



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר
נשיא

ד"ר אריק כרמון
נשיא מייסד

המועצה הבינלאומית

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
סנטור רוברט בדנר, צרפת
פרופ' רונון בוגדנו, בריטניה
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וספה, גרמניה
השופט דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
ד"ר סידי דול, ארה"ב
השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
לורד ג'ורג' ויידנפלד, בריטניה
לורד הרי ק' וולף, בריטניה
סר ג'יימס ד' וולפנסון, ארה"ב
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
סנטור ג'וזף ליברמן, ארה"ב
פרופ' דומיניק מואיז, צרפת
פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
השופט רוזלי סילברמן אבלי, קנדה
ד"ר הנרי קיסינג'ר, ארה"ב
פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב
פרופ' הנרי רוזובסקי, ארה"ב
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

חברי הוועד המנהל

מר אלפרד אקירוב
מר דב כהרב
מר ארז ויגודמן
פרופ' יפה זילברשץ
מר שאוקי ח'טיב
פרופ' מנואל טרכטנברג
מר סלי מרידור
מר אבינועם נאור
עוזר אבי פישר
פרופ' זאב צחור
מר יוסי קוצ'יק

סגני נשיא המכון

פרופ' מרדכי קרמניצר, מחקר
פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר
ד"ר ישי ג'סי, פרס, אסטרטגיה

ראש צוות היישום

עוזר דן לנדאו

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמיחי אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' ממי דהן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' שחר ליפשיץ
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' גדעון רהט
פרופ' אלי שאלתיאל
פרופ' יובל שני

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 (1980) קובע "ראה בית המשפט שאלה משפטיות 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.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

ההצעה היא אבן 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 האורתודוכסי – הפנייה לעקרונות המשפט העברי עשויה להיות טבעית ומובנת, שכן היא עולה בקנה אחד עם תפיסתו הדתית, החיוב של יהודי חילוני או שאינו אורתודוכסי, ועל אחת כמה וכמה של אדם שאינו יהודי, להכפיף עצמו, מכוח חוק המדינה, לעקרונות הדין הדתי היהודי - אינה כזו כלל



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

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 עמיר פוקס, עו"ד

המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה