

על מעמדו הרاوي של המשפט העברי

ד"ר אברהם טננבוים *

תקציר

אין הסכמה בחברה הישראלית בדבר מקומו ושילובו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית. טענתנו במאמר זה היא שמן הרاوي היה לדאות במשפט העברי מקור מוצלח לפתרון רבות מהשאלות המשפטיות. הנימוק לדעה זאת איננו מבוסס על אידיאולוגיה כלשהי אלא על יתרונוטיו המובנים ודרך הפעיתו של המשפט העברי.

כדי להוכיח תיזה זו נביא מספר דוגמאות המשוות בין המשפט הישראלי הקיים למשפט העברי, ונראה כיצד מסיבות תועלתיות גרידא היה עדיף לבחור בפתרונות שהוצעו על ידי המשפט העברי. חוסר התיחסות למשפט העברי כמקור ענייני נובע לדעתנו ממספר מיתוסים על טיבו ותכונותיו שיთוארו בפרוטרוט. למיתוסים אלו אין כל בסיס אמפירי ומן הרاوي היה לדוחותם על הסוף ויפה שעה אחת קודם.

לדעתנו, הסיבה לשימוש המוגבל במשפט העברי נובעת ממצב דברים חברתי ופוליטי בישראל של היום, ולא משיקולים רציונליים ותועלתיים. השלוותה של סיטואציה מצערת זו, ואפשרויות לשיפורה יידונו בסיום.

א. מבוא

ב. הגדרות ותיחום השאלה

ג. דוגמאות לגופי הلقה במשפט העברי והשווותם למשפט הישראלי

1. העדבות במשפט הישראלי ובמשפט העברי

2. על הריבית במשפט הישראלי ובהלכה

2.1 ריבית בעולם המערבי, מחופש הבחירה להתעדבות מגביה

2.2 הכוון ההפוך בהלכה - משלילה טוטאלית לפתרון מעשי

2.3 האם קיימת גישה עדיפה?

2.4 היתר עסקה במשפט הישראלי

* שופט בית משפט השלום (תבעורה) ירושלים ומרצה במכילת שער משפט. המחבר מבקש להודות ליחיאל בהט אלון הריאל, עודד מודריק, יצחק עמית, נרשון קלין, יוסי ריילין ושיחלי רנד על העזרותיהם לגרסה קודמת של מאמר זה. תודה מיוחדת לאופיר ליבר על עזרתו.

3. על קורנות צדקה וניהולם במשפט הישראלי ובמשפט העברי (חוק הנאמנות לעומת דין)
אפוטרופסות

4. עיקון הכוונה במשפט הפלילי

5. חקיקת חוקי היסוד החדשניים בישראל

ד. הסיבות ליתרונותו של המשפט העברי

1. משפט דמוקרטי מבוסס על רבים לעומת משפט מבוסס על יחידים

2. עמידה במבחני הזמן והמקום

3. התאמת כללי המשפט לקהילה עלייה הם מוחלים

ה. הסדרים בעייתיים במשפט העברי שקשה לקבלם

ז. על "המיתוסים" שבטעויים לא נעשה בישראל שימוש במשפט העברי

1. טענה ואשונה: המשפט העברי הוא משפט ذاتי בסיסו, שאיןנו מתאים, ואין אפשרות להיעזר בו במשפט חילוני מודרני.

2. טענה שנייה: מדובר במשפט מיושן המחזיק בעקרונות אדכאים שאינם מתאימים לשחיתתנו המודרנית כיהם.

3. טענה שלישיית: המשפט העברי אינו משפט מפותח די להתמודד עם שאלות מורכבות בשל מציאות החיים המודרניים.

4. טענה רביעית: אלה העוסקים בפועל במשפט עברי הינם חסרי השכלה וכיולת להתמודד עם שאלות מודרניות.

5. טענה חמישית: המשפט העברי אינו נגיש למשפטנים הישראלים.

ז. על תרומתם של מלומדי המשפט העברי לאי השימוש בו בישראל

ח. היחס למשפט העברי בפרשנות ובפסיקה הישראלית

ט. השימוש במשפט העברי מחוץ לגבולות ישראל

י. האם ניתן לשנות מצב זה?

יא. סוף דבר

יש מחלוקת לא מעטה בזיבור הישראלי בוגר למעמדו של מה שמכונה המשפט העברי במשפט הישראלי הנוכחי. לצערנו, בלחת הוויכוח האידיאולוגי נשכח השאלה היסודית: האם הסדרי המשפט העברי טוביים יותר או גרועים מהסדרי משפט אחרים? או יותר דיקוק, האם הסדרי מתאימים יותר לחברת הישראלית של המאה העשرين ואחת אשר עקרונות משפטיים אחרים. כל זאת בהתייחס לקריטריונים מקובלים כצדקה, יעילות כלכלית, חופש אישי ומידה סבירה של אחריות חברתית.

חובה לציין, כי ישנן טענות התומכות בשימוש במשפט העברי הקשורות לתרבות היהודית והזהות הישראלית. אלו מסתמכות על כך שההלכה היא היצירה היהודית האוטנטית והמקורית ביותר. כדיוע, מלחמות ענקות מדיו נערך על השאלה מהי יצירה יהודית? מהי ספרות יהודית? מהי אמנות יהודית? האם שפונזה היה פילוסוף יהודי? ועוד. אולם אין חולק על כך שההלכה היא יצירה יהודית. מדובר בשיטה שנכתבה על ידי יהודים, על מנת שתיקרא ותישם על ידי יהודים, בשפה ולשון יהודים, וכמעט אך ורק יהודים עוסקים בה. מבחינה זו, מפתיע חוסר היחס ליצירה זו דווקא בספרות המשפטית, שבה בעיקר היה להתייחס אליה במילוי. טענה זו מושכת את הלב וрок לאחרונה נתענה שוב.¹ אין אנו דוחים טענה זו שיש בה ממש, אולם נדגש שוב כי

במאמרנו זה אנו מבקשים להתייחס אך ורק לשיקולים מעשיים ותועלתיים.

טענתנו הבסיסית היא שمبرיבות תועלתיות במרקם רבים מן הראי לבוחר בפתרונות המוצעים על ידי המשפט העברי. היינו אף מיעיזים לומר שבירית המחדל צריכה להיות זו. למעשה, זאת צריכה להיות האופציה הראשונית הממלצת. הנימוק לדעה זאת חף מכל שיקול אידיאולוגי אלא מtabesse על הכרונוטיו של המשפט העברי כפי שיוסבר.

לדעתנו, הסיבה לשימוש המוגבל במשפט העברי נובעת ממקורות היסטוריים, ומ对照检查 דברים חברתי ופוליטי בישראל של היום. בודאי אין שימוש חלקי זה נובע משיקולים רציונליים ותועלתניים. השלכותיה של סיטואציה זו, ואפשרויות לשיפורה יידונו בסיום.

המשך המאמר יוקדש להסבירתה והעמקתה של תיזה זו, לפי הסדר המפורט.

- ראשית, נגדיר מספר מונחים הקשורים למשפט עברי ולמשפט בכלל, על מנת להבהיר ולהՃד את מסגרת הדיון.

- שנית, נציג בקצרה מספר סוגיות במשפט העברי שבן ההסדר שונה מהמשפט הישראלי. המכנה המשותף לסוגיות שנבחרו באקראי הוא יתרונו של המבנה המוצע במשפט העברי. לכל הפחות, בודאי שאין מדובר בהסדר הנופל מהסדר הקיימים.

- שלישיית, נציג את ההשערה הטוענת ליתרונותיו היחסיים של המשפט העברי בהקשר המשפטי בכלל ושל מדינת ישראל בפרט. השערה שגם אם ניתן לחלק עליה, יש מידה לא מועטה של פיתויו אינטלקטואלי להסכים עמה.

- רביעית, ננסה להסביר את היחס האמביוולנטי למשפט העברי בישראל ותוך כדי כך נראה כיצד מספר מיתוסים הקשורים אליו מוקומם בטעות.

- בסיכומו של דיון, ננסה לבחון האם מצב זה הכרחי או שמא ניתן לשינויו.

¹ ראו בעניין זה: א' אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 467, וכן ל' שלף "הפורמליזם של המשפט העברי וורכיה של מושתת 'ישראל'" עיוני משפט כה (תשס"ב) 489. שני המאמרים התפרסמו בחוברת מיוחדת של עיוני משפט שיצאה לאור בנובמבר 2001 ווודהה לחינוך המשפטי הישראלי.

ב. הנדרות ותיחום השאלה

לצורך הדיון בראש ובראשונה עלינו להגדיר בצורה מדויקת מספר מונחים המשמשים בערבותה במסגרות שונות. לאחר הבורת המושגים, נ核查 ונחדר את הנחת היסוד המרכזית במטה זו.

המונח המרכזי לעניינו הוא "משפט עברי" שכבר השתרש בלשונו. המונח כולל בדרך כלל רק את אוטם תחומיים של ההלכה שאנו רואים במערכות משפטיות אחרות. מדובר בעיקר במקרים בין אדם לחברו שככל מערכת משפטית מטפלת בהם. על ידי כך אנו מוציאים מתחום הגדירה זו את כל הזכויות הדתיות הנוגעות ליחסים שבין אדם לאלוקו. חובה לצוין כי הפרדה זו או איננה קיימת בהחלט גופה. להפוך, עקרונות רבים עוברים כבריה מכלל תחומי ההלכה, מתחומים של איסור והיתר, ועד תחומיים של מסחר ומשא ומתן.

המונח "ערבי" התאחד בראשית המאה ה-20 מסיבות היסטוריות. יחד עם התעדורות התנוועה הלאומית נוסדו המושגים לשון עברית, ומדינה עברית.² מבחינה אנאליטית תורה ראייה לקרואו למשפט זה משפט יهודי דוקא ולא משפט עברי. זאת כדי לציין, שמדובר במשפט שהייחודה העיקרי הגדול שבו הוא שפותח על ידי יהודים, נהג בין יהודים וחל על יהודים. באנגלית אכן עדין מקובל לדבר על Jewish Law, אולם מכיוון שהשתרש המונח משפט עברי נשאר גם לנו במינוח זה³ נעיר רק כי בכלל הקשר בין המונחים הללו ניתן ונשתמש בהם מפעם לפעם בערבותה. המונח משפט ישראלי מתיחס לשיתות המשפט המודרנית הנהוגת ביום בישראל. ראשיתה של שיטת משפט זו בחוק העותומאני שנרג בארץ עד הכיבוש הבריטי בשנת 1917. נציג שבנקודות מסוימות משפט חוק זה עד ימינו אלו ממש. עם הכיבוש הבריטי הוכרז כי המשפט שהיה נהוג בישראל בתקופה העותומנית יישאר בעינו אלא אם כן שונה ביפורו. בהמשך הוקקה ממשלת המנדט פקודות רבות שהלכו בתוקף עד היום. בשנת 1948 עם כינון מדינת ישראל נקבע כי המשפט בישראל יישאר כמוות שהוא אלא אם כן שונה במפורש. בחמשים וחמש השנים שלאחר מכן הוקמו רבים בתחוםים שונים שהם שעתנו של השפעה קונטיננטלית יחד עם משפט אנגלי-סקסי אחד. לכן ביום המשפט הישראלי הוא משפט מקוררי, יוצר שיטות שונות, וככל שעוברות השנה הנו עצמאי ומרוחק יותר ויותר משורשיו המקוריים.

יש להזכיר שכמעט אין כל קשר ושיכנות בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי. זאת להוציא מספר חוקים שבמסגרתם החול במפורש הדין העברי (כגון בענייני נישואין וגורושים), הקדשות ומספר עניינים זוטרים אחרים). אבל נציג כי בחוקים רבים נעשה שימוש בביטויים הלקוחים מהמשפט העברי כגון "שומר שכר" ו-"שומר חינם" בחוק השומרים אולם כל זאת בבחינת שימוש בקנוק בלבד ללא החלט תוכנם. עובדתית, אפילו כשמדבר במשפט השוואתי גרידא נוטים רוב השופטים להתייחס למשפט האנגלי ולמשפט האמריקאי ולא למשפט העברי, וכך נזהור מאוחר יותר.

2 ראו בעניין זה מ' אלון המשפט העברי (תשמ"א, כרך א) 146-151.

3 מעוניין לציין שהמונה "ערבים", מכוון בתנ"ך מהעבודה שבני ישראל הגיעו מעבר לנهر פרת (ערבים על שם "ערבר"). דהיינו, הוא הגדיש את "החוות" של בני ישראל כלפי שכונת הארץ. המונח "יהוד" לעומת זאת מושב במשפט את שכונת ארץ יהודה, שנקרה על שם בני שבט יהודה שבתוכן הארץ ממש. באפן אירוני, אימצה התנוועה הלאומית היהודית דוקא את המונח "ערבר".

כמו כל שיטת משפט גם המשפט העברי הפתחה והשתנה עם השנים. ענפים שונים של ההלכה השתנו ביחס שונה. כך למשל לא השתנו הולכות הקורבנות כמעט מזמן חורבן הבית. בעיקר משום שמדובר בשאלות תיאורתיות שאינן רלוונטיות. גם משפט הענף הפלילי הפתחה פחותה, משום שלא הייתה אוטונומיה שיפוטית מספקת לשימוש בו. לעומת זאת ענפי ההלכה אחרים כאיסור והיתר, דיני כשרות, דיני משפחה וירושה, הולכות מסחריות ודיני ממונות שונות והשתנו עם הזמן.

שינויים והפתחות אלו גדרו לכך שהמשפט העברי-יהודי הנהוג בפועל שונה מאוד מן משפט המקרא והן ממשפט הדורות שבאו אחריו. האידיאולוגיה הרשמית הייתה, אז והיום, כי ההלכה היא נצחית ועל זמנית ועליה לעבור מדור לדור ללא שינויים. בפועל, סדר חייו היום של חרדי ממה שעריהם שונה לפחות מזה של קלראי או בעל מלאכה יהודי בזמן שבית המקדש היה קיים. בזמן בית המקדש הייתה ההלכה היהודית מרכזת סביב בית המקדש, קורבנות וחקלאות, וכיום היא מרכבתת סביב תפילות, מעשים טובים וחימר ערוניים.

השינויים הם גודלים ומהפכניים ובמספר לא קטן של מקרים נבדלים עד כדי ביטול מספר הולכות שנגנו. ניקח את הדוגמה של עין תחת עין. בספר שמות נאמר (כא, כד) "נפש תחת نفس, עין תחת עין, שנ תחת שנ, יד תחת יד, רגל תחת רגל". חוק זה נראה לנו היום חוק אכזרי ולא אנושי, למורות שבזמנו היה מקובל בחברות אחרות וגרסה דומה שלו מופיעה בחוקי חמורבי.⁴ אין להתפלא שהסדר זה שמשמעותו עין תחת עין כפשוטו, שונה עם השנים. כבר חז"ל קבעו שעין תחת עין איינו כפשוטו אלא משמעו דמים.⁵ דהיינו, שמים את הפסדו של בעל העין והמכה משלם את דמי העין על כל חלקיה: נזק, צער, רפואי שבת ובושת.

פרשנות זו של עין תחת עין נתפסה בזמנה כمبرטה את התורה שבעל פה ולא כמשמעותי. אולם במקרים אחרים השינוי מהפכני. כך למשל, דורש דין המקרא כי השנה השבעית שנת השמיטה תשפט את כל החובות של הלואה למלווה (דברים, טו, א-יב). הטעם המקובל לשmittת החובות הוא חברתי בעיקרו והוא חלק מההמגמה הקימית במשפט המקרא, שלא לאפשר היווצרות פערים חברתיים גדולים מדי. אולם קיימת תקנת הלל המכונה "פרוזובל" שלמעשה ביטלה חובת שמיטת הלואות זו. על פי ההלכה המקראית שבעית משפטת את חובו של הלואה למלווה אך איינה משפטת חובות שחייב אדם לבית הדין. אשר על כן, בסוף שבעית יכול אדם להלות ולהתנות כי כל החובות שחייבים לו האחרים יהיו למעשה בידי בית דין וחוטטו לגבותם מהלוים גם לאחר שבעית. על פי המתואר תיקן הלל תקנה זו לאחר שנוכחה לדעת שלעלדייה נסגרו השערים בפני הלויים. זאת מפני שהמלויים חששו להלוות לפני שנת השמיטה. התוצאה הסופית הייתה שלמעשה אין שנת השבעית משפטת את החובות למורות שאין חולק כי הלאה מן הרואי שתשפטם.

באوها צורה تكونו תקנות לגבי מכירת חמץ בפסח, ירושת הבית ועוד. התקנה החדשה שתוקנה רק לפני כמאה ועשרים שנה, היא מכירת הארץ לנכרי בזמן השבעית. תקנה אחרת זו עדין שנושה בחלוקת ועקב חדשנותה עדין רבים אינם מכירים בתוקפה ההלכתית.⁶

4. כי ינקר איש את עין רעהו תנוקר עינו. כי ישבר עצמות אורה, תשברנה עצמותיו, כי יכה איש שנ רעהו השווה לו במועדיו, יכו את שנו" וראו הערך "חוקי חמורבי" האנציקלופדיה העברית.

5. בבא קמא, פג. ב.

6. ללקעה ההיסטורי של התקנה ותעודות שונות ראו ש' שטרנברג חיתר תרמ"ט 135.

העולה מכל אלו כי המשפט העברי וההלכה בכלל עברו בפועל شيئاוים רבים. מערכות החיה המשמשות של אנשים בדורות שונים, שונים לחלוותן זו מזו. אנו נתרנו בעיקר בתזואה הסופית ובכל האחרון ששולט ביום ההלכה.שוב, מטרתנו היא לחלץ את התשובה המוצעת בשיטה זו. מילא יש ערך שלו לדריכים ולסיבות ההיסטוריות שהביאו להסדר זה. لكن שאלתנו תהיה תמיד מהו הפתרון המשפטי כיום?

נحدد בעת את הנחת היסוד שהצגנו לעלה. לטענתנו, ניתוח הגינוי של המשפט העברי לגבי הולכות מסוימות שהיה ראוי להוגה בהן כיום, היה מביא לתזואה עדיפה משגהיע אליה המחוקק בישראל במשפט הישראלי. נDIGISH שוב שאיננו מדברים על המשפט העברי כפי שהוא מתבטא במשפט המקרא, ואיןנו מדברים על המשפט העברי כפי שהתבטא בשלב זה או אחר של ההיסטוריה במהלך 3000 השנה האחרונות בהם נוגה. אנו דנים במשפט העברי לפי המסוקנות אליו הינו מגיעים היום לו היה צורך בפסקה ברורה וחד משמעית. במנוחים טכניים, שאלתנו היא דוגמתית בעיירה, מהו ההסדר הקיים כיום במשפט העברי לגבי הלכה מסוימת? וזאת לאחר כל אותן הליכים ההיסטוריים שהופיעו בדרכים אלו או אחרות. מהי למשל ההלכה בעניין מכח את עין חדרו? תשובה: המזיק משלם לנזוק (בדמים), האם שביעית משפט חוכות ביום? (תשובה: עקב הפרוזובל, הבלתי מעשה שמיית שביעית) וכן הלאה.

עוד נסopic, כי בדברנו על המשפט העברי אין אנו מתוכננים לדעה או לגישה שלא נתקבלה. בעניין זה יפים דבריו של חיים כהן האומר: "אילו יכולנו לראות את 'המשפט העברי' לאו דווקא בהלכה הפסוקה, כי אם גם - ובעיר - בדיות החלוקים שלא נפסקה הלכה מותם, כי איזו יכולנו למזוא במשפט העברי אסמכתא כמעט לכל דבר, לכל דעה רצiosa"? אכן בדברנו על עקרונותיו של המשפט העברי כוונתנו להלכות כפי שנפסקו על ידי רוב הפסיקים למשעה, לא לשקל ואטריא ההלכתית, ולא לדעה זו או אחרת שהזוכרה על ידי אחד מהם במהלך ההיסטוריה.

ג. דוגמאות לגופי הלכה במשפט העברי והשוואתם למשפט הישראלי

בחולק זה נציג מספר דוגמאות בהן הועלתה הטענה כי יישומו של המשפט העברי גורם למחדיר כלכלי וחברתי כבד לישראל המודרנית. לכל הפתוחות, שימוש בפתרונות אלו בוודאי לא יכול היה להיות גרווע יותר מהדיין הקיים. נבחן לצורך כך מספר הסדרים הקשורים לערכות, הקדשות, וריבית (ויתר עיסקה). בכולם נתן כי הפתרונות המשפטיים הזרים שאומצו (בעיקר מהמשפט האנגלי) לא התאימו למיציאות הישראלית ומהיד טעות זו מושלים עד היום.

בעיתיות זו של אי יישום המשפט העברי במלת בתחום דיני המסחר והamonotot אך גם מתייחסת באופן ישיר לשאלות עקרוניות הנוגעות יסוד במשפט הישראלי. זאת נגידים על ידי הצעת עיקרון הכרוך במשפט הפלילי, ועל ידי סקירה ביקורתית של חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם.

נDIGISH כי בפרק זה נתאר את המוסדות המשפטיים והביעיות שבחם, ללא שנססה להסביר את הסיבות לכך. את הטעמיםiae לאו התאמה זו ננסה להסביר בפרק מאוחר יותר. עוד יש לציין, כי מפאת קוצר היריעה נבחרו מספר דוגמאות קטן בזרה שרירותית מעט, אך הקוראים המעוניינים יכולים למצוא ממצוא מבחן רב של דוגמאות במרקם רבים.

7 ח' כהן מבחר כתבים (א' ברק, ר' גביון ערכאים, תשנ"ב) 38.

1. הערכות במשפט הישראלי ובמשפט העברי.

כל מערכת משפטית מכירה במוסד של "ערבות". הערכות מטרתה להבטיח כי "הנערב" ימלא אחר התחייבותיו. תיאורטית, כל חיוב יכול להיות מושא לערכות. הערב יכול לעורב לכך שפלוני יופיע למשפטו, יתייצב אצל קצין המבחן, ימלא אחריו חלקו בחוזה, ישפץ בניין מוגרים ועוד. אבל בפועל מדובר בעיקר לחיוב כספי. דהיינו, הערב עורב למולוה כי אם הלואה לא יחזיר לו את כספו, הוא הערב יהיה זה שיחזיר את החוב. גם המשפט העברי טיפל בערכות בלבד ⁸.

ממילא עומדות שאלות רבות הקשורות למוסד הערכות. סוגיות הקשורות לכשרותו של אדם להיות ערבי, להיקף הערכות, למקרים בהם פגה הערכות ועוד. לעניינו גתרכו בשאלת מתי יכול המלווה לפנות אל הערב? דהיינו, באיזה שלב המלווה רשאי לדרש מן הערב את مليוי התחייבות? האם יש צורך לפנות קודם כל אל הלואה? או שהמלואה רשאית לדרש את החיוב מהערב ללא תביעה קודמת מהלווה?

בעניין זה יש פתרונות נבדלים בשיטות משפטיות שונות. במשפט העברי נהוג להבחין בין מספר סוגים ערביים. בעיקר בין מה שמכונה "ערב קבלן" לערב "סתם". הכלל הוא, שבכל מקרה של סתם ערכות אין המלווה יכול לפנות לערב אלא אם כן פנה קודם לכן למלווה ולא הצליח להוציאו ממנה את חובו. היוצא דופן הוא "ערב קבלן", אשר קיבל על עצמו להיות חייב למלווה כאשר הוא אישית המלווה. במקרה של ערב קבלן יכול איפוא המלווה להצליח אם ברצונו לתבוע את הלואה או ישירות את הערב. חובה לצרין כי עם הדורות נשמרו דיעות שונות בעניין זה. אחת הדיעות טענה כי אפילו במקרה של ערב קבלן על המלווה לתבוע קודם את הלואה אם יש לו, ורק לאחר מכן את המלווה הערב. אולם בסופו של דבר התגנסה ההלכה כפי שהצבענו עליה למעלה, הסדר זה איננו ייחודי למשפט העברי והוא גם ההסדר הקיים במשפט השוודי ובמדינות סקנדינביה.

מנגד קיימות שיטות אחרות כגון המגילה העותמאנית והמשפט האנגלי, על פייהן יכול המלווה לתבוע את חובו הן מן הלואה והן מן הערב. בהצעת החוק שהוגשה לכנסת (בשנת 1965) הוחלט ממשום מה וללא הסבר לאמץ את שיטת המשפט האנגלי, על פיה אין כל צורך שהמלואה יתבע את הערב.⁹

על פי הסעיף בנוסחו הסופי כפי שהתקבלה:

"הערב והחייב אחראים כלפי הנושא יחד ולהזדה, אולם אין הנושא רשאי לדרש מן הערב مليוי ערכות, בלי שדרש תחילת מן החיב קיום חיובו".¹⁰

דהיינו, כל שזריך המלווה לעשות הוא לדרש מן הלואה את החיוב, ומיד אחר כך יוכל הוא לתבוע בערכאות את הערב. אין הוא חייב להגיש כל תביעה כנגד הלואה ובודאי לא לנסוט להיפרע ממנו. זאת אףיו כאשר החיב הוא בעל יכולת לשלם אך מסיבותיו הוא אייננו מעוניין לעשות כן.

הבעיתיות בחוק זה התעוררה בחריפותו בהקשר לערכות לMSCNTOTOT שם מרבית הערבים. הסתבר שאנשים רבים חתמו לידיהם על ערכות לMSCNTOTOT בהנחה שהללו יכולים לעמוד

8. לסירה מקיפה של עקרונות המשפט העברי בדייני ערכות ראו ב' כהנא ערכות (התשנ"ב-1991).

9. הצעת חוק, 632, מעניין כי בהצעת החוק נאמר במפורש כי "הוראותיה שאובות מן הפסיקה של בתי המשפט בארץ וממיון הפסדרים שבחוק יבשת אירופה והחוק האנגלו-אמריקני המקובל". אין משום מה כל התייחסות להיעדרו של המשפט העברי.

10. ס"ח תשכ"ז, 46.

בחובותיהם. הבנקים דרכו בדרכם כלל מספר ערבים (חמייש) על כל הלוואה. אלא שכשלולים לא שילמו מסיבות שונות, הסתבר שהבנקים מעדיפים לتبיעו ישרות את הערכיהם. זאת אףיו אם היה רכוש לולוים. יתרה מזאת, הבנקים העדיפו לتبיע את אותם ערבים הגוניים שקשה היה להם להתחמק מהליכים משפטיים, והעתלו לחייבן מהארדים. סיפוריים רבים החלו להתפרסם בעיתונות על ערבים שחדרו לתומם על הלוואות לחבריהם ובסופה של דבר מצאו את עצם חסרי כל בגין ערבות לדירה ממנה לא נהנו. זאת כאשר הלוויים עצם לא שילמו דבר והועל הבודר נראה בעילן.

מציאות זו העלה קול זעקה גדולה, שבסיומה תוכנן בשנת 1992 חוק הערכות. הוספו בו הגדירות של "ערב יחיד" ושל "ערב מוגן". ערב יחיד הוא מי שערב להלוואות לא גדלות ומוגן הוא זה הערב למשכנתה לדירה עד סכום מסוים. התיקון העיקרי היה סעיף 27(א) שבמסגרתו חזר הדין להלכה במשפט העברי, על פיה לא תוגש תובענה נגד ערב למשכנתה אלא אם כן ננקטו כל הלילכים כנגד החיבר.

עוד חזרה לדיני המשפט העברי הייתה במקרה של ריבוי ערבים. כפי שהזכרנו, על פי החוק במתכונותו הקודמת היה הנושא יכול לגורש אל כל אחד מהמערכים ביחד ולהזק שמן לפרווע את כל החוב. במשפט העברי, לעומת זאת, אחראיל כל ערב על חלקו היחסי בערכות. רק במקרה שלא הצלחה המלווה לפרווע אחד מהמערכים, לאחר נקיית כל האמצעים, רשאי הוא להיפרע מהמערכים האחרים על חלקו. גם בעניין זה שונה החוק וערבותו של כל ערב כיוון הפכה להיות יחסית לחלק החוב.¹¹

התוצאה הסופית הייתה חזרה ישירה לעקרונות המשפט העברי. קרי, הנושא איננו יכול להיפרע מהערב אלא אם כן עשה קודם לכן שניtin כדי להיפרע מהלווה המקורי. היה צורך בעשרות וחמש שנה של סבל ועוגמת נשך לדבים מאוד כדי לחזור אל ההסדר המשפטי שמלכתחילה הופיע בהלכה ונitin היה לבחור בו.¹²

2. על הריבית במשפט הישראלי ובהלכה

זרימה חופשית של כספים ומשאבים היא מאושיות העידן המודרני. רעיון הגלובליזציה כולו מבוסס על הייעדר הגבולות. לאור כך נסbir בארכיות את ההבדלים הקשורים לדיבית וסיכון המלווה במשפט הישראלי ובמשפט העברי. הבדלים שבמרכזם עומדת הסדרת הריבית בחקיקה במשפט הישראלי לעומת "היתר עסקה" במשפט העברי.

2.1 ריבית בעולם המערבי, מחופש הבחירה להתערות מגובה

מספר הנחות יסוד המקובלות בכלכלת המודרנית, מתנגדות לכל הגבלה על זכויותיהם של הצדדים (הملווה והלווה) לקבוע את סדרי הלוואות ביניהם. אףיו אם נראה הדבר לא הוגן לפני

11. נzin כិ בחוק הישראלי הנוגע למשכנתאות הילך המחוקך אף מעבר למקובל במשפט העברי מבחינה זו שכן ערב אחראי להלווה היחסית בלבד ואף יותר אחר איננו בר-פְּרִיעוֹן כלל.

12. נzin שהყירות על דוחית ההסדרים של המשפט העברי בחוק הערכות היא עתיקת יומין.ראו למשל מ' אלון המשפט העברי (תסנ"א כרך א 104). בקורתו היא עוד משנות השבעים, אך החוק תוכנן כאמור רק שנים נבות מאוחר יותר.

אחד הצדדים. על פי הגחות אלו, האדם הוא יוצר בעל חשיבה רציונלית, המנסה למקסם את הנאותו ועל החברה/שלטון להימנע מכל התערבות בשיקול דעתו והחלותתו. יתרה מזו, כל מקום בו תתערב הממשלה/מוסדות השלטון/בתי-המשפט בפעולה כלשהי, ייגרם יותר נזקים מאשר תועלת, הן לאדם הפרטני והן לציבור בכללו. לפि התפיסה הליברלית, התערבות זו יש בה פגם מוסרי, אולם יתרה מזו, היא גם מזיקה לכלכלה. האבות המייסדים החל מאדם סמי, סטיווארט מייל, וירושיהם המודרניים (הפופולרים גם בישראל), סברו תמיד כי התערבות ממשלתית מינימלית, הינה המדיניות הראوية למשך ולחברה. בהמשך לכך ישנן גישות בכלכלת המודרנית הטוענות כי ריבית הנה כלי חיוני בכל משק מודרני. ריבית משמשת לתיעול הכספיים למקום שבו ינצלו בדרך הטובה ביותר ובכך יתרמו לכלל הציבור.

אולם מציאות החיים הראה כי לא תמיד מדובר בצדדים בעלי כוח שווה ואין מן מתחערבות ממשיתית לקביעת הצדדים בענייני ריביות והלוואות. הצדדים אלו מתרכזים בדרך כלל בהגנת הלוואה בשני מסלולים. הראשון הוא אישור ברור על סוג ריביות ותנאי תשלום. זאת ניתן לעשות בעיקר על ידי הגבלת גובה הריבית המותרת, וכן לעיתים על ידי הגבלות על שעבודים שונים אותם נותן הלוואה.¹³ המסלול השני שם דגש על חובות גילוי נאות והסביר ברור ללוואה על התחריותו בעתיד. השיבות יתרה ניתנת לכך בשנים האחרונות, שכן תנאי הלוואה, חישוב הריביות וההזדמנויות השונות הפכו לבתאי מוגנות לאדם רגיל מן היישוב.

