מהתוכן במשפט העברי.

השופט חיים כהן בדיון הנוסף- סבור כמו אלון שמקום בו יש מונח מן המשפט העברי יש לפרשו כך, אך הוא סבור כי המונח רשות אחר אינו מהמשפט העברי וזוהי השפה העברית של היום היום, לכן אין לפנות במקרה זה.

פרופ' ברכיהו לפשיץ- כשהמחוקק משתמש במונח מהמשפט העברי ראוי לפרש בהתאם למשפט העברי אולם וזוהי חזקה הניתנת לסתירה- על השופט לבדוק אם תוכן החוק שונה מהמשפט העברי או לא.

**המשפט העברי בפסיקה כיום**:

**דיני חוזים**- טרם חוק יסודות המשפט: חוזה שמטרתו בלתי חוקית-

* **פס"ד גייקובס נ' קרטוז**- המערער (גייקובס) השכיר דירה למשיב אשר הושכרה לפני אישור מבית דין לענייני גובה שכר דירה שבעבר אישורו היה נדרש- עבירה פלילית החוזה בלתי חוקי. גייקובס טוענת לפני תום החוזה לסילוק של קרטוז בשל היותו פולש וזאת מאחר והחוזה אינו חוקי. **שאלה משפטית**- מה המעמד של חוזה זה?
* **השופט זילברג**- במשפט הקונטיאנטלי החוזה לא חוקי ובטל מעיקרו. במשפט הבריטי המקובל נקבע: 1. מעילה בת עלווה לא תצמיח זכות תביעה- תובע לא יכול לתבוע כאשר הוא מקור העוולה במעה בלתי חוקי דומה לפס"ד ריגס- הרצחת וגם ירשת, לא יצא נשכר מפרי עוולתו.

2. חטאו שתיים כאחד- יד הנתבע על העליונה- עסקה חוזית ששני הצדדים ביצעו עבירה התובע לא יוכל לנצל זאת לטובתו וידו של הנתבע תהיה על העליונה. **לכן הוא אומר שהחוזה לא בטל** ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס את תביעתו על עבירה. **החוזה לא בטל מעיקרו** אלא לא תצמח עילת תביעה **בהיבט המהותי**- ביהמ"ש לא יתערב לטובת תובע כזה.

**פתרון לא טוב לכל המקרים**- מה קורה במצב הפוך או כשאין ניצול של השוכר את המשכיר.

השופט זילברג מחפש את **הפתרון המצוי במשפט העברי לחוזה בלתי חוקי**- ריבית קצוצה יוצאת בדיינים (רמב"ם) צדדים עשו חוזה להלוואה בריבית ובהלכה אסור להלוות בריבית. הלווה לא משלם ריבית והמלווה פונה לבית דין. לבית דין אסור לכפות תשלום ריבית- כופה מעשה אסור. הוא יכפה רק את החזרת ההלוואה- לא מתייחס לחוזה כבטל. אם הלווה שילם ריבית וקרן למלווה וכעת טוען להחזיר לו אותה כי החוזה לא חוקי- תוחזר רק הריבית. שו"ע- עסקת מכר קונה התחייב לשלם 1000 ומבקש לשלם עוד וחצי שנה ולכן יוסף לתמורה עוד 100 שקלים- ריבית אסורה בהלכה. יש עסקה ואפשר לאכוף אותה ללא הריבית. הלכות מכירה (רמב"ם)- עסקת מכר בשבת היא עבירה אך למרות זאת אם העסקה קוימה היא תקפה, אם עוד לא קוימה יש תוקף להתחייבות. זילברג טוען כי **החוזה עדיין קיים גם לפי המשפט העברי** במקרים שאין ניצול ויש אפילו מקרה קיצוני יותר של אכיפת החוזה ולא רק חוסר התערבות.

* פס"ד הניה הווארד נ' מיארה- עובדות: הניה מכרה לזוג מיארה קרקע כאשר שליש ממנה הופקע והיא לא סיפרה להם וניהלה מו"מ לא בתו"ל- מכרה את כל הקרקע במחיר מלא. לאחר שהם גילו את האמת הם דרשו לקיים את החוזה במחיר מופחת של שליש ולקבל את הסכומים ששולמו. התברר שלא כל המחיר נרשם בחוזה כדי לרמות את רשויות המס, לכן היא אומרת שהתשלום שהם מבקשים לא כתוב בחוזה והוא כתוב עבור חומרי בניין, לכן הכסף אינו חלק מהעסקה או להבדיל החוזה אינו חוקי ועל כן בטל. שאלה משפטית: במקרה זה לא עוזר לנו שיד הנתבע על העליונה כי היא הנתבעת- שיטה אנגלית לא עוזרת. אירוע לאחר חקיקת חוק החוזים ויש חוק ישראלי- **ס'31 לחוק החוזים** קובע כי ניתן לבטל רק חלק מחוזה אם חלק זה אינו חוקי וניתן לבטל את חובת ההשבה. זוהי בטלות שתלויה בשק"ד ביהמ"ש ולא אוטומטית.
* השופט שמגר- אומר שס'31 מקנה לביהמ"ש שק"ד רחבו לעשות שיקולי צדק לכן לא צריך את כלל "חטאו שניהם כאחד". ס'31 הוא כלי מספק. (פרופ' דניאל פרידמן- ס'31 מקורו חקיקה שראלית מקורית ולא נקלח מדינים זרים)
* השופט אלון- אלון פונה להצעת חוק החוזים שם נאמר שהחוק מבוסס על עקרונות המשפט העברי- יש מקור לא כפי שפרופ' פרידמן טוען. בהצעת החוק נאמר שהשיטה האנגלית (שהוצגה בפס"ד הקודם) גורמת עוול רב לכן הולכים לפי אמירתו של השופט זילברז שההוראה לקוחה מהמשפט העברי כפי שהציג בפס"ד. **חוק החוזים לקח שראה מדברי השופט זילברג שלקח השראה מהמשפט העברי**. התקבל שני עקרונות מהמשפט העברי: 1. תביעה עם חוזה בלתי חוקי אינה "מוקצה" וביהמ"ש צריך לעשות צדק גם אם זה אומר להתלכלך בחוזה לא חוקי. 2. אין חוטא נשכר.
* פס"ד צים נ' מזיאר- אישה חטפה קלקול קיבה רציני בהפלגה עם חברת צים והיא תבעה אותם על זה, בימה"ש קיבל לפי "הדבר מדבר בעד עצמו" חברת צים מערערת בטענה כי בכרטיס הנסיעה יש תנייה פטור מאחריות בגין נזקים כאלו. האם יש להכיר בתניית הפטור:
* השופט זילברג- השיטה האנגלית מכירה בסעיף פטור כל עוד הקונה יודע עליו, השיטה האמריקאית לא מכירה. באיזה שיטה לבחור? קובע את השיטה האמריקאית וזאת מאחר והן תואמות את השקפות הגישה היהודית- הוא אומר ס' בחוזה שסותר את 'תקנת הציבור' (היה קיים לפני גם בפקודה העות'מנית) מגביל את החופש בחוק החוזים. לשאלה מהו דבר הנוגד את תקנת הציבור הוא מביא מקורות עבריים: הוא מראה שלהבדיל מהנצרות אשר מקדשת את **האמונה היהדות תמיד קידשה חיי אדם** לכן **חוזה שסותר את קדושת החיים או שלמות הגוף דיו להיות בטל.** לכן סעיף הפטור של חברת צים בטל. לא בטל מעצם תניה מקפחת בחוזה אחיד אלא מעקרון מהותי של שלמות הגוף.
* פס"ד רוט נ' ישופה- רכשו דירה מחברת ישופה בניה שהגיע באיחור ועם ליקויים רבים. תובעים פיצוי ותיקונים. החברה טוענת כי קבלת הקונה את הדירה לפי החוזה התחום היא ראיה סופית שהחברה מילאה את כל התחייבויותיה. (מחוזי קיבל את טענת החברה).
* השופט אלון- ס'39 לחוק החוזים מחייב תו"ל בקיו חוזה, מושג אוניברסלי לכן עלינו לעיין בראש ושראשונה במקורות המשפט העברי (לפני חוק יסודות המשפט). מצטט את זילברג מפס"ד צים נ' מזיאר ואומר שיש להעניק תוכן מהמשפט העברי למונחים אוניברסליים אלו. מצטט את הפסוק מספר דברים "ועשית הישר והטוב" שזהו לפיו עקרון על. לפי הרמב"ן זהו עקרון על שכן המחוקק לא יכול לצפות את כל המקרים שיקרו במציאות אך עקרון זה מכסה על כל המקרים גם על מקרים שאין בהם תשובה, גם אם יש תשובה, אדם לא יבסס טענה שנוגדת את עקרון זה. במקרה זה עקרון היושר הוא לא 'לפנים משורת הדין' אלא יש לו נפקות משפטית מלאה. השופט אלון לוקח מהמשפט העברי: 1. תוכן בדבר הפרת תו"ל. 2. תוקף משפטי לפי המשפט העברי- תלוי נסיבות. פרשנויות אלו לס'39 עולות מהמשפט העברי. (פסד דין זה והקודם שונים בכך שהם עוסקים ברעיונות מופשטים לפני חוק יסודות המשפט).

