***מחברת מקוצרת/ המשפט העברי במדינת ישראל***

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. ניתן למצוא דמיון בין שיטות המשפט, אך גם ייחודיות לכל שיטת משפט בשפה ובמאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית ודיונית.

שאלות הנוגעות ליצירת מערכת משפט חדשה הטרידו את ההוגים והמשפטנים של התנועה הציונית בטרם הקמת המדינה. מראשית המאה ה-20, התחולל דיון מרכזי בתנועה הציונית לגבי אופי המשפט העתידי במדינה שעתידה לקום ועסק בעיקרו ביחס שבין המשפט העברי והמשפט הישראלי.

בשנת 1918 הוקמה במוסקבה "חברת המשפט העברי" שמטרתה הייתה לבסס ולהכין את המשפט העברי לקליטה במדינה העתידה, ועם הקמתה המדינה צריכה הייתה להתבסס עליו. חזונם היה לחדש את המשפט העברי ולהפכו לישים ויעיל, כפי שחודשה השפה. החזון לייסד את המשפט הישראלי על המשפט העברי לא התגשם והמשפט הישראלי הוקם על יסודות אחרים אך כן נותרה זיקה שמידתה שנויה במחלוקת בקרב משפטנים ומלומדים עד ימינו.

**המשפט העברי**

המונח "משפט עברי" נוצר כדי לבדל את חלקו של המשפט העברי שעוסק בצד המשפטי ולא בצדדים הדתיים. ההבחנה הזו מעוררת שאלה האם ההלכה עצמה מכירה בהבחנה הזו שבין עניינים משפטיים לעניינים דתיים? כבר בעשרת הדיברות ישנה הבחנה בין אדם למקום לבין אדם לחברו, ישנה הבחנה ידועה בין איסורא (דיני איסורים) וממונא (דיני ממונות). הבחנה זו היא היסוד לאפשרות ליישם באיזשהו אופן את המשפט העברי. ברור שכאשר דובר על פנייה למשפט העברי או יישומו, הכוונה היא לחלקים המשפטיים והאזרחיים שלו. לצורך כך, צריך היה ליצור את המונח שיבחין באופן ברור בין המשפט העברי להלכה.

שיטת המשפט העברי היא שיטת משפט עתיקה ומנוסה, ועם זאת, היא נוצרה לפני המהפכה התעשייתית ומהפכת המידע ונעדרת התייחסות לכל הענפים שיש להם התייחסות בשיטות משפט אחרות. ברור שהמשפט העברי כפי שהוא לא יכול להיות מיושם במדינה מודרנית, ולכן יש אתגר גדול בהתאמתו לעולם המודרני. מייסדי "חברת המשפט העברי" שאפו להשתמש בחלקים המשפטיים של המשפט העברי ולעדכנם בהתאם לצורך. זה היה מורכב מבחינה אידיאולוגית ומעשית ולכן לא יושם.

המשפט הישראלי

המשפט הישראלי לא התפתח על רקע המשפט העברי אלא על רקע משפט הארץ (עות'מאני, בריטי, ישראלי). בשנת 1917 הבריטים כבשו את הארץ ובשנת 1920 העמידו את המנדט הבריטי וחוקקו מערכת חוקים "דבר המלך במועצתו". סימן 46 לדבר המלך במועצתו קבע שהבריטים מקבלים את המשפט העות'מאני, על גביו יחקקו חוקים נוספים, ואם לביהמ"ש אין תשובה לשאלה מסוימת יפנה למשפט המקובל, האנגלי. סימן זה נותר בתוקף לאחר הקמת מדינת ישראל במסגרת ס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט. לכן, המשפט הישראלי צמח בקומתו הראשונה מהמשפט העות'מאני, בקומתו השנייה מהמשפט הבריטי ובקומתו השלישית מהמשפט הישראלי. במשך 32 שנים כשלא הייתה תשובה לשאלה, היה צריך לפנות למשפט המקובל.

הקמת המדינה לא הביאה לעצמאות משפטית. בשנת 1980 נותק חבל הטבור בין שיטת המשפט לבין בריטניה במסגרת חקיקת חוק יסודות המשפט. ס' 2 לחוק יסודות המשפט קבע שסימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל. ס' 1 לחוק יסודות המשפט קבע מקורות משפט משלימים. החוק מהווה תחליף לניתוק מהמשפט הבריטי. בשנת 1984 נחקק החוק לביטול המג'לה (ביטול המשפט העות'מאני). כיום, המשפט הישראלי הוא שיטה עצמאית, מנותקת מיסודותיה. שיטת המשפט הישראלי ושיטת המשפט העברי הן נפרדות ושונות אך יש ביניהן מערכת זיקות שהמחוקק הישראלי יצר, במודע ולא במודע.

**מערכת הזיקות בין המשפט העברי והמשפט הישראלי**

ענייני נישואין וגירושין (ס' 1, 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)- ע"פ החוק הישראלי עניינים אלו בשיפוט ייחודי של בתי דין רבניים ע"פ דין תורה. בתחום זה הזיקה היא ההדוקה ביותר. ואולם, זיקה זו אינה משקפת את היחס שבין מדינת ישראל לבין המשפט העברי, אינה משקפת את מעמדת המשפט העברי במדינה ואינה משקפת את אופייה היהודי של המדינה. הסדר זה חל ביחס לכל בני הדתות בישראל (משטר מעמד אישי) כחלק מגישה פלורליסטית המבקשת לכבד את הדתות השונות ואת מערכת הדינים והשיפוט של כל דת.

1. המשפט העברי כמקור משלים (חוק יסודות המשפט)- בשנת 2018 המשפט העברי נכנס לחוק כמקור משלים מפורש. החוק יוצר זיקה בין המשפט הישראלי והמשפט העברי בקביעתו שבמקרה של שאלה שאין לה תשובה, נפנה בין השאר לעקרונות המשפט העברי. זוהי זיקה מפורשת.
2. המשפט העברי מכוח היותה של ישראל "מדינה יהודית" (הכרזת העצמאות, חוקי היסוד)- אין מדובר בזיקה מפורשת אלא על הסכמה לא מלאה שהגדרת המדינה כיהודית כוללת בין השאר פניה למקורות ההיסטוריים היהודיים. זוהי **זיקה עקרונית ומופשטת**. יש הסכמה רחבה יחסית על כך שהגדרת המדינה כיהודית נותנת מקום למשפט העברי.
3. המשפט העברי כמקור (היסטורי) לחקיקה הישראלית-כשהחלה המדינה לחוקק חוקים חדשים, נמצא **בדברי ההסבר** של החוקים שהחוקים/ סעיפים מסוימים נוצרו בהשראת המשפט העברי, כמעין תחליף לחזון שלא התגשם. לדוגמה- חוק בתים משותפים, חוק המקרקעין, חוק החוזים, חוק השומרים, חוקי ירושה.
4. **המשפט העברי כמקור (או ביסוס נוסף) לפסיקת ביהמ"ש**- שופטי ביהמ"ש פונים למשפט העברי כמקור/ כביסוס לפסיקתם, מכוח חוק יסודות המשפט ומכוח זיקה עקרונית.

באשר לשאלה האם מנקודת מבט דתית יש ערך בביסוס משפט המדינה הישראלי על המשפט העברי, הדבר שנוי במחלוקת.

**הרקע לחזון המשפט העברי**

1. ציונות מדינית וציונות רוחנית-תרבותית- התנועה הציונית בראשיתה נחלקה לזרמית שונים. הרצל הדגיש את החזון המדיני. הדגש היה ליצור תנאים בינ"ל שיאפשרו הקמת מדינה בהתעלם מההיבט התרבותי. בעיני הרצל, ההיבט התרבותי היה משני לפחות בתחילה. הדבר התבטא ביחסו לשפה העברית. מנגד, בראשות אחד העם, הדגש היה על תחייה תרבותית ורוחנית. לפיו, המטרה היא לאו דווקא הקמת מדינה ולאו דווקא פוליטית, אלו הן מטרות משניות, והמטרה הראשית היא תחיית התרבות היהודית. במובן מסוים הרצל ניצח כי בסוף המטרה הייתה מדינית, אבל התנועה התרבותית וודאי הייתה בעלת השפעה רבה שהרי הציונות התאפיינה גם בתחיית התרבות והשפה העברית ולכן שני הכיוונים התמזגו. ואכן, קשה לחשוב שהייתה מתקיימת מדינה בלי חידוש שפה שמאחדת את הלאום (שהיווה אחד מהמהלכים של כל אומה בתקופת הלאומיות באירופה).
2. יחס כללי בין משפט לתרבות- אנשי המשפט העברי הושפעו מזרם שהודגש ע"י משפטן ולאומן גרמני, פרידריך סביני, שדגל בהדגשת הקשר בין משפט-תרבות-היסטוריה וייסוד המשפט על בסיס היסודות המסורתיים והתרבותיים. כלומר, המשפט מבטא את רוח העם ואת יסודותיו. הדבר נותן משקל לצורך לחשוב על משפט עברי, ועל רקע זה קמה בשנת 1918 במוסקבה לאחר הכרזת בלפור "חברת המשפט העברי".
3. "חברת המשפט העברי"- חזונו הציוני של הרצל הפך ריאלי. אנשי המשפט העברי הקימו את החברה כדי ליישם את הרעיון באופן רציני יותר. בין המקימים היו משפטנים יהודיים ציוניים, רובם חילוני (שמואל אייזנשטדט, פלתיאל דיקן), אליהם הצטרפו גם משפטנים דתיים (אשר גולאק). חברת המשפט העברי ייסדה כתב-עת בשם "המשפט העברי" ובו פורט בהרחבה החזון ע"י שמואל איזנשטדט. נקודות מרכזיות:
* שתי מטרות- (1) חקר המשפט העברי ההיסטורי- ההלכה; (2) הפריית המחשבה המשפטית המקורית- יצירה חדשה.
* החקירה היא לא רק היסטורית ומדעית אלא לשם מעשיות.
* דרוש חידוש למשפט המפואר והעתיק על כלל היבטיו ע"י חילון המשפט והפיכתו למודרני.
* החזון- לקחת את המשפט העברי וליצור ממנו משפט חדש.

