

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל-אביב 

עיריני משפט

אריה אדועי
מדוע לנו משפט עברי

תדפיס מתוך

חשון התשס"ב, נובמבר 2001

כרך כה, חוברת מס' 2

הוצאת רמות

מדוע לנו משפט עברי

מאת
אריה אדרעי*

- א. השאיפה לקליטתו של המשפט העברי במדינה
 - ב. השווה והשונה
 - ג. תרבות יהודית וזהות ישראלית
- אחרית-דבר

במסגרת חוברת זו העוסקת בהוראת המשפט, התבקשתי לייצג את המשפט העברי. דומני שמלאכתי קשה יותר משל חברי, שכן מי מהם שיעסוק בהוראת המשפט הפלילי, דרך משל, אינו צריך להתמודד עם השאלה אם צריך ללמד תחום זה ואם תחום זה צריך להיות בקוריקולום של הפקולטה. הדיון יתבקש להגדיר מחדש את מטרות ההוראה, ומכאן את הדרכים ושיטות ההוראה, אך חלקי כמורה למשפט עברי לא שפר עלי עד כדי כך; השאלה שהתבקשתי לענות עליה היא: האם ומדוע צריך ללמד משפט עברי? רק לאחר שיינתנו תשובות מספקות לשאלות אלה, תעלה לדיון שאלת המתודה, מה וכיצד ללמד. בעולם התרבותי-הרוחני היהודי הדתי שבו צמחתי, תלמוד תורה הוא ערך דתי עליון וראשון במעלה.¹ עובדה זו שזורה באופן עמוק ביותר בהיסטוריה היהודית. היא השפיעה השפעה מכרעת על תולדות החינוך ועל תולדות התרבות היהודית בכלל בכל אחת מן התקופות, למן ראשית תקופת המשנה ועד ימינו.² אולם עובדה זו, חשובה ככל שתהיה –

* אני מבקש להודות להילה בן-אליהו על עזרה מצוינת במחקר; למערכת עיוני משפט על הערותיה ועל עבודת עריכה מעולה; לדוד בס, חנוך דגן, שי וזונר, רון חריס, אסף לחובסקי ותלמידי הסמינר למשפט והיסטוריה, שקראו את המאמר והעירו הערות מועילות.

1 ראו בבלי, מנחות קי, א: "...כל העוסק בתורה, כאילו הקריב עולה מנחה חטאת ואשם. אמר רבא: ...כל העוסק בתורה, אינו צריך לא עולה ולא מנחה ולא אשם." ובמקומות אחרים קובעים חז"ל ש"תלמוד תורה גדול יותר מבניין בית המקדש, מכיבוד אב ואם ואף מהצלת נפשות", שם, מגילה טז, ב.

2 ראו, למשל, ש' אסף מקורות לתולדות החינוך בישראל – מתחילת ימי הביניים ועד תקופת ההשכלה (תשי"ד); נ' לאם תורה לשמה – במשנת רבי חיים מוולוז'ין ובמחשבת הדור (תשל"ב); י' בן ששון "עולמם הרוחני ומשנתם החינוכית של מייסדי הישיבה הליטאית" חינוך האדם וייעודו (תשכ"ז) קנה; מ' ברויאר "הישיבה של ימי הביניים" חינוך האדם וייעודו (תשכ"ז) קמא. ראו גם "תלמוד ותורה" האגוצ'יקלופדיה העברית (כרך לב) 906 ואילך.

ואף-על-פי שמספר לא-מבוטל של סטודנטים בפקולטות שונות למשפטים חי הוויה זו – אינה יכולה להשפיע באופן מכריע על קביעת הקוריקולום של הלימודים, ובוודאי שאין היא יכולה להיות הגורם לקביעת קורסי-חובה בפקולטה למשפטים. הפקולטה למשפטים אינה ישיבה או מוסד חינוכי אחר שאנשים באים אליו ללמוד תורת אלוהים חיים כמצווה וכחוב דתי. כמו-כן, תלמידי הפקולטה למשפטים אינם סטודנטים שבאים לאוניברסיטה כדי ללמוד מדעי היהדות משום שהם מעוניינים בהם לגופם ומחפשים בהם עניין למשמעות חיים. ובכל זאת, הפקולטות למשפטים בארץ נוהגות באופן מסורתי, למן היווסדן, ללמד משפט עברי כקורס-חובה אחד או שניים. כמו-כן הן מקצות תקנים לחברי-סגל בתחום זה, ובהתאם, מספר לא-מבוטל של קורסי-בחירה במסגרת תוכנית הלימודים. השאלה המחייבת התייחסות היא אם-כן: מה מידת הרלוונטיות של המשפט העברי ללימודי המשפט בישראל? האם ומדוע תחום זה שייך באמת לפקולטה למשפטים?³

בהמשך הדיון אציע שלוש תשובות לשאלה מדוע לנו משפט עברי. את התשובה הראשונה, זו שהיתה מקובלת במשך שנים רבות, אדחה. לאחר-מכן אציע שתי תשובות אחרות הנראות לי נכונות והמנחות אותי בהוראת המשפט העברי.

א. השאיפה לקליטתו של המשפט העברי במדינה

הכל יודעים שהורתו ולידתו של "המשפט העברי" כתחום-דעת מחקרי – וממילא כתחום-דעת הוראתי – היו בדור התחייה הלאומית. כחלק מן השיח הציוני, שכלל לא רק שאיפה לאומית-טריטוריאלית, אלא גם שאיפות לאומיות תרבותיות, דובר על המשפט העברי כמשפט לאומי שיש להחיותו, לעסוק במחקרו ובעדכונו, בהכנתו לקראת היותו בסיס משפטי לחברה היהודית האוטונומית כאשר תקום.⁴ לא בכדי בחר השופט אגרנט,⁵ בדברו על המשפט העברי כמשפט לאומי, להתבסס על דבריו של אחד העם, שאמר, בין השאר: "...שלוש אלה [= המקרא, התלמוד והשולחן ערוך – א' א'] יחד אינן אלא שלוש נקודות שונות בדרך התפתחותו של עצם אחד – של רוח האומה הישראלית – בהתאם למצבו וצרכיו בתקופות שונות."⁶ טענה זו מושתתת על בסיסה של התפיסה ההיסטורית הגרמנית מן המאה הי"ט, ועל השאיפה לנתק את המשפט העברי משורשיו והקשריו הדתיים.⁷

3 קשה להפריד את הדיון על הוראת המשפט העברי מן הדיון בשתי שאלות חשובות אחרות: דרכי המחקר של המשפט העברי ומעמדו של המשפט העברי במדינת-ישראל. אף-על-פי-כן אנסה להתמודד בעיקר עם השאלה של הוראת המשפט העברי, ורק בשולי הדיון אתייחס לשתי השאלות האחרות.

4 ראו מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 1329 ואילך, והמקורות המצוינים שם.

5 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד (1) 141, 176.

6 ראו אחד העם במאמרו "נחלת אבות" כל כתבי אחד העם (תש"ז) רעב. על הציונות של אחד העם, ראו ש' אבינרי הרעיון הציוני לגווניו (1991) 131 – 144.

7 בסיסה של אסכולה זו היה גם השאיפה להפרדת הדת מן המשפט העברי ומתן צביון

הגישה ההיסטורית הגרמנית יסודיתיה בשאיפה להשתחרר מן ההוקים שהנהיג נפוליון ושהיו מבוססים ברובם על המשפט הצרפתי, ולחזור למשפט הרומי כפי שהתפתח בגרמניה במהלך כאלף השנים שקדמו. הטענה היא שהמשפט חייב לבטא את "רוח העם", ומכיוון שהמשפט הרומי התפתח באלף שנים אלה על אדמת גרמניה ועל ידי גרמנים, הוא המבטא יותר מכל את רוחו של העם הגרמני. לשם כך ניגשו אנשיה של אסכולה זו לערוך ולארגן את המשפט הרומי כפי שהיה בהתפתחותו באותה עת בגרמניה.⁸

טענות אלה של ההיסטוריונים הגרמניים בני המאה הי"ט היו מוכנות ומזומנות לפניהם של הטוענים למשפט עברי בראשית המאה הכ'. המשפט העברי, כך נטען, מבטא יותר מכל את עולם הערכים ואת רוחו של העם היהודי, והוא הוא שצריך לשמש בסיס לשיטת המשפט הלאומית במדינה העברית כאשר תקום. אשר גולאק, חניך מובהק של האסכולה הגרמנית ההיסטורית ומחלוצי המחקר של המשפט העברי, כתב באחד מפרסומיו הראשונים כי אין משמעות לחיים חופשיים תחת משפט זר; המשפט הזר הוא חלק מכבלי השעבוד, שיש להסירו; "רצונו התפשי של העם מתבטא קודם כל בחוקים שעל פיהם הוא חי

לאומי-חילוני. אולם חשוב להדגיש כאן שישנם הבדלים מהותיים בהשקפת-עולמם של המצדדים במשפט עברי שבאו מקבוצות שונות בחברה, חילונים ודתיים. הדברים נכונים במיוחד כאשר אנו מתקדמים לעבר התקופה שערב הקמת המדינה ולעשורים הראשונים להקמתה. ברור שהחילונים שבהם השתייכו לזרם - שנעשה דומיננטי - שהתנגד לציונות המדינית נוסח הרצל, וראה בחזון הציוני חזון להקמתה של מדינה יהודית. אך יש לזכור שבמקביל לוויכוח הציוני, גם בהגות הציונית-הדתית התחולל ויכוח מרתק בין גישה משיחית לבין גישה לאומית למשמעות המדינה היהודית. ראו א' רביצקי הקן המגולה ומדינת היהודים - משיחיות, ציונות ורדיקליזם דתי בישראל (תשנ"ג) 111 ואילך. נשאי הוויכוח בראשיתו היו הרב ריינס והרב קוק, ראו מ' צ' נהוראי "למהותה של הציונות הדתית - עיון במשנותיהם של הרב ריינס והרב קוק" בשבילי התחייה ג (תשמ"ט) 25; א' שביד "תיאולוגיה לאומית-ציונית בראשיתה - על משנתו של הרב יצחק יעקב ריינס" מחקרים בקבלה בפילוסופיה יהודית וספרות המוסר וההגות - מוגשים לישעיה תשבי במלאת לו שבעים וחמש שנים (י' דן, י' הקר עורכים, תשמ"ו) 689. אף שתמיכתה של הציונות הדתית במפעל הציוני היתה ברורה, הם חיפשו כיצד ניתן להעניק למדינה תכנים של מדינה יהודית. המאבק למשפט היה מרכזי במסגרת זו. מחקר מקיף וממצה על עניין זה, ראו א' כהן הטלית והרגל - הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה (תשנ"ח). ראו גם הציונות הדתית - קובץ מאמרים (י' תירוש עורך, תשל"ד); הציונות הדתית והמדינה - קובץ מאמרים לשלושים שנות המדינה (י' תירוש, א' תירוש עורכים, תשל"ח). בשני הספרים יש מאמרים רבים מאת מיטב הנהגה הציונית הדתית בעשורים הראשונים, והם משקפים היטב את ההתלבטות האמורה.

