

**דף סיכום בחינה****מזהה בחינה: 001000270328 מזהה סטודנט: 287987****שם קורס: המשפט העברי במדינת ישראל**

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון
1.1	8.00	8.00
1.2	9.00	9.00
1.3	8.00	8.00
2.1	4.00	
2.2	5.00	
2.3	6.00	
2.4	10.00	
3.1	9.00	9.00
3.2	8.00	8.00
3.3	8.00	8.00
4.1	7.00	7.00
4.2	6.00	6.00
4.3	6.00	6.00
4.4	6.00	6.00
5.1	8.00	4.00
5.2	9.00	9.00
5.3	8.00	8.00

**ציון בחינה סופי : 96.00****הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

# המשפט העברי במדינת ישראל

תשפ"ג - מועד ב'

המבחן בחומר סגור

ענו על 4 שאלות מתוך 5

בהצלחה!

משמעות המושג נחלקת בין דעות שונות.

1. המשפט העברי הוא משפט הנשען על ההלכה המסורתית, אך יש לעשות בו שינויים והתאמות למציאות חיים מודרנית (למשל פיתוח דיני תאגידים) - הוא כולל בתוכו רק את החלק הממוני ולא הפלילי של ההלכה.
  2. המשפט העברי זו ההלכה המחודשת בלבד (על ידי מלומדים וחוקרים), וממש לא ההלכה המקורית. (החלק הלא פלילי)
  3. לדעת הקבוצה החרדית, ניתן להגיד כי המשפט העברי כולל עבר והווה ואת כל ההלכה בלי שינויים וחדושים, גם פלילי וגם ממוני.
- השם 'המשפט העברי' נוצר ושומש בעיקר על ידי חברת המשפט העברי, על מנת להבדיל את המשפט המדיני שיחול במדינת היהודים, מההלכה המוכרת. וגם על מנת להפריד את דיני ממונות מהדין הפלילי. המשפט העברי יהיה רק על פי דיני ממונות (דינים שעל לפי דעת רוב הפוסקים ניתנים לשינוי קל יותר).



חברת המשפט העברי קמה אחרי הצהרת בלפור ב1918, מתוך רוח ציונית מדינית, להכין משפט עברי למדינה שבדרך. לחברה היו שתי מטרות: 1. להכין קודקס משפטי למדינה שבדרך 2. מחקר והפריית המשפט העברי. ואכן אחת מהפעולות של חברת המשפט העברי הייתה להוציא כתב עת בשם 'המשפט העברי' ולחקור אותו.

החזון של התנועה היה להכין קודקס משפטי למדינת היהודים, אשר יהיה מבוסס על המשפט העברי, ויעבור שינויים, התאמות, וחילון כדי לייצג מערכת חוק ושלטון למדינה מודרנית. מייסדי התנועה היו מושפעים מן התנועה הרומנטית, אשר סברה כי משפט של מדינה מושפע באופן ישיר מהלאומיות שלה, ולא רק מאוסף חוקים יעיל, ולכן המייסדים סברו כי צריך שהמשפט המדיני במדינת היהודים צריך להיות לאומי ולהיות מבוסס על המקורות היהודיים והמשפט העברי. עוד מחזונם של חברת המשפט העברי היה לחדש את המשפט העברי, להפרות אותו ולהרחיב לעוד תחומים שונים.



מייסדי החברה היו אנשים חילונים, לאחר מכן הצטרפו לחברה דתיים והתגלעו מחלוקות באשר לפיתוח של המשפט העברי. החילונים, ואביא לדוגמא את שמואל אייזנשטאט ממקימי החברה, סברו כי יש לחלן את המשפט העברי לחלוטין, יש לערוך הפרדה, שינוי, התאמות וחילון על מנת להפוך את המשפט העברי למשפט שראוי להיות בסיס למדינה מודרנית, ולכן המשפט העברי יהיה אך ורק ההלכה המחודשת. החילונים ראו במשפט העברי ערך לאומי-תרבותי ולא ערך דתי. לעומתם, הדתיים, ואביא לדוגמא את דעתו של אשר גולאק, ראו במשפט העברי ערך דתי, וסברו כי המשפט העברי צריך להוות מעין המשך של ההלכה המסורתית, עם שינויים מסויימים בלבד לימינו אנו. (לאחר המחלוקות דעתו של גולאק מעט התמתנה, והוא סבר שניתן לעשות שינויים רבים יותר).

