

יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל / יובל סיני

יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל

יובל סיני

כרך ראשון

בכתיבת חלקו השני של הספר השתתפו גם יוסי שרעבי ומשה בארי



מפרסומי המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע),
ביה"ס למשפטים, המכללה האקדמית נתניה

ההוצאה לאור של
לשכת עורכי הדין 
THE ISRAEL BAR-PUBLISHING HOUSE

APPLICATION OF JEWISH LAW IN THE ISRAELI COURTS

Yuval Sinai



כל הזכויות שמורות למחבר ולהוצאה לאור של לשכת עורכי הדין
התשס"ט-2009

מסת"ב 978-965-7322-11-6 ISBN

יצא לאור על-ידי ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין
דרך מנחם בגין 82, תל-אביב-יפו, טל 03-6242060

עריכה ומפתחות: עו"ד טובה אולשטיין

בשיתוף המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע)
בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית, נתניה, ובסיוע המרכז
למורשת ישראל – המכללה האקדמית נתניה

צילום: פתח בית ברובע היהודי בפראג
עיצוב העטיפה: ניו-דיזיין בע"מ
סדר ומפתחות: אלף עד תו, יבנה
הדפסה: דפוס גרפית בע"מ

לזכר

סבי משה צבי אינציגר ז"ל,

איש חזון ומעש

דברי ברכה

מאת

אליקים רוביגשטיין

הגם שנשתברו קולמוסים רבים באשר למעמדו של המשפט העברי והדרך לשלבו במשפט הישראלי, עוד מאז קום המדינה בתש"ח ומאמצייהם של הרב הראשי לישראל הרב י"א הלוי הרצוג המנוח ואחרים, טרם באה שעת גאולה והפתרונות טרם נמצאו. לכך סיבות שונות, ובהן אי ההצלחה להעמיד את המשפט העברי, בעיני כלל ציבור המשפטנים, כמאגר עשיר ומקורי של יצירה משפטית שממנו ניתן לדלות תובנות ופתרונות בנושאים רבים, וכערך תרבותי רב משקל ומשמעות במדינה יהודית ודמוקרטית. אף כי יש לכך חריגים נכבדים, שבהם נעשה שימוש נאות במשפט העברי, לא צלחה הדרך להרחיב משמעותית את ההיזקקות אליו מעבר למספר שופטים מצומצם יחסית, נוסף לאנשי האקדמיה שנתרבו ריבוי מבורך, אי ההצלחה נובעת גם מחששות מצד מי שאינו בקי במיוחד בתחום זה שמא יטעה בכתיבתו ("מי מפחד ממשפט עברי", ככותרת שנתן ד"ר מיכאל ויגודה לרשימתו בגיליון **פרשת השבוע** 139 (התשס"ד), בעריכת ד"ר א' הכהן וד"ר מ' ויגודה), הגם שבעידננו הנגישות למקורות טובה לאין שיעור לעומת העבר, וכן כמובן מחוסר זמן, מתוך העומס הכבד המוטל על כלל בתי המשפט. גם חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שאמור היה לקדם את ההיזקקות למשפט העברי – חוששני כי לא צלח כמצופה. אכן, בספרו **פרשנות תכליתית במשפט** (התשס"ג), בעמ' 452-453, ציין הנשיא ברק, בין השאר, כי ישראל היא:

"מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה, ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה; **מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב** ובערכיה של תורת ישראל ושל מורשת ישראל הם מערכיה הבסיסיים..." (הדגשה הוספה – א"ר).

ועוד הוסיף את אלה (עמ' 453):

"מה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? לדעתי, ביסוד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עומדים שני היבטים עיקריים: ההיבט הציוני וההיבט ההלכתי. הציונות מזה וההלכה מזה הטביעו את חותמן על אופיה היהודי של מדינת ישראל. ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של ההלכה הם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית. ערכים אלה נלמדים מתוך הציונות ומתוך ההלכה. אין להטילם מבחוץ. ערכים אלה – בצד ערכים נוספים, כגון אלה הנגזרים מאופיה כמדינה דמוקרטית – מהווים את תכליתה האובייקטיבית של החוקה הישראלית."

וכן ציין:

”ערכי היסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה... הם חלק מערכי היסוד של משפטנו... הפניה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פניה אל משפט משה. זו פניה אל משפט ישראלי. זו פניית חובה. הפניה אינה אל כל ערכיו של המשפט העברי. הפניה היא לאותם ערכים המהווים חלק ממשפט המדינה” (בספרו **שופט בחברה דמוקרטית** 240 (2004)).

ואולם, בין הלכה למעשה נותר פער גדול, הן בעצם ההיזקקות למשפט העברי והן במינן. עם זאת, אין להתעלם מהידרשות במקרים לא מעטים למשפט העברי בפסיקתם של בית המשפט העליון ובתי משפט אחרים, באופן שיש בו כדי לתרום ולהפרות.

רחש לבו של מחברנו ד”ר יובל סיני דבר טוב, וזאת במסגרת עבודתו כראש המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ”ע) במכללה האקדמית נתניה. מרכז זה, ביזמת דיקן הפקולטה למשפטים במכללה פרופ’ סיני דויטש, מחווה שלא על מנת לקבל פרס דעה בשאלות שונות של משפט עברי, המופנות מטעם בתי משפט ברחבי הארץ שנדבה רוחם אותם לעסוק בכך. כבר זרעו ד”ר סיני וחבריו לא מעט וקצרו יבול נאה של התייחסות בפסיקה, הגדילו תורה והאדירו, ועוד ידם נטויה.

בספר שלפנינו עשה ד”ר סיני, בפרשו יריעה רחבה, שלושה: ראשית, נסקרים נתוני פסיקתו של בית משפט זה ופסיקתם של בתי המשפט המחוזיים לאורך תקופה (1994–2006) בנושאים שבהם ניתן ביטוי למשפט העברי. יש עניין באלה, הן במישור ההיסטורי-מדעי והן כיוון שעם כל האכזבות בתחום השימוש במשפט העברי, ישנה כאמור פסיקה לא מעטה, מראשית המדינה ולרבות בתקופה הנסקרת, שבה ניתן לו ביטוי, אף מובהק ומשמעותי. הספר סוקר את דרכם של שופטים שונים, שהקדישו מאונם לתחום זה. שנית, נסקרים תחומי משפט מהותיים שבהם ניתנו חוות דעת של מרכז ישמ”ע; רבות מחוות דעת אלה סייעו לשופטים בבתי משפט שונים בחלק רלוונטי בפסקי דינם, והחומר נחלק בשמונה שערים – רפואה ומשפט, עונשין, נזיקין ולשון הרע, משפט מסחרי, חיובים, משפחה, עבודה וראיות. שלישית, המחבר מעיין בפסקי דין ספציפיים של בית המשפט העליון שכללו פתרונות ורעיונות מן המשפט העברי, באשר לזכויות יסוד, נושאי ציבור, קניין וירושה, חיובים, נזיקין ועונשין – עושר שמור לבעליו לטובתו. לאו מילתא זותרתא היא, והחומרים שבספר מהם פינה ויתד להעצים זאת, בחינת “מוסיף והולך” לשיטת בית הלל בעניין נרות החנוכה (בבלי **שבת**, כ”א ב’).

ישר כוחם של המחבר וחבריו, ויש לקוות כי יזכו להוסיף ולהגדיל משפט עברי בישראל, כמים לים מכסים.

אליקים רובינשטיין, שופט בית המשפט העליון

ירושלים, כסלו התשס”ט

איגרת ברכה והערכה

הרב שלמה דיכובסקי דיין בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, י"א בכסלו התשס"ט

מכובדי היקר ד"ר יובל סיני נ"י,

קראתי בעיון ובעניין את ספרך: "יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל".

מצאתי בו חומר רב, מנותח ומסודר, בנושאים שונים של המשפט העברי. הספר משמש כלי עזר חשוב הן לאלו שאין תורתם אומנותם, והן לאלו שתורתם אומנותם. המסר העיקרי והגדול הוא, שאפשר לקיים את המשפט המודרני על כל אשר בו, תוך התבססות על מקורות ההלכה.

שימוש במקורות אלו יכול להאיר ולהעיר לכולנו עד כמה מקורות הלכתיים במציאות שונה יכולים לשמש אור ליהודים ולשאינם יהודים גם יחד.

הואיל והספר מכיל חוות דעת המציגות את עמדת ההלכה, מן הראוי להרחיב מעט

בעניין הצורך לשאול ולקבל "דעת תורה".

ראשית, יש לבחון, מה הם התחומים שבהם צריך להיוועץ בחכם.

בספר במדבר (כו, כא) נאמר למשה על אודות יהושע ממלא מקומו: "ולפני אלעזר

הכהן יעמד ושאל לו במשפט האורים לפני ה', על פיו (רש"י: של אלעזר) יצאו ועל פיו יבאו

הוא וכל בני ישראל אתו וכל העדה". דהיינו, יהושע נצטווה להיוועץ עם אלעזר הכהן –

הסמכות הרוחנית. רש"י כתב שם: "ושאל לו – כשיצטרך לצאת למלחמה". גם במסכת

סנהדרין, על האמור במשנה בתחילת המסכת: "אין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי

בי"ד של שבעים ואחד" – נאמר בגמרא (דף טו ע"א), כי חכמי ישראל נכנסו אצל דוד המלך:

"אמרו לו אדוננו המלך עמך ישראל צריכין לפרנסה... אמר להם, לכו פשטו ידיכם בגדוד. מיד

יועצין באחיתופל ונמלכין בסנהדרין ושואלין באורים ותומים". למלחמה זו היה צורך כלכלי

גרדיא, ובכל אופן נמלכו בסנהדרין. אמנם רש"י בברכות (דף ג ע"ב) פירש: "נמלכין

בסנהדרין – נוטלין מהם רשות כדי שיתפללו עליהם", דהיינו רשות לצורך תפלה בלבד.

נראה, שבנושאים הלכתיים או שיש להם השלכה הלכתית, יש להיוועץ בחכם, אבל

נושאים שאין להם כל משמעות הלכתית (דוגמה קיצונית: באיזה צבע לצבוע את רשות

הרבים), אינו טעון שאלה. הבעיה היא בנושאים שלא ברור אם יש בהם עניין של הלכה –

כאן נראה שיש לשאול את החכם על זה גופא, אם הנושא מחייב שאלת חכם או לא. הבחנה

כזו מצויה במסכת בבא בתרא (דף ט ע"א). נאמר שם לגבי בני אומנות שיכולים להתנות כל

מיני תנאים מגבילים על בני אומנותם, ותנאים אלו מחייבים. אמנם אומרת הגמרא: "הני

מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב, לאו כל כמינייהו דמתנו". בשיטה מקובצת בשם הר"י מיגאש פירש: "אדם חשוב – שהוא תלמיד חכם וממונה על הציבור". הרי לנו חובה לקבל את חוות דעתו של חכם גם בנושאים מקצועיים, שמא יש בהם השלכה לענינים הלכתיים.

האם יש חובה להתייעץ עם סמכות רוחנית? הגר"י פערלא בביאורו לספר המצוות לרס"ג (לא תעשה מו, ובמנין הפרשיות פרשה ד) הוכיח שיש בזה מחלוקת. לדעת הרמב"ם וסיעתו, אין השאלה בכלל המצווה, ואם רצו שלא לשאול – רשאים. ואילו לדעת רס"ג ור"ש הגדול באזהרות, החיוב הוא גם לשאול, והשאלה והדרישה הן מצוות עשה.

מקור הסמכות של הסמכות הרוחנית הוא ההסכמה הכפולה של החכמים ושל העם. בעבר הייתה הסמכות הרוחנית שייכת לבית הדין הגדול, כלשון הרמב"ם (הלכות ממרים א, א-ב): "בית הדין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבע"פ והם עמודי ההוראה ומהם חוק ומשפט יוצא לכל לישראל, ועליהן הבטיחה תורה, שנאמר על פי התורה אשר יורוך זו מצות עשה. וכל המאמין במשה רבנו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולהשען עליהן...". בית הדין הגדול היה ממנה גם את הדיינים, כלשון הרמב"ם (הלכות סנהדרין ב, ח): "אמרו חכמים שמבית דין הגדול היו שולחים בכל ארץ ישראל ובודקין, כל מי שימצאוהו חכם וירא חטא ועניו ושפוי ופרקו נאה ורוח הבריות נוחה הימנו, עושין אותו דין בעירו, ומשם מעלין אותו לפתח הר הבית, ומשם מעלין אותו לפתח העזרה, ומשם מעלין אותו לבי"ד הגדול".

בנוסף, ממלא בית הדין הגדול תפקיד גם במינוי המלך, וכלשון הרמב"ם (הלכות מלכים א, ג): "אין מעמידין מלך בתחילה אלא על פי בי"ד של שבעים ואחד ועל פי נביא". כך שבית הדין הגדול היה המחוקק, ממנה את השופטים וגם את המלך, ועל פיו יישק כל העם. למרות זאת, הייתה הקפדה על הפרדת הרשויות. לדעת הרמב"ן בפירושו לתורה (בראשית מט, י), אי הקפדה על כך בתקופת החשמונאים הביאה להכחדתה של שושלת המלוכה ושל כל בית החשמונאים. אלה דבריו על הפסוק "לא יסור שבט מיהודה ומחוקק מבין רגליו": "ואמר לא יסור... מעת שיחל להיות ליהודה שבט מלכות, לא יסור ממנו אל שבט אחר... ולפי דעתי המלכים המולכים על ישראל משאר השבטים אחרי דוד, עוברים על דעת אביהם ומעבירים נחלה... וזה היה עונש החשמונאים שמלכו בבית שני, כי היו חסידי עליון ואלמלא הם נשתכחו התורה והמצוות מישראל, ואף על פי כן נענשו עונש גדול, כי ארבעת בני חשמונאי הזקן החסיד המולכים זה אחר זה, עם כל גבורתם והצלחתם נפלו ביד אויביהם בחרב". את דבריו מבסס הרמב"ן על האמור בירושלמי שלומד מן הפסוק שאסור לכהן לעבור את תחום תפקידו ולפלוש לתחומו של המלך, שנאמר על המלך: "למען יאריך ימים על ממלכתו", ובסמוך נאמר: "לא יהיה לכהנים הלויים" וכו'.

לסיכום: התורה – הכל בה. סמכות חכמי התורה כוללת הכול. ראוי לצטט כאן קטע מדברי רבי יחזקאל אברמסקי (בהקדמה ל"חזון יחזקאל" על בבא קמא): "אם יש מי שאומר שאין בשולחן ערוך כדי לכלל את סדר ומשטר חיינו על יסוד המשפט העברי בלבד – אינו אלא משום שעיסוקו בדיני ממונות היה בדרך השואה... ולא שנה את פרקו בתורת ישראל

בחקירה ובהבחנה, שעל פיה מתגלה הכלל, בכל עת ובכל מקום שמתגלה אחד מפרטיו".
חידוש מעניין יש בדברי רבי חיים מואלוזין בשם הגר"א (עיין בסידור "אישי ישראל" על פי דעת הגר"א, בקונטרס ארחות חיים כתר ראש דברים אות טז): "גילה רבנו (הגר"א) דרך סוד ליקח עצה מן התורה. והיינו שילמד בחשק רב עד שידמה לו כלומד לשמה. ואז לחשוב על המבוקש אם לעשות או ללאו, וכפי שיעלה על הדעת אז, כן יעשה. וזו היא עצת התורה". בהגהות שם הוזכרו דברי הגר"א במשלי (טז, א): "וכאשר ישים מגמת נפשו בענין התורה הקדושה בכל לבבו... ה' יתן לו דעת ובינה". משמעות הדברים, שכל אדם יכול להגיע לדעת תורה לגבי עצמו, במידה ויכול לזמן מוגבל להיות במדרגה העליונה של לומד תורה לשמה, ואז באותה שעה תהיה דעתו לגבי עצמו דעת תורה.

לסיכום הנושא, ראוי לצרף כאן את ההגדרה ההלכתית המקורי של "ראש הישיבה" כמורה הלכה. הרמב"ם (הלכות סנהדרין א, ג) כותב: "קובעין בתחילה בית דין הגדול במקדש, והוא הנקרא סנהדרי גדולה ומנינם שבעים ואחד, שנאמר אספה לי שבעים איש מזקני ישראל ומשה על גביהן... הגדול בחכמה שבכולן מושיבין אותו ראש עליהן והוא ראש הישיבה, והוא שקורין אותו חכמים נשיא בכל מקום והוא העומד תחת משה רבנו. ומושיבין הגדול שבשבעים משנה לראש ויושב מימינו, והוא הנקרא אב בית דין, ושאר השבעים יושבין לפני כפי שניהם וכפי מעלתם". ובכן, ראש הישיבה עומד במקום משה רבנו והוא נשיא הסנהדרין. בית הדין הגדול שבראשו עומד ראש הישיבה הוא מוסד העל הרוחני של עם ישראל, וכדברי הרמב"ם בהלכות ממרים (א, א): "בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה והם עמודי ההוראה ומהם חוק ומשפט יוצא לכל ישראל". כך שראש הישיבה הוא גבוה מעל גבוה, ועומד בראש המוסד העליון של עם ישראל. גם אחרי שבית הדין הגדול חדל מלהתקיים, המשיכו הישיבות להתקיים, כדברי הרמב"ם בהקדמה ליד החזקה: "ואחר כ"ד של רב אשי שחיבר הגמרא וגמרו בימי בו, נתפזרו ישראל בכל הארצות פיזור יתר... ולא נכנסו ישראל ללמוד בישיבותיהם אלפים ורבבות כמו שהיו מקודם, אלא מתקבצים יחידים השרידים אשר ה' קורא, ובכל עיר ועיר ובכל מדינה ומדינה... וכל כ"ד שעמד אחר הגמרא בכל מדינה ומדינה וגזר או התקין או הנהיג לבני מדינתו או לבני מדינות רבות, לא פשטו מעשיו בכל ישראל". הישיבות היו קובעות את ההלכה ואת המנהג, כפי שעשה בית הדין הגדול. בתשובות הגאונים ניתן למצוא במקומות רבים את ההלכות והמנהגים של הישיבות – עיין ברא"ש מסכת ראש השנה פרק ד, סימנים יב-יד: "שאלו מקמי ריש מתיבתא... רבנו משולם שאל את פי ראש ישיבה שבירושלים...היו אומרים בשתי ישיבות" ועוד ועוד. המדובר היה בשאלות הלכתיות ובמנהגים של הימים הנוראים, כך שראש הישיבה והישיבה שימשו כבי"ד מקומי שבו נקבעה ההלכה לאותו מקום. הדבר אינו נוגע לחלק גדול מן הישיבות בימינו שנמנעות במפורש לעסוק בלימוד ובפסיקת הלכה, ועוסקות אך ורק בפלפול ובהבנה של הגמרא והמפרשים. קרה לא פעם שבשאלות פשוטות בהלכה שהתעוררו בישיבה (כגון טעות בספר תורה), נאלצו בני הישיבה לשאול מורה הוראה חיצוני, משום שראשי הישיבה לא ידעו את ההלכה.

אנו מוצאים בשולחן ערוך יורה דעה (רמב, ל) את דברי המחבר: "כל אלו הדברים שאמרנו שצריך לכבד בהם את רבו, לא אמרו אלא ברבו מובהק, דהיינו שרוב חכמתו ממנו". והוסיף הרמ"א בשם תשובות מהרי"ק: "ובימים אלו עיקר הרבנות אינו תלוי במי שלמדו הפלפול והחילוקים שנוהגים בזמן הזה, רק במי שלמדו פסק ההלכה והעיון והעמידו על האמת והיושר". ואכן המהרי"ק שם מאריך להוכיח שראש הישיבה תפקידו ל"הורות הוראת כולן", ובתפקיד זה עליו לשים את הדגש על אסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא, ולא על פלפולים וחילוקים. דבר זה משתלב במעמדו ובתפקידו של ראש הישיבה כממשיכו של משה רבנו העומד בראש ביה"ד הגדול, שהרמב"ם הגדירו: "עמודי ההוראה ומהם חוק ומשפט יוצא לכל ישראל".

בראש ישיבה עומד מורה ומלמד הוראה למעשה. כתב הרמ"א (יורה דעה רמב, ו): "וכן מי שלומד בישיבה זמן אחד נהגו לומר שהוא תלמיד בעל הישיבה, אע"פ שאפשר שבעל הישיבה שמע יותר חידושים ממנו. ויש למנהגים אלו עיקר על מה שיסמוכו". המקור לכך הוא בשו"ת תרומת הדשן פסקים סימן רלז המוסיף: "כי מנהג אבותינו תורה היא".

ציון, כי ראשי הישיבה הראשונים היו שם ועבר. על הפסוק: "ותלך לדרוש את ה" (בראשית כה, כב), פירש רש"י: "לבית מדרשו של שם". גם יעקב אבינו לקראת יציאתו לחרן נטמן י"ד שנה בבית עבר (רש"י בראשית כה, ט). הרמב"ם בהלכות עבודה זרה (א, ג) עוסק בגלגוליה של עבודה זרה מאז ימי אנוש עד אברהם אבינו ש"היה מהלך וקורא ומקבץ העם מעיר לעיר ומממלכה לממלכה... עד שנתקבצו אליו אלפים ורבבות והם אנשי בית אברהם". הראב"ד שם שואל: "ותמה אני שהרי היו שם ועבר, איך לא היו מוחים?" ה"כסף משנה" השיב על כך: "וישם ועבר היו מודיעים דרך ה' לתלמידיהם, אבל לא נתעוררו לקרוא ולהכריז כמו אברהם, ועל כן גדלה מעלתו ביותר". כלומר, לא די להרכיב תורה לתלמידים, יש להורות הוראה לכל העם. לכן הרמב"ם שם ממשיך ומציין כי "יעקב אבינו לימד בניו כולם, והבדיל לוי ומינהו ראש והושיבו בישיבה ללמד דרך השם ולשמור מצוות אברהם וצוה את בניו שלא יפסיקו מבני לוי ממונה אחר ממונה כדי שלא ישתכח הלימוד".

זהו שבט לוי בדברי הרמב"ם (הלכות שמיטה ויובל יג, יב): "ולמה לא זכה לוי בנחלת ארץ ישראל ובביזתה עם אחיו, מפני שהובדל לעבוד את ה' לשרתו, ולהורות דרכיו הישרים ומשפטיו הצדיקים לרבים, שנאמר יורו משפטיך ליעקב ותורתך לישראל". על אלה אומר הרמב"ם שם (הלכה יג): "ולא שבט לוי בלבד, אלא כל איש ואיש מכל באי עולם אשר נדבר רוחו אותו והבינו מדעו להבדל ולעמוד לפני ה' לשרתו... הרי זה נתקדש קודשים... ויזכה לו בעולם הזה דבר המספיק לו כמו שזכה לכהנים וללויים".

השילוב של "ללמוד וללמד", של לימוד והוראה למעשה, הוא השילוב של שבט לוי ושל מורי ההוראה לדורותיהם החל ממשה רבנו עד ימינו אלה.

יישר כוחך לתורה. אני מברך אותך ואת המרכז ליישומי משפט עברי, שאתה עומד בראשו, שתזכו להגדיל תורה ולהאדירה.

הקדמה

נשאלת השאלה: כלום ניתן לדבר על יישומים מודרניים של המשפט העברי? האם משפט עתיק יומין זה, שראשיתו במתן תורה לפני אלפי שנים, יכול לתרום לפתרון בעיות משפטיות מודרניות המעסיקות את שופטי בתי המשפט במדינת ישראל?

יש סוברים שהעיסוק במקורות המשפט העברי יפה בעיקר ללומדי בתי המדרש ולחוקרים העוסקים במחקר אקדמי-תאורטי-היסטורי המשלב מתודות של מדעי היהדות. ללומדי בית המדרש העיסוק במקורותינו הוא לשם מצוות לימוד תורה, בבחינת דרוש וקבל שכר, ולחוקרים – ניתוח המקורות מגמתו מחקר אקדמי-תאורטי גרידא, ואלה גם אלה אין עניינם שאלת שילובם של עקרונות המשפט העברי במשפט האזרחי המודרני הנוהג במדינת ישראל. אף אני, כמי שזכה ליהנות משני העולמות, עולם הישיבות ועולם המחקר האקדמי-תאורטי, התרחקתי בעבר, במסגרת עיסוקי במחקר אקדמי ובהוראת המשפט העברי, מלדון ביישום עקרונות המשפט העברי במשפט הישראלי. אך לפני שנים אחדות נדרשתי לראשונה לעיסוק בתחום זה משום מעשה שהיה. ומעשה שהיה כך היה. במסגרת הכנת המהדורה החדשה של אנציקלופדיה יודאיקה, ביקשני המשנה לשעבר של נשיא בית המשפט העליון, הפרופ' מנחם אֶלון, מגדולי חוקרי המשפט העברי בימינו, לכתוב שני ערכים באנציקלופדיה על סדר הדין ודיני העדות במשפט העברי. לצורך זה, סקרתי את העולה מן התלמודים, מספרות הראשונים ומן הפוסקים. כשהגשתי לפרופ' אֶלון את הצעתי הראשונה לערכים הללו, הוא קרא את הדברים והפטיר: "אתה סוקר את עמדת המשפט העברי כאילו היה זה משפט רומאי עתיק שחלף ועבר מן העולם ואין לו שייכות לימינו", וביקשני להדגיש את העובדה שיש לעקרונות המשפט העברי חיוניות רבה גם בדורנו ושניתן למצוא לעקרונות אלה ביטויים גם בפסיקה של בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הרבניים בימינו. דבריו חדרו אל לבי, וכשכתבתי את הערכים שנית, הדגשתי את המימד היישומי. אז נחשפתי לראשונה לעוצמתו של ממד זה ולחיוניותו.

אכן, תורת ישראל תורת חיים היא. אני מגלה עובדה זאת שוב ושוב משעה שהתבקשתי על ידי פרופ' סיני דויטש, דיקן בית הספר למשפטים וסגן נשיא המכללה האקדמית נתניה, לעמוד בראש מרכז חדש שהוקם ביוזמתו במכללה בשנת התשס"ה (תחילת 2005), הלוא הוא "המרכז ליישומי משפט עברי" (ישמ"ע). מטרתו של מרכז ישמ"ע היא לקדם את שילוב המשפט העברי במשפט הישראלי. המרכז, שהוא מרכז אקדמי עצמאי, מדגיש במיוחד את הממד היישומי-מעשי של המשפט העברי ואת דרכי התמודדות המשפט העברי עם בעיות חשובות ואקטואליות המעסיקות את עולם המשפט הישראלי. פעילותו העיקרית של מרכז ישמ"ע, הנעשית בשיתוף פעולה עם הנהלת בתי המשפט, היא מתן חוות דעת לשופטים המציגות את עמדת המשפט העברי באשר לעניינים הנדונים בבתי המשפט. חוות הדעת שמספק מרכז ישמ"ע אינן בבחינת פסקי הלכה, אך הן סוקרות את עמדת המשפט העברי

ואת הפתרונות שהוא מציע למגוון בעיות. במסגרת חוות הדעת, הנכתבות על ידי צוות המרכז – בראשותי ובסיועם של שני חוקרים, הרב עו"ד יוסי שרעבי והרב ד"ר משה בארי, שיש להם ידע נרחב בתחומי ההלכה היהודית, כולל סמיכה לדיינות, והמשפט הכללי – נבדקת כל שאלה המובאת לעיונם כפי שהוצגה על ידי השואל תוך כדי ניתוח הסוגיות הנוגעות לעניין במשפט העברי ואיתור שאלות ותשובות המשקפות את דעות הפוסקים שדנו בעניין זה במרוצת הדורות. מיום הקמת המרכז באדר התשס"ה ועד סוף התשס"ח, התקבלו במרכז למעלה מ-170 פניות של שופטים מכל הערכאות. ואמנם בכ-90 פסקי דין של בתי המשפט לערכאותיהם, הסתייעו השופטים במקורות המשפט העברי שהוגשו להם במסגרת חוות הדעת שנכתבו בידי חברי מרכז ישמ"ע. השאלות שנדונו במרכז ישמ"ע עוסקות במגוון ענפי משפט, ויש בהן כדי ללמד על העושר הטמון לפסיקה הישראלית באוצרות ההלכה היהודית כמעט בכל תחום מתחומי המשפט. השימוש הנרחב בחוות הדעת על ידי השופטים בהכרעותיהם השיפוטיות, כולל בתקדימים של ממש, מלמד ששופטי ישראל נכונים להסתייע במקורות המשפט העברי הרבה יותר ממה שנוטים לחשוב, ודומה שהפוטנציאל עדיין לא מוצה עד תומו.

