**המשפט העברי במדינת ישראל**

**מבוא**

המשפט של כל מדינה מייצג את מערכת נורמות ההתנהגות שמחייבת את אזרחי המדינה ותושביה, והיא גוברת על כל שאר המערכות. מטבע הדברים מערכת זו משקפת את הערכים והתפיסות של החברה שבה היא נוצרה. ייתכן דמיון (כמו שכולן יאסרו על פגיעה בזולת), אבל המשפט ייחודי בגלל שהוא משקף את המסורת התרבותית של המדינה. מכאן נשאלת השאלה – האם ועד כמה צריך לשמור על אופי תרבותי ייחודי של שיטת המשפט ובמה זה בא לידי ביטוי?

1. בשפה, שהיא השיקוף הראשוני של התרבות והמשפט במדינה.
2. במשפחות משפט (קונטיננטלי או אנגלי, אדוורסרי מול אינקוויזיטורי).
3. וגם במשפחות משפט ישנן שיטות משפט ובהן ישנו ייחודיות לשיטה מסוימת, שקובעת את האופי המשפטי של המדינה.

משנת 1918, ולאחר הצהרת בלפור, התארגנה קבוצת משפטנים ציוניים ברוסיה, במוסקבה, שהקימה את חברת המשפט העברי. חזון החברה: למדינה צריך להיות משפט עברי עם זיקה לתרבות העברית, שפה עברית וציונות. יש לחלן את המשפט העברי ולהפוך אותו למודרני ושימושי. לכן, המושג משפט עברי הוא מודרני, ולא מקורי-היסטורי. בעבר, המושג שתיאר את המערכת הנורמטיבית של היהדות היה – ההלכה. המושג "משפט עברי" כלל את כל הצדדים המשפטיים ולא הדתיים, ונראה שניתן להבחין באופן פנימי של ההלכה הקיימת בנקוד שבה בין דיני איסור לממונות, או הבחנה שבין אדם למקום ובין אדם לחברו. המשפט העברי מאופיין ב-2 דברים:

1. עתיק – ובניגוד ליוון/לרומא, המשפט העברי פעיל עד כה. לתקופתו הוא גם היה מודרני (כמו למשל שהדרך להעביר קניין לא מחייבת פיזיות).
2. דתי – ואם הופכים את המשפט העברי למודרני, צריך להתאים את הצד הדתי כי המדינה המודרנית אולי לא תשתמש בדברים דתיים.

האם בפועל החזון של המשפט העברי הצליח? משפט המדינה אמנם לא התבסס על המשפט העברי, אבל יש זיקות סטטוטוריות רבות במשפט הישראלי. המשפט הישראלי התפתח על רקע של משפט הארץ הזו. השאלה הייתה האם הוא צריך להתבסס על בסיס הארץ או העם: (1) אם לפי העם צריך היה לפנות לבסיס שלו; (2) אם לפי הארץ, זה השלטון ששרר כאן. ארץ ישראל הייתה בכיבוש טורקי ואומצה מערכת החוק העות'מנית. לאחר מכן שלטו הבריטים והחילו כאן חוקה שהיא דבר המלך במועצתו, שאימצה את החוק העות'מני:

"בתי המשפט ישפטו לפי החוק העות'מני שהיו נוהגים עד ה-1 בנובמבר, בהתאם לחוקים עות'מניים ולאותם דברי המלך ופקודות שיחודשו."

התוספת היא שחידושים בריטיים הם שיחייבו. בסעיף זה יש סיפא **לסימן 46 לדבר המלך** המורה:

"במקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם לעקרונות הצדק וחוק המקובל הנוהגים באנגליה."

כלומר הפנייה במקרים שאין חוק בריטי או עות'מני תהא לאנגליה. ביום הקמת המדינה, נקבע:

"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר התש"ח יעמוד בתוקפו."

כלומר, שהמשפט הבריטי יעמוד בתוקפו, כך שהמשפט הישראלי צמח מהשכבה הראשונה של חוק עות'מני ובריטי. אז המשפט הישראלי צומח כמשפט הארץ ולא העם, ואין כאן אזכור למשפט העברי. גם אחרי הקמת המדינה, סימן 46 נותר בתוקפו, כלומר המדינה לא הייתה עצמאית משפטית. זאת, עד חוק יסודות המשפט.

**מקורות משלימים**

אז החזון של המשפט העברי שהמשפט הישראלי יושתת על גביו לא התקיים, ומכאן המדינה חוקקה נוסחים חדשים ותרגומים חדשים שחייבו את בתי המשפט, אך יצרו מספר זיקות למשפט העברי:

* **הזיקה הראשונה – דיני נישואין וגירושין (זיקה הדוקה ביותר)**

חוק שיפוט ביה"ד רבניים קובע סמכות ייחודית לביד"ר לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים שייערכו בישראל לפי דין תורה בלבד (ההלכה ולא משפט עברי). אמנם, יש היבטים של סמכות מקבילה, אבל נישואין וגירושין נדונים רק בביד"ר. זה ייתכן כבעייתי כי אין תחום אחר שבו ההלכה היא משפט המדינה, אך זה האימוץ, והקשר בין נישואין וגירושין לא משקף את מעמד המשפט העברי ואת אופי המדינה. זאת משום שהאימפריה העות'מנית הייתה פלורליסטית, וההסדר לא נוצר במדינת ישראל, אלא לפי החוק העות'מני, שבו נקבע שדיני נישואין וגירושין ייקבעו לפי המעמד האישי וחוקי דתו של הפרט. כשהבריטים אימצו את המשפט העות'מני נקבע דבר דומה בדבר המלך –

"השיפוט בענייני מעמד אישי יהיה מסור בענייני העדות הדתיות." לצורך העניין – נישואין, גיטין, אפוטרופסות וכשרות משפטית."

אז מדינת ישראל לא עשתה הסדר חדש מסיבות חברתיות-פוליטיות (אחרת יהיה פיצול בעם לאור נישואי תערובת ונישואים אזרחיים).

* **זיקה שנייה – חוק יסודות המשפט**

לפיו, אם ביהמ"ש עומד בפני שאלה משפטית שללא הכרעה משפטית בחקיקה, בפסיקה או בהיקש, אז יכריע בה לפי עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלום של מורשת ישראל והמשפט העברי (בתיקון מ-2018). מטרתו להחליף את סימן 46 של הבריטים והוא מעיד שהמשפט העברי ישמש מקור משלים ללקונה.

* **הזיקה השלישית – הגדרתה של מדינת ישראל כיהודית כפי שבאה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות ובחוקי היסוד** – חוק יסוד כבוד האדם, חופש העיסוק והלאום

וגם עוד לפני יצירת חוק יסודות המשפט הייתה פנייה של שופטים אל המשפט העברי לצרכים שונים, כלומר זה לא בא רק כתגובה לחוק יסודות המשפט אלא כמונח להגדרה של מדינה יהודית.

* **הזיקה הרביעית – חקיקה ישראלית**

כמו למשל – "לא תעמוד על דם רעך", שקובע לעזור במקרי סכנת חיים, חוק השבת אבדה, חוק איסור ייבוא בשר לא כשר. כאן המשפט העברי הוא כמקור היסטורי להבדיל ממקור משפטי מחייב, כלומר – חוקה היא מקור משפטי לחוקים, אבל מקור היסטורי מהווה השראה.

* **הזיקה החמישית – המשפט העברי כמקור לפסיקת בתי המשפט**

בתי המשפט פונים אל המשפט העברי בשאלות שונות כמו בזכויות אדם, נזיקין, חוזים. למה? בגלל האופי של המדינה או בגלל שמדובר בשאלה ללא תשובה. נשאלת השאלה עד כמה ראוי לקלוט את המשפט העברי במדינת ישראל, ובזה נעסוק.

**חזון המשפט העברי**

* **רקע – ציונית מדינית וציונות רוחנית (תרבותית)**

הוויכוח נסוב סביב "שאלת התרבות" – האם התנועה הציונית צריכה לעסוק בשאלות תרבותיות ולפתח תרבות ציונית/עברית חדשה או שהיא צריכה להימנע מכך ולעסוק רק בשאלה המדינית – לחתור להקמת מדינה. הרצל, שייצג את הלך הרוח של מרכז אירופה (בו היהודים היו מסורתיים), הגיע עם הרעיון הציוני של הקמת מדינה, שכן הדתיים חששו מהקמת מדינה חילונית (תמך בכך גם הרב ריינס). בצד השני של מזרח אירופה, צומחת תנועה של חיבת ציון והיא חותרת גם להתעוררות יהודית לאומית וגם שאיפה לארץ ישראל. אחד העם, שייצג את הכיוון הזה, דגל ב-"ציוניות תרבותית", בניגוד להרצל, וגרס ששאלת המדינה משנית לעומת השאלה התרבותית.

הוויכוח המשיך בעניין של השפה – הרצל לא חשב שהשפה העברית חשובה, בניגוד לחיבת ציון שראתה בכך נדבך חשוב. לכן, התנועה הציונית עסקה גם בתרבות כחלק מהנושא של תחיית השפה העברית, לכן היא נתפסה כתנועה לתחייה לאומית, ולכן כרוכה כמובן בתחייה של השפה ובאש ובראשונה של התרבות.

* **משפט ותרבות**

על רקע הציונית התרבותית, והתעוררות של הספרות התרבותית, קמו משפטנים שרצו להחיות את המשפט כיצירה יהודית. במאה ה-19 צומחת באירופה (בעיקר בגרמניה) תנועה שמדגישה את הקשר של המשפט לתרבות, ונחלקת:

1. תפיסה רציונליסטית: היא נבעה מהנאורות ומההשכלה, לפיה המשפט הוא רציונלי, ויש מוסר אוניברסלי, כך שכל העמים צריכים להחזיק בעקרונות אוניברסליים – מה שאסור לעשות בכל מקום ומה שחובה לעשות בכל מקום.
2. תפיסה רומנטית: נבעה מהתעוררות הלאומיות ומדגישה את הלאומיות וגם שהמשפט לא רק בעל יסודות אוניברסליים, אלא גם לאומיים וקשור לתרבות ולמוסר של כל חברה. את התפיסה מפתח סאביניי, כך, שלעם יש היסטוריה ותרבות משלו, לכן המשפט צריך לשקף את התרבות שלו.

מכאן, התחילו להתפתח תנועות לאומיות בעלות מרכיבים פוליטיים ותרבותיים:

* בדבר ראשון **יש אלמנט של שפה** בכל התנועות – השפה לא הייתה אחת, הגרמנית לא הייתה אחת, יש דיאלקטים (ניבים) שונים, כנ"ל באיטליה.
* המרכיב השני שלהם זה יצירת **מסגרת מדינית אחת**.
* כתיבת היסטוריה כמקצוע מודרני, שמספרת את ההיסטוריה של כל עם. לצד זאת נכתבת גם ספרות מודרנית.

כאשר התנועה הציונית מתעוררת, היא תנועה לאומית, יש לה שאיפה לשפה ולארץ ובמובן ההזה היא **דומה** לתנועות לאומיות אחרות. אבל היא **שונה** משום שאין לה ארץ והיא לא צומחת מארץ משלה (היהודים מפוזרים בעולם ולא כמו בגרמניה או איטליה שהיו מפולגות). בתגובה לכך, הרצל טען שמדובר בעם אחד, ואפילו ללא שפה או ארץ ליהודים יש תודעה של עם. יש מי שהתנגדו וטענו שהיהודים לא היו עם בגלל שישבו במקומות שונים ודיברו שפות שונות וגם שהיהדות היא דת. עם זאת, החילון גרם לנטישת הדת, כך שהללו הדגישו את הזהות היהודית והתעוררה התנועה הלאומית. אז המשפטנים שקמו חשבו בפרדיגמות אירופיות של חידוש השפה ויצירת משפט יהודי שמתאים להיסטוריה ולתרבות, כשהתפיסה הזו באה לא רק משורשים מסורתיים, אלא ציוניים. לכן, קמה חברת המשפט העברי, שדגלה בייסוד חברה שתפקידה להחיות את המשפט העברי וליצור משפט על בסיס המסורת היהודית שתנהג לכשתקום המדינה. אחת הדמויות המרכזיות כאן הוא שמואל איזנשטדט.

* **חברת המשפט העברי**

לצד משפטנים ציוניים חילוניים, קמו גם אנשים דתיים כמו חוקר המשפט העברי אשר גולאק. בדבריו מציין אייזנשטדט:

"חקירת המשפט העברי ההיסטורי והפרית המחשבה המשפטית העברית המקורית – שתי המטרות העומדות לפנינו בעובדתנו יש להן אולי בשעה זו לא ערך מדעי עיוני בלבד, כי אם גם ערך מעשי ומדיני... גם האוטונומיה הגלותית (הייתה אוטונומיה יהודית באירופה) גם המרכז שבארץ ישראל זקוקים לחוקים ומשפטים שיגדירו את הצורות החיצוניות של חיי האומה. והדבר מובן מאליו כי משפט זה אי אפשר שיהיה לקוח פשוט בהקפה (בהשאלה) אצל אחרים, שיהיה ילדי חוץ, כי אם צריך הוא להיות ילד בית... (חיצוניות = ארגוניות) ועל כן באים אנו לחקור את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה."

הוא מציין 2 מטרות:

1. חקר המשפט העברי המקורי (מחקר אקדמי של התחום המשפטי בהלכה);
2. הפריית המחשבה המשפטית – כלומר פיתוח ויצירה.

ברור לגמרי שאם אנחנו רוצים להקים משפט אנחנו לא רוצים לקחת משפט זר. הוא מניח שצריך ליצור משפט דרך המסורת, לאסוף את החומר הישן, לחקור אותו וליצור יצירה חדשה. אז ניתן לראות שיש כאן יצירה חדשה של משפט עברי היסטורי (=הלכה), וצריך ללמוד אותו ולשנותו, כשמתוכו תיווצר שיטת משפט מודרני משום שיש הרבה עניינים בהם המשפט העברי לא נותן מענה מודרני. אך, הפיתוח יבוא מתוך המקורות היהודיים:

"ידוע הוא שבמשך אלפי שנות חיינו ההיסטוריים, נשאה עליה כל תרבתנו חותם דתי וההלכה המשפטית הייתה קשורה ואחוזה בהלכה הדתית, עד שבכמה עניינים קשה לקבוע גם היום את הגבולות ביניהן..."

אז יש קשר בין היסוד הדתי ליסוד המשפטי וקשה להבדיל ביניהם. למשל, מי שפרע ומחוסר אמנה – המשפט העברי לא מכיר בהתחייבות בעל פה, ומי שמתחייב בעל-פה הסנקציה כנגדו היא קללה, אבל המשפט המודרני יתקשה לעשות זאת. לכן:

"במשך עשרות השנים האחרונות **התחיל** בספרות הפרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת ואנו באים רק להמשיך את הפרוצס הזה ולהכשיר את משפטנו ולקיום חילוני."

כלומר, התחילה הפרוצדורה של הפרדת המשפט מהדת, כך שזו הייתה מטרה מובהקת של תנועת המשפט העברי – לחלן את המשפט העברי, לקחת ממנה את המסורת ולהחליט מה יש לשנות או ליצור כדי להתאימה למודרניות. הדבר נעשה, לדוגמה, בחילוניות השפה העברית, שהייתה דתית ושימשה לתפילה. התחושה היא שאנשי המשפט העברי מתייחסים למשפט העברי ביחס של חירות.

* א' לחובסקי, משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית, רב תרבותיות במדינה דמוקרטית, ויהודית

לדעתו, המשפט העברי עליו דיברו חברי התנועה היה משפט לאומי-חילוני ולא גרסה משופרת של ההלכה, שכן הם לא גילמו רצון להמשיך עם תרבות הגולה. הנחת המוצא של אנשי המשפט העברי היא שהוא מוסרי, טוב ומתקדם מעבר לשיטות האחרות.

* **משפט השלום העברי**

מבחינת תולדות היישוב בא"י, ב-1909 נוצרת מערכת של בתי משפט מטעם אנשי העלייה השנייה בשם "משפט השלום העברי." כאן המושג "עברי" מקבל משמעות אחרת, כי בלקסיקון הציוני, עברי מנוגד ליהודי, כי יהודי הוא דת וגלותיות. אז כאשר מתפתחים סכסוכים, אנשי העלייה השנייה ניצבים בדילמה: לפנות למערכת המשפט הטורקית/עות'מנית או לפנות לדיון בביד"ר. אבל, אנשי העלייה השנייה הם חילונים, אז הם מקימים מערכת משפטית חדשה שיוצרת מספיק לחץ כדי לפתור סכסוכים באופן פנימי בדרך של בוררות ובהשפעת עקרונות גרמניים כלליים של צדק, לא לפי החוק הטורקי או ההלכה. עיקר פעולתה הייתה לפי משפט עממי או קהילתי ולא לפי חוק, ביפו, משום שבירושלים יש את היישוב הישן. משפט השלום פועל עוד לפני תנועת/חברת המשפט העברי במוסקבה. למערכת משפט השלום העברי מגיעים מאות אם לא אלפי תיקים, שכן היא גם פעלה עוד לפני תנועת/חברת המשפט העברי ממוסקבה. ההבדל ביניהן היא שהתנועה המוסקבאית הייתה יותר בעד להתקשר למסורת, ומשפט השלום העברי היה יותר עממי, אבל האווירה של שניהם היא של יצירת מסגרת משפטית חדשה שאינה כפופה לשלטון הטורקי ו/או למערכת הרבנית.

* **מהו משפט עברי?**

האם מדובר במשפט הלכה המסורתי או משפט בעברית (כי אנחנו עבריים)? תפיסת חברת המשפט העברי רצתה שיהיה קשר בין המשפט העברי החדש, תחת השלטון הבריטי בהווה ומדינת ישראל בעתיד, למשפט העברי המסורתי. יהיה בו חידוש אבל הוא יהיה המשך שלו (בדומה לשפה, שבה יש עברית מקראית ועברית חדשה). ניעזר בדברים נוספים:

**אשר גולאק, יסודי המשפט העברי**: "המשפט "משפט עברי" כולל אפו כל הדינים והחוקים, כל האוצר המשפטי הרב של עמנו מן התקופות הקדומות ביותר עד ימינו והוא מורה גם על האחדות הפנימית והאורגנית השולטת באוצר המשפטי העשיר נהזה שהוא כולו יצירה ענקית של מסורת העם, הלך נפשו ואורחות חייו."

כלומר, כמו חברת המשפט העברי ועד אלון. הוא מגדיר בעיניו מהו "משפט העברי" כשיטת משפט אחידה – מהתנ"ך, המשנה ועד ימינו. ניתן לראות כאן תפיסה רומנטית שהמשפט הוא תוצר של הלך רוח העם. לכן, אם ניקח משפט גרמני או צרפתי אנחנו בוגדים, כי הרוח היא יהודית (כמו שאמר אייזנשטדט). ולצד זאת, יש מסורת שמצריכה נאמנות אבל היא מחייבת חידוש, כי לא ניתן ליישמה כך, ולכן הוא מנסח:

"קביעת סדר משפטים עברי אפשר שתפגוש התנגדות משני הצדדים. הפרוגרסיביים יראו בדבר את השלטת השולחן ערוך בחיינו, לדעתם, אין מקום לקנון דתי מימי הביניים בחיים תרבותיים של מדינה מודרנית. הוא רואה למעשה את ההתנגדות של חלקים בעם. מהצד השני אלה שבמפלגת החרדים שהם יראים מכל תנועה של התפתחות המביאה לידי שינוים יתנגדו גם כן לתחיית המשפט העברי הם יורו על השולחן ערוך ויאמרו אין להוסיף קוצו של יוד."

כלומר – מחד, אגף חילוני מתקדם שלא מעוניין להתחבר למסורת העתיקה, ומאידך, חרדים שלא מעוניינים לשנות ולו קוצו של יוד. כאן אנחנו הולכים על חבל דק בשאלת הזיקה של המשפט למקורות הדת והחיוב לו. נשמע קולות נוספים:

**הציונות הדתית (תנועת המזרחי)**: "בכל שנות גלותנו שמרנו על אופיינו הלאומי ועל תכונותיו ועל צביוננו המיוחד. היה לנו גם משפט משלנו וספר חוקים משלנו, משפטים וחוקים הבנויים על יסוד אספקלריית חיים מיוחדת שנוצרה מתוך תכונה נפשית קבועה על יסוד תורה אלוהית כתובה ומסורה... עכשיו כשיש לנו הצהרה מעין זו על זכותנו ההיסטורית על ארצנו יהיה זה חטא ופשע לאומי אם נבוא לעקרו משורש את המשפט העברי המקורי שלנו ולהפקיע את זכויותינו שנתערו בנשמת האומה.

הוא רוצה במשפט ההלכה את הביטוי של נשמת האמונה. ובמאמר אחר:

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

כלומר, אין לדעתו הסתייגות מהאופי הדתי של המשפט העברי, משום שיש שילוב בין דת ומדינה, ואנחנו לא רוצים משפט חילוני. התפיסה היא שהמשפט הוא ביטוי של האומה ולכן צריך לשמור עליו. נבחן עוד דברים:

**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 הבערי היה גאותנו "כי היא חכמתכם ובניתכם לעיני כל העמים"... גם אלה שהאמונה לא הייתה נר לרגלם האמינו בצדקתו וביושרו של המשפט העברי."

אז, אמנם חברת המשפט העברי מעוניינת בחיבור וחידוש, אבל יש כאן מוקד חיכוך בין אנשי המשפט העברי החילוניים כמו אייזנשטדט, שמרגישים חירות גמורה ביחס למשפט העברי ולשינוי שלו, לעומת האנשים הדתיים כמו גולאק ופריימן שיותר מתונים ביחס לשינוי.

* **סמכות החידוש: תיקונים או תקנות?**

מכאן צמחה שאלת הסמכות לשנות – האם חוקרים של המשפט העבר יוכלו לתקן? האם פוליטיקאים או רבנים? רבים מהדוברים העבריים טוענים שצריכה להיות הסכמה לתיקון החוק, אבל מתחיל מתח שמבטא חזונות שונים של המשפט העברי:

1. הדמויות הרבניות נטו לכיוון שהדבר ייעשה בדרך של תקנות, כפי שחשב הרצוג. לכן, נרצה יותר לשמור ולא לשנות, וגם, מי שיהא מוסמך לשנות ולתקן הם לא חוקרים או פוליטיקאים אלא גורמים מוסמכים שההלכה מכירה בהם – הרבנים. התנועה מתחילה להתפרק בגלל שמידת ההצלחה מוגבלת, כמו גם שינויים כאלה ואחרים.
2. גולאק ופריימן סברו שראוי שחלק מהשינויים יעשו על ידי חוקרים וקהל. ואכן, החזון של חברת המשפט העברי הראשונה המוסקבאית היה יותר מרחיק והוא להחיות את המשפט העברי המסורתי והמקורי וליצור ממנו משפט עברי חדש שבנוי על זיקה למשפט העברי המסורתי, אבל ניתן לשנותו. גם התנועה הזו לבסוף מתפרקת. אמנם, בשנות ה-20 משפט השלום העברי שגשג, אבל לבסוף איבד מכוחו בגלל: א. נכנס לארץ משפט אנגלי-בריטי שהיה בעל יותר מוניטין מהמשפט הטורקי (משפט משוכלל, שופטים נאמנים וכו') ותפקד טוב יותר ממנו; ב. היישוב העברי גדל ולא ניתן ללחוץ עליו לפנות לבוררויות. חברת המשפט העברי מגיעה לשבר ארגוני עם מחלוקת דתית באגף הדתי לחילוני. אמנם, ניתן היה להגיע להסכמה עם אנשים כמו פריימן וגולאק, שיכלו להסכים עם החילונים שהשינויים לא בהכרח יהיו דרך הרבנות, אך הם היו קומץ. אז החברה התפרקה אבל החזון נשמר. חשוב לציין שהמשפט העברי ב-30 שנות קיומו (18'-48') לא הצליח ליצור אף לא הצעה לחוק, כך שהרעיון לחידוש המשפט והחוקים לא קרה.

