

הצעה לסדר 11

חוק יסודות המשפט הצעה לתיקון ודברי ביקורת

בנימין פורת

בתוספת מאמר תגובה של מרדכי קרמניצר

נובמבר 2016



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

חוק יסודות המשפט הצעה לתיקון ודברי ביקורת

בנימין פורת

בתוספת מאמר תגובה של מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה לסדר 11
נובמבר 2016

A Proposal to Amend the Foundations of Law Act, with an Analysis and Critique
Benjamin Porat

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ז
נדפס בישראל, 2016

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר במסמך זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול במסמך זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

מס"ב 1-198-519-965-978 ISBN

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט. הדברים המתפרסמים בסדרת "הצעה לסדר" אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

5	תקצירים
	המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחודשת
11	בנימין פורת
11	א. הקדמה
14	ב. תרומת המשפט העברי למשפט הישראלי
25	ג. מודל הקליטה
35	ד. מודל ההפרדה
41	ה. מודל הדו-שיח
47	ו. השלכות מעשיות
56	ז. צעידת המשפט העברי אל העת החדשה
71	ח. סיכום
73	ט. נספח 1: המשפט הישראלי בכתבי העת של המשפט העברי
75	י. נספח 2: ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט
	ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט: נזק ללא תועלת
	תגובה למאמרו של בנימין פורת על מקומו של המשפט העברי במשפטנו
95	מרדכי קרמניצר
95	א. מבוא
96	ב. הקשיים העיקריים בהצבת המשפט העברי כמראה למשפטנו העכשווי
105	ג. נטל השינוי בחוק: בחינת ההצעות הספציפיות
117	ד. סיכום ומבט לעתיד

להיזהר מן הזהירות

תגובה לביקורת של מרדכי קרמיניצר בעניין תיקון לחוק יסודות המשפט

בנימין פורת

תקצירים

המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחודשת

בנימין פורת

המשפט העברי: העוגן היהודי של המשפט הישראלי

על פי חזון המשפט העברי, יש לכונן את מערכת המשפט של מדינת ישראל כחתייה עברית מחודשת, מודרנית, של היצירה המשפטית היהודית לדורותיה. חזון זה הוא חלק משורה ארוכה של חזונות ציוניים שעניינם תחיית התרבות היהודית בארץ ישראל, בתחומי השפה, השירה, הספרות ואף בעולם המשפט.

העוגנים בחוק היום: חוק יסודות המשפט וחוקי היסוד

שני עוגנים משפטיים מגדירים היום את מעמדו של המשפט העברי במשפט הישראלי: חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, קובע כי במקרים של חסר משפטי (לקונה), על בית המשפט להכריע "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

כעבור עשור הגדירו חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 את מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית"; אחד ממובניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הוא "מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב" (אהרן ברק פרשנות חוקתית 332 [תשנ"ד]).

הבעיה

דא עקא, עוגנים אלה לא מימשו את ההבטחה הגלומה בהם. המשפט העברי אינו נוכח פעיל במרבית פסיקות בתי המשפט בישראל; בדרך כלל בתי המשפט נמנעים מלהגדיר מקרים סבוכים המונחים על שולחנם כמקרי לקונה, ובכך חומקים מן הצורך לפנות אל המשפט העברי על פי חוק יסודות המשפט.

מדוע הדבר מתרחש? על פי הניתוח המוצע בחיבור זה, הדבר נובע בין השאר מכך שחוק יסודות המשפט הטיל חובה קשיחה מדי של אימוץ המשפט

העברי, שאינה תואמת את הלוך הרוח של מרבית השופטים בישראל; הם אינם מוכנים לאמץ את המשפט העברי באופן גורף ולכן נרתעים מלפנות אליו. פרדוקסלית, דווקא האופי הקשיח של החובה לאמץ את עמדת המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט הוא שהביא לכישלונה. חוק יסודות המשפט בגרסתו המקורית ייעד למשפט העברי תפקיד של משמיע מונולוג, אלא שכוונה זו הרחיקה מעליו את מרבית הקהילייה המשפטית, שאינה רואה עצמה כפופה למורשת ההלכתית.

לאחרונה העלו כמה חברי כנסת יוזמה לתיקון חוק יסודות המשפט. עיקרה של יוזמה זו הוא הקשחה יתרה של חובת השופטים לאמץ את עמדת המשפט העברי במקרי לקונה. ברם לאור האמור לעיל, הדעת נותנת כי הדרך לביסוס מקומו של המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט אינה עוברת בכפייתם של שופטים לאמץ את עמדת המשפט העברי, וכי הצעה זו, אם תתקבל, עלולה דווקא להביא לתוצאה ההפוכה של התרחקות נוספת של השופטים ממנו.

עיקרי התיקון המוצע

ה"הצעה לסדר" שלפניכם מציעה לתקן את חוק יסודות המשפט ולייעד למשפט העברי תפקיד מורכב ועדין יותר של שותף בדיאלוג תרבותי-משפטי; בשונה מייעודו כמשמיע מונולוג במקרי לקונה, כפי שהוגדר בגרסה המקורית של חוק יסודות המשפט.

על פי הצעה זו, במקרי לקונה יהיה על בית המשפט לשקול את עקרונות המשפט העברי, אך עדיין יישמר בידו שיקול הדעת אם לאמצם בסופו של דבר. כאשר בית המשפט ייתקל בבעיה משפטית שאין לה פתרון במסגרת המשפט הישראלי, קודם שיאומץ פתרון משיטות המשפט שמעבר לים יהיה על בית המשפט להניח על שולחנו את עמדת המשפט העברי ולשקול אותה כראוי.

ניתן לצפות שכאשר חוק יסודות המשפט יקבע תהליך של שקילת המשפט העברי, בלא שיכפה את אימוץ עמדתו, שופטים רבים יותר יהיו נכונים להגדיר את המקרים שלפניהם כלקונה ולשקול בפתירות הראויה את עמדת המקורות מן המורשת היהודית.

ההצעה

ואלה עיקרי לשון ההצעה לתיקון חוק יסודות המשפט:

תיקון לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980:

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש מובהק, יכריע בה לאחר ששקל את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה ויקבע בתקנות הוראות לביצועו.

תקנות חוק יסודות המשפט, התשע"ו-2016:

בתוקף סמכותי לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן – החוק), אני מתקין תקנות אלה.

תקנות אלה יחולו על כל בית משפט ובית דין, כמוגדר בחוק יסוד: השפיטה, למעט בית דין דתי.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ושקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל, רשאי להכריע בשונה מהם.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ולא שקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל, יהיה פסק הדין בטל. דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, רשאי הוא לפנות לקבלת חוות דעה באשר לעקרונות המשפט העברי בשאלה המשפטית הנדונה.

יתרונות ההצעה

מחד גיסא, הצעה זו מחזקת את מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי: היא נוקבת במפורש ב"עקרונות המשפט העברי" ובדרך זו מפוגגת את הערפל האופף את המונח "מורשת ישראל" שבחוק הקיים; כמו כן, היא מחדרת את הגדרת הלקונה ומבהירה כי אם אין פתרון בדרך של "היקש מובהק", חלה החובה לשקול את עמדת המשפט העברי.

מאידך גיסא, היא מקנה למשפט העברי תפקיד צנוע יותר, אך בה בשעה ריאלי ומבוסס הרבה יותר, שלפיו במקרי לקונה יחויב בית המשפט לשקול את עמדת המשפט העברי, אך יישמר בידו שיקול הדעת לגבי ההכרעה הסופית אם לאמץ עמדה זו. שקילה זו של עמדת המשפט העברי תיעשה בכתב, בגוף פסק הדין.

מהלך משולב של חיזוק זהותו היהודית של המשפט הישראלי והעצמת אופיו הדמוקרטי

על פי רוב, חיזוק זהותה היהודית של מדינת ישראל בא על חשבון נסיגה באופייה הדמוקרטי, ואילו העצמת אופייה הדמוקרטי כרוכה בכרוסם בזהותה היהודית. לעומת זאת, בנוסח המוצע כאן לתיקון חוק יסודות המשפט מתאפשר לבצע מהלך אחד משולב שבו תחזק זהותה היהודית של מערכת המשפט הישראלית ובו בזמן יועצם אופייה הדמוקרטי.

שינוי זה של חוק יסודות המשפט אף הולם בצורה ראויה יותר את הגדרתה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", שמכוחה למורשת היהודית יש תפקיד דיאלוגי (ולא מונולוגי) בעיצוב התרבות הישראלית בכלל והתרבות המשפטית בפרט.

הקמת מנגנון למתן חוות דעת לשופטים בתחום המשפט העברי בהנחה שארון הספרים של המשפט העברי אינו נגיש לחלק ניכר מן השופטים, ההצעה צריכה לכלול גם הקמת מנגנון איכותי יעיל שיאפשר פנייה של השופטים לקבלת חוות דעת ממיטב חוקרי המשפט העברי. מנגנון זה ראוי שיתבסס על גופי המחקר האקדמיים המובילים בתחום המשפט העברי (ברומה לגופי מחקר הפועלים באירופה המייעצים למחוקקים ולבתי משפט בתחומי המשפט ההשוואתי). בדרך זו תוכל מערכת המשפט הישראלית ליהנות מן המסד המחקרי בתחום המשפט העברי הדרוש להעשרת פסיקותיה.

ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט: נזק ללא תועלת

מרדכי קרמניצר

ההצעות המבקשות לשנות את חוק יסודות המשפט כך שתגבר השפעתו של המשפט העברי על המשפט הישראלי אינן ראויות ויש לדחותן.

אימוץ של שינוי, לרבות זה המוצע בהצעה לחוק שניסחו ידידיה שטרן ובנימין פורת, כרוך בקשיים מהותיים ובנזקים שעלולים להיגרם בעקבותיו. עיקרי הקשיים הם:

- פתיחת האפשרות לאימוץ דינים הנוגדים ערכים הומניסטיים, ובראשם שוויון ערך האדם; כלומר הסגה של שיטת המשפט שלנו לאחור.
- פנייה אל המשפט העברי גם במקום שהוא חור שחור, כמו המשפט הציבורי, ולמעשה הזמנה לייצר יש מאין לפי השקפת ה"יצרן" ומתוך התהדרות חסרת בסיס במעמד דתי מחייב.
- פנייה אל המשפט העברי גם במקום שאינו תואם שיטת משפט מדינתית מודרנית, כמו במשפט הפלילי.
- חשש לפגיעה בעקביות של שיטתנו המשפטית.
- אי־ודאות בכל הקשור לכללי המשפט העברי ולערכיו וחוסר הנגישות אליהם.

אין בהצעות תשובה קבילה לקשיים אלו. חובת ההיוועצות שמוצע להטיל על בית המשפט והקמת מוסד ממלכתי שיעניק ייעוץ נוגדות מושכלות יסוד של ההליך המשפטי ופוגעות גם בחופש המחקר ובעצמאות השפיטה. כרוכה בהן סכנה לפוליטיזציה של המשפט.

המשפט העברי חייב להשתנות מתוכו לפני שיוכל לשמש מקור הראיה מחייב למשפט הישראלי.

ההצעות הנדונות אינן רק מזיקות כשלעצמן; הן שלב במהלכים רחבים יותר של הדתה מטעם המדינה. גם המשפט העברי יצא ניזוק – כפיית הפנייה אל המשפט העברי, כמו כל כפייה, תצמיח גישה שלילית כלפיו.

המשפט העברי בישראל

אתגרי העתיד והיערכות מחודשת

בנימין פורת

א. הקדמה

מאז ראשית ימיה סוד כוחה של הציונות היה טמון בידיעה כיצד ליטול חלומות יהודיים בני אלפי שנים ומהם לרקוח חזונות עבריים מודרניים. בשורת החזונות המפורסמים – קיבוץ גלויות, הקמת בית לאומי, תחיית השפה, שיבה אל האדמה ועוד – שוכן אחר כבוד, מוכר מעט פחות, החזון בדבר תחיית המשפט העברי; מתן משמע מודרני לנבואת ישעיהו העתיקה: "וְאָשִׁיבָה שְׁפָטֶיךָ כְּבָרָאשְׁנָה וְיַעֲצִיבְךָ כְּבַתְחִלָּה, אַחֲרַי כֵּן יִקְרָא לְךָ עִיר הַצֶּדֶק קְרִיָה נְאֻמָּה" (ישעיה א, כו). על פי חזון המשפט העברי, יש לכונן את מערכת המשפט של מדינת ישראל כתחייה עברית מחודשת, מודרנית, של היצירה המשפטית המפוארת שפיתח העם היהודי במשך אלפי שנותיו ושליחותה אותו בכל גלויותיו. מכל היצירות הרוחניות שנתהוו

* אני מודה לחנינה בן-מנחם, חנוך דגן, שוקי פרידמן, דב פרימר, עמיחי רדזינר וידידיה שטרן על הערותיהם המאירות לטיטות קודמות של חיבור זה.

1 כידוע, עצם המונח "משפט עברי" הוא יציר התנועה הציונית, שהרי המקורות היהודיים הקלאסיים אינם מכנים את עצמם בשם זה אלא מבכרים מונחים אחרים כגון "הלכה", "תורה" ו"דיני ישראל". המונח "משפט עברי" ניצב בשורה אחת עם מונחים נוספים שהתחדשו במילון דור התחייה: השפה העברית, הגדוד העברי, העיר העברית הראשונה, עבודה עברית, לוח השנה העברי ועוד. המונח "משפט עברי" מדגיש אפוא את העברי המתחדש על פני היהודי הגלותי ואת המשפט (בין אדם לחברו) על פני ההלכה (הכוללת גם מצוות "בין אדם למקום"). לפיכך אף שהמונח "משפט עברי" אינו מדויק מבחינה הלכתית (מזווית זו המונח האנגלי "Jewish Law" מדויק הרבה יותר), זהו חוסר דיוק מכיוון הלוכד נאמנה את המורכבות של פרויקט תחיית המשפט העברי בעת החדשה במסגרת התנועה הציונית. על כך ראו יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי: מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34, 35 (תשל"ו-תשל"ז); מנחם אלון "עוד לענין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח 99, 103 (תשל"ז).

בבית היוצר של האומה – תאולוגיה, פילוסופיה, פיוט ואגדה – הייתה ההלכה, והמשפט העברי בליבתה, ליצירה המרכזית והמורכבת ביותר. לפיכך אמנם "אין תחיה מלאה לעצמנו בלי ארץ, בלי לשון, בלי תרבות, בלי חקלאות, וכו' אולם טרם עמדנו על הנקודה החשובה, שאין תחיה מדינית לעם בלי בתי דין לאומיים ובלי משפט לאומי".² יש אפוא חשיבות תרבותית מכרעת להשתתת מערכת המשפט על יסודות המורשת הלאומית; כפי שציין שופט בית המשפט העליון משה זילברג: "אם לא יצאנו לשאול שפה, לא נלך גם ללוות משפט. כי המשפט הוא שפת המדינה – השפה של המדינה – בה היא מדברת אל אזרחיה, בה היא קובעת את צורות החיים שלהם".³

במשך כמאה שנותיו הצליח פרויקט המשפט העברי לרשום שורה של הישגים לא מבוטלים, ברם רבים אף יותר היעדים שנותרו בגדר חלום שלא התממש. לאחרונה העלו חברי כנסת מכמה מפלגות הצעות לשדרוג מעמדו של המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי כחלק מן המגמה לחזק את רכיבי הזהות היהודית של מדינת ישראל.⁴ מחנות התומכים והמתנגדים הסתדרו מיד לפי חלוקה ידועה מראש של שמאל וימין, דתיים וחילונים. תגובה אינסטינקטיבית זו, הן מימין הן משמאל, מעידה על השטחיות והסטראוטיפיות שהדיון לוקה בהן, ועל כך יש להצטער. תחת זאת ראוי היה לנהל דיון מושכל ופתוח בהצעות אלו, על יתרונותיהן ועל חסרונותיהן, באופן שיוכל לגיבוש הצעות מורכבות

2 תזכיר משפט השלום העברי לקונגרס הט"ו (1927), מצוטט מתוך רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 589, 603 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998).

3 משה זילברג כך דרכו של תלמוד 152 (1961). במובן מסוים תחיית המשפט העברי נתפסה כמשימה שאמורה להיות פשוטה יותר מתחיית השפה העברית, שהרי לשון הקודש לא הייתה שפה חיה במשך מאות ואלפי שנים ואילו המשפט העברי המשיך לחיות ולהתפתח בתקופת הגלות כולה – עד סף העת החדשה היהודית, עם מתן האמנסיפציה ליהודים באירופה. על פגיעת האמנסיפציה בהמשך התפתחותו של המשפט העברי ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1319 (מהדורה שלישית מורחבת, תשמ"ח).

4 הצעות אלו עלו בהקשר של תיקון חוק יסודות המשפט ובהקשר של הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. על כך ראו להלן, ליד ה"ש 125.

ומאוזנות יותר להסדרה ראויה של המשפט העברי בתוך המשפט הישראלי. הצעות אלו תהלומנה טוב יותר את מערכת היחסים המורכבת של החברה הישראלית בכלל – ושל המשפט הישראלי בפרט – עם מקורות המורשת היהודית; אם אכן תעמודנה לדין הצעות מורכבות ומאוזנות, אפשר לצפות לתמיכה בהן לא רק מן המפלגות הדתיות והימניות אלא גם ממפלגות שמאל חילוניות. לכך מוקדשת "הצעה לסדר" זו.

ואולם לשם השגת תכלית זו ראוי לראות את סוגיית מעמדו של המשפט העברי במשפט הישראלי בתוך הקשר היסטורי רחב. מודעות לזרמי העומק שהניעו את תחום המשפט העברי במאה העשרים תסייע לנו להגדיר נכונה את אתגרי העתיד העומדים לפתחו בעשורים הבאים. אני מבקש אפוא להקדיש חיבור זה לניתוח אתגרים אלו ולאופנים שבהם שינויי חקיקה עשויים לבטא ולקדם אותם כראוי. כפי שניווכח, אחדים מן האתגרים נוגעים למערכת היחסים שבין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי, ואחרים נוגעים לפיתוח הפנימי של המשפט העברי גופו. אלו ואלו נחוצים כדי להפוך את אוצרות המשפט העברי לבעלי משמעות עבור השיח המשפטי הישראלי המודרני.

כדי לקיים דיון מושכל באתגרי העתיד אי-אפשר שלא לעסוק, ולו במעט, בהערכת הישגי העבר של פרויקט המשפט העברי ובהצבעה על כמה מהתהליכים שאיינו את דרכו. אתן אפוא כמה סימנים בגלגולים העיקריים שפקדו את מפעל המשפט העברי במאה העשרים. אין בכוונתי לפרוש סקירה היסטורית ממצה, שכבר נעשתה על ידי רבים וטובים,⁵ אלא להדגיש כמה מתחים יסודיים שליוו

5 ראו למשל אלון, **המשפט העברי, לעיל** ה"ש 3, בעמ' 1329; שמיר "לקס מוריאנדי" לעיל, ה"ש 2; אסף לחובסקי "משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזן צבי 633 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998); מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 78 (תשנ"ח); רון חריס "הזרמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח הדעת: על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה" שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 21 (מרדכי בר און וצבי צמרת עורכים, תשס"ב); הנ"ל **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1977-1984** 15-55 (תשע"ד, 2014); עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן "המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול" **עיוני משפט** כט 167 (תשס"ה); עמיחי רדזינר "מדוגמטיקן להיסטוריון: אשר גולאק וחקר המשפט

בעבר את מפעל המשפט העברי וכוחם עדיין יפה להבנת אתגרי העתיד המונחים לפתחו. בדבריי לא אוכל להימנע משימוש בהכללות נחוצות, ואני תקווה שהן לא תהיינה בגדר "הכללות שיהירותן עולה על תועלתן".⁶

ב. תרומת המשפט העברי למשפט הישראלי

טוב נעשה אפוא אם נפתח בהערכת השפעתו של המשפט העברי על המשפט הישראלי. הערכה זו חשובה מכמה טעמים. ראשית, משום שבשונה מן הדיונים שנערכו על חזון המשפט העברי בעשורים שלפני הקמת המדינה, כשמטבע הדברים הדיונים היו ספקולטיביים, אנו כבר נהנים מן היתרון שבחוכמת הניסיון, ויש באמתחתנו היכרות עם פניו הממשיים של חזון המשפט העברי ועם הישגיו בפועל, לטוב ולמוטב. ואולם הערכה זו חשובה לא רק כדין וחשבון הצופה פני עבר, אלא בעיקר כדי לציידנו בראייה מפוכחת, צופה פני עתיד, באשר לגבולות האפשרי והבלתי אפשרי במערכת היחסים המורכבת שבין שתי שיטות המשפט; וכך בכוחה לסייע לשיפור המודל הרצוי למערכת יחסים זו.

עד כמה עמוקות טביעות האצבע שהותיר פרויקט המשפט העברי במשפט הנוהג במדינת ישראל? האם האמת בצד אלה הסבורים, כדעתו של מנחם אלון, כי "למעשה היה הוא [המשפט העברי] לאחד מהמקורות הנכבדים של המערכת המשפטית במדינה, והיקפו והשפעתו של המשפט העברי ניכרים הם היטב בכל תחומי היצירה שבה"⁷ – או שמא דווקא בצד אלה שגרסו, כלשונו של מישאל חשין, כי השפעתו של המשפט העברי "הייתה שולית, ויותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח"⁸? דומני כי סקירה לא משוחדת מעלה שהצדק אינו עם אלו

העברי באוניברסיטה העברית, 1940-1925 "מדעי היהדות", 43, 169 (תשס"ה-תשס"ו); עמיחי רדזינר "המשפט העברי" בין 'לאומי' ל'דתי': הרילמה של התנועה הדתית-לאומית" מחקרי משפט כו 91 (תש"ע).

6 עמוס עוז ופניה עוז-זלצברגר יהודים ומילים 9 (ברוריה בן-ברוך מתרגמת, 2014).
7 מנחם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה: על המצוי ועל הרצוי" הפרקליט כה 27, 31 (תשכ"ט). ראו גם אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1361.
8 מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכריות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן 47, 50 (רות גביוון עורכת, 1982). השוו גם חריס, השנים המעצבות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54: "בחלוף הזמן נותרה במערכת השיפוט הישראלית

וגם לא עם אלו. השפעתו של המשפט העברי על המשפט הישראלי פחותה מכפי שייחלו תומכיו ורבה מכפי שיריביו מוכנים להודות. אין אמת בטענה שהמשפט העברי השפיע במידה מכרעת על המשפט הישראלי, אך גם אין לומר שהשפעתו הייתה זניחה ולא חשובה.

ב־67 שנותיו הושפע המשפט הישראלי מהמשפט העברי בכמה רבדים. אחדים מהם רבדים בסיסיים, שעיקרם השפעה סגנונית ולשונית בהיקפים רחבים במיוחד, ואחדים רבדים גבוהים יותר, שהשפעתם תוכנית ומהותית גם אם היקפיה מוגבלים יותר.

כרובד הבסיס – הרובד הלשוני – הנחיל המשפט העברי למשפט הישראלי עולם שלם של מונחים ומטבעות לשון. קשה לדמיין עורך דין או שופט בני זמננו שמצליחים להרכיב בלעדיהם טיעון משפטי אחד; כמה מהם השתרשו בשפת המשפט במידה כזו שאין זוכרים עוד את מקורם שבמשפט העברי. זו שכבה לשונית עבה הכוללת מונחים דוגמת עריכת דין, בית דין, מעשה בית דין, הלכה, גמירת דעת, דיני ממונות, חטא, עוון, פשע, פשיטת רגל, תקנת השוק, שכיב מרע, ערבות, שלא יהא חוטא נשכר, שלוחו של אדם כמותו, אדם שנברא בצלם, כבוד הבריות ומונחים רבים אחרים.⁹ מערך לשוני מסועף זה קושר את המשפט הישראלי בנימים דקים ומשמעותיים – אף כי לא תמיד מורגשים – אל שפתם של בעלי התלמוד, הרמב"ם והשולחן ערוך, מעין חוליית המשך של המילון

רק קליפה דקה של יהדות, שבאה לידי ביטוי בעיקר ברטוריקה וברעות מיעוט של שופטים בודדים."

9 ראו נחום רקובר ניבי תלמוד: אמרות, פתגמים ומטבעות לשון מתחום המשפט, ביאורם, הוראתם ושימושם (תשנ"א). ראו גם המקורות המובאים אצל אביעד הכהן "עו"ד ישמע? על פרקליטים ועורכי דין" משפטים כה 459, 461 ה"ש 6 (תשנ"ה). תופעה מעניינת, הראויה לעיון בפני עצמה, היא יצירה לשונית בכיוון הפוך: לעתים חיפש המשפט הישראלי מונחים משפטיים מתאימים ופנה לשם כך אל ארון הספרים היהודי (בעיקר אל המקרא), נטל מתוכו מילים ומטבעות לשון שבמקורם לא היו בעלי משמעות משפטית ויצר מהם מונחים משפטיים-עבריים חדשים. בדרך זו נהפך המחוקק הישראלי מצרכן של מונחי המשפט העברי לשותף פעיל בהמשך יצירתם. כאלה הם למשל המונחים והביטויים "תום לב", "עשיית עושר ולא במשפט" ו"חווה". על כך ראו בנימין פורת "תום לב: עיון מושגי השוואתי" משפטים מה 603, 605 (תשע"ה).

המשפטי שליווה את העם היהודי לדורותיו.¹⁰ יש שיפטרו השפעות אלו כנגיעות סמנטיות-אסתטיות גרדא, קליפה לשונית דקה שעובייה כקליפת ביצה; ואילו אחרים יראו במארג לשוני זה עניין בעל חשיבות תרבותית וערכית, המבטיח את שמירת הזיקה של המשפט הישראלי אל מקורותיו היהודיים.¹¹

ברובד בעל אופי תוכני יותר, ובהיקף קטן יותר, המחקק הישראלי בחר לעצב כמה מחוקיו בדרך ש"ריחו של המשפט העברי נמשך בהם",¹² וכל המעיין בהם עשוי לחוש בקרבתם למקורות היהודיים לא רק במינוח אלא גם ברוח הכללית הנושבת בהם.¹³ דוגמאות לחוקים אלו הן חוק השבת אבדה,¹⁴ חוק השומרים,¹⁵ עברת השוחד בחוק העונשין,¹⁶ חוק איסור לשון הרע,¹⁷ חוק בתים משותפים,¹⁸ חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים,¹⁹ חוק יסוד: מקרקעי

10 בנקודה זו אנו באים בשערי הוויכוח המפורסם שהתפתח בשאלה אם שאילת מונח מן המשפט העברי כרוכה גם בשאיבת תוכנו או שמא מטבע הלשון לחוד והתוכן המשפטי לחוד. ויכוח זה בא לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט ובספרות המחקר. לסיכום הדעות ראו ברכיהו ליפשיץ "המשפט הישראלי והמשפט העברי: זיקה ועצמאות" משפטים יט 863, 859 (תש"ז).

11 כך למשל, מחקרם של אדרעי ומנדלס על הנתק בין המרכז היהודי בארץ ישראל שלאחר החורבן לבין התפוצה במערב עשוי ללמדנו עד כמה שמירה על הזיקה הלשונית היא המפתח לשמירה על רצף תרבותי-משפטי, ובהיעדרה קשה לקיים רציפות. לטענתם, נתק זה נוצר בשל העובדה שהגולה במערב (להבדיל מן הגולה במזרח) לא שימרה את השימוש בשפה העברית. אריה אדרעי ודורון מנדלס "הנתק שבין המרכז היהודי והתפוצה בעידן של חכמים" קשת החדשה 20, 165 (2007).

12 ליפשיץ, "המשפט הישראלי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 863.

13 בדרך כלל זיקתו של המשפט העברי לחוקים אלו מצאה ביטוי בדברי ההסבר שליוו את הצעות החוק או בדיונים המקדימים שנערכו במליאת הכנסת. לסקירה כללית ראו אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1361; נחום רקובר המשפט העברי בחקיקת הכנסת (תשמ"ט); ליפשיץ, "המשפט הישראלי", לעיל ה"ש 10.

14 חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973.

15 חוק השומרים, התשכ"ז-1967.

16 ראו חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד), התשי"ב-1952.

17 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

18 חוק בתים משותפים, התשי"ג-1952.

19 חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

ישראל,²⁰ חוק פיצויי פיטורין²¹ וחוק שעות עבודה ומנוחה.²² רוח המשפט העברי השורה על חוקים אלו מורגשת לעתים במונחי היסוד שלהם (כגון לשון הרע והשבת אבדה, וכן דיני השומרים המחולקים לשלושה: שומר חנם, שומר שכר, ושואל); לעתים היא ניכרת בתוכנם הכללי של החוקים (למשל, רעיון השבת כאבן היסוד של זכות העובד למנוחה, מצוות הענקה כמקור השראה לזכות לפיצויי פיטורין²³ ודין היובל כמקור לרעיון הבעלות הלאומית של מקרקעי ישראל).

עם זאת, בחוקים אלו לא מדובר באימוץ עמדות מסוימות של המשפט העברי אלא בצעידה בכיוון התואם באופן כללי את רוחו, ובאופן שגם עולה בקנה אחד עם הסדרים המקובלים בשיטות משפט אחרות בנות זמננו.²⁴ זאת ועוד, לא אחת

20 על כך ראו יוסי כץ והארץ לא תימכר לצמיתות: מורשת קרן קימת לישראל והחלת עקרונותיה בחקיקה בישראל 11 (תשס"ב); חיים זנדברג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 37 (תשע"ו).

21 חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963.

22 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

23 אשר לשאלה אם המשפט העברי מכיר בזכות לפיצויי פיטורין, ומה זיקתה של מצוות הענקה לזכות זו, ראו משה פינדלינג תחוקת העבודה: מקורות תחוקת העבודה לפי דיני התורה מט (תש"ה); ראו גם הערת הרב עוזיאל, שם, בעמ' קלב.

24 השוו לדברי אלון בעניין חוק איסור לשון הרע: "לפנינו דוגמה של מוסד הלכתי נכבד ששימש כמקור השראה לחקיקה בתחום דיני עונשין, לא מבחינת פרטיו אלא מבחינת הגישה הכללית שבו" (אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1380). אף שהבחנה זו נכונה ככלל, בכל הקשור לפרטים מסוימים בחוק לשון הרע נראה שהשפעתו של המשפט העברי הייתה רבה ומהותית יותר, מעין זו שתידון להלן ברובד השלישי. בעניין פרטים אלו אימץ המחוקק הסדרים מסוימים של המשפט העברי שאינם מובנים מאליהם ואשר שנויים במחלוקת בשיטות משפט שונות. כאלה הם ההסדרים בעניין לשון הרע על ציבור (סע' 4: "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד") ולשון הרע על מת (סע' 5: "לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי"), שבהם ניתן ביטוי לעמדתו של המשפט העברי. כפי שהראיתי במחקר אחר, עמדתו של המשפט העברי בעניין לשון הרע על מת (ועל ציבור לא מוגדר) היא בעלת משמעות עקרונית ואינה טכנית גרדא. ראו Benjamin Porat, *Right-Based Law v. Duties-Based Law: Old Dilemma, New Perspective* (forthcoming)

הקישור של חוקים אלו אל המשפט העברי נעשה לאחר שכבר הסתיימה מלאכת הכנתם, כלומר בדיעבד ולא לכתחילה. יתרה מזו, לעתים חוקים אלו נוסחו אגב דחייה של עמדות הלכתיות ספציפיות.²⁵ לפיכך לגבי חוקים אלו קשה לומר שהשפעתו של המשפט העברי הייתה מכרעת; כפי הנראה הם היו נחקקים באופן דומה גם אלמלא ההשראה של מקורות המשפט העברי.²⁶

ברובד השלישי נמצאים חוקים, אמנם ספורים, שבהם ביכר המחוקק במודע את עמדותיו של המשפט העברי על פני עמדות המקובלות בשיטות משפט אחרות. כאן בולטת במיוחד תרומתו המהותית הייחודית של המשפט העברי לעיצוב של הסדרים מסוימים במשפט הישראלי.²⁷ חוק לא תעמוד על דם רעך, הקובע את החובה המשפטית להגיש סיוע לזולת הנתון בסכנה, הוא הדוגמה המפורסמת לכך אך לאו דווקא היחידה.²⁸ דוגמאות נוספות אפשר למצוא בסעיפים מרכזיים

25 כזו היא, למשל, ההתנגדות הרבנית לקבלת חוק שיקבע את השבת כיום המנוחה השבועי. לסקירה ראו אליאב שוחטמן "השבת אינה ניתנת לחלוקה: ארבעים שנה למאבק על חוק השבת הארצי" שנה בשנה מב 283 (תשס"ב).

26 נהוג היה להציג את חוק הירושה, התשכ"ה-1965, כדוגמה לחקיקה שהושפעה מן המשפט העברי, אבל בפועל נראה כי השונה רב מהדומה וכי דווקא בהקשר של חוק זה בולט במיוחד הפער בין הרטוריקה הטוענת להשפעה רבה מן המשפט העברי לבין הפרקטיקה שהייתה רחוקה מכך בהרבה. על כך ראו רדזינר ופרידמן, "חיים כהן", לעיל ה"ש 5.

27 למותר לציין כי אף במקרים אלו שיידונו מיד אין מדובר באימוץ מוחלט של עמדת המשפט העברי, ולעתים קלט המחוקק הישראלי את עמדת המשפט העברי בשינויים מסוימים. כך למשל, המשפט העברי הכריע כי "זה נהנה וזה אינו חסר – פטור", ואילו המחוקק הישראלי קבע כי במקרה זה בית המשפט רשאי (אך לא חייב) לפטור את הנהנה. כמו כן, המשפט העברי אינו מעניש מי שהפר את חובת לא תעמוד על דם רעך – שכן מדובר ב"לאו שאין בו מעשה" – ואילו המחוקק הישראלי, שקלט חובה זו הן בשמה הן בתוכנה, הוסיף וקבע קנס כספי בגין הפרתה.

28 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1988. כידוע, מדינות רבות אינן מטילות חובה משפטית מעין זו אלא מותירות את הדבר כחובה מוסרית. ראו למשל, ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998: השראה ומציאות" מחקרי משפט טז 229 (תשס"א); Ernest J Weinrib, *Rescue and Restitution*, 2 SVARA: A JOURNAL OF PHILOSOPHY AND JUDAISM 59 (1990; republished in: JEWISH LAW AND LEGAL THEORY 539 [Martin P. Golding ed., 1993])

בחוק עשיית עושר ולא במשפט, כגון אימוץ הדין של "זה נהנה וזה לא חסר" כשיקול לפטור את הנהגה במקרים שבהם לא נגרם נזק לבעל הנכס,²⁹ וכגון קביעת זכות לשיפוי בגין הוצאות של אדם שהתנדב והציל את רכוש זולתו.³⁰ כמו כן, חוק החולה הנוטה למות מאמץ את ההבחנה ההלכתית, שאינה מובנת מאליה, בעניין המתת חסד, בין המתה פסיבית שהיא מותרת (בתנאים מסוימים) לבין המתה אקטיבית שהיא אסורה.³¹

בר כבוד עם מעשי החקיקה קיבל המשפט העברי ביטוי לא מבוטל בפסיקותיהם של חלק מהשופטים, בכלל זה בבית המשפט העליון, במגוון רחב של ענפי משפט. המשפט העברי תרם, למשל, לקביעת הגבולות של חיפוש פולשני שסוהרים רשאים לעשות בגופם של אסירים,³² להרחבת הזכות להגנה עצמית כך שתחול גם על אדם שלישי,³³ להחלה של עברת האינסוס גם על יחסים בכפייה בין בעל לאשתו³⁴ ולהגדרת גבולותיה של דוקטרינת השימוש לרעה בזכות.³⁵ תרומה זו של המשפט העברי לשפיטה הישראלית נמשכת גם היום, והיא ניכרת, לדוגמה, בפסיקות מהזמן האחרון בנושאים כמו איסור לשון הרע בתחקירים עיתונאיים,³⁶ הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות³⁷ ואחריות פלילית בעקבות השתתפות במרוץ מכוניות לא חוקי שהסתיים במוות.³⁸ לאמתו של

- 29 ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.
- 30 ס' 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. לדיונים על מידת זיקתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט למשפט העברי ראו אלון, **המשפט העברי, לעיל ה"ש 3**, בעמ' 1424; מני מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת: סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979" **משפטים** י' 487, 508 (תש"ם); ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? "הפרקליט לז 203 (תשמ"ז); דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 24, 1199 (תשנ"ח).
- 31 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. וראו **לעיל ה"ש 24**, בעניין סעיפים 4-5 לחוק איסור לשון הרע.
- 32 בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות כתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294.
- 33 ע"פ 89/78 אפנ'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141.
- 34 ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281.
- 35 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199.
- 36 דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך (פורסם בנבו, 18.9.2014).
- 37 ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (פורסם בנבו, 21.1.2015).
- 38 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2013); דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015).

דבר, קצרה היריעה מלמנות אפילו חלק מפסיקות רבות אלו.³⁹ בהקשר זה אמנם לעתים הייתה תרומתו של המשפט העברי קישוטיית בלבד, אך רבות הפעמים שבהן הוא השפיע מהותית על תוצאות הפסיקה.

אם במשך שלושת העשורים הראשונים של מדינת ישראל הייתה פנייתם של מחוקקים ושל שופטים אל המשפט העברי עניין שבכחירה, לרגע היה נדמה שפרק חדש נפתח עם קבלתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. על פי חוק זה, כשביית המשפט נתקל ב"שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש" – עליו להכריעה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". כאן לכאורה נקבעה לראשונה חובתם של שופטים לפנות אל המשפט העברי, לכל הפחות במקרי לקונה, כדי לשאוב ממנו פתרון – ומעתה ואילך הדבר אינו נתון עוד לבחירתם האישית.

לכאורה אמרנו, שכן כבר בסמוך לקבלתו עורר חוק זה שורה ארוכה של שאלות ומחלוקות,⁴⁰ עד שבסופו של יום בית המשפט העליון, בהובלת הנשיא אהרן ברק, נטרל במידה רבה את השפעתו על שדרוג מעמדו של המשפט העברי

39 לסקירת מקומו של המשפט העברי בפסיקה הישראלית ראו למשל סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו 7 (תשמ"ח); אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1455; נחום רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (תש"ם); יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (תשס"ט).
באתר המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים קובצו פסקי דין ישראליים שהשתמשו במשפט העברי: אתר משרד המשפטים: המשפט העברי, בלשונית "המשפט העברי בפסיקה".

40 נוסח זה של חוק יסודות המשפט עורר, בין השאר, גם את המחלוקות הללו: האם המונח "מורשת ישראל" זהה למונח "משפט עברי" או רחב ממנו (האם, למשל, יצירותיהם של שפינוזה וביאליק הם חלק מ"מורשת ישראל")? מה היחס הפנימי בין הערכים בנוסחה "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", וכיצד יש להכריע במקרים של סתירות ביניהם? האם השפעתו של חוק יסודות המשפט חלה במקרי לקונה בלבד או שמא יש לו השפעה משתמעת על מעמדו הכללי של המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי גם במקרים שאינם מוגדרים כלקונה? על כך ראו מאוטנר, משפט ותרבות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 94. ספרות רבה נכתבה על חוק יסודות המשפט ועל השפעותיו ותקצר היריעה מלמנותה כאן; ראו למשל המאמרים שנוסחו בכרך יג של שנתון המשפט העברי (תשמ"ז).

בפסיקת בתי המשפט. המחלוקת העיקרית בהקשר זה הייתה בין השופטים אלון וברק בפירוש הביטוי "ולא מצא לה תשובה", שלמעשה מגדיר את המושג "לקונה". ברק פירש ביטוי זה בדרך מצמצמת, שלפיה החוק חל רק כשמדובר בשאלה משפטית שאין לה כל תשובה בחקיקה, בפסיקה ואף לא בדרך של היקש מן החקיקה או מן הפסיקה.⁴¹ לעומתו סבר אלון כי משמעות הביטוי רחבה יותר, ולדירו חוק יסודות המשפט חל על כל מקרה שבו אין לשאלה הנדונה תשובה מספקת בחקיקה, בפסיקה או בהיקש. מאליו מובן שמספר המקרים שלדעת ברק יוגדרו כלקונה ויוחל עליהם החוק היא מזערית. בדרך זו תרם ברק לאיון משמעותו של חוק יסודות המשפט בכל הנוגע לפנייה אל המשפט העברי. בסופו של יום, אף שהרשות המחוקקת הכירה במשפט העברי כאחד מיסודותיו של המשפט הישראלי, רוב מניינה של הרשות השופטת לא נענה לקריאה זו, וחוק יסודות המשפט נהפך ל"הלכה שאין עמה מעשה".⁴² המצב שקדם לחוק נותר בעינו: מי שחפץ לשאוב מן המשפט העברי בטרם התקבל חוק יסודות המשפט המשיך כמנהגו גם לאחר קבלתו, ומי שלא נהג לפנות אל המשפט העברי המשיך אף הוא להפטיר כדאשתקד.⁴³

כעבור עשור היו מי שראו בהגדרתה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", כפי שזו נקבעה בחוקי היסוד משנת 1992,⁴⁴ הכרה מחודשת במעמדו המחייב של המשפט העברי. כך, משום שהמונח "מדינה יהודית" כולל "בראש ובראשונה – עקרונות יסוד, דברי הגות, דינים ודיונים שבמורשת

41 בכמה הזדמנויות שטח ברק את משנתו בעניין מקומו של המשפט העברי במסגרת חוק יסודות המשפט. ראו למשל אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 125 (תשמ"ז); הנ"ל "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ 233 (1991); ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749.

