**1. מבוא**

\*השאלה המשפטית היא האם לכל מדינה צריכה להיות שיטת משפט משלה מיוחדת, והאם צריך להתאמץ כדי להתאים את שיטת המשפט הזו לתרבות של כל מדינה ומדינה, או שמא יש להקים מערכת משפט ללא התחשבות במאפיינים הנ"ל. לכן, עלתה השאלה לפני קום המדינה מה יהיה אופי המשפט של המדינה.

\*בשנת 1918 קמה במוסקבה קבוצה של משפטנים ציונים שרצו להחיות ולחקור את המשפט העברי מחדש למדינה שעומדת לקום, על כן הם הקימו את "חברת המשפט העברי". חזונם היה כי כמו שאליעזר בן יהודה חידש את השפה העברית והנגיש אותה לאותו הזמן, כך גם נדרש לעשות למשפט העברי, לחדש אותו ו"לחלן" אותו ע"מ להפוך אותו למודרני.

\*המושג משפט עברי - במקורו של המושג הכוונה היא להלכה, אך ההלכה היא מושג רחב שמקיף נושאים רבים. המושג משפט עברי מבודד מתוך ההלכה את ההיבט המשפטי בלבד. במטרה לחדש את המשפט העברי ניסו להבדיל ולהפריד בין החלקים.

\*אפיונו ואתגרו של המשפט העברי - (1) מדובר בשיטת משפט עתיקה, שלא עדכנה את עצמה בעקבות התפתחויות היסטוריות כגון המהפכה התעשייתית, ועל כן לא מחילה דינים מודרניים. (2) משפט דתי.

\*ציר הזמנים בהתפתחות המשפט העברי וההתנתקות בארץ ממקורות זרים - המשפט הישראלי התפתח על רקע "משפט הארץ הזאת" – משפט עות'מאני, בריטי וישראלי. (1) הבריטים כבשו את הארץ קיבלו מנדט והחיל חוקה – "דבר המלך" בה הוחלט כי יש לשפוט ע"פ **החוק העות'מאני** + הוסיפו את סימן 46 לדבר המלך בו הוחלט כי במצב בו אין תשובה בחוק העות'מאני יש לפנות ל**חוק האנגלי**. (2) בהקמת המדינה נקבע כי המשפט שהיה קיים לפני הקמתה. (3) בשנת 1980 סימן 46 התבטל (נחקק חוק יסודות המשפט אשר מפנה במקרים של לאקונה לפנייה **למשפט העברי**. ) + נחקק החוק לביטול המג'לה – החוק העות'מאני בטל.

\*כיום יש משפט ישראלי מקורי אך עדיין ניתן לראות זיקות למשפט העברי - (1) **דיני הנישואין והגירושין** -בעניינים אלו ההלכה היא משפט המדינה, והם נערכים ע"פ דין תורה. (2) **חוק יסודות המשפט** - החוק קובע בצורה מפורשת שעקרונות המשפט העברי הן מקור משלים למשפט העברי. (3) **הגדרת המדינה כמדינה יהודית** - במגילת העצמאות ובחוקי היסוד מוגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית. (4) **חוקים בהשראת המשפט העברי** - המשפט העברי שימש כמקור היסטורי לחוקים שונים. לפעמים ההשפעה היא בשם, ולפעמים בתוכן החוק. (5) **המשפט העברי כמקור לפסיקה** - לעיתים השופטים פונים אל המשפט העברי ע"מ להשתמש בו בשאלות השונות שעומדות לפניהם (גם בעניינים אזרחיים).

**2. חזון המשפט העברי**

\* שלוש גישות בחזון המשפט העברי - (1) בנייה על גבי המשפט העברי המסורתי אך יצירה של מערכת משפט מודרנית שאינה בהכרח הלכתית (אייזנשטדט, דיקן) (2) המשפט העברי הוא ההלכה עם התאמות לעולם המודרני (גולאק, הרב מימון, הרב בר אילן). (3) הקמת מערכת משפט מנותקת מההלכה (מה שקרה בפועל בהקמת המדינה).

\*דרך ביטויו של חזון המשפט העברי - (1) **ציונות מדינית וציונות רוחנית תרבותית** - התנועה הציונית עסקה יותר בהקמת המדינה, אך עם זאת עסקה גם בתרבות והיוותה כתנועת תחייה לאומית. הציונות המדינית (הרצל) הדגישה את ההיבט המדיני של ייסוד המדינה היהודית. תמך בו הרב ריינס. עולה השאלה איך התעלמות מהרוח והתרבות מסתדרת עם ציונות דתית של הרב ריינס? התשובה כי הדתיים פחדו שההתעסקות בתרבות תהיה חילונית בעיקרה ועל כן העדיפו להתעסק במאפיינים מדיניים בלבד. הציונות הרוחנית תרבותית (אחד העם) הדגישה את חידוש המסורת והתרבות היהודית מנק' מבט מודרנית. במהלך המאה ה-19 הייתה התעוררות לאומית בכל רחבי אירופה שכללה חזרה למקורות התרבותיים וכך קרה גם בתנועה הציונית. (2) **חברת המשפט העברי** - חברה שתפקידה להחיות את המשפט העברי. מדובר במשפטנים חילוניים בעיקר שמצטרפים אליהם גם משפטנים דתיים. שמואל אייזנשטדט ונוספים מייסדים כתב עת שנקרא "המשפט העברי". היו להם 2 מטרות עיקריות א) חקירת המשפט העברי (ב) הפריית המשפט העברי, יצירה חדשה מתוכו ופיתוחו. מהו "משפט עברי" לפי החברה – במשמעות החברה חילונים – לא ההלכה היהודית במלואה וגם לא החלק המשפטי שלה. הם רצו לחלן את המשפט העברי ולהתאימו למערכת משפט מודרנית שאינה קשורה בהכרח להלכה. במשמעות החברה הדתיים – שאפו ליישם את ההלכה תוך התאמות לעולם המודרני. (3) **משפט השלום העברי** – רשת של בתי משפט שפעלו בדרך של בוררות. הרשת פעלה משנת 1909 - עד שנות השלושים. המטרה הראשונה הייתה ליצור מסגרת משפטית שאינה כפופה לשלטון העות'מאני ואינה כפופה למערכת הרבנית. בתי המשפט פעלו ע"פ משפט עממי או קהילתי ולא ע"פ חוק. בשנות ה30 הרשת מתחילה להתפורר – (א) הבריטים הגיעו לארץ ושיטת המשפט שלהם הייתה אמינה יותר משל העות'מאניים (ב) קשיים אידיאולוגים בין החילונים לדתיים בנוגע למשמעות המשפט ולסמכות החידוש שלו (ג) קשיים כלכליים. הכישלון של החברה התבטא באי יצירת קודקס משפט עברי שניתן לעבוד איתו.

\*התומכים בגישת המשפט העברי - הלכה בהתאמות קלות: **אשר גולאק** – המשפט העברי כולל את ההלכה כולל הכל + מבין כי יש לחדש את המשפט העברי. על כן הוא מבין את ההתנגדות הצפוייה לגישתו מצד החילונים מחד שלא ירצו חוק דתי, ומצד החרדים מאידך שיצביעו פשוט על השולחן ערוך ויאמרו שלא צריך להוסיף לו כלום. **הרב פישמן מימון** – יש צורך לחדש את המשפט העברי אך אין להפריד בין דת למדינה. **הרב בר אילן** – מדבר על החיבור בין המשפט העברי לדת. גם אלו שהאמונה לא נר לרגליהם מאמינים בצדקתו וביושרו של המשפט העברי. ההבדל בין התפיסות: אנשי המשפט העברי החילוניים מרגישים חירות גמורה ביחס להלכה. רוצים לראות אותו כבסיס אך אין להם הגבלה במה שהם יכולים לשנות ולתקן. לעומתם, האנשים הדתיים הרבה יותר מתונים בדעתם על השינויים שיש אפשרות לעשות במשפט המסורתי.

\*סמכות החידוש - עולה וויכוח בין הדתיים והחילונים בשאלה האם אנשים מן השורה כגון חוקרים יכולים לתקן את המשפט העברי ולבצע בו שינויים או רק מוסדות מוסמכים כגון הרבנות. **החזון החילוני** – מחויבות מעטה למסורת, וחידוש ע"י חוקרים ואנשים מן השורה. **החזון הדתי –** רצון לשמור על המסורת. השינויים יכולים להיעשות רק ע"י הרבנים. לא מכחישים שיש לעשות תיקונים אלא במנגנון שונה - יש להכיל את ההלכה ולהתאים אותה. הוויכוח האידאולוגי הביא לפיצול בחברת המשפט העברי ולאיבוד חברים מהמחנה. בגלל הקושי לשנות ולחדש את המשפט העברי מתוך ההלכה, התנועה הדתית מתפרקת אך חזון המשפט העברי נשמר, התפיסה שהמשפט הישראלי שיקום צריך להיות מחובר למשפט העברי, לא בצורתו הדתית נשמרה.

**3. מעמדו של המשפט העברי עם קום המדינה**

\*השאלות היסודיות בהקמת המדינה - המועצה של דוב יוסף. תפקיד המועצה היה לדון ב2 שאלות יסודיות לגבי שיטת המשפט במדינה העתידית: (1) מה תהיה השיטה היסודית בחוק הארץ, האם כמו אנגלית לפי שיטת המשפט המקובל שמכיר בתקדים, או שיטת קודיפיקציה שאינה מכירה בתקדים? (2) האם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה, או שניקח את חוקי ממשלת המנדט כבסיס ונוסיף להם חוקים המתאימים לארץ מתקדמת. בהנחה ונלך בשאלה הראשונה על החוק הבריטי יש לדון איך לשלב את המשפט העברי.

\*האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי - (1) אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי או ליצור חוקים בנושאים מסוימים ולאמץ אותם. הקושי בהחלטה זו הוא שקודקס שכזה לא היה קיים, על כן מדובר בהחלטה תאורטית ולא מעשית. (2) הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה. קבלה של המשפט האנגלי אבל שינוי שלו עם הזמן בהתאם למשפט העברי. (3) ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בפניה למשפט העברי. האפשרות הכי קלה לביצוע.

\*מענה לשאלה - (1) **הצעת חוקה (י"פ כהן**) – לגבי החלק של השאלה הראשונה – המשפט שהיה קיים בישראל ביום מתן החוקה יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה וכל עוד לא בוטל או תוקן ע"י בית הנבחרים. לגבי החלק של השאלה השנייה – תחיית המדינה תהיה מושתת על עקרונות היסוד של המשפט העברי, עקרונות אלו ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים. הצעה זו לא התקבלה כי לא כוננה חוקה. (2) **פלטיאל דיקשטיין** – כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם + בכל מקום בו החוקים הקיימים אינם נוהגים בנק' מסוימת או שיש בהם סתירות על בתי המשפט להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן. ישיבת המועצה שהייתה בת"א קיבלה את ההצעה, אך הישיבה המקבילה שהייתה בירושלים לא קיבלה. (3) **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט** – מסמך שיצא חמישה ימים לאחר קום המדינה. פקודה זו מכוננת את המשפט של המדינה שעתידה לקום (מעין חוקה). הפקודה קובעת שהמשפט שיהיה במדינה הוא המשפט האנגלי + משאירה בתוקפו את סימן 46 לדבר המלך + לא נותנת תוקף למשפט העברי. מדינת ישראל לא זוכה לעצמאות משפטית ונשארת כפופה לאנגליה.

\*מדיניות חקיקה - הצהרתו של שר המשפטים באותו זמן הודתה כי אימצו את המשפט האנגלי מחוסר ברירה ובפועל בעת חקיקת חוקים ינקו מהמקורות של המשפט העברי והלאומי. על כן בחלק מהחוקים ניתן לראות זיקה למשפט העברי – (1) **חוק איסור לשון הרע** "לא תלך רכיל בעמך" (2) **חוק הגנת השכר** "לא תלין פעולת שכיר בעמך" (3) **חוק פיצויי פיטורים** – מתבסס על יחסי עבדות בתורה. עלו 2 שאלות בנידון: (א) האם ישנה חובת הענקה לעבד שמשתחרר מרצונו? אם העבד פודה את עצמו מאז לא חלה חובה על האדון להעניק לו פיצוי. ההקבלה אצל העובד – אם העובד מתפטר אין צורך לפצות אותו, רק אם מפטרים אותו. (ב) האם יחסי עובד מעביד זה בכלל מקביל ליחסי אדון ועבד? דיני עבד נוהגים בזמן המקדש ולאחר מכן הם לא רלוונטיים. עם זאת יש ללמוד מכך דבר מוסר שאם אתה מעסיק שכיר יש להעניק לו בצאתו מענק, אך זה בגדר המלצה ולא חובה. הדבר נתן פתח מהמסורת היהודית להענקת פיצויים, נוהג זה התפתח בא"י והמחוקק אימץ את הנוהג.