**המשפט העברי עם הקמת המדינה**

* **מועצה משפטית (דצמבר 1947)**

סמוך להקמת המדינה, קמה מועצה משפטית שתפקידה לדון בתפקיד המשפט העברי במדינת ישראל. מכאן עלו 2 שאלות:

1. מה תהיה השיטה היסודית בחוק הארץ – בעולם המערבי יש 2 שיטות: (1) קונטיננטלית – לפיה החוק עומד על המחוקק ותפקיד ביהמ"ש הוא ליישם את החוקים, כאן אין תקדים מחייב כי ביהמ"ש מחליט ממקרה למקרה; (2) Common Law – החוק נוצר על ידי בתי המשפט שהם קובעים הלכה ממקרה למקרה בשיטת התקדים המחייב כדי להיות חוק. בתקופה המודרנית השיטות הללו התקרבו משום שיש לנו חקיקה. אמנם היום השיטה של ישראל יותר קרובה למודל אנגלו-אמריקאי, אך פעם עמדו על שאלת השיטה העדיפה.
2. על מה יתבסס החוק – האם ננהיג את החוק מהמשפט העברי כיסוד לחוק המדינה, או שניקח את חוקי ממשלת המנדט ונוסיף להם חוקים שמתאימים לארץ נאורה ומתקדמת. השאלה הזו מניחה שאם נבחר בשאלה הראשונה ב-Common Law, אז צריך לבחון איך נשלב בתוך השיטה את המשפט העברי.

* **מה בעצם היו האפשרויות המעשיות ליישום המשפט העברי?**

ניתן לדבר על 3 אפשרויות שניתן היה לנקוט כדי לשלב את המשפט העברי במשפט המדינה:

1. **אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי.**

השופט זילברג טען שצריך לעשות קודקס של המשפט העברי ולאמץ אותו, אך לא היה בנמצא קודקס ולכן הטענה הייתה תיאורטית בלבד.

1. **הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החוק**

זו גם הייתה לבסוף ההחלטה, והמשפט האנגלי התקבל, אנשים הכירו את המשפט האנגלי וניתן היה להמשיך איתו, מה שמראה שהבחירה בו הייתה הנוחה ביותר. מכאן גם ניתן היה לחשוב אם לאמץ, באמצעות הצהרה עקרונית, את השראת החקיקה בהתאם למשפט העברי.

1. **ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בסימן שיפנה למשפט העברי**

כך שלא נהיה מחויבים לשיטת המשפט באנגליה.

* **הצעת החוקה (י"פ כהן – יו"ר הסוכנות)**

"המשפט שהיה קיים בישראל ביום מתן החוקה יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, וכל עוד לא בוטל או תוקן על ידי בית הנבחרים."

אז זהו המענה לשאלה מה יהיה עם המשפט בעת הקמת המדינה – משפט אנגלי בשינויים מחויבים. אלא, שבהזדמנות זו הוגשה הצעת חוק נוספת:

"תחיקת המדינה תהא מושתתת על עקרוני יסוד של המשפט העברי. העקרונות אלה ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים."

הצעת החוקה בוחנת את 2 הקטגוריות שדנו בהן קודם לכן: (א) קביעה עקרונית שחקיקת המדינה תהא מושתתת על עקרונות יסוד שבמשפט העברי, אבל המשפט הוא אנגלי; (ב) עקרונות המשפט העברי ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר וברור שזו החלפה לסימן 46 עליו דנו קודם לכן. אלא, שהוחלט לבסוף שלא תהא חוקה ולכן ההצעה נדחתה. לפליטאל דיקשטיין (דיקן) הייתה הצעה דומה:

"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 השפט ועל השלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן."

אז אין זו הצהרה על חקיקה אבל כן הצהרה על החלפת סימן 46. הניסוח דינמי וגמיש – שימוש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצורכי הזמן, לאור החלטת ביהמ"ש ובמקרים שאין תשובה בחקיקה. לימים, מתברר שהוועדה ישבה גם בת"א וגם בירושלים, אז אמנם הישיבה בת"א קיבלה את ההצעה אבל זו בירושלים דחתה אותה, וזאת אנחנו יודעים ממזכיר הועדה – חיים כהן, שלדעת דיקן ורדניזר הוא זה שהכשיל את ההצעה ולדעת מלומד אחר, הבעיה הייתה בתקשורת בגלל מלחמת השחרור (דרכים משובשות ואין כניסה חופשית לירושלים).

* **הפקודה לסדרי שלטון ומשפט**

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

הפקודה לסדרי שלטון ומשפט דומה במידה רבה לחוקה, ומבין האסטרטגיות שהזכרנו, היא בוחרת במשפט האנגלי ומתעלמת מהעניין של סימן 46, כלומר, משאירה אותו בתוקף, כלומר, ביהמ"ש בישראל עצמאיים עד שהם נתקלים שאלה שאין לה תשובה סטטוטורית ואז הם מחויבים לפנות לביהמ"ש באנגליה. נשאלת השאלה, מדוע נותרה הכפיפות לאנגליה?

1. לדעת פרופ' חריס: מדובר בתוצאות של נסיבות המלחמה (העצמאות/השחרור), דרכים משובשות, חוסר תקשורת ולכן התעלמות.
2. לדעת רדניזר: סובר שבגלל שחיים כהן לא רצה את ההפניה למשפט העברי, המצב נותר כך (אם זו הברירה).

בשיטה האנגלית אין בעיה מסוימת אם אין חוק כי השיטה נובעת מהיעדר חוק ויוצרת כל פעם דינים, לכן סימן 46 די מיותר, אבל היה חשוב בקולוניות הבריטיות כדי להתגבר על דין המקום. גם אם עלתה הטענה שהדבר מפריע, הרי שהחלופה הייתה של המשפט העברי, וייתכן שלכך היו מתנגדים. אז, מה שנותר על הפרק הוא שהמשפט האנגלי נשאר, לרבות סימן 46 שמכפיף את בתי המשפט בישראל לפסיקות באנגליה במקרה שבו אין תשובה בחוק. למשפט העברי, כמו בחלופות שראינו, אין מעמד פורמלי. עם זאת, הרעיון של חקיקה ברוח המשפט העברי נשמר.

* **מדיניות חקיקה (הצהרה של שר המשפטים)**

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

ואכן החקיקה בשנות ה-50 נכנסים להליך חקיקה מואץ ובו ניתן לראות זיקות למשפט העברי (כמו גם חוק השבות שהוא חוק ציוני):

1. **חוק איסור לשון הרע**: סוגיית לשון הרע פרטיה דיניה ואיסוריה – "שורשים רדומים לה במסורת המשפט העברי. בספר ויקרא נאמר "לא תלך רכיל בעמך" וחכמים המשפט העברי ראו בלשון הרע "עוון גדול הגורם להרוג נפשות רבות מישראל". כמה מן העקרונות והחידושים שהציגה זו נידונו בהרחבה בספרות ענפה שך המשפט העברי."
2. **חוק הגנת השכר** (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)".
3. **חוק פיצויי פיטורים**: "מי שעבד ברציפות למעלה משנה אחת אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד ופוטר. זכאי לקבל ממעבידו שפיטרו פיצויי פיטורים."

**ההסבר**: "החוק המוצע בא להסדיר בדרך חקיקה זכות במערכת משפט העבודה שהייתה עד עתה מוסדרת על ידי נוהג שבתי המשפט הכירו בו ופסקו לפיו הזכות לפיצויי פיטורים."

אם נתייחס לחוק פיצויי פיטורים, נוצר מנהג על ידי ביהמ"ש בישראל, לפיו מעבידים נדרשו לשלם פיצויי פיטורין במקרה שבו עובד פוטר מעבודתו. החוק מבוסס על פרשת וולפסון, שבה: "מן המפורסמות היא כי מקורו של רעיון פיצויים אלה נעוץ בחובת הענקה הכתובה בתורה: 'הענק תעניק לו מצאנך ומגרנך ומיקבך'." במה דברים אמורים?

**יב** כִּי-יִמָּכֵר לְךָ אָחִיךָ הָעִבְרִי, אוֹ הָעִבְרִיָּה--וַעֲבָדְךָ, שֵׁשׁ שָׁנִים; וּבַשָּׁנָה, הַשְּׁבִיעִת, תְּשַׁלְּחֶנּוּ חָפְשִׁי, מֵעִמָּךְ. **יג** וְכִי-תְשַׁלְּחֶנּוּ חָפְשִׁי, מֵעִמָּךְ--לֹא תְשַׁלְּחֶנּוּ, רֵיקָם. **יד** הַעֲנֵיק תַּעֲנִיק, לוֹ, מִצֹּאנְךָ, וּמִגָּרְנְךָ וּמִיִּקְבֶךָ: אֲשֶׁר בֵּרַכְךָ יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, תִּתֶּן-לוֹ. **טו** וְזָכַרְתָּ, כִּי עֶבֶד הָיִיתָ בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם, וַיִּפְדְּךָ, יְהוָה אֱלֹהֶיךָ; עַל-כֵּן אָנֹכִי מְצַוְּךָ, אֶת-הַדָּבָר הַזֶּה--הַיּוֹם. (דברים טו 14-12).

כלומר, יש מצווה בתורה שכאשר עבד משוחרר, יש לתת לו גם מענק, אלא שעלו 2 שאלות הנוגעות ליישום:

1. האם המענק מתקבל רק כשמפטרים אותו או גם כשהוא הולך לבד?
2. האם זה חל גם ביחסי עובד-מעביד ולא רק עבד?

המדרש קבע שחובת הענקה לעבד חלה רק במקום שהאדון משחרר אותו, אבל אם העבד משתחרר מעצמו, אין חובה על האדון להעניק את המענק. כלומר, אם העובד מתפטר לבד, אין חובה על המעביד לפצות אותו, שלא כמו שהוא מפוטר. השאלה שנותרה היא האם דיני עבדות חלים על יחסי עבודה:

**ספר החינוך, ראה, מצוות עשה תפב**: "ונוהגת מצוה זו בזכרים ונקבות בזמן הבית, שאין דין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג כמו שכתבתי במה שקדם [מצוה מ"ב], ומכל מקום אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח, שאם שכר אחד מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השם."

אומר המקור – דיני עבד שנוהגים בזמן החורבן לא רלוונטיים. אבל, אם אתה לוקח שכיר (אדם שאיננו עבד אבל עובד איתך) בזמן מרובה או מועט, כשאתה מפטר אותו, תיתן לו מענק. מדובר היה בנוהג, שהתפתח בא"י ובבתי השלום העבריים והמחוקק קיבל את זה. לכן, מדובר כאן בדוגמה על יסוד המשפט העברי. אז החוקים שראינו קשורים לצדק חברתי, ושאבו השראה מהמשפט העברי. אך, הבעיה מתחילה עם חוק הירושה, כי מצד אחד הוא מסתמך על המשפט העברי, אבל מאידך קשה לקבל חלק מהדברים בו (רק בנים יורשים ולא בנות, למעט אם אין בנים – בפרשת צלפחד ואז הבנות קיבלו). כך, שמדינה מודרנית שוויונית לא יכולה לאמץ זאת, כמו גם ההבחנה בין בכור (שמקבל פי 2) לרגיל. להלן הצעת חוק הירושה:

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

כלומר אנחנו לא מתבססים רק על המשפט העברי, אלא על המציאות וגם על מדינות זרות:

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

אז המקור מראה שאנחנו לא מחויבים למשפט העברי (למרות שלדעת מנחם אלון, הכול מבוסס על המשפט העברי). היו הצעות שעסקו בדיני ירושה, אבל לכל דיין לכשעצמו יש גם בנים ובנות והוא גם מרגיש בחוסר הצדק הזה. הצדקה של ירושת בנים מתאימה לחברה פטריארכלית-חקלאית, בה צריך להחליט לפי מה הנחלה נשמרת. אבל ברגע שהחברה מפסיקה להיות מסורתית והופכת להיות עירונית שלא קשורה לנחלה, אובד ההיגיון הנ"ל. אז מה עושים? להלכה יש מנגנון שנקרא "פשרה", שמחייב את הסכמת הצדדים, ואז הילדים יורשים שווה בשווה. מאחר שביד"ר צריך להסכים לדון בענייני ירושה, הוא מתנה את הדיון בתיק בתנאי שיסמיכו אותו לפסוק בדרך הפשרה.

* **איך התייחסו לחוק הירושה? כמה מעקרונות הירושה לפי המשפט העברי** 
  1. הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן שאינו תלוי במוריש ואף לא ביורשים – באופן אוטומטי. כלומר המוריש לא צריך לעשות שום פעולה או להתנגד לה וגם היורשים לא יכולים לדחות זאת, והרעיון של העברת הרכוש היא דאגה בין דורית שעוברת ליורשים מבלי רצונו של המוריש.
  2. אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורישה לאחר, הוא רשאי לתת מתנה (מחיים) – המשפט העברי לא מכיר בצוואה בעולם המודרני, אלא במתנה – רכוש בחייו. היום ניתן לכתוב צוואה שלאחר המוות, אבל להלכה יש טריק שנקרא "מעתה ולאחר מיתה" – אדם יכול לקבוע תנאים למתנה, שהיא תהא תקפה מעכשיו אבל תגיע לאחר המוות של המוריש. זו מעין צוואה, אבל אין היא ירושה. יש כאן מנגנון שונה של מתנה מחיים אבל לא ירושה.
  3. ההלכה לא אוהבת שאדם כותב מתנה או צוואה ומנשל את הילדים שלו – "הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי אבל אין דעת חכמים נוחה הימנו (משנה, בבא בתרא, ח ה) – למשל אם אדם כותב מתנה לחבריו. אמנם, זה תקף מבחינה הלכתית, אבל אין רוח חכמים נוחה ממנו.
  4. יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין – צאצאי אביו, ואם אין – צאצאי אביו אביו – עד סוף כל הדורות – כלומר עולים במעלות הדורות, לכן אומרת ההלכה שאין אדם בישראל שאין לו יורשים כי תמיד יהיו קרובים, אתה הולך עד למעלה אבל אתה תמיד תמצא מישהו – קרוב משפחה רחוק.
  5. הבכור יורש פי שנים מחלקו של כל אחד מן האחים.
  6. הבנים יורשים והבנות אינן יורשות – אלא במקום שאין בנים.
  7. האישה אינה יורשת את בעלה.
* **חוק הירושה**

1. במות אדם עובר עזבונו ליורשיו: הירושה עוברת באופן אוטומטי ליורשים, אבל נשאלת השאלה אם זוג נהרג בתאונת דרכים, אז מי ירש קודם? למשל אם לאחד מבני הזוג יש ילדים מנישואים קודמים.
2. היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה, הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה: למה רשום "זוכים"? זה אימוץ של הקונספט של המשפט העברי שאין צוואה אלא ירושה. לכן, ישנה ברירת מחדל שהירושה היא לפי דין ולפי סדר מסוים, אבל צוואה גוברת על הדין. היה מי שדקדק בחוק, והדגיש את תפיסת המשפט העברי שזו לא ירושה אלא זכייה לפי צוואה, לכן יש כאן ביטוי לשוני אחר, למרות שהשלכותיו לא ברורות.
3. אין הבחנה בין זכר ונקבה.
4. הוא לא הולך עד סוף כל הדורות, אלא רק 2 דרגות – הורים והורי הורים. במקרה שבו אין יורשים המדינה יורשת (ס' 17 לחוק הירושה). זו סטייה מהמשפט העברי שקובע ירושה עד סוף הדורות. הרציונל מאחורי זה הוא שקשה למצוא קרובים ולבחון לעומק את הפרטים.
5. היורשים על פי דין הם (ס' 10 לחוק הירושה): 1) מי שהיה במות המוריש בן זוגו; 2) ילדי המוריש וצאצאיהם, הורים וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם.
6. ילדי המוריש חולקים ביניהם בשווה, וכן חולקים הורי המוריש ביניהם והורי הוריו ביניהם בשווה (ס' 13 לחוק הירושה): כך, נשללה ההבחנה בין בנים לבנות ודין הבכור. לכן, ברור שישנה סטייה מהמשפט העברי. צוואה אמנם גוברת על החוק, אך ישנה בעיה במקרה שבו האב מוריש לאחר את הירושה וילדיו או אשתו נקלעים למשבר. אז יש את **חוק הירושה בסעיף 58**: "הניח המוריש בן זוג ילדים או הורים והם זקוקים למזונות זכאים הם למזונות מן העזבון לפי הראות פרק זה, בין בירושה על פי דחין ובין בירושה על פי צוואה." כלומר, במצב שבו מי שהיה תלוי בפרנסת המוריש (ייתכן ילדים, אישה או הורים) ואין לו, אז ניתן לתת לו מזונות מהעיזבון על חשבון מה שמגיע למישהו לפי דין, כלומר ייתכן ואדם לא יקבל את חלקו כי יש מישהו אחר שזקוק לפרנסה.

* **הצעת חוק הירושה (תשי"ב)**

"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."

כלומר המציעים כאן הסתמכו על המשפט העברי. יש, למשל, שיטות אירופיות שממשיכות את המשפט הרומי וקובעות שחלק מהירושה משוריין ליורשים, כלומר המוריש לא יכול לנשל לגמרי את יורשיו. זה רעיון של המשכיות, אבל בשיטה האנגלית והישראלית ובמשפט העברי, על אף שאין הכרה בצוואה כירושה, תתכן סיטואציה שבה אדם כותב צוואה לאחרים, כשהיא לפי דין. המשנה אומרת:

**משנה כתובות יג ב**: "מי שמת והניח בנים ובנות, בזמן שהנכסים מרובין – הבנים יורשין והבנות ניזונות, בזמן שהנכסים מועטין – הבנות יזונו והבנים יחזרו על הפתחים."

זהו הכלל הרגיל הפטריארכלי לפיו הבנים יורשים אבל הבנות מקבלות מזונות עד שהן מתחתנות. ייתכן שהמזונות יהיו יותר מהירושה, וזה המצב הרגיל. אם יש לאדם נכסים מרובים, אז הבנים יורשים את הירושה והנחלה (גם מיטלטלין) והבנות מקבלות מזונות. אם יש נכסים מועטים, מעדיפים את המזונות של הבנות על פני הירושה של הבנים. זאת נקבעה כהלכה לפי השולחן ערוך:

שולחן ערוך, אבן העזר, קיב, יא: מי שמת והניח בנים ובנות, יירשו הבנים כל הנכסים והם זנים אחיותיהם עד שיבגרו או עד שיתארסו. במה דברים אמורים, כשהניח נכסים שאפשר שיזונו מהם הבנים והבנות כאחד עד שיבגרו הבנות, ואלו הם הנקראים נכסים מרובים. אבל אם אין בנכסים שהניח אלא פחות מזה, מוציאים מהם מזונות לבנות עד שיבגרו, ונותנים השאר לבנים. ואם אין שם אלא כדי מזון הבנות בלבד, נזונים מהם עד שיבגרו או עד שיתארסו, והבנים ישאלו על הפתחים.

ברור שגם ההסדר הסטטוטורי מדגיש את התפיסה של המשפט העברי שמעדיף מזונות לנזקקים על פני ירושה. המחוקק אף הרחיב זאת ולא תלה את העניין רק בבנים או בבנות, כך שגם אישה זכאית למזונות והם גוברים על הירושה שמגיע ליורשים.

**השילוב של המשפט העברי במשפט המדינה מנקודת מבט דתית**

נשאלת השאלה כיצד המשפט העברי או חכמי ההלכה רואים את עניין קליטת המשפט העברי לתוך המדינה? זאת משום שחכמי ההלכה והרבנים ציפו שהמדינה תאמץ את ההלכה בשלמותה, לפחות בעניינים הנוגעים למשפט. למשל:

**הרב א"י וולדנברג, הלכות מדינה**: "בתורה שבכתב ושבעל פה נמצא כל החזקים והמשפטים השייכים למדינה והליכותיה 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 בידיו לבטלה... עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתי על ידי הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה."

כלומר, הפתרון לכל השאלות המדיניות נמצא בתורה עצמה, והמדינה צריכה להכיר בה בשלמותה. הוא היה מודע לצורך בשינויים, והתבטא בעניין זהות האישיות שרשאית לעשות זאת:

"נואלו אלה החושבים בזדון או בשגגה שהרשות נתונה לפרנסי ומנהיגי דור ודור, תהיינה מעמדם הציבורים והשקפותיהם הרוחניות איזו שתהיינה, לתקן תקנות לצורכי הדור בכלי שטחי החיים לפי ראות עיניהם , והנקל בעיניהם לשנות גם כן את חוקי התורה המפורשים בתורה שבכתב... [...]"

וולנדברג מותח ביקורת על אנשי המשפט העברי, ולדעתו הם אינם מוסמכים לעשות שינויים. לדידו מי שמוסמך הוא:

"אין הרשות נתונה לכך כי אם לחכמי התורה שבדור אשר יד ושם להם בהבנת דברי התורה."

אז לדידו, משפטנים רגילים לא יכולים לעשות שינויים, אלא רק חכמי ההלכה ולא פוליטיקאים, שופטים או אנשי משרד המשפטים. ובתפיסה הכללית, נראה שהוא לא יסכים לפרויקט של קליטת ההלכה באופן סלקטיבי. עמדה דומה נקט הרב הראשי של ישראל – הרצוג, שמקבל בעיקרון את דבריו של וולנדברג אבל בחלק מסוים אף יותר נועז ממנו:

"התחיקה והמשפט קשורים זה בזה, כלומר שאיפת כל היהדות הדתית בארץ ובתפוצות מוכרחה להיות, שהתחוקה (קונסטיטוציה) תכלול סעיף יסודי כי המשפט בארץ יהא מבוסס על יסודות התורה."

אז צריך לקבוע עיקרון שהמשפט בארץ יבוסס על יסוד התורה ולא יסתור אותו. הוא מוסיף:

"כדי שיתקבל סעיף זה... מן ההכרח לעבד כבר מעכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה."

הרב הרצוג הניח שהמדינה חייבת להיות דמוקרטית, מכמה טעמים:

1. זה היה תנאי של האו"ם כחלק מהכרתה במדינה;
2. מבנה החברה והעובדה שבמדינה העתידית יהיו יהודים ולא יהודים, אז אם המדינה דמוקרטית צריך שיהיה להם זכויות שוות;
3. לא יכול להיות ששופטים הם רק יהודים או גברים ורק שומרי מצוות, אלא כולם יכולים להיות.

אז, לדעתו, צריך להתאים את ההלכה למדינה דמוקרטית, ואף ניסה לעשות כן עם דיני עדות. זאת הייתה שאיפתו וכשזה לא קרה הוא התאכזב ומסר:

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

הרב הרצוג מבין מדוע לא מאמצים את ההלכה בהקמת המדינה, אבל לדעתו יש להצהיר כללית שמשפט התורה יחדש ימיו כקדם. אנשי המשפט העברי רצו הצהרה דומה, אבל רצו שהמשפט העברי יהיה הבסיס לחקיקה החדשה, כי לדידם המשפט העברי הוא מושג פתוח וחילוני שבו יש לשופטים ולמחוקקים שליטה בו. הרב הרצוג חלם על שיתוף פעולה בין המדינה והרבנות הראשית, ועשה ניסיון כזה עם דיני הירושה כשהציע תקנות שבהן יקבעו את השינויים – לבכור אין עדיפות, הבנות והבנים יירשו כאחד – רק שרצה שהתקנות יהיו כהלכה פנימית (מתוך המנגנון הפנימי של ההלכה) ורק אז יהפכו לחוק המדינה. הרבנות לא הסכימה, והרב הרצוג אומר שבגלל שהם לא מכירים בכך, הכנסת תחוקק חוק חדש גם בלעדיהם. אחרי הקמת המדינה הרב הרצוג מציע:

"צו השעה חזק עלינו להכין מעין 'ערוך השולחן' בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים [=משפטנים]. זה, אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים. יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים, וכו', וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד, אלא שיש צורך להקל במידה ידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה."

כך, שצריך להכין קובץ הלכות חדש שידבר בשפה משפטית מודרנית, שגם משפטנים ולאו דווקא תלמידי חכמים יבינו אותו. ניתן לראות את התעוזה שלו – ההלכה צריכה להשלים עצמה ולהתחדש, כך שזו לא רק פרשנות אלא גם חידושי חקיקה. לצד זאת, הוא מודע גם לקושי שיש לתלמידי חכמים בשימוש בקורפוס הענק של ההלכה. אז יש לנו 3 סיבות בצורך של קודקס חדש מנקודת מבט של בתי הדין הרבניים: 1. השלמות; 2. חידוש תקנות; 3. להקל בהתמצאות על המקורות. לדידו, אפילו אם מי שישלוט בגישה ההלכתית יהיו ביד"ר, עדיין דרושה התחדשות שהיא קודקס משפטי-הלכתי מודרני. הוא ממשיך:

"**התועלת תהא כפולה –** תועלת בשבילנו גם בשביל בתי המשפט של המדינה. הבה אפרש את דבריי. אם אנחנו לא נוציא 'אוצר משפטים' בצורה ההיא מה יעשו היורסטים שאינם יכולים להתמצא בחושן משפט? הלא יקחו להן מן הגויים איזה קודקס. ונמצא שם שמים מתחלל במידה גסה, בישראל וגם בעמים. אם יהיה ספר כזה משלנו מוכן, מסתבר שלא יתעלמו מדיני התורה ויסגלו להם חטיבות חטיבות ואולי פרקים פרקים. ועדיין זה רחוק מאד ממילוי דרישתנו... עם זאת התורה לא תחגור כולה שק."