מחלוקת נוספת הייתה בעינין מתקני התקנות- מי יכול לשנות את המשפט העברי? הדתיים סברו, כי לפי ההלכה היהודית רק רבנים יכולים לשנות ולהתקין תקנות, ואילו החילוניים סברו כי גם אנשי מחקר יכולים לשנות.

המחלוקת (יחד עם קשיים כלכליים ועלייתו של המשפט המנדטורי בא"י) הביאה להתפרקותה של חברת המשפט העברי.













א. על פי חוק יסודות המשפט, על בימ"ש להכריע על פי עקרונות מורשת ישראל כאשר יש חוסר משפטי בחוק (חוסר הוא שאלה משפטית שאין עליה תשובה), וכאשר לא מצאו לשאלה זו תשובה בדרך של חוק (חקיקה משנית וראשית), בדרך של הלכה פסוקה - רק הלכות של בימ"ש העליון (מכיוון שהלכות העליון הן ההלכות שמחייבות גם ערכאות נמוכות יותר), או בדרך של היקש ופרשנות (הקודמות ללאקונה). במקרים אלה ישנה חובה לפנות אל עקרונות מורשת ישראל.

ב. בבואנו לפרש מושג שסתום כמו "תקנת הציבור" או תום לב, יש לגשת אל עקרונות מורשת ישראל ולינוק מהם את משמעות המושגים. (לדוג' - פס"ד צים, בו השופט זילברג פירש את תקנת הציבור על פי המ"ע וקדושת החיים).

ג. בבואנו לפרש חוקים. הסיבות לכך הן: 1. על מנת ליצור תשתית משפטית אחידה- לצור מערכת שכולה מבוססת על אותם ערכים ועקרונות. 2. חוק יסודות המשפט הראה שניתן למ"ע עדיפות בפרשנות חוקים מבחינת המחוקק. 3. המשפט העברי נמצא במקורות חקיקה רבים. ביניהם: חוק החוזים.. אציין שאלון סובר שבפרשנות חוקים קיימת רשות אך לא חובה לפרש על פי העקרונות.

ד. כאשר יש מושג הלקוח מן המשפט העברי, חובה לפנות אל המשפט העברי על מנת לפרשו. לדוגמא: פס"ד הנדלס- המושג "רשות".



בימ"ש יכריע לאור עקרונות מורשת ישראל כאשר ישנה לאקונה, חוסר משפטי בחוק - שהוא חוסר בהסדר מסויים בחוק (כמו קיר לבנים שחסרה בו לבנה, ולא קיר שלם החסר). ודוגמא לעניין זה ראינו בפס"ד בו נידונה סוגייה הקשורה לשידורי תעמולה, כאשר החוק ציין כי אסורים התשדירים בטלוויזיה, אך לא ציין את שידורי הרדיו- סוגיה כזו אשר ברור כי המחוקק רק החסיר פרט כלשהו, ולא הסדר משפטי שלם- היא לאקונה בחוק (דוגמר להסדר משפטי שלם הדורש את פיתוח המשפט (שבו השופט יחליט על דעת עצמו ולא מדין שיורי כלשהו) ראינו בפס"ד העוסק בתרומת ביציות). נראה כי מרבית השופטים קבלו את דעת ברק.

בנוסף, לאקונה תתרחש כאשר לא הייתה תשובה על ידי דבר חקיקה (ראשי ומשני) הלכה פסוקה (בין אם של מחוזי ובין אם של עליון - אין זה משנה של מי, מכיוון שבימ"ש העליון לא מוגבל להכרעת פסיקת מחוזי או עליון) וכאשר אינה היקש או פרשנות לעניין.