\*(4) **חוק הירושה** - מצד אחד מסתמך על המשפט העברי, מצד שני במשפט העברי יש דברים שיהיה קשה לקבלם במשפט המודרני לגבי ירושה. לכן, הצעת חוק הירושה התבססה על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ + על המשפט העברי + משפט של מדינות זרות. הם ראו במשפט העברי מקור ראשי אך לא מקור מחייב או יחידי. הם הבינו שההלכות בירושה לא תואמות לצרכי הזמן ולכן הם בטו מן המשפט העבירי תוך שאיפה להסמיך את ההצעתם עליו ככל האפשר. לפיכך, בתי הדין מחייבים לחתום על הסכם פשרה בדיני ירושה לפיו הם יחלקו באופן שווה את הירושה בין נשים לגברים. אם לא מוכנים לחתום בית הדין לא ידון במקרה.

\*עקרונות הירושה לפי המשפט העברי - (1) הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן שאינו תלוי במוריש ואף לא ביורשים (2) אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה – מעין צוואה שאדם בחייו יכול לתת למי שבוחר בכך. נאמר כי כל מי שמוריש את נכסיו לאחרים ולא לבניו זה תקף הלכתית אך לא משפטית (3) יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין אז צאצאי אביו (אחיו) ואם אין אז צאצאי אבי אביו (בני דודים) (4) הבכור יורש פי שניים מחלקו של כל אחד מהאחים (5) הבנים יורשים והבנות אינן יורשות, רק במצב בו אין בנים הם כן (6) האישה אינה יורשת את בעלה.

\*חוק הירושה (1965) - (1) במות אדם עזבונו עובר ליורשיו (2) היורשים יורשים ע"פ דין או זוכים ע"פ צוואה. ע"פ דיני הירושה ברירת המחדל היא שיורשיו של אדם מקבלים את הירושה כמו במשפט העברי. עם זאת בחוק יש אפשרות לעשות צוואה שתגבור על הירושה הטבעית. (3) יורשים ע"פ דין הם – בן זוג (בלי הבחנה בין זכר לנקבה) וכמובן שזו סטייה מהמשפט העברי, ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם. כאשר אין יורש המדינה תירש את הכסף. (4) ירושה שוויונית – גם ביחס לבכור וגם ביחד בין נשים לגברים (5) מי שהיה תלוי בפרנסה של המוריש וזקוק למזונות החוק קובע שניתן לתת לו מזונות מהירושה אפילו אם הם לא היורשים. ההצעה הזו לחוק הגיעה מהמשפט העברי, הכלל במשפט העברי אומר כי כאשר יש נכסים מרובים אז אמנם הבנים יורשים אך עד שהבנות מתחתנות הן מקבלות מזונות מירושת האב כי הן תלויות בו. חריג – אם היו נכסים מועטים אז הבנות יקבלו מזונות והבנים יחזרו על הפתחים. המחוקק הצהיר שהוא שואף לראות במשפט העברי מקור אך הוא חש חופשי ביחס אליו. יש היבטים מנוגדים וחריגים למשפט העברי (כמו עקרון השוויון) ויש היבטים שנסמכו על המשפט העברי ( כמו יורשים טבעיים). ישנן סיבות שונות מדוע אין הצמדות למשפט העברי הן בשל העקרונות שהשתנו (יחס לנשים) והן בשל פרקטיקה (חוסר היכולת למצוא את כל העץ המשפחתי ע"מ למצוא את היורש).

**4. שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנק' מבט דתית**

\*כיצד חכמי ההלכה רואה את עניין קליטת המשפט העברי לתוך המדינה - לכאורה התשובה הייתה אמורה להיות שהם רואים זאת באור חיובי. אך המציאות יותר מורכבת. חכמי ההלכה ציפו שהמדינה תאמץ את המשפט העברי בשלמותו לפחות בתחומים בנוגעים למשפט.

\* **הרב וולדנברג** – בהלכה יש את כל הפתרונות לכל בעיה שהמדינה תפגוש ולכן יש להכיר במשפט העברי בשלמותו. כמובן שיש לעשות שינויים והתאמות אבל השינויים צריכים להיות פנימיים רק ע"י חכמים ופוסקי הלכה. על כן אימוץ חלקי הוא פסול.

\* **הרב הרצוג** – המשפט יהיה מבוסס על יסודות התורה, חוקים חודשים לא יכולים לסתור את התורה. על כן לדעתו כדי שזה יקרה יש לעבד מצע חדש למשפט שיתחשב באופי הדמוקרטי של המדינה. הוא מאוד התאכזב שלאחר שהקימו את המדינה לא קבעו שהבסיס המשפטי הוא המשפט העברי, אך הוא ביקש שאחרי תקופת ההתאקלמות של המדינה המשפט כן ילך שם. מבחינתו יש לאמץ את המשפט העברי כמכלול אבל גם הכיר בצורך של תיקונים רק ע"י מוסד רבני מוסמך ואח"כ זה ייכנס לחוקת המדינה. לדעתו יש להכין קובץ הלכות חדש שידבר בשפה משפטית מודרנית כך שלא רק תלמידי חכמים יוכלו להבין אותו. הסיבות לצורך בקודקס הלכתי מודרני גם לבתי דין רבניים – (1) השלמות של ההלכה (2) תקנות חדשות (3) יקל על השימוש במקורות הלכה למעשה (4) אימוץ לפחות חלקי מהתורה ומהמשפט עברי.

\***פרופ' אנגלרד** – מנסח עמדה חריפה וביקורתית נגד הפרויקט של המשפט העברי. לא מקבל את המונח "משפט עברי" טוען שזה מונח חילוני וקורא לו "משפט דתי" + נגד אימוץ חלקי, יש לאמץ הכל + מחדד את ההבדלים בין משפט דתי למשפט המדינה. **משפט דתי** – מכיל ערכים ושיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי. המחוקקים והשפוטים שעוסקים בשאלות הלכתיות אמורים לשקול את הערכים הדתיים הללו. אותם שופטים צריכים להיות מזוהים עם ההלכה וכפופים לה. **משפט המדינה** – משפט חילוני ארצי. מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד. לצורך חקיקת חוקים חילונים אסור להכניס שיקולים דתיים ולכן המחוקקים והשופטים במשפט זה אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים או לעמוד בסטנדרטים דתיים. לדעתו מיזוג שתי מערכות המשפט כמו שאנשי המשפט העברי רוצים הוא בלתי אפשרי והוא ישנה את ההלכה מיסודה.

\*פגיעה במשפט העברי ע"י אימוץ חלקי – (1) **חילון פורמלי** – אימוץ ההלכה ע"י הכנסת גורם לחילון ההלכה מכיוון שהוא משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני ולא דתי. כאשר הכנסת תאמץ את ההלכה ותחייב אותנו לנהוג על פיה אנו ננהג לפיה בעקבות חיוב הכנסת ולא בעקבות חיוב ההלכה ולכן זה מחלן את ההלכה. (2) **חילון מהותי** - פגיעה מהותית בהלכה באמצעות חקיקה. חוק של המשפט העברי שמאומץ ע"י הכנסת מחייב ניסוח מחדש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק. אימוץ חלקי משנה את החוק ואי אפשר לראות בזה הלכה. כאשר המחוקק מאמץ חוק החוק משתנה. לדוג' חוק הערבות – ערבות היא התחייבות לקיים חיוב של אחר כלפי אדם שלישי. ניתן לטעון שהחוק תואם את המשפט העברי כשלעצמו. כאן עולה השאלה **מיהו אדם**? ע"פ חוק הפרשנות היא גם תאגיד או גוף משפטי אחר. על כן משמעות הדבר שגם תאגיד יכול להיות ערב לאדם. אולם המשפט העברי לא דוגל בעמדה זו ולכן יש פה סתירה בין המשפטים. לדעתו של אנגלרד רק פוסק הלכה יכול לקבוע שאדם הוא תאגיד, אם שופט יפסוק זאת אין כאן קביעה הלכתית. (3) **פגיעה מהותית באמצעות שפיטה** – שופט קובע הלכה בבימ"ש אזרחי והוא אינו עומד בתנאי הכשירות לפי ההלכה. לשופטים אין סמכות מנק' מבט הלכתית לפרש או להכריע במחלוקות לפי ההלכה. פס"ד לוינסקי – שותפים שירשו מאביהם נכסים רבים. השאלה הייתה כיצד לחלק את הירושה. אחד האחים טען שהוא צריך לקבל את המפעל כיוון שיש לו קשר אליו (הוא פיתח אותו לאורך השנים) , והאח השני יקבל דירות באותו השווי. בפסק הדין השופט לם מכריע כדעת השולחן ערוך ופוסק שניתן לכפות על המתנגד לחלוקה אם אין לו סיבה אמיתית להתנגד. אולם לדעתו של אנגלרד גם אם ביהמ"ש הכריע כדעת הש"ע אין פירוש הדבר שיש לכך תוקף הלכתי.

\*דעתו של **השופט אלון** לגבי אימוץ חלקי של המשפט העברי – (1) להלכה יש תוקף עצמי. (2) אם המדינה בוחרת לאמץ משהו מהמשפט העברי היא לא מחלנת אותו אלא היא נותנת לו בנוסף תוקף משפטי. (3) המוטיבציה להתחבר למשפט העברי היא מוטיבציה תרבותית מכיוון שהמשפט העברי הוא המסורת של העם היהודי ויש לחבר את המסורת לשיפוט של המדינה היהודית החדשה שקמה, על כן זה נחוץ גם מבחינה תרבותית (4) משפט המדינה לא יפגע במשפט העברי והוא לא יחלן את ההלכה – הדרך הכי טובה היא לשלב אותו דווקא במשפט המדיני, הן בפן התרבותי שיחבר את העם למסורת, והן מכך שזה יחייה אותו.

**5. המשפט העברי בחקיקה הישראלית החדשה**

\*השאלה המשפטית הנובעת משימוש במשפט העברי – אחד ממקורות ההשראה לחקיקה הוא המשפט העברי. הדבר הוביל לחקיקה סלקטיבית – יש נושאים שנלקחו ויש נושאים שלא. על כן עלתה השאלה הפרשנית – האם ביהמ"ש חייב לבצע פרשנות מושגים ברוח המשפט העברי כאשר המחוקק משתמש במושגים הלקוחים ממנו, או שביהמ"ש והמחוקק לא מחויבים למשפט העברי בפרשנות.

\*חוק השומרים – החקיקה הושפעה מהמשפט העברי כבר בשמו של החוק, אך בעיקר מהקטגוריות של השמירה. החוק מגדיר שמירה באופן רחב. שומר הוא מי שמחזיק נכס כדין אך הנכס לא בבעלותו. יש סוגים שונים של שומרים: **שומר חינם** – שומר נכס שאין לו מכך טובות הנאה. לשומר חינם יש אחריות רק במידה" והוא התרשל בשמירה המונח ההלכתי "פשע"**. שומר שכר** – שמקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו טובות הנאה מהשמירה. הוא אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אלא אם כן הם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזות מראש ולא היה יכול למנוע אותם.. כלומר מידת האחריות של שומר שכר גבוהה יותר (מכיוון שהוא מקבל שכר) והאחריות שלו היא מלאה למעט נסיבות שלא יכל לצפותן מראש ולא יכל למנוען. במונח ההלכתי נסיבות אלו נקראות "אונס". למשל הוא אחראי אם הייתה גניבה או אבידה. עם זאת כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה לעומת המטרה העיקרית של החזקתו פטור השומר אם נגרם נזק או אובדן ברשלנות. החוק מבדיל בין שומר שכר שעיקר מטרתו הוא שמירה ואז הוא אחראי ברמת אחריות גבוהה כפי שנאמר ברישא. לעומת שמירה שהיא מטרה משנית לעסקה שאז יש לו רמת אחריות כמו של שומר חינם. למשל במקרה בו אני מפקיד חפץ לתיקון אז המטרה היא לא שמירת החפץ אלא תיקונו**. שואל** – שומר נכס כדי להשתמש בו או להנות ממנו מבלי לתת תמורה. הוא אחראי לאובדן הנכס ולנזקו, ויש עליו אחריות מוחלטת. לא משנה מי גרם להם אלא אם כן האחריות שמוטלת עליו חמורה משל האחריות של בעל הנכס. כל החלוקה הזו של שומרים לקוחה מהמשפט העברי. יש לשים לב לחריגה בין המשפט העברי לחוק הישראלי. במשפט העברי אין הבדל בין שני שומרי השכר. המחוקק לא מחויב למשפט העברי עד הסוף, גם במקום בו הוא משתמש בו בצורה מובהקת. ביהמ"ש יגיד שיש הבדל נוסף בין שומר חינם לשומר שכר ב' של נטל הראייה. שומר חינם אחראי לאובדן הנכס אם נגרם ברשלנות – התובע צריך להוכיח שהוא רשלן. לעומת זאת במקרה של שומר שכר ב' נטל הראייה הוא על השומר שהוא לא התרשל.

