

'המשפט העברי' איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)

הרהורים בעקבות מאמרו של הרב ד"ר מיכאל אברהם (אקדמות טו)

עמיחי רדזינר

א

הרב ד"ר מיכאל אברהם (להלן: אברהם) מציג בכותרת מאמרו את השאלה הבאה: האם ההלכה היא 'משפט עברי'? תשובתו היא שההלכה איננה 'משפט עברי'. אף אני חושב כך (ואף שאני מבין את הסיבה לניסוח השאלה בדרך זו, אני מעדיף להפוך את סדר המרכיבים בכותרת מסיבות שיובהרו להלן). כפי שיראו הקוראים, גם בנקודות נוספות אני מסכים עם אברהם, אלא שמסקנותי (מעשיות ואחרות) הן אחרות. אם אברהם סובר שתשובתו השלילית לשאלה מביאה למסקנה שלפיה אין ערך לשילוב 'המשפט העברי' במשפט הישראלי, הרי שאני אינני סבור כך. לפני שאתייחס לטענותיו של אברהם, ברצוני להקדים שלוש הערות:

1. כמו אברהם (בעמ' 142), אף לי חשוב לציין שהדיון שלהלן ייסוב סביב המונח 'משפט עברי' אך ורק בהקשר של שאלת שילובו במשפט המדינה, ולא בהקשרים הנוגעים למחקרו ולהוראתו במוסדות האקדמיים. למעשה, רוב המחקר וההוראה של תחום זה כיום אינו עוסק בשאלה האידאולוגית של יחסי 'המשפט העברי' והמשפט הישראלי, אלא מציג אותו כשיטת משפט עצמאית וייחודית בהקשרים רבים אחרים. אין לדעתי קשר בין שאלת האידאולוגיה ובין השאלה האם וכיצד יש לחקור את 'המשפט העברי' וללמדו באוניברסיטה.¹

2. אברהם אינו מפרט מי הם אותם 'אנשי המשפט העברי', מושא התקפתו במאמר. האם אלה

* תודתי נתונה ליצחק ברנד, יעקב חבה, ברכיהו ליפשיץ, שחר ליפשיץ, גידי ספיר ובני שמואלי על קריאתם והערותיהם. האחריות לכתוב כאן מוטלת כמובן עלי בלבד.

¹ גם פרופ' יצחק אנגלרד, שהביע עמדה המתנגדת לשילובו של 'המשפט העברי' במשפט הישראלי (ראה בהערה הבאה), סבר שיש לחקור אותו כשיטה ייחודית (ראה במאמרו: י' אנגלרד, 'מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו', **משפטים**, ז' (תשל"ו), עמ' 34-65, בייחוד עמ' 64-65). לא ייפלא שישנם חוקרים (כמו אנגלרד עצמו, ראה להלן, הערה 9) המודעים להיותו של הביטוי 'משפט עברי' ביטוי טעון ולכן נמנעים מלעשות בו שימוש. לעמדה המבחינה בין שאלת הוראת 'המשפט העברי' ובין שאלת יישומו, העמדה התובעת ללמדו בפקולטה למשפטים דווקא כשיטה ייחודית ראה: א' אדרעי, 'מדוע לנו משפט עברי', **עיוני משפט**, כה (תשס"ב), עמ' 467-487. עם זאת, חשוב לציין את עמדתו של פרופ' מנחם אלון הקושר קשר הדוק בין שאלת יישום 'המשפט העברי' ובין מחקרו. ראה: מ' אלון, 'עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי', **משפטים**, ח (תשל"ז), עמ' 99-137, בעמ' 113-116; מ' אלון, **המשפט העברי**, מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח (להלן: **אלון**), עמ' 75-79. וראה קביעתו הנחרצת בהקדמתו לספר בעמ' טז: "כל מי שדן כיום במשפט העברי, גם אם משימתו העיקרית היא הוראתית ומחקרית, אינו יכול – ואינו רשאי – שלא להיזקק לבעיה זו של מקומו של 'המשפט העברי' בחיי המשפט המעשיים במדינה העברית". וראה גם הטקסט להלן, ליד הערה 20. עמדתו של אלון מזכירה את עמדתם של אנשי 'חברת המשפט העברי' שראו את מחקר 'המשפט העברי' כמחקר שמטרתו היא יישומו. ראה במקורות המובאים להלן, בהערה 6.

אנשי האקדמיה, אישי ההלכה או עובדי משרד המשפטים (כל אלה מוזכרים בשני העמודים הראשונים של מאמרו)? האם כולם או מקצתם? כמי שמצוי קצת בסוגיה זו אני יכול לשער למי התכוון אברהם, ואף אעשה זאת בהמשך דבריי, אולם אינני משוכנע שקורא מן השורה יכול לעשות זאת. אברהם תוקף טיעונים שונים שאותה קבוצה לא ברורה של 'אנשי המשפט העברי' מעלה, אך הוא לא תמיד מפנה את הקורא למקום שבו הועלו טיעונים אלה. כפי שנראה להלן, אני סבור שיש כאן יותר מאשר בעיה טכנית. אברהם מתמודד למעשה רק עם תפיסה מסוימת מאוד שאיננה מקיפה את כל מי שעסקו ב'משפט העברי', אפילו במובנו שהוגדר בהערה הקודמת. עם זאת, לצורך הדיון בטענותיו של אברהם אעשה גם אני שימוש במונח עמום זה – 'אנשי המשפט העברי' – במובן שאברהם מתכוון אליו: האנשים הטוענים בזכות שילוב 'המשפט העברי' במשפט המדינה.

3. חלק ניכר מטענותיו של אברהם מזכיר מאוד טענות שהשמיע פרופ' יצחק אנגלרד כבר לפני שלושים ושמונה שנים.² טענות אלו זכו לתגובות הידועה של אלון וגם לתגובות אחרות ידועות פחות,³ וטוב היה עושה אברהם אילו היה מנהל את דיונו על בסיס הוויכוח הזה, או לפחות מביאו לידיעת הקוראים, אף אם הוא סבור שאין בתגובות הללו בכדי לבטל את טענותיו (ואת אלה של אנגלרד).

² י' אנגלרד, 'שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית', י' בזק (עורך), **המשפט העברי ומדינת ישראל**, ירושלים תשכ"ט, (להלן: **בזק**), עמ' 110-134 [המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה בתשכ"ז ופורסם לראשונה בקובץ **הגות והלכה** (בעריכת י' אייזנר), ירושלים תשכ"ח, עמ' קסא-קצח]. ראה גם ספרו: I. Englard, *Religious Law in the Israel Legal System*, Jerusalem 1975. אמנם אברהם מזכיר מאמר מאוחר יותר של אנגלרד (המאמר שצוין בהערה הקודמת) ומסיק נכון כי מאמר זה קשור למעשה לשאלת שילובו של 'המשפט העברי' במערכת הישראלית (עמ' 143). אולם יתרונו של המאמר המוקדם הוא שהוא עוסק ישירות בשאלת היישום של 'המשפט העברי' ואילו המאמר המאוחר מוקדש לשאלת דרכי המחקר שלו ורק אגב כך עולה שוב שאלת היישום. כאמור, יש לנתק בין שני המישורים. בהחלט ייתכן שחוקר יזדהה עם הביקורת המחקרית (או עם חלק ממנה) המושמעת במאמר המאוחר ולא להזדהות עם הביקורת (או עם חלק ממנה) על שאלת היישום שמשמיע אנגלרד במאמרו המוקדם. עם זאת, ברצוני לציין כי למיטב הבנתי אברהם איננו טוען טענה מרכזית אחת בדבריו של אנגלרד: 'חילונה' של ההלכה. אנגלרד מאריך בדברים במאמרו המוקדם על הפגיעה שתפגע ההלכה כתוצאה מ'חילונה' אם ייעשה בה שימוש בידי המחוקק והשופט החילוניים. גישה זו של אנגלרד מזכירה כמובן את גישתו של ישעיהו ליבוביץ' 'המאוחר' (שהרי עד לתחילת שנות החמישים צידד בעיצוב דתי של המדינה היהודית, ראה למשל: א' כהן, **הטלית והדגל**, ירושלים תשנ"ח, פרק שביעי. ואכמ"ל). ראה למשל: **עם יהודי ומדינת ישראל**, ירושלים ותל-אביב תשל"ה, עמ' 177-191. לא לחינם כרך אלון את אנגלרד וליבוביץ' (**אלון**, בעמ' 1598, הערה 11). דומני שאברהם איננו מעלה טענה זו משום שבמקרה זה הוא מסכים דווקא עם אלון הטוען (שם, עמ' 1599-1600) כי "מבחינת עולמה של ההלכה אין קדושתו ודתיותו של עיקרון מעקרונות המשפט העברי נפגעות... על ידי קבלתו על ידי הכנסת".

³ **אלון**, עמ' 1598-1605 ולאורך מאמרו הנזכר לעיל, בהערה 1. חיים כהן התייחס לגישה זו מנקודת מבטו החילוני-הלאומית במאמר הביקורת שלו על הקובץ **המשפט העברי ומדינת ישראל** (לעיל, הערה 2), **פתחים**, א (11), תש"ל, עמ' 33-36. הדברים זכו לתגובה פנים-הלכתית של זאב פלק, 'אכיפת ההלכה על ידי חוקי המדינה', **הלכה ומעשה במדינת ישראל**, ירושלים תשכ"ז, עמ' 40-43.

אני סבור שהקוראים ייווכחו לדעת שאין ביני ובין אברהם מחלוקת עקרונית בשאלת הגדרתה של מערכת המשפט ההלכתית כמערכת דתית, וממילא אין אנו נחלקים גם בדבר אי-החפיפה שבין המערכת המכונה 'משפט עברי' ובין ההלכה. המחלוקת בינינו נוגעת להבנת האידאולוגיה שבבסיס הדעה שיש לשלב מרכיבים מן 'המשפט העברי' במשפט הישראלי ובשאלה האם יש ערך לשילוב זה.

במקרה (או שלא), בחוברת טו של **אקדמות**, לצד מאמרו של אברהם פורסמו מאמרים אחרים שאני יכול לחזק בהם את טיעוני, ומהם אקח דוגמאות לטיעון זה או אחר.

ב

'המשפט העברי' איננו זהה להלכה. אברהם כמובן צודק שההלכה היא מערכת רחבה יותר מן 'המשפט העברי' ושמטרתה העליונה והמרכזית (גם אם לא בהכרח היחידה) היא מטרה דתית. ואולם, הבעיה המרכזית בדבריו היא שהוא מזהה, גם אם לא באופן מפורש, את המניע של 'אנשי המשפט העברי' כמניע דתי. מניע (או מטרה) דתי בהקשר דן פירושו ראיית חיוב או ערך הלכתי בשילוב 'המשפט העברי' במערכת הכללית.⁴ על כן, חלק ניכר ממאמרו של אברהם מוקדש להפרכת הטענה כאילו יש ערך דתי בשילוב 'המשפט העברי' במשפט הנוהג במדינה. דא עקא, שכאן אנו נתקלים בבעיה השנייה שאותה הצגתי בפרק א': לא ברור כלפי מי בדיוק מכוונים דבריו של אברהם.

ראוי להדגיש כי המונח 'משפט עברי' נוצר בדיוק כדי ליצור הבחנה בינו ובין המונח המסורתי 'הלכה'.⁵ מונח זה מופיע לראשונה ב-1859 בספרו של זכריה פרנקל **דרכי המשנה**, אולם הוא מתחיל לשמש במובן שאברהם ואנוכי מדברים עליו רק במהלך העשורים הראשונים של המאה העשרים, וזאת בדרך כלל על-ידי אנשים שהתגאו בהיותם חילונים מוצהרים (אם כי לרוב בעלי השכלה תורנית רחבה), מקצתם, כמו שמואל איזנשטדט, אף קומוניסטים גאים, שמטרתם המרכזית היתה יצירת הבחנה ברורה בין ההלכה ובין 'המשפט העברי', הבחנה שמטרתה הכנתן של נורמות הלכתיות במקורן לקליטה במדינה היהודית-החילונית העתידה לקום.⁶ כל זה מתוך

⁴ ראה להלן, הערה 14. אברהם (עמ' 155) מגדיר 'ערך דתי' כערך שבקיומו "התורה תימצא נשכרת".

⁵ אברהם צודק כי עניין מהותה של ההלכה בהקשר דן הוא מורכב (עמ' 144), ואף אני חושב שאי-אפשר, וגם אין צורך, להאריך בעניין זה במסגרת הנוכחית.

⁶ להרחבה בעניין זה ראה, א' לחובסקי, 'משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בא"י המנדטורית', מ' מאוטנר ואח' (עורכים), **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, תל-אביב תשנ"ח, עמ' 633-659; ע' רדזינר, 'המשפט העברי בין לאומי לדתי – הדילמה של התנועה הדתית לאומית' (טרם פורסם). חשוב לי להדגיש כי התיאור למעלה הוא קצר ביותר ולמתעניין רצוי להעמיק במאמרים הנ"ל כמו גם בספרו של אלון, עמ' 1329-1337; R. Shamir, *The Colonies of Law – Colonialism, Zionism and the Law in Early*

הנחה כי תחייתו הלאומית של עם דורשת גם תחייה של משפטו הלאומי, והמשפט הלאומי של עם ישראל התפתח במסגרת ההלכה, אשר בכללותה איננה מתאימה לחיים לאומיים-חילוניים. חשוב לציין כי אנשים אלה היו מודעים היטב לעובדה כי אף לחלקים המשפטיים של ההלכה ישנה משמעות דתית, והם באו להפריד משמעות זו מן המוסד המשפטי.⁷

אפשר לומר שהבחירה במונח 'משפט עברי' נועדה בדיוק לשם יצירת בידול בינו ובין המונח 'הלכה'. בידול זה בא לידי ביטוי בכמה מאפיינים שבראשם, כאמור, הניסיון להבחין בין החלקים המשפטיים של ההלכה ובין חלקיה הדתיים (אשר כמובן אינם מעניינים את בעלי הגישה הזו) וברירה סלקטיבית ביותר של אותם מקורות משפטיים העשויים להתאים למשפטה של מדינה מודרנית (ופסילתם של אחרים), ברירה שכמובן לא תיעשה באמצעות כללי ברירת הדין המקובלים בהלכה.⁸

לא ייפלא, אם כן, שבעלי הלכה רבים התנגדו למונח 'משפט עברי' ולא עשו בו שימוש. הם הבינו היטב שמדובר כאן במונח אנטי-כהלכתי מובהק. וכך, אפילו אדם כמו הרב הרצוג, שהיה בעצמו

Mandate Palestine, Cambridge 2000; ובכתביהם של ראשי 'חברת המשפט העברי' והאידיאולוגים המרכזיים שלה: שמואל איזנשטדט ופליטאל דיקשטיין. אפשר אולי כאילוטרציה להצביע על המשמעות ה'ציונית-הלאומית' של המונח 'משפט עברי' לאור העובדה כי מונח זה אינו משמש בשפות זרות (השימוש הנפוץ למונח 'Hebrew Law' הוא לציון המשפט המקראי, כולו או חלקו). התרגום המקובל של המונח 'משפט עברי' באנגלית הוא 'Jewish Law', מונח אשר משמש כידוע גם כתרגומה של המילה הלכה. כך, למשל, ספרו של אלון **המשפט העברי** קרוי במהדורות האנגלית 'Jewish Law' (וראה להלן, בסוף הערה 19). עם זאת, מצאנו גם מקרים מסוימים שבהם נקטו מחברים שונים את המונח 'Hebrew Law', כנראה מתוך מודעות להבדל שבין ובין הלכה.

7 ראה למשל מאמרו העברי הראשון של איזנשטדט, 'לקורות המשפט העברי', בספרו **ציון במשפט**, תל-אביב תשכ"ז, עמ' 30-11. אחד מספרי המבוא הראשונים ללימוד 'המשפט העברי', הוא **תולדות המשפט העברי** (תל-אביב תשי"ג), של צבי קארל שהיה מורה בבית-הספר הגבוה למשפט ולכלכלה בתל-אביב מיסודם של אנשי 'חברת המשפט העברי', נפתח במילים: "האופי היותר בולט של המשפט העברי הוא, שהמשפט הוא דתי...". וניתן להביא עוד דוגמאות רבות לכך. וראה להלן, הערה 40. אברהם, בעמ' 144, בדברו על "אנשי המשפט העברי" (כנראה הדתיים שבהם, וראה להלן), טוען שהם מודעים להבדלים שבין ההלכה ובין מערכות משפט אזרחיות ולמרות זאת הם טוענים שניתן לעשות שימוש בחלקים מן ההלכה במערכת המשפט הישראלית. לכך אני מסכים. אלא שהמשך דבריו מדבר על "נטייתם... לפרש את הדין כמבוסס על על שיקול משפטי", ואפשר להבין כאילו מדובר בפרשנות מוקשה שאינה מודעת להטייתה. לזאת אינני מסכים. אני סבור ש'חילוף' המוסד המשפטי ההלכתי נעשה ברוב המקרים מתוך מודעות מלאה וראה דברי להלן.