8 מפעלו המוגזג שלי של סביגי (Savigny) הוא הבולט בהקשר זה. על מפעלו זה של סביגי, ראו קבוצת מאמרים בנושא: 37 *Am. J. Comp. L.* (1989).

ובמוסדות חברתיים יצירי רוחו וארחות חייו.⁹ תפיסה זו הנחתה אותו בראשית מפעלו המדעי, וספרו הראשון היה מעין קודקס משפטי מפורט על כל ענפי המשפט העברי.¹⁰ משה זילברג, לימים שופט בית-המשפט העליון, כתב בשנת 1938 מאמר שתכליתו לברר "מה הוא המשפט שישלוט במדינה העברית",¹¹ ובו הוא מבקש "להוכיח את מלא החיוב וההכרח... לחדש וליצור בכוחות עצמנו שיטת משפט שלימה, מקיפה, מודרנית, התומכת את יתדותיה באותן ההשקפות המוסריות והתרבותיות, המונחות ביסוד המשפט הלאומי העתיק שלנו".¹²

התוצאה המתבקשת מאליה של אידיאולוגיה זו היא סדר-יום במחקר ובהוראת המשפט העברי שיוביל להגשמת המטרות האמורות. מסקנתו של זילברג מדבריו המובאים לעיל היא שהמשימה הדחופה הניצבת לפניהם של המשפטנים העוסקים במשפט העברי היא להכין קודיפיקציה חדשה של המשפט העברי כולו.¹³ חוקרים שונים, על פני תקופה של

- 9 א' גולאק "לסדור חייו המשפטיים בארץ" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק עורך, תשכ"ט) 28. נדפס לראשונה בהתורן לג-לד (ניו-יורק, תרפ"א).
- 10 א' גולאק יסודי המשפט העברי (מהדורה ראשונה, ברלין, תרפ"ב). ברוח הדברים הללו כתב גולאק בהקדמה לספרו זה, בין השאר, כך: "ועוד ערך מיוחד יש למחקר המשפט העברי בימינו, שבהם חיים לאומיים עבריים הולכים ונוצרים בארצנו ההיסטורית. המשפט העברי שעל פיו חיו כל ישובי היהודים בכל זמן גלותנו, על אחת כמה וכמה שעתידי הוא לשמש בסיס לחיי חברה, שהיא צריכה להשתכלל בשלמות יהודית." גולאק, שם, בע' VI. רשימת פרסומים של גולאק התפרסמה על-ידי ב' שוחטמן שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג) 1. על יצירתו של גולאק, ראו מ' אלון שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג) ג; מ' א' ראבילו "עם הספר", הקדמה לספרו של א' גולאק השטרות בתלמוד - לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי (תשנ"ד) 1. ראו גם י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34.
- 11 מ' זילברג "המשפט במדינה העברית" באין כאחד - אסופת דברים שבהגות ובהלכה (תשמ"ב) 180-201. נדפס לראשונה בהמשכים בהארץ 17.2.1938-13.4.1938.
- 12 זילברג, שם, בע' 180. במאמר מאלף הראה רון חריס כי אי-שילובו של המשפט העברי במשפט המדינה לא היה תוצאה של הכרעה עניינית או אידיאולוגית, אלא של היעדר תשתית והכנה, ובמידה רבה תוצאה של מקריות כתוצאה מן המלחמה והתרחשותם המהירה של המאורעות סמוך ועובר להקמת המדינה. ראו ר' חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח הדעת - על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בראשיתו" (טרם פורסם).
- 13 זילברג, שם, בע' 199. על קריאתו זו ליצור קודיפיקציה חדשה של המשפט העברי חזר זילברג ערב קום המדינה, ראו זילברג "חידושו של המשפט העברי", שם, בע' 202, ואף לא נואש מלחזור על עמדתו בראשית שנות השישים, ראו מ' זילברג "על פרשת דרכים" כך דרכו של תלמוד (תשכ"ד) 152 ואילך. ברוח זו קרא ש' אייזנשטט, שהיה ממחוללי קבוצת המשפט העברי במוסקווה בשנת תרע"ח, להיערך לקראת כתיבת קודיפיקציה חדשה של המשפט העברי. תחת הסיטמה "המשפט בשירות המדינה והעם", הוא קורא

כמה עשרות שנים, הניבו פרות לא־מבוטלים, וברור שהמניע היה החייאת המשפט העברי והכנתו לקראת קליטתו במדינת היהודים כחלק מן המפעל הציוני.¹⁴ התפיסה המקובלת היתה שנקודת־מוצא זו מחייבת גישה דוגמטית הן למחקר והן להוראה, שהרי מטרת ההוראה והמחקר היא הכשרת משפטנים המכירים היטב את השיטה ויידעו ליישמה הלכה למעשה.¹⁵ כך כתב פרופסור דיקשטיין בשנת 1957: "גם בשטח המשפט העברי אנו עומדים רק בצעדים ראשונים... ניכר שבמעשה השילוב העיוני הצליחו רק מעטים מבין מורי המשפט העברי... ידוע, שהמשפט הרומאי נקלט באירופה הודות לאוניברסיטאות שהרביצו את המשפט, ולתלמידים שנפוצו בכל בירות אירופה."¹⁶ אכן, בצדק הסיק השופט

לכנסת להקצות משאבים ולהקים ועדה קודיפיקטיבית. את הקודיפיקציה שהיא תנסח הוא רואה בשורה אחת עם הרמב"ם והשולחן ערוך. בגלל היעדר קודיפיקציה, משפטני ישראל פונים למשפטי עמים זרים, ובכך הם "מסייעים להתבוללות ולהשתעבדות לאומית ותרבותית". ראו ש' אייזנשטט "קודיפיקציה חדשה של משפטנו הלאומי" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק עורך, תשכ"ט) 70.

14 חוקר מעניין וקצת זנות הוא שמעון פדרבוש. בהקדמה לספרו משפט המלוכה בישראל (תשל"ג), הוא כותב: "מחוקקי מדינת ישראל צריכים לשאוב מלא חפנים ממעין לא אכזב זה של תורת ישראל שהיה מקור חיים לא רק לעמנו אלא לכל האומות שוחרות המשפט צדק וסדר חברתי מתוקן." פדרבוש, שם, בע' 9. "התחיה המדינית של ישראל בימינו יונקת את לשדה מן מעמקי השיתין הרוחניים של האומה... איככה זה, איפוא נוכל להתעלם בבנין מדינתנו מן אחד הערכים הרוחניים הכבירים של ישראל כמשפט העברי? איככה יוכלו בני המדינה למאוס באבן יקרה, ראש פינה שכל בירת היהדות נשענת עליו?" פדרבוש, שם, בע' 11. פדרבוש "אחז את השור בקרניו" ועסק בתחום החשוב אולי מכל לכינון מדינה על־פי יסודות המשפט העברי – המשפט הציבורי. בתחום זה היה פדרבוש חלוץ ובעל ראייה מקורית, משום שספרות הלכה לא עסקה כמעט בשאלות אלה למן הרמב"ם. בקרב הממסד הרבני היה זה הרב הרצוג שהקדיש את כל מרצו על־מנת להציע פתרונות מתקבלים על הדעת במסגרת ההלכה, כדי שיהיה אפשר לאמצה כשיטת המשפט של המדינה. ראו דבריו במאמר שנמסר לדפוס בחודש שבט תש"ה, י' א' הלוי הרצוג "התחיקה והמשפט במדינה היהודית" יבנה ג (תש"ט) 9. וראו י' א' הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה (תשמ"ט), שלושה כרכים שבהם ליקט וערך ד"ר איתמר ורהפטיג את פרות עבודתו של הרב הרצוג בתחום זה. אוסף מאמרים שכולם מדברים ברוח זו נדפס בשנת תשכ"ט, ראו המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק עורך, תשכ"ט). כמובן שהערה זו אינה מתכוונת למצות את כל שנעשה בכיוון זה, אלא רק להמחיש את העובדה שהשאיפה להחייאת המשפט העברי נתנה את אותותיה בכתיבה.

15 ראו י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק עורך, תשכ"ט) 110; י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34; מ' אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ה (תשל"ח) 99. טענתו של אנגלרד היתה שמחקר המשפט לשם יישומו חסר צידוק מדעי.

