

המשפט העברי במדינת ישראל

ד"ר חיים שפירא

לחית

צוקטור

תשפ"ג

ש"ר 1: 25.10

מדי פעם דפי נוכחות, מטיב על השתתפות, אולי יעלה מצגות לאתר לא בטוח, תהיה מטלה אחת להגשה ב13.12 תינתן ב29.11.

רקע

משפט של כל מדינה מייצג את מערכת הנורמות העליונה המחייבת של אחזרי המדינה ותושביה. משפט משקף את התפיסות הערכיות, כלכליות, חברתיות של החברה בה נוצר.

יש דמיון בין שיטות משפט שונות: כל שיטות המשפט אוסרות על צורות של פגיעה בזולת (רמת, שוד וכו'), כולן מסדירות דרכים בהן אפשר לבצע עסקאות, רכישת קניין וכו', כל השיטות המודרניות מכילות מערכת משוכללת של הסדרים בנוגע לתאגידים, בנקאות וכו'. אבל לכל שיטת משפט יש גם ייחוד: למשל השפה שלה, אבל יש לה גם מאפיינים ייחודיים הבדלים המבחינה מהותית או דיונית או מבחינת תרבותית משפט. יש משפחות משפט כמו המשפט המקובל וכו', אבל גם בתוך משפחה כזו יש הבדלים בין שיטות המשפט. שאלה שיכולה לעלות: האם ובאיזו מדינה שיטת משפט צריכה לשקף את מאפייני המסורת והתרבות של החברה בה היא נוצרה? האם צריך לה ייחוד כזה? השאלה הזו הטרידה את ההוגים הציונים לפני שהמדינה קמה. התחולל דיון מרכזי בתנועה הציונית לגבי אופי המשפט העתידי המדינה שתקום. הדיון הזה הוכרע כשקמה המדינה אבל הוא עדיין מעסיק רבים (משפטנים, פוליטיקאים) ובמוקד העניין עומדת השאלה: מה היחס בין המשפט הישראלי למשפט העברי. רבים חשבו שהמשפט של המדינה שצריכה לקום צריך להיות המשפט העברי, ההיסטורי של העם היהודי. וב1918, קמה במוסקבה קמה חברת המשפט העברי שמטרה לבסס את המשפט העברי שיקל במדינה העתידית שתבסס עליו. החברים בה היו חילוניים אך הצטרפו אליהם גם דתיים, זה היה חלק מרנסנס (חידוש) תרבותי, כמוש חידשו את השפה העברית, חידשו את המשפט העברי כך שניתן להפוך אותו לשיש במדינה. החזון הזה לא התגשם, נלמד בהמשך מדוע, והמשפט הישראלי הוקם על יסודות אחרים, אך נותרה זיקה בין המשפט העברי למשפט הישראלי והמשפט העברי נשאר שיטת קרובה למשפט הישראלי, היא אמנם שונה, כי המשפט הישראלי לא התבסס על המשפט העברי אבל נוצרה זיקה שמידתה שנויה במחלוקת בקרב שופטים, פוליטיקאים.

התיקון האחרון בסוגיה היה 2018: תוקן חוק יסודות המשפט בו הוכנס בפירוש המושג "המשפט העברי", במקרה שבית המשפט לא מצליח לקבל הכרעה עליו להכריע לפי מספר עקרונות (כמו צדק למשל), ועכשיו הוכנס גם שיש להכריע לפי עקרונות המשפט העברי.

המונח משפט עברי

מושג מודרני למושג המקורי: הלכה. המערכת הנורמטיבית של היהדות, הדת היהודית. ההלכה נוגעת לכל תחום: ענייני דת (תפילה, ברכות, מועדים, כשרות וכו'), עניינים בין אדם לחברו. כפי שהשו"ע (הקודפיקציה המחייבת האחרונה) מחולק לארבעה חלקים: ראשון שעוסק בתפילות, ברכות, שבת ומועדים, השני- יורה דעה (ענייני איסור והיתר, כשרות, טרפות), חושן משפט (עניינים בין אדם לחברו, נזיקין, חושים, עבודה), אבן העזר (ענייני משפחה).

המונח משפט עברי נוצר כדי לבדל חלק מהמשפט העברי העוסק בצד המשפטי ולא הדתי. לפי ההגדרה של מנחם אלון: המונח משפט עברי כולל תחומי הלכה שבדומה להם יהיו כלולים במערכות משפט אחרות, כלומר עניינים המסדירים עניינים בין אדם לחברו ולחברתו.

האם ההלכה עצמה מכירה בהבחנה הזו? בהלכה עצמה ההבחנה הזו כלולה. יש מספר מינוחים שמצביעים על כך שההלכה עצמה מבחינה בין התחומים האלה (כמו הפיצול בקודקסים או למשל המונחים איסורא וממונא שמבדילים בין איסורים שיכולים להיות קשורים יותר לדת למשל או איסורא שיכולים להיות קשורים יותר לעניינים אזרחיים).

ההבחנה הזו והשימוש במושג, הוא לא רק תיאורטי אלא גם מעשי, ההבחנה היא יסוד לכך שניתן יהיה ליישם את המשפט העברי באופן כלשהו.

היה ברור לכולם, שהמשפט במדינה שעתידה לקום לא יהיה דתי, אלא במדינה יהיה חופש דת. רוב הגורמים בתנועה הציונית לא היו דתיים. ברור שכשדובר על יישום המשפט העברי הכוונה לחלקים האזרחיים שלו ולכן היה צריך ליצור את המונח שיבחין באופן ברור בין המשפט העברי להלכה, הוא אותו חלק של ההלכה שעוסק בעניינים משפטיים, שכמותו יש במדינות שונות. והוא יכול להיות בסיס למשפט במדינה העתידה לבוא.

המשפט העברי הוא שיטת משפט מקיפה- יש בה הרבה תחומים- ענפי יסוד מכל שיטת משפט (נזיקין, חוזים). מצד אחר צריך לזכור שהמשפט העברי הוא שיטת משפט עתיקה וגם פעילה, (אם סופרים מהתנ"ך יותר מ-3000 שנה, ואם מהתלמוד אז 2000 בערך). שיטות משפט עתיקות אחרות שאנו מכירים בעולם הן כבר לא פעילות (יווני רומי וכו'). מצד אחד זה אומר שהשיטה הזו מאוד מנוסה יא עברה הרבה, חלה במקומות ג"ג שונים. אבל מצד שני היא עתיקה ונוצרה לפני המהפכה התעשייתית והרבה דורות אחורה, אין בה התייחסות לכל הענפים שאנחנו מכירים משיטות משפט אחרות (למשל דיני חברות וכו') ולכן ברור שהמשפט העברי כפי שהוא לא יכול להיות מיושם במדינה מודרנית ולכן יש אתגר גדול להתאימו לעולם מודרני. אנשי המשפט העברי הניחו כי כמו שהחיו את השפה העברית, אפשר לעשות למשפט- (א) להשתמש בחלקים המשפטיים ולא רק הדתיים ו(ב) לעדכן אותם לפי הצורך.

המשפט הישראלי

התפתח במסלול אחר, משפט הארץ הזו (השלטונות העותמאניים והבריטיים) והמשפט העברי לא שימש כבסיס למשפט הישראלי. כשהבריטים כבשו את הארץ 1917, העמידו מנדט בריטי (1920) וחוקקו מערכת חוקים שמכונה "דבר המלך ומועצתו". בו הסימן החשוב ביותר הוא סימן 46: בתיה משפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העותמאני שהיה נוהג בא"י. כלומר, המשפט העותמאני יישאר ועל גביו הבריטים יחוקקו דברים. הסייפא של הסימן הזה: במקרים שהמשפט העותמאני לא ייתן מענה, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה. זה סימן חשוב כי כפי שנראה הסימן הזה נשאר בתוקף במדינת ישראל אחרי הקמתה. כשנחקקה פקודה לסדרי שלטון ומשפט בהקמת המדינה, נאמר בס' 11 שהסימן הזה יעמוד בתוקפו, כל עוד לא סותר חוקים אחרים שתקבע המועצה הזמנית. ז"א שאימצו את סימן 46 מהפקודה הבריטית. והייתה תקפה הרבה שנים. כך שאם לא הייתה תשובה משפטית, היה עליהם לפנות למשפט הבריטי. כלומר- קמה מדינה עצמאית אך שיטת המשפט לא הפכה עצמאית אלא תלויה במשפט הבריטי.

אם כן, המשפט הישראלי צמח: קומה ראשונה מהמשפט העותמאני, קומה שנייה מהמשפט הבריטי ולאחר מכן מהמשפט הישראלי.

המשפט הישראלי השיל מעליו את כל השכבות הישנות, בכך שקמו חוקים חדשים שביטלו אותם. המשפט הישראלי התפתח באופן בו הוא ניתק את הקשרים למשפטים הקודמים, ובחוק יסודות המשפט 1980, ביטלו את ס' 46 וכך בוטלה התלות למשפט הבריטי, למעט חוקים שנקלטו, אבל גם אותם המשפט הישראלי חידש

ועידכן. ועד אז, המשפט היה כפוף למשפט הבריטי. במקומו הכניסו את ס' 1 בחוק יסודות המשפט נאמר כי אם תשובה יכריע לפי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

1984: חוק לביטול המגילה- המשפט העותמאני. בחוק זה יש רק שאומר שהמגילה (החוק הטורקי שהיה תקף בישראל בוטל, אבל יש שמירת דינים שאומר שמה שכבר נקלט יישאר.

היום בשנת 2022 המשפט הישראלי הוא שיטת עצמאית שהיא מנותקת מיסודותיה.

אם כן, שיטת המשפט העברי ושיטת המשפט הישראלי הן שיטות שונות ונפרדות, אך יש ביניהן מערכת של קשרים שהמחוקק הישראלי יצר במודע ולא במודע.

מהן מערכת הזיקות בין המשפט העברי למשפט הישראלי

- א. **ענייני נישואין וגירושין**- הזיקה ההדוקה ביותר בין המשפט הישראלי לעברי. **חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953**, שני סעיפים חשובים:
1. ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים.
 2. נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה.
- דגשים חשובים**: לפי ס' 2 אפשר לעשות זאת רק לפי דין תורה ואין נישואים אזרחיים. והערכאה השיפוטית באופן ייחודי שדנה בזה באופן ייחודי (ואף אחד לא יכול גם) זה בית הדין הרבני. ז"א שיש פה דין דתי ודין דתי בלבד. ההבדל בין הסעיפים: בס' 2 מדובר על כל יהודים, ובס' 1 רק על אזרחים, מדוע? כי ישראל יכולה לקבוע שיפוט ייחודי רק לגבי התושבים והאזרחים שלה. ומצד שני אם יהודים מחו"ל רוצים להתחתן בארץ, הם יהיו תקפים רק אם זה היה לפי דין תורה, ולא יכולים להתחתן נישואים אזרחיים.
- זו הזיקה הכי הדוקה בין המשפט העברי (אפילו כאן בחוק המונחה מצוין הוא דין תורה, ז"א גם ההלכה וגם בבית דין רבני), למשפט הישראלי. ועם זאת, ההסדר הזה לא משקף את היחס בין מדינת ישראל למשפט העברי או את האופי היהודי של מדינת ישראל.
- ב. **המשפט העברי הוא מקור משלים**- בחוק יסודות המשפט נקבע שבמקרה שבימ"ש רואה שאלה שאין לה תשובה בחוק הוא יפנה להכרעה לאור עקרונות של מורשת ישראל (זה הנוסח הראשון והוכר שם לא בהסכמה מלאה שזה כולל באופן מסוים את המשפט העברי) ולאור המשפט העברי (לפי התיקון שתוקן). המשפט העברי אם כך הפך להיות מקור משלים למשפט הישראלי.
- ג. **המשפט העברי מכוח היותה של ישראל "מדינה יהודית"**- לא מדובר בזיקה מפורשת אבל יש פחות או יותר הסכמה כזו או אחרת לכך שההגדרה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללת בין השאר פניה למקורות ההיסטוריים. אמנם הזיקה הזו לא מפורשת אבל ניתן להסיק אותה גם (מהכרזת העצמאות וחוקי היסוד שמציינים זאת).
- ד. **המשפט העברי כמקור (היסטורי) לחקיקה הישראלית**- כאשר מדינת ישראל החלה ביצירת חוקים חדשים (בעיקר בשנות ה-60) ונוצרה חקיקה אזרחית חדשה ומודרנית יותר בתחומים מגוונים, בדברי ההסבר של החוקים הללו, ישנן הצהרות שהחוקים או סעיפים בתוכם נוצרו ברוח או בהשראת המשפט העברי.
- ה. **המשפט העברי כמקור (או ביסוס נוסף) לפסיקת בית המשפט**- שופטים של בימ"ש בישראל, מפעם לפעם פונים למשפט העברי כמקור לפסיקתם או לבסס אותה. וזה קשור גם לסעיפים הקודמים: הם ניגדו שהם מבססים כי חוק יסודות המשפט אומר לעשות כן (ס' ב), או כי ישנה זיקה עקרונית (ס' ג).

שאלה מעניינית שעולה: מנקודת מבט דתית, האם יש ערך בביסוס משפט המדינה על המשפט העברי. האם זה חשוב ורצוי מבחינה דתית?

ל"ג: 2. 08.11

חזון המשפט העברי

מתרכז בתקופה של המחצית הראשונה של המאה ה-20 מראשיתה של התנועה הציונית עד הקמתה של מ"י ב-1948. בתקופה זו נעשו ניסיונות לגיבוש היחס אל המשפט העברי. לא התגבש חזון אחד אלא כמה חזונות וזאת אחת הבעיות של התנועה הזו.

רקע

לחזון המשפט העברי כתנועה תרבותית משפטית יש מספר היבטים: הציונות המדינית מול הציונות הרוחנית והתרבותית; היחס הכללי בין משפט לתרבות; חברתה משפט העברי.

הציונות המדינית מול הציונות הרוחנית והתרבותית

התנועה הציונית בראשיתה נחלקה בין זרמים שונים: הרצל הדגיש את ההיבט המדיני שמטרתו הייתה לייסד מדינה יהודית (בספרו הראשון: מדינת היהודים) זה היה החזון בהשראתו התכנסו הקונגרסים הציונים 1897 ואילך. הדגש של הציונות המדינית היה הפרוייקט המדיני-יצירת תנאים בינ"ל להקמת מדינה. ולהדגיש את העניין הזה בתנועה הציונית, על חשבון או במקום או מבלי להתייחס להיבט התרבותי. בעינינו הרצל ההיבט התרבותי היה משני. הדבר הבולט ביותר היה יחסו לשפה העברית (הוא חשב שלא ידברו במ"י עברית אלא בשפות אירופה). לרעיון הזה היו בני ברית פנימיים מעניינים בהקשר של היום במאמץ להתרכז בהיבט המדיני ולא בתרבותי. אחד מהם היה הרב ריינס (מייסד תנועת המזרחי של הציונות הדתית). איך נסביר את הברית המעניינת הזו? הרב ריינס אבי הציונות הדתית הסכים עם הרצל שלא יעסקו בעניינים תרבותיים, החשש של הדתיים היה שעיסוק בהיבטים תרבותיים הוא עיסוק חילוני. היה שיח: הויכוח על הקולטורה: (ממול הרצל עמד למשל אחד העם עליו נרחיב בהמשך). בקוטב השני אם כן, נמצא אגף אחר של התנועה הציונית בראשו- אחד העם- אבי הציונות הרוחנית והוא הדגיש דווקא את ההיבט הרוחני והתרבותי וטען שמטרת התנועה הציונית היא לאו דווקא להקים מדינה זה היבט משני וקודם כל המטרה היא תחיית התרבותית היהודית, יש להתחדש ולהתעורר מהתרבות היהודית המסורתית ויש לחדש אותה. הדגש שלו היה תרבותי חילוני, רצה לחדש את המסורת היהודית אך מנקודת מבט חדשנית. כל היהודים שחיו במזרח אירופה לעומת מערב האיופה, בלטו בתחיית השפה העברית למשל.

יש כאן שני כיוונים, אחד שמדגיש את ההיבט המדיני פוליטי ואחד ההיבט הרוחני תרבותי. במובן מסויים הרצל ניצח וקמה מדינה אבל גם לתרבות הייתה השפעה רבה, השפה העברית קמה לתחייה, והפכה להיות מדוברת שני הכיוונים האלה התמזגו. מי התלמיד המובהק של אחד העם בא"י? חיים נחמן ביאליק, שהשפיע בא"י גם הוא רבות על התרבות.

אם נתפוס את התנועה הציונית לא רק כעניין פוליטי אלא גם כעניין תרבותי (קשה לחשוב על התחייה הזו רק באופן צר ומדיני) ונסתכל על כל התנועות הלאומיות באירופה שקמו ב-19, בכל רחבי היבשת ואת כולם מאפיין בין השאר החידוש של השפה בכל העמים. היו גם עמית ששפותיהם (כמו העברית) היו לא מדוברות והיו צריכות לחדש לגמרי. לכן קשה לחשוב על לאומיות שלא במובן המודרני שלה.

אחת ההתארגנויות הייתה של משפטים ציונים שבאו ואמרו: אם אנחנו רוצים להקים מדינה ומחדשים גם שפה אנחנו צריכים גם לחדש את המשפט העברי, לייסד משפט מבוסס מסורת, שיצמח מתוך מקורות המסורת שלנו. הציונות הרוחנית והתרבותית שהיה לה משקל עצום.

היחס הכללי בין משפט לתרבות

בתנועה הלאומית הכללית הדגישו את המאפיינים הלאומיים ויחד עם התנועה הרומנטית שהדגישה את עקרונות הלאומיות, היה הרבה שיח על היחס בין משפט ותרבות, בין המדינות ביותר היו גרמניה (פרידריך סבניר- לאומן גרמני שהדגיש את הקשר בין משפט ותרבות ומשפט והיסטורי וכדי ליצור משפט גרמני צריך להתבסס על מקורות היסטוריים לאומניים). יש כאן התבססות על הנאורות וההשכלה שאופיינו בערכים אוניברסליים למשל חשבו שהמשפט צריך להתבסס על מוסר וכל העקרונות המוסריים הם כלליים ורציונליים (כמו ההנחה של הלל: מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך), אלו הם עקרונות מוסר שכל אדם צריך להזדהות איתם. והמוסר הוא בעל אופי אוניברסלי. אבל התפיסות הלאומיות של המשפט אמרו שהמשפט זו מערכת הרבה יותר מפורטת מהמוסר היא קשורה אל התרבות המסויימת, ולכן אגב מפעלי החקיקה הגרמניים הושפעו מן הזרם הזה. אנשי המשפט העברי הושפעו גם הם מהזרם הזה, מעבר לתפיסת ההתחדשות הלאומיות היהודית. גם במסגרת הזרם הכללי באירופה- המשפט הוא ביטוי לתרבות, מבטא את רוח ונשמת העם. ולכן זה נותן משקל לצורך לחשוב על משפט עברי.

חברת המשפט העברי

על רקע זה, קמה ב-1918 במוסקבה חברת המשפט העברי מיד לאחר הכרזת בלפור לאחר שהבריטים כובשים את הארץ ורואים בעין יפה הקמת בית לאומי לעם היהודי בא"י ואז החלום המופשט של הרצל הופך להיות יותר ריאלי וזה נותן דחיפה לאנשים לחשוב על זה. המקימים הם משפטנים יהודיים ציונים, רובם חילונים (שמואל איזנשטט ופלתאל דיקשטיין). לחבור מצטרפים משפטנים דתיים (אשר גולאק- ד"ר למשפטים יליד ליטא עתיד להיות הפרופ' הראשון למשפטים באוני' העברית שהוקמה ב1925). אמנם הרעיון מלכתחילה הוא חילוני וחלק מהחזון הציוני, אבל היו שם גם דתיים שבהמשך יוצר מתח בין הצדדים הללו.

ציטוט של דבריו של שמואל איזנשטט: חקירת המשפט העברי ההיסטורי והפראת המחשבה המשפטית העברית המקורית – שתי המטרות העומדות לפנינו בעבודתנו – יש להן אולי בשעה זו לא ערך מדעי עיוני בלבד, כי אם גם ערך מעשי ומדיני.... גם האוטונומיה הגלותית גם המרכז שבארץ ישראל זקוקים לחוקים ומשפטים שיגדירו את הצורות החיצוניות של חיי האומה. והדבר מובן מאלינו כי משפט זה אי אפשר שיהיה לקוח פשוט בהקפה אצל אחרים, שיהיה יליד חוץ, כי אם צריך הוא להיות יליד בית... ועל כן באים אנו לחקור את המשפט בצורתו הלאומית העברית, כפי שהתפתח במשך אלפי שנות קיום עמנו בארץ ובגולה, וללקט את החומר הנחוץ בשביל המשך ההתפתחות ובשביל יצירה חדשה בארצנו, ארץ העבר והעתיד שלנו. ידוע הוא שבמשך אלפי שנות חיינו ההיסטוריים נשאה עליה כל תרבותנו חותם דתי, וההלכה המשפטית הייתה קשורה ואחוזה בהלכה הדתית, עד שבכמה עניינים קשה לקבוע גם היום את הגבולות ביניהן. במשך עשרות השנים האחרונות התחיל בספרות הפרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת, ואנו באים רק להמשיך את הפרוצס הזה ולהכשיר את משפטנו לקיום חילוני.

החברה מייסדת כתב עת בשם "המשפט העברי" בהקדמה של כתב העת, מפרטים את החזון שלו: **מדבר על שתי מטרות:** (1) חקירת המשפט העברי ההיסטורי- כלומר פירוש ההלכה (2) הפריית המחשבה המשפטית- כלומר ליצור דברים חדשים. משום שגם האוטונומיה הגלותית וגם המרכז שבארץ צריכים חוקים ומשפטים שיגדירו את חיי האומה. (באותה תקופה המרכז של א"י הוא אולי מרכז אידיאולוגי אבל רוב עם ישראל מאורגן בקהילות באירופה, הן מודרניות ורק בעבר חיו לפי ההלכה. חידוש המשפט העברי הוא בעצם מטרה מדינה. אי אפשר שמשפט זה יהיה מבוסס על משפט מדינות אחרות, הוא צריך להיות מבוסס על המסורת שלנו. זאת לשם המשך התפתחות ויצירה חדשה בא"י. לקחת את המשפט העברי העתיק וליצור ממנו משפט עברי מודרני חדש שאותו ניצר. הוא לא חושב ליישם את ההלכה כפי שהיא. (בטח שלא מדבר על החלק הדתי כמו תפילות, הלכות כשרות וכו', אלא רק על החלק המשפטי). יש לחדש את המשפט על היבטיו, כפי שחידשנו את השפה העברית בהתבסס על שפתנו המסורתית העברית העתיקה. **איזנשטט** טוען באותה הקדמה כי הוא מודע לכך שכל תרבות העם היהודי הייתה בעלת חותם דתי וההלכה המשפטית הייתה קשורה בהלכה הדתית וכי כזה לקבוע את הגבול ביניהן. יש אחיזה וקשר בין המשפט הדתי למשפט העברי. למרות שכן החלה מגמה של הפרדה ביניהם והם באים להמשיך מגמה זו ולהכשיר את המשפט העברי לקיום חילוני. אם כן החזון הוא חזון של התחדשות, ולא לחזור להלכה הדתית המקורית, אלא ליצור על גביה ומתוכה משפט חדש מודרני חילוני.

משפט השלום העברי

תנועת המשפט העברי לא יכולה הייתה להישאר במוסקבה באותה העת בגלל המהפכה הבולשביקית, ולכן תנועה עם רעיונות לאומיים יהודים לא יכולה הייתה להישאר שם ולכן הם עלו לא"י. שם הם מצאו מציאות שהתפתחה תחת השלטון העות'מאני מ-1909 (עוד לפני מלחמת העולם הראשונה), התפתחה בארץ תנועת משפט השלום העברי. זו הייתה רשת של בתי משפט פרטיים שפעלו בדרך של בורות, הוקמה ב-1909, אחרי העלייה השנייה ב-1905. התנועה הזו פעלה עד שנות השלושים. בארץ פעל המשפט העות'מאני שהיה מאוד מושחת, לפקידים ולשופטים היו נותנים "בקשיש". הייתה אפשרות נוספת והיא בתי משפט רבניים אבל החברה של העלייה השנייה היו חילוניים וזה לא בא בחשבון. והם מחליטים להקים רשת בתי משפט פרטיים, עבריים, שיפעלו לא לפי השלטון הכובש הטורקי וגם לא הלכה של הרבנים אלא בתי משפט עבריים שיפסקו לא לפי קודקס חוקים מסויים, קודם כל כי אין אלטרנטיבה, אין קודקס שיהיה מקובל עליהם וגם אידיאולוגית הם מושפעים משיטת המשפט החופשי בגרמניה, שמדברת על משפט פחות פורמליסטי ועל משפט עממי, קהילתי ולא לפי חוק. וכך פעלו בתי המשפט הללו.

מה הדימיון והשוני למשפט העברי? הדימיון הוא במטרה להקים משפט עברי מודרני וחילוני, השוני הוא שאנשי המשפט העברי רצו לפעול לפי המשפט העברי המסורתי או להתחבר אליו באופן כזה או אחר והם חשבו כמשפטנים ולא באופן עממי. והדבר הזה מעורר את השאלה: מהו משפט עברי שאנחנו מדברים עליו? האם משפט עברי זו ההלכה או המשפט העברי החדש. והשם הזה בעצם משמש את שניהם. זה קצת בלאגן, יש מי שרואים, בכינוי לצדדים המשפטיים של ההלכה, ויש מי שרואים בו משפט עברי ששונה מהמשפט העות'מאני ושונה מהמשפט הרבני, ויש מי שעושים את ההבחנה בין המשפט העברי ההיסטורי (המסורתי) למשפט העברי המודרני.

אשר גולאק (יסודי המשפט העברי, ספר המבוא הראשון של המשפט העברי 1922) מסמל את התפיסה הדתית ומגדיר לטענתו משפט עברי: כל הדינים והחוקים של עמנו מתקופות קדומות ועד ימנו. הוא אומר שלטענתו מ"ע הוא המשפט המסורתי של ההלכה, זו שיטת משפט אחת ואחידה. אחרים לעומתו, קראו גם למשפט שנוצר פה בבתי המשפט בישראל הקהילתי גם משפט עברי. ואולי הבחירה בשם "המשפט העברי" ולא "ההלכה" מלמדת על הכיוון הזה, שאין הכוונה על ההלכה עצמה. בנוסף המונח "עברי" שקבעו ראשוני הציוניים והעדיפו אותו על המונח "יהודי" שמציין את הדת, את הגלות, משהו שהתנועה הציונית רצתה להתנגד לו, כל המחשבה הציונית המהפכנית באה ליצור משהו חדש. הם כינו את הלאומיות החדשה "עבריות", שמשמעותה ארץ ישראלי לאומי והיודי משמעותו גלותי ודתי. השתמשו במושג הזה בתחומים שונים: בתקופת המנדט רצו להקים מדינה עברית, שפה עברית, גמנסיה עברית, עבודה עברית. זה מושג ששימש את המעמד של החילונים הציונים. והמטרה הייתה להבדילו מההלכה. מצד שני באיזושהו מובן זה התבסס על ההלכה. אחרים יגידו שהוא לא ההלכה אבל מבוסס עליה (כמו איזנשטט) ואחרים יגידו שמ"ע הוא בכלל יצירה עברית בא"י חדשה ואין לה קשר להלכה. ז"א שהמושג באותה תקופה היה עמום.

אשר גולאק מוסיף ומפרט דרך מלך שצריך ללכת בה בחזון של המשפט העברי והוא מזהה את **ההתנגדויות הצפויים**: הוא אומר שהתנגדות תבוא משני צדדים (1) הפרוגרסיביים (חילונים ליברליים) יגידו שפירוש המשפט העברי אומר שזה כמו שליטה של השו"ע ואין מקום לשליטה דתית בימים מודרניים ולכן יתנגדו (2) מפלגת החרדים יתנגדו גם ויגידו שאין להוסיף על השו"ע כלום.

חזון המשפט העברי כולל שני דברים

קבלה של המשפט המסורתי כבסיס ודבר שני- שינוי שלו, וכל מי שמתנגד לאחד החלקים לא יסכים עם התהליך הזה. אגב, זה מלמד שגם האנשים הדתיים בתוך תנועת המשפט העברי הסכימו שהמשפט העברי דורש שינוי ולא חשבו שיש לקבל אותו כפי שהוא.

