

עשיית עושר ולא במשפט העברי

אביעד הכהן*

מחקרים רבים הוקדשו לבחינת מקומו של המשפט העברי במשפט של מדינת-ישראל. רבים מהם נוטים להציג את "חצי הכוס המלאה", ולהדגיש את המקום שתפסו עקרונות המשפט העברי בעיצוב החוק ובפסיקתם של בתי-המשפט. ברם, לצד מגמה מבורכת זו, קיימת גם מגמה שונה לחלוטין, המבקשת להדיר את המשפט העברי ממערכת המשפט הישראלית. במקרים רבים מדובר בורם תת-קרקעי, מוסווה היטב, אשר רק לעיתים רחוקות מתפרץ אל מעל לפני השטח, ובעוצמה רבה. במאמר זה ביקשנו לאתר את עקבות ההתנגדות לשימוש במשפט העברי במערכת המשפט הישראלית, ולעמוד על הגורמים והתהליכים שמניעים אותה. אגב כך נחשף הפער הגדול שבין הרטוריקה הגבוהה, המדברת בשבח שילוב המשפט העברי במשפט של מדינת-ישראל, לבין המציאות השונה לחלוטין, שבה קיימת מגמת הדרה מכוונת של המשפט העברי והימנעות משימוש בו, ולו לצורכי השראה והשוואה.

אקדמות מילין

פרק א: ההתייחסות למשפט העברי – ארבע גישות

1. התעלמות

2. הסתייגות

3. הכרה מסויגת ומתונה ביותר

4. תמיכה ועידוד

פרק ב: דרך עוקפת משפט עברי

1. "מעקף" בדרך החקיקה

2. "מעקף" בדרך הפסיקה

פרק ג: "חתול לא-קרוא": פרשיות רם, ז'בוטינסקי, רוזנצויג ואפנג'ר כמשל

* ד"ר אביעד הכהן, דקן בית-הספר למשפטים "שערי משפט" ומרצה בכיר למשפט חוקתי ולמשפט עברי במכללה ובפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

1. פרשת רם
 2. פרשת ז'בוטינסקי
 3. פרשת רוזנצויג
 4. פרשת אפג'ר
- פרק ד: ההיבט המוסדי
1. מקומו של המשפט העברי באקדמיה המשפטית
 2. מקומו של המשפט העברי בחקיקת הכנסת
- פרק ה: רטוריקה מול מעשה
- פרק ו: מבט אל מעבר לים – על מקומו של המשפט העברי בארצות-הברית
- פרק ז: אחרית-דבר

אקדמות מילין¹

לצד העיסוק הרב במשפט העברי,² אשר עולה ופורח בשנים האחרונות, הולך ומתרבה גם העיסוק בתולדות התפתחותו ומחקרו של המשפט העברי.³ בד בבד ממשיכות לעלות תהיות,

- 1 מארמית: מבוא, דברי פתיחה. במקור: שם של פיוט שחובר על-ידי ר' מאיר ברבי יצחק ש"ץ (וורמס, המאה האחת-עשרה).
- 2 בנושא זה ראו בהרחבה מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך שלישי 1319-1636 (מהדורה שלישית, 1988); נחום רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (1989); סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו 7 (1988); מאמריהם של אביעד הכהן ושל מיכאל ויגודה בפרשת השבוע, www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/ParashotShavua/keys.htm; יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (2009); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119 (1996).
- 3 בנושא זה ראו בהרחבה רון חריס "הזדמנויות היסטוריות והתמצות שבהיסח הדעת – על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בראשיתו" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 21-55 (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, 2002); אסף לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית" רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 633-659 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998); אסף לחובסקי "החינוך המשפטי בארץ-ישראל המנדטורית" עיוני משפט כה 291 (2001); עמיחי רדזינר "הוראת המשפט העברי כפקולטה למשפטים: בין חזון יישומי למציאות תיאורטית" אוניברסיטת בר-אילן – מרעיון למעש – אבני דרך ותולדותיהן של מחלקות כרך א 489-529 (דב שוורץ עורך, 2006). לסקירה על-אודות המאבקים התרבותיים סביב עיצוב המשפט של החברה היהודית בארץ-ישראל וסביב עיצוב המשפט במדינת-ישראל ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 77-123 (2008).

מכיוונים שונים, בדבר השאלה "מדוע לנו משפט עברי"⁴, בדבר מהותו ומעמדו בשיטת משפט "חילונית"⁵, ובדבר הדרך הראויה ליישומו ולהטמעתו, אם בכלל, בשיטת המשפט הישראלית.⁶

רבים מן העוסקים במחקר זה נתנו את דעתם לתמורה שחלה במהות העוסקים בתחום זה. ב"דורות הראשונים" היו רבים מן העוסקים במקצוע זה אנשים שראו בו ערך לאומי, ולא דווקא דתי,⁷ ומתוך כך היו דלתותיו פתוחות לכל, ולא הצטמצמו רק למי שנמנה עם שומרי המצוות בהווה (או למצער בעבר). ברם, ככל שחלפו השנים, הלך המשפט העברי והסתגר בד' אמותיו של בית המדרש, וכיום כמעט כל העוסקים בו באופן אינטנסיבי נמנים עם ציבור שומרי המצוות.⁸

לתמורה זו יש השלכות רבות משמעות – ויש שיאמרו אף טרגיות – על הניסיון להפוך את המשפט העברי לנחלת הכלל ולהטמיעו בכל רבדיו של המשפט הישראלי, בין בחקיקה ובין בפסיקה. מקצת המשפטנים מעדיפים לראות את "חצי הכוס המלאה", ולתאר את המצב מנקודת מבט הבוחנת את עולם המשפט הישראלי במשקפיים ורודים. חלקם רואים את התמונה בצורה מורכבת יותר, כשאורות המשפט העברי וצלליו משמשים בה בערבוביה. כך, למשל, נכתב במקום אחד:

"היחס למשפט העברי במערכת המשפטית הישראלית הוא יחס של שניות. מחד

- 4 ראו, למשל, אריה אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה 467 (2001); ליאון שלף "הפורמליזם של המשפט העברי וערכיה של מורשת ישראל" עיוני משפט כה 489 (2001); מאוטנר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 122-123, 335-339.
- 5 אלון, לעיל ה"ש 2; יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 268 (1970); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 510 (1970); יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג – המשך)" משפטים ו 5 (1975); IZHAK ENGLARD, RELIGIOUS LAW IN THE ISRAEL LEGAL SYSTEM (1975).
- 6 ראו נחום רקובר לשילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי הקדמתו של אליקים רובינשטיין בעמ' 11 (1998); אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט – סוגיות במשפט הציבורי הישראלי 168 (2003).
- 7 הבולטים מביניהם היו אנשי "חברת המשפט העברי", אשר קמה במוסקבה בשנת תרע"ח-1918, סמוך לאחר הצהרת בלפור. על חברה זו ראו אלון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1329-1332. לימים הצטרפו אליהם חוקרי משפט שראו במשפט העברי שדה מחקר מדעי, ולא דווקא מערכת נורמות חיה ומחייבת. ראו, למשל, עמיחי רדוינר "מדוגמטיקן להיסטוריון: אשר גולאק וחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית 1925-1940" מדעי היהדות 43, 169 (2006); עמיחי רדוינר "תלמיד חכם שלא נספד כהלכה" – יעקב שמואל צורי ומחקריו במשפט העברי על רקע תולדות מחקר תחום זה" שנתון המשפט העברי כג 253 (2005).
- 8 כך, למשל, אנשי המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, וכך גם כל מורי המשפט העברי בבתי הספר למשפטים. יצוין כי במוסדות אקדמיים בחוץ לארץ המצב שונה, וחלק מן העוסקים בתחום זה אינם מגדירים את עצמם כשומרי מצוות, ומקצתם אף אינם יהודים.

גיסא, באורח עיוני מודים הכל כי המשפט העברי הוא חלק ממורשתנו המשפטית וראוי שיהא לכך ביטוי ומקום במשפט הישראלי, זאת גם אם ישנה מחלוקת בדבר היקפה של חובת ההיזקקות אליו... מאידך גיסא, יישומו של ההיגד העיוני בדבר מקומו של המשפט העברי נתקל בקשיים, חלקם אידיאיים ורובם מעשיים בקהילה המשפטית הישראלית.⁹

מתוך גישה מסוגרת זו נעלמים לעיתים הביטויים – מקצתם גלויים, מקצתם סמויים – שמהם עולה תמונה שונה לחלוטין של רצון להדיר את המשפט העברי משורות המשפט הישראלי ולנטרל כליל את השפעתו עליו.

ברשימה זו ייעשה ניסיון לבחון את הדברים מ"מבט-על". במונחים היסטוריים, מדובר בפרספקטיבה היסטורית קצרת-מועד. בעולם ההיסטוריה, תקופה של שישים שנה נחשבת זמן קצר ביותר, אם לא קצרצר, המונע ניתוח רחב בדבר קיומה של תופעה בת-השפעה. עם זאת, ובהתחשב ב"הערת-אזהרה" זו, דומני שכבר כיום, במלאת שישים שנה למשפט הישראלי, תמונת-העל מאפשרת להצביע על תהליכים ומגמות שיש להניח כי יאפיינו את המשפט הישראלי גם בהמשך דרכו.

ענייננו יתמקד לא ב"מה" – בתיאור התופעה, נושא שנכתב עליו רבות¹⁰ – אלא יותר ב"מי" וב"איך", קרי, בגורמים ובתהליכים שיצרו ויוצרים אותה. אגב כך נתחקה אחר דרכן של כמה מהדמויות המשפיעות ביותר ב"דור הראשון", ב"דור השני" וב"דור השלישי" של המשפט הישראלי, ועל רקע זה נבליט את התמורה שחלה במשפט הישראלי בתחום זה, תוך ניסיון לחזות פני עתיד.

9 רובינשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 168 (ההדגשות הוספו).

10 ראו, למשל, ברכיהו ליפשיץ "המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה ועצמאות" משפטים יט 859 (1989), וכן את דבריו הנכוחים במקום אחר: "המשפט העברי אינו שיטת המשפט הישראלי. בראשית אמנם הייתה זו תקוותם של יחידים ושל קבוצות, אך היא לא התגשמה והפכה לדאגה של יום אתמול. כעת, ההנחות שבבסיס שתי השיטות שונות, תוכניהן שונים, והדרכים להפעלתן אף הן שונות. לפיכך נטען שהמשפט העברי אף איננו נמנה על 'משפחת התרבות המשפטית' אליה מתייחס המשפט הישראלי... תרבות של משפט שאיננה מתפקדת כמשפט, גם תרבות סתם איננה... וכל שהתרבויות הללו [המשפט הישראלי והמשפט העברי] נקראות להתקרב זו לזו במצוותו של המחוקק, כך הן מתבדלות האחת מחברתה בפסיקתו של בית המשפט כשכל אחת מנסה לשמר את זהותה העצמית, אלא שעל ידי כך נוצרת שפת אֶסְפְּרָאנטו משפטית המעדיפה את ההידמות לכלל המרוחק, בלא שתתייחד על ידי סממנים יהודיים." ברכיהו ליפשיץ "מקומו של המשפט העברי" בית המשפט – חמישים שנות שפיטה בישראל 190 (דוד חשין ואח' עורכים, 1999) (להלן: ליפשיץ "מקומו של המשפט העברי"). השוו עוד שמואל שילה "פני המשפט העברי במדינת ישראל כפני הדור" מדעי היהדות 39, 145-151 (1999); רובינשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 168-169.

פרק א: ההתייחסות למשפט העברי – ארבע גישות

ניתוח יחסם של מחוקקים, שופטים ומשפטנים למשפט העברי מצביע על ארבע גישות עיקריות: (1) התעלמות; (2) הסתייגות; (3) הכרה מסויגת ומתונה ביותר; (4) תמיכה ועידוד. להלן אפרט.

1. התעלמות

חלק גדול מהמשפטנים בני-ימינו מתעלמים לחלוטין מקיומו של המשפט העברי. כך, למשל, ניתן לפתוח ספרים עבי-כרס בתחום המשפט שאין בהם כל התייחסות שהיא לקיומו. למען הסר ספק, הדבר אינו נובע מחוסר עיסוק במשפט השוואתי, שהרי משפט אנגלו-אמריקאי יש למכביר, משפט קונטיננטלי יש ויש, ואפילו שיטות משפט "רחוקות", דוגמת אלה של הודו ואוסטרליה, סינגפור וירדן, מוצאות בו את מקומן. אך משפט עברי – "מאן דְּכַר שְׁמִיה"?!¹¹ והריהו בבחינת חמץ, "בל יראה ובל יפקד"¹².

הוא הדין במערכת השפיטה. יש שופטים לא-מעטים, בכל ערכאות השיפוט, שכתבו מאות ואפילו אלפי עמודי פסיקה במהלך שנות שבתם בדין, אך לא טרחו – ולו פעם אחת – לצטט פסוק מהתנ"ך, מקור מספרות חז"ל, שלא לדבר על ספרי הלכה ושו"ת. התעלמות זו עשויה לנבוע מחוסר ידיעה, אך יש מקרים שבהם סיבותיה אינן רק "טכניות", אלא גם אידיאולוגיות. דוגמה בולטת לכך יכולה לשמש פסיקתו של השופט

11 ביטוי בארמית שפירושו: מי זוכר את שמו? מה עניינו לכאן?

12 המניעים להתעלמות זו יידונו להלן. בהקשר זה אני נוהג להזכיר סיפור שסיפר הסופר הרב חיים סבתו, בספרו אמת מארץ תצמח 178 (2005): "עוד מילדותו נודע סבי זכרונו לברכה בחריפותו. זקן אחד סח לי מעשה נאה על ימי ילדותו. וכך אמר: כשנכנס זקנך לכותאב [= "חדר", בית-ספר לפעוטות – א' ה'] לתלמוד תורה, בן שלוש שנים היה. ופיקח גדול היה. ובכותאב לימדו אותיות אלפא ביתא. לימד המלמד אות אל"ף, וקרא לכל תלמיד ותלמיד בשמו לומר אחריו אל"ף. בא הראשון אמר אל"ף. בא השני אמר אל"ף. וכן השלישי, וכן כולם. כיוון שהגיע תורו של זקנך, לא קם. בא המלמד אצלו, אמר לו: אמור אל"ף. אמר לו: אין אני רוצה לומר אל"ף. אמר לו: ומפני מה אי אתה רוצה לומר אל"ף? אמר לו: מפני שאין אני רוצה. הסביר לו המלמד פנים: אתה, שתלמיד חכם תהיה, איך לא תלמד ב"ך אותיות? והוא – בסירובו. גער בו המלמד והוא מסרב. העמידו בפנית הכותאב, והוא מסרב. מתחו על הספסל, והלקהו ברצועה קטנה של עגל ט"ל מלקיות כנגד ט"ל תיבות שבפסוק והוא רחום יכפר עוון' כשמשלשין אותו. ועדיין הוא בסירובו. שלח המלמד לקרוא לאביו. ואביו – חכם גדול היה, נתעטף ובא אצלו. אמר לו: אתה שפיקח אתה, מה ראית לשטות זו? ולא קל יותר לומר אל"ף מלסבול כל אותם בזיונות, גערות ומלקיות? אמור אל"ף ותיפטר. השיב לו זקנך: אבא, כל דבריך אמת. לומר אל"ף קל יותר. אבל אם אכנע ואומר אל"ף, יאמר לי אמור בי"ת ואחריה גימ"ל ודל"ת, ומקרא ומשנה ותלמוד, ואין ליגיעה סוף; ואילו אם לא אומר אל"ף – אסבול גערות ומלקות, אבל יסתיים תלמודי ויסתיימו סבלותיי."

יצחק אולשן, מאבות המשפט הישראלי ולימים נשיא בית-המשפט העליון. התנגדותו של אולשן לשימוש במשפט העברי נבעה, ככל הנראה, לא רק מחוסר ידע, אלא גם מסיבות אידיאולוגיות. במקומות שונים נתן השופט ביטוי לחששו בדבר השתלטות ה"קלריקליות" על מערכת המשפט הישראלי. כתוצאה מכך הוא ניסה לנשל מתחומיה כל זכר למורשת ישראל.¹³

2. הסתייגות

הגישה השנייה מבטאת הכרה ב"קיומו" של המשפט העברי (וכי אפשר אחרת לנוכח אלפיים שנות יצירה ויותר?), אך הסתייגות – ברמה כזו או אחרת של נחרצות – מהניסיון לעשות בו שימוש או אפילו לאזכרו.

הסתייגות זו עשויה לנבוע מכמה סיבות:¹⁴

א. רתיעה אידיאולוגית – חשש שמא עיסוק במשפט העברי והסתמכות עליו יבטאו הכרה גם במערכת האמונות והדעות שהוא מייצג כביכול. מעניין שרתיעה אידיאולוגית זו פועלת משני הכיוונים: האורתודוקסי-השמרני והחילוני-הליברלי. חלק מהמחנה האורתודוקסי רואה בעצם הדיבור על "משפט עברי" – ולא על ההלכה כולה, כולל החלק ה"ריטואלי" שבה – מוטציה מעוותת ומְעוּוּתת של תורת ישראל, עד כדי דיבורים על "חילונה" של ההלכה;¹⁵ ואילו חלק מהמחנה החילוני-הליברלי רואה בשימוש במשפט העברי פתח – מסוכן בעיניו – להשתלטות הקלריקליזם על שיטת המשפט הישראלית, ולניסיון "לכבוש את המלכה" בביתה. בעניין זה קיים מתאם מעניין, אם כי לא זהות, בין הקיטוב בחברה הישראלית לבין ההתרחקות מהמשפט העברי. ככל שהדוֹקְרָב בין "דתיים" ו"חילונים" במדינת-ישראל הולך ומפנה את מקומו לדוֹקְרָב כן פוחתת ההתנגדות ה"אידיאולוגית" למשפט העברי.¹⁶

13 ראו, למשל, יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות (1978).

14 ניתן להציע גם חלוקה שונה של הסיבות לסיבות "אובייקטיביות", דוגמת חוסר ידע וקושי באיתור סוגיות משפטיות רלוונטיות, לעומת סיבות "סובייקטיביות", דוגמת השקפת-עולם או חשש מפני "השתלטות" המשפט העברי על מערכת המשפט הישראלי.

15 ידידיה צ' שטרן "עושר שמור לבעליו לרעתו – על מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית" מחקרי משפט יט 103, 115 (2002).

16 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 168. אף שאין נתונים אמפיריים בעניין זה, ואף שהנתונים הקיימים – כגון התרבות המאמרים והספרים בתחום המשפט העברי – יכולים להיות מוסברים בנימוקים שונים לחלוטין (כגון ריבוי המורים והחוקרים) במשפט העברי, שהוא פועל יוצא מריבוי הסטודנטים למשפטים, זו גם התרשמותי. ביטוי מסוים לכך יש בהשתלמויות לפרקליטים ולשופטים שמוקדשות כולן – או חלקן – לתחום המשפט העברי, ובהן בא לידי ביטוי צמאונם של המשתתפים ללמוד עוד ועוד על המשפט העברי ומקורותיו. ביטוי נוסף לכך יש בתופעה קיימת, אם כי לא גדולה, של שופטים "לא-דתיים" המשתמשים יותר ויותר במקורות המשפט העברי בפסיקתם. ראו דויטש, לעיל ה"ש 2.

ב. רתיעה עקרונית משימוש ב"משפט השוואתי" – אחד הטיעונים החזקים לאי-השימוש במשפט העברי ולא-שילובו במשפט בן-ימינו נטוע בקרקע השונה שעליה צמחו שתי שיטות המשפט. המשפט העברי אינו משפט המדינה. מכיוון שכך, שימוש בו הריהו כשימוש ב"משפט השוואתי", אשר אצל חלק מהמשפטנים קיימת רתיעה עקרונית הימנו, בלי קשר למקורו. ביטוי לכך ניתן למצוא בגישתו של השופט מישאל חשין. עמדתו בולטת דווקא על רקע דימויו כמי שמצוי במקורות המשפט העברי, לרבות קריאה ב"אותיות הקטנות" שבו, עד שבהודמנות אחת הוכתר – לאו דווקא בצדק – כ"אלוף המשפט העברי".¹⁷

כבר לפני עשרות שנים הביע חשין את הסתייגותו משימוש מופרז בשיטות משפט אחרות כדי לגזור מהן פתרונות למשפט המקומי. וכך כתב בחיבורו על דיני הנוזיקין:

"מוסד משפטי ניתן לדמותו לצמח וכמו צומח הוא על קרקע שיטת משפט פלונית, ממנה הוא יונק וניזון. ניתקת אותו מהמושגיות המייחדת את שיטת המשפט בה צמח וגדל, תימצא מחזיק בידך גוף מדולדל, בחינת אבר באין נשמה בו. שתלת אותו בקרקע זרה – שילבת אותו במערכת הנורמות של סדר משפטי אחר – והוא שלח שורשיו ונאחז בקרקע החדשה – נמצאת מחזיק בידך מוסד משפטי חדש, שרק דמיון חיצוני בינו לבין קודמו בגלגול."¹⁸

לא ייפלא, אפוא, שכאשר זכה חשין לישוב על מדין בבית-המשפט העליון, הוא נתן ביטוי לגישתו העקרונית, תוך שהוא מסייג ומגביל את יכולת השימוש בשיטות משפט זרות, ובמשפט העברי בכלל זה.¹⁹ כך, למשל, כתב במקום אחד:

17 ראו להלן ה"ש 117.