בשנת 1917 פרצה המהפכה הבולשביקית במוסקבה שגררה רדיפות יהודית ולכן החבורה עלו לא"י.

תנועת המשפט העברי: בא"י המציאות שהתפתחה תחת השלטון העות'מאני משנת 1909 היא שהמשפט העות'מאני בארץ ידוע בשחיתות והיהודים שמגיעים ארצה לא רוצים להישפט בו. החלופה היא להישפט בבתי דין רבניים אבל אנשי העלייה השנייה הם חילונים אתאיסטים מובהקים, ולכן הם מחליטים להקים רשת בתי משפט עבריים שפועלים בדרך של בוררות- זו תנועת המשפט העברי.

הדמיון לתנועת המשפט העברי- דמיון בשאיפה להקים משפט עברי, יהודי, לאומי, מודרני, חילוני. השוני- אנשי המשפט העברי חשבו כמשפטנים ולא באופן עממי ורצו לפתח את המשפט, להתחבר אליו ולחדש אותו.

בשנת 1922 אשר גולאק פרסם את ספר המבוא הראשון של המשפט העברי. מבחינתו, "משפט עברי" זה ההלכה, המשפט המסורתי. אחרים כמו איזנשטדט התרחקו לכיוון השני וטענו שהמשפט העברי הוא חידוש ההלכה ולא ההלכה. המונח היה עמום באותה עת, ופירושיו השונים משקפים תפיסות שונות של חזון המשפט העברי. 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 קבלת המשפט המסורתי, ההלכה, כבסיס וחידוש שלה. זה מלמד שאף אנשי המשפט העברי הדתיים לא סברו שיש לקבלו כפי שהוא. הרב פישמן קורא לכך שמשפט המדינה יהיה מבוסס על המשפט העברי המקורי, ההלכה. הוא לא רואה במונח ביטוי למשפט חילוני חדש אלא המשפט העברי המקורי. הוא משתמש בביטויים כמו "נשמת האומה", "נפש האומה" שמבססים קשר בין משפט ותרבות. הוא לא נדרש לשאלה האם יידרשו שינויים בהלכה. הוא מתנגד לאנשי המשפט העברי שטענו להפרדת היסוד הדתי מהיסוד המשפטי בטענתו כי הפרדה כזו איננה אפשרית, הדת היהודית בעלת יסוד לאומי ודתי יחדיו שאינם ניתנים להפרדה שהרי הפרדה כזו תפגע בנפש האומה ולכן היא אסורה. מתחיל להיווצר פער בין האגף החילוני, שרואה במשפט העברי יצירה חדשה, מודרנית, לבין האגף הדתי שמדגיש את המחויבות להלכה. הרב יצחק הלוי הרצוג שומע את הוויכוח על המשפט העברי. הוא מתנגד לשימוש במונח "משפט עברי", ומדבר על משפט התורה. משפט עברי זו המצאה מודרנית שפירושה יצירה חדשה, ואילו בעיניו, המשפט המחייב הוא משפט התורה. הוא ער לצורך לשינויים והתאמות, אך נשאר נאמן למשפט התורה. בנוסף, הוא מבקר את ההשוואה בין שיטות משפט זרות. בספרו "חוקה לישראל" הוא מתמודד עם שאלת ההתאמה של המשפט העברי (ובשפתו- משפט התורה) לדמוקרטיה.

אחד הוויכוחים הגדולים המתגלעים בתקופה זו היא לגבי הסמכות לשנות ולתקן. יש הסכמה רחבה שההלכה לא יכולה להיות כפי שהיא משפט של מדינה מודרנית, ועולה השאלה מי יכול לשנות את המשפט העברי ולבצע את התיקונים? חברת המשפט העברי סברה שהם, כמשפטנים מודרניים, יכולים לעשות כן, ואילו הדתיים התנגדו, וטענו שרק הרבנים מוסמכים לעסוק בהלכה. גם הדתיים בחברת המשפט העברי הבינו שהעברת התיקונים ע"י רבנים תיקח זמן רב, ולכן ביכולתם ליצור יצירה מתוך ההלכה ללא רבנים. מחלוקת זו העמיקה את הוויכוח. מנחם אלון לא חיכה שהרבנות תחדש בחידוש הלכתי רשמי. מנגד, רבנים ביניהם הרב מימון, הרב ברלין והרב הרצוג חשבו שהשינויים בהלכה והתיקונים בה צריכים להיעשות ע"י פסיקה רבנית או תקנות רשמיות של הרבנות הראשית. מנקודת מבט פנימית של ההלכה, צריך להיות גורם מוסמך שמבצע את השינויים. אחרים טענו שנכון הדבר לנקודת מבט פנימית, אך יש להתייחס להלכה מנקודת מבט חיצונית. הדבר יצר פער משמעותי בין האגף הדתי והאגף החילוני.

לפי דיני הירושה בהלכה, הבנים יורשים והבנות לא, אלא אם אין בנים, וככלל בן בכור זוכה ליותר. מודל זה קשור למודל השבטי והחקלאי של החברה העתיקה. ברור שמדינה מודרנית לא יכולה לקבל חוק מבחין ומפלה כזה. הפתרון ההלכתי לנושא היה פשרה, אך יש קושי להותיר עניין זה לפשרה מבחינת חוק המדינה. הרב הרצוג הציע שמאחר וניתן להתקין תקנות בדיני ממונות, תותקן תקנה ברבנות הראשית שבנים ובנות יורשים באופן שווה. ואולם, חבריו לרבנות הראשית לא הסכימו עמו והתקנה נפלה. זו דוגמה מובהקת לוויכוח על המשפט העברי.

בשנות ה-20 תנועת בתי המשפט העברי המשיכה להתקיים ואף שגשגה, אך אט אט החלה לשקוע עד לשקיעה מוחלטת בשנות ה-30. אחת המוטיבציות לתנועה הייתה המשפט התורכי שנחשב כמושחת ולא היה מקובל, אך לאחר הכיבוש הבריטי נכנס המשפט האנגלי שנחשב מודרני, הוגן וצודק. רבים שנמנעו לפני המלחמה לפנות לבתי המשפט, ראו את המשפט האנגלי כטוב יותר מהמשפט העברי שלא היה מבוסס על חוק. בנוסף, חברת המשפט העברי הגיעה לידי משבר אידיאולוגי של פיצול בין האגף הדתי והחילוני ביחס למשפט העברי ולסמכות לשנות ולתקן. זאת ועוד, היה משבר כלכלי ובשנות ה-30 חברת המשפט העברי פשטה רגל.

למשפט העברי היו לפחות שלושה חזונות עיקריים שונים:

1. החייאת ההלכה ויצירה על בסיסה שיטת משפט מודרנית.
2. רבנים ואנשי הלכה- יישום ההלכה כמשפט המדינה עם תיקונים מסוימים.
3. יצירת משפט עברי חדש, מודרני ולא מחויב להלכה.

הדבר הוביל למשבר והתפרקות חברת המשפט העברי, ועם זאת, עצם הרעיון למשפט ששומר על קשר עם המשפט העברי המקורי נשמר. משבר זה פגש מציאות שבה נוהג משפט אנגלי אפקטיבי מוערך. וכך, כשרצו להקים מדינה בשנת 1948 לא עמד על המדף שום הצעה קונקרטית לקודקס משפטי ישים. 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.

**מעמד המשפט העברי עם הקמת המדינה**

בדצמבר 1947, סמוך להחלטת האו"ם על החלוקה והכרה במדינה יהודית, הסוכנות היהודית הקימה ועדה בשם "ועדת המצב" שתפקידה להכין את המדינה, וכללה מועצה משפטית שתפקידה היה להכין את המשפט במדינה העתיקה לקום. יו"ר המועצה היה דב יוסף, והוא העלה בפני המועצה שאלות עקרונית ביחס למשפט העתיד להיות במדינה.

השאלה הראשונה היא מה תהיה השיטה היסודית בארץ (מבין משפחות המשפט) האם כמו שיטת common law או שיטה קונטיננטלית? הבדל עקרוני בין השיטות הוא שהשיטה הקונטיננטלית היא שיטה אינקוויזיטורית, והשיטה האנגלית היא אדברסרית. הבדל נוסף הוא מקור המשפט.

השאלה השנייה היא מה מעמדו של החוק היהודי? מה יהיה הבסיס שממנו תצמח השיטה (משפט עברי/ מנדטורי בריטי)? האם לקחת את הבסיס העברי כבסיס לחוק המדינה או לקחת את הבסיס המנדטורי כבסיס לחוק המדינה?