רקע חקיקתי והיסטורי

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מפנה את בית המשפט אל עקרונות הצדק והמוסר והשלום של מורשת ישראל במקרים שאין להם תשובה בחקיקה או בהלכה פסוקה או בהיקש. זאת ועוד. בסעיף המטרה (א1) של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע שמטרת חוק יסוד זה היא להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עקרונות מרכזיים אלה העניקו משנה תוקף לחוות הדעת המציגות את עמדת המשפט העברי. ואמנם, ידועה המחלוקת העקרונית שנתגלעה בין שופטי בית המשפט העליון בעניין פרשנותם של החוקים הללו ומעמדו של המשפט העברי במשפט הישראלי. ואולם, דומה שחריפותה של המחלוקת האמורה שככה עם השנים, והדבר בא לידי ביטוי בעמדתו העדכנית של הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, הפרופ' אהרן ברק, שבחר להדגיש בעת האחרונה את מעמדו המיוחד של המשפט העברי כמשפט לאומי בספרו החדש, **שופט בחברה דמוקרטית** 289 (ירושלים 2004). בין יתר דבריו, כותב הנשיא ברק את הדברים המאלפים הללו:

בישראל ניתן למשפט העברי מעמד מיוחד. מעמדו אינו אך כמעמדו של משפט משה. הפניה אל משפט השוואתי היא פנייה למשפט זר. המשפט העברי אינו משפט זר. הוא חלק ממהותנו הלאומית. הוא אחד מ"נכסי צאן הברזל של תרבותה". הוא ליווה את העם היהודי במהלך ההיסטוריה הארוכה שלו. הפניה אל המשפט העברי היא פנייה "פנימית" אל "נכס תרבותי יקר של עמנו" ... נקודת המוצא שלי היא חילונית... חרף זאת הנני סבור – כפי שרבים מהחילונים סבורים, וכפי שמשפט המדינה קובע – כי יש

מקום למשפט העברי במשפט המדינה, וכי מקום זה ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו.

הדברים מדברים בעד עצמם. אין ספק שמתן חוות דעת לשופטים על ידי צוות חוקרי מרכז ישמ"ע, המסייעות לשופטים לאתר את מקורות המשפט העברי, יש בו משום תרומה למימוש היעד הנזכר לעיל, שמקומו של המשפט העברי במשפט המדינה "ילך ויגדל ככל שהידע על דבר המשפט העברי והגישה אליו ילכו ויגדלו".

אנחנו, צוות מרכז ישמ"ע, נשתדל לקדם את השימוש במשפט העברי במשפט הישראלי ונשמח לתרום את חלקנו הצנוע להעשרת הפסיקה במדינתנו היהודית והדמוקרטית.

החיבור שלפנינו, אינו מיועד רק למשפטנים, שוודאי יגלו עניין רב בו, אלא גם לקהל יעד נוסף, קהל משכיל ותרבותי המגלה עניין ב"ארון הספרים היהודי" בכלל, ובדרך התמודדותה של ההלכה היהודית עם אתגרי העידן המודרני, בפרט.

חלקי החיבור

בחיבור שלושה חלקים. בחלק הראשון, מוצגים נתונים כמותיים ומאפיינים כלליים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994–2006. באמצעות הנתונים הללו, ננסה לשרטט את תמונת המצב העכשווית, המבוססת על נתונים כמותיים, על מקומם של הערכים היהודיים, ובעיקר הערכים שאובים ממקורות המשפט העברי, במשפט הנוהג היום במדינת ישראל, היהודית והדמוקרטית. התמונה המצטיירת לגד עינינו בחלק זה מהווה רקע חשוב לדיון העיקרי בחיבורנו, יישומו של המשפט העברי בבתי המשפט, הבא בשני חלקיו האחרים של החיבור.

בחלקו השני של החיבור מוצגים פרקים במשפט העברי היישומי המיוסדים על כמה מחוות הדעת של מרכז ישמ"ע מסודרים בשערים לפי תחומי המשפט. מבנה הפרק דומה ברוב המקרים. כל פרק נפתח בהצגת העובדות והשאלות המשפטיות שהעלו השופטים בפנייתם למרכז ישמ"ע, ואחריהן תמצית חוות הדעת לאחר עיבוד מסוים, בין על ידי הרחבתה בין על ידי עדכונה, תוך שמירה קפדנית על מתכונתה הראשונית. ברוב הפרקים, כל אימת שהסתייעו השופטים שפנו למרכז ישמ"ע במקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות הדעת, מובאים בסופם עיקרי פסקי הדין, במיוחד הקטעים הנוגעים למקורות המשפט העברי, כדי לאפשר לקורא לעקוב אחר דרכי יישומו של המשפט העברי הלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט בישראל.

עניינו של החלק השלישי ניתוח פרטני-ביקורתי נרחב של חלק נכבד מפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994–2006, שנעשה בה שימוש איכותי נרחב במקורות המשפט העברי, ולא בדרך אגב בלבד, תוך חלוקה לתחומי המשפט. במהלך הדיון בפסקי הדין אנו מבקשים להראות כיצד עשויים מקורות המשפט העברי, ובכללם גם אלה שאינם נזכרים על

ידי השופטים בפסקי הדין, לתרום לבירור הסוגיה הנדונה לפרטיה. אמנם, לעתים הדיון במקורות המשפט העברי בהקשר לפסק דין כזה או אחר מביא אותנו למסקנות שונות מאלה שהגיעו אליהן כמה מן השופטים, אך אין כוונתנו לדחות את דבריהם אלא להראות כיצד העיון בדברי חכמינו עשוי להביאנו למסקנה אחרת. אך אלה ואלה מבוססים על דברי תורת חיים.

כאן המקום להביע תודה לכל מי שסייעוני בעבודתי. ראש וראשון לכולם פרופ' סיני דויטש, דיקן בית הספר למשפטים וסגן נשיא המכללה האקדמית נתניה, הוגה הרעיון להקמת המרכז ליישומי משפט עברי ומייסדו. אני מודה לו מקרב לב על הסיוע הנדיב לפעילות המרכז בכלל, ולהוצאתו לאור של חיבור זה בפרט. אף אני חייב לו תודה על עצותיו הטובות לי ועל כתיבת המבוא לחיבור. כמו כן אני מודה למערכת ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין ולמנכ"ל שלה, עו"ד אדם מירון, וכן לעורכת עו"ד טובה אולשטיין על עבודתם המסורה והיעילה. תודתי נתונה מקרב לב לשופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין ולרב הגאון הרב שלמה דיקובסקי, דיין בבית הדין הרבני הגבוה לערעורים, על כתיבת דברי ברכה בראש החיבור. אני חייב תודה מיוחדת לחברי צוות מרכז ישמ"ע, הרב עו"ד יוסי שרעבי והרב ד"ר משה בארי, על חלקם בכתיבת חלקו השני של החיבור. לרב יוסי שרעבי אני חב תודה גם על הערותיו המועילות בשאר חלקי החיבור. לד"ר בנימין שמואלי אני מודה על כתיבת הפרק "ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם", הכלול בחלק השני של החיבור. עו"ד דניאל חדר סייע ביסודיות וביעילות במלאכת איסוף הנתונים לחלק הראשון של החיבור ובהכנת מפתח אזכורי פסקי הדין שבסוף החיבור. ד"ר יחיאל קארה עבר על הנוסח הסופי של כתב היד והציע תיקוני לשון. כולם יעמדו על התודה. לבסוף אני מבקש להודות לרעייתי רוחמה, שבלי עזרתה ועידודה, לא היה עולה בידי להשלים חיבור זה. אני מודה להקב"ה על ששם חלקי מיושבי בית המדרש וזיכני להשלים את המלאכה.

תוכן עניינים מקוצר

א	דברי ברכה מאת אליקים רובינשטיין, שופט בית המשפט העליון
ג	איגרת ברכה והערכה מאת הרב שלמה דיכובסקי, דיין בבית הדין הרבני הגדול
ז	הקדמה
טו	תוכן עניינים מפורט
לו	מבוא מאת פרופ סיני דויטש

חלק ראשון: רקע כללי – המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994–2006

שער ראשון: המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון – נתונים כמותיים ומאפיינים

פרק ראשון: פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי 4 | פרק שני: השופטים
שנוקקו למשפט העברי 17 |

שער שני: המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים – נתונים כמותיים ומאפיינים

פרק ראשון: פסקי דין מחוזיים שנוכר בהם המשפט העברי 34 | פרק שני: השופטים
שנוקקו למשפט העברי 44 | פרק שלישי: פשר המגמה להגברת ההיזקקות למשפט
העברי בבתי המשפט המחוזיים 48 | אחרית דבר: תמונת המצב ומבט אל העתיד 55 |

חלק שני: פרקי משפט עברי – יישומי חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ופסקי הדין שהסתייעו בהן

(בכתיבת חלקו השני של הספר השתתפו גם יוסי שרעבי ומשה בארי)

שער ראשון: רפואה ומשפט

פרק ראשון: הפריה חוץ-גופית לרווקה מאיש נשוי 61 | פרק שני: הפריית אישה מזרע
חברה שנרצח 75 | פרק שלישי: פיצוי מן המדינה ומקופת החולים לתורם כליה 83 |
פרק רביעי: כבוד המת ומעמד המשפחה בשריפת הגופה 99 |

שער שני: דיני עונשין

פרק ראשון: תנאי תחולה של הגנת הצורך (דין "רודף") 111 | פרק שני: ענישה גופנית
של ילדים בידי הוריהם 124 | פרק שלישי: קשר סיבתי בעבירת הריגה ושאלת ניתוק
על ידי מעשה "המתת חסד" 144 | פרק רביעי: שלילת חירות מחשוד או מנאשם שלא
במאסר (חלופות מעצר) 150 | פרק חמישי: שיקולי ענישה ושיקום בעבריינים קטינים
156 | פרק שישי: שיקולי ענישה בעבריין שכבר נענש בידי שמיים 165 |

שער שלישי: דיני נזיקין ולשון הרע

פרק ראשון: פיצויים נזיקיים בגין התעללות הבעל באשתו 179 | פרק שני: קווי
מדיניות בקביעת פיצויים עונשיים 195 | פרק שלישי: פסיקת פיצויים נזיקיים על פי
"אומדנא דדינא" 210 | פרק רביעי: חסינות בהוצאת דיבה בעת ההליך שיפוטי 221 |
פרק חמישי: חובת עיתון לפרסם החלטה על סגירת תיק נגד נאשם 235 |

שער רביעי: משפט מסחרי

פרק ראשון: הגבלים עסקיים ותחרות מסחרית 243 | פרק שני: הרמת מסך ההתאגדות
ואחריות אורגנים בחברה 258 |

שער חמישי: דיני חיובים

פרק ראשון: מחילת חוב 273 | פרק שני: קניית נכס שלא בתום לב ובהטעיה בדבר
זהות הקונה 283 | פרק שלישי: פרשנות המונח 'לכשירחב' בהתחייבות 290 | פרק
רביעי: השתתפות בהוצאות בניית גדר בין שני שכנים בשטחו של האחד 293 |

שער שישי: דיני משפחה

פרק ראשון: אימוץ פתוח 303 | פרק שני: הפשרה והגישור במשפט ובדיני המשפחה
309 | פרק שלישי: חיוב האם במזונות ילדיה 320 | פרק רביעי: חיוב מזונות לנולד
לאישה נשואה בהזרעה מלאכותית בלא הסכמת בעלה 332 | פרק חמישי: חיוב האישה
במזונות בעלה מדין צדקה 338 | פרק שישי: דיני מורד ומעין מורד 344 | פרק שביעי:
חיוב מזונות כלפי ידועים בציבור 360 |

שער שביעי: דיני עבודה

פתיחה 371 | פרק ראשון: שיקולים בפסיקת פיצויים למעביד עקב הפרת חוזה על ידי
העובד 373 | פרק שני: ביטול תנאי פרישה של אישי ציבור הנוגדים את תקנת הציבור
382 | פרק שלישי: פיטורין ופיצויי פיטורין לעובד שנתפס בגניבה 388 | פרק רביעי:
פיצויים בגין הלנת שכר 400 |

שער שמיני: דיני ראיות

פתיחה 415 | פרק ראשון: נטל ההוכחה והכרעה בין גרסאות 417 | פרק שני: מי נחשב
ראוי לתת חוות דעת של מומחה 429 |

חלק שלישי: השימוש במשפט העברי בפסיקה נבחרת של בית המשפט העליון – עיון וביקורת

שער ראשון: זכויות יסוד

פרק ראשון: זכויות האדם בשעת מלחמה 440 | פרק שני: זכויות אישיות 446 | פרק
שלישי: חופש הדת והמצפון 459 | פרק רביעי: חופש הביטוי 464 | פרק חמישי:
זכויות חברתיות 467 |

שער שני: ענייני הציבור

פרק ראשון: נבחרי הציבור 476 | פרק שני: תכנון ובנייה בידי רשויות ציבוריות 482 |

שער שלישי: קניין וירושה

פרק ראשון: הזכות הקניינית 490 | פרק שני: "תקנת השוק" 501 | פרק שלישי: זכויות
יוצרים 513 | פרק רביעי: דיני ירושה – "מצווה לקיים דברי המת" 521 |

שער רביעי: דיני חיובים

פרק ראשון: ניהול משא ומתן בתום לב 534 | פרק שני: חוזה למראית עין – הברחת נכסים 547 | פרק שלישי: תוקפו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור 555 | פרק רביעי: מתנה 561 |

שער חמישי: דיני נזיקין

פרק ראשון: האחריות בנזיקין 570 |

שער שישי: דיני עונשין

פרק ראשון: יסודות העבירה 576 | פרק שני: הגנות 582 |

מפתחות

מפתח אוזכורי פסקי דין – התייחסות בתי המשפט המחוזיים והעליון למשפט העברי בין השנים 1994–2006 589 | מפתח פסיקה 630 | מפתח עניינים 645 |

תוכן עניינים מפורט

א	דברי ברכה מאת אליקים רובינשטיין, שופט בית המשפט העליון
ג	איגרת ברכה והערכה מאת הרב שלמה דיכובסקי, דיין בבית הדין הרבני הגדול
ז	הקדמה
ח	רקע חקיקתי והיסטורי
ט	חלקי החיבור
יא	תוכן עניינים מקוצר
טו	תוכן עניינים מפורט
לו	מבוא מאת פרופ סיני דויטש

חלק ראשון: רקע כללי – המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994–2006

1	פתיחה
	שער ראשון: המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון – נתונים כמותיים ומאפיינים
4	פרק ראשון: פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי
4	1. המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון לפני שנת 1994
6	2. שימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994 – 2006
6	2.1 התפלגות הנתונים לפי שנים
9	2.2 ההסתמכות על מקורות משפט משווה
12	2.3 מהות ההסתייעות במשפט העברי

2.4	מיון פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט	14
17	פרק שני: השופטים שנוקקו למשפט העברי	
17	1. ניתוח הממצאים הכמותיים	
24	2. מאפיינים עיקריים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי	
24	2.1 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט אליקים רובינשטיין במקורות המשפט העברי	
25	2.2 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט יעקב טירקל במקורות המשפט העברי	
27	2.3 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט יצחק אנגלרד במקורות המשפט העברי	
29	2.4 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט מישאל חשין במקורות המשפט העברי	
31	2.5 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט צבי טל במקורות המשפט העברי	

שער שני: המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים – נתונים כמותיים ומאפיינים

34	פרק ראשון: פסקי דין מחוזיים שנזכרו בהם המשפט העברי	
34	1. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפני שנת 1994	
35	2. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006	
35	2.1 ההתפלגות לפי שנים	
37	2.2 ההסתמכות על מקורות משפט משווה	
41	2.3 מהות ההסתייעות במשפט העברי	
43	2.4 מיון פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט	
44	פרק שני: השופטים שנוקקו למשפט העברי	
44	1. ניתוח הממצאים הכמותיים	
44	1.1 ההתפלגות לפי שופטים	

	פרק שלישי: פשר המגמה להגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים
48	
48	1. הגורמים
48	1.1. רקע כללי
49	1.2. תרומתם של שופטים שנוקקו הרבה למשפט העברי
50	1.3. הגברת השימוש במקורות משניים
50	2. השימוש בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע
50	2.1. היקף השימוש
52	2.2. מעמד חוות הדעת לאור פסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים
55	אחרית דבר: תמונת המצב ומבט אל העתיד
	חלק שני: פרקי משפט עברי – יישומי חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ופסקי הדין שהסתייעו בהן (בכתיבתו של חלקו השני של הספר השתתפו גם יוסי שרעבי ומשה בארי)
57	פתיחה
	שער ראשון: רפואה ומשפט
61	פרק ראשון: הפריה חוץ-גופית לרווקה מאיש נשוי
61	(א) עובדות המקרה והשאלות המשפטיות
62	(ב) חוות הדעת
62	1. הפריה מתרומת זרע של תורם זר שזהותו אינה ידועה
64	2. הפריה מתרומת זרע של תורם יהודי שזהותו ידועה
65	3. שאלות הנוגעות לתורם ולייחוס הוולד אליו
65	3.1. הוצאת זרע לבטלה
66	3.2. ייחוס הוולד
67	4. שיקולים הלכתיים אחרים
67	4.1. ייבום
68	4.2. ייחוס לכהונה
68	4.3. ירושה
68	4.4. איסורים הקשורים לעצם השימוש בתרומת זרע
69	5. שיקולים מוסריים כלליים
69	5.1. מוסריותה של ההפריה

69	5.2 . מוסריות האישה
70	5.3 . מוסד המשפחה וטובת הילד
70	5.4 . סלידה ממעשה ההפריה לרווקה
70	5.5 . שלום בית
71	6 . הפריה חוץ-גופית באישה רווקה
71	7 . מסקנות
72	(ג) פסק הדין
75	פרק שני: הפריית אישה מזרע חברה שנרצח
75	(א) השאלה המשפטית
75	(ב) חוות הדעת
76	1 . הפריה לאחר המוות – כללי
76	1.1 . מעמדו המשפטי של הוולד וייחוסו
77	1.2 . הבאת ילד לעולם שלא מאב ביולוגי במודע
77	2 . הפריה מזרע שנלקח לאחר המוות
77	2.1 . הפגיעה בכבוד המת
79	2.2 . שאלת המעמד המשפטי והייחוס
79	2.3 . רצונו של המת
80	2.4 . מעמדם של בני משפחת המת
82	2.5 . מעמד בת הזוג
82	(ג) מסקנות
83	פרק שלישי: פיצוי מן המדינה ומקופת החולים לתורם כליה
83	(א) עובדות המקרה והשאלות המשפטיות
84	(ב) חוות הדעת
84	1 . מבוא
84	1.1 . רקע כללי
86	1.2 . קבלת פיצוי מן הנתרם
86	2 . העילה הנזיקית
88	3 . עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט
88	3.1 . גדרה של הנאה המחייבת פיצוי עקב חיסכון בהוצאות – דין "משתרשי"
88	3.2 . גדרה של הנאה המחייבת פיצוי עקב חיסכון בהוצאות – דין "נהנה"
89	3.2.1 "זה נהנה וזה חסר"
90	

91	3.2.2	השפעת הקשר בין גורם החיסרון לנהנה על החיוב
	3.2.3	השפעת הקשר בין מועד החיסרון למועד ההנאה על החיוב
92		החיוב
93	3.3	הפורע חובו של חברו שלא מדעתו
94	4	הערות כלליות ושיקולי מדיניות
95	5	מסקנות
96	(ג)	פסק הדין
99		פרק רביעי: כבוד המת ומעמד המשפחה בשריפת הגופה
99	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
100	(ב)	חוות הדעת
100	1	האיסור לשרוף גופת אדם
104	2	מעמד בני המשפחה
106	3	שיקולי מדיניות
107	4	מסקנות
107	(ג)	החלטות בתי המשפט
107	1	החלטת בית משפט השלום בפרשת רוזן
108	2	החלטת בית המשפט המחוזי בפרשת רוזן

שער שני: דיני עונשין

111		פרק ראשון: תנאי תחולה של הגנת הצורך (דין "רודף")
111	(א)	עובדות המקרה והשאלות המשפטיות
112	(ב)	חוות הדעת
113	1	"דין רודף" – הגדרות כלליות
113	1.1	באלו מקרים חל דין רודף?
114	1.2	הניתן לראות במעשה של שלטון חוקי משום "רודף"?
115	2	האם התקיימו בענייננו התנאים לתחולת דין רודף?
	2.1	כאשר יכול להציל את הנרדף באמצעות פגיעה באיבר מאיברי הרודף
115	2.2	התראת הרודף
116	2.3	המתת אדם הרודף ללא כוונה
116	2.4	הריגת אדם שאינו גורם ישירות למוות
118	2.5	האם יש מקום להקל כאשר הרודף אינו יהודי?
119	3	מעשה קנאות – הניתן להקיש ממעשה פנחס לנדון דידן?

- 120 4. המחיר הלגיטימי להחזקת שטחי ארץ ישראל
- 121 5. מסקנות
- 122 (ג) הכרעת הדין
- 124 **פרק שני: ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם מאת ד"ר בני שמואלי**
- 124 (א) העובדות והשאלות המשפטיות
- 125 (ב) חוות הדעת
- 125 1. ענישה גופנית – הגדרתה ומקורה
- 127 2. הזרמים בדין העברי
- 127 2.1. הזרם השמרני-מסורתי
- 130 2.2. הזרם המודרני
- 133 3. "חושך שבטו שונא בנו"
- 134 4. הדין העברי במי שמתקשה לחנך את ילדיו או שאין לו כישורים מתאימים לכך
- 135 5. היחס בין ספר "אורחות צדיקים" לבין המקורות העבריים הנורמטיביים
- 136 6. הניתן להתאים את הדין העברי לכל דור ודור?
- 136 7. היחס בין הדין העברי לדין הישראלי, הלכת פלונית והלכת ראסי, והשפעתן על המקרה הנדון
- 136 8. סיכום
- 140 (ג) הכרעת הדין
- 144 **פרק שלישי: קשר סיבתי בעבירת הריגה ושאלת ניתוקו על ידי מעשה "המתת חסד"**
- 144 (א) העובדות והשאלות המשפטיות
- 144 (ב) חוות הדעת
- 145 1. שניים שהרגו יחד
- 146 2. דינו של ההורג את הגוסס
- 146 2.1. הגדרת "טריפה"
- 147 2.2. דינו של הורג טריפה
- 148 3. דינו של המכה את חברו עד כדי גסיסה
- 149 4. מסקנות
- 150 **פרק רביעי: שלילת חירות מחשוד או מנאשם שלא במאסר (חלופות מעצר)**
- 151 1. מעצר חשוד – כללי

153	2.	הגבלת חירותו של נידון או שלילתה שלא במאסר
154	3.	הגבלת חירותו של חשוד
155	4.	מסקנות
156		פרק חמישי: שיקולי ענישה ושיקום בעבריינים קטינים
156	1.	הכשרות המשפטית והאחריות הפלילית במשפט העברי
158	2.	תכלית הענישה
159	3.	"התשובה" ודיני העונשין
159	3.1.	כללי
161	3.2.	שלבי השיקום
161	3.3.	שיקום עבריין מועד
162	4.	לימוד מפרשת בן סורר ומורה
162	4.1.	כללי
163	4.2.	מאפייני ההתנהגות העבריינית בקרב בני נוער
163	5.	מסקנות
165		פרק שישי: שיקולי ענישה בעבריין שכבר נענש בידי שמיים
165	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
165	(ב)	חוות הדעת
166	1.	עונש בידי אדם ובידי שמיים
167	2.	השיקולים למידת העונש ולאופן ביצועו
169	3.	ניתוח על פי מטרות הענישה במשפט העברי
169	3.1.	מטרות הענישה – כללי
171	3.2.	שיקולי ענישה הלכה למעשה בנדון שלפנינו
172	4.	היקש מהלכת "קם ליה בדרבה מיניה"
172	5.	מסקנות
173	(ג)	גורי הדין
173	1.	גזר הדין בפרשת חדר
174	2.	גזר הדין בפרשת תיתי

שער שלישי: דיני נזיקין ולשון הרע

179		פרק ראשון: פיצויים נזיקיים בגין התעללות הבעל באשתו
179	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
181	(ב)	חוות הדעת

181	1.	האיסור להתעלל בבן הזוג – מקורותיו ויסודו
181	1.1.	חובת הבעל לכבד את אשתו
182	1.2.	מדיניות של החמרה בעונשו של בעל המתעלל באשתו
183	2.	חיוב הבעל המתעלל לשלם פיצויים נזיקיים לאשתו
183	2.1.	כללי
184	2.2.	פיצויים על התעללות גופנית וגרימת חבלה
186	2.3.	פיצויים על התעללות גופנית בלא לגרום חבלה
	2.4.	פיצויים על נזק נפשי שנגרם כתוצאה מפגיעה בגוף הניזוק
187		("בושת")
187	2.5.	פיצויים בגין התעללות נפשית-מילולית – "בושת דברים"
189	3.	ההיבט הפלילי
190	4.	מסקנות
191	(ג)	פסקי הדין
191	1.	פסק הדין בפרשת פלוני
192	2.	הכרעת הדין בפרשת הרנוי
195		פרק שני: קווי מדיניות בקביעת פיצויים עונשיים
195	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
196	(ב)	חוות הדעת
196	1.	רקע כללי – פיצויים עונשיים במשפט הישראלי
196	2.	מדיניות הענישה בכלל ופיצויים עונשיים בפרט
198	3.	פיצויים עונשיים מכוח הסמכות להעניש לצורך שעה
200	4.	המדיניות לעניין פסיקת פיצויים נזיקיים – שיעור הפיצוי
202	5.	הסמכות לדון דיני קנסות לנוכח הקושי לקבוע שומת נזק
203	6.	שיקולי מדיניות בהטלת פיצויים עונשיים
205	7.	מסקנות
206	(ג)	פסקי הדין
206	1.	פסק הדין בפרשת מרציאנו
207	2.	פסק הדין בפרשת יאגודייב
209	3.	פסק הדין בפרשת אשואל
210		פרק שלישי: פסיקת פיצויים נזיקיים על פי "אומדנא דדיינא"
210	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
211	(ב)	חוות הדעת
211	1.	המונח "אומדנא" והשימוש בו בהערכת כוונת האדם

212	2. "אומדנא" כראיה נסיבתית
214	3. קביעת שיעור הנזק – שומה
215	4. קביעת שיעור הנזק – שבועה
216	5. קביעת שיעור הנזק – אומדן כשיש קושי לערוך שומה מדויקת
217	6. סיכום ומסקנות
218	(ג) פסקי הדין
218	1. פסק הדין בפרשת פולק
219	2. פסק הדין בפרשת ברמי
221	פרק רביעי: חסינות בהוצאת דיבה בעת ההליך שיפוטי
221	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
222	(ב) חוות הדעת
223	1. גבולות איסור לשון הרע והרכילות
225	2. חסינותם של העדים
227	3. גבולות חסינותם של בעלי הדין
229	4. גבולות חסינותו של השופט
230	5. שיקולי מדיניות
231	6. סיכום ומסקנות
232	(ג) פסקי הדין
232	1. פסק הדין בפרשת עודד
234	2. פסק הדין בפרשת סולמון
235	פרק חמישי: חובת עיתון לפרסם החלטה על סגירת תיק נגד נאשם
235	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
236	(ב) חוות הדעת
	1. תיקונו של המדבר לשון הרע או המוציא שם רע על אדם – ההיבט הדתי
236	
238	2. המדבר לשון הרע או המוציא שם רע על אדם – ההיבט המשפטי
239	3. סיכום
239	(ג) פסק הדין
	שער רביעי: משפט מסחרי
243	פרק ראשון: הגבלים עסקיים ותחרות מסחרית
243	(א) העובדות והשאלות המשפטיות

243	(ב) חוות הדעת
243	1. מבוא
245	2. יחס המשפט העברי לתחרות עסקית
246	3. הגבלת תחרות עסקית למניעת פגיעה בפרט
247	4. עידוד תחרות עסקית משיקולי תועלת לציבור
248	5. הגבלות על השוק החופשי משיקולי הגנת הצרכן
250	6. הגבלים עסקיים – הסדר כובל ומונופולין
250	6.1. הסדר כובל
253	6.2. מונופולין
255	7. יישום העקרונות האמורים במציאות העסקית בימינו
255	8. מסקנות
256	(ג) גזר הדין

258	פרק שני: הרמת מסך ההתאגדות ואחריות אורגנים בחברה
258	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
259	(ב) חוות הדעת
261	1. האם ניתן לייחס לחברה אישיות משפטית נפרדת?
262	2. הרמת מסך ההתאגדות בגין אחריות בנוזיקין
263	3. הרמת מסך ההתאגדות מכוח אומדן דעת הצדדים
264	4. הרמת מסך ההתאגדות מכוח המנהג או חוק המדינה
265	5. הרמת מסך ההתאגדות מכוח דיני הקנסות
266	6. הערות בשולי הדברים
267	7. מסקנות
268	(ג) פסק הדין

שער תמישי: דיני חיובים

273	פרק ראשון: מחילת חוב
273	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
274	(ב) חוות הדעת
274	1. כיצד מתבצעת מחילת חוב?
275	2. האם צריך שתיאמר המחילה במפורש?
275	3. מחילה על חוב המעוגן בחוזה בכתב
275	4. נטל הראיה כשיש ספק אם הייתה מחילה
276	5. האם הימנעות מתביעת חוב זמן רב מעידה על מחילת החוב?

