**המשפט העברי במדינת ישראל**

90% מבחן בחומר סגור. 10% מטלת ביניים. המטלה תינתן ב: 29.11 ומועד ההגשה שלה יהיה 13.12. יינתן ציון מטיב על נוכחות והשתתפות של עד 5 נק'.

***שיעור 1 25.10.22***

הקורס יעסוק במעמד המשפט העברי במדינת ישראל, במעמדו הרצוי ובמעמדו המצוי בפועל.

רקע

משפט של כל מדינה מייצג את מערכת הנורמות העליונה והמחייבת של אזרחי המדינה ותושביה. מטבע הדברים, המשפט משקף את התפישות הערכיות, החברתיות והכלכליות של החברה שבה הוא נוצר. בוודאי יש **דמיון בין שיטות משפט שונות**:

1. כל שיטות המשפט אוסרות על צורה של פגיעה בזולת, רצח, שוד, גניבה, וכו'.
2. כל שיטות המשפט מסדירות את הדרכים בהן אפשר לעשות עסקאות, לרכוש זכויות קנייניות וכיו"ב.
3. כל השיטות המודרניות מכילות מערכת משוכללת של הסדרים בנוגע לחברות, תאגידים, ביטוח, וכיו"ב.

אבל **לכל שיטת משפט יש גם ייחוד משלה**, כגון:

1. שפה- כל שיטת משפט כתובה בשפה שונה.
2. מאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית ודיונית-
* הבדלים בין משפחות משפט (קונטיננטלית ומקובל) ואף שוני בתוך המשפחות.
* לעיתים ההבדלים נוגעים במהות, לעיתים בעניינים דיוניים ולעיתים בעניינים נוספים הנוגעים לתרבות המשפטית.

**שאלות שנעלה בהקשר ליצירת מערכת משפט חדשה:** האם ובאיזו מידה צריכה שיטת משפט לשקף את התרבות והמסורת של החברה שבה היא נוצרה? האם צריך להיות לשיטת משפט ייחוד? האם צריך לטפח ולחדד את אותו הייחוד? או האם שיטת משפט צריכה ליצור את ההסדרים הטובים ביותר כאשר היא לא נותנת דעתה דווקא על איזה שהם יסודות תרבותיים?

השאלות הללו הטרידו מאוד את ההוגים והמשפטנים של התנועה הציונית בטרם הקמת המדינה. החל מלפני מאה שנים, מראשית המאה ה-20 ובמהלכה, **התחולל דיון מרכזי בתנועה הציונית לגבי אופי המשפט העתידי במדינה שעתידה לקום**. דיון זה, למרות שבמידה רבה הוכרע עם הקמת המדינה כפי שנראה, עדיין מעסיק רבים בישראל, פוליטיקאים, משפטנים, אנשי ציבור, ובהקשר הישראלי הוא **מתמקד בשאלת היחס בין המשפט הישראלי למשפט העברי**. במידה רבה הוא מתמקד בשאלה זו, אולי אפשר להציגו בהקשרים נוספים שגם עליהם נדבר, אך זו השאלה שבמוקד העניין. רבים מההוגים והפעילים הציונים בתחילת המאה שעברה סברו שמשפט המדינה שעתידה לקום צריך להיות מבוסס על המשפט העברי שהוא המשפט ההיסטורי של העם היהודי.

הקמת "חברת המשפט העברי"

בשנת 1918 הוקמה במוסקבה **"חברת המשפט העברי"** שמטרתה הייתה לבסס ולהכין את המשפט העברי לקליטה במדינה העתידה לקום, ועם הקמתה המדינה צריכה הייתה להתבסס עליו. מייסדי החברה היו חילוניים, אליהם הצטרפו דתיים. הקבוצה הייתה מעורבת וכולם היו שותפים לרעיון שלה שהוא חלק מפרויקט ציוני של הרנסנס היהודי.

חזון המשפט העברי: כפי שהשפה העברית חודשה, כך יש לחדש גם את המשפט העברי ולהפכו לישים ויעיל ביומיום. **ה****חזון הזה לא התגשם** מסיבות שנעמוד עליהם בהמשך, והמשפט הישראלי הוקם על יסודות אחרים. יחד עם זאת, נותרו ונוצרו זיקות שונות בין המשפט הישראלי והמשפט העברי. המשפט העברי נשאר שיטה קרובה, אחות, לשיטת הישראלית, אלו שיטות קרובות.

החזון לייסד את המשפט הישראלי על המשפט העברי לא התגשם אך כן נותרה זיקה שמידתה שנויה במחלוקת בקרב משפטנים ומלומדים עד ימינו. המחלוקת היא בכלל ערכאות ביהמ"ש, בפוליטיקה. התיקון האחרון בסוגיה היה בשנת 2018, 100 שנים לאחר הקמת חברת המשפט העברי, בתיקון חוק יסודות המשפטוהכנסת המונח "משפט עברי" במפורש במקרה טעון הכרעה ובו לקונה. תוספת זו הוספה תחת הנהגתה של איילת שקד. היו שהתנגדו לכך וזה מלמד על כך שהוויכוח הוא חי וממשיך בהיבטים שונים, למרות שבמידה רבה ההכרעה נפלה.

המונח 'משפט עברי'

מדובר במונח מודרני, אינו מקורי. המונח המקורי למערכת הנורמטיבית היהודית שמופיע במקורותינו הינו "הלכה". ההלכה כוללת כל, מכילה עניינים שנוגעים למשפט הדתי (דיני תפילה וברכות, שבת ומועדים, טומאה וטהרה, כשרות וכו'), וכן עניינים שבין אדם לחברו. לצורך הדוגמה, בשולחן ערוך 4 חלקים:

1. אורח חיים- עוסק בדיני ברכות ותפילות, שבת ומועדים.
2. יורה דעה- עוסק בענייני היתר ואיסור, כשרות, טרפות וכיו"ב.
3. חושן משפט- עוסק בעניינים שבין אדם לחברו, דיני נזיקין, דיני חוזים, דיני עבודה וכיו"ב.
4. אבן העזר- עוסק בענייני משפחה.

כלומר, זוהי מערכת כוללת. המונח "משפט עברי" נוצר כדי לבדל את חלקו של המשפט העברי שעוסק בצד המשפטי ולא בצדדים הדתיים.

מהו המשפט העברי לפי מנחם אלון? *"המונח משפט עברי כולל רק אותם תחומים של ההלכה, שבדומה להם מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות מהיום, היינו עניינים המסדירים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו"* (המשפט העברי, עמ' 93).

המשפט הוא חלק מההלכה שאיננו כולל את החלק הדתי שעוסק בעניינים פולחניים, מצוות ובין אדם למקום, אלא **עוסק בחלק החברתי שבין אדם לחברו, החלק המשפטי**. הבחנה זו מעוררת שאלה האם ההלכה עצמה מכירה בהבחנה שבין עניינים משפטיים לעניינים דתיים? מנקודת המבט של ההלכה, היא כוללת, אך האם היא מכירה בכל זאת בהבחנה? **ההבחנה הזו כלולה בהלכה**, עוד בעשרת הדיברות ישנה הבחנה בין אדם למקום לבין אדם לחברו, ישנה הבחנה ידועה בין איסורא (דיני איסורים) וממונא (דיני ממונות). אנו רואים מספר מונחים שמצביעים על כך שההלכה עצמה מבחינה בין תחומים אלו, אך כמובן שיצירת ההבחנה המודרנית והשימוש במושג 'משפט עברי' לא נועד רק לצרכים תיאורטיים ופנימיים אלא נועד לצרכים מעשיים-פוליטיים (במובן של ניהול המדינה).

מכיוון **שהבחנה זו היא היסוד לאפשרות ליישם באיזשהו אופן את המשפט העברי**, היה ברור לכל (גם לחילונים וגם לדתיים) שהמשפט במדינה העתידה לקום לא יהיה משפט דתי במובן התיאוקרטי של המילה (לא יחילו דיני שבת וכשרות בחוק של המדינה וכן יהיה במדינה חופש דת). רוב הגורמים הפעילים בתנועה הציונית לא היו דתיים ואף אחד לא חשב ליישם את הדין הדתי בתחומים אלו. ברור שכאשר דובר על פנייה למשפט העברי או יישומו, **הכוונה היא לחלקים המשפטיים והאזרחיים שלו**. לצורך כך, היה צריך ליצור את המונח שיבחין באופן ברור בין המשפט העברי להלכה. "המשפט העברי" הוא החלק של ההלכה שעוסק בעניינים משפטיים, שכמותו יש במדינות שונות (חוזים, נזיקין, קניין, עבודה וכו'), אותו ניתן לפתח כדי שיהווה בסיס למשפט המדינה.

המשפט העברי מעמיד **שיטה משפטית מקיפה** הכוללת דיני חוזים, נזיקין, עונשין, מיסים, דיני בתי דין, דיני שלטון, משפט מנהלי ועוד. במשפט העברי קיים חלק ניכר, אך לא מלא, מהענפים היסודיים שיש בכל שיטת משפט. ועם זאת, יש לזכור כי **שיטת המשפט העברי היא שיטת משפט עתיקה** שקיימת, לכל הפחות, 2,000 שנים. שיטות משפט עתיקות אחרות שאנו מכירים בעולם אינן פעילות (שיטת המשפט היווני והרומי). המשפט העברי הוא שיטת משפט פעילה ועתיקה, מדובר בשיטה מנוסה שעברה הרבה והייתה פרוסה במרכזים גיאוגרפים שונים (א"י, בבל, אירופה, צפון אפריקה). יחד עם זאת, מדובר בשיטה עתיקה שנוצרה לפני המהפכה התעשייתית ומהפכת המידע וברור שאין בה התייחסות לכלל הענפים שיש להם התייחסות בשיטות משפט אחרות (בנקאות, תאגידים, ביטוח וכו'). **ברור שהמשפט העברי כפי שהוא לא יכול להיות מיושם במדינה מודרנית, ולכן יש אתגר גדול של התאמתו לעולם מודרני**. המחשבה של אנשי המשפט העברי הראשונים, מייסדי "חברת המשפט העברי", הייתה שאפשר לעשות פעולה דומה שנעשתה בתחום השפה (הפיכת שפת הקודש לשפת חול, שפה מדוברת), גם בתחום המשפט, להשתמש בחלקיו המשפטיים ולא הדתיים ולעדכנם בהתאם לצורך. כפי שנראה, זה היה מורכב מבחינה אידיאולוגית ומעשית ונתקל בקשיים. הדבר הוביל לכך שזה לא יושם.

המשפט הישראלי

המשפט הישראלי התפתח במסלול אחר, אינו התפתח על רקע המשפט העברי, אלא על רקע משפט הארץ הזאת (עות'מאנית, בריטית, ישראלית). **המשפט העברי לא שימש בסיס למשפט הישראלי**. כאשר הבריטים כבשו את הארץ בשנת 1917, סוף מלחמת העולם הראשונה, הם העמידו את המנדט הבריטי בשנת 1920 וחוקקו מערכת חוקים שמכונה בשם "דבר המלך במועצתו"שהסימן החשוב בו לעניינו הוא סימן 46: *"בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העות'מאני..."* כלומר, דבר המלך קובע שהמשפט העות'מאני שהיה נותר בתוקף, ועל זה יחוקקו חוקים נוספים. החלק החשוב הוא הסיפא של הסימן הנ"ל, שקובע כי: *"ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל..."* כלומר, הבריטים קבעו שהם מקבלים את המשפט העות'מאני, אבל אם לביהמ"ש אין תשובה לשאלה מסוימת הוא יפנה ליסודות המשפט המקובל, האנגלי.

הסימן הזה חשוב ביותר מאחר והוא **נותר בתוקף במדינת ישראל לאחר הקמתה**. כשמדינת ישראל הוקמה ונחקקה פקודה לסדרי שלטון ומשפט נאמר שהמשפט שהיה קיים בא"י ביום ה' באייר יעמוד בתוקפו. ס' 11 לפקודה לסדרי שלטון ומשפט: *"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".* כלומר, המשפט הבריטי אשר כלל את המשפט העות'מאני- יישאר בתוקף.

**מסלול הצמיחה של המשפט הישראלי: המשפט הישראלי צמח מהמשפט העות'מאני בקומה הראשונה, מהמשפט הבריטי בקומה השנייה, ומהמשפט הישראלי בקומה השלישית. כאשר אימצו את המשפט הבריטי אימצו גם את סימן 46 שהיה תקף במדינת ישראל למשך מעל 30 שנים (ובוטל בשנת 1980 בעת חקיקת חוק יסודות המשפט). כאשר הייתה שאלה שלא הייתה לה תשובה בישראל, היה צריך לפנות ליסודות המשפט המקובל האנגלי.**

**הקמת מדינת ישראל לא הביאה לעצמאות משפטית**. מדינת ישראל קמה, יצרה שיטה חדשה, אבל נשארה בטבורה קשורה למשפט הבריטי, עד לביטול הדבר רק בשנת 1980. המשפט הישראלי השיל מעליו במשך 70 שנים את שכבותיו הישנות בסדרת חוקים שביטלו אותם וסדרה של חוקים חדשים. המשפט הישראלי התפתח באופן שהוא ניתק את חבלי הטבור הללו, כך לדוגמה ס' 2 לחוק יסודות המשפט שקובע כי סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל בטל ובכך **ניתק את חבל הטבור בינו לבין בריטניה בשנת 1980.** במקומו הוכנס ס' 1 לחוק הנ"ל: ס' 1 לחוק יסודות משפט-מקורות משפט משלימים: *"ראה ביהמ"ש 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 המשפט העברי ומורשת ישראל".* זה מהווה סוג של תחליף לניתוק מהמשפט הבריטי.

4 שנים מאוחר יותר, בשנת 1984, נחקק חוק נוסף והוא החוק לביטול המג'לה (ביטול המשפט העות'מאני). ס' 1 לחוק קובע כי *"המג'לה- בטלה".* בכך המשפט הישראלי ביטל את המג'לה, ביטל את סימן 46 (לא הכל כי יש חוקים בריטים שנקלטו אך ניתן להם נוסח חדש, עברי ומחייב במהלך השנים).

**כיום, שנת 2022, המשפט הישראלי הוא שיטה עצמאית, מנותקת מיסודותיה**. אם המשפט הישראלי נבנה על פיגומי המשפט העות'מאני והבריטי, הפיגומים הוסרו, והיום עומד 'בניין' מפואר של משפט ישראלי עצמאי. בכל צמיחת המשפט הישראלי אין מקום למשפט העברי. החזון של הראשונים לא מומש.

נקודת המוצא בקורס היא ששיטת המשפט הישראלי ושיטת המשפט העברי הן שיטות נפרדות, שונות, עצמאיות, אך יש ביניהן **מערכת זיקות**, קשרים שהמחוקק הישראלי יצר, במודע ולא במודע. בקורס נדבר על מערכת הזיקות הזו.

מהי מערכת הזיקות שיש בין המשפט העברי והמשפט הישראלי?

1. **ענייני נישואין וגירושין**- לפי החוק הישראלי, ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל יהיו בשיפוט ייחודי של בתי דין רבניים, ונישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל ע"פ דין תורה. בנושא זה הזיקה ההדוקה ביותר בין המשפט הישראלי והמשפט העברי.

ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953- שיפוט בענייני נישואין וגירושין: *"ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".*

ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953- עריכת נישואין וגירושין: *"נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".*

אין בישראל נישואים אזרחיים. החוק הישראלי קובע שבנוגע ליהודים חל דין תורה. בנוסף, הוא קובע שהערכאה השיפוטית שדנה בכך באופן ייחודי הוא ביה"ד הרבני, ואין לאף בי"ד אחר סמכות. דין דתי בלבד, מעין תאוקרטיה.

נחדד את ההבדלים בין ס' 1 לס' 2 לחוק הנ"ל- ס' 1 עוסק באזרחי המדינה או תושביה, ס' 2 עוסק בנישואין וגירושין של יהודים, לאו דווקא אזרחי המדינה. ברור ששיפוט ייחודי ישראל יכולה לקבוע רק ביחס לאזרחי ותושבי המדינה. לעומת זאת, נישואין וגירושין של יהודים בכלל הם רק ע"פ דין תורה (אם יגיעו לארץ שני יהודים אמריקאים שמתגוררים בניו-יורק ורוצים להתחתן בניו-יורק, המדינה קובעת שנישואין שתקפים בישראל הם רק נישואין ע"פ דין תורה, הם אינם יכולים ללכת לרשות אזרחית ולזכות בנישואין). מדינה יכולה להשיא גם מי שאינו אזרחיה (כמו קפריסין, צ'כיה, ישראל), כשהחוק הישראלי קובע שאם מדובר ביהודים הם יכולים להינשא רק ע"פ דין תורה.

לכן, הסעיף השני הוא רחב יותר כי הוא חל על כל היהודים בעולם, כי אם ירצו להתחתן בישראל יוכלו לעשות כן רק ע"פ דין תורה. אם מדובר באזרחים הם כפופים לדין הישראלי וחל עליהם שיפוט ייחודי.

למעשה יש בתחום הנישואין והגירושין **זיקה הדוקה** ביותר בין המשפט העברי למשפט הישראלי. אף על פי כן, ההסדר האמור שנוגע לענייני נישואין וגירושין **אינו משקף את היחס שבין מדינת ישראל למשפט העברי, לא משקף את מעמד המשפט העברי במדינת ישראל ולא משקף את אופייה היהודי של מדינת ישראל**. מדוע? הסדר זה נכון לכל בני הדתות בישראל (למוסלמים חוק מקביל ועליהם חל הדין השרעי, נישואין וגירושין של מוסלמים כפופים בשיפוט ייחודי לבתי הדין השרעיים, כנ"ל דרוזים, כנ"ל נוצרים). באופן עקרוני, המשטר בישראל בענייני נישואין וגירושין עובד לפי שיטת המילט, שיטה עות'מאנית שהמדינה אימצה, משטר מעמד אישי- הדין שחל על כל אדם הוא הדין של הדת שלו. מדובר במצב יוצא דופן בישראל ובעולם. השיטה צמחה מתוך גישה פלורליסטית ורצון לכבד את הדתות השונות כשלכל דת יש מערכת דינים ומערכת שיפוט משלה. זה מעורר בעיות סבוכות שלא נעסוק בהן בתחום חופש הדת, מעמד האישה ועוד.

1. **המשפט העברי כמקור משלים** (חוק יסודות משפט)- בחוק יסודות המשפט נקבע, כפי שראינו לעיל, שבמקרה שביהמ"ש רואה שאלה שלא מצא לה תשובה בחוק או בהלכה הפסוקה של ביהמ"ש, יכריע בה לאור עקרונות *"החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל"* וכבר בנוסח הראשון של החוק הוכר, לא בהסכמה מלאה, שזה כולל את המשפט העברי, עד שהמשפט העברי נכנס במפורש לחוק בשנת 2018. ברור שהחוק יוצר זיקה בין המשפט הישראלי והמשפט העברי בהיותו קובע שבמקרה של שאלה שאין לה תשובה, נפנה בין השאר לעקרונות המשפט העברי. עקרונות המשפט העברי הפכו למקור משלים למשפט הישראלי. מדובר **בזיקה מפורשת**.
2. **המשפט העברי מכוח היותה של ישראל "מדינה יהודית" (הכרזת העצמאות, חוקי היסוד)**- לא מדובר על זיקה מפורשת אלא על **הסכמה לא מלאה שהגדרתה של ישראל כמדינה יהודית כוללת בין השאר פנייה למקורות ההיסטוריים היהודיים**. הגדרה זו של מדינת ישראל כמדינה יהודית מופיעה בהכרזת העצמאות ובחוקי היסוד ומכוח הגדרה זו נוצרת זיקה. נדבר בהמשך על טיבה של הזיקה, אך ניתן לומר שההוכחה לכך היא שכבר לפני חוק יסודות המשפט הייתה פנייה אל המשפט העברי, שופטים פנו אל המשפט העברי עוד קודם לכן, ולכן נראה שמדובר **בזיקה עקרונית, מופשטת ולא מפורשת**. שופטים שונים, לרבות אהרן ברק, הכירו בכך שהגדרתה של ישראל כמדינה יהודית נותנת מקום למשפט העברי. בסופו של דבר, יש הסכמה רחבה יחסית שיש לכך משמעות, ויש לעמוד על היקפה.
3. **המשפט העברי כמקור (היסטורי) לחקיקה הישראלית**- כאשר מדינת ישראל החלה ביצירת חוקים חדשים, בעיקר בשנות ה-60, ונוצרה חקיקה אזרחית חדשה בתחומים מגוונים (חוק בתים משותפים, חוק המקרקעין, חוק החוזים, חוק השומרים, חוקי ירושה) במקום המשפט הבריטי, מודרניים יותר ומתאימים יותר לישראל, יש הצהרות בדברי ההסבר של החוקים הללו שהחוקים או סעיפים מסוימים בהם נוצרו בהשראת המשפט העברי. לפעמים חוקים יצאו נגד המשפט העברי, אך כעניין שבעובדה הצעות חוק הוצגו **בדברי ההסבר** הרשמיים ועל ידי מציגיהם בכנסת כמי שנחקקו בהשראת המשפט העברי. היה זה תחליף לחזון שלא התגשם.
4. **המשפט העברי כמקור (או ביסוס נוסף) לפסיקת בית המשפט**- שופטי ביהמ"ש בישראל פונים מפעם לפעם למשפט העברי כמקור או כביסוס לפסיקתם. יש שופטים שכמעט לא עושים כך, יש שופטים שעושים זאת הרבה, זה מושפע מנטיות השופט ואידיאולוגיה. זיקה זו מתקשרת לזיקות האמורות בסעיפים 2,3. כלומר, אם נשאל שופטים מכוח מה אתם מבססים את פסיקתכם על המשפט העברי, ניתן להשיב מכוח חוק יסודות המשפט ומכוח זיקה עקרונית, כך גם ביחס למחוקק במקרים בהם הוא מושפע מהמשפט העברי.

בכך אנו רואים שלמרות שהמשפט הישראלי צמח כמערכת משפט עצמאית, יש מערכת זיקות בינו לבין המשפט העברי. למעט ענייני נישואין וגירושין, נעמיק את הדיון בסעיפים העוסקים בזיקות השונות בשיעורים הבאים.

האם מנקודת מבט דתית יש ערך בביסוס משפט המדינה הישראלי על המשפט העברי? האם זה חשוב ורצוי מנקודת מבט דתית? הדבר שנוי במחלוקת. החרדים יעדיפו שמשפט המדינה יהיה משפט חילוני, נפרד, אלא אם רוצים לאמץ את כלל ההלכה ותהיה מדינת הלכה.

***קריאה לקראת שיעור 2***

**לחובסקי, המשפט העברי והאידיאולוגיה הציונית בארץ ישראל המנדטורית (עמ' 633-659)**

אחד התחומים הפחות ידועים של הפעילות התרבותית הציונית בראשית המאה ה-20 היה הניסיון ליצור מערכת משפטית לאומית חילונית בארץ ישראל המנדטורית. למאמר שתי מטרות: (1) להביא את סיפורה המלא של התנועה להחייאת המשפט העברי בתקופת המנדט ולהראות את השלבים השונים של פעילות התנועה החל בראשית המעשה העשרים וכלה בשנות הארבעים. (2) לטעון כי "המשפט העברי" עליו דיברו חברי התנועה היה משפט לאומי-חילוני חדש, ולא גרסה "משופרת" של ההלכה- מערכת המשפט הדתית על פיה חיו היהודית בגולה, וכי "המשפט העברי" של תקופת המנדט עוצב ותואר באופן שישקף את הרעיונות, השאיפות והדעות הקדומות של האידיאולוגיה הציונית (או לפחות של זרמים מרכזיים בה).

תולדות התנועה להחייאת המשפט העברי: שורשיה הרעיוניים של התנועה להחייאת המשפט העברי מצויים בגרמניה של ראשית המאה ה-19, אז הופיעה בעולם המשפטי הגרמני אסכולה הדוחה את האמונה של אנשי ההשכלה כי המשפט הוא יצירה רציונלית, וטוענת כי המשפט הוא מנהגי בעיקרו, נוצר ע"י העם בתהליך ארוך, איטי ולא מודע. הם טענו שכל מערכת משפט משקפת את רוח העם שיצר אותה. בהקשר זה השתמשו אנשי האסכולה ההיסטורית באנלוגיה בין משפט ושפה. הם טענו שלכל עם צריכה להיות מערכת משפט ייחודית משלו, כשם שלכל עם שפה ייחודית. רעיונות אלה אומצו בראשית המאה ה-20 ע"י אנשי הציונית התרבותית מבית מדרשו של אחד העם. אנשי הציונית התרבותית החליטו כי הגיעה העת לפעול לתחייה משפטית עברית, בינתיים הוקמה בשנת 1909 בא"י העות'מאנית מערכת של בתי משפט חילונים ציוניים שנקראו "משפט השלום העברי" בשל רצונם של אנשי היישוב החדש לא להיזקק למערכת המשפט העות'מאנית, הקונסולרית או הרבנית. בשנות העשרים התרחב היקף פעילותם של בתי המשפט של משפט השלום העברי, ובמקביל אנשי חברת המשפט העברי עסקו במחקר משפטי הוקמו שני כתבי עת משפטיים ושני בתי הוצאה לאור. במהלך שנות ה-20 נראתה תחיית המשפט העברי כקרובה, אולם כבר בתחילת שנות השלושים איבד הרעיון הרבה מכוחו- משפט השלום העברי הפסיק לתפקד, כתבי העת הפסיקו להופיע ומוקד הפעילות של התנועה עבר לתחום החינוך המשפטי.

המשפט העברי כשיטת משפט ציונית: שיטת המשפט שאנשי המשפט העברי שאפו ליצור בארץ ישראל עוצבה כהשתקפות של האידיאולוגיה הציונית. הציונות נוצרה כאנטי-תזה לתרבות היהודית הגלותית, ובהתאם לכך חלק ניכר מכתיבת אנשי המשפט העברי עסק בניסיון להעלים את היסודות הגלותיים מהמשפט העברי ולהתאימו בכך לאידיאולוגיה הציונית.

בין משפט עברי להלכה היהודית: השימוש המקובל כיום במונח "משפט עברי" הוא כינוי לתת-קבוצה של כללים משפטיים שמקורם בהלכה העוסקת בנורמות חברתיות ולא דתיות, המסדירה התנהגויות ומצבים המוסדרים גם בשיטות משפט מודרניות (כגון פלילי, נזיקין, חוזים וכו'). ההבחנה בין המשפט העברי וההלכה היהודית לא היתה מקובלת בהכרח על כל הפעילים בתנועה להחייאת המשפט העברי בתקופת המנדט. נוכח ריבוי הגדרות ל"משפט העברי", אין פלא שהיו שטענו כי המשפט העברי לא צריך להיות קשור כלל להלכה היהודית. תהליך התחייה היה אמור ליצור מערכת משפט חדשה גם משום שהוא לא נחזה כשיחזור מדויק של ההלכה אלא כתהליך שבו היו אמורים להתמזג טלאים שנלקחו מההלכה עם יסודות חדשים. בחירת טלאים אלה נסמכה על שתי הבחנות- הבחנה בין תחומים משפטיים שונים והבחנה בין עקרונות וכללים. חלק מאנשי המשפט העברי השתמשו בהבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי כדי לקבוע אילו חלקים מההלכה ראויים לשימוש. באופן כללי, המשפט הפרטי נתפס כראוי להחייאה, בעוד המשפט הציבורי לא נתפס ככזה. לעיתים נעשה שימוש בקווי חלוקה אחרים בין תחומי משפט, למשל בין תחומים מודרניים יותר כגון משפט מסחרי שתוארו כבעלי אופי אוניברסלי ולכן ככאלה שלא ניתן להשתמש בהם בנורמות של ההלכה לבין תחומים מסורתיים יותר של משפט (קניין, משפחה) שמן הראוי לעשות בהם שימוש בהלכה. סוג הבחנה שלישי היה בין מהות ופרוצדורה, והטענה הייתה שרק החלק המהותי של ההלכה ראוי להחייאה ולא החלק הפרוצדורלי. הבחנה נוספת שנעשה בה שימוש כדי לקבוע אילו חלקים של ההלכה ראויים להיכלל במשפט העברי החדש הייתה ההבחנה בין כללים ועקרונות. כך נטען שמערכת המשפט שתכונן בא"י צריכה לשקף את רוחם של נביאי ישראל, לא את האותיות היבשות של כללי התורה. הבחנה זו סייעה לאנשי התנועה לנטרל את כל היסודות הלא רצויים של ההלכה. כך למשל, עקפו אנשי משפט השלום העברי את בעיית אופיים הדתי של כללי ההלכה בעזרת הטענה שהם מחויבים רק לעקרונות ההלכה.

נוסף להשמטת חלק גדול מכללי המשפט של ההלכה ממערכת המשפט העתידית, אנשי המשפט העברי רצו לייבא כללים משפטיים חדשים שהיו אמורים להפוך את המשפט העברי לסינתזה בין הישן לחדש. רעיון הסינתזה מילא תפקיד מרכזי ומורכב בהגותם של אנשי המשפט העברי. בבסיס הגות זו עמדה הגישה שיש קשר אורגני בין המשפט והחברה שהוא משרת, ושנסיבות הזמן והמקום הן שקובעות את דמותה של כל שיטת משפט. אנשי המשפט העברי האמינו שכל שיטת משפט נסמכת על כללים משפטיים המשקפים את רוח העם, ולכן אימוץ מלא של שיטת משפט זרה אינו ראוי. לא ניתן לעקור משפט של עם מסוים מההקשר החברתי וההיסטורי בו צמח ולהשתילו על משפט של עם אחר. הרתיעה מהשפעות זרות נסמכה בהגותם של אנשי המשפט העברי גם על אידיאל הטהר והרתיעה מכל צורה של עירוב (ביולוגי, תרבותי או לאומי).

דחיית השימוש בשיטות משפט זרות התקיימה תמיד לצד הכרה כי תהליך התחייה של המשפט העברי משמעו הכרה וקבלה של השפעות זרות אלה ממש, וכי המשפט העתידי של היהודים בא"י יהיה חייב להיות מבוסס על סינתזה מעולה של המשפט המזרחי והמערבי. יתרה מזאת, במקרים מסוימים הנכונות לאמץ השפעות משפטיות זרות התבטאה באמונה שקליטת השפעות זרות הינה חלק הכרחי מתהליך התחייה. המשמעות היא שתהליך התחייה לא היה תהליך של החזרת עטרה ליושנה אלא תהליך של יצירת מערכת משפט חדשה, שונה מכל מה שנוצר עד אז בהיסטוריה היהודית.

בין עבר להווה: רבים מאנשי תנועת התחייה סברו שהמשפט העברי חייב להיות קשור באופן כלשהו לנורמות שנוצרו במהלך ההיסטורי היהודי. אולם אנשי המשפט העברי לא התייחסו באופן שווה לכל התקופות של העבר הלאומי המשפטי. הלאומיות היא פעמים רבות תנועה שמרנית השואפת לקשר את ההווה הלאומי לעבר ולמסורת הלאומיים, אולם היא גם אידיאולוגיה מהפכנית השואפת לשנות את המצב הקיים. אחד האמצעים שתנועות לאומיות מיישבות בעזרתם שתי מגמות סותרות אלה הוא הבחנה בין סוגים שונים של עבר (עבר קרוב ומנוון, עבר רחוק טהור וראוי לחיקוי). גם הציונות התייחסה לשני סוגי עבר כשהבחינה בין עבר קרוב ובזוי של הגלות לבין העבר האידיאלי של היהדות בעת העתיקה (ימי בית ראשון ושני). הבחנה זו השפיעה גם על אנשי המשפט העברי שרוב כתביו מזוהים עם תקופת התלמוד. המשפט מהתקופה הבתר-תלמודית נזנח/ נדחק לשוליים, הן משום שטקסטים מתקופה זו היו רבים יותר ופחות נגישים, והן משום שנוצר בתקופה שנחשבה בעיני הציונית לתקופה של "אובדן כוח היצירה" וחיים יהודים ב"גטאות ימי הביניים" ולא היה זה משפט ראוי שהציונות רצתה ליצור בא"י.

היחס של אנשי המשפט העברי לתקופת המשנה והתלמוד היה דו-ערכי. מחד, אין ספק כי אלו תקופות מרכזיות בתולדות ההלכה, בהן נוצרו טקסטים משפטיים מרכזיים של העם היהודי. מאידך, יצירתיות זוהתה בחשיבה הציונית עם עצמאות מדינית, בעוד שהמשנה והתלמוד נוצרו לאחר אובדן העצמאות היהודית. עם זאת, המשנה והתלמוד היוו מקורות עיקריים לתחייה משפטית.

בין קודש לחול: רבים מאנשי המשפט העברי היו חילונית מוצהרים וחלק מפעילות התנועה להחייאת המשפט העברי כוון כנגד הדת. כך למשל, אחת הסיבות להקמת משפט השלום העברי היתה רצון אנשי היישוב החדש להשתחרר מלפיתתם של בתי הדין הרבניים. עקב כך היחסים בין הרבנים בא"י לבין מוסדות המשפט העברי (משפט השלום העברי וחברת המשפט העברי) היו מתוחים. הציונים החילוניים זיהו את הדת עם הגלות השנואה ועם תקופת ימי הביניים, ורצונם היה לשחרר את המשפט מהם. אנשי המשפט העברי ניצבו בפני אתגר כיצד לחלן את ההלכה שקודש וחול מעורבבים בה זה בזה. זאת ועוד, אנשי המשפט העברי היו מחויבים לגישה של האסכולה ההיסטורית של המשפט לפיה המשפט כולו הוא מערכת אורגנית אחת שכל חלק בה משפיע על חלק אחר, והוצאה של חלק אחד תפגע בהרמוניה. אנשי המשפט העברי לא הצליחו לפתור בעיה זו והודו כי ביהדות התמזגו דת ומשפט. הם הצהירו גם כי ניתן להפריד בהצלחה בין דת ומשפט. לטענתם, כשם שדורות של מלומדים יהודיים ביטלו נורמות ישנות והוסיפו נורמות חדשות ככל שהשתנו התנאים החברתיים, כך רשאי הדור הנוכחי לבטל את מכלול הנורמות הדתיות של ההלכה ולהותיר רק את גרעינה החילוני.

בין מזרח ומערב: כשם שאנשי המשפט העברי התקשו ליישב את הסתירה בין קודש לחול במשפט העברי, כך הן התקשו לקבוע את מקומו של המשפט העברי ביחס לשיטות משפט אחרות בעולם. מחד, נתפס המזרח כנחות תרבותית מהמערב, ומאידך נתפסה התרבות המזרחית "המתעוררת" כעדיפה על תרבות המערב "השוקע". המשפט העברי זוהה בכתביהם של אנשי התנועה הן עם המזרח והן עם המערב, אולם המגמה הכללית הייתה של מעבר מאוריינטציה מזרחית לאוריינטציה מערבית. בראשית המאה העשרים נטו הציונים לראות עצמם כאנשי מזרח, והתרבות הציונית שיקפה עמדה זו היטב בספרות, אמנות ועוד. אולם, החל בשנות השלושים ראו עצמם הציונים יותר ויותר כחיים באי של תרבות מערבית בים של ברבריות מזרחית, והרומנטיציזם האוריינטלי של ראשית המאה הוחלף באופנות מודרניסטיות מערביות. שינוי זה השתקף בתיאור בו תואר המשפט העברי- בעשורים השני והשלישי של המאה הזאת הוגדר המשפט העברי פעמים רבות כמשפט מזרחי, והיה דמיון בין משפט עברי ומוסלמי. פלטיאל דיקשטיין עסק בהשוואה ביניהם. ככל שהוחרפו היחסים בין יהודים וערבים בא"י פחתה נכונות אנשי המשפט העברי לקשור בין משפט עברי ומוסלמי, ושיא מגמה זו בשנות הארבעים היה בקריאתו של דיקשטיין להפרדה בין יהודים לערבים. הוא הסביר כי יש צורך בשתי מערכות נפרדות של משפט פלילי שיותאמו לאופי השונה של יהודים וערבים. במקביל, חלק מאנשי המשפט העברי ביקרו את הסיווג המקובל במשפט ההשוואתי האירופי של ההלכה כמשפט מזרחי.

היחס הדו-ערכי של אנשי המשפט העברי למשפט של עמי המזרח השתקף גם ביחסם הדו-ערכי למשפט המערבי. אנשי המשפט העברי חששו מקליטת המשפט האנגלית שמא תביא לידי טמיעה מדינית ותרבותית, וקליטה של שיטות משפט מערביות אחרות נדחתה גם כן. כך לדוגמה, אשר גולאק דחה את הרעיון שנורמות מהותיות רומיות יכולות להיקלט במשפט העברי משום ש"רומא וירושלים הן אנטיתיזות רחוקות של העולם הקולטורי", ומשה זילברג קבע כי קודים גרמניים או שוויצריים לא יוכלו לשמש מודל למשפט של המדינה היהודית כשתקום משום ש"אין דבר יותר טמא ונתעב מן הרוח הגרמנית". דחיית האפשרות של קליטת השפעות מערביות לא הייתה שלמה, ואנשי המשפט העברי קבעו לעיתים כי מטרתם היא מזיגת ההשקפות המשפטיות השוררות באנגליה עם ההשקפות הלאומיות של היהודים. הם דיברו על זיקתם הכללית למשפט האירופי וקראו לאימוץ דוקטרינות אנגליות מסוימות או לשילוב מושגים רומיים במשפט העברי. חזונם לגבי המשפט העברי נשאר לפיכך באזור הדמדומים שבין מזרח ומערב.

בין פרטיקולריזם לאוניברסליות: אנשי התנועה להחייאת המשפט העברי ביקרו את המלומדים היהודיים שקדמו להם בשל נטיות אפולוגטיות ושאיפתם להראות כי ההלכה הייתה מוסרית או מתקדמת יותר משיטות משפט אחרות. גישה כזו נדחתה ע"י אנשי המשפט העברי הן משום שהייתה אנכרוניסטית ולכן "לא מדעית" והן משום שהייתה מנוגדת לעקרונות הציונות. אם היהודים מעוניינים להיהפך לאומה ככל האומות, טענו אנשי המשפט העברי שאל להם להתבייש בחוקיהם גם אם אינם תואמים את ערכי המוסר המודרני. אולם, אנשי המשפט העברי עצמם טענו פעמים רבות שמשפט זה מוסרי, טוב ומתקדם יותר מזה של שיטות אחרות, וששיטה זו היא המקור לערכים אוניברסליים. לא הייתה להם אפשרות אחרת שהרי היה עליהם לשכנע את הציבור היהודי בא"י שלא מדובר בשיטת משפט ארכאית המתאימה ליהודים גלותיים בימי הביניים אלא מדובר בשיטה הראויה להיות שיטת המשפט של המדינה היהודית כשתקום. הם ניסו לעשות כן בשני אופנים: (1) הם ניסו להראות כי המשפט העברי מקדם ערכים חברתיים נאורים בצורה טובה יותר משיטות משפט אחרות. (2) הם ניסו להצדיק אותם חלקים של המשפט העברי שלא התאימו לתדמית פרוגרסיבית זו. הטענה שהמשפט העברי מקדם ערכים נאורים אפשרה לאנשי המשפט לתאר את תהליך התחייה לא כרגרסיה לעבר פרטיקולרי חשוך אלא כתהליך של התקדמות לעבר העתיד. כללים ספציפיים של ההלכה הובאו כראיה לאופייה המתקדם (למשל הכלל בדבר שנת שבתון תואר כמנהג המעיד על נטיות סוציאליות-מוסריות של תורתנו השואף לשוויון חברתי). מנקודת ראות זו, אחד התחומים הבעייתיים ביותר היה יחס ההלכה לנשים. חלק מאנשי המשפט העברי היו קשורים לארגוני נשים בא"י והיו פעילים במאבק של נשים יהודיות לשוויון משפטי. משום כך השקיעו אנשי התנועה מאמץ רב בניסיון להוכיח את היחס השוויוני של המשפט העברי לנשים. תחום בעייתי אחר היה המשפט הפלילי- אנשי המשפט העברי חשו חובה לתרץ את אופיו הברברי של המשפט הפלילי התנ"כי. הם עשו כן ע"י השוואתו לשיטות משפטיות אחרות, ברבריות אף יותר. אחד האופנים שנעשה בהם שימוש בטענת האוניברסליות היה כאמצעי תיווך בין מזרח ומערב. האופי האוניברסלי כביכול גויס כאמצעי לפתרון הבעיה הערבית. אנשי המשפט העברי לא התכחשו למשנה הפרטיקולריסטית של האסכולה ההיסטורית והסכימו שיהיה בלתי צודק לכפות על הערבים בא"י את המשפט העברי, שיטת משפט זרה מבחינתם.

בין אינדיבידואליזם לקולקטיביזם: אנשי המשפט העברי הניחו כי לכל שיטת משפט יש רוח שניתן לגלות. אולם, כאשר ביקשו להגדיר את רוחה של ההלכה, הם הציעו הגדרות סותרות שנראה שהושפעו במידה רבה מהלכי רוח פוליטיים באירופה של אותה תקופה. זה בלט במיוחד בדיון של אנשי המשפט העברי בשאלת יחסו של משפט זה לזכויות הפרט. אנשי המשפט העברי קבעו פעמים רבות כי המשפט העברי חדור רוח אינדיבידואליסטית. אופייה האינדיבידואליסטית לכאורה של ההלכה שימש את אנשי המשפט העברי כאמצעי להשוואתם לא רק למשפט הרומי אלא גם לשיטות משפט מזרחיות. אחד המאפיינים של שיטות אלה לפי המשפט ההשוואתי האירופי היה אי ההכרה בעקרונות של חירות הפרט. בהתאם טענו אנשי המשפט העברי כי המשפט העברי אינו יכול להיות מסווג כמשפט מזרחי שהרי בניגוד לשיטות משפט מזרחיות אמיתיות, יש בו הכרה בעיקרון של חירות הפרט. החשיבה המשפטית האירופית של סוף המאה ה-19 שתפסה את ההיסטוריה של שיטות משפט כתהליך אבולוציוני התאפיינה במעבר מתפיסה חברתית קולקטיביסטית לתפיסה ליברלית אינדיבידואליסטית. לעומת זאת, אנשי המשפט העברי טענו שספק אם ההלכה אכן אינדיבידואליסטית ומיקמו את ההלכה במרכז הרצף האמור. אחרים הרחיקו לכת והפכו את היחס בין משפט עברי ומשפט רומי מבחינת גישתם לאינדיבידואליזם. הרעיון שההלכה קולקטיביסטית באופייה שימש כדי לתמוך בטענה שההלכה מכירה ביתר קלות ברעיון האישיות המשפטית מאשר המשפט המערבי.

משפט עברי ואקטיביזם ציוני: אנשי המשפט העברי שאפו להפוך את תחיית המשפט לחלק מרכזי בפרויקט הציוני. אנשי המשפט העברי התבססו על רעין גאולת העם היהודי כדי לטעון שאין להמתין באופן סביל ליצירת מערכת משפט עברית. כמו כן, נעזרו אנשי המשפט ברעיון כדי להשוות את האקטיביזם של המוסדות של משפט השלום העברי הפועלים ליצירת משפט עברי כאן ועכשיו, לפסיביות של בתי הדין הרבניים בא"י שסירבו לאמץ גישה יצירתית להלכה. רצון אנשי המשפט העברי להעניק הילה של מכובדות ציונית לתנועתם התנגשה בגישתה של הציונות העובדת, הזרם השליט בחיים הפוליטיים בא"י בתקופת המנדט, שזלזלה במשפט ובמשפטנים. בחזון הציונות העובדת היהודים אמורים היו להיהפך לאיכרים ולעובדים יצרניים ולא לעו"ד ולמלומדים משפטיים, ומשום כך אנו מגלים בכתבים של אנשי המשפט העברי ניסיונות חוזרים ונשנים לטעון שגם לעו"ד מקום בחזון הציוני. נטען כי העיסוק במשפט העברי בא"י אינו דומה לעיסוק בו ע"י משפטניים יהודיים בגולה. בעוד שלימוד המשפטי העברי בגולה נגוע ב"ריח האוויריות הגלותיות" הרי שבא"י מחקר המשפט העברי הוא מחקר משפטו של עם חי, וכך גם הוצדקה הקמת בי"ס גבוה למשפט ולכלכלה בטענה שהיה מדובר במוסד שונה ממוסדות לימוד אקדמיים אחרים.

***שיעור 2 8.11.22***

חזון המשפט העברי

במחצית הראשונה של המאה ה-20, מראשית התנועה הציונית ועד להקמת מדינת ישראל בשנת 1948, נעשו ניסיונות לגבש את היחס בין המשפט העברי, וכפי שנראה, לא התגבש חזון אחד אחיד של המשפט העברי אלא מספר חזונות, וזו אולי אחת הבעיות של התנועה.

רקע: לחזון של המשפט העברי כתנועה תרבותית-משפטית יש כמובן רקע.

1. **ציונות מדיניות וציונות רוחנית-תרבותית**- התנועה הציונית בראשיתה נחלקה לזרמים שונים. הרצל הדגיש את החזון המדיני, מטרתו הייתה לייסד מדינה יהודית. ספרו "מדינת היהודים" הינו החזון בשמו התכנסו הקונגרסים הציוניים. הדגש של הציונות המדינית היה כאמור הפרויקט המדיני- ליצור תנאים בינלאומיים שיאפשרו הקמת מדינה ולהדגיש את העניין הזה בתנועה הציונית על חשבון/ במקום/ בהתעלם מההיבט התרבותי. בעיני הרצל, ההיבט התרבותי היה משני לפחות בתחילה. זה התבטא ביחסו לשפה העברית (הרצל חשב שבמדינת ישראל העתידית לא ידברו עברית אלא בשפות האירופאית של היהודים שיגיעו לארץ). לרעיון המאמץ להתרכז בהיבט המדיני ולא בהיבט התרבותי הזה היו בני ברית מעניינים, ביניהם הרב ריינס, כשבצד השני, בראשות אחד העם, הדגש היה על תחייה תרבותית ורוחנית. איך אפשר להסביר את הברית המעניינת הזו שבה הרב ריינס, אבי הציונות הדתית, הסכים עם הרצל שלא לעסוק בהיבטים תרבותיים? הסיבה היא החשש של הדתיים באותה העת שעיסוק בהיבטים תרבותיים פירושו היבטים חילוניים. הדתיים רצו להימנע מזה מכיוון שאחד הוויכוחים הגדולים הפנים-יהודיים בנושא הציונות היה שמנהיגי התנועה הציונית היו חילוניים. היו שיקולים פנימיים לטובת ההתעלמות ואי העיסוק בהיבטים תרבותיים. בקוטב השני, כאמור, נמצא אגף אחר של התנועה הציונות שבראשו עמד אבי הציונות הרוחנית אחד העם, והוא הדגיש דווקא את ההיבט הרוחני-תרבותי, ואמר שהמטרה היא לאו דווקא הקמת מדינה ולאו דווקא פוליטית, שהינן מטרות משניות, אלא המטרה הראשית היא תחיית התרבות היהודית. הדגש שלו היה על חידוש המסורת מנקודת מבט חדשה, חילונית. להבדיל ממערב אירופה, במזרח אירופה הייתה גם תחיית השפה העברית.

אם כן, יש שני כיוונים, אחד שמדגיש את ההיבט המדיני-פוליטי ושני שמדגיש את ההיבט התרבותי-רוחני. מבחינה מסוימת הרצל ניצח, בסופו של דבר המטרה הייתה מדינית, אבל התנועה התרבותית וודאי הייתה בעלת השפעה רבה שכן בסופו של דבר הציונות התאפיינה גם בתחיית התרבות והשפה העברית. שני הכיוונים הללו התמזגו. תלמידו המובהק של אחד העם הוא חיים נחמן ביאליק.

קשה לחשוב שהייתה מתקיימת מדינה בלי חידוש השפה- אם מסתכלים על תנועות לאומיות באירופה בתקופה הזו (תקופת הלאומיות באירופה) יש התעוררות של תנועות לאומיות בכל רחבי אירופה, כשאת כולן מאפיין, בין השאר, חידוש השפה. שפות אירופאיות היו במהלך ימי הביניים שם כולל למשפחה של שפה, אחד המהלכים של כל אומה היה איחוד וחידוש השפה. היו שפות שכמו העברית לא היו מדוברות והצריכו חידוש. כל התנועות הלאומיות התאפיינו, בין השאר, בחידוש השפה ולכן קשה היה לחשוב על לאומיות במובן המודרני ללא שפה אחת שמאחדת את הלאום. ברור ששפה זה גם ספרות שמתפתחת בשפה ומרכיבים נוספים. תנועת התחייה הלאומית היהודית המודרנית, הציונית, התאפיינה בהם גם כן. בין המאפיינים, אחת ההתארגנויות שהייתה של משפטנים ציונים שאמרו- אם אנחנו רוצים להקים מדינה ואנחנו מחדשים את השפה ואת הכל, אנחנו צריכים לחדש גם את המשפט העברי, לייסד משפט שמבוסס על המסורת שלנו כמו השפה שאנחנו מחדשים, והמשפט הזה צריך לצמוח מתוך המקורות המסורתיים.

1. **יחס כללי בין משפט לתרבות**- בתנועה הלאומית הכללית הדגישו את המאפיינים הכלליים. הלאומיות, כחלק מהתנועה הרומנטית, הדגישה את הקשר בין משפט לתרבות. זה לא היה רעיון יהודי או ציוני, אלא רווח בתנועות הלאומיות כולן ובמיוחד בגרמניה. פרידריך סביני, משפטן ולאומן גרמני, **הדגיש את הקשר בין משפט ותרבות**, משפט והיסטוריה, ואמר- אם אנחנו רוצים משפט גרמני אנחנו צריכים להסתמך על היסודות המסורתיים התרבותיים שלנו ולייסד משפט גרמני על בסיסם. נדגיש שיש הבדל בין תפיסת המשפט של הנאורות, ההשכלה, שהייתה תפיסת משפט אוניברסלית וגרסה שהמשפט צריך לבטא עקרונות אוניברסליים כמו מוסר, לבין תפיסות לאומיות של המשפט שגרסו שהמשפט היא מערכת עבה, עשירה, מפורטת יותר מאשר מוסר, לא בנויה על עקרונות-על מופשטים אלא בעלת הסדרים בכל תחומי המשפט, קשורה אל התרבות המסוימת. סביני הדגיש את הקשר אל התרבות הגרמנית, ואכן, מפעלי החקיקה בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20 הושפעו מזרם זה. אנשי המשפט העברי, כאנשי תנועה לאומית, הושפעו מזרם זה גם מנקודת מבט תרבותית לאומית כללית שהייתה באירופה באותה עת- המשפט מבטא את רוח העם ואת יסודותיו. זה נותן משקל לצורך לחשוב על משפט עברי. על רקע זה קמה בשנת 1918 במוסקבה "חברת המשפט העברי".
2. **חברת המשפט העברי**- לאחר הכרזת בלפור הוקמה במוסקבה בשנת 1918 חברת המשפט העברי. הרעיון הציוני, החלום של הרצל, הפך ריאלי יותר והיה צריך לחשוב עליו באופן רציני יותר. באו אנשי המשפט העברי והקימו את החברה בדיוק בשביל זה. מי הם המקימים? משפטנים יהודים ציוניים, רוב הקבוצה המייסדת היה חילוני (ביניהם שמואל אייזנשטדט, פלתיאל דיקן), אליהם הצטרפו גם משפטנים דתיים (ביניהם אשר גולאק שהיה באותה עת ד"ר למשפטים, יליד ליטה ועתיד להיות הפרופ' הראשון למשפט עברי באונ' העברית שהוקמה בשנת 1925). הרעיון מלכתחילה הוא חילוני, חלק מהתנועה הציונית והחזון הציוני.

חברת המשפט העברי ייסדה כתב עת בשם "המשפט העברי" בו מפורט בהרחבה החזון ע"י שמואל איזנשטד:

 *"חקירת המשפט העברי ההיסטורי והפריית המחשבה המשפטית העברית המקורית- שתי המטרות העומדות לפנינו בעבודתנו- יש להן אולי בשעה זו לא* ***ערך מדעי עיוני*** *בלבד, כי אם גם* ***ערך מעשי*** *ומדיני...".* כלומר יש שתי מטרות: (1) חקירת המשפט העברי ההיסטורי- ההלכה (2) הפריית המחשבה המשפטית המקורית- יצירה חדשה. הוא לא חושב רק על חקירה היסטורית ולא מחפש מחקר מדעי טהור אלא מחפש מעשיות. אם הערך היה עיוני אפשר לדבר על המשפט העברי כמו היסטוריה, אבל אנחנו רוצים ליצור משיטת המשפט העברי שיטת משפט חדשה, מודרנית, ולכן המטרה להפרות ולחדש אותו. לשם מה?

 *"גם האוטונומיה הגלותית גם המרכז שבארץ ישראל זקוקים לחוקים ומשפטים שיגדירו את הצורות החיצוניות של חיי האומה. והדבר מובן מאליו כי משפט זה אי אפשר שיהיה לקוח פשוט בהקפה אצל אחרים, שיהיה יליד חוץ, כי אם צריך הוא להיות יליד בית... ועל כן באים אנו לחקור את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה בארצנו, ארץ העבר והעתיד שלנו. ידוע הוא שבמשך אלפי שנות חיינו ההיסטוריים נשאה עלינו כל תרבותנו חותם יהודי וההלכה המשפטית הייתה קשורה ואחוזה בהלכה הדתית עד שבכמה עניינים קשה לקבוע גם היום את הגבולות ביניהן.* ***במשך עשרות השנים האחרונות התחיל בספרות הפרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת, ואנו באים רק להמשיך את הפרוצס הזה ולהכשיר את משפטנו לקיום חילונ****י".*

באירופה חיים 10 מיליון יהודים, בארץ ישראל (בשנת 1918) כ-300,000. המרכז שבארץ ישראל הוא אידיאולוגי אבל באופן מעשי רוב העם היהודי מאורגן בקהילות באירופה, ולכן חידוש המשפט העברי הוא מטרה מדינית. **החזון** הוא ברור- לקחת את המשפט העברי העתיק וליצור ממנו משפט חדש.

