

על מעמדו הראוי 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 הראוי היה לראות במשפט העברי מקור מוצלח לפתרון רבות מהשאלות המשפטיות. הנימוק לדעה זאת איננו מבוסס על אידיאולוגיה כלשהי אלא על יתרונותיו המובנים ודרכי הפיתוח 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 ההתייחסות למשפט העברי כמקור ענייני נובע לדעתנו ממספר מיתוסים על טיבו ותכונותיו שיתוארו בפרוטרוט. למיתוסים אלו אין כל בסיס אמפירי ומן הראוי היה לדחותם על הסף ויפה שעה אחת קודם.

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

א. מבוא

ב. הגדרות ותיחום השאלה

ג. דוגמאות לגופי הלכה במשפט העברי והשוואתם למשפט הישראלי

1. הערבות במשפט הישראלי ובמשפט העברי

2. על הריבית במשפט הישראלי ובהלכה

2.1 ריבית בעולם המערבי, מחופש הבחירה להתערבות מגבוה

2.2 הכיוון ההפוך בהלכה - משלילה טוטאלית לפתרון מעשי

2.3 האם קיימת גישה עדיפה?

2.4 היתר עיסקה במשפט הישראלי

* שופט בית משפט השלום (תעבורה) ירושלים ומרצה במכללת שערי משפט. המחבר מבקש להודות ליחיאל בהט, אלון הראל, עודד מודריק, יצחק עמית, גרשון קליין, יוסי ריבלין ושרלי רנר על הערותיהם לגרסה קודמת של מאמר זה. תודה מיוחדת לאופיר ליבר על עזרתו.

3. על קרנות צדקה וניהולם במשפט הישראלי ובמשפט העברי (חוק הנאמנות לעומת דיני אפוטרופסות)

4. עיקרון הכורח במשפט הפלילי

5. חקיקת חוקי היסוד החדשים בישראל

ד. הסיבות ליתרונותיו של המשפט העברי

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

2. עמידה במבחני הזמן והמקום

3. התאמת כללי המשפט לקהילה עליה הם מוחלים

ה. הסדרים בעייתיים במשפט העברי שקשה לקבלם

ו. על "המיתוסים" שבעטיים לא נעשה בישראל שימוש במשפט העברי

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

2. טענה שנייה: מדובר במשפט מיושן המחזיק בעקרונות ארכאיים שאינם מתאימים לחשיבתנו המודרנית כיום.

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

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

5. טענה חמישית: המשפט העברי איננו 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 לגבולותיה של ישראל

י. האם ניתן לשנות מצב זה?

יא. סוף דבר

יש מחלוקות לא מעטות בציבור הישראלי בנוגע למעמדו של מה שמכונה המשפט העברי במשפט הישראלי הנוכחי. לצערנו, בלהט הוויכוח האידיאולוגי נשכחה השאלה היסודית: האם הסדרי המשפט העברי טובים יותר או גרועים מהסדרי משפט אחרים? או ליתר דיוק, האם הסדריו מתאימים יותר לחברה הישראלית של המאה העשרים ואחת מאשר עקרונות משפטיים אחרים. כל זאת בהתייחס לקריטריונים מקובלים כצדק, יעילות כלכלית, חופש אישי ומידה סבירה של אחריות חברתית.

חובה לציין, כי ישנן טענות התומכות בשימוש במשפט העברי הקשורות לתרבות יהודית וזהות ישראלית. אלו מסתמכות על כך שההלכה היא היצירה היהודית האוטנטית והמקורית ביותר. כידוע, מלחמות עקובות מדי נערכו על השאלה מהי יצירה יהודית? מהי ספרות יהודית? מהי אמנות יהודית? האם שפינוזה היה פילוסוף יהודי? ועוד. אולם אין חולק על כך שההלכה היא יצירה יהודית. מדובר בעשייה שנכתבה על ידי יהודים, על מנת שתיקרא ותישם על ידי יהודים, בשפה ולשון יהודיים, וכמעט אך ורק יהודים עוסקים בה. מבחינה זו, מפתיע חוסר היחס ליצירה זו דווקא בספרות המשפטית, שבה בעיקר ראוי היה להתייחס אליה במיוחד. טענה זו מושכת את הלב ורק לאחרונה נטענה שוב.¹ אין אנו דוחים טענה זו שיש בה ממש, אולם נדגיש שוב כי במאמרנו זה אנו מבקשים להתייחס אך ורק לשיקולים מעשיים ותועלתיים.

טענתנו הבסיסית היא שמסיבות תועלתיות במקרים רבים מן הראוי לבחור בתרונות המוצעים על ידי המשפט העברי. היינו אף מעיזים לומר שברירת המחדל צריכה להיות זו. למצער, זאת צריכה להיות האופציה הראשונה המומלצת. הנימוק לדעה זאת חף מכל שיקול אידיאולוגי אלא מתבסס על תכונותיו של המשפט העברי כפי שיוסבר.

לדעתנו, הסיבה לשימוש המוגבל במשפט העברי נובעת ממקורות היסטורית, וממצב דברים חברתי ופוליטי בישראל של היום. בוודאי אין שימוש חלקי זה נובע משיקולים רציונליים ותועלתיים. השלכותיה של סיטואציה זו, ואפשרויות לשיפורה יידונו בסיום.

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

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

- שנית, נציג בקצרה מספר סוגיות במשפט העברי שבהן ההסדר שונה מהמשפט הישראלי. המכנה המשותף לסוגיות שנבחרו באקראי הוא יתרונו של המבנה המוצע במשפט העברי. לכל הפחות, בוודאי שאין מדובר בהסדר הנופל מההסדר הקיים.

- שלישית, נציג את ההשקפה הטוענת ליתרונותיו היחסיים של המשפט העברי בהקשר המשפטי בכלל ושל מדינת ישראל בפרט. השקפה שגם אם ניתן לחלוק עליה, יש מידה לא מועטה של פיתוי אינטלקטואלי להסכים עמה.

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

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

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

ב. הגדרות ותיחום השאלה

לצורך הדיון בראש ובראשונה עלינו להגדיר בצורה מדויקת מספר מונחים המשמשים בערבוביה במסגרות שונות. לאחר הבהרת המושגים, נשחזר ונחדד את הנחת היסוד המרכזית במסה זו.

המונח המרכזי לענייננו הוא "משפט עברי" שכבר השתרש בלשונו. המונח כולל בדרך כלל רק את אותם תחומים של ההלכה שאנו רואים במערכות משפטיות אחרות. מדובר בעיקר ביחסים בין אדם לחברו שכל מערכת משפטית מטפלת בהם. על ידי כך אנו מוציאים מתחום הגדרה זו את כלל המצוות הדתיות הנוגעות ליחסים שבין אדם לאלוקיו. חובה לציין כי הפרדה זו איננה קיימת בהלכה גופה. להפך, עקרונות רבים עוברים כבריח מכלל תחומי ההלכה, מתחומים של איסור והיתר, ועד תחומים של מסחר ומשא ומתן.

המונח "עברי" התחדש בראשית המאה ה-20 מסיבות היסטוריות. יחד עם התעוררות התנועה הלאומית נוסדו המושגים לשון עברית, ומדינה עברית.² מבחינה אנאליטית טהורה ראוי היה לקרוא למשפט זה משפט יהודי דווקא ולא משפט עברי. זאת כדי לציין, שמדובר במשפט שהיחוד העיקרי הגדול שבו הוא שפוחת על ידי יהודים, נהג בין יהודים וחל על יהודים. באנגלית אכן עדיין מקובל לדבר על Jewish Law, אולם מכיוון שהשתרש המונח משפט עברי נשאר גם אנו במינוח זה³ נעיר רק כי בגלל הקשר בין המונחים הללו יתכן ונשתמש בהם מפעם לפעם בערבוביה. המונח משפט ישראלי מתייחס לשיטת המשפט המודרנית הנוהגת כיום בישראל. ראשיתה של שיטת משפט זו בחוק העותומני שנהג בארץ עד הכיבוש הבריטי בשנת 1917. נציין שבנקודות מסוימות משפיע חוק זה עד ימינו אלו ממש. עם הכיבוש הבריטי הוכרז כי המשפט שהיה נהוג בישראל בתקופה העותומנית יישאר בעינו אלא אם כן שונה בפירוש. בהמשך חוקקה ממשלת המנדט פקודות רבות שחלקן בתוקף עד היום. בשנת 1948 עם כינון מדינת ישראל נקבע כי המשפט בישראל יישאר כמות שהוא אלא אם כן שונה במפורש. בחמישים וחמש השנים שמאז חוקקו חוקים רבים בתחומים שונים שהם שעטנו של השפעה קונטיננטלית יחד עם משפט אנגלו-סקסי כאחד. לכן כיום המשפט הישראלי הוא משפט מקורי, יציר שיטות שונות, וככל שעוברות השנים הנו צמצמי ומרוחק יותר ויותר משורשיו המקוריים.

יש להדגיש שכמעט אין כל קשר ושייכות בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי. זאת להוציא מספר חוקים שבמסגרתם הוחל במפורש הדין העברי (כגון בענייני נישואין וגירושין, הקדשות ומספר עניינים זוטרים אחרים). אבל נציין כי בחוקים רבים נעשה שימוש בביטויים הלקוחים מהמשפט העברי כגון "שומר שכר" ו-"שומר חנם" בחוק השומרים אולם כל זאת בבחינת שימוש בקנקן בלבד ללא החלת תוכנם. עובדתית, אפילו כשמדובר במשפט השוואתי גרידא נוטים רוב השופטים להתייחס למשפט האנגלי ולמשפט האמריקאי ולא למשפט העברי, ולכן נחזור מאוחר יותר.

2 ראו בעניין זה מ' אלון המשפט העברי (תשמ"א, כרך א) 146-151.
3 מעניין לציין שהמונח "עבריים", מקורו בתנ"ך מהעובדה שבני ישראל הגיעו מעבר לנהר פרת (ועבריים על שם "עבר"). דהיינו, הוא הדגיש את "האחרות" של בני ישראל כלפי שוכני הארץ. המונח "יהודי" לעומת זאת סימל במפורש את שוכני ארץ יהודה, שנקראה על שם בני שבט יהודה שבתוך הארץ ממש. באופן אירוני, אימצה התנועה הלאומית היהודית דווקא את המונח "עברי".

כמו כל שיטת משפט גם המשפט העברי התפתח והשתנה עם השנים. ענפים שונים של ההלכה השתנו ביחס שונה עם הדורות. כך למשל לא השתנו הלכות הקורבנות כמעט מאז חורבן הבית. בעיקר משום שדובר בשאלות תיאורטיות שאינן רלוונטיות. גם משפט הענף הפלילי התפתח פחות, משום שלא הייתה אוטונומיה שיפוטית מספקת לשימוש בו. לעומת זאת ענפי הלכה אחרים כאיסור והיתר, דיני כשרות, דיני משפחה וירושה, הלכות מסחריות ודיני ממונות שוננו והשתנו עם הזמן.

שינויים והתפתחויות אלו גרמו לכך שהמשפט העברי-יהודי הנהוג בפועל שונה מאוד הן ממשפט 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 יומי של חרדי ממאה שערים שונה לחלוטין מזה של חקלאי או בעל מלאכה יהודי בזמן שבית המקדש היה קיים. בזמן בית המקדש הייתה ההלכה היהודית מרוכזת סביב בית המקדש, קורבנות וחקלאות, וכיום היא מורכבת סביב תפילות, מעשים טובים וחיים עירוניים.

השינויים הם גדולים ומהפכניים ובמספר לא קטן של מקרים נבדלים עד כדי ביטול מספר הלכות שנהגו. ניקח את הדוגמה של עין תחת עין. בספר שמות נאמר (כא, כד) "נפש תחת נפש, עין תחת עין, שן תחת שן, יד תחת יד, רגל תחת רגל". חוק זה נראה לנו היום חוק אכזרי ולא אנושי, למרות 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 איננו כפשוטו אלא משמעו דמים.⁵ דהיינו, שמים את הפסדו של בעל העין והמכה משלם את דמי העין על כל חלקיה: נזק, צער, רפוי שבת ובושת.

פרשנות זו של עין תחת עין נתפסה בזמנה כמבטאת את התורה שבעל פה ולא כשינוי מהותי. אולם במקרים אחרים השינוי מהפכני. כך למשל, דורש דין המקרא כי השנה השביעית שנת השמיטה תשמט את כל החובות של הלווה למלוה (דברים, טו, א-יב). הטעם המקובל לשמיטת החובות הוא חברתי בעיקרו והוא חלק מהמגמה הקיימת במשפט המקרא, שלא לאפשר היווצרות פערים חברתיים גדולים מדי. אולם קיימת תקנת הלל המכונה "פרוזבול" שלמעשה ביטלה חובת שמיטת הלוואות זו. על פי ההלכה המקורית שביעית משמטת את חובו של הלווה למלוה אך איננה משמטת חובות שחייב אדם לבית הדין. אשר על כן, בסוף שביעית יכול אדם להלוות ולהתנות כי כל החובות שחייבים לו האחרים יהיו למעשה בידי בית דין וזכותו לגבות אותם מהלווים גם לאחר שביעית. על פי המתואר תיקן הלל תקנה זו לאחר שנוכח לדעת שבלעדיה נסגרו השערים בפני הלווים. זאת מפני שהמלווים חששו להלוות לפני שנת השמיטה. התוצאה הסופית הייתה שלמעשה אין שנת השביעית משמטת את החובות למרות שאין חולק כי הלכתית מן הראוי שתשמטם.

באותה צורה תוקנו תקנות לגבי מכירת חמץ בפסח, ירושת הבת ועוד. התקנה החדשה שתוקנה רק לפני כמאה ועשרים שנה, היא מכירת הארץ לנוכרי בזמן השביעית. תקנה אחרונה זו עדיין שנויה במחלוקת ועקב חדשנותה עדיין רבים אינם מכירים בתוקפה ההלכתי.⁶

4 "כי ינקר איש את עין רעהו תנוק עינו. כי ישבר עצמות אורח, תשברנה עצמותיו, כי יכה איש שן רעהו השווה לו במעמדו, יכו את שנו" (ראו: הערך "חוקי חמורבי" האנציקלופדיה העברית).

5 בבא קמא, פג, ב.

6 לרקעה ההיסטורית של התקנה ותעודות שונות ראו ש' שטרנברג היתר תרמ"ט 135.