\*פס"ד עלי נ' ששון - עלי רכש טופס טוטו בדוכן. חלק 1 מפקידים אצל המוכר וחלק 2 אצל הקונה. כאשר אדם זוכה יש להביא את החלק שאצלו חזרה וכך להוכיח את זכייתו. רחמים ששון בעל הדוכן איבד את הטופס (חלק 1) שנמסר לו. כלומר חלק 1 כלל לא הגיע לחברה. עלי בא לדוכן עם טופס שמראה כי ניחש את כל המספרים ומבקש לקבל את הכסף. המוכר ששון בודק ואומר שהטופס אבד ולא נשלח. עלי מגיש תביעה כנגד חברת הטוטו, וכנגד בעל הדוכן כי חייבים לו את סכום ההגרלה בשל איבוד הפתק. החברה יורדת בשלב מסוים מהתביעה כי לא הגיע אליה הפתק, ונשארת התביעה כנגד המוכר. ביהמ"ש העליון צריך להכריע בשאלה מהי שמירה? האם ניתן לראות בבעל הדוכן שומר? נקבע כי הוא שומר שכר מסוג ב' שהשמירה שלו טפלה לעניין העיקרי ולכן אחריותו פחותה. על כן עליו להוכיח שהוא לא התרשל ונטל ההוכחה עליו. לפי איזה קנה מידה יגדירו רשלנות בסיטואציה של תיק השומרים? (1) **להסתכל בפקנ"ז** – אם אדם לא נקט מידת זהירות זוהי רשלנות. יש הגדרה עקרונית אך צריך להתאימה לחוק השומרים שהרי כאן השמירה שונה מנזיקין. מהלך הפרשנות וההתאמה מפקנ"ז לחוק השומרים הוא שצריך לנהוג כפי ששומר סביר היה נוהג ובמקרה הספציפי הזה להתאים למוכר הדוכן.(2) **נסתכל מהי מידת האחריות שחלה על המוכר לפי המשפט העברי** - לפי השולחן ערוך "שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה" כלומר שומר חינם חייב בפשיעה בלבד (אם לפי החוק, שומר שכר ב הוא בעל מידת אחריות כשל שומר חינם). נקיש מכאן לכאן ונסיק מהי פשיעה: נראה במשנה בבא מציעא הגדרה לפשיעה: דוגמא- שומר חינם שנתן לילדיו הקטנים לדאוג לחיה, לא דאג כראוי לכבש- חייב משום שלא שמר כדרך השומרים. כלומר ההגדרה לפי המשפט העברי היא האם שמר כדרך השומרים? זה מאוד דומה להגדרת הפקנז. אם שמר כדרך השומרים הוא פטור לפי הלכה, ואם לא שמר כדרך השומרים זה אומר שפשע- התרשל ולפיכך חייב. על כן האם במקרה דנן בעל הדוכן התרשל או לא? ביהמ"ש מכריע שבין אם לפי הפקנ"ז ובין אם לפי המשפט העברי הוא אשם והתרשל ועל כן אחראי לנזק שנגרם. כעת יש לדון מה הנזק? ההוכחה היחידה שהכרטיס בידי עלי הוא הכרטיס הזוכה היא טענתו והיא אינה מספקת. בית המשפט מבקש ממנו שיוכיח להם שהוא באמת רשם את הניחושים האלו לפני מועד ההודעה של מחזורי המשחקים, ואין לו דרך להוכיח זאת. על כן למרות ששון אשם הוא לא צריך לשלם.

\*פס"ד קופת עם נ' הנדלס - אדון הנדלס מצא בקופת הכספות 2 אגרות חוב למוכ"ז ע"ס 10000 ₪ כל אחת. מי שיש לו את האגרת יש לו את הכסף (סכום אדיר). אדון הנדלס איש ישר והחליט להחזיר את האבידה לבעליה. הוא מיד יידע את מנהל הבנק. הם הלכו למשטרה ולאחר שעברו 4 חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את האיגרות. הבנק מצדו תובע לקבלן לידיו. חשוב לציין כי הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא חופשית. להלכה, יש לקבל רשות להיכנס לשם אך למעשה אין הבנק מקפיד על כך והכניסה לחדר חופשית לכל. ע"פ ס' 3 לחוק השבת אבידה- המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו; קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא. לפי חוק זה הבנק הוא המוצא. כעת ניתן לשאול מהי "רשותו של אדם אחר"? ניתן להגיד שרשות זה בעלות. ניתן להגיד שרשות זה חזקה. ואולי ניתן להגיד שרשות זה שליטה. כלומר ההגדרה היא מסובכת וישנן 3 אפשרויות עיקריות מה זה. איך נחליט? (1) **השופט ברק** – מטרתו של חוק השבת אבידה היא השבת האבידה לבעליה, במקרה שנמצאה האבידה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשים את המטרה: המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות + בעל הרשות ידאג לאבידה יותר מאשר מוצא מזדמן. טעמים אלו חלים על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות. לפי ברק מדובר בחזקה בשטח. (2) **השופט אלון** – המשטרה היא הכתובת לאבידה, ולעיתים למוצא יש דווקא מוטיבציה יותר גדולה במיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבידה אם הבעלים לא ימצא. השאלה היא את מי ראוי לתמרץ. לדעתו "רשותו של אדם אחר" היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית. פסיקות של מקרים דומים מאנגליה ומארה"ב (משפט משווה) קובעות שבמצב כזה יש לתת את האבידה למוצא ואין להתחשב ברשות הפורמלית לא לפי חזקה ולא לפי בעלות. כאשר לאדם יש שליטה אפקטיבית בנכס אז הוא יכול לתבוע בעלות על הדברים שנמצאים שם, ואין להתחשב בחזקה של בעל הרשות. רשות של אדם אחר לפיהם היא שליטה אפקטיבית בשטח ולכן מקומות כמו קניון ובנק בהם אין אפשרות לאנשים לקבוע מי נכנס למקום אין שליטה בשטח ועל כן מוצא אבידה בשטח זה האבידה תהיה שלו. אלון מעלה שאלות על דברי ברק ופונה קודם למשפט משווה ולאחר מכן למשפט העברי. המשנה אומרת כי אדם שמצא אבידה בחנות – האבידה שלו על אף שהוא לא בעל החנות. אם הוא מוצא את האבידה בין הקופה למוכר – זה שייך למוכר. אם הוא מוצא את האבידה בשטח הבנק זה של המוצא, אך עם מצא את האבידה בין שולחן הפקיד לפקיד זה שייך לפקיד. מכאן עולה סתירה כי אם נפרש את החוק לפי ברק נגיע למסקנה שהבנק זוכה ואם נפרש לפי המשפט העברי נגיע למסקנה שהנדלס זוכה. **השופט לנדוי** מכריע בסתירה והולך לפי דעת ברק ולכן הבנק זוכה בכסף.

\*גישות בפרשנות מונחים או הסדרים השאובים או מבוססים על מקורות מהמשפט העברי – (1) **אלון** – בעד. יש לחזור למקורות המשפט העברי לצורך פרשנות. עם זאת לא הסתמכות בלעדית. (2) **חשין** – השפה שלנו היא עברית והיא נלקחה מהמקורות, אך אין לנו סיבה לפנות למשפט העברי כי יצרנו שיטת משפט חדשה ולא נפנה עוד למשפט העברי. (3) **חיים כהן** – עמדת ביניים שקרובה יותר לאלון: רק במקרים שצריך לפנות בהם למשפט העברי כי ההסדר המשפטי נלקח מהמשפט העברי יש לפנות לפרשנות כזו וחובה לעשות כן. ספציפית בפרשת הנדלס מונח הרשות לא נלקח מהמשפט העברי. (4) ב**רכיהו ליפשיץ** – ברוב המקרים נטען שגם אם הדבר נלקח מהמשפט העברי, המשפט לא מחויב אליו. יתר על כן על מידת חיוב של המשפט הישראלי למשפט העברי היא מוגבלת, המשפט הישראלי עומד באופן עצמאי. במקומות שברור שניב או נוסחה או הסדר שאובים מהמשפט העברי יש חזקה הניתנת לסתירה לפרשנות בהתאם למקורות המשפט העברי. רק אם המושג שאול מהמשפט העברי אבל המהות מקורית או אחרת לא מפרשים בהתאם למשפט העברי.

**6. המשפט העברי בפסיקה – דיני חוזים**

\*חוזה בלתי חוקי/פסול – פס"ד גיי'קובס נ' קרטוז - המערער גייקובס השכיר דירה למשיב קרטוז. הדירה הושכרה לפני שהתקבל אישור מבית דין לענייני שכר דירה על גובה שכר הדירה. דבר זה מהווה עבירה פלילי. גייקובס תובע את פינויו של קרטוז מהדירה לפני תום החוזה בנימוק שהחוזה הוא בלתי חוקי ולכן אין הוא שוכר כדין. קרטוז מצידו מבקש להישאר בדירה מכוח החוזה. מה מעמדו של חוזה לא חוקי? הגישה הקונטיננטלית אומרת שחוזה בלתי חוקי הוא בטל ולא תקף. הגישה האנגלית אומרת שביהמ"ש לא מתעסק בחוזה בלתי חוקי ולא מלכלך את ידיו. **השופט זילברג** – ההנחה של המערער שחוזה בלתי חוקי הוא בטל היא הנחה מוטעית. הכלל המחייב הוא שאם נעשה מעשה בלתי חוקי ששני הצדדים היו שותפים לו (כמו במקרה דנן) יד הנתבע על העליונה. המשמעות של כלל זה שחוזה בלתי חוקי הוא לא בטל, אלא תקף מבחינה מהותית. עם זאת ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס תביעה על עבירה, ביהמ"ש לא מלכלך את ידיו בחוזים מהסוג הזה "מעילה בת עוולה לא תצמח תביעה". השופט זילברג אומר שלפי השיטה האנגלית התובע לא יוכל להנות. על כן קובע שדין התביעה להיכשל והתובע לא יכול לפנות את השוכר. עם זאת לעיתים נדרשת התערבות של ביהמ"ש וזאת במקרים בהם חוסר התערבות יוביל לתוצאה לא צודקת ולכן תידרש התערבות. פס"ד הווארד נ' מיארה - המערערת הניה מכרה קרקע למשיבים בני הזוג מיארה. לאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקעה על ידי העיריה. המערערת ידעה זאת ולא גילתה למשיבים. יש כאן ודאי משא ומתן בחוסר תום לב. המשיבים מצידם לא רצו להפסיד את העסקה אך בקשו להפחית את מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום. המערערת הודיעה על ביטול החוזה מכיוון שלא עמדו מבחינה בהתחייבותם. המשיבים דרשו לקבל את הסכומים ששילמו ובכלל זאת סכום שניתן כביכול עבור חומרי בניין. המערערת טענה שהסכום לא נכלל בחוזה משיקולי מס ולכן החוזה בלתי חוקי ועל בית המשפט לא להיזקק לתביעה. היא טוענת ששני הצדדים ידעו כי הם מעלימים מס והם הציגו את הסכום כחומרי בניין ולא כחלק מהמחיר על מנת להעלים את הסכום מהרשויות. ע"פ השיטה האנגלית- בית המשפט לא מלכלך את ידיו, המערערת היא הנתבעת ולכן ידה על העליונה. תוצאה זו נראית לא הוגנת כיוון שהיא הונתה את הזוג. (1) **השופט שמגר** - אין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי הכלל של "חטאו שניהם כאחד". החוק בסעיף 31 מותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב לעשות שיקולי צדק. במקרה זה המערערת שנהגה בחוסר תום לב במשא ומתן לא תוכל עתה ליהנות מכך שערכה חוזה לא-חוקי. (2) **השופט אלון**- מסכים אבל מוסיף ומציג את הניתוח של המשפט העברי ואומר שכל המהלך הזה מקורו מהעברי.