42 חיים ה' כהן "דין השיור" שנתון המשפט העברי יג 285, 290 (תשמ"ז).

43 דבריו של קירשנבאום מלפני כשלושים שנה, ש"רישומו של חוק יסודות המשפט אינו ניכר", נכונים היום באותה מידה; אהרן קירשנבאום "חוק יסודות המשפט: מציאות וציפיות" עיוני משפט יא 117, 124 (תשמ"ו). ראו גם יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 160 (תשנ"ו).

44 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן חוק יסוד: חופש העיסוק.

המשפטית העצומה בעולמה של יהדות".⁴⁵ מבחינות מסוימות ההכרה במשפט העברי במסגרת חוקי היסוד נראתה בעלת משקל מהותי אף יותר מזה שהיה לה בחוק יסודות המשפט. ראשית, משום שהפעם אין מדובר בחוק רגיל אלא בחוק יסוד; שנית, משום שהפעם אין מדובר בדין שיורי החל במקרי לקונה בלבד אלא בהגדרת התשתית למשפט הישראלי כולו. כפי שניסח זאת מנחם מאוטנר, אם בחוק יסודות המשפט "עקרונות מורשת ישראל נטמנו במרתף [...] שתכניה יועלו אל קומות המגורים שבהן מתנהלים חיי היום-יום של המשפט הישראלי רק לעתים נדירות", אזי הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" שבחוקי היסוד העלתה את ערכיה של המדינה היהודית "אל דירת הגג של המשפט הישראלי".⁴⁶ לא במפתיע אף הפעם הדברים עוררו מיד פולמוס נוקב.⁴⁷ הנשיא ברק מיהר להגיב לדברי המשנה לנשיא אלון והבהיר כי "אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי".⁴⁸ פולמוס זה תרם אף הוא את חלקו לערעור ההכרה במעמדו התשתיתי של המשפט העברי בישראל.⁴⁹ בהמשך אשוב לעיין

- 45 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 259, 253 (תשנ"ו).
- 46 מאוטנר, **משפט ותרבות, לעיל** ה"ש 5, בעמ' 104.
- 47 השוו ברכיהו ליפשיץ "מקומו של המשפט העברי" בית המשפט: **המישים שנות שפיטה בישראל** 190 (דוד חשין עורך, 1999): "ככל שהניסיון לטעת את השימוש במשפט העברי היה פולשני וכולל יותר, כן היתה תגובת הנגד רחבה ותקיפה יותר".
- 48 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** 9, 31 (1992). עמדה זו הייתה קשורה בעמדות נוספות של ברק שהושמעו בהקשר זה שלפיהן: (א) את מקורות היהדות יש ללמוד מתוך האופן שבו הם נקלטו במקורות הדמוקרטיים (ולא ישירות מהמקורות היהודיים עצמם); (ב) כאשר מתעוררת סתירה בין "יהודית" לבין "דמוקרטית", יש לפתור אותה באמצעות הפשטה גוברת והולכת של היסוד היהודי עד לפתרון הסתירה. לסקירת המחלוקת בין אלון לברק בעניין מעמדו של המשפט העברי בחוקי היסוד ראו מאוטנר, **משפט ותרבות, לעיל** ה"ש 5, בעמ' 101.
- 49 דומני כי הביטוי העז ביותר להתרחקות המשפט הישראלי מן המשפט העברי הוא הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2010. הצעה זו עניינה יצירת קודקס אזרחי ישראלי המאגד ומאחד את החקיקה האזרחית שהתקבלה בישראל בעשורים האחרונים. הצעה זו היא פרי עמל ויגיעה מרובים של ועדת מומחים בראשות הנשיא אהרן ברק, שכללה את טובי המשפטנים בארץ וישבה על המדוכה יותר מעשרים שנה. עמדת המשפט העברי לא הובאה לפני הוועדה, לא נשקלה בדיוניה ולכן לא מצאה ביטוי בנוסח שהתקבל;

מזוויות נוספות במעמדו של המשפט העברי לאור חוק יסודות המשפט ולאור חוקי היסוד.

נמצא אפוא כי למשפט העברי שני עוגנים מרכזיים במשפט הישראלי – חוק יסודות המשפט והגדרת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד, אך במבחן התוצאה נותרו עוגנים אלו בעיקר במישור ההצהרתי ונעדרו השפעה ממשית. בצדם הצטברו אט-אט במשך שנות פעילותו של המשפט הישראלי מלוא הטנא דברי חקיקה ופסיקה שהושפעו מהמשפט העברי בדרגות שונות של עוצמה. בפרספקטיבה של כמעט שבעים שנה – האם ראוי להכתיר את פרויקט המשפט העברי כהצלחה או שמא יש להודות בכישלוננו? הדעת נותנת כי האמת אינה שוכנת בקצוות אלא במקום כלשהו ביניהם. למשפט העברי יש השפעה מסוימת על המשפט הישראלי אף כי אין זו השפעה מכרעת. אי-אפשר לומר שתחומי הליכה של המשפט הישראלי – כגון דיני הנזיקין או דיני הקניין, המשפט הפלילי או המשפט המינהלי – מבוססים על המשפט העברי;⁵⁰ טלו מן המשפט הישראלי את חלקי המשפט העברי שהוטמעו בו, בעיקר במישור התוכני, והוא ימשיך לעמוד איתן על רגליו. מנגד, תרומתו של המשפט העברי אינה שולית, אינה דקורטיבית גרדא ואינה בטלה כשישים; טביעות האצבע שהותיר במשפט הישראלי ניכרות לעין, ואם יקולפו ממנו שכבות המשפט העברי ששוקעו בו (בעיקר השכבות הלשוניות והמינוחיות) – תהא דמותו של המשפט הישראלי שונה מכפי שהיא היום.⁵¹

להוציא את כותרת ההצעה – "דיני ממונות" – שנראה כי בה מתמצית תרומתו של המשפט העברי להצעה זו. להערות על פי המשפט העברי שנכתבו מאוחר יותר להצעת החוק ראו: "הערות לטיטת חוק דיני ממונות התשע"א-2010 (הקודקס האזרחי)", אתר משרד המשפטים: המשפט העברי, בלשונית "חוות דעת" (מס' 102).

50 למעט, כמובן, כמה תחומים מסוימים שבהם קליטת המשפט העברי היא (כמעט) מלאה לגמרי, כגון נישואין וגירושין וכן גיור, מטעמים ייחודיים הנוגעים לתחומים אלו.

51 כדי לחזק את טענתו כי "מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי הוא צנוע, ולמעשה זעום", כתב אהרן קירשנבאום: "משפטן אמריקאי העולה ארצה יעמוד על נקלה, יחסית, במבחני לשכת עורכי הדין. נחוץ רק מאמץ סביר הכרוך עם קורס מזורז לקראתם (האתגר העיקרי הוא רכישת הלשון העברית). בורות גמורה במשפט העברי לא תפגע בו כלל ועיקר". קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט: מציאות וציפיות", לעיל

דומה כי מצב ביניים זה – הכול אינם שבעי רצון ממנו. התומכים בקליטת המשפט העברי מתוסכלים בשל המידה המצומצמת שבה הוא נקלט במשפט הנוהג,⁵² והחוששים מקליטתו ממורמרים על הנוכחות הרבה מדי שניתנה לו לדעתם. כך או כך, מצב העניינים הנוכחי משקף איזון בעייתי בין שני העולמות. כפי שנראה בהמשך, ייתכן שמצב ביניים זה דווקא הולם את יחסה המורכב והדואלי של החברה הישראלית כלפי המורשת היהודית בכלל והמשפט העברי בפרט.

כדי לפענח טוב יותר את הקשיים בדרכו של פרויקט המשפט העברי, וגם את אתגרי העתיד הניצבים לפניו, עלינו להיכנס בעובייה של קורה ולהבחין בין כמה פרדיגמות של אנשי המשפט העברי. מראשית דרכו לא היה פרויקט המשפט העברי עשוי מקשה אחת: אנשיו באו מכמה בתי גידול רוחניים ובאמתחתו של כל אחד חזון הייחודי לו; חלומות רבים שימשו בערבוביה, ובמשך עשורים היטלטל פרויקט המשפט העברי בין תמות שונות. אבקש אפוא לסרטט קווי מתאר לשלושת המודלים העיקריים של פרויקט המשפט העברי – מודל הקליטה, מודל ההפרדה ומודל הדו-שיח.⁵³ השניים הראשונים מוכרים וכבר הותירו את רישומם בעולם המשפט בישראל, והשלישי – עתידו נכון לפניו.

ה"ש 43, בעמ' 117, 120. אכן כך – אך לאו דווקא משום היעדר השפעה של המשפט העברי על המשפט הישראלי אלא משום שהשפעה זו, בדגש על רבדיה הלשוניים, נבלעה במשפט הישראלי, עד שרישומה אינו בולט לעין. ראו גם יעקב בזק "מבוא: משפט עברי בימינו – כיצד?" המשפט העברי ומדינת ישראל 9, 10 (יעקב בזק עורך, תשכ"ט): "הנקלט היהודי נבלע בקולט הכללי, בדומה לשבע השבלים הטובות בתוך שבע השבלים הרעות, ולא נודע כי בא אל קרבו".

52 דוגמת כותרת מאמרו של יצחק שילה "הבו לנו משפט עברי" המשפט העברי ומדינת ישראל 135 (יעקב בזק עורך, תשכ"ט).

53 חלוקה אחרת לשלושה דגמים עשה ידדיה שטרן: דגם ההטמעה, דגם האוטונומיה (הפלורליזם המשפטי) והדגם הביקורתי (ההשראה). ידדיה צ' שטרן "מה יהודי במשפט הישראלי?" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 13 (אביעזר רביצקי וידדיה צ' שטרן עורכים, 2007). החלוקה המוצעת כאן דומה במידת מה לזו של שטרן וגם שונה ממנה בכמה היבטים.

ג. מודל הקליטה

תנועת המשפט העברי נוסדה בראשית המאה העשרים וחרתה על דגלה את השאיפה לכונן שיטת משפט יהודית מודרנית בהשראת החלקים המשפטיים שבתלמוד, במשנה תורה ובשולחן ערוך.⁵⁴ עיקר המוטיבציה להחייאת המשפט העברי לא הייתה דתית, מכוח נתינתו בסיני, אלא תרבותית-לאומית, כביטוי לרוחו היוצרת של העם.⁵⁵ אכן, שתי הרוחות המרכזיות שנשבו במפרשי תנועת המשפט העברי היו הציונות הרוחנית מבית מדרשו של אחד העם, שהדגישה את חשיבות העיסוק בצרת היהדות ולא רק בצרת היהודים, והאסכולה ההיסטורית של המשפט מבית מדרשו של סביני (Savigny), שברוח הרומנטיקה האירופית ניסחה את החשיבות שבטיפוח המשפט הלאומי כאחד הביטויים התרבותיים המרכזיים של רוח האומה. השופט אגרנט תיאר את התפקיד התרבותי-לאומי של המשפט העברי בניסוח שנהפך לקלאסיקה:

אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קניינה המיוחד, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום הוא נושא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם.⁵⁶

54 בתחילת דרכה היו לתנועה זו שני מרכזים: האחד במזרח אירופה, שהיה אקדמי בעיקרו וחרת על דגלו את מחקר המשפט העברי במטרה להכשירו כשיטה משפטית מודרנית; והשני בארץ ישראל, בעל אופי יישומי הרבה יותר אך ללא תשתית מספקת של ידע משפטי, שהתבטא בהקמת רשת של בתי משפט השלום העברי. לימים עלה המרכז המזרח אירופי ארצה ושני המרכזים עבדו זה בצד זה, ובמידה מסוימת התמזגו זה בזה (עם לא מעט מתחים פנימיים). לתיאורו של משפט השלום העברי ראו פלטיאל דייקן תולדות משפט השלום העברי: מגמותיו, פעולותיו והישגיו (1964); שמיר, "לקס מוריאנדי", לעיל ה"ש 2. למתחים שבין שני המרכזים ראו רדזינר "בין לאומי לדתי", לעיל ה"ש 5.

55 בכפוף להסתייגות שחלק מהחברים הדתיים בתנועת המשפט העברי הונעו אף ממוטיבציות דתיות ולא רק ממוטיבציות תרבותיות-לאומיות.

56 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 177.

מאפיין תרבותי-לאומי זה נתן את אותותיו לא רק בשאלת המוטיבציה לקליטת המשפט העברי: לא פחות מכך הוא הקרין על הדרך הרצויה לקליטתו. היה מובן לכול כי תהליך זה של הטמעה אינו פעולה של העתקה פשוטה מהשולחן ערוך לקודקס המודרני, ואפילו לא תהליך מורכב יותר של תרגום משפת ההלכה לשפת המשפט בן זמננו; רעיון יסודי נוסף שליווה את פרויקט המשפט העברי מראשיתו היה חילון ההלכה. המשפט העברי צריך היה "להיות מוצא מפנית בית המדרש אל תוך החיים הציבוריים החילוניים של היהדות".⁵⁷ ממש בדומה לחזון החייאת השפה העברית – שעניינה נטילת לשון הקודש ששימשה בעיקר ללימוד תורה ולתפילה והפיכתה לשפה העברית כשפת חולין – כך שאף חזון המשפט העברי ליטול את "חושן משפט" ואת "אבן העזר", שנכתבו כיצירה הלכתית לכל דבר ועניין, ומהם לחצוב שיטת משפט עברית לאומית מודרנית בעלת אופי חילוני ולכל הפחות א־דתי.⁵⁸ לפי משה זילברג, המשפט העברי שיקום לתחייה בארץ ישראל "לא יהא בכחינת 'קיצור שולחן ערוך' [...] זאת תהיה יצירה אזרחית-חילונית שתקבל, ככל האפשר, את העקרונות היסודיים של המשפט העברי".⁵⁹

כמה היבטים היו לחילון זה. ההיבט הראשון היה הכרה בצורך לערוך ברירה והתאמה. ברי היה לאנשי המשפט העברי כי השאיפה לקלוט תכנים משפטיים מן ההלכה אין משמעה קליטה מלאה של השולחן ערוך מראשיתו ועד סופו, על צבא מפרשיו ונושאי כליו, אלא עריכת "סלקציה קפדנית של החומר, תוך ברירת הרעיונות המשפטיים אשר עדיין לא אבד עליהם הכלח".⁶⁰ זאת ועוד: מובן היה שאותם חלקים שייקלטו לא יועתקו ככתבם וכלשונם אלא יעברו

57 שמואל איזנשטרט "חברה מדעית לחקירת המשפט העברי (מכתב גלוי)" ציון במשפט: עיונים במשפט העברי והרומאי 31 (1967); לקוח מתוך רדזינר, "בין לאומי לדתי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 144.

58 ראו למשל חיים כהן "דאגה של יום אתמול" מבחר כתבים 25, 27 (אהרן ברק ורות גביוזון עורכים, תשנ"ב): "כשם שהלשון הוצא מגדר הקדושה, כן אפשר שהמשפט העברי יצא מגדר קדושתו ויהיה לנחלת העם כולו".

59 זילברג, כך דרכו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 156.

60 משה זילברג "תחיית המשפט העברי במשפט המדינה בישראל – כיצד? המשפט העברי ומדינת ישראל 53 (יעקב בזק עורך, תשכ"ט).

תהליכים של תרגום לשפה משפטית מודרנית, בבחינת הורקת היין הישן לכלים חדשים ועריכת התאמות נדרשות לסביבה הארץ-ישראלית הריבונית החדשה, שמאפייניה שונים במהותם מסביבת הקיום של השטעטל הגלותי.

היבט שני של החילון נגע לשאלת הסמכות. חלקי המשפט העברי שייקלטו במשפט הישראלי נועדו להחלה במסגרת מדינתית לא דתית, על ידי שופטים שרובם המוחלט אינם עומדים בדרישות ההלכתיות של כשרות דיינים.⁶¹ לפיכך נהיר היה שהפסיקה המשפטית הישראלית שתיעשה מכוח חלקי המשפט העברי שיוטמעו בה תהיה בעלת ערך תרבותי-לאומי-משפטי – אך לא תיחשב לפסיקה דתית-פנימית של בתי הדין של המשפט העברי עצמו.⁶²

ואולם ההיבט העמוק והמהותי ביותר של חילון ההלכה בא לידי ביטוי לא רק בדרכי הקליטה והיישום של המשפט העברי במשפט הישראלי אלא בפרשנות המחודשת שהוצעה למשפט העברי עצמו, כמערכת משפט לאומית אידתית שאלוהים אינו חלק הכרחי בה. אם באופן מסורתי ראו חכמי ההלכה בפועלם המשפטי מעשה דתי מובהק – כלשונו של ר' יעקב בן אשר (בעל הטורים): "כי המשפט הוא יסוד ועיקר גדול בעבודת השם",⁶³ שכן "דת ודין ירדו כרוכים מהר סיני"⁶⁴ – באו אנשי פרויקט המשפט העברי והשתיתו את פועלם על "הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת".⁶⁵ הנחת היסוד הייתה שהמשפט העברי אמנם לווה תדיר במעטה דתי, אבל זה לא היה אלא בגדר מסגרת חיצונית, תפאורה, קליפה הניתנת להסרה.⁶⁶ ככלות הכול, אם המשפט העברי מציע הסדרים ראויים כדיני קניין או כדיני ההגנה העצמית – מדוע כה חשובה השאלה אם הם ניתנו

61 שהרי יש בהם שופטים שאינם שומרי תורה ומצוות, שופטים שאינם בני ברית וכן שופטות.

62 בלי להיכנס לשאלת מעמדן ההלכתי של פסיקות בתי המשפט של מדינת ישראל מכוח קטגוריות הלכתיות אחרות כגון ערכאות שבסוריה, מנהג, דינא דמלכותא וכדומה.

63 טור, חושן משפט, סימן א.

64 אברהם חיים פריימן "דיני ישראל בארץ ישראל" המשפט העברי ומדינת ישראל 36 (יעקב בזק עורך, תשכ"ט).

65 "תעודתנו" המשפט העברי א 3, 6 (תרע"ח).

66 כך בכל הנוגע לחלקים המשפטיים שבהלכה (מצוות שבין אדם לחברו), שלא כמו החלקים הדתיים שבה (מצוות שבין אדם למקום), שבהם המאפיינים הדתיים ודאי מהותיים באופן שאינו ניתן להסרה.

למשה בסני, כפי שהמסורת הדתית מתארת, או שמא הם פרי רוחם היוצרת של חכמי העם לדורותיו, כפי שהמחקר הביקורתי מלמד? אכן, בקרב הדמויות המרכזיות שהניעו את פרויקט המשפט העברי בראשיתו היו משפטנים חילונים מובהקים דוגמת פלטיאל דיקשטיין (דייקן), שמואל אייזנשטדט⁶⁷ ואחר כך גם חיים כהן, שכידוע שנה ופירש⁶⁸. מובן שהיו בהם גם אנשי מסורת ושומרי מצוות כגון אשר גולאק, אברהם חיים פריימן ושמחה אסף, אך גם אלו – למצער מקצתם – הודו, מי בפה מלא ומי בחצי פה, באופיו התרבותי הא־דתי של הפרויקט.⁶⁹

עד כמה שהדבר נשמע כיום מוזר לאוזננו, בראשית דרכו היה פרויקט המשפט העברי אחד מדגליה של הציונות החילונית, ומתנגדיו העיקריים – בעיקר לעניין הפרויקט היישומי של משפט השלום העברי – באו מן העולם

67 היו בהם שהקימו את בית הספר לכלכלה ולמשפט בתל אביב, לימים הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. ראו "כנס יובל ה-50 לבית הספר למשפט בתל אביב" עיוני משפט יא 5 (1985). על שמואל אייזנשטדט ראו תהילה עופר איש חזון מעש: חייו ופעלו של פרופ' שמואל אייזנשטדט (תשנ"ט). על פלטיאל דיין ראו יצחק אורן "פרופסור פלטיאל דיין (דיקשטיין) ז"ל (1883-1969): קוים לדמותו ופעלו" פרופ' פלטיאל דיין (דיקשטיין): מבחר מונוגרפיות, מחקרים ומאמרים 21 (יצחק אורן עורך, 1975).

68 לאמיתו של דבר נראה שיחסו של חיים כהן לשאלת שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי היה מורכב והססני יותר מכפי שמקובל לחשוב ומכפי שנטה הוא עצמו לטעון בפומבי. ראו רדזינר ופרידמן, "חיים כהן", לעיל ה"ש 5. ראו גם חיים כהן "דאגה ליום מחר" הפרקליט ג 38 (תש"ו-תש"ז; פורסם גם בחיים כהן: מבחר כתבים 15, 20 [אהרן ברק ורות גביון עורכים, תשנ"ב]):

האם ע"י השלמה והתאמה של הלכות ודינים שהיו נוהגים בגיטאות של ימי הבינים, שהיו מיועדים לצבור מדולדל ומדוכא החי חיים נבדלים ומובדלים מסביבתו בתוך חומות גבוהות ומחשיכות, ושהיו מושרשים כולם באמונה הדתית שהיא היא שאיחדה וקיימה אותו, האם כך נוכל ליצור משפט מדינתנו למופת? [...] הפרק שכתבו בספר משפטינו, כמה ענין שיהיה בו לחוקרי ההיסטוריה והסוציולוגיה המשפטית, כדאי הוא שנדלוג עליו בבואנו לחדש את המשפט לשם שמושו המעשי.

69 ראו זילברג, לעיל, ליד ה"ש 60.

הרבני, מחוגי בתי הדין ואפילו מוועידת המזרחי.⁷⁰ המתנגדים ראו בו איום שיש להילחם בו, שהרי "אם המשפט העברי הוא לאומי ודתי כאחד – יוצא שכר לאומיותו ב'הפסד' דתיותו".⁷¹

ואולם לא לאורך זמן השתמר פרויקט המשפט העברי בידיים חילוניות. בנקודה היסטורית מסוימת חל מהפך בהרכבו האנושי, והמושכות הועברו כמעט בלעדית לידי משפטנים המזוהים עם הציונות הדתית.⁷² כך למשל, מאז כינונו של בית המשפט העליון בשנת תש"ח היו כמעט כל שופטיו המזוהים עם המשפט העברי אנשי מסורת ושומרי מצוות (להוציא את השופט חיים כהן).⁷³ גם באקדמיה הישראלית רובם ככולם של חוקרי המשפט העברי בעשורים האחרונים הם בני הציונות הדתית, וספק אם יש בהם בוגרי החינוך הממלכתי. מנחם אלון, מהבולטים שבחוקרי המשפט העברי ומיישמו בפסיקת בית המשפט העליון, נהג לספר בערגה כי בעת שהיה סטודנט למשפטים בתל אביב לפני הקמת המדינה, מוריו למשפט עברי היו אנשים חילונים.⁷⁴ דומה כי תופעה דומה לא יכולה הייתה להתרחש בעשורים שאחר כך.

70 כך למשל בהחלטה של ועידת המזרחי משנת 1928 (התור 10.8.1928, 14, כפי שהובא אצל רונן שמיר, "לקס מוריאנדי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 631) נאמר: "הועידה מביעה את התנגדותה הנמרצה לנסיון הנעשה ביסוד בתי משפט חילוניים (משפט השלום העברי) שאינם מבוססים על משפט תורת הקודש ואין להם שרשים במסורת העברית, ופונה אל הישוב העברי ומוסדותיו בדרישה שיביאו את דבריהם לפני דיני ישראל הדנים על פי דין תורה וישראל".

71 מאיר ברלין "המשפט העברי ומשפט השלום" המזרחי 39, 4 (התרע"ט) (על פי רדזינר, "בין לאומי לדתי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 113). ראו שם את דינו הכללי של רדזינר בעניין המתחים הפנימיים בתוך תנועת המשפט העברי בין החברים החילונים לבין החברים הדתיים; ראו גם דייקן, לעיל ה"ש 54.

72 עוד ראו על כך אצל לחובסקי, "משפט עברי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 639; מנחם אלון "עוד לפניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227, 252 (תשמ"ז).

73 לדיונים על "הכיסא הדתי" בבית המשפט העליון ראו אליקים רובינשטיין שופט-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 155 (תשמ"א); מיכאל ששר חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר 115 (1989).

74 אלון סיים את לימודי המשפטים בשנת 1948.

מה פשר תמורה זו? נראה שחברו לה כמה סיבות. הסיבה הראשונה נוגעת בשאלת הנגישות אל ארון הספרים ההלכתי. כדי ליטול מלוא חופניים מאוצרות המשפט העברי דרושה היכרות מעמיקה ואינטימית עם עולם ההלכה, שספרותה רחבה ועמוקה מני ים, בעלת שפה ומינוח פנימיים. ספרות זו נכונה להתמסר רק למי שהורגל בה מינקות, והיא כספר חתום למי שמיימו לא פתח דף גמרא ולא עמל בה יומם ולילה. לפיכך כל עוד היו בנמצא בוגרי ישיבות ליטא שכצעירותם מילאו כרסם ש"ס ופוסקים ובבגרותם המירו עול תורה ומצוות בעול המשפט, אפשר היה לחזות במשפטנים חילונים בעלי נגישות אינטימית ליצירה המשפטית של חז"ל והפוסקים. ואולם מעת שזן מיוחד זה עבר מן הארץ ומשפטנים חילונים בישראל, בוגרי החינוך הממלכתי, לא ידעו טעמו של דף גמרא ולא הכירו את ריחו של שולחן ערוך – אבדה יכולתם לפלס להם דרך בנבכי ים ההלכה. כפי שהעיד מישראל חשין, "אכן, כחוק הנסתר הוא המשפט העברי, לא ידענו מבואיו ומוצאיו, קשה הוא בהשגה, תרתי משמע, ובחלקים ניכרים בו אף שפתו – שפת שינער – לא ידענו".⁷⁵

ואולם אין לתלות את הנטישה שנטשו משפטנים ישראלים חילונים את המשפט העברי אך ורק בחוסר הנגישות אל ארון הספרים ההלכתי. ראשית, משום שבעשורים האחרונים נערכו כמה וכמה מפעלי הנגשה שנועדו לפתוח שער למי ששבילי התלמוד אינם נהירים לו. כיום, כל המעוניין לדלות מתוך מעיינות המשפט העברי, יכול לבוא וליטול אם הוא נכון להשקיע מאמץ סביר. כמו כן, על מדפי הספרים הצטברו ספרים, מחקרים ומאמרים המוקדשים למגוון הרחב של תחומי המשפט העברי, והם כתובים בלשון מודרנית שווה לכל נפש. קשה אפוא לומר שגם היום המשפט העברי הוא כספר חתום עבור מי שאינו מכירו מינקות.⁷⁶

75 חשין, "מורשת ישראל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 68.

76 לסקירה של מפעלי הכינוס והתרגום של המשפט העברי ראו להלן, ליד ה"ש 157. עליהם יש להוסיף כמה מפעלים שנועדו להקל את הנגישות אל ארון הספרים ההלכתי. ראש לכלום הוא פרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר אילן; מפעלים נוספים הם אוצר המשפט בעריכת נחום רקובר (מפתח ביבליוגרפי של מאמרים בתחום המשפט העברי, מופיע גם במהדורה מקוונת); גיליונות פרשת השבוע שמוציאה המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים; וכן חוות הדעת של מרכז ישמ"ע (המכללה האקדמית נתניה) בתחום המשפט העברי הניתנות לשופטים. על בעיית ההנגשה ראו באופן כללי ידידיה צ' שטרן

שנית, וזאת העיקר, דומה כי אצל כמה וכמה משפטנים חילונים בישראל התפתחה לא רק בעיית נגישות אל המשפט העברי אלא גם ניכור עמוק, תרבותי, כלפי כל מה שהוא מייצג. ניכור עמוק זה מצא, למשל, ביטוי מובהק בדברי השופט יואל זוסמן, נשיא בית המשפט העליון לשעבר. בפרשת אפנג'ר נדונה שאלה הנוגעת לגבולות של סייג ההגנה העצמית,⁷⁷ ובהקשר זה הציע השופט מנחם אלון לקלוט את עמדת המשפט העברי – עמדה שקשה לחלוק על סבירותה מבחינה משפטית.⁷⁸ בתגובה אמר הנשיא (כתוארו אז) זוסמן:

המשפט העברי הוא בודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך [...] אני מעז להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפיליאי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה האם יהא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על פי הלכת המשפט העברי, אשה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?

האנלוגיה שערך זוסמן להריגת אישה נואפת בסקילה היא מביכה ומקוממת כאחד. המשפט העברי הוא משיטות המשפט הראשונות שכבר לפני כאלפיים שנים חדל (כמעט) לחלוטין את עונש המוות.⁷⁹ ההשוואה בין הצעתו של אלון בתחום סייג ההגנה העצמית לבין הנהגת עונש סקילה לנשים נואפות אינה הוגנת;

הנגשת ארון הספרים היהודי לדורנו (סדרת מחקרים וניירות עמדה של מרכז רפפורט לחקר ההתבוללות ולחיוזוק החינוכית היהודית, פרסום מס' 5, צבי זוהר עורך, 2003).

77 עניין אפנג'ר, לעיל ה"ש 33. השאלה שעמדה על הפרק הייתה אם עקרון ההגנה העצמית חל גם על אדם שלישי הנחלץ לעזרת המותקף. על פי המשפט העברי, אדם שלישי רשאי (ולחלק מן הרעות חייב) להשתמש בכוח כדי להגן על אדם אחר מפני מי שתוקף אותו שלא כדין.

78 עמדה זו הוטמעה אחר כך בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. זו גם העמדה המקובלת היום בשיטות משפט רבות; ראו בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפיליאי 281 (תש"ס).

79 ראו אביעד הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי" משפט ועסקים י 183, 206 (תשס"ט).

אך מעבר לזאת היא משקפת את הרתיעה התרבותית העמוקה שחש המשפטן הישראלי המודרני מעולמו של המשפט העברי, המצטייר בעיניו כדתי, נטוע בחשכת ימי הביניים ורחוק מעולמו ת"ק פרסה. את הסיבות להתרחקות המשפטן הישראלי מן המשפט העברי יש לבקש אפוא לא רק בחוסר הנגישות אלא גם בניכור תרבותי גובר והולך.

הדעת נותנת כי ניכור זה הוא, בין השאר, פרי הדימוי השלילי שהרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים יצרו לעצמם בקרב הציבור בישראל, באופן שהקרין לרעה על מידת האטרקטיביות של המשפט העברי ככלל.⁸⁰ עם זאת, אני סבור כי נעשה לעצמנו הנחה ונחטא בהשטחה אם נתלה את הקולר אך ורק בצווארו של הממסד הדתי בישראל. המורכבות ביחסו של המשפטן הישראלי כלפי המשפט העברי טמונה גם במאפייניו של המשפט העברי גופו.

אחד הגורמים לניכור תרבותי זה הוא הקושי, בסופו של יום, לחפות על השונות העמוקה, מבחינה דתית ומבחינה תרבותית כאחד, בין עולמם של פוסקי ההלכה לדורותיהם לבין עולמו של המשפטן החילוני המודרני. חרף המאמץ להציג את המשפט העברי כשיטת משפט לאומית א-דתית, מתוך ניסיון להדגיש בעיקר את המשותף בינו לבין המשפט המודרני, קשה להסתיר את מאפייני החשיבה הדתית של המשפט העברי והיבטים תרבותיים וערכיים נלווים לה (כגון היררכיה ביחסי גברים ונשים, יחס מסויג ומנוכר כלפי הנוכרי, מבנה משטרי שאינו דמוקרטי ליברלי), שהמשפטן החילוני המודרני חש שתהום פעורה בינו לבינם. ההתרחקות של המשפטן הישראלי החילוני מהמשפט העברי חופפת, פחות או יותר, להתרחקות כללית יותר של החברה הישראלית ממקורותיה היהודיים, כפי שהדבר משתקף בשירה, בספרות ובתוכני מערכת החינוך.⁸¹ ואולם מרחק זה שבין המשפטן הישראלי לבין המשפט העברי אינו רק פרי הפער הדתי-תרבותי שביניהם. ניכור זה נוכח לא רק שעה שמדובר בסוגיות

80 על חוסר האמון של הציבור ברבנות הראשית ראו תמר הרמן, אלה הלר, ניר אטמור ויובל לבל מדד הדמוקרטיה הישראלית 2013 82 (2013).

81 על הדילמות באשר למקומם של התכנים היהודיים במערכת החינוך הממלכתית ראו צבי צמרת "זלמן ארן ומערכת החינוך" העשור השני: תשי"ח-תשכ"ח 64 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, תשס"א).

טעונות ונפיצות מבחינה ערכית כגון ענייני מעמד האישה או היחס אל הלא-יהודי, אלא גם כשמדובר בסוגיות משפטיות "מקצועיות" נטולות משמעויות דתיות ותרבותיות מובהקות. גם כשמדובר בשאלות משפטיות ניטרליות, בדיני עונשין או בדיני קניין, אפשר להבחין בנקל ברתיעתו של השופט הישראלי הממוצע מהזדקקות אל הפתרונות שהציע המשפט העברי בשאלות אלו.⁸² אני סבור כי הטעם לכך נעוץ בעובדה – שלעתים אולי קשה להודות בקיומה אך היוסר האינטלקטואלי מחייב לעשות כן – שהמשפט העברי הוא שיטה שדרכי חשיבתה הן קדם-מודרניות. הוא לא עבר את התהליכים שעברו שיטות משפט אחרות, באירופה ובארצות המשפט המקובל, כשחצו את סף העת החדשה. ריחוקו של המשפטן הישראלי מהמשפט העברי נעוץ בפער שבין עולם משפטי המאורגן בתבניות חשיבה מערכתיות שבבסיסן המשגה, הפשטה ותאוריה משפטית, לבין שיטת משפט שלעניין היבטים אלו עדיין חושבת בתבניות זהות לתבניות שלפני מאות בשנים.⁸³ הניסיון לשלב את המשפט העברי במשפט הישראלי כמוהו כניסיון לשלב עגלה רתומה לסוסים – אמנם מעשה אמן מרהיב ביופיה – בתנועת כלי רכב באוטוסטרדה בין-עירונית.

בהקשר זה חשוב להדגיש כי אפיונו של המשפט העברי כשיטה קדם-מודרנית אינו שיפוט ערכי שלפיו כביכול פוסקי ההלכה מונחים על ידי ערכים מיושנים שצריך להחליפם. לא לכך הכוונה, אלא לאפיון צורני של תבניות החשיבה. בהמשך אדון ביתר הרחבה במאפייני החשיבה הקדם-מודרניים של המשפט העברי ובתהליכי השינוי הדרושים לפיתוחו באופן שיאפשר את השתלבותו היעילה במסלולי התנועה המודרניים של עולם המשפט, כך שיוכל להשמיע בהם את קולו הייחודי.

82 כפי שמלמדים, למשל, מקרה אפנג'ר, לעיל ה"ש 33, בתחום דיני העונשין, ומקרה הנדלס, לעיל ה"ש 41, בתחום דיני השבת אבדה.

83 במערכון שהכינו תלמידי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית לכבוד נשף הסיום של שנת הלימודים תשע"ב, מתואר ריאיון למשרת מתרגל במשפט עברי. המרואיין התבקש לענות על שאלה בנושא "סופיות הדין", ולאחר שהשיב מה שהשיב אומרים המראיינים: "הוא לא חד-משמעי, הוא לא קוהרנטי, מלא פרטים טפלים והמון מילים בארמית שבחיים לא שמעתי. הזכיר מלא רבנים מתים. בקיצור, תשובה מצוינת. אתה אתנו". "ספקטאקל 2012: מתרגל משפט עברי", *YouTube*.

על כל אלו יש להוסיף סיבה שאינה ייחודית דווקא למשפט העברי, אלא קשורה לתהליכי הגיבוש של עצמאות המשפט הישראלי. המשפט הישראלי נולד והתהווה בצלן של מסורות משפטיות באות בימים – המשפט העות'מאני, המשפט האנגלי והמשפט העברי. גיבוש זהותו נעשה במידה רבה באמצעות התנתקות ממסורות אלו. בהקשר זה אופייניים דבריו של אהרן ברק, שמלבד עדותם על אופייה של שיטת המשפט בישראל הם מעידים גם על הלך הנפש של המשפטן הישראלי: "שיטת המשפט בישראל [...] אינה משתייכת אף לא לאחת המשפחות המקובלות של התרבות המשפטית המערבית [...] אנחנו שיטה בעלת סגנון משלה".⁸⁴ אם מידה זו של התנתקות ממסורת המשפט המקובל וממסורת המשפט הקונטיננטלי הייתה חיונית לביסוס עצמאותו של המשפט הישראלי, על אחת כמה וכמה הוא הדין לגבי מסורת המשפט העברי.⁸⁵ השופט מישאל חשין היטיב לנסח את הדברים בהתנגדותו לפרש את חוק השומרים בזיקה למקורותיו העבריים: "לא שיטת המשפט העברי ולא כל שיטת משפט אחרת תשמנה לנו – כשהן לעצמן – מקור ראשון לפירוש ולבירור [...] שלנו החוק ובשלנו נעשה".⁸⁶ כפי שנראה להלן, ההנחה שאולי מובלעת בדברים אלו –

84 אהרן ברק תורת הפרשנות הכללית 192 (1992).

85 לאמיתו של דבר נראה שיותר משהמשפט הישראלי התנתק ממסורות משפטיות, הוא החליף אותן בהשתייכות למסורת חדשה, כלומר מסורת המשפט האמריקני. כלשונו של מנחם אלון: "מלוא כל המשפט הישראלי כבודו של המשפט האנגלי, ובמידה הולכת וגדלה – המשפט האמריקני" (מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227, 229 (תשמ"ז)). ראו גם שטרן, "מה יהודי", לעיל ה"ש 53, בעמ' 49. אמריקניזציה זו של המשפט הישראלי באה לידי ביטוי בהפניה של בוגרי לימודי המשפטים בישראל ללימודים מתקדמים בבתי ספר למשפטים אמריקניים, במתן דגש לפרסום מאמרים מחקריים בכתבי עת אמריקניים ובהגדלת מספר הפעמים שבהם בתי המשפט בישראל משתמשים בציטוטים מהמשפט האמריקני. על העניין האחרון ראו שחר, חריס וגרוס, "נוהגי ההסתמכות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 159.

86 מישאל חשין "שמירה ושומרים: לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" משפטים ג 137 (תשל"א-תשל"ב). ראו גם חשין, "מורשת ישראל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 53-54: "המשפט העברי – כחי הנושא את עצמו – ימצא בינותינו כאב קדמון שלולא הוא לא היינו, משהיה היינו אנו, ואולם את חיינו לעצמנו בונים ומעצבים אנו [...] האמנם הוראות העצמאות בחוקי הכנסת נועדו ובאו לשחררנו מכבלי משפט אנגלי ובה בשעה לאסור את ידינו בנחושתיים למשפט העברי, ולו נחושתיים של זהב הם?". ראו

שעצמאות משפטית והשתייכות למסורת משפטית מוציאות זו את זו – אינה הכרחית. אפשר להציע מודל שונה של מערכת יחסים, שיאפשר לחזק את זיקתו של המשפט הישראלי למסורת המשפט העברי ובה ובעת להבטיח שמירה על עצמאות משפטית ישראלית.