תקופת המנדט הבריטי בא"י, מעלה את הויכוח מחדש. מצד אחד, בשנות ה-20 שיטת משפט השלום העברי עדיין עובדת (בתי משפט פרטיים) ומתנהל ויכוח סביב העניין. האגף הדתי מחדד את הצורך להתבסס על ההלכה. למשל **הרב פישמן מימון**- מנהיג תנועת המזרחי, שותף של בן גוריון, כתב את ספר המזרחי: בגלות שמרנו על אופיינו המיוחד, היה לנו גם משפט מיוחד, ועכשיו (אחרי הצהרת בלפור) יהיה זה חטא אם נעקור מהשורש את המשפט העברי המקורי. הוא בעצם קורא שהמשפט העברי יהיה מבוסס על ההלכה. הוא משתמש במושג רואה בו כמשפט עברי במובן של ההלכה שמשקף את נשמת האומה. הוא לא נכנס לפרטים אם צריך שינוי או לא, אבל אחרי שקיבלנו הצהרה שמעודד שנקים מדינת (הצהרת בלפור), יש להתבסס עליו בהקדמת משפט המדינה. ואם נפריד ביניהם נפגע בנפש האומה. הוא מתנגד לכל אנשי המשפט העברי- גם לחברת המשפט העברי (שרצו להפריד את היסוד המדיני מהיסוד המשפטי- מסורתי) וגם לפרוגרסיביים. הוא אומר שהפרדה כזו תפגע בנפש האומה. הוא מייצג את האגף הדתי. יכול לקבל את תנועת המשפט העברי בערבון מוגבל, מוכן לעשות שינויים מסוימים, ורוצה קשר למשפט המסורתי אבל רוצה שלהלכה יהיה קשר למשפט המתחדש. וכל הרוצה להפריד ביניהן את נפש האומה הוא קובע.

אמר **הרב מאיר בר אילן**- המשפט העברי הוא גאוותנו גם אלה שהאמונה לא נר לגרליהם האמינו ביושרו של המשפט העברי. אם כן שניהם רואים במ"ע ביטוי לנשמת האומה. ומתחיל להווצר פער בין האגף הדתי ולחילוני. האגף הדתי מקדיש את המחוייבות להלכה והאגף החילוני רוצה להתבסס ההלכה וממנה להמשיך הלאה. וזה גורם לפער בין הקבוצות.

על מה הויכוח?

על המושג- האגף הדתי אומר שזו ההלכה והאגף החילוני מתכוון ליצירה החדשה שתצמח מזה. למשל, הרב יצחק הלוי הרצוג היה דמות מאוד חשובה (סוף המנדט היה הרב הראשי של א"י): מתנגד לשימוש בשם מ"ע כי זו המצאה מודרנית שמשעותה יצירה חדשה ולדעתו המשפט המחייב הוא משפט התורה הוא מבקר את ההשפעות של שיטות משפט זרות למשל. אולם, הוא כן מודע לצורך לעשות שינויים. הוא למשל מדבר על אימוץ לתוך ההלכה של עקרונות הדמוקרטיה ואכן שותף לצורך בשינוי אבל מסתייג מהשם. (אגב בלונדון מוקמת גם חברת המשפט העברי ושם קראו לזה Jewish law, ולהם לא הייתה את הבעיה המינוח בעצם).

ויכוח נוסף שעולה- לגבי הסמכות לשנות ולתקן

יש הנחה משותפת שהמשפט העברי כפי שהוא לא יכול לשמש מדינה מודרנית. ועולה השאלה מי יכול לעשות את התיקונים הללו? האם אנשים מן השורה או מוסדות מוסמכים? אנשי חברת המשפט העברי: אנחנו כמשפטנים מודרניים ניצור מתוך ההלכה בלי ליצור מנגנון מסובך ניצור את המשפט העברי, הרבנים אומרים שבהלכה יש אנשים מיוחדים שמוסמכים לתקן ולכן אתם לא יכולים אלא הרבנים. כלומר בדרך של פסיקה רבנית או תקנות רשמיות של הרבנות הראשית. מנקודת מבט פנימית של ההלכה יש צורך בגורם מוסמך. החילונים לא מסכימים לכך כי טוענים שייקח זמן עד שיתקנו, והם אפילו לא מוכנים לבוא לא"י עד שהמשיח יבוא אז בטח שלא יגעו בהלכה. אגב, האנשים הדתיים בתוך תנועת המ"ע (כמו אשר גולאק או אברהם חיים פרימן): חשבו שאפשר ליצור יצירה מתוך ההלכה מבלי לחכות לרבנות שתחדש כחידוש הלכתי רשמי. אגב זה מאפיין גם את מנחם אלון שהיה ממבילי המשפט העברי אחרי הקמת המדינה.

זה יצר פער מאוד גדול בין האגף הדתי לאגף החילוני. נציג דוג' למקום שהיה צריך שינוי: למשל דיני ירושה. לפי ההלכה, הבנים יורשים והבנות לא יירשו אלא אם אין בנים. אגב זה לא נובע מאפליה אלא מתוך אופי החברה, המוקד החקלאי, משפחתי היה סובב סביב הגברים- מבנה פטריארכלי. מה עושים במצב כזה? כי גם במשפחות דתיות וחרדיות אין נוחות עם העניין הזה. אחת האפשרויות שניתן להשתמש בה מתוך ההלכה- הפשרה כמנגנון משפטי: כשבעלי דין באים לבית דין הם מראש נותנים לדיינים הסכמה לפסוק בדרך של פשרה. הרב הרצוג הציע לקבוע בתקנות של הרבנות הראשית לחלק בין בנים לבנות באופן שווה. אבל חברי הרבנות הראשית לא הסכימו והתקנה נפלה. במסלול הרבני, אם בא רב עם הצעה מרחיקת לכת, הרבנים האחרים לא קיבלו וטוענים שצריך להשאיר את הדין כפי שהוא. הוא מוכנים לפשרה אבל זה יעשה בדרך של פשרה ולא בדרך של תקנה של הרבנות.

המשפט האנגלי נחשב למשפט מודרני, הוגן, וצודק ואנשים שנמנעו לפני המלחמה לפנות לבימ"ש אנגלי החלו לעשות זאת כי זה נראה להם טוב. כי הוא מבוסס על חוק צודק ולא משפט אקראי. ואנשים בתקופת המנדט העדיפו ללכת למשפט הבריטי ולא למשפט השלום העברי והתנועה הזו שקעה.

גם חברת המשפט העברי הגיעה לידי משבר אידיאולוגי- ההתפצלות בין האגף הדתי אגף החילוני לגבי מהו משפט העברי ומהו מנגנון השינוי והתיקון- גם אם הייתה הסכמה שצריך- השאלה מי מוסמך. היה גם משבר כלכלי- היא פשטה רגל וכארגון מבוסס החברה נעלמה.

גם כאן, הייתה השפעה של המשפט הבריטי, שהיווה תחרות למשפט העברי ואנשים שלא עזמום האם יוכלו להביא את המשפט העברי לרמה שיוכל להתחרות במשפט העברי.

חזון המשפט העברי, (היו שלושה כאלה):

1. החזון המקורי של חברת המשפט העברי- שרצו לחיות את ההלכה המשפט העברי המסורתי וליצור ממנה שיטת משפט מודרנית
2. חזון המשפט העברי של הרבנים ואנשי ההלכה שרצו ליישם את ההלכה כמשפט מדינת ישראל עם תיקונים מסויימים אבל ליישם את ההלכה
3. החזון של המשפט העברי של אנשים שאמרו שזה יהיה משפט עברי מקורי לגמרי, מודרני שלא מחוייב כלל להלכה (כך היה גם המשפט הישראלי אח"כ).

אם כן המשבר הזה הוביל **להתפרקות החזון של המשפט העברי.**

כשבאו להקים את המדינה ב-1948 לא עמדה על המדף שום הצעה קונקרטי שניתן להציע אותה. תנועת המשפט העברי לא הצליחה להביא לכדי משפט מדיני שניתן ליישום, בשונה ממדינות אחרות שבהן תנועות כאלה הובילו לחקיקה. לא נוצר קודס משפטי ואפילו לא קרוב. זאת בשל המשבר שקרה יכול להיות שאם קבוצה מסויימת הייתה מתקדמת יותר בפועל, קודקס כזה היה מתקבל, בין אם בגלל המשבר האידיאולוגי ובין אם בגלל טעמים האחרים. אולם הרצון להתבסס על המשפט המסורתי נשמר. ולכן כשהמדינה קמה לא הייתה ברירה אלא לקבל את המשפט הבריטי כנקודת מוצא, וכך נקבע ביום הקמת המדינה. המשפט העברי נשאר כחזון וכחזון מעורפל. לא התבטל החזון, ואמרו שמעכשיו החקיקה העברית החדשה. נראה שבחקיקה החדשה, לפחות ברמה המוצהרת, נעשה ניסיון לומר שמחוקקים חוקים שהם עם זיקה למ"ע. אבל הויכוח האידיאולוגי נשאר.

עזרת 3: 15.11

מעמדו של המשפט העברי עם קום המדינה

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

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

- א. הבדל עקרוני בין השיטות הוא שהשיטה הקונטיננטלית היא שיטה **אינקוויזיטורית** שבה השופט הוא פעיל וחוקר. השיטה האנגלית היא שיטה **אדברסרית** שבה שני הצדדים חוקרים זה את זה והשופט שומע ומכריע.
- ב. הבדל נוסף הוא **מקור המשפט**. השיטה הקונטיננטלית שנוהגת ברוב ארצות אירופה ממשיכה למעשה את המשפט הרומי העתיק, ומבוססת על קודיפיקציה, חקיקה. המחוקק הוא מקור החוק. החוק מתכוון לכסות את כל התחומים (נזיקין, חוזים, קניין, פלילי וכו'), והשופטים תפקידם ליישם החוק. זוהי תפיסה שקרובה יותר להפרדת הרשויות הקלאסית. הם לא מקבלים את תפיסת התקדים כעיקרון

משפטי מחייב, כל שופט פונה באופן עצמאי לחוק, לפחות במישור התיאורטי. ביהמ"ש יכול להחליט בכל מקרה מחדש. הוא כן יכול להיוועץ בתקדימים. מקור החוק הוא אחד והוא החוק החוק. פרשנות ביהמ"ש לא מחייבת באופן עקרוני את ביהמ"ש שיבוא אחריו. כל ביהמ"ש מפרש מחדש. באופן מעשי זה לא כ"כ דרמטי כי ביהמ"ש כן נוהג להסתכל אחורה, אך כהלכה הם לא מקבלים את עיקרון התקדים המחייב (העיקרון שהופך את ביהמ"ש למחוקק). בשיטה האנגלית המאמצת את עיקרון התקדים המחייב, ביהמ"ש בכל החלטה יוצר חקיקה עתידית. השיטה האנגלית, להבדיל מהשיטה הקונטיננטלית, התחיל מחקיקה ולא מפסיקות. הפרלמנט באנגליה היה מתערב באופן תדיר, אוסף את התקדימים, וקובע את החוק. דהיינו, לפרלמנט בשיטה האנגלית הייתה עליונות לחוק, אך השיטה מתחילה מבתי המשפט.

במועצה משפטית 1947, דב יוסף (יו"ר המועצה) שואל בעצם - באיזו שיטה תבחר המדינה?

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

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

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

א. **אימוץ קודקס או חוקים מסוימים על יסוד המשפט העברי** - אפשרות ראשונה ויומרת ביותר הייתה לנסח קודקס חוקים על בסיס המשפט העברי שיהווה בסיס למשפט המדינה. היו שחשבו שזה מעשי, ביניהם **משה זילברג** (לימים שופט ביהמ"ש העליון) שסבר שאפשר לפחות בתחום האזרחי לפתח קודקס משפטי מההלכה. התחום הפלילי בהלכה לא היה פעיל כמעט מעולם, והוא לגמרי מחוץ לתמונה. זילברג סבר כי המשפט האזרחי (חוזים, נזיקין) קיים ועל בסיסו, ייתכן שעם תיקונים, נוכל להתבסס. מתברר שזה היה יומרני. בכל 30 שנות תנועת המשפט העברי בין השנים 1918-1948 היא לא הציעה קודקס באיזה שהוא נושא (חוזים, נזיקין, קניין, עבודה). נכתבו מחקרים אך לא הונח על המדף שום קובץ חוקים ואפילו לא חוק אחד באחד התחומים שניתן היה לקחת ולאמץ. המשפט העברי לא יכול לתת מענה כולל לשיטת משפט מודרנית, מבחינה תאורטית אפשר להושיב תלמידי חכמים שייצרו זאת על בסיס המשפט העברי (דוגמה לכך היא דיני החברות). ברור שהמשפט העברי לא יכול לתת פתרון כולל למשפט מודרני, הוא כן יכול לתת פתרון בדינים קלאסיים. זילברג חשב שזה ניתן לביצוע, בפועל זה לא קרה, לא ניתן היה בתוך ארבעת החודשים עד הקמת המדינה לנסח קובץ חוקים בתחומים שיש במשפט העברי ולאמצם. **לכן, אפשרות זו אינה מעשית ונותרו שתי אפשרויות מעשיות אחרות:**

ב. **הצהרה עקרונית שהמשפט העברי יהיה אחד ממקורות החקיקה** - לקחת את המשפט האנגלי הנוהג, לאמצו, ולחוקק מעתה והלאה (זה מה שקרה בפועל). ניסוח הצהרה עקרונית שהחקיקה מעתה תהא מבוססת על המשפט העברי.

ג. **ביטול סימן 46 לדבר המלך והחלפתו בהפניה למשפט העברי**- הצעה מעשית של ביטול סימן 46 הקובע שבלקונה נפנה לפסיקת בתי המשפט באנגליה, כחלק מהרצון להיות מדינה עצמאית ולבטל את הכפיפות לאנגליה, וכחלופה לקבוע שבמקרה של לקונה נפנה למקורות המשפט העברי.

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

הצעת החוקה (י"פ כהן)

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

"המשפט שהיה קיים בישראל ביום מתן החוקה יעמוד בתוקפו עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החוקה, וכל עוד לא בוטל או תוקן ע"י בית הנבחרים". כלומר הוא מנסח סעיף ברמה העקרונית שהמשפט הבריטי-מנדטורי שהיה קיים עד מתן החוקה יעמוד בתוקפו. "תחיקת המדינה העתידית תהא מושתת על עקרונות יסוד של המשפט העברי". דהיינו, הצהרה עקרונית שמעתה נכנסים למפעל חקיקה עברי מקורי ומושתת על עקרונות המשפט העברי, לא זהה. "עקרונות אלו ידריכו את בתי המשפט בבואם למלא את החסר בחוקים הקיימים". עוד בטרם חקיקת החוקים העתידיים, אם מתעוררת שאלה שאין לה תשובה בחוק, יש לפעול לאור עקרונות המשפט העברי. המשמעות היא החלפת סימן 46.

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

הצעת פלטיאל דיקשטיין (דיקן)

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

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

מה קרה בפועל?הפקודה לסדרי שלטון ומשפט

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

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

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

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

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

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

התוצאה היא אחת- מדינת ישראל כאמור לא ביטלה את סימן 46, נותרה כפופה למשפט האנגלי ולא אימצה את המשפט העברי. למשפט העברי אין לכאורה מעמד פורמאלי כלשהו במדינת ישראל שעת הקמתה בשנת תשע"ח, 1948. אולם לגבי המדיניות יש לנו הצהרה.

מדיניות חקיקה

שר המשפטים במועצת הועדה הזמנית משחרר הצעה לפיה :

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

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

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

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

א. **חוק איסור לשון הרע**- התשכ"ה-1965. חוק זה שואב, לפחות בשמו, מהמשפט העברי. ההסדר לא מאוד דומה.

מתוך הצעת החוק: סוגיית לשון הרע, פרטיה דיניה ואיסוריה – שורשים קדומים לה במסורת המשפט העברי. בספר ויקרא נאמר "לא תלך רכיל בעמך (יט 16) וחכמים המשפט העברי ראו בלשון הרע "עוון גדול הגורם להרוג נפשות רבות מישראל" (רמב"ם, דעות ז א). כמה מן העקרונות והחידושים שבהצעה זו נדיונו בהרחבה בספרות ענפה של המשפט העברי.

ב. **חוק הגנת השכר**- התשי"ח-1958, שר העבודה שמגיש את הצעת החוק מבססו על פסוקים מספר ויקרא "לא תלין פעולת שכיר אתך" ומשלי "אל לרעך לך ושוב ומחר אתך". עם זאת, ראוי לציין שגם למדינות אחרות שלא מצטטות את התורה יש חוקי שכר האוסרים על הלנת שכר.

אלמוגי (שר העבודה): 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 אתך" (ג 28)

ג. **חוק פיצויי פיטורים**- התשכ"ב-1962, התפתח **נוהג** כבר ביישוב העברי קודם להקמת המדינה שכשמשפטרים מישהו נותנים לו פיצוי. מי שעבד ברציפות למעלה משנה אחת אצל מעביד אחד או במקום עבודה אחד ופוטר. זכאי לקבל ממעבידו שפיטרו פיצויי פיטורים. בתי המשפט החלו להכיר, חרף היעדר חובה חוקית, במנהג. זו שאלה גדולה בתורת המשפט האם המנהג הוא מקור משפטי מחייב. רוב פסקי

הדין הכירו במנהג הזה וחייבו מעבידים לתת פיצוי, והמחוקק עיגן וקיבע זאת בחוק. החוק בא להסדיר חקיקה זו שהייתה עד עתה מוסדרת בנוהג. לחוק זה מקור מעניין במשפט העברי- דיני העבד. באחד מפסקי הדין (וולפסון נגד חברת ספיניס) ציין ביהמ"ש כי רעיון פיצויים אלה נעוץ בתורה (דיני העבד בספר דברים). התורה קבעה דין, חוק, לפיו עבד עברי עובד 6 שנים. מצווה זו מוגבלת לעבד אך אחד הראשונים שחיבר את ספר החינוך במאה ה-14 כותב שמצווה זו היא דין של עבד עברי, אבל נלמד מכאן לא רק לעבדות, אלא לגבי שכיר בכל מקצוע, שיש לפצותו בעת פיטוריו.

דברי ההסבר: החוק המוצע בא להסדיר בדרך חקיקה זכות במערכת משפט העבודה שהיתה עד עתה מוסדרת על ידי נוהג שבת המשפט הכירו בו ופסקו לפיו – הזכות לפיצוי פיטורים.

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

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

הצעת חוק הירושה- התשי"ב-1952

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

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

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

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

בפועל, בתי דין רבניים פוסקים שווה לבנים ולבנות בדרך של פשרה מובנית שהם מוסמכים לפסוק (בדין תורה דורשים מהצדדים להסכים לפשרה ובהיעדר הסכמה לפשרה מחייבת בתי הדין לא מוכנים לדון באותה

המקרה). כשרבנים התמודדו עם שאלת שוויון בין בנים לבנות בדין תורה, הם השתמשו בפתרון הפשרה, וכך לא צריך לשנות את הדין (לפיו בנים יורשים ובנות אינן יורשות). האם אפשר היה לכתוב זאת בחוק במדינת ישראל? חלק מהרבנים חשבו שכן, כך צריך להיות החוק. אחרים כמו הרב הרצוג חשבו שלא. מדובר בוויכוח פנים הלכתי. לחוק יש תפקיד שנקרא "תפקיד אקספרסיבי", החוק מגיע עם השקפה ואינו רק התוצאה הסופית. לכן, באופן מעשי יש פתרון אך החוק לא ממלא את תפקידו האקספרסיבי להביע השקפת עולם.

כמה מעקרונות הירושה לפי המשפט העברי

- הירושה עוברת מן המוריש ליורשיו באופן שאינו תלוי במוריש ואף לא ביורשים, דהיינו באופן אוטומטי.
- אדם אינו רשאי למנוע מיורש את הירושה או להורשה לאחר. הוא רשאי לתת מתנה (מחיים). הירושה לא יכולה לסטות מהדין, אך אדם בחייו יכול לתת מתנה ובכך לסטות מזה. בפועל אדם לא רוצה לתת מתנה בחיים כי הוא רוצה להשתמש בנכסיו עד מותו ולכן הוא נוקט במנגנון ההלכתי של "מתנה מהיום ולאחר מיתה" – מתנה מהיום שתחול לפי דיני התנאים במועד אחר. "הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי אבל אין דעת חכמים נוחה הימנו" (משנה, בבא בתרא, ח ה). המשמעות היא שיש כוח במתנה לעקוף את דיני הירושה לפי ההלכה, אך זה לא דבר ראוי ואין לזה מעמד משפטי (שהרי באופן משפטי אדם יכול לנשל את יורשיו ע"פ דין ולתת נכסיו לאחר).
- יורשיו של אדם הם צאצאיו של המוריש, ואם אין צאצאי אביו, ואם אין צאצאי אביו – עד סוף כל הדורות. כלומר, לפי ההלכה אין אדם בישראל שאין לו יורשים כי אתה הולך ומתרחק – אם אין ילדים הולכים ליורשי האב (אחים ואחיות) וכן הלאה (בני דודים, בני דודים שניים). רק גר הוא מי שאין לו יורשים.
- הבכור יורש פי שנים מחלקו של כל אחד מן האחים.
- הבנים יורשים והבנות אינן יורשות – אלא במקום שאין בנים.
- האישה איננה יורשת את בעלה.

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

- ס' 1 – במות אדם עובר עזבונו ליורשיו – ירושה אוטומטית ללא פעולה מצד המוריש או מצד היורשים.
- ס' 2 – היורשים הם יורשים ע"פ דין או זוכים ע"פ צוואה; הירושה היא ע"פ דין זולת במידה שהיא ע"פ צוואה.
- ס' 10 – יורשים ע"פ דין הם: (1) מי שהיה במות המוריש בן זוגו (2) ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם. (בחוק זה – קרובי המוריש). כלומר, לא הולכים מעל לרמת הסבא, אם אין יורשים ברמת בני דודים/ בני דודים שניים, המדינה תירש את הכספים, מטעמי יעילות.
- ס' 13 – ילדי המוריש חולקים ביניהם בשווה, וכן חולקים הורי המוריש ביניהם והורי הוריו ביניהם בשווה. אנו מזהים כאן ביטול ירושה כפולה לבן הבכור וביטול אי השוויון בין בנים ובנות.
- ס' 17א – זכות הירושה של המדינה: " (א) באין יורש לפי הסעיפים 10 עד 16, תירש המדינה כירושת על פי דין. (ב) מה שירשה המדינה לפי סעיף זה ישמש למטרות חינוך, מדע, בריאות וסעד, אולם רשאי שר האוצר להעניק מנכסי העזבון או לשלם, בתחום שווים של נכסי העזבון שהגיעו לידי המדינה אחרי סילוק חובות העזבון, תשלום חד-פעמי או תשלומים חוזרים – (1) לאדם שערב מות המוריש היה

מחסורו על המוריש; (2) לאדם או לתאגיד שערב מות המוריש היה מחסורו של המוריש עליו; (3) לבן-משפחתו של המוריש או של בן-זוגו שאינו מורשיו על פי דין".

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

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

כלומר, במצב שבו חלק מהיורשים היו סמוכים על שולחן המוריש (ילדים, חולים, נכסים) וזקוקים למזונות, זכותם לקבלת מזונות גבוהה יותר. במקום בו יש צורך, הצורך גובר על הנחיות הירושה לפי הדין.

בדברי הצעת החוק: "המקור העיקרי להצעתנו הוא המשפט העברי. עד כמה שידיעתנו מגעת אין כיום שיטה משפטית שפיתחה ושכללה את הרעיון שזכויות רכוש בעיזבון נידחות מפני דאגה למחסורם של אלה שהיו תלויים במוריש כמו שעשה המשפט העברי". דהיינו, הם לקחו רעיון מהמשפט העברי, פיתחו אותו והשתמשו בו.

המקור העיקרי להצעה הזו הוא המשפט העברי- כלומר מצאו רעיון במשפט העברי והשתמשו בו (משנה כתובות).

משנה כתובות יג ב

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

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

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

עזרת 4: 22.11

שילוב המשפט העברי במשפט המדינה מנקודת מבט דתית

הדברים אינם כה פשוטים, אין מדובר באימוץ ההלכה באופן מלא, לא מבחינה מהותית וודאי לא מבחינת אימוץ של הערכאות ההלכתיות (בתי הדין). ברור שבמדינה בתי המשפט הם בתי משפט אזרחיים, לא בתי דין רבניים או תורתיים, ואנשים היושבים בהם לא בהכרח כשרים לדון. לכן ברור שכשמדברים על קליטת המשפט העברי, מדברים על קליטה חלקית וסלקטיבית, לא מאמצים את ההלכה כפי שהיא אלא חלקים

נבחרים ממנה (שלצמים יותר, פחות לעיתים רק סעיפי חוק). שיעור שעבר ראינו כמה דוגמאות, חוק הירושה למשל, החלה מאוד סלקטיבית, לכן אין אימוץ כולל לכל הדעות. בנוסף בתי המשפט הם אזרחים אז השאלה האם יש טעם בדבר כזה, הדעה הרבנית הקלאסית היא כי ההלכה היא גוף שלם ויש לאמץ את כולו.

למשל דברי הרב אליעזר יהודה וולדנברג - פוסק הלכות חשוב מאוד, פעל עד לשנות 2000, יש לו סדרת שו"ת, עסק בענייני רפואה והלכה וחיבר ספר - 'הלכות מדינה'. הוא מציע את התוכנית שלו ואומר כמה עקרונות עליהם יש לעמוד מתפיסתו:

1. בתורה שבכתב ובע"פ יש את כלל החוקים הנוגעים למדינה והלכותיה, ובה פתרונים לכל הדברים שבין אדם לאדם ובין אדם למדינה לכל התקופות והדורות - מבחינה משפטית יש מענה לכל ולכל התקופות.
2. חוקת היסוד של מדינתנו כבר ניתנה בסיני ולא תשתנה לעולמים. לא אנו נתנו לה את תוקפה וממילא לא בידינו לבטלה.. עלינו להחזיר לתורתנו את כתרה הממלכתית על ידי הטבעת צורת חיינו בדמותה ובצלמה - כלומר עלינו בעיקר להחליט שהתורה תהא משפט המדינה אבל כן יש בה את הפתרון לכל השאלות. הוא היה איש מפקח וידע שהשאלות שעומדות היום שונות מאלו שעמדו בפני המרב"ם והמשנה, ברור שיש שינויי נסיבות אבל הניח שהשינויים הנ"ל ניתנים כפי שההלכה התפתחה היא תוכל להמשיך ולהתפתח ופוסקים יכולים להפיק ממנה, היישום שלה ישתנה אבל לא ההלכה עצמה.

איך יתנהל השינוי?

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

שני השינויים הנדרשים להלכה כדי להתאימה למציאות המודרנית צריכים לבוא ע"י חכמי ההלכה. הסכמות הזו אינה נתונה למנהיגי הציבור - אין בכוח חברה הכנסת לשנות הלכה, רק ביד החכמים שהם מוסמכי ע"י ההלכה. לכן מנהיגי הציבור, הפוליטיקאים לא יכולים לשנות ולחוקק חוק אחר, לא יכולים לחבור כמו חוקי הירושה שראינו כי אין זה בסמכותם. לכן מנקודת מבטו אם מדברים על אימוץ סלקטיבי של ההלכה, עמדתו היא שזה פסול. אין סמכות לחברי הכנסת לבחור חוק כזה או אחר או לפרש ולהתאים את החוקים. ההלכה היא שלמות אורגנית שהשינוי שבה יכול להיעשות מבפנים עי חכמי ההלכה המוסמכים לכך, אם המדינה לוקחת ומשנה את המשפט העברי/ בוררת ממנו/ מתאימה אותו - זה למעשה נשמע שאין בזה טעם ואולי אפילו פסול כי אי אפשר לפרש את ההלכה באופן בלתי מוסמך.

הרב יצחק הרצוג, היה הרב הראשי לישראל בהקמת המדינה:

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

כדי שיתקבל סעיף זה... מן ההכרח לעבד כבר עכשיו מצע למשפט שיתחשב עם האופי הדמוקרטי של המדינה. הוא לא נתן תשובה: אם בתי דין של הדיוטות ידונו לפני משפט שהוא דין תורה והם יחדשו ויפרשו לפי דין זה, איך זה בדיוק יעבוד, הוא לא נתן על זה תשובה.

למעשה הוא כותב לפני הקמת המדינה ואומר: דרישה שהמדינה תאמץ סעיף שאומר שמשפט המדינה מבוסס/ לא סותר את עקרונות התורה, המדינה תאמץ את משפט התורה לפחות עקרונית. מוסיף ואומר שגם אנחנו חכמי ההלכה צריכים להתאים עצמינו לאופי הדמוקרטי של המדינה. בתי הדין לפי ההלכה, לפי הדרישות ההלכתיות שלהם, ז לא מתאים או משתלב עם תפיסה דמוקרטית. לפי ההלכה בבתי דין יכולים לשבת רק יהודים, רק גבים, רק שומרי מצוות- דרישה מקסימה אבל לקהילה דתית, היא יכולה להחליט לקבל את העקרונות הללו. אולם לא מתאים למדינה דמוקרטית שרוצה שכל אזרחיה יוכלו באופן עקרוני להיות שופטים. אז אם מקבלים את העקרונות ההלכתיים מובן שבתי הדין יתאימו להלכה, וכך לא יתאימו לאופי הדמוקרטי. אז ההכלה יכולה לקבל את עקרון השוויון- לפי דעתו זה מבוסס על העיקרון שבעלי הדין יכולים להסכים לדון בפניהם. לפיו ברגע שבעלי הדין או הקהילה מקבלת על עצמה את השופטים, השופטים יכולים להיות גם כאלו שלא מוסמכים לפי הדין- אם זה היה מתקבל זה היה מעורר מהפכה עצומה. למעשה יש פה שני הלכים- 1- תביעה למדינה תאמצו את ההלכה כמשפט. 2- להלכה- תתגמשו ותתאימו עצמכם לאופי המדינה הדמוקרטית. המהלך הזה לא צלח.