מהו משפט עברי לפי איזנשטדט? הוא לא חושב ליישם את ההלכה כפי שהיא ואפילו לא את חלקה המשפטי, ברור לו שדרוש חידוש, המשפט העברי הוא עתיק ומפואר וקדם-מודרני ויש לחדש אותו על כלל היבטיו. כשם שמחדשים את השפה העברית באותה תקופה, ולוקחים את שפת הקודש והתפילה והופכים אותה ללשון יומיום ('מחלנים'), כך יש לעשות גם עם המשפט העברי- לחלן אותו ולהפכו למשפט מודרני. זהו חזון המשפט העברי של שמואל אינזטדט ואנשי המשפט העברי.

המשפט העברי הוא משפט דתי ויש ביניהם קשר, לדוגמה- המשפט העברי לא מכיר בהתחייבות מילולית (קניין דברים) וחוזה תקף מצריך מעשה קניין. המשפט העברי המציא את קללת "מי שפרע" שיש לה תוקף בעולם הדתי. אם אנחנו כמשפטנים חושבים שצריך להכיר בהתחייבות לקניין דברים, בחוזה שנעשה גם אם אינו כתוב, אז אנחנו לא יכולים להיסמך על הקללה הדתית ויש לתת לכך תוקף משפטי מלא. המשפט העברי כולל חובות לזולת יותר מהמשפט החילוני שנמנע מהטלת חובות פוזיטיביות. אין בדר"כ במשפט החילוני חובה של עזרה לזולת, במשפט הדתי יש חובה כזאת, אז איך משלבים? זו שאלה שעלתה בהקשר לחקיקת חוק לא תעמוד על דם רעך. זו דוגמה אולי למקרה שבו המשפט החילוני יכול ללמוד מהמשפט הדתי. יש אחיזה וקשר בין המשפט הדתי למשפט העברי. **החזון של המשפט העברי הוא חזון של התחדשות, לא לחזור להלכה הדתית המקורית, אלא ליצור על גביה/ מתוכה משפט חדש, מודרני, חילוני.** חלק מהפרויקט של המשפט העברי הוא החילון שלו. החבורה לא יכלה להישאר במוסקבה זמן רב לאור המהפכה הבולשביקית (1917) שגררה רדיפות יהודים. ולכן, הם עלו כעבור שנה לארץ ישראל.

תנועת המשפט העברי: בארץ ישראל יש מציאות שהתפתחה תחת השלטון העות'מאני משנת 1909, עוד טרם מלחמת העולם הראשונה. התנועה הזו היא בעצם רשת בתי משפט פרטיים שפעלו בדרך של בוררות. היישוב החדש שמגיע לארץ ישראל בתקופה הזו (אחרי העלייה השנייה בשנת 1905) מרגיש שיש בעיה ופורצים סכסוכים. המשפט העות'מאני ידוע בשחיתות והעסק התנהל ע"י מתן בקשיש (שוחד) לכל פקיד או שופט. היהודים שמגיעים לארץ לא רוצים להישפט במשפט העות'מאני. החלופה היא להישפט בבתי הדין הרבניים אבל אנשי העלייה השנייה הם חילונים אתאיסטים מובהקים ולכן הם מחליטים להקים רשת בתי משפט עבריים- הם לא רוצים את ברירת ההלכה בבתי הדין הרבניים ולא רוצים את הדין התורכי. לפי מה הם יפסקו? בתי המשפט הללו הם עממיים, קהילתיים, שלא פוסקים לפי קודקס חוקים מסוים (גם כי אין כזה וגם כי הם מושפעים משיטת המשפט החופשי בגרמניה שמדברת על משפט פחות פורמליסטי ויותר עממי). הם מקימים בתי משפט שבהם פעילים מנהיגי היישוב הציוניים של אותה העת, והיא פועלת בדרך של בוררות.

מה הדמיון ומה השוני לתנועת המשפט העברי? הדמיון בשאיפה להקים משפט עברי, יהודי, לאומי, מודרני, חילוני. השוני הוא שאנשי המשפט העברי דרשו יותר לפעול לפי המשפט העברי המסורתי, להתחבר אליו ולחדש אותו, אבל הם חשבו כמשפטנים ולא באופן עממי. זה מעורר את השאלה מהו משפט עברי שאנחנו מדברים עליו? הלכה או משפט עברי מסורתי או משפט עברי חדש? השם הזה משמש בערבוב ואפשר לומר שאנשים שונים מתכוונים במונח הזה לדברים שונים. יש שרואים בשם "משפט עברי" כינוי לצדדים המשפטיים של ההלכה, יש שרואים בזה כינוי למשפט לאומי להבדיל ממשפט תורכי ורבני, ויש שעושים את ההבחנה בין המשפט ההיסטורי- ההלכה לבין המשפט העברי החדש. ניתן לשמוע קולות שונים בתוך התנועה למשפט העברי.

אשר גולאק, יסוד המשפט העברי (1922)

אשר גולאק פרסם בשנת 1922 את ספר המבוא הראשון של המשפט העברי ששימש כספר הראשי ללימוד המשפט העברי עד שמנחם אלון כתב 50 שנה מאוחר יותר את ספרו שהפך לדומיננטי.

*"השם משפט עברי כולל אפוא את כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו מן התקופות הקדומות ביותר עד ימינו. והוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית השולטת באוצר המשפטי העשיר הזה שהוא כולו יצירה ענקית של מסורת העם, הלך נפשו ואורחות חייו".*

בשביל אשר גולאק השם "משפט עברי" כולל את ההלכה, המשפט המסורתי, זו שיטת משפט אחת שנקראת משפט עברי. אחרים כינו את המשפט העברי שנוצר בבתי משפט השלום העברי, שלא היה מבוסס על קודקס מסוים, גם כן "משפט עברי". אולי הבחירה בשם "משפט עברי" ולא "הלכה" מלמדת על הכיוון הזה. המונח שראשוני הציונים השתמשו בו הוא המונח "עברי" והם העדיפו אותו על המונח "יהודי", להפך, הוא בא כניגוד לו. יהודי מציין את היהדות, הדת, הגלות, דברים שהתנועה הציונית רצתה להתנגד להם ורצתה ליצור משהו חדש. הלאומיות החדשה כונתה בשם "עבריות", בחזרה לאברהם העברי ומציינת במיוחד את הקשר לארץ עבורם. עברי- ארץ ישראלי, לאומי, לעומת יהודי- דתי, גלותי. זה לא אפיין רק את המשפט, אלא גם השפה שנקראת שפה עברית, הוקמה גימנסיה עברית, נוער עברי, עבודה עברית. המינוח הזה אפיין את התנועה הציונית החילונית ולא שימוש במילה 'יהודי'. הקריאה של המשפט העברי בשם הזה הייתה גם היא חלק מהמהלך הזה ונועדה להבדיל אותו מההלכה, על אף שבמובן אחר היא התבססה עליו.

אשר גולאק מסמל את האגף הדתי בחברה למשפט העברי כשמבחינתו **המשפט העברי הוא ההלכה**. אחרים כמו איזנשטדט התרחקו לכיוון השני ואמרו שמשפט העברי הוא חידוש ההלכה ולא ההלכה, היו אחרים שאמרו שמשפט עברי הוא יצירה חדשה ולאו דווקא קשורה להלכה. זה מונח עמום באותה העת שהפירוש שלו משקף תפיסות שונות של החזון של המשפט העברי.

אשר גולאק, לסידור חיינו המשפטיים בארץ (1921)

* קביעת סדר משפטים עברי אפשר שתפגוש התנגדות משני הצדדים.
* הפרוגרסיביים יראו בדבר את השלטת השולחן הערוך בימינו. אין מקום לקנון דתי מימי הביניים בחיים תרבותיים של מדינה מודרנית.
* אלה שבמפלגת החרדים שהם יראים מכל תנועה של התפתחות המביאה לידי שינויים יתנגדו גם כן לתחיית המשפט העברי. הם יורו על השולחן הערוך ויאמרו אין להוסיף קוצו של יוד.

אשר גולאק מזהה את ההתנגדות למשפט העברי משני האגפים, הן מצד אלו שירצו ליצור יצירה עברית חדשה והן מצד אלו שירצו לקבל את המשפט העברי כפי שהוא.

חזון המשפט העברי דורש: (1) קבלת המשפט המסורתי, ההלכה, כבסיס, (2) שינוי וחידוש שלה. -זה מלמד אותנו שאנשי המשפט העברי הדתיים הסכימו שהמשפט העברי דורש שינוי והם לא סברו שיש לקבלו כמו שהוא. הוויכוח הזה חידד את הוויכוח על המשפט העברי בתקופת המנדט. בשנות ה-20 השיטה של משפט השלום העברי עדיין פועלת, והיו שעשו שימוש במנגנונים אלו. התנהל ויכוח סביב העניין, האגף הדתי מחדד את הצורך להסתמך על ההלכה.

הרב פישמן (מימון), ספר המזרחי (בן ברית של בן גוריון ושר הדתות הראשון של מדינת ישראל)

*"בכל שנות גלותינו שמרנו על אופיינו הלאומי ועל תכונותינו ועל צביוננו המיוחד. היה לנו גם משפט משלנו וספר חוקים משלנו, משפטים וחוקים הבנויים על יסוד אספקלריית חיים מיוחדת שנוצרה מתוך תכונה נפשית קבועה על יסוד תורה אלוהית כתובה ומסורה... עכשיו כשיש לנו הצהרה כעין זו על זכותנו ההיסטורית על ארצנו יהיה זה חטא ופשע לאומי אם נבוא לעקור משורשו את* ***המשפט העברי המקורי*** *שלנו ולהפקיע את זכויותיו שנתערו* ***בנשמת האומה****..."*

הרב פישמן (מימון), הציונות הדתית

*"כשם שאומתנו שונה מכל אומה ולשון כך גם דתנו שונה מכל עם, ואם אצל העמים האחרים הדת והמדינה הן שתי רשויות היונקות מתחומים נפרדים, הרי אצלנו, אצל עם ישראל, הדת והמדינה אחוזות ודבוקות זו בזו. וכל הרוצה להפריד ביניהן את נפש האומה הוא קובע".*

הוא קורא לכך שמשפט המדינה יהיה מבוסס על המשפט העברי המקורי, ההלכה. הוא משתמש במונח משפט עברי, הוא לא רואה בו ביטוי למשפט חילוני חדש אלא משפט עברי מקורי, הלכה. הוא משתמש בשפה של נשמת האומה ורוח האומה, אותה שפה לה היו שותפים ההוגים החילוניים והדתיים ביחד שמבוססת על הקשר בין משפט ותרבות. מה שמשקף את נשמת האומה זה ההלכה, ועל בסיס ההלכה יש להקים את משפט המדינה. הוא לא נכנס לפרטים האם נדרש שינוי או לא.

הרב מימון מתנגד גם לאנשי המשפט העברי הלא פרוגרסיביים (המשפט העברי) שמטרתם הייתה הפרדת היסוד הדתי מהיסוד המשפטי, והוא מתנגד לכך ואומר שהפרדה כזו בלתי אפשרית כי **הדת היהודית בעלת יסוד לאומי ודתי יחדיו, בלתי ניתנים להפרדה. הפרדה כזו תפגע בנפש האומה ולכן היא אסורה**. הוא מייצג בלי ספק את האגף הדתי, הוא יכול לקבל את תנועת המשפט העברי בעירבון מוגבל. הוא רוצה שלהלכה ההיסטורית יהיה מקום משמעותי במשפט המתחדש.

הרב מאיר ברלין (בר-אילן)

*"המשפט העברי היה נחשב תמיד להבעתו של הגניוס העברי, של המחשבה העברית לעומקה ולרוחבה. ראשיתו של המשפט העברי נעוצה ב"ואלה המשפטים" והמשכתו הולכת ונחשלת כחוט לאורך כל הדורות... המשפט העברי היה כאותנו "כי היא חכמתם ובינתכם לעיני כל העמים"... גם אלה שהאמונה לא הייתה נר לרגלם האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי" (הוא מתכוון לאנשי המשפט העברי הראשוניים).*

*הרבנים הללו משתמשים באותה השפה, "המשפט העברי", לא מסתייגים מהמונח ורואים בו ביטוי לרוח האומה ונשמת האומה. מתחיל להיווצר* ***פער******בין האגף הדתי לחילוני****. האגף החילוני רואה במשפט העברי יצירה חדשה, מודרנית, גם אם באה מהמשפט המסורתי, ואילו האגף הדתי מדגיש את המחויבות להלכה. זה יגרום כפי שנראה לפער בין שתי הקבוצות הללו. על מה הוויכוח? ראשית, על עצם ההגדרה של המשפט העברי.*

*הרב יצחק הלוי הרצוג היה דמות חשובה באותה העת (סוף ימי המנדט), הרב הראשי של ארץ ישראל. הוא שומע את הוויכוח על המשפט העברי. הוא מתנגד לשימוש במונח "משפט עברי", הוא מדבר על משפט התורה. משפט עברי זה המצאה מודרנית כי פירושה יצירה חדשה. בעיניו,* ***המשפט המחייב הוא משפט התורה****. הוא מודע לצורך לעשות שינויים והתאמות והוא מקדיש לכך לא מעט, אך נשאר נאמן למשפט התורה. הוא מבקר את ההשוואות בין שיטות משפט זרות. הוא מבין את הצורך בחידושים ושינויים ובספרו "חוקה לישראל" הוא מתמודד עם שאלת ההתאמה של המשפט העברי, בשפתו- משפט התורה, לדמוקרטיה, ואומר שדמוקרטיה מקבלת שוויון ואנחנו צריכים לאמץ את זה בהלכה. הוא שותף לצורך בשינוי אך מסתייג מהשם.*

*אחד הוויכוחים הגדולים שמתגלעים בתקופה זה היא לגבי הסמכות לשנות ולתקן. יש הסכמה רחבה שהמשפט העברי, ההלכה, לא יכול להיות כפי שהוא משפט של מדינה מודרנית. נוצרת השאלה מי יכול לשנות את המשפט העברי? לעשות את התיקונים? האם התיקונים יכולים להיעשות ע"י אנשים מן השורה או ע"י מוסדות מוסמכים? חברת המשפט העברי סבורה שכחלק מרעיון התחייה הם,* ***כמשפטנים מודרניים****, יכולים ליצור מתוך ההלכה ללא מנגנון מסובך את מה שנראה להם. באים הדתיים ומתנגדים, העיסוק הוא בהלכה ויש מי שמוסמך לכך-* ***רבנים****. אנשי חברת המשפט העברי לא יכולים לתקן בעצמם. יאמרו הרבנים איפה אפשר לתקן. ואולם, החילוניים חוששים שתיקונים של רבניים ייקחו זמן רב. וכך מתחדד עוד יותר הוויכוח. מה חשבו האנשים הדתיים בתוך תנועת המשפט העברי?* הם חשבו שאפשר ליצור יצירה מתוך ההלכה ללא רבנים כי הם הבינו גם כן שהעברת התיקונים דרך הרבנים תיקח זמן רב.

מנחם אלון, ממובילי המשפט העברי לאחר הקמת המדינה, חשב שכשופט הוא יכול להשתמש במשפט העברי וליצור מתוכו לאו דווקא מתוך המנגנונים הדתיים, הוא לא חיכה שהרבנות תחדש והדבר יהיה בחידוש הלכתי רשמי. מנגד, רבנים רבים, ביניהם הרב מימון, הרב ברלין, הרב הרצוג- חשבו שהשינויים בהלכה והתיקונים בה צריכים לבוא בדרך של פסיקה רבנית או תקנות רשמיות של הרבנות הראשית. מנקודת מבט פנימית של ההלכה צריך להיות גורם מוסמך שמבצע את השינויים. האחרים אמרו שזה נכון לנקודת מבט פנימית, אך הם מתייחסים להלכה מנקודת מבט חיצונית. זה יצר פער גדול מאוד בין האגף הדתי לאגף החילוני.

אופי דיני הירושה לפי ההלכה היא שהבנים יורשים והבנות אינן יורשות אלא אם כן אין בנים. אם יש בן 1 ו-4 בנות הבן מקבל הכל, וככלל בן בכור זוכה ליותר. המודל של ירושה של משפט התורה לא נובע מאפליה גרידא אלא קשור למודל השבטי והחקלאי של החברה העתיקה (חברה פטריארכלית, המוקד היה סביב הגברים והירושה עוברת רק אצל הגברים). חברות שבטיות מסורתיות בנויות על מבנה פטריארכלי שהנחלה הולכת לגברים והתוצאה היא שהגברים יורשים את הנחלה והנשים מקבלות מזונות עד לנישואין שסכומם יכול להיות אף גבוה מסכום הנחלה. זה קשור למבנה הכלכלי. כאשר החברה היהודית מפסיקה להיות פטריארכלית ולא מדובר על ירושת נחלה אלא על ירושה שכוללת בנוסף לנחלות, בתים, נכסים ניידים ועוד, דין הירושה הופך להיות לא הגיוני וודאי שלא צודק אם אנו מקבלים את תפיסת השוויון, גם בעיני משפחות דתיות וחרדיות. ברור שמדינה מודרנית לא יכולה לקבל חוק ירושה שבו מבחינים בין בן בכור לבן 'פשוט' ומבחינים בין בנים לבנות כך שרק הבנים יורשים.

אז מה עושים? המנגנון המרכזי שפועל בתוך ההלכה הוא המנגנון של פשרה. ההלכה, המשפט העברי, מכיר בפשרה כמנגנון משפטי. כל שיטת משפט מכירה בפשרה בהסכמה, אך למשפט העברי היה פטנט חזק- כאשר בעלי דין מגיעים לבי"ד רבני הם מראש נותנים הסכמתם לדיינים לפסוק בדרך של פשרה (הצדדים חותמים מראש בכתב ההרשאה לביה"ד שהוא רשאי לפסוק על דרך פשרה). בפועל, בתי דין רבניים פוסקים בירושה בדרך של פשרה, ונותנים גם לבנות מהירושה, די באופן שווה. לכן **באופן מעשי התוצאה דומה**. מבחינת חוק המדינה, **קשה להשאיר את זה לעניינים של פשרה**. הרב הרצוג ידע זאת ולכן הציע לקבוע בתקנות של הרבנות הראשית שהבנים והבנות יורשים בשווה. מכיוון שמדובר בדיני ממונות ויש כוח לתקן תקנות, הוא הציע להתקין תקנה כזו. אבל חבריו לרבנות הראשית לא הסכימו איתו והתקנה נפלה. אנו רואים שבתוך המסלול הרבני הציע רב גדול הצעה מרחיקת לכת והיא סורבה, בטענה שהם מוכנים לפשרה אבל בדרך של פשרה ולא בדרך של תקנה. זו דוגמה מובהקת לוויכוח על המשפט העברי. התוצאה הזו חידדה כאמור את הפער בין האגף הדתי לאגף החילוני בסוגיה זו, ובין הסיבות שהביאו למשבר של חברת המשפט העברי.

בשנות ה-20 תנועת בתי המשפט העברי המשיכו להתקיים ושגשגו, ולאט לאט החלו לשקוע, עד לשקיעה מוחלטת בשנות ה-30. למה? אחת המוטיבציות הייתה המשפט התורכי שנחשב כמושחת ולא היה מקובל, אבל אחרי הכיבוש הבריטי נכנס המשפט האנגלי שנחשב מודרני, הוגן, צודק. רבים שנמנעו לפני המלחמה לפנות לבתי המשפט, **ראו את המשפט האנגלי טוב יותר מהמשפט העברי** שלא היה מבוסס על חוק. מבחן התוצאה בתקופת המנדט הראה שאנשים מעדיפים ללכת לבתי המשפט של המנדט הבריטי, ולכן התנועה שקעה ונגמרה בשנות ה-30. גם חברת המשפט העברי הגיעה לידי **משבר אידיאולוגי** (ההתפצלות בין האגף הדתי והחילוני לגבי מהו בעצם משפט עברי ובעיקר מנגנון השינוי והתיקון- מי מוסמך). בנוסף, היה גם **משבר** **כלכלי**, חברת המשפט העברי פשטה רגל בשנות ה-30, וכארגון ממוסד חברת המשפט העברי נעלמה. גם כאן הייתה השפעה למשפט הבריטי שהחל להוות אתגר, תחרות למשפט העברי, ואנשים שאלו את עצמם אם יצליחו להביא את המשפט העברי לרמה שיוכל להתחרות במשפט הבריטי.

כאמור, היו לפחות 3 חזונות עיקריים שונים למשפט העברי:

1. חזון המקורי של חברת המשפט העברי שביקש להחיות את המשפט העברי המסורתי, המקורי, ההלכה, וליצור ממנה שיטת משפט מודרנית.
2. חזון המשפט העברי של הרבנים, אנשי ההלכה, שרצו ליישם את ההלכה כמשפט המדינה עם תיקונים מסוימים.
3. חזון המשפט העברי של מי שאמרו שהוא משפט עברי חדש לגמרי, מודרני ולא מחויב להלכה.

זה הביא למשבר והתפרקות חברת המשפט העברי. ומצד שני, עצם הרעיון למשפט ששומר על קשר עם המשפט העברי המקורי נשמר. המשבר פוגש מציאות שבה יש משפט נוהג אנגלי אפקטיבי, מוצלח שרוחשים לו הערכה. כאשר רצו להקים את המדינה בשנת 1948 לא עמדה על המדף שום הצעה קונקרטית שניתן היה להציע אותה. הכישלון הקונקרטי של תנועת המשפט העברי היה שהיא לא הצליחה להעמיד קודקס משפטי שניתן ליישום. אם נשווה את זה למקומות באירופה, גרמניה או צרפת, שהדבר הביא לידי חקיקה (אמנם שנעשתה ע"י המדינה), בארץ ב-30 השנים שקדמו להקמת המדינה לא נוצר קודקס משפטי שניתן היה להביא אותו למדינה ולומר שזה יהיה המשפט, וגם לא קרוב. זה לא מקרי אלא קשור למשבר האידיאולוגי ולטעמים נוספים.

עם קום המדינה, לא היה מנוס מלקבל את המשפט הבריטי הנוהג כנקודת התחלה. ואכן, ביום הקמת המדינה אומץ המשפט הבריטי. הוחלט שייחקקו חוקים חדשים, וחקיקה זו תסתמך על המשפט העברי. החזון נותר כחזון עם הערפול המסוים סביבו והוא ימלא תפקיד, לפחות ברמה המוצהרת (כפי שמוסבר לדוגמה בדברי הסבר להצעות חוק), בחקיקה החדשה של המדינה לאחר הקמתה.

***שיעור 3 15.11.22***

מעמדו של המשפט העברי עם הקמת המדינה

סמוך להקמת המדינה, מיד לאחר החלטת האו"ם על החלוקה והכרה במדינה יהודית, דצמבר 1947, הקימה הסוכנות היהודית ועדה בשם **"ועדת המצב"**,ועדה שתפקידה להכין את המדינה. בתוך הועדה היתה מועצה משפטית שתפקידה היה להכין את המשפט במדינה העתידה לקום. יו"ר המועצה היה דוב יוסף, שהיה המזכיר המדיני של הסוכנות ולימים שר האוצר בממשלה הראשונה. הוא מעלה בפני המועצה את השאלות העקרוניות לגבי המשפט שעתיד להיות במ"י.

שאלה ראשונה היא מה תהיה השיטה היסודית בחוק הארץ? האם כמו אנגליה לפי שיטת common law או לפי שיטת קודיפיקציה אירופית? בעולם המערבי שתי משפחות משפט שליטות- השיטה האנגלית/ אנגלו-אמריקאית שמקורה באנגליה ולאחר מכן במושבות שיצאו ממנה, ושיטה אירופית שנקראת שיטה קונטיננטלית. עיקרי ההבדלים בין השיטות:

1. שיטה אינקוויזיטורית מול שיטה אדברסרית:
	* השיטה הקונטיננטלית היא שיטה אינקוויזיטורית שבה השופט הוא פעיל וחוקר.
	* השיטה האנגלית היא שיטה אדברסרית שבה שני הצדדים חוקרים זה את זה והשופט שומע ומכריע.
2. מקור המשפט:
* השיטה הקונטיננטלית שנוהגת ברוב ארצות אירופה ממשיכה למעשה את המשפט הרומי העתיק, ומבוססת על קודיפיקציה, חקיקה. המחוקק הוא מקור החוק. החוק מתכוון לכסות את כל התחומים (נזיקין, חוזים, קניין, פלילי וכו'), והשופטים תפקידם יישום החוק. זוהי תפיסה שקרובה יותר להפרדת הרשויות הקלאסית. הם לא מקבלים את תפיסת התקדים כעיקרון משפטי מחייב, כל שופט פונה באופן עצמאי לחוק, לפחות במישור התיאורטי. ביהמ"ש יכול להחליט בכל מקרה מחדש. הוא כן יכול להיוועץ בתקדימים. מקור החוק הוא אחד והוא החוק החקוק. פרשנות ביהמ"ש לא מחייבת באופן עקרוני את ביהמ"ש שיבוא אחריו. כל ביהמ"ש מפרש מחדש. באופן מעשי זה לא כ"כ דרמטי כי ביהמ"ש כן נוהג להסתכל אחורה, אך כהלכה הם לא מקבלים את עיקרון התקדים המחייב (העיקרון שהופך את ביהמ"ש למחוקק).
* בשיטה האנגלית המאמצת את עיקרון התקדים המחייב, ביהמ"ש יוצר בכל החלטה חקיקה עתידית. השיטה האנגלית, להבדיל מהשיטה הקונטיננטלית, התחילה מחקיקה ולא מפסיקות. הפרלמנט באנגליה היה מתערב באופן תדיר, אוסף את התקדימים, וקובע את החוק. דהיינו, לפרלמנט בשיטה האנגלית הייתה עליונות לחוק, אך השיטה מתחילה מבתי המשפט.

דב יוסף שואל- באיזו שיטה תבחר המדינה?

שאלה שניה היא מה מעמדו של החוק היהודי? הרי יש תנועה למשפט עברי עליה למדנו, שרוצה ליצור על בסיס המשפט העברי את המשפט היהודי שיישם את החוק במדינה העתידה. האם ניקח את החוק הזה באיזה שהוא אופן או שניקח את חוקי המנדט ונוסיף להם במשך הזמן חוקים אחרים? זו כבר שאלה על החוק. תיאורטית, אפשר לקחת את חוקי המנדט וללכת לשיטה קונטיננטלית בדרך של עירוב. בתקופה המודרנית, גם השיטה האנגלית והאמריקאית מתבססות על חקיקה. אפשר לקחת את החוק שהתגבש בא"י, המשפט הקיים- העות'מאני והמנדטורי שיהווה בסיס לחקיקה. אם כן, השאלה הינה האם לקחת את הבסיס העברי כבסיס לחוק המדינה או לקחת את הבסיס המנדטורי כבסיס לחוק המדינה?

שתי השאלות הן שונות- (1) איזו שיטה מבין משפחות המשפט? (2) מה יהיה הבסיס שממנו נתחיל (משפט עברי/ מנדטורי בריטי).

כעת נשאלת השאלה האם באופן מעשי היה בסיס של משפט עברי שניתן היה לקחת כבסיס למדינה? מה יש על המדף? מה האפשרויות המעשיות אם רוצים ליישם את המשפט העברי?

1. אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי- אפשרות ראשונה ויומרנית ביותר הייתה לנסח קודקס חוקים על בסיס המשפט העברי שיהווה בסיס למשפט המדינה. היו שחשבו שזה מעשי, ביניהם משה זילברג (לימים שופט ביהמ"ש העליון) שסבר שאפשר לפחות בתחום האזרחי לפתח קודקס משפטי מההלכה. התחום הפלילי בהלכה לא היה פעיל כמעט מעולם, והוא לגמרי מחוץ לתמונה. זילברג סבר כי המשפט האזרחי (חוזים, נזיקין) קיים ועל בסיסו, ייתכן שעם תיקונים, נוכל להתבסס. מתברר שזה היה יומרני. בכל 30 שנות תנועת המשפט העברי בין השנים 1918-1948 היא לא הציעה קודקס באיזה שהוא נושא (חוזים, נזיקין, קניין, עבודה). נכתבו מחקרים אך לא הונח על המדף שום קובץ חוקים ואפילו לא חוק אחד באחד התחומים שניתן היה לקחת ולאמץ. המשפט העברי לא יכול לתת מענה כולל לשיטת משפט מודרנית. מבחינה תאורטית אפשר להושיב תלמידי חכמים שייצרו זאת על בסיס המשפט העברי (דוגמה לכך היא דיני החברות). ברור שהמשפט העברי לא יכול לתת פתרון כולל למשפט מודרני, הוא כן יכול לתת פתרון בדינים קלאסיים. זילברג חשב שזה ניתן לביצוע, בפועל זה לא קרה, לא ניתן היה בתוך ארבעת החודשים עד הקמת המדינה לנסח קובץ חוקים בתחומים שיש במשפט העברי ולאמצם. **לכן, אפשרות זו אינה מעשית ונותרו שתי אפשרויות מעשיות אחרות**.
2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה- לקחת את המשפט האנגלי הנוהג, לאמצו, ולחוקק מעתה והלאה (זה מה שקרה בפועל). ניסוח הצהרה עקרונית שהחקיקה מעתה תהא מבוססת על המשפט העברי.
3. ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו והחלפתו בהפניה למשפט העברי- הצעה מעשית של ביטול סימן 46 הקובע שבלקונה נפנה לפסיקת בתי המשפט באנגליה, כחלק מהרצון להיות מדינה עצמאית ולבטל את הכפיפות לאנגליה, וכחלופה לקבוע שבמקרה של לקונה נפנה למקורות המשפט העברי.

כאמור, ההצעה הראשונה לא הייתה מעשית. ההצעות השנייה והשלישית היו מעשיות ועמדו על הפרק.

הצעת החוקה (יהודה פנחס כהן)

כהן היה מזכיר הוועדה המדינית של הסוכנות היהודית. הוא ניסח הצעה שהובאה לדיון במוסדות בעצם נותנת מקום למשפט העברי בשתי הצורות האמורות (1) הצהרה עקרונית (2) כבר מעתה כל סימן 46 מבוטל. זו הצעה מעשית לתת מקום למשפט העברי.

*"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".* הוא מנסח סעיף ברמה העקרונית שהמשפט הבריטי-מנדטורי שהיה קיים עד מתן החוקה יעמוד בתוקפו. *"תחיקת המדינה העתידית תהא מושתת* ***על עקרונות יסוד של המשפט העברי****".* הצהרה עקרונית שמעתה נכנסים למפעל חקיקה עברי מקורי ומושתת על עקרונות המשפט העברי, לא זהה. *"עקרונות אלו ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים".* עוד בטרם חקיקת החוקים העתידיים, אם מתעוררת שאלה שאין לה תשובה בחוק, יש לפעול לאור עקרונות המשפט העברי. המשמעות היא החלפת סימן 46.

כידוע, הוחלט לא לאמץ חוקה עקב התנגדות גורמים שונים (בן גוריון, גורמים דתיים שרצו להכניס יותר היבט דתי לחוקה). בשלב מאוחר יותר, בשנות ה-50, הוחלטה החלטת הררי לפיה יחוקקו חוקי יסוד שבבוא היום יתקבצו לכדי חוקה. מכאן עלה רעיון חוקי היסוד.

הצעת פלטיאל דיקשטיין (דיקן)

פרסם בכתב העת "הפרקליט" הצעה לפיה כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם (אנו מבחינים בכך שכולם הולכים בכיוון הזה כי זה הכי מעשי). בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים בנקודה מסוימת או שיש בהם דו-משמעות או סתירות על בתי המשפט ועל השלטונות להשתמש **בפסקי הלכות של המשפט העברי** בהתאם לצרכי הזמן. יש פה הפניה מפורשת של החלפת ס' 46 בפסקי הלכות של המשפט העברי. נזכיר כי בהצעה הקודמת של כהן היה כתוב "עקרונות יסוד של המשפט העברי" שזה מופשט יותר, כאן ההצעה היא יותר קונקרטית של "פסקי הלכות", אם כי קיים סייג "בהתאם לצרכי הזמן" שאינו מחייב להלכה לגמרי אלא מאפשר לקחת משם את מה שמתאים ורלוונטי לנו כיום.

אם כן, אנו למדים שלא היה מעשי לחוקק חוק כולל, כן היה מעשי לחוקק חוקים על בסיס המשפט העברי וכן היה מעשי לבטל את סימן 46 ולפנות למשפט העברי (בין אם עקרונות או פסקים) במקרה של לקונה.

מה קרה בפועל? חמישה ימים לאחר הקמת המדינה נחקק החוק הראשון שמועצת המדינה הזמנית מחוקקת, שנקרא עדיין פקודה (כי זו המועצה ולא הכנסת): פקודת סדרי שלטון ומשפט. זהו חוק בעל אופי חוקתי, הבסיס שעליו החקיקה מעתה תעמוד.

ס' 11 לפקודה סדרי שלטון ומשפט: *"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיחוקקו ע"י מועצת המדינה הזמנית או על לפיה, בשינויים המחויבים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".*

אם כן, הרוב נטה לאמץ את המשפט הקודם כי זה היה הכי מעשי. יש חוקים בריטים, עובדים על פיהם, מערכת החוקים הבריטית היא טובה ואפילו נאורה, מתאימה למדינה מודרנית, ניקח אותה כבסיס ונחוקק מעתה והלאה. הפקודה אימצה הצעה זו שהייתה די מקובלת בהיותה ההצעה הכי מעשית. ואולם, **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט לא הצהירה הצהרה עקרונית לגבי החקיקה העתידית**, לא אמרה מה יהיה מעכשיו. אפשר לומר שאולי הצהרת כוונות זה לא עניין לחוק שהוא מחייב וקובע הנחיות מחייבות, אלא הצהרת כוונות צריכה לבוא מטעם הממשלה כעניין של מדיניות חקיקה. נקבל תשובה זו כתשובה סבירה. ואולם **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט גם לא נוגעת בסימן 46**, וזה אפילו מפתיע כי סימן 46 קושר את מדינת ישראל, שלא לומר מכפיף אותה, לפסיקות של בתי המשפט באנגליה. מדינת ישראל אשר יוצאת לדרך עצמאית ויתרה על עצמאותה בתחום המשפט ולא אמרה מילה על סימן 46. המשפט קיים, לרבות סימן 46 שמחייב אחרי קום המדינה לפנות לאנגליה בעת לקונה, והמשיך לחייב במשך 32 שנים עד שבוטל בחוק בשנת 1980.

למה סימן 46 לא בוטל ולמה כאן לא נלקחה ההצעה שהציעו רבים להחליף את הסימן בהוראה שתפנה למשפט העברי, כאמור לעיל? מבדיקת הפרוטוקולים עולה שהצעה זו לביטול סימן 46 והחלפתו במשפט העברי הייתה לפני הוועדה שהתכנסה בת"א והחליטה בעד כי אכן צריך לקבוע סעיף המבטל את סימן 46, וכחלופה לקבוע כי בכל מקום בו אין תשובה בחוק נפנה למשפט העברי. הייתה ועדה נוספת בירושלים שלא החליטה כך. חשוב לזכור שמדובר בזמן שלב א' של מלחמת השחרור, החודשים שבין דצמבר 1947-מאי 1948, מצור על ירושלים וקרבות בכל הארץ.

פרופ' רון חריס טוען שהסיבה לאי קבלת הצעה זו היא היסח הדעת, תקלה, ההחלטה בת"א לא עברה לירושלים, הייתה מלחמה ולא הייתה תקשורת, ובירושלים לא חשבו עד הסוף על סימן 46 ועל החלופה המוצעת. הוא מכנה זאת **"החמצת הזדמנות היסטורית בהיסח הדעת"** כתוצאה של המלחמה- הייתה הזדמנות היסטורית לקבוע שאיננו כפופים, כמדינה עצמאית, לפסקי הדין של אנגליה, ולאמץ פתרונות ע"פ המשפט העברי, והיא הוחמצה.

פרופ' עמיחי רזדינר ביצע על כך מחקר נוסף. הוא דחה הסבר את ההסבר של חריס והציע הסבר אחר. הוא מצא כי גם בוועדה שישבה בירושלים רוב הדעות דווקא כן הצביע על קבלת ההצעה. מזכיר אותה ועדה בירושלים היה עוה"ד חיים כהן, לימים היועמ"ש לממשלה ושופט ביהמ"ש העליון, שנחשב בדר"כ כאוהד המשפט העברי. בצעירותו הוא למד בישיבה והוסמך ע"י הרב קוק. לימים הוא איבד את האמונה ועזב את הדת אך המשיך לאהוב את המשפט העברי ולשלבו בפסקי דין עד סוף ימיו. פרופ' רדזינר הגיע למסקנה שכהן הוא הגורם שהתנגד לביטול סימן 46 מאחר שמה שעמד בפני הוועדה היא הסתמכות יתרה על ההלכה הקיימת. כהן חשב על המשפט העברי כחידוש ולא כפיפות לקיים ולכן הוא טרפד הצעה זו.

התוצאה היא אחת- מדינת ישראל לא ביטלה את סימן 46, נותרה כפופה למשפט האנגלי ולא אימצה את המשפט העברי. למשפט העברי אין לכאורה מעמד פורמאלי כלשהו במדינת ישראל שעת הקמתה.

מדיניות חקיקה

שר המשפטים במועצת הועדה הזמנית משחרר הצעה לפיה:

*"המשפט וסדרי השלטון יישארו לפי שעה באותו מצב בו מצאנו אותם בשעת ביטול המנדט. לא מרצון נקטנו עיקרון זה. אין כוונתנו להמשיך ולקיים את החוקים העות'מאניים הישנים ואת כל החקיקה המנדטורית. תקוותנו היא שבקרוב נוכל לגשת להחלפת החוקים האלה בחוקים חדשים שיהיו מתקדמים יותר ויחד עם זאת יינקו מהמקורות של המשפט הלאומי שלנו."*

זו הצהרת מדיניות עקרונית, מעט מעורפלת, לפיה המדינה תיגש למשפט מודרני היונק מהמשפט העברי. עם זאת, אין למשפט העברי מעמד פורמאלי.

היו משפטנים שאמרו שדי בביטול סימן 46 ואין צורך בהמצאת חלופה כי אפילו באנגליה אין הוראה כזו, שהרי לפי שיטת המשפט המקובל השופטים יוצרים את החוק, היעדר חוק זה מצב רגיל של המשפט המקובל ואין צורך בהוראה. אז מדוע הבריטים יצרו הוראה כזאת בארץ ישראל? מאחר ואיננו אנגליה אלא מושבה בריטית. המשפטנים אומרים שהכי חשוב להתנתק מחבל הטבור הבריטי וביטול הכפיפות הקולוניאלית לאנגליה, וכשיהיה צורך להכריע נפנה לביהמ"ש.

אנו נמצאים במצב שאין בעצם קביעה על מעמד מיוחד של המשפט העברי, יש פה משפט ישראלי חדש- משפט מנדטורי ומה שייחקק מעתה ייחשב משפט ישראלי. בשנות ה-50 ובעיקר בשנות ה-60 הכנסת נכנסה למפעל חקיקה. בחוקים שונים הייתה שאיבה של עקרונות מהמשפט העברי, לדוגמה:

1. **חוק איסור לשון הרע**- התשכ"ה-1965. חוק זה שואב, לפחות בשמו, מהמשפט העברי. ההסדר לא מאוד דומה.
2. **חוק הגנת השכר**- התשי"ח-1958, שר העבודה שמגיש את הצעת החוק מבססו על פסוקים מספר ויקרא "לא תלין פעולת שכיר אתך" ומשלי "אל לרעך לך ושוב ומחר אתן". עם זאת, ראוי לציין שגם למדינות אחרות שלא מצטטות את התורה יש חוקי שכר האוסרים על הלנת שכר.
3. **חוק פיצויי פיטורים**- התשכ"ב-1962, התפתח נוהג כבר ביישוב העברי קודם להקמת המדינה שכשמפטרים מישהו נותנים לו פיצוי. בתי המשפט החלו להכיר, חרף היעדר חובה חוקית, במנהג. זו שאלה גדולה בתורת המשפט האם המנהג הוא מקור משפטי מחייב. רוב פסקי הדין הכירו במנהג הזה וחייבו מעבידים לתת פיצוי, והמחוקק עיגן וקיבע זאת בחוק. החוק בא להסדיר חקיקה זו שהייתה עד עתה מוסדרת בנוהג. לחוק זה מקור מעניין במשפט העברי- דיני העבד. באחד מפסקי הדין ציין ביהמ"ש כי רעיון של פיצויי פיטורין נעוץ בתורה (דיני העבד בספר דברים). התורה קבעה דין, חוק, לפיו עבד עברי עובד 6 שנים. מצווה זו מוגבלת לעבד אך אחד הראשונים שחיבר את ספר החינוך במאה ה-14 כותב שמצווה זו היא דין של עבד עברי, אבל נלמד מכאן לא רק לעבדות, אלא לגבי שכיר בכל מקצוע, שיש לפצותו בעת פיטוריו.

דוגמאות אלו מלמדות אותנו **שהחקיקה החדשה הישראלית השתדלה להיות באיזה שהוא אופן קשורה/ בנויה על המשפט העברי**. למען האמת, אנו עוסקים בנושאים שבהם גם מדינות אחרות חוקקו חוקים דומים מבלי שהן קשורות למשפט העברי. בישראל הייתה מדיניות אידיאולוגית עקרונית של קשר למשפט העברי וחקיקת חוקים מתאימים למדינה תוך ביסוסם על המשפט העברי.

אפשר לשאול עד כמה הביסוס הזה רטורי? תרבותי? ועד כמה אנו בוחרים בהסדרים ספציפיים מהמשפט העברי ולא אחרים? שאלה זו תעמוד למבחן מקום בו ההסדרים של המשפט העברי לא כ"כ מתאימים. מראש אמרו כולם בכל החוקים שאיננו מחויבים למשפט העברי או להלכה באופן מלא, ניקח ממנו בהתאם לצרכי הזמן למדינה המודרנית. כלומר, היה ברור שלא ניקח את המשפט העברי 'על מלא', אלא נבחר ממנו מה שמתאים לנו.

הצעת חוק הירושה- התשי"ב-1952

עם הקמת המדינה היה צריך לחוקק חוק ירושה חדש. עבדו על כך כבר משנות ה-50, החוק התקבל בשנת 1965. הצעה זו מצוטטת בחוק החדש.

*"הצעתנו מתבססת: (1) על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ כעת; (2) על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו; (3) על חוקים של ארצות זרות, במערב ובמזרח, שמהן מתקבצים בני עמנו על מנת להתמזג כאן לציבור אחיד."*

*"במשפט העברי ראינו מקור ראשי, אך לא מקור מחייב או יחידי. איננו קודיפיקציה של הלכות המשפט העברי, לא כמו שמצאנו אותן בשולחן ערוך ובנושאי כליו, ואף לא תוך התאמה לצרכי הזמן. במקום שהחוק המוצע סוטה מן המשפט העברי, לא השתמשנו בפיקציות משפטיות, אלא קבענו את הדברים במישרין, בנוסח חופשי, בלתי תלוי בנוסחאות המסורתיות (כגון בענין צורות הצוואה) אך לגופם של הדינים שאפנו להסמיך את הצעתנו ככל האפשר למשפט העברי, ובכמה עניינים וביניהם היסודיים ביותר, כגון המזונות מן העזבון אנו רואים בהצעתנו כעין המשך של המשפט העברי".*

במשפט העברי יש שורת הסדרים בדיני הירושה שהתאימה לחברת העבר, המסורתית והפטריארכלית, ואינה מתאימה לחברה המודרנית של ימינו הדוגלת בשוויון. הניסוח של "קבלה תוך התאמה" אינו מספיק, אנו **מתערבים באופן מהותי בהסדרים ומייצרים שינוי מהותי בצורות צוואה והסדרים שונים**. ישנם הסדרים שכן נלקחו מהמשפט העברי. זה מעלה את השאלה האם אימוץ צורה זו כולל את כל ההלכות הנוגעות בכך או לא?

בפועל, בתי דין רבניים פוסקים שווה לבנים ולבנות בדרך של **פשרה מובנית** שהם מוסמכים לפסוק (בדין תורה דורשים מהצדדים להסכים לפשרה ובהיעדר הסכמה לפשרה מחייבת בתי הדין לא מוכנים לדון באותה המקרה). כשרבנים התמודדו עם שאלת שוויון בין בנים לבנות בדין תורה, הם השתמשו בפתרון הפשרה, וכך לא צריך לשנות את הדין (לפיו בנים יורשים ובנות אינן יורשות). האם אפשר היה לכתוב זאת בחוק במדינת ישראל? חלק מהרבנים חשבו שכן, כך צריך להיות החוק. אחרים כמו הרב הרצוג חשבו שלא. מדובר בוויכוח פנים הלכתי. לחוק יש תפקיד שנקרא "תפקיד אקספרסיבי", החוק מגיע עם השקפה ואינו רק התוצאה הסופית. לכן, **באופן מעשי יש פתרון אך החוק לא ממלא את תפקידו האקספרסיבי להביע השקפת עולם.**

כמה מעקרונות הירושה לפי המשפט העברי

* הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן שאינו תלוי במוריש ואף לא ביורשים, דהיינו באופן אוטומטי.
* אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה (מחיים). הירושה לא יכולה לסטות מהדין, אך אדם בחייו יכול לתת מתנה ובכך לסטות מזה. בפועל אדם לא רוצה לתת מתנה בחיים כי הוא רוצה להשתמש בנכסיו עד מותו ולכן הוא נוקט במנגנון ההלכתי של "מתנה מהיום ולאחר מיתה"- מתנה מהיום שתחול לפי דיני התנאים במועד אחר.

"הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו- מה שעשה עשוי אבל אין דעת חכמים נוחה הימנו" (משנה, בבא בתרא, ח ה). המשמעות היא שיש בכוחה של מתנה לעקוף את דיני הירושה לפי ההלכה, אך זה לא דבר ראוי ואין לזה מעמד משפטי (שהרי באופן משפטי אדם יכול לנשל את יורשיו ע"פ דין ולתת נכסיו לאחר).

* יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין- צאצאי אביו, ואם אין- צאצאי אביו- עד סוף כל הדורות. כלומר, לפי ההלכה אין אדם בישראל שאין לו יורשים כי אתה הולך ומתרחק- אם אין ילדים הולכים ליורשי האב (אחים ואחיות) וכן הלאה (בני דודים, בני דודים שניים). רק גר הוא מי שאין לו יורשים.
* הבכור יורש פי שנים מחלקו של כל אחד מן האחים.
* הבנים יורשים והבנות אינן יורשות- אלא במקום שאין בנים.
* האישה איננה יורשת את בעלה.

מה מהסדרים אלו במשפט העברי אימץ החוק הישראלי? סעיפים מתוך חוק הירושה:

* ס' 1- במות אדם עובר עזבונו ליורשיו- ירושה אוטומטית ללא פעולה מצד המוריש או מצד היורשים.
* ס' 2- היורשים הם יורשים ע"פ דין או זוכים ע"פ צוואה; הירושה היא ע"פ דין זולת במידה שהיא ע"פ צוואה.
* ס' 10- יורשים ע"פ דין הם: (1) מי שהיה במות המוריש בן זוגו (2) ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם. כלומר, לא הולכים מעל לרמת הסבא, אם אין יורשים ברמת בני דודים/ בני דודים שניים אז המדינה תירש את הכספים מטעמי יעילות.
* ס' 13- ילדי המוריש חולקים ביניהם בשווה, וכן חולקים הורי המוריש ביניהם והורי הוריו ביניהם בשווה. אנו מזהים כאן ביטול ירושה כפולה לבן הבכור וביטול אי השוויון בין בנים ובנות.
* ס' 17א- באין יורש לפי הסעיפים 10-16 תירש המדינה כיורש ע"פ דין.

בפירוש **חוק הירושה סטה מהמשפט העברי**, עד לכדי השאלה האם בכלל המשפט העברי השפיע על חוק הירושה ובאיזו מידה. ברור שכאשר המבנה הפטריארכלי משתנה גם העיקרון של דיני הירושה צריך להשתנות. חוק הירושה קובע שוויון בין היורשים, בין הבכור למי שאינו פשוט ובין הבנים לבנות.

עניין אחד שלגביו ציינו מציעי החוק שהם המשיכו את המשפט העברי הוא מזונות מן העיזבון, בס' 58 לחוק. ס' 58 לחוק הירושה: *"הניח המוריש בן זוג, ילדים או הורים והם זקוקים למזונות, זכאים הם למזונות מן העיזבון לפי הוראות פרק זה, בין בירושה ע"פ דין ובין בירושה ע"פ צוואה".*

כלומר, במצב שבו חלק מהיורשים היו סמוכים על שולחן המוריש (ילדים, חולים) וזקוקים למזונות, זכותם לקבלת מזונות גבוהה יותר. במקום בו יש צורך, הצורך גובר על הנחיות הירושה לפי הדין*.* הם מסבירים: *"המקור העיקרי להצעתנו הוא המשפט העברי. עד כמה שידיעתנו מגעת אין כיום שיטה משפטית שפיתחה ושכללה את הרעיון שזכויות רכוש בעיזבון נידחות מפני דאגה למחסורם של אלה שהיו תלויים במוריש כמו שעשה המשפט העברי".* דהיינו, הם לקחו רעיון מהמשפט העברי, פיתחו אותו והשתמשו בו.

משנה כתובות יג ב

*"מי שמת והניח בנים ובנות, הזמן שהנכסים מרובים- הבנים יורשים והבנות ניזונות, בזמן שהנכסים מועטין- הבנות יזונו והבנים יחזרו על הפתחים."*

ההלכה קבעה כאן באופן ברור עדיפות לנזקקים למזונות מהעיזבון ע"פ זכות הירושה. המחוקק הישראלי אימץ רעיון זה וקבע שאם אדם זקוק למזונות, הוא יקבל את המזונות מהעיזבון ללא קשר לשאלת חלקם לפי דין או לפי צוואה. גם אם האב נישל אותם ונתן את הנכסים לאחרים או חילק לפי הדין אך מה שקיבלו לא מספיק למזונות שהם צריכים לאורך הזמן (עד גיל 18/ עד סוף חייהם), אז מזונות מהעיזבון גוברים.

