**המשפט העברי במדינת ישראל – מחברת קורס**

**דר' חיים שפירא**

**שיעור 1 – 25/10/22**

**רקע**

**זהות המשפט**

משפט של כל מדינה מייצג את מערכת הנורמות העליונה, המחייבת של אזרחי המדינה. מטבע הדברים המשפט משקף את התפיסות הערכיות, חברתיות וכלכליות של החברה שבה נוצר. ישנו דמיון בין שיטות משפט שונות – כל שיטות המשפט אוסרות על צורות של פגיעה בזולת. כולן מסדירות את הדרכים שבהן אפשר לעשות עסקאות. אולם, לכל שיטת משפט יש ייחוד משלה:

1. שפה – כל שיטת משפט היא כתובה בשפה שונה
2. מהותית ודיונית
3. תרבות

השאלה הנשאלת, בעת יצירת מערכת חדשה, היא האם ובאיזו מידה צריכה שיטת משפט לשקף את התרבות והמסורת של החברה שבה היא נוצרה? האם צריך להיות לשיטת משפט ייחוד? או שמא היא צריכה ליצור את ההסדרים הטובים ביותר לסביבתה, כאשר אין בה ייחודיות.

השאלות הללו הטרידו מאוד את ההוגים והמשפטנים של התנועה הציונים טרם הקמת המדינה. מראשית מאה ה-20 התחולל דיון מרכזי בתנועה הציונית לגבי האופי של המשפט העתידי במדינה. הדיון, על אף שהוא הוכרע עם הקמת המדינה, עדיין מעסיק רבים בישראל, ובהקשר הישראלי הוא מתמקד בשאלת היחס בין המשפט הישראלי למשפט העברי. רבים מההוגים חשבו **שהמשפט של המדינה העתידה לקום צריך להיות מבוסס על המשפט העברי,** שהוא המשפט ההיסטורי של העם היהודי. בשנת 1918 הוקמה במוסקבה חברת המשפט העברי שמטרתה להכין את המשפט העברי לקליטה במדינה העתידה לקום, ולאחר שתקום היא תצטרך להתבסס עליו. לדידם, כמו שהשפה העברית חודשה, כך צריך לחדש את המשפט העברי. זהו החזון של המשפט העברי.

החזון לא התגשם, והמשפט הישראלי הוקם על יסודות אחרים. יחד עם זאת, נותרה זיקה בין המשפט הישראלי לעברי (זיקות שונות שעליהם נדון בהמשך), והמשפט העברי נשאר שיטה קרובה למשפט הישראלי. על כך הדעות חלוקות. למשל, התיקון האחרון בסוגייה היה ב2018, תוקן חוק יסודות המשפט והוכנס בו בפירוש המונח 'משפט עברי' (כאשר יש לקונה בחוק, ניתן לשאול ממנו). ניתן לראות שהוויכוח עדיין חי וקיים.

**המשפט העברי**

משפט עברי הינו מושג מודרני. המושג המקורי למערכת הנורמטיבית היהודית הוא 'הלכה'. ההלכה מכילה עניינים שנוגעים למשפט הדתי – שבת ומועדים, תפילות וברכות, טומאה וטהרה, כשרות. וגם עניינים הנוגעים לבין אדם לחברו – דיני נזיקין, חוזים, עבודה. מכאן שישנה מערכת כוללת. המונח 'משפט עברי' נוצר כדי לבדל חלק של המשפט העברי שעוסק בצד המשפטי ולא בצדדים הדתיים.

**מנחם אלון:** 'המונח משפט עברי כולל רק אותם תחומים של ההלכה, שבדומה להם מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות דהיום, היינו עניינים המסדירים את היחסי שבין אדם לחברו ולחברתו' – המשפט העברי בעצם עוסק בחלק של בין אדם לחברו.'

הבחנה זו מעוררת שאלה – האם יש לה גם יסוד פנימי? האם ההלכה עצמה מכירה בהבחנה הזו (שבין העניינים הדתיים, לעניינים החברתיים)? בהלכה עצמה ההבחנה הזו כלולה – איסורא וממונא. מכאן שישנם כמה מונחים שמבציעים על כך שההלכה עצמה מבחינה בין תחומים אלה, אולם כמובן שיצירת ההבחנה המודרנית והשימוש במושג 'משפט עברי' לא נועד רק לצרכים תיאורטיים, אלא גם לצרכים מעשיים, מאחר שהבחנה זו היא היסוד לאפשרות ליישם את המשפט העברי. היה ברור שהמשפט במדינה העתידה לקום לא יהיה משפט דתי, אלא יהיה בה חופש דת. כאשר דובר על יישום המשפט העברי, הכוונה ליישום החלקים האזרחיים והמשפטיים שלה. לכן יצרו את המונח שיבחין זאת באופן ברור. האמינו שהוא יהיה בסיס למשפט במדינה העתידה לקום.

חשוב לזכור שהמשפט העברי מעמיד **שיטה משפטית מקיפה**. כלומר, זו שיטה שיש לה דיני עונשין, נזיקין, עבודה וכו'. מצד שני, המשפט העברי בעל **שיטת משפט עתיקה.** נוצרה לפני המהפכה התעשייתית. שיטות משפט עתיקות אחרות שאנו מכירים אינן פעילות יותר. לעומת זאת, המשפט העברי הינו שיטת משפט עתיקה, אך גם פעילה. בנוסף, זו **שיטה מאוד 'מנוסה'**. פרוסה בשטחים גיאוגרפיים שונים – בבל, אירופה, צפון אפריקה.

מאחר ששיטה זו היא שיטה עתיקה, היא לא מתייחסת לעניינים מודרניים – דיני חברות וכו'. לכן, ברור שהמשפט העברי כשלעצמו לא יכול להיות מיושם במדינה מודרנית. לכן יש אתגר גדול בהתאמתו לעולם המודרני.

מייסדי המשפט העברי יכלו לעשות דבר דומה כפי שנעשה לשפת העברית – להשתמש בחלקים שלו ולעדכן לחיי היומיום.

**המשפט הישראלי**

המשפט הישראלי לא התפתח על רקע המשפט העברי, אלא התפתח במסלול 'משפט הארץ הזאת'. כלומר, עות'מאניים -> בריטים -> ישראלים. כאשר הבריטים כבשו את הארץ ב-1917, העמידו את המנדט הבריטי וחוקקו חוקים **'דבר המלך במועצתו'**

סימן 46: 'בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העות'מאני שהיה נוהג בארץ ישראל ביום 1 בנובמבר 1914.' סימן 46 אומר שהמשפט העות'מאני שהיה – נשאר בתוקף, ועליו נחוקק דברים אחרים. הסיפא של הסימן אומרת: 'במקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגלייה'.

הבריטים בעצם מקבלים את המשפט העות'מאני, אולם אם ישנה שאלה שלביהמ"ש אין תשובה עליה, הוא יפנה למשפט האנגלי. הסימן הזה חשוב ביותר משום שהוא נשאר בתוקף במדינת ישראל לאחר הקמתה. כאשר מד"י הוקמה ונחקקה **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט**, נקבע ס' 11, האומר שהמשפט הבריטי יישאר – המשפט הבריטי שכלל את העות'מאני. מכאן שהמשפט הישראלי בנוי על משפט עות'מאני ובריטי. סימון 46 שמוצג לעיל אומץ כ-30 שנה לאחר הקמת המדינה. מכאן שכאשר לביהמ"ש לא הייתה תשובה, אז הוא פנה למשפט האנגלי. **מכאן שהקמת מדינת ישראל לא הביאה לעצמאות משפטית, עד 1980!**

המשפט הישראלי השיל מעליו את כל השכבות הישנות

* חוק יסודות המשפט, ס' 2 – ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ושמירת דינים – לאחר 30 שנים. במקום סימן 46 הכניסו את ס' 1 לחוק יסודות המשפט – כאשר אין תשובה, ישנו תחליף.
* בשנת 84' נחקק חוק נוסף: חוק לביטול המג'לה (החוק העות'מאני) – בוטל החוק הטורקי. אז המשפט הישראלי ביטל את המשפט העות'מאני והבריטי, והיום, 2022, המשפט הישראלי הוא שיטה עצמאית, שהיא מנותקת מיסודותיה.

בצמיחת המשפט הישראלי, אין כלל מקום למשפט העברי. מכאן שהחזון של הראשונים לא מומש. נק' המוצא היא ששיטת המשפט הישראלית והעברית הינן שיטות נפרדות. אולם, יש ביניהן קשרים שהמחוקק הישראלי יצר במודע ושלא במודע.

**מערכת הזיקות בין המשפט העברי לישראלי**

1. ענייני נישואין וגירושין – לפי החוק הישראלי (חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)): (1) ענייני נישואין וגירושין של יהודים יהיו בשיפוט ייחודי של **בתי דין רבניים,** (2) נישואין וגירושין של יהודים ייערכו **על פי דין תורה**. מכאן שבנושא זה יש **זיקה הדוקה בין ההלכה למשפט הישראלי.**

**ההבדל בין הסעיפים:** בסעיף 1 נאמר 'אזרחי המדינה ותושביה', ובסעיף 2 נאמר 'יהודים'.

מדוע ס' 1 נוגע לאזרחים וס' 2 לא? משום שלגבי שיפוט ייחודי (ס' 1), מדינת ישראל יכולה לקבוע ולהחיל רק על עצמה. ס' 2 אומר שנישואין תקפים יהיו כאלה שהתבצעו עפ"י דין תורה, לא משנה האם הם אזרחים או לא. מכאן שישראל יכולה להשיא גם יהודים שאינם אזרחיה, אולם רק עפ"י דין תורה (ס' 2 הינו סעיף רחב יותר).

על אף הזיקה ההדוקה, הסדר זה לא משקף את היחס שבין מדינת ישראל למשפט העברי. מדוע? זאת מאחר שהוא חל על כל בני הדתות בישראל, ולא רק על היהודים.

1. המשפט העברי כמקור משלים (חוק יסודות המשפט) – בחוק יסודות המשפט (שהזכרנו לעיל) נקבע שבמקרה בו ביהמ"ש לא מוצא תשובה לשאלה בחוק או בהלכה פסוקה של ביהמ"ש, הוא צריך להכריע בה לאור עקרונות מורשת ישראל. כבר בנוסח זה הוכר שזה כולל את המשפט העברי (החוק תוקן ב2018, שם הכניסו בפירוש את המושג 'המשפט העברי') – ישנה זיקה ברורה בין המשפט העברי לישראלי, זאת מאחר שהמשפט העברי הפך למקור משלים למשפט הישראלי.

1. המשפט העברי מכוח היותה של ישראל "מדינה יהודית" (הכרזת העצמאות, חוקי היסוד) – אין זיקה מפורשת, אולם יש הסכמה די רחבה שההגדרה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כוללת בין השאר פנייה למקורות ההיסטוריים היהודיים (מופיעה בהכרזת העצמאות, ולאחר מכן בפירוש בחוקי היסוד). לכן, מכוח הגדרה זו נוצרה זיקה. ההוכחה לזיקה היא שכבר לפני חוק יסודות המשפט הייתה פנייה למשפט העברי. לכן, נראה שהזיקה הזו היא אמנם זיקה מופשטת, אך עקרונית.
2. המשפט העברי כמקור (היסטורי) לחקיקה הישראלית – כאשר מדינת ישראל החלה ביצירת חוקים חדשים, בעיקר בשנות ה-60', ונוצרה חקיקה אזרחית חדשה בתחומים מגוונים, יש הצהרות בדברי ההסבר של החוקים שהם (או סעיפים בתוכם) נוצרו בהשראת המשפט העברי. ניתן לומר שהצעות החוק הוצגו בדברי ההסבר הרשמיים שלהם כמי שנחקקו בהשראת המשפט העברי.
3. המשפט העברי כמקור (או ביסוס נוסף) לפסיקת בית המשפט – שופטים של בתי המשפט בישראל, מפעם לפעם, פונים אל המשפט העברי כדי לפסוק (לא הרבה, אך זה קיים).

* כמובן שסעיפים 4 ו-5 קשורים לסעיפים 2 ו-3. למשל, שופט יאמץ הסדר מהמשפט העברי כי הוא מאמין שהוא מהווה מקור משלים.

**מנק' מבט דתית, האם יש ערך בביסוס משפט המדינה על המשפט העברי?**

הדעות חלוקות. יש שיטענו מצד החרדים שפוסקי ההלכה הם רק דיינים. הם יעדיפו שמשפט המדינה יהיה משפט חילוני נפרד. ההלכה היא עצמאית. אם מדינת ישראל תאמץ את ההלכה אז זה מקובל, אולם אם לא – עדיף שמערכות המשפט יהיו נפרדות. מכאן שאם זה לא ראוי, מדוע יש דתיים שהם בעד שילוב המשפט העברי במשפט הישראלי? נדון בנושא לעומק בהמשך.

**שיעור 2 – 08/11/22**

***חזון המשפט העברי***

אנו נראה בשיעור זה שהתגבשו כמה חזונות.

**רקע**

ציונות מדינית וציונות רוחנית (תרבותית)

לחזון המשפט העברי כתנועה תרבותית משפטית ישנו רקע ראשוני: הציונות התרבותית. התנועה הציונית בראשיתה התחלקה בין זרמים שונים: אלו ששמים דגש על ההיבט המדיני, ואלו ששמים דגש על ההיבט התרבותי:

1. **הרצל הדגיש את ההיבט המדיני.** מטרתו אכן הייתה לייסד מדינה יהודית (הספר הראשון שפרסם), אולם הדגש של הציונות המדינית היה הפרויקט המדיני – ליצור את התנאים הבינלאומיים שיאפשרו הקמת מדינה, ולהדגיש את העניין הזה בתנועה הציונית, על חשבון/במקום/בהתעלם ההיבט התרבותי. ההיבט התרבותי בעיני הרצל היה משני.

להרצל היו בני ברית. אחד מבני בריתו היה **הרב ריינס**, מייסד הציונות הדתית. כיצד ניתן להסביר ברית זו? הרי הציונות הדתית שמה דגש על היבטים תרבותיים, אז איך הרב ריינס מאפשר שלא לשים דגש על כך? החשש של הדתיים באותה עת שעיסוק בהיבטים תרבותיים פירושו עיסוק בהיבטים חילוניים.

1. **"אחד העם"** – אבי הציונות הרוחנית. הוא אמר שהמטרה היא לאו דווקא להקים מדינה. הקמת המדינה מהווה עניין משני. הדגש הוא על התרבות המסורתית של העם היהודי. עלינו לחדש את המסורת. הוא האמין בחידוש המסורת היהודית, אולם מנק' מבט חילונית.

אצל היהודים שחיו במזרח אירופה, להבדיל מהמזרח, הייתה תחייה תרבותית בספרות העברית.

בסופו של דבר המטרה הייתה מדינית, אולם גם אחד העם תרם להתפתחות המדינה. בעצם, שני הכיוונים התמזגו והשפיעו. בתוך הזרם התרבותי, אם אנו תופסים את התנועה הציונית לא רק כעניין פוליטי מדיני, אלא גם כעניין תרבותי, ואם מסתכלים על כך כעל תחייה – **ללא היבט תרבותי זה לא היה צולח!** למשל, תחיית השפה העברית. אלמלא חידוש השפה, ההתפתחות המדינית הייתה קשה יותר.

משפט ותרבות

תנועת התחייה הלאומית המודרנית שהייתה מורכבת ממשפטנים, התאפיינה במאפיינים אלו (ספרות, לשון וכו). המשפטנים באו ואמרו 'אם אנו רוצים להקים מדינה ולחדש את השפה, עלינו גם לחדש את המשפט העברי. **לייסד משפט המבוסס על המסורת שלנו'.**

היחס הכללי בין משפט לתרבות: כמו שבתנועה הלאומית הכללית הדגישו את המאפיינים הלאומיים, ויחד עם הלאומיות דיברו על הקשר בין התרבות למדינה, כך גם כאן.

**יש הבדל** בין תפיסת הנאורות, ההשכלה, שהיא תפיסה יותר **אוניברסלית** (כמו למשל עקרונות מוסריים), לתפיסות הלאומיות של המשפט. הן אומרות שהמשפט היא מערכת עבה יותר. היא קשורה **לתרבות מסוימת**. כאשר התרבות שונה, כך גם המשפט. הם טוענים שמשפט מבטא את התרבות, את רוח העם.

חברת המשפט העברי

לכן, קמה ב1918 במוסקבה חברת המשפט העברי. מיד אחרי הכרזת בלפור. חברת המשפט העברי מקימים אותה בדיוק בשביל ייצוג התרבות דרך המשפט. חלקם משפטנים חילונים – **שמואל אייזנשטדט** **ופנטיאל דיקשטיין**, וחלקם משפטנים דתיים – **אשר גולק** (הפרופ' הראשון למשפט העברי באוני' העברית). הרעיון מלכתחילה הוא חילוני. זהו חלק מהחזון הציוני, אולם גם דתיים היו בתנועה זו.

**חברת המשפט העברי מייסדת כתב עת, ומפרטת בהקדמה את החזון שלה (שמואל אייזנשטדט):** 'חקירת המשפט העברי, ההיסטורי, והפריית המחשבה המשפטית המקורית, שתי המטרות העומדות לפנינו. יש להן בשעה זו לא ערך עיוני בלבד, כי אם גם ערך מדיני מעשי.' **בעצם שמואל מציב שתי מטרות:**

* פירוש ההלכה – חקירת המשפט העברי ההיסטורי
* חידוש ההלכה – הפריית המחשבה המשפטית העברית

הוא לא חושב רק על חקירה היסטורית, אלא הוא גם רוצה לחפש משהו מעשי!

מהי מטרתו? 'גם האוטונומיה הגלותית, גם המרכז שבא"י, זקוקים לחוקים משפטיים שיגדירו את הצורות החיצוניות של חיי האומה.' חידוש המשפט העברי בעצם **מטרה מדינית** – היהודים חיים בקהילות באירופה, וחידוש המשפט העברי יחזק ויגדיר אותם.

לפי אייזנשטדט, חזון המשפט העברי הוא **מודרני!** זוהי לא ההלכה העתיקה. הוא לא חושב ליישם את ההלכה כפי שהיא, ואף גם לא את ההלכה המשפטית. ברור שההלכה היא עתיקה ועל כן היא צריכה חידוש, כשם שחידשנו את השפה העברית. בעצם, החזון מבחינתו הוא לקחת את המשפט העברי העתיק, וליצור ממנו משפט חדש.

'ידוע הוא שבמשך אלפי שנות חיינו ההיסטוריים נשאה עלינו כל תרבותנו חותם דתי, וההלכה המשפטית הייתה קשורה ואחוזה בהלכה הדתית , עד שבכמה עניינים קשה לקבוע גם היום את הגבולות ביניהן' – המשפט העברי הוא משפט דתי **ויש ביניהם קשר**. לדוג', דיני משפחה; איסורי עריות, כהן וגרושה, פסולי חיתון.

'במשך עשרות השנים האחרונות התחיל בספרות התהליך של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת, ואנו באים רק להמשיך תהליך זה ולהכשיר את משפטנו לקיום חילוני' – החזון של המשפט העברי הוא **חזון של התחדשות!** לא לחזור להלכה הדתית המקורית, אלא ליצור על גבה או מתוכה משפט חדש מודרני חילוני.

חבורה זו לא יכלה להישאר הרבה זמן במוסקבה באותה עת, בגלל המהפכה הבולשביקית שגררה עימה בין השאר רדיפות יהודים. לכן כעבור שנה הם עולים לא"י. בא"י הם מוצאים מציאות שהתפתחה כבר תחת השלטון העות'מאני. בישראל התפתחה כבר התנועה **'משפט השלום העברי',** שהייתה שונה. היא רשת של בתי משפט פרטיים שפעלו בדרך של בוררות. היישוב החדש שמגיע לא"י בתקופה זו (לאחר העלייה השנייה) מגיעים יהודים, היישוב החדש, וכאשר מתגלים סכסוכים הם מרגישים בבעיה.

משפט השלום העברי

המשפט העות'מאני ידוע בשחיתות, והיהודים שמגיעים ארצה לא רוצים להישפט בה. יש להם אפשרות אחרת – בתי משפט רבניים. אולם אנשי העלייה השנייה הם חילונים. לכן הם מחליטים להקים רשת של בתי משפט פרטיים, וקוראים לה 'משפט השלום העברי'. הם לא רוצים בתי משפט שכפופים להלכה, וכן הם גם לא רוצים בתי משפט משוחדים.

בתי משפט אלה הם עממיים קהילתיים, הם לא פוסקים לפי קודקס מסוים. מבחינה טכנית – אין קודקס כזה. מבחינה אידיאולוגית – מושפעים משיטת המשפט החופשי בגרמניה, שהיא מדברת על שיטת משפט פחות פורמלית ויותר עממית.

הדמיון והשוני בין חברת המשפט העברי למשפט השלום העברי:

**הדמיון:** שאיפה להקים משפט עברי, יהודי, לאומי, מודרני, חילוני.

**השוני:** אנשי חברת המשפט העברי דרשו יותר לפעול לפי המשפט העברי המסורתי, לחדש אותו. הם חשבו כמשפטנים ולא באופן עממי. דבר זה מעורר את השאלה – מהו משפט עברי שעליו אנו מדברים? האם זו הלכה או משפט עברי חדש? יש אנשים שרואים בשם 'משפט עברי' כינוי להלכה, ואחרים רואים זאת כמשפט עברי חדש.

**המושג 'משפט עברי'**

**אשר גולאק:** פרסם בדיוק לפני 100 שנה, ב1922, את ספר המבוא הראשון של המשפט העברי. הוא שימש כספר המרכזי ללימוד משפט עברי (עד מנחם אילון). הוא מגדיר מהו משפט עברי – 'השם משפט עברי כולל את כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו והתקופות הקדומות ביותר עד ימינו. הוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית השולטת.'

בשביל אשר גולאק, השם 'משפט עברי' כולל את כל האוצר של המשפטים. הוא בעצם מדבר על **המשפט המסורתי**, על ההלכה. משפט זה הוא משפט אחיד. זוהי שיטת משפט אחת שהיא נקראת משפט עברי.

המונח 'עברי' היה מועדף על הראשונים מאשר המונח יהודי. הוא בא כניגוד לו. זאת מפני שהראשונים חשבו שהיהודי מציין את הדת, את הגלות – דבר שהתנועה הציונית רצתה להתנגד לו. המושג עברי מציין את הקשר לארץ – ארץ ישראלי לאומי.

לכן, מייסדי חברת המשפט העברי נועדה **להבדיל אותו מההלכה**. בעצם אשר גולאק מסמן את האגף הדתי, ואחרים (כמו **אייזנשטדט**) התרחקו לכיוון השני ואמרו **שהמשפט העברי הוא חידוש ההלכה** ואף אחרים אומרים שהיא **יצירה ארץ ישראלית חדשה, שלה אין קשר להלכה**.

**אשר גולאק ממשיך במאמר נוסף:** מדבר על דרך המלך שעל פיה צריך ללכת בחזון המשפט העברי, ומזהה את ההתנגדויות הצפויות ומבהיר לנו בפני מה אנו עומדים. הוא אומר שהדבר עלול ליצור התנגדות משני הצדדים.

'הפרוגרסיביים (חילונים ליברליים) יראו בדבר את השלטת השולחן ערוך בחיינו. ואין מקום לקנון דתי מימי הביניים בחיים תרבותיים של מדינה מודרנית. אלה שבמפלגת החרדים שהם יראים מכל תנועה של התפתחות המביאה לידי שינויים יתנגדום כן... הם התנגדו למשפט עברי...' – **אלה שבמפלגת החרדים יתנגדו לתחיית המשפט העברי** – הם ירצו את השלטת השולחן הערוך ללא חידוש שלו.

**לפי אשר גולאק, שני אמצעים להשגת המשפט העברי:**

* קבלת המשפט המסורתי, ההלכה כבסיס
* חידוש ההלכה

מי שלא מוכן לאחד משני אלה, הוא יתנגד למטרה.

הוויכוח הזה חידד את הוויכוח על המשפט העברי בתקופה הזו (תקופת המנדט). מצד אחד, עדיין שיטת משפט השלום העברי פועלת. מתנהל וויכוח סביב העניין, **והאגף הדתי מחדד את הצורך להסתמך על ההלכה**:

**הרב פישמן (מימון):** 'בכל שנות גלותנו שמרנו על אופיינו הלאומי ועל תכונותינו ועל צביוננו המיוחד. היה לנו משפט משלנו, ספר חוקים משלנו, משפטים וחוקים הבנויים מיסוד אספקלריית חיים מיוחדת. עכשיו כשיש לנו הצהרה כאין זו על זכותנו, יהיה זה חטא ופשע לאומי אם נעקור משורשו את המשפט העברי הלאומי שלנו ולהפקיע את זכויותיו שנתערו **בנשמת האומה.**'

הרב אומר כמה דברים:

* המשפט של המדינה יהיה מבוסס על המשפט העברי המקורי – על ההלכה
* הרב משתמש במונח משפט עברי. **הוא לא רואה בו מונח המייצג את המשפט העברי החדש.**
* משתמש בשפה "נשמת האומה, רוח האומה". שפה המבססת את **הקשר בין המשפט לתרבות**. הוא אומר שעל בסיס משפט ההלכה נבסס את משפט המדינה.

'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 אצלינו, אצל עם ישראל, הדת והמדינה אחוזות ודבוקות זו בו, וכל הרוצה להפריד ביניהן את נפש האומה הוא קובע'. קובע, הכוונה פוגע בה. פוגע בנפש האומה.

**הרב מימון מתנגד לאנשי המשפט העברי שמפרידים את היסוד הדתי מהיסוד המשפטי**. הוא אומר שהפרדה כזו היא בלתי אפשרית! הפרדה כזו תפגע בנפש האומה. הוא מייצג בלי ספק את האגף הדתי. הוא יכול לקבל את תנועת המשפט העברי בעירבון מוגבל. הוא מוכן לעשות שינויים מסוימים וחידוש להלכה, אך הוא רוצה שיהיה למשפט ההלכה מקום מרכזי 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 גאוותינו כי היא חוכמתכם ובינתכם לעיני כל העמים. גם אלה שהאמונה לא הייתה נר לרגלם האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי'

אם כן, נראה שהרבנים האלו (ברלין, מימון), משתמשים באותה שפה. הם לא מסתייגים מן המינוח 'משפט עברי'. יחד עם זאת, **מתחיל להיווצר איזשהו פער בין האגף הדתי לחילוני.**

* החילונים – רואים במשפט המדינתי יצירה מודרנית
* הדתיים – מדגישים את המחויבות להלכה

**הרב יצחק הלוי הרצוג** היה דמות חשובה, ובאותה עת היה הרב הראשי של א"י. הוא שומע את הוויכוח הזה על המשפט העברי. מצד אחד לאנשים דתיים יש סימפטיה לרעיון משפט עברי. מצד שני, המשפט העברי בשבילם הוא ההלכה. הרב הרצוג **מתנגד לשימוש במונח משפט עברי,** ומוכן להשתמש במונח 'משפט התורה'. זאת מאחר שלדעתו המשפט המחייב הוא התורה. הוא מודע לצורך לעשות שינויים ומקדיש לכך לא מעט, אך הוא נשאר נאמן למונח "משפט התורה". הוא מבקר את ההשוואות שעושים לשיטות משפט זרות, הוא לא רוצה ללמוד משיטות זרות. יחד עם זאת, הוא מבין את הצורך בחידושים ושינויים וכתב ספר מאוד חשוב (**חוקה לישראל**), והוא מתמודד עם שאלת התאמת משפט התורה לדמוקרטיה. הוא אומר שאנו צריכים **לאמץ לתוך ההלכה רעיונות דמוקרטיים**. מכאן **שגם הוא שותף לצורך בשינוי, אך מסתייג מן השם**.

**על מה הוויכוח?**

**סמכות החידוש: תיקונים או תקנות?**

ישנה הסכמה רחבה שמשפט ההלכה לא יכול להיות כפי שהוא המשפט המדיני. אולם, מי בעל הסמכות לשנות את המשפט העברי? להתקין תקנות?

חברת המשפט העברי – חלק מהרעיון של התחייה הוא שאנחנו כמשפטנים מודרניים, ניצור מתוך ההלכה תיקונים או תקנות ללא מנגנון מסובך. נשנה ונתקן

הדתיים – הסמכות היא של הרבנים. אדם פשוט לא יכול לתקן את ההלכה.

**מה חשבו האנשים הדתיים בתוך תנועת המשפט העברי (כגון אשר גולאק, אברהם חיים פריינמן) על אפשרות השינוי והתיקון של ההלכה?** **לא רואים עצמם מחויבים לרבנים**. הם היו שמחים אם רבנים היו עושים זאת, אך אינם חושבים שזה מוכרח. זה גם מה שמאפיין את **מנחם אילון** (שהיה אחד המובילים בתנועת המשפט העברי לאחר הקמת המדינה). הוא חשב שבתור משפטן יש לו את האפשרות לחדש.