השאלה השלישית היא האם באופן מעשי יש בסיס של משפט עברי שניתן לקחת כבסיס למדינה? מהן האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי? האפשרויות:

1. ניסוח קודקס חוקים ע"ב המשפט העברי שיהווה בסיס למשפט המדינה- זילברג סבר שהמשפט האזרחי קיים ועל בסיסו בעזרת תיקונים ניתן יהיה להתבסס. אך כאמור, בכל 30 שנות תנועת המשפט העברי (1918-1948) לא הונח שום קובץ חוקים ואף לא חוק אחד שניתן היה לקחת ולאמץ). יתרה מכך, המשפט העברי לא יכול לתת מענה כולל לשיטת משפט מודרנית (לדוג' דיני חברות).
2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה**-** **לקחת את המשפט האנגלי, לאמצו, לחוקק מעתה והלאה תוך ניסוח הצהרה עקרונית שחקיקה זו תהא מבוססת על המשפט העברי.**
3. ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו והחלפה בפניה למשפט העברי- בכך תבוטל הכפיפות לאנגליה ותיקבע כחלופה פנייה למקורות המשפט העברי במקרה של לקונה.

האפשרות הראשונה לא הייתה מעשית. השתיים הנותרות כן ואכן עמדו על הפרק. כהן שהיה מזכיר הוועדה המדינית של הסוכנות היהודית ניסח הצעה שהובאה לדיון במוסדות ונתנה מקום למשפט העברי בשתי הצורות הללו- הצהרה עקרונית וביטול סימן 46 והחלפת הפנייה למשפט העברי- להתבסס על עקרונות יסוד של המשפט העברי.

פלתיאל דיקשטיין פרסם בכתב העת "הפרקליט" הצעה לפיה כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם, ובמקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים/ יש דו-משמעות או סתירה, על ביהמ"ש ועל השלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן. זה מפורש יותר לעומת הצעה לפנות ל"עקרונות היסוד של המשפט העברי" שזה מופשט יותר, ועם זאת מסייג לפנות "בהתאם לצרכי הזמן", כלומר, לקחת את מה שמתאים ורלוונטי לימינו.

אנו למדים שלא היה מעשי לחוקק חוק כולל, כן היה מעשי לחוקק חוקים ע"ב המשפט העברי ולבטל את סימן 46 ולהפנות למשפט העברי במקרה של לקונה.

בפועל: חמישה ימים לאחר הקמת המדינה נחקקה הפקודה הראשונה שחוקקה מועצת המדינה הזמנית- פקודת סדרי שלטון ומשפט. זהו הבסיס שעליו החקיקה מעתה תעמוד. ס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט קובע שהמשפט שהיה קיים בא"י קודם להקמת המדינה יישאר בתוקפו, כל עוד אין סתירה לפקודה או לחוקים אחרים שתחוקק המועצה הזמנית, בשינויים המחויבים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה. הרוב נטה לאמץ את המשפט הקודם כי זה היה הכי מעשי. יש מע' חוקים בריטית שהיא טובה ואפילו נאורה, מתאימה למדינה מודרנית, וניתן לקחת אותה כבסיס ולחוקק מעתה והלאה. עם זאת, הפקודה לסדרי שלטון ומשפט לא הצהירה הצהרה עקרונית לגבי החקיקה העתידית. תשובה אפשרית היא שהצהרה כזו אינה לעניין חוק אלא צריכה לבוא מטעם הממשלה. בנוסף, הפקודה לסדרי שלטון ומשפט גם לא נגעה בסימן 46. המשפט הקיים, לרבות סימן 46 שמחייב פניה למשפט האנגלי, המשיך לחייב במשך 32 שנה עד ביטול החוק בשנת 1980.

מדוע סימן 46 לא בוטל ולמה לא יושמה ההצעה להחליף את הפניה למשפט האנגלי בפניה למשפט העברי? רון חריס טוען שהסיבה היא תקלה, היסח דעת בזמן מלחמת השחרור. הוא מכנה זאת "החמצת הזדמנות היסטורית בהיסח דעת". עמיחי רזדינר דוחה הסבר זה, ומציע הסבר לפיו חיים כהן הוא הגורם שהתנגד לביטול הסימן מחשש להסתמכות יתרה על ההלכה, וכמי שחשב על המשפט העברי כחידוש ולא כפיפות לקיים הוא הביא לסיכול ההצעה. מכל מקום, התוצאה היא שסימן 46 לא בוטל, הכפיפות למשפט האנגלי נותרה והמשפט העברי לא אומץ. למשפט העברי אין לכאורה מעמד פורמלי במדינה שעת הקמתה. שר המשפטים במועצת הועדה הזמנית פרסם הצהרת מדיניות עקרונית ומעורפלת לפיה המדינה תיגש למשפט מודרני היונק מהמשפטי העברי. עם זאת, אין למשפט העברי מעמד פורמלי. היו משפטים שטענו שדי בביטול סימן 46 ואין צורך בהמצאת חלופה כי אפילו באנגליה אין הוראה כזו.

בשנות ה-50-60 הכנסת החלה במפעל חקיקה. בחוקים שונים הייתה שאיבה של עקרונות מהמשפט העברי, כגון חוק איסור לשון הרע, חוק הגנת השכר, חוק פיצויי פיטורים. אלו מלמדים שהחקיקה הישראלית החדשה השתדלה להיות קשורה/ להיבנות על המשפט העברי. עם זאת, מדובר בנושאים שבהם גם מדינות אחרות חוקקו חוקים דומים, ללא קשר למשפט העברי. עד כמה הביסוס הזה רטורי? שאלה זו תעמוד למבחן מקום בו ההסדרים של המשפט העברי לא מתאימים. מראש נאמר שאיננו מחויבים למשפט העברי/ להלכה באופן מלא, והיה ברור שיילקח ממנה רק מה שמתאים למציאות המודרנית.

בהצעת חוק הירושה נאמר כי ההצעה מתבססת, בין היתר, "על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו". כפי שראינו לעיל, דיני הירושה במשפט העברי תאמו לחברה מסורתית ופטריארכלית ולא לחברה מודרנית הדוגלת בשוויון, ואכן ניתן לראות שינוי מהותי בהסדרים ובצורות הצוואה. חוק הירושה סטה בבירור מהמשפט העברי, עד לכדי השאלה האם בכלל המשפט העברי השפיע על החוק ובאיזו מידה. ס' 58 לחוק הירושה (מזונות מן העזבון) מהווה רעיון שנלקח והתפתח מהמשפט העברי. חוק הירושה מהווה דוגמה לדין מפורש שקיים במשפט העברי, אך חלק מעקרונותיו אינם תואמים לעקרונותינו כיום. ההשפעה מהמשפט העברי נעשית בתהליך של ברירה, יש הסדרים שאימצנו ויש הסדרים שדחינו בשם השוויון. הדבר מדגים את היחס הסלקטיבי של המחוקק למשפט העברי.

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

האם מנקודת מבט דתית-הלכתית קליטת המשפט העברי באופן שלם/ חלקי זה דבר רצוי, ראוי, או חסר ערך ואף מזיק? לכאורה אנשי דת ירצו שהמדינה תאמץ את ההלכה שהרי זו המשפט הרצוי שחובה לנהוג לפיו מנקודת מבט דתית, וראוי שהמדינה תאמצו. עם זאת, לכל הדעות לא מדובר באימוץ של ההלכה באופן מלא, לא מבחינה מהותית באימוץ חוקי ההלכה ובוודאי לא אימוץ של הערכאות ההלכתיות של הדין, אלא מדובר בקליטה סלקטיבית וחלקית (כפי שראינו בחוק הירושה). זאת ועוד, בתי המשפט הם בתי משפט אזרחיים, ולכן עולה השאלה האם יש בכך טעם. העמדה הרבנית הקלאסית הייתה ועודנה שההלכה היא גוף שלם, ויש לאמץ את כולו, ואין לעשות בו שינויים סלקטיביים.

הרב וולדנברג מנה עקרונות שניתן מהם ללמוד על תפיסתו. נקודת המוצא שלו היא שיש בהלכה הצעה שלמה ושיטתית לניהול חיי המדינה מבחינה משפטית. צריך להחליט שהתורה היא משפט המדינה, ובתורה יש פתרון לכל השאלות. הוא הכיר בכך שיש שינוי נסיבות ביחס לשאלות שעמדו לפני המשנה או לפני הרמב"ם, אך הניח ששינויי נסיבות אלו ניתנים להמשיך ולהתפתח כפי שההלכה התפתחה במשך השנים והותאמה למציאות, לא ע"י שינוי ההלכה אלא ע"י שינוי היישום שלה. לשיטתו, השינויים וההתאמה למציאות המודרנית צריכים לבוא ע"י חכמי ההלכה, סמכות זו איננה נתונה למנהיגי הציבור ואין בכוחם לשנות את ההלכה, סמכות זו ניתנת לחכמים בלבד. הוא חושב שאימוץ סלקטיבי של המשפט העברי הוא דבר פסול, אין לחברי הכנסת סמכות לבחור חוק כזה או אחר, ואף אין להם סמכות לפרש את החוקים ולהתאימם. ההלכה היא שלמות אורגנית, ושינויו/ התאמתו/ סלקציה מתוכו ע"י המדינה אינן פעולות לגיטימיות.

שעת הקמת המדינה הרב הרצוג מתכנן תוכנית הבנויה על שני עקרונות:

1. אימוץ ההלכה כיסוד המשפט- המדינה תאמץ בחוקה העתידית סעיף שלפיו משפט המדינה מבוסס על יסודות ההלכה/ אינו סותר אותה.
2. נכונות לשינוי דרמטי של ההלכה- עיבוד מצע למשפט ההלכתי שיתחשב עם האופי הדמוקרטי.