אז התועלת הכפולה – לרבנים ולמדינה – תתקבל משום שאם לא לפי הגישה שלו, המשפטנים יאמצו קודקס מגוים, וזו תהא בושה שאנחנו דוחים את ההלכה שלנו. כך, לא יתעלמו מדיני התורה. לכן, צריך ליצור קודקס שישמש את המדינה בבואה לחוקק חוקים חדשים, או את ביהמ"ש בפסיקותיו. איך זה משתלב עם תפיסת המשפט העברי?

1. לפי הרב וולדנברג: הגישה הזו לא רצויה, כי רק רבנים צריכים לפרש את ההלכה כולה ולשלוט בה;
2. לפי הרב הרצוג: אפשרי ללכת בכיוון של קודקס משפטי-הלכתי מודרני, כדי שהמדינה תאמץ חלקים מההלכה. הוא יותר ריאלי מהרב וולדנברג והיה יותר נועז.

* **פרופ' אנגלרד: משפט דתי ומשפט המדינה**

אנגלרד מבקר את הפרויקט של המשפט העברי. הוא לא מקבל את המונח "משפט עברי" בגלל שהוא חילוני, והוא קורא לו "המשפט הישראלי". אז הוא קודם מחדד את ההבדלים בין משפט דתי למשפט המדינה. לדידו, המשפט העברי הוא דתי בשלמותו לרבות חלקיו הלא-דתיים. הוא מוסיף:

"**א.** משפט דתי מכיל ערכים דתיים, שיקולים דתיים והליכים בעלי אופי דתי. **ב.** הואיל וכך, המחוקקים והשופטים אמורים לשקול (בין השאר) את השיקולים הללו. **ג.** הם צריכים להיות ראויים ומתאימים לשקול את השיקולים הללו. כלומר להיות מזוהים עם ההלכה וכפופים לה. **ד.** משפט המדינה מכיל ערכים ואינטרסים אנושיים וחברתיים בלבד. **ה.** המחוקקים והשופטים אינם צריכים לשקול שיקולים דתיים ואינם צריכים לעמוד בסטנדרטים דתיים."

ניתן לחלק את תשובתו ל-2 חלקים מרכזיים:

1. ההלכה היא מערכת עצמאית, סגורה בעלת שיקולים משלה והשופטים ומי שמפעיל אותה צריכים להזדהות עמה, להיות כפופים לה ולפרש אותה. אדם חיצוני למערכת לא יכול/לא רשאי לפרש אותה מבפנים. מדוע? בדומה לגישה של וולדנברג, כי הפירוש שלה כרוך בהזדהות עמה (עם הערכים הפנימיים). והאדם שמבחוץ לא מחויב לערכים האלה.
2. משפט המדינה הוא משפט חילוני, אנושי, ארצי. גם כאן האנשים צריכים להיות מזוהים עם מערכת שלטון זו והם יכולים לפרשה מתוכה. אבל, לצורך חקיקה של חוקים חילוניים ולצורך הפירוש שלה בביהמ"ש, אסור ולא צריך להכניס שיקולים דתיים. לכן, שופטים במערכת החילונית לא נקבעים לפי סטנדרט דתי שלא יכול לקבוע גם את זהותם.

לכן, מדובר ב-2 עולמות של מערכות משפט שונות, והמיזוג שלהם, כפי שרוצים אנשי המשפט העברי, הוא ויתור על הרובד של ההלכה, או לפחות משנה אותה מיסודה.

* **חילון פורמלי של ההלכה**

1. "התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים על ידי הכנסת."
2. "התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה."

לכל שיטת משפט יש נורמה בסיסית שדורשת ציות לחוקי התורה ולפירושים לתורה שבעל-פה. אם נחליף זאת, ונאמץ נורמה מהמשפט העברי למשפט המדינה אנחנו מחלנים אותו.

1. "אימוץ המשפט העברי על ידי הכנסת משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני ולא דתי."

זהו היקש משילוב אמירות (3) ו-(4): התוקף של חוקי ההלכה מעוגן בתוקף הפנימי של ההלכה, שכן המחוקק אלוקי ותחולת ההלכה איננה מוגבלת בזמן או במקום. אולם העובדה שפסיקת ההלכה היא מעשה אנוש, אך זה לא אומר שיש לחלנו. ברגע שהכנסת תחוקק חוק הלכתי, אז התוקף של החוק כלפיי הוא הכנסת ולא ההלכה. אם יש רצון להיות כפופים להלכה, יש להקים בתי דין פרטיים שיפסקו לפי ההלכה, אבל ברגע שהפעולה היא מכוחה של הכנסת (אף אם יש סנקציה דתית שלא נחקקה בחוק הכנסת), ישנו חילון של כל חקיקת המשפט העברי.

1. חוק של המשפט העברי שמאומץ ע"י הכנסת מחייב ניסוח מחודש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק.

אנחנו אף פעם לא מפרשים נורמה לבד והיא תמיד נמצאת בסביבה והיא מתפרשת לפי הסביבה שהיא תלויה בה, ולכן אם אנחנו לוקחים נורמה מהשפט העברי ואנחנו שותלים אותה במשפט הישראלי היא תתפרש כחלק מהמשפט הישראלי וזה ייפגע בנורמה.

1. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במקרים חדשים שלא נידונו בעבר.
2. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במחלוקות.

למשל, לפי ס' 1 לחוק הערבות:

"ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי."

ההגדרה אמנם מתאימה למשפט העברי, אך, מי זה "אדם"? לפי חוק הפרשנות, אדם הוא גם תאגיד, אבל לא ברור שלפי המשפט העברי חברה תוכל לשאת באותה ערבות כמו אדם, ולכן נדרש כאן פוסק הלכה. גם בענייני התחייבויות לפי חוק הכשרות והאפוטרופסות המשפטית – מיהו אדם שיכול להתחייב והאם ההגדרה זהה בהלכה ובמשפט? אז אם לקחנו הגדרה מהמשפט העברי והכנסנו אותה למשפט הישראלי, הפרשנות משנה אותה, ואי אפשר לראות בזה כהלכה. גם מבחינת מסגרת, ברגע ששתלנו חוק במסגרת חילונית, ההגדרה משתנה. אנגלרד מוסיף לגבי השפיטה:

* **פגיעה מהותית בהלכה באמצעות השפיטה**

1. "שופטים בבתי משפט אזרחיים אינם עומדים בתנאי הכשירות לפני ההלכה."; " שופטים נדרשים לפרש ולפתח את החוק הקיים ואין להם סמכות (הלכתית) לכך."

שופטים לא עומדים בתנאי כשירות של דיינים וכשהם פוסקים ומכריעים הלכתית, הם עושים זאת בחוסר סמכות. לדוגמה, ניתן לראות את פרשת לוינסקי:

* ה"מ 309/59 שותפות האחים לוינסקי

העובדות: אחים שותפים שירשו מאביהם, שהיה איש אמיד, המון נכסים. השאלה הייתה בדבר חלוקת הירושה, שבה דירות ומפעל. אחד האחים רצה לקבל את המפעל משום שהוא היה המנכ"ל של המפעל, והוא אחראי היה לפיתוח שלו, מכאן שהיה לו גם קשר סנטימנטלי אליו. אז, אם נניח המפעל שווה מיליון ₪, האח השני יקבל 2 דירות בשווי דומה. האח השני התנגד.

הפסיקה: בית המשפט דן בכך לפי ההלכה, ובשולחן ערוך נכתב שאם אחד האחים טוען טענה טובה או מנומקת מדוע הוא רוצה שטח מסוים, ואחיו מתנגד ואינו מנמק למה, אז כופים את הדבר, שכן ההפך זו מידת סדום. אבל יש כאן הערה של הרמ"א, שגורס שאם אדם רוצה משהו הוא חייב לשלם בעבורו. אז מכריע ביהמ"ש, לפי השופט לם, שדעתו של הרמב"ם היא העדיפה. אך, אומר אנגלרד – מדובר בפסיקת הלכה, ולכן לא ניתן לתרץ את הפסיקה לפי המשפט העברי.

ועכשיו לפי ציטוטים, בשולחן ערוך נכתב:

"האחין או השותפין שבאו לחלוק השדה וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה שוה לגמרי, חולקים לפי המדה בלבד. ואם אמר אחד: תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחד, שומעין לו, וכופה אותו על זה, שעיכוב בדבר זה **מדת סדום** היא."

הערות הרמ"א:

"ויש אומרים שאין שומעין לו אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצו חבריו. ויש אומרים דהוי ספק וכל דאלים גבר."

דברי **השופט לם**:

"הגם 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 כשכל החלקים שווים בערכם."

כך, שבסיכום כללי, אומר אנגלרד שאין טעם לאמץ את המשפט העברי בחלקים חלקים כדי שיתאימו למחוקק, אחרת זו פעולה בהיעדר סמכות, לכן אין מנקודת מבט דתית טעם בכך.

דוגמה נוספת היא לפי חוק הירושה, בסעיף 23 נאמר:

"שכיב מרע וכן אדם הרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל פה בפני שני עדים השומעים את לשונו."

ואז נשאלת השאלה, האם נדרשים שני עדים כשרים לפי ההלכה? האם מדובר ב"עדי קיום" או ב"עדי בירור"? שאלה שעלתה בפרשה שהכריע בה ביהמ"ש העליון:

* **ע"א 99/63** ארז נ' היועמ"ש

העובדות: אביהם החורג של שני המבקשים לקה בהתקף לב שהביא לפטירתו, הוא הודיע פעמיים בפני שני עדים שונים, שמרגיש שסופו קרב ולפיכך הביע את רצונו שרכושו יימסר למי שטיפלו בו לאחר מות אשתו.

הפסיקה: יש מן הפוסקים המכשירים צוואת שכיב מרע שלא נעשתה בפני שני עדים כשרים... ולכן יש להכשיר.

* **פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי**

הוא טוען:

"שילוב המשפט העברי (או ההלכה) במשפט המדינה אינו יכול לחלן אותה. להלכה יש תוקף עצמי שאינו תלוי במשפט המדינה."

כלומר, כשהמדינה מאמץ חוק או סעיף חוק מהמשפט העברי, היא לא מחלנת אותו אלא רק נותנת לו תוקף אזרחי. כך, למשל, לפי חוק הכשרות המשפטית נחקק שלילד יש חובת ציות להוריו. והרי, שזו אחת מעשרת הדיברות, אז למה המדינה צריכה לתת תוקף לחוק של עשרת הדיברות? לכן, אומר אלון שאין מדובר בחילון. אבל הוא הוא מרחיק מהטענה של אנגלרד:

"אין במעשה של קליטת המשפט העברי על ידי המערכת השיפוטית משום מעשה של פסק דין של חכם הלכה, לא מבחינת עולמה של ההלכה ולא מבחינת ריבונותה של הכנסת."

אלון תוקף את אנגלרד בכך שהאימוץ הוא אינו הלכה. לדידו, כאשר הכנסת מאמץ חוק של המשפט העברי היא איננה כפוסקת הלכה. כך גם כשהשופט עושה זאת מתוקף היותו כחוקר, כלומר זו שפיטה אזרחית. אז למה כשופט ניתן להשתמש במשפט העברי?

1. מוטיבציה תרבותית: לפיה המשפט העברי הוא מסורת של העם העברי, ויש צורך בחיבור היצירה השיפוטית אל היסודות היהודיים.
2. שיקולים תועלתניים: ישנה דילמה שיפוטית, ובמשפט משווה כדאי להסתכל גם במשפט העברי כמו שכדאי להסתכל במערכות משפט אחרות.

**פרופ' מנחם אלון** ממשיך:

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

אלון מתמודד עם הנימוקים של אנגלרד, אמנם הוא דואג לטוהרתו של המשפט העברי, אך אומר אלון שהדרך הראשית להחייאת המשפט העברי היא על ידי קליטתו המחודשת. אז טענתו, כאמור, כפולה:

1. נימוק תרבותי: האימוץ של המשפט העברי במשפט המדינה נחוץ וטוב מבחינה תרבותית.
2. קידום המשפט העברי: ההלכה לאורך השנים חיה בבועה של קהילה יהודית, אבל אנחנו נמצאים בעולם מודרני וחדש, ולכן יש להתאים את המשפט העברי רק דרך השתלבות. ניתן לראות שהמשפט בין המציאות המודרנית להלכה יוצר שינויים הלכתיים כמו הלכת השיתוף.

* **הטיעונים של אנגלרד מתנקזים ל-2 טיעונים:**

1. המשפט העברי הוא משפט דתי ואי אפשר לקלף את השכבה הדתית ולקיים את "הגרעין התרבותי-חילוני".

כלומר ברגע שאתה מכניס אותו למערכת חילונית, אתה בעצם חוטא לאופי של המשפט העברי ואתה צריך להסתכל עליו כמשפט דתי.

1. המשפט הפרטי בזמן הזה אינו בעל משמעות תרבותית עמוקה. ענייננו בשאלות טכניות ומעשיות.

אנגלרד מנתק את הזיקה התרבותית ומוסר שהמשפט העברי הוא עניין טכני (איזה חוזה יותר טוב, איך מגדירים קניין), וזה לא שהאזרחים ירגישו מאוד מזוהים עמו. לכן, אין למה להתעסק בעניינים טכניים במדינות עם רקע תרבותי שונה.

**המשפט העברי בחקיקה – חוק ופרשנות**

ראינו שיש נושאים שעברו בחירה סלקטיבית מבחינת המשפט העברי, כלומר, חלק נלקחו ממנו וחלק לא. נשאלת השאלה – אם המחוקק השתמש במשפט העברי לשמות חוקים או למונחים חוקיים, האם פרשנות החוק מחייבת חזקה אל המקורות ההיסטוריים?

* **דוגמה I**: **חוק השומרים**

1. (א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.

שם החוק – חוק השומרים – לקוח מהמשפט העברי, גם סוגי השומרים, שמותיהם ומידת האחריות שלהם. הוא קובע הגדרה כללית ששמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות. כך למשל, הפקדת כסף בבנק. לעיתים, השמירה היא אגבית, כמו למשל בשכירת רכב. לעיתים אדם שמחזיק בחפץ ייחשב גם כשומר (מבלי הסכמתו), למשל, השבת אבדה. המחוקק מגדיר סוגים שונים של שומרים:

(ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא **שומר חינם**.

(ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא **שומר שכר**.

(ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או להינות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא **שואל**.

**אחריות שומרים**

1. שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.

מבחינת התוכן נקבע שפשיעה היא התרשלות.

1. שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.

שומר שכר אחראי במידה גבוהה יותר מאשר שומר חינם, והיא מלאה למעט נסיבות שלא היה עליו לחזותם מראש או שלא יכול היה למנוע את תוצאותיהם (אונס). החוק מבחין בין 2 סוגים של שומר שכר:

1. עיקר מטרתו היא שמירה: ואז הוא אחראי ברמת האחריות הגבוהה ביותר, כלומר הכל חוץ מאונס;
2. השמירה היא טפלה: זו לא המטרה העיקרית של העסקה, ומידת האחריות שלו היא של שומר חינם. כלומר, אם פטור אם אובדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנות.

בהבחנה הזו המחוקק סוטה מהמשפט העברי שלא מבחין בין העקרונות הללו. כנראה מהיגיון כלכלי או היגיון של צדק. ביהמ"ש מוסיף לעניין נטל הראייה בין שומר א' לשומר ב':

1. שומר חינם אחראי לאובדן הנכס, כשהתובע צריך להוכיח את הרשלנות;
2. שומר שכר צריך להוכיח שהוא לא התרשל, אם הוא רוצה להנות מהפטור, וגם כאשר השמירה טפלה למטרה המרכזית, על השומר להוכיח שלא התרשל.

האחריות של שואל היא מוחלטת ולא תלויה במידת הזהירות שלו, בין אם באונס, או על ידי גורם שלא ניתן היה לצפותו, עם סייג בעניין ההבחנה בין אחריותו לאחריות של מחזיק בנכס שלא כדין:

1. שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין.

ניתן לראות זאת במספר פרשות עיקריות:

* פרשת עלי נ' ששון

עובדות: חוסן עלי רכש טופס הימורים מבעל הדוכן, רחמים ששון. חלק א' של הטופס לא עבר אל החברה שמקיימת את ההגרלה ולא נרשם ברשימות שלה. עלי מחזיק בחלק ב' שבו מופיעים ניחושיו. למעשה, עלי זכה, אבל ששון בודק ואומר שהטופס אבד ולא נשלח. לכן, עלי תובע מששון את סכום ההגרלה.

פסיקה: נשאל – האם חוק השומרים חל על העניין? מהי שמירה? החזקה נכס כדין שלא מכוח בעלות, שכן הוא מקנה זכות להשתתף בהגרלה. ביהמ"ש העליון מרחיב את ההגדרה והתפיסה של נכס, שהיא כל חפץ (אובייקט תלת-ממדי), גם אם ישנה זכות עתידית בו. אז חוק השומרים חל, ונראה שששון הוא שומר שכר כי יש תמורה – הטופס נקנה. אלא, שהשמירה היא לא העסקה המרכזית, אלא שהוא שומר שכר מסוג ב, בו השמירה טפלה לעסקה העיקרית. אז על ששון להוכיח שלא התרשל. מהי רשלנות במקרה שלנו? שכן, אנחנו מכירים ברשלנות לפי פקודת הנזיקין, בסעיף 35:

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

למעשה, יש לנו כאן אדם, שהוא מנהל דוכן, וחלק ממשלח ידו היא לנקוט במידת הזהירות שבעל דוגן סביר היה נוהג, לאסוף את הטפסים, לשומרם במגירה ולהעבירם. אלא, שביהמ"ש מחזק זאת ופונה למשפט העברי, שכן חוק השומרים הושפע מהמשפט העברי, כדי להבין את מידת האחריות של המשפט העברי:

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

ההגדרה הסטטוטורית של שומר שכר ב' זה שומר חינם, אך עליו להוכיח שלא התרשל, לכן אנחנו מסתכלים על שומר חינם. למעשה, מידת האחריות כאן היא של פשיעה. ובמשנה ישנה דוגמה:

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

למעשה, המבחן ההלכתי לשומר חינם הוא שמירה כדרך השומרים: האם האדם שמר כדרך השומרים – פטור, ואם לא – אזי הו פשע ולכן חייב. כאן הדוגמאות הן של שומר שלקח את המעות והלך לאחור כשמישהו יכול לקחת אותן, או שמסר לילדיו ולא נעל כראוי, כמו כבש שלא נעל אותו בדיר כמו שצריך והכבש ברח. נמשיך בדרך של ביהמ"ש – ששון טוען שעלי תכנן זאת מראש, כך שהוא לא יכול להעיד בנחרצות שהוא לקח את הטופס. ההלכה היא – ששומר שלא יודע זו רשלנות. מהי הנפקות?

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

אז שומר שלא יודע דבר הוא רשלן ומחויב לשלם. אז, בין אם נבחן זאת לפי פקודת הנזיקין, או לפי המשפט העברי, אדון ששון התרשל בשמירה על הכרטיס והוא אחראי לנזק שנגרם. אבל, יש להוכיח – מהו הנזק שנגרם? עלי טוען שהנזק הוא מיליון ₪, אך לא ניתן להוכיח שהניחושים לא נכתבו מבעוד מועד, ולכן הנזק לא הוכח, והכרטיס לא שווה דבר. לכן, למרות שיש לבעל הדוכן אחריות, הוא פטור מתשלום. אפשר להסתייג על כך שהחוק לא 100% משפט עברי, אבל זה לא ענייננו.

* **פרשת ע"א קופת עם נגד הנדלס**

עובדות: הנדלס מצא 2 אג"חים למוכ"ז, ע"ס 10,000 ₪ כל אחת. אג"ח למוכ"ז הוא אג"ח שמי שמחזיק אותו, יכול לממש את הכסף, כלומר – כאילו מצא שטרות במזומן. אז אדון הנדלס פנה למנהל הבנק ויידע אותו. שניהם הלכו למשטרה וכעת, לפי חוק השבת אבדה, יש להמתין 4 חודשים שבהם יוכל לפנות הבעלים לקבל את האבדה. לאחריהם, הבעלים לא הגיע, וכעת, הנדלס טוען שלפי חוק השבת אבדה המוצא הישר זוכה, כלומר הוא. הבנק טוען שמשום שהאבדה נמצאה בחדר הכספות שלו, הוא הזוכה. יצוין, הכניסה לחדר הכספות חופשית.

פסיקה: **חוק השבת אבדה מוסר לפי סעיף 3**:

המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו; קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא.

אז לפי החוק, מהי רשותו של אדם אחר? האם המוצא הוא הבנק? ניתן לומר שרשות היא החזקה, אבל האם זו סתם הגדרה? אז ניתן לפרש את החוק לפי תכליתו או ללכת למשפט העברי. בעניין זה נתחלקו דעות השופטים:

1. השופט ברק: מטרת חוק השבת אבדה היא להשיב את האבדה לבעליה. אם אבדה נמצא ברשותו של אחר, יש למוסרה משום שזו הדרך היעילה להגשמת המטרה. מדוע? א. המאבד יחזור לבעל הרשות; ב. בעל הרשות, לרוב, ידאג לאבדה יותר מאשר מוצא מזדמן. אז ברק בוחר מבין אפשרויות של בעלות, חזקה ושליטה, את העניין של חזקה. למרות שהנדלס הוא המוצא הישר, אז השיקול העיקרי של השבת אבדה גובר על המגיע לאדון הנדלס. הפנייה למשפט העברי איננה חובה כי אם רשות, כשהיא נעשית רק לשם השראה שכן מובנו תרבותי ולא נורמטיבי.
2. השופט אלון: לדידו, הטעמים של ברק לא משכנעים כי המשטרה היא הכתובת לאבדה ובכלל, למוצא יש מוטיבציה יותר גדול אם יזכה באבדה ככל שהבעלים לא יהיה בנמצא. אז השאלה היא את מי ראוי לתמרץ. לדידו, "רשותו של אחר" היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית. הוא מוצא עניין דומה בפרשת Toledo, בה עובדת בנק מצאה ניירות ערך בחדר הכספות. הבנק טוען שהניירות פעמיים שלו: (א) היא עובדת בבנק, וחייבת לדווח על כך; (ב) זה נמצא ברשותו. אז אומר ביהמ"ש האמריקאי שחובת הדיווח לא מוותרת על זכויותיה כמוצאת. אז, מסכם ביהמ"ש האמריקאי:

"כאשר לאדם יש חזקה בבית עם שליטה (אפקטיבית) - כוונה לממש את השליטה שלו – היא זו שמקנה לבעל הרשות את היכולת לזכות."

כך, שלבנק אין שליטה אפקטיבית בנכס, ואפילו אם ישנו עובד של הבנק, זה לא שולל ממנו כאדם פרטי לקבל את האבדה. אלון טוען שמשום שמדובר בחוק שלקוח מהמשפט העברי, יש לפרש את "רשותו של אדם" לפי המשפט העברי:

**משנה במסכת בבא מציעא, פרק ב, משנה ד**: "מצא בחנות, הרי אלו שלו [=בצד של הקהל]; בין התיבה לחנווני – של החנווני. [מצא] לפני שולחני (=חלפן כספים) – הרי אלו שלו; בין הכיסא ושולחני – הרי אלו של שולחני." הרמב"ם קבע:

**הלכות גזלה ואבדה, טז ד**: "המוצא מעות בחנות אם היו בין תיבה לחנוני הרי הן של בעל החנות, ואם מצאן על התיבה ואין צורך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות? לפי שאינה חצר המשתמרת."

חצר שאינה משתמרת – אין לו בה שליטה אפקטיבית. אז המסקנה המתבקשת היא שלבנק אין מעמד לשלול מהנדלס את היכולת לזכות כמוצא הישראל.