לסיכום, חוק הירושה מהווה דוגמה לדין מפורש מאוד שקיים במשפט העברי אך חלק מעקרונותיו אינם תואמים לעקרונות שאנו מאמינים בהם כיום. ההשפעה מהמשפט העברי נעשית בתהליך של **ברירה**- יש הסדרים שאימצנו והסדרים שדחינו בשם השוויון. זה מדגים את **היחס הסלקטיבי** **של המחוקק למשפט העברי.**

***קריאה לקראת שיעור 4***

**אנגלרד, שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי, המשפט העברי ומדינת ישראל- לקט מאמרים (עמ' 110-134)**

עם התחזקות המגמה להחליף את החוקים העות'מאניים הישנים בתחום המשפט האזרחי בדינים חדשים, שבה ועלתה השאלה הישנה בדבר קליטתו של המשפט היהודי-תלמודי. שר המשפטים נזהר בדבריו מלנקוט עמדה מפורש בעניין קליטת המשפט היהודי או שיטה מיוחדת אחרת במקום הדינים הקיימים. שאיפה זו הובעה בהזדמנויות שונות ע"י נציגי מפלגות שונות, ובמיוחד דרישת נציגי המפלגות הדתיות להשתית את חוקי המדינה על ההלכה. **גם נציגי המפלגות הלא-דתיות המליצו על קליטת המשפט היהודי בתחום דיני הממונות, שאינו דורש הכרעות עקרוניות בשאלות אידיאולוגיות. ואולם, אחדות הדעים בדבר קליטת המשפט היהודי מבוססת לאמיתו של דבר על שתי השקפות בעלות נקודות מוצא שונות:**

* **החוגים הלא-דתיים רואים במשפט היהודי** יצירה תרבותית של עם בעלת משמעות לאומית**, בדומה להחייאת הלשון העברית, כביטוי לעצמאות רוחנית והדגשת רציפותו ההיסטורית של העם היושב בציון.**
* **לעומת זאת, החוגים הדתיים רואים בהלכה היהודית משפט דתי בעל תוקף על-אנושי המחייב מלכתחילה כל יהודי באשר הוא שם, כשהמאמץ מצדם נובע** משאיפה מוצהרת להפוך את מדינת ישראל למדינה יהודית בעלת אופי דתי מיסודה**.**

**החוגים הלא-דתיים אינם מקבלים את תוקפו המחייב של הדין הדתי בכללותו, ומוכנים להיזקק לו בנימוק לאומי בתנאי שהוא תואם את צרכי הזמן. אבן הבוחן הבלעדית להתאמתו לצרכים החברתיים הקיימים היא האינטרסים האנושיים לפי הגנת חוגים אלה. גישתם הינה חילונית.**

**מה המשמעות הדתית של שילוב המשפט היהודי, ההלכה, לתוך מערכת המשפט הכללית של המדינה? בתחום איסור והיתר הדגש הוא באינטרס הציבורי (איסור תחבורה ציבורית בשבת, איסור גידול חזיר, נישואין כדת משה וישראל וכיו"ב). התוצאה היא כפיית התנהגות מוגדרת ביותר בעלת היקף מצומצם. בתחום המשפט הפרטי, שמשמעות קליטתה היא קבלת פתרונות מהותיים (קליטה מהותית) של ההלכה או קבלת מוסדות משפט וטכניקה משפטית של ההלכה (קליטה פורמלית).**

**המשפט היהודי הוא משפט דתי על כל סממניו האופייניים גם בתחום דיני הממונות (שרובם עוסקים ביחסים שבין אדם לחברו). מקור תוקפה של ההלכה הוא מחוקק אלוקי ולכן תחולתה אינה מוגבלת במקום ובזמן. לפי התפיסה היהודית הדתית ההלכה נמסרה לבני אדם ומאז פסיקת ההלכה היא מעשה אנוש. אולם, העובדה כי פסיקתה של ההלכה היא מעשה אנוש, אין פירושה חילונו של המשפט הדתי שהרי ההלכה נמסרה לחכמים יראי-שמים ויראי-חטא. המקורות מדגישים כי רק אותם האנשים המקבלים עליהם עול מלכות שמים וניגשים למלאכת הפסיקה מתוך רגש האחריות כלפי מעלה, רק הם בבחינת פוסקי הלכה מוסמכים. ההלכה מכירה עקרונית בסמכות חקיקה מצומצמת לשינוי הוראותיה הקיימות, אולם סמכות זו, שגבולותיה מוגדרות בקפדנות, מסורה באופן בלעדי לגופים המקבלים עליהם את התוקף המחייב של הדין הדתי. צרכי האדם הם חשובים משום שקיומו של האדם וקיומה של החברה האנושית הם תנאים מקדימים לעבודתם את הבורא. ולכן, לא פעם השתנה תוכן ההלכה שעה שהתייחסה למציאות חדשה, אך זה נקבע מתוך רגש עמוק של אחריות כלפי קדושת ההלכה והכרה מלאה במעמד האדם בפני הבורא.**

**מהאמור נובע כי** משפט מדינת ישראל שונה באופן מהותי שהרי הוא חילוני**. חילוניותו נקבעת קודם כל ע"י ההרכב האישי של הגוף המחוקק. הכנסת אינה פועלת כאורגן דתי. מלאכת החקיקה נעשית תוך כדי** התחשבות באינטרסים אנושיים בלבד**. החוק המתקבל בכנסת שואב תוקפו הנורמטיבי ממנה כמייצגת רצון העם, ובכך טמונה חילוניות השיטה. קליטת הדין הדתי ע"י המדינה פירושה הפיכתו לחוק המדינה שכן מעשה החקיקה הכרחי לשם מתן תוקף לנורמה הדתית. חילון זה מעורר ספק אם יש משמעות דתית לשילוב ההלכה במשפט המדינה. הדבר התעורר בדיון על הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, באחד סעיפי החוק הוזכרה חובת הילד לציית להוריו. ח"כ ורהפטיג אמר שאין צורך בחוק כי יש עשרת הדיברות, ואם לא מוטלת סנקציה אז די בציווי. דבריו אלו עוררו תגובות נמרצות מצד נציגי מפלגות שונות ואף בעולם האקדמי. גישתו של ח"כ ורהפטיג לא התקבלה על דעת כל חבריו בסיעתו ובנוסח הסופי של החוק. אם משמעות ההכרזה היא כי רק הגושפנקה הרשמית של המחוקק החילוני מעניקה תוקף מחייב לעיקרון הדתי, הרי יש בחקיקה משום מעשי אנטי-דתי מובהק. לעומת זאת, אם מטרת המחוקק הייתה להכריז על העיקרון בתור עיקרון דתי מחייב, הרי אז יש למעשה החקיקה משמעות דתית חיובית. אפשרות שלישית היא שהמחוקק אינו נוקט עמדה מפורשת בשאלת התוקף המוקדם של העיקרון כעיקרון דתי. נדמה כי נציגי המפלגות הדתיות יעדיפו את האפשרות השלישית, בעוד שהאפשרות הראשונה קרובה יותר לאמת.**

**השקפת עולמו של המחוקק היא חילונית, הוא אינו מכיר בקדושת ההלכה ואינו פועל מתוך אחריות לשלמותה. נכונותו לקלוט את הוראות הדין הדתי משיקולים לאומיים מותנית בהתאמתן לצרכי הזמן והחברה, כפי הבנתם של רוב חברי הכנסת. זוהי** גישה ביקורתית וסלקטיבית**, שהרי המחוקק לא נרתע מלדחות פתרון הלכתי מסוים שאינו נראה לו או מלהרכיב על הדין הדתי הוראות מודרניות שאינן תואמות להלכה. רעיון זה הובע בדבריו של משה זילברג. גישה זו שימשה יסוד לתנועה שלמה שקמה לפני כ-60 שנה ושאפה לקדם מה שכונה בפיה "משפט השלום העברי". מנקודת ראות דתית, דרך זו אינה יכולה להיות כשרה שהרי משמעותה היא** התנשאות גוף המחוקק מעל הדין הדתי**. חילון הדין הדתי אינו פורמאלי גרידא אלא מהותי וגלוי לעין.** הקליטה הסלקטיבית הינה שלילה מפורשת של קדושת ההלכה ויש לה משמעות אנטי-דתית**. סופרים דתיים ורבניים התנגדו לתנועה החילונית הנזכרת שפעלה למען משפט שלום עברי, ובהמשך אף מנציג מפלגה לא דתית.**

**נוסף לסלקציה מכוונת בהוראות ההלכה, ישנה** פגיעה נוספת בשלמות הדין הדתי**. המחוקק בקלטו דין מסוים, או אפילו מסכת שלמה של דינים מהדין הדתי, חייב** לשלבם לתוך מערכת הנורמות הכללית**. הדין הנקלט אינו עומד בחלל ריק, אלא רשת נורמות שלמה מקיפה אותו מכל עבר. התוצאה היא כי החלטת ביהמ"ש במקרה קונקרטי לא תזדהה עם ההכרעה שהייתה מוצאת באותו עניין ע"י מוסד רבני שהיה פוסק על טהרת ההלכה.**

**תופעה שניה המונעת למעשה קליטה שלמה של הדין הדתי מצויה במצבה הנוכחי של ההלכה עצמה. הפנייה כללית אל הדין הדתי לא תתקבל על דעת הכנסת כי הגוף המחוקק לא יהיה מוכן לקלוט את הדין הדתי ללא פירוט תוכנו. יהיה צורך** לתרגם את כללי הדין הדתי לשפת החקיקה המודרנית **באמצעות חוקים המנוסחים ניסוח קצר ותמציתי בכל סוגיה, ואין זה אפשרי במצב הנוכחי של ההלכה. הסיבות לכך נעוצות בחלקן בהתפתחותו המיוחדת של המשפט היהודי, ההלכה נתגבשה לאורך דורות של פוסקים בהיעדר מוסד מחוקק מרכזי שמכוחו היה לערוך קודקס שיטתי של הדינים. משום כך** לא קיימת עד היום קודיפיקציה אמיתית, ומספר המקורות הוא עצום**. בנוסף, ההלכה כפי שמופיעה במקורות מתייחסת למציאות חברתית שהיא נחלת העבר והרי שהכנתה לקליטה ע"י משפט המדינה היא מלאכה שאינה לפי יכולתו של המחוקק החילוני, מאחר והיא דורשת התעמקות רבה בכל המקורות לשם מציאת העיקרון הרחב הטמון בפרטי הדינים ומסוגל לתת פתרון לעובדות החיים המודרניות.** המציאות החברתית החדשה אינה משתקפת בפסקי ההלכה.

**מלבד אי-יכולתו של המחוקק החילוני להוציא ממקורות ההלכה עקרונות ודינים לשם הסדרת המציאות החדשה- הוא גם** נעדר סמכות לכך מבחינה דתית**. פוסק הלכה חייב להתחשב בכל הנתונים החדשים ולבדוק לאורם את הפתרון הקודם של ההלכה. נובע מכך כי גם כאשר המחוקק מוכן לקבל פתרון מסוים של ההלכה שנפסק במקור במציאות שונה, הוא עלול להקפיא מצב משפטי שאינו תואם עוד את המציאות החדשה לפי השקפתה של ההלכה דווקא. נקודה אחרונה היא שאחד מקווי האופי של ההלכה הוא קיומן של מחלוקות בין הפוסקים במספר רב של דינים, והתוצאה הינה כי** בעניינים רבים אין בכלל הלכה פסוקה**. המחוקק החילוני שלא יסכים לנסח חוק ובו שתי דעות מנוגדות ללא הכרעה יצטרך להכריע בעצמו במחלוקת. הכרעה זו מצד המחוקק שאינו בעל סמכות מבחינת הלכה להכריע במחלוקת, תיצור שוב** פגיעה מהותית בדין הדתי**. הקשיים שמנינו אינם נפתרים ע"י המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, היא אינה מוסמכת לפסוק הלכה וגם אינה מתיימרת לכך.**

**השפיטה היא הליך בולט של פסיקת הלכה. כדי שהשפיטה תקבל את המשמעות הדתית של פסיקת הלכה, אישיות השופט חייבת למלא תנאי מוקדם זה. להשקפת עולמו של השופט השפעה מכרעת על הפסק הסופי. משום כך,** קבעה ההלכה כתנאי מוקדם למינוי שופט כי יהיה שומר מצוות**. במציאות הישראלית רק מיעוט קטן של שופטים ממלא אחר התנאים הנדרשים ע"י ההלכה למינויו של דיין. נמצא כי בתי המשפט האזרחים שבידיהם תופקד החלת המשפט הדתי מלכתחילה אינם מוסדות מוסמכים לפסוק הלכה. אולם, הבחינה הפורמאלית של חוסר סמכות מנקודת ראות של ההלכה אינה הנימוק היחיד לכך שפסקי הדין האזרחיים לא יהיו פסקי הלכה שכן כאן יתעוררו הבעיות שמנינו לעיל. אם הופנה ע"י המחוקק לדין הדתי הפניה כוללת, הרי שהשופט יצטרך להחיל את ההלכה על המציאות המודרנית ולהכריע במקרים רבים במחלוקת הפוסקים.** אלו אינם לפי יכולתו של השופט הממוצע בישראל וודאי שאינם בסמכותו מבחינת ההלכה.

**תרגום הדין הדתי לשפה המודרנית בלבוש של חוק הכנסת יעשה ע"י המשפט שיפרש את הדין הדתי הנקלט לפי כללי הפרשנות השולטים במשפט הכללי ויחילנו את סדרי הדין ודיני הראיות הכלליים. לפי המצב המשפטי הקיים יושלם החסר בחוק, לא מתוך מקורות ההלכה, אלא ע"פ המשפט האנגלי המקובל, כל עוד לא יבוטל סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. לאור האמור לעיל, נציגים דתיים בכנסת דרשו** ביטול ההוראה המפנה למשפט האנגלי **לשם מילוי לקונות בשיטה המקומית. דוגמאות מהפסיקה המקומית כדי להמחיש מסקנות בדבר המשמעות הדתית של החלת דין דתי ע"י בתי המשפט האזרחיים:**

1. **בביהמ"ש המחוזי בת"א התעוררה שאלה בדבר חלוקת רכוש בין שותפים (למפעל תעשייתי). לאחר שהרכוש חולק לחלקים שווים ביקש אחד השותפים כי יינתן לו לבחור בחלק מסוים מבין החלקים השווים בטענה כי הוא קשור סנטימנטלית לחלק זה כי טיפח אישית את המפעל. השותפים האחרים התנגדו ודרשו חלוקה ע"פ הגורל. השופט החליט לפנות לדין היהודי. גם בדין העברי היו חילוקי דעות. השופט הכריע במחלוקת הפוסקים לטובת השותף האחד ע"פ שיקוליו שלו והרחיב את הדין על מקרה שאין בו עניין של מצרנות. האם חידוש זה בהלכה מוסמך ובעל תוקף?** שופט ביהמ"ש האזרחי רוצה להגיע ע"פ שיקולים חילוניים למטרה הנראית לו רצויה ואינו מרגיש עצמו אחראי לשלמות ההלכה.
2. **בביהמ"ש העליון נדונה שאלת תוקפה של צוואת שכיב מרע, שהיא צוואה ע"פ הדין היהודי. אמירת המנוח בדבר רכושו לא נעשתה במעמד שני עדים כשרים, כנדרש ע"פ ההלכה. נוכח הכלל כי דיני הראיות של המשפט הדתי אינם כובלים את ידי ביהמ"ש האזרחי, עלתה השאלה האם הצורך בעדים כשרים בהלכה הוא דרישה מהותית לעדי קיום או דרישה פרוצדוראלית לעדי בירור. ביהמ"ש סקר את מקורות ההלכה והגיע למסקנה כי כל הפוסקים, למעט דעת יחיד, רואים בעדים עדי בירור, ואולם נמצאו פוסקים שתומכים ואימצו את דעת היחיד. ביהמ"ש מודה כי עצם ההבחנה בין דין פרוצדוראלי ובין דין מהותי היא מלאכותית, אך הוא מנמק את הכלל בכך כי אין המצב שונה מהמצב השורר בביהמ"ש כשהוא מצווה לדון ע"פ משפט חילוני זר, שגם עליו לברור את הדין.** ביהמ"ש אינו נרתע מכך שהחלטתו העניינית המכשירה את הצוואה שונה מזו אליה היה מגיע בי"ד דתי לו היה נזקק לעניין. **פס"ד זה הוא** דוגמה יפה לגורל הצפוי לדין הדתי כשהוא מופעל ע"י גוף שיפוטי חילוני**. נטייתו הטבעית של השופט החילוני היא לפסוק במחלוקת הפוסקים, לא מתוך בירור אמיתי של המקורות ולפי הכללים הפנימיים להכרעה במחלוקת, אלא** לפי מגמתו האישית ע"פ שיקולים חילוניים.

**לאור האמור עולה כי קליטת המשפט היהודי לתוך מערכת משפט המדינה תביא לידי פגיעה בשלמות הדין הדתי. האם יש במסקנה זו לשלול שלילה מוחלטת של דרך זו? התשובה תלויה בהשקפת עולמו של המשיב. הטיעון לזכות המשמעות הלאומית של קליטת המשפט היהודי הוא לכאורה פשוט ומשכנע- המשפט הוא ביטוי של תרבות העם ויצירתו המרכזית של העם היהודי במשך דורות רבים. העצמאות המדינית מאפשרת ומחייבת עצמאות רוחנית ע"ב התרבות היהודית המקורית. אחת מנקודות הכובד בטיעון זה היא ההשוואה הנזכרת עם הלשון העברית. חרף משקל טיעון זה קיימים ספקות רציניים בדבר האפשרות להגשים את תוכנו. המשפט הפרטי, למעט דיני משפחה וירושה, אינו בעל משמעות תרבותית-לאומית עמוקה, הוא רחוק להיות מה שחשבו בשעתו בעלי האסכולה ההיסטורית כביטוי של "רוח העם".** האזרח הרגיל מעונין בפתרון קונקרטי שעה שהוא מבקש עצה משפטית, מקור ההשראה של הוראת דין מסוימת או יסודו הדוגמטי אינם מעניינים אותו.

**ניסיונות הקליטה שנעשו עד היום במדינת ישראל מאשרים את ספקותינו. ספקות בדבר המשמעות התרבותית הממשית של הניסיונות לקלוט משפט יהודי בלי יסודו הדתי, מערערים גם את הנימוקים של החוגים הדתיים. עמדת המפלגות הדתיות מהווה ביטוי למשבר עמוק ביהדות הדתית- מצד אחד חסרה כיום היהדות הדתית בסיס אידיאולוגי ביחסיה עם המדינה,** לא התגשמה שאיפת הציונות הדתית שהמדינה שתקום תהא מושתתת על הדת היהודית **שהרי מדינת ישראל חילונית. מהצד האחר, חסרה היהדות הדתית תוכנית חילופית מוגדרת בתחום המשפט הפרטי. כל עוד לא בוצעה העבודה העצומה של עריכת דינים באופן שיטתי ופסיקת ההלכה לגבי המציאות החדשה-** סיסמת השתתת המדינה על ההלכה חסרת תוכן ממשי**.**

**אי-הרצון או אי-היכולת של חוגים דתיים להכיר בעובדת חילוניותה של המדינה והיעדר תכנית חילופית שלמה של הסדר משפטי ע"פ ההלכה- הם המניעים האמיתיים למאמציהם לשלב דין דתי לתוך מערכת המשפט הכללי. בעינינו, גישה זו לא נכונה, היא חומקת מהתמודדות ערכים אמיתית תוך טשטוש הניגודים המהותיים. בתור גוף חילוני הכנסת לא יכולה להיות אורגן העוסק בהלכה, אין זה מתפקידה לפסוק הלכה.**

**אלון, המשפט העברי (עמ' 1598-1605) סיכום שירקו**

משפט עברי במערכת משפטית ישראלית-עצמאית, מבחינת עולמו של המשפט העברי

**מהות הקליטה של המשפט העברי: יש הטוענים שגם אם מערכת המשפט העברי תיקלט בצורה מסודרת ומלאה במערכת משפטה של מדינה עברית שאינה מקבלת על עצמה את עולה של ההלכה מבחינה דתית, נוגדת את עולמו הרוחני של המשפט העברי. הם טוענים שיש בכך משום 'חילונה של ההלכה'. טיעון זה מתבסס על ההכרה כי קבלת המשפט העברי אינה מבוצעת מתוך הכרה בתוקפו המחייב מבחינה דתית אלא מתוך אינטרסים אנושיים/ לאומים או אחרים. כמו כן הם טוענים כי הכנסת ובתי המשפט אינם בעלי הכשירות הדרושה בהלכה לפסוק ולהכריע בדיני ההלכה.**

**גישה זו באה לידי ביטוי בטענה שעלתה מפי אחד מחברי הכנסת הדתיים בעקבות וויכוח על ס' 20 להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. בס' זה נאמר כי הקטין חייב לציית להוריו בכל עניין הנתון לדאגתם והם רשאים לנקוט אמצעים מתאימים למען חינוכו. היו ח"כים שהתנגדו לסעיף זה משום שלטענתם אין המחוקק צריך להתערב באמצעות חקיקה ביחסים אישיים בין הורים לילדים. מכאן שאין לקבוע ולעגן את חובת כיבוד אב ואם בחוק. אחד מחברי הכנסת הביא דוגמא אשר תציג טענה זו- 'הכנסת עשרת הדיברות' לפנקס הקהילה לשם שיקיימו את הדיברות. הטענה שעולה היא שישנם דברים שלא מצריכים חוק, מספיק שיהיו תחת עשרת הדיברות, בייחוד שבמקרה של כיבוד אב ואם לא מדובר בהטלת סנקציה, ראוי שהדבר יישאר תחת עשרת הדברות ולא להוריד את רמת הציווי לאיזה עניין של חוק עובר.**

**ישנן שתי טעויות בגישתם של אלו הרואים בקליטת המשפט העברי במשפטה של מדינת ישראל כנוגדת את עולמו הרוחני של המשפט העברי:**

1. **מבחינת השקפת עולמה של ההלכה- אין קדושתם של עקרונות המשפט העברי נפגעת וזאת משום שמבחינת התיאוריה של המשפט הכללי מפני שעקרון המשפט העברי הופך לעקרון מחייב. כלומר, המשפט העברי הופך לבעל תוקף מחייב מבחינה משפטית ולכן ההלכה אינו יכולה לרדת מקדושתה. על-כן ניתן לראות חברי כנסת רבים אשר חוזרים ודורשים לבסס כל חוק על המשפט העברי. אם נחזור לדיון אודות ס' 20 לחוק הכשרות שם עלתה הטענה כי קליטת המשפט העברי אינה רצויה משום הורדת ערכו של עיקרון כיבוד הורים מצו אלוקי לחוק של בני אדם (עיקרון המופיע בעשרת הדיברות)- באותו הקשר היו ח"כ שטען כי יש צורך שהציות של הילד מקורו בעשרת הדיברות וזאת משום שבאופן זה אנו מציינים על מה אנו משתיתים את החוק ואת עקרונותיו ואכן לבסוף נראה כי נוסח הסעיף שנבחר הוא "הקטין חייב תוך כיבוד אב ואם לציית...".**
2. **מבחינת מהות קליטת המשפט העברי במשפט המדינה. כאשר חברי הכנסת או בתי המשפט באים לקלוט עקרונות מהמשפט העברי הם אינם מתיימרים לפסוק הלכה באותו דין מדיני המשפט העברי, ואף אינם חושבים שיש בידם הסמכות ההלכתית לפסוק את דיני ההלכה. אולם לימודה, מחקריה והלכותיה של התורה אף פעם לא התבססו ע"פ פוסקיה בלבד. בעולמה של ההלכה היה גם לומד וגם פוסק והמון פעמים היו סתירה ושוני בין טענותיהם. כמו כן, גם דרכו של החוקר שונה מדרכו של הפוסק- הדיין הפוסק את הדין תפקידו מקביל לתפקיד של שופט, דהיינו הוא בודק וקובע דוגמתית את הדין. לעומת זאת החוקר בודק בדיקה דוגמתית את הדין מבחינה היסטורית ובתקופות שונות של ההלכה במטרה למצוא עקרון משותף בתקופות אלו (לדוג' העקרון שמאיימים על העד ואין משביעים אותו). ההבדלים בין דרך הלימוד והפסיקה הם מהותיים. הלומד מבקש לעמוד על שורשיו של הנושא ולנתח את הסוגייה מבחינה אנליטית. הלומד אף ילמד ויעמיק בדעות השונות של הראשונים והאחרונים. לעומת זאת, עיקר עבודת הפוסק היא להכריע במקרה או בעיה מסוימת המובאים לפניו. על-כן נראה כי הפוסק אינו נדרש לדון ולעיין בכל המקורות ובכל התקופות שמהם התפתחו דעות שונות בנושא. כלומר, הפוסק אינו חייב להתעמק בסוגיות בתקופות השונות אלא מהות תפקידו היא הכרעה בהלכה בנושא הקונקרטי במצב הנוכחי שלפניו כפי שהוא מצוי בספרות הפוסקים והשו"ת. מכאן היו טענות שרש"י בתפקידו ביקש לפרש ולא לפסוק שהרי הפסיקה והלימוד מובילים למסקנות שונות ועל-כן יש להעדיף את המסקנה שבשו"ת כי היא מורה על מה יש לעשות בפועל.**

**חשוב לציין שגם הפוסק וגם הלומד מהווים חלק אינטגראלי ומהותי בעולם ההלכה. השוני בין החוקר לפוסק גדול אף יותר מהשוני שבין הלומד לפוסק, זאת משום אופי העבודה של החוקר אשר מתעמק בנתונים מדעיים וצריך להביע בקיאות רבה יותר מהלומד. החוקר צריך להביא את כל החומר המצוי בנושא מסוים ולשלוט בו, לעמוד על הדעות השונות ולהיות בקיא במציאות ההיסטורית. גם החוקר יכול להגיע לפתרון שונה מהפוסק, ודבר זה אף רצוי בעולם ההלכה כל עוד החוקר מבקש להתעמק בהלכה ולא מבקש לפסוק אותה. עיקרון זה העולה בידי החוקר והלומד מתבקש להיקלט במערכת המשפט בישראל כדי להמשיך ולשזור את רעיון המשפט העברי. כלומר, יש כאן הבדל מהותי בין פסיקת ההלכה לבין ההתעמקות ויש לקלוט ולשזור את העקרון הזה במערכת המשפט המחייב בישראל. ועל-כן נראה כי קליטה זו מהווה קליטה רצויה.**

**נראה שהגישה השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט המדינה מקורה בטענה שההלכה אינה מכירה בהווייתה היהודית של המדינה העברית, כלומר שאינה מקבלת את ההלכה באמת ושהחוקים של המדינה נובעים רק מאספקט שלטוני. אכן מתקופת האמנציפציה- היו חילוקי דעות בין שומרי התורה והמצוות לקבוצות ותנועות ההתעוררות הלאומית. היו ימים שראו בפיתוח השפה העברית כחילול הקודש. כמו כן בכיבוש הארץ ויישובה ללא שמירה על המצוות ראו פגיעה בקדשי האומה וערכיה- אולם דווקא במקרים אלו ההכרעה הייתה ברורה יותר ובסוף השפה העברית בשימוש לשון הקודש השתרשה וכך גם יישוב הארץ והחייאתה. לעומת זאת, עדיין המשפט העברי אינו נקלט ע"י כל חלקי האומה מסיבות חברתיות ודתיות. נציין כי קליטת המשפט העברי אין בה פגיעה בעולמו של המשפט העברי ואין בקליטתו משום חילון המשפט העברי. אם לא יעשו במשפט העברי שימוש הוא לא יהיה טהור ומשומר אלא ההפך דווקא. החייאת המשפט העברי והחזרתו לחיי המעשה יכולה להיעשות על ידי קליטתו המחודשת במערכת המשפט של מדינת ישראל וזאת רק מתוך התמודדות עם סוגיות חדשות.**

***שיעור 4 22.11.22***

**שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנקודת מבט דתית**

**אם מסתכלים על שאלת השילוב המשפט העברי במשפט המדינה, מנקודת מבט דתית-הלכתית, האם קליטתו של המשפט העברי באופן שלם או באופן חלקי (כפי שראינו) הוא דבר רצוי, ראוי או דבר חסר ערך ואולי אף מזיק? לכאורה נאמר שאנשים דתיים, שומרי מצוות, רבנים, ירצו שהמדינה תאמץ את ההלכה, את המשטר העברי ההלכתי, שכן זה המשפט הרצוי שחובה לנהוג על פיו מנקודת מבט דתית. אם המדינה מאמצת אותו כמובן שהדבר ראוי. אך הדברים אינם כה פשוטים. לכל הדעות, אין מדובר באימוץ של ההלכה באופן מלא, לא מבחינה מהותית באימוץ כלל חוקי ההלכה, ובוודאי לא אימוץ של הערכאות ההלכתיות של בתי הדין. ברור שבתי המשפט של המדינה הם בתי משפט אזרחיים, אינם בתי דין רבניים או תורניים, האנשים שיושבים בהליך אינם בהכרח כשרים לדון. ברור שכאשר אנו מדברים על קליטת המשפט העברי, מדובר על קליטה סלקטיבית וחלקית שלו, לא מאמצים את ההלכה כפי שהיא אלא מאמצים ממנה חלקים נבחרים, שלמים יותר, שלמים פחות, לעיתים רק סעיפים ספציפיים. ראינו בשיעור הקודם את חוק הירושה שמדגים את הברירה הסלקטיבית של הסעיפים שנשענים על המשפט העברי. כלומר, אין מדובר באימוץ ההלכה. זאת ועוד, בתי המשפט הם בתי משפט אזרחיים, ולכן עולה השאלה האם יש טעם בכך? העמדה הרבנית הקלאסית הייתה ועודנה שההלכה היא גוף שלם ויש לאמץ את כולו, ואי אפשר לעשות בו שינויים סלקטיביים.**

**הרב א"י וולדנברג, הלכות מדינה**

***"בתורה שבכתב ושבעל פה נמצא כל החוקים והמשפטים השייכים למדינה והליכותיה ובה פתרונות לכל הדברים שבין אדם לאדם ובין אדם למדינה לכל התקופות והדורות. חוקת היסוד של מדינתנו כבר ניתנה בסיני ולא תשתנה לעולמים. לא אנו נתנה לה את תוקפה וממילא לא בידינו לבטלה... עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתי ע"י הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה".***

**הוא מונה עקרונות שניתן לעמוד מהם על תפיסתו. נקודת המוצא שלו היא שיש בתורה ובהלכה הצעה שלמה ושיטתית לניהול חיי המדינה מבחינה משפטית. צריך בעיקר להחליט שהתורה היא תהיה משפט המדינה, ויש בתורה פתרון לכל השאלות. הוא היה איש מפוקח וידע ששאלות שעומדות היום (1948) שונות משאלות שעמדו בפני הרמב"ם (1200) או לפני המשנה (200). ברור שיש פה שינויי נסיבות, אך הוא הניח ששינויי נסיבות אלו ניתנים, כפי שהתפתחה ההלכה במשך השנים, להמשיך להתפתח, ופוסקים יכולים להפיק ממנה ולהתאים אותה למציאות, לא ע"י שינוי ההלכה אלא ע"י שינוי היישום שלה. איך יתנהל השינוי? מי מוסמך לבצע את השינויים הדרושים בהלכה לצורך התאמתה למציאות המודרנית?**

**"נואלו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהיגי דור ודור, תהיינה מעמדם הציבורים והשקפותיהם הרוחניות איזו שתהיינה, לתקן תקנות לצורכי הדור בכל שטחי החיים לפי ראות עיניהם, והנקל בעיניהם לשנות גם כן את חוקי התורה המפורשים בתורה שבכתב [...] אין הרשות נתונה לכך כי אם לחכמי התורה שבדור אשר יד ושם להם בהבנת דברי התורה."**

***הוא אומר שהשינויים הדרושים בהלכה כדי להתאימה למציאות המודרנית שבה אנו חיים, צריכים לבוא ע"י חכמי ההלכה שיד ושם להם בהבנת דברי התורה. סמכות זו איננה נתונה למנהיגי הציבור, כלומר, אין בכוחם של ח"כ לשנות את ההלכה, אלא רק בסמכותם של חכמים. לכן, מנקודת מבטו, אם מדברים על אימוץ סלקטיבי של המשפט העברי, של ההלכה, עמדתו היא שהדבר פסול. אין סמכות לחברי הכנסת לבחור חוק כזה או אחר, ואף אין להם סמכות לפרש את החוקים ולהתאימם. ההלכה היא שלמות אורגנית שהשינוי שבה יכול להיעשות מבפנים באמצעות חכמי ההלכה המוסמכים לכך. לכן, אם המדינה לוקחת את המשפט העברי ומשנה אותו/ מתאימה אותו/ בוררת בתוכו, אלו פעולות לא לגיטימיות מבחינת ההלכה. מבחינתו נשמע שאין בזה טעם ואולי אף הדבר פסול כי אי אפשר לפרש את ההלכה באופן בלתי מוסמך. הזכרנו בשיעורים הקודמים שזה היה רקע לפיצול תנועת המשפט העברי, מאחר ונקודת המוצא הייתה שניתן לעשות פיתוחים כאלה ורבנים כמוהו חלקו על כך. בעיניו הדבר בהחלט פסול.***

***הרב יצחק הרצוג, הרב הראשי לישראל שעת הקמת המדינה***

***"התחיקה והמשפט קשורים זה בזה, כלומר שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות, שהתחוקה (קונסטיטוציה) תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה. כדי שיתקבל יסוד זה... מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה." (נכתב בשנת תש"ח, קודם להקמת המדינה).***

***הוא אומר דבר מעניין ואף נועז- לרב הרצוג יש תוכנית שבנויה על שני עקרונות:***

1. ***אימוץ ההלכה כיסוד המשפט- הדרישה שהמדינה תאמץ בחוקה העתידית סעיף שאומר שמשפט המדינה מבוסס על יסודות ההלכה או שאינו סותר אותו. המדינה צריכה לאמץ את יסודות התורה, לפחות כסעיף עקרוני.***
2. ***נכונות לשינוי דרמטי של ההלכה- הרצוג אומר שגם חכמי ההלכה חייבים לעבד מצע למשפט ההלכתי שיתחשב עם האופי הדמוקרטי. הוא מבין שבתי הדין לפי ההלכה, אם נעמוד בדרישותיהם ההלכתיים, לא משתלבים עם תפיסה דמוקרטית. לפי ההלכה, בבתי דין יכולים לשבת רק יהודים, רק גברים, רק שומרי מצוות. זו דרישה יפה לקהילה דתית שיכולה להחליט שהיא מקבלת עקרונות אלו. אולם עקרונות אלו אינם מתאימים למדינה דמוקרטית הטרוגנית שמקבלת את עיקרון השוויון ורוצה שכל אזרחיה יוכלו להיות שופטים באופן עקרוני (אין מניעה לפי מוצא או מגדר). שאלה דומה עולה ביחס לעדים. אם אנחנו מקבלים את העקרונות ההלכתיים, בתי המשפט שהמדינה תקים וודאי לא יתאימו להלכה, אם הולכים לפי ההלכה זה לא דמוקרטי. הרצוג ראה אתגר גדול בכך וכתב סדרת מאמרים שמסבירים שההלכה יכולה להכיר בשופטים שיהיו גם יהודים ולא יהודים, גברים ונשים, שומרי מצוות ושאינם שומרי מצוות. במילים אחרות, ההלכה יכולה לקבל את עיקרון השוויון. זה מהלך נועז שלטעמו מבוסס על האפשרות שבעלי הדין יכולים להסכים לדון בפניהם. לדבריו, ההגבלות ההלכתיות חלות על שופטים ממונים, אך ברגע שבעלי הדין או הקהילה מקבלת על עצמה את השופטים. השופטים יכולים להיות גם כאלה שאינם כשרים ע"פ הדין. אם מהלך זה היה מתקבל הוא היה מחולל מהלך דרמטי. הוא למעשה מציע שהמדינה כמדינה, באמצעות הכנסת, תציע כללים למינוי שופטים לפיהם כולם רשאים להיות שופטים, יהיו מינויים מוסדיים תחת הסכמה עקרונית על כך שהשופטים אינם דווקא מי שכשרים ע"פ הדין.***

***ההלכה מבחינה בין סוגי בתי דין. לפי ההלכה, בי"ד של מומחים, אנשים שמומחים לדון לפי ההלכה, דן לפי דין תורה, זה ביה"ד הרצוי. ההלכה מכירה גם בבי"ד של הדיוטות, של אנשים שאינם מומחים בהלכה, והם משתדלים לדון בהלכה ככל יכולתם, הגם שאינה באותה רמה. ההלכה מכירה במערכת כזו. יש מן הפוסקים שאמרו שזה מתקבל רק במקום בו אין חכמים, אך יש דעות שלא כך, שגורסות שגם אם יש חכמים, הלגיטימיות של בי"ד של הדיוטות עומדת בעינה תמיד. יובהר כי אנו מדברים רק על דין אזרחי, דיני ממונות כהגדרת ההלכה. הרב הרצוג חשב שבתי המשפט של המדינה יוכרו מבחינת ההלכה כבתי דין של הדיוטות. לצורך כך נצרכה התאמה חשובה שאומרת שבבתי דין יכולים לדון לא רק חכמים, ושכל האזרחים יכולים לדון בה. נקודת המוצא שלו היא שהמדינה היא דמוקרטית. הוא מנסה ליצור מפגש בין ההלכה לבין הדמוקרטיה.***

***שאלה מעניינת שלא ניתנה עליה תשובה- בתי דין של הדיוטות ידונו ע"פ משפט שמבוסס על דין תורה, יפרשו ויחדשו תוך כדי זה. האם יהיה לכך תוקף הלכתי? זאת הייתה שאיפתו העקרונית.***

*שני עקרונות אלו לא התקבלו****. המהלך הזה לא צלח.***

***הוא היה קרוב לרב וולדנברג בכך שגרס שהשינויים במשפט ייעשו ע"י תלמידי חכמים, והוא כבר נקב במוסד מסוים שהרי הוא הרב הראשי לישראל, והצביע על הרבנות הראשית ואמר שהיא זו שצריכה להתקין תקנות לשינויים בהלכה, ולא המחוקק. למשל, הוא הציע לתקן את חוק הירושה שישוו את מעמד הבכור והפשוט ואת מעמד הבנים והבנות, כתקנה, שהרי לפי ההלכה אפשר לתקן תקנות בדיני ממונות, חבריו הרבניים לא הלכו עמו בכך.***

***רוב הציבור בשעתו לא העלה על דעתו לקבל סעיף שהמשפט יהיה מבוסס על משפט התורה. הצעותיו הנועזות נדחו ע"י רבנים לתקנות ושינויים בהלכה. ולכן, תקוותו הגדולה נכזבה משני הצדדים.***

***אלו דבריו לאחר שהוא נוכח שהמדינה שהוקמה לא תבסס את משפטה על משפט התורה:***

***הרב הרצוג, על משפט התורה***

**"אם בנוגע למצב הקיים, היינו "הסטטוס קוו" עשויות להישמע טענות, אבל בנוגע לעתיד מה יש לטעון? הנה כבר הושיבו בתי דינים או בתי משפט, וקבעו משרד למשפטים ובית דין, או בית משפט עליון, ותורת ישראל נדרשה, לא נזכרה ולא נפקדה... כלום לא הייתה מחובתה הראשונה של הממשלה להכריז ולהודיע שכוונתה ומטרתה היא, שעל כל פנים אחרי תקופת המעבר הזאת, ישוב משפט התורה לחדש ימיו כקדם, ושהיא, ממשלת ישראל, עתידה לבקש עצה, הדרכה, והוראה, מפי חכמי התורה בנוגע לתקנות והשלמות הדרושות בשטחים ידועים במשפט התורה, כשינתן לו תוקף מלכותי?"**

**הוא ציפה שאחרי הקמת המדינה, המדינה תצהיר שהיא מבססת את המשפט על משפט התורה ומחדשת את המשפט כקדם. זו תמימות שלא נענתה, והוא התאכזב אכזבה עצומה. באופן אידיאלי, הרצוג רצה ליצור התאמה בין משפט התורה למשפט המדינה כמדינה מודרנית. אחרי אכזבתו שזה לא קרה, מה עכשיו?**

**"צו השעה חזק עלינו להכין מעין "ערוך השולחן" בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים. זה, אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים. יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים, וכו', וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד, אלא שיש צורך להק במידה ידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה. התועלת תהיה כפולה- תועלת בשבילנו גם בשביל בתי המשפט של המדינה. הבה אפשר את דבריי. אם אנחנו לא נוציא "אוצר משפטים" בצורה ההיא מה יעשו היוריסטים שאינם יכולים להתמצא בחושן משפט? הלא יקחו להם מן הגויים איזה קודקס. ונמצא שם שמיים מתחלל במידה גסה, בישראל וגם בעמים. אם יהיה ספר כזה משלנו מוכן, מסתבר שלא יתעלמו מדיני התורה ויסכלו להם חטיבות חטיבות ואולי פרקים פרקים. ועדיין זה רחוק מאוד ממילוי דרישתנו... עם זאת התורה לא תחגור כולה שק".**

***הוא מנסה לנסח קובץ הלכה חדש, קודקס הלכה בשם "ערוך השולחן". הוא מבין שצריך לנסח את ההלכה באופן שמתאים לחוק מודרני. הוא מדבר על השלמות בתחומים שלא נדונו בהלכה ויש להשלימם (לדוג' משפט מסחרי, דיני בנקאות, דיני ביטוח, דיני חברות, שאלו הם תחומים משפטיים שההלכה הקדם-מודרנית לא התייחסה אליהם שנדרש לייצר להם חוקים על בסיס ההלכה). הוא מוסיף שצריך גם תקנות, שאלו כבר שינויים, ע"י מוסמכים בהלכה. הוא מודה בצורה מפורשת שההלכה דורשת התאמה ולכן יש לעשות כן גם לצורך בתי הדין הרבניים. מעבר לכך, ההתמצאות בים התלמוד והפוסקים הוא עניין קשה ונדרש לנסח חוק שעל פיו אפשר לפסוק ללא פניה למקורות השונים. יש לייסד קודקס אזרחי שמבוסס על המשפט העברי, על ההלכה. התועלת תהיה כפולה- תועלת בשביל בתי הדין הרבניים שיוכלו לדון לפי ההלכה בתחומים שדורשים השלמה ותיקון, ותועלת בשביל בתי המשפט של המדינה. הוא לא רוצה שהמשפטנים יאמצו קודקס ממדינות מפותחות. בעיניו חילול שם שמיים הוא לאמץ שיטת משפט זרה. אם יהיה ספר חוקים מוכן משלנו לא יתעלמו מדיני התורה, התורה לא תחגור כולה שק. הוא מציע תכנית מעשית אחרי הקמת המדינה כיצד לתאם בין משפט המדינה למשפט התורה. יש לנסח קודקס אזרחי חדש שיהווה מפעל עצום של פסיקת הלכה, של השלמת ההלכה. יש צורך להושיב חכמים שינסחו דינים שלא קיימים ויתקינו תקנות.*** *הוא מציע להניח על השולחן ספר, אופציה לחוק ע"פ ההלכה, והמדינה שכעת אחרי הקמתה נכנסת לתהליך של חקיקה תוכל להיעזר בו ולאמץ חלקים ממנו.*

***מה הרב הרצוג חושב על פרויקט המשפט העברי?***

***הוא מתקרב לאפשרות זו כי הוא מבין שהמדינה תחוקק חוק משלה (הוא מבין שהמדינה לא תחוקק את משפט התורה למרות שאינו מסכים על כך) והוא רוצה להציע לה חוק לפי ההלכה. כלומר הוא מציע לחוקק חוקים בתחומים השונים ולהניח על המדף, וכך משרד המשפטים יוכל לאמץ חוקים אלו ולהיעזר בהם. זו הנחה פרגמטית שמתקרבת לאימוץ חוקים לפי המשפט העברי. הוא אינו עומד על מקומו בהצעתו הראשונה לאימוץ ההלכה כמכלול, הוא מציע להציע קודקס שהמדינה תוכל לאמץ "פרקים פרקים חטיבות חטיבות". כלומר הוא מציע להניח חוקים שהמדינה תוכל לקבל. יודגש כי*** *הרב הרצוג לא שולל ואפילו תומך באימוץ סלקטיבי של המשפט****, לא משום שזה אידיאלי "רחוק מאוד ממילוי דרישתנו" אבל התורה "לא תחגור שק", דהיינו לא תהיה התעלמות מהתורה. באידיאל הוא מציע לאמץ הכל, אבל לכל הפחות שהאימוץ יהיה חלקי.***

***הרב וולדנברג והרב הרצוג הם רבניים ציוניים. הרבנים החרדיים לא התייחסו לכך באופן ישיר, ואם כן הם שללו זאת מכל וכל. לדוגמה החזון איש אמר שאו שיאמצו את ההלכה כולה, ואם לא הכל פסול. בדר"כ הם מיעטו להתייחס לעניין כי הם שללו באופן עקרוני את המדינה בכלל, והם התייחסו אליה כמדינה כאל כל מדינה בעולם ולא ראו בה מדינה יהודית בשום מובן. הרבנים שציינו הם רבנים ציוניים שהזדהו עם המפעל הציוני ועם המדינה.***

***הוויכוח בדבר החלת משפט ההלכה במשפט המדינה היה קיים גם בקרב מלומדים משפטניים דתיים- פרופ' אנגלרד ופרופ' אלון***

***פרופ' אנגרלד***

***אנגלרד כתב בראשית הדברים מאמר שבו הוא ביקר את פרויקט המשפט העברי והתנגד לו. הוא ביקש לחדד את ההבחנה בין משפט דתי למשפט המדינה.***

*משפט דתי* ***הוא משפט המכיל שיקולים דתיים, ערכים דתיים והליכים בעלי אופי דתי (כגון קללות, שבועה, חרמות וכו'). מחוקקים ושופטים במשפט דתי צריכים, בין השאר, לשקול שיקולים דתיים, ולכן שופטים ומחוקקים במשפט דתי צריכים להזדהות עם האמונה הדתית כדי לשקול שיקולים אלו. יש סטנדרטים מי יכול להיות שופט. דרישות אלו אינן דרישות שניתן לדלג עליהן. מבחינה זו הוא טוען שגישתו של הרב הרצוג מטשטשת את הדברים. שיטה דתית שלמה היא שיטה שהעקרונות והשיקולים הדתיים הם חלק מהמשפט והשופטים צריכים להיות ראויים לשקול אותם.***

*משפט המדינה* ***הוא משפט חילוני, שכולל אינטרסים וערכים אנושיים וחברתיים בלבד. משפט המדינה לא כולל אינטרסים דתיים וערכים דתיים, זה אולי אף פסול מנק' מבטה של המדינה לכלול אותם. לדוגמה, רשות שלטונית לא רשאית באמצעות חקיקה או תקנות לכפות נורמות דתיות ושיקולים דתיים, כי משפט המדינה הינו משפט שלא שוקל שיקולים דתיים. לכן שופטים ומחוקקים במשפט המדינה צריכים להזדהות עם ערכיה, כששיקולים דתיים אינם רלוונטיים. שופט שהוא גם דתי, צריך לשפוט אך ורק לפי החוק ולא לפי ערכים הדתיים. שופט שפוסק לפי שיקולים דתיים פוסק פסק דין פסול.***

***י****ש שתי מערכות נפרדות. חשוב לאנגרלד לחדד את ההבחנה כדי לומר שכאשר משפט המדינה מאמץ משפט דתי (הלכה) או נורמות מהמשפט העברי, הוא מחלן אותן, כיוון שהן נטמעות במשפט המדינה, ועכשיו צריך להפעילן ולפרשן לפי שיקולים חילוניים, אנושיים. אסור יהיה להשתמש בשיקולים דתיים בפירושם. כשלוקחים משפט הלכתי ומטמיעים אותו במשפט המדינה, למעשה מחלנים אותו. הוא מבחין בין שני סוגי חילון:*

1. *חילון פורמאלי- קשור במקור הסמכות. אף אם נקבל נורמה חוקית בשלמותה (חוק שלם שמועתק ממשפט התורה למשפט המדינה), ברגע עשיית פעולה זו אנו אומרים שמקור החיוב של החוק זה עצם חקיקתו החילונית. קודם לכן מקור החיוב היה החקיקה הדתית שלו. נורמה בסיסית היא הנורמה העומדת ביסודו של כל מערכת משפט. הנורמה הבסיסית במשפט מדינת ישראל הוא ציות לחוקי היסוד של הכנסת. כתוצאה מכך, צריך לציית לכל החוקים, כי חוקי היסוד קובעים שהכנסת היא הרשות המחוקקת, ויש לציית לכל חוקיה. כל חקיקת המשנה נובעת מהחקיקה הראשית, וכן הלאה.* ***הנורמה הבסיסית של ההלכה היא ה', יש לציית לה', לחוקי התורה. אדם דתי מחויב לנורמה שיש לציית לחוקי התורה. כשלוקחים נורמה הלכתית ושותלים אותה בחוקי הכנסת, מעתה יש לציית לה מכוח הנורמה של ציות לכנסת. זהו חילון פורמלי- לקחנו נורמה שהבסיס לציות לה היה החוק הדתי והפכנו אותה לנורמה שהבסיס לציות לה הוא החוק החילוני, זהו חילון, הפיכתה לנורמה חילונית, גם אם תוכנה זהה. קיומה כעת מכוח קיום החוק ולא מכוח קיום ההלכה. כשאדם מקיים נורמה שמקורה ההיסטורי במשפט העברי, והוא מקיימה כעת כי זה חוק הכנסת, זה לא פעולה של חוק דתי. ישנו עיקרון בהלכה של כוונה למצוות ("מצוות צריכות כוונה"), הפעולה הדתית היא פעולה של מעשים מתוך מודעות. ייתכן שתוכן המצווה יהיה זהה אבל הכוונה משתנה.*** *(התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים ע"י הכנסת. התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה. אימוץ המשפט העברי ע"י הכנסת משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני ולא דתי).* ***בעיני אנגלרד יש חילון ואי אפשר לתפוס את התוקף של הנורמה מעתה כתוקף של נורמה דתית.*** *מרגע ששתלנו חוק דתי בכנסת הוא כבר לא חוק דתי, הבסיס לנורמה הוא חילוני****. אלון יאמר שאי אפשר לחלן הלכה כי יש לה תוקף עצמאי, אולם בעיני אנגלרד יש בכך שינוי בסיס הנורמה. ביסוס הנורמה על חקיקת הכנסת היא נורמה חילונית ולא דתית.***
2. *חילון מהותי****-***
3. ***פגיעה מהותית בהלכה באמצעות חקיקה:***

***כאשר המדינה מאמצת חוק מהמשפט העברי, אז החוק הזה משתלב בסביבה המשפטית שלו. כלומר, חוק וסעיף חוק לא עומדים לבד אף פעם, תמיד הוא משתלב בסביבה שלו. ההשתלבות בסביבה בהכרח משנה אותו, מחייבת לפרש אותו באופן שעשוי להיות שונה מכוונתו המקורית. כלומר, חוק של המשפט העברי שמאומץ ע"י הכנסת מחייב ניסוח מחדש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במקרים חדשים שלא נדונו בעבר. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במחלוקת. לדוגמה: חוק הערבות תשכ"ז-1967 קובע בס' 1:* "ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי". *הגדרה זו מתאימה למשפט העברי, גם לפי המשפט העברי זהו מושג הערבות. אימצנו פה נורמה מהמשפט העברי. איך מפרשים את הנורמה הזו? מיהו "אדם"? ישנם שלושה- ערב, חייב, נושה. הכוונה גם לגבר וגם לאישה? הכוונה גם לתאגיד? איך יודעים כיצד לפרש מבחינה משפטית? לפי חוק פרשנות משפטית. האם פרשנות זו מתאימה להלכה? לא בהכרח. האם תאגיד יכול להיות ערב לפי ההלכה? ההלכה לא נתנה על כך את הדעת כי אינה עסקה בדיני תאגיד. כעת יש לקבוע אם כן או לא. אנגלרד אומר שזה מחייב את השופט לפסוק, האם הוא מוסמך לפסוק לפי ההלכה? פרשנות השופט את החוק היא בוודאי לא פרשנות הלכתית, גם אם מקור החוק במשפט. שאלה נוספת שנשאל היא מיהו אדם לפי חוק הכשרות המשפטית שיכול להיות ערב? לפי ההלכה אדם בגיר הוא מגיל 13, ולפי חוק הכשרות המשפטית מגיל 18, לפי מה נפרש? פירוש החוק לא יהיה ע"פ ההלכה. נשאלת השאלה "מהו חיוב"? החוק בהמשך אומר שחיוב הוא בין קצוב בין מותנה, דהיינו שאדם ערב לחוב אם ייקח בעתיד (ערב יכול לחתום כערב על משכנתא שטרם נלקחה), לפי ההלכה ערבות כזו לא תופסת. במילים אחרות, אומר אנגלרד שאנו רואים שכאשר החקיקה מאמצת נורמה, אפילו אם לפי המשפט העברי, היא נשתלת בסביבתה ומתפרשת לפי המשפט הכללי.***

1. ***פגיעה מהותית בהלכה באמצעות השפיטה:***

***שופטים שיפרשו נורמות יפרשו אותם לפי החוק באופן שהם אינם מוסמכים בהכרח לפרש לפי ההלכה, ואין לכך מעמד הלכתי. שופטים בבתי משפט אזרחיים אינם עומדים בתנאי הכשירות לפי ההלכה. שופטים נדרשים לפרש ולפתח את החוק הקיים ואין להם סמכות הלכתית לכך. שופטים נדרשים להכריע במחלוקות ואינם מוסמכים לכך.***

***אנגלרד אומר שאי אפשר לראות את פעולות השופטים במסגרת משפט המדינה כפעולות הלכתיות. שופט אינו פוסק הלכה. לכן, אימוץ של ההלכה אל תוך משפט המדינה בעצם מחלן אותה גם מבחינה פורמלית וגם מבחינה מהותית, היא תהיה שונה, אינה אותו דבר.***

***כלומר, אנגלרד אומר שהמשפט הדתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי. המחוקקים והשופטים אמורים לשקול, בין השאר, שיקולים אלה. הם צריכים להיות ראויים ומתאימים לשקול את השיקולים הללו. כומר להיות מזוהים על הלכה וכפופים לה. משפט המדינה מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד. המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואינם צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים.***

***ס' 23 לחוק הירושה עוסק בצוואת שכיב מרע:* "שכיב מרע וכן אדם הרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות רשאי לצוות בעל פה בפני שני עדים השומעים את לשונו"*. שכיב מרע הינו מונח מההלכה שפירושו אדם חולה שנוטה למות. לפי חוק הירושה בדר"כ, אדם צריך לכתוב צוואה בכתב. ההלכה קובעת יוצא מן הכלל, במקרה של שכיב מרע לא צריך לכתוב את הצוואה, אלא יש לומר אותה בפני שני עדים, וצוואה זו תקפה. החוק הישראלי אימץ את העיקרון של צוואה שכיב מרע. החוק מאמץ את המוסד ההלכתי של צוואת שכיב מרע וקובע שאין צורך בכתיבת הצוואה, די בציווי מול שני עדים. זו נורמה הלכתית, ונשאלת השאלה האם שני העדים הללו צריכים להיות עדים כשרים לפי ההלכה? ברור שהמחוקק שאימץ את הנורמה לא התכוון שהעדים יהיו כשרים לפי ההלכה. לכן, הנורמה ההלכתית שנשתלת בחוק מקבלת פירוש אחר.***

***אנגלרד אומר שפרויקט המשפט העברי הוא פרויקט*** *שמנקודת מבט דתית-הלכתית אין סיבה לתמוך בו****, מאחר והוא מחלן את ההלכה, הן חילון פורמאלי והן חילון מהותי. אפשר לטעון שזו אינה ההלכה, אך יש אינטרס לאומי-תרבותי לאו דווקא הלכתי.***

***פרופ' אלון***

***מפעל חייו של אלון היה שילוב המשפט העברי במשפט המדינה. בכל פסקי הדין שלו הוא התאמץ לשלב את המשפט העברי. הוא חולק על עמדתו של אנגלרד.***

***המשפט העברי, פרופ' מנחם אלון***

**"שילוב המשפט העברי או ההלכה במשפט המדינה אינו יכול לחלן אותה. להלכה יש תוקף עצמי שאינו תלוי במשפט המדינה. אין במעשה של קליטת המשפט העברי ע"י המערכת השיפוטית משום מעשה של פסק דין של חכם הלכה, לא מבחינה עולמה של ההלכה ולא מבחינת ריבונותה של הכנסת."**

***הוא אינו טוען שפסיקת בביהמ"ש היא פסיקה הלכתית, אלא הקליטה של המשפט העברי נובעת מנימוק תרבותי שאינו נוגע לפן ההלכתי-דתי של העניין.***

**"עיקרון העולה בידי הלומד והחוקר בדרך לימוד ומחקרו מתבקש להיקלט בחוקיה של המדינה ובפסיקתם של בתי המשפט לא כדי שאלה יוסיפו הלכה לשולחן ערוך המחייב מבחינה דתית אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למשפטה של מדינת ישראל המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית. זו קליטה נאה ורצויה אף על פי שאינה פסק הלכה של המשפט העברי".**

***הוא מסכים עם אנגלרד במובן שחקיקת חוק מהמשפט העברי אינו אימוץ נורמה דתית, ושפיטה על פיה אינה פסק הלכה. זו מפעל תרבותי, יש אינטרס תרבותי-לאומי לשזור את המשפט העברי למשפטה של המדינה.***

***"קליטת המשפט העברי במערכת המשפטית של המדינה אין בה משום "פגיעה" בעולמו של המשפט העברי, ואין בכוחה "לחלן" את ההלכה. המשפט העברי לא יחוסן ע"י הכנסתו לבידוד. ולא יהיה "טהור" או "משומר". להיפך: הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא ע"י קליטתו המחודשת במערכת המשפטית של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם הבעיות שהזמן גרמן. ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש שיש עמה תסיסה ויצירה".***

*הטיעון של מנחם אלון הוא כפול****. הוא דן בנחיצות שילוב המשפט העברי הן לפיתוח משפט המדינה והן לתחיית והפריית המשפט העברי. מצד אחד הוא אומר שהדבר לא דרוש להלכה באופן פורמלי, לא מדובר בפסיקת הלכה אלא בפיתוח משפט המדינה. זיקת המשפט העברי למשפט המדינה נחוצה למשפט המדינה, כדי שמשפט המדינה ישתלב עם שורשיו העתיקים. מצד שני הוא אומר טיעון בכיוון האחר- הדבר נחוץ גם למשפט העברי. אחת הבעיות העיקריות של המשפט העברי היא שהוא עתיק, מתאים לקהילות קדם מודרניות. כעת בהבאת המשפט העברי למשפט המדינה זו דרך לחדש את המשפט העברי, להפגישו עם מציאות מודרנית, ועיסוקו בתחומים שטרם עסק בהם. כך מחיים ומפרים את המשפט העברי. אנו נבחן את עמדת המשפט העברי לגבי שאלות וסוגיות שמתעוררות כיום. המפגש של המשפט העברי עם המציאות המודרנית של המדינה מחייה את המשפט העברי. אם רוצים לפתח את המשפט העברי יש להפגישו עם המדינה. משני כיוונים אלו, הן צורך המדינה והן צורך המשפט העברי, האימוץ של המשפט העברי, הגם שאינו מעשה הלכה, הוא רצוי. כלומר,*** *אלון טוען ששילוב המשפט העברי נחוץ הן למדינה והן למשפט העברי עצמו.*

*תגובתו של אנגלרד לעמדתו של אלון:*

***אנגלרד מעלה שתי טענות ביחס לשילוב המשפט העברי מטעמים תרבותיים:***

1. ***טענה דתית- המשפט העברי הוא משפט דתי ואי אפשר לקלף את הרובד הדתי מהרובד המשפטי ולעשות בו שימוש לצרכים חילוניים, דהיינו לקיים את "הגרעין התרבותי-חילוני". מדובר למעשה בהפרדה חדה בין הדין הדתי לחוק המדינה. לגישת אלון ואחרים נוספים, גם אם המשפט העברי הוא משפט דתי, הערכים והשיקולים שהוא מעלה יכולים להיות באותו מישור כמו המשפט החילוני. השאלה היא האם יש בכך טעם. לפי אנגלרד, המשפט העברי הוא שמור ולא ניתן להעמידו במישור אחד עם המשפט החילוני.***
2. ***טענה משפטית- המשפט הוא מערכת טכנית ללא משמעות תרבותית עמוקה. המשפט של מדינות שונות בעלות רקע תרבותי שונה לא רחוק זה מזה. מדובר בשאלה מעשית ולא תרבותית- מהי הדרך הנכונה לכריתת חוזה, להעברת זכויות בקניין. השאלות התרבותיות הן שוליות ואינן כה חשובות.***

***לכן, אין לטעמו של אנגלרד טעם בקליטת המשפט העברי מבחינה דתית ומבחינה משפטית, המאמץ לחבר הוא מיותר ומחמיץ את אופיו של המשפט העברי. לאחר שאנגלרד מונה לשופט עליון, לא פעם הוא שילב משפטי עברי בפסיקותיו.***

***בשיעור הזה דנו במספר טעמים לקליטת המשפט העברי- טעם דתי של הרב הרצוג, טעם תרבותי שבו החזיק אלון, טעם שלישי של תועלת, כדאי ללמוד את המשפט העברי כי לעיתים הפתרונות שהוא מספק הוא מוצלח.***

***קריאה לקראת שיעור 5***

**ע"א 341/80 עלי נ' ששון**

רקע: המערער מילא טופס השתתפות בהימור לגבי תוצאות משחקי כדורגל ומסרו למשיב שהינו בעל תחנה לקבלת טפסים אלה. לאחר שהמערער עזב את התחנה, הבחין המשיב שהטופס הנדון חסר, ודיווח על אובדנו למשיבה 3 (ספורטוטו ישראל), המארגנת את הימורי הכדורגל בישראל. המערער טען, לאחר תום המשחקים, כי בטופס שאבד ולא נטל חלק בהימור הוא ניחש נכונה את תוצאות כל המשחקים, ולפיכך הוא זכאי לפרס הראשונות או לפיצוי על אובדנו. בביהמ"ש המחוזי נדחתה תביעתו כנגד המשיבה 1 (לאחר שקודם לכך נדחתה בהסכמה תביעתו כנגד המשיבות האחרות). מכאן הערעור.