278	6. האם ההודעות על היתרה מעידות על מחילת החוב?
278	7. מסקנות
279	(ג) פסק הדין
283	פרק שני: קניית נכס שלא בתום לב ובהטעיה בדבר זהות הקונה
283	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
284	(ב) חוות הדעת
284	1. החובה לנהוג בתום לב
284	1.1. כללי
284	1.2. חובת הנאמנות של עורך הדין
285	2. הטעיה בדבר זהות הקונה
287	3. תוצאות מכירה שלא בתום לב
288	4. תשלום פיצויים על נזקים ישירים
288	5. מסקנות
289	(ג) פסק הדין
290	פרק שלישי: פרשנות המונח 'לכשירחיב' בהתחייבות
290	(א) העובדות והשאלה המשפטיות
290	(ב) הסתייעות במשפט העברי בפסק הדין
293	פרק רביעי: השתתפות בהוצאות בניית גדר בין שני שכנים בשטחו של האחד
293	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
294	(ב) חוות הדעת
294	1. היכולת לכפות שכן לבנות גדר בין השכנים
295	2. דין גדר שנבנתה בשטחו של אחד השכנים
296	3. השתתפות השכן בהוצאות בניית הגדר
298	4. מסקנות
299	(ג) פסק הדין
שער שישי: דיני משפחה	
303	פרק ראשון: אימוץ פתוח
304	1. טובת הילד
306	2. מעמדם של ההורים הטבעיים

307	3.	חובת גילוי האימוץ
307	4.	שיקולי מדיניות הלכתית
308	5.	מסקנות
309		פרק שני: הפשרה והגישור במשפט ובדיני המשפחה
309	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
310	(ב)	חוות הדעת
310	1.	פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות – כללי
312	2.	ביצוע ופשרה
313	3.	פשרה במהלך הדיון השיפוטי
314	4.	היבטים של יישוב סכסוך בדרכו של אהרן הכהן
317	5.	הבאת שלום בין איש לאשתו – גישור במשפחה
318	6.	מסקנות
318	(ג)	פסק הדין
320		פרק שלישי: חיוב האם במזונות ילדיה
320	(א)	השאלות המשפטיות
320	(ב)	חוות הדעת
321	1.	תקנת המזונות במקורות התלמודיים
322	2.	המקור ההלכתי לחיוב במזונות ילדים
324	3.	מזונות לילדים גדולים מגיל שש – דין צדקה
326	4.	ההבדל בין חיוב מן הדין לחיוב מדין צדקה
326	5.	תקנת הרבנות הראשית לישראל משנת התש"ד
327	6.	פרשנות התקנה והשפעתה על חיוב האם לזון את ילדיה
330	(ג)	מסקנות
		פרק רביעי: חיוב מזונות לנולד לאישה נשואה בהזרעה מלאכותית בלא הסכמת בעלה
332		בעלה
332	(א)	העובדות והשאלות המשפטיות
332	(ב)	חוות הדעת
333	1.	חיוב מזונות בהזרעה מלאכותית מזרעו של הבעל
334	2.	חיוב מזונות בהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר
334	3.	השפעתה של אי-הסכמת הבעל להזרעה על חיובו במזונות
336	4.	מסקנות
336	(ג)	פסק הדין

338	פרק חמישי: חיוב האישה במזונות בעלה מדין צדקה
338	1. למהותו של חיוב מתן הצדקה – כללי
339	2. החיוב לתת צדקה לקרובי משפחה
341	3. הזכאים לצדקה
341	4. אופן הכפייה
342	5. באלו תנאים חל חיוב לזון מדין צדקה
343	6. מסקנות
344	פרק שישי: דיני מורד ומעין מורד
344	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
344	1. פסק הדין הירושלמי
345	2. פסק הדין התל-אביבי
346	(ב) חוות הדעת
346	1. הגדרת המושגים והתוצאות המשפטיות
346	1.1. מורדת ומעין מורדת
347	1.2. מורד ומעין מורד
348	2. האם זכאי המורד לפירות נכסי אשתו ולמעשה ידיה?
350	3. מסקנות
350	(ג) פסקי הדין
350	1. פסק הדין הירושלמי
354	2. פסק הדין בערעור
355	3. פסק הדין התל-אביבי
360	פרק שביעי: חיוב מזונות כלפי ידועים בציבור
360	(א) השאלות המשפטיות
360	(ב) חוות הדעת
361	1. דין מערכת יחסי אישות מתמשכת בלא חופה וקידושין
361	2. החיוב למתן גט לבני זוג ידועים בציבור ויסוד חיוב מזונות
362	3. חיוב מזונות בנישואים אזרחיים – דעת הרב גולדברג
364	4. חיוב מזונות המושתת על יסוד חוזי
366	5. חיוב מזונות מדין צדקה
368	6. חיוב מזונות על פי דיני היושר במשפט העברי
369	7. בשולי הדברים
369	(ג) מסקנות

שער שביעי: דיני עבודה

371	פתיחה
373	פרק ראשון: שיקולים בפסיקת פיצויים למעביד עקב הפרת חוזה על ידי העובד
373	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
374	(ב) חוות הדעת
375	1. התוצאות המשפטיות של הפרת חוזה עבודה על ידי העובד
376	2. הכלים המשפטיים העומדים לרשות המעביד למנוע הפסד מעצמו
378	3. פיצויים מוסכמים בחוזה עבודה
379	4. מסקנות
380	(ג) פסק הדין
382	פרק שני: ביטול תנאי פרישה של אישי ציבור הנוגדים את תקנת הציבור
382	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
383	(ב) חוות הדעת
383	1. שכרו של נבחר ציבור
383	2. חובות אתיות של נבחר ציבור
384	3. פעולה של נבחרי ציבור שאינה מקדמת את תועלת הציבור
385	4. מסקנות
386	(ג) פסק הדין
388	פרק שלישי: פיטורין ופיצויי פיטורין לעובד שנתפס בגניבה
388	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
389	(ב) חוות הדעת
389	1. פיטורי עובד שנחשד בגניבה
390	2. יסוד החיוב בפיצויי פיטורין
390	2.1. לימוד מדין הענקה בעבד עברי
391	2.2. פיצויי פיטורין לפני משורת הדין – לימוד מן הכלל "למען תלך בדרך טובים"
392	2.3. ביסוס על המנהג
392	3. הפחתת פיצויי הפיטורין
393	4. הטלת פיצויים על המכפיש שמו של הזולת
394	5. מסקנות
395	(ג) פסקי הדין

- 395 .1 פסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה בפרשת שופרסל
 397 .2 פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין גדר דמי הודעה מוקדמת

- 400 פרק רביעי: פיצויים בגין הלנת שכר**
 400 (א) השאלות המשפטיות
 400 (ב) חוות הדעת
 400 .1 הלנת שכר – איסור דתי או גם חיוב ממוני?
 403 .2 האם יש בפיצויים על הלנת שכר משום ריבית אסורה?
 403 .2.1 החוק הישראלי
 404 .2.2 רכיב הפיצויים הנזיקיים
 404 .2.3 ריבית והצמדה
 407 .3 סנקציות
 408 .4 האם יש דין אחר להלנת פיצויי פיטורין?
 410 .5 מסקנות
 412 (ג) פסק הדין

שער שמיני: דיני ראיות

- 415 פתיחה**
 417 **פרק ראשון: נטל ההוכחה והכרעה בין גרסאות**
 417 פתיחה
 417 (א) העובדות והשאלות המשפטיות
 418 (ב) חוות הדעת
 419 .1 שורת הדין על פי כללי הערכת הטענות הרגילים
 420 .2 חריג: שכיר הנשבע ונוטל מבעל הבית
 421 .3 הקושי להקיש מדין השכיר לנדון דידן
 423 .4 קביעה לפי אומדן דעתו של השופט
 424 .5 מסקנות
 425 (ג) פסקי הדין
 425 .1 פסק הדין בפרשת אשכנזי
 426 .2 פסק הדין בפרשת יונסי
 428 .3 פסק הדין בפרשת כסיף

429	פרק שני: מי נחשב ראוי לתת חוות דעת של מומחה
429	(א) העובדות והשאלות המשפטיות
430	(ב) חוות הדעת
430	1. מבוא
431	2. הצורך במומחה
433	3. קביעת דרגת המומחיות
433	4. מי נחשב ראוי לתת חוות דעת של מומחה
434	(ג) החלטת בית המשפט

חלק שלישי: השימוש במשפט העברי בפסיקה נבחרת של בית המשפט העליון – עיון וביקורת

שער ראשון: זכויות יסוד

440	פרק ראשון: זכויות האדם בשעת מלחמה
440	1. ענישה קולקטיבית
440	1.1. "איש בחטאו יומת" כערך-על בפסיקת בג"ץ
443	1.2. עיון מחודש במקורות המשפט העברי בעניין ענישה קולקטיבית

446	פרק שני: זכויות אישיות
446	1. הזכות להורות – משפט ורפואה (פרשת נחמני)
446	1.1. השתלשלות העניינים
447	1.2. הערעור בבית המשפט העליון בפרשת נחמני
450	1.3. הדיון הנוסף בבית המשפט העליון בפרשת נחמני
452	1.4. דעות הרבנים בני דורנו
456	2. זכויות המת
456	2.1. פתיחת קבר אחים לביצוע בדיקה גנטית

459	פרק שלישי: חופש הדת והמצפון
459	1. כפייה דתית – חבישת כיפה בבית הדין הרבני
459	1.1. העובדות והשאלות המשפטיות
460	1.2. כיסוי ראש כמנהג המבטא דרך ארץ – דעת השופטת דליה דורנר
461	1.3. הבחנת השופטת דורנר בין כיסוי ראש לבין כיפה
462	1.4. האמנם אין למנהג ללכת בכיסוי ראש שורשים דתיים?

464	פרק רביעי: חופש הביטוי
464	1. גבולות חופש הביטוי
465	2. האיזון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב
467	פרק חמישי: זכויות חברתיות
467	1. הזכות לחינוך
467	1.1. מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך
468	1.2. מימון לימודי ילדים בעלי צרכים מיוחדים
469	1.3. חוקיות גבייתם של תשלומים על בחינות הבגרות
471	1.4. השבתת מוסדות חינוך
	שער שני: ענייני הציבור
476	פרק ראשון: נבחרי הציבור
476	1. מינוי נבחרי הציבור
	1.1. "אין מעמידים פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור" – עיקרון מנחה בפסיקה
476	1.2. דקדוק במוסריותם של נבחרי הציבור
477	1.3. הליכים לבחירת נושא משרה ציבורית
478	1.4. מעמד נבחרי הציבור כמעמד השופטים
479	2. בחירות
479	2.1. ביטול בחירות הנגועות בשוחד
480	2.2. מועמדותו של מי שחזר בו מדרכו הרעה
482	פרק שני: תכנון ובנייה בידי רשויות ציבוריות
482	1. מרחב ציבורי פתוח בקרבת אזורי מגורים
482	1.1. שינוי ייעוד שטח ציבורי פתוח לאזור מגורים
483	1.2. היחס למרחב הפתוח, "נוי העיר", במקורות המשפט העברי
484	1.3. האם בני העיר יכולים להתנות על דין "נוי העיר"?
485	2. הפקעת מקרקעין בידי רשות ציבורית
485	2.1. סמכות ההפקעה לצורכי ציבור
486	2.2. המדיניות המשפטית של חכמי ישראל – צמצום יכולת ההפקעה

שער שלישי: קניין וירושה

- 490 פרק ראשון: הזכות הקניינית**
- 490 1. פגיעה בזכות קניינית מכוח הכלל "כופין על מידת סדום"
- 490 1.1. הקדמה
- 490 1.2. עמדת השופט אנגלרד – "כופין על מידת סדום" אף בבנייה במקרקעי הזולת
- 490 1.3. עמדתו של השופט טירקל
- 493 1.4. שלילת זכויות קנייניות מכוח "כופין על מידת סדום" – עיון וביקורת
- 493 2. הריסת מעקה של גג שנבנה בלא היתר
- 498
- 501 פרק שני: "תקנת השוק"**
- 501 1. "תקנת השוק" במיטלטלין – פרשת כנען
- 501 1.1. הדיון הראשון בפרשת כנען
- 504 1.2. הדיון הנוסף בפרשת כנען
- 506 1.3. ההגנה על האינטרסים ב"תקנת השוק" במשפט העברי ובמשפט הישראלי
- 508 1.4. הגדרת תום הלב הנדרש מן הזוכה מכוח "תקנת השוק"
- 510 2. "תקנת השוק" במקרקעין
- 513 פרק שלישי: זכויות יוצרים**
- 513 1. היווצרות דיני זכויות יוצרים במקורות היהודיים – כללי
- 515 2. זכויות יוצרים על הרצאותיו של מרצה
- 518 3. הפרת זכויות בעל פטנט
- 521 פרק רביעי: דיני ירושה – "מצווה לקיים דברי המת"**
- 521 הקדמה
- 521 1. "מצווה לקיים דברי המת" – עקרון-על בפסיקה הישראלית
- 521 1.1. כללי
- 522 1.2. עשיית צוואה או ביטולה של צוואה שנפל בה פגם
- 525 2. גדרי הכלל "מצווה לקיים דברי המת" ויישומו הלכה למעשה
- 525 2.1. יישומו של הכלל בפרשת אהרוני ובפרשת חנוכה
- 526 2.2. קיום רצון המת בסוגיית יורש אחר יורש
- 529 3. הכלל "מצווה לקיים דברי המת" – בין המשפט העברי למשפט הישראלי

- 529 3.1. היסודות המשפטיים של הכלל במקורות המשפט העברי
 530 3.2. הגבלת תחולת הכלל

שער רביעי: דיני חיובים

- 534 פרק ראשון: ניהול משא ומתן בתום לב**
1. פסק דינו של השופט אנגלרד בעניין הטלת פיצויי קיום בגין ניהול משא ומתן שלא בתום לב
 534
- 534 1.1. פסק הדין בפרשת קל בנין
 535 1.2. הפנייה לעקרונות מורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט
 535 1.3. החובה לנהל משא ומתן באמונה – בין חובה מוסרית לחובה משפטית
- 535 1.4. האם הפרת קניין גוררת אחריה סנקציה משפטית?
 539 1.5. החלת המשפט העברי במערכת האזרחית
- 540 2. ביקורת
- 2.1. הבעיות הכרוכות בקליטת המשפט העברי במערכת החילונית
 540 האזרחית
- 542 2.2. עיקרי הביקורת
 543 2.3. ההבחנה בין סנקציה מוסרית-דתית לבין סנקציה משפטית
- 547 פרק שני: חוזה למראית עין – הברחת נכסים**
- 547 1. "שטר מברחת" – כללי
 549 2. דרכי התמודדות עם הברחת נכסים
 549 2.1. הברחת נכסים מן הבעל
 549 2.2. הברחת נכסים מבעל חוב
 550 3. המבחנים לביטול מתנה פיקטיבית
 550 3.1. המבחן הראשון – נתינת כל הנכסים
 551 3.2. המבחן השני – השימוש בנכסים
 552 3.3. שיקולי מדיניות – מניעת הברחת נכסים
 553 3.4. אפשרות חזרה מן המתנה
 553 4. נטל ההוכחה במתנה פיקטיבית – לפרשנותו של סעיף 34(ב) לחוק ההוצאה לפועל

- 555 **פרק שלישי: תוקפו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור**
555 1. פסק הדין בפרשת שחר
555 1.1. עיקרי פסק הדין
556 1.2. גבולות ההתנאה – "מתנה על מה שכתוב בתורה"
558 2. ביקורת
558 2.1. תוקפו של תנאי ממוני ה"מתנה על מה שכתוב בתורה"
560 2.2. חוזה בלתי חוקי

- 561 **פרק רביעי: מתנה**
561 1. חזרה מהתחייבות לתת מתנה
561 1.1. פרשנות חוק המתנה לפי המשפט העברי
562 1.2. הנטייה להקל על המבקש לחזור בו מהתחייבותו לתת מתנה
564 2. מתנה שניתנה בכפייה – "אונס"
564 2.1. פסק הדין
564 2.2. גדרי האונס במכר ובמתנה
566 2.3. גדרי האונס במתנה הניתנת לבן זוג

שער חמישי: דיני נזיקין

- 570 **פרק ראשון: האחריות בנזיקין**
570 1. יסוד האחריות בנזיקין
570 1.1. הפשיעה כיסוד האחריות בנזיקין
570 1.2. ביקורת: כלום יש להשתית את האחריות בנזיקין על יסוד הפשיעה בלבד?
571 1.3. "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו" – בין פשיעה לבין אחריות מוחלטת
572

שער שישי: דיני עונשין

- 576 **פרק ראשון: יסודות העבירה**
576 1. עבירה נמשכת
576 1.1. הגדרת "עבירה נמשכת"
577 1.2. עבירה נמשכת במקורות המשפט העברי
577 1.3. עיון והרחבה
579 2. היסוד הנפשי במעשה מגונה

579	2.1. היסוד הנפשי הנדרש במעשה מגונה
579	2.2. היקש לדיני בושת
580	2.3. עיון והרחבה
582	פרק שני: הגנות
582	1. טעות במצב הדברים בעבירת אונס
582	1.1. טעות לעניין הסכמה לקיום מגע מיני
583	1.2. לימוד מסוגיית "תחילתה באונס וסופה ברצון"
583	1.3. גדרי אונס "יצר אלבשה"
584	1.4. גדרי טעות במצב דברים

מפתחות

	מפתח אזכורי פסקי דין – התייחסות בתי המשפט המחוזיים והעליון למשפט
589	העברי בין השנים 1994-2006
630	מפתח פסיקה
	פסיקה ישראלית
630	פסקי דין של בית המשפט העליון
639	פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים
641	פסקי דין של בתי משפט השלום
643	פסקי דין של בתי המשפט למשפחה
643	פסקי דין של בתי הדין לעבודה
644	פסקי דין של בתי הדין הרבניים
644	פסיקה זרה
645	מפתח עניינים

מבוא

מאת פרופ' סיני דויטש

דיקן בית הספר למשפטים
המכללה האקדמית נתניה

ספר זה שונה מעשרות ספרים המתפרסמים על המשפט העברי בשנים האחרונות. אין הוא מציג תיזה חדשה במשפט העברי, או מחקר היסטורי-משפטי בתחום מסוים. חידושו בהפיכת המשפט העברי מתחום מחקר של שיטת משפט עתיקה לחלק ממשפטנו הנוהג במדינת ישראל. רבים כתבו על חשיבות היישום של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל. מעטים עשו משהו בנדון. פרויקט שמ"ע שהקמתי בשנת 1978 ושפעל עד לשנת 1990, ומרכז ישמ"ע שהוקם ב- 2004 בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה בראשותו של ד"ר יובל סיני, הם מהפרויקטים היחידים שלא רק דיברו יפה אלא גם פעלו באופן משמעותי להחדרת המשפט העברי לפסיקת בתי המשפט בישראל.

לספר זה גם חשיבות אקדמית רבה. יש שיטות מחקר שונות של המשפט העברי. יש הבוחנים את מקורותיו ואת התפתחותו. אחרים התמקדו בחקר המשפט התלמודי ויש שהתרכזו דווקא בספרות השאלות והתשובות. המיוחד בספר זה הוא הצגת גישה של מחקר פוזיטיבי של המשפט העברי. ובמילים אחרות, מציאת דרך להצגת המשפט העברי באופן שבו הוא יכול לשמש בסיס ליישום גם במשפט הישראלי המודרני. גישה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. שמירת האוטנטיות של המשפט העברי על מגוון דעותיו והשקפותיו, תוך הצגתו בלשון משפטית מודרנית המאפשרת את השימוש בו על ידי כל משפטן גם אם אינו מומחה במשפט העברי, היא תרומה חשובה מאין כמוה למשפט העברי וגם למשפט הישראלי. משפט שאין משתמשים בו – כמל ונובל ומתנתק מהמציאות. המשפט העברי אינו שיטת משפט עתיקה, שכן גם בימינו יש קהלים גדולים בישראל ומחוצה לה החיים על פי עקרונות המשפט העברי וכלליו. ספר זה אינו מיועד דווקא בעבורם. ספר זה מיועד למשפטן הישראלי, לחובב ארון הספרים היהודי, ולעורך הדין המעוניין בקשר עמוק יותר בין המשפט הישראלי לבין המשפט העברי כתשתית תרבותית למשפטנו המודרני. במשימה זו עמד הספר בהצלחה רבה. למשפט העברי יש מה לומר גם בנושאים המודרניים ביותר והוא רלוונטי לכל מגזרי חיינו. יהיו מקרים שבתי המשפט יאמצו בהם את כללי המשפט העברי ויש מקרים שלא יאמצו אותם. אך גרוע מכל הוא ההתעלמות ממורשת המשפט העברי. נגד תופעה זו מתמודד ספר זה של ד"ר יובל סיני בהצלחה רבה.

מידת השימוש הראוי במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט היא סוגיה העולה מפעם לפעם במשפט הישראלי. שאלה זו הייתה שאלה בוערת בשנות השמונים בעקבות חקיקת

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שקבע את מורשת ישראל כשיטת משפט משלימה למשפט הישראלי. הנושא עורר בזמנו ויכוחים לוהטים ונדון בעשרות מאמרים משפטיים, אך, בסופו של דבר, זו הייתה הרבה מהומה על כמעט לא מאומה. מעט מאוד אירע בתחום של קליטת המשפט העברי בפסיקה הישראלית, לא רק כשיטה משלימה ומחייבת אלא אף לא כשיטת משפט משווה.

מזה שנים רבות מתקיימים דיונים רבים, בעיקר בספרות המשפטית, בשאלת קליטתו של המשפט העברי במשפט הישראלי. למרות כל הדיונים לא תפס המשפט העברי את מקומו הראוי במשפט הישראלי. בפועל, יש לשיטת משפט אחרות, בין המשפט האנגלו-אמריקני, ובין המשפט האירופי, השפעה גדולה לאין ערוך על המשפט הישראלי. די אם נעיין ברשימת אזכורי האסמכתאות בפסיקת בית המשפט העליון כדי להיווכח שפונים הרבה יותר לשיטות משפט זרות מאשר לשיטת המשפט העברי. מספר המקרים שבהם שימש הדין העברי כבסיס להכרעת הדין הוא נמוך ביותר.

עם השנים שחלפו, השפעת המשפט העברי על המשפט הישראלי לא רק שלא גברה אלא אף פחתה. בתחום דיני המשפחה קיים מעבר מהלכות המשפט העברי לכללים שעוצבו בבית המשפט לדיני משפחה, המעוגנים בעקרונות משפט כלליים ובשינויי חקיקה המצמצמים את מקומו של המשפט העברי. בתחום החקיקה חלה נסיגה חמורה בשימוש במשפט העברי. אם בשנות השישים והשבעים הייתה השפעה לעקרונות של משפט עברי על לשון החקיקה הישראלית החדשה ולשונה, והיו ציפיות שמונחים אלה יפורשו על פי מקורם ההיסטורי, הרי שתופעה זו חדלה כמעט לחלוטין בשנות התשעים ואילך. חוק יסודות המשפט שהפנה לעקרונות מורשת ישראל הפך לאבן שאין לה הופכין. וכיום, אין כמעט פסיקה המסתמכת על חוק יסודות המשפט כבסיס לפנייה למשפט העברי. ברור שיש התנגדות רבה ורתיעה מפני קליטה רצינית של המשפט העברי למשפטנו הנוהג. עדיין מלמדים את המשפט העברי כחלק מתוכנית הלימודים בפקולטות ובבתי הספר למשפטים, אך נראה, לכאורה, עם השנים שמקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי לא רק שלא התקדם אלא נחלש.

נגד מגמות אלה הוקם מרכז ישמ"ע בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה. המטרה שהוצבה הייתה להגביר את השימוש במשפט העברי בבתי המשפט בישראל כחלק מהרקע המשפטי, התרבותי והמוסרי של המשפט הישראלי. מטרה זו היא אחת המטרות של בית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה. חוקי היסוד של מדינת ישראל קובעים במפורש שמטרתם לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מדריך את בתי המשפט להכריע במקרים של חסר לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. ברור כי המשפט העברי, כחלק ממורשתו ההיסטורית, הדתית והתרבותית של עם ישראל, אמור להיות חלק ממערכת המשפט בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בשאלה מה התוכן שיש לתת לאיזו מדינה יהודית ודמוקרטית נכתבה ספרות רבה.

ברצוני להפנות דווקא לפסקי-דין שניתן לפני שנים רבות על ידי הנשיא לנדוי בפרשת **רופאייזן נ' שר הפנים** (פ"ד טז 3438, 3447) שכתב:

"היש צורך להזכיר את ההכרזה על הקמת מדינת ישראל הפותחת בתיאור "הקשר ההיסטורי והמסורתי של העם היהודי עם ארץ ישראל, בה עוצבו דמותו הרוחנית הדתית והמדינית של העם, שלא חדל מתפילה, מתקווה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית? ברוח זו הוחק חוק השבות, הוא החוק על בנים השבים לגבולם. אין לנתק חוק זה ממקורות העבר, שמהם נשאב תוכנו, ובמקורות האלו שלובות, לאומיות ודת יחדיו ללא הפסק".

ברור שבמונח "מדינה יהודית ודמוקרטית" יש מקום חשוב למשפט העברי, תהא הגישה אשר תהיה באשר להיקף קליטתו. מרכזיותו של המשפט במסורת היהודית היא מן המפורסמות. ולדוגמה, אמרתו של רבן שמעון בן גמליאל בפרקי אבות פרק א' משנה יב שאמר: "על שלושה דברים העולם עומד, על הדין, על האמת ועל השלום, שנאמר (זכריה ח'): "אמת ושלום שפטו בשעריך". כמוכן שקליטת המשפט העברי צריך שתעשה בזהירות כדי לקיים גם את מידת האמת והשלום. ברור מכל מקום שאין להתעלם ממורשת המשפט העברי.

למרות נימוקים כבדי משקל אלו השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט נותר נמוך למדי. בזמנו הסברתי (ראו, סיני דויטש "פרוייקט שמ"ע – שירות המשפט העברי" דיני **ישראל**, יב 267 (תשמ"ד-תשמ"ה)) שיש שלושה גורמים עיקריים למיעוט השימוש במשפט העברי בבתי המשפט: 1. בעיית הטרמינולוגיה. 2. בעיית איתור המקורות. 3. בעיית הבנתם. לכך ניתן להוסיף קושי רביעי והוא הקושי בשימוש במקורות של משפט עתיק, מסורתי שמקורותיו דתיים כמקור לשיטת משפט במדינה מודרנית, ליברלית וחילונית.

בעיית הטרמינולוגיה היא בעיה מורכבת. רוב המשפטנים בישראל יתקשה למצוא במשפט העברי את המונחים המקבילים למשפט הישראלי. הרוב המכריע של המשפטנים בישראל אינו בקיאי במשפט עברי במידה שתאפשר להם לאתר במשפט העברי מונחים המקבילים לדין הישראלי. הקושי השני בשימוש במקורות הדין העברי הוא הקושי שבאיתורם. המשפט העברי משתרע על מגוון עצום של מקורות כולל כמיליון שאלות ותשובות שנכתבו במשך כאלף שנים. רוב החומר אינו מקוטלג או ממין ורק חלקים ממנו הועלו על מחשב, וגם זאת – ללא כל קיטלוג. המשפט העברי משתרע על פני כאלפיים שנה, לשונו היא במידה רבה ארכאית, לשון המקשה על הבנת הטקסט למי שלא רכש בקיאות מספקת בהבנת מקורותיו. לכך מתווסף הקושי של היכולת לדלות ולקלוט מתוך המשפט העברי אותם ערכים המתיישבים עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולברור מתוך מגוון הדעות של המשפט העברי אותן דעות והשקפות המקדמות את עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

בניסיון להתגבר על קשיים אלה הקמתי, עוד בשנת 1978, את שירות משפט עברי (שמ"ע) באוניברסיטת בר-אילן ליד פרויקט השאלות והתשובות (פרויקט השו"ת). שירות זה שפעל באופן סדיר עד לשנת 1990, סיפק במשך השנים למעלה מ-1000 חוות דעת לשופטים, למשפטים ולעורכי דין. במאמר שפרסמתי ב"דיני ישראל" בשנת 1985 הצגתי עשרות חיפושים מתוך כ-500 שבוצעו עד לפרסום המאמר. הפרויקט הצליח והפך להיות בן בית בציבור עורכי הדין והשופטים, אך נפסק מסיבות תקציביות ואחרות. במשך שנים לא נמצא גורם שהיה מוכן להמשיך ולממן פעילות זו שיש בה חשיבות למשפט הישראלי. לפני כארבע שנים, עם קליטתו של ד"ר יובל סיני לסגל האקדמי של בית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה, חודש הפרויקט במימון המכללה ותרומות מגורמים שונים ביניהם תרומה למרכז מורשת ישראל. בראשות מרכז ישמ"ע עומד ד"ר יובל סיני, מומחה למשפט עברי המסתייע בשני חוקרים תלמידי חכמים, הרב עו"ד יוסף שרעבי והרב ד"ר משה בארי. המרכז יצא לדרכו בשיתוף פעולה של הנהלת בתי המשפט. המרכז החדש, תחת השם מרכז ישמ"ע (יישומי משפט עברי), נחל הצלחה רבה. המרכז מכוון ישירות לשופטים היכולים לקבל ברשת האינטרנט חוות דעת בסוגיות שונות של המשפט העברי.