1. השופט לנדוי: נראה שהוא מסכים עם ברק, משום שלדעתו, יש לפסוק לפי פרשנות תכליתית ולא לפי פרשנות של המשפט העברי:

"החוק הישראלי חייב להתפרש קודם כל מתוכו, על-פי המשתקף ממנו ביחס לכוונת המחוקק. אסמכתאות מן המשפט המקובל האנגלי-אמריקאי לא תיצלחנה לכך, כי הן מבוססות על הנחת יסוד שונה השואלת מי בעל החזקה (פוססיה) במקום שבו נתגלה האבדה... סבורני שגם מן המשפט העברי לא נוכל לשאוב השראה והדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי זה, כי גם הנחות היסוד של בסוגייה זו שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל בשימת הדגש על חזקות (פרסומפציות) עובדתיות להוכחת זכות הקנין של השולחני או של בעל החצר המשתמרת, בדוגמאות שחברי הנכס, השופט אלון, הביא מן המקורות."

פסק הדין בערעור התרחש לפני חקיקת חוק יסודות המשפט, ומה שקרה לאחריו הוא שהחוק נכנס לתוקפו. לכן, נבדוק בהמשך אם התוצאה הייתה שונה שכן עניין הנדלס הגיע לדנ"א.

נעלה כעת 3 עמדות מסכמות של הפרשנות למשפט העברי:

* ה"מ 89/51 מיטובה נ' קזם

פסיקה: לדעתו של חשין, אין טעם לחזור למשפט העברי ולפרש כל מונח לפיו:

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

* דנ"א הנדלס נ' קופת עם

עובדות: ר' לעיל, מדובר בדיון נוסף.

פסיקה: חיים כהן גורס שיש לפרש מונח לפי המשפט העברי כאשר אנחנו משתכנעים שהמחוקק אכן נטל אותו מהמשפט העברי:

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

* **פרופ' ברכיהו ליפשיץ**

אז לפי דעתו של ליפשיץ, חיים כהן צודק, ויש לפרש הסדרים מיוחדים שנלקחו מהמשפט העברי לאור המשפט העברי, אך החזקה הזו ניתנת לסתירה. זאת, כדי לראות אם התוכן של החוק מקורי ולקוח ממקור אחר, ורק, למשל, מונחים או שמות לקוחים מהמשפט העברי:

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

אז בצד אחד יש לנו את חשין, ובצד השני אלון שאומר שתמיד צריך לפנות למשפט העברי ובוודאי שבכל מקום בו המחוקק הסתמך על המשפט העברי. חיים כהן גורס שצריך להסתמך על המשפט העברי רק אם השתכנענו שההסדר לקוח מהמשפט העברי, ומוסיף ליפשיץ שהחזקה ניתנת לסתירה ויש לבחון האם החוק עצמאי או לא.

**המשפט העברי בפסיקה – חוזים**

* **חוזה בלתי חוקי/פסול**

נזכיר שהתקופה היא טרם נחקק חוק יסודות המשפט, כך שאין בסיס פורמלי שמפנה את המחוקק או השופטים למשפט העברי, ובכל זאת, הם ניגשו אליו כחלק מהמסורת של המשפט הישראלי:

* ג'ייקובס נ' קרטוז

עובדות: ג'ייקובס השכיר דירה לקרטוז, עוד לפני שהתקבל אישור מביה"ד לענייני שכר דירה על גובה השכר. מה שעולה כדי עבירה פלילית. המערער תובע את פינויו של קרטוז בנימוק שהחוזה בלתי חוקי ולכן הוא אינו שוכר כדין. נשאל – האם חוזה בלתי חוקי ניתן לביטול?

פסיקה: בשיטות המשפט הקונטיננטליות, מקובל שחוזה בלתי חוקי לא תקף, אבל עולה גם שיטת המשפט העברי: לדידו של זילברג, ההנחה שחוזה בלתי חוקי בטל היא הנחה מוטעית משום שאנו הולכים לפי שיטת המשפט האנגלי ולא הקונטיננטלי. הכלל הוא: "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה", ולצידו יש חלק שני – "חטאו שניהם כאחד – יד הנתבע על העליונה". כלומר, החוזה לא בטל, אלא תקף מבחינה מהותית. זהו מצב שבו יש מניעה פרוצדורלית/דיונית של ביהמ"ש להיענות לתביעה שמבוססת על עבירה. כך, שביהמ"ש לא ילכלך את ידיו בתביעה שהיא עבירה. יצוין שניתן להיעזר בטענה של תו"ל, אבל חוזה בלתי-חוקי נפרד מהרעיון של תו"ל. עם זאת, זילברג מציין שיהיו מצבים בהם תהא נדרשת התערבותו של ביהמ"ש. מכאן, הוא סוקר את המשפט העברי:

* **חוזה לא-חוקי במשפט העברי**

המשפט העברי נוטה להכיר בחוזה בלתי חוקי, ולהפריד בין האווירה, לבין תוקפו של החוזה. אמנם לפעמים כאשר מימוש החוזה כרוך בעבירה, אז לא יאפשרו את זה, אבל אם לא כרוך בעבירה, אז יאפשרו את זה. למשל:

**רמב"ם הלכות מלוות ולווה, ו א (בבא מציעא סא ע"ב)**: "ריבית קצוצה יוצאת בדיינין."

קיים איסור בתורה לקחת ריבית, אך מה הדין כשצדדים יוצרים הלוואה תמורת ריבית? החוזה פסול, אמנם, לפי ההלכה, כך שהוא לא יוכל לתבוע את הלווה בביד"ר, אך ביצוע אי-החוקיות לכשעצמו (והתעלמות ביד"ר) הוא העבירה. לפי השיטה הקונטיננטלית ואפילו האנגלית, ביהמ"ש לא ילכלך ידיו, אבל כאן המשפט העברי פוסק שביהמ"ש יכול לפסוק להשבת הריבית, כלומר לתת לחוזה ההלוואה תוקף למרות אי-חוקיותו. דוגמה נוספת שקשורה לזה:

**שולחן ערוך, חושן משפט ר"ח**: "מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות ונתקיים הקנין באחד מדרכי ההקניה, המקח קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח."

כלומר, במקרה בו הקונה לא רצה לשלם מיד וביקש דחייה בתשלומים אך המוכר מוכן בתמורה לתוספת ריבית, אז הדבר אסור ובלתי חוקי לפי ההלכה. אבל, ביד"ר יתייחס לעסקה כתקפה, אך לא יאפשר למוכר לקבל את הריבית, אלא את הסכום המותר. דוגמה נוספת:

עסקה שנעשית בשבת: **רמב"ם הלכות מכירה, פרק ל הלכה ז**: "המוכר או הנותן בשבת, ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו מעשיו קיימים. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבין לאחר השבת ונותנין."

עסקה שעשה אדם בשבת, למרות שעבר על איסור ויכול להיענש, העסקה תקפה מבחינת דיני המכר. אזי יש לנו כאן הפרדה בין האיסור הדתי לתוקף הממוני. בסיפא מדובר בחיוב אובליגטורי ולא קנייני, אז מי שנקנה ממנו בשבת, הקניין קיים ובמוצאי שבת ניתן לכתוב את החוזה, השטר או המתנה, כדי לבצע את הקניין שהתחייבו אליו בשבת. מכאן, שיש לנו 3 שיטות משפט פרוסות:

1. השיטה הקונטיננטלית: לפיה החוזה בטל;
2. השיטה האנגלית: כדעתה ביהמ"ש לא יסייע במימוש חיוב;
3. השיטה של המשפט העברי: חוזה בלתי חוקי תקף, למרות שנעשה איסור.

* **מה קורה במשפט הישראלי?**

**הצעת חוק החוזים תשל"ג-1973**: "העקרונות שעליהם מבוסס החוק המוצע נדונו בוועדה הציבורית לאחר בדיקת שיטות משפטיות שונות, תוך שימת לב מיוחדת לשיטת המשפט העברי. הדין הקיים המבוסס על המשפט האנגלי, מורה שחוזה פסול היינו חוזה שכריתתו או מטרתו בלתי חוקית, בלתי מוסרית או נוגדת את תקנת הציבור, אינו ניתן לבצוע, אך אינו בטל מעיקרו. לפי הכלל האנגלי אל לו לבית משפט ללכלך ידיו בטיפול בחוזה כזה ומוטב שיהא ההפסד שנגרם מאי קיומו נשאר 'במקום שנפל'. הוראות אלה גרמו עוול רב, כפי שהראה השופט ד"ר זילברג במחקריו וכן בפסק הדין במשפט ג'ייקובס נ' קרטוז ופסקי הדין שהלכו בעקבותיו."

**בסעיף 30** נקבע:

"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל."

לכאורה, נראה שהמשפט הישראלי הושפע במידה רבה מהגישה הקונטיננטלית, אך ישנה הערה חשובה בחוק הישראלי, **בסעיף 31**:

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

אז הביטול לא בהכרח מלא, כך שיש לנו מספר אפשרויות: א. לפטור מקצת את חובת ההשבה (לאחר ביטול מלא); ב. לפטור מכל חובת ההשבה; ג. לקיים חלק מהחיוב (למרות שאינו חוקי); ד. לקיים את כל החיוב. כדי להכריע באפשרות שתחול על המקרה, לביהמ"ש יש שק"ד. אלון מוסר:

"שתיים הן ההוראות העיקריות, המצויות בסעיף 31: א. בדרך כלל ומן הסתם חלה בחוזה בלתי חוקי חובת השבה, כאמור בסעיף 21 לחוק, אלא אם ראה ביהמ"ש, שמן הצדק לפטור מחובה זו, כולה או מקצתה, ב. אם צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה, רשאי ביהמ"ש – אם ראה, שמן הצדק לעשות כן – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו. סעיף 31 קובע אפוא, שלא זו בלבד שביהמ"ש נזקק לתביעה של השבת מה שנתקבל על-פי החוזה הבלתי חוקי, אלא אף רשאי ויכול הוא "להחיות" את החוזה הבטל ולהורות, בנסיבות מסוימות, על קיום חיובים כנגדו."

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

אז, במבט השוואתי, הגישה של חוק החוזים לא קיימת באף שיטות משפט משוות. אומר השופט אלון בפרשת מיארה שהשיטה האמורה לקוחה מהמשפט העברי, זאת בשים לב להצעת החוק, לפיה, ישנו אזכור לזילברג בפרשת ג'ייקובס. אלון מסכם:

"סוגיית החוזה הבלתי חוקי בחוק החוזים הישראלי היא דוגמה מעניינת של קליטת עקרונות ומגמות שבמשפט העברי, בלי שנתקבלו חלק מפרטי דיניו ועמדותיו. לא נתקבלה עמדת המשפט העברי, שבדרך כלל תקף הוא החוזה הבלתי חוקי לעניין נפקויותיו האזרחיות. הכלל הוא, כאמור בסעיף 30, שחוזה כזה בטל הוא, אך כן נתקבלו בחוק החוזים שני עקרונות מהותיים שביסוד דיני החוזה הבלתי חוקי במשפט העברי."

הוא אומר שהמשפט העברי היה קיצוני ולא נבחר בו אך כן נבחרה מגמה ממנו, שלפיו נקבעו 2 עקרונות מהותיים. מהם העקרונות?

"העיקרון האחד – ההיזקקות לתביעה, שיסודה בחוזה, הפגום באי-חוקיות. נשללה בתכלית הגישה, כי תביעה על-פי חוזה בלתי חוקי היא 'מוקצה מחמת מיאוס.' שומה על בית המשפט לעשות צדק בין בעלי הדין ולשם כך אף 'ללכלך ידיו' בתביעה מעין זו."

העקרון הראשון: הגישה האנגלית שאומרת שביהמ"ש צריך למשוך ידיו ולא לדון נשללה ונאמר שביהמ"ש צריך לדון בעיקרון במקרים אלו כדי לעשות צדק.

"העיקרון האחר, היא המגמה היסודית במשפט העברי, ש'אין חוטא נשכר', שהעבריינים לא ייהנה, בנוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי-קיום הנפקויות שבדין האזרחי, הנובעות מהחוזה."

העקרון השני: אין חוטא נשכר ומי שעשה חוזה בלתי חוקי שלא ינצל את זה וישפר את מעמדו.

* **ע"א הווארד נ' מיארה**

עובדות: המערערת מכרה קרקע למשיבים. התברר שכשליש מהמקרקע הופקע על ידי העירייה והמערערת ידעה זאת אך לא גילתה למשיבים. הם, מצידם, דרשו להפחית את המחיר ולא שילמו את מלוא הסכום, מה שהוביל לכך שהמערערת הודיעה על ביטול החוזה. מכאן, המשיבים דרשו את הסכומים ששילמו, אך המערערת טענה שמדובר בחוזה שהוא ממילא בלתי-חוקי (העלמת מס).

פסיקה: לפי המשפט האנגלי, ידה של הנתבעת על העליונה, כך שביהמ"ש לא יסייע לקונים במימוש התביעה. אך, האם זו תוצאה הגיונית? לא, משום שהיא הנוכלת הראשית. לכן, זה נראה שפסיקה אחרת תהא בלתי צודקת, כך ששמגר מוסר:

"אין צורך להיכנס לניתוח המקרה לפי הכלל של "חטאו שניהם כאחד." החוק בסעיף 31 מותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב לעשות שיקולי צדק. במקרה זה המערערת שנהגה בחוסר תום לב במשא ומתן לא תוכל עתה להנות מכך שערכה חוזה לא-חוקי."

המוכרת נהגה בחוסר תו"ל ולכן היא לא תוכל להנות מזה שהחוזה בלתי חוקי, וביהמ"ש יחייב את ביצוע החוזה לטובת בני הזוג מיארה.

* **פרשנות עקרונות לפי המשפט העברי**
* **ע"א 461/62 צים נ' מזיאר**

עובדות: המשיבה עלתה על אוניה שהפליגה מצרפת לישראל, כשבמהלך ההפלגה היא חשה ברע וחלתה בדלקת קיבה, שנגרמה, לכאורה, על ידי המזון המקולקל שקיבלה באונייה. המשיבים הסתמכו על סעיף הפטור שמופיע בכרטיס הנסיעה, ופוטר את החברה ושליחיה מכל נזק שייגרם לנוסע בהיותו על האונייה, בשל רשלנותם.

פסיקה: נראה שהיום מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד, אבל אז לא הייתה את הדוקטרינה הזו, ולכן זילברג מציג שוב עקרנות:

"הפסיקה האנגלית מכירה בסעיפי פטור מעין זה, לדעת בתי המשפט באנגליה זכותו של מוביל או ספק להתנות סעיף פטור והוא ייפסל רק אם יש בו הטעיה."

כלומר, סעיף פטור שכזה יעמוד אם אדם הבין את התנאי. אבל דווקא בפסיקה האמריקאית:

"הפסיקה האמריקאית אינה מכירה בסעיפי פטור כאלה. לדעת ביהמ"ש בארה"ב סעיפים שפוטרים את המוביל מאחריות לנזק שנגרם ברשלנות בטלים."

נשאלת השאלה האם המשפט הישראלי איך ביהמ"ש צריך להכריע כי יש מחלוקת בתוך שיטת המשפט מקובל בין האמריקאית לאנגלית:

"נראה לי כי עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. יען כי בעשותנו כן אין אנו 'מאמצים' לנו ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות-יסוד המושרשות עמוק-עמוק בתודעה היהודית."

לדעתו צריך לאמץ את ההלכה האמריקאית. עכשיו הוא מסביר איך ניתן להכניס את זה:

"את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסד והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תקינות' אין!"

למעשה, אומר זילברג שיש יסוד חוקי-עקרוני שחופש החוזים אינו מוחלט. כך למשל, העניין של תניה שסותרת את הסדר הציבורי עשויה להשפיע. נשאל – מה נוגד את "הסדר הציבורי"/את תקנת הציבור? ונראה שביהמ"ש צריך לצקת תוכן לאור השקפות המוסר והתרבות שלנו:

"היהדות מאז ומעולם מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים. 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא י"ח, הי) – 'וחי בהם ולא שימות בהם' (יומא, דף פ"ה, ע"ב)."

אז, חוזים יחייבו עד פיקוח נפש, ולכן:

"והקול הקורא ממעקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים, או קדושת העיקרון של חירות החוזים, כבודה במקומו מונח, אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים."

העיקרון הכללי כאן הוא שקדושת וחופש החוזים מתאימים עד למקום שבו הם מסכנים את חיי האדם, ואז נתערב ולא נאפשר זאת.

* **ע"א רוט נ' ישופה**

עובדות: המערערים רכשו דירה מחברת ישופה. הדירה התקבלה באיחור ונמצאו בה ליקויים רבים. החברה טוענת שקבלת החזקה בדירה היא ראיה סופית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחייבויותיה.

פסיקה: אומר השופט אלון:

"סעיף 39 לחוק החוזים: בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת בחוזה."

אם בפרשה קודמת של מיארה היה לנו בעיה בתו"ל במו"מ, כאן הייתה השאלה באשר לתו"ל בקיום חיובים וזכויות חוזיות. הוא קובע:

"בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאפיים הוא אוניברסלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל."

כלומר, הוא די הולך בגישתו של זילברג, כך שמול מושג מופשט של תו"ל, יש לפרשו לאור עקרונותיו של המשפט העברי, למרות שאין לנו חובה חוקית לעשות כן, וגם חוק היסודות המשפט לא בנמצא.

**מכילתא, פרשת**: כל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו, מעילן עליו כאילו קיים כל התורה כולה.

נושא ונותן באמונה = תו"ל ואמון הדדי. כך גם בתלמוד הבבלי:

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

אלו מקורות שאינם כהלכה פורמלית, אלא אגדה – אך יש להן משמעות הלכתית. הוא מנתח זאת:

"האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא, אפוא, היושר, עשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במילים 'ועשית הישר והטוב' (דברים ו, יח). עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין 'הוראה מלכותית' בכל עולם ההלכה."

אלון מצטט את דבריו של הרמב"ן בכך שיש ערון כללי של עשיית הישר והטוב. המחוקק לא יכול היה לכסות את כל המקרים ולכן, יש מקום לעיקרון שהאדם חייב לנהוג ביושר. אלון כאן מתכתב על מימוש זכות בתו"ל, ועל עמידה דווקנית על קיום חובה. מכאן:

"ויישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים: יש ועשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית-דתית של עשייה לפנים משורת הדין, ממידת חסידות, שאין כופין עליה, ויש שבכוחו ומכוחו של עיקרון זה נוצרו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והכל לפי העניין."

אומר אלון, אם נאמץ את עקרון הישר והטוב ניתן להפעילו ב-2 צורות:

1. דרישה מוסרית שאדם לא יממש את זכויותיו שיפגעו באחרים, אבל זו הוראה מוסרית שלא ניתן ללכת איתה לביהמ"ש;
2. יש סוגים של מקרים שילבשו תקנה נוספת שאז היא הופכת לזכות משפטית. כשמדובר בזכות משפטית, יכול האדם לטעון לכך בביד"ר.

מכאן, אלון מגיע למסקנה:

"העולה מן המקובץ: בעיקרון תום הלב שבסעיף 39, כחלק מהותי שבעיקרון הכללי של ועשית הישר והטוב שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה, ומתוך כך גם רב אחריות, אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי 'מדת החסידות' ללא נפקות משפטית ואין בית המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, 'להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה'. הכל לפי העניים והכל לפי הנסיבות."

כלומר, ייתכן ויהיו מקרים שבהם יש צד שנהג שלא בתו"ל, אך ביהמ"ש לא יכפה עליו לקיים את החוזה בכך. ולעומת זאת, יהיו מצבים שבהם צד נהג שלא בתו"ל ונכפה עליו לנהוג בדרך ישרה. הוחלט שהסעיף בטל ומחייבים את החברה לשלם תמורת התיקונים:

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

ראינו שאלון עשה שימוש ב-2 דברים בפרשה:

1. הגדיר מהו תו"ל (במישור המוסרי או ברמה המשפטית): אלון רצה לתת תוכן לתו"ל וזה לנהוג ביושר, באמון, קרוב לפשוטו. הוא יחסית מוקדם, אבל לא צריך לבדוק אם ברק הביע את דעתו, אבל אנחנו יודעים שברק לקח את תו"ל לכיוון רחב. אלון היה יותר מרוסן, והוא בעצם נותן תוכן יותר מדויק, שלא רואה בזה מעין סעיף כלל, אלא יושר ואמון.
2. הסביר את היקף שיקול הדעת של ביהמ"ש, באשר לחיוב של סעיף 39 שאומר שאדם חייב לנהוג בתו"ל: כך שלעיתים נבטל תניות מסוימות או לאו והכל בהתאם לשיקול הדעת המשפטי. לדידו, התפיסה של מושגים מופשטים כמו תו"ל צריכה להיעשות לפי המשפט העברי.

**המשפט העברי בפסיקה – פלילים**

* [**ע"פ 543/79 נגר נגד מדינת ישראל**](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/2469888/course/section/1151712/%D7%A0%D7%92%D7%A8%20%D7%A0%D7%92%D7%93%20%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%AA%20%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.pdf)

עובדות: יוסף ארביב, שנכון להיום נעלם, התגורר בשדרות עם גיסתו של נגר, ריטה, כשבעלה היה באותו הזמן במאסר. הוא קים עמה יחסי אישות בכוח ואף ניסה לשדלה לעבוד בזנות. אלא, לכשנודע למערער על מעלליו של יוסף ארביב ונראה שהחליט המערער לחסלו.

פסיקה: הפסיקה מעלה את האפשרות במשפט העברי לפיה לאור דעתם של ר' טרפון ור' עקיבא, יש לזכות את הנאשם גם על סמך חשש של אפשרות רחוקה ונדירה ביותר שלא מעשהו גרם לרצח. לדעתו של הרמב"ם עוד נאמר כי מוטב לזכות אלף חוטאים מלהרשיע אדם אחד חף מפשע. אך, לא יכול היה המשפט העברי לעמוד בדרישה שלא יהא עונש עד שלא יהיו עדים. לכן, הריב"ש פסק שניתן להרשיע נאשמים כאשר אין ספק בקשר למותו של הקורבן על סמך ראיות נסיבתיות ובלבד שיהיו אלה חזקות ואמיתיות. במשפט העברי גם נתקבל בשלב חדש שאדם יורשע על ידי הפללה עצמית. אלא, שאפשרות זו עמדה בניגוד לעמדת המשפט העברי במקורו שלפיה אין מקבלים הודאת נאשם כדי להרשיע את עצמו. אז, נראה שכאשר אין עדות ברורה ניתן להרשיע נאשם על פי הודאת עצמו, אבל צריך שיתווספו לה דברים נוספים. ובענייננו, המערערים הודו בביצוע הרצח, ולכן הערעור נדחה.

* **ע"פ 89/78 אפנג'ר נגד מדינת ישראל**

עובדות: שוטרים התפרצו לביתו משום שחשדו ששם מתבצעת עבירה, הם גם לא הזדהו או ביקשו רשות להיכנס. אפנג'ר הדף אותם והורשע בתקיפה, וכעת הוא טוען להגנה עצמית, אלא שלפי אותה תקופה, הייתה קיימת הגנת צורך לפי ס' 22 לחוק העונשין:

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

בעבר החוק "ערבב" בין צורך להגנה עצמית:

1. אדם יכול להינות מההגנה שהייתה נצרכת באותה העת;
2. הגנה פרטית כאשר אדם מותקף או הזולת מותקף והוא פועל כדי להגן על עצמו או על הזולת.

אז, לאדם אין זכות להגן על כל אחד אחר, אלא למי שיש לו חובה מסוימת להגן, וכאן נשאלת השאלה האם אדון אפנג'ר, שהדף את השוטרים בשביל אחרים, יכול היה לעשות כן.

פסיקה: השופט אלון פסק:

"האפשרות שההגנה הפרטית, במקרה של הגנה על הזולת, מוגבלת דווקא לגבי אחרים שלגביהם קיימים יחסי קרבה או חובה מיוחדים אינה עומדת בפני הביקורת, אין להעלות על הדעת שראובן הרואה את שמעון מותקף על ידי לוי, בהתקפה שאולי מרה תהא אחריתה, וחש להציל את שמעון מידיו של לוי, שראובן יהא אשם בעבירת תקיפה על שדחף את לוי מעל שמעון."