נדגיש: **הוא מעמיד כתנאי:** שהשינויים במשפט יעשו ע"י תלמידי חכמים, ואפילו נקב במוסד מסויים: הרבנות הראשית לישראל. לטענתו היא צריכה לתקן תקנות לשינוי בהלכה ולא המחוקק. למשל: הציע לתקן את חוק הירושה, באופן כזה שישווה מעמד הבכור והפשוט ואת מעמד הבנות והבנות, מתוך הנחה שאפשר לתקן תקנות בדיני ממונות. חבירו לא הלכו איתו גם בעניין זה. הוא היה רב יחסית מודרני, רוב הציבור לא העלה על דעתו לקבל סעיף כזה שהמשפט יהיה מבוסס על משפט התורה ולכן נדחה על ידי הציבור הכללי, נדחה על ידי הציבור הדתי בגלל הטענות שלו לתקן תקנות בהלכה. הוא נדחה מכל כיוון, ולאחר הקמת המדינה הוא מרגיש אכזבה גדולה. הוא כותב אחרי הקמת המדינה מסמך בעקבות אי קבלת הצעתו לבסס את משפט המדינה על משפט התורה:

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

הוא ציפה שהמדינה תצהיר שהם יחדשו את משפט התורה, הוא היה תמים ולכן כשהוא לא התקבל, הוא מאוד התאכזב.

באופן אידיאלי הוא רצה ליצור התאמה בין משפט התורה למשפט המדינה, ואחרי שזה לא קרה, הוא מציע רעיון: "צו השעה..." הוא מציע לנסח קודקס הלכה חדש שמבוסס על המשפט העברי, שקורא לו "ערוך השולחן" בצורה שעשויה להתקבל אצל המשפטנים. הוא מבין שצריך נסח את ההלכה באופן שמתאים לחוק מודרני, כי שו"ע הוא לא קודקס שאפשר ליישם במדינה מודרנית גם מבחינה טכנית שלו וגם מבחינת תוכן. הקודקס החדש לא יהיה רק בשביל החילונים, אלא דרוש גם לבתי הדין הרבניים. הקודקס הזה יחדש בשני אופנים: (1) יש הרבה תחומים חדשים שזקוקים להשלמות (דיני חברות, דיני ביטוח וכו') ו(2) יש צורך בתקנות (גם שינויים של ההלכה), את אלו צריכים לבצע רק גורמים מוסמכים, רבנים. זה גם לטובת הציבור החילוני וגם לטובת בתי הדין הרבניים. **התועלת תהיה כפולה** (1) בשביל בתי הדין הרבניים שיוכלו לדון לפני ההלכה בתחומים שעד היום לא היה ניתן לדון לפי ההלכה כי הם חדשים וההלכה לא נקבעה לפיהם (דיני

חברות, דיני בנקים). אבל (2) התועלת היא גם לבתי המשפט האזרחיים, כדי למנוע מצב בו המשפטנים יבחרו בקודקס של אחת המדינות המפותחות של גוים ויאמצו אותו. ולדעתו, אם עם ישראל ידחה את התורה וההלכה ויבחר שיטת משפט אחרת, זה חילול שמיים. ומנגד, אם יהיה קודקס חדש, עם ישראל לא יתעלם מדיני התורה, ויאמץ אותם. וכך שזה רחוק ממה שאנחנו רוצים באידיאל שיאמצו את ההלכה כמו שהיא, אבל לא תפגע התורה כולה.

נשאלת השאלה מה הרב הרצוג חושב על הפרוייקט של משפט עברי? הוא קצת מתקרב לאפשרות הזו. הוא מבין שהמדינה תחוקק חוק משלה, והוא מציע לה לחוקק על פי ההלכה (אחרי שהצעה לחוקק את משפט ההלכה בחוק המדינה לא התקבלה). הוא מציע שיוכן הקודקס החדש הזה, וכשהמדינה תבוא לחוקק חוקים, היא תוכל לאמץ פרקים פרקים או תחומים תחומים מהמשפט העברי. זו הצעה יותר פרגמטית, הוא אומר שהם צריכים להציע קודקס ואז המדינה תוכל לאמץ פרקים פרקים. ז"א **הוא לא שולל ואפילו תומך שאימוץ סלקטיבי של המשפט העברי**. זה לא האידיאל מבחינתו, הוא כן מעדיף לאמץ את הכל, אבל הוא ללא ספק מעדיף אימוץ חלקי מאשר התעלמות מכך.

הרבנים החרדים שללו את חוקי המדינה מכל וכל וכלל לא דיברנו על מצב ביניים שכזה, או שיאמצו את כל חוקי ההלכה או שכל חור המדינה פסול (למשל חזון איש). החרדים התייחסו אליה כמו כל מדינה אחרת בעולם, לא ראו בה מדינה יהודית, אלא משפט חיזוני.

הויכוח הזה היה גם בין מלומדים משפטניים דתיים: נציג את דעותיהם של פרופ' אנגלרד (מומחה למשפט אזרחי, נזיקין) ופרופ' מנחם איילון (מומחה למשפט עברי), שניהם היו שופטי בימ"ש עליון.

אנגלרד

כבר בראשית העניינים, כתב אנגלרד מאמר בו הוא מבקר את רעיון המשפט העברי, מתנגד לו. ראית, הוא מציע לחדד את ההבחנה בין משפט דתי למשפט המדינה. משפט דתי מכיל שיקולים דתיים, ערכים והליכים מיוחדים בעלי אופי דתי, הוא לא עוסק רק במה אסור או מה מותר, אלא גם מציע המלצות: מה מומלץ, ראוי וכו'. הנקודה החשובה בהבחנה ביניהם: המחוקקים והשופטים במשפט דתי צריכים לשקול שיקולים דתיים ולכן הם צריכים להזדהות עם האמונה והתפיסה הדתית כדי לשקול את השיקולים האלה, ולכן יש סנדטרט למי יכול להיות שופט כזה. שיטה דתית שלמה היא שיטה שהעקרונות והשיקולים הדתיים הם חלק מהמשפט והשופטים הדתיים צריכים להיות ראויים לשקול שיקולים אלה. לעומת זאת, משפט המדינה הוא חילוני וכולל אינטרסים וערכים אנושיים ואזרחיים. ולא כולל שיקולים דתיים. (לפעמים זה אפילו פסול לשקול שיקולים דתיים, כמו למשל שרשות מדינה לא רשאית לכפות שיקולים דתיים על אזרחים) ולכן שופטים במשפט המדינה צריכים לשקול שיקולים אזרחיים וחוק המדינה ולא לפי ערכים דתיים. אם יש לו ערכים דתיים (כי הוא דתי למשל) זה לא פוסל אותו, אבל הוא צריך להתחשב רק **בערכים אנושיים וחברתיים בלבד**, ואם יפסוק לפי שיקול דתי בלבד, פסיקתו לא ראויה.

הוא אומר, שכאשר משפט המדינה מאמץ משפט הלכה או נורמות מהמשפט העברי הוא "מחלן" אותם, כי עכשיו הם נטמעים במשפט המדינה כי עכשיו צריך לאמץ אותן, לפרש אותן ולהשתמש בהן לפי שיקולים חילוניים ולא להשתמש באופי הדתי שלהם. **הוא מבחין בין סוגי של "חילון"**:

- **"חילון פורמלי"** - התוקף של חוקי המדינה מבוסס על כך שהם מאומצים על ידי הכנסת. התוקף של חוקי ההלכה הוא עצמאי ומבוסס על כך שהוא תואם את הנורמה הבסיסית של ההלכה (נורמה בסיסית = הנורמה העומדת בבסיס כל מערכת המשפט, למשל מערכת המשפט שלנו, הנורמה הבסיסית היא שצריך לציית לכל חוקי היסוד של הכנסת, וכתוצאה מכך צריך לציית לכל החוקים כי חוקי היסוד

קובעים זאת וכן הלאה. לכל מערכת משפט יש נורמה בסיסית (כוז). הנורמה הבסיסית של ההלכה היא שיש לציית לחוקי התורה. ברגע שאני לוקח נורמה הלכתית ושותל אותה בחוקי הכנסת אני צריך לציית לה מתוקף הנורמה הבסיסית לציית לחוקי הכנסת (גם אם בעבר הנורמה הבסיסית לאורה הייתי צריך לציית לנורמה זו היא בגלל שצריך לציית לחוקי התורה וההלכה הדתית). אם כן, אימוץ המשפט העברי ע"י הכנסת משקף את זה שהתוקף שלהם הוא חילוני או דתי. נקיים את הנורמה כעצם היותה חוק ולא הלכה, ללא תלות בתוכן שלה.

- **"חילון" מהותי-** פגיעה מהותית בהלכה באמצעות החקיקה. חוק של המשפט העברי שמאומץ על ידי הכנסת מחייב ניסוח מחודש והשתלבות בסביבה המשפטית של החוק. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במקרים חדשים שלא נידונו בעבר. חקיקה של המשפט העברי מחייבת הכרעה במחלוקות.

דוגמה 1: חוק הערבות: ס' 1: ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים את חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי. במשרד המשפטים כשהציעו את החוק אמרו שההגדרה מתאימה למשפט העברי. איך נפרש את הנורמה הזו: **(1) מיהו אדם?** יש כאן 3 בני אדם: הערב, החייב, הנושה. מי הם? נפרש לפי **חוק הפרשנות**, שאומר שאדם הוא גם גבר, גם אישה וגם תאגיד. האם זה מתאים להלכה ההגדרה הזו? צריך לבדוק אבל לא בהכרח. גם אם אנחנו לוקחים חוק שמקורו בהלכה, השופט יצטרך לפסוק לפי משהו שהוא לא בקיא בו. ההלכה לא נתנה את הדעת להאם תאגיד יכול לתת ערבות. **כשאתה שותל נורמה בחוק, הפירוש של החוק לא יהיה לפי ההלכה.** דוג' נוספת: לפי חוק הכשרות המשפטית, גם שם נצטרך לפרש מיהו אדם. **(2) מהו חיוב?** ערב יכול להיות גם על חיוב שיווצר בעתיד (חיוב מותנה). לפי ההלכה לא קיימת ערבות כזו. לפיכך, כאשר החקיקה מאמצת נורמה הלכתית, היא נשתלת בסביבה בה היא הופכת להיות נורמה המתפרשת לפי המשפט העברי.

זה קורה גם במישור השפיטה, שופטים יפרשו נורמות ויפתחו את החוק הקיים ואין להם סמכות לעשות זאת לפי ההלכה, אין לפרשנותם מעמד הלכתי. במילים אחרות, אי אפשר לראות פעולות של שופטים במסגרת משפט המדינה כפעולות הלכתיות, לכן הוא טוען שאימוץ של הלכה במשפט המדינה "יחלן" אותה גם מבחינה פורמלית וגם מבחינה מהותית.

דוג' 2: חוק הירושה 1965: ס' 23: שכיב מרע וכן אדם הרואה עצמו בנסיבות המצדיקות זאת מול פני המוות (למשל אדם בשדה קרב או עומד להתאבד) רשאי לצוות בע"פ בפני שני עדים השומעים את לשונו. כלומר, החוק מאמץ את המושג ההלכתי של שכיב מרע, שמאפשר לא לכתוב את הצוואה אלא לצוות בפני שני עדים. עולה השאלה, האם שני העדים הללו צריכים להיות כשרים לפי ההלכה? המחוקק כנראה לא מתכוון לכך. כשנורמה נשתלת בחוק היא מקבלת פירוש אחר. בימ"ש העליון טען שאחד מפסקי הדין כי גם אם צוואת שכיב מרע לא נעשה בפני שני עדים כשרים, יש הנוטים להכשירה ולכן צריך לקבלה.

לסיכום, הוא אומר שפרוייקט המשפט העברי אין סיבה מבחינה הלכתית לתמוך בו. מנק' מבט דתית הלכתית לא נתמוך בו כי הוא מוביל לחילון ההלכה. כאדם דתי אין לי אינטרס בקליט של המשפט העברי. יש אינטרס אחר שהוא לא דתי: למשל אינטרס תרבותי לאומי, תכף נדון בו.

מנחם אלון

שילוב המשפט העברי במשפט המדינה לא "מחלן" את ההלכה. כי להלכה תוקף שלא קשור אליו ולכן לא מחלן אותה. 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 אומר שהוא לא טוען שפסיקת בימ"ש היא פסיקה הלכתית. הוא לא חשוב ששופט הוא פוסק הלכה, קליטה הזו היא לא פעולה דתית, אבל לטענתו, הפעולה הזו היא פעולה חילונית. רעיון הקליטה של המשפט העברי הוא לא כדי שתתווסף הלכה כמו השו"ע, אלא כדי שימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למשפטה של מדינת ישראל, שיחייב את האזרחיה. כדי שיהיה משפט במדינה שיחייב את אזרחיה מבחינה משפטית, ואין בכך חסרון. זו קליטה נאה ורצויה אף על פי שאינה פסק הלכה של המשפט העברי. הוא רוצה שנורמות שהיו נורמות דתיות, יהיו עכשיו נורמות משפטיות. אם כן הוא מסכים עם אנגלרד שאימוץ המשפט העברי הוא לא נורמה דתית, ושפיטה לפי המשפט הזה היא לא פסיקת הלכה, אבל יש אינטרס תרבותי לאומי לשזור אותה במשפט המדינה. בשונה מאנגלרד, הוא לא חושב שאימוץ המשפט העברי למשפט המדינה יפגע בהלכה, אלא תחזיר אותו לחיי המעשה ולהחייאתו.

אם כן, טיעון כפול: מצד אחד אומר אימוץ כזה הוא לא פסיקת הלכה וכבוד ההלכה בכבודה מונח, והזיקה בין המשפט העברי למשפט המדינה נחוצה בעבור משפט המדינה. ומצד שני, זה יתרום גם למשפט העברי: המשפט העברי התאים לקהילה שאינה מודרנית וקהילות עבר, וזו דרך להפגיש אותו עם נושאים חדשים שלא עסק בהם. זה מאלץ אותנו לדון בסוגיות שלא עסק בהן, יעלה נושאים שונים לסדר היום. המפגש של המ"ע עם המציאות המודרנית, במהלכו המדינה תחייב את המשפט. ואנגלרד טוען ההפך שאם לא נפגיש אותו אנחנו נשאיר אותו "קפוא" מבלי לפתח אותו. כן ששני הכיוונים האלה (גם צורך המדינה וגם התרומה למשפט העברי), מראים שאימוץ המשפט העברי הוא ראוי.

דוג' להחייאת השיח בהלכה:

1. **הלכת השיתוף** במשפט הישראלי, משנה את אופן חלוקת הנכסים בין בעל ואישה. בעקבות השינוי בחוק הישראלי, חלק מחכמי ההלכה טוענים כי יש לאמץ להלכה את הלכת השיתוף.
2. **פס"ד קטלן** - התעוררה שאלה האם ניתן לבצע בדיקות חוקן באסירים החוזרים מחופשה. **בימ"ש: ברק** - לא אישר בדיקה כזו. **חיים כהן** - מסתמך על המשפט העברי לפי סוגיית "כבוד הבריות" אסור להשפיל אדם בכל מיני דרכים. הוא אומר שהפגיעה בכבוד הבריות מחייבת לבטל את השפלת האסירים. זו דוג' לכך שמשותמים במשפט העברי ודנים בו ממקום אחר במשפט האזרחי ומחיים אותו בכך שמשותמים בו ומבססים פסיקה עליו.

תגובת אנגלרד: לעמדה של אלון לטיעון התרבותי: הרי עיקר המאמר שלו כוון לכך שמבחינה הלכתית אין טעם לשילוב המ"ע במשפט המדינה. אבל מבחינה תרבותית יכול ליהות בכך צורך. טוען שתי טענות:

(1) המשפט היהודי הוא משפט דתי ואי אפשר לקלף את השכבה הדתית ולקיים את "הגרעין התרבותי חילוני" - הוא עושה הפרדה מאוד חדה בין הדין הדתי לחוק המדינה, כל חובה בדין הדתי היא דתית ואי אפשר ללמוד ממנה על משפט המדינה. לעומת זאת, הגישה של אלון אומרת שגם אם הדין הוא דתי, השיקולים שהוא מעלה יכולים להיות על אותו מישור וללמוד מהם על המשפט החילוני. אנגלרד אומר שהמשפט הדתי הוא סגור ומשומר שאי אפשר להעמידו על מישור אחד עם המשפט החילוני - זו טענה דתית.

(2) טענה נוספת שהוא מגיב: כמשפטן, כל הידון על התרבות והמשפט, שעומד על ההנחה שיש קשר בין המשפט והתרבות, זו הגזמה, המשפט הפרטי בזמן הזה הוא מע' טכנית לא בעלת משמעות תרבותית עמוקה.

עניינו בשאלות טכניות ומעשיות. אנחנו יכולים לראות שמדנות שונות עם רקע תרבותית שונה, יש להם משפט דומה. אני כמשפטן לא שואל שאלות תרבותיות אלא שאלות מעשיות וטכניות בכל מקרה לגופו והשאלות התרבותיות הם בשוליים ופחות חשובות, ולכן אני לא רואה טעם בקליטת המשפט העברי מבחינה תרבותית, אני לא רואה קושי בלהפריד בין ההלכה שאני מקיים לבין המשפט החילוני.

לסיכום, דנו בשני טעמים לקליטת המשפט העברי:

1. **הטעם הדתי** - של הרב הרצוג וביקר אנגלרד
2. **הטעם התרבותי** - של אלון והגיב אנגלרד
3. **המשפט העברי לתועלת** - (גם אלון טען בו ואגב גם סולברג הוציא עליו מאמר) כדאי ללמוד אותו כי הוא כתוב בעברית והרבה פעמים הפתרון שלו מוצלח, כמו שמסתכלים על משפט משווה, כדי ללמוד ממנו.

לעזר 5: 29.11 - הלכה

המשפט העברי והחקיקה הישראלית החדשה

לפני שני שיעורים ראינו נקי מבט ראשונית לשילוב המשפט העברי בחקיקה בצורות שונות. ראינו שהמשפט העברי משתלב באופן בררני. לעיתים הוא מטביע את חותמו על שמות החוקים, על הסדרים עיקריים, ולעיתים ההסדרים סלקטיביים. בכל אופן, ברור שהמשפט העברי משמש לצורך חקיקה.

אולם, אם המי"ע משמש לצורכי החקיקה, נשאל את השאלה "באיזו מידה המקור של המשפט העברי צריך להשפיע על פרשנות החוקים?" כאשר יש חוקים שנחקקו על רקע המשפט העברי, האם, בעת שביהמ"ש מפרש את החוקים האלו, עליו לפנות למשפט העברי?

חוק השומרים

חוק השומרים מאמץ עקרונות יסודיים של המשפט העברי: ההבחנה בין סוגי השומרים היא מידת האחריות שלהם, שלקוחה מן המשפט העברי.

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

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

בנוסף, הסי' מציג הבחנה בין סוגים שונים של שומרים:

- (ב) **השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו**, הוא שומר חנם.
- (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 ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל

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

סעיף 2: קובע את מידת האחריות

(א) שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.

← כלומר אחראי רק אם התרשל בשמירה.

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

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

- סוג 1: עסקת שמירה, ואז אחריותו גבוהה
- סוג 2: אדם שהעסקה לא נועדה לשמירה, אלא היא נועדה לצורך אחר, רמת האחריות של השומר שכר היא פחותה ודומה לזו של שומר חנם.

הבחנה זו לא נמצאת במשפט העברי, אלא היא יצירת המחוקק. זוהי דוגמה לעצמאות שחש המחוקק בנוגע לשינוי המשפט העברי.

ההבדל בין שומר חנם לשומר שכר: נטל ההוכחה: כאשר אבד הנכס אצל שומר חנם- נטל ההוכחה באשר להתרשלות מוטל על התובע. אולם, בשומר שכר ב', עליו להוכיח שלא התרשל (כי מדובר בטענת פטור ולא תביעה, בניגוד לשומר חנם).

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

← יש לו אחריות מוחלטת

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

ע"א 341/80 עלי נגד ששון- פרשנות דומה לחוק השומרים, גם במ"ע וגם בדין הישראלי

חוסין עלי רכש טופס הימורים (טוטו) בדוכן. רחמים ששון, בעל הדוכן, איבד את חלק א' של הטופס שנמסר לו. עלי מחזיק בחלק ב' שבו רשומים כל הניחשים שזכו באותו מחזור. במקרה זה, הבעלים איבד את החלק הראשון של הטופס. כעבור כמה ימים לאחר מחזור המשחקים, עלי חוזר לדוכן ודורש את סכום הכסף כיוון שזכה והצליח לנחש נכונה את כל המספרים. בעל הדוכן אומר בתמורה כי הטופס הלך לאיבוד. עלי תובע את

בעל הדוכן ואת חברת הטוטו (חברת הטוטו יצא מהתמונה כיוון שהיא כלל לא קשורה למקרה, הטופס לא הגיעה אליה והיא לא הייתה אחראית עליו).

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

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

בימ"ש: במקרה זה חל חוק השומרים. הטופס מוגדר כנכס. מהו מעמדו של בעל הדוכן? שומר מהסוג השני. ששון הוא שומר שכר. השמירה שלו טפלה לעיסקה העיקרית. העסקה אינה עסקת שמירה, השמירה היא אגבית, ייעוד העסקה היא ההימור, ולא השמירה. באופן עקרוני, בתור שומר שכר, ברירת המחדל היא שמידת אחריותו גבוהה. אם הוא רוצה להנות מאחריות מוחלטת, עליו להוכיח שלא התרשל.

יש להגדיר את מושג הרשלנות בהקשר של שומר

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

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

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

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

הגדרת מושג הרשלנות במ"ע דומה להגדרה המופיעה פקנ"ז הישראלית. מכאן שפירוש לפי אחד מהם יוביל למסקנה דומה.

בענייננו השומר טוען כי הוא אינו יודע מה קרה לטופס. המ"ע מתייחס למקרה ספציפי כזה.

- שו"ע- 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.

אם השומר לא יודע מה קרה עם הנכס, זוהי רשלנות. כלומר בעל הדוכן התרשל בשמירה על הכרטיס

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

מה הנזק במקרה זה?

עלי טוען כי הנזק הוא אובדן של מיליון שח. לשם כך, עליו להוכיח שהוא מילא את 12 הניחושים. אולם, לכך אין הוכחה. אין הוכחה לכך שבעל הדוכן איבד טופס עם 12 ניחושים! התובע, עלי, להוכיח זאת. ההוכחה היחידה שהכרטיס שבידי עלי הוא הכרטיס הזוכה היא טענתו ועדותו של עלי ואינה מספקת. לפיכך, לא הוכח שנגרם לעלי נזק ולכן דין הערעור להידחות.

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

ע"א קופת עם נ' הנדלס

הנדלס מצא בחדר הכספות של בנק קופת עם שתי אגרות חוב למוכ"ז (מוסר כתב זה – זה לא שמי. זה כמו כסף) על סך 10,000 ש"ח כל אחת. הכניסה לחדר הכספות של הבנק היא חופשית. להלכה, יש לקבל רשות להכניס לשם אך למעשה אין הבנק מקפיד על כך והכניסה לחדר חופשית לכל. האגרות נמסרו למשטרה ולאחר שעברו ארבעה חודשים והבעלים לא אותר, תבע מר הנדלס את האגרות. הבנק מצדו תובע לקבלן לידיו. הנדלס אומר למנהל הבנק כי הוא מצא מוכ"ז זה. הנדלס רצה ללכת למשטרה ולא לתת למנהל הסניף ללכת למשטרה משום שאז, אם בעל האבידה לא ימצא, הבעלות על המוכ"ז תעבור לידיו. בסופו של דבר, שניהם הלכו למשטרה. לאחר מספר חודשים לא הגיע בעל האבידה, וכעת עולה שאלת הבעלות. האם הבעלות היא של הבנק (כי שם האבידה נמצאה), של מנהל הסניף או של מר הנדלס? השאלה המשפטית: למי המוכ"ז שייך?

בימ"ש:

ס' 3 לחוק השבת אבידה: המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמוסרה לו לפי דרישתו. קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא. הבנק טוען כי מכוח ס' זה המוכ"ז שייך לו. המקום שייך לו, ומאחר שזה המוכ"ז נמצא במקומו של הבנק, כך גם האבידה.

מהי "רשותו של אדם אחר"?

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

← **ס' 3**, שבגינתו טוען הבנק כי האבידה שייכת לו, לא פותר שאלה זו.

ברק

מטרתו של חוק השבת אבידה היא השבת האבידה לבעליה. במקרה שנמצאה האבידה ברשותו של אדם אחר יש למוסרה לו כי זו הדרך הטובה ביותר להגשמת המטרה. מדוע זה משרת את המטרה של חוק זה?

א. המאבד יחזור מטבע הדברים לבעל הרשות – נניח שאלמוני, שאיבד את המוכ"ז, יחזור לבנק למצוא את המוכ"ז. הבנק הוא הכתובת הטובה ביותר.

ב. בדרך כלל בעל הרשות ידאג לאבידה יותר מאשר מוצא מזדמן.

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

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

אלון

מקשה על ברק. לדבריו, שני הטעמים של ברק אינם משכנעים. המשטרה היא כתובת לאבדה. ולעתים למוצא יש מוטיבציה יותר גדולה ובמיוחד אם ניתן לו התמריץ שיזכה באבדה אם הבעלים לא ימצא.

אז השאלה היא אפוא את מי ראוי לתמרץ. לפי אלון, התמריץ הזה מגיע לאדם שמצא את האבידה. לדעתו, "רשותו של אדם אחר" היא רשות שיש לו בה שליטה אפקטיבית.

באשר לטענה האומרת כי הבעלים יחזור לבנק – המשטרה היא כתובת נוחה יותר מהבנק. במובן זה, אם נתמרץ את המוצא, לעתיד הוא ישיב אבידות.

אלון בוחן לפי משפט משווה, באנגליה ובארה"ב:

Toledo Trust Co v. Simmons

העובדת של הבנק מצאה בבנק, בחדר הכספות, שטרות ניירות ערך. היה להם סכסוך דומה להנדלס. לאחר שהמאבד לא נמצא היא דרשה לזכות בשטרות. הבנק התנגד ואמר כי השטרות ברושם. עוד הוא טען כי התובעת היא עובד אצל הבנק, ולכן הדבר מחזק את זה שהאבידה צריכה להיות בבעלות הבנק.

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

כשיש בעלות או זכות בנכס עם כוונה לשלוט בה, פרשנותו של ביהמ"ש האמריקאי למושג 'רשותו של אדם אחר' הינה שליטה אפקטיבית! אם אין שליטה אפקטיבית, המוצא שומר על זכותו.

אלון בוחן גם לפי המשפט העברי:

משנה (בבא מציעא): "מצא בחנות, הרי אלו שלו; בין התיבה לחנווני – של החנווני.

[מצא] לפני שולחני (= חלפן כספים- בנק) – הרי אלו שלו; בין הכיסא ולשולחני – הרי אלו של שולחני."

← לקוח מצא חפץ או כסף בחנות, הם שייכים למוצא. אולם, אם הוא מצא זאת ליד בעל החנות, זה בבעלות המוצא.

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

← אומר כי צריכה להיות שליטה אפקטיבית ("חצר משתמרת").

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

במקרה של הנדלס. אלון אומר כי **פרשנות המשפט העברי זהה לפרשנות המשפט המשווה**.

לנדוי

בד"כ הסתייג מהפרשנות התכליתית של ברק. בנוסף, הוא גם בד"כ הסתייג מהפרשנות התלויה במשפט העברי כפי שאלון מבצע.

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

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

החלטת ביהמ"ש: פוסק לטובת הבנק.

לפס"ד זה יש ד"נ. הד"נ התבצע לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט! מכאן שהפרשנות אמורה להיות שונה. בדיון הנוסף. בעצם חוק יסודות המשפט יבסס את טענתו של אלון. נדון בדיון הנוסף לאחר שנלמד על חוימ"ש.

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

ממנו:

1. **אלון** – ברגע שהמחוקק שואב מן המשפט העברי הסדר/מונח, יש לחזור אליו לצורך פרשנות.
2. **חשין**, בפס"ד מיטובה נ' קזם: תהא זו טעות גדולה לפרש, למשל, כל מונח, כל ניב, אשר בחוקים שלנו, לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמש בצהריים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור. הכלים שאולים ממקום אחד ואילו התוכן שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר. לכן, אין לפרשם בהתאם למשפט העברי.
3. **חיים כהן**, ד"נ הנדלס נ' קופת עם: ברמת העיקרון, הוא סובר כמו אלון. הוא אומר שבמקום בו שאב המחוקק מונח או ניב מהמשפט העברי, יש לפנות למשפט העברי. אולם, במקרה של רשותו של אדם אחר מדובר בעניין של השפה העברית, המושג לא נלקח מן המשפט העברי ולכן אין לפנות למשפט העברי במקרה דנן:

"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."