כאשר מדובר בבנקים, המלווים לאנשים פרטיים, מתחזקת הבעיה, שכן כמעט תמיד לא מדובר בשני צדדים זמינים בעלי כוח זהה. אשר על כן, יש צורך בהסדרים מיוחדים. בסיסי ההסדרים הללו מבוסעה ההנחה כי מערכת היחסים שבין הבנק לבין איננה מערכת יחסי חוזים רגילה. זאת משום שאין שוויון בין הבנק ללקוחותיו. הבנק הוא גוף גדול וחוק והליך הרגיל הוא חסר אוניות כלפיו. לכן מערכת היחסים אינה מבנייהם הינה מערכת יחסי יוצאת דופן במשמעותה הבנק חובה נאמנות ללקוחותיו. וזה למשל המצב בפסיקת האמריקאית. שם אפילו נעשה צעד אחד קדימה ונקבע כי מלווה השולט על פעולותיו העסקיות של הלוואה, מקבל עליו אחריות על

הנזקים שנגרמו ללוואה ואחרים עקב פעולותינו.¹⁴

מطبع הדברים עם הזמן התרכבה האידיאולוגיה על פני סלע המציאות. התוצאה הסופית היא שכיוום ישנה חקיקה שטרתה להגן על הלוואות. במסגרת נקבעו הצדדים נוקשים המגבילים את המלווים בנסיבות לא מעוטות. בעיקר הדגישה חקיקה זו את שיעור הריבית המקסימלי המותר ודרשה גילוי נאות ומלא ככל האפשר.

2.2 הכוון הפוך בהלכה – משלילה טוטאלית לפתרון מעשי

ריבית נחשבת כאחד האיסורים החמורים בהלכה. ועל המלווים בריבית נאמרו כמה מהדברים הקשים ביותר שנאמרו על חוטאים. כך למשל נאמר: "הוקשו מלווי ריבית לשופכי דמים"¹⁵; "כל

¹³ ראו למשל בישראל חוק הריבית תש"ז - 1957, וחוק הסדרת הלוואות חוות-בנקאיות, התשנ"ג-1993.

¹⁴ לצורך דיוון מעמיק בתיאוריות השונות עליהם מבוססת פסיקה זו ראו למשל:

J.R. Butler, Jr "Is lender Liability Now Absolute Liability?" 15 *Wes t. U. L. Rev* (1988) 595.

L. F. Flick, & D. Replansky "Liability of banks to their borrowers: Pitfalls and protections" 103

Ban. L. J. (1987) 220

¹⁵ בבא מציעא, סא, ב.

מי שנוטל ריבית מעלה עליו הכתוב כאילו עשה את כל הרעות והעבירות שבעולם¹⁶; "שכל המלווה בריבית כופר בעיקר"¹⁷ ועוד. הרמב"ם סיכם זאת ואמר: "כל הכותב שטר ריבית הרי זה ככותב ומUID עליו עדים שכפר בה אלهي ישראל".¹⁸

מבחן מהפטית טהורה, הריבית האסורה אליה מתייחסת ההלכה בזורה שלילית מכוננת כנראה לעסקאות בהן לעולם מרוויח המלווה. דהיינו, לא משנה כלל למלואה מה יקרה לשותפו לעיסקה, להויה, המלווה לעולם ירווח. עיסקה זו בה אחד הצדדים "תמיד מרוויח" היא הלוואה האסורה. אין הכרח כי העיסקה תכונה דווקא "מלואה". כך למשל, מי שմשיכר לחברו חycz' כלשהו ומתחנה כי הבלאי והפחת וכל האחדויות תחול על השוכר, הרי יש המגדירים עיסקה זו כריבית אסורה. שוב, התנאי הוא כי לא תחנן עיסקה אשר בה אחד הצדדים "תמיד מרוויח". עיסקה כזו נחשבת כניתול ועובד ואסורה על פי ההלכה.¹⁹

האידיאולוגיה העקרונית בדורות. אולם למורות זאת, החיים דורשים פשרות וכבר בימי התלמוד מוכר סוג של מוסד כלכלי מותר הדומה להלוואה בריבית ונקרא "עיסקה". עיסקה זו, יש הרואים בה מעין שותפות, ויש הרואים בה עיסקה מיוחדת במינה. העיסקה מורכבת מ"מתעסך" המכונה גם "המקבל" ו- "מנותן". המלווה-נותן היה בעל הממון, והמתעסך היה המומחה והمبין. במקרים

מודרניים היינו אומרים שישנה פה מעין שותפות של החון עם העבודה. המלווה נותן למתעסך מעות כדי שייתעסק בהן בעיסקה כלשהי ושניהם ירווחו. המלווה מרוויח משום שאיננו יודע (או רוצה, או יכול) לנצל את מעותיו. המתעסך-לווה מרוויח משום שהוא יכול לעבוד ולהרוויח גם במקרה בו ידו בספיקם ממשו. במקור מוכנה מוסד זה "פלגא מילולה פלגא פיקדון". על פי הסכם זה הרי חצי מהמעות שמקבל המתעסך ("הULOVA") הם בידו כמלואה וחצי כפיקדון. אם יפסיד, הרי הוא אחראי על חלק המלווה שבידו ולא על חלק הפיקדון כך שהוא סופג חצי מהפסד והULOVA חצי. במקרה של רוחה, שוב הולקים שניהם את הרוחות.

שורש היתר העיסקה נוצע בכך כי המלווה מסתכן בכך שהעיסקה לא תצליח ובכך יפסיד את חלקו. יש להציג כי כל עיסקה שבה המלווה איננו עובר את הסיכון המיגימלי, איננה מותרת ונחשבת לריבית. כמובן, תמיד מסתכן המלווה בכך שהלוואה לא יחויר את ההלוואה אולם סיכון זה איננו מספק על פי ההלכה כדי שייתור לו להשתתף בעיסקה בה הוא "תמיד מרוויח". במקרים מסוימים יכולים לטעון כי חזזה היתר-עיסקה מונעת מבעל החון לנצל את בעל העבודה. עם הזמן חלו התפתחויות וצמצומים בהיתר העיסקה עד שבמקרים רבים דמה היתר זה לריבית ממש. צמצומים ושינויים אלה התקבלו בדרך כלל בהלכה אולם תמיד בסיג שלא יבטלו למורי את אחידות המלווה. לעולם היה צורך באחריות מסוימת של המלווה לתוצאות העיסקה, אך שלא יהפוך המלווה ל"מרוויח תמיד". על דבר זה הקפידו כל הפוסקים, והוא שלא יהיה בשום פנים ואופן מצב שבו תמיד צריך הלוואה לשלם וההסכם הנהו פיקציה בלבד.

16. שמוט רבבה (וילנא), פרשה ל"א, ד"ה יג.

17. בבא מציעא, י, ב.

18. רמב"ם, מלוחה ולוחה, ד, ז.

19. ראו נ' דרייפוס "דיני ריבית בראש הכללה המודרנית" תחומיין יד (תשנ"ד) 207-231.

2.3 האם קיימת גישה עדיפה?

עומדות לפנינו איפוא שתי גישות בעלות הגיון פנימי משלهن, של פניהן נראות סבירות למדי. על פי המשפט הישראלי ההולך בעקבות המשפט האנגלו-סקסי ישנה הגנה ללולה. הגנתו מבוססת על שרשורת של תקנות וחוקים משפטיים המחייבת את הבנקים ואמורה להגן על הלולה. המלולה בשיטה זאת פטור מלדעת איזה שימוש עשה הלולה בכספי. אחריות הלולה היא מוחלטת והסיכון הוא עליו. אלא ש מבחינה מעשית קשה על המלולה לעמודים רבים לגבות את הלולאות.

על פי הגישה ההלכתית, אם יעמוד הלולה בתנאי היתר העיסקה, הרי עיקר סיכון של המלולה הוא בכך שהלולה יפסיד את דמי הלולאה ומילא חלק מההפסד יהיה שלו. אשר על כן עליו להיות זהיר הרבה יותר בהלוואות.

אין חולק ש מבחינה ערכית טהורה, עiskaה שבה אחד הצדדים תמיד מרוויח בעוד השני לוקח על עצמו את כל הסיכון, נראה על פניה בלתי הוגנת. במקרים רבים, כאשר הלולה נמצא בכספיים ומטרוו היא לפטור את בעיותיו לטווה קצר, ניתן כי יסכים לקבל הלולה שעל פניה

נראית כניתול ועושק. אין הדבר משנה אם עסקה זו מכונה הלולאה, שכירות, ו/או שותפות. אולם מעבר לשיקולי הגנות ומוסר, יש בכך גם מדיניות עיסוקית שאין להתעלם منها. אם הסיכון מתחלק בין כל הצדדים לעיסקה, כולל נזירים מלבצע עסקאות מסווגות. אם אחד הצדדים "תמיד מרוויח", מטרתו תהיה לבצע את העיסקה בכל מחיר. הוא יכול לדוחוף את האחרים לביצוע

עסקאות לא סדירות, ממשו שלו אין מה להפסיד.

הפתרון ההלכתי הוא לפחות הפליא מבחינה עקרונית. הלולה הסבור בזמן הלוואה להшибה, סומך על כך שיוכל להרוויח הן את דמי הלוואה והן יותר מכך בזמן שתהיה ברשותו. רוח זה יכול להיות או משימוש שיעשה ישרות בסכפי הלוואה, או שכיספי הלוואה ישרדוهو לעשות שימוש זה. כגון סטודנט המשקיע בלימודיו. רוח זה מהוויב המציגות שם לא כן, לא בדור כל מהיכן יוכל להחזיר. אשר על כן, אם אכן אמרו הוא לשלים מעבר לכאן, ישלם חלק ממנו שאכן רוויה.

נכון הוא ש מבחינה כלכלית קשה לקבוע איזו גישה עדיפה יותר ויישם פנים לכך ולכאן. קשה ואולי בלתי אפשרי להעריך מהו ההפסד שיגרם למשק שכםות האשראי הזמנית במשק תקטן בغالל חשם של המלויים לכיספם. באוטה מידה קשה להעריך מהו ההפסד שנגרם בغالל ריבוי הלוואות שניתנות על ידי מלויים שאינם נוטלים חלק בסיכון. אולם דומה שנסיבות פרקטיות לחלוותין מן הראיי היה לשקל בצורה חיובית את שיולבו של היתר עיסקה בחוק הישראלי.

בדיקה אובייקטיבית של שרשורת המשברים הפיננסיים בישראל בשנים האחרונות תראה שבבסיסם עומדת מדיניות אשראי לא מבוקרת. אין ספק ש מדיניותו התוקפנית של חלק גדול הבנקים בעידוד לקוחות לקבל אשראי נבעה מfafistem שהמלולה "לועלם מרוויח". דומה שברור כי מוסדות פיננסיים היו זהירים הרבה יותר במתן אשראי לדרישת קרנות נאמנות ומנויות, ובמתן אשראי בכלל, לו היו יודעים כי חלק מהסיכון חל גם עליהם. ניתן לטעון כי משבר מנויות הבנקים, משבר קרנות הנאמנות, משבר הקיבוצים, כולם היו מניעים לו בראש הייתה מוטלת האחריות על המבנקים. מודל "היתר עיסקה" במרקם זה היה עדיף לכלום.

בעיתיות זאת של אשראי מפוקק קשה אף יותר כשמדבר על מדיניות עניות. הלוואות הרבות שקיבלו מדיניות כגון רוסיה, ניגריה ושאר מדינות מזרח אירופה והעולם השלישי יוכחו. במקרים רבים הכספי הגיעו לדיקטטורים או לאישי ממש מושחתים ומדיניות, קרי אורחיהם

הענינים, נשארו גושאים בנטל. כך למשל בשנות השמונים הלוו בנקים מערביים קרוב ל-8.5 מיליארד דולר למובטו נשיא זair, כסף שהגיע לחשבוןתיו האישיים. סיפורים אלו חזרו על עצם אצל מרקוס בפיליפינים, ניגריה, ארגנטינה וכמעט בכל מדינות העולם השלישי.²⁰ הוצאהיה של טנזניה כיום על תשולם חבות גדולות פי ארבעה מהוצאות האישים. שירוטי בראיותIFI תשעה מתקציבה להינוך בסיסי, והיא מהוות דוגמה למדינת רכשות באפריקה. אם היה שולט העיקנון שירות איננה אלא השתתפות ברוחחים, ההלוואות היו ניתנות תוך כדי שליטה ופיקוח, וממילא מצבו של כל העולם השלישי היה טוב יותר.

2.4. היתר עיסקה במשפט הישראלי

אולם למרות הטענות בזכות מודל היתר עיסקה, המשפט הישראלי בחר להתעלם ממנו ובאופן מעשי לבטלו ממש. כל הבנקים בישראל בעלי יוזא מן הכלל החותמים על היתר-עיסקה לגבי כל פעולותיהם הבנקאיות. היתר-עיסקה אלו הם מעין חוזים עליהם חותמה הנהלת הבנק ומתנה בכולם בפירוש כי כל עסק שיעשה הבנק הוא אך ורק על פי היתר זה. למרות שחווי היתר-עיסקה אלו מחייבים את הבנק, ישנו לקוחות דתיים המקפידים על חתימת היתר-עיסקה מividim, וטופסים מיוחדים נמצאים לעניין זה במספר בנקים.

בארץ התעוררה השאלה בעקבות משברי האשראי לקניית קרנות נאמנות ומניות. הגידלו לעיתים הבנקים במרקם בהם הלוו לאנשים כסף אך ורק כדי שאותם אנשים יקנו קרנות נאמנות של הבנק שנשארו בשליטת הבנק. ברוב המקרים לא היו הלוויים אנשים בעלי הבנה פיננסית מעמיקה אם בכלל. ברגע שנפלו קרנות נאמנות אלו, עמדו אותם לוויים בפני שוקת שבורה והבנקים התגערו מכל התהיבות שהוא. מספר לוויים ניסו להסתמך על היתר-העסקהอลום רובם כולם נדחו על ידי בית המשפט בניוקיימ טכניים אלו ואחרים. בזמנו אף נמתחה ביקורת על פסיקה זו בטענה כי הנימוקים הפורמליים לדחיה לא היו אלא מסווה לשילילת הרעיון של היתר-עיסקה מעיקרו.²¹

אין זה מקום להיכנס בפירוט לעניין היתר-העסקה והשוואתו למודלים הבנקאים המוכבלים. הנקודה החשובה היא שלפנינו נמצא מודל משפטי ייעיל ופשט. יתרה מזו, לדעתנו לו היה מודל זה או ואריאציה שלו מומשים בישראל היה זה עדיף על המצב הקים כיום. אולם בפועל ישנה התעלמות מוחלטת מהרעון במשפט הישראלי. ואם כבר ישנה התיחסות שכו, הרי זו התיחסות שלילית.

3. על קרנות צדקה וניהולם במשפט הישראלי ובמשפט העברי

(חוק הנאמנת לעומת דיני אפוטרופסות)

בכל הדורות, התקופות והמקומות, הציגינו הקהילות היהודיות בסolidarיות חברתיות מגובשת ובעזרה לנזקים. ביטוי לכך ניתן בלשונו של הרמב"ם באומרו: "מעולם לא ראיינו ולא שמענו

20 [URL:<http://www.odianousdebts.org/odianousdebts/index.cfm>] (23.4.2003).

21 א' הכרן, ז' סורוצקין, "בנקאות ללא ריבית והיתר עיסקה במדינה יהודית וdemokratisit, הלכה ואין מוריון כן?", שער משפט ב (1998) 99-77. ראו שם פירוט של פסק דין שניינו בעניין.