הבריטים צמצמו את ההגנה העצמית כי יש בה, במובן מסוים, לקיחת החוק לידיים. אלון לא מקבל על הדעת שאדם שבא לתקוף אחר, זה לא יעשה דבר ויתיר לו להרוג אותו. ברור שישנה זכות להצלת הנרדף, ולכן הוא מציין שיש גם מערכות משפט שונות שמכירות בזה, כמו הגישה האמריקאית:

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

אז נשאלת השאלה – עם מה אנחנו הולכים: המשפט האנגלי המצמם או המשפט האמריקאי שמכיר בהגנה עצמית? אלון מציע לפנות למשפט העברי:

* **המשפט העברי – דיני הגנה עצמית – דין רודף**

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

המקור מציין שהמקור להציל את הנרדף הוא בפסוק "לא תעמוד על דם רעך." אז, נראה שמדובר כחובה שתופעל כמוצא אחרון והיא כוללת עד כדי הריגתו של הרודף. ישנה הלכה סמוכה שאומרת:

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

כלומר, ישנה חובה להצלת נרדף והיא כוללת שימוש בכל האמצעים עד כדי הריגת הרודף, אך אם ניתן להציל את הרודף על ידי פגיעה באחד מאבריו, ולא נעשה כן, המציל הופך לרוצח. כך, שמדובר במדרג וחובת ההגנה העצמית היא עשיית האמצעי המינימלי להצלה. אומר הרמב"ם:

**הרמב"ם הלכות רוצח, פרק א ו-ז**:"הרודף אחר חברו להרגו... כל ישראל **מצווין** להציל הנרדף מידי הרודף ואפילו בנפשו של רודף... כיצד? אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו, אע"פ שעדיין לא קיבל התראה, כיוון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג."

לדעתו של הרמב"ם, מדובר בחובת הצלה. אך, לדידו, יש גם להזהיר את הרודף, שכן כל עונש מוות מצריך הרתעה, ואז ככל והרודף ממשיך בפעולותיו, ומשום שלא מדובר בפעולת ענישה אלא מניעה, ניתן לפגוע בו, כשעיקרון של פגיעה מינימלית עדיף, כדי למנוע פגיעה וסכנת חיים של הנרדף.

"ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכו אותו בחץ או באב או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו – עושין;"

אם לא ניתן לעשות את אחת מהפעולות, הורגים את הרודף, וזה ממחיש עד כמה מדובר בעניין שאינו ענישה, אלא מניעה:

"ואם אינם יכולים לכוון (=לאחד מאבריו) ולהצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף – הרי אלו הורגין אותו אף על פי שעדיין לא הרג... שכל החושב להכות חבירו **הכאה הממיתה אותו – מצילין את הנרדף בכפו של רודף**; ואם אינן יכולים – **מצילין אותו אף בנפשו**, שנאמר (דברים, כה, יב): 'לא תחוס עיניך'."

כסיכום, ישנה חובת הצלה כללית שכוללת רשות לפגוע ברודף. החובה חלה גם בהגנת הזולת (כלומר הגנה פרטית כוללת גם את הגנת הזולת). אלא, שהסיטואציה היא שדין רודף חל במקרים שבהם הרודף מסכן חיים, אבל בענייננו, אפנג'ר לא טען שהיה מדובר בסכנת חיים. לכן, נשאלת השאלה מהו הדין במצב שבו אין סכנת חיים?

**רבנו אשר – פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, יג**:"וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחיו, והכה את המכה כדי להציל קרובו – פטור..."

רבנו אשר מתייחס לאחרים שחובת ההגנה חלה על האדם – משפחה. אבל, הוא מרחיב את העקרונות של דין רודף גם לתקיפה שאיננה ממיתת חיים:

"וכן אם רואה אדם מישראל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה, **אף על פי שאין מכהו מכת נפש**, **מותר** להכות המכה לאפרושי מאיסורא (להפרישו מאיסור)..."

נראה שהרא"ש הוא שמכיל את עקרונות דין הרודף גם על תקיפה שאיננה מהווה סכנת חיים, אך חשוב לציין – אסור להרוג בסיטואציה זו את התוקף. אזי – אם הרודף מתכוון להרוג, מותר להרוגו. אם הרודף מתכוון לחבול, מותר לחבלו. מכאן שעדיין העיקרון נשאר אבל ההנמקה מתחלפת:

"ומיהו צריך לומר, האם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה – חייב."

אבל גם כאן מתקיים עיקרון הנחיצות או הפגיעה המינימלית. יצוין עוד שמקום בו לרדיפה אין סכנת חיים, ההתערבות והתקיפה היא רשות. למעשה, הרא"ש מכיל את העקרונות של דין רודף והגנה עצמית:

1. היא חלה גם על הגנת הזולת;
2. מותר לתקוף את הרודף ולעשות בו חבלה;
3. עקרון המידתיות;
4. עקרון הנחיצות (הפעולה המינימלית הנחוצה).

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

אז, יש לנו תוקף ומותקף. אם המותקף מתגונן, הוא יהיה פטור בגלל שיש לו רשות להגן על עצמו. אבל, המתגונן יהא זכאי להגנה כ עוד מדובר במעשה מידתי. העיקרון עליו הוא מדבר הוא חבלה שאין בה סכנת חיים.

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

כאן הרעיון הוא הגנת הזולת, אז יש לנו הבחנה בין הגנת הזולת, שיש בה סכנת חיים וכתוצאה מכך משתכללת החובה להגנה, לבין הגנה תקיפה שאין בה סכנת חיים והיא של רשות בלבד. נסכם:

1. על כל אדם מוטלת החובה להיחלץ לעזרתו של אדם אחר, שנרדף על ידי רודף שמסכן את חייו.
2. לשם הצלת החיים של הזולת רשאי אדם לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך. כלומר, עליו לנקוט את האמצעי שגורם את הפגיעה המינימלית אבל אם אין די בכך הוא רשאי לנקוט כל אמצעי עד כדי הריגתו של הרודף.
3. במקרה של רדיפה שאין בה סכנת חיים אלא חבלה בלבד, רשות נתונה לכל אדם (אך לא חובה) להילחץ לעזרה.
4. לשם הגנתו של הזולת רשאי אדם לנקוט את האמצעים הדרושים ואותם בלבד אך אינו רשאי להרוג את התוקף. גם במקרה כזה חל עקרון הפגיעה המינימלית.
5. כמובן, זכות ההגנה העצמית נתונה גם לאדם המותקף עצמו לפי אותם עקרונות.
6. ברור שהזכות להגנה עצמית חלה גם על הגנת הזולת – לאדם יש זכות להגן על עצמו ועל הזולת, ובמקרה של סכנת חיים, יש לו גם חובה שכזו.

אומר **השופט אלון**

"משקבע המחוקק את עצם העיקרון שכלל ההגנה הפרטית – כהגנה שלא להיות מואשם בפלילים – יפה הוא הן לעניין הגנה עצמית והן לעניין הגנת הזולת."

אז הגנה עצמית חלה גם על הגנת הזולת. 2 העקרונות המרכזיים – מידתיות ונחיצות.

"נראה לי, כי עקרון ההגנה הפרטית חל הוא – במידה ומדובר בפגיעה נגד גופו של הזולת – לגבי כל מקרה שבו פלוני, האזרחי הסביר 'שאכפת לו', רואה לעצמו חובה אזרחית מוסרית שלפי נסיבות הענין ומצב הדברים עליו להילחץ להגנתו של אלמוני הנתקף, להצלתו שלה נרדף מידי רודפו... אמנם אין החוק בישראל, כפי שכך הוא גם ברוב המערכות המשפטיות דהאידנא, מכיר בהטלת **חובה משפטית** להצלת הזולת הנמצא בסכנה."

כלומר, אלון טוען שלא הכל ניקח מהמשפט העברי ואולי זהו ההבדל שבין מערכת משפט אזרחית לדתית: מערכת דתית יכולה למסור שיש כאן חובה להיחלץ להגנת הזולת, אבל המערכת האזרחית לא מטילה חובה שכזו. אז הוא כן מציע לקחת מהמשפט העברי שהגנה עצמית איננה רק פרטית אלא גם לזולת (שאיננו רק משפחתו). אלון מזכה את אפנג'ר אך ישנם 2 שופטים נוספים:

**הנשיא זוסמן**:"בפתרון הבעיה הלזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכסי תרבותי יקר של עצמו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי קא עסקינן שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים."

לדעתו, חוק העונשין צמח ממקור אחר, כך שזה לא לגיטימי לפרש את החוק האנגלי לאור המשפט העברי.

"אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה האם יהא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על פי הלכת המשפט העברי, אישה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?"

אז זוסמן מביע את ההתנגדות למשפט העברי. ועם זאת, הוא מקבל את ההחלטה של אלון ואומר:

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

האמירה של זוסמן עשויה לקומם משום שהמשפט העברי ביטל את עונש המוות הרבה לפני שהמדינות המודרניות עשו כן. מדובר באמירה דמגוגית ופופוליסטית.

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

השופט אשר מקבל את ההלכה האנגלית והוא לא רוצה לשנות – אין זכות להתערב כדי להציל אחר. אז, לפי השופט זוסמן, נראה שאלון היה בעמדת רוב מבחינת הכרעה, כך שאפנג'ר זוכה, אבל ההלכה שיצאה היא שביהמ"ש העליון שהגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת. זאת, עד שהדבר נקבע בחוק העונשין:

הגנה עצמית: 34י. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

* **ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל**

עובדות: אדם הורשע באינוס בעקבות בעילת אשתו נגד רצונה תוך שימוש בכוח. היא רצתה להתגרש ממנו והוא תפס אותה ואנס אותה.

חוק העונשין:

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

זהו סעיף האינוס לפי הדין הישן בישראל, חשוב לשים לב, שמדובר בשימוש בכוח או באיומים במוות או בחבלת גוף קשה. היום העיקרון הוא שונה בגלל שרוב מקרי האונס אינם נעשים בהכרח באלימות קשה. נשאלת השאלה – האם אדם יכול לאנוס את אשתו? לפי הדין באנגליה:

M. Hale The History of the Pleas of the Crown (1682): "בעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על ידי ההסכמה ההדדית וחוזה הנשואין האשה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה."

כך, שלפי החוק האנגלי, כאשר אישה התחתנה, היא הסכימה שהיא תקיים עמו יחסים בכל שעה שירצה וזה לא אונס. ביהמ"ש התייחס לזה בפרשת אל פקיר, לפי דעתו של השופט לוי:

"לדעתי, השקפה זו אינה הולמת את כבוד האדם ואת כבוד הנשואין, ואין לאמצה בישראל ללא הוראה מפורשת של המחוקק, אישה המסכימה בהינשאה לחיי אישות עם בעלה אינה מסכימה בזה לשימוש בכוח או באיומי חבלה גופנית חמורה נגד גופה. אישה אינה **כשבויית חרב** אצל בעלה, והיא זכאית לחירות גופה כמו בעלה."

תחילה, בפקודה האנגלית היה כתוב: Unlawfully, כלומר באימוץ של החוק התרגום הוא "שאינה אשתו", אלא שזו הייתה טעות והיא שונתה ל-"לא כדין". לכן, נשאלה השאלה האם השינוי של ועדת החוקה הוא שינוי מהותי או קוסמטי?

**השופט בכור**: "אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה (במשמעות שאינה אשתו). המילים 'שלא כדין' מתייחסות לדינו האישי של האדם. יש לבחון האם לפי הדין האישי רשאי אדם לקיים יחסים עם אשתו כנגד רצונה. במקרה של יהודים יש לבחון את הדבר לפי המשפט העברי."

אין הכוונה שאיננה אשתו, אלא שלא כדין המושג מתייחס לדינו האיש של האדם, לכן נבדוק זאת לפי המשפט העברי. השופט בכור מצטט מספר מקורות של המשפט העברי שאומרים במפורש שהדבר אסור:

1. **תלמוד בבלי, עירובין, ק, ב**: "אסור לאדם שיכוף את אשתו לדבר מצווה."
2. **רמב"ם הלות אישות, פרק טו, יז**: "ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה."
3. **שולחן ערוך, אבן העזר, כה ב**: "לא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה יפסיינה עד שתתרצה."
4. **רמב"ם הלכות אישות פרק יד**: "האשה שנמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואינו יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו להוציא לשעתו, **לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה**."

אם אחד מבני הזוג מסרב לקיים יחסי מין באופן קבוע, הוא נקרא מורד. אך, זה לא מתיישב עם האיסור על קיום יחסי אישות עם אישה בעל כורחה. ולכן, שואלים אותה מפני מה מרדה – אם אמרה "מאסתי בו", כופים את הבעל לגרש את האישה שכן היא שבוייה שלו. מכאן, אומר בכור:

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

אז ברור שאדון כהן אשם בכך שאנס את אשתו. הדומה בין שני המקרים שראינו של אפנג'ר וכהן הוא שישנה הצדקה להסתייג מהמשפט האנגלי, כך, שהמשפט העברי שימש כמעקף למשפט האנגלי. כאן מדובר, בעצם, בחלק מפרשנות חקיקה.

**השופטת מרים בן פורת**: "מעדיפה אני להשאיר בצריך עיון לעת מצוא את עמדתי בשאלה, כלום כדאי והכרחי לקבוע, שקיים קשר בין הביטוי 'שלא כדין' לבין התחייבויות בני הזוג לפי דינם האישי במסגרת ברית הנישואין... אשר לקיומו של הביטוי 'שלא כדין' בהגדרת העבירה, הרי כרגיל (פרט למקרים, בהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת) אין, לדעתי, ליחס לו שום משמעות."

לדעתה, אין להתייחס לביטוי "שלא כדין".

במקרה הזה **חיים כהן** בדיון נוסף אומר את זה. והוא הולך בקו של בן-פורת:

"משמחקה הוועדה את המלים 'שאינה אשתו' גילתה דעתה שלא ייתכן כלל שהאונס את אשתו יהא פטור מעונש."

אז, למעשה, התיקון הוא מהותי, וביטל את ההלכה האנגלית שהאונס את אשתו פטור:

"ומשגילתה דעתה זו, לא עשתה ולא כלום כשהחזירה ליושנן את המלים 'שלא כדין', אם האונס את אשתו אינו פטור מעונש, כי אז המלים 'שלא כדין' אינן מעלות ואינן מורידות לעניין אחריותו הפלילית, ולמעשה אין להם כל משמעות."

אמנם, בסוף הפנייה למשפט העברי התייתרה, אבל כן רואים את כיוון הפנייה לו במקרים שבהם היה רצון לעקוף את ההלכה האנגלית, שהייתה מאוד מקוממת ושוביניסטית.

**חוק יסודות המשפט**

* **סימן 46 לדבר המלך**

"בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העותומני... ובהתאם לאותם דברי מלך במועצה ולפקודות ולתקנות הנוהגים בארץ־ישראל בתאריך דבר מלך זה או אשר ינהגו או יוחקו בעתיד; ובהתחשב עם החוקים, דברי המלך, הפקודות והתקנות האלה ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום ולשופטי שלום באנגליה ובהתאם לפרוצידורה ולמנהגים המקובלים אצל בתי משפט שלום ושופטי שלום כאלו לפי גבולות השיפוט והסמכויות שלהם וכו'."

הרקע לחוק יסודות המשפט הוא סימן 46 לדבר המלך במועצתו, שקבע שהמשפט שהיה נוהג ערב הקמת המנדט (כלומר החוק העות'מני), ימשיך לחול, ובמקרים שבהם אין תשובה בחוק, הפנייה תהא אל הדין באנגליה. הסימן לא בוטל עם הקמת המדינה. בתי המשפט בישראל התלבטו בעניין ביטולו, אורי ידין, לדוגמה, טען שדי בביטול סימן 46 ללא צורך בחלופה, כי יש כאן פרשנות של החוק.

* **חוק יסודות המשפט תשם-1980**

מקורות משפט משלימים

1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו ושמירת דינים

1. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1947-1922 – בטל.
2. אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה.

חוק יסודות המשפט ניתק באופן רשמי את חבל הטבור שחיבר בין המשפט האנגלי לישראלי. אלא, שלפני 2018, המשפט העברי לא נזכר במפורש בחוק. לכן, הדבר העלה שאלה פרשנית בדבר "מורשת ישראל." ברק מעיד שהנוסח של – "עקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום" נלקח ממגילת העצמאות. אז יש לנו 2 התאמות:

1. הוספה של יושר: במשפט האנגלי – ענף היושר הוא ענף חשוב, משום גמישותו ושימושו הענף על ידי העם. עוד מהרומאים ואריסטו הובן שהמשפט לא יכול ללכת לבד והוא צריך להתבסס גם על תיקונים והשלמות של יושר.
2. החלפת נביאי ישראל: שזה כמובן דברי נבואה ומוסר. ההתלבטות כאן הייתה אם לכתוב משפט עברי או לא. בהתחלה לא נכתב משפט עברי בשביל לא להפנות ממש למשפט העברי והבחירה הייתה בנוסחה כללית – מורשת ישראל.

בדברי ההסבר לחוק נאמר:

"עם ביטול התפקיד המשלים של המשפט האנגלי מתעוררת השאלה ... כיצד ימלא בית המשפט מה שנהוג לכנות "שטחים ריקים" ("לקונות" בלעז). מוצע להורות שבמקרים אלה ינחה בית המשפט את עצמו על ידי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". מבין הצעות שונות נבחרה נוסחה זאת כדי להפנות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת, **בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי**."

בהתאם לדברי ההסבר של החוק, ההפניה לעקרונות הצדק והמוסר של מורשת ישראל מפנים לחלק מהוראות המשפט העברי. השופטים ברק ואלון התלבטו בסוגייה, ומה שעוד עלה הוא שעם ביטול סימן 46, כיצד ימלא ביהמ"ש שטחים או לקונות?

* **מהי לקונה?**

שאלה משפטית הטעונה הכרעה שלא נמצאה לה תשובה. **בדבר חקיקה**: חקיקה ראשית; משנית. **בהלכה פסוקה**: הלכה מחייבת של ביהמ"ש העליון בלבד? (אלון, חיים כהן); **בדרך של היקש**: אנלוגיה (פרשנות כללית?).

אז: 1. בדבר חקיקה: מדובר בחקיקה ראשית ומשנית, למרות שלחוק יש כפל משמעות – חוק במובן הכללי (Law), ובמובן הספציפי – חוק של הכנסת – חוק החרות (Statue); 2. הלכה פסוקה: הלכה שביהמ"ש קובע, אבל הלכה פסוקה מחייבת היא רק של ביהמ"ש העליון, על כך חולק השופט חיים כהן, ולדידו הלכה פסוקה היא של כלל הלכות ביהמ"ש; 3. היקש: אנלוגיה ממקרה למקרה. מכאן, שלדידו של אלון, בכל מקרה שאין חקיקה, או הלכה פסוקה והיקש, יש לפנות למורשת ישראל. מה בעניין עקרונות משפטיים-מופשטים?

* **פרשנות מושגים משפטיים-ערכיים**

מהו מעמדם של מושגים כמו צדק, סבירות, תקנת הציבור?

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

כלומר, לדידו, מושגים משפטיים-ערכיים מהווים כשטח ריק, ועבודתו של השופט היא במילוי של השטח הריק, לכן צריך למלא אותם בתוכן מהותי תרבותי. ברק חולק עליו:

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

לדידו, מושגים משפטיים-ערכיים מופשטים אינם בגדר חסר, לכן אין צורך בפנייה בהם למשפט העברי, אלא השופט צריך לצקת בהם תוכן. כיום זה לפי השקפת הציבור הנאור, אבל כתכלית, הרעיון הוא פירוש ללא זיקה למשפט העברי. מחלוקת נוספת קיימת לעניין פרשנות החוקים:

* **פרשנות חוקים – השופט אלון**

אלון הודה שפרשנות איננה בגדרו של חוק יסודות המשפט, אבל, כאן העלה את הטענה שהייתה רלוונטית ל**הנדלס**:

"למשפט העברי יש מעמד של "מקור ראשון במעלה" לצורך השראה והנחיית בית המשפט בפתרון הבעיה שלפניו. זאת משום: א. המשפט העברי שימש "מקור ראשי" לחקיקה הישראלית. ב. המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת "תורת משפט ישראלית". ג. חוק יסודות המשפט שהעניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים."

כלומר, אלון גורס שביהמ"ש רשאי לפרש חוק לפי שיטות משפט נוספות, אבל למשפט העברי יש מקום ראשון ונעלה בפרשנות חוקים, זאת משום:

1. החקיקה הישראלית ראתה במשפט העברי כמקור ראשון להשראה חקיקתית;
2. מכוח או מכוח כוחו של חוק יסודות המשפט: אמנם הוא לא חל על פרשנות אבל יש לו השפעה על כך, שכן, אם המחוקק בחר במשפט העברי כמקור משלים, קל וחומר שלמשפט זה יש מעמד מיוחד גם בפרשנות;
3. יצירת תשתית אחידה: אם נלקט דינים תהא בעיה בהומוגניות המשפטית, לכן יש לפתח תשתית אחידה באמצעות המשפט העברי.

ישנו ויכוח גדול בשאלת השימוש במשפט העברי כמקור ראשון, אמנם נראה שקיימים דברי הסבר בהם מצוין כי יש שימוש במשפט העברי, אבל חוקרים מסוימים טוענים שמדובר במס שפתיים. ראינו שהבחירה של המשפט העברי הייתה מאוד סלקטיבית, מה שמנוגד לאלון ולמקום הראשון שהוא מייחס למשפט העברי. ברק חולק על כך.

* **פרשנות חוקים – השופט ברק**

"אין לומר כלל ועיקר, כי ההשראה הפרשנית חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי, המהווים מקור ראשי וראשון במעלה. תהא זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי כמקור לפרשנות דברי חקיקה. את דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו (**הנדלס**)."

לדידו, יש לפרש את דבר החקיקה לשם הגשמת מטרתו, לכן אין לפנות למשפט העברי. אז בהנדלס יש לנו כמה רמות: (א) פרשנות המשפט מהמשפט העברי – "רשות"; (ב) פרשנות כללית של חוקים, כמו השבת אבדה, שנלקח מהמשפט העברי; (ג) השפעת חוק יסודות המשפט.

* **דנ"א הנדלס – הכרעה**

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

אז דעת הרוב החליטה לצמצם את השימוש בחוק יסודות המשפט, בניגוד לאלון שחשב שאפשרי להרחיב את זה. ברק הודה, למעשה, שניתן להביא ראיות מהמשפט העברי, אבל הן בגדר רשות ולא חובה. חיים כהן, שראינו את דעתו קודם לכן, גרס שבמקום שהמחוקק שאל מושג מהמשפט העברי יש לפרשו לפי המקור שלו, אבל המושג "רשות" לא מיוחד למשפט העברי. לנדוי גרס שעקרונות מורשת ישראל, לא בהכרח מתכוונים למשפט העברי, ויש להשאיר כר נרחב בעניין. נחזור לעניין של לקונה, ששם ברק מפתח אותו **בפרשת ז'רז'בסקי**. השאלה היא – איזה פרשנות לתת לשאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה?

* **מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה" – הדילמה הפרשנית**

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

אלון נותן פרשנות רחבה – כל מקום שאין לנו בחוק תשובה, צריך לפנות למשפט העברי, לשונו של החוק קרובה לפרשנות הרחבה של לקונה.

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

כלומר, יש דברים שהם למשל הסדר שלילי, ונצטרך להוציא אותם מהכלל. בז'רז'בסקי יש שאלה שבה נדרשת התייחסות להסכם קואליציוני, אבל אין לנו תשובה בחוק. לכן, אלון רוצה לפנות למשפט העברי אבל ברק מתנגד. בז'רז'בסקי אלון מנהל 2 מאבקים שיש ביניהם סתירה:

1. אקטיביזם שיפוטי: אלון שמרן והוא נגד אקטיביזם. לכן, אין להשתמש בטיעונים שהם לפי עילת הסבירות ו-"מלא כל הארץ משפט."
2. שימוש במשפט העברי: אלא, שבמקום לעזוב את הנושא, אלון טוען שיש תשובה לכך במשפט העברי והיא בעלת תוקף. אז, אם הוא היה נגד אקטיביזם שיפוטי ודגל בהשארת השאלה לפוליטיקה, הוא לא היה צריך להתעסק בכך.

ברק טוען שאין ללכת למשפט העברי משום שאנחנו שייכים למסורת המשפט המקובל, ושם בתי המשפט מפתחים את החוק באופן תדיר ואין השלמת חסר כי תמיד ביהמ"ש מפתח את ההלכה הפסוקה. לכן, לא יעלה על הדעת שיש למלא את הלקונות רק לפי מורשת ישראל.