18 מישאל חשין מיטלטלין בדיני הנוזיקין 167 (1971). השוו לדבריו במקום אחר (אך במסגרת דיון שהקשרו קרוב לענייננו): "...בהדרשם לפירוש חוקים חדשים שחקקה הכנסת, ובצד הכרוזותיהם על עצמאות שקנינו, עושים בתי המשפט שימוש מרובה בפסיקה נכרית ובעיקר בהלכה אנגלית. בימי חג ומועד מניפים אנו דגל עצמאות, ואילו בימי חול עולם כמנהגו נוהג. וגם במועד, לאחר הנפת נס, נפנים אנו לקרוא בכתבי הקודש של אחרים. משום שדרכנו היתה כפי שהיתה, ודוקא בשל התפתחות שנוצרה – והתפתחות אורגנית היתה זו – זר ומוזר הוא, שבצד הנפת נס עצמאות נדרשים אנו להלכות משפט אנגלי כמו לענין חוקי הכנסת הן, וזאת גם במקום שלא הוכח כי דבר מחוקק ייסד עצמו על משפט אנגלי דווקא." ראו מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות האזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן 47 (רות גביוון עורכת, 1982) (להלן: חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה"). לניסוח שונה ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 291 (2004).

19 לגישות אחרות בעניין זה ראו רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443 (2001); אדרעי, לעיל ה"ש 4. כן ראו את דבריו האופייניים של הנשיא ברק, אשר מרבה להשתמש במשפט המשווה, אם כי בזהירות: "אכן, זה כוחו ואלה גבולותיו של המשפט ההשוואתי. כוחו בהרחבת האופק ושדה הראייה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט... אכן, המשפט ההשוואתי הוא כחבר

"מקום שהמדובר הוא בעיקרי־יסוד במשפט, רשאים אנו ללכת אצל שיטות־משפט אחרות ולהביא בושם ולבונה אל שיטתנו־שלנו: מכל מלמדי השכלתי, וכל שיעשיר את רוחנו וירחיב את דעתנו יבורך. ואולם בבוחננו את ההסדרים הטכניים והמפורטים הנוהגים בשיטות משפט אחרות, נדע כי יקשה עלינו עד־למאוד ללמוד מהתם להכא..."²⁰

ובאופן דומה, בנוסח "חשיני" אופייני:

"...אני רואה תועלת מעטה במשפט המשווה. גנן גידל דגן בגן. כל גנן מגדל דגן בגנו־שלו, והדגן בגן האחד אינו כדגן בגן האחר."²¹

ג. רתיעה לימודית – משפטנים רבים נרתעים מלבוא בשערי המשפט העברי מתוך סברה כי מקורותיו הם יעד שאינו בר־כיבוש. לרתיעה זו יש כמה סיבות אפשריות: (1) היקף עצום – מקורות המשפט העברי כוללים מאות ואלפי כרכים, שרק ראייתם עלולה לגרום מורך־לב למתבונן שאינו מורגל בכך, ולהוות לגביו גורם הרתעתי, ולו פסיכולוגי. ביטוי לכך נתן בשכבר הימים מישאל חשין:

"עד שנפרוש כנף ונדאה אל על, עד שנעזוב לצמיחות קן ופנינו מועדות אל עולם חדש־קדמוני, ראויים אנו שנדע מהו אותו עולם אליו נבוא ומה מדרך כף־רגל נמצא לנו... על היקפו האדיר של משפט עברי ידענו כולנו, מקרא ומפרשיו, משנה וגמרא, ראשונים ואחרונים, רמב"ם וטור, שולחן ערוך ונושאי כלים, ספרות אדירה של שאלות ותשובות, וכל אלה שולחים פארותיהם ומתפרשים על פני מאות בשנים ומלוא ארץ כבודם, מקצה עולם ועד קצהו..."

אחר שומענו דברים אלה – וידענו אותם – חיל ורעדה יאחזו בנו, נעתקו מלים מלב, היינו לאבן."²²

בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית." בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל נח(3) 503 (2004). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 291-294.

20 ע"א 1186/93 מדינת ישראל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד מח(5) 378-379 (1994).

21 רע"פ 2976/01 בתיה אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 464 (2002). ראו גם את דבריו במקום אחר: "אכן, יש בו במשפט המשווה כדי להרחיב את הדעת, להעשיר בידע ובחוכמה, למלט אותנו מפרובינציאליזם, ואולם בה־בעת בל נשכח כי בשלנו ובמקומנו אנו עושים, ונישמר מפני חיקוי של התבוללות והתבטלות." רע"פ 8472/01 יוסף מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442 (2004).

22 חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 67-68.

אף שאין לזלזל בטיעון זה, דומה שלא אחת הוא משמש "כסות עיניים" ותירוץ לאי-ההיזקקות למשפט העברי מלכתחילה יותר מאשר כורח שנכפה על הדובר. ראשית, גם העיון בסוגיות שונות במערכות משפט אחרות מצריך לא אחת מאמץ רב, ואף-על-פי-כן השופטים אינם נרתעים ממנו. שנית, ביוכל השנים האחרונות השתנה המצב בעניין זה מן הקצה אל הקצה. לצד הופעתם של אמצעי הנגשה ומפתוח משוכללים, דוגמת רשת האינטרנט ותקליטור פרויקט השו"ת, קיימים כיום טקסטים יסודיים של המשפט העברי כשהם מפורשים, מובהרים ומבוארים בלשון השווה לכל נפש, גם למי שלא בילה ימיו ושנותיו בבית-המדרש. עם קצת מאמץ (והרבה רצון טוב), ניתן לפנות למקורות אלה ולמצוא בהם את המבוקש בקלות רבה יחסית. זאת ועוד, על ספרי-היסוד של המשפט העברי נוספו ביוכל השנים האחרונות שורה של ספרים אשר מדברים בלשון המשפט המודרני ויוצרים גשר ישיר בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי.²³ עם זאת, בדיקה בפסקי-הדין – בעיקר באלה היוצאים מבית-המשפט העליון, שבהם הדיון בסוגיה הנידונה מעמיק יותר בדרך-כלל ורחב בהרבה מזה המצוי בפסקי-דין שגרתיו של הערכאות הנמוכות יותר – מלמדת כי זכרם של ספרים אלה אינו בא כמעט בפסיקה. קל וחומר שרושםם אינו ניכר בספרות המשפטית שמחוץ לבית-המשפט.²⁴

(2) לשון ושפה – השפה הארמית והלשון הרבנית שולטות בחלקים ניכרים של מקורות המשפט העברי. גם כאשר המקורות כתובים בעברית, לא אחת הם מחייבים "תרגום" ללשון מדוברת. רבים בהם ראשי-התיבות והשימוש ב"קודים" הלכתיים,²⁵ ולמי שאינו מורגל בהם, הם נראים כשפה עתיקה, סתומה וחסרת

23 בעניין זה ראו, למשל, רובינשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 168-169: "כיום מדף ספרי היצן בתחומים שונים ומקיפים של המשפט העברי גרוש מזן אל זן. הספרים הכתובים בלשון מודרנית, תוך התחברות מלאה למשפט הישראלי הכללי, מאפשרים לשופטים ולעורכי הדין הנכונים לכך מבחינה רעיונית והמוכנים להשקיע את הזמן הדרוש לעשות שימוש מכובד, יעיל ונוח במשפט העברי, לשם השראה, פרשנות, אישור והעמקה בעבודתם."

24 דוגמה בולטת, קיצונית בממדיה, ניתן למצוא במהדורה השנייה של ספר-היסוד בנושא עשיית עושר ולא במשפט, פרי-עטו של דניאל פרידמן (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, 1998)). אף שהחיבור, במהדורתו השנייה, כולל לא פחות מ-1,200 עמודים, המשפט העברי אינו נזכר בו כמעט, וספרו של מיכאל ויגודה – אשר מפרש את סעיפי החוק השונים סעיף אחר סעיף, ומשווה אותם לנקודת-מבטו של המשפט העברי – אינו מוזכר בו ולו פעם אחת!

25 בהקשר זה סיפר לי פעם השופט מנחם אלון: "כאשר הייתי צעיר לימים, שימשי מזכיר ועדת הכספים של הכנסת. באחד הימים נידונה בוועדה הצעת חוק שהייתה קשורה בקשר אמין למשפט העברי. בהתלהבותי, שלפתי אחד מפסקי-הדין שניתנו בבתי-הדין הרבניים באותה תקופה, והקראתי לחברי הוועדה קטע הימנו. חבר-הכנסת חנן רובין, שהתעניין בדברים, ביקשני לתת בידו עותק מפסק-הדין, אשר נכתב כמוכן בעברית רבנית רגילה. כעבור שבוע שב אליי חבר-הכנסת רובין ובפיו משאלה-טרוניה: נראה שיש כאן חומר מעניין, אך שמא תואיל לתרגמו עבורי לעברית?"

פשר.²⁶ וכבר העיד בעניין זה מישאל חשין:

"אכן, כחוק הנסתר הוא המשפט העברי, לא ידענו מבוואיו ומוצאיו, קשה הוא בהשגה תרתי משמע, ובחלקים ניכרים בו אף שפתו – שפת שינער [ארמית – א' ה'] – לא ידענו."²⁷

לצד כל אלה קיימת גם בעיה מהותית בתחום הלשון: ברבים ממונחי הלשון המשמשים במקורותיו העתיקים של המשפט העברי נעשה שימוש גם בימינו, אך במשמעות שונה לחלוטין.²⁸ מי שאינו מודע לכך עלול ליפול בפח יקוש, אשר נזקו מרובה. על החשיבות של הכרת "שפתו" של המשפט העברי לרבייה השונים – המקראיים, החז"ליים והרבניים – עמד כבר לפני שנים רבות השופט זילברג, אשר כתב בלשון־הזהב שלו:

"כל החוקר את המשפט העברי לתקופותיו השונות, חייב להיות גברא רבא גם בלשון העברית, – זו 'חכמת הנסתר' של הפילולוגיה, המפקחת את גל השפה המדוברת ודולה מתחתיה פנינים ומרגליות."²⁹

(3) חוסר סדר וארגון – הסדר והארגון, הסיווג והמיון, אשר משפטן בני־ימינו כה מורגל בהם, לא היו מעולם הצד החזק של מקורות המשפט העברי. בפרשה אחת בתורה או במסכת תלמודית אחת יכול אתה למצוא גם נורמות משפטיות מובהקות וגם סיפורי אגדה, גם דברי חלומות וגם הומור. גם הנושאים המשפטיים בוללים ומעורבים זה בזה.

(4) מציאות שונה – מקורות המשפט העברי, בוודאי הקדומים שביניהם, מתרחשים במציאות חיים שונה לחלוטין מזו הנוהגת בעידן המודרני. הם עוסקים ב"שור שנגח את הפרה", ולא במכוניות ובמטוסים; ב"שנים אוזון בטלית", ולא במחשבים.

(5) סממנים חיצוניים – עד כמה שהדבר יישמע משונה, סממנים כגון גודלם העצום של כרכי התלמוד, העובדה שרוב החיבורים נדפסו ב"כתב רש"י", האותיות הקטנטנות המנקרות את עיני מי שאינו מורגל בהן, ואפילו הכריכות הקודרות לרוב, שחורות וחומות, עם האותיות המוזהבות המוטבעות עליהן, יוצרות ניכור, ריחוק והזרה.³⁰ מסיבה זו, חלק מחכמי המשפט העברי בני־ימינו, המבקשים להגיע

26 על הפער שבין הלשון ה"יהודית" ללשון ה"ישראלית" ראו אדם ברוך בתום לב: גן השבילים היהודיים־ישראלי המתפצל: שפה, מוסר, תרבות, משפט, תורה, סוד, דרך ארץ (2001).

27 חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 68.

28 ראו, למשל, אביעד הכהן "עו"ד יישמע? על פרקליטים ועורכי דין" משפטים כה 459 (1995); משה גרילק החרדים: מי אנחנו באמת? 62–70 (גדעון סאמט עורך, 2002).

29 משה זילברג "הרב הרצוג כמשפטן" באין כאחד – אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט 117 (מהדורה שנייה, 1985).

30 על פן "טכני" זה והשלכותיו עמדתי במאמרי: "Religious Zionist Halakhah", Aviad Hacohen.

אל קהל נמענים רחב יותר, מנסים לעצב את עטיפות ספריהם בדרך "ידידותית" יותר למשתמש בן-ימינו. כבר לפני שנים רבות קונן על כך מנחם אלון, כאשר קרא בקול:

"מהו הפחד המשונה הזה האופף אותנו? האם לא השתנה משהו מבחינת יחסנו וגישתנו למשפט העברי ולאוצרותיו במשך שנים אלה, ששוב לא נראה בו מעין תורת הסוד, בבחינת רוין דרוין, שבן תמותה רגיל מונע את רגליו ממנה?"³¹

עם זאת, גם הוא עצמו הכיר בכך שרבים הם החסמים העומדים בדרכו של משפטן בן-ימינו המבקש לעלות בהר המשפט העברי ולקום במקום קודשו:

"עדיין לא הוכנה כראוי הספרות המודרנית שתאפשר את הגישה לאוצרות המשפט העברי לכל דורש ומבקש, וזהו מחדל קשה ומדכא הן של נושאי ההלכה העברית והן של האחראים למערכת המשפטית של המדינה."³²

ד. רתיעה יישומית – חלק מן הנרתעים מקרבה יתרה למשפט העברי יוצאים מהנחת-יסוד הגורסת כי המשפט העברי היה יפה אולי לתקופות עתיקות, אך אין הוא ישים לימינו ובימינו. זאת, בין משום צורת המשטר הדמוקרטית, השונה בתכלית משיטת המשטר שנהגה במקומות צמיחתו של המשפט העברי, ובין משום השוני במציאות החברתית, הכלכלית והמשפטית.³³

ה. פחד מהשתלטות המשפט העברי על המשפט הישראלי – לנוכח תמיכתן של מפלגות פוליטיות דתיות בהשלטת המשפט העברי על המשפט הישראלי, קיים בקרב חוגים מסוימים "פֶּעַת" (פוביה) מפני משפט עברי, הנותן את אותותיו בתחומים שונים. הד לכך ניתן למצוא במלאכת עיקורו וסירוסו – בתהליך מהיר וזרז ביותר – של חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980,³⁴ והפיכתו, הלכה למעשה, ל"אות מתה" בספר החוקים.³⁵ תהליך זה התנהל בראשיתו ב"זירת" החקיקה. משם עבר לבית-המשפט,

— *Is It a Reality or Was It a Dream?*, in RELIGIOUS ZIONISM POST DISENGAGEMENT: FUTURE DIRECTIONS 315 (Chaim I. Waxman ed., 2008).

31 מנחם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – על המצוי ועל הרצוי" הפרקליט כה 27, 51–50 (1968–1969).

32 שם.

33 אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479 (1995); אביעד הכהן "זכי זכין לאדם שלא בפניו?" עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי" שערי משפט ד 153–192 (2005–2006).

34 ס"ח 163 (להלן: חוק יסודות המשפט).

35 יושם אל לב שהפנייה אל החוק הולכת ומתמעטת ככל שהשנים חולפות. הדבר ניכר לעין

בשורה של פסקי-דין שניתנו סמוך לחקיקת החוק,³⁶ שבהם ניצבו, כמעט תמיד, השופטים מנחם אלון ואהרן ברק זה לעומת זה. נסיונותיו החוזרים ונשנים של השופט אלון להפוך את החוק בסיס ומנוף לחיזוק מעמדו של המשפט העברי במשפט הישראלי נתקלו בחומה אטומה ובצורה של השופט ברק, ולבסוף התקבלה גישתו של השופט ברק. לימים, *post factum*, אולי כחוכמה שלאחר מעשה ואולי במחשבה תחילה, זכה תהליך זה גם בעיגון תיאורטי בשורה של מאמרים שנכתבו בעניינו של החוק.³⁷

3. הכרה מסויגת ומתונה ביותר

הזרם השלישי משקף קבוצה לא-קטנה של משפטנים, אשר מכירים בחשיבותו של המשפט העברי אך מוכנים לעשות שימוש רק ברבדיו ה"תרבותיים" והלשוניים. לא אחת הם יעשו שימוש במקורותיו לשם "עיטור" לשוני או הוספת מעט "נשמה יתרה" לפסקי-הדין, והדוגמות רבות מספור. לעיתים אף ניכרת בדבריהם מגמה בולטת של "יציאה ידי חובה": לאחר שהביאו בפסקי-הדין שלל מקורות משיטות משפט רבות אחרות, הם מוסיפים, כ"עיטור" בעלמא, גם ציטטה אחת או שתיים מן המשפט העברי.³⁸

4. תמיכה ועידוד

הזרם הרביעי מורכב ממשפטנים הרואים במשפט העברי לא רק מקור "נוסף", שנעשה בו שימוש רק בדיעבד, אלא מקור משפטי אשר יכול או אפילו חייב להיטמע ולהשתלב – ברמה כזו או אחרת – במערכות המשפט הישראלי. מדובר כאן בהשתלבות מתוך כוונה תחילה, שיש בה ביטוי להכרתם בחשיבות, אם לא בחיוניות, של הטמעת המשפט העברי – על תכניו, ולא רק לבושו החיצוני – במשפטה של מדינת היהודים. עם זרם זה נמנים רבנים, משפטנים, שופטים, חוקרים ומורים מובהקים של המשפט

כל מעיון – ולו שטחי – ב"מפתח החקיקה" שבכרכים הראשונים של פסקי-הדין של בית המשפט העליון בשנים הרלוונטיות. לעניין זה ראו גם מיכאל ויגודה "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך" – מי מפתח ממשפט עברי? פרשת השבוע 139 (התשס"ד) www.justice.gov.il/JOJHeb/MishpatIvri/Parashot/gilyonot.htm.

36 ראו, למשל, ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785 (1981) (להלן: פרשת הנדלס); ד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982).

37 מאמרים רבים פורסמו בנושא זה בכרך יג של שנתון המשפט העברי, שהוקדש לכבודו של מנחם אלון. ראו חנינה בן מנחם "חוק יסודות המשפט התש"ס-1980 – חובת ציות או חובת היוועצות?" שנתון המשפט העברי יג 257 (1988); אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שם, בעמ' 265; חיים ה' כהן "דין השיור" שם, בעמ' 285. ביחסו של הנשיא ברק למשפט העברי קיים פער גדול בין הרטוריקה האוהדת לבין מישור המעשה. השוו מאוטנר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 121-122.

38 ראו מנחם אלון "דין אמת לאמיתו" ספר שמגר – מאמרים חלק ב 391 (2003).

העברי המגדירים את עצמם שומרי מצוות, דוגמת הרב אי"ה הרצוג, מנחם אלון, יעקב טירקל, נחום רקובר, צבי טל, אליקים רובינשטיין, ניל הנדל, משה דרורי, נעם סולברג ודוד מינץ. לצד אלה יש גם משפטנים "מסורתיים", אשר רואים במשפט העברי נכס לאומי, לבד מהיותו נכס דתי. עם אלה נמנים, בין היתר, השופטים משה זילברג,³⁹ חיים כהן,⁴⁰ יצחק שילה,⁴¹ אורי שטרומן, יוסף שפירא, דוד חשין, הרן פיינשטיין⁴² ואחרים.

פרק ב: דרך עוקפת משפט עברי

למרות העקבות הרבים שהותיר המשפט העברי בחולותיה של שיטת המשפט הישראלית, קיימת לא אחת מגמה של טשטוש העקבות, הסתרתם או עקיפתם. כפי שאבקש להראות להלן, לעיתים מדובר במגמה מכוונת, מונחית "מלמעלה", מתוכננת ומחושבת, ולעיתים מדובר בטשטוש לא מדעת, שנעשה בדרך אגב, אך נזקו מרובה. בדרך-כלל ה"מעקף" אינו נעשה בריש גלי. מעטות הן הדוגמות שבהן יצהירו שופטים במפורש כי הם דוחים את המשפט העברי מעל פניהם, באשר אין הוא הולם את השקפת-עולמם. עם זאת, לעיתים ניתן לגלות ב"אמרות-אגב" שיוצאות מפיהם את עמדתם

39 תרומתו של משה זילברג למשפט העברי היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. לעניין זה ראו מבואו של ברכיהו ליפשיץ בעמ' ט"ז בספר כתבי משה זילברג (צבי טרלו ומאיר חובב כינסו והביאו לדפוס, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, 1998) (הספר להלן: כתבי משה זילברג). כן ראו מנחם אלון "משה זילברג – ביאליק של המשפט העברי" שם, בעמ' 36–49; ובמאמריו של זילברג עצמו – שם, בעמ' 202–206 ולאורך הספר כולו.

40 ראו אור לאחרונה: חיים כהן להיות יהודי (רות גביוון עורכת, דביר, 2006); דניאל פרידמן "מעמד המשפט העברי" חיים כהן דת ודין 36 (דניאל פרידמן עורך, 2009); ובדבריו של כהן עצמו – שם, בעמ' 749–786 ולאורך הספר כולו. לניתוח גישתו המורכבת של כהן ראו עמיחי רדוינר ושוקי פרידמן "המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול" עיוני משפט כט 167 (2005).

41 ראו, למשל, את דבריו הנלהבים: "המשפט הישראלי אינו אלא משפט עברי. אין הוא אלא תינוק שנשבה בין הגויים, וכל מה שעלינו לעשות הוא להשיבו לחיקנו, להחזירו למקור מחצבתו." יצחק שילה "הבו לנו משפט עברי" הפרקליט כד 363, 371 (1968).

42 פסיקתו של השופט הרן פיינשטיין, מבית-משפט השלום ברחובות, יכולה ללמד כיצד שופט שאינו בעל רקע תורני יכול להשתמש במקורות המשפט העברי לשם השראה, ואפילו לשם הכרעת הדין במקרים מסוימים, אם רק יעשה מאמץ לשם כך. ראו, לדוגמה, בש"א (שלום רח') 3210/04 עמותת "זכור ושמור" נ' וגי'מה (בשאר'י) רחל (לא פורסם, 19.1.2005); ת"א (שלום רח') 4008/98 טיבי נ' כהן (לא פורסם, 11.10.2001). דוגמות לרוב ימצא המבקש באתר המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים: www.justice.gov.il/MOJHeb/ .MishpatIvri/Psika

העקרונית בשאלה זו. אכן, גם כאן, חיפוש מדוקדק "בין השורות" עשוי לחשוף לעיתים זרמים מבעבעים ורוחשים, תת־קרקעיים, אשר זורמים בחלקו הנסתר של המשפט מתחת לפני קרקעיתו. המחפש אחר ה"אבדה" – אותן דרכים "עוקפות משפט עברי" – יאלץ אפוא לחפשה לא מתחת לפנס, בדרך־המלך, אלא בשבילים הנסתרים, הצדדיים; במשעולים ובסמטות האפלות, ולא בשדרה הראשית.

1. "מעקף" בדרך החקיקה

חלקים שונים של החקיקה הישראלית מקיימים, במישרין ובעקיפין, זיקה למשפט העברי. לעיתים רחוקות הדבר נעשה בדרך של "זיקה ישירה", תוך הפניה מפורשת ל"דיני תורה" או ל"דיני הכשרות". אכן, זיקה זו מתקיימת לרוב – אם היא אכן מתקיימת – באמצעות שילוב מודע ומכוון של מוסדות, מונחים ומושגים הלקוחים מן המשפט העברי בחקיקה הקיימת.⁴³

הבעיה הגדולה בחקיקה היא שרובה נעשית "מאחורי הקלעים". עבודת ההכנה של החוק נותרת בדרך־כלל סמויה מן העין, ורק שלביה הסופיים – הצעת החוק והחוק – גלויים לעין כל. אכן, לעיתים השוואה בין חוקים שונים די בה לחשוף את ה"מעקפים" שביקש המחוקק לעשות בדרכי החקיקה. עיון זה מלמד כי ה"מעקף" החקיקתי נעשה בדרכים שונות ובשלבי חקיקה שונים.

לעיתים הוא נעשה כבר בשלב המוקדם ביותר, של הנחת הצעת החוק הראשונית על אבני החקיקה. כך, למשל, בנוסחו הראשון של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו דובר – ולא במקרה – רק על עיגון "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית". רק בעקבות לחצם של חברי־הכנסת שהמשפט העברי ומורשת ישראל היו יקרים בעיניהם שונה לבסוף נוסח החוק בקריאה השלישית, ועל הערכים הדמוקרטיים היתוספו גם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית", אשר משמשים לעיתים קרובות "צינור ראשי" שדרכו המשפט העברי מחלחל למשפט הישראלי בן־ימינו.⁴⁵

כך, כבר בשלב החקיקה המחוקק נוסה לא אחת, ולא במקרה, להימנע אפילו משימוש בביטויים שיש בהם כדי ליצור זיקה – ולו תרבותית – למקורות המשפט העברי. הדבר בולט מתוך השוואה בין חוקים אשר נחקקו בתקופות שונות אך עוסקים בנושאים דומים בתוכם ובמהותם.

43 ראו ליפשיץ "מקומו של המשפט העברי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 190.

44 ראוי לציין כי הפרוטוקולים המלאים של ועדות הכנסת הדנות בחוקים השונים מפורסמים בשנים האחרונות, וחושפים בצורה מאלפת את הזרמים השונים שמשפיעים על התוצר הסופי של החקיקה. המבקש למוצאם יכול לעשות כן באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx.

45 לעניין זה ראו בהרחבה מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253 (1995).

כך, למשל, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁴⁶ מחוקי־היסוד של מדינת־ישראל שנחקק בשנת 1992, מדבר ב"כבוד האדם" – הא ותו לא. וכך מורה אותנו סעיף 1 לחוק־היסוד:

"1. עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
1א. מטרה

חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו..."

השוואה קלה בין חוק זה לבין חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998,⁴⁷ מלמדת כי המינוח בחוק השני קרוב הרבה יותר לניסוח המושפע מן המשפט העברי. וכך מורה אותנו סעיף 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות:

"1. עקרון יסוד

זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות."

בעוד "כבוד הבריות" הוא מונח השאוב ממקורות ישראל, "כבוד האדם" הוא מונח חדש לחלוטין; ובעוד ערך "האדם שנברא בצלם" מוביל את הקורא, כמעט באופן אינסטינקטיבי, לפרשת בריאת העולם שבספר בראשית, שבה מסופר על בריאת האדם "בצלם אלוקים", חוק־היסוד מסתפק בדיבור על ערך "האדם", שהוא עניין ניטרלי לחלוטין. אכן, ניתן לטעון שבמקרה זה אין מדובר בשוני מהותי כלל ועיקר, אלא בניואנסים קלים של ניסוח, אך אוזניים רגישות ישימו לב לשינוי הטון, והטון, כידוע, "עושה את המוזיקה".

דוגמה בולטת אחרת לכך היא חוק יסודות המשפט. אהרן ברק, באותם ימים היועץ המשפטי לממשלה, נטל חלק פעיל ביותר בדרך ניסוחו, כפי שהעיד לימים. לא לחינם לא מופיע בחוק "השם המפורש" – קרי, "המשפט העברי", כפי שהוצע בהצעת חוק דומה שניסח חבר־הכנסת זרח ורהפטיג עוד בשנות השישים – אלא המונח החדש והניטרלי "מורשת ישראל". בעוד המונח "משפט עברי" נושא על גבו מטען כבד של עשרות שנות עיסוק בספרות ההלכה המשפטית היהודית, המונח "מורשת ישראל" היה ברייה חדשה בעולמו של המשפט הישראלי, ומסיבה זו היה אפשר ליצוק בו תוכן שיותאם למידותיו של המווג. אכן, כפי שהתברר עד־מהרה, ה"יצוק" – הלוא הוא השופט ברק, שעבר מכהונת היועץ המשפטי לממשלה אל כס השיפוט – מזג לתוך קנקנה של "מורשת ישראל" משקה

46 ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו).

47 ס"ח 152 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות).

שתוכנו מעורפל ולא ברור, המאפשר להגיע בעזרתו לתוצאות שונות לחלוטין מאלה שאליהן התכוונו יוזמי החוק.⁴⁸

2. "מעקף" בדרך הפסיקה

הדרך העוקפת את המשפט העברי ניכרת לעיתים גם בפסיקה. גם כאן, ברובד הגלוי, קשה להצביע על מקרים רבים שבהם הביע שופט עמדה עקרונית, בוודאי בפומבי, נגד הטמעת המשפט העברי בפסיקה הישראלית. הימנעותו מהבאת אסמכתות מהמשפט העברי יכולה להתמך בשלל נימוקים מנימוקים שונים (דוגמת העדר רלוונטיות למקרה הנידון,⁴⁹ חוסר זמן, רצון לכתוב פסק-דין קצר וכיוצא בהם), שאינם חושפים בצורה חזיתית את עמדתו בסוגיה זו.

פרק ג: "חתול לא-קרוא": פרשיות רם, ז'בוטינסקי, רוזנצויג ואפנג'ר כמשל

על-מנת להדגים את דברינו, בחרנו בכמה סוגיות משפטיות נחבאות אל הכלים, אשר לא הותירו רושם מיוחד על עולם המשפט הישראלי. עם זאת, השתלשלות הדברים בהן יכולה ללמד – כמאמר החכמים הראשונים – לא רק על עצמן, אלא על הכלל כולו. הלוא כה אמר גתה: "האל נמצא בפרטים הקטנים". כל שחקן תיאטרון מכיר את התופעה: אם חלילה באמצע ההצגה יעלה על הבמה "חתול לא-קרוא" (שלא לדבר על עכבר), ויחצה בצעד מהוסס ובעיניים מלאות פחד את הבמה מצד לצד, חזקה על הקהל שישכח מההצגה, מהשחקנים הראשיים ומהתפאורה המושקעת, ויפנה את מלוא תשומת-ליבו לאותו חתול מסכן. אין זה משנה מי יעמוד על הבמה: סר ג'ון גילגוד או מיכל ינאי – החתול ינצח. מדוע ינצח החתול? הרי אין לו אפילו שורה אחת של טקסט ולא גרגר של כישרון?

48 למען הסר ספק, איננו מתכוונים לטעון כי אי-אפשר לפרש את החוק, כפי שהוא כיום, בדרך שבה פירשו השופט ברק (שהרי חוק הוא כ"מאפה" שיצא מ"בית-המאפה", ומשעה זו הוא עומד על רגליו שלו – ראו בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 266 (2004)), אלא שמלכתחילה הוכנס לחוק מונח עמום כ"מורשת ישראל" על-מנת שיהא אפשר להעמיס עליו מטען שיתאים לתפיסת-עולמו של הפרשן, מבלי שיוצבו לפתחו מחסומי המשא שהועמס זה כבר על המונח השגור "משפט עברי".

49 למען הסר ספק, נדגיש כי אין לגזור את מידת שימושו או אי-שימושו של שופט במקורות המשפט העברי רק מניתוח כמותני סטטיסטי. יש לנתח כל מקרה לגופו גם מנקודת-מבט איכותנית, ולבחון אם במקרה הספציפי אכן היה מקום להביא את עמדת המשפט העברי, ומה מידת תרומתה לעניין הנידון.

כנראה מן הסיבה שהסצנה שהוא מציג באותו רגע – מבולבלת ככל שתהיה – היא סצנה אמיתית, חיה, נושמת. היא תמימה ונוגעת ללב יותר מכל המונולוגים והג'סטות שבעולם.

1. פרשת רם⁵⁰

מעשה שהיה כך היה: בשנת 1977 הגיש בנק לאומי לישראל בע"מ תביעה בסדר-דין מקוצר נגד חברת "רם" עבודות עפר בע"מ (להלן: חברת "רם") לגבי סכום של 154,211.89 ל"י. כמנהג גוברין יהודאין,⁵¹ הגישה חברת "רם" בקשה למתן רשות להתגונן, שנתמכה בתצהירו של יוסף הדרי, המשמש אחד ממנהליה. אולם בבוא מועד הדיון, לפני הרשם הנכבד של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, הופיע בא-כוחה המלומד של חברת "רם" והודיע כי המצהיר נסע לחוץ-לארץ "כדי להביא משם מטוס קל", ובשל תנאי מזג-האוויר נמנעה ממנו האפשרות לחזור בעוד מועד ולהופיע בבית-המשפט ביום שיועד לשמיעת הבקשה למתן רשות להתגונן. בו-במקום הוסיף בא-כוחה המלומד של המערערת והציע כי אשת המצהיר, המעורה לפי הטענה בעסקי בעלה, תצהיר על הדברים שהובאו בתצהיר של בעלה ותיחקר על-ידי הצד שכנגד.

דא עקא, שבא-כוחו המלומד של הבנק נהג גם הוא כהלכות גוברין יהודאין, והתנגד לכך בהסתמכו על ההלכה שלפיה אין אדם יכול להצהיר על תצהירו של חברו, אפילו בן-זוגו הוא, ואם המצהיר אינו יכול להיחקר על תצהירו, יש למחוק אותו, שאם מצהיר אין – תצהיר מניין?

רשם בית-המשפט אריה אבן-ארי דחה את בקשת הרשות להתגונן, ובעקבות זאת התקבלה תביעת הבנק וניתן פסק-דין נגד החברה. גם כאן, ושוב כמנהג גוברין יהודאין, פנתה חברת "רם" לבית-המשפט העליון וערערה על החלטת הרשם. השופט (לימים הנשיא) מאיר שמגר, שנוקק לערעור, קיבל אותו מנימוקים שבמהות. וכך כתב:

"סדרי דין משרתים מטרה מהותית מעל ומעבר לתפקיד הפורמלי של התוויית דרכי פעולה קבועות, מסודרות ויעילות: זכותו של הצד שכנגד לדעת מראש מה הדרך הדיונית אשר נקיטתה תתבקש בנסיבות כגון אלה ובית-המשפט לא צריך להיות מנוע מפעולה אלא אם כן מבוסס הדבר על תצהיר המאמת את הנתונים העובדתיים שעליהם מבקש בית-המשפט לסמוך החלטתו... אולם כאשר הנסיבות בכללותן מורות על טעות בתום-לב והטעות ניתנת לתיקון, ללא גרימת נזק לצד שכנגד, על-ידי הטלת הוצאות או חיוב בריבית, יכול בית-המשפט לפנים משורת הדין למחול לאלה ששגו.

מן הנכון לחזור בהקשר זה ולהפנות לדברים שנאמרו על-ידי השופט Bowen:

50 ע"א 561/77 חברת "רם" עבודות עפר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לב(2) 639 (1978) (להלן: פרשת רם).

51 ביטוי עממי, על יסוד דניאל ג 12, שפירושו "כדרך אנשים יהודים, כמנהג יהודים" (אברהם אבן-שושן המילון החדש כרך שני י"ס 483 (1992)).

'...מטרת בתי-המשפט היא לחתוך את זכויות הצדדים ולא להענישם על שגיאות שגו בניהול עניינם בפניו על-ידי פסיקה שלא על-פי זכויותיהם המטריאליות... אינני יודע על כל סוג של טעות, אשר אין על בית-המשפט לתקנו, בתנאי שהדבר ניתן להיעשות מבלי לגרום עיוות דין לצד שכנגד, אלא אם כן הטעות נעשתה מתוך כוונת מרמה או מתוך כוונה להונות. בתי-המשפט אינם קיימים לקיום משמעת, אלא על מנת להחליט בעניינים השנויים במחלוקת...'”⁵²

לצד השופט שמגר ישבו בדין שני שופטים שהיו בתחילת דרכם השיפוטית: מנחם אלון ושלמה לוין. השופט אלון הסכים לדעת השופט שמגר, אולם השופט לוין נותר בדעת מיעוט, בסוברו שיש לדחות את הערעור. מכיוון שהשופט שמגר נזקק לדברי השופט Bowen, סבר אלון שראוי להביא ראיה גם ממכמני המשפט העברי. אכן, לא כמנהגו,⁵³ לא האריך השופט אלון בדברים, ובפסקה קצרצרה הוסיף את דבריו:

”דעתי כדעת חברי הנכבד השופט שמגר, בהנמקתו ובפסיקתו. חשיבות ההקפדה על סדרי הדין אינה צריכה לפנים, שהרי בהם ערובה ליציבות המשפט ולבירור אמיתו של דין. אך יש והציווי להוציא דין אמת לאמיתו, מטיל על בית-המשפט להקל עם אחד מבעלי-הדין ששגה בסדרי הדין, כאשר לא ייגרם על-ידי כך נזק לחברו בעל-הדין. גישה עקרונית זו, בכללותה, באה לידי ביטוי גם במשפט העברי, ולא כאן המקום להאריך. בהקשר לדבריו הנכוחים של השופט האנגלי Bowen, המובאים על-ידי חברי הנכבד, מאלפים הם דברי הראב”ד ממושקיר (Posquieres) שבדרום צרפת, מגדולי חכמי ההלכה במאה ה-12, שאמרם בענין מסויים, שבו שגה בעל-דין בטענה שטען, 'שאינ לנו לילך אחר טענתו אלא להוציא דין אמת לאמיתו... ששגגה הייתה בידו והיה סבור לחזק טענתו; ולכן הדבר תלוי בבית-דין, אם יראו כי משגגה ומפתיות טען מה שטען... שלא ילכו בה אחר מיצוי הדין אלא שיתקנו הדבר' (תמים דעים, סי' נו).”⁵⁴

מכוח אמירה זו קבע השופט אלון כי גם בעניין שנידון לפניו “מן הראוי שלא נמצא את הדין אלא נאפשר לבעל-הדין ששגגה היתה בידו, להביא את ענינו על תיקונו.”⁵⁵ כאמור, השופט השלישי שישב בדין, שלמה לוין, היה בדעת מיעוט, וסבר כי הדין (במקרה זה סדרי הדין) ייקוב את ההר. כדרכו, בפסק-דין קצר להפליא בן שתי פסקות קצרצרות, הוא דחה את טענותיה של החברה, והוסיף כי מכיוון ששלוש מבין המערערות הן תאגידים, ולא הייתה כל ראיה לפני הרשם המלומד שאשת המצהיר הייתה רשאית

52 פרשת רב, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 642-643.

53 ושם עיתוי פסק-הדין - הימים היו ימי ההגבלה, שלפני מתן תורה - הוא שגרם לכך. פסק-הדין ניתן ביום ג’ בסיוון התשל”ח (8.6.1978).

54 פרשת רב, לעיל ה”ש 50, בעמ’ 643.

55 שם.

להצהיר בשמן, ממילא היה הרשם המלומד רשאי לדחות את בקשתה של החברה לקבל רשות להתגונן.⁵⁶

כאן לא תם הסיפור. חמש שנים עברו, ובשנה השישית הזדמנו שוב השופט לויז והנשיא (כעת) שמגר לפונדק אחד בדיוק באותו עניין. הפעם, במקום השופט אלון, ישב בדין השופט אברהם חלימה. גם הפעם נדרשו השניים לדיון בבקשת מתן רשות להתגונן של הנתבעת, רשות שדות-התעופה, שהסתמכה על תצהירו של מצהיר, אשר לא הגיע לבית-המשפט כדי להיחקר על תצהירו.⁵⁷ אף שהבקשה לחקור את המצהיר נשלחה לרשות חודשיים לפני מועד העדות המתוכנן, לא התייצב המצהיר לדיון, ונטען כי נבצר ממנו לעשות כן בשל היותו נציגם של שדות-התעופה בישראל בוועידה פיננסית שהתקיימה במינכן. בקשה לדחות את מועד העדות, שהוגשה לרשם יום לפני מועד העדות שנקבע מראש, נדחתה על הסף.

השופט חלימה, שדן בערעור, הזכיר את ההלכה שנקבעה בעניין זה בפסק-הדין הקודם בפרשת רם, ואגב אורחא הזכיר גם את דבריו של השופט אלון באותו פסק-דין, אשר הסתמכו, כזכור, על דברים שכתב הראב"ד מפושקייר, מגדולי חכמי ישראל במאה השתים-עשרה. על-סמך דבריהם של שמגר ואלון, שנטו מדרך הפורמליזם אל דרך הצדק, תיאר השופט חלימה את הפגיעה הקשה במערערת, שתצהירה יימחק והיא עלולה להפסיד במשפט רק בשל כך, וקיבל את הערעור. הנשיא שמגר הצטרף למסקנה זו אף בפרשה זו. משהגיע תורו של השופט שלמה לויז לחוות את דעתו, הוא האריך, לא כדרכו, וכתב החלטה שהשתרעה על עמוד שלם. כדרכו, הבהיר השופט לויז, בלשון קצרה, בהירה ומנומקת, את הבסיס המשפטי להחלטתו לדחות את הערעור גם הפעם, אך בשולי דבריו הוסיף הערה, שהיא בבחינת "מועט המחזיק את המרובה" – חץ שלוח, מכוון היטב, לדברים שכתב השופט אלון חמש שנים (!) קודם לכן:

"צר לי, אך לא ראיתי להטריד את עצמותיו של הראב"ד מפושקייר כדי לפרש הוראה שבסדרי דין שהותקנה בשנת 1963."⁵⁸

56 במובן מסוים דיבר השופט לויז "משפטית", והכריע בערעור מנקודת-מבט פורמליסטית. בתוכן הכרעתו אין חידוש, והוא ממשיך קו שיוצג בפסיקה במשך שנים רבות. השופטים שמגר ואלון העדיפו לסטות מן הגישה הפורמליסטית וללכת לפתרון של "צדק", למרות הפגמים הפורמליסטיים שנפלו במעשי המערערת.

57 ע"א 705/83 רשות שדות התעופה לישראל נ' מקורות בינוי ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 426 (1986).

58 שם, בעמ' 434. להערה דומה מן הזמן האחרון ראו את דבריה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 2957/06 חנן חסן ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון – האגף לפיתוח מבני דת ואח' (טרם פורסם, 16.7.2006). בפסק-דין זה, שעסק בשאלת כשרותם של מקוות, הקדיש השופט רובינשטיין מקום נכבד לעמדת המשפט העברי בדבר סמכותו של ה"מרא דאתרא" – רב המקום. הנשיאה ביניש הסכימה עם תוצאת פסק-דינו, אך מצאה מקום להוסיף הערה קצוצרעה: "קראתי את פסק דינו הספוג בדבר תורה של חברי השופט א' רובינשטיין ואין לי אלא להסכים עמו כי בית משפט זה לא יתערב בהכרעה הלכתית בין חלופות אפשריות שונות

משפט קצרצר זה, רווי ציניות ואולי אף סרקזם חריף, הוא אותו "חתול לא־קרוא" אשר עלה לקדמת הבמה ונע בה מצד לצד לעיניהם המשתאות של הצופים. המבט, שהיה מופנה עד כה לשחקנים הראשיים, הופנה באחת אל ה"חתול". הגם שאין לו תפקיד במחזה (שהרי כל־כולו אמרת־אגב) ואף לא שורה אחת של טקסט, הכל מתבוננים עליו בעיניים פעורות, כנראה מן הסיבה שהסצנה שהוא מציג באותו רגע היא סצנה אמיתית, חיה ונושמת, הנוגעת ללב יותר מכל המונולוגים והג'סטות שבעולם.

דומה כי אמרה אגבית זו של השופט לוי מבתא את גישתו העקרונית לשימוש במקורות המשפט העברי, אשר באה לידי ביטוי אף בהקשרים אחרים. כך, למשל, בדיון הנוסף בפרשת הנדלס⁵⁹ ניצתה אש מחלוקת גדולה בין השופטים ברק ואלון על פרשנותו של חוק יסודות המשפט, שנחקק זמן קצר קודם לכן. בפסק־דין קצר הצטרף השופט לוי לעמדתו של השופט ברק, על הנמקותיה, אשר שללה את חובת ההיזקקות למקורות המשפט העברי בפרשנות של מונחים, ולמעשה רוקנה את החוק מתוכן מעשי ממשי.

השופט לוי אינו לבד. הערה מעין זו נשמעה כבר שנים רבות קודם לכן מפי נשיאו הראשון של בית־המשפט העליון, השופט ד"ר משה זמורה. אולם קודם שנבוא לעיין בהערותו של הנשיא זמורה, מן הראוי לשבצה בהקשר רחב הרבה יותר, והוא יחסו של זמורה למורשת ישראל, שקובע ברכה לעצמו. כך, למשל, כבר בשנת 1948 פתח הנשיא זמורה את נאומו בטקס ההנוכה של בית־המשפט העליון⁶⁰ במילים המרגשות הפותחות את תפילתו של שליח־הציבור בתפילת המוסף ביום הכיפורים: "הנני העני ממעש, נרעש ונפחד מפחד". ברם, אין לטעות בכוונתו. המשכו של הקטע, המבטא את המימד הדתי – "נרעש ונפחד מפחד יושב תהילות ישראל" – הושמט, ולא בגלל הצנזורה.⁶¹

בשאלת כשרותם של מקוואות... אין לנו אלא להשתאות כיצד צלל בית משפט זה לסוגיה זו." (שם, ההדגשות הוספו).

59 פרשת הנדלס, לעיל ה"ש 36.

60 נאומו של הנשיא זמורה בטקס הפתיחה של בית המשפט העליון מובא בהפרקליט ה 187–189 (1948).

61 תופעה זו אופיינית לרבים מן השמות שניכסו לעצמם התנועה הציונית ושלוחותיה מן המקורות היהודיים, תוך "חילונם" והשמטת המרכיב הדתי שלהם. כך, לדוגמה, "ביל"ו – בית יעקב לכו ונלכה", בהשמטת הסיומת "באור ה'" (ישעיה ב 6); כך בסימטת בית־הספר הריאלי בחיפה "והצנע לכת" בהשמטת סוף הפסוק "עם אלקיך" (מיכה ו 8); וכך, בשנים מאוחרות יותר, באימוץ הפסוקית "שלח את עמי" בהשמטת הסיומת "וייעבדני במדבר" (שמות ז 16). דוגמות נוספות ל"חילון" השפה מצויות בהעתקת מונחים שבקדושה לשפה העברית האזרחית והחילונית, דוגמת כינוי מקום מושבו של הפרלמנט הישראלי "משכן הכנסת"; כינוי ארגונים שונים – חלקם אנטי־דתיים בעליל – בשמות מן המקורות תוך עיקור משמעותם הדתית (דוגמת "מנוחה נכונה" – עמותה לקבורה חילונית; או ארגון "בצלם", שהלוגו שלו אף מעוטר בטעמי המקרא); שימוש במילה "היכל" לכינוי אצטדיון ספורט ("היכל נוקיה") ומקומות תרבות ("היכל התרבות"), ועוד כיוצא בהן דוגמות. על היבטיה השונים של תופעה זו ראו אביעד הכהן "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!" – עיצוב רשות רבים יהודית' במדינת

כפי שראינו לעיל, גם המחוקק הישראלי נהג כך כאשר דיבר בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על "כבוד האדם שנברא בצלם", אך השמיט את הסיפא – "בצלם אלוקים" – ולא בכדי.

בין כך ובין כך, בהמשך נאומו בטקס הפתיחה של בית המשפט העליון, שילב הנשיא זמורה את מורשת ישראל, וראה בה את הבסיס לכינונה מחדש של מערכת המשפט היהודית וכהוספת חוליה נוספת לשרשרת הדורות, באומרו:

"...קרוב לאלפיים שנה התפלל עם ישראל שלוש פעמים ביום 'השיבה שופטיו כבראשונה ויועצנו כבתחילה'. ברטט אנו מתקרבים היום להגשמת החזון..."⁶²

לכאורה, דברים כדורבנות, שיש בהם כמיהה להשבת המשפט העברי על כנו או למצער רצון ליצור חיבור בין חולייתו לבין חוליית המשפט המתחדש של מדינת ישראל. ולא היא. כפי שהעירה כבר ד"ר פנינה להב:

"ממציאות המוטיבים הדתיים אין להסיק שהיתה איזו שהיא מגמה ליצוק מאטריה דתית לתוך הכלי שזה עתה נוצר. המוטיבים הדתיים מצביעים על העבריות, לא על דתיות המשתתפים וספק אם הם עצמם היו מודעים לכך במציאות של 1948 היו סימנים ברורים לכך ששופטי בית המשפט העליון והמופקד על משרד המשפטים נחושים להפריד את השיפוט ואת המשפט מן הדת."⁶³

ביטוי לכך ניתן ב"החרמת" טקס הפתיחה של בית המשפט העליון על ידי הרבנים הראשיים, כמחאה על כך שמשפט המדינה לא הושתת על המשפט העברי. ביטוי נוסף לכך ניתן בזכרונות שכתב השופט אולשן, שמהם עולה כי השופטים הקפידו להתרחק מכל סממן דתי וסירבו לחבוש כיפות לראשיהם בזמן הטקס. אולשן עצמו סירב להישבע אמונים על ספר התנ"ך, והתעקש להישבע שבועת אמונים לתפקיד בטקס חילוני.⁶⁴ אכן, באותו מעמד מכונן של פתיחת בית המשפט העליון, דיבר הנשיא זמורה על מקומו החשוב של בית המשפט ב"החייאת המשפט העברי".⁶⁵ כך אמר בין יתר דבריו:

18 ישראל" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 144, 152, ה"ש 18 (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, 2002) והאסמכתות המופיעות שם.

62 נאומו של הנשיא זמורה בטקס הפתיחה של בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 60, בעמ' 189.

63 פנינה להב "העזו והמשרה: השנים הפורמטיביות של בית המשפט העליון, 1948–1955" הציונות – מאסף לתולדות התנועה הציונית והישוב העברי בארץ ישראל יד 177, 181 (1989).

64 ראו אולשן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 213. כן ראו על המשמר 15.9.1948, 4, המובא על ידי להב, לעיל ה"ש 63, בעמ' 182.

65 ביטוי זה גופו, בין אם התכוון לכך הנשיא זמורה ובין אם לאו, יש בו מסר כפול. לצד החיובי שבו, אשר מקביל באופן בולט ל"החייאת השפה העברית" המיוחסת לאליעזר בן-יהודה, יש בו גם פן שלילי, כביכול היה המשפט העברי – שהיה משפט חי ונוהג במשך אלפי שנים – בבחינת "מת" הזקוק ל"החייאה".

"...על אף ההגבלות המוטלות על השופט ביחסו לחוק הקיים, בטוחני שגם בתי-דין שלנו יוכלו לתרום תרומה להחייאת המשפט העברי עוד טרם שיהיו לנו חוקים חדשים משלנו. הם יוכלו לעשות את זאת על ידי מתן לבוש עברי מקורי לפסקי-דינם ובמקרים ידועים גם על ידי הזכרה השוואתית של הלכה במשפט העברי אפילו כשאינם יכולים לפסוק הלכה על פיה."⁶⁶

דברים אלה נשמעים יפה גם כיום, לאחר שישים שנה. אך האומנם היה להם ביטוי מעשי? האם הנשיא זמורה עצמו פרע את השטר? דומה שהתשובה לכך שלילית. עיון בפסקי-דינו של הנשיא זמורה מלמד כי שימוש במשפט העברי היה מועט ביותר. לעיתים רחוקות הוא ציטט פסוק יפה מספר תהלים (דוגמת "מי יעלה בהר ה'... נקי כפים ובר לבב") או מספר דברים ("ודרשת וחקרת ושאלת היטב", "ובערת הרע מקרבך"), אך בכך יצא ידי חובתו ולא הוסיף.

2. פרשת ז'בוטינסקי⁶⁷

אם יטען הטוען כי לא כוונת מכוון יש כאן, אלא מקריות בעלמא, יבוא פסקי-הדין המפורסם בפרשת ז'בוטינסקי ויוכיח. באותו פסקי-דין נידונה לראשונה שאלת חסינותו של נשיא המדינה. חיים כהן, שבאותם ימים כיהן כיועץ המשפטי לממשלה, ביקש לדחות את עתירתם של חברי-הכנסת ז'בוטינסקי וקוק, בטענה שנשיא המדינה חסין מפני כל הליך שיפוטי. אגב כך הביא כהן ראיות מן המשפט האנגלי, וכידו הטובה עליו במשפט העברי, הביא ראיות גם מסוגיה במסכת סנהדרין שממנה עולה כי "המלך לא דן ולא דנין אותו". הנשיא זמורה ביקר בחריפות, לגופן של טענות, את ההיקש שביקש היועץ המשפטי לממשלה לעשות בין חסינותו של המלך בימי בית שני לבין חסינותו של נשיא המדינה, ואגב כך הוסיף:

"לא נכריע בבעיה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל בשנת 1951 בדבר החסינות של נשיא המדינה על סמך המשנה במסכת סנהדרין 'המלך לא דן ולא דנין אותו' ולא על סמך מעשה בעברו של ינאי המלך, המובא בגמרא לאותה משנה."⁶⁸

אכן, בהמשך דבריו, ואף שסבר כי מדובר ב"אנלוגיה כוזבת", לא התגבר הנשיא זמורה על יצרו והתפלפל עם היועץ המשפטי מה הייתה כוונת הדברים במקורות המשפט העברי.⁶⁹

66 נאמו של הנשיא זמורה בטקס הפתיחה של בית-המשפט העליון, לעיל ה"ש 60, בעמ' 188.

67 בג"ץ 65/51 ערי ז'בוטינסקי נ' פרופ' ד"ר חיים וייצמן נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה(1) 801 (1951) (להלן: פרשת ז'בוטינסקי).

68 שם, בעמ' 807.

69 יש להתבונן על אמירתו של הנשיא זמורה גם בהקשר רחב יותר של פסיקתו. הנשיא זמורה לא הספיק לכתוב פסקי-דין רבים בעת כהונתו. עם זאת, במקצת מהם הוא לא התעלם מן הזיקה

3. פרשת רוזנצויג⁷⁰

דוגמה נוספת לגישה זו – אשר מבצבצת, בוקעת ועולה מתוך פסקי-הדין כבדרך אגב אך מבטאת גישה עמוקה הרבה יותר – מצויה בפרשת רוזנצויג, שבה ישבו בדין השופטים אהרן ברק, דב לוין ושושנה נתניהו. הדיון התמקד ב"הסתלקותו" של אחד מדייני בית-הדין האזורי מלשבת בדין בטענה שהוא "נגוע" משום שמע את טענותיו של אחד מבעלי-הדין קודם הדיון מחוץ לאולם בית-הדין. השופט דב לוין כתב את פסק-הדין והחליט לדחות את העתירה, ועמיתיו השופטים ברק ונתניהו הסכימו עימו. עם זאת, השופטת נתניהו טרחה להדגיש שאף-על-פי שמסקנתה זהה לזו של השופט לוין, היא מסתייגת מהנמקתו, אשר נשענה, בין היתר, על מקורות המשפט העברי. וכך כתבה השופטת נתניהו:

"עניין לנו אפוא בטענה של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי. ככל הנוגע לעקרונות הצדק הטבעי אין אנו חיים מפי הדין העברי אלא מפי תפישותיו של המנהלי המשפטי כפי שפותחו בהלכות של בית משפט זה. עם כל הכבוד והיקר לדין העברי, אין הוא רלבנטי לעניננו ומיותר כאן כל הדיון שחברי השופט לוין מקדיש לו בחוות דעתו."⁷¹

דווקא השופט ברק, אשר לא הרבה, כפי שראינו לעיל, לעשות שימוש במשפט העברי בפסיקתו, חלק על קביעתה הנחרצת של השופטת נתניהו, והעיר:

"איני סבור, כי כללי הצדק הטבעי 'הפנימיים' של המשפט העברי אינם רלוואנטיים לענייננו. אם יוכח, כי כללים אלו הופרו, די בכך כדי לפגום בהחלטת בית הדין, אפילו לא הופרו כללי הצדק הטבעי שבדין הכללי. עם זאת, לא די בכך שקוימו כללי הצדק הטבעי הקבועים במשפט העברי. על בית הדין הרבני מוטלת גם החובה לקיים את כללי הצדק הטבעי הקבועים בדין הכללי, שאם לא כן, תהא החלטתו נגועה בחוסר סמכות."⁷²

דומה שמחלוקת "פעוטה" זו אינה משקפת רק עניין מקומי, אלא גישה עקרונית בדבר

שבין מורשת העבר היהודית לבין המשפט בן-ימינו. כך, למשל, במקרה אחד הציע "להשיב לגבולו" ולמקורו את הביטוי האנגלי "with clean hands" – עילת-הסף שדורשת כי כל הבא בשערי בית-המשפט, ובמיוחד בשערי בית-משפט של צדק, יבוא אליו כשהוא "נקי כפים ובר לבב", כמאמר הפסוק בתהלים כד 4. ראו בג"ץ 29/52 מנזר סנט וינסנט דה פול נ' מועצת עיריית ת"א, פ"ד 1 670 (1952).

70 בג"ץ 1293/91 אדוארד רוזנצויג נ' בית הדין הרבני האזורי (לא פורסם, 3.12.1991).

71 שם, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת נתניהו.

72 שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט ברק. ראו גם בג"ץ 10/59 ויקי לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד יג 1182 (1959).

ההיזקות למשפט העברי, ולו לשם השראה. ניתן רק לתמוה האומנם הייתה השופטת נתניהו מדברת באותה לשון ("אין הוא רלבנטי לעניננו") אילו ביסס השופט לזין את הכרעתו על המשפט האמריקאי או המשפט הקונטיננטלי, ולא על המשפט העברי. עיון בפסיקתה רבת-השנים של השופטת נתניהו מלמד כי אמירה זו אינה מקרית. בכל פסיקתה הענפה לא נוקקה השופטת נתניהו למשפט העברי באופן ממשי, ובמקרה האחד והיחיד שעשתה כן – בעקבות פנייתו של בא-כוח העותרים לדין העברי על בסיס חוק יסודות המשפט – היא טרחה להדגיש כי היא עושה כן לא מכוח חובה המוטלת עליה בדין, אלא רק כ"מחווה של כבוד" לדעת חכמינו, אשר נתנו דעתם לסוגיה שנידונה לפנייה: מתן תרופה חדשה שיעילותה טרם הוכחה כאשר יש סיכוי שבאמצעותה יוכל החולה להאריך את חייו.⁷³

4. פרשת אפנג'ר⁷⁴

דוגמה נוספת ואחרונה ניתן להביא מדבריו של הנשיא יואל זוסמן בפרשת אפנג'ר. באותו מקרה עמדה במוקד הדיון שאלת גבולותיה של ההגנה העצמית בפלילים. הימים היו ימי חקיקתו של חוק יסודות המשפט, והסנגור עשה שימוש במקורות המשפט העברי כדי לנסות לחלץ באמצעותם את מרשו מן ההרשעה ולהביא לידי זיכוי.⁷⁵ השופט מנחם אלון מיהר לנצל הזדמנות-פז זו שנקרתה לפניו. כידו הטובה עליו, ולאחר ששיבח את הסנגור על שהביא לחמו ממקורות המשפט העברי, הביא השופט אלון מקורות רבים שעניינם הגנת הצורך במשפט העברי, כדי לבסס את קביעתו כי במקרה זה עמדה לנאשם הגנת הצורך ולפיכך יש לזכותו מאשמה. השופט אלון הדגיש בפסק-דינו כי "מן הראוי שנפרש מושגי יסוד שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות לאור מורשת המוסר והתרבות שבעולמה של יהדות". גישה זו לא נשאה חן בעיני הנשיא זוסמן. הגם שהסכים לתוצאה שאליה הגיע השופט אלון, מצא הנשיא זוסמן לנכון, כבר בראש חוות-דעתו, לבקר את השימוש שנעשה במשפט העברי. וכך אמר:

"בפתרון הבעיה הלזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי-המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי קא עסקינן [עיסוקנו – א'

73 בג"ץ 30/82 ראוּבן מעיין נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד לו(2) 477, 482 (1982).

74 ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141 (1979) (להלן: פרשת אפנג'ר).

75 בשעת הדיון טרם הסתיימו הליכי החקיקה של החוק, אך כפי שמסר לי פרקליטו של המערער, עו"ד יאיר גולן, הוא ניצל את העובדה שהחוק "היה באוויר" ונמצא בשלבי חקיקה מתקדמים, כדי לנסות למצוא פתח לזיכוי מרשו במקורות המשפט העברי.

ה' [שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים. אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי היא באמת מקובל על הציבור הישראלי.⁷⁶

אילו הסתפק הנשיא זוסמן בהצגת עמדתו העקרונית בדבר אי-ההיזקקות למשפט העברי, היינו מחרישין. אך הנשיא זוסמן טרח להוסיף הערת-אגב שאינה לצורך, סרקסטית ופוגענית בעליל:

"האם היא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על-פי הלכת המשפט העברי, אשה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?"⁷⁷

וכאן הבן שואל: וכי יש מי מחכמי המשפט העברי, הן בימינו והן בימים עברו ומוזה אלפי שנים, המבקש לחדש דין סקילה באישה נואפת ודין שרפה בבת כהן? הרי ידוע כי "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע [שבע שנים - א' ה'] נקראת חובלנית; [ו]רבי אליעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה".⁷⁸ דומה, כי בדברים אלה נחשף שוב אותו "חתול לא-קרוא", אשר מהלך בצידי הבמה ומגית מאחוריה כשעיניו מתרוצצות אנה ואנה בפחד. לאמיתו של דבר אין לו כל תפקיד ב"מחזה", ואין הוא חלק מה"רציו" של פסק-הדין, אך הוא משקף בעליל תחושה של הסתייגות וסלידה מהבאת המשפט העברי בשערי המשפט הישראלי.

פרק ד: ההיבט המוסדי

למקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי קיים היבט נוסף, לרוב סמוי מן העין. כוונתנו להיבט המוסדי, דהיינו, למקומו של המשפט העברי בתוכניות הלימודים של בתי-הספר למשפטים בישראל, באקדמיה המשפטית ובמשרד המשפטים.

1. מקומו של המשפט העברי באקדמיה המשפטית

באשר לאקדמיה המשפטית, גם כאן התמונה מעורבת ומורכבת. מצד אחד, כל בתי-הספר למשפטים ממשיכים מסורת שראשיתה בימים שלפני קום המדינה, ומחייבים את תלמידיהם ללמוד משפט עברי, ולו קורס מבוא בתחום. מסורת זו קיבלה תנופה משמעותית עם הקמת

76 פרשת אפנג'ר, לעיל ה"ש 74, בעמ' 160 (ההדגשות הוספו).

77 שם.

78 משנה, מכות א, י. לתכליתו של הדין הפלילי העברי כמכשיר חינוכי בעיקרו ראו בהרחבה אהרן קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי" עיוני משפט יב 253 (1987).

בית-הספר למשפט וכלכלה בתל-אביב. פלטיאל דייקן, מאנשי "חברת המשפט העברי" המוסקבאית, ראה - יחד עם חברים נוספים, דוגמת שמואל אייזנשטדט - חשיבות לאומית רבה בשילוב המשפט העברי בתוכנית הלימודים. בהרצאותיו, כמו-גם בספריו, הוא נתן לכך ביטוי ממשי, בשלבו במסגרת כל נושא, לצד העיסוק במקורות משפטיים בני-ימינו, גם סוגיות מעולמו של המשפט העברי.