את חוות הדעת של ישמ"ע ניתן לאתר הן באתר המכללה האקדמית נתניה (www.netanya.ac.il), במסגרת "מרכזי המחקר של בית הספר למשפטים" – המרכז ליישומי משפט עברי. באתר כ-100 חוות דעת במגוון נושאים, וכ-90 פסקי-דין שהסתייעו בחוות הדעת) והן באתר התקדין המקוון בראש העמוד תחת הכותרת "ישמ"ע". באתר מוצגות חוות דעת של מרכז ישמ"ע המחולקות לפי עשרה נושאים והפתוחות לכל משתמש.

הספר **יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל** יציג לפני הקורא המשפטן וכל איש ספר עשרות חוות דעת של מרכז ישמ"ע ושל פסקי דין שהסתייעו בהן. לא פחות חשוב מכך, בחלק הכללי הראשון של הספר מוצג ניתוח כמותי ומאפייניו של המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים בישראל בשנים 1994–2006. מחקר זה ממשיך את המחקר הראשוני שפרסמתי בנושא עוד בשנת 1987 תחת הכותרת "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" שפורסם ב"מחקרי משפט" ו 7–37 (התשמ"ז), שבחן את השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1980–1986. מדהים לגלות במחקרו של ד"ר יובל סיני כי בשנים שחלפו מאז הקמת מרכז ישמ"ע במכללה האקדמית נתניה, לפני כארבע שנים, כשליש מכלל ההתייחסויות המשמעותיות למשפט עברי בפסיקת בתי המשפט בישראל מעוגנות בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, וזאת במגוון רחב ביותר של נושאים. החלק השני של הספר הוא החלק החשוב ביותר והוא מציג חוות דעת לדוגמה של מרכז ישמ"ע שנשלחו לשופטים ושנעשה בהן, בדרך כלל, שימוש בפסקי דין. מגוון הנושאים בהם פנו שופטי ישראל למרכז ישמ"ע, על מנת ללמוד על גישת המשפט העברי לסוגיות אלה, הוא מעניין ביותר. בשל חשיבות התחומים אמנה אותם בקצרה: רפואה ומשפט, דיני עונשין, דיני נזיקין ולשון הרע, משפט

מסחרי, דיני חיובים, דיני משפחה, דיני עבודה ודיני ראיות. ראוי לציין כי בחלק מפסקי הדין ההתייחסות למשפט העברי הייתה כאל מקור שממנו ניתן לשאוב השראה למשפט הישראלי, אף שבתו המשפט לא הפנו כלל לחוק יסודות המשפט.

יש חשיבות לאזכור מקורות המשפט העברי, גם כאשר פסק הדין מחליט, בסופו של דבר, לאמץ גישה שונה. חשוב שהמשפט העברי ישמש כמקור להשוואה בדומה לשיטות משפט מרכזיות גם אם בסופו של הליך מחליט בית המשפט להגיע לתוצאה שונה. ראוי שלפסקי-דין בנושאים חשובים וחדשים יהיה עומק משפטי ושהם לא יהיו פסקי-דין שטוחים. כשם שיש חשיבות למשפט השוואתי כך חשוב לפנות במידת האפשר למשפט העברי. ראוי שלפסקי דין, לפחות לחשובים שבהם, יהיה עומק אנליטי, ולא רק יישום טכני של הוראות החוק או הפעלת שיקול דעת של בית המשפט ללא הצגת תשתית תיאורטית. אחד היתרונות של המשפט הישראלי, הצועד בעניין זה בעקבות המשפט האנגלו-אמריקני הוא חובת ההנמקה המפורטת בפסקי הדין (וזאת בשונה מהמסורת האירופית). המסורת בישראל היא הסתמכות רבה לא רק על החוק והפסיקה, אלא גם על ספרות משפטית מקיפה ועל השוואה לשיטות משפט שונות. הפנייה למשפט העברי בסוגיות מורכבות משתלבת היטב בגישה זו ויש להשתדל להרבות בשימוש בה.

כפי שעולה מחוות הדעת שהוצגו בספר בחלק השני ומפסקי הדין שאזכרו וניתחו אותן, השימוש במשפט העברי נעשה ברמות שונות. לעתים, המשפט העברי תרם ישירות לפתרון הבעיה (כמו בפרק הראשון ובפרק השלישי בשער החמישי). לעתים, המשפט העברי תרם באופן עקיף לפתרון הבעיה, כמו בשאלה של תיגמול תורם כליה בגין תרומתו (פרק שלישי בשער הראשון). לעתים, שימש המשפט העברי כבסיס נוסף לדחיית טענת צידוק (פרק ראשון בשער השני). ההתנגדות לענישה גופנית של ילדים קיבלה חיזוק של ממש גם על בסיס המקורות של המשפט העברי (פרק שני בשער השני). יש מקרים שבהם עמדת המשפט העברי לא התקבלה אך הדיון בו הפרה ללא ספק את פסק הדין (פרק רביעי בשער הראשון).

יש לשבח את נכונותם של עשרות שופטים בבתי המשפט המחוזיים בישראל לפנות למקורות המשפט העברי דרך חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. הפנייה למשפט העברי דרך מקורות משניים אין בה כל פסול. קיימת ספרות של עשרות ספרים ואלפי מאמרים במשפט עברי שפורסמו בעשרות השנים האחרונות. ספרים ומאמרים אלה נועדו, בין השאר, לאפשר את השימוש במקורות משניים. לדעתי, אין כל פסול מבחינתו של המשפט הישראלי לאפשר לבתי המשפט להשתמש בכלי עזר משניים לגילוי עמדת המשפט העברי בסוגיות שונות. ברוב המקרים של אזכור המשפט העברי בפסיקה, משמש המשפט העברי מקור להשוואה או להשראה לפסיקת בית המשפט ולא מקור מחייב. בכל מקרה, ברוב המקרים שבהם נעזר בית המשפט כמשפט העברי לא קלטו השופטים את כל פרטי הלכות המשפט העברי כי אם רק את רעיונותיו העיקריים של הדין העברי ב"תמצית, בקירוב". הדגש היה תמיד על קליטת מקורות המתיישבים על ערכי המשפט הישראלי.

מאחר שמדובר בקליטת עקרונות ורעיונות של המשפט העברי ולא בקליטה מדויקת של הלכותיו, אין סיבה שלא להיעזר בספרות משפטית שפורסמו ובחוות הדעת של מרכז ישמ"ע של מכללת נתניה. ראוי לציין כי גם השימוש הנעשה במשפט האמריקני הוא לעתים קרובות בכלים משניים, כמו ספרים ומאמרים, ולא דווקא הסתמכות על הפסיקה האמריקנית. כשם שהמשפט האמריקני אינו מחייב את שיטת המשפט הישראלית, כך גם המשפט העברי אינו מחייב את המשפט הישראלי. הפנייה למשפט העברי נעשית מתוך כבוד והערכה לעקרונות הצדק והיושר של מורשת ישראל. לצרכים אלה ניתן להיעזר במקורות משניים. מרכז ישמ"ע מילא בהצלחה משימה חשובה זו.

על השיבות הפנייה למקורות המשפט העברי והצורך בפנייה זו כתבתי בזמנו במאמרי **במחקרי משפט (1987) בעמ' 37:**

"הפניה למשפט העברי צריכה שתתבסס בראש ובראשונה על ההכרה בחשיבות התרבותית-הלאומית של שאיבת רעיונות ועקרונות מההיסטוריה המשפטית הארוכה של עם ישראל. גישה טכנית בלבד למשפט וחוסר הכרה בחשיבות המורשת ההיסטורית מייתרת בעצם את הצורך לפנות למקורות המשפט העברי. גישה טכנית למשפט תבטל כל חשיבות לאופי הלאומי-העצמאי של משפטנו. אם תתקבל השקפה זו, אפשר שאכן עדיף להעתיק ולתרגם את הקודים האירופאיים רבי המסורת או אולי את הקודים האמריקאיים עתירי הנסיון והטכנולוגיה המשפטית. בתחומים שבהם אני עוסק ניתן בהחלט להצביע על היתרונות הגלומים בתרגום ה – Uniform Commercial Code כתחליף לניסוח המתומצת והחסר של החקיקה הישראלית בתחומים המקבילים. ההכרה בצורך במשפט ישראלי שיתאים לצרכי הארץ ויושביה מצביעה על החשיבות החברתית של שיטת משפט הצומחת מתוך העם בהתאם לצרכיו, ושאינה מתעלמת מההיסטוריה שלו, כשם שחקיקה מודרנית לא תיבנה על שיקולים של תועלתנות חומרנית בלבד ותתחשב גם בערכים מוסריים וחברתיים, כך גם הפסיקה אינה צריכה להתעלם מנסיון היסטורי של אלפי שנות מורשת תרבותית. אולי דווקא פסיקה שניתנה בהקשר חברתי וטכנולוגי שונה לחלוטין יכולה להציע פתרונות מקוריים לבעיות אנוש שמתחבטים בהן מיום שנוסדה חברה ועוצב משפט".

סיכומו של דבר. שילובו, גם החלקי, של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל יכול שיעשה במספר דרכים. ניתן לקדם את קליטת המשפט העברי למשפט הישראלי על ידי חקר המשפט העברי, דבר הנעשה בכל הפקולטות ובתי הספר למשפטים בישראל. המציאות מלמדת כי תרומת המחקר של המשפט העברי לקליטת המשפט העברי לתוך מערכות המשפט בישראל היא קטנה למדי. ניתן לקלוט הוראות של הדין העברי לתוך מערכת

החקיקה, דרך בה השתמשו בשנות השישים והשבעים, אך לא היה המשך לדרך זו בשנות התשעים ואילך. נותרה, אפוא, הדרך של שימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט כמקור תרבותי והיסטורי למשפט הישראלי ולמטרות השוואה והשראה. גם כאן השימוש אינו נפוץ, והדרך העיקרית להגדרת השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט היא השימוש בפרויקטים המסייעים לשופטים באיתור עקרונות המשפט העברי, דוגמת מרכז ישמ"ע של המכללה האקדמית נתניה, בראשותו של ד"ר יובל סיני. יש לקוות כי פרסום ספר זה והעיון בחומר המאלף הכלול בו יתרמו את חלקם ליתר שימוש במשפט העברי ככלי חשוב לקידום המשפט הישראלי.

י"א כסלו התשס"ט

8 דצמבר 2008

חלק ראשון

רקע כללי המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל 1994–2006

פתיחה

בחלקו הראשון של חיבורנו, הכולל שני שערים, מוצגים נתונים כמותיים ומאפיינים כלליים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994–2006. בעזרת נתונים אלה ננסה לשרטט את תמונת המצב העכשווית מבחינת מקומו של המשפט העברי בפסיקה הישראלית, ואף נוכל לעמוד על המגמות הצפויות בעתיד. דיונים רבים מתנהלים סביב האופי היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל בכלל, ושל מערכת המשפט בפרט, אך בדרך כלל מדובר בדיונים תיאורטיים שאינם מבוססים על נתונים כמותיים. מטרת המחקר שלפנינו ליתן לנו תמונה מוחשית, שמבוססת על נתונים כמותיים, על מקומם של הערכים היהודיים, ובעיקר הערכים שאובים ממקורות המשפט העברי, במשפט הנוהג כיום במדינתנו היהודית והדמוקרטית. התמונה המצטיירת לנגד עינינו בחלק זה מהווה רקע חשוב לפני הדיון העיקרי של חיבורנו, היישומים המודרניים של המשפט העברי, הבא בשני חלקיו האחרים של חיבור זה.

בשני השערים שלפנינו, מוצגים רק הנתונים הכמותיים והמאפיינים הכלליים. בסוף החיבור, בא מפתח לפי נושאים של כל פסקי הדין של בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים שיש בהם שימוש במשפט העברי בשנים 1994–2006. להשלמת התמונה הכללית המוצגת להלן, ראוי לעיין אף בחלק השלישי של חיבורנו, שעניינו ניתוח פרטני-ביקורתי

נרחב של חלק הארי של פסיקת בית המשפט העליון, שנעשה בה שימוש איכותי נרחב במקורות המשפט העברי, ולא בדרך אגב, תוך כדי חלוקה לתחומי המשפט. פסקי דין אחדים של הערכאות האחרות – בתי המשפט המחוזיים, בתי משפט השלום, בתי המשפט לענייני משפחה ובתי הדין לעבודה – מוצגים ונדונים בחלק השני של חיבורנו.

שער ראשון

המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון – נתונים
כמותיים ומאפיינים

פרק ראשון

פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי

1. המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון לפני שנת 1994

לפני שנציג את הנתונים הנוגעים לשנים שאנו עוסקים בהן במחקרנו (1994–2006), ראוי להביא את הנתונים שהוצגו במחקרים קודמים שעסקו בתקופה שלפני שנת 1994. מבדיקת הפסיקה שנתפרסמה בכרכים כז-לג (1973–1979) של פ"ד, עולה שהמשפט העברי נזכר בעשרים פסקי דין בממוצע בכל שנה.¹ חלוץ העוסקים בתחום זה הוא פרופ' סיני דויטש, שהציג נתונים על שכיחות ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986. במחקרו החלוצי, כלל פרופ' דויטש ניתוח ממצאים כמותיים על סמך הפסיקה שנתפרסמה בפסקי הדין הרשמיים.² עיקרי ממצאיו בעניין פסיקת בית המשפט העליון הם:³ בשנת 1980, נתפרסמו כעשרים פסקי דין, כממוצע בשנות ה-70 של המאה ה-20. לאחר מכן, בשנים 1981–1982, הייתה עלייה גדולה במספר פסקי הדין שנוקקו למשפט העברי, למעלה משלושים פסקי דין בכל אחת משתי השנים (31 בשנת 1981 ו-34 בשנת 1982). בשנת 1982, חלה ירידה חדה במספר פסקי הדין שנוקקו למשפט העברי (18 בשנת 1983 ו-19 בשנת 1984), כמספר פסקי הדין בזמן שקדם לחוק יסודות המשפט. מגמת הירידה בהיזקקות למשפט העברי הגיעה לשיאה בשנים 1985–1986, חמישה עד שבעה פסקי דין בלבד בכל שנה. על הסיבות לשינויים המפליגים לעתים בהיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, עמד

1 נתונים אלה מסתמכים על סקירות של "הפסיקה במדינת ישראל על-פי המשפט העברי" דיני ישראל ה-יא, וכבר העיר עליהם דויטש במחקרו הנזכר להלן.

2 סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו 7–37 (התשמ"ח).

3 שם, עמ' 15–16.

יפה פרופ' דויטש. וזה לשונו: "מספרים אלו אומרים דרשני. הם מראים, שלמעט תקופה קצרה של שנתיים שבהן השפיעה, כנראה, האווירה האופטימית שבאה בעקבות חוק יסודות המשפט, לא הצליח החוק החדש להביא לשינוי של ממש בשימוש במקורות המשפט העברי. למעשה, יש ירידה קלה במספר לעומת המקובל בשנים שקדמו לחוק יסודות המשפט".

במחקר המקיף של שחר, חריס וגרוס על נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון בשנים 1948–1994⁴, כללו שלושת המחקרים נתונים כמותיים של האזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים. המחקרים הביאו בו אף את החלק היחסי באחוזים של האזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים באותה שנה, כולל המשפט הישראלי והמשפט הזר לסוגיו. ואולם, ראוי להדגיש כי מחקרם מבוסס על כ-40% מפסקי הדין שפורסמו בשנים הללו. להלן הנתונים לשנים 1978–1994 שהוצגו במחקרם:⁵

	94	93	92	91	90	89	88	87	86	85	84	83	82	81	80	79	78	
עברי	13.7	7.6	1.3	1.5	2.8	6.2	4.2	4.4	2.1	2.5	3.5	2.6	1.6	3.1	5.8	5.0	9.9	
זר	9.5	12.1	11.8	8	12.8	5.9	12	13.9	18.5	12.6	10.8	10.7	11.5	15.8	16.0	14.4	14.5	

על מקומם של האזכורים מן המשפט העברי בתמונה הכוללת, כותבים המחקרים כי משקלם של אזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים השתנה מאוד משנה לשנה.⁶ בשנים מסוימות (כגון: 1954, 1968, 1978, 1993), הגיעה תרומתו של המשפט העברי לכדי 10% לערך מכלל האזכורים, ואילו בשנים אחרות (כגון: 1949, 1958, 1960), הייתה תרומתו קרובה לאפס. בין הקצוות האלה משתנה משקלה של תרומת המשפט העברי למשפט הישראלי במבוזר בלי כל מגמה. עוד כותבים המחקרים כי ממצאי המחקר מצביעים על כך שבשנת 1980, השנה שנחקק בה חוק יסודות המשפט, אין שינוי של ממש במגמה להסתייע במשפט העברי. בשנת 1982 מסתמן גידול מסוים במשקלם של אזכורים אלה. מגמה זו נמשכת בכל שנות ה-80. מיד לאחר מכן, בשנת 1982, הראשונות של שנות ה-90, מסתמנת שוב ירידה ניכרת במספר האזכורים.⁷ שלושת החוקרים מציינים שלא עלה בידם למצוא

4 י' שחר, ר' חריס ומ' גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – נתונים כמותיים" **משפטים** כז 119–217 (התשנ"ו).

5 ראו שם, עמ' 152, טבלה 10. לא הבאנו כאן את הנתונים מהשנים שקדמו ל-1978.

6 שם, עמ' 159–161.

7 הם כותבים שניתן לכאורה להצביע על אפשרות של השפעה חיובית באיחור של שנתיים, המכתיבה מגמה מתונה של עלייה בטווח של כשמונה שנים (1982–1990), אך ספק אם יש באפשרות זו ממש. ממוצע משקלם של האזכורים בשנים 1982–1990 (3.3) קטן מממוצע משקלם בשנים 1972–1980

גורם כלשהו שהשפיע לטווח ארוך על השינויים החריפים במידת ההסתייעות במשפט העברי בעולם האסמכתאות של בית המשפט העליון. לדעתם, אזכורו של המשפט העברי בפסקי הדין של בתי המשפט בישראל מושפע מהעדפותיהם של שופטים יחידים יותר מכל מקור אחר הנזכר בפסקי הדין הללו. כך, לדוגמה, 35% מכלל אזכורי מקורות בפסיקתו של השופט זילברג הם מן המשפט העברי;⁸ ומעין זה גם בפסקי הדין של השופט קיסטר, הנזקק למשפט העברי ב-29.2% מהם.⁹ שופטים אחרים מראשוני שופטי בית המשפט העליון נזקקו פחות מהם למשפט העברי: ש"ז חשין (6.2%), מני (5.8%), ח' כהן (3.8%).

ראוי להדגיש כי שחר, חריס וגרוס לא כללו במחקרם את הנתונים מפסקי הדין של השופט מנחם אֶלון, שהוא בלא ספק מגדולי הנזקקים למשפט העברי מקרב שופטי בית המשפט העליון, אם לא הגדול שבהם. ואולם, ממחקרו של דויטש עולה נתון מדהים, ולפיו כתב השופט מנחם אלון את רוב פסקי הדין שלו הנשענים על המשפט העברי בשנים 1980–1986, 73 מכלל 136 פסקי הדין שכתב בשנים הללו.¹⁰

2. שימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994–2006

2.1 התפלגות הנתונים לפי שנים

תחילה נעמוד על מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שנעשה בהם שימוש במשפט העברי בשנים 1994–2006. בסיס הנתונים שבחרנו לעסוק בו הוא פסקי הדין המצויים במאגר הממוחשב "נבו".¹¹ בסיס נתונים זה רחב בהרבה מן הבסיס שהשתמשו בו החוקרים שבחנו את מידת ההסתייעות במשפט העברי לפני שנת 1994, משום שהם הסתפקו בבדיקה מדגמית בפסיקת בית המשפט העליון שפורסמה.

(4.85).

8 שם, עמ' 194.

9 שם, עמ' 198.

10 דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 17.

11 אתר האינטרנט www.nevo.co.il. בחרנו באתר זה משום שהוא הגדול במאגרי פסקי הדין.

טבלה מס' 1: פסקי הדין שנעשה בהם במשפט עברי – התפלגות הנתונים לפי שנים

2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994	השנה
27	33	30	39	39	22	39	מספר פסקי דין שנזקקו בהם למשפט העברי
4234	2796	4230	2830	932	1719	2374	מספרם הכולל של פסקי הדין
462	574	472	415	298	238	417	מספר
5.84%	5.74%	6.35%	9.39%	13.08%	9.24%	9.35%	מכלל פסקי הדין שאינם החלטות (מעל 4 עמ') להלן: "מלאים".
							אחוז מ"ע מתוך כלל פסקי הדין המלאים

טבלה מס' 1: פסקי הדין שנעשה בהם במשפט עברי – התפלגות הנתונים לפי שנים (המשך)

2006	2005	2004	2003	2002	2001	השנה
45	33	35	22	20	23	מספר פסקי דין שנזקקו בהם למשפט העברי
23,690	28,715	2034	1941	2671	3119	מספרם הכולל של פסקי הדין
1980	3301	876	884	461	425	מספר
2.27%	1%	4%	2.6%	4.33%	5.41%	מכלל פסקי הדין המלאים.
						אחוז מ"ע מתוך כלל פסקי הדין המלאים

מעיון בטבלה עולות שלוש תופעות:

התופעה האחת, מידת השימוש במשפט העברי רבה יותר ממה שמקובל לחשוב (לדוגמה: 39 פסקי דין בשנת 94; מספר זהה בשנים 96–97; 35 פסקי דין בשנת 2004; 45 פסקי דין בשנת 2006). אמנם לא ניתן להצביע בוודאות על מגמה של עלייה דרמטית לעומת התקופה שבדק דויטש (1980–1986) בגלל הבלד בין בסיסי הנתונים במחקרו ובמחקרנו, משום שהוא בדק רק את פסקי הדין שפורסמו בכרכי פ"ד, ואילו אנו בדקנו את המאגר הממוחשב "נבו", הכולל מאגר רחב הרבה יותר של פסקי הדין. התופעה השנייה, מידת השפעתם הדרמטית של שופטים אחדים בעלי זיקה מיוחדת

למשפט עברי על מספר פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי. לעומת 39 פסקי דין העושים שימוש במשפט עברי בשנת 1994, חלה בשנת 1995 ירידה ניכרת במספרם של פסקי הדין מסוג זה עקב יציאתו לגמלאות של השופט מנחם אֶלון. ואולם, הייתה זו ירידה זמנית בלבד, משום שבשנים 1996–1997 שב מספרם של פסקי הדין להיות כבשנת כהונתו האחרונה של השופט אֶלון – 39 פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי, כנראה עקב הצטרפותו של השופט יעקב טירקל בשנת 1996 לבית המשפט העליון והצטרפותו של השופט יצחק אנגלרד בשנת 1997. בשנת 1998, חלה ירידה של ממש – 30 פסקי דין, כנראה עקב יציאתו לגמלאות של השופט צבי טל. בשנות האלפיים חלה מגמת ירידה שהגיעה לכדי 20 פסקי דין בלבד בשנת 2002. ואולם בשנת 2005, חלה עלה מספר פסקי הדין ל-35 בעקבות מינויו של השופט אליקים רובינשטיין כשופט בבית המשפט העליון. בשנת 2006, מספר פסקי הדין אף הגיע לשיא של 45 פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי. מספר זה מרשים במיוחד לנוכח העובדה שקודם לשנה זו פרשו מכהונתם השופטים טירקל ואנגלרד, שהרבו להסתייע במשפט העברי, וכעבור זמן לא רב פרש גם השופט מישאל חשין, שאף הוא נמנה עם השופטים שהרבו לצטט מן המקורות. הסיבה לדבר זה היא שחלק הארי של פסקי הדין נכתבו בידי השופט אליקים רובינשטיין, הנוהג להיזקק הרבה למקורות המשפט עברי. בכ-30% מפסקי הדין שלו, וניכרת אצלו מגמה של מוסיף והולך בשנים 2005–2006). בכ-30% מפסקי הדין שלו הוא מתייחס למשפט עברי, וניכרת אצלו מגמה של מוסיף והולך בשנים 2005–2006. על מידת השפעתם של שופטים אחרים נעמוד בהרחבה בהמשך דברינו.

התופעה השלישית, אחוז השימוש במשפט העברי בפסקי דין המשתרעים על פני ארבעה עמודים ויותר, כדי שלא לכלול במחקר החלטות קצרות, שמטבע הדברים כמעט אין בהן מקום לציטוט מן המקורות. בעניין זה, ניכרת מגמה ברורה ועקבית של ירידה מן השיא של 13.08% בשנת 1996 לשפל של 2.6% בשנת 2003 ו-1% בלבד בשנת 2005 מכלל פסקי הדין של בית המשפט העליון שנעשה בהם שימוש באוצרות היהדות. ואולם, בשנת 2006, חלה התאוששות קלה והאחוז עלה לכדי 2.27%.

אמנם, אין לייחס חשיבות מרובה מדי למדד זה אלא למדד העיקרי – מספרם המוחלט של פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי. אף אין משמעות רבה למגמת הירידה באחוזים, אשר ניתן לתלותה במגמת העלייה המתמדת במספר כלל פסקי הדין המשתרעים על פני ארבעה עמודים ויותר שניתנו בידי בית המשפט העליון, מ-238 פסקי דין בשנת 1995 ל-3,301 פסקי דין בשנת 2005. לעלייה זו יש השפעה דרמטית על האחוזים. כי אם נשווה למשל בין שנת 1996 לבין שנת 2006 ניווכח לדעת שבשנה האחרונה ניתנו 45 פסקי דין לעומת 39 בשנת 1996, ובכל זאת יש פער עצום באחוזים וביחס הפוך למספר פסקי הדין בין השנים הללו, 13.08% בשנת 1996 לעומת 2.27% בשנת 2006. תופעה זו היא תוצאה של העלייה במספר פסקי הדין, 1980 פסקי דין בשנת 2006 לעומת 298 בשנת 1996. שופטים רבים הביעו לפני את צערם על שאינם מסתייעים הרבה יותר במשפט

העברי בפסקי הדין שלהם, משום שאין סיפק בידם לעשות זאת עקב העומס העצום המוטל עליהם והזמן הרב יחסית הנדרש מהם לאיתור אסמכתאות במקורות משפט עברי. מדובר גם במי שהם בני בית במקורות, ולא רק מי שאינם רגילים להלך בשבילי התלמוד וההלכה היהודית.¹²

2.2 ההסתמכות על מקורות משפט משווה

בטבלאות מס' 2–3 מוצגים באורח מדגמי נהלי ההסתמכות של בית המשפט העליון על מקורות משפט, נוסף על החוק והפסיקה הישראלית: משפט זר (האמריקני, האנגלי, ועוד), המשפט העברי והספרות המשפטית הישראלית והזרה. הסקירה כוללת את הפסיקה בין השנים 1994–2004 – על פי כרכי פ"ד שפורסמו בשנים הללו (מכרך מח(1) ועד כרך נח(6)). בדיקתנו כללה הן את מספר הפניות למקורות הללו (טבלה מס' 2), הן את מספר פסקי הדין שהזכירו את המקורות הללו (טבלה מס' 3).

¹² אמנם, כפי שנראה בהמשך, בשער השני, בפרק השלישי, חוות הדעת של מרכז ישמ"ע אמורה לתת מענה לבעיה חשובה זו, אך יש שופטים שאינם מגלים נכונות להסתייע במקורות משניים.