16 פ' דייקן (דיקשטיין) "לעתידו של המשפט העברי" המשפט העברי ומדינת ישראל

פרופסור יעקב בזק מן הדברים הללו את הצורך ב"שינוי שיטת הוראת המשפט העברי" הוראה ומחקר שיובילו "להסדר של תחומים עיקריים בדיני ממונות ובדיני עונשין על פיו".¹⁷

ספק בעיני אם הוראת המשפט העברי במתכונת הזאת היתה נכונה אי-פעם, אבל אני משוכנע שאין היא רלוונטית כיום, וזאת משתי סיבות. ראשית, משום שבפועל, לא נקלט המשפט העברי במשפט המדינה, וכבר בפקודת סדרי שלטון ומשפט נחרץ גורלו לשבט.¹⁸ יתר על-כן, לדעתי, האמת היא ש"קליטה" של המשפט העברי – לפחות במובן שכמה מדובריו ייחסו למונה זה – לא היתה אפשרית כלל; המשפט העברי כמות שהוא אינו ערוך להוות תשתית חוקית במדינה מודרנית בת-זמננו.¹⁹ אפילו יצחק ברויאר, שכימים שלפני

(י' בזק עורך, תשכ"ט) 83. דברים דומים כתב השופט זילברג: "והמלאכה כיצד תעשה... הגישה אל החומר צריכה להיות דוגמאית. פירושו של דבר: עלינו לראות את המשפט העברי כמות שהוא, כיחידה מושלמת אחת... עיקר מטרתנו, בגבולות המשימה הנן, היא לא מחקר מדעי, היסטורי, של דרכי התפתחות של המשפט העברי, אלא ניצול יעיל, מתוכנן, של תוצאות התפתחותו." מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב) 159.

17 י' בזק "מבוא: משפט עברי בימינו כיצד?" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק עורך, תשכ"ט) 13-14.

18 אף שהדבר נעשה אולי בהסח הדעת, ראו גם חריס, לעיל הערה 12.

19 לגבי המשפט הפלילי ידוע לכל שכבר בזמן התלמוד נוצרו מוסדות מקבילים להלכה, וזאת משום שלא היה אפשר לקיים חברה על-פי ההלכה בטוהרתה, ראו למשל א' אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד (תשנ"ד) 177; א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי – פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 253. ברור שהמשפט העברי בתחום זה משקף במובן רחב מצב אידיולי ואוטופי. גם המשפט הציבורי לא היה מסוגל לספק מערכת נורמטיבית מסודרת להתמודדות עם מדינה ומוסדותיה, ולו רק בגלל העובדה שמעולם לא תפקד ככזה. ראו א' רביצקי דת ומדינה במחשבת ישראל – דגמים של איחוד, הפרדה, התנגשות או כפיפות (1998); א' רביצקי "משפט המלך – הגות פוליטית בשלהי ימיהביניים" על דעת המקום – מחקרים בהגות היהודית ובתולדותיה (1991) 105. ברור שאם מבקשים באמת לבסס חיים על-פי המשפט העברי, נדרש מאמץ הלכתי עצום. מנהיגים שונים של הציבור הדתי, הן לפני הקמת המדינה והן אחריה, הרבו לדבר על כך. ראו במיוחד דבריהם של י' ליבוביץ ושל א' אורבך. לדבריו של ליבוביץ, ראו במיוחד הרצאתו משנת 1945 "תורה וחברה", פורסמה בספרו יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל (תשל"ו) 51; מאמר משנת 1951 "ראשי פרקים לבעיית דת ישראל במדינת ישראל", ליבוביץ, שם, בע' 85. ראו גם הרצאתו משנת 1953 "דין תורה כמשפט למדינת ישראל", ליבוביץ, שם, בע' 192. לדבריו של א' אורבך, ראו בספרו על ציונות ויהדות – עיונים ומסות (תשמ"ה) 283-345. הרב הרצוג היה הדמות הרבנית המרכזית שפעלה במרצות והשקיעה מאמץ אדיר בגיסיון לגשר בין הפערים. הוא היה מוכן להסכים לשינויים ולתיקונים מרחיקי-לכת בהלכה על-מנת שיהיה אפשר לאמץ אותה, והגיע בסופו של דבר למסקנה כי השינויים

הקמת המדינה ניסח חוקה לישראל על-פי התורה,²⁰ וטבע את המונח "מדינת התורה"

הנדרשים בעולם ההלכה הינם מרחיקי-לכת עד כדי כך שיהיה קשה לזהות את התוצר הסופי כדבר הקשור בכלל להלכה. ראו מכתבו לרב ש' אסף, י' א' הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה (תשמ"ט, כרך א) 229. הרב הרצוג שטח את התלבטותיו לפני גדול הדור באותה תקופה, הרב ח' ע' גרודזינסקי, וזה הפנה את תשומת-ליבו לדרשת הר"ן המפורסמת בדבר משפט המלך הנבדל מן ההלכה, תשובה שהרב הרצוג לא היה מוכן לקבל לגבי המדינה היהודית, ראו י' א' הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה (תשמ"ט, כרך ב) 75. מאמריו הרבים של הרב הרצוג בשאלות הלכתיות הקשורות לאימוץ ההלכה כמשפט המדינה כונסו על-ידי א' ורהפטיג בשלושה כרכים, שם, כרכים א-ג. ראו גם י' אחיטוב "לבטיו ההלכתיים של הרב הראשי יצחק הלוי הרצוג בעשור הראשון לתקומת ישראל" אתגר הריבונות - יצירה והגות בעשור הראשון למדינה (מ' בר-און עורך, תשנ"ט) 199. אשר למשפט האזרחי, אף כאן יש לזכור שתחומים רחבים שהמשפט המודרני עוסק בהם לא הוסדרו במשפט העברי, ואף אלה שהוסדרו לא התאימו בהכרח למצב שצריך לקיים חברה שלמה על-פיהם. יתר על-כן, המשפט העברי עצמו לא התעקש מאז ומתמיד על קיומן של הנורמות האזרחיות, וראה בהן הסדרים טנטטיביים, או לחלופין, בררות-מחדל למקרה של היעדר הסדר אחר. ברוב תחומי המשפט האזרחי היתה ההלכה פתוחה תמיד להסדרים חלופיים מוסכמים - בין מהסכמה פרטית כהתניה במזון ובין מהסכמה קולקטיבית כתקנות קהל. ראו גולאק, לעיל הערה 10, בע' 21-31; מ' אלון "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ג' טדסקי עורך, תשכ"ד) 1. עובדה זו הביאה לידי כך שרבים סברו כי במציאות דמוקרטית, שבה בית-הנבחרים הוא נציגות נבחרת של כל הקהל, ניתן לראות את חוקי הכנסת כמחייבים על-פי ההלכה. הרב קוק כתב בתשובה מפורסמת כך: "נראים הדברים שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים לידי האומה בכללה." שו"ת משפט כהן לראי"ה קוק, סימן קמד, ולפיכך למוסדות האומה יש סמכויות חקיקה מדין סמכות המלך. הרב עוזיאל, שהיה מן הדמויות ההלכתיות המרתקות והחשובות ביותר בזמן הקמת המדינה, סירב לראות את סמכות החקיקה של כנסת ישראל כמוקנות לה מכוח דין המלך, שהינו רלוונטי רק במלך ממש או מכוח הכלל "דינא דמלכותא", השייך רק לשלטון הגויים; אך לדעתו, אין כל בעיה בהכרה הלכתית בחקיקה של הכנסת מכוח העובדה שהיתה כאן הסכמת הציבור, שהרי כנסת היא נציגת הציבור: "וכיון שנבחרים אלה לפי תנאי בחירתם הם שליחי הציבור החלטתם היא כאילו נעשתה בהסכמת הכלל..." ראו הרב ב' מ' ח' עוזיאל "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-1 (תשי"ג-תשי"ד) טו. השוואה זו חשובה כדי להבין עד כמה הפנים הרב עוזיאל בפסיקותיו ההלכתיות את הרעיון הדמוקרטי. לכל העניין ובפירוט רב, ראו א' שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 417.

20 ראו י' ברוער "תכנית לחוקה במדינה היהודית" יבנה ג (תש"ט) 33. על יצחק ברויאר, ראו י' פונד פירוד או השתתפות - אגודת ישראל מול הציונות ומדינת ישראל (תשנ"ט) 30-48, ושם לפי המפתח.

כסיסמתה של אגודת ישראל, ידע כי לא ניתן להקים מדינה ולקיימה על-פי השולחן ערוך.²¹

בדברים הללו אין כדי לומר שאין למשפט העברי הפלילי, הציבורי או הפרטי הרבה לתרום למשפט הישראלי; אדרבא, ועל כך ידובר בהמשך. אולם אם מדובר ב"קליטתו" במשפט המדינה במונח הראשוני והפשטני של רעיון זה, כלומר, העברתה של המערכת הנורמטיבית ההלכתית, בשלמותה או חלקים ממנה, אל תוך השיטה הישראלית, יש בזה לא יותר מסיסמה ריקה. גם אם יחלוק החולק על דברים אלה, ובוודאי יהיו כאלה, לא ניתן לחלוק על העובדה שבפועל, לא נקלט המשפט העברי במשפט המדינה.²² לפיכך, הוראה דוקטרינרית של המשפט העברי כחלק ממשפט המדינה אינה רלוונטית, שכן במונח זה אין המשפט העברי חלק ממשפט המדינה.

שנית, גם לו האמנו שהמשפט העברי ייקלט בעתיד ויהווה חלק ממשפט המדינה, מסופקני אם מתפקידה של הפקולטה לעסוק בהכרח בהכרת הדוקטרינה לפרטיה, ואם אפשרות זו יכולה להצדיק כיום עיסוק רחב בהוראתו. הצורך המכשירני (האינסטרומנטלי) בתחום ידע מסוים היה צידוק רלוונטי בעולם שבו ראתה הפקולטה למשפטים את ייעודה ומטרתה העיקרית בהכשרת משפטנים המכירים את משפט המדינה על בוריו. אולם ההנחה שעומדת כיום במרכז השיח של מורי הפקולטה למשפטים היא שהמשפט הוא המכשיר שבאמצעותו חברה מבהירה את עולם הערכים שלה, ובאמצעותו היא מיישמת ואוכפת על חבריה את הערכים החשובים ביותר בעיניה; השקפה על שיטת משפט של חברה נתונה בזמן נתון היא אחד המבחנים החשובים ביותר להבנת עולם הערכים של אותה חברה. מורי הפקולטה למשפטים מסרבים כיום לראות עצמם כמורים לעריכת-דין, ומבקשים לבחון את מעמדם ותפקידם בהקשר של האוניברסיטה בכללה. הפקולטה, בעיני מוריה, אינה עוד בית-ספר מקצועי, אלא מוסד אקדמי, ולפיכך ברור שהמשפט ייעשה מדע רק כאשר יתרומם מעל לדיון הדוקטרינרי בפרטי החוק, ויבדוק אותו בכלים פילוסופיים, סוציולוגיים והיסטוריים.²³ להנחה זו יש השלכות הן על הקוריקולום של הפקולטה, הן על מתודת ההוראה והן על תוכני המחקר; ההיבט התיאורטי, הערכי והתרבותי נוטל בכולם חלק מרכזי בדיון.