נפרש חוקים והן מושגים מתוך תכלית החקיקה עצמה, אין צורך לפנות אל המשפט העברי או אל משפט משווה. ברק מתנגד גם לפרשנות מושגי שסתום ע"י המשפט העברי, וסובר כי מושגים כאלה צריכים להתפרש מתוך תכלית החוק שבו הם נמצאים.



אלון מגדיר את המושג "מורשת ישראל" ראשית כהלכות **המשפט העברי** (לא הדתי, אלא המשפטי), ושנית כדברי הגות ומחשבה הניתנים לשיקול דעתו של השופט.

ברק מגדיר מורשת ישראל בצורה הרבה יותר כללית ורחבה, מורשת ישראל היא כל מורשת ישראל ההיסטורית, וכוללת בתוכה את דרווין, ישעיהו וירמיהו, אגרנט ואחד העם. בהגדרה זו ברק לא מזכיר מלומד אחד מהמשפט העברי. מה שמייצר לנו פער גדול מאד בין ההגדרה של אלון להגדרה של ברק, אלון טוען כי מורשת ישראל היא קודם כל המשפט העברי, וברק כלל לא ציין אותו בהגדרתו.

הייתה ביקורת רבה כלפי הגדרתו של ברק, ואכן במאמר מאוחר יותר הוסיף את הרמב"ם לרשימה. כאן צומצם הפער בין ברק לאלון, כאשר אלון מעמיד את המשפט העברי בראש הרשימה, ואילו ברק מוסיף אותו כאחד מהמקורות הנורמטיביים.

ב2018 תוקן חוק יסודות המשפט ונקבע בבירור כי מורשת ישראל כוללת בתוכה את המשפט העברי.



מצד אמה של יעל שפר- הזכויות המתנגשות הן הזכות לכבוד (מכיוון שבעיניה מחלה של טייזאקס וסבל אינם חיים כבוד) מול הזכות לחיים. אלון סובר כי אין מחלה יכולה לפגוע בכבודו של אדם, ולכן לדעתו ההתנגשות היא בין הזכות לחירות (כאב וסבל) מול הזכות לקדושת החיים.

על מנת להכריע בהתנגשות בין זכויות אלו, ובגלל שהנימוקים לפס"ד ניתנו לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לפי סעיף ההגבלה והן לפי סעיף המטרה של החוק ניתן לפגוע בזכות כבוד האדם, או לקדם את כבוד האדם, רק בצורה שתכיל תכלית דו ערכית של יהדות ודמוקרטיה.

לכן ראשית אלון סוקר את שתי התכליות בנפרד. פונה אל הדמוקרטיה באמצעות המשפט המשווה (ארה"ב - בה באותה העת אין המתה אקטיבית, הולנד- בה יש צורה מסויימת של המתה אקטיבית, ומראה גם את הזכויות שמתחשב בהן ארה"ב- אינטרס המדינה מול הזכות לפרטיות) על מנת לייצג את הדמוקרטיה.

ואז אלון אל מקורות המשפט העברי על מנת לייצג את היהדות (כפי שנראה בהמשך) ולבסוף עורך סינתזה בין המקורות השונים וקובע כך מה תהיה ההלכה במקרה. נראה כי מתודה זו הוערכה גם על פי עמיתו של אלון- ברק, אשר הדגים במאמרו כיצד באמצעות פס"ד זה יש לעשות סינתזה ראויה בין הדמוקרטיה והיהדות.



לדעת המשפט העברי, אין לעשות המתת חסד אקטיבית (סיוע להתאבדות/מתן חומר ממית) בשום צורה שהיא, גם כלפי אדם רגיל וגם כלפי חולה הנוטה למות. הרמב"ם וגם השולחן ערוך מסכימים כי אדם שחולה, גם גוסס, הוא עדיין חי ואין להפסיק את חייו בצורה אקטיבית, אדם הוא כמו נר, גם נר שמטפטף הוא עדיין נר, החיים שלו לא שווים פחות. המתת לסד אקטיבית היא כמו רצח.

המתת חסד פסיבית, תתכן בתנאים מסוימים-

א. אי קבלת טיפול רפואי: לדעת כל הפוסקים ובראשם הרב אורבך והרב פיינשטיין אי נתינת טיפול רפואי, לאדם עם מחלה חשוכת מרפא, הרוצה בכך, אשר סובל סבל רב, מותרת! כמובן שמזון וחמצן חובה לתת.

ב. ניתוק ממכשירים: ישנה מחלוקת. לפי דעת הרמא- מותר להסיר דבר 'המונע' כלומר, משהו שמונע מאדם גוסס למות, למשל להוציא מלח בקצה הלשון או להפסיק חטיבת עצים המונעת את יציאת נשמתו של האדם. לפי הרב וולדנברג והרב חיים דוד הלוי, ניתוק ממכשירים היא כמו הסרת המונע שהראש מדבר עליו, שכן למעשה מה שהורג את האדם זו המחלה, ולא ניתוק המכשיר. הרב פיינשטיין חולק עליהם, וסובר שניתוק ממכשירים זו פעולה אקטיבית ואסורה, שכן היא זו הממיתה את החולה. (ארחיב בשאלה הבאה).



לפי דעת הרמא- מותר להסיר דבר 'המונע' כלומר, לפי האמונה שרווחה בשנים ההן, יכול להיות משהו חיצוני שמונע מאדם גוסס למות, למשל להוציא מלח בקצה הלשון או להפסיק חטיבת עצים המונעת את יציאת נשמתו של האדם. הרמא סובר כי המונע ניתן להסרה מפני ש"המעשה" מה שבאמת הורג את האדם זו המחלה שלו, ולא הסרת המלח או חטיבת העצים.

הפוסקים המאוחרים יותר, מתחלקים ביניהם האם הסרת המונע משפיעה על סוגיית ניתוק ממכשירים? האם ניתן להקיש ממנה?

לפי הרב חיים דוד הלוי, ניתוק ממכשירים היא כמו הסרת המונע שהראש מדבר עליו, שכן למעשה מה שהורג את האדם זו המחלה, ולא ניתוק המכשיר. המכשיר הוא מעין מונע.

הרב משה פיינשטיין חולק עליו, וסובר שניתוק מכשירים זו פעולה אקטיבית ואסורה, שכן היא זו הממיתה את החולה- היא המעשה.



אלון קבע כי המתת חסד אקטיבית אסורה, ואילו פסיבית בצורה של אי קבלת טיפול רפואי מותרת, ואילו ניתוק ממכשירים יותר רק במקרה בו ישנו סבל רב, וכל מקרה לגופו.

במקרה הנידון, אלון קבע כי לילדה לא היה סבל רב, ובוודאי שלא חוסר כבוד, ולכן לא יהיה ניתן לעשות לה המתת חסד, והמרכיב הנוסף הוא עצם זה שאמה, אשר לא מטפלת בה באופן קבוע, ביקשה את הבקשה, וכאשר האבא לא הצטף לבקשה - לא תתקבל.

אלון מוסיף כי יש להזהר מאד במתן היתר להמתת חסד, שאנשים לא ירצו לפנות לכך מתוך שיקולים לא ראויים, כמו שיקול כלכלי.