8 ראה דבריו של אלון במאמרו, לעיל, הערה 1, בעמ' 120-116; הנ"ל, 'חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?', **מחקרי משפט**, יב (תשנ"ו), עמ' 307-253, בפרט עמ' 269-258. בנקודה זו ניתן להוסיף כי ישנם 'אנשי משפט עברי' באקדמיה שכותבים בין היתר כתיבה יישומית המכוונת כלפי פוסקי הלכה ודיינים (לדוגמה, א' שוחטמן, 'יהיש חשש קדושין בקשרי אישות עם הידועה בציבור?', **מחקרי משפט**, י (תשנ"ג), עמ' 7-37). לא בכתיבה זו אנו עוסקים כאן, אך יש כמובן להדגיש כי כתיבה זו מטבעה חייבת להיות מתואמת עם כללים מקובלים בדרך פסיקת ההלכה ועם הדרך המסורתית ללימוד מקורותיה. לניסוח מתודולוגי של דרך מחקר זו ראה, ש' לרנר, **יסודות דיני המשכון במשפט העברי**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית תש"ס, עמ' 17-13.

חבר פעיל בסניף לונדון של 'חברת המשפט העברי', עשה שימוש במונח זה רק במקרים מועטים.⁹
הרב הרצוג בבואו להציע את ההלכה כבסיס לשיטת המשפט בישראל אכן פעל ממניעים דתיים.¹⁰

⁹ וראה הציטוט שמביא אברהם בעמ' 144 ודבריו שם, בהערה 6. עם זאת, היו חברים דתיים ב'חברת המשפט העברי' וכן רבנים מתנועת 'המזרחי' שאכן עשו שימוש נרחב במונח זה אלא שהם זיהו אותו עם ההלכה בכללותה ותבעו להחיל אותה במובנה המקורי כמערכת המשפט של המדינה היהודית, וראה להלן פרק ד. מובן שלא על משמעות (מושאלת) זו של המונח 'המשפט העברי' דיבר אברהם. להרחבה על עניין זה ראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 6. במאמר זה אני מנסה להראות כיצד שתי התפיסות, הסותרות כל כך, של 'המשפט העברי' הביאו לקרע חמור בתוך 'חברת המשפט העברי' עד לפירוקה בשנות השלושים. בהקשר זה אעיר על שני הציטוטים שאברהם חותם בהם את מאמרו ואומר כי הם "מדברים בעד עצמם". אברהם מביא את דברי אנגלרד המדבר על "האופי הדתי של המשפט היהודי", וכאן מעיר אברהם: "[ו]דוק, לא העברי". אברהם כמובן צודק בכך, אלא שאין צורך לדייק זאת מדבריו של אנגלרד שמקדיש לעניין זה יותר משלושה עמודים בפתיחת מאמרו הנ"ל (עמ' 35-38) ומסביר את משמעותו הבעייתית של המונח 'משפט עברי' (מהסיבות שעמדתי עליהן בקצרה), ואת הסיבה שיש לבכר על פניו את המונח 'משפט יהודי'. לצד אנגלרד מביא אברהם ציטוט מדברי הרב יחזקאל אברמסקי אשר דווקא עושה שימוש במונח 'משפט עברי'. הסיבה שהוא נוקט אותו היא משום שהוא מזהה אותו עם ההלכה המסורתית בתחום דיני הממונות, כאותם אישים שהזכרתי בתחילת הערה זו. כלומר שני הציטוטים ממחישים לנו את שני המשמעים שניתנו למונח 'משפט עברי'. אנגלרד מבין אותו במשמעו המקורי, החילוני-הלאומי-התרבותי, ואילו הרב אברמסקי מציע לו משמע דתי שיוצרי הביטוי לא התכוונו לו. עם זאת, הרב אברמסקי הוא דוגמה נדירה למדי לשימוש רבני במונח זה. כך, בדברי התגובה של אלון לדבריו הנ"ל של אנגלרד (במאמרו הנזכר לעיל, בהערה 1, בעמ' 103), הדוגמה היחידה שהוא מביא לכך שלרבנים אין "רתיעה עקרונית מפני מונח זה" היא דבריו אלה של הרב אברמסקי (בספרו, עמ' 99 הערה 83, אלון מוסיף אף מקור מדבריו של הרב יחיאל יעקב ויינברג בעל **שרידי אש**. נוסף כי שני הרבנים הללו השתמשו במונח 'משפט עברי' בעוד מקומות. ראה: ר"י אברמסקי, 'התורה ובני ישראל', י' בוקסבוים (עורך), **ספר הזכרון לר"י אברמסקי**, ירושלים תשל"ח, בעמ' קכט; י"י ויינברג, **לפרקים**, ירושלים תשכ"ז, בעמ' קסו, קסז, רסט). ועדיין, שימושם של רבנים אלה במונח זה הוא שימוש 'מושאל', ולרבנים רבים אחרים היתה רתיעה מלעשות בו שימוש כלשהו. בהמשך לדברים אלה ולדברים שבהערה הבאה יוכל הקורא המתעניין למצוא דוגמאות זו כשישווה בין כמה מאמרים המופיעים בספר שבעריכת בזק (לעיל, הערה 2). מאמריהם של הרבנים הרצוג, בר-אילן ומימון עוסקים בהחלת ההלכה כמשפט המדינה (גם אם האחרון מכנה אותה 'משפט עברי') ואילו מאמריהם של גולאק, פריימן, זילברג ואלון (כולם אנשים שומרי מצוות) ושל איזנשטדט ודיקשטיין ואחרים (שלא היו כאלה) מדברים על יישומו של 'משפט עברי' מחודש שאיננו זהה להלכה.

¹⁰ אברהם מזכיר את הרב הרצוג בפתיחת מאמרו ויחסו כלפיו לא נהיר לי לגמרי. אברהם צודק בדבריו כי הרב הרצוג שאף "לנסות ולגרום למדינת ישראל המתחדשת לאמץ את המשפט העברי בחוק הנהוג בה", אך הוא מקשר לניסיונו זה את דרכם של 'אנשי המשפט העברי' שאת גישתם הוא תוקף במאמרו. אלא שיש להבחין הבחן היטב בין דרכו של הרב הרצוג שהציע קליטה כוללת של 'משפט התורה' (זהו הביטוי שנקט בו בדרך כלל וראה בהערה הקודמת) המסורתית כתחוקתה של המדינה היהודית, תוך עריכת מספר שינויים בו - שינויים אשר המציאות מחייבת - ואשר יתבצעו גם הם בכלים הלכתיים מקובלים ועל-ידי גורמים בעלי סמכות הלכתית מוכרת, ובין דרכם של אותם גורמים - חילוניים ודתיים - שהכירו בעובדה כי מדינת ישראל לא תתנהל על-פי משפט התורה וכי המרב שניתן לצפות מהמשפט החילוני במדינה הוא קליטה חלקית של עקרונות שמקורם ההיסטורי - אך לא מקור הסמכות שלהם - בהלכה. ייתכן שניתן להציג את הפער בין שתי עמדות אלה כפער שבין המונחים 'מדינת הלכה' (בלי להיכנס לבעייתיות האדירה הגלומה במונח עמום זה) ו'משפט עברי' (במובן שאנגלרד, אברהם ואנוכי ורבים אחרים מדברים עליו). משלב מסוים הבין הרב הרצוג שאין לגישתו סיכוי להתקבל - לא מצדם של גורמים חילוניים ולא מצדם של חלק גדול מפוסקי ההלכה, דבר שהנחיל לו אכזבה

כנגד מי, אם כן, מכוונים דבריו של אברהם? הדעת נותנת שאם חלק ניכר מטיעונו הם טיעונים שבמישור הדתי, הרי שלא אותם גורמים לאומיים-חילוניים שצידדו ברעיון 'המשפט העברי' עומדים תחת שבט ביקורתו. לכן נראה כי דבריו מכוונים כנגד אנשים דתיים המצדדים ברעיון זה. אברהם טוען כנגדם שאין ערך דתי בשאיפתם זו לשילוב 'המשפט העברי' וממילא גם לא במעשים הנגזרים ממנה. לצד זה מעלה אברהם טיעונים נגד הערך התרבותי הקיים כביכול בקליטתו של 'המשפט העברי'. לעניין זה אחזור בהמשך דבריי.

אכן, בצדק רב מזהה אברהם (אך כאמור לא באופן מפורש) את 'אנשי המשפט העברי' בני-זמננו כאנשים דתיים.¹¹ לצערי, דומני שהחילוני האחרון שעסק באופן אינטנסיבי בשאלת 'המשפט העברי' ויישומו במדינה הוא השופט חיים כהן שנפטר לפני שנים אחדות.¹² הסיבות לכך הן פשוטות. אברהם (עמ' 154). אך בעמ' 155 גם הוא מודה ב'זרות אינפורמטיבית' נוטה להפחית ממשקלו של הטיעון שלפיו הגורם המרכזי לחוסר הפנייה למקורות 'המשפט העברי' נעוץ באי-היכרותו של המשפטן חסר הרקע התורני עם מקורות אלה. הוא מבכר על פניו טיעונים אידאולוגיים עמוקים, אשר ספק רב בעיניי אם עלו על דעתם של השופטים שאינם פונים אל 'המשפט העברי'. עובדה היא ששופטים בעלי רקע תורני עושים בדרך כלל שימוש במקורות ההלכה ואילו שופטים חסרי רקע כזה, למעט חריגים, לא עושים זאת. אילו היו שופטים בעלי רקע ב'משפט העברי' שבכל זאת לא מאזכרים מקורות הלכתיים, אזי היה מקום לטיעונו של אברהם הממיר בורות באידאולוגיה (ייתכן שיוצא מן הכלל הוא השופט אנגלרד, אבל על רקע

רבה. להרחבה ראה שלושת הכרכים שערך ד"ר איתמר ורהפטיג מכתביו של הרב הרצוג בנדון: **תחוקה לישראל על פי התורה**, ירושלים תשמ"ט, וראה דברי המבוא של ורהפטיג; E. Shochetman, 'Rabbi Isaac Herzog's Theory of Torah and State', *Jewish Law Association Studies*, 5 (1991), pp. 113-125. על תפיסתו של הרב הרצוג את אופיו הייחודי של 'משפט התורה' ראה: הנ"ל, **פסקים וכתבים**, חלק ט, ירושלים תשנ"א, עמ' תה, שם מוצגת גישה דומה לגישה שבדברי הרב אברמסקי המוזכרים בהערה הקודמת (והשוו להלן, הערה 52). וראה גם להלן, הערה 42.

¹¹ מונח שלכשעצמו קשה להגדרה. ראה הגדרתו של אברהם בעמ' 161 ומאמרו של אשר כהן באותו גיליון של **אקדמות** (שאליו הפנתה המערכת בצדק). אני אסתפק בהגדרה הלא מספקת שאדם דתי הוא מי שמגדיר את עצמו כאדם שומר מצוות, ואשר במקומות שונים בחו"ל היה מוגדר כיהודי אורתודוקסי ואכמ"ל.

¹² אין ספק שחיים כהן תרם רבות לחקר 'המשפט העברי', אך נראה שהוא גם תרם יותר מכל אחד אחר למעמדו הזניח בחקיקה הישראלית, זאת בניגוד למה שמקובל לחשוב. כהן עצמו עמד הן על עניין זה והן על כך שהוא כנראה אחרון האידאולוגים החילוניים של רעיון 'המשפט העברי'. לא מיותר לציין את העובדה הידועה שכהן עצמו היה בעל רקע תורני רחב, דבר שאפשר לו לעסוק במקורות הלכתיים, בניגוד למשפטנים חסרי רקע כזה. גם על נקודה זו הוא עומד במפורש. להרחבה על כך ראה: ע' רדזינר ושי' פרידמן, 'המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול' (עתיד להתפרסם ב**עיוני משפט**). עם זאת, ניתן למצוא עדיין שופטים שאינם שומרי מצוות (בדרך כלל שופטים בערכאות נמוכות) אשר משלבים בפסיקתם חומר מן 'המשפט העברי'. לא מדובר בהיקף רחב של פסיקה מעין זו ולכן איני סבור שמדובר בתופעה משמעותית.

האידאולוגיה שלו אין זה מפתיע).¹³ הבורות היא הסיבה המרכזית לכך שרוב-רובם של העוסקים ב'משפט העברי' במדינת ישראל (כמו גם רוב-רובם של החוקרים בענף המדעי הקרוי – בשיתוף השם – בשם זה) הם אנשים דתיים.

ואולם, גם אם אני מסכים לזיהוי שלפיו אנשי הקבוצה שאברהם תוקף הם אנשים שומרי מצוות (אני גם מצטער על שזה אכן המצב), אינני מסכים לזיהוי הכולל שהוא מציע לאחד ממניעיהם המרכזיים של חברי קבוצה זו: המניע הדתי.¹⁴ ייתכן כמובן שישנם מקורות המלמדים על קיומו של מניע כזה שאינם ידועים לי, אלא שאברהם אינו מסייע במציאתם. להפך, הציטוט היחיד שמביא אברהם ממי שהוא מזהה כאחד מחברי הקבוצה מלמד אף לדעתו כי המניע הוא הסתמכות "תרבותית-לאומית, לאו דווקא דתית" (עמ' 142-143). אני האחרון שיזלזל בדיונים תאורטיים, אך ניכר מדבריו של אברהם שדיונו אינו כזה כלל וכלל.¹⁵

בהיעדר הפניות מפורשות שומה עלינו לעסוק בהשערות. נראה שהאדם המרכזי שאפשר לייחס לו את המניע הדתי אשר אברהם מתקיף הוא פרופ' מנחם אלון, מי שמזוהה יותר מכל עם הדרישה להחלת 'המשפט העברי' במערכת המשפט של מדינת ישראל, ומי שאף כתב על כך רבות. אכן, היו כמה חוקרים שזיהו מגמות דתיות במפעלו המחקרי והשיפוטי של אלון.¹⁶ אלון עצמו מצביע

¹³ ובכל זאת ראה פסק-דין שמצוין להלן, בהערה 46, והוסף עליו את דבריו של אנגלרד ברע"א 6339/97 **רוקר ואח' נ' משה סלומון ואח'**, פ"ד נה (1), 199, 224-226 שם הוא קובע: "...לשם מציאת מקור למניעת שימוש-לרעה בזכות, אין לנו, בעצם, צורך לרעות בשדות זרים. במסורת המשפט היהודי מצא רעיון זה ביטוי מובהק בעיקרון המפורסם הקובע כי "כופין על מידת סדום".... מן הראוי כי המשפט היהודי ישמש מקור השראה בפרשנותו של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין, ולא דווקא משום שלשונה של זו סתומה ומגומגמת. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת המשפטית היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תימצא ביטוי במשפט של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי מעבר למימד המוסרי-האינדיבידואלי של העיקרון 'כופין על מידת סדום', מצוי בו גם, ואולי הוא עיקר, מימד חברתי חשוב. כי הלוא בשל חסרונם של מימד חברתי זה נחתם גזר דינם של אנשי סדום, שעל מידתם הרעה נקרא העיקרון...". וכן ראה דבריו ברע"א 8034/95 **מאור-חברה לדלק בע"מ ואח' נ' לאה ג'ון**, פ"ד נב (4), 97, 107-109, ברע"א 3881/98 **סלמה ואח' נ' שדה ואח'**, פ"ד נג (4), 721, 724 (והשוו לדבריו של אברהם בעמ' 149 לגבי דיני הנזיקין בהלכה) ובע"פ 1110/00 **מדינת ישראל נ' פלונים**, פ"ד נד (5), 229, 237-238 (והשוו להלן פרק ו).

¹⁴ ברור שרק אנשים דתיים בעלי מניע דתי יעלו את הטענה השנייה שמייחס להם אברהם בתחילת פרק ג בעמ' 155, רק אנשים כאלה אמורים 'להתרגש' מבעיית ה'ערכאות' שמעלה אברהם בעמ' 156, ורק כלפיהם יכולה לבוא הטענה שטובת ההלכה דווקא דורשת הבחנה ברורה בין מערכת המשפט החילונית למערכת המשפט הדתית (עמ' 157).

¹⁵ ייתכן שמכיוון שאברהם מניח (הנחה מוטעית, כאמור) שאצל 'אנשי המשפט העברי' קיים זיהוי של 'המשפט העברי' עם ההלכה, הוא ממשיך ומזהה במפעלם מניעים דתיים. עם זאת, יכול להיות שדבריו של אברהם מבוססים על ההנחה שאנשים דתיים פועלים ממניעים הלכתיים גם אם אינם מוצהרים, וראה להלן, הערה 23.