בשנות השמונים חל משבר בתחום המשפט העברי באוניברסיטות בארץ. סגירתו של המכון לחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית בירושלים היא תסמין בולט לכך. נראה שקלישותו של ההסבר המוכר בדבר הצורך בהוראת המשפט העברי לצורך "קליטתו" חלחלה היטב למודעותם הן של העוסקים בתחום והן של קובעי המדיניות בפקולטות.

21 ראו "כ"ץ" מדינת ההלכה - חזון או סיסמה? עת לחקור ועת להתבונן (תשנ"ט) 169, 176.

22 ראו ח' כהן "דאגה של יום אתמול" מבחר כתבים (א' ברק, ר' גביון עורכים, תשנ"ב) 25. נדפס לראשונה בפורא ב (תשי"ז-תשי"ח) 475.

23 ראו בהרחבה מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים - בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 1.

תרומה נכבדה למשבר זה היתה בוודאי לעובדה שבית-המשפט העליון פירש את חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980, באופן שהפך אותו לאות מתה בספר החוקים.²⁴ עובדה זו לא אפשרה יותר להתעלם מכך שלהסבר הישן בדבר הצורך בהוראת המשפט העברי אין כל תוקף. אולם בד בבד, ההשקפה החינוכית של הפקולטה, כפי שהוזכרה לעיל, מעמידה צידוק אחר, אמיתי, לעיסוק בהוראה ובמחקר של המשפט העברי. עובדה זו מסבירה את התהליך ההפוך, כמעט רנסנס, שעובר כיום על התחום.²⁵

ב. השווה והשונה

לימוד מן הסוג שהפקולטה למשפטים מטפחת כיום, כאמור לעיל, מעודד ומחייב עיון השוואתי. שני אגפיו של העיון ההשוואתי: משפט משווה והיסטוריה של המשפט, היו נהוגים בעבר כמקצועות נפרדים ומשניים בחשיבותם בפקולטות למשפטים בארץ. הם נועדו בעיקר להעניק לתלמיד קצת הרחבת אופק והשכלה כללית בתחום לימודיו ועיסוקו המקצועי. גישה זו השתנתה מן היסוד: הן המשפט המשווה והן ההיסטוריה של המשפט מהווים כיום חלק מן המתודה העיונית בלימוד בכל אחד מתחומי המשפט ובפיתוח השקפה כללית על המשפט.

המשפט המשווה עוסק בעיקר בעיון השוואתי אופקי בין שיטות משפט המתקיימות בו-זמנית במקומות שונים; הוא מחייב אותנו לראות דברים בפחות שביעות-רצון עצמית, לראות את עצמנו תוך כדי השוואה אל האחר ולהתלבט בתכנים של עצמנו. העיון המשווה האופקי אינו זקוק לבעיה לשם הצדקתו; אין הוא תוצאה של בעיה בשיטה הנוהגת ואינו נובע מן הצורך בפתרון טוב יותר; הוא אינו חלק מחיפוש פתרון קונקרטי מעשי בעולם המשפט, אלא נועד להגביר את הבנתנו את המשפט.²⁶ חנוך דגן כינה גישה השוואתית זו,

24 אני חושב שיש לצרף לכך גם את העובדה שלבית-המשפט העליון היתה השפעה ניכרת על הפקולטות עצמן, ולפיכך עוררה אותן התייחסותו למשפט העברי לבדוק מחדש את התייחסותן. על חוק יסודות המשפט והמחלוקת בפרשנותו, ראו להלן בטקסט להערות 43-46.

25 העובדה היא שכל כתבי-העת המשפטיים בארץ מפרסמים בשנים האחרונות מחקרים רבים במשפט עברי, חוקרים רבים מהתחומים הגובלים עם המשפט ומתעניינים במשפט עברי ובמחקרו; יש תלמידים רבים לתארים מתקדמים בתחום, והעניין בתחום גובר אף באוניברסיטות בחוץ-לארץ.

26 ראו: K. Zweigert & H. Kötz *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, 1998) 1-47; ד' גוטוויין ומ' מאוטנר "משפט והיסטוריה - מחקר, פוליטיקה ותרבות" משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין, מ' מאוטנר עורכים, תשנ"ט) 7. נכון אומנם שנשמעת ביקורת על המשפט המשווה הקלסי, וניכר חיפוש דרך בתחום, אולם דומני שהביקורת מכוונת כלפי משפט משווה מכשירני, הרואה עצמו כחלק מן המסד המשפטי ונועד בעצם לתור אחר כלל או הסדר משפטי אופטימלי. אלן ווטסון תקף את המשפט ההשוואתי במקום שאין השיטות המשוות בנות אותה משפחה. תפיסתו זו נובעת מגישה מכשירנית, כאמור

הרואה את המשפט ההשוואתי כמכשיר ביקורתי, "משפט השוואתי משחרר".²⁷ הפן השני של העיון המשווה הינו זה של ההיסטוריה של המשפט, העוסקת בעיקר בהשוואה אנכית, בין שיטות הנובעות זו מזו, בבחינת השינויים וההתפתחויות שחלו בשיטה מסוימת. השקפה על השינויים במשפט היא השקפה על השינויים שחלו בתפיסות המוסריות והחברתיות ובעולם הערכים של החברה: התפתחות או שינוי במוסד משפטי מסוים הם פתח להבנת תפקידו וחשיבותו של אותו מוסד. השיפת השינוי היא בדרך-כלל מכשיר מעולה להבנת העבר וגם ההווה, שהרי חייבת להתעורר השאלה מה גרם לשינוי, כיצד ומדוע ביקשו לשנות. ההיסטוריון של המשפט מחייב אם-כן את המשפטן לראות את המשפט כמדע בינתחומי, ולבחון את הקשרים שבין המשפט ובין המצב הכלכלי - הפוליטי, המדיני והחברתי - שבו הוא נוצר ושבו הוא מתפקד. היעדרו של הפן המכשירני, מחקר למען יצירתו של כלל משפטי מוצלח יותר, בולט כאן אף יותר.²⁸

העיון המשווה, על שני פניו, הופך את המשפט למדע וחושף את הדוגמטיות המשפטית במערומיה. הוא חשוב מאוד לחינוך המשפטי גם משום שאין הוא מאפשר לסטודנט לחשוב באופן פוזיטיביסטי או דוגמטי, ולראות את עולם המשפט רק מבעד למשקפיים הצרים של הפתרון המשפטי בשיטתו הלאומית. העיון המשווה מוביל בסופו של דבר לשיטת משפט טובה יותר: הוא מחייב את המעיין להעמיק את הבנתו גם בשיטתו שלו, ומאלץ אותו להתמודד עם חולשותיה.

גישה זו מנחה את השיח התלמודי כולו, המבקש לשמר את מכלול הדעות, גם אלה שנדחו ולא אומצו הלכה למעשה. המשנה, במסכת עדויות, נותנת ביטוי מסוים לתפיסה זו: "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין? שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמוך עליו..."²⁹ אולם השיח התלמודי אינו מסתפק בשימור הדעה החולקת על-מנת לאפשר במידת הצורך שינוי הדין, אלא עוסק באופן מעמיק בכל אחת מן הדעות; הוא מבקש להבין כל אחת מן הדעות ואת יסוד המחלוקת שביניהן, בעוד שפסיקת ההלכה הסופית מעניינת אותו פחות.³⁰ קיומה ברקע של דעה חולקת, העיון בה והשוואתה אינם מאפשרים, לדעתי, לשקוט על השמרים; הם מחייבים לחדד את ההבנה, לבדוק כל הזמן למי מן השיטות יתרון ומדוע. המשפט העברי הוא כר מעולה לעיון משווה. לימוד המשפט העברי באופן מעמיק

לעיל, למשפט המשווה. ברוח זו הוא זכה בתגובות רבות למאמרו שביקשו לראות את תפקידו של המשפט ההשוואתי באור רחב הרבה יותר, ואולי אף הפוך. לסקירה מפורטת על הביקורת על המשפט המשווה הקלסי, ראו ר' חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" (מתפרסם בחוברת זו, בע' 443).

27 ראו ח' דגן "הערות על 'בעלות ושיתוף' - בעקבות ספרו של פרופסור יהושע ויסמן" מחקרי משפט יד (1997) 229; וראו בפירוט אצל חריס, שם.

28 אף לעניין זה ראו חריס, שם.

29 משנה, עדויות א, ה. אך ראו גם דעתו הנוגדת של רבי יהודה, שם, במשנה ו.

30 הספרות בעניין זה רבה. ראו למשל א' אורבך ההלכה - מקורותיה והתפתחותה (1984) 89 ואילך.

ורציני עשוי ללא ספק לתרום להעמקת הבנתנו את המשפט. אולם גישה זו מחייבת הבהרה באשר לתכנים ולמתודה. הוראת המשפט העברי הבאה להראות שהמשפט העברי חושב באותו אופן שבו המשפט המודרני חושב מעניינת לעיתים, אך אין לה משמעות רבה בהקשר זה.³¹ דומני שגישה זו משקפת לעיתים בלבול בין תפקיד ההוגה או אולי פוסק הלכה, שנדרש לעיתים ליישב בין ההלכה והמציאות, לבין תפקידו האקדמי של החוקר והמורה. מכל מקום, גישה זו כורתת את הענף שהמורה למשפט עברי יושב עליו, ובסופו של חשבון ולאמיתו של דבר היא מייתרת את הוראת המשפט העברי. אם כל מה שיש לנו להציע מצוי בעצם בתרבות העכשווית המקובלת, מה עניין יש בנו ומי בכלל זקוק לנו?³² מאידך גיסא, התמקדות באופיו המיוחד והשונה של המשפט העברי יש בה עניין רב.