העולה מכל אלו כי המשפט העברי וההלכה בכלל עברו בפועל שינויים רבים. מערכות החיים המעשיות של אנשים בדורות שונים, שונים לחלוטין זו מזו. אנו נתרכז בעיקר בתוצאה הסופית ובכלל האחרון ששולט כיום בהלכה. שוב, מטרתנו היא לחלץ את התשובה המוצעת בשיטה זו. ממילא יש ערך שולי לדרכים ולסיבות ההיסטוריות שהביאו להסדר זה. לכן שאלתנו תהיה תמיד מהו הפתרון המשפטי כיום?

נחדד כעת את הנחת היסוד שהצגנו למעלה. לטענתנו, ניתוח הגיוני של המשפט העברי לגבי הלכות מסוימות שהיה ראוי לנהוג בהן כיום, היה מביא לתוצאה עדיפה משהגיע אליה המחוקק הישראלי במשפט הישראלי. נדגיש שוב שאיננו מדברים על המשפט העברי כפי שהוא מתבטא במשפט המקרא, ואיננו מדברים על המשפט העברי כפי שהתבטא בשלב זה או אחר של ההיסטוריה במהלך 3000 השנה האחרונות בהם נהג. אנו דנים במשפט העברי לפי המסקנות אליהן היינו מגיעים היום לו היה צורך בפסיקה ברורה וחד משמעית. במונחים טכניים, שאלתנו היא דוגמתית בעיקרה, מהו ההסדר הקיים כיום במשפט העברי לגבי הלכה מסוימת? וזאת לאחר כל אותם הליכים היסטוריים שהשפיעו בדרכים אלו או אחרות. מהי למשל ההלכה בעניין מכה את עין חברו? (תשובה: המזיק משלם לניזוק בדמים), האם שביעית משמטת חובות כיום? (תשובה: עקב הפרזובול, התבטלה למעשה שמיטת שביעית) וכן הלאה.

עוד נוסיף, כי בדברנו על המשפט העברי אין אנו מתכוונים לדיעה 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 - ובעיקר - בדיעות החולקים שלא נפסקה הלכה כמותם, כי אז יכולנו למצוא במשפט העברי אסמכתא כמעט לכל דבר, לכל דעה רצויה".⁷ לכן בדברנו על עקרונותיו של המשפט העברי כוונתנו להלכות כפי שנפסקו על ידי רוב הפוסקים למעשה, לא לשקלא וטריא ההלכתית, ולא לדיעה זו או אחרת שהוזכרה על ידי אחד מהם במהלך ההיסטוריה.

ג. דוגמאות לגופי הלכה במשפט העברי והשוואתם למשפט הישראלי

בחלק זה נציג מספר דוגמאות בהן הועלתה הטענה כי אי יישומו של המשפט העברי גרם למחיר כלכלי וחברתי כבד לישראל המודרנית. לכל הפחות, שימוש בפתרונות אלו בוודאי לא יכול היה להיות גרוע יותר מהדין הקיים. נבחן לצורך כך מספר הסדרים הקשורים לערבות, הקדשות, וריבית (היתר עיסקה). בכלם נטען כי הפתרונות המשפטיים הזרים שאומצו (בעיקר מהמשפט האנגלי) לא התאימו למציאות הישראלית ומחיר טעות זו משולם עד היום.

בעייתיות זו של אי יישום המשפט העברי בולטת בתחום דיני המסחר והממונות אך גם מתייחסת באופן ישיר לשאלות עקרוניות הנוגעות לעקרונות יסוד במשפט הישראלי. זאת נדגים על ידי הצגת עיקרון הכורח במשפט הפלילי, ועל ידי סקירה ביקורתית של חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם.

נדגיש כי בפרק זה נתאר את המוסדות המשפטיים והבעייתיות שבהם, בלא שננסה להסביר את הסיבות לכך. את הטעמים לאי התאמה זו ננסה להסביר בפרק מאוחר יותר. עוד יש לציין, כי מפאת קוצר היריעה נבחרו מספר דוגמאות קטן בצורה שרירותית מעט, אך הקוראים המעוניינים יוכלו למצוא מבחר רב של דוגמאות במקרים רבים.

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

1. הערבות במשפט הישראלי ובמשפט העברי.

כל מערכת משפטית מכירה במוסד של "ערבות". הערבות מטרתה להבטיח כי "הנערב" ימלא אחר התחייבויותיו. תיאורטית, כל חיוב יכול להיות מושא לערבות. הערב יכול לערוב לכך שפלוגי יופיע למשפטו, יתייצב אצל קצין המבחן, ימלא אחרי חלקו בחוזה, ישפץ בניין מגורים ועוד. אבל בפועל מדובר בעיקר על ערבות לחיוב כספי. הדיינו, הערב עורב למלווה כי אם הלווה לא יחזיר לו את כספו, הוא הערב יהיה זה שיחזיר את החוב. גם המשפט העברי טיפל רבות בשאלה זו של ערבות.⁸

ממילא עולות שאלות רבות הקשורות למוסד הערבות. סוגיות הקשורות לכשרותו של אדם להיות ערב, להיקף הערבות, למקרים בהם פגה הערבות ועוד. לענייננו נתרכז בשאלה מתי יכול המלווה לפנות אל הערב? הדיינו, באיזה שלב המלווה רשאי לדרוש מן הערב את מילוי התחייבותו? האם יש צורך לפנות קודם כל אל הלווה? או שהמלווה רשאי לדרוש את החיוב מהערב ללא תביעה קודמת מהלווה?

בעניין זה יש פתרונות נבדלים בשיטות משפט שונות. במשפט העברי נהוג להבחין בין מספר סוגי ערבים. בעיקר בין מה שמכונה "ערב קבלן" לערב "סתם". הכלל הוא, שבכל מקרה של סתם ערבות אין המלווה יכול לפנות לערב אלא אם כן פנה קודם ללווה ולא הצליח להוציא ממנו את חובו. היוצא דופן הוא "ערב קבלן", אשר "קיבל על עצמו" להיות חייב למלווה כאילו הוא אישית הלווה. במקרה של ערב קבלן יכול איפוא המלווה להחליט אם ברצונו לתבוע את הלווה או ישירות את הערב. חובה לציין כי עם הדורות נשמעו דיעות שונות בעניין זה. אחת הדיעות טענה כי אפילו במקרה של ערב קבלן על המלווה לתבוע קודם את הלווה אם יש לו, ורק לאחר מכן את הערב. אולם בסופו של דבר התגבשה ההלכה כפי שהצבענו עליה למעלה. הסדר זה איננו ייחודי למשפט העברי והוא גם ההסדר הקיים במשפט השוויצרי ובמדינות סקנדינביה.

מנגד קיימות שיטות אחרות כגון המג'לה העותמאנית והמשפט האנגלי, על פיהן יכול המלווה לתבוע את חובו הן מן הלווה והן מן הערב. בהצעת החוק שהוגשה לכנסת (בשנת 1965) הוחלט משום מה וללא הסבר לאמץ את שיטת המשפט האנגלי, על פיה אין כל צורך שהמלווה יתבע את הערב.⁹

על פי הסעיף בנוסחו הסופי כפי שהתקבל:

"הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד, אולם אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו, בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו".¹⁰

הדיינו, כל שצריך הנושה-מלווה לעשות הוא לדרוש מן הלווה את החיוב, ומייד אחר כך יכול הוא לתבוע בערכאות את הערב. אין הוא חייב להגיש כל תביעה כנגד הלווה ובוודאי לא לנסות להיפרע ממנו. זאת אפילו כאשר החייב הוא בעל יכולת לשלם אך מסיבותיו הוא איננו מעוניין לעשות כן.

הבעייתיות בחוק זה התעוררה בחריפותה בהקשר לערבים למשכנתאות שהם מרבית הערבים. הסתבר שאנשים רבים חתמו לידידיהם על ערבויות למשכנתאות בהנחה שהללו יכולים לעמוד

8 לסקירה מקיפה של עקרונות המשפט העברי בידי ערבות ראו ב' כהנא ערבות (התשנ"ב-1991).

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

10 ס"ח תשכ"ז, 46.

בחובותיהם. הבנקים דרשו בדרך כלל מספר ערבים (חמישה) על כל הלוואה. אלא שכשחלויים לא שילמו מסיבות שונות, הסתבר שהבנקים מעדיפים לתבוע ישירות את הערבים. זאת אפילו אם היה רכוש ללווים. יתירה מזו, הבנקים העדיפו לתבוע את אותם ערבים הגונים שקשה היה להם להתחמק מהליכים משפטיים, והתעלמו לחלוטין מהאחרים. סיפורים רבים החלו להתפרסם בעיתונות על ערבים שחתמו לתומם על הלוואות לחבריהם ובסופו של דבר מצאו את עצמם חסרי כל בגין ערבות לדירה ממנה לא נהנו. זאת כאשר הלווים עצמם לא שילמו דבר והעוול הברור נראה בעליל.

מציאות זו העלתה קול זעקה גדולה, שבסיומה תוקן בשנת 1992 חוק הערבות. הוספו בו הגדרות של "ערב יחיד" ושל "ערב מוגן". ערב יחיד הוא מי שערב להלוואות לא גדולות ומוגן הוא זה הערב למשכנתא לדירה עד סכום מסוים. התיקון העיקרי היה סעיף 27(א) שבמסגרתו חזר הדין להלכה במשפט העברי, על פיה לא תוגש תובענה נגד ערב למשכנתא אלא אם כן נקטו כל ההליכים כנגד החייב.

עוד חזרה לדיני המשפט העברי הייתה במקרה של ריבוי ערבים. כפי שהזכרנו, על פי החוק במתכונתו הקודמת היה הנושה יכול לגשת אל כל אחד מהערבים ביהד ולחוד, ולבקש ממנו לפרוע את כל החוב. במשפט העברי, לעומת זאת, אחראי כל ערב על חלקו היחסי בערבות. רק במקרה שלא הצליח המלווה לפרוע מאחד הערבים, לאחר נקיטת כל האמצעים, רשאי הוא להיפרע מהערבים האחרים על חלקו. גם בעניין זה שונה החוק וערבותו של כל ערב כיום הפכה להיות יחסית לחלק החוב.¹¹

התוצאה הסופית הייתה חזרה ישירה לעקרונות המשפט העברי. קרי, הנושה איננו יכול להיפרע מהערב אלא אם כן עשה קודם לכן כל שניתן כדי להיפרע מהלווה המקורי. היה צורך בעשרים וחמש שנה של סבל ועוגמת נפש לרבים מאוד כדי לחזור אל ההסדר המשפטי שמלכתחילה הופיע בהלכה וניתן היה לבחור בו.¹²

2. על הריבית במשפט הישראלי ובהלכה

זרימה חופשית של כספים ומשאבים היא מאושיית העידן המודרני. רעיון הגלובליזציה כולו מבוסס על היעדר הגבולות. לאור כך נסביר באריכות את ההבדלים הקשורים לריבית וסיכוני המלווה במשפט הישראלי ובמשפט העברי. הבדלים שבמרכוזם עומדת הסדרת הריבית בחקיקה במשפט הישראלי לעומת "היתר עיסקה" במשפט העברי.

2.1 ריבית בעולם המערבי, מחופש הבחירה להתערבות מגבוה

מספר הנחות יסוד המקובלות בכלכלה המודרנית, מתנגדות לכל הגבלה על זכויותיהם של הצדדים (המלווה והלווה) לקבוע את סדרי הלוואות ביניהם. אפילו אם נראה הדבר לא הוגן כלפי

11 נציין כי בחוק הישראלי הנוגע למשכנתאות הלך המחוקק אף מעבר למקובל במשפט העברי מבחינה זו שכל ערב אחראי לחלקו היחסי בלבד אפילו אם ערב אחר איננו בר-פירעון כלל.

12 נציין שהביקורת על דחיית ההסדרים של המשפט העברי בחוק הערבות היא עתיקת יומין. ראו למשל מ' אלון המשפט העברי (תשמ"א, כרך א) 104. ביקורתה היא עוד משנות השבעים, אך החוק תוקן כאמור רק שנים רבות מאוחר יותר.

אחד הצדדים. על פי הנחות אלו, האדם הוא יצור בעל חשיבה רציונלית, המנסה למקסם את הנאתו ועל החברה/שלטון להימנע מכל התערבות בשיקול דעתו והחלטותיו. יתירה מזו, כל מקום בו תתערב הממשלה/מוסדות השלטון/בתי-המשפט בפעולה כלשהי, ייגרמו יותר נזקים מאשר תועלת, הן לאדם הפרטי והן לציבור בכללותו. לפי התפיסה הליברלית, התערבות זו יש בה פגם מוסרי, אולם יתירה מזו, היא גם מזיקה לכלכלה. האבות המייסדים החל מאדם סמית, סטיוארט מיל, ויורשיהם המודרניים (הפופולריים גם בישראל), סברו תמיד כי התערבות ממשלתית מינימלית, הינה המדיניות הראויה למשק ולחברה. בהמשך לכך ישנן גישות בכלכלה המודרנית הטוענות כי ריבית הנה כלי חיוני בכל משק מודרני. ריבית משמשת לתיעול הכספים למקום שבו ינוצלו בדרך הטובה ביותר ובכך יתרמו לכלל הציבור.

אולם מציאות החיים הראתה כי לא תמיד מדובר בצדדים בעלי כוח שווה ואין מנוס מהתערבות ממשלתית לקביעת הסדרים בענייני ריביות והלוואות. הסדרים אלו מתרכזים בדרך כלל בהגנת הלווה בשני מסלולים. הראשון הוא איסור ברור על סוגי ריביות ותנאי תשלום. זאת ניתן לעשות בעיקר על ידי הגבלת גובה הריבית המותרת, וכן לעתים על ידי הגבלות על שעבודים שונים אותם ניתן הלווה.¹³ המסלול השני שם דגש על חובות גילוי נאות והסבר ברור ללווה על התחייבויותיו בעתיד. חשיבות יתירה ניתנת לכך בשנים האחרונות, שכן תנאי ההלוואה, חישוב הריביות וההצמדות השונות הפכו לבלתי מובנות לאדם רגיל מן היישוב.