4. פרופ' ברכיהו ליפשיץ:

"נראה שאין הפרשן רשאי להתעלם מגילוי 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." כלומר, הוא מקבל את העיקרון האומר כי כאשר המחוקק משתמש במונח/הסדר הלקוח מן המשפט העברי, ראוי לפרש בהתאם למשפט העברי. אולם, זוהי חזקה הניתנת לסתירה. על השופט לבדוק האם ההסדר אמנם לקוח מן המשפט העברי, אך התוכן שונה. כאשר ההסדר לפי המשפט העברי, נפעל על פיו.

לעזר: 6:12

המשפט העברי בפסיקה - 1948-1980: דיני חוזים

היום נדבר על פנייה למשפטית העברי שלא במסגרת חקיקה, אלא בפסיקה שלא מתבססת על חקיקה. מדובר בשנים שלפני חקיקת חוק יסודות המשפט ואין עוד חקיקה בחוק שמעניקה מעמד למשפט העברי (חוק יסודות המשפט) ועדיין השופטים פונים אליו, אין לה משפט העברי כל מעמד ועדיין הם פונים אליו.

מעמדו של חוזה בלתי חוקי

כיצד להתייחס לחוזה שהוא עצמו בלתי חוקי, נועד להשיג מטרה בלתי חוקית, נועד כדי לעבור על החוק. יש במשפט העברי שיטות שונות להתמודד עם הסוגיה הזו.

פס"ד גייקובס נ' קרטוז 1951

מערער בערער אזורי השכיר דירה לקרטוז והיא הושכרה לפי שהתקבל אישור מבית דין על גובה שכר הדירה (פעם הייתה הוראה כזו בחוק). לכן מדובר בחוזה בלתי חוקי. בעל הדירה גייקובס השכיר לקרטוז בניגוד לחוק, הוא התיישב בדירה השוכר. ואז בעל הדירה דורש פינוי של הדירה למרות שחתמו על חוזה כי לטענתו החוזה לא חוקי, אתה שוכר לא כדין ולכן אתה פולש. קרטוז טוען שהייתה חתימת חוזה והוא לא יכול לפנות אותו.

השאלה המשפטית: מה מעמד החוזה הזה שאינו חוקי?

אם נטען כמו השיטות הקונטיננטליות נקבע עקרון שחוזה בלתי חוקי בטל, אם הוא בטל, אז השוכר יושב בדירה שלא כדין וצריך להתפנות. כל רגע נתון יכול המשכיר להתכחש לחוזה ולהוציאו. אולם בישראל עוד אין חוק חוזים, אלא רק חוק הפרוצדורה העות'מנית.

זילברג: הכלל הרומי לגבי מעשה בלתי חוקי שהתקבל גם במשפט המקובל (אנגלי), שמובא בהרבה הקשרים אחרים גם, קובע: מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. לכן, תובע לא יכול לבוא מכוחה של עילה שמקורה בעוולה (מעשה בלתי חוקי) בנוסף, חטאו שניהם כאחד (מתאים בדרי"כ לחוזים שם העבירה לרוב של שני הצדדים), יד הנתבע על העליונה. אם מדובר בעסקה חוזית: שני הצדדים שותפים לעבירה, התובע לא יכול לנצל את זה לטובתו. במקרה שלנו, שני הצדדים חתמו על חוזה בניגוד לחוק. השוכר הוא הנתבע והתובע ידו לא על עליונה. ולכן השוכר לא יכול לנצל את זה ששניהם עברו על החוק כדי לפנות את הנתבע.

השופט זילברג אומר משהו מאוד חשוב כדי להבין את התפיסה של חוזים במשפט האנגלי (לעומת הקונטיננטלי), חוזה לא חוקי אינו בטל, אלא "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" זה כלל דיוני לא מהותי, ז"א שבימ"ש לא יסייע לאדם שבא מכוחה של עילה בלתי חוקית, "לא ילכלך את ידיו". בימ"ש לא מתערב כדי לקיים את החוזה הזה, אבל לא רק לקיים, הוא אפילו לא נכנס לדון בחוזה. שניהם חטאו יחד ועוד מבקשים לדון בעוולה, ולכן בימ"ש לא יסייע לתובע לקבל את זכותו.

לפי זילברג, החוזה לא בטל, אולם בית המשפט לא יסייע לתובע שמבסס את התביעה על עבירה, אני לא נכנס לשאלה אם החוזה הוא חוקי או בלתי חוקי. הפתרון הזה של דילבר הוא למקרה הזה- אסור לפנות את השוכר. אבל הוא רואה את עומק העניין ורוצה להסתכל מה יהיה במקרים אחרים (אוביטר). לעיתים ידרש פתרון אחר. ואז הוא מציג מה הפתרון של המשפט העברי, אמנם הוא לא דרוש במקרה הזה, אך הוא יגבה את ההחלטה שלו כאן וגם יפתח פתרון למקרים אחרים.

חוזה לא חוקי במשפט העברי

לפי המשפט העברי, חוזה בלתי חוקי תקף.

רמב"ם, הלכות מלווה ולווה: "ריבית קצוצה יוצאת בדיינים". פירוש: צדדים עשו חוזה הלוואה בריבית וריבית אסורה לפי ההלכה. נניח שהלווה לא משלם את הריבית והמלווה יפנה לבית הדין להכריח אותו לשלם את הריבית. בית הדין לא יעשה את זה, כי זה נגד ההלכה, לא יכפה תשלום ריבית. הוא יכול לכפות את החזרת הקרן. יותר מכך, נגיד שהלווה מחוץ לבימ"ש שילם למלווה את הקרן ואת הריבית, ועכשיו הלווה פונה לבית הדין ורוצה לקבל חזרה את הריבית כי היא הייתה בלתי חוקית. דהיינו, הלווה יכול לתבוע לקבל בחזרה ריבית ששילם כדין.

הדוג' הזו מלמדת שבית הדין לא מושך את ידיו מחוזה בלתי חוקי, הוא כמובן לא יאכוף מעשה בלתי חוקי ולכן לא יאכוף את תשלום הריבית, אבל יאכוף את תשום הקרן לטובת המלווה ויאכוף את החזר הריבית לטובת הלווה.

שולחן ערוך: "מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנתה מעות ונתקיים הקנין כאחד מדרכי ההקנאה, המקח קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח."

עשו הצדדים עסקת מכר והקונה צריך לשלם 1000 ומבקש מהמוכר לשלם בעוד חצי שנה, בשביל העוד חצי שנה אני אשלם לך עוד 100 (זה ריבית שאסורה על פי ההלכה). בסיטואציה כזו העסקה קיימת וכל אחד יכול לאכוף אותה. אבל את הריבית אי אפשר לאכוף. אנחנו לא אומרים שהחוזה כולו בטל וגם לא אומרים שבימ"ש לא מתערב כלל. אלא מתערב, ומעמיד את החוזה על צד ההיתר שלו, מה שמותר.

רמב"ם הלכות מכירה: המוכר או הנותן בשבת ואין צריך לומר ביום טוב, אף על פי שמכין אותו מעשיו קיימים (מקרה בו המכס עבר), וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקניין קיים וכותבים לאחר השבת ונותנים (נעשתה מכירה בשבת, לקניין יש תוקף ויכתבו אותו לאחר השבת).

אנשים עושים עסקה בשבת, אסור, יכול להיות שיכו אותו (שיענש על זה) אבל עסקיו קיימים. כלומר בימ"ש לא אוכף דברים לא חוקיים, אלא רק דברים חוקיים. הוא יקיים את החוזה ואם ירצה יעניש את העובר על החוק באופן אחר.

אם אדון במקרה של ג'ייקוב וקרטוז לפי המשפט העברי, החוזה עדיין קיים, אם רוצים אפשר להעמיד אותם לדין על כך שעברו על החוק. אבל נקיים את החוזה. החוק שדרש אישור לחוזה שכירות (כמו שהיה אז) החוק

עצמו לא קובע בטלות של החוזה, אלא סנקציה אחרת, שנתיים מאסר. את הסנקציה הזאת אפשר להפעיל נגדם. יאכף החוזה הבלתי חוקי, ובמקביל הוא יעניש את העבריין לפי העונש הקבוע בחוק, אבל החוזה מנותק מן האיסור שלו, ככל האפשר. כאשר קיום החוזה משמעו ביצוע עבירה אז לא יאכפו אותו בשום פנים, אבל במידה ואפשר יש לנתק בין התוקף של החוזה לבין עבירה.

ע"א ה"א ה"א ה"א ה"א ה"א

אישה שמכרה קרקע למשיבים (זוג מיארה). כשליש מהקרקע הופקע על ידי הרשות המקומית. היא שיקרה להם. מכרה במחיר מלא את כל הקרקע כשהיא ידעה ששליש ממנה מופקע ולכן ניהלה מו"מ לא בתו"ל וייתכן שיש פה גם הטעיה. הזוג ביקשו לקיים את החוזה אבל במחיר מופחת 1/3. המשיבים דרשו לקבל חזרה את השליש שהם כבר שילמו. התובעים זה הנפגעים והנתבעת היא המוכרת. מתברר שלא כל הסכום נכתב בחוזה משיקולי מס. הם כתבו בחוזה סכום מופחת. והגברת אומרת שהיא תיתן להם שלישי מהסכום המופחת שכתוב בחוזה ולא מתוך הסכום ששילמו באמת. היא טוענת שזה לא חלק מהעסקה ושהיא לא קיבלה את הכסף שמעבר למה שכתוב בחוזה (שקר), או שטוענת שעשינו פה חוזה בלתי חוקי, ולכן הוא בטל. ואם הוא בטל היא תיסוג לגמרי מהחוזה או לא תשלם להם בכלל את שביקשו.

כאן השיטה האנגלית לא תפתור את העניין, מכיוון שהנתבעת היא הפושעת. ואם נלך לפי השיטה האנגלית ששניהם חטאו כאחד, יד הנתבע על העליונה, ז"א שיד המוכרת על העליונה, ואז בימ"ש לא יוציא ממנה את הסכום.

פס"ד זה מ-77 הוא אחרי חוק החוזים. כאן יש כבר שיטה ישראלית: **ס' 30 לחוק החוזים**: חוזה שכריתנו תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסרים או סותרים את תקנת הציבור - **בטל**. זה בהשפעת הדין הקונטיננטלי, שאומר שחוזה כזה בטל. בנוס, **ס' 31**: הוראות ס' 19 (ביטול חלקי) ו-21 (השבה) יחולו על פרק זה. במקרה כזה יהיה ניתן גם לבצע ביטול חלקי וגם לכוון חובת השבה. ז"א שאם יבוטל החוזה ישנה חובת השבה.

אולם בבטלות לפי **ס' 30**, רשאי בימ"ש לפי שיקול דעתו, לפתור צד מהחובר לפי **ס' 21** (חובת השבה) מכולה או מקצתה, או לחייב את הצד השני בחיוב, במידה שצד אחד עשה את כל שהחייב.

זה אומר שהחוזה הזה לא תמיד תקף. יכול להיות מצד שבימ"ש ייתן תוקף לחוזה, גם לצורך השבה וגם לצורך קיום החוזה. זה סייג גדול לבטלות. היא לא אוטומטית וטוטלית. **בימ"ש יכול לקיים חוזה בלתי חוקי**.

שמגר: אין צורך להכנס לניתוח המקרה לפי הכלל "חטאו שניהם כאחד", זה היה מסבך אותנו כי אמנם שניהם טעו אבל היא עשתה עוד בעיה- הטעיה. למה? משום **ס' 31** מותר לבימ"ש שק"ד רחב לעשות שיקולי צדק. ובמקרה זה המערערת נהגה שלא בתו"ל במו"מ ולא תוכל להנות מהחוזה הבלתי חוקי. כלומר ס' 31 מספק פתרון הולם.

אלון: 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 בית המשפט, שמן הצדק לפטור מחובה זו, כולה או מקצתה.

ב. אם צד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה, רשאי בית המשפט — אם ראה, שמן הצדק לעשות כן — לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו. סעיף 31 קובע אפוא, שלא זו בלבד שנית

המשפט 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 שבו.

מאיפה בא ס'31?

פרופ' דניאל פרידמן במאמר: הוראה זו לא לקוחה משיטת משפט זרה כלשהי, כי בשיטות הללו הכלל נוגע למצב בו חטאם של שני הצדדים שווה. (בטל לגמרי או בימ"ש נמנע מלהתערב), אבל ס'31 הוא הסדר שלא מבוסס לא לדין האנגלי ולא לקונטיננטלי וזו המצאה ישראלית מקורית.

אלון (פס"ד מיארה): שואל מאיפה ההוראה הזו הגיעה למשפט הישראלי? מהמשפט העברי. לפי הצעת חוק החוזים, העקרונות עליהם מבוסס החוק המוצע מבוססות על שיטות משפטיות שונות תוך שימת לב מיוחדת למשפט העברי. יותר מכך, ההצעה אומרת ספציפית לגבי ס' 31: הדין הקיים (לפני חקיקת חוק החוזים) שאומר שחוזה אינו בטל (מבוסס על הדין האנגלי) אך אינו בטל מעיקרו ובימ"ש לא צריך להתערב במקרה זה. אנחנו מודעים לכך שהשיטה האנגלית גורמת עוול רב ולכן הלכנו בעקבות מה שזילברג (בג"י קוב"נ **קרטוז**) אמר זה שהפתרון צריך להיות במשפט העברי. העיקרון הזה אומץ בפסיקה ואז התבסס גם בחקיקה.

אלון מסכם ואומר שסוגיית החוזה הבלתי חוקי בחוק החוזים הישראלי זו היא דוגמה מעניינת לקליטת עקרונות מהמשפט העברי, מבלי שהתקיימו כל העקרונות, לא התקבל העקרון מהמ"ע שאומר שהחוזה ממשיך להתקיים (הכלל הוא, כאמור בסעיף 30, שחוזה כזה בטל הוא). אבל התקבלו שני עקרונות מהותיים:

- (1) עצם היזקקות לתביעה, שיסודה בחוזה, הפגום באי חוקיות. נשללה בתכלית הגישה, כי תביעה עפ"י חוזה בלתי חוקי היא "מוקצה מחמת מיאוס" שומה על בימ"ש לעשות צדק בין בעלי הדין ולשם כך אף "ללכלך ידיו" בתביעה מעין זו.
- (2) העיקרון האחר, היא המגמה היסודית במ"ע ש"אין חוטא נשכר", שהעברין לא ייהנה, בנוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי קיום הנפקויות שבדין האזרחי, הנובעות מהוזה.

בשני המקרים התובעים שהם החוטאים רצו להיות נשכרים מהחטא וטענו בשם אי חוקיות, ואת זה המשפט העברי לא מקבל אבל הדין הישראלי כן.

פס"ד צים נ' מזיאר 1962

אישה שהפליגה באוניית תיאודור הרצל. במהלך הנסיעה קיבלה קלקול קיבה והייתה לה דלת במשך חודשים רבים והיא תובעת את החברה והטבח על שגרמו לכך. בימ"ש מחוזי מקבל את זה לפי הכלל "הדבר מדבר בעד עצמו, כלומר נטל ההוכחה עובר לחברת צים והטבח והם חוייבו באחריות הנזק.

המערערים הסתמכו בהגנתם על ס' הפטור המופיע בכרטיס הנסיעה הסתמכו בהגנתם על סעיף הפטור המופיע בכרטיס הנסיעה. סעיף זה פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האונייה, בשל רשלנותם.

שאלה משפטית: האם להכיר בתניית הפטור הזו?

זילברג: השיטה האנגלית מכירה בפטור מאין זה, זכותו של מוביל או ספק להתנות סעיף פטור וכל עוד הקונה מבין את הסעיף ולא הייתה הטעיה אז הסי' תקף ולפי השיטה האנגלית היו פותרים את החברה מאחריות משום חופש החוזים. לעומת זאת, השיטה האמריקאית לא מכירה בסעיפי פטור כאלה, וסעיפים כאלה בטלים. כאן המחלוקת בתוך השיטה האנגלו-אמריקאית. איזו דרך נבחר לנו?

אומר זילברג שעלינו לאמץ את ההלכה האמריקאית, כי לא מדובר בעניין זר אלא מדובר הסקה משפטית מתוך השקפות יסוד המושרשות בתודעה היהודית. ההלכה לפיה אפשר לבטל חוזה בהיותו נוגד את הסדר הציבורי שואבים מס' 64 בפרוצדורה האזרחית העות'מאני אבל על השאלה מה ההוא הסדר הציבורי עליהו להשיב מן השקפות מוסר ותרבות שלנו- משפט עברי.

העקרון שאומר שיש להגביל את חופש החוקים מופיע במשפט הארץ, הוא אינו מוחלט חופש החוזים ולכן לא נלך לשיטה האנגלית שמקדשת את החופש. אבל כדי לענות על מהו דבר שנוגד את הסדר הציבורי או תקנת הציבור. את ההגדרות האלה נמלא מתוך המשפט העברי.

בתפיסה הנוצרית הדבר המרכזי הוא האמונה, האמונה בישו היא גואלת. אבל אם האמונה היא הדבר העיקרי אז צריך לדקדק מה בדיוק להאמין? מה מאמינים בישו? הוא אלוהים? בנו? מה היחס בין גוף ונפש וכו' אבל ביהדות האמונה אינה העיקר. העיקר הוא המעשה, ולכן מתרכזים במעשה ובמעשים (מצוות) עוסקים גם מירב המחלוקות. מה המסקנה? העקרון של קדושת החיים ושלמות הגוף הוא ערך עליון. ולכן העקרון העולה שאין להקל ראש בחיי אדם.

"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, ה) - "וחי בהם, ולא שימות בהם"(יומא, דף פ"ה, ע"ב).

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

קדושת החוזים וקדושת חופש החוזים כבודם במקומם מונח, אבל קדושת החיים זה עקרון רם יותר. אני לוקח עקרון זה מהמקורות היהודיים. וכל חוזה שסותר את קדושת החיים ושלמות הגוף דינו להיות בטל. ולכן ס' תניית הפטור שהוא שהחברה לא אחראית לנזקי גוף של הלקוחות, בטל. אבל הוא לא בטל למשל מחוק החוזים האחדים שקובע שזו תניה מקפחת בחוזה אחיד (בגלל יחסי הכוח וחוסר מודעות של הצד החלש), אלא בטלה בגלל עקרון על של קדושת החיים ושלמות הגוף. מדבריו של זילברג ניתן ללמוד שמתן תוכן למושג מופשר כמו סדר ציבורי או תקנת הציבור יינתן לפי המסורת והתרבות היהודית ועקרונות המשפט העברי. בהמשך נראה שאלון ישתמש בכך.

רות נ' ישופה

בני זוג רכשו דירה מחברה ישופה וקיבלו את הדירה באיחור ונמצאו בה ליקויים רבים. הם תובעים פיצוי ותיקונים. החבר הטענה שלפי החוזה, קבלת חזקה בדירה על ידי הקונה היא ראייה וספית ומוחלטת לכך שהחברה מילאה את התחבולותיה. יש ס' בחוזה שאומר שקבלת חזקה בדירה היא הוכחה מוחלטת לכך שלרוכש אין יותר טענות כלפי החברה. המחוזי קיבל את טענת החברה.

אלון: לפי ס' 39 לחוק החוזים, יש לפעול בתו"ל ביקום חוזה. בבואנו לפרש מושגי יסוד כמו תו"ל בעלי אופי אוניברסלי והם נחלת כל מערכת משפט תרבותית, נפרש אותם לאור מקורות המשפט העברי ומורשת ישראל.

זה לפני חוק יסודות המשפט, אלון לא פונה למ"ע מכוח החוק, אלא מצטט את זילברג בצים נ' מזיאר, אמר שכשיש מושג מופשט כמו ת"צ צריך לתת לו תוכן לפי המסורת שלנו. הוא מצטט כמה מקורות שונים, למשל ספר שמות: מו"מ באמונה- אמון הדדי, תו"ל) אחד המבחנים המרכזיים של יהודים האם הוא עושה מו"מ מתוך אמונה (אמון, תו"ל). מקור נוסף: "ועשית הישר והטוב", עקרון על, שהרמב"ן מסביר מדוע צריך אותו,

אם יש המון כללים ספציפיים שמסבירים כיצד לפעול ומסדירים את החיים, מה זה העקרון המופשט הזה? אין בכוחו של המחוקק לצפות את כל המקרים שיהיו במציאות, הם מגוונים, לכן קובע הוראת על שמכסה על כל המקרים. יותר מכך, ההוראה נותנת פתרון למקרים שאין בחוק תשובה, וגם במקרים בהם יש בחוק תשובה, אדם לא יעמוד על זכותו שלו בכוח, במקום שהיא נוגדת את היושר.

יישום עקרון זה במקרה: יכול להיות שעשיית הישר והטוב זו דרישה של עשייה "לפנים משורת הדין" ובימ"ש לא יכפה אותה. ולעיתים עקרון היושר מתגבש לכדי הוראה ממשית בעלת נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות בעניין.

ההלכה עצמה קבעה מראש איזה עניינים של יושר יש להם תוקף משפטי: למשל דינא דבר מצרא (עדיפות לשכן לקנות חלקה) זה דוג' לעקרון עשיית הישר והטוב שהתגבש לעקרון משפטי כבר בהלכה התלמודית. אבל אלון מחדש: גם אם זה לא התגבש לכדי נורמה משפטית מחייבת, בית הדין יכול להבחין מתי זה עקרון משפטי שאפשר לאוכפו בדין.

במקרה של רות נ' ישופה, עקרון תו"ל כחלק מעקרון עשיית הישר והטוב, המחוקק שם את המושג תו"ל ונתן מכשיר רב עוצמה לשופט. ויכול להיות שחוסר תו"ל יהיה רק עניין של עשיית הישר והטוב, ולא ניתן לאוכפו, או שיש לחייב אותו.

מה הוא לוקח מהמשפט העברי בעצם? עקרון תו"ל קיים בחוק החוזים: ס' 13 ו-39. אני הולך למשפט העברי כדי לתת תוכן מה זה הפרת תו"ל. אלא אומר עקרון תו"ל תוכנו ילקח מהמשפט העברי שמשמעותו לנהוג באמון. ודבר נוסף, אני לוקח את התוקף המשפטי שלו מהמשפט העברי כלומר היקף סמכות בימ"ש: תלוי נסיבות. המחוקק נותן שק"ד רחב בידי בימ"ש האם תו"ל זה עקרון שישאר לפנים משורת הדין, או יתגבש להיות חובה משפטית.

לכן, החברה חייבת לתקן את הסעיף בחוזה ולא מספיק הסעיף שכתבו. יש לקבל את הערעור ולהחזיר למחוזי לדיון לגופו של עניין.

סיכום:

עסקנו במקרים בהם בימ"ש מתבסס על המשפט העברי בשני אופנים: במקרה הראשון של חוזה בלתי חוקי, בימ"ש הפנה למשפט העברי כדי ללמוד מכך שלחובה בלתי חוקי יכול להיות תוקף, המחוקק השתמש בזה, לא בכל חוק החוזים הוא הושפע מהמשפט העברי, אבל בס' 31 שהוא יצר הסדר ספציפי ושם הוא כן התבסס על המשפט העברי. צים ומזיאר ורות נ' ישופה- עסקנו בפרשנות מושגים לפי מ"ע. לפני חוק יסודות המשפט, אנחנו רואים שזילברג ואלון חושבים שיש לפנות למ"ע במטרה לפרש מושגים משפטיים.

עזרת דוקטור: 7:13.12

המשפט העברי בפסיקה- 1948-1980: משפט פלילי

דיברנו על התקופה לפני חקיקת חוק יסודות המשפט, בה אין הוראה פורמלית לפנייה למשפט עברי. דיברנו על התקופה שאחרי בתחום החוזים. ועכשיו נדבר על פלילי.

אפנג'ר נ' מ"ל

שוטרים התפרצו לבית כי חשדו שמתבצעת שם עבירה (הימורים או סמים), המתינו מחוץ לבית ולא פתחו להם. באיזה שהוא שלב הגז בדירה הפסיק לעבוד (אולי השוטרים סגרו את הגז) וכשהדלת נפתחה השוטרים

התפרצו פנימה, לא הזדהו כשוטרים ולא היו במדים. אחד האנשים שנכחו בדירה (לא בעל הבית) אלא אפג'יר הדף אותם בכוח. הוא הואשם בתקיפת שוטר, והוא אמר שלא ידע שזה שוטר, הואשם בתקיפה אולם הוא טען להגנה עצמית כי התפרצו לבית. הוא הורשע במחוזי והוא ערער לעליון.

חוק העונשין- ס' 22 : הגנת הצורך

בעבר חוק העונשין הכיל את הגנת הצורך שכללה בתוכה גם את הגנת הצורך וגם את ההגנה העצמית (כמו שחוק האנגלי). ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית אם הוא יוכיח שנהג כדי למנוע תוצאות שלא היה ניתן למנוע בדרך אחרת, והיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו או בגופן וכבודם של אחרים שהגנתם עליו או ברכוש הופקד בידיו. ובלבד שהפעולה שלו לא הייתה מעל הסביר.

כאן הגנה עצמית הוכנסה לצורך, כי הגנה עצמית הוא מקרה פרטי של הגנת הצורך. והשאלה שעולה מהסעיף מה היקף הסעיף: הוא רשאי להגן על עצמו, אבל הזכות להגנה עצמית גם רלוונטית ליותר מכך, אם כי לא לכל אחד, למשל גם אם אדם נתקף ברחוב למשל נדקר, אני לא רשאי להגן עליו. אני זכאי להגן רק על פגיעה וכבודם רק על מי שהגנתם עליו, מה זה אומר? ילדים למשל, אבל הפסיקה האנגלית הרחיבה את זה וכללה גם מעביד ועובדים, מורה ותלמידים וכו'. אבל עדיין צריכה להיות זיקה מיוחדת. לפי החוק האנגלי אדם לא רשאי לפעול בהגנה עצמית על כל אדם ברחוב. מדוע? משום שבהגנה עצמית אדם נוטל את החוק לידיים, אנחנו רוצים לצמצם את זה, לאדם יש זכות טבעית להגן על עצמו ועל מי שתחת אחריותו. אבל הוא לא שוטר והוא לא צריך להתערב בכל דבר.

באפג'יר, זו הייתה השאלה, כי אפג'יר לא היה בעל הדירה אלא היה אורח. האם הוא זכאי להנות מהסעיף של הגנה עצמית? הוא לא היה צריך להגן על כל הנוכחים.

אלון: העובדה הזו שהוא לא יכול להגן על אחרים בגלל שאין ביניהם זיקה מיוחדת, היא לא עומדת בפני הביקורת שלה. לא הגיוני שיואשם בעבירת תקיפה מי שישמור על אחרים. הגישה האנגלית לא נראית בעיניי. יש מערכות משפטיות שונות בהן מקבלים את הגישה ההפוכה לפיה הגנה עצמית כוללת גם הגנה על הזולת גם כשאין לו אחריות מיוחדת כלפיו (למשל ארה"ב וארצות שונות של הקונטיננט).

כדי לבסס דבריו הוא פונה גם למשפט העברי. במשפט העברי דין ההגנה העצמי מכונה בשם "דין רודף" רודף זה התוקף וזה הדין שאומר איך אפשר להגיב לרודף. **במסכת סנהדרין:** "לא תעמוד על דם רעך"- זו חובת ההצלה הכללית ומקרה הגנה על נתקף "רודף אחר חברו להורגו", שניתן להצילו בנפשו" זה חלק מחובת ההצלה הכללית, גם אם זה אומר לתקוף את הרודף. קודם כל, ברור לגמרי שהמשפט העברי מדבר על הגנת הזולת. בנוסף, לא תעמוד על דם רעך זה חובה, אתה חייב להיחלץ לעזרתו ובמסגרת כך אתה צריך לעשות כל מה שניתן כדי להצילו. ז"א לא רק שיש זכות להגנת הזולת, יש אפילו חובה. לחובה הזו במשפט העברי יש מגבלה. לפי **הסנהדרין:** רודף שהיה רודף אחר חברו ויכול היה להצילו באחד מאיבריו ולא הציל- נהרג עליו. ז"א כשנחלצים לעזור למותקף, הפגיעה בתוקף צריכה להיות המינימלית ביותר, המינימלית שעדיין עזור להגן על המותקף. ונאמר בסנהדרין שאם המציל הורג את התוקף שלא לצורך המציל נחשב רוצח. זו גישה חמורה מאוד, למה? כי קשה לומר שמציל הוא רוצח במזיד הוא לא עשה את זה בשביל להרוג. באמת להלכה הרמב"ם לא יפסוק ככה. הוא לא יגיד שבית דין יחייב אותו במקרה שהרג, אלא שהוא יהיה חייב בדין שמיים. במשפט הישראלי יש את **עקרון הנחיצות**- צריך לעשות את הפעולה הנחוצה כדי להדוף את התקיפה- **עקרון הפגיעה המינימלית**. שהוא מאוד דומה לעקרון שהופיע בהלעה, לכן אסור מיד להרוג.