**דיני עונשין**- המשפט העברי בפסיקה פלילים:

* פס"ד אפנג'ר נ' מד"י- שוטרים הגיעו לבית שחשדו שמתבצע בו אירוע פלילי נכנסו בלי רשות ובלי להזדהות כשוטרים, אפנג'ר הדף את השוטרים והואשם בתקיפה (לא תקיפת שוטרי כי לא ידע זאת). אפנג'ר טוען להגנה עצמית. אפנג'ר לא היה בעל הדירה אלא אורח, האם עדיין זה נחשב הגנה עצמית? ס'22 לחוק העונשין מערבב את הגנת הצורך (פעולה נדרשת בשל הסיטואציה- הסגת גבול למען כיבוי שריפה) עם הגנה עצמית (מקרה של תקיפה שמישהו תוקף אותי או את זולתי). לפי המחוקק האנגלי הגנה עצמית היא מקרה פרטי של צורך לכן הוחלה בתוכו. היקף ההגנה העצמית: לפי החוק האנגלי היקף ההגנה העצמית היא רק על עצמי ומי שיש לי זיקה אתו- משפחה, מקום עבודה או מסגרת אחרת. לא אדם זר ברחוב- לא להתערב במקרים לא קשורים אלייך (לא יודעים מי התוקף ומי המותקף).
* השופט אלון- אומר שהגישה האנגלית לא הגיונית, אדם שהגן על אדם אחר לא הגיוני שיואשם בתקיפה. הוא אומר כי קיימות גישות במערכות ביניהן ארה"ב שמקבלים את גישת ההגנה העצמית על הזולת ולדעתו זה אף ראוי. אלון מבסס את דעתו על המשפט העברי:
1. **דין רודף**- יש חובת הצלה כללית "לא תעמוד על דם רעך" ועד כדי כך שאם ההצלה דורשת הרג הרודף יש להורגו. **יש חובה לעזרה למען הזולת** וניתן לעשות זאת בכל אמצעי על מנת להגן על הקורבן. לחובה יש מגבלה- יש להשתמש **באמצעי הגנה שיפגע בתוקף פגיעה מינימלית** כדי להגן על הנרדף (לירות ברגל). אם המציל הורג את התוקף לא לצורך- נחשב רוצח, הרמב"ם פסק מיתה בדיני שמיים ובית הדין לא מחייב אותו במיתה, כי קשה לומר שהוא רוצח במזיד. עקרון המידתיות הוא התאמת התגובה לתקיפה (גניבה לא שווה לרצח) אך עקרון הפגעה המינימלית אומר שגם במצב שהאיום והתגובה זהים יש לבחור בפגיעה מינימלית (אדם רץ עלי עם סכין כיד להרוג, לא לירות בו אלא לירות ברגל). הרמב"ם חלק לכמה שלבים את התגבוה: 1. אזהרה 2. פגיעה באחד האיברים 3. הריגה. דגש: מדובר פה במקרה של דין של רודף אחר חברו להורגו- סכנת חיים.
2. **האם יש גם חובת הגנה במקרים של חבלה אך לא סכנת חיים**- הרא"ש: הגנה עצמית חלה גם בעבירות חבלה, כלומר תקיפה שאין בה סכנת מוות. ההגנה באופן מידתי תהיה תגובה קלה יותר. עקרון המינימליות מתבטא גם פה. הרא"ש אומר שבמקרה שאין סכנת מוות ההגנה היא רשות ולא חובה.
3. **השו"ע**- הראשון להזכיר בפירוש שמי שמגן על עצמו מתקיפה ותגובה של תקיפה פטור מעונש, עקרון המינימליות עדיין חלק.

מדברים אלו הסיק השופט אלון כי הוא מזכה את אפנג'ר וקובע כי ההגנה העצמית כוללת הגנה על הזולת. לפי אלון ההגנה על הזולת היא רשות ולא חובה.

* השופט זוסמן- חולק על אלון בהחלת המשפט העברי הן **כי הוראת החוק הזאת הספציפית נבעה ממקור אחרו לא מהמשפט העברי**, והן כי הוא חושב **שאין להחיל את המשפט העברי הפלילי** שכן הציבור לא יקבל אותו כי יש בו דברים שאינם מתאימים לימנו (סקילת אישה נואפת).אמירה חריפה. הערה של שפירא: המשפט העברי הוציא את עונש המוות לפני 2000 שנה לכן אמירה זאת של זוסמן היא תלושה, אך היא מבטאת חשש מהמשפט העברי אך שפירא אומר שהחשש יכול להיות (כפי שמצופה מנשיא ביהמ"ש העליון) להיות מתון יותר. **זוסמן בפועל הצטרף לדעתו של אלון לזיכוי** של אפנג'ר ואם יש להאשים מישהו לטענתו זה את השוטרים שתקפו אדם חף מפשע. הוא לא דן בהיקף ההגנה העצמית.
* השופט אשר- תומך בשיטה האנגלית ולכן מתנגד לזיכוי שכן אין קרבה ויחסים. מתנגד עקרונית לאלון.