כאשר מדובר בבנקים, המלווים לאנשים פרטיים, מתחזקת הבעיה, שכן כמעט תמיד לא מדובר בשני צדדים זהים בעלי כוח זהה. אשר על כן, יש צורך בהסדרים מיוחדים. בבסיס ההסדרים הללו קבועה ההנחה כי מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח איננה מערכת יחסים חוזיים רגילה. זאת משום שאין שוויון בין הבנק ללקוחותיו. הבנק הוא גוף גדול וחזק והלקוח הרגיל הוא חסר אונים כלפיו. לכן מערכת היחסים שביניהם הינה מערכת יחסים יוצאת דופן במינה, שבמסגרתה חב הבנק חובת נאמנות ללקוחותיו. זהו למשל המצב בפסיקה האמריקאית. שם אפילו נעשה צעד אחד קדימה ונקבע כי מלווה השולט על פעולותיו העסקיות של הלווה, מקבל עליו אחריות על הנזקים שנגרמו ללווה ואחרים עקב פעולותיו.¹⁴

מטבע הדברים עם הזמן התרככה האידיאולוגיה על פני סלע המציאות. התוצאה הסופית היא שכיום ישנה חקיקה שמטרתה להגן על הלווים. במסגרתה נקבעו הסדרים נוקשים המגבילים את המלווים בנקודות לא מעטות. בעיקר הדגישה חקיקה זו את שיעור הריבית המקסימלי המותר ודרשה גילוי נאות ומלא ככל האפשר.

2.2 הכיוון ההפוך 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 מלוי ריבית לשופכי דמים"¹⁵; "כל

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

14 לצורך דיון 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 שנטול 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 ומעיד עליו עדים שכפר בה' אלהי ישראל"¹⁸.

מבחינה משפטית טהורה, הריבית האסורה אליה מתייחסת ההלכה בצורה שלילית מכוונת כנראה לעסקאות בהן לעולם מרוויח המלווה. דהיינו, לא משנה כלל למלווה מה יקרה לשותפו לעיסקה, הלווה, המלווה לעולם ירוויח. עיסקה זו בה אחד הצדדים "תמיד מרוויח" היא ההלוואה האסורה. אין הכרח כי העיסקה תכונה דווקא "מלווה". כך למשל, מי שמשכיר לחברו חפץ כלשהו ומתנה כי הבלאי והפחת וכל האחריות תחול על השוכר, הרי יש המגדירים עיסקה זו כריבית אסורה. שוב, התנאי הוא כי לא תתכן עיסקה אשר בה אחד הצדדים "תמיד מרוויח". עיסקה כזו נחשבת כניצול ועושק ואסורה על פי ההלכה.¹⁹

האידיאולוגיה העקרונית ברורה. אולם למרות 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"מתעסק" המכונה גם "המקבל" ו-"מנותן". המלווה-נותן היה בעל הממון, והמתעסק היה המומחה והמבין. במונחים מודרניים היינו אומרים שישנה פה מעין שותפות של ההון עם העבודה.

המלווה נותן למתעסק מעות כדי שיתעסק בהן בעיסקה כלשהי ושניהם ירוויחו. המלווה מרוויח משום שאיננו יודע (או רוצה, או יכול) לנצל את מעותיו. המתעסק-לווה מרוויח משום שהוא יכול לעבוד ולהרוויח גם כשאינו בידו כספים משלו. במקור מכונה מוסד זה "פלגא מלווה פלגא פיקדון". על פי הסכם זה הרי חצי מהמעות שמקבל המתעסק ("המלווה") הם בידו כמלווה וחצי כפיקדון. אם יפסיד, הרי הוא אחראי על חלק המלווה שבידו ולא על חלק הפיקדון כך שהוא סופג חצי מההפסד והמלווה חצי. במקרה של רווח, שוב חולקים שניהם את הרווח.

שורש היתר העיסקה נעוץ בכך כי המלווה מסתכן בכך שהעיסקה לא תצליח ובכך יפסיד את חלקו. יש להדגיש כי כל עיסקה שבה המלווה איננו עובר את הסיכון המינימלי, איננה מותרת ונחשבת לריבית. כמובן, תמיד מסתכן המלווה בכך שהלווה לא יחזיר את ההלוואה אולם סיכון זה איננו מספיק על פי ההלכה כדי שיותר לו להשתתף בעיסקה בה הוא "תמיד מרוויח". במונחים מרקסיסטיים היינו יכולים לטעון כי חוזה היתר-עיסקה מונע מבעל ההון 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 בסייג שלא יבטלו לגמרי את אחריות המלווה. לעולם היה צורך באחריות מסוימת של המלווה לתוצאות העיסקה, כך שלא יהפוך המלווה ל"מרוויח תמיד". על דבר זה הקפידו כל הפוסקים, והוא שלא יהיה בשום פנים ואופן מצב שבו תמיד צריך הלווה לשלם וההסכם הנו פיקציה בלבד.

16 שמות רבה (וילנא), פרשה ל"א, ד"ה יג.

17 בבא מציעא, י, ב.

18 רמב"ם, מלווה ולוה, ד, ז.

19 ראו נ' דרייפוס "דיני ריבית בראי הכלכלה המודרנית" תחומין יד (תשנ"ד) 207-231.

2.3 האם קיימת גישה עדיפה?

עומדות לפנינו איפוא שתי גישות בעלות הגיון פנימי משלהן, שעל פניהן נראות סבירות למדי. על פי המשפט הישראלי ההולך בעקבות המשפט האנגלו-סקסי ישנה הגנה ללווה. הגנתו מבוססת על שרשרת של תקנות וחוקים משפטיים המחייבת את הבנקים ואמורה להגן על הלווה. המלווה בשיטה זאת פטור מלדעת איזה שימוש עשה הלווה בכסף. אחריות הלווה היא מוחלטת והסיכון הוא עליו. אלא שמבחינה מעשית יקשה על המלווה פעמים רבות לגבות את הלוואתו.

על פי הגישה ההלכתית, אם יעמוד הלווה בתנאי היתר העיסקה, הרי עיקר סיכונו של המלווה הוא בכך שהלווה יפסיד את דמי ההלוואה וממילא חלק מההפסד יהיה שלו. אשר על כן עליו להיות זהיר הרבה יותר בהלוואותיו.

אין חולק שמבחינה ערכית טהורה, עיסקה שבה אחד הצדדים תמיד מרוויח בעוד השני לוקח על עצמו את כל הסיכונים, נראית על פניה בלתי הוגנת. במקרים רבים, כאשר הלווה נמצא בקשיים ומטרתו היא לפתור את בעיותיו לטווח קצר, יתכן כי יסכים לקבל הלוואה שעל פניה נראית כניצול ועושק. אין הדבר משנה אם עיסקה זו מכונה הלוואה, שכירות, ו/או שותפות. אולם מעבר לשיקולי הגינות ומוסר, יש בכך גם מדיניות עסקית שאין להתעלם ממנה. אם הסיכון מתחלק בין כל הצדדים לעיסקה, כולם נזהרים מלבצע עסקאות מסוכנות. אם אחד הצדדים "תמיד מרוויח", מטרתו תהיה לבצע את העיסקה בכל מחיר. הוא יכול לדחוף את האחרים לביצוע עסקאות לא סבירות, משום שלו אין מה להפסיד.

הפתרון ההלכתי הוא פשוט להפליא מבחינה עקרונית. הלווה הסבור בזמן ההלוואה להשיבה, סומך על כך שיוכל להרוויח הן את דמי ההלוואה והן יותר מכך בזמן שתהיה ברשותו. רווח זה יכול להיות או משימוש שיעשה ישירות בכספי ההלוואה, או שכספי ההלוואה ישחררוהו לעשות שימוש זה. כגון סטודנט המשקיע בלימודיו. רווח זה מחוייב המציאות שאם לא כן, לא ברור כלל מהיכן יוכל להחזיר. אשר על כן, אם אכן אמור הוא לשלם מעבר לקרן, ישלם חלק ממה שאכן ירוויח.

נכון הוא שמבחינה כלכלית קשה לקבוע איזו גישה עדיפה יותר וישנם פנים לכאן ולכאן. קשה ואף אולי בלתי אפשרי להעריך מהו ההפסד שיגרם למשק מכך שכמות האשראי הזמינה במשק תקטן בגלל חששם של המלווים לכספם. באותה מידה קשה להעריך מהו ההפסד שנגרם בגלל ריבוי הלוואות שניתנות על ידי מלווים שאינם נוטלים חלק בסיכון. אולם דומה שמסיבות פרקטיות לחלוטין מן הראוי היה לשקול בצורה חיובית את שילובו של היתר עיסקה בחוק הישראלי.

בדיקה אובייקטיבית של שרשרת המשברים הפיננסיים בישראל בשנים האחרונות תראה שבבסיס עומדת מדיניות אשראי לא מבוקרת. אין ספק שמדיניותם התוקפנית של חלק גדול הבנקים בעידוד לקוחות לקבל אשראי נבעה מתפיסתם שהמלווה "לעולם מרוויח". דומה שברור כי מוסדות פיננסיים היו זהירים הרבה יותר במתן אשראי לרכישת קרנות נאמנות ומניות, ובמתן אשראי בכלל, לו היו יודעים כי חלק מהסיכון חל גם עליהם. ניתן לטעון כי משבר מניות הבנקים, משבר קרנות הנאמנות, משבר הקיבוצים, כולם היו נמנעים לו מראש הייתה מוטלת האחריות על מהבנקים. מודל "היתר עיסקה" במקרה זה היה עדיף לכולם.

בעייתיות זאת של אשראי מפוקפק קשה אף יותר כשמדובר על מדינות עניות. ההלוואות הרבות שקיבלו מדינות כגון רוסיה, ניגריה ושאר מדינות מזרח אירופה והעולם השלישי יוכיחו. במקרים רבים הכסף הגיע לדיקטטורים או לאישי ממשל מושחתים והמדינות, קרי: אזרחיהן

העניים, נשארנו נושאים בנטל. כך למשל בשנות השמונים הלוח בנקים מערביים קרוב ל-8.5 מיליארד דולר למובוטו נשיא זאיר, כסף שהגיע לחשבונותיו האישיים. סיפורים אלו חזרו על עצמם אצל מרקוס בפיליפינים, ניגריה, ארגנטינה וכמעט בכל מדינות העולם השלישי.²⁰ הוצאותיה של טנזניה כיום על תשלום חובות גדולות פי ארבעה מהוצאותיה על שירותי בריאות ופי תשעה מתקציבה לחינוך בסיסי, והיא מהווה דוגמה למדינות רבות באפריקה. אם היה שולט העיקרון שריבית איננה אלא השתתפות ברווחים, 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 בלי יוצא מן הכלל חתומים על היתרי-עיסקה לגבי כל פעולותיהן הבנקאיות. היתרי עיסקה אלו הם מעין חוזים עליהם חתומה הנהלת הבנק ומותנה בכולם בפירוש כי כל עסק שיעשה הבנק הוא אך ורק על פי היתר זה. למרות שחוזי היתרי עיסקה אלו מחייבים את הבנק, ישנם לקוחות דתיים המקפידים על חתימת היתרי עיסקה מיוחדים, וטפסים מיוחדים נמצאים לעניין זה במספר בנקים.

בארץ התעוררה השאלה בעקבות משברי האשראי לקניית קרנות נאמנות ומניות. הגדילו לעשות הבנקים במקרים בהם הלוח לאנשים כסף אך ורק כדי שאותם אנשים יקנו קרנות נאמנות של הבנק שנשאר בשליטת הבנק. ברוב המקרים לא היו הלוחים אנשים בעלי הבנה פיננסית מעמיקה אם בכלל. ברגע שנפלו קרנות נאמנות אלו, עמדו אותם לוחים בפני שוקת שבורה והבנקים התנערו מכל התחייבות שהיא. מספר לוחים ניסו להסתמך על היתרי העיסקה אולם רובם ככולם נדחו על ידי בתי המשפט בנימוקים טכניים אלו ואחרים. בזמנו אף נמתחה ביקורת על פסיקה זו בטענה כי הנימוקים הפורמליים לדחייה לא היו אלא מסווה לשלילת הרעיון של היתר עיסקה מעיקרו.²¹

אין זה המקום להיכנס בפירוט לעניין היתר העיסקה והשוואתו למודלים הבנקאיים המקובלים. הנקודה החשובה היא שלפנינו נמצא מודל משפטי יעיל ופשוט. יתירה מזו, לדעתנו לו היה מודל זה או ואריאציה שלו ממומשים בישראל היה זה עדיף על המצב הקיים כיום. אולם בפועל ישנה התעלמות מוחלטת מהרעיון במשפט הישראלי. ואם כבר ישנה התייחסות שכזו, הרי זו התייחסות שלילית.

3. על קרנות צדקה וניהולם במשפט הישראלי ובמשפט העברי

(חוק הנאמנות לעומת דיני אפטרופסות)

בכל הדורות, התקופות והמקומות, הצטיינו הקהילות היהודיות בסולידריות חברתית מגובשת ובעזרה לזקקים. ביטוי לכך ניתן בלשונו של הרמב"ם באומרו: "מעולם לא ראינו ולא שמענו

20 [URL:http://www.odiousdebts.org/odiousdebts/index.cfm] [23.4.2003].

21 א' הכהן, ז' סורוצקין "בנקאות ללא ריבית והיתר עיסקה במדינה יהודית ודמוקרטית, הלכה ואין מורין כן?" שיערי משפט ב (1998) 77-99. ראו שם פירוט של פסקי דין שניתנו בעניין.

בקהל מִישראל שאין להן קופה של צדקה.²² לכן ניתן היה לשער שהמצב החוקי במדינת ישראל יתמוך בפילנתרופיה ויעודד התנדבות ונתינה. המצב רחוק מלהיות כזה לצערנו. הבעיות הן רבות וכוללות מיסוי כבד והסדרי חקיקה בעייתיים.²³

נעמוד כאן לדוגמה על בעיית קרנות הצדקה המכוננות בשפה המשפטית הישראלית "הקדשות ציבוריים". העיקרון המשפטי פשוט, במקרים רבים רוצה אדם להקים קרן קבועה ("הקדש ציבורי") אשר פירותיה יינתנו למטרת צדקה בה הוא חפץ. מטרה זאת יכולה להיות קשורה לדת, תרבות, ספורט, עזרה לעניים וחולים, מלגות לסטודנטים נזקקים, וכן הלאה וכן הלאה. לעיתים רוצה המקדיש כי בניין זה יהיה בית כנסת, מוזיאון וכו'. מובן מאליו כי למדינה צריך להיות אינטרס שקרנות אלו יפרו וירבו ויחזקו. אחרי ככלות הכל הן חוסכות למדינת הרווחה תקציבים ותורמות לרווחת כלל התושבים. אחת הדרכים הקלות והיעילות לתמוך בקרנות היא מתן סביבה משפטית יעילה ותומכת ליצירתן ולניהולן.