לימים חרתה גם הפקולטה למשפטים הראשונה במדינת-ישראל - הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים - את נושא קידומו של המשפט העברי על דגלה. כך, למשל, בהקדמה לחוברת המתארת את תוכנית הלימודים של הפקולטה העתידה לקום - פרי עבודתה של ועדה שעם חבריה נמנו, בין היתר, פרופ' גד טדסקי, פרופ' נפתלי הרץ טור-סיני, עו"ד שלום הורוביץ, פרופ' שמחה אסף, השופט ד"ר משה זמורה, פרופ' נחמן בנטביטש ופרופ' נתן פיינברג - נאמר כדברים האלה מפי הרקטור שמחה אסף:

"הדין הוא אחד משלשה הדברים שעליהם העולם קיים (אבות פרק א)... תולים אנו תקוות מרובות בפקולטה החדשה ואחת מהן היא שתשמש גורם חשוב להפצת ידיעתו של המשפט העברי ותעזור לחדש את המסורת המשפטית הגדולה שלנו. עוד מראשית הוסדה החשיבה האוניברסיטה את המחקר במשפט העברי ומינתה למקצוע זה את פרופ' א. גולאק ז"ל, חוקר מובהק שהגדיל עשות בשטח זה. כשנפטר, לצערנו הרב לפני זמנו, נתמנה במקומו ד"ר א"ח פריימן ז"ל שעתידי היה למלא תפקיד חשוב בפקולטה החדשה ובמערכת המשפט של מדינת ישראל, ואף הוא לוקה מאתנו בעודו צעיר ובאמצע עבודתו, באסון השיירה שעלתה להר הצופים בניסן תש"ח. האוניברסיטה תעשה כל מאמץ כדי למלא את מקומום ולגדל דור צעיר של חוקרים, שימשיכו את שלשלת היצירה במדינת ישראל המחודשת."⁷⁹

דברים אלה לא נאמרו בחלל ריק. כפי שעולה מהקדמתו של ד"ר משה זמורה, נשיאו הראשון של בית-המשפט העליון, כבר בשנת 1934 זכה להופיע - בתפקידו כנשיא הסתדרות עורכי-הדין היהודים - לפני ועדת הסקר של האוניברסיטה העברית בירושלים, שבראשה עמד סר פיליפ הרטוג. זמורה הציע כבר באותה עת, כחמש-עשרה שנה לפני הקמת הפקולטה, לפתוח במסגרת הפקולטה למדעי הרוח "מחלקה למשפט ומדעי החברה שבה יורו את המשפט העברי במידה שיש לו תוקף חוקי בארץ".

ביטוי לרוח אוהדת זו למשפט העברי ולהטמעתו בלימודי הפקולטה למשפטים נתן גם פרופ' נתן פיינברג, ששימש הדקן הראשון של הפקולטה. בדבריו באותה חוברת, ותחת כותרת מיוחדת "המשפט העברי", הוא כותב:

"מדור נכבד נתיחד בתוכנית הלימודים למשפט העברי בהשתלשלותו ההיסטורית

79 הדברים מצויים בחוברת שהוצאה על-ידי האוניברסיטה לקראת הקמת הפקולטה למשפטים. עותק שלה מצאתי בארכיון האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לעובדי הארכיון על עזרתם המסורה באיתור החומר.

ומבחינתו הדוגמטית וכן לתביעותיו המיוחדות בימינו. הפקולטה תתן את מלוא דעתה לעידוד הכוחות המדעיים הצעירים שירצו להעמיק במשפט העברי, ותדאג ליצירת אפשרויות להתמחות בתחום זה ולקידום המחקר בו.⁸⁰

ואם לא די בכל אלה, בא פרופ' זליג ברודצקי, נשיא האוניברסיטה העברית בירושלים, והחריה-החויק אחריהם, בכותבו כי "הוראת המשפט העברי תפוש כמוכן מקום מיוחד בלימודי הפקולטה ותשווה לה אופי השונה מזה של פקולטות למשפטים באוניברסיטאות אחרות".⁸¹

דומה שהדברים, לפחות באותה עת, לא נאמרו מן הפה ולחוץ. הגם שמן הכתובים עולה כי יוזמי הקמת הפקולטה ראו בהם קרקע פורייה לשכנוע חֲבֵר־הנאמנים של האוניברסיטה בנחיצות הקמתה של פקולטה למשפטים,⁸² המחשבה והחזון הללו קיבלו גם ביטוי ממשי בתוכנית הלימודים של הפקולטה. כבר בטיוטה של תוכנית הלימודים שהוגשה לחֲבֵר־הנאמנים של האוניברסיטה הוצע כי לימודי-החובה בשנה הראשונה יכללו שני קורסים במשפט עברי – "מבוא למשפט עברי" (שעה אחת) ו"לימוד טקסטים וסוגיות משפטיות בתלמוד" (תרגיל בן ארבע שעות!). זאת, לצד לימוד "מבוא לתורת המשפט" (שלוש שעות), "משפט חוקתי" (שעתיים) ו"משפט רומי" (שעתיים). גם בשנה השנייה הוצע לקיים קורס ב"סוגיות משפטיות בתלמוד", לצד קורסים בדיני חיובים ובדיני משפחה וירושה. לימודי המשפט העברי לא נפקדו גם מן השנים המתקדמות. בשנה השלישית הוצע לקיים קורס במשפט עברי (שעתיים שיעור ושעה תרגיל), וכך גם בלימודי השנה הרביעית (שעה שיעור ושעה תרגיל).

80 שם. יש בניסוח הדברים הד ברור לדרכו של א"ח פריימן הי"ד (1899) (מורביה) – 1948 (ירושלים), ממוריו וחוקריו של המשפט העברי במכון למדעי היהדות באוניברסיטה העברית בירושלים, אשר נרצה בשירה שעלתה להר הצופים באפריל 1948. על דרך המחקר הדוגמטית-ההיסטורית, שעמדה כבר ביסוד "חברת המשפט העברי" המוסקבאית בשנת 1917, ראו ש' ה' "לתולדות חברת המשפט העברי" המשפט ב 220 (1927); במבוא לספרו של אברהם-חיים פריימן סדר קידושין ונישואין – אחרי חתימת התלמוד – מחקר היסטוריו-דוגמטי בדיני ישראל (1964); מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית (2000); בהקדמה למהדורתו הראשונה של הספר הנ"ל – מנחם אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי כג"כ (1964); חיים הרמן כהן "דאגה ליום מחר" הפרקליט ג 38 (1946); ובמקורות נוספים הנקובים אצל אביעד הכהן פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי 31, ה"ש 195 (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, ירושלים, התשס"ג).

81 ראו המקור הנוכח לעיל בה"ש 79.

82 אין זה מקרה שהפקולטה למשפטים לא נוסדה עם שאר מחלקות האוניברסיטה בראשית ימיה, בשנות העשרים של המאה העשרים. חלק מאנשי האוניברסיטה ראו בהקמת פקולטה "מעשית" כוו משום פחיתות כבוד, והדגשת מקומו של המשפט העברי נועדה לשכנעם כי היא לא תהיה כשאר אחיותיה שבחוץ-לארץ, ולצד ההכשרה המעשית היא תכשיר את תלמידיה גם לעסוק במקצוע המיוחד והייחודי של המשפט העברי.

מגמה זו שלטה בפקולטה הירושלמית לאורך שנים, אם כי בהיקף מצומצם יותר. במשך עשרות שנים נלמדו קורסי-חובה במשפט עברי בשנה הראשונה והשלישית ללימודים, ולצידם הוצעו קורסי-רשות וסמינרים. מודל חלוצי זה הועתק גם לבתי-הספר למשפטים שהוקמו מאוחר יותר בארץ, והדיו נשמעים עד היום בתוכניות הלימודים השונות, אם כי בהיקף מצומצם בהרבה.⁸³

ביטוי למתח שעוררה סוגיה זו נמצא בפרוטוקול של מועצת הפקולטה למשפטים משנת 1953. באותה שעה החלה הפקולטה בגיבוש תקנון לתלמידי מחקר במשפטים. בסעיף 3 של התקנון נאמר בהאי לישנא:

"כל מועמד שאינו מוסמך למשפטים של האוניברסיטה העברית ואין בידו הוכחה על ידיעה יסודית של המשפט העברי, חייב לעמוד בבחינה במשפט העברי בהיקפו של לימוד המקצוע בפקולטה למשפטים. לימוד ממושך ומוצלח בישיבה בעלת רמה תורנית גבוהה יכול להתקבל כהוכחה על ידיעה יסודית של המשפט העברי."⁸⁴

בדיון שנערך על הצעת התקנון הסתייג פרופ' אביגדור לבונטין באופן נחרץ מדרישה זו. לדעתו, הייתה זו דרישה "לא רלבנטית", ולחזיון טענתו הביא דוגמה מבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד, שם אין דורשים מתלמידי מחקר את ידיעת המשפט המקובל. גם ד"ר שלו גינורסר הצטרף לדעת לבונטין, והוסיף שאפילו ממורי הפקולטה אין דורשים ידיעות כאלה.

פליטיאל דיקשטיין, אחד התומכים הגדולים בהטמעת המשפט העברי בלימודי המשפט בארץ, ניסה למתן את הסערה, והעיר כי בנושא זה קיימות שלוש גישות: האחת גורסת כי יש ללמוד מקצוע זה "כמו שלומדים משפט רומי"; השנייה גורסת כי "יש לבסס את המשפט כולו על המשפט העברי"; ואילו הוא עצמו מציע דרך שלישית, דרך-ביניים – לדרוש ידיעה מספקת במשפט עברי כדי לאפשר את שילובו עם המשפט הקיים בכל אחד מהמקצועות המשפטיים.

בניסיון למצוא מוצא מהסבך, הציע ד"ר גינורסר לדרוש מהמועמד הכשרה מיוחדת במשפט עברי, אך רק בנושא מחקרו, וממילא לדון בדרישות בכל מקרה לגופו. בשלב זה הצטרף לדיון הער פרופ' טדסקי, בהערה מפתיעה במקצת: "המשפט העברי משתייך אצלנו לתרבות המשפטית שלנו", אמר טדסקי, "ואת ידיעתו יש לדרוש מאת

83 פיתוחן של תוכניות "אשכולות" בלימודי המשפטים, בעקבות המודל האמריקאי, הביא לידי כך שכיום, ברוב בתי-הספר, נותר רק קורס-החובה בעינו (בהיקף שנתי או סמסטריאלי), ולצידו מוצעים קורסי-רשות וסמינרים שהסטודנטים יכולים להשתתף בהם או לוותר עליהם.

84 ארכיון האוניברסיטה העברית בירושלים, תיקי הפקולטה למשפטים משנת 1953. הדברים כלולים בחומר שהוכן לישיבה של מועצת הפקולטה מיום 4.3.1953. הציטוטים המובאים בהמשך הינם מפרוטוקול זה. ההדגשות הוספו.

הדוקטורים שלנו לא פחות משאנו דורשים אותה מתלמידינו. אין להביא דוגמה ממורינו שהרי מהם אנו דורשים התמחות מעולה במקצועות מיוחדים".

גם פרופ' פיינברג, אשר נמנה כאמור עם התומכים בשילובו של המשפט העברי בתוכנית הלימודים, הודה עם עמדתו של טדסקי, והוסיף: "לא מתקבל על הדעת כי איש יקבל תואר דוקטור באוניברסיטה העברית מבלי שידע משפט עברי, בין שיישאר בארץ, בין שיצא לחו"ל".

את הכף הכריע פרופ' בנימין אקצין. על־אף הערתו כי הוא "מבין לרוחם של ד"ר גינוסר ושל מר לבונטין", הוא צירף את דעתו לדעת התומכים בחיוב תלמידי המחקר בלימוד ובידיעה בסיסית של המשפט העברי. לדעתו, הדבר אינו קשור לקביעת מקומו של המשפט העברי במערכתנו המשפטית, ואף שדרישותיה של הפקולטה באוניברסיטה העברית בנידון זה עולות על דרישותיהן של אוניברסיטות בחוץ־לארץ, "הוא חושב את הדרישות לנכונות". בהצבעה התקבל סעיף 3 כפי שהוא, לאחר ששלושה הצביעו בעדו, שניים נגדו ואחד נמנע.

אולם במהלך השנים חלה שחיקה הולכת ונמשכת בעניין זה – לא רק בפקולטה הירושלמית, אלא גם בבתי־הספר למשפטים שהוקמו אחריה, ואשר נבנו, בעיקרם, על בסיס המודל שהוצב בהר הצופים. באופן אבסורדי־משהו, ככל שהלך וגדל מספר החוקרים והמורים באקדמיה המשפטית שהקדישו את רוב זמנם לחקר המשפט העברי, להוראתו וללימודו, כן הלכה ופחתה מכסת השעות שבהן נלמד המשפט העברי בבתי־הספר למשפטים.

מקום מיוחד בתהליך זה היה למכון לחקר המשפט העברי, שהוקם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת העברית בירושלים בראשית שנות השישים. פריחתו המואצת בשנות השישים והשבעים, ודעיכתו למן שנות השמונים ואילך, היו כרוכות במידה רבה בפועלו של מקימו ומנווט דרכו מנחם אלון. עם מינויו לבית־המשפט העליון, הלכה פעילותו ופחתה, וכיום היא מצטמצמת בעיקר להוצאת כרכי שנתון המשפט העברי.⁸⁵

2. מקומו של המשפט העברי בחקיקת הכנסת⁸⁶

תהליך דומה – אם כי לא זהה – של שחיקה מסוימת במעמדו של המשפט העברי אירע גם בתחום החקיקה.⁸⁷ עוד בשנים שלפני הקמת המדינה נעשה מאמץ רב על־ידי חוגים שונים ביהדות הדתית – בניצוחו הפעיל של הרב הראשי יצחק אייזיק הלוי הרצוג –

85 גם הקמתם של מוסדות חדשים, כגון המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו במכללת "שערי משפט" או המרכז ליישומי משפט עברי במכללת נתניה, אין בהם כדי למלא את החלל שהותיר המכון הירושלמי.

86 תת־פרק זה פורסם בנוסח דומה במאמרי "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!", לעיל ה"ש 61, בעמ' 153–156.

87 על מקומו של המשפט העברי בחקיקה ראו בהרחבה אלון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1361–1454; רקובר, לעיל ה"ש 2.

להבטיח שבמדינה העתידה לקום תבוסס שיטת המשפט על המשפט העברי. ניסיון זה כשל כבר בצעדיו הראשונים, אולם קולו המשיך להדהד במשך תקופה ארוכה לאחר-מכן, ובמסגרת הניסיון לעצב את "רשות הרבים" במדינה הצעירה נעשה ניסיון להחיותו מחדש.

מייד לאחר ההכרזה על הקמת המדינה תבעו המפלגות הדתיות את מימושו של חזון "מיניסטרוני התורה", או בשמו המעודן יותר – "משרד הדתות". הצעה זו נתקלה בהתנגדות מצד חלק מהמפלגות החילוניות שנמנו עם הקצה השמאלי של המפה הפוליטית. בהגיבו על המתקפה הכללית נגד עצם הצורך בנחיצותו של המשרד, פרש שר הדתות הראשון ומנהיג תנועת "המזרחי", הרב יהודה לייב פישמן (לימים, מימון), את עיקרי משנתו בסוגיה זו. בנאום שנשא במועצת המדינה הזמנית, אמר הרב פישמן:

"אל תאימו עלי בקולטור קאמף' [מלחמת תרבות – א' ה']. אין אנו רוצים בכלל לכפות חס ושלום את הדת על מישהו; אין אנו רוצים לפשפש במעשיו של כל איש ולבדוק את ציצייתיו של מישהו. אין לנו שום ענין בכך. מה שאנו רוצים הוא שהמדינה תשא עליה את חותם היהדות המסורתית. ...רק שלושה דברים אנחנו דורשים ולא כל תרי"ג מצוות, ואין בדעתנו לנגוע בענייניו הפרטיים של מישהו ולפשפש במעשיו. אבל מה שנוגע למדינה, לא נוכל להסכים שאתם תכריחו אותנו לא לשמור על הדת, על ידי כך שלא תאפשרו לנו לשמור עליה. אנחנו משלמים מסים כמוכם, ואנחנו דורשים מן הממשלה לעזור לנו בכל השרותים הדתיים."⁸⁸

שלושת העיקרים שעליהם ביקש הרב מימון להשתית את "יהודיותה" של המדינה היו שני העמודים המסורתיים – שבת וכשרות, ועליהם גוסף המשפט העברי. מתוך מודעות למשימה זו, ביקשו כמה ממנהיגי הציונות הדתית "לכבוש" את מוקדי הכוח של זירת המאבק המשפטי, אשר נוהל בכמה מוקדים בו-זמנית. לנוכח חולשתה של "השקפת העולם הדתית" בבית-המשפט העליון, ביקשו מנהיגי הציונות הדתית לנסות "לכבוש" עמדות אחרות שעמדו במוקד העשייה המשפטית.⁸⁹ עמדה חשובה אחת כבר הייתה בידם: חבר-הכנסת ד"ר זרח ורהפטיג כיהן כיושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ועדה זו שימשה מוקד ראשון במעלה להליכי החקיקה של הצעות החוק השונות שעברו בכנסת, וד"ר ורהפטיג ניסה לקדם באמצעותה כמה מעמדותיו בנושא עיצוב פניה של הפרהסיה

88 מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה כג, 21-22 ("א בתשרי תש"ט – 14.10.1948). על התפתחות זו כביטוי למאבק על עיצוב ה"פרהסיה" – רשות הרבים – של מדינת-ישראל ראו הכהן, לעיל ה"ש 61.

89 השוו אלון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1344.

במדינה שעשתה את צעדיה הראשונים.⁹⁰ בתפקידו כיושב-ראש הוועדה, עמד ד"ר ורהפטיג גם במוקד ההכנות של הצעת חוקה חדשה למדינת-ישראל – תוכנית אשר בסופו של דבר לא יצאה אל הפועל.

המוקד השני שאותו ביקשה הציונות הדתית "לכבוש" היה משרד המשפטים. עם חלוקת התיקים בממשלה הראשונה, מונה פליכס רוזנבליט לשר המשפטים, כהמשך טבעי לתפקיד שמילא בנושא זה במנהלת העם. הרב פישמן, נציג "המזרחי", אשר לא בא לישיבת הממשלה שבה נידונה חלוקת התיקים, שיגר מכתב לראש הממשלה דוד בן-גוריון, שבו קבל על כך שתיק המשפטים לא נמסר לידי ו הודיע על פרישתו מהממשלה. במכתבו זה, מיום כ"א באייר תש"ח (30.5.1948), כתב הרב פישמן:

"...עם כל השמחה הגדולה שלי על שזיכני ה' להשתתף ביסוד מדינת ישראל, מה שחלמתי עליה ושאפתי אליה יותר מיובל שנים, הרי לדאבוני הרב מוכרח אני להביע את צערי העמוק על ההרכב הזמני של ממשלת המדינה וביחוד על חלוקת התיקים והתפקידים שנעשתה לגמרי בלי ידיעתי ומבלי לתת לי את האפשרות להשתתף בדיונים על חלוקה זו..."

בהכרזה שלנו על מדינתנו הכרזנו והדגשנו כי ממשלתנו תוסד על יסודות היושר והצדק, ולכאבי הגדול הרי תחלת מעשיה של הממשלה היתה שלא ביושר שלא בצדק. העובדה כי מפא"י ומפ"ם לקחו כל נתח טוב ושמן בתיקי הממשלה, ולפועל המזרחי ניתנו איזה פירוורים בדמות תיק של עליה מכוון ומקוצץ, ולמזרחי, וזו ההסתדרות שקדמה כמה שנים למפא"י ושכמשך ארבעים ושבע שנים עבדה במסירות נפש בשביל הציונות – לא נתנו כלום מתוך התיקים האלה. עובדה זו מראה עד כמה מדת היושר והצדק שלנו לקויה.

זאת ועוד אחרת: המשפט, זהו יסוד היסודות של המדינה. ובישיבות שונות של הנהלת הסוכנות העירו באי כח המזרחי והפועל המזרחי והדגישו כי שאלת המשפט במדינתנו היא לנו שאלת חיים וכי אי אפשר לנו להסכים למסור לגמרי תיק זה למי שאין לו ידיעה עמוקה במשפט העברי שלנו. הצענו הצעות שונות ונדמה היה לי ולחברי כי התיחסו להצעותינו בתשומת לב, אבל התוצאות היו כי לא נתתם כל אפשרות להמזרחי והפועל המזרחי להשתתף בהחלטה על אודות שאלה חיונית זו..."

יחד עם זה אני מוכרח להדגיש, כי מצד הצדק והיושר לא היתה לכם שום רשות לחלק התיקים והתפקידים שלא בנוכחותי, אבל כפי שנודע לי הרי מלבד חלוקת התיקים כבר נתמנו פקידים גבוהים ונמוכים במחלקות שונות, וכך העמדתם את המזרחי והפועל המזרחי בפני עובדות, ואותנו השארתם מבחוץ. ומתוך כל זה שנעשה שלא ביושר ולא בצדק, אינני רואה כל אפשרות להשתתף בממשלה זמנית זו. בכל לבי אני מברך את הממשלה הנוכחית בהצלחה בכל מעשיה

90 לעניין זה ראו זרח ורהפטיג חוקה לישראל – דת ומדינה (1988); זרח ורהפטיג חמישים שנה ושנה – פרקי זכרונות (1998).