הש' שינבוים: בהתאם לנוהל שנקבע בתקנות, היה צריך מי שרצה להשתתף בהימור למלא טופס השתתפות ולמסרו בתחנת הקבלה עם תשלום הסכום הקבוע. לטופס שני חלקים: בחלק ב' מפורטות התחרויות של אותו מחזור משחקים וכנגדם עשרה טורי משבצות. בחלק א' יש רק טורי משבצות. המשתף רושם במשבצות מול פירוט המשחקים את ניחושיו. הוא צריך להעתיק לטורים שבחלק א' את הניחושים שרשם בחלק ב'. כל טור שמתמלא על-ידיו מקנה לו זכות להשתתף בהימור. ניחוש נכון של מספר משחקים כקבוע בתקנות מזכה בהשתתפות בקבלת הפרס שנקבע למנחשי מספר משחקים זה.

את הטופס מסר המשתתף האמור בתחנת הקבלה, שם מטביעים מספר זהה על שני חלקיו באמצעות מכונה המיועדת לשם כך ומקבלים את התשלום מהמשתתף. בתחנה מופרדים שני חלקי הטופס- חלק ב' נותר בידי המשתתף וחלק א' מועבר לידי הסוכן האזורי שמעבירו למשרד הראשי של הספורטוטו. [...]

המערער טוען שלאחר תום המשחקים הוא השווה את התוצאות לתוצאות שדווחו בכלי התקשורת, ומצא שבאחד מחלקי ב' של הטפסים שנותרו בידו נמצא טור ובו 13 ניחושים נכונים, ולכן מגיע לו הפרס הראשון. מאחר שהפרס לא הוענק הוא תובע מהמשיב שיפצה אותו על כך, כי המשיב התרשל בתפקידו ולא העביר את חלק א' של הטופס ליעדו.

המשיב התגונן בטענה כי לאחר שהמערער מסר לו את התפסים הוא קיבלם בחזרה כדי לבדקם ולא החזיר את חלק א' של הטופס. לדבריו, מילא המערער את טופס ב' שבידיו לאחר ששמע על התוצאות, או שתיקן את רשימת ניחושים הראשונים לאחר שנודעו לו התוצאות כאמור.

ביהמ"ש המחוזי החליט שהוכח לו כי חלק א' של הטופס נמסר למשיב, מאידך לא הצליח המשיב להרים את עולה הראיה המוטל עליו כדי להוכיח שהמערער חזר וקיבל לידיו אותו חלק א' מהמשיב. על כן, קבעה הערכאה הראשונה, שחלק א' ש/ל הטופס האמור נמסר לידי המשיב ונשאר בידיו. קביעה זו מקובלת עלי. גם המשיב עצמו לא העיד על כך בוודאות. והשופט לא היה מוכן להשתית את ממצאו על עדות זו.

הש' בבימ"ש קמא דחה את התביעה מאחר שלא מצא כי הייתה רשלנות מצד המשיב בטיפול בחלק א' בטופס. קבע השופט כי אין חוק השומרים, תשכ"ז-1967, חל במקרה הזה כיוון שחלק א' של הטופס אינו בבחינת "נכס" במובן של ס' 1 לחוק.

ההכרעה בערעור זה מחייבת מתן תשובה לארבע שאלות: (1) האם חל חוק השומרים? (2) אם התשובה לשאלה הראשונה חיובית, לאיזה סוג מסוגי השומרים שייך המשיב ומה מידת אחריותו? (3) האם הייתה רשלנות מצד המשיב? (4) האם הוכח נזק?

כאמור לעיל, ביהמ"ש המחוזי פסק שחוק השומרים לא חל מפני שחלק א' לטופס שנמסר לידו אינו "נכס". אין דעתי כדעתו. בס' 1 לחוק השומרים לא הוגדר "נכס" וגם לא בפקודת הפרשנות. במילון אבן-שושן המילה "נכס" מוגדרת כ"רכוש, קנין בעל ערך חומרי". אין חשיבות לשאלה אם הנכס הוא בן ערך כשהוא לעצמו או אם הוא מעיד הוא על זכות בלבד. שניהם נכסים ועשויים לשמש נושא לשמירת נכס.

מקבל את דעת חברי המלומד כי זכות אינה אובייקט לשמירה, משום שאין לשון "החזקה" תופסת בה. חלק א' של הטופס הוא מסמך בעל ערך חומרי לבעליו, והוא ניתן להפקדה כאמור בחוק השומרים.

לגבי אחריותו של המשיב- בהמשכו של ס' 1 לחוק השומרים מפורטים סוגי השומרים. ס' 2 לחוק קובע את אחריותם של השומרים. החוק מבחין בין שומר שכר לשומר חינם/ שומר בשכר שהשמירה היא טפלה למטרת החזקתו. מלשון החוק משתמע כי על בעל הנכס התובע משומר בחינם מוטלת חובת ההוכחה כי השומר התרשל. הרשלנות היא עילת תביעתו של בעל הנכס ועליו להוכיחה. לעומת זאת , שומר בשכר בעל האחריות המופחתת חייב להוכיח שלא התרשל כי בעבורו חוסר הרשלנות מהווה פטור מאחריות לפי לשון החוק. הנכס נמסר למשיב לא לשם שמירתו אלא כדי שיעבירו לסוכנות האזורית, ועל כן המשיב הוא שומר שכר בעל אחריות מופחתת.

האם הוכיח המשיב כי המסמך לא אבד ברשלנותו? לצורך זה יש לקבוע את גבולות הרשלנות בחוק השומרים, החוק עצמו אינו מגדיר זאת. לשם הבנתו ניתן להיעזר בהגדרת הרשלנות בס' 35 לפקנ"ז. ספק אם הוראות אחרות המצויות בפקנ"ז יחולו על דיני השומרים (ס' 38-41), כמו גם ס' 64(2) לפקנ"ז (סיבה מכרעת לנזק). הרשלנות שבחוק השומרים דומה ביסודה לרשלנות בפקנ"ז.

היחסים שקובע חוק השומרים בין השומר לבין בעל הנכס מטילים על השומר חובה שלא להתרשל. חובת השומר כלפי בעל הנכס נראית לי כחובתו של "בעל משלח יד" כשהוא משתמש במשלח יד. כשם ש"בעל משלח יד" היה צריך לנקוט "מידת זהירות שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט", כך חייב השומר לנקוט אותה מידת זהירות, שהיה נוקט שומר סביר ונבון.

מסתבר כי דינו של השומר כדינו של נותן שירות מקצועי, בכך שאינו יודע ידי חובת אחריותו בהימנעות מגרימת נזק, אלא רובצת עליו אחריות שב"קום ועשה" ועליו לשמור. רמת אחריותו תלויה בסיווגו לפי חוק השומרים. חובה זו, שאי מילויה מהווה רשלנות, דומה לחובתו של שומר החינם במשפט העברי.

סיווג השומרים שבחוק נעשה לפי הסיווג שבמשפט העברי, כמפורש בדברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, תשכ"ו-1965, שהפכה לחוק השומרים. מאחר והמשפט העברי היה לנגד עיניהם של מנסחי החוק, נוכל להיעזר בו לצורך הבנת מושגים. במשפט העברי חייב שומר חינם באחריות רק על ה"פשיעה". מובהר בשולחן ערוך כי "שמירה כדרך השומרים" תלויה במהות הפיקדון. נראה כי ניתן להבחין בתכונות משותפות בין "רשלנות" השומר שבחוק השומרים, אותה נפרש בעזרת פקנ"ז כאמור, לבין ה"פשיעה" במשפט העברי. שומר חייב לנהוג כדרך ששומר סביר ונבון היה נוהג ולהטמין את הדבר שהוא שומר עליו במקום הראוי לו, לפי נסיבות הענין. כשלא עשה כן, "פשע" בשמירתו, בלשון המשפט העברי, או "התרשל" בשמירתו במובן חוק השומרים. לדעת פוסקים רבים לרבות ר"י קארו ור' משה איסרליש, התנהגותו הראויה של שומר הנוהג כדרך השומרים משתנה מזמן לזמן וממקום למקום בהתאם לנסיבות.

ביחס לעוולת הרשלנות שבפקנ"ז, זוהי עוולת מסגרת. תכונה זו של עוולת מסגרת יש למצוא גם ב"פשיעה" של המשפט העברי. ההכרעה השיפוטית בדבר "דרך השומרים" או כיצד צריך לנהוג "שומר סביר ונבון" היא שקובעת את הסטנדרטים, אשר על-פיהם צריך השומר לנהוג בנסיבות המקרה ובהתחשב בתנאי הזמן והמקום. לאור זאת נבדוק את התנהגות המחזיק בחלק א' של הטופס שנמסר לו כדי שישמור עליו. המקרה הנדון דומה למקרה המובא במסכת בבא מציעא בו השומר טען שאינו יודע היכן הניח את הפיקדון. כל פוסקי ההלכה קבעו שזהו פשע. העובדות במקרה דנא מלמדות כי המשיב לא נהג בתשומת-לב מספקת בחלק א' של הטופס שנמסר לו, לא שם אותו במקום מתאים ומשתמר, ועל-כן לא נהג כפי ששומר סביר ונבון היה צריך לנהוג בנסיבות אלה. המוסר סמך עליו שזה יעבירו ליעדו, ושינהג בתשומת-לב ראויה וינקוט אמצעים מתאימים ע"מ שהטופס לא יאבד. כשהנ"ל לא עומד בציפיותיו של המנחש, אינו נוקט אמצעים מתאימים ואינו מקדיש תשומת לב ראויה לטופס שקיבל- הוא אשם ברשלנות.

לאחר שקבענו כי חל חוק השומרים וכי המשיב הינו שומר שכר שהתרשל בשמירתו, יש לבחון מהו הנזק שהוכח. לטענת המערער, הוא ניחש נכונה תוצאות של 13 תחרויות בטופס שאבד, ועל כן היה זכאי לפרס הראשון שהיה באותו שבוע בסך של 500,000 ל"י, ועל כן חייב השומר לפצותו בסכום זה. ואולם, לנזק זה אין הוכחה. היחיד שיכול להעיד על ניחוש התוצאות הינו המערער עצמו, אין כל עדות חיצונית שאכן נבדקו שני החלקים ונמצאו זהים. האם עדותו של המנחש לבד כי ניחש נכונה את תוצאות התחרויות די בה כדי לשמש תשתית למתן פס"ד לטובתו? במקרה אחד פסק הש' ברנזון כי כשמדובר בזכייה במשחק מזל אי אפשר להסתמך רק על עדותו של בעל דין לאחר מעשה. במקרה אחר, אושר קו זה ע"י הש' שמגר. עדות התובע אינה מספקת לביסוס העובדה שהתובע אכן ניחש נכונה את הניחוש המזכה בפרס, ולכן לא הוכח הנזק לו המערער טוען. הערעור נדחה.

הש' כהן ובך מסכימים.

***שיעור 5 29.11.22***

המשפט העברי בחקיקה

שאלת הפרשנות של המשפט העברי בחקיקה

בשיעור 3 ראינו נקודת מבט ראשונית את השילוב של המשפט העברי בחקיקה בצורות שונות, ראינו שהמשפט העברי משתלב באופן בברני, לעיתים הוא מטביע את חותמו על שמות החוקים, לעיתים על הסדרים עיקריים ולעיתים הסדרים הסלקטיביים.

ברור שנעשה במשפט העברי שימוש לצורך חקיקה. השאלה שמתעוררת היא באיזה מידה המקור של המשפט העברי צריך להשפיע על פרשנות העברית? כשיש חוקים שנחקקו על רקע המשפט העברי, האם כשביהמ"ש יבוא לפרש את החוקים אז הוא יפנה אל המשפט העברי?

הדוגמה הראשונה היא חוק השומרים, תכש"ז-1967:

חוק השומרים מאמץ עקרונות יסודיים של המשפט העברי. שמו לקוח מהמשפט העברי. כפי שנראה, ההבחנה בין סוגי השומרים ומידת אחריותם לקוחה ביסודו של דבר מהמשפט העברי.

ס' 1 לחוק השומרים קובע: "(א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות." החוק קובע ששמירה היא לאו דווקא פעולה שנועדה לכתחילה לשמירה, כלומר, עסקת שמירה , אלא היא כל החזקה של נכס כדין לפי החוק (לא בגניבה) אך שלא מכוח בעלות. החזקה כזאת מעמידה את המחזיק בקטגוריה של שומר. יש מצבים בהם העסקה היא עסקת שמירה באופן ישיר- אני מפקיד נכס בידי אדם כדי שישמור עליו, אני מפקיד רכב בחניון כדי שבעל החניון ישמור עליו. אלו עסקאות שמירה מובהקות, מהות העסקה היא השמירה. יש עסקאות שמהותן שונה, והשמירה היא אגבית. דוגמה כזו של החזקה כדין ללא בעלות היא שכירות של נכס, לדוגמה רכב, כדי לעשות בו שימוש, הוא אינו בעליו, העסקה נועדה לטובת שימוש בנכס, אבל הוא גם מהווה שומר על הנכס. אלו מצבים של שמירה אגבית. ישנם מצבים בהם אין הסכם בין הצדדים ובכל זאת אדם מוצא עצמו כשומר, למשל אבדה- אדם מוצא אבדה והוא בגדר שומר על האבדה. כל מצבים אלו ע"פ החוק הם שמירה. החוק מבחין בין סוגים שונים של שומרים *"(ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חינם. (ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר. (ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או להינות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל".* שלוש הקטגוריות הללו, ושלושת המונחים שלהם, לקוחים מהמשפט העברי. המשפט העברי הוא שתבע מושגים אלו- שומר חינם, שומר שכר, שואל. המשפט העברי תבע שומר רביעי והוא שוכר. דין השוכר במשפט העברי כדין שומר שכר, ולכן ההבחנה היא למעשה בין שלושה סוגים (למרות שיש היפוך כי שומר שכר מקבל שכר ושוכר משלם שכר, אך מידת אחריותם שווה ולכן המחוקק הבחין בין שלושה סוגים ושלושה היקפי אחריות).

ס' 2 לחוק קובע את אחריות שומרים: *"(א) שומר חינם אחראי לאובדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו."* כלומר, שומר חינם אחראי רק אם התרשל בשמירה. כל רמה אחרת, גבוהה יותר, לא יהיה חייב. זאת גם ההלכה במשפט העברי. המשפט העברי משתמש במונח "פשיעה", אך פירושה למעשה רשלנות ולא לפעולה זדונית. אם כן, החוק אימץ קטגוריה זו של המשפט העברי. "(ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו". *זו רמת אחריות גבוהה יותר משל שומר חינם (שצריך להוכיח שלא התרשל), אלא אם מדובר בתוצאות שלא יכול היה לצפות ולמנוע (מוגדר כאונס במשפט העברי). כמו כן, החוק מבחין בין שומר שכר א- עסקת שמירה, השומר נושא באחריות ברמה גבוהה, לבין שומר שכר ב- העסקה לא נועדה לשמירה אלא לצורך אחר, כאן רמת האחריות של שומר השכר היא פחותה ודומה לזו של שומר חינם. המחוקק קבע ששומר שכר כשהעסקה לצורך אחר ולא לצורך השמירה (נניח בעל מלאכה שמקבל חפץ לתיקון), רמת אחריותו פחותה משל שומר שכר. המחוקק מבחין קטגורית הבחנה שלא מצויה במשפט העברי, וזה מדגים את העצמאות שחש המחוקק כלפי המשפט העברי- הוא לוקח הסדר שבעיקרו הוא הסדר של המשפט העברי, ומרשה לעצמו להבחין ולומר שעסקת שמירה שטפלה לעסקה העיקרית אינה בדרגה של שומר שכר א אלא בדרגה של שומר שכר ב שמידת אחריותו כשומר חינם. אמנם, נטל ההוכחה שונה- במקרה שבעל הנכס תובע שומר חינם, נטל ההוכחה לעניין ההתרשלות מונח על התובע. לעומת זאת, במקרה של שומר שכר ב', יש לשומר השכר פטור אם לא התרשל ומשום שמדובר בטענת פטור נטל ההוכחה על השומר. ברירת המחדל כשמדובר בשומר שכר היא שהוא חייב, אבל אם העסקה טפלה והוא רוצה להנות מהפטור, עליו להוכיח שלא התרשל.* "(ג) שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין". *לשואל אחריות מוחלטת. כל מבנה זה מושאל מהמשפט העברי.*

*מה עושה ביהמ"ש כשמקרה בעניין זה בא לפניו?*

***ע"א 341/80 עלי נ' ששון החלת חוק השומרים***

*עובדות המקרה: אדם בשם חוסיין עלי שרכש טופס הימורים של טוטו בדוכן (תקופה בה הכרטיסים היו ידניים ולא ממוחשבים). רחמים ששון, בעל הדוכן, איבד את הטופס (חלק א) שנמסר לו. עלי מחזיק בחלק ב שבו רשומים כל הניחושים שזכו באותו מחזור. עלי תובע מששון את סכום ההגרלה. המהמר תובע את חברת הטוטו ואת בעל הדוכן על אובדן הטופס. חברת הטוטו יוצאת מהסיפור כי ברור שהטופס לא הגיע אליה ולכן היא לא צד לעניין, בעל הדוכן מודה שהטופס נאבד עוד קודם, והתביעה מתנהלת מולו.*

*טענת בעל הדוכן: טוען בעל הדוכן שעלי לקח את חלק א' איתו ולא מסר לו אותו, וכעת הוא מרמה כי הוא מילא את הניחושים לאחר המשחקים כשהייתה כבר תוצאה. הוא לא יכול להעיד כך בוודאות, הוא אינו יודע עד הסוף איפה חלק א' שאמור היה להיות אצלו.*

*טענת עלי: אני מילאתי את הטופס, בעל הדוכן הוא שהיה צריך לשמור עליו והוא שאיבד אותו ולכן הוא אחראי ועליו לפצותי בסכום ההגרלה.*

*ביהמ"ש: על המקרה חל חוק השומרים- יש פה נכס, גם אם הטופס הוא נייר והוא זכות להשתמש בהגרלה זה בגדר נכס, ולכן חל חוק השומרים. מה המעמד של ששון בעל הדוכן? שומר שכר מסוג ב, השמירה היא אגבית בעסקה זו (שעיקרה עסקת הימור). השמירה על הטופס טפלה לעסקה ולכן אחריותו מופחתת. כשומר שכר, ברירת המחדל היא אחריות גבוהה. כדי להנות מאחריות מופחתת עליו להוכיח שלא התרשל. יש להגדיר את מושג הרשלנות בהקשר לשומר.*

*ס' 35 לפקודת הנזיקין קובע:* "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה."

*יש אפשרות לקחת את הגדרת הרשלנות מפקודת הרשלנות ולהתאימה לתחום השמירה ובהמשך לבעל דוכן. עלינו לשאול איך בעל דוכן צריך להתנהל עם הטפסים שהוא מקבל? בעל דוכן צריך לנהוג כדרך שנוהג בעל דוכן סביר, ששומר על הטפסים ולא מאבד אותם. מאחר וששון לא יודע מה קרה עם הטופס, סביר שלא יקבל את הפטור מאחר ולא הרים את נטל ההוכחה להוכיח שלא התרשל. אפשר להגיע למסקנה לפי פקודת הנזיקין ששון התרשל. ביהמ"ש עושה מהלך נוסף- הואיל והחוק לקוח מהמשפט העברי, ביהמ"ש בוחן מהי רשלנות לפי המשפט העברי, והאם לפי הגדרתו נגיע לאותה התוצאה. לפי המשפט העברי:*

*שולחן ערוך, חושן משפט, רצא, א:* "שומר חינם פטור מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה".

*משנה, בבא מציעא, ג יא:* "המפקיד מעות אצל חברו, צררן והשפילן לאחוריו או שמסרן לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי- חייב, שלא שמר כדרך השומרים, ואם שמר כדרך השומרים- פטור".

*לפיכך, ההגדרה של שומר היא "כדרך השומרים", הגדרה קרובה לזו העולה מפקנ"ז.*

*שולחן ערוך, חושן משפט, רצא, ז:* "המפקיד אצל חברו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני ואמר לו השומר איני יודע אנא הנחתי פקדון זה הרי זה פושע וחייב לשלם מיד".

*ע"פ המשפט העברי, אמירת השומר "איני יודע" היא רשלנות.*

*המסקנה המתקבלת הן בפרשנות ע"פ פקנ"ז והן ע"פ המשפט העברי (שהתייחס במפורש לטענת 'איני יודע') אינה כדרך השומרים ולכן המסקנה היא ששון בעל הדוכן התרשל בשמירה על הכרטיס והוא אחראי לנזק שנגרם.*

*השאלה כעת- מהו הנזק? טוען עלי- מיליון ₪ כי צדקתי ב-13 ניחושים.* *ביהמ"ש דורש הוכחה לכך שאכן בטופס האבוד היו 13 ניחושים נכונים.* *ביהמ"ש קובע שאין הוכחה לכך שבטופס א שנמסר לששון לניחושים שכללו טופס זה. ההוכחה לאמיתות חלק ב היא רק מכוח עדותו של עלי ויש להטיל בכך ספק כי האינטרס של עלי הוא ברור. הנטל מונח על התובע והוא לא הרים את הנטל להוכיח את הנזק.* מאחר וההוכחה היחידה שהכרטיס שבידי עלי הוא הכרטיס הזוכה היא טענתו והיא אינה מספקת- לא הוכח שנגרם לעלי נזק ולכן הערעור נדחה.

*פס"ד עלי נ' ששון ממחיש את הפנייה למשפט העברי. כזכור, המחוקק עושה במשפט העברי כרצונו וקבע קטגוריה של שומר שכר עם אחריות מופחתת אולי בכלל לא צריך לפנות למשפט העברי, וכדי לפרש רשלנות די בלפנות לפקנ"ז. ייתכן שלפי המשפט העברי תקנה כזו נוגדת את תקנת הציבור כי הוא עוסק בהימורים. לפי המשפט העברי, הימור נוגד את הציבור או שאינו מחייב בגלל היעדר גמירות דעת, "אסמתכא".*

*בדוגמה זו לא הגענו לידי קונפליקט בין המשפט העברי לבין החוק. הפרשנות לפי כל אחד מהם הביאה לאותה התוצאה. הטכניקה של ביהמ"ש אמרה כי מאחר וההסדר לקוח מהמשפט העברי, אף הפרשנות תעשה ע"פ המשפט העברי. מה היה קורה אילו התוצאה לפי המשפט העברי הייתה שונה? האם נאמר שביהמ"ש מחויב לפרשנות לפי המשפט העברי או לפי החוק? נראה בדוגמה הבאה.*

***ע"א קופת עם נ' הנדלס***

*עובדות המקרה: מר הנדלס מצא בחדר הכספות של בנק קופה עם שתי אגרות חוב למוכ"ז ע"ס 10,000 ₪ כל אחת. הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא* ***חופשית*** *(אין שמירה או דלת שמצריכה כניסה באמצעות כרטיס מסוים או קוד). להלכה, יש לקבל רשות להיכנס לשם אך למעשה אין הבנק מקפיד על כך והכניסה לחדר חופשית לכל. האגרות נמסרו למשטרה ע"י הנדלס (שרצה לפנות הוא למשטרה כי ידע שאם לא יימצא הבעלים הוא ייחשב הבעלים החדש). לאחר שעברו ארבעה חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את האיגרות. הבנק מצדו תובע לקבלן לידיו.*

*השאלה המשפטית? למי שייך המוכ"ז?*

*ס' 3 לחוק השבת אבדה קובע:* "המוצא אבדה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו; קיבלן בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא". *טוען הבנק שמכוח ס' זה, המוכ"ז שייך לו, מאחר והמוכ"ז נמצא ברשות הבנק.*

*הנדלס זכה בביהמ"ש המחוזי, כנגד טענה זו של הבנק שהיא לכאורה טענה מנצחת. איך?*

*מהי "רשותו של אדם אחר"? ישנן 3 אפשרויות עיקריות:*

1. *בעלות.*
2. *חזקה- מי שמחזיק בפועל ללא קשר לבעלות.*
3. *שליטה- האם יש שליטה על הנכנסים והיוצאים (נניח בסופר-מרקט יש כניסה חופשית, אין שליטה כזו או מניעה להיכנס למעט בדיקה ביטחונית, אין רישום סדור של היוצאים והנכנסים).*

*ס' 3 לא מספק מענה לשאלה זו.*

*הש' ברק (פרשנות תכליתית): מטרתו של חוק השבת אבדה היא השבת האבדה לבעליה. במקרה שנמצאה האבדה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה. למה? (1) המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות. (2) בדר"כ בעל הרשות ידאג לאבדה יותר מאשר מוצא מזדמן. טעמים אלה חלים במקרה זה על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות. מה יגיד ברק על התחושה האינטואיטיבית לפיה זה מגיע למוצא שהרי הוא המוצא הישר? מגיע יותר למוצא, הבנק לא מצא את האבדה ולא עשה דבר בשבילה, אך מטרת החוק היא לא לתת למי שמגיע, אלא מטרת החוק היא לתת למי שיכול להוביל להשבת האבדה. ואולם, אפשר לטעון שאלמלא המוצא, בהכרח לא היה סיכוי שהאבדה תשוב לבעליה.*

*הש' אלון (משפט משווה): שני הטעמים של ברק אינם משכנעים. המשטרה היא כתובת לאבדה. לעיתים למוצא יש מוטיבציה יותר גדולה ובמיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא ימצא. השאלה היא אפוא את מי ראוי לתמרץ. לדעתו, "רשותו של אדם אחר" היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית. אלון מבסס את טענותיו על: (1) המשפט המקובל. (2) המשפט העברי.*

*אלון מציע לבחון את המשפט המשווה- מה נפסק במדינות אחרות שהתמודדו מול בעיה דומה. מקרה דומה קרה בארה"ב בפני ביהמ"ש העליון האמריקאי:* Toledo Trust Co. v. Simmons

*עובדת בנק מצאה בחדר הכספות בבנק ניירות ערך. לאחר שהמאבד לא נמצא דרשה לזכות בהם. הבנק התנגד. נוצר סכסכוך דומה להנדלס. היא תבעה את השטרות, הבנק טען שזה ברשותו והוסיף טענה שלא הייתה בהנלדס- את עובדת שלי. באופן מפתיע, ביהמ"ש העליון לא פסק לטובת הבנק. היא מצאה אותם כאדם פרטי ולא במסגרת תפקידה, ולכן אם לא יימצא הבעלים היא תקבל אותם. הפרשנות של ביהמ"ש העליון האמריקאי למושג 'רשותו של אדם אחר' היא שליטה אפקטיבית. הבנק יכול לטעון לבעלות רק אם הוא בעל שליטה אפקטיבית, בלא שליטה אפקטיבית- המוצא שומר על זכותו.*

It was probably her duty as an employee of the bank to report her find at once to the bank, but by so doing, she did not relinquish her rights as finder, but specifically reserved her rights as finder if the owner should not appear to claim it.

**Prop. Aigler:** *The general principle seems to me to be that where a person has* ***possession of house of land, with a manifest intention to exercise control over it,*** *and the things which may be upon or in it, then, if something is found on the land, whether by employee of the owner or by a stranger, the presumption is that the possession of that things is in the owner of the locus in quo.*

*אלון פונה למשפט העברי. הואיל ועוסקים בהשבת אבדה, וחוק השבת אבדה כשמו שאוב מהמשפט העברי, נראה כיצד המשפט העברי פותר סוגיה זו. בבא מציעא, פרק ד, משנה ד, עוסקת במקרה זה:* "מצא בחנות, הרי אלו שלו; בין התיבה לחנווני- של החנווני. [מצא] לפני שולחני (=חלפן כספים)- הרי אלו שלו; בין הכיסא ולשולחני- הרי אלו של שולחני." *המשנה קובעת בפירוש שמציאה בחנות למרות שהיא של החנווני, שייכת למוצא.*

רמב"ם הלכות גזלה ואבדה, טז ד: "המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנוני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה אין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות? **לפי שאינה חצר המשתמרת**" (חצר המשתמרת במונחינו היא שליטה אפקטיבית).

הרי שלפנינו עמדה מפורשת של המשפט העברי בסוגיה זו. ביישום למקרה בעניינו, המסקנה היא שהמוכ"ז שייך להנדלס. הנימוק לפנייה של אלון עברי הוא בעיסוק בחוק השאוב מהמשפט העברי. אלון אומר שאינו הולך כעיוור אחר המשפט העברי, שתשובתו כתשובת המשפט האמריקאי והמשפט המקובל. בנוסף, הוא עומד על חוסר ההיגיון בקביעת ברק שהבנק הוא בעל המוכ"ז כי הבנק לא עשה ולא כלום כדי למצוא אותם.

הש' לנדוי: ככלל הוא מסתייג מהאקטיביזם של ברק, אך גם הסתייג מפנייתו של אלון למשפט העברי.  *"החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו, ע"פ המשתקף ממנו ביחס לכוונת המחוקק. אסמכתאות מן המשפט המקובל האנגלי-אמריקאי לא תילחצנה לכך, כי הן מבוססות על הנחת יסוד שונה השואלת מי בעל החזקה (פוססיה) במקום שבו נתגלתה האבדה. סבורני שגם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב השראה והדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד שלו בסוגיה זו שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות (פרסומפציות) עובדתיות להוכחת זכות הקניין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שחברי הנכבד, השופט אלון, הביא מן המקורות".*

לנדוי אינו מתרשם מהפניה אל המשפט המקובל. המשפט העברי מניח הנחות ביחס למי שסביר יותר שהאבדה תיפול. לא זה עניין את המחוקק שלנו אלא בעל הרשות (זה לא מדויק בגלל שהרמב"ם כן קבע את החצר המשתמרת). לנדוי מצטרף לדבריו של הש' ברק לאחר שהשתכנע שכך מתגשמת מטרת השבת האבדה. גם כאשר החוק שאוב מהמשפט העברי, אין צורך לפנות אליו כדי להכריע בסוגיה.

**פסיקת ביהמ"ש בערעור הייתה לטובת הבנק.**

לאחר פס"ד זה מתבצע דנ"א שנערך לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט שמפנה למשפט העברי. החוק יחזק לכאורה את טענתו של אלון, שאומר כאן שהפניה למשפט העברי נעשית מפני שהחוק עצמו בנוי על המשפט העברי. לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט אדרבה שיש סיבה לפנות למשפט העברי.

**סיכום עמדות השופטים בסוגית בפרשנות לפי המשפט העברי מקום בו החוק שואב מונחים או הסדרים מהמשפט העברי**

בקוטב אחד מצויה עמדתו של הש' **אלון**- ברגע שהמחוקק שואב מונח מהמשפט העברי, יש לחזור אליו לצורך פרשנות תמיד. בקוטב השני מצויה עמדתו של הש' **ש"ז חשין** בהמ' 89/51 מיטובה נ' קזאם.

"תהא זו טעות גדולה לפרש, למשל, כל מונח, כל ניב, אשר בחוקים שלנו לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמש בצהרים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקום... הכלים שאולים ממקור אחד, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי. ולקוח ממקום אחר".

לפיו גם כאשר ברור שהמונח נלקח ממקורות המשפט העברי, לא צריך לחזור אליו לפירושו. הכלים שאולים ממקום אחד ואילו התוכן, החומר הוא מקורי ולקוח ממקום אחר. אם כן, אין לחזור למשפט העברי אף פעם מכיוון שהמינוח אמנם נלקח משם אבל התוכן וההסדרים הם שונים.

באמצע ישנן עמדות ביניים. עמדתו של הש' חיים כהן בדנ"א הנדלס נ' קופת עם:

*"אין אני בא לחלוק על הנחת היסוד, שמקום שבחר המחוקק ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי, מן הדין הוא לפרשם כמשמעותם (או כאחת המשמעויות) במשפט העברי וכך נהגנו בבית משפט זה פעמים רבות. אלא חולק אני על ההנחה, שהמונח "רשות" נלקח בידי המחוקק מן המשפט העברי: זהו מונח נפוץ ונדרש בשפתנו המשפטית היומיומית, ואיך כל מקום או צורך לפנות אל המשפט העברי כדי לחפשו שם ולשאלו משם."*

ברמת העיקרון עמדתו קרובה לעמדת אלון. בניגוד לחשין הוא אומר כי מקום בו המחוקק שאב מונח/ ניב/ הסדר משפטי מהמשפט העברי, אז צריך לפנות למשפט העברי. הוויכוח במקרה דנא סביב "רשותו של אדם אחר" אינו קשור למשפט העברי מאחר ואינו לקוח מהמשפט העברי.

עמדה נוספת הינה עמדתו של **פרופ' ברכיהו ליפשיץ**:

"נראה, שאין הפרשן רשאי להתעלם מגילויי דעתו, המפורשים והמשתמעים, של המחוקק בדבר הזיקה למקורותיו של החוק, הנעוצים במשפט העברי. מקום שברור שניב או נוסחה מיוחדים למשפט העברי, וכן מקום שהסדר משפטי מסוים מיוחד למשט העברי, יש להניח תחילה שיש לפרשם ע"פ משמעותם במשפט העברי. אבל הנחה זו ניתנת לסתירה, וביקורתה של הנחה זו צריך שתיעשה קודם לפתיחתו של הליך הפרשנות. על השופט לבדוק האם אמנם רק "הכלים שאולים מן המשפט העברי, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר"".

הוא מקבל את העיקרון שמקום בו המחוקק משתמש במונח/ ניב/ הסדר מהמשפט העברי, יש לפנות למשפט עברי (בכך הוא קרוב לכאורה לאלון ולכהן). אולם הנחה זו ניתנת לסתירה, על השופט לבחון האם רק הכלים שאובים מהמשפט העברי ואילו התוכן שהושם בהם הוא מקורי ולקוח ממקום אחר. יש לבחון היטב האם ההסדר שלפנינו הוא הסדר של המשפט העברי. לדוגמה, במקרה של שומר שכר ההסדר אינו מהמשפט העברי, לא חייב לפנות למשפט העברי. צריך לפנות למשפט העברי כשאנו משוכנעים שלא רק המינוח לקוח מהמשפט העברי אלא גם ההסדר.

אלון- תמיד לפנות למשפט העברי. חשין- אף פעם לא לפנות למשפט העברי. חיים כהן- לפנות למשפט העברי כאשר המינוח/ הניב/ ההסדר לקוח מהמשפט העברי. ליפשיץ- לפנות למשפט העברי כאשר ההסדר לקוח מהמשפט העברי ולא רק המונח/ הניב.

***שיעור 6 6.12.22***

קריאה לקראת השיעור- ע"א 110/53 גייקובס נ' קרטוז; ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה; אלון, המשפט העברי, עמ' 1443-1447;ע"א 461/62 צים נ' מזיאר;ע"א 18/77 רוט נ' ישופה.

בשיעור הקודם עסקנו במקומו של המשפט העברי בחקיקה. ראינו שזה מעורר שאלה פרשנית מבחינת הפסיקה האם ועד כמה, כשביהמ"ש מפרש סעיפים שבם יש שימוש במונחים/ הסדרים במשפט העברי, יש לפנות למשפט העברי. בשיעור הקרוב נבחן פנייה של ביהמ"ש ישירות למשפט העברי, לאו דווקא עם זיקה לחקיקה. לעיתים נראה שהדברים השתלבו, אך בעיקרון נראה פניה של שופטי ביהמ"ש אל המשפט העברי כדי לפתור בעיות שעמדו לנגד עיניהם, לעיתים לתמוך בפתרון מסוים. מדובר על התקופה שבין 1948-1980, קרי לפני חקיקת חוק יסודות המשפט, בהיעדר הוראה רשמית המעניקה מעמד למשפט העברי, שופטים מניחים שהמשפט העברי הוא מקור שיש לפנות אליהם לצורך פתרון בעיות מסוימות ללא שיש מקור המצהיר על הפניה כזו באופן פורמלי. אין למשפט העברי מעמד מבחינה פורמלית, ואף על פי כן יש פניה אליו.

**המשפט העברי בפסיקה/ חוזים**

חוזה בלתי חוקי- כיצד להתייחס לחוזה שהוא עצמו בלתי חוקי? שנועד להשיג מטרה בלתי חוקית/ שנעשה תו"כ עבירה על החוק/ תוכנו בלתי חוקי. ס' 30 לחוק החוזים מתייחס לכך, אנו מדברים על התקופה שקדמה לחקיקתו. כפי שנראה, יש בעולם המשפטי הכללי, במשפט המשווה, שיטות שונות להתמודד עם הסוגייה הזו. נושא זה עלה בפס"ד משנת 1951, בסמוך להקמת המדינה:

**ע"א ג'ייקובס נ' קרטוז**

המערער (ג'ייקובס) השכיר דירה למשיב (קרטוז). הדירה הושכרה לפני שהתקבל אישור מבית דין לענייני שכר דירה על גובה שכר הדירה. הדבר מהווה עבירה פלילית. ג'ייקובס תבע את פינויו של קרטוז מהדירה (לפני תום החוזה) בנימוק שהחוזה בלתי חוקי ולכן אינו שוכר כדין. קרטוז מצידו מבקש להישאר בדירה מכוח החוזה.

החוזה הוא חוזה בלתי חוקי מכיוון שהוא נחתם בניגוד לחוק שדורש קודם קבלת אישור על גובה שכר הדירה. ג'ייקובס, בעל הדירה, השכיר אותה לקרטוז בניגוד לחוק, ודרש מהשוכר את פינוי הדירה כי הוא שוכר לא כדין. קרטוז השיב שהם חתמו על חוזה ולכן הוא שוכר כדין שלא ניתן לפנות.

השאלה המשפטית: מה המעמד של החוזה? מה המצב בישראל? אם נאמר, כאותן שיטות קונטיננטליות (גרמניה, צרפת וכיו"ב), שם נקבע שחוזה בלתי חוקי בטל. אם החוזה הזה בטל, השוכר אכן יושב בדירה שלא כדין ועליו להתפנות, ובכל רגע נתון יכול המשכיר להתכחש לחוזה שחתם עליו, ולהוציא את השוכר. אין בישראל חוק חוזים, יש חוק פרוצדורה עות'מאנית.

הש' זילברג: הכלל הרומי (שהתקבל במשפט המקובל) בנוגע לחוזה בלתי חוקי קובע:

1. מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה/ עילת תביעה- לכן, תובע לא יכול לבוא מכוחה של עילה שמקורה בעוולה, במעשה בלתי חוקי. דוגמה ליישום עיקרון זה היא פרשת ריגס. זהו עיקרון אוניברסלי במשפט האזרחי ולאו דווקא בחוזים, והוא מופעל בהקשרים שונים (חוזים, נזיקין, ירושה וכו'). זהו כלל דיוני ולא כלל של המשפט הדיוני- מבחינה דיונית לא תצמח עילת תביעה. במילים אחרות, ביהמ"ש לא יסייע לאדם שבא מכוחה של עילה בלתי חוקית. ביהמ"ש לא ילכלך ידיו בחוזים בלתי חוקים (בין גנבים, בין זונות וכיו"ב) ולא ידון בחוזה כזה.
2. חטאו שניהם כאחד- יד הנתבע על העליונה. אם מדובר בעסקה חוזית ששני הצדדים ביצעו עבירה, התובע לא יכול לנצל את זה לטובתו. אם נפעיל את זה במקרה שלנו, שני הצדדים חטאו כי שניהם חתמו על הסכם לא חוקי. יד הנתבע על העליונה ולכן השוכר ידו על העליונה, התובע לא יכול לנצל את זה ששניהם עברו על החוק כדי לפנות את הנתבע.

החוזה לא בטל. ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס את התביעה על עבירה. במשפט האנגלי חוזה בלתי חוקי איננו בטל אלא קיים. ג'ייקובס רוצה לפנות את השוכר בעילה של חוזה בלתי חוקי. ביהמ"ש אומר לא שהוא לא יכול, שניכם חטאתם ולכן ביהמ"ש לא מתערב והשוכר יישאר בדירה.

נציין שזה לא פתרון טוב לכל המקרים. כאן ישנה הרגשה שהמשכיר מנצל את העניין ורוצה להתנקות מהתחייבויותיו. הוא מנצל את האי-חוקיות כדי לפנות את השוכר. מכאן שמורגש שזה לא צודק לקבוע שהחוזה בטל. יחד עם זאת, יש מקרים בהם אין זה מרגיש כך. לכן, הפתרון האנגלי לא מסייע לעניין באופן מלא, ובטח לא הפתרון הקונטיננטלי.

זילברג רואה את עומק העניין, והוא רוצה להסתכל מה יהיה במקרים אחרים (אוביטר). נבחן מה הפתרון של המשפט העברי לחוזה בלתי חוקי. הפתרון של המשפט העברי לא דרוש למקרה זה, אך הוא יגבש את ההחלטה במקרה הזה ויפתח פתח למקרים אחרים.

מה עמדת המשפט העברי בסוגיית חוזה בלתי חוקי? עמדתו שחוזה בלתי חוקי תקף ברמת העקרונית. נראה לכך מספר דוגמאות:

1. ריבית קצוצה יוצאת בדיינין (רמב"ם הלכות מלווה ולווה, ו, א בבא מציעא סא ע"ב). צדדים עשו חוזה הלוואה בריבית. לפי ההלכה אסור להלוות בריבית. נניח שהלווה לא משלם את הריבית והמלווה פונה לבית הדין בבקשה לאכוף את תשלום הריבית. ברור שבמקרה כזה ביה"ד לא יכפה את תשלום הריבית מכיוון שהמשמעות היא לכפות מעשה בלתי חוקי. אבל הוא לא יתייחס לחוזה כולו כבטל (הוא כן יכפה את הסכום ללא ריבית). נניח שהלווה מחוץ לביהמ"ש שילם למלווה את הקרן והריבית, והלווה פונה לביה"ד ואומר שהוא רוצה לקבל חזרה את הריבית כי היא הייתה בלתי חוקית (ריבית קצוצה יוצאת בדיינין- דהיינו הלווה אכן יכול לתבוע לקבל חזרה את הריבית שלא שילם כדין). אם החוזה לא חוקי הוא בטל לחלוטין לפי השיטה הקונטיננטלית, לפי השיטה האנגלית ביהמ"ש מושך את ידו ולא נכנס לסכסוך על רקע עבירה, לעומת זאת, לפי ההלכה, הלווה ששילם את הריבית יכול לתבוע אותה בחזרה. אנו רואים מדוגמה זו שבית הדין לא מושך את ידיו מחוזה בלתי חוקי. הוא כמובן לא יאכוף מעשה בלתי חוקי ולכן את תשלום הריבית הוא לא יאכוף, אבל הוא יאכוף את תשלום הקרן לטובת המלווה, והוא יאכוף לטובת הלווה את תשלום הריבית אם הוא שילם אותה שלא כדין.
2. שולחן ערוך, חושן משפט ר"ח-*"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 המקח".* הצדדים עשו עסקת מכר, הקונה חייב לשלם 1000, מבקש הקונה מהמוכר לא לשלם עכשיו אלא בעוד חצי שנה ובעבור זה ישלם עוד 100- זו ריבית אסורה לפי ההלכה. בסיטואציה הזו העסקה קיימת וכל אחד מהצדדים יכול לאכוף את סכום הקרן ולא את סכום הריבית. אנחנו לא אומרים שביהמ"ש לא מתערב ולא אומרים שהחוזה כולו בטל, ביהמ"ש מעמיד את החוזה על צד ההיתר שלו, נלווית ריבית עבור דחיית התשלום, הריבית אסורה, את זה ביה"ד לא יאכוף כי זה אכיפת מעשה בלתי חוקי, אבל את יתר החוזה הוא יאכוף והיא אפשר להתנער ממנו. כך לדוגמה, מוכר לא יכול לומר שהוא נסוג מהעסקה אם לא תשולם לו הריבית. מסתכלים על החוזה כצד שמותר, ורק את המותר יאכפו.
3. רמב"ם הלכות מכירה, פרק ל הלכה ז- *"המוכר או הנותן בשבת, ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו מעשיו קיימים. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותין".* **אנשים עשו עסקת מכר בשבת, זו עבירה על הדין.** אף על פי כן, מעשיו קיימים, ייתכן שייענשו על כך שעברו על הדין שאוסר לעשות עסקת מכר בשבת, אבל מעשיו קיימים, העסקה תקפה. כנ"ל מצד הקונים, ע"פ הסיפא. כל מי שקנו מידו בשבת- הקניין קיים, יש תוקף להתחייבות ומשלימים את העסקה ומעבירים את המכר. גם כאן אנו רואים שהמשפט העברי ברמה העקרונית מכיר בחוזים בלתי חוקיים ואוכף אותם כל עוד הם עצמם אינם עברה, ברור שהוא לא אוכף חוזה שביצועו גורר עבירה, אבל אם נעברה עבירה לקראת ביצוע החוזה (ריבית, ביצוע עסקה בשבת/ חג) ביהמ"ש מתעלם לכאורה מהעבירה והעסקה קיימת.

אומר זילברג- אם הייתי דן בעניין של ג'ייבוקס נ' קרטוז לפי המשפט העברי, הייתי אומר שהם עברו על החוק והשכירו דירה ללא אישור, אעפ"כ החוזה קיים. אפשר להעניש אותם. החוק שדרש אישור לחוזה שכירות, הוא אינו קובע בטלות של החוזה, אלא קובע סנקציה אחרת (עד שנתיים מאסר) ואותה אפשר להפעיל נגדם, אבל החוזה קיים מנקודת המבט של המשפט העברי- העבריין ייענש בעונש הקבוע אך חוזה השכירות ייאכף. ינותק התוקף של החוזה מקיום העבירה, ככל הניתן. מנקודת המבט של המשפט האנגלי- ביהמ"ש לא יתערב.

**ע"א הניה הווראד נ' מיארה**

המערערת מכרה קרקע למשיבים. לאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקע ע"י העירייה. המערערת ידעה זאת ולא גילתה למשיבים. המשיבים מצידם ביקשו להפחית את מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום. המערערת הודיעה על ביטול החוזה. המשיבים דרשו לקבל את הסכומים ששילמו ובכלל זאת סכום שניתן כביכול עבור חומרי בניין. המערערת טענה שהסכום לא נכלל בחוזה משיקולי מס. לכן החוזה בלתי חוקי ועל ביהמ"ש לא להיזקק לתביעה.

גב' הניה הווראד מכרה קרקע לזוג מיארה, כאשר כשליש מהקרקע הופקעה ע"י הרשות המקומית בזמן שידעה זאת (שיקרה להם). היא ניהלה למעשה מו"מ שלא בתו"ל ואולי אפילו הטעתה, היא מכרה להם 100% מהקרקע במחיר מלא כשהיא ידעה שכשליש מהקרקע הופקעה. כשזה התברר למשיבים בטאבו, הם אמרו שהם רוצים לקיים את החוזה בהפחתת שליש המחיר. הניה רצתה להשתחרר מהחוזה. לצורך כך, המשיבים דרשו לקבל את הסכומים שהם כבר שילמו. המשיבים הם התובעים והנתבעת היא המוכרת שביצעה את העבירה. התברר שלא כל הסכום נכתב בחוזה משיקולי מס, אלא נרשם סכום מופחת והשאר נרשם עבור חומרי בנייה. הניה טוענת שזה חוזה בלתי חוקי מסיבה זו ולכן הוא בטל, ולכן היא משוחררת מכל העניין. היא מוכנה למעשה לסגת כליל מהחוזה, ולבטלו.

במקרה הזה היא הנתבעת, ואם ביה"ד מקבל את השיטה האנגלית שבחוזה בלתי חוקי (כמו כאן כי הוא נועד להטעות את רשויות המס) אנו מקבלים את הדוקטרינה האנגלית שיד הנתבע העליונה, המשמעות היא שיד המוכרת על העליונה, וביהמ"ש לא יוציא ממנה את הסכום. ברור לנו שהנתבעת היא הנוכלת ולכן אנו נמצאים בפלונטר שאם נפעל לפי הדוקטרינה האנגלית לא נגיע לתוצאה צודקת. זה ממחיש את מגבלת הדוקטרינה האנגלית.

במקרה כזה, או שהיינו אומרים שהחוזה בטל לפי השיטה הקונטיננטלית, או אם היינו הולכים לפי הדוקטרינה האנגלית, יד הנתבעת על העליונה.

**פס"ד מיארה הוא משנת 1977, לאחר חקיקת חוק החוזים.**

ס' 30 לחוק החוזים קובע: *"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור- בטל."* ס' זה לקוח מהמשפט הקונטיננטלי. דיני החוזים בכללם מושפעים מהחוק האזרחי הגרמני.

בחוק הישראלי נוסף ס' 31 שקובע: *"הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה- לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו."*

המשמעות היא שאפשר לפרק חוזה לחלקיו ולקיים את חלקו החוקי. כמו כן, לביהמ"ש שיקול דעת לפתור צד מחובת ההשבה או במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו. יכול להיות מצב שבו ביהמ"ש, לפי שיקול דעתו, ייתן תוקף לחוזה, גם לצורך השבה וגם לצורך קיום החוזה. זה סייג גדול לעיקרון בטלות החוזה- זה לא בטלות טוטאלית ואוטומטית אלא בטלות התלויה בשיקול דעת ביהמ"ש, שיכול לקיים חוזה בלתי חוקי.

הש' שמגר: אין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי הכלל של "חטאו שניהם כאחד". החוק בסעיף 31 מותיר לביהמ"ש שיקול דעת רחב לעשות שיקולי צדק. במקרה זה המערערת שנהגה בחוסר תו"ל במו"מ לא תוכל עתה להנות מכך שערכה חוזה לא חוקי.

מאיפה בא ס' 31?