לצערנו בישראל, לא רק שכמעט אין הסדרים כאלו, אלא המעט שישנו לקוי לחלוטין. ונסביר. בישראל משום מה הוכנס עניין ההקדשות כפרק קצר בן שבעה סעיפים בחוק הנאמנות שכולו בן 44 סעיפים קצרים. זאת, אחרי ביטול שתי פקודות בריטיות שהיו עד אז בתוקף.²⁴ כדוגמה לזלזול של המחוקק בעניין ניתן לראות את העובדה שעד היום (עשרים ושנים שנה אחרי חקיקת חוק הנאמנות) עדיין לא תוקנו התקנות הדרושות לשם הפעלתו של חוק הנאמנות.

עיקר הבעייתיות מתבטאת בביקורת ופיקוח על השימוש בנכסי כל נאמנות ובעיקר על קרנות צדקה. לענייננו, שתי בעיות עיקריות קיימות בהקדשות ציבוריים. הראשונה, היא ניצול לרעה של נכסי הנאמנות למטרות אישיות, והשנייה, היא אדישות וזלזול.

החשש הראשוני הוא כי גורמים המחפשים את טובתם האישית ישתלטו על ההקדשות ויחלקו למשל את הפירות המיועדים לצדקה לבני משפחתם. קל מאוד לעשות כן וקשה לפקח על כך. הדברים ידועים ואין צורך להוסיף בכך.

הבעיה השנייה היא אדישות וניצול לא יעיל של נכסי ההקדש. ישנם גופים רבים כבתי-חולים וישיבות שברשותם נכסי גדולין כהקדשות אך הם אינם מנצלים זאת כראוי. מקדיש הדירה ביקש לשמור את הדירה כקרן ואת פירותיה לתת לאותו מוסד, אלא שהמוסד איננו המתאים ביותר לניהול נכסים.

לא ניתן גם לשלם לנאמנים כדי שיוכלו להתפנות לניהול ההקדש. הכלל בחוק הנאמנות (סעיף 8) הוא, כי נאמן איננו רשאי לקבל שכר אלא בנסיבות מיוחדות. כלל זה בעייתי משום שהציבור בישראל טרוד בפרנסתו והתוצאה היא כי ענייני הנאמנות נעשים כבדרך אגב לעת מצוא.

22 רמב"ם, מתנות.

23 ראו למשל ביקורתו של אבי כהן על המיסוי הכבד על מוסדות ללא כוונת רווח בישראל. לטענתו, אחוז גבוה מסכום התרומה חוזר למדינה "במיסים שונים ומשונים" (כלשונו) ראו א' כהן "נטל המס: כמה מס משלמות עמותות?" במגזר השלישי 32 (התשס"א) 25.

24 נציין שלדעתנו השינוי היה לרעת העניין מפני שהחוק החדש איננו מפורט כראוי, איננו ברור, ולקוי יחסית. הפקודה המקורית (חוקי א"י פרק יד עמ' 107) הכילה מעל 40 סעיפים מפורטים ואליה התווספה פקודת ענייני צדקה (הנאמן הציבורי) שגם בה היו 13 סעיפים ונספחים (חוקי א"י פרק טו' עמ' 121).

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

בגלל היות קרנות צדקה והקדשות כה נפוצות בקהילות היהודיות, הרי שהתקלות שהזכרנו הוכרו כבר מזמן במשפט העברי. פותחו שלל הלכות המתמודדות עם מצב זה. כך למשל, על פי הלכות אלו ניתן לשלם לנאמן הן משכורת קבועה והן אחוזים מהנכסים. הכל בהתחשב בטובת ההקדש ולפי שיקול דעת מוחלט של ביה"ד.²⁶ יתירה מזו, נקבע באפוסטרופוס על נכסי יתומים (המקביל לאפוסטרופוס הקדש) כי ניתן לו לקנות בגדים מפוארים על חשבון ההקדש כדי שיוכל לייצגו טוב יותר וכדי שדבריו יהיו נשמעים. נציין גם כי אין מדובר בחידוש מהותי של המשפט העברי, גם במשפט האמריקאי נקבע כי עקרונית נאמן זכאי לקבל שכר ראוי עבור עבודתו.²⁷ גם בעיית הניצול ידועה ובעטיה תיקנו חכמים להשביע את האפוסטרופוסים בשעת סיום האפוסטרופוסות כי לא נטלו דבר לידם. זאת מפני שהאפוסטרופוסים חשודים תמיד לעכב בידם מהרכוש שבו טיפלו.²⁸ השבועה מוטלת גם על אפוסטרופוסים בעלי "שם טוב". הנימוק לחשד על פי הגמרא²⁹ הוא "משום דמורו בה התירא", דהיינו, האפוסטרופוסים טורחים בשליחותם ומוצאים בכך צידוק להשתמש בנכסים לטובתם. מסיבות אלו גם הוכרע לטובת פיקוח מהודק על פעילותם וניתנה סמכות לבית דין לסלק אפוסטרופוסים על פי שיקול דעתם המוחלט.

לא נכנס למכלול ההלכות הרבות והמפותחות הקיימות בסוגיה זו. עובדה היא כי הללו עומדות וחיות בעוד ההסדר הקיים במדינת ישראל הינו גרוע ובעייתי. הניצול לרעה מחד גיסא, והאדישות והזלזול מאידך גיסא, חוגגים ומתחזקים. התוצאה היא שכיום בישראל אין פיקוח מעשי כלל על ההקדשות והתוצאות עגומות. לפי אחד החישובים (השמרניים), סכום של כמאה אלף דולר ליום אובד עקב חוסר פיקוח זה.³⁰

4. עיקרון הכורח במשפט הפלילי

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

25 רע"א 46/94 אילה זקס אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, דינים עליון, מד, 14, בדבריו של כב' המשנה השופט לוין.

26 ראו לעניין זה הראשון צ"מ' עוזיאל שערי עוזיאל (תשנ"א, חלק א') קכט' (להלן "שערי עוזיאל").

27 ראו כרם, לעיל, הערה 4, 245-246 הדין בדיעות השונות בדבר תשלום שכר לנאמנים.

28 ראו שערי עוזיאל, רכ' לפירוט הלכות שבועה זו.

29 שבועות, מח, ב.

30 הרקע לחישוב פשוט. מקובל שהשקעה סבירה וסולידית תניב חמישה אחוזי ריבית לשנה. אין חולק שהערך הכספי של הקדשות בישראל הוא מיליארדי דולרים ואין לחשב את ההקדשות הלא יהודים שסכומם מי ימנה. רק הסכומים הכספיים המופקדים בבנקים של ההקדשות הרשומים כוללים סך של מעל שני מיליארד שקלים. מכיוון שאחוז גבוה מההקדשות איננו מנוצל כיאות, התוצאה ברורה. שוב, חישוב זה הוא מינימלי משום שאיש איננו יודע את המספרים האמיתיים.

"לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך."³¹

יושם לב שסעיף זה מרחיב את הגנת הכורח על כל מעשה כולל עבירה של רצח. דהיינו, לכאורה לא יעמוד אדם לדין בעבירה של רצח במידה והרצח בוצע תוך כדי איום מוחשי עד כדי שהיה אנוס לעשותו. הלכה זו היא שינוי מהותי מהמצב הקודם. על פי הדין האנגלי הקודם, הגנת הכורח לא הייתה תקפה במקרים בהם בוצעו עבירות שהעונש עליהם מוות.

הלכה זו היא גם בניגוד גמור ומוחלט למשפט הפלילי העברי שאיננו מתיר לרצוח אפילו במקרה של איום על החיים. ידוע ומפורסם הסייג ההלכתי הקובע כי פיקוח נפש דוחה הכל מלבד שלושה דברים; עבודה זרה, שפיכות דמים וגילוי עריות.

במילים פשוטות יותר, על פי החוק הישראלי כיום, במידה ומאויים אדם לרצוח איש אחר תוך כדי איום מוחשי על חייו, פטור הוא אם אכן נכנע לאיום ורצח את אותו אחר. דומה שרבים יתקשו לקבל עמדה זו ואין טעם להאריך בכך.

5. חקיקת חוקי היסוד החדשים בישראל

לאחרונה חוקקו בישראל מספר חוקי יסוד שלצערנו לא זכו לביקורת מספקת. כך למשל חוק "כבוד האדם וחירותו" יכל לדעתנו להרוויח רבות אם אכן היו מחבריו מתייחסים יותר למשפט העברי. מעניין גם שרוב אלו המתלוננים על הרחבת הפער החברתי בישראל לא הזכירו את חוקי היסוד החדשים בין הגורמים להתרחבות הפער. לדעתנו, הקשר הוא ברור. מערכת משפטית המבוססת על זכויות בלבד, המדגישה את החירות האישית והקניין הפרטי, והמתעלמת בבירור מאחריות הדדית, איננה בדיוק מעודדת שוויון. ישנה אי-נוחות רבה מכך שהחוק איננו "מטיל חובות" על הציבור ומדגיש בעיקר את זכויותיהם, זכויות שקיימות בפועל רק לאלו היכולים לדרוש אותן. חוק זה שיש הרואים בו הישג לישראל מכונה בפי אחד מהוגי הדעות היהודיים החשובים בדרנו אליעזר שבייד "חוק האנוכיות המקודשת". על פי שבייד:

"למעשה לפנינו חוק שנתנסח על פי דגם המקובל בדמוקרטיה הליברלית אמריקנית, שהשקפת העולם שהוא מיישם היא שאיפת הצלחה ואושר אינדבידואליסטים ותחרותיים... חברה כזאת מחזקת את החזקים ומפקירה למעשה את החלשים. היא מעניקה להם זכויות פורמליות ואינה דואגת שיוכלו לממשן. היא מכבדת כביכול את אנושיותם בעיני החוק אבל אינה מכבדת אותם בעיני הבריות. הרי ידוע "עני חשוב כמת..."

"מכל מקום ברור, כי מושג "כבוד האדם" המוגדר לפי החוק, המזמן דווקא שאלות כאלה, אינו מזדהה לא עם חובה מוסרית קודמת ולא עם אחריות קודמת כלפי הבריות, אלא עם האנוכיות המקודשת של החזקים שכוחם איתם לממש את זכויותיהם."³²

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

32 ראו א' שבייד "חוק האנוכיות המקודשת" מימד (1995) 15-12. בצורה יותר בוטה כונה החוק "מפלצת כבוד האדם" ראו דבריו של בן-דרור ימיני "האמת היא שבמקום כבוד האדם צריך לומר "אמריקניזציה". אולי אז יתחיל להיות ברור איזה תהליך מסוכן, שחבורת חסידים עוורים מטפחת, מתחולל לנו מול העיניים... ואת המודל האמריקני הזה, שרקוב מכל צד אפשרי, הופכים אצלנו לרת חדשה. יש חסידים שוטים, תמימים ובעיקר עוורים, והם כבר הכתירו להם כהן גדול" ב' ימיני, מעריב 18.5.1995.

שבייד מציע לכן ניתוח אחר של מושגי החירות המבוסס על מקורות יהודיים והלכתיים שלדעתו צודק הרבה יותר ומתאים הרבה יותר למציאות הישראלית. לא נכנס כאן לניתוחו של שבייד את מושגי הצדקה והחירות, אולם העובדה היא שניתוח כזה ניתן לעשותו וסביר להניח שרבים יסכימו אתו. מעניין להזכיר כי ביקורת דומה על כך נמתחת על ידי קבוצות חברתיות חילוניות לחלוטין המוחאות על כך שאין בחקיקה ובפסיקה הישראלים כל התייחסות לזכויות חברתיות.³³

ד. הסיבות ליתרונותיו של המשפט העברי

עד פה הצגנו מספר דוגמאות לתופעה שלדעתנו צופה בלתי משוחד יכול להבחין בה בקלות. אולם השאלה המעניינת יותר היא מהם יתרונותיו של המשפט העברי שהפכו את הסדריו (או לפחות חלק מהם) לטובים יותר.

לדעתנו, יתרון זה נובע משלוש סיבות משולבות:

- ראשית, כמות המאמץ שהושקע בו,
- שנית, תהליך חקיקתו והתקבלותו דרש בחינתו ובדיקתו על פני זמנים ומקומות שונים,
- שלישית, בהתאמתו לאנשים אותם הוא בא לשרת, ונפרט.

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

התפתחותו של כל תחום עיוני תלויה בעיקר בכמות ואיכות המאמץ האינטלקטואלי שהושקע בו. במדד זה, מספר האנשים העצום וכוח החשיבה שהושקע במשפט העברי עולה לאין שיעור על אלה שהושקעו במשפט הישראלי. מספר האנשים העוסקים תיאורטית בדיני הקניין בישראל אינו עולה על עשרה בכל רגע נתון. גם אם ניקח את כל השאלות המתעוררות בבתי המשפט בישראל, הרי מספרן זניח. מספר העוסקים במשפט העברי גדול מכך בקנה מידה של עשרות אלפים. אפילו אם נניח שניתן להתעלם מתשעים ותשעה אחוזים של העוסקים בו, עדיין מושקע מאמץ אינטלקטואלי רב הרבה יותר, הן בכמות והן באיכות.

צריך לזכור את הליך החקיקה במדינת ישראל. ישנם חוקים לא מעטים שלאמיתו של דבר חוקקו ונוסחו על ידי אנשים מועטים מאוד. חוק ההטרדה המינית נוסח בפועל על ידי המלומדת אורית קמיר, החלק המקדמי של חוק העונשין כולו נוסח בעיקר על ידי המלומדים קרמניצר ופלא, חוק החברות הישראלי נוסח על ידי פרופ' פרוקצ'ה ועוד כהנה וכהנה. לעיתים, טעויות תרגום מטופשות גרמו ליצירת עבירות וסעיפי חוק יש מאין.³⁴ נכון הוא שניסוחים ראשוניים אלו עברו עיבוד וביקורת מסוימים אולם במהותם חוקים רבים הם פרי עבודות של יחידים. אין להתפלא על כך שפעמים רבות נמתחה ביקורת על דברי חקיקה בטענה שנפלו בהם טעויות תמוהות ויש בהם

33 ראו למשל **משפט נוסף** (2001) 1. מעניין שכל הכותבים בחוברת זו לא התייחסו לקונפליקט המבני שבין זכויות היסוד המופיעות בחוק כבוד האדם וחירותו, לבין הזכויות החברתיות. אירונית היא גם העובדה שהחברת מדברת בלהט כנגד פערים כלכליים, אולם הפרסומות שבה הן למכוניות ודירות יוקרה בסכום עתק שיד אדם מן הישוב איננה משגת.