בקהיל מישראל של שאן קופפה של צדקה".²² לכן ניתן היה לשער שהמצב החוקי במדינת ישראל יתמוך בפילנתרופיה וייעוד התנדבות ונתינה. המצב רחוק מלהיות כזה לצערנו. הביעות הן רבות וכוללות מיסוי כבד והסדרי חקיקה בעיתויים.²³

געמוד כאן לדוגמה על בעית קרנות הצדקה המכוננות בשפה המשפטית הישראלית "הקדשות ציבוריים". העיקרון המשפטי פשוט, במקרים רבים רוצה אדם להקים קרן קבועה ("הקדש ציבורי") אשר פירוטה ייגתנו למטרת הצדקה בה הוא חף. מטרה זאת יכולה להיות קשורה לדת, תרבות, ספורט, עזרה לעניים וחולים, מלגות לטוטונדים נזקקים, וכן הלאה וכן הלאה. לעיתים רוצה המקדיש כי בניין זה יהיה בית כנסת, מוזיאון וכו'. מובן מאליו כי למדינה צריך להיות אינטראקشن שקרנות אלו יפרדו וירבו ויזוקו. אחריו ככלות הכל הן חוסכות למדינת הרוחה תקציבים ותורמות לרוחות כלל התושבים. אחת הדרכים הקלות והיעילות לתמוך בקרנות היא מתן סכiba משפטית עיליה ותומכת לייצרתן ולניהולן.

לצדנו בישראל, לא רק שכמעט אין הסדרים כאלו, אלא המעת שישנו לccoli לחולtin. ונסביר. בישראל משום מה הוכנס עניין ההקדשות כפרק קצר בן שבעה סעיפים בחוק הנאמנות שככלו בן 44 סעיפים קצרים. זאת, אחרי ביטול שתי פקודות בריטיות שהיו עד אז בתוקף.²⁴ דוגמה לזלזול של המחוקק בעניין ניתן לראות את העובדה שעד היום (עשרים ושתים שנה אחרי חקיקת חוק הנאמנות) עדין לא תוקנו התקנות הדורשות לשם הפעלתו של חוק הנאמנות.

עיקר הבעייתיות מtabbatת בביטחון ופיקוח על השימוש בסכסי כל נאמנות ובעיקר על קרנות הצדקה. לענייננו, שתי בעיות עיקריות קיימות בהקדשות ציבוריים. הראשונה, היא ניצול לרעה של נכסים הנאמנות למטרות אישיות, והשנייה, היא אדיות וזלזול.

החשש הראשוני הוא כי גורמים המחפשים את טובותם האישית ישתלטו על ההקדשות ויחלקו למשל את הפירות המיעדים לצדקה לבני משפחתם. קל מאד לעשות כן וקשה לפكه על כך. הדברים ידועים ואין צורך להוסיף בכך.

הבעיה השנייה היא אדיות וניצול לא יעיל של נכסים ההקדש. ישם גופים רבים כבתי-חולים וישבות שבשותם נכסי נדלין כהקדשות אך הם אינם מנצלים זאת כיאות. מקדריש הדירה ביחס לשימור את הדירה כקרן ואת פירוטה לתת לאותו מוסד, אלא שהמוסד איןנו המתאים ביותר לניהול נכסים.

לא ניתן גם לשלם לנאמנים כדי שיוכלו להתפנות לניהול ההקדש. הכליל בחוק הנאמנות (סעיף 8) הוא, כי נאמין איןנו רשאי לקבל שכר אלא בנסיבות מיוחדות. כלל זה בעיתוי משומש להציגו בישראל טרוד בצרפת והتوزאה היא כי ענייני הנאמנות נעשים כבדך אגב לעת מצוא.

22 רמב"ם, מתנות.

23 ראו למשל ביקורתו של אבי כהן על המיסוי הכבד על מוסדות ללא כוונת רווח בישראל. לטענו, אחוז גבוה מסכום התרומה הווד למדינה "במים שונים ומושנים" (כלשונו) ראו א' כהן "גט המס: כמה מס משלמות עמותות?" במגזין השלישי 32 (התשס"א).²⁵

24 נציין שלדענתנו השינוי היה לרעת העניין מפני שהחוק החדש אינו מפורט כמעט, איןנו ברור, ולקיים יהישתי. הפקודה המקורית (חוקי א"י פרק י' עמ' 107) הכילה מעל 40 סעיפים מפורטים ואליה התווסף פקודת ענייני הצדקה (הנאמן הציבורי) שגדה בה היו 13 סעיפים ונספחיהם (חוקי א"י פרק ט' עמ' 121).

התופעה ידועה זה מכבר. בשנת 1996 הודיע משרד המשפטים לבית המשפט העליון כי הוא פותח "במבחן" לצורך שינוי החוק. עובדה זו אף נלקחה בחשבון בהחלטו של בית המשפט אז. אולם דבר לא השתנה עד היום.²⁵

בגלל העובדה קرنות צדקה והקדשות כה נפוצות בקהילות היהודיות, הרי שהתקלות שהזוכרנו הוכרו כבר מזמן במשפט העברי. פותחו שלל הלכות המתמודדות עם מצב זה. כך למשל, על פי ההלכות אלו ניתן לשלם לנאמן הן משכורת קבועה והן אחוזים מהנכסים. הכל בהתחשב בטובת ההקדש ולפיה שיקול דעת מוחלט של ביה"ד.²⁶ יתרה מזו, נקבע באפוטרופוס על נכסים יתומים (המקביל לאפוטרופוס הקדש) כי ניתן לו לנקוט בגדים מפוארים על חשבון ההקדש כדי שיוכל ליעזרו טוב יותר וכדי שדבריו יהיו נשמעים. נציג גם כי אין מדובר בחידוש מהותי של המשפט העברי, גם במשפט האמריקאי נקבע כי עקרוניות נאמן זכאי לקבל שכר ראוי עבור עבודתו.²⁷

גם בעיתת הניצול ידועה ובעתה תיקנו חכמים להשביע את האפוטרופוסים בשעת סיום האפוטרופסות כי לא נטלו דבר לידם. זאת מפני שהאפוטרופוסיםחשודים תמיד לעכוב בידם מהרכוש שבו טיפלו.²⁸ השבועה מוטלת גם על אפוטרופוסים בעלי "שם טוב". הנימוק לחדר על פי הגמרא²⁹ הוא "משום דמרו בה התירא", דהיינו, האפוטרופוסים טורחים בשליחותם ומוצאים בכך צידוק להשתמש בנכסים לטובתם. מסיבות אלו גם הוכרע לטובת פיקוח מהודך על פעילותם וביניהן סמכות לבית דין לסלק אפוטרופוסים על פי שיקול דעתם המוחלט.

לא נכנס למכלול ההלכות הרבות והמפוזרות הקיימות בסוגיה זו. עובדה היא כי הלו עומדות וחיות בעוד ההסדר הקיים במדינת ישראל הינו גרווע ובעיתין. הניצול לרעה מהר גיסא, והאדישות והזול מאידך גיסא, חוגגים ומתהווים. התוצאה היא שכיוום בישראל אין פיקוח מעשי כלל על ההקדשות והתוצאות עגומות. לפי אחד החישובים (השמרנים), סכום של כמאה אלף דולר ליום אובד עקב חוסר פיקוח זה.³⁰

4. עיקנון הכרוך במשפט הפלילי

הדוגמה הבאה מראה את הבדלי הגישות בנקודת תיאורטית יחסית. המשפט הפלילי מכיר לפעמים במקרים שבהם חייב אדם לעבור על החוק עקב איומים. כך למשל קובל סעיף הכרוך בחולק המקדמי של חוק-העונשין כי:

25 רע"א 46/94 איליה זקס אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, דיניםعلاין, מד, 14, בדבריו של כב' המשנה השופט לויין.

26 דאו לעניין זה הרاسل"ץ מ' עוזיאל שערי עוזיאל (תשנ"א, חלק א') קכת' (להלן "שערי עוזיאל").

27 ראו כרמ, לעיל, העדרה 4, 245-246 הדן בדיעות השונות בדבר תשלום שכר לנאמנים.

28 דאו שערי עוזיאל, רכ' לפירוט הלכות שבועה זו. שבאותות, מה. ב.

29 הרקע לחישוב פשוט. מקובל שהשעקה סבירה וסולידית תניב חמישה אחוזו ריבית לשנה. אין חולק שהערך הכספי של הקדשות בישראל הוא מיליארי דולרים ואין לחשב את הקדשות הללו יהודים שסכומם מי ימנה. רק הסכומים הכספיים המופקדים בبنקים של הקדשות הרשומים כוללים סך של מעל שני מיליון שקלים. מכיוון שאחוז בוהה מהקדשות איננו מנצלויות, והتوزואה ברורה. שוב, חישוב זה הוא מנימלי ממש שאיש איננו יודע את המספרים האמתיים.

"לא יש אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך أيام שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחיו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב לכך".³¹

ישם לב שטיף ומהריב את הגנת הכרוח על כל מעשה כולל עבירה של רצח. דהיינו, לכוארה לא יעמוד אדם לדין בעבירה של רצח במידה והרצח בוצע תוך יומיום מוחשי עד כדי שהיא אונס לעשותו. הלכה זו היא שינוי מהותי מהמצב הקודם. על פי הדין האנגליקי הקודם, הגנת הכרוח לא הייתה תקפה במקרים בהם בוצעו עבירות שהעונש עליהם מוות.

הלכה זו היא גם בגין גמור ומוחלט למשפט הפלילי העברי שאיננו מותיר לרצח אפלו במקרה של יומיום על החיים. ידוע ומפורסם הסיג ההלכתית הקובע כי פיקוח נפש דוחה הכל מלבד שלושה דברים: עבודה זהה, שפיקות דמים וגילוי ערים.

במילים פשוטות יותר, על פי החוק הישראלי ביום, במידה ומארום אדם לרצח איש אחר תוך כדי יומיום מוחשי על חייו, פטור הוא אם אכן נכנע לאיום רצח את אותו אחר. דומה שדברים יתאפשרו לקבל עמדה זו ואין טעם להאריך בכך.

5. חיקת חוקי היסוד החדשניים בישראל

לאחרונה חוקנו בישראל מס' חוקי יסוד של'צערנו לא זכו לביקורת מספקת. כך למשל חוק "כבוד האדם וחירותו" יכול לדעתנו להרוויח רשות אם אכן היו מחבריו מתייחסים יותר למשפט העברי.

מעניין גם שרוב אלו המתלוננים על הרחבת הפעדר החברתי בישראל לא הזכירו את חוקי היסוד החדשניים בין הגורמים להתרחבות הפעדר. לדעתנו, הקשר הוא ברו. מערכת משפטית המבוססת על זכויות בלבד, המדגישה את החירות האישית והKENNIN הפרטית, והמתעלמת בבירור מאהוריות הדידית, אינה בדיקת מעודדת שווון. ישנה אי-נוחות רבה מכך שהחוק איןנו "מטיל חובות" על הציבור ומדגיש בעיקר את זכויותיהם, זכויות שקיימות בפועל רק לאלו היכולים לדרש אותן.

חוק זה שיש הרואים בו היישן לישראל מכונה בפי אחד מהוגי הדעות היהודיים החשובים בדורנו אליו שבירד "חוק האנוכיות המקודשת". על פי שבידי:

"למעשה לפניו חוק שנתנש על פי דגם המקובל בדמוקרטיה הליברלית אמריקנית, שהש肯定 העולם שהוא מיישם היא שאיפת הצלחה ואושר אינדיבידואליסטים ותחרותיים... חברה כזו צוותה מחזקת את החזקים ומפרקיה למעשה את החלים. היא מעניקה להם זכויות פורמליות ואינה דוגנת שיווכלו למשנן. היא מכבדת כביכול את אנושותם בעיני החוק אבל אינה מכבדת אותם בעיני הבריות. הרי ידוע עניין חשוב כמת...".

"מכל מקום ברו, כי מושג "כבוד האדם" המוגדר לפי החוק, המזמן דוקא שאלות אלה, אינו מזדהה לא עם חובה מוסרית קודמת ולא עם אחירות קודמת כלפי הבריות, אלא עם האנוכיות המקודשת של החזקים שכוחם איתם למש את זכויותיהם".³²

31 סעיף 34 יב. לחוק העונשין התשל"ז - 1977.

32 ראו א' שבידי "חוק האנוכיות המקודשת" מימד (1995) 12-15. בזרה יותר בוטה כונה החוק "מפלצת כבוד האדם" ראו דבריו של בן-דרור ימני "האמת היא שבמקרים כבוד האדם צריך לומר אמריקניזציה". אולי זאת תחילה היה ברור איך תחוליך מסוכן, שכבודו היסדים עווורים מטהפת, מתחולל לנו מול העיניים... ואת המודל האמריקני הזה, שרבוב מכל צד אפשרי, הופכים אגלו לחתה חדשה. יש הטעמים שוטים, תמיימים וביעיר עורות, והם כבר הכתירו להם כהן גדול" ב' ימני, מעריב 18.5.1995

שבידי מצעי לבן ניתוח אחר של מושגי החרות המבוסס על מקורות יהודים והלכתיים שלדעתו צודק הרבה יותר ומתאים הרבה יותר למציאות הישראלית. לא נכון לניתוחו של שבידי את מושגי הצדקה והחרות, אולם העובדה היא שאין לנו לטעותו וסביר להניח שרבם יסכיםנו אותו. מענין להזכיר כי ביקורת דומה על כך נמתה עלי ידי קבוצות חברותיות חילוניות לחלווטין המוחאות על כך שאינו בחקיקה ובפסיקה הישראלית כל התיחסות לזכויות חברותיות.³³

ד. הסיבות ליתרונותיו של המשפט העברי

עד פה הצגנו מספר דוגמאות לתופעה שלדענתנו צופה בלתי משוחד יכול להבחן בה بكلות. אולם השאלה המענית יותר היא מהם יתרונותיו של המשפט העברי שהפכו את הסדריו (או לפחות חלק מהם) לטוביים יותר.

לעתנו, יתרון זה נובע משלוש סיבות מסוימות:

- ראשית, כמותה המאמץ שהושקע בו,
- שנייה, תחילהCHKיקתו והתקבלותו דרש בחינותו ובדיקתו על פני זמנים ומקומות שונים,
- שלישיית, בהתאם לאנשים אותם הוא בא לשרת, ונפרט.

1. משפט דמוקרטי מבוסס על רבים לעומת לועמת משפט מבוסס על יחידים

התפתחותו של כל תחום עיוני תלוי בעיקר בכמות ואיכות המאמץ האינטלקטואלי שהושקע בו. במדד זה, מספר האנשים העזום וכוח החשיבה שהושקע במשפט העברי עולה לאין שיעור על אלה שהושקעו במשפט הישראלי. מספר האנשים העוסקים תיאורטיות בדיוני הקניין בישראל אינו עולה על עשרה בכל רגע נתון. גם אם ניקח את כל השאלות המתעוררות בתבי המשפט בישראל, הרי מספרן ונגיה. מספר העוסקים במשפט העברי גדול מכך בקנה מידה של عشرות אלפיים. אפילו אם נניח שניתן להתעלם מתשעים ותשעה אחוזים של העוסקים בו, עדין מושקע מאמץ אינטלקטואלי רב הרבה יותר, הן בכמות והן באיכות.

צריך לזכור את הлик החקיקה במדינת ישראל. ישנו חוקים לא מעטים שלא מיתטו של דבר חוקקו ונוהזו על ידי אנשים מסוימים מאוד. חוק ההטרדה המינית נוהז בפועל על ידי המלומדת אוירית קמיר, החלק המקדרמי של חוק העונשין כולל נוהז בעיקר על ידי המלומדים קרמניצ'ר ופלר, חוק החברות הישראלי נוהז על ידי פרופ' פרוקצ'ה ועוד כהנה. לעיתים, טעויות תרגום מטופשות גדרו לצירת עבירות וסעיפים חוק יש מאין.³⁴ בכך הוא שניותים ראשוןים אלו עברו עיבוד וביקורת מסוימים אולם במהותם חוקים ורבים הם פרוי עבודות של יחידים. אין להתפלא על כך שפעמים רכובות נמתחה ביקורת על דברי החקיקה בטענה שנפלו בהם טעויות תמהות ויש בהם

³³ דאו למשפט נוף (2001) 1. מענין שככל הכותבים בחוברת זו לא התיחסו לקונפליקט המבני שבין זכויות היסוד המופיעות בחוק כבוד האדם וחירותו, לבין הזכויות החברתיות. אידונית היא גם העובדה שהחוברת מדברת בלהט כלפי פערים כלכליים, אולם הפירושות שבהן למוכנות ודיות Yokraה בסכום עתק שיד אדם מן היישוב אינה מסגת.