¹⁶ אנגלרד במאמרו הנזכר לעיל, בהערה 2, עמ' 111, מדבר על 'החוגים הדתיים' שמנסים להביא לקליטת ההלכה במשפט המדינה מתוך "שאיפה מוצהרת להפוך את מדינת ישראל למדינה יהודית בעלת אופי דתי. מגמתם היא, אפוא, ביסודה דתית", אך נראה שאותם 'חוגים דתיים' הם "נציגי המפלגות הדתיות" שעליהם הוא מדבר בפתיחת מאמרו. למעשה נראה שאין הוא מייחס לאלון מניעים דתיים (ראה במאמרו בעמ' 120, הערה 26),

כביכול על ערך דתי בקליטת 'המשפט העברי' באומרו¹⁷ "כי מבחינת השקפת עולמה של ההלכה נוח ורצוי שסכסוך בין שני הצדדים יבוא על הסדרו לפי התוכן והצדק שבשולחן ערוך מאשר לפי הוראותיה של מערכת משפטית אחרת". ייתכן.¹⁸ אלא שקריאה כוללת של דברי אלון מלמדת כי הטענה בדבר הערך הדתי שבקליטת 'המשפט העברי' היא טענה שולית למדי במכלול טיעוניו בעד. גם בספרו וגם במקומות אחרים¹⁹ אלון מדגיש את הערך הלאומי-התרבותי הרבה מעבר לערך הדתי. בספרו עומד אלון ארוכות על כך שיש להבחין היטב בין פסיקה הלכתית ובין שימוש משפטי ב'משפט העברי'. את דבריו הוא מסכם כך:²⁰

עיקרון זה, העולה בידי הלומד והחוקר בדרך לימודו ומחקרו, מתבקש להיקלט בחוקיה של המדינה ובפסיקתם של בתי המשפט לא כדי שאלה יוסיפו הלכה נוספת לשולחן ערוך המחייב מבחינה דתית, אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למערכת משפטית של מדינת ישראל המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית. זו קליטה

וודאי שכך הם דבריו לגבי משה זילברג, אשר את דרכו אזכיר בהמשך דבריי (להלן פרק ט). במאמרו המאוחר יותר, שבו הוא מתייחס ישירות לדרכו של אלון, נראה שהוא כן מייחס לו מניעים דתיים (ראה שם בעמ' 57), אך הוא מזהה את הגישה המחקרית שלו עם דרך פסיקת ההלכה הקונסרבטיבית (עמ' 56). מנגד, זאב פלק המנוח שאף הוא ייחס לאלון מניעים דתיים במחקריו ובמפעלו היישומי, מזהה את גישתו המחקרית של אלון דווקא עם תפיסות אורתודוקסיות שמרניות למדי. ראה מאמרו: Z.W. Falk, 'What is 'Jewish Law'?', *J. of Law and Religion*, 11 (1994-5), pp. 835-844. ממאמרו זה (בעמ' 841) עולה כי פלק, בניגוד לאנגלרד, דווקא תומך בשילוב 'המשפט העברי' בישראל אך לא בדרכים השמרניות מדי, לטעמו, של אלון. וראה עוד מאמרו הנזכר לעיל, בהערה 3. גדעון ספיר (במאמרו 'שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו', **עיוני משפט**, כה (תשס"א), עמ' 189-220, בעמ' 209) אף טוען "שאלון רואה עצמו, גם אם לא באופן מודע לחלוטין, כפוסק היושב על כס השיפוט המביא בפסקי דינו, כבר כיום, לידי פיתוחה של ההלכה". טענה זו הוא טוען עם יותר מקב של חומטין ומודה שיש בה ממד ניכר של השערה וכי דבריו המפורשים של אלון מלמדים כי אין הוא רואה עצמו כפוסק. וראה גם הדברים המובאים שם בעמ' 206, הערה 73.

¹⁷ **אלון**, בעמ' 1604 והערה 31.

¹⁸ ברור שלדעת פוסקי הלכה שונים איסור הדיון בפני בית משפט ישראלי, גם אם הוא משלב בפסיקתו חלקים מן 'המשפט העברי', הוא חמור יותר מאשר דיון בפני בית משפט זר (וראה להלן הערות 23, 58). אלון מנסה להתמודד עם טענה זו בספרו, בעמ' 1605-1608 וראה בייחוד דברי הרב הרצוג שהוא מביא שם בהערה 38.

¹⁹ ראה מאמרו מתש"ט: "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?", **בזק**, עמ' 89-100, ובייחוד בעמ' 98 וכן מאמרו: "המשפט העברי במשפט המדינה", **הפרקליט**, כה (תשכ"ט), עמ' 27-53, בייחוד בעמ' 48. אלון במאמרים אלה ובספרו, בעמ' 1605 ומעמ' 1629 ואילך עומד גם על כך שגם ההלכה תצא נשכרת מקליטתו של 'המשפט העברי' במשפט המדינה, משום שהיא תאלץ להתמודד באופן יצירתי עם "הבעיות שהזמן גרמן". אינני יודע אם זהו 'ערך דתי' וגם אינני בטוח שיש קשר בין פיתוח ההלכה ובין קליטת 'המשפט העברי' במדינה. מכל מקום, גם אלון עצמו (**אלון**, עמ' 1629) מודה כי מערכת 'המשפט העברי' (כאן, במובן של המערכת ההלכתית) תמשיך להתקיים ולהתפתח גם ללא קליטת חלקים ממנה במשפט המדינה. יש להודות כי ייתכן ושימוש לא עקבי של אלון במונח 'משפט עברי' תורם גם הוא להתקפה עליו ולזיהוי מטרותיו כמטרות דתיות. וראה: פלק, לעיל, הערה 16, בעמ' 842-843, אנגלרד, לעיל, הערה 1, בעמ' 36. וראה גם להלן, הערה 36. בעיה זו קיימת גם בכתיבתו של משה זילברג, ראה להלן, הערה 73.

²⁰ **אלון**, עמ' 1603, וראה לעיל, סוף הערה 1. השוו ראשי הפרקים 2 ו-3 אצל אברהם בעמ' 155-156.

נאה, טוב ורצויה של המשפט העברי, אף על פי שאין זה פסק הלכה במובנו של מושג זה מן הבחינה הדתית.

ובאחד מפסקי-הדין החשובים שעסקו בסוגיית מקומו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית, אומר אלון את הדברים הבאים תוך שהוא עושה שימוש בדבריו של השופט אגרנט:²¹

והרי מודעת היא זאת, שהמשפט העברי שימש בעבר והנו כיום "חלק מנכסי צאן ברזל של תרבות [האומה היהודית]... חוקם הלאומי של היהודים"; הדעת נותנת אפוא, שההשראה לפרשנותה של מערכת משפטה של המדינה היהודית תבוא, בראש ובראשונה, ממערכת משפטה הלאומית, שהיא היא רקעה התרבותי-משפטי...

לסיכום, מובן שהמניע המרכזי, וכנראה גם היחיד, המועלה בידי רוב התומכים בשילוב המשפט העברי במשפט המדינה הוא הטיעון הלאומי-התרבותי. אלון מביא אמנם גם טיעון שיכול להיחשב כמניע דתי, אך משקלו שולי ביותר. אם כך הם פני הדברים, הרי שאין משקל רב לעובדת היותם של 'אנשי המשפט העברי' בני-זמננו אנשים דתיים. הסיבה לקיומה של עובדה זו היא בקיאותם היחסית של אנשים אלה במקורות ההלכה והרגשת הקרבה הנפשית למקורות אלו, ולא תחושת החיוב ההלכתי ליישם למעשה במערכת המשפט של מדינת ישראל. ניתן לומר שאין הבדל מהותי במניע של 'אנשי המשפט העברי' בני-זמננו ובין המניע של 'אנשי המשפט העברי' מן העבר, שרובם (אך לא כולם) היו חילוניים אידאולוגיים. הסיבה לכך שתחום שבעבר עסקו בו גם מחללי שבת הוא היום נחלתם הכמעט בלעדית של שומרי שבת נעוצה כאמור בתחומי הידע וההזדהות. אין זה צריך להפתיע אותנו. ישנם תחומי עשייה רבים שנתפסו בעבר כתחומים 'לאומיים' והיו מושא להזדהותם ולפועלם בעיקר של יהודים חילוניים-לאומיים ועתה יותר ויותר יהודים שומרי מצוות עוסקים בהם. כך קרה גם לרעיון 'המשפט העברי'. אם ערב קום המדינה ובשנותיה הראשונות היה קונצנזוס רחב בכלל האוכלוסייה היהודית בארץ לגבי הצורך בשילובו במדינה ואף בחקיקה שתתבסס עליו,²² הרי שתביעה זו היא היום נחלתם הכמעט בלעדית של

²¹ ד"ר 13/80 **אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח'**, פ"ד לה (2), 785, 794. יש ערך בקריאת דברי אגרנט מהם מביא אלון: ע"א 191/51 **לייב סקורניק נ' מרים סקורניק**, פ"ד ח (1), 141, 177, שם עומד אגרנט על הדואליות של ההלכה שהיא גם חוק יהודי לאומי (וזה מה שחשוב שם) וגם דין דתי.

²² ראה ר' חריס, 'הזדמנויות הסטוריות והחמצות בהיסח הדעת – על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה', מ' בר-און וצ' צמרת (עורכים), **שני עברי הגשר**, ירושלים תשס"ב, עמ' 21-55; מאמרי, לעיל, הערה 12. במאמרי אני מראה כי בשנות החמישים הרגישו אנשי משרד המשפטים צורך לטעון כי הצעות חוק שונות מבוססות באופן משמעותי על הסדרים השאובים מן 'המשפט העברי', גם כשלא היה לטענה זו על מה להישען. עניין זה נבע מכך שהם הבינו כי ישנה ציפייה בציבור הכללי בארץ כי החקיקה הישראלית החדשה תתבסס, בשינויים הנדרשים, על המשפט היהודי הלאומי. היום כמובן כבר אין תחושה כזו במשרד המשפטים. דוגמה נאה לכך היא הצעת 'חוק דיני ממונות', אותו חוק מרכזי כל כך שאמור לאחד לחוק אחד את רובה המכריע של החקיקה האזרחית הישראלית. בדברי המבוא להצעת החוק (<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/Mavo.htm>) נאמר כי בעבר בחנו מעצבי החקיקה האזרחית

ד

נותרנו, אם כן, עם המניע התרבותי-הלאומי שאפנה כעת לבדיקתו. בראש ובראשונה עלי לומר כי סביר למדי שבנושא זה קיים ויכוח לגיטימי בין התפיסה שאני אחז בה ובין התפיסה של אברהם. למעשה זהו ויכוח על ערכם של סמלים, ובמקרה זה זהו ויכוח על הניסיון להחדיר רעיונות שמקורם בספרות התורנית, למשפטה של המדינה.

לזו טענתו של אברהם כנגד המישור התרבותי, למיטב הבנתי, הוא שמכיוון ש'המשפט העברי' איננו זהה להלכה הרי שממילא אין הוא משפטו הלאומי של עם ישראל, ולכן אי-אפשר לדבר על ערך תרבותי-לאומי בקליטתו. לגופם של חלק ממרכיבי טענתו זו אתייחס בהמשך. אברהם קובע (עמ' 143). וראה גם דבריו בעמ' 154 ליד הערה 27 (בעמ' 159-160) כי "בדרך כלל השאיבה מן ההלכה, גם אם היא נעשית, היא בעלת ערך דקלרטיבי בלבד" וזהו בעיניי "ערך מפוקפק מאוד". אני מסכים, כאמור, כי אין זהות בין 'המשפט העברי' ובין ההלכה. אני אף מסכים כי שאיבה ממנו היא הצהרתית בעיקרה. אולם אינני מסכים לכך שמדובר בערך מפוקפק מאוד.

ראשית, יש לציין כי טענות דומות לטענותיו של אברהם הושמעו כבר בעבר. אנשי 'המזרחי', שזיהו את 'המשפט העברי' עם ההלכה,²⁴ התנגדו מאוד לגישה שטענה כי אין זהות כזאת.²⁵ הטיעון המרכזי שלהם היה כי דווקא אלה הפועלים ממניעים לאומיים צריכים לקבל את העובדה כי המשפט הלאומי של עם ישראל הוא ההלכה המסורתית. יצירה חדשה של 'משפט עברי' שאיננו

הסדרים שקיימים ב'משפט העברי' (דבר שכאמור איננו מדויק), וברור מכך שהצעה זו כשלעצמה אף לא מתיימרת להצביע על 'המשפט העברי' כעל אחד ממקורותיה.

²³ ייתכן שישנם אנשים, בעיקר המשתייכים לציונות הדתית, אשר יראו ערך דתי גם במניע התרבותי-הלאומי, כלומר יטענו להשגתו של 'רווח הלכתי' מסוים בעיצוב 'יהודי' של הפרהסיה של מדינת ישראל וסמליה (לדוגמה ראה: י"מ ברגמן, **המדינה היהודית**, ירושלים תשס"ג, פרק יא, הדן על ערכו הדתי של דגל המדינה). אינני סבור שזו תפיסה נפוצה אצל 'אנשי המשפט העברי' ומקצתם אף ישללו עניין זה מכול וכול. ברור שיהיו מהם שישללו (מסיבות הלכתיות!) הגשת תביעה אזרחית לבית-המשפט גם במקרה שהעניין הנדון יוכל לזמן הזדמנות מופלאה לשילוב 'המשפט העברי' במשפט המדינה (ראה לדוגמה מאמרו של פרופ' אליאב שוחטמן, 'מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל', **תחומין**, יג (תשנ"ב), עמ' 337. יצוין שבפרק ח במאמרו, 'השתלבותם של שופטים ועורכי דין שומרי מצוות במערכת השיפוט' אין הוא בוחן את הסוגיה באמצעות הטיעון של שילוב 'המשפט העברי'. ובכל מקרה, אין זה טיעון מוצהר, אין זה מניע ראשוני, ולא נראה לי שנגדו מכוונים דבריו של אברהם. כאמור, אין הבדל של ממש בין טיעוניהם של שומרי מצוות לטיעוניהם של 'אנשי המשפט העברי' שאינם כאלה. ספיר (לעיל, הערה 16, עמ' 205-206) עומד על ההבחנה הנדרשת בין טיעון דתי לטיעון תרבותי וטוען שהטיעון התרבותי "הגם שעשויות להיות לו אסמכתאות בהגות ההלכתית, הינו בלתי תלוי ביסודו בהנחות-מוצא דתיות".

²⁴ ראה לעיל, הערה 9.

²⁵ ראה שם. לטיעוניהם של אנשי המזרחי ולמקורותיהם ראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 6, וכן את ספרו של רונן שמיר הנזכר שם, בפרט בעמ' 39-40.

זהה להלכה חוטאת לכך. כך למשל נכתב במאמר המערכת של **התור**, שבועון תנועת 'המזרחי', בתמוז תרפ"ז (כנראה על-ידי העורך, הרב יהודה ליב הכהן פישמן. ההדגשות במקור):

וצריכים אנו לומר: תחית המשפט העברי ובית הדין הלאומי הוא בלי ספק חלק בלתי נפרד של התחיה הלאומית, בזה אין חולק, ואנו נלחמים להחלטה זו בודאי, אבל אומרים אנו שתחית המשפט העברי היא חלק בלתי נפרד מן התחיה הלאומית, ולא יצירת המשפט העברי.

באופן דומה פעל זרח ורהפטיג נגד ניסיונו של חיים כהן לעצב חוק ירושה 'עברי' למדינה היהודית.²⁶ כהן הציע חוק שחלקים נרחבים ממנו מבוססים על הסדרים הקיימים בהלכה וחלקים אחרים (בפרט בעניין ירושת האישה, הבת, הבן הבכור ועוד) מציעים, מסיבות מובנות, הסדר שונה. ורהפטיג יצא נגד הניסיון הזה לסטות מן ההלכה המסורתית, וטען שגם אם מתבקשים תיקונים, הרי שהם צריכים להיעשות על-ידי הגורמים הרבניים שההלכה מסמיכה אותם לעשות זאת, אלה שתיקנו תקנות בעבר, ולא על-ידי מחוקק חילוני. סופו של דבר הוא שחוק הירושה הישראלי שהתקבל רחוק מן 'המשפט העברי' מרחק רב הרבה יותר מהצעת החוק שהציע כהן. גורמים לאומיים-דתיים אלה, אשר זיהו את 'המשפט העברי' עם ההלכה, כלומר זיהו מניע לאומי 'אמיתי' עם מניע דתי, ניסו לתפוס מרובה ובכך החמיצו גם את תפיסת המועט.²⁷

ברור שכיום כבר לא סביר לצפות שלפני ביאת גואל צדק תהיה שיטת המשפט של מדינת ישראל מבוססת על ההלכה.²⁸ השאלה היא האם בשל כך יש גם להימנע מפעולה במישור הסמלי של ניסיון להשפיע על מערכת המשפט של המדינה שתקלוט מרכיבים מן המקורות ההלכתיים, גם אם באופן חלקי ביותר, חסר ערך דתי? תשובתו של אברהם היא שאין בכך כל ערך. 'אנשי המשפט העברי' לעומתו סוברים שיש ערך בסמלים.²⁹

²⁶ את הצעתו של כהן ואת תגובתו של ורהפטיג ראה בקובץ **יבנה**, ג (ז-יב, תש"ט), עמ' 80-110. מצויה שם גם תגובתו של אברהם חיים פריימן, אשר למרות היותו אדם דתי לא זיהה את 'המשפט העברי' עם ההלכה (ראה מאמרו מתש"ו: 'דיני ישראל בארץ ישראל', **בזק**, עמ' 36-49), ולכן ההסתייגויות שלו לא היו במישור הדתי כמו הסתייגויותיו של ורהפטיג. לכל העניין ראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 12.