כך אירע שפרויקט המשפט העברי, שהתאפיין בראשיתו כדגל של חילון הנתון בעימות עם העולם הרבני, נהפך למפעל טיפוסי של הציונות הדתית. הקו שהפריד בין תומכי הקליטה של המשפט העברי לבין מתנגדיו התמזג אט-אט עם הקו המבדיל בין דתיים לבין חילונים. ההנחה הרווחת כעת היא שתומכי המשפט העברי הם חובשי כיפה ומתנגדיו – גלויי ראש.⁸⁷

ד. מודל הפרדה

אולם בכך לא באה העלילה אל סופה. תמורה נוספת, משלימה, פקדה את פרויקט המשפט העברי בשליש האחרון של המאה העשרים. חוקרי המשפט העברי חשו לכודים במעין סתירה פנימית: מן הצד האחד, הצלחתו של פרויקט המשפט העברי הייתה כרוכה בהדגשה של מאפייניו הקרובים לעולם המשפטי המערבי ובמידה

גם אורי ידין "כיצד יפורש חוק השומרים?" הפרקליט כד 493 (1968): "כלום עלינו להמשיך, גם אחרי הקמת המדינה, בתפיסה זו של תלות בשיטה משפטית חיצונית, ולו גם החלפת המשפט האנגלי במשפט העברי?". ידין הסתייג במישור העקרוני מפני הענקת מעמד קבוע וגורף למשפט העברי כמשפט משלים: "המשפט הישראלי המתהווה זקוק למשפט העברי כמקור חשוב בין שאר המקורות לגיבוש הלכותי, אם בפסיקה ואם בחקיקה; אך הוא אינו זקוק יותר לשיטה משפטית משלימה, לא למשפט האנגלי ואף לא למשפט העברי" (שם, בעמ' 495).

87 תפיסה זו, המזהה את הזיקה אל המשפט העברי עם הדתיים ואת הניכור כלפיו עם החילונים, משתקפת בדבריו של ברק על הפרשנות הראויה לדעתו לחוק יסודות המשפט (שהיא, כאמור, ממצמת בהשוואה לפרשנות המרחיבה שהציע אלון): "חוק יסודות המשפט מבוסס על פשרה [...] על איזון עדין זה ועל פשרה עדינה זו עלינו לשמור. אל לנו, הלא-דתיים, לרוקנה מכל תוכן [...] אל לנו, הדתיים, למלאה תוכן שלא נועדה להכילו ושיש בה שיבוש של אותו איזון עדין". אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג 265, 279 (תשמ"ד). ראו מה השיב לו מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227, 244 (תשמ"ז).

רבה אף בחילונו של המשפט העברי, או לכל הפחות בהצנעת ממדיו הדתיים; מן הצד האחר, היושר האינטלקטואלי לא אפשר להסכין עם נימה אפולוגטית זו ולא התיר לטשטש את הברלי העומק בין המשפט העברי לבין המשפט המודרני הנוהג. קשה היה להכחיש לאורך זמן את הממדים המייחדים את המשפט העברי, ובראשם הממד הדתי, המבליחים בכל עת מבין דברי חז"ל והפוסקים. השאיפה להטמעת המשפט העברי במשפט הנוהג התגלתה אפוא כאבן ריחיים כבדה על צווארי המחקר שביקש לברר וללבן את המשפט העברי כפי שהוא – הבנת העבר לשם הבנת העבר, ולא דרך המסננת של פרויקט ההטמעה במשפט הישראלי, פרויקט שהביא להשטחת דמותו של המשפט העברי ולעיגול פינותיו.

כך בשלה ההכרה שהמשפט העברי ומחקרו עלולים לצאת נפסדים מכריכתם ומקליטתם במשפט הנוהג בישראל. כדי להבין את המשפט העברי בכל מלאותו חשוב להבליט את מאפייניו הייחודיים, בכללם הדתיים, בתוך הקשריו ההיסטוריים שהיו ואינם עוד, אגב הימנעות מכריכתו המלאכותית עם ההווה המשפטית הישראלית המודרנית. השאיפה ליישום נתפסה כאבן נגף בדרך של המחקר הטהור. שני הדפריים הבולטים בהקשר זה הם ישעיהו ליבוביץ'⁸⁸ ויצחק אנגלרד. אנגלרד הרבה להתפלמס עם מנחם אלון, שאפשר לראותו כאחד המבטאים הנאמנים של מודל הקליטה.⁸⁹ לדעתו של אנגלרד, "המחקר [של המשפט היהודי]

88 לאמיתו של דבר, משנתו הציונית-דתית של ליבוביץ עברה תפנית במשך השנים בדיוק בעניין זה. על כך ראו פנינה ליאונוב "על ישעיהו א' וישעיהו ב' (ליבוביץ) ואלרד" זהות ג 23 (תשמ"ג); משה הלינגר "משנתו הציונית הדתית המוקדמת של ישעיהו ליבוביץ והגורמים לנטישתה" סוגיות בחקר הציונות הדתית: התפתחויות ותמורות לדורותיהן 67 (ישי ארנון ואח' עורכים, תשע"ב).

89 פולמוס אלון-אנגלרד נפרש על שני רבדים המשלימים זה את זה: במישור היישומי – האם ראוי לפעול לקליטת המשפט העברי במשפט הישראלי, ובמישור המחקרי – האם ראוי שמחקר המשפט העברי יירתם למטרת הטמעתו במשפט הישראלי. על המישור המעשי של קליטת המשפט העברי ראו מנחם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?" דעות י 16 (תשי"ט); יצחק אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" המשפט העברי ומדינת ישראל 110 (יעקב בזק עורך, תשכ"ט). על המישור התאורטי של מחקר המשפט העברי ראו אנגלרד, "מחקר המשפט העברי", לעיל ה"ש 1; אלון, "עוד לענין מחקרו", לעיל ה"ש 1. ראו גם גרעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה 189 (תשס"א). ליחסו של אנגלרד כלפי גישת ליבוביץ ראו

צריך להיות 'טהור' ללא מטרות מעשיות מיידיות, כגון זו של 'הכנת המשפט היהודי והתאמתו לקליטה על ידי משפט המדינה' ⁹⁰. לדעתו, השאיפה לקליטת המשפט העברי גרמה להזנחת המחקר של נושאים מרכזיים בעולמם ההלכתי של חכמים רק משום שהם אינם רלוונטיים לעולם המשפטי המודרני ולהתעלמות ממקורות ומדעות הלכתיות לא נוחות המקשות על ההטמעה. לפיכך, לדעת אנגלרד, במישור היישומי אין לשאוף לקליטה של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל, ⁹¹ ובמישור האקדמי יש להתמקד במחקר תאורטי של המשפט העברי ללא שאיפות יישומיות.

בדרך זו נוצרה קואליציה מוזרה משהו בין שתי סיעות שביקשו להעמיק את ההפרדה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי: מצד אחד משפטנים חילוניים שחפצו לבסס את עצמאותו של המשפט הישראלי ולהרחיק מעליו סממנים דתיים בעלי ניחוח של כפייה, ומהצד האחר משפטנים דתיים שחפצו להגן על טוהרתו של המשפט העברי ולהימנע מהכתמתו בחילון, באנכרוניזם ובאפולוגטיקה.

במבחן הזמן – איזו מהתפיסות נהפכה דומיננטית יותר בקרב אנשי המשפט העברי: ⁹² גישת ההטמעה של אלון או גישת ההפרדה של אנגלרד? לעניין זה דומני כי יש להבחין בין המשפט העברי כפי שהוא בעולם המחקרי-אקדמי לבין המשפט העברי כפי שהוא נישא בכפי שופטים תומכי המשפט העברי. באולמות בתי המשפט המשיכו שופטים (בדרך כלל דתיים, אך גם כמה חילוניים) לנסות, ככל שהשיגה ידם, להטמיע בפסיקותיהם את המשפט העברי ברוח המדיניות

יצחק אנגלרד "משנתו של ישעיהו ליבוביץ: מסכת של סתירות ופירוט" שלילה לשמה כלפי ישעיהו ליבוביץ 422 (ח' בן ירוחם וחיים עמנואל קוליץ עורכים, תשמ"ג).

90 אנגלרד, "מחקר המשפט העברי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 64. אנגלרד העלה טענה מרכזית נוספת, שלפיה גם המשפט הישראלי עצמו לא יצא נשכר אם יקלוט מן המשפט העברי, שכן לפי השקפתו המשפט הוא בעיקרו עניין מקצועי, טכנוקרטי, וההקשר התרבותי אינו מהותי לו.

91 לדעת אנגלרד, ראוי לייחד את יישומו של המשפט העברי לקהילות דתיות המקבלות עליהן את עולו הדתי המלא של המשפט העברי וזאת באופן וולונטרי, כלומר, מכוח חוק הבוררות.

92 להבדיל מהקבוצה הרחבה של משפטנים שהתרחקו מעיסוק במשפט העברי.

שהתווה אלון, אחד המרבה ואחד הממעית.⁹³ לעומת זאת, דומה כי במסדרונות האקדמיה נהפך מודל ההפרדה שהציע אנגלרד לטיפוסי הרבה יותר. דור החוקרים שבא אחר פולמוס אלון-אנגלרד מיעט לעסוק במשפט העברי בהקשר של המשפט הישראלי, ותחת זאת התמקד במחקרים תאורטיים של המשפט העברי,⁹⁴ כגון מחקרו בהקשריו ההיסטוריים, מחקרו בדרך ההשוואתית, מחקרו בכלים פילולוגיים, מחקרו מפרספקטיבות פילוסופיות ועוד.⁹⁵ תופעה זו ניכרת, למשל, בנושאי מחקרם של חוקרי המשפט העברי המרכזיים בשלושת העשורים האחרונים. דוגמאות אופייניות למחקריהם הן הזיקות שבין המשפט העברי למשפט המוסלמי בתקופת הגאונים,⁹⁶ ההבדלים בין התפיסות השיפוטיות שבתלמוד הבבלי לבין התפיסות השיפוטיות שבתלמוד הירושלמי,⁹⁷ חשיפת

- 93 על כך ראו סיני, **יישום המשפט העברי, לעיל ה"ש** 39. מבחינות מסוימות ייתכן שאפילו השופט אנגלרד השתמש בפסיקתו במשפט העברי יותר מכפי שהמליץ על כך החוקר פרופ' אנגלרד; על כך ראו סיני, **שם, בעמ' 27**. ראו גם גדעון ספיר "אנגלרד החוקר מול אנגלרד השופט בענייני דת ומדינה: סתירה או השלמה?" **ספר יצחק אנגלרד 305** (דפנה ברק-ארוז וגדעון ספיר עורכים, תש"ע).
- 94 לעניין זה ייתכן שכתובתו של אנגלרד הייתה הזרז שהניע שינוי זה, אך גם ייתכן שכתבתו של אנגלרד לא הייתה אלא ביטוי לשינוי שהתרחש מסיבות אחרות, כגון התפכחות מאשליית הפשטות של פרויקט ההטמעה של המשפט העברי במשפט הישראלי.
- 95 ראו רדוינר, "בין לאומי לדתי", **לעיל ה"ש** 5, בעמ' 177, שציין כי באופן אירוני, מרבית אנשי המשפט העברי היום הם אנשים דתיים המצדדים בגרסה החילונית-תרבותית-לאומית של המשפט העברי, קרי קליטה סלקטיבית, ובידי מי שאינם בעלי סמכות הלכתית. ברם, תיאור זה נכון לגבי קבוצה מסוימת מקרב אנשי המשפט העברי, בעיקר מחוץ לאקדמיה, והוא אינו נכון לגבי מרבית החוקרים האקדמיים של המשפט העברי בשלושת העשורים האחרונים, שברובם אינם עוסקים בקליטת המשפט העברי במשפט הישראלי אלא במחקרו התאורטי.
- 96 GIDEON LIBSON, **JEWISH AND ISLAMIC LAW: A COMPARATIVE STUDY OF CUSTOM DURING THE GEONIC PERIOD** (2003)
- 97 HANINA BEN MENAHEM, **JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES** (1991); חנינה בן מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" **שנתון המשפט העברי** ח 113-134 (תשמ"א).

מקורותיהם הלשוניים של מונחי היסוד של המשפט העברי,⁹⁸ הברדלים באופייה של התפוצה היהודית בתקופת חז"ל בין המזרח למערב⁹⁹ ותמורות במעמד האישה היהודית בימי הביניים כפי שהן משתקפות במשפט העברי.¹⁰⁰ המחשה לנתק גובר והולך זה של מחקר המשפט העברי מהסביבה המשפטית הישראלית אפשר למצוא במאמרים המתפרסמים בכתבי העת המרכזיים של מחקר המשפט העברי. סריקה לאורך עשרות השנים שבהן התפרסמו כתבי העת "שנתון המשפט העברי" ו"דיני ישראל" מלמדת עד כמה מחקר המשפט העברי הולך ומנתק את עצמו משאלות הקשורות בהווייתו של המשפט המודרני בכלל ושל המשפט הישראלי בפרט.¹⁰¹

- 98 ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי (תשס"ב).
- 99 Arye Edrei & Doron Mendels, *A Split Jewish Diaspora: its Dramatic Consequences*, 16 JOURNAL FOR THE STUDY OF THE PSEUDEPIGRAPHA 91–137 (2007); Arye Edrei & Doron Mendels, *A Split Jewish Diaspora: its Dramatic Consequences* (2), 17 JOURNAL FOR THE STUDY OF THE PSEUDEPIGRAPHA 163–187 (2008); DORON MENDLES & ARYE EDREI, ZWEIERLEI DIASPORA: ZUR SPALTUNG DER ANTIKEN JÜDISCHEN WELT; ארעיי ומנדלס, לעיל ה"ש 11, בעמ' 165.
- 100 אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האשה במשפט העברי: מסע בין מסורות (תשס"ב). למותר לציין כי גם טרם פולמוס אלון-אנגלרד נעשו מחקרים תאורטיים של המשפט העברי שהיו חסרי יומרה יישומית. ראו למשל אשר גולק השטרות בתלמוד: לאור הפפירוסים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי (תשנ"ד); רדזינר, "מדוגמטיקן להיסטוריון", לעיל ה"ש 5. כמו כן, גם לאחר פולמוס אלון-אנגלרד נעשו מחקרים שדנו בממשקים בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי. ראו למשל שמשון אטינגר פרקי שליחות במשפט העברי: בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (תשנ"ט); אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין בישראל (מהדורה שנייה, תשע"א); ובמידת מה גם ספרו של שמואל שילה דינא דמלכותא דינא (תשל"ה). עם זאת, בעשורים האחרונים בהחלט הועבר מרכז הכובד אל המחקר התאורטי הלא יישומי של המשפט העברי.
- 101 ראו להלן בנספח 1: "המשפט הישראלי בכתבי העת של המשפט העברי". יוצא מכלל זה הוא כמובן תחום דיני המשפחה, שבו המשיכו להיכתב מאמרים במשפט עברי בזיקה אל המשפט הישראלי, בשל המעמד המיוחד של דין תורה במסגרת דיני הנישואין והגירושין במשפט הישראלי.

ניתוק זה של מחקר המשפט העברי מן השאיפה ליישומו והפיכתו לתחום מחקר תאורטי הביאו ברכה רבה להתפתחותו. הם אפשרו פריצות דרך בהבנת המשפט העברי, שכנראה לא היו מתרחשות כשיעד הטמעתו במשפט הנוהג הכתיב מראש את מסגרת המחקר. הפיכת מחקר המשפט העברי לתחום תאורטי הזמינה את החוקרים להבנה מעמיקה ומורכבת הרבה יותר של המשפט העברי בהקשריו ההיסטוריים, בזיקותיו לשיטות משפט עתיקות נוספות, במשמעויותיו הפילוסופיות ועוד. מן הצד האחר היה לניתוק זה גם מחיר לא מבוטל. על אף הגידול במספר השופטים הדתיים השואפים לעשות שימוש מהותי במשפט העברי בפסקותיהם (בהרכב הנוכחי של בית המשפט העליון המספר הגדול ביותר אי-פעם של שופטים בעלי מומחיות במשפט עברי),¹⁰² המחקר האקדמי של המשפט העברי לא סיפק לשופטים אלו את התשתית הנדרשת ליישום ולהטמעה. ככל שמחקר המשפט העברי נהפך ליותר ויותר תאורטי, כך הוא גם נעשה פחות ופחות רלוונטי לשופטים ומחוקקים, וכבר לא יכול להעניק להם את המסד המחקרי הדרוש לעבודתם.¹⁰³

להפיכה של מחקר המשפט העברי למחקר תאורטי היה מחיר נוסף: היא לא רק ניתקה אותו מהנעשה בשדה החקיקה והשפיטה אלא במידה רבה גם בודדה אותו בתוך כותלי הפקולטות למשפטים. מחקר המשפט העברי התקרב יותר ויותר אל המחקר הנעשה בחוגים למדעי היהדות שבפקולטה למדעי הרוח, וכך הוא התרחק והתנתק מהשיח המחקרי המשפטי המודרני; מעין שמורת טבע סגורה בתוך האקדמיה המשפטית.¹⁰⁴

מצב עניינים זה אינו מהווה בעיה, ואולי אף ייחשב יתרון למי ששואף לשמר ככל האפשר את מחקרו האקדמי של המשפט העברי בטוהרתו – מחקר

102 השופטים אליקים רובינשטיין, ניל הנדל ונעם סולברג.

103 יש להודות כי תופעה זו אינה ייחודית לגמרי לחקר המשפט העברי. ככלל אפשר לומר שהמחקר המשפטי האקדמי בישראל נהפך לתאורטי יותר ולממוקד פחות במשפט הנוהג. על כך ראו למשל מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 32 (תשס"ב); Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of "Law & Economics"*, 35 CAPITAL UNIVERSITY LAW REVIEW 787, 791 (2007). ברם עדיין נראה כי תהליך ההתנתקות של המשפט העברי מהמשפט הישראלי היה חד וגורף בהרבה.

104 להוציא אולי את העוסקים בתחום של משפט היסטוריה, שמטבע הדברים מוצאים כר פורה לדיאלוג עם חוקרי המשפט העברי.

לשם מחקר, ללא כל זיקות מודרניות ושאיפות יישומיות. לעומת זאת, הוא בעייתי למי שסבור כי זיקתו של המשפט העברי אל המשפט הישראלי חיונית הן עבור המשפט הישראלי – שבכך קושר את עצמו אל המורשת היהודית, הן עבור המשפט העברי – שבדרך זו מאותגר על ידי עולם החשיבה המשפטית המודרנית. לפיכך האתגר הוא כיצד להשיב את המשפט העברי אל השיח המשפטי המודרני (בדגש על זה הישראלי) מחד גיסא, בלי לשלם את המחיר של השטחת דמותו המורכבת וטשטוש מאפייניו הייחודיים מאידך גיסא. לפיכך זוהי אינה קריאה לשיבה לפרדיגמה המחקרית מן העבר נחלת מודל הקליטה, אלא לניסוח פרדיגמות מחקריות חדשות, מורכבות ועמוקות יותר.

לשם כך דרוש מהלך משולב של מעין תנועת מלקחיים: מצד אחד – הנחת תשתית למודל נוסף, שלישי, של יחס מורכב יותר של המשפט הישראלי כלפי המשפט העברי; ומהצד האחר – חשיבה מחודשת של המשפט העברי את עצמו באמצעות תבניות משפטיות מושגיות מודרניות.

ה. מודל הדו־שיח

דומה כי בשני העשורים האחרונים החל להפציע סוג שונה של כתיבה בעניין היחסים הרצויים בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי – שאפשר להכתירה בכותרת "מודל הדו־שיח". לפי מודל זה, אמנם ראוי שיהיה למשפט העברי תפקיד מרכזי בשיח המשפטי הישראלי, אך בעיקר כמקור לדו־שיח ולהשוואה המיועדים לפתיחת אופקי חשיבה חדשים, להעשרת הדעת המשפטית וכהשראה שתזמן חשיבה משפטית יצירתית. קליטת נורמות והסדרים מן המשפט העברי ושילובם במשפט הישראלי הם אמנם אחד מאפיקי התרומה שהמשפט העברי יכול להעניק למשפט הישראלי אך לא האפיק היחיד. על פי מודל זה, תפקידו של המשפט העברי הוא להציב לפני המשפט הישראלי מראה שמולה יוכל לבחון את עצמו, לעתים לקבל את הסדריו של המשפט העברי ולעתים לדחותם – אך בכל עת לעשות זאת בזיקה אליו. על פי מודל הדו־שיח, המשפט העברי אינו מתחרה במשפט הישראלי ואינו שואף להחליפו, אלא הוא אחד מאבותיו, בן לווייתו וכן שיחו הקבוע, והבחינה העצמית נעשית בזיקה מתמדת אליו.

כאמור, מודל זה אינו מוצע כאן לראשונה. בשנים האחרונות אפשר לזהות כתיבה משפטית ברוח זו, וכאן אין אני מבקש אלא לקבצה יחדיו ולהעמידה כמעין אסכולה. עם כותביה הבולטים נמנים – איש-איש על פי דרכו, סגנונו ורגשיו הייחודיים – חוקרים דוגמת אריה אדרעי,¹⁰⁵ חנינה בן-מנחם,¹⁰⁶ רות גביון,¹⁰⁷ חנוך דגן,¹⁰⁸ מנחם מאוטנר,¹⁰⁹ פניה עוז-זלצברגר¹¹⁰ וידידיה שטרן.¹¹¹ להלן אציין כמה תמות עיקריות האופייניות למודל הדו-שיח, השונות במובהק מן התמות של שני המודלים שראינו לעיל.

1. חשיבותו של המשפט העברי דווקא בשונות

אכן צודק אנגלרד, והסוברים כמותו, שכמעט בכל קנה מידה המשפט העברי הוא בעל מאפיינים המבדלים אותו מהותית משיטות המשפט המוכרות לנו היום ובכללן המשפט הישראלי. ברם דווקא בשונות זו טמון הפוטנציאל הרב שהמשפט העברי מציע למשפט הישראלי. אם היינו סבורים כי המשפט העברי אינו אלא מאשש דפוסי חשיבה משפטיים קיימים זה מכבר ונותן אישור לעמדות שהמשפט הישראלי היה מגיע אליהן ממילא – איזה ערך מוסף בכוחו לתרום לדיון המשפטי?¹¹² ואם אין לו ערך מוסף ייחודי – מדוע זה יעורר עניין מלבד

- 105 אריה אדרעי "מדוע לנו משפט עברי?" עיוני משפט כה 467-487 (תשס"ב).
- 106 חנינה בן-מנחם "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980: חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי יג 257 (תשמ"ז).
- 107 מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: רב שיח ומקורות נלווים 42, 54 (רון מרגולין עורך, תשנ"ז).
- 108 חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).
- 109 מאוטנר, משפט ותרבות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 77; מנחם מאוטנר "אקויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 639 (תשנ"ד).
- 110 פניה עוז-זלצברגר "שורשים יהודיים של הרפובליקה המודרנית" תכלית 13, 89 (תשס"ג). ראו גם עמוס עוז ופניה עוז-זלצברגר, יהודים ומילים, לעיל ה"ש 6.
- 111 שטרן, "מה יהודי", לעיל ה"ש 53. ראו גם ליאון שלף "בין משפט פלילי לבין משפט עברי: לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג 102 (תשנ"ג).
- 112 כפי שאלון עצמו חידר בשאלתו: "אם אנו קולטים את עקרונות המשפט העברי רק לאחר שנוכחנו לדעת שמתאימים הם לנו, אם כן מה מיוחד יש בקליטה זו?". אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה", לעיל ה"ש 7, בעמ' 49. וראו שם את תשובתו.

אצל כמה בעלי נוסטלגיה יהודית? תהא זו החמצה מצערת אפוא אם המטרה של יצירת זיקה בין המשפט הישראלי למשפט העברי תגרום לטשטוש מאפייניו הייחודיים של המשפט העברי.¹¹³ ההפך הוא הנכון: חשוב שהמשפט העברי יביא אל שולחן הדיונים דווקא את קולו הייחודי, האחר.¹¹⁴

2. משפט משווה משחרר

אם כן, הערך המוסף של המשפט העברי למשפטן הישראלי המודרני נעוץ בכך שהוא מזמין חשיבה משפטית מחוץ לקופסה: הוא משחרר את המשפטן הישראלי מהדפוסים שהוא רגיל לחשוב בהם ומגרה אותו לחשוב מחדש על הנחות היסוד שלעתים נראות מובנות מאליהן.¹¹⁵ זאת יש לזכור: בדרך כלל ההשוואה של המשפט הישראלי נעשית לשיטות משפט מודרניות אחרות דוגמת המשפט האמריקני, המשפט האנגלי, המשפט הגרמני או המשפט הצרפתי; אולם שיטות אלו – שונות זו מזו ככל שתהיינה – שייכות למסורת המשפטית המערבית המודרנית, ולפיכך בסופו של יום הן חולקות בסיס משותף, וההשוואה היא בין שיטות משפט דומות זו לזו. לעומת זאת, המשפט העברי מעשיר את הדיון בקול הלקוח ממסורת משפטית שונה בתכלית ומאפשר להיחשף לדרכי

113 השוו עם דיונו של פלטשר על נטייתו של המשפט ההשוואתי להתרכז בדומה ולהחמיץ את השונה: "One of the regrettable tendencies of comparative law scholarship is to ignore the rich philosophical and ideological differences among legal cultures and to stress the unity of their results in practice". George Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, 46 Am. J. Comp. L. 683, 694 (1998)

114 ראו בעניין זה את ביקורתו של שלף, לעיל ה"ש 111, בעמ' 109, על דברי השופט אלון בפסק דין אפנג'ר (לעיל ה"ש 33). כזכור, באותו פסק דין טען השופט אלון בעד קליטת עמדתו של המשפט העברי בסוגיית ההגנה העצמית על ידי אדם שלישי. לשם כך הראה אלון כי עמדת המשפט העברי היא גם עמדתו של המשפט המקובל. לטענת שלף, אלון ניתח את עמדת המשפט המקובל בצורה שגויה, ובמקום להדגיש את ייחודיות הפתרון של המשפט העברי, המבליטה ביתר שאת את חשיבותו, ניסה אלון לטשטש את ההבדל בינו לבין המשפט המקובל.

115 חנוך דגן "הערות על 'בעלות ושיתוף' (בעקבות ספרו של פרופסור יהושע ויסמן)" מחקרי משפט יד 229, 233 (1997).

חשיבה, לערכים ולעמדות יסוד אחרות. מבחינה זו המשפט העברי הוא קול חתרני שחשוב להשמיע בשיח המשפטי הישראלי המודרני.¹¹⁶ מאחר שהמשפט העברי הוא "האחר" המציע פרספקטיבה שונה, ראוי ש"בין הקולות היוצרים את 'ההרמוניה הדיסהרמונית' של המשפט הישראלי יישמע גם קולו של המשפט העברי, צלול ובהיר".¹¹⁷ אמנם למטרה זו אפשר היה לפנות גם לשיטות משפט רחוקות אחרות כגון המשפט המוסלמי או המשפט הסיני, אבל המשפט העברי אינו סתם קול "אחר": הוא הקול האחר שבתוכנו. האופקים החדשים שהוא מציע הם מאוצרות הרוח של המורשת היהודית עצמה.

3. לעתים קליטה, לעתים השראה, לעתים דחייה

אין הכרח לנקוט עמדה גורפת בשאלה אם בעניין הקליטה מן המשפט העברי כל המרבה הרי זה משובח או שמא כל המוסיף גורע. תוצאות הפנייה אל המשפט העברי אינן יכולות להיות ידועות מראש, ויש לבחון כל סוגיה לגופה מתוך פתיחות כנה למגוון התוצאות האפשריות. לעתים ההשוואה למשפט העברי תעלה פתרון שראוי לקולטו במשפט הנוהג; לעתים יתגלה כי המשפט העברי מציע פתרון שהוא אמנם מעניין אך אינו בר יישום כפי שהוא ומתאים לשמש רק מקור השראה לפיתוח מקורי של עמדות ישראליות-עבריות; לעתים ההשוואה למשפט העברי תגלה שעמדתו, מעניינת ומאתגרת ככל שתהיה, אינה מתאימה לקליטה במשפט הישראלי המודרני.

ואולם גם במקרים מהסוג האחרון ההשוואה למשפט העברי אינה מיותרת וחשיבותו אינה פוחתת במקרים שבהם עמדתו אינה מתקבלת. תרומתו של המשפט העברי במקרים אלה תהיה בהצבת מראה ביקורתית, בחידוד האפשרויות הנגדיות ובהבהרת הקונפליקטים הערכיים המוטלים על כפות המאזניים.¹¹⁸ הדבר

116 על התפקיד החתרני של המשפט המשווה ראו Fletcher, לעיל ה"ש 113.

117 ליפשיץ, "המשפט הישראלי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 868.

118 דוגמה לדבר היא סוגיית "סופיות הדיון". על פי הדוקטרינה המקובלת היום, לאחר שניתן פסק דין ולאחר שמוצו אפשרויות הערעור והדיון הנוסף, שוב אי-אפשר לפתוח את העניין לדיון מחודש. בין השאר, הדבר נעשה מטעמי יעילות, שכן המערכת המשפטית אינה יכולה להרשות לעצמה לבזבז משאבים רבים מדי על דיונים אין-

הגורף היחיד שאפשר אפוא לומר הוא שהשוואה למשפט העברי היא לעולם מעניינת, מפתיעה ומפרה את המחשבה.¹¹⁹

4. מבחן התהליך ולא מבחן התוצאה

לאור כל זאת ראוי להציב מבחן שונה להצלחתו של פרויקט המשפט העברי. במקום מבחן התוצאה – כלומר: האם בסופו של יום ההסדר שהמשפט העברי מצייע נקלט במשפט הישראלי? עדיף לאמץ את מבחן התהליך – כלומר: האם נשקלה עמדתו של המשפט העברי בפתיחות הראויה? הצלחתו של המשפט העברי נעוצה בעצם השתתפותו בדיון המשפטי המודרני, בלא תלות במסקנה

סופיים בתיק מסוים. לעומת זאת, במשפט העברי עקרונית פסק דין לעולם אינו סופי, ואם מתגלות ראיות חדשות או מועלים טיעונים חדשים יש לדון בעניין מחדש. מחויבותו הבלתי מתפשרת של המשפט העברי לערך של עשיית משפט אמת אינה מניחה לו להניח לטיעונים ולראיות שלא נבדקו עד תום. על כך ראו שוחטמן, סדר הדין, לעיל ה"ש 100, בעמ' 1297; Yuval Sinai, *Reconsidering Res Judicata*; 21 *Duke J. Comp. & Int. L.* 353 (2011). בהקשר זה אפשר לטעון כי עמדת המשפט העברי ניתנת ליישום במסגרת קהילתית קטנה שאין לה מנגנון בירוקרטי מסובך, אבל אין היא מתאימה ליישום במערכת מדינתית בירוקרטית מסורבלת. ברם גם אם עמדת המשפט העברי במקרה זה אינה מתאימה לקליטה, החשיפה אליה חשובה מאוד לחידוד מקומו של ערך האמת במשפט ולהדגשת המחיר שנאלצים לשלם בגין ויתור עליו – גם כשהדבר נעשה כדי להבטיח את יעילות המערכת המשפטית.

119 טענה זו בשבח הקליטה הסלקטיבית מן המשפט העברי עשויה להישמע דומה לגישתם של אנשי המשפט העברי בראשית דרכם, שאף הם הדגישו את החשיבות של הסלקטיביות בקליטת המשפט העברי (ראו לעיל, ליד ה"ש 60). ברם שני הבדלים מפרידים בין ההצעות: ראשית, בעבר נטו לייחס ערך חיובי למקרים שבהם הצליח מעשה הקליטה של המשפט העברי וחוסר ערך למקרים שבהם נמצא הדין של המשפט העברי לא מתאים לקליטה, ואילו המודל המוצע כאן מייחס ערך חיובי לשני המקרים. גם כשמסיקים כי בסוגיה מסוימת עדיפה אי-קליטתו של המשפט העברי, אין בכך כדי לשלול את החשיבות של עצם ההשוואה אליו. שנית, בעבר נעשתה הסלקציה מתוך הדגשת הקרבה והדמיון של המשפט העברי למשפט המודרני, ואילו הצעה זו מבקשת לאפשר למשפט העברי להשמיע את קולו האחר והייחודי – משום שיתרונו טמון בעצם שונותו.

הספציפית שתתקבל ככל סוגיה וסוגיה.¹²⁰ מי שנותנים אמון בפוטנציאל הרב שטמון במשפט העברי אינם צריכים לחשוש מפני תפקיד דיאלוגי זה, שהרי "ניכרין דברי אמת" (סוטה ט, ע"ב), ואפשר לצפות שדברי המשפט העברי יפלו על אוזניים קשובות;¹²¹ מנגד, מי שאינם נותנים אמון בפוטנציאל של המשפט העברי אינם צריכים לחשוש משקילת עמדתו, שהרי תישמר למשפט הישראלי החירות המלאה לדחותו.

מודל הדרושי רצוי לא רק מהבחינה המשפטית אלא גם כשיקוף חברתי-תרבותי של החברה הישראלית במצבה היום. הוא מבטא נאמנה את יחסה של קבוצת הרוב בישראל אל מקורותיה היהודיים. רוב הישראלים אינם מגדירים את עצמם כשומרי מצוות המקפידים על קלה כבחמורה אך גם לא כמנוכרים לגמרי למקורותיהם היהודיים; מרבית הישראלים מגדירים את עצמם כאנשים מסורתיים שחלקים מסוימים בעולם היהודי (חגים ומועדים, חינוך יהודי, ברית מילה, בר מצווה ואבלות) הם חלק מהותי בעולמם.¹²² מודל הדרושי הוא בבואתו המשפטית של רוב מסורתי זה. הוא תואם את המגמה המתרחבת והולכת בשנים האחרונות של חיפוש אחר זהות יהודית-ישראלית מתחדשת, כפי שזו באה לידי ביטוי בתנועת ארון הספרים היהודי,¹²³ ברנסנס של המוזיקה היהודית ובניסיונות להגדיל את שילובם של תכנים יהודיים מסורתיים במערכת החינוך הממלכתית.¹²⁴

- 120 השוו ליפשיץ, "המשפט הישראלי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 870: "שתהיה הידרשות אל המשפט העברי, ולו כדי לדחותו".
- 121 בעיקר אם ייעשה הדבר מתוך חשיבה מחודשת של המשפט העברי בתכניות מושגיות מודרניות, כמבואר להלן, ליד ה"ש 147.
- 122 וראו למשל מאיר בוזגלו שפה לנאמנים: מחשבות על המסורת (תשס"ט).
- 123 ראו אדרעי, "מדוע לנו", לעיל ה"ש 105, בעמ' 483.
- 124 על כך ראו בהרחבה יאיר שלג מעברי ישן ליהודי חדש: רנסנס היהדות בחברה הישראלית (2010). יחס בעל אופי דיאלוגי מעין זה המוצע כאן ראוי היה שיתעצב לא רק מצד המשפט הישראלי כלפי המשפט העברי, אלא גם מצד המשפט העברי כלפי המשפט הישראלי. כל עוד פוסקי ההלכה מסווגים את בתי המשפט בישראל כ"ערכאות של גויים" שאין להתדיין לפניהם נמנעת במידה רבה האפשרות לדיאלוג עמוק בין העולמות (וראו יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים [תש"ע]). לעומת זאת, אילו היו מתקבלות גישות חלופיות של פוסקים, המעניקות לבתי המשפט

1. השלכות מעשיות

מודל הדרושיח המוצע אינו מגדל פורח באוויר, מליצות נאות ותו לא, וראוי להעניק לו תרגום משפטי יישומי מדויק. עיקרו בכך שיש להטיל על שופטים ועל מחוקקים את החובה לשקול את עמדת המשפט העברי במהלך עיצוב החקיקה ובקבלת החלטות שיפוטיות, וכלשונו של חנינה בן-מנחם: יש להטיל "חובת היועצות" במשפט העברי.¹²⁵ היועצות זו יכולה שתהיה בדרך של היכרות בלתי אמצעית עם מקורות המשפט העברי או, כפי שסביר יותר, בדרך של קבלת חוות דעת מאת בעלי מומחיות בתחום. חובת היועצות זו במשפט העברי אינה קובעת מראש אם יאומץ המשפט העברי אם לאו, אלא מעצבת את תהליך הדין. דרישה תהליכית זו ניתנת למדידה ולהערכה באמצעות בדיקה של פסק הדין (כשמדובר בהחלטה שיפוטית) או של דברי ההסבר להצעת החוק ושל דיוני הכנסת (כשמדובר בחקיקה) – אם הונחה חוות דעת על פי המשפט העברי לפני השופטים והמחוקקים, ואם היא נשקלה בשיקוליהם. במילים אחרות, אמנם אין הכרח שבכל מקרה ומקרה תאומץ עמדת המשפט העברי, אולם הרעת אינה סובלת כי בית המשפט יביא את לחמו מרחוק – מן המשפט האמריקני או הגרמני – ובלא שלכל הפחות ישקול את עמדת המשפט העברי ויהיה מודע לה.

בשורות הבאות אני מבקש להציע כמה עוגנים משפטיים-נורמטיביים למודל הדרושיח וכן הצעות לשינויי חקיקה מתאימים. נפתח בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. כפי שראינו לעיל, חוק זה מחייב כי במקרים של חסר משפטי (לקונה) יכריע השופט "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". עוד ראינו את מחלוקתם של השופטים אלון וברק בשאלה "חסר משפטי מהו": אלון הציע פרשנות מרחיבה שבכוחה להוביל לשאיבה נרחבת מן המשפט העברי, ואילו ברק הציע פרשנות מצמצמת הסוגרת כמעט לגמרי את הדלת בעד פנייה אל המשפט העברי. במפתיע נראה

הישראליים מעמד הלכתי חיובי (ראו למשל הרב שלמה גורן "חוקה תורנית כיצד?" תחוקה לישראל על פי התורה א 150 [תשמ"ט]; ראו גם הרב אשר וייס מנחת אשר לספר דברים, סימן ג), אפשר היה לקוות לדיאלוג פורה יותר ביניהם. 125 ראו להלן, ליד ה"ש 126.

כי חרף המחלוקת הניטשת בין אלון לברק בשאלה זו, שניהם חולקים הנחת יסוד משותפת, שהיא הבסיס למחלוקתם: כפי שהראה חנינה בן-מנחם, הן ברק הן אלון מסכימים כי פירוש המילים "יכריע בה לאור" משמעם קליטה של עמדת המשפט העברי, ובלשונו של בן-מנחם: "חובת ציות" למשפט העברי.¹²⁶ לפיכך ניסה אלון להרחיב ככל האפשר את תחולת החוק, ובדיוק מאותה הסיבה שאף ברק לצמצמה ככל האפשר. הנחת יסוד פרשנית זו אינה הדרך היחידה לפירוש המילים "יכריע בה לאור". אפשר לפרשן בדרך שונה, מתונה בהרבה, שלפיה "להכריע לאור המשפט העברי" משמעו לשקול את עמדת המשפט העברי ולבסוף להכריע אם ראוי לקלוט אותה, אם יש מקום ליצור פתרון מקורי בהשראתה או שמא יש לדחותה לגמרי.¹²⁷ על פי הצעת בן-מנחם, את המילים "יכריע בה לאור" יש לפרש כ"חובת היוועצות" במשפט העברי – לא כחובת ציות לו.

אם חוק יסודות המשפט אכן מטיל חובת ציות למשפט העברי, אפשר להבין את חששו של ברק מן החוק שעלול להביא להזרמה מוגברת ולא מבוקרת של המשפט העברי אל המשפט הישראלי, יותר מכושר הקיבולת וממידת הרצון של זה האחרון.¹²⁸ ואולם אם יפורש החוק כקובע מערכת יחסים רכה יותר, מורכבת

126 בן-מנחם, "חובת היוועצות", לעיל ה"ש 106; ראו בהרחבה אדרעי "מדוע לנו", לעיל ה"ש 105, בעמ' 480.

127 פירוש של חוק יסודות המשפט כמטיל חובת היוועצות (להבדיל מחובת ציות) יכול גם לשמש בסיס להבחנה הנדרשת בין ענפי המשפט. יש ענפי משפט שבהם התפתחותו היישומית של המשפט העברי נמשכה ברציפות במשך אלפיים שנות גלות. בענפים מסוימים אלה יש לעמדתו של המשפט העברי משנה-רלוונטיות. כזה למשל תחום המשפט הפרטי לענפיו. לעומת זאת, יש ענפים שבהם לא התפתח המשפט העברי מבחינה מעשית ולא פעל כשיטת משפט נוהגת למעשה, ובענפים מסוימים אלה עמדו עשיות להתגלות כמאתגרות אולי מבחינה תאורטית, אך בעלות רלוונטיות פחותה מבחינה מעשית. כזה למשל המשפט הפלילי. הוא הדין לגבי ענפים מודרניים מובהקים דוגמת דיני ניירות ערך, שמטבע הדברים המשפט העברי כמעט ולא עסק בהם. פירוש חוק יסודות המשפט כמטיל חובת היוועצות יוכל להצדיק את ההבחנה בין ענפי המשפט לפי מידת הרלוונטיות שיש להיזקקות למשפט העברי.