רמב"ם, הלכות רוצח: כל ישראל מצווים להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של הרודף. כיצד? הפעולה הראשונה שיש לעשות זה להזהיר אותו (רודף לא צריך התראה- התראה בדין העברי אומרת להודיע לו

שהולכים להוציאו להורג ולעשות זאת בפני שני עדים, מדוע הוא לא צריך התראה? כי הריגת רודף איננה פעולת ענישה אלא פעולה של מניעה, ולכן הוא לא צריך התראה שמגיעה לפני ענישה). צריך להזהיר אותו. בהמשך, אם יכולים להצילו באחד מאבריו- כלומר לפגוע באחד מאיברי הרודף ולהציל בכך את הנרדף, כמו למשל לירות ברגל, לפגוע בעין. השלב השלישי הוא הריגה. אם שלב פגיעה באיבר לא אפשרי או לא הצליח ניתן להרוג.

מדובר על מקרה בו הרודף רוצה להרוג, מדובר על סכנת חיים. השאלה המתבקשת היא האם עקרונות ההגנה העצמית חלים גם בסיטואציה שאינה סכנת חיים, למשל תקיפה אחרת. הרמב"ם וגם הסוגיה התלמודית מדברים רק על סכנת חיים. ומה לגבי סיטואציות שאינן רצח?

הרא"ש: אם מדובר במקרה של אחרים שהגנתם עליך (משפחה)- והכה את המכה כדי להציל קרובו- הוא פטור. ואם מדובר במקרה של אדם מכה את חברו מישראל (ולא תחת אחריותו), גם אם לא מדובר בסכנת מוות, עקרון ההגנה העצמית עדיין חל- מותר להכות את המכה. אבל אם יכול היה להציל בתקיפה קלה ותקף בעוצמה רבה יותר הוא חייב- הופך עכשיו להיות תוקף בעצמו. שומר על עקרון החבלה המינימלית, עקרון הנחיצות.

צריך לשים לב בין זכות ההצלה לבין חובת ההצלה מהמתה. לא נוסחה במשפט העברי חובת הצלה במקרה של תקיפה. אבל כשמדובר במקרה שאינו סכנת חיים היא מתגבשת רק לזכות ולא לחובה.

השו"ע: אדם שהותקף פטור כי יש לו רשות לחבול בתוקף כדי להציל עצמו, וגם פה ההגנה צריכה להיות על אותו עקרון- עקרון הפגיעה המינימלית.

סיכום עקרונות ההגנה הפרטית בשפט העברי: לאדם מוטלת חובה להיחלץ לעזרת אדם אחר בסכנת חיים. הוא רשאי לנקוט את כל האמצעים הדרושים לכך אולם המינימום הדרוש, ואם פגיעה מינימלית לא עוזרת הוא רשאי לנקוט כל אמצעי. ואם הפגיעה איננה למוות הוא רשאי להגן- כלומר זכות. גם כאן נדרש עקרון הפגיעה המינימלית. בנוסף, הזכות להגנה עצמית כוללת גם הגנה עצמית וגם הגנה של אחר (זולת).

אלון: המחוקק קבע שהגנה עצמית רלוונטית גם להגנה עצמית וגם להגנה על הזולת ולכן, אני מפרש את החוק באופן כזה ש"אחרים שהגנתם עליו" כלומר "ראוי שיגן עליהם" כלומר לא חובה משפטית להגן עליהם כי זה מצמצם מדיי אלא אחרים שאדם יכול או רוצה להגן עליהם. אמנם החוק בישראל לא מטיל חובה להציל את הזולת אולם, הוא קובע קביעה עקרונית. לדעתו אפג'ר מזוכה מהתקיפה וקובע חובה עקרונית לפרש את הגנת הצורך ככוללת הן הגנה עצמית והן הגנת הזולת.

זה מצב מעניין, המשפט העברי עוזר למשפט הישראלי להסתייג מהמשפט האנגלי הנוהג.

מה הייתה תגובת השופטים האחרים?

הנשיא זוסמן: אני לא רוצה להסתייע במ"ע כדי לפתור את הבעיה הזו. זה נכס תרבותי יקר של עמנו ואפשר לשאוף השראה, אבל בהוראה ספציפית שצמחה ממקור אחר. כלומר, יש מקום לפנות למשפט העברי כשהמשפט העברי הוא הרקע לחוק וכאן זה לא המצב. אני מעז גם להטיל ספק גם בכך אם ניתן להסתייע במשפט העברי בכל מקרה ולדעתו הציבור לא יהיה מוכן לקבל את זה. הציבור למשל לא יסכים שיוציאו להורג בסקילה אישה נואפת. זו אמירה מאוד קיצונית אבל הסיבה שאנחנו עוסקים בה היא כי היא מבטאת חשש מהחלת המשפט העברי בדין הפלילי. יכול להיות שהיה ניתן להתבטא בצורה קצת יותר מתונה כמו

שראוי לנשיא בימ"ש עליון. מדובר על מקרה ספציפי מאוד, ולא החלה כוללת של המשפט העברי. הכוונה שלו ייתכן שהייתה להפחיד מפנייה למשפט העברי.

הוא אומר שאם צריך להעמיד פה לדין זה את השוטרים שתקפו אדם חף מפשע, הוא מגיע לתוצאה דומה לאלון, רק לא מכירע בשאלת ההגנה העצמית וגם לא פונה למשפט העברי.

אשר: לא מסכים לאלון, יש לעמוד על השיטה האנגלית, זה החוק וצריך לקבלו, גם ברמה העקרונית זה לא כולל במקרה שאין קרבה ואחריות בין האנשים או שזה לא הגנה עצמית על האדם עצמו. (דעת מיעוט ולא הצטרף גם לזיכוי).

חוק העונשין תוקן ב-94 ונוצר סעיף נפרד להגנה עצמית

הוא הכניס את ההלכה שקבע אלון ללשון החוק, ובכך קבע שהשיטה הישראלית מאמצת את העקרון שהגנה עצמית כוללת את הגנת הזולת.

34 לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנסקפה 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.

בסופו של דבר אלון הכניס את המשפט העברי להכריע במקרה זה (היה יחיד בהרכב) גם זוסמן שהסכים לזיכוי לא דיבר על העניין העקרוני והפנייה למשפט העברי היא זו שהרחיבה את ההגנה העצמית גם לזולת וזה גם מה שהביא את המחוקק לקבוע את זה בחוק מאוחר יותר. זכות ההגנה העצמית כוללת הגנת הזולת.

פס"ד כהן

זוג נשוי בהליכי פרידה, הגבר אנס את אשתו והורשע באונס. ס' האינוס אמר אז ב-1980: "הבועל אישה שלא כדין כנגד רצונה..... דינו מאסר 14 שנים" (בס' 345).

הוא טוען בערעור: הבועל אישה שלא כדין, מה זה אומר שלא כדין? הוא טוען שאם היא אשתו זה כדין. זו ההלכה באנגליה, הדין מהמאה ה-17 אומר: בעל לא יכול להיות מואשם באינוס שעשה לאשתו החוקית כי אישה מסרה את עצמה לבעלה ולא יכולה לחזור בה, היא הסכימה להינשא לו.

בפקודה האנגלית כתוב: שלא כדין. **ש' לוי** (בפרשה אחרת- **אל פקיר נגד היועמ"ש**): לדעתי, השקפה זו אינה הולמת את כבוד האדם ואת כבוד הנישואין, ואין לאמצה בישראל ללא הוראה מפורשת של המחוקק. אישה המסכימה בהינשאה לחיי אישות עם בעלה אינה מסכימה בזה לשימוש בכוח או באיומי מוות או באיומי חבלה גופנית חמורה נגד גופה. אישה אינה כשבויית חרב אצל בעלה, והיא זכאית לחירות גופה כמו בעלה.

הפקודה האנגלית: unlawfully. מחוקק הישראלי פירש את זה כ"שאינה אשתו" 1977. ב-1978 תוקן ע"י ועדת חוקה (כלומר במקרה של פליטת קולמוס ועדת חוקה יכולה לתקן את הבעיה בלי לחזור למליאה), תיקנו את הנוסח ל"שלא כדין". איך נפרש את הביטוי הזה?

כהן, המואשם, טען ש"לא כדין" צריך לפרש לפי ההלכה האנגלית "שאיננה אשתו" ולכן אני לא יכול להיות מואשם.

בכור: אין לקבל את ההלכה האנגלית כלשונה. שלא כדין מתייחס לדינו האישי של האדם. האם לפי הדין האישי של אותו אדם הוא רשאי לקיים יחסים עם האישה נגד רצונה. במקרה זה הוא יהודי ואצל יהודים הדין שחל במסגרת נישואין הוא דין תורה ולכן בואו נבדוק מה קורה במ"ע.

בתלמוד, מסכת עירובין: אסור לאדם לאכוף את אשתו לדבר מצווה (יחסי מין), היא צריכה להסכים לכך. **הרמב"ם, הלכות אישות:** ולא יאנוס אותה ויבעל אותה בעל כורחה, אלא מדעתה ומתוך שיחה ושמחה. **שו"ע:** לא רשאי לבעול כנגד רצונה ואם לא רוצה, יפייסנה עד שתרצה.

הרמב"ם הלכות אישות: אישה שמונעת כעקרון את בעלה מיחסי מין היא "מורדת" ישאלו אותה מדוע היא לא מוכנה. אם היא תגיד שהוא מגעיל אותה והיא לא מוכנה לשכב איתו זו יכולה להיות עילת גירושין. משום שיחסי מין לפי יהדות הוא מרכיב קונסטיטיוטיבי בנישואין- מרכיב הכרחי בהם לפי היהדות. **לפי שאינה כשבויה להיבעל לשנוי לא. היא לא שבויה להיבעל למי שהיא שונאת.** זה המשפט החשוב של הרמב"ם. זו אמנם הלכה ייחודית למשפט העברי "הלכת מורדת". אבל היא מבטאת גם את הרעיון שחוזר על עצמו.

לפי בכור, אין להחיל בין יהודים את ההלכה האנגלית. המשפט העברי דוחה את טענת ההגנה של כהן. **ביקורת:** זה מבחין בין עדות ודתות, כי אם למשל לפי העדה המוסלמית מותר להם לבעול אישה בנישואין, אז יאמצו את זה לתוך "שלא כדין" ואז יהיה מותר לפגוע כך באישה.

גם כאן המשפט העברי מגיע כדי להסתייג מהמשפט האנגלי. כאשר שופטים מרגישים שהדין האנגלי החל בישראל מכוח הזיקה שלנו למשפט האנגלי, הם הולכים למשפט העברי שמביא להם אלטרנטיבה.

בן פורת: לא הגיוני להגיד שהאונס את אשתו יהיה פטור מעונש. היא מעדיפה להשאיר בצ"ע את השאלה כיצד יש לפרש את "שלא כדין" והאם זה חל על ברית הנישואין. מציעה להתעלם מהביטוי "שלא כדין" ולא לייחס לו משמעות כלל.

חיים כהן (ד"ר כהן נ' מדינת ישראל): לאור החלטת הועדה לשנות את המילים, היא הביעה דעה שיש לדחות את ההלכה האנגלית. הוא מאמץ את ההצעה של בן פורת. ולכן קובע שלהיות אדם נשוי זה לא טענת ההגנה מפני אונס, דחינו את הטענה בלי להיזקק למ"ע.

מה שקרה לאחר מכן: עבירת האינוס עברה הרבה שינויים. למשל עצם הגדרת האונס: למשל לא נדרש יותר שהאונס יהיה תוך איום או סכנת חיים חמורה. ופעם היה נדרש. לכן המחוקק שינה את זה "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית" וזה לא רק עניים של תקיפה או איום בחבלה או מיתה. בין השאר גם נשלל התיקון "שלא כדין" מחקו את המילים האלה והיום לא צריך לפרש לא לפי דין אישי ולא לפי דין כללי.

לסיכום, ראינו שגם בתחום הפלילי הייתה פנייה למשפט העברי, במקרה של הגנה עצמית הפנייה הרחיבה את הגנה עצמית להגנת הזולת גם וזה גם התגלגל לחוק. ובמקרה של אינוס אישה השי' בכור השתמש בכך כדי לעקוף את המשפט האנגלי.

בשני המקרים אנחנו רואים שבימ"ש השתמש במשפט העברי כדי לעקוף את הדין האנגלי שלא התאים למצב הקיים.

ש"ת 8: 20.12

חוק יסודות המשפט

נחקק על רקע של סימן 46 לדבר המלך, נקבע בכלל מעבר, שקבע: "עם תחילת המנדט הבריטי, המשפט העותמאני שנהג קודם ימשיך לנהוג", אבל ההוראה הרלוונטית לענייננו: "במקרים שהחוקים לא יהיו נוהגים לגביהם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים של אנגליה" (כלומר מדובר על מקרי חסר).

הסימן הזה המשיך להתקיים גם לאחר קום המדינה, למרות שניסו לבטלו. ז"א שלאחר קום המדינה במקרה של חסר, צריך לפנות למשפט האנגלי ולפסיקה באנגליה. אחרי קום המדינה בימ"ש התלבטו מה קורה אם יש חסר בחוק ישראלי חדש והאם גם לגביו צריך לפנות לאנגליה, כי בכל זאת נוצר משפט חדש פה בארץ, הפסיקה אמרה שלו וצימצמה את הסי' אבל בגדול כן הייתה חובת פנייה כזו, ועד 1980 בו ביטלו את הסי' לישראל לא הייתה עצמאות שיפוטית מלאה והיא הייתה כפופה לעקרונות המשפט האנגלי.

דובר הרבה שצריך לתקן את הדבר הזה, והתלבטו האם די לבטל את הסימן או שצריך להציע לו גם חלופה. היו שסברו (למשל פרופ ידן מהמחלקה לייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, טען שדי לבטל את הסימן וההשלמה תהיה לפי הסמכות של בתי המשפט לפתח את המשפט, אבל דעת הרוב הייתה שצריך למצוא לו חלופה, ובמדיה רבה החלפתו התעכבה כי התלבטו לגבי החלופה הנכונה.

חוק יסודות המשפט 1980, נחקק וחולל את השינוי. **ס' 2** קבע שסימן 46 לדבר המלך בטל. ביטל את הזיקה למשפט הבריטי, ובמקום זאת הציע **בס' 1** את החלופה: "ראה בימ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

בדברי ההסבר לחוק נאמר: ביטול התפקיד המשלים של המשפט האנגלי במקרה של חסר, מתעוררת השאלה כיצד יש לנהוג בנושא של שטחים ריקים (לקונה) ומוצע שבמקרים אלה ינחה בימ"ש את עצמו על ידי עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל, נוסחה זו נבחרה מבין הצעות שונות, כדי להנחות את השופט אל ערכי היסוד והמוסר של מורשת ישראל, זאת בלי לכפות עליו את כל הוראות המשפט העברי.

מדברים אלו, נשמע שדברי היסוד והמוסר הם המשפט העברי, אנו לומדים זאת מכך שאומרים: אין להחיל את כל המשפט העברי אלא רק את עקרונות אלו.

מה זה שטח ריק? לקונה?

לפי החוק, בשאלה שדרושה הכרעה שלא נמצא לה תשובה, השופט יפנה:

- **לדבר חקיקה** - הן חקיקה ראשית והן משנית
- **הלכה פסוקה** - הלכה של בימ"ש, אבל מה בדיוק הכוונה? האם הכוונה לכל ההלכות של בימ"ש או רק של בימ"ש עליון. למשל **אלון** אומר שזו רק הלכה שנקבע לפי בימ"ש עליון כי רק היא הלכה מחייבת. מנגד, **ש' חיים כהן** חולק עליו וחושב שמדובר בהלכה של כל בימ"ש, גם ערכאות נמוכות יותר. כי להלכה של בימ"ש לטענתו אין יתרון על פני הלכה אחרת.

- **בדרך של היקש- אנלוגיה מעניין לעניין וייתכן שכלולה כאן גם פרשנות כללית. אלון טוען כי פרשנות בדרך של היקש קודמת להשלמה מעקרונות מורשת ישראל (כלומר רק אם לא עזר דרך של היקש, אנחנו במצב של לקונה), ובכך הוא מסכים לדעתו של ברק.**

מה מקומם של פרשנות מושגים משפטיים-ערכיים?

אלון (ד"ר הנדלס): מושגי משפט שמקורם במערכי מוסר ותרבות (צדק, תו"ל, סביר) שאין בהם תוכן מובנה, המושגים האלה כל כך כלליים ומופשטים שלמעשה הפרשנות שלהם מחייבת דברים נושפים ולכן בעינינו זה לקונה כי צריך ממש לצקת לתוכם תוכן שזה מילוי שטח ריק. משמעות הדבר הוא שצריך למלאם לפי עקרונות מורשת ישראל. ראינו שהוא עשה את זה לפני חוק יסודות המשפט (רות נ' ישופה וגם זינגר עשה את זה בצין נ' מזיאר). אז בטח ובטח שאחרי החוק.

ברק (ד"ר הנדלס): אם דבר חקיקה מציין מושגי יסוד, תפקיד בימ"ש לצקת תוכן קונקרטי במושגים האלה על פי מטרת החוק והתחשב בתנאי החיים, לדעתו לא מדובר על שטח ריק משום שהמחוקק קבע בו נורמה שחלה בעניין. הוא חושב שכאשר המחוקק השתמש במושגים כאלה לא מדובר בשטח ריק. לכן אין צורך לפנות לעקרונות המשפט העברי או מורשת ישראל

פרשנות חוקים

אלון: למי"ע יש מעמד של מקור רראשון במעלה לצורך השראה והנחיית בימ"ש בפרתון בעיה שלפניו. כלומר, בימ"ש בבואו לפרש מונח הוא מסתכל על שיטות משפט אחרות ולמי"ע יש מקום ראשון במעלה, ז"א שהוא לא חייב לפרש לפיו, ז"א שהוא מסכים שחוק יסודות המשפט לא נועד לצורך פרשנות, כלומר במקרה של פרשנות הפנייה לעקרונות מורשת ישראל היא רשות ולא חובה, לעומת מקרה לקונה שם מדובר בחובה. אבל כאשר בימ"ש מחפש השראה ומבקש ללמוד על הפתרון הראוי משיטה אחרת, למשט העברי ציד להיות ראשון במעלה. **מדוע?**

1. ראשית המי"ע שימש מקור ראשי לחקיקה ישראלית- לפי דברי הסבר של חוקים רבים.
2. המשפט העברי מספק תשתית אחידה ליצירת תורת משפט ישראלית- אם אין לנו מושגים משותפים ובכל שאלה נלך להסתכל בשיטת משפט אחרת אז אין לנו שיטה אחידה. אם נסכים שנאחנו פונים למי"ע בכל שאלה כמקור השראה, אז תיווצר תשתית אחידה
3. חוי"מ"ש (חוק יסודות המשפט), אמנם לא התייחס לפרשנות חוקים אבל העובדה שהוא העניק למשפט העברי מעמד של מקור משלים למקרים של חסר, מבליע גם את מעמד הבכורה שלו בפרשנות חוקים.

ולכן כאשר יש התלבטות בשאלה פרשנית יש לפנות לעקרונות המשפט העברי, ולכן השאלה המשפטית בהנדלס רלוונטית: השאלה הייתה איך יש לפרשת את המילה "ברשותו של אחר". לפי אלון, משום שמושג זה הגיע מהמשפט העברי, יש לפרש את המושג לפי המשפט העברי. זו דוגמה שאנחנו פונים למשפט העברי במקרה פרשנות.

לסיכום אלון- כאשר יש אפשרות לפרש חוק בהסתייעות עקרונות המשפט העברי, יש לעשות זאת, דהיינו לתת לו עדיפות בפרשנות

ברק: ההשראה הפרשנית לא חייבת לבוא בראש ובראשונה מהמ"ע. וזה טעות להחליף את המשפט האנגלי כמקור פרשנות לדברי חקיקה. כי דבר חקיקה צריך לפרש מתוכו לשם הגשמת דבר החקיקה. הוא לא מתייחס לשאלה האם המשפט העברי הוא המקור לכל החקיקה, הוא אומר שגם אם המחוקק השתמש במונחים מהמשפט העברי הוא אומר שיש נתק והמושג עומד לעצמו ויש לפרש אותו למען הגשמת מטרת החקיקה, יש לפרש חוק מנקודת מבט תכליתית, והשאלה האם המחוקק השתמש במשפט העברי בחקיקה היא לא רלוונטית. ולא צריך לחזור אחורה למשפט העברי. בעצם בפרנות חוקים הוא גם חולק על עליון

ישנם שני מעגלים: המעגל הפנימי של חוימ"ש הוא עניין של לאקונה ואין לה תשובה בדבר חקיקה, הלכה פסוקה או דרך של היקש. יש מעגל של מושגים כללים שאלון אומר שחוימ"ש חל שם כי זה לקונה, ועל זה ברק סותר. לגבי הפרנסות אלון אומר שיאן חובה לפנות אלא רשות, במעמד בכורה למ"ע, וברק מתנגד.

לגבי הגרעין עצמו של לקונה, נדרש להסביר עוד ותכף נחזור.

פס"ד הנדלס

פס"ד ראשון אחרי חוימ"ש. הוא מיד התעסק עם פרשנות חוקים ז"א מעגל חיצוני של חוימ"ש, ולא בגרעין החוק- מהי לקונה. מה שנקבע שם:

חוימ"ש חל רק במקרה של "שטח ריק" (לקונה) במקום בו ניתן למצוא תשובה בדבר חקיקה, הלכה 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 בביטוי שמקורו במשפט העברי יש לפרשו בהתאם למשמעותו במשפט העברי. בימ"ש רשאי להביא ראיות מן המ"ע אבל הן בגדר רשות ולא בגדר חובה.

בעצם בהנדלס, בימ"ש קבע שחוימ"ש חל רק על שטח ריק ולא חל על פרשנות חוקים. הוא לא מתייחס בפירוש לפרשנות מושגים ערכיים, רק ברק התייחס בהערה אבל שאר השופטים לא דנו בכך כי זו לא שאלה שעלתה, אולם אפשר להבין שהמגמה היא שחוימ"ש לא חל גם במקרים כאלה.

מהי "שאלה משפטית שלא נמצאה לה תשובה"?

אפשר לפרש את ההגדרה הזו בכמה אופנים:

- **פרשנות רחבה**- פרשנות מילולית, כל שאלה שאין לה תשובה בהלכה פסוקה, חקיקה או בהיקש, בימ"ש מצווה להכריע בה לפי עקרונות מורשת ישראל
- **פרשנות צרה**- לא כל שאלה שאין לה תשובה בחוק היא בגדר לקונה, בימ"ש משלים חסר בחוק או בפסיקה, חסר זה מושג ספציפי, לא כל מקום שאין בו תשובה בחוק הוא חסר. הטענה הזו רומזת להבחנה של ברק בין השלמת חסר לבין פיתוח המשפט.

ברק, היצירה השיפוטית-השלמת חסר:

קיים חסר מקום שבו נורמה משפטית או הסדר משפטי הוא בלתי שלם ואי שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או את תכלית ההסדר. כלומר חסר קיים רק במקום בו יש הסדר מסוים לנושא וחסר בו פרט (קיר אבנים שחסרה בו אבן). במקום בו בכלל אין קיר אבנים אין חסר. השופט משלים את החסר בעזרת "דין השיור" הקיים בשיטתו, בישראל דין זה הוא חוק יסודות המשפט, השופט פועל מעבר לטקסט הקיים ויוצר טקסט חדש, כלומר הופך להיות "מעין מחוקק".

(ברק, ז'רז'בסקי): לעומת זאת, פיתוח המשפט זה מקום שאין קיר אבנים בכלל, הנושא לא הוסדר מעיקרו. המשפט מתפתח באמצעות השופטים המפתחים אותו, הרבה תחומי משפט הם משפט שיפוטי, כלומר יצירה שיפוטית (למשל משפט מינהלי, דיני מכרזים וכו'). אם מדובר על תחום שכולו לא הוסדר בחוק ובימ"ש משלים אותו אז לא מדובר בהשלמת חסר, אלא פיתוח המשפט והמשמעות היא שאני לא צריך לחזור במצב זה לחוימ"ש ולעקרונות מורשת ישראל. פיתוח המשפט הוא פעולת חקיקה של ממש, השופט פועל כמחוקק. עקרונות מורשת ישראל משלימים חסר בחקיקה אם ההיקש לא הספיק, ועקרונות אלו לא חלים למקרים של פיתוח המשפט. השופט בפיתוח המשפט לא מחויב לחוימ"ש.

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.

ברק הולך לפי המהלך המצמצם, לפי אלון כל דבר שאין בחוק תשובה, יש ללכת לפי חוימ"ש, מדובר בלקונה ויש לפנות לעקרונות מורשת ישראל. לעומת ברק שאומר שיש לפנות רק אם זו לקונה במובן הצר, כלומר המחוקק הסדיר את העניין וחסר דבר קטן.

דוג': פס"ד חירות: חוק הבחירות (דרכי תעמולה) 1959: ס' 15(ד) לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה ע"י המפלגות ובא עליה אישורו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית. כלומר, שידורי תעמולה דרושים אישור של יו"ר ועדת הבחירות. ומה מעניין? שאין ס' מקביל לשידורי רדיו. לא צריך אישור של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית. והייתה עתירה בנושא הזה. האם צריך גם ברדיו אישור כזה?
בימ"ש: אמר שזה דוגמה לחסר, כי המחוקק הסדיר את עניין שידורי תעמולה אבל לא התייחס ספציפי על רדיו. יש להשלים חסר זה והשלימו לפי היקש מהדין של טלוויזיה וקבעו שיש צורך באישור גם לרדיו, דוגמה שהמחוקק הסדיר את הנושא אבל החסיר לבנה.

דוג' נוספת: ז'רז'בסקי: מה התוקף של הסכם קואליציוני, האם הסכם פוליטי הוא שפוט. אלון אומר ששאלה זו לא נידונה במשפט הישראלי, אין חוק או הלכה פסוקה זה עניין שעולה לראשונה. זה עניין שאין לו תשובה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה צריך להכריע בו לפי עקרונות מורשת ישראל. ברק אומר מנגד שלא צריך לפנות לעקרונות מורשת ישראל כי לטענתו לא מדובר בהשלמת חסר אלא בפיתוח המשפט ולכן חוימ"ש לא חל פה, המחוקק בכלל לא הסדיר את העניין של הסכמים פוליטיים.

מדוע ברק פועל לפי הפרשנות המצמצמת? הוא רצה לחסום השפעה יתרה של המשפט העברי, הוא לא אוהב אותו, חושש ממנו, יש דברים שהוא לא מזדהה איתם. הסבר נוסף יכול להיות קשור למקום חוימ"ש ביחס למשפט המקובל. בדין באנגלי אין דין שיור- שקובע כיצד לפסוק במקרה של חסר בחוק. מדוע? כי במשפט המקובל זו תופעה רגילה והוא לא מתיימר להסדיר נושאים מלאים בחקיקה. המשפט המקובל התפתח מזה שדין התפתח ממקרה למקרה. למרות שבמשפט המקובל יש יותר מקום לחקיקה היום, אבל האופן עקרוני הוא לא נבהל ממקרים של חסר, ולבימ"ש יש סמכות טבועה לפתח את המשפט. מצד שני במשפט הקונטיננטלי יש תפיסה שהחוק הוא מקור המשפט ובימ"ש הוא פסוק במקרה לפניו אבל הוא לא דין משפטי מחייב. בנקודת המבט הזו- אם אנחנו ממשיכים את המשפט האנגלי, בעניין של סמכות בימ"ש לפתח את המשפט, אז אנחנו לא יכולים להחיל עליו הוראות של דין שיור משום שזוהי סמכותו הכללית של בימ"ש אין צורך בדין שיור כי יש לו סמכות כללית לפתח את המשפט. הואיל והמחוקק קבע הוראות השלמת החוק ודין

שיר, יש לפרש אותם באופן מצמצם כדי ליישב אותם עם סמכות בימ"ש. וזוהי הסבר שלא קשור לאהבתו של ברק במשפט העברי. הוא סבור שלבימ"ש יש סמכות לפתח את המשפט סמכות קבועה שאין להגבילה במקורות משלימים.

השאלה הזו לא נדונה בפירוש אבל נראה שההבחנה של ברק כן התקבלה אצל שופטים רבים, והם משתמשים בה. למשל פס"ד נחמני: זוג התחיל הפריה חוץ גופית, עלתה שאלה: האם נפרדו והאישה רצתה להשתמש בביציות המופרות והאבא סירב. השאלה הזו אין לה תשובה בדבר חקיקה או הלכה פסוקה, זו הייתה שאלה חדשה. ישבו 9 שופטים בד"נ אף אחד לא הלך לעקרונות מורשת ישראל, גם כאלו שהיינו מצפים מהם לעשות זאת (למשל ש' צבי טל). השופטים אומרים שזו שאלה של פיתוח המשפט כי זה לא חסר אלא נושא חדש. אלון כמובן התקומם נגד זה.