**נפסק- זיכוי לפי אלון וזוסמן- ב1994 חוקק ס'34י לחוק העונשין- המחוקק אימץ את הסברו של אלון.**

* פס"ד כהן נ' מד"י- בעל שאנס את אשתו, הם היו בהליך פרידה אך עדיין היו נשואים. לטענת הנאשם בס'345 "הבועל אישה שלא כדין..." הוא לא אנס אותה כי היא אשתו כדין. זהו הדין באנגליה במאה ה17. נוסח העבירה לקוח מהמשפט האנגלי, ב1977 תיקנה וועדה ללא הסכמת כל הכנסת את תיקון הנוסח הבעייתי. מעלה שאלה מהו "שלא כדין"- ביהמ"ש לא אוהב את הפירוש האנגלי אך זהו הפירוש שהמחוקק אימץ וכהן רכב עליו.
* השופט דוד בכור- אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה **והפירוש של "שלא כדין" מתייחס לדינו האישי של אדם**. במקרה של יהודים יש לבחון לפי המשפט העברי האם אדם יכול לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. מציג כמה מקורות שמראים שבעל לא יכול לאנוס את אשתו:
1. התלמוד- קובע כי היא צריכה להסכים לכך.
2. הרמב"ם הלכות אישות- גם כן אסור לבעל לבעול את אשתו ללא הסכמתה ורצונה לכך.
3. שו"ע- לא יבעל ללא רצונה, ואם היא לא מרוצה הוא יפייסה עד שתהיה מרוצה.
4. הלכת המורדת- כאשר בעל/ אישה מסרבים לקיים יחסים הם מוגדרים "מורדים" כי יש להם חובה לקיים לפי ההלכה. אם אישה לא רוצה לקיים שואלים אותה למה, אם היא "נגעלת" לא רוצה לקיים עם בעלה זאת עילה לגירושין והבעל חייב לתת לה גט- אישה אינה שבויה ביד בעלה. עילה "מורחבת".

השופט בכור אומר שלפחות לפי היהודים אין להחיל את הדין האנגלי- הבעל אנס.

* השופטת בן פורת- מעדיפה להשאיר בצריך עיון את פירוש "שלא כדין" כדין אישי, מציאה להתעלם מהמילים הללו. היה דיון נוסף כי לא הסתפקו בפירוש:
* השופט חיים כהן (בד"נ)- תיקון החוק מלמד שהוועד דחתה את הפירוש האנגלי והוא מאמץ את דעתה של בן פורת: לא צריך את הדין האישי בשל תיקון הוועדה, מילים מיותרות שנלקחו מהמשפט האנגלי, הבעל הוא אונס. (היום המילים הם שלא בהסכמתה החופשית- אין צורך בפירוש הזה).

**חוק יסודות במשפט**:

ב1980 נחקק חוק יסודות המשפט והוא ביטל את סימן 46 והציע בס' אחד כי במקרה של חסר בימה"ש יפנה להשלים מעקרונות מורשת ישראל. בהצעת החוק פורט כי ביהמ"ש במקרה של חסר מעתה והלאה **ינחה את עצמו לפתרון לפי עקרונות מורשת ישראל**, הנוסח הזה נבחר שבתוכו מוכל- עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל. הדברים הללו יוצרים זיקה בין מורשת ישראל למשפט העברי:

* לקונה- שאלה משפטית שאין לה תשובה ב: **1. חקיקה** (ראשית או משנית) **2. הלכה פסוקה**- מזה הלכה פסוקה: תקדימים של ביהמ"ש או רק ביהמ"ש העליון- השופט אלון- רק ביהמ"ש עליון השופט חיים כהן- כל בתי המשפט. שפירא מסכים עם אלון. **3. דרך של היקש**- אנלוגיה מעניין לעניין השופט אלון- מסכי עם ברק שפרשנות קודמת למורשת ישראל, כלומר אם ניתן לעשות פרשנות בדרך של היקש אז יש לעשות זאת קודם למורשת ישראל.

**מה מקום פרשנות מושגים משפטים ערכיים? האם לקונה או היקש**-

השופט אלון- הוא חושב שפרשנות מושגים מופשטים (תו"ל, סבירות, תקנת הציבור..)דורשת הביטים נוספים= **לקונה, כלומר לפרשם לפי מורשת מדינת ישראל.**

השופט ברק- בעניינים אלה **אין חסר** שכן המחוקק קבע סטנדרט מנחה לכן אין זה מקום של חסר ואין צורך לפנות לעקרונות מורשת ישראל להשלמה. (***מאמר לעבודה לקרוא שוב***).

**פרשנות חוקים -**

השופט אלון- משפט עברי מקור ראשון כשצריך השראה משיטות זרות- המשפט העברי יהיה מקור ראשון במעלה (לא חייב לפרש לפיו אך חייב להתייחס עליו ראשון) שלושה נימוקים לכך:

1. המשפט העברי היווה שימוש כמקור ראשון לחקיקה הישראלית.
2. תשתית אחידה- נותן בסיס לשיטת משפט אחידה, פניה אחידה למשפט העברי כמקור ראשון- אחידות.
3. חוק יסודות המשפט- לא התייחס לפרשנות חוקים, אך מעמד למשפט העברי במקרים של חסר חולש גם על פרשנות.

אלון השתמש בפרשנות לפי המשפט העברי בפס"ד הנדלס שהוזכר- לדעתו אם יש אפשרו לפרשנות מהמשפט העברי יש לעשות כך כמקור ראשון.

השופט ברק- חולק על אלון לא מתייחס לשאלה מה מקור החקיקה ואומר שגם אם המחוקק השתמש במונחים של משפט עברי אז כיום המונח עומד בפני עצמו. יש לפרש את החוק לפי התכלית שלו- פרשנות תכליתית. חוק יסודות המשפט חולש על מצבי לקונה בלבד ולא בפרשנות כללים, וכללים כללים לפי ברק הם אינם לקונה. ברק אומר שאין מעמד בכורה למשפט העברי בפרשנות חוקים.

* פס"ד הנדלס- ביהמ"ש קבע כי אין מעמד מיוחד למשפט העברי בפרשנות חוקים. השופט חיים כהן אמר כי כאש המונח לקוח מהמשפט העברי ניתן לפרש לפי המשפט העברי אך אין חובה. ביהמ"ש קובע כי חוק יסודות המשפט חל רק על מצבי לקונה ולא על פרשנות חוקים אך לא התייחס למושגים ערכיים. מהי שאלה משפטית שיש לה חסר חוקקתי- 1. פרשנות מרחיבה- אין חקיקה ואין תקדים או היקש ביהמ"ש מצווה להכריע לפי עקרונות מורשת ישראל 2. פרשנות צרה- השלמת חסר בלבד, חסר בחוק או בפסיקה בלבד!
* **ברק מבחין בין פיתוח המשפט להשלמת חסר**- ברק, היצירה השיפוטית: **חסר קיים רק כאשר יש הסדר מסוים וחסר בו פרט**. חייב להיות הסדר מסוים כדי שיהיה חסר ורק אז נפעיל את חוק יסודות המשפט אשר מעניק לשופט כוח "כמעיין מחוקק"- השלמת חסר. פיתוח המשפט: פס"ד זרזבסקי- כאשר אין הסדר כלל, יש מקום לשופט כחלק מהשיטה המקובלת לפתח את המשפט **והוא משלים את ההסדר החסר אין זה חסר אלא פיתוח ואין חובה להשתמש במקורות מורשת ישראל**. לא מחויב לחוק יסודות המשפט. **אלון הולך לפי הפרשנות המרחיבה וברק לפי המצמצמת**.
* **למה ברק מפרש מצומצם**- במשפט המקובל אין חוק כזה שכן זה תופעה רגילה, אין התיימרות להסדרת כל הנושאים בחקיקה, ממשיך את תפיסת המבט של המשפט האנגלי אותו אימצנו, דעתו לא קשורה רק למשפט העברי והוא אומר כי צריך לצמצם את הפניה של בימה"ש למקורות מסוימים.
* דוגמה: ס'15 לחוק בחירות (דרכי תעמולה) כתוב שיו"ר ועדת הבחירות צריך לאשר את תשדירי הבחירות בטלוויזיה המחוקק לא הסדיר את העניין ברדיו- אמרו שיש חסר, ביצעו היקש מהטלוויזיה.