128 גם אהרן ברק עמד, על פי דרכו, על המשמעות הייחודית של הביטוי "יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", וגרס: "לאור"

ועגולה, בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי – חובת היוועצות – האומנם יש מקום לפרשנות כה מצמצמת כמו זו שהציע ברק לחוק?¹²⁹ הדעת נותנת כי ריכוך חוק יסודות המשפט, כך שיטיל על שופטים חובת היוועצות במשפט העברי ולא חובת ציות כלפיו, יפחית את חששם של השופטים מהגדרת המקרה שלפניהם כלקונה, שהרי התוצאה לא תוכתב להם מראש אלא יישמר להם שיקול הדעת בעניין ההכרעה הסופית. כך תגדל נכונותם של השופטים לפנות אל המשפט העברי ולשקול אותו, ומעמדו במשפט הישראלי יתחזק דווקא במקום שייחלש.

ברוח זו מומלץ לתקן את חוק יסודות המשפט באופן שיבהיר כי במקרים של חסר משפטי (לקונה) יש למשפט העברי תפקיד מייצע ולא כופה:¹³⁰

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש מובהק, יכריע בה לאחר ששקל את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.
שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה ויקבע בתקנות הוראות לביצועו.

העקרונות נאמר. 'על פי' העקרונות – לא נאמר [...] העובדה, למשל, שבמשפט העברי נגזרו מהעקרונות האמורים דינים מסויימים ברמת הפשטה פלונית, אינה מעלה ואינה מורידה. על השופט לגזור את הדין על פי רמת ההפשטה הנראית לו ראויה" (ברק, שיקול דעת, לעיל ה"ש 41, בעמ' 140-141). אם כן, לדידו אמנם מדובר בחובת ציות למשפט העברי, אך לא דווקא ציות לדין של המשפט העברי אלא ציות לעיקרון המופשט שבבסיסו.

129 אך ראו את דברי הנשיא לנרתי בפרשת הנדלס, לעיל ה"ש 41, בעמ' 799:

נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירים של המשפט העברי, המגלם את חכמת החיים של קרמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צורכי זמננו, ללא קביעת סדר קדימה למקורות השראתנו וללא הטלת "חובת הראיה" על הפרשן, שעליו יהיה להראות, בכל מקרה, מדוע אין הוא מוכן להיזקק למשפט העברי לצורך פרשנותו בסוגיה זו או אחרת.

130 התיקונים המוצעים מסומנים בהדגשה.

וזהו נוסח התקנות המוצע:

תקנות חוק יסודות המשפט, התשע"ו-2016

בתוקף סמכותי לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן: החוק), אני מתקין תקנות אלה.

תקנות אלה יחולו על כל בית משפט ובית דין, כמוגדר בחוק יסוד: השפיטה, למעט בית דין דתי.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ושקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל – בית המשפט רשאי להכריע בשונה מהם.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ולא שקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל – יהיה פסק דינו בטל.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, רשאי הוא לפנות לקבלת חוות דעה באשר לעקרונות המשפט העברי בשאלה המשפטית הנדונה.

נוסח הצעה זו – לתיקון החוק ולהתקנת תקנות מכוחו – מבהיר כי במקרי לקונה יחויב בית המשפט לשקול את עמדת המשפט העברי בלא שיחויב לפסוק על פיו ויישמר לו שיקול דעת בעניין. שקילה זו של עמדת המשפט העברי תיעשה בכתב, בגוף פסק הדין, באופן שיאפשר לוודא שאכן נעשתה.¹³¹ הצעה זו מעניקה למשפט העברי תפקיד צנוע יותר – ובה בשעה ריאלי ומבוסס הרבה יותר. בד בבד, היא מחזקת את מעמדו של המשפט העברי בהיבטים אחרים: ראשית, היא מפוגגת את הערפל האופף את המונח "מורשת ישראל" ומבהירה כי מדובר בעקרונות המשפט העברי. ודוק: בית המשפט אינו מופנה אל דיני המשפט העברי אלא אל עקרונותיו, המאפשרים מידה רבה יותר של שיקול דעת ויצירתיות מצדו של בית המשפט. שנית, במענה לפרשנויות שהרחיבו מעל המידה הראויה את

131 מוצע להחריג מהסדר זה בתי דין דתיים. ככל שמדובר בבתי דין רבניים ההפניה אל המשפט העברי מיותרת, וככל שמדובר בבתי דין של דתות אחרות ההפניה אל המשפט העברי אינה מתאימה. לדיון נוסף בהצעה זו ובהצעות אחרות ראו להלן, בסעיף י.

השימוש בהיקש, באופן שצמצם ואפילו איין את מושג החסר המשפטי (ובכך הפכו את החוק ללא מעשי), הצעה זו מבקשת להחזיר לחסר המשפטי את גודלו הרצוי. לפיכך היא מבהירה כי שאלה משפטית שאין לה הכרעה בדבר חקיקה או בהלכה פסוקה תיחשב חסר משפטי (לקונה) במקרה שאי־אפשר לפותרה בדרך של היקש מובהק; אם אפשר לפותרה בדרך של היקש רעוע בלבד עדיין תחול חובה לפנות אל המשפט העברי ולשקול את עמדתו. במילים אחרות, לפי הצעה זו לא יהיה אפשר לעשות בכלי ההיקש שימוש לא מבוקר כדי לצמצם כמעט לחלוטין את מקרי הלקונה ובכך לרוקן מתוכן את חוק יסודות המשפט.¹³²

בהנחה שארון הספרים של המשפט העברי אינו נגיש לחלק נכבד מן השופטים, ההצעה צריכה לכלול הקמת מנגנון יעיל שיאפשר פנייה של השופטים לקבלת חוות דעת של חוקרי משפט עברי המוכשרים לכך. מנגנון זה ראוי שיתבסס על גופי מחקר אקדמיים מובילים,¹³³ בדומה לגופי מחקר הפועלים באירופה, המייעצים למחוקקים ולבתי משפט בכל מיני תחומים משפטיים.¹³⁴ בדרך זו תוכל מערכת המשפט לקבל את המסד המחקרי בתחום המשפט העברי הדרוש להעשרת פסיקותיה.¹³⁵

132 הנוסח של "היקש מובהק" לקוח מנוסח הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת ישראל הלאום של העם היהודי. על כך ראו להלן, ליד ה"ש 144.

133 גילוי נאות: מחבר מסמך זה עומד בראש המכון לחקר המשפט העברי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, הר הצופים.

134 ראו למשל התיאור של Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law באתר המכון.

135 בהקשר זה הצעתו של ח"כ סלומינסקי (ראו להלן, בסעיף י) כוללת הצעה להקמת "מכון להנגשת המשפט העברי על ידי משרד המשפטים ולשכת עורכי הדין בישראל". יזומה זו להקמת מכון מחקרי בתחום המשפט העברי, שיוכל להעשיר כראוי את עבודתם של מחוקקים ושופטים, היא ראויה ומבורכת, אך אופני יישומה ראויים לביקורת. הצעה זו כרוכה בשני פגמים עיקריים. ראשית, באופן תמוה היא מתעלמת לגמרי מקיומם של מרכזי מחקר ותיקים הפועלים כבר עשרות שנים וצברו ניסיון, מיומנות ומוניטין רבים. שנית, לא ברור מה ההיגיון בהכללת לשכת עורכי הדין במפעל זה. הפיכת המשפט העברי לבן שיח פורה עבור המשפט הישראלי המודרני היא משימה מחקרית מורכבת הדורשת רקע אקדמי ותורני מן המעלה הראשונה. הפרופיל האינטלקטואלי הדרוש למשימה זו הוא של חוקרים הנמצאים בחזית המחקר המשפטי.

שינוי זה של חוק יסודות המשפט – ממודל של חובת ציות למשפט העברי למודל של חובת היוועצות בו – רצוי לא רק כשלעצמו, אלא בעיקר לאור הגדרתה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", כמופיע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק. כדי לאחד נקודה חשובה זו כדאי לעיין מזווית נוספת בשאלת מעמדו של המשפט העברי לאור הגדרה זו של מדינת ישראל בחוקי היסוד. כפי שראינו לעיל, המערכה השנייה במחלוקתם של אלון וברק התרחשה לאחר כעשור, מיד לאחר קבלת חוקי היסוד בשנת 1992, סביב השאלה אם הרכיב "מדינה יהודית" (בתוך הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית") משמעו "המשפט העברי".¹³⁶ אלא שכאן חלה תפנית מפתיעה בכתיבתו של ברק. אמנם, כפי שראינו לעיל, בשלב ראשון הוא טען כי "מדינה יהודית" אין משמעה מתן מעמד מיוחד למשפט העברי, אבל כעבור זמן מה נראה שהורה שהמשפט העברי הוא אחד ממוכניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כך למשל, אם ראינו לעיל את דברי ברק כי "אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי",¹³⁷ מעט אחר כך הוא גרס כי "מדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב [...] מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים".¹³⁸

136 ראו לעיל, ליד ה"ש 44.

137 לעיל ה"ש 48.

138 ברק פרשנות חוקתית 332 (תשנ"ד). ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 290 (2004):

ערכי היסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה. בהם באים לידי ביטוי היותנו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. ערכי יסוד אלה הם חלק מערכי היסוד של משפטנו. יושם נא אל לב: הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פניית חובה.

ראו גם אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9, 10 (2000); וכן לאחרונה אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בהגותו של מנחם אלון ז"ל" ספר אלון (אריה אדרעי ואח' עורכים, טרם פורסם). לסקירת השינויים שעברו על יחסו של ברק למשפט העברי ראו מאוטנר, משפט ותרבות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 111-115. מאוטנר מדגיש כי השינוי בעמדת ברק בא לידי ביטוי בשתי נקודות: ראשית, ברק הודה כי את מקורות היהדות יש ללמוד

מהו פשר שינוי זה בעמדת ברק? האם מדובר בשינוי ממשי או שמא ברטוריקה גרדא, בבחינת נדיבות של מנצחים? אם נודה על האמת, קשה לומר ששינוי רטורי זה סימל תפנית בפסיקתו של ברק. בשנים שבאו אחר כך לא נצפה שימוש מיוחד שלו בעמדת המשפט העברי. עם זאת, גם שינוי רטורי הוא בעל חשיבות, ותמורה מהותית זו בסגנון הכתיבה של ברק מבקשת פשר. ייתכן שהשינוי נעוץ בהבדל העקרוני בין מעמדו של המשפט העברי כפי שעוגן בחוק יסודות המשפט לבין מעמדו לאור נוסחת "מדינה יהודית ודמוקרטית" שבחוקי היסוד. בחוק יסודות המשפט מופיע המשפט העברי ("מורשת ישראל") כיסוד יחידני: במקרי לקונה, תהא הגדרתם אשר תהא, עמדת המשפט העברי היא הרלוונטית, ואותה חייב בית המשפט לאמץ (ככל שנפרש את החוק כמטיל חובת ציות).¹³⁹ חוק יסודות המשפט מקנה למשפט העברי תפקיד של משמיע מונולוג. ככזה, אפשר להבין את חששו של ברק מפני הבלעדיות המוענקת למשפט העברי – חשש הגורר תגובה לעומתית.¹⁴⁰ דומה שהלך רוח זה עמד בבסיס התגובה הראשונית והאינסטינקטיבית של ברק לפרשנותו של אלון בעניין מעמדו של המשפט העברי במסגרת הגדרת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אך משחלפו כמה שנים והיה אפשר להרהר קמעה בדבר, התברר שחוקי היסוד קובעים מתכונת איוון שונה. כאן היסוד היהודי הוא אחד משני יסודות המקיימים דיאלוג זה עם זה באמצעות וי"ו החיבור. המשפט העברי, ככל שהוא מובנה המשפטי של מדינת ישראל כמדינה יהודית, מוזמן לדרושי עם המסורת הדמוקרטית, בלא שיש בכורה מובנית לאחד על פני רעהו. הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" מציעה לפתור את הקונפליקט שבו אנו חיים באמצעות דיאלוג. ייתכן שעוגן משפטי שונה זה, שבמסגרתו המשפט העברי אינו גורם יחידני אלא חלק במערך דו-ערכי, הוא שאפשר לברק להפיג את חששותיו

מתוך המקורות היהודיים עצמם ולא דרך האופן שבו הם נקלטו במקורות הדמוקרטיים; שנית, ברק הודה כי את מבחן ההפשטה יש להחיל בשווה הן על היסוד הדמוקרטי הן על היסוד היהודי, ולא על זה האחרון לבדו.

139 במיוחד הדברים אמורים אם מפרשים את החוק כמטיל חובת ציות. ראו לעיל, ליד ה"ש 126.

140 החשש מן הכפייה שבחוק יסודות המשפט מצא ביטוי בדברי חשין, "מורשת ישראל", לעיל ה"ש 8, בעמ' 83: "עד כה בשלנו עשינו, מגששים דרכנו אט אט תוך פזילה לצרדין, והנה עתה מבקשים לכפות עלינו הר כגיגית וטיבו של הר לא ידענו. בלשון בני אדם: עד עתה נועצנו, לקחנו דבר, והנה עתה מבקשים לחייבנו ללכת בזה הדרך".

מפני ההגמוניה של המשפט העברי ולגבש כלפיו יחס מכיל הקרוב הרבה יותר לזה של גישת אלון.¹⁴¹

לפיכך התיקון לחוק יסודות המשפט שהוצע לעיל (חובת היועצות במקום חובת ציות) רצוי לא רק כשלעצמו, אלא הוא גם ראוי יותר לאור נוסחת האיזון שנקבעה בחוקי היסוד, שלפיה לרכיב היהודי יש תפקיד דיאלוגי, ולא מונולוגי, בעיצוב המשפט הישראלי.

המערכה השלישית בוויכוח על מעמדו של המשפט העברי בישראל עודה לפנינו, והיא צפויה להתעורר בהקשרה של הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.¹⁴² קשה לצפות אם חוק יסוד זה, שעורר פולמוסים עזים במגוון תחומים שאינם מענייניו של מסמך זה (כגון יחסי ציונות ודמוקרטיה, יהודים וערבים, דת ומדינה), אכן יתקבל לבסוף.¹⁴³ בין כך ובין אחרת, הצעת החוק משקפת הלך רוח משמעותי ככנסת ישראל ובחברה הישראלית בכלל. כאן בכוונתי להתמקד בסעיף 13 להצעת החוק, המבקש להסדיר מחדש את מקומו של המשפט העברי בתוך המשפט הישראלי:

13. המשפט העברי

(א) המשפט העברי ישמש מקור השראה למחוקקים ולשופטים בישראל.

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

141 דוגמה לפסק דין שניתן לאחר חוקי היסוד, המדגים את התפקיד הדיאלוגי שמקיים המשפט העברי מכוחו, היא ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (בעניין המתת חסד), שבמוקדו עומד החיפוש אחר "הסינתזה שבין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית". ראו גם ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338; בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאזמי, פ"ד מו(5) 72.

142 נוסח הצעת החוק מופיע באתר משרד המשפטים, בלשונית "עיגון חוקתי של זהות המדינה – הצעות חוק".

143 ראו למשל ניר קידר האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי? (2015).

כפי שאפשר לראות, ס"ק (ב) מעתיק כמעט במלואו את הנוסח שבחוק יסודות המשפט, אגב הבלעה של כמה שינויים משמעותיים;¹⁴⁴ ואולם החידושים העיקריים מופיעים בס"ק (א). ראשית, אם חוק יסודות המשפט קבע את זיקתו של המשפט הישראלי אל המשפט העברי בתחום השפטה, ס"ק (א) הנ"ל מרחיב זאת גם לתחום החקיקה – אף היא צריכה להיעשות בזיקה למשפט העברי. שנית, בס"ק (א) נקבע כי מכלול הפעולות שבהם שופטים מחוקקים יוצרים משפט – ולא במקרי לקונה בלבד – ייעשו בזיקה אל המשפט העברי. שלישית, ס"ק (א) אינו מורה על "הכרעה על פי" המשפט העברי, ואפילו לא על "הכרעה לאור" המשפט העברי, אלא הוא רואה במשפט העברי "מקור השראה". זהו נוסח רך, עגול, דיאלוגי. הוא אינו מכתיב תוצאה ידועה מראש של אימוץ עמדת המשפט העברי, שהרי אין מסקנה אחת ויחידה הנגזרת מן המשפט העברי כמקור השראה. המשמעות המעשית של היות המשפט העברי מקור השראה היא החובה לשקול בכובד ראש את עמדתו. הדגש ניתן לתהליך שבו מחוקקים ושופטים מונחים לשוות את המשפט העברי לנגד עיניהם ולשקול את עמדתו, ולא דווקא למבחן התוצאה – אם תיקלט לבסוף עמדת המשפט העברי או תידחה.¹⁴⁵

דומני כי שתי המגמות העיקריות שמציע חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי בהקשר של המשפט העברי – מחד גיסא חיזוק מעמדו במשפט הישראלי והרחבת תחולתו, ומאידך גיסא הצבת המשפט העברי כמקור השראה

144 שלושת השינויים שאפשר למצוא בהצעה זו בהשוואה לחוק יסודות המשפט הם: (1) ההסדר שנקבע בחוק יסודות המשפט מועלה מדרגה של חוק רגיל לדרגה של חוק יסוד; (2) המילה "מובהק" נוספה לרכיב ההיקש באופן שמרחיב את הגדרת הלקונה ואת כמות המקרים שבהם יש לפנות אל המשפט העברי. על פי הנוסח המוצע, אם אפשר לפתור את השאלה המשפטית בדרך של היקש רעוע, שאינו מובהק, עדיין תהא זו לקונה שיש להכריעה לאור המשפט העברי; (3) הכותרת מבהירה כי "מורשת ישראל" המוזכרת בגוף הסעיף היא-היא "המשפט העברי" – נושא שהיה שנוי במחלוקת בהקשר של חוק יסודות המשפט. ראו לעיל ה"ש 40.

145 ברוח פרשנות זו, ולאור ההצעה החלופית לחוק יסודות המשפט (לעיל, ליד ה"ש 130), ייתכן שכדאי להחליף את הנוסח "ישמש מקור השראה" בנוסח חד וברור יותר כגון "המשפט העברי יעמוד לנגד עיני/יובא בתוך מסכת שיקוליהם של מחוקקים ושופטים בישראל".

וכמקור להיוועצות שאינו כופה עצמו בכל סוגיה – הם שינויים רצויים העולים בקנה אחד עם האמור בחיבור זה.¹⁴⁶

ז. צעידת המשפט העברי אל העת החדשה

כאמור לעיל, המהלך לא יהיה שלם אם יסתכם בכינון מודל חדש של יחס המשפט הישראלי אל המשפט העברי. המשפט העברי עצמו חייב גם הוא לעבור תהליכי פיתוח שיהפכו אותו לבן שיח אטרקטיבי לחשיבה המשפטית המודרנית בכלל וזו הישראלית בפרט. מבחינות מסוימות, שעליהן אעמוד להלן, המשפט העברי עודנו חושב ומתנסח כשיטת משפט קדם-מודרנית¹⁴⁷ וטרם עשה את המעבר הנדרש לדרכי החשיבה והניתוח המאפיינות שיטת משפט של העת החדשה. תהליך זה של חשיבה מחדשת של המשפט העברי את עצמו נחוץ לא רק מבחינה טקטית, כדי שימצא מסילות ללבם של משפטנים מודרנים; בראש ובראשונה הוא נחוץ אסטרטגית למשפט העברי עצמו, שיוכל כך לכבוש פסגות חדשות שטרם התנסה בהן. בשורות הבאות אבקש לסרטט רישומי מכחול גסים, סכמטיים, של כמה מן התהליכים הנדרשים.

בראשית הדברים חשוב להדגיש כי השינויים והפיתוחים שיידונו אינם בהכרח תמורות בפסיקת הלכה (אף שבהחלט ייתכנו להם השלכות הלכתיות מעשיות). לא אעסוק בפולמוסים דוגמת תיקונים במעמד האישה, שינויים ביחס אל הנוכרי או בהשלכות ההלכתיות שראויות להיות לריבונות עצמית דמוקרטית של העם היהודי במדינת ישראל.¹⁴⁸ שינויים מעין אלו מעוררים דיונים מורכבים

146 ברם, יש להצטער על שרוב עניינו של המשפט העברי אל תוך המחלוקת הפוליטית הניטשת סביב סעיפים אחרים של חוק יסוד: הלאום. טוב היה למשפט העברי אם היה מצליח לשמור על עצמו חוץ לקלחת פוליטית זו, שכן חיזוק מעמדו בתוך המשפט הישראלי, אם ייעשה בדרך ובמידה הראויה, אינו צריך להיות נתון במחלוקת שבין ימין לבין שמאל ואפילו לא במחלוקת שבין דתיים לבין חילונים.

147 "פרא-אמנספיטורית" כלשונו של פריימן, "דיני ישראל", לעיל ה"ש 64, בעמ' 45.
148 למותר לציין (ולצערנו היום אולי זה לא מובן מאליו) כי תנאי הכרחי לשאיבת נורמות מן המשפט העברי היא הנכונות להחילן באופן אוניברסלי – כלומר אזרחי, על יהודים ולא יהודים כאחד – אף שבמקור הן חלו באופן פרטיקולרי. לדוגמה ראו את דברי הרב

של מסורת וסמכות ונוגעים בשאלות מי מוסמך לערוך שינויים הלכתיים, באילו תהליכים אפשר לחולל שינויים כאלה, ובהסתמך על אילו מקורות ושיקולים הדבר אפשרי. זאת ועוד: בעיניי, שאלות בנושא תמורות בפסיקת ההלכה, חשובות ומורכבות ככל שתהיינה, אינן המהמורות העיקריות בשאלת שילובו של המשפט העברי בשיח המודרני הנוהג. אילו אכן היה הקושי נעוץ בשאלות הלכתיות מעין אלו, היינו מצפים כי בסוגיות ניטרליות – שאינן קשורות למעמד האישה או ליחס אל הנוכרי (כגון שאלות משפטיות "מקצועיות" בתחומי דיני הקניין או החוזים) – יהיה המשפט העברי בר־שיח אטרקטיבי שטובי המשפטנים מבקשים להתכתב עמו. העובדה שלא זה המצב מלמדת שאת הבעיה – ולכן גם את הפתרון – יש לבקש במישורי חשיבה תשתיתיים יותר החובקים את המשפט העברי כולו, בכלל זה חלקיו "המקצועיים" הניטרליים. זוהי אפוא הזמנה של המשפט העברי לחשוב את עצמו מחדש בכלים ובמישורי הפשטה חדשים שבהם טרם התנסה. מאחר שתהליך זה אינו מעורר שאלות של סמכות הלכתית, אין מניעה שהוא יקודם על ידי חוקרים באקדמיה. אדרבה, מסיבות שיתוארו להלן, תהליך זה יכול יהיה להיעשות אך ורק בידי מי שחשופים למיטב הכתיבה המשפטית התאורטית בת־זמננו. הסתייעות בשאלות מושגיות הנדונות בתאוריות משפטיות מודרניות כדי לעורר מישורי דיון הלכתיים חדשים היא המפתח שבאמצעותו יכולה ספרות המשפט העברי לכבוש פסגות עיוניות חדשות.¹⁴⁹

באיזה מובן המשפט העברי עודנו שיטת משפט קדם־מודרנית? הלוא אין להכחיש כי פעילות המשפט העברי לא קפאה על שמריה במאה העשרים ואף היום היא אינה חדלה מלהתפתח. מדי יום ביומו ממשיכים פוסקי הלכה ודייני בתי הדין להוציא מתחת ידם חיבורים הלכתיים־משפטיים חדשים שאינם מגבילים את דיוניהם לסיטואציות שהיו ואינן עוד, בבחינת "שור שנגח את

הרצוג בעניין תחולת דיני אונאה בזמננו, תחוקה לישראל על פי התורה, חלק ג 278 (איתמר ורהפטיג עורך, תשמ"ט).

149 להבדיל מקריאה כפויה של תאוריות משפטיות מודרניות אל תוך עולם ההלכה, שזו ודאי תהיה הלבשה חיצונית ובגדר אנכרוניזם לא ראוי. על כך ראו בנימין פורת "הפילוסופיה של ההלכה: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179, 192 (תשע"ה).

הפרה" ו"שניים אוזזין בטלית", אלא גם דנים בשאלות של מסחר מקוון,¹⁵⁰ של דיני ביטוח,¹⁵¹ של זכויות יוצרים¹⁵² ושל זכות השביתה.¹⁵³ בתחומים מסוימים, כגון הלכה ורפואה, אפשר בהחלט לומר כי פוסקי ההלכה מתמודדים עם חזית החידושים הטכנולוגיים העדכניים ביותר. אלא שבעיניי, אמת המידה הרלוונטית להערכת המודרניות של המשפט העברי אינה סוג הסיטואציות שעמן הוא מתמודד, אלא דרכי החשיבה והניתוח המיושמים בעת ההתמודדות עם שאלות אלו. גם כשדנים בבעיית המסחר המקוון או במעמדו ההלכתי של תאגיד, אפשר לעשות זאת בכלים עתיקים-קלאסיים, שכל עניינם פרשנות של מקורות התלמוד והפוסקים ושיש בהם מעט מאוד ראייה מערכתית, חשיבה תאורטית ודיון בתכליות המשפטיות הרלוונטיות. מנגד, גם כשעוסקים בסוגיה קלאסית ועתיקה דוגמת "שור שנגח את הפרה", אפשר להתמודד עמה בכלי חשיבה אנליטיים-עיוניים מודרניים, השמים דגש על היבטים מערכתיים ותאורטיים ודנים בתכליות ובשיקולי המדיניות הנוגעים בדבר. לפיכך השאלה החשובה בהקשר זה אינה סוג הסיטואציות הנידונות אלא דרכי העיון והניתוח המופעלים בהקשרן.

מנקודת מבט זו, דרכי החשיבה והניתוח של בעלי ההלכה בזמננו אינן שונות במהותן מאלו שקדמו להן לפני מאות בשנים. אפשר לומר כי התמורות שאפיינו את החשיבה המשפטית הכללית עם המעבר לעת החדשה לא פקדו בדרך כלל את עולם החשיבה של פוסקי ההלכה ושל דייני בתי הדין. טלו פסק דין שכתב בית משפט ישראלי בן זמננו והשוו אותו לפסק דין שנכתב באנגליה במאה

150 ראו רון ש' קליינמן דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה 256 (2013).

151 לסיכום ראו למשל מנחם סליי הביטוח בהלכה: מחקר הלכתי-הסטורי על פי מקורות מתוך ספרות השאלות והתשובות ועוד (1980); יהודה פרומן "סוכן הביטוח בהלכה" כתר ח (תשע"א).

152 ראו הסיכום שהביא נחום רקובר זכויות היוצרים במקורות היהודיים (תשנ"א). ראו גם הרב עזרא בצרי "זכות יוצרים" תחומין ו 179 (תשמ"ה); הרב יעקב כהן ספר עמק המשפט כרך ד: דיני זכויות יוצרים (תשס"ג). וראו לאחרונה NEIL WEINSTOCK NETANEL, FROM MAIMONIDES TO MICROSOFT: THE JEWISH LAW OF COPYRIGHT SINCE THE BIRTH OF PRINT (2016)

153 ראו אורי סדן "דיני עבודה במדינת ישראל עפ"י ההלכה" כתר י 383 (תשע"ה).

השש עשרה ומיד תיווכחו בשינוי המהותי המאפיין את דרכי הניתוח ואת אופני ההצדקה המשפטיים. לעומת זאת, טלו תשובה של אחד מפוסקי זמננו, כגון של הרב יוסף שלום אלישיב או של הרב עובדיה יוסף, והשוו אותה לתשובה שכתב, למשל, הרמ"א במאה השש עשרה, ותמצאו כי כמעט דבר לא השתנה מבחינת המתודה של החשיבה ההלכתית. הדבר נכון גם לגבי פסקים תורניים הנכתבים בעברית צחה ובמבנה בהיר ומסודר, שהרי המאפיין הרלוונטי כאן אינו המבנה והניסוח של הדברים אלא דרכי העיון והניתוח שלהם. לדעתי, זהו הגורם בה"א הידיעה המקשה על האפשרות של דיאלוג אמיתי בין המשפטן המודרני לבין האוצרות הגנוזים בעולמו של המשפט העברי. כל עוד לא יפתח עצמו המשפט העברי למרחבי חשיבה משפטיים מודרניים אלה, כל עוד לא יעבור תהליך של חשיבה מחדש של מקורותיו ברמות הפשטה גבוהות יותר – ייגזר עליו להיות בקרן זוית של השיח המשפטי, ללא יכולת ממשית לדלות מאוצרותיו ולהטביע חותם בעל ערך.

בהקשר זה נחוצים כמה תהליכים שיאפשרו לערוך דיון במקורות ההלכה בכלי חשיבה מודרניים. שניים מתהליכים אלה – כינוס וחתימה ותרגום – כבר נדונו בהרחבה במאה השנים האחרונות ואף יושמו במידה מסוימת, ועל כן אביאם בקצרה בלבד. ארחיב את היריעה לגבי השלישי – חשיבה אנליטית ותאורטית – התהליך החשוב משלושתם, שאך מעט מאוד נעשה ממנו עד כה.

1. כינוס וחתימה

במשך אלפיים שנות יצירה צימח המשפט העברי יער עבות, סבוך ונפתל, של ספרים, פרשנים, משיגים, נושאי כלים ובעלי מחלוקות. המעיין בשאלה משפטית מסוימת ומבקש לדעת את עמדת המשפט העברי נאלץ להתמודד עם שפע בלתי נתפס של מקורות, פרי עבודתם של מאות ואלפי חכמי הלכה, הנפרשים על פני אלפיים שנות יצירה וריבוי מרכזים יהודיים על פני הגלובוס. סיכום ממצה של עמדת המשפט העברי בסוגיה פלונית הוא משימה קשה ומורכבת, ולמי שאינו מורגל מילדותו בספרי הפוסקים הוא בגדר הבלתי אפשרי. זהו עושר שעלול להיות שמור לבעליו לרעתו.

קושי זה אינו ייחודי לזמננו. בימי הביניים נעשו בעולם ההלכה כמה ניסיונות לסידור וארגון, בעיקר בדמות ספרי הקודיפיקציה המפורסמים דוגמת משנה תורה לרמב"ם, ארבעה טורים לר' יעקב בן אשר ושולחן ערוך לר' יוסף

קארו. ברם צבא המפרשים, נושאי הכלים, המשיגים והמשיבים שקמו לכל אחת מיצירות אלו הפך אותן שוב לים שאין לו סוף.

כדי להתגבר על קושי זה נחוץ מפעל שעניינו איסוף, מיון וארגון של העושר ההלכתי, בשפה ברורה ונהירה, למען ירוץ בו הקורא המודרני, ואף מי שאינו מכיר בלישנא דרבנן יוכל במאמץ סביר לקבל תמונה כללית, מבט רוחב, על גישתו של המשפט העברי בנושאים מוגדרים ובשאלות ממוקדות.¹⁵⁴ מפעל זה תכליתו "סידור שיש עמו בנין", כלשונו של ביאליק בהקשר קרוב, עד ש"שברי אבנים יצטרפו על ידי סדור כזה לנדבכים, נדבכים – לכתלים, וכתלים – לבירה שלמה, בירה, שכל הנכנס לתוכה מוצא כל דבר ערוך ומתוקן במקומו, ענין ענין שלם במדור מיוחד לו".¹⁵⁵

2. תרגום

בד בבד עם מפעל הכינוס והחתימה דרוש מפעל משלים שענינו התמודדות עם הפער בין שפתו של המשפט העברי, הנסיבות שאליהן הוא מתייחס והמונחים שבהם הוא משתמש לבין השפה, הנסיבות והמונחים המאפיינים את עולמו של המשפטן המודרני. זהו מפעל שתכליתו לתרגם את המשפט העברי "ללשונו המדוברת ולהתאימו לתוך מסגרת מדע המשפט, היורספרודנציה, אשר על פיה חי כל העולם הנאור כיום".¹⁵⁶ ראשיתה של מלאכת תרגום זו היא ברובד הלשוני של שפת המשפט העברי ותרגום מונחיו, אבל המשכה ברבדים תוכניים ומהותיים יותר, כלומר: נטילת דוקטרינות שנוצרו בסביבה קהילתית, קדם-טכנולוגית וחסרת ריבונות עצמית, ובחינתן מחדש בתוך הקשר מדינתי, ריבוני ומודרני.

לא מעט פוסקים וחוקרים כבר עמסו על גבם את מילוי שתי המשימות הללו, במידה מסוימת של הצלחה. נעשו ניסיונות רבים ליצור חיבורים שענינם "כינוס

154 השוו לדברי הרב הרצוג: "צו השעה חזק עלינו להכין מעין 'ערוך השלחן' בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים. וזה אני מרשה לעצמי להגיד, הוא צורך הכרחי גם לבתי הדין הרבניים". הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג "על משפט התורה בישראל" תחוקה לישראל על פי התורה א 210, 213 (איתמר ורהפטיג עורך, תשמ"ט).

155 דברים אלה נכתבו על ידי ביאליק בהקשר של ספרות האגדה. חיים נחמן ביאליק "לכינוס של האגדה" כל כתבי ח"נ ביאליק רכ (תש"ך).

156 כהן, "דאגה ליום מחר", לעיל ה"ש 68, בעמ' 22.

וחתימה" של ספרות המשפט העברי.¹⁵⁷ המפורסמים והשפתניים שבהם הם "האנציקלופדיה התלמודית",¹⁵⁸ "הלכה ברורה ובירור הלכה",¹⁵⁹ ומפתוח ספרות השו"ת שנערך במכון לחקר המשפט העברי.¹⁶⁰ יש כמובן חיבורים נוספים שזה עניינם; מקצתם נכתבו בידי רבנים¹⁶¹ ומקצתם בידי חוקרים.¹⁶² בהיקף לא מבוטל נעשתה גם מלאכת תרגום לשפה, למינוח ולנסיבות המודרניים. דוגמאות לכמה מפעלים מרכזיים כאלה, כל אחד על פי דרכו, הם התלמוד המבואר בעריכת הרב עדין אבן-ישראל (שטיינזלץ), סדרת ספרי חוק לישראל בעריכת נחום רקובר, סדרת כרכי "תחומין: תורה, חברה ומדינה" וסדרת כרכי "כתר: מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה". עם זאת, אנו עדיין רחוקים מלומר שהמלאכה נשלמה, והפרוץ עדיין מרובה על העומד.

3. חשיבה אנליטית-תאורטית

אך גם אם נניח כי מלאכות הכינוס, החתימה והתרגום היו מתמלאות בצורה שלמה ומיטבית – כלומר: שמקורות המשפט העברי היו ממוינים, מסוכמים

157 גם שיטות משפט אחרות התמודדו עם אתגרים דומים. ראו למשל מפעל כרכי RESTATEMENTS OF THE LAW שהחלו לצאת לאור בעשורים הראשונים של המאה העשרים על ידי המכון האמריקני למשפט (American Law Institute).

158 עד עתה התפרסמו 36 כרכים הכוללים כשני שלישים מהערכים המתוכננים.

159 עד עתה הופיעו 25 כרכים מתוך 36 מתוכננים. על שני מפעלים אלה ראו גם הראי"ה קוק "הרצאת הרב" (משנת תרפ"א), שנדפסה בתוך ספרו אורות התורה (תשמ"ה).

160 שישה כרכים, המחולקים למפתחות משפטיים, היסטוריים ולמפתח מקורות, ומתייחסים לספרות השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה ושל חכמי אשכנז, צרפת ואיטליה. מפעלים ביבליוגרפיים ישנים יותר הם פרויקט המפתוח שערי המשפט העברי (על כך ראו פלטיאל דיקשטיין "שערי המשפט העברי" המשפט העברי א' 122 |התרע"ח); שמואל איזנשטדט עין משפט: ספר שמוש ביבליוגרפי לספרות המשפט העברי (תרצ"א).

161 דוגמת הלכה פסוקה עם בירור הלכה (חמישה כרכים, תשכ"ב-תשס"ב); הרב עזרא בצרי דיני ממונות (ארבעה כרכים, תשל"ד-תשמ"ב); הרב יעקב ישעיה בלוי ספר פתחי חושן (שמונה כרכים, תשמ"ו-תשנ"ו).

162 לדוגמה, אשר גולאק יסודי המשפט העברי: סדר דיני ממונות בישראל על פי מקורות התלמוד והפוסקים (ארבעה כרכים, תשכ"ז); RABBI ISAAC HERZOG, THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW (2 v., 2nd ed., 1965-1967)

ומונגשים כראוי – דומה כי עדיין העיקר חסר היה מן הספר. אין במלאכות אלה כדי למצות כראוי את התהליך הנדרש של צעידתו של המשפט העברי אל העת החדשה והפיכתו לכן שיח אטרקטיבי למשפט המודרני. המלאכות הנזכרות לעיל אינן אלא הקדמות, גם אם חשובות ונחוצות, לאתגר המהותי העיקרי שעניינו חשיבה מחדש של מקורות ההלכה על פי דרכי החשיבה והניתוח המשפטיות המודרניות בנות זמננו.

אכן, "רוח 'המדע' המשפטי זרה היא למשפטנו", זיהה נכונה חיים כהן, "אין בו ובטרמינולוגיה שלו דיסציפלינה הגיונית, קביעות עקבית, מושגים צרופים – כל אותם המכשירים החיוניים שבלעדיהם לא תוכל שטה משפטית להבנות".¹⁶³ וכל כך למה? משום שדרכי החשיבה ההלכתית חסרות כמה מאפיינים שהם מהותיים לחשיבה המשפטית המוכרת לנו היום: ראייה מערכתית, תאוריה משפטית ושיקולי מדיניות.

(א) ראייה מערכתית

על פי רוב, כתיבתם של פוסקי ההלכה היא נקודתית, נותנת דעתה לשאלה הקונקרטית וכמעט מתעלמת מתפיסה כוללנית של הענף המשפטי הרלוונטי. המעיין, למשל, בדיני השומרים שבמשפט העברי ימצא דיונים מפורטים לפרטי פרטים לגבי דינו של שומר שמסר לשומר וכן שומר חינם שקיבל על עצמו אחריות כשל שומר שכר, אבל הוא יתקשה למצוא דיונים מרוכזים ומסודרים בעניין עקרוני היסוד של דיני השומרים. תכונה זו קשורה כמובן באופי הקזואיסטי שיש לחלק גדול מיצירות המשפט העברי, שדיוניהן מבוססים על מקרים ולא על דינים. ברם גם יצירות משפטיות קודיפיקטיביות, דוגמת משנה תורה לרמב"ם, שניסו להשתחרר במידה מסוימת מהאופי הקזואיסטי של הכתיבה ההלכתית,¹⁶⁴ אינם מציעים ראייה מערכתית של עקרונות היסוד של הענפים המשפטיים הרלוונטיים.

(ב) תאוריה משפטית

מאפיין שני הוא התעלמות כמעט מלאה של הדיונים ההלכתיים מהרציונלים הפנימיים שיוכלו להצדיק את הדוקטרינות המשפטיות ומהתאוריות שבבסיסן.

163 כהן, "דאגה ליום מחר", לעיל ה"ש 68, בעמ' 22.

164 ראו אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1001.

ככלל, פוסק המחדש הלכה מסוימת ורוצה להצדיקה יעשה זאת באמצעות דיון בשאלה כיצד יתפרשו מקורות התלמוד והפוסקים. מעט מאוד ייאמר – ואף זאת בצורה מקוטעת ולא שיטתית – על ההצדקות הפנימיות שיש להלכה שהוא רוצה לחדש, כלומר: לאופן שבו היא תגשים בצורה המיטבית את תכליות הדין. כמו כן כמעט לא ייאמר דבר לגבי התפיסות התאורטיות שתוכלנה להגדיר כראוי תכליות אלה. כך לדוגמה, פוסקים שידונו בשאלת ההחלה של דיני אונאת מחיר על מסחר בניירות ערך,¹⁶⁵ יבססו את דיוניהם על השאלה מהי הפרשנות הנכונה לסוגיות אונאה במסכת בבא מציעא ובהלכות מכירה לרמב"ם, וכיצד פרשנות זו משליכה על השאלה שלפניהם – אך הם כמעט לא ידונו, לכל הפחות לא במפורש, בשאלה מה היא תאוריית (או תאוריות) הצדק החוזי העולה מתוך מקורות ההלכה, במה היא דומה לתאוריות צדק חוזי אחרות בנות זמננו או נבדלת מהן, וכיצד תאוריות אלו ראויות להשפיע על ההכרעה במקרים העומדים לדיון.¹⁶⁶ הוא הדין בענפים משפטיים נוספים. מי שינסה לעיין במשפט העברי ולאחר בו, למשל, את ההגדרות של תכלית דיני הנזיקין או את הגדרת מושג הבעלות, צפוי להתאכזב.¹⁶⁷ ספרות המשפט העברי כוללת מעט מאוד, אם בכלל, דיון מסודר ומרוכז בנושאים שבספרות המשפטית הכללית הם נקודת הפתיחה לדיון כולו דוגמת "מטרות דיני הנזיקין",¹⁶⁸ "הבסיס העיוני לקניין

165 דיני אונאת מחיר במשפט העברי קובעים את הסעדים שיינתנו למתאנה בגין מחיר לא הוגן בחוזה.