אלון מגיב לברק: אם אתה (ברק) מבחין בין לקונה לבין פיתוח המשפט אתה מעקר את משמעות החוק במקרים רחבים מאוד בהם אין התחום מעוגן. ולפי לשון החוק מדובר גם במקרים של חסר תחום מלא ולא רק לבנה אחת.

מהי מורשת ישראל?

אלון: מורשת ישראל כוללת את כלל הלכותיו של המ"ע, וכן עולמה של אגדה, דבר הגות ומחשבה כפי שעלו ונידונו בתקופות השונים שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי. ברור שעיקרו ויסודו של הכלול במושג זה הוא המ"ע. על בתי המשפט להחליט מה כלול בו בנוסף למשפט העברי כגון דברי הגות ומחשבה שבמורשת ישראל וכן דברי הגות מתקופת התחייה.

המחוקק הפנה לעקרונות מסויימים מתוך המשפט העברי אולם לא לכולם (למשל לעקרונות הדתיים) אלא לעקרונות החירות המצדק היושר והשלום. אבל מורשת ישראל עצמה היא המשפט העברי בכללותו, וכנראה גם קצת מעבר לזה, למשל ספרות התחייה. אבל הוא ראה במושג הזה (מורשת ישראל) עיקרו של דבר זה המשפט העברי אבל אפשר להוסיף. ואליו צריך ללכת בראש ובראשונה. (וזה עונה על השאלה האם יש לבחוק בעקרונות אלה ולא באחרים?)

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

ברק: מורשת ישראל זה לא כמו משפט עברי והיא לא כוללת בתוכה את כל המשפט העברי. אנחנו מדינה צעירה ועם עתיק שורשנו נעוצים במדורת עתיקת שנים, ישעיהו וירמיהו, שפינוזה אחד העם, בן גוריון, וכל אלו מעצבים את דמותנו בעם וכמדינה. מדובר במורשת התרבותית שלנו של העם היהודי לאורך השנים והיא כוללת את כל אלה. אולם הוא לא מזכיר כאן שום דמות מהמשפט העברי, אלא רק דמויות מאוחרות יותר. ביקרו אותו על כך, ובמאמר מאוחר יותר, היצירה השיפוטית, הוא נשאר בעמדתו, אבל כאן הוא שיכלל את הרשימה והוסיף למשל גם רמב"ם: לפני המדינה ואחריה, ספרות תורנית וחילונית גם יחד.

מדובר במושג רחב אוין הכוונה למשפט העברי באופן מובהק אלא מושג רחב שכולל את המורשת היהודית. ומתוך הספרות הזו מופנה השופט לעקרונות חירות צדק שלום ויושר. אין הכוונה למשפט העברי כמו שהשופט אלון לומד.

המרחק לא כל כך גדול לכאורה כי גם ברק בניסוח החדש טוען שזה כולל את המשפט העברי אבל לא רק אותו. ואלון אמר בראש ובראשונה המשפט העברי אבל גם הוא הודה שזה לא כולל רק אותו. אבל אלון הודה

שמטבע הדברים בגלל שמתעסקים בשאלות משפטיות יש לפנות למקורות משפטיים (ולא דתיים למשל). אלון גם נסמך על דברי הסבר של הצעת החוק, שאומר שהחוק הזה בא להתייחס לעקרונות מורשת ישראל ולא לכל המשפט העברי, וזה מלמד שהעקרונות הללו הם כן חלק מהמשפט העברי. ולכן נראה שמורשת ישראל היא גם המשפט העברי.

חוימ"ש תוקן ב-2018:

"ראה בימ"ש שאלה משפטיות הטענה 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".

הכניסו את המשפט העברי באופן מפורש פנימה, במידה רבה כנגד עמדת ברק שטען במורשת ישראל היא לא בהכרח המשפט העברי כדי שלא יגידו יותר שמורשת ישראל אינה המ"ע, ז"א יש פה בראש ובראשונה פנייה למשפט העברי אבל גם למורשת ישראל שזה המושג הרחב.

באיזה מידה ניתן לחשוב על המשפט העברי כמקור משלים:

האם במשפט העברי היה תשובה לכל חסר בהלכות שלנו? לא ברור שתהיה שם תשובה, לפעמים גם שם אין התייחסות. אלא אם כן פונים לעקרונות המופשטים של המ"ע לא בהלכה ספציפית, יכול להיות שהפתרון יהיה מצוי בעקרונות המופשטים. אז האם אפשר להפנות למ"ע בכל מקרה שאין תשובה בחוק? זו שאלה קשה ולא פשוטה, לא בהכרח תהיה תשובה.

ל'אור 9: 27.12

המשפט העברי בפסיקה - 1980-1992: זכויות יסוד

לאחר חקיקת חוק יסוד המשפט נקבע למ"ע מעמד פורמלי: עקרונות מסויימים של מורשת ישראל מהווים מקור משלים. מה בימ"ש יכול לעשות עם החוק הזה שנקבע? בימ"ש יכול באופן פורמלי יותר לפנות למ"ע ולהפיק ממנו דברים שונים. בימ"ש היה עושה את זה עוד קודם ופונה למ"ע אבל אחרי החוק יש לו כלי רשמי. בשיעור זה נתמקד בשימוש במ"ע לצורך זכויות יסוד. ניתן לראות מגמה של שימוש במשפט העברי לזכויות יסוד, והוביל אותה אלון. הפס"ד החשוב ביותר הוא

פס"ד ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות

עלה לדיון הנושא של פסילת כהנא. היה תקדים של ירדור והוא נדון בפס"ד זה. בפס"ד זה בימ"ש קבע שאי אפשר להשתמש בתקדים של ירדור לפסילה של רשימות (עמדו שתי רשימות: כהנא מצד אחד וח"כ מיארי) ושתיהן נפסלו לרשימת הבחירות, כהנא בשל התבטאויות גזעניות ומיארי בשל שלילת קיומה של מדינת ישראל. ולמרות זאת בימ"ש לא פסל את שתי הרשימות ורצה לצמצם את הלכת ירדור, הוא טען שהלכת ירדור מתכוונת לפסילת רק מי שמעוניין בחיסול המדינה אבל מי שמתנגד לאופי המדינה כיהודית מצד אחד או דמוקרטית מצד שני, רשימה כזו לא ניתנת לפסילה. היו הרבה ביקורות. אגב ברק מצד שני, מרחיב את הביטוי לאופן כזה שלא רק מי ששולל את מדינת ישראל כיהודית אלא גם מי ששולל אותה כדמוקרטית יש לפסול אותה. אבל כך לא קבע בימ"ש.

לימים הכנסת תחוקק את סי' 7(א) ותקבע בפירוש את הסמכות הזו לפסולה. בימ"ש לא פסל בפועל, אבל למרות שלא הייתה כאן פסילה בימ"ש אמר כמה דברים חשובים תוך שימוש במ"ע.

אלון: המ"ע היא מסורת עשירה שאפשר להביא ממנה ראיות לצדדים שונים. ולכן נדרשת בחירה למעשה או שק"ד כדי לומר מהו הדבר הנכון. מערכת ההלכה ועולמה של מורשת ישראל מלא בגישות שונות ומנוגדות. צריך לדעת מה לקחת, צריך לראות מה לשעה ומה לדורות, מה דעת רוב ומה דעת מיעוט.

בנוגע לחופש הביטוי

אחרי ההקדמה הזו הוא אומר שהמסורת היהודית היא מקור לחופש הדעה והביטוי. כבר בתנ"ך אפשר לראות שהנביאים מרשים לעצמם לבקר את השלטון (המלכים) וגם בעולמם של חכמים, ביטוי לחופש הביטוי אפשר לראות בכלל שתבעו לבית שמאי ובית הלל: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים".

כאן כבר אפשר לשים לב לשיטה של אלון. רואים כאן סוג של פרשנות ביחס לפרשנות. אפשר היה לטעון כנגדו ש"אלו ואלו דברי אלוהים חיים" זה נכון לדעות ההלכה אבל לא כל דעה זוכה למעמד כזה, הוא מרשה לעצמו להרחיב את זה, הוא לא מפרש את היבטוי מצומצם אלא מיישם מכאן הלכות רחב יותר: גם כשדנים באופן רחב בשאלות חברתיות, גם כן לדעות השונות יש מעמד ערכי והניסיון הוא לא לבטל את הדעות. פתיחות לדעות שונות, שהוא במסגרת ההלכה, אלון מרחיב אותו ולוקח אותו גם לעולמנו.

בנוגע לזכות השוויון

מצד אחד בימ"ש רצה לאפשר שוויון ולתת לכהנא להשתתף, אבל אולי זה נראה גם כהכשרה של דעה גזענית? אולי היה נכון לא לאפשר לו להשתתף? מצד אחד בימ"ש רצה לצמצם את הלכת ירדור ומצא עצמו מכשיר את כהנא, ואת זה הוא לא רצה. ולכן בימ"ש (גם אלון וגם ברק) הרבו במילים כדי לגנות את דרכו של כהנא. אלון עשה זאת דרך המשפט העברי.

"יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית), בכך [ותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של אדם, כל אדם באשר הוא, שוויונו ואהבתו: לפי ר' עקיבא: חביב אדם שנברא בצלם". למה זה חשוב? כי גם כהנא טוען בשם היהדות. כי הוא אומר שיהודים שווים יותר מאחרים במדינת יהודית ומגיעות להם יותר זכויות. אלון אומר שמה שמקומם אותו בדברי כהנא זה ההשחרה של היהדות, הפירוש הגעזני שהוא נותן ליהדות ולכן הוא פותח בכך שהרעיון המרכזי שביהדות הוא שכל אדם שווה באשר הוא.

שוויון ואהבת האדם

הוא מצטט דיון בין שני חכמים: ואהבת לרעך כמוך זה כלל גדול בתורה, הערך החשוב ביותר בתורה. לעומתו, אומר בן עזאי: זה ספר תולדות אדם, זה כלל גדול מזה, כלומר "ביום ברק אלוקים אדם שדמות אלוקים עשה אותו" - העקרון של בריאה בצלם אלוקים. צריך להבין את המחלוקת הזו: אהבת רעך, או העקרון שאדם נברא בצלם אלוקים. הרבה פרשנים התעסקו בכל אחד מהכללים שאין בשני: אפשר להגיד שאהבת לרעך כמו זה מצמצם זה רק רעך - חבר, מישהו קרוב, משהו מהעם, כל פרשנות שניתן זה מצמצם, מצד שני בצלם אלוקים ברא את האדם זה נוגע לכל אדם. בנוסף, ברעיון הראשון יש עניין של סולידריות עם השני "כמוך" ואנחנו שווים, ובשני יש סטנדרט אובייקטיבי: האדם הוא דמות מאלוקים וזה מה שנותן לו מעמד שווה. אפשרות נוספת היא שיש סטנדרט שונה: המחלוקת היא לא רק בבסיס רעיוני, אלא סטנדרט שונה: אם אהבת לרעך כמוך - אתה צריך לאהוב רע כמוני, אז אני הבסיס, צריך לאהוב אחר כמו שאני אוהב אותי, ונברא בצלם אלוקים אומר שצריך לאהוב בגלל שנברא בצלם אלוקים ובלי קשר אליי.

אלון הלך לכיוון אחר מהמחלוקת הזו, לפי דעתו ההבדל הוא איזה יחס כל אחד מהפסוקים מבטא ביחס לזולת, לפי ר' עקיבא הערך העליון הוא אהבת האדם ולפי בן עזאי הערך החשוב יותר מאהבה הוא השוויון. שני העקרונות הללו לפי אלון צריכים להשתלב, גם הרעיון שהאדם נברא בצלם אלוקים וגם הרעיון של אהבת

רעך, הדברים האלה מתלכדים, בייחוד כי אמרנו קודם שר' עקיבא בעצמו אמר שחביב אדם שנברא בצלם. הנקודה החשובה שאלון בא להדגיש, אומר שעקרון שהאדם נברא בצלם אלוקים אומר שכל אדם באשר הוא, נברא בצלם אלוקים לכן צריך להתנהג בשוויון וגם באהבה.

הוא מזכיר את **דברי הרב קוק**: "אסור ליראת שמים שתדחק את מוסר הטבעי של האדם כי אז אינה יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי של האדם הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדיה". כלומר, הרגש המוסרי של האדם הוא הבסיס, ויראת שמים או מצוות יכולות רק להפוך אדם לצודק יותר או הגון יותר. אם כתוצאה מיראת שמים או אורח חיים דתי הוא נוהג בפחות מוסריות, אז מדובר ביראת שמים פסולה. יראת שמים טהורה, זו יראת שמים שעושה את האדם יותר מוסרי. אם יש רגש מוסרי טבעי ואדם בגלל שהוא דתי נוהג בפחות הגיונות סימן שהדת שלו איננה טהורה. יראת שמים טהורה צריכה להגביר ולהעלות את רמת המוסר של אדם.

היחס למיעוטים

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

רשימת כד

תוכן רשימת "כך" יש בהן ניגוד משווע לעולמה של יהדות, הלכותיה, ניגוד לעקרונות של מוסר אדם, מוסר עם, מגילת העצמאות של מדינת ישראל ותשתית דמוקרטיות נאורות. זה ניגוד מוחלט גם למדינת ישראל, גם דמוקרטיה.

אלון עושה שימוש ברעיונות האל, מהיהדות, מציע פרשנות אקטואלית לרעיונות האלה. הוא מציג פרשנות ליברלית ליהדות, זה אחד מהישגיו הגדולים.

ברק: הדבר המעניין הוא שגם ברק ציטט מהמשפט העברי. אחת הפעמים היחדות: **הרב קוק**: המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת אדם, היא רלוונטית לאדם כולו למרות שוני בין דתות או אמונות, ולמרות חילוקים של גזע ועמים. נכון ללמוד את אופי ותכונות העמית כדי לדעת איך לבסס אהבה לעמים על ידי כך שיתקרבו אליהם. צרות עין הגורמת לראות בכל מה שמחוץ לאומה שלנו כטומאה, היא מחשך נורא, שגורם הריסה כללית לכל בנין הטוב. כלומר הוא אומר, אתם לא רק גזעניים, אלא גם ממש משחירים את היהדות כשאתם אומרים דברים גזעניים.

פס"ד קטלן

בדיקות חוקן לאסירים החוזרים מחופשה.

חיים כהן: "חברי ברק העלה ביסוס מהספרות המשפטית והאמריקאית, ולכן אנסה לדלות ממקורות מחצבתנו שלנו...." אני רוצה למצוא מקור לחוק כב"ה: "לא רק מפיהם של הללו אנו חיים: הבה אנסה לדלות ממקורות מחצבתנו שלנו דברי חכמים להאיר עיניים ולשמח לבבות".

הוא משתמש בעקרון "גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה" שדוחה "לא תעשה בתורה". את העיקרון הזה תירגם רב בר שבא, בכך שכבוד הבריות דוחה את כל המצוות והאיסורים מפי חכמים (להבדיל מהמצוות והאיסורים מהתורה- דאורייתא). לדעתו, לפי התלמוד הבבלי הוא יכול להתגבר רק על המצווה

דרבנן ולא מצווה מהתורה. אם נתרגם זאת למשפטנו הישראלי: דברי התורה הם חקיקה ראשית ודברי חכמים חקיקת משנה: נמצאנו למדים שגם כבוד הבריות אינו יכול לעמוד כנגד חקיקה ראשית, ואילו חקיקת משנה עשויה להידחות מפני כבוד הבריות.

הוא טוען שהוא יכול לפסול את התקנה של חוקן, והוא אומר גם שראוי. הדבר הזה היה יסוד של פסקי דין שכתב אלון בנושא של זכויות האסיר. הוא ללא ספק פונה לעקרון של אדם הנברא בצלם.

מ"י נ' תמיר

אסיר שרצה שיפנו אותו לרופא מחוץ לבית הסוהר.

זכות יסוד זו אומרת שלא ייפגע אדם בגופו על כורחו, ושלא בהסכמתו. הוא אומר שהזכויות מעוגנות ברעיון שנברא האדם בצלם ותוך כך יש לו את הזכות הזו של כב"ה. הזכות הזו קיימת גם לאסירים. זכויות היסוד בעיקרן שמורות גם לאסירים. בשנות ה-80 צריך היה לומר את זה כי ההנחה הייתה שאסיר נשללת ממנו כל הזכויות, אולם אלון טען שרק החירות האישית נשללת ולא זכויות האחרות.

בתמיר הוא מדבר על חובת הטיפול הרפואי ומשתמש בעקרון הזה שכתוב **בתורה (דברים כה)**: מקפידה על כך שעונש המלקות יהיה מוגבל ל-40 מלקות ואסור יותר מכך גם אם נכלא. **והמשנה** לוקחת אותו צעד קדימה, הכלל תקף גם לאחר ריצוי העונש..

ואלון מחדש: והכלל הזה תקף לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש דכויותיו וכבודו כאדם שמורים עימו. נקודת המוצע היא שמכלול זכויות האדם שמורות לאסיר והזכות היחידה הנשללת ממנו בפירוש היא חירות אישית וכל שלילה של זכויות צריך לנמק אם היא מוצדקת או לא.

בנושא של ריפוי, זכות אדם להתרפא קיימת גם לאסיר ומותר לו לבחור מי ירפא אותו במידת האפשר.

המשנה אומרת שריפוי היא לא תועלת (הנאה) אלא מצווה, ולכן גם אם אדם נדר נדר שלא יגרום לחברו שום הנאה, הוא רשאי לטפל בו. ויהיה רשאי לטפל בו גם אם במקום רופא אחר.

שנינו (משנה, נדרים, ד, ד): "המודר הנאה מחבירו... מרפאהו רפואת נפש"; כלומר, מי שנדר שלא יינה מחבירו או שחבירו הדירו שלא יינה 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 שירפאו, מותר הוא לרפאותו רפואת גופו, שלא מכל אדם - אדם זוכה להתרפאות (נימוקי יוסף על הרי"ף, נדרים, מא, ב).

לכן הוא מסכם שזכותו של אסיר לבחירת טיפול רפואי שמורה לו. אבל זו זכות יחסית ובית הסוהר רשאי לשקול האם אפשר לממש את הזכות הזאת. כלומר, הזכות להירפא שמורה לו כל עוד קימה לא נוגד את חובת השלטונות לשלול ממנו את חופש התנועה (ומכאן שחובתם גם לשמור על כללי הבטיחות וסדרי בית הסוהר. כלומר, זכות זו דומה לכל דכות יסוד אחרת, שאינה אבסולוטית אלא יחסית. יש לקיים אותה על ידי איזון בין האינטרסים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שמוגנים בדיון.

הוקמה נ' שר הפנים

אלון: אני לא רואה סיבה עקרונית למנוע מאסירים זכות בחירה. כל זכות שמורה לאדם גם אם הוא נכלא, ואין סיבה למנוע ממנו זכות כלשהי, כמו זכויות יסוד (אלא אם זה סותר את שלילת חופש התנועה), כך גם אין לשלול את זכות ההצבעה, בחירה לכנסת. ולכן צריך לדאוג לקלפי שתגיע לתוך בית הסוהר.

העמדה העקרונית של אלון: (1) מכלול הזכויות האדם נשמר לאסיר (אלא אם סותר את שלילת חופש התנועה) (2) צמצום הפגיעה של עונש המאסר.

וייל נ' שרות בתי הסוהר

עתירה של אסיר שטען שרוצה לקיים יחסי אישות עם אשתו, טען זאת על בסיס דתי שזו מצווה ודרש מבית הסוהר לעשות את זה. באותה עת זה היה נראה עתירה הזויה.

אלון: התייחס אליה באהדה רבה. ממספר טיעונים. הוא טען ששלילת הזכות ליחסי אישות לא קשורה לשלילת החירות. אפשר לחשוב על הסדרים שהדבר הזה יעשה במסגרת המאסר. כבר היו מדינות בוועלם בהם היו הסדרים כאלה, היו חדרי התייחדות שאסירים יכלו להתייחד על נשותיהם. הוא מביא סדרה של מחקרים לתרומה החשובה של זה למצבו הנפשי של האסיר, וגם לתפקוד בית הסוהר כי פגיעות מיניות בכלא הן תוצאה של אי מימוש הדחפים ורצונם להתייחד עם נשותיהם. הוא אפילו מעלה הבחנה מעניינת: יש זכויות יסוד שהן לא ניתנות לאיזון בכלל ויש כאלה שכן ניתנות לאיזון. למשל, זכות האדם לאכול ולשתות והזכות לטיפול רפואי בסיסי הן מוחלטות ושירות בתי הסוהר לא רשאי לאזן אותן בכלל: אדם לא יאכל, לא ישתה, לא יישן באופן בסיסי. הוא טוען שהזכות להתייחדות היא אמנם ניתנת לאיזון אבל היא זכות מינימלית אנושית, קרובה לזכויות כאלה שלא ניתן לאזן, ולכן לא כפופה לשיקולי איזון של קיום משאבים וטעמי ביטחון.

מה אפשר ללמוד מעקרונות מורשת ישראל? הוא פונה לחוק יסודות המשפט שמאפשר הסתייעות בעקרונות הלאה. והוא הולך על העונש בתורה שנקרא "ערי מקלט", לפי התורה מי שהורשע על הריגה יש להגלותו לעיר מקלט המטרה להגן על הרוצח ממשפחת הקורבן. התפקיד השני של עיר המקלט הוא גם לא רק הגנה, זה לא רק זכות להגנה אלא הוא חייב לשבת שם, ולא יכול להשתחרר לפרק זמן, לכן יש בעיר המקלט גם אלמנט של ענישה.

"מי שהורשע על הריגת אדם (בשוגג) גלה לעיר המקלט יחד עם משפחתו, ולא זו בלבד, אלא יש לספק לו אפשרויות של דיור וקיום, לימוד וחינוך וכו', צורכי חיים חיוניים..... סביבה זו היה בה כדי לשקם את הגולה האסיק ולהחזירו למוטב".

המגמה הכללית של אלון היא שעונשי כליאה הם לא האידיאל. הוא לוקח את הסיפור של ערי מקלט לא מבדדים את האדם, שומרים עליו במסגרת משפחתית ושיקומית, ואומר שיש שאיפה שם לקחת אדם עם משפתו ולהטמיע אותו בחב רה משקמת עם תנאים מלאים, זה דגם שהייתי רוצה ללמוד ממנו. כמובן שזה לא שחור או לבן, לא חל בכל התנאים והעבירות, אבל אני רואה דגם ענישה שאפשר ללמוד ממנו משהו. ברור לו שהדין הזה של ערי מקלט לא נוהג בימינו אבל יש מה ללמוד ממנו כשמדברים על דרכי ענישה. אנשים למשל מסוכנים כן צריך לכלוא, אבל מי שלא מסוכן, אין סיבה לכלוא אותו.

אלון היה בין המשרים הראשונים על הרעיון של זכות ביקור, הוא מתחיל קו ליברלי בסוגיות האלה. בפס"ד זה הוא מסיק ששלילת זכות ההתייחדות פוגעת באסירים. הוא גם אומר שזה צריך להישקל במסגרת שיקולי חופשה, ז"א אחת הסיבות להוציא אסירים לחופשה: כדי לאפשר להם התייחדות.

שליטת 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. אילו זכינו, וניתן היה להנהיג בבתי הסוהר שלנו — כפי שמקובל במתוקנים שבבתי הכלא באומות העולם — הסדר של ביקורים משפחתיים, ודאי שהיה זה הפתרון הראוי והנכון להסדר קיומה של זכות יסוד זו בידי האסיר, למענו, לטובתו של התא המשפחתי ולתיקונה של החברה כולה. שונה הוא מצב הדברים בנוגע לחופשה לצורך התייחדות... לדעתי נכון כי נימוק זה יכלל בין הנימוקים המצדיקים חופשה שאותם כמובן יש לאזן עם אינטרסים אחרים.

אגב **ברק** הסכים איתו בפסק הדין וגם הוסיף שלדעתו הדבר נחוץ גם לאסירים שאינם נשואים ולא רק למי שנשואים.

ל"א: 10.01

חוק יסוד כב"ה וחירותו והשפעתו על מעמד המשפט העברי: מדינה יהודית ודמוקרטיה

1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ס' 1(א) ס המטרה, קובע שערכיה של מדינת ישראל הם מדינה יהודית ודמוקרטית והגנת כב"ה והזכויות הנמנות בחוק הזה אפשר להבין שהם ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. לדבר הזה משמעות מרובה לאור פסקת ההגבלה, שקובעת שאין פוגעים בזכויות אלה אלא בערכים שהולמים את מדינת ישראל. ברור שערכיה של מדינת ישראל כאן הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

השאלה שעומדת על הפרק מיד לאחר חקיקת חו"י: מה המשמעות של מדינה יהודית. המשמעות של מדינה דמוקרטית יותר ברור. מה הסעיף ש למדינה יהודית אומר לעניין פרשנות החוק הזה.

אלון: כתב בסדרה של פס"דים אבל הביא גם במאמר "חוק וחוקה" בסילבוס: עד שהחוק נכנס לתוקף, שופט לא עמד לפני החובה לפרש את התכלית הזו של המדינה: זו ערכית: יהודית ודמוקרטית, והפסיקה בעיקר התמקדה בתכלית הדמוקרטית והמשמעות עכשיו היא שצריך לפרש גם לפי מדינה יהודית.

בייחוד בתקופה הטרומ חוקתית, בימ"ש גזר מערכים של מדינה דמוקרטית החלטות שונות (למשל "קול העם" שקבע שחופש הביטוי הוא ערך במדינה דמוקרטית). הוא אומר שהחידוש הוא שכמו שגזרנו מהמושג דמוקרטית דברים שונים, כך השופט מצווה לגזור גם דברים מהמושג מדינה יהודית או לפרש את הזכויות האמורות בחו"י לאור הערכים הדמוקרטים ויהודים. ז"א כאש רושפט שואל את עצמו לגבי טיב של זכות מהזכויות המנויות: פגיעה בחיים, שלמות הגוף, פרטיות, קיין, כבוד, חירות אישית, וגם הזכויות הבלתי מנויות שהוכנסו בדרך פרשנות, את כולם יש לפרש לפי המקובל במדינה דמוקרטית אבל לא רק- גם מדינה יהודית. יש כאן תכלית דו ערכית.

לפני המאמר הזה, **ברק** מיד לאחר חקיקת חו"י כב"ה מפרסם את המאמר המכונן שלו (שמקדים את בנק המזרחי), התפרסם ב92 ממש בסמוך לחקיקה ונקרא "המהפכה חוקתית, בו הוא הכריז על המהפכה והסביר שם שהחוק הזה הוא חוק במעמד על, ולא כמו עד אז: שלא ניתן להם שוב מעמד מיוחד, אלא אם כן יש סעיף

משורייך באופן פורמלי למשל ולכן חוק שסותר אותו יתבטל. וכך בימ"ש ביטל חוקים לפני המהפכה החוקתית וחוי"כ כב"ה אבל אם אין שריון פורמלי אז הפסיקה של בימ"ש קבעה שאין לו מעמד עליון. וכעת ברק אומר שכעת לכל חוי"כ יש מעמד עליון, כי פסקת ההגבלה מנוסחת "לא פוגעים בחוק זה...." כלומר מנוסחת באופן חוקתי, באופן כזה שלפחות לחוי"כ כב"ה יש מעמד עליון, מעמד על חוקי.

עכשיו צריך לפרש למה הכוונה: ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית: **ברק**: המדינה יהודית לא במובן ההלכתי אלא במובן שליהודים זכות לעלות אליה והווייתם של היהודים היא הווייתה של המדינה. את המושג "יהודית" יש לפרש לא במובן דתי אלא הלכתי, במובן לאומי תרבותי. המושג יהודי מתייחס בכל הקשר לשני מושגים: דת או לאום. יש לזה יסוד, סביר להניח שכשהמושג הזה נקבע הכוונה הייתה למושג הלאומי, אולם ברק מחדד את הנקודה הזו. יש ל"יהודית" גם ערכים תרבותיים: ערכי יסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה: ערכיים של קדושת האדם, צדק חברתי, שמירת כב"ה, שלטון החוק, שוויון, אהבת האדם. מה שמאפיין אותם שאלו ערכים לא פרקטיקולריים אלא כלליים אוניברסליים, ולטענתו ערכים אלו הנחילה היהדות לעולם כולו. ערכים אלו תואמים את אופייה הדמוקרטי של המדינה. לכן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי.

כלומר, יהודית במובן הלאומי תרבותי, כל הערכים הרלוונטיים הם הערכים של המסורת האוניברסלית המערבית, והפנייה אליהם הם ברמת הפשטה גבוהה- אוניברסלית- כלומר ברמת ההפשטה האוניברסלית הוא משתווה לגמרי עם הערכים הדמוקרטיים האוניברסליים (כב"ה ביהדות ובדמוקרטיה זה אותו דבר). אני נותן תשובה מתוך המושג האוניברסלי הכללי.

אבל מה הניגוד יכול להיות? כלומר מתי יכול להיות ניגוד?

אלון: כשם שהמושג מדינה דמוקרטית מתפרש מתוך עיון בהלכות דמוקרטיות שבדמוקרטיה נאורות, כך המושג מדינה יהודית יתפרש מתוך עיון במקורות של יהדות. לא צריך ללמוד את המושג מתוך משמעותו האוניברסלית אלא אני צריך ללמוד אותו בדיוק מה אמרו עליו המקורות, ההלכה. לצד זה אסתכל על השאלה המשפטית גם בהסתכלות דמוקרטית ואז לאזן ביניהם. הוא לא מבטל את הערכים שברק מדבר עליהם.

לפעמים מה שיעלה ביהדות ומה שיעלה בדמוקרטיה יעלה בקנה אחד, אבל לפעמים יהיה הבדל, וכשיהיה הבדל בימ"ש יצטרך להכריע ולקבוע גבולות. אבל אלון טוען שהפרישו של כל הערכים היפה שמנה ברק הפנייה אליהם היא לא ברמת הפשטה אוניברסלית אלא במובן בו הם התפרשו במקורות היהודית במשפט העברי.

לפי אלון, חוי"כ כב"ה נתן למשפט העברי מעמד חוקתי כי הוא קבע שזכויות האדם שמנויות בחוק, יש לפרש לאור ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית והרכיב "יהודית". שודרג למעמד חוקתי לצורך פרשנות זכויות אדם. לפי ברק חוי"כ לא שינה את מעמדו של המשפט העברי. אלא רק נתן מעמד לעניין הלאומי והתרבותי.

אלון מגיב לברק: מגיב לנושא ההפשטה האוניברסלית, הוא אומר שבמילים אחרות, על טיבם של הערכים האלה שברק מנה, שהיהדות הנחילה לעולם כולו, צריך ללמוד למתוך העולם כולו ולא מתוך המקור- מורשת ישראל. כך אלון מבין את דברי ברק. אם ברק אומר שערכים היהודים זה ערכים שהיהדות הנחילה לעולם כולו, והוא אומר שהוא לא לוקח את כל הערכים היהודים אלא סלקציה רק כאלה שהעולם באוניברסלי קיבל לתוכו, ומעבר לסלקציה, עליי ללמוד על ערכים אלו ממשמעותם האוניברסלית, מרמת הפשטה גבוהה, ולא מהמקורות היהודית. הטנע ה של אלון היא שקני המידה לפבחון אילו ערכים אנחנו מקבלים וגם איזו פרשנות שלהם הוא קנה מידה אוניברסלי ולא קנה מידה יהודי. ובמובן הזה אני מתנתק גם מהרקע היהודי.

איך אפשר לקבוע קנה מידה שונה לכל אחד משני הערכים: ז"א למה ל"יהודי" אני אלך ואפרש לפי ערכים דמוקרטיים אוניברסליים אבל ל"דמוקרטיה" לא פאנה כדי לפרש דרך ערכי היהודית. לא אגיד לגבי דמוקרטיה שדמוקרטיה זה רק מה שהיהדות קיבלה מתוך הדמוקרטיה, אז למה יהדות כן אלך לראות רק מה שהדמוקרטיה קיבלה.

הרבה ביקרו את ברק על קנה המידה הלא סימטרי הזה.

מעמד משודרג: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסודות המשפט

אלון מוסיף שחוי"י כב"ה מעלה את מעמד המשפט העברי, כי בשונה מחוק יסודות המשפט שהיה קודם, לא נפנה למי"ע רק במקרים של לקונה כמו בחוימ"ש, אלא ערכיה של ישראל מעוגנים במשפט העברי ולכן ניזקק לדיון במקורות האלה גם במקרים נוספים. הוא גם עוקץ את ברק אואמר עוד יותר, בגלל שברק צימצם את הפרשנות של לקונה, מאוד כך שכמעט שום מקרה לא יהיה לקונה ויאפשר פנייה לערכי המסורת היהודית. ואם הלקונה כל כך מצומצמת ומפנייה כל כך מצומצמת לפי ברק אז בטח שחוי"י כב"ה מעלה את ערך המשפט העברי.

אלון לא חושב שצריך ללכת רק לערכים היהודיים, אלא כן מציע לעשות סינתזה בין מה שיסיק מכל תחום.

אלון מזכיר במאמר מספר דוגמאות:

סוגיית עילות מעצר עד תום ההליכים

מה הם הכללים לפיהם אפשר לצור אדם עד תום ההליכים? זו הייתה סוגייה שנויה במחלוקת. בשנות ה-70 נקודת המוצא הייתה שזו הייתה הלכה שיפוטית, לא היה חוק שטיפל בעניין באופן ישיר. השאלה היא מה עילת מעצר ברורה עד תום ההליכים? (1) אדם מסוכן (2) חשש מהימלטות מהדין (3) שיבוש הליכי משפט, אלה עילות קלאסיות. השאלה שעמדה על הפרק האם חומרת העבירה כשלעצמה מהווה עילת מעצר. לדעת רוב השופטים בעבר, נאמר בקשר של עילות צווארון לבן, חומרת העבירה מצדיקה מאסר עד תום ההליכים כדי להבטיח את אמון הציבור ביעילות המנגנון הפלילי. צריך לעצור אותם עם תום ההליכים כי זו עבירה חמורה ולא ייתכן שאדם שמואשם בעבירה חמורה יילך חופשי ברחוב. אין מסוכנות, לא היה חשב להימלטות או חשש שיבוש אבל עדיין היה מקובל שחומרת עבירה היא עילת מעצר כדי להבטיח את אמון הציבור במנגנון הפלילי, כי הציבור אם רואה ברחוב אדם מואשם בשוחד הוא לא מרגיש עם זה טוב.

מדינת ישראל נ"אבוקסיס

ראינו בעבר שאלון טוען שמ"ע מתנגד למעצר בעבירות כספיות.

כעת הוא אומר: זכותו של אדם לחירות אישית היא מאבני היסוד במ"ע. המ"ע פסל חוזים בהם הלווה מתחייב למלווה שאם לא ישלם יישב במאסר. זו כן הייתה מסורת שידועה במקומות אחרים אבל המשפט העברי התנגד לזה כבר בתורה. אחת הדוג' : תשובה של הריב"ש מגדולי הפסוקים הספרדים במאה ה-14 :

השאלה: אם יש רשות לבית הדין להוציא את שמעון המסור מבית האסורים בערכות בטוחים בסך נורא ובקנסות שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב אם יתברר הדבר.

הסבר: מסור: זה אדם מוסר, אדם שנחשד במסירת רכוש של יהודים או להלשין על יהודים לשלטונות, זו עבירה חמורה ביותר כי לחברה היהודית יש אוטונומיה מבחינה משפטית. השאלה המובאת היא האם יש לעצור אותו עד תום ההליכים או לשחררו בערבות

תשובתו של אלון: אין ספק שהוא צפוי לעונש. אם יש חיוב ממון לבד- אין לאסורו עד תום ההליכים, ואם יש לו עבירה חמורה של גוף למשל, יש לאסורו עד תום ההליכים.

יש מספר תנאים למאסר ולא ערבות:

1. מדובר בעבירה חמורה שעונשה הוא עונש גוף ואם מדובר בעבירה של עונש ממון אין לאסורו וראוי לשחררו בערבות. הסיבה להבחנה היא שעונש בגוף לא ניתן להבטיח ועונש בממון ניתן להבטיח על ידי ערבות של אחרים, ולכן לא מדובר בהבחנה לפי חומרת הענישה אלא לפי סוג הענישה והאפשרות להבטיח אותה.

2. אם מדובר בעבירה חמורה יש לאסורו בשל החשש שהוא יברח

3. אם יש ממש בדברי התובע (כלומר, יש ראיות לכאורה) ומתברר שזה עונש בגופו אז בגלל החשש שמא יברח צריך לאסורו עד תום ההליכים ולא לשחררו בערבות.

אם כן, כל שלא נאסר, אלא אם נשחרר בערבות אם: העונש הוא קנס, או שאפילו שהעבירה היא חמורה אבל אין חשש שהוא ימלט, ייתכן שלא צריך לאסור על כך.

כלומר: אלון מביא עוד מקורות ורואה שתשובה הזו לעמדת המ"ע שמאסר עד תום ההליכים צריך הצדקה: (1) עבירה שעונשה עונש גוף (2) ראיות לכאורה (3) יש חשש שימלט.

זה היה בשנת 1978. בשנת 1988 נקבע תיקון 9 לחוק סדר הדין הפלילי: הכנסת חוקקה את ס' 21 בנוגע למעצרים שמאמץ את דעתו של אלון, שעד אז כל השופטים התנגדו לו. היא קבעה שחומרת העבירה איננה עילת מעצר אלא אם יש סכנה לשלום הציבור. בימ"ש המשיך לפרש את סכנת הציבור באופן רחב, ועדיין הרבה במאסר עד תום ההליכים. ב66 קבעו את העמדה של אלון בחוק.

21"א. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש, לצוות על

מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה:

(1) בית המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו, כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לידי שיבוש הליכי המשפט או שהנאשם ימלט מן הדין, או שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחוננו, את שלום הציבור או בטחוננו או את בטחוננו המדינה.

(ד) חומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים

המנויים בסעיף קטן א (2) [עבירות אלימות וסמים]

כשנחקק חו"י כב"ה בשנת 1982, הייתה לאלון אפשרות לבחון את זה באופן מחודש. חו"י כב"ה קובע בס' 5 אין פוגעים בחירותו האישית של אדם בדרך של מעצר או מאסר אלא על פי חוק, כלומר הוא מדגיש את החירות האישית וקובע אותה בחירות מנויה.

5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

אם זו זכות מנויה, אז לפי פסקת ההגבלה אפשר לפגוע בה רק אם היא בחוק מפורש ועומדת בשאר התנאים.

סוויסה נ' מדינת ישראל

אלון: לפי ס' 5 פגיעה בחירות האישית יש לפרשו לפי התכלית המפורשת בס' המטרה של חרק היסוד שהוא עיגון ערכיה של מדינת ישראל ביהודית ודמוקרטית. אני בוחן את היקף החירות האישית לאור ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. לפי ערכים היהודיים: אסור לאסור אדם שיש לו חזקת חפות ולא הורשע בדין. באילו תנאים אפשר לעצור אותו? אם הוא מסוכן, יש חשש שימלט מהדין, יש חשש שישבש סדרי

משפט. אם דואגים רק לאמון הציבור זה לא עילה מספקת. זה היקפה של החירות האישית הוא לא מתייחס לחירות אישית כערך ברמת ההפשטה הגבוהה שלו אלא שואל מה היקפה של הזכות במשפט העברי.

לפי אלון יוצאת תפיסה חזקה יותר של החירות האישית לעומת הדמוקרטי, חירות אישית הוא ערך מרכזי שכדי לפגוע בו צריך בסיס מאוד חזק, נותן לו יותר משמעות מאשר הדמוקרטיה נותנת לו. לכן אלון קובע שאחרי חו"י חוק היסוד כב"ה מכריע לטובת הטענה הזו.

פס"ד מדינת ישראל נ' עזאזמי

נימוק נוסף ואפילו מכריע יותר, הוא לפי ס'2 שקובע שלא פוגעים בחייו ובכבודו של אדם, יש תנאים קשים בתנאי מעצר, אין איפה לישון, צפיפות ואלימות, ניקיון לקוי, אוכל לא טוב, זה משפיל את העציר ופוגע בכבודו האנושי.

הטענה החריפה פה היא שמעצר בישראל הוא כשלעצמו פגיעה בכבוד האדם, ובמעצר יושבים אנשים שלא הורשעו, אז אם אנין ברירה ומסוכנות אז זה מובן אבל צריך לבדוק כל אפשרות אחרת, אם יש אפשרות לא לעצור אדם ויש דרך אחרת: מעצר בית, אזיק אלקטרוני, צריך לבחור בה.

הוא מצטט את הרמב"ם (הלכות סנהדרין): שאומר שלבית דין סמכות לאסור אדם, אבל רק לפי הנסיבות, אם יש צורך השעה, ותוך התחשבות בכבוד הבריות. הסמכות של בית הדין לעצור אדם צריכה להיות מאוזנת עם כבוד האדם.

ולכן בעקבות חו"י כב"ה נקבע עכשיו באופן מוחלט שחומרת העבירה כשלעצמה איננה עילת מעצר. צריך להגיד שבעקבות זה עמדת השופטים בעליון השתנתה, הייתה דעת מיעוט של עליון ואחרי חוק היסוד הפכה לדעת רוב.

לסיכום, אלון כאן לוקח סוגיה משפטית ומפרש את עניין החירות האישית (זכות מנויה) לפי ערכי היהדות. הוא הציג את המ"ע באופן כזה שזו גישה אולטרה-ליברלית. אלון מנהל חזית כפולה: חזית אחת הוא נלחם למען המשפט העברי ורוצה לבסס את הפנייה אליו. החזית השנייה - פשרנות המשפט העברי: הוא מציג אותו בפרשנו ליברלית, לא בנקודת מבט שמרנית אלא הגישה שלו למשפט העברי זו פרשנות ליברלית של המ"ע.

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים) תשנ"ו-1996

13. (א) שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה:

(1) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

(2) קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

(3) בית המשפט שוכנע, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שיש צורך לנקוט הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר;

ברק משנה את עמדתו?

ברק בסוף שנות ה-90 כותב את הסדרה שלו על פרשנות במשפט. בספרים הוא מפרש מהי פרשנות חוקתית וצריך להסביר מהי פרשנות יהודית. הוא שואל מה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? הוא אומר שאלו ערכי היסוד של הציונות אבל גם ערכי היסוד של היהדות (במובן ההלכה ביבדות לדורותיה) על ערכים אלה יש לאמוד תוך הסתכלות גם בערכי הציונות וגם בערכי היהדות- הן לא מוטלות מבחוץ (זו תגובה לאלון שקטל אותו, ברק מסביר שהוא לא התכוון לכך שהוא ילמד על היהדות מבחוץ אלא מתוכה). אלא נגזרות מאופיה המיוחד של מדינת ישראל כיהודית יהדותה של המדינה היא המאפיינת אותה. היא שונה בכך מכל מדינה אחרת. יהודית זהו "טעם" קיומה, ואלה מאפייני העיקריים. רבות הן המדינות הדמוקרטיות בעולם, אך רק מדינת ישראל היא מדינה שאינה רק דמוקרטית אלא היא גם יהודית. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינת יהודית" היא מדינה בה המשפט העברי ממלא תפקיד חשוב. **(הוא בלי ספק שינה את עמדו)**. בה ערכיה של תורת ישראל, מורשת ישראל והלכה יהודית עם מערכיה הבסיסיים.

הוא שואל: אז מה המחלוקת ביני לבין אלון? אלון רואה בערכי המדינה היהודית כערכים הלכתיים בלבד, ואני לא אומר רק הלכתי אלא גם הלכתיים וגם נוספים, אם אלון מסכים לזה שמדובר במכלול ערכים בעלי אופי דתי הלכתי ובעלי אופי ציוני כללי. אז אני בכלל לא חולק עליו. אם ככה המחלוקת ביניהם מאוד הצטמצמה. הוא ללא ספק אימץ את דעת אלון בנוגע למעמד המשפט העברי ומהות מדינה יהודית.

17.01:11

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

נראה היום פס"ד מאוד דרמטי בו אלון יישם את שיטתו בנוגע להכנסת המשפט העברי לחו"י כב"ה.

פס"ד יעל שפר

פעוטה בת שנתיים אובחנה כחולה במחלת טייזקס. מאבדים את יכולת העיכול, יכולת התנועה והשרירים עד מצב של תרדמת ומתים עד גיל 3. מחלה קשה ושכיחה בקרב זוגות אשכנזים. במצב זה התינוקת הייתה במצב של תרדמת והאם ביקשה בשם הילדה באפוטרופסית טבעית שלה, שאם יוחמר מצבה הרפואי והיא תזקק להנשמה או טיפול רפואי אחר, הדבר לא ינתן לה (למעט תרופות לשיכוך כאבים) האב לא היה שותף לבקשה. האב דווקא זה שטיפל יותר צמוד בילדה והאם הייתה באה לעיתים יותר רחוקות. האב לא התנגד אבל לא הצטרף. אז יש בקשת של אפוטרופוס אחד וזה מסבך.

השאלות המשפטיות:

1. במצב הרגיל, אם יהיה מדובר בבגיר, האם אדם בגיר יכול לבקש מבי"ח להימנע מלטפל בו טיפול מציל חיים או שיקרב את מותו?
2. אם מדובר בקטין, האם הורים או אפוטרופסים של מי שאינו כשיר יכולים לבקש בשמו מבי"ח שימנע מלטפל בילד
3. האם הורה יחיד יכול לבקש זאת?

בבימ"ש מחוזי בקשת האם נדחתה, השופט לא נכנס לשאלה הראשונה העקרונית לגבי המתת חסד או המנעות מטיפול ומסתפק בשאלה השנייה והשלישית- גם אם בגיר יכול לבקש, אפוטרופוס לא יכול לבקש דבר כזה, וגם אם יכול, אז בטח לא הורה יחיד.

האם מערערת לעליון. הדיון נדחה ללא נימוקים, נדרשה החלטה מהירה.

בינתיים הילדה מתה (11.88) קרוב לגיל 3. ועכשיו בימ"ש נדרש לתת נימוקים על ההחלטה שהיום היא כבר לא רלוונטית. זה מעלה שאלה עקרונית האם בימ"ש ידון בעניין תיאורטי שלא מעשי. כלל הוא שבימ"ש לא דן בעניינים תיאורטיים. במקרה הזה יש סיבה טובה כי בימ"ש לא דן בשאלה תיאורטית אלא שאלה שכבר החליט ולא היה פנאי לתת נימוקים.

האבל הדיון הארוך שאלון פורש כאן הוא לא רק להגיד שהוא תומך בבימ"ש מחוזי בטיעונו שניתנו (שפסל לפי השאלה השנייה והשלישית), אלה נותן דיון מפורט של נימוקים.

הוא נעזר בפס"ד האמריקאי **roe v. wade** - פס"ד על ההפלות. עתרה לטקסס על שאסרו עליה הפלה (היא בינתיים ילדה) והעתירה שלה כבר לא הייתה רלוונטית (קצת כמו פה). בימ"ש העליון יכול היה להגיד שהוא לא דן בעניינים תיאורטיים. אבל אמר השופט: אם נלך לפי השיטה הזו, אף התירה בסוגיית ההפלות לא תתקבל. , כי הליך העתירה הוא ממושך. ולכן זה לא עניין תיאורטי. ועל אותה בסיס אומר גם השופט אלון במקרה שלנו, הסיפור של המתת חסד הוא דומה, נדרשת החלטה מהירה כי אדם נמצא בתרדמת ואם ידונו בשאלה העקרונית לעולם לא יתעסקו בעניין.

ויש כאן עוד עניין מעניין, כי חו"י כב"ה נחקק ב92. והפס"ד היה ב88. על סמך מה ינמק? האם על המצב המשפטי ב88, או לאחר חקיקת חוק היסוד. בימ"ש אומר שיש לדון בהתאם למצב המשפטי הקיים לאור חו"י כב"ה וחירותו. למרות שזה לא המצב המשפטי שהיה נכון בעת ההחלטה. והסיבה היא שההחלטה של בימ"ש היא צופה פני עתיד ולא רק נימוקים בדיעבד להחלטה.

הדיון:

לאור חו"י כב"ה שקובע את ההגנה על קדושת החיים: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם. גם לפני כן היה קיים בחוק איסור המתה, והמתת חסד זה עבירה על איסור המתה. אבל הטענה שעומדת בחו"ייה חדש: שמירת החיים בניגוד לכבודו של אדם וכן לחירות האישית ולאוטונומיה שלו. כלומר יש כאן סתירה בין הזכות לחיים לבין הזכות לכבוד (למות בכבוד ולהיות בעל חירות לקבל החלטות ואוטונומיה). במקרה שלנו של קטינזה בעיקר מול הכבוד במובן דל למות בכבוד כי התינוקת לא הביעה רצון למות.

ההכרעה בשאלה של התנגשות בין זכויות צריכה להיעשות לפי פסקת ההגבלה, שאמנם לא מדברת על זה, אלא על התנגשות בין זכות לחוק, אבל הוא אומר שגם שיש התנגשות בין שתי זכויות חוקתיות יש צורך לדון לפי פסקת ההגבלה! איזון אופקי. גם אם פגיעה בזכות היא לא מכוח חקו שהוא נמוך, אלא גם בהתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות נדון בה לאור פסקת ההגבלה ובייחוד לאור: ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ואם כך, צריך לבחון את המקורות היהודיים לעצמם, וגם את הערכים הדמוקרטיים לעצמם, יש פה דרישה להעמיק מן הזויות היהודית ומן הזויות הדמוקרטית.

הוא יתחיל לבחון את שאלת המתת החסד לפי ההלכה, (ערכים יהודיים, ואחרי זה לפי דמוקרטיה (מדינות אחרות דמוקרטיות) ואז סינתזה.

הבחנות חשובות :

- **אותונזיה (המתת חסד) אקטיבית** : עשה אקטיבי שמביא למותו של האדם. באמצעות מתן חומר ממיט או באמצעות סיוע להתאבדות.
- **אותונזיה פסיבית** - הימנעות מטיפול רפואי מציל חיים או ניתוק ממכשירים (מכונת הנשמה). ניתוק ממכשירים השופט אלון מסווג כפסיבי, נרחיב בהמשך, אבל נבין כבר עכשיו: ניתוק מכשירים זה לכאורה פעולה אקטיבית אז למה אלון קושר לפסיבי- השאלה ממה אדם מת בסופו של דבר, באקטיבית אדם מת מהפעולה שמבצעים, בהמתת פאסיבית אדם לא מת מהפעולה אלא מהמחלה או מהפגיעה, אנחנו נמנעים מלבצע פעולת מצילת חיים אבל סיבת המוות זה מצבו הרפואי ולא הפעולה. הסוגיה של ניתוק מכשירים מעלה שאלה לאן נכון לסווג את אופן הפעולה הזה, כי מצד אחד זו פעולה אקטיבית שמובילה למוות ומצד שני היא לא הסיבה למוות ולכן זו פעולה פסיבית.

הוא מתחיל בהלכה :

רמב"ם הלכות רוצח ושמירת הנפש : ההורג את הבריא, או חולה העומד למות או הגוסס, נהרג עליו. כלומר רצח הוא רצח לא משנה מה מצבו של הנרצח: בריא, חולמה נוטה למות (חולה סופני) או גוסס (לפי ההגדרה ההלכתית אדם שימות תוך שלושה ימים. ז"א שהרוצח חייב מיתה, זה רצח לכל הדבר. הוא מבהיר שאם אדם הוכה ע"י אחרים והאיש שנתן את הכדור האחרון הרג אותו דינו לא מוות כי היו את הקודמים.

רמב"ם הלכות אבל : הטיפול בגוסס הוא כחל דבר, ונוגע בו שופך דמים וזה דומה לנר שמרצד הלהבה רוטט ואם אדם נוגע בו יכבה, נדמה לך שאתה רוצה לסדר את הלהבה אבל אתה תכבה אותה. ולכן דינך מוות אם הרגת אותו גם אם הוא גוסס

המתת חסד אקטיבית לפי ההלכה יא אסורה לאור המקורות האלה, זו הריגה של ממש. וגם אם האדם במצב קשה או מבטא את רצונו למות זה לא מצדיק את ההמתה והיא אסורה.

מה לגבי המתה פאסיבית?

סוג ראשון: הימנעות מטיפול:

הרב שלמה זלמן אוירבך : יש שסוברים שפיקוח נפש דוחה שבת אפילו על חיי שעה, כלומר אדם שהוא חולה סופני שימות בשבוע הבא לפי הרופאים אבל בשבת הוא צריך טיפול רפואי, מחללים עליו את השבת, כי חיי שעה- לכל רגע בחיים יש ערך כאילו הם חיים שלמים. וגם השעות האחרונות, הטיפול הרפואי "מציל חיים" הוא טיפול לכל רגע, וצריך לחלל עליו את השבת.

לכאורה אם היחס שלנו לחיים הוא מוחלט ואינסופי, כל רגע בחיים הוא כמו חיים שלמים, ואנחנו לא מודדים את איכול החיים או את משך החיים. התפיסה של קדושת החיים אומרת שערך החיים הוא יאנסופי וגם אדם שעתיד לחיות עוד יום אחד אני חייב להצילו כאילו יחיה עוד 20 שנה. וגם איכות החיים- אם אדם פגוע, או בחוסר הכרה, או חולה, אני לא מודד את איכול החיים ועדיין יש לשמור על חייו. לכל סוג (איכות) ואורך חיים יש ערך.

לכאורה אם זו התפיסה אני צריך להציל חיים בכל מחיר. גם אם אדם חולה או סובל. אבל הרב אוירבך אומר שזה לא כך, אם האדם סובל מכאבים או ייסורים גדולים, או אפילו סבל נפשי גדול מאוד, הוא חושב שצריך לתת לו אוכל וחמצן לנשימה גם נגד רצונו אבל מותר להימנע מתרופות הנותנות סבל לחולה אם החולה דורש את זה.

על כפות המאזניים: מצד אחד נמצאת קדושת החיים, ומצד שני הסבל של החולה והרצון שלו. זה לא מצדיק לעשות המתת חסד אקטיבית, היא אסורה בכל תנאי אבל מותר להמנע מטיפול רפואי.

הרב משה פיינשטיין: בחולה סרטן שלא ניתן לרפא אותו לחיי עולם (כלומר חיים רגילים של אנשים רגילים), אלא רק לזמן קצר, אם צריכים או מחוייבים לרפא אותו אז הזמן שיחיה יהיה חיי צער.

לכאורה אם התפיסה של החיים היא שהם בעלי ערך ללא בדיקה אם הזמן קצר או איכות החיים נמוכה, אלא הריגה של כל אדם היא רצח, אז לכאורה צריך להציל חיים לא משנה מה. אבל יש לשאול את החולה: אם רוצה חיי יסורים יותר ממיתה צריך לתת לו אבל אם לא מעוניין בייסורים אין לתת לו תרופות מחיות אלה, ולקבל את בקשתו. (הוא כן מתייחס גם למכשירים ואומר שאסור לנתק אותו ממכשירים אבל הוא לא מתייחס לאפשרות של המנעות מלחבר מלכתחילה- נרחיב על הסוג הזה בהמשך).

סוג שני של המתה פאסיבית: ניתוק ממכשירים

רמ"א: אסור לזרז את מותו של אדם. זה משהו אקטיבי אבל, אם יש דבר שמעכב את יציאת הנפש, למשל האמינו בעבר שקול (רעש) המונוטוני מעכב מוות (למשל רעב של חוטב עצים). אם מותר להפסיק את הרעש בחוץ כדי שימות בנחת או שזה נחשב גרימת מוות. במצב כזה מותר להפסיק את חוטב העצים כדי לאפשר לאדם למות. אם הוא רוצה למות ומתייסר. הוא אומר שמותר להפסיק את הרעש.

דוגמה נוספת: אם יש מלח על לשונו. האמינו שאם שמים לאדם גרגר מלח על הלשון זה מונע את המוות. אם האדם גוסס הרמ"א אומר שמותר להסיר את המלח משם ולאפשר לו למות. מדוע? שאין זה מעשה כלל אלא שמסיר המונע. למרות שאלו פעולות אקטיביות, זה לא פעולה אלא "מסיר המונע", כלומר עוצרים פעולה שמנעה את המוות.

אפשר לראות ניתוק ממכשירים כמו המלח, למרות שזה החזיק את האדם חי, מכונת הנשמה היא באותו האופן כמו מלח. אין בזה מעשה כלל אלא הסרת המונע.

אבל לא כולם מסכימים עם התפיסה הזו. יש פוסקים אחרים שאומרים שהפעולה האקטיבית של ניתוק מכשירים היא שגורמת את המוות ולכן היא אסורה (כמו הרב פיינשטיין).

לפי היהדות:

- פעולה אקטיבית אסורה
- פעולה פסיבית
 - המנעות מטיפול מותרת
 - ניתוק ממכשירים- שנוי במחלוקת.

עכשיו הוא הולך לנימוקים הדמוקרטים:

בארה"ב חלים איסורי המתה בעיקר בשל נימוקים של חירות והזכות לסרב לטיפול רפואי, ובימ"שים הכירו בזכותו של אדם לסרב לטיפול רפואי (היום בישראל זה חלק מחוק זכויות החולה). אז אדם זכאי לסרב לטיפול רפואי ויכול להימנע מטיפול מציל חיים.

בארה"ב קבעו גם שהזכות הזו היא זכות יחסית וכפופה לאינטרס חשוב של המדינה וכשיש אינטרס כזה לא נאפשר את הזכות הזו. האינטרס של המדינה הוא קדושת החיים. זו גישה מעניינת שקדושת החיים זה לא

זכות היחיד אלא של אינטרס של המדינה. אלון אומר שזה נובע מתפיסות עתיקות שלפיהן המדינה אחראית על חיי האדם.

בימ"ש אם כן בארה"ב מאזנים בין המאזניים: קדושת החיים כאינטרס של המדינה לבין חירות האדם. הנוסחה: ככל שהחולה סובל ייסורים וככל שסיכויי ההחלמה שלו מועטים וככל שההתערבות פחות פולשנית יש לקבל סירוב לקבלת טיפול.