מצד שני, רבנים רבים **(מימון**, **ברלין**, **הרצוג)** חשבו ששינויים בהלכה צריכים לבוא בדרך של פסיקה רבנית, או תקנות של הרבנות הראשית. מנק' מבט פנימית של ההלכה אכן צריך להיות גורם מוסמך כגון אלה.

אחרים אמרו שזה נכון מנק' מבט פנימית, אך הם אומרים **שעלינו להסתכל בנק' מבט חיצונית.**

וויכוח זה יצר פער גדול מאוד בין האגף הדתי לחילוני.

דוג' לפער: דיני ירושה. לפי ההלכה, רק הבנים יכולים לרשת (למעט מקרה בנות צלופחד, בו לא היו בנים ואז הבנות ירשו). לפי המציאות כיום, קשה לחשוב שלנשים אין זכות לרשת. בנוסף, בן בכור עפ"י ההלכה זוכה לפי שניים משאר אחיו.

* הנשים אמנם לא ירשו, אך כן קיבלו מזונות. לעיתים סכום המזונות היה גבוה יותר מהנחלה. אולם אין הוויכוח קשור לסכום, אלא מבחינה עקרונית.
* מה עושים בתי הדין הרבניים בפועל? הרי גם למשפחות חרדיות יש אי-נחת מההלכה הזו. המנגנון המרכזי שפועל הוא מנגנון של **פשרה.** המשפט העברי ההלכתי מכיר בפשרה כמנגנון משפטי. כאשר בעלי דין באים לבית דין, הם מראש נותנים לדיינים הסכמה לפסוק בדרך של פשרה. מכאן שבתי דין רבנים בד"כ פוסקים בירושה בדרך של פשרה, ונותנים לבנות חלק מהירושה. לכן מבחינה מעשית זה אותו דבר. אולם במדינה מודרנית **לא ניתן להשאיר חוק כך** (מבחינה עקרונית), אלא צריך לשנות זאת.

**הרב הרצוג** הציע לקבוע בתקנות של הרבנות הראשית שהבנים והבנות יורשים בשווה. מכיוון שמדובר בדיני ממונות, ובדיני ממונות ניתן לתקן תקנות, הוא הציע זאת. חבריו לרבנות הראשית לא הסכימו עימו. לכן, התקנה הזו נפלה. אנו רואים **שגם בתוך האגף הדתי יש אי-הסכמה**. בין השאר, זה מה שהביא למשבר בחברת המשפט העברי.

בשנות ה-20, תנועת משפט השלום העברי, בתי המשפט הבוררים המשיכו להתקיים, אולם אט אט הם שקעו. בשנות ה-30 זה כבר נגמר. מדוע? אחת המוטיבציות הייתה המשפט הטורקי (שלא היה מקובל בגלל השחיתות שבו). אנשים רבים שנמנעו לפנות לבתי משפט אלה, מצא חן בעיניהם לפנות לבתי משפט הפועלים לפי המשפט הבריטי.

גם חברת המשפט העברי הגיעה לידי משבר:

1. משבר אידיאולוגי – לגבי מהו משפט עברי, ובעיקר מנגנון השינוי והתיקון.
2. משבר כלכלי – חברת המשפט העברי פשטה רגל בשנות ה-30. כארגון ממוסד, חברת המשפט העברי נעלמה.

**בעצם היו 3 חזונות עיקריים שונים**:

1. החייאת המשפט העברי המסורתי וליצור ממנה שיטת משפט מודרנית (מסורתיים)
2. יישום ההלכה כמשפט המדינה עם תיקונים מסוימים (חרדים)
3. משפט עברי מקורי לגמרי ומנותק ממהלכה (חילונים)

זה הביא למשבר של התפרקות חברת המשפט העברי. מצד שני, עצם הרעיון של משפט עברי, משפט ששומר על קשר מסוים עם המשפט העברי המקורי, נשמר!

המשבר האידיאולוגי היה גדול יותר. משבר זה פוגש מציאות שבה יש משפט נוהג אנגלי אפקטיבי, מוצלח, וכאשר ירצו להקים את המדינה ב1948, לא עמדה על המדף שום הצעה קונקרטית שניתן היה להציע.

* הכישלון היה שהיא לא הצליחה להעמיד קודקס משפטי שניתן ליישום.

ב-30 השנה שעברו מהקמת החברה למשפט עברי (1918) עד הקמת המדינה (1948) **לא נוצר קודקס משפטי שאפשר היה להביאו למעמד ראוי.** דבר זה נבע בגלל אותו משבר אידיאולוגי. לכן, בהקמת המדינה היה מוכרח לאמץ את המשפט הבריטי הנוהג כנק' התחלה. מכאן שחזון המשפט העברי נשאר, ובהמשך נראה שנעשה ניסיון לומר שאנו מחוקקים חוקים בעלי זיקה למשפט העברי.

**שיעור 3 – 15/11/22**

**המשפט העברי עם הקמת המדינה**

הסוכנות היהודית הקימה וועדת מצב שתפקידה להכין את המדינה. בתוך הוועדה הייתה מועצה משפטית. תפקיד המועצה היה להכין את המשפט במדינה העתידה לקום.

יו"ר המועצה היה **דב יוסף**, שהיה המזכיר המדיני של הסוכנות, לימים היה שר בממשלת ישראל. דב יוסף מעלה בפני המועצה את השאלות העקרוניות לגבי המשפט שעתיד להיות בא"י:

1. **מה תהיה השיטה היסודית בחוק הארץ? האם כמו האנגליה, COMMON LAW (שיטת משפט אנגלו אמריקאית), או שיטת הקודיפיקציה?**

בשיטה הקונטיננטאלית השופט פעיל וחוקר, ובאנגלית זוהי שיטה שהשופט אינו פעיל. הבדל נוסף הוא מקור המשפט – השיטה האירופית ממשיכה את המשפט הרומי העתיק, והיא מבוססת על קודיפיקציה. כלומר, על חקיקה. המחוקק הוא מקור החוק. החוק מתכוון לכסות את כל התחומים בכל נושא, לתת פתרונות מלאים, ותפקיד השופטים ליישם את החוק. התפיסה דומה להפרדת רשויות קלאסית. הם לא מקבלים את עקרון התקדים המחייב כעקרון משפטי. כל שופט פונה ישירות לחוק ולא לתקדימים.

בשיטה האנגלית, מרכזה אינו החוק, אלא ביהמ"ש. הקומון לו התפתח במהלך ימי הביניים ע"י פסיקות של ביהמ"ש ולא התחיל מחקיקה. הפרלמנט באנגליה היה מתערב בכל נקודת זמן, מדי דור או שניים, אסף את התקדימים, מתקן מה שהוא רוצה לתקן, וקובע את החוק. מכאן שלפרלמנט הייתה עליונות ביחס לבתי המשפט, אולם שם המשפט התחיל מבתי המשפט. העקרון המחייב הינו עקרון התקדים, בתי המשפט הם יצרו את החוק.

דב יוסף שואל באיזו שיטה יש להשתמש? רבים ממלומדי ישראל למדו באירופה.

1. **האם ננהיג את החוק היהודי כיסוד לחוק המדינה או ניקח את חוקי ממשלת המנדט כבסיס ונוסיף להם חוקים המתאימים לארץ נאורה ומתקדמת?** יש תנועה למשפט עברי שכל הזמן רוצה ליצור על בסיס המשפט היהודי משפט, שיישם את החוק הזה במדינה העתידה לקום. מכאן השאלה האם להשתמש בחוקי התורה, או בחוקי המנדט. תיאורטית, ניתן לקחת את חוקי המנדט וללכת לשיטה קונטיננטאלית (שילוב. ניתן לקחת את המשפט הקיים (עות'מאני ומנדטורי) כבסיס לחקיקה, ולקבוע שאנו פועלים לפי השיטה הקונטיננטאלית). בעצם מדובר בשתי שאלות שונות.

האם הייתה אפשרות לקחת את המשפט העברי? האם יש לנו קודקס חוקים שניתן לבנות עליו משפט? לא ניתן לקחת את הרמב"ם, השו"ע. הם מדברים בשפה של ימי הביניים. צריך לקחת את מה שהם אומרים ולהפוך אותם למודרני.

**האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי**

1. אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי – היו כאלו שחשבו שזה מעשי – **השופט זילברג**. לדעתו ניתן לנסח קודקס משפטי על ההלכה. אולם, ההלכה לא תמיד יכולה להיות הבסיס לחוקים; לדוג', מבחינת דיני עונשין, ההלכה קובעת שיש עבירות מסוימות שדורשות מיתה. זהו דבר שאין לעשות זאת בעולם מודרני כיום. בנוסף, לפי המשפט העברי יש להרשיע מעל לכל ספק – רף גבוה ביותר שהרמב"ם מצדיק אותו, לעומת הדין הפלילי הדורש מעל לכל ספק סביר. לכן צריך לאמץ שיטה אחרת. אכן בימי הביניים אימצו שיטה אחרת. מכאן שהמשפט הפלילי לא מעשי. אולם במגזר האזרחי ניתן לנסח קודקס כזה. יחד עם זאת, הדבר לא יושם. במהלך 30 שנה של התנועה לא יזמו וניסחו קודקס כזה.
2. הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה – יש לבחור למשל את המשפט הבריטי, ניקח את המשפט האנגלי שהוא המשפט הנוהג, נאמץ אותו, ומעכשיו נחוקק. ננסח הצהרה עקרונית שהחקיקה שלנו מעכשיו מבוססת על המשפט העברי.
3. ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בהפניה למשפט העברי – הצעה מעשית. כדי להיות מדינה עצמאית יש לבטל את סימן 46, ונציע לו חלופה. בחלופה נקבע שבמקום שאין תשובה, נפנה למקורות המשפט העברי.

שתי ההצעות האחרונות היו מעשיות ועמדו על הפרק.

**פנחס כהן מציע הצעה שלמה לחוקה:**

1. המשפט שהיה קיים בישראל ביום מתן החוקה יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, וכל עוד לא בוטל ולא תוקן על ידי בית הנבחרים. סעיף זה אומר שהמשפט שהיה קיים, הבריטי המנדטורי, עד מתן החוקה, **יעמוד בתוקפו**!
2. תחיקת המדינה תהא מושתתת על עקרונות יסוד של המשפט העברי. הצהרה עקרונית שמעכשיו החוקים יבוססו על המשפט העברי (לא זהה, אבל מושתת). העקרונות האלה ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים – כבר לפני שמחוקקים חוקים עתידיים, כאשר מתעוררת שאלה שאין לה תשובה בחוק, יש לפעול בהתאם למשפט העברי. מכאן שמדובר **בהחלפה של סימן 46**.

הצעת החוקה של כהן (מזכיר הוועדה המדינית של הסוכנות היהודית) ניסח הצעה הנותנת מקום למשפט העברי בשתי צורות:

* הצהרה עקרונית שנתבסס על זה
* מעכשיו, במקום סימן 46, נפעל על פי זה

הוחלט באופן כללי **לא לאמץ חוקה!** הייתה התנגדות של גורמים שונים: בן גוריון, דתיים, החלטת הררי (חוקי יסוד ולא חוקה). בכל מקרה, הצעה זו מהווה הצעה מעשית לתת מקום רשמי למשפט העברי.

**הצעתו של פלטיאל דיקשטיין:**

כל החוקים שהיו קיימים בזמן המנדט יישארו בתוקפם. בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוהגים בנקודה מסוימת או שיש בהם דו משמעות או סתירות, על בתי המשפט להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצורכי הזמן.

כאן יש הפניה מפורשת להחליף את סימן 46 בפסקי הלכות של המשפט העברי.

* ההבדל בין דיקשטיין לבין כהן: בקודם נאמר "עקרונות יסוד של המשפט העברי" דבר מופשט יותר. בהצעה זו יש פנייה קונקרטית – "פסקי הלכות". אם כי יש סייג "בהתאם לצורכי הזמן", כלומר אנו לא מחויבים לכל מה שההלכה אומרת, אלא לוקחים משם מה שמתאים לנו בהתאם לצורכי הזמן.

אלו ההצעות המעשיות שהיו על השולחן. לא מעשי לחוקק חוק כולל, אבל כן מעשי לומר שאנו רוצים לחוקק חוקים על בסיס המשפט העברי, וכן לבטל את סימן 46.

**מה קרה בפועל?**

5 ימים לאחר הקמת המדינה, מחוקקים חוק ראשון שמועצת המדינה חוקקה, "הפקודה לסדרי שלטון ומשפט". חוק זה בעל אופי חוקתי. הוא הבסיס שעליו כל החקיקה תעמוד.

**ס' 11:** המשפט שהיה קיים בא"י ביום הקמת המדינה, יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיחוקקו ע"י מועצת המדינה הזמנית או על פיה, בשינויים המחויבים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה.

הפקודה אימצה את ההצעה לאמץ את המשפט הקיים, ומעכשיו אנו נחוקק. יחד עם זאת, הפקודה לא הצהירה הצהרה עקרונית לגבי החקיקה העתידית, לא אמרה מה יהיה מעכשיו (ניתן לומר שהצהרת כוונות זהו לא עניין לחוק, אלא היא תבוא ע"י הממשלה או גורם אחר. חוק צריך לומר דברים מחייבים ולא כוונות). פקודה זו לא נוגעת גם בסימן 46. זהו דבר מפתיע, כי סימן 46 קושר את מדינת ישראל ומכפיף אותה לפסיקות ביהמ"ש באנגליה. בעצם מדינת ישראל וויתרה על עצמאותה בתחום המשפט.

למה סימן 46 לא בוטל והחליפוהו בהוראה שתפנה למשפט העברי?

הייתה וועדת מועצה משפטית. היא חשבה על כך. למה זה לא הצליח? מתברר שהצעה זו הייתה לפני הוועדה שהתכנסה בת"א והחליטה בעד. הוועדה בת"א החליטה שאכן צריך לקבוע סעיף שסימן 46 בטל, וכאשר אין תשובה בחוק יש לפנות למשפט העברי.

**שני הסברים:**

1. זה לא קרה כי הייתה וועדה בירושלים שלא החליטה כך. יש לזכור שאנו נמצאים במלחמת השחרור. יש מצור על הדרך לירושלים. בן גוריון עסוק בניהול המלחמה ולא במשפט. **רון חריס** אומר שהסיבה לכך שהצעה זו לא התקבלה היא היסח הדעת. כלומר, הייתה תקלה – ההחלטה בת"א לא עברה לירושלים, לא הייתה תקשורת, ובירושלים לא חשבו עד הסוף לגבי סימן 46. **מדובר בהחמצת הזדמנות היסטורית בהיסח הדעת** (לדבריו של רון).
2. **עמיחי רדזינר** עשה מחקר נוסף ומצא לזה הסבר אחר – הוא מצא שגם בוועדה שישבה בירושלים, רוב הדעות היה לקבל את ההצעה. אולם, מזכיר הוועדה היה עו"ד חיים כהן שנחשב כאוהד המשפט העברי. לכאורה, הוא היה בעד זה. אולם, פרופ' רדינזר הגיע למסקנה שהוא היה הגורם שהתנגד לכך, משום שמה שעמד בפני הוועדה היה החשש להסתמכות יתרה על ההלכה הקיימת – לכך חיים כהן התנגד. הוא האמין בחידוש המשפט העברי, ולא כפיפות להלכה.

**מדיניות החקיקה**

לכאורה, למשפט העברי אין מעמד פורמלי במדינת ישראל, בעת שקמה. לגבי המדיניות יש הצהרה:

**שר המשפטים**: '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. תקוותינו היא שבקרוב נוכל לגשת להחלפת החוקים האלה בחוקים חדשים שיהיו מתקדמים יותר ויחד עם זה יינקו מהמקורות של המשפט הלאומי שלנו'

הצהרה עקרונית שמדינת ישראל תיגש למפעל חקיקה חדש, מודרני, שהוא מתאים למדינה מודרנית אבל יונק מהמשפט העברי.

* היו משפטנים שהאמינו בביטול סימן 46, ללא הצעה לחלופה שלו. באנגליה עצמה אין הוראה כזו, משום ששיטת המשפט שם היא שהשופט הוא מעין מחוקק. מדוע עשו סימן כזה בישראל? בסופו של דבר אימצנו את שיטת התקדים המחייב.

אנו נמצאים במצב שאין לנו קביעה על מעמד מיוחד של המשפט העברי, וישנו משפט ישראלי חדש – משפט מנדטורי שעל גביו נחוקק חוקים.

יחד עם זאת, אנו רואים שישנם חוקים שכן מושתתים על המשפט העברי:

* **חוק איסור לשון הרע** – החוק שואב, לפחות בלשונו, רעיון מהמשפט העברי. בהצעת החוק נאמר "סוגיית לשון הרע, פרטיה דיניה ואיסוריה – שורשים קדומים לה במסורת המשפט העברי. בספר ויקרא נאמר "לא תלך רכיל בעמך (יט 16) וחכמים המשפט העברי ראו בלשון הרע "עוון גדול הגורם להרוג נפשות רבות מישראל" (רמב"ם, דעות ז א). כמה מן העקרונות והחידושים שבהצעה זו נדיונו בהרחבה בספרות ענפה של המשפט העברי".
* **חוק הגנת השכר** – לא תלין פעולת שכיר. שר העבודה (אלמוגי): "החוק המוגש בזה ... נועד למניעת חזיון קשה בחיינו, חזיון שההכרה המוסרית, החברתית והמשפטית של עמנו הוציאה עליו משפט שלילי עוד בימי קדם, כפי שנאמר בספר ויקרא: לא תלין פעולת שכיר אתך" (יט 13) וכן במשלי "אל לרעך לך ושוב ומחר אתן" (ג 28)".
* **חוק פיצויי פיטורים** – התפתח נוהג, כבר ביישוב העברי טרם הקמת המדינה, שכאשר מפטרים מישהו מפצים אותו (עוד לפני שחוקק החוק) וזאת בהשראת המשפט העברי (שנותן לנוהג מקום מרכזי במשפט – האם המנהג הוא מחייב). חוק זה בעל מקור מעניין במשפט העברי – דין עבד. ביהמ"ש ציין **בוולפסון נ' חברת ספיניס** שרעיון הפיצויים נעוץ בדיני העבד בספר דברים. כאשר אתה משחרר את עבדיך, יש לשלוח אותו עם צאן ועוד. מצוות הענקה זו מוגבלת לעבד, אבל אחד מהראשונים (ספר החינוך) אומר שמצווה זו מהווה דין של עבד עברי שנהג רק בזמן בית המקדש ולא נוהג היום. אולם, מכך מעביד צריך ללמוד לקח, כאשר יש שכיר בכל מקצוע, כאשר הוא מפסיק לעבוד (ובייחוד בפיטורים) יש לתת לו פיצויים.

אנו רואים דוגמאות שהחקיקה החדשה הישראלית השתדלה להיות באיזשהו אופן בנויה או קשורה למשפט העברי. אולם אנו רואים שזהו חוקים שחוקקו גם במדינות אחרות, שלהן אין קשר למשפט העברי. מכאן שבישראל הייתה מטרה עקרונית לחוקק חוקים שכאלו, ועל הדרך ביססו אותם על המשפט העברי. השאלה שנעסוק בה היא האם באמת אנו נוקטים בהסדרים ספציפיים של המשפט העברי?

**חוק הירושה**

היה צריך לחוקק חוק ירושה חדש עם הקמת המדינה, ועל כך עבדו משנות ה-50. ההצעה הוצעה ב-1952.

בהצעת החוקה רושמים שהמשפט העברי הוא אחד מהמקורות להצעת החוק, אולם הוא לא היחיד – הוא בנוסף למשפט הקיים בארץ, וכן גם חוקים של ארצות זרות. נאמר בהצעה כי עלינו לחדש את המשפט העברי (שכן לא ניתן לחוקק חוק הקובע הסדר שאישה לא יכולה לרשת).

הם אומרים שאין מדובר בקודיפיקציה של המשפט העברי, אלא התערבות מהותית בהסדרים והצעת דבר אחר. לא השתמשו בפיקציות משפטיות של המשפט העברי, אלא קבעו את הדברים במישרין, בנוסח חופשי ובלתי תלוי בנוסחאות המסורתיות. למשל, כאשר אישה רוצה לרשת למרות שיש לה אחים גברים, ניתן לחתום על הסכם פשרה וכך האישה תוכל לרשת (**דנו על כך לעיל, בשיעור 2**).

* מה קורה במצב שבו הצדדים לא רוצים שהדיינים יפסקו בהתאם לדין פשרה? לא מקבלים זאת. כאשר הצדדים חותמים להתדיין בבית דין רבני, הם גם חותמים על הסכמה לפשרה.
* מדוע אם כך הדבר לא אומץ בחוק? משום שהחוק או אקספרסיבי, הוא מביע השקפה. הוא לא יכול להביע השקפה האומרת כי נשים לא יכולות לרשת.

**כמה מעקרונות הירושה לפי המשפט העברי**

* הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן אוטומטי, ואינו תלוי במוריש ולא ביורשים.
* אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה (מחיים).

לפי ההלכה, אי אפשר לקבוע בצוואה שהירושה תעבור לאחר המוות לבן אחד ולא לבן השני, או לאיש אחר ולא לבנים בכלל. אי אפשר לקבוע ירושה שסוטה מן הדין. כן ניתן לתת "מתנה מחיים". אדם בחייו יכול לתת מתנה למי שהוא רוצה. אפשר לתת מתנה מהיום, כאשר בפועל היא תחול לאחר המוות (למשל, אני נותן מתנה זו לפלוני לאחר מותי).

המשנה קובעת הלכה ומדברת על אדם שהוריש את נכסיו לחבריו ולא לבניו (כמתנה). יש כוח במתנה לעקוף את הירושה לפי דין, אולם אין דעת חכמים נוחה הימנו. דבר זה אינו ראוי.

באופן משפטי (וגם לפי ההלכה), אדם יכול לנשל את היורשים עפ"י דין ולתת את הנכסים למישהו אחר.

* יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין – צאצאי אביו, ואם אין – צאצאי אביו – עד סוף כל הדורות. לפי ההלכה, אין אדם בישראל שאין לו יורשים (למעט גר, שאותו יורש בית הדין).
* הבכור יורש פי שניים מחלקו של כל אחד מן האחים
* הבנים יורשים והבנות אינן יורשות, אלא במקום שאין בנים.
* האישה אינה יורשת את בעלה.

**מה מן ההסדרים האלה מאמץ החוק?**

1. במות אדם עובר עזבונו ליורשיו – מתקבל העיקרון של ירושה אוטומטית.
2. היורשים הם יורשים עפ"י דין או זוכים עפ"י צוואה. הירושה היא עפ"י דין זולת במידה שהיא עפ"י צוואה – זכייה עפ"י צוואה, כגון מתנה. לפי החוק הישראלי, הירושה יכולה להיות בין לפי דין, ובין לפי צוואה.
3. יורשים עפ"י דין הם מי שהיה במות המוריש בן זוגו, ילד המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם. החוק **סטה מההלכה בכך שהוא מגביל את הירושה עד הורי ההורים**, ולא עד סוף הדורות (סיבת הסטייה היא יעילות וודאות).
4. ילדי המוריש חולקים ביניהם בשווה, וכן חולקים הורי המוריש ביניהם הורי הוריו ביניהם בשווה – החוק ביטל את דין הבכור, וגם את ההבדל בין בנים ובנות. החוק סטה ממקום שבו המשפט העברי קבע הסדרים שלא מתאימים לעקרונות הכלליים של המדינה (כגון השוויון).
5. באין יורש, תירש המדינה כיורשת עפ"י דין

האם בכלל המשפט העברי השפיע על חוק הירושה? הצעת החוק לא היססה לשנות את חוק הירושה העברי: "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."

ישנו עניין אחד שבו ציינו מציעי החוק שבו המשיכו את המשפט העברי – מזונות מן העיזבון. כאשר חלק מן היורשים זקוקים למזונות והיו סמוכים על שולחנו של המוריש (ילדים קטנים) או שהם זקוקים יותר כי הם חולים/נכים וכו', אז יש להם זכות לקבל מזונות מהעיזבון, יותר מאשר החלק היחסי שלהם בירושה. כלומר, במקום שיש צורך, זה גובר על ירושה ועפ"י דין צוואה (הדבר קשור לנישול אנשים מירושה). המציעים כתבו שהמקור הוא המשפט העברי, והשתמשו בו.

**משנה כתובות יג ב:** אם יש מצב שבו אין מספיק נכסים כדי לתת מזונות לבנות, אנו לא נחלק את הנחלה לבנים, אלא נותנים לבנות את המזונות, אפילו אם זה אומר שהבנים יקבצו נדבות. בעצם, ההלכה קבעה עדיפות ברורה לנזקקים (הבנות) על פני הירושה. המחוקק הישראלי אימץ עקרון זה.

לסיכום, אנו רואים שחוק הירושה הוא דוגמא טובה לכך שמצד אחד יש לו מקור ופירוט במשפט העברי, ומצד שני חלקם אינם מתאימים למשפט המודרני. המחוקק שואף לקחת הסדרים מתאימים מהמשפט העברי, ואלה שלא מתאימים – לא. זה מדגים את היחס הסלקטיבי של המחוקק אל המשפט העברי אחרי הקמת המדינה.

**שיעור 4 – 22/11/22**

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

אם מסתכלים על זה מנק' מבט דתית הלכתית, האם דבר זה הוא דבר רצוי/ראוי או חסר ערך/מזיק?

לכאורה רבנים אמורים לרצות לאמץ את ההלכה, שכן זהו המשפט שלפיהם ראוי לפעול על פיו. אולם הדברים אינם כה פשוטים, שכן אין מדובר באימוץ של ההלכה באופן מלא. לא מבחינה מהותית באימוץ כל חוקי ההלכה, ובוודאי לא אימוץ של הערכאות ההלכתיות. ברור שבתי המשפט של המדינה כיום הם אזרחיים ולא תורניים. האנשים שיושבים בהם, עפ"י ההלכה, אינם כשרים לדון.

לכן, ברור שכאשר אנו קולטים את המשפט העברי, אנו מדברים על קליטה סלקטיבית וחלקית שלו. לא מאמצים את ההלכה כפי שהיא, אלא מאמצים ממנה חלקים נבחרים. השאלה היא האם יש טעם בדבר כזה.

העמדה הרבנית הקלאסית הייתה ועודנה שההלכה היא גוף שלם וצריך לאמץ את כולו. אי אפשר לעשות בו שינויים סלקטיביים! דוגמא:

**הרב א"י וולדברג:** 'בתורה שבכתב ושבע"פ נמצא כל החוקים והמשפטים השייכים למדינה והלכותיה ובה פתרונים לכל הדברים שבין אדם לאדם ובין אדם למדינה לכל התקופות והדורות. חוקת היסוד של מדינתנו כבר ניתנה בסיני ולא תשתנה לעולמים. לא אנו נתנו לה את תוקפה וממילא לא בידינו לבטלה. עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתי על ידי הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה.'

נק' המוצא שלו היא שיש בתורה ובהלכה הצעה שלמה ושיטתית לניהול חיי המדינה מבחינה משפטית! מה שצריך לעשות זה בעיקר להחליט **שהתורה תהיה משפט המדינה.** יש בתורה את כל הפתרונות לכל השאלות.

הוא היה איש מפוקח וידע ששאלות העומדות היום (לצורך העניין, 1948), שונות מהשאלות שעמדו בפני הרמב"ם וחכמים אחרים בדורות אחרים. הוא הניח שפוסקים יכולים להחיל את ההלכה על המקרים החדשים וליישמה כפי שבמהלך השנים ההלכה התאימה עצמה למציאות.

'נואלו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהיגי דור ודור, תהיינה מעמדם הציבוריים 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 אינה נתונה למנהיגי הציבור! כלומר, הח"כים לא יכולים לשנות את ההלכה. לכן, מנקודת מבטו, אם מדברים על אימוץ סלקטיבי של המשפט העברי (ההלכה), **זהו דבר פסול**! אין סמכות לחברי הכנסת לבחור חוק כזה או אחר/לפרש את החוקים/להתאים אותם. ההלכה היא שלמות אורגנית, והשינוי שיכול להיעשות הוא אך ורק ע"י כאלה המוסמכים לכך. הוא לא אומר זאת בפירוש, אך נשמע שזה דבר פסול כי אי אפשר לפרש את ההלכה באופן בלתי מוסמך.

**הרב הרצוג**: הרב הראשי לישראל בזמן הקמת המדינה

'התחיקה והמשפט קשורים זה בזה, כלומר שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות, שהחוקה תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה. כדי שיתקבל סעיף זה, מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה'.

לרב הרצוג יש תוכנית שבנויה על שני עקרונות:

1. **אימוץ ההלכה כיבוד המשפט** – הדרישה שהמדינה תאמץ בחוקה העתידית ס' האומר שמשפט המדינה מבוסס על יסודות התורה. המדינה צריכה לאמץ את משפט התורה, לפחות כסעיף עקרוני.
2. **נכונות לשינוי דרמטי של ההלכה** – 'גם חכמי ההלכה צריכים לעבד מצע למשפט ההלכתי שיתחשב באופי הדמוקרטי'. הוא מבין שבתי המשפט עפ"י ההלכה אינם מתאימים לתפיסה דמוקרטית (למשל, לפי ההלכה בבתי דין יכולים לשבת רק יהודים, גברים, שומרי מצוות). הוא כתב סדרה של מאמרים המסבירים שההלכה יכולה להכיר בשופטים שיהיו גם יהודים ולא יהודים, גברים ונשים, שומרי ולא שומרי מצוות (על סמך האפשרות להקים בתי דין של הדיוטות). **זהו מהלך נועז!** לדבריו, ההגבלות ההלכתיות חלות על שופטים ממונים. אולם, ברגע שהקהילה מקבלת על עצמה שופטים שאינם עפ"י הדין, ההלכה מכירה בכך! על כן זהו מהלך נועז ודרמטי! אולם, שינויים אלה לא התקבלו.

שאלה שעליה הוא לא נתן תשובה, בתי דין אלה של הדיוטות, שלפיו הם יפרשו ויחדו את משפט התורה, האם יהיה לכך תוקף הלכתי?

**הרצוג העמיד תנאי:** השינויים במשפט ייעשו ע"י תלמידי חכמים, והוא נקב במוסד מסוים – הרבנות הראשית. לדבריו, הרבנות הראשית היא זו שצריכה לעשות תקנות לשינוי בהלכה, ולא המחוקק (בדומה לוולדברג שאמר שלמחוקק אין סמכות להתקין תקנות).

**הרב הרצוג, לאחר הקמת המדינה ולאחר שנוכח לדעת שהצעתו לא התקבלה, כתב מסמך:** 'אם בנוגע למצב הקיים, היינו הסטטוס קוו, עשויות להישמע טענות, אבל בנוגע לעתיד מה יש לטעון? הנה כבר הושיבו בתי דינים... ותורת ישראל לא נזכרה... כלום לא הייתה מחובתה הראשונה של הממשלה להכריז ולהודיע שכוונתה... ישוב משפט התורה לחדש ימיו...'

הוא מוכן לקבל את זה שהמעבר בין המנדט למדינה חייב להשאיר את המשפט הקיים. אולם האם לא הייתה חובתה של המדינה לומר שלעתיד ישוב משפט התורה לקבל מקום בחקיקה? יש כאן **תקווה 'תמימה'.** הוא ציפה שלאחר הקמת המדינה הממשלה תצהיר על חידוש משפט התורה. בשבילו זו הייתה אכזבה עצומה.

הרצוג רצה באופן אידיאלי ליצור התאמה בין משפט התורה לבין משפט המדינה הדמוקרטית. 'צו השעה... חזק עלינו להכין מעין ערוך השולחן בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטיים'. הוא מציע לנסח קובץ הלכה חדש, קודקס הלכה, שלו הוא קורא 'ערוך השולחן', בצורה העשוה להתקבל אצל המשפטנים. הוא מבין שיש לנסח את ההלכה באופן המתאים לחוק המודרני. 'זה, אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים'**. הוא אומר שהניסוח אינו מיועד רק בשביל המדינה, אלא גם בשביל בתי הדין הרבניים**. הוא אומר שבגלל ההתפתחות, יש לבצע השלמות (תחומים שלא נידונו בהלכה, למשל דיני חברות), ותקנות (שינויים שייעשו ע"י גורמים מוסמכים עפ"י ההלכה).

הוא אומר שצריך לייסד קודקס אזרחי המבוסס על המשפט העברי, על ההלכה. התועלת היא לא רק זה, 'אלא גם למשפט המדינה! התועלת היא כפולה! תועלת לבתי הדין הרבניים שיוכלו לדון לפי ההלכה בתחומים שדרושים השלמה ותיקון, וגם בשביל בתי המשפט של המדינה.' הוא לא רוצה שהמשפטנים יבחרו קודקס מאחת המדינות המפותחות ויאמצוהו, ובכך הדבר יוביל **לחילול שם שמיים** (דחיית ההלכה וקבלת משפט זר).

הוא מציע תוכנית מעשית, לאחר הקמת המדינה, וכיצד לתאם בין משפט המדינה למשפט התורה: עלינו כן לנסח קודקס אזרחי חדש. הקודקס יהיה בעל כמות עצומה של השלמת ההלכה. הוא יכיל גם תיקון תיקונים.

יש לשים לב לכך שבסוף הרצוג אומר שאנו נשים אופציה של 'חוק עפ"י ההלכה', והמדינה שעכשיו נכנסת להליך של חקיקה תוכל להיעזר בו, ואולי היא תאמץ ממנו חלקים.

מה הרב הרצוג חושב על הפרויקט של משפט עברי? הוא מבין שהמדינה תחוקק חוק משלה, והוא יודע שהמדינה לא תבסס את המשפט כולו על ההלכה, לכן הוא מציע חוקים ספציפיים שהם יהיו על סמך הקודקס ההלכתי שיהיה. הצעה זו פרגמטית יותר, ומתקרבת לפרויקט של **'אימוץ חוקים מהמשפט העברי'.** הוא לא עומד על מקומו בהצעה הראשונה שלו לאמץ את ההלכה כמכלול, אלא הוא מציע הצעה פשוטה יותר של אימוץ חלק מההלכה. הוא **לא שולל אימוץ סלקטיבי של המשפט**, הוא אפילו תומך בכך! הוא לא מסכים עם זה, אבל עדיין זה עדיף כי זהו מצב טוב יותר מאשר התעלמות מהתורה.

אלו שתי דוגמאות של רבנים ציוניים ודעתם על משפט המדינה כמשפט המבוסס על ההלכה. הרבנים החרדיים לא התייחסו לנושא באופן ישיר, ואם כן הם שללו זאת (למשל, החזון איש).

**מלומדים משפטיים דתיים – הוויכוח בדבר החלת משפט ההלכה במשפט המדינה**

**אנגלרד:**

אנגלרד כתב בראשית הדברים מאמר שבו הוא ביקר את הפרויקט של המשפט העברי, והתנגד לו. הוא מחדד את ההבחנה בין משפט דתי למשפט המדינה:

* 'משפט דתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים וערכים בעלי אופי דתי' – משפט דתי עוסק לא רק באסור/מותר, אלא גם ממליץ. ההבחנות בו מעודנות יותר. במשפט הדתי יש דרגות ביניים
* 'המחוקקים והשופטים במשפט דתי צריכים לשקול שיקולים דתיים,' ולכן שופטים ומחוקקים במשפט דתי יצטרכו להזדהות עם האמונה והתפיסה הדתית כדי לשקול שיקולים אלה. יש סטנדרטים של מי יכול להיות שופט. דרישות אלה אינן ניתנות לדילוג.
* משפט המדינה הוא משפט חילוני שהוא כולל אינטרסים וערכים אנושיים וחברתיים בלבד. משפט המדינה לא כולל אינטרסים וערכים דתיים. זה אף יכול להיות פסול! אם רשות שלטונית לא רשאית לשקול שיקולים דתיים ולא רשאית לכפות באמצעות חקיקתה נורמות דתיות ושיקולים דתיים, מכאן שהדבר פסול. לכן, המחוקקים והשופטים במשפט המדינה צריכים להזדהות עם ערכי המדינה, אך לא עם ערכים דתיים. שופט דתי בשיפוטו צריך לשפוט אך ורק לפי משפט המדינה ולא לפי ערכיו הדתיים.

יש כאן שתי מערכות נפרדות. מדוע זה חשוב לאנגלרד לחדד זאת? כדי לומר שכאשר משפט המדינה מאמץ משפט דתי, את ההלכה, או נורמות ממנו, **הוא מחלן אותן!** משום שהן כרגע נטמעות במשפט המדינה, וכעת יש להפעילן ולפרשן לפי שיקולים חילוניים. אסור יהיה להשתמש בשיקולים דתיים בפירוש שלהן! כשאני לוקח משפט הלכתי ומטמיע אותו במשפט המדינה, אני מחלן אותו. אנגלרד מבחין בין שני סוגי חילון:

1. **חילון פורמלי** – חילון הקשור למקור הסמכות. ברגע שאנו מעתיקים חוק הלכתי לחוק המדינה, אני אומר שמקור החיוב של החוק הוא החקיקה החילונית. לפני כן, החקיקה הדתית הייתה מקור החיוב שלה. בעצם לקחנו חוק שהנורמה הבסיסית שלו הייתה דתית, ושינינו את הנורמה הבסיסית שלו לחילונית (שהוא מבוסס על חוק המדינה ולכן יש חובה לקיימו). הנורמה הבסיסית של ההלכה היא שיש לציית לאלוקים, לחוקי התורה. אדם דתי מחויב לנורמה הדתית ומקיים את ההלכה מכוח נורמה זו. ברגע שאנו שותלים נורמה הלכתית בחוקי הכנסת, ויש לציית לה בגלל שהיא נמצאת בחוקי הכנסת, מדובר בחילון פורמלי!

בעצם, 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.** חילון זה נוגע לדבר **עקרוני.** המושג והכוונה יכולים להיות זהים להלכה, אולם באופן עקרוני ישנו חילון.

1. **חילון מהותי** – פגיעה מהותית. לדבריו, כאשר המדינה מאמצת חוק מן המשפט העברי, אז חוק זה משתלב בסביבה המשפטית שלו. כלומר, אף פעם חוק לא עומד לבד. תמיד הוא משתלב בסביבתו. השתלבות זו בהכרח משנה אותו, מחייבת לפרשו, באופן שיכול להיות שונה מן הכוונה המקורית שלו.

לדוג', **חוק הערבות.** ס' 1 לחוק זה אומר שערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי. הגדרה זו מתאימה למשפט העברי. אימצנו כאן נורמה מהמשפט העברי למשפט המדינה.

מיהו אדם? יש שלושה בני אדם המתוארים בס'. ערב, חייב ונושה. מי הם בני האדם האלה? האם זה גם גבר וגם אישה? תאגיד? איך מפרשים זאת מבחינה משפטית? במקרה זה יש את חוק הפרשנות, שבו רשום 'אדם, לרבות תאגיד'. **האם פרשנות זו מתאימה להלכה? לא בהכרח!** האם תאגיד, לפי ההלכה, יכול להיות ערב? ההלכה לא נתנה על זה את הדעת כי ההלכה לא עסקה בדיני תאגידים. יכול להיות שרב יגיד כן, אולם אנגלרד אומר שזה מחייב כעת את השופט לפסוק. האם הוא מוסמך לפסוק עפ"י ההלכה? לא! פרשנות השופט לחוק אינה הלכתית! מכאן שגם אם ניקח חוק שמקורו במשפט, השופט יצטרך להכריע במחלוקת שהוא אינו מוסמך לה.

דוגמא נוספת, **חוק הכשרות המשפטית.** מיהו אדם לפי חוק הכשרות המשפטית שהוא יכול להיות ערב? חוק הכשרות המשפטית קובע הבדל בין בגיר ללא בגיר (גיל 18). לפי ההלכה, בגיר הוא מגיל 13. כיצד נפרש זאת? לא עפ"י ההלכה, אלא עפ"י החוק. מכאן שכאשר אנו שותלים נורמה הלכתית בחוק, הפירוש שלה אינו עפ"י ההלכה

מהו חיוב? לפי משפט המדינה, 'חיוב הוא בין קצוב בין מותנה'. אדם ערב גם לחוב שייקח בעתיד. לפי ההלכה זהו לא תופס!

אנגלרד אומר שכאשר החקיקה מאמצת נורמה מהמשפט העברי, היא ממילא תתפרש לפי המשפט הכללי.

גם במישור השפיטה – שופטים שיפרשו נורמות יפרשוהן לפי החוק, באופן שהם אינם מוסמכים לפרש בהכרח עפ"י ההלכה. הם נדרשים לפרש את החוק הקיים ולפתחו, ללא מעמד הלכתי.

בעצם אנגלרד אומר שאי אפשר לראות את הפעולות של שופטים במסגרת משפט המדינה כפעולות הלכתיות! שופט אינו פוסק הלכה!

טענתו היא שאימוץ של ההלכה אל תוך משפט המדינה מחלן אותה הן מבחינה פורמלית והן מבחינה מהותית. ההלכה לא תהיה אותו הדבר!

דוגמא 1: **פס"ד שותפות האחים לוינסקי:**

**העובדות:** האחים לוינסקי היו שותפים שירשו מאביהם נכסים רבים (דירות, מפעל).

**שאלה משפטית:** איך לחלק את הירושה? האם שווה בשווה?

אחד האחים טען שהוא צריך לקבל את המפעל כיוון שיש לו קשר אליו (הוא פיתח אותו לאורך השנים), והאח השני יקבל דירות באותו השווי.

**שו"ע:** אם יש אח שטוען טענה מנומקת למדוע הוא רוצה שטח מסוים, ולאח השני אין סיבה אמיתית להתנגד, ניתן לכפות על המתנגד את החלוקה (והתנהגותו של המתנגד היא מידת סדום).

**הרמ"א:** מוסיף שאין שומעים לו, אלא הוא צריך גם להוסיף כסף על בקשתו.

**הליך משפטי (לם):** 'אכן גם בדין העברי היו חילוקי דעות בין חכמינו. לא נראה לי כי אמנע מאדם אשר גם להגדלת המפעל ולפריחתו לבחור את החלק שרוצה בו כשאין חילוקי דעות שכל החלקים שווים בערכם!'

**אנגלרד** מסביר שגם אם ביהמ"ש הכריע כדעת השו"ע, **אין פירוש הדבר שיש לה תוקף הלכתי**.

דוגמא 2: חוק הירושה. צוואת 'שכיב מרע'. שכיב מרע הינו מונח מן ההלכה, שפירושו אדם חולה הנוטה למות. בד"כ, לפי חוק הירושה, אדם צריך לכתוב צוואה בכתב ושני עדים. ההלכה קובעת יוצא מן הכלל, אדם שנוטה למות לא צריך כתב, אלא צריך לומר בפני שני עדים שהוא מצווה את הרכוש, וצוואה זו תקפה. החוק הישראלי אימץ הלכה זו! החוק מאמץ את המוסד ההלכתי של צוואת שכיב מרע, ואומר שהוא לא צריך לכתוב את הצוואה ויכול לצוות בפני שני עדים. האם שני העדים צריכים להיות עדים כשרים לפי ההלכה? ברור שהמחוקק באימוצו את החוק לא התכוון לכך. מכאן ישנה דוגמא נוספת לכך שהנורמה ההלכתית לאחר שתילתה בחוק, קיבלה פירוש אחר.

אנגלרד אומר שפרויקט המשפט העברי הינו פרויקט **שאין סיבה מנק' מבט דתית לתמוך בו,** משום שהוא מחלן את ההלכה. ניתן מנגד לאנגלרד לטעון שישנו אינטרס לאומי, ולאו דווקא הלכתי בשילוב ההלכה בחוק!

**מנחם אלון:**

אלון מאמין בשילוב המשפט העברי במשפט המדינה. הוא אומר שאכן שילוב המשפט העברי אינו יכול לחלן את ההלכה. יש להלכה תוקף עצמי שאינו תלוי במשפט המדינה, ולכן הוא לא מחלן אותה. מכאן שלפיו הקליטה של ההלכה במשפט הדתי ופסיקה בבית המשפט היא לא פסיקה הלכתית. קליטה זו אינה פעולה דתית, היא אכן פעולה חילונית של שפיטה שלה (אך לא חילון ההלכה עצמה).

מנחם אלון לא רואה בזה חיסרון! הוא רוצה שהנורמות הדתיות יהיו עכשיו משפטיות! זהו דבר רצוי, אף שלא יהיה לזה תוקף דתי. זהו מפעל תרבותי! יש אינטרס תרבותי לאומי לשזור את המשפט העברי במשפט המדינה.

הוא מציג טענה נוספת – **אין השילוב פוגע במשפט העברי, והוא אינו מחלן את ההלכה.** המשפט העברי לא יחוסן על ידי הכנסתו לבידוד! הוא לא יהיה טהור או משומר כך. להפך, הדרך הראשית להחייאתו היא ע"י קליטתו המחודשת למשפט המדינה.

טיעונו הוא טיעון כפול:

1. **תרבות ולאומיות** – שילוב זה אינו דרוש להלכה באופן פורמלי. זוהי לא פסיקת הלכה ואנו לא מוסיפים הלכות. אנו רק מפתחים את משפט המדינה. הזיקה בין משפט המדינה למשפט העברי נחוצה לשם התרבות והלאומיות
2. **החייאת המשפט העברי** – דבר זה נחוץ גם למשפט העברי. אחת הבעיות שלו היא שהוא משפט עתיק. שילובו במשפט המדינה מביא להחייאתו. המפגש של המשפט העברי ועם המדינה המודרנית היא זו שמחייה אותה. אם אנו רוצים לפתח ולהחיות אותו, עלינו לשלבו.

שני טיעונים אלה, אימוץ המשפט העברי הוא רצוי, על אף שאינו מהווה דבר דתי.

בתגובה לכך, אנגלרד אומר שיכולה להיות טענה תרבותית, והוא מעלה שתי טענות בהקשר זה:

1. **טענה דתית** – עד כמה אפשר ללמוד מהמשפט העברי ולהעמידו עם משפט המדינה? אנגלרד אומר שלא ניתן לעשות שימוש במשפט ההלכה לצרכים חילוניים. הוא בעצם עושה הפרדה חדה בין דת לבין מדינה. לעומת זאת, אלון אומר שגם אם המשפט העברי הוא דתי, הערכים והשיקולים שהוא מעלה יכולים להיות באותו מישור כמו המשפט החילוני. השאלה היא האם יש טעם בזה. לפי אנגלרד, המשפט העברי הוא משהו שמור שלא ניתן להעמידו במישור אחד עם המשפט החילוני.
2. **טענה משפטית** – כל הדיון על תרבות ומשפט הוא הגזמה. המשפט בסופו של דבר מהווה מערכת טכנית חסרת משמעות עמוקה. אנו רואים שמשפט של מדינות שונות לא רחוק זה מזה, ולכן נשאלת שאלה מעשית טכנית, ולכן התרבות והלאומיות אינן חשובות. אין טעם קליטת המשפט העברי מבחינה תרבותית, וניתן לחיות בשלום עם משפט חילוני. החיבור מיותר ומחמיץ את האופי של המשפט העברי.

מה קרה לאנגלרד שנהיה שופט עליון? לא פעם הוא הביא את המשפט העברי לפסיקתו, ולעיתים הוא אמר שאם זה היה נידון במשפט העברי הפתרון היה כך וכך.

לסיכום, בשיעור זה דנו בשלושה טעמים בקליטת המשפט העברי:

1. טעם דתי (הרצוג)
2. טעם תרבותי (אלון)
3. תועלת (אלון) – עלינו להשתמש במשפט העברי לתועלת שלנו (=תועלת כפולה, כאמור לעיל).

**שיעור 5 – 29/11/22**

**חוק ופרשנות**

לפני שני שיעורים ראינו נק' מבט ראשונית באשר לשילוב של המשפט העברי בחקיקה בצורות שונות. ראינו שהמשפט העברי משתלב באופן בררני. לעיתים הוא מטביע את חותמו על שמות החוקים, על הסדרים עיקריים, ולעיתים ההסדרים סלקטיביים. על כל פנים, ברור שהמשפט העברי משמש לצורך חקיקה.

השאלה המתעוררת היא 'באיזו מידה המקור של המשפט העברי צריך להשפיע על פרשנות החוקים?' כאשר יש חוקים שנחקקו על רקע המשפט העברי, האם בעת שביהמ"ש מפרש את החוקים האלו, עליו לפנות למשפט העברי? דוגמאות לחוקים:

1. **חוק השומרים**

חוק השומרים מאמץ עקרונות יסודיים של המשפט העברי:

ההבחנה בין סוגי השומרים היא מידת האחריות שלהם, שלקוחה מן המשפט העברי.

**ס' 1: (א)** 'שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות'. החוק אומר ששמירה היא לאו דווקא פעולה שנועדה לכתחילה לשמירה, כלומר עסקת שמירה. אלא, היא כל החזקה של נכס כדין שלא מכוח בעלות. החזקה כזו מעמידה את המחזיק בקטגוריה של שומר. ישנם מצבים בהם העסקה הינה עסקת שמירה. לדוג', אני מפקיד נכס בידי אדם על מנת שישמור עליו. ישנם מצבים אחרים בהם העסקה נועדה לדבר אחר, ואדם שומר כבדרך אגב. דוגמא מובהקת לכך היא שכירות. אדם שוכר נכס. הוא אינו הבעלים של הנכס. העסקה נועדה כדי שיוכל להשתמש בנכס, אולם הוא גם שומר עליו. ישנם מצבים בהם אנשים לא התכוונו כלל לבצע עסקה, ועדיין אדם מוצא עצמו כשומר. לדוג', אבידה. אדם המוצא אבידה הוא בגדר שומר. כל אלו מהווים שמירה עפ"י החוק.

החוק עושה הבחנה בין שומרים שונים:

**(ב)** השומר נכס שאין לו בשירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חינם. אדם ששומר עושה טובה לחברו, ונחשב 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 להנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל

שלושת מונחים אלו לקוחים מן המשפט העברי (במשפט העברי ישנו גם "שוכר" שדינו כדין שומר השכר. מידת האחריות שלהם שווה. לכן המחוקק הבחין רק בין 3 קטגוריות אלה ולא הכניס שוכר).

**ס' 2:** קביעת מידת האחריות:

**(א)** שומר חינם אחראי רק אם הוא התרשל בשמירה.

**(ב)** שומר שכר בעל אחריות גבוהה יותר משל שומר חינם. שומר שכר, גם אם לא התרשל, אולם הדברים 'נעלמו', הוא אחראי אלא אם כן מדובר בתוצאה שלא היה יכול לחזותה מראש או למנוע אותה. במשפט העברי המקרה נקרא "אונס". שומר שכר פטור מאונס. אולם, אם המטרה לשמור על הנכס הייתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אובדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו' המחוקק כאן מבחין בין שני סוגים של שומר שכר:

* שומר שכר א' = עסקת שמירה, ואז אחריותו גבוהה
* שומר שכר ב = אדם שהעסקה לא נועדה לשמירה, אלא היא נועדה לצורך אחר, רמת האחריות של השומר היא פחותה ודומה לזו של שומר חינם.

**הבחנה זו לא מצויה במשפט העברי!** זוהי הבחנה של המחוקק! זוהי דוגמא לעצמאות שחש המחוקק באשר למשפט העברי.

**ההבדל בין שומר חינם לבין שומר שכר ב'** – כאשר אבד הנכס אצל שומר חינם, נטל ההוכחה באשר להתרשלות מוטל על התובע. אולם, בשומר שכר ב', עליו להוכיח שלא התרשל (כי זו טענת פטור ולא תביעה, בניגוד לשומר חינם)!

**(ג)** שואל האחראי לאובדן הנכס או לנזקו, יש לו אחריות מוחלטת.

כאמור, מבנה זה מושאל מן המשפט העברי. כעת נראה דוגמא לשימוש בחוק זה, והאם ישנה התייחסות ופירוש בהתאם למשפט העברי:

**ע"א 341/80 עלי נגד ששון – פרשנות דומה של המשפט העברי ושל הדין הישראלי לחוק השומרים**

**העובדות:** חוסיין עלי רכש טופס הימורים (טוטו) בדוכן. רחמים ששון, בעל הדוכן, איבד את חלק א' של הטופס שנמסר לו. עלי מחזיק בחלק ב' שבו רשומים כל הניחושים שזכו באותו מחזור. במקרה זה, הבעלים איבד את החלק הראשון של הטופס. כעבור כמה ימים לאחר מחזור המשחקים, עלי חוזר לדוכן ודורש את סכום הכסף כיוון שזכה והצליח לנחש נכונה את כל המספרים. בעל הדוכן אומר בתמורה כי הטופס הלך לאיבוד. עלי תובע את בעל הדוכן ואת חברת הטוטו (חברת הטוטו יצא מהתמונה כיוון שהיא כלל לא קשורה למקרה, הטופס לא הגיעה אליה והיא לא הייתה אחראית עליו).

**טענת בעל הדוכן:** בעל הדוכן רץ אחר עלי ואמר כי חלק א' נעלם. לכן הוא מרמה. הוא טוען כי הוא מילא את הניחושים לאחר המשחקים ובכך מרמה כדי לזכות בהגרלה.

**טענתו של עלי:** בעל הדוכן איבד את הטופס. הוא היה צריך לשמור עליו. לכן, הוא אחראי ועליו לפצותו בסכום ההגרלה.

**הליך משפטי:** ביהמ"ש אומר שבמקרה זה חל חוק השומרים. הטופס מוגדר כנכס. מהו מעמדו של בעל הדוכן? **שומר שכר ב'**. העסקה אינה עסקת שמירה, השמירה היא אגבית! ייעוד העסקה היא ההימור, ולא השמירה.

באופן עקרוני, בתור שומר שכר, ברירת המחדל היא שמידת אחריותו גבוהה. אם הוא רוצה להנות מאחריות מוחלטת, עליו להוכיח שלא התרשל.

יש להגדיר את מושג הרשלנות בהקשר של שומר

**ס' 35 לפקודת הנזיקין:** ס' זה קובע כי מעשה שאדם סביר ונכון לא היה עושה באותן נסיבות, פעל ברשלנות. מכאן שנאמר כי אחריות של שומר היא 'כיצד שומר סביר היה פועל באותן נסיבות', ובענייננו, 'כיצד בעל דוכן סביר היה נוהג באותן נסיבות'.

במקרה זה, בעל דוכן סביר לא היה מאבד את הטופס. לכן, לפי פקודת הרשלנות, ניתן להגיע למסקנה שהתרשל.

**הואיל וכל ההסדר לקוח מהמשפט העברי, ביהמ"ש בוחן מהי רשלנות לפי המשפט העברי**:

* **שו"ע:** שומר חינם פטור מגניבה ומאבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה.
* **משנה:** המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחוריו (שם בצרור והלך ברחוב שזה נמצא מאחוריו, זוהי שמירה לא טובה כי כייס יכול להגיע מאחורה ולגנוב את הצרור), או שמסרן לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי – חייב, שלא שמר כדרך השומרים. ואם שמר כדרך השומרים – פטור.

מדובר בהגדרה דומה לפקודת הנזיקין! הגדרת מושג הרשלנות לפי המשפט העברי ולפי פקודת הנזיקין דומה! מכאן שפירוש לפי אחד מהם יוביל למסקנה דומה.

השומר טוען כי הוא אינו יודע מה קרה לטופס. המשפט העברי מתייחס למקרה ספציפי זה – **שו"ע:** אם השומר לא יודע מה קרה עם הנכס, **זוהי רשלנות**.

המסקנה המתקבלת משני המקורות (פקודת הנזיקין ועברי) הינה **שבעל הדוכן התרשל בשמירת הטופס, והוא אחראי לנזק שנגרם**. המיוחד בפסק הדין הוא שביהמ"ש הניח שכדאי לברר את המקרה גם לפי המשפט העברי.

**אמה מה, מה הנזק במקרה זה?** עלי טוען כי הנזק הוא אובדן של מיליון שח. לשם כך, עליו להוכיח שהוא מילא את 12 הניחושים. אולם, לכך אין הוכחה. אין הוכחה לכך שבעל הדוכן איבד טופס עם 12 ניחושים! על התובע, עלי, להוכיח זאת. ההוכחה היחידה שהכרטיס שבידי עלי הוא הכרטיס הזוכה היא טענתו ועדותו של עלי, אך היא אינה מספקת. לפיכך, לא הוכח שנגרם לעלי נזק ולכן **הערעור נדחה!**

1. **חוק השבת אבידה**

מה קורה במצב בו הפרשנות של המשפט העברי תהא שונה מהחוק הישראלי? כיצד ביהמ"ש יכריע?

**ע"א קופת עם נ' הנדלס – פרשנות שונה של המשפט העברי מן החוק הישראלי**

**העובדות:** הנדלס מצא בחדר הכספות של בנק קופת עם שתי אגרות חוב למוכ"ז (מוסר כתב זה – זה לא שמי. זה כמו כסף) על סך 10,000 שח כל אחת. הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא חופשית. להלכה, יש לקבל רשות להכניס לשם אך למעשה אין הבנק מקפיד על כך והכניסה לחדר חופשית לכל.