²⁷ אני סבור שורהפטיג, וגם פוליטיקאים דתיים אחרים, הבינו את גודל המשגה שלהם אף לשיטתם, שהרי גם הם טענו לימים בעד קליטת ה'משפט עברי' שאיננו הלכה. להרחבה ראה במאמרי הנ"ל. וראה דבריו של משה אונא, שהיה ח"כ מן המפד"ל וכיהן כיו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט, בספרו **בדרכים נפרדות**, אלון שבות תשמ"ד, עמ' 96-101.

²⁸ זאת למרות שישנם כמובן גורמים המצדדים בכך, ולא רק בקרב הפועלים לחידוש הסנהדרין. ראה למשל: א' ורהפטיג, 'חוקי הכנסת ומדינת התורה', **תחומין**, י (תשמ"ט), עמ' 190-193.

²⁹ בעניין הנזכר כאן בקצרה עוסק כיום הזרם של 'יהדות כתרבות'. לדיון בתפיסתו של זרם זה ראה ספרו של אבי שגיא, **אתגר השיבה אל המסורת**, תל-אביב תשס"ג, ספר שנסקר בידי אריאל פיקאר בגיליון טו של **אקדמות**, עמ' 261. באופן אישי אני מודע לתחושת 'הזיוף' שחשים אנשים דתיים רבים כלפי טענות העולות מזרם זה ואף מבין אותה (וראה גם פיקאר, שם עמ' 266-267). אכן מדובר בטענות חדשניות שפעמים רבות אינן מתיישבות עם התפיסה המסורתית. כך הוא גם בעניין 'המשפט העברי' שאכן איננו זהה להלכה, כאמור לעיל. השאלה היא

אינני יודע אם אברהם רואה ערך במדינה אשר מגדירה את עצמה 'מדינה יהודית'. ייתכן שהוא סובר, כאותה אַמרה המיוחסת לרב חיים עוזר גרודז'ינסקי, שמדינה חילונית אינה יכולה להיחשב כ'מדינה יהודית' אלא לכל היותר מדינה שאזרחיה או שליטיה הם יהודים.³⁰ 'אנשי המשפט העברי' סוברים אחרת. אחד המרכיבים הבסיסיים ביותר בזהותה של מדינה (והיום, יותר מבעבר, גם בעיצוב פניה), בפרט של מדינת לאום, הוא שיטת המשפט שלה.³¹ מי שמאמין שיש ערך תרבותי-לאומי בסמלים השונים של המדינה סביר שיאמין שיש ערך גם בקליטת 'המשפט העברי', אף אם מדובר בסמל בלבד.

סבורני שרבים מעדיפים שדגל המדינה יהיה כחול-לבן (אף שספק אם יש בכלל ערך דתי בדגל),³² שסמל המדינה יהיה מנורה ולא נשר (אף שספק אם כך נראתה מנורת המקדש), שחילי צה"ל יקבלו בהשבעתם תנ"ך (אף שהם לא מודעים להלכות ספרי הקודש ושמירת קדושתם), שהמקרא והתורה שבעל-פה יילמדו במוסדות חינוך 'חילוניים' (אף שהתלמידים אינם רואים בהם ערך דתי ואינם מברכים את ברכת התורה על לימודם) ועוד. לא מפתיע, אם כן, שיהיו אף כאלה שיפעלו לטובת הערך - נכון, ערך סמלי - שיש בשילוב 'המשפט העברי' במשפטה של המדינה היהודית.³³

ה

מכיוון שמדובר בערך לאומי-תרבותי הפונה לכלל האוכלוסייה היהודית, ולא בערך דתי שמעניין מטבע הדברים רק את שומרי המצוות שבה, אין לפי דעתי מקום לסברותיו של אברהם על אודות

האם בשל כך עלינו לוותר על הניסיון לעצב את הפרהסיה הלאומית באמצעות רעיונות וסמלים השאולים מן המסורת? אני סבור שעל כך נטוש הוויכוח דן.

30 וראה ב'החלטות מועצת גדולי התורה בשאלת ארץ ישראל', **אגרות רבי חיים עוזר**, חלק ב, מהדורת י' קוסובסקי-שחור, בני-ברק תש"ס, עמ' שנב: "מדינה יהודית המסרבת להכיר בהתורה כחוקתה... חותרת תחת קיומה. ישוב יהודי כזה אינו יכול להקרא בשם מדינה יהודית". מסתבר שהיו אף חברי כנסת שחששו, בלי כל ביסוס משפטי, כי קביעה בחוק שלפיה מדינת ישראל היא 'מדינה יהודית', תגרור בהכרח את הקביעה כי היא 'מדינת הלכה'. ראה: א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, מהדורה חמישית, ירושלים תשנ"ז, עמ' 545-546.

31 לדוגמה ממקום אחר ראה: ג' בכור, **בחיפוש אחר סדר חברתי: סנהורי והולדת המשפט האזרחי הערבי המודרני**, הרצליה תשס"ד, בפרט פרק א. בכור עומד על עיצוב הקודקס האזרחי המצרי במחצית המאה העשרים, קודקס ששאב בין היתר מתפיסות לאומיות מצריות ועשה שימוש במקורות משפטיים איסלאמיים גם אם בצורה אחרת לגמרי מבמשמע המקורי. ההשוואה לאידאולוגיה ולשיטות העבודה של 'אנשי המשפט העברי' היא מעניינת ביותר. והשוו לעיל, הערה 22.

32 וראה לעיל, בתחילת הערה 23.

33 נסיף כי מעבר לעניין הסמלי יכולים להיות יתרונות נוספים בהקניית המורשת התרבותית היהודית. למשל, תלמידי משפטים יתעקבו על הבנת הסדר משפטי שמקורו ב'משפט העברי' ויבחנו את מידת התאמתו למקורותיו ההלכתיים ולשיטת המשפט הנוהגת; יהיו שופטים שיפנו למקורות ההלכתיים שסייעו לפרש מונח מסוים וכדו'. וראה עוד: ב' ליפשיץ, 'מקומו של המשפט העברי', ד' חשין ואח' (עורכים), **בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 195-190.

חוסר הרצון של הציבור הכללי³⁴ בארץ בקליטת 'המשפט העברי' (ודוק, 'משפט עברי' ולא הלכה). נכון הוא שקשה לומר כי מפעלם של 'אנשי המשפט העברי' הצליח. הגורמים הדומיננטיים לכך, לדעתי, הם כאמור הבורות והתרופפותם של הערכים הלאומיים,³⁵ ולא אידאולוגיה כפי שהוא טוען.

מן הדברים שאברהם כותב בראש עמ' 156 ובסוף עמ' 160 במאמרו ניכר שאין הוא מבחין בין שני מושגים שונים שעליהם יש לנהל דיון במישורים שונים: 'משפט עברי' ו'חקיקה דתית' (כנראה שמקורו של טשטוש זה נעוץ גם הוא בהנחה, המוטעית כאמור, שביסוד מפעלם של 'אנשי המשפט העברי' עומד מניע דתי).

את 'המשפט העברי' כבר הגדרתי כמערכת שאיננה זהה להלכה (גם אם כמובן שואבת הסדרים משפטיים ממנה) ואיננה פועלת ממניעים דתיים. 'חקיקה דתית' היא עניין אחר: החקיקה הדתית היא אכיפת דין הלכתי,³⁶ בדרך כלל מתוך מניע דתי.³⁷ כך מגדיר אותה מנחם אלון:³⁸

לא ברור לי כיצד ניתן לאמוד את דעתו של 'הציבור הכללי' (המונח שאברהם משתמש בו בעמ' 160) בשאלת שילובו של 'המשפט העברי'. נכון הוא שבקרב מעצבי החקיקה הזיקה ל'משפט העברי' פחותה מבעבר (ראה לעיל, הערה 22). ואולם, אני יכול להעיד מכלי ראשון על עניינם של חברי כנסת שאינם דווקא דתיים בשימוש בהסדרים השאובים מן 'המשפט העברי' במסגרת דיוני ועדת חוק, חוקה ומשפט. אגב, אם יש תחום שבו קיימת נטייה מובהקת לאימוץ מניעים 'דתיים' (גם אם באופן שגוי) אצל 'הציבור הכללי' הרי שזהו תחום השתלת האיברים, ראה למשל: מ' קרמר, **השתלות איברים**, תל-אביב 2001, עמ' 17-18. ממילא אי-אפשר לדבר על התנגדות גורפת לקבלת 'ערכים דתיים'. יתר על כן, גם על תחום זה של רפואה והלכה תמה אברהם (עמ' 151): "האם סביר לדרוש ממערכת המשפט בישראל ליישם תפיסות [הלכתיות] שכאלה?". ואולם, אם יש תחום מובהק שבו מערכת המשפט מוכנה לפנות אל ההלכה הרי שזהו תחום הרפואה. כך, למשל, **תקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם)**, התשמ"א-1980 (תוספת שנייה) קובעות שבועדת הלסינקי של בית-חולים ישב משפטן או איש דת. כמו כן, שופטים שונים שכמעט ואינם פונים אל מקורות ההלכה בשום תחום, עושים כן בתחומי רפואה ומשפט. ראה למשל: השופט נתניהו בבג"צ 30/82 **ראובן מעין נ' מנח"ל משרד הבריאות**, פ"ד לו (2), 477, 482-483.

טענתם של משפטנים שונים תהיה שהיחלשות הזיקה ל'משפט העברי' איננה נובעת מהתרופפות כזו אלא מהיעדר הצורך לפנות אליו מכיוון שהמשפט הישראלי הוא שיטה עצמאית ומשפט לאומי בפני עצמו. במילים אחרות, הטענה היא על הזיהוי הבלעדי של 'המשפט העברי' כמשפט הלאומי היהודי ולא שמכיוון שמקורו הוא דתי אין לקלוט אותו, כפי שטוען אברהם. טענה זו יש לחבר לדברים של אברהם בראשית הערה 1 של מאמרו. וראה: א' ברק, 'חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל', **שנתון המשפט העברי**, יג (תשמ"ז), עמ' 265-283; ח' כהן, 'דין השירות, שם, עמ' 285-306. והשוו דברי השופט ברק בד"צ 40/80 **פאול קניג נ' יהושע כהן**, פ"ד לו (3), 701, 725-726, ולהלן, הערה 61.

ייתכן שזו הסיבה שבעטיה משתמש סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים, החוק הדתי בה"א הידיעה, במונח המסורתי 'דין תורה' ולא במונח המודרני והפחות מחייב 'משפט עברי'. השוו: מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל**, מהדורה רביעית, ירושלים תשכ"ה, עמ' 367-371; ז' ורהפטיג, **חוקה לישראל - דת ומדינה**, ירושלים תשמ"ח, עמ' 452 (וראהפטיג היה שותף בכיר בעיצוב החוק). יש להעיר, אם כן, על דבריו של אלון בספרו (אלון, בעמ' 99, הערה 84 ובעמ' 1547, הערה 42) המזהה בין המונחים, וראה לעיל, סוף הערה 19. אגב, המונח 'דין תורה' הוגדר בידי השופט זילברג (בג"צ 80/63 **גורפינקל ואח' נ' שר-הפנים**, פ"ד יז, 2048, 2061. על רעיון זה חזרו פסקי-דין נוספים): "ברור, קודם כל, כי המונח 'דין תורה' אין פירושו תורה שבכתב בלבד. הוא כולל, ללא שמץ

"חקיקה דתית" היא **המעמד האישי בישראל** כל דבר חקיקה, שבעיני הציבור שאינו דתי – וגם בעיני הציבור הדתי כשהוא מסתכל עליה כפי שהציבור שאינו דתי רואה אותה – יש בה מניע או עניין דתי, ושולול אותו מניע או עניין לא היה נחקק כלל או לא היה נחקק באותה צורה כפי שהוא נחקק.

מובן מאליו שטענות בדבר כפייה דתית יועלו נגד 'חקיקה דתית' ולא נגד חקיקה אזרחית שעושה שימוש בהסדרים ראויים שמקורם - ההיסטורי, לא הנורמטיבי - בהלכה. על כן כאשר אברהם דן בשאלת "ההזדהות הציבורית" ש'אנשי המשפט העברי' מנסים להשיג (עמ' 155) וטוען שדבר זה לא יעלה בידם לאור היחס השלילי של חלק נכבד מן הציבור לדיני האישות ההלכתיים שהתקבלו על-ידי החוק הישראלי, הוא מביא ראיה שאינה דומה כלל לנדון. קל להבין את ההסתהיגות מדיני נישואין וגירושין הכופים על אנשים לציית למערכת שאינם מזדהים איתה ושאת שיקוליה הדתיים אינם מבינים, מערכת שמגבילה מאוד את חירותם להינשא ולהתגרש.³⁹ אך מה לכך ולשילוב הסדרים ראויים ויעילים מן 'המשפט העברי' במסגרת חוקים אזרחיים שונים של החקיקה הישראלית?

ו

כבר עמדתי על כך ש'המשפט העברי' איננו הלכה וממילא קליטת מוסדות שמקורם בהלכה יכולה להיעשות באופן חלקי, על-פי מידת ההתאמה לשיקולי המחוקק והמציאות המשפטית (ולכן ברורה התשובה השלילית לשאלותיו הרטוריות של אברהם בעמ' 148), לעתים תוך הוצאת הסדר משפטי מהקשרו הרחב בהלכה ושימוש בו שלא לפי הכללים החלים עליו בתוך המערכת ההלכתית. עדיין יש בכך ערך תרבותי-לאומי, לא ערך דתי. אברהם כאמור (כמו רבים לפניו) טוען שמכיוון שאין זו קליטה התואמת את ההלכה, שהיא שיטת המשפט הלאומית הקלסית של עם

של ספק, גם את ה'דרבנן', וכוונתו לכל אותו מכלול הלכות האישות המצויות בדיני ישראל, ואפילו אם יסודו של הדין הוא בתקנה שתקנו חכמי ישראל בדורות המאוחרים". זאת כנגד אלה שניסו לתת למונח משמעות מצמצמת שאיננה כוללת תקנות חכמים בדיני המשפחה, אלא מכילה את 'דין התורה האידאלי' בלבד, וראה להלן פרק ח.

³⁷ אם כי כמובן שחברי כנסת דתיים שונים השתמשו גם בנימוקים לאומיים בבואם להצדיק את חוק שיפוט בתי-דין רבניים (ראה למשל: ז' ורהפטיג, **על השיפוט הרבני בישראל-נאומים**, תל-אביב תשט"ו, במקומות רבים), את חוק איסור גידול חזיר (ראה: ד' ברק-ארז, 'גלגולו של חזיר - מסמל לאומי לאינטרס דתי?', **משפטים**, לג (תשס"ג), עמ' 475-403) ודומיהם.

³⁸ מ' אלון, **חקיקה דתית**, תל-אביב תשכ"ח, עמ' 4. יצוין שבפתח דבריו (בעמ' 3) מצביע אלון על כך שמבחינתה של ההלכה גופה "חקיקה דתית היא כל דבר חקיקה בכל הליכות החיים", והוא אומר שם למעשה דברים שמזכירים מאוד את דבריו של אברהם בראש עמ' 145.

³⁹ ראה, לדוגמה, דבריו של השופט לנדוי בבג"צ 51/69 **רודניצקי נ' ביה"ד הגדול לערעורים ואח'**, פ"ד כד (1), 704, 712. ממילא, דבריו של אברהם בעמ' 160-161 נכונים רק למקרה של 'חקיקה דתית', כלומר חקיקה הפוגעת משיקולים דתיים, שממילא אינם קבילים בעיני מי שאינו מאמין בהם, בחופש של אנשים לנהוג בהתאם למצפונם.

ישראל, הרי שגם ערך תרבותי אין כאן. ברצוני לפנות עתה לבדיקת טיעוניו אלה של אברהם. חשוב להדגיש כי גם אם טיעוניו נכונים כולם עדיין אין זה אומר שאין ערך תרבותי בקליטת ה'משפט העברי' בצורתו הרחוקה מן ההלכה. על נקודה זו עמדתי בפרק הקודם.