טבלה מס' 2: הסתמכות על משפט משווה – חלוקה לפי מספר הפניות

משפט עברי		מספר האזכורים למקורות משפט אחרים* (מלבד פסיקה וחקיקה ישראלית)							מספר האזכורים		השנה	
אחוז ההתייחסות למשפט עברי ביחס לכלל ההתייחסות למשפט משווה	מקורות משפט עברי	ספרות משפטית		זר					אמריקני פסיקה	אנגלי פסיקה		מס' פסקי הדין שנכללו במדגם
		ספרים ומאמרים זרים	ספרים ומאמרים ישראלים	פסיקה								
				אחר	גרמני	בינ"ל	אוסטרלי	קנדי				
= 161/489 32.9%	161			5	3	4	4	18	156	141	90	1994
= 66/417 15.8%	66			20	6	3	6	28	102	186	66	1995
= 89/301 29.5%	89			3	6	1	1	14	48	116	58	1996
= 136/891 15.2%	136	143	378	6	6	1	3	23	67	128	122	1997
= 129/896 14.3%	129	148	456	1	4	3	3	12	49	95	118	1998
= 173/1236 13.9%	173	219	644	3	8	3	4	19	71	100	145	1999
= 77/981 7.8%	77	178	495	9	0	2	4	29	53	134	127	2000
= 77/1092 7.05%	77	199	551	2	7	0	3	17	86	157	133	2001
= 113/988 11.4%	113	186	531	9	3	7	1	21	29	98	143	2002
= 64/1468 4.5%	64	281	721	2	4	11	6	23	88	215	201	2003
= 129/1221 10.5%	129	252	514	21	3	1	7	22	106	169	131	2004
1214/8490 14.29% =	1214	1606	4290	81	50	36	39	226	855	1539	1334	סה"כ

טבלה מס' 3: נהלי הסתמכות על משפט משווה – חלוקה לפי מספר פסקי הדין

משפט עברי		מספר האזכורים למקורות משפט אחרים* (מלבד פסיקה וחקיקה ישראלית)									מספר האזכורים		
מקורות משפט עברי	אחוז	ספרות משפטית		זר					אנגלי	אמריקאי	מס' פסקי הדין שנכללו במדגם (כל פסה"ד שפורסמו)	השנה	
		מאמרים ומאמרים זרים	ספרים ומאמרים ישראליים	פס"ד זר	פס"ד גרמני	פס"ד בינ"ל	פס"ד אוסטרלי	פס"ד קנדי	פסיקה	פסיקה			
	28.8%	26			4	3	2	4	8	49	39	90	1994
	27.7%	18			3	4	2	5	12	39	33	66	1995
	34%	20			3	4	1	1	11	23	31	58	1996
	28.6%	35	43	99	2	3	1	3	7	29	38	122	1997
	29.6%	35	45	112	1	1	1	3	8	22	26	118	1998
	22.8%	27	57	134	3	4	3	3	13	29	30	145	1999
	16.5%	21	48	114	6	0	2	4	9	25	36	127	2000
	16.5%	22	72	124	2	5	0	2	8	33	37	133	2001
	12.5%	18	58	127	2	3	3	1	8	21	33	143	2002
	9.4%	19	75	182	3	4	3	5	8	31	47	201	2003
	17.5%	23	48	125	3	2	1	2	9	22'	29	131	2004
	= 264/2627 9.8%	264	446	1017	32	33	19	31	101	323	379	1334	סה"כ

מניתוח הנתונים שבטבלאות מס' 2–3 עולים ממצאים אחדים. הממצא העיקרי נוגע ליחס בין מידת ההסתייעות במשפט העברי לבין מידת ההסתייעות במשפט האמריקני או המשפט האנגלי, או בשניהם גם יחד.¹³ אין ספק שמידת השימוש במשפט העברי קטנה באופן ניכר¹⁴ בהשוואה למידת השימוש בשיטות משפט אחרות, בעיקר המשפט האנגלו-אמריקני.¹⁵ יחד עם זאת, אחוז ההסתייעות במשפט העברי הגיע לשיעור נכבד למדי, 10%-20% בממוצע,¹⁶ הן לפי מספר ההפניות והן לפי מספר פסקי הדין. בשנים אחדות, אף עלתה מידת השימוש במשפט העברי על מידת השימוש במשפט האנגלי או במשפט האמריקני. בשנת 1999 אף עלתה מידת השימוש במשפט עברי על מידת השימוש במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני גם יחד. בשנה זו היה מספר ההפניות למקורות המשפט העברי 173, ואילו מספר ההפניות למשפט האנגלי היה רק 71, ולמשפט האמריקני – 100. ואולם, ניכרת מגמה של השופטים להסתייע במשפט משווה זר יותר במשפט העברי. וראיה לדבר היא העובדה שגם בשנת 1999, שהייתה ברוכת הפניות למקורות המשפט העברי, היה מספר ההפניות לכלל המשפט המשווה הזר (פסיקה וספרות משפטית) 427, ואילו מספר ההפניות למשפט העברי היה כאמור פחות ממחצית ממספר זה, 173 הפניות.

2.3 מהות ההסתייעות במשפט העברי

ניתן למיין את מהות ההסתייעות במקורות המשפט העברי לחמש קבוצות עיקריות:¹⁷

- א. אִמְרַת אֶגֶב – ציטוט מקורות מן המשפט העברי בדרך אגב בלבד.
- ב. השוואה – הזכרת המשפט העברי לשם השוואה או השראה.
- ג. הסתמכות ישירה על מקורות המשפט העברי, בדרך כלל מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, או מכוח ההפניה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לערכה היהודיים של מדינת ישראל.
- ד. דין אישי – פנייה לדין העברי בתורת הדין המחייב בתחום דיני המשפחה.

¹³ אף שנתונים אלה מטעים במידה רבה, משום שחלק נכבד של הספרות המשפטית הישראלית יש בו הסתמכות על המשפט האנגלו-אמריקני. אם כן, מידת ההשפעה של שיטות משפט אלה רבה ממה שמשתקף בנתונים.

¹⁴ מסקנה זו מתחזקת לנוכח העובדה שחלק נכבד ביותר של ההפניות למקורות המשפט העברי הוא לפסוקים. בדרך כלל, מדובר בהפניות שהן בגדר אִמְרַת אֶגֶב בלבד.

¹⁵ ממצאים דומים באשר לשנים שקדמו לשנת 1994 עולים ממחקרו של דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 15 ושם בהערה 55; וגם ממחקרם של שחר, חריס וגרוס, לעיל ה"ש 4

¹⁶ לגבי שנים 94–96 [כרכים מח-נ] לא ניתן להסתמך על מפתחות הפ"ד בכל הנוגע לספרות משפטית. רק מכרך נא(1) יש התייחסות לספרות משפטית עקב עריכה מחודשת של ד"ר אביעד הכהן. על כן, אין משמעות לאחוזים הגבוהים של השימוש במשפט עברי בשנים אלה, ויש להתייחס לשנים 1997 ואילך.

¹⁷ אימצתי את הסיווג שנעשה במחקרו של דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 8, והוספתי רק את הקבוצה החמישית.

ה. אזכור (הפניה) – הפניה לפסקי דין אחרים המזכירים את מקורות המשפט העברי. קבוצות ב'-ד' משקפות כמובן שימוש איכותי יותר במקורות המשפט העברי בהשוואה לקבוצה א' ולקבוצה ה'.

החלוקה לחמש הקבוצות האמורות בראש פרקנו עומדת ביסוד טבלה מס' 4, המציגה את התפלגות אופני השימוש במשפט העברי לפי שנים.

טבלה מס' 4: מהות ההסתייעות – התפלגות לאופני שימוש במשפט העברי

מהות ההסתייעות חלוקה לפי שנים	אמרת אגב	השוואה	הסתמכות ישירה	דין אישי	אזכור	סה"כ	אחוז לכל שנה (מכלל ההיזקקות למשפט עברי בשנים 1994–2006)
1994	16	16	2	4	1	39	8.6%
1995	11	8	1	0	3	23	5.4%
1996	17	9	3	5	2	36	8.5%
1997	18	19	1	1	0	39	8.6%
1998	24	12	3	1	0	40	9.5%
1999	13	10	7	3	0	33	7.8%
2000	11	13	2	1	0	27	6.4%
2001	10	5	4	1	3	23	5.4%
2002	9	7	3	0	1	20	4.8%
2003	6	11	3	1	1	22	5.2%
2004	4	23	3	1	4	35	8.4%
2005	6	25	0	1	1	33	7.9%
2006	7	21	4	7	10	49	11.6%
סה"כ	152	179	38	26	26	419 ¹⁸	100%
האחוז מכלל היזקקות למשפט העברי	36.27%	42.72%	9%	6.2%	6.2%	100%	100%

¹⁸ סה"כ שבטבלה אינו חופף לנתונים בטבלאות אחרות, הן משום שכל טבלה יש בה התכים אחרים הן משום שפסק הדין נכתב, לעתים, בידי יותר משופט אחד, ואחד לדוגמה רואה במשפט העברי מקור להסתמכות ואילו עמיתו מאזכרו לתפארת המליצה בלבד, ומכאן הפער בין 416 לבין 422.

מן הנתונים שבטבלה מס' 4 עולה כי אופן השימוש השכיח ביותר במשפט העברי, כ-43%, הוא בגדר השוואה או השראה, ופחות הסתמכות ישירה, 9% בלבד. אך ראוי להעיר שקשה מאוד לעתים להכריע אם נעשה בפסק דין מסוים שימוש במשפט העברי לצורך השוואה או לצורך השראה בלבד או שמא מדובר בהסתמכות ישירה על מקורות המשפט העברי שהשפיעה על תוצאתו הסופית של פסק הדין. במקרים של ספק, הכרעתי בדרך כלל לחומרה, וכללתי את פסק הדין בקטגוריה של השוואה, והדבר הביא לצמצום מספר פסקי הדין המצוינים בטבלה שנעשתה בהם הסתייעות ישירה.

ברוב פסקי הדין נעשה שימוש איכותי במקורות המשפט העברי – השוואה, הסתייעות ישירה ודין אישי, אך למעלה מ-36% מכלל השימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון הוא אמרת אגב בלבד.¹⁹ ונדגיש כי מידת השימוש השכיחה ביותר בהשוואה למקורות המשפט העברי ומידת השימוש הרבה יחסית של ציטוט מקורות, בדרך כלל פסוקים, כאמרת אגב, אינה בגדר חידוש שהחל בשנים שנבדקו במחקרנו (1994–2006). יחס דומה פחות או יותר בין אופני השימוש במשפט העברי עולה גם ממחקרו של דויטש,²⁰ המתיחס לשנים 1980–1986, שהוצגו בו הנתונים האלה: מכלל 133 פסקי דין שניתנו בתקופה זו, מהות ההסתייעות ב-59 פסקי דין היא השוואה, ב-14 הסתמכות ישירה (ב-8 מהם, מכוח חוק יסודות המשפט), ב-42 אמרת אגב, וב-18 דין אישי.

2.4 מיון פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט

ממצאים מעניינים עולים מן הנתונים המוצגים בטבלה מס' 5, הכוללת פילוח פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות המשפט העברי לפי תחומי המשפט: המשפט הפרטי, המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני המשפחה.

¹⁹ גם שופטים העושים שימוש במקורות המשפט העברי נוטים, לעתים, לעשות שימוש מניפולטיבי במקורות ומפנים מקורות אלה כנגד בעלי הדין. במיוחד עת מדובר בבעלי דין הרואים עצמם מחויבים למקורות. בחלק מהבג"צים התייחסות השופטים חרגה משימוש על תפארת המליצה אלא היוותה אמצעי להבעת מורת רוח בית המשפט מהתנהגות העותר או המשיב. לדוגמה דחיית עתירות נאמני הר הבית, כנגד חפירות ללא היתר מצד הווקף, לוותה בתוכחה "כי לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה" כך נקט השופט זמיר בבג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(5) 509, בעמ' 514 (1997). ציטוט זה הובא גם בידי השופט חשין בבג"ץ 6403/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נא(4) 241, 249 (1996). גם כלפי בודדים ננקטה טקטיקה זו. השופט חשין בבג"ץ 8507/86 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269, בעמ' 277 (1997), הירבה בפסוקים מספר משלי על שמירת הלשון נגד נבחר ציבור שנקט לשון בוטה. וכן עשה שימוש ציני בציטוט התנ"כי "המתנדבים בעם" בבג"ץ 1930/94 יובל נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643, בעמ' 650 (1994), כלפי חיילים נעדרים מוטיביציה.

²⁰ דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 16, טבלה מס' 1.

טבלה מס' 5: מיון פסקי הדין לפי תחומי המשפט

הנושא המשפטי	פרטי	ציבורי	פלילי	משפחה	סה"כ	
אופי ההיזקקות למשפט עברי	א. אגב	30	72	29	10	141
	ב. השוואה	47	44	24	14	129
	ג. הסתמכות ישירה	8	14	5	8	35
	ד. דין אישי	0	0	0	24	24
	ה. אזכור	3	10	0	3	16
סה"כ						
	88	140	58	59	345	
אחוזים (אחוז ההיזקקות לענף המשפטי מתוך כלל ההיזקקות למשפט העברי במהלך העשור)	25.5%	40.5%	16.9%	17.1%	100%	

הנתונים המוצגים בטבלה מס' 5 מפתיעים מאוד במבט ראשון, שכן הדעת נותנת שרוב רובם של פסקי הדין שבהם נזכרו מקורות מן המשפט העברי יהיו מתחום המשפט הפרטי ודיני המשפחה,²¹ שהם התחומים הקלסיים שזכו לפיתוח רב בידי חכמי המשפט העברי לדורותיהם.²² אך לא כן עולה מן הנתונים המוצגים לעיל.

למעלה מ-40% מפסקי הדין שנזכרים בהם מקורות במשפט העברי הם מתחום המשפט הציבורי, ושיעור דומה, כ-42%, הם משני התחומים המשפטיים הקלסיים, המשפט הפרטי ודיני המשפחה כאחת. נמצא אפוא שמידת השימוש במשפט עברי בתחומי המשפט הציבורי והמשפט הפלילי עולה על מידת השימוש בתחומי המשפט הפרטי ודיני המשפחה. לשם השוואה, נציין כי במחקרו של דויטש שעסק בשנים 1980–1986, התפלגות פסקי הדין הייתה אחרת: המשפט הפרטי – 44%; המשפט הציבורי – 31%; המשפט הפלילי – 31%; דיני המשפחה – 27%. השוואת ממצאי מחקרנו לממצאי מחקרו של דויטש מלמדת על עלייה ניכרת במידת השימוש במקורות המשפט העברי בתחום המשפט הציבורי לעומת מידת השימוש במקורות אלה בתחום המשפט הפרטי.²³ בשנים 1980–1986, השימוש השכיח ביותר במקורות המשפט העברי היה בתחום המשפט הפרטי הקלסי, ואילו בשנים 1994–2006 ניתנה הבכורה למשפט הציבורי. ואולם אין להפריז יתר על המידה בהערכת השימוש הרב שנעשה בתחום המשפט הציבורי, משום שאם מפלחים את הנתונים לאור חמשת אופני

21 השוו לדברי דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 18.

22 חיזוק רב להנחה זו יש למצוא בעובדה ששני החלקים המשפטיים של שולחן ערוך, חושן משפט ואבן העזר, מוקדשים רובם ככולם לתחומי המשפט הפרטי ודיני המשפחה.

23 אף על פי שגם בשנים 1980–1986, הייתה מידת השימוש במשפט הציבורי ובמשפט הפלילי דומה פחות או יותר למידת השימוש בתחומים ה"קלאסיים" של המשפט הפרטי ודיני המשפחה.

השימוש, מתגלה כי בכמחצית מן האזכורים, 72 פסקי דין, של מקורות המשפט העברי בתחום המשפט הציבורי, נעשה הדבר באמרת אגב; ואילו כשמשווים את מידת השימוש האיכותי – השוואה והסתמכות אישית בלבד – במקורות המשפט העברי, הפער לטובת המשפט הציבורי לעומת המשפט הפרטי מצטמצם עד מאוד, 58 פסקי דין במשפט הציבורי לעומת 55 במשפט הפרטי. ואכן, בחלק השלישי של חיבורנו, כאשר נדון במבחר מפסקי הדין של בית המשפט שבהם נעשה שימוש במשפט עברי בתחום המשפט הפרטי, ניווכח לדעת שמדובר בשימוש איכותי, מקורי ומגוון בקשת רחבה של מקורות מן המשפט העברי, שאינו נופל מאיכות השימוש במקורות הנוגעים למשפט הציבורי, ובמידה רבה אף עולה עליו.

פרק שני

השופטים שנזקקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

טבלאות מס' 6–7 מציגות את נתוני השימוש במשפט העברי בבית המשפט העליון בשנים 1994–2006 לפי ההתפלגות לשופטים, תוך הבחנה בין אופני ההיזקקות למשפט העברי: אמרת אגב, השוואה, התייחסות המשפיעה ישירות על התוצאה הסופית של פסק הדין, דין אישי ואזכורי פסיקה (הפניות) העושה שימוש במשפט העברי. טבלה מס' 6 מתייחסת רק לשופטי בית המשפט העליון שנזקקו למקורות המשפט העברי ביותר מארבעה פסקי דין, ואילו טבלה מס' 7 מתייחסת לשופטי בית המשפט העליון שנזקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי הדין שכתבו או פחות מכן.

טבלה מס' 6: השופטים שנוקו למשפט לעברי ביותר מארבעה פסקי דין

שם השופט		טירקל	טל	רובינשטיין	חשין	אנגלרד	אלון
מהות ההיזקקות	אגב	18	8	7	80	7	-
	השוואה	23	12	51	20	11	2
	הסתמכות ישירה	16	5	8	3	12	2
	דין אישי	1	2	4	3	1	-
	אזכור	1	0	7	6	0	0
מספר פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי		59	27	77	112	31	4
מספר פסקי הדין וההחלטות בכלל		2980	688	4291	5517	1997	77
מתוך פסקי	מספר	803	198	1212	1420	630	4
הדין המלאים	אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים של אותו שופט	6.53%	13.63%	6.35%	7.89%	4.92%	100% מסתייע במשפט העברי גם בהחלטות קצרות
אחוז מכלל ההיזקקות של כל השופטים למשפט עברי בשנים 1994–2006 (מתוך 411)		14.35%	6.56%	18.7%	27%	7.54%	0.97%
אחוז מכלל ההיזקקות איכותית למשפט העברי (הסתמכות ישירה, השוואתית או נוגעת לדין האישי מתוך 233 פסקי דין)		17.16 %	8%	27%	11.15%	10.3 %	1.71 %

טבלה מס' 6: השופטים שנזקקו למשפט לעברי ביותר מארבעה פסקי דין (המשך)

שם השופט		דורנר	ברק	אריאל	שטרסברג-כהן	אילן
מהות ההיזקקות	אגב	1	4	6	1	1
	השוואה	8	5	1	4	3
	הסתמכות ישירה	2	1	0	0	1
	דין אישי	0	7	0	0	1
	אזכור	0	2	0	0	1
מספר פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי		11	19	7	5	7
מספר פסקי הדין וההחלטות בכלל		3961	10401	369	3213	438
מתוך פסקי הדין המלאים	מספר	945	2139	72	963	145
אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים של אותו שופט		0.1%	0.88%	9.72%	0.5%	4.72%
אחוז מכלל ההיזקקות של כל השופטים למשפט עברי בשנים 1994–2006 (מתוך 411)		11/411 2.67 %	19/411 4.62%	7/411 1.7 %	5/411 1.21 %	7/411 1.7 %
אחוז מכלל ההיזקקות איכותית למשפט העברי (הסתמכות ישירה, השוואתית או נוגעת לדין האישי מתוך 233 פסקי דין)		10/233 4.29 %	13/233 5.57%	1/233 0.42 %	4/233 1.71 %	5/233 2.14 %

מטבלה מס' 6 עולים שלושה ממצאים עיקריים.

ראשית, ניכר לעין השימוש הפורה והמבורך במעיינות הנצח של המשפט העברי שעשו כמה משופטי בית המשפט העליון, כשעמסו על גבם את עיקר הנטל של הסתייעות במקורות המשפט העברי.²⁴

²⁴ פסק דינו של השופט הינו נדבך נוסף הנבנה על סיכומי הצדדים. לפעמים היוזמה באה מצד עורכי הדין של הצדדים אשר העשירו את בית המשפט במקורות משפט עברי. עם זאת, ברור כי החלטת עורכי הדין

שנית, חשוב להדגיש שהטבלה אינה משקפת את פועלו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מנחם אֶלון, משיירי כנסת הגדולה של הדור הקודם של שופטי בית המשפט העליון. השופט אלון הוא בלי ספק השופט המזוהה ביותר עם המשפט העברי מכל שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם, משום שרוב פסקי הדין שלו ניתנו לפני שנת 1994, ואילו בשנת 1994, שנת תחילת מחקרנו, כבר היה על סף יציאה לגמלאות ולכן כתב רק כ-80 החלטות ופסקי דין. כדי להמחיש את גודל פועלו של השופט אֶלון, נציין שבשנתו האחרונה בבית המשפט העליון נזקק למקורות המשפט העברי בכל פסקי הדין שלו שהשתרעו מעל ארבעה עמודים. הלא דבר הוא!?

אכן, מחקרנו עוסק בעיקרו בפסיקת בית המשפט העליון בעידן שלאחר יציאתו של השופט אֶלון לגמלאות, והנה מצאנו שגם יורשיו לא טמנו ידם בצלחת וכמה מהם עשו שימוש ניכר ביותר במקורות המשפט העברי, גם אם לעתים באיכות פחותה משימוש המאלף של אֶלון, שהוא גם פרופ' למשפט עברי, שהגיע להישגים אקדמיים יוצאי דופן בתחום זה ואף זכה לקבל על פועלו את "פרס ישראל".

שלישית, מכלל שופטי בית המשפט העליון בימינו בולטת תרומתו הרבה של השופט אליקים רובינשטיין, העומד בראש העושים שימוש איכותי במקורות המשפט עברי, נוסף על אמרות אגב ואזכורים, בפסקי הדין שכתב, שהם 27% מסך כל פסקי הדין שעשו שימוש איכותי במקורות המשפט העברי. נתון זה בולט במיוחד לנוכח העובדה שהשופט רובינשטיין התמנה לבית המשפט העליון רק בשנת 2004, ובמחקרנו מוצגים רק פירות פסיקתו של רובינשטיין בשנתיים וחצי הראשונות מיום שהתמנה לתפקידו. ואף על פי כן, ניכר מהם שעשה בתחום זה יותר משעשו שופטים שישבו שנים ארוכות בבית המשפט העליון.

בעשור האחרון, ניכרת גם פעולתם של שלושה שופטים אחרים משופטי בית המשפט העליון: השופט יעקב טירקל, שתרם % 17.16 מסך כל פסקי הדין שעשו שימוש איכותי במשפט עברי; השופט יצחק אנגלרד, שתרם % 10.3 מכלל אלה; השופט צבי טל, שתרם % 8.1 מן השימוש האיכותי במשפט העברי

יש להדגיש כי לא רק שופטים המוגדרים כדתיים שומרי מצוות נזקקו למשפט העברי, אלא אף כאלה שאינם דתיים. ראש וראשון להם הוא המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין, שתרם % 11.15 מפסקי הדין העושים שימוש איכותי במקורות המשפט העברי.

אף השופט דורנר עשתה שימוש ניכר במקורות המשפט העברי – אם כי במידה פחותה בהרבה מכל השופטים שהזכרתי עד עתה. בעשרה מפסקי הדין שלה משמש המשפט

לשלב משפט עברי הושפעה גם מזהותו של היושב על כס השיפוט. כמו כן, שופטי בית המשפט העליון בשבתם כערכאות ערעור, הושפעו מפסקי דין ומהחלטות של הערכאות הנמוכות יותר. ערעור על פסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי והכולל התייחסות למשפט עברי, עשוי להביא לידי ביטוי התייחסות למשפט העברי גם בפסיקת בית המשפט העליון.

העברי כמקור להשוואה²⁵ או להתייחסות ישירה.²⁶ הנשיא (בדימוס) אהרן ברק,²⁷ השופטת שטרסברג-כהן, וגם השופטים שכינהו באופן זמני בבית המשפט העליון, השופטים מנחם אילן וחנוך אריאל, נזקקו אף הם לעתים למשפט עברי. על המאפיינים העיקריים של ההיזקקות של השופטים רובינשטיין, טירקל, אנגלרד, חשין וטל למשפט העברי, נעמוד בהרחבה בסעיף הבא.

ברם, אין בנקודות האור הבודדות הללו כדי להאפיל את השימוש המועט, האפסי כמעט, של רוב שופטי בית המשפט העליון במשפט העברי, כפי שעולה מן העיון בטבלה מס' 7.²⁸ עולה ממנה גם שזו המגמה המסתמנת לעתיד בקרב שופטי הדור הבא בבית המשפט העליון, ובראשם הנשיאה החדשה, השופטת דורית ביניש, שבמהלך השנים הארוכות שהיא מכהנת בבית המשפט העליון, החל משנת 1996, היא נמנעת מלהיזקק למקורות היהדות. זאת ועוד, היא נמנעה במובהק אף מלצטט בכל פסקי הדין שכתבה פסוק אחד או מובאה אחת מדברי חז"ל.²⁹ ונוסיף בצער כי כיום, השופט רובינשטיין הוא נושא הדגל היחיד של המשפט העברי שנותר בבית המשפט העליון לאחר פרישתם של ארבעה שופטים: טירקל, טל, אנגלרד וחשין.

25 ראו: בג"ץ 2599/00 יתו נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, עמ' 842 (2002); בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, עמ' 479 (2002); רע"א 4976/00 בית הפנסנר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, עמ' 585 (2001); דג"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, עמ' 467–468 (1997); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1, עמ' 8 (1994); ע"א 513/89 Interlego Exin נ' A/S Lines, פ"ד מח(4) 133, עמ' 197 (1994).

26 ראו בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650, עמ' 660–662 (1998) (כפייה דתית) לדיון בפסק דין זה, ראו חלק שלישי, שער ראשון, פרק שלישי; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, עמ' 281–282 (2001) (פגיעה ברגשות דתיים).

27 שימושו הניכר ביותר של הנשיא במשפט העברי נוגע לאימוץ הכלל המשפטי היהודי, "מצווה לקיים דברי המת" כעקרון על בדיני הירושה הישראליים. להרחבה בעניין זה, ראו מה שכתבתי להלן, חלק שלישי, שער שלישי, פרק רביעי.

28 בקרב קבוצה זו עשו שימוש ראוי לציון במקורות המשפט העברי רק השופטים גולדברג ודב לוין.
29 למעט הפניה למאמרים בדיני משפחה בבג"ץ 9834/01 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 913 (2003). אפשר שניתן למצוא ביטוי להסתייגות של ביניש מעצם ההיזקקות לדברי חכמי ההלכה היהודיים בבג"ץ 2957/06 חנן חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת (לא פורסם, 2006). פסק הדין נכתב בידי השופט רובינשטיין, שהרחיב כדרכו ודן במקורות ההלכה היהודית הנוגעים לנדון שלפניו. והעירה השופטת ביניש על דבריו במילים אלה: "קראתי את פסק דינו הספוג בדבר תורה של חברי השופט א' רובינשטיין ואין לי אלא להסכים עמו כי בית משפט זה לא יתערב בהכרעה הלכתית בין חלופות אפשריות שונות בשאלת כשרותם של מקוואות. חברי הבקי בדבר הלכה נזהר מלהכניס ראשו במחלוקת פוסקים – כמובן שצדק בכך. אין לנו אלא להשתאות כיצד צלל בית משפט זה לסוגיה זו."

טבלה מס' 7: שופטים שנזקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי דין או פחות מכן

שם השופט		א' לוי	י' גולדברג	ד' לזין	ש' לזין	ביניש	שמגר	א' גולדברג
מהות ההיזקקות	א. אגב	1	0	0	0	0	0	0
	ב. השוואה	0	4	2	1	0	0	1
	ג. ה. ישירה	0	0	0	0	1	0	0
	ד. דין אישי	0	0	1	0	0	0	0
	ה. אזכור	0	0	0	0	1	0	1
מס' פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי		1	4	3	1	1	1	2
מספר פסקי דין בכלל		2369	551	1106	2486	4224	449	728
מתוך פסקי דין המלאים של השופט	מספר	621	336	200	582	1053	128	251
	אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים	0.16%	1.19%	1.15%	0.17%	0.09%	0.78%	0.79%

טבלה מס' 7: שופטים שנזקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי דין או פחות מכן (המשך)

שם השופט		ריבלין	מצא	אור	ברלינר	קדמי	בך
מהות ההיזקקות	א. אגב	0	0	0	0	0	0
	ב. השוואה	0	1	0	1	0	0
	ג. ה. ישירה	0	3	1	0	1	1
	ד. דין אישי	0	0	0	0	0	0
	ה. אזכור	2	0	1	1	0	0
מס' פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי		2	4	2	2	1	1
מספר פסקי דין בכלל		2890	2675	3192	913	3213	736
מתוך פסקי דין המלאים של השופט.	מספר	834	886	925	143	342	175
	אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים	0.27%	0.45%	0.21%	1.39%	0.29%	0.57%

טבלה מס' 7: שופטים שנזקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי דין או פחות מכן (המשך)

שם השופט		חיות	פרוקצ'יה	נאור	גרונים
מהות ההיזקקות	א. אגב	1	0	1	0
	ב. השוואה	0	0	0	2
	ג. ה. ישירה	0	0	0	0
	ד. דין אישי	1	1	0	0
	ה. אזכור	0	0	1	1
מספר פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי		2	1	2	3
מספר פסקי דין בכלל		1142	2213	1555	1717
מתוך פסקי דין המלאים של השופט.	מספר	380	689	442	433
אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים		0.52%	0.14%	0.22%	0.64%

טבלה מס' 7: שופטים שנזקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי דין או פחות מכן (המשך)

שם השופט		זועבי	זמיר	ארבל	מרזל
מהות ההיזקקות	א. אגב	1	3	-	-
	ב. השוואה	0	1	1	1
	ג. ה. ישירה	0	0	-	-
	ד. דין אישי	0	0	-	-
	ה. אזכור	0	0	1	-
מספר פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי		1	4	2	1
מספר פסקי דין בכלל		322	2133	3609	6960
מתוך פסקי דין המלאים של השופט.	מספר	82	519	646	138
אחוז משפט עברי מכלל פסקי הדין המלאים		1.21%	0.77%	0.3%	0.7%

2. מאפיינים עיקריים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי

בחלק השלישי של חיבורנו נציג מבחר מפסקי הדין של שופטי בית המשפט העליון שנסתיעו במקורות המשפט העברי, כולל ניתוח ביקורתי ומקיף של פסקי הדין, ונעמוד בהרחבה על טיבו של השימוש במקורות המשפט העברי בפסיקה בתחומי המשפט לסוגיהם. בסעיף שלפנינו נעמוד בקצרה, בלי להיכנס לגופם של הסוגיות המשפטיות ופסקי הדין, על המאפיינים העיקריים של דרכי השימוש במשפט העברי שעשו חמשת השופטים הבולטים שעה שנזקקו למקורות היהדות: אליקים רובינשטיין, יעקב טירקל, צבי טל, יצחק אנגלרד ומישאל חשין. להשלמת התמונה ראוי לעיין אף במה שאכתוב להלן, בחלק השלישי.