שני עקרונות אלו לא התקבלו. רוב הציבור בשעתו לא העלה על דעתו לקבל סעיף שהמשפט יהיה מבוסס על משפט התורה. עמדתו הייתה קרובה לעמדת הרב וולדנברג בכך שהוא גרס שהשינויים במשפט ייעשו ע"י תלמידי חכמים, ושהרבנות הראשית היא צריכה להתקין תקנות לשינויים בהלכה ולא המחוקק.

באופן אידיאלי הרצוג שאף ליצור התאמה בין משפט התורה למשפט המדינה כמדינה מודרנית. לאחר אכזבתו, הוא הבין שצריך לנסח את ההלכה באופן שמתאים לחוק המודרני, והציע השלמות בתחומים שלא נדונו בהלכה (כמו משפט מסחרי, דיני בנקאות, דיני ביטוח, דיני חברות). הוא מודה שההלכה דורשת התאמה, וכן סובר שיש לייסד קודקס אזרחי שמבוסס על ההלכה מפאת הקושי להתמצא בחומרי התלמוד והפוסקים. בכך תהא תועלת הן לבתי הדין הרבניים שיוכלו לדון לפי ההלכה בתחומים הדורשים השלמה ותיקון, והן תועלת עבור בתי המשפט של המדינה. כך לא יאומצו קודקסים ממדינות שונות, שהרי לשיטתו אימוץ שיטת משפט זרה מהווה חילול שם שמיים. הצעתו היא להניח על השולחן ספר, אופציה לחוק ע"פ ההלכה, והמדינה שכעת אחרי הקמתה נכנסת לתהליך של חקיקה תוכל להיעזר בו ולאמץ חלקים ממנו. הרב הרצוג לא שולל ואף תומך באימוץ סלקטיבי של המשפט (באידיאל הוא מציע לאמץ הכל, אבל לכל הפחות שהאימוץ יהיה חלקי).

הרב וודלנברג והרב הרצוג הם רבנים ציוניים שהזדהו עם המפעל הציוני ועם המדינה. רבנים חרדיים שללו זאת מכל וכל. החזון איש אמר שיש לאמץ את ההלכה כולה, ואם לא- הכל פסול.

הוויכוח בדבר החלת משפט ההלכה במשפט המדינה נכח גם בקרב מלומדים משפטיים- אנגלרד ואלון:

אנגלרד: בראשית דבר ביקר את פרויקט המשפט והתנגד לו, וביקש לחדד את ההבחנה בין משפט דתי למשפט המדינה. משפט דתי מכיל שיקולים דתיים, ערכים דתיים והליכים בעלי אופי דתי. משפט המדינה הוא משפט חילוני שכולל אינטרסים וערכים אנושיים חברתיים בלבד. הוא מדגיש שאימוץ נורמות מהמשפט העברי מחלן אותן כי הן נטמעות במשפט המדינה ועתה יש להפעילן ולפרשן לפי שיקולים חילוניים, אנושיים. הוא מבחין בין שני סוגי חילון:

1. חילון פורמאלי- קשור במקור הסמכות. אף אם נקבל נורמה חוקית בשלמותה, בעשיית פעולה זו מקור חיוב החוק הוא חקיקתו החילונית. זאת בניגוד למקור הסמכות של נורמה הלכתית שהיא ציות לה'. התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים ע"י הכנסת. אימוץ המשפט העברי ע"י הכנסת משקף את זה שתוקף החוקים חילוני ולא דתי.
2. חילון מהותי-
3. פגיעה מהותית בהלכה באמצעות חקיקה- כשהמדינה מאמצת חוק מהמשפט העברי, החוק משתלב בסביבתו המשפטית. השתלבות זו בהכרח משנה אותו ומחייבת לפרשו באופן שעשוי להיות שונה מכוונתו המקורית בפירושו לפי המשפט הכללי.
4. פגיעה מהותית בהלכה באמצעות שפיטה- שופטים שיפרשו נורמות יפרשו לפי החוק באופן שהם אינם מוסמכים בהכרח לפרש לפי ההלכה ואין לכך מעמד הלכתי.

לשיטתו, מנקודת מבט דתית-הלכתית, פרויקט המשפט העברי מחלן את ההלכה חילון פורמלי ומהותי ולכן אין לתמוך בו.

אלון: מפעל חייו היה שילוב המשפט העברי במשפט המדינה. הוא לא טוען שפסיקת ביהמ"ש היא פסיקה הלכתית, אלא טוען שקליטת המשפט העברי נובעת מנימוק תרבותי שלא נוגע לפן ההלכתי-דתי. לטענתו מדובר במפעל תרבותי, ויש אינטרס תרבותי-לאומי לשזור את המשפט העברי במשפט המדינה. הוא מציע טיעון כפול אשר דן בנחיצות שילוב המשפט העברי הן לפיתוח משפט המדינה והן לתחיית והפריית המשפט העברי העתיק.

אנגלרד, בתגובה לעמדתו של אלון, 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.
2. טענה משפטית- המשפט הוא מערכת טכנית ללא משמעות תרבותית עמוקה. המשפט של מדינות שונות בעלות רקע תרבותי שונה אינו רחוק זה מזה. מדובר בשאלה מעשית ולא תרבותית.

לכן, אין לדעת אנגלרד טעם בקליטת המשפט העברי מבחינה דתית ומבחינה משפטית. המאמץ לחבר הוא מיותר ומחמיץ את אופיו של המשפט העברי.

**המשפט העברי בחקיקה בתקופה שקדמה לחוק יסודות המשפט**

באיזו מידה המקור של המשפט העברי צריך להשפיע על פרשנות עברית? בהינתן חוקים שנחקקו על רקע המשפט העברי, האם כשביהמ"ש יידרש לפרשם הוא יפנה למשפט העברי?

חוק השומרים מאמץ עקרונות יסודיים מהמשפט העברי ובכלל זה ההבחנה בין סוגי השומרים ומידת אחריותם. בפס"ד עלי נ' ששון נדון מקרה שבו חוסיין עלי רכש טופס הימורים, חלק אחד של הטופס נמסר לו והחלק שבו הניחושים נמסר לבעל הדוכן, שאיבד אותו. עלי תובע מששון את סכום ההגרלה בטענה שהוא זכה, ושהיה על בעל הדוכן לשמור על הטופס. ביהמ"ש מחיל את חוק השומרים, מדובר בשמירה אגבית בעסקה שעיקרה הימור ולכן אחריותו של ששון מופחתת. כדי להגדיר את מושג ההתרשלות ביהמ"ש פונה לס' 35 לפקודת הנזיקין ולמשפט העברי, שהגדרותיהם קרובות, והמסקנה העולה מהם היא ששון התרשל בשמירה על הטופס והוא אחראי לנזק שנגרם. מה הנזק? ביהמ"ש קובע שאין הוכחה לכך שבטופס שנמסר לששון היו 13 ניחושים נכונים, הנטל מונח על עלי והוא לא הרים את הנטל להוכיח את הנזק. פס"ד זה ממחיש את הפנייה למשפט העברי. דוגמה זו לא הביאה לקונפליקט בין המשפט העברי לבין החוק.

בפס"ד קופת עם נ' הנדלס כן נוצר קונפליקט. הנדלס מצא בחדר כספות בבנק, שהכניסה אליו חופשית, שתי אגרות חוב למוכ"ז. הנדלס מסרן למשטרה. לאחר שחלפו ארבעה חודשים ולא אותר בעליהן, הנדלס תבע אותן לידיו, והבנק תבע אותן לידיו. השאלה המשפטית הייתה למי שייך המוכ"ז. ס' 3 לחוק השבת אבדה לא מספק מענה לשאלה מהי "רשותו של אדם אחר". הש' ברק פוסק ע"פ פרשנות תכליתית שהמוכ"ז שייך לבנק כי כך תוגשם מטרת החוק שהיא השבת האבדה לבעליה. הש' אלון טוען שהמוכ"ז שייך להנדלס מטעמי תמריץ להשבת האבדה, בהתבסס על המשפט המקובל והמשפט העברי. אלון מביא מקרה דומה שהובא בפני ביהמ"ש העליון האמריקאי ובו ביהמ"ש לא פסק לטובת הבנק. בנוסף, הוא פונה למשפט העברי, בנימוק שעסקינן בחוק השאוב מהמשפט העברי. הש' לנדוי מסתייג הן מהאקטיביזם של ברק והן מפנייתו של אלון למשפט העברי. לשיטתו, אין צורך לפנות למשפט העברי כדי להכריע בסוגיה גם כאשר החוק שאוב מהמשפט העברי. לנדוי מצטרף למסקנתו של ברק ונפסק לטובת הבנק. בסוגיה זו התנהל דנ"א לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט, שיחזק לכאורה את טענתו של אלון.

העמדות בסוגית הפניה למשפט העברי לפרשנות מקום בו החוק שואב מונחים/ הסדרים מהמשפט העברי:

* אלון- מרגע שהמחוקק שאב מהמשפט העברי, תמיד יש לחזור אליו לצורך פרשנות.
* חשין בפס"ד מיטובה נ' זקם- אין לחזור למשפט העברי אף פעם מכיוון שהמינוח אמנם נלקח משם אבל התוכן וההסדרים הם שונים.
* חיים כהן בדנ"א הנדלס נ' קופת עם- מקום בו המחוקק שאב מונח/ ניב/ הסדר ייחודים למשפט העברי יש לפנות למשפט העברי.
* פרופ' ברכיהו ליפשיץ- יש לפנות למשפט העברי מקום בו המחוקק משתמש במונח/ ניב/ הסדר מהמשפט העברי. הנחה זו ניתנת לסתירה- על השופט לבחון האם רק הכלים שאובים מהמשפט העברי ואילו התוכן שהושם בהם מקורי ולקוח ממקום אחר. נפנה למשפט העברי כשאנו משוכנעים שלא רק המינוח לקוח מהמשפט העברי אלא גם ההסדר.