אברהם עומד בהרחבה על כך שבאופן עקרוני אין זה אפשרי לשאוב נורמות משפטיות מן ההלכה, זאת משום שההלכה אינה מערכת משפט במובנה המקובל, וממילא אין טעם לנסות לשלב נורמות שמקורן בהלכה בשיטת משפט חילונית. לדעתו, יש לשלול פנייה כזאת על הסף בשל הפער העצום - הבלתי ניתן לגישור - שבין השיטות. אברהם מוכן לתת ל'אנשי המשפט העברי' את הקרדיט על כך שהם אכן מודעים לפער זה (עמ' 144), אך מאשים אותם שהם נוטים "לפרש את הדין כמבוסס על שיקול משפטי, אולם אין זה בהכרח הפירוש הנכון".⁴⁰

טענתו הכללית של אברהם היא שמטרת ההלכה בכל תחומי המשפט שהיא מסדירה הנה מטרה דתית. בשל כך מציעה ההלכה לעתים הסדרים משפטיים שאינם תואמים בהכרח את ההיגיון המשפטי המקובל בשיטות משפט חילוניות, וממילא אין טעם בקליטת מוסדות והסדרים שמקורם בהלכה בשיטות אלה. כדי לבסס את טענתו זו מביא אברהם כמה דוגמאות. על חלק מהן אעמוד בפרק הבא, ובשלב זה ברצוני לטעון שהעיקרון הכללי שאברהם מעלה, שעניינה של ההלכה איננו בהשגת הסדר החברתי, הוא עיקרון ששנוי כבר במחלוקת ראשונים.⁴¹ ניכר⁴² שאברהם

⁴⁰ לא ברור לי מדבריו אם מדובר לדעתו בנטייה מודעת או לא. אני סבור שאפילו 'אנשי המשפט העברי' החילוניים היו מודעים היטב למטרתו 'הדתית' של הדין וביצעו בו - ביועץ! - תהליך של חילון. דוגמאות רבות ניתן לראות בששת כרכיו של פלטיאל דיקשטיין, **דיני עונשין בישראל ובעמים: בעבר ובהווה**, תל-אביב 1953-1962. וראה גם לעיל, הערה 7. לא ייפלא שמי שרוצה לבנות 'משפט עברי' לדיני עונשין צריך לחלן את ההלכה שהיא בתחום זה אכן מושפעת הרבה מתפיסות דתיות, וראה להלן, פרק ז. עם זאת, ראוי להזכיר את ספרו של הרב יעקב משולם גינצבורג, **משפטים לישראל**, ירושלים תשט"ז, שניסה להציע למדינת ישראל חקיקה לדיני רוצח המבוססת על ההלכה. עוד לפניו כתב הרב שמחה אסף, לימים שופט בהרכב הראשון של בית-המשפט העליון, חיבור שמטרתו להוכיח כי ניתן לדון גם היום בדיני עונשין, למרות שאין סמיכה וסנהדרין. ראה: **העונשין אחרי חתימת התלמוד**, ירושלים תרפ"ב, ועיינו שם היטב בהקדמת המו"ל יהודה יונוביץ. וראה להלן, פרק ח.

⁴¹ אינני רוצה להיכנס כעת לדיון בשאלה מה היתה עמדתם של חז"ל בנדון. המתעניין יכול להתחיל במחלוקת שבין אלון ואורבך הנזכרת בספרו של **אלון**, עמ' 105, הערה 115. היה אפשר להביא עמדות נוספות, מוקדמות ומאוחרות, התומכות בעמדתו של אחד הראשונים שיאזכרו כאן, אך אין כאן המקום לכך וגם אין צורך בכך.

⁴² ניכר גם מהפרק השני של מאמרו ובייחוד מהדוגמה ("הנדושה" לדבריו, שהיא גם הדוגמה המרכזית של הר"ן) שהוא מביא בעמ' 148, וגם מהפרק החמישי. מעניין שאברהם איננו מזכיר בדיוניו את שיטת הר"ן ומעדיף להביא על פניו (בעמ' 151) הפניה לרמב"ם בהלכות מלכים, למרות שבאופן פשוט עוסק הרמב"ם ב'דין מלך' לרוצחים בלבד (אין כאן המקום להיכנס למחלוקת סביב היקף 'דין המלך' של הרמב"ם). לניתוח עמדתו של הר"ן מול עמדת הרמב"ם שאביאה מיד, ולקישור מחלוקת ראשונים זו להתכתבות האקטואלית על משפטה הראוי של המדינה היהודית בין רח"ע גרודז'ינסקי ובין הרב הרצוג לאחר החלטותיה של ועדת פיל ראה: א' רביצקי, 'תיאולוגיה ופוליטיקה במחשבה היהודית בימי-הביניים', ש"נ איינושטדט ואח' (עורכים), **הציונות והחזרה להיסטוריה**, ירושלים תשנ"ט, עמ' 100-137, בעמ' 100-119. מקריאת מאמרו של אברהם עולה שהוא תומך למעשה בגישתו של רח"ע כנגד עמדתו של הרב הרצוג (שהוא מזכיר בראשית מאמרו). וראה לעיל, הערה 10). ישנם, כמובן, גם 'אנשי משפט עברי' שתומכים בגישה כזאת של מתן מעמד של 'דין מלך' לחוקיה של

מזדהה עם גישתו הידועה של הר"ן בדרשותיו,⁴³ שלפיה מטרתם הראשונית של משפטי התורה היא "חול השפע האלקי באומתנו והידבקו בנו" בעוד ש"נימוסי האומות" מטרתם היחידה היא "תיקון עניין קיבוצם", ולעתים לא תהיה חפיפה בין שתי מטרות אלה:

אבל השופטים והסנהדרין היה יכולתם לשפוט את העם במשפט אמיתי צודק בעצמו שיימשך ממנו הידבק עניין האלוהי בנו, ישלם ממנו לגמרי סידור עניינו ההמוני או לא ישלם. ומפני זה אפשר שיימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסידור המדיני ממה שיימצא בקצת משפטי התורה, ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתיקון הנזכר היה משלימו המלך...

ואולם, הוגה ופוסק חשוב לא פחות - הרמב"ם - סבר כי דוע אחרת. לדעת הרמב"ם נכון הוא שמטרתה העיקרית של התורה היא "השלמות האחרונה": "תקינות הנפש, כלומר, מתן הדעות הנכונות", אך אי-אפשר להשיגה ללא "השלמות הראשונה" הכוללת שלמות גופנית וחברתית, והתורה מכוונת להשגת שתי השלמויות אלה:⁴⁴

לכן התורה האמיתית, אשר ביארנו שהיא אחת ואין בלתי, והיא תורת משה רבנו, באה רק ללמד אותנו את שתי השלמויות גם יחד, כלומר, תקינות מצבי בני אדם אלה עם אלה על ידי ביטול העושה [שבני אדם עושים] זה את זה, ועל ידי סיגול מידות טובות ומעולות, כדי שאפשר יהיה לאנשי הארץ להתקיים ולהתמיד בסדר אחד, כדי שכל אחד מהם יגיע לשלמותו הראשונה, ותקינות האמונות ומתן דעות נכונות שבהן תושג השלמות האחרונה.

כלומר לגבי טענתו העקרונית של אברהם יש לומר כי לפחות מצאנו מחלוקת בשאלה האם מטרה דתית עומדת בניגוד למטרה משפטית.

כאן המקום להתייחס לטענה נוספת של אברהם (סעיף 6 בעמ' 157). אברהם טוען כי קליטה חלקית של הסדרים מן 'המשפט העברי' יש בה לא רק עיוות דתי אלא גם עיוות משפטי. הדוגמה שהוא מביא לדבריו היא קליטת הדינים הדנים בחיובי השומרים ללא קליטת מוסד השבועה המאפשר להם להיפטר מחיובים אחרים (שומר שכר, למשל, מחויב לשלם במקרה של גנבה ואבדה, אך במקרה של אונס הוא נשבע ונפטור). נניח לשאלת העיוות הדתי שכבר אמרנו שאינה

המדינה (כהצדקה הלכתית לקיומם), לצד רצונם שחוקים אלה ישקפו ברמה התרבותית-הלאומית הסדרים השאולים מן ההלכה. בשולי הדברים אעיר שבבדיקת דעתו של רח"ע אין להסתפק רק במכתב האחד שכתב לרב הרצוג (ואשר רביצקי מציין אותו במאמרו הנ"ל), אלא יש לבדוק מכתב נוסף שעולה ממנו גישה מהוססת יותר כלפי ההסתמכות על דברי הר"ן. ראה: **אגרות רבי חיים עוזר**, לעיל, הערה 30, עמ' שמו-שמו.

⁴³ **דרשות הר"ן**, יא. הציטוטים להלן יובאו ממהדורת פלדמן-קצנלבון, ירושלים תשס"ג, עמ' תטו-תטז.

⁴⁴ **מורה נבוכים**, ג, כז. הציטוט לקוח ממהדורת מ' שורף, תל-אביב תשס"ג, עמ' 516-517. וראה גם פרקים מ-מב שם וכן חלק ב, פרק מ. אינני סבור שמדבריו של הרמב"ם עולה טענה כי רק בקיומה של התורה כולה ומתוך מוטיבציה דתית תושג השלמות החברתית. וראה אברהם בעמ' 156, סעיף 3.

רלוונטית לגישתם של 'אנשי המשפט העברי', אך האם חל כאן עיוות משפטי? התשובה היא פשוטה: לא. חזקה על המחוקק הבוחר לו באופן סלקטיבי מקורות מן 'המשפט העברי' שהוא דואג לעשות בהם שימוש מושכל. שני הסעיפים הראשונים של חוק השומרים הישראלי אכן מכילים הגדרות והסדרים שאובים לכאורה מן 'המשפט העברי',⁴⁵ ביניהם הקביעה כי שומר חנם חייב רק כאשר הנזק נגרם כתוצאה מרשלנות, ושומר שכר חייב רק בנזק שהיה למנוע (סעיף 2). שופט שייזקק להפעלת סעיף זה יפעיל את דיני הראיות המקובלים במקרים כגון אלה, ולא ברור איזה עיוות משפטי ייגרם כאן.

ראוי להוסיף שלפי היגיון משפטי זה ייווצרו בהכרח עיוותים בכל מקרה שבו המחוקק קולט הסדרים חלקיים משיטות משפט זרות. אולם יצירת חוק שסעיפיו שאובים מכמה שיטות משפט היא דבר נפוץ ביותר. האחדות כל הסעיפים לכדי הסדר משפטי יעיל והגיוני מתוכו היא מטרתו של מנסח החוק.⁴⁶

ז

ישנו ערך רב בעיון בדוגמאות שמביא אברהם לטיעונו הכללי בדבר השונות הגדולה שבין משפט להלכה.

⁴⁵ ראה: **אלון**, עמ' 1420-1424. כתבתי במשפט זה 'לכאורה' משום שיש לבדוק היטב כל מקום שבו הצהיר משרד המשפטים על כך שסעיפי חוק שאובים מן 'המשפט העברי'. בדיקה מעמיקה תעלה לפעמים שאין קשר בין הצהרה זו ובין המציאות (בניגוד לחלק מדבריו של **אלון** מעמ' 1360 ואילך). ראה: מאמרי, לעיל, הערה 12. וראה עוד: י" כץ, 'מקומו של המשפט העברי בהליך חקיקתו של "חוק המקרקעין"', תשכ"ט-1969, **קרקע**, 53 (2001), עמ' 91-134, ובפרט עמ' 98 והערה 26, עמ' 99-100, עמ' 126 ועמ' 130; ב' ליפשיץ, "'זה נהנה וזה לא חסר' – זכייה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה"?', **הפרקליט**, לו (תשמ"ז), עמ' 203-218; הנ"ל, 'המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה ועצמאות', **משפטים**, יט (תש"ן), עמ' 859-870, בעמ' 865-868.

⁴⁶ חוק הירושה הישראלי, למשל, מבוסס בעיקר על חוקים קונטיננטליים אך יש בו גם סעיפים שאובים ממדינות המשפט האנגלו-אמריקאי, וכן השפעה, אם כי מועטה, של 'המשפט העברי'. מעטים הם החוקים הישראליים המקוריים שסעיפיהם כולם חידוש או כולם תרגום מדויק של חוק זר אחד. יצוין כי טענה דומה לטענתו זו של אברהם טען כבר אנגלרד במאמרו המוקדם (לעיל, הערה 2, בעמ' 124-125). אנגלרד המשיך ופיתח טיעון זה (שם, עמ' 127-130) כאשר הראה את העיוות שייגרם לדעתו מפרשנותו של שופט את הסעיף ההלכתי. השופט מונע משיקולים אחרים משיקוליו של פוסק ההלכה המוסמך ולכן ישנה בעיה של פגיעה בשלמות הדין הדתי בשל מעמדה הלא-הלכתי של התוצאה שאליה יגיע השופט ובשל הדרך שבה יגיע לתוצאה זו. אלון מתייחס לדברים אלה בספרו: **אלון**, עמ' 1600-1603 ובפרט בהערה 30. אנגלרד עצמו, כשהגיע לכס השיפוט, הביא לידי ביטוי את חוסר רצונו בקליטה חלקית של ההלכה. ראה: ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה**, פ"ד נו (3), 289, 305-310. במקרה זה נזקק אנגלרד לדיני החוזים של 'המשפט העברי' בעקבות לקונה בחוק החוזים הישראלי הדורשת לפי דעתו ציות להנחיית המחוקק ב'חוק יסודות המשפט' (והשוו אברהם בעמ' 141-142 והערה 1), ומעניין שאנגלרד מציין כי גם אם חוק זה איננו רלוונטי למקרה הנדון "אין כמובן כל מניעה - ואף מן הראוי - כי נקבל השראה מן העקרונות של המסורת המשפטית היהודית העשירה, ככל שהיא נוגעת לסוגיה שלפנינו" (!). עם זאת, הוא קובע כי הפתרון ההלכתי (הכרזת המפר כ'מחוסר אמנה') איננו יעיל במקרה הנדון ובית-המשפט איננו גוף מוסמך לפיתוח ההלכה ולכן איננו יכול להציע פתרון יעיל יותר.

בלי כל קשר לשאלת הקליטה של 'המשפט העברי' (ופרק זה, כמו גם קודמו וזה שאחריו, דנים בתפיסת ההלכה שמציג אברהם, אך לא בהכרח בתפיסת 'אנשי המשפט העברי'), סבורני שיש להבחין בין התחומים המשפטיים השונים שמסדירה ההלכה. ייתכן שיש בהלכה הסדרים הנוגעים לתחומי המשפט האזרחי שאינם מתאימים לקליטה במשפט המדינה, וייתכן שיש בה הסדרים במשפט הפלילי שרצוי לאמצם. יש לדון בכל מקרה לגופו. בכל זאת, אני חש שיש הבדלים מהותיים בין התחומים גם מבחינת ההלכה גופה והבחנה זו מיטשטשת בדבריו של אברהם.

אני מסכים שישנה השפעה דתית מכרעת על עיצובם של דיני העונשין בהלכה ושל דיני הראיות המשרתים אותם. זו הסיבה שהוגים ופוסקים נאלצו לפתח להם דין חלופי שיופעל למעשה (ראה בפרק הבא). אכן קשה להבין את מטרות הדין הפלילי ה'אידיאלי' של התורה בלי להשתמש במונחים דתיים כגון 'כפרה' או 'צלם אלוהים' (ראה אברהם בעמ' 148-149 ובעמ' 150-151).⁴⁷ כמו אברהם (עמ' 147) גם אני חושב שקשה להבין את הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' באמצעות שימוש במונח המשפטי 'זכות השתיקה'.⁴⁸

התמונה שונה לדעתי במשפט האזרחי ההלכתי שניתן להבינו בהחלט גם בלי להשתמש במונחים דתיים ואשר מידת הקרבה שלו לתפיסת המשפט החילוני גדולה לאין שיעור מזו של דיני העונשין והראיות ההלכתיים. ודאי שישנו קשר הדוק בין כל חלקי ההלכה וממילא ישנן השפעות גומלין בין ההסדרים המשפטיים למוסדות הדתיים ולתפיסות 'דתיות', ואף-על-פי-כן אפשר לנתח את ההסדרים המשפטיים לגופם, ובכלים של משפט אנושי. נראה כי לא מקרה הוא שהר"ן, בדרשתו הנזכרת לעיל, מדגים את 'חסרונה המשפטי' של התורה באמצעות דינים הלקוחים מתחום דיני העונשין ודיני הראיות הנלווים אליהם. הוא איננו מציין חסרון בתחום המשפט האזרחי של ההלכה.⁴⁹

⁴⁷ וראה גם: א' אנקר, 'יסודות המשפט הפלילי העברי', **משפטים**, כד (תשנ"ד), עמ' 206-177; א' קירשנבאום, **הרשעה עצמית במשפט העברי**, ירושלים תשס"ח, פרק כה, ובמקומות רבים נוספים. ואכן, יאיר לורברבוים, שאברהם מזכירו בהערה 23 הראה בצורה משכנעת כיצד המחשבה הדתית מעצבת את תחום דיני הנפשות בספרות חז"ל. ראה סקירתו של יוסקה אחיטוב על ספרו של לורברבוים, גם היא בגיליון טו של **אקדמות**, בעמ' 233-246. לענייננו חשובים במיוחד דבריו בעמ' 238: "בהקשר זה מותח לורברבוים בעקבות יצחק אנגלרד, ביקורת על נקודת המוצא של אסכולת המשפט העברי, שבדיעבד מתעלמת מן 'היסוד הדתי של ההלכה' ומבודדת בכך את ההלכות שבין אדם לחברו מן ההלכות שבין אדם למקום".