\*חוזה לא חוקי במשפט העברי – מגמת המשפט העברי היא להכיר בחוזה בלתי חוקי ע"י הפרדה בין העבירה לבין התוקף של החוזה. לפעמים כאשר מימוש החוזה כרוך בעבירה לא יאפשרו את קיומו, אך אם לא כרוכה בכך עבירה ניתן ויש לקיימו. דוגמאות: (1) **הרמב"ם** **בהלכות מלווה ולווה** – "ריבית קצוצה יוצאת בדיינין" – מה קורה כאשר אדם מלווה תמורת ריבית? ישנו איסור בתורה להלוות בריבית ועל כן מתעוררת השאלה מה תוקף חוזה שקובע שיש צריך להחזיר הלוואה עם ריבית. המלווה לא יוכל לתבוע את הריבית בבית הדין מכיוון שזאת עבירה, ועל כן השאלה היא הפוכה – האם התובע יכול לבקש להשיב אליו את הריבית ששילם. לפי השיטה האנגלית המלווה לא יוכל לתבוע את כספו בבית הדין כיוון שזאת עבירה. אך לפי המשפט העברי הלווה יוכל לתבוע את השבתה של הריבית אף על פי שמדובר בחוזה בלתי חוקי. בית הדין יתעלם מהעניין – הוא מייחס תוקף לעסקת ההלוואה למרות שהיא לא חוקית אבל לא יכלול את העבירה של הריבית. יש אכיפה של ההלוואה עצמה, אך אין אכיפה לשלם את הריבית אלא רק להשיב אותה. בית הדין לא "מושך את ידיו מן החוזה". (2) **השולחן ערוך** – "מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות ונתקיים הקניין באחד מדרכי ההקנאה, המקח קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל את המקח" – כאשר ישנה עסקה בה אדם קנה מוצר וביקש לשלם עוד שבועיים ולשלם סכום על הזמן בו המוצר ממתין לו – מה שמכונה היום ריבית. המוכר לא יכול לקבל את הריבית אלא את מחיר המוצר הראשוני, והמוכר לא יכול לחזור בו מהעסקה. בית הדין מתייחס אל העסקה כתקפה. אמנם יש פה חוזה בלתי חוקי כי החוזה נעשה תוך כדי עבירה על דיני הריבית אך לפי ההלכה לא מבטלים את החוזה ויש לשלם את המחיר האמיתי של המוצר ללא ריבית. כלומר היא מתייחסת אל החוזה כתקף רק לא מאפשרת לו לבצע את העבירה של לקיחת הריבית, ועצם העסקה ללא הריבית תקפה. (3) **הרמב"ם בהלכות מכירה** – **"** המוכר או הנותן בשבת ואין צריך לומר ביום טוב, אף על שמכין אותו מעשיו קיימים. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותנין" – מבחינת דיני המכר גם אם מכר בשבת על אף שאסור לעשות זאת המכירה אכן תקפה וכל מי שעשו קניין ממנו זה תקף ולאחר השבת ניתן לכתוב את החוזה.

\*סיכום הגישות לעניין חוזה בלתי חוקי – **שיטה קונטיננטלית** – חוזה בלתי חוקי בטל מיסודו. **שיטה אנגלית** – לא בטל אבל ביהמ"ש לא יסייע במימוש החיובים. **שיטת המשפט העברי** – חוזה בלתי חוקי הוא תקף למרות שמבוסס על איסור ויש לעשות הפרדה בין האיסור לבין תוקף החוזה**.**

**\*** חוזה בלתי חוקי במשפט הישראלי – חוק החוזים מדבר על חוזה בלתי חוקי בסעיפים 30 -31. נראה שלפי הסעיף החוק מאמץ את הגישה הקונטיננטלית. עם זאת יש את ס' 31 שאומר שהביטול הוא לא מלא. ביהמ"ש רשאי לבטל את ההשבה או לחייב את אחד הצדדים לקיים את חיוביו לחוזה. לביהמ"ש יש שק"ד להחליט האם החוזה תקף או לא. **השופט האלון –** שתיים מההוראות הקיימות המצויות בס' 31 – (א) בדרך כלל ומן הסתם חלה בחוזה בלתי חוקי חובת השבה (כאמור בס' 21 לחוק) אלא אם ראה ביהמ"ש שמן הצדק לפטור מחובה זו כולה או מקצתה. (ב) אם צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה רשאי ביהמ"ש אם ראה שמן הצדק לעשות כן לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד כולו או מקצתו. ס' 31 קובע שלא זו בלבד שביהמ"ש צריך להורות על השבה של מה שנתקבל ע"י חוזה בלתי חוקי אלא שהוא גם רשאי להחיות את החוזה הבטל ולהורות בנסיבות מסוימות על קיום החיובים שבו. אם מסתכלים על ס' 30 יחד עם ס' 31 התמונה משתנה – לא בדיוק אימצנו את השיטה הקונטיננטלית ולא את השיטה האנגלית, כיוון שהחוזה לא בטל לגמרי מיסודו ולביהמ"ש יש שק"ד להחליט אם החוזה יהיה תקף.

\*מקור הוראת ס' 31 לחוק החוזים - (1) **דניאל פרידמן** – גישת המשפט הישראלי אכן לא עולה בקנה אחד עם שיטת המשפט האנגלי וכן לא עולה בקנה אחד עם שיטת המשפט הקונטיננטלית. עם זאת ההוראה בס' 31 מציעה פתרון מקורי ישראלי שאינו מושתת על המקורות שבדר"כ מתבססת עליהם החקיקה הישראלית. (2) **השופט אלון** – המשפט הישראלי לא המציא ראיון מקורי אלא רעיונו הושתת על המשפט העברי. המחוקק הישראלי היה סלקטיבי – אם היה מקבל את המשפט העברי לגמרי הוא היה אומר שחוזה בלתי חוקי תקף. אך הוא כן לקח חלקים ממנו וזאת ע"י שני עקרונות מהותיים מיסוד דיני החוזה הבלתי חוקי במשפט העברי – (א) עצם ההזדקקות לתביעה - נשללה בתכלית הגישה כי תביעה על חוזה לא חוקי היא מוקצית מחמאת מיאוס. על ביהמ"ש לעשות צדק בין בעלי דין ואף ללכלך את ידיו בתביעה מעין זו. (2) אין חוטא נשכר – אדם שעשה את המעשה הבלתי חוקי לא ירוויח כתוצאה מהמעשה הזה.

\*פרשנות עקרונות לפי המשפט העברי – פס"ד צים נ' מזיאר – נוסעת שעלתה על אוניית נופש אכלה משהו מקולקל והייתה חולה במשך 3 חודשים בדלקת לקיבה. חודשים. פגיעה זו נגרמה, לכאורה, על־ די המזון המקולקל שקיבלה באוניה. ביהמ"ש הפעיל את הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" וחייב את חברת צים ואת הטבח האחריות לנזק. המערערים הסתמכו בהגנתן על ס' פטור בחוזה המופיע בכרטיס הנסיעה. סעיף זה פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנזקים שייגמרו לנוסע בהיותו על האונייה בשל רשלנותם. **השופט זילברג** – הפסיקה באנגליה מתירה סעיפי פטור כאלו, הפסיקה באמריקה לא מתירה. לדעת השופט עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי שואבים מהחוק העות'מאני אבל על עצם השאלה מהו הסדר הציבורי או תיקון העולם אין מקור ועל כן אימוץ הלכה זו הוא לא אימוץ זר אלא הסקת מסקנות מתוך השקפות יסוד הנמצאות במשפט העברי. היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים — של החיים, ולמען החיים. לכן, הקורא ממעמקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר - מכר בחיי אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים, או קדושת העקרון של חירות החוזים, כבודה במקומו מונח, אבל מקודשת הרבה יותר היא קדושת החיים. המשפט האנגלי אולי מכיר בסעיף שפוטר אותו גם כאשר יש פגיעה בגוף או בחיים אבל לפי המשפט העברי לא ניתן לקבל סעיף כזה והוא בטל. לכן במקרה מאמצים את המשפט האמריקאי. פס"ד רוט נ' ישופה - המערערים רכשו דירה מחברת ישופה בנייה. הם קיבלו את הדירה באיחור ולאחר שקיבלוה נמצאו בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצוי ותיקונים. החברה טענה שלפי החוזה, קבלת החזקה בדירה על ידי הקונה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה. (המחוזי קיבל את טענת החברה). **השופט אלון** - סעיף 39 לחוק החוזים : בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה. בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסאלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. מושג "תום הלב" הוא מושג מופשט והשופט אלון מניח שיש לפרשו לפי עקרונות המשפט העברי כמו שזילברג הניח זאת בפס"ד צים כאשר היה עליו לפרש את המושג תקנת הציבור. האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא היושר ועשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במלים "ועשית הישר והטוב". עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין "הוראה מלכותית", בכל עולם ההלכה. המצוות ההלכתיות לא ממפות את כל המקרים ולכן יש עיקרון על שהאדם חייב לנהוג ביושר, שלא יהיה "נבל ברשות התורה". כלומר, אדם יכול באופן פורמלי לקיים את כל המצוות ועדיין לנהוג שלא כדין. חובת הישר והטוב מחייבת אדם גם כאשר הוא מקיים את החוק לא לעשות שימוש בלתי הוגן בחוק ולא לעמוד באופן בלתי צודק על הדין. יישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים - כשזו רק עיקרון מוסרי אפשר לחנך ולהזכיר לנתבע שיש לנהוג בתום לב, אך כשזו זכות משפטית ניתן לחייב אותו. השופט אלון לוקח את ס' 39, אומר שבית המשפט יכול להפעיל את שיקול הדעת שלו ולהגיד האם הצד שנהג בחוסר תום לב זה חוסר מוסריות או פגיעה בזכות וניתן לחייבו בשל כך. במקרה זה יש לקבל את הערעור ולהחזיר למחוזי לדיון לגופו של עניין. אלון עשה 2 שימושים בפרשה זו (1) הגדיר מהו תום לב- לנהוג ביושר, באמון. לא רואה אותו כסעיף שסתום אלא נותן תוכן למושג תום לב, (2) מסביר את היקף שיקול הדעת של בית המשפט בס' 39. שיקול דעת רחב מביטול החוזה וסעיף מסוים ומצד שני להגיד שזוהי רק דרישה מוסרית.

**7. המשפט העברי בפסיקה – פלילים**

\*הגנה עצמית – פס"ד אפנג'ר נ' מדינת ישראל - שוטרים התפרצו לבית משום שהם חשדו כי נעשית שם עבירה. בפס"ד לא ברור באיזו עבירה מדובר. השוטרים ניתקו את הגז מחוץ לבית ואז כשאפנג'ר יצא לבדוק מה קרה לגז את התפרצו בכוח. הם לא ביקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה. הוא טוען להגנה עצמית. אפנג'ר בנוסף טוען להגנת הצורך. זהו פסק דין ישן ולכן מדובר בחוק העונשין במתכונתו הבריטית ולא המתוקן. החוק אומר כי אדם לא יכול להגן על אדם אחר אלא אם כן יש לו חובה להגן עליו. ההגנה העצמית נקראת הגנה פרטית מכיוון שההגנה לא פועלת רק כשאדם הגן על עצמו אלא ההגנה תקפה כאשר הפרט הגן על מישהו אחר שהיה בכך תורך וכן שחלק מסמכות הפרט היא להגן על אותו אדם – כמו הורה שמחויב להגן על ילדו. מכאן עלתה השאלה האם אדון אפנג'ר שהדף את השוטרים על מנת להגן על האחרים ששהו בדירה יכול להשתמש בהגנה זו. **השופט אלון**- האפשרות שההגנה הפרטית, במקרה של הגנה על הזולת, מוגבלת דווקא לגבי אחרים שלגביהם קיימים יחסי קרבה או חובה מיוחדים אינה עומדת בפני הביקורת. אין להעלות על הדעת שראובן הרואה את שמעון מותקף על ידי לוי, בהתקפה שאולי מרה תהא אחריתה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהא אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון. לפי אלון ברור כי יש לי זכות שהחוק לא יאשים אותי בתקיפה אם אני מתערב לטובת הזולת. התמונה לגבי סוגיה זו בשיטות המשפט השונות היא מעורבת. נראה כי בית המשפט לא מרוצה מהשיטה הבריטית ולכן הוא פונה למשפט העברי.

\*דין של הגנה עצמית "דין רודף" – עקרונות דין רודף במקרים של סכנת חיים - (1) בסנהדרין נאמר שמותר להציל את הנרדף בנפשו של הרודף ע"י הריגתו. (2) כאשר מסתכלים על הפסוק "לא תעמוד על דם רעך" אנו רואים כי לא רק שמותר להרוג את התוקף אלא יש חובה כזו. (3) אכן יש חובה להציל את הנרדף ויש לנקוט את כל האמצעים עד כדי הריגת הרודף אך אם ניתן להצילו ע"י פגיעה באחד מאיבריו והציל לא עשה זאת הוא יכול להיחשב כרוצח. (4) "עקרון הנחיצות והפגיעה המינמלית – לעשות את הפעולה המינמלית הנחוצה ע"מ להציל. סדר הפעולות שיש לעשות ע"פ **הרמב"ם** – (1) להזהיר את הרודף (2) אם הוא ממשיך לרדוף לאחר האזהרה הוא חשוף להריגה (3) אם אפשר לפגוע באחד מאיברי התוקף ולא להורגו יש לעשות כך (4) אם אין אפשרות לכוון כי הוא מאוד רחוק או קרוב מדי ויכול לתקוף בחזרה יש אפשרות להרוג אותו. לפי הרמב"ם ההגנה הפרטית חלה גם על הזולת ויש חובה לפגוע בתוקף גם במצב שיגיע לכדי הריגתו. הרמב"ם לא מדבר על מצב של תקיפה ללא סכנת חיים. עקרונות דין רודף במקרה של תקיפה ללא סכנת חיים – **הרא"ש** מדבר רק על בני משפחה, כלומר רק מי שחייבים להגן עליו. החלק החשוב בדבריו הוא הרחבת עקרונות דין רודף גם על תקיפה שאיננה מהווה סכנת חיים. אבל, עם תנאי לפיו אסור להרוג את התוקף. טוען שאם יש תקיפה של אדם אך התקיפה לא תגרום לסכנת חיים של המותקף לאדם אסור להרוג את התוקף, אך מותר לחבול בו. יש הבחנה בין מצב בו הרדיפה אינה מסכנת חיים שם אין חיוב להתערב, לעומת מצב שהרדיפה מגיעה למצב של סכנת חיים שם יש חובה להתערב. השולחן ערוך פוסק בעניין זה כי במקרה של תוקף ומותקף אז הנתקף שהגן על עצמו וגרם נזקים לתוקף פטור כי יש לו רשות להגן על עצמו. עם זאת הוא זכאי להגנה רק אם עשה את המינימום שהיה נדרש ממנו (עיקרון הנחיצות). גם פה מבחינים בהגנת הזולת בין מקרה של סכנת חיים שם יש חובה להתערב, לבין מקרה של תקיפה ללא סכנת חיים שם ההתערבות היא רשות. מסקנה – לפי המשפט העברי לאדם יש זכות להגן על הזולת ובמקרה של סכנת חיים יש אפילו חובה.

**\***המשך פס"ד של אפנג'ר – (1) **השופט אלון** -יש הבדל בין מערכת משפט דתית לאזרחית. מערכת המשפט הדתית מטילה חובה להתערב להצלת הזולת אך מערכת משפט אזרחית לא תעשה זאת. אמנם יש את חוק "לא תעמוד על דם רעך" אך הוא לא ממש מחייב התערבות ברמה גבוהה אלא רק התקשרות עם גורמי ביטחון למשל משטרה. המשפט האנגלי שלכאורה אנחנו מחויבים אליו לא כולל את עיקרון ההגנה על הזולת, ולשופט אלון אין נחת מכך. על כן, הוא פונה אל מקורות המשפט העברי, מאמץ את עיקרון ההגנה על הזולת ומזכה את אפנג'ר.(2) **הנשיא זוסמן -** מסכים עם מסקנתו של אלון אך מגיע לכך בדרך שונה לחלוטין. הוא מתנגד נמרצות לכך שהשופט אלון הסתייע במשפט העברי. לטענתו מדובר במשפט פלילי שצמח על המשפט האנגלי. הוא אומר שאין להסתמך על המשפט העברי בנושאים פלילים. הוא מביא דוגמאות שעלולות להביא לתוצאות נוראיות (סקילת אישה נואפת וכו'). (3) ה**שופט אשר** – בדעת מיעוט קובע כי יש לקבל את ההלכה האנגלית ואין להתערב כדי להציל מישהו אחר. סיכום: דעתו של אלון התקבלה כדעת רוב ובהמשך דעה זו גרמה לתיקון של חוק הגנה עצמית בחוק העונשין- הגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

\*עבירת האינוס – פס"ד כהן נ' מדינת ישראל – אדם הורשע באינוס לאחר שבעל את אשתו (פרודתו) בניגוד לרצונה תוך שימוש בכוח. לפי החוק הישן אונס הוא רק כאשר משולב גם חוסר רצון וגם שימוש בכוח. בס' כתוב "הבועל אישה שלא כדין" מה הכוונה? באותה תקופה, היינו מחויבים לדין באנגליה לפיו בעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על ידי ההסכמה ההדדית וחוזה הנישואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בעניין זה, ואין היא יכולה לחזור בה. דין זה הוא הבסיס לדין שהיה בישראל באותה תקופה. בפס"ד אל פקיר נ' היועמ"ש השופו לוי אינו מסכים עם ניסוח זה והוא אומר שאישה אינה שבויות חרב אצל בעלה ועל כן זכאית לחירות גופה גם מול בעלה. (1) **השופט דוד בכור** - אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה (במשמעות שאינה אשתו). המילים "שלא כדין" מתייחסות לדינו האישי של האדם. יש לבחון האם לפי הדין האישי רשאי אדם לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. במקרה של יהודים יש לבחון את הדבר לפי המשפט העברי. הוא מצא מקורות בהם כתוב שאדם לא יכול לבעול את אשתו שלא כרצונה ("אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה", "המורדת – מאס עליי" – אם האישה לא יכולה לקיים יחסי מין עם בעלה משום שמאסה בו מחייבים את הבעל להתגרש ממנה.(2) **השופטת בן פורת** - מגיעה לאותה מסקנה אך מגיעה אליה בדרך שונה: "מעדיפה אני להשאיר בצריך עיון לעת מצוא את עמדתי בשאלה, כלום כדאי והכרחי לקבוע, שקיים קשר בין הביטוי "שלא כדין" לבין התחייבויות בני הזוג לפי דינם האישי במסגרת ברית הנישואין. אשר לקיומו של הביטוי "שלא כדין" בהגדרת העבירה, הרי כרגיל (פרט למקרים, בהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת) אין, לדעתי, ליחס לו שום משמעות. (3) **השופט חיים כהן** – כאשר הוועדה מחקה את המילים "שאינה אשתו" גילתה דעתה שלא ייתכן כלל שהאונס של אשתו יהיה פטור מעונש. ומשגילתה דעתה זו לא עשתה כלום כשהחזירה ליושנן את המילים "שלא כדין". אם האונס את אשתו אינו פטור מעונש למושג "שלא כדין" אין משמעות, הן לא מורידות ולא מעלות לעניין האחריות הפלילית.

**8. חוק יסודות המשפט**

\*הרקע לחוק – הרקע לחוק הוא סימן 46 לדבר המלך. סימן זה קבע כי המשפט שהיה חל בערב קבלת המנדט הבריטי ימשיך לחול ובמקרים אלה אינם חלים ביהמ"ש צריך לפעול בהתאם ליסודות החוק המקובל ועיקרי הצדק באנגליה. עם הקמת המדינה הסימן לא בוטל, כן הייתה מגמה לצמצם אותו אבל הוא נותר בחוק. בשנה 1980 הרוב בישראל החליט שיש לתת תחליף לסימן 46 וחוקקו את **חוק יסודות המשפט**. ס' 2 בחוק יסודות המשפט מבטל באופן סופי את סימן 46 ואת הפנייה למשפט האנגלי. בנוסחו המקורי של החוק – החוק הפנה במקרים של לאקונות לעקרונות הצדק החירות היושר והשלום של מורשת ישראל, ורק ב2018 החוק תוקן והתווסף שיש לפנות גם אל המשפט העברי. 2 התאמות מהכרזת העצמאות: הוסיפו את עיקרון היושר +החלק החשוב- החליפו את מה שכתוב בהכרזת העצמאות כ"נביאי ישראל" במשהו סובסטנטיבי (ממשי). הייתה התלבטות אם לכתוב משפט עברי. בהתחלה כפי שנאמר לא נכתב ובחרו בנוסחה כללית "מורשת ישראל". בדברי ההסבר כתוב שמבין הצעות שונות נבחרה נוסחה זאת כדי להפנות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת, בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי. מכאן מובן כי עקרונות הצדק והיושר מעוגנים במשפט העברי ואמנם החוק לא מפנה אל כל המשפט העברי אבל הוא מפנה לפחות אל חלקו. נדון במה זה בדיוק "מורשת ישראל" לפי הדעות השונות בהמשך. "**ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.**" עם ביטול סימן 46 מתעוררת השאלה כיצד ימלא בית המשפט שטחים ריקים או לאקונות? ברור שחוק יסודות המשפט בא להדריך את השופטים כיצד למלא לאקונה. אין מחלוקת בכך. גם כותרת המשנה של החוק זה "מקורות משלימים". עכשיו נשאלת השאלה מה זה בדיוק לאקונה ומה ההיקף שלה: **בדבר חקיקה**- חקיקה ראשית או משנית. **בהלכה פסוקה**- הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בלבד? (מ' אלון, ח' כהן). **השופט אלון** אומר שהלכה פסוקה היא רק הלכה של בית המשפט העליון כי רק היא מחייבת. הלכות שניתנות ע"י בתי משפט נמוכים יותר לא מחייבות ולכן הן לא נחשבות כהלכה פסוקה. **השופט חיים כהן** חולק על כך וקובע כי הלכה פסוקה זה כלל ההלכות של בית המשפט. **בדרך של היקש**- אנלוגיה ממקרים אחרים כלומר השופט אלון אומר שכל מה שאין לגביו תשובה בהוראת חוק דבר חקיקה, הלכה פסוקה (רק בית משפט עליון), אין היקש ולא דבר פרשנות אחרת יהיה בגדר חסר שאותו יש להשלים לפי עקרונות מורשת ישראל.

\*מעמד של פרשנות מושגים משפטיים ערכיים – מושגים מופשטים כללים כמו צדק, תום לב, תקנת הציבור וכו'. (1) **השופט אלון**- יש להתייחס אליהם כאל חסר מכיוון שהם מופשטים ואין לנו הוראה ספציפית, אז יש לצקת אליהם תוכן ויש להשתמש במשפט העברי. הוא נעזר ברוט נ' ישופה ששם כתוב שיש למלא בהם תוכן. (2) **השופט ברק**- מושגים משפטים ערכיים מופשטים כאלה הם אינם בגדר חסר, לא צריך לפנות בהם למשפט העברי אלא השופט צריך לצקת בהם תוכן לפי העניין בלי שום זיקה למשפט העברי.

\*ע"פ מה צריכה להיות הפרשנות של חוקים כללים – (1) **השופט אלון** - פרשנות איננה בגבולות של חוק יסודות המשפט. אמנם אלון הרחיב שזה גם כולל מושגים ערכיים אבל לטענתו רק במקרה של לאקונה יש חובה לפנות למורשת ישראל. במקרה של פרשנות אין חובה כזו. בפרשנות בית המשפט מחפש לו השראה ועניין משיטות משפט משוות ובמקורות האלה למשפט העברי יש מקום ראשון במעלה. כלומר, למשפט העברי יש קדימות בפרשנות חוקים באופן כללי. לדעתו, יש למשפט העברי מעמד בכורה בפרשנות מ3 סיבות: (א) החקיקה הישראלית עצמה ראתה את המשפט העברי כ"מקור ראשי". הואיל ובחקיקה הוא מהווה מקור ראשון אז גם בפרשנות צריך להיות כך. (ב) המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת "תורת משפט ישראלית". המשפט הישראלי הוא משפט צעיר וצריכה להיות לו תשתית אחידה. (ג) חוק יסודות המשפט שהעניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים. (2) **השופט ברק** - חולק על השופט אלון. פרשנות לא צריכה לבוא מעקרונות המשפט העברי ואת דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו (הנדלס). פרשנות צריכה להיות תכליתית והזיקה למשפט העברי לא רלוונטית. העובדה שהמחוקק הפנה למשפט העברי לצורך השלמת לאקונות לא משפיעה על פרשנות בכלל.

\*הנדלס נ' קופת העם – בהנדלס יש כמה עניינים שעולים – (1) פרשנות של מושג הנשאל מהמשפט העברי "רשותו של אדם אחר" בחוק השבת אבידה. (2) פרשנות כללית של חוקים וחוק השבת אבידה בפירוש מהמשפט העברי. (3) בעקבות חוק יסודות המשפט ניתן למשפט העברי מעמד של מקור ראשוני כמקור משלים. על כן לפי אלון אין סיבה שלא להכריע על בסיס המשפט העברי. ביהמ"ש דוחה את טענתו של אלון ושאר השופטים לא מסכימים עם הרחבתו של אלון לחוק יסודות המשפט – (1) חוק יסודות המשפט חל רק במקרה של לאקונה. במקום בו ניתן למצוא תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש אין חובה להזדקק לעקרונות מורשת ישראל. (2) למשפט העברי אין מעמד מיוחד – "ראשון במעלה" בפרשנות חוקים. (3) במקום בו השתמש המחוקק בניב או ביטוי במקורו במשפט העברי יש לפרשו בהתאם למשמעות במשפט העברי, אך בפרשת הנדלס המושג "רשות" לא לקוח משם ולכן לא נזקקים למשפט העברי במקרה זה (**חיים כהן**). (4) ביהמ"ש רשאי להביא ראיות מהמשפט העברי אבל הן בגדר רשות ולא חובה (**ברק**).