אכן, הכיוונים החדשים הנבדקים במסגרת המשפט המשווה העכשווי מעדיפים את המשפט המשווה המשחרר, להבדיל ממשפט משווה מכשירני שנועד לתור אחר כלל משפט אופטימלי;³³ את בדיקתה של שיטת משפט רחוקה, ולא דווקא כזו השייכת לאותה משפחה; וכמו־כן השוואה ברמת המקור: תורת משפט, השיח התיאורטי על המשפט ומקומו של המשפט בחברה ובתרבות. לכל אלה המשפט העברי הוא הזדמנות מעולה.

הנה, באופן לא־ממצה והדורש עוד מחקר והבהרה, כמה דוגמות של תופעות שבהן המשפט העברי חושב באופן שונה מאוד מן המחשבה המקובלת עלינו במשטר דמוקרטי ובהשפעת המערב הליברלי בפרט, ואשר התמודדות איתן מהווה אתגר רציני, שיכול

31 הדברים נכונים במיוחד במידה שהמורה או החוקר עושה מאמץ פרשני כדי להראות שבעצם המשפט העברי דומה למשפט הנוהג, אף שבעצם אין הוא דומה. יעקב כ"ץ הגדיר זאת כמחלה של יהודי גרמניה, "שמרוב להיטותם לפאר את דתם הם מפרשים אותה על דרך ההתאמה עם מה שמקובל על דעתם ועל דעת קהלם", ראו י" כ"ץ "מדעי היהדות ויהדות בחברתנו" לאומיות יהודית – מסות ומחקרים (תשמ"ג) 193. אם כי אין זו כמובן המצאה של יהדות גרמניה, ותופעה זו מוכרת עוד מימיהם של פילון ושל פלביוס. וכפי שכ"ץ עצמו מציין, התופעה מתפשטת גם בארצות דוברות אנגלית. כשלעצמי, אני מוכן להיות פחות תקיף כלפי גישה זו, ולראות בה לא רק אפולוגטיקה, אלא לעיתים רצון כן של מי שנטוע בתוך שתי תרבויות ומבקש ליישב ביניהן.

32 זו בעצם דרכו של נשיא בית־המשפט העליון השופט ברק, המבקש לפרש את המונח "יהודית ודמוקרטית" שבחוקי־היסוד באופן שהמדובר באותם ערכים יהודיים שנקלטו על־ידי האומות בנות־התרבות. משמעות דבריו היא שהוא מבקש לרוקן כל תוכן יהודי ייחודי, או אפשרות לייחודיות יהודית, כל זאת במעטה רטורי של נפלאות התרבות היהודית שקטעים ממנה נקלטו בתרבויות העמים הנאורים. ראו גם ר' גביון מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – רב שיח במסגרת הקונגרס העולמי השנים עשר למדעי היהדות (תשנ"ז) 42.

33 ראו מאמרו של רון חריס המתפרסם בחוברת זו, לעיל הערה 26. חריס מסביר גם מדוע, לדעתו, העיסוק ההשוואתי תיוני בישראל. דומני שההשוואה למשפט העברי עונה על כל אחת מן הסיבות שהוא מדבר עליהן.

להוביל לספקות בדבר עדיפותה של שיטתנו, או לחלופין, לחזק את אמונתנו בשיטתנו; כך או כך, הוא יעמיק את הבנתנו.³⁴

תהליכי החקיקה במשפט העברי מתרחשים לעיתים ללא מוסדות מחוקקים, בתוך הקהילה, תוך אימוץ המנהג כמקור משפטי ותוך מתן לגיטימציה לקיומן של קהילות ומנהגים שונים.³⁵ לא רק מנהגים שונים קיימים במקביל, אלא גם דעות שונות וסותרות חיות לעיתים זו בצד זו בתוך השיטה, ללא הכרעה.³⁶ הכרעת ההלכה נעשית לעיתים בתהליך ארוך ובהכרה בדיעבד באימוצה וקבלתה של גורמה או במעמדו של פוסק על-ידי הקהילה, ולא במוסד מחוקק. התקדים אינו מחייב לעולם, ובעצם אסור לדיין לפעול על-פי תקדים, אלא על-פי הבנתו את החוק.³⁷ לימוד המשפט הוא ערך חשוב ביותר, אף יותר מקיומו; דרך-המלך של ההלכה אינה יציאה חזיתית וגלויה נגד הישן והסמכותי, אלא קבלה של הישן תוך פרשנות חדשה ולא-פשטנית; המשפט העברי הוא שיטה של חובות, ולא שיטה של זכויות. ההתמקדות היא בחובה המוטלת על אדם, ולא בזכויות הפרט;³⁸ העובדה שהמשפט מוכן להכיר במוגבלותו ובעובדה שאין הוא מסוגל לייצר פתרון אולטימטיבי בכל מקרה בולטת במחשבה המשפטית של התלמוד. הוא מכיר בעובדה שלצידו של המשפט חייבות להתקיים ספרות נוספות: המוסר החברתי, חינוך ועולם של אידיאות, וכי לא ניתן לקיים חברה מתוקנת תוך הישענות על המשפט בלבד.³⁹ הדוגמות הללו לקוחות כולן מתוך הסיליבוס שלי בקורס מבוא למשפט עברי; ניתן להוסיף עליהם עוד רבות, הן כאלה העוסקות ברמת המקרו והן במישור שונה – השוואה בין מוסדות משפטיים,⁴⁰ אך כמובן שאין זה מתפקידו של מאמר זה.

המשפט העברי הוא הזדמנות מעולה גם מבחינת ההיסטוריה של המשפט. על-אף

- 34 ראו מ' מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 639, 645-646.
- 35 ראו אורבך, לעיל הערה 30, בע' 27 ואילך; ד' שפרבר מנהגי ישראל (תש"ן-תשנ"ח, כרכים א-ו); אלון, לעיל הערה 4, בע' 713 ואילך.
- 36 ראו א' שגיא "אלו ואלו" – משמעותו של השיח ההלכתי (1996); ח' בן-מנחם "ספק בחירה ושכנוע – השוואה בין דוקטרינת 'קים לי' שבמשפט העברי ובין הפרובביליזם שבתיאולוגיה הקתולית" דיני ישראל כ-כא (תש"ס-תשס"א) 13.
- 37 ראו ז' ורהפטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"מ) 132; ר' ורבורג "דיני סופיות הדין במשפט העברי (במקרה שמתגלית בו טעות בדבר הלכה)" (דיסרטציה, 1984).
- 38 ראו ח' כהן זכויות אדם במקרא ובתלמוד (תשמ"ח) 9; R. Cover "Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Socialist Order" *Narrative, Violence and the Law, the Essays of Robert Cover* (Minow, Ryan, Sarat eds., Michigan, 1992) 239.
- 39 ראו מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ד) 66 ואילך; A. Kirschenbaum *Equity in Jewish Law – Halakhic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law* (New York, 1991); A. Kirschenbaum *Equity in Jewish Law – Beyond Equity: Halakhic Aspirationism in Jewish Civil Law* (New York, 1991).
- 40 ראו; Zweigert & Kötz, *supra* note 26, at pp. 4-5.

העובדה שהמחקר ההיסטורי של המשפט הישראלי קיבל תנופה משמעותית בשנים האחרונות,⁴¹ ברור עדיין שהמשפט הישראלי צעיר מכדי שיהיה אפשר לחוות באמצעותו בצורה עמוקה ומשכנעת תהליכים ארוכי-טווח המעידים על הקשר הרחב שבין המשפט לבין החברה והתרבות שהוא נוצר ומתפקד בתוכן. המשפט העברי הוא משפחה של שיטות בעלות זיקה הדדית וקשר רעיוני ואידיאולוגי עמוק ביניהן, אך כל אחת מהן היא פרי גיבושה של תרבות בזמן ובמקום. העוסקים בהתפתחותו של המשפט העברי על פני אלפי שנים מחזקים את הבנתנו את ההלכה – ההתפתחויות והשינויים שבה – כתופעה היסטורית, תוצר של זמן ומקום, ומעשירים בכך מאוד את הבנתנו את המשפט בכלל, את יכולתנו להבין את המשפט כתוצאה של מציאות כלכלית, חברתית ופוליטית ותוצאה של עולם ערכים של חברה נתונה.⁴²

41 ראו עבודותיהם של רון חריס, פנינה להב, אסף לחובסקי, יורם שחר ורוגן שמיר.