³⁴ דאו למשפט את הסברו של וייסמן המראה כיצד הוסף אישור בפקודת זכויות יוצרים בגלגול תרגום קלוקל אנגלית לעברית. י' וייסמן "מענין לעניין בזכויות יוצרים" פרקליט מה (תשס"א) 229-242.

חוסר והתעלמות מנוקדות חשובות. בסביבה עבודה שכזו, החוק תלוי, קם ונופל, בעיקר על דעתיהם ומחשבותיהם של יהודים. אין חולק שיחדים/ות אינס/ן מושלים/ות.

2. עמידה ב מבחני הזמן והמקום

תכוונה נוספת הקשורה במידה מה לראשונה היא העובדה שעקרונות המשפט העברי נחלצו בשלום מההילך ההיסטורי היהודי. הם נסעו על פני מס' שנים רב מאוד (שנמדד באלפים), בחברות שונות, באזוריים גיאוגרפיים נפרדים, ובתנאים פוליטיים נבדלים. היסטוריה משפטית זו גרמה להתקפות אבולוציונית של השיטה וקריסת העקרונות שלא הוכיחו את עצםם. הכללים ששרדו הם אלו שעברו את מבחני הזמן, המקום, והנסיבות, ולאחר מכן שהותאמו כיאות. אין פלא שאלה יהיו יעילים וצדוקים יותר.

לא ידועה לנו כל דוגמה למערכת משפטית אחרת שומרה על חיותה תקופה כה ארוכה. לא רק שהמתודת פועלת אלא שעד היום יכולים אנו להסתמך על קביעות, אמרות, הלוות וככלים שימושיים לראשונה במשך שנים וכתלמוד ומשכפים מצב משפטי קדום יותר. ידועה טענתו המפורשת של אוליבר הולמס, השופט האמריקאי הידוע (HOLMES), על פייה המשפט מבוסס וצריך להיות מבוסס על הניסיון ולא על ההיגיון. כללי ההיגיון נוטים להשתנות מהר למדי, בעוד שהניסיון פעמים רבות משקף את היציב והאפשר.

ניקח לדוגמה את ההלכה המפורשת לגבי "פיקוח נפש". הכלל הוא שפיקוח נפש דוחה את כל המצוות חז' משלוש אלה שהוזכרו (עבודה זרה, שפיכות דמים, וגילוי עריות).³⁵ תפיסה זו לא התגבשה ביום אחד. יוספוס פלביוס מספר על תלמי בן לייאוס שכבס את ירושלים בשבת ממשום שהיהודים כנראה לא נלחמו ביום זה.³⁶ המכבים היו הראשונים שהתרו לעצם להלחם אחרי שבכובזה אחת מהם נתבחה בשבת לאחר שסירבה להלחם.³⁷ שאלת זו זכתה לפיתוח נרחב בהלכה ממשום שהיאיתה רלוונטייה באותה תקופה. כך נפסק בין השאר כי: "נכרים שרצו על עיריות ישראל אין יוצאים עליהם בכלי ויין ואין מhalbין עליהם את השבת בימה דבריהם אמרוים כשהוא על עסקי ממון אבל באו על עסקי נששות יוצאים עליהם בכלי ויין ומhalbין עליהם את השבת ובעיר הסמוכה לספר אפילו לא באו על עסקי נששות אלא על עסקי תנין וקש יוצאים עליהם בכלי ויין ומhalbין עליהם את השבת".³⁸ אפילו בתחילת היישוב בארץ התלבטו בה הלהקה למעשה. כך למשל, בראשית היישוב התנפלו באחת השבות שודדים על כפר-סבא (שאדמותיה היו שייכות אז לאנשי פתח-תקווה). אנשי פתח-תקווה שמעו על כך בהיותם בבית הכנסת ופנו לרוב בשאלת. הלה פסק, כי מדובר באיזור ספר שנייתן לחיל עלייו את השבת גם לענייני קש ותבן, ואו עלו הללו על סופיהם, ובראשם אברהם שפירה השומר האגדית, ויצאו לכפר סבא כדי להלחם בשודדים.³⁹

כל השאלות ההיסטוריות, מעניינות כפי שתהיינה, רק מדגישות את העובדה שעד שהגיעה הלהקה לקביעה סופית זו עברה לבטים ושינויים לא מעטים. לא בקהל הייתה(ms) המסקנה הסופית

35 לדיוון מפורסם ראו הערך "יירוג ולא יubar" אנציקלופדיה תלמודית, כב, נג-קיא.

36 קדמוניות היהודים ספר שנים עשר פרק א' (ירושלים 1963).

37 ספר חמונאים א, ב, לט-מא (ת"א 1958).

38 עירובין, מה, א. ראו גם רמב"ם, שבת, ב, כג.

39 מhalbושט עד פתח - תקווה: זכרונות הרב משה אויערבך וצל' (נ' ר' אויערבך עורך, תשמ"ז) 128.

כי ישנים דברים שצורך למסור עליהם את הנפש בכל מחיר. קביעת אותן עקרונות הייתה ארכאה ומפותלת. כך למשל, סבר רבינו יeshme'ul, כי על עבודה זהה אין צורך למסור את הנפש כלל. ובלשונו: "אמר רבינו יeshme'ul מניין שם אמרו לו לאדם עובוד כוכבים ואל תחרג מניין שיעבוד ואיל הרג תלמוד לומר והי בהם ולא שימות בהם".⁴⁰

אבל מענין כי לא הייתה מחלוקת על כך שפיקוח נפש איננו דוחה שפיקות דמים, הדיננו, אין כל אפשרות להציג עצמן על ידי חמי חברך. בענין זה הייתה הנחת המוצא כי מדובר ב"סבירא". קרוי, לא ציווי משימים אלא היגיון ברור שאין מה לתהות אחריו. לדברי האמורא רבא: "מאי חזית דרמא דידך סומק טפי, דלמא דחברך סומק טפי" (מה ראית לומר שדמך אדום יותר, שהוא דם חברך אדום יותר?).⁴¹

לעומת דרך חקיקה רצינית זו, צורמת לעיתים הקביעה המהירה והפסקנית של המחוקק בישראל. כך למשל, בענין הגנת הכרוח ניתן נימוק מזור על ידי י"ר ועדת חוק ומשפט دائم, לטענותו, עניותתו של העבריין במקרים כאלו איננה רלוונטיות ממש שהעושה זאת איננו מגלם גישה אנטי-חברתית ואנטי-סוציאלית והחוק איננו מכשיר להכרעה בדיילה מוסרית.⁴² אשר על כן, ביום המשפט הישראלי אין כל חובה למסור את הנפש במקורה של איוםים ממשיים, ואפילו מותר להרוג אדם حق מפשע עקב איוםים ממשיים על פיהם תומת אתה אם לא תמית את החף מפשע.

טענה זו איננה עומדת רק בא-התאמת להלכה ולהיגיון. היא עומדת גם בנגדו לגישות סוציאולוגיות רבות המקובלות ביום בעולם המערבי על תפకיהם של החוק הפלילי והענישה. בכלל, פעמים רבות במהלך ההיסטוריה האנושית מסרו אנשים את נפשם וסירבו לפעול בנגדו כדי לעקרונותיהם. דוקא מההיסטוריה היהודית ניתן להביא אינספור דוגמאות לכך. נדגש שוב כי הגישה ההלכתית לשוגיה זו לא התגבשה בmaharot והיו דיעות שונות וחילוקות לגביה. בדרך ארוכה זו ישנו יתרון ממשום שהוא ניתן לבדוק החלטת ההלכה והתאמתה לפני התקבלותה.

תמונה בענינו עמדתו זו של י"ר ועדת החוק ומשפט دائم (ומאו התחלפו כבר כמה וכמה ראשי ועדות), אין זה הבהיר הנאות של קבלת החלטות מעין אלו. לנו לפחות נדמה שגם יש צורך לבחור שריםות בין דעה שהtagבשה בזמן רב תוך דיוון ושיח, לבין דעה אחרת, מדורית ככל שתהייה, אולי כדי לאמץ את הגישה שעמדה במחנן הזמן. לכל הפחות, היינו מבקשים צידוק טוב הרבה יותר לסת�性ה ממנה.

40 סנהדרין, עד, א.

41 פסחים, כה, ב.

42 דברי חח'יך צוקר, ובלשונו: "אנחנו איננו מכדרעים בדיילה המוסרית הזאת. אנחנו רק עוסקים בשאלת האחריות הפלילית. והעמדה שלנו היא שענישתו של אדם בנסיבות כזו היא נטולת טעם, שכן אין החוק הפלילי טוב Tabiat. עושה מעשה עבירה בתנאים כאלה, איננו טיפול של עבריין. הרי אין מדובר במישוש שהוא Tabiat גיבורים. או חלק מתרבותו, או מאישיותו להרוג אדם אחד כדי להציג אדם אחר. והמעשה הזה, מכיוון עבריין ושרה מנהג, או קיל עבירות, או מאי שיתו לאוירה עבריינית, הרי שהמעשה שלו איננו שכח, מכיוון שהוא מדורב באדם שאינו משיתיך לקהילה או לתרבות או לאוירה עבריינית, הרי שהמעשה שלו איננו מגלם גישה אנטי-חברתית, אנטי-סוציאלית שמאפיגינת כל כך עבריינים. וכך מצעיך החוק, מן הטעם הזה מצעיך החוק, לפטור הרוג אדם אחד כדי להציג חי אדם אחר, לפטור אותו מן האחריות. (ישיבות הכנסת השלוש-ערדה, המושב השלישי, ישיבה המתאימים ואדרביים ושב של הכנסת השלוש עשרה [יום שני, י"ז באב התשנ"ד 25.07.1994]. דין בחוק העונשין תיקון מס' 39).

3. התאמת כלל המשפט לחברה עליה הם מוחלים

שני היתרונות אותם הצנו יהודים אומנם למשפט העברי אך ניתן לモוצם, לפחות חלקית, בשיטות משפט אחרות. למשל, במשפט האנגלאי, שפועל זמן קצר יחסית למשפט העברי אך בכל

ואת מדובר במשפט מודרני, חי וקיים, שפועל ופועל ומסדר את חייהם של אנשים רבים.

אולם היתרון השלישי של המשפט העברי נועד בחברה עליה הוא חל. אין חולק, שישיטה משפטית ייעלה יותר מביאה בחשבון את סוג החברה עליה היא מופעלת. לא דינו של חוק הנוגע לזכויות האזרח בסינגפור כדי בארא"ב או בישראל. אי הקפדה על כלל מוסכם זה יכול לגרום להתקית חוקים שאינם מתאימים לציבור וرك יגרמו נזקים. היהות שהמשפט העברי הופעל אך ורק

על היהודים, נראה שהוא מתאים יותר לאופי החברה היהודית והישראלית.⁴³

ניקח לדוגמה את חוקי הערכות אותו צינו. הכלל בישראל תמיד היה כי חברות הינה ערך, וכי יכול לעוזר לחברו אפילו על ידי ערכות בלבד, ראו שיעשה זאת. או בלשון הכתוב: "כל ישראל ערבים זה זהה". אלא שככל זה לא ראה בערכות מכשיד ליעילות כלכלית ותבע מן הנערך לעשות כל שביכולתו שלא לסבר את הערב. יתכן שבמקומות אחרים, כגון אנגליה, שם אין סולדריות חברתית כה גבוהה, נפתחה הערכות ככליל גרידא. במקרים אלו היה אולי הגיון בחוקי

ערבות גורפים כפי שהיה החוק הישראלי בטרם שוניה. אולם אין הם מתאימים לישראל.

האבסורד בקיליטה של דיןיהם חיצוניים מודגם בעניין ההקדשות אותו צינו. בארץ הוסדו ההקדשות משום מה במסגרת חוק הנאמנות האנגלי. חוק זה יסודו במשטר הפיאודלי של אנגליה, של ימי הביניים וקשרו להגנה של המעם הרלוונטי על מי מחבריו שהיה זוקק לכך. אין פלא בכך, שהמיןוי נתפס כמיןוי של "כבוד" ללא כל שכר לנאמן. עיקרונו זה מתאים לחברה מעמדית אングלו-סаксונית בתוכה קבוצה חסרת דאגות כלכליות שלא טרחה לעובד. הללו יכולו להקדיש את זמנו בין השאר לנאמניות צדקה. אולם מושך זה העבר לישראל כמשמעותו של הלווטין לישראל. נציג שוב, כי בארא"ב למשל שב החברה יותר שיויונית הכלל הוא כמו בהלכה שנאמן בעיקרונו וכייא לשכר. התוצאה של החוק הייתה שקשה למצוא נאמנים שיבצעו את תפקידם ובסתוף

של דבר יצאו ההקדשות קרחחים מכאן ומכאן.

וז גם הסיבה שהלכה הוחלת, כי הציבור אחראי בסופה של דבר על כל הנעשה להקדשות דרך פיקוח בת-הדין. המציגות הוכיחה שלא ניתן להשאיר זאת בידי הנאמנים (המכונים "אפוטרופוסים" בהלכה). אפילו אם מקבלים הם שכח, ואפילו אם נאמנים הם ובعلي שם-טוב, יש צורך בפיקוח מתמיד ואינטנסיבי. מיוחד במקרה לאו מעמד חופשי מבעיות כלכליות שיכולים להתעורר בכך.

אלא שלצינו קלטו את חוקי הנאמנות על ברוינן משפט זר בעל נסיבות שונות, ואין פלא בכך שמצב ההקדשות הוא בכ"ד רע (בלשון המעתה).⁴⁴

43 נציג כי אין לנו טענים כאן שהמשפט העברי מייצג את רוח האומה. טענה זו מקורה בגרמניהה של ראשית המאה ה-19, על פיה מערכת המשפט משקפת את "רוח העם". לפי שיטה רומנטית זו, אין עם אחד יכול להשתמש ולקלב על עצמו את משפטו של עם אחר. ראו לעניין טענה זו:

J.M.Kelly A Short History of Western Legal Theory (Oxford, 1992) 320-323

טענתנו רוחה מלהיות כה גורפת. כל שנו טענים הוא שכדי לחוק משפט מתאים יותר, מן הרואי לבדוק את הנسبות והתנאים המוקומיים, דבר שקשה לעשותו על ידי אימוץ של כללי משפט אחרים.

44 לסקירה וביקורת כלילים על נושא ההקדשות בישראל דאו: א' טננבוים, 'קפלן' י'הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצווי' שער משפט א (תשנ"ז) 67-89.

ה. הסדרים בעייתיים במשפט העברי שקשה לקבלם

דוגמאות אלו שהראינו לעיל לא צרכות להשכיח מעתנו כי ישנם גופי הלוות במשפט העברי שברום פנים ואופן אינם יכולים להתmesh כו. לדוגמה בלבד נתבונן על היחס להומו-סקואלים.

יחס היהדות להומו-סקואלים איננו חיובי. המעניין בכתביהם יכול לראות שהיהודים איננה שכנות יחד עם ההומו-סקואליות (הכוונה היא כמעט תמיד ליחסים בין גברים). ביגוד ליחס הסובני ולעיטים אף המעודד של תרבות יון ורומא, הרי היהדות היא חד משמעית נגד, בין אם נמצא הדבר חן בעינינו, ובין אם לאו.

התופעה לגופה הייתה ידועה כבר בימי קדם ונთפהה כמנגנון הגויים. התנהגות כזו נתפסת כהתנהגות של אותם עמים שהמקרא טוען כי יישמדו בגלל חטאיהם כולל חטא זה. על הפסוק "בוחוקותיהם לא תלכו" אומר המדרש "ובוחוקותיהם לא תלכו [...] ומה היו עושים האיש נושא לאיש והאשה לאשה האיש נושא אשה ובטה והאשה נישאת לשניהם לך אמר ובוחוקותיהם לא תלכו,"⁴⁵ למדך שכבר או צזו שאלות הקשורות לנישואים של בניו אותו מין.

במקרא מופיעו הומו-סקואליות (בין גברים) כחטא שהעונש עליו הוא עונש מוות. גם ביום ההנחה הברורה היא יהדות והומו-סקואליות אינן שכנות ב כפייה אחת.⁴⁶ אין שום פוסק הלכתי שלא הפגיןיחס שלילי ומוחלט כלפי התופעה. יתרון שהמצב השתנה בעtid, אולם לפחות ביום

זהו המצב החד-משמעותי.