166 על כך ראו למשל בנימין פורת "דין הונאת מחיר: יסודותיו, עקרונותיו וערכיו" כתר ד 292 (התשס"ד).

167 ראו למשל הערתו של הרב הרצוג בדבר היעדר דיון מסודר במשפט העברי במושג הבעלות (Isaac Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law* 71 Vol 1 [1980]).

What is ownership? is a question which is nowhere directly and abstractly put in any of the writings which are included under the description of sources of Jewish law, early or late, and one will therefore search in vain in the mass of Jewish legal writings of recognized authority for a definition of ownership. Jewish jurisprudence was too pragmatic and concrete in tendency to occupy itself with the definition of legal terms without immediate reference to a practical point.

168 ישראל גלעד דיני נזיקין: גבולות האחריות כרך א 51 (תשע"ב).

הפרטיי",¹⁶⁹ "עקרונות דיני העונשין"¹⁷⁰ או "מטרות ההליך האזרחי".¹⁷¹ דרך החשיבה של הצדקות המבוססות על פרשנות של מקורות (להבדיל מהצדקות המבוססות על טעמים ותאוריות) אופיינית למשפט העברי, המעניק סמכות רבה מאוד למקורותיו הקדומים.¹⁷² דרך חשיבה זו שונה מאוד מהדיונים המשפטיים המודרניים בני זמננו, שבהם הדיון ברציונל המשפטי של הנורמה, *ratio legis*, הוא לב לבו של הטיעון המשפטי (ואילו הדיון בפרשנות של לשון החוק או של הפסיקה היא רק שלב אחד מני רבים, לאו דווקא החשוב שבהם).¹⁷³

(ג) שיקולי מדיניות

גם בהקשר זה בולט היעדרו של דיון מפורש ומרוכז בשיקולי המדיניות (public policy) המנחים את בעלי ההלכה.¹⁷⁴ עדיין אין בנמצא דיון מסודר באשר למקום שהמשפט העברי מעניק, למשל, לשיקולי הרתעה ולהכוונת התנהגות, לשיקולי יעילות כלכלית ולשיקולי צדק חלוקתי, לשיקולים מוסדיים בדבר תפקודה של מערכת המשפט וביצור מעמדה. הסיבה לכך היא לא ששיקולים מעין אלה אינם

169 יהושע ויסמן דיני קניין: חלק כללי 16 (תשנ"ג).

170 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 1 (תשמ"ד).

171 יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 31 (תשע"ה).

172 ספרות טעמי המצוות, העוסקת לכאורה בשאלת הטעמים והתאוריות של מגוון דינים, הגבילה את עצמה לרברים הכלליים והראשוניים בלבד של הדין. היא לא התפתחה במידה שתאפשר לה לשמש בסיס תאורטי עבור פרטי הדינים במלוא עושרם, פירוטם וסיעופם, כפי שאלה התפתחו בספרות התלמודית והבתר-תלמודית. ראו יצחק היימן טעמי המצוות בספרות ישראל (מהדורה שישית מתוקנת בתוספת מקורות, 1993).

173 על כך ראו למשל Fredrick Schauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 95 MICH. L. REV. 847 (1987) Hanoach Dagan & Roy Kreitner, *The Character of Legal Theory*, RECONSTRUCTING AMERICAN LEGAL REALISM & RETHINKING PRIVATE LAW THEORY (Hanoach Dagan ed., 2013). לדיון נרחב במובנים הכלולים בתחום הפילוסופיה של המשפט ראו דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים ד 17 (2008).

174 הדיון במרכזיותם של שיקולי המדיניות במשפט הושפע במידה רבה מן המאמר הנודע Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARVARD LAW REVIEW 457 (1897–1898).

עולים תדיר על שולחנם של הפוסקים,¹⁷⁵ אלא שבדרך כלל הם נדונים בצורה אגבית ונקודתית וטרם זכו לדיון מקיף ושיטתי.¹⁷⁶

היעדרם של שלושה מאפיינים אלה אחראי ליצירת המצב שבו המשפט העברי מצטיין בניתוח פרטני של כל עץ ועץ, אך מתקשה לספק תמונה בהירה וכוללת של היער כולו. לעומת זאת, הכתיבה המשפטית המודרנית חותרת לספק תמונה מקיפה וקוהרנטית של ענפי משפט שלמים, מתוך מתן דגש מיוחד לתאוריות כוללניות ותשומת לב מיוחדת לשיקולי המדיניות הרלוונטיים. אכן, אנו רואים היום את המשפט לא כאוסף של פתרונות נקודתיים אלא כמערכת כוללת המקדמת ערכים ומעניקה ביטוי לשיקולי מדיניות רחבים; מערכת שבהסדריה הפרטניים משקפת תפיסות עולם רחבות. דיון משפטי שנותר בקליפה החיצונית, הדוקטרינרית והיישומית, שמסקנתו היחידה היא חייב או פטור, מותר או אסור – עלול להחמיץ את השאלות הגדולות והרחבות המסתתרות בין קפלי המשפט. מבחינה זו, ככל שהדיון ההלכתי מתמצה בקצה המעשי והיישומי של הדילמה – ולחלופין, ככל שהוא כובל את עצמו לשאלת הפרשנות של המקורות הקדומים – הרי הוא נעדר התייחסות לשאלות הרחבות והערכיות שהמשפט המודרני מבקש. הראייה קוק הפליא לתאר את תחושת המחנק, "עינוי גדול" כלשונו, המלווה את האדם המודרני, האמון על חשיבה מופשטת, כשהוא נכנס "אל תוך הקצובות ההלכותיות, שהן שחורות כעורב".¹⁷⁷

175 הללו מכונים לעתים "מטה־הלכה". ראו אליעזר גולדמן מחקרים ועיונים: הגות יהודית בעבר ובהווה 13 (דני סטטמן ואבי שגיא עורכים, התשנ"ז); אליעזר גולדמן "יסודות מטה־הלכתיים להכרעה ההלכתית" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה 259 (אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק עורכים, 2008); נעם זהר "פיתוח תאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של ההלכה" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה 43; אביעד הכהן "שיקולים מטה הלכתיים בפסיקת ההלכה: מתווה ראשוני" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה 279; אבינועם רוזנק "מטה־הלכה, פילוסופיה של ההלכה ויוסף שוואב" הלכה, מטה־הלכה ופילוסופיה 17 (אבינועם רוזנק עורך, 2011).

176 להוציא, אולי, דיונים כלליים בלבד אצל חלק מהפילוסופים של ההלכה דוגמת הרמב"ם בחלק ג של מורה נבוכים.

177 אורות הקודש, חלק א, עמ' כח. ברוח זו באות קריאותיו הגדולות של הראייה לאיחוד הנגלה והנסתר, לאיחוד ההלכה והאגדה ולאיחוד הכללות והפרטות (שם, בעמ' כא ואילך).

למעשה, ההכרה בנחיצותו של ניתוח אנליטי מופשט של ההלכה אינה רק פרי העיון המשפטי-אקדמי החוץ-הלכתי; תולדות הלמדנות היהודית בעת החדשה מלמדות אותנו על הכרה ישיבתית פנים-בית-מדרשית באתגרים אלה ועל ניסיונות להתמודד עמם, לכל הפחות עם חלקם. במאה התשע עשרה ובראשית המאה העשרים התפתחה במזרח אירופה הלמדנות החדשה (בעיקר בישיבות ליטא, ובמידה מסוימת גם בגליציה ובמזרח פולין), שהציעה דרך חשיבה חדשה, אנליטית, של הסוגיות ההלכתיות.¹⁷⁸ למדנות מודרנית זו, שבמוקדה ה"חקירה" של הדין, ודאי הייתה תגובה לרוח הזמן של השכלה, רציונליות וחשיבה מדעית מופשטת, והיא אכן כבשה את לבם של אלפי לומדים צעירים. הלמדנות הליטאית השכילה לפתח ניתוח אנליטי מופשט של יסודות הסוגיה התלמודית ולהביא אותו לפסגות שלא היו מוכרות בתקופות קודמות. למדנות זו שאפה לחדור אל מבעד למאפיינים הקזואליסטיים של הסוגיה ולחרוג אל מעבר לשאלות הטקסטואליות, וברוך זו להמשיג את המהויות המופשטות של ההלכה. לא זה המקום לנתח בפרוטרוט את המגמות ותתי-המגמות של ספרות למדנית זו, ולכן

178 על כך ראו למשל נח (נורמן) סלומון "חילוק וחקירה: עיון בשיטת הלימוד הליטאית בישיבות" מדור דור: הגות, בעיות, תגובות 9 (זאב קוטהולד ומ' חובב עורכים, תשל"ט); ישיבות ליטא: פרקי זכרונות עמנואל אטקס ושלמה טיקוצ'ינסקי (עורכים) (תשס"ד); שאול שטמפפר הישיבה הליטאית בהתהוותה (מהדורה מורחבת ומתוקנת, תשס"ה); שמעון גרשון רוזנברג (שג"ר) בתורתו יהגה: לימוד גמרא כבקשת אלוקים 46 (תשס"ט); Norman Solomon, *Hilluk and Hakira: a Study in the Method of the Lithuanian Halakhists*, IV DINE ISRAEL 95 (LXIX, 1973); YOSEF BLAU (ED.), *THE CONCEPTUAL APPROACH TO JEWISH LEARNING* (1999); Chaim Saiman, *Legal Theology: The Turn to Conceptualism in Nineteenth-Century Jewish Law* 21 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 39 (2005). למדנות חדשה זו לא נולדה יש מאין אלא התבססה על פיתוחים מוקדמים יותר של יסודות למדניים. ראו למשל ישראל תא-שמע "הגרא ובעל שאגת אריה", ה'פני יהושע' וספר 'ציון לנפש חיה': לתולדותיהם של הזרמים החדשים בספרות הרבנית ערב תנועת ההשכלה" סידרא טו 181 (תשנ"ט). ראו גם חיים הלל בן ששון "ליטא מבנה וזרמים בתרבותה" רצף ותמורה: עיונים בתולדות ישראל בימי הביניים ובעת החדשה 258, 266 (יוסף הקר עורך, תשמ"ד).

אסתפק בציון כמה אבני דרך מרכזיות שהן בבחינת פרטים הבאים ללמד על הכלל כולו.¹⁷⁹

באור זה יש לראות, למשל, את חיבורו של ר' יוסף באב"ד (1801-1874), גליציה) "מנחת חינוך". מגמתו של חיבור מפולפל זה היא ניסיון שיטתי לבחינה מחדש של עולם ההלכה מנקודת מבט מערכתית-משפטית. ר' יוסף באב"ד נטל דינים מוכרים, העמידם לפני סדרת שאלות שמטרתן אנליזה של הדין,¹⁸⁰ ובדרך זו סיווג את הדינים לקטגוריות יסוד כלליות, כגון מצוות קיומיות אל מול מצוות חיוביות, מצוות מבוססות מעשה אל מול מצוות מבוססות תוצאה וחייבים מתמשכים אל מול חיובים מתחדשים.¹⁸¹ מאמץ אנליטי שונה בא לידי ביטוי ביצירתו של ר' חיים הלוי סולובייצ'יק מבריסק (1853-1918, וולוז'ין). באמצעות אנליזה קפדנית הצליח ר' חיים מבריסק לזקק מתוך הסוגיות התלמודיות את המושגים המופשטים, המעין-מתמטיים, המסתתרים בבסיס הדיונים ההלכתיים, דוגמת "שני דינים", "גברא וחפצא", "סיבה וסימן",¹⁸² ובדרך זו להגדיר מחדש את ה"חלות" של הדין.¹⁸³ ניתוח אנליטי מסוג שלישי הוא זה של ר' שמעון יהודה הכהן שקופ (1859-1939, טלז, גרודנה), ששם לעצמו למטרה לחשוף את הרציונלים של הדין ואת התאוריה שתוכל להצדיקו בצורה המיטבית – ובלשונו: "תורת המשפטים".¹⁸⁴ בהקשר זה בולט ההבדל בין מפעלו של ר' חיים מבריסק,

179 יש למדנים נוספים בני התקופה שאמנם אינם מליטא אך גם בני הלמדנות של העת החדשה: ר' יוסף ענגיל, ר' יוסף רוזין (הרוגוצ'ובר), ר' אברהם בורנשטיין מסוכטשוב, ר' יהודה אריה ליב אלתר מגור ועוד.

180 המפורסמת שבהן, החוזרת פעם אחר פעם בחיבורו, היא השאלה כיצד חל הדין הנדון על מי שחציו עבר וחציו בן חורין.

181 על כך ראו מיכל טיקוצ'ינסקי יסודות השיטה הלמדנית בספר "מנחת חינוך" בעיקר 128 ואילך (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ד).

182 ראו בהקשר זה הרב משה אביגדור עמיאל ספר המדות לחקר ההלכה (תרצ"ט-תש"ב).

183 כגון חלות אשת איש, חלות הבעלות וכדומה.

184 לניתוח מקיף של שיטתו ראו שי עקביא וזונר חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ה). עבודתו של וזונר ראתה אור לאחרונה באותה כותרת (תשע"ו).

שחתר להגדיר את המושגים ההלכתיים המופשטים, לכין מפעלו של ר' שמעון שקופ, ששאף לעמוד על התאוריה שתוכל להצדיקם.¹⁸⁵ ואולם למדנות ליטאית זו, חשובה ויצירתית ככל שהייתה, לא הציבה גשרים ממשיים בין החשיבה ההלכתית לבין החשיבה הפילוסופית-משפטית המודרנית. היא הצליחה להלהיב את לומדי התורה ולהשאירם בתוך כותלי בית המדרש לכל ינהו אחר רוחות ההשכלה המנשבות בחוץ,¹⁸⁶ אבל לא עלה בידה לייצא את בית המדרש החוצה כך שיוכל להשתתף בעיצוב הדיונים המעסיקים את הציבור הרחב. הטעם לכך ברור: הלמדנות הליטאית אמנם חתרה לחשוב מחדש את ההלכה במונחים אנליטיים-מופשטים, אבל היא עשתה זאת בתוך מסגרת סגורה של דיון פנים-הלכתי, שמתוך חשש של השפעה זרה אינו מקיים כל שיג ושיח עם ספרות פילוסופית או משפטית חיצונית. אמנם הלמדנות הליטאית נוצרה בתגובה לאתגר ההשכלה המודרנית, אך היא נענתה לאתגר זה מתוך פיתוח פנימי של מושגי ההלכה עצמם וללא שימוש במיטב הספרות הפילוסופית והמשפטית בת הזמן. כך קרה שלמרות הישגיה המרשימים והמפוארים, בסופו של יום הלמדנות הליטאית משוחחת בעיקר עם עצמה ואינה בת שיח של ממש עם העולם המודרני הסובב אותה.¹⁸⁷

185 בהקשר זה ידועים דברי ר' חיים מבריסק: "מ'דארף וויסען ועס ס'שטייט, פארוואס – ניט" [אדם צריך לדעת מה כתוב, למה – לא (צריך לדעת)]. מצוטט אצל וזנר, שם, בעמ' 65, וראו שם למקורות נוספים. ראו גם אליקים קרומביין "מר' חיים מבריסק והגרי"ד סולובייצ'יק ועד 'שיעורי הרב אהרן ליכטשנטיין': על גלגוליה של מסורת לימוד "נטועים ט 51-93 (תשס"ב). מנגד ראו את שיטתו של ר' שמעון שקופ, "שעיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים על פי התורה אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו", שערי יושר, שער ג, פרק ג. ראו גם רמב"ן, ספר הזכות לגיטין, עו ע"א (לח ע"א בדפי הרי"ף): "שדיני ממונות אין לתלותן בגזירות הכתוב, אלא דברים שהדעת נוטה לדין הם" (השוו הקדמת הרמב"ן לספר מלחמות ה'). וראו גם וזנר, לעיל ה"ש 184, בעמ' 45.

186 מעיין יצירה זה אינו פוסק, וגם בזמננו נכתבים פרקים נוספים במסורת זו, איש-איש על פי רכבו. דוגמאות לכך הם חיבוריהם של הרב אהרן ליכטשנטיין (בדגש על למדנות מושגית) ושל הרב אשר וייס (בדגש על חשיבה מערכתית).

187 כפי שהסביר הרב שג"ר (בתורתו יהגה, לעיל ה"ש 178, בעמ' 73), סגירות זו של הדיון האנליטי-מושגי היא מכוונת ונועדה לקיים את מוחלטותן ועצמיותן של הקטגוריות ההלכתיות.

לפיכך, כדי להגשים את שילובו בשיח המשפטי המודרני, הכרחי שהמשפט העברי יתחיל לחשוב את עצמו מחדש מתוך שיג ושיח ער ומודע עם ספרות התאוריה של המשפט. חשיבה זו צריכה להיעשות לא רק בתחום הנקרא "תורת המשפט" – כלומר, השאלות הכלליות והמופשטות באשר למושגי המשפט כשלעצמם (נורמה, סמכות, שיפוט, חקיקה, זכות, חובה, טעות, פרשנות וכדומה) – אלא גם בתחומי התאוריות של ענפי משפט ספציפיים כגון תורת החוזה, מושג הנזק ומהות הבעלות.¹⁸⁸ כאמור לעיל, אין הכוונה לקריאה אנכרוניסטית של עמדות זרות בנות זמננו אל תוך המשפט העברי והלבשה חיצונית של תאוריות לא לו; הכוונה היא להציב לפני המשפט העברי שאלות חדשות במישורי הפשטה גבוהים יותר. לשון אחר: זהו התהליך שתשובותיו אינן כתובות מראש ואי-אפשר לצפות את תוצאותיו.¹⁸⁹ רק בדרך זו אפשר יהיה לפתח את דרכי העיון והניתוח של המשפט העברי כך שיציעו משנה סדורה הכוללת ראייה מערכתית, תאוריה משפטית ושיקולי מדיניות. כך, ורק כך, יוכל המשפט העברי להשתלב בתוך שיח משפטי מודרני, לתרום ולהיתרם.

התוצר המקווה של מהלך אינטלקטואלי זה ראוי שיהיה העמדה של סדרת ספרים, המוקדשים כל אחד לענף משפטי נפרד, שבהתבסס על מקורות ההלכה הקלאסיים יעמדו על עקרונות היסוד של המשפט העברי באותו ענף משפטי, על התאוריה (או התאוריות) שבבסיסו ועל שיקולי המדיניות הרלוונטיים (כל זאת מתוך רגישות לתהליכי ההתפתחות ההיסטוריים הקשורים באותו תחום).¹⁹⁰ ענפי

188 להבחנה זו, ולפער בין הספרות הרבה שנכתבה בתחום תורת המשפט מנקודת המבט של המשפט העברי לבין מיעוט הספרות שנכתבה בתחום התאוריות של ענפי משפט מנקודת המשפט העברי, ראו פורת, "הפילוסופיה של ההלכה", לעיל ה"ש 149, בעמ' 196.

189 כמו כן צריכה להינתן רגישות לממד ההתפתחות ההיסטורית. אין להניח מראש קיומם של עקרונות יסוד אחרים לאורך זמן או של רציונלים יציבים, אלא יש לשקול את האפשרות של תמורות הפוקדות עקרונות ורציונלים אלה בתוך המשפט העברי גופו. על כך ועל היבטים מתודולוגיים נוספים ראו בהרחבה פורת "הפילוסופיה של ההלכה", לעיל ה"ש 149.

190 בכך אין כדי לגרוע מחשיבותם של מחקרים שכבר פסעו בנתיב זה; להפך: הצעה זו מבקשת להרחיב מגמה זו וליישמה בצורה שיטתית, מקיפה ומעמיקה על המגוון

משפט אלה יהיו התחומים חוזים, קניין, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט, דיני עבודה, דיני עונשין,¹⁹¹ משפט מינהלי, מסים, משפט חוקתי, סדר דין אזרחי, סדר דין פלילי, דיני ראיות וכן תורת המשפט.¹⁹²

התפתחות זו, שהיא בראש ובראשונה מבורכת וחשובה כשלעצמה, יכולה גם להניח את הנדבכים הדרושים לבניית גשר איתן בין המשפט העברי לבין החשיבה המשפטית הכללית בת זמננו ולעריכת דיאלוג ער ופורה ביניהם.

יהיו ודאי מי שיטענו כי טוב לו למשפט העברי שיישאר בצורתו הקלאסית, עגלה רתומה לסוסים,¹⁹³ ולא ינסה לחקות אחרים ולהיהפך למה שאינו. דעתי אינה כזאת. לו טענה זו הייתה קונה לה אחיזה, כפי הנראה גם לא היינו זוכים לפסגות אחרות שאליהן הגיע המשפט העברי במהלך תולדותיו, כגון משנה תורה

הרחב של ענפי המשפט, מתוך התדיינות עם מיטב הכתיבה בתחום התאוריות של ענפי המשפט. לדוגמאות בכיוון זה ראו למשל חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 165 (מנחם מאוטנר ודניאל גוטוויין עורכים, 1999); אהרן אנקר עיקרים **במשפט הפלילי העברי** (2007); Benjamin Shmueli & Yuval Sinai, *Calabresi's and Maimonides's Tort Law Theories: A Comparative Analysis and a Preliminary Sketch of a Modern Model of Differential Pluralistic Tort Liability Based on the Two Theories*, 26 YALE J.L. & HUMAN. 59 (2014); Benjamin Porat, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions*, 64 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 147 (2016). במובן מסוים גם ספרו החלוצי של הרב הרצוג (HERZOG), **לעיל הערה ה"ש** (162) ראוי להיות מסווג בקטגוריה זו. למעשה זה גם הרציונל שביקש להגשים שלום אלבק בסדרת ספריו: **פשר דיני הנזיקין בתלמוד** (1965); **דיני הממונות בתלמוד** (1976); **הראיות בדיני התלמוד** (1987); **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** (1994); **יסודות העבירה בדיני התלמוד** (1997). לביקורת על כתיבתו ראו אנגלרד, **לעיל ה"ש** 1, בעמ' 56; למענה ראו ברוך שיבר "שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי" **משפטים** ח 91 (תשל"ז).

191 למותר לציין כי דיני עונשין וסדר דין פלילי הם תחומים בעלי אופי שונה, שכן מרבית חייו של המשפט העברי הם לא היו תחומים פעילים בבתי הדין ועיקר פיתוחם היה תאורטי והתקיים בין כותלי בית המדרש. על כך ראו **לעיל**, ה"ש 127.

192 לא מניתי את תחום דיני המשפחה, הקובע ברכה בפני עצמו. מסיבות ידועות, דווקא בהקשרו יש כתיבה מרובה, חלקה במידה מסוימת של הפשטה.

193 סביר יותר כי יתקוממו נגד עצם אפיונו ככזה.

של הרמב"ם או הלמדנות הליטאית בעת החדשה, שאף הן היו תגובות לזמנם ומקומם. מאז ומעולם ידע המשפט העברי לחשוב את עצמו מחדש באופקי החשיבה שבהם אותגר על ידי הסביבה המשפטית והתרבותית בת הזמן, ועל כך תפארתו.¹⁹⁴

התהליכים המזומנים לפתחו של המשפט העברי, כפי שתוארו לעיל, הם לא פחות מקפיצה נחשונים מחשיבה משפטית קדם-מודרנית לחשיבה משפטית חדשה. בעבר כבר קפץ המשפט העברי קפיצות נחשונות מעין אלה ובכל אחת מהן טיפס לצמרות חדשות. כעת הוא נדרש להיענות לאתגר שמציבה לפניו החשיבה המשפטית המודרנית המאופיינת במערכתיות, בהפשטה ובתאורטיזציה. שיטות משפט אחרות עשו זאת בעבודה מאומצת של מיטב המוחות המשפטיים ובתהליך ארוך ומתמשך; המשפט העברי טרם עבר תהליך מעין זה והאתגר עודנו ניצב לפתחו.

ח. סיכום

המשפט העברי והמשפט הישראלי – למה הן דומין? למנטור זקן ולבן לווייתו הצעיר. בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי, כשהיה עול ימים וכנפיו טרם צימחו, פיעמה בקרב רבים ממשפטניו התחושה שיש להיסמך, בין השאר, על המשפט העברי, זקן שיטות המשפט, ושאליו כדאי לפנות בבקשת עצה

194 יש נתיב נוסף של פיתוח תאורטי נחוץ של המשפט העברי, הנוגע לקשרים שבין תאולוגיה למשפט. בדרך כלל נוטים לחשוב על הממדים הדתיים של המשפט העברי ככאלה היוצרים חציצה – שלא לומר פער – בינו לבין המשפט הישראלי והחברה הישראלית. כפי שראינו לעיל, מי שהיו מעוניינים בקליטה מן המשפט העברי במשפט הישראלי חשו בדרך כלל כי עליהם להחליש את הממדים הדתיים של המשפט העברי ולהצניעם. הלך חשיבה חלופי עשוי להציע כי המעבר לעת החדשה אינו כרוך בויתור על הממדים הדתיים של המשפט העברי אלא בפירושם מחדש, ברמות הפשטה גבוהות יותר מכפי שהיה מקובל בתפיסות תאולוגיות קודמות. ברמות הפשטה גבוהות אלה אנו עשויים לגלות כי הממדים הדתיים של המשפט העברי אינם זרים – והם דווקא רלוונטיים – לשיח המשפטי בן זמננו. הדברים חורגים מגבולות יריעה זו, ואני מקווה להרחיבם במסגרת נפרדת.

ועזרה. כעבור עשורים אחדים, כשהגיע המשפט הישראלי לגיל ההתבגרות, הוא חש מתחים ותחושות סותרות ביחסו למקורות זהותו היהודיים. חלק מהמסע לעצמאותו, מתהליך הגיבוש של זהותו הנפרדת, היה כרוך בהפניית עורף למסורתיו הקודמות כמעין מרד נעורים; דומה כי בתקופה זו די היה בכך שהמשפט העברי יאמר הן כדי שהמשפטן הישראלי יאמר לאו ולהפך.¹ עוד כמה שנים עברו וכעת המשפט הישראלי מגיע לבשלותו ולבגרותו. אישיותו העצמאית כבר עוצבה וביטחוננו העצמי גבר, ויש סימנים ראשונים לכך שתחושת האיום שחש בעבר מצד המשפט העברי הולכת ומתפוגגת. מצד אחד כבר הפנים המשפט הישראלי לגמרי, בצורה שאינה ניתנת לערעור, עד כמה התקבעה עצמאותו ועד כמה זהותו נבדלת מזו של המשפט העברי; מהצד האחר, דווקא בשל כך מתחילה להפציע בו ההבנה שייתכן שבאמתחת המשפט העברי יש דבר או שניים בעלי טעם, ושתהא זו החמצה אם לא יכיר את אוצרותיו; ואולי לא ייפלו השמים אם מעת לעת יאומצו מן המשפט העברי דברים שראוי לקבלם. כאן, בנקודת זמן היסטורית זו, טמון המפתח לכינון מערכת יחסים מורכבת ופורייה יותר בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי, מערכת יחסים שכאמור לעיל אף משקפת את יחסה של החברה הישראלית המסורתית אל מורשתה היהודית.

מי שרגליו עדיין נטועות בשלב הקודם – המתבגר – של המשפט הישראלי, עלול לסבור שכל גילוי בכיוון של התעניינות במשפט העברי משמעו בהכרח חזרה בתשובה המאיימת על חילוניותו של המשפט הישראלי. הוא עדיין אינו מפנים את האפשרות של ישראליות המתייחסת ברצינות לרכיבי זהותה היהודיים בלי שהיא חוזרת בתשובה ונהפכת למדינת הלכה. ואולם אלה הם חששות העבר; העתיד צופן למשפט הישראלי מערכת יחסים מורכבת ודיאלוגית עם המשפט העברי. אם גם המשפט העברי עצמו ייענה לאתגרים אלו, ייפתחו לפניו עולמות חדשים שבהם טרם התנסה.

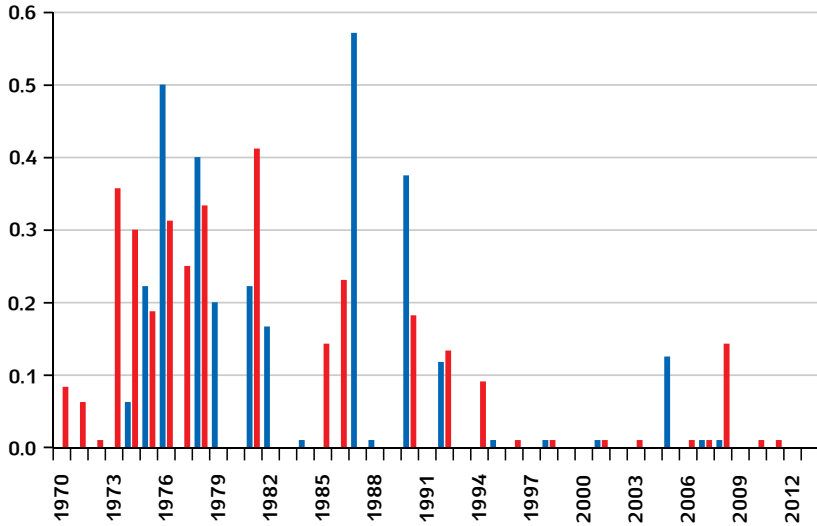
1 אלון סיווג זאת כ"מניעים סובייקטיביים" של התנגדות לשימוש במשפט העברי, אשר "יסודם בתגובות אמוציונליות ולא רציונליות, כחשדנות מופרזת וחששנות בלתי מוסכרת, ובחוסר הבנה נכונה ותחושה עמוקה בדבר מקומה של מערכת המשפט העברי בעולמה הרוחני והתרבותי של האומה העברית". אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1613.

ט. נספח 1: המשפט הישראלי בכתבי העת של המשפט העברי

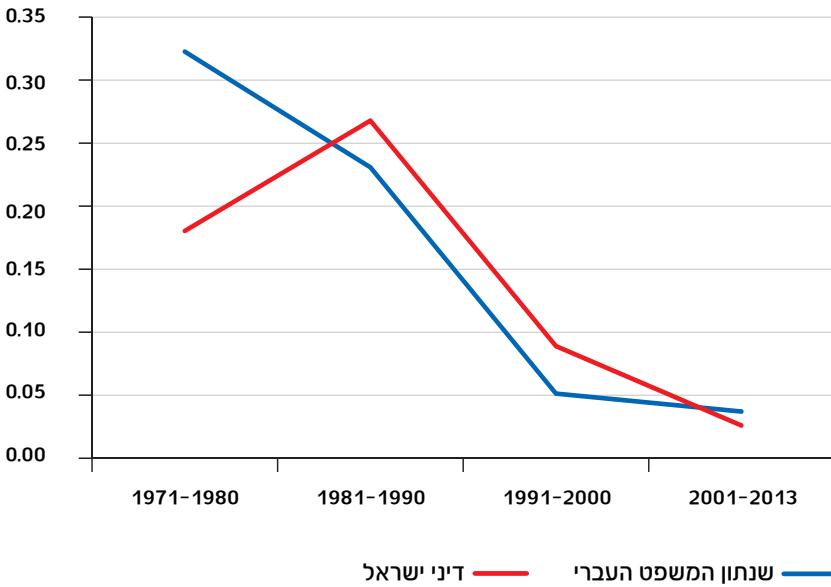
כדי לאמוד את תהליך התנתקותו של המחקר האקדמי של המשפט העברי מן המשפט הישראלי כחנתי את מקומו של המשפט הישראלי בכתבי העת החשובים של חקר המשפט העברי. בישראל מתפרסמים שני כתבי עת אקדמיים עיקריים המוקדשים לתחום זה: "שנתון המשפט העברי", היוצא לאור על ידי המכון למשפט העברי באוניברסיטה העברית, ו"דיני ישראל", היוצא לאור על ידי הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב. בכל כרך נבדק שיעור המאמרים הכולל דיון במשפט הישראלי.² התרשימים שיובאו להלן ממחישים כיצד מחקר המשפט העברי הלך וניתק את עצמו במרוצת השנים מעיסוק במשפט הישראלי ובהוויה הישראלית, ובכך הפך את עצמו לתחום תאורטי של מחקר טהור נטול שאיפות יישומיות.³ תרשים 1 (להלן) מדגים זאת בפירוט לפי שנים.⁴ תרשים 2 מדגים זאת בפירוט לפי עשורים:⁵

- 2 נבחנו כל הפרסומים בכתבי עת אלה, בכללם ביקורות ספרים וכדומה. לצורך בדיקה זו "דיון במשפט הישראלי" נחשב אף אם נעשה בשולי המאמר או בהערותיו, ובלבד שהיה בו עניין מהותי. לא נספרו רשימות שאין בהן דיון משפטי מהותי, כגון דברי זכרון לחוקרים שנפטרו או סקירות טלגרפיות של ספרים חדשים ושל פסיקה. בכתב העת דיני ישראל נבדקו אך ורק המאמרים שהופיעו בעברית, מתוך הנחה שאף השפה משפיעה על מידת ההתייחסות אל המשפט הישראלי. הנתונים נאספו ועובדו על ידי גילת בן-שחר; אני מודה לה על עזרה מצוינת במחקר.
- 3 עיון דומה בכתבי עת משפטיים כלליים כגון משפטים ועיוני משפט אינו מלמד על גידול מקביל במספר המאמרים של משפט עברי העוסקים במשפט ישראלי; כלומר: אי-אפשר להסביר את התופעה המתוארת בנספח זה כנובעת מנדידה של מאמרים (מאמרים במשפט עברי העוסקים במשפט ישראלי) מכתבי עת תחומיים של המשפט העברי אל כתבי עת משפטיים כלליים.
- 4 כתבי העת לא הוציאו לאור כרך מדי שנה בשנה. לפיכך שנה שבה יצא כרך שאף לא אחד ממאמריו עסק במשפט עברי סומנה ב-0.01, ואילו שנה שבה לא יצא כרך סומנה ב-0.
- 5 יש מקום לברוק את התופעה מכיוון נוסף: איסוף פסיקות בתי המשפט שמשולב בהן משפט עברי ומדידת מספר הפעמים שהשופטים הסתמכו על מאמרים של חוקרי משפט עברי. אפשר לשער – והדבר מצריך בדיקה נפרדת – כי ככל שמיעטו חוקרי משפט עברי לשלב משפט ישראלי במחקריהם, כך מצאו השופטים פחות ופחות תרומה לפסיקותיהם במאמרים אלה ולכן פחת מספר אזכוריהם.

תרשים 1 דיונים על המשפט הישראלי בכתבי עת של חקר המשפט העברי, לפי שנים (באחוזים)



תרשים 2 דיונים על המשפט הישראלי בכתבי עת של חקר המשפט העברי, לפי עשורים (באחוזים)



1. נספח 2: ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט

בתקופת כהונתה של הכנסת הקודמת הניח ח"כ ניסן סלומינסקי הצעה לתיקון חוק יסודות המשפט. הצעה זו מבקשת לחזק את מעמדו של המשפט העברי בבתי המשפט בישראל באמצעות הקשחה של הנוסח המחייב בחוק יסודות המשפט. אפשר לומר שהצעה זו תואמת את מודל הקליטה שתואר לעיל מתוך רצון להעניק לו עוגן חקיקתי איתן יותר. לאור האמור, התומכים במודל הדו-שיח עשויים לסבור כי הצעה זו תזיק למשפט העברי יותר משתועיל לו. אפשר בהחלט להניח שככל שקידומו של המשפט העברי ייעשה באמצעים כוחניים יותר, כך תגבר הרתיעה ממנו ותגובת הנגד של הקהילייה המשפטית תהיה מוקצנת יותר; תוכיח זאת חוות הדעת של פרופ' קרמינצר וד"ר פוקס, שנכתבה בתגובה להצעתו של ח"כ סלומינסקי (ואשר מובאת להלן).

אכן, השוואה של הגרסאות השונות של הצעתו של ח"כ סלומינסקי מלמדת כיצד התנגדויות אלו גרמו לח"כ סלומינסקי לדלל אט-אט את הצעתו, עד שלבסוף אין בה כמעט כל שינוי לעומת המצב המשפטי הקיים, למעט ההצעה להקים "מכון להנגשת המשפט העברי". לשון אחרת: חיזוק מעמדו של המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי יושג לא באמצעות כפייתם של שופטים לציית למשפט העברי, אלא על ידי שכנועם שכדאי להם להטות אוזן למה שיש למשפט העברי להציע להם.² זהו התפקיד המייעץ של המשפט העברי שראוי לקבע בחוק. להלן יובאו הצעותו של ח"כ סלומינסקי (בשלוש גרסאותיה³), ההצעה החלופית שכתבנו פרופ' ידידיה שטרן ואנוכי, שהיא במידה רבה אחד מיישומיו של חיבור זה, וחוות הדעת של פרופ' קרמינצר וד"ר עמיר פוקס להצעתו של ח"כ סלומינסקי.

- 1 וראו דברי ליפשיץ במאמרי, לעיל ה"ש 47.
- 2 בחוות הדעת של ידידיה שטרן ושלי, המובאת להלן, מוסבר בפירוט כיצד הצעתו של ח"כ סלומינסקי מקשיחה את חוק יסודות המשפט, ומה חסרונותיה של הקשחה זו.
- 3 הצעתו הראשונה הוגשה בכנסת התשע עשרה והשנייה והשלישית הוגשו בכנסת העשרים. בין לבין הוגשו שתי חוות הדעת – של פרופ' קרמינצר וד"ר פוקס ושל פרופ' שטרן ואנוכי.

בשולי הדברים יש להדגיש כי אמנם אין להפריז יתר על המידה בחשיבותו של נוסח זה או אחר לחוק יסודות המשפט. מקומו של המשפט העברי בפעילותם של בתי המשפט בישראל לא יקום וגם לא ייפול על חילופי נוסח מסוימים בלשון החוק; מנגד, מעמדו של המשפט העברי כמשפט הישראלי בהחלט יושפע מרוחות תרבותיות רחבות יותר שינשבו במפרשי הקהילייה המשפטית בישראל. לעניין זה, ניסוח מדויק יותר של חוק יסודות המשפט חשוב כדי לבטא נאמנה את המגמה הרצויה של התהליכים התרבותיים הנדרשים.

ההצעה הראשונה של ח"כ ניסן סלומינסקי

מספר פנימי: 556565

הכנסת התשע-עשרה

יוזם: חבר הכנסת ניסן סלומינסקי

2796/19/פ

הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ה-2014

1. בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980¹ (להלן – החוק העיקרי),
במקום סעיף 1 יבוא:

החלפת
סעיף 1

1. "מקורות
משפט
משלימים

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה
הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה או
בהלכה פסוקה, יכריע בה על פי עקרונות המשפט
העברי, החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת
ישראל; בהיעדר תשובה לשאלה המשפטית לאור
עקרונות אלה, תוכרע השאלה על דרך היקש."

1 ס"ח התש"ם, עמ' 163.

<p>2. אחרי סעיף 2 לחוק העיקרי יבוא:</p> <p>3. (א) הנהלת בתי המשפט, בשיתוף עם לשכת עורכי הדין בישראל, תקים מכון לחקר והנגשת המשפט העברי.</p> <p>(ב) המכון יפעל להעמקת והעשרת הידע בכל הקשור למשפט העברי ולהנגשת השימוש בו במשפט הישראלי.</p> <p>(ג) הנהלת המכון תהיה מורכבת מחברים אלה: (1) נציג משרד המשפטים; (2) נציג הנהלת בתי המשפט; (3) נציג לשכת עורכי הדין בישראל.</p> <p>(ד) שר המשפטים יקבע בתקנות את אופן הקמת המכון ודרך ניהולו.</p>	<p>”מכון לחקר והנגשת המשפט העברי</p>	<p>הוספת סעיף 3</p>
---	--------------------------------------	---------------------

ד ב ר י ה ס ב ר

חוק יסודות המשפט שחוקק בשנת 1980 קובע את החובה לפנות למקורות מורשת ישראל בהכרעה בשאלה משפטית שאין לה הכרעה בחקיקה או בפסיקה. ואולם, השימוש שנעשה בחוק לאורך השנים מועט ביותר וזאת משני טעמים עיקריים. הראשון הוא ההפניה ל”עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל” שאינה ברורה וניתנת לפרשנות. לרוב, הפרשנות שניתנה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין המנחים בנושא ד”נ 13/80 אליעזר הנדלס נ’ בנק קופת עם בע”מ פ”ד להו2) 785, ד”נ 40/80 קניג נ’ כהן פ”ד לו3) 701, בג”צ 1635/90 ז’רז’בסקי נ’ ראש ממשלת ישראל ואח’ פ”ד מה1) 749 ואחרים, קבעה כי אין בחוק זה כדי לחייב פניה אל עקרונות המשפט העברי במקרה של לאקונה.

הטעם השני הוא כי מתן האפשרות לפסוק על דרך ההיקש בטרם פניה אל עקרונות המשפט העברי, מאיינת את הוראת החוק ומטרתו, שכן ניתן לפסוק על דרך ההיקש מכל מקור משפטי באופן שייתר את לשם בפניה (כך במקור) אל המשפט העברי.

אשר על כן, מבקשת הצעת החוק למחוק מסעיף 1 לחוק את האפשרות לפסוק על דרך ההיקש במקרה של לקונה, בטרם יפנו להכרעת השאלה המשפטית בדרך

של פניה לעקרונות המשפט העברי. כמו כן מוצע כי המונח "עקרונות המשפט העברי" יופיע במפורש בחוק.

לשם שימוש בעקרונות המשפט העברי על ידי כלל השופטים והמשפטינים, קיים צורך להנגיש את ספרות המשפט העברי וזאת בין השאר לאור דבריו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק, בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (הוצאת ירושלים 2004) עמ' 289: "נקודת המוצא שלי היא חילונית... חרף זאת הנני סבור כפי שרבים מהחילונים סבורים וכפי שמשפט המדינה קובע, כי יש מקום למשפט העברי במשפט המדינה וכי מקום זה ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו".

מוצע להקים מכון ממלכתי אשר יעסוק בחקר והנגשת המשפט העברי וב-"תרגום" ספרות המשפט העברי לעברית עכשווית המובנת לכל. בעיקר יש לבצע את התרגום בספרות המשפט העברי הקשורה לתחום האזרחי. מוצע כי המכון יוקם בשיתוף עם לשכת עורכי הדין והנהלת בתי המשפט. בהנהלת המכון יכהנו נציג משרד המשפטים, נציג לשכת עורכי הדין בישראל ונציג הנהלת בתי המשפט. שר המשפטים יקבע בתקנות את דרך הקמת המכון וניהולו.

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים
והונחה על שולחן הכנסת ביום
ג' בחשוון התשע"ה – 27.10.14

ההצעה השנייה של ח"כ ניסן סלומינסקי

מספר פנימי: 779556

הכנסת העשרים

יוזמים: חברי הכנסת ניסן סלומינסקי
בצלאל סמוטריץ'
יואב בן צור
מכלוף מיקי זוהר

פ/20/2030

הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ה-2015

1. בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980¹ (להלן – החוק העיקרי),
במקום סעיף 1 יבוא:

החלפת
סעיף 1

”מקורות 1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה
משפט הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה או
משלימים בהלכה פסוקה, יכריע בה על פי עקרונות המשפט
העברי, החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת
ישראל; בהיעדר תשובה לשאלה המשפטית לאור
עקרונות אלה, תוכרע השאלה על דרך היקש.”

2. אחרי סעיף 2 לחוק העיקרי יבוא:

הוספת
סעיף 3

”הקמת 3. (א) יוקם מכון להנגשת המשפט העברי בשיתוף
מכון עם הנהלת בתי המשפט ולשכת עורכי הדין
להנגשת בישראל.
המשפט (ב) הנהלת המכון תהיה מורכבת מנציג משרד
העברי המשפטים, נציג לשכת עורכי הדין בישראל
ונציג הנהלת בתי המשפט.

(ג) שר המשפטים יקבע בתקנות את אופן הקמת המכון ודרך ניהולו.

ד ב ר י ה ס ב ר

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שחוקק בשנת 1980 קובע את החובה לפנות למקורות מורשת ישראל בהכרעה בשאלה משפטית שאין לה הכרעה בחקיקה או בפסיקה. ואולם, השימוש שנעשה בחוק לאורך השנים מועט ביותר וזאת משני טעמים עיקריים. הראשון הוא ההפניה ל"עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" שאינה ברורה וניתנת לפרשנות. לרוב, הפרשנות שניתנה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין המנחים בנושא ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ פ"ד לה (2) 785, (1981), ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו (3) 701, (1982), בג"צ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש ממשלת ישראל ואח' פ"ד מה (1) 749, (1991) ואחרים, קבעה כי אין בחוק זה כדי לחייב פניה אל עקרונות המשפט העברי במקרה של לקונה.

הטעם השני הוא, כי מתן האפשרות לפסוק על דרך ההיקש בטרם פניה אל עקרונות המשפט העברי, מאיינת את הוראת החוק ומטרתו, שכן ניתן לפסוק על דרך ההיקש מכל מקור משפטי באופן שייתר את הצורך בפניה אל המשפט העברי. אשר על כן, מבקשת הצעת החוק להקדים בסעיף 1 לחוק את האפשרות לפסוק על פי עקרונות המשפט העברי, במקרה של לקונה, בטרם יפנו להכרעת השאלה המשפטית בדרך של היקש. כמו כן מוצע כי המונח "עקרונות המשפט העברי" יופיע במפורש בחוק.

לשם שימוש בעקרונות המשפט העברי על ידי כלל השופטים והמשפטנים, קיים צורך להנגיש את ספרות המשפט העברי וזאת בין השאר לאור דבריו נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק, בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (הוצאת ירושלים 2004) עמ' 289: "נקודת המוצא שלי היא חילונית... חרף זאת הנני סבור כפי שרבים מהחילונים סבורים וכפי שמשפט המדינה קובע, כי יש מקום למשפט העברי במשפט המדינה וכי מקום זה ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו".

מוצע להקים מכון ממלכתי אשר יעסוק ב"תרגום" ספרות המשפט העברי לעברית עכשווית המובנת לכל. בעיקר יש לבצע את התרגום בספרות המשפט

העברי הקשורה לתחום האזרחי. מוצע כי המכון יוקם בשיתוף עם לשכת עורכי הדין והנהלת בית המשפט. בהנהלת המכון יכהנו נציגי משרד המשפטים, נציגי לשכת עורכי הדין בישראל ונציגי הנהלת בתי המשפט. שר המשפטים יקבע בתקנות את דרך הקמת המכון וניהולו.

הצעה זו גובשה בעזרת הוועדה למשפט עברי של לשכת עורכי הדין בתל אביב, ומיזם "צהר לחקיקה", מיזם החקיקה של רבני צוהר.

הצעת חוק דומה בעיקרה הונחה על שולחן הכנסת התשע-עשרה על ידי חבר הכנסת ניסן סלומינסקי (פ/19/2796).

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים
והונחה על שולחן הכנסת ביום
י"ג באב התשע"ה – 29.7.15

ההצעה השלישית של ח"כ ניסן סלומינסקי

מספר פנימי: 576962

הכנסת העשרים

יוזמים: חברי הכנסת
 ניסן סלומינסקי
 שולי מועלם-רפאלי
 מכלוף מיקי זוהר
 אברהם נגוסה
 עודד פורר
 ענת ברקו
 יעקב מרגי
 יגאל גואטה
 דוד אמסלם
 יואב בן צור

2696/20/פ

הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי),
 התשע"ו-2016

1. תיקון סעיף 1
 בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980¹ (להלן – החוק העיקרי), בסעיף 1, אחרי "עקרונות" יבוא "המשפט העברי ועקרונות".
2. הוספת סעיף 3
 אחרי סעיף 2 לחוק העיקרי יבוא:
3. "הקמת מכון להנגשת המשפט העברי על ידי משרד המשפטים ולשכת עורכי הדין בישראל. להנגשת המשפט העברי (ב) בהנהלת המכון יכהנו שלושה: נציג משרד המשפטים, נציג לשכת עורכי הדין בישראל ושופט בדימוס אשר ייבחר במשותף על ידי נציג לשכת עורכי הדין ונציג משרד המשפטים.

1 ס"ח התש"ם, עמ' 163.

(ג) שר המשפטים יקבע בתקנות את אופן
הקמת המכון ודרך ניהולו.

ד ב ר י ה ס ב ר

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שחוקק בשנת 1980, קובע את החובה לפנות למקורות מורשת ישראל בהכרעה בשאלה משפטית שאין לה הכרעה בחקיקה, בפסיקה, או בדרך של היקש, אולם, השימוש שנעשה בחוק לאורך השנים מועט ביותר, שכן ההפניה ל"עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" אינה ברורה וניתנת לפרשנות. לרוב, הפרשנות שניתנה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין המנחים בנושא ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ פ"ד לה (2) 785, (1981), ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו (3) 701, (1982), בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש ממשלת ישראל ואח' פ"ד מה (1) 749 (1994) ואחרים, קבעה כי אין בחוק זה כדי לחייב פניה אל עקרונות המשפט העברי במקרה של לקונה.

על כן, מבקשת הצעת החוק לציין בחוק במפורש את המונח "עקרונות המשפט העברי" כמקור פרשני אליו יהיה רשאי בית המשפט לפנות במקרה של לקונה בחוק. לשם שימוש בעקרונות המשפט העברי על ידי כלל השופטים והמשפטנים, יש להנגיש את ספרות המשפט העברי וזאת בין השאר לאור דבריו נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק, בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (הוצאת ירושלים 2004) עמ' 289: "נקודת המוצא שלי היא חילונית... חרף זאת הנני סבור כפי שרבים מהחילונים סבורים וכפי שמשפט המדינה קובע, כי יש מקום למשפט העברי במשפט המדינה וכי מקום זה ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו".

מוצע להקים מכון ממלכתי אשר יעסוק ב"תרגום" ספרות המשפט העברי לעברית עכשווית המובנת לכל. בעיקר יש לבצע את התרגום בספרות המשפט העברי הקשורה לתחום האזרחי. מוצע כי המכון יוקם על ידי משרד המשפטים ולשכת עורכי הדין. בהנהלת המכון יכהנו שלושה נציגים: נציג משרד המשפטים, נציג לשכת עורכי הדין בישראל ושופט בדימוס, אשר ייבחר במשותף על ידי נציג לשכת עורכי הדין ונציג משרד המשפטים. כמו כן, שר המשפטים יקבע בתקנות את דרך הקמת המכון וניהולו.

הצעה זו גובשה בסיוע הוועדה למשפט עברי של לשכת עורכי הדין בתל אביב, ומיזם "צהר לחקיקה", מיזם החקיקה של רבני צוהר. הצעת חוק בנושא דומה הונחה על שולחן הכנסת העשרים על ידי חבר הכנסת ניסן סלומינסקי (פ/20/2030).

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים
והונחה על שולחן הכנסת ביום
כ' באדר א' התשע"ז – 29.2.16

הצעה של פרופ' ידידיה שטרן וד"ר בנימין פורת בעקבות ההצעה (הראשונה) של ח"כ ניסן סלומינסקי

ו' חשון תשע"ז 19 באוקטובר 2015

לכבוד ועדת השרים לענייני חקיקה,

ממשלת ישראל

**הנידון: הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי),
התשע"ה-2015**

א. הקדמה

1. בימים אלה נידונה הצעה לתיקון חוק יסודות המשפט, אשר עניינה חיזוק מעמדו של המשפט העברי במסגרת פסיקתם של בתי המשפט (להלן: **הצעת החוק**). עצם המוטיבציה לחיזוק מעמדו של המשפט העברי במשפט הנוהג היא דבר שיש לברך עליו. המשפט העברי הוא מן היצירות המפוארות והמורכבות של העם היהודי, רכיב מרכזי של תשתית זהותו התרבותית והלאומית. ככזה ראוי שבמדינה יהודית ודמוקרטית הוא ייטול חלק בעיצובו של המשפט הנוהג. וכלשונו של הנשיא אגרנט, בדברים שגם כיום ליחם לא נס: "בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה, ובכל תפוצותיה, כאל קניינה המיוחד כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם". (ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141).

2. חוק יסודות המשפט התש"ם-1980 (להלן: **החוק**) אשר אותו מבקשת ההצעה לתקן, קובע: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". מטרת החוק היא לקבוע את המשפט העברי כאחד מיסודות המשפט הישראלי, אשר אליו יפנו בתי המשפט מקום שמתעוררת שאלה משפטית שהמשפט הנוהג איננו נתן לה מענה (לקונה, או "חסר", בעברית). בפועל, חוק זה השפיע באופן

מועט, אם בכלל, על הפסיקה הישראלית. מרבית השופטים, אשר קודם לחוק לא פנו אל המשפט העברי, אף לאחרי המשיכו לנהוג כן, ואילו מיעוטם שנהגו לפנות אל המשפט העברי לשם שאיבת פתרונות משפטיים המשיכו במנהגם גם לאחר החוק. הסיבה לאי-המימוש של החוק נעוצה לא רק בחוסר הנגישות של מרבית השופטים אל ארון הספרים של המשפט העברי, אלא בעיקר בתחושה של ריחוק תרבותי בין המשפטן הישראלי לבין עולם המשפט העברי, אשר נתפס בעיני רבים כחלק מן ההלכה הדתית, שאיננה מתאימה לרוב הישראלים. הדרך המשפטית שבאמצעותה אויין השימוש בחוק היתה פרשנות מצמצמת של מקרה הלקונה, כך שלא התעורר צורך בפנייה לעקרונות מורשת ישראל.

3. אכן, על פניו, היזקקות למשפט העברי במשפט המדינה עלולה לעורר קושי, שהרי מעצביו ההיסטוריים (פוסקי ההלכה) פעלו, בדרך כלל, מתוך תודעה דתית ועבורם מדובר היה במערכת משפט דתית. ואולם, התבוננות נכוחה במשפט העברי תגלה כי הוא רב-רובדי: יש בו רובד דתי אך לצדו קיים גם רובד תרבותי-לאומי. לדידנו, אין לראות ברובד הראשון, הדתי, מקור משפטי עבור המשפט הישראלי. ייאמר מפורשות: יש להתנגד לניסיון לעשות שימוש במשפט העברי כדי לכפות על אזרחי ישראל נורמות דתיות. ההתנגדות לכפייה דתית נובעת לא רק מעולמה של התרבות הדמוקרטית אלא גם מכבשונה של היהדות. לעומת זאת הרובד השני, התרבותי-לאומי, יכול וראוי שימש מקור משפטי חשוב במדינה שרוב אזרחיה קרובים אצל המסורת היהודית ושואבים ממנה חלקים חשובים של זהותם.

4. כיצד ניתן ליישב בין השאיפה התרבותית והלאומית הראויה לחזק את מעמדו של המשפט העברי במדינת הלאום של העם היהודי, מחד גיסא, לבין ההסתייגות מכל אבק של כפייה דתית, מאידך גיסא? בחוות דעת זו אנו מבקשים להעריך את הצעת החוק ולהציע תיקונים הכרחיים בה, בדרך שתאפשר את השגת האיזון הראוי. איזון זה יושג על ידי ניסוח חד ובהיר יותר לגבי מקומו של המשפט העברי בחוק וזאת בד בבד עם ניסוח מתון יותר שאינו כופה את המשפט העברי על שיקול דעתם של השופטים. ניתן להעריך, כי ניסוח החוק בדרך זו יקטין את ההתנגדות לו, וכך ירחיב ויחזק את התמיכה במשפט העברי בקרב חלקים גדולים יותר בקהילייה המשפטית בישראל.

ב. עיקרי הצעת החוק

5. ארבעה חידושים עיקריים מופיעים בהצעת החוק:

5.1 לביטוי המעורפל שבחוק יסודות המשפט – "עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל" – מוסיפה הצעת החוק הבהרה חד משמעית כי מדובר ב"עקרונות המשפט העברי".

5.2 על פי ההצעה החדשה, במקרי לקונה, יהיה על בית המשפט לפנות אל עקרונות המשפט העברי קודם שהוא מנסה לפתור את הבעיה בדרך של היקש (זאת במהופך לסדר הדברים המופיע בחוק יסודות המשפט).

5.3 הצעת החוק מחליפה את הנוסח הרך שבחוק יסודות המשפט – "יכריע בה לאור" – (נוסח המתיר לבית המשפט מרחב מסוים של שיקול דעת), בנוסח קשיח יותר "יכריע בה על פי".

5.4 מוצע להקים "מכון להנגשת המשפט העברי".

ג. הערכה וביקורת

6. הערפל האופף את הביטוי "מורשת ישראל", בו נוקט החוק, ראוי שיפוזר. אם כוונת המחוקק היא לעודד את השימוש במשפט עברי – ראוי להשתמש במונח המפורש, וזאת עושה הצעת החוק. עם זאת מנסחי ההצעה הותירו על כנו גם את הביטוי "מורשת ישראל", באופן המאפשר הכללת רכיבים נוספים של המורשת היהודית שאינם משפט עברי. אנו תומכים בכך.

7. טוב עשו מנסחי הצעת החוק כשהגבילו את הצעתם להיזקקות לעקרונות המשפט העברי, ולא דווקא לנורמות ספציפיות או לכללים הנוהגים במשפט העברי. בכך מתבטל החשש מפני החדרה, כביכול, של סוס טרויאני הלכתי, אל תוך המשפט הישראלי הנוהג, ומפני מדרון חלקלק המוביל ל"מדינת הלכה". הצעת החוק איננה מבקשת להטמיע נורמות דתיות במשפט הנוהג אלא אך ורק לפתוח דלת בפני שופטים ישראלים שיוכלו לשאוב השראה לפתרונות משפטיים לא רק משיטות משפט שמעבר לים, אלא גם משיטת המשפט שהיא הנכס הלאומי של העם היהודי.

8. דעתנו היא שהאיזון הנכון הראוי למדינת ישראל הוא במתן אפשרות לשופטים להיות מושפעים מקולות תרבותיים מגוונים, שאחד מהם – מרכזי, לטעמינו – הוא הקול היהודי כפי שבא לידי ביטוי בעקרונותיה של

שיטת המשפט שמאכלסת את הזיכרון ההיסטורי היהודי ושמבטאת את האידיאליים והערכים הייחודיים ליהודים. כל אלה מביאים אותנו לחוות דעה עקרונית התומכת ברוחה של הצעת החוק. ואולם, הצלחתה של הצעת החוק והלגיטימיות הדמוקרטית שלה תלויה, לדעתנו, בקבלתם של תיקונים ושיפורים, כמפורט למטה.

9. **ראשית, סדר הקדימויות:** על פי הצעת החוק, הפניה לעקרונות המשפט העברי במקרה של לקונה תהיה קודמת לשימוש בדרך של היקש. זוהי טעות. ההיקש הוא כלי משפטי שנועד להבטיח עקביות והרמוניה פנימית במשפט, ולפיכך חשיבותו קריטית להבטחת עתידו של המשפט הישראלי. אם ניתן למלא את החסר המשפטי באמצעות היקש – יש לעשות זאת.

10. מנסחי הצעת החוק מבקשים, ככל הנראה, להקדים את המשפט העברי להיקש משום העובדה שהפרשנות הנוהגת של המונח "היקש" הפכה להיות רחבה ביותר. כביכול, כל היכן שיש לשאלה המשפטית אפילו בדל התייחסות לא רק בחקיקה או בפסיקה אלא אף בהיקש רופף ודל אין לראות בכך לקונה שעליה חל חוק יסודות המשפט. ממילא, כך הטענה, הדבר מאיין כל השפעה ממשית של המשפט העברי, שנדחק אל שולי הדרך. גם אנו ערים לחשש זה, אלא שניתן להציע פתרון שונה: כאמור לעיל, ראוי להקדים את ההיקש כמקור נורמטיבי במקרה של לקונה, אלא שיש לצמצם את השימוש בו רק למקרים שבהם מדובר ב"היקש מובהק", קרי: היקש שברור כי יש בו כדי לשמר את אחידות השיטה המשפטית הנוהגת. הגדרה מצמצמת זו תאפשר לשופטים להיעזר במקור הנורמטיבי כאשר הדבר נדרש לגופו, אך תמנע שימוש לא ענייני בו, היקש "יש מאין", שנועד לבטל כל אפשרות של נטילת השראה מהמשפט העברי.

11. **שנית, טיב ההזקקות לעקרונות המשפט העברי:** על פי הפירוש שהשופט מנחם אלון העניק לחוק יסודות המשפט, במקרי לקונה (תהא הגדרתם אשר תהא) מוטלת חובה על בית המשפט להכריע את השאלה המשפטית על פי המשפט העברי. היינו, נטילת מהשופט היכולת להפעיל שיקול דעת באשר למידת התאמתו של המשפט העברי לקליטה במקרה הנידון. מכאן הרתיעה שנוצרה אצל משפטינים רבים שאינם אמונים על המשפט העברי ואף אינם מעוניינים להכפיף עצמם באופן גורף לעקרונותיו. רתיעה זו היא שעמדה ביסוד הפרשנות המצמצמת של החוק.

12. ברצוננו לתמוך באפשרות ביניים חלופית, על פיה במקום חובת היזקקות לעקרונות המשפט העברי תיקבע **חובת היוועצות** בעקרונות אלו. כלומר, במקרי לקונה, בהיעדר אפשרות להיקש מובהק, יחויב בית המשפט לשקול בתוך מכלול שיקוליו את עקרונות המשפט העברי, ולהכריע האם מה שנובע מהם ראוי להחלה במקרה הנדון.¹ העמדה העקרונית של המשפט העברי תובא בפני בית המשפט על ידי מי משופטי ההרכב הבקי במשפט העברי, ולחלופין על ידי חוות דעת מומחה (מהמכונים הקיימים לחקר המשפט העברי או ממכון ייעודי, שיוקם לצורך העניין). בית המשפט לא יהיה חייב להעדיף את ההצעה של המשפט העברי למילוי הלקונה; הוא יבדוק אותה לגופה ויפעיל את שיקול דעתו השיפוטי אם ראוי לאמץ אותה, אם לאו.
13. בהתאם, אם במקרה של לקונה יינתן פסק דין בלא שנשקלה על ידי בית המשפט עמדת המשפט העברי, יהיה בכך כדי עילה להגשת ערעור על פסק הדין. חשיבותה של הצעת החוק היא, אם כן, בכך שהיא תתמרץ את בתי המשפט להקפיד להציב על שולחנם את עקרונות המשפט העברי במקרים שבהם עליהם למלא חסר משפטי, ולשקלם כראוי.
14. חובת היוועצות בעקרונות המשפט העברי הינה רכה יותר מאשר חובת הציות למשפט העברי שמקובל לייחס לחוק יסודות המשפט הנוהג. כדי לבטא איזון חדש זה, אנו סבורים שיש לדחות הן את הנוסח המופיע בחוק הנוהג – "יכריע בה לאור" הן את הנוסח המופיע בהצעת החוק – "יכריע בה על פי", ותחתיהם לכתוב "יכריע בה לאחר ששקל".
15. חובת היוועצות בעקרונות המשפט העברי איננה כופה תוצאה משפטית כלשהי. ערכה הוא בכך שהיא מאפשרת לבתי המשפט בישראל להיחשף לאפשרות שיש בקורפוס המשפטי היהודי הצעות ל"חיים טובים" שהן בעלות ערך לחיינו הלאומיים במדינה יהודית ודמוקרטית, והכול על בסיס שיקול דעת משפטי ענייני.
16. לא נסתרה מעניינו העובדה החשובה שלמעלה מחמישית אזרחי מדינת ישראל אינם יהודים. זהו קושי כללי האופף כל ביטוי של זהות יהודית במרחב הציבורי הישראלי ואיננו ייחודי לנושא זה. ככלל, לדעתנו, המענה לקושי זה (שהוא בהכרח רק מענה חלקי) צריך להימצא במישור של הבטחת שוויון

1 בעקבות חנינה בן מנחם, 'חוק יסודות המשפט תש"ם – 1980: חובת ציות או חובת היוועצות', שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), 264-257.

מלא במתן זכויות אזרחיות לערביי ישראל, ולא בוותור על סממנים יהודיים של המדינה ואורחות חייה.

ג. תיקונים להצעת החוק

17. ברוח הדברים לעיל מוצע:

- א. להבהיר כי חוק יסודות המשפט עוסק בפנייה לעקרונות המשפט העברי;
- ב. לשמר את קדימות ההיקש לפנייה אל המשפט העברי;
- ג. להבהיר כי היקש זה הוא היקש מובהק, להבדיל מהיקש רופף וספקולטיבי;
- ד. לקבוע את חובת ההיוועצות בעקרונות המשפט העברי במקרים של לקונה ולדחות את חובת הציות למשפט העברי באותם מקרים. בכך יישמר שיקול הדעת השיפוטי בדבר הדרך הראויה ביותר למילוי החסר המשפטי.

18. וזה נוסח ההצעה המתוקנת (השינויים מודגשים):

הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ה-2014

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש מובהק, יכריע בה לאחר ששקל את עקרונות המשפט העברי, ואת ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה ויקבע בתקנות הוראות לביצועו.

תקנות חוק יסודות המשפט, התשע"ו-2015:

בתוקף סמכותי לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן – החוק), אני מתקין תקנות אלה.

תקנות אלה יחולו על כל בית משפט ובית דין, כמוגדר בחוק יסוד: השפיטה, למעט בית דין דתי.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ושקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל – בית המשפט רשאי להכריע בשונה מהם.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, ולא שקל בפסק דינו, בכתב, את עקרונות המשפט העברי ואת ערכי מורשת ישראל – יהיה פסק דינו בטל.

דן בית המשפט בשאלה משפטית כאמור בחוק, רשאי הוא לפנות לקבלת חוות דעה באשר לעקרונות המשפט העברי בשאלה המשפטית הנדונה.

19. הצעה זו תקבע מערכת יחסים דיאלוגית (לא כופה) בין המשפט העברי לבין המשפט הנהוג והיא תבטא נאמנה את יחסה של קבוצת הרוב בישראל אל מקורותיה היהודיים. רוב הישראלים אינם מגדירים עצמם כשומרי מצוות המקפידים על קלה כבחמורה, אך גם לא כמנוכרים למקורותיהם היהודים, אלא כאנשים מסורתיים שחלקים מסוימים בעולם היהודי נוטלים חלק מהותי בעולמם. ההסדר המוצע כאן הוא בבואתו המשפטית של רוב מסורתי זה, והוא אף תואם את המגמה המתרחבת והולכת בשנים האחרונות של חיפוש אחר זהות יהודית-ישראלית מתחדשת. מודל זה גם נאמן לנוסחה שהתקבלה בחוקי היסוד, המגדירה את ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", לאמור דיאלוג, ולא מונולוג, בין היסוד היהודי לבין היסוד הדמוקרטי.

20. אנו מעריכים שהצעה זו, המזמינה את המשפט העברי אל הדיון המשפטי בלא שהיא כופה מראש את תוצאותיו, תוכל לזכות באמוןם של קהלים רחבים יותר בתוך הקהילייה המשפטית בישראל, כמו גם בבית המחוקקים, מאשר הצעה נוקשה יותר המחייבת קליטה של המשפט העברי בכל מקרה לקונה.

21. מי מאתנו שסבורים שעקרונות המשפט העברי הם בעלי ערך מוסף עבור מדינה יהודית במאה העשרים ואחת אינם צריכים לחשוש מפני וויתור על חובת הצייות והסתפקות בחובת היוועצות, שהרי "ניכרין דברי אמת". עקרונות המשפט העברי ייפלו על אוזניים קשובות. מנגד, מי שהם חסרי אמון בטיבם של אוצרותיו של המשפט העברי אינם צריכים לחשוש מחובת היוועצות, שהרי למשפט הישראלי תישמר החירות המלאה לדחותו.

בכבוד רב,

פרופ' ידידיה שטרן

ד"ר בנימין פורת

סגן נשיא למחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

עמית מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

ראש המכון לחקר המשפט העברי, האוניברסיטה העברית

חוות הדעת של פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר עמיר פוקס בעקבות ההצעה (הראשונה) של ח"כ ניסן סלומינסקי

9 באוקטובר, 2015

לכבוד

השרים החברים בוועדת השרים לענייני חקיקה,

ממשלת ישראל

**הנדון: הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי),
התשע"ה-2015**

ביום ראשון, 11.10.15, תעלה לדיון ההצעה שבנדון. אנו מבקשים להתנגד להצעה. הצעה זו מבקשת לחזק את הקשר בין דת ומדינה בישראל, ולהחזיר למשפט הישראלי את עקרונות המשפט העברי. ההצעה היא צעד המקרב את ישראל להיות מדינת דת או מדינת הלכה. ההצעה פוגעת במהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית שהיא מדינת הלאום של העם היהודי, והיא תפגע בלגיטימציה של ישראל בעולם.

מהות ההצעה

1. ההצעה מבקשת לתקן את חוק יסודות המשפט בשתי דרכים. כיום, חוק יסודות המשפט (1995) קובע "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". על כן, ההירארכיה הקבועה בחוק היא שלאחר שמתברר שאין תשובה בחוק או בתקדימים השופט אמור להפעיל כללי היקש (אנלוגיה) ורק לאחר מכן הוא פונה לעקרונות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. ההצעה מבקשת, ראשית, לשנות את סדר ההירארכיה כך ששופט לא יהיה רשאי למצוא הכרעה בדרך של היקש במקרה של לאקונה אלא יחויב לפנות לכללי המשפט העברי קודם לכן. ושנית, במקום המונח "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" ההצעה כוללת בפירוש את המונח "משפט עברי" לפני המשפט בדין הקיים, וזאת כדי להבהיר שמדובר במשפט העברי ולא רק בעקרונות כלליים של מורשת ישראל.

ההצעה היא אכן דרך בהפיכתה של ישראל למדינת הלכה

2. כפי שכתוב בדברי ההסבר עצמם, המציעים סבורים שלא מספיק מן המשפט העברי נקלט אל תוך המשפט הישראלי – הן משום ש"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" פורשו ככאלה שלא קולטים בהכרח את עקרונות המשפט העברי כלשונם, והן משום שלשופטים ניתנה האפשרות להשתמש בכללי ההיקש בטרם פנייתם אל מקורות המשפט העברי. את זאת, מבקשים, אם כן, המציעים לשנות – הצעת החוק מבקשת לחייב את בית המשפט הישראלי לקלוט את עקרונות המשפט העברי, כמקור משפטי בכל מקרה שאין בו תשובה מפורשת בחוק או בפסיקה.

3. קצרה היריעה מלפרט כמה מדאיגה, מנקודת מבט ליברלית מודרנית, החלה של חובה כזו על בית המשפט הישראלי. המשפט העברי כולל עקרונות נשגבים ומבורכים, לצד עקרונות ארכאיים הסותרים ערכי יסוד של מדינה דמוקרטית המחויבת לערכים הומניסטיים. מדוע שהחוק הישראלי יבקש לקלוט, כמקור משפטי, וללא הסינון המתבקש (כפי שנכתב בחוק הקיים – עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל) עקרונות של משפט דתי שנכתבו לפני אלפי שנים, וכוללים תחומים שלמים שבהם, למשל, אפלייה ברורה, כלפי נשים, כלפי לא-יהודים ויחס עוין כלפי הומוסקסואלים? האם שיטת משפט שהתפתחה במקורה בשיטה משטרית בלתי דמוקרטית, ובהמשך – בתנאים של העדר ריבונות, יכולה להתאים בעקרונותיה, ללא כול סינון והתאמה, למדינה ריבונית במאה העשרים ואחת?

4. מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, אך איננה מדינת-דת. הטלת חובה כאמור לעיל, על שופטים ישראלים – שחלקם, יש לציין, אינם יהודים – להכריע בשאלות משפטיות לפי עקרונות המשפט העברי תפגע קשות באופי הדמוקרטי-ליברלי של המדינה, ותקדם אותה לעבר מדינת הלכה.

5. היתרון המובהק של פניה להיקש, בטרם פונים לעקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל (לפי החוק כיום), היא גם בכך שהיא תורמת להרמוניה ולעקביות בתוך השיטה המשפטית. הפנייה למשפט העברי, שלא נוצר בידי המחוקק הישראלי ומקורו דתי, עושה את ההיפך – יוצרת חוסר עקביות וחוסר הרמוניה. היגיון פנימי, שיטתיות ועקביות הם מאפיינים חיוניים של מדינת חוק.

6. בעוד שמבחינת היהודי האורתודוקסי – הפנייה לעקרונות המשפט העברי עשויה להיות טבעית ומובנת, שכן היא עולה בקנה אחד עם תפיסתו הדתית, החיוב של יהודי חילוני או שאינו אורתודוקסי, ועל אחת כמה וכמה של אדם שאינו יהודי, להכפיף עצמו, מכוח חוק המדינה, לעקרונות הדין הדתי היהודי – אינה כזו כלל וכלל. זו

כפייה דתית הפוגעת קשות בזכות לחופש מדת. החופש מדת בישראל נפגע גם היום בחקיקה – בעיקר בתחום המעמד האישי. הפיכת עקרונות המשפט העברי לחלק משיטת המשפט הישראלי תיצור כפייה דתית בתחומי משפט נוספים. יש בכך משום פגיעה בלתי מוצדקת בזכות לכבוד אנושי ובזכות לחירות.

ההצעה תחזק את הדה לגיטימציה כלפי ישראל בעולם

7. קשה להדגיש מספיק עד כמה תפגע ההצעה בנסיונות להגן על ישראל כנגד ההתקפות עליה בעולם, המערערות על אופייה הדמוקרטי ועל הלגיטימציה שלה. ישראל נותנת בהצעות חוק כגון זו נשק רב עוצמה לתוקפיה, ומצהירה על עצמה כמדינה שחוקי דת שולטים בה, ולא עקרונות דמוקרטיים. היא מערערת על הטענה הצודקת, שאופייה היהודי של המדינה מתבטא בהיותה מדינת הלאום של העם היהודי, ומחזקת את הטענה השגויה שישראל היא מדינת-דת ולא מדינת לאום. בכך היא מערערת על הלגיטימיות של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, המחויבת ליחס של שוויון לכל אזרחיה. ההצעה היא נשק בידי אויבי ישראל ותפגע ביכולתם של ידידיה בעולם להגן עליה.

על הועדה לדחות הצעה זו מכל וכל.

בכבוד רב,

ד"ר אמיר פוקס, עו"ד

המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר

סגן נשיא למחקר

המכון הישראלי לדמוקרטיה

ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט נזק ללא תועלת

תגובה למאמרו של בנימין פורת על מקומו
של המשפט העברי במשפטנו

מרדכי קרמניצר

א. מבוא

דיונים הבוחנים את מקומו של המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית המודרנית הם חזון נפרץ הן בספרות¹ הן בפסיקה.² מדובר בסוגיה הנוגעת בשורשי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – ומכאן חשיבותה. במאמר המופיע לעיל היא נבחנת בצורה מעניינת, מאלפת וחדשנית על ידי ד"ר בנימין פורת.³ פורת מציע "חובת היוועצות" במקורות המשפט העברי במקרה שבו עולה שאלה משפטית שאין לה תשובה בדין הקיים (לקונה). ברמה עקרונית יותר פורת מציע שהמשפט העברי ישמש מראה ביקורתית מאתגרת למשפט הישראלי. הפרסום כולל גם הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת בידי ח"כ ניסן סלומינסקי, וכן הצעה שונה שחיברו פרופ' ידידיה שטרן ופורת עצמו.⁴ בשורות הבאות אבקש לבחון את גישתו של פורת כפי שהיא מופיעה במאמרו ואת הצעת

* אני מודה לטיראן ששון על עזרתו המסורה.

- 1 מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (1973); מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן 47 (רות גביוון עורכת, 1982); חיים כהן להיות יהודי: תרבות, משפט, דת, מדינה (רות גביוון עורכת, 2007).
- 2 ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57 (1980); ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד לד(2) 785 (1981) (להלן: ד"נ הנדלס).
- 3 ראו במסמך זה (להלן: פורת).
- 4 לעיל, סעיף י, נספח 2.

החוק המשותפת שלו ושל שטרן. תחילה, אעמוד על ארבעת הקשיים העיקריים בשאיבת נורמות מן המשפט העברי אל שיטת משפטנו: המשפט העברי לא נקלט עד כה במשפטנו, ועל כן אימוץ עקרונות מתוכו במקרים המעטים של לקונה יגרור עמו חוסר קוהרנטיות; מחויבותו של המשפט העברי לערכים הומניסטיים אוניברסליים אינה מלאה ואינה שלמה; ניכרת אי-התאמה מובהקת של המשפט העברי לזה הישראלי בכל הנוגע למשפט הפלילי ולמשפט הציבורי; עבור המשפטן הישראלי שלא התחנך חינוך דתי, המשפט העברי מתאפיין בחוסר ודאות ובחוסר נגישות. בחלקו השני של המאמר אבחן את הצעות החוק, ובעיקר את זו של שטרן ופורת. אתייחס להצדקות שמעלה פורת להצעה ואת הבעיות שהיא מעוררת. הצעתם של שטרן ופורת מתונה יותר מהצעתו של ח"כ סלומינסקי, ולכן אם הראשונה אינה קבילה, השנייה אינה קבילה מקל וחומר. מסקנות הדיון הן שאין מקום לשנות את חוק יסודות המשפט, וכי שינוי ביחסה של השיטה המשפטית למשפט העברי מותנה תחילה בשינוי המשפט העברי.

ב. הקשיים העיקריים בהצבת המשפט העברי כמראה למשפטנו העכשווי

1. המשפט העברי כנטע זר

פורת פותח את מאמרו בציון מידת התרומה של המשפט העברי למשפט הישראלי הנהוג היום בארצנו.⁵ סוגיה זו רלוונטית לשאלת הקוהרנטיות של השיטה המשפטית – האם אימוץ עקרונות המשפט העברי במקרי לקונה יהיה בבחינת נטיעות זרות, או שמא המשפט העברי כבר קנה לו שביתה כזו במשפטנו, כך שהסתייעות בו במקרי לקונה אינה פוגמת באחדות השיטה? חוששני שיש מידה של הגזמה בתיאורו של פורת ש"תרומתו של המשפט העברי אינה שולית, אינה דקורטיבית גרדא ואינה בטלה בשישים; טביעות האצבע שהותיר במשפט הישראלי ניכרות לעין, ואם יקולפו ממנו שכבות המשפט העברי ששוקעו בו (בעיקר השכבות הלשוניות והמינוחיות) – תהא דמותו של המשפט הישראלי

שונה מכפי שהיא היום".⁶ שלא כמו פורת, אני סבור כי העובדה שבכמה חוקים, אשר מקובלים בכל שיטת משפט, בחר המחוקק לערוך קישור למשפט העברי – ועל פי רוב מדובר בקישור לשוני בלבד – היא עדות חלשה להשפעת המשפט העברי על שיטת המשפט הישראלית. גם בפסיקה ראינו מגמה דומה, וגם שם המשפט העברי לא שימש ליציקת תוכן של ממש בפסיקות בית המשפט אלא כלי קישוט באמרות אגב של שופטים ספורים, ואפשר היה להגיע לתוצאות זהות אף בלעדיו.⁷ המציאות המשפטית אינה תומכת במסקנתו של פורת בנוגע למקום שהמשפט העברי תופס בשיטתנו, שכן השפעתו של המשפט העברי על המשפט הישראלי היא בעיקרה דקורטיבית, ובמילותיו של מישאל חשין: "יותר משקבע עיקרים הפיץ ריח ניחוח".⁸

ואולם גם לגישתו של פורת אי-אפשר לומר כי המשפט העברי הוא בשור מבשרה של שיטתנו המשפטית וכי עקרונותיו נתפסים בה כמחייבים או מנחים. אין להתפלא על כך: הן משום שאין לדבר בסיס בחוק, הן משום חוסר הנגישות של המשפט העברי למרבית השופטים (ועוד נחזור לנקודה זו) והן משום שמדובר בדין דתי שאמור להיקלט בשיטת משפט ממלכתית חילונית.

דוגמה לבעייתיות הכרוכה בקליטת שיטת המשפט העברי אל משפטנו אפשר למצוא בהסדר הקבוע בחוק "לא תעמוד על דם רעך".⁹ חוק זה – בניגוד לחוקים אחרים שהקשר היחיד שלהם למשפט העברי הוא בשמם – נחקק בהתבסס על המשפט העברי גופו.¹⁰ הדבר לא היה מחויב המציאות, שהרי אפשר למצוא בסיס משכנע להטלת החובה שבחוק בשיטות משפט רבות, שאינן המשפט האנגלו-אמריקני. בחקיקת החוק התעורר אפוא קושי לקבוע סנקציה, שכן החיוב הדתי כרוך בענישה משמים בלבד. מה עשו? כפשרה הצמידו לאיסור הפלילי עונש של קנס. בכך כשל המחוקק פעמיים: אם התכוון המחוקק לצמצם את האיסור לכלל אמירה סמלית – זהו לא תפקידם של דיני העונשין ולא ראוי להשתמש

6 שם, בעמ' 23.

7 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1977–1984 54 (2014).

8 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50.

9 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998.

10 פורת, בעמ' 18; דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), התשנ"ה-1995, ה"ח 2398, 456.