2.1 מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט אליקים רובינשטיין במקורות המשפט העברי

השופט אליקים רובינשטיין נוטה – כחלק ממדיניות עקרונית – להיזקק למקורות המשפט עברי כמעט בכל סוגיה משפטית,³⁰ גם אם נראה במבט ראשון שאין לה דבר וחצי דבר עם מקורות המשפט העברי, בכל תחומי המשפט: הציבורי, הפלילי, הפרטי ודיני המשפחה. נראים הדברים שהשופט רובינשטיין סבור שיש חשיבות תרבותית-לאומית להיזקקות למקורות המשפט העברי. לעתים קרובות הוא מסתמך על מקורות המשפט העברי שאינם נוגעים ישירות לסוגיה שהוא דן בה, תוך שימוש יצירתי בהיקשים משיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת ומסוגיה משפטית אחת לסוגיה משפטית אחרת. מאפיין בולט אחר הוא, שהשופט רובינשטיין אינו נמנע מלסקור בהרחבה את עמדת המשפט העברי בסוגיה משפטית מסוימת, אף אם אין לכך השפעה על תוצאתו הסופית של פסק הדין. גם כאשר הסכים השופט רובינשטיין לדברי יתר חבריו להרכב, לא אחת אין הוא מסתפק רק באמירת "אני מסכים", אלא פעמים רבות הוא מוסיף בפסק דינו התייחסות שנועדה רק לצורך הצגת עמדת המשפט העברי ולא לשם פתיחת דיון מחודש בסוגיה המשפטית.³¹

השופט רובינשטיין נזקק למקורות המשפט העברי בעיקר כמקור להשוואה ולהשראה, ב-55 מכלל 77 פסקי הדין שנזקק בהם למשפט העברי, ופחות כמקור להסתמכות ישירה,

³⁰ מגמה זו, כפי שניווכח לדעת להלן (שער שני, פרק שני), הייתה קיימת עוד בהיותו שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, אולם התגברה במיוחד עם מינויו לבית המשפט העליון.

³¹ כך לדוגמה נקט בע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא, תק-על 2006(4) 1811 (2006) (נזיקין השבת מצב לקדמותו). וכן בע"א 1769/04 אורן נ' כהן, תק-על 2006(3) 480 (2006) (מקרקעין זיקת הנאה). בע"א 9248/05 מתן מערכות נ' מילטל, תק-על 2006(3) 2739 (2006) (קניין רוחני) נטלה השופטת ברלינר על עצמה את ההתייחסות למשפט העברי ולכן לא נותר לשופט רובינשטיין אלא להסכים.

שמונה פסקי דין בלבד.³² למיטב ידיעתי, השופט רובינשטיין לא סמך מעולם פסק דין כלשהו ישירות על פנייה למורשת ישראל אם יש חֶסֶר (לאקונה) מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

לרוב, אין מדובר בציטוט פסוקים או מאמרי חז"ל בלבד. השופט רובינשטיין מרבה לצטט בהרחבה ולהזכיר מגוון רחב ביותר של מקורות ראשוניים, ספרות חז"ל והפוסקים והראשונים, לצד מקורות משניים מודרניים, כגון מאמרים וחיבורים תורניים ומחקריים.³³ זאת ועוד. הוא אינו מסתפק בהבאת העקרונות הכלליים, אלא נכנס פעמים רבות אף לפרטי הפרטים ולגופי הדינים היהודיים בסוגיה. במקרים רבים, הבאותיו מן המשפט העברי והדיון בהן נפרסים על פני עמודים רבים מפסק הדין, תוך דיון מעמיק בדעותיהם של חכמי ההלכה. אחדים מפסקי הדין שלו אף מוקדשים ברובם לניתוח מקיף של מקורות המשפט העברי, והם דומים בתוכנם ובסגנונם למאמרים תורניים או לפסקי דין רבניים.³⁴

2.2. מאפיינים עיקריים בשימושו של השופט יעקב טירקל במקורות המשפט העברי

השופט יעקב טירקל, כאליקים רובינשטיין, מרבה אף הוא להיזקק למקורות המשפט העברי בכל תחומי המשפט, אם כי במידה פחותה ממנו, ואף אצלו נראה שמדובר בעניין של מדיניות עקרונית. נראים הדברים שהשופט טירקל סבור שיש חשיבות תרבותית-לאומית לעצם ההיזקקות למקורות המשפט העברי,³⁵ ולעתים קרובות ניכר שהוא מביא מדברי חכמים רק כדי להגדיל תורה ולהאדירה.³⁶

³² רע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה יעקב, פ"ד נט(3) 541 (2004) (פיצוי נפגעי תאונות דרכים); בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004) (עגונות); ע"א 6365/03 טיזאבי נ' טיזאבי, פ"ד נט(2) 391 (2004) (עייכבון); רע"א 7537/04 טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (איזון האינטרס בין פיגוי אדם מביתו לבין זכותו של הנושה; לא פורסם, 2004); ע"א 8117/03 ענבר נ' ד"ר יעקב (הפרת זכויות יוצרים; לא פורסם, 2006); ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים (פסיקת פיצויים על סמך אומדן; לא פורסם, 2006); בג"ץ 2957/06 לעיל ה"ש 29 (הלכות מקווה); ע"א 9474/03 יורם גריש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא (לא פורסם, 2006).

³³ וכאן המקום לומר שהשופט רובינשטיין מרבה להפנות למאמרים שהתפרסמו בדפי פרשת השבוע, היוצאים לאור בידי משרד המשפטים.

³⁴ לעניין זה, ראו במיוחד בג"ץ 6751/04, לעיל, ה"ש 32; שעל יסודו פרסם רובינשטיין את מאמרו התורני, "תקנת עגונות", תחומין כו 190-204 (התשס"ו); בג"ץ 2957/06, לעיל ה"ש 32; (הלכות מקווה). וראו בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 927 (2005) (הריסת בתי הכנסת בגוש קטיף).

³⁵ והשוו לדבריו בטקס הפרידה מבית המשפט העליון, מחקרי משפט כג 5-11 (התשס"ז), ושם הדגיש את חשיבותו של המשפט העברי כיצירה תרבותית לאומית מן המעלה הראשונה, בציינו בצער כי "מספר השופטים הנזקקים לו בפסיקתם הוא קטן, וממילא מספר המובאות מאוצרותיו קטן מאוד", וסיים את דבריו בהבעת משאלה: "עלינו לעשות לתיקונו של מצב זה".

³⁶ ואף השתמש בביטוי זה בע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה

בדרך כלל, השופט טירקל מביא תחילה את עמדתו העקרונית של המשפט העברי כפי שהיא עולה מן המקורות ההלכתיים הקלסיים בקצרה בלא להרבות בציטוטים ובאזכורים. ואין הדבר מפתיע, שהרי הוא נוהג לכתוב פסקי דין קצרים וקולעים, בניגוד לכמה מעמיתיו הנוהגים לכתוב פסקי דין ארוכים כאורך הגלות.

אמנם השופט טירקל מרבה להיזקק למשפט העברי כמקור השוואה והשראה (ב-23 מפסקי הדין שלו), אך בה במידה הוא מרבה להסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי (ב-16 מפסקי הדין שלו).³⁷ מעיון בטבלה מס' 6 עולה נתון חשוב: השופט טירקל ניצב בראש השופטים הנוטים לבסס את פסקי הדין שלהם ישירות על המשפט העברי כמקור ישיר ועיקרי המשפיע גם על התוצאה הסופית. וראוי לציין כי הסתמכותו הישירה של השופט טירקל על המשפט העברי נעשית כדבר טבעי בלא להכריז עליה בראש חוצות באמצעות כלים חקיקתיים,³⁸ דוגמת הפנייה למורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, או פנייה לערכיה היהודיים של מדינת ישראל מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מאפיין בולט אחר הוא: במקרים לא מעטים מסכים השופט טירקל לפסק הדין המרכזי של חבריו, אך מוסיף עליו דברים אחדים שמטרתם לייסד את פסק הדין על אדני המשפט העברי.³⁹

37 הבין-קיבוצית לשרותי ניהול, פ"ד נא(5) 337, עמ' 353-354 (1997): "כדי להגדיל תורה ולהאדיר אוסיף קמצוץ מן הטעמים שביסוד הגנת הקניין הרוחני במשפט העברי".

הו(ג); ע"פ 4517/95 ראלב מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 549, בעמ' 563 (1997) (זיכוי מחמת הספק); ע"פ 1767/94 חגי יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, בעמ' 527-528 (1999) (פיצויים עונשיים); ע"פ 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב(5) 797, עמ' 811-816 (1999) (פרשנות חוק המתנה); בג"צ 3090/97 כהן, עו"ד נ' הממונה על מחוז הדרום, פ"ד נב(2) 721, עמ' 738-739 (1998) (פרשנות המונח "חייב"); ע"פ 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6) 913 (2004) (גדרי צוואת שכיב מרע); בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נח(4) 155, עמ' 181-182 (2004) (פתיחת קבר אחים); ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, עמ' 95-96 (2003) (בדיקת D.N.A.); בג"צ 948-947 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, עמ' 947-948 (2003) (עבירות נבחרי ציבור); בג"ץ 6499/99 המפד"ל נ' הרב בן עזרא, פ"ד נג(5) 606, עמ' 625 (1999) (נבחרי ציבור); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003) (תקנת השוק); ע"פ 1456/01 חליל חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 609, בעמ' 613-615 (2001) (חומרתה של עבירת רצח); ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, בעמ' 510 (2001) (הגדרת מעשה מגונה); ע"פ 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד פוקס, פ"ד נד(5) 792 (2000). אחדים מפסקי הדין האמורים נדונים בהרחבה להלן בחלק השלישי של חיבורנו.

כפי שנהג בזמנו השופט מנחם אלון פעמים רבות.

38 ראה למשל ע"פ 3616/92 לעיל ה"ש 36; ע"פ 6269/99 לעיל ה"ש 37; ע"פ 4517/95 לעיל ה"ש 37; בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, עמ' 78 (1999); ע"פ 3115/93 ראובן יעקב מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נד(4) 549 (1997); ע"פ 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נד(1) 338, עמ' 37.

2.3. מאפיינים עיקריים בשימושו של השופט יצחק אנגלרד במקורות המשפט העברי

אף השופט יצחק אנגלרד עשה שימוש נכבד למדי במשפט העברי במגוון תחומי משפט.⁴⁰ עובדה זו מעניינת מאוד לנוכח הסתייגותו העקרונית והידועה של הפרופ' יצחק אנגלרד – שהביע אותה במאמרים שפרסם בעת שכהן כפרופ' בחוג למשפטים באוניברסיטה העברית, – מן השימוש במשפט העברי במערכת המשפט הישראלית החילונית בגלל חששו מ"חילונו" של הדין הדתי היהודי, ולנוכח מחלוקתו הנוקבת עם פרופ' מנחם אֶלון בסוגיה זו.⁴¹ דברים שרואים מהיכל השן של האוניברסיטה אין רואים אותם מהיכל בית המשפט העליון, שהרי בשבתו בבית המשפט העליון, הסתייע השופט אנגלרד הרבה במקורות המשפט העברי. ככלל זה, הסתמך ב-12 מפסקי הדין שלו ישירות על מקורות המשפט העברי, שהוא מקפיד לכנותו בשם "המשפט היהודי" או "ההלכה היהודית",⁴² וביסס עליהם את פסקי דינו.⁴³ פעמיים, יותר מכל שופט אחר שפעל בבית המשפט העליון בשנים 1994–2006, פסק השופט אנגלרד לאור מקורות מורשת ישראל, מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980,⁴⁴ ואף נהג לאמץ עקרונות מן ההלכה היהודיים מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם

344 (1996).

40 אף כי ניכרת מגמה להשתמש בעיקר בתחומי ההתמחות האקדמיים של פרופ' אנגלרד במשפט הפרטי ובפילוסופיה של המשפט, אם כי גם בתחומי משפט אחרים נזקק השופט אנגלרד לא אחת למקורות מהמשפט העברי.

41 ראו במיוחד יצחק אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" בתוך **המשפט העברי ומדינת ישראל**, 117–134 ('י' בזק עורך, התשכ"ט); יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו", **משפטים** ז 34–65 (התשל"ו); מנחם אֶלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" **משפטים** ח 99–137 (התשל"ז).

42 כפועל יוצא של הסתייגותו מן השימוש במונח "משפט עברי", כמסובר במחקרו על חקר המשפט העברי, (עיל ה"ש 41).

43 ע"א 8034/95 **מאור נ' ג'ון**, פ"ד (נב 4) 97, עמ' 107–109 (1998) (ערבות); ע"פ 3004/98 **מדינת ישראל נ' דן שבתאי**, פ"ד נה(3) 577, עמ' 583 (1998) (שיקולי ענישה); בג"ץ 4763/97 **חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה**, פ"ד נב(1) 35, עמ' 46–48 (1998) (הקמת מצבה למתאבד); רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (כופין על מידת סדום); ע"א 6024/97 **שביט נ' חברה קדישא**, פ"ד נג(3) 600, עמ' 633–640 (1999) (כיתוב לועזי על מצבות); בג"ץ 1/98 **ח"כ כבל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נג(2) 241, עמ' 271–273 (1999) (תורתו אומנותו); ע"פ 5296/00 **פלזני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 385, עמ' 396–397 (2000) (הגדרת אונס); בג"ץ 794/98 **שיח עובייד נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(5) 769, עמ' 776–777 (2001) (יחס לשבויים); ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289, עמ' 310–315 (2002) (פיצויים בגין היעדר תום לב); ע"א 7487/00 **אדיב מנסור נ' מוסטפה חוג'יראת**, פ"ד נז(3) 541, עמ' 549 (2003) (אין חבין לאדם אלא בפניו); ע"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1, עמ' 65 (2003) (הכשרת מועמד שחזר בו מרעה נפסדת). אחדים מפסקי הדין הללו נידונים בחלק השלישי של חיבורנו.

44 ע"א 6370/00, לעיל ה"ש 43; ע"א 2054/98 **אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 433, עמ' 453 (2001).

והירותו, המפנה לערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.⁴⁵ ונעיר כי דרך זו של אימוץ עקרונות מן המשפט העברי מכוח שני החוקים הללו אופיינית במיוחד לשופט מנחם אֶלון. תופעה זו מעניינת במיוחד לנוכח העובדה שהסתייג בראשית כתיבתו האקדמית הסתייגות עקרונית משילוב המשפט העברי במערכת המשפט החילונית האזרחית, וטעמו ונימוקו עמו:

ייחודו של המשפט היהודי אינו דווקא בפתרונות המוצעים על ידו, אלא בהשקפה הדתית העומדת ביסודו. אין זה משפט חילוני בעל קליפה דתית אותה אפשר לקלוף מבלי לפגוע בתוך, כפי שסבורים אחדים. שאלה גדולה בעינינו היא אם קליטה תוך שלילת הדוגמטיקה היא עדיין בעלת משמעות תרבותית באותה מידה חשובה כפי שסוברים החוגים הלאומיים. אנו נוטים לדעה כי לאחר דחייתו של היסוד הדתי אין לדבר עוד על המשך ורציפות במשפט. השוני הוא עמוק מדי.⁴⁶

וכאן יש מקום לשאול: האם אין בשילוב המשפט העברי בחלק מפסקי הדין של השופט אנגלרד משום דחייה של היסוד הדתי? על כך, ראוי לערוך מחקר נרחב בעניין זה, דבר החורג ממטרת חיבורנו.⁴⁷

על אף השינוי הדרמטי שחל בין דעתו של פרופ' אנגלרד בהיותו באקדמיה לבין דרכו של השופט אנגלרד בפסיקת בית המשפט העליון, איני סבור שזנח לחלוטין את תפישת עולמו הראשונית המסתייגת משילוב הדין היהודי הדתי במערכת המשפט החילונית.⁴⁸ נראה כי היזקקותו להלכה נובעת, בראש ובראשונה, מן העובדה שההלכה היהודית וההגות היהודית תופסות מקום חשוב בעולמו,⁴⁹ בהן הוא הוגה ומהן הוא שואב את עולם המושגים המשפטיים שלו. אך אין הוא מרבה בהזכרת מקורות רק כדי להגדיל תורה ולהאדירה ולשם

⁴⁵ לדוגמה בולטת, ראה פרשת **רוקר נ' סולומון**, לעיל ה"ש 43. לדרכו של אנגלרד בסוגיה זו, ראו להלן, חלק שלישי, שער שלישי, פרק ראשון.

⁴⁶ אֶלון "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", לעיל, ה"ש 41, עמ' 131.

⁴⁷ חומר מעניין למחשבה בעניין זה ניתן לשאוב מדיוננו להלן, שנראה בו כיצד בפסק הדין בעניין **קל בנין בע"מ**, לעיל ה"ש 43, עמד השופט אנגלרד במבוכה לנוכח ההבדלים בין שיטת המשפט היהודית-הדתית לבין שיטת המשפט החילונית-מערבית בסוגיית הפיצויים בגין התנהגות בהיעדר תום-לב בשלב הטרם-חוזי, ואף על פי כן לא נמנע משילוב בעייתי מאוד של הדין היהודי (מכוח חוק יסודות המשפט), המלווה ב"חילוניו" ותרגומו לשפה המקובלת בשיטת המשפט הישראלית. ראה ביקורתנו על דרכו של אנגלרד בסוגיה זו להלן, חלק שלישי, תחילת השער הרביעי.

⁴⁸ ושלא כמשתמע מדברי השופט משה דרורי בהחלטתו בש"א (מחוזי י-י) 2813/05 **חברת השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב ביטון** (לא פורסם), שכתב כי השופט אנגלרד מקבל כיום את עמדתו של פרופ' מנחם אֶלון.

⁴⁹ ויעידו על כך כמה ממחקריו המעמיקים בפילוסופיה של ההלכה.

מצוות "שילוב המשפט העברי במדינת ישראל"⁵⁰. עוד ראוי לומר כי פעמים רבות, יותר מכל שופט אחר, נזקק השופט אנגלרד למקורות המשפט העברי בעניינים הנוגעים לתורת המשפט,⁵¹ והוא אף מרבה לצטט מדברי גדולי הפילוסופים היהודים.⁵² עניין רב מוצא השופט אנגלרד במקורות המשפט העברי העוסקים ביחס בין המשפט לבין המוסר,⁵³ ולעתים הוא אף מבקש להחיל כמה מן הנורמות המוסריות הגבוהות בעולמה של היהדות, כגון "כופין על מידת סדום".⁵⁴

2.4. מאפיינים עיקריים בשימושו של השופט מישאל חשין במקורות המשפט העברי

מן הנתונים המוצגים בטבלה מס' 6, עולה שיש למשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין, חלק נכבד ביותר מכלל התייחסויות השופטים למקורות המשפט העברי בשנים 1994–2006, 27%. ברם, נתון זה מטעה מאוד, משום שאם בוחנים את תרומתו של השופט חשין לשימוש איכותי במקורות הללו, דהיינו השוואה או התייחסות ישירה או דין אישי, השיעור פוחת בהרבה ומגיע רק לכדי 11.15% מכלל השימוש האיכותי של השופטים במקורות המשפט העברי. פשרו של הפער הגדול בין הנתונים הללו מתברר מפילוח אופני התייחסותו למשפט העברי. רוב התייחסויותיו של השופט חשין למקורות המשפט העברי הם בגדר אִמרות אגב המצויות במספר שיא של 80 מפסקי הדין שכתב. וראוי להעיר כי בקטגוריה זו, עשה השופט חשין הרבה יותר מכל חבריו השופטים גם יחד. ואין הדבר מפתיע את כל מי שמכיר את סגנונו המליצי והספרותי של השופט חשין, המרבה לתבל את דבריו בפסוקים מן התורה ובמאמרי חז"ל. לעתים מזומנות הוא אף פותח את פסק דינו בהצגת סיפור דרמטי מן התנ"ך או בסיפור מרתק מספרות חז"ל.⁵⁵ אכן, אִמרות

50 אף בעניין זה, שונה דרכו במידה רבה מדרכם של השופטים רובינשטיין וטירקל, וכמובן מנחם אֶלון.
51 ראו לדוגמה ע"א 1165/01 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, עמ' 73 (2002) (כלליות החוק); ע"א 2054/98 הנ"ל (דיני יושר); ע"א 6909/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי בע"מ, פ"ד נה(4) 83 (2001); בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינייים בישראל נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838, עמ' 876–877 (2001); ע"פ 1182/90 הורבין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, עמ' 85–88 (2000); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289, עמ' 439 (1998) (השאיפה להפשטה); ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, עמ' 644 (1998) (כללי פרשנות). ונעיר גם כי אף חלק נכבד מכתבתו האקדמית של פרופ' אנגלרד נוגע לפילוסופיה של ההלכה היהודית.

52 חיבה יתרה יש לשופט אנגלרד לדברי הרמב"ם ב"מורה נבוכים", והוא מצטט מהם.
53 ראו לדוגמה פסקי הדין הנזכרים לעיל, ה"ש 44. וראו בג"ץ 4763/97, לעיל ה"ש 43.
54 כבפרשת ורק נ' סלומון, לעיל, ה"ש 43. לביקורת על דרכו של השופט אנגלרד בסוגיה זו, ראה להלן, חלק שלישי, שער שלישי, פרק ראשון.

55 ראו לדוגמה ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, עמ' 741; בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, עמ' 678 (2001); דבג"צ 2271/98 אחמד עאבד נ' שר הפנים, פ"ד

אגב אלה מעידות יותר על סגנון כתיבתו ועל עולמו התרבותי ופחות על נכונותו לאמץ את עקרונות המשפט העברי בסוגיה המסוימת העומדת לפניו. יחד עם זאת, לעתים, נראה שהפסוקים או מאמרי חז"ל שהביא בהרחבה אינם משמשים כדברי מליצה בלבד, אלא מבטאים את המדיניות המשפטית הראויה לדעתו בסוגיה זו. עוד נעיר כי קשה היא מאוד מלאכת סיווג אופן השימוש של השופט חשין בפסקי הדין שכתב, ולעתים די קרובות קשה להכריע בשאלה אם הביא את הדברים כאמרת אגב בלבד או שמא כמקור השראה.⁵⁶

השופט חשין אף עושה שימוש איכותי נכבד ביותר במקורות המשפט העברי, בכל תחומי המשפט, בעיקר כמקור השוואה, ב-20 מפסקי הדין שלו, ולעתים גם בהסתמכות המשפיעה ישירות על תוצאות פסק הדין.⁵⁷ ואולם השימוש שלו במשפט העברי נושא אופי חילוני-לאומי,⁵⁸ וניכר כי אין הדבר נעשה כדי לקיים מצוות החייאתו של המשפט העברי כמו שעושים עמיתיו השופטים הדתיים. עוד ראוי לציין כי, לעתים, זהות בעלי הדין המופיעים לפני השופט חשין משפיעה על טיב השימוש במקורות. כאשר בעלי הדין הינם מוסדות דת או גופים המזוהים עם המקורות, קיימת נטייה גם אצל השופט חשין לדבר אליהם בשפתם שלהם. לשם כך מתבל הוא את פסק דינו במונחים וציטוטים מהמקורות. מאפיין בולט אחר בפסיקתו הוא הסתייעותו המרובה במקורות היהדות בבואו לפרש ולהגדיר מונחים וביטויים בחוק הישראלי.⁵⁹

56 מה(5) 778 (2001); בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת ים, פ"ד נט(4) 29 ועוד. ראו לדוגמה דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, עמ' 398 (2002); ע"א 5653/98 אמילי פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865, עמ' 905 (2001); ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהוא, פ"ד נה(3) 327, עמ' 335-336 (2001); ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996). ונדגיש כי בכל מקום של ספק הכרענו לחומרה וסיווגנו את השימוש כאמרת אגב. ייתכן שהכרעה אחרת הייתה מביאה לשיעור גדול הרבה יותר של פסקי דין של חשין בקטגוריית השוואה והשראה.

57 ראו לדוגמה בג"ץ 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, עמ' 654-655 (1997) (ענישה קולקטיבית); בג"ץ 1720/96 עאדל סאלם סביח נ' האלוף בירן, פ"ד נ(1) 353, עמ' 364 (1996) (כנ"ל); ע"א 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית, פ"ד נו(3) 49, עמ' 56 (2002) (הגדרת המונח "הארכה"); בג"ץ 89/01, לעיל ה"ש 51, עמ' 877-880 (החמרה בעונשו של רוצח).

58 והוא מדגיש לעתים את נקודת המוצא החילונית שלו, כגון בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' קראוס, תק-על 98(2) 1352 (1998), בפסקה 28 של פסק דינו: "ויברא אלוהים את האדם בצלמו בצלם אלוהים ברא אותו (בראשית א, כז). ועל-כך שנינו מפיו של רבי עקיבא כי 'חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם' (משנה אבות, ג, יד)... שומרי-מיצוות ומאמינים נדרשים לגזור את כבוד האדם מכבוד הקב"ה, שעל דרך זה מרוממים הם את כבוד האדם אל רום המעלה. ומה יאמרו מי שאינם שומרי-מיצוות ואינם מאמינים? אלה יאמרו, מה לנו שנתלה עצמנו בקב"ה להכרה בכבוד האדם כערך נעלה. וכי אין די לנו באדם – באשר הוא – שנדרש להגן על כבודו? שהרי האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. ואל יישכח מאיתנו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד שחרת את כבוד האדם – הן בשמו של החוק הן בתוכנו – והפכו מוסד-מוסד חרות במשפט ישראל".

59 ראו לדוגמה ע"א 4357/01, לעיל ה"ש 57; ע"פ 3417/99, לעיל ה"ש 55, עמ' 753-754; בג"ץ 7583/98

לשופט חשין יש נטייה מובהקת ללמוד על נורמות מוסריות-אנושיות רצויות מ"תורת משה"⁶⁰ ומסיפורי התנ"ך, ובמידה פחותה יותר מאגדות חז"ל וממאמריהם, אך אינו מרבה להתבסס על דברי הפוסקים האחרונים ועל הספרות התורנית והמחקרית של ימינו במשפט עברי.

2.5. מאפיינים עיקריים בשימוש של השופט צבי טל במקורות המשפט העברי

השופט צבי טל נזקק אף הוא הרבה מאוד במקורות המשפט העברי, אך במידה פחותה ובמספר מצומצם יותר של תחומי משפט. רוב פסקי הדין של השופט טל נוגעים לתחומי הדת והמדינה, דיני המשפחה והירושה וענייני משפט ורפואה.⁶¹ עיקר שימושו של השופט טל במקורות המשפט העברי הוא כמקור הראה (ב-12 פסקי דין), אך בחמישה מפסקי הדין שלו אף הסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי לקביעת תוצאתו הסופית של פסק הדין.⁶² באחד המקרים הללו, אף סבר שיש לפנות למורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.⁶³ השופט טל נזקק גם למקורות הלכתיים קלסיים של המשפט העברי, כגון ספרות

בכרך **נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5) 832, עמ' 840 (2000); בג"ץ 6627/98 **נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות**, פ"ד נד(5) 299, עמ' 315-316 (2000); בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר**, פ"ד נב(1) 289, עמ' 364 (1998); ע"א 1212/91 **קרן לבי" נ' בינשטוק**, פ"ד מח(3) 705 (1994). לאור זאת, תמוהה הסתייגותו של השופט חשין בבג"ץ 3090/97, לעיל ה"ש 37, עמ' 739-742, מן העובדה שפירש השופט טירקל את המונח "חייב" לפי המשפט העברי, תוך הזכרת דבריו הידועים של אביו, השופט ש"ז חשין, שאין חובה לפרש מונח עברי הבא בחוק הישראלי על פי משמעו במשפט העברי (והשוו גם למה שכתב השופט מ' חשין על פירוש מונחים לאור המשפט העברי בבג"ץ 2274/99 **שפיר נ' בית הדין הרבני**, פ"ד נו(1) 673, עמ' 695-696 (2001)). דומה כי מה שהשופט חשין דורש מן השופט טירקל הוא אינו מקיים בעצמו, ויעידו על כך פסקי הדין הרבים הנזכרים לעיל, שפירש בהם מונחים הבאים בחוק על פי מקורות המשפט העברי.