⁴⁸ זוהי למעשה טענה מרכזית מאוד בכמה מחקרים של פרופ' אהרן קירשנבאום. וראה לאחרונה בספרו המוזכר בהערה הקודמת. קירשנבאום גם רואה בדין 'מודה בקנס' מעין 'עסקת טיעון'. לדעתי על כל העניין ראה: ע' רדזינר, **יסודות 'דיני קנסות' במשפט התלמודי**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשס"א, עמ' 304-305; 308-311. וראה עוד: A. Enker, 'Self-Incrimination in Jewish Law - A Review-Essay', *Dine* (1973), pp. CVII-CXXIV. עם זאת, חשוב לציין כי קירשנבאום מודע היטב לפער שקיים בין הדין ההלכתי ובין המשפט המודרני ולגישור על פער זה מוקדש חלק גדול מאוד מספרו, שבו הוא עוסק בדין 'הפרקטי' שאדון בו בפרק הבא של המאמר. ועם זאת הוא עדיין סבור שניתן לשאוב רעיונות וערכים מן הדין ההלכתי ה'אידיאלי' לשימוש במשפט המודרני. ראה בספרו הנ"ל, פרק ל.

⁴⁹ היו פוסקים שנתנו למלך סמכויות חקיקה גם בתחום המשפט האזרחי, אך הם לא הסתמכו על הר"ן שאכן לא

אני מסכים עם אברהם (עמ' 149) כי "ההלכה מניחה בתשתיתה מעבר לנורמות ולערכים [הקיימים בכל שיטת משפט], גם אונטולוגיה משפטית רוחנית, ומצע מטפיסי". השאלה היא האם לא ניתן להפריד בין הנורמות המשפטיות הכלליות ובין הערכים הרוחניים הייחודיים להלכה. אברהם טוען שהדבר אינו אפשרי ולכן "לא ברור מה ניתן ללמוד מיחס ההלכה לתחומים של קניין, או יחסי האישות, וליישם זאת במשפט הכללי". אני סבור אחרת.

נעזוב לצורך הדיון את נושא יחסי האישות (שממילא מוסדר בחוק הישראלי על-פי 'דין תורה', ואין כאן המקום להיכנס לשאלת התחולה וההיקף של חוק זה)⁵⁰ ונתרכז בנושא הקניין. אברהם ודאי יודע היטב שחלק ניכר מחז"ל, מהגאונים, מהראשונים ומהאחרונים לא ניתחו את דיני הקניין והנזיקין באופן המטפיסי שהוא מציע (אם כי הסבריו מעניינים והוויכוח בין התפיסות ללימוד משפטי התורה הוא כמובן ויכוח ראוי).⁵¹ ההפך הוא הנכון. נדמה לי שרוב-רובו של הלימוד בקרב פרשני התלמוד ובקרב לומדי הישיבות בהווה ובעבר נעשה בכלים ובקטגוריות שאפשר להכתירן ללא שום ספק בתואר 'משפטיים'.⁵² ודאי שבמקרים רבים מדובר בתפיסות

נראה כמאפשר הסתמכות כזאת. וראה: א' שוחטמן, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', **שנתון המשפט העברי**, טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500, בעמ' 434-428.

⁵⁰ וראה לעיל, הערה 36.

⁵¹ וראה פתיחת מאמרו 'בעניין חיוב תשלומין על ממונו שהזיק', **משפטי ישראל - דיני נזיקין**, פתח-תקוה תשס"ג, עמ' 131-95. לגבי תפיסתם של חז"ל ראה לעיל, הערה 41. אלו בדבריו שם מביא מקורות מראשונים ואחרונים לשיטתו המבחינה בין 'דת' ומשפט, וביניהם כמובן דבריו הידועים של ר"ש שקאפ בראש השער החמישי של **שערי יושר** הקובע שדיני הקניין והחיובים פועלים לאור "תורת המשפטים" ואינם "עניין שמירת איזו מצוה", וממילא גם מי שאינו מחויב במצוות איננו פטור מגזל וכו'. מקור ידוע הרבה פחות (ואשר אלו לא מביאו שם) הטוען למקורם האנושי של דיני הקניין הוא דבריו של הרב יחיאל מיכל טיקוצ'ינסקי בהוספותיו והערותיו לספרו של הרב משה פינדלינג, **תחוקת העבודה**, ירושלים תש"ה, ובפרט עמ' קלט-קמ. לדבריו, הערך המוסף של דיני הקניין בתורה איננו נעוץ בהסדר משפטי (או תפיסת משפטית) שונה שהם מציעים, להפך. ועיי"ש.

ניתן גם לדון בראיותיו של אברהם המובאות בעמ' 149. ראשית, ראוי לומר כי בכל שיטת משפט ישנן הבחנות בין רמות שונות של בעלות, זכויות קניין שונות, זיקות שונות וכו', ולכן אינני בטוח שיש משהו ייחודי בעובדה שעבדו של כהן אוכל תרומה גם כשאין לבעליו זכות שימוש מלאה בו (גם במשפט הרומי אנו מוצאים את מושג הבעלות החלקית בעבד ואת הנפקויות העולות מכך). לגוף העניין, עצם העובדה שעבד אוכל תרומה היא בשל דבריה של התורה (ויקרא כב, יא) כאשר ברור שעצם יצירת הזיקה הקניינית (ברמה המשפטית) היא זו שמקנה ממילא את הזכות לאכול תרומה. גם נושא שביתת בהמתו, על פניו (ואינני רוצה להיכנס לכל המחלוקות והפרטים בהגדרת שביתה זו) איננו עניין מהותי לדיני הקניין אלא נגזרת של הוראת הכתוב (שמות כג, יב), אשר תופעל לאחר בירור משפטי קנייני (ראה בדברי ר"ש שקאפ במקור הנזכר לעיל) בדבר בעלותו של יהודי בבהמה. וכיצד יסביר אברהם את גישת בית הלל, שהלכה כמותם, שלפיה אין דין 'שביתת כלים' בשבת? האם הבעלות בכלים פחותה מזו שבבהמה? גם בראייתו מסוגיית 'פלגין דיבורא' יש לדון. הרי בסופו של דבר קובע התלמוד כי "אין אדם קרוב אצל ממונו"! וראה מאמרו של אברהם הנזכר בראשית הערה זו בעמ' 118-114. ודאי שיש ערך רב בהוה אמינא, אבל בבואנו לדבר על 'שיטת משפט' נראה שיש ערך רב יותר למסקנה.

⁵² לכן לא נתפלא לגלות שמאמרו של אברהם המוזכר בראשית ההערה הקודמת הוא מאמר חריג למדי בנוף המאמרים המרכיבים את הקובץ שבו הוא מופיע, מאמרים אשר מציעים ברובם 'תפיסות משפטיות גרידא' כבסיס להבנת דיני הנזיקין של ההלכה. וראה גם ב'פתח דבר' לקובץ זה שמכיל בעיקר מקורות מחשבתיים אך

משפטיות הרחוקות מתפסות משפטיות מודרניות (ובמקרים רבים אחרים בתחום האזרחי דווקא קרובות למדי), אבל עדיין ניתן לנהל דיון ביניהן ואין חובה להניח, כאברהם, כי אי-אפשר לנהל דו-שיח בין השיטות בשל הפער הבלתי נמנע שנובע מהצבתה של שיטה מטפסית לצד שיטה 'משפטית גרידא', כביטוי.

ואדגיש, מובן שבמקרים רבים אימוץ ההסדרים המשפטיים של ההלכה בשיטה משפטית מודרנית יהיה בלתי סביר. הדיון שהתנהל כאן הוא דיון עקרוני על עצם האפשרות של המשפטן המודרני לפנות אל משפטה של ההלכה.

ח

במישור **המעשי** צודק כמובן אברהם הטוען שקשה לראות כיצד מתיישבים הסדרים הלכתיים שונים עם המציאות המשפטית הרצויה. בפרק החמישי של מאמרו דן אברהם בהשלמות השונות שהוצעו בספרות ההלכה לדורותיה (אף על-ידי הרמב"ם עצמו) כדי להשיג מטרות 'משפטיות'. אברהם (בעמ' 154) מבחין בין "המשפט האידאלי, ההלכה הטהורה" (למשל המשפט החל בסנהדרין אליבא דהר"ן) ובין "משפט המלך ומערכת בתי-הדין הפרקטיים".

אברהם מביא את דבריו אלה כדי לטעון שמכיוון ש'אנשי המשפט העברי' נאלצים פעמים רבות להצביע על "המשפט הפרקטי" כעל המקור שממנו יש לשאוב הסדרים משפטיים - שהרי במקרים רבים לא סביר כלל לפנות אל "המערכת האידאית" - הרי שהם חותרים למעשה תחת מגמתם התרבותית-הלאומית. זאת משום שייחודה של ההלכה הוא בממד 'האידאלי-הדתי' שלה, בעוד ש'המשפט הפרקטי':

מודה בייחודם של דיני הממונות הכפופים לשכל האנושי (שם, עמ' 4-5). לטענה זו אפשר, כאמור, להביא עוד מקורות רבים, וראה למשל: הראי"ה הרצוג, **פסקים וכתבים**, ט, ירושלים תשנ"א, עמ' תטו (והשוו לעיל, הערה 10). מאמרו של הרב יהודה ברנדס, גם הוא בגיליון טו של **אקדמות**, יכול לשמש לנו כהמחשה. ברנדס מציע גם הוא מהלך הדומה מאוד לדרכו של אברהם במאמרו הנ"ל וטוען כי בבסיס דיני הנזיקין התלמודיים עומדות תפיסות שניתן לכנותן 'רוחניות'. שניהם עושים שימוש במאמריהם באותם דברים של ר' צדוק הכהן מלובלין, ואברהם אף מוסיף מקורות מחשבתיים אחרים תחת הכותרת 'התייחסות לממון כפריפריה של האדם בספרות לא הלכתית' (במאמרו הנ"ל, עמ' 121-125). למקור שהוא מביא מדברי הרב חרל"פ ניתן להוסיף מקור אחר: **מירום מסביב לשמונה פרקים להרמב"ם**, עמ' סד-סו). ועדיין, כך נראה לי, רוב הלומדים לא עושים שימוש במקורות אלה כשהם באים לנתח את התפיסות שמציג ברנדס בעמ' 124-125, תפיסות שאינן נזקקות להצגת מקור 'רוחני' לשם נתינת הבסיס לעצמן, אלא מציגות נימוקים משפטיים. אני כשלעצמי סבור שישנו קשר הדוק בין הלכה ומחשבה ויש ערך רב בבירור הקשר הזה. עם זאת, הצעת מקור מחשבתית-רוחני כבסיס להלכה נתונה איננה שוללת את קיומו של היגיון משפטי בהלכה זו. כאמור, אני סבור שעדיין רוב הלומדים דיני ממונות מעיינים בדרך לימודם בדבריו של ר' שמעון שקאף, לדוגמה, יותר משהם מעיינים בדבריהם של ר' צדוק או של ר' נתן מנמירוב **בליקוטי הלכות** (על מגמותיו של ספר זה ראו: י' אנגלרד, 'מיסטיקה ומשפט: הרהורים על "ליקוטי הלכות" מבית מדרשו של רב נחמן מברסלב', **שנתון המשפט העברי**, ו-ז [תשל"ט-תש"ס], עמ' 29-43; מ' פייאקז', 'ר' נתן מנמירוב באספקלריית ספרו "ליקוטי הלכות"', **ציון**, סט [תשס"ד], 203-240, והמקורות הנזכרים שם בהערה 1).

אינו משפט עברי ייחודי בתכניו... במישור הזה אין ייחודיות להלכה מעבר למקובל במערכות חוק אחרות. אם כן, גם במקרה זה אין משמעות מהותית לשילוב עקרונות הלכתיים בחוק הנוהג.

אני חייב להודות שדברים אלה קשים לי מאוד. ראשית, יש לדון ברמה העקרונית בלי קשר לשאלת קליטת 'המשפט העברי'. במקרים רבים קשה מאוד לשים גבול בהלכה בין 'משפט אידאלי' ל'משפט פרקטי'. אף כאן, כמו בפרק הקודם של המאמר, יש לומר כי במישור דיני העונשין ואולי אף בדיני הראיות הנלווים אליהם ייתכן שהדברים פשוטים יותר (וכפי שעולה מדבריי שם, לא מקרה הוא שהדוגמאות של אברהם לקוחות ממישור זה).⁵³ אך מה לגבי הדין האזרחי שאליו כווננו מרב מאמציהם של 'אנשי המשפט העברי'? אברהם טוען לקיומו של ממד דתי מכריע גם בדין האזרחי של ההלכה ועל כן מן הסתם מבחין גם בו בין דין 'אידאלי' לדין 'פרקטי'. מה אברהם יגיד למשל על דיני הקניין? האם קניין 'מנהג הסוחרים' הוא דין 'אידאלי' או דין 'פרקטי'? ברור למדי שמדובר במכשיר הלכתי המיועד לקליטת דרכי קניין ממקורות חוץ-הלכתיים, וזאת כדי לייעל את דרכי המסחר. לכאורה, מבחינתם של חכמי בבל שפיתחו את דין 'סיטומתא' (בבא מציעא עד, ע"א) מדובר בקליטה חיצונית שאין לה רגליים בדרכי הקניין ה'אידאליות' המצויות במשנה, וזו כנראה הסיבה שהם חלוקים בשאלה האם בכלל 'סיטומתא' קונה ממש.⁵⁴ האם אף דרכי הקניין ה'אידאליות' המצויות במשנה אינן יצירה ייחודית להלכה אלא קליטה של נורמות משפטיות שנוצרו בשיטות אחרות,⁵⁵ ולכן לגישתו של אברהם אין טעם

⁵³ ואכן, טענתו של אברהם (עמ' 154) כי "פעמים רבות אין הבחנה חדה בספרות 'המשפט העברי' בין השניים" – שלפי דעתי לוקה בבעיה הכללית שעמדתי עליה בפתיחת דבריי: היעדר הפניה מדויקת שממילא מביאה לטענה לא מדויקת, בלשון המעטה – ודאי איננה יכולה לעמוד כאשר בודקים מחקרים של 'אנשי המשפט העברי' שעסקו בדיני עונשין, אפילו כאלה בעלי השלכות יישומיות. ראו, לדוגמה: אסף, לעיל, הערה 40; אנקר וקירשנבאום, לעיל, הערה 47 (וראה בפרט קירשנבאום שם, עמ' 442-443). בנקודה זו ניתן להוסיף שפליטאל דיקשטיין (כאמור, מבכירי 'אנשי המשפט העברי' החילוניים) הציע דווקא לקלוט רעיונות רבים מן המשפט ה'אידאלי' בדיני העונשין. ספרו, לעיל, הערה 40, מלא בדוגמאות לכך. וראה גם דבריו בעד המשך קיומו של עונש מוות במדינת ישראל, תוך שהוא 'מייבא' רעיונות מדיני הסנהדרין: 'מיתות בית הדין', **הפרקליט**, ז' (תשי"ז), עמ' 418; 'עוד על מיתות בית דין', שם, ט (תשי"ג), עמ' 77. וראה גם לעיל, הערה 48. לא נתפלא שבראש החזית נגד המשך קיומו של עונש המוות עמדו חברי כנסת דתיים שסברו שאין סמכות להטילו בזמננו. ראה למשל: ורהפטיג, לעיל, הערה 36, עמ' 110-118. וראה עוד לעיל, סוף הערה 48.

⁵⁴ להרחבה על כל העניין ראו: ר' קליינמן, **מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)**, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תשס"א, פרק חמישי. וראה גם דיונו הארוך בפרק התשיעי. נראה שגם קניין סודר הוא פיתוח של חכמי בבל שהושפעו ממנהגים שונים במקומם – לכן אין לו זכר בירושלמי ולכן אף בבבל התקיימה מחלוקת על מקורו ועל תוקפו (בבא מציעא מז, ע"א). האם זהו דין קנייני 'פרקטי'? לגבי 'סיטומתא' אכן היו שראו אותו כקניין בעייתי בדיוק בשל העובדה שהוא עלול לחזק כביכול את כל דרכי הקניין ה'אידאליות'. לטעון כזה בהקשר אקטואלי ראו: רז"נ גולדברג, 'תוקף ההתחייבות למכור ב"זכרון דברים"', **תחומין**, יב (תשנ"ב), עמ' 279-298.

