**מטלת ביניים- המשפט העברי במדינת ישראל**

עם קום המדינה, החליטה מועצת המדינה הזמנית, כי במערכת המשפט הישראלית חלה הוראת סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל. הוראה זו מחייבת את בתי המשפט לפנות למשפט האנגלי במקרים של לאקונה (חסר של הוראה בחקיקה או בתקדים המתייחסת למקרה). בתקופה הזאת ראינו כי ישנם שופטים אשר פנו מספר פעמים לעקרונות המשפט העברי למרות הוראת סימן 46, לדוגמא בפסיקתו של השופט קיסטר בבג"ץ 290/65, זאב אלתגר נ' ראש העיריה.

בשנת 1980 חוקק חוק יסודות המשפט להלן: "החוק". מטרתו לשנות את הדרך שבה מחויב ביהמ"ש לפסוק במקרה של לאקונה, וקבע כי יש לפנות ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל." החוק ביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, ונתן עצמאות למערכת המשפט הישראלית.

לאחר חקיקת החוק, הייתה מחלוקת כיצד לפרשו. המחלוקת לא הוכרעה עד היום והגישות השונות יוצגו בעיקר על ידי השופט ברק והשופט אלון.

נדון כעת בסוגיות המרכזיות של המחלוקת בין שני השופטים מתוך פסקי הדין הנדלס וז'רז'בסקי ומאמריהם.

אזכיר, שבשנת 2018 נעשה תיקון בחוק ונוספו המילים "משפט עברי". לכן, העבודה מתייחסת לדעותיהם של השופטים לפני התיקון.

באילו מקרים על בית המשפט לפנות לעקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל"?

לפי דעתו של **השופט אהרון ברק**, אנו נחיל את תחולתו של חוק יסודות המשפט כאשר ישנה בעיה משפטית הטעונה הכרעה לגבי לאקונה בחקיקה. ברק טוען כי יש לבחון תחילה האם אפשר למלא את הלאקונה בדרך של היקש ורק לאחר מכן לפנות למורשת ישראל. עקרונות אלה באים להשלים חסר בחקיקה, במקום שההיקש אינו מצליח. אך, חוק יסודות המשפט, לפי דעתו של ברק, אינו מסמיך להשלים את הלאקונה בפסיקה.

לדעתו, לא משתמע מהחוק כי לעקרונות מורשת ישראל ישנו מעמד פרשני והחוק אינו חל לעניין פיתוח המשפט. לפיכך, מורשת ישראל יהווה מקור משלים ולא מקור מפרש בהיעדר לאקונה. יש לפרש את הוראות החוק לפי נורמות ערכיות שונות, המהוות את הנשמה של שיטת המשפט, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו. הוא טוען כי חוק זה הוא פשרה, מכיוון שניתן מעמד משפטי למקורות תרבותנו הרוחניים אך נשמר החופש השיפוטי לעצב את ערכי היסוד שעל פיהם מתפרש החוק- על בסיס "האני מאמין" הלאומי.

ברק מוסיף כי כאשר ישנה דרישה לפרשנות, אשר מלאכתה אינה פשוטה ומקשה על השופט, ההשראה הפרשנית אינה חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי. לטענתו, לא רק שאין בכך תועלת, אלא שהדבר נוגד את עצם מלאכת הפרשנות. השופט זקוק לחופש בעודו בא לפרש נושא מסוים, והפנייתו למשפט העברי מגבילה אותו לקו חשיבה מסוים. הפניה כזו, ללא הוראה מפורשת בחוק, אינה מתאימה למהות הפרשנות, הבאה לפרש מלים וללמוד על המטרה מתוך החוק עצמו גם כאשר ערכו הלאומי והתרבותי רב.

דעתו היא, שיש להתייחס לערכי מורשת ישראל כשווי ערך לערכים אחרים שהמדינה מאמינה בה. אין לקבוע מראש כי השופט ייתן משקל גדול יותר לערכי מורשת ישראל. הסיבה לכך היא על מנת לייצר איזון בין האזרחים הדתיים ללא דתיים. מעבר לכך, הוא טוען כי זה יכול להוביל לדיסהרמוניה במשפט הישראלי מכיוון שלא כל תושבי ישראל הם יהודים ולכן שורשם הוא לא המשפט העברי.