המשפט העברי בפסיקה בתקופה שקדמה לחוק יסודות המשפט - חוזים

פס"ד גייקובס נ' קרטוז- ג'ייקובס השכיר דירה לקרטוז לפני שהתקבל אישור מביה"ד לענייני שכ"ד על גובהו, הדבר מהווה עבירה פלילית. ג'ייקובס תבע את פינויו של קרטוז מהדירה לפני תום החוזה בנימוק שהחוזה לא חוקי ולכן אינו שוכר כדין. קרטוז תובע את הישארותו בדירה מכוח החוזה. השאלה המשפטית היא מה מעמדו של החוזה? אם החוזה בטל המשמעות היא שהשוכר יושב בדירה שלא כדין ועליו להתפנות. הש' זילברג פונה לכלל הרומי שהתקבל במשפט המקובל בנוגע לחוזה בלתי חוקי לפיו:

1. מעילה בת עוולה לא תצמח זכות/ עילת תביעה- מדובר בעיקרון אוניברסלי במשפט האזרחי המופעל בהקשרים שונים.
2. חטאו שניהם כאחד- יד הנתבע על העליונה- התובע לא יכול לנצל לטובתו עסקה חוזית בה שני הצדדים ביצעו עבירה.

ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס תביעתו על עבירה ולכן החוזה לא בטל. שניהם חטאו ולכן ביהמ"ש לא יתערב והשוכר יישאר בדירה. יצוין כי פתרון זה אינו טוב לכל המקרים. באוביטר זילברג מרחיב את הסתכלותו למקרים נוספים ובוחן את פתרון המשפט העברי לחוזה לא חוקי. עמדת המשפט העברי היא שחוזה לא חוקי תקף ברמה העקרונית (לדוג'- ריבית קצוצה יוצאת בדיינין).

פס"ד הניה הווראד נ' מיארה- הניה מכרה קרקע למשיבים, ולאחר המכירה התברר שכשליש מהקרקע הופקע ע"י העירייה. המערערת ידעה זאת ולא גילתה למשיבים, שטענו להפחתת מחיר הקרקע בהתאם ולא שילמו את מלוא הסכום. המערערת הודיעה על ביטול החוזה, המשיבים דרשו לקבל את הסכומים ששילמו ובכללם סכום שניתן כביכול עבור חומרי בניין. המערערת טענה שהסכום לא נכלל בחוזה משיקולי מס ולכן החוזה לא חוקי. במקרה הזה הניה היא הנתבעת, ואם תאומץ השיטה האנגלית שיד הנתבע על העליונה, המשמעות היא שלא יוצא ממנה הסכום, ולכן החלת הדוקטרינה האנגלית תוביל לתוצאה לא צודקת. פס"ד זה התרחש לאחר חקיקת חוק החוזים, לפיו בטלות חוזה לא חוקי תלויה בשיקול דעת ביהמ"ש, וניתן לפרק חוזה לחלקיו ולקיים את חלקו החוקי. הש' שמגר עומד על כך שמקור ההוראה הישראלית כולל את המשפט העברי. הש' אלון עומד על כך שפתרון חוק החוזים לקוח מהמשפט העברי שאומת בפסיקה. בהצעת החוק הובעה מודעות לעוול שהשיטה האנגלית עשויה לגרום, והחוק עוצב בעקבות אמירתו של הש' זילברג בפס"ד ג'ייקובס. החוק עוצב בהשפעת המשפט גרמני, תוך הוספת ס' 31 שמבוסס על המשפט העברי.

פס"ד צים נ' מזיאר- גב' מזיאר עלתה על אוניה שהפליגה מצרפת לישראל, במהלך שהותה חשה ברע וחלתה למשך שלושה חודשים, לכאורה עקב המזון שהוגש באוניה. ביהמ"ש המחוזי הפעיל את הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" וחייב את חברת צים באחריות לנזק. חברת צים מערערת בהסתמכה על סעיף הפטור המופיע בכרטיס הנסיעה. בזמן פס"ד טרם נחקק חוק החוזים האחידים. השאלה המשפטית היא האם יש להכיר בתנית הפטור. הש' זילברג אומר שהפסיקה האנלית פוסלת תנית פטור רק אם יש בה הטעיה, והפסיקה האמריקאית לא מכירה בסעיפי פטור מאחריות לנזק שנגרם ברשלנות. ישנה דוקטרינה לפיה חוזה/ סעיף בחוזה שסותר את הסדר הציבורי בטל בחוק הפרוצדורה העות'מאנית (תקנת הציבור כיום). חופש החוזים אינו מוחלט, וכל חוזה שסותר את קדושת החיים דינו בטל. הנימוק לביטול התניה הוא סתירה מהותית של עיקרון קדושת החיים ושלמות הגוף שגובר על התניה. זילברג יוצק תוכן למושג מופשט ע"פ המסורת והתרבות היהודית ועקרונות המשפט העברי.

פס"ד רוט נ' ישופה- המערערים רכשו דירה מחברת ישופה, קיבלו באיחור ונמצאו בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצוי ותיקונים. ישופה טענה שלפי החוזה קבלת החזקה בדירה ע"י הרוכש מהווה ראיה סופית לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה. המחוזי קיבל טענה זו. הש' אלון מצטט את הש' זילברג בפס"ד צים, שם נאמר שבהינתן מושג מופשט יינתן לו תוכן ע"פ התרבות והמסורת, וכך ייעשה בהקשר למושג תו"ל בס' 12, 39 לחוק החוזים. אלון מסביר שכשהמחוקק קבע עיקרון זה, יש לפרשו לפי המשפט העברי, ובמקרה דנא חברת ישופה חייבת לתקן את שגרמה.

המשפט העברי בפסיקה בתקופה שקדמה לחוק יסודות המשפט - פלילים

**פס"ד אפנג'ר נ' מדינת ישראל- שוטרים התפרצו לבית כי חשבו שנעשית שם עבירה, ללא רשות והזדהות כשוטרים. אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה, טוען להגנה עצמית, הורשע במחוזי וערער לעליון שדן בהיקף ההגנה העצמית. ס' 22 לחוק העונשין דאז קבע שהגנה עצמית חלה על אדם או על "אחרים שהגנתם עליו". הרציונל לחוק האנגלי הוא שהגנה עצמית כוללת תקיפת התוקף, יש בכך משום לקיחת החוק לידיים ולכן ראוי לצמצמה. הש' אלון פונה למשפט המשווה ובכלל זה למשפט העברי ("דין רודף") ולדברי הרמב"ם והרא"ש. אלון מזכה את אפנג'ר מאשמת התקיפה וקובע שיש לפרש את הגנת הצורך במשפט הישראלי ככוללת הן הגנה עצמית והן הגנת הזולת. הנשיא זוסמן מסתייג מעמדתו של אלון, ורומז שיש הצדקה לפנות למשפט העברי מקום בו הרקע להוראה במשפט העברי, ואילו כאן עסקינן בהוראה שמקורה במשפט האנגלי. הוא מציג טענה נוספת שמטרתה להרתיע מפני פנייה למשפט העברי. עם זאת, הוא מצטרף למסקנתו של אלון. הש' אשר בדעת מיעוט חולק על הש' אלון הן ברמה העקרונית והן ברמת הזיכוי. החוק מגביל להגנה עצמית לאותו אדם ולא לזולתו. בשנת 1994 תוקן סעיף ההגנה העצמית בחוק העונשין להגנה "שלו או של זולתו" ובכך הוכנסה ההלכה שקבע אלון ללשון החוק. פנייתו למשפט העברי הרחיבה את תחולת ההגנה והביאה את המחוקק להרחיבה בחוק להגנה על הזולת.**

**פס"ד כהן נ' מדינת ישראל- אדם הורשע באינוס בעקבות בעילת אשתו נגד רצונה תוך שימוש בכוח, הורשע באונס במחוזי וערער לעליון. ס' 345 לחוק העונשין דאז קבע "הבועל אשה שלא כדין...". כהן לא הכחיש את מעשהו, אך טען שמאחר ומדובר באשתו הבעילה כדין, כך ההלכה באנגליה. הש' דוד בכור טוען שהכוונה בתיבה "שלא כדין" היא לפי הדין האישי, ומביא שורת מקורות מהמשפט העברי לפיהם ברור שאסור לאדם לאנוס את אשתו. זה אמנם דוחה את טענתו של כהן, אבל בעייתי כלפי עדות אחרות. הש' מרים בן-פורת מציעה להתעלם מהתיבה "שלא כדין". כהן הורשע, וערער על כך שההכרעה מנוגדת ללשון החוק, ולכן התקיים דנ"א, שם קבע הש' חיים כהן כי תיקון הוועדה (שכללה את מחיקת המילים "שלא כדין" מהסעיף) מלמד שהמילים "שלא כדין" אינן מעלות או מורידות מאחריות הפלילית לאונס אדם את אשתו, ואין להן משמעות, ובכך אימץ את עמדת הש' בן-פורת. בהמשך, סעיף האונס תוקן.**

**זה מדגים שגם בתחום הפלילי ביהמ"ש פנה אל המשפט העברי. בשני פסקי הדין הללו, המשפט העברי היווה אלטרנטיבה למשפט האנגלי במקרים בהם לביהמ"ש נראה מבחינת הדין הרצוי והמוסר שיש לסטות מההלכה האנגלית.**