על הבעייתיות שבלימוד ישיר מן ההוראות שבמקרא בפסקי הדין של השופט מ' חשין בעניין ענישה קולקטיבית, ראו מה שכתבתי להלן, חלק שלישי, שער ראשון, פרק ראשון. ראוי לציין אף את גישתו העקרונית של חשין, המגובה במקורות חז"ליים, שלפיה צניעות ולשון נקייה גוברות אף על חופש הביטוי. כך נקבע בבג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1, בעמ' 41 (1994), וכן בג"צ 4804/94 **חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נד(5) 661 (1997).

אך הוא השתמש במשפט עברי אף בתחומים אחרים.

בג"ץ 1031/93 **פסרו נ' שר הפנים**, פ"ד מט(4) 661, עמ' 717-718 (1995) (גירור על פי ההלכה); ע"א 4836/90 **פמ"ר חברה לבניו נ' הבנק הבינלאומי הראשון**, פ"ד מח(2) 560 (1994) (זה נהנה וזה לא חסר); ע"א 5587/93 **נחמני דניאל נ' נחמני רותי**, פ"ד מט(1) 485, עמ' 528-531 (1995); ע"פ 2831/95 **הרב אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 221 (1996) (גזענות); ע"א 3953/93 **שיפריס נ' שפיר**, פ"ד נד(3) 520, עמ' 525 (1996) (אומד דעת המצווה בירושה).

דנ"א 2401/95 **נחמני רותי נ' נחמני דניאל**, פ"ד נד(4) 661, עמ' 711-710 (1996). לפרשה זו בהרחבה, ראו להלן, חלק שלישי, שער ראשון, פרק שני.

השאלות והתשובות והפוסקים. אך, יחד עם זאת, נזכרים בפסקי הדין שלו גם דברי אגדה ומוסר.⁶⁴

עוד יש לציין כי השופט טל עושה שימוש במשפט העברי בדרך אסוציאטיבית, כשסוגיות הלכתיות נזכרות על ידיו במנותק מהקשרן.⁶⁵ מבין שופטי בית המשפט העליון, דפוס פעולה זה ייחודי לשופט טל, ובאמצעותו ניתנת התייחסות בפסקי הדין גם לסוגיות הלכתיות "טהורות", שאין להן זיקה בולטת למשפט, ואלמלא מדיניות זו – סוגיות אלה לא היו נזכרות בפסקי הדין.

⁶⁴ ראו לדוגמה ע"א 5664/93 **כנען נ' ממשלת ארה"ב**, פ"ד נא(1) 114, עמ' 128 (1997); ע"א 4997/92 **צביח נ' צביח**, פ"ד נ(2) 524, עמ' 528 (1996).

⁶⁵ ראו לדוגמה ע"א 4798/95 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(3) 195, עמ' 208 (1996). שם הוא מצטט את הממרה התלמודית "יש זריז ונפסד" העוסקת בעבודה בערב חג. כביקורת על מדיניות שלטונית הרווחה להזדרז להרחיק ילדים מהוריהם הביולוגיים. וכן הממרה "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" האמור בתלמוד לגבי עד נזכר על ידו בע"א 899/95 **ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי – בנק צפון אמריקה**, פ"ד מט(1) 854, עמ' 864 (1995). אלא ששם מוסבת הממרה כלפי שופט החשוד כנגוע בדעה קדומה. פעמים רבות הוא נעזר בכלי היסק-לוגי הנזכר בסוגיה הלכתית, לפתרון שאלה משפטית מתחום אחר. ראו לדוגמה בש"א 219/96 **ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ**, פ"ד מט(5) 284, עמ' 286 (1996). שם השופט טל ציין את הכלל "כל המשנה ידו על התחתונה". כאשר כלל זה מהווה הצדקה לכך שדרש מחברת ישקר להציג את הדו"חות לפני דיסקונט היות ש-30 שנה נהגה כן ואין בידה טעם ראוי המצדיק שינוי ממדיניות זו.

שער שני

**המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים –
נתונים כמותיים ומאפיינים**

פרק ראשון

פסקי דין מחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי

1. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפני שנת 1994

לפני שנציג את הנתונים בשנים שנבדקו לצורך המחקר שלפנינו (1994–2006), ראוי שנשווה את הנתונים הללו לנתונים שהוצגו במחקרים שסקרו את התקופה שלפניה. אין בידינו מחקרים המציגים באופן מלא את הנתונים הסטטיסטיים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1984–1994,¹ פרט לנתונים שהובאו במחקרו של פרופ' סיני דויטש² שעסק בבחינת הנתונים הכמותיים של השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986. בסיס הנתונים במחקרו היה פסקי הדין המחוזיים שפורסמו.

להלן הנתונים על מספר פסקי הדין שנזכר בהם המשפט העברי בפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בשנים הללו: התש"ם – 3; התשמ"א – 6; התשמ"ב – 3; התשמ"ג – 10; התשמ"ד – 10; התשמ"ה – 9; התשמ"ו – 11. וכפי שכבר הדגיש דויטש, נתונים אלה מעידים בבירור על מגמה של עלייה ניכרת במידת ההסתייעות במשפט עברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

להלן פילוח נתוני ההיזקקות למשפט העברי ב-52 מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים לפי מהותה: אִמְרַת אֶגֶב – 7 פסקי דין; השוואה – 27; הסתמכות ישירה – 12 (מתוכם 4 מכווח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980); הדין האישי – 6. מנתונים אלה הסיק דויטש כי מהות ההיזקקות בתי המשפט המחוזיים למשפט העברי היא איכותית יותר.

¹ מחקרים המקיף של שחר, חריס וגרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – נתונים כמותיים" **משפטים** כז 119–217 (התשנ"ו), נוגע לנהלי ההסתמכות של בית המשפט העליון בלבד.

² סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" **מחקרי משפט** ו 22–33 (התשמ"ח).

כלומר, בהשוואה להיזקקות למשפט העברי בבית המשפט העליון באותה תקופה, ניכר בהם שימוש רב יחסית בהסתמכות ישירה על המשפט העברי ובהשוואה, ופחות באמרות אגב.³ מיונם של פסקי הדין, שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט, מעלה את נתונים האלה: פסיקה אזרחית – 18 פסקי דין; פסיקה פלילית – 23; דיני משפחה וירושה – 11.

2. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006

2.1. ההתפלגות לפי שנים

נציג תחילה את מספר פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בהתפלגות לפי שנים (1994–2006). בסיס הנתונים זהה לזה שבחרנו בשער הראשון, פסקי הדין המצויים במאגר הממוחשב "נבו". כאמור, בסיס נתונים זה רחב הרבה יותר מן הבסיס שהשתמשו בו החוקרים שבדקו את השימוש במשפט העברי בפסיקה שלפני שנת 1994, משום שהם בדקו רק מדגם של הפסיקה שפורסמה.

טבלה מס' 8: המשפט העברי בפסקי הדין המחוזיים – ההתפלגות לפי השנים

2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994	השנה
13	13	13	4	9	14	16	מספר פסקי הדין שנוקקו בהם למשפט העברי
3367	2688	2371	704	897	572	434	מספרם הכולל של פסקי הדין
1696	1322	1153	309	367	289	214	מספר פסקי הדין שאינם החלטות (מעל 4 עמ') להלן: "מלאים".
0.7%	0.98%	1.12%	1.29%	2.45%	4.84%	7.47%	מספר אחוז מתוך כלל פסקי הדין המלאים

³ הנתונים הוצגו לעיל, שער ראשון, פרק ראשון, סעיף 2.4.

2006	2005	2004	2003	2002	2001	השנה
43	46	46	12	27	16	מספר פסקי הדין שנוקקו בהם למשפט העברי
9881	9477	7738	6272	5672	4088	מספרם הכולל של פסקי הדין
6699	6586	4362	2848	2361	1774	מספר
0.64%	0.69%	1.05%	0.42%	1.14%	0.9%	מכלל פסקי הדין שאינם החלטות (מעל 4 עמ') להלן: "מלאים"
						אחוז מ"עמתוך כלל פסקי הדין המלאים

מן הנתונים שבטבלה מס' 8, עולים כמה ממצאים חשובים. אך לפני שנעיין בנתונים הללו, ראוי שנזכיר את הנתונים שהציג דויטש במחקרו, שעסק בשנים 1980–1986. כפי שראינו לעיל, עולה מהם מגמה של עלייה ניכרת במידת השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

מגמת העלייה בשימוש במשפט העברי נמשכת, ואף ביתר שאת, גם בשנים שנבדקו במחקרנו (1994–2006). הנתונים שהוצגו בטבלה מס' 8 גבוהים במידה ניכרת מן הממוצע בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בתקופה שנבדקה במחקרו של דויטש, ונראה שאין הדבר נובע אך ורק מן העובדה שכללנו במחקרנו גם פסקי דין שלא פורסמו. בשנים 1994–1995, היה מספרם הממוצע של פסקי הדין 15, ועל אף הירידה שחלה בשנים 1996–1997, חלה בשנים 1998–2000 התייצבות על 13 פסקי דין בכל שנה. בשנת 2001 חלה עלייה מתונה במספרם, והם הגיעו לכדי 16 פסקי דין, ובשנת 2002 עלה מספרם במידה ניכרת ליותר מ-27. בשנת 2003 הייתה ירידה חריגה במספרם, אך בשנים 2004–2005 חל זינוק במספרם והם הגיעו למספר שיא של 46 פסקי דין בכל שנה. וגם בשנת 2006 יש מספר דומה, 43 פסקי דין. נמצא שיש לפנינו עלייה דרמטית ביותר האומרת דרשני. נדון בממצאים אלה להלן, בפרק השלישי.

ומאליה עולה שאלת היחס בין הנתונים בדבר מידת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בהשוואה לזו של בית המשפט העליון.⁴ כאן ראוי להבחין בין שתי תקופות: השנים 1994–2001 והשנים 2002–2006. בשנים 1994–2001, נזקקו בתי המשפט המחוזיים למשפט העברי פחות מבית המשפט העליון, הן מבחינת מספר פסקי הדין הן מבחינת אחוז ההיזקקות מכלל פסקי הדין המחזיקים יותר מארבעה עמודים. נעיר, כי שוני זה הוא טבעי ביותר לנוכח ההבדל המהותי בין שתי הערכאות: פסקי הדין של בית המשפט העליון מהווים תקדים מחייב, ושופטיו מרבים – יותר משופטי בתי המשפט המחוזיים – לעסוק בשאלות משפטיות עקרוניות וכלליות תוך כדי הסתמכות על מקורות משפטיים משווים רבים. על רקע זה, מעניין לבדוק מה אירע בשנים 2002–2006. בשנים

⁴ שהוצגה לעיל, שער הראשון, טבלה מס' 1.

אלה, לא זו בלבד שהצטמצם הפער בין בתי המשפט המחוזיים לבית המשפט העליון מבחינה זו, אלא שבשלוש שנים (2002, 2004, 2005) היה מספר פסקי הדין המחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי גבוה ממספר פסקי הדין מסוג זה שניתנו בבית המשפט העליון בשנים אלה.⁵ תופעה זו מפתיעה היא לנוכח ההבדל המהותי בין בית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי בעניין ההסתמכות על מקורות השוואתיים בכלל, המקובלת הרבה יותר בבית המשפט העליון. לאור זאת, היינו מצפים לשמירת הפער הגדול לטובת בית המשפט העליון, כפישהיה עד שנת 2001. אף על הגורמים להגברת השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים, נעמוד להלן בפרק השלישי.

2.2. ההסתמכות על מקורות משפט משווה

בטבלאות מס' 9–10, בדקנו מדגמית את נהלי ההסתמכות של בתי המשפט המחוזיים על מקורות משפט אחרים נוסף על החקיקה הישראלית והפסיקה: המשפט הזר (האמריקני, האנגלי ועוד), המשפט העברי והספרות המשפטית הישראלית (לא כולל החקיקה והפסיקה). לצורך הבדיקה המדגמית, בחרנו בשנים 1994, 1995, 1998. בסיס הנתונים של מחקרנו היה כלל פסקי הדין המחוזיים שפורסמו באותן שנים). בדיקתנו נעשתה הן לפי מספר הפניות למקורות השונים (טבלה מס' 9) הן לפי מספר פסקי הדין שהזכירו את המקורות העבריים (טבלה מס' 10).

⁵ אף על פי שאחוז פסקי הדין הללו מכלל פסקי הדין הוא פחות. אך כבר הראיתי לעיל, שער ראשון, פרק ראשון, סעיף 2.1.. שאין לייחס חשיבות רבה לאחוז.

טבלה מס' 9: הסתמכות על משפט משווה – חלוקה לפי מספר הפניות

החסינות	מספר האזכורים למקורות משפט אחרים* (פרט לחקיקה הישראלית והפסיקה) ⁶											מספר האזכורים	השנה					
	אחוז ההתייחסות למשפט עברי ביחס לכלל אוסף המקורות בהם היתה התייחסות למשפט משווה	יחס מ.ג. למשפט משווה באותו מחוז	סה"כ משפטי משווה למחוז	מקורות המשפט העברי	ישראל	ספרים מאמרים	אחר	קנדי	אוסטרלי	זר	אנגלי			פסיקה	ספרים ומאמרים	אמריקאי	פסיקה ומאמרים	ספרים ומאמרים
3/18 16.9%	0/0	0														ת"א-1	56	1994
	0/8	8									6			2	ב"ש-16			
	0/5	5									1			4	נצרת-10			
	2/2	2	2												חיפה-6			
	1/1	1	1												י-ם-13			
		16	3	0	0	0	0	0	0	0	7	0	0	6	סה"כ	56		
32% 6/19	0/0	0													ת"א-2	60	1995	
	3/10	10	3		1						1			5	ב"ש-22			
	0/0	0													נצרת-3			
	0/4	4									1			3	חיפה-17			
	3/5	5	3		2										י-ם-16			
		19	6	0	3	0	0	0	0	0	2	0	0	8	סה"כ	60		
146 / 19	0/0	0													ת"א-0	40	1998	

⁶ בחלק מפסקי הדין יש התייחסות ליותר ממקור משפטי אחד או לדרכי שימוש רבים ממקור אחד, הן פסיקה הן ספרות, ולכן אין חיפיה בין מספר פסקי הדין בשנה מסוימת לבין מספר ההסתמכויות.

פרק ראשון: פסקי דין מחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי

יחסיות		מספר האזכורים למקורות משפט אחרים* (פרט לחקיקה הישראלית והפסיקה) ⁶										מספר האזכורים		
אחוז	יחס מ.ע. למשפט משווה עברי ביחס לכלל אוסף המקורות בהם היתה התייחסות למשפט משווה	סה"כ משפט משווה למחוז	מקורות המשפט העברי	ישראל		זר			אנגלי		אמריקאי		מספר פסקי הדין שנכללו במדגם (כלל פסקי הדין שפורסמו בפדאור באותה שנה + נבו בשנים 2006-2005)	השנה
				ספרים מאמרים	אחר	קנדי	אוסטרלי	ספרים ומאמרים	פסיקה	ספרים ומאמרים	פסיקה			
12.9%	5/24	24	5	2	14						1	2	ב"ש – 11	
	1/31	31	1	4	8		1	4	3	6		4	נצרת 11	
	0/6	6	0	1	4		1						חיפה 6-	
	13/86	86	13	24	35	2	1	1	3	1	2	4	י-ם – 12	
		147	19	31	61	2	3	5	6	7	3	10	סה"כ – 40	

טבלה מס' 10: הסתמכות על משפט משווה – לפי מספר פסקי הדין

יחסיות		התייחסות למקורות משפט אחרים* (מלבד פסיקה וחקיקה ישראלית)						מספר אזכורים	
אחוז ההתייחסות למשפט עברי מכלל פסקי הדין בהם היתה התייחסות למשפט משווה	אחוז ההתייחסות למשפט עברי מכלל פסקי הדין שניתנו במחוז	מספר פסקי הדין מקורות משפט עברי	מספר פסקי דין הנעזרים בספרות משפטית ישראלית	מספר פסקי הדין העושים שימוש במשפט זר אחר	מספר פסקי הדין העושים שימוש בהאנגלי	מספר פסקי הדין העושים שימוש במשפט האמריקני	מספר פסקי הדין במדגם (כל פסקי דין שפורסמו)	השנה	מספר אזכורים
3/11 (27%)	0/0	0					ת"א 1	56	1994
	0/4	4			2	2	ב"ש 16		
	2/2	2	2				חיפה 16		
	0/4	4			2	2	נצרת 10		
	1/1	1	1				י-ם 13		
		11	3	0	0	4	4	56	סה"כ
4/10 (40%)	0/0	0					ת"א 2	60	1995
	2/5	5	2	1		1	ב"ש 22		
	0/2	2				1	חיפה 17		
	0/0	0					נצרת 3		
	2/3	3	2	1			י-ם 16		
		8	4	2	0	2	2	60	סה"כ
4/46 (8.7%)	0/0	0					ת"א 0	40	1998
	2/11	11	2	8		1	ב"ש 11		
	0/5	5		4	1		חיפה 6		
	0/13	13		8	2	2	נצרת 11		
	2/17	17	2	11	1	1	י-ם 12		
		36	4	31	4	9	4	40	סה"כ

* סה"כ פסקי הדין עולה על 100% (165) היות ופעמים רבות פסק דין אחד עוסק במשפט משווה ממדינות שונות.

מהטבלאות מס' 9–10 עולה שהשיעור היחסי של ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בהשוואה לכלל ההתייחסויות למשפט משווה היה גבוה למדי. במיוחד הדברים אמורים בשנים 1994–1995. בשנת 1994 כ-27% מכלל פסקי הדין המחוזיים שהתייחסו למשפט משווה נזקקו למשפט העברי. בשנת 1995, שיעור זה אף עלה והגיע לכדי 40%, ומספר ההפניות בשנה זו למשפט האמריקני ולמשפט האנגלי גם יחד לא עלה על מספר ההיזקקות למשפט העברי. יחד עם זאת, חלה בשנת 1998 ירידה בשיעור ההיזקקות למשפט העברי.

השוואה בין הנתונים שבטבלאות מס' 9–10 בהשוואה לאלה שהוצגו בשער הראשון בטבלאות מס' 2–3, מעלה שבשנים 1994–1995 היה אחוז ההידרשות למשפט העברי ביחס לכלל ההתייחסות למשפט משווה גבוה יותר בבתי המשפט המחוזיים מאשר בבית המשפט העליון, פרט לשנת 1998, שבה היה אחוז גבוה יותר בבית המשפט העליון.

2.3. מהות ההסתייעות במשפט העברי

אף בשער זה, מיינו את מהות ההסתייעות למקורות המשפט העברי לחמש קבוצות עיקריות: אִמֶּרֶת אֶגֶב, השוואה, הסתמכות ישירה, הדין האישי ואזכור (הפניה) לפסיקה. החלוקה לחמש הקבוצות משתקפת בטבלה מס' 11, המציגה את התפלגות אופני השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפי שנים.

טבלה מס' 11: מהות ההסתייעות – התפלגות אופני השימוש במשפט העברי

מהות ההסתייעות חלוקה לשנים	אמרת אגב	השוואה	התייחסות ישירה	דין אישי	אזכור	סה"כ ⁷	אחוז לשנה (מהתייחסות למ.ע. בין ינו' 94 – דצמבר '06)
1994	3	4	2	2	2	13	4.9%
1995	1	8	2	1	1	13	4.9%
1996	2	6	2	0	0	10	3.8%
1997	0	1	1	1	1	4	1.5%
1998	2	5	1	2	1	11	4.1%
1999	2	7	0	0	3	12	4.5%
2000	2	7	0	1	1	11	4.1%
2001	2	13	0	0	2	17	6.4%
2002	1	17	0	1	7	26	9.8%
2003	0	8	2	0	0	10	3.8%
2004	3	29	9	3	5	49	18.5%
2005	10	12	8	6	10	46	17.3%
2006	4	17	5	5	6	43	16.2%
סה"כ	32	134	32	22	45	265	100%
אחוז מכלל ההיזקקות למ"ע	12.07%	50.56%	12.07%	8.3%	17%	100%	

מטבלה מס' 11 עולה הנתון הבא: שופטי בתי המשפט המחוזיים עושים שימוש איכותי במשפט העברי יותר משופטי בית המשפט העליון, שהרי הם ממעיטים באמרות אגב (12% אמרות אגב במחוזי לעומת 36.2% בעליון), אך נדרשים הרבה יותר למשפט העברי כמקור השוואה (כ-50% במחוזי לעומת כ-42% בעליון) ולהסתמכות ישירה (12% במחוזי לעומת 9% בעליון). תמונה דומה עולה גם ממחקרו של דויטש, שבדק את אזכורי המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בשנים 1980–1986. אף הוא העלה שהשימוש שעושים בתי המשפט המחוזיים במשפט העברי איכותי יותר מזה של בית המשפט העליון.⁸

⁷ סה"כ כאן אינו חופף לאמור בטבלאות אחרות. הן משום שבכל טבלה יש חתכים אחרים הן משום שלעיתים שני שופטים או יותר כתבו פסק דין אחד, ואחד מהם רואה במשפט העברי מקור להסתמך עליו בעוד שהאחר משתמש בו רק לתפארת המליצה. המאגר מחזיק 265 פסקי דין והחלטות, אך לצורך חתכים מסוימים, ניתן לראות בפסק דין אחד יותר מיחידה אחת. לפיכך נע המספר בין 261 לבין 265.

⁸ דויטש, לעיל ה"ש 2, עמ' 22–23.

2.4. מיון פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט
 בטבלה מס' 12 נכלל פילוח פסקי הדין המחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי לתחומי המשפט: המשפט הפרטי, המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני המשפחה.

טבלה מס' 12: מיון פסקי הדין לפי תחומי המשפט

הנושא המשפטי		פרטי	ציבורי ⁹	פלילי	משפחה	סה"כ
אופי ההיזקקות למ"ע	א. אמרות אגב	11	12	6	6	35
	ב. השוואה	62	39	26	10	137
	ג. ה. ישירה	12	8	5	6	31
	ד. הדין האישי	1	1	1	18	21
ה. אזכור	17	4	8	8	37	
סה"כ		103	64	46	48	¹⁰ 261
אחוזים (אחוז ההיזקקות לתחום המשפטי מכלל ההיזקקות למשפט העברי בשנים 1994–2006)		39.46%	24.52%	17.62%	18.39%	100%

מעיון בטבלה מס' 12, המציגה את ההתפלגות לפי תחומי המשפט, עולה ששופטי בתי המשפט המחוזיים נזקקים הרבה למשפט העברי בפסקי הדין במשפט הפרטי – כ-40% לעומת כ-25% בעליון – ופחות במשפט הציבורי, במשפט הפלילי ובמשפחה. אף בהשוואה לנתוני פסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986, שבמחקרו של דויטש,¹¹ ניכרת מגמת עלייה מובהקת של היזקקות למשפט העברי במשפט הפרטי בשנים 1994–2006 לעומת השנים 1980–1986. אין להתפלא על דבר זה, בשל העובדה שחלק נכבד מאוד של דברי חכמי המשפט העברי, אם לא רובם, התייחס לדין הפרטי, התופס את חלק הארי בחושן משפט שבשולחן ערוך. וכבר אמרו חז"ל שהרוצה להחכים – יעסוק בדיני ממונות. ואכן, פסקי הדין של רבים מן השופטים המחוזיים בתחום המשפט הפרטי, כבתחומים אחרים, מחכימים ביותר. חבל שאין כאן מקום לדון ברבים מהם במסגרת חיבורנו זה, למעט אלה המבוססים על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המוצגים להלן, בחלק השני של חיבורנו.

⁹ כולל סדרי דין מול הרשויות.

¹⁰ פסקי דין והחלטות שניתן לאפיינם לפי נושאים משפטיים מובהקים. בשל העובדה שחלק מפסקי הדין עוסק ביותר מנושא אחד, מינהלי ופרטי וכיו"ב, ובהתחשב בעובדה שלעתים ההיזקקות למשפט העברי עשויה להיות הן השוואה הן אמרת אגב, מספר הפרטים במאגר נע בין 261 לבין 265.

¹¹ ראו לעיל בפתיחת הפרק.

פרק שני

השופטים שנזקקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

1.1. ההתפלגות לפי שופטים

טבלאות מס' 13–14 מציגות את נתוני השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים לפי שופטים, תוך הבחנה בין אופני ההיזקקות למשפט העברי: אמרת אגב, השוואה, התייחסות המשפיעה ישירות על התוצאה הסופית של פסק הדין, הדין האישי ואזכורי פסיקה המסתיעת במשפט העברי. טבלה מס' 13 מתייחסת אך ורק לשופטי בתי המשפט המחוזיים שנזקקו למקורות המשפט העברי בשנים 1994–2006 בלמעלה משלושה מפסקי הדין שכתבו.

טבלה מס' 13 – שופטים שנוקקו למשפט העברי בלמעלה משלושה פסקי דין

שם השופט/ת	משה דרורי (י-ם)	ניל הנדל (ב"ש)	יעקבי-שווילי (חיפה) (י-ם)	אהרן פרקש (י-ם) (י-ם)	רון שפירא (חיפה) (י-ם)	יוסף. שפירא (י-ם)	אליקים רובינשטיין (י-ם) (לשעבר)	יהודית שטופמן (ת"א)
מהות ההיזקות	א. אגב	5	2	10	0	3	0	0
	ב. השוואה	39	28	6	3	7	4	0
	ג. ישירה	18	3	0	0	2	2	0
	ד. דין אישי	3	1	2	0	4	0	1
	ה. אזכור	31	0	0	0	1	2	2
מס' פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי								
מספר פסקי דין והחלטות בכלל	1994-2004	229	664	294	4	405	81	611
	2005-2006 דצמבר	267	253	---	240	445	---	255
מתוך פסקי דין שאינם החלטות (מעל 4 עמ' להלן: המלאים)	מספר עד 2004	166	310	218	4	295	28	388
	2005-06	181	200	---	177	409	---	243
אחוז מ"ע מכלל פסקי הדין המלאים								
	76/347	21.9%	34/510	6.66%	3/181	1.65%	18/619	2.9%
	3/631	0.47%			7/704	0.99%		

שופטים שנזקקו למשפט עברי בלמעלה משלושה מפסקי דין (המשך)

שם השופט/ת	משה גל (י-ם)	משה רביד (י-ם)	דרורה פלפל (ת"א)	אמינוף אהרון (נצרת)	ברוך אזולאי (ב"ש)	ד"ר עודד מודריק (ת"א)	יהושע פלפל (ב"ש)	רוט שטרנברג – אליעז (ת"א)
מהות ההיזקקות	א. אגב	ב. השוואה	ג. ה. ישירה	ד. דין אישי	ה. אזכור	מס' פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי	מספר פסקי הדין והחלטות בכלל	מכלל פסקי הדין שאינם החלטות (מעל 4 עמ') להלן: המלאים
	0	0	0	0	0	0	0	0
	4	3	3	0	2	0	1	1
	0	0	0	0	0	0	0	0
	0	0	0	3	0	0	0	0
	2	1	2	0	0	3	0	0
	6	4	5	3	3	5	5	3
2004–1994	700	648	407	231	195	332	282	375
2005–2006	138	234	150	131	95	94	105	43
עד 2004	395	350	269	165	137	180	177	262
2005–06	108	147	141	112	89	80	83	42
	1.19%	0.8%	1.21%	1.08%	0.88%	1.92%	1.92%	0.98%
	6/503	4/497	5/410	3/277	2/226	5/260	5/260	3/304

מהנתונים בטבלה מס' 13 עולה כי 16 מכלל השופטים המחוזיים נזקקו למקורות המשפט העברי ביותר משלושה פסקי דין. זאת ועוד, מדובר במספר רחב למדי של השופטים המחוזיים העושים שימוש ניכר במשפט עברי הדומה יחסית (בהתחשב במספר השופטים הרב יותר בבתי המשפט המחוזיים מאשר בבית המשפט העליון) למספר שופטי בית המשפט העליון שעשו שימוש דומה (ראו טבלאות מס' 6–7).

בדומה למה שראינו בהקשר לפסיקת בית המשפט העליון, משתקפת אף כאן ההיזקקות הרבה של שופטים אחדים למקורות המשפט העברי.

בולטת במיוחד בעניין זה תרומתו הרבה של השופט משה דרורי, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, שנזקק למקורות המשפט העברי ב-78 מפסקי הדין שכתב, שהם כ-22% מסך כל פסקי הדין וההחלטות (מעל ארבעה עמודים) שהוא נתן. נתון זה בולט במיוחד לנוכח העובדה שנתמנה לבית המשפט המחוזי בירושלים רק בשנת 2002, ואף על פי כן

הרבה בשימוש איכותי במשפט העברי יותר משופטים ותיקים ממנו בבתי המשפט המחוזיים. ניתן לדמות את תרומתו המכרעת להיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לזו של השופט אליקים רובינשטיין בבית המשפט העליון, גם הוא כאמור בשער הקודם עשה זאת בזמן קצר יחסית.