ישנן גם הלוות בעייתיות אחרות הקשורות לשאינו יהודי, ועוד.⁴⁸ ההסבירים לכך רבים ומגוונים ואין זה המקום לדון בהם. אולם בפועל, לא ניתן להתחשש לכך. דומה שהיהיה קשה ולא נכון לאמץ אותן הלוות שונות ורלוונטיות החל מידי ה הסגרה ועד לדיני המקרעין, אין אנו מתעלמים מכך אולם טענתנו היא, שביעיות אלו הן בתחוםים שלוליים יחסית, ולגביהם אין חולק שאין מקום ליישם.

45 ספרא, אחריו מות, ח.

46 ראו ב' ס' לרמן "הומו-סקואליות ויהודوت - האם הם בעליים בקנה אחד?" *פצצות ישראל* כרך 176-162; H.J. Matt "Sin, Crime, Sickness or Alternative Life Style? A Jewish approach to Homosexuality Judaism" 27 qua. L.J.(1978) 13-24

47 אכן אין פלא שבכל המאמרים המשפטיים המנתחים את הסוגיה המשפטית בדבר זכויותיהם של הומו-סקואלים בישראל ישנה התעלמות מוחלטת מהיסוד היהודי. ראו למשל מאמריהם של אלון הראל, יובל מרין, וחנן גולדשטיידט המתיחסים להיבטים שונים אך לא כל קשור להלכה המשפטית, 12, (2001).

48 כך לדוגמה הוא היהס למORITY קרע לגויים בארץ ישראל. מכירה זו אסורה להלוטין בדורי הרב"ם: "אין מוכרים להם בתים ושדות בארץ ישראל ובסוריה מוכרים להם בתים אבל לא שדות ומשכירים להם בתים בארץ ישראל ובכלל שא יעשו שכונה ואין שכונה פחות משלשה ואין משכירים להם שדות". (רמב"ם, עבדות כוכבים, ג, ג)

והוא מוסף מספר הלכות מאוחר יותר: "אין כל הדברים האלה אמורים אלא בזמן שגלו ישראל לבין העובי וכוכבים או שיד עכו"ם תקיפה על ישראל אבל בזמן שיד ישראל תקיפה עליהם אסור לנו להניח עובי וכוכבים בנינו ואפיקו יושב ישיבת עדרא או עובר למקום למקום בסחרורה לא יעבור בארכנו אלא עד שיקבל עליו שבע מצות שנצטו בני נח שנאמר לא ישבו בארכן אפילו לפי שעיה ואם קיבל עליו שבע מצות هي זה תושב ואין מקובלין גור תושב אלא בזמן שהיobil נוגה אבל שלא בזמן היובל אין מקובלין אלא גור צדק בלבד". (רמב"ם, עבדות כוכבים, י, י)

ו. על "המיתוסים" שבעטויים לא נעשה בישודל שימוש במשפט העברי

הדוגמאות שהבאו בעיקרן הן מתחום החקיקה, שכן זהו התחום הרלוונטי. לאחר שנחקק חוק כלשהו, קשה לפרשיו ודוקא בתחום המשפט העברי. יתרה מכך, דוגמאות אלו שהובאו מייצגות רק מבחר קטן מתוך פתרונות רבים של המשפט העברי, שלפחות על פניהם נטען כי עדיפים הם מהמצב הקיימים. פתרונות שעסוקו בתקנת השוק, דיני עבודה ומעביד, זכויות יוצרים, אונס אשה על ידי בעלה ועוד.⁴⁹ בכלל מקרה, הדברים שהוצעו למעלה נראים הגיוניים למדי.

השאלה لكن איננה האם יש צורך לעשות שימוש במשפט העברי, אלא מדוע לא נעשה בו שימוש מהותי יותר בישראל?

הסביר היסטורי מאלף ניתן על ידי המלמד חרים.⁵⁰ לדעת חריס, עם הקמת המדינה הייתה אפשרות סבירה לשילוב המשפט העברי ולדאיתו כמקור עיקרי של המשפט הישראלי האמור לקום. אולם בכך העיתים ונסיבות טכניות גרידא לא התאפשרה תוכנית זו. פקודת סדרי החוק והמשפט שהקנתה רציפות למשפט שורר קודם לכן חוקקה באופן זמני בלבד.⁵¹ הסיבה לה היה העובדה הפשטתית, שהגופים שהיו אמורים להציג הצעה משמעותית לשילוב המשפט העברי פשוט לא הספיקו את מלאכתם. המוצר על ירושלים, המצב הביטחוני, כל אלו לא נתנו לתוכנית השילוב לצאת מהכוון אל הפועל.

אלא שהסדר הזמני הפך להיות הסדר של קבע, ואפילו ביטול המשפט האנגלי כמקור נמשך למשך שלוש שנים עד שחוקק חוק יסודות המשפט. היכולת לשילובו ביום רוחק הרבה יותר מב עבר. עם זאת מזול, השיטה המשפטית הישראלית הייתה נראית שונה לחלוتين, אולם למשפט העברי חסר מזול זה.

מעבר לאקריאות ההיסטוריות, נוצרה בעיה חדשה. בניתוחים קם דור חדש של משפטנים שלא ידע את המשפט העברי, לא בפשט ואפילו לא ברמו. מבלילו לקבוע מסמורות נדמה לנו שחוסר השימוש מקורו בעיקר בא-הבנה וחוסר ידיעה. מסיבות שאין אלא להציג עלייהן רוב מלומדי המשפט הישראלי כיום נקיים מכל ידיעה ממשית במשפט העברי. מילא בורות זו יחד עם ניכור אידיאולוגי אינם מאפשרים שימוש בו, ואפילו בדיקתו. אשר על כן, אלו בדרך כלל מתנגדים לו

49 דוגמה מעניינת לכך ניתן לראות בתקנת השוק. תקנה זו עוסקת בתחרות בין בעליו המקורי של נכס לבין צד שלישי שרכש את הנכס בתום לב, ובמילי לדעת כי בכספי הוא פוגע בזכותו הكنיניות של הבעלים המקוריים בדרך כלל מדובר בגיבנה של אחריה מכיר הגיבן את הנכס לצד ג' והלה רכש אותו בתום לב. היה שני הצדדים "צדדים" ואין בהתנגדות אשמה, קשה לקבע מי "צדוק" יותר. האם הצדκ הוא עם הבעלים המקורי טמןנו נגב הנכס המבקש את רכשו זהה? או שהוא הקונה הטעמי שרכש את הנכס בתום לב במיטב כספו ומנקש להמשיך להחזיק בו? היה שיקול הצדκ איןנו יש צורך להפוך שיקולים ולציגו קרטירוניים ככלים להחלטה. הסדר שזכה, מכונה "תקנת השוק", יתבסס על המדיניות המשפטית המתאימה ויאוזן בין שיקולים שונים. אין זה מקום להיכנס לפרטים אולם אפילו בשאלת טכנית זו נטען על ידי מספר מלומדים כי ההסדר הכלכלי עדיף על החוק הישראלי הקיים. רואו בעניין זה א' שטרוֹמן "השבת הגזילה ותקנת השוק" הפרקlett ל"ב (תש"ט) 8; א' שטרוֹמן "תקנת השוק" הפרקlett ל"ד (תשמ"א) 353. כן רואו לביקורת מעודנת יותר "

"ציגנלאוב" תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין"מ משפטיים לא"א (תשס"א).

50 ר' חריס "הזהדנויות ההיסטוריות והחמצות בהיסח דעת: על שלילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה". בתוך "שני עברי הגשר - דת ומדינה בראשית דרכיה של ישראל" (מ' בר-און, צ' צמרת-עורכיים, תש"יב) 55-21.

51 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948, ע"ד תום 2.

ואף מנקקים זאת בטענות שונות, שחלקן אינן אלא מיתוסים בלבד. את טענותיה השונות ניתן לתרמצת במספר טענות עיקריות והן:

- א. המשפט העברי הוא משפט דתי שאין כל אפשרות להיעזר בו במשפט חילוני מודרני.
 - ב. גם ללא הנקודה הדתית, מדובר במשפט מיושן המוחזק בעקרונות ארכאים שאינם מתאימים לחשיבותנו כיום.
 - ג. גם ללא שתי בעיות אלו של משפט דתי ומיוישן, הרי בזכות העיתים ובשל חוסר האוטונומיה היהודית לא התפתח המשפט העברי בתחוםים חדשים כה רבים עד שלא ניתן לעשות בו שימוש מעשי.
 - ד. בפועל, אלה העוסקים בו ביום הנם צרי אופקים ובבעל חינוך שאינו מאפשר להם לישם את עקרונותינו למערכת משפטית אפרשית.
 - ה. בכל מקרה, המשפט העברי אינו נגיש לדוב רובם של המשפטנים הישראלים, כך שאין טעם להתייחס אליו.
- נדון בערך בקצרה בטענות-מיתוסים אלו.⁵²

1. טענה ראשונה: המשפט העברי הוא משפט דתי בסיסו, אינו מתאים, ואין אפשרות להיעזר בו במשפט חילוני מודרני.

טענה זו, המועלית פערם רבות, אינה דלונית כמעט לחלוטין שקשר לאותם צדדים בהלכה המכוננים "משפט עברי". אין להכחיש כי מספר אספектים של המשפט העברי אינם מתאימים לימיינו, אך אין לכך קשר להיותו משפט דתי דווקא. גם אם נזהה מנקודות הנהה שמדובר במשפט דתי הרואה בנורמה הבסיסית להזקתו את רצון האל, אין זה משנה דבר. בפועל, הנורמה הבסיסית נחתמה לפני מעלה מ-3000 שנה. מאז ועד היום, ולכל הפחות ב-2500 שנה האחרונות, פותח המשפט העברי על פי כללי הלכה ברורים, חיצוניים, ולא כל שמן של התרבות מגבו. במקרים מסוימים יותר ניתן לנו, כי העובדה שהמשפט העברי הוא דתי, אין לה בדרך כלל דבר מעשיות אחרות שבין אדם לאחר.

2. טענה שנייה: מדובר במשפט מיושן המוחזק בעקרונות ארכאים שאינם מתאים לחשיבותנו המודרנית כיום.

ביקורת זו מבוססת על גישה היסטורית למשפט, הרוחקה להיות מדעית. הטענה המרכזית הינה כי הלוכות המשפט העברי הינן מיוישנות ואף בלי קשר למקורן הדתי מבוססות על השקפת עולם שאינה מתאימה לחברת המודרנית. ביטוי בוטה לגישה זו נתן השופט זוסמן בפסק הדין בעניין אפניג'ר העוסק בהגנה עצמית באומרו:

⁵² ביקורות אלו אינן מושמעות ייחדיו ובדרך כלל גם נאמרות בזהירות. אולם את תמצית הביקורות כנגד השימוש במספט העברי ניתן לслов בצהורה זו. מכיון שלם של ביקורות שנאמרו בזמינים שונים ועל ידי אנשים שונים ניתן לפחות בדברי הכנסת. דאו ריכזו של דיעות שונות אצל נ' רקובר המשפט העברי בחקיקת הכנסת (תש"ט), פרק א) 155-3.

"אני מזע גם להטיל ספק בכך אם החלטת המשפט העברי הפלילי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה, האם יאה רוב מנינו ורוב בניינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית,"

על פי החלטת המשפט העברי,asha נואפת בסקילה, ואם הייתה בת חן בשריפה?"⁵³

יש להתפלל על טענתו של זוסמן לגבי המשפט העברי המבוססת על חוסר ידיעה. עונש המוות יחד איתו עונש המלכות בוטלו למעשה למעשה בהלכה שנים רבות לפני שבוטלו בשיטות המשפט המודרניות. הנימוק הפורמלי הוא כי אין דנים דין נששות ומלכות בבית דין שאין של "סמכין" בית דין שדייניו הוסמכו על ידי דיינים קודמים וכן הלאה. אין עונשי מיתה מאוז חורבן הבית, ואין עונשי מלכות מאוז גלות בבל.

ובכלל, מה הקשר בין ההלכה ספציפית של דין אישות, שלא ברור אם נהגה אי-פעם אם לאו, לבין דחיתת כל המערכת של המשפט העברי? אחרי כללות הכלל, לא בישראל כי אם בארה"ב שפטו מכשפות לפני זמן לא רב יחסית, קבעו כי אנשים בעלי עור שחור הם רוכש, ועוד כהנה וכחנה. ובכלל זאת לא ראיינו שופטי ישראל פוסלים לימוד מהמשפט האמריקאי.

הפסילה כאן לא נעשתה על רקע ענייני של אי התאמת הולכות המשפט העברי גופן. ההיפך הוא הנכון. מקרה "אנג'יר", שבו העיר השופט זוסמן את מה שהעיר, הוא דוגמה טובה להסדרים משפטיים שאין להם כל קשר דתי. במקרה זה התעוררה השאלה לגבי זכותו של אדם להתרעם למען הזולת ולהגן עליו. סוגיה זו היא תת-סוגיה של השאלה הכלכלית של הזכות להגנה עצמית. עובדה היא שזכות ההגנה העצמית הנתקפת ביום כMOVEDת מלאיה לא הוכרה כלל במשפט הפלילי עד תקופה מאוחרת יחסית. באנגליה למשל, אפילו מקרה שבו נאלץ אדם להרוג את תוקפו עקב הגנה עצמית נחשב כרצח ועונשו היה אמרור להיות מוות (אם כי בדרך כלל קיבל חניה מהמלך). הריגה "מוזדקת" הייתה אך ורק הוצאה להורג או הריגה על ידי איש חוק בעת מילוי תפקידו.

השימוש בכוח ממש נחשב כפריבילגיה של השלטון ושלו בלבד.⁵⁴

ההסדרים הקיימים ביום במשפט האנגלו-סקסי לגבי ההגנה העצמית אינם בהכרח משכיעי רצון או טוביים יותר. כך למשל, מתייר החוק במדינת אוקלהומה את השימוש בכל נשק אך ורק להגנה

על: "his or her husband, wife, parent, child, master, mistress, or servant".

בעוד שהגנה על צד שלישי הייתה אסורה. זאת בעקבות המסורת במשפט המקובל שבראשיתו שללה לחלווטין את הזכות להריגה מתוך הגנה עצמית.⁵⁵

כל זאת בניגוד לקיימים במשפט העברי, בו הוכרה הזכות להגנה עצמית ונערך בה דין זמן רב. על כך העיר כבר המלומד סנג'רו:

"מעניין לציין כי כבר במשפט העברי הקדום אנו מוצאים רבים מהתנאים הנדרשים להתגבותה ההגנה הפרטית שבמשפט הפלילי המודרני. כך, למשל, ניתן לארט במשפט העברי דרישות של נחיצות, מיידיות, ופרופורציה. מעניין עוד יותר לציין כי מצויים בו הסדרים מורכבים ומעניינים"

לטוגיות בהן מתחבטים עד היום במשפט המודרני, כגון הגנה המדומה".⁵⁶

אולם עובדות אלו היו לא דלוונטיות לחלווטין בקביעתו של זוסמן, שהייתה ביטוי של אידיאולוגיה פשנטנית. לצערנו, רבים מבין המשפטנים בישראל נתקפם לטעויות מעין אלו.

ראו ע"פ 89/78 אפנגי' ב' מ"ז, פ"ד לג(3) 160.

N.D. Hurnard *The kings pardon for homicide* (Oxford 1969) 54

המצב הקיים נכון לשנת 1982. ניתן שמאו השתנה החוק. ראו המאמר: 55

V. Couch "Justifiable homicide in defense of another" *Okl.L.Rev* (1982) 35, 141-150

56 ב' סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי (תש"ט).

3. טענה שלישית: המשפט העברי אינו משפט מפותח דיו להתמודד עם שאלות מורכבות בשל מציאות החיים המודרניים.

יש הטוענים, כי ככל מקרה המשפט העברי אינו יכול להתמודד כיאות עם שאלות הזמן. לשיטיהם, גם אם בעבר היה מדובר במשפט חיו ושלם, הרי חוסר השימוש והפיתוח בו הגיעו למסבך שכמעט איננו ישומי כו".