* **ברק היצירה השיפוטית – השלמת החסר**

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

ברק יצר כאן הבחנה בין פיתוח המשפט לבין השלמת החסר. השלמת החסר היא דבר מאוד מצומצם לדעתו. זו, למשל, דוגמה של בנאי הבונה קיר לבנים אך שוכח לבנה, לכן נשלים אותה לפי חוק יסודות המשפט. זו גם לקונה. אגב – בתורה המשפטית הכללית יש כלל והוא – פרשנות נבלעת בטקסט המשפטי המתפרש, כלומר: פירוש החוק על ידי ביהמ"ש מהווה בגדר חוק. פירוש חוק יסוד מהווה בגדר חוק יסוד. דוגמה להשלמת חסר:

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

הסדר של שידורים בטלוויזיה

סעיף 15 (ד): לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית.

* **בג"ץ חירות נגד יו"ר ועדת הבחירות**

עובדות: נקבע שלגבי שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה יש לעבור ועדת ביקורת. אלא, שלא היה מוסדר מה באשר לעניין שידורי תעמולה ברדיו.

פסיקה: היקש מטלוויזיה. ביהמ"ש קבע – זו לקונה, לא הוסדר מה צריך לעשות עם רדיו ואז יש להשלים זאת. ברק בפסק הדין הזה אומר שצריך לפעול לפי חוק יסודות המשפט, אבל יש היקש מטלוויזיה, ולכן כך נפסק. מה קורה למה שאינו לקונה?

* **פיתוח המשפט**

"ההיסטוריה של המשפט המקובל היא היסטוריה של פיתוח המשפט על-ידי השופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים של משפטנו היא היסטוריה של יצירה שיפוטית. מרבית המשפט המינהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, תורת שיקול הדעת המנהלי - כל אלה הם יצירה שיפוטית, בה פעל בית המשפט לפיתוח המשפט. (בג"ץ 1601-90; צוטט בז'רז'בסקי)."

זה מקום שביהמ"ש פשוט מבצע חקיקה שיפוטית קלאסית (מפתח ולא יוצר). ביהמ"ש מסדיר תחומים שלא נידונו. זה יכול להיות תחומים מיוחדים, שאלות חדשות שעולות בתחומי אתיקה רפואית, כשהטכנולוגיה מסיקה שאין חקיקה.

**פיתוח המשפט היא פעולת חקיקה של ממש. השופט פועל כמחוקק.** (היצירה השיפוטית).

פיתוח המשפט בעיקרו מעודד יישוב סתירות בין נורמות משפטיות ותיקון טעויות בנורמות קיימות, ללא פרשנות של טקסט נורמטיבי קיים. בפרשת נחמני, למשל, רוב השופטים הצהירו שמדובר בפיתוח המשפט. אחת המחלוקות הייתה אם בחוק יש תשובה בעניין ההתרה בשימוש הביצית המופרית כעת כשהבעל לא מעוניין בכך. המיעוט אמר שלא ניתן לכפות אבל הרוב טען שהיא תוכל משום שמדובר בשאלה של פיתוח המשפט.

**השלמת חסר ופיתוח 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."

כלומר, אין צורך לפנות בעניינים של פיתוח המשפט אל המשפט העברי באופן אבסולוטי ומוחלט. נשאלת השאלה – מה כוללים עקרונות מורשת ישראל?

* **מורשת ישראל – השופט אלון**

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

כך, שקודם כל מורשת ישראל היא המשפט העברי. אבל הוא מרחיב מעבר למשפט העברי:

"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). "

אז יש לנו מסננת ראשונה שמדובר על העקרונות הללו (חירות, צדק, יושר ושלום), אבל חשוב לאלון להזכיר שאנחנו מתעסקים בעיקר במשפט.

**עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום**

"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום ממלאים עולמן של הלכה ויהדות ולית אתר פנוי מהם. הם משמשים בתפקיד כפול: כעיקרון משפטי בסוגיות שונות וכעיקרון-על."

לפי אלון, צריך לראות איך העקרונות הללו עולים עם המשפט העברי, והם לא עומדים לכשעצמם ותו לא. צריך לבחון את היקפו והאם הוא לובש צורה באופן קונקרטי עם המשפט העברי.

* **מורשת ישראל – השופט ברק**

ברק חולק ואומר:

"מורשת ישראל אינה זהה עם משפט עברי ואין היא כוללת בחובה את כל המשפט העברי."

בעיני ברק מורשת ישראל איננה זהה עם המשפט העברי. לדעתו מדובר בנכס רחב יותר וזה בעצם כל המורשת שלו:

"הננו מדינה צעירה ועם עתיק. שורשינו נעוצים במסורת ארוכת השנים שלנו. תורתם של ישעיהו וירמיהו – כמו גם של שפינוזה ואחד העם, ז'בוטינסקי ובן גוריון, בובר ושולם, אגרנט וזילברג – מעצבת את דמותנו כעם וכמדינה."

ברק לוקח דמויות נבחרות ממורשת ישראל, ואם נשתמש בלשוננו: מהתנ"ך ועד הפלמ"ח. אבל הבעיה היא שאיפה נמצאים האישיים הענקיים של המשפט העברי – הרמב"ם, שולחן ערוך, רבי עקיבא? כשהוא מונה את הרשימה הזו, הוא למעשה מדלג בכוונה כדי להדגיש שמורשת ישראל לא זהה למשפט העברי. משום שהוא הותקף על כך, הוא עושה תיקון קל:

"מורשת ישראל אינה זהה למשפט העברי זה מושג לאומי החובק את המורשת הלאומית הישנה והחדשה גם יחד. היא כוללת את מורשתו של הרמב"ם ואת מורשתו של שפינוזה, של הרצל ושל אחד העם, היא כוללת את המורשת שלפני הקמת המדינה וזו שלאחר הקמתה. את המורשת העולה מהספרות התורנית ומהספרות החילונית גם יחד. מתוך הספרות הזאת מופנה השופט לארבעה עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלום. אין הוא מופנה לעקרונות אחרים."

בניסוח המחודש שלו הוא בעצם אמר שמורשת ישראל זה הכל, המורשת הדתית והחילונית, העתיקה והחדשה וזו העמדה שהוא בסוף פיתח.

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

מקורות משלימים

1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

דעתו של ברק היא, בין היתר, הסיבה לתיקון החוק. היו כאלה שרצו לאמץ את עמדתו המרחיבה של אלון כדי להכליל גם פרשנות מושגים, אבל כיום ישנו רק אזכור מפורש למשפט העברי. לשיטת אלון לא השתנה דבר כי גם מקודם מורשת ישראל היא המשפט העברי. אז אנחנו נשארים עם זה שפרשנות חוקים ומושגים ערכיים משפטיים לא מהווים כלקונה, וגם לא פיתוח המשפט.

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

נדון על האופן שבו אלון מנסה לפרש ולהטמיע את המשפט העברי בתוך המשפט הישראלי.

* ע"ב 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות

עובדות: איחוד עתירות של מיארי וכהנא. מאיר כהנא התמודד עם מצע מפלגתי בעייתי, כשאפשר לומר בצורה די ברורה שהיה גזעני ומפלה. על רקע זה מפלגתו נפסלה לאור התקדים של ירדור. הרשימה המתקדמת של מיארי גם נפסלה משום שמטרתה להביא לחיסולה של ישראל כמדינה יהודית (גם ברוב דעות בביהמ"ש – חיים כהן סבר שאין סמכות ונמנע, אגרנט וזוסמן טענו שיש סמכות ומשום שהמדינה נוסדה כיהודית וכדמוקרטית ולאור העקרון של הגנה עצמית, טוב שהוועדה לא אישרה את מפלגתו).

פסיקה: רוב פסק הדין אבחן את המקרה של ירדור, ופירש באופן מצמצם את ההלכה לכך שניתן לפסול רק רשימה שרוצה לחסל את המדינה, אבל לא לזו שרוצה לשנות את האופי שלה. לכן גם כהנא ומיארי אושרו, ובעקבות זה הכנסת חוקקה את סעיף 7א שבו ישנה הסמכות לפסול רשימות שרצות לכנסת. ביהמ"ש נכנס לדון בייחסו לתוכן ולאידיאולוגיה של רשימת כך. כהערת אגב, ברק טען שלדעתו ניתן לפסול רשימה גם אם היא שוללת את האופי הדמוקרטי של המדינה, אך כהנא לא הגיע עדיין לשם. אלון פרס עקרונות יסוד מדיניים פוליטיים לאור המשפט העברי, והתחיל:

"עולמה של הגות ישראל לדורותיה — ואף מערכת ההלכה גופה, כפי שנעמוד על כך להלן — מלא הוא דעות שונות וגישות מנוגדות ובעל דין זה או בעל הדין שכנגדו לא יתקשו להעלות מנבכי המקורות סימוכין לטענותיהם ולדעותיהם... אך המעיין המבקש דעת שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו. בשעתם ולזמנם לבין דברים שנאמרו לדורות, בין דברים שביטאו דעה מקובלת לבין דברים שהם בעלי משמעות חורגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות."

כלומר, לדעתו, כל בעל דעה יכול למצוא תימוכין לדעה שלו. זו מסורת עתיקה ועשירה ויש בה ריבוי דעות, לכן כל אחד יכול לקחת את שלו. לדידו צריך להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם לבין כאלו שנאמרו לאורך הדורות. הוא מחלץ כמה עקרונות מהעניין:

1. **חופש הדעה והביטוי**

לדעתו, הדבר הראשון שצריך הוא לאפשר ריבוי דעות (ומתכתב בכיוון של להכשיר דעות שאינן רצויות):

"נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמשים כאב־טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המופנית כלפי השלטון, המשתמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, וכלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם."

כלומר, הנביאים יוצאים נגד הדעה המקובלת – לפעמים של הציבור ולפעמים של המלך. זהו האתוס של היהדות המקראית. כמובן שאצל חז"ל נאמר:

"דומה שאין לך ביטוי קולע יותר וממצה לחופש הבעת הדעה ולחשיבותה שלכל דעה ודעה – ואף שזו דעת יחיד היא – מן הכלל שטבעו חכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל ש"אלו ואלו דברי אלהים חיים".

כך, שבאופן כללי היחס הוא לא לגנות את הדעה שאיננה כהלכה, אלא לכבדה ולומר: "אלו ואלו דברי אלהים חיים". ברור גם שההסבר למה ההלכה כבית הלל, משום שדבריהם שונים והם הקפידו להקדים את דעת בית שמאי (ריבוי דעות). כך, שהגישה היא פלורליסטית, וכמובן שצריך לשים לב שאלון עובר מעולמה של ההלכה לעולם של החברה הישראלית המגוונת. מכאן, הוא מתחיל בהתקפה ישירה על האידיאולוגיה של כך:

"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."

אז אלון מתחיל בזה שהרעיון של בריאת האדם בצלם אלוקים הוא היסוד של התפיסה היהודית, והרעיון הזה אומץ גם על ידי הנצרות, לכן זו תכונה אוניברסלית, ולא משנה לאיזה עם/גזע שייך האדם, הוא בעל ערך שווה. הוא מצטט אחר כך את דבריו הידועים:

"**אמר ר' עקיבא**: חביב אדם שנברא בצלם (אבות ג)."

מכאן הוא מגיע למחלוקת מאוד מעניינת שמופיעה במדרש:

* **שוויון ואהבת לרעך כמוך**

״ואהבת לרעך כמוך (ויקרא, יט, יח**) ר׳ עקיבא אומר**: זה כלל גדול בתורה ; **בן עזאי אומר**: זה ספר תולדות אדם [ביום ברא אלקים אדם בדמות אלקים עשה אותו] (בראשית, ה, ו) — זה כלל גדול מזה ״ (ספרא, קדושים, פרשה ד, י)."

העיקרון הגדול של רבי עקיבא הוא "ואהבת לרעך כמוך", וזה מהדהד מהסיפור על הלל הזקן, שמסר לגוי שרצה להצטרף ליהדות שמה שחשוב הוא לא לעשות לאחר את מה שאתה שונא. כך שזו תפיסה הומניסטית. אבל – מכאן המחלוקת עם ר' עזאי: מהו עקרון העל של התורה?

* לדעתו של רבי עקיבא זהו "ואהבת לרעך כמוך".
* לדעתו של בן עזאי הוא שאדם נברא בצלם אלוקים.

ניתן לומר שעיקר המחלוקת כאן היא על בסיס סולידריות וסימפטיה: ר' עקיבא עשוי לטעון שהרגש פועל אבל ישנו סטנדרט להתנהג עם הזולת כפי שאת רוצה שיתנהגו אליך, ואליו הטענה של בן עזאי היא שהסטנדרט הוא לא רק אני אלא יש מעמד אובייקטיבי-אוניברסלי לזולת שנברא בצלם אלוקים. אלון מפרש את זה אחרת:

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

אז לדעתו של אלון, המחלוקת היא לא חזיתית, רבי עקיבא לא מתכחש לחשיבות או לרעיון הבריאה בצלם, ודווקא בלב האומה העברית, הרעיונות הללו התאחדו ביחד – גם אהבת האדם וגם שוויון כעיקרון מרכזים. הדברים באים לשם ניגוד בולט לעמדתו של כהנא, שסבר והתבסס על פסוקים מהתורה שצריך להשמיד את כל שבעת העמים. אלון אומר שאלו דברים לשעתם, ונכונים לעת לחימה. לכן, העיקרון הקבוע הוא של בריאת האדם בצלם אלוקים ושוויון. הוא מוסיף עוד **ציטוט של הרב קוק**:

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

הרב קוק מדבר על היחס שבין מוסר טבעי לבין הדת. אם אדם יראה שמיים פחות מוסרי, אזי יראת השמיים פסולה. לכן, הציפייה היא שאדם שיראה שמיים הוא שיהיה מוסרי. אלון מקדיש גם פרק שלם ליחס הנכון לפי ההלכה למיעוטים:

"כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות כג ט). הגזענות שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על־ידיה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: ״חוקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ״ (במדבר, ט, יד)."

כלומר, ברור שהמוצא הוא לא קנה מידה ביהדות כי אדם יכול להתגייר ויכול להיות מכל גזע שהוא, ואז הוא נהפך ליהודי לכל דבר ועניין. וכך גם לגבי המעמד:

"המיעוט הלאומי זכאי לכל הזכויות האזרחיות והמדיניות של יתר תושבי המדינה: ״גר ותושב — וחי עמך״ (ויקרא כה, לה)."

כך, שלדידו, המעמד של מיעוט לאומי צריך להיות שוויוני, בנוסף למגילת העצמאות של מדינת ישראל בה נכתב שהיא תעניק שוויון זכויות מלא ללא הבדלי דת, גזע או מין.

* **רשימת כך**

"תוכן רשימת ״כך״ ומגמת יוזמיה וראשיה, כפי שעלו בחומר המצוי לפנינו, יש בהם משום ניגוד משווע לעולמה של יהדות, להלכותיה ולהגיגיה, לעברה של האומה העברית ולייחולי עתידה. נוגדים הם ניגוד מוחלט לעקרונות יסוד של מוסר אדם ומוסר עם, למגילת העצמאות של מדינת ישראל ולתשתיתן של הדמוקרטיות הנאורות בימינו, ובאים הם להעתיק למדינה העברית רעיונות ומעשים שהחזיקו בהם המקולקלות שבאומות העולם."

למעשה, אלון גייס את המשפט העברי כאן כמקור לזכויות יסוד ליברליות ובעצם הומניות. גם ברק לא נמנע ומציין:

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

כלומר, שכולנו בסופו של דבר בני אדם ואין כאלו שהם כזע עליון או נחות. היהדות שכ"כ ספגה מהעניין הזה היא הראשונה שהבינה ופעלה כך. לכן, הרעיון הוא אהבת האדם באשר הוא. אז אלון עשה מספר דברים:

1. **מציע ליהדות פירוש ליברלי**, הומניסטי. כלומר בעיניו היהדות היא בעלת עקרונות של אהבת האדם, שוויון, וכו'.
2. הבחנה בין כללים (ספציפיים) לעקרונות (מופשטים): בד"כ חכמי ההלכה לא חוזרים לעקרונות ומתייחסים לדינים מאוד ספציפיים. אלון מזהה עקרונות יסודות בתוך המסורת ההלכתית – שוויון, חופש הדעה והביטוי, אהבת האדם וגו', עקרונות חוקתיים שלא מופיעים בהלכה בד"כ אלא בדברי אגדה ונותן להם משקל מרכזי.

* **בג"ץ קטלן נגד שירות בתי הסוהר**

עובדות: נשאלת השאלה האם ניתן לעשות בדיקה פולשנית לאסירים משום הברחת סמים לבית הסוהר?

פסיקה: ברק התנגד והתבסס על פסיקה אנגלו-אמריקאית, הבעיה שהיא לא הייתה חד-משמעית, לכן טוען חיים כהן:

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

חיים כהן רוצה למצוא בסיס לדבר הזה במקורות היהודים והוא לוקח את העקרון של כבוד האדם שדוחה איסור לא תעשה שבתורה:

"**והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה**: "גדול כבוד הבריות, שדוחה לא-תעשה שבתורה" (ברכות י"ט ב', ועוד). "תירגם" רב בר שבא לפני רב כהנא, שהמדובר הוא בלא-תעשה של לא תסור, לאמור כבוד הבריות דוחה כל המצוות והאיסורים מדרבנן שמצווים אנו עליהם מכוח הלאו של לא תסור, להבדילם מן המצוות והאיסורים מדאורייתא שאינם נדחים מפני כבוד הבריות."

כלומר, יש לנו הבחנה בין כבוד האדם – שיכול להתגבר על מצוות דרבנן אבל לא על מצוות מהתורה. ואיך ניתן להקביל באנלוגיה למשפט הישראלי? חקיקה ראשית וחקיקה משנית. אז כבוד האדם יכול להתגבר על חקיקת משנה – תקנות שב"ס על בדיקת חוקן לאסירים.

כעת נבחן סדרה של פסקי דין שבהם נבסס את זכויות האסיר:

* **עע"א 4/82 מדינת ישראל נגד תמיר**

עובדות: השאלה היא האם אסיר זכאי לקבל שירות רפואי מרופא מחוץ לבית הסוהר מבחירתו.

פסיקה: אלון קובע מספר עקרונות:

"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."

כלומר, כחלק מהעיקרון של הבריאה בצלם, חלק מזכויות האדם הוא להיות מטופל בטיפול רפואי ולבחור את האדם המטפל, כשכל הזכויות הללו נמצאות באופן עקרוני גם לאסיר. לאדם בבית סוהר אמורה להישלל, לדידו, זכות אחת והיא לחירות אישית, אחרת, צריך נימוק לשלילת כל זכות נוספת. אלון קבע מכלול של זכויות לאסירים ומצרף את המקורות בהתאם:

"**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."

התורה קובעת שעונש מלקות הוא עד 40 מלקות, כי אם אדם יקבל יותר מכך, זה מבזה אותו. ויש דרשה של המשנה שאומרת:

**משנה, מכות, ג טו**: משלקה - הרי הוא כאחיך.

כלומר העבריין נקרא אחיך – ואחרי שהוא ריצה את עונשו, אז הוא כאחיך ואלון מוסיף:

"וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיך ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו ועומדים לו. בכלל זה גם הזכות להתרפא שנינו (משנה, נדרים, ד, ד):ו "המודר הנאה מחבירו ... מרפאהו רפואת נפש"; כלומר, מי שנדר שלא ייהנה מחבירו או שחבירו הדירו שלא ייהנה ממנו, מותר לו ליהנות משירותיו הרפואיים של אותו חבר, כי החובה והזכות לריפוי הגוף והנפש "מצוה היא" (רמב"ם, נדרים, ו, ח). ואפילו יש לו אחר שירפאנו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם - אדם זוכה להתרפאות (נימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב)."

* **אמנם הזכות הזאת היא זכות יחסית**

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

כלומר, האסיר לא יכול לקבל שירות רפואי בחוץ, אבל הזכות לקבל שירות רפואי קיימת, כאן הוא מבחין בין זכויות מוחלטות לבין זכויות יחסיות: זכות מוחלטת היא אפשרות להתרפא (כמו גם לישון, לאכול וכו'), אבל זכות יחסית היא הזכות לבחור רופא.

* **בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים**

עובדות: בשנות ה-80, לאסירים לא הייתה זכות להצביע לכנסת. מכאן, נשאלת השאלה האם יש לאפשר לאסירים את הזכות להצביע בבחירות לכנסת?

פסיקה: אלון מתחיל –

"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."

אז אלון קבע שלאסיר, לפי אותו מכלול עקרונות, יש זכות לבחור וזה הוביל אחר כך ליצירת מסגרת של קלפיות בבתי סוהר. הוא התבסס על המשפט העברי והיה לו חשוב להראות זאת.

"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."

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

עובדות: נשאלת השאלה האם ניתן לשלול מאסירים לקיים יחסי אישות?

פסיקה: השופט אלון –

"שלילת הזכות לקיום יחסי אישות אינה כלולה מאליה בשלילת החירות וחופש התנועה של מי שהושת עליו עונש מאסר? ועצם הזכות לקיום יחסי אישות סדירים, המצויה בידי כל אדם מצויה גם בידי האסיר."

השאלה היא האם יש בשלילת החירות ובחופש התנועה כדי להשפיע על זכות האסיר לקיום יחסי אישות ומהו האיזון שדרוש וראוי בין הבטחת שלילת החירות כדין, לאפשרות קיום הזכות ליחסי אישות סדירים. אלון אומר ששלילת היכולת הזו לא כלולה כחלק משלילת החירות האישית,, כלומר שלא ניתן למנוע זאת.

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

מכאן, הוא ינסה לבסס את הרעיון של יחסי אישות בזמן מאסר לפי ערי מקלט. אדם שרצח בכוונה – מומת, אדם שרצח בשוגג – זכותו לברוח לערי מקלט כדי שלא ניתן יהיה למלא את נקמת הדם. אבל השהייה בערי מקלט איננה זכות אלא חובה, ולכן היא גם עונש. מה שמתברר הוא שלערי מקלט גולה הרוצח בשוגג יחד עם משפחתו, ולכן:

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

כך, שהמסגרת של ערי מקלט היא שיקומית. לדידו של אלון בית סוהר מהווה חממה לפשע ומנתק את האדם מסביבתו הטבעי, מכאן הוא לומד שהעיקרון של עונשי מאסר הוא שהם צריכים להיעשות במסגרת שלא מבודדת את האדם כליל ממשפחתו. לכן, צריך ליצור מסגרת שבה יוכל האסיר להיפגש עם אשתו. אז הוא ידע שלא ניתן להתחשב בכך כי זה דורש יצירה של מתקנים מותאמים, אבל הוא קורא להתחשב בזה במתן חופשות התייחדות.

* **מסקנות**

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

נשאלת השאלה עד כמה המשפט העברי היה הגורם המרכזי בפסיקה של אלון לזכויות אסירים. ייתכן ומדובר בהשקפת עולמו האישית משום שהיה ליברל ורצה לקדם זאת, כך שהוא תלה את זה במשפט העברי. אבל הרצון לעגן זאת קשור למאמץ ב-2 חזיתות: (א) ביסוס המשפט העברי כחלק מהמשפט הישראלי; (ב) הצגת המשפט העברי ככזה שתומך בזכויות אדם. אלון בפרשת פרח מצליח גם ליצור הסדר שאוסר על הוצל"פ להכניס חייבים בערבות לכלא.

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והשפעתו של המשפט העברי**

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

1. חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
2. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסכמה מפורשת בו.

למעשה, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן את הזכויות שנמנות עם ערכיה של מדינת ישראל כיהודית וכדמוקרטית, מה שמהווה חשיבות בפסקת ההגבלה. נעסוק בשאלת הערכים היהודיים:

* **אלון, דרך חוק בחוקה**

"עד שנכנס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לתוקפו, לא עמד שופט בישראל לפני החובה לפרש תכלית דו-ערכית זו. הפסיקה נתנה דעתה לפירוש המונח מדינה *דמוקרטית* בלבד, והרבתה לדון ולהתעמק במשמעותם של ערכי הדמוקרטיה, שהוגדרה בתמצית בדבריו של הנשיא לנדוי, שציטטתים לעיל, כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש... ההוראה בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו מורה כי הפרשנות של מכלול ההוראות שבסוגיית זכויות של האדם וישראל מורכבת על שני ראשים השלובים זה בזה ובא זה ולימד על זה, היינו, על 'ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."