פרופ' דניאל פרידמן, עיוני משפט ה'

*"הוראה זו אינה לקוחה משיטת משפט זרה. אין היא עולה בקנה אחד עם המשפט האנגלי ואף לא עם הדין הגרמני או הצרפתי. בכל השיטות הללו נוהג הכלל השולל, בכפוף לסייגים מסוימים, את זכות התביעה במקרה שחטאם של שני הצדדים שווה. לעומת זאת, מציעה ההוראה שבסעיף 31 לחוק החוזים פתרון ישראלי מקורי שאינו מושתת על המקורות עליהם מתבססת בדר"כ החקיקה הישראלית".*

יש פה הסדר שלישי, שלא מתאים לדין האנגלי ולא לדין הקונטיננטלי אלא המצאה ישראלית מקורית.

שמגר פתר את זה לפי חוק החוזים.

הש' אלון: שואל מאיפה הוראה מקורית זו הגיעה למשפט הישראלי? פרידמן לא התייחס למקורות החקיקה שמוזכרים בהצעת החוק.

הצעת חוק החוזים תשל"ג-1973

*"העקרונות שעליהם מבוסס החוק המוצע נדונו בוועדה הציבורית לאחר בדיקת שיטות משפטיות שונות, תוך שימת לב מיוחדת לשיטת המשפט העברי. הדין הקיים, המבוסס על המשפט האנגלי, מורה שחוזה פסול היינו חוזה שכריתתו או מטרה בלתי חוקית, בלתי מוסרית או נוגדת את תקנת הציבור אינו ניתן לביצוע, אך אינו בטל מעיקרו. לפי הכלל האנגלי אל לו לבית משפט ללכלך ידיו בטיפול בחוזה כזה ומוטב שיהא ההפסד שנגרם מאי קיומו נשארו "במקום שנפל". הוראות אלה גרמו עוול רב, כפי שהראה השופט ד"ר מ' זילברג במחקריו וכן בפסק הדין במשפט ג'ייקובס נ' קרטוז ופסקי הדין שהלכו בעקבותיו."*

הש' אלון

אומר אלון, הפתרון של חוק החוזים לקוח מהמשפט העברי שאומץ בפסיקה. בהצעת החוק אומרים שאנו מודעים לכך שהשיטה האנגלית גורמת עוול רב, ובעקבות אמירתו של זילברג בפס"ד ג'ייקובס שאימץ את המשפט העברי, למרות שזה לא נצרך לצורך העניין, מתוך צפיית המשמעויות של חוק החוזים, ועיצב את ההלכה הישראלית. כשמשרד המשפטים חוקק את חוק החוזים הוא לקח מהמשפט הגרמני את העיקרון שחוזה בלתי חוקי בטל, אך לא ביטל אותו לגמרי כי יש בכך אי-צדק, והוסיף את ס' 31 שמבוסס על המשפט העברי.

"סוגיית החוזה הבלתי חוקי בחוק החוזים הישראלי היא דוגמה מעניינת של קליטת עקרונות ומגמות שבמשפט העברי, בלי שנתקבלו חלק מפרטי דיניו ועמדותיו. לא נתקבלה עמדת המשפט העברי, שבדרך כלל תקף הוא החוזה הלכתי חוקי לעניין נפקויותיו האזרחיות. הכלל הוא, כאמור בסעיף 30, שחוזה כזה בטל הוא. אך כן נתקבלו בחוק החוזים שני עקרונות מהותיים שביסוד דיני החוזה הבלתי חוקי במשפט העברי. העיקרון האחד- עצם ההיזקקות לתביעה, שיסודה בחוזה, הפגום באי-חוקיות. נשללה בתכלית הגישה, כי תביעה ע"פ חוזה בלתי חוקי היא "מוקצה מחמת מיאוס". שומה על בית המשפט לעשות צדק בין בעלי הדין ולשם כך אף "ללכלך ידיו" בתביעה מעין זו. העיקרון האחר, היא המגמה היסודית במשפט העברי, ש"אין חוטא נשכר", שהעבריין לא יהנה, בנוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי-קיום הנפקויות שבדין האזרחי, הנובעות מהחוזה".

בשני המקרים, גם בפרשת ג'ייקובס וגם בפרשת מיארה, התובעים שהם החוטאים רצו להיות נשכרים מהחטא, וטענו בשם אי-חוקיות, ואת זה המשפט העברי לא מקבל, והדין הישראלי אימץ זאת מהמשפט העברי.

**ע"א 461/62 צים נ' מזיאר תניית פטור**

המשיבה עלתה בריאה ושלמה על האוניה "תיאודור הרצל" שהפליגה מצרפת לישראל. במהלך שהותה באוניה חשה ברע וחלתה בדלקת קיבה שארכה כשלושה חודשים. פגיעה זו נגרמה, לכאורה, ע"י המזון המקולקל שקיבלה באוניה. ביהמ"ש המחוזי הפעיל את הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" וחייב את חברת צים ואת הטבח באחריות לנזק (ביהמ"ש המחוזי קבע שנטל התביעה עובר לנתבע, לחברת צים).

חברת צים מערערת על קביעת המחוזי ומסתמכת בהגנתה על סעיף הפטור המופיע בכרטיס הנסיעה, אשר פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האוניה, בשל רשלנותם.

אנו נמצאים לפני קיומה של תנאי פטור בחוק החוזים האחידים. השאלה היא האם להכיר בתניה כזאת?

הש' זילברג: הפסיקה האנגלית מכירה בסעיפי פטור מעין זה. לדעת בתי המשפט באנגליה, זכותו של מוביל או ספק להתנות ס' פטור והוא ייפסל רק אם יש בו הטעיה. לעומת זאת, הפסיקה האמריקאית איננה מכירה בסעיפי פטור כאלה. לדעתי בתי המשפט בארה"ב סעיפים שפוטרים את המוביל מאחריות נזק שנגרם ברשלנות בטלים. מחלוקת בתוך השיטה האנגלו- אמריקאית, איך צריך לפסוק?

זילברג קובע *"נראה לי, כי עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. יען כי בעשותנו כן אין אנו "מאמצים" לנו ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות יסוד המושרשות עמוק עמוק בתודעה היהודית. את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצדורה האזרחית, העות'מאני, אבל על השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל"סדר" ול"תקינות" אין".*

זילברג אומר- הדוקטרינה שאומרת שחוזה/ סעיף בחוזה שסותר את הסדר הציבורי בטל מופיעה בחוק הפרוצדורה העות'מאנית. בניסוח של החוק הישראלי זה "נוגד את תקנת הציבור". כלומר, העיקרון שיש להגביל את חופש החוזים מופיע במשפט הארץ. חופש החוזים איננו מוחלט. הוא שואל את עצמו- מהו דבר שנוגד את הסדר הציבורי/ את תקנת הציבור? הקדושה של חופש החוזים לא קיימת, אנחנו מגבילים את כוח החוזים מכוח החוק. איזה תוכן ניתן למושג תקנת הציבור? תוכן המיובא מהמשפט 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. "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא, י"ח, הי)- "וחי בהם, ולא שימות בהם" (יומא, דף פ"ה, ע"ב). והקול 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 העיקרון של חירות החוזים, כבודה במקומו מונח, אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים".*

כל חוזה שסותר את קדושת החיים, דינו בטל. הסעיף שפוטר את חברת צים מאחריות בטלה, לא מכוח חוק חוזים אחידים כי היא מקפחת (צד חזק שמנסח את החוזה האחיד מקפח את הצד החלש שאין בכוחו לשנות את הסעיף). הוא מנמק את ביטול התניה בגלל שהיא סותרת מהותית עיקרון על של קדושת החיים ושלמות הגוף, שגובר על התניה, גם אם הצדדים מודעים לתניה והיה בכוחו של צדק לתקן את החוזה. לכן התניה בטלה.

מדבריו של זילברג אנו רואים עיקרון חשוב שמתן תוכן למושג מופשט כמו תקנת הציבור/ הסדר הציבורי יינתן ע"פ המסורת והתרבות היהודית, לפי עקרונות המשפט העברי. מי שיעשה בזה שימוש רחב או הש' אלון.

**ע"א 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 ע"י הקונה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה. המחוזי קיבל את טענת החברה.**

**הש' אלון: ס' 39 לחוק החוזים קובע: *"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 תו"ל שאופיים הוא אוניברסלי, והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעיין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. (עדיין לא נחקק חוק יסודות המשפט בשלב זה, ולכן הפנייה לא מכוח החוק). הוא מצטט את הש' זילברג בפס"ד צים, שם הוא אמר שבהינתן מושג מופשט יינתן לו תוכן ע"פ התרבות והמסורת שלנו, וכך אני פונה בהקשר למונח "תום לב".**

**מכילתא, פרשת בשלח, פרשה א: כל מיש נושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעלין עליו כאילו קיים כל התורה כולה.**

**תלמוד בבלי, שבת, לא, א: אמר רבא: בשעה שמכניסין אדם לדין (=בבית דין של מעלה) אומרים לו: נשאת ונתת באמונה?**

**אלון- המשך**

***"האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא, אפוא, היושר, עשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במילים "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח). עיקרון על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין "הוראה מלכותית", בעל עולם ההלכה. ויישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים: יש ועשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית-דתית שכל עשייה לפנים משורת הדין, ממידת חסידות, שאין כופין עליה, ויש שבכוחו ומכוחו של עיקרון זה נוצרו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והכל לפי העניין".***

**לעיתים המושג של יושר מגיע רק לרמה של לפנים משורת הדין וביה"ד לא יכפה אותה, ולעיתים עקרון היושר מתגבש להוראה ממשית בעלת נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והעניין. אחת מגדולותיו של אלון הוא לקחת עקרונות ולגבשן באופן חדשני. לכאורה מנקודת מבט הלכתית, ההלכה עצמה קבעה מראש אילו עניינים של יושר בעלי תוקף משפטי.**

**דינא דבר מצרא זה חלק מעקרון ועשית הישר והטוב שהתגבש לעיקרון המשפטי. בעקרונות שלא התגבשו לכדי עקרונות משפטיים, יש בכוח ביה"ד להפכם להלכה מחייבת, וזה העיקרון שלביה"ד יש סמכות לדון לפנים משורת הדין. ביה"ד צריך להבחין מתי עיקרון היושר מתגבש לכדי עיקרון משפטי שאפשר יהיה לאכוף אותו בדין.**

**מסקנה- "העולה מן המקובץ: בעיקרון תום הלב שבסעיף 39, כחלק מהותי מהעיקרון הכללי של ועשית הישר והטוב שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה, ומתוך כך גם רב אחריות, אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי "מידת חסידות" ללא נפקות משפטית ואין ביהמ"ש כופה עליה, ויש חוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בעורמתו, לעמוד כנגדו, "להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה". הכל לפי העניין והכל לפי הנסיבות".**

**"במקרה הזה יש לקבל את הערעור ולהחזיר למחוזי לדיון לגופו של עניין".**

**מה השופט אלון לוקח מהמשפט העברי? עיקרון תו"ל קיים בס' 12, 39 לחוק החוזים. אלון אומר שהוא פונה למשפט העברי כדי לתת תוכן במונח "תום לב"- מה זה הפרת תו"ל? הוא לא הולך לפי ברק אלא אומר שהוא לוקח את תוכן המונח מהמשפט העברי, שם פירושו לנהוג ביושר, הגינות, אמון. הוא לוקח את התוקף המשפטי שלו לפי המשפט העברי, בהתאם לנסיבות. המשפט העברי נותן שיקול דעת רחב בידי ביהמ"ש- האם עיקרון תו"ל יישאר בתחום של לפנים משורת הדין או יתגבש להיות חובה משפטית? זה תלוי בנסיבות. אלון אומר שכשהמחוקק קבע את עיקרון תו"ל בס' 39, אנו צריכים לפרש אותו לפי המשפט העברי בשני היבטים אלו (תוכן, היקף הסמכות). במקרה של רוט נ' ישופה יש לאכוף אותו ממש, החברה חייבת לתקן את שנגרם.**

**סיכום השיעור: כל העניינים שדיברנו עליהם הם מקרים שבהם ביהמ"ש בעצמו פנה למשפט העברי, לא מכוח הוראת חוק, והשתמש בו. במקרה של חוזה בלתי חוקי ביהמ"ש הפנה למשפט העברי כדי ללמוד משם את העיקרון שלחוזה בלתי חוקי יכול להיות תוקף. המחוקק השתמש בזה, אך גיבש חוק בהשפעה גרמנית יותר מאשר עברית, ובהשפעה מהפסיקה שפנתה למשפט העברי. הסוגייה בצים ובישופה עוסקים בפרשנות של מושגים מופשטים. לפני חוק יסודות המשפט, הש' זילברג ואלון חושבים שלצורך פרשנות של מושגים מופשטים ערכיים, יש לפנות למשפט העברי.**

***שיעור 7 13.12.22***

קריאה לשיעור- פס"ד אפנג'ר, פס"ד כהן.

**המשפט העברי בפסיקה- פלילים**

אנו עוסקים בפניית השופט למשפט העברי בתקופה שלפני חקיקת חוק יסודות המשפט (שבה אין מעמד פורמלי למשפט העברי). בשיעור הקודם דיברנו על הדין האזרחי. בשיעור הזה נעסוק בדין הפלילי.

**ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מ"י**

רקע: שוטרים התפרצו לבית משום שחשבו שנעשית שם עבירה. הם לא ביקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה (תחילת תקיפת שוטרים ומאחר והם לא הזדהו כשוטרים הוא הואשם בתקיפה). הוא טוען להגנה עצמית. הוא הורשע במחוזי וערער לעליון.

ביהמ"ש העליון: עמד לדיון היקף ההגנה העצמית. עד שנת 1994 חוק העונשין העתיק את הפקודה האנגלית שהייתה בה הגנה אחת מסוג הגנת צורך שכיסתה הן צורך והן הגנה עצמית.

חוק העונשין- סעיף 22 (הגנת הצורך): *"ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם* ***של אחרים שהגנתם עליו****, או ברכוש שהופקד בידיו; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע"*

מעורבב פה עניין הצורך וההגנה העצמית. המקרה הקלאסי של צורך- אני רואה שריפה שפורצת בבית של השכן ולצורך כיבויה אני מסיג גבול לשטחו, גונב מים ומכבה את השריפה. כאן מדובר במקרה אחר. הגנה עצמית זה מקרה של תקיפה- מישהו תוקף אותי/ את זולתי והשאלה היא אם אני רשאי להתגונן. הגנה עצמית הוכנסה לצורך כמקרה פרטי של צורך (זו התפיסה של המחוקק האנגלי). הנקודה המרכזית שעולה מהסעיף היא היקף ההגנה עצמית- הזכות להגנה עצמית מוגבלת לפי המחוקק האנגלי לא לכל אחד. אם יש זר ברחוב ומישהו תוקף אותו, אפילו תקיפה קטלנית עם סכין, לפי המחוקק האנגלי איני רשאי להגן עליו. אם אגן עליו ואתקוף את התוקף- לא אהיה זכאי להגנה, כי אני זכאי להגנה רק על פגיעה בעצמי או במי "של אחרים שהגנתם עליו"- המקרה הטיפוסי זה הורה-ילדים, אבל הפסיקה האנגלית הרחיבה וכללה גם מעביד-עובדים, מורה-תלמידים, וכן הלאה, אבל עדיין צריכה להיות זיקה מיוחדת. לפי החוק האנגלי, אדם אינו רשאי לפעול תוך הגנה עצמית על כל אדם ברחוב. ההיגיון בהגנה אנגלית היא שבהגנה עצמית אדם תוקף, עובר עבירה, לוקח את החוק לידיים, והחוק האנגלי רצה לצמצם את זה. יתרה מכך, כשמתערבים בתקיפה, לא בטוח שהמתערב הבין נכון את הסיטואציה- מי התוקף ומי המותקף. כמובן שלאדם יש זכות טבעית להגן על עצמו ועל מי שתחת אחריותו אבל אינו שוטר ולא יתערב ברחוב. זו הייתה התפיסה האנגלית. זו הייתה השאלה שעמדה בפס"ד אפנג'ר שלא היה בעל הדירה- כי אפשר לומר שלבעל הדירה יש אחריות לאורחים. מאחר ואפנג'ר היה אורח השאלה היא האם אפנג'ר זכאי להנות מסעיף ההגנה?

הש' 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 ע"י לוי, בהתקפה שאולי מרה תהא אחריתה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהיה אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון".* הגישה האנגלית לא נראית בעיני אלון. אדם אכפתי ואחראי שרוצה לעזור לנתקף ברחוב יואשם בתקיפה כי רצה לעזור לאדם חף מפשע?

"גישה זו בדבר כלל ההגנה הפרטית לעניין הצלת כל אדם אחר, אף ללא יחסי קרבה או אחריות מיוחדת כלפיו מקובלת היא במערכות משפטיות שונות... במיוחד מצויה גישה זו במשפטה של ארה"ב... וכן הוא הדין בארצות שונות של הקונטיננט".

*הוא מסתכל על משפט משווה, כמו שראינו במקרים קודמים. הוא מרמז שהגישה האמריקאית ראויה בעיניו. כדרכו של אלון הוא פונה למשפט העברי כדי לבסס את גישתו. המשפט העברי בדר"כ אינו שיטה חריגה יוצאת דופן, הוא בא לסייע בבחירה בין שיטות. במשפט העברי דין ההגנה העצמית מכונה "****דין רודף****" (רודף- התוקף, דין רודף- כיצד אפשר להגיב לתוקף).*

*במסכת סנהדרין ע"ג ע"ב מובאת ברייתא:* "תנו רבנן: מניין לרודף אחר חבירו להרגו, שניתן להצילו בנפשו? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'" *(ויקרא, יט, טז)*

*זה חלק מחובת הצלה כללית (לא תעמוד על דם רעך) שמגיעה עד כדי כך שגם ניתן להצילו בנפשו, דהיינו להרוג את הרודף, אם יש צורך בכך. לפי לשון הברייתא, פעולת ההצלה חלה על הזולת. ברור שהמשפט העברי מכיר בהגנה על הזולת. האם פעולת הצלה זו במשפט העברי היא רשות או חובה? חובה. עצם ההיחלצות למען הזולת היא חובה כי מקורה בדין לא תעמוד על דם רעך, שזה חובה, איסור להתעלם מרעך שבמצוקה וחובה להיחלץ לעזרתו. אם במסגרת ההיחלצות לעזרתו הוא בסכנת מוות, צריך לעשות הכל כדי להציל אותו, עד כדי להצילו בנפשו. לחובה זו יש מגבלה:*

*סנהדרין עד ע"א:* "תניא: רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחר חבירו, ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל- נהרג עליו".

*כאן יש מגבלה שמשלימה את החובה האחרת שניתן להצילו בנפשו- כאשר נחלצים לעזר מותקף ופוגעים בתוקף, הפגיעה בתוקף צריכה להיות לפי* ***עיקרון הפגיעה המינימאלית****. צריך לעשות את הפעולה הדרושה להגן על הנרדף. אם אפשר להצילו באחד מאיבריו, דהיינו לפגוע רק באיבר של התוקף (לירות ברגל, לחבול בידו) אז אתה חייב לעשות כן, ואינך רשאי מייד להרגו. לא רק זה, נאמר בצורה חריפה שאם המציל הורג את התוקף שלא לצורך, המציל נחשב רוצח. זו הלכה חריפה, הרמב"ם לא פסק כך וקבע ש"חייב מיתה בדיני שמיים". ברור שבאופן ריאלי קשה לומר שהמציל הוא רוצח במזיד, הוא לא עשה כן כדי להרוג, גם אם הוא יכול היה לפגוע בצורה מינימאלית יותר ומשום כך אינו פעל כהלכה, לא ניתן לומר שהוא פעל בכוונה תחילה להרוג אלא פעל ע"מ להציל, למנוע את התקיפה, ולכן מדובר בהריגה. לחלופין ניתן לומר שההריגה נבעה מטעות, לחץ, חוסר הערכה של המציאות.*

*רמב"ם, הלכות רוצח, פרק א ו-ז*

"הרודף אחרי חברו להרגו... על ישראל **מצווין** להציל הנרדף מידי הרודף ואפילו בנפשו של רודף... כיצד? אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו, אע"פ שעדיין לא קיבל התראה, כיוון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג. ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכרו אותו בחץ או באב או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו- עושין; ואם אינם יכולים לכוון (=לאחד מאיבריו) ולהצילו אלא אם כן הרגהוהו לרדוף- הרי אלו הורגין אותו אע"פ שעדיין לא הרג... שכל החושב להכות חבירו **הכאה הממיתה אותו- מצילין את הנרדף בכפו של רודף**; ואם אינן יכולים- **מצילין אותו אף בנפשו**, שנאמר (דברים, כה, יב): "לא תחוס עיניך"."

*הפעולה הראשונה שיש לעשות היא להזהיר (להבדיל מהתראה). התראה דרושה לפני עונש. הריגת רודף איננה פעולה של ענישה, אלא פעולה שנעשית כדי למנוע, ולכן לא צריך התראה, אבל כן צריך תחילה להזהיר אותו. די באזהרה זו, אם לא נענה לה, כדאי שיהרגו אותו, אך לא מייד. אם אפשר להצילו באחד מאיבריו עושים זאת.*

*הרמב"ם מתאר שלושה שלבים לתקיפת רודף: (1) אזהרה (2) פגיעה באחד מאיבריו (3) הריגה.*

*אנו מדברים על דין של רודף חברו להרגו- מקרה של סכנת חיים לנרדף. השאלה המתבקשת היא האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בסיטואציה שאיננה סכנת חיים אלא היא תקיפה אחרת, למשל תקיפה שמביאה לידי חבלה? הרמב"ם והסוגייה התלמודית מדברים רק על סכנת חיים.*

*האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בתקיפה? והאם חובת ההצלה הכללית חלה גם במקרים אחרים? הרמב"ם לא מתייחס לזה (מדובר בהלכות רוצח), וגם הסוגייה התלמודית מדברת על עבירות שעונשן מיתה.*

*רבנו אשר- פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, יג*

*"וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחריו, והכה את המכה כדי להציל קרובו- פטור...וכן אם רואה אדם מישראל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה****, אע"פ שאין מכהו מכת נפש, מותר*** *להכות המכה לאפשרוי מאיסורא (להפרישו מאיסור)... ומיהו צריך לומר, דאם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה- חייב"*

אומר הרא"ש שאותו העיקרון של הגנה עצמית חל גם בסיטואציה של תקיפה שאיננה תקיפה ממיתה. אבל, אם המציל יכול להציל את המותקף בתקיפה חבלה מועטת, ותקף אותו בעוצמה רבה יותר, הוא הופך להיות תוקף יש כאן שמירה על עיקרון הפגיעה המינימאלית ועיקרון הנחיצות.

יושם לב שיש הבדל בין חובת הצלה מתקיפה לחובת הצלה מתקיפה ממיתה. האם הצלה היא חובה או רשות? מלשון הרא"ש משתמע שרשות. כלומר, לא נוסחה במשפט העברי חובת הצלה במקרה של תקיפה רגילה. ממקורות אלו נראה שיש זכות להגנה עצמית, כאשר מדובר בסכנת חיים היא מתגבשת להיות חובה, כאשר מדובר בסכנה פחותה היא בגדר זכות. כך גם פוסק שולחן ערוך.

שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, יג

*"שנים שחבלו זה בזה... אם התחיל האחד, השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו... ומיהו צריך אומד אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה, חייב".*

גם אדם שמתגונן בהגנה עצמית מפני תוקף, ההגנה צריכה להיות לפי עיקרון הנחיצות, היינו עיקרון הפגיעה המינימאלית.

*"וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חברו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכר, יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא".*

הגנה פרטית במשפט העברי- סיכום

אפשר לסכם את עקרונות ההגנה במשפט העברי ולומר שעל אדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרתו של אדם שנמצא בסכנת חיים, ולשם הצלתו אדם רשאי לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך, כלומר, לעשות את המינימום הדרוש לפי עיקרון הפגיעה המינימלית. במקרה של חבלה שאיננה סכנת חיים נתונה רשות להיחלץ לעזרתו, גם לפי עיקרון הפגיעה המינימלית. זכות ההגנה העצמית כוללת הגנה עצמית והגנת הזולת כאחד.

* על כל אדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרתו של אדם אחר, שנרדף ע"י רודף שמסכן את חייו.
* לשם הצלתו של הזולת רשאי אדם לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך. כלומר, עליו לנקוט את האמצעי שגורם את הפגיעה המינימאלית אבל אם אין די בכך הוא רשאי לנקוט בכל אמצעי עד כדי הריגתו של הרודף.
* במקרה של רדיפה שאין בה סכנת חיים אלא חבלה בלבד, רשות נתונה לכל אדם (אך לא חובה) להיחלץ לעזרתו).
* לשם הגנתו של הזולת רשאי אדם לנקוט את האמצעים הדרושים ואותם בלבד אך אינו רשאי להרוג את התוקף. גם במקרה כזה חל עקרון הפגיעה המינימלית.
* כמובן, זכות ההגנה העצמית נתונה גם לאדם המותקף עצמו לפי אותם עקרונות.

הש' אלון: *"משקבע המחוקק את עצם העיקרון שכלל ההגנה הפרטית – כהגנה שלא להיות מואשם בפלילים – יפה הוא הן לעניין הגנה עצמית והן לעניין הגנת הזולת. נראה לי, כי עקרון ההגנה הפרטית חל הוא – במידה ומדובר בפגיעה נגד גופו של הזולת – לגבי כל מקרה שבו פלוני, האזרח הסביר "שאכפת לו", רואה לעצמו חובה אזרחית מוסרית שלפי נסיבות הענין ומצב הדברים עליו להיחלץ להגנתו של אלמוני הנתקף, להצלתו של הנרדף מידי רודפו. אמנם אין החוק בישראל, כפי שכך הוא גם ברוב המערכות המשפטיות דהאידנא, מכיר בהטלת* ***חובה משפטית*** *להצלת הזולת הנמצא בסכנה."*

אומר אלון- אני רוצה לפרש את העניין של אחרים שהגנתם עליו שבניסוח החוק (קודם ל-1994) כפעולה ראויה ולא כחובה משפטית. אמנם הוא מציין בפירוש שהחוק בישראל, כמו ברוב המדינות, לא מחיל חובה להציל את הזולת, אבל כן קובע קביעה עקרונית. הוא מזכה את אפנג'ר מאשמת התקיפה וקבע חובה עקרונית שלדעתו יש מעתה לפרש את הגנת הצורך במשפט הישראלי ככוללת הן הגנה עצמית והן הגנת הזולת. זה חידוש גדול מאוד.

הנשיא זוסמן: *"בפתרון הבעיה הזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי לא עסקינן שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים. אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה האם יהא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על פי הלכת המשפט העברי, אישה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?"*

זוסמן מסתייג מעמדת הש' אלון, ורומז שיש הצדקה לפנות למשפט העברי מקום בו הרקע להוראה מהמשפט העברי. כאן עסקינן בהוראה שמקורה במשפט האנגלי. הוא מטיל ספק האם החלת המשפט העברי הפלילי תהיה מקובלת על הציבור הישראלי- לדוגמה, האם הציבור יהיה מוכן להמית אישה נואפת בסקילה? זו אמירה חריפה ביחס לפניה למשפט העברי.

לדעת שפירא, המשפט העברי הוא המשפט שהקדים את כל השיטות המערביות בפסילת עונש מוות. המשפט העברי קבע שאין לדון עונש מוות לפני אלפיים שנה. באנגליה במאה ה-19 עוד תלו גנבים ברחובות, ובארה"ב של אמריקה עד היום מוציאים להרוג רוצחים בכיסא חשמלי או בזריקת רעל. לקחת דווקא את הנקודה הזו של "נוציא להורג" כאילו שבאלפיים השנה האחרונות המשפט העברי הוציא להורג אישה נואפת זו דמגוגיה. זו אמירה חריגה בכך שהיא יוצאת תחת ידו של נשיא ביהמ"ש העליון שכותב אותה, ולכן זו אמירה מקוממת במידה רבה. יחד עם זאת, זה מבטא סנטימנט של חשש מהמשפט העברי. אפשר היה לבטא את החשש הזה באופן קצת יותר מתון, כפי שאפשר לצפות משופט ביהמ"ש העליון, ואולי במקום שמתאים לבטא את החשש. בסוגיה הזו, מדובר על ההיקף הנכון של הגנה עצמית. כפי שפרס אלון, יש שיטות שונות בעולם. אלון מאמץ את המשפט העברי. אפשר להסכים ואפשר שלא להסכים, אבל מכאן ועד להוציא נשים להורג בכיכר העיר הדרך ארוכה. הטענה הנוספת הזו שמציג זוסמן מטרתה להפחיד מפני פניה למשפט העברי. זה ממחיש עד כמה נושא זה היה נושא חם בביהמ"ש העליון. ראינו שגם הש' ברק חושש מפניה למשפט העברי, אך בדרך אחרת.

*"צר לי שבנסיבות אלה ראתה המדינה להאשים את המערער בעבירות על חוק השוטרים. השניים באו למקום, מבלי שידעו אפילו מה עליהם לחפש, שחקני קובייה או סמים, לא פעלו כמצוות החוק וביצעו עבירה של תקיפה כלפי אדם חף מפשע".*

לעניין המסקנה המשפטית הוא מצטרף לעמדתו של אלון, אך מבלי לעשות שימוש במשפט העברי ומבלי להכריע בשאלה העקרונית של היקף ההגנה העצמית. לשיטת זוסמן, אם כבר צריך להעמיד לדין זה את השוטרים שתקפו אדם חף מפשע.

הש' אשר: *"לא אוכל להסכים לדעת חברי (השופט אלון) כי כלל ההגנה הפרטית לצורך "הצלת אדם אחר" חל גם כאן במקרה שאין בו יחסי קירבה או אחריות מיוחדת בין הטוען להגנתו של הכלל לבין אלה שלטובתם הוא מתערב בצורה אלימה."*

הש' אשר חלק על הש' אלון הן ברמה העקרונית והן ברמת הזיכוי (הוא היה בדעת מיעוט, קבע שאפנג'ר לא פעל כהלכה ויש להותיר את הרשעתו על כנה). הש' אשר עומד על השיטה האנגלית- זה החוק, ולכן הגנה עצמית מוגבלת לאותו אדם ולא להגנת זולתו.

הגנה עצמית (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994, ס' 34י לחוק העונשין: *"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו,* ***שלו או של זולתו****. ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים."*

בתיקון של חוק העונשין יש להגנה העצמית סעיף ייחודי. המחוקק הכניס את ההלכה שקבע אלון ללשון החוק ובכך קבע שהשיטה הישראלית מאמצת את זה שהגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

בסופו של דבר, אלון הכניס את המשפט העברי להכריע במקרה הזה, יחיד בהרכב. הפניה למשפט העברי היא שהרחיבה את זכות ההגנה העצמית במשפט הישראלי להגנת הזולת, והיא זו שהביאה את המחוקק שניסח את עיקרון ההגנה העצמית בשנת 1994 לקבוע בפירוש שבישראל זכות ההגנה העצמית כוללת את זכות ההגנה על הזולת.

**ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י**

רקע: אדם הורשע באינוס בעקבות בעילת אשתו נגד רצונה תוך שימוש בכוח. מדובר בזוג נשוי להלכה, בפועל היו בהליכי פרידה. הגבר כנראה רצה להפגין בעלות על אשתו לפני הפרידה, אנס אותה והורשע באונס. כהן הורשע במחוזי וערער לעליון.

חוק העונשין סעיף 345 (כנוסחו אז*): "הבועל אשה, שלא כדין, נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באיומים עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע את התנגדותה, דינו- מאסר ארבע־עשרה שנים".*

טענת הגבר: "הבועל אשה, שלא כדין"- מה פירוש המילים שלא כדין? טען כהן שאם היא אשתו אז הבעילה היא כדין. כך ההלכה באנגליה:

באנגליה הדין מהמאה ה-17: M. Hale, The History of the Pleas of the Crown (1682). "בעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על-ידי ההסכמה ההדדית וחוזה הנישואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה". כלומר, כאשר אישה הסכימה להינשא לאדם היא הסכימה שהוא יוכל לקיים עמה יחסי מין בכל זמן ובכל שעה, ואינה יכולה לחזור בה מזה. ולכן אדם שאונס את אשתו לא יכול להיות מואשם כי יש הסכמה מראש.

תולדות הנוסח

* הפקודה האנגלית: unlawfully.
* נוסח ראשון בחוק העונשין (1977): "שאינה אשתו" (החוק הישראלי בכך אימץ את החוק האנגלי שאדם לא יכול להיות מורשע באונס אשתו).
* נוסח שני: תיקון ועדת חוקה (1978): "שלא כדין" (תיקון שלא ע"י המחוקק אלא ע"י ועדת חוקה, דבר יוצא דופן).

עכשיו נשאלת השאלה איך מפרשים את "שלא כדין"? במקרים קודמים ביהמ"ש הביע שאינו אוהב את החוק האנגלי שפוגע בכבוד האדם וכבוד הנישואין. אבל בכל זאת המחוקק בחקיקת חוק העונשין תרגם את הפקודה האנגלית ולא מחק מילים אלו. זו הייתה טענת ההגנה של כהן- יש לפרש "שלא כדין" לפי ההלכה האנגלית, שם המשמעות "שאיננה אשתו". הוא לא הכחיש את עצם המעשה, אך טען שמאחר והיא אשתו אינו יכול להיות מואשם בעבירת אונס.

כלל ידוע הוא שהמחוקק לא משחית מילותיו לריק, ולא סתם כתב "שלא כדין". אם ביהמ"ש מבטל את פרשנות "שלא כדין" כ"שאיננה אשתו", עליו להציע פרשנות אחרת.

הש' 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 מביא שורת מקורות מהמשפט העברי לפיה ברור שאסור לאדם לאנוס את אשתו:

* תלמוד בבלי, עירובין, ק, ב: *"אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה".* (דבר מצווה=יחסי מין).
* רמב"ם הלכות אישות, פרק טו, יז: *"ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה".*
* שולחן ערוך, אבן העזר, כה ב: *"לא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפייסנה עד שתתרצה".*

רמב"ם, הלכות אישות, פרק י"ד (הלכת מורדת)

*"האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו להוציא לשעתו,* ***לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה****."*

*החובה לקיים יחסי אישות היא חובה עקרונית. כשאחד מבני הזוג מסרבים באופן עקרוני לאורך זמן לקיים יחסי מין, הם הופכים להיות בגדר מורד. הרמב"ם אומר בהלכת המורדת- שואלים את האישה מדוע היא מורדת. אם האישה משיבה שהבעל מגעיל אותה והיא לא מוכנה לקיים עמו יחסי מין, והואיל ויחסי מין זה מרכיב הכרחי ביחסים, אי-הסכמת האישה מחייב לכפות את הבעל לתת גט. אישה איננה שבויה ביד בעלה שתיבעל למי שהיא שונאת. ההלכה שאסור לבעל לבעול את אשתו כנגד רצונה עד כדי שאם אינה רוצה לקיים עמו יחסי מין באופן קבוע ועקרוני זו עילה לגירושין.*

הש' בכור- המשך: *"לאור כל מה שנאמר לעיל, אין, בעניין הנדון, להחיל בין יהודים את ההלכה של המשפט המקובל האנגלי, שמה שעשה המערער אינו מהווה אינוס, כמשמעותו בסעיף 345 לחוק העונשין, בגין קיום קשר הנישואין עם אשתו."*

זה דוחה את טענת ההגנה של כהן שמותר היה לו לקיים יחסי מין עם אשתו נגד רצונה כי היא אשתו, מכוח העמדה ההלכתית. ואולם, יוצא מדבריו של הש' בכור, שאם נמצא בעדה המוסלמית או הדרוזית שמותר לאדם לקיים יחסים, אז החוק צריך לקבל את זה וזה כמובן בעייתי.

הפניה למשפט העברי במקרה הזה באה כדי להסתייג מהמשפט האנגלי. כאשר שופטים מרגישים שהדין האנגלי שחל בישראל מכוח לשון החוק ומכוח הזיקה שהייתה אז למשפט האנגלי לא מתאימים, הם הולכים למשפט העברי שייתן להם אלטרנטיבה. חוק העונשין דאז היה תרגום של החוק האנגלי, שהניח שאדם לא יואשם באינוס אשתו, וזו אינה התוצאה הרצויה בעיננו.

במידה מסוימת, גם במקרה הקודם היקף ההגנה העצמית היה מצומצם לדעת אלון ואז הוא פנה למשפט העברי כדי להרחיב את ההיקף כאמור. זה מלמד אותנו שהפניה למשפט העברי מאפשרת לשופטים להתחמק מהדין האנגלי כשהוא לא נראה להם.

הש' מרים בן פורת: *"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."*

היא לא רוצה לקבוע ע"פ הדין האישי כי היא מבינה את המשמעויות של זה כלפי אוכלוסיות מסוימות.

*"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."*

היא מציעה למעשה להתעלם מהמילים "שלא כדין".

כהן הורשע. הוא קבע שההכרעה היא מנוגדת ללשון החוק ולכן התקיים **דנ"א**.

שם קבע הש' חיים כהן: *"משמחקה הוועדה את המלים ״שאינה אשתו" גילתה דעתה שלא ייתכן כלל שהאונס את אשתו יהא פטור מעונש. ומשגילתה דעתה זו, לא עשתה ולא כלום כשהחזירה ליושנן את המלים ״שלא כדין״. אם האונס את אשתו אינו פטור מעונש, כי אז המלים ״שלא כדין״ אינן מעלות ואינן מורידות לעניין אחריותו הפלילית, ולמעשה אין להן כל משמעות."*

התיקון של החוק מלמד שהוועדה, הכנסת, דחתה את העמדה האנגלית. משמעות התיקון היא דחיית ההלכה האנגלית ולכן לא נזקקים לדין האישי כלל, אלא הן מילים מיותרות. לפי החוק, היות אדם נשוי אינה טענת הגנה מפני אונס, מבלי להיזקק למשפט העברי. כהן אימץ את הצעתה של הש' מרים בן פורת.

סעיף האינוס תוקן. אחד השינויים באונס קשור גם לעצם הגדרת האונס (שינוי מ"נגד רצונה..." ל-"שלא בהסכמתה"). כבר לא מדובר בעניין של תקיפה/ איום בחבלה או במיתה. בין השאר במסגרת תיקון החוק נמחקו המילים "שלא כדין", וממילא היום אין צורך לפרש לפי הדין האנגלי או לפי הדין האישי.

ס' 345 לחוק העונשין קובע: *345. (א)  הבועל אשה (1)   שלא בהסכמתה החופשית; (2)   בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה; (3)   כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה; או (4)   תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית;*

*סיכום- ראינו שגם בתחום הפלילי ביהמ"ש פנה אל המשפט העברי. במקרה של הגנה עצמית הפניה הרחיבה את ההגנה העצמית להגנת הזולת והתגלגלה בהמשך לחוק. במקרה של אינוס אישה הפתרון של הש' בכור היה לעקוף את ההלכה האנגלית. בשני המקרים, המשפט העברי היווה אלטרנטיבה למשפט האנגלי במקרים בהם לביהמ"ש נראה מבחינת הדין הרצוי, מבחינה מוסרית, לסטות מההלכה האנגלית.*

***קריאה לקראת שיעור 8***

**אהרן ברק, חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל**

**חוק יסודות המשפט הביא לשינוי מהותי ביסודות המשפט הישראלי. בטרם נחקק חוק זה הדין ששרר היה סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, לפיו בעת לקונה על השופט היה למלאו ע"י פנייה ליסודות המשפט המקובל ולעיקרי היושר והשלום של מורשת ישראל. השינוי הינו כפול: (1) על השופט היה להימנע מהיקש ולפנות למשפט האנגלי, וכעת אם מתגלה לקונה יש למלאה בראש ובראשונה ע"י היקש. (2) בוטלה הפניה למשפט האנגלי ובכך הקשר עם המשפט האנגלי נותר והושגה עצמאות. את החסר יש למלא בדרך של היקש ואם הדבר לא אפשרי לפנות אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". נשאלת השאלה האם יש למלא תוכן בערכים של מוסר, שוויון, צדק, תו"ל, סבירות לפי עקרונות אלו? זוהי טענתו של הש' אלון אך לדעתי גישה זו מוטעית.**

**"קפיצת דרך": אף אם נקבל שמושגים ערכיים אלו הינם "שטחים ריקים", חוק יסודות המשפט מצווה שהם ימולאו בראש ובראשונה בדרך היקש, ורק אם לא צולחת דרך זו לפנות למורשת ישראל. קפיצת הדרך הזו אינה מותרת. גם שיטת ההיקש אינה נקייה מביקורת (לדוגמה היקש המביא לפתרון דומה אך לא צודק). הפסיקה האנגלו-אמריקאית מציינת כי במקרה של לקונה רשאי השופט להיזקק לעקרונות אחרים כגון צדק, סבירות, מוסר, שכל ישר וכיו"ב עקרונות כללים המקובלים בשיטה. מכל מקום, אין אפשרות לדלג על ההיקש ולפנות לעקרונות האמורים בלא לבחון את אפשרות מילוי הלקונה בהיקש.**

**מושגי משפט ו"שטח ריק": עד כה הנחתי כי יציקת תוכן למושגים אלו היא בבחינת שטח ריק, אולם גישה זו איננה מקובלת עליי וטעות ביסודה. כאשר המחוקק נזקק למושגים ערכיים, על השופט מוטלת החובה לפרשם. מקום שהחוק משתמש בביטוי ערכי אין בכך כדי להצביע על קיומו של שטח ריק. אמת שהביטויים הערכיים מעורפלים, סתומים ובעלי רקמה פתוחה ומציבים אתגר לפרשן לפרשם ולקבוע את היקף התפרסותם בהקשר בו הם מופיעים. לשם כך עליו לגבש את תכלית החקיקה ומטרותיה, עליהם ילמד הפרשן מלשון החוק, היסטוריה חקיקתית וערכי היסוד של השיטה. באמצעות שימוש בכלי פרשנות אלה על השופט לצקת תוכן למושגים ערכיים. כך לדוגמה, כאשר המחוקק קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור- בטל", "תקנת הציבור" איננה שטר ריק אלא מושג שעל השופט למלא בתוכן באופן התואם את תכלית החוק. לשם כך על השופט להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב. באמצעות הכלים הפרשניים אותם מכוון הפרשן להוראה הערכית, הוא נותן לה תוכן נורמטיבי. ניתן לטעון שע"פ גישה זו מעטים המקרים בהם תהא פניה למורשת ישראל לשם מילוי לקונות בחוק. אכן כך הדבר. על כך עמד אף אלון שצפה כי "מקרים מעטים" מקום שהליקוי צריך יהיה להתמלא ע"י המשפט העברי בלא הזדקקות להיקש ולכן קל וחומר אם בטרם יפנה לעקרונות אלו על השופט לפנות להיקש.**

**חוק יסודות המשפט ופרשנות החוק לאור מורשת ישראל: מושגי המשפט הערכיים לא יוצרים שטחים ריקים שמילויים חייב להיעשות במישרין מכוח חוק יסודות המשפט באמצעות מורשת ישראל. כעת יש להתמודד עם הטיעון הבא- משקבע המחוקק כי מורשת ישראל משמשת מקור משלים למילוי השטחים הריקים בדין המקומי ממילא טבעי הוא שאותה מורשת תשמש גם כמקור לפירוש הוראותיו הערכיות של החוק. מורשת שנמצאה טובה וראויה לשמש מקור משלים אינה טובה וראויה לשמש מקור מפורש? יהא מקומה של מורשת ישראל בפרשנות החוק אשר יהיה, אין ללמוד על עניין זה דבר מחוק יסודות המשפט. הפיכת מורשת ישראל למקור משלים במקרה של לקונה לא הופכת את מורשת ישראל למקור מפרש בהיעדר לקונה. כך למשל, בעבר שימש המשפט האנגלי מקור משלים במקרה לקונה אך הייתה זו טעות להסיק מכך כלל משפטי כי המשפט האנגלי מהווה מקור לפרשנות החוק. פרשנות חוק ומילוי ליקוי בחוק הן שתי פעולות שונות בתכלית. בפירוש החוק אנו נותנים ביטוי ל"יש" שבחוק ובמילוי לקונה בחוק אנו מניחים "אין" ומשלימים את החסר באמצעות נורמה חדשה שלא הייתה קודם לכן.**

**מורשת ישראל וערכי יסוד של השיטה: הש' אלון ביסס את גישתו עוד קודם לחקיקת חוק יסודות המשפט. גם אם נניח שעמדתי צודקת, עדיין עומדת הטענה כי ערכי יסוד המובאים בחקיקה יש לפרש בראש ובראשונה לאור מורשת ישראל. מקובל עליי שהוראות חוק ובוודאי הוראות בעלות משמעות ערכית יש לפרש על רקע נורמות ערכיות שונות המהוות את נשמת שיטת המשפט. החוק הוא "יצור חי בסביבתו", סביבה זו כוללת לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב אלא אף מעגלים נרחבים יותר. במעשה הפרשנות על הפרשן לשאוף להרמוניה תחיקתית ולפרש חוקים על רקע עקרונות כלליים של השיטה, מטריה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה. עוד מקבל אני שבין עקרונות שיטתנו מצויים העקרונות המנויים בחוק יסודות המשפט, אך אינו לומד זאת מכוח חוק יסודות המשפט אלא ממהות המדינה ויסודותיה. גישה הרואה בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל עקרונות יסוד שבמסגרתם יש לפרש את החקיקה שלנו היא גישה המשותפת לכל חלקי העם, ונתמכת לדעתי ע"י ההשקפות המקובלות פרי השתכנעות משותפת של הציבור הנאור. מקומם של עקרונות אלה הוא כחלק ממכלול ערכי היסוד של שיטתנו, אך אינם הראשונים במעלה אליהם יפנה השופט. בין ערכי מדינתנו מצויים ערכים המשקפים אופי דמוקרטי כגון שוויון, צדק, מוסר, הפרדת רשויות, חופש ביטוי, תהלוכה, עיסוק, טוהר שיפוט, כבוד האדם, תום לב, צדק טבעי, סבירות וכיו"ב ערכי יסוד שכל מדינה דמוקרטית מחזיקה בהם. הם אינם מהווים רשימה סגורה והם משתנים עם שינוי בהוויית העם. עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראלים משתזרים במערך הכולל של ערכי היסוד של המדינה ושל השיטה המשפטית. מקום שערכי יסוד אלה כולם מובילים לתוצאה אחת לא יתקשה השופט בפסיקתו, אך לעיתים לא כל ערכי היסוד מובילים לאותו כיוון ונתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. במצב דברים זה יש להכריע בין הערכים המתנגשים ע"י קביעת משקלם וערכם ואיזון ביניהם, ובמלאכה זו לא יעניק השופט מעמד בכורה/ עדיפות לעקרונות מסוימים. עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל לא שוקלים יותר מעקרונות אחרים הנובעים מאופייה הדמוקרטי של המדינה. על השופט להכריע ע"פ מה שנראה לו כתפישות היסוד של החברה ולא ע"פ תפישות היסוד האישיות שלו. אין לקבוע מראש את מהות המשקל הניתן לעקרונות האמורים ואין ליצור חזקה כי אליהם יש לפנות בראש ובראשונה.**

**סיכום: מושגים ערכיים אינם שטח ריק המחייב פנייה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, אלא מדובר בפרשנות שמבצע השופט על רקע תכלית החקיקה ועקרונות היסוד של השיטה. אין לקבוע מראש עדיפות לעקרונות אלו אלא יש ליתן להם משקל ע"פ חשיבותם החברתית היחסית ע"פ תפישתו הערכית של הציבור הנאור בישראל. ניתן לטעון כי גישה זו תביא לדיסהרמוניה בשיטתנו- לקונה בה מתמלאת בהיעדר היקש מתאים ע"פ העקרונות האמורים אך מושגי משפט שיסודם בערכי מוסר ותרבות לא מתמלאים בתוכן רק על בסיסם. יש לדחות טענה זו הן משום שפירוש לחוד ומילוי לקונה לחוד, והן משום שחוסר ההרמוניה אינו טמון בגישתי אלא במציאות החברתית בה אנו נתונים. המתח בין שורשינו ההיסטוריים לבין הווייתנו המודרנית הוא היוצר דיסהרמוניה. חוק יסודות המשפט משקף דיסהרמוניה המאפיינת את מערכת חיינו הלאומית. הוא מבוסס על פשרה ועל איזון עדין שיש לשמור עליהם. לדעתי, עמדה הרואה במושגים ערכיים לקונה מפרה איזון זה וכן גם מתן עמדה בכורה למשפט העברי או למורשת ישראל בפרשנות חקיקה רגילה.**

**נספח היסטוריה חקיקתית: עם התמנותי כיועמ"ש לממשלה ראיתי כאחד מתפקידיי העיקרים לפעול לקידומו של הרעיון הישן בדבר ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו. תחילה ההצעה לא כללה כל הוראה למילוי ליקויים בחוק- הרעיון היה שעניין זה יישאר פתוח ובתי המשפט ינקטו בטכניקות שונות למילוי החסר. משרד הדתות התנגד להצעה והציע להוסיף הוראה לפיה מקום בו ישנו לקונה בדין הישראלי יחול המשפט העברי. פרופ' ידין סבר שהצעה זו אינה טובה, מי ששולל את קיומם של חללים ורואה במשפט הישראלי יצור בריא המסוגל לצעוד ללא קביים אינו זקוק להפניה, לא למשפט העברי ולא למקור משפט חיצוני אחר.**

**אלון 1537-1549** סיכום שירקו

חקיקת חוק יסודות המשפט הביאה לשיאה של התקופה החקיקתית השנייה, דהיינו תקופת הקודיפקציה האזרחית. זאת משום שרוב החוקים בתחום הקניין וחיובים נחקקו במדינת ישראל עד שנה זו, וחוק יסודות המשפט מהווה כותרת, מכה בפטיש למאמץ הגדול של הקודיפקציה האזרחית. חוק זה קבע את עצמאותה של מערכת המשפט הישראלית. עצמאות זו נקבעה בשתי דרכים:

1. דרך השלילה- ניתוק מהכוח המחייב של המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים.
2. דרך החיוב- על ידי יצירת קשר מחייב והענקת מעמד רשמי למשפט הבערי כמקור משלים וכחלק של המשפט הפוזיטיבי במערכת המשפט הישראלית.

מכאן שחוק זה מהווה "אחד החוקים הבסיסיים וקובעי התשתית של מדינת ישראל" וכן עם חקיקתו ביקשה הכנסת לחוקק את חוקי היסוד, אשר עומדי בכותל המזרח של המערכת המשפטית. נעמוד על טיבם ושיעורם של ניתוק וקישור חוקים אלו כפי שבאו לידי ביטוי בדבר הרשות המחוקקת ובאיזה מידה הוגשמו בדבר הרשות השופטת. חוק יסודות המשפט מורכב משני סעיפים: ס'1- עוסק במקורות משפט משלימים. ס' 2- ביטול סימן 46.

ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו: ס' 2 לחוק מבטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו. זוהי השלמה של ניתוק המשפט הישראלי מכוחו המחייב של המשפט הישראלי. ההליך לניתוק זה החל עוד בשנות החמישים באמצעות פסיקות ביהמ"ש העליון ולאחר מכן אף במס' חוקים בהם נקבע ס' מיוחד בדבר עצמאות אותו החוק. ביטולו של סימן 46 לא היה בו כדי להשפיע על המשך קיומו של אותו חלק מן המשפט העות'מני שהיה קיים מקום המדינה ושהמשיך לעמוד בתוקף בשל ס' 11 לפקודת סדרי שלטון. היו מאות סעיפים מהמג'לה העות'מנית שנותרו באופן פורמלי אך לא בוטלו באופן רשמי אם כי בפועל לא נעשה בהם כל שימוש כי לא נזקקו להם. אך ב-1984 נחקק החוק לביטול המג'לה שלשונו "המג'לה בטלה", הסעיף הקצר ביותר בחוק הישראלי שמשמעותו היא בעיקר סמלית. ס' 2 לחוק יסודות המשפט ביטל את הוראת הזיקה למשפט האנגלי וסעיף 1 לחוק ביטול המג'לה קבע את ניתוק זיקת המשפט הישראלי משיירי העקרונות העות'מניים.

ס"ק 2 של הסעיף השני לחוק יסודות המשפט קובע שאין בביטולו של סימן 46 כדי לקבוע במשפט שנקלט בארץ. כלומר, אותן הלכות שקודם לקבלת חוק יסודות המשפט נקלטו בפועל מתוך המשפט המקובל ודיני היושר של המשפט האנגלי, דרך פסיקת ביהמ"ש העליון, יישמרו וימשיכו להיות חלק ממערכת המשפט הישראלית. הסיבה היא שלמעשה הלכות אלו נשאבו מן המשפט האנגלי אבל התאזרחו בארץ כהלכות ישראליות. היו שטענו שגם הלכות שאינן נקלטו בפועל מהמשפט האנגלי אך היו ראויים להיקלט עובר לקבלת סימן 46 ומשכך אין סימן 46 מבטל אותן. אולם טענה זו מרוקנת מתוכן את מהות ביטול סימן 46 שכן נוצר מצב שנפנה למקורות מורשת ישראל רק בחוקים שנחקקו לאחר ביטול סימן 46, כלומר רק חוקים שנחקקו אחרי חקיקת חוק יסודות המשפט. בפסק דין של הנשיא יצחק כהן הובעה דעה שלאחר סימן 46 מן הראוי יהיה בנסיבות מסוימות לקבוע הלכות חדשות ואף לשנות מן ההלכות שכבר נקלטו בפועל מן המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים.

**עקרונות מורשת ישראל כחלק מן המשפט הפוזיטיבי של מערכת המשפט הישראלית:** עיקרו של חוק יסודות המשפט- ה"מצוות עשה" שבו מצוי בסעיפו הראשון. ס' זה אומר שעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" יהוו מקורות משלימים למערכת המשפט הישראלית- לארח קיומם של תנאים מסוימים, זאת במקום המקור המשלים שהיה עד לביטול סימן 46 (המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים). למעשה בחקיקת סעיף זה הוגשם המאמץ הרב להעניק למערכת המשפט העברי בצורה זו או אחרת מעמד רשמי במערכת המשפט במדינה היהודית.