**חוק יסודות המשפט**

חוק יסודות המשפט בא על רקע סימן 46 לדבר המלך במועצתו שקבע שבמקרה של חסר יש להשלימו לפי עיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. סימן זה המשיך להתקיים גם לאחר הקמת המדינה. ס' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט יצר מעבר מהחוק הבריטי לחוק הישראלי. לאחר קום המדינה, אם יש שאלה של חסר יש לפנות למשפט האנגלי. ככל שהתפתחה חקיקה ישראלית חדשה בתי המשפט התלבטו מה קורה אם יש חסר בחוק ישראלי חדש? האם גם לגביו יש לפנות לפסיקה באנגליה? הפסיקה קבעה שלא ובכך צמצמה את הסעיף. בשנת 1980 בוטל הסימן, עד אז עדיין הייתה באופן עקרוני חובת פנייה לפסיקה האנגלית. עד אז, ישראל לא הגיעה לעצמאות משפטית מלאה אלא נותרה כפופה לעקרונות המשפט האנגלי. הייתה התלבטות האם די בביטול הסעיף או שיש להעמיד לו חלופה. פרופ' ידין סבר שדי בביטולו, ואילו רוב אנשי המקצוע במשרד המשפטים סברו שיש להעמיד חלופה. ס' 1 לחוק יסודות המשפט קובע מקורות משפט משלימים, ס' 2 לחוק קובע את ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו ושמירת דינים. בדברי ההסבר לחוק הוצע שבמקרי לקונה ביהמ"ש יפנה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. דברי ההסבר יוצרים זיקה בין מורשת ישראל והמשפט העברי.

מהי לקונה? שאלה משפטית הטעונה הכרעה שלא נמצאה לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש.

* דבר חקיקה- חקיקה ראשית ומשנית, כל דבר חקיקה.
* הלכה פסוקה- לדעת הש' אלון הכוונה רק להלכה שנקבעה בביהמ"ש העליון, אשר מחייבת את הערכאות הנמוכות ממנו, ולכן הלכות שנקבעו במחוזי והשלום אינם בגדר הלכה פסוקה. לעומתו, לדעת הש' חיים כהן, הלכה פסוקה היא הלכה שנקבעה בכל בתי המשפט ולא רק בעליון, שהרי גם מהלכה של העליון, העליון רשאי לסטות.
* בדרך של היקש- אנלוגיה מעניין לעניין. הש' אלון אומר שללא ספק פרשנות קודמת להשלמה מעקרונות מורשת ישראל ובכך אינו חולק על הש' ברק. שניהם מסכימים שפרשנות קודמת להשלמה לפי עקרונות אלו.

פרשנות מושגים משפטיים-ערכיים

**האם פרשנות מושגים-ערכיים היא בגדר לקונה?**

**לדעת הש' אלון בדנ"א הנדלס, מושגים אלו הינם לקונה, ולכן יש לפרשם ע"פ עקרונות מורשת ישראל. הוא עשה כן אף לפני חוק יסודות המשפט בפס"ד רוט נ' ישופה, ובמידה מסוימת עשה זאת גם הש' זילברג בפס"ד צים נ' מזיאר. הש' ברק בדנ"א הנדלס חולק נחרצות על אלון, לדעתו לא מדובר בשטח ריק ולכן אין לפנות לעקרונות מורשת ישראל ולמשפט העברי.**

**פרשנות חוקים**

**הש' אלון טען שלמשפט העברי מעמד של מקור ראשון במעלה לצורך השראה והנחיית ביהמ"ש. הוא מודה שבמקרה של חסר הפנייה לעקרונות מורשת ישראל היא חובה ובמקרים של פרשנות הפנייה אליהם אינה חובה אך יש ליתן לעקרונות אלו מעמד בכורה. נימוקיו לכך:**

1. **המשפט העברי שימש מקור ראשי לחקיקה הישראלית, וכך צריך להיות גם בפרשנותם.**
2. **המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת "תורת משפט ישראלית".**
3. **העובדה שהמחוקק העניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים למקרי חסר מבליע את מעמד הבכורה שלו גם בפרשנות חוקים.**

**על שני הנימוקים הראשונים התבסס אלון בעניין הנדלס, ולאחר חקיקת חוק יסודות המשפט נוסף הנימוק השלישי.**

**הש' ברק חולק על אלון נחרצות, וקובע בעניין הנדלס שגם אם המחוקק השתמש במונחים מהמשפט העברי, המושג עומד בפני עצמו ויש לפרשו מתוכו לשם הגשמת החקיקה.**

**בדנ"א הנדלס הוכרע שאין למשפט העברי מעמד מיוחד בפרשנות חוקים וכי חוק יסודות המשפט חל רק במקרה של לקונה. לא הייתה התייחסות מפורשת לפרשנות מושגים ערכיים, אך רוח הפסיקה היא שגם בעניין זה החוק לא חל.**

**פס"ד קניג נ' כהן- עסק בצוואה. הש' אלון לומד על צוואת שכיב מרע מהמשפט העברי, משם לקוח המושג והרעיון. השופטים התנגדו ולא הסכימו לפרש את המונח ע"פ המשפט העברי על אף שברור שהמונח וההסדר לקוחים ממנו. נטיית השופטים היא לא לחזור למשפט העברי גם מקום בו ברור שמשם נקלח, ולצמצם את תחולת חוק יסודות המשפט.**

הדילמה הפרשנית מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה"?

**אלון נוקט בפרשנות רחבה, החוק מדבר על כל שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, ומצווה להכריע בה לפי עקרונות מורשת ישראל. ברק נוקט בפרשנות צרה, החוק מדבר על השלמת חסר בלבד.**

**לפי ברק, חסר קיים רק במקום שבו יש הסדר מסוים לנושא וחסר בו פרט (נבנה קיר אבנים וחסר אבן), אז השופט ישלים את החסר בעזרת דין השיור, בישראל- חוק יסודות המשפט. פיתוח המשפט הוא פעולת חקיקה של ממש שהשופט פועל כמחוקק, אז אין קיר בכלל, לא מדובר בהשלמת חסר וחוק יסודות המשפט לא חל.**

**פרשנותו של אלון קרובה יותר ללשון החוק. ייתכן והסיבה לפרשנותו המצמצמת של ברק היא שגם באנגליה אין דיון שיור המורה לביהמ"ש כיצד לפסוק מקום בו אין תשובה בחוק. לביהמ"ש סמכות טבועה, יש ליתן לו לפעול באופן חופשי מבלי להגבילו למקורות משלימים.**

**ס' 15(ד) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה) קובע הסדר לשידורי טלוויזיה. נשאלת השאלה מה דינם של שידורי תעמולה ברדיו. בפס"ד חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות נקבע שיש להקיש מטלוויזיה, המחוקק הסדיר את הנושא אבל החסיר לבנה.**

מהי מורשת ישראל?

**לפי אלון בבג"ץ אלוני נ' שר המשפטים, מורשת ישראל כוללת בראש ובראשונה את הלכות המשפט העברי, אך לא רק, אלא גם דברי אגדה, הגות ומחשבה. לדעת ברק, מורשת ישראל כללית יותר מהמשפט העברי, היא מורשת העם היהודי לאורך השנים. ברשימת הדמויות שמונה ברק אין אף דמות שקשורה למשפט העברי. הוא ספג על כך ביקורת ובמאמר מאוחר יותר כבר שדרג את הרשימה.**

**בפס"ד נחמני נ' נחמני נשאלה השאלה מי מבני הזוג זכאי לביציות, שאלה שאין לה תשובה בדבר חקיקה ובהלכה פסוקה, ועם זאת, אף אחד לא הלך לעקרונות מורשת ישראל, כי זה לא חסר אלא נושא חדש, ולכן אנו רואים שהתקבלה ההבחנה שמציע ברק. הש' אלון התקומם נגד זה וטען שהבחנה בין לקונה לפיתוח המשפט מעקרת את משמעות החוק מתחום רחב שבו אין תשובה.**

**בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט ובכך נקבע מעמד פורמלי למשפט העברי. גם קודם לחוק ביהמ"ש פנה למשפט העברי והפיק ממנו דברים שונים, ומאז חקיקת החוק יש לו כלי רשמי לעשות כן. בשנת 2018 תוקן ס' 1 לחוק יסודות המשפט, כך שהמשפט העברי נכנס באופן מפורש כמקור משלים.**