בהם שימוש כזה; ואם התכוון המחוקק לאיסור של ממש – כי אז העונש המגוחך לקולא שהוצמד להפרת החובה משמיע זילות בערך של חיי אדם. זוהי הבעייתיות הנוצרת כאשר שותלים שתילים זרים בערוגה שלא להם נועדה – גם הערוגה וגם השתיל עלולים לצאת ניזוקים.

2. הבעיה הערכית או היעדר מחויבות שלמה ומלאה לזכויות אדם

בעיה נוספת באימוץ המשפט העברי כגורם משמעותי בשיטת משפטנו היא הערכים השונים שעליהם מושתת המשפט העברי, ובפרט חוסר המחויבות המלאה שלו לערכים ליברליים ולזכויות אדם. אי-אפשר לחלוק על כך שהמשפט העברי מושתת גם על עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום; ואולם אל מולם ניצבים ערכים ועמדות שקשה למצוא להם מקום בשיטת משפט הומניסטית-ליברלית, כגון עבדות, אפליה וקנאות לאל.¹¹ למעשה, מציאות זו היא שהובילה מלכתחילה את המחוקק של חוק יסודות המשפט לבחור רק בדינים המתיישבים עם ערכים אוניברסליים.¹² ההצעות שהעלו סלומינסקי ושטרן ופורת מבססות פנייה גורפת ולא מסויגת במקרה של לקונה – לשם קליטה לפי סלומינסקי ולשם היוועצות לפי שטרן ופורת – לעקרונות המשפט העברי, שכאמור יש בהם נשגבים וראויים אך יש בהם כאלה שאין להם מקום בשיטתנו. פורת מקדיש לנושא זה שורות מעטות בחיבורו ואינו רואה בו עיקר, אבל זה לב העניין – זה יסוד חששם של יהודים שאינם מקיימים את המצוות שבין אדם לבין מקום; וזה היה צריך להיות החשש של כלל היהודים המחויבים לערכים הומניסטיים. נראה כי פורת עצמו חש במגבלה זו של המשפט העברי ואומר ש"קשה להסתיר את מאפייני החשיבה הדתית של המשפט העברי והיבטים תרבותיים וערכיים נלווים לה (כגון היררכיה ביחסי גברים ונשים, יחס מסויג ומנוכר כלפי הנוכרי, מבנה משטרי שאינו דמוקרטי ליברלי), שהמשפטן החילוני המודרני חש שתהום פעורה בינו לביןם".¹³ על אף ניסיונו של פורת להמעיט בחשיבות הדברים ולתלות את תחושת הניכור בפערים תרבותיים, אין לחדר כי החשש מפני

11 כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 301.

12 שם.

13 פורת, בעמ' 32.

המשפט העברי ניזון גם מחוסר האמון שהולידו מהלכים אחרים שביקשו לתת משקל לדרישות הדת במרחב הציבורי. כאלה הם, למשל, ההתנחלויות, ובפרט הנישול של פלסטינים מאדמותיהם בשטחים המוחזקים, המשפט הדתי בידי המשפחה (שכמעט אינו מוזכר במאמר), הרבנות הראשית על שלל השפעותיה, שירותי הדת הלא שוויוניים, היחס כלפי זרמי המיעוט הדתיים בישראל, עמדות אנטי-הומניסטיות הננקטות על ידי רבנים ועוד.

אכן, ניכור מעין זה בא לידי ביטוי בדברי הנשיא זוסמן בפרשת אפנג'ר,¹⁴ שהזכיר לשלילה את דין התורה בעניין נואפת. אך פורת עשה לעצמו מלאכה קלה בכך שייחס לזוסמן בדבריו ניסיון השוואה לסוגיה של צד שלישי המגן על קורבן של תקיפה לא חוקית.¹⁵ ברור מקריאת דבריו של זוסמן שכוונתו לא הייתה השוואה ולא לימוד של היקש. הוא פרש יריעה רחבה יותר שבמסגרתה ביקש להתייחס לסוגיית החלתו של המשפט העברי על הציבור הישראלי, להבדיל משימוש בו כהשראה. גם אם אפשר לסמוך על כך שלא יהיה מי שיבקש להחיות במדינת ישראל את דין הנואפת שבתורה, עדיין עומד בעינו היחס השונה לאיש ולאישה הבא לידי ביטוי בדין הנואפת, שאין סיבה טובה לתת לו עיגון כלשהו בשיטתנו המשפטית.

ברמת הפשטה גבוהה, הדיון עוסק למעשה בשאלת מקור הסמכות למשפט: האם זהו הריבון – קרי האזרחיות והאזרחים – או האל. ברמת הפשטה נמוכה, העיקר הוא בהיקף המושג קדושה בתפיסת המשפט העברי או בפרשנות שמעניקים לו פרשניו הנחשבים בעיני הציבור היהודי האורתודוקסי. מושג זה אינו שמור לאל אלא משתרע גם על העם היהודי, על ארץ ישראל ואף על השלטון בישראל. יש לו משמעויות והשלכות כבירות ורחבות היקף – החל בשאלת הציות של אזרחים ושל חיילים לחוק ולהכרעה הדמוקרטית¹⁶ וכלה בשאלות החשובות

14 ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא זוסמן (1979).

15 פורת, בעמ' 31-32.

16 כך למשל בזמן ההתנתקות קרא הרב שפירא לחיילים לסרב פקודה והשווה את העניין לאכילת טרפה ולחילול שבת (אילן מרסיאנו "הרב שפירא: לסרב פקודת לעקירת יישובים" ynet 14.10.2004).

ביותר מבחינה הומניסטית – האם מקבלים ומפנימים באופן עמוק את עקרון שוויון האדם באשר הוא אדם, בכלל זה היחס לגר, לאישה ולאדם שאינו דתי?¹⁷ בתמצית, החשש הוא שהמבט אל עקרונות המשפט העברי יסיג את ערכי היסוד ההומניסטיים לעבר נקודה הומניסטית פחות, שהמרחק בינה לבין הומניזם אמיתי – מי ישרונו. במציאות של קונפליקט מתמשך העקרונות ההומניסטיים – שהם טבעיים פחות מתפיסות פרטיקולריות – זקוקים לחיזוק, לא להחלשה. ניסוי טבעי בעניין טיב המחויבות לערכים הומניסטיים מתנהל לנגד עינינו אם משווים בין החינוך הממלכתי-דתי המחויב למשפט העברי לבין החינוך הממלכתי שאין לו מחויבות כזו: ככל הנוגע לעמדות הומניסטיות יש עדיפות ברורה למתחנכים בחינוך הממלכתי.¹⁸ האם אות האזהרה אינו כתוב על הקיר? האם אפשר שטחו עינינו מראות? ניסויים דומים, בתנאי ניסוי אידאליים פחות, מתקיימים גם בהקשרים אחרים. נשווה בין מערכת המשפט החילונית הנהוגה בישראל לבין בתי הדין הרבניים שהופקדו על דיני נישואין וגירושין של יהודים – קל לראות איזו מהן מחויבת יותר לשוויון ערך האדם; נשווה בין צה"ל בתקופה שבה לא היה נתון להשפעה חינוכית של רבנים וצה"ל לאחר שנחשף לה – קל לראות שההשפעה הרבנית לא תרמה לערכי המוסר של הצבא.¹⁹

דרכי החשיבה הפרה-מודרניות המאפיינות את המשפט העברי אינן רק עניין צורני. מדובר בעניין עמוק יותר הנוגע לחובת ההנמקה, לאופי ההנמקה ולמחויבות לשיח רציונלי (או להיעדרה). שיח דתי הוא שיח שביסודו מחויבות עליונה טרנסצנדנטית וטקסט קדוש. אמנם טקסט זה נתון לפרשנות ואף לפרשנות יצירתית, אך גם הפרשנות היצירתית ביותר אינה יכולה להיעשות מחוץ להקשר

17 בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 12.11.2015) (השופט סולברג הסביר שהסיבה שלא משתמשים בכלי של הריסת בתים נגד יהודים היא שהציבור היהודי אינו נדרש להרתעה כמו הציבור הפלסטיני, שכן הוא אינו מוסת באותה קלות). כך עולה גם מיחסו של אלוף משנה עופר וינטר אל האויב במבצע צוק איתן. ראו מכתב מעופר וינטר, מפקד חטיבת גבעתי, למפקדי ולוחמי החטיבה (9.7.2014) ("..."] באויב הטרוריסטי 'העזתי' אשר מחרף מנאץ ומגדף, אלוקי מערכות ישראל").

18 תופעות כמו הדרת נשים מהזירה הציבורית ויחס החינוך הדתי לקהילה הלהט"בית בקהילה הדתית מעידות על גודל הבעיה.

19 יגיל לוי המפקד האליון: התיאוקרטיזציה של הצבא בישראל (1958).

של גבולות הטקסט. כמו כן אי-אפשר להתעלם ממחויבותו העמוקה של הפרשן לטקסט מחייב – וטקסט קדוש מגדיל מחויבות כזו על אחת כמה וכמה. לאור הקדושה של המקור מתערער הצורך בהנמקה רציונלית, ומכל מקום הצורך הזה אינו מתקיים במידה שבה הוא נדרש בהסדר משפטי חילוני, שהצדקתו חייבת להתבסס על היגיון ותו לא. מכאן הקושי המהותי להציב עקרונות שמקורם במשפט דתי פרה-מודרני כמראה לפרשנות של דברי חקיקה עכשוויים, ללא קשר לענף המשפט שעליו מבקשים להחיל שיטת משפט זו.

לסיכום נקודה זו, כלל לא ברור מדוע מתבקשת בחירה דווקא במראה הבעייתית הזאת, הפגומה הן צורנית הן מהותית. המשפט העברי – מבחינת מקורותיו הראשונים והמחייבים ביותר – הוא שיטת משפט קדומה שלא יכולה להביא בחשבון (או לפחות מתקשה בכך מאוד) את המציאות העכשווית ואת צורכי החברה והאדם של הזמן הזה. האין מדובר בקשירת משקולת על רגלי המשפט הישראלי, בבחינת הסגתו לאחור? האין משמעות הדבר פיתוי המשפט הישראלי לעמדה הומניסטית פחות ושוויונית פחות מזו שהוא ניצב בה ומזו שהוא עשוי להימצא בה ללא המראה הזאת? איך אפשר להצדיק זאת? האם לא היינו מגיבים בהתנגדות ברורה, ואולי אף בזלזול, לנוכח מעמד דומה שהיה ניתן או שניתן בפועל למשפט דתי קדום אחר, בשיטה מדינית אחרת? האם הגישה שונה רק משום שמדובר בשלנו?

3. בעיות מיוחדות: המשפט הפלילי והמשפט הציבורי העברי

בעיה נוספת באימוץ המשפט העברי אל שיטת המשפט הישראלית היא היעדר היכולת של המשפט העברי לתרום בתחום המשפט הפלילי והמשפט הציבורי. הסיבה המובנת מאליה לכך היא מקור הנורמות השונה של כל אחת מהשיטות. הנורמות במשפט העברי מתקיימות בשם השם ולמען השם, ובשיטת המשפט הישראלית הן מתקיימות בשם הריבון – אזרחי המדינה – ולמענו.²⁰ הבדל זה אינו טרמינולוגי בלבד; מדובר במהות שונה של משפט. מובן שיש להבדל זה גם השלכות מעשיות המובילות, לדוגמה, לכך שאין בכוחו של המשפט העברי

הפליילי להגן על החברה מפני פורעי חוק.²¹ הדבר בא לידי ביטוי בדיני הראיות הנוהגים במשפט העברי, שאינם מאפשרים בפועל להרשיע עבריין בבית המשפט.²²

המשפט העברי אינו מתאים לשמש מקור מחייב בדין המדינתי לא רק בגלל היבטים פרוצדורליים. גם בפן המהותי אפשר לראות שמרבית העברות המובילות לענישה במשפט העברי הפליילי הן עברות שבין אדם למקום. כך למשל, מן המשפט הפליילי העברי נעדרת עברת האינוס, שהיא מהחמורות שבעברות היום. גם עברות המופיעות במשפט העברי מושפעות בפרשנותן מהתפיסה שהאל הוא מקור הנורמות. כך, אפשר להרשיע בעברת רצח רק אדם שרצח את קורבנו במישרין, אך אם הוביל לכך בעקיפין – הענישה היא בידי שמים בלבד. פגמים אלה ואחרים מובילים את אהרן אנקר למסקנה ש"אין בכוחו של הדין הפליילי של התורה לאכוף על הציבור נורמות של התנהגות מזערית המספקת לחברה הגנה מפני עבריינים ומאפשרת חיי חברה תקינים".²³ מה שמרחיק את המשפט הפליילי העברי במיוחד הוא השוני היסודי בין מטרותיו – הנגזרות ממקורו האלוהי – לבין מטרות המשפט הפליילי המודרני. כך, מטרות הענישה במשפט העברי הפליילי אינן הרתעת עבריינים או מניעת עברות חוזרות; הן בעיקר כפרה על חטאי החוטא כלפי האל: אדם העובר עברה הפוגעת באחר "אשמתו אינה בנזק שנגרם לציבור אלא בנזק לעצמו, בכך שלא הלך בדרך הישר והזיק לחבריו או לציבור".²⁴ דומה כי בעייתי ביותר לשאוב השראה משיטת משפט שבה הן מקור הענישה הן תכליות הענישה שונות מאלה של שיטת משפט מודרנית, והשיטה המשפטית הישראלית בכלל זה. שאיבת השראה כזאת עלולה ליצור בלבול ומבוכה ולהזיק; ודאי שאין בה כדי להועיל.

פורת מבקש לצמצם את חשיבותו של יסוד זה באמצעות פילוג המשפט לענפיו, לאמור: מה לשאלות העקרוניות-ערכיות ולענפי המשפט האזרחי

21 אהרן אנקר עיקרים במשפט הפליילי העברי 31 (2007).

22 לדוגמה, ראיות נסיבתיות אינן יכולות לשמש בסיס להרשעה, נדרשים שני עדים שראו את המעשה והתריעו לפני העבריין כי הוא עובר עברה ועוד. להרחבה ראו אנקר, שם, בעמ' 27-29.

23 שם, בעמ' 31.

24 שלום אלבק יסודות העבירה בדיני התלמוד 9 (1997).

כגון חוזים, נזיקין וקניין.²⁵ אני סבור שלכל ענפי המשפט תשתית ערכית עבה, וששאלת היחס הבסיסי כלפי בני אדם והמחויבות (או האי-מחויבות) לשוויון שרירה ותקפה בכל ענפי המשפט. כך למשל, מצוות "לא תחנם" המופיעה בספר דברים אוסרת, לדעת פוסקים רבים, על מכירת קניין לגוי באדמות הקודש.²⁶ לכן כל עוד רובץ על המשפט העברי ענן כבד כפי שתואר לעיל, תהיה וצריכה להיות התנגדות למהלכים של חיזוק השפעתו על משפטנו.

מכאן שההבדל בין ענפי המשפט אינו מסיר את החשש מפני הסגה ערכית, שהיא סיבת הסיבות להתנגדות להטמעת המשפט העברי במשפט המדינה. לעומת זאת, להבדל בין ענפי המשפט יש משמעות כשבאים לבחון באילו תחומים יש למשפט העברי פוטנציאל תורם ובאילו לא (או שהפוטנציאל הטמון בהם מוגבל). תחום המשפט הציבורי, במובנו הרחב, שייך לקבוצה השנייה. בהיעדר ריבונות לא היה יכול להתפתח משפט ציבורי רלוונטי למדינה ריבונית. ההזמנה לשאוב השראה בתחום זה כמוה כהזמנה לשאוב השראה מחור שחור. האם אפשר להניח כי מי שיתבקשו ליתן חוות דעת בסוגיות של המשפט הציבורי ישיבו כי אין לאל ידם להושיע? סביר שלא; סביר שאיש-איש יציע את השקפתו האישית וימצא לה סימוכין כאלה או אחרים. תחת הכסות של משפט עברי יופיעו עמדות אישיות של מי שניתן בידיהם הכוח המייעץ. לא ברור מה מעניק לעמדות הללו אופי וסמכות של משפט. זהו ההפך הגמור משלטון החוק. לא כך בונים שיטת משפט. יתר על כן, לא ברור מה מצדיק להעטות על עמדות אישיות אלה אצטלה של משפט דתי בעל סמכות טרנסצנדנטית. יש דבר מה לא הגון במהלך הזה שבו מבקשים באופן מלאכותי לקדש יצירה אנושית ולזכות ביתרון הכרוך בכך ללא בסיס אמיתי.

4. אי-בהירות והיעדר נגישות

אחד הקשיים העיקריים בהטמעת המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית הוא היעדר הנגישות של המשפט העברי במציאות של היום. פורת מכיר בבעיה זו אך לא נותן לה את המשקל הראוי. היעדר הנגישות מוביל לכך שרוב השופטים

25 פורת, בעמ' 48, הערה 127.

26 דברים ז א-ב.

בישראל אינם בקיאים במשפט העברי כלל, וגם לו היו בקיאים – פיזור החומר ההלכתי הוא עצום, ועל כן יתקשה שופט (שאינו דתי) לשלוף בקלות את עמדת המשפט העברי בסוגיה ספציפית.²⁷ פורת מציע פתרון לכאורי לבעיית היעדר הנגישות, והוא גוף מייעץ שיהא אחראי על הנגשת המשפט העברי לשופטים.²⁸ לכאורה בא לציון גואל אך למעשה לא כך הדבר, מכמה טעמים. ראשית, יש להתריע נגד הרעיון של בית משפט מתייעץ. בית משפט מתייעץ הוא ביטוי מעולמם של משטרים שאינם דמוקרטיים. בית משפט במדינה דמוקרטית אינו מתייעץ אלא מחליט לפי הראיות והטיעונים המשפטיים שמביאים לפניו הצדדים. כאשר מדובר בדין רלוונטי שאינו חלק בלתי נפרד משיטת המשפט שלנו, הוא טעון הוכחה על ידי מומחים לדבר. אין מנוס מכך: אם תוטל על בית המשפט חובה להעמיד לנגד עיניו את עקרונות המשפט העברי, כל צד יכנס תחת דגלו את מומחיו, והמומחים יציעו את תשובת המשפט העברי כמידת מומחיותם הטובה עליהם.²⁹ בית המשפט יצטרך להכריע במחלוקת אפשרית כזו גם אם הציבור הדתי יתקשה לקבל את הכרעתו.

שנית, יש להתנגד להקמת גוף ממלכתי שיהיה "ספק הידע" הרלוונטי. ידע מטבעו ומטיבו אוהב להיות חופשי ומגוון. יתרה מזו: כדי שהידע יהיה ידע של ממש – לא ידע נגוע, לא ידע מטעם, לא ידע בשירות הממלכה או בשירות של אינטרסים או השקפות פוליטיות – הוא צריך לבוא מכור המחצבה הרגיל של ידע אמיתי, כלומר אוניברסיטאות ומכוני מחקר. לא אלמן ישראל, גם לא בתחום זה. אסור שתהיה תשובה מדינתית אחת לשאלת עמדתו של המשפט העברי. המשפט העברי פנים רבות לו, דעות רבות בו, וצריך לאפשר לצדדים במשפט לדלות כראות עיניהם בעזרת מומחים לדבר. אסור להקים מנגנון שיאפשר לזהם את שיטת המשפט שלנו בהשפעה פוליטית עקיפה ולא גלויה על תוכן הדין. שלישית, אחת מתכונותיו החיוניות של המשפט הוא ודאות ובהירות. גם הציבור וגם הקהילה המשפטית, הן במובן הרחב הן במובן הצר, אמורים להיות מסוגלים לזהות את הדין ולקבל מושג על תוכנו. ככל שהדין נתון באופן

27 אלון, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 137; חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67.

28 פורת, בעמ' 51.

29 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67.

מכריע ומובהק יותר להחלטתו החופשית של הדיין, הוא מאבד את תכונתו כדין ונהפך לדברו של הדיין. המשפט העברי במצבו זהיום רחוק מלעמוד בדרישות המינימום של ודאות ובהירות כדי להיות גורם משפיע על שיטת המשפט הישראלית.

ג. נטל השינוי בחוק: בחינת הצעות הספציפיות

לאחר שהראיתי את הבעיות שבגישה שמציג פורת ברמה העקרונית, אבחן את הצעות החוק הנמצאות היום על השולחן ובמיוחד את זו שמציע פורת במאמרו. לפי הצעתו, יש לשנות את חוק יסודות המשפט כך: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש מובהק, יכריע בה לאחר ששקל את עקרונות המשפט העברי, ואת ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"³⁰. הצעה זו – ששותף לה כאמור גם ידידיה שטרן – מטילה על בית המשפט חובת היוועצות בעקרונות המשפט העברי במקרי לקונה, והיא הולמת את מודל הדו-שיח בין המשפט העברי למשפט המדינתי שבו דוגלים השניים. ההצעה היא נוסח מרוכך של הצעת חוק שהניח על שולחן הכנסת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ ניסן סלומינסקי, הקובעת כי במקרי לקונה יכריע בית המשפט על פי עקרונות המשפט העברי.³¹ כאמור, כדי להשלים את התמונה, ועקב חוסר הנגישות של המשפט העברי, מציע פורת להקים גוף שיהיה אחראי על הנגשת עמדתו של המשפט העברי לשופטים במדינת ישראל.

בכאנו לבחון את הצעת החוק יש לזכור כי סלומינסקי ופורת מבקשים לשנות את המצב הקיים, ועל כן נטל הוכחת נחיצותו ותועלתו של השינוי המוצע מוטל עליהם. בפרק זה תיבחן אפוא השאלה אם נטל זה אכן הורם. בפרק שלושה חלקים: בחלק הראשון ייבדקו הטעונונים שהעלה פורת להצדקת השינוי בחוק; בחלק השני ייבחנו בקצרה פרטי הצעת החוק; ובחלק השלישי יתוארו הקשיים שהיא יוצרת. במילים אחרות: החלק הראשון יוקדש לבחינת התועלת הנטענת

30 פורת, בעמ' 49 (ההדגשות במקור).

31 ס' 1 להצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי).

של הצעת החוק, החלק השני לבחינת פרטי ההצעה, והחלק השלישי לבחינת העלויות הכרוכות בתיקון החוק.

1. בחינת ההצדקות להצעות החוק

פורת בוחן שלושה מודלים להטמעת המשפט העברי במשפט המדינתי: מודל הקליטה, הגורס שעל המודרנה לקלוט לתוכה את המשפט העברי;³² מודל ההפרדה, הגורס שפיתוח המשפט העברי צריך להיות אקדמי בעיקרו;³³ ומודל הדו-שיח – שבו הוא עצמו דוגל – שלפיו חשיבותו של המשפט העברי היא בשונותו, כ"משפט משווה משחרר".³⁴ בביטוי זה הכוונה למשפט משווה המציב מראה אל מול שיטת המשפט הישראלי, אך אינו כבול לכבלי המודרנה. חזקו מתבטא בהיותו שיטת משפט עתיקה שלא התפתחה עם המשפט המודרני ולכן תוכל לשמש מראה טובה במקרי לקונה. אי לכך, טוען פורת, יש הצדקה להטיל על בית המשפט חובת היוועצות במשפט העברי במקרים אלה. לדברי פורת, מודל זה רצוי משני טעמים עיקריים: הראשון, בשמשו מראה למשפט הישראלי, הוא צפוי לאתגר אותו ולהזמין הרהור מעמיק בעקרונות היסוד של שיטת המשפט;³⁵ השני, ההצעה מבטאת את השקפת החברה היהודית – וליתר דיוק את הרוב המסורתי בה – ועל כן יש לקדמה.³⁶ כפי שאבהיר להלן, שני הנימוקים אינם משכנעים.

(א) הנימוק המשפטי: המשפט העברי כמראה

פורת טוען כי כוחו של המשפט העברי טמון דווקא בשונותו. העובדה שבכל תחום משפטי הוא שונה משיטות מודרניות תעודד את בית המשפט לחשיבה מחוץ לקופסה ולבחינה מחודשת של עקרונות היסוד של שיטת המשפט. לטענתו של פורת, שונות זו מצדיקה פנייה קודמת אל המשפט העברי – אף לפני פנייה להיקש שאינו מובהק. רק אם תקצר ידו של המשפט העברי מלהושיע, והשופט

32 פורת, בעמ' 25-35.

33 שם, בעמ' 35-41.

34 שם, בעמ' 41-46.

35 שם, בעמ' 44.

36 שם, בעמ' 46.

ידחה את עמדת המשפט העברי וינמק דחייה זו בכתב – רק אז יוכל השופט לפנות ולבחון פתרון על דרך ההיקש. לדעתי, מדובר בטענה בעייתית. אף שהרעיון של הצבת מראה מפתה, לא ברור כלל מדוע דווקא המשפט העברי, הוא ורק הוא, ראוי לשמש מראה זו. אפשר שהרעיון של העמדת מראה אל נוכח פניה של מערכת המשפט שלנו הוא רעיון ראוי, אולם יש מקום למהלך כזה אך ורק אם המראה היא מראה של משפט במיטבו, כזה היא לחברה צודקת והוגנת, כזה המחויב באופן העמוק ביותר לצדק לכול. כאמור, המשפט העברי איננו כזה.

בשונה משאיבת השראה משיטות משפט אחרות, של מדינות ריבוניות, המשפט העברי משקף משפט קדום שגרעינו היסודי אינו ניתן לשינוי, והתפתחותו במרוצת השנים משתנה לפי ענפי המשפט. בהכללה ניתן לומר שככל שהדין חורג מתחום היחסים שבין אדם לרעהו – או שמא יש לומר, שבין יהודי לרעהו – המשפט העברי סובל מחוסר התפתחות ארוך טווח במיוחד.³⁷ גם דורשי טובתו והשפעתו של המשפט העברי אינם יכולים להתעלם מהצורך לעדכנו ולהתאימו לצורכי המקום והזמן. זאת ועוד: להבדיל משיטות משפט מדינתיות חיות, גם בנושאים שבהם המשפט העברי התפתח עם הזמן, התפתחות זו התרחשה מחוץ לרחם של משפט מדינתי. כוח חיותו ומידת השפעתו היו לעולם תלויים בקבלת דין וולונטרית שבסיסה אמונה באל. לא ברור כלל מה כוחם ומה מידת התאמתם של עיקריו והסדריו של משפט כזה בבואם להשתלב בשיטת משפט מדינתית ולחול על אנשים שאינם שותפים בקבלת הדין מכוח אמונה באל. לפיכך את מה שאפשר ללמוד משיטות משפט מדינתיות פעילות – כלומר, את מה שמלמד הניסיון שהצטבר כתוצאה מאימוץ עיקרון או כלל משפטי – אי-אפשר ללמוד מהמשפט העברי.³⁸

37 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 56, 59, 73; כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295.

38 העובדה שהפנייה המוצעת לא תהיה למשפט העברי אלא לעקרונותיו אינה מרגיעה. ראשית, מכיוון שההבחנה בין כללים לעקרונות אינה תמיד חדה ופשוטה, וביתר שאת במשפט העברי. שנית, הבעייתיות העולה מטיבו של המשפט העברי נוגעת לתפיסות בסיס עקרוניות שאינן הומניסטיות, והבעייתיות מוחמרת דווקא בשל האופי העקרוני של תפיסות אלה. ראו גם חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73-74.

יתרה מזו: עולה בחריפות השאלה מה ניתן ללמוד מן המשפט העברי בעניין עקרונותיו. פורת עמד על כך באומרו כי –

על פי רוב, כתיבתם של פוסקי ההלכה היא נקודתית, נותנת דעתה לשאלה הקונקרטית וכמעט מתעלמת מתפיסה כוללנית של הענף המשפטי הרלוונטי. המעיין, למשל, בדיני השומרים שבמשפט העברי ימצא דיונים מפורטים לפרטי פרטים לגבי דינם של שומר שמסר לשומר וכן שומר חינם שקיבל על עצמו אחריות כשל שומר שכר, אבל הוא יתקשה למצוא דיונים מרוכזים ומסודרים בעניין עקרונות היסוד של דיני השומרים.³⁹

הודאה זו בדבר היעדר עקרונות יסוד מפורשים במשפט העברי מדאיגה מכמה היבטים. היא מעלה את שאלת העיתוי והסדר של קליטת ההשראה מהמשפט העברי: מדוע לאמץ הצעה מקדמת השראה זו דווקא עכשיו, ולא לאחר שיושלם המפעל לגיבוש עקרונות המשפט העברי שפורת עומד על נחיצותו? מדוע נאמץ מבחירה חוק המכניס לשיטת משפטנו עקרונות שאינם ידועים, שכפי שראינו אינם בהכרח מתאימים לשיטת משפט מודרנית? שנית, כאמור, פנייה לעקרונות המשפט העברי שעה שעקרונות אלה אינם בהכרח קיימים יוצרת חשש שהגוף שיוצב על הנגשת המשפט העברי יהיה זה שגם ייקבע את עקרונותיו, כך שבפועל הוא לא יסתפק במלאכת ההנגשה אלא יעסוק גם בפרשנות ובהכרעה בין אפשרויות. במילים אחרות, גוף חיצוני לבית המשפט יעשה מלאכה של קביעת הדין ולעתים אף ייצור של הדין יש מאין – ובית המשפט יוזמן לסמוך את ידיו על דין שנקבע מחוצה לו.

לא ברור גם הקשר ההגיוני בין הרצון לאתגר את השיטה הקיימת לבין עניין הלקונה. אף שאכן יש להרהר ולערער מפעם לפעם בעקרונות היסוד של שיטה משפטית, יש לעשות זאת כשיש הצדקה אמיתית לכך. בדרך כלל הסיבה תהיה שעקרונות אלה אינם מתאימים עוד לחברה שבה המשפט נוהג (הרהור וערעור כאלה נעשו, למשל, בקשר לעקרון ההרתעה של הענישה באמצעות עונשי מאסר

כבדים⁴⁰ ומכוח אימוץ הגישה הפמיניסטית למשפט⁴¹). לעומת זאת, פורת מציע כי הרהור כזה ייעשה בכל מקרה של לקונה שאי־אפשר לפתור בהיקש מובהק. מדובר במספר קטן (מאוד) של מקרים שהתקיימותם אקראית. ראוי לתהות מה הופך דווקא מקרים אלה לזירה לאתגור עקרונות היסוד של השיטה. בסופו של חשבון, לא ברור מדוע המשפט העברי כולו, ללא התאמה וללא סינון, ראוי להיות השיטה המשפטית היחידה שחייבים לפנות אליה כאל מראה וכאל מה שחייב להישקל לצורך מילוי חלל משפטי.

(ב) הנימוק הדמוקרטי: שיקוף של החברה

הגורם השני שאפשר לזהותו על פי פורת כהצדקה מהותית למודל הדר־שיח הוא רצון העם:

רוב הישראלים אינם מגדירים את עצמם כשומרי מצוות המקפידים על קלה כבחמורה אך גם לא כמנוכרים לגמרי למקורותיהם היהודיים; מרבית הישראלים מגדירים את עצמם כאנשים מסורתיים שחלקים מסוימים בעולם היהודי [...] הם חלק מהותי בעולםם. מודל הדר־שיח הוא בבואתו המשפטית של רוב מסורתי זה. הוא תואם את המגמה המתרחבת והולכת בשנים האחרונות של חיפוש אחר זהות יהודית־ישראלית מתחדשת [...]⁴²

מכאן הגיע פורת לקביעה שהצעתו תשקף נאמנה את רצון הרוב במדינה, ומכאן הגיונה הדמוקרטי.

40 "הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים: דין וחשבון" (חוות הדעת של הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, 2015). מהדוח עולה כי העמדה הרווחת במחקר היא שחומרת הענישה אינה מעודדת הרתעה, ושתכלית ההרתעה הכללית עשויה שלא לעמוד במבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

41 לדוגמה ראו יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם" המשפט טז 53 (2011).

42 פורת, בעמ' 46.

יש לבחון טיעון זה בשני שלבים. ראשית יש לברר אם זהו אכן רצון הרוב; שנית, גם אם זהו רצון הרוב יש להראות כי פנייה למשפט העברי לא תזיק יותר משתועיל, שכן תפקידו של החוק במדינה דמוקרטית הוא להיטיב עם אזרחיו. לעניין בדיקת רצון הרוב, סקרים מהשנים האחרונות קובעים כי 61% מהציבור מעוניינים בהפרדת הדת מן המדינה.⁴³ המהלך שפורת מציע מחזק את אחיזתה של הדת במדינה. המחזיקים בגישה המסורתית מונעים מיחס של כבוד והערכה למסורת ודוגלים בחופש הבחירה האישי לאמץ מתוכה מה שנראה בעיניהם. ספק רב אם הצעה המאפשרת, בסופו של דבר, כפייה מכוחו של המשפט (במהלך משולב של גוף מייצע ובית המשפט) תהא קבילה בעיניהם. זאת ועוד: המהלך המוצע עלול לשמש אסמכתה בידי הפוליטיקה הדתית, בידי מי שחפצים להבליט ולחזק את אופייה הדתי של ישראל. השקפה כזו – בשל אופייה הטוטלי של הדת – אינה יודעת שובע.

כאמור, גם אם הטיעון בדבר רצון הציבור היה עומד (והוא אינו עומד), בבואנו לחוקק חוק יש לבחון אם מדובר בחוק שהוא לתועלת החברה. תפקידו של חוק הוא להיטיב עם כלל הציבור – לא עם תורת ישראל ולא עם המחויבים לתורת ישראל, אלא עם כלל האזרחיות והאזרחים במדינה. לעניין זה כתבו פורת ושטרן בהצעת החוק:

מי מאתנו שסבורים שעקרונות המשפט העברי הם בעלי ערך מוסף עבור מדינה יהודית במאה העשרים ואחת אינם צריכים לחשוש מפני וויתור על חובת הציות והסתפקות בחובת היוועצות, שהרי "ניכרין דברי אמת". עקרונות המשפט העברי ייפלו על אוזניים קשובות. מנגד, מי שהם חסרי אמון בטיבם של אוצרותיו של המשפט העברי אינם צריכים לחשוש מחובת היוועצות, שהרי למשפט הישראלי תישמר החירות המלאה לדחותו.⁴⁴

43 כפי שעולה מסקר שפורסם בנושא: קובי נחשוני "דת ומדינה תשע"ה: רוצים ישראל חופשית – אך מסורתית" ynet 11.9.2015 (הסקר נערך על ידי רפי סמית ואולגה פניאל).

44 פורת, בעמ' 91.

כלומר: הואיל ומדובר בחובת היוועצות בלבד, להבריל מחובת הכרעה, אין כל חשש מאימוץ עקרונות שאינם מתאימים לחברה מודרנית, שכן אלה יידחו. משהו אינו מניח את הדעת בגישה זו. בשים לב לכך שאין חולקים על כך שיש במשפט העברי, וגם ברמת העקרונות, מה שאינו ראוי להיקלט, מתחייב לאפשר סינון מוקדם כדי לבור את הבר מן התבן. אין סיבה לחשוף את שופטי ישראל ולו גם להצעה של עקרונות בעייתיים או פסולים כאופציה לאימוץ. יש מי שמלווים חשיפה זו בתקווה שעקרונות אלה יידחו, אך יש גם מי שתקוותם הפוכה. לא על הדבש ועל העוקץ האלה ראוי לכונן משפט. למקווים לטוב אפשר לומר כי תקוותם עלולה להיכזב, משום שהחובה לנמק דחייה תהפוך את אימוץ המשפט העברי לבררת מחדל לפחות בחלק מן המקרים, כי זו דרכו של עולם – משום שיש כוח משיא משמעותי בתחושות של עליונות, בהתנשאות על אחרים ואף בהפחתת האחר כדרך לרוממות עצמית. כך, החסר במשפט לא יתמלא מכוח הגיונה של השיטה המשפטית, וגם לא מכוח תסיסה ערכית ראויה (דוגמת הערכים המנויים בחוק יסודות המשפט), אלא רק מכוח מוצאו של העיקרון. זאת ועוד: יהיה מי שיבחן את השופט הדוחה עיקרון של המשפט העברי ויקטלג אותו כמי שאיננו נאמן למסורת – ובתור שכזה גם אינו ראוי לקידום. האם אפשר לומר שכל השופטים יהיו חסינים מפני חשש זה? זאת ועוד אחרת: גם עיקרון שנדחה – לא נמחה. בעצם העובדה שעיקרון לא ראוי מוצע לבית המשפט לאימוץ, כמשקף את יסודות תרבותנו, יש נזק ערכי וחינוכי.

בסוגיה של פרשנות חוקים ביקשה הפסיקה לשמור על עצמאותו של הפרשן ולא להעניק למשפט העברי זכות ראשונים המחייבת הנמקה במקרה של סירוב, כדברי השופט לנדוי:

בשעתו דיברתי על הסינתזה הרצויה, שטרם הושגה, בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו. אין אני סבור, שסינתזה זו תושג על-ידי הכנסת דרישותיה של חברתנו אל תוך מסגרתה הקבועה של שיטת המשפט העברי, שהנה, על-פי גישתה העקרונית, שיטת משפט, התובעת מן האדם הכרה מלאה ללא סייג. נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירים של המשפט העברי, המגלם את

חכמת החיים של קרמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צורכי זמננו, ללא קביעת סדר קדימה למקורות השראתנו וללא הטלת "חובת הראיה" על הפרשן, שעליו יהיה להראות, בכל מקרה, מדוע אין הוא מוכן להיזקק למשפט העברי לצורך פרשנותו בסוגיה זו או אחרת.⁴⁵

אותה גישה יש להחיל גם על המקרה של חלל משפטי (לקונה). בשל הסיבות שפורטו, אין מקום לחזקה ניתנת לסתירה שלפיה עקרונות המשפט העברי מספקים מילוי ראוי. בהיעדר הצדקה לחזקה כזו, אין מקום לשדרוג מלאכותי של המשפט העברי באופן הפוגע בעצמאות השפיטה, וחמור מזה – בתוכני המשפט עצמו ובתשתית הערכית הראויה למשפטנו. בהתחשב בכך שהנטל להצדקת השינוי מוטל על המציע, נמצא – אף בטרם בחנו את העולות הפוטנציאליות של שינוי המצב הקיים – כי אין בשינוי החוק כרי להשיא תועלת לציבור הישראלי, ועל כן לא הורם נטל זה.

2. בחינת פרטי ההצעה

לפי הצעתו של פורת, יקבלו עקרונות המשפט העברי קדימות על הכרעה בדרך של היקש – שאינו מובהק. הטעם להצעה הוא שבשימוש בהיקש עלה בידי בית

45 ר"ג הנדלס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 799. דברים דומים אמר גם השופט ש"ז חשין בפרשת מיטובה (המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' ז'ק קזם, פ"ד (4) 4, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין (1952)):

יש לנקוט כלל פרשנות זה: בכל מקום שבית המשפט נדרש לפרש מונח משפטי [...] ואותו מונח מצוי גם במקורות ספרותינו העתיקה או נשאל מהם, מותר לו, לבית המשפט לפנות לאותם מקורות לשם הבהרת פירושו וקביעת המושג הצפוף בחבו, רק אם נעלה הדבר מעל כל ספק מתוך השוואה והקבלה, כי ההלכות העולות מן החוק ומן המקור העתיק דומות זו לזו במסגרת הסוגיה המדוברת, או כי הרעיון המשפטי הגלום במקור רחב עד כדי כך, שהוא כולל בתוכו את הרעיון המשפטי אשר המחוקק ביקש לתת לו ביטוי, ברקע החדש, במונח אשר שאל מאותו מקור.

המשפט למצוא תשובות כמעט בכל המקרים, מצב שייתר את הצורך לפנות לערכי מורשת ישראל. לכן, כדי שההיקש יועדף על פנייה למשפט העברי בחיפוש פתרון ללקונה עליו להיות היקש מובהק. לא ברור מדוע המשפט העברי עדיף על ההיקש שאינו מובהק. יתרונו הבולט של ההיקש נעוץ בהיותו פתרון מתוך השיטה המשפטית המבטיחה עמידה בערכים היסודיים שלה – כמו שיטתיות ועקביות. בכך הוא עדיף על קליטה משיטה משפטית אחרת, שונה מהותית, שבמקרה זה מקדמת בהסתברות ממשית אימוץ של הסדר זר שאינו משתלב יפה בשיטה המשפטית כולה. מכאן שיש להעדיף את ההיקש – מובהק ושאינו מובהק – על קליטה משיטה אחרת.