34 ראו למשל את הסברו של וייסמן המראה כיצד הוסף איסור בפקודת זכויות יוצרים בגלל תרגום קלוקל מאנגלית לעברית. 'וייסמן' מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה (תשס"א) 229-242.

חוסר והתעלמות מנקודות חשובות. בסביבת עבודה שכזו, החוק תלוי, קם ונופל, בעיקר על דעותיהם ומחשבותיהם של יחידים. אין חולק שיחידים/ות אינם/ן מושלמים/ות.

2. עמידה במבחני הזמן והמקום

תכונה נוספת הקשורה במידת מה לראשונה היא העובדה שעקרונות המשפט העברי נחלצו בשלום ממהלך ההיסטוריה היהודית. הם נוסו על פני מס' שנים רב מאוד (שנמדד באלפים), בחברות שונות, באזורים גיאוגרפיים נפרדים, ובתנאים פוליטיים נבדלים. היסטוריה משפטית זו גרמה להתפתחות אבולוציונית של השיטה וקריסת העקרונות שלא הוכיחו את עצמם. הכללים ששרדו הם אלו שעברו את מבחני הזמן, המקום, והנסיבות, ולאחר שהותאמו כיאות. אין פלא שאלה יהיו יעילים וצודקים יותר.

לא ידועה לנו כל דוגמה למערכת משפטית אחרת ששמרה על חיותה תקופה כה ארוכה. לא רק שהמתודה פועלת אלא שעד היום יכולים אנו להסתמך על קביעות, אמירות, הלכות וכללים שמופיעים לראשונה במשנה ובתלמוד ומשקפים מצב משפטי קדום יותר. ידועה טענתו המפורסמת של אוליבר הולמס, השופט האמריקאי הידוע (HOLMS), על פיה המשפט מבוסס וצריך להיות מבוסס על הניסיון ולא על ההיגיון. כללי ההיגיון נוטים להשתנות מהר למדי, בעוד שהניסיון פעמים רבות משקף את היציב והאפשרי.

ניקח לדוגמה את ההלכה המפורסמת לגבי "פיקוח נפש". הכלל הוא שפיקוח נפש דוחה את כל המצוות חוץ משלוש אלה שהוזכרו (עבודה זרה, שפיכות דמים, וגילוי עריות).³⁵ תפיסה זו לא התגבשה ביום אחד. יוספוס פלביוס מספר על תלמי בן ליאוס שכבש את ירושלים בשבת משום שהיהודים כנראה לא נלחמו ביום זה.³⁶ המכבים היו הראשונים שהתירו לעצמם להלחם אחרי שקבוצה אחת מהם נטבחה בשבת לאחר שסירבה להלחם.³⁷ שאלה זו זכתה לפיתוח נרחב בהלכה משום שהייתה רלוונטית באותה תקופה. כך נפסק בין השאר כי: "נכרים שצרו על עיירות ישראל אין יוצאין עליהם בכלי זיין ואין מחללין עליהן את השבת במה דברים אמורים כשבאו על עסקי ממון אבל באו על עסקי נפשות יוצאין עליהן בכלי זיין ומחללין עליהן את השבת ובעיר הסמוכה לספר אפילו לא באו על עסקי נפשות אלא על עסקי תבן וקש יוצאין עליהן בכלי זיין ומחללין עליהן את השבת".³⁸ אפילו בתחילת היישוב בארץ התלבטו בה הלכה למעשה. כך למשל, בראשית היישוב התנפלו באחת השבתות שודדים על כפר-סבא (שאדמותיה היו שייכות אז לאנשי פתח-תקווה). אנשי פתח-תקווה שמעו על כך בהיותם בבית הכנסת ופנו לרב בשאלה. הלה פסק, כי מדובר באיזור ספר שניתן לחלל עליו את השבת גם לענייני קש ותבן, ואז עלו הללו על סוסיהם, ובראשם אברהם שפירא השומר האגדי, ויצאו לכפר סבא כדי להלחם בשודדים.³⁹ כל השאלות ההיסטוריות, מעניינות כפי שהיינה, רק מדגישות את העובדה שעד שהגיעה ההלכה לקביעה סופית זו עברה לבטים ושינויים לא מעטים. לא בנקל הייתה המסקנה הסופית

35 לדיון מפורט ראו הערך "ייהרג ולא יעבור" אנציקלופדיה תלמודית, כב, נג-קיא.

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

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

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

39 מהלברשטט עד פתח - תקווה: זכרונות הרב משה אוערבך זצ"ל (נ' ר' אוערבך עורך, תשמ"ז) 128.

כי ישנם דברים שצריך למסור עליהם את הנפש בכל מחיר. קביעת אותם עקרונות הייתה ארוכה ומפותלת. כך למשל, סבר רבי ישמעאל, כי על עבודה זרה אין צורך למסור את הנפש כלל. ובלשונו: "אמר רבי ישמעאל מנין שאם אמרו לו לאדם עבוד עבודת כוכבים ואל תהרג מנין שיעבוד ואל יהרג תלמוד לומר וחי בהם ולא שימות בהם".⁴⁰

אבל מעניין כי לא הייתה מחלוקת על כך שפיקוח נפש איננו דוחה שפיכות דמים, דהיינו, אין כל אפשרות להציל עצמך על ידי חיר. בעניין זה הייתה הנחת המוצא כי מדובר ב"סברא". קרי, לא ציווי משמים אלא היגיון ברור שאין מה לתהות אחריו. כדברי האמורא רבא: "מאי חזית דמא דידך סומק טפי, דלמא דמא דחברך סומק טפי" (מה ראית לומר שדמך אדום יותר, שמא דם חברך אדום יותר?).⁴¹

לעומת דרך חקיקה רצינית זו, צורמת לעיתים הקביעה המהירה והפסקנית של המחוקק הישראלי. כך למשל, בעניין הגנת הכורח ניתן נימוק מוזר על ידי יו"ר וועדת חוק ומשפט דאו, לטענתו, ענישתו של העבריין במקרים כאלו איננה רלוונטית משום שהעושה זאת איננו מגלם גישה אנטי-חברתית ואנטי-סוציאלית והחוק איננו מכשיר להכרעה בדילמה מוסרית.⁴² אשר על כן, כיום במשפט הישראלי אין כל חובה למסור את הנפש במקרה של איומים ממשיים, ואפילו מותר להרוג אדם חף מפשע עקב איומים ממשיים על פיהם תומת אתה אם לא תמית את החף מפשע.

טענה זו איננה עומדת רק באי-התאמה להלכה ולהיגיון. היא עומדת גם בניגוד גמור לגישות סוציולוגיות רבות המקובלות כיום בעולם המערבי על תפקידם של החוק הפלילי והענישה. ככלל, פעמים רבות במהלך ההיסטוריה האנושית מסרו אנשים את נפשם וסירבו לפעול בניגוד לעקרונותיהם. דווקא מההיסטוריה היהודית ניתן להביא אינספור דוגמאות לכך. נדגיש שוב כי הגישה ההלכתית לסוגיה זו לא התגבשה במהירות והיו דיעות שונות וחלוקות לגביה. בדרך ארוכה זו ישנו יתרון משום שהיא נתנה אפשרות לבדיקת ההלכה והתאמתה לפני התקבלותה. תמונה בעינינו עמדתו של יו"ר ועדת החוק ומשפט דאו (ומאו התחלפו כבר כמה וכמה ראשי ועדות). אין זה ההליך הנאות של קבלת החלטות מעין אלו. לנו לפחות נדמה שאם יש צורך לבחור שרירותית בין דיעה שהתגבשה בזמן רב תוך דיון ושיח, לבין דיעה אחרת, מקורית ככל שתהיה, אולי כדאי לאמץ את הגישה שעמדה במבחן הזמן. לכל הפחות, היינו מבקשים צידוק טוב הרבה יותר לסטייה ממנה.

40 סנהדרין, עד, א.

41 פסחים, כה, ב.

42 דברי חה"כ צוקר, ובלשונו: "אנחנו איננו מכריעים בדילמה המוסרית הזאת. אנחנו רק עוסקים בשאלת האחריות הפלילית. והעמדה שלנו היא שענישתו של אדם במקרה כזה היא נטולת טעם, שכן אין החוק הפלילי תובע תביעת גיבורים. עושה מעשה עבירה בתנאים כאלה, איננו טיפוס של עבריין. הרי אין מדובר במישהו שהוא עבריין וזוהו מנהגו, או חלק מתרבותו, או מאישיותו להרוג אדם אחד כדי להציל אדם אחר. והמעשה הזה, מכיון שכך, מכיוון שמדובר באדם שאיננו משתייך לקהילה או לתרבות או לאווירה עבריינית, הרי שהמעשה שלו איננו מגלם גישה אנטי-חברתית, אנטי-סוציאלית שמאפיינת כל כך עבריינים. ולכן מציע החוק, מן הטעם הזה מציע החוק, לפטור הורג אדם אחד כדי להציל חיי אדם אחר, לפטור אותו מן האחריות. (ישיבות הכנסת השלוש-עשרה, המושב השלישי, הישיבה המאיתיים וארבעים ושש של הכנסת השלושה עשרה [יום שני, י"ז באב התשנ"ד] (25.07.1994). דיון בחוק העונשין (תיקון מס' 39).

3. התאמת כללי המשפט לקהילה עליה הם מוחלים

שני היתרונות אותם הצגנו ייחודיים אומנם למשפט העברי אך ניתן למוצאם, לפחות חלקית, בשיטות משפט אחרות. למשל, במשפט האנגלי, שפעל זמן קצר יחסית למשפט העברי אך בכל זאת מדובר במשפט מודרני, חי וקיים, שפעל ופועל ומסדיר את חייהם של אנשים רבים.

אולם היתרון השלישי של המשפט העברי נעוץ בחברה עליה הוא חל. אין חולק, ששיטה משפטית יעילה יותר מביאה בחשבון את סוג החברה עליה היא מופעלת. לא דינו של חוק הנוגע לזכויות האזרח בסינגפור כדינו בארה"ב או בישראל. אי הקפדה על כלל מוסכם זה יכול לגרום לחקיקת חוקים שאינם מתאימים לציבור ורק יגרמו נזקים. היות שהמשפט העברי הופעל אך ורק על יהודים, נדמה שהוא מתאים יותר לאופי החברה היהודית והישראלית.⁴³

ניקח לדוגמה את חוקי הערבות אותם ציינו. הכלל בישראל תמיד היה כי חברות הינה ערך, ומי שיכול לעזור לחברו אפילו על ידי ערבות בלבד, ראוי שיעשה זאת. או בלשון הכתוב: "כל ישראל ערבים זה לזה". אלא שכלל זה לא ראה בערבות מכשיר ליעילות כלכלית ותבע מן הנערב לעשות כל שביכולתו שלא לסבך את הערב. ייתכן שבמקומות אחרים, כגון אנגליה, ששם אין סולידאריות חברתית כה גבוהה, נתפסה הערבות ככלי כלכלי גרידא. במקרים אלו היה אולי היגיון בחוקי ערבות גורפים (כפי שהיה החוק הישראלי בטרם שונה). אולם אין הם מתאימים לישראל.

האבסורד בקליטה של דינים חיצוניים מודגם בעניין ההקדשות אותו ציינו. בארץ הוסדרו ההקדשות משום מה במסגרת חוק הנאמנות האנגלי. חוק זה יסודו במשטר הפיאודלי של אנגליה של ימי הביניים וקשור להגנה של המעמד העליון על מי מחבריו שהיה זקוק לכך. אין פלא לכן, שהמינוי נתפס כמינוי של "כבוד" בלא כל שכר לנאמן. עיקרון זה מתאים לחברה מעמדית כאנגליה שהכילה בתוכה קבוצה חסרת דאגות כלכליות שלא טרחה לעבוד. הללו יכלו להקדיש את זמנם בין השאר לנאמנויות צדקה. אולם מוסד זה הועבר לישראל כשאיננו מתאים לחלוטין לישראל. נציין שוב, כי בארה"ב למשל שבה החברה יותר שיוויונית הכלל הוא כמו בהלכה שנאמן כעיקרון זכאי לשכר. התוצאה של החוק הייתה שקשה למצוא נאמנים שיבצעו את תפקידם ובסופו של דבר יצאו ההקדשות קרחים מכאן ומכאן.

זו גם הסיבה שבהלכה הוחלט, כי הציבור אחראי בסופו של דבר על כל הנעשה להקדשות דרך פיקוח בתי-הדין. המציאות הוכיחה שלא ניתן להשאיר זאת בידי הנאמנים (המכונים "אפוטרופוסים" בהלכה). אפילו אם מקבלים הם שכר, ואפילו נאמנים הם ובעלי שם-טוב, יש צורך בפיקוח מתמיד ואינטנסיבי. במיוחד כשאינו לנו מעמד חופשי מבעיות כלכליות שיכול להתעסק בכך.

אלא שלצערנו קלטו את חוקי הנאמנות על בוריין ממשפט זר בעל נסיבות שונות, ואין פלא לכן שמצב ההקדשות הוא בכי רע (בלשון המעטה).⁴⁴

43 נציין כי אין אנו טוענים כאן שהמשפט העברי מייצג את רוח האומה. טענה זו מקורה בגרמניה של ראשית המאה ה-19, על פיה מערכת המשפט משקפת את "רוח העם". לפי שיטה רומנטית זו, אין עם אחד יכול להשתמש ולקבל 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 רחוקה מלהיות כה גורפת. כל שאנו טוענים הוא שכדי לחוקק משפט מתאים יותר, מן הראוי לבדוק את הנסיבות והתנאים המקומיים, דבר שקשה לעשותו על ידי אימוץ של כללי משפט אחרים.

44 לסקירה וביקורת כלליים על נושא ההקדשות בישראל ראו: א' טננבוים, א' קפלן "הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצוי" *שערי משפט* א (תשנ"ז) 67-89.

ה. הסדרים בעייתיים במשפט העברי שקשה לקבלם

דוגמאות אלו שהראינו למעלה לא צריכות להשכיח מאיתנו כי ישנם גופי הלכות במשפט העברי שבשום פנים ואופן אינם יכולים להתממש כיום. לדוגמה בלבד נתבונן על היחס להומו-סקסואלים.

יחס היהדות להומוסקסואלים איננו חיובי. המעיין בכתובים יכול לראות שהיהדות איננה שוכנת יחד עם ההומוסקסואליות (הכוונה היא כמעט תמיד ליחסים בין גברים). בניגוד ליחס הסובלני ולעיתים אף המעודד של תרבות יון ורומא, הרי היהדות היא חד משמעית נגד, בין אם ימצא הדבר חן בעינינו, ובין אם לאו.