ודרכיה לטובת מדינתנו, ויהי רצון שלימים הבאים תכוון את מעשיה לפי מדת היושר והצדק. אבל עכשיו, אינני יכול ואינני רשאי לקבל עלי כל אחריות שהיא אחרי כל המעשים הנזכרים. את דעתי זאת אציע אי"ה לפני הנהלת הסיעה שלי, ותחליט היא מה שתחליט. אני בכל אופן לא אשתתף בממשלה זו.⁹¹

גם משה שפירא, שר הפנים המיועד, ביקש להדגיש את "העניין המיוחד שיש ליהדות הדתית בתיק המשפטיים", ותבע אותו בעבור חברו הרב פישמן. תביעתם של השניים הושבה ריקם, והרב פישמן חזר לממשלה ומונה לשר הדתות.⁹² כדי להקל במקצת את טעמה המר של הגלולה, החליטה הממשלה על הקמת מחלקה במשרד המשפטים שתיקרא "המכון לחקר החוק העברי". המכון הוקם כבר בחודש תמוז תש"ח, ומטרתו המעשית והיומרתית-משהו - כך, למצער, לפי קווי הפעולה שהותוו לו - הייתה "להכין קודיפיקציה של משפט התורה, כפי שהוא משתקף במקורות ובתקנות של כל תקופות תולדותינו, עד ימינו". כך הוגדרו תפקידי המכון:

"א) לסדר את החוק העברי המקורי סידור חדש מתאים לדרכי המחשבה של המשפט בימינו, ולהכין לפי המיתודות החדישות הצעות שיטתיות של ספרי חוקים בשטח המשפט והדיון האזרחי; ב) לברר בעיות משפטיות מסוימות הטעונות עיבוד מונוגרפי והשוואה עם חוקי העמים; ג) לבדוק את התחיקה השוטפת לאור החוק העברי המקורי, ולעזור למשרד המשפטים לבנות את התחיקה של מדינת ישראל על יסודות המסורת; ד) לשמש מרכז לכל חוקרי החוק העברי ולהוציא כתב עת מוקדש לבעיות האמורות."⁹³

הגשמת תוכנית זו לא יצאה אל הפועל כמתוכנן, אלא טיפין-טיפין ובאופן חלקי למדי. לאחר כשנתיים של פעילות הושלמו כמה הצעות חוק בשטח המשפט האזרחי, ניתנו כמה חוות-דעת בשאלות משפטיות אקטואליות, ונאסף חומר לסידור חוקי מקיף בשטחים שונים. מ"טעמים טכניים", כפי שהוגדר הדבר, "לא עלה בידי הנהלת המכון להגשים תוכניתה בנוגע להוצאת פרסומים ספרותיים",⁹⁴ והיא הסתפקה בהשתתפות בכתב-העת יבנה, שיצא בעריכתם המשפטית של מנהל המכון ד"ר ורהפטיג ואברהם-חיים פריימן.⁹⁵ כעבור כמחצית השנה פרש ורהפטיג מניהול המכון, מכיוון ששר המשפטים ביקש לצמצמו וליעודו להכנת

91 המכתב המקורי נמצא בארכיון המדינה (תיק ג/431/5385) (ההדגשות הוספו). ביומנו, בתאריך 20.5.1948, התייחס בן-גוריון לפנייה זו בהערה קצרה, וציין שהיא הייתה העילה להודעת ההתפטרות של הרב פישמן מהממשלה הזמנית. ראו מדינת ישראל המחודשת כרך א 142 (הוצאת עם עובד, הדפסה שנייה, 1969).

92 אליקים רובינשטיין שופטי ארץ - לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל 50-51 (1980).

93 שנתון הממשלה התש"י 139 (ההדגשות הוספו). ראו גם הכהן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 155.

94 שנתון הממשלה התש"י 139.

95 ראו אפרים אלימלך אורבך קרית ספר כה 105-108 (התש"ט); סיני כב, שג-שד (התש"ח).

חוות-דעת ולמתן ייעוץ למחלקת החקיקה ותו לא. בשל העדר תקציב הולם, נמנע ראש המכון מלפנות להגשמת תוכנית הפעולה רחבת-ההיקף של הכנת סדרת חוקים שתתבסס על אדני המשפט העברי. עד-מהרה נסגר המכון, ובמקומו נוצר התפקיד של "יועץ למשפט עברי".⁹⁶

משנכזבה תוחלתו להנחיל את המשפט העברי למדינה המתחדשת באמצעות משרד המשפטים, ביקש הרב פישמן-מימון להגשים את תוכניתו החדשה: חידוש הסנהדרין – גוף מרכזי אחד שיביא לידי פתרון של כל הבעיות בנושא דת ומדינה. תוכנית זו נפרשה בהרחבה בהרצאה שנשא הרב מימון בכנס רבנים בטבריה (מקום גלותה האחרון של הסנהדרין) בשנת התש"י (1950) וכן בסדרת מאמרים.⁹⁷ עולם הרבנות הסתייג מהצעה זו בחריפות, ולאחר זמן לא רב היא ירדה מסדר-היום הציבורי.

עם הצטרפותו של מנחם אלון למחלקת החקיקה במשרד המשפטים, הורגשה התפתחות משמעותית בנוסיונות לשלב את המשפט העברי בחקיקת הכנסת. ביטוי לכך ניתן לא אחת הן בדברי ההסבר שנלוו להצעות החוק השונות, שבהם שולבה עמדת המשפט העברי, והן בהצגת החוק על-ידי שר המשפטים מעל במת הכנסת.⁹⁸ פעילות זו, שנמשכה בימי מחליפיו-ממשיכיו של אלון, נחום רקובר ומיכאל ויגודה, ידעה עליות ומורדות במהלך השנים. לא אחת התעלמו אנשי מחלקת החקיקה מחוות-דעת שהכינו להם אנשי המחלקה למשפט עברי.⁹⁹ ביטוי בוטה לכך ניתן בתזכיר "חוק דיני ממונות" – הצעת הקודיפיקציה האזרחית החדשה שעליה עמלו אנשי משרד המשפטים במשך כעשרים שנה. בהצעת חוק זו אין כל זכר למשפט העברי, ולא ניכרה כל השפעה ממשית שלו על תוכנה.¹⁰⁰

פרק ה: רטוריקה מול מעשה

אחת התופעות הבולטות בנושא דיוננו היא הפער שבין הרטוריקה לבין המעשה. ברמה

96 במקביל הקימה הרבנות הראשית, בשיתוף-פעולה עם המרכז העולמי של "המזרחי", מכון לחקר המשפט העברי, שפעל בהנחייתו של הרב הרצוג. בתקופת פעילותו הקצרה כראש המכון, הוציא ד"ר זרח ורהפטיג אוסף ראשון של פסקי-דין נבחרים מבתי-הדין הרבניים.

97 אשר לימים כונסה לספר אחד: הרב י' ל' הכהן מימון חידוש הסנהדרין במדינתנו המחודשת (התש"א).

98 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 87.

99 נציין כי למרות שמה, מנתה ה"מחלקה" בימיה הטובים בין שניים לשלושה עובדים בלבד, ובמשך תקופות רבות היה היועץ למשפט עברי העובד היחיד במחלקה.

100 לעניין זה ראו, למשל, אביעד הכהן "אלה החקים והמשפטים והתורות: קודיפיקציה במשפט – בין מורשת ישראל לבין הצעת חוק דיני ממונות" פרשת השבוע 210 (התשס"ה) www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/Parashot/gilyonot.htm

ההצהרתית מרכיבים להצהיר דברים בשבח המשפט העברי, אך כאשר הדברים באים לידי מעשה, התמונה שונה בתכלית. תופעה זו ניכרה היטב כבר בראשית ימי המדינה. כך, למשל, כתב השופט משה זילברג:

"...ערכו הלאומי של המשפט העברי ודאי אינו נופל בהרבה מערכה הלאומי של השפה העברית. כי מוסדות החוק הם אותיות הלשון בה מדברת המדינה אל אזרחיה, – אמצעי ההבעה היחיד בו היא מביעה את דרישותיה כלפי התנהגותו המוסרית – הטיפוסית, המינימאלית – של האזרח הפשוט. והמדינה העברית, כאשר קום תקום, יהיה לה משהו להגיד לאזרח, ועליה יהיה לשאת את דבריה בלשונה היא, – ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית. לא יתכן כלל וכלל, – יש בזה משום אבסורד – כי בבואנו לחדש את חיי האומה על אדמת המולדת, נדלג דווקא על אותו הסקטור הרוחני שעמד למעשה, במשך אלפיים שנה, במרכז העניין וההתעניינות של האומה.

וגם לא תהיה לנו ברירה אחרת, בלתי אם לשוב אל המשפט העברי.¹⁰¹"

השופט זילברג לא רק נאה דרש, אלא גם נאה קיים. אמר – ועשה; גזר – וקיים. בפסקי-דינו העיסוק במשפט העברי מרובה ביותר. ניתוח דקדקני של פסקי-הדין מלמד כי אין זה עיסוק מלבר, לשם קישוט ועיטור בלבד, אלא מלגו – מתוך תוכו של המשפט העברי.¹⁰²

101 משה זילברג "לשאלת עריכת קודקס עברי" הפרקליט ד 262, 263 (1947) (ההדגשה הוספה). ראו גם משה זילברג "המשפט במדינה העברית" הפרקליט ה 102 (1948). כידוע, הרבה השופט זילברג לתבל את פסקי-דינו השונים בהתייחסויות למקורות המשפט העברי. על המניע שלו לעשות כן ניתן ללמוד מהערות-אגב שכתב באחד מפסקי-דינו: "סבורני כי מדי התקלנו בשאלות יסוד עלינו להפנות ראשנו לצדדין, ולבדוק את השאלה מבחינת דיני ישראל. מי יודע, אולי יום יבוא והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודיפיקציה כתובה, ולהשתית אותה על יסודי המשפט הלאומי שלנו, ואזי טוב יהיה אם ימצא לפניו שורה ארוכה של חוות-דעת, מבחינת המשפט העברי, על שאלות מעשיות הנדונות בבתי-המשפט. ייתכן, כי טוב 'מראה עינים' זה מ'הלך נפש' של מחקר מופשט במקורות המשפט העברי." ע"פ 17/59 יוסף מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד (3) 1882, 1893 (1960).

102 אכן, ככל פסק-דין אחר, גם כאן יש מקום לעיתים להרהר אחר האופן שבו זילברג מנתח את המקורות היהודיים, ולערער עליו. ראו, למשל, את קביעתו באשר למעמדו ההלכתי של יהודי מומר בע"א 72/62 רופאיין נ' שר הפנים, פ"ד טז (4) 2428 (1962), ואת ביקורתו המעודנת של השופט אלון בבג"ץ 265/87 ברספורד ואח' נ' משרד הפנים, פ"ד מג (4) 793, פס' 26 לפסק-הדין (1989); או את עמדתו באשר ל"הפקעת קידושין" במאמר משה זילברג "נישואין אזרחיים או תקנה להפקעת נישואין – מה עדיף?" כתבי משה זילברג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 262, ואת ביקורתו של אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?" שנתון המשפט העברי כ 349-397 (1997). לדעות אחרות בסוגיה

לא כן נהגו שופטים אחרים. רבים מהם דיברו גבוהה-גבוהה בשבח המשפט העברי, אך בפועל לא עשו הרבה לשם הטמעתו במשפט הישראלי, ולו כמקור להשוואה או להשראה. דוגמה לכך יכולים לשמש דבריו של השופט אגרנט בפסק-דין סקורניק:

"בו ברגע שאנו מודים – כפי שאנו חייבים להודות – בהמשך קיומם של היהודים, בכל הדורות ובכל ארצות פזוריהם, כאומה נפרדת, שוב עלינו לבחון את אופיו של המשפט העברי על פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קניינה המיוחד, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירוש של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום הוא נושא אופיי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם."¹⁰³

ברם, ניתוח מדויק של הדברים מלמד כי אין בהם אלא מעין קביעת עובדה – הצופה פני עבר יותר מאשר פני הווה או עתיד – באשר לזיהוי המשפט הלאומי של העם היהודי, אך בוודאי לא "תוכנית פעולה", ואפילו לא "הצהרת כוונות", באשר ליכולת, לצורך או לחובה לעשות להטמעתה של שיטת משפט זו במשפט המדינה. אכן, עיון בפסיקתו העשירה והענפה של השופט אגרנט, שנכתבה במשך עשרות שנים, מלמד כי הוא נמנע, כמעט לחלוטין, מעשיית שימוש במשפט העברי בפסיקתו.¹⁰⁴

עמדה מסוג שונה הביע השופט שניאור זלמן חשין, ממלא-מקום נשיא בית-המשפט העליון. בהודמנויות שונות הדגיש את מקומו החשוב של "ספר הספרים", התנ"ך, כמרכיב מרכזי בתרבות היהודית בכלל ובתרבות המשפטית בפרט.¹⁰⁵ נקודת המוצא של השופט ש"ז

של הפקעת קידושין ראו ברכיהו ליפשיץ "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניהו" מפירות הכרם 317 (ספר יובל לשיבת כרם ביבנה, התשס"ד); שלמה ריסקין "הפקעת קידושין – פתרון לעגינות" תחומין כב 191 (2002); זלמן נחמיה גולדברג "אין הפקעת קידושין ללא גט (תגובה)" תחומין כג 165 (2003); ואת פסק-דינו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 6751/04 מישל סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004).

103 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 177 (1954). הנשיא ברק מרבה לחזור על דברים אלה. ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 289.

104 חריג לכך הוא דיונו של השופט אגרנט במשמעות המונח "יהודי" בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970), אולם זהו יוצא-מן-הכלל שמלמד על עצמו, ולא על הכלל. במקרה נוסף אוצר הנשיא אגרנט את חובתה של רשות שמפקיעה מקרקעין לפצות את בעל הקרקע גם על-פי המשפט העברי. ראו ע"א 216/66 עיריית ת"א-יפו נ' חג' מחמד אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546 (1966). לאזכורים שוליים נוספים ראו ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד, פ"ד יב 2017, 2177 (1958), הידוע כ"משפט קסטנר"; ע"פ 176/71 ברוך ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667, 680 (1972).

105 ניתן להראות קווי דמיון בולטים בין עמדתו של האב שניאור זלמן חשין לבין עמדתו של הבן מישראל חשין, שנידונה לעיל. משנתם של השניים – כמו דרך הליכתם ה"לאומית" בנתיבות השפיטה, על קווי הדמיון והשוני שביניהם – טרם לובנה כל צורכה, ומחכה עדיין

חשין היא תרבותית-לאומית, והמניע שלו דומה במידה מסוימת לזה שהניע את "חברת המשפט העברי" המוסקבאית. במאמר כמעט נשכח-מלב אך חשוב ביותר להבנת עמדתו של ש"ז חשין בנקודה זו, שאותו הכתיר בכותרת "התנ"ך ספר-ספריו של המשפטן" ואשר מסכם נאום שנשא בטקס הסמכה של עורכי-דין, אמר חשין כדברים האלה:

"...חלילה לכם לשקוע במ"ט שערי חמירות ולשכוח את הייעוד שלכם, את הייעוד של כל איש משפט בארץ: להעמיד על תלו את בניין המשפט העברי ולהחיות את הניב העברי המקורי בפי יודעי דת ודין...
פרקליט בור בענייני משפט עושה מלאכתו רמייה. אך מי שאינו יודע ולא שמע מעולם על החטא הקדמוני, אבי אבות כל החטאים והעוונות והפשעים שבעולם, אינו יכול להיחשב לאדם משכיל, על כל פנים לא לפרקליט יהודי משכיל. ועל החטא הקדמוני מסופר דווקא בספר "בראשית" ולא בהאלסבורי ובקני או ברוסל וגלנוייל ויליאמס ובשאר ספרים על עוונות וחטאים...
לא ימוש מפיכם ספר התנ"ך, זה האוצר היקר ביותר שהותיר לנו הגניוס היהודי, והגיתם בו יומם ולילה... כלום נאה לנו לאנשי המשפט בארץ אבות, לעמוד מרחוק, להתייחס בולזול או אפילו בשוויון נפש בלבד לאוצרות תרבותנו?"¹⁰⁶

ברם, אף שהרבה לעשות שימוש במכמני המשפט העברי ולשאוב מהם מלוא חופניים חידושי לשון משפטיים, דוגמת "עשיית עושר ולא במשפט"¹⁰⁷ נרתע ש"ז חשין מלפנות למשפט העברי על-מנת ללמוד הימנו גופי הלכות. יתר על כן, גם כאשר השתמש המחוקק בעליל במונחי לשון שנשאבו מן המשפט העברי, דוגמת "גמירות דעת", סבר חשין כי אין ללמוד מכך שהמחוקק התכוון ליצוק אף את תוכנו של המונח אל תוך קנקנה המתחדש של שיטת המשפט הישראלית, ונרתע מכך.

גישה זו הודגשה בפסק-הדין בעניין מיטובה,¹⁰⁸ שבו נידונה שאלת פרשנותם של המונחים "ראוי" ו"מוחזק" בחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950.¹⁰⁹ השופט זילברג פונה למקורות המשפט העברי, שממנו נטל המחוקק את המונחים, כדי למלאם בתוכן. השופט

לגואלה. לפי שעה ראו נתן ברון "שופט במצוקה: פרשת מינויו של שניאור זלמן חשין לבית-המשפט העליון בשנת תש"ח" זמנים 93, 82 (2006); אביעד הכהן פרש בודד בערבות החוק והמשפט – על מישאל חשין (התש"ע); וכן ראו כרכים לז(2) ו-לז(3) של כתב-העת משפטים, שהוקדשו לשופט מישאל חשין.

106 ש"ז חשין "התנ"ך ספר-ספריו של המשפטן – דברים בטכס סמיכת עורכי-דין" הד המשפט 19, 354, 356 (1956). לפי עדויות שונות, ששמעתי בעל-פה מעורכי-דין שנבחנו בבחינות ההסמכה של לשכת עורכי-הדין כאשר נמנה עם צוות הבוחנים, היה השופט ש"ז חשין נוהג לשאול את הנבחנים שאלות בתנ"ך לצד שאלות בתחום המשפט.

107 לקוח מירמיהו יז 11 "קרא דגר ולא ילד עשה עושר ולא במשפט..." להרחבה ראו הכהן, לעיל ה"ש 28.

108 המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' ז'ק קזם, פ"ד ו 4 (1952).

109 ס"ח 86.

חשין, לעומתו, מדגיש כי שימושו של המחוקק בניב עברי השאוב ממקורות המשפט העברי אין בו כדי לחייב את הפרשן לפרשו לפי המשמעות שנודעה לו במקורות אלה, אלא יש לבחון כל מקרה לגופו.

דוגמה נוספת לדיבור בשבח המשפט העברי אשר לא באה בעקבותיו עשייה של ממש יכולה לשמש אמרתו של הנשיא משה לנדוי. במאמר שפרסם בשלהי שנות השישים, כתב לנדוי כדברים האלה:

"המשפט הישראלי החילוני הוא משפט ללא שורשים היסטוריים משלו, בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרבדים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו ויש משהו מלאכותי מאד ואף פטיטי בניסיונות המשפטנים שלנו להעלות פרטי פרטים מן ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלפני דורות, על מנת שאלה יספקו לנו פתרונות לצרכי מדינת ישראל של היום. זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני ורבים מאתנו – אף מן החילוניים שבינינו – כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי ככנס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו."¹¹⁰

כאבו הכן של לנדוי, שניכר כי יצא מלב, לא מצא כמעט ביטוי בפסיקתו. יתר על כן, כאשר הגיעה לידי שעת כושר להיזקק למשפט העברי, ולו לצורכי פרשנות, הוא לא מיהר לעשות כן.

אגב הזכירו את דבריו שהובאו לעיל בעניין הסינתזה הרצויה בין המשפט העברי לבין דרישותיה של החברה המודרנית, הביע לנדוי את הסתייגותו מעיגונה של סינתזה זו בחוק יסודות המשפט, ונתן ביטוי לחששו מפני עיגון מעין זה:

"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 קדמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צרכי 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."¹¹¹

עיון שיטתי בפסיקתו הענפה ורבת-השנים של השופט לנדוי מלמד כי לא ניתן בה כמעט ביטוי מפורש לדברים נשגבים אלה בזכות "הפריית המחשבה המשפטית מאוצרותיו

110 משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 305 (1968).

111 פרשת הנדלס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 799 (ההדגשה הוספה).