המחייבים: טענו כי כאשר ישנה עבירה חמורה במיוחד כשלעצמה, וכאשר לא מתקיימות עילות המעצר (מסוכנות, חשש מהימלטות ושיבוש הליכי משפט) יש להמשיך את המעצר עד תום ההליכים מטעם אינטרס הרתעת הציבור והן מעין החמרה לנאשם עצמו שביצע עבירה כה חמורה. (ניתן לראות לדוגמא את דעות השופטים בפס"ד אבקסיס, בו הייתה עצורה על צווארון לבן)

המתנגדים ואלון בראשם: ערך החירות הוא ערך ראשון במעלה וצריך סיבה משמעותית וחזקה על מנת לפגוע בו, אין סיבה לעצור אדם כל עוד אין מסוכנות, חשש משיבוש הליכי משפט או חשש מהמלטות, חומרת העבירה כשלעצמה לא מצדיקה מעצר עד תום ההליכים. אלון מנמק את טענתו באמצעות המשפט העברי, אשר מייצג תפיסה אולטרה ליברלית, הנותנת לחירות מעמד חזק, ומחייבת תנאים ברורים מאד, כמו שנראה למטה, על מנת למנוע חירות של נאשם.

**4- לא התייחסת לנימוק של התומכים בעילה של חומרת העבירה - הדבר נחוץ כדי לבסס את אמון הציבור במערכת הצדק, שאדם שנחשד בעבירה חמורה - יסתובב חופשי זה פוגע באמון הציבור.**

הריב"ש מתייחס לשאלה על מקרה של מוסר, אדם אשר מסר יהודים. הריב"ש פוסק כי לפיו, אין לעצור אדם עד תום ההליכים, ויש לשחררו בערבות כאשר העונש יהיה עונש ממוני ולא עונש גוף. כאשר העונש יהיה עונש גוף, יש לראות אם מתקיימים התנאים הבאים: א. חשש מהימלטות ב. ראיות של ממש של התובע שהנאשם יכול לברוח. כאשר לא מתקיימים אחד מהתנאים אין לעצור עד תום ההליכים וניתן לשחרר בערבות.

השופט אלון ניסח את עילות המעצר בצורה של: 1. חשש מהמלטות 2. שיבוש הדין 3. מסוכנות. אלון סובר כי יש לעצור עד תום ההליכים רק במקרה שמתקיימות אחת מהעילות לעיל, נראה כי המחוקק מצדד בדעת אלון ואכן חוקק את חוק המעצרים כך.



חוק היסוד מסייע להכרעה זו, הן מהצד הדמוקרטי והן מהצד היהודי.

דמוקרטי- מכיוון שחו" מעגן בתוכו את הזכות לכבוד ואת הזכות לחירות והופך אותן לזכויות חוקתיות, הוא מעניק להן מעמד על, ומונע פגיעה שלא עוברת את פסקת ההגבלה. מה עוד, שמטרת החוק היא לקיים את הזכויות בערכי יהדות ודמוקרטיה, מה שמאפשר לאלון לבסס את ההכרעה גם על **ערכי היהדות** והמשפט העברי, ומעניק גם להם מעמד על חוקתי.

בהכרעתו, אלון מביא לדוגמא את השהות במעצר בתנאים איומים, אין מיטות, אין אוכל נורמלי -דוגמא לכך שהמעצר עד תום ההליכים עלול לפגוע קשות בכבודו של האדם והן בחירותו, וברגע שהפגיעה כה גדולה, צריך סיבה קונקרטית ומשמעותית, צריך סיכון גדול לדוגמא, על מנת לעצור את הנאשם עד תום ההליכים. אלון סובר כי עילה של חומרת העבירה היא אינה עילה מספקת על מנת לפגוע כה קשות בזכויות העצירים, וכי יש לצמצם את העילות לשלושת העילות שבחוק בלבד.

בהכרעה נוספת, אלון מביא את דברי הרמב"ם-גדול כבוד האדם מלא תעשה, בו הרמב"ם מורה כי כבוד האדם חשוב כלכך שהוא מתגבר על תקנות דרבנן.

בפס"ד עזמי יתר השופטים מצטרפים לדעת אלון, נראה כי ההכרעה המבוססת על חוק היסוד מעניקה משקל רב יותר לדעתו של אלון, מכיוון שהיא מבוססת על זכויות יסוד, ולא סתם זכויות.



**יפה מאוד.**