⁵⁵ ראה את הברייטא בירושלמי, קידושין א ה, ס ע"ג, ודיונו של קליינמן בה, שם עמ' 155. וראה גם את דבריו הידועים של בעל שו"ת **דבר אברהם** חלק א, סימן א, ענף א, אות ג, מהם עולה שכוונת התורה היתה שמנהג

לאמץ אותן משום שאין "משפט עברי ייחודי בתכניו", כלשונו? והאם כדי לקיים את הדין ה'אידאלי' נזדקק לקנות מיטלטלין בכסף, כפי שהוא מדין תורה, ולזנוח את הדין 'הפרקטי' שביטל זאת משיקולים משפטיים-אנושיים ('נשרפו חטיף בעליה', ואלויבא דר' יוחנן שהלכה כמותו)? אפשר להציע שאלות רבות נוספות כגון אלה (חשבו, למשל, על משמעותה של הצעה לקליטת ה'משפט האידאלי' בדיני הנישואין והגירושין. ואכמ"ל).⁵⁶

שנית, גם אם נקבל את הבחנתו הכללית של אברהם בין 'משפט אידאלי' ו'משפט פרקטי', וגם אם נסכים לצורך העניין שבניגוד ל"עולם הלימוד הישיבתי שמקפיד מאוד" על הבחנה זו (שכאמור, אינה תמיד אפשרית), הרי ש"פעמים רבות אין הבחנה בספרות 'המשפט העברי' בין השניים", עדיין לא תצמח מכאן המסקנה שמסיק אברהם בדבר חוסר הערך של קליטת 'המשפט הפרקטי'. הרי גם המשפט הפרקטי הוא בסופו של דבר חלק מן המסורת היהודית! נניח שאנו עומדים בפני אפשרויות אחדות לעיצוב סעיף חוק מסוים, כולן יעילות מבחינה משפטית. ודאי שבמצב כזה, לפי גישתם של 'אנשי המשפט העברי', יש להעדיף הסדר 'פרקטי' שהתקבל או הוצע בדברי תנא, אמורא, ראשון או אחרון על פני הסדר שמקורו במשפט הגרמני. יתר על כן, אני סבור שגם אברהם יעדיף למעשה - אם כי ברור שמסיבות אחרות - לנהוג על-פי ההסדר היהודי ה'פרקטי'. זאת משום

יקנה. האם מדובר לכן בדין 'אידאלי' או 'פרקטי'? ייתכן שיהיה מי שיציע לשים את קו הגבול בשלב מסוים בתולדות ההלכה. כך, למשל, דין המשנה הוא 'דין אידאלי' בלי כל קשר למקורו המנהגי-הראלי. לעומת זאת, השפעות חיצוניות המתקבלות בספרות הבתר-תלמודית הן 'דין פרקטי' (ראה אברהם בעמ' 153). אינני סבור שיש היגיון בכך, וראה להלן הטקסט שלפני הערה 59. אליבא דדבריו של הרמב"ם **במורה נבוכים**, ג, מט (ואולי אף דברי הרמב"ן לבראשית לח, ח) גם בתורה שבכתב יש למעשה אימוץ של מנהגים קדומים. ולא צריך להרחיב על כך שלפי משנתו של הרמב"ם **במורה נבוכים** חלק נכבד מן התורה שבכתב הוא תגובה על מצב היסטורי-ראלי. ראה לעיל, הערה 36. דבריו של אברהם הזכירו לי דווקא את גישתו של אלון אשר זוכה לאחת מביקורותיו של אנגלרד (לעיל, הערה 1, עמ' 58-59. וראה תגובתו של אלון, שם, עמ' 128), גישתו ה'דוגמטית-היסטורית' בחקר 'המשפט העברי'. לכאורה, דווקא אלון הוא שטוען לקיומו של מעין 'דין אידאלי' מקורי של 'המשפט העברי' שניתן לחשוף אותו בדרך המחקר שהוא מציע ושאותו יש ליישם במדינה, ולא את אותם הסדרים 'פרקטיים' – המהווים סטייה מאותו דין מקורי – הסדרים שהוצעו על-ידי פוסקי הלכה כתוצאה מאילוצים ראליים-היסטוריים מסוימים. על כך כותב אנגלרד כי "לעתים נראה כי המטרה המעשית של "הכנת המשפט העברי לקליטה" (ראה לעיל, סוף הערה 1) גורמת להעדפת פתרון מסוים ולהצגתו כבעל אופי מקורי". אנגלרד טוען שלעתים אי-אפשר לאתר את הדין ה'מקורי' וממילא ייתכן ששני הסדרים הפוכים יכולים להתיישב "עם עקרונות המשפט העברי על תקופותיו". מכיוון שכך, טוען אנגלרד, אין שום ערך בקליטת 'המשפט העברי', משום שישנם מקרים שבהם הוא מכיל כמה הסדרים ואנו נברור את המתאים ביותר מבחינה משפטית בדיוק כפי שהיינו בוחרים אותו משיטת משפט נוכרית. "נמצא כי גם כאן אין שום ייחוד במהות הפתרונות המשותפים על דרכי כפיה חברתיים. הייחוד של המשפט היהודי יימצא איפוא במסגרת הדוגמטית, דהיינו בהתייחסות למקורות הסמכותיים של ההלכה בשעת ההנמקה של קבלת הפתרון. כל פתרון בסוגיה זו יהיה של המשפט היהודי אם הוא אומץ על ידי בעל הסמכות הפורמלית בדרך הלגיטימית". לכאורה דברים אלה מזכירים מאוד את טיעונו של אברהם שבו אני עוסק כעת. אולם יש כאמור לתת את הדעת להבדל מרכזי: לא נראה שאנגלרד מקבל את טיעונו של אלון (ושל אברהם) לגבי קיומו של 'דין אידאלי', וממילא אין הוא תולה את ייחודו של הדין ההלכתי בהסדר המשפטי הייחודי שהוא מציע (שהרי אין כזה בהכרח, לפי דבריו), אלא במסגרת בעלת הסמכות לקבוע אותו.

שאחרי הכול מדובר בחלק מן ההלכה. לא לחינם הפנה אותנו אברהם לעולם הישיבות, שהרי בספרות ההלכה נתקשה הרבה יותר למצוא את ההבחנה שהוא מדבר עליה.⁵⁷

זאת ועוד, בעמ' 157 טוען אברהם ש'אנשי המשפט העברי' מביאים נזק במפעלם משום שהוא עלול להקשות על ההבחנה בין מערכת המשפט הישראלית חסרת הלגיטימציה ההלכתית ובין "מערכות אלטרנטיביות שפועלות מכוח דיני התורה ולפיהם".⁵⁸ אינני מתווכח על שאלת הלגיטימציה ההלכתית אשר ברור שקיימת לבית-הדין ההלכתי ושספק גדול אם קיימת לבית-המשפט. אולם למה התכוון הכותב כאשר קבע כי בתי-הדין פועלים לפי דיני התורה? האם הם פועלים בכל מקום לפי דיני התורה 'האידיאליים'? הרי ברור שאם כך היו עושים היו נחשבים לעתים כמי שפועלים נגד ההלכה! וכידוע, "צריכים הדיונים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה" (חושן משפט יב, כ). בתי-הדין של ימינו לא רק שהם 'פרקטיים' מבחינת הדין שהם מפעילים אלא אף עצם קיומם אינו 'אידיאלי', וזאת לפי דין התלמוד עצמו: מכיוון שהם מורכבים מדיונים שאינם סמוכים הם הרי בהגדרה מוסדות שאינם 'אידיאליים' שפועלים רק מכוח 'שליחותיהם קעבדין'.⁵⁹

מדוע אם כך נדרשים 'אנשי המשפט העברי' לצדד בקבלתו של 'דין אידיאלי' בלבד? האם 'הדין הפרקטי' איננו מורשת משפטית תרבותית-לאומית? ואולי המורשת ההלכתית צריכה דווקא ללמד אותנו שיש מקומות שבהם יש להעדיף 'דין פרקטי' על פני 'דין אידיאלי' כאשר הנסיבות דורשות זאת?

⁵⁷ נכון הוא שפוסק המחדש 'דין פרקטי' יטרח לעתים להציגו ככזה וכסטייה מן הדין הקודם. אך משלב מסוים ייהפך 'הדין הפרקטי' להיות הדין הנוהג, ופוסקי ההלכה (אכן, ייתכן שבניגוד ללמדני הישיבות) כבר לא יזכירו את מקורו ההיסטורי. ניקח לצורך העניין את הדוגמה של אברהם בעמ' 152: האם כשדיין דן דיני עונשין בתקופה הבתר-תלמודית הוא מנמק בכל פסק-דין את סמכותו לעשות זאת? אני סבור שלא. נציין שהנורמה של ה'דין הפרקטי' שלפיה יש לבית-הדין סמכות לענוש 'שלא מן הדין [האידיאלי]' היא הבסיס להצעתם של אלה שסברו שאפשר להציע בסיס הלכתי לדין עונשין במדינת ישראל (ראה לעיל, הערה 40). יתר על כן, אם ניקח את המבחן – הבעייתי למדי – של אברהם (עמ' 146) לפיו ברכת התורה מעידה על קיומו של עניין דתי בחומר הנלמד, נצטרך לשאול: האם יש לברך ברכה זו על לימוד פסק-דין 'פרקטי' שפסק דיין, פסק שהוא כמובן חלק בלתי נפרד מהלכות 'חושן משפט'? אם התשובה חיובית מתערערת עוד יותר ההבחנה של אברהם בין 'דין אידיאלי' דתי ל'דין פרקטי' חברתי-משפטי.

⁵⁸ אינני סבור שהחשש לטעות מעין זו הוא סביר (וראה לעיל, הערה 23), אך יש להודות שהוא הושמע כבר בעבר. השוו': **ש"ת ציץ אליעזר**, חלק יב, סימן פב: "ואוסיף בזה עוד אמירה נעימה לכבוד תוה"ק ואומר: לפעמים קורה שאחדים משופטי הערכאות מביאים בפסקיהם השוואות גם מחוקי תוה"ק, או - להבדיל סיוע מחוקותיהם לחוקי תוה"ק. ונמצאים כמה המתברכים בלבם כי בצורה כזאת נחלש כבר מחומר האיסור, וישנם היוזמים אפילו לחבר חיבורי-חוקים בצורה כזאת. אבל באמת טועים בזה טעות מרה, ואדרבה עוד קוץ בזה, דמה לו לכהן בבית הקברות, מה לחוקי - השם ברוך הוא, להעמידם בכפיפה אחת עם חוקי אנוש זרים?". וראה לעיל, הערה 18.

⁵⁹ אברהם עצמו (עמ' 152) מזכיר את אחת הסוגיות המרכזיות בנושא זה, בבא קמא פד. להרחבה ראו: רדזינר, לעיל, הערה 48, בפרקים ט, יא, יב. וראה עוד: ב' ליפשיץ, 'פשרה', י' אונגר (עורך), **משפטי ארץ-דין, דין ודיון**, עפרה תשס"ב, עמ' 137-151.

אימוץ 'המשפט העברי' יכול שייעשה בכמה אופנים. ייתכן שסעיף חוק כזה או אחר יקלוט בצורה כמעט זהה הסדר משפטי פרטני שקיים בהלכה; ייתכן שהוא יקלוט אותו באופן חלקי ברמה כזאת או אחרת;⁶⁰ ייתכן ששופט הדן בסעיף חוק קיים אשר זוקק פרשנות או שהוא עומד מול הצורך להכריע בדין יפנה למקורות 'המשפט העברי';⁶¹ וייתכן שהחוק הישראלי המסדיר תחום משפטי מסוים יאמץ אתוס חברתי-משפטי העולה מן ההלכה העוסקת בתחום דומה ויעצב את דרכו לפיו.⁶² צודק אברהם באומרו (עמ' 151) כי כאשר מדובר באימוץ גישה ערכית הקיימת ב'משפט העברי', "לכל היותר ניתן לצפות לסיגול יצירתי וסלקטיבי של כמה גישות בסוגיות מסוימות, שייעשה בהתאמה לערכי הדמוקרטיה הליברלית". אין ספק בכך. אולם אינני מסכים למסקנתו המנוסחת בלשון שאלה: "אם כן, מהי המשמעות היהודית של גישה שכזאת? האם יש כאן שאיבה של ממש מן ההלכה?". ודאי שאין כאן שאיבה כזאת משום שלא מדובר בקליטתה של ההלכה תוך קבלת אופייה המקורי, הדתי, ועל כך הרחבתי בדבריי לעיל שמהם יכול הקורא גם ללמוד כי לשיטתם של 'אנשי המשפט העברי', אף שאין כאן שאיבה כזאת, "משמעות יהודית" יש כאן. ראשית, אל לנו להתפלא שגישות הקיימות בהלכה קיימות גם במערכות דמוקרטיות-ליברליות. הערך הלאומי מבחינת 'אנשי המשפט העברי' יהיה בטענה כי מדינת היהודים אימצה אותן גם משום שהן משקפות תפיסות שקיימות במקורות 'המשפט העברי'.⁶³ שנית, בהחלט ייתכן מקרה שבו המחוקק הישראלי בבואו להסדיר סוגיה משפטית נתונה יעמוד מול הצורך לבחור תפיסה ערכית אחת מבין כמה תפיסות אפשריות, תפיסות שמתיישבות כולן עם ערכים מודרניים. במקרה כזה יטענו 'אנשי המשפט העברי' שעל המחוקק לבחור את התפיסה שמתיישבת עם

⁶⁰ זה המצב השכיח במקרים בהם אכן היתה קליטה כזו. במקרים רבים האימוץ היה לשוני בלבד. ראה לעיל, הערה 45.

⁶¹ השיפוט הוא כמובן הדרך הנפוצה ביותר לקליטת 'המשפט העברי'. ראה למשל: **אלון**, עמ' 1455-1472; ליפשיץ, לעיל, הערה 31. בהמשך לאמור בהערה הקודמת ראוי לציין כי גם כאשר נקלט מונח מן 'המשפט העברי' בחוק הישראלי, אין הוא חייב להתפרש בהתאם אליו. ייתכן שמדובר בשימוש לשוני ותו לא. כך קבע בית-המשפט העליון כבר לפני שנים רבות (ראה דברי השופט ש"ז חשין (כנגד דעת השופט זילברג) בהמ' 89/51 **מיטובה נ' כאזם**, פ"ד ו 4, 12. פס"ד זה צוטט כמובן במקרים נוספים). והשוו לעיל, הערה 35. עם זאת, פעמים רבות טענו 'אנשי משפט עברי' ששימוש ב'משפט העברי' הוא שייתן את הפרשנות הסבירה והיעילה לחוק. ראה לדוגמה: סי' דויטש, 'גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי', **שנתון המשפט העברי**, ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 71-104.

⁶² לא רק משפטים מציעים כיוון קליטה כזה לעיצוב החברה בארץ, אלא גם אנשי הלכה. ראה לדוגמה בכמה מאמרים שהתפרסמו בחוברת יט של כתב-העת **צהר** (אלול תשס"ד) תחת הכותרת: 'צהר לחברה יהודית'. ניכר שם שימוש מרחיב בהלכות הצדקה תוך ניסיון לעמוד על העקרונות החברתיים העומדים בבסיסם ולהציעם לשימוש במישור הציבורי כיום במדינת ישראל. ראה למשל בדבריו של הרב אברהם גיסר, עמ' 39-40. לעניינו כאן ראה גם הערה 1 שבמאמרו של הרב שלמה אישון, עמ' 67.

⁶³ ראה לדוגמה מאמרו של אלון מתשנ"ו, לעיל, הערה 8, ובדברי הדוברים השונים (רובם אינם 'אנשי משפט עברי') במסגרת הדיון שפורסם בקובץ, ר' מרגולין (עורך), **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**, חלק א, ירושלים תשנ"ט.

,

משה זילברג, תלמיד ישיבות ליטא, קלם, מיר, סלובודקה ונובהרדוק,⁶⁵ כיהן לימים כמשנה לנשיא בית-המשפט העליון. כשופט הרבה זילברג לעשות שימוש במקורות ההלכה במקומות שלפי דעתו היה ראוי לעשות זאת. אלא שמהותו של שימוש זה לא היתה אחידה, דבר שמנחם אלון כבר עמד עליו.⁶⁶ אמנם, היו מקרים שבהם סבר שיש לפנות אל 'המשפט העברי' כאל מקור מחייב, בייחוד בעת פרשנות מונחים שהמחוקק הישראלי שאב לכאורה מן ההלכה. כך לדוגמה הוא כתב על פירוש המונח 'חלים' המופיע באחד מסעיפי החוק שדן בו:

ואל יאשימו אותי באנאכרוניסמוס משפטי, ובל יטיחו כלפי כי אני בא לפרש חוקים מודרניים על-פי התוספות רי"ד והריטב"א. ידעתי גם ידעתי, כי - בנוסחו של המאמר הידוע (בבא קמא ב, ע"ב) - "דברי הכנסת מדברי תורה לא ילפינן". מה שהשתדלתי לעשות כאן הוא "גילוי מילתא בעלמא", לגלות את פירוש המלות שהשתמש בהן המחוקק החילוני. כי המונח הנפלא, עשיר התוכן, של ה"חלות", נכנס כמות שהוא, על קרבו ועל "פירושו", לתוך הנומנקלטורה המשפטית העברית המודרנית, וחזקה על

⁶⁴ מובן שבמקרים רבים קשה לדבר על תפיסה ערכית ברורה של ההלכה בסוגיה מסוימת ומובן גם שייתכנו תפיסות שונות בהלכה (וראה לעיל, הערה 56). אולם ישנם מקרים שניתן להציג בהם תפיסה הלכתית ברורה למדי ואף לטעון בזכות שילובה במשפט הישראלי באופן שיהיה יעיל ביותר גם מבחינתו של המחוקק. דוגמאות יפות לכך ראו: ח' דגן, 'דיני עשיית עושר - בין יהדות לליברליזם', ד' גוטוויין ומ' מאוטר (עורכים), **משפט והיסטוריה** ירושלים תשנ"ט, עמ' 165; מאמרו של שחר ליפשיץ על עילת העושה בדני החוזים: S. Lifshits, 'Unconscionability: A Jewish Law Perspective' (טרם פורסם). וראה גם: דברי אנגלרד, לעיל, הערה 13 וכן את הערה 34. לעתים ניתן לדבר על קליטה (ברמות הפשטה גבוהות) של ערכים חברתיים-משפטיים גם מהלכות 'דתיות' שאין להן מקבילה בשיטות משפט אחרות. לדוגמה ניקח את מאמרה של דליה חשן שהתפרסם גם הוא בגיליון טו של **אקדמות**. במסגרת דיונה על הפרובול מקדישה חשן מקום נרחב (עמ' 174-171) לטענה כי "תהום פעורה בין חוקי ישראל לחוקות העמים" באשר הראשונים הנם מערכת משפט אלוקית ואילו האחרונים מערכת אנושית. עם זאת, חשן מנסה להציע במאמרה ערכים חברתיים ייחודיים לישראל שהמערכת ההלכתית מנסה לחנך אליהם (למשל בעמ' 176). גם ללא דיון מעמיק בעצם טענותיה של חשן לאורך מאמרה, אני סבור שיש מקום לדיון בשיח המשפטי הישראלי בנוגע למקומם של ערכים כגון אלה שהיא טוענת שעולים מהלכת שמיטת הכספים (והשוו דבריה שם לדבריו של דגן במאמרו הנזכר בהערה זו). וראה לעיל, הערה 62.