זרזבסקי- נדון מהו התוקף של הכם פוליטי. אלון- קובע שהדבר הוא חס ומכריע לפי עקרונות המורשת של ישראל שכן אין חוק או הלכה פסיקה (לקונה במובן הרחב). ברק- אין לפנות למורשת ישראל כי זה לא חסר אלא פיתוח המשפט שכן המחוקק לא הסדיר כלל את עניין ההסכמים הפוליטיים. (פירוש לקונה במובן צר)

דעתו של ברק מתקבלת על ידי שופטים , לא בפירוש: פס"ד לחמני זוג עשה הפריה חוץ גופית והיה להם ביצים מופרות מוקפאות, הם נפרדו והאישה רצתה להמשיך להשתמש בהן. האב לא רצה ילדים ממנה. אין תשובה לבעיה זאת בחקיקה או בפסיקה, אך **אף אחד מהשופטים לא הולך לעקרונות המשפט העברי שכן הם אומרים שזאת שלאה של פיתוח המשפט ולא של חסר**, הנושא חדש- מקבלים את הבחנתו של ברק.

**מהי מורשת ישראל**-

אלון- כוללת בתוכה את הלכות המשפט העברי קודם כל, ולאחר מכן את עולם ההגות של ההיסטוריה העברית. אלון מבסס את טענתו כי מטבע העיסוק במשפטים יש להשלים ממקורות משפטיים וכן דברי הצעת החוק שקבעה כי היא מכילה את עקרונות המשפט העברי.

ברק- מורשת ישראל לא זהה למשפט העברי אלא המורשת התרבותית שלנו העם היהודי לאורך השנים כוללת גם את תורתם של ישעיהו ואחד האם וגם את זבוטינסקי ובן גוריון. (הדמויות המוזכרות חוץ מהנביאים אינם מהמשפט העברי) נראה שהיא ההיסטוריה ללא המשפט העברי. ביקרו אותו על וכך אך עמדתו נותרה זהה עם שיפור הרשימה. גם משפט העברי וגם היסטוריה חילונית. **אין פניה למשפט העברי אלא לכל היותר פניה עליו כחלק מהתרבות הרחבה שהוא אינו עיקרו בה**.

2018- תיקון לחוק יסודות המשפט- הכניסו את המשפט העברי כמקור- נגד דעתו של ברק, **המושג הרחב**. אין הדבר אומר שלכל שאלה תהיה תשובה במשפט העברי כי לעיתים יש שאלות חדשות. במקרי כאלו נפנה לעקרונות הצדק היושר והשלום.

**המשפט העברי בפסיקה**:

**זכויות יסוד**-

**פס"ד ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות**- פסילת מאיר כהנא בבחירות בכנסת. לא היה עדין ס'7 שמעניק סמכות פסילה לוועדה. היה תקדים של פס"ד ירדור. בפס"ד זה שתי רשימות נפסלו- כהנא נפסל בשל גזענות, רשימה ערבית- שלילת קיומה של מדינת ישראל. כהנא מבסס אמירות גזעניות על המשפט העברי (מדינת יהודים).

ביהמ"ש רצה לצמצם את הלכת ירדור ולא פסל את שתי המפלגות, טען שהלכת ירדור מדברת רק על מצבים בהם יש שאיפה לחיסול המדינה. יש אמירות עקרוניות על המשפט העברי:

* אלון- מסורת עתיקה שניתן להביא ממנה ראיות לצדדים שונים, צריך לפעיל שיקול דעת מה נכון, מה נאמר לאותה שעה ומה נאמר לדורות. המסורת היהודית היא מקור לחופש הבעת עמדה כמו ש"אלו ואלו דברי אלוקים חיים" כך גם לדעות החברתיות השונות יש טעם ערכי.

ביקרו את ביהמ"ש שיכול להיתפס כהכשרת דעה גזענית של כהנא, למרות הרצון לצמצם את הלכת ירדור דעתו של כהנא בעייתית לכן הם הירבו לגנות אותה בפס"ד, אלון עשה זאת לפי המקורות של המשפט העברי:

אלון מתקומם על **הפירוש הגזעני שכהנא נותן ליהדות**. הוא אומר כי יסוד בסיסי ביהדות הוא כי **בריאת האדם בצלם ה'**- כל אדם יש בו שיוון ואהבה עליו. מעלה את הוויכוח בין ר' עקיבא לבין בן עזאי-

1. ניתן לומר כי זה עקרון מצמצם לאהוב אדם שהוא כמוך אך בצלם ה' זה עקרון אוניברסלי.
2. העקרון הראשון ואהבת לרעך כמון הוא עקרון סימפטי אך העקרון שבריאת האדם בצלם ה' היא המעניקה לו את מעמדו.

לפי ר' עקיבא היסוד החשוב הוא אהבת האדם ולפי בן עזאי עקרון השוויון. אלון אומר שאין סתירה בין שתי ההשקפות אלא הסתכלות על צד שונה של האמירה- **אהבת אדם ושוויון משתלבים**- **יש לנהוג בשיווין והאהבה לאחר!** מביא את דבריו של הרב קוק- המוסר הטבעי והרגש הבסיס שיש לאדם הוא הבסיס, מצוות יכולות להפוך אדם למוסרי יותר, אך אם בעקבות מצוות הוא נהפך לפחות מוסרי יראו שזאת יראת שמיים לא טהורה- **יראת שמיים נבחנת לפי מוסריותו של אדם**.

מתייחס למיעוטים- התורה קובעת "גר ותושב- וחי עמך" כל הזכויות חלות גם על הגר. הרמב"ן אומר שיש לפרנס את הגויים לתת להם שירותי רופאה וכו. תנאי לשמירת 7 מצוות נוח הוא סטנדרט מוסר בסיסי.

ניתן לומר שכל הרעיונות הללו מופשטים ולא חשובים. שפירא- פרשנות אקטואלית לרעיונות לכן הם אינם באוויר- **פרשנות ליברלית ליהדות וראייתה בראי זכויות אדם**.

ברק- גם ברק מביא ציטוט של הרב קוק האומר כי צרות עין שרואה את כל מה שמחוץ לאומה המיוחדת (היהודים) היא אחת החשכים הנוראים שגורמים להריסה כללית של בניין הטוב הרוחני. **היה לברק חשוב לומר כי כהנא לא רק גזען אלא משחיר את היהדות**.