טענה זו אין בסיס כמעט בכל תחום המשפט. כל מי שמצוין נבכי ההלכה עד לרבעוניות, למוגן, ולתחומים רבים עליהם הוא משתרע. אין כמעט בעיה משפטית שלא יתנו לה תשיבות במשפט היחיד. יתרון שהתשבות איבן מקובלות על זה או אחר, אך בודאי אין אנו עוסקים במשפט היחיד.

במשפט שאיננו מודע לזרכים מודרניים.

לא זאת אלא שבתחומים רבים מוקדים העיסוק ההלכתי את המשפט הישראלי. כך לדוגמה שאלות רבות הקשורות למה שמכונה "רצח מתוך רחמים", ניתוק מכਬשי החייאה, מכירת איכרים להשתלה, שיכפול גנטי ועוד.⁵⁷

ニיקח כמשל את שאלת אישיותו המשפטית של רוכבוט מעין אנושי משוכל ובעל תודעה. האם תכיר בו פעם החברת האנושית? יכול מתן זכויות יסוד לרוכבוט כזה ייחשב "כרוךש"? או שמא נראה בכך עבדות מודרנית? למייטב ידיעתנו אין עדין התייחסות ספציפית לשאלת זו ברוב משפטים העולם. נדמה לנו שישנה סבירות גבוהה ששאלת זו הגיעו לערכאות בעתיד הלא רחוק (מה מאתיים שנה?) או אפילו פחות). אך בהלכה כבר נידונה שאלה זו ובענין כשרותו של "הגולם" מפראג, תוך שימוש בטכניקות קובליות. האם "הגולם" כשר לשמש עשרי במנין? האם דינו כדין אדם רגיל כך ש"הורגו" חייב מיתה כדין כל רוצח? וכavanaugh שאלות שכבר

דרשו בהן חכמי ההלכה.⁵⁸

שוב, גם אם בנקודה זו או אחרת אין עדין פתרון משפטי הלכתי, הטענה הגורפת כי אין פתרונות כאלה, אין לה אל מה שתסמן.

4. טענה רביעית: אלה העוסקים בפועל במשפט עברי הינם חסרי השכלה ויכולת להתמודד עם שאלות מודרניות.

אחד הטענות המועלות כנגד מלומדי המשפט העברי קשורה דווקא לאלה שעוסקים בו בפועל. על פי גישה זאת, אפילו אם אכן המשפט העברי מפותח דיו, הרי העוסקים בו אינם כאלה. ביקורת זו מכוונת כאמור כלפי בחורי היישוב, ומילא רבניים, שהם כיום עיקר אלו העוסקים בתחום.

הטענה היא, שמדובר באנשים שטוחה השכלתם מצומצם בכונה תחילה.

טענה זו אינהה נכונה עובדתית, ומוגחכת מבחינה עקרונית. נכון הוא, שישנו אחוז לא קטן מכלל שכוני היישוב, החסר השכלה כללית, על ההשלכות החמורות שכבר. נכון הוא גם, שבמגזרים מסוימים נתפס חסר השכלה כללית זה כיתרון דווקא.

אולם כל זה מתגמד לעומת שלוש נקודות עיקריות: ראשית, ניתוק זה בין ההשכלה הכללית לבין ההשכלה היהודית התלמודית הוא חדש לימיים. ראשיתו בתקופת ההשכלה של המאה ה-18

57. ראו תחומיין יה (תשנ"ח) 125-161.

58. ראו בעניין זה שווי' חכם צבי, צג', וכל המקורות והערות המופיעות שם.

ואף פעם לא כלל בחובו את כל תלמידי היישובות. פרק זמן שאיננו כה ארוך בהתחשב בהיסטוריה הארוכה של המשפט העברי. רוב המשפט העברי נכתב לפני המאה השמונה עשרה על ידי אנשי מלומדים בכל סוג הידע האנושי. הרמב"ם היה רופא, דבר מספר שפות, והכיר היטב את המדע של זמן. הגר"א היה מבין גדול במתמטיקה וחומרות אחרות, ועוד. הטענה כי העובדים במשפט העברי הם חסרי השכלה כללית, פשוט איננה נכונה היסטורית ועובדתית, שכן רבים כבר נוצרו בעבר כשנתק זה לא היה קיים.

שנית, עובדה זו תופסת רק לגבי חלק מהעובדים בתחום. יש לזכור עם כל הבודד, שהשכלתם הכללית של מלומדי המשפט הישראלי, איננה כה גדולה כפי שהיא אולי נוטים להשוו, או נוטים לרצות. הרוב המוחלט של המשפטנים הישראלים מורכב מאנשים בעלי השכלה תיכונית בלבד, שאליה הצטרפה ההשכלה המשפטית, זאת ותו לא. וגם על רמתה של השכלה משפטית זאת נמתחה ביקורת לא מעטה לאחרונה, ביקורת הקוראת לרמת החינוך המשפטי בישראל "שערורייה".⁵⁹ מעתים מודרניין בין המשפטנים, עורכי הדין, השופטים, או אנשי אקדמיה הם בעלי ידע פורמלי בתחום נושאיהם. מבחינה זו זהם הם לאותו חלק גדול מבחורי היישובות, שלאחר הלימודים התיכוניים פנה לישיבת.

תופעה זו ניכרת יותר במדינות מחוץ לישראל עצמה. סיבות חברתיות שאין זה המקום לעמוד עלייהן, הרי דוקא במדינות חבר העמים, אנגליה וצרפת, וראים אלו מלומדים בחורי יישובים דברים הבקיאים בכך המשפט העברי והן בתחום עניין רבים אחרים. תורמת לכך בודאי העובדה שבמקומות אלו ישנו מעבר של רוב תלמידי היישוב והארכיטים מלימודים מלאים אל מזג העבודה. מעבר זה כולל רכישת השכלה גבוהה במקצועות רבים החל מחשבים וכלה ברפואה. רבים מהם גם בעלי תואר בתחום המשפטים.⁶⁰ יש הטוענים, כי הילך

זה החל להתפתח לאחרונה בישראל בקצב מוזר.

שלישית, יש לזכור כי בתחום זה קיימים רבים אשר משקיעים בו ימים כלילות. אפילו אםacho במסום מכל הולמים איננו רלוונטי ואפילו יהיהacho זה גדול והתוצאה הסופית היא אחת, קיימים די והותר מומחים המבינים ויוכלים למת את כל שידרשו בתחום זה. זאת גם לאחר שנקוזו את כל אלו שחוusr השכלתם הכללית פוגע ביכולתם להשתמש בו כיאות.

5. טענה חמישית: המשפט העברי איננו נגיש למשפטנים הישראלים.

נכון הוא שלא כל רבדי המשפט העברי קלים להבנה ולגישה. אולם יהסית לכל שיטת משפט אחרת, ואפילו למשפט הישראלי עצמו, קשים אלה אין מחותיים. הקודקסים העיקריים הכוללים את המשנה, הרמב"ם, שולchan ערוך ועוד אחרים כתובים בעברית מובנת למדי. יתרה מכך, סדרות שלמות של פרשניות וביאורים שມטרתם המוצהרת היא להסביר בשפה ברורה לכל מאן דבוי את הטקסטים העיקריים קיימים לכל דוש. גם אם היה קושי שכזה בעבר, הרי כיום הוא מזער.

59 י' וילר י' פרידמן "על חינוך ושותיות" עיוני משפט כה (תשס"ב) 421.

60 ראו ע' גונן מהיישבה לעובודה – הנסיון האמריקני ולקחים לישראל: ראה גם האתר:

URL:http://www.fips.org.il/html/dsugleumi_s15.htm (23.4.2003).

61 ראו י' רביבו "בחורה מן האוטופיה" תבלת 21 (תשס"ב) – המאמר מופיע באתר:

URL:[\(23.4.2003\)](http://www.azure.org.il/hebrew/12-rebibo.html) URL:<http://www.azure.org.il/hebrew/12-rebibo.html>

נציןשוב, כי מערכת תומכת שלמה קיימת למי שմבקש לעסוק במשפט עברי, ישן תוכנות מחשב, ארכי אינטראקטיבי, תקליטורים, ואינסוף ספרי עוז שככל מטרתם לעזור למתחילה ומתקדמים כאחד. בניגוד למקובל, הרוי ישנו גם מספר גדול של מומחים שייעזרו למתעניינים טלפונית ובדריכים אחרים. בכך הוא, שבביסיס העוזה נמצאת מטרה דתית, ויתכן שלא כל מי שיבקש לקבל תשובות יתקל באחדה, אולי התוצאה הסופית היא שקשה ביום לטען שהמערכת אינה נגישה. אך למשל, הצע בזמנו נשיא בית המשפט העליון, יצחק כהן, לשנות את חוק יסודות המשפט ולהמיר במפורש את הביטוי "מורשת ישראל" בביטוי "המשפט העברי". כאשר נתען לפניו, כי המשפט הישראלי המזוי איננו מכיר את המשפט העברי, לא ראה בכך כל בעיה. השופט כהן הסביר, כי חנוך השיטה הגרמנית לא הכיר כלל את השיטה האנגלית בשעה לישראל. אלא שלא הייתה בידו ברירה אלא לולדה. לגרסתו זה צריך להיות המצב באשר למשפט העברי. אם זה יהיה המקור המחייב, לא תהיה ברירה לקהילתי המשפטית, אלא ללמידה את הנחוץ לה במסגרת המשפט העברי.⁶² לכל אלה יש להוסיפה, כי עובדה היא שהמלומדים הישראלים הגיעו לשיטה בשיטות משפטיות שונות ומשונות. كانوا הכתבות בעיקר באנגלית אך גם בשפות אחרות. סטודנטים נדרשים להגיע ולהבין חמורים משפטיים שאינם קלימים, ואיש אינו מתנגד לכך בנימוקים של קשיי גישה. מיליאו עליה שאין כל טעם לטען בכך.

מעניין לציין, כי הטקסטים והקודקסים המפורטים בכתב ההלכה נכתבו להדיות דודוקא. הרמב"ם כתב את ספרו כדי שכל אדם משראל יוכל לקרוא בו, ובלשונו בהקדמה ליד החזקה: "וראיתني לחבר דברים המתבררים מכל אלו החיבורים, בעניין האסור והמותר, הטהרא והטהורה, עם שאר דין התורה, כולם בלשון ברורה, ודרכן קקרה, עד שתהא תורה שבבעל פה כולה, סדרה בפי הכל, ולא קושיא ולא פירוק [...]. עד שיהיו כל הדינין גלוין לקטן ולגדול [...] לפיקך קראתי שם חיבור זה משנה תורה, לפי שאדם קורא בתורה שבכתב תחילה, ואחר כך קורא בה וידעו ממנו תורה שבבעל פה כולה, ואין צריך לkrוט ספר אחר ביןיהם".

גם רב יוסף קארו, מחבר השולchan ערוך, התכוון ליצור ספר קצר שאיפילו הילדים יוכלו לעבור עלייו בקלות במחזורים של שלושים יום ובלשונו: "זאת ועוד התלמידים הקטנים יהנו בו תמיד וישננו לשונו על פה ותהיה גירסה דינקנות מסודרת בפיים מקטנותם הלכה למשה".⁶³ כמו כן, כמו כל הניסיונות לקודיפיקציה, גם החלו לא הועילו. אולי מה שיכלו לעיין בו כל קטן וילד בצתת חברות היהודית במצרים בתקופת סאלח-אדין, ומה שיכלו לקרוא כל מבוגר וילד בצתת העותמאנית של המאה ה-16, בודאי ובודאי יכולם לעיין בו גם מלומדים יהודים בישראל של המאה העשרים ואחת. אם ירצו בכך.

ז. על תרומתם של מלומדי המשפט העברי לאי השימוש בו בישראל

באופן מפתיע, דוקא חלק מלומדי המשפט העברי אינם שים להנחלתו ולשימוש בו, ונסביר. כמעט כל מומחי המשפט העברי חיים הם בעלי השקפה אישית דתית. אידיאולוגיה פרטית זו גורמת לכך שקשה עליהם להשלים עם עובדות שאבן משתלבות עם המצע הדתי המוצה. חילקו עובדות היסטוריות, כהתפתחות ההלכה והשתנותה עם הדורות, וחלקו עובדות הקשורות

62 נ' רקובר לשילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי (תשנ"ט) 83.

63 הציגותם הם מהקדמת הרמב"ם למשנה תורה, והקדמת רב יוסף קארו לשולchan ערוך.

לעקרונות חברתיים שאינם מקובלים כiom. הלו לא יסכימו להעביר את המשפט העברי תחת ביקורת, ויתקשו להסכים שחקקו של משפט זה איננו רלוונטי למזיאות העכשוויות. אשר על כן, הם מנסים למזגו בכל אפשרות עם המשפט הישראלי הקים. במקרה שהדבר איננו ניתן לחולטין, הם מנסים למצוא טענות שיסבירו מדווק מטרות המשפט העברי בעניין זה שנותן ולכנן אין צורך להתייחס אליו.

כך למשל, מתייחסים חלוקם לדיני העונשין. הלו מפותחים פחות מענפים אחרים בהלכה, וקשה למסמם כiom. לכן מנסים הם לטעון, שאין לראות בדייני העונשין שבכלכה בסיס ומודל לדיני העונשין של ימינו. זאת לא מסום שהדין עצמו הוא מושן וארכאי אלא משומם שמטורתו שנותן. אם מטרות הענישה אחרות לחולטין מהמקובל כiom, הרוי ברור שאין ללמידה מהמשפט העברי הפלילי על משפט ימינו. אנקר מבטא זאת בפירושו, באומרו:

"מקובל להשותט את המשפט הפלילי הנוגג בחברה של היום עם המשפט הפלילי העברי המוכר לנו מן התורה וממן המשנה והגמרה. לפי דברינו במאמר זה, ערכיה של השוואה זו מוגבלת, כי מטרות הענישה של שתי השיטות שנותן במהותן תכילתית השינוי. מי שעושה השוואה כזו, צריך לקחת הבדלים אלה בחשבון. אין להסיק מסקנות מן המשפט הפלילי העברי לעניין דיני-העונשין הרואים בימינו בעלי ליהודה שהמשפט הפלילי המודרני מבקש להגן על החברה מפני נזקם של ערביינים בשעה שהמשפט הפלילי העברי התורני לא פועל במתורה זאת, אלא מטרתו

היתה לקבוע מי ראוי לעונש עבור ההתרסה שלו כלפי שמי..."⁶⁴

באותה מידה נראה לי, שיש בדברינו כדי לשחרר אחרים מחשש ומפחדם שמא ההסתמכות על המשפט הפלילי העברי תביא לידי הטלת איסורים ועונשים שהחברה המודרנית לא מסכול אותם. כאמור, עונשי המיתה והמלוקות של התורה בגין עבירות מסוימות, שאינן כוללות בקודקסים פליליים של היום, אינם כנגד ההתנהגות המודרנית לפני שמים, ואין ביניהם לבין המשפט הפלילי של המלך ולא כלום. על כן יש להניח, שגם המשפט העברי אינו דורש כי עבירות אלו ייכללו בחוק העונשין הנוכחי על-ידי רשות-המדינה וייענשו בעונשי התורה.⁶⁴

הויזא מזה הוא, כי גם המחברים מסכימים (אולי בשתייה), כי הלכאות המשפט העברי אין מתאימות לדין הפלילי אולם תירוץ בידם, לא ההלכות גורעות אלא מטרת המחוקק שונה. בסופו של תהליך הגענו לtoaצה בעיתית משאו. מצד אחד, עומדים אלו המתנגדים לשילובו של המשפט העברי בלי להזכיר כלל, בשל התנגדותם העקרונית. מצד שני, עומדים אלו המנסים להכחישו בכל מחير ולכל פינה מסיבות אידיאולוגיות גם כן. שילוב זה של אלו ואי שילובו של אליהם גרם לתזואה הסופית על פיה התמיכה/התנגדות להלכות המשפט העברי היפה להיות מאבק המוכרע בצורה שתלטנית על פי יחס כוחות פוליטיים. זאת לצערנו מבלי להיכנס בדרך כלל לעובי הקורה.