**המשפט העברי בפסיקה בין השנים 1980-1992**

**בפס"ד ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות עלה לדיון פסילת השתתפות רשימת "כך" של מאיר כהנא בבחירות לכנסת בגין גזענות ואנטי-דמוקרטיה. מדובר בתקופה שקדמה לחקיקת ס' 7(א) לחו"י: הכנסת שמעניק סמכות לפסול רשימות. פס"ד ירדור היווה תקדים בנושא, אך ביהמ"ש קבע שאי אפשר להשתמש בתקדים זה וצמצם את הלכת ירדור בטענה שהפסילה מוצדקת רק כשהרשימה שואפת לחיסול מדינת ישראל, בעוד שרק התנגדות ליסודות המדינה אינה עילה לפסילה. למרות שהרשימה לא נפסלה, ביהמ"ש עשה שימוש חשוב במשפט העברי ע"מ שלא להכשיר דעות גזעניות. הש' אלון אמר אמירה עקרונית על אופיו של המשפט העברי והעובדה שמדובר במסורת עשירה שאפשר להביא ממנה מקורות לכאן ולכאן, ולכן נדרש שיקול דעת בהבנה מהי העמדה העקרונית. אלון הביא מקורות מהמשפט העברי המלמדים על חופש הדעה והביטוי ושוויון. פנייתו למשפט העברי היא משמעותית מאחר וכהנא ביסס גזענותו על היהדות. אלון מתקומם מהשחרת היהדות עוד יותר מהעמדה הגזענית כשלעצמה, ומביא מקורות המלמדים על שוויון כל אדם באשר הוא ועל היחס למיעוטים. בנוסף, אלון מציין את המחלקות בין ר' עקיבא ור' עזאי ביחס לכלל הגדול בתורה ואת דברי הרב קוק לפיהם יראת שמיים היא טהורה אם היא הופכת את האדם למוסרי יותר. אלון רואה בתוכן רשימת "כך" ניגוד מוחלט למדינה, לדמוקרטיה וליהדות. הש' ברק ביסס גם כן את דבריו על היהדות כדי לומר שלא רק שתוכן הרשימה גזעני אלא גם שאינו הולם את היהדות. פסק הדין מדגים דוגמה למקרה שבו במישור הערכי והמהותי ברור שהרשימה ראויה להיפסל, אך ביהמ"ש רוצה לנקוט בריסון שיפוטי.**

**בפס"ד קטלן נ' שירות בתי הסוהר עמדה לדיון בדיקת חוקן לאסירים ע"מ למנוע הברחת סמים לכלא. הש' חיים כהן משתמש בעיקרון מהמשפט העברי "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא תעלה שבתורה". מדובר בתקופה שקדמה לחקיקת חו"י: כבוד האדם וחירותו. מהעיקרון המובא הוא עושה אנלוגיה ומכוחה הוא פוסל את התקנה שמורה על ביצוע חוקן, ומציין כי ראוי שגם המחוקק הראשי יתחשב בכבוד האדם.**

**פס"ד מדינת ישראל נ' תמיר עסק בטיפול רפואי לאסירים. הש' אלון לומד מכך שכל אדם נברא בצלם ה' שלכל אדם יש זכויות, ובאופן עקרוני הן קיימות גם לאסירים. נקודת המוצא שלו היא שזכויות היסוד בעיקרן שמורות גם לאסירים. זוהי אמירה משמעותית בתקופה שבה מקובל שזכויותיו של אדם שנכלא נשללות. ע"ב פנייתו למשפט העברי הוא מחדש שמכלול זכויות האדם שמורות לאסיר, והזכות שנשללת ממנו במפורש היא החירות האישית. הוא קובע שלאסיר הזכות להתרפא והזכות לבחור מי ירפא אותו במידת האפשר, גם מקום בו יש גורם רפואי אחר. הוא מציין שהזכות קיימת אך היא יחסית, ובית הסוהר רשאי לשקול האם ניתן לממשה.**

**בג"ץ הוקמה נ' שר הפנים עסק בזכות הבחירה לכנסת של אסירים. הש' אלון קובע שאין סיבה לשלול מאסירים את זכות הבחירה לכנסת כשהחוק לא אוסר זאת. אם לאסירים לנוע יש לדאוג להצבת קלפי בתוך בית הסוהר. עמדתו העקרונית היא שמכלול זכויות האסיר נשמרות בהתבסס על המשפט העברי, וצמצום הפגיעה של עונש המאסר.**

**בג"ץ וייל נ' שירות בתי הסוהר עסק בזכות ליחסי אישות של אסירים. העותר הינו אסיר שטען לזכותו זו ע"ב דתי בנימוק שזו מצווה דתית. הש' אלון מביא סדרת מחקרים הנוגעים לבריאות הנפשית של האסירים ועל פגיעות מיניות בבתי הסוהר כתוצאה מחוסר יכולתם לממש דחפים אלו. הוא מעלה הבחנה מעניינת שיש זכויות יסוד שלא ניתנות לאיזון כלל (כמו הזכות למזון) ויש זכויות שכפופות לאיזון. ביחס לזכות להתייחדות הוא קובע שאמנם מדובר בזכות כפופה לאיזון אך היא נמצאת קרוב לזכויות שיש לממש באופן לא מאוזן. אלון מעגן את דבריו במשפט העברי ומציע לשקול שיקול זה במסגרת החופשה הניתנת לאסירים. הש' ברק הסכים עם פסק דינו של אלון וביקש להדגיש שביקורי ההתייחדות צריכים להינתן באופן זהה לאסירים נשואים ולאסירים שאינם נשואים.**

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשפעתו על מעמד המשפט העברי**

ס' 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו סעיף המטרה ("להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד זה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית") וס' 8 לחוק הינו פסקת ההגבלה. השאלה שעמדה בפני משפטנים, שופטים והוגים סמוך לחקיקת החוק הייתה מה הכוונה ברכיב "מדינה יהודית" לעניין פרשנות החוק?

אלון במאמרו "דרך חוק וחוקה" מסביר שיש כאן תכלית דו-ערכית. מכלול ההוראות בעניין זכויות אדם יפורש לפי ערכי המדינה, לא רק כדמוקרטית אלא גם כיהודית. בסמוך לחקיקת החוק ברק פרסם את מאמרו המכונן "המהפכה החוקתית", בו הוא מסביר שהחוק הוא במעמד על, במעמד של חוקה. עד 1992 חוקי היסוד היו כמו חוקים רגילים מבחינת ביטול, חקיקה ומעמד נורמטיבי בהתנגשות עם חוקים אחרים, אלא אם הם משוריינים. כעת, חוקי היסוד החדשים הם במעמד הנורמטיבי הגבוה ביותר, וזאת על סמך פסקת ההגבלה שמרוממת חוקים אלו מעל לחוקים אחרים. ברק מסביר שהמדינה "יהודית" לא במובן ההלכתי-דתי אלא בהיבטי זכות העלייה של יהודים והווייתה הלאומי-תרבותי של המדינה. ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה- אהבת אדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשית הישר והטוב, שמירה על כבוד האדם וכיו"ב, אלו אינם ערכים פרטיקולריים אלא ערכים בעלי אופי אוניברסלי שמשתלבים עם הדמוקרטיה שהיהדות הנחילה לעולם כולו. הפנייה לערכים אלו היא ברמת ההפשטה האוניברסלית, ולכן אין לזהות את ערכי המדינה כיהודית עם המשפט העברי. מנגד, לדעת אלון, כשם שהמושג "מדינה דמוקרטית" מתפרש מעיון בהלכות הדמוקרטיות הנאורות, כך המושג "מדינה יהודית" יתפרש מעיון במקורות היהדות. המושגים שמנה ברק לא יפורשו במובנם האוניברסלי אלא במובנם היהודי. יש להביט על הדברים מנקודת מבט יהודית ודמוקרטית ולייצר סינתזה בין המשפט העברי לערכי הדמוקרטיה. לעיתים אלו יעלו בקנה אחד, ובמידה ולא ביהמ"ש יידרש להכריע. מעמד המשפט העברי שודרג להיות בעל מעמד חוקתי לצורך פרשנות זכויות האדם בחקיקת חוק היסוד. לפי ברק, חו"י כבוד האדם וחירותו לא שינה את מעמד המשפט העברי מאחר והוא עוסק במובן הלאומי של מדינה יהודית, ולכן אין לפנות למשפט העברי כדי לפרש זכויות אדם. אלון מגיב להפשטה האוניברסלית שמתאר ברק בכך שאם ברק אומר שהערכים היהודיים אלה הערכים שהיהדות הנחלה לעולם כולו, יש סלקציה במקורות היהודיים, כך שהפרספקטיבה שמציע ברק היא מנקודת מבט אוניברסלית ללא חזרה למקורות היהודיים ובכך יש התנתקות מהערכים היהודיים. אלון מוסיף שחוק היסוד הוא שדרוג לחוק יסודות המשפט, שבו הפניה למשפט העברי תלויה בקיומה של לקונה. בין ברק ואלון יש ויכוח עקרוני ביחס לפרשנות המילה "יהודית" וכנגזרת מכך לגבי השפעתה על מעמד המשפט העברי.

**עילות מעצר עד תום ההליכים**

הכללים בהן ניתן לעצור עד תום ההליכים היו סוגיה שנויה במחלוקת בעליון במשך 25 שנים. העילות הקלאסיות: מסוכנות; חשש מהימלטות מהדין; שיבוש הליכי משפט. בסדרת עבירות צווארון לבן (כשלא חלו העילות הללו) ביהמ"ש קבע שאדם המואשם בעבירה חמורה לא ילך בחופשיות ברחוב כדי להבטיח את אמון הציבור במנגנון הפלילי, זו הייתה המוסכמה בעליון בשנות ה-70. בשנת 1978 הש' אלון הצטרף לביהמ"ש העליון, אליו הגיע עם רקע אחר.

בפס"ד מדינת ישראל נ' אבוקסיס הש' אלון מראה שהמשפט העברי מתנגד למעצר על עבירה כלכלית. הוא פוסק שזכות האדם לחירות אישית היא מאבני היסוד במשפט העברי שהטביעה חותמה בתחומים שונים של המשפט האזרחי. לדעתו, מאסר עד תום ההליכים דורש הצדקה, עבירה חמורה עם עונש גוף וחשש להימלטות.