כמו כן, המציעים מבקשים לתת קדימות ובכורה לעקרונות המשפט העברי על פני עקרונות אחרים. מעמד מיוחד זה של עדיפות מתבטא בראש ובראשונה בכך שהמשפט העברי מוצא מתוך מורשת ישראל, אף שהוא כלול בה, ומועמד בראש הטור. לפי פורת, דחיית פתרון מכוח המשפט העברי תחייב אפוא הנמקה. מעמד הבכורה המבוקש מתבטא גם בכך שהפנייה אל המשפט העברי אינה מסויגת, ואילו פנייה למקורות אחרים של מורשת ישראל כפופה לעקרונות מסוימים. מה מצדיק את ההימנעות מסיוג עקרונות המשפט העברי, שדווקא הם זקוקים לו במיוחד? מדוע יש להעדיף את המשפט העברי על פני שפע של מקורות אחרים בתרבותנו שעליהם גאוותנו המוצדקת – דוגמת חזונו של נביאי ישראל, האגדה על שלל מכמניה, הגותם ההלכתית של מי שאינם פוסקים אורתודוקסים, ואפילו הגותם של ישראל שחטאו ככרוך שפינוזה? תמונה מלאה יותר, שלמה יותר ועגולה יותר של תרבות ישראל, על כלל שכבותיה וענפיה, כזו שמפורטת בחוק הקיים, כזו שאינה יוצרת דרגות של סדר וחשיבות – תמונה כזו עדיפה מתמונה היררכית. דווקא משום שמדובר בעקרונות ולא בכללים המגמה הרחבה והשוויונית היא המתבקשת.

3. הקשיים העולים מן ההצעות

לא רק שהחוק המוצע אינו מועיל, הוא אפילו מזיק. על עיקרי הנזק הצפוי – פנייה אל ערכים שאינם הומניסטיים ואף אימוצם – כבר דובר, אך לאימוץ ההצעה יש השלכות שליליות נוספות הדורשות התייחסות.

ראשית, מבחינת הציבור היהודי שאינו רואה בדת מקור נורמטיבי מחייב כשלעצמו (וגם הציבור המסורתי הוא כזה), אימוץ של כלל משפטי רק משום שהוא נובע מעיקרון דתי יוצר בעיה קשה מבחינת הלגיטימיות המהותית של הכלל. כך מרחיקים אנשים מהשיטה המשפטית במקום לקרובם.

שנית, אי-אפשר ולא נכון להתעלם מהציבור הערבי הגדול שהמשפט העברי אינו שלו. ההצעה היא פוגענית כלפי ציבור זה לא רק משום שענייניו יישפטו לפי נורמות שמקורן במשפט העברי – שוו בנפשכם כיצד היה מרגיש יהודי שהכרעה בענייניו הייתה מתקבלת על פי חוקי הקוראן – אלא גם ובעיקר משום שיש במשפט העברי פנים שהם נגדו, נוקטים כלפיו אפליה ואף משפילים אותו. יש חשיבות עליונה שגם הציבור הזה ירגיש שישראל היא ביתו וששיטתה המשפטית היא שיטתו.

שלישית, יש בעיה בהסתמכות על מקורות המשפט העברי על ידי שופטים. מעבר לכך שנוצרת חלוקה בין שופטים – יודעי דת וכאלה שאינם – מדובר בהסתמכות על מקורות שאינם גלויים ונגישים לצדדים להליך. אלה לא יוכלו לדעת מראש מתי ועל מה יסמוך השופט את דעתו, וכך גם ניטלת מהם האפשרות להתמודד עם המקורות הללו או להביא אחרים תחתם. בעיה זו מתעוררת גם כשבית המשפט מחליט מיוזמתו, לא על סמך טיעוני הצדדים, להסתמך על מקורות משפט זרים; ואולם הבעיה חריפה יותר כשמדובר במשפט העברי, בשל ריבוי הדעות המאפיין אותו ומשום שהתפתח ברובו ללא סמכות מדינית. מכאן הקושי הרב יותר לחלץ ממנו עמדה משפטית מחייבת.⁴⁶

רביעית, בין בכוונת מכוון ובין כתוצאה לא מכוונת, המהלכים שבהם מדובר סופם שביאו להעדפת מועמדים דתיים במינוי ובקידום למשרות שיפוטיות על פני מי שאינם דתיים, משום שרק להם יש גישה ישירה למקורות המשפט העברי – תחום שהתנועה וההתמצאות בו קשות. ככל שייחפך המשפט העברי לגורם משפיע משמעותי יותר על שיטתנו המשפטית, יגדל היתרון האמור של מועמדים דתיים שיש במערכת הפוליטית שלנו מי שחפץ ביקרם. גם זו תמורה הצפויה להתרחש במשך הזמן מרגע קבלת החוק ועתידה להעניק לדתיים יתרון על חילונים בעולם המשפט.

46 דברים ברוח דומה העלה חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75.

חמישית, יש לתת את הדעת גם לכך שהצעת חוק זו באה אגב תהליך הדתה במרחב הציבורי הישראלי. חובה זו של פנייה למשפט העברי מוצגת במאמרו של פורת כצעד קטן שלכאורה הכול יכולים לקבלו, אך נשאלת השאלה: צעד קטן המוביל לאן? האם השלב הבא לאחר קבלת הצעתו של פורת לא יהיה קבלת הצעתו של סלומינסקי, המבקשת להחיל חובת הכרעה על פי עקרונות המשפט העברי ללא אפשרות דחייה? ומהו המרחק בין עקרונות לבין כללים, בין לקונה לבין פרשנות? תומכי השינוי משיבים: אם נעסיק את עצמנו בחששות כגון אלו לעולם לא נשנה דבר, שכן החשש מפני רעות העתידות לכוא הוא טענה שתמיד ניתן להעלות. אלא שכאן אין מדובר בחשש שאפשר לתארו כחשש שווא, ואיוולת היא להתעלם ממגמות קיימות ומהשלכות אפשריות. אין להתעלם מכך שלא מדובר רק בהצעת החוק של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ניסן סלומינסקי, אלא גם בתמיכה בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי ובאימוץ של ערכי ההלכה היהודית בבסיס תשתיתה הערכית.⁴⁷ אם מעבירים את המבט מן המשפט אל הזירה החברתית, אי-אפשר להתעלם מתהליכי ההתחדדות בקרב הציבור הלאומי-דתי, מתופעות של הדרת נשים ומהדתה בצבא ובמערכת החינוך. ברור גם שנשמך כאן זרע לתביעות משמעותיות בהרבה של השפעה דתית. אחרי שיאומצו מן הדת עיקרים וכללים משפטיים, שייחפכו לכאורה לכללים מדינתיים לא דתיים, תישמע תביעה לעמוד על גרעינים ועל משמעותם הדתית, האותנטית והאמיתית – ולהחזיר עטרתם ליושנה. אחרי שייכנסו עיקרים מסוימים מן הדת, תישמע תביעה – בשם העקביות – לשנות את השיטה כולה כך שתתאים לעיקרים אלה. מה שנכנס לשיטה כחריג ייהפך עם הזמן לכלל, ומה שהיה שולי ייהפך לעיקר. זאת ועוד: אשליה היא לחשוב שלאחר שתגובש מראה המבוססת על המשפט העברי, יסתפקו הכוחות הפוליטיים הדתיים בתפקיד המוגבל של מראה ולא ידרשו להפוך את המראה לתשתית הנורמטיבית המחייבת. במתכוון או שלא במתכוון, מדובר בצעד קטן להדתה נורמטיבית של ישראל.

חשש זה מחרף אף יותר לנוכח המוטיבציה הפוליטית שביסוד ההצעה של חבר הכנסת סלומינסקי. האם את טובתה של שיטת המשפט שלנו מבקשים

47 הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19, במתכונתה העדכנית ביותר.

המציעים או שמא שאיפה פרטיקולרית, זרה לתפיסה דמוקרטית של החוק, היא שמדריכה אותם? היטיב לנסח זאת השופט מישאל חשין המנחה בהעלותו את החשש ש"קוראי בשער להחייאתו ולחידושו של משפט עברי, לא על צידו של מחוקק עומדים הם אלא על צידה של הלכה, לא רווחתה של עדה מבקשים הם, אלא טובתה של הלכה".⁴⁸ חשש זה מוחרף מאוד על רקע העובדה שהרצון לחזק את השפעתו של המשפט העברי על משפטנו אינו מגיע מעולם הכוונות הטהורות, ואפילו לא מעולמה של תפיסה לאומית-ממלכתית בריאה, חוצת מגזרים, כפי שייצגו בזמנו פלטיאל דיקשטיין (דייקן) ושמואל אייזנשטדט. כאן נעשה בבירור שימוש פוליטי מובהק, במסגרת מאבק פוליטי על שליטה במדינה שבו חלק מהציונות הדתית מבקש לכבוש את הממלכה בביתה, הן בקלפיות הן בלבבות.

ביקשתי להראות כי אין הצדקה רציונלית לשינוי המצב הקיים, וכי לא רק שאין בשינוי כזה כדי להועיל, הוא עלול להזיק. לפני סיום אתיחס בקצרה לשאלה שבבסיס הדיון – שאלת יהודיותה של המדינה במדינה יהודית ודמוקרטית. פשיטא שישראל היא יהודית מבחינה לאומית ותרבותית. יש המבקשים לצרף לאלה גם את הדת היהודית כיסוד העומד בפני עצמו ושאינו חלק מן התרבות היהודית גרדא. זיהוי יהודיותה של המדינה עם הדת היהודית אינו מתיישב כלל ועיקר עם היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, שכן חלק מערכי היהדות סותרים את המינימום הערכי הנדרש בדמוקרטיה, והכוונה היא בראש ובראשונה לערך השוויון.⁴⁹ מתוקף גישה זו ערכים אנטי-שוויוניים ואנטי-סובלניים – ערכים של פרטיקולריזם קיצוני – נעשים לערכי המדינה, וגרוע מזה: לערכי היסוד של המדינה.

יש המצדדים בגישה זו מתוך מגמה לאזן את הערכים הללו בערכים אוניברסליים ועל בסיס ההנחה שאיזון זה ייטול את עוקצם של ערכים פרטיקולריים בעייתיים. גישה זו המכירה בערכי המשפט העברי – ללא כל סינון מוקדם – כערכי היסוד של מדינתנו, מחלישה את התשתית הערכית של ישראל כמדינה הומניסטית. היא כרוכה בסכנה ממשית. סכנה זו נוצרת כיוון שביהדות האורתודוקסית, שהיא הזרם הדתי השליט בישראל, אין נכונות של

48 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 59.

49 מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 10, 19 (2016).

ממש לפשרות, ערכיות או עקרוניות.⁵⁰ ההנחה שאפשר להתאים באופן מוסכם ערכים פרטיקולריים לתפיסה הומניסטית מבטאת אופטימיות ללא בסיס מוצק במציאות. ההכרה האמורה מעמידה את ישראל במקום שונה לרעה מכל הדמוקרטיות המתוקנות מבחינת מקורות הסכנה המוחשיים הקריטיים ביותר לזכויות האדם – היחס לאישה, ללא יהודי, ללא דתי, להומוסקסואל ולנכה.⁵¹ יתר על כן, הדתה של המדינה אינה מתיישבת עם הרעיון הציוני שמקורו העיקרי במרידה בדת ועם חזונו של מייסדי המדינה. היא יוצרת שסע חמור בקרב האזרחים היהודים של ישראל וחותרת תחת ישראל כמדינת העם היהודי, שברובו הגדול אינו אורתודוקסי. גם ההנחה שהמדינה יכולה להיות דתית באופן חלקי לוקה בנאיביות. הדת, ובמיוחד הדת היהודית, היא טוטלית במהותה, והכוחות הפוליטיים הפועלים לקדם את שליטתה-שליטתם במדינה אינם יודעים שובעה. לכן, השלמה עם מדינה שהיא דתית במקצת היא פתיחת פתח למדינת הלכה.

ד. סיכום ומבט לעתיד

מוסקנתי היא שאין לקבל את ההצעות שהועלו לשינוי חוק יסודות המשפט. למסקנה זו הגעתי ללא דיון בשאלה הקשה באמת הכרוכה בטרנספורמציה של דין דתי לדין מדינתי: האם אפשר להפריד את הדין הדתי מדתיותו, כאילו היה אופיו הדתי קליפה שאפשר להשילה? ספק רב אם הדבר אפשרי, שכן לא מדובר כלל בקליפה אלא בגרעין. במובן מסוים החשש מפני אינדוקטרינציה דתית גדול יותר כשהיא גלויה פחות או אף סמויה ממש, ואז השפעתה עקיפה ולא מורגשת. העין בוחנת את הכלל המשפטי ואין הדעת ניתנת לגרעין ולמהות הדתיים שביסודו. מלבד זאת ההמרה של חיוב דתי לחיוב מדינתי-משפטי אינה עניין פשוט או טכני. היא כרוכה בטרנספורמציה עמוקה ומהותית של החיוב ולא ברור כלל שהיא אפשרית תמיד.

אין בכוונתי לומר שאין מקום לשינוי במקומו של המשפט העברי במערכת התרבותית והמשפטית שלנו. בתחום התרבותי-חינוכי ראוי להרחיב ולהעמיק

50 שם, בעמ' 30.

51 שם, בעמ' 31.

את הלימוד הביקורתי שלו. בתחום המשפטי יש מקום לבחינה ביקורתית שלו במסגרת ההכנה של הסדרי חקיקה, בתחומים שבהם הוא לא חדל להתפתח. שינוי יסודי יותר יוכל לבוא רק אחרי שהמשפט העברי עצמו יעבור שינוי פנימי עמוק, כפי שהציע פורת, ואחרי שהוא יפתח את עצמו לשינויים הנדרשים עקב שינוי העתים וההשקפות. משפט עברי ברוח חזונו של נביאי ישראל, משפט עברי שמחויב לעשיית צדק ולחברה הוגנת, משפט עברי שצמיחתו מלמטה – מעולם הדעת הנשי, מהאקדמיה ומהציבור הרחב – רק משפט עברי כזה יוכל לשמש מראה למשפט הישראלי.

פנייה אל עברה של אומה חייבת להיעשות לא לשם האדרה של אותו עבר אלא מתוך מבט אל העתיד ומתוך מגמה של תיקון החברה. גישה כזו אינה יכולה להיות מבוססת על קידוש העבר. היא אינה צריכה להתבטא בהזרמה לא ביקורתית ולא ברגנית של מקורותיו. הזרמה כזו מסכנת את השיטה המשפטית; חמור מזה: היא מסכנת את חוסנה הערכי של החברה.

להיזהר מן הזהירות

תגובה לביקורת של מרדכי קרמניצר בעניין

תיקון לחוק יסודות המשפט

בנימין פורת

זכות נפלה בחלקי שפרופ' מרדכי קרמניצר, מבכירי המשפטנים בישראל, ניאות לכתוב ביקורת מפורטת בעניין הצעתי לתיקון חוק יסודות המשפט. בתגובה קצרה זו אבקש להתמודד עם כמה מן האתגרים שהציב קרמניצר בדבריו. כדי שלא אכפול דבריי, אשתדל לקצר ולגעת רק בעיקרי הדברים ובנקודות שלא התחדרו די צורכן בחיבור העיקרי נשוא הביקורת. אני מודה לפרופ' קרמניצר על ההזדמנות להמשיך את הדיון ולפתחו.

את חציו מפנה קרמניצר כלפי הצעתי שבמקרי חסר משפטי (לקונה) יחויב בית המשפט להביא בתוך מסכת שיקוליו את עקרונות המשפט העברי ולהכריע אם לאמצם או לדחותם. אמנם קרמניצר מודה שהצעה זו מתונה היא – הן ביחס לנוסח הנוכחי של חוק יסודות המשפט, המחייב את בתי המשפט לאמץ במקרי לקונה את עמדת המשפט העברי, הן ביחס להצעות אחרות שמבקשות להקשיח עוד יותר את החובה לקלוט את עמדת המשפט העברי – ובכל זאת הוא סבור שאין הצעתי ראויה להתקבל. לדעתו, לא רק שהמשפט העברי אינו מתאים לאימוץ במשפט הישראלי, אלא שעקרונותיו (ודוק: עקרונותיו להבדיל מהסדריו הספציפיים) אף אינם מתאימים לשמש מקור השראה, ואפילו לא לתפקד כמראה השוואתית לחשיבה מחדש על הסדרים ומוסכמות המקובלים במשפט. יש משהו מפתיע, אולי אף פרדוקסלי, בעמדה זו של קרמניצר, המעדיף להותיר על כנו את הנוסח הקיים והקשיח של חוק יסודות המשפט ולדחות את הנוסח המתון והמרוכך שבהצעתי. בהמשך אשוב לנקודה מעניינת זו.

טיעונים רבים מעלה קרמניצר בגנות החובה לפנות, ואפילו רק בדרך של היוועצות, אל עקרונות המשפט העברי. אם לתמצתם בקצרה: (א) המשפט העברי הוא משפט עתיק, שאולי יש בו דברים נשגבים אך הוא נעדר ערכים הומניסטיים והכרה בזכויות אדם, ונוהג בדרך של אפליה, חוסר שוויון וקנאות; (ב) המשפט העברי הוא נטע זר במשפט הישראלי, ופנייה אליו תפגע בקוהרנטיות של

המשפט הנוהג בישראל; (ג) המשפט העברי לוקה בחוסר ודאות ובחוסר נגישות, ועל כן דרכו של המשפטן הישראלי חסומה אליו; (ד) יש במשפט העברי תחומים משפטיים לא מפותחים, כגון המשפט הפלילי והמשפט הציבורי, ועל כן הם לא ללוונטיים למשפט הישראלי.

ואולם דומה שמעבר לטיעונים פרטניים אלה ואחרים בלב הביקורת מקנן החשש, שקרמניצר אינו מנסה להסתירו, שההצעה לתקן את חוק יסודות המשפט, ואפילו בדרך מתונה ומרוככת, היא מדרון חלקלק שבסופו ממתנינים כפייה דתית והשתלטות הציונות הדתית על המרחב הציבורי: "במתכוון או שלא במתכוון, מדובר בצעד קטן להדתה נורמטיבית של ישראל". חשש זה, כך אבקש לטעון, יסודו בראייה דיכוטומית של הזהות היהודית והזהות הדמוקרטית – דת מול חילון, פרויקטולריות נגד אוניברסליזם, קנאות מול זכויות אדם – כשתיים שהן יריבות ומתקשות לדור בכפיפה אחת. אך דיכוטומיה זו אינה הכרחית והיא אינה מבטאת נאמנה את המורכבות והרכיגוניות של המשפט העברי (ואף לא של המורשת הדמוקרטית). הצעת מבוססת אפוא על האפשרות של מערכת יחסים דיאלוגית ומורכבת בין שני העולמות המשפטיים, אשר אם תיעשה בזהירות ובמורכבות הנדרשות תועלותיה יעלו על מגרעותיה.

ומן הכלל אל הפרט. קרמניצר רואה במשפט העברי, על כל אגפיו, דין דתי. לדירו, גם דיני החוזים ודיני הקניין של המשפט העברי ספוגים באופיו הרליגינזי. לפיכך לשיטתו פניית בתי המשפט בישראל אל המשפט העברי משולה להליכה לקנוסה, הרכנת ראשו של הקיסר לפני ראש הכנסייה. אלא שהנחה זו בעייתית מנקודת מבט כפולה, ציונית והלכתית. זרם שלם של הוגים ויוצרים בתנועה הציונית – הציונות הרוחנית מיסודו של אחד העם – סברו כי תרבות ישראלית מודרנית, לא הלכתית, תיתכן רק מכוחה של יניקה מתמדת מן המקורות היהודיים, שהם בעלי ערך של תרבות לאומית ולא רק של הלכה דתית. ההשתקפות המשפטית של זרם זה בציונות היא פרויקט המשפט העברי, שבמסגרתו הפנייה אל אוצרות המשפט העברי נעשית מטעמים של מורשת תרבותית ולא מטעמים של כפיפות הלכתית מחייבת. לפיכך כה מהותית עבור פרויקט המשפט העברי ההבחנה שההלכה עצמה סימנה בין חלקיה המשפטיים ("מצוות שבין אדם לחברו") לבין חלקיה הדתיים ("מצוות שבין אדם למקום"). אמנם צודק קרמניצר כשהוא מצביע על מערכת סימביוטית מורכבת בין שני חלקים אלה של ההלכה,

ועל חוסר היכולת להפריד ביניהם בסכין חריפה. בייחוד אמורים הדברים בתחום כדוגמת המשפט הפלילי שבו אכן הזיקה בין הרכיב הדתי לבין הרכיב המשפטי בולטת במיוחד, ולכך עוד אשוב בהמשך. אך עם זאת, הזיקה המסוימת שיש בין מצוות שבין אדם לחברו לבין מצוות שבין אדם למקום אינה היעדר גבולין ביניהן; ההבחנה בין החלקים המשפטיים של ההלכה לבין החלקים הדתיים שבה היא הבחנה עתיקת יומין ופנימית להלכה. כך, תחומים משפטיים קלאסיים, כגון המשפט הפרטי לענפיו השונים, סדר דין אזרחי והמשפט הציבורי (שאליו אתייחס בנפרד בהמשך), מוסדרים במשפט העברי כשהיבטים הדתיים נמצאים ברקע בלבד. וכי למשל, כאשר המחוקק בחר לעצב הסדרים שונים בחוק עשיית עושר ולא במשפט בהשראת עקרונות המשפט העברי הוא גרם בכך להדתה של החברה הישראלית!?! תהא זו החמצה גדולה אפוא אם בשם החשש החילוני מפני דתיותה של ההלכה יוחמצו האוצרות שהיא מציעה בתחומי החברה והמשפט.

מופרז יותר הוא החשש שקרמניצר מעלה מפני כפייה דתית. שהרי הצעתו מכוונת בדיוק כלפי החלשת ממד הכפייה ולא לחיזוקה. במקום החובה החלה היום על בתי המשפט לאמץ את עמדת המשפט העברי במקרי לקונה, על פי הצעתי יהיה עליהם לשקול את עקרונות המשפט העברי, וכידיהם יוותר מלוא שיקול הדעת בעניין ההכרעה הסופית אם לאמצם או לדחותם. אכן צודק קרמניצר כשהוא מתאר את הרוב המסורתי בישראל כמי ש"מונעים מיחס של כבוד והערכה למסורת ודוגלים בחופש הבחירה האישי לאמץ מתוכה מה שנראה בעיניהם"; אך בעיניי זוהי בדיוק הסיבה לאמץ, ולא לדחות, את ההצעה בדבר היוועצות של בתי המשפט בעקרונות המשפט העברי.

- 1 מבחינה מסוימת גם למצוות שבין אדם לחברו יש ערך דתי, ועל כן אף הן בעלות מאפיינים מסוימים של מצוות שבין אדם למקום. והוא הדין להפך: גם למצוות שבין אדם למקום יש ערך חברתי, ועל כן מבחינה מסוימת אף הן מצוות שבין אדם לחברו. ברם מורכבויות אלה, חשובות ככל שתהיינה, אינן מייטרות את ההבחנה הקטגורית בין שתי הקבוצות של המצוות.
- 2 "החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות: הוא מזכה בהשבה את המשביח נכסי חברו; הוא מאמץ את העיקרון של 'זה נהנה וזה לא חסר' כשיקול לפטור את הנהנה מהשבה; והוא מזכה את המציל רכושו של חברו בשיפוי על הוצאותיו, במטרה לעודד פעולות הצלה" (דברי ההסבר להצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ח-1978).

יהיה זה משום חוסר יושר להכחיש את טענתו של קרמניצר שבצד ההיבטים הנשגבים שיש במשפט העברי יש בו גם היבטים שאינם עולים בקנה אחד עם תפיסות הומניסטיות מודרניות, כגון היחס הלא שוויוני כלפי נשים ולא־יהודים. אלא שאם טיעון זה מוביל לדחייה גמורה של המשפט העברי ממסכת שיקוליו של בית המשפט הישראלי, על שפע האוצרות שיש באמתחת המשפט העברי להציע, משול הדבר לשפיכת התינוק עם מי האמבט. חובת ההיוועצות במשפט העברי, להבדיל מחובת הציות לו, תאפשר לבתי המשפט להפריד בין המתאים לאימוץ לבין הבלתי מתאים, אגב עריכת פיתוחים והתאמות נדרשים.³ ואולם בנקודה זו קרמניצר מעמיק ומחדד את השאלה בצורה נוקבת עוד יותר: הומניזם וכבוד האדם הם ערכים שיציבותם ושגשוגם הם תנאי הכרחי לקיומה של חברה מודרנית מתוקנת, והחברה הישראלית בכלל זה. ואם פנייה

3 כך למשל, כללים שבמשפט העברי חלים על יהודים בלבד ולא על נוכרים ויכלו לשמש מקור השראה למשפט הישראלי רק אם יעברו תהליך של "אוניברסליזציה" או של "אזרוח". כאשר מדובר בעניינים שיש לסווגם כזכויות אדם דור ראשון נדרש תהליך של "אוניברסליזציה", כלומר החלת הכלל על כל אדם באשר הוא אדם; כאשר מדובר בעניינים הדומים יותר לזכויות אדם דור שני נדרש תהליך של "אזרוח", כלומר החלת הכלל על כל אזרח ותושב של מדינת ישראל, אך לא דווקא על מי שאינם אזרחים ותושבים (להבחנה בין זכויות אדם דור ראשון לזכויות אדם דור שני ראו למשל Karel Vasak, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, *The UNESCO Courier* 29 (11) 30; ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' ל'תיאוריה של מימון ציבורי' " זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 131 [ויובל רבין ויובל שני עורכים, 2004]). הכרעה בין שתי אפשרויות אלה אינה תמיד עניין פשוט. לדוגמה, דיני אונאה שבמשפט העברי קובעים את החובה לסחור במחירים הוגנים ואת הסעדים שיינתנו למתאנה. על פי המשפט העברי, דיני אונאה מגנים על יהודי המתאנה אך לא על נוכרי המתאנה (ראו למשל, רמב"ם, הלכות מכירה יג, ז). אין ספק כי נטילת השראה מן המשפט העברי מותנית בכך שבהקשר הישראלי לא תהיה אפליה בין יהודים לבין לא־יהודים (על כך ראו גם הרב יצחק הלוי הרצוג *תחוקה לישראל על פי התורה* ג 278 [איתמר ורהפטיג עורך, תשמ"ט]). האם קבלת השראה מדין אונאה שבמשפט העברי מחייבת את החלתו על כל אדם באשר הוא אדם, או שמא על כל אדם באשר הוא אזרח ותושב של ישראל? זו דילמה המחייבת עיון בפני עצמה, החורג מגבולות יריעה זו.

אל המשפט העברי, ולו בדרך של היועצות, עלולה להביא לנסיגה כלשהי במחויבותה של החברה הישראלית להומניזם, האין בכך סיכון מיותר לחוסנה הערכי של החברה הישראלית? מדוע לחשוף את בתי המשפט בישראל אל המשפט העברי ובכך לסכן את מחויבותם להומניזם ולכבוד האדם, ערכים אשר בשל שבריריותם זקוקים דווקא לחיזוק ולא להחלשה? ברם נקודת התורפה של טיעון זה נעוצה בחד-ממדיות של תפיסת החוסן הערכי הדרוש לחברה. חוסן ערכי זה תלוי בשילוב מאוזן בין יסודות אוניברסליים והומניסטיים מוצקים לבין זהות פרטיקולרית-לאומית מגובשת. כשם שכרסום במחויבותה של החברה הישראלית להומניזם עלול לסכן את קיומה, כך מדאיג לא פחות הוא דילול בתפיסת ייחודה העצמי הפרטיקולרי. בהיעדר מרכז יציב של זהות תרבותית לאומית מפותחת עלול לפקוע קרום המעטפת של החברה הישראלית; אף זה עלול להיות מדרון חלקלק, שסופו בהתבוללות תרבותית. מבחינה זו פנייה אל עקרונות המשפט העברי, אם תיעשה במינון הנכון ובאיזונים הראויים, תחזק את הרכיבים הפרטיקולריים של המשפט הישראלי, בלי לסכן את יסודותיו האוניברסליים וההומניסטיים.

יתרה מזו. הדרך לוודא שהפנייה אל המשפט העברי תיעשה מתוך דיאלוג עם המסורת ההומניסטית (ולא בעימות עמה) היא שהדבר ייעשה במסגרת השיח המשפטי בישראל, על ידי משפטנים ושופטים בעלי מחויבות אותנטית לכבוד האדם. אכן, פיתוחו של המשפט העברי מחוץ לשיח הישראלי המודרני עלול לעודד הדגשתן של מגמות לא הומניסטיות במסגרתו, ודווקא בשל כך חשוב שהדבר ייעשה מתוך דיאלוג פורה עם המשפט הישראלי.

זו אחת הסיבות שסדר הזמנים אינו יכול להיות כפי שמציע קרמניצר – ראשית פיתוחו של המשפט העברי בתוך תחומי בית המדרש, ורק אחר כך שילובו בצורה זו או אחרת בשיח המשפטי הישראלי. השילוב בשיח המשפטי הישראלי (באמצעות פנייתם של בתי המשפט אל עקרונות המשפט העברי) דרוש כדי להבטיח שפיתוחו של המשפט העברי ייעשה בזיקה ערה לערכי הומניזם וכבוד האדם; פנייתם של בתי המשפט אל המשפט העברי היא חלק נחוץ מן הדרך ולא רק תוצאתה הסופית.

אבקש לחדד שתי נקודות נוספות. קרמניצר מליץ על כך שפנייה אל המשפט העברי עלולה להיות נטע זר המשבש את הקוהרנטיות של המשפט הישראלי.

טענה זו יכולה הייתה שתישמע לו היה המשפט הישראלי מערכת משפט בעלת מסורת ארוכת שנים של התפתחות עצמית אוטונומית ונטולת השפעות משיטות משפט אחרות. אך המציאות שונה. המשפט הישראלי הוא שיטה אקלקטית, שניתן לראות בה את טביעות אצבעותיהן של שיטות משפט רבות, כגון המשפט העותמאני, המשפט האנגלי, המשפט הגרמני, המשפט האמריקאי. זו למשל הסיבה שפסיקות בתי המשפט בישראל מאופיינות בפנייה אינטנסיבית במיוחד לשיטות משפט זרות, מכל רחבי הגלובוס, עד ש"דומה שיותר מכל מסורת אחרת, אנו פתוחים בישראל למשפט ההשוואתי, הן בכתביהם של האקדמאים והן בפסקיהם של השופטים. תורמת לכך העדרה של תשתית יוריספרודנטלית ישראלית, המחייב את המשפטן הישראלי – יותר ממשפטן אחר, בן התרבות המשפטית המערבית – לשאוב השראה ממקורות המשפט ההשוואתי".⁴ לפיכך קשה לקבל את הטענה שמתוך בליל שיטות המשפט הזרות שבהן שופטים בישראל נוהגים להיעזר, דווקא המשפט העברי הוא שיפר את הקוהרנטיות הפנימית של המשפט הישראלי.

ונקודה אחרונה נוגעת לטענתו של קרמניצר שהדין הפלילי והדין הציבורי במשפט העברי לא התפתחו, ועל כן אין הם מתאימים במהותם להשוואה ולהשראה, כל שכן לקליטה. דומני כי ערוב דברים יש כאן, וכדאי להבחין בין שני תחומי משפט אלה. בכל הנוגע לתחום הפלילי, אכן מדובר בתחום אשר המשפט העברי בחר שלא ליישמו בפועל; הדיונים שערך המשפט העברי בתחום המשפט הפלילי היו בדרך כלל עניין תאורטי ולא הפעלה של דיני עונשין הלכה למעשה.⁵ בין שזו הסיבה ובין שזו התוצאה, בתחום המשפט הפלילי מורגשת זיקה הדוקה יחסית בין רבדיו הדתיים של המשפט העברי לבין רבדיו המשפטיים.⁶ לפיכך נכון לומר כי תחום המשפט הפלילי מתאים פחות כמקור השראה למשפט הישראלי. אגב, אף אם מביאים בחשבון אזהרה זו יש לזכור שגם בתחום המשפט הפלילי שופטים בישראל עשו כמה שימושים מעניינים ויצירתיים במקורות המשפט העברי. מובן שבמקרים אלה אין מדובר בהעתקה פשוטה של ההסדרים

4 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א: תורת הפרשנות הכללית 195 (תשנ"ד).

5 ראו למשל אהרן אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי 27 (2007).

6 על כך ראו עמיחי רדוינר "המשפט העברי איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)" אקדמות טז, 139, 155 (תשס"ה).

שבמשפט העברי, אלא בשאיבת השראה מעקרונות בעלי משמעות, אגב מתן גוון שונה כפי שנדרש בהקשר הישראלי. בעניין זה אפשר להזכיר, למשל, את הרחבת עקרון ההגנה העצמית כך שיחול גם על אדם שלישי המגן על המותקף,⁷ את החלת עברת האינוס גם על אונס אישה בידי בעלה,⁸ וכן את פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין האחריות הפלילית בעקבות השתתפות במרוץ מכוניות לא חוקי שהסתיים במוות.⁹ קרמניצר דורש לגנאי את העובדה שכאשר המחוקק הישראלי קלט מן המשפט העברי את דין "לא תעמוד על דם רעך", הוא הוסיף לו סנקציה בידי אדם שאינה מופיעה בדין המקורי שבמשפט העברי, שבו הסנקציה מוגבלת לעונש בידי שמים בלבד.¹⁰ אולם בעיניי זו דווקא דוגמה לשימוש הראוי שעושה המחוקק הישראלי בדין הפלילי העברי תוך כדי יצירת ההתאמה הנדרשת לשיטת משפט פוזיטיבית מודרנית; זו אינה בהכרח נטיעה של שתילים זרים בערוגה שלא להם נועדה, כלשונו של קרמניצר, אלא הרכבה ראויה של שני זני נטיעות שתשביח את האילן שיצמח.¹¹

שונה מזה הוא תחום דיני המינהל הציבורי. אף שלאורך מרבית שנותיו המשפט העברי לא פעל בתנאי ריבונות, בכל זאת הוא פיתח מערכת דינים

- 7 ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141. עמדה זו הוטמעה אחר כך בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 8 ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 281. יש לציין כי ההסתמכות על המשפט העברי בעניין זה הייתה נחלת שופט אחד, ואילו עמיתיו ביכרו להגיע לתוצאה זו בלא הסתייעות במשפט העברי. זאת ועוד, גם השופט שהסתמך על המשפט העברי עשה זאת בצורה יצירתית, שבוודאי אין לראותה כהעתקה פשוטה של עמדת המשפט העברי בנושא. על כך ראו ההבדל בין שתי חוות הדעת שהובאו בפסק הדין (מאת פרופ' רקובר ופרופ' ליפשיץ) באשר לעמדת המשפט העברי.
- 9 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2013); דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015).
- 10 לאמיתו של דבר העניין מורכב מעט יותר. אמנם המשפט העברי אינו מטיל עונש בידי אדם על העובר על מצוות לא תעמוד על דם רעך, שכן הכלל הוא שלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. עם זאת, על פי המשפט העברי, בית הדין יכול לאכוף מלכתחילה על אדם להציל את חברו אם הדבר ביכולתו ובכל זאת הוא מסרב לעשות כן. ראו למשל הגהת הרמ"א, אבן העזר פב, ה (בעניין כפיית מינקת להניק ולד שאינו בנה).
- 11 בלי להיכנס לשאלה אם די בסנקציה של קנס כספי שקבע המחוקק או שמא היא מקלה מדי ולא משמעותית די הצורך.

מפורטת ומסועפת של המינהל הציבורי הקהילתי היהודי. ימיו של תחום זה במשפט העברי הם כאלף שנה, למן המאה העשירית ואילך, עם עליית כוחה ומעמדה של הקהילה היהודית בתפוצות.¹² דיני המינהל הציבורי במשפט העברי, שלא כמו המשפט הפלילי, הם תחום משפטי פעיל הלכה למעשה. כיוון שהקהילה היהודית נוהלה בדרך כלל בצורה פרוטור-דמוקרטית,¹³ דינים אלו בהחלט עשויים להיות בעלי עניין ומשמעות לדיני המינהל הציבורי במשפט הישראלי, תוך כדי שקלול העובדה שהתפתחו ללא קיום מדיני עצמאי. ואכן, יש לא מעט דוגמאות לשימושים פוריים שעשו בתי המשפט בישראל בדיני המינהל הציבורי שבמשפט העברי, כגון בשאלות של דרישת תום הלב בפעולותיה של רשות ציבורית;¹⁴ תוקפו של הסכם פוליטי;¹⁵ מעמדה של הבטחה מינהלית;¹⁶ מינוי לתפקיד שר של אדם שהורשע בתחום השחיתות;¹⁷ ייצוג המיעוט בוועדות של רשויות מקומיות.¹⁸

לקראת סיום אבקש לשוב לתמיהה שבה פתחתי: מדוע מתנגד קרמניצר להצעתו למיתון וריכוך של החובה לפנות אל המשפט העברי במקרי לקונה? הלוא הדעת נוטה שעל פי השקפתו, אם כבר נגזר שתהיה חובה כלשהי של פנייה אל המשפט העברי, עדיף שזו תהיה חובת היוועצות מתונה ומרוככת, ולא חובה קשיחה של ציות כפי שמופיע בחוק המקובל היום. האם השיקול

- 12 על כך ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 558 (מהרורה שלישיית, תשמ"ח), והביבליוגרפיה שם.
- 13 על כך ראו למשל המאמרים המובאים באסופה מחשבות על דמוקרטיה יהודית (בנימין פורת בשיתוף עם אביעזר רביצקי עורכים, תש"ע), שער ה: "ייצוג הציבור על ידי נבחירי, עמ' 271; שער ו: "הכרעת הרוב וזכויות המיעוט" 349; שער ז: "הפרדת רשויות והגבלת כוח השלטון; שער י: "חיים דמוקרטיים בתולדות הקהילה היהודית בימי הביניים" 655.
- 14 בג"ץ 376/81 לוגסי ואח' נ שר התקשורת ואח', פ"ד לו(2) 449, 467.
- 15 בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ו-17 אח', פ"ד מה(1) 749, 779.
- 16 ת"א (י"ם) 1376/98 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון.
- 17 בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פסקאות 15-16 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 18 עמ"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק.

הפרגמטי לא היה אמור להוביל את קרמניצר להעדיף את האפשרות הגרועה פחות מתוך השתיים? ייתכן שהעדפתו של קרמניצר להשאיר על כנו את הנוסח הקיים של חוק יסודות המשפט קשורה בכך שדווקא האופי הקשיח של הנוסח הנוכחי, המחייב לאמץ את עמדת המשפט העברי, הוא שמוכיל לתוצאה שהחוק אינו מצליח להגשים את תכליתו. אכן, המציאות מלמדת שכאשר החוק מחייב את השופטים לאמץ את עמדת המשפט העברי במקרי לקונה, הם פשוט נמנעים מלהגדיר את המקרים שלפניהם כמקרי לקונה, ובכך לא באים בשערי החוק. לעומת זאת, אם נוסח החוק יתמתן ויקבע חובה מרוככת יותר של היועצות בעקרונות המשפט העברי, או אז יש סיכוי ממשי ששופטים לא יירתעו מלהגדיר את המקרים שלפניהם כלקונה ויאותו לשקול ברצינות הראויה את עקרונות המשפט העברי, שכן ההכרעה הסופית אם לאמץ את עמדת המשפט העברי תיוותר בידם. לשון אחר, דווקא הנוסח המתון יותר הוא גם הריאליסטי יותר, ועל כן מעדיף קרמניצר את הנוסח החלופי הקיים היום שאינו בר מימוש.

סוף דבר, אי־אפשר לפטור את חששותיו של קרמניצר במחי יד. אכן יש במורשת היהודית יסודות שהופכים את שילוב עקרונות המשפט העברי בשיח המשפטי בישראל לאתגר מורכב במיוחד. לא רק זאת – חלקים מסוימים בשיח הדתי בישראל, אשר בשנים האחרונות הולכים ומקצינים, אינם מקלים את מלאכתם של המבקשים לגשור גשרים בין המורשת היהודית לבין הישראליות המודרנית. ברם אם בשל כך נרים ידיים ונחדל מן הניסיון לקשור בין שני העולמות, נהיה אנו המפסידים העיקריים. מלאכת החיבור בין המורשת המשפטית היהודית לבין המשפט הישראלי צריכה להיעשות בתבונה ובזהירות. אבל זהירות זו אסור שתביאנו לידי שיתוק. לא לחינם אמר רבנו בחיי אבן פקודה (ספרד, המאה

הי"א-י"ב), בעל "תורת חובת הלבבות", כי "מן הזהירות שלא תרבה להזהר".

ד"ר בנימין פורת הוא עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש המכון לחקר המשפט העברי ע"ש ישראל מץ שלייד הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי ומשפט ציבורי.

ההצעה לסדר רואה אור במסגרת המרכז "לאום, דת ומדינה", בראשות **פרופ' ידידיה שטרן** ובניהולו של **ד"ר שוקי פרידמן**.



מסכת"ב: 1-198-519-965-978

www.idi.org.il



המכון הישראלי
לדמוקרטיה