התופעה לגופה הייתה ידועה כבר בימי קדם ונתפסה כמנהג הגויים. התנהגות כזו נתפסת כהתנהגות של אותם עממים שהמקרא טוען כי יישמדו בגלל חטאיהם כולל חטא זה. על הפסוק "בחוקותיהם לא תלכו" אומר המדרש "ובחוקותיהם לא תלכו [...] ומה היו עושים האיש נושא לאיש והאשה לאשה האיש נושא אשה ובתה והאשה נישאת לשנים לכך אמר ובחוקותיהם לא תלכו"⁴⁵ ללמדך שכבר אז צצו שאלות הקשורות לנישואים של בני אותו מין.

במקרא מופיעה הומוסקסואליות (בין גברים) כחטא שהעונש עליו הוא עונש מוות. גם כיום ההנחה הברורה היא שיהדות והומוסקסואליות אינן שוכנות בכפיפה אחת.⁴⁶ אין שום פוסק הלכתי שלא הפגין יחס שלילי ומחלט כלפי התופעה. יתכן שהמצב ישתנה בעתיד, אולם לפחות כיום זהו המצב החד-משמעי.⁴⁷

ישנן גם הלכות בעייתיות אחרות הקשורות ליחס לשאינו יהודי, ועוד.⁴⁸ ההסברים לכך רבים ומגוונים ואין זה המקום לדון בהם. אולם בפועל, לא ניתן להתכחש לכך. דומה שיהיה קשה ולא נכון לאמץ אותן בהלכות שונות ורלוונטיות החל מדיני ההסגרה ועד לדיני המקרקעין. אין אנו מתעלמים מכך אולם טענתנו היא, שבעיות אלו הן בתחומים שוליים יחסית, ולגביהם אין חולק שאין מקום ליישם.

45 ספרא, אחרי מות, ח.

46 ראו נ' ס' לרמן "הומוסקסואליות ויהדות - האם הם עולים בקנה אחד?" תפוצות ישראל כד 162-176;

H.J. Matt "Sin, Crime, Sickness or Alternative Life Style?: A Jewish approach to Homosexuality Judaism" 27 qua.L.J.(1978) 13-24

47 לכן אין פלא שבכל המאמרים המשפטיים המנתחים את הסוגיה המשפטית בדבר זכויותיהם של ההומוסקסואלים בישראל ישנה התעלמות מוחלטת מהיסוד היהודי. ראו למשל מאמריהם של אלון הראל, יובל מרין, וחנן גולדשמידט המתיחסים להיבטים שונים אך ללא כל קשר להלכה המשפט 12, המשפט 12 (2001).

48 כך לדוגמה הוא היחס למכירת קרקע לגויים בארץ ישראל. מכירה זו אסורה לחלוטין כדברי הרמב"ם:

"אין מוכרין להם בתים ושות בארץ ישראל ובסוריא מוכרין להם בתים אבל לא שדות ומשכירין להם בתים בארץ ישראל ובלבד שלא יעשו שכונה ואין שכונה פחות משלשה ואין משכירין להם שדות". (רמב"ם, עבודת כוכבים, י, ג.)

והוא מוסיף מספר הלכות מאוחר יותר:

"אין כל הדברים האלו אמורים אלא בזמן שגלו ישראל לבין העובדי כוכבים או שיד עכו"ם תקיפה על ישראל אבל בזמן שיד ישראל תקיפה עליהם אסור לנו להניח עובדי כוכבים בינינו ואפילו יושב ישיבת עראי או עובר ממקום למקום בסחורה לא יעבור בארצנו אלא עד שיקבל עליו שבע מצות שנצטוו בני נח שנאמר לא ישבו בארץ אפילו לפי שעה ואם קבל עליו שבע מצות הרי זה גר תושב ואין מקבלין גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג אבל שלא בזמן היובל אין מקבלין אלא גר צדק בלבד". (רמב"ם, עבודת כוכבים, ו, א.)

1. על "המיתוסים" שבעטיים לא נעשה בישראל שימוש במשפט העברי

הדוגמאות שהבאנו בעיקרן הן מתחום החקיקה, שכן זהו התחום הרלוונטי. לאחר שנחקק חוק כלשהו, קשה לפרשו דווקא בתחום המשפט העברי. יתירה מכך, דוגמאות אלו שהובאו מייצגות רק מבחר קטן מתוך פתרונות רבים של המשפט העברי, שלפחות על פניהם נטען כי עדיפים הם מהמצב הקיים. פתרונות שעסקו בתקנת השוק, דיני עובד ומעביד, זכויות יוצרים, אונס אשה על ידי בעלה ועוד.⁴⁹ בכל מקרה, הדברים שהוצגו למעלה נראים הגיוניים למדי. השאלה לכן איננה האם יש צורך לעשות שימוש במשפט העברי, אלא מדוע לא נעשה בו שימוש מהותי יותר בישראל?

הסבר היסטורי מאלף ניתן על ידי המלומד חריס.⁵⁰ לדעת חריס, עם הקמת המדינה הייתה אפשרות סבירה לשילוב המשפט העברי ולראייתו כמקור עיקרי של המשפט הישראלי האמור לקום. אולם בצוק העיתים ומסיבות טכניות גרידא לא התאפשרה תוכנית זו. פקודת סדרי החוק והמשפט שהקנתה רציפות למשפט ששרר קודם לכן חוקקה באופן זמני בלבד.⁵¹ הסיבה לה הייתה העובדה הפשוטה, שהגופים שהיו אמורים להציע הצעה משמעותית לשילוב המשפט העברי פשוט לא הספיקו את מלאכתם. המצור על ירושלים, המצב הביטחוני, כל אלו לא נתנו לתוכנית השילוב לצאת מהכוח אל הפועל.

אלא שההסדר הזמני הפך להיות הסדר של קבע, ואפילו ביטול המשפט האנגלי כמקור נמשך למעלה משלושים שנה עד שחוקק חוק יסודות המשפט. היכולת לשילובו כיום רחוק הרבה יותר מבעבר. עם קצת מזל, השיטה המשפטית הישראלית הייתה נראית שונה לחלוטין, אולם למשפט העברי חסר מזל זה.

מעבר לאקראיות ההיסטורית, נוצרה בעיה חדשה. בינתיים קם דור חדש של משפטנים שלא ידע את המשפט העברי, לא בפשט ואפילו לא ברמו. מבלי לקבוע מסמרות נדמה לנו שחוסר השימוש מקורו בעיקר באי-הבנה וחוסר ידיעה. מסיבות שאין אלא להצטער עליהן רוב מלומדי המשפט הישראלי כיום נקיים מכל ידיעה ממשית במשפט העברי. ממילא 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, ומבלי לדעת כי בכך הוא פוגע בזכויותיו הקנייניות של הבעלים המקורי. בדרך כלל מדובר בגניבה שלאחריה מכר הגנב את הנכס לצד ג' והלה רכש אותו בתום לב. היות ששני הצדדים "צודקים" ואין בהתנהגותם אשמה, קשה לקבוע מי "צודק" יותר. האם הצדק הוא עם הבעלים המקורי שממנו גנב הנכס המבקש את רכושו חזרה? או שמא הקונה התמים שרכש את הנכס בתום לב במיטב כספו ומבקש להמשיך להחזיק בו? היות ששיקול הצדק איננו קיים בענייננו יש צורך לחפש שיקולים וליצור קריטריונים כלליים להחלטה. הסדר שכזה, המכונה "תקנת השוק", יתבסס על המדיניות המשפטית המתאימה ויאזן בין שיקולים שונים. אין זה המקום להיכנס לפרטים אולם אפילו בשאלה טכנית זו נטען על ידי מספר מלומדים כי ההסדר ההלכתי עדיף על החוק הישראלי הקיים. ראו בעניין זה א' שטרומן "השבת הגזילה ותקנת השוק הפרקליט ל"ב (תשל"ט) 8; א' שטרומן "תקנת השוק הפרקליט ל"ד (תשמ"א) 353. כן ראו לביקורת מעודנת יותר י' ציגנלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין משפטיים ל"א (תשס"א).

50 ר' חריס "הדומנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת: על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה". בתוך "שני עברי הגשר" - דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל" (מ' בר-און, צ' צמרת-עורכים, תשס"ב) 21-55.

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

- ואף מנמקים זאת בטענות שונות, שחלקן אינן אלא מיתוסים בלבד. את טענותיהן השונות ניתן לתמצת למספר 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 המחזיק בעקרונות ארכאיים שאינם מתאימים לחשיבתנו כיום.
 - ג. גם ללא שתי בעיות אלו של משפט דתי ומיושן, הרי בצוק העיתים ובשל חוסר האוטונומיה היהודית לא התפתח המשפט העברי בתחומים חדשניים כה רבים עד שלא ניתן לעשות בו שימוש מעשי.
 - ד. בפועל, אלה העוסקים בו כיום הנם צרי אופקים ובעלי חינוך שאיננו מאפשר להם ליישם את עקרונותיו למערכת משפטית אפשרית.
 - ה. בכל מקרה, המשפט העברי איננו נגיש לרוב רובם של המשפטנים הישראלים, כך שאין טעם להתייחס אליו.
- נדון כעת בקצרה בטענות-מיתוסים אלו.⁵²

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

טענה זו, המועלית פעמים רבות, איננה רלוונטית כמעט לכל מה שקשור לאותם צדדים בהלכה המכונים "משפט עברי". אין להכחיש כי מספר אספקטים של המשפט העברי אינם מתאימים לימינו, אך אין לכך קשר להיותו משפט דתי דווקא. גם אם נצא מנקודת הנחה שמדובר במשפט דתי הרואה בנורמה הבסיסית להצדקתו את רצון האל, אין זה משנה דבר. בפועל, הנורמה הבסיסית נחתמה לפני למעלה מ-3000 שנה. מאז ועד היום, ולכל הפחות ב-2500 שנה האחרונות, פותח המשפט העברי על פי כללי הלכה ברורים, חיצוניים, וללא כל שמץ של התערבות מגבוה. במילים פשוטות יותר ניתן לומר, כי העובדה שהמשפט העברי הוא דתי, אין לה בדרך כלל דבר וחצי דבר לשאלת ההלכות הרצויות במסחר, במשא ומתן, בענייני משפחה ושכנים, ובשאלות מעשיות אחרות שבין אדם לאחר.

2. טענה שנייה: מדובר במשפט מיושן המחזיק בעקרונות ארכאיים שאינם מתאימים לחשיבתנו המודרנית כיום.

ביקורת זו מבוססת על גישה היסטורית למשפט, הרחוקה להיות מדויקת. הטענה המרכזית הינה כי הלכות המשפט העברי הינן מיושנות ואף בלי קשר למקורן הדתי מבוססות על השקפת עולם שאיננה מתאימה לחברה המודרנית. ביטוי בוטה לגישה זו נתן השופט זוסמן בפסק הדין בעניין אפנ'ר העוסק בהגנה עצמית באומרו:

52 ביקורות אלו אינן מושמעות יחדיו ובדרך כלל גם נאמרות בזהירות. אולם את תמצית הביקורות כנגד השימוש במשפט העברי ניתן לסווג בצורה זו. מקבץ שלם של ביקורות שנאמרו בזמנים שונים ועל ידי אנשים שונים ניתן למצוא בדברי הכנסת. ראו ריכוז של דיעות שונות אצל נ' רקובר המשפט העברי בחקיקת הכנסת (תשמ"ט, כרך א) 155-3.

“אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי היא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה, האם היא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית על פי הלכת המשפט העברי, אשה נואפת בסקילה, ואם הייתה בת כהן בשריפה?”⁵³ יש להתפלא על טענתו של זוסמן לגבי המשפט העברי המבוססת על חוסר ידיעה. עונש המוות ויחד איתו עונש המלקות בוטלו למעשה בהלכה שנים רבות לפני שבוטלו בשיטות המשפט המודרניות. הנימוק הפורמלי הוא כי אין דנים דיני נפשות ומלקות בבית דין שאינו של “סמוכין” (בית דין שדייניו הוסמכו על ידי דיינים קודמים וכן הלאה). אין עונשי מיתה מאז חורבן הבית, ואין עונשי מלקות מאז גלות בבל.

ובכלל, מה הקשר בין הלכה ספציפית של דיני אישות, שלא ברור אם נהגה אי-פעם אם לא, לבין החיית כל המערכת של המשפט העברי? אחרי ככלות הכל, לא בישראל כי אם בארה”ב שרפו מכשפות לפני זמן לא רב יחסית, קבעו כי אנשים בעלי עור שחור הם רכוש, ועוד כהנה וכהנה. ובכל זאת לא ראינו ששופטי ישראל פוסלים לימוד מהמשפט האמריקאי.

הפסילה כאן לא נעשתה על רקע ענייני של אי התאמת הלכות המשפט העברי גופן. ההיפך הוא הנכון. מקרה “אפנג’ר”, שבו העיר השופט זוסמן את מה שהעיר, הוא דוגמה טובה להסדרים משפטיים שאין להם כל הקשר דתי. במקרה זה התעוררה השאלה לגבי זכותו של אדם להתערב למען הזולת ולהגן עליו. סוגייה זו היא תת-סוגייה של השאלה הכללית של הזכות להגנה עצמית. עובדה היא שזכות ההגנה העצמית הנתפסת כיום כמובנת מאליה 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 אמור להיות מוות (אם כי בדרך כלל קיבל חנינה מהמלך). הריגה “מוצדקת” הייתה אך ורק הוצאה להורג או הריגה על ידי איש חוק בעת מילוי תפקידו. השימוש בכוח ממית נחשב כפריבילגיה של השלטון ושלו בלבד.⁵⁴

ההסדרים הקיימים כיום במשפט האנגלו-סכסי לגבי ההגנה העצמית אינם בהכרח משביעי רצון או טובים יותר. כך למשל, מתיר החוק במדינת אוקלאהומה את השימוש בכלי 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 שבראשיתה שללה לחלוטין את הזכות להריגה מתוך הגנה עצמית.⁵⁵ כל זאת בניגוד לקיים במשפט העברי, בו הוכרה הזכות להגנה עצמית ונערך בה דיון זמן רב. על כך העיר כבר המלומד סנג'רו:

“מעניין לציין כי כבר במשפט העברי הקדום אנו מוצאים רבים מהתנאים הנדרשים להתגבשות ההגנה הפרטית שבמשפט הפלילי המודרני. כך, למשל, ניתן לאתר במשפט העברי דרישות של נחיצות, מיידיות, ופרופורציה. מעניין עוד יותר לציין כי מצויים בו הסדרים מורכבים ומעניינים לסוגיות בהן מתחבטים עד היום במשפט המודרני, כגון ההגנה המדומה.”⁵⁶ אולם עובדות אלו היו לא רלוונטיות לחלוטין בקביעתו של זוסמן, שהייתה ביטוי של אידיאולוגיה פשטנית. לצערנו, רבים מבין המשפטנים בישראל נתפסים לטעויות מעין אלו.