עד לחקיקת סעיף זה היו חילוקי דעות נוקבים- היו כאלו שביקשו להגדיל את מידת חובת ההיזקקות למשפט העברי והיו כאלה שחפצו לצמצמה. מכאן הנוסח של הסעיף אשר מאפשר לשופט לפנות את ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל מבלי לכפות עליו פנייה למשפט העברי. בכך הטילה הכנסת על מערכת השיפוט תפקיד רב אחריות ורב משמעות של חובת ההיזקקות למושגים ולעקרונות שהם יסוד מוסר במערכת המשפט העברי ובעולמה של היצירה התרבותית-רוחנית של העם היהודי לדורותיו עד לחזרתו לריבונות עברית ועד בכלל.

**הענקת נפקות משפטית מלאה לעקרונות היסוד שבמגילת העצמאות**: לעובדה שעם קבלת חוק יסודות המשפט עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל היוו חלק מהמשפט הפוזיטיבי של המערכת המשפטית של המדינה נודעה משמעות חוקתית עקרונית מבחינה נוספת. עקרונות אלו הוזכרו גם במגילת העצמאות- "מדינת ישראל תהיה מושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל". בראשית ימי המדינה ביהמ"ש העליון אמנם אמר שאין לעקרונות אלו מעמד קונסטיטוציוני, הם אכן מבטאים את חזון העם אולם אין להם נפקות משפטית. אולם עם קבלת חוק יסודות המשפט הפכו זכויות ועקרונות לחלק ממערכת המשפט של המדינה העברית, כלומר עקרונות אלו קיבלו נפקות משפטית והיזקקות אליהם היא חובה משפטית מלאה ומובהקת.

**דבר חקיקה, הלכה פסוקה והיקש:** כאמור חובת הפנייה של ביהמ"ש לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל כמקור משפטי משלים תלויה בכמה תנאים. התנאי הראשון הוא שלשאלה משפטית לא נמצאה תשובה בדבר חקיקה- כלשונו כך הוא. בהלכה פסוקה- מושג זה מצוי בס' 33 לחוק בתי המשפט ולפיו רק הלכה שנפסקה בביהמ"ש העליון מחייבת כל בית משפט, זולת ביהמ"ש העליון עצמו. הלכה פסוקה בחוק-יסודות המשפט פירושה הלכה פסוקה מחייבת (לכן בעיני אלון מדובר בהלכה של בית משפט עליון, כי החלטות של מחוזי לא באמת מחייבות בית משפט השלום, הן מנחות אבל לא מחייבות כמו שהלכה של בית משפט עליון מחייבת את שאר הערכאות). דרך של היקש- הבאת היקש דרך מקורות המשפט נראית מיותרת, הרי האנלוגיה היא חלק מדרכי הפרשנות. שהן לחם חוקו של השופט במלאכת הפסיקה היומיומית. אלון מציין שמיותר לציין איזה סוג של דרך פרשנות עסקינן, אך תוהה מדוע החוק לא הזכיר את דרך המנהג, המהווה אחד מהמקורות המשפטיים במערכת המשפט הישראלית וכך אף במשפט העברי.

**שאלה משפטית הטעונה הכרעה-לקונה:** חובת ההכרעה לאור עקרונות מורשת ישראל היא כאשר מצויה בפני ביהמ"ש "שאלה משפטית הטעונה הכרעה". מה טיבה של שאלה זו? השאלה נידונה בפרשת הנדלס שם נפסק כי מדובר במקורה שבו ביהמ"ש לא מוצא תשובה לשאלה משפטית באופן שנוצא שטח ריק, וכן לא במקרה שביהמ"ש מתמודד מול שאלת פרשנות של הוראה משפטית הקיימת והמוסדרת בחוק אך מתפרשת בדרכים שונות. בסוגיה זו נחלקו הדעות בין חוקרי משפט לבין מלומדיו, הן מבחינת עצם אפשרות קיומה של זו במערכת משפט והן מבחינת היקפה ומשמעותה. עולה בבירור מחוק יסודות המשפט שישראל מכירה בעצם האפשרות לקיומה של לקונה. אולם כיצד נקבע שמדובר בלקונה ולא במקרה של פרשנות? כאשר נושא משפטי מסוים אינו מוסדר כלל ועיקר במערכת המשפטית הישראלית, הרי לפנינו מקרה של לקונה וחל ס'1 של חוק יסודות המשפט- אך אין בכך למצות כל מה שכלול בס' זה של החוק. יש חוקרים הסוברים כי ישנם מקרי פרשנות, הדורשים מלאכת פירוש של מושגי משפט כלליים כגון רשלנות שגם הם נחשבים לקונה (נאמר על ידי ד. פרידמן). אלון מסכים עם עמדה זו. משמעות זו מקבלת משנה תוקף בחוק יסודות המשפט ומוכחת מן ההגדרה המצויה בחוק זה למושג לקונה. אך המחוקק משתמש במונח 'חסר' 'שטח ריק' או 'מילוי חלל': מה שנאמר בס'1 לחוק הוא שאלה משפטית הטעונה הכרעה. הגדרה זו וניסוח זה כוללים לא רק מקרה שבו הנושא המשפטי אינו נדון כל עיקר במערכת המשפטית. אלא גם כאשר הנושא מובא בצורה כוללת שאין בה כל משמעות תוכנית. השופט ברק מתנגד לכך וטוען שס' 1 אינו אלא במקרה שהמערכת המשפטית אינה מתייחסת לנושא משפטי מסוים. לטענת ברק- כאשר ביהמ"ש נדרש להכריע בדבר חקיקה לגבי ה'מושגים הערכיים'- תום לב, תקנת הציבור, צדק וכו', תפקידו של ביהמ"ש הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלו בצורה אשר תגשים את תכלית החוק בהתחשב בתנאים המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט נמצא במצב של שטח ריק (לקונה), שכן המחוקק קבע נורמה החלה בעניין.

עקרונות החירות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל: המושג "מורשת ישראל" חדש הוא במינוח המשפטי של מערכת המשפט הישראלי. ומתוך שטרם בא לכלל שימוש הרי הוא מוגדר פחות מן המונח משפט עברי. ביהדות מתפרש מונח זה כמכוון לתורה וכלל עולמה של התורה בעל פה. ייתכן שבחירה במונח זה נבעה מנוסח הפשרה שמנסחי החוק הגיעו אליו. לטענת אלון ברור שעיקרו ויסודו של מונח זה הוא המשפט העברי וכך אף עולה מדבר ההסבר להצעת החוק. בדברי ההסבר משמשים המושגים של מורשת ישראל והמשפט העברי כשמות נפרדים. על בתי המשפט והיא לצקת תוכן למושג זה ולהחליט מה כלול בו בנוסף למשפט העברי- במובנו המשפטי הצר של המושג משפט עברי- כגון דברי הגות ומחשבה שבמורשת ישראל לדורותיה ובמורשת הקשורה בתנועת התחיה הלאומית. אולם על ביהמ"ש יש לזכור כי מדובר במושג הממוקם במסגרת של נורמות בעלות משמעות משפטית וחיי משפט מעשיים ולא מופשטים. עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום ממלאים את עולמן של הלכה ויהדות. יש להם תפקיד כפול: (1) משמשים כעקרון משפטי בסוגיות מסויגות שונות בכל תחומי המשפט העברי ועולמה של ההלכה. (2) משמשים כעקרונות על וקווים מנחים לצורכי קביעת מדיניות משפטית ופסיקתית. עקרונות על כגון "צדק צדק תרדוף". כלומר הם משמשים כנורמות משפטיות מובהקות שמהן נלמדים גופי דברים לעניין סוגיות משפטיות שונות המוכרעות על פי העקרונות של חרות, יושר, צדק ושלום. החומר המצוי בעקרונות אלו הוא רב וגדול ונתחברה בו ספרות עיון ומחקר.

***שיעור 8 20.12.22***

**חוק יסודות המשפט**

חוק יסודות המשפט בא על רקע סימן 46 לדבר המלך במועצתו. סימן 46 לדבר המלך: *"בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העות'מאני... ובהתאם לאותם דברי מלך במועצה ולפקודות ולתקנות הנוהגים בארץ-ישראל בתאריך דבר מלך זה או אשר ינהגו או יוחקו בעתיד; ובהתחשב עם החוקים, דברי המלך, הפקודות והתקנות האלה* ***ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה****, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום ולשופטי שלום באנגליה ובהתאם לפרוצדורה ולמנהגים המקובלים אצל בתי משפט שלום ושופטי שלום כאלו לפי גבולות השיפוט והסמכויות שלהם וכו'."*

סימן 46 קבע שבמקרה של חסר יש להשלימו לפי עיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. סימן זה המשיך להתקיים גם לאחר הקמת המדינה. היו מחשבות לבטלו אבל הוא לא בוטל. ס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט יצר מעבר של החוק הבריטי לחוק הישראלי. לאחר קום המדינה אם יש שאלה של חסר יש לפנות למשפט האנגלי, לפסיקה באנגליה. אחרי קום המדינה בתי המשפט התלבטו ככל שהתפתחה חקיקה ישראלית חדשה, מה קרוה אם יש חסר בחוק ישראלי חדש- האם גם לגביו יש לפנות לאנגליה? הפסיקה קבעה שלא ובכך צמצמה את הסעיף, אפשר לומר שבאופן עקרוני עדין חלה חובת פנייה לבתי המשפט באנגליה לאחר קום המדינה, עד ביטול הסימן בשנת 1980. עד אז ישראל לא הגיעה לעצמאות משפטית מלאה אלא נשארה כפופה לעקרונות המשפט האנגלי. דובר רבות שיש לתקן את זה. הייתה התלבטות האם די לבטל את הסימן הזה או שצריך להציע לו חלופה. היה מי שסבר (פרופ' ידין) כי די בביטול הסימן, וההשלמה תהיה לפי הסמכות הטבועה של ביהמ"ש לפתח את המשפט. דעת הרוב של אנשי המקצוע במשרד המשפטים ובכנסת הייתה שצריך למצוא לו חלופה. במידה רבה החלפת הסימן התעכבה נוכח ההתלבטות בדבר החלופה.

חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980:

ס' 1- מקורות משפט משלימים: *"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".*

ס' 2- ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו ושמירת דינים: *"(א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947 – בטל. (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה."*

32 שנה אחרי קום המדינה נחקק חוק יסודות המשפט. ס' 2 ביטל את הזיקה לאנגליה, ובמקום זאת קבע בס' 1 מקור אחר לפניה והוא "עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל".

דברי ההסבר: "עם ביטול התפקיד המשלים של המשפט האנגלי מתעוררת השאלה... כיצד ימלא בית המשפט מה שנהוג לכנות "שטחים ריקים" ("לקונות" בלעז). מוצע להורות שבמקרים אלה ינחה בית המשפט את עצמו על ידי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". מבין 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".

בדברי ההסבר הוצע שבמקרים של לקונה ביהמ"ש ינחה את עצמו ע"י עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל. נשמע שערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל הם ערכי היסוד והמוסר של המשפט העברי. דברי ההסבר יוצרים זיקה בין מורשת ישראל והמשפט העברי. כפי שנראה, היא לא הייתה ברורה מספיק. ברור מדברי ההסבר שהחלק הראשון בא להחליף את סימן 46.

מהי לקונה?

השאלה מהי לקונה היא לא פשוטה. לפי החוק- שאלה משפטית הטעונה הכרעה שלא נמצאה לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש.

דבר חקיקה- כולל הן חקיקה ראשית והן חקיקה משנית (תקנות וכיו"ב), כל דבר חקיקה. למילה "חוק" בעברית יש כפל משמעות- הן הדין בכללו מבחינה משפטית והן משמעות ספציפית ופירושו החוק החרוט, חוק של הכנסת.

הלכה פסוקה- מציין כידוע את ההלכה של ביהמ"ש. השאלה מה בדיוק היא הלכה פסוקה? האם הכוונה לתקדימים של כל בתי המשפט או רק של ביהמ"ש העליון? הש' אלון אומר שהלכה פסוקה היא רק הלכה שנקבעה ע"י ביהמ"ש העליון, שכן רק הלכה זו היא הלכה מחייבת את בתי המשפט הנמוכים ממנו, ולכן רק הלכה פסוקה של ביהמ"ש העליון היא בגדר הלכה פסוקה, ולעומת זאת הלכות שנקבעו ע"י המחוזי והשלום אינם בגדר הלכה פסוקה. לעומת זאת, הש' חיים כהן חולק על אלון וחושב שהלכה פסוקה היא הלכה שנקבעה בכל בתי המשפט, גם בבתי המשפט הנמוכים מהעליון ולא רק בעליון. טענתו היא שמבחינת ביהמ"ש העליון, להלכה של ביהמ"ש העליון אין יתרון על פני הלכה אחרת שהרי ביהמ"ש העליון יכול לסטות מהלכה קודמת של ביהמ"ש העליון. לדעת שפירא, צודק אלון כי להלכת ביהמ"ש העליון יש מעמד מיוחד והיא חלק מהדין.

בדרך של היקש- אנלוגיה מעניין לעניין, ייתכן שגם כלולה כאן פרשנות כללית. הש' אלון אומר שללא ספק פרשנות קודמת להשלמה מעקרונות מורשת ישראל, בכך אינו חולק על הש' ברק. הוא מסכים שבאופן עקרוני אם אפשר לפרש לא צריך להגיע להשלמת חסר. שניהם מסכימים שפרשנות קודמת להשלמה לפי עקרונות מורשת ישראל. כלומר, לקונה היא שאלה משפטית שאין לה תשובה- לא בדבר חקיקה ולא בהלכה פסוקה, אולי ביהמ"ש העליון בלבד, ולא בדרך של היקש או בדרך פרשנית אחרת.

פרשנות מושגים משפטיים-ערכיים

השאלה שעולה היא מה מקומם של פרשנות של מושגים משפטיים-ערכיים? האם הם בגדר לקונה?

הש' אלון (דנ"א הנדלס): *"מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות, כגון צדק, תום לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה... שפרט לכינויים אינם מפנים לתוכן סובסטנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת תוכן בהם היא בבחינת מילוי שטח ריק".*

הש' ברק (דנ"א הנדלס): *"מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד... תפקיד בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על פי מטרת החוק ובהתחשב בתנאי החיים. בעניינים אלה אין השופט ניצב בפני 'שטח ריק' (לקונה), שכן המחוקק קבע נורמה החלה בעניין".*

לדעת הש' אלון, מושגים כלליים כמו צדק, סבירות, תו"ל, תקנת הציבור וכיו"ב, הם כה מופשטים כך שלמעשה פרשנותם מחייבת דברים נוספים, ולכן בעיניו זה לקונה. לכן, יש לפרש מושגים אלו ע"פ עקרונות מורשת ישראל. ראינו שהוא עשה כן לפני חוק יסודות המשפט בפס"ד רוט נ' ישופה, ובמידה מסוימת עשה את זה גם הש' זילברג בפס"ד צים נ' מזיאר. אלון ממשיך קו זה, וודאי שאחרי חקיקת חוק יסודות המשפט יש ללכת בקו זה.

הש' ברק חולק בנחרצות על אלון בעניין זה. לדעתו, מקום שהמחוקק השתמש במושגים אלו אין בהם שטח ריק, יש לתת בהם תוכן קונקרטי לפי העניין, אבל איננו השלמת חסר. לשאלה זו הוא הקדיש את מאמרו, בו הוא מפרט בהרחבה את עמדתו שלפיה במקום שהמחוקק קבע נורמה, ביהמ"ש צריך לתת לה תוכן ולומר את משמעותה במקרה ספציפי אך לשם כך הוא לא צריך לפנות לעקרונות מורשת ישראל והמשפט העברי.

**פרשנות חוקים**

שאלה נוספת שעלתה היא השאלה של פרשנות חוקים- לא רק פרשנות מושגים ערכים-כלליים אלא פרשנות חוקים.

הש' אלון טען שלמשפט העברי יש מעמד של "מקור ראשון במעלה" לצורך השראה והנחיית ביהמ"ש בפתרון הבעיה שלפניו. כשביהמ"ש שוקל איך לפרש מונח, הוא מסתכל על שיטות המשפט אחרות ובכללם המשפט העברי, אליו יפנה בראש ובראשונה. אלון מודה שבמקרה של חסר, הפנייה לעקרונות מורשת ישראל היא חובה, ואילו במקרה של פרשנות חוקים הפנייה אליהם רשות ולא חובה. כאשר ביהמ"ש מחפש השראה ומבקש ללמוד על הפתרון הראוי משיטה אחרת, המשפט העברי צריך להיות מקור ראשון במעלה. למה? מהם הנימוקים שמציג לכך אלון?

1. המשפט העברי שימש מקור ראשי לחקיקה הישראלית. ע"פ דברי ההסבר לחקיקת חוקים, אלון אומר שכשהמחוקק חוקק את החוקים הוא נתן מקום ראשון במעלה למשפט העברי ולכן כך צריך להיות גם בפרשנותם.
2. המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת "תורת משפט ישראלית". אם נפנה כל פעם לשיטת משפט אחרת תיווצר שיטה לא אחידה. אם נסכים שבכל שאלה פונים למשפט העברי כמקור השראה, ואלה הם ערכי היסוד של השיטה, תהיה תשתית אחידה למשפט הישראלי. אם נחליט שאנו מאמצים את עקרונות מורשת ישראל זה יספק תשתית אחידה. אפשר לחלוק על אלון ולטעון שכמו שהחקיקה הישראלית פיתחה חקיקה עצמאית, לא צריך לפנות למשפט העברי כדי ליצור תשתית אחידה, השיטה הישראלית תפתח במשך השנים עקרונות יסוד של השיטה הישראלית.
3. חוק יסודות המשפט שאמנם לא התייחס לפרשנות חוקים, אבל העובדה שהעניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים למקרים של חסר מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים.

משלושת טעמים אלו, לדעת אלון, יש לפנות כשיש התלבטות בשאלה פרשנית למשפט העברי. בפס"ד הנדלס השאלה הייתה פרשנות המושג "רשותו של אדם אחר". אלון אומר שהואיל וחוק השבת אבדה הושפע מהמשפט העברי, יש לפרש את המושג לפי המשפט העברי, ולקבוע שמדובר ב"רשות המשתמרת", דהיינו רשות שיש לה כניסה חופשית לא תיחשב רשותו של אדם אחר לצורך העניין. זה מדגים גם את הנימוק השני. על שני נימוקים אלה הוא התבסס בפס"ד הנדלס. לאחר חוק יסודות המשפט נוסף הנימוק השלישי.

לסיכום, אלון סבור שכאשר יש אפשרות לפרש חוק תוך הסתייעות במשפט העברי, יש לעשות זאת וליתן לו עדיפות בפרשנות.

הש' ברק חולק על אלון באופן נחרץ. ברק בהנדלס: *"אין לומר כלל ועיקר, כי ההשראה הפרשנית חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי, המהווים מקור ראשי וראשון במעלה. תהא זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי כמקור לפרשנות דברי חקיקה. את דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו".*

לדעתו, הפרשנות לא צריכה להתייחס למקור. ברק לא מתייחס לשאלה האם המשפט העברי הוא אכן מקור לכל החקיקה, ובפרט במקרה של הנדלס. לדעתו, גם אם המחוקק השתמש במונחים מהמשפט העברי, המושג עומד בפני עצמו ויש לפרשו מתוכו לשם הגשמת מטרת החקיקה. הוא יפתח את זה בהמשך במסגרת תורת הפרשנות התכליתית ויאמר שחוק צריך לפרש מנקודת מבט תכליתית. השאלה אם המחוקק השתמש או לא במשפט העברי איננה רלוונטית. מרגע שזה הוטמע בחוק הישראלי זה עומד בפני עצמו ולא צריך לחזור אחורה למשפט העברי. לכן, גם בפרשנות חוקים ברק חולק על אלון.

יש שני מעגלים חיצוניים. המעגל הפנימי של חוק יסודות המשפט הוא שטח ריק, לקונה. שאלה שאין לה תשובה בדבר חקיקה ובהלכה פסוקה או בהיקש. עליה חל חוק יסודות המשפט, אין בכך מחלוקת. יש מעגל נוסף של פרשנות מושגים כלליים, אלון חושב שגם זה בגדר לקונה, לדעת ברק לא. יש פרשנות חוקים, אלון מודה שהחוק לא חל על זה אבל סבור שאעפ"כ המשפט העברי ראשון במעלה, וברק חולק עליו לעניין הקדימות.

בפרשת הנדלס, לא נדונה השאלה הזו. הנדלס התחיל בשאלת ה"פריפריה" של חוק יסודות המשפט, פרשנות חוקים. נפסק כי למשפט העברי אין מעמד מיוחד בפרשנות חוקים

ההכרעה בדנ"א הנדלס

* חוק יסודות המשפט חל רק במקרה של "שטח ריק" (לקונה). במקום שבו ניתן למצוא תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש אין חובה להיזקק לעקרונות מורשת ישראל.
* למשפט העברי אין מעמד מיוחד ("ראשון במעלה") בפרשנות חוקים.
* אמנם מקום שבו השתמש המחוקק בניב או ביטוי שמקורו במשפט העברי יש לפרשו בהתאם למשמעותו במשפט העברי.
* בית המשפט רשאי להביא ראיות מן המשפט העברי אבל הן בגדר רשות ולא בגדר חובה.

אמנם אמר הש' חיים כהן שמקום בו החוק משתמש במונח/ ניב מהמשפט העברי אפשר להשתמש בפרשנותו במשפט העברי, אבל לא להחיל את כל ההלכות. המושג "רשות" הוא כללי ולא לקוח מהמשפט העברי. שופטים אחרים לא התייחסו לזה ובסופו של דבר המושג לא פורש לפי המשפט העברי. קשה לדעת אם בגלל הסכמה עם כהן שהמונח לא לקוח מהמשפט העברי, או כי הם חושבים שגם אם הוא לקוח משם, לא צריך לפנות למשפט העברי.

בהנדלס ביהמ"ש קבע שחוק יסודות המשפט חל רק על לקונה, ולא על פרשנות חוקים. הוא לא התייחס בפירוש לפרשנות מושגים ערכיים (למעט ברק) כי זה לא נדון. רוח הדברים של הפסיקה היא שגם בעניין זה החוק לא חל. אפשר לומר שהפסיקה בהנדלס היא שחוק יסודות המשפט חל רק על שטח ריק. שטח הריק גופו הוא עניין ששנוי במחלוקת.

בפס"ד קניג נ' כהן דובר על ניסיון להכשיר צוואה. הש' אלון רצה ללמוד על מושג "צוואת שכיב מרע" שבחוק מהמשפט העברי, משם לקוח המושג והרעיון. בצוואת שכיב מרע, צוואה של אדם על ערש דווי, החוק מאמץ את עמדת המשפט העברי שבמקרה זה אין צורך בכתיבת הצוואה ובחתימתה, אלא די באמירתה בע"פ בפני שני העדים. אלון טען שבמשפט העברי שני העדים תפקידם רק לדווח ולכן אינם מחייבים באם יש דרך אחרת לדעת בלעדיהם, וניתן להכשיר את הצוואה. השופטים התנגדו לו ולא הסכימו לפרש את המונח שכיב מרע ע"פ המשפט העברי למרות שברור שהמונח וההסדר נלקחו מהמשפט העברי. נטייתם הכללית של השופטים היא לא לחזור למשפט העברי, אפילו מקום בו ברור שמשם נלקח. המגמה הכללית של השופטים היא ללא ספק צמצום תחולת חוק יסודות המשפט. החוק חל רק על שטחים ריקים, לקונה, ולא על פרשנות מושגים כלליים ולא על פרשנות חוקים.

**מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לא תשובה"? הדילמה הפרשנית**

דילמה פרשנית שיש לעמוד עליה היא מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לא תשובה"? אפשר לפרש הגדרה זו באופן מילולי באופן שייתן פרשנות רחבה ולומר שבכל מקרה שאין תשובה בחקיקה, הלכה פסוקה, או היקש, ביהמ"ש מצווה להכריע לאור עקרונות מורשת ישראל. יש אפשרות אחרת לפרשנות באופן מצר יותר, ולקבוע שלא כל מקום שאין תשובה בחוק הוא חסר.

פרשנות רחבה: החוק מדבר על כל שאלה שאין לא תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, ומצווה להכריע בה לאור עקרונות מורשת ישראל.

פרשנות צרה: החוק מדבר על השלמת חסר בלבד. ביהמ"ש משלים חסר בחוק (במעמד של חוק) ואולי גם חסר בפסיקה.

ברק, היצירה השיפוטית- השלמת חסר

* קיים חסר מקום בו נורמה משפטית/ הסדר משפטי הוא בלתי שלם ואי שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או את תכלית ההסדר. כשם שקיים חסר בקיר אבנים מקום שהבנאי שוכח להכניס את אחת האבנים הנחוצות להשלמת הקיר, כך קיים חסר בנורמה המשפטית או בהסדר המשפטי הנבנה ע"י המחוקק בחקיקתו.
* השופט משלים את החסר בעזרת "דין השיור" הקיים בשיטתו. בישראל הוא משלים זאת לפי חוק יסודות המשפט.
* השופט פועל מעבר לטקסט הקיים ויוצר טקסט חדש. בהשלמת חסר פועל השופט כ"מעין מחוקק".

חסר קיים רק במקום שבו יש הסדר מסוים לנושא, וחסר בו פרט. נבנה קיר אבנים וחסרה אבן. במקום שבו אין בכלל קיר אבנים, אין חסר. חסר זה לבנה אחת חסרה בקיר אבנים, ולא קיר אבנים כולו שחסר. השופט משלים את החסר בעזרת דין השיור (בישראל- חוק יסודות המשפט) ויוצר טקסט חדש, כמעין מחוקק.

פיתוח המשפט, הש' ברק בבג"ץ ז'רז'בסקי

*"...ההיסטוריה של המשפט המקובל היא היסטוריה של פיתוח המשפט על-ידי השופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים של משפטנו - המתאפיין בשיטת משפט מעורבת - היא היסטוריה של יצירה שיפוטית. מרבית המשפט המינהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, תורת שיקול הדעת המינהלי - כל אלה הם יצירה שיפוטית, בה פעל בית המשפט לפיתוח המשפט..."*

פיתוח המשפט הוא פעולת חקיקה של ממש. השופט פועל כמחוקק (ברק ביצירה השיפוטית לסוגיה).

פיתוח המשפט- אין קיר בכלל. ברק אומר שאם מדובר בתחום שכולו לא הוסדר בחוק, וביהמ"ש משלים- אז זה לא השלמת חסר אלא פיתוח המשפט, והמשמעות היא שלא צריך לחזור בפיתוח המשפט לחוק יסודות המשפט ולעקרונות מורשת ישראל. בפיתוח המשפט חלים עקרונות היסוד של המשפט, והשופט אינו מחויב לעקרונות מכוח חוק יסודות המשפט.

השלמת חסר ופיתוח המשפט

**הש' ברק: *"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל... באים להשלים חסר בחקיקה, מקום שההיקש אינו מצליח להשלים את החסר. עקרונות אלה אינם חלים לעניין פיתוח המשפט. כאן חלים עקרונות היסוד של השיטה. אמת, בין עקרונות אלה נמנות גם תפישות היסוד של מורשת ישראל, אך אין הם מתייחדים בכך שאליהן ורק אליהן יש לפנות".***

בהמשך לשאלה האם ללכת לפרשנות מרחיבה או מצמצמת של המונח לקונה, הש' אלון הולך על **פרשנות מרחיבה**. לפיו, כל מקום שאין בחוק תשובה בדבר חקיקה או הלכה פסוקה זו לקונה שיש להשלים ע"פ עקרונות מורשת ישראל. לעומתו, הש' ברק עושה **מהלך מצמצם** וטוען שלא כל מקום שאין בחוק תשובה יש לפנות לעקרונות מורשת ישראל, אלא רק במקרים של לקונה- הסדר שחסר בו פרט.

דוגמה: חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959

ס' 15(ד)- 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".* נשאלת השאלה- מה דינם של שידורי תעמולה ברדיו?

**בג"ץ 212/03 חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות** היקש מטלוויזיה לרדיו

המחוקק קבע ששידורי תעמולה לבחירות צריכים אישור מקדים של יו"ר ועדת הבחירות. אין סעיף מקביל לשידורי רדיו, ולא מוגדר שלשידורי רדיו צריך אישור. הייתה עתירה בנושא- האם גם ברדיו צריך אישור יו"ר הבחירות? ביהמ"ש קבע שיש חסר, כי המחוקק הסדיר את נושא התעמולה וקבע ששידורי טלוויזיה צריכים אישור, ולא התייחס לרדיו. ביהמ"ש השלים בהיקש מטלוויזיה וקבע שגם ברדיו צריך אישור. זה דוגמה לחסר, שהוא ספציפי, המחוקק הסדיר את הנושא אבל החסיר לבנה. ברק מפרש את מושג הלקונה פרשנות צרה רק למקרה שבו חסר הסדר ספציפי בתוך נושא שכן מוסדר בחוק.

**למה ברק מפרש את מושג הלקונה באופן צר ולא באופן רחב?** אין ספק שהפרשנות הרחבה של אלון קרובה יותר ללשון החוק. ברק עושה מהלך מצמצם ואומר שלא מדובר בכל חסר אלא רק חסר מובהק בתוך הסדר קיים. הסבר מקובל הוא שברק עשה מאמץ כדי לחסום השפעה יתרה של המשפט העברי. ברק לא אוהד את המשפט העברי ואף חושש ממנו, והוא רוצה לחסום את ההשפעה של המשפט העברי, ולכן הוא מפרש את מושג הלקונה באופן צר מאוד. לפי אפשרות אחרת, במשפט האנגלי אין דיון שיור- אין הוראה לביהמ"ש כיצד לפסוק במקום שאין תשובה בחוק. למה אין הוראה כזו באנגליה או בארה"ב? כי במשפט המקובל זו תופעה רגילה. המשפט המקובל לא מתיימר להסדיר נושאים באופן מלא בחקיקה. המשפט המקובל התחיל בפיתוח של בתי המשפט ממקרה למקרה. כיום במשפט המקובל יש מקום רב יותר לחקיקה בתקופה המודרנית, אבל עדיין באופן עקרוני המשפט המקובל לא נבהל מכך שאין בחוק תשובה לשאלה, ולבתי המשפט סמכות טבועה לפתח את המשפט. לעומת זאת, במשפט הקונטיננטלי הגישה היא שהחוק הוא מקור המשפט, וביהמ"ש פוסק במקרה שלפניו אבל אינו מקור משפטי מחייב, שם יש הוראות במקרה של חסר בחוק. מנקודת מבט זו, ברק אומר- אם אנחנו אכן ממשיכים את המשפט האנגלי בעניין של סמכות ביהמ"ש לפתח את המשפט, אנחנו לא יכולים בדבר כזה להחיל עליו הוראות של דין שיור, כי זו סמכות כללית של ביהמ"ש. לביהמ"ש סמכות כללית לפתח את המשפט ולכן למעשה לא צריך בכלל דין שיור. הואיל והמחוקק הישראלי כן קבע דין שיור, יש לפרשו באופן מצמצם כדי ליישבו עם התפקיד הקבוע של ביהמ"ש. הסבר זה לא קשור לעמדתו של ברק ביחס למשפט העברי. לביהמ"ש סמכות טבועה לפיתוח המשפט ולא נכון להגבילו למקורות משלימים מסוימים. פיתוח המשפט זה סמכות טבועה, צריך לתת לביהמ"ש לפעול באופן חופשי מבלי להגבילו למקורות משלימים. לכן, מקורות משלימים על רקע המשפט המקובל צריכים להיות מוגבלים ללקונה במובן צר.

מורשת ישראל

**מהי מורשת ישראל? מה כלול במושג "מורשת ישראל"?**

**הש' אלון: *"מורשת ישראל כוללת, בראש ובראשונה, את כלל הלכותיו של המשפט העברי, וכן עולמה של אגדה, דברי הגות ומחשבה, כפי שאלה עלו ונדונו בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי".* (בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, עמ' 97).**

***"ברור שעיקרו ויסודו של הכלול במושג זה הוא המשפט העברי. על בתי המשפט להחליט מה כלול בו בנוסף למשפט העברי כגון דברי הגות ומחשבה שבמורשת ישראל וכן דברי הגות מתקופת התחייה"* (המשפט העברי, עמ' 1548).**

שאלה זו לא נדונה בפירוש בביהמ"ש, אבל ההבחנה של ברק כן התקבלה בביהמ"ש ע"י שופטים רבים שמשתמשים בה. לדוגמה, בפס"ד נחמני נ' נחמני עלתה שאלה מי זכאי לביציות. אין לשאלה זו תשובה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה. אעפ"כ, אף אחד לא הלך לעקרונות מורשת ישראל. גם שופטים שאולי היינו מצפים שיעשו כן כמו הש' צבי טל, שבדר"כ פנה למשפט העברי, או הש' טירקל. השופטים אומרים שם שזו שאלה של פיתוח המשפט כי זה לא חסר, זה נושא חדש. ולכן אנו רואים שהשופטים מקבלים את ההבחנה של ברק. שופטים חשו שלא בכל שאלה חדשה יש לפנות למורשת ישראל. הש' אלון התקומם נגד זה, וטען שאם מבחינים בין לקונה לפיתוח המשפט, יש בכך כדי לעקר את משמעות החוק מתחום רחב שבו אין תשובה.

לדעת הש' אלון, "מורשת ישראל" זה מושג מעורפל. בראש ובראשונה זה כולל את המשפט העברי, ולא רק, אלא גם אגדה, דברי הגות ומחשבה. מורשת ישראל זה כלל עקרונות המשפט העברי, מתוכם המחוקק הפנה לחלקם ולא לכל המשפט העברי. לדוגמה, הוא לא הפנה לעקרונות הדתיים של המשפט העברי כמו קדושה ויראת ה'. מורשת ישראל עצמה היא המשפט העברי בכללותה, וכנראה גם מעבר לזה. עיקרו של דבר משפט עברי אך לא רק. כשפונים לעקרונות אלה יש לפנות בראש ובראשונה למשפט העברי.

הש' ברק: *"מורשת ישראל אינה זהה עם משפט עברי ואין היא כוללת בחובה את כל המשפט העברי... הננו מדינה צעירה ועם עתיק. שורשינו נעוצים במסורת ארוכת השנים שלנו. תורתם של ישעיהו וירמיהו- כמו גם של שפינוזה ואחד העם, ז'בוטינסקי ובן גוריון, בובר ושולם, אגרנט וזילברג- מעצבת את דמותנו כעם וכמדינה".*

לעומת אלון, לדעת הש' ברק, מורשת ישראל זה לא כמו משפט עברי ולא זהה למשפט עברי. מורשת ישראל היא כללית הרבה יותר. מורשת ישראל היא מורשת העם היהודי לאורך השנים. מהרשימה שמזכיר ברק ניתן ללמוד שבין הדמויות הנזכרות אין אף דמות של המשפט העברי. אם נלמד על תוכן מורשת ישראל לפי הרשימה הזו, אפשר לומר שמורשת ישראל היא הכל חוץ ממשפט עברי. לא הוזכרה אף דמות שקשורה למשפט עברי. הוא ספג על כך ביקורת, ובמאמר שנכתב שלוש שנים מאוחר יותר הוא שכלל את הרשימה באופן הבא:

*"מורשת ישראל אינה זהה למשפט העברי. זה מושג לאומי החובק את המורשת הלאומית הישנה והחדשה גם יחד. 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 הקמתה. את המורשת העולה מהספרות התורנית ומהספרות החילונית גם יחד... מתוך הספרות הזאת מופנה השופט לארבעה עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלום. אין הוא מופנה לעקרונות אחרים"* (ברק, היצירה השיפוטית).

גם בנושא של מורשת ישראל אפשר לומר שברק אומר שאין הפניה למשפט העברי, ולכל היותר אפשר לכלול את המשפט העברי בתוך התרבות הרחבה, אך אין כוונה לכלול הלכות כמו שהש' אלון לומד.

ניתן לשאול איזה עמדה משכנעת יותר? ברק בניסוח החדש הסכים שזה כולל את המשפט העברי אבל לא רק, אלון אמר שבראש ובראשונה זה כולל את המשפט העברי ולא רק, ולכן המרחק ביניהם מצטמצם.

אלון נסמך על דברי ההסבר להצעת החוק שראינו לעיל, שנבחר בעקרונות המנויים ולא את כל עקרונות המשפט העברי, ולכן במובן הזה עמדתו של אלון מבוססת. הוויכוח היה בין השאר על רקע תיקון חוק יסודות המשפט בשנת 2018:

ס' 1 לחוק יסודות המשפט- תיקון תשע"ח 2018- מקורות משפט משלימים: *"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* ***המשפט העברי ומורשת ישראל****".*

"המשפט העברי" נכנס לחוק באופן מפורש, במידה רבה כנגד עמדתו הראשונה של ברק. כעת ניתן לומר שהמשפט העברי הוא בראש ובראשונה, וגם מורשת ישראל שזה מושג רחב יותר. אי אפשר לומר שאין התייחסות למשפט העברי, יש בהחלט פניה מפורשת.

***שיעור 9 27.12.22***

לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט נקבע מעמד פורמלי למשפט העברי. גם אם אנו מקבלים את החוק בפירושו המוגבל והמצומצם שהוסכם ע"י ביהמ"ש (עקרונות מסוימים של מורשת ישראל מהווים מקור משלים). השאלה היא מה ביהמ"ש יכול לעשות עם זה לאחר שהחוק נקבע? באופן פורמאלי ביהמ"ש יכול היה לפנות למשפט העברי ולהפיק ממנו דברים שונים. יודגש כי גם קודם לחוק ביהמ"ש עשה כן, ואילו מאז חקיקת החוק יש לו כלי רשמי.

המשפט העברי בפסיקה (1980-1992) זכויות יסוד

**פס"ד החשוב והיסודי לעניין זה הוא** פס"ד ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות**. בפס"ד זה עלה לדיון פסילת השתתפותו של מאיר כהנא בבחירות לכנסת. שתי רשימות נפסלו- כהנא בגין גזענות ואנטי-דמוקרטיה, ומיארי בגין שלילת קיומה של ישראל. באותה העת לא היה ס' 7(א) שמעניק סמכות לפסול רשימות. היה את תקדים ירדור. בפס"ד זה התקדים נדון, ביהמ"ש אמר שאי אפשר להשתמש בתקדים ירדור לפסילת רשימות אחרות ולא פסל את שתי הרשימות. ביהמ"ש צמצם את הלכת ירדור בטענה שירדור מצדיק פסילה רק של רשימה השואפת לחיסול מדינת ישראל, ואילו רשימה שרק מתנגדת ליסודות המדינה אינה עילה לפסילה. לימים הכנסת חוקקה את ס' 7(א) ותקבע במפורש סמכות זו. למרות שלא הייתה פסילה, ביהמ"ש אמר דברים חשובים תוך שימוש במשפט העברי. ביהמ"ש פירש את ירדור בצורה מצמצמת לפסילה רק של רשימה שרוצה בחיסולה של המדינה. ברק רוצה להרחיב את הלכת ירדור לכיוון הדמוקרטי שגם רשימה שרוצה לפגוע בהיות המדינה דמוקרטית צריכה להיפסל.**

**הש' אלון אמר אמירה עקרונית על אופיו של המשפט העברי והעובדה שמדובר במסורת עשירה שאפשר להביא ממנה ראיות לצדדים שונים. לכן, נדרשת בחירה למעשה ושיקול דעת כדי לומר מהו הדבר הנכון. *"עולמה של הגות ישראל לדורותיה- ואף מערכת ההלכה גופה- כפי שנעמוד על כך להלן- מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות ובעל דין זה או בעל הדין שכנגדו לא יתקשו להעלות מנבכי המקורות סימוכין לטענותיהם ולדעותיהם... אך המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות".* כלומר, אפשר להביא מקורות לכאן ולכאן, וצריך לדעת מה לקחת, מהי העמדה העקרונית.**

***חופש הדעה והביטוי***

***"נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמשים כאב טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המופנית כלפי השלטון, המשתמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, כלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם. דומה שאין לך ביטוי קולע יותר וממצה לחופש הבעת הדעה ולחשיבותה של כל דעה ודעה- ואף שזו דעת יחיד- מן הכלל שטבעו חכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל ש"אלו ואלו דברי אלוהים חיים"."***

**כבר בתנ"ך אפשר למצוא שהנביאים מרשים לעצמם לבקר את השלטון והמלכים. בשיטת אלון יש סוג של פרשנות ביחס למקורות. כנגד שימושו בכלל "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" אפשר היה לטעון שזה נכון בעולמה של ההלכה, יש את בית שמאי ובית הלל, ואלו ואלו דברי אלוהים חיים, אבל לא כל דעה זוכה למעמד כזה, זה רק דעות החכמים במסגרת ההלכה. הוא מרשה לעצמו להרחיב וליישם מכאן עיקרון משמעותי ורחב שגם כאשר דנים באופן רחב בשאלות חברתיות, לדעות השונות יש מעמד ערכי, והניסיון הוא לא לבטלן. הפתיחות והקשב לדעות שונות שהוא במסגרת מוגדרת בהלכה מורחב ע"י אלון לעולמנו.**

**ביהמ"ש נקלע לבעיה עם כהנא. מחד ביהמ"ש רצה לצמצם את הלכת ירדור ולא לפסול באמצעותה את כהנא. מאידך, הדבר עלול להיתפס כהכשרה של דעה גזענית. ביהמ"ש זכה לביקורת האם היה נכון להכשיר דעה זו, שהרי הלכת ירדור סיפקה בסיס לפסילה גם ללא חוק. השופטים השונים הרבו מילים לגנות את הגזענות של כהנא. אלון כדרכו עשה כן על בסיס המקורות של המשפט העברי.**

**שוויון**

**"יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם- כל אדם באשר הוא- שוויונו ואהבתו"..."אמר ר' עקיבא: חביב אדם שנברא בצלם (אבות ג)".**

***פנייתו למשפט העברי היא משמעותית כי כהנא מבסס את הגזענות שלו על היהדות. אלון כותב שמה שמקומם אותו בדברי כהנא היא ההשחרה של היהדות יותר מאשר העמדה הגזענית כשלעצמה, ולכן הוא פותח בעקרונות היסוד של ההלכה היהודית שמשמעותן שוויון כל אדם באשר הוא.***

**"ואהבת לרעך כמוך (ויקר, יט, יח) ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה; בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם [ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו] (בראשית, ה, ו)- זה כלל גדול מזה" *(ספרא, קדושים, פרשה ד, י)* מהו הכלל הגדול בתורה? ר' עקיבא אומר שעיקרון העל הוא ואהבת לרעך כמוך, מנגד בן עזאי אומר שעיקרון העל הוא שאדם נברא בצלם ה'. שאלה פרשנית היא מה טמון בכל כלל שאין בשני?**

* **ניתן לומר שבאהבת לרעך כמוך זה עיקרון מצמצם יותר, שכן זה מגביל לאדם שהוא קרוב אליך. לעומת זאת, 'בצלם אלוקים' זהו עיקרון אוניברסלי שחל על כל בני האדם.**
* **בעיקרון "ואהבת לרעך כמוך" יש סולידאריות וסימפטיה ואילו בעיקרון שאדם נברא בצלם ה' יש סטנדרט אובייקטיבי, האדם הוא דמות ה' וזה מה שנותן לו את המעמד ולא היחס הסימפטי אליו.**

**אלון לא בחר בהסברים אלה והצביע על הסבר אחר- לדעתו ההבדל הוא איזה יחס כל אחד מהפסוקים הללו מבטא ביחס לזולת. לפי ר' עקיבא הערך העליון הוא אהבת האדם, ולפי בן עזאי הערך העליון הוא השוויון, היחס הנורמטיבי כשווה. הוא מסכם שגם לדעתו המחלוקת הזו אינה באמת מחלוקת חזיתית, אלא כל אחד מגלה צד, ושני עקרונות אלו של אהבת האדם ושוויון האדם צריכים להשתלב.**

***"אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות; ואליבא דבן עזאי הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לדורותיה ולתקופותיה".***

**אלון מדגיש שכל אדם באשר הוא (כנגד עמדתו של כהנא) נברא בצלם ה' ולכן צריך לנהוג בשוויון ובאהבה. נקודת המוצא של כהנא היא שליהודים יש זכויות שלא מגיעות ללא-יהודים. לטענת אלון, עקרון העל של היהדות והתורה שמתבטא כבר בבריאת האדם, זה המעמד היסודי של כל בני האדם כשווים. מבחינתו נקודת המוצא הערכית היא שוויון וזו נקודת המוצא של המדינה. הוא מזכיר את דברי הרב קוק.**

**הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אורות הקודש, ג: *"אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר השל האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה".***

**הרגש הטבעי והמוסרי שיש לאדם הוא הבסיס, יראת שמים יכולה להפוך את האדם למוסרי יותר, צודק יותר והגון יותר, אך אם כתוצאה ממחויבות דתית אדם נוהג בפחות מוסריות, שלא לומר בגזענות, אז זה סימן שזו יראת שמים פסולה. יראת שמים טהורה היא יראה שנבחנת ע"י המבחן שעושה את האדם יותר מוסרי. לפי הרב קוק, הסימן ליראת שמים טהורה היא שהיא מוסיפה את המוסריות וההוגנות ולא פוגעת בהם.**

**היחס למיעוטים**

* **"כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות, כג, ט).**
* **הגזענות שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על ידיה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה" "חוקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ" (במדבר, ט, יד).**
* **המיעוט הלאומי זכאי לכל הזכויות האזרחיות והמדיניות של יתר תושבי המריבה: "גר ותושב- וחי עמך" (ויקרא, כה, לה).**

**אלון מציע בפסיקתו לאורך כל הדרך פרשנות ליברלית ליהדות. הישגו העצום היה לקחת את המשפט העברי כמקור ולראותו כמקור לזכויות אדם ולגישה ליברלית ובתוך כך מתן פרשנות ליהדות. כך עושים גם רב ופוסק. גם אנשי הלכה בסופו של דבר לוקחים את היהדות למקום מסוים.**

***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 רואה בכך ניגוד מוחלט למדינת ישראל, לדמוקרטיה וליהדות. הוא מבקש להדגיש שאין מקום לדעות כאלה במסגרת היהדות.**

**הש' ברק ציטט את הרב קוק: *"המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת האדם, והיא גם כן צריכה להתפשט על כל האדם כולו. למרות שינויי דעות בדתות ואמונות, ולמרות החילוקים של הגזעים והאקלימים, נכון הדבר לרדת לסוף דעתן של העמים והקיבוצים השונים, כמה שאפשר ללמוד את אופיים ואת תכונותיהם, למען דעת איך לבסס את האהבה האנושית על יסודות המתקרבים למעשה... צרות עין, הגורמת לראות בכל מה שמחוץ לגבול האומה המיוחדת, אפילו אם הוא חוץ לגבול ישראל, רק כיעור וטומאה, היא אחת מהמחשכים היותר נוראים, שגורמים הריסה כללית לכל בנין הטוב הרוחני, שכל נפש עדינה מצפה לאורו".***

**ברק מבסס את דבריו דווקא על היהדות (באופן שלא אופייני לו) כדי לומר שהם לא רק גזעניים אלא גם משחירים את דמותה של היהדות.**

**פס"ד הוא דוגמה לדילמה של ביהמ"ש- ברור לו שבמישור הערכי והמהותי הדבר הזה ראוי לפסילה, ואולם הוא רוצה לנקוט בריסון שיפוטי.**

פס"ד קטלן נ' שירות בתי הסוהר בדיקת חוקן לאסירים

**הש' חיים כהן: *"והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה: "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא-תעשה שבתורה" (ברכות י"ט ב', ועוד). "תירגם" רב בר שבא לפני רב כהנא, שהמדובר הוא בלא-תעשה של לא תסור, לאמור כבוד הבריות דוחה כל המצוות והאיסורים מדרבנן שמצווים אנו עליהם מכוח הלאו של לא תסור, להבדילם מן המצוות והאיסורים מדאורייתא שאינם נדחים מפני כבוד הבריות. אם "נתרגם" אם התורה שבכתב ללשוננו המשפטית כחקיקה ראשית, ואת דברי הסופרים כחקיקת-משנה, נמצאנו למדים שגם כבוד הבריות אינו יכול לעמוד כנגד חקיקה ראשית, ואילו חקיקת משנה עשויה להידחות מפני כבוד הבריות".***

***"חברי הנכבד, השופט ברק, ברוב בקיאותו, העלה בחכתו מובאות מרשימות מאד מן הספרות המשפטית האנגלית והאמריקאית, להראות שגם לפי דעות שופטים דגולים וגאוני משפט שבאומות העולם עדיפה השמירה על כבוד האדם על פני סיפוק צרכים לגיטימיים של השלטת חוק וסדר. אמרתי בליבי, לא רק מפיהם של הללו אנו חיים: הבה אנסה לדלות ממקורות מחצבתנו שלנו דברי חכמים להאיר עיניים ולשמח לבבות".***

**הש' חיים כהן משתמש בעיקרון של המשפט העברי "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא תעלה שבתורה". הוא עושה אנלוגיה, יש חוק ותקנות של שירות בתי הסוהר. לא הייתי פוסל חוק מכוח העיקרון של כבוה"א (לא היה אז חוקי יסוד), אבל מכוחו אני כן יכול לפסול תקנה, ולכן הוא פוסל את התקנה של ביצוע חוקן. גם המחוקק הראשי ראוי שיתחשב בכבוד האדם.**

**אלון המשיך מכאן לכתיבה ענפה בנושא זכויות האסיר. הוא ללא ספק פונה לעיקרון שאדם נברא בצלם.**

ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר טיפול רפואי לאסירים

**הש' אלון: *"הלכה פסוקה בידינו, מכוח עיקרון החירות אישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו. זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלומו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו".***

**אלון מדבר על חובת הטיפול הרפואי של אסירים. הוא חוזר לכך שהזכויות מעוגנות בכך שאדם נברא בצלם ה', ומתוך כך יש לו זכויות. באופן עקרוני הזכות הזאת קיימת גם לאסירים. נקודת המוצא היא שזכויות היסוד בעיקרן שמורות גם לאסירים. זו אמירה משמעותית בתקופה שבה מקובל שאם אדם נכלא אז זכויותיו נשללות. הוא פונה למשפט העברי:**

* **דברים כה, א-ג: *"כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו למשפט ושפטום...ארבעים יכנו לא יוסף פן יוסף להכותו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך".***
* **משנה, מכות, ג טו: *"משלקה- הרי הוא כאחיך".***

**הש' אלון- המשך: *"וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו".***

**כלומר, התורה מקפידה על כך שעונש המלקות יהיו מוגבל ל-40 מלקות. המשנה מדייקת ואומרת שאחרי שאדם נענש הוא כאחיך. אלון מוסיף שגם בעת ריצוי העונש הוא כאחיך וזכויותיו עומדות לו. אלון מחדש שנקודת המוצא היא שמכלול זכויות האדם שמורות לאסיר, הזכות שנשללת ממנו במפורש היא החירות האישית, ויהיה לנמק כל שלילת זכות האם היא מוצדקת או לא.**

**זכותו של אדם להתרפא**

***"ביטוי מאלף לכך מצאנו במשנתם של חכמים. שנינו (משנה, נדרים, ד, ד): "המודר הנאה מחבירו... מרפאהו רפואת נפש"; כלומר, מי שנדר שלא ייהנה מחברו או שחברו הדירו שלא ייהנה ממנו, מותר לו להנות משירותיו הרפואיים של אותו חבר, כי החובה והזכות לריפוי הגוף והנפש "מצווה היא". (רמב"ם, נדרים, ו, ח)... ואפילו יש לו אחר שירפאנו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם- אדם זוכה להתרפאות (נימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב)."* לפי אלון, לאסיר הזכות להתרפא ומותר לו לבחור מי ירפא אותו, במידת האפשר, גם מקום בו יש גורם רפואי אחר.**

**זכות יחסית**

***"זכותו של האסיר לבחירת ייעוץ וטיפול רפואיים, הנראים בעיניו ומקובלים עליו, שמורה היא לו כל עוד אין קיומה של זכות זו נוגד חובתם של שלטונות בית הסוהר לקיים שלילת חופש התנועה הימנו והנובע מחובתם זו, היינו שמירה על כללי הביטחון וסדרי בית הסוהר. בכך דומה היא זכות זו לכל זכות יסוד אחרת, שאינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה ע"י מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים, של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין".* הזכות קיימת אך היא יחסית, בית הסוהר רשאי לשקול האם ניתן לממש אותה.**

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים זכות הבחירה לכנסת של אסירים

**הש' אלון: *"כלל גדול בידינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין... ואם כך הוא לעניין כל זכות מזכויותיו של האסיר, מכל שכן כך הוא לעניין זכותו להצביע בכנסת, שאין כמוה להצביע על קשר שבינו לבין החברה שממנה הוא בא ושאליה עתיד לשוב".***

**אלון אומר שאין שום סיבה לשלול מאסירים זכות בחירה לכנסת, כשהחוק לא אוסר את זה. אם לאסירים אסור לנוע יש לדאוג לקלפי בתוך בית הסוהר. עמדתו העקרונית של אלון: (1) מכלול זכויותיו של האסיר נשמר בהתבסס על המשפט העברי. (2) צמצום הפגיעה של עונש המאסר.**

בג"ץ 114/86 וייל נ' שירות בתי הסוהר הזכות ליחסי אישות של אסירים

**אסיר עתר לזכותו לקיים יחסי אישות ע"ב דתי בנימוק שזו מצווה דתית.**

**הש' 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 ע"פ דין, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים".***

***אלון מביא סדרת מחקרים לבריאותו הנפשית של האסיר ועל פגיעות מיניות בבתי הסוהר כתוצאה מהעובדה שאסירים לא יכולים לממש את הדחפים הללו. הוא מעלה הבחנה מעניינת ואומר שיש זכויות יסוד שהן לא ניתנות לאיזון בכלל, ויש זכויות מאוזנות. למשל, הזכות למזון ושתייה היא זכות מוחלטת ורשות בתי הסוהר לא רשאית לאזן אותה בכלל. יש זכויות רבות שכפופות לאיזון. מעניין שהוא אומר שהזכות להתייחדות אמנם כפופה לאיזון אך נמצאת קרוב לזכויות שיש לממש באופן לא מאוזן.***