**פס"ד קטלן נ' שירות בתי הסוהר**- בדיקת חוקן כאשר אסירים חוזרים לכלא- פגיעה בכהאו"ח. השופט חיים כהן- בטרם חוקק חו"י כבוד האדם וחירותו מנסה השופט לדלות מקורות לכך במשפט העברי, משתמש בעיקרון "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה תורה" הזכויות יכולות להתגבר על מצוות של דרבנן ולא מן התורה.

עושה אנלוגיה- הוא לא פוסל חוק מכוח עיקרון כבוד האדם שהיא כרגע רק זכות שיפוטית אך פוסל תקנה שפוגעת בכבוד האדם.

**פס"ד מדינת ישראל נ' תמיר**- אסיר רצה פינוי רפואי מחוץ לבית הסוהר. השופט אלון- פונה לעיקרון שאדם נברא בצלם וזאת זכות שיש לאדם מעצם היוולדו אדם- גם לאסירים, הזכות כוללת בחירה ברופאים שיטפלו בו שכן זה חלק מזכות לשלמות הגוף וצורך הטיפול צריך את הסכמתו. משתמש במקורות התורה (דברים כה, משנה מכות ג) התורה לא נותנת לעלות על עונש של 40 מלקות ואחרי העונש הוא אחיך. הזכות לריפוי קיימת גם לאסיר אך היא יחסית וזה נתון לשק"ד ביהמ"ש.

**פס"ד הוקמה נ' ר הפנים**- שקלו את זכות ההצבעה שלאסירים שלא הייתה קיימת פרקטית. השופט אלון- לא ניתן לשלול מאסיר את זכויותיו ללא הוראה בדין. לא רואה סיבה לשלול מאסירים את זכות הבחירה, זכות שמגיעה לו ואין לה הוראה סותרת בדין. אלון טוען כי מאסר פללי הוא מסויג כי יש אנשים מסוכנים שאותם צריך לכלוא ויש אנשים שלא, צריך למצוא להם דרכי ענישה אחרות, שתי עמדות שנשענות על המשפט העברי.

**פס"ד וייל נ' שירות בתי הסוהר**- עתירה של אסיר שרוצה שיאפשרו לו לקיים יחסי אישות עם אשתו על בסיס דת (מצווה). באותה העת העתירה הייתה מוזרה. השופט אלון- שלילת קיום יחסים עם אשתו אינה חלק משלילת הזכויות שנשללות מאסיר עם מעצרו, ניתן לחשוב על הסדרים שמאפשרים זאת באיזון עם איך לעשות זאת. מציג הבחנה- **יש זכויות שניתנות לאיזון** כמו זאת **ויש כאלה שאינן** כמו לנשום ולשתות מים ולקבל טיפול רפואי. הזכות להתייחדות כפופה לאיזון. הוא משתמש במורשת ישראל ומציג את עונש **"עיר מקלט**"- רוצח במזיד עונשו במיתה ורוצח בשוגג עונשו גלות לעיר מקלט הממלאת שתי פונקציות 1. הגנה על זכות (הגנה מנקמת דם). 2. עונש חובה. מראה כי הוא לא מחבב את עונשי המאסר ויש דרכים לענישה אידיאלית יותר שתביא לשיקום האסירים. אלון שהיחיד שפסק כך, ידע שבארה"ב ואנגליה גם קיימת זכות התייחדות אך הוא טוען שהוא הסתמך על המשפט העברי. הוא מוסיף שזאת אחת הסיבות לתת לאסירים חופש- התייחדות, טוען זה אמור להינתן רק לזוגות נשואים. השופט ברק מצטרף לדעתו אך אומר שצריך להיות גם לזוגות לא נשואים.

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו- מדינה יהודית ודמוקרטית**:

ס'1א- הזכויות הנמנות הם מערכי המדינה היהודית ודמוקרטית ס'8- פסקת הגבלה. מה המשמעות של מדינה יהודית בחוק לגבי פרשנותו-

השופט אלון- החידוש הוא שמעכשיו צריך לפרש גם לפי מדינה יהודית וגם דמוקרטית. לפי החקיקה היו זכויות נגזרות מהיותה של המדינה דמוקרטית (למשל בקול העם- נקבע חופש הביטוי לפי ערכי המדינה כדמוקרטית) החידוש הוא כעת כששופט חושב על טיבה של זכות מנויה וגם לא מנויה צריך לפרש גם כיהודית וגם כדמוקרטית.

השופט ברק- מכריז על המהפכה החוקתית ומסביר שלחוק יסוד יש מעמד על (לא חוק במעמד רגיל). זאת על סמך פסקת ההגבלה שקיימת בהם ומרוממת אותו מעל חוקים אחרים וקובעת באילו תנאים מותר לפגוע בו. הכוונה במדינת ישראל יהודית ודמוקרטית- **מדינה יהודית לא במובן ההלכתי דתי אלא במובן הלאומי** ובמובן חוק השבות, קביעה זאת מבוססת על מגילת העצמאות שבה מדינה יהודית מוזכרת כלאום יהודי. לעניין הלאומי יש אלמנט תרבותי- **ערכי היסוד של היהדות הם ערכי יסוד אוניברסליים** והם משתלבים עם הדמוקרטי. כוונה לערכי היהדות שהיא הנחילה לעולם כולו, אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל עם המשפט העברי.

השופט אלון- **יש ללמוד את המושגים של העקרונות הללו מהפירוש שלהם במקורות העבריים** כמו קדושת החיים שיש לה מקור ברור במשפט העברי ולכן יש לפרשה לפיו ולא בהסתכלות צרה כפי שעושה ברק. על פירוש המקוות העבריים יש **להסתכל בנק' מבט דוקרטית**. לעיתים יהיה הבדל בין הערכים הדמוקרטים לדתיים- במצבים אלא ביהמ"ש יצרך להכריע, אך הפירוש של הערכים שברק טוען שהם אוניברסליים צריכים להתפרש ממקורות יהודיים.

לפי אלון- חו"י נותן למשפט העברי מעמד חוקתי שכן יש לפרשו לפי ערכיה של המדינה יהודית דמוקרטית.

ברק- השפעה שלוח"י על המשפט העברי היא נמוכה מאוד, לא שינה את מעמדו של המשפט העברי שכן הוא פונה למדינה יהודית בפן התרבותי לאומי. יש הסכמה בניהם שמדינה יהודית היא לא מדינת הלכה אלא לאום העם היהודי אבל הבדל בתפיסת המשפט העברי כחלק ממנו.

**אלון על שיטת ברק**- מחדד את טענתו של ברק שאומר שהיהדות הנחילה את ערכיה לעולם כולו ורק את הערכים שהונחלו יש להסתכל עליהם באופן שהם התקבלו- הסתכלות כמו מדינה אחרת שמסתכלת על הערך הזה ללא חזרה למקורות היהודיים. **ברק מאמץ קנה מידה לבחינת ערכים אוניברסלי ולא** יהודי ובכך מתנתק מהמקורות היהודיים. אלון טוען כי מאחר ולא הסתכלנו על הדמוקרטיה בקנה מידה יהודי למה כך הדבר צריך להיות כלפי הערכים היהודיים? הוא ממשיך ומדגיש את השדרוג בחו"י את המשפט העברי לא קרה בחוק יסודות המשפט **ששם המעמד מצומצם רק ללקונה ופה להגנה על זכויות אדם**. אם לקונה היא כפי שברק חושב וחו"י כבוד האדם חל על לקונה **זה כמעט לא מיושם**. לכן יש **ויכוח עקרוני וחריף** על המשמעות של המילה יהודי בחוק. לפי פרשנות אלון- כולל את המשפט העברי ואז ניתן לפרש חוקים המגנים על זכויות לפי המשפט העברי ולפי ברק- לא רלוונטי ולא כולל את המשפט העברי.