53 ראו ע”פ 89/78 אפנג’ר נ’ מ”י, פ”ד לג(3) 160.

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

55 המצב הקיים נכון לשנת 1982. יתכן שמאז השתנה החוק. ראו המאמר:

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

56 ב’ סנג’רו והגנה עצמית במשפט הפלילי (תש”ס) 52.

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

יש הטוענים, כי בכל מקרה המשפט העברי אינו יכול להתמודד כיאות עם שאלות הזמן. לשיטתם, גם אם בעבר היה מדובר במשפט חי ושלם, הרי חוסר השימוש והפיתוח בו הגיעו למצב שכמעט איננו ייחסי כיום.

לטענה זו אין בסיס כמעט בכל תחומי המשפט. כל מי שמצוי בנבכי ההלכה ער לרבגוניות, למגוון, ולתחומים הרבים עליהם הוא משתרע. אין כמעט בעיה משפטית שלא ייתנו לה תשובות במשפט היחיד. יתכן שהתשובות אינן מקובלות על זה או אחר, אך בוודאי אין אנו עוסקים במשפט שאיננו מודע לצרכים מודרניים.

לא זאת אלא שבתחומים רבים מקדים העיסוק ההלכתי את המשפט הישראלי. כך לדוגמה שאלות רבות הקשורות למה שמכונה "רצח מתוך רחמים", ניתוק ממכשירי החיאה, מכירת איברים להשתלה, שיכפול גנטי ועוד.⁵⁷

ניקה כמשל את שאלת אישיותו המשפטית של רובוט מעין אנושי משוכלל ובעל תודעה. האם תכיר בו פעם החברה האנושית? כולל מתן זכויות יסוד לרובוט שכזה? האם רובוט כזה ייחשב "כרכוש"? או שמה נראה בכך עבדות מודרנית? למיטב ידיעתנו אין עדיין התייחסות ספציפית לשאלה זו ברוב משפטי העולם. נדמה לנו שישנה סבירות גבוהה ששאלה זו תגיע לערכאות בעתיד הלא רחוק (נמא מאתיים שנה? או אפילו פחות). אך בהלכה כבר נידונה שאלה זו בעניין כשרותו של "הגולם" מפראג עוד בסוף המאה השבע עשרה. כידוע, הגולם נברא על פי האגדה על ידי המהר"ל מפראג, תוך שימוש בטכניקות קבליות. האם "הגולם" כשר לשמש עשירי במניין? האם דינו כדין אדם רגיל כך ש"הורגו" חייב מיתה כדין כל רוצח? וכהנה וכהנה שאלות שכבר דשו בהן חכמי ההלכה.⁵⁸

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

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

אחת 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 כמובן כלפי בחורי הישיבות, וממילא רבניהם, שהם כיום בעיקר אלו העוסקים בתחום. הטענה היא, שמדובר באנשים שטווח השכלתם מצומצם בכוונה תחילה.

טענה זו איננה נכונה עובדתית, ומגוחכת מבחינה עקרונית. נכון הוא, שישנו אחוז לא קטן מכלל שוכני הישיבות, החסר השכלה כללית, על ההשלכות החמורות שבכך. נכון הוא גם, שבמגזרים מועטים נתפס חוסר 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 לימים. ראשיתו בתקופת ההשכלה של המאה ה-18

57 ראו תחומין יח (תשנ"ח) 161-125.

58 ראו בעניין זה שו"ת חכם צבי, צג', וכל המקורות והערות המופיעות שם.

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

שנית, עובדה זו תופסת רק לגבי חלק מהעוסקים בתחום. יש לזכור עם כל הכבוד, שהשכלתם הכללית של מלומדי המשפט הישראלי, איננה כה גדולה כפי שהיו אולי נוטים לחשוב, 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 מעטים מאוד מבין המשפטנים, עורכי הדין, השופטים, או אנשי אקדמיה הם בעלי ידע פורמלי בתחומים נוספים. מבחינה זו זהים הם לאותו חלק גדול מבחורי הישיבות, שלאחר הלימודים התיכוניים פנה לשיבה.

תופעה זו ניכרת יותר במדינות מחוץ לישראל מאשר בישראל עצמה. מסיבות חברתיות שאין זה המקום לעמוד עליהן, הרי דווקא במדינות כארצות הברית, אנגליה וצרפת, רואים אנו מלומדים בחורי ישיבות רבים הבקיאים הן במשפט העברי והן בתחומי עניין רבים אחרים. תורמת לכך בוודאי העובדה שבמקומות אלו ישנו מעבר קבוע של רוב תלמידי הישיבות והאברכים מלימודים מלאים אל מעגל העבודה. מעבר זה כולל רכישת השכלה גבוהה במקצועות רבים החל ממחשבים וכלה ברפואה. רבים מהם גם בעלי תואר בתחום המשפטים.⁶⁰ יש הטוענים, כי הליך זה החל להתפתח לאחרונה בישראל בקצב מזורז.⁶¹

שלישית, יש לזכור כי בתחום זה קיימים רבים אשר משקיעים בו ימים כלילות. אפילו אם אחוז מסוים מכלל הלומדים איננו רלוונטי ואפילו יהיה אחוז זה גדול יחסית, התוצאה הסופית היא אחת, קיימים די והותר מומחים המבינים ויכולים לתת את כל שידרש בתחום זה. זאת גם לאחר שנקזו את כל אלו שחוסר 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 יחסית לכל שיטת משפט אחרת, ואפילו למשפט הישראלי עצמו, קשיים אלה אינם מהותיים. הקודקסים העיקריים הכוללים את המשנה, הרמב"ם, שולחן ערוך ועוד אחרים כתובים בעברית מובנת למדי. יתירה מכך, סדרות שלמות של פרשנויות וביאורים שמטרתם המוצהרת היא להסביר בשפה ברורה לכל מאן דבעי את הטקסטים העיקריים קיימים לכל דורש. גם אם היה קושי שכזה בעבר, הרי כיום הוא מוזער.

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

60 ראו ע' גונן מהישיבה לעבודה - הניסיון האמריקני ולקחים לישראל; ראה גם האתר: [URL:http://www.fips.org.il/html/dsugleumi_sl5.htm](http://www.fips.org.il/html/dsugleumi_sl5.htm) (23.4.2003).

61 ראו 'י רביבו' בחזרה מן האוטופיה "תכלת" 21 (תשס"ב) - המאמר מופיע באתר: [URL:http://www.azure.org.il/hebrew/12-rebibo.html](http://www.azure.org.il/hebrew/12-rebibo.html) (23.4.2003).

נציין שוב, כי מערכת תומכת שלמה קיימת למי שמבקש לעסוק במשפט עברי, ישנן תוכנות מחשב, אתרי אינטרנט, תקליטורים, ואינסוף ספרי עזר שכל מטרתם לעזור למתחילים ומתקדמים כאחד. בניגוד למקובל, הרי ישנו גם מספר גדול של מומחים שיעזרו למתעניינים טלפונית ובדרכים אחרות. נכון הוא, שבבסיס העזרה נמצאת מטרה דתית, ויתכן שלא כל מי שיבקש לקבל תשובות ייתקל באהדה, אולם התוצאה הסופית היא שקשה כיום לטעון שהמערכת איננה נגישה. כך למשל, הציע בזמנו נשיא בית המשפט העליון, יצחק כהן, לשנות את חוק יסודות המשפט ולהמיר במפורש את הביטוי "מורשת ישראל" בביטוי "המשפט העברי". כאשר נטען לפניו, כי המשפטן הישראלי המצוי איננו מכיר את המשפט העברי, לא ראה בכך כל בעיה. השופט כהן הסביר, כי כחניך השיטה הגרמנית לא הכיר כלל את השיטה האנגלית כשעלה לישראל. אלא שלא הייתה בידו ברירה אלא ללומדה. לגרסתו זה צריך להיות המצב באשר למשפט העברי. אם זה יהיה המקור המחייב, לא תהיה ברירה לקהילייה המשפטית, אלא ללמוד את הנחוץ לה במסגרת המשפט העברי.⁶² לכל אלה יש להוסיף, כי עובדה היא שהמלומדים הישראלים הגיעו לשליטה בשיטות משפט שונות ומשונות. כאלו הכתובות בעיקר באנגלית אך גם בשפות אחרות. סטודנטים נדרשים להגיע ולהבין חומרים משפטים שאינם קלים, ואיש אינו מתנגד לכך בנימוקים של קשיי גישה. ממילא עולה שאין כל טעם לטעון לכך.

מעניין לזכור, כי הטקסטים והקודקסים המפורסמים ביותר בהלכה נכתבו להדיוטות דווקא. הרמב"ם כתב את ספרו כדי שכל אדם מישראל יוכל לקרוא בו, ובלשונו בהקדמה ליד החזקה: "וראיתי לחבר דברים המתבררים מכל אלו החיבורים, בעניין האסור והמותר, הטמא והטהור, עם שאר דיני התורה, כולם בלשון ברורה, ודרך קצרה, עד שתהא תורה שבעל פה כולה, סדורה בפי הכל, בלא קושיא ולא פירוק [...] עד שיהיו כל הדינים גלויין לקטן ולגדול [...] לפיכך קראתי שם חיבור זה משנה תורה, לפי שאדם קורא בתורה שבכתב תחילה, ואחר כך קורא בזה ויודע ממנו תורה שבעל פה כולה, ואינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם".

גם רבי יוסף קארו, מחבר השולחן ערוך, התכוון ליצור ספר קצר שאפילו הילדים יוכלו לעבור עליו בקלות במחזורים של שלושים יום ובלשונו: "זאת ועוד התלמידים הקטנים יגנו בו תמיד וישננו לשונו על פה ותהיה גירסא דינקותא מסודרת בפיהם מקטנותם הלכה למעשה".⁶³ כמוכן, כמו כל הניסיונות לקודיפיקציה, גם הללו לא הועילו. אולם מה שיכלו לעיין בו כל קטן וגדול בחברה היהודית במצרים בתקופת סאלח א-דין, ומה שיכלו לקרוא כל מבוגר וילד בצפת העותמאנית של המאה ה-16, בוודאי ובוודאי יכולים 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, דווקא חלק ממלומדי המשפט העברי אינם ששים להנחלתו ולשימוש בו, ונסביר. כמעט כל מומחי המשפט העברי כיום הם בעלי השקפה אישית דתית. אידיאולוגיה פרטית זו גורמת לכך שקשה עליהם להשלים עם עובדות שאינן משתלבות עם המצע הדתי המוצהר. חלקן עובדות היסטוריות, כהתפתחות ההלכה והשתנותה עם הדורות, וחלקן עובדות הקשורות

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

63 הציטוטים הם מהקדמת הרמב"ם למשנה תורה, והקדמת רבי יוסף קארו לשולחן ערוך.

לעקרונות חברתיים שאינם מקובלים כיום. הללו לא יסכימו להעביר את המשפט העברי תחת ביקורת, ויתקשו להסכים שחלקו של משפט זה איננו רלוונטי למציאות העכשווית. אשר על כן, הם מנסים למזגו בכל אפשרות עם המשפט הישראלי הקיים. במקרה שהדבר איננו ניתן לחלוטין, הם מנסים למצוא טענות שיסבירו מדוע מטרת המשפט העברי בעניין זה שונות ולכן אין צורך להתייחס אליו.

כך למשל, מתייחסים חלקם לדיני העונשין. הללו מפותחים פחות מענפים אחרים בהלכה, וקשה לממשם כיום. לכן מנסים הם לטעון, שאין לראות בדיני העונשין שבהלכה בסיס ומודל לדיני העונשין של ימינו. זאת לא משום שהדין עצמו הוא מיושן וארכאי אלא משום שמטרותיו שונות. אם מטרת הענישה אחרות לחלוטין מהמקובל כיום, הרי ברור שאין ללמוד מהמשפט העברי הפלילי על משפט ימינו. אנקר מבטא זאת בפירושו, באומרו:

"מקובל להשוות את המשפט הפלילי הנוהג בחברה של היום עם המשפט הפלילי העברי המוכר לנו מן התורה ומן המשנה והגמרא. לפי דברינו במאמר זה, ערכה של השוואה זו מוגבלת, כי מטרת הענישה של שתי השיטות שונות במהותן תכלית השינוי. מי שעושה השוואה כזו, צריך לקחת הבדלים אלה בחשבון. אין להסיק מסקנות מן המשפט הפלילי העברי לעניין דיני-העונשין הראויים בימינו בלי להתחשב בעובדה שהמשפט הפלילי המודרני מבקש להגן על החברה מפני נזקם של עבריינים בשעה שהמשפט הפלילי העברי התורני לא פעל במטרה זאת, אלא מטרתו הייתה לקבוע מי ראוי לעונש עבור ההתרסה שלו כלפי שמיא..."

באותה מידה נראה לי, שיש בדברינו כדי לשחרר אחרים מחששם ומפחדם שמהסתמכות על המשפט הפלילי העברי תביא לידי הטלת איסורים ועונשים שהחברה המודרנית לא תסבול אותם. כאמור, עונשי המיתה והמלקות של התורה בגין עבירות מסוימות, שאינן כלולות בקודקסים פליליים של היום, באים כנגד ההתנהגות המרדנית כלפי 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 הנאכף על-ידי רשויות-המדינה ויענשו בעונשי התורה.⁶⁴

היוצא מזה הוא, כי גם המחברים מסכימים (אולי בשתיקה), כי הלכות המשפט העברי אינן מתאימות לדין הפלילי אולם תירוץ בידם, לא ההלכות גרועות אלא מטרת המחוקק שונה. בסופו של תהליך הגענו לתוצאה בעייתית משהו. מצד אחד, עומדים אלו המתנגדים לשילובו של המשפט העברי בלי להכירו כלל, בשל התנגדותם העקרונית. מצד שני, עומדים אלו המנסים להכניסו בכל מחיר ולכל פינה מסיבות אידיאולוגיות גם כן. שילוב זה של אלו ואי שילובו של אלו גרם לתוצאה הסופית על פיה התמיכה/התנגדות להלכות המשפט העברי הפכה להיות מאבק המוכרע בצורה שתלטנית על פי יחסי כוחות פוליטיים. זאת לצערנו מבלי להיכנס בדרך כלל לעובי הקורה.