שופטים אחרים הראויים לציין בעניין זה הם: השופט ניל הנדל, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, שמקורות המשפט העברי נזכרים ב-34 מפסקי הדין שכתב (כ-7% מכלל פסקי הדין); השופט יעקבי-שווילי, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, שהזכיר ממקורות המשפט העברי ב-18 מפסקי הדין שכתב (כ-8% מכלל פסקי הדין שנתן). ראוי לציין אף את השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, שמשנת 2004 ועד עתה נזקק למקורות המשפט העברי ב-18 מפסקי הדין שכתב. אף השופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה, נזקק למקורות המשפט העברי ב-7 מפסקי הדין שכתב. וכפי שנראה להלן, בפרק השלישי של שער זה, שני שופטים אלה הרבו להסתייע בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע.

בדיוננו על פסיקת בתי המשפט המחוזיים ראוי לציין גם את פעולתו של השופט אליקים רובינשטיין, המכהן היום בבית המשפט העליון, שניצני השימוש העשיר והמגוון במקורות המשפט העברי בפסיקתו, שנדון בהרחבה בשער הקודם, במסגרת הדיון על נתוני הפסיקה בבית המשפט העליון, ניכרים יפה במהלך כהונתו הקצרה בבית המשפט המחוזי בשנים 1995–1996.

שופטים מחוזיים אחרים שנזקקו למקורות המשפט העברי הם: אהרן פרקש (ירושלים), יהודית שטופמן (תל-אביב-יפו), משה גל (ירושלים), משה רביד (ירושלים), ד"ר דרורה פלפל (תל-אביב-יפו), ברוך אזולאי (באר-שבע), יהושע פלפל (באר-שבע), ד"ר עודד מודריק (תל-אביב-יפו), אהרן אמינוף (נצרת) ורות שטרנברג-אליעז (תל-אביב-יפו). בגרסה הנרחבת יותר של מחקרי זה שפורסמה בכתב העת "מאזני משפט" ז (תשס"ט) נכללים גם נתונים כמותיים נוספים שאינם מובאים כאן, כגון: טבלה המציגה את השופטים המחוזיים שאזכרו משפט עברי בשנים 1994–2006 בפחות משלושה מפסקי הדין שכתבו; טבלה המציגה את התפלגות השימוש במשפט העברי לפי חמשת בתי המשפט המחוזיים: ירושלים, תל-אביב-יפו, חיפה, נצרת ובאר-שבע. כן עמדתי שם על המאפיינים העיקריים של דרכי השימוש במשפט העברי שעשו ארבעת השופטים המחוזיים הבולטים בהיזקקותם למקורות היהדות: משה דרורי, ניל הנדל, יוסף שפירא ויצחק יעקבי-שווילי. להשלמת התמונה מן הראוי לעיין במחקר הנ"ל.

פרק שלישי

פשר המגמה להגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים

1. הגורמים

1.1. רקע כללי

מן הנתונים שהצגנו לעיל, עולה מגמה ברורה של הגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בישראל בשנים 1994–2006 בכלל, ובשנים 2004–2006 במיוחד, שחלה בהן עלייה דרמטית ביותר, כאשר בכל שנה נזכר המשפט העברי בלמעלה מ-40 מפסקי הדין המחוזיים. מגמה זו בולטת עוד יותר על רקע ההשוואה לנעשה בבית המשפט העליון בתקופה המקבילה, כמפורט בשער הראשון.

ראינו כי בכמה מן השנים הללו, היה מספר פסקי הדין המחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי גבוה ממספר פסקי הדין שניתנו באותה תקופה בבית המשפט העליון. עוד ראינו כי שופטי בתי המשפט המחוזיים עושים שימוש איכותי יותר במשפט העברי משופטי בית המשפט העליון, כשהם ממעטים באמרות אגב ונזקקים לו יותר כמקור להשוואה ולהסתמכות ישירה. הם אף מרבים יותר לפנות למשפט עברי מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, או מכוח ערכיה של מדינת ישראל לאור חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו. שופטי בתי המשפט המחוזיים אף עושים שימוש ניכר ביותר בהשוואה לזה של שופטי בית המשפט העליון במקורות הקלסיים של המשפט העברי בתחום המשפט הפרטי, ופחות בתחומי המשפט הציבורי והמשפט הפלילי, כמקובל בבית המשפט העליון.

כיצד ניתן להסביר את מגמת השימוש המוגבר במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים? ועוד: מהי הסיבה לעלייה הדרמטית במידת השימוש במשפט העברי ובאיכות השימוש בו בשנים 2004–2006?

גם במחקרו של פרופ' סיני דויטש על המצב בשנים 1980–1986, נמצאו הבדלים בין בית המשפט העליון לבין בתי המשפט המחוזיים במידת השימוש במשפט העברי ובאיכותו, והוא הצביע על שני גורמים להבדלים הללו:¹² מספר השופטים שנזקקו למשפט העברי בכל הערכאות והגישה השונה למקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיות אחדות. אף אנו מצאנו הבדלים דומים בין הערכאות בתקופה שנבדקה במחקרנו, ובמידה רבה הם אף הוחרפו. לפיכך, יש לבחון אם שני הגורמים האמורים השפיעו על היווצרותה של מגמת ההעמקה בשימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006, ועד כמה השפיעו.

1.2. תרומתם של שופטים שנזקקו הרבה למשפט העברי

נפתח בגורם הראשון – מספר השופטים שנזקקו למשפט עברי בכל הערכאות. כאן יש הבדל בין התקופה שנבדקה במחקרו של דויטש לבין התקופה שבמחקרנו. בשנים 1980–1986, ניכר הבדל בולט, שהצביע עליו דויטש, בין פסקי בית המשפט העליון המסתמכים על משפט עברי שנכתבו ברובם הגדול בידי שופט יחיד, השופט מנחם אֶלון, ואילו בבתי המשפט המחוזיים נזקקו עשרות שופטים למשפט העברי. אך לא ניתן להצביע על הבדלים דרמטיים כאלה בין הערכאות בשנים 1994–2006. אדרבה: אם נבדוק את מספר השופטים בכל הערכאות הנזקקים למשפט העברי בלפחות משלושה מפסקי הדין שלהם, נגלה שיש שוויון בין בית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים, שיש בכל אחד מהם 16 שופטים. אף תפרוסת השימוש במשפט עברי בין שופטי בית המשפט העליון הייתה סבירה למדי בשנים 1994–2006. בתקופה זו, ניתן להצביע על חמישה שופטים שנזקקו הרבה למשפט העברי.¹³ כפי שראינו, אף בבתי המשפט המחוזיים, חלק הארי של פסקי הדין נכתב בידי ארבעה שופטים. נמצא שמספר השופטים המחוזיים שנזקקו למשפט העברי אינו מהווה גורם עיקרי בהגברת ההיזקקות לו בשנים האחרונות, אם כי הייתה לו בוודאי תרומה מסוימת.

לי נראה שהעלייה הדרמטית בהיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 2004–2006 נובעת, בין השאר, ממינוים של שופטים שהרבו להיזקק למשפט העברי. תרומה של ממש בעניין זה יש למינויים שנעשו בבית המשפט המחוזי בירושלים, אשר היה, כאמור, בית המשפט המחוזי הפורה ביותר (כ-50%) מבחינת ההיזקקות למשפט העברי. בשנת 2002, מונה השופט דרורי לבית המשפט המחוזי בירושלים והוא תרם תרומה מכרעת ביותר, הן כמותית הן איכותית להיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים. בשנים שלאחר מכן, הצטרפו אליו השופט יוסף שפירא, שתרם גם הוא תרומה נכבדה. גם שופטים אחרים, הספיקו להיזקק לא מעט למשפט העברי בפרק הזמן הקצר שהם מכהנים בו

¹² דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 33–37.

¹³ אם כי בשנתיים האחרונות, עם פרישתם של השופטים טירקל, אנגלרד, חשין וטל, ניתן חלק הארי של פסקי הדין הנזקקים למשפט עברי בידי השופט רובינשטיין.

כשופטים מחוזיים, כגון השופטים פרקש וסולברג. אף במחוזות אחרים ניתן להצביע על שופטים הבולטים בתחום זה, אף שמדובר בשופטים ותיקים האחראים לחלק ניכר של השימוש במשפט העברי במחוז שלהם, ובראשם השופט הנדל בבאר-שבע והשופט יעקבי-שווילי בחיפה. הרי לנו גורם אחד למגמת הגברת השימוש במשפט עברי בבתי המשפט המחוזיים, אך יש בלי ספק גורם מכריע אחר שנעמוד על טיבו בסעיף הבא.

1.3. הגברת השימוש במקורות משניים

גורם עיקרי אחר מסביר את השינוי שחל במיוחד בשנים 2004–2006 בהגברת היזקקותם של שופטי בתי המשפט המחוזיים במקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיות אחדות. בהקשר זה, יש לציין במיוחד שני כלים חדשים שהוכחו כיעילים ביותר והשופטים מרבים לצטט מהם. הראשון, דפי פרשת השבוע היוצאים לאור בידי המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים (בשיתוף עם מכללת "שערי משפט") החל משנת התשס"א. השני, חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי (המכללה האקדמית נתניה), הניתנות החל משנת 2005 לכל שופט הפונה למרכז לצורך בירור עמדתו של המשפט העברי בסוגיות שונות. הן חוות הדעת הן דפי פרשת השבוע מופצים באופן שוטף בקרב השופטים בישראל. כלים חדשים אלה מצטרפים כמובן לספרים ולמאמרים במשפט עברי המתפרסמים חדשות לבקרים.

2. השימוש בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע

2.1. היקף השימוש

כאן המקום להתייחס לנתונים הנוגעים לפעילותו של מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי העשויים לשפוך אור על המגמה המתחוללת בשנים האחרונות בבתי המשפט המחוזיים. מאז הקמת מרכז ישמ"ע בתחילת 2005 ועד סוף 2007, התבססו לא פחות מ-30 פסקי דין מחוזיים על חוות דעת של מרכז ישמ"ע (מתוך למעלה מ-70 פסקי דין בכל הערכאות בישראל), המוצגות ברובן בחלק השני של חיבורנו. ברוב פסקי הדין, השופטים אף ציינו את הדבר במפורש בגוף פסק הדין.¹⁴ הנתונים מדברים בעד עצמם: למעלה מ-

¹⁴ להלן רשימה חלקית של פסקי הדין (2005–2007) לפי נושאים: חסינות לגבי הוצאת דיבה במהלך הליך משפטי – ע"א (מחוזי ת"א) 1506/02 גיל עורד נ' חיר פואד (לא פורסם, 2007). מפי השופט יהושע גרוס, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בפסקה 6 של פסק דינו; אחריות בנזיקין על התעללות בבת זוג – ע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא, בפסקה 18 של פסק דינו; חובת נאמן לנהוג בתום לב – ת"א (מחוזי י-ם) 6233/04 ציקבאשווילי נ' תפארת שלמה, פ"מ תשס"ד (1) 690 (2005), מפי השופט אהרן פרקש, בפסקה 25 של פסק דינו; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (מחוזי י-ם) 4177/02 אשכנזי נ' ד"ר גאנדין (לא פורסם,

25% מכלל פסקי הדין המחוזיים שנעשה בהם שימוש במקורות המשפט העברי בשנים 2005–2006 (89 פסקי דין), נשענו על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. מידת התרומה של חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ניכרת במיוחד אם מביאים בחשבון רק את 53 פסקי הדין המחוזיים שנעשה בהם שימוש איכותי במקורות המשפט העברי בשנים 2005–2006. במקרה זה, מתברר כי למעלה מ-43% מן השימוש האיכותי במשפט העברי בשנים הללו יסודו במקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע. השימוש המרובה בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע נעשה בעיקר על ידי שופטים מחוזיים אחדים, ובראשם השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, שהתבסס על חוות דעת של מרכז ישמ"ע ברוב פסקי הדין שנעשה בהם (נכון לסוף 2006) שימוש איכותי במקורות המשפט העברי (8 מתוך 13 פסקי דין). שופטים אחרים שהרבו להסתייע בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע הם: השופט אהרן פרקש, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים (בשלושה פסקי דין), השופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה (בשלושה פסקי דין). אף יש לציין את סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, השופט יהושע גרוס, את חברו

2005), מפי השופט יוסף שפירא, בפסקה 6 של פסק הדין; גרדי עד מומחה – ת"א (מחוזי חי') 732/01 לוי ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ (לא פורסם), מפי השופט רון שפירא; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (מחוזי י-ם) 3248/01 יונסי נ' קופת חולים (לא פורסם, 2005), מפי השופט משה דרורי, בפסקה 83 של פסק דינו); שיקולי ענישה באדם שנענש בידי שמים – ת"פ (מחוזי י-ם) 1057/05 מדינת ישראל נ' יניב חדר (לא פורסם, 2006), מפי השופט אהרן פרקש; מתן תרומות על ידי מורשע כעילה להקלה בעונשו – ת"פ (מחוזי חי') 257/02 מדינת ישראל נ' אסלאן פייסל (לא פורסם, 2007), מפי השופט רון שפירא; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (מחוזי י-ם) 7482/05 פלוני ואח' נ' ד"ר כסיף ואח (לא פורסם, 2007), מפי השופט יוסף שפירא, בפסקה 34 של פסק דינו; מחילת חוב – ה"פ (מחוזי י-ם) 1172/02 חברת ענבל מפעלי תיירות בע"מ נ' מלון אשכולות חברון בע"מ (לא פורסם, 2006), מפי השופט יוסף שפירא, פסקאות 32–33 לפסק הדין; הגנת הצורך – פ"ח (מחוזי י-ם) 861/05 מדינת ישראל נ' ויזגן (לא פורסם), מפי השופט אהרן פרקש; הפריית רווקה מגבר נשוי בלא ידיעת אשתו – ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות ואח' (לא פורסם, 2006), מפי השופט יוסף שפירא; פרשנות חוזה – ת"א (מחוזי י-ם) 3090/01 אברבוך נ' אשכנזי (לא פורסם), מפי השופטת חנה בן-עמי, בפסקה 23 לפסק הדין; זכות פיצוי לתורם כליה על חיסכון בהוצאות טיפול רפואי לקופת חולים – ת"א (מחוזי י-ם) 4298/02 ווידן ואח' נ' מדינת ישראל ואח' (לא פורסם, 2006), מפי השופט יוסף שפירא; מעין מורד – ע"מ (מחוזי י-ם) 755/05 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 2005), מפי השופט יוסף שפירא; הגנת שכרות בידי העונשין – ת"פ (מחוזי י-ם) 2146/06 מדינת ישראל נ' פרנק (לא פורסם), מפי השופט אהרן פרקש; גרסאות נוגדות – ת"א (מחוזי י-ם) 8439/06 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' התחנה המרכזית בירושלים ניהול 1966 בע"מ (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא; סודיות רפואית – ת"א (מחוזי י-ם) 8432/06 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית ואח' (לא פורסם, 2008), מפי השופט יוסף שפירא; זכות קיום משמרת מחאה מול ביתו הפרטי של אדם נגד עיסוקו – ת"א (מחוזי ת"א) 1558/06 המכללה האקדמית תל אביב-יפו ואח' נ' מקיסון ואח' (לא פורסם, 2007), מפי השופט ד"ר עודד מודריק; הסדר כובל במשפט העברי – ת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח' (לא פורסם) מפי השופט יוסף שפירא; ענישה המכוונת להגנת החברה – ת"פ (מחוזי חי') 6011/07 מדינת ישראל נ' תיתי יוסף (לא פורסם, 2007), מפי השופט רון שפירא.

השופט ד"ר עודד מודריק מבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ואת שני שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, השופטים חנה בן-עמי ומשה דרורי, וכן שופטים מחוזיים אחרים, שהסתייעו בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, לפחות בפסק דין אחד.

מספר הפניות של שופטים מחוזיים למרכז ישמ"ע לקבל חוות דעת, בדומה לשופטי הערכאות הנמוכות, בתי משפט השלום ובתי המשפט לענייני משפחה, גבוה בהרבה ממספר הפניות של שופטי בית המשפט העליון, ויש בו כדי ללמדנו על מוכנות גבוהה ביותר של השופטים המחוזיים להיעזר במקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיה שהם דנים בה. לא מצאנו מוכנות זו בקרב שופטי בית המשפט העליון, אך אין כאן מקום להאריך בעניין זה.¹⁵

חד עם זאת, אנו חייבים לסייג את דברינו ולהדגיש כי עדיין קשה להעריך נכונה את תרומתן של חוות הדעת של מרכז ישמ"ע להגברת ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, משום שמדובר במרכז שנוסד לפני ארבע שנים בלבד. ראוי לשוב ולבחון את נתוני ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בעוד שנים אחדות ולראות אם המגמה להגברת השימוש במקורות המשפט העברי בסיוע חוות הדעת של מרכז ישמ"ע נמשכת, אם לאו.

2.2. מעמד חוות הדעת לאור פסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים

על תרומת שירות חוות הדעת של מרכז ישמ"ע לפסיקת בתי המשפט בישראל, עמד לא מכבר (ביום 5 לדצמבר 2005) בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי השופט יוסף שפירא) בפסק דין מרתק ע"מ (מחוזי י-ם) 755/05 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), שהוא ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה תמ"ש (משפחה י-ם) 16810/02 ע' ואח' נ' פ' (בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, מפי השופט שלמה אלבז), העוסק בדיני מורד ומעין מורד. בית המשפט לענייני משפחה הסתייע בפסק דינו בחוות דעת של מרכז ישמ"ע שעיקריה מפורטים להלן, בחלק השני של חיבורנו.¹⁶ בערעור לבית המשפט המחוזי, טענו המערערים, בין השאר, נגד היזקקותו של בית משפט קמא לחוות הדעת של מרכז ישמ"ע. טענת המערערים נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי מן הטעמים המפורשים בגוף פסק הדין. מפאת חשיבותם של הדברים, אביאם להלן ככתבם וכלשונם (פסקאות 8–9):

"חוות הדעת" של מרכז ישמ"ע

8. טענת המערערים בדבר היזקקות בית המשפט קמא לחוות דעת של מרכז ישמ"ע (הרב משה בארי וד"ר יובל סיני), דינה להידחות. אנמק.
בית המשפט קמא בדונו בשאלה האם המורד זכאי לפירות נכסי אשתו

¹⁵ וראו לעניין זה דבריו המסתברים של דויטש, לעיל ה"ש 12, שחלקם נותר רלוונטיים אף לתקופה הנבדקת במחקרנו.

¹⁶ שער שישי, פרק שישי.

ולמעשה ידיה, כתב:

"בחלק זה בפסה"ר, הסתמכתי בין היתר, על חוות דעת מאת הרב משה בארי והד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) שבמכללה האקדמית נתניה, ותודתי נתונה להם על כך" (שם, פסקה 32).

ראשית יאמר, כי אין מדובר במינוי מומחה שהגיש לבית המשפט חוות דעת, או אז ייעשה הדבר לאחר מתן החלטה של בית המשפט. תקנה 258 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984 (להלן: **התקנות**), המצויה בפרק הדין בתובענות בענייני משפחה, קובעת:

"בית המשפט רשאי, אף שלא בהסכמת בעלי הדין למנות מומחה מטעמו, שיגיש לו חוות דעת בכל עניין הנוגע לענייני המשפחה."

עפ"י תקנת משנה (ב) רשאי בעל דין בתוך 7 ימים מיום המינוי להביא בפני המומחה מסמכים הנוגעים לעניין.

כפי שעולה, הן מהמובאות עליהן הסתמך בית משפט קמא, והן מ'חוות הדעת' גופה, הרי שאין מדובר ב'חוות דעת' בענין הנוגע **"לענייני משפחה"**, אלא בקבלת אסמכתאות, דעת מלומדים והפנייה לפסיקה ומקורות משפטיים!

פנייה למקורות

9. סוגיות ה'מורדת', 'מעין מורדת', 'מורד' וכן ה'מעין מורד', נדונו בעיקר בבתי הדין הרבניים, ולרוב בהקשר של תביעות גירושין. מקורן הוא בדין העברי (ראו ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה, הוצאת ראובן מס מהדורה רביעית, תשנ"ג, 191 (להלן: שרשבסקי); **שינבויס ודון יחיא**, דיני מזונות – מזונות אשה סמכויות, הוצאת חוק ומשפט, רמת-גן, 1985) (להלן: שינבויס ודון יחיא).

הפנייה, איפוא, לפסקי דין רבניים (בקצבי פד"ר), ולמקורות המשפט העברי, אך טבעית היא. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, קובע:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש, יכריע בהן לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

יש הסוברים כי יש להגביר השימוש במקורות אלה.

המחבר אהן ברק בספרו 'שופט בחברה דמוקרטית', הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, 2004, מציין בפרק 'פיתוח הכלים השיפוטיים', כדלקמן:

"תורת החסר (לקונה – י.ש.) לא פותחה דיה בעבר. יש להגביר את השימוש בה ובאמצעים להשלמת החסר (היקש, מורשת ישראל)... מקומו של המשפט העברי יתרחב אם המשפט העברי יילמד". (שם,

(413,412)

לצורך פסיקתו, פונה איפוא בית המשפט למקורות שונים, ולרבות לספרות המשפטית, הן במקומותינו והן במרחקים, לצורך משפט משווה. אותן "חוות דעת" הנכתבות על ידי מרכז ישמ"ע, הן ככל מקור משפטי, המקל על המבקש להתמצא בדין העברי, המלא כרימון, אף אם מביעים הם, את דעתם הם, בנסמך. ...

על כל פנים, במקרה שלפנינו, הדין העברי אינו בגדר מקור השראה או מקור להשלמת החסר, אלא הוא-הוא הדין המחייב במדינת ישראל. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, קובע כי יחול הדין האישי על מזונות בני זוג. וכפי שעילת החיוב מקורה בדין העברי, כך טענות ההגנה של הבעל (כגון: הכנסות האישה) תבורנה על פי המשפט העברי, וכך גם תשובתה של האישה כי אין הוא זכאי לניכוי בגין מעשה ידיה עקב היותו מעין מורד, צריכה אף היא ביסוס על פי הדין האישי, קרי: המשפט העברי (ההדגשות במקור – י' ס').

בסוף דיונו בעניין חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, הדגיש בית המשפט המחוזי בירושלים:

"חוות הדעת" של המרכז ניתנות לכל דורש, הן נגישות לכל מתעניין, ויש בהן עזר רב. לאור האמור, טענת המערערים בנושא זה נדחת בזאת.

הנה כי כן, פסק הדין החשוב של השופט יוסף שפירא מדגים את תרומתן של חוות הדעת של מרכז ישמ"ע "ככל מקור משפטי, המקל על המבקש להתמצא בדין העברי, המלא כרימון".

אין ספק כי כיום, לאחר פרסום חוות הדעת והעלאתן ברשת האינטרנט, אכן תהיינה חוות של המרכז "נגישות לכל מתעניין", שופט או משפטן וכל אדם משכיל, ויש לקוות שהן אף תהיינה ל"עזר רב", כדברי בית המשפט המחוזי.

אחרית דבר

תמונת המצב ומבט אל העתיד

אם נבקש לסכם את תמונת המצב העכשווית, כפי שהיא מצטיירת משני השערים שלמעלה, נהיה חייבים לומר שמידת ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט הישראליים מועטה למדיי, והיא אינה ממצה את קצה קצהו של הפוטנציאל האדיר להסתייע באוצרות אלה. למעשה, ניתן לומר כי רוב השופטים, גם אלה שהם שומרי תורה ומצוות, ממעטים להיזקק למשפט עברי. מאידך גיסא, ניתן גם לציין שופטים אחדים המרבים להסתייע במקורות המשפט העברי.

וראוי לומר כי ממחקר שפרסם לאחרונה ד"ר רונן פרי¹ עולה כי אף מידת ההיזקקות של שופטי ישראל למחקרים הרבים והחשובים בתחום המשפט העברי, שפורסמו בכתב העת "שנתון המשפט העברי" ובכתב העת "דיני ישראל", היא כמעט אפסית. מבחינה זו, הם מדורגים בתחתית סולם כתבי העת המשפטיים בישראל. נתון מדאיג זה מצטרף לתמונת המצב העגומה של אי-היזקקות למשפט העברי.

כיצד נסביר את מיעוט ההיזקקות למשפט העברי?

דומה שאין להסביר את הרתיעה מן ההסתייעות במקורות המשפט העברי בחשש מהפיכתה של מדינת ישראל למדינת הלכה, שהרי ברוב סוגיות המשפט העברי אין מתעוררות שאלות דתיות.

וכבר עמד פרופ' דויטש² על שלושה גורמים עיקריים למיעוט ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל. ואלה הם: בעיית המינוח (הטרמינולוגיה); בעיית

1 "דירוג כתבי עת משפטיים עבריים – יסודות עיוניים ומחקר אמפירי ראשון" דין ודברים א 401–448 (התשס"ה).

2 סיני דויטש "פרויקט שמ"ע – שירות המשפט העברי: יישום המשפט העברי במערכת המשפטית בישראל בעזרת המחשב" דיני ישראל יב, עמ' רע (התשמ"ד-מ"ה).

איתור המקורות; הקושי להבין אותם.

נראה כי מידת ההשפעה של המשפט העברי על פסיקת בתי המשפט בישראל הייתה, ועודנה, קטנה מהשפעתה על החקיקה,³ שגם היא אינה רבה מדי, במיוחד בשנים האחרונות, כשחלה נסיגה אף בתחום החקיקה.⁴ כיצד ניתן להסביר תופעה זו? נראים הדברים שבמהלך החקיקה האינטנסיבית במשפט הישראלי, בעיקר משנות ה-50 ועד סוף שנות ה-80 של המאה ה-20, הציגה מחלקת המשפט העברי במשרד המשפטים את עמדת המשפט העברי כמעט בכל תחום והיא אומצה לעתים בחקיקה הישראלית. ואולם, בשנים האחרונות לא היה גוף מקביל שפועל בשיתוף עם הנהלת בתי המשפט ומעביר לשופטים חוות דעת בסוגיות העומדות על הפרק. כך נוצר מצב של נסיגה דרמטית עוד יותר במידת ההשפעה של המשפט העברי על משפט המדינה, משום שפעמים הרבה "הישגי" החקיקה שמשולב בה המשפט העברי נמחקים כלא היו כשבוחנים את פסיקת בתי המשפט. וגם כשנזקק המחוקק לעקרונות ולמונחים הלקוחים מן המשפט העברי, נטו בתי המשפט לפרשם בדומה לעקרונות הדין האנגלי או האמריקני או הקונטיננטלי וכלליהם, ולא בהתאם למקורם ההיסטורי בדין העברי.

יחד עם זאת, כפי שראינו, ניתן להצביע על ניצנים של מגמה חיובית להגברת ההיזקקות למקורות המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, המתאפיינת בהסתייעות במקורות משניים, כגון חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ודפי פרשת השבוע ובריבוי ההסתמכות הישירה על המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לקוות שמגמה זו תלך ותגבר בשנים הקרובות, ואף תהיה נחלתם של רוב שופטי בית המשפט העליון ושל שאר בתי המשפט בישראל.

3 על השפעת המשפט העברי על החקיקה, ראו נחום רקובר **המשפט העברי בחקיקת הכנסת** (התשמ"ט).
4 דוגמה אופיינית היא הקודקס האזרחי החדש המצוי בשלבי הכנה סופיים, אשר למרות שמו הזמני – חוק דיני ממונות – נעדרים ממנו לחלוטין דיני הממונות העבריים. לשם המחשה, נציין כי בספרו של פרופ' מיגל דויטש, **פרשנות הקודקס האזרחי**, תל-אביב התשס"ה, המחזיק 567 עמודים, שהוא החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה והרוח החיה מאחורי הליכי חקיקת הקודקס האזרחי החדש, לא צוינה אף לא הלכה אחת או פסוק אחד מן המקרא!

חלק שני

פרקי משפט עברי יישומי

חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ופסקי הדין שהסתייעו בהם

פתיחה

גולת הכותרת של פעילות מרכז ישמ"ע היא מתן חוות דעת לשופטים על עמדת המשפט העברי בעניינים הנדונים בבתי המשפט בישראל.

מרכז ישמ"ע, הפועל בשיתוף פעולה עם הנהלת בתי המשפט, מסייע לשופטים באיתור תקדימים משפטיים מן המשפט העברי בעניינים הנמצאים בדיון בבתי המשפט בישראל. חוות הדעת שמספק מרכז ישמ"ע לשופטים מציגות את עמדת המשפט העברי במגוון בעיות משפטיות ואת הפתרונות שהוא מציע להן. במסגרת חוות הדעת, בודקים חברי המרכז את הבעיה שהוצגה על ידי השופט-השואל ומנתחים את הסוגיות הדנות בה במקורות המשפט העברי, הן בשאלות הן בתשובות, שניתן ללמוד מהן מהי דעת הפוסקים או שניתן להקיש מהן עליו.

חוות הדעת כוללות דיון מפורט בצירוף הפניות הן לספרות התורנית הן לספרות המחקר של המשפט העברי המודרני, לפסקי דין של בתי המשפט במדינת ישראל שנוקקו בפסקיהם גם למשפט העברי, וכמובן – גם לפסקי הדין הרבניים. כך מקבלים השופטים

תמונה רחבה ככל האפשר של הנושא הנדון במקורות המשפט העברי. בסוף כל דיון, מובאות המסקנות העולות ממנו במקרה הנדון. ונדגיש שאין אנו מתכוונים לפסוק כאן