* **עליות מעצר עד תום ההליכים**- מה הם הכללים בהם נתן לעצור אדם עד סוף ההלכים? סוגיה שנויה במחלוקת 25 שנה בביהמ"ש העליון, לא היה חוק שיטפל בעניין באופן ישיר. קריטריונים: 1. מסוכנות 2. חשש מהימלטות 3. שיבוש הליכי משפט. האם לחומרת העבירה כשלעצמה היא עילת מעצר? לפני חו"י כבוד האדם התשובה במקרי צווארון לבן הייתה שעילה כן מהווה למרות שאין מסוכנות ושאר הקריטריונים. זה כן עבירה חמורה ולא לעצור עד תום ההליכים יפגע באמון הציבור במנגנון הפלילי.
* **פס"ד מד"י נ' אבוקסיס**- השופט אלון: משפט עברי מתנגד למעצר על עבירות כספיות בשל הפגיעה בחירות האישית. כתוב בספר משלהי שאדם שלווה מאדם אחר ולא משלם יחויב במאסר, ומראה שהמשפט העברי מתנגד לכך בתגובה: דברי הריב"ש שנשאל שאלה זהה- אדם מסר יהודים/ רכוש יהודים לשלטונות, האם יש לעצר אותו עד תום ההלכים. תשובה- **אם אדם התחייב בכסף, לא עוצרים אם התחייב בגוף כן עוצרים**. ערבים הם פתרון רק לעניין כספים ולא מועילים לעניין בריחה לא ניתן להענישם במקומו. התנאים שהוא מציב שניתן בהם לעצור אדם ולא לשחררו בערבות: עבירה חמורה של עונש גוף. **אם יש עבירה חמורה, ממש בדברי התובע, יש עונש גוף, ויש חשש ממשי לבריחה= מעצר**. **כל מצב אחר שיש עברה קלה או חמורה בלי חשש- אין לעצור.** הוא והשופטת נתניהו נשארו בדעת מיעוט. (ב88 הכנסת מאמצת את דעתו של אלון, איך ביהמ"ש ממשיך לפרש את עילת שלום הציבור באופן רחב). לאחר חיקוק **חו"י אשר קובע בס'5** כי אין פוגעים בחירותו של אדם אלא לפי חיקוק- חירות אישית זכות מנויה.
* **פס"ד סוויסה נ' מד"י**- השופט אלון: בוחן את החירות האישית לאור ערכי המדינה ולפי המשפט העברי, אסור להגביל חירות של אדם שלא הורשע בדין, יש חזקת חפות וניתן לעצור רק כאשר: 1. הוא מסוכן 2. יש חשש שימלט 3. שימוש הליכי משפט. **פגיעה באמון הציבור אינו מהווה הצדקה**. משפט עברי מציג עמדה אולטרה ליברלית. אחרי חו"י כבוד האדם הוכרע לטובתו.
* **פס"ד מד"י נ' עזאזמי**- השופט אלון: ס'2 לחו"י קובע כי לא פוגעים בכבודו או גופו של אדם. מעצר בישראל הוא פגיעה בכבוד האדם- יש צפיפות בתאים, אין תאי מחיה ראויים, לכלוך וכו ובמעצר יושבים אנשים שלא הורשעו וצריך לעשות זאת רק כשאין ברירה, אם יש חלופה יש לבחור בה. הרמב"ם- יש סמכות לבתי דין לאסור אדם אך הדבר תלוי בכך שהדיין יראה צורך לכך (מאוזנת עם כבוד האדם). לכן בעקבות חו"י יש לקבוע **שחומרת העבירה אינה עילה כשלעצמה למעצר**. הפך לדעת הרוב. ב96 הכנסת אף חוקקה את חוק המעצרים שבו הדברים נכתבו במפורש (דעות ציבור חלוקות- גננות מתעללות).

אלון מנהל מערכה כפולה: חזית אחת עם המשפט הישראלי והוא רוצה **לבסס את המשפט העברי** ואת הזיקה עליו וצד שני היא בפרשנות המשפט העברי שכן הוא מציע **פרשנות ליברלית** למשפט העברי:

* **פס"ד לאה שקדיאל**- אישה שרוצה להיות חברה במועצה הדתית בירוחם והרבנות הרשית התנגדה לכך.

ברק- פתר בכך שהמועצה אינה גוף דתי אלא מנהלי שחלים עליו עקרונות השוויון. אלון- מסכים עם התוצאה של ברק אך עובד קשה להראות כי הדבר **נובע גם מהתפיסה הדתית**. ההלכה לא מתנגדת שאישה תמלא תפקידים ציבוריים, לכן טענת הרבנות הראשית אינה מקובלת.

* בסוף שנות ה90 ברק כותבת את סדרתו פרשנות במשפט ובה הוא צריך לתת פרשנות ל'מדינה יהודית' הוא **חוזר בו ומכיר במשפט העברי ולא במקורות חיצוניים**. הוא אומר שלמשפט העברי יש תפקיד חשוב במדינת ישראל היהודית והם מעריכה הבסיסיים. **המחלוקת הצטמצמה**- הוא מאמת את אלון וטוען כי אכן המשפט העברי התשדרג עם חו"י כבוד האדם ויש לו מעמד מיוחד.

**המתת חסד וטיפול בחולה הנוטה למות- המשפט העברי בפסיקה וחקיקה**:

פרשת יעל שפר- יעל שפר פעוטה שחלתה במחלה קשה, הייתה במצב של תרדמת האם כאפוטרופוסית ביקשה שבמצב של החמרה לא יינתנו תרופות פרט לתרופות לשיכוך כאבים. האב לא שוטף לבקשה ומטפל צמוד בילדה. השאלה המשפטית: 1. האם בגיר יכול לבקש מבית החולים שלא יטפל בוא ויקרב את מותו/ ימנע טיפול מציל חיים 2. האם הורים כאפוטרופוסים יכולים לבקש דבר כזה 3. האם הורה אחד יכול לבקש זאת.

מחוזי- בקשת האם נדחתה. נמנע מלדבר עם המתת חסר, עונה על השאלה השנייה ועקרונית אם בגיר יכול לבקש גם קטין יכול אך לא באישור אפוטרופוס אחד אלא רק שניהם.

עליון- ערעור נדחה ללא נימוקים, לפני שביהמ"ש נתן את החלטתו הילדה נפטרה.

מעלה שאלה עקרונית- האם ביהמ"ש ידון בשאלה תיאורטית ולא מעשית של מקרה לפניו? השופט אלון מקיים דיון רחב: נעזר בפס"ד אמריקאי Row v. Wade בסוגית הפלות. האישה עתרה נגד טקסס שאסרה עליה לבצע הפלה אך היא כבר ילדה, העתירה עבורה אינה רלוונטית. ביהמ"ש דן בשאלה התאורטית שכן אם יחכה לעוד מקרה סוגיית ההפלות לעולם לא תעבור. **אלון אומר שזה המצב בפס"ד הזה**. הפס"ד ניתן בשנת 88 לפני המהפכה החוקתית אך אלון טוען כי מאחר והשאלה תיאורטית הוא יבחן את השאלה לאור המצב המשפטי לאחר המהפכה. (היו שטענו שצריך לחשוב על החלטת ביהמ"ש לפי הכלים המשפטיים שהיה לו אז).