האגרות נמסרו למשטרה ולאחר שעברו ארבעה חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את האיגרות. הבנק מצדו תובע לקבלן לידיו. הנדלס אומר למנהל הבנק כי הוא מצא מוכ"ז זה.

* הנדלס רצה ללכת למשטרה. מדוע הוא רוצה ללכת למשטרה ולא לתת למנהל הסניף לעשות זאת? משום שאז, אם בעל האבידה לא יימצא, הבעלות על המוכ"ז תעבור לידיו.

בסופו של יום, שניהם הלכו למשטרה. לאחר מספר חודשים לא הגיע בעל האבידה, וכעת עולה שאלת הבעלות. האם הבעלות היא של הבנק (כי שם האבידה נמצאה), של מנהל הסניף או של מר הנדלס?

**שאלה משפטית:** למי המוכ"ז שייך?

**הליך משפטי:**

**ס' 3 לחוק השבת אבידה:** המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו. קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא.

הבנק טוען כי מכוח ס' זה המוכ"ז שייך לו. המקום שייך לו, ומאחר שזה המוכ"ז נמצא במקומו של הבנק, כך גם האבידה.

**מה הכוונה ב'רשותו' של אדם אחר?**

* **בעלות**. נניח שהבנק עצמו אינו הבעלים של השטח אלא הוא שוכר. האם הרשות היא של הבנק או של הבעלים?
* **חזקה.** מי שמחזיק בפועל בנכס ומנהל אותו.
* **שליטה.** מקום שנועד לשרת את הציבור. מהי מידת השליטה של האדם בנכס? האם יש לו שליטה על הנכסים אליו?

ס' 3, שבגינו טוען הבנק כי האבידה שייכת לו, אינו פותר שאלה זו!

**ברק:** מטרתו של חוק השבת אבידה היא השבת האבידה לבעליה. במקרה שנמצאה האבידה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה. ברגע שנמצאה האבידה, **צריך למוסרה לבעל הרשות** כי זה משרת את המטרה של חוק זה! מדוע?

1. המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות – נניח שאלמוני, שאיבד את המוכ"ז, יחזור לבנק למצוא את המוכ"ז. הבנק הוא הכתובת הטובה ביותר.
2. בדרך כלל בעל הרשות ידאג לאבידה יותר מאשר מוצא מזדמן.

טעמים אלה חלים במקרה זה על הבנק ולכן יש לראותו כבעל הרשות.

**מה יגיד ברק על התחושה האינטואיטיבית האומרת כי האבידה שייכת למוצא הישר?** הרי, המוצא יכול היה לשמור זאת לעצמו ולא לשתף זאת את מנהל הסניף ולדווח למשטרה. פסיקה זו לא מתמרצת את האדם לדווח על אבידות! ברק אומר כי הוא מאמין שאכן האבידה מגיעה למוצא. הבנק לא מצא את האבידה, אולם מטרת החוק היא לא לתת את האבידה למי שמגיעה לו האבידה, אלא **לתת אותה למי שיכול להחזירה לבעליה בצורה טובה יותר** ובכך להגשים את מטרת החוק.

**אלון:** מקשה על ברק. לדבריו, תמריץ זה מגיע לאדם שמצא את האבידה! גם שני הטעמים שברק הזכיר פחות רלוונטיים. באשר לטענה האומרת כי הבעלים יחזור לבנק – המשטרה היא כתובת נוחה יותר מהבנק. במובן זה, אם נתמרץ את המוצא, לעתיד הוא ישיב אבידות.

אלון בוחן לפי **משפט משווה,** באנגליה ובארה"ב:

**Toledo Trust Co v. Simmons**

**העובדות**: העובדת של הבנק מצאה בבנק, בחדר הכספות, שטרות. היה להם סכסוך דומה להנדלס. היא תבעה את השטרות, והבנק אמר כי השטרות ברשותם. עוד הוא טען כי התובעת היא עובד אצל הבנק, ולכן הדבר מחזק את זה שהאבדה צריכה להיות בבעלות הבנק.

**הליך משפטי:** ביהמ"ש במקרה זה קובע כי זוהי חובתה של העובדת לדווח מיד על המציאה, אולם בעשותה כן היא לא וויתרה על זכויותיה כמוצאת. להפך, היא שמרה על זכויותיה. אם המוצא לא יופיע, היא הזוכה ולא הבנק. היא מצאה את האבידה לא במסגרת תפקידה (היא לא המנקה של הבנק).

פרשנותו של ביהמ"ש האמריקאי למושג 'רשותו של אדם אחר' הינה שליטה אפקטיבית! אם אין שליטה אפקטיבית, המוצא שומר על זכותו.

אלון בוחן גם לפי **המשפט העברי:**

**משנה (בבא מציעא):** לקוח מצא חפץ או כסף בחנות, הם שייכים למוצא. אולם, אם הוא מצא זאת ליד בעל החנות, זה בבעלות בעל החנות. מצא לפני השולחני (חלפן כספים = בנק), מציאה בחנות למרות שזה של החנווני, זה שייך למוצא. אם הוא מצא בין הכיסא לשולחני, זהו של השולחני.

**הרמב"ם** **בהלכות גזלה ואבדה**: המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנווני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות? לפי שאינה חצר המשתמרת.אומר כי צריכה להיות **שליטה אפקטיבית** ("חצר משתמרת").

אין עמדה ברורה במשפט העברי בסוגייה. יש משנה, פסיקה של הרמב"ם, הגדרה שרשות לצורך מציאה היא עניין של שליטה אפקטיבית. לכן, **הואיל והמוצא מצא זאת במקום בו אין שליטה אפקטיבית, זה שייך למוצא**.

לאור זאת, אלון מאמין שהאבידה שייכת להנדלס. הוא אומר כי **פרשנות המשפט העברי זהה לפרשנות במשפט המשווה**.

**לנדוי:** בד"כ הסתייג מהפרשנות התכליתית של ברק. בנוסף, הוא גם בד"כ הסתייג מהפרשנות התלויה במשפט העברי כפי שאלון מבצע. לכן, הוא די "קרוע" בין השניים.

לנדוי אומר כי **'החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו.** אסמכתאות מן המשפט המשווה לא יעילות, משום שהן מבוססות על הנחות יסודות שונות השואלות מי בעל החזקה במקום שבו נתגלה האבידה. גם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב השראה והדרכה לצורך פרשנותנו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד שלו בסוגיה זו שונה ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות עובדתיות להוכחת זכות הקניין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שהשופט אלון הביא מן המקורות.'

לנדוי אומר שהמשפט העברי מניח הנחות למי סביר יותר שהאבידה תשתייך לפי מקום הנפילה של הנכס. מן הדברים האלו החליט לנדוי להצטרף לדבריו של השופט ברק.

**החלטת ביהמ"ש:** פוסק לטובת הבנק.

לפס"ד זה יש ד"נ. הד"נ התבצע לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט! מכאן שהפרשנות אמורה להיות שונה. בעצם חוק זה מבסס את טענתו של אלון. לכך נחזור בהמשך.

**לסיכום, עמדות השופטים בסוגיית הפרשנות המשפט העברי במקום בו החוק שואב מונחים/הסדרים ממנו:**

1. **אלון** – ברגע שהמחוקק שואב מן המשפט העברי הסדר/מונח, יש לחזור אליו לצורך פרשנות.
2. **ש"ז חשין**, **בפס"ד מיטובה נ' קזם**: '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 בצהריים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור. הכלים שאולים ממקום אחד ואילו התוכן שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר!' לכן, אין לפרשם בהתאם למשפט העברי.
3. **חיים כהן**, **בפרשת הנדלס, ד"נ:** ברמת העיקרון, הוא סובר כמו אלון. הוא אומר שבמקום בו שאב המחוקק מונח או ניב מהמשפט העברי, יש לפנות למשפט העברי. אולם, במקרה של רשותו של אדם אחר זוהי השפה העברית! המושג לא נלקח מן המשפט העברי ולכן אין לפנות למשפט העברי במקרה דנן.
4. **פרופ' ברכיהו ליפשיץ:** נראה שאין הפרשן רשאי להתעלם מגילוי דעתו המפורשים והמשתמעים של המחוקק בדבר הזיקה למקורותיו של החוק הנעוצים במשפט העברי. הוא מקבל את העיקרון האומר כי כאשר המחוקק משתמש במונח/הסדר הלקוח מן המשפט העברי, ראוי לפרש בהתאם למשפט העברי. אולם, זוהי חזקה הניתנת לסתירה! על השופט לבדוק האם ההסדר אמנם לקוח מן המשפט העברי, אך התוכן שונה. כאשר ההסדר לפי המשפט העברי, נפעל על פיו.

**שיעור 6 – 06/12/22**

בשיעור זה נראה פנייה ישירה של השופטים בביהמ"ש למשפט העברי כדי לפתור בעיות העומדות כנגד עיניהן/לתמוך בדבר מסוים וכו'.

***המשפט העברי בפסיקה – חוזים***

מדובר בתקופה בה אין הוראה רשמית בחוק המעניקה מעמד למשפט העברי (טרם חוקק חוק יסודות המשפט).

**כיצד יש להתייחס לחוזה שהוא עצמו בלתי חוקי?**

חוזה זה עשוי להשיג מטרה בלתי חוקית, או שנעשה תוך עבירה על החוק, או שתוכנו בלתי חוקי. במשפט המשווה יש שיטות שונות להתמודד עם סוגיה זו.

**ע"א ג'ייקובס נ' קרטוז – אי התערבות בחוזה בלתי-חוקי**

**העובדות:** המערער (ג'ייקובס) השכיר דירה למשיב. הדירה הושכרה לפני שהתקבל אישור מבית דין לענייני שכר דירה על גובה שכר דירה (בעבר הייתה הוראה בחוק שיש לאשר כל חוזה בבית דין מיוחד הקובע ששכר הדירה בגובה המתאים). דבר זה מהווה עבירה פלילית ולכן החוזה בלתי חוקי.

ג'ייקובס תובע את פינויו של קרטוז מהדירה (לפני תום החוזה) בנימוק שהחוזה בלתי חוקי ולכן אין הוא שוכר כדין. הוא טוען שהוא בגדר פולש לדירה. קרטוז מצידו מבקש להישאר בדירה מכוח החוזה.

**השאלה המשפטית:** מה מעמדו של חוזה לא חוקי? לפי השיטות הקונטיננטליות נקבע שחוזה בלתי חוקי בטל. אם הוא בטל, אזי אכן השוכר יושב בדירה שלא כדין ועליו להתפנות.

בישראל יש את חוק הפרוצדורה העות'מאנית.

**הליך משפטי (זילברג):** הכלל הרומי לגבי מעשה בלתי חוקי שהתקבל במשפט האנגלי המקובל, קובע:

1. **מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה/עילת תביעה** – תובע לא יכול לבוא מכוחה של עילה שמקורה בעוולה, במעשה בלתי חוקי. דבר דומה לכך הוא **פס"ד ריגס** – אדם שרצח את סבו לא יכול לרשת אותו.
2. **חטאו שניהם כאחד – יד הנתבע על העליונה**. כלומר, אם מדובר בעסקה חוזית ששני הצדדים ביצעו עבירה, ידו של הנתבע על העליונה. כלומר, התובע לא יכול לנצל זאת לטובתו. אם נפעיל זאת במקרה דנן, חטאו שני הצדדים כאחד. הנתבע הוא השוכר וידו על העליונה. כאשר שניהם שותפים, התובע לא יכול לנצל את זה ששניהם עברו על החוק כדי לפנות את הנתבע (יש כאן עניין של צדק).

**זילברג אומר שהחוזה לא בטל.** ביהמ"ש לא יסייע לתובע שמבסס את התביעה על עבירה. במשפט האנגלי, חוזה בלתי חוקי איננו בטל! החוזה קיים! אלא, הכלל הראשון שמוזכר לעיל הוא כלל דיוני. זהו לא כלל של המשפט המהותי. הוא אומר שמבחינה דיונית לא תצמח עילת תביעה, ולא מבחינה מהותית. כלומר, ביהמ"ש לא יסייע לאדם שבא מכוחה של עילה בלתי חוקית. מכאן שהחוזה לא בטל מבחינה מהותית, וביהמ"ש לא מתערב.

לכן, ביהמ"ש קובע שהתובע, המשכיר, לא יכול לפנות את הנתבע, השוכר.

* **זהו 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 העניק פתרון הולם למקרה. יחד עם זאת, הוא מבין את עומק העניין ולכן הוא מבקש להסתכל במקרים אחרים. **זילברג מחפש את הפתרון המצוי במשפט העברי באשר לחוזה בלתי חוקי** (אוביטר):

לפי המשפט העברי, חוזה בלתי חוקי תקף. לדוג':

1. ריבית קצוצה יוצאת בדיינים **(רמב"ם)** – צדדים עשו חוזה הלוואה בריבית. לפי ההלכה, אסור להלוות בריבית. נניח שהלווה לא משלם את הריבית, והמלווה פונה לבית הדין וטוען כי על הלווה לשלם ריבית. במקרה כזה, בית הדין לא יכפה את תשלום הריבית משום שכך הוא כופה מעשה אסור. אולם, הוא יכפה את החזרת ההלוואה. כלומר, הוא לא מתייחס לחוזה כבטל! הוא מתייחס לעניין ההלוואה ודורש לקיימו. יתרה מזו, נניח שהלווה מחוץ לביהמ"ש שילם למלווה את הקרן והריבית. כעת, הלווה פונה לבית הדין ואומר שהוא רוצה לקבל חזרה את הריבית משום שהייתה בלתי חוקית. זהו המקרה כאן – ריבית קצוצה יוצאת בדיינים. כלומר, הלווה ששילם את הריבית יכול לתבוע אותה בחזרה.

בדוגמא זו ניתן לראות שבית הדין לא מושך את ידיו מחוזה בלתי-חוקי. כמובן שהוא לא יאכוף מעשה בלתי חוקי, ולכן הוא לא אוכף את תשלום הריבית, אך הוא כן אוכף את החזרת ההלוואה, או לחלופין החזרת הריבית.

**שו"ע** – צדדים עשו עסקת מכר. הקונה חייב לשלם 1000. הקונה מבקש מהמוכר לשלם בעוד חצי שנה ולא מיד. בגלל שהוא משלם בעוד חצי שנה, הוא יוסיף 100 שח. זוהי ריבית אסורה מההלכה! אם נעשתה עסקה כזו, היא קיימת וכל אחד יכול לאוכפה, מלבד את הריבית. בית הדין מעמיד את החוזה על צד ההיתר שלו.

1. הלכות מכירה **(רמב"ם) –** אנשים שעשו עסקת מכר בשבת זוהי עבירה. למרות זאת, מעשיהם קיימים. כלומר, זהו דבר אסור, אולם אם זה קוים, העסקה תהא תקפה (במצב זה הנכס כבר עבר). במצב בו הנכס עדיין לא עבר אולם עדיין בוצע הסכם, יש תוקף להתחייבות הזו ולאחר שבת משלימים את העסקה ומעבירים את המכר.

נראה שבית הדין במשפט העברי אוכף את הדברים המותרים בחוזה, על אף שהוא עצמו נעשה בדרך לא חוקית.

זילברג אומר שאם דנים בעניין לפי המשפט העברי, במקרה דנן השוכר והמשכיר עברו על החוק. אף על פי כן, **החוזה עדיין קיים.** ניתן להעמידם לדין בגין העבירה על החוק, אולם החוזה יתממש ויעמוד. במשפט העברי, בית הדין קיצוני יותר – בית הדין אוכף חוזה בלתי חוקי, ולא 'רק לא מתערב' כמו המשפט האנגלי.

**ע"א הניה הווארד נ' מיארה**

**העובדות:** אישה, הניה הווארד, מכרה קרקע לזוג מיארה, כאשר כשליש ממנה הופקע לרשות המקומית. היא ידעה זאת ושיקרה להם. היא ניהלה מו"מ עם המשיבים שלא בתו"ל. היא מכרה להם 100% של הקרקע במחיר מלא, בזמן שהיא ידעה ששליש מהקרקע הופקע. המשיבים חתמו על החוזה. לאחר שזה התברר להם, הם דרשו לקיים את החוזה במחיר מופחת משליש. המשיבים דרשו לקבל את הסכומים שכבר שולמו.

במקרה זה, המשיבים הם התובעים והנתבעת היא הנוכלת. התברר שלא כל הסכום נכתב בחוזה משיקולי מס, כדי להונות את רשויות המס. הגברת אומרת שהיא תעניק להם את הסכום המופחת, אולם הוא לא כתוב בחוזה. הוא הוצג כתשלום עבור החומרים לבניין.

**טענת הווארד:** הכסף לא חלק מהעסקה. או לחלופין, החוזה בטל בגלל אי חוקיותו (להונות את רשויות המס).

השיטה האנגלית אל תפתור את העניין, משום שכעת הניה היא הנתבעת! אם בית הדין יקבל את השיטה האנגלית שבחוזה בלתי חוקי, ידה של המוכרת על העליונה. אולם, ברור במקרה זה שהיא הנוכלת! אנו נמצאים בפלונטר.

לפי השיטה הקונטיננטלית, ניתן לומר שהוא בטל. לפי השיטה האנגלית, מאחר שהאישה היא המחזיקה בסכומים וידה על העליונה, ביהמ"ש לא יוציא ממנה את הכסף.

* מקרה זה אירע לאחר חקיקת חוק החוזים! כעת יש דין ישראלי!

**הליך משפטי:** **ס' 30 לחוק החוזים** קובע מהו חוזה בטל. ס' זה לקוח מהמשפט הקונטיננטלי. בין היתר, הוא אומר שחוזה לא חוקי בטל.

**ס' 31** קובע כי הוראות **ס' 19** (ביטול חלקי), **ו-ס' 21** (השבה) יחולו בשינויים המחויבים גם על בטלותו של חוזה. כלומר, ניתן לבטל חוזה לחלקיו, כלומר לבטל רק את החלק הלא חוקי. בנוסף, ניתן לבטל את חובת ההשבה.

בד"כ, כאשר מבטלים חוזה עדיין קיימת חובת השבה. ס' 31 אומר שהחוזה לא בטל תמיד באופן טוטלי. יכול להיות מצב בו לפי שק"ד ביהמ"ש, ביהמ"ש ייתן תוקף לחוזה. זוהי לא בטלות אוטומטית, אלא זו בטלות שתלויה בשק"ד ביהמ"ש.

**שמגר:** אומר שאין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי הכלל של "חטאו שניהם כאחד". החוק בס' 31 מתיר לביהמ"ש שק"ד רחב לעשות שיקולי צדק. במקרה זה, המערערת שנהגה בחוסר תו"ל במו"מ לא תוכל עתה להנות מכך שערכה חוזה לא חוקי. שמגר אומר שמאחר שקיים ס' 31, אנו פטורים משימוש בכלל "חטאו השניים כאחד".

* **פרופ' דניאל פרידמן** (מומחה לדיני חוזים ולדיני עשיית עושר) אומר שהוראת ס' 31 אינה לקוחה משיטת משפט זרה. ס' 31 מציע פתרון ישראלי מקורי שאינו מושתת על המקורות עליהם מתבססת בדרך כלל החקיקה הישראלית. פרידמן אומר שמדובר בהמצאה ישראלית מקורית.

**אלון:** מתבונן במקורות ההוראה המקורית במשפט העברי. בהצעת חוק החוזים נאמר שהעקרונות עליהם מבוסס החוק נוסחו תוך שימת לב מיוחדת לשיטת המשפט העברי. אלון מבקר את פרידמן ואומר שהוא אינו התייחס לכך.

הדין הקיים, המבוסס על האנגלי, מורה שחוזה פסול (הדין הקיים = לפני חוק החוזים),­ היינו חוזה שכריתתו או מטרתו בלתי חוקית, בלתי מוסרית או נוגדת את תקנת הציבור ­ אינו ניתן לביצוע, אך אינו בטל מעיקרו. בהצעת החוק נאמר **שהשיטה האנגלית גורמת לעוול רב**, ולכן הם הולכים לפי אמרתו של **זילברג בפס"ד ג'ייקובס נ' קרטוז**. לכן, הוראה זו לקוחה מהמשפט העברי. זילברג בפרשת קרטוז אימץ את המשפט העברי, עיצב את ההלכה הישראלית כך, וכאשר חוקק חוק החוזים הכנסת לקחה את דברי זילברג כהשראה.

התקבלו שני עקרונות מהותיים מהמשפט העברי:

1. עצם ההיזקקות לתביעה, שיסודה בחוזה, הפגום באי חוקיות. נשללה בתכלית הגישה כי תביעה עפי חוזה בלתי חוקי היא "מוקצה מחמת מיאוס". **שומה על ביהמ"ש לעשות צדק** בין בעלי הדין ולשם כך אף "ללכלך ידיו" בתביעה מעין זו.
2. **אין חוטא נשכר** – שהעבריין לא ייהנה בנוסף על מעשיו העבריינים גם מאי-קיום הנפקויות שבדין האזרחי, הנובעות מהחוזה.

בשני פסקי הדין, התובעים רצו לצאת נשכרים מהחטא, וזאת המשפט העברי לא מקבל וכתוצאה מכך הדין הישראלי אימץ.

**צים נ' מזיאר – חוזה הסותר את קדושת החיים דינו להתבטל**

**העובדות:** אישה הפליגה באוניית תיאודור הרצל מצרפת לישראל. במהלך הנסיעה היא קיבלה קלקול קיבה. 3 חודשים מאז היה לה דלקת בקיבה. ביהמ"ש המחוזי הפעיל את הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו" וחייב את חברת צים ואת הטבח באחריות לנזק. חברת צים מערערת בהסתמכות על ס' פטור המופיע בכרטיס הנסיעה. סעיף זה פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האונייה בשל רשלנותם.

**השאלה המשפטית:** האם להכיר בתניית הפטור?

**הליך משפטי (זילברג):** הפסיקה האנגלית מכירה בסעיפי פטור מעין זה. לדעת בתי המשפט באנגלייה זכותו של מוביל או ספק להתנות סעיף פטור, כל עוד הקונה יודע ומבין את הסעיף (כלומר, לא הייתה הטעיה). לעומת זאת, לפי השיטה האמריקאית אין הכרה בסעיפי פטור אלה. סעיפים אלה בטלים. באיזו דרך יש לפסוק?

זילברג אומר שיש לאמץ את ההלכה האמריקאית. באימוץ זה אנו לא "מאמצים ילד זר", אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות יסוד המושרשות עמוק בתודעה היהודית.

זילברג אומר שהדוק' האומרת שחוזה או ס' בחוזה הסותר את הסדר הציבורי בטל, מופיעה בחוק הפרוצדורה העות'מאנית. בניסוח החוק הישראלי, "נוגד את תקנת הציבור". זילברג אומר שהעיקרון שיש להגביל את חופש החוזים מופיע בחוק העות'מאני. הוא לא ממציא את העיקרון. חופש החוזים איננו מוחלט. אולם, מה הוא דבר הנוגד את הסדר הציבורי/תקנת הציבור? תוכן זה הוא מייבא מהמקורות העבריים.

הוא מציג שהיהדות מאז ומתמיד האדירה ופיארה את הערך הכביר של חיי אנוש. להבדיל מהנצרות, שבה הדבר המרכזי הוא האמונה, הדבר המרכזי ביהדות הוא חיי האדם. זאת הוא מסיק בגלל שישנם אנשים רבים בעלי אמונות שונות. למשל, גורניקים/חסידים/סאטמרים. מכאן, שעיקרון קדושת החיים הוא מרכזי. לכן, **כל חוזה שסותר את קדושת החיים או את שלמות הגוף, דינו להיות בטל.** לכן, סעיף תניית הפטור של חברת צים האומר כי חברה איננה אחראית לנזק שייגרם לנוסעים היא בטלה! היא לא בטלה בגלל הדוקטרינה של חוק החוזים האחידים (כי מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד), אלא בגלל שהיא סותרת מהותית עקרון על של קדושת החיים ושלמות הגוף.

נראה שעפ"י זילברג, **מתן תוכן למושג מופשט, כגון תקנת הציבור/הסדר הציבורי, יינתן עפ"י עקרונות המשפט העברי**.

**ע"א רוט נ' ישופה – פירוש מושג תוה"ל בהתאם לשני היבטים הלקוחים מהמשפט העברי**

**העובדות:** המערערים רכשו דירה מחברת ישופה בנייה. הם קיבלו את הדירה באיחור ולאחר שיקבלוה נמצאו בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצוי ותיקונים.

**טענת החברה:** לפי החוזה, קבלת החזקה בדירה על ידי הקונה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה (המחוזי קיבל את טענת החברה).

**הליך משפטי (אלון):** ס' 39 לחוק החוזים אומר שכאשר מקיימים חוזה יש לקיימו בתו"ל. כאשר אנו מפרשים מושגי יסוד, כגון תו"ל, שאופיים אוניברסלי, שומה עלינו לעיין בראש ובראשונה בעקרונות המשפט העברי ובמורשת ישראל. אנו נמצאים בעת בה טרם חוקק חוק יסודות המשפט. אולם, הוא מצטט את **זילברג** **בצים נ' מזיאר** ואומר שיש להעניק תוכן מהמשפט העברי למושגים מופשטים אלו.

אלון משתמש במקורות שאומרים שיש לבחון האם האדם מבצע עסקה ב"אמונה" (תו"ל). בנוסף, הוא מצטט את הפסוק בספר דברים "ועשית הישר והטוב". לדבריו זהו עיקרון על. עיקרון זה לפי הרמב"ן שאין בכוחו של המחוקק לצפות את כל המקרים שיהיו במציאות. לכן, ישנו עיקרון על זה האומר שיש לעשות את הישר והטוב – הוראת על המכסה על כל המקרים. יתרה מזו, הוראה זו מעניקה פתרון למקרים בהם אין בחוק תשובה. בנוסף, היא אומרת שגם אם יש תשובה למקרים אלו, מכוח עיקרון זה אדם לא יממש את זכותו בניגוד לעיקרון היושר.

לעיתים, המושג של יושר מגיע רק לרמה של "לפנים משורת הדין" ובית הדין לא יכפה זאת. לעיתים, עיקרון היושר מתגבש להוראה ממשית בעלת נפקות משפטית מלאה, וזאת לפי נסיבות המקרה.

האופן בו אלון מגבש את עקרונות אלה הוא חדשני. ההלכה קבעה מראש איזה עניינים של יושר בעלי תוקף משפטי. כהשלכה, הוא טוען שיש בכוחו של בית הדין להפוך עיקרון מסוים להלכה משפטית.

השופט אלון לוקח מהמשפט העברי:

1. **תוכן בדבר הפרת תו"ל** (לא הולך בדרך של ברק, בכך נדון בעתיד). במשפט העברי פירושו של תו"ל הוא לנהוג ביושר, באמון.
2. **תוקף משפטי לפי המשפט העברי** – מתי זה יושר "לפנים משורת הדין" ומתי בגדר חובה – תלוי בנסיבות. המשפט העברי מעניק שק"ד רחב לבית הדין.

אלון אומר שכאשר המחוקק קבע את עקרון תום הלב, ס' 39, יש **לפרשו לפי שני היבטים אלו הלקוחים מהמשפט העברי.**

לסיכום, המשותף בין המקרים שהצגנו בשיעור זה הינו שבכולם ביהמ"ש התייחס למשפט העברי ולהשפעתו על הדין. הסוגייה בשני העניינים האחרונים **(צים** **וישופה**), עוסקים בפרשנות של מושגים מופשטים. לפני חוק יסודות המשפט, השופטים **זילברג ואלון** חשובים שלצורך פרשנות של מושגים מופשטים ערכיים, יש לפנות למשפט העברי.

**שיעור 7 – 13/12/22**

**המשפט העברי בפסיקה – פלילים**

**אפנג'ר נ' מד"י – שימוש במשפט העברי וסטייה מהדין האנגלי**

**העובדות:** שוטרים התפרצו לבית משום שחשבו כי נעשית שם עבירה. הם לא ביקשו רשות להיכנס ולא הזדהו כשוטרים. באיזשהו שלב הגז בדירה הפסיק לעבוד (נראה שזה היה כדי שיפתח את הדלת וכך יכנסו פנימה). אפנג'ר הדף את השוטרים והורשע בתקיפה (לא תקיפת שוטרים, כי הוא לא ידע בכלל שמדובר בשוטרים).