בשנת 1988 הכנסת חוקקה חוק המסדיר החזקת עצור עד תום ההליכים, בו אומצה גישת אלון שהיה בדעת יחיד בעליון בקביעתו שחומרת העבירה איננה עילת מעצר אלא אם יש סכנה לשלום הציבור. ביהמ"ש המשיך לפרש עילה זו באופן רחב והרבה במעצר עד תום ההליכים, כשהש' אלון ונתניהו מחזיקים בעמדת המיעוט.

בשנת 1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאלון הייתה הזדמנות לבסס מחדש את עמדתו. ס' 5 לחוק קובע את החירות האישית כזכות מנויה, מגן עליה מפני קביעה וקובע שאין לפגוע בזכות זו אלא לפי פסקת ההגבלה.

בפס"ד סוויסה נ' מדינת ישראל הש' אלון מתבסס על ס' 5 לחו"י: כבוד האדם וחירותו בקביעתו שמעצר הוא פגיעה בחירות, ולכן על פגיעה זו לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. הוא בוחן את החירות האישית לאור ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, וקובע שאם לא מתקיימים התנאים של מסוכנות, חשש להימלטות ושיבוש הדין- לא ניתן לפגוע בחירות האישית. היקף הזכות במשפט העברי הוא רחב ולכן זהו אופן הפירוש.

פס"ד מדינת ישראל נ' עזאזמי הש' אלון מציג נימוק נוסף המתבסס על ס' 2 לחו"י: כבוד האדם וחירותו, וזאת מאחר ותנאי המעצר פוגעים בכבוד האדם (צפיפות בתנאים, היעדר מיטות וכד'). לכן, ככל שמדובר במעצר שאינו מתחייב, נכון וראוי להימנע ממעצר ולנקוט באמצעים אחרים כדי לשמור על כבוד האדם. נעדיף אפשרות אחרת שפוגעת פחות בחירות האדם. אלון מפנה לדברי הרמב"ם לפיו הסמכות לעצור אדם צריכה להיות מאוזנת עם שמירה על כבודו.

בשנת 1996 הכנסת חוקקה חוק מעצרים וקבעה את הדברים באופן מפורש, וכיום אינם שנויים במחלוקת.

פס"ד לאה שקדיאל עסק בעתירת אישה שסורבה להיות חברה במועצה הדתית מצד הרבנות בטענה שלא ראוי שרבנים ישבו עם נשים. הש' ברק פתר את העניין בכך שהמועצה הדתית היא גוף מנהלי המחויב לפעול בשוויון. הש' אלון הסכים לתוצאת פסק הדין, אך התאמץ להראות זאת מנקודת מבט הלכתית. ההלכה לא מתנגדת לכך שאישה תמלא תפקידים ציבוריים ולכן טענת הרבנות נדחית.

בסוף שנות ה-90 ברק פרסם את סדרתו המפורסמות על פרשנות במשפט. הוא חוזר בו וטוען שלא התכוון שהערכים יילמדו מבחוץ אלא מבפנים. בכך מצטמצמת המחלוקת בין ברק ואלון.

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

פרשת יעל שפר- מדובר בפעוטה הלוקה במחלת טיי-זקס (הידרדרות הפעוט עד לתרדמת ומוות עד גיל 3). בזמן היותה צמח אמה ביקשה שאם יוחמר מצבה הרפואי ויעל תיזקק להנשמה או טיפול רפואי אחר, הדבר לא יינתן לה למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב לא התנגד לבקשה אך לא הצטרף אליה, ולכן מדובר בבקשה של אפוטרופוס אחד. השאלות המשפטיות: 1. האם אדם בגיר יכול לבקשה מביה"ח שיקרב את מותו/ ימנע מלטפל בו טיפול רפואי? 2. האם הורים כאפוטרופוסים של קטין יכולים לבקש בקשה כזו עבור קטין? 3. האם אפוטרופוס יחיד יכול לבקש בקשה כזו? המחוזי דחה בקשה זו בקביעתו שגם אם בגיר יכול לבקש זאת (ומבלי להכריע בכך), אפוטרופוס אינו יכול לבקש זאת ביחס לקטין, וודאי לא הורה יחיד. מכאן ערעור האם. הערעור לעליון נדחה, ועד מתן הנימוקים הפעוטה נפטרה. האם ביהמ"ש ידון בעניין תיאורטי שאינו מעשי? הש' אלון מחליט שכן, על סמך פס"ד האמריקאי Row v. Wade בו התנהל דיון בעתירת אישה שהמדינה לא אישרה לה להפיל, לאחר שהאישה ילדה. בתקופה שעד מתן הנימוקים נפסק חו"י: כבוה"א וחירותו. ביהמ"ש נימק את החלטתו על חוקי היסוד, על אף שבעת דחיית הערעור החוק טרם נחקק. הטענה בפס"ד היא שסוגיית המתת החסד מעלה התנגשות בין הזכות לחיים והזכות לכבוד. הש' אלון אומר אמירה עקרונית לפיה ההכרעה בשאלת התנגשות אופקית בין זכויות תיעשה ע"פ פסקת ההגבלה (שמדברת על התנגשות אנכית בין זכות אנכית בין זכות חוקתית לחוק) במיוחד "לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אלון מיישם את עמדתו העקרונית- בחינת הערכים הדמוקרטיים, בחינת הערכים היהודיים ויצירת סינתזה. אלון מבחין בין המתת חסד אקטיבית ע"י מתן חומר ממית או סיוע להתאבדות, לבין המתת חסד פסיבית ע"י הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים או ניתוק ממכשירים.

דין המתת חסד לפי ההלכה:

* המתת חסד אקטיבית- לפי הרמב"ם, אסורה בכל מקרה ומהווה הריגה, אף אם זה רצון החולה.
* המתת חסד פסיבית מסוג הימנעות מטיפול- אפשרית בנסיבות מסוימות לפי הרב שלמה זלמן אוירבך והרב משה פיינשטיין. אם החולה לא רוצה לחיות בייסורים ומבקש לא לקבל טיפול רפואי יש לקבל את רצונו.
* המתה פסיבית מסוג ניתוק ממכשירים- לפי הרמ"א, הסרת המונע מותרת כי אין בזה מעשה כלל מבחינה מהותית. בתרגום למציאות המודרנית, המשמעות היא שמותר לנתק ממכשירים. באופן דומה פוסקים גם הרב וולדנברג והרב חיים דוד הלוי. פוסקים אחרים, ביניהם הרב פיינשטיין, לא מסכימים עם עמדה זו, ולכן יש מחלוקת בנוגע לניתוק ממכשירים.

עיון במשפט המשווה- ערכים דמוקרטיים:

* ארה"ב: הכלל אומר- ככל שהחולה סובל ייסורים, סיכוי החלמתו מעוטים וההתערבות פחות פולשנית, יש לקבל סירוב לטיפול, ולהיפך. המתה אקטיבית אסורה ומהווה עבירה פלילית, המתת חסד פסיבית במובן של הימנעות מטיפול מותרת. ניתוק ממכשירים עשוי להיות מותר בנסיבות מסוימות. האינטרס המרכזי של המדינה הוא שמירה על החיים.
* הולנד: המתת חסד אקטיבית מותרת תחת תנאים מגבילים.

סינתזה בין ערכי המדינה כיהודית וכדמוקרטית- המתת חסד אקטיבית אסורה, הן לפי היהדות והן לפי רוב הדמוקרטיות. הימנעות מטיפול רפואי מותר הן לפי היהדות והן לפי רוב הדמוקרטיות. ביחס לניתוק ממכשירים יש גישות שונות הן ביהדות והן בקרב דמוקרטיות תוך התחשבות בנסיבות.

ההבדל בנקודת המוצא הוא שעיקרון העל במערכת המשפט העברי הוא עקרון קדושת החיים שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם ה'. נקודת המוצא במערכת המשפט בדמוקרטיה האמריקאית היא שזכות החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח חירותו האישית מוגבלת בנסיבות מסוימת בגלל אינטרס המדינה בשמירת חיי אזרחיה.

ביחס בין ערכי המדינה כיהודית וכדמוקרטית, הש' אלון מבטא העדפה לערכים היהודיים ולכן יש לדבוק בקדושת החיים גם אם המצב בדמוקרטיות אחרות ישתנה בסוגיית המתת חסד. חייו הם כבודו של אדם. הוא לא מכחיש את ההתנגשות בין חיים לאוטונומיה, בין חיים לסבל, אך שולל התנגשות בין חיים לכבוד, ועומד על כך שצריך לעמוד כנגד כוחות חברתיים וכלכליים שדוחפים לסיום החיים.

באופן כללי הוחלט שהמתה אקטיבית אסורה, המתה פסיבית משתי צורותיה תלויה בשיקולים נוספים. במקרה של קטין/ פסול דין יש קושי לקבוע את רצונו ויש חשש למדרון חלקלק, אפוטרופוס יכול לסרב בשמו לטיפול רפואי, אך אם הדבר עלול להביא למותו נדרש אישור בימ"ש.

במקרה הנדון נקבע שהילדה לא סבלה ולא בוזתה, כבודה נשמר, אביה אינו שותף לבקשה, ואין הצדקה לא לתת לה את הטיפול הנדרש לשמירת חייה. פס"ד זה היה פס"ד מנחה בסוגיה עד חקיקת חוק החולה הנוטה למות בשנת 2005. פס"ד זה מדגים את גישתו של אלון ביחס לאמירת חו"י: כבוד האדם וחירותו על ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. הש' ברק חתם בהסכמה על פסק הדין ובספרו "פרשנות למשפט" הציגו כדוגמה לאופן בו יש לטפל בסוגית מדינת יהודית ודמוקרטית, על אף שלא עשה כן בפסקי דינו.