העשירים של המשפט העברי". למעט הערות שוליים ספורות ושוליות,¹¹² לא עשה השופט לנדוי כל שימוש משמעותי במקורות המשפט העברי בפסיקתו. הימים חלפו, שנה עוברת, אך המנגינה לעולם נשארת. גם בחלוף השנים נותרה בעינה מנגינה זו, שערכה לאוזניהם של שוחרי המשפט העברי, אך בהימוג הצלילים היפים ובהידום קולם, לא נותר מאחריהם אלא קול דממה דקה. כך, למשל, כותב הנשיא אהרן ברק:

"מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שערכיה שאובים גם ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. '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 חלק מערכיה הבסיסיים... על ערכים אלה אנו לומדים מתוך עולמה של ההלכה עצמה. אלה הם מים שאין להם סוף. הם כוללים ערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ברמות הפשטה שונות, החל בדיון ספציפי בסוגיה פלונית וכלה בערכים מופשטים, כגון 'אהבת לרעך כמוך', ו'עשית הישר והטוב'; מצויים ביניהם ערכים פרטיקולריים ואוניברסליים; הם כוללים ערכים שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו, ביניהם ערכים המשלימים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו.¹¹³

ופן יחשוב מישהו שהמשפט העברי אינו אלא "עוד אחת" משיטות המשפט הזרות, בא השופט ברק ומבהיר שלא כך הוא. בספרו מדגיש הנשיא ברק:

"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. הפנייה אינה אל כל ערכיו של המשפט העברי. הפנייה היא לאותם ערכים המהווים חלק ממשפט המדינה.¹¹⁴

112 ראו, למשל, ע"א 682/81 פריד נ' פריד, פ"ד לו(2) 695, 697 (1982); ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" ואח', פ"ד לב(3) 337, 344 (1978); ע"א 238/58 משה ירמייצקי נ' יהודה מעייני, פ"ד יג 1497, 1502 (1959); ע"פ 290/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1489, 1495 (1960); ע"א 680/80 פריימן נ' חברת קו צינור הנפט, פ"ד לו(2) 578, 582 (1982).

113 אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 10 (2000) (ההדגשה הוספה). ראו גם בספרו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 452-453 (2003).

114 ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 290.

ובמקום אחר הוסיף:

"מקומו של המשפט העברי יתרחב אם המשפט העברי יילמד. משקלו הוא פונקציה של הידע עליו. מקווה אני כי ידע זה יגבר."¹¹⁵

ברם, תקווה לחוד ומעשים לחוד. הרצון הטוב שהובע בדברים לעיל לא בא לידי ביטוי, ולו קטן, בהגיע שעת המבחן, בעת מעשה פסיקת הדין.¹¹⁶ תמונה דומה, מעוגנת במשנה סדורה, עולה גם מפסיקתו של השופט מישאל חשין. לפני שנים מספר הוכתר מישאל חשין על-ידי "המרכז ליישומי משפט עברי" (ישמ"ע) במכללת נתניה כ"אלוף המשפט העברי". זאת, על בסיס בדיקה כמותית ובשל המספר הרב של אזכורי משפט עברי בפסיקתו.¹¹⁷ ברם, בחינה כמותית זו עלולה להטעות, וניתוח איכותני שלה יוביל לתוצאה שונה לחלוטין. בדיקת אזכורי המשפט העברי בפסיקתו של חשין תגלה על-נקלה כי רובם המכריע אינם אלא "עיתור" ו"קישוט", ואינם יוצרים בסיס ממשי לעיגון פסק-הדין עליהם. זאת ועוד, אין לנתק את עשייתו השיפוטית של השופט חשין מתפיסת-עולמו המשפטית הכוללת.¹¹⁸ כבר לפני שנים הרבה נתן חשין ביטוי

115 שם, בעמ' 413 (ההדגשה הוספה).

116 באלפי העמודים של פסקי-הדין שיצאו מתחת ידיו של הנשיא ברק אין כמעט זכר למשפט העברי. פרט למקרים ספורים (שבהם צוטטה, למשל, סוגיית "תנורו של עכנאי"), לא בא זכרם של מקורות המשפט העברי. תופעה זו מאלפת במיוחד לנוכח העושר הפסיקתי העצום שנשאב משיטות משפט אחרות, ביניהן שיטת המשפט ההודית, הגרמנית ועוד. תופעה דומה עולה גם מן הספרים הרבים שכתב פרופ' ברק. עניין מיוחד יש לעמדתו של השופט ברק כפי שבוטאה בתחילת עשייתו השיפוטית בפרשת הנדלס, שנזכרה לעיל בה"ש 36. בפסק-דין זה כותב ברק כי "לא רק שאין תועלת במתן עדיפות למשפט העברי, אלא שהדבר נוגד את עצם מלאכת הפרשנות" (שם, בעמ' 797). אכן, ברק מצהיר בקול גדול: "אין אני בא לתעון... כי אסור לנו לשאוב מהכמת הדורות. נהפוך הוא: עלינו לבנות את בניינו שלנו על יסוד ניסיון העבר שהצטבר... חלילה לנו מלעצום עינינו מנכסי תרבות ומשפט כלליים, ועל אחת כמה וכמה חלילה לנו לעצום עינינו מנכסי תרבותנו שלנו" (שם, בעמ' 798), אך מייד הוא מסייג ומוסיף: "אין זה נכון מבחינה פורמאלית, ואין זה רצוי מבחינה מהותית, להעמיד את המשפט העברי כמקור פרשני אליו חייב השופט לפנות במקום שהוא מתקשה בפירוש החוק" (שם).

117 ראו מיכאל דבורין "אסור לראות במשפט העברי קישוט לפסקי דין" News1 (27.2.2005) www.news1.co.il/ArticlePrintVersion.aspx?docId=64989&subjectID=1: "דויטש חשף סקר שעשה ראש מרכז ישמ"ע, ד"ר יובל סיני ולפיו 'אלוף' השופטים המכהנים בבית המשפט העליון המסתמכים על המשפט העברי הוא שופט בית המשפט העליון מישאל חשין. 13.43% מפסקי הדין שנתן חשין התייחסו למשפט העברי, אחריו השופטים טירקל (6.87%) וברק (1.02%). אגב השופט רובינשטיין התייחס בשנתו הראשונה בעליון ב-29.41% מפסיקותיו למשפט העברי. מבין שופטי העבר בעליון שהסתמכו על הדין העברי החזיק בשיא השופט אילון [אלון] שכל פסיקותיו הסתמכו על המשפט העברי ואחריו השופטים טל ואריאל." לניסוח מעודן יותר ראו סיני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29-31.

118 דברים אלה נכונים גם בהקשר רחב יותר של פסיקתו ותפיסת-עולמו. לא אחת הביע חשין

לתפיסת עולמו בנושא זה במאמרו הקלסי על "מורשת ישראל ומשפט המדינה"¹¹⁹ בין היתר שאל חשין: "האמנם הוראות העצמאות בחוקי הכנסת נועדו ובאו לשחררנו מכבלי משפט אנגלי ובה בשעה לאסור את ידינו בנחשתיים למשפט העברי, ולו נחשתיים של זהב הם?"¹²⁰ תשובתו של חשין חד-משמעית:

אכן, כשאני לעצמי - ואני לעצמי מה אני - סבורני שהמשפט העברי עשוי לתפוש מקומו, בזהירות ראויה, בין שאר שיטות משפט 'להרחבת הדעת' ולהשראה.¹²¹

מפאת חשיבותם של הדברים, ראוי לדייק ולדקדק בהם. ראש לכל, חשין אינו מדבר על "חיוב" שילובו של המשפט העברי במשפט המדינה, אלא על אפשרות בלבד. יתר על כן, הוא קורא ל"זהירות ראויה" בדרך זו, ולכאורה אינו מעניק למשפט העברי כל עדיפות על שיטות משפט זרות אחרות. לבסוף, גם כאפשרות "זהירה" אחת מני רבות, חשין רואה את השימוש במשפט העברי כמיועד ל"הרחבת הדעת" ו"להשראה", הא ותו לא. מגמה זו מתחזקת בהמשך דבריו:

"...לא נהיה אפיקורסים להכעיס או אפיקורסים לתיאבון, ולא נאמר: משפט עברי נדחה מעל פנינו שאבק העלה ודרכנו אינה דרכו. אכן באשר משפטנו ההיסטורי הוא ואבותינו בחוקתיו הלכו, קשר לנו אליו, קשר נפשי ורגשי. קשר זה מזכה אתנו - אפשר מחייב אותנו - להעסיק עצמנו בו, לבקש לעסוק בו, ובזאת אפשר נשתנה משפט עברי משאר משפטי עמים.

ואולם אין בכל אלה תנאי מהותי מוקדם והכרחי לעיסוק, ואין הוא תנאי מספיק להשלטתו של משפט עברי עלינו.

עד שכך נעשה, עלינו להעבירו בכור מצרף משלנו, לבדוק אותו, לחוש אותו, למשש אותו, ללמוד אותו. אם טוב ומיטיב הוא לנו - נעשה בחוכמתנו.¹²²

119 אי-נחת גלויה לנוכח "עירוב התחומין" שבין הדת והמדינה. ראו, למשל, בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 506-507 (1993); בג"ץ 5016/96 ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 142 (1997); בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 273 (2002).

120 חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה", לעיל ה"ש 18. במישור הניתוח ההקשרי (הקונטקסטואלי) יש לתת את הדעת לכך שמאמר זה נכתב על רקע חקיקת חוק יסודות המשפט והחששות שהוליד חוק זה. דומה ששילוב מאמרו של חשין דווקא בספר זה - אשר הוקדש לשופט חיים כהן, שנמנה עם גדולי חסידי המשפט העברי אך בה-בעת היה "אפיקורוס לשם שמים" - אינה מקרית.

120 שם, בעמ' 54.

121 שם (ההדגשות הוספו).

122 שם, בעמ' 61 (ההדגשות הוספו).

והנה במקום אחר עמדתו של חשין:

"בדרך כלל אני פונה אל המקרא ולא אל המשפט העברי... להבדיל מהשופטים אלון, טל ורובינשטיין, שלוקחים סוגיות שלמות מהמשפט העברי, אני ציטטתי רק דברים שעלו מתוך ההקשר באופן טבעי. אני אוהב את זה, אבל זה תמיד דרך אגב... ולמשפט העברי ממילא אין מקום במשפט הציבורי... יש להחיות את המשפט העברי במקום של לקונה, אבל למיטב זכרוני בית-המשפט תמיד מצא פתרון זה או אחר במשפט הישראלי, בטרם הגיע למשפט העברי. יש תמיד שופטים שמשלבים אותו, אך לראות אותו כמשפט חי? אסור לשכוח שהוא היה משפט שהשתמשו בו בבתי מדרש וכיום אנחנו לא שם."¹²³

קצרים של דברים, עמדתו של חשין מנוסחת בלשון בהירה:

"נביא משפט עברי אל ביתנו, אורח רצוי הוא ובמאור פנים נקבלהו; ואולם לא נוכל עמוד במצווה אם אדון בביתנו נראהו מערב עד בוקר."¹²⁴

"אורח" כן, אך לא "בן-בית".¹²⁵

יש להעמיד את המדברים בשבח המשפט העברי בחזקת כשרות, וחלילה לנו מלהטיל ספק בכנותם. אך הפער העצום שמתגלה לעיתים קרובות בין הרטוריקה לבין המעשה, בין ההצהרות הרמות לבין יישומן הלכה למעשה בפסיקת בתי-המשפט, מייצר "שפה כפולה".¹²⁶ זו מחלחלת לכל ענפי המשפט, ומשדרת מסר ברור: ניתן לדבר בשבח המשפט העברי, אך אין כל חובה לעשות מעשה ממשי לשם הטמעתו במשפט הישראלי. אם כך שיערנו, הנה בא "חתול לא-קרוא" נוסף וגילה לנו זאת מפורשות. זה שנים רבות נוהג המכון להשתלמות שופטים לערוך השתלמויות לשופטים ולפרחי שפיטה המיועדים לכהונת שיפוט. חלק חשוב ביותר בהשתלמויות אלה, במיוחד כאשר מדובר בשופטים המצויים בראשית דרכם, הוא קורס מזורז ב"כתיבת פסקי-דין". קורסים מעין אלה קיימים גם במדינות אחרות, ודומה שהמודל האמריקאי שימש דוגמה גם למערכת

123 "השופט בדימוס מישאל חשין" עלי משפט ז (ראיונות) 113, 120-121 (מקומו של המשפט העברי) (2009) (ההדגשות הוספו).

124 חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 83.

125 מונחים אלה "מתכתבים", במודע או לא במודע, עם הצהרת הכוונות של יוזמי "חברת המשפט העברי" המוסקבאית. ראו ש' ה' "לתולדות חברת המשפט העברי", לעיל ה"ש 80.

126 בשנת 1957 כתב השופט חיים כהן: "שופטי בית המשפט העליון מטבילים פסקי דיניהם עתים לבקרים בחקר ההלכה העברית הנוגעת לנידון והתפתחותה במשך הדורות - עבודת אהבה ונדבה שאין כמותה להעשיר ספרותנו על המשפט העברי ולהרים קרנו בין אנשי המשפט החילוניים." ראו חיים כהן "דאגה של יום אתמול" סורא ב 480 (תשי"ז-תשי"ח). ברם, עימות של הצגת דברים זו עם המציאות מלמד כי נושבת בה רוח אופטימית מדי, שאין לה בהכרח כיסוי במציאות.

השפיטה הישראלית.¹²⁷ באחת ההשתלמויות חולקו למשתלמים "כללי כתיבה נכונים". אלה התבססו על סיכומי ועדה שהוקמה מטעם לשכת עורכי־הדין בארצות־הברית. אכן, מנחי השופטים מצאו לנכון "לעדכן" את הכללים על־מנת שיתאימו למערכת המשפט הישראלית, או בלשון המשפטים השגורה והאהובה עליהם – "בשינויים המחויבים" (*mutatis mutandis*).¹²⁸ כך, באחד הכללים הופיעה ההוראה הבאה:

"שליטתך בשפה הלטינית זכורה לנו מאז ומתמיד (וכן בקיאותך במקורות המשפט העברי – המביא לבית הדפוס). אין צורך לחזור על כך שוב ושוב." (ההדגשה הוספה).

דומה שלא לחינם השווה המדריך לשופטי ישראל בין שימוש בפתגמים ובניבי לשון לטיניים – תכונה שהייתה אופיינית לשופטים בראשית ימיה של המדינה¹²⁹ – לבין המשפט העברי, אשר כאמור לעיל, וכדברי השופט ברק, נודע לו לכאורה "תפקיד חשוב" במדינת־ישראל, ויש שיאמרו כי חייבים להשתמש בו. "חתול" זה נסתר בדרך־כלל מעין רואה, אך הימצאותו ב"מדריך לכתיבת פסקי־דין", שאמור להנחות שופטים בעבודתם, יכולה ללמד על הזרמים האמיתיים שמחלחלים מתחת לפני הקרקע, ואשר לעיתים – אם כי לא תמיד – נראים כמבקשים להשכיח שם משפט עברי מן הפסיקה הישראלית. ביטוי נוסף לפער הגדול שבין הרטוריקה הגבוהה לבין המציאות יימצא לנו בהיזקקות ל"חזונו של נביאי ישראל". כידוע, ניסוחה של "מגילת העצמאות" (או בשמה הרשמי – "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל") הוא מלאכת מחשבת. למרות הלחץ הגדול וסערת הימים שבמהלכם הוכנו נוסחי המגילה,¹³⁰ ההצהרה משקפת את פירותיו של איזון עדין והליכה

127 כללים אלה פורסמו בספר THE STATE TRIAL JUDGE (St. Paul: West Publishing Co., 2nd ed. 1969). בנושא זה קיימת כתיבה ענפה בארצות־הברית. ראו, למשל, www.kja.nic.in/article/ART%20OF%20WRITING%20JUDGEMENTS.pdf. חקר סגנון הכתיבה הישראלי של פסקי־הדין מצוי עדיין בחיתוליו. לדוגמות ראו מיכל אלברשטין "מרינגר ועד ברדה והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית משפט העליון" מחקרי משפט יט 633 (2002); "הרצאות: על תרומתו הייחודית של השופט מישאל חשין למשפט ולשיפוט" מאזני משפט ו 439–504 (2007); רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997).

128 מונח זה נמצא בעשרות פסקי־דין מן התקופה הראשונה של הפסיקה הישראלית. בשנים האחרונות הוא מצוי – כביטויים לטיניים רבים אחרים – רק בפסקי־דין של שופטים מסוימים, דוגמת מישאל חשין והרן פינשטיין, אשר כתיבתם "מתכתבת" עדיין (ואולי מתרפקת) עם הפסיקה מימים עברו.

129 ההתמעטות ההולכת וגוברת של שימוש זה מבטאת שינוי עמוק יותר שחל בתרבות המשפטית בישראל וברוחב דעתם של שופטי ישראל, אשר טרם עמדו עליו כראוי. ועוד חזון למועד להאריך בעניין זה.

130 לתיאור הרקע ההיסטורי של הימים שקדמו להכרזה ראו זאב שרף שלושה ימים (הוצאת עם עובד, 1959).

על חבל דק. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, בהמרת הביטוי "הקדוש ברוך הוא" בביטוי "צור ישראל"¹³¹ וכן בהבלטת נושאים מסוימים ובהשמטה בולטת של נושאים אחרים.¹³² בין היתר בולטת בהכרזה הדגשת מקומו של התנ"ך, לצד הדחקה והשכחה מכוונות של כל התורה שבעל-פה, והלוא היא עיקר מניינו ובניינו של המשפט העברי. כבר בפסקה הראשונה של ההכרזה מודגשת ה"עובדה"¹³³ שלפיה:

"בארץ-ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי."¹³⁴

גם בחלקה האופרטיבי של ההכרזה ניתן ביטוי לערכי התנ"ך, תוך העלמת חלקה של התורה שבעל-פה:

"מדינת ישראל... תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום"¹³⁵ לאור חזונם של נביאי ישראל¹³⁶;

131 להבדיל, למשל, מצ'רטר זכויות האדם הקנדי (constitution act, 1982), אשר פותח ב"שם המפורש": "Whereas Canada is founded upon the principles that recognize the supremacy of God and the rule of law". ודוק: תחילה מוזכרת עליונות האל, ורק לאחר-מכן מצוין שלטון החוק;

132 לניתוח תכניה של הכרזת העצמאות ראו, למשל, יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של מגילת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002); אורית קמיר "ל'מגילה' יש שתי פנים: סיפורן המזור של 'הכרזת המדינה הציונית' ו'הכרזת המדינה הדמוקרטית'" עיוני משפט כג 473 (2000).

133 "עובדה" ולא עובדה, מכיוון שהפעם הראשונה שבה נזכר "עם ישראל" וכן עיקר יצירתו היו במצרים או במדבר, ולא בארץ-ישראל. ראו, למשל, בפי פרעה: "הנה עם בני ישראל רב ועצום ממנו" (שמות א 9), וכן בפי משה במדבר: "היום הזה נהיית לעם" (דברים כז 9). לא למותר לומר שלפחות מבהינה כמותית, ויש שיאמרו גם מבהינה איכותית, עיקר היצירה היהודית נעשתה בחוץ-לארץ, ולא בארץ-ישראל.

134 ההדגשות הוספו.

135 מעניין להשוות ניסוח זה, בעל שלוש הרגליים, עם מרכיביו של חוק יסודות המשפט, שעומד על ארבע רגליים: "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". הוספת ה"יושר", כמו-גם המרת "חזונם של נביאי ישראל" ב"מורשת ישראל", אינן מקריות כמובן, אלא שלא כאן מקום להאריך בכך.

136 ההדגשה הוספה. ביטוי עמום זה יכול להתפרש לכיוונים שונים, שהרי לצד ה"חזון" הנשגב של "הצנע לכת עם ה' אלוקיך" ושל "כי תראה ערום וכסיתו, ועניים מרודים תביא בית", קיים גם חזון של "שְׁרִיךְ סוררים וחברי גנבים, פְּלוֹ אֶהָב שוֹחַד וְרוּדֵף שְׁלֹמֵנִים, יתום לא ישפטו וריב אלמנה לא יבוא אליהם" (ישעיהו א 23). דומה שאף כאן העמימות אינה תמימות, אלא משקפת רצון מכוון להותיר מרחב מחיה גדול דיו לפרשן העתידי, אשר יבוא וימלאם תוכן בעתיד כפי שירצה.

ודוק: נביאי ישראל, ולא חכמי ישראל, אשר במשך מאות ואלפי שנים פיתחו את ערכי החירות, הצדק והשלום.
לענייננו כאן, יש מקום לשאול: איזה רושם מותיר בפועל "חזונו של נביאי ישראל" על המשפט הישראלי? שאלה זו מתחזקת עוד יותר למן חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים, שבהם נקבע בסעיף 1 כי:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".¹³⁷

מעתה ואילך "חזונו של נביאי ישראל, כאחד "העקרונות שבהכרזה", אינו עוד אפוא רק מקור "חיצוני", היסטורי, אלא מורה-דרך ומנחה לכיבוד עקרונותיה של מגילת זכויות האדם הישראלית.

זו התיאוריה, אך מה באשר למעשה? האומנם "חזונו של נביאי ישראל" ממלא תפקיד במשפט הישראלי? האם רושמו של דברי מיכה המורשתי וישעיהו בן אמוץ מקבלים ביטוי ממשי במשפט הישראלי או שמא מ"רוח העקרונות" נותרו העקרונות בצד וחלפו עם הרוח לכלי שוב?

ברובד הסמוי ניתן לכאורה לומר שהרושם ניכר בכל פינה ופינה שבה המשפט עוסק בעקרונות של חירות, צדק ושלום. ברם, במקום שבו לא נזכרים מקורות מפורשים מדברי נביאי ישראל קשה לאמוד אם חזונו הוא שעומד מאחורי הדברים או שמא מדובר בהשפעתם של ערכי "חירות, צדק ושלום" כלליים, מן הספרות או הפילוסופיה העולמיות הלא-יהודיות.