ברק מבחין בחובת ההיזקקות לעקרונות מורשת ישראל לפי החוק, אשר חלה רק במקרה של לאקונה. אך, אין חובת היזקקות כזו כאשר החוק מדבר על מושגים ערכיים משפטיים, כגון צדק, יושר, תקנת הציבור, תום לב ועוד. השופט יפרש אותם לפי לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית ומערכי היסוד של השיטה.

בנוסף, ברק מצטט את פרופסור ידין וטוען כי על המשפט הישראלי לצעוד גם ללא המשפט העברי ואינו זקוק להפניה אליו או להסתמך עליו. "מי ששולל, כמוני, את קיומם של חללים ורואה במשפט הישראלי יצור בריא המסוגל לצעוד בלי קביים, אינו זקוק להפניה, לא אל המשפט העברי ולא אל מקור משפט חיצוני אחר." **גישתו של ברק ממעיטה את הפנייה לעקרונות מורשת ישראל.**

מנגד, **השופט מנחם אלון** טוען כי לדעתו ניתן להסיק מהחוק שערכי מורשת ישראל נועדו גם למען מילוי לאקונה וגם כאמצעי פרשני. למרות זאת, בחר לנהוג בדרך הצמצום (רק מקרה של מילוי חסר), מכיוון שכיום לביהמ"ש אין מספיק ידע במשפט העברי ולכן לא יוכלו לפנות אליו במקרה של צורך בפרשנות. אלון טוען כי על ביהמ"ש לפנות תחילה לעקרונות המשפט העברי כמקור ראשון למען פתרונה של הבעיה העומדת לפניו. פנייה זו צריכה להיעשות בעיון הראוי והזהירות הדרושה, לפי צורכי השעה ועניינו של החוק, ובלבד שפתרון זה אינו עומד בניגוד לאמור בחוק. הסיבות לכך נמצאות הן בדברי ההסבר להצעת החוק ובדיוניה של הכנסת-נאמר בדיונים אלו כי מערכת המשפט העברי שימשה מקור ראשוני לעקרונות של אותו חוק. בנוסף, יש בה כדי ליצור תשתית אחידה וכדי לפתח תורת משפט עשירה והומוגנית למערכת המשפטית הישראלית. המשפט העברי יעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו, ותפתח סינתזה זו שבין מערכת המשפט העברית לבין מערכת משפטה של המדינה היהודית.

לפיכך, ישנה החובה לדעת וללמוד את עקרונות מורשת ישראל כאמצעי וכמכשיר לקיום חובת השימוש בעקרונות אלה ויישומם למקרים ולצרכים שחוק יסודות המשפט ייעד אותם לכך. אלון מצטט את דבריו של השופט לנדוי, "המשפט הישראלי החילוני הוא משפט ללא שרשים היסטוריים משלו, בחינת אדם ללא צל...ורבים מאתנו - אף מן החילוניים שבינינו - כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו".

אלון מתנגד לאמירתו של ברק, כי אין לבחון קודם את עקרונות מורשת ישראל לפי העקרונות האחרים, מכיוון שיש לעשות איזון בין הדתיים ללא דתיים. הוא טוען כי לא כל הכרעה לפי המשפט העברי הינה דתית מובהקת, ולפעמים אף עולה קנה מידה בעמדת שיטות המשפט האחרות. לדעת הציבור הדתי, פסיקה של ביהמ"ש הכלליים לפי המשפט העברי היא ללא משמעות דתית כלשהי. יש כאלה הטוענים שאף שילובה הוא חילונה של ההלכה. ישנו חוסר מודעת הקיימות בחלק הגדול והניכר של קהילת המשפטנים והשופטים לעניין הצורך בהיזקקות לעקרונות מורשת ישראל לפי חוק יסודות המשפט. אלון מתייחס לפירוש מושגים ערכיים כגון צדק, יושר, תקנת הציבור, תום לב וכיו" כלאקונה. הסיבה לכך היא כי לדעתו ערכים אלו הם רק צירוף של אותיות, היוצר מילה ללא תוכן, ולכן הם בגדר לאקונה, ואת התוכן שלהם יש ליצוק לפי עקרונות מורשת ישראל. **גישתו של אלון מרחיבה את הפנייה לעקרונות מורשת ישראל.**