**"זכות יסוד השמורה לאסיר יש ומקצתה היא בבחינת זכות בל תעבור ומקצתה כפופה היא לכללי האיזון האמורים. כך הוא, דרך משל, לעניין הטיפול הרפואי של האסיר. הזכות לקבלת טיפול רפואי מעוגנת היא בחובה שבדין המוטלת על שלטונות בתי הסוהר, כמפורט בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ובתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, שהותקנו על פיה, זוהי זכות מינימאלית אנושית, שאינה כפופה לשיקולי איזון של קיום משאבים וטעמי ביטחון".**

***מה ניתן להסיק מעקרונות מורשת ישראל?* "מי שהורשע יעל הריגת אדם גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו; ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכיוצא באלה צורכי חיים חיוניים. כאמור, ארבעים ושתיים הערים, שהיו מיושבות על ידי הלויים, שנמנו עם מורי העם וחכמיו, שימשו כערי מקלט, וסביבה זו היה בה כדי לשקם את הגולה האסיר ולהחזירו למוטב. הלכות אלה, וכיוצא בהן, נשנו במקורות תלמודיים שונים... דין ערי מקלט אינו נוהג בזמן הזה, אך הרעיון הגלום בדרך הענישה שבעיר המקלט ראוי הוא שיעמוד לנגד עינינו בבואנו לדון בסוגיית דרכי הענישה, ביצוען של דרכים אלה ומטרותיהן".**

***לפי דין תורה, רוצח במזיד עונשו מיתה, ורוצח בשוגג עונשו גלות לעיר מקלט שנועדו להגן על הרוצח מפני משפחת הקורבן. עיר המקלט אינה זכות של הרוצח אלא חובה. התפקיד הראשון של עיר המקלט הוא ההגנה, והתפקיד השני הוא אלמנט של ענישה שכן זה חובה ולא זכות. אלון לומר על עיר מקלט לעניין הענישה הרצויה. מעניין שזכות להתייחדות זו כן הייתה קיימת במדינות אחרות, ועדיין אלון בחר לעגן את דבריו במשפט העברי.***

***מסקנות***

**"שלילת זכות ההתייחסות כאמור, בנוסף לפגיעה שיש בה בעצם מניעתה, כמה וכמה רעות חולות וקשות נלוות לה- לאסיר עצמו, לאוכלוסיית האסירים כולה, לבני משפחתו של האסיר ובסופו של דבר- לחברה כולה. אילו זכינו, וניתן היה להנהיג בבתי הסוהר שלנו- כפי שמקובל במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם- הסדר של ביקורים משפחתיים, ודאי שהיה זה הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד זו בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה. שונה הוא מצב הדברים בנוגע לחופש לצורך התייחדות... לדעתי נכון כי נימוק זה ייכלל בין הנימוקים המצדיקים חופשה שאותם כמובן יש לאזן עם אינטרסים אחרים".**

***הוא מציע באופן פרקטי שביהמ"ש צריך לשקול את זה בשיקולי החופשה שניתנים לאסירים. אחת הסיבות להוציא אסירים לחופשה תהיה לאפשר להם ביקורי התייחדות.***

***הש' ברק הסכים עם פסק הדין של אלון וביקש להדגיש שביקורי ההתייחדות צריכים להינתן באופן זהה לאסירים נשואים ולאסירים שאינם נשואים.***

***קריאה לקראת שיעור 10***

אהרן ברק, המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות

**המהפכה החוקתית- זכויות היסוד של האדם בישראל היו הלכתיות במהותן, היוו מעין מטריה נורמטיבית הפרושה מעל דברי החקיקה כולם באמצעותן גובשה תכלית החקיקה ונתפרש דבר חקיקה, מהן נגזרו זכויות, כוחות וחירויות. ביהמ"ש הניח, לאור אופייה הדמוקרטי של המדינה, שהעולם הנורמטיבי שלנו מלא זכויות אדם וכי אין חלל בעניין זה. הכנסת כרשות מכוננת חוקקה שני חוקי יסוד חדשים ושינתה פניו של חו"י שלישי. ביחס לחו"י חופש העיסוק נקבע כי חוק רגיל מוסמך להגביל את חופש העיסוק אם החוק לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל. ביחס לחו"י כבוה"א וחירותו נקבע ששניתן להגביל את כבוה"א וחירותו בחוק רגיל אם אותו חוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. שני חוקי יסוד אלו חוללו מהפכה במעמד המשפטי והחוקתי של זכויות היסוד של האדם בישראל. חו"י הממשלה תומך במהפכה זו. מכוח מהפכה חוקתית זו חל שינוי מהותי במעמדן של חלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, שחדלו מלהיות זכויות שאינן כתובות על ספר והפכו להיות זכויות כתובות הנהנות ממעמד חוקתי עדיף. מעמדן הנורמטיבי השתנה, אינן רק מטריה נורמטיבית אלה נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של כלל דברי החקיקה. בצד קביעת זכויות הם משמשים לקביעת התוקף של דברי החקיקה בישראל. עם זאת, חוקי היסוד שנתקבלו אינם משתרעים על מלוא העניינים החייבים הסדר בחקיקה הנוגעת לזכויות אדם ויש שוני בין חוקי היסוד השונים לעניין שריונם. החלטת הררי גרמה לחקיקת החוקה כולה שלבים שלבים בתחום זכויות האדם, אך עדיף הדבר על פני אי חקיקה.**

**לפי התפיסה החוקתית המקובלת חו"י משוריין הוא בעל מעמד נורמטיבי מיוחד. כשהכנסת מחוקקת חו"י אינה פועלת כרשות מחוקקת אלא כרשות מכוננת מכוח הסמכתה בהכרזת העצמאות לקבוע את חוקת המדינה. כך חובשת הכנסת שני כובעים- רשות מכוננת היוצרת חוקי יסוד ורשות מחוקקת היוצרת חוקים רגילים. חוקי היסוד בעלי מעמד נורמטיבי גבוה יותר מחוקים רגילים בהיותם חוק חוקתי, חוק הנחקק מכוח של חוקה. נתקבלה התפיסה כי ביהמ"ש מוסמך לקבוע סתירה של חוק רגיל ביחס לחו"י ולהכריז על בטלות החוק הרגיל גם בהיעדר הסמכה מפורשת מחו"י משוריין. לכאורה מתבקשת המסקנה כי בסתירה בין חו"י לבין חוק רגיל, יד חו"י תהא על העליונה אלא אם חו"י עצמו קובע אחרת, אך מסקנה זו לא נתקבלה על דעת ביהמ"ש העליון. ביהמ"ש העליון פסק שיש להבחין בין חו"י הכולל הוראת שריון לבין חו"י הנעדר שריון. העליונות הנורמטיבית הוכרה רק לעניין חו"י משוריין. לעניין חו"י שאינו משוריין נפסק שתוקפו הנורמטיבי ככל חוק רגיל ומכאן שחוק רגיל מאוחר עשוי לבטל מכוח קביעה מפורשת או משתמעת חוק יסוד לא משוריין. לטענת פרופ' קליין חו"י, בין אם משוריין או לא, בעל מעמד נורמטיבי עליון, גבוה מחוק רגיל, ועל כן ניתן לשנות חו"י רק בהוראת חו"י אחר. היעדר הוראת שינוי משמעו שהשינוי יכול להיעשות בכל רוב בכנסת הפועלת כרשות מכוננת.**

**חו"י משוריין נהנה מעדיפות נורמטיבית ובכוחו לכבול את המחוקק. על רקע זה נשאלת השאלה מהו סימן ההיכר של חו"י? כיצד נדע כי דבר חקיקה נחקק ע"י הכנסה שעה שחבשה את כובעה כרשות מכוננת? 3 תשובות אפשריות: (1) אמת מידה היא צורנית ("חוק יסוד"). (2) אמת מידה תוכנית- תוכן חוקתי. (3) מבחן מעורב, צורני-מהותי. לדעתי יש לנקוט בגישה הצורנית כדי לא ליצור חוסר וודאות ביחס לזיהוי הוראות חוקתיות, ולקוות שהרשות המחוקקת לא תנצל לרעה את כוחה ליצור חוקי יסוד.**

**פסקת ההגבלה בחו"י כבוה"א וחירותו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". חוק רגיל שלא עומד בכך נוגד את הוראות חו"י. מה תוקפו של חוק כזה? אם תתקבל ההשקפה שחו"י ניתן לשינוי או ביטול רק בחו"י יהא בכך לפתור שאלה זו. חוק הנוגד את חו"י יתבטל חרף היעדר הוראת שריון בחו"י, אלא אם החוק הנוגד התקבל בחו"י. אך מה כוחו של חוק נוגד אם ההשקפה המקובלת היא שלא ניתן לשנות/ לבטל חו"י לא משוריין בחוק רגיל? מחד, נאמר שחוק שנוגד גם אם אינו חו"י שנתקבל בכל רוב עשוי לפגוע בחו"י כבוה"א וחירותו, ואם הכנסת רצתה להשיג תוצאה אחרת היה עליה לשריין חו"י זה. מאידך, חו"י כבוה"א וחירותו אינו חוק יסוד רגיל שאין בו שריון שהרי יש בו פסקת הגבלה. מה מעמדו הנורמטיבי של חו"י משוריין שבו פסקת הגבלה? שני פתרונות: (1) פסקת ההגבלה משריינת במהותה את חוק היסוד ולכן חוק שלא עומד בתנאי פסקת ההגבלה יהא בטל. (2) פסקת ההגבלה שונה מהוראות שריון, ובהיעדר שריון לחו"י, בכוחו של חוק רגיל לסתור כדין את זכויות היסוד, וכדי לתת תוקף לפסקת הגבלה חיוני שייקבע במפורש שהוא בא לסתור את חוק היסוד (ביטוי מפורש/ מכללא). שני הפתרונות אפשריים.**

**שאלת היחס בין חוק רגיל לבין חו"י שעניינו זכויות אדם ובו פסקת הגבלה מחייב עריכת 3 בדיקות: (1) האם החוק הרגיל עוסק באחת מזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד? אם מתברר שהחוק הרגיל לא עוסק כלל בזכות אדם המוגנת ע"י חו"י מסתיימת בדיקת היחס ביניהם. אם מתברר כי החוק הרגיל עוסק בזכות אדם שחו"י זה דן בה יש לעבור לעריכת בדיקות נוספות. (2) האם החוק הרגיל מקיים את תנאי פסקת ההגבלה. (3) בדיקת התוקף של דבר החקיקה הסותר. לסיים**

אהרן ברק, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

**חו"י: כבוה"א וחירותו קבע לעצמו מטרה להגן על כבוד האדם וחירותו, וכן חו"י: חופש העיסוק קבע כמטרה להגן על חופש העיסוק. הם עושים כן "כדי לעגן" בחוק יסוד את "ערכיה" של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק היסוד מפנה אל ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית- אל תפישות עולם ועקרונות. ההפניה היא אל המופשט ולא אל הקונקרטי. מידת ההפשטה המתחייבת מהדיבור "ערכים" אינה נקייה מספקות וייתכנו השקפות שונות לפרשנים שונים. מן הראוי שתהיה הסכמה באשר למטרה שחוקי היסוד הציבו והיא להגן על כבוה"א וחירותו כדי לעגן ערכים מסוימים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית": משמעות הדבר הינה בין השאר כי יש ליתן לזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד אותו מובן שיש בו כדי לבטא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. שני היבטים עיקריים לכך- (1) היבט ציוני (2) היבט הלכתי. שני אלו מעצבים את דמותה של המדינה כיהודית, לשניהם השפעה ישירה על זכויות אדם המוגנות בחו"י: כבוה"א וחירותו וחו"י: חופש העיסוק. שני היבטים אלו מעצבים את מורשת ישראל כמורשה יהודית-ציונית-לאומית. מהם ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית? ערכי היסוד של ההלכה היהודית לדורותיה וערכי היסוד של הציונות. על ערכים אלה יש לעמוד מתוך תפיסות פנימיות של הציונות הדתית (מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי, שפתה עברית, חגיה משקפים את קומתה הלאומית, התיישבות יהודית, הנצחת טבח היהודים בשואה, טיפוח תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי, ערכיה שאובים ממסורתה הדתית, המשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב).**

**"מדינה יהודית" במשנתו של אלון: אלון מבחין בין אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל לבין אופייה היהודי. הוא מסיק מהביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" תכלית דו-ערכית "ערכים היונקים מערכיה של מורשת ישראל ומורשת היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש". כלומר, אלון מבחין בין ערכי המדינה כיהודית לבין ערכיה כדמוקרטית. שאלת המפתח היא מהי "מורשת ישראל" לפי אלון? בפסיקה מאוחרת נזקק הש' אלון לומר "מורשת ישראל ועולמה של יהדות", "עולמה של יהדות", "עולמה של הגות ישראל לדורותיה", "מורשת ישראל". דומה שכל אלה מתקשרים אל המשפט העברי ואל ההלכה היהודית. עד כמה שהשופט אלון רואה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, להבדיל מערכיה כמדינה דמוקרטית, ערכים בעלי אופי הלכתי בלבד- איני יכול להסכים לעמדתו. עד כמה שהוא רואה בערכיה של מדינה יהודית מכלול ערכים, מהם בעלי אופי דתי-הלכתי ומהם בעלי אופי ציוני-כללי, מסכים אני לעמדתו זו.**

***שיעור 10 10.1.23***

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשפעתו על מעמד המשפט העברי

שני הס׳ הרלוונטיים לענייננו:

ס' 1א לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- סעיף המטרה: *"חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"*.

ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- פסקת ההגבלה: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

ברור שכשנאמר "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל" מדובר בערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית לפי ס' 1א. השאלה שעלתה ועמדה לפני המשפטנים, שופטים, הוגים בסמוך לחקיקת החוק הייתה מה בדיוק הכוונה ברכיב ׳מדינה יהודית׳? ׳דמוקרטית׳ פחות שנוי במחלוקת, אבל מה זה אומר ׳יהודית׳ לעניין פרשנות החוק?

**מנחם אלון במאמרו "דרך חוק וחוקה" עסק בתשובה לשאלה זו.** עד שנכנס חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לתוקפו, לא עמד שופט בישראל לפני החובה לפרש תכלית דו-ערכית זו. הפסיקה נתנה דעתה לפירוש המונח מדינה דמוקרטית בלבד, והרבתה לדון ולהתעמק במשמעותם של ערכי הדמוקרטיה, שהוגדרה בתמצית בדבריו של הנשיא לנדוי, שציטטתם לעיל, כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש… ההוראה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מורה כי הפרשנות של מכלול ההוראות שבסוגית זכויות של האדם וישראל מורכבת על שני ראשים השלובים זה בזה ובא זה ולימד על זה, היינו, על ״ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית״. משנכנס לתוקפו חו"י כבוה"א וחירותו עלה הצורך לפרש את הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית". ***החידוש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו היא הגדרת המדינה כיהודית ודמוקרטית. כמו שעד כה גזרנו מהמושג "דמוקרטית" דברים (בבג"ץ קול העם נגזרה הזכות לחופש הביטוי מחוק כבוד האדם וחירותו), כך גם נדרשים לגזור דברים מהגדרת המדינה כיהודית. כאשר שופט שואל את עצמו על טיבה של זכות מהזכויות המנויות (קניין, חירות, פרטיות ועוד) וגם הזכויות הבלתי מנויות שהוכנסו בדרך של פרשנות- את כולן יש לפרש לפי הפרשנות המקובלת במדינה*** *יהודית* ***ודמוקרטית. יש כאן*** *תכלית דו-ערכית.* ***הפרשנות של מכלול ההוראות בעניין זכויות אדם יפורש לפי ערכיה של מדינת ישראל לא רק כדמוקרטית אלא כיהודית ודמוקרטית.***

מיד לאחר חקיקת חו"י כבוה"א וחירותו פרסם ברק בשנת 1992 את מאמרו המכונן (שמקדים את בנק המזרחי) "המהפכה החוקית". במאמר ברק הכריז על המהפכה והסביר שהחוק הזה הוא חוק במעמד-על, חוק יסוד במעמד של חוקה. ביהמ״ש חולל כאן שינוי ביחס למסורת הפסיקה עד לשנת 1992, עד אז היה מקובל שחוקי יסוד הם כמו חוקים רגילים מבחינת ביטולם, חיקוקם והמעמד הנורמטיבי שלהם בהתנגשות עם חוקים אחרים, אלא אם הם משוריינים (כמו ס' 4 לחו"י הכנסת). אם אין שריון פורמלי, הפסיקה של העליון קבעה במשך כ-45 שנה שחוקי יסוד הם במעמד רגיל. ברק אומר שחוקי היסוד החדשים הם במעמד נורמטיבי גבוה יותר, ויש לסטות מהפסיקה הישנה. הוא אומר זאת על סמך פסקת ההגבלה שבחוק היסוד שמרוממת את חוקים אלה מעל לחוקים אחרים. פסקת ההגבלה מנוסחת כפסקה חוקתית ולכן אמר ברק שלפחות חוק היסוד כבוד האדם וחירותו הוא גבוה מחוקים אחרים והוא במעמד על, נורמה במעמד על-חוקי. זאת המפכה החוקתית- לראשונה, יש לנו נורמה שהיא במעמד על חוקי. ברק הזכיר את תורת שני הכובעים- הסמכות המחוקקת והסמכות המכוננת שניתנה לכנסת במסגרת מגילת העצמאות. עכשיו צריך לפרש מה הכוונה של ׳יהודית ודמוקרטית׳.

ברק אומר במאמרו באשר לרכיב המדינה היהודית- המדינה יהודית לא במובן ההלכתי דתי, אלא במובן שליהודים זכות לעלות אליה והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי המנוחה). הפירוש הוא לא במובן הדתי אלא במובן לאומי-תרבותי. כידוע, המושג "יהודי" משמש הן לדת והן ללאום. קביעתו זו של ברק לפיה כשמדובר על מדינה יהודית הכוונה למובן לאומי-תרבותי הינה קביעה מבוססת. יש להניח שכשהוכרז בהכרזת העצמאות על מדינה יהודית הכוונה הייתה במובן הלאומי. יחד עם זאת, יש פה גם אלמנט תרבותי. ברק מפרט שערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה- ערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק וכיו"ב. כל הערכים הללו אינם פרטיקולריים אלא הם בעלי אופי אוניברסלי שמשתלבים עם העקרונות הדמוקרטיים, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה. מכאן מתבקשת המסקנה שאין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי.

כלומר, אומר ברק שכאשר אנחנו מדברים על מדינה **יהודית במובן התרבותי הלאומי**, הערכים הרלוונטיים הם הערכים של המסורת המערבית האוניברסלית; אהבת האדם, צדק חברתי וכו׳. הפנייה לערכים אלה היא ברמת הפשטה גבוהה, מדברים על הערך באופן שבמובן האוניברסלי הוא יהיה זהה לערכים האוניברסליים הדמוקרטיים. כלומר, כבוד האדם הוא כבוד האדם גם בעולם המערבי וגם ביהדות. הוא מגיע לתשובה מתוך המופשט הכללי.

**מנגד, לדעת אלון,** כשם שהמושג "מדינה דמוקרטית" מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה של הדמוקרטיות הנאורות, כך המושג "מדינה יהודית" יתפרש מתוך עיון במקורות היהדות (המשפט העברי) ומתוך התמודדות עם מקורות אלה. כלומר, לדעת אלון, כל המושגים והערכים שברק מנה, מובנם לא יהיה במובן האוניברסלי אלא דווקא בהיבט היהודי שלהם. אלון לומד את המושג מהאופן שבו הוא התפרש במקורות היהודיים, במשפט העברי. אם לדוגמה שואלים מה זה כבוד האדם, היחס הוא לא לכבוד האדם באופן מופשט ואוניברסלי אלא היחס שהיהדות נותנת לו במקורותיה. אם שואלים מהי קדושת החיים, לא מתייחסים אליה באופן מופשט אלא צריך לראות מה אומרת ההלכה היהודית בעניין. יש צורך להביט על הדברים מנקודת מבט יהודית ודמוקרטית ולייצר סינתזה בין המשפט העברי לבין ערכי הדמוקרטיה. לפעמים הם יעלו בקנה אחד והתוצאה תהיה זהה, אבל אם לא, ביהמ"ש יידרש להכריע בין הגישה הדמוקרטית לבין גישת היהדות. הטענה החשובה של אלון היא שבפירוש כל הערכים היפים שמנה ברק, הפנייה היא לא ברמת הפשטה אוניברסלית, אלא באופן בו התפרשו המושגים במשפט היהודי.

לפי אלון, חוק כבוד האדם וחירותו נתן למשפט העברי מעמד חוקתי, בכך שקבע שאת זכויות האדם שמנויות בחוק יש לפרש לאור ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, כש'יהודית'= משפט עברי. מעמדו של המשפט העברי שודרג להיות בעל מעמד חוקתי לצורך פרשנות זכויות האדם. לפי אלון, יש לחזור אל השורשים ואחר-כך לחזור ולשלב אותם. מכאן שדרוג המשפט העברי לבעל מעמד חוקתי לצורך פרשנות זכויות אדם.

לפי ברק, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא שינה את מעמדו של המשפט העברי מאחר והוא עוסק בהוויה הלאומית ובמובן הלאומי של מדינה יהודית (שהופיע גם בירדור ובמגילת העצמאות). המדינה יהודית היא ההיבטים הלאומיים- שפה, חוק השבות וכו׳ שיש בהם אלמנטים תרבותיים. אך אין סיבה לפנות למשפט העברי כדי לפרש זכויות אדם. ברמת ההפשטה הגדולה, קדושת החיים לדוגמה, היא אוניברסלית ולא צריך לחזור אחורה לשורשים היהודיים כדי לפרשה. שלמות הגוף זה ערך יהודי ואוניברסלי, אבל פירושו יהיה באופן אוניברסלי ולא לפי מקורות המשפט העברי. יש הסכמה ביניהם כי מדינה יהודית היא אינה מדינת הלכה, אלא מדינת התרבות הלאומית.

אלון מגיב לנושא של ההפשטה האוניברסלית לאחר קריאת מאמרו של ברק: *"גובה ההפשטה הגיע איפוא עד לרמה האוניברסלית של ערכים יהודיים אלה. לשון אחרת: על טיבם של מושגים אלה- אהבת האדם, קדושת החיים וכו׳ שהיהדות הנחילה לעולם כולו, עלינו ללמוד מתוך מה שהעולם כולו קיבל ״ברמת ההפשטה האוניברסלית״, ולא מתוך המקור שהיינו נוצרו ובאו, היינו, מתוך מקורות היהדות ומורשת ישראל. וכדי להבהיר הבהר היטב כוונת הדברים, מסכם פרופסור ברק ואומר, כי ״על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי״.* ואתה תמה שואל: כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני הביטויים המופעים באותו חוק ובאותם סעיפים- יהודית ודמוקרטית- ששניהם באים לתאר אותו דבר- את מהותה של מדינת ישראל?"

אלון מחדד את הטענה של ברק - אם ברק אומר שהערכים היהודיים אלה הערכים שהיהדות הנחילה לעולם כולו, יש סלקציה במקורות היהודיים. כלומר, הוא לא לוקח את כולם, אלא רק את אלה שהעולם קיבל והוא גם מסתכל עליהם ברמת הפשטה אוניברסלית. במילים אחרות, כשאני מסתכל על קדושת החיים נסתכל עליו כמו שגרמני, אנגלי ואוסטרי מסתכלים עליו- זוהי רמת הפשטה גדולה. הפרספקטיבה שברק מציע אינה קשורה ליהדות אלא היא מנקודת מבט אוניברסלית ללא חזרה למקורות היהודיים. הטענה החריפה של אלון היא שלפי ברק, קנה המידה לבחון אילו ערכים יהודים אנחנו מקבלים ואיזה פרשנות תתקבל הואיל מתנתק מהערכים היהודיים הואיל וקנה המידה הוא אוניברסלי ולא יהודי. טענתו התקבלה גם על ידי מלומדים אחרים (לדוגמה גביזון). קנה מידתו של ברק אינו סימטרי.

אלון ממשיך ואומר שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו הוא שדרוג מעבר לחוק יסודות המשפט, מכיוון שחוק יסודות המשפט תלוי בקיומה של לקונה, ולפי חו"י כבוה"א וחירותו ניתן לפרש זכויות אדם ע"ב המשפט העברי. "כדי להיזקק לערכיה של מדינת ישראל כ׳מדינה יהודית׳, אין להיזקק לפתיחת השערים על ידי מפתח הלקונה, מפתח שכוח פתיחתו ניטל הימנו, אליבא שחברי השופט ברק... הפיתוח המשפטי של זכויות היסוד המנויות בחוק היסוד 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"

*לפי אלון, החלק היהודי כולל גם את המשפט העברי ולכן לפי חוק יסוד יש לפרש את זכויות האדם בישראל לאור ערכים דמוקרטיים כלליים ולאור המשפט העברי ולבסוף לקיים סינתזה. ברק סבור שאין רלוונטיות לפניה למשפט העברי לפירוש זכויות אדם.* יש ויכוח עקרוני וחריף בין ברק לבין אלון לגבי הפרשנות של המילה ׳יהודית׳ וכתוצאה מכך לגבי השפעתה על מעמד המשפט העברי. לפי אלון, המושג כולל גם את המשפט העברי וממילא משמעות הדבר היא שבעקבות חוק היסוד צריך לפרש את זכויות האדם בישראל לאור המשפט העברי (=יהודית) ולאור הדמוקרטיה (=ערכים כלליים) ולעשות ביניהם סינתזה. ברק אומר שהמדינה היהודית (=המשפט העברי) לא משפיע.

**עילות מעצר עד תום ההליכים**

מהם הכללים בהם ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים? סוגייה זו הייתה שנויה במחלוקת בעליון במשך כ-25 שנה. נקודת המוצא בשנות ה-70 הייתה שזו הלכה שיפוטית, לא היה חוק שטיפל בעניין באופן ישיר. את מי עוצרים עד תום ההליכים? העילות הקלאסיות הם: (1) מסוכנות- אדם מסוכן. (2) חשש מהימלטות מהדין. (3) שיבוש הליכי משפט. השאלה היא האם חומרת העבירה כשלעצמה, ללא אחד משלושת המרכיבים הללו מהווה עילה למעצר?

בסדרת עבירות צווארון לבן ביהמ"ש קבע שלא ייתכן שאדם שמואשם בעבירה חמורה ילך בחופשיות ברחוב. לא הייתה מסוכנות, לא היה שיבוש ולא היה חשש מהימלטות מהדין, כלומר שלושת הרכיבים הללו לא מתקיימים. הנימוק היה להבטיח את אמון הציבור במנגנון הפלילי. לדעת רוב השופטים (בעבר), חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההליכים כדי להבטיח את אמון הציבור במעלות המנגנון הפלילי. זו הייתה המוסכמה בעליון בשנות ה-70. בשנת 1978 מצטרף אלון לביהמ"ש העליון, הוא מגיע עם רקע אחר.

**בש״פ 71/78 מ״י נ׳ אבוקסיס**

הש' אלון: *"זכותו של אדם לחירות אישית היא מאבני היסוד במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק, עוד בשחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביחסים שבין לווה ומלווה ובין עובד ומעביד. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד בכך, שאף אם ויתר פלוני מרצונו החופשי על חירותו האישית, והתנה והתחייב, שיהא במאסר אם לא ישלם את חובו, התחייבותו בטלה ומבוטלת ותנאו אינו תנאי, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה, והתורה אוסרת את שלילת חירותו של האדם."*

אלון מראה שהמשפט העברי מתנגד למעצר על עבירה כלכלית. הוא פוסק שזכותו של אדם לחירות אישית היא מאבני היסוד במשפט העברי והטביעה את חותמה גם בתחומים שונים של המשפט האזרחי. המשפט העברי התנגד לשלילת חירותו של אדם בשל עבירות של ממון. המשפט העברי פסל חוזים שבהם הלווה התחייב למלווה שאם הוא לא ישלם הוא ישב במאסר. אלון מראה שהמשפט העברי מתנגד לזה כבר בתורה, והוא מוכיח זאת ע״י הריב״ש.

שו״ת הריב״ש, סימן רלו (ר׳ יצחק בר-ששת, ספרד, המאה ה-14)

שאלה: האם יש רשות לבית הדין להוציא את שמעון המסור (=מוסר- אדם שנחשד בעבירת מסירת יהודים/ רכוש) מבית האסורין בערבים בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב אם יתברר הדבר. האם יש לעצור אותו עד תום ההליכים או לשחרר אותו בערבות? תשובתו: אין ספק שכל שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, שבית דין חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב עונש רק חיוב ממון לבד, ואין נותנין אותו בערבים. שהרי העובר אם יראה שיתחייב בדין, מיד ברוח יברח, ומה יעשו בית דין לערבים ומה יועילו כי יפגעו בהם והם לא עשו עבירה… ועוד שהעובר ילך לו בלי שום עונש ולא מציין לקיומי ביה ״ובערת הרע מקרבך״. ועוד, שמי שעבר עבירה שיש בה חשש חיוב עונש אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית הדין מעיינין ונושאין ונותנין בדינו. ולכן אם ראו בית דין **שיש ממש בדברי** התובע ושאם יתברר הדבר שיהיה כעבור **חייב עונשו בגופו** אין נותנין אותו בערבים.

כלומר- אם אדם התחייב בממון, אין לאסור אותו עד תום ההליכים. התשובה קובעת באיזה תנאים צריך לאסור אדם עד תום ההליכים ולא לשחרר בערבות- מדובר בעבירה חמורה שעונשה הוא עונש גוף. אם מדובר בעבירה קלה שעונשה הוא עונש ממון, אין לאסור אותו עד תום ההליכים וראוי לשחרר אותו בערבות. אם מדובר בעבירה חמורה, דרוש מאסר עד תום ההליכים- מהחשש שמא מבצע העבירה יברח. לכן, המסקנה היא שאם יש ממש בדברי התובע (=ראיות לכאורה), והתברר שמדובר בעונש שהוא חייב לעבור בגופו- אז בגלל החשש שמא יברח, צריך לאסור אותו עד תום ההליכים ולא לשחרר בערבות.

מתי אנחנו לא חייבים לאסור עד תום ההליכים וצריך לשאת בערבות? (1) העונש הוא רק ממוני. (2) אפילו אם העבירה חמורה שעונשה עונש גוף, ואין חשש להימלטות, לא נחזיק אותו במעצר עד תום ההליכים.

אלון- מאסר עד תום ההליכים צריך הצדקה, עבירה חמורה עם עונש גוף, וחשש להמלטות. בכל מצב אחר יש לשחרר בערבות ואין לעצור עד תום ההליכים. אנו עוסקים בחירות אישית, הנחתו שכך צריך לפרש את מושג ׳החירות האישית׳.

בשנת 1988 הכנסת חוקקה חוק המסדיר החזקת עצור עד תום ההליכים. בחוק זה אומצה גישתו של אלון שהייתה בדעת יחיד בעליון, ונקבע שחומרת העבירה איננה עילת מעצר אלא אם יש סכנה לשלום הציבור. ביהמ"ש המשיך לפרש עילה זאת באופן רחב ועדין הרבה במעצר עד תום ההליכים. עד כאן, שושנה נתניהו הצטרפה לעמדתו, והם היו שניהם יחד עדיין בדעת מיעוט.

בשנת 1992 נחקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אז, הייתה לאלון ההזדמנות לבחון זאת בצורה חדשה/ לבסס מחדש את עמדתו. ס׳ 5 לחוק קובע כי: "אין פוגעים בחירותו של אדם במעצר או במאסר אלא לפי חוק." חוק היסוד קובע את החירות האישית בתור זכות מנויה, מגן עליה מפני פגיעה וקובע שאסור לפגוע בזכות של חירות אישית אלא אם כן יש עמידה בפסקת ההגבלה.

**ב״ש 2169/92 סוויסה נ׳ מ״י**

הש' אלון: *"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו בס׳ 5 את המעצר כפגיעה בחירות האישית, ויש לפרשו ע"פ התכלית המפורשת בס׳ המטרה של חוק היסוד, והיא עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכי על משולבים ושילובים אלה- יהודית ודמוקרטית- שוללים אפשרות מעצרו של אדם בטרם משפט מהטעם של ״הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות מנגנון המשפט״. ההצדקה לשלילת זכות יסוד זו ע״פ ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית היא, שבהתהלכו חופשי יסכן את שלום הציבור או היחיד או ישבש הליכי המשפט, ואלה בלבד; הא ותו לא.*"

כלומר, ס' 5 לחו"י: כבוה"א וחירותו קובע שמעצר הוא פגיעה בחירות, וכדי לאשר פגיעה זו יש לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. בחינה של החירות האישית ע"ב ערכים דמוקרטיים וע"ב המשפט העברי. אלון אומר שהוא בוחן את החירות האישית לאור ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. אם לא מתקיימים התנאים של מסוכנות, חשש להימלטות ושיבוש הדין, לא ניתן לפגוע בחירות האישית. אלון שואל מה היקפה של הזכות במשפט העברי? היקפה הוא רחב ולכן זהו אופן הפירוש. לפי אלון, המסקנה הנובעת מהמשפט העברי היא תפיסה של החירות האישית כערך חזק יותר ומרכזי יותר וכדי לפגוע בו צריך בסיס חזק מאוד. לכן, אלון קובע בפס"ד שאחרי חקיקת חו"י כבוה"א וחירותו ישנה הכרעה בתחום מעצר עד תום ההליכים לפי דעתו (דעת המיעוט עד כה).

המשפט העברי מציג עמדה אולטרה ליברלית- חירות אישית היא כה מרכזית שכדי לפגוע בה צריך בסיס מאוד חזקת מבחינת האשמה, הראיות והחשש מהימלטות. לכן קובע אלון שאחרי חוק יסוד מכריע לטובתו.

**ב״ש 3743/92 מ״י נ׳ עזאזמי**

נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו מאחורי סורג ובריח שהוא אף חשוב ומכריע יותר מקודמו, מצוי בהוראה שבס׳ 2 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הקובע את זכות היסוד כי ״אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם״.

אלון אומר שמעצר בישראל פוגע בכבוה"א נוכח התנאים (צפיפות בתנאים, היעדר מיטות וכו'). 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 על טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטרי. לכן, ככל שמדובר במעצר שאינו מתחייב (אדם שאינו הורשע ונעצר עד תום ההליכים) נכון וראוי להימנע ממעצר ולנקוט באמצעים אחרים (כמו מעצר בית) בכדי לשמור על כבוה"א. כלומר, אם יש אפשרות אחרת למעצר, שהיא פחות פוגעת בחירות האדם, נעדיף אותה. הרמב"ם אומר שהסמכות לעצור אדם צריכה להיות מאוזנת עם שמירה על כבוה"א.

רמב״ם, הלכות סנהדרין, כד י: *"*כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה דבריהם."

הרמב"ם אומר שסמכות בית הדין לעצור אדם צריכה להיות מאוזנת עם חירות האדם. אלון מאמץ את טענת הרמב"ם ומפרש שבעקבות חו"י כבוה"א וחירותו חומרת העבירה אינה מהווה עילה למעצר עד תום ההליכים. בעקבות חקיקת חו"י כבוה"א וחירותו, כל השופטים הצטרפו לדעת המיעוט של אלון, ועמדתו הפכה לדעת רוב וההלכה בעניין המעצר שונתה.

בשנת 1996 הכנסת חוקקה חוק מעצרים וקבעה את הדברים במפורש, וכיום הם לא שנויים במחלוקת.

סיכום- אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערבות 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 מצווים פגיעה בכבוד האדם האלמנטארי של הנאשם.

עמדתו של אלון התחילה מפרשנות שלו למשפט העברי, ובעקבות חוק היסוד הפכה למעמדה כיום. הוא לוקח את המשפט העברי ובאמצעותו מפרש את הזכויות הליברליות של חוק היסוד. אלון איגף את ביהמ"ש משמאל עם המשפט העברי, הוא הציג אותו בתור שיטה אולטרה ליברלית שמתנגדת למעצר עד תום ההליכים, אלא אם יש נסיבות חריגות. אלון מנהל מערכה כפולה- חזית אחת במשפט הישראלי הוא נלחם למען המשפט העברי. הוא רוצה לבסס את הזיקה והפנייה אליו. חזית שנייה- פרשנות המשפט העברי, שהוא מציע פרשנות ליברלית. הוא לא מציג את המשפט העברי מנקודת שמרנית (בעד ביטחון וכו׳), פרשנותו היא מאוד ליברלית.

אלון הדגיש את עקרון השוויון ביהדות- לדעתו הבריאה בצלם היא העקרון המרכזי. פס״ד בעניין לאה שקדיאל- אישה שביקשה להיות חברה במועצה הדתית של מקום מגוריה. הרבנות התנגדה בטענה שלא ראוי שרבנים ישבו עם נשים. היא עתרה לבג״ץ. ברק פתר את העניין כך- המועצה הדתית היא גוף מנהלי של מדינת ישראל, עליו חל עקרון השוויון. אלון הסכים לתוצאת פסק הדין, אבל הוא עבד קשה כדי להראות זאת מנקודת מבט הלכתית. נכון שיש הבחנה בין גברים ונשים, אבל ההלכה לא מתנגדת לכך שאישה תמלא תפקידים ציבוריים, לכן טענת הרבנות היא לא טענה מקובלת. הוא כמובן גם לא הכחיש לטענת ברק, אבל היה חשוב לו לומר זאת מנקודת המבט של המשפט העברי.

**הש' ברק**

בסוף שנות ה-90, ברק כותב את סדרתו המפורסמת של פרשנות במשפט. הוא נזקק לפרשנות ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית: *״מהם אפוא, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? נראה לי כי אלה ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה היהודית לדורותיה) המאפיינים את ישראל. על ערכים אלה יש לעמוד מתוך תפיסותיה הפנימיות של הציונות והיהדות. אין הן מוטלות ״מבחוץ״, אלא נגזרת מאופייה המיוחד של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו ׳טעם׳ קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית״.*

ברק למעשה חוזר בו, הוא לא התכוון שילמד על הערכים מבחוץ, אלא ילמד עליהם מבפנים.

*״מדינה יהודית״ היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ״ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. ״מדינה יהודית״ היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים ע״פ דין תורה. ״מדינה יהודית״ היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהודית וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים."*

ברק על אלון

*"עד כמה שהשופט אלון רואה בערכיה של מ״י כמדינה יהודית- להבדיל מערכיה כמדינה דמוקרטית- ערכים בעלי אופי הלכתי בלבד (״עולמה של יהדות״, ״משפט עברי״) איני יכול להסכים לעמדתו. עד כמה שהוא רואה בערכיה של מדינת יהודית מכלול ערכים, מהם בעלי אופי דתי הלכתי (״מורשת היהדות״) ומהם בעלי אופי ציוני כללי (״מורשת ישראל״), מסכים אני לעמדתי זו."*

ברק עושה כאן תפנית של 180 מעלות ומקבל שערכי המשפט העברי גלומים בהגדרה של מדינת ישראל כיהודית ולמעשה מאמץ את עמדתו של אלון. ברק מגדיר מחדש את המחלוקת בינו לבין אלון- המחלוקת הצטמצמה, ברק אומר שהוא לא מסכים עם אלון שההגדרה של מדינה יהודית היא ערכים בעלי אופי הלכתי בלבד, הוא סבור שערכיה של מדינה יהודית הם מכלול ערכים שחלקם הלכתיים וחלקם בעלי אופי ציוני-כללי (מורשת ישראל).

***שיעור 11 17.1.23***

*המתת חסד וטיפול בחולה הנוטה למות/ המשפט העברי בפסיקה ובחקיקה*

***בשיעור הקודם דיברנו על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל המחלוקת בין אלון וברק בנוגע למעמדו של המשפט העברי. בסופו של דבר המחלוקת הצטמצמה לפחות להלכה. הש' אלון בסדרה של פסקי דין החל ליישם את שיטתו.***

***פרשת יעל שפר***

*הפעוטה יעלה שפר, בת כשנתיים, אובחנה כסובלת ממחלת טיי-זקס (מחלה שבמסגרתה תינוקות מאבדים את יכולת העיקול, התנועה עד הגעתם למצב של תרדמת ומוות עד גיל 3). היא נמצאת במצב של חוסר הכרה (צמח) ומטופלת בביה"ח. האם (בלבד) בתור האפוטרופוסית שלה, מבקשת בשם הילדה שאם יוחמר מצבה הרפואי והיא תיזקק לסיוע בהנשמה או לטיפול רפואי אחר- הדבר לא יינתן לה, למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב לא היה שותף לבקשה, והוא דווקא טיפל באופן מסור יותר בילדה. האב לא התנגד לבקשה, אך לא הצטרף אליה, ולכן מדובר בבקשה של אפוטרופוס אחד.*

*השאלות המשפטיות שעולות בפרשה זו:*

1. *האם אדם בגיר יכול לבקש מביה"ח שיקרב את מותו או שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?*
2. *האם הורים כאפוטרופוסים של קטין יכולים לבקש בשמו מביה"ח שימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?*
3. *האם הורה אחד, אפוטרופוס יחיד, יכול לבקש בקשה כזאת?*

*החלטות קודמות בפרשה:*

*בביהמ"ש המחוזי בקשת האם נדחתה. השופט לא הכריע בשאלה הראשונה העקרונית לגבי המתת חסד או הימנעות מטיפול. הוא הסתפק בשאלה השנייה וקבע שגם אם בגיר יכול לבקש זאת, אפוטרופוס אינו יכול לבקש זאת ביחס לקטין, ובוודאי לא הורה יחיד. בקשת האם נדחתה ומכאן ערעור האם לביהמ"ש העליון.*

*הערעור לעליון נדחתה בשעתו, ללא נימוקים שהרי היה צורך במתן הוראות מיידיות לביה"ח כיצד לפעול. בקשת האם נדחתה בשנית. במשך הזמן שבין מתן ההחלטה הדחופה ועד מתן הנימוקים הפעוטה נפטרה. ביהמ"ש נדרש לתת נימוקים על החלטה שכיום כבר איננה רלוונטית. זה מעלה שאלה עקרונית האם בימ"ש ידון בעניין תיאורטי שאינו מעשי. האם יש טעם בדיון עתה לאחר שהפעוטה נפטרה? אמנם במקרה זה, יש תשובה טובה כי זה נימוקים על החלטה שבעבר. הכלל הוא שביהמ"ש אינו דן בעניינים תיאורטיים.*

*הש' אלון מחליט לגשת לדיון רחב בנושא. תחילה נשאל האם יש לכך הצדקה? הוא נעזר בפס"ד האמריקאי בסוגיית ההפלות הידועה* Row v. Wade *משנת 1973 שקבע את ההלכה (שנהפכה לפני כשנה) בעניין ההפלות. מדובר היה באישה שרצתה להפיל והמדינה לא אפשרה לה להפיל. עד שהתנהלו ההליכים היא כבר ילדה, כך שהפסיקה וההלכה כבר לא הייתה רלוונטית. ביהמ"ש יכול היה לומר שהוא לא דן בשאלות תיאורטיות, וכשיבוא לפניו מקרה מעשי הוא ידון. אולם, ביהמ"ש קבע שמפאת משך העתירה, ומדובר במקרה שעתיד להישנות, הסוגייה היא קונקרטית ולא תיאורטית, גם אם לא ביחס למקרה הנוכחי. ביהמ"ש קבע שהואיל ואף פעם לא ניתן יהיה למצות הליך משפטי בתוך תקופת ההיריון, ייצא שאף פעם לא ניתן יהיה לדון בשאלת ההפלות. הואיל וזו שאלה שעתידה לחזור ביהמ"ש דן בה. כך אומר גם הש' אלון ביחס למקרה זה ביחס להימנעות ממתן טיפול רפואי. הוא מאמץ דעה זו- גם מקרה של המתת חסד אינו מאפשר דיון ממצה בזמן אמת וגם הוא עתיד להישנות. בתקופה שעד הפסיקה נפסק חוק יסוד: כבוה"א וחירותו. ביהמ"ש נימק את ההחלטה בהתאם למצב החוקי החדש של חוק היסוד, על אף שבעת קביעת ההחלטה החוק טרם נחקק (וביהמ"ש ספג על כך ביקורת).*

*כאמור, ביהמ"ש דן בסוגיה דרך חוק יסוד: כבוה"א וחירותו שקובע "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם". כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. הטענה במקרה זה היא ששמירת החיים עומדת בניגוד לכבודו של אדם, לחירות האישית ולאוטונומיה שלו. סוגיית המתת החסד מעלה התנגשות בין הזכות לחיים והזכות לכבוד. אנשים הדורשים המתת חסד דורשים למות בכבוד. אדם שמגיע למצב שבו שהוא נכה וכד' מאבד את כבודו ולכן הוא מבקש המתת חסד או הימנעות מטיפול. לכן, במקרה זה ישנה התנגשות בין "אין פוגעים בחייו" לבין "אין פוגעים בכבודו", בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד. אם רוצים לשמור על החיים המשמעות היא פגיעה בכבוד, ולהיפך. באופן עקרוני ישנה התנגשות נוספת גם אל מול הזכות לאוטונומיה, שבמקרה הזה איננה רלוונטית משום שהפעוטה אינה בעלת רצון או הבנה. ההורים יכולים לדאוג לטובתה אבל אין רצון לפעוטה ולכן התנגשות זו לא מתקיימת, אך ככלל מדובר בהתנגשות שמתקיימת ע"פ רוב בסוגייה. הש' אלון אומר אמירה עקרונית לפיה ההכרעה בשאלה של התנגשות בין זכויות צריכה להיעשות לפי פסקת ההגבלה (שכאמור מדברת על התנגשות אנכית בין זכות חוקתית לבין חוק), אבל אותו העיקרון צריך להיות מוחל גם כאשר יש התנגשות אופקית בין שתי זכויות אופקיות, גם שם יש לדון לפי הקריטריונים של פסקת ההגבלה, ובמיוחד לפי העיקרון "לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כלומר, גם אם פגיעה בזכות היא לא מכוח חוק אלא מכוח התנגשות בין שתי זכויות (פרטיות-כבוד, כבוד-חיים וכו'), יש לדון בה גם לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא חוזר לפרשנותו העקרונית לאמירה "מדינה יהודית ודמוקרטית"- יש לבחון את הערכים הדמוקרטיים לעצמם ואת הערכים היהודיים לעצמם. יש דרישה להעמיק בעניין משתי הזוויות. לכן הוא ניגש לסוגייה של המתת חסד באופן רחב ויבחן אותה תחילה לפי המקורות היהודיים ההלכתיים, לפי ההלכה, אח"כ יבחן את המתת החסד מנקודת מבט דמוקרטית תוך עיון במשפט המשווה במדינות דמוקרטיות, ולבסוף יעשה סינתזה. הוא עושה מספר הבחנות:*

1. ***אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית****- מעשה אקטיבי שמוביל למותו של האדם.*
* *באמצעות מתן חומר ממית.*
* *באמצעות סיוע להתאבדות- הרופא לא מבצע את המעשה בעצמו אלא נותן לחולה מרשם.*

*שניהם תחת הקטגוריה של המתה אקטיבית, שניהם דורשים התגברות על עבירות בחוק הפלילי שאוסר על גרימת מוות ועל סיוע להתאבדות. יש הבחנה בין שני סוגים אלו. גם היום, כשלושים שנה לאחר פסק הדין, יש מדינות שמתירות דבר אחד ולא מתירות דבר שני, משיקולים פחות ענייניים. לדוגמה, שווייץ ידועה במוסד להמתות חסד, שם אסור לבצע המתת חסד באמצעות חומר ממית אלא אפשר שאדם יקבל מהרופא תרופה והוא ייטול אותה בעצמו, היינו סיוע להתאבדות. זה חל רק על אדם שהוא חולה סופני עם הבחנות רפואיות מוסמכות.*

1. *אותונזיה (המתת חסד) פסיבית- לא נותנים לחולה חומר ממית באופן ישיר או עקיף. נמנעים ממתן טיפול תרופתי או חיבור למכונת הנשמה.*
* *הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים.*
* *ניתוק ממכשירים (מכונת הנשמה).*

*הש' אלון מסווג ניתוק ממכשירים כפסיבי, ואולם ניתוק מכשירים זה לכאורה פעולה אקטיבית. מדוע הש' אלון מסווג את זה כפסיבי? אם נשאל את השאלה מה ההבחנה בין המתה אקטיבית לפסיבית ובכלל זה ההצדקה, השאלה היא ממה האדם מת. בהמתה אקטיבית אדם מת מהפעולה שמבצעים עליו- מהחומר הממית. בהמתה פסיבית אדם לא מת מהפעולה אלא מהמחלה. אנו נמנעים מלבצע פעולה מצילת חיים, אך אם נשאל מה סיבת המוות, בהמתה אקטיבית היא קבלת החומר הממית, ובהמתה פסיבית היא המחלה. זה עוזר לנו להבין את הדילמה בניתוק ממכשירים. אלון אומר שבניתוק ממכשירים האדם לא מת מפעולת הניתוק, הוא מת מהמחלה. יש לומר שהסוגייה של ניתוק מכשירים מעלה שאלה כיצד נכון לסווג המתה זו. מחד, הניתוק הוא פעולה אקטיבית וכתוצאה מפעולה אקטיבית זו החולה מת מבחינת קש"ס, סמיכות הזמנים וסמיכות הפעולות, ולכן בהחלט יש סברה המסווגת המתה זו כאקטיבית. מאידך, אלון שמסווג המתנה זו לפסיבית אומר שניתוק המכשירים מחזיר את האדם למצבו הטבעי, והאדם מת ממצבו הרפואי. אלון ניגש לבירור העניין על יסוד הבחנות אלו, תחילה ע"פ ההלכה היהודית.*

***מה דינה של המתת חסד אקטיבית לפי ההלכה?***

*הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ב:* "אחד ההורג את הבריא או את החולה הנוטה למות, ואפילו הרג את הגוסס נהרג עליו, ואם היה גוסס בידי אדם כגון שהכוהו עד שנטה למות והרי הוא גוסס, ההורג אותו אין בית דין ממיתין אותו".