**טענת אפנג'ר:** ההדיפה הייתה הגנה עצמית.

**שאלה משפטית**: אפנג'ר לא היה בעל הדירה, אלא אורח. נשאלת השאלה האם הוא זכאי להגנה עצמית?

**הליך משפטי:** דנו בהיקף ההגנה העצמית. הגנת הצורך באותה העת לא הייתה כמו היום. ס' 22 לחוק העונשין מערבב את הצורך עם ההגנה עצמית. צורך הוא ביצוע פעולה מסוימת הדרושה לסיטואציה (הסגת גבול כדי לכבות אש שפרצה בבית של אחר). הגנה עצמית הינה מקרה של תקיפה – מישהו תוקף אותי או את זולתי. השאלה היא האם אני רשאי להתגונן. כאן, הגנה עצמית הוכנסה לצורך, משום שתפיסת המחוקק האנגלי היא שהגנה עצמית היא מקרה פרטי של הגנת הצורך.

**מה היקף ההגנה העצמית?** אדם רשאי להגן על עצמו. הזכות להגנה עצמית מוגדרת לפי המחוקק האנגלי לא על כל אחד – אם אני רואה אדם ברחוב שנדקר, אסור לי להגן עליו. ההגנה היא רק בגין פגיעה בגופם או כבודם במי ש"הגנתם עליו" (כגון ילדים, הורים). הפסיקה האנגלית הרחיבה זאת והיא כוללת גם מעביד ועובדיו, מורה ותלמידיו וכו'. עדיין, צריכה להיות זיקה מיוחדת. לפי החוק האנגלי, אדם אינו רשאי לפעול תוך הגנה עצמית על כל אדם ברחוב.

* מה הרציונל? החוק האנגלי רוצה לשמור על הזכות הטבעית של האדם להגן על עצמו, אך עליו להימנע מלהתערב במקרים שאינם קשורים אליו. הדבר נובע מכך שלא בהכרח יודעים מי התוקף ומי המותקף. יכול להיות שאדם התוקף כרגע הוא היה מותקף מקודם וכביכול הוא מגן על עצמו במעשיו.

**אלון:** 'האפשרות שההגנה פרטית במקרה של הגנה על הזולת, מוגבלת דווקא לגבי אחרים שלגביהם קיימים יחסי קרבה או חובה מיוחדים, אינה עומדת בפני הביקורת. אין להעלות על הדעת שראובן הרואה את שמעון מותקף על ידי לוי, בהתקפה שאולי מראה תהא אחריותה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהא אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון.' אלון אומר שהגישה האנגלית לא הגיונית. זו **גישה שאינה מקובלת על הדעת**, שאדם אשר רצה להגן על אחר יואשם בתקיפה.

'גישה זו בדבר קיום 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 אומר שיש מערכות משפטיות שונות שבהן מקבלים את הגישה הזו, שהגנה עצמית כוללת גם הגנת הזולת (הגישה האמריקאית למשל מרחיבה את המושג הגנה עצמית). הוא מציין שזו ההגדרה הראויה בעיניו.

אלון מבסס את עמדתו על המשפט העברי – דין רודף:

**סנהדרין:** "מניין לרודף אחר חברו להורגו, שניתן להצילו בנפשו? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'"

הלשון היא שזוהי חלק מחובת הצלה. **ישנה חובת הצלה כללית** – לא תעמוד על דרך רעך – והיא מגיעה עד כדי כך שגם ניתן להצילו בנפשו, דהיינו להרוג את הרודף. ההריגה אינה הפעולה הראשונה שאפשר לעשות, אולם אם יש צורך ניתן גם להרוג. מכאן שהמשפט העברי מכיר בהגנת הזולת.

* האם פעולת ההצלה של הזולת היא רשות או חובה? עצם ההיחלצות למען הזולת היא חובה, שכן יש דין האומר לא תעמוד על דם רעך! יש שיאמרו כי "ניתן" אומר שמדובר ברשות ולא חובה, אך ה"ניתן" מתייחס לכך שניתן להשתמש בכל אמצעי על מנת להגן על הקורבן.

**לחובה זו יש מגבלה:** "רודף שהיה רודף אחר חברו ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל, נהרג עליו". כאשר נחלצים להיעזר למותקף ופוגעים בתוקף, הפגיעה בתוקף צריכה להיות לפי **"עקרון הפגיעה המינימלית".** צריך לעשות את הפעולה המינימלית הדרושה כדי להגן על הנרדף. אם האדם יכול לפגוע רק באיבר אחד של התוקף (כגון לירות לו ברגל), עליו לעשות זאת. אם המציל הורג את התוקף שלא לצורך, **המציל נחשב רוצח!** בגלל שהאמירה כה חריפה, הרמב"ם פסק מיתה בדיני שמיים. זאת משום שקשה לומר שהמציל הוא רוצח במזיד. הוא רצח בשוגג. לחלופין, ניתן לומר שההריגה נבעה מלחץ. לכן, הרמב"ם לא פוסק זאת ואומר שבית הדין לא מחייב אותו במיתה, אולם כן תהיה לו מיתה בדין שמיים.

עיקרון המידתיות לא נוגע לעניין זה. עיקרון המידתיות אומר שיש לפעול בהתאם לאיום שחל. למשל, גנב לא ניתן להרוג. כאן מתבטאת המידתיות. לכאורה, אדם שרץ לעברי עם סכין אני רשאי להורגו, אולם עיקרון הפגיעה המינימלית אוסר זאת במצב שניתן לפעול בפעולה אחרת. נניח ואדם רץ לקראת אחר עם סכין, ולאחר יש נשק. האם מותר לו לירות בו על מנת להרוג? לא! יש לבצע את הפעולה הנחוצה כדי להדוף את התקיפה. עיקרון הנחיצות הינו עיקרון הפגיעה המינימלית.

הרמב"ם מתאר את הפעולות והשלבים שיש לבצע במצב של דין רודף: הפעולה הראשונה שיש לעשות בדין רודף הוא אזהרה. רודף לא צריך התראה (משום שהריגת רודף איננה ענישה, אלא מניעה. התראה דרושה לפני עונש. לכן הוא לא צריך התראה אבל כן אזהרה בפה). אם הוא לא נענה לאזהרה, יש לכוון לאחד מאיבריו. אם אין אפשרות לכוון לאחד מאיבריו, ניתן להורגו.

הרמב"ם מתאר את התגובה לתקיפה ב-3 שלבים:

1. אזהרה
2. פגיעה באחד מהאיברים
3. הריגה

חשוב לציין, אנו מדברים על דין של רודף אחר חברו להורגו!!!! כלומר, מדובר על מקרה של סכנת חיים. השאלה העולה היא **האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בסיטואציה שאינה סכנת חיים, גם כאשר מדובר בתקיפה אחרת?** למשל, תקיפה שמביאה לידי חבלה. הרמב"ם כאן, וכך גם הסוגייה התלמודית, מדברים רק על סכנת חיים. **האם חובת ההצלה הכללית חלה גם בכל תקיפה אחרת**? הסוגייה מדברת רק על סיטואציות שבהן מבוצעות עבירות שחייבות במיתה.

**הרא"ש:** מציג מקרה של הגנה עצמית שבה למגן יש זיקה לקורבנות (כגון משפחה). הוא מרחיב ואומר שהגנה עצמית חלה גם בעבירות חבלה. הרא"ש אומר שניתן להשתמש בהגנה עצמית גם בסיטואציה של תקיפה שאינה תקיפה ממיתה, אבל אומר שאם היה יכול להציל את המותקף בתקיפה קלה אך תקף אותו בעוצמה רבה יותר, הוא חייב בעונש לפי דין. עיקרון המינימליות מתבטא גם כאן.

יש לשים לב שקיים הבדל בין חובת ההצלה מתקיפה שאינה ממיתה, לבין חובת ההצלה מתקיפה ממיתה. האם הצלה של תקיפה שאינה מיתה היא חובה או רשות? הרא"ש אומר "מותר" ולכן נראה שזוהי רשות! כלומר, כאשר מדובר בתקיפה ממיתה מדובר בחובה, אולם כאשר מדובר בתקיפה שאינה ממיתה, ההצלה היא בגדר זכות.

כך פוסק גם **השו"ע.** השו"ע מזכיר לראשונה בפירוש את העניין שהאדם שהותקף פטור משום שיש לו רשות לחבול בתוקף על מנת להציל עצמו. גם אדם שמתגונן בהגנה עצמית מפני אחר שתוקף אותו, ההגנה צריכה להיות בהתאם לעיקרון המינימליות.

לסיכום, עקרונות ההגנה הפרטית במשפט העברי:

* על אדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרתו של אחר הנמצא בסכנת חיים
* הוא יכול לנקוט בכל האמצעים הדרושים לכך. הוא רשאי לנקוט בכל אמצעים עד אפילו הריגת הרודף, בהתאם לעיקרון המינימליות.
* ברדיפה שאין בה סכנת חיים, רשות נתונה לכל אדם
* לשם הגנה על הזולת, האדם יכול לנקוט את האמצעים הדרושים כדי להגן אך אינו רשאי להרוג את התוקף. גם כאן חל עיקרון המינימליות
* זכות ההגנה העצמית נתונה גם לאדם המותקף עצמו לפי אותם עקרונות.

מדברים אלו מסיק אלון שעקרון ההגנה הפרטית חל לגבי כל מקרה שבו פלוני, האזרח הסביר שאכפת לו, רוצה להגן על אחר.

אלון אומר שהוא רוצה לפרש את העניין ש'אחרים שהגנתם עליו' כראוי שיגן עליו, ולא חובה משפטית. כלומר, "אחרים שהגנתם עליו" לא יהווה חובה משפטית. אולם, במצבים בהם אדם יכול/רוצה להגן עליהם, תחול ההגנה.

הוא קובע קביעה עקרונית – מזכה את אפנג'ר מהתקיפה, אולם בנוסף לזיכוי המקומי הזה הוא קובע חובה עקרונית שלדעתו **יש לפרש את הגנת הצורך במשפט הישראלי ככוללת הן הגנה עצמית והן הגנת הזולת**. זהו חידוש.

המשפט העברי עוזר לביהמ"ש להסתייג מהמשפט האנגלי הנוהג.

**זוסמן:** מסתייג. 'בפתרון הבעיה הזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. הוא חולה על אלון ולא פונה למשפט העברי. המשפט העברי אכן נכס תרבותי יקר, אך בהוראה ספציפית זו של ההוראה הפלילית שצמחה ממקור אחר ולא מהמקור העברי, לא ניתן לעשות זאת. הוא מטיל ספק גם אם החלת המשפט העברי הפלילי יהיה מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמא, האם הציבור יהיה מוכן להמית אישה נואפת בסקילה?' זוהי אמירה חריפה של הנשיא זוסמן.

המשפט העברי קבע שאין לדון עונש מוות עוד לפני 2000 שנה. כיום, בשאר המדינות כן יש עונש מוות. לכן, האמירה של זוסמן היא תלושה ודמגוגית. לומר שהמדינה תוציא להורג אישה נואפת זה דבר שלא מתקבל על הדעת.

הדבר מבטא סנטימנט של חשש מהמשפט העברי. אולם, ניתן היה לבטא את החשש באופן יותר מתון (כמצופה משופט עליון, ובטח נשיא). הטענה של זוסמן היא רחוקה מן המציאות.

בכך נראה שעמדתו של אלון העלתה תגובות נגד מאוד רבות ומוקצנות.

זוסמן, בפועל, הצטרף לדעתו של אלון בזיכוי. זוסמן אומר שאם צריך להעמיד לדין מישהו זה את השוטרים, שכן תקפו אדם חף מפשע. הוא פסק זאת מבלי להכריע בהיקף ההגנה עצמית

**אשר:** חלק ברמה העקרונית עם אלון. הוא אומר שכלל ההגנה הפרטית לצורך הצלת אדם אחר חל גם כאן במקרה שאין בו יחסי קירבה או אחריות מיוחדת בין הטוען להגנתו של הגלל לבין אלה שלטובתם הוא מתערב בצורה אלימה (אשר התנגד הן לעניין הזיכוי והן לשאלה העקרונית בדבר הגנת הזולת). אשר תומך בשיטה של האנגלית, ומתנגד לזיכוי.

**החלטה:** זיכוי, לפי אלון וזוסמן.

**ב1994 חוקק ס' 34י לחוק העונשין**: המחוקק הישראלי הכניס את ההלכה שאלון קבע ללשון החוק. השיטה הישראלית אימצה את העיקרון שהגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

אלון הכניס את המשפט העברי לבסס את הכרעתו. הוא היה בדעת יחיד. אולם, הפנייה למשפט העברי היא זו שהרוויחה את הזכות להגנה עצמית במשפט הישראלי, והיא זו שהביאה את המחוקק לקבוע בפירוש שבישראל הזכות להגנה עצמית כוללת גם את הזכות להגנה על הזולת.

**כהן נ' מד"י – שימוש במשפט העברי וסטייה מהדין האנגלי**

**העובדות:** מדובר באדם שהורשע באינוס בעקבות בעילת אשתו נגד רצונה, תוך שימוש בכוח. זוג שהיה להלכה זוג נשוי, ובפועל הם היו בהליכי פרידה. הגבר שרצה להפגין בעלות על אשתו טרם פרידתם, אנס אותה והורשע באונס.

**טענת האונס:** בסעיף האינוס (ס' 345) נאמר "הבועל אישה שלא כדין...". לדבריו, מאחר שזו אשתו, ניתן לאנוס אותה.

זהו הדין גם באנגליה. במאה ה-17 נאמר שבעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע כנגד אשתו החוקית, שכן בהינשאה לו היא הסכימה לכך.

* תולדות נוסח העבירה: בפקודה האנגלית כתוב – "אדם שבועל אישה שלא כדין". ב1977 המחוקק הישראלי פירש "לא כדין" כאינוס אישה שאינה אשתו. מאחר שהדבר היה מאוד בעייתי, היה תיקון בוועדת חוקה (לא ע"י המחוקק. דבר יוצא דופן! וועדת החוקה יכולה לתקן את החוק מבלי לחזור למליאה). היא תיקנה ל"שלא כדין". אולם, השאלה כעת היא **מה פירוש "לא כדין"?**

ביהמ"ש כבר אז הבין שהוא לא אוהב את ההלכה האנגלית. לא ניתן לחשוב שבעל אישה יכול לעשות בה כרצונו. אולם, בפועל, כשהמחוקק חוקק את חוק העונשין הוא העתיק המילים לפי המשפט האנגלי. כהן נעזר בכך ואומר שאשתו היא אשתו החוקית ולכן לא יכול להיות מואשם בעבירת האונס.

**הליך משפטי (דוד בכור):** אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה, אלא המילים "שלא כדין" **מתייחסות לדינו האישי של האדם**. יש לבחון האם לפי הדין האישי האדם רשאי לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. **במקרה של יהודים יש לבחון את הדבר לפי המשפט העברי.**

בכור מציג שורת מקורות לפיהם הבעל אינו יכול לאנוס את אשתו:

1. **תלמוד** – "אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה (יחסי מין)" היא צריכה להסכים לכך.
2. **הרמב"ם, הלכות אישות** – אסור לאדם לאנוס את אשתו ולבעול אותה בעל כורחה, אלא ברצונה ומתוך שיחה ושמחה
3. **שו"ע** – לא יבעל אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפייסה עד שתתרצה.
4. **הלכת המורדת** – לפי ההלכה היהודית, החובות בין בעל ואישה כרוכים בחובה עקרונית לקיים יחסים זה עם זה. כאשר הבעל/האישה מסרבים באופן עקרוני לא לקיים יחסים, אז הם הופכים בגדר "מורדים". הרמב"ם אומר שאישה שמסרבת לקיים יחסי מין נשאלת מדוע היא מסרבת. אם היא אומרת שהוא מגעיל אותה ואינה רוצה לקיים יחסי מין עימו, והואיל שיחסי מין הם מרכיב הכרחי ביחסים, יש עילת גירושין וניתן לחייב את הבעל לתת גט. זאת משום שאישה איננה שבויה ביד בעלה. היא לא תיבעל ע"י מי שהיא שונאת. הלכה זו האומרת שאסור לבעל לבעול את אשתו נגד רצונה, היא כה מורחבת גם אם מדובר בכך שהיא אינה רוצה לשכב אתו בגלל שהוא 'מגעיל' אותה.

בכור מסכם כי לאור זאת אין בעניין הנדון להחיל, על יהודים לפחות, את ההלכה האנגלית. על כן, המערער נחשב בגדר אנס.

השאלה העולה היא, האם נכון בכלל לפנות לדין הדתי? הפנייה למשפט העברי באה כדי להסתייג מהמשפט האנגלי. כאשר שופטים מרגישים שהדין האנגלי החל בישראל מכוח לשון החוק (סימן 46) איננו מתאים, אז הם הולכים למשפט העברי שיספק להם אלטרנטיבה. כך זה היה גם במקרה הקודם עם אלון.

**מרים בן פורת:** מעדיפה להשאיר בצ.ע את הפירוש של "לא כדין" כדין אישי. אולם, היא מציעה להתעלם מהמילים "שלא כדין". מי שנימק את העמדה הזו בצורה חריפה יותר הוא חיים כהן.

* היה לפס"ד זה ד"נ משום שלא הסתפקו בפירוש.

**ד"נ כהן נ' מדינת ישראל, חיים כהן:** התיקון של החוק מלמד שהוועדה (הכנסת) דחתה את ההלכה האנגלית. הוא אימץ את ההצעה של בן פורת. הוא הוסיף ואמר שהתיקון משמעותו דחיית ההלכה האנגלית ולכן הוא לא נזקק לדין האישי. מדובר במילים מיותרות שנלקחו מהמשפט האנגלי. הוא קובע שלפי החוק, היות אדם נשוי לא מהווה טענה נגד אונס.

בפועל, עבירת האינוס עברה שינויים רבים. אחד השינויים באונס קשור לעצם הגדרת האונס. בנוסח הראשון היה רשום "הבועל אישה נגד רצונה עם סכנת איום...". כיום האונס אינו כולל איום. הוא רשם "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית". לא מדובר באיום בחבלה/מיתה. בין השאר, נשלל בתיקון החוק המילים "לא כדין" וממילא היום לא צריך לפרש זאת לא לפי הדין האישי ולא לפי הדין הכללי.

**שיעור 8 – 20/12/22**

***חוק יסודות המשפט***

חוק יסודות המשפט בא על רקע של סימן 46 לדבר המלך. סימן זה קבע שעם תחילת המנדט הבריטי, המשפט שנהג קודם לכן ימשיך לנהוג. הוא אמר שבמקרים שהחוקים לא יהיו נוהגים לגביהם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. כלומר, כאשר יש חסר יש להשלים ממקורות המשפט האנגלי.

לאחר קום המדינה, בתי המשפט התלבטו מה קורה כאשר יש חסר לגבי חוק ישראלי חדש, והאם לגביו גם צריך לפנות לאנגליה. הפסיקה אמרה שלא? היא צמצמה את הסעיף. אולם, באופן עקרוני עדיין חלה חובת פנייה למשפט באנגליה כשיש חסר. עד חוק יסודות המשפט, מערכת המשפט הישראלית נשארה כפופה למשפט האנגלי.

הייתה התלבטות האם די לבטל את הסימן, או שמא צריך להציע לו גם חלופה. היה מי שסבר (פרופ' ידין) שדי לבטל את הסימן, וההשלמה תהיה לפי סמכות ביהמ"ש. אולם, דעת הרוב הייתה שצריך למצוא לו חלופה. לכן, החלפת סימן 46 התעכבה בגלל התלבטות לגבי החלופה הנכונה.

ב1980 נחקק חוק יסודות המשפט, וחולל את השינוי. הוא ביטל את סימן 46, ובמקום זאת הוא הציע בס' 1 את החלופה האומרת שבמצב של חסר ביהמ"ש ישלים מעקרונות מורשת ישראל.

בדברי ההסבר לחוק נאמר שבביטול התפקיד המשלים של המשפט האנגלי, מתעוררת השאלה כיצד יש לנהוג בנושא של שטחים ריקים/לקונה. הוצע שבמקרים אלה ינחה ביהמ"ש את עצמו ע"י עקרונות מורשת ישראל. מבין הצעות שונות, נוסח זה נבחר כדי שביהמ"ש ינחה את עצמו על ידי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, מבלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי. מכאן שנשמע שערכי המוסר והיסוד של מורשת ישראל הם בהוראות המשפט העברי. דברי ההסבר יוצרים **זיקה בין מורשת ישראל לבין המשפט העברי**, אולם היא לא ברורה מספיק.

**לקונה**

לקונה – שאלה משפטית הטעונה הכרעה שלא נמצאה לה תשובה ב:

1. דבר חקיקה – כולל חקיקה ראשית וחקיקה משנית.
2. בהלכה פסוקה – הלכת ביהמ"ש. השאלה היא מה בדיוק זה הלכה פסוקה. האם הכוונה היא לתקדימים של ביהמ"ש, או רק של ביהמ"ש העליון. **השופט אלון** אומר שהלכה פסוקה היא רק הלכה שנקבעה ע"י ביהמ"ש העליון. רק הלכה זו היא ההלכה המחייבת. לעומת זאת, **חיים כהן** חושב שהלכה פסוקה כוללת הלכה שנקבעה בכל בתי המשפט, גם אלו הנמוכים. שפירט מסכים עם אילון, האומר כי מאחר שלביהמ"ש העליון יש מעמד אחר והלכתו היא הקובעת, לכן ההלכה הפסוקה תהיה רק שלו.
3. בדרך של היקש – אנלוגיה מעניין לעניין. ייתכן שגם כלולה כאן פרשנות כללית.

**אלון** אומר שהוא מסכים (עם ברק) שפרשנות קודמת להשלמה מעקרונות מורשת ישראל. כלומר, אם ניתן לפרש חוק בדרך של היקש או בדרך אחרת, יש לעשות זאת קודם לכן.

**פרשנות מושגים משפטיים ערכיים**

מה מקומה של פרשנות של מושגים משפטיים ערכיים? האם הם בגדר השלמת לקונה (**ד"נ הנדלס**)?

**אלון:** 'סבור שמושג משפט שיסודם במערכת מוסר ותרבות, כגון צדק, תו"ל, תקנת הציבור וכיו"ב, שפרט לכינויים אינם מפנים לתוכן סובסטנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת תוכן בהם היא בבחינת מילוי שטח ריק.'

הוא סבור שפרשנות של מושגים כלליים/מופשטים, מחייבת דברים נוספים. לכן, בעיניו מדובר בלקונה. כלומר, יש לפרש מושגים אלה עפ"י עקרונות מורשת ישראל. כך הוא גם עשה **ברוט נ' ישופה** (וכך עשה **זילברג** **בצים**).

**ברק:** 'מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד, תפקיד ביהמ"ש הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה עפ"י מטרת החוק ובהתאם לתנאי החיים. בעניינים אלה אין השופט ניצב בפני שטח ריק, שכן המחוקק קבע נורמה החלה בעניין.' הוא טוען שלא מדובר בהשלמת חסר. המחוקק קבע נורמה ולכן ביהמ"ש ייתן תוכן, אולם לא צריך לפנות לעקרונות מורשת ישראל.

**פרשנות חוקים**

מה לגבי פרשנות חוקים (בנוסף לפרשנות מושגים ערכיים)?

**אלון** טוען שלמשפט העברי יש מקור ראשון במעלה לצורך השראה. כלומר, כאשר ביהמ"ש שוקל כיצד לפרש מונח, הוא מסתכל בשיטות משפט אחרות. כאשר הוא עושה זאת, למשפט העברי יש מקום ראשון במעלה. הוא לא חייב לפרש לפי המשפט העברי, אולם הוא יהיה מקור ההשראה הראשון שאליו יפנה. 3 נימוקים:

1. **המשפט העברי שימש "מקור ראשי" לחקיקה הישראלית** – הוא אומר שכאשר המחוקק חוקק את החוקים הוא נתן מעמד בכורה למשפט העברי בחוקקו את החוקים, ולכן גם כאן יהיה לו מעמד בכורה.
2. המשפט העברי מספק **תשתית אחידה** ליצירת "תורת משפט ישראלית" – יש שתהיה שיטה אחידה. אם נסכים שנפנה למשפט העברי בכל שאלה (כמקור השראה!), אז תהיה לנו תשתית אחידה למשפט הישראלי.
3. חוק יסודות המשפט אמנם לא התייחס לפרשנות חוקים, אולם העובדה שהוא העניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים למקרים של חסר מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים.

**בהנדלס**, השאלה הייתה איך לפרש את הביטוי "רשותו של אדם אחר". אלון אומר שבגלל שהמחוקק הושפע מהמשפט העברי, יש לפרש את המושג "רשותו של אדם אחר" לפי המשפט העברי. בנימוק זה הוא השתמש גם בערעור (לפני שחוקק חוק יסודות המשפט), וגם לאחריו.

אילון סבור שכאשר ישנה אפשרות לפרש חוק תוך הסתייעות במשפט העברי, יש לעשות זאת תוך מתן עדיפות לו בפרשנות.

**ברק** חולק עליו. לדבריו '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 יש לפרש מתוכו לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו.' ברק לא מתייחס לשאלה האם באמתה משפט העברי הוא מקור לכל החקיקה, אלא הוא אומר שגם אם המחוקק השתמש במונחים מהמשפט העברי, אז יש נתק. המושג כעת עומד בפני עצמו. יש לפרש את החוק לפי פרשנות תכליתית.

המעגל הפנימי של חוק יסודות המשפט הוא שטח ריק/לקונה. עליה חל חוק יסודות המשפט ועל כך אין מחלוקת. באשר לפרשנות מושגים כלליים, ברק אומר שלא מדובר בלקונה בניגוד לאלון. בנוסף, אלון אומר שיש פרשנות של חוקים שנדרש לתת למשפט העברי מעמד בכורה, וגם כאן חולק עליו.

בפרשת הנדלס, לא נידונה השאלה הזו! הנדלס התחיל מיד עם השאלה של פרשנות חוקים. הנושא הזה נידון שם, אולם שאלת הלקונה עצמה לא נידונה שם.

**ד"נ הנדלס**

**הליך משפטי:** ביהמ"ש קבע שלמשפט העברי אין מעמד מיוחד בפרשנות חוקית. אולם, **חיים כהן** אמר שכאשר המחוקק השתמש במושג הלקוח מהמשפט העברי, ניתן לפרשו דרך מקור זה. בעניין זה, אומר שהמושג "רשות" אינו לקוח מהמשפט העברי ולכן אין צורך לפנות אליו. ביהמ"ש רשאי להביא ראיות מהמשפט העברי, אולם זה לא בגדר חובה. בהנדלס, ביהמ"ש קבע שחוק יסודות המשפט חל רק על שטח ריק/לקונה. הוא לא חל על פרשנות חוקים, ולא התייחס לפירוש מושגים ערכיים. ניתן לומר שרוח הדברים של הפסיקה היא שהחוק לא חל בפרשנות חוקים/מושגים.

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

* **פרשנות רחבה** – החוק מדבר על כל שאלה שאין לה תשובה בחקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, ביהמ"ש מצווה 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. חסר הוא מושג ספציפי! לא כל מקום שאין בו תשובה בחוק הוא חסר!

הדבר רומז להבחנה של ברק בין השלמת חסר לפיתוח המשפט:

**חסר לפי ברק,** **היצירה השיפוטית:** 'קיים חסר, מקום שבו נורמה משפטית או הסדר משפטי הוא בלתי שלם, ואי שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או את תכלית ההסדר.' כלומר, חסר קיים רק כאשר יש הסדר מסוים לנושא, וחסר בו פרט. למשל, נבנה קיר אבנים וחסרה בו אבן. מכאן שבמקום שבו כלל אין קיר אבנים, אין חסר. 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'.

**פיתוח המשפט, ז'רז'בסקי, ברק –** מקום שאין קיר אבנים כלל. כלומר, הנושא לא הוסדר מעיקרו. ברק אומר ש"ההיסטוריה של המשפט המקובל היא פיתוח המשפט ע"י השופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים של משפטנו היא היסטוריה של יצירה משפטית. מרבית המשפט המנהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים וכו, כל אלה הם יצירה שיפוטית, בה פעל ביהמ"ש לפיתוח המשפט".

אם מדובר בתחום שכולו לא הוסדר בחוק, ובימה"ש משלים, אז לא מדובר בהשלמת חסר אלא פיתוח המשפט. המשמעות היא שאין לחזור בפיתוח המשפט לחוק יסודות המשפט ולעקרונות מורשת ישראל.

השופט, בפיתוח המשפט, כלל לא מחויב לחוק יסודות המשפט. '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.'