למעשה, ראינו שבפרשת קול העם נגזרה היותה של ישראל כמדינה דמוקרטית, אבל החידוש של ח"י: כבדה"א הוא שההוראה מורכבת על 2 ראשים: (1) יהודית; (2) דמוקרטית. כלומר, כאשר ביהמ"ש מפרש כל אחת מזכויות האדם במפורש או במשתמע, עליו לתת דעתו לשניהם.

"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."

אלון, בדבריו, מוסר 2 דברים מרכזיים במלאכת הפרשנות:

1. מדינה דמוקרטית: נעשה לפי מה שמקובל בדמוקרטיות מפותחות בעולם מערבי, וכולל בתוכו בחירות מעת לעת, שלטון החוק, שמירה על זכויות אדם וכו'.
2. מדינה יהודית: יש לפנות למשפט העברי.

לכן, יש לבחון באספקלריה דו-ערכית כל אחת מהזכויות הקיימות, ולכן ח"י משדרג את מעמדו של המשפט העברי. אלא, שלא כך גורס ברק:

"המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי-דתי אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והוויתם הלאומית היא הוויתה של המדינה (הדבר מתבטא בין השאר בלשון ובמועדי מנוחה)."

אומר ברק שמנם, ניתן לפרוש את הכוונה שמדובר במדינה יהודית לאור הדת היהודית, אבל הוא מצהיר שהמדינה לא הלכתית-דתית, אלא בעלת הוויה לאומית יהודית. תימוכין לכך ניתן למצוא בחוק הלאום בו אין סעיף שנוגע למעמד הדת במדינה. לדידו של ברק, ברגע שח"י כונן, הוא יצא בכך שישנה מהפכה חוקתית, והכנסת חוקקה חוק שהוא נעלה מעל האחרים. אך היו 2 גישות:

1. חוקי היסוד הם חוקים רגילים: למעט אלו שמשוריינים (כמו חוק שאמור להתקבל ברוב של 80 חברי כנסת).
2. הדעה של ברק שלדידו מדובר בשריון מהותי ולא מספרי: לאור פסקת ההגבלה, לכן ח"י: כבדה"א הרים עצמו מעל השאר.

אנחנו מתמקדים ברכיב של מדינה יהודית:

"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 וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם עולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי."

אומר ברק, שישנם מאפיינים (כמו קדושת החיים, אהבת האדם, עשיית הישר והטוב וכו') ברמת הפשטה אוניברסלית – גבוהה, כלומר, שהיהדות הנחילה אותם לעולם כולו. כך, שהכוונה לרכיב "מדינה יהודית" מתכוון אליהם. זאת, בניגוד לאלון, לכן אין קבע שדרוג או ביסוס המעמד של המשפט העברי. אלא, שאלון לא מכניס ערכים דתיים, והוא אכן מסכים בדבר אותם מאפיינים של ברק, אך הוא גורס שצריך לראות את התפרשותם באופן קונקרטי במשפט העברי.

* **אלון על שיטת ברק**

"גובה ההפשטה הגיע איפוא עד לרמה האוניברסלית של ערכים יהודיים אלה. לשון אחרת: על טיבם של מושגים אלה – אהבת האדם, קדושת החיים וכו' שהיהדות הנחילה לעולם כולו, עלינו ללמוד מתוך מה שהעולם כולו קיבל 'ברמת ההפשטה האוניברסלית', ולא מתוך המקור שהימנו נוצרו ובאו, היינו, מתוך מקורות היהדות ומורשת ישראל! וכדי להבהיר הבהר היטב כוונת הדברים, מסכם פרופסור ברק ואומר, כי 'על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי."

אלון מסכם את דבריו של ברק: כך, שלגבי הערכים היהודיים צריך לבחון את מה שהעולם קיבל באספקלריה אוניברסלית ולא פרטיקולרית-ייחודית. כלומר, איך העולם הבין, אבל:

"ואתה תמה ושואל: כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני הביטויים המופיעים באותו חוק ובאותם סעיפים – יהודית ודמוקרטית – ששניהם באים לתאר אותו דבר – את מהותה של מדינת ישראל?"

הנימוק של ברק למעשה מתייחס לאותם ערכים, תוך שברק מצמצם את הפירושים האותנטיים של המאפיינים הללו, לכן, מטרתו היא להמעיט את מעמדה של היהדות, אבל אלון לא סובר כך:

"כשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיה שבדמוקרטיות נאורות, כך צריך שהמושג מדינת יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות שבכבשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה."

כך, שצריך ללמוד על הערכים מתוך המשפט העברי.

* **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסודות המשפט**

"כדי להיזקק לערכיה של מדינת ישראל כ-'מדינה יהודית', אין להיזקק לפתיחת השערים על ידי מפתח הלקונה, מפתח שכוח פתיחתו ניטל הימנו, אליבא דחברי השופט ברק..."

אלון משווה בין חוק יסודות המשפט לח"י: כבדה"א. אלון לא חולק שחוק יסודות המשפט נועד להשלמת לקונות, שכן ברק צמצם זאת מאוד למשהו צר ובנה את העניין של פיתוח המשפט.

"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 – מדינת יהודית ודמוקרטית."

לכן, לדידו, הכתוב בח"י: כבדה"א מחזק את המעמד של המשפט העברי ומרחיב מעבר לחוק יסודות המשפט, משום:

1. צריך לפרש כל זכות לאור ערכיה של מדינת ישראל כיהודית וכדמוקרטית, ותפקידו של המשפט העברי אינו רק נחות להשלמה.
2. חוק יסודות המשפט מצמצם את הפנייה רק לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, מה שלא קיים כאן בנוסח, כלומר הוא יותר מרחיב.

נבחן את ההשפעה של החוק על פעולתו של אלון בתיקים שנגעו לזכויות אדם.

1. **סוגיית החירות – עילות מעצר עד תום הליכים**
2. האם חומרת העבירה כשלעצמה מהווה עילת מעצר?

בעבר, חומרת העבירה הצדיקה מאסר עד תום ההליכים, כדי להבטיח את אמון הציבו ביעילות המנגנון הפלילי. אך, נשאלת השאלה – מהן עילות המעצר? תחילה, החוק לא קבע עילות, והן נקבעו בחקיקה שיפוטית:

1. מסוכנות לציבור;
2. הימלטות מהליך משפטי;
3. שיבוש הליכים.

השאלה היא, האם עצם חומרת העבירה, במנותק משאר העילות, מהווה כעילת מעצר. דעת השופטים היא כן, כפי שעלתה גם:

* פרשת ידלין

עובדות: בכיר במפלגת העבודה, עמד להתמנות לתפקיד נגיד בנק ישראל, אלא, שאז התברר שהוא נתן שוחד והוא הועמד לדין. הוא לא היה אלים או שהיה חשש להימלטותו, אך נשאלת השאלה, האם יש לאפשר את מעצרו?

פסיקה: ביהמ"ש פסק בדעת רוב שיש לעצרו עד תום ההליכים בגלל שמדובר בעבירה חמורה של שוחד, וזאת לאור הקשר לאמון הציבור. כגישה כללית, אלון חלק על דעה זו, כך גם בפרשות נוספות:

* בש"פ 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס

עובדות: נמצא בדירת בני הזוג פרנקים מזויפים, לצד שני אקדחים. נשאלה השאלה האם ניתן לעוצרם עד תום ההליכים?

פסיקה:

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

אלון מאמץ עמדה של המשפט העברי לפיה החירות האישית היא חשובה ביותר ואדם לא רשאי לוותר על חירותו האישית. הוא לא רוצה ללמוד את זה ברמת הפשטה גבוהה, אלא באופן קונקרטי. אז אלון מוצא שאלה:

**שו"ת הריב"ש, סימן רלז (ר' יצחק בר-ששת, ספרד, מאה 14)**: "שאלה: אם יש רשות לבית דין להוציא את שמעון המסור מבית האסורין בערבים בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה חייב אם יתברר הדבר."

במילים אחרות מה הוא נשאל? אם מותר לשחרר בערבות. האם הוא יכול להיות במעצר עד תום הליכים או לשחרר בערבות. הריב"ש משיב:

"אין ספק שכל שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, שבית דין חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב עונש רק חיוב ממון לבד, ואין נותנין אותו בערבים."

כלומר, המשיב מבחין מה החיוב הצפוי של הנאשם: (1) אם חייב ממון, כלומר יצטרך לשלם קנס, אין הצדקה לשים אותו במאסר; (2) אם הוא יהיה חייב בעונש גופני, הוא חייב במאסר.

"שהרי העובר אם יראה שיתחייב בדין, מיד ברוח יברח, ומה יעשו בית דין לערבים ומה יועילו כי יפגעו בהם והם לא עשו עבירה... ועוד שהעובר ילך לו בלי שום עונש ולא מצינן לקיומי ביה 'ובערת הרע מקרבך.' ועוד, שמי שעבר עברה שיש בה חשש חיוב עונש אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאין ונותנין בדינו."

למעשה, ערבות איננה מהווה כפתרון לחשש מהימלטות מעונש, לכן, יש כאן נימוק שמתאים לאמון במערכת.

"ולכן אם ראו בית דין **שיש ממש בדברי התובע** ושאם יתברר הדבר שיהיה העובר **חייב עונש בגופו** אין נותנין אותו בערבים.

אז, צריך לבחון: 1) האם יש ראיות ממשיות בעניין – לכן, חשש לכשעצמו מהווה כאשמה לא מבוססת ולא מתקיים; 2) האם העובר צפוי לעונש גופני. מכאן, הכנסת מחוקק חוק שתומך בדעתו של אלון, כשבשלב מסוים מצטרפת אליו נתניהו, שבו ניתן לעצור אדם עד תום הליכים בגלל שלושת התנאים: 1) חשד להימלטות; 2) מסוכנות; 3) שיבוש הליכים. לצד זאת, נקבעה רשימה של עבירות בהן יש חזקה של מסוכנות.

* ב"ש 15/86 מדינת ישראל נגד אבי צור

עובדות: שבעה אישומים מצויים לנאשם: הפרת אמונים, קבלת שוחד, הדחה בחקירה וכו'. נשאלת השאלה האם יש לעצרו עד תום ההליכים?

פסיקה: השופט אלון חוזר על פרשת ידלין, ובמיוחד לאחר שמדובר בחוק יסודות המשפט, הוא פונה אל המשפט העברי וקובע שהזכות לחירות היא מאבני היסוד של המשפט העברי. כך, שכל אדם נחשב כחף מפשע עד שלא יוכח ההפך, וכי לפי המשפט העברי אין לעצור נאשם אלא אם חשוד בעבירות חמורות או כשקיים חשש שישבש הליכי משפט.

למעשה, מה שקורה הוא שביהמ"ש עדיין ממשיך להתייחס לחומרת העבירה כאינדיקציה להתרת מעצר עד תום ההליכים, אלא שאז נחקק ח"י: כבדה"א, ואלון מכריז על ניצחונו בשני פס"דים:

* ב"ש 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל

עובדות: כתב האישום מיוחס לעבירות של חטיפה ותקיפה עם חבלה של ממש.

פסיקה: השופט אלון קובע –

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו – בסעיף 5 – את המעצר כפגיעה בחירות האישית, ויש לפרשו על פי התכלית המפורשת בסעיף המטרה של חוק היסוד, והיא עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."

כלומר, מדובר בזכות מנויה שבחוק היסוד, ולכן, יש לפרשו בהתאם לתכלית של מדינה יהודית ודמוקרטית:

"ערכי-על משולבים ושלובים אלה – יהודית ודמוקרטית – שוללים אפשרות מעצרו של אדם בטרם משפט מהטעם של 'הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות מנגנון המשפט.'

טוען אלון שצריך להתייחס באופן קונקרטי לחירות במשפט העברי שיש לה הגנה חזקה יותר ששוללת מעצר בהיעדר חשש להימלטות. ברק, מנגד, עשוי לטעון שהוא בעד חירות אישית אבל יתייחס אליה ברמת הפשטה גבוהה ויאזנה עם ערכים נוספים כמו הבטחת אמון הציבור. אבל:

"ההצדקה לשלילת זכות יסוד זו על פי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית היא, שבהתהלכו חופשי יסכן את שלום הציבור או היחיד או ישבש הליכי המשפט, ואלה בלבד; הא ותו לא."

אומר אלון, שלפי המשפט העברי, חשש מפגיעה באמון הציבור אינו מהווה עילה למעצר, במיוחד לאור ח"י: כבדה"א.

* בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי

עובדות: המערער מואשם בגרימת חבלה חמורה, ונשאלת השאלה האם ניתן לעוצרו עד תום ההליכים.

פסיקה: אלון מעלה נימוק נוסף, ומלבד הרעיון לפיו עצם השדרוג של החירות (לאור חוק היסוד), והעובדה שהזכות לחירות צריכה להתפרש לאור עקרונות דמוקרטיים וכאלו מהמשפט העברי, הוא מוסיף:

"נימוק נוסף לשחרור המשיב ממעצרו מאחורי סורג ובריח, שהוא אף חשוב ומכריע יותר מקודמו, מצוי בהוראה שבסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת את זכות היסוד ש-'אין פוגעים בחייו, בגופו או **בכבודו** של אדם באשר הוא אדם."

התנאים הקשים השוררים בבתי המעצר, בהם נמצאים העצורים בתנאים תת-אנושיים ובצפיפות קשה ביותר, חלק ניכר של העוצרים לא עומדת לרשותם מיטה לישון בה, ונאלצים לישון הם על הרצפה; וצפיפות זו מביאה עמה אלימות רבה בין העצורים לבין עצמם, על כל הנובע מכך, לכף גם השפעה על אפשרות שמירת הניקיון בתאים וכן על טיב האוכל וניקיון הכלים שבהם הוא מוגש. מצב דברים זה יש בו משום השפלת העציר כאדם ומשום פגיעה בכבודו האנושי האלמנטארי."

במילים אחרות מעצר עד תום ההליכים הוא גם פגיעה בכבוד האדם ולא רק בחירות האישית. הוא מביא גם את דעתו של הרמב"ם:

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

אז, הרמב"ם גורס שלביד"ר יש סמכות לאסור אדם, אך, הדיין יצטרך לבחון אם יש צורך בכך, הרמב"ם מוסיף שיש צורך לאזן את הפעלת הסמכות והמסורת של המשפט העברי היא הקפדה על כבוד האדם, מה שמשקף מעין תפיסה ליברלית.

* **לסיכום**

"אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות. במכלול נסיבות אלה מצווה בית המשפט, וחובה היא עליו, למצוא דרך של חלופה למעצר, וחובה זו גדולה היא במקרה דנן מאשר במקרה 'רגיל', שבו לא מצויים פגיעה בכבוד האדם האלמנטארי של הנאשם."

למעשה, אומר אלון בעזאזמי, במקום שיש פגיעה בכבוד האדם, צריך חלופת מעצר, ככל שניתן, כמו למשל אזיק אלקטרוני. אלון רואה את המשפט העברי כסיבה להקפיד יותר על חירות אישית וכבוד האדם. למעשה, באשר לוויכוח שלו עם ברק, ברק חוזר בו ומציין:

"מהם, אפוא, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? נראה לי כי אלה ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה היהודי לדורותיה) המאפיינים את ישראל. "

כאן התשובה שלו קצת שונה, מדינה יהודית זה מצד אחד הערכים היהודיים הלאומיים-ציוניים אבל מצד שני במובן ההלכתי-דתי, כאן הוא כולל זאת. הוא ממשיך:

"על ערכים אלה יש לעמוד מתוך תפיסותיה הפנימיות של הציונות והיהדות. אין הן מוטלות 'מבחוץ', אלא נגזרות מאופיה המיוחד של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו "טעם" קיומה, ואלה מאפייניה העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית."

ברק חוזר ואומר שהוא מקבל גישתו של אלון, לפיה, מדינה יהודית כוללת בתוכה גם תפיסות פנימיות הלכתיות:

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

אמנם, יש עדיין הבדל והוא:

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

אז עיקר המחלוקת כעת היא:

1. אם אלון טוען שמדינה יהודית דורשת את ההתייחסות של המשפט העברי בלבד, על זה ברק אינו מסכים.
2. אם אלון טוען שמדינה יהודית איננה רק משפט עברי, אלא גם ציונות, לאומיות ותרבות יהודית רחבה, אז אין כאן מחלוקת.

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

בעבר, טיפלו כל עוד אדם היה חי, אלא שבמציאות המודרנית, לעיתים מכשירי תרופות מחזיקות את חייו, ואולי אף הוא בעצמו צלול ולא רוצה לחיות יותר. אז נשאלת השאלה, האם נכון לנתק אדם ממכשירים אלו. העניין היה נדון בפרשה מפורסמת:

* **ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל**

עובדות: הפעוטה אובחנה כסובלת ממחלת טייזקס ונמצאת במצב של חוסר הכרה (צמח). האם מבקשת שאם יוחמר מצבה והיא תזדקק לסיוע בהנשמה או לטיפול רפואי אחר, הדבר לא יינתן לה, למעט תרופות לשיכוך כאבים. האבא לא שותף לבקשה.

פסיקה: המקרה מעלה מספר שאלות ביניהן:

1. האם בגיר יכול לבקש מביה"ח שימנע את טיפולו? ובמיוחד, האם הורים כאפוטרופסיים יכולים לבקש זאת? האם רק הורה אחד?
2. משום שההנחה בהלכה היא חיי שעה: גם אם לאדם נותרו ימים ספורים, עדיין מחללים עליו שבת כי יש פיקוח נפש, אז למה לעבור ייסורים וסבל?

בינתיים, בקשת האם נדחתה במחוזי, תוך שנקבע שאפוטרופוס, ובמיוחד יחיד, לא יכול לבקש זאת. הבקשה נדחתה גם בעליון (תחילה ללא נימוקים). מכאן, נשאלת השאלה – האם יש טעם בדיון תיאורטי? אלון מצטט את פסק הדין הידוע בפרשת Wade, שמשום שהמקרה עתיד לחזור על עצמו, יש לפסוק בעניין. יצוין שאלון מדגיש את חשיבות ח"י: כבדה"א, אבל לא יכול לפסוק לפיו (כי המקרה הגיע קודם לכן.

לגופו של עניין, הסתירה כאן היא בין זכותו של אדם למותו לכבוד (לא להגיע למצב שבו סובל), לבין פגיעה בחייו. לצד זאת, יש גם עניין שבו זכותו של אדם לאוטונומיה (בהנחה שרוצה במוות) מתנגשת בזכות לחיים. לכן, אלון אומר שעל ההכרעה בין הזכויות להיות לאור:

"ההכרעה בשאלה של ניגוד בין זכויות צריכה להישאר להיעשות לאור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית..."

"יש לבחון את השאלות של המתת חסד או הימנעות מטיפול רפואי לפי הערכים היהודים, לפי ערכים דמוקרטיים ולעשות ביניהם סינתזה."

כלומר, ערכים של מדינה יהודית – הלכה, וערכים דמוקרטיות ולעשות ביניהם סינתזה. לכן, החלק הראשון הוא סקירה הלכתית והשני מנקודת מבט דמוקרטית-ליברלית.

לכן, ישנה הבחנה בין:

1. אותנסיה אקטיבית: באמצעות חומר ממית או סיוע להתאבדות.

"הגוסס הריהו כחי לכל דבר... והנוגע בו – הרי זה שופך דמי... למה זה דומה? לנר שמטפטף, כיון שיגע בו אדם – יכבה... וכל המאמץ (=עוצם) עיניו עם יציאת הנפש – הרי זה שופך דם).

גוסס הוא אדם שעומד למות בתוך שלושה ימים, וכל נגיעה עלולה להמית אותו. לכן, המתת חסד אקטיבית אסורה, גם אם ביקש החולה, שכן הוא נחשב כחי לכל דבר.

1. אותנסיה פסיבית: באמצעות הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים (החייאה, הנשמה) או ניתוק ממכשירים.

ישנם מצבים בהם מותר להתפלל על אדם שימות: א. מי שאינו יכול שיחייה; ב. סבל של אדם. לכן, אדם במצב סופני שסובל, אין למה להתפלל. הגמרא מציינת שיש להתרשם באופן בלתי אמצעי ממצבו של האדם, ולכן לבקרו. כך שאם לא מבקר את החולה, אל יתפללו למותו או לחייו. השאל היא האמת ניתן להימנע מטיפול מציל חיים:

**הרב שלמה זלמן איירבך**, **מנחת שלמה, סימן צא, ענף כד**: "יש סוברים דכשם שמחללים שבת עבור חיי שעה כך חייבם להכריח את החולה על זה כי הוא אינו בעלים על עצמו לוותר אף על רגע אחת."

כלומר, כמו שמחללים שבת על אדם שיחייה עוד מספר ימים, יש לאלצו לקבל טיפול מציל חיים.

"אך מסתבר שאם החולה סובל מכאבים וייסורים גדולים או אפילו סבל נפשי חזק מאוד, חושבני שאוכל וחמצן לנשימה חייבים ליתן לו גם נגד רצונו, אבל מותר להימנע מתרופות הגורמות סבל לחולה אם החולה דורש את זה."

הוא מוסיף – אדם חולה שאינו מעוניין לקבל טיפול מאריך חיים, מותר להימנע מלתת לו תרופות מצילות חיים.

**הרב משה פינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט, ח"ב, עה**: "בחולה סרטן (קענסער) שבדרך הטבע אי אפשר שיתרפא לחיות חיי עולם היינו החיים הרגילין לסתם אינשי בזמננו רק לזמן קצר לאיזה חדשים, אם צריכין ומחוייבין לרפאותו אם הזמן שיחיה יהיו חיי צער. צריך להודיע זה להחולה ולשאול ממנו אם רוצה שיתנו לו רפואה דסמים אלו. שאם חיי יסורין רוצה יותר ממיתה – צריכין ליתן לו, ואם אין החולה רוצה לחיות ביסורין אין ליתן לו סמי רפואה אלו."

שני הפוסקים בדעה אחת, יש להוכיח תנאים מצטברים: 1) חולה סופני; 2) שסובל; 3) תלות ברצונו:

1. אם חייו הם של ייסורים, והוא רוצה יותר במיתה מאשר בחייו, אין לתת לו תרופות.
2. אם חייו הם של ייסורים, והוא רוצה יותר בחייו מאשר במותו, יש לתת לו תרופות.

אך, מה בעניין ניתוק מכשירים, שמסירים את המניעה ממותו?

**הרמ"א, שולחן ערוך יורה דעה, שלט**: "אבל אם יש שם עיכוב יציאת הנפש, כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק, כגון חוטב עצים, או שיש מלח על לשונו ואלו מעכבים יציאת הנפש."

הסיטואציה מורכבת ממספר אמונות של ימי הביניים, כשזכור לנו שאסור לזרז את מותו ואם אפשרי להצילו אז מצילים:

1. אדם גוסס כשמחוץ לביתו חוטבים עצים – הקול המונוטוני מפריע למוות.
2. אדם גוסס שיש מלח על לשונו – המלח מעכב את המיתה.

האם מותר לטפל בנסיבות אלו כדי להביא למותו של אדם (להפסיק את הרעש/להוציא את המלח)?

"מותר להסירו משם, שאין בזה מעשה כלל, אלא **שמסיר המונע**."

כלומר, יש לנו פעולות שחיצוניות לגוף אך מעכבות את יציאת הנפש, ולכן מותר להיות פעיל כדי להסירן. יש פוסקים שסוברים שבאשר לעניין זה, מכונות הנשמה פעולות באופן דומה. כך, למשל, הרב לוי. מדובר בפעולה פסיבית משום שהאדם מת מהמחלה, אך יש פוסקים שסבורים שזו פעולה אקטיבית ולכן יש מחלוקת הלכתית. עד כאן, נראה שהכיוון בשאלה הראשונה הוא להתיר. נבחן אם מדובר בערכיה של מדינה דמוקרטית:

* בארה"ב, אותנסיה אקטיבית אסורה, ופסיבית מותרת, אלא שהפסקת פעולה מאריכת חיים, לרוב, אסורה. סירובו של הקטין לטיפול רפואי ייעשה לפי אומת דעתו ומבחן טובתו.
* בהולנד, אותנסיה אקטיבית מותר ככל ש: 1) החולה בר כושר שיפוט, והוא מבקש ומסכים לכך; 2) הסבל והרצון תמידיים; 3) הסכמתו היא חופשית; 4) מדובר במחלה חשוכת מרפא; 5) נעשו ניסיונות קודמים להפחתת הכאב והסבל, אך אין פתרון אחר המתקבל על דעת החולה; 6) רופא נוסף מסכים לממצאים; 7) רק רופא יבצע את ההמתה.