ח. היחס למשפט העברי בפרשנות ובפסקה הישראלית

הדוגמאות שהובאו להלן מתייחסות לחקיקה. אולם, כפי שציינו כבה, היחס למשפט העברי איננו נחלת החקיקה בלבד אלא, מופיע גם בפרשנות ובפסקה של בית המשפט העליון. אין אנו

64 א' אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטיים כ"ד (תשנ"ד) 205-206.

באים לטעון שלא נעשה בו שימוש ובעיקר על ידי אלו שישבו בו על מה שקרו "הכיסא הדתי".⁶⁵ נציג רם, כי מפעם לפעם יש שימושים במשפט העברי בבית המשפט העליון. אחת הדוגמאות הידועות לשימוש בו קשורה להלכה אנגלית עתיקה על פייה לא ניתן להרשיע אדם נשוי באונס רعنיתו. הלכה זו שונה מהמשפט העברי על פיין הבעל יכול לכפות על אשתו לחיות עמו חי-אישות ואם היא מסרבת להיענות כל שיכול הוא לבקש גירושין. בססתמן על המשפט העברי שינוי בית המשפט העליון מהמשפט האנגלי המקובל. נציג, כי שינוי זה אף עורר הדמים מחוץ למדינת ישראל.⁶⁶

אולם למרות מקרים מפורטים אלו או אחרים, נראה שהשימוש של בית המשפט העליון במשפט העברי, הן בפרשנות והן בפסיקת הוא שולי שבשולוי. קשה אומנם למדור אמפרירית את המקורות מהם שואב בית המשפט העליון אלו, לפני מספר שנים התפרסם מחקר מעניין בשם "נוהגי הסטמכוות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים".⁶⁷ מחקר זה טען, כי רק ארבעה אחוזיו היו מקורות יהודים. גם אותם ארבעה אחוו היו בחלקם הגדול הפניה למקור של ביטוי עברית או פסוק כלשהו, ורוב ההפניות היו על ידי אותם שופטים.

זה אולי המקום להזכיר, אפילו בקצרה, את מחלוקתם המפורשת של הנשיא ברק ומשנהו אלון. מחלוקתם הראשונית הייתה בעניין הפרשנות הנאותה לחקיקה האזרחות הישראלית. אלון סבר, כי זו צריכה להיות בהתאם ובססתמן על מקורות המשפט העברי, בעוד שברק חלק עליון מכל וכל. באוטו ענין התגלה ביןיהם מחלוקת ערכית בעניין פרשנות חוק יסודות המשפט. פרשנות קצחה יחסית שמאחוריה עומדת מחלוקת ערכית הרת-עולם. חוק זה קוצר יחסית ומטרתו היא לקבע כיצד יפעל בית המשפט כאשר אין בחוק תשובה לשאלת משפטית כלשהי (מצב המכונה משפטית "ל孔נה"). לשונו המוערפלת היא: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר הקייה, בהלכה פסוכה או בדרך של היקש, יכירע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".⁶⁸

בקצרה, טענוו של השופט אלון נאמן לשיטתו הייתה כי חוק זה מפנה מפורשות למשפט העברי. הנשיא ברק חלק גם כן. רاشת, טוען, כי בדרך כלל אין כמעט ל孔נה. אלא שאילו אם יש כזו, הדרך לפותרה איננה דרך דריך המשפט העברי אלא דרך עקרונות "מורשת ישראל" שאינם מוגדרים.

המשך מחלוקתם היה הקשור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשונו של החוק פשוט ועל פיה (סעיף 1א) "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד אחד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". וכמובן בשאלת השאלה לגבי היחס בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית.

65 היתה קיימת בזמנו מעין "מסורת" בcourtroom המשפט העליון על פיה אחד מהשופטים הוא שופט דתי המומחה למשפט העברי. את המסורת נהיג כנראה מילא מקום נשיא ביהמ"ש העליון חים כהן עד בטרם הגיע לשיפוט כלול ובלשונו הוא: "אני עמדתי בכל תוקף על כך שבבית המשפט העליון היה מומחה למשפט העברי... אני גם חשב שכך הקום כישא המשפט העברי בבית המשפט העליון, שלא נשאר פניו אף לעם אחד עד עצם היום הזה. יש בבית המשפט העליון ככל-כך הרבה עמי-הארץ (בתורה) וכל כמעט מושם וכך חשוב כל כך שלפחות אחד או שניים יהיה שם תמיד כדי שלא תחת למשפט העברי להירדם או להיעלם" (ח' כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל שר (1990) 116).

66 מדובר בפס"ר ע"פ 91/80 כהן נ' מ', פ"ד לח(3) 281.

67 י' שח, ר' חיים, מ' גורס משפטים כ"ז (תשנ"ז 199 ודו"א בעיקר עמ' 152 טבלה 10).

68 חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

לקורא שאיננו משפטן נתקצת את דעותיהם הקוטביות של הצדדים בחלוקת אגו. השופט אלון חותר לשימוש במשפט העברי בכל מקום אפשרי, ואפילו במקרים מסוימים שלדעת אחרים אינם נראים מתאימים. גישתו של הנשיא ברק היא, שאין להתייחס למשפט העברי כמחייב, ויש הטוענים שאיננו מתייחס אליו כלל.

שני הצדדים הילכו איש בדרכו. פסקי הדין של אלון מלאים וגדוילים במקרים המשפט העברי לגוניהם. אזכורים ממוקמות אחרים הובאו בדרך כלל כדי לשמש כחיזוקים וסיווע לדעה של המשפט העברי. פסקי הדין של ברק גdots ומלאים רעינות וציטוטים מהמשפט האמריקאי והאנגלית (בדרך כלל אף ללא תרגום לעברית). לעומת זאת, אין כל אזכור מהמשפט העברי על פי הדעה הרווחת, הוויכוח ביניהם הסתיים בניצחון ברור של גישת ברק. אלא שנראה שוויכוח זה הסיט את הדעת מפתידון הגוני שהוצע על ידי מספר מלומדים, שביקשו למצוא פשרה בין הדיעות הקוטביות. על פי הצעתם ישמש המשפט העברי לא ממשפט מהיבר אלא כמקור השראה. במילים פשוטות יותר, המטרה היא שבמקורה של חסר, ו/או צורך בפרשנות יוצרת תירוץ פנימיה על מנת לבירר את דעת המשפט העברי. יושם לב, כי מוצע שפנימיה זו תיעשה עבירק לשם השוואה והתייעצות אך לא תהיה מחייבת. רק אם ימצא הפטידון סביר והגוני, ומתאים לרכיבים אחרים בחוק, יומץ במשפטנו. פתרון זה מתאים שילובו של המשפט העברי, הן בחקיקה, הן בפרשנות, והן בפסיקה. נציגין, כי רעיון זה הוצע בגרסאות שונות על ידי מספר משפטנים אך לצערנו לא נערך לגביו דיון מעמיק.⁶⁹

ט. השימוש במשפט העברי מחוון לנובלותיה של ישראל

לא באופן מפתיע, ישם מלומדים רבים יהודים ושאים יהודים, אשר למדו וחידשו ומצאו את המשפט העברי מתאים להפליא לימיינו אלו. כך למשל הצע "יאנקי ההולנדי מודל חדש ותחליפי "The tzdaka model" לכל מערכת אכיפת החוק הפלילי. את עקרונות המודל, שהוא הוא מכנה הוא מוצאת בתלמוד ובהלכה היהודית עצמה.⁷⁰ לא נכנס להסביר שיתנו, ואלי יהיו כאלו שיחלקו על האינטראקטציה של עקרונות הלכתיים מסוימים, אולם העובדה היא שביאנקי העמיד מודל שלם וחדשמי לטיפול בפשיעה המבוסס על עקרונות אלו. גם בתיק משפט של מדיניות אחרות משתמשים לעיתים במשפט העברי כמקור להחלטותיהם. פסק דין כהן שצוטט קודם, הרואה אונס אישة נשואה על ידי בעלה כאונס לכל דבר, גרם לתגובה גם במדיניות אחרות.⁷¹ בזמנו נתען, כי הלכה זו של המשפט העברי הייתה בין הסיבות שהניעו את המחוקק האוסטרלי לבטל הלכה של המשפט המקביל, על פייה לא ניתן להאשים אדם באונס אשתו.⁷²

69. ל' שלף "בין בית משפט פלילי לבין משפט עברי - לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג (תשנ"ג) 102-146; א' מעוז "מקוםו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקlett מ (1991) 53; ח' בן-מנחם "חוק יסודות המשפט, תש"מ - 1980 - חובת צוות או חובת הייעוץ?" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ג) 257.

70. מדור במלומד הולנדי, פרופסור למשפטים ומוזה עם התנועה האבוליטיוניסטית. ראו ספרו: H.Bianchi Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control (Bloomington, 1994).

71. ע"פ 91/80 כהן ב' מ' פ"ד להה(ג).
A.Maoz "Defending Civil Liberties Without a Constitution - The Israeli Experience" 16 Mel U.L. 72 Rev. (1988) 815

לאחרונה ממש (ספטמבר 2000) השתמש בית משפט לעורורים באנגליה בעמדת המשפט העברי בעניין הריגת תאום סיامي אחד על מנת להציג את השני, שאליה שבנווגע אליה ישנן כבר מאות שנים תשומות בהלכה.⁷³

באשר לצד התיורטי והפילוסופי של ההלכה, הרי אלו זכו לעדנה דוקא שלא בעברית. רבות נכתב לפני מספר שנים על מודלים משפטיים יהודים, על הקשר בין פוטס-מודרנים לחשיבה המשפטית היהודית, על הרעיון המרובי שניתן ללמידה מהם, ואין זה המקום להאריך בכך.⁷⁴ נسألת השאלה מדוע יכולם מlodים שונים לשמש להשם לשפט העברי לשם מציאות תחליפים למערכת החוק הפלילי, לפירושו החוקה האמריקאית, לפilosופיה המשפטית רואיה, ועוד ועוד, אולם עקרונותיו לא ימצאו ראויים לשימוש כעוזה במערכת המשפט הישראלית.

ו. האם ניתן לשנות מצב זה?

נשאלת השאלה האם מצב זה הוא בר שינוי. לדעתנו, המשימה רוחקה מלהיות קלה. היא קשורה מחד גיסא לשינוי מחשבתי כלפי המשפט העברי, ומайдך גיסא להפיכת המשפט העברי נגיש יותר לכל שכבות האוכלוסייה. דוקא החלק הראשוני הוא הקשה יותר. התפיסה של מlodים המשפט כי מדובר כאן במערכת משפטית מעניינת, תוססת וחיה, שאין לאיש מונופול עליה. יתרה מזאת, מערכת שניתן לעסוק בה וברכדיה ללא התיחסות לאידיאולוגיה שהיתה אם הייתה לכמה מהוגיה. במלים אחרות, גם בלי תפיסת עולם דתית מכל זעם וגונן שהוא ניתן להגנות מאוצרותיה האינטלקטואליים. נכון שהוא שבמציאות הישראלי, קשה על מי שלא קיבל חינוך דתי להתחmod עם טקסטים הלכתיים מורכבים. אולם אותה בעיתיות ואולי קשה מזו קיימת לכל המנסה לעסוק בתחום אקדמי חדש. ולא ראיינו שהדבר מرتיע מלומדים ישראלים. אין זה המקום להאריך בנקודה זו, אולם נראה לנו שהבעיה קשורה יותר לתפיסה מחשבתי מוטעית מאשר לנגישות לחומר.

73 לנוכח הסוגיה כולה רואו: ד' סינקלר "דוחין נפש מפני נפש: היבטים משפטיים ולהלכתיים בסוגיית הפרדת תאומים סיימיים" המשפט תאומיים 54-63 (2001).

74 כדוגמה לשכל המאמרים הקיימים בתחום, ראי:

S.Last Stone, "In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory",⁷⁵ 106 *Har.L.Rev.* (1993) 813-894. M.Dan Cohen, "Decision Rules And Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law",⁷⁶ 97 *Har.L.Rev.* (1987) 625-677. R. M. Cover, "Nomos and Narrative",⁷⁷ 97 *Har.L.Rev.*(1987) 4-68. R.M. Cover "Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order" *The Catholic University of America* (1986). S.Last Stone "The Emergence of Jewish Law in Postmodernist Legal Theory" .URL:<http://www.law.harvard.edu/programs/Gruss/stone.html> (30.7.2003)

המשפט העברי הוא מערכת משפטית יהודית במינה, בכך שהצליחה לתפקד פרק זמן כה ארוך, במדינות כה שונות, ותחת מערכות שלטון אחרות. הושקעו בה אלפי שנים של חשיבה אינטלקטואלית. גם כיום המאמץ המוחשי המתבטא בענפים שונים של ההלכה גדול עשרות מוניות מהמאז האקדמי המשקע בענפי המשפט הנוהגים כיום.

חلك גדול מהמשפט העברי דין בנוסאים שאין להם כל השלכה דתית, נושאים שהנימוקים להם הם ארציים לחלוטין ודומים להפליא לנימוקים המופיעים בכל שיטה משפטית. הדוגמאות שהובאו למעלה הן טיפה ביום מתוך שלל ההלכות וההסדרים הקיימים בכל ענפי המשפט, החל משכירת עוזרות בית והזאה לפועל, וכלה בביטוחים ימיים ואשראי דוקומנטריים. אין כמעט ענף משפטי שלא התעורר בו שאלות שהיו צריכות פתרון, ואכן נפתרו.

היתרון הגדול בבחירה במשפט העברי, הינה העובדה כי המשפט העברי הנה יצירה אשר היה ופועלת לפתרון סכסוכים כבר ארבעת אלפי שנה בצורה זו או אחרת. מוסד החברתי ובו דאי משפטי שהחזק מעמד זמן רב כל כך, יש ללמידה ממנו רבות. הפתרונות המשפטיים השוניים שניתנו במהלך שנים אלו עברו תהליכי ריבים של בדיקה, התפתחות וסינון. מבנהו זו הם עדיפים על פתרונות חדשניים שלא עברו את מבחן הניסיון.מן מבחינת המחשבה שהושקעה בהם, והן מבחינת התאמת לאוכלוסייה היהודית עליה הם אמורים להיות מיושמים. טענתנו היא כי מבחינה פרקטית גרידא, עדיף לבחור את הפתרונות שהתקבלו במשפט העברי. ולכל הפחות, יש לבדוקם ולהתיחס אליהם בכובד ראש.

נדמה לנו שרבים יסכימו שם יש צורך לבחור שדרותית בין דעת המשפט העברי שהתגבשה במשך מאות שנים לגבי עניין משפטי, לבין דעתו של מלומד פלמוני זה או אחר, אין סיבה לדוחות את המשפט העברי. יש להציג, שאיננו מדברים במקרה בהם הדיון נגור מאידיאולוגיה דתית או מתפיסטית עולם שאינה מתבלת כיוום. בחלוקת הארץ של המשפט אין לנו כלים לדעת איזו דעה נכון וזרקת יותר ויש בבחירה אפקט של הרמו. בקדמה, במקרים בהם השאלה היא משפטית ללא קשר להשıp עולם, עדיף לדעתנו לבחור את הptron ההלכתית המקובל. לכל הפחות, יש לבדוקו בקפידה.

הדבר נכון לגבי כל ענפי המשפט. מספר המשפטנים שעוסקים במשפט הישראלי ברמה התיאורית והאקדמית הוא מזערי בלשון המעטה. מדובר אם כן לקבל את דעתם ולדוחות עקרונות שופתו במסך מאות ואלפי שנים? דהיינו זו איננה מתiyשת עם ההגון.

הביקורת על השימוש במשפט העברי, תהיה זו היסטורית, המוחה כנגד הלוות שאינן נראות למקיר, או דוגמתית, המצביע על מעין סתרות, אינה יכולה להטעלם מתוכנותיו הברוכות. יהיה זה מצער שלא להיעזר בידע זה לשם פיתוח ובנית ההלכות במשפט הישראלי של ימינו וחברlein שאין הדבר נעשה במידה הראויה.