42 דוגמות חשובות למחקרים מסוג זה ניתן למצוא במחקריהם של א' ח' פריימן, מ' אלון, ש' שילה ואחרים. ראו א' ח' פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד – מחקר היסטורי-דוגמתי בדיני ישראל (תש"ה); מ' אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (תשכ"ד). כמו-כן אלון, לעיל הערה 4, למשל בפרקים העוסקים בחקיקה; ש' שילה דינא דמלכותא דינא (תשל"ה). כמו-כן ראו ש' אסף בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד (תרפ"ד); י' בער "היסודות ההיסטוריים של ההלכה" ציון יז (תשי"ב) 1, ציון כז (תשכ"ה) 117, ציון כח (תשכ"ג) 116. בער מנסה להראות את ההשפעות של שיטות משפט שונות על התפתחות ההלכה ואת הגורמים ההיסטוריים שאפשרו השפעות אלה. מחקרים היסטוריים רבים יותר על המשפט העברי נעשו לגבי תקופת התלמוד. דוגמה למחקרים כאלה ניתן למצוא, בין השאר, במחקריהם של א' גולאק וא' אורבך, ולאחרונה בספרו של מ' הלברטל. מחקרו החלוצי של גולאק על דיני הקרקעות בתקופת התלמוד הוא ניסיון לבדוק באמצעות מחקר משפטי מדויק את התפתחותם של דיני הקרקעות בבבל ובארץ-ישראל, לעמוד על ההשפעות של שיטות משפט אחרות על ההלכה, ובעיקר לנסות להציע את ההבדלים שבין ההלכה הבבלית לבין זו הארץ-ישראלית כנובעים משוני במציאות הריאלית. ראו א' גולאק לחקר תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד – חלק ראשון: דיני קרקעות (תרפ"ט). הדברים בולטים עוד יותר בכמה ממחקריו החשובים של א' אורבך: הניתוח ההיסטורי של תולדות ההלכה, ההבחנה בין רבדיה השונים ובחינת השינויים שחלו בהלכה בתקופות שונות משמשים לאורבך קרקע פורייה לראיית שינויים אלה כתוצאה של שינויים חברתיים, כלכליים, פוליטיים או אף שינויים בעולם של אמונות ודעות. ראו למשל א' א' אורבך "הלכות עבדים כמקור להיסטוריה החברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד" מעולמם של חכמים (תשמ"ח) 179; א' א' אורבך "מגמות דתיות וחברתיות בתורת הצדקה של חז"ל", שם, בע' 97. לעניין השפעה של שינויים באמונות ובדעות על ההלכה, ראו א' א' אורבך "הלכות ירושה וחי עולם", שם, בע' 229. ראו גם אורבך, לעיל הערה 30. בהקשר זה ניתן לראות גם את ספרו של משה הלברטל. בנושאים אחרים הקשורים כולם למערכת היחסים שבין היחיד והמשפחה, הלברטל מציג את המהפכה של חז"ל בפרשנותם, הנובעת מן הצורך להתאים בין עולם הערכים של הפרשן

המשפט העברי הוא הזדמנות מצוינת למחקר היסטורי גם משום שבסופו של דבר, הוא נגיש באופן משמעותי הרבה יותר מכל שיטה אחרת. כל החומרים והיצירה המשפטית היהודית בתקופה של אלף שנות פעילות באירופה מצויים בארץ, ובעברית, ונגישים יותר מכל ספרות משפטית אחרת העוסקת בתקופה ההיסטורית המקבילה.

לדעתי, יש לפרש את חוק יסודות המשפט, שנועד להוות צינור בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי, באופן המוצע לעיל: החוק מחייב את בית המשפט לעיין במשפט העברי באופן השוואתי לא־מחייב, ולבדוק באיזו מידה ראוי לו למשפט הישראלי לאמץ את הצעתו של המשפט העברי.⁴³ לו פורש החוק כך, היה בכוחו לתרום תרומה משמעותית למשפט הישראלי.

תכליתו של חוק זה היתה לנתק את הזיקה שבין המשפט הישראלי לבין המשפט האנגלי, זיקה שנכפתה על המשפט הישראלי מכוח סימן 46 לדבר־המלך במועצתו, ונשארה בתוקפה מכוחה של פקודת סדרי שלטון ומשפט. החוק ניתק את הזיקה הזאת, וקבע זיקה אחרת תחתיה למקרה של חסר בחוק: "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." החוק מצהיר שהמחוקק הישראלי רואה במקורות התרבות היהודית מחצב משמעותי וחשוב למשפט הישראלי. על השאלה באיזה אופן ומובן ישפיע המשפט העברי על המשפט הישראלי ניטש ויכוח נוקב בבית המשפט העליון בין השופט אלון, מצד אחד, לבין השופט

לבין הנורמה המתפרשת. צורך זה הוא הגורם המרכזי המניע את התהליך הפרשני. ראו מ' הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן – ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה (תשנ"ז). עניינו העיקרי של הספר הוא הצוהר שהוא פותח אל תורת הפרשנות וההרמנויטיקה של חז"ל ומעמדה המרכזי בפיתוח הלכה ומשפט ויצירתם. בהקשר של ספרות חז"ל יש לעובדה זו מימד נוסף חשוב ומרתק, והוא שהמהפכה הפרשנית מגשימה בעיני חז"ל את חובתם הדתית לספק לתורת אלקים חיים פרשנות שתעמוד באמות־מידה מוסריות. ראו את דבריו של הלברטל בפרק הסיכום, שם, בע' 168–203; וראו מ' רוט "המרד הקדוש של התנאים" אקדמות ט (תש"ס) 205. תרומה חשובה ביותר להבנת הקשר שבין ההלכה וההיסטוריה בימי הביניים וגם במעבר לעת החדשה העלו י' כ"ץ וחי' סולובייצ'יק; ראו, למשל, י' כ"ץ גוי של שבת – הרקע הכלכלי־חברתי והיסוד ההלכתי להעסקת נוכרי בשבתות ובחגי ישראל (תשמ"ד); י' כ"ץ ההלכה במיצר – מכשולים על דרך האורתודוקסיה בהתהוותה (תשנ"ב); חי' סולובייצ'יק הלכה, כלכלה ודימוי־עצמי – המשכונאות בימי הביניים (תשמ"ה). רשימה זו אינה מתיימרת כמובן למצות ולהקיף את גישותיהם של החוקרים השונים או להציע הבחנה מדויקת ביניהן. מטרתה ליצור גירוי ולהציע תובנות ראשוניות.

43 ראו חי' בן מנחם "חוק יסודות המשפט תש"ם–1980 – חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 257. בדרך זו הלכה גם ר' גביוון, ולא רק בהקשר של חוק יסודות המשפט, ראו גביוון, לעיל הערה 32. ניתן לומר כי בימים עברו היתה זו שיטתו של השופט זילברג בבית המשפט העליון, ראו ב' ליפשיץ "מקומו של המשפט העברי" בית המשפט – המישים שנות שפיטה בישראל (1999) 190.

ברק, בתמיכת רוב השופטים האחרים, מן הצד האחר. אלון ראה עצמו מחויב לפתרון של המשפט העברי, ואילו האחרים, מכיוון שלא רצו להיות מחויבים לכך, רוקנו את החוק מכל תוכן. טענתו של השופט ברק היתה שניתן בדרך-כלל למלא את החסר בחוק באמצעות פרשנות או היקש, ולפיכך אין כל צורך להיזקק לחוק יסודות המשפט.⁴⁴ עיון בפסקי-הדין שבהם התנהל הוויכוח ובכתיבה על-אודות ויכוח זה מביא אותי למסקנה שגורם לא-מבוטל שגורם לדחייה הקשה כל-כך למשפט העברי בבית-המשפט העליון טמון בחשש מן המחויבות לאימוץ הפתרון שבמשפט העברי. בלהט הוויכוח לא השכיל איש מבין השופטים לאמץ את הפירוש ההגיוני ביותר לחוק, ולפיו החובה לפנות למשפט העברי כמקור השראה ראשון במעלה, אך לא כמקור משפטי מחייב; פירוש שיסודותיו בעמודים הקודמים במאמר זה, ולפיו, בכל מקרה של חסר, המחוקק מחייב את בית-המשפט לפנות אל המשפט העברי, אך אין הוא מחייב את בית-המשפט לאמץ את הפתרון שהמשפט העברי מציע. הפנייה למשפט העברי נעשית לשם השוואה והתייעצות, לשם בדיקה אם ניתן לאמץ את הפתרון שהוא מציע, לבירור אם הפתרון הזה יכול להשתלב בשיטתנו המשפטית, ורק אם התשובה חיובית – לאמצו.⁴⁵

44 הוויכוח שהתנהל על פרשנותו של חוק זה החל למעשה לפני שחוקק החוק, עם הצטרפותו, באמצע שנות השבעים, של השופט אלון לבית-המשפט העליון. אלון טען שבכל הנוגע בחקיקה האזרחית הישראלית, יש לפרשה על-פי מקורות המשפט העברי. ראו, למשל, ע"א 756/80 רוזנשטיין נ' סלומון, פ"ד לח(2) 113, 128; ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505, 519-520; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 631. הוא ראה בחוק יסודות המשפט את שיאה של חקיקה זו והוכחה מכרעת לשיטתו. דבריו של ד"ר מ' חשין, לימים שופט בית-המשפט העליון, קודם חקיקת החוק משקפים יפה את הגורם לכך שבית-המשפט קבר את חוק יסודות המשפט בשורה של פסקי-דין והפך אותו לאות מתה בספר החוקים: "והנה עתה מבקשים לכפות עלינו הר כגיגית... הנח להם לשופט ישראל שייכלו בדרכם... אל נכביד עליהם ואל נחייבם בפרעון שטר חלק." ראו מ' חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן (ר' גביון עורכת, תשמ"ב) 47, 83. אגב, כמעשהו של השופט ברק בפרשנות של חוק יסודות המשפט, כן מעשהו בפרשנותו את הדיבר "מדינה יהודית ודמוקרטית" שבחוקי-היסוד: אף כאן הוא מבקש לפרש את הערכים היהודיים באופן המרוקן אותם מכל משמעות: "תוכנו של הדיבור 'מדינה יהודית' ייקבע על פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי, יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה... על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה... ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית." ראו א' ברק "המהפכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30-31. ראו גם א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 328. כמו-כן ראו א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547, 573-576, 607-614, 628-630.

45 על הדיונים בכנסת לגבי החוק, ראו ד"כ 83 (תשל"ח) 3972-3973, ד"כ 88 (תשמ"ם)

אכן, לאחר שהסתיימה המחלוקת בנצחוננו הברור והמוחלט של צד אחד, וברור עכשיו לכל שאין למשפט העברי כל מעמד מחייב במשפט הישראלי, בא לציון גואל: הדעת פנויה לבדוק את הדברים באופן כן וחופשי.