בתשובה לשאלה 'האם ללכת לפרשנות מרחיבה או מצמצת של המושג', אנו רואים שאלון הולך לפרשנות מרחיבה – בכל מקום שאין בו תשובה, זו לקונה שיש להשלימה לפי עקרונות מורשת ישראל. ברק מצמצם ואומר שלא כל מקום בחוק שאין בו תשובה יש לפנות לעקרונות מורשת ישראל, אלא יש לפנות אליהם רק במצב של לקונה במובן הצר.

לדוג', חוק הבחירות (דרכי תעמולה) מכיל ס' 15 האומר ששידורי תעמולה לבחירות צריכים אישור מקדים של יו"ר ועדת הבחירות. אין סעיף מקביל לשידורי רדיו! לא כתוב ששידורי רדיו צריכים אישור של יו"ר. הייתה עתירה בנושא **(חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות),** האם צריך גם ברדיו את אישור יו"ר הבחירות. ביהמ"ש אמר שמדובר בחסר. הוא הסדיר את יחסי התעמולה, אולם לא התייחס לרדיו. על כן, השלימו אותו ע"י היקש מטלוויזיה.

לא כל מקום שהמחוקק לא הסדיר את הנושא כלל זה יהיה בגדר חסר. למשל, **בז'רז'בסקי** השאלה שנידונה הייתה מה התוקף של הסכם פוליטי. **אלון** אמר שהשאלה הזו לא נידונה במקורות המשפט. אין חוק ואין הלכה פסוקה. הואיל וזה עניין שאין לו תשובה, יש להכריע בו לפי עקרונות מורשת ישראל. **ברק** אומר שאין לפנות למורשת ישראל, משום שלא מדובר בהשלמת חסר אלא בפיתוח המשפט. המחוקק כלל לא הסדיר את עניין ההסכמים הפוליטיים. מכאן שברק מפרש את מושג הלקונה באופן צר – חסר מובהק וספציפי. כאשר אין הסדר כלל, אין חובה לפנות לעקרונות מורשת ישראל.

**מדוע ברק מפרש בפירוש מצומצם?** באנגליה עצמה אין חוק דומה לחוק יסודות המשפט. אין דין שיור. אין הוראה לביהמ"ש האומרת כיצד לפסוק במקום בו אין תשובה בחוק. אין הוראה כזו משום שבמשפט המקובל מדובר בתופעה רגילה. הוא לא מתיימר להסדיר נושאים באופן מלא בחקיקה. כשמסתכלים על זה מנק' מבט זו, ברק אומר שאם אנו ממשיכים את המשפט האנגלי, אנו לא יכולים להחיל הוראות של דין שיור. הואיל והמחוקק קבע דין שיור בישראל וקבע מה לעשות כדי להשלים חוק, יש לעשות זאת בצורה מצמצמת כדי ליישב זאת עם התפקיד הקבוע של ביהמ"ש. מכאן שדעתו של ברק לא קשורה למשפט העברי. אלא, הוא מאמין שלא נכון להגביל את ביהמ"ש למקורות משפטיים מסוימים. יש לפתח את המשפט.

מה עמדת שאר השופטים בנושא? השאלה לא נידונה בפירוש, אולם ההבחנה של ברק כן התקבלה ע"י שופטים רבים. הם משתמשים בה. למשל:

**פס"ד לחמני – פיתוח המשפט ואי שימוש במשפט העברי**

**העובדות:** ביציות מופרות. זוג התחיל תהליך של הפריה חוץ גופית. היו להם ביציות מופרות במקפיא. הם נפרדו, אבל האישה רצתה להמשיך להשתמש בהן כדי להיכנס להיריון. האב חזר בו ולא רצה שהיא תעשה זאת, הוא לא רצה ילדים ממנה.

**שאלה משפטית:** מה עושים במקרה כזה?

**הליך משפטי:** לשאלה זו אין תשובה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה. אולם, אף אחד לא הלך לעקרונות מורשת ישראל. גם שופטים שמצופה מהם לעשות זאת (כגון השופטים צבי טל וטירקל), לא עושים זאת. הם אומרים שזו שאלה של פיתוח המשפט, משום שלא מדובר בחסר. זהו נושא חדש. מכאן שהשופטים מקבלים את הבחנתו של ברק.

אלון התקומם נגד זה.

**מהי מורשת ישראל?**

**אלון באלוני נ' שר המשפטים** אומר שמורשת ישראל 'כוללת בראש ובראשונה את כלל הלכותיו של המשפט העברי, וכן עולמה של אגדה, דברי הגות ומחשבה, כפי שאלה עלו ונידונו בתקופות השונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי.' לדבריו, העקרונות כוללים את כלל הלכות המשפט העברי, וכן גם את עולם הגדתה.

'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).**

**ברק** לעומת זאת אומר שמורשת ישראל לא זהה למשפט העברי, אלא מדובר בדבר כללי הרבה יותר. הוא אומר שהמשפט העברי כולל את המורשת התרבותית שלנו, של העם היהודי לאורך השנים, והיא כוללת את תורתם של ישעיהו וירמיהו, שפינוזה ואחד העם, ז'בוטינסקי, בן גוריון וכו'. יש לשים לב שכל הדמויות שמוזכרות (מלבד הנביאים) אינן דמויות מן המשפט העברי. לכן, מכאן נראה שמורשת ישראל היא הכל חוץ מהמשפט העברי.

ביקרו אותו על כך. אולם, הוא עדיין נשאר דבוק לעמדתו, עם שכלול הרשימה: רמב"ם, שפינוזה, הרצל ואחד העם. כלומר, כעת הוא אומר שמורשת ישראל זה מושג רחב. אין כוונה למשפט העברי באופן מובהק, אלא כוונה למורשת היהודית – הן הדתית והן החילונית.

מכאן שברק אומר שאין הפניה למשפט העברי. לכל היותר ניתן לכלול את המשפט העברי בתרבות הרחבה, אולם אין ללמוד שעיקרם הוא המשפט העברי.

אלון אומר שבגלל שאנו עוסקים בעניינים משפטיים, מטבע הדברים עלינו להשלים ממקורות משפטיים. אלון גם נסמך על דברי ההסבר להצעת החוק שאמרו שההוראה לא מכילה את כל ההוראות, אולם היא מכילה עקרונות מהמשפט העברי. לכן, לעמדתו של אלון יש בסיס. אולם, הוויכוח נבע מתיקון חוק יסודות המשפט מ2018:

**חוק יסודות המשפט – תיקון תשע"ח 2018**

בס' 1 הכניסו את המשפט העברי לסעיף, וזאת כנגד עמדתו הראשונה של ברק (שמורשת ישראל אינה זהה עם המשפט העברי). מכאן שבס' זה נכלל גם המשפט העברי וגם מורשת ישראל (במושג הרחב יותר).

* באיזו מידה אפשר לחשוב על המשפט העברי כמקור משלים? האם בהלכות המשפט העברי בהכרח תהיה תשובה לכל שאלה שחסרה לנו בחוק? השאלה היא שאלה קשה! לא בהכרח שלכל שאלה תהיה תשובה במשפט עברי. לעיתים יש שאלות חדשות שצריכים לדון בהן ושיהיו דעות שונות לגביהן. הפסיקה של פוסק ההלכה צריכה לגלות יצירתיות. ההפניה להלכה לא בהכרח תעזור. במצב כזה פונים לדרגת הפשטה גבוהה. פונים לעקרונות צדק, יושר, שלום. ואלו העקרונות שביהמ"ש צריך לחשוב עליהם וזה יכול לספק תשובה במקום שאין תשובה בכלים הספציפיים. ההנחה שיש לכל שאלה משפטית תשובה במשפט העברי היא הנחה שגויה אלא אם כן כאמור פונים לעקרונות מופשטים.

**שיעור 9 – 27/12/22**

***המשפט העברי בפסיקה (1980-1992) – זכויות יסוד***

מה ביהמ"ש יכול לעשות לאחר שהחוק נקבע? ביהמ"ש היה יכול באופן פורמלי לפנות למשפט העברי ולהפיק ממנו דברים שונים. ביהמ"ש עשה זאת קודם לכן ולפני החוק פנה למשפט העברי, אולם החוק נותן לו כלי רשמי לעשות זאת.

**ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות**

**העובדות:** עלה לדיון נושא פסילת השתתפותו של מאיר כהנא בבחירות לכנסת. באותה העת, לא היה סעיף 7(א) שמעניק סמכות לפסילת רשימות. היה תקדים של **ירדור,** ובפס"ד זה התקדים נידון. בניימן עמדו על הפרק שתי רשימות – כהנא ומיעארי (רשימה ערבית). כהנא נפסל בגלל ביטויי הגזענות שלו, ומיעארי משום ששלל את קיומה של ישראל.

**טענת כהנא:** מבסס את אמרותיו הגזעניות על המשפט העברי – המדינה ניתנה לעם הישראלי ולכן ליהודים מגיע יותר זכויות מאשר ללא יהודים.

**הליך משפטי:** ביהמ"ש אמר שאי אפשר להשתמש בתקדים של ירדור לפסילה של רשימות אחרות. על אף זאת, ביהמ"ש לא פסל את שתי הרשימות, והוא רצה לצמצם את הלכת ירדור. הוא טען שההלכה מדברת רק על רשימה ששואפת לחיסול המדינה, אבל זה שרשימה מתנגדת ליסודותיה של המדינה (להיותה דמוקרטית/יהודית), לא מהווה עילה לפסול. למרות שלא הייתה פסילה, ביהמ"ש אמר כמה דברים חדשים תוך שימוש במשפט העברי.

**אלון:** אמר משהו עקרוני על אופי המשפט העברי – העובדה שמדובר במסורת עשירה שניתן להביא ממנה ראיות לצדדים שונים. לכן, נדרש שק"ד כדי לומר מהו הדבר הנכון. הוא מודה שניתן להביא ראיות מן המקורות היהודיים לכאן ולכאן, אך המעיין צריך לדעת מה לקחת מההלכה. להבין מה נאמר לאותה שעה ומה נאמר לדורות, ומה נאמר בדעת רוב ומה במיעוט.

הוא אומר שהמסורת היהודית היא **המקור לחופש הבעת הדעה.** הוא אומר "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". לשיטת אלון, אנו רואים סוג של פרשנות ביחס למקורות. כלומר, ניתן לטעון שזה לא פירוש נכון של ההלכה. לא כל דעה זוכה ל"אלו ואלו דברי אלוקים חיים", אלא רק דעותיהם של חכמים. אלון מרחיב את הביטוי ומיישם ממנו עקרון משמעותי ורחב יותר – גם כאשר דנים בשאלות חברתיות, לדעות השונות יש מעמד ערכי. אין לבטל את הדעות השונות.

הייתה בעיה עם כהנא – מצד אחד, ביהמ"ש רצה לצמצם את הלכת ירדור ולא להחיל אותה, ובכך לא לפסול את כהנא. מצד שני, הדבר עשוי להיתפס כהכשרת דעה גזענית. **ביקרו את ביהמ"ש על כך** – האם היה נכון להכשיר את הדעה הזו של כהנא? ביהמ"ש רצה לצמצם את הלכת ירדור ומצא עצמו מכשיר את כהנא – דבר שלא רצה – לכן הוא הרבה מילים בגינוי גזענותו של כהנא. אלון כדרכו עשה זאת על בסיס מקורות המשפט העברי.

כהנא טוען בשם היהדות שהמדינה ניתנה ליהודים ולכן מגיע להם יותר זכויות מאחרים. אלון אומר בפירוש שמה שמקומם אותו בדברי כהנא זו השחרת היהדות, מאשר הפירוש הגזעני שנותן ליהדות. לכן הוא אומר:

'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.'

הוא מעלה את הוויכוח בין **ר' עקיבא** לבין **בן עזאי:** מה הכלל הגדול של התורה? האם ואהבת לרעך כמוך לפי רבי עקיבא? או לפי בן עזאי, בריאה בצלם אלוקים? מה יש בכל אחד מהכללים שאין באחר?

* 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.
* העיקרון הראשון – 'ואהבת לרעך כמוך' – סימפטי יותר. לעומת זאת, העיקרון השני מציב סטנדרט אובייקטיבי – האדם הוא דמות אלוקים וזה מה שנותן לו את המעמד, לא היחס הסימפטי אליו.

דעתו של אלון: ההבדל הוא איזה יחס כל אחד מהפסוקים מבטא ביחס לזולת – לפי ר' עקיבא, הערך העליון הוא אהבת האדם, ולפי בן עזאי, הערך החשוב (מעבר ליחס הבין-אישי של אהבה) הוא השוויון.

הוא אומר שלפי דעתו המחלוקת בין בן עזאי לר' עקיבא אינה חזיתית, אלא כל אחד מגלה איזשהו צד ואומר ששני העקרונות של אהבת האדם והשוויון הם משתלבים.

הנק' החשובה שאלון רוצה להדגיש, באשר לכך שאדם נברא בצלם אלוקים, הוא שכל אדם באשר הוא נברא בצלמו. לכן, **יש להתנהג בשוויון ובאהבה לאחר**.

מביא את דבריו של **הרב קוק** – "אסור ליראת שמיים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמיים טהורה. סימן ליראת שמיים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי הנטוע בטבע הישר של האדם הולך ועולה על פיה במעלות גבוהות יותר ממה שהוא עומד מבלעדה" – המוסר הטבעי, הרגש הטבעי-המוסרי שיש לאדם הוא הבסיס. יראת שמיים/מצוות יכולות להפוך אדם למוסרי יותר. אולם, אם כתוצאה מיראת שמיים של האדם הוא נוהג בפחות מוסריות (כגון גזענות), מכאן שזו יראת שמים פסולה שאינה טהורה. בעצם, יראת שמים טהורה תיבחן לפי הגברת מוסריותו של האדם.

אלון מתייחס למיעוטים:

* "כי גרים הייתם בארץ מצרים" **(שמות כג, ט)**
* הגזענות שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושים 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 אחד ולכל חובה: "חוקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ" (**במדבר, ט, יד)**
* התורה קובעת "גר ותושב – וחי עמך" ולכן כל הזכויות חלות גם על גר. הוא מביא את **הרמב"ן** שאומר שיש לפרנס את הגויים, לספק להם שירותי רפואה וכו'. התנאי לשמירת 7 מצוות בני נוח מהווה דרישה לסטנדרט מוסרי בסיסי.

ניתן לומר שכל הרעיונות האלה הם מופשטים ולא רלוונטיים. **המרצה** חושב שהוא מציע פרשנות אקטואלית לרעיונות אלה ולא משאירם באוויר. אלון בפסיקתו מציע לאורך כל הדרך **פרשנות ליברלית ליהדות**! ההישג העצום של אלון הוא לקיחת המשפט העברי כמקור, ורואה בו כמקור לזכויות אדם ולגישה ליברלית. תוך כדי, הוא נותן גם פרשנות ליהדות.

"תוכן רשימת 'כך' ומגמת יוזמיה וראשיה , כפי שעלו בחומר המצוי לפנינו, יש בה משום ניגוד משווע לעולמה של יהדות והלכותיה, לעברה ולעתידה, ניגוד מוחלט לעקרונות יסוד של מוסר אדם, מוסר עם, למגלית העצמאות של מדינת ישראל ולתשתיתן של הדמוקרטיות הנאורות בימינו." הוא אומר שזהו הניגוד המוחלט גם למדינת ישראל, גם לדמוקרטיה וגם ליהדות. **הוא רוצה להדגיש שאין מקום לדעות כאלה במסגרת היהדות**.

ביהמ"ש כאן לא פסל את הרשימות, אולם הדבר הוביל את הכנסת לחיקוק ס' 7(א).

**ברק:** מביא ציטוט מהרב קוק – "המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת האדם, והיא צריכה להתפשט על כל האדם כולו. למרות שינויי דעות דתות ואמונות, ולמרות החילוקים... 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 בניין הטוב הרוחני, שכל נפש עדינה מצפה לאורו**." לברק היה חשוב לצטט את המשפט העברי, שכן חשוב לו לומר **שבנוסף להיותם גזעניים, הם משחירים את היהדות**.

**קטלן נ' שירות בתי הסוהר – כהאו"ח במשפט העברי**

**העובדות:** בדיקת חוקן ופגיעה בכהאו"ח.

**הליך משפטי (חיים כהן):** מנסה לדלות ממקורות המשפט העברי מידע באשר לכבוד האדם, בטרם חוקק חוק יסוד כהאו"ח. כהן משתמש בעיקרון של המשפט העברי **"גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה",** ועושה תרגום של זה לפי התלמוד – כוחו של הבריות גדול להתגבר על מצוות של דרבנן ולא על מצוות מן התורה (לפי התלמוד הבבלי). הוא עושה אנאלוגיה – ישנם חוק ותקנות של שירות בתי הסוהר. הוא לא היה פוסל חוק מכוח העיקרון של כהאו"ח (שהיה אז רק זכות שיפוטית), אולם מכוחו הוא כן פוסל תקנה. לכן, הוא בעד לפסול את התקנה המתירה לבצע בדיקת חוקן ללא רשות. הוא נותן עצה ואומר שראוי שהמחוקק הראשי יתחשב בכהאו"ח.

הדבר היה יסוד לסדרה של פסקי דין בנושא של זכויות האסיר:

**מדינת ישראל נ' תמיר – זכות הריפוי קיימת גם לאסיר**

**העובודת:** האסיר רצה שיפנו אותו מחוץ לבתי הסוהר.

**שאלה משפטית:** האם הדבר אפשרי?

**הליך משפטי (אלון):** "הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית 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."

פונה לעיקרון שאדם נברא בצלם. אלון חוזר לכך שהזכויות מעוגנות ברעיון של בריאת האדם בצלם, ומתוך כך יש לו את הזכות הזו. הוא אומר שזכות זו קיימת גם לאסירים. הטענה היא שזכויות היסוד בעיקרן שמורות גם לאסירים.

אנו נמצאים בתקופה של שנות ה-70', ולכן אמרה זו חשובה. משתמש במקורות התורה:

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

התורה מקפידה על כך שעונש המלקות יהיה מוגבל ל-40, ולא ניתן לתת יותר שכן הוא כבר נענש. לאחר שאדם נענש הוא הופך לאחיך.

אלון מחדש ואומר "כלל 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."

הזכות שנשללת מהאסיר היא החירות האישית, ורק היא. כל שלילה אחרת של זכויות צריכה להיות מוכחת שהיא מוצדקת. משכך, זכותו של אדם להתרפא היא **זכות שקיימת גם לאסיר ומותר לו לבחור מי ירפא אותו.**

במקרה זה, מדובר באדם שמכור לסמים וקיבל מהרופא שלו אישור. בית הסוהר התנגד לאישור. אלון אמר שהזכות לריפוי רפואי קיימת גם כאשר מדובר באסיר.

המשנה אף אומרת שאם אדם נודר לא "להנות", ובכך נדר שלא ירפא את חברו, אין הנדר מחזיק.

הוא אומר שזכותו של האסיר לבחירת ייעוץ וטיפול רפואיים קיימת, אך היא יחסית. ביהמ"ש רשאי לשקול האם לממש זכות זו והאם לא.

**בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים – לא ניתן לשלול מאסיר את זכויותיו אלא באמצעות הוראה בדין**

**העובדות:** דנו בזכות הבחירה של אסירים. לא היה מנגנון בחירה בעת קיום פסק הדין.

**הליך משפטי (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." – לא רואה סיבה עקרונית למנוע מאסירים זכות בחירה. כל זכות מזכויות האדם שמורה לאדם, גם אם הוא נמצא במאסר. אין במאסרו לשלול את זכויותיו, אלא אם כן יש הוראה אחרת שבדין.

"ואם כך הוא לעניין כל זכות מזכויותיו של האסיר, מכל שכן כך הוא לעניין זכותו להצביע לכנסת, שאין כמוה להצביע על קשר שבינו לבין החברה שממנה הוא בא ושאליה עתיד לשוב." – אלון בכלליות מסתייג מעונש מאסר. הוא אומר שיש הבדל בין אנשים מסוכנים שאותם צריך לכלוא, לבין אנשים שאינם מסוכנים ויש למצוא להם אפשרויות ענישה אחרות. לאלון יש שתי עמדות עקרוניות הנשענות על המשפט העברי:

1. מכלול הזכויות נשמר לאסיר
2. צמצום הפגיעה של עונש המאסר

**בג"ץ 114/86 וייל נ' שירות בתי הסוהר**

**העובדות:** עתירה של אדם שטען שהוא רוצה לקיים יחסי אישות עם אשתו, על בסיס דתי (טען שזו מצווה). הוא דרש מבית הסוהר שיאפשרו לו לעשות זאת. באותה עת זו הייתה נראית עתירה מוזרה.

**הליך משפטי (אלון):** קבע ששלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר. ניתן לחשוב על הסדרים כאלו שמתירים זכות זו. כמובן, שזה משפיע על האיזון איך לעשות זאת.

"ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם מצויה גם בידי האסיר. השאלה אינה אלא זו, האם יש בה, בשלילת החירות וחופש התנועה, כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות, ומהו האיזון הראוי והדרוש בין הבטחת שלילת החירות שהיא על־פי דין, לבין מתן אפשרות לקיום הזכות של יחסי אישות סדירים."

**מציג הבחנה** – יש זכויות יסוד שהן לא ניתנות לאיזון כלל. יש זכויות מאוזנות. לדוג', הזכות של האדם לאכול ולשתות, הזכות לטיפול רפואי בסיסי מהוות זכויות בסיסיות שאותן בית הסוהר לא יכול לאזן אותן. לעומת זאת, יש זכויות רבות שכן כפופות לאיזון.

אלון אומר **שהזכות להתייחדות כן כפופה לאיזון, אולם היא קרובה לזכויות המוחלטות.** הוא משתמש בעקרונות מורשת ישראל, ומציג את עונש **"ערי מקלט".** לפי דין תורה, רוצח במזיד עונשו מיתה, ורוצח בשוגג עונשו גלות לעיר מקלט. כבר בתורה, עיר מקלט ממלאת שתי פונקציות: (1) הגנה (זכות)– נועדה להגן על הרוצח מפני נקמת דם של משפחת הקורבן, (2) עונש (חובה) – הרוצח חייב לשבת שם. לכן יש בעיר המקלט אלמנט של ענישה.

אלון מחפש דגם במשפט העברי שלפיו ניתן ללמוד מהי ענישה אידיאלית. הוא לוקח את הדגם התיאורטי הזה, ובאמצעותו אומר כי אינו מחבב את עונשי המאסר. כאשר הדבר נחוץ, יש לעשות כן (כאמור לעיל), אולם לא תמיד, שכן הדבר לרוב לא מוביל לשיקום האסירים.

לבסוף הוא אומר שדין ערי המקלט לא נוהג בזמן הזה, בוודאי. אולם, הרעיון שגלום ראוי לעמוד לנגד עינינו בסוגיית דרכי הענישה. אלון היה בין המבשרים הראשונים לזכות ביקור והתייחדות. השופט היחיד שפסק כך היה אלון. הוא טוען שהוא למד זאת מהמשפט העברי. הוא ידע זאת גם ממדינות אחרות בעולם (אנגליה וארה"ב). המעניין הוא שהוא מעגן זאת בעקרונות המשפט העברי. ניתן לומר שזה מלאכותי, אולם בעיניו הדבר מהווה בסיס ראוי.

הוא מסיק ששלילת זכות ההתייחדות בעלת "כמה וכמה רעות חולות וקשות נלוות לה". הוא מוסיף ואומר שאחת הסיבות להוציא אסירים לחופשה תהיה לאפשר להם ביקורי התייחדות. לדבריו, הדבר אמור להינתן **רק לאסירים נשואים.**

**ברק** הסכים אתו בפסק הדין, אך העיר שביקורי ההתייחדות צריכים להינתן לכל האסירים, **לא רק לנשואים**.

**שיעור 10 – 10/1/23**

***חוק יסוד כבוד האדם וחירותו: מדינה יהודית ודמוקרטית***

**חו"י כהאו"ח**

**ס' 1א**: הזכויות הנמנות בחוק זה הן ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

**ס' 8:** פסקת הגבלה. אחד המבחנים הוא לבחון האם זה עומד בערכיה של מדינת ישראל.

השאלה שעמדה בפני שופטים, הוגים מיד בסמוך לחקיקת החוק היא מה בדיוק הכוונה, בייחוד ברכיב 'מדינה יהודית', מה זה אומר לעניין פרשנות החוק?

**אלון, דרך חוק בחוקה**

עד שנכנס חו"י כהאו"ח לתוקפו, לא עמד שופט בישראל לפני החובה לפרש תכלית דו-ערכית זו. הפסיקה נתנה דעתה לפירוש המונח "מדינה יהודית".

לדעתו של אלון, החידוש הוא שמעכשיו צריך לפרש **גם מדינה יהודית וגם דמוקרטית**. בסדרה של פסקי דין בתקופה הטרום חוקתית, ביהמ"ש גזר שישנן זכויות שנגזרו מהיות המדינה מדינה דמוקרטית. למשל, **בקול העם** קבעו שחופש הביטוי נגזר מערכים של מדינה דמוקרטית.

החידוש כאן הוא ההגדרה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. "מעתה, כמו שגזרנו מהמושג 'דמוקרטית' דברים שונים, כך השופט מצווה לגזור דברים מהמושג מדינה יהודית, או לפרש את הזכויות האמורות בחוק היסוד לאור הערכים הדמוקרטים היהודיים." כלומר, כאשר שופט שואל עצמו לגבי טיבה של זכות מהזכויות המנויות (פגיעה בחיים/שלמות הגוף/כבוד/פרטיות/קניין/חירות אישית וכו'), וגם טיב הזכויות הבלתי מנויות, את כולן **צריך לפרש לפי המקובל הן במדינה דמוקרטית והן במדינה יהודית**.

**ברק, המהפיכה החוקתית**

מיד אחרי חקיקתו של חו"י כהאו"ח, ברק מפרסם את המאמר המכונן שלו (שמקדים את בנק המזרחי) שהתפרסם בסמוך לחקיקתו, שנקרא "המהפכה החוקתית". במאמרו הוא הכריז על המהפכה החוקתית **והסביר שחוק היסוד הוא חוק במעמד על.**

עד 92' היה מקובל שמעמד חוקי היסוד דומה למעמדם של חוקים רגילים, אלא אם כן סעיף בחו"י שוריין באופן פורמלי (למשל, **ס' 4 לחוק יסוד הבחירות**). לכן, חוק שהיה סותר חוק משוריין התבטל. כך, ביהמ"ש ביטל חוקים אם הם סתרו את השריון הפורמלי. אולם, אם לא היה שריון פורמלי, היה לחוק היסוד מעמד זהה לחוקים רגילים.

במאמרו של ברק, הוא אומר שחוקי היסוד החדשים במעמד גבוה יותר. הוא אומר זאת על סמך **פסקת ההגבלה** הנמצאת בחוק היסוד, אשר היא מרוממת עצמה מהחוקים האחרים. הרי, היא אומרת שאין פוגעים בחוק היסוד אם מתקיימים תנאים מסוימים. לכן, ברק אומר שחו"י כהאו"ח גבוה מחוקים אחרים ובעל מעמד עליון. לראשונה, יש נורמה שהיא במעמד על חוקי.

למה הכוונה "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"? ברק אומר במאמרו שהמדינה היא יהודית, לא במובן ההלכתי-דתי, אלא "במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה." – קביעה זו אומרת שאת המושג **מדינה יהודית יש לפרש לא במובן דתי, אלא במובן לאומי.** קביעה זו היא קביעה מבוססת; יש להניח שכאשר בהכרזת העצמאות הוכרז שהמדינה בא"י היא מדינה יהודית, הכוונה הייתה למדינת לאום. ברק מחדד זאת.

יחד עם זאת, לעניין הלאומי יש **אלמנט תרבותי –** "ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק וכיו"ב". המשותף לערכים אלה הוא שהם ערכים המשתלבים עם ערכים דמוקרטיים, ולהם יש **אופי אוניברסלי ולא פרטיקולרי**!

"ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו" – כלומר, מדינה יהודית הכוונה לערכים שהיהדות הנחילה לעולם כולו.

"הפנייה לערכים אלה היא ברמת הפשטה אוניברסלית שלהם התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה" – מכאן מתבקשת המסקנה כי "אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי".

**אלון:** "כשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינה יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות שבכבשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה". כלומר, אלון אומר **שיש ללמוד את המושגים באופן שהם התפרשו במקורות העבריים**. מכאן שאם מדברים על קדושת החיים, אין להתייחס לכך במובן המופשט כפי שאומר ברק, אלא לראות מה היהדות אומרת בנושא זה (כגון המתת חסד, התאבדות, הפלות וכו'). על כך יש להסתכל **בנק' מבט דמוקרטית.** כמו כן, כך גם אם מדברים על צדק חברתי/עשיית הטוב והישר, יש ללכת למקורות היהודיים. אותם, יש לשלב באיזשהו אופן עם הערכים הדמוקרטיים.