אלון מסכם את העמדה האמריקאית (נכון לפס"ד 88), המתה אקטיבית הייתה אסורה בכל מדינות ארה"ב זו הייתה עבירה פלילית. המתת חסד פסיבית: הימנעות מטיפול רפואית הייתה מותרת) ניתוק ממכשירים עשויה להיות מותרת בנסיבות מתאימות. (היום התפיסה האמריקאית שונה ונדבר על זה תכף) ולגבי מעמדו של קטין: כאשר קטין מסרב טיפול רפואי מפעילים שני מבחנים: "מבחן אומד הדעת של הקטין" (לא שייך במקרה של שפר, כי לא היה לה רצון. ו"מבחן טובתו של הקטין").

דוגמה נגדית לארה"ב: הולנד היא הדמוקרטיה היחידה שמותרת בה המתת חסד אקטיבית בתנאים מסויימים, כמו למשל כשירות של החולה. מספרי ההמתה בהולנד מאז שאישרו את זה היו מאוד גבוהים. ועולה כאן שאלת המדרון החלקלק כי ברגע שמתירים פעולה אקטיבית אפשר לאשר את זה על אנשים שלא באמת אפשרו ואנשים שלא חשבו יפנו לפתרון הזה וכו'.

עכשיו הוא יעשה סינתזה בין מדינה יהודית לדמוקרטיה:

- לפי ערכי היהדות הדמוקרטיה, המתת חסד אקטיבית אסורה.
- לגבי הימנעות מטיפול רפואי: לפי יהדות מותר (לפחות הימנעות מטיפול) וגם לפי רוב המדינות הדמוקרטיות.
- לגבי ניתוק ממכשירים יש גישות שונות ביהדות ובדמוקרטיה, הוא לא אומר דברים חד משמעיים אבל ניתן להבין שהוא אומר שיהיו נסיבות שיאפשרו ניתוק ממכשירים.

כמה נקודות מעניינות בכתבתו של אלון:

הוא מדגיש את ההבדל בין המדינות. במשפט העברי עקרון קדושת החיים שמקורו בבריאת האדם בצלם אלוהים, היא נקודת המוצא ויכולות להיות הגבלות אם יש התנגשות מול כבוד. לעומת זאת, הארה"ב נקודת המוצא היא זכותו של המטופל לסרב לטיפול רפואי: קדושת החיים היא אינטרס של המדינה ולא זכות של היחיד ובטח לא חבה שלו (כמו שהיהדות) למרות שהתוצאות יכולות להיות דומות, ההשלכות של זה יכולות להיות בעייתיות, לדעתו יש עדיפות כאן לערכים של המדינה היהודים במובן הזה של מרכזיות ערך קדושת החיים. גם אם נמצא שמדינות דמוקרטיות מתירות יותר המתת חסד אקטיבית, עדיין יש לעמוד על האיסור הזה (לפי היהדות). במילים אחרות, הוא אומר שיש עדיפות לערכים היהודים לעומת הדמוקרטים לפחות בהקשר הזה של קדושת החיים, דהיינו צריך לאמץ את ערך קדושת החיים גם אם במדינות דמוקרטיות הוא יילך ויירד.

בנוסף הוא אומר בנוגע לכב"ה: הטענה שיש התנגשות בין חיים לכבוד היא טענת כזב, והביטוי למות בכבוד היא "תרת דסתר", כלומר אסור לראות באדם חולה או נכה אדם חסר כבוד. חיי אדם הם כבודו, זה לא פגיעה בכבודו, כל עוד אדם חיי כבודו נשמר. אסור להמשיג את מצבו הגופני של אדם כאילו זה חוסר כבוד. יש כוחות כלכליים וחברתיים חזקים מאוד שדוחפים לסיום החיים בשלב מוקדם (הכוחות הכלכליים הם מערכת הרפואה, למה להשקיע באדם שגם ככה תכף ימות, או שהוא כבר במצב רע. הזכות למות בכבוד עלולה להפוך לחובה אם נדבר עליה יותר מדי, נפעיל לחץ על חולים במצב סופני או במצב קשה ונלחץ עליהם

שידרשו כביכול למות בכבוד בשל השיקולים הכלכליים הללו. החשש הזה עולה בסוגייה של קטינים ופסולי דין מי זכאי להחליט עבורם שעדיף מותם מחייהם. הוא לא מכחיש התנגשות בין החיים לבין אוטונומיה וא בין חיים לסבל וייסורים אבל מכחיש את ההתנגשות בין חיים לבין כבוד.

השופט אלון מסכם ואומר:

- שהמתת חסד אקטיבית אסורה באופן מוחלט
- המתת חסד פאסיבית (הימנעות מטיפול וניתוק ממכשירים) תלויה בנסיבות נוספות: האוטונומיה של החולה, וגם כאב וייסורים.
- במקרה של קטין או פסול דין, יש קובשי לקבוע את רצונו ויש חשש ל"מדרון חלקלק" באופן עקרוני אפטרופסים יכולים לסרב לטיפול רפואי בשמו של קטין אך כשהדבר עלול להביא למותו יש לקבל את אישור בימ"ש.

לגבי המקרה הנדון: הילדה אינה סובלת ואינה מבוזה, כבודה נשמר מעל ומעבר ואין סיבה שלא לחברה למכשירים. בנוסף, הבקשה הגיעה רק מצד האם ולא האב ולכן זו סיבה נוספת לא למלא את בקשתה.

פסק הדין הזה הפך להיות **פסק הדין המנחה בסוגיה של המתות חסד** עד שנחקק **חוק "החולה הנוטה למות"** שהוא מציג תמונה שונה וקבע כמה דברים חדשים. נדבר עליו בשיעור הבא.

אנחנו רואים הדגמה ברורה על התפיסה של אלון על חו"י כב"ה התפיסה של מדינה יהודית ודמוקרטית מחייבת לדון בדבר משתי נקודות מבט ערכיות. במקרה הזה של פס"ד המשפט העברי השפיע על הפסיקה השפעה מכרעת.

השופט ברצם על פסק הדין בהסכמה ובספר שלו "פרשנות במשפט" הוא מציג את פסק הדין הזה כאופן שבו יש לטפל במושג "יהודית ודמוקרטית".

המצב היום בעולם מאז פסק הדין (שניתן ב1992): יש מדינות מעטות שמכירות בהמתה אקטיבית: הולנד ובלגיה. אבל יש מדינות רבות יותר שמתירות סיוע בהתאבדות- מרשם לתרופה (שוויץ, ארה"ב (למרות שראינו שזה היה אסור) אבל יש מדינות בארה"ב שזה מותר, קנדה). אפשר לשאול מדוע המדינות הללו מתירות רק סיוע בהתאבדות ולא המתה בידי רופא, אם כבר המתה אקטיבית מותרת.

יש מדינות שאוסרות המתת חסד ומאפשרות הימנעות מטיפול רפואי- ברטניה, גרמניה, צרפת, ישראל, דנמרק, אוסטרליה.

לכאורה אם אלון היה צריך להחליט היום, התמונה הדמוקרטית הייתה קצת משתנה, אבל הטענה שלו שגם אם זה ישתנה, המנעות מהמתת חסד אקטיבית צריכה להישמר גם אם בעולם מדינות נוספות יאשרו זאת.

שאלה 12: 24.01

סיכום: המשפט העברי בישראל- מצוי ורצוי

מהו מעמדו של המשפט העברי בישראל?

למשפט העברי יש מעמד פורמלי: החוק מצהיר על זיקה בין המשפט הישראלי למ"ע. הדבר המפורש ביותר הוא חו"מ"ש שקובע בשאלה שאין לה הכרעה או לקונה, בימ"ש יכריע בה לאור עקרונות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל. כך המ"ע מוצג כמקור משפלים למשפט הישראלי. גם בחוקי היסוד בהם נזכר הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" זה ביטוי שלא מזכיר מ"ע בפירוש, אבל (גם לפי אלון וגם לפי ברק), משמעו היא שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית כוללים את המשפט העברי. משמעות הדבר היא שכאשר רוצים לשקול פגיעה בזכויות שמעוגנות בחו"מ"י, (לפי ברק אפשר לפרש את חוקי היסוד באופן כזה שכל הזכויות מעוגנות תחת כב"ה) אז צריך לבחון את הפגיעה גם לפי המ"ע.

מה מידת ההשפעה של מ"ע על המשפט הישראלי?

הדעות חלוקות.

אלון: המ"ע הוא אחד המקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, היקפו והשפעתו ניכרים היטב בכל תחומי היצירה (המשפטית) במדינה. כלומר הוא סבור שהחקיקה הישראלית התבססה במדינה רבה על המשפט העברי. בספר שלו הוא סוקר חוקים ומראה את המשפט העברי על החקיקה. וכמובן גם בפסיקה. לפי אלון מידת ההשפעה של מ"ע על המשפט הישראלי היא רבה.

חשין: השפעתו של מ"ע היא שולית, הוא לא קובע עקרונות אלא רק מפיץ "ריח", כלומר משתמשים במילים, כותרות, אבל אם נבדוק את המשפט הישראלי על כל חוקיו, נמצא שיש למ"ע השפעה שולית.

הערכות אלו לא אובייקטיביות, לא מדובר בהערכות של מלומדים אלא של שופטים יש מאחוריהן אינטרס. למשל אלון טוען שיש לו מעמד משום שאם יש לו מעמד, זה מצדיק שימוש בו ופניה אליו, הקשר בין השיטות מחייב פניה אליו. לעומת זאת חשין שחושב שצריך לפרש את המשפט הישראלי מעצמו ללא קשר למ"ע יגיד שההשפעה היא שולית ולכן היום אנחנו כשופטים לא צריכים להזיק לו. לכן זו לא הערכה ניטרלית אלא הערכה של צדדים שרוצים לבסס את דבריהם.

שפירא מציע הערכה באמצע: אלון מגזים בהערכת יתר וחשין מגזים בהערכת חסר. מדוע?

קודם כל, "ריח ניחוח" זה מקטין. יש לייחס לפחות מקור תרבותי משמעותי, לשון המשפט הישראלי מושפע מהמשפט הבערי: עו"ד, בית דין, הלכה, דיני ממונות וכו', כולם מקורם בשפה העברית ובמקורות העבריים. השפה העברית המשפטית המתחדשת הושפעה מהמ"ע. אפשר לומר שזה לא כל כך משמעותי, יכול להיות שאם חוק מאמץ ניב מהמשפט העברי לא בטוח שצריך לקחת את המשמעות שלו מהמ"ע, (ודנו בזה).

אבל מעבר לזה, שמותיהם של חוקים ומעבר להם מבוססים על מ"ע:

1. חוק השומרים: שומר חינם, שומר שכר, שואל, גם שם החוק וגם הקטגוריות, ההבחנות הבסיסיות לקוחות מהמ"ע.

2. דוג' נוספת היא חוק השבת אבידה, שמו לקוח מהמ"ע, אולם התוכן קצת שונה: מ"ע מחייב אותך להשיב אבידה אם אתה מוצא אותה, אולם החוק הישראלי מתיר להתעלם ממנה, זו מצווה דתית מוסרית ולא חוקית. אבל לפי החוק אם אתה לא רוצה להתעלם אתה לא רשאי לקחת לעצמך אלא

- להודיע למשטר הוכו'. כלומר לחוק יש אינטרס להשיב אבידה אבל הוא לא מטיל עליהם חובה מלאה כמו בהלכה. אנחנו רואים שימוש דומה אבל משמעות אחרת.
3. דוג' נוספת: חוק לשון הרע- השם דומה, העיקרון (הרעיון הבסיסי שבו) דומה, אבל יש הלכה למעשה ההסדרים דומים.
4. חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים
5. חוק עשיית עושר ולא במשפט- עשיית עושר ולא במשפט זה כאדם הגיע אליו רכוש של חברו או עשה שימוש ברכוש של חברו, לא מכוח חזוה, זה יכול להיות בטעות, או בכוונה. לפי עקרון של עשיית עושר ולא במשפט אדם צריך להשיב מה שקיבל שלא כדין, או אם נהנה, צריך לשלם על כך. השאלה היא האם אדם צריך לשלם על ההנאה שלו מהדבר או על מה שגרה מרכוש חברו. ושאלה מעניינת נוספת היא מה קורה אם לא נגרם לבעלים שום נזק? האם אני עדיין משלם? כביכול נהניתי, ולכן התפיסה המערבית היא חובת תשלום על הנאה. לעומת זאת לפי המ"ע יש עיקרון "זה נהנה וזה לא חסר" שאז הוא פטור מתשלום. המחוקק שלנו השאיר את השאלה לשק"ד השופט. הוא קבע חובת תשלום על הנאה אבל השאיר לשיקול דעת השופט לפטור מהשבה במקרה שהנהנה לא פגע.
6. חוק בתיים משותפים- לפי המשפט הרומי בעלות בקרקע אינה ניתנת לחלוקה, הקביעה שאדם יכול להיות בעלים בקרקע לחצאים כמו בית משותף לקוחה מהמ"ע.
7. חוק לא תעמוד על דם רעך- חובת הצלה- השפעת המשפט העברי מכרעת- החוק ממש עוצב לאורו.
8. חוק החולה הנוטה למות- השפעת המשפט העברי מכרעת- החוק ממש עוצב לאורו.

נראה שמהשפט העברי באופן סטטיסטי לא השפיע על כל החוקים, מצד שני יש חוקים שהוא נתן להם השראה כזו או אחרת, אי אפשר לומר שההשפעה מכרעת ואי אפשר להגיש שלא השפיע בכלל.

מידת ההשפעה של המ"ע על פסיקה

שופטים פונים ליסודות המ"ע לא רק לפי חוק יסודות המשפט, כלומר לא רק במצב של לקונה. לפעמים הפנייה היא מכרעת למשל בפרשת יעל שפר ולפעמים היא מבססת, תוספת ביסוס, לפעמים היא רק רטורית (למשל רובינשטיין מוסיף לא מעט, כל מיני נימוקים כאמרת אגב למרות שלא צריך את זה להכרעה, אלא "לחיבת המשפט העברי").

לסיכום המצוי- מה המצב הקיים של המ"ע?

- קודם כל, המשפט העברי והמשפט הישראלי הן שתי שיטות שונות, לא שיטות זהות, המשפט הישראלי הוא שיטת משפט עצמאית ומקורית שעומדת בפני עצמה, לא בנויה על המ"ע.
 - יש בין שתי השיטות זיקה שהמחוקק קבע בפירוש, הוא רצה שהשיטה הישראלית לא תהיה מנותקת מהמ"ע למרות שהיא שיטה שונה. הזיקה באה לידי ביטוי בחקיקה (בכך שהמחוקקים פונים וגם מושפעים מהמ"ע כשזה נראה להם ראוי) וגם בפסיקה (בפנייה למ"ע). וכאמור הזיקה הזו מוגדרת בחוק, מצד אחד כמקור משלים כמקום שאין הכרעה, ומצד אחר בהקשר של פגיעה בזכויות.
- אם כן אנחנו נמצאים גם בהשפעה ממשית וגם בזיקה פורמלית שמהחוקק קבע (בשונה מחשין) ומצד שני שיטה הישראלית לא מבוססים בעיקרה ובכולה על המ"ע (בשונה מאלון).

מ-1918 עד היום, מדובר במחלוקת אידיאולוגית: היו מי שחשבו שמשפט הישראלי צריך להיות מבוסס על המ"ע: חברת המשפט העברי הראשונה ומאוחר יותר גם ש אלון. ויש כאלה שמסרבים, לכן היה ויכוח גדול

ב2018 האם להכניס את המ"ע בחוימ"ש. היה גם ויכוח האם להכניס את המ"ע בחוק יסודות הלאום. היה ויכוח עז בין הגישות האלה. נראה סיכום של הגישות דרך שלושה דגמים שנוצרו לאורך תולדות המ"ע:

- **דגם הקליטה**
- **דגם הפרדה**
- **דגם הדו שיח**

דגם הקליטה

יש לשאוף לקלוט נורמות והסדרים משפטיים מהמ"ע ככל האפשר בשיטה החדשה. הדגם הזה מאפיין את חברת המשפט העברי ההיסטורית שנוסדה ב1918, והמייסדים הראשונים שלה המשפטים הציונים החילוניים ברובם. והחבורה הזו הבינה שהולכים ליצור שיטת משפט חדשה, הם לא רצו להעתיק את ההלכה למשפט הישראלי אבל חשבו שצריך לקחת כמה שאפשר מהמ"ע. יש כמה עקרונות לעניין הקליטה:

- **עקרון החילון**- כלומר הפרדת היסודות המשפטים מן הדתיים, המשפט העברי הוא שיטה דתית ביסודה ומעורבות בה מצוות דתיות ועקרונות דתיים עם משפטיים. הפרדה באה לידי ביטוי בכך שאנחנו פונים לחלק המשפטי ולא לחלק הדתי. לא ניקח את הדין הדתי לתוך המשפט הישראלי, אלא רק את התחום המשפטי. וגם בתוך התחומים המשפטיים יש להפריד כמה שאפשר, וכאשר הדין המשפטי מערב יסוד דתי: למשל שבועה, קללות מי שפרע, המלצות וכו' יש להפריד את היסודות האלה ולנסח אותם מחדש באופן משפטי טהור (משפטי חילוני) חילוני במובן הזה שהמשפט צריך להיות מנותק מהצד הדתי שלו (ולא במובן של אמונה, ולכן גם משפטים דתיים החזיקו בעמדה הזו).
- **עקרון הברירה**- ברור שלא קולטים את כל המשפט העברי וצריך לברור מה מתאים למשפט של מדינה מודרנית. לבחור את הנורמות המתאימים
- **עקרון ההתאמה**- צריך להתאים את הדינים אל המציאות המודרנית, המציאות שלנו.
- **עקרון החידוש**- יצירת תוספות על גבי המשפט העברי. עקרון הקליטה לא מניח שנהיה תלויים רק במ"ע יש למ"ע בוודאי ענפים שלמים שהוא לא עסק בהם: טכנולוגיה, משפט מסחרי מודרני, חברות למשל וכו'.

לכן דגם הקליטה הוא מצד אחד רצון לקלוט כמה שיותר מהמ"ע מצד שני יש לו גבולות. צריך לומר שהיו רבנים בחשבו שהמדינה צריכה לאמץ את המ"ע כמו שהוא, אבל כל המשפטים המקצועיים החילוניים והדתיים לא הניחו שהדבר הזה אפשרי והם רצו ליצור תהליך של ברירה והתאמה, תוך חידוש.

מה הקשיים שהשיטה הזאת ניצבת בפניהם?

1. היעדר קודיפיקציה מסכמת ומחייבת של מ"ע.
2. למ"ע אין מוסד מחוקק עליון וגם לא מוסד מכריע, ולכן מ"ע הוא אוסף של שיטות של מסורות משפטיות שיש שאלות ששנויות במחלוקת ולא הוכרעו ולא יכולות להיות מוכרעות כי אין גורם שיכול להכריע בהם, וגם אם אין גורם שאסף את הכול במקום אחד.
3. אין נגישות של המחוקקים ושל השופטים- אין לאן לגשת ולקחת משם את עמדת המשפט העברי, צריך להיות בקיאים כי כל החומר מפוזר טכנית בהמון מקורות שונים: ספרי שו"ת וספרי הלכה. אבל זה לא רק עניין טכני אלא גם מהותי כי יש דברים שנויים במחלוקת כי יש שאלות שונות מתחומים שונים שאינן מוכרעות באופן מלא. הדבר גורם לכך שאין נגישות למחוקקים ולשופטים.

כלומר הדרישה של אלון שבכל שאלה שנויה במחלוקת נלך למי"ע ושם נמצא, זו בקשה שלשופט מן השורה אין אפשרות למלא.

4. רצון ליצירת מקורית ועצמאית, למה שאני אתחייב לנטל הזה? שה מאוד קשה

דגם ההפרדה

יש לחתור להפרדה בין המי"ע לבין הישראלי, ובטח שלא להתאמץ לאחד ביניהם. בישראל נקים שיטת משפט מודרנית מקורית, והמי"ע הוא שיטה מסורתית, עתיקה, יש הרבה סיבות לא לבחור בה ולכן לא צריך לעשות את מאמץ הקליטה. מה בעצם מניע את ההפרדה? אותם קשיים שדיברנו עליהם של דגם הקליטה.

וגם יש דבר נוסף שמניע את ההפרדה: הבדלים ערכיים בין השיטות: למשל תפיסת השוויון (בין נשים לגברים, בין יהודים ללא יהודים) אלו ערכים מודרניים שמ"ע לא מחזיק בהם, אלא עתיקים ומסורתיים.

אנשי הקליטה יגידו שניתן לאמץ את הערכים וליצור בהם חידוש להתאים לתפיסה המודרנית. ויענו להם אנשי ההפרדה שאין מה להתאמץ לקלוט אם השיטה של מי"ע לא מתאימה באופן מלא אז למה שנתחייב אליה, עם כל הקשיים האלה עדיף לכלת להפרדה בלי ללכת למי"ע.

יש גם התנגדות דתית לדגם הקליטה שתומכת בדגם ההפרדה: ראינו את זה אצל אנגלרד: עמדה דתית שאומרת שאחד העקרונות של מודל הקליטה הוא החילון ואם נקלוט את המי"ע, בהכרח נחלן את המי"ע. כלומר מרגע שנאי עושה את החובה משום שהיא חובה חוקית ולא משום שהיא חובה דתית, אני בעצם פועל לפי המדינה ולא לפי דת, נאבד הערך הדתי למצווה. אין ערך דתי בקליטת המשפט העברי ע"י המדינה כי כך אני לא מחויב למדינה אלא להלכה, וזה לא מחויבות דתית. מחויבות דתית היא להסכים להתחייב למצוות ההלכה ולהלכה. זה דעה שמשקפת למשל את רוב הציבור החרדי- דעה רווחת. אם לוקחים את כל ההלכה, המדינה תהפוך למדינת הלכה וזה בסדר, אבל אם המדינה לא יכולה להיות מדינת הלכה, אז אין ערך דתי בקליטה שלו, ויש ליצור משפט מודרני נפרד. נכבד את המשפט המדינה מתוקף דינא דמלכותא דינא ולא מתוקף הלכתי.

יגידו מתנגדיו שיש ערך תרבותי ולא רק ערך משפטי. אנגלרד אומר שהתרבות המשפטית היא מודרנית חילונית והיא לא מחייבות להלכה ולכן גם מבחינה תרבותית אין בזה ערך רב.

דגם הדו-שיח

דגם ששפירא מציע, הוא עולה גם בספרות. דגם זה מסדר את החסים בין משפט המדינה למי"ע: דגם הדו-שיח (דגם הדיאלוג) אומר שאין לחתור לקליטה כמה שאפשר, כלומר השאיפה הזו של הראשונים (חברת מי"ע בתחילת המאה ה-20) וגם האחרונים (שופטים כמו אלון בסוף המאה ה-20), זו לא שיאפה, אלא צריך לחתור להשוואה ולדו שיח עם המשפט העברי, שלא בהכרח תביא לקליטה שלו: לפעמים כן ולפעמים לא. מראש לא אומרים שרוצים לקלוט כמה שיותר, אלא משפט עביר משפט משווה. ולא כמקור ממנו ינבע המשפט הישראלי. תמיד יהיה מה ללמוד מהמי"ע. כאן ניתן להצביע על היתרונות המי"ע כמשפט משווה (בהשוואה לשיטות אחרות):

1. **השונות שלו**- דווקא שמדובר על משפט קדם-מודרני, דתי, שמבוסס על הנחות שונות מהמשפט הישראלי, זה יכול להביא זווית חדשה ומעניינת. דוג: "זה נהנה וזה לא חסר", המשפט המודרני אומר שצריך לשלם, אבל המי"ע מציע שואלי ניתן לוותר לו על תשלום אם אתה לא מפסיד, מה אכפת

לך שאחר יהנה. זה רעיון שהמשפט המערבי לא חשב עליו. המחוקק הישראלי בחר לאמץ אותו וגם לאמץ באופן מתון. הוא לא מטיל חובה שצריך לוותר על תשלום, אלא נותן לבימ"ש שק"ד לבחון האם צריך לאמץ את העקרון הזה. ניתן ללמוד על אלטרנטיבות ולאמץ אותם באופן חלקי או מלא או כלל לא.

2. **הקרבה הלשונית** - מקלה על השוואה אליו, קריאה בו והתעמקות בו, למשל לעומת משפט אחר מימי הביניים בשפה אחרת

3. **הרציפות התרבותית** - זה עניין אידיאולוגי. מדינת ישראל היא בכל זאת המשך של תרבות עברית, מדברים את אותה שפה, נמצאים באותה ארץ, אנחנו על רצף על העבר שלנו, וגם מבחינה משפטית רוצים לשמור על הרצף הזה. מצד אחד אל רוצים להתחייב למ"ע במלואה, ומצד שני כן לשמור על זיקה. וזה בעצם ההסדר שעשה המחוקק: מכריז עליו כמקור משלים, נותן לו מעמד אבל מחוקק גם חוקים מודרניים.

ההבדל בין דגם ההפרדה לדו שיח: דגם ההפרדה אומר שהוא מוכן לנתק, אני חי במדינה במודרנית ולא מעוניין להסתכל אחורה אבל דגם הדו שיח אומר שנכון אנחנו נמצאים במדינה מודרנית אבל רוצים שלמור על איזו רציפות במערכת המשפט. רצון לשמור על רציפות תרבותית.

ההבדל בין דגם הדו-שיח לבין דגם הקליטה: דגם הקליטה אומר לשאוף לאמץ כמה שיותר מהמ"ע ודגם הדו-שיח לא קורא לקחת כמה שיותר אלא לשקול את עמדת המ"ע בסוגיות שעל הפרק, בחלקן נאמץ אותו ובחלקן נדחה. יש כאן גם הבדל היסטורי, שיטת הקליטה באה במצב בו רצו ליצור שיטה משפטית חדשה מאפס, ולא רצו לקחת שיטת משפט קיימת ומלאה במלואה (למשל ממדינה אחרת) רצו לקחת משהו אחר משלהם ולחדש אותו, ולעומת דגם הדו-שיח נוצר כשיש שיטה קיימת כבר.

התוצאה של הדגם הזה: לפעמים ולפעמים דוחים. יש פחות נטייה לקלוט כמה שיותר.

רוב החוקרים של המ"ע אינם מחזיקים בעמדה של הקליטה אלא בדגם הדו-שיח. היום יותר ויותר שופטים ומלומדים מאמצים את הדגם הזה. כאשר ההנחה היא שתמיד יש מה ללמוד מהמ"ע, כי גם אם דוחים אותו, הוא מציג עמדה נוספת, אלטרנטיבה למה שאתה חושב.

סולברג פרסם מאמר: "משפט עברי לתועלת" שם הוא אומר: בואו נעזוב את הויכוח האידיאולוגי אם לאמץ את המ"ע או לדחות. אני רוצה להראות כשופט מתי המ"ע עזר לי. שם הוא אומר שהוא למד מהמ"ע תובנות (גם אם לא אימץ את כל ההסדר) תובנות אשר עזרו לו להגיע להחלטה. כלומר המשפט העברי יכול להניב תועלת לשופטים ולהביא תובנות. דווקא בגלל שהוא שונה, אנחנו יכולים ללמוד ממנו דברים אחרים שאין במשפטים אחרים אליהם אנחנו משווים. ההשוואה מלמדת יותר דווקא בגלל השונות.

על המבחן:

במודל בסילבוס, הוא סימן איזה מאמרים הם מאמרי חובה לקריאה, ומה שלא מסומן הוא לא חובה. המצגת בכיתה לא מיצתה את כל העניין, צריך קלרוא את המאמרים, יש דברים שבכיתה ניתנו דגשים אבל התמונה המלאה נמצאת בטקסט המלא. הוא אל ישאל פרטי פרטים במאמר שהם לא רלוונטים, אלא את עיקר המאמר, את רוב הדברים אמרנו בכיתה, אבל לא הכל הוצג באופן מלא. למשל **המאמר של לחובסקי** על חברת המשפט העברי הוא יותר מלא ממה שהוא הציג בכיתה. גם פסקי הדין בכיתה הם מעטים וצריך לדעת את פסקי הדין. בגדול צריך לדעת איך השופטים עשו שימוש במ"ע. וצריך לדעת את עמדת השופטים האחרים בנוגע לשימוש הזה האם הם בעד או נגד, גם אם הוא לא דיבר על הדעות שלהם בכיתה.

שעתיים, 4-5 שאלות פתוחות, לא קייס, שאלות ישירות על החומרים. מעין מה שהיה בעבודה, בסגנון כזה. להציג עמדה של מישהו בנוגע למ"ע: בעד נגד ונימוקיו. וכנ"ל בנוגע לפסקי הדין: אם יש שם שימוש במ"ע, צריך להכיר את הנושא. לדעת מה המקורות שעלו מהמפשט העברי ומה השימוש שהשופט עשה במקורות האלה לצורך פסק הדין.

יכול להיות שיהיה קייס אחד אבל חלקית (נוטה שלא). יש מגבלת מילים סבירה. חומר סגור. נכון לעכשיו אין בחירה, אולי יחליט ברגע האחרון.