מסתבר עכשיו שהמחלוקת הותירה מספר לא-מבוטל של פסקי-דין המעוררים מחשבה על העניין הרב שעשוי להיות בפנייה למשפט העברי, שמא עמדת המשפט העברי עדיפה, ולא היה נכון לדחותה על הסף. על-אף העובדה שהמשפט העברי נשאר בדעת מיעוט, הוא זכה לעיתים בתשומת-ליבו של המחוקק או בתשומת-ליבם של מלומדים אחדים.⁴⁶

1817-1836, 2145-2152, 2342-2347, ד"כ 89 (תש"ם) 4025-4031, 4099. על גישתו של השופט אלון, ראו אלון, לעיל הערה 4, בע' 1537-1593; ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785, 792-796; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 742-743; מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227; על גישתו של השופט ברק, ראו ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, שם, בע' 725; ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, שם, בע' 797-798; א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 102-132; ראו גם: א' קירשנבאום "חוק יסודות המשפט - מציאות וציפיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 117.

46 דוגמות מספר בהקשר זה: ע"פ 89/78 אפנגר נ' מ"י, פ"ד לג(3) 141; ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57; וד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, שם; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, שם; ע"פ 91/80 כהן נ' מ"י, פ"ד לה(3) 281. ראו ל' שלף "בין משפט פלילי לבין משפט עברי לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג (תשנ"ג) 102. ראו גם בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715; וראו ר' חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 439, 500. רשימה ממוינת לנושאים של פסקי-דין המכילים התייחסות למשפט העברי נערכה על-ידי מ' הכהן "כתבי מנחם אלון" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 1, 9 ואילך. פסקי-הדין של השופט אלון לא היו הראשונים שהתבססו על המשפט העברי, אולם הוא עסק בכך באינטנסיביות ובהחלטיות רבות יותר מכל קודמיו, ואולי דווקא בשל כך עורר התנגדות. לתיאור התקופות השונות של המשפט העברי בבית-המשפט העליון, ראו ליפשיץ, לעיל הערה 43. בדברי אלה אני חולק על דבריו של שמואל שילה שטען כי אין לפסקי-דין אלה כל חשיבות. הפרמטר שלפיו הוא בודק את חשיבותם של פסקי-הדין הוא מידת השפעתם בפועל על המשפט הישראלי העכשווי, ובמובן זה הוא צודק. אבל כאמור, יש לראות את הדברים, לדעתי, בהסתכלות רחבה יותר. ראו ש' שילה "פני המשפט העברי במדינת-ישראל כפני הדור" מדעי היהדות 39 (תשנ"ט) 145. לדוגמה נוספת של פנייה למשפט העברי שלא אגב פסקי-דין, ראו ח' דגן "דיני עשיית עושר - בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין, מ' מאוטגר עורכים, תשנ"ט) 165. טענתו המרכזית של דגן היא כי למשפט העברי יש תפקיד מיוחד בשל ההשקפות החברתיות שעומדות בבסיסו, בשל המורשת היותר

ג. תרבות יהודית וזהות ישראלית⁴⁷

הקדשתי את הפרק הקודם לדיון ביתרונותיו של המשפט העברי כמשפט משווה, נגישותו מבחינת השפה, ספרות העזר והספרות המשנית שקיימת, מגוון הסוגיות שהוא עוסק בהן, העושר התרבותי והרבדים ההיסטוריים הטמונים בו. אולם נדמה לי שהאטרקטיביות שיש בפנייה למשפט העברי נעוצה דווקא בעובדה שפנייה זו טומנת בחובה התייחסות לבעיה נוספת, שהן המשפטן והסטודנט הישראלי והן המשפט הישראלי בכללו מתחבטים בה, והיא הזהות היהודית הן של הפרט והן של הכלל.

מדינת ישראל מוגדרת במסמכים הקונסטיטוציוניים – מגילת העצמאות וחוקי היסוד – כמדינת לאום, ישות ריבונית בעלת זהות יהודית היסטורית, לאומית ודתית, מדינתו של העם היהודי.⁴⁸ חוקי היסוד הבהירו זאת מחדש, ובו בזמן פתחו מחדש את

"קהילתית" מזו הליברלית-המערבית, המעמידה לפני המשפטן הישראלי אפשרות בחירה של ממש. "בהיעדר אלטרנטיבה אמיתית למשפט שמציע לנו המערב – המשפט שולט בנו ולא אנו בו." דגן, שם, בע' 168. דגן מדגים את ההבדל בין התפיסות בעזרת הסוגיה של "עשיית עושר ולא במשפט".

47 בכתיבתו של פרק זה הסתייעתי בעיקר בכתביהם הרבים של רות גביוון, אליעזר שביד, אביעזר רביצקי, מנחם אלון, וכמו כן ד' צוקר אנו היהודים החילונים (1999); י' דרור הידוש הציונות (1997); י' רש כזה ראה וחדש – היהודי החופשי ומורשתו (1986).

48 בית המשפט העליון ציין עובדה זו במספר לא-מבוטל של פסקי דין שבהם היא שימשה גורם מרכזי בפסיקה. בהקשר של מגילת העצמאות, ראו בג"צ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2447. ראו דברי הנשיא אגרנט בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פ"ד יט(3) 365, 385: "והנה לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש... אלא גם שהיא הוקמה כמדינה יהודית בארץ ישראל." בהקשר של חוקי היסוד, ראו א' ברק מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – רב שיח במסגרת הקונגרס העולמי השנים עשר למדעי היהדות (תשנ"ז) 8. ראו גם דברי השופט אלון בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 105: "הוראותיו של חוק זה אינן רק בבחינת ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, אלא מהוות את תשתית היסוד של מערכת המשפט בישראל, ומתוך כך יתפרשו חוקיה ודיניה של מערכת זו על פי מטרתו האמורה של חוק יסוד זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית." בהביאו את חוקי היסוד לקריאה סופית, אמר אוריאל לין, שהיה יושב-ראש ועדת החוקה, בין השאר: "...שאנחנו רואים עצמנו מחויבים לערכים של מורשת ישראל ולמורשת היהדות שכן נקבעה מפורשות קביעה פוזיטיבית – ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וגם דמוקרטית." ד"כ 125 (תשנ"ב) 3783. ראו גם א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 44-47; א' מעוז "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ (תשנ"א) 53.

הדיון, במסגרת המשפט, בשאלה כיצד ובמה מדינת ישראל היא מדינה יהודית. נראה שבמציאות הקיימת היום במדינת ישראל, הרוב הגדול של אזרחי המדינה תומך בכך שתהיה למדינה זהות יהודית, אם כי רובו של הציבור תוהה עדיין כיצד.⁴⁹ הדיון הציבורי על הזהות הקולקטיבית משקף גם את השיח ההולך וגובר בחברה הישראלית על הזהות היהודית במישור הפרטי.

בשנים האחרונות עמדו מלומדים רבים על כך שהדרישה הציבורית להפרדת הדת מן המדינה אין פירושה דרישה להפרדת היהדות מן המדינה, אלא להיפך:⁵⁰ הרושם החזק המתקבל הוא שרבים אינם מוכנים להשלים עוד עם ניכוסה של התרבות היהודית על-ידי הציבור הדתי.⁵¹ נראה שהדיכוטומיה המוכרת, שלפיה המאפיינים העיקריים של הזהות היהודית בבתי-הספר החילוניים הם זכר השואה והקמת מדינת ישראל, ואילו בבתי-הספר הדתיים הדת היא המאפיין הבולט, זוכה בשנים האחרונות בביקורת ובחשיבה מחודשת. חלק גדול מן הציבור בישראל אינו מוכן עוד לקבל דיכוטומיה זו, והוא מבקש לראות עצמו שותף ב"ברית הייעוד",⁵² שותף ביצירתה של תרבות יהודית רלוונטית, מנותקת מקשר בלעדי לקיומן של מצוות הדת. עדות מובהקת לכך היא עשרות מוסדות ללימוד יהדות ברוח "השיבה לארון הספרים היהודי" שצצו בשנים האחרונות, מוסדות ללימוד יהדות המנותקים ממחויבות לשמירת מצוות.⁵³ נפשו של רוב הציבור בישראל קצה בטענה המושמעת לעיתים מפי שופטים ופוליטיקאים שלפיה המתח בין "יהודיות" ל"דמוקרטיה" אינו ניתן לגישור, וכי הוא זהה למתח שבין תפיסת-עולם הטוענת למדינת-הלכה לבין תפיסת-עולם ליברלית מערבית. השארת היהדות אך ורק כנחלתו של הציבור הדתי ובמסגרת קיומן של מצוות הדת פירושה ויתור על יהדותה של המדינה ועל הזהות היהודית של אנשים רבים החיים בישראל ומבקשים לראות עצמם כיהודים ואת מדינתם כמדינה יהודית. איני מתיימר לקבוע עד כמה עמוקה אחיזתה של כל אחת מן העמדות – זו המבקשת לראות את ישראל כדמוקרטיה אינדיווידואלית לעומת זו המבקשת לראות את ישראל כדמוקרטיה לאומית-יהודית – בחברה הישראלית, אבל הספרות הרחבה שהוויכוח הזה מנפיק מוכיחה בעליל שהוויכוח קיים, והוא רציני.

49 ראו א' שביד "הדת היהודית והדמוקרטיה הישראלית" תרבות דמוקרטית 1 (תשנ"ט) 181. ש' גרינברג "היהדות והחזון הדמוקרטי" תרבות דמוקרטית 1 (תשנ"ט) 189. יעקב

בלידשטיין "הלכה ודמוקרטיה" תרבות דמוקרטית 2 (תש"ס) 9.

50 ראו, למשל, י' ליבמן "יהדות חילונית וסיכוייה" אלפיים 14 (תשנ"ז) 97.

51 ראו, למשל, אוסף המאמרים אנו היהודים החילוניים, לעיל הערה 47. משתתפים בספר הוגים ואינטלקטואלים בעלי שיעור-קומה מכל קצות הקשת הפוליטית. הרוח המוסכמת הנושבת בספר היא התנגדות לויתור על זהות יהודית פרטיקולרית והצורך לעסוק באופן אינטנסיבי בהגדרת הזהות. דברים ברוח זו כותבת גם ר' גביון במקומות רבים, ראו לאחרונה ספרה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מתחים וסיכויים (תשנ"ט).