**לעיתים יהיה הבדל בין הערכים הדמוקרטיים לערכים הדתיים.** במצב דברים זה, ביהמ"ש יצטרך להכריע. אך הטענה של אלון שפירוש הערכים היפים שמנה ברק – הפנייה אליהם לא ברמת הפשטה אוניברסלית, אלא באופן שבו הם התפרשו במקורות היהודים.

* לפי אלון, השפעת חוק היסוד על המשפט העברי היא רבה. החוק נתן לו מעמד חוקתי, שכן הוא קבע שאת זכויות האדם המנויות בחוק יש לפרש לאור ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.
* לפי ברק, השפעת חוק היסוד על המשפט העברי היא אפסית. מכאן, לפי ברק חוק היסוד לא שינה את מעמדו של המשפט העברי, שכן הוא דיבר על מדינה יהודית במובנה הלאומית-תרבותית. לעומת זאת, לפי אלון המשפט העברי קיבל מעמד חוקתי לצורך פרשנות זכויות האדם.
* יש הסכמה בין אלון לברק שמדינה יהודית אינה מדינת הלכה, אלא היא מדינת הלאום של העם היהודי. אבל, אלון טוען שחלק מהרכיב התרבותי הוא המשפט העברי בהיבט המשפטי שלו! בשאלות הרלוונטיות של זכויות האדם, יש לבחון אותם גם לפי עקרונות המשפט העברי.

בהשוואה לחוק יסודות המשפט, האם חו"י כהאו"ח עושה צעד גדול יותר מחוק יסודות המשפט? **כן!** חוק היסוד משדרג את המשפט העברי יותר, שכן חוק יסודות המשפט מתייחס למצב של לקונה, וחו"י כהאו"ח לא מתייחס רק למצב של חסר, אלא במצב שקיימת פגיעה בערכיה של המדינה כמדינה יהודית!

**אלון על שיטת ברק**

"גובה ההפשטה הגיעה אפוא עד לרמה האוניברסלית של ערכים אלה. על טיבם של מושגים אלה (שברק מנה) שהיהדות הנחילה לעולם כולו, עלינו ללמוד מתוך מה שהעולם כולו קיבל ברמת ההפשטה האוניברסלית, ולא מתוך מקור שהימנו נוצרו ובאו."

אלון מחדד את טענתו של ברק – אם ברק אומר שהערכים היהודיים הם הערכים שהיהדות הנחילה לעולם כולו, ברק כביכול אומר שהוא לוקח רק את הערכים שהתמזגו עם הערכים של העולם כולו, **ויש להסתכל עליהם באופן בו הם התקבלו** (כלומר, בהפשטה). למשל, אם נסתכל על קדושת החיים, יש להסתכל על כך כפי שמדינה אחרת מסתכלת עליו ללא חזרה למקורות היהודיים.

הטענה של אלון היא שלפי מה שברק אומר, קנה המידה לבחון איה ערכים יהודיים אנו מקבלים ואיזה פרשנות אנו מקבלים, הוא **קנה מידה אוניברסלי ולא יהודי.** במובן הזה ברק מתנתק מהמקורות היהודיים.

"ואתה תמה ושואל, כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני הביטויים המופיעים באותו חוק ובואתם סעיפים – יהודית ודמוקרטית – ששניהם באים לתאר אותו דבר – את מהותה של ישראל?" – מדינה דמוקרטית אנו לא בוחנים בקנה מידה יהודי (כלומר, איזו דמוקרטיה הדת קיבלה). אם כך, למה ברק אומר שיש להסתכל על הערכים היהודיים בהיבט אוניברסלי?

אלון ממשיך ואומר שחו"י כבוד האדם וחירותו הוא **שדרוג מעבר לחוק יסודות המשפט**, שכן חוק יסודות המשפט תלוי בלקונה. בחו"י כהאו"ח משתמשים במשפט העברי רק כאשר יש לקונה (ואם מתייחסים ללקונה לפי פרשונותו של ברק, זה כמעט לא מיושם).

אם חו"י כהאו"ח חל על לקונה, ומסבירים לקונה כמו שברק מסביר זאת, זה כמעט לא מיושם. "הפיתוח המשפטי של זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, של עקרון האיזון שבחוק זה ושל כל יתר הוראותיו הוא על ידי עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולשם כך חייבים אנו ומצווים אנו להיזקק לעיון ולדיון במקורות שמהם ניתן להסיק על ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית, כדי למצוא את הסינתזה המתאימה וההולמת של תכלית שלובת ערכים זו - מדינה יהודית ודמוקרטית."

מכאן שישנו וויכוח עקרוני וחריף בין ברק לאלון באשר **לפרשנות המילה 'יהודית',** וכתוצאה מכך גם מחלוקת על **התוצאה שלו על המשפט העברי.** לפי אלון, זה כולל גם את המשפט העברי ולכן יש לפרש את זכויות האדם בישראל לאור הערכים של מדינה יהודית דמוקרטית. לפי ברק זה לא רלוונטי ואין המושג 'מדינה יהודית' משפיע על מעמד המשפט העברי.

**עילות מעצר עד תום ההליכים**

סוגייה משפטית רגילה – עילות מעצר עד תום ההליכים. מה הם הכללים בהם אפשר לעצור אדם עד תום ההליכים?

סוגייה זו הייתה שנויה במחלוקת בביהמ"ש העליון למשך 25 שנה. נק' המוצא בשנות ה-70' הייתה שזו הייתה הלכה שיפוטית. כלומר, **לא היה חוק שטיפל בעניין באופן ישיר**.

את מי עוצרים עד תום ההליכים?

* מסוכנות
* חשש מהימלטות מהדין
* שיבוש הליכי משפט

השאלה שעמדה על הפרק היא האם חומרת העבירה כשלעצמה, שאין לה את הרכיבים האלה, היא עילת מעצר? ביהמ"ש העליון, טרם חקיקת חו"י כהאו"ח, אמר באשר לעבירות צווארון לבן שיש לעצור אותם עד תום ההליכים, שכן מדובר **בעבירה חמורה**. לא ייתכן שאדם המואשם בעבירה חמורה יהיה משוחרר. אין כאן מסוכנות, לא היה חשש הימלטות ולא שיבוש, ואף על פי כן היה מקובל שחומרת עבירה היא עילת מעצר נוספת. הנימוק לכך היה להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי.

אלון מצטרף לביהמ"ש העליון ב-78' והוא בא עם רקע אחר:

**בש"פ 71/78 מד"י נ' אבוקסיס – התנאים למעצר**

**הליך משפטי (אלון):** המשפט העברי מתנגד למעצר בשל עבירות כספיות. הוא כ"כ מחשיב את החירות האישית ולכן מתנגד לכך. הוא פוסק כי "זכותו של אדם לחירות אישית היא מאבני היסוד במשפט העברי, והטביע את חותמה עמוק עוד משחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביחסים שבין לווה ומלווה, ובין עובד למעביד. ועד היכן הגיעו הדברים נלמד מכך, 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."

המשפט העברי פסל חוזים שבהם הלווה התחייב למלווה שאם לא ישלם לו הוא יישב במאסר – כתוב **בספר משלי.** זהו דבר קונקרטי – הלווה באופן אוטומטי מתחייב להיות עבד אם לא ישלם. אלון מראה שהמשפט העברי התנגד לכך כבר בתמורה. הוא מוכיח זאת באמצעות תשובה של **הריב"ש:**

**שאלה שנשאל הריב"ש:** "אם יש רשות לבית דין להוציא את שמעון המסור מבית האסורין בערבים בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב אם יתברר הדבר."

* הכוונה ב"מסור" – אדם שנחשד בעבירה של מסירת יהודים או רכוש של יהודים לשלטונות. זוהי עבירה חמורה ביותר בקהילה היהודית.

השאלה היא במילים אחרות, האם יש לעצור אותו עד תום ההליכים או לשחררו בערבות?

**תשובת הריב"ש**: כמובן שעובר העבירה חייב בעונש. אם יש חיוב ממון לבד (קנס), כלומר אם אדם התחייב בממון, אין לאוסרו עד תום ההליכים. אם התחייב בעונש גופני של ממש (עבירה חמורה) יש לאסור אותו ולא נותנים אותו בערבות. אם העבריין יראה שהוא עתיד להתחייב בדין הוא יברח. במצב זה, הערבים לא מועילים לעניין בריחה אלא רק לעניין ממון. לא יהיה ניתן להעניש את הערבים במקום את העבריין.

הוא מוסיף ומדבר על התנאים שבגינם ניתן לעצור אדם ולא לשחררו בערבות – כאשר מדובר **בעבירה חמורה** שעונשה הוא עונש גוף. אם מדובר בעבירה קלה שעונשה עונש ממון, אין לאסור אותו עד תום ההליכים וראוי לשחררו בערבות. אם מדובר בעבירה חמורה, ניתן לאוסרו עד תום ההליכים. עושים זאת מפני **החשש שמא יברח**.

המסקנה היא **שאם יש "ממש" בדברי התובע** (=אם יש ראיות לכאורה), והתברר שמדובר בעונש בגופו, אז, בגלל החשש שמא יברח, יש לאוסרו עד תום ההליכים ולא לשחררו בערבות.

נשחרר בערבות כאשר:

1. עבירה קלה
2. אף אם העבירה חמורה, אך אין חשש שמא יימלט

ייתכן שאפילו שעבירה חמורה שעונשה הוא עונש גוף, אך בו בזמן אין חשש שמא יימלט, לא נחזיק בו עד תום ההליכים.

בעצם, לדברי אלון, חייב שיהיה מדובר ב:

1. עבירה חמורה
2. ראיות לכאורה
3. חשש שיימלט

בכל מצב אחר, אם העבירה לא חמורה, או אם העבירה חמורה אך אין חשש הימלטות, אין לעצור אותו. ההנחה של אלון היא שכך יש לפרש את המושג (**פס"ד אבי צור:** אומר דברים דומים; רק אם יש חשש שיברח או שישבש הליכים ניתן לעוצרו)!

בשנת 88' הכנסת תיקנה את חוק הסדר הדין הפלילי וחוקקה סעיף מעצרים. בסעיף זה היא אימצה את גישתו של אלון (שהיה בדעת יחיד באותו הזמן) וקבעה שחומרת העבירה איננה עילת מעצר, אלא אם יש סכנה לשלום הציבור. ביהמ"ש המשיך לפרש את העילה לשלום הציבור באופן רחב, ועדיין הרבה במעצר עד תום ההליכים.

לאלון הצטרפה השופטת שושנה נתניהו ושניהם היו בדעת מיעוט.

לאחר מכן, חוקק חו"י כהאו"ח. כשהוא נחקק, הייתה לאלון ההזדמנות לבחון זאת באופן חדש, וכעת הוא מדגים מה הוא עושה עם חו"י זה:

**ס' 5:** אין פוגעים בדרך של מעצר או מאסר בחירותו האישית של אדם, אלא עפ"י חוק.

חוק היסוד מדגיש את החירות האישית וקובע שהיא חירות מנויה. הוא קובע שאין לפגוע בזכות של חירות אישית אלא בחוק **(ס' 8).**

**ב"ש 2169/92 סוויסה נ' מד"י – ההצדקה למעצר היא הסיכון שיסב לציבור ולא אמון הציבור**

**הליך משפטי (אלון):** בוחן את היקף החירות האישית לאור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לפי המשפט העברי, אסור להגביל חירות של אדם שלא הורשע בדין. יש לו חזקת חפות, שפירושה הוא שלא ניתן להענישו עד שיורשע. כן ניתן לעצור אותו רק כאשר:

1. הוא מסוכן
2. יש חשש שיימלט מהדין
3. יש חשש שישבש הליכי משפט

אם רק דואגים לאמון הציבור, שאדם שלא הורשע בדין ראוי שיישב בבית הסוהר, זה לא רלוונטי. יש להוכיח את אשמו ולא לעצור אותו לפני כן. ההצדקה היחידה היא לא אמון הציבור, אלא **הסיכון שהוא יסב לציבור**.

לפי אלון, המשפט העברי מציג השקפת עולם אולטרא ליברלית באשר לחירות האישית – כדי לפגוע בחירות האישית צריך בסיס מאוד חזק. לכן, אלון מכריע לטובתו.

**מד"י נ' עזאזמי – חומרת העבירה כשלעצמה אינה עילת מעצר**

**הליך משפטי (אלון):** נימוק נוסף לשחרור המעצר הוא מצד **ס' 2 לחוק היסוד,** הקובע כי אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

הוא מעלה טענה נוספת – **מעצר בישראל הוא פגיעה בכהאו"ח**. מעצר בכללותו פוגע בכהאו"ח, שכן יש צפיפות בתאים, אין תנאים לישון, יש לכלוך וכו'. במעצר יושבים אנשים שלא הורשעו. אם אין ברירה, זה בסדר. אך, יש לבדוק כל אפשרות אחרת טרם המעצר! אם יש אפשרות שלא לעצור אדם, יש לבחור בה.

**הרמב"ם:** לבית דין יש סמכות טבועה לאסור אדם. הוא מוסיף שהדבר תלוי בכך שהדיין יראה שהשעה צריכה לכך. הרמב"ם אומר שסמכות בית הדין לעצור אדם צריכה להיות מאוזנת עם כבוד האדם.

אלון לוקח את שני הדברים האלו ואומר שכאשר מסתכלים על חוק היסוד שקבע חירות אישית, ומפרשים את היקף המושג 'חירות אישית' לפי המשפט העברי, כך גם באשר ל'כבוד הבריות'.

לכן, בעקבות חו"י זה, יש לקבוע באופן מוחלט **שחומרת העבירה כשלעצמה אינה עילת מעצר.** בעקבות זה, עמדת השופטים בבית המשפט העליון השתנתה. דעת אלון שהייתה דעת מיעוט, הפכה לאחר חוק היסוד לדעת רוב.

ב96' הכנסת חוקקה חוק מעצרים, בו היא כתבה את הדברים במפורש.

* הדבר עדיין יוצר וויכוח הרווח בציבור. לדוג', גננות שהתעללו בילדים הושלכו למעצר בית. הייתה הפגנה רבה. אולם, ההלכה היא שאם אין את אחת העילות שנאמרו לעיל, אין לאסור עד תום ההליכים. הגננות אמנם עשו דברים נוראיים, אולם לא ראוי להחזיקן במעצר לפני שהורשעו בדין.

עמדה זו של אלון, שהתחילה מתפיסת המשפט העברי ובעקבות חוק היסוד, הובילה לכך שהיא הלכה והתקבלה. מכאן שאלון לקח את המשפט העברי, ובאמצעותו פירש את הזכויות הליברליות של חוק היסוד. הוא "איגף את המשפט העברי משמאל" – הציג אותו כשיטת משפט ליברלית.

אלון מנהל מערכה כפולה – חזית אחת במשפט הישראלי שבה נלחם למען המשפט העברי ורוצה לבסס את הזיקה למשפט העברי ופנייה אליו. חזית שנייה היא פרשנות המשפט העברי. הוא מציע פרשנות ליברלית למשפט העברי. דוגמא למקרה נוסף בו הציע פרשנות ליברלית למשפט העברי:

**פס"ד לאה שקדיאל** – **אישה יכולה למלא תפקידים ציבוריים לפי התפיסה הדתית**

**העובדות:** לאה היא אישה שביקשה להיות חברה במועצה הדתית בירוחם. הרבנות הראשית התנגדה לכך. היא עתרה לבג"ץ.

**הליך משפטי:** **ברק** פתר את העניין בכך שאמר שהמועצה הדתית היא לא גוף דתי אלא מנהלי. היא גוף של הרשות, שעליו חל עיקרון השוויון.

**אלון** הסכים לתוצאת פסק הדין, ובו זמנית עבד קשה כדי להראות **שהדבר נובע גם מהתפיסה הדתית.** הוא אמר שההלכה לא מתנגדת בשום אופן לכך שאישה תמלא תפקידים ציבוריים. לכן, הטענה של הרבנות שאישה לא יכולה למלא תפקיד זה בגלל היותה אישה היא אינה טענה מקובלת.

בסוף שנות ה-90', ברק כותב את הסדרה שלו על **פרשנות במשפט** – 6 כרכים. הוא מפרש פרשנות חוקתית, ונזקק שם לפירוש 'מדינה יהודית'. הוא אומר שמדובר "**בערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות במובן ההלכה היהודית לדורותיה המאפיינים את ישראל.**" הוא חוזר בו ואומר שלא התכוון שהערכים יילמדו מבחוץ (מנק' מבט אוניברסלית), אלא מנק מבט פנימית עם היעזרות במקורות העבריים!

הוא אומר שמדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב. מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים. ברק עושה תפנית מוחלטת באשר ליחס שלו למשפט העברי ולהגדרת המדינה כמדינה יהודית.

**ברק על אלון:** המחלוקת הצטמצמה! זה מאוד מפליא. הוא אימת את עמדת אלון לגבי מעמד המשפט העברי ומהות המדינה כיהודית. הוא אומר שהמשפט העברי אכן שודרג בעקבות חו"י כהאו"ח, ונותן למשפט העברי מעמד מיוחד.

בגרסתו הראשונה, הוא כביכול שלל מראש ואמר שהמשפט העברי הוא מחוץ לתחום. אולם, כאן הוא אימץ את עמדת אלון – דבר מעניין וראוי לציון.

**שיעור 11 – 17/1/23**

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

**פרשת יעל שפר**

**העובדות:** מדובר בפרשת יעל שפר. יעל שפר היא פעוטה, ילדה קטנה כבת שנתיים שאובחנה כחולה במחלת טייזקס. התינוקת הייתה במצב של תרדמת, והאם ביקשה בשם הילדה כאפוטרופוסית טבעית שלה שאם יוחמר מצב הרפואי והיא תזדקק לטיפול רפואי, הדבר לא יינתן לה למעט תרופות לשיכוך כאבים. האב לא היה שותף לבקשה. האב דווקא זה שטיפל יותר באופן צמוד לילדה. מכאן שיש בקשה רק של אפוטרופוס אחד.

**שאלות משפטיות:**

1. האם אדם בגיר יכול לבקש מבית החולים שיקרב את מותו או שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?
2. האם הורים כאפוטרופוסים של קטין יכולים לבקש בשמו מבית החולים שיימנע מלטפל בו טיפול רפואי מציל חיים?
3. האם הורה אחד, יכול לבקש בקשה כזאת?

**במחוזי:** בקשת האם נדחתה. השופט אמר שהוא לא נכנס לשאלה הראשונה, העקרונית, לגבי המתת חסד/הימנעות מטיפול, והוא מסתפק בשאלה השנייה. לדבריו, גם אם בגיר יכול לבקש דבר כזה, קטין לא יכול. גם אם מישהו יאמר שאולי קטין כן יכול לבקש דבר כזה, הורה אחד כאפוטרופוס לא יכול לבקש דבר כזה. על כן נדחתה הבקשה. מכאן הערעור לעליון.

**העליון:** הערעור נדחה ללא נימוקים. מדובר בהחלטה מהירה – הילדה שוכבת במצב של צמח ויש לתת הוראה לביה"ח. לפני שהעליון הספיק לנמק את החלטתו, הילדה הלכה לעולמה.

הדבר מעלה שאלה עקרונית – האם ביהמ"ש ידון בעניין תיאורטי שהוא לא מעשי? במקרה זה, ביהמ"ש דן בשאלה המעשית, אלא שלא היה לו פנאי לתת את הנימוקים. בכל זאת, השופט אלון מקיים דיון רחב בנושא (במקום לאמץ את החלטת המחוזי ולא להיכנס לעניין לעומק).

**אלון**: אלון נעזר בפסה"ד הארירקאי בסוגיית ההפלות **:Row v. wade**

**העובדות:** אישה עתרה נגד טקסס על כך שאסרו עליה הפלה, אבל היא כבר ילדה. כלומר, העתירה שלה מבחינה מעשית עבורה לא הייתה רלוונטית.

**ביהמ"ש העליון** יכול היה לומר שהוא לא דן בשאלות תיאורטיות, ושכאשר יבוא בפניו מקרה קונקרטי ידון בכך. אולם, **בלקמן** אמר שאם נלך לפי השיטה הזו, אף עתירה בסוגיית ההפלות לא תעבור.

אלון אומר שהמצב כאן דומה לאותו פס"ד. אם לא נדון בשאלה העקרונית, לעולם אותם הורים לא יוכלו לקבל תשובה.

ביהמ"ש קיבל את ההחלטה בעניין יעל שפר ב88 (לפני 92, לפני שחוקק חוק כהאו"ח). לכאורה, אם הוא מנמק את ההחלטה שניתנה ב88', עליו לנמקה על בסיס המצב המשפטי שהיה אז (וזו הייתה הביקורת). אולם, הואיל וביהמ"ש אומר שהוא לא עושה רק נימוקים להחלטה, אלא דן בשאלה העקרונית, אזי הוא רשאי גם לדון לפי המצב המשפטי הנוכחי (היינו לאחר חקיקת חו"י כהאו"ח).

* כלומר, היו שטענו שביהמ"ש היה צריך לנמק את ההחלטה לפי המצב המשפטי שהיה בעת שהוגש הערעור, ולא לפי חו"י כהאו"ח בדיעבד.

ביהמ"ש דן בשאלה לאור חו"י כאהו"ח הקובע את ההגנה על קדושת החיים – אין פוגעים בחייו/בגופו/בכבודו של אדם. גם לפני חו"י זה היה איסור של המתה.

הטענה שעומדת במקרה הזה היא **שיש התנגשות בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד**. אנשים שדורשים המתת חסד אומרים שלאדם יש זכות למות בכבוד. היינו, אדם שמגיע למצב בו הוא נכה באופן קשה/מאבד את צלילותו וכיו"ב, כבודו הולך לאיבוד. אדם לא רוצה לאבד את כבודו ולכן הוא מבקש המתת חסד/הימנעות מטיפול. במקרה זה יש התנגשות בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד! כלומר, אם אדם רוצה לשמור על כבודו במקרה זה הוא פוגע בזכותו לחיים, ולהפך.

* באופן עקרוני קיימת גם **התנגשות בין חיים לבין אוטונומיה** – אדם מבקש שלא יטפלו בו/ימיתו אותו ולא מכבדים את בקשתו. אולם, במקרה זה אין הדבר מתקיים משום שהפעוטה לא הביעה את דעתה.

השופט אלון אומר אמירה עקרונית – ההכרעה בסוגייה של התנגשות בין זכויות צריכה להיעשות לפי **פסקת ההגבלה,** שאמנם לא דנה במצב בו **יש התנגשות אופקית בין זכויות אופקיות** (אלא רק במצב של התנגשות אנכית – בין זכות חוקתית לחוק). כלומר, אלון קובע שבכל מצב של התנגשות של זכויות חוקתיות, יש לדון בכך בהתאם לפסקת ההגבלה.

"ערכי יהודית ודמוקרטית" – יש לבחון את המקורות היהודיים לעצמם, ואת הערכים הדמוקרטיים לעצמם. יש כאן דרישה להעמיק בדבר מן הזווית היהודית והדמוקרטית.

לכן, הוא ניגש לנושא של המתת חסד ובוחן אותה תחילה לאור המקורות ההלכתיים, לאחר מכן הוא בוחן את השאלה מנק' מבט דמוקרטית תוך עיון במשפט המשווה, ולבסוף הוא יוצר שילוב בין השניים.

כמה הבחנות אנליטיות חשובות:

1. **אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית** – מעשה אקטיבי שמביא למותו של האדם:
2. בד"כ זריקה של חומר ממית
3. סיוע להתאבדות – הרופא לא מבצע את המעשה, אלא הוא נותן לחולה מרשם, והחולה הוא זה שלוקח.

יש מדינות שמאמצות חלק מהדרכים כדי לסייע למות החולה. שוויץ ידועה בכך שלא מבצעים המתה עם זריקה, אלא סיוע להתאבדות.

1. **המתת חסד פאסיבית** –
2. הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים – או לא נותנים לו טיפול תרופתי.
3. ניתוק ממכשירים – לא נותנים לחולה שום חומר ממית, אלא נמנעים מלחבר אותו למכשירי החייאה,

השופט אלון מסווג ניתוק ממכשירים להמתה פאסיבית. אולם, לכאורה מדובר בפעולה אקטיבית. אם כך, למה אלון קושר זאת לפאסיבית? **בהמתה אקטיבית, אדם מת מהפעולה שמבצעים עליו.** כלומר, מזה שנותנים לו חומר ממית/מתאבד. **בהמתה פאסיבית, אדם לא מת מהפעולה אלא מהמחלה.** אנו נמנעים מלבצע פעולה מצילת חיים. אם נשאל מה סיבת המוות, בהמתה אקטיבית זה יהיה בגלל שהוא קיבל חומר, ואילו בהמתה פאסיבית סיבת המוות היא המחלה.

* סוגיית ניתוק המכשירים מעלה תהייה באשר לסיווגה – מצד אחד, הניתוק הוא פעולה אקטיבית. הרוםא מנתק את החולה ממכשירים וכתוצאה מכך הוא מת. לכן, יש סברה שגורסת כי יש לסווג זאת להמתה אקטיבית. אולם, אלון מסווג זאת לפאסיבית – הפעולה האקטיבית הזו של הניתוק מחזירה אותו למצב הטבעי שלו. הוא מת מהמחלה שלו, מהמצב הרפואי שלו.

**לפי ההלכה:**

אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית

**הרמב"ם:** רצח הוא רצח, בין שאדם הוא בריא, בין שהוא חולה נוטה למות (חולה סופני) ובין שהוא גוסס (אדם שעומד למות תוך 3 ימים). מדובר ברצח לכל דבר. הוא מעיר שאם היה גוסס בידי אדם, אז לא הורגים את הרוצח (לא מענישים אותו). כלומר, אם הוא הוכה ע"י אחרים והוא גוסס, והרוצח נתן לו את הכדור האחרון, אין לו עונש מלא כי כביכול הוא הרג אדם הרוג.

אנו רואים שכל המתה, לפי הרמב"ם, נחשבת רצח. ניתן היה עדיין לומר שלא מדובר בהמתת חסד, אלא במקרה רגיל.

**הרמב"ם והשו"ע:** הגוסס הוא כחי לכל דבר, והנוגע בו הרי זה שופך דמים. הדבר דומה לנר שמטפטף (נר שעומד להיכבות). הוא מדמה זאת לאדם שרוצה לסדר את הנר, וגורם לו לכבות.

לאור מקורות אלה, המתת חסד אקטיבית עפ"י ההלכה היא אסורה ומדובר בהריגה של ממש. לא משנה אם זה בקשתו של אדם (שרוצה למות) ואם הוא במצב קשה. המתה אקטיבית אסורה.

אותונוזיה (המתת חסד) פאסיבית

1. הימנעות מטיפול

**הרב שלמה זלמן אוירבך, מנחת שלמה:** 'כשם שמחללים שבת עבור חיי שעה, כך חייבים להכריח את החולה על זה כי הוא אינו בעלים על עצמו לוותר אף על רגע אחת.' אם יש אדם שהוא חולה סופני והרופאים אומרים שהוא ימות, אולם בשבת הוא צריך טיפול רפואי, מחללים עליו את השבת כי ערכם של חיי שעה זהה לערכם של חיים שלמים.

התפיסה ההלכתית היא שהיחס לחיים הוא מוחלט, כלומר שאנו לא מודדים את משך ואיכות החיים (מבחינת ערך החיים). לכל חיים יש ערך אינסופי, בין אם מדובר במשך החיים ובין אם באיכות החיים. לכאורה, אם זו התפיסה, אזי יש להציל חיים בכל מחיר. גם אם אדם הוא חולה וסובל והוא רוצה למות, לא נוכל לקיים את רצונו.

הרב אוירבך אומר שאין זה כך. אם החולה סובל ייסורים גדולים, או אף סובל כאב נפשי רב מאוד (כגון דיכאון רב מהמצב), מותר להימנע מלהעניק תרופות לחולה אם הוא דורש זאת.

אנו נמצאים במצב של התנגשות: העמדה ההלכתית שמציב הרב היא שבמצב של התנגשות בין קדושת החיים לבין סבל וייסורים ורצונו של החולה, הכף תיטה לסבלו של החולה. זה לא מצדיק המתת חסד אקטיבית, אך כן ניתן להימנע מטיפול.

**הרב משה פיינשטיין:** מצב של חולה סרטן המאובחן במצב סופני. אם לא יעשה שום טיפול, הוא ימות תוך זמן קצר יותר מאשר אם יעבור טיפולים. האם במצב כזה החולה חייב לקבל את המצב הרפואי? לכאורה, אם התפיסה הייתה התפיסה שתיארנו לעיל (קדושת חיים מוחלטת), החובה הייתה להציל חיים. הרב פיינשטיין אומר שיש להודיע את המצב לחולה. אם החולה מבקש שיאריכו את חייו כמה שיותר על אף הסבל, יש להקשיב לו. אם הוא לא רוצה לחיות בייסורים, אין לתת לו תרופות. התשובה של הרב פיינשטיין דומה לתשובתו של הרב אוירבך.