דנים בשאלה לאור חו"י כבודה האדם וחירותו, ס'2 הגנה על קדושת החיים. גם לפני החו"י היה איסור על המתה. **יש התנגשות בין הזכות לחיים והזכות לכבוד**- למות בכבוד אך הדבר פוגע בזכות לחיים. באופן עקרוני יש **התנגשות בין חיים לאוטונומיה**- חוסר כיבוד החלטה של אדם על גופו שלו, אך הפעוטה לא הביעה את דעתה. עקרונית ההכרעה פה צריכה להיות **לפי פסקת ההגבלה** שאמנם לא דנה בהתנגשות אופקית אלא אנכית- אלון קובע שגם **התנגשות זכויות יש לדון לפי פסקת ההגבלה**. בוחן לפי הערכים יהודית ודמוקרטית- **ערכים יהודים**: 1. המתת חסד אקטיבית- הזרקת חומר או סיוע לאדם מתאבד (יש מדינות שבהם זה קיים כמו שוויץ). 2. המתת חסד פאסיבית- הימנעות מתרופות מצילות חיים וניתוק ממכשירי החייאה. **בהמתה אקטיבית אדם מת מפעולה שמבצעים עליו ובהמתה פאסיבית אדם מת מהמחלה שלו**. (ניתוק ממכשירים לא ברור כי יש אקטיביות במעשה).

לפי ההלכה- הרמב"ם מדובר ברצח לכל דבר לא משנה אם האדם בריא או הולך למות. אם האדם גוסס בידיו של ההורג והוא ממש היה הישורת האחרונה לא הורגים את "הרוצח". **כל המתה זה רצח**. השו"ע גם אומר כי המתת חסד זה רצח (כמו לכבות נר שכמעט נגמר)- **המתה אקטיבית אסורה**.

המתה פסיבית- 1. הימנעות מטיפול: הרב שלמה זמן אוירבך גם על אדם חולה סופני שהולך למות מחללים את השבת כדי לחיותו. יחס לחיים הוא מוחלט ויש להם ערך אינסופי שלא מדוד בזמן. הרב אוירבך אומר שאין זה כך- אדם סובל מייסורים פיזיים או נפשיים גדולים מותר מלהימנע מלתת תרופה לחולה אם הוא דורש זאת. בין קדושת החיים או סבל של החולה הכף תיטה לסבלו של החולה. (רק פאסיבי לא אקטיבי).

הרב משה פיינשטיין: מצב של חולה סרטן המצב סופני ותרופות יאריכו את חיו. הוא אומר כי צריך להודיע לחולה ולעשות לפי בקשתו. עולה על קדושת החיים. יש יחס שוני בין המתה פסיבית לאקטיבית.

מה קורה אם החולה אינו כשיר משפטית ואינו יכול להביע את דעתו- יכול להיות שנשאל את משפחתו.

2. ניתוק ממכשירים- רמ"א שו"ע יורה דעה אסור לזרז מותו של אדם אולם (חוטב עצים [רעש מונוטוני], או מלח על הלשון) דברים אשר מונעים מאדם ומעכבים אותו למות מותר להסיר כי אין בהם מעשה מבחינה מהותית. הרב פיינשטיין מנגד חושב שניתוק מכשירים זה מעשה שמוביל למוות לן אסור- דעות חלוקות.

**ערכים דמוקרטים**: **ארה"ב**- יש איסור המתה אך ביהמ"ש הכיר בזכותו של חולה לסרב לקבל טיפול רפואי, זכות יחסית וכפופה לאינטרס המדינה במקרה זה קדושת החיים. זכות שלא עומדת לבדה זכותו של הפרט אלא אינטרס של המדיה להגן על החיים בה. הנוסחה לאיזון- ככל שהחולה יותר סופני וסיכויי החלמתו נמוכים וההתערבות פחות פולשנית- ניתן לסרב לקבלת טיפול. בזמן הפס"ד המתה אקטיבית הייתה אסורה בכל המדינות בארה"ב. במקרים של קטינים בדקו לפי המבחנים של "אומד דעת הקטין" או "טובת הקטין". **הולנד**- מותרת המתה אקטיבית בקריטריונים של חולי סופני, אבחון ברור ועוד. אלון מציג שמספר המתת החסד במדינה הזאת הוא גבוהה- מדרון חלקלק.

**חיבור ערכי היהדות עם הדמוקרטיה**- המתת חסד אקטיבית אסורה גם לפי ההלכה וגם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות, הימנעות מטיפול מותרת בהלכה וברוב המדינות הדמוקרטיות. לניתוק ממכשירים יש גישות שונות. אלון מדגיש את **נקודות המוצא השונות שיש למדינות**: ארה"ב נקודת המוציא היא שיש זכות לחולה לסרב לטיפול והיא מסויגת לפעמים בשל אינטרס החיים. לעומת זאת ביהדות נקודת המוצא הוא קדושת החיים והחריג בוא ייסורי החולה. **מעדיף את הגישה היהודית המעדיפה את קדושת החיים קודם.**

**קדושת החיים וכבוד האדם**- ההתנגשות שציינו קודם הינה "תרתי דסתרי" כלומר אין לראות באדם חולה או לא כשיר כחסר כבוד. כל עוד חיי כבודו נשמר **ואסור להמשיג את המצב הגופני לחוסר כבוד**. הוא עוד אומר שיש **ערכים כלכליים** וחברתיים שדוחפים אותנו לסיום מוקדם של חיים- "להחזיק" אותם חיים עולה כסף והאם הוא הולך עוד מעט למות אז למה לעשות זאת. הדבר יכול להפוך את הזכות למות בכבוד לחובה- הפעלת לחץ על חולים סופניים למות בכבוד בשל העול הכלכלי. יש חשש מוגבר לקטינים שכן מי ראוי להחליט שעדיף מותם מחייהם. **לכן המתה אקטיבית אסורה בהחלט, והמתה פסיבית תלויה בשיקולים נוספים**- במקרה של פסול דין וקטין יש מדרון חלקלק לכן יש צורך באישור ביהמ"ש. במקרה זה הילדה לא סובלת ולא מבוזה והטענה הגיעה רק מהצד של האמא- מחזק את החלטה לדחות את הערעור. **פסד מנחה בסוגיית המתות חסד** עד חוק החולה הנוטה למות ב2005.

השופט אלון דן בסוגיה ערכית משפטית בערכיה של המדינה יהודית ודמוקרטית- ברק חתם על הפס"ד ואף הציג במאמרו **כדרך בה יש לפסוק לפי ערכיה של המדינה**. יש מדינו היום שיותר מתירות סיוע בהתאבדות ולא בהמתת רופא- רופא הוא אדם שצריך לטפל ושבועת הרופא כוללת חובה לא להרוג- התמונה הדמוקרטית שונה היום אך התנגדותו תישאר בשל ערכיה של המדינה יהודית ודמוקרטית.