אז הוא מגיע למסקנה:

* **הסינתזה בין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**
* לפי ערכי "מדינה יהודית", המתת חסד אקטיבית אסורה כמו ברוב המדינות הדמוקרטיות.
* לכן יש לאסור המתת חסד אקטיבית.
* לפי ערכיה של "מדינה יהודית", הימנעות מטיפול רפואי מותרת. גם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות היא מותרת. לכן יש לאמץ היתר זה.
* לגבי ניתוק ממכשירים (הסתר המונע), יש גישות שונות גם בהלכה וגם הבדלים בין מדינות שונות והכל תוך התחשבות בנסיבות שונות. אבל בענייננו דובר על אי-חיבור למכשירים ועל המתה פסיבית.
* **ההבדל בנקודת המוצא**

1. עקרון העל במערכת המשפט העברי הוא קדושת החיים. לצד זאת ישנם הגבלות וסייגים שמותרים לעקרון זה, כשביסודם, מניעת סבל וייסורים, כיבוד רצון החולה, יישום הכלל של "ואהבת לרעך כמוך." ועוד.
2. 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.

ועם זאת, בעניין קדושת החיים וכבוד האדם:

1. **"למות בכבוד הוא תרתי דסתרי"**: חייו הם כבודו של אדם. לא ניתן להתייחס לאדם שהוא מבוזה בגלל שחי עם ייסורים.
2. **הוא שולל את טענת היסוד שיש שמירה על החיים לבין פגיעה בכבוד**: הוא מזכיר שישנם כוחות כלכליים וחברתיים שדחופים לסיים את חיי בני האדם. כך שהכרה בזכות למות בכבוד בעצם תביא לתהליך **שהיא תהפוך לחובה** ויהיה לחץ חברתי על בני אדם לסיים את חייהם.
3. **החשש גדול במיוחד בעניינם של קטינים ופסולי דין**, מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם? החשש הוא שההורים לא פועלים לטובת הקטין, והשאלה היא מי זכאי להחליט שמותם עדיף מחייהם.

לכן הוא קובע:

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

ההכרעה היא, שמשום שהילדה איננה סובלת או מבוזה, כבודה נשמר. לצד זאת, חשוב לציין שהבקשה הגיעה מצידה של האם שאינה מבקרת את הילדה ברציפות, בניגוד לאב. לכן, לא הייתה הצדקה להענקת הטיפול.

באשר לתמונה בארץ, פרשת יעל שפר הייתה מנחה, אך המחוקק הסדיר את העניין ובעקבות כך נחקק חוק החולה הנוטה למות. יצוין שהחוק מגדיר מי נחשב מיהו חולה הנוטה למות לפי 2 קריטריונים מצטברים (ס' 8 לחוק החולה הנוטה למות):

1. מחלה רפואית חשוכת מרפא;
2. תוחלת חייו, לרבות טיפול רפואי, אינה עולה על שישה חודשים.

סעיפי המטרה שבחוק (ס' 2-1 לחוק החולה הנוטה למות) קובעים את ההסדר לפיו, ישנו איזון ראוי בין קדושת החיים לבין האוטונומיה והחשיבות של איכות החיים (כשאין התייחסות לכבוד האדם). כמו כן, הוא, כאמור, מבוסס על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהתאם להערותיו של אלון, השיקולים היחידיים בטיפול הנם מצבו הרפואי של החולה, רצונו, ומידת סבלו (ולא, למשל, שיקולים משפחתיים או כספיים).

בהתאם לחוק (ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות), חזקה שאדם רוצה לחיות, אלא אם הוכח אחרת. כך, למשל, אם חולה שרוצה בכך שחייו יוארכו, ומבקש טיפול רפואי, יש להעניקו, גם אם לדעת הרופא הוא לא יסייע (סעיף 13 לחוק החולה הנוטה למות). ומנגד, אם חולה לא מעוניין בכך שחייו יוארכו, יש לכבד את רצונו ולא לטפל בו (ס' 15 לחוק החולה הנוטה למות). זהו גם החידוש של החוק – הסדרת עניין סירובו של חולה לקבלת טיפול מאריך חיים. החוק מטפל גם בסוגיית הקטין וקובע:

* הורה של קטין יוכל לייצגו בעניין הטיפול הרפואי בו: בין אם להארכת חייו או להימנעות מכך (ס' 24 לחוק החולה הנוטה למות).
* גם הקטין יוכל לחוות דעתו בעניין החלטה על הטיפול הרפואי בו בהתקיים 2 תנאים:

1. הקטין מודע למצבו, ומבקש את ההשתתפות.
2. הרופא האחראי קבע שכושרו ובשלותו (שכלית ונפשית) מאפשרים את שיתופו.

אלא, שישנן גם פעולות אסורות:

* ס' 19 לחוק אוסר על המתת חסד אקטיבית, גם אם היא נעשית מתוך חסד וחמלה ולאחר בקשתו של החולה.
* ס' 20 לחוק אוסר סיוע בהתאבדות.
* ס' 21 אוסר על הפסקת טיפול רפואי רציף, לדוגמה – ניתוק חולה ממכשירים. אך מתיר שלא לחדש את הטיפול אם נפסק מסיבה מסוימת (כמו תקלת חשמל).

אז ניתן לראות שהיחס בין הוראות החוק להוראות ההלכה מתאימות. בוועדה האחראית ישב הרב שטיינברג ובסוגיית הניתוק ממכשירים צצה מחלוקת, כך, שנקבעה דעת המחמירים (שניתוק שכזה מהווה כאותנסיה אקטיבית).

**המשפט העברי בפסיקה: עקרונות ציבוריים – ייצוג ומינוי שופטים**

* בג"ץ אבירם נ' שרת המשפטים

עובדות: בח"י: השפיטה נקבע שהרכב המינוי של הועדה לבחירת שופטים תהא כוללת 2 ח"כים שהכנסת בוחרת. התפתח נוהג, לפיו אחד מחברי הכנסת הוא מהאופוזיציה. אלא, שמי שנבחר היה מסיעת ישראל ביתנו, שהייתה באופוזיציה אך עברה לקואליציה, כך, שלא היה ייצוג לאופוזיציה.

פסיקה: הטענה הייתה שמדובר במנהג חוקתי מחייב, אלא, שבעניין, עלו מספר טענות נגד:

* שיהוי: עבר זמן רב ובזמן הזה מינו הרבה שופטים. אם יוחלט על קבלת המנהג, מה יקרה לכל מינויי השופטים?
* מנהג חוקתי: האם קיימת בישראל מוסד שכזה? האם התגבש בענייננו מנהג חוקתי?

בתוך חוק יסודות המשפט, מנהג לא נזכר כמקור משפטי מחייב, ולדעתו של אלון, זו אינה טעות, משום שמנסחי החוק לא ראו בכך חשיבות, לכן זה מחזק את העמדה שמנהג חוקתי אינו מחייב. הנדל הציע 3 מבחנים לקבלה של מוסד המנהג החוקתי:

1. האם קיים נוהג? בענייננו, האם קיימת פרקטיקה של מינוי נציג אופוזיציה לוועדה? חשוב להבדיל בין נוהג למנהג – נוהג בדוק אם עושים כך בפועל ולמנהג יש מעמד מחייב.
2. ככל והתשובה לעיל חיוב, האם הנוהג מחייב? האם יש "תודעת חיוב"? שכן, הסכם ג'נטלמני לא מחייב.
3. האם ישנו רציונל הגיוני שמבסס את המנהג? האם ראוי להכיר במנהג כמחייב?

המחלוקת נסובה בעיקר סביב השאלה השלישית:

1. לגבי המבחן הראשון, העותרים טוענים לקיומו של נוהג מ-1990, המשיבים טוענים שאין כזה ובכל מקרה חבר קואליציה לא התפטר עד כה מהוועדה.
2. העותרים סבורים, שבאשר למבחן השני, יש תודעת חיוב, לדעת המשיבים מדובר בהסכמה בלתי פורמלית.
3. האם ראוי במנהג? ביהמ"ש הפדרלי בקנדה פסק שלא מספיק שתהא פרקטיקה, אלא היא צריכה להיות מנומקת ורציונלית.

לכן, המנהג נבחן לאור המשפט העברי:

"צא וראה מה העם נוהג" (תלמוד בבלי, ברכות מה ע"א ועוד).

כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה צא וראה מה הציבור נוהג ונהוג (תלמוד ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ה), שכן, "מנהג מבטל הלכה" (תלמוד ירושלמי, בבא מציעא פרק ז, הלכה א).

למעשה, המשפט העברי מכיר במנהג. הנדל מעלה את המבחן – "מנהג מבטל הלכה" כמקור לכך שישנה עדיפות למנהג עממי על פני ההלכה. הוא מוסיף שמנהג טעות אינו מנהג, לכן, יש לבחון אם המנהג ראוי או לא. היינו, יש לבחון את נורמטיביות המנהג. יצוין שביהמ"ש משאיר בצריך עיון את השאלה אם מנהג חוקתי מחייב.

* הנורמטיביות בעייננו – הועדה לבחירת שופטים

מדובר בהחלטה שהיא מכוננת סמכות עצמאית ומקבילה לסמכויות שמכוננות אותה. תפקידה של הועדה הוא לבטא את הרעיון של עצמאיות הרשות השופטת, אך, מדובר גם באחת משלוש רשויות המדינה ולכן היא חייבת להביא לידי ביטוי את המחויבות לציבור האזרחים ולערכים הדמוקרטיים. אז השאלה היא מי ועל מה ימנו את הועדה? הנדל מונה 3 עקרונות באשר לרשות השופטת:

1. היא צריכה עצמאות ואי-תלות: כך שלא תהא תלויה בגורמים פוליטיים.
2. חייב שתהא לה אחריותיות: ותישא באחריות לציבור.
3. לכן גם שתשקף את חלקי החברה השונים.

המסקנה היא, שוועדת מינוי שופטים ללא ייצוג לאופוזיציה שהיא המיעוט, לא ממלאת את תפקידה. הוא מבסס את דעתו גם על המשפט העברי, ובו השופטים אינם נבחרים על ידי השלטון:

* משפט עברי – דרך בחירת השופטים

"שופטים ושוטרים תתן לך בכל שערך אשר ה' אלוקיך נותן לך לשבטך ושפטו את העם משפט צדק" (דברים, פרק טז, פס' י"ח).

נשאלת השאלה מיהו הנמען? השליט או העם? לפי דעתו של ר' יצחק אברבנאל:

"והנה אדון הנביאים ביאר בזה שהשופטים שיהיו בישראל, שאין ראוי שימנה אותם המלך, ולא יהיו מידו, אבל שהעם ימנו אותם, רוצה לומר, שכל שבט ושבט ימנה את השופטים הראויים בעל עיר מערכיהם. ועל זה אומר "אשר ה' אלקיך נתן לך לשבטך". רוצה לומר, שה' אלוקיך נותן מינוי השופטים לשבטך, שהם ימנו אותם בשעריהם, לא המלך".

כלומר, הנמען הוא העם, ולדעת ר' יצחק אברבנאל מדובר במצווה שהיא מינוי עממי. המשנה לא הולכת בדרך הזו, וקובעת שמי שממנה את השופטים הוא בית הדין הגדול שיושב בירושלים ובו 71:

תוספתא סנהדרין ז א: "בית דין שבלשכת הגזית... משם היה יוצאת הלכה ורווחת בישראל. ומשם שולחין ובודקין כל מי שהוא וחכם ושפוי וירא חטא ופרק טוב ורוח הבריות נוחה הימנו עושין אותו דיין בעירו. משנעשה דיין בעירו מעלין ומושיבין אותו בחיל ומשם מעלין ומושיבין אותו בלשכת הגזית."

כלומר, בית הדין הגדול היה ממנה את השופטים המקומיים. הנדל מוסיף מנהג של הקהילה היהודית בקרקוב, שיצרה ועדה למינוי שופטים פנימית:

"ביום ראשון של חול המועד התאספו ארבעת ה'ראשים' וחמשת ה'טובים' וארבעה עשר חברי ועד הקהילה, וקבלו על עצמם 'באמונת שמים, על דעת המקום ועל דעת הבריות', שלא עשו ולא יעשו שום קנוניא עם מי שהוא על דבר הבחירות, וכל אחד מהם יחווה דעתו לשם שמים ולטובת הכלל. הנאספים מטילים לתוך הקלפי פתקאות, ועל כל פתקה כתוב רק שמו של איש אחד. השמש מוציא מתוך הקלפי תשע פתקאות, והרשומים עליהם נחשבים לבוררים ראשונים. תשעת הבוררים נכנסים לבית הכנסת, והשמש משביעם לפני ארון הקודש הפתוח שיבחרו בחמשה אנשים חשובים והגונים לבוררים שניים. השמש מאסף תכף את חמשת הבוררים השניים לבית הכנסת ומשביעם שיתחשבו בבחירת כל ממוני הקהילה רק עם טובת הכלל. אחר השבועה מכניסים אותם לחדר מיוחד בבית הקהל, ושם הם יושבים 'סגורים ומסוגרים אין יוצא ואין בא אליהם... ואפילו בלילה יעמדו השומרים לשמור דלתי פתחיהם', והם בוחרים בדיינים, פרנסים, טובים, ויתר ממוני הקהילה לשנה הבאה."

ההכרעה בענייננו:

* בהגשת העתירה נפל שיהוי כבד. העותרים לא פעלו בחודשים שלאחר הצטרפות ישראל ביתנו לקואליציה, מבלי שניתן לכך הסבר הולם.
* העותרים מבקשים כי נכריע לראשונה במעמדו של המנהג החוקתי בישראל. הם מעוניינים כי נקבע שבענייננו קיים מנהג כזה, תוך הרחבת המנהג באמצעות פרשנות למקרים שבהם מעולם לא הוחל.
* לכן אין מקום לקבל את העתירה במתכונת הנוכחית.
* יחד עם זאת, חשוב שבית המשפט יאמר את דברו לגבי הנוהג למנות לוועדה חבר כנסת אחד לפחות מסיעות האופוזיציה.
* עע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק

עובדות: מועצת עיר בני ברק מנתה 25 חברים, ביניהם 17 מקומות של רשימה אחת, 6 של אחרת ועוד 2 של רשימה נוספת. הקואליציה הורכבה כך שהרשימה בעלת 2 המקומות נותרה באופוזיציה. אך, בוועדת ההנחות בארנונה של העירייה, הוצב נציג שפרש מהרשימה בעלת 17 החברים.

פסיקה: הרעיון הדמוקרטי של עקרון הייצוג היחסי משתקף במשפט העברי – כך למשל בפסוקים לפיהם – "אחרי רבים להטות", שקובעים הכרעה במחלוקת לפי דעת רוב. ועם זאת, עדיין ישנה חשיבות של המיעוט להביע את עמדותיו, אפילו אם הן סותרות את דעת הרוב. עוד נקבע שהכרעה שלא בשמיעת הדה של המיעוט איננה בעלת תוקף. המשנה אף מוסיפה שחשיבותו של דעת המיעוט נחוצה משום שמחר היא עשויה להיות דעת הרוב.

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

נשאלת השאלה שבה עסקנו – מהו מעמדו של המשפט העברי בישראל?

מבחינה פורמלית: ניתן להבחין בחוק יסודות המשפט, המהווה כמקור משלים למשפט הישראלי. ביטוי נוסף לו ניתן למצוא בחוקי היסוד – כבדה"א וח"ה.

מבחינה אופרטיבית: קיימת מחלוקת בין השופטים והמלומדים –

**מנחם אלון**: "למעשה היה הוא [המשפט העברי] לאחד המקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, והיקפו והשפעתו של המשפט העברי ניכרים הם היטב בכל תחומי היצירה שבה."

אלון גורס שלמשפט העברי יש מקור נכבד למשפט המדינה. הוא מעלה גם מלומדים אחרים שהראו את טביעת האצבע הייחודית של המשפט העברי במשפט הישראלי. ומאידך:

**חשין**: "השפעתו הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח."

חשין גורס שהמשפט העברי לא באמת השפיע, אז לדידו, השפעתו היא שולית בלבד. נראה שהאמת היא באמצע, אלון הגזים במשקל שהוא ייחס למשפט העברי וגם חשין בכך שהשפעתו של המשפט העברי הייתה שולית. נראה שהמשפט העברי והישראלי הן שיטות משפט שונות. אך יש להן נקודות קרבה:

1. **לשון משפטית**

"בית דין, מעשה בית דין, עורך דין, הלכה, דיני ממונות, דיני נפשות, שלוחו של אדם כמותו, אדם נברא בצלם ועוד הרבה."

אז ישנם מונחים משותפים, וברור שהשפה המשפטית ספוגה בלשון העברית. אך, ייתכן וזה ריח הניחוח עליו דיבר חשין.

1. **שמותיהם של חוקים ורוחם**

"חוק השומרים, חוק השבת אבדה, חוק איסור לשון הרע, חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, חוק עשיית עושר ולא במשפט, חוק בתים משותפים, חוק לא תעמוד על דם רעך, חוק החולה נוטה למות."

אך חשוב להבחין בין הדברים שלקוחים מהמשפט העברי ולא תמיד הם זהים לו. למשל, מטרת חוק השבת אבדה, כמו שנפסק בהנדלס, היא להשיב אבדה, אבל יש הבדל יסודי בין השיטות:

1. המשפט העברי מחייב אדם להשיב אבדה של אחר;
2. אך המשפט הישראלי מאפשר להתעלם מהאבדה, ולעיתים אדם יכול לקחת את האבדה לעצמו.

חוק עשיית עושר ולא במשפט – שמו לקוח מדברי הנביא, אבל המחוקק הישראלי לקח את זה לחוק אחר. בעולם האנגלי הדבר נקבע כדיני השבה, כלומר החובה להשיב דבר שאדם זכה בו שלא כדין. אלו חובות השבה שלא בגדר חוזה. דיני השבה בעולם המערבי בנויים על התועלת שאדם הפיק מנכס של חברו, אבל המשפט העברי שואל משהו אחר – מה חסרונו של האדם? שכן, ישנו העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר – פטור", כלומר, אם אדם לא מתכוון לעשות שימוש בנכס ומישהו אחר נהנה, אז הוא פטור, מה שמנוגד לדיני ההשבה הכלליים. המחוקק הישראלי אפשר שק"ד מסוים. אז המחוקק הישראלי השתמש בחוקים שלא בהכרח יורדים לפרטי פרטים ותואמים למשפט העברי, אלא רק עקרונות מאוד מרכזיים.

1. **פסיקה**

"בתי משפט פנו ופונים למשפט העברי. לעיתים הפנייה היא בעלת תפקיד חשוב ואף מכריע בפסיקת ההלכה ולעיתים היא תוספת ביסוס ולעיתים אף קישור רטורי."

נשאלת השאלה, כמו בפרשת הנדלס, אם נוציא את המשפט העברי, האם נגיע לתוצאה אחרת? מבלי ספק לאלון הייתה חשיבות להשתמש במשפט העברי, כך שגם בפרשת יעל שפר זה השפיע מאוד, שכן ההבחנות בין המתת חסד אקטיבית לפסיבית לקוחות מהמשפט העברי.

**סיכום מצוי**

* המשפט הישראלי והמשפט העברי הן שתי שיטות משפט שונות.
* עם זאת, המחוקק קבע שתהיה ביניהן זיקה (גם בדברי הסבר וגם כמקור משלים).
* הזיקה הזו באה לידי ביטוי בהשפעת המשפט העברי על החקיקה – בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה.
* היא באה לידי ביטוי גם בפסיקה, בפנייה למשפט העברי – בין שהיא רבה ובין שהיא מעטה.

**סיכום הרצוי – שלושה דגמים**

ניתן להציע שלושה דגמים שמהם ראינו שניים באופן מלא, אך חשוב לחדד ולהדגיש את הפערים שבין שיטת המשפט העברי לדמוקרטי. כך, למשל, דיני חברות לא נדונו במשפט העברי, שכן החברה הראשונה נוסדה רק בסוף המאה ה-18. גם המשפט הפלילי יותר בעייתי שכן חלקו נגע לתקופת המקדש. לכן, יש דברים שדורשים שינוי:

1. **דגם הקליטה**: יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מהמשפט העברי ככל שאפשר.

השאיפה התחילה בחברת המשפט העברי, הם הבינו שלא ניתן יהיה לקלוט את המשפט העברי באופן מלא, ולכן הייתה הברירה להפריד ולחלן את היסודות הדתיים מהמשפטיים. אבל, גם בתחום הדתי עולה הצורך בהפרדה מסוימת, למשל, גרמא בנזיקין שלפיו חייב אדם בדיני שמיים. כך, שאנחנו מדברים על תהליך של ברירה ובחירה מהמשפט העברי, כשלא כל ההלכות יתקבלו אלא רק כנראה שיהוו כבסיס. ניתן לדבר גם על התאמה למדינה מודרנית, כמו למשל חוק הירושה. לעיתים המשפט העברי לא קבע דינים לגבי נושאים מסוימים ולכן ישנו הצורך לקבוע חוקים חדשים (מה שהתקבל גם בקרב האנשים הדתיים). הדגם נתקל בקשיים מרכזיים והם:

1. היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של המשפט העברי – הקודיפיקציה האחרונה המסכמת היא השולחן הערוך, כלומר, נכון להיום, לפני 500 שנים. המשפט התקדם מאז, מחלוקות נוספות קמו ויש המון דברים ששנויים במחלוקת ולא הוכרעו.
2. החומר מפוזר ועניינים שנויים במחלוקת – לכן, הקליטה בעייתית גם למחוקק שיש לו את הזמן לעבוד על זה, ולאסוף את החומר.
3. היעדר גישה של שופטים ומחוקקים למשפט העברי – ייתכן ונשאל מדוע חוק יסודות המשפט פורש בצורה מצמצמת? עולה הצורך בעשיית מחקר מאוד יסודי שהוא מעבר לכוחם ולידיעותיהם של שופטים, כך שהדגם קשה מאוד ליישום פרקטי. ישנם גם קשיים אידיאולוגיים-ערכיים בין השיטה המשפטית העברית לישראלית.
4. היה רצון ליצור שיטה מקורית ועצמאית שלא בנויה על המשפט העברי – התחיל תהליך חקיקה מקורי ועצמאי.
5. **דגם ההפרדה**

יש מי שיטען שמשפט המדינה לחוד והמשפט העברי לחוד. כך, שלמשפט העברי אין מקום במשפט המדינה, זאת משום הקשיים שהזכרנו. בנוסף:

* ישנם הבדלים ערכיים בין השיטות (שוויון, שיטה דתית קדם-מודרנית): למה לבחור בשיטה שיוצרת מראש הרבה קשיים? המשפט העברי שייך לעולם אחר ולא מתאים לקליטה. גם אנשי הקליטה מודים שהם לא יאמצו את המשפט העברי בכללותו.
* התנגדות דתית: כפי שגרס פרופ' אנגלרד, למעשה, כשאנחנו מייצרים שיטה שונה מההלכה, אנחנו הופכים את ההלכה למשפט חילוני.

1. **דגם הדו-שיח**

לפיו, אין לחתור לקליטה כמה שאפשר, אלא להתיר להשוואה דו-שיח. המשפט העברי כאן הוא בבחינת משפט משווה, ונשאלת השאלה – מהם היתרונות?

1. השונות שלו: דווקא שיטה קדם-מודרנית מציגה אלטרנטיבות של ממש. כמו למשל, זה נהנה וזה לא חסר, שמעלה את הועלת הקהילתית דווקא
2. הקרבה הלשונית: קל לישראלים ללמוד משפט עברי בגלל השפה הדומה.
3. רציפות תרבותית: ישנן חלק מהסוגיות שבסיסן הגישה שרוצה לחתור לקשר בין המשפט הישראלי למשפט העברי, כמעין המשך של התרבות וההיסטוריה היהודית.
4. התוצאה: השיטה קולטת את מה שמועיל ומתאים ואפילו אם דוחים דברים ועקרונות, עדיין נהנים ולומדים מההשוואה. כך למשל, גורס נועם סולברג.