⁶⁵ ראו: מ' זילברג, 'נובהרדוק', **באין כאחד** (כנסו והביאו לדפוס צ' טרלו ומ' חובב), ירושלים תשמ"ב, עמ' 140-150; מ' אלון, 'לזכרו של משה זילברג', **שנתון המשפט העברי**, ב (תשל"ה), עמ' א-יג.

⁶⁶ במאמרו הנזכר בהערה הקודמת, עמ' ו-יא. בדבריו תוכלו למצוא דוגמאות נוספות מפסיקותיו של זילברג. ראה גם ליפשיץ, לעיל, הערה 31, בעמ' 191. הציטוטים המובאים כאן מדגימים חלק מן הכיוונים שהוצגו בפרק הקודם של המאמר. עם זאת, ישנם 'אנשי משפט עברי' שהציעו דרכי קליטה שונות - בצורה ובהיקף - מן הדרכים שהציע זילברג.

המחוקק הישראלי שידע את משמעותו של ביטוי זה.⁶⁷

ואולם, ברוב המקרים פנה זילברג אל 'המשפט העברי' כאל מקור השראה בלבד תוך שהוא מדגיש כי אין זה מקור מחייב ברוב הסוגיות שהמשפט הישראלי עוסק בהן. כך העיד זילברג על עצמו באחד המקרים שבהם פנה אל 'המשפט העברי':

השכירות, כמוסד משפטי, לא תמול שלשום נולדה, ודברי ימי חייה כדברי ימי האנושות. הבעיות המתעוררות בסוגיא זו טיפוסיות הן לכל שיטות המשפט, ולכן מותר יהא לנו לשאוב כאן אינפורמציה מפי השיטות האחרות, עתיקות ומודרניות גם יחד. ודאי לא כחומר מחייב, אלא כמקור להשראה ולהשוואה, ולהתרת הספקות.⁶⁸

זילברג לא היסס גם ללמוד עקרונות ערכיים כלליים מן 'המשפט העברי'. כך לדוגמה:

והיה כי ישאלך השואל מחר לאמור: מנין הלגיטימציה להרכיב את השקפותינו אנו על הלכה שמקורה הוא בתחיקה התורכית? ואמרת לו: את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 164(1) של חוק הפרוצידורה האזרחית, העתמאני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל"סדר" ול"תקינות" אין! היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש... לא ייקל, כמובן, ליטול את הרעיונות הנשגבים ההם, וליצוק מהם מטבעות של משפט ממש. אבל כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא שאלה של השקפת עולם – מה "טוב" ומה "רע", מה "תיקון" ומה "קלקול" העולם – מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דוקא מן המקורות הקדומים הנ"ל, כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות-היסוד של כלל האומה היהודית.⁶⁹

כשופט קרא זילברג למחוקק הישראלי לפעול למען שילוב 'המשפט העברי'.⁷⁰ קריאה זו לא היתה חדשה מבחינתו. כבר בסוף שנות השלושים החל לקרוא ליצירת קודיפיקציה המבוססת על 'המשפט העברי'.⁷¹ לזילברג היה ברור שיש צורך ביצירת שיטת משפט חדשה למדינה היהודית

⁶⁷ ד"ר 13/58 עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין פ"ד יג, 118, 135. וראה גם דבריו בפסק-הדין הנזכר לעיל, בהערה 61. והשוו: אברהם בעמ' 149 ובהערה 20 שם: "למעשה, כל 'חלות' בהלכה היא ישות מטפיסית, ולא רק הגדרה משפטית".

⁶⁸ ע"א 208/51 הקר ואח' נ' ברש ואח', פ"ד ח, 566, 573. פסה"ד עסק בהגדרתו המשפטית של חוזה שכירות וזילברג פנה בו למספר שיטות משפט, אך הרחיב במיוחד על שיטתו של 'המשפט העברי'.

⁶⁹ ע"א 461/62 צים ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז, 1319, 1332-1333. פסק-הדין עסק בסעיף פטור שהופיע בכרטיס נסיעה ולפיו החברה איננה אחראית לשום נזק שיארע לאחד מנוסעיה גם אם הנזק הוא תוצאה של רשלנות או פשיעה.

⁷⁰ ע"פ 17/59, מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד, 1882, 1893: "...מי יודע, אולי יום יבוא והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודיפיקציה כתובה, ולהשתית אותה על יסודי המשפט הלאומי שלנו...".

⁷¹ זילברג כתב את הדברים בסדרת מאמרים שפרסם בעיתון הארץ בראשית 1938. הדברים פורסמו שוב בספרו, לעיל, הערה 65, עמ' 180-201. בסדרת מאמריו זו הוא סוקר את מקורות 'המשפט העברי' ודרכי התפתחותו

שתקום, ושאי-אפשר לאמץ כמקשה אחת קודקס חוקים זר אלא לבחור בקודקס התואם ל'רוח היהודית'. "ולנו, כיהודים, אין דבר יותר טמא ונתעב מן הרוח הגרמנית". על כן:

המוצא האפשרי היחידי הוא, איפוא, ליצור לנו שיטת משפט חדשה, משלנו לעצמנו. ובנידון זה אין לפנינו חלל ריק לברוא בו יש מאין, אלא – לאושרנו – ישנו וקיים הבסיס האיתן, ההיסטורי של המשפט העברי, המכיל בקרבו את כל היסודות הדרושים לשם יצירת קודקס מודרני, להסדר החיים האזרחיים של המדינה.

מכיוון ש'המשפט העברי בצורתו הנוכחית, איננו מסוגל לשמש קודקס רשמי אשר על פיו ישקו כל צרכי החיים שלנו", לכן:

ברור, איפוא, כי גם אם נקבל על עצמנו את מרותו של כל התוכן המטריאלי של המשפט העברי, יהיה עלינו לסדר קודיפיקאציה חדשה של החוק, קודיפיקאציה מופשטת, קצרה, מרוכזת, אשר תכיל באלף-אלפיים סעיפים את כל יסודות המשפט האזרחי, עם כל המוסדות הכלליים שבו, ובספר אחר, באי אלה מאתיים עד שלוש מאות סעיפים את כל הכללים והדינים של הפרוצדורה האזרחית.

זילברג חוזר על רעיון זה ביתר פירוט במאמר שכתב בסוף שנות החמישים, ובספרו **כך דרכו של תלמוד**, בפרק השמיני והאחרון, 'על פרשת דרכים'.⁷² הוא מרחיב שם בצורך בקליטת 'המשפט העברי' בשיטת המשפט הישראלית משום שזהו משפטו הלאומי של העם היהודי. זילברג מדגיש כי הקודקס המחודש שהוא מציע לא יקלוט בהכרח את כללי ההכרעה של ההלכה ואף לא את כל פרטיה בסוגיה נתונה. כך, למשל, השיקול המרכזי בקבלת דעה זו אחרת בסוגיה שקיימת בה מחלוקת פוסקים יהיה התאמתה לרעיונות המקובלים במשפט המודרני, "ברירת הרעיונות המשפטיים אשר עדיין לא אבד עליהם כלח", כלשונו.

תפיסתו את מהות הליך שילובו של 'המשפט העברי' במשפט המדינה מוצגת בראש דבריו [ההדגשות במקור]:

השאלה, בתכלית הקיצור, היא: מה הם הדרכים והאמצעים להחייאת המשפט העברי,

ומגיע לכדי מסקנות מעשיות לימינו. טענותיו לגבי הצורך בחידוש הקודיפיקציה מובאות שם בעמ' 198-199. בעת שנכתבו המאמרים עסק זילברג בעריכת דין. ניתן לשער כי הרקע לקריאתו זו של זילברג נעוץ בדיוניה ובמסקנותיה של ועדת פיל שפעלה ב-1937. להרחבה ראה מאמרי: 'תלמיד חכם שלא נספד כהלכה: יעקב שמואל צורי ומחקריו במשפט העברי על רקע תולדות מחקר תחום זה', ובפרט הערה 59 (עתיד להתפרסם ב**שנתון המשפט העברי**, כג).

⁷² מ' זילברג, 'תחיית המשפט העברי כמשפט המדינה בישראל – כיצד?', **בזק**, עמ' 54-50; מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, ירושלים תשכ"ב, עמ' 140-161. גישה דומה מאוד לגישתו זו של זילברג היא הגישה שהציג חיים כהן במקומות רבים. ראה למשל מאמרו המוקדם: 'דאגה ליום מחר', **הפרקליט**, ג (תשי"ו-תשי"ז) 38 [התפרסם שוב בתוך: **מבחר כתבים**, 15; **הפרקליט - ספר היובל**, תשנ"ד 135]. לא נתפלא לגלות כי אנגלרד תקף את דבריו של זילברג ואת דרך הקודיפיקציה שהוא מציע וקבע כי "מנקודת ראות דתית, דרך זו אינה יכולה להיות כשרה" (במאמרו הנזכר לעיל, בהערה 2, בעמ' 119 ובעמ' 124-123). והשוו דברי פריימן, לעיל, הערה 26.

כמשפט המדינה, ישראל. נקוד על: כמשפט המדינה, ודבר זה מרחיב מחד-גיסא, ומצר מאידך, את תחומי המשימה. משפט עתיק-צעיר וישן-חדש זה יחול, לכשיבוא, על כל תושבי המדינה ללא הבדל דת וגזע, כי את סמכותו הוא יינק לא מן האימפרטיב הקטגורי של דת ישראל, אלא מן הגוף המחוקק, החילוני, של מדינת ישראל. ואם שם "המשפט העברי" יקרא עליו, הרי זהו רק בשל אימוצם – על ידי המחוקק – של כללי **יסוד ובניני אב**, אשר הורתם ולידתם היתה בהשקפת העולם והמשפט של העם העברי.⁷³

כלומר, יש פער רב בין ההלכה ובין 'המשפט העברי' שזילברג מציע לקלוט. פער זה בא לידי ביטוי גם בהיקף ההסדרה המשפטית אבל בעיקר בשאלות מקור הסמכות של החוק והמניעים לקיומו.

מכאן שזילברג היה מודע היטב לפער העצום הקיים בין שני המושגים שאנו עוסקים בהם. מודעות זו מומחשת היטב כאשר קוראים את הפרקים שלפני אותו פרק שמיני של **כך דרכו של תלמוד**. בפרקים אלה מציג זילברג את ההלכה התלמודית ומדגיש כמה פעמים את עובדת היותה מערכת משפט ייחודית, מערכת השונה באופן מהותי ממערכות משפט אחרות באשר מדובר במערכת שמקורה דתי. כך בשאלת היקפו של המשפט (עמ' 1. והשוו אברהם בעמ' 143, 145 ועוד):

...המשפט העברי⁷⁴ שלא כדרך שאר שיטות המשפט או רובן המכריע, אינו מצטמצם בתחומי ה'בין אדם לחברו' בלבד, והוא מכניס לקטיגוריות משפטיות, מכנה כנויים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום...⁷⁵

כך בשאלת מקורו של המשפט ומטרתו (עמ' 88. ההדגשות במקור. והשוו אברהם בעמ' 146, 149 ועוד):

המשפט העברי הוא משפט **דתי**, מיוסד על ההכרה הדתית של העם. גם העבירות שבין אדם לחברו הנן אף הן עבירות דתיות, ואף הן פוגעות ביחסים שבין אדם למקום... העצה הפשרנית הידועה: "תנו לקיסר אשר לקיסר, ולאל אשר לאל", הוא חידוש שנתחדש בבית מדרשה של הנצרות...⁷⁶

⁷³ במאמר הנזכר בהערה הקודמת, עמ' 50. כאן (וכך גם במקומות רבים נוספים) אנו יכולים לראות כי זילברג נוקט במונח 'משפט עברי' גם כשם להלכה. והשוו לעיל, הערה 19.

⁷⁴ ראה לעיל, הערה 73.

⁷⁵ **בבאין כאחד**, עמ' 166, הוא עומד על כך שבמשפט העברי "בולטת הנטייה... להעמיד על נוסחא אחת את חוקי הטבע וחוקי המשפט, לפחות שלא תהא סתירה ביניהם. ואולי – במשפט העברי יותר מאשר בשיטות משפט אחרות, מפני שלפי ההשקפה היהודית, מחוקק אחד הוא שחוקק הן את חוקי הטבע והן את חוקי התורה".

⁷⁶ וראה עוד: **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 55-56 [= **בבאין כאחד**, עמ' 158. ההדגשות שם במקור]: "המשפט החילוני יכול להרשות לעצמו קביעת קני מידה מופשטים, אווריריים מעורפלים כגון זהירות סבירה, התנהגות סבירה, שהשופט במקרה של סכסוך **קונקרטי** מוריד לקרקע המציאות ופורט אותם למטבעות של ממש. לא כן הוא במשפט העברי, אשר להיותו מטיבו וטבעו משפט דתי, קובע **לא נורמות של פסיקה אלא נורמות של התנהגות**..."; **בבאין כאחד**, עמ' 60: "...הדיין הוא 'שותפו של הקב"ה', והוא כביכול, מתקן יחד את העולם". במקור אחרון זה מדובר במאמר בו מבחין זילברג בין הדיין ההלכתי ובין השופט בשיטות משפט

וכך בשאלת מקומן של הזכויות והחובות במשפט (עמ' 72-73. והשוו אברהם בעמ' 147):⁷⁷

אפשר לומר, עם קב חומטין כמובן, כי המשפט המודרני אינו מתעניין כלל בחובות, הוא מתעניין רק בזכויות... לא כן הוא המצב, כפי שראינו, במשפט העברי. ודאי שאין הדבר כן לדעת האמורא שהזכרתי, הסובר פריעת בעל חוב מצוה. פריעת בעל חוב היא בנין אב לכל שיטת החיובים האזרחיים. ואם אף היא אינה אלא מצוה, כלומר: חובה דתית-מוסרית המוטלת על החייב, הרי שלפי קונצפציה זו החובה היא עיקר, וזכות – טפל, או אף פחות מזה...

לא את מערכת המשפט הזאת, את ההלכה, מציע זילברג לשלב במערכת המשפט הישראלי. זילברג מציע לשלב 'משפט עברי' שמובנו אחר לגמרי. הנה כי כן, 'אנשי המשפט העברי' מודעים היטב להבחנה בין 'משפט עברי' ובין הלכה.

'משפט עברי' איננו הלכה ועדיין יש לדעת 'אנשי' ערך בשילובו בשיטת המשפט של מדינת היהודים.

אחרות. גם בפסיקתו עמד זילברג על הבדלים מהותיים הקיימים בין הדיין לשופט. ראו: ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח (4), 21; בג"צ 130/66 שגב ואח' נ' ביה"ד הרבני האזורי צפת ואח', פ"ד כא (2), 505, 548. והשוו: יצחק ברויאר, 'משפט האשה, העבד והנכרי', **כתבים נבחרים** (בעריכת י' לנדוי), תל-אביב תשט"ו, עמ' 57-86.

⁷⁷ וראה גם **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 53. הגישה שזילברג מציג כאן היא קיצונית למדי, ומקצת מהביקורת שהושמעה לעיל בפרקים ז, ח מתאימה גם כאן. נציין רק את העובדה כי זילברג מדגיש בדבריו את דעתו של רב פפא (כתובות פו, ע"א ומקבילות) כי 'פריעת בעל חוב מצוה', אולם התלמוד (ערכין כב, ע"א) פוסק במפורש כבר-הפלוגתא שלו, רב הונא בריה דרב יהושע. וראה עוד: מ' אלון, **חירות הפרט בדרכי גבית חוב במשפט העברי**, ירושלים תשכ"ד, עמ' 19-23. דברים דומים מאוד לדבריו של זילברג נכתבו עוד קודם בידי יצחק ברויאר, **נחליאל**, תל-אביב תשי"א, עמ' עב: "אין התורה מכירה את המושג 'זכות' במובנו של המשפט הרומי, אשר ממנו הוא נכנס לתוך המשפט המודרני..."