**סיכום המשפט העברי בישראל רצוי מול מצוי**: **מצוי**-

* **המעמד הפורמלי של המשפט הערי בישראל**- 1. חוק יסודות המשפט- לקונות יוכרעו לפי עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל, מקור משלים מפורש. 2. חו"י כבוד האדם וחירותו- עריכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים את המשפט העברי. 3. חו"י חופש העיסוק- הערכות חלוקות כמה הוא השפיע על המשפט העברי:
* השופט אלון- סבור שהחקיקה הישראלית התבססה במידה רבה על המשפט העברי, הוא מדגים עם הרבה חוקים ולכן לשיטתו המשפט העברי השפיע רבות על המשפט הישראלי. גם בחוקי היסוד שכתוב מדינה יהודית ודמוקרטית ולא רשום במפורש משפט עברי, כוללים בתוכו את המשפט העברי.
* **המעמד המעשי של המשפט העברי בישראל**- הערכות חלוקות:
* השופט אלון- אחד מהמקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, השפעה רחבה וניכרת והחקיקה התבססה במידה רבה על המשפט העברי. הוא מקדיש בספרו 100 עמודים בהם הוא סוקר את השפעת המשפט העברי על הישראלי
* השופט חשין- רק באופן מילולי לקחו מונחים מהמשפט העברי אך באופן מעשי הייתה השפעה שולית על המשפט הישראלי.

ההערכות של השניים לא אובייקטיביות- אלון: כדי להצדיק חזרה למשפט העברי צורך פרשנות וביסוס חוקים. חשין: שתי שיטות שונות והמשפט הישראלי עומד בפני עצמו. (הערה שפירא- כל אחד מהם הגזים לכיוונו).

* **לשון המשפט**- השפה העברית המשפטית הושפעה מהמשפט העברי (לא מהותי): **1**. חוק השומרים- גם מונחים וגם הבחנות בין סוגי שומרים. **2.** חוק השבת אבידה- הבדל בחובה שמטילה כל מערכת, דת אקטיביות במציאת האבידה והחוק מאפשר פסיביות. **3**. חוק לשון הרע **4**. חוק המרשם הפלילי ותקנת שבים. **5**. חוק עשיית עושר ולא במשפט- לקוח מהמשפט העברי אך ההבדל שבמשפט העברי לא מחייבים תשלום על 'הנאה' ובחוק כן. 6. חוק בתים משותפים.- **השפעה חלקית, אך לא מבוטלת על המשפט הישראלי אך לא ניתן לומר כי הוא מבוסס עליו**.
* **פסיקה**- פונים למשפט העברי מעת לעת גם במצבי לקונה וגם פרשנות כמו פס"ד יעל שפר, ולפעמים נותן עיגון נוסף להכרעות שהיו מתקיימות גם בלעדיו (השופט רובינשטיין מחיבה למשפט העברי).

שתי שיטות משפטיות שונות מאוד, אך המחוקק קבע שיש ביניהן זיקה. שאלת הזיקה היא במחלוקת תקשה מקום הציונות, ויכוח פוליטי עד היום.

**רצוי**- שלושה דגמים:

1. **קליטה**- לשאוף לקלוט כמה שיותר הסדרים מהמשפט העברי למשפט הישראלי, לא להעתיק את ההלכה אבל לקחת כמה שיותר ממה שיש למשפט העברי להציע (מאפיין את חברת המשפט העברי ואת אלון).
* חילון- הפרדת היסודות הדתיים והמשפטיים, פונים לחלק המשפטי ולא הדתי במשפט העברי. כאשר לא ניתן להפריד ננסח אותם מחדש.
* ברירה- בוררים מה מתאים להיקלט במדינה מודרני דמוקרטית ומה לא.
* התאמה- להתאים את הדינים למציאות המודרנית, לא אפשרי להעתיק אותו כמו שהוא.
* חידוש- יצירת תוספות של המשפט המודרני למשפט העברי, דוגמה חוק החברות.

קשיים:

* היעדר קודיפיקציה מחייבת של המשפט העברי אחידה- אין מוסד אחד מוסמך לחוקק חוקים מאז אובדן הסנהדרין לכן הוא אוסף של שיטות ומסורות ויש שאלות השנויות בו במחלוקת שטרם הוכרעו ואין גורם שיכריע בהן היה רמב"ם והשו"ע ואין קודיפיקציה עדכנית.
* חומר מפוזר ושנוי במחלוקת- יש פיזור טכני ויש שאלות שהמחלוקת בהן לא הוכרעה.
* היעדר גישה של המחוקקים ושופטים למשפט העברי- שופט מהשורה לא יכול תמיד ולא יודע איך לפנות למשפט העברי.
* רצון ליצירת שיטה מקורית עצמאית
1. **דגם ההפרדה**- להפריד בין שיטות המשפט. לא לקלוט ולא להתאמץ לקלוט, **שיטה ישראלית חילונית מודרנית, המשפט העברי הוא עתיק דתי מסורתי**. אין סיבה להתאמץ לשלבו. יש הבדלים במונחים כמו שוויון. יענו אנשי שיטת השילוב- שהשילוב פותר את הקשיים המודרניים. קיימת גם עמדה דתית כמו שופט אנגלרד **שמתנגד לשילוב ורוצה הפרדה מטעמי חילון הדת** כפי שדנו בהם- דעת רוב הציבור החרדי, אין לתרבות המשפטית מודרנית חילונית קשר מחייב להלכה, העניין התרבותי הוא זניח. (דוגמאות לכך- סמוטריץ רוצה מדינת הלכה אך גפני ואחרים מתנגדים! התנגדות חרדית בשל חילון!)
2. **דגם הדו שיח**- לא חותר לקליטה כמה שאפשר, הדחיפה לא תביא לקליטה שלו בהכרח, יש לחתור להשוואה ודו שיח. **המשפט העברי משמש כמשפט משווה**, יכול להיות שייקלט ממנו ויכול שלא אך דעתו תוצג. יתרונות המשפט העברי כמשפט משווה:
* שונות- מציג דווקא בשל היותו מערכת עתיקה השקפות חדשות ומעניינות כמו "זה נהנה וזה לא חסר" שביהמ"ש אימץ באופן חלקי.
* הקרבה הלשונית- שיטה נוחה יותר לשונית מאשר משפט משווה אחר.
* הרציפות התרבותית- מדינת ישראל היא המשך של התרבות העברית, להיות מחוברים לעבר שלנו גם מהבחינה המשפטית.

רוצים להיות מחוברים לעבר ולשמור על רציפות במציאות של מדינת ישראל העכשווית, לכן לפי הדגם הזה לעיתים דוחים את המשפט העברי ולפעמים מקבלים אותו, אך תמיד לומדים ממנו. השופט סולברג פרסם לאחרונה מאמר "משפט עברי לתועלת" שבו הוא מבקש לזנוח את ויכוח החלת המשפט העברי או הפרדה ומציג כיצד עזר לו המשפט העברי להגיע להחלטה גם כאשר לא אימץ את כל ההסדר המופיע בו. **לכן יש בו תועלת לשופטים** דווקא בגלל השונות שלו. שפירא תומך בדגם זה- ומאמין שהיום חוקרים משפטיים מאמצים את הכיוון הזה. להעתיק שיטת משפט לגמרי (כמו שטורקיה אימצה את המשפט הצרפתי) לא מבטא את רוח העם כמו מערכת משפט חדשה.