52 לעומת "ברית גורל" במונחיו של הרב סולובייצ'יק. ראו י' ד' הלוי סולובייצ'יק "קול דודי דופק" בסוד היחיד והיחד (תשל"ו) 333-400.

53 ראו י' שלג הדתיים החדשים – מבט עכשווי על החברה הדתית בישראל (2000)

עם התהוותה של ההוויה הישראלית, קיבלו הערכים הלאומיים, כאהבת העם והמולדת, שהזנחו במשך מאות שנות גלות, מקום מרכזי. אולם כיום, לאחר חמישים שנות עצמאות, התחושה היא שיש לשוב ולטפח את אהבת הקניינים הרוחניים של העם, ערך שעמד מאז ומעולם במרכז ההוויה היהודית. ועוד: לאחר הקמת המדינה התמקד המאמץ הלאומי ביצירה אקטואלית של הקמת רשויות שלטון, צבא ומינהל. לכל אלה לא היה לתרבות היהודית הרבה לתרום, שכן המערכות הללו שהוקמו היו חידוש עצום לעומת מצבם של היהודים בגלות. לפיכך, הרעיונות והדרכים להקמתן של מערכות אלה נשאבו מן החוץ. אך עתה, משאנו פנויים לעסוק גם בתחומים אחרים ולבירורים מעמיקים בדבר זהותנו התרבותית, יש ליהדות מקום נכבד בדיון.

על רקע הדברים שנאמרו לעיל, טענתי היא שתפקידה של האוניברסיטה הוא להשתתף בוויכוח הזה ולספק במות שיהוו קרקע אינטלקטואלית למחקר פורה ולדיון מעמיק. הפקולטה למשפטים היא מקום טבעי לחקר התרבות היהודית והוראתה, משום שההלכה על כל פניה ורבדיה והמשפט העברי בפרט הם מוקד היצירה החשוב ביותר של התרבות היהודית לדורותיה.⁵⁴ הדיון ההלכתי עוסק בכל שאלות החיים והקיום האנושי, ומקפל בתוכו את עיקר השקפת-עולמה הערכית והמוסרית של היהדות בכל השאלות שהפקולטה למשפטים מתעניינת בהן בחינוך המשפטי: מהות המשפט, תפקידו בחברה, היחסים בינו ובין מערכות נורמטיביות אחרות, המבנה והמהות של המערכת השיפוטית וחלוקת הכוח והמשאבים בחברה. במשפט העברי באות לידי ביטוי ההמשכיות והרציפות, יכולת היצירה, ההתאמה לזמן ולמקום, כושר ההישרדות והחיות של התרבות היהודית. התלמוד, שעומד בבסיסה של כל המחשבה ההלכתית ושעיצב את חיי הרוח של עם ישראל במשך כאלף וחמש מאות שנים, הוא יצירה משפטית מובהקת מבחינת השפה, צורת המחשבה והתכנים.⁵⁵ דומה שהיום יותר מאי-פעם, בעידן שבו עולה בקרב רבים בחברה הישראלית השאלה מדוע לוותר על כל העושר הזה, שמור לפקולטה למשפטים תפקיד מרכזי.

יתר על-כן, דומני שהדיון הציבורי העכשווי על תרבות יהודית והצורך בהכרתה נובע מהכרה בעובדה הפשוטה ש"סוד חינויותה של תרבות היא המשכיותה ורציפותה ההיסטורית",⁵⁶ ומתחושה עמוקה של אחריות ושותפות כלפי רציפותה של התרבות היהודית. הטענה היא אם-כן שהתרבות הישראלית המתהווה כאן נמצאת על ציר התפתחותי אחד עם התרבות היהודית לדורותיה, ולפיכך היא חייבת להיות ניוזנה מן התרבות היהודית, אך גם חייבת להזין אותה.⁵⁷ רציפות תרבותית אין פירושה הכרה

54 ראו אורבך, לעיל הערה 30.

55 ראו זילברג, לעיל הערה 16, בע' 1-12.

56 א' שבייד לקראת תרבות יהודית מודרנית (1995) 174. על חשיבותה של המסורת ועל החובה לשומרה כמרכיב חשוב בתורת המשפט, ראו: A. Kronman "Precedent and Tradition" 99 *Yale L. J.* (1990) 1029. קרוגמן מבסס במאמרו את הטענה שבמשפט יש ערך לעבר רק מפני שהוא עבר, אין הדבר אומר ערך מוחלט וללא ביקורת, אלא ערך לעבר רק מפני שהוא עבר.

57 מנחם אלון רואה בשילובו של המשפט העברי במשפט המדינה תרומה לשתי השיטות.

מופשטת של סמלים או ערכים תרבותיים; פירושה הוא דו־שיח ממשי בין ההווה לבין הדורות שעברו, תוך התקדמות ושינוי. המשכיות ורציפות פירושן פרשנות עכשווית של העבר, שינוי והתפתחות אורגנית פנימית הנעשית מתוך דו־שיח בינדורי. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא הספרות התלמודית עצמה, שכל מהותה הוא רב־שיח בינדורי המגשר על פערי הזמן והמקום. תחושת הרציפות שאני מדבר עליה היא רציפות ביכולת ובזכות ליצור, להיות שותף בשיח הרב־דורי. התחושה שאני מקבל מסטודנטים רבים בפקולטה ומן הספרות שציינתי בחלקה בפרק זה היא תסכול מן העובדה שהם איבדו את השפה המשותפת עם הדורות שעברו, שאין הם יכולים להיות שותפים ביצירה זו, שהחינוך שהם קיבלו כפה עליהם להותיר את הזירה כולה לקבוצה אחת בחברה הישראלית, ושהם מעוניינים לשוב ולהיות שותפים לשיח. תחומי העניין וצורת המחשבה של הסטודנט למשפטים, מצד אחד, והעובדה האמורה שלפיה המשפט עומד בלב היצירה היהודית לדורותיה, מצד אחר, יכולים להביא לידי כך שהסטודנטים למשפטים יהיו סוכנים ומתווכים מוצלחים בשיח הזה.

יש להוסיף ולומר כי בהתקיים דיון על הרלוונטיות של התרבות היהודית לחברה הישראלית, אחת השאלות הראשונות והחשובות ביותר תהיה מידת הרלוונטיות שלה למשפט הישראלי, וזו אכן הסיבה לכך שוויכוח זה התקיים לפני שנים מספר בבית־המשפט העליון. טענתי היא שהפקולטה למשפטים אינה יכולה להישאר אדישה לפן זה של הוויכוח, שכן אי־נקיטת עמדה היא הבעת עמדה נגטיבית, הבעת עמדה של חוסר רלוונטיות של התרבות היהודית למשפט הישראלי. בעולם שבו רכישת הדעת היא המטרה הנעלה, הפקולטה חייבת לאפשר דיון מעמיק בין כתליה באחת השאלות החשובות שמטרידות את החברה הישראלית בכלל ואת מערכת המשפט בפרט. דיון רציני ומעמיק חייב להיעשות על בסיס של ידע.

אחרית־דבר

לימוד משפט עברי מן הסוג שהצעתי עשוי לפגוש את התלמיד שלנו בצומת זהויות

ראו, למשל, מ' אלון "דברי סיכום" מדעי היהדות 39 (תשנ"ט) 153. על כך בדיוק יצא קצפו של השופט י' אנגלרד, הבוחן את הדברים אך ורק במשקפיים דתיים, ומכיוון שלא תיתכן כל משמעות דתית לפעילותו של בית־המשפט העליון אף אם הוא עוסק בטקסטים של המשפט העברי, אין כל חשיבות, מבחינת עולמו של המשפט העברי, בהבאתם לבית־המשפט העליון, ראו י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק עורך, תשכ"ט) 110. אכן, אין חולק שאין ערך ל"חקיקה דתית" מבחינה הלכתית, שהרי ההלכה עצמה אינה רואה כל ערך דתי בחקיקה זו. ראו, למשל, ג' א' רבינוביץ "הרכה של תורה" מעלי עשור – ספר העשור לשיבת ברכת משה מעלה אדומים (תשמ"ח) 8; בלידשטיין, לעיל הערה 49. המשמעות היא תרבותית – ביכולתם של יהודים להזדהות עם המדינה ועם ערכיה וסמליה.

שהוא מתחבט בהן - זהותו כמשפטן וזהותו התרבותית כישראלי ויהודי, ולתרום תרומה משמעותית לכל אחת מהן. לימוד מתוך ניסיון כן ורציני להבין את עולמו המיוחד של המשפט העברי יעורר מחשבה וסקרנות, יפתח לדיון את מה שמובן מאליו לכאורה, יהיה מגרה ומתריס, מעורר מחשבה, יציע פתרון אחר או גישה חלופית, לעיתים מסקרנת ומשכנעת ולעיתים לא. כל האמור לעיל מחייב מסקנה אחת פשוטה, והיא: יש ללמוד ולהכיר את התרבות היהודית. תרבות שאינה נלמדת גם אינה יכולה להיות משפיעה ואינה יכולה להיות יוצרת ומתפתחת. יש לעסוק בתכנים היהודיים על-מנת לשאול את עצמנו במה יוכל המשפט הישראלי להתייחד ולהתאפיין, במה מתוך המסורת והתרבות היהודית אנו מעוניינים להיאחז כדי ליצור ולקדם תרבות ישראלית-יהודית וכדי לעבות ולהעשיר את המשפט הישראלי. יש לעסוק בלימוד שיוכל להחזיר לנו את יכולת היצירה והפיתוח, את תחושת השותפות והאחריות לשימורה ופיתוחה של התרבות היהודית. לימוד כזה יתרכז מטבע הדברים בלב היצירה היהודית לדורותיה, קרי, בספרות ההלכה והמשפט העברי.