כיצד בית המשפט פסק בד"נ הנדלס? בפסק הדין נבחנה השאלה, כיצד יש לפרש מילה מסוימת בחוק שאין לגביה פרשנות מובהקת. אסקור את הדעות השונות של השופטים. **השופט כהן** קבע, כי יש לפרש את החוק לפי לשונו ומטרתו. הוא אינו חולק כי יש לפרש ניב המגיע מהמשפט העברי לפי משמעותו במשפט העברי, אך אינו פונה אליו מכיוון שזהו מונח שאנו משתמשים בו יום-יום. לדעתו, הפנייה למשפט העברי היא בגדר רשות. **השופט אלון** קבע כי במלאכת הפרשנות יש לפנות בראש ובראשונה למשפט העברי. **השופט ברק** קבע כי אין לפרש מושג זה לפי המשפט העברי מכיוון שזה לא משרת את מלאכת הפרשנות (הסבר מורחב לעיל).**השופט לוין** קבע כי הוא מסכים עם דעתו של ברק **והשופט לנדוי** מחזיק בדעתו כדעת ברק, כי אין לקבוע עקרון של פרשנות הפונה בראש ובראשונה למשפט העברי. המושג "מורשת ישראל" הינו כללי וניתן למלא בתוכן עקרונות רבים. אין לחייב את הפרשן לפנות למשפט העברי ועליו להסביר מדוע לא עשה זאת. **לבסוף, ניתנה הכרעה שאינה מתבססת על עקרונות מורשת ישראל, ועל כן לפי דעת הרוב של ברק.**

ארחיב ואומר כי לדעתו של אלון היזקקות למשפט העברי בבתי משפט מחוזיים מרובה יותר מבית המשפט העליון. הוא נותן שורה של פסקי דין שפסקו לפי המשפט העברי. לדוגמא, ניתן לראות בע"פ 1419/86 טסה יהושע נ' מדינת ישראל, כי השופט צבי הכהן ושטרוזמן מצאו פתרון לסכסוך על פי המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט.

נשאלת השאלה, מה כוללים "עקרונות מורשת ישראל"?

לדעתו של **ברק,** בעקבות חקיקתו של חוק יסודות המשפט הפכו עקרונות מורשת ישראל לערכי יסוד של המשפט שלנו. לטענתו, היקפם של עקרונות מורשת ישראל הינו נרחב, והוא כולל בחובו עבר ועתיד, ואינו זהה כלל למשפט עברי. מהותה של מורשתה של ישראל, היא לכלול את הישן והחדש גם יחד. אין הם העקרונות היחידים החשובים ואין לקבוע מראש את משקלם. מורשת ישראל הינה מושג לאומי המשקפת את רצף ההיסטוריה של העם. היא כוללת את מורשתו של הרמב"ם, של שפינוזה ושל הרצל, המורשת שלפני ואחרי הקמת המדינה. בנוסף היא כוללת את המורשת העולה מהספרות התורנית והחילונית גם יחד. על השופט לפנות לכל עקרונות היסוד של השיטה ולהשלים מהם את החסר. לדעתו, יש לתת לעקרונות אלו משקל על־פי חשיבותם החברתית היחסית. חשיבות זו נקבעת על־פי תפישתו הערכית של ״הציבור הנאור״ לישראל. ברק קורא ל"לא דתיים" למלא את תוכן עקרונות אלו לפי אמונתם על מנת שלא יתרוקנו מתוכן.

מנגד, **אלון** טוען כי מורשת ישראל אינה גם של העבר וגם של העתיד, אלא מדובר על מערכת משפטית בהווה שצריכה למצוא את האיזון בינה לבין המערכת המשפטית העברית ההיסטורית- המשנה, התלמודים, ספרות המפרשים הפוסקים והשו"ת, קובצי תקנות וספרי שטרות וכיו"ב. עניין דיונם של עקרונות אלה הוא בטוהר, הגינות ובאמון הציבור. לדעתו, כיום ישנו חוסר ידע ומידע בכל הנוגע לעקרונות מורשת ישראל, וזאת כתוצאה מחוסר לימודם של מקורות היהדות בבתי הספר הכלליים. אין להתייחס לשימוש במורשת ישראל כיראת כבוד ועל מנת לצאת לידי חובה, אלא, המשפט העברי נושא את האופי הלאומי של היהודים באשר הם. יש לחייב את יישומן של הוראות חוק יסודות המשפט באופן שמורשת ישראל תטביע את חותמה היטב על המערכת המשפטית של המדינה העברית, גם כמקורות משלימים ומחייבים במקרה של לאקונה, וגם בבואנו לפרש מושגים משפטיים ערכיים כגון צדק, יושר, תום לב, תקנת הציבור וכיו"ב. את מלאכת הפרשנות נבצע בעיון הראוי והזהירות הדרושה לפי צורכי שעה ועניינו של החוק.

ציון- 100