*רצח הוא רצח, בין אם אדם בריא, בין אם הוא חולה נוטה למות (חולה סופני שלא ימות באופן מיידי) או גוסס (אדם שימות לכל המאוחר בעוד 3 ימים, מצב סופני מיידי). אנו רואים שבאופן קטגורי כל המתה, גם של גוסס, נחשבת רצח. הרמב"ם והשולחן ערוך אומרים שהטיפול בגוסס הוא כחי לכל דבר, והנוגע בו- הרי זה שופך דמים*  "הגוסס הריהו כחי לכל דבר... והנוגע בו- הרי זה שופך דמים. למה זה דומה? לנר שמטפטף, כיון שיגע בו אדם- יכבה. וכל המעצם (עוצם) עם יציאת הנפש- הרי זה שופך דמים". *לאור מקורות אלה, המתת חסד אקטיבית היא אסורה ומהווה הריגה, גם אם החולה מבקש זאת.*

***מה דינה של המתת חסד פסיבית לפי ההלכה?***

1. ***הימנעות מטיפול***

***הרב שלמה זלמן אוירבך: "יש סבורים דכשם שמחללים שבת עבור חיי שעה כך חייבים להכריח את החולה על זה כי הוא אינו בעלים על עצמו לוותר אף על רגע אחת. אך מסתבר שאם החולה סובל מכאבים וייסורים גדולים או אפילו סבל נפשי חזק מאוד, חושבני שאוכל וחמצן לנשימה חייבים ליתן לו גם נגד רצונו, אבל מותר להימנע מתרופות הגורמות סבל לחולה אם החולה דורש את זה".***

***הוא מתווכח עם דעה שהכלל הוא שפיקוח נפש דוחה שבת אפילו על חיי שבת. אם יש אדם חולה סופני, והוא צריך בשבת טיפול רפואי, מחללים עליו את השבת. לכל רגע בחיים יש קדושה, טיפול רפואי הוא מציל חיים לכל רגע, כולל פיקוח נפש דוחה שבת. אם צריך לחלל שבת אז מחללים. לכאורה, אם היחס שלנו לחיים הוא יחס כזה מוחלט ואינסופי וכל רגע בחיים הוא כמו חיים שלמים, ולא מודדים את איכות ומשך החיים מבחינת ערכם אז לכל חיים יש ערך אינסופי ולכן חייבים להצילו כאילו יחייה לנצח. לכאורה, אם זו התפיסה אז צריך להציל חיים בכל מחיר, וגם אם אדם חולה וסובל ומבקש למות באופן טבעי, אז נאמר שלכל רגע בחייו יש ערך אינסופי. הרב אוירבך אומר שלא כך, אם החולה סובל מייסורים גדולים או אפילו מסבל נפשי ולא פיזי, אוכל וחמצן יש לתת לו גם נגד רצונו, אבל מותר להימנע מתרופות הגורמות סבל לחולה אם הוא דורש את זה. על כפות המאזניים נמצאים קדושת החיים מצד אחד ומהצד השני סבל ורצון החולה. העמדה ההלכתית שמציג הרב אוירבך היא שבמצב של התנגשות כזו, מותר להעדיף את הסבל והרצון במובן של הימנעות מטיפול רפואי. אין זה מצדיק המתת חסד אקטיבית, גם אם החולה מבקש זאת, כי היא אסורה בכל מצב, אך כן מותר להימנע מטיפול רפואי.***

***באופן דומה פוסק גם הרב משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, חושן משפט:* "בחולה סרטן (קענסער) שבדך הטבע אי אפשר שיתרפא לחיות חיי עולם היינו החיים הרגילין לסתם אינשי בזמננו רק לזמן קצר לאיזה חדשים, אם צריכין ומחוייבין לרפאותו אם הזמן שיחיה יהיו חייה צער. צריך להודיע זה לחולה ולשאולו ממנו אם רוצה שיתנו לו רפואי דסמים אלו. שאם בחיי יסורין רוצה יותר ממיתה- צריכין ליתן לו, ואם אין החולה רוצה לחיות ביסורין אין ליתן לו סמי רפואה אלו".**

***אם התפישה הייתה שהריגה של כל רגע באדם היא רצח אז לכאורה מוטלת חובה להציל חיים, אם חושבים שערכם אינסופי. הוא אומר שיש לשאול את החולה האם הוא מעוניין בטיפול הרפואי. אם החולה מעדיף שיאריכו את חייו גם במחיר של סבל כך עושים, ואם החולה לא רוצה לחיות בייסורים ומבקש לא לקבל טיפול רפואי יש לקבל את רצונו.***

***כלומר, המתה אקטיבית היא אסורה. המתה פסיבית נבחנת באופן אחר. כשמנגד מוטל על כף המאזניים ייסורים, סבל ורצון החולה להימנע מכך, מותר להימנע מטיפול רפואי. עמדת שני הפוסקים שראינו היא שתפיסת הערך האינסופי של החיים עומדת מול חיים מוגבלים בזמן, בייסורים, ללא אפשרות להתרפא וללא רצון החולה, אדם יכול מנקודת מבט הלכתית לדרוש שלא יטפלו בו. באם החולה לא כשיר ולא יכול להביע דעתו, ייתכן ואפשר יהיה לאומד הדעת, המשפחה תיכנס לתמונה ותישאל מה לדעתם הוא היה מעדיף.***

1. ***ניתוק ממכשירים- הסרת המונע***

***רמ"א (ר' משה איסרליש), שולחן ערוך יורה דעה: "אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש, כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק, כגון חוטב עצים, או שיש מלח על לשונו, ואלו מעכבים יציאת הנפש- מותר להסירו משם, שאין בזה מעשה כלל,*** *אלא שמסיר המונע****".***

***לפי רישא הדברים אסור לזרז את מותו של אדם. האמונה הייתה שקול מונוטוני מפריע לאדם למות, מונע מהחולה למות. השאלה הייתה האם הפסקת הקול מותרת או שאסורה כי תגרום למוות? הרמ"א אומר שזה מותר. במצב כזה, שיש חוטב עצים, אפשר להפסיק את הקול שלו כדי לאפשר לאדם שסובל מייסורים ורוצה למות, למות. אמונה נוספת הייתה שאם שמים לאדם גרגיר מלח על הלשון זה מונע את המוות. כשאדם היה במצב סופני היו שמים לו גרגיר מלח על הלשון כדי שלא ימות. כשהאדם גוסס ורוצים לאפשר לו למות, הרמ"א אומר שמותר להפסיק את הרעש החיצוני ואפילו להסיר את גרגיר המלח. מדוע? אין בזה מעשה כלל. פעולות מסוג זה, למרות שהן אקטיביות באופיין (הפסקת רעש, הסרת מלח) אינן מעשה מבחינה מהותית, זה מסיר המונע. האדם נטה למות והייתה מניעה חיצונית. אפשר לתרגם דיון זה שנעשה בימי הביניים למציאות מודרנית של ניתוק ממכשירים. הרב וולדנברג והרב חיים דוד הלוי פוסקים שאפשר לראות ניתוק ממכשירים כמו הסרת המלח. לכן, יש בעצם יסוד לומר שגם בהלכה אפשר לנתק ממכשירים. למרות שהפעולה היא באופייה אקטיבית אינה כוללת מעשה כלל ברמה המהותית. יצוין שיש פוסקים כמו הרב פיינשטיין שלא מסכימים עם עמדה זו. לדבריהם, פעולת הניתוק היא גורמת את המוות ולכן היא אסורה. אנו רואים שיש מחלוקת בסוגיית הניתוק ממכשירים בהלכה.***

***מסקנות הדיון ההלכתי:***

* ***המתה אקטיבית אסורה בכל מקרה.***
* ***המתה פסיבית מסוג הימנעות מטיפול מותרת בנסיבות מסוימת.***
* ***המתה פסיבית מסוג ניתוק ממכשירים שנויה במחלוקת.***

***כעת עובר אלון לדיון בערכים הדמוקרטיים ע"י עיון במשפט המשווה בארה"ב והולנד.***

***ארה"ב:***

* ***בעיקרון חלים איסורי המתה. השאלה האם יש להוציא מהכלל המתת חסד אקטיבית או פסיבית.***
* ***בתי המשפט הכירו בזכות לסירוב לטיפול רפואי. זכות זו בוססה על הזכות לפרטיות או מכוח "הסכמה מדעת".***
* ***בתי המשפט קבעו שזו זכות יחסית ויש לאזן אותה מול אינטרס המדינה (***state compelling interest***). האינטרס המרכזי של המדינה הוא שמירה על החיים. קדושת החיים לא עומדת כשלעצמה אלא נתפסת במסגרת אינטרס של המדינה. אלון מציין שזה שריד לתקופה שבהם בני אדם היו משועבדים למדינה.***
* ***הנוסחה: ככל שהחולה סובל בייסורים וככל שסיכויי ההחלמה שלו מועטים וככל שההתערבות פחות פולשנית- יש לקבל סירוב לקבלת טיפול, ולהפך.***

***נכון לתקופת פסק הדין, המצב בארה"ב:***

* ***המתה אקטיבית אסורה ומהווה עבירה פלילית בכל מדינות ארה"ב.***
* ***המתת חסד פסיבית במובן של הימנעות מטיפול רפואי מותרת (צוואה מחיים).***
* ***הפסקת פעילות מאריכת חיים (ניתוק ממכשירים)- עשויה להיות מותרת בנסיבות האמורות.***
* ***סירובו של קטין לטיפול רפואי- הפעלת מבחן "אומד דעתו" של הקטין או מבחן "טובתו של הקטין". כדי להפעיל את מבחן אומד הדעת צריך להניח שיש דעת לאותו קטין.***

*הולנד:*

*נכון לתקופת פסק הדין, הולנד היא הדמוקרטיה היחידה שבה מותרת המתת חסד אקטיבית. יש לכך כמובן תנאים מגבילים ובהם- החולה בעצמו כשהוא בר כושר שיפוט מלא מבקש זאת; הרופא והחולה מסכימים שמדובר במחלה חשוכת מרפא; המחלה המלווה בסבל קשה. הנתונים מלמדים שמספר המומתים בהולנד הוא בין 5,000-10,000 בשנה.*

***הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית***

* ***לפי ערכיה של "מדינה יהודית", המתת חסד אקטיבית אסורה.***
* ***ברוב המדינות הדמוקרטיות 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, ולכן יש לאמץ היתר זה.***
* ***לגבי ניתוק ממכשירים (הסרת המונע), יש גישות שונות גם בהלכה וגם הבדלים בין מדינות שונות והכל תוך התחשבות בנסיבות השונות.***

***ההבדל בנקודת המוצא***

***עיקרון-העל הראשוני במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם ה'. הגבלות וסייגים מותרים לעקרון קדושת החיים יסודם, בראש ובראשונה, בעיקרון של מניעת סבל וייסורים, גופנים ונפשיים, של כיבוד רצון החולה כאשר יש לך 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 וסויגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד.***

***הש' אלון אומר שביחס בין יהודית ודמוקרטית, יש עדיפות לערכיה של המדינה כיהודית על פני ערכיה כמדינה דמוקרטית, לפחות בהקשר של קדושת החיים. יש לאמץ את הערך של קדושת החיים גם אם הוא במדינות דמוקרטיות ילך וירד.***

***קדושת החיים וכבוד האדם***

* ***הביטוי למוות בכבוד הוא תרתי דסתרי; חייו הם כבודו של אדם. אלון אומר שהטענה להתנגשות בין כבוד וחיים היא טענת כזב. חיים של אדם הם כבודו, אסור לראות באדם חולה/ נכה/ סובל ואפילו חסר הכרה כאדם חסר כבוד. זו שאלה של המשגה. מבחינת אלון, כל עוד אדם חי כבודו נשמר.***
* ***כוחות כלכליים (עלויות הטיפול באדם שעומד למות) וחברתיים (החברה ולעיתים אף המשפחה לא מעוניינת בהשקעת המאמצים הכרוכים באדם שנוטה למות) דוחפים בני אדם לסיים את חייהם בשלב מוקדם.***
* ***"הזכות למות בכבוד" עלולה להיהפך לחובה.***
* ***החשש הגדול במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין. מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם?***

***הוא לא מכחיש את ההתנגשות בין חיים לבין אוטונומיה או בין חיים לבין סבל וייסורים, אך הוא שולל את ההתנגשות כביכול בין חיים לבין כבוד, ועומד על כך שצריך לעמוד כנגד הכוחות החברתיים והכלכליים שדוחפים לסיום החיים.***

***החלטות כלליות***

* ***המתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט.***
* ***המתת חסד פסיבית על שתי צורותיה- הימנעות מטיפול וניתוק ממכשירים, תלויה בשיקולים נוספים: האוטונומיה של החולה, כאב וייסורים.***
* ***במקרה של קטין או פסול דין יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש ל"מדרון חלקלק". באופן עקרוני אפוטרופוסים יכולים לסרב לטיפול רפואי בשמו של קטין אך כשהדבר עלול להביא למותו יש לקבל את אישור ביהמ"ש.***

***הכרעה במקרה הנדון***

* ***הילדה אינה סובלת ואינה מבוזה. כבודה נשמר מעל ומעבר.***
* ***הבקשה הגיעה מצד האם בלבד, שאינה מבקרת את הילדה באופן רציף. האב, שמבקר ומטפל בילדה אינו שותף לבקשה.***
* ***על כן, אין הצדקה שלא לתת לה את כל הטיפול הנדרש לשמירת חייה.***

***פס"ד זה הפך למנחה בסוגיית המתות חסד למשך פרק זמן, עד שנחקק חוק החולה הנוטה למות בשנת 2005, שמציג תמונה שונה. אנו רואים פה הדגמה ברורה לגישת הש' אלון ביחס לחוק יסוד כבוה"א וחירותו, דיון ביהודית ודמוקרטית משתי נקודות המבט הערכיות, ובלי ספק המשפט העברי קבע את הפסיקה. השפעת המשפט העברי על הפסיקה היא לא פישוט ולא דברים בעלמא אלא השפעה מכרעת על פסק הדין בסוגיה. הש' ברק חתם בהסכמה על פס"ד זה. בספרו של ברק "פרשנות למשפט" הוא מציג את פסק הדין הזה כדוגמה לאופן בו יש לטפל בסוגיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. כלומר, הוא קיבל את המהלך שביצע אלון, על אף שלא ביצע בעצמו פסקי דין כאלו.***

***חלפו כ-30 שנה, וכיום יש יותר מדינות שמספקות סיוע בהתאבדות. 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, ישראל- המתת חסד אסורה. מותר סירוב לקבלת טיפול רפואי.***

***אפשר לשאול מדוע שוויץ, ארה"ב, קנדה, מסייעות רק סיוע בהתאבדות ולא המתה בידי רופא, אם כבר מותרת המתה אקטיבית. זה מצמצם רק לחולים שיכולים ליטול בעצמם תרופה. מדוע מדינות אלה לא עושות צעד נוסף קדימה ומתירות כל סוג של המתה אקטיבית? באופן היסטורי תפיסת התפקיד של רופא היא שתפקידו להציל ולא להרוג. ההיתר לרופא להרוג הוא קשה ולכן המדינות הללו מתירות רק מרשם וסיוע בהתאבדות ולא מעבר.***

***הטענה של אלון היא שגם בסיטואציה שבה המצב במדינות דמוקרטיות ישתנה ותותר המתה אקטיבית, ההתנגדות להמתת חסד אקטיביות צריכה להימשך נוכח ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.***

***קריאה לקראת שיעור 12***

***בנימין פורת, המשפט העברי בישראל- אתגרי העתיד והיערכות מחודשת***

*הקדמה: כפי שציין הש' זילברג, יש חשיבות תרבותית מכרעת להשתת מערכת המשפט על יסודות המורשת הלאומית. במשך כמאה שנותיו הצליח פרויקט המשפט העברי לרשום שורת הישגים לא מבוטל, ברם רבים אף יוותר היעדים שנותרו בגדר חלום שלא התממש. לאחרונה העלו חברי כנסת מכמה מפלגות הצעות לשדרוג מעמדו של המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי כחלק מהמגה לחזק את הזהות היהודית של מדינת ישראל. תגובה אינסטינקטיבית מימין ומשמאל מעידה על השטחיות והסטראוטיפיות שהדיון לוקה בהן. ראוי היה לנהל דיון מושכל ופתוח בהצעות אלו, על יתרונותיהן וחסרונותיהן, באופן שיוביל לגיבוש הצעות מורכבות ומאוזנות יותר להסדרה ראויה של המשפט העברי בתוך המשפט הישראלי. הצעות אלה תהלומנה טוב יותר את מערכת היחסים המורכבת של החברה הישראלית בכלל ושל המשפט הישראלי בפרט עם מקורות המורשת היהודים. אם אכן תעמודנה לדיון הצעות כאלו, ניתן לצפות לתמיכה בהן לא רק מצד מפלגות ימניות דתיות אלא גם ממפלגות שמאל חילוניות. לשם השגת תכלית זו ראוי לראות את סוגיית מעמדו של המשפט העברי במשפט הישראלי בתוך הקשר היסטורי רחב.*

*תרומת המשפט העברי למשפט הישראלי: נפתח בהערכת השפעתו בפועל של המשפט העברי על המשפט הישראלי. להערכה זו חשיבות ממספר טעמים. (1) בשונה מדיונים שנערכו על חזון המשפט העברי בעשורים שלפני הקמת המדינה, אנו נהנים מחוכמת הניסיון. (2) הערכה זו לא רק חשובה כדין וחשבון צופה פני עבר אלא בעיקר כצופה פני עתיד באשר לגבולות האפשרי והבלתי אפשרי שבין שיטות המשפט. (3) בכוח הערכה זו לסייע לשיפור המודל הרצוי למערכת יחסים זו.*

*עד כמה עמוקות טביעות האצבע שהותיר פרויקט המשפט העברי במשפט הנוהג במדינת ישראל? האם כדברי אלון מדובר על השפעה ניכרת היטב בכל תחומי המשפט? האם כדברי חשין כי מדובר בהשפעה שולית ובעיקרה ריח ניחוח? נראה שאין אמת בשתי גישות אלו. ב-67 שנותיו (נכון לכתיבת המאמר) הושפע המשפט הישראלי בכמה רבדים.*

*ברובד הבסיס- הרובד הלשוני: המשפט העברי הנחיל למשפט הישראל עולם שלם של מונחים ומטבעות לשון (מעשה בית דין, הלכה, גמירת דעת, חטא, פשע, תקנת השוק ועוד). מערך לשוני זה קושר את המשפט הישראלי אל שפת בעלי התלמוד, הרמב"ם, שולחן ערוך. יש שיראו בכך נגיעות סמנטיות-אסתטיות גרידא ויש שיראו במארג לשוני זה עניין בעל חשיבות תרבותית וערכית, המבטיח שמירת הזיקה של המשפט הישראלי אל מקורותיו היהודיים.*

*ברובד בעל אופי תוכני יותר: המחוקק הישראלי בחר לעצב כמה מחוקיו בדרך ש"ריחו של המשפט העברי נמסך בהם" וכל המעיין בהם עשוי לחוש בקרבתם למקורות היהודיים, לא רק במינוח (חוק השבת אבדה, חוק השומרים, עבירת השוחד בחוק העונשין ועוד). רוח המשפט העברי השורה על חוקים אלו מורגשת לעיתים במונחי היסוד שלהם, לעיתים ניכרת בתוכנם הכללי. עם זאת, בחוקים אלו לא מדובר באימוץ עמדות מסוימות של המשפט העברי אלא בצעידה בכיוון התואם באופן כללי את רוחו ובאופן שגם עולה בקנה אחד עם הסדרים המקובלים בשיטות משפט אחרות בנות זמננו. יתרה מכך, לא אחת קישור חוקים אלו למשפט העברי נעשה בדיעבד ולא לכתחילה ולעיתים חוקים אלו נוסחו אגב דחייה של עמדות הלכתיות ספציפיות. לפיכך, קשה לומר לגבי חוקים אלו שהשפעת המשפט העברי הייתה מכרעת, כפי שנראה הם היו נחקקים באופן דומה גם אלמלא ההשראה של מקורות המשפט העברי.*

*ברובד השלישי: חוקים בהם ביכר המחוקק במודע את עמדותיו של המשפט העברי על פני עמדות המקובלות בשיטות משפט אחרות. כאן בולטת במיוחד תרומתו המהותית הייחודית של המשפט העברי לעיצוב של הסדרים מסוימים במשפט הישראלי (חוק לא תעמוד על דם רעך, זה נהנה וזה לא חסר, חוק החולה הנוטה למות). במקביל למעשי חקיקה המשפט העברי קיבל ביטוי לא מבוטל גם בפסיקות חלק מהשופטים ובכלל זה בביהמ"ש העליון במגוון רחב של ענפי משפט. כך למשל, המשפט העברי תרם לקביעת הגבולות של חיפוש פולשני שסוברים רשאים לעשות בגופם של אסירים, להרחבת הזכות להגנה עצמית כך שתחול גם על אדם שלישי, להחלה של עבירת האינוס גם על יחסים בכפיה בין בעל לאשתו ועוד. תרומה זו נמשכת גם היום. בהקשר זה, לעיתים תרומת המשפט העברי היא קישוטית בלבד, אך רבות הפעמים בהן הוא השפיע מהותית על תוצאות הפסיקה.*

*אם במשך שלושת העשורים הראשונים של מ"י הייתה פנייתם של מחוקקים ושופטים למשפט העברי כעניין שבבחירה, לרגע היה נדמה שפרק חדש נפתח עם קבלת חוק יסודות המשפט. החוק לכאורה קבע לראשונה חובת שופטים לפנות למשפט העברי, ומעתה ואילך לא מדובר בהחלטה שבבחירה. לכאורה משום שכבר בסמוך לקבלתו עורר חוק זה שורה ארוכה של שאלות ומחלוקות. בסופו של יום, ביהמ"ש העליון בהובלת הנשיא ברק, נטרל במידה רבה את השפעתו על שדרוג מעמדו של המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט. המחלוקת העיקרית בהקשר זה הייתה בין הש' ברק ואלון בפירוש הביטוי "ולא מצא לה תשובה" וכנגזרת הגדרת המושג לקונה. ברק פירש ביטוי זה בדרך מצמצמת לפיה החוק חל רק כשמדובר בשאלה משפטית שאין לה כל תשובה בחקיקה, פסיקה, ואף היקש מחקיקה או מפסיקה. לעומתו, אלון סבר כי משמעות הביטוי רחבה יותר וחוק יסודות המשפט חל על כל מקרה שבו אין לשאלה הנדונה תשובה מספקת בחקיקה, בפסיקה או בהיקש. מובן שלשיטת ברק מספר המקרים שיוגדרו כלקונה ויחול עליהם החוק היא מזערית, ובכך ברק הביא לאיון משמעותו של חוק יסודות המשפט בכל הנוגע לפנייה אל המשפט העברי. בסופו של יום, חוק יסודות המשפט נהפך ל"הלכה שאין עמה מעשה" והמצב שקדם לחוק נותר בעינו- מי שחפץ. לשאוב מהמשפט העברי עוד בטרם התקבל החוק המשיך לעשות כמנהגו גם לאחר קבלתו, ומי שלא נהג לפנות אל המשפט העברי המשיך אף הוא כמנהגו.*

*כעבור עשור, היו שראו בהגדרת מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית" (בקביעת חוקי היסוד) הכרה מחודשת במעמדו המחייב של המשפט העברי. זאת משום שהמונח "מדינה יהודית" כולל "בראש ובראשונה- עקרונות יסוד, דברי הגות, דינים ודיונים שבמורשת המשפטית העצומה בעולמה של היהדות" (אלון). מבחינות מסוימות ההכרה במשפט העברי במסגרת חוקי היסוד נראתה בעלת משקל מהותי אף יותר משהיה לה בחוק יסודות המשפט, הן משום שלא מדובר בחוק רגיל אלא בחוק יסוד והן משום שהפעם אין מדובר בדין שיורי אלא בהגדרת תשתית למשפט הישראלי כולו. הנשיא ברק מיהר להגיב לדבר המשנה לנשיא אלון והבהיר כי "אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי". פולמוס זה תרם לערעור ההכרה במעמדו התשתיתי של המשפט העברי בישראל. עולה כי למשפט העברי שני עוגנים מרכזיים במשפט הישראלי- חוק יסודות המשפט והגדרת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד, אך במבחן התוצאה נותרו עוגנים אלו במישור ההצהרתי ונעדרו השפעה ממשית. בפרספקטיבה של כמעט שבעים שנה, הדעת נותרת כי פרויקט המשפט העברי אינו הצלחה ואינו כישלון. למשפט העברי יש השפעה מסוימת על המשפט הישראלי, אך אין זו השפעה מכרעת. תחומי הליבה של המשפט הישראלי (נזיקין, קניין, פלילי, מנהלי) אינם מבוססים על המשפט העברי, ומנגד, תרומת המשפט העברי אינה שולית. דומה כי אין שבעי רצון ממצב ביניים זה- התומכים בקליטת המשפט העברי מתוסכלים בשל המידה המצומצמת בה הוא נקלט ונוהג, והחוששים מקליטתו ממורמרים על הנוכחות הרבה מדיי שניתנה לו לדעתם. מצב עניינים זה משקף איזון בעייתי בין שני העולמות וייתכן שהוא הולם את יחסה המורכב והדואלי של החברה הישראלית כלפי המורשת היהודית בכלל והמשפט העברי בפרט. להלן ישורטטו קווי מתאר לשלושת המודלים העיקריים של פרויקט המשפט העברי- מודל קליטה, מודל הפרדה, מודל דו-שיח.*

*מודל הקליטה: תנועת המשפט העברי חרתה על דגלה את השאיפה לכונן שיטת משפט יהודית מודרנית בהשראת החלקים המשפטיים בתלמוד, משנה תורה ושולחן ערוך. עיקר המוטיבציה להחייאת המשפט העברי לא הייתה דתית אלא תרבותית-לאומית כביטוי לרוחו היוצרת של העם. היה מובן לכל שתהליך הטמעה אינו פעולה של העתקה פשוטה אלא נדרש חילון ההלכה, ולו מספר היבטים. היבט ראשון לחילון היה הכרה בצורך לערוך ברירה והתאמה- היה ברור לאנשי המשפט העברי שהשאיפה לקלוט תכנים מההלכה אין משמעה קליטה מלאה של שולחן ערוך אלא עריכת סלקציה קפדנית של החומר תוך ברירת הרעיונות המשפטיים שעדיין לא אבד עליהם הכלח. מובן היה שאותם חלקים שייקלטו לא יועתקו ככתבם וכלשונם אלא יעברו תהליכים של תרגום לשפה משפטית מודרנית בבחינת עריכת התאמות הנדרשות. היבט שני של חילון נגע לשאלת הסמכות- נהיה היה שהפסיקה המשפטית הישראלית שתיעשה מכוח חלקי המשפט העברי שיוטמעו בה תהיה בעלת ערך תרבותי-לאומי-משפטי, אך לא תיחשב לפסיקה דתית-פנימית של בתי הדין של המשפט העברי עצמו. ההיבט העמוק והמהותי ביותר של חילון ההלכה התבטא בפרשנות המחודשת שהוצעה למשפט העברי עצמו, כמערכת לאומית א-דתית שה' אינו חלק הכרחי בה. הנחת היסוד הייתה שהמשפט העברי אמנם לווה תדיר במטעה דתי, אבל זה לא היה אלא בגדר מסגרת חיצונית, קליפה הניתנת להסרה. בקרב הדמויות המרכזיות שהניעו את פרויקט המשפט העברי בראשיתו היו משפטנים חילונים מובהקים (פלטיאל דיקשטיין, שמואל אייזנשטדט) ואנשי מסורת ושומר מצוות (אשר גולאק, אברהם חיים פריימן, ושמחה אסף) שלפחות חלקם הודו באופי התרבותי הא-דתי של הפרויקט. המתנגדים לפרויקט באו מהחוג הרבני, מחוגי בתי הדין ואפילו מוועידת המזרחי- הם ראו בו איום שיש להילחם בו. ואולם, פרויקט המשפט העברי לא השתמר לאורך זמן בידיים חילוניות אלא המושכות הועברו כמעט בלעדית לידי משפטנים המזוהים עם הציונות הדתית. הדבר נבע משאלת הנגישות לארון הספרים ההלכתי ומניכור עמוק-תרבותי כלפי מה שהוא מייצג. ניכור זו נובע בין היתר מהדימוי השלילי שהרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים יצרו לעצמם בקרב הציבור הישראלי באופן שהקרין לרעה על מידת האטרקטיביות של המשפט העברי ככלל. גורם נוסף לניכור התרבותי היה הקושי לחפות על השונות העמוקה מבחינה דתית ותרבותית בין עולמם של פוסקי ההלכה לדורותיהם לבין עולמו של המשפט החילוני המודרני. יש להודות שהמשפט העברי הוא שיטה שדרכי חשיבתה הן קדם מודרניות, אינו עבר תהליכים שעברו שיטות משפט אחרות כשחצו את סף העת החדשה. ריחוקו של המשפטן הישראלי מהמשפט העברי נעוץ בפער שבתבניות החשיבה. על כך יש להוסיף שהמשפט הישראלי התהווה בצל המשפט העות'מאני, האנגלי והעברי, וגיבוש זהותו נעשה במידה רבה באמצעות התנתקות ממסורות אלו.*

*מודל ההפרדה: בשליש האחרון של המאה העשרים חלה תמורה נוספת. חוקי המשפט העברי חשו לכודים בסתירה פנימית. מצד אחד, הצלחת פרויקט המשפט העברי היתה כרוכה בהדגשה של מאפייניו הקרובים לעולם המשפטי המערבי ובמידה רבה בחילון המשפט העברי או לכל הפחות בהצנעת ממדיו הדתיים. מהצד השני, היושר האינטלקטואלי לא אפשר להסכים עם נימה אפולוגטית זו ולא התיר לטשטש את הבדלי העומק בין המשפט העברי לבין המשפט המודרני הנוהג. קשה היה להכחיש את הממדים המייחדים את המשפט העברי ובראשם הממד הדתי. כך בשלה ההכרה שהמשפט העברי ומחקרו עלולים לצאת נפסדים מכריכתם ומקליטתם במשפט הנוהג בישראל. הבולטים בהקשר זה הינם ישעיהו ליבוביץ ויצחק אנגלרד. אנגלרד התפלמס עם אלון שביטא את מודל הקליטה. לדעת אנגלרד, במישור היישומי אין לשאוף לקליטת המשפט העברי במשפט המדינה, ובמישור האקדמי יש להתמקד במחקר תיאורטי של המשפט העברי ללא שאיפות יישומיות. ניתוק המשפט העברי מהשאיפה ליישמו והפיכתו לתחום מחקר תיאורטי הביא ברכה רבה להתפתחותו ואפשר פריצות דרך בהבנת המשפט העברי. מנגד, היה לניתוק זה מחיר לא מבוטל, ככל שהמחקר נהפך תיאורטי הוא נעשה פחות מעשי ורלוונטי לשופטים ומחוקקים. הפיכת מחקר המשפט העברי לתיאורטי לא רק ניתקה אותו מהנעשה בשדה החקיקה והשפיטה אלא במידה רבה בודדה אותו בתוך כותלי הפקולטות למשפטים. מצב זה אינו בעייתי למי שדוגל במחקר ללא זיקות מודרניות ושאיפות יישומיות, אך הוא בעייתי למי שסבור שזיקת המשפט העברי למשפט הישראלי חיונית הן עבור המשפט הישראלי והן עבור המשפט העברי.*

*מודל דו-שיח: בשני העשורים האחרונים החל להפציע סוג שונה של כתיבה בעניין היחסים הרצויים בין המשפט הישראלי והמשפט העברי. לפי מודל זה, אמנם ראוי שיהיה למשפט העברי תפקיד מרכזי בשיח המשפטי הישראלי, אך בעיקר כמקור לדו-שיח ולהשוואה המיועדים לפתיחת אופקי חשיבה חדשים, העשרת הדעת המשפט וכשהשראה לחשיבה משפטית יצירתית. תפקיד המשפט העברי הוא להציב לפני המשפט הישראלי מראה מולה יוכל לבחון את עצמו, לעיתים לקבל הסדרים מהמשפט העברי ולעיתים לדחותם, אך בכל עת לעשות זאת בזיקה אליו. המשפט העברי אינו מתחרה במשפט הישראלי ואינו שואף להחליפו, אלא הוא אחד מאבותיו והבחינה העצמית נעשית בזיקה מתמדת אליו. תמות עיקריות האופייניות למודל זה: (1) חשיבותו של המשפט העברי דווקא בשונותו- המשפט העברי מביא לשולחן הדיונים קול ייחודי. (2) משפט משווה משחרר- המשפט העברי אינו סתם קול "אחר" אלא הוא הקול האחר שבתוכנו המציע אופקים חדשים מאוצרות הרוח של המורשת היהודית עצמה. (3) לעיתים קליטה, לעיתים השראה, לעיתים דחייה- לעיתים השוואה למשפט העברי תעלה פתרון שראוי לקלוט במשפט הנוהג, לפעמים יעלה שהפתרון הוא ראוי אך אינו בר יישום ומתאים לשמש מקור השראה ולעיתים השוואה למשפט העברי תגלה שעמדתו מעניינת ומאתגרת אך לא מתאימה לקליטה במשפט הישראלי המודרני. גם במקרים מהסוג האחרון ההשוואה אינה מיותרת, תרומתו של המשפט העברי במקרים אלו תהיה הצבת מראה ביקורתית, בחידוד האפשרויות הנגדיות ובהברת הקונפליקטים בערכיים המוטלים על כפות המאזניים. ההשוואה למשפט העברי היא לעולם מעניינת, מפתיעה ומפרה את המחשבה.*

***שיעור 12 24.1.23***

***סיכום המשפט העברי בישראל: מצוי ורצוי***

*המעמד הפורמלי של המשפט העברי בישראל:*

* *החוק מצהיר על זיקה בין המשפט הישראלי למשפט העברי, במיוחד בחוק יסודות המשפט שקובע במפורש שבמקרה של לקונה ביהמ"ש יכריע "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל" ולכן הוא מקור משלים מפורש.*
* *חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" הוסכם (גם ע"י אלון וגם ע"י ברק בחיבוריו המסכמים) שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים את המשפט העברי. המשמעות היא שכשרוצים לשקול פגיעה בזכות יסוד שמעוגנות בחוקי היסוד אז יש לבחון את התאמתם לעקרונות המשפט העברי.*
* *חוק יסוד חופש העיסוק.*

*מה המעמד המעשי של המשפט העברי? מה מידת ההשפעה המעשית של המשפט העברי על המשפט הישראלי? הערכות חלוקות. מלומדים חלוקים בהערכה, יש המרבים ויש הממעיטים.*

*מנחם אלון:* "למעשה היה הוא (המשפט העברי) לאחד מהמקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, והיקפו והשפעתו של המשפט העברי ניכרים הם היטב בכל תחומי היצירה שבה". *אלון סבור שהחקיקה הישראלית התבססה במידה רבה על המשפט העברי. בספרו הוא סוקר חוקים ומראה את ההשפעה של המשפט העברי על החקיקה ועל הפסיקה. לכן, לשיטתו למשפט העברי יש השפעה רבה על המשפט הישראלי. אלון מייחס משקל לכך שדברי הסבר לחוקים שונים מצהירים שהמשפט העברי היווה מקור לכך. ואולם, הצהרה זו היא מטעמים פוליטיים כדי להעביר את החוק כשבפועל ההשפעה אינה מהותית.*

*בקצה השני- מישאל חשין:* "השפעתו הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח" *כלומר, השתמשו בשמות של חוקים, אך בדיקת חוקי המשפט הישראלי מעלה שהשפעת המשפט העברי היא שולית.*

*יש פה שתי הערכות מנוגדות. יש אינטרסים מאחורי ההערכות הללו והן לא לגמרי אובייקטיביות. האינטרס של הש' אלון לומר שהשפעת המשפט העברי על המשפט הישראלי היא רבה שהרי אם המשפט הישראלי מבוסס על המשפט העברי, זה מצדיק שימוש בו גם בפרשנות וביישום (כפי שראינו בפסקי דין). כלומר, טענתו שיש לחזור למשפט העברי כדי לחזור מתבססת על כך שהקשר בין השיטות הוא הדוק מאוד. לעומתו, הש' חשין סבור שיש לפרש את המשפט הישראלי מעצמו ללא זיקה למשפט העברי טוען שאלו שיטות שונות וההשפעה היא שולית ולכן גם היום אין להיזקק לו כמפרשים. הערכותיהם אינם ניטרליות אלא הערכה של צדדים הנוגעים בדבר כשכל צד מנסה לבסס את עמדתו. ניתן לומר שהמצב בפועל הוא מעין מצב אמצע. הש' אלון מגזים בהערכת יתר, והש' חשין מגזים בהערכת חסר.*

*לשון המשפט טבולה ומלאה בניבים מהמשפט העברי (בית דין, מעשה בית דין, עורך דין, הלכה, דיני ממונות, דיני נפשות, שלוחו של אדם כמותו, אדם נברא בצלם ועוד). ידוע לכל שהשפה העברית המשפטית המתחדשת הושפעה מהמשפט העברי. אפשר לומר שזה לא כ"כ משפטי. דנו בשאלה האם כאשר מאומץ ניב מהמשפט העברי יש לאמץ את פרשנותו של המשפט העברי.*

***שמותיהם של חוקים ורוחם****- שמותיהם של חוקים רבים והסדרים מרכזיים בהם אכן מבוססים על המשפט העברי (חוק השומרים- שם החוק והבחנות בין סוגי השומרים לצד הבדלים, חוק השבת אבדה, חוק איסור לשון הרע, חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, חוק עשית עושר ולא במשפט, חוק בתים משותפים, חוק לא תעמוד על דם רעך, חוק החולה הנוטה למות ועוד). בחוקים השונים אנו מוצאים שימוש בלשון ושימוש ברעיון דומה לצד הבדלים משמעותיים בהסדרים הלכה למעשה.*

* *חוק השומרים- ראינו שכל המושגים שם לקוחים מהמשפט העברי וההבחנות ביניהם.*
* *חוק השבת אבידה- שם החוק לקוח מהמשפט העברי. יש הבדל יסודי בין השבת אבידה הלכתית לבין השבת אבידה חוקית. מבחינה הלכתית, יש לעשות מאמץ להשיבה. אולם, החוק מתיר להתעלם מן האבידה (דבר שהתורה לא מאפשרת). השבת אבידה במובן הזה היא מצווה מוסרית דתית ולא חוקית. החוק רוצה לתמרץ מוצאים להשיב אבידה אך לא מטיל עליהם חובה מלאה כמו ההלכה.*
* *חוק איסור לשון הרע- הרעיון דומה, אך יש הבדל גדול בהגנות.*
* *חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים- לאפשר לבני אדם החוזרים בתשובה לחזור לשגרה. זהו רעיון מקורי של המשפט העברי והחוק מאמץ אותו.*
* *חוק עשיית עושר ולא במשפט- השם לקוח מהנביא (שהנביא מוכיח את אלה שעושים עושר ולא במשפט ואומר שהם גוזלים). מעבר לשם, יש הסדר מרכזי "זה נהנה וזה לא חסר". לפי המשפט העברי, במצב בו אדם נהנה מרכוש של זולתו אך אם עשה שימוש ברכוש של חברו לא במסגרת של חוזה. האם הוא צריך להשיב את ההנאה שלו מהרכוש, או את ההפסד מחברו? ואם אין כלל הפסד לחבר? בתפיסה המערבית הכללית ישנה חובת תשלום על הנאה. לעומת זאת, המשפט העברי פוטר אותו מתשלום "זה נהנה וזה לא חסר". המשפט הישראלי קבע כברירת מחדל חובת תשלום על ההנאה. אולם, הוא התיר לביהמ"ש שיקול דעת בסיטואציות מסוימות.*
* *חוק בתים משותפים- הקביעה שאדם יכול להיות בעלים במשותף בקרקע כמו בבית משותף לקוחה מהמשפט העברי.*

*אנו רואים השפעה חלקית. הסטטיסטיקה מעלה שהמשפט העברי לא השפיע על רוב החוקים במדינה, הוא כן השפיע על חלקם, תרם שמות לחוקים ובחלקם יש השפעה חשובה. ההשפעה לא מבוטלת אך אינה מכרעת והמשפט הישראלי מבוסס כולו על המשפט העברי.*

*פסיקה- שופטים פונים מעת לעת למשפט העברי, לא רק בגבולות חוק יסודות המשפט אלא גם מעבר ולא בענייני לקונה. לעיתים הפנייה למשפט העברי היא מכרעת (למשל בפרשת יעל שפר) ולעיתים הפנייה למשפט העברי מבססת החלטות שאולי היו מתקבלות גם בלעדיו (תוספת ביסוס) ולפעמים רטורית. הש' רובינשטיין נוהג להוסיף לדבריו תוספת של המשפט העברי "לחיבת המשפט העברי" ולא לצורך הכרעה. כשלומדים פסקי דין אחת השאלות החשובות היא מידת החשיבות של השימוש במשפט העברי בפסיקה.*

***סיכום המצוי***

* *המשפט הישראלי והמשפט העברי הן שתי שיטות משפט שונות.*
* *עם זאת, המחוקק קבע בפירוש שתהיה ביניהן זיקה. המחוקק לא רצה שהמשפט הישראלי תהא שיטה מנותקת מהמשפט העברי.*
* *זיקה זו מתבטאת בהשפעת המשפט העברי על החקיקה- בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה. המחוקקים פונים ומושפעים במכוון מהמשפט העברי מקום בו זה נראה להם ראוי.*
* *היא מתבטאת גם בפסיקה, בפנייה למשפט העברי- בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה.*
* *מבחינה פורמלית, הזיקה מוגדרת כמקור משלים במקום שאין הכרעה, ובמקום של פגיעה בזכויות.*
* *לכן, לא מדובר ב"ריח ניחוח" כפי שטען חשין אלא בהשפעה ממשית ובזיקה פורמלית שהמחוקק קבע. מנגד, אי אפשר לומר שהחקיקה הישראלית מבוססת כולה/ בעיקרה על המשפט העברי כפי שטען אלון.*

*שאלת הזיקה בין המשפט העברי והמשפט הישראלי היא שאלה אידיאולוגית שנויה במחלוקת מראשית הציונות (1918) ועד ימינו. המחלוקת היא אידיאולוגית. היו שחשבו שהמשפט הישראלי צריך להיות מבוסס על המשפט העברי (חברת המשפט העברי הציוני הראשונה ואנשי משפט עברי מאוחרים יותר כמו הש' אלון). יש המתנגדים. לא פלא שהתחולל ויכוח בשנת 2018 האם להכניס את המשפט העברי לחוק יסודות המשפט ובאיזה אופן. היה רצון להכניסו גם בחוק הלאום, והוא לא נכנס. ויכוח זה הוא פוליטי, ויכוח עז בין גישות.*

***הרצוי- שלושה דגמים***

***אם אנחנו מסתכלים על תולדות המשפט העברי במאה השנים האחרונות ועל העתיד, ניתן לדבר על שלושה דגמים. מספר חוקרים הצביעו על כך תחת שמות שונים.***

1. *דגם הקליטה*

***יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מהמשפט העברי ככל האפשר. דגם זה מכריז על עצמו כמי שמבקש לקלוט בשיטה החדשה כמה שאפשר מהמשפט העברי. דגם זה מאפיין קודם כל את חברת המשפט העברי ההיסטורית שנוסדה בשנת 1918, מייסדיה הראשונים, משפטנים ציוניים חילוניים ברובם, שהייתה בעיקרה חבורה ציונית, הבינה שהולכים ליצור שיטת משפט חדשה, הם לא רצו להעתיק את ההלכה למשפט הישראלי אבל חשבו שיש לקחת כמה שאפשר מהמשפט העברי.***

***לדגם הקליטה היו ארבע עקרונות:***

1. עיקרון החילון- חילון פירושו הפרדת היסודות המשפטיים מהיסודות הדתיים. המשפט העברי הוא שיטה דתית ביסודה, מעורבים בה מצוות דתיות ועקרונות דתיים עם משפטיים. ההפרדה מתבטאת קודם כל בפניה לחלק המשפטי ולא לחלק הדתי. ברור שהרעיון של תנועת המשפט העברי היא לא לקחת את הדין הדתי (תפילות, ברכות, חגים) אלא את התחום המשפטי (דיני חוזים, קניין, עבודה). גם בתוך התחומים המשפטיים יש להפריד ככל הניתן. כאשר הדין המשפטי מערב יסוד דתי (שבועה, קללות, מי שפרע, המלצות) יש להפריד את היסודות ולנסחן מחדש באופן משפטי טהור, משפטי חילוני (המשפט צריך להיות מנותק מהצד הדתי שלו). גם משפטנים דתיים החזיקו במידה רבה בעמדה זו, בין אם בשימוש במילה "חילון" או לא.
2. עיקרון הברירה- ברור שלא קולטים את כל המשפט העברי וצריך לברור מה מתאים למשפט של מדינה מודרנית. יש לבחור אילו נורמות והסדרים מתאימים למדינה מודרנית, לא ייקחו כל הסדר מהמשפט העברי ויעתיקו אותו אם אינו מתאים.
3. עיקרון ההתאמה- התאמת הדינים אל המציאות המודרנית, של ימינו.
4. עיקרון החידוש***- יצירת תוספת של המשפט המודרני למשפט העברי. ברור שדגם הקליטה לא מניח שנתבסס רק על המשפט העברי אלא נחדש חידושים. יש ענפים שלמים שהמשפט העברי לא עסק בהם כמו דיני חברות, דיני בנקאות, דיני ביטוח, דיני טכנולוגיה.***

דגם הקליטה הוא מחד רצון לקלוט כמה שיותר מהמשפט העברי, ועם זאת, אין רצון להעתיקו כפי שהוא. היו רבנים שחשבו שהמדינה צריכה לאמץ את ההלכה כפי שהיא. אולם, משפטנים מקצועיים, חילונים ודתיים, לא הניחו שזה אפשרי, והם רצו ליצור תהליך של ברירה, התאמה וחידוש. דגם זה מאפיין את ראשוני המשפט העברי וגם אחרונים כפי אלון. אלון משתייך לדגם זה, גם הוא סבור שאין להעתיק את המשפט העברי בכללו אלא לבצע התאמה, אבל יש לקחת כמה שיותר.

***דגם הקליטה עושה מאמץ אינטנסיבי לקלוט כמה שיותר, גם אם לא קולט הכל בפועל.***

***הקשיים בדגם הקליטה:***

1. ***היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי- אין למשפט העברי קודיפיקציה שמסכמת את עמדותיו. הדבר נובע מכך שאין במשפט העברי מוסד מוסמך מחוקק מאז אובדן הסנהדרין לפני אלפיים שנה. לכן המשפט העברי הוא אוסף של מסורות משפטיות. יש שאלות שנויות במחלוקת שלא הוכרעו ולא ניתן להכריע בהם, הן משום שאין סמכות שתוכל להכריע והן מחמת הקושי לאסוף את כלל הכתבים. הקודיפיקציה האחרונה היא שולחן ערוך. אין קודיפיקציה עדכנית ולכן אין לאן לגשת ולקחת משם את עמדת המשפט העברי.***
2. ***החומר מפוזר בחיבורים שונים (פיזור טכני) ועניינים רבים שנויים במחלוקת. שאלות יסודיות אינן מוכרעות באופן מלא ויש בהן מחלוקות.***
3. ***היעדר גישה של מחוקקים ושופטים למשפט העברי.***
4. ***רצון ליצירת שיטה מקורית ועצמאית- אם החומר ממילא לא נגיש ואם על השופט להכריע בעצמו, מדוע לו להתחייב לנטל של פנייה למשפט העברי ולא לפעול באופן עצמאי? אפשר ללמוד מהמשפט העברי ולא מעבר. אם ממילא מודים שיש הליך של ברירה אפשר להשתחרר מהמשפט העברי.***

*קשיים אלו מובילים אותנו לדגם השני.*

1. *דגם ההפרדה*

*לפי דגם ההפרדה, יש לחתור להפרדה בין שיטות המשפט, משפט המדינה לחוד ומשפט עברי לחוד. לא צריך לקלוט כלום מהמשפט העברי וודאי לא להתאמץ לעשות כן. יש להקים בישראל שיטת משפט חילונית, ישראלית, מודרנית, מקורית. המשפט העברי היא שיטה עתיקה, מסורית, דתית ויש סיבות רבות לא לבחור בה. לכן, אין צורך להתאמץ לבצע קליטה. מה שמניע את ההפרדה הם אותם הקשיים בדגם הקליטה. בנוסף, יש הבדלים ערכיים בין השיטו (שוויון, שיטה דתית קדם-מודרנית). ערכים שאנו מחזיקים בהם בתפיסה מודרנית המשפט העברי לא מקבל כשיטה דתית קדם-מודרנית ולכן אין להתחייב לשיטה זו.*

*אנשי הקליטה יטענו שזו מהות ההפרדה בין שיטה דתית לבין שיטה משפטית. ישיבו אנשי ההפרדה כי למה להתאמץ להפריד. השיטה לא מתאימה לנו באופן מלא ולכן לא נתחייב לשיטה זו. עדיף להפריד וליצור שיטה מקורית, מודרנית ללא התחייבות למשפט העברי.*

*התנגדות דתית: חילון של ההלכה. יצוין שיש גם התנגדות דתית לשימוש במשפט העברי אצל אנגלרד. אחד העקרונות של דגם הקליטה הוא חילון. כל קליטה של המשפט העברי היא בה בעת חילון, כי מקור החובה הופך להיות המדינה ולא ה'. מה הטעם באימוץ ההלכה אם המדינה ממילא בוררת מה שמתאים לה? אין ערך דתי לשיטתו בקליטת המשפט העברי למשפט המדינה. המחויבות הדתית היא להלכה בשלמותה, אם הכנסת בוררת מה מתאים לה ומה לא זה לא פרויקט דתי. דבריו משקפים עמדות דתיות רבות שיש להניח שרוב הציבור החרדי עומד מאחוריו. אם לוקחים את כל ההלכה והמדינה הופכת למדינת הלכה אז מעולה. המדינה לא יכולה להיות מדינת הלכה, ואם כך אין ערך דתי בברירה. האם יש ערך תרבותי? לפי אנגלרד התרבות המשפטית היא תרבות מודרנית חילונית ולכן גם בכך אין ערך רב. דווקא בגלל החילון שעובר המשפט העברי אנגלרד לא רואה ערך בקליטתו.*

*סמוטריץ' הצהיר ששאיפתו מדינת הלכה. זה גרר ביקורת רבה. החרדים הגיבו שהם לא רוצים מדינת הלכה שהרי אין כוונתו למדינת הלכה במלוא מובן המילה. המשפט של מדינת ישראל המודרנית כמדינה חילונית, זר להם, זו לא הלכה. סמוטריץ' שואף שהמשפט של המדינה יהיה קשור להלכה גם אם לא בדרגה האידיאלית של מדינת הלכה. גם היום אפשר לקחת יסודות הלכתיים ולראות בהם דבר חיובי.*

*אלון משיב לאנגלרד שהצגתו את הדברים כאילו שומרים על טהרת ההלכה מנוונת את ההלכה.*

*אנו רואים שופטים שמתנגדים ליישום של המשפט העברי מזווית חילונית ומזווית דתית.*

1. *דגם דו-שיח/ דיאלוג*

***אין לחתור לקליטה כמה שאפשר של המשפט העברי במשפט הישראלי. השאיפה של הראשונים והאחרונים (חברת המשפט העברי בתחילת המאה ה-20 ושופטים כמו אלון בסוף המאה ה-20) לקלוט כמה שאפשר היא לא נכונה. יש לחתור להשוואה ודו-שיח עם המשפט העברי שלעיתים יביא לקליטתו ולעיתים לא. לא מצהירים מראש על רצון לקלוט כמה שיותר, אלא על רצון להשוות. המשפט העברי משמש בדגם זה כמשפט משווה. לעומת דגם הקליטה ששואף לקלוט כמה שיותר ככל הניתן, גישה זו שואפת ליצור דו-שיח בין השיטות שעשוי להביא לתוצאות שונות. יש מה ללמוד מהמשפט העברי.***

***היתרונות של המשפט העברי כמשפט משווה:***

1. ***שונות- דווקא בעובדה שהמשפט העברי הוא משפט קדם-מודרני, דתי, שמבוסס על הנחות שונות מאשר המשפט העברי, הוא יכול לתת לנו תפנית, זווית חדשה. דוגמה לכך היא "זה נהנה וזה לא חסר". במשפט המערבי מוסכם ש"זה נהנה" צריך לשלם, והמשפט העברי אומר דווקא שאם "זה לא חסר" לא צריך לשלם, אם אתה לא מפסיד מה אכפת לך שאחר ייהנה. זה מלמד על רעיון שלא חשבו עליו במשפט המערבי. המחוקק הישראלי בחר לאמצו בצורה מתונה- הוא לא מטיל חובה שכל אחד יעזור לחברו וייתן לו להנות בלי רשותו, אך הוא נותן לביהמ"ש שיקול דעת לבחון במקרים מסוימים האם ראוי לאמץ עיקרון זה. דווקא התפיסות השונות במשפט העברי, שניתן לאמץ או לדחות, מלמדות על אלטרנטיבה.***
2. ***קרבה לשונית- השיטה העברית היא שיטה נוחה יותר ביחס לשיטה צרפתית או אנגלית. מידת האפשרות לבדוק במשפט המקובל בימי הביניים היא רחוקה יותר. המשפט העברי נוכח קרבתו הלשונית מאפשרת בסיס נוח יותר להשוואה.***
3. ***רציפות תרבותית/ אידיאולוגית- מדינת ישראל היא המשך של תרבות עברית מבחינת שפה, ארץ, רצון לתפוס את עצמנו על רצף עם עברנו. גם מבחינה משפטית אנו מעוניינים לשמור על הרצף. מחד, איננו רוצים להתחייב לשיטת המשפט העברי במלואה שאינה מתאימה מסיבות שונות, ומצד שני אנו רוצים לשמור על זיקה. זה ההסדר שקיים כיום בישראל- מכריז על המשפט העברי כמקור משלים ונותן לו מעמד ולצד זאת מחוקק חוקים מודרניים.***

***ההבדל בין דגם ההפרדה לדגם הדו-שיח- דגם ההפרדה דוגל בניתוק מוחלט, דגם דו-שיח כן מעוניין לשמור על רציפות עם המשפט העברי, גם מבחינת יישומו בבתי המשפט, גם מבחינת לימודו בפקולטות. ברור לגמרי שאם למשפט העברי לא היה מעמד אז היה ניתוק מלא ולא היו לומדים אותו בפקולטות למשפטים. הרצון לייצר דיאלוג נובע מרצון לשמור על זיקה תרבותית.***

***תוצאת דגם דו-שיח- לעיתים מקבלים את המשפט העברי ולעיתים דוחים. אין נטייה לקלוט כמה שיותר כמו דגם הקליטה. רוב חוקרי המשפט העברי אינם מחזיקים כיום בדגם הקליטה ונוטים לדגם דו-שיח. הנחת דגם זה היא שתמיד יש מה ללמוד מהמשפט העברי, גם אם דוחים. העיקר בדגם זה הוא ההשוואה.***

***לאחרונה פרסם הש' סולברג מאמר בכותרת "משפט עברי לתועלת". הוא מציע לזנוח את הוויכוח האידיאולוגי אם לאמץ או לדחות את המשפט העברי, והוא מציג צמתי הכרעות בהם הוא כשופט נעזר במשפט העברי. הוא מתאר שהוא למד מהמשפט העברי תובנה שהועילה לו לפתור/ להחליט, גם אם הוא לא מאמץ את כל ההסדר. הוא מכנה זאת "משפט עברי לתועלת". לימוד המשפט העברי יכול להניב תועלת למשפט הישראלי. לפעמים דווקא משום שהמשפט העברי הוא שונה ואחר, אפשר ללמוד ממנו מה שלא ניתן ללמוד ממשפט אנגלי או אמריקאי. דווקא השונות של המשפט העברי תורמת ללימוד ממנו.***

***כיום, יותר ויותר חוקרים של המשפט העברי מאמצים דגם זה, ביניהם שפירא.***

***היו מדינות שהעתיקו שיטות משפט שלמות (למשל- תורכיה העתיקה את החוק הצרפתי בשלמותו). כשתהו איזה חוק המדינה תיקח, עלתה האפשרויות לאמץ חוק זר. אנשי המשפט העברי התנגדו לכך מתוך תפיסה שהמשפט מבטא את רוח העם, ולכן יש לקחת משלנו. הנחתם הייתה שיש לבנות על המשפט העברי. ישראל נכנסה להליך חקיקה אינטנסיבי שהושפע ממכלול שיטות ובכללו המשפט העברי, אך ללא מחויבות למשפט העברי וללא העתקה של שיטה מודרנית אחרת.***

***דגשים למבחן***

***מסומן ע"ג הסילבוס במודל המאמרים המחייבים. מה שלא מסומן אינו מאמר חובה.***

ביחס לפסקי הדין- יש לשים דגש על השימוש במשפט העברי, ומה סברו שופטים שלא השתמשו במשפט העברי (לדוגמה האם חלקו על השימוש במשפט העברי ומדוע).

***מבנה הבחינה:*** *4 או 5 שאלות. השאלות ברובן לא שאלות קייס, לא נדרש לנתח מקרה, אלא שאלות ישירות על הנלמד. שאלות פתוחות. לדוגמה להציג עמדה של מישהו ביחס למשהו, להכיר נושאים שנלמדו (למשל חוזה בלתי חוקי, רשלנות בדיני שמירה), המקורות במשפט העברי ואת השימוש שהשופט עשה בהם (מה השופט למד מהמשפט העברי על הרשלנות בעלי נ' ששון, מה השופט למד מחוזה בלתי חוקי וכו').*

*אין בחירה נכון לעכשיו, שאלות פתוחות, חומר סגור, יש מגבלת מילים. לא בטוח שתהיה שאלת קייס.*