\*הדילמה הפרשנית: מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה?" – **פרשנות רחבה לפי אלון** - החוק מדבר על כל שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, ומצווה להכריע בה לאור עקרונות מורשת ישראל. כל מקום של חסר בחוק זה לקונה. **פרשנות מצומצמת לפי ברק** - החוק מדבר על השלמת חסר בלבד. בית המשפט משלים חסר בחוק (במעמד של חוק) ואולי גם חסר בפסיקה.

\*ברק היצירה השיפוטית – השלמת החסר אל מול פיתוח המשפט – השלמת החסר - השלמת חסר היא דבר מאוד מצומצם. מתי מתקיים חסר? מקום שבו נורמה משפטית או בסדר משפטי הוא בלתי שלם ואי שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או את תכלית ההסדר. כשם שקיים חסר בקיר אבנים משום שהבנאי שוכח להכניס את אחת האבנים הנחוצות להשלמת הקיר, כך גם קיים חסר בנורמה המשפטית או בהסדר המשפטי הנבנה ע"י המחוקק בחקיקתו. השופט משלמים את החסר בעזרת "דין השיור" הקיים בשיטת המשפט שלו. בישראל הוא משלים זאת ע"י חוק יסודות המשפט. בהשלמת חסר השופט פועל כמעין מחוקק. פיתוח המשפט – ההיסטוריה של המשפט המקובל הוא היסטוריה של פיתוח המשפט ע"י שופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים במשפטנו היא היסטוריה של יצירת שיפוטית. על כן פיתוח המשפט הוא פעולת חקיקה של ממש, השופט פועל כמחוקק. עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל באים להשלים חסר בחקיקה, מקום שההיקש אינו מצליח להשלים את החסר. עקרונות אלו אינם חלים לעניין פיתוח המשפט. כאן חלים עקרונות היסוד של השיטה. אמנם בין עקרונות אלה נמנות גם תפיסות היסוד של מורשת ישראל אך אין לפנות רק אליהם.

\*מה התוקף של השלמת החסר של המחוקק? האם כחוק או כהלכה פסוקה? בעיניי האנגלים- אין דבר כזה השלמת חסר וזה תמיד הלכה פסוקה. במשפט הקונטיננטלי- זה בגדר חוק וזה מה שברק מאמץ. זה כמו הלבנה הזאת שהמשפט משלים. דוגמא: חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 - הסדר של שידורים בטלוויזיה - לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית. המחוקק הסדיר את חוקי התעלומה ולא הסדיר מה צריך לעשות עם רדיו. נשאלה השאלה מה דינם של שידורי תעמולה ברדיו? בג"ץ 212/03 חירות נגד יו"ר ועדת הבחירות: בית המשפט הסדיר את התחום שלא נידון ע"י היקש מטלוויזיה! זה הפך להיות כמו חוק מחייב.

\*מורשת ישראל – (1) **השופט אלון** - מורשת ישראל כוללת בראש ובראשונה את כלל הלכותיו של המשפט העברי. הוא מרחיב מעבר לכך וכולל כמו כן גם את עולמה של אגדה, דברי הגות ומחשבה, כפי שאלה עלו ונדונו בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי. ניתן היה לומר כי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום ממלאים את התוכן ולא צריך יותר מכך. אך לפי אלון צריך לראות איך העיקרון הזה לובש ביטוי במשפט העברי. לא מסתפקים בעיקרון המופשט אלא הולכים לגופי הלכות שלהם. מה ההיקף של צדק? מתי משתמשים בו? וכו'. (2) **השופט ברק** - מורשת ישראל איננה זהה עם המשפט העברי. זה מושג רחב ביותר וזה נכס לאומי של ישראל הישנה והחדשה. בהתחלה טען כי המשפט העברי לא נכלל במורשת ישראל, ולאחר מכן תיקן את הרשימה ואמר כי היא כוללת את מורשתו של הרמב"ם ואת מורשתו של שפינוזה, של הרצל ושל אחד העם. היא כוללת את המורשת שלפני הקמת המדינה וזו שלאחר הקמת המדינה., את המורשת העולה מהספרות החילונית והתורנית גם יחד. זו בסופו של דבר הייתה הסיבה לתיקון החוק ב2018. היו דיונים עד כמה לתקן והיו לכך כמה הצעות למשל לקבל את דעתו של אלון. בסופו של דבר בתיקון האחרון הזכירו בפירוש את המשפט העברי. לשיטת אלון לא שינו שום דבר כי מורשת ישראל זה בראש ובראשונה למשפט העברי. אז יש להניח שהתיקון בא לדחות את שיטת ברק.

**9. זכויות יסוד – במשפט העברי בפסיקה**

\* רקע - פס"ד ניימן נ' יו"ר וועדת הבחירות - חבר הכנסת מאיר כהנא ביקש להפלות את הערבים והוא ביסס את עמדתו על המשפט העברי. על הרקע הזה המפלגה שלו נפסלה לוועדת הבחירות לכנסת בשנת 1984, משום שהרשימה הייתה גזענית. זו הייתה הפעם הראשונה שפסלו מפלגה בכנסת. ועדת הבחירות פסלה מן הצד השני גם את הרשימה של מוחמד מיערי, רשימה ערבית, משום שהוא חותר לפסילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ותומך בטרור. כלומר נפסלו 2 רשימות לכנסת. לכאורה הם יכלו להסתמך על התקדים של רשימת נירדור- רשימה ששללה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. השופט זוסמן טען כי ניתן לפסול רשימה והדבר נובע מעיקרון של הגנה עצמית, כמו שלאדם פרטי יש זכות להתגונן כך גם למדינה (דמוקרטיה מתגוננת). בעתירת ניימן, ביהמ"ש דן בשאלה האם להתבסס על התקדים של נירדור בשביל לפסול את שתי הרשימות- את כהנא משום שהיא נוגדת את עיקרון הדמוקרטיה ואת מיערי משום שזה נוגד את העיקרון של מדינה יהודית. ביהמ"ש החליט לצמצם את נירדור, למרות ששתי הרשימות מנוגדות לעקרונות המדינה הן לא מתכוונות לחסל את המדינה ולכן אי אפשר להתבסס על נירדור ויש לאשרן. אם הכנסת רוצה שוועדת הבחירות תבחן את האידיאולוגיה של המפלגות בהתאם לאיזשהו קנה מידה יש לחוקק חוק לכך. כך באמת קרה בהמשך, לפי ס'7א שקבע את מי ניתן לפסול כרשימה. אך במקרה זה, ביהמ"ש אישר את 2 הרשימות. הייתה אפילו הסתייגות מנירדור והם אמרו שיש להירתע מלפסול רשימות לכנסת. כהנא אמנם היה גזעני אך לא אנטי-דמוקרטי. ביהמ"ש רצה להדגיש שהם לא תומכים בכהנא. השופט אלון מנצל את ההזדמנות לפרוס עקרונות יסוד של המשפט העברי. לדעת השופט אלון המשפט העברי זוהי מסורת עתיקה ועשירה וכל אדם יכול למצוא מקור שיחזק את עמדתו. לדעתו, פוסק צריך להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ובין דברים שנאמרו לדורות, וגם מה הדעה המרכזית ומה השולית וכו'.

\*חופש הדעה והביטוי – עצם הרעיון של חופש הדעה זה רעיון מרכזי. היחס במשפט העברי הוא להביע את עמדתך. הנביאים פעמים רבות יוצאים נגד הדעה המקובלת (נגד הציבור, או נגד המלך). גם במחלוקת בין בית שמאי לבית הלל ניתן לראות כי המגמה היא לא לגנות את הדעה שאיננה כדעתך. הלכה כבית הלל מכיוון שהם כיבדו את העמדה המנוגדת להם – " אלו ואלו דברי אלוהים חיים". אלון מסיק שגם בחברה הישראלית הגישה צריכה להיות פלורליסטית שמאפשרת דעות שונות.

\*שוויון – כל אדם נברא בצלם אלוקים ולכן כל אדם הוא בעל ערך שווה.

\*אהבת אדם – תפיסה זו רואה את המרכז של התורה באהבת האדם, תפיסה המוניסטית. ישנה מחלוקת בין ר' עקיבא לר' עזאי מה הכלל המרכזי בתורה- לפי **ר' עקיבא** אהבת האדם ולפי **ר' עזאי** שהאדם נברא בצלם אלוקים. ניתן לראות את המחלוקת כך שלפי ר' עקיבא יש להשוות את הזולת אלייך ולפי ר' עזאי הקריטריון הוא אובייקטיבי, כלומר לא להסתכל מה היה נעים לי אישית אלא כלפי אדם סביר. תפיסה נוספת היא שר' עקיבא מסתכל מראייה קרובה אל האדם ור' עזאי טוען שיש להסתכל על הזולת מראיה אוניברסלית. ע"פ תפיסה זו המחלוקת היא בכך שר' עקיבא אומר שהערך העליון הוא אהבת האדם והבריות. ואילו לפי בן עזאי הערך העליון הוא השוויון. כמובן שאף אחד מהם לא שולל את השני והם חושבים ששני הערכים חשובים.

\*המשך פס"ד ניימן - נושא זה עולה בפסק הדין מכיוון שרוצים להראות את הניגוד בין תפיסה זו לבין התפיסה של כהנא. כהנא הביא תימוכין לעמדה שלו מהמלחמה של יהושע בן נון. במקורות אלו ניתן לראות תימוכין לעמדה המנוגדת לחלוטין ממנו. כך, נראה חיזוק לטענתו של אלון כי ניתן למצוא פסוקים המחזקים כל עמדה במשפט העברי. אך, לדעתו אין ללמוד מהדברים שהם מתאימים לשעתם (עליהם כהנא הסתמך) אבל העקרונות של ר' עקיבא ובן עזאי הם עקרונות קבועים ונצחיים. לפי עמדתו של אלון יש לעשות בעצם בחירה וברירה בין המקורות השונים מה העיקרון המרכזי ומה העיקרון השולי. אלון עושה מהלך פרשני בין ערכים מסוימים- הוא מבליט ערך הומניסטי של שוויון ואהבת האדם כערך המרכזי של היהדות. **הרב קוק -** הציפייה היא שאדם שהוא ירא שמיים שהוא יהיה יותר מוסרי. אם אדם דתי הוא פחות מוסרי אז יראת השמיים שלו פגומה. כהנא בא עם פאתוס דתי אך אלון אומר לו שזה בעצם היפוכו של דבר.

\*היחס למיעוטים – יש דחייה מוחלטת של הגזענות ביהדות. ברק מצטט מהרב קוק לפיו צריך לאהוב אדם למרות שינויים באמונות ודעות וזו צרות עין לראות רק טומאה ורע בכל דבר שמחוץ לגבולות מחשבת ישראל. **רשימת כך**- תוכן רשימת "כך" ומגמת יוזמיה וראשיה, כפי שעלו בחומר המצוי לפנינו, יש בהם משום ניגוד משווע לעולמה של יהדות, להלכותיה ולהגיגיה, לעברה של האומה העברית ולייחולי עתידה. נוגדים הם ניגוד מוחלט לעקרונות יסוד של מוסר אדם ומוסר עם, למגילת העצמאות של מדינת ישראל ולתשתיתן של הדמוקרטיות הנאורות בימינו, ובאים הם להעתיק למדינה העברית רעיונות ומעשים שהחזיקו בהם המקולקלות שבאומות העולם. אלון מציע לאורך כל הדרך ליהדות פירוש ליברלי והומניסטי. אלון מזהה עקרונות יסוד בתוך המסורת ההלכתית שזה מהלך יחסית נדיר. ישנו הבדל משמעותי בין כללים ועקרונות. כללים זה סעיפי חוק, דברים ספציפיים ועקרונות זה יותר כללי, מתווים כיוון. במשפט כלל גובר על עיקרון. בהלכה אין מסמך שמאגד את העקרונות ובכל זאת הוא מזהה אותם ועושה בהם שימוש. אלון לא פועל רק כשופט אלא פועל בשתי חזיתות- חזית אחת היא המשפט הישראלי אותו הוא מבסס על המשפט העברי. חזית נוספת היא במשפט העברי עצמו. הוא תוך כדי דבריו מפרש את המשפט העברי ומיישם אותו בצורה מסוימת, ליברלית והומנית, שרבים לא מסכמים איתו. כלומר, הוא גם מציע גרסה הומנית למשפט העברי וגם מציע גרסה יהודית למשפט הישראלית.

**\***כבוד האדם – פס"ד קטלן נ' שירות בתי הסוהר - פסק הדין העקרוני והתקדימי דן בשאלת סמכותו של שירות בתי הסוהר לבצע חוקן בגופם של עצורים ואסירים, גם בניגוד להסכמתם ותוך שימוש בכוח, לצורך גילוי ומניעה של ניסיונות להחדרת סמים לבית המעצר המרכזי ברמלה. השופט **חיים כהן** - כמו שבהלכה כבוד הבריות יכול לגבור על חקיקת משנה כך יש לעשות במקרה זה- כבוד הבריות (עיקרון ראשי) צריך לדחות את התקנה שהסוהרים יכולים לבצע חוקן באסירים (חקיקת משנה). הוא קורא למחוקק שגם בחוקיו הראשיים לא יפגע בכבוד האדם.