אנו רואים שקיימת התייחסות שונה להמתה פאסיבית ולהמתה אקטיבית.

* מה קורה אם אדם לא כשיר והוא לא יכול להביע את דעתו? יכול להיות שבמצבים כאלה ניתן לשאול את המשפחה, ולברר מה לדעתם הוא היה רוצה.

1. ניתוק ממכשירים – הסרת המונע

**רמ"א**, **שו"ע יורה דעה, שלט**: אומר שאסור לזרז מותו של אדם. אולם, "אם יש 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**".

* "חוטב עצים" – הם האמינו שאם יש קול מונוטוני האדם מעכב את מותו של האדם. הרמ"א אומר שניתן להפסיק את הרעש כדי לאפשר לחולה למות.
* "מלח על לשונו" – האמינו שאם שמים לאדם גרגר מלח על הלשון, זה מונע את מותו. לכן, לאדם במצב סופני שמו גרגר מלח על לשונו כדי שלא ימות.

הרמ"א אומר שמותר להפסיק את הרעש החיצוני (חוטב העצים) וגם להסיר את המלח. זאת מפני שאין בזה מעשה כלל. למרות שהן אקטיביות באופיין (אדם מפסיק את הרעש/מסיר את המלח מהפה), אין בכך מעשה מבחינה מהותית, אלא מדובר בהסרת המונע. החולה היה הולך למות במצב טבעי בשל מחלתו, והסרת הגורם המעכב אינו מהווה מעשה וגרימה למותו במישרין.

לפי התפיסה בהלכה, ניתן לנתק ממכשירים. למרות שהיא אקטיבית באופייה, אין בכך מעשה. אולם, לא כולם מסכימים לכך! יש פוסקים אחרים (**הרב פיינשטיין**) שטוענים שהפעולה האקטיבית של ניתוק מכשירים היא שאחראית על המוות, ולכן היא אסורה).

עד כה השופט אלון מיצה את הדיון ההלכתי. מסקנות ביניים:

1. המתה אקטיבית אסורה בכל מקרה
2. המתה פאסיבית – הימנעות מטיפול – מותרת
3. המתה פאסיבית – ניתוק ממכשירים – שנוי במחלוקת.

**ערכים דמוקרטיים**

ארה"ב

בעיקרון בארה"ב קיימים איסורי המתה. השאלה האם יש להוציא מן הכלל המתת חסד אקטיבית או פאסיבית. בתי המשפט הכירו בזכותו של אדם לסרב לקבלת טיפול רפואי. בתי המשפט קבעו שזכות זו היא יחסית, והיא כפופה לאינטרס חשוב של המדינה. כאשר יש אינטרס חשוב של המדינה, לא נאפשר את הזכות הזו. האינטרס המרכזי של המדינה הוא שמירת החיים.

קדושת החיים לא עומדת לעצמה בארה"ב, אלא היא נתפסת במסגרת האינטרס של המדינה. כלומר, זה אינטרס של המדינה לשמור על החיים ולא זכותו של היחיד (אלון אומר שכנראה זה נובע מהמסורת שלהם).

**הנוסחה לאיזון:** ככל שהחולה סובל מייסורים, וככל שסיכויי החלמתו נמוכים וההתערבות פחות פולשנית, ניתן לקבל סירוב לקבלת טיפול.

המתה אקטיבית, נכון לזמן פסק הדין, הייתה אסורה בכל מדינות ארה"ב והיוותה עבירה פלילית. הימנעות מטיפול רפואי הייתה מותרת. הפסקת פעילות מאריכה חיים (ניתוק ממכשירים) עשויה להיות מותרת.

**לגבי סירובו של קטין לטיפול רפואי** – באמצעות **מבחן "אומד דעתו"** של הקטין (להניח שיש לו דעת. ביעל שפר הוא לא שייך), או **מבחן "טובתו של הקטין"** (האם זו טובתו של הקטין להאריך את חייו).

הולנד

הולנד היא הדמוקרטיה היחידה בה מותרת המתת חסד אקטיבית, בתנאים מסוימים; כאשר האבחון ברור, כאשר החולה כשיר לבקש זאת וסובל סבל קשה.

אלון מציין שהנתונים מלמדים שמספר המומתים עקב ההתרה בהולנד הוא בין 5,000-10,000 לשנה. כאן טענתו באשר **למדרון החלקלק**.

**הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**

אומר שמשמעות הסינתזה היא שהמתת חסד אקטיבית צריכה להיות אסורה, לפי ההלכה ולפי רוב המדינות הדמוקרטיות. הימנעות מטיפול רפואי מותרת בהלכה וברוב המדינות הדמוקרטיות. לגבי ניתוק ממכשירים, יש גישות שונות. נשמע ממנו שיש נסיבות שיהיה מקום לשקול ניתוק ממכשירים.

אלון מדגיש את ההבדל בין נק' המוצא של המדינות – 'עקרון-העל **הראשוני** במערכת המשפט העברי הוא עקרון **קדושת החיים** שיסודו ברעיון הבסיסי של בריאת האדם בצלם אלוקים. **הגבלות וסייגים** מותרים לעקרון קדושת החיים יסודם, בראש וראשונה, בעקרון של מניעת סבל ויסורים, גופניים ונפשיים, של כיבוד רצונו של החולה כאשר יש לכך השפעה על מצבו, של יישום הכלל של "ואהבת לרעך כמוך" ועוד.

**נקודת המוצא** במערכת המשפט שבדמוקרטיה האמריקאית היא **זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי** מכוח העקרון של **חירותו האישית**; וזכות זו הוגבלה וסוייגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה בשמירת חיי אזרחיה, שמירה על מהימנות המקצוע הרפואי ועוד.'

במשפט העברי עיקרון קדושת החיים היא נק' המוצא. אולם, בתפיסה האמריקאית נק' המוצא היא זכותו של החולה לסרב לטיפול רפואי מכוח העקרון של חירותו האישית, וזכות זו סויגה בנסיבות מסוימות בגלל האינטרסים של המדינה. לדעתו **יש עדיפות לערכים של מדינה יהודית במובן הזה של מרכזיות ערך קדושת החיים.** לדבריו, גם אם נמצא שמדינות דמוקרטיות מתירות המתת חסד אקטיבית, יש לאסור זאת.

השופט אלון אמור שביחס בין דמוקרטית ליהודית תהיה עדיפות ליהודית, לפחות בהקשר הזה של קדושת החיים. דהיינו, יש לאמץ את הערך החשוב של קדושת החיים גם אם במדינות דמוקרטיות הוא ילך וירד.

**קדושת החיים וכבוד האדם:**

הטענה שיש התנגשות בין חיים לכבוד היא טענת כזב. לאמיתו של דבר, הביטוי למות בכבוד הוא "תרתי דסתרי". אסור לראות באדם חולה/נכה/סובל/חסר הכרה כאדם חסר כבוד. כל עוד אדם חי, כבודו נשמר. אסור להמשיג את המצב הגופני של אדם כאילו חוסר כבוד.

עוד הוא מוסיף ואומר שיש **כוחות כלכליים וחברתיים** חזקים מאוד הדוחפים לכיוון של סיום החיים בשלב מוקדם:

1. כוחות כלכליים – המערכת הרפואית. עולה כסף להחזיק את אותם בני אדם. למה שהמערכת תשקיע באדם שימות בעוד כמה זמן?
2. כוחות חברתיים – החברה לא מעוניינת להשקיע באדם שעומד למות, ואף המשפחה לא רוצה לטפל ולהשקיע בו.

הדבר עשוי להוביל לכך שהזכות למות בכבוד תהפוך לחובה. בעצם, עלול להיווצר מצב בו נפעיל לחץ על חולים סופניים ונלחץ עליהם לדרוש למות בכבוד (כדי שלא לשאת באותם כוחות כלכליים וחברתיים). החשש גדול במיוחד בסוגייה של קטינים – מי רשאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם?

לכן, השופט אלון מסכם ואומר שהמתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט. המתה פאסיבית תלויה בשיקולים נוספים.

פסול דין וקטין – יש חשש במדרון חלקלק. באופן עקרוני אפוטרופוסים יכולים לסרב לקבלת טיפול רפואי, אך הדבר נדרש להסכמת ביהמ"ש.

במקרה דנן, הילדה לא סובלת ולא מבוזה, כבודה נשמר מעל ומעבר ולכן אין סיבה שלא לחברה למכשירים. זאת ועוד, העובדה שהבקשה הגיעה רק מצידה של האם מחזקת את ההחלטה בדבר דחיית הערעור.

פס"ד זה הוא **הפס"ד המנחה בסוגייה של המתות חסד**, עד שחוקק חוק החולה הנוטה למות ב2005, שהוא מציג תמונה שונה.

אנו רואים הדגמה מאוד ברורה באשר לגישתו של השופט אלון ביחס לחו"י כהאו"ח. הוא דן בשאלות הערכיות בפירוט, ובלי ספק המשפט העברי קבע את הפסיקה – המשפט העברי בעל השפעה מכרעת לגבי הפסיקה.

השופט ברק חתם על פסק הדין בהסכמה, והוא מציג זאת בספרו כדוגמא באופן שצריך לטפל בסוגייה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

פסק הדין ניתן לפני 30 שנה. מאז המצב השתנה, ויש מדינות מעטות עדיין שמתירות המתה אקטיבית של חומר ממית (הולנד ובלגיה). אולם, יש מדינות רבות יותר שמאפשרות סיוע להתאבדות.

למה המדינות מתירות רק סיוע בהתאבדות ולא המתה בידי רופא? תפקיד של רופא הוא לטפל. שבועת הרופא כוללת בתוכה את חובתם לרפא ולא להרוג.

* יש רשימה של מדינות שהמתת חסד אצלן אסורה ומותר רק סירוב לקבלת טיפול רפואי.

אם אלון היה צריך להחליט היום, התמונה הדמוקטרית הייתה משתנה. אולם, גם אם היא תשתנה, ההתנגדות להמתת חסד אקטיבית היא כזו שצריכה להימשך בשל הערכים של המדינה כמדינה יהודית.

**שיעור 12 – 24/1/23**

***סיכום: המשפט העברי במדינת ישראל – מצוי ורצוי***

**המעמד הפורמלי של המשפט העברי בישראל - מצוי**

- החוק מצהיר על זיקה בין המשפט העברי למשפט הישראלי, במיוחד **בחוק יסודות המשפט** שקובע במפורש שבמקרה של לקונה ביהמ"ש יכריע לפי עקרונות 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.**

השאלה היא מה מידת ההשפעה המעשית של המשפט העברי על המשפט הישראלי? הערכות חלוקות. מלומדים חלוקים בהערכה, יש המרבים ויש הממעיטים. יש אחד שהוא מרבה ואחד עממי.

**מנחם אלון:** "המשפט העברי הוא אחד המקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה. היקפו והשפעתו של המשפט העברי ניכרים היטב בכל תחומי היצירה המשפטית בה". השופט אלון סבור שהחקיקה הישראלית התבססה במידה רבה על המשפט העברי. בספרו הוא מקדיש כ100 עמודים בהם הוא סוקר חוקים ומציג את **השפעתו הרבה** המשפט העברי על החקיקה ועל הפסיקה. לכן לשיטתו למשפט העברי יש השפעה רבה על המשפט הישראלי.

* היו טעמים פוליטיים להראות את הזיקה בין המשפט העברי לישראלי

גם בחוקי היסוד בהם נזכר הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". החוק לא מזכיר את מושג המשפט העברי בפירוש, אך הוזכר שערכיה של מדינה ישראל כמדינה יהודית כוללים את המשפט העברי. לכן, פירושו של דבר הוא שכאשר רוצים לשקול פגיעה בחוקי יסוד המעוגנות, יש לבחון זאת גם לעקרונות המשפט העברי. זהו המעמד הפורמלי של המשפט העברי.

**חשין:** "השפעתו של המשפט העברי הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח". כלומר, השתמשו בשמות של חוקים הלקוחים מהמשפט העברי. אולם, בפועל, למשפט העברי יש השפעה שולית על המשפט הישראלי.

**יש אינטרסים מאחורי ההערכות המנוגדות של חשין ואלון.** הן לא אובייקטיביות:

* מה האינטרס של אלון לומר שהשפעת המשפט העברי היא רבה? כדי לומר שאם המשפט הישראלי מבוסס על העברי, זה מצדיק שימוש בו הן בפרשנות והן ביישום. כלומר, טענתו היא שיש לחזור למשפט העברי כדי לפרשו מתבססת במידה רבה על כך **שהקשר בין השיטות הדוק מאוד**.
* חשין, לעומת זאת, חושב שיש לפרש את המשפט הישראלי כשלעצמו **ללא קשר למשפט העברי**, ומדובר בשתי שיטות משפט אחרות לגמרי.

הערכתם אינה הערכה ניטרלית, אלא הערכה של צדדים שנוגעים בדבר וכל אחד רוצה לבסס את שלו.

* ההערכה של **שפירא** ושל מלומדים אחרים תהיה **'אמצע**' – אלון מגזים בהערכת יתר, והשופט חשין מצד שני מגזים בהערכת חסר.

**לשון המשפט**

בית דין, מעשה בית דין, עו"ד, הלכה, דיני ממונות, דיני נפשות וכו' – כל אלה מקורם במשפט העברי ובשפה העברית. לכן, הכל יודו שהשפה העברית המשפטית המתחדשת הושפעה מהמשפט העברי. יש שסוברים שזה לא כ"כ משמעותי.

שמותיהם של חוקים רבים והסדרים מרכזיים בהם מבוססים אכן על המשפט העברי:

1. **חוק השומרים** – ראינו שכל המושגים שם לקוחים מהמשפט העברי וההבחנות ביניהם
2. **חוק השבת אבידה** – גם השם. 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.
3. **חוק איסור לשון הרע** – הרעיון דומה, אך יש הבדל גדול בהגנות.
4. **חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים** – לאפשר לבני אדם החוזרים בתשובה לחזור לשגרה. זהו רעיון מקורי של המשפט העברי והחוק מאמץ אותו.
5. **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 שק"ד בסיטואציות מסוימות.
6. **חוק בתים משותפים –** הקביעה שאדם יכול להיות בעלים במשותף בקרקע כמו בבית משותף לקוחה מהמשפט העברי.
7. **חוק לא תעמוד על דם רעיך**
8. **חוק החולה הנוטה למות**

אנו רואים השפעה חלקית – אם נעשה סטטיסטיקה, המשפט 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 אינו מבוסס כולו על המשפט העברי.

פסיקה – שופטים פונים מעת לעת למשפט העברי, לא רק בגבולות חוק יסודות המשפט אלא גם מעבר. לא רק בענייני לקונה. לעיתים הפנייה למשפט העברי היא מכרעת (למשל **בפרשת יעל שפר**), ולעיתים הפנייה למשפט העברי מבססת החלטות שאולי היו מתקבלות גם בלעדיו, ולפעמים הפנייה יוצרת קישור רטורי. **הש' רובינשטיין** נוהג להוסיף לדבריו תוספת של המשפט העברי "לחיבת המשפט העברי" ולא לצורך הכרעה.

אחת השאלות החשובות היא מה מידת החשיבות של השימוש במשפט העברי?

**סיכום המצוי**

המשפט הישראלי והמשפט העברי הן שתי שיטות משפט שונות! הן לא שיטות זהות. המשפט הישראלי הוא שיטת משפט עצמאית העומדת בפני עצמה, ואינה בנויה על המשפט העברי. עם זאת, **המחוקק קבע שתהיה ביניהן זיקה**. המחוקק רצה שתהיה זיקה בין השיטות, שהשיטה הישראלית לא תהיה מנותקת מהעברית. הזיקה באה לידי ביטוי באמצעות החקיקה – בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה, וגם בפסיקה – בפנייה למשפט העברי בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה. הזיקה מוגדרת בחוק מצד אחד כמקור משלים במקום שאין הכרעה, ומצד שני במקום של פגיעה בזכויות.

לאחר הסקירה הזו אנו לא נמצאים במצב שחשין מתאר! ישנה השפעה ממשית וזיקה פורמלית שהמחוקק קבע. אולם, מצד שני לא ניתן לומר שעיקר המשפט הישראלי מבוסס על המשפט העברי.

שאלת הזיקה בין המשפט הישראלי לעברי היא שאלה אידיאולוגית שנויה במחלוקת עזה, מראשית הציונות (1918) ועד היום. היו שחשבו שהמשפט הישראלי צריך להיות מבוסס על המשפט העברי. אם אלה חברת המשפט העברי הציונית הראשונה, ואם מדובר באנשי המשפט העברי המאוחרים יותר כגון חשין. היה וויכוח פוליטי שחוק יסודות המשפט עורר סערה.

**הרצוי – שלושה דגמים**

אם נתבונן בתולדות המשפט העברי, וגם על העתיד, ישנם שלושה דגמים: דגם הקליטה, דגם ההפרדה ודגם הדו-שיח.

1. דגם הקליטה

יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מן המשפט העברי ככל האפשר. הדגם הזה מכריח על עצמו כמי שמבקש לקלוט בשיטה החדשה כמה שאפשר מן המשפט העברי. הדגם מאפיין קודם את חברת המשפט העברי ההיסטורית שנוסדה ב1918, והמייסדים הראשונים שלה – המשפטנים הציונים החילונים – הבינה שהולכים ליצור שיטת משפט חדשה. הם לא רצו להעתיק את ההלכה למשפט הישראלי, אך חשבו שיש לקחת כמה שאפשר מן המשפט העברי.

כמה עקרונות היו בעניין הקליטה:

1. **חילון** – הפרדת היסודות המשפטיים מן הדתיים. המשפט העברי הוא שיטה דתית ביסודה. מעורבים בה מצוות דתיות ועקרונות דתיים עם משפטיים. ההפרדה באה לידי ביטוי שאנו פונים לחלק המשפטי ולא לחלק הדתי. רעיון המשפט העברי הוא לא לקחת את הדין הדתי (כשרות, שבת, ברכות וכו'), אלא את התחום המשפטי (נזיקי, קניין, עבודה וכו'). בתוך התחומים המשפטיים יש להפריד כמה שאפשר. כאשר הדין המשפטי מערב יסוד דתי (כגון שבועה, קללות "מי שפרע", המלצות וכו'), יש להפריד כמה שאפשר ולנסח אותם מחדש. גם משפטנים דתיים החזיקו בגישה זו.
2. **ברירה** – ברור שלא קולטים את כל המשפט העברי, וצריך לברור מה מתאים למשפט של מדינה מודרנית.
3. **התאמה** – יש להתאים את הדינים אל המציאות המודרנית. לכן, דגם הקליטה מצד אחד הוא רצון לקלוט כמה שיותר מהמשפט העברי, ומצד שני אין להעתיקו כמו שהוא. היו רבנים שחשבו שהמדינה צריכה לאמץ את המשפט העברי כמו שהוא. אולם, כל המשפטנים המקצועיים החילונים והדתיים הבינו שהדבר לא אפשרי, ורצו ליצור תהליך של ברירה והתאמה.
4. **חידוש** – יצירת תוספות של המשפט המודרני למשפט העברי. לדוגמא, חוק החברות.

דגם זה מאפיין הן את הראשונים, והן את האחרונים כמו אלון. עמדתו היא שיש לקחת כמה שיותר מהמשפט העברי.

קשיי דגם הקליטה

1. **היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי –** אין למשפט העברי קודיפיקציה המסכמת את עמדותיו לאורך כל הדרך. הדבר נובע מכך שאין במשפט העברי מוסד מוסמך לחוקק חוקים. מאז אובדן הסנהדרין, אין מוסד מחוקק עליון למשפט העברי. לכן, הוא מהווה אוסף של שיטות של מסורות משפטיות, ויש שאלות השנויות במחלוקת שטרם הוכרעו שכן אין גורם שיכול להכריע בסוגיה. היה את הרמב"ם במאה ה-12, והשו"ע במאה ה15-16 וזהו. כלומר, הקודיפיקציה האחרונה הייתה של השו"ע. מאז יש התפתחויות ומחלוקות, אולם אין קודיפיקציה עדכנית.
2. **החומר מפוזר ועניינים רבים שנויים במחלוקת** – פיזור טכני. שאלות יסודיות אינן מוכרעות באופן מלא ויש בהן מחלוקות.
3. **היעדר גישה של מחוקקים ושופטים למשפט העברי** – הדרישה של אלון שבכל נושא שנוי במחלוקת נלך למשפט העברי ונמצא מי יכול לענות על זה, שופט מן השורה לא יכול לעשות כן.
4. **רצון ליצירת שיטה מקורית ועצמאית** – אם אדם ממילא יבחר והחומר אינו נגיש, למה שיתחייב לנטל? אפשר ללמוד מהמשפט העברי ולא מעבר. מה החשיבות לברור רק מתוך מה שיש? \

קשיים אלו מובילים אותנו לדגם השני:

1. דגם ההפרדה

דגם זה אומר שיש לחתור להפרדה בין שיטות המשפט – משפט המדינה לחוד ומשפט העברי לחוד. לא צריך לקלוט מהמשפט העברי דבר, ואין להתאמץ לעשות כן. יש להקים שיטת משפט ישראלית חילונית מודרנית. המשפט העברי הוא שיטה עתיקה, מסורתית, דתית, אחרת. יש הרבה סיבות לא לבחור בה. לכן, אין לעשות מאמץ של קליטה. מה שמניע את ההפרדה זה אותם קשיים שעליהם דנו לעיל.

כמו כן, ישנם **הבדלים ערכיים בין שיטות המשפט**. לדוג', תפיסת השוויון (בין גברים ונשים, בין יהודים ולא יהודים). המשפט העברי הוא שיטה קדם מודרנית ולכן אין להתאמץ לשווא.

* על כך יענו אנשי דגם הקליטה שדווקא ההפרדה שעליה הם דיברו בין הערכים הדתיים למודרניים היא זו שפותרת את הבעיה. מאידך, אנשי דגם ההפרדה אומרים שאין לעשות את המאמץ הזה.

ישנה גם עמדה דתית המתנגדת לשימוש במשפט העברי, כגון **אנגלרד**. אחד העקרונות של מודל הקליטה הוא החילון. לכן, כאשר קולטים את המשפט העברי הדבר מחלן אותו. לכן, מה הטעם שהמדינה תאמץ את ההלכה תוך שהיא בוררת אותה? לדבריו של אנגלרד, אין ערך דתי בקליטת המשפט העברי למשפט הישראלי. דבריו של אנגלרד משקפים את דעתם של רוב הציבור החרדי. הערך התרבותי גם הוא לא מרשים בעיניו. התרבות המשפטית היא תרבות מודרנית חילונית ואינה מחויבת להלכה. מכאן שגם מבחינה תרבותית אין לכך ערך רב.

דוגמא עכשווית לגישה זו: סמוטריץ' יצא עם ההצהרה שהמדינה תהיה מדינת הלכה. אולם, גפני ואחרים אמרו שהם מתנגדים לכך. זוהי דוגמא להתנגדות של החרדים לקליטת המשפט העברי במשפט הישראלי בשל טענת החילון!

1. דגם הדו-שיח/הדיאלוג

אין לחתור לקליטה כמה שאפשר. כלומר, השאיפה של הראשונים והאחרונים (חברת המשפט העברי בתחילת המאה ה20', וגם שופטים כמו אלון) אינה תוביל בהכרח לקליטה שלו. יש לחתור להשוואה ודו-שיח עם המשפט העברי.

המשפט העברי כאן משמש כמשפט משווה! מודל הקליטה לוקח כמה שיותר מהמשפט העברי. לעומת זאת, גישת הדיאלוג ניגשת למשפט העברי כמשפט משווה. יכול להיות שלא ייקלט הרבה מהמשפט העברי, אך כן תוצג עמדתו.

יתרונות המשפט העברי כמשפט משווה

1. **שונות** – דווקא העובדה שהמשפט העברי הוא משפט קדם מודרני, דתי, מבוסס על הנחות שונות מהמשפט העברי, דווקא הוא יכול להציג תפנית חדשה ומעניינת, כגון "זה נהנה וזה לא חסר". המשפט העברי אומר שאם לשני לא חסר, למה שהראשון לא ייהנה? המשפט האינדיבידואליסטי אומר שברגע שאדם נהנה מרכוש של החבר, עליו לשלם על הנאה זו. המחוקק הישראלי בחר לאמץ זאת בצורה מתונה – הוא לא מטיל חובה שכל אחד יוכל להנות מבלי רשות חברו מרכושו, אולם הוא כן אומר שהדבר נתון לשק"ד ביהמ"ש.
2. **הקרבה הלשונית** – המשפט העברי הוא שיטה נוחה יותר להשוואה מאשר שיטת משפט אנגלית/צרפתית וכו'. דווקא הדמיון בלשון הוא המאפשר בסיס נוח יותר להשוואה.
3. **הרציפות התרבותית** – מדינת ישראל היא המשך של תרבות עברית; אותה הארץ, אותה השפה, אנו רוצים לתפוס עצמינו על רצף עם העבר שלנו. כך גם מבחינה משפטית. מצד אחד אנו לא רוצים להתחייב לשיטת המשפט העברי במלואה שכן היא לא מתאימה, ומצד שני אנו רוצים לשמור על הזיקה אליה. יש רצון ברציפות תרבותית, שאותו מבטא המחוקק.

דגם ההפרדה אומר שהוא מוכן לנתק בין שיטות המשפט השונות. דגם הדיאלוג אומר שאנו רוצים להסתכל על עברינו – אנו רוצים לשמור על רציפות עם המשפט העברי, הן מבחינת יישומו בבתי המשפטי והן מבחינת לימודו.

לכן, התוצאה שתהיה מהדגם הזה הוא שלעיתים מקבלים את המשפט העברי ולעיתים דוחים, אך תמיד לומדים ממנו. בנוסף, לאחרונה פרסם **הש' סולברג** במחקרי משפט מאמר בשם **"משפט עברי לתועלת".** הוא מבקש לעזוב את הוויכוח האידיאולוגי בדבר אימוץ המשפט העברי. הוא מציג במאמרו את המצבים בהם המשפט העברי תרם לו. הוא אומר שלמד מהמשפט העברי איזושהי תובנה שהועילה לו לפתור בעיה שנתקל בה, גם אם אינו מאמץ את כל ההסדר. לכן, לדבריו למשפט העברי יש תועלת לשופטים. על אף שהוא "רחוק יותר" הוא מועיל. דווקא בגלל השונות שלו, ההשוואה מלמדת יותר.

* **שפירא** תומך בדגם זה, ומאמין שהיום חוקרים של המשפט העברי מאמצים את הכיוון הזה.
* היו מדינות שהעתיקו בצורה מלאה שיטת משפט, כגון טורקיה שאימצה את החוק הצרפתי. בישראל, כשקמה המדינה, חשבו על כך. אנשי חברת המשפט העברי התנגדו לכך מהתפיסה שהמשפט מבטא את רוח העם (כנלמד בשיעורים ראשונים).

למבחן:

שפירא סימן בסילבוס איזה מאמרים הם מאמרי קריאה. למשל, בפרק של חברת המשפט העברי יש מאמר של אסף לחובסקי והוא מאמר חובה. בפרק של קליטת המשפט העברי מנק' מבט דתית, יש מאמר של אנגלרד ואלון שהם חובה. חוק יסודות המשפט חובה. כהאו"ח – אלון וברק חובה. יש כוכבית ליד מאמרי החובה.

למשל, המאמר של לחובסקי על חברת המשפט העברי יותר מלא. בפסקי הדין יש לדעת את השימוש במשפט העברי. לפעמים צריך לדעת מה שופטים אחרים שהתנגדו לפסיקה אמרו על כך. יש לדעת את השימוש שנעשה בפסק הדין במשפט העברי, וכן את עמדות השופטים.

הבחינה מורכבת מ4-5 שאלות. השאלות ברובן אינן שאלות קייס, אלא הן די ישירות על החומרים (כמו העבודה). למשל, הצגת עמדה של מלומד מסוים בנוגע למשפט העברי וכו'. כנ"ל בנוגע לפסקי הדין. הציפייה היא שנכיר את הנושא – למשל, חוזה בלתי חוקי. רשלנות בדיני שמירה. לדעת את מקורות המשפט העברי והשימוש שהשופט המסוים עשה כך (עלי נ' ששון, הנדלס וכו').

יכול להיות שיהיה קייס של יישום. אין בחירה כרגע.

בהצלחה 😊