ח. היחס למשפט העברי בפרשנות ובפסיקה הישראלית

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

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

באים לטעון שלא נעשה בו שימוש ובעיקר על ידי אלו שישבו בו על מה שקרוי "הכיסא הדתי".⁶⁵ נציין רק, כי מפעם לפעם יש שימושים במשפט העברי בבית המשפט העליון. אחת הדוגמאות הידועות לשימוש בו קשורה להלכה אנגלית עתיקה על פיה לא ניתן להרשיע אדם נשוי באונס רעייתו. הלכה זו שונה מהמשפט העברי על פיו אין הבעל יכול לכפות על אשתו לחיות עמו חיי-אישות ואם היא מסרבת להיענות כל שיכול הוא לבקש גירושו. בהסתמך על המשפט העברי שינה בית המשפט העליון מהמשפט האנגלי המקובל. נציין, כי שינוי זה אף עורר הדים מחוץ למדינת ישראל.⁶⁶

אולם למרות מקרים מפורסמים אלו או אחרים, נראה שהשימוש של בית המשפט העליון במשפט העברי, הן בפרשנות והן בפסיקה הוא שולי שבשולי. קשה אומנם למדוד אמפירית את המקורות מהם שואב בית המשפט העליון אולם, לפני מספר שנים התפרסם מחקר מעניין בשם "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון - ניתוחים כמותיים".⁶⁷ מחקר זה טען, כי רק ארבעה אחוז! היו ממקורות יהודיים. גם אותם ארבעה אחוז היו בחלקם הגדול הפנייה למקור של ביטוי בעברית או פסוק כלשהו, ורוב ההפניות היו על ידי אותם שופטים.

זה אולי המקום להזכיר, אפילו בקצרה, את מחלוקתם המפורסמת של הנשיא ברק ומשנהו אלון. מחלוקתם הראשונית הייתה בעניין הפרשנות הנאותה לחקיקה האזרחית הישראלית. אלון סבר, כי זו צריכה להיות בהתאם ובהסתמך על מקורות המשפט העברי, בעוד שברק חלק עליו מכל וכל. באותו עניין התגלעה ביניהם מחלוקת בעניין פרשנות חוק יסודות המשפט. פרשנות קצרה יחסית שמאחוריה עומדת מחלוקת ערכית הרת-עולם. חוק זה קצר יחסית ומטרתו היא לקבוע כיצד יפעל בית המשפט כאשר אין בחוק תשובה לשאלה משפטית כלשהי (מצב המכונה משפטית "לקונה"). לשונו המעורפלת היא: "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".⁶⁸

בקצרה, טענתו של השופט אלון נאמן לשיטתו הייתה כי חוק זה מפנה מפורשות למשפט העברי. הנשיא ברק חלק גם כאן. ראשית, נטען, כי בדרך כלל אין כמעט לקונה. אלא שאפילו אם יש כזו, הדרך לפותרה איננה דרך המשפט העברי אלא דרך עקרונות "מורשת ישראל" שאינם מוגדרים.

המשך מחלוקתם היה קשור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשונו של החוק פשוטה ועל פיה (סעיף 1א) "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". וכמובן נשאלת שאלת השאלות לגבי היחס בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית.

65 הייתה קיימת בזמנו מעין "מסורת" בבית המשפט העליון על פיה אחד מהשופטים הוא שופט דתי המומחה למשפט העברי. את המסורת הנהיג כנראה ממלא מקום נשיא ביהמ"ש העליון חיים כהן עוד בטרם הגיע לשיפוט כלל ובלשונו הוא: "אני עמדת בכל תוקף על כך שבבית המשפט העליון יהיה מומחה למשפט העברי... אני גם חושב שכן הוקם כיסא המשפט העברי בבית המשפט העליון, שלא נשאר פנוי אף ליום אחד עד עצם היום הזה. יש בבית המשפט העליון כל-כך הרבה עמי-הארץ (בתורה) וכל כך מעט מלומדים, ודווקא משום כך חשוב כל כך שלפחות אחד או שניים יהיו שם תמיד כדי שלא לתת למשפט העברי להירדם או להיעלם" (ח' כהן שופט עליון - שיחות עם מיכאל ששר (1990) 116.

66 מדובר בפס"ד ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י, פ"ד (לה) 281.

67 י' שחר, ר' חריס, מ' גרוס משפטים כ"ז (תשנ"ז 199) (ראו בעיקר עמ' 152 טבלה 10).

68 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

לקורא שאיננו משפטן נתמצת את דעותיהם הקוטביות של השניים בקליפת אגוז. השופט אלון חותר לשימוש במשפט העברי בכל מקום אפשרי, ואפילו במקומות שלדעת אחרים אינם נראים מתאימים. גישתו של הנשיא ברק היא, שאין להתייחס למשפט העברי כמחייב, ויש הטוענים שאיננו מתייחס אליו כלל.

שני הצדדים הלכו איש בדרכו. פסקי הדין של אלון מלאים וגדושים במקורות המשפט העברי לגוניהם. אזכורים ממקורות אחרים הובאו בדרך כלל כדי לשמש כחיוקים וסיוע לדיעה של המשפט העברי. פסקי הדין של ברק גדושים ומלאים רעיונות וציטוטים מהמשפט האמריקאי והאנגלי (בדרך כלל אף ללא תרגום לעברית). לעומת זאת, אין כל אזכור מהמשפט העברי. על פי הדיעה הרווחת, הוויכוח ביניהם הסתיים בניצחון ברור של גישת ברק. אלא שנראה שוויכוח זה הסיט את הדעת מפתרון הגיוני שהוצע על ידי מספר מלומדים, שביקשו למצוא פשרה בין הדיעות הקוטביות. על פי הצעתם ישמש המשפט העברי לא כמשפט מחייב אלא כמקור השראה. במילים פשוטות יותר, המטרה היא שבמקרה של חסר, ו/או צורך בפרשנות יוצרת תיערך פנייה על מנת לברר את דעת המשפט העברי. יושם לב, כי מוצע שפנייה זו תיעשה בעיקר לשם השוואה והתייעצות אך לא תהיה מחייבת. רק אם ימצא הפתרון סביר והגיוני, ומתאים לרכיבים אחרים בחוק, יאומץ במשפטנו. פתרון זה מתאים לשאלת שילובו של המשפט העברי, הן בחקיקה, הן בפרשנות, והן בפסיקה. נציין, כי רעיון זה הוצע בגרסאות שונות על ידי מספר משפטנים אך לצערנו לא נערך לגביו דיון מעמיק.⁶⁹

ט. השימוש במשפט העברי מחוץ לגבולותיה של ישראל

לא באופן מפתיע, ישנם מלומדים רבים יהודים ושאנים יהודים, אשר למדו וחדשו ומצאו את המשפט העברי מתאים להפליא לימינו אלו. כך למשל הציע ביאנקי ההולנדי מודל חדש ותחליפי לכל מערכת אכיפת החוק הפלילי. את עקרונות המודל, שאותו הוא מכנה "The tzdaka model" הוא מוצא בתלמוד ובהלכה היהודית עצמה.⁷⁰ לא נכנס להסבר שיטתו, ואולי יהיו כאלו שיחלקו על האינטרפרטציה של עקרונות הלכתיים מסוימים, אולם העובדה היא שביאנקי העמיד מודל שלם וחדשני לטיפול בפשיעה המבוסס על עקרונות אלו. גם בתי משפט של מדינות אחרות משתמשים לעיתים במשפט העברי כמקור להחלטותיהם. פסק דין כהן שצוטט קודם, הרואה אונס אישה נשואה על ידי בעלה כאונס לכל דבר, גרם לתגובות גם במדינות אחרות.⁷¹ בזמנו נטען, כי הלכה זו של המשפט העברי הייתה בין הסיבות שהניעו את המחוקק האוסטרלי לבטל הלכה של המשפט המקובל, על פיה לא ניתן להאשים אדם באונס אשתו.⁷²

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

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

71 ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י, פ"ד (3) 281.

72 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 לערעורים באנגליה בעמדת המשפט העברי בעניין הריגת תאום סיאמי אחד על מנת להציל את השני, שאלה שבנוגע אליה ישנן כבר מאות שנים תשובות בהלכה.⁷³

באשר לצד התיאורטי והפילוסופי של ההלכה, הרי אלו זכו לעדנה דווקא שלא בעברית. רבות נכתב לפני מספר שנים על מודלים משפטיים יהודיים, על הקשר בין פוסט-מודרניזם לחשיבה המשפטית היהודית, על הרעיונות המרובים שניתן ללמוד מהם, ואין זה המקום להאריך בכך.⁷⁴ נשאלת השאלה מדוע יכולים מלומדים שונים להשתמש במשפט העברי לשם מציאת תחליפים למערכת החוק הפלילי, לפירוש החוקה האמריקאית, לפילוסופיה משפטית ראויה, ועוד ועוד, אולם עקרונותיו לא ימצאו ראויים לשמש כעזרה במערכת המשפט הישראלית.

י. האם ניתן לשנות מצב זה?

נשאלת השאלה האם מצב זה הוא בר שינוי. לדעתנו, המשימה רחוקה מלהיות קלה. היא קשורה מחד גיסא לשינוי מחשבתי כלפי המשפט העברי, ומאידך גיסא להפיכת המשפט העברי נגיש יותר לכל שכבות האוכלוסייה. דווקא החלק הראשון הוא הקשה יותר. התפיסה של מלומדי המשפט כי מדובר כאן במערכת משפטית מעניינת, תוססת וחיה, שאין לאיש מונופול עליה. יתירה מזו, מערכת שניתן לעסוק בה וברבדיה ללא התייחסות לאידיאולוגיה שהייתה אם הייתה לכמה מהוגיה. במילים אחרות, גם בלי תפיסת עולם דתית מכל זרם וגוון שהוא ניתן ליהנות מאוצרותיה האינטלקטואליים. נכון הוא שבמציאות הישראלית, יקשה על מי שלא קיבל חינוך דתי להתמודד עם טקסטים הלכתיים מורכבים. אולם אותה בעייתיות ואולי קשה מזו קיימת לכל המנסה לעסוק בתחום אקדמאי חדש. ולא ראינו שהדבר מרתיע מלומדים ישראלים. אין זה המקום להאריך בנקודה זו, אולם נראה לנו שהבעיה קשורה יותר לתפיסה מחשבתית מוטעית מאשר לנגישות לחומר.

73 לניתוח הסוגיה כולה ראו: ד' סינקלר "דוחין נפש מפני נפש: היבטים משפטיים והלכתיים בסוגיית הפרדת תאומים סיאמיים" המשפט 63-54 (2001) 12.

74 כדוגמה לשלל המאמרים הקיימים בתחום, ראו:

S.Last Stone, "In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory",106 *Har.L.Rev.* (1993) 813-894. M.Dan Cohen, "Decision Rules And Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law",97 *Har.L.Rev.* (1987) 625-677. R. M. Cover, "Nomos and Narrative",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 ייחודית 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 המחשבתי המתבטא בענפים שונים של ההלכה גדול עשרות מונים מהמאמץ האקדמי המושקע בענפי המשפט הנוהגים כיום.

חלק גדול מהמשפט העברי דן בנושאים שאין להם כל השלכה דתית, נושאים שהנימוקים להם הם ארציים לחלוטין ודומים להפליא לנימוקים המופיעים בכל שיטה משפטית. הדוגמאות שהובאו למעלה הן טיפה בים מתוך שלל ההלכות וההסדרים הקיימים בכל ענפי המשפט, החל משכירת עוזרות בית והוצאה לפועל, וכלה בביטוחים ימיים ואשראים דוקומנטריים. אין כמעט ענף משפטי שלא התעוררו בו שאלות שהיו צריכות פתרון, ואכן נפתרו.

היתרון הגדול בבחירה במשפט העברי, הינה העובדה כי המשפט העברי הנו יצירה אשר חיה ופועלת לפתרון סכסוכים כבר ארבעת אלפים שנה בצורה זו או אחרת. מוסד חברתי ובוודאי משפטי שהחזיק מעמד זמן רב כל כך, יש ללמוד ממנו רבות. הפתרונות המשפטיים השונים שניתנו במהלך שנים אלו עברו תהליכים רבים של בדיקה, התפתחות וסיון. מבחינה זו הם עדיפים על פתרונות חדשניים שלא עברו את מבחן הניסיון. הן מבחינת המחשבה שהושקעה בהם, והן מבחינת התאמתם לאוכלוסייה היהודית עליה הם אמורים להיות מיושמים. טענתנו היא כי מבחינה פרקטית גרידא, עדיף לבחור את הפתרונות שהתקבלו במשפט העברי. ולכל הפחות, יש לבודקם ולהתייחס אליהם בכובד ראש.

נדמה לנו שרבים יסכימו שאם יש צורך לבחור שרירותית בין דעת המשפט העברי שהתגבשה במשך מאות בשנים לגבי עניין משפטי, לבין דעתו של מלומד פלמוני זה או אחר, אין סיבה לדחות את המשפט העברי. יש להדגיש, שאיננו מדברים במקרים בהם הדין נגזר מאידיאולוגיה דתית או מתפיסת עולם שאיננה מתקבלת כיום. בחלקו הארי של המשפט אין לנו כלים לדעת איזו דיעה נכונה וצודקת יותר ויש בבחירה אפקט של הימור. בקצרה, במקרים בהם השאלה היא משפטית ללא קשר להשקפת עולם, עדיף לדעתנו לבחור את הפתרון ההלכתי המקובל. לכל הפחות, יש לבודקו בקפידה.

הדבר נכון לגבי כל ענפי המשפט. מספר המשפטנים שעוסקים במשפט הישראלי ברמה התיאורטית והאקדמית הוא מזערי בלשון המעטה. מדוע אם כן לקבל את דעתם ולדחות עקרונות שפותחו במשך מאות ואלפי שנה? דחייה זו איננה מתיישבת עם ההגיון.

הביקורת על השימוש במשפט העברי, תהי זו היסטורית, המוחה כנגד הלכות שאינן נראות למבקר, או דוגמטית, המצביעה על מעין סתירות, אינה יכולה להתעלם מתכונותיו הברוכות. יהיה זה מצער שלא להיעזר בידע זה לשם פיתוח ובניית ההלכות במשפט הישראלי של ימינו וחבל שאין הדבר נעשה במידה הראויה.