\*הזכות לטיפול רפואי – פס"ד מדינת ישראל נ' תמיר - בעניין זכותו של אסיר להיבדק על ידי מומחה רפואי לפי בחירתו. התחילה מגמה של נתינת זכויות בסיסיות לאסירים. השופט אלון תמך בכך מאוד וביסס את דבריו על המשפט העברי. לפי המשפט העברי התורה מגבילה את העונש ל40 מלקות על מנת שהאדם לא יתבזה. התורה דואגת לכבודו של האדם שמורשע בדין. אין לבזות אותו יתר על המידה. מכאן אחרי שאדם קיבל את העונש הוא אדם ככל האדם וזכאי לכל הזכויות. גם בשעת העונש יש לכבד את זכויותו כמה שניתן. **השופט אלון** עושה הבחנה בין זכויות מוחלטות וזכויות יחסיות. כל זכות מוחלטת חובה להעניק אותה גם בבתי הסוהר. למשל עצם הזכות להתרפא היא זכות מוחלטת. הזכות לבחור רופא היא זכות יחסית ולכן יכול להיות שזכות זו לא תוענק לאסיר.

\*הזכות להצביע – פס"ד הוקמה נ' שר הפנים - מימוש זכות הבחירה של אסירים. עד שנות 1984 לא הייתה לאסירים זכות בחירה. **השופט אלון** – מאסר שולל רק את הזכות לחירות ולא את הזכות להצביע.

\*הזכות לקיום יחסי אישיות – פס"ד וייל נ' שירות בתי הסוהר - עתירת אסיר יהודי שומר מצוות להורות לשירות בתי הסוהר לאפשר לו קיום מצוות פרייה ורבייה כדת משה וישראל לשם שלום בית לפחות אחת לחודש. **השופט אלון** - שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר? ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם מצויה גם בידי האסיר. השאלה אינה אלא זו, האם יש בה, בשלילת החירות וחופש התנועה, כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות, ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על־פי דין, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים. יש הבחנה בין זכויות כגון אוכל ושינה שאין בהם שום איזון וחייבים לתת אותם, ויש זכויות שצריך לאזן כמו הזכות לחופש תנועה. הזכות לקיום יחסים קרובה יותר לזכויות שלא מאזנים אותן – ביסוס לכך אלון מביא מדיני ערי מקלט בהם נקבע כי מי שהורשע על הריגת אדם בשוגג גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו; ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צורכי חיים חיוניים. אלון לומד מכך את העיקרון שעונשי מאסר צריכים להיות במסגרת שלא מבודדת את האדם כליל ממשפחתו. אם אין ברירה אלא להכניס את האסיר לבית סוהר אז צריך ליצור מסגרת שבה האסיר יכול להיפגש עם משפחתו. לדעתו אי האיחוד עם האישה גם מגביר את האלימות המינית בתוך בית הסוהר. מכיוון שלא היו מתקנים לביקורי משפחות והתייחדות באותה תקופה הוא טען כי יש להתחשב בכך בביקורים האסיר בביתו.

**10. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - מדינה יהודית ודמוקרטית**

מטרת החוק – הגנה על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בנוסף אין לפגוע בזכויות של חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

מה כוללים הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית - "דמוקרטית"- לרוב כוללת כבוד לזכויות האדם, שיטת בחירות דמוקרטית ומספר מאפיינים קבועים במדינות מערביות שמנהלות דמוקרטיה. " מדינה יהודית" – (1) **השופט ברק** (המהפכה החוקתית) – המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי – דתי אלא במובן זה שליהודים יש זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה. המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. עם חקיקת החוק, אהרן ברק ניתח אותו וקבע כי יש מהפכה חוקתית. זהו חוק יסוד שנעלה מעל החוקים האחרים, יש בו שריון מהותי ולא מספרי. ברגע שהוא קבע את פסקת ההגבלה הוא "הרים" עצמו מעל החוקים האחרים והכריז עצמו כחוק במעמד נורמטיבי גבוה יותר. לדעתו, המדינה היא לא יהודית במובן דתי-הלכתי אלא במובן לאומי-תרבותי. ערכי המדינה היהודית שהוא מציין הם ערכים אוניברסליים שאותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלו היא ברמת הפשטה גבוהה כלומר לא לביטוי קונקרטי שלהם אלא רמה גבוהה שאיתם כל אדם יכול להזדהות. בניגוד לאלון, לדעת ברק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא קבע דבר לגבי המשפט העברי. (2) **השופט אלון** (חוק וחוקה) - עד שנכנס חוק יסוד כבוה"א וחירותו לתוקף לא עמד שום שופט בישראל בחובה לפרש תכלית דו ערכית זו (יהודית ודמוקרטית). הפסיקה נתנה את דעתה לפירוש המונח דמוקרטית בלבד, והרבתה לדון במשמעותם של ערכי הדמוקרטיה. מכיוון וישראל מורכבת על שני ראשים השלובים זה בזה (על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית) – כשם שהמושג דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות היהודים. השופט אלון תמה על ק. ביעתו של השופט ברק שאין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. מדוע ניתן לקחת את כל הערכים הדמוקרטים ומן הצד השני רק את הערכים היהודים שתואמים למערכת הערכים האוניברסלית דמוקרטית, הרי לשניהם אותו מעמד בדיוק. הפיתוח המשפטי של זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, של עקרון האיזון שבחוק זה ושל כל יתר הוראותיו הוא על ידי עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולשם כך חייבים אנו ומצווים אנו להיזקק לעיון ולדיון במקורות שמהם ניתן להסיק על ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית, כדי למצוא את הסינתיזה המתאימה וההולמת של תכלית שלובת ערכים זו - מדינה יהודית ודמוקרטית. כלומר, לפי אלון חוק יסודות כבוד האדם וחירותו הוא רחב הרבה יותר מחוק יסודות המשפט. זאת משום שבחוק כבוה"א אין צורך בלקונה אלא כל דיון בזכות מזכויות האדם צריך להיעשות לאור עקרונותיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. "יהודית" כאמור מדבר על המשפט העברי.

\*עילות מעצר עד תום ההליכים – מהם עילות מעצר עד תום ההליכים? ישנן עילות מעצר מוסכמות כגון שיבוש הליכים, סכנה לציבור וכו'. עלתה השאלה האם חומרת העבירה יכולה להוות עילת מעצר כשלעצמה. בעבר לדעת רוב השופטים בשנות ה-70 חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההליכים כדי להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי.

\*פס"ד מדינת ישראל נ' אבוקסיס – **השופט אלון** - זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק, עוד בשחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביחסים שבין לווה ומלווה, ובין עובד ומעביד. נלמד מכך שאף אם ויתר פלוני מרצונו על חירותו האישית והתנה והתחייב שיהיה במאסר עולם אם לא ישלם חובו, התחייבותו בטלה ומבוטלת ותנאו אינו תנאי, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה והתורה אוסרת את שלילת חירותו של האדם. העצם המשפט העברי מתנגד לשלילת חירות בגין חוב כפסי ופוסל תנאי אפילו רצוני לפיו אדם שלא שילם חוב ילך למאסר. אלון מוסיף כי זוהי לא פעם ראשונה שנתקלים בשאלה זו אלא היא נשאלה כבר **בשו"ת הריב"ש** - מדובר בבית משפט שדן במעצר עד תום ההליכים – האם צריך לעצור אדם החשוד במסירת יהודים לשלטונות עד תום ההליכים או שיש לשחררו בערבות?. בית הדין קבע 3 תנאים שבהם יש להשאיר אדם במעצר עד תום ההליכים: (1) כשיש ממש בדברי התובע (2) כשהעובר יהיה חייב עונש בגופו וסביר להניח שהעצור יברח (3) חשד להימלטות. אם מדובר בעבירת ממון בלבד – יש לשחרר בערבות. כלומר אלון אומר שבמשפט העברי חומרת העבירה, ועבירות ממון אינן עילה למעצר עד תום ההליכים. בשנת 1988 לראשונה נחקק חוק שבא להסדיר את המחלוקת העקבית בדבר מעצר עד תום ההליכים. החוק קבע כי אפשר לאסור אדם בגלל שלושת התנאים המוזכרים, וכן מציין רשימת עבירות בהם יש חשד למסוכנות (ולא מתייחס לחומרה כשלעצמה). בפועל, מרבית השופטים המשיכו לפרש את החוק באופן שעדיין מתייחס לעניין החומרה ולא מתייחס אך ורק ל3 רכיביו כפי שנדרשו.

\*פס"ד מדינת ישראל נ' אבי צור - לדעת אלון, במשפט העברי יש על החירות הגנה חזקה יותר ששוללת את החשש להימלטות. העילה למעצר היא רק מסוכנות ושיבוש הליכי המשפט אך בניגוד לברק החשש מאמון הציבור לא מהווה עילה למעצר. זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, וכלל גדול בו הוא כי כל אדם בחזקת כשרות עד שלא יוכח ההיפך ותורע חזקתו. עמדתו של אלון החלה להתקבל לאחר חור יסוד כבוה"א ומרבית השופטים קיבלו את דעתו. כלומר לדעתו, המשפט העברי מעלה על נס את הזכות לחירות.

\*פס"ד מדינת ישראל נ' עזאמי - נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו מאחורי סורג ובריח, שהוא אף חשוב ומכריע יותר מקודמו, מצוי בהוראה שבסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת את זכות היסוד ש"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת- אנושיים ובצפיפות קשה ביותר. חלק ניכר של העצורים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה, ונאלצים הם לישון על הרצפה; וצפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך. לכך גם השפעה על אפשרות שמירת הניקיון בתאים וכן ועל טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטארי. ניתן לראות כי מעצר עד תום ההליכים הוא לא רק פגיעה בחירות האישית אלא גם פוגע בכבוד האדם. הוא מביא מקורות מהמשפט העברי לחיזוק עמדה זו: אלון מצטט את הרמב"ם שאומר שהדיין צריך להתחשב בכבוד הבריות שדוחה "לא תעשה" מדרבנן. אלון מפרש את חוק היסוד בהתאם ל"יהודית" – המשפט העברי. לאחר חקיקת חוק היסוד ופס"ד עזאמי דעת אלון הפכה לדעת הרוב וחומרת העבירה אינו שיקול במעצר עד תום ההליכים.

\*סיכום מעצר עד תום ההליכים - אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות. במכלול נסיבות אלה מצווה בית המשפט, וחובה היא עליו, למצוא דרך של חלופה למעצר, וחובה זו גדולה היא במקרה דנן מאשר במקרה "רגיל", שבו לא מצויים פגיעה בכבוד האדם האלמנטארי של הנאשם. ברק נסוג ומקבל את עמדות אלון. יש מקום להלכה כאשר מפרשים את העיקרון של מדינה יהודית. יש לפרש את הערכים מתוך התפיסות הפנימיות של היהדות. אין להסתכל עליהם במבט אוניברסלי וללמודה מבחוץ. עם זאת נותר הבדל ביניהם – לדעת ברק יש להדגיש לא רק את הפן היהודי-דתי אלא גם את הפן הציוני הלאומי הכללי.

**11. המתת חסד וחוק החולה הנוטל למות**

\*השאלה – האם ניתן להמית אדם ולנתק אותו מהמכשירים במצב של חוסר הכרה או אף במצב של הכרה וידיעה.

\*פרשת יעל שפר - הפעוטה יעל שפר (ילידת 2.86) אובחנה כסובלת ממחלת טיי-זקס. היא נמצאת במצב של חוסר הכרה (צמח) ומטופלת בבית החולים. האם (בלבד) מבקשת בשם הילדה שאם יוחמר מצבה הרפואי והיא תזדקק לסיוע בהנשמה או לטיפול רפואי אחר – הדבר לא יינתן לה, למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב במקרה לא היה שותף לבקשה, אך ביקר את הילדה מידי יום (לעומת האם שלא ביקרה).

\*השאלות המשפטיות שעולות ממקרים אלו – (1) האם אדם בגיר יכול לבקש מביה"ח שיקרב את מותו או שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים – הרי לכל אדם יש אוטונומיה על גופו. מאידך, ע"פ ההלכה והפרוטוקול בביה"ח בישראל יש לטפל בחולה כזה גם כשלא מדובר בהצלת חיים לאורך זמן (אלא שבכל מקרה האדם גוסס וימות בקרוב. (2) האם הורים ואפוטרופסיים של קטין או פסול דין יכולים לבקש בשמו מביה"ח שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים – הרי הדבר יכול להוות פגיעה באוטונומיה שלו. ניתן להגיד שבמקרה הזה יכולה להיות דילמה, אולי האפוטרופוס לא היה רוצה שהילד יחיה אך הקטין בעצמו היה רוצה זאת. (3) האם הורה אחד יכול לבקש בקשה כזו – מבלי לבקש את רשות ההורה השני.

\*החלטות בפרשת יעל שפר - בקשת האם נדחתה במחוזי. ביהמ"ש לא הכריע בשאלה הראשונה אבל קבע שגם אם בגיר יכול לבקש זאת אפוטרופוס אינו יכול לבקש זאת ובוודאי לא הורה יחיד. הערעור לעליון נדחה (ללא נימוקים). בינתיים הילדה מתה (11.88), וביהמ"ש העליון דן בשאלה למרות זה, ונתן את נימוקיו להחלטה הקודמת.

\*האם יש טעם בדיון - עולה השאלה האם יש טעם בדיון עתה, לאחר שהילדה נפטרה? הרי הכלל הוא שביהמ"ש אינו דן בעניינים תיאורטיים (וזה מבדיל בינו ובין המחוקק שצופה פני עתיד). (1) ניתן להגיד שביהמ"ש במקרה הזה לא דן במקרה תיאורטי, אלא נותן את נימוקיו לפס"ד קודם. (2) סיבה נוספת מביא השופט אלון מתוך פרשת Row v. Wade (פרשת ההפלות בארה"ב). גם שם ניתן פסק הדין לאחר מעשה. בית המשפט קבע שהואיל ואף פעם לא ניתן יהיה למצות הליך משפטי בתוך תקופת ההיריון, ייצא שאף פעם לא ניתן יהיה לדון בשאלת ההפלות (כיוון שהליך שיפוטי אורך יותר מ-9 חודשים). הואיל וזו שאלה שעתידה לחזור בית המשפט דן בה. דעת המיעוט בפס"ד Row v. Wade טענה שמדובר בחקיקה שיפוטית, ולכן לא ניתן לאפשר אותה. השופט אלון בפס"ד שפר מאמץ השופט אלון מאמץ דעה זו. גם מקרה של המתת חסד אינו מאפשר דיון ממצה בזמן אמת וגם הוא עתיד לחזור. (3) בהגשת התביעה לא היה קיים חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובנתינת הנימוקים הוא חוקק והיה נכון להתייחס אליו בנימוקים.

\*דרך הדיון בסוגייה – הדיון בסוגייה יהיה לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שקובע שאין לפגוע בגופו, בחייו או בכבודו של אדם, וכי כל אדם זכאי להגנה על חייו, גופו וכבודו. בדיון זה, נטען ששמירת החיים עומדת בניגוד לכבודו של אדם וכן לחירות האישית ולאוטונומיה שלו. בפס"ד שפר אומר **השופט אלון** שההכרעה בשאלה של ניגוד בין זכויות צריכה להיעשות לאור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". משמע, יש לבחון את השאלות הנוגעות להמתת חסד והימנעות מטיפול רפואי ע"פ הערכים היהודים – ההלכה היהודית, ולפי ערכים דמוקרטיים, ולעשות ביניהם סינתזה. הערכים המתנגשים בנושא הם הזכויות לחיים, אל מול הזכות לכבוד, חירות אישית ואוטונומיה – מחד, אם נאפשר לבגיר המתת חסד לבקשתו, אז נפגע בזכותו לחיים. מאידך אם לא נאפשר זאת, נפגע בזכותו לאוטונומיה.

\*הבחנה בין סוגי המתות חסד – (1) המתת חסד אקטיבית – חומר ממית + סיוע להתאבדות. (2) הממת חסד פאסיבית – הימנעות מטיפול מציל חיים + ניתוק ממכשירים. ההצדקה להמתת החסד הפסיבית היא שהחולה מת באופן טבעי, ולא אחר ממית את האדם באופן ישיר. אלון מסווג ניתוק מכשירים כהמתה פסיבית כיוון שהוא חיצוני למצב האדם.

\*דיון בהבחנות מנק' מבט הלכתית (**אלון**) – (1) המתת חסד אקטיבית – אלון מביא תשובה לשאלות המשפטיות שעולות מהמשפט העברי - האם מי שהורג אדם שעומד למות הוא רוצח. "הגוסס הרי הוא כחי לכל דבר" (**רמב"ם + שו"ע**). מי שעוזר לגוסס למות הוא נחשב כשופך דמים. על כן המתת חסד אקטיבית אסורה גם אם החולה מבקש את. (2) המתת חסד פאסיבית – לדעת **הרב שלמה אוירבך** יש שני תנאים המצדיקים להתפלל על אדם שימות – אם אדם חולה סופני, וסובל ממחלתו אף סבל נפשי יש חובה לתת לאותו אדם אוכל וחמצן, אף אם הוא אינו מעוניין בכך. עם זאת ניתן לאפשר לחולה להימנע מטיפול רפואי כגון תרופות והחייאה אם הוא דורש זאת. לדעת **הרב משה פינשטיין** – במחלה סופנית החולה יכול לבחור שלא לקבל טיפול רפואי אם הוא מעוניין בכך.

\*ניתוק ממכשירים – הסרת המונע – באופן כללי אסור לגרום למותו של אדם (לדוג' הזזת אדם גוסס). **הרמ"א** קובע סייג, ואומר שאם יש דבר המפריע באופן חיצוני לאדם למות, מותר להסיר את ההפרעה (לדוג' רעש מחוץ לבית). אסור לעשות פעולה אקטיבית שמזרזת את המוות, ומותר לעשות פעולה שמסירה את מניעת המוות. על בסיס פסיקתו של הרמ"א, פסקו נוספים (כגון הרב ולדנברג) שפעולה של ניתוק מכשירים מותרת כי מדובר בהסרת מונע חיצוני. מותו של אדם ייגרם עקב פגיעתו של אדם, ולא עקב ההסרה של מכונת ההנשמה. לעניין השאלה הראשונה שנשאלה, בנוגע לבגיר – ביה"ח לא יענה לבקשת המתת חסד אקטיבית או פסיבית. אם אדם עומד בשני התנאים, אז ניתן יהיה לאפשר ניתוק ממכשירים.

\*דיון בהבחנות מנק' מבט של ערכים דמוקרטיים – (1) ארה"ב - **אותונזיה אקטיבית אסורה** היא ומהווה היא עבירה פלילית בכל מדינות ארצות הברית. **אותונזיה פסיבית** – הימנעות מטיפול רפואי, מותרת. הפסקת פעילות מאריכת חיים (ניתוק ממכשירים) בדרך כלל אסורה. היא יכולה להיות לעיתים מותרת אם אדם יבקש זאת. סירובו של קטין לטיפול רפואי – מבחן "אומד דעתו" של הקטין. מבחן "טובתו של הקטין". (2) הולנד - **המתת חסד אקטיבית מותרת**: החולה בעצמו מבקש ומסכים לפעולה זו, כשהוא בר כושר שיפוט מלא; הסכמתו של החולה לפעולת ההמתה היא חופשית, מודעת ומתמידה; הרופא והחולה מסכימים שמדובר במחלה חשוכת מרפא, המלווה בסבל קשה; נעשו ניסיונות אחרים להפחית את הכאב והסבל, אך לא נמצא פתרון אחר; הסבל והרצון למות הם קבועים ומתמידים; מתקבל על דעתו של החולה; רופא נוסף מסכים לאותם ממצאים; רק הרופא, ולא כל שליח אחר, יבצע את ההמתה.

\*הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - **לפי ערכיה של "מדינה יהודית", המתת חסד אקטיבית אסורה**. ברוב המדינות הדמוקרטיות (כדוגמת ארה"ב) המתת חסד אקטיבית אסורה. **במדינות מעטות (כדוגמת הולנד) היא מותרת**. השילוב מחייב לאמץ את הגישה האוסרת המתת חסד המשותפת לשיטות. **לפי ערכיה של "מדינה יהודית", הימנעות מטיפול רפואי מותרת.** **גם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות היא מותרת**. לכן יש לאמץ היתר זה. לגבי ניתוק ממכשירים (הסתר המונע), יש גישות שונות גם בהלכה וגם הבדלים בין מדינות שונות. לכן באופן עקרוני הדבר יאושר, והכל תוך התחשבות בנסיבות.

\*ההבדל בנקודות המוצא - עקרון-העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוקים. הגבלות וסייגים מותרים לעקרון קדושת החיים יסודם, בראש וראשונה, בעקרון של מניעת סבל ויסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצונו של החולה כאשר יש לכך השפעה על מצבו, של יישום הכלל של "ואהבת לרעך כמוך" ועוד. נקודת המוצא במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העיקרון של חירותו האישית, וזכות זו הוגבלה וסוייגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד.

\*קדושת החיים וכבוד האדם - לדעת **אלון**, "הביטוי 'למות בכבוד' הוא תרתי דסתרי". אל להגיד "עדיף מותי מחיי". חייו של אדם הם כבודו. אלון אומר שהכרה בזכות למות בכבוד תביא לכוחות כלכליים וחברתיים שעלולים לדחוף בני אדם לסיים את חייהם. החשש של אלון הוא במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין, אצלם עולה השאלה מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם?

\*החלטת כלליות – (1) המתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט. (2) המתת חסד פסיבית על שתי צורותיה – הימנעות מטיפול וניתוק ממכשירים – תלויה בשיקולים נוספים: האוטונומיה של החולה, כאב וייסורים. (3) במקרה של קטין או פסול דין – יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש ל"מדרון חלקלק". (4) באופן עקרוני אפוטרופסיים יכולים לסרב לטיפול רפואי בשמו של קטין אך כשהדבר עלול להביא למותו יש לקבל את אישור בית המשפט.

\*הכרעה במקרה יעל שפר - הילדה אינה סובלת ואינה מבוזה. כבודה נשמר מעל ומעבר. בנוסף, הבקשה הגיעה מצידה של האם שאינה מבקרת את הילדה באופן רציף, בלבד. האב, שמבקר ומטפל בילדה אינו שותף לבקשה. על כן אין הצדקה שלא לתת לה את כל הטיפול הנדרש לשמירת חייה. יש לשים לב שבפס"ד יעל שפר המשפט העברי מילא תפקיד חשוב ואף מרכזי בעיצוב הדין. זאת להבדיל ממקרים אחרים בהם המשפט העברי רק מקשט או מבסס את פס"ד והשיקול המרכזי הוא ממניעים אחרים. כלומר יש דרגות באשר לכמה מרכזי המשפט העברי משפיע על ההכרעה של פסיקה מסויימת מקישוט גרידא למקור מכריע.

\*המצב בעולם כיום - הולנד, בלגיה – מותרת המתת חסד אקטיבית. שוויץ – מותר סיוע בהתאבדות. ארה"ב – במדינות אחדות (אורגון, קליפורניה, וושינגטון, וורמונט) – מותר סיוע בהתאבדות (מוות לפי מרשם רופא). קנדה – מותר סיוע בהתאבדות. בריטניה, אירלנד, גרמניה, צרפת, דנמרק, אוסטרליה – המתת חסד אסורה. מותר סירוב לקבלת טיפול רפואי. עדיין רוב המדינות בעולם מסתייגות מהמתת חסד. בכל המדינות הללו מותר סירוב למתן טיפול רפואי כמו שנפסק בפס"ד יעל שפר. התמונה בארץ התעדכנה בחקיקה וגם כאן הייתה השפעה מרכזית ואף מכרעת למשפט העברי. מכיוון שמדובר בנושא מאוד מרכזי וחשוב לא ניתן להשאיר אותו רק לפסיקות של בית המשפט והיה ראוי שיהיה מוסדר בחקיקה. מינו ועדה של רבנים, משפטנים, רופאים, אנשי דתות אחרות וכו' וועדה זו נדרשה להמליץ בנושא המתות חסד.

\*חוק החולה הנוטה למות - המונח חולה הנוטה למות מגיע מדבריו של הרמב"ם. חולה זה הוא חולה סופני שתוחלת חייהם לא תארך יותר מ6 חודשים. אם הוא חולה במחלה סופנית אך משערים כי יחיה יותר מ6 חודשים החוק לא חל עליו. ישנם מקרים שלא חלים תחת ההגדרה ועדיין ישנם דיון האם יש לעשות המתת חסד כגון ALS. אמנם מי שחי עם המחלה יכול לשרוד שנים רבות אך כנראה תוך סבל רב של התנוונות גופם. לכן יהיה דיון לגביהם האם ניתן לעשות להם המתת חסד אך לא תחת החוק. על כן החוק עוזר לאי ודאות המשפטית אך לא מקיף לחלוטין.

חסר – עקרונות ציבורים + רצוי ומצוי.