עלינו לפנות אפוא לרובד הגלוי, שבו נעשה שימוש מפורש ב"חזונו של נביאי ישראל". בחינה שיטתית ומדוקדקת של השימוש בדברי הנביאים במשפט הישראלי מלמדת שאכן נעשה בהם שימוש רב למדי. היכרותם הרבה יחסית של שופטי ישראל עם המקורות התנ"כיים – להבדיל מהמקורות הבתנ"מקראיים – כמו-גם זמינותם וניסוחם ה"פתוח", הכללי והבלתי-מחייב,¹³⁸ מקילים את השימוש בהם.¹³⁹

137 ההדגשה הוספה.

138 כך, למשל, פסוק דוגמת "ציון במשפט תפדה ושְׁבִיָּהּ בְּצִדְקָה" (ישעיהו א 27) מבטא רעיון נשגב, אך תרגומו המעשי יכול להתפרש בכיוונים שונים, ומותר מרחב מחיה גדול ביותר לשופט העושה בו שימוש, אשר יצדיק לעיתים מעשים (כגון ענישה קולקטיבית או ענישה לא-מידתית) שבעיני מבקרים עשויים להיתפס כהיפוכם המוחלט של "הצדק והמשפט" הנזכרים בחזונו של הנביא.

139 דבר זה עולה בבירור מניתוח של התפלגות השימוש במקורותיו השונים של המשפט העברי, המצביע – לפי בדיקה אמפירית שעשיתי – על חלקו הרב יחסית של התנ"ך ביניהם. חבל שבמחקרו המקיף של יובל סיני (הנזכר לעיל בה"ש 2) לא ניתנה תשומת-לב לעניין השימוש בסוגי המקורות השונים, וכל מקורות המשפט העברי נכללו ב"סל" אחד, בלי הבחנה והצבעה על התפלגותם לפי שימוש במקורות מקראיים, במקורות חז"ליים, במקורות מדרשיים

עם זאת, יש מקום לבחון עד כמה "חזונו של נביאי ישראל" אכן מנחה, מדריך או למצער משמש מקור השראה או "עיטור פסיקה" בבתי המשפט בישראל. במחקר שערכתי לאחרונה¹⁴⁰ סקרתי עשרות רבות של פסקי דין שבהם עסק בית המשפט העליון בנושא הזכויות החברתיות.¹⁴¹ נושא זה חשוב לענייננו במיוחד, שהרי לכאורה, כ"חי הנושא את עצמו", הוא לא היה קיים במשפט הישראלי מימות עולם. ברם, בניגוד לתמונה שנושאי דגלה של "המהפכה החוקתית" מבקשים לעיתים ליצור, גם בימי "טרום המהפכה" הכיר בית המשפט העליון בזכויות חברתיות מסוימות, גם אם לא תמיד קרא לילד בשמו. אף על פי כן, בשנים האחרונות החלו הכל מדברים בו כנושא הקובע ברכה לעצמו. בשיח החוקתי החדש מקובל לומר שבהעדר מקור חקיקתי חוקתי מפורש,¹⁴² נוצרו הזכויות החברתיות, מקצתן או כולן, כמעט "יש מאין". הדעת הייתה נותנת אפוא שדווקא במקום שבו בית המשפט אינו מוצא לפניו "שולחן ערוך" חקיקתי ישראלי, ולצד זה מונחים לפניו מקורות עשירים ביותר בתחום זה המשוקעים ב"חזונו של נביאי ישראל", ילכו גם השופט גם העושים במלאכת החקיקה אצל מקורות אלה וישאבו מהם מלאו חופניים. זאת ועוד, דומה שלעומת נושאים חוקתיים טעונים אחרים, דוגמת הזכות לשוויון, חופש הביטוי וחופש הדת, הזכויות החברתיות – בבטאן עקרונות מוסר אנושיים ורגישות חברתית – זוכות בקונסנזוס ציבורי וחברתי רחב יותר. הדעת הייתה נותנת אפוא שבתחום זה, דוגמת הזכות לחינוך, לבריאות ולרווחה, ימצא בבית המשפט שימוש נרחב בדברי הנביאים. ברם, בחינת עשרות פסקי הדין שיצאו בנושאים אלה מלפני בית המשפט העליון¹⁴³ מלמדת שגם בנושא זה העדיפו שופטי ישראל, למרבה הצער, להביא בדרך כלל לחמם מרחוק: מניו זילנד ומהודו, אך לא מן התנ"ך, מהתלמוד או מן הרמב"ם. בתמונה כללית זו יש חריגים מעטים. האחד הוא פסקי דינו של השופט אליקים

-
- ובספרות הפירושים, החידושים, הפוסקים והשו"ת. פילוח כזה היה מאפשר לעמוד על מקומו של התנ"ך במשפט הישראלי לעומת מקומם של שאר מקורות המשפט העברי.
- 140 המחקר נעשה במסגרת מכון ון ליר בירושלים, על ידי קבוצת מחקר שבראשה עמד ד"ר יותם בנוימן, והוצג במכון בחודש נובמבר 2006.
- 141 על מקומן של זכויות אלה במשפט הישראלי ראו זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); מנחם מאוטנר צדק חלוקתי בישראל (2001); אבי בן-בסט ומומי דהן זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית (2004); גיא מונדלק "זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך שני 183, 189-193, 211-226 (אהרן ברק עורך, 2000); יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך שני 43 (אהרן ברק עורך, 2000); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, 2001).
- 142 בעשור האחרון נעשו נסיונות רבים להשלים את חקיקת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות, אך עד כה לא עלו מאמצים אלה יפה.
- 143 הפניה לחלקם יוכל המבקש למצוא במאמרים הנזכרים לעיל בה"ש 141, וכן במאמרו הרחב של יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

רובינשטיין,¹⁴⁴ אשר בדונו בעניין הביא, כדרכו,¹⁴⁵ שלל ציטטות ממקורות המשפט העברי. פסק-דין נוסף שבו נעשה שימוש בחזון הנביאים בנושא הזכויות החברתיות יצא מתחת ידיו של השופט סלים ג'ובראן.¹⁴⁶

למרות כל האמור לעיל, יש להיזהר מהסקת מסקנה חד-משמעית מן התמונה שמצטיירת מניתוח המקורות המשפטיים. התמונה בהירה וברורה, ונסמכת על עובדות מוצקות, אך לא כן מניעה וסיבותיה. בעניין זה התמונה מורכבת הרבה יותר: לעיתים, עם כל הרצון הטוב, מקורות המשפט העברי בסוגיה מסוימת, אף אם הם רלוונטיים לעניין הנידון, אינם תורמים תרומה משמעותית לדיון המשפטי; ולעיתים סיבות אחרות, שאינן מבטאות דווקא חוסר רצון או סלידה מהמשפט העברי – דוגמת חוסר זמן או חשש שמא מיעוט הידיעה במשפט העברי יביא עימו עיוות בהצגת הדברים – הן שגורמות להימנעות מן הפנייה למשפט העברי, הלכה למעשה.

פרק ו: מבט אל מעבר לים – על מקומו של המשפט העברי בארצות-הברית

מבט חטוף אל מעבר לים עשוי לגלות שהמשפט העברי חי, קיים ובוועט, אבל יותר ויותר בניו-יורק ובניו-ג'רזי, בטורונטו ובשיקגו, בייל ובהרווארד, ופחות ופחות בבאר-שבע ובפתח-תקוה, בירושלים ובתל-אביב.¹⁴⁷

ביטוי לכך ניתן בדוח רחב-יריעה שפרסם לאחרונה המכון לתכנון מדיניות עם יהודי, שהוקם על-ידי הסוכנות היהודית ואשר עיקר עיסוקו בחשיבה אסטרטגית ובתכנון מדיניות בנושאי-יסוד של העם היהודי. בראש המכון עומד השגריר לשעבר דניס רוס, וחברים בו, בין היתר, אישי-ציבור (כגון עוזי ארד, עוזי דיין, אהרן ידלין, יעקב נאמן וג'ון רסקיי)

144 בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (לא פורסם, 18.7.2005).

145 על דרכו של השופט רובינשטיין בשימוש במקורות המשפט העברי ראו סיני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24-25.

146 ראו את דבריו הנכוחים בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערכים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על (1)2006, 2562, 2608 (2006): "בניגוד למה שחוגים מסוימים טוענים... היותה של המדינה יהודית אינה סותרת את אופייה הדמוקרטי ואת שאיפתה למתן שוויון זכויות. לא בכדי בחרו מנסחי מגילת העצמאות לבסס את החירות, הצדק והשלום אשר יעמדו בבסיסה של המדינה, על תזונו של נביאי ישראל, שכן אלה תמיד היוו עמוד האש למאבק למען החלש והשונה, ולמען השוויון בין בני-אדם, ברוח קריאתו של מלאכי הנביא 'הלא אב אחד לכולנו, הלוא אל אחד בראנו' (מלאכי, ב', י.)."

147 על מצב דברים משונה זה ראו אביעד הכהן "מוושינגטון תצא תורה" נקודה 299, 14-16 (2007).

ולצידם אנשי אקדמיה ידועי-שם (דוגמת ארווין קוטלר, סוזן סטון, יחזקאל דרור, חיים וקסמן, סרג'יו דלה-פרגולה) ואחרים.

אחד מפרקי הדוח, שכותרתו "השפעת המשפט העברי על מערכת המשפט האמריקאית", סוקר בצורה מרתקת את היהפכותו של המשפט העברי לשדה עיון ומחקר פופולרי בארצות-הברית. המחקר מחזק את התחושה – אשר קיימת זה שנים מספר – כי יותר ויותר אינטלקטואלים אמריקאים בכלל, ומשפטנים בפרט, עושים שימוש בעקרונות המשפט העברי. יותר ויותר שופטים שואבים מקור לפסיקותיהם מן התנ"ך, וחוגים אינטלקטואליים שעניינם בתיאוריות פוליטיות שואבים רעיונות מהמדרש.¹⁴⁸

לפי דוח זה, המשפט העברי חדר לשיח המשפטי בארצות-הברית. ציטטות ממקורות המשפט העברי מופיעות תדיר בפסקי-דין בערכאות השונות. גם כתבי-עת משפטיים, ומן המכובדים שביניהם, אינם נמנעים מלפרסם דרך שגרה מאמרים בתחום המשפט העברי. מקום מיוחד התייחד ל"חוקי הגט" שהתקבלו במדינות שונות ואשר מבקשים להביא מזור לסבלן ולכאבן של העגונות ומסורבות-הגט.

תופעה זו מוצאת ביטוי גם בהרחבת מאגר הידע: לא עוד הסתפקות בתנ"ך ובתלמוד, אלא גם שימוש ב"משנה תורה" לרמב"ם, ב"שולחן ערוך" ובספר-היסוד המשפט העברי של מנחם אלון, אשר תורגם לפני כעשור לאנגלית. המעניין הוא שהדבר נעשה לא רק על-ידי שופטים יהודים בערכאות נמוכות, אלא גם בערכאות ערעור פדרליות ועל-ידי שופטים לא-יהודים, דוגמת השופט מקונל (McConnell) – אחד מאלה ששם הוזכר באחרונה כמועמדים לבית-המשפט העליון האמריקאי.

מחברי הדוח מנסים להציע כמה גורמים לתמורה זו. אחד מהם הוא השינוי הפרסונלי שחל בעולם המשפט האמריקאי. אכן, תחום זה היה רווי תמיד יהודים,¹⁴⁹ אולם בשנים האחרונות חדרו אל שורותיו הראשונות יותר ויותר עורכי-דין ומשפטנים שומרי תורה ומצוות, לרבות חרדים. גורם שני הוא הקמתם של ארגונים יהודיים-דתיים, דוגמת "אגודת ישראל באמריקה", הפועלים למען "זכויות האדם" ו"זכויות האזרח", במיוחד בתחומים המשיקים לחופש הדת. גורם שלישי הוא פריחת התפיסה הרב-תרבותית, שמביאה לידי פתיחות גדולה יותר לקליטת מקורות תרבותיים שונים – לרבות המשפט העברי – בשיח הציבורי. דוגמה מסוג אחר היא החקיקה שניזונה – במישרין ובעקיפין – ממקורות יהודיים, דוגמת "חוקי גט" שונים שהתקבלו במדינות כניו-יורק ואונטריו.

לצד אלה, הדוח מדגיש גם את חלקם של הגורמים המוסדיים. למן הקתדרות הראשונות למשפט עברי שהקים פרופ' מנחם אלון בבתי-הספר היוקרתיים למשפטים בהרווארד ובאוניברסיטת ניו-יורק (NYU), נפתחות מדי שנה עוד ועוד קתדרות למשפט עברי ברחבי

148 את הדוח ניתן למצוא באתר המכון: www.jpippi.org.il/JPPPI/Templates/ShowPage.asp?DBID=1&LNGID=2&TMID=111&FID=139&PID=0&IID=347.

149 ידוע הסיפור על האם היהודייה שהולכת ברחובות ניו-יורק, וכאשר היא נשאלת לגילם של שני ילדיה הקטנים המשתרכים מאחוריה, היא משיבה: "עורך-הדין הוא בן חמש, והרופאה בת שלוש..."

אמריקה הצפונית.¹⁵⁰ לצד זה, המחשבה הליברלית בת-ימינו מחפשת אחר מודלים אשר יציעו פתרונות חלופיים או למצער יישמשו מקורות השראה חדשים לתפיסות החדשות שנובטות בה. בכל אלה, משקלם של הדת בכלל ושל המשפט העברי בפרט הולך וגובר, והם ממלאים תפקיד חשוב בעיצובן של נורמות משפטיות.

כפי שמציינים מחברי הדוח, בעת האחרונה נעשה שימוש הולך וגובר במשפט העברי גם כאמצעי נוסף לביקורת המשפט. שאלות עקרוניות שמרחפות בחלל עולמה של תורת המשפט זה שנים רבות חודרות גם אל בין קפליה של ההלכה היהודית, דוגמת השאלה אם ההלכה היא בכלל "מערכת משפטית" במובן המודרני של המילה, וכן השאלה אם העמדת מוקד השיטה המשפטית ב"חובות", ולא ב"זכויות", משפיעה על תכניה של המערכת המשפטית וכיצד. מחברי הדוח מצביעים גם על זיקת-הגומלין המרתקת שבין כתביהם של הוגי משפט ותיאורטיקנים מן השורה הראשונה (דוגמת רוברט קובר (Robert Cover) מבית-הספר למשפטים של ייל, ורונלד דבורקין, הנחשב אחד מגדולי הפילוסופים של המשפט בימינו ויורשו של הארט (H.L.A. Hart) באוניברסיטת אוקספורד) לבין התמורה שחלה בעיסוק במשפט העברי. אף ששני מלומדים גדולים אלה לא עסקו כמעט במישרין במשפט העברי, יש לכתביהם השפעה – ישירה ועקיפה, מודעת ולא-מודעת – על התרחבות העיסוק במשפט העברי בארצות-הברית. בין היתר הביאה השפעה זו גם לידי כך שתיאוריות משפטיות מחלחלות למחקר ההלכה והמשפט העברי, ואף נעשה ניסיון – אם כי לא תמיד מוצלח – "לשדך" ביניהם. כך, למשל, אומצו תיאוריות בדבר היות המשפט מורכב לא רק ממערכת נוקשה של כללים פורמליים, אלא גם מעקרונות "פתוחים" יותר ומ"ערכי-היסוד של השיטה", דוגמת בריאת האדם בצלם אלוקים, החיפוש והחיזור אחר השלום ולא דווקא השלמות, כבוד האדם, קידוש השם וחילול השם.

פרק ז: אחרית-דבר

במאמר זה ביקשנו לצאת למסע במשעולי המשפט הישראלי, על-מנת ללמוד על זרמי-עומק הקיימים בו מתחת לפני השטח. שלא כבמסעות רבים קודמים, לא ביקשנו לתור אחר הצד המואר, הגלוי, ה"חיובי", מאיר הפנים השוחקים, של הטמעת ערכי משפט עברי במשפט הישראלי. ביקשנו לחפש ולפשפש דווקא בצד האפל, הנסתר, ה"שלילי", בעל הפנים האפורים-השחורים, של יחסו הקריר והצונן של "המשפט הישראלי" למשפט העברי; לנסות למצוא אותם ביטויים אשר מצויים בדרך-כלל בשוליים, נסתרים מעין כל, אך מבטאים לדעתנו מגמה רווחת למדי בקרב משפטנים רבים בישראל כיום. המבקש לתהות ולעמוד על מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי ימצא עצמו

150 יש לציין שחלק מהמלמדים בהן אינם משפטנים, אלא מגיעים מתחומים שונים ומגוונים, כגון רבנות, היסטוריה ופילוסופיה, וחלקם – כמה אבסורדי – אף אינם שולטים בעברית.

נבוך. מחד גיסא, הוא מוצא הוראות חוק, דוגמת חוק יסודות המשפט וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקוראות לכאורה בקול גדול וצלול להטמעת "ערכיה של מדינה יהודית" ו"מורשת ישראל" במשפט המדינה. כמו־כן, אם יציין בכתבי שופטים ומשפטנים, הוא יגלה בהם דיבורים נלהבים בשבח המשפט העברי, קריאות עידוד והמרצה לעשות בו שימוש, וקול תרועה רמה בזכות לימודו ומחקרו. מאידך גיסא, ניתוח המצאי המשפטי, לרבות רבבות רבבות עמודים של חוקים ופסקי־דין, מלמד כי לא אחת הצעות החוק נהיו להצהרות חוק בלבד, מילים בעלמא שאין מאחוריהן ולא כלום, וכי הלכה למעשה מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי בטל לא רק בשישים, אלא בשש מאות ויותר.

שניות זו מבטאת פער גדול, גדול מאוד, בין הרטוריקה והמעשה. את שורשיו של פער זה ניתן לתלות בסיבות שונות ומגוונות: רתיעה עקרונית משימוש במשפט משווה בכלל ובמשפט העברי בפרט; הסתייגות משימוש בשיטת משנה ישנה ש"אבד עליה הכלח", קל וחומר בשיטת משפט שנושאת על גבה מטען "דתי"; בורות הולכת וגוברת בכל הנוגע במקורות יהודיים בכלל ובמקורות המשפט העברי בפרט; חוסר זמן להעמיק חקר בסוגיות ובמקורות שאינם חלק משגרת יומו של משפטן מצוי; ומתח מובנה, תוכני ומהותי, שמתקיים לא אחת בין המשפט העברי לבין ערכים דמוקרטיים. לעניין הגורם האחרון נציין כי שאלת קיומו בפועל של מתח זה אינה מעניינתנו. בין שהוא קיים במציאות ובין שהוא מתקיים רק בתודעתם של רבים מהמשפטנים, יש במתח זה כדי להשפיע על התוצאה הסופית: מיעוט העיסוק במשפט העברי בקרב חוגים שאינם מגדירים את עצמם שומרי תורה ומצוות.

הרטוריקה הגבוהה שנשמעת לא אחת בסוגיה זו, ואשר מאדירה – בפה ובאומר – את מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה, רק מעצימה פער זה. כלפי חוץ דומה כי "התקינות הפוליטית" מחייבת השמעת הצהרות רמות בדבר חשיבותו של המשפט העברי, כחלק בלתי־נפרד מתרבותנו הלאומית, אולם בפועל נעשה מעט מאוד כדי לתרגם דיבור זה למעשה.

לפני שנים כתב השופט חיים כהן כדברים האלה:

"תרבות ישראל ומורשתה לא רק קיימת מדור דור, אלא המדינה היהודית מצווה שלא להתכחש לה, כי אם לטפח אותה ולהנחילה לדורות הבאים. הגנים של אבותינו טבועים בנו, בין אם נרצה ובין אם לאו. אדם המכבד את עצמו משתדל לדעת לא רק היכן הוא עומד ולאן הוא הולך, אלא גם מאין הוא בא. מורשת ישראל – במשמעותה הרחבה ביותר – היא ירושה שהמדינה זכתה בה כאילו מטבע ברייתה, והיא אשר עושה אותה למדינה יהודית כאילו מאליה."¹⁵¹

שמא הגיעה העת שגם בעניין זה נאמץ את מאמר חכמינו ש"לא המדרש עיקר, אלא המעשה", ונסמוך מחשבה למעשה. אם כך נעשה, יתעשר המשפט הישראלי וייהנה ממימי

151 למאמרו על "יהודיותה של מדינת ישראל" ראו חיים כהן להיות יהודי 346 (רות גביוון עורכת, 2006).

אביעד הכהן

משפט ועסקים י, התשס"ט

מעיינותיו המפכים של המשפט העברי,¹⁵² המשפט העברי יתבשם וייהנה מחוכמתם של אנשי המשפט הישראלי, ונמצאו הכל מברכין ברכת הנהנין.

152 על הפוטנציאל בתחום זה ראו, למשל: Asher Maoz, *Can Judaism Serve as a Source of Human Rights* (2005), available at www.law.bepress.com/taulwps/fp/art7 ובנוסף: Asher Maoz *Judaism as a Source of Human Rights*, in RACISM AND HUMAN RIGHTS 63–94 (Raphael Walden ed., The Netherlands: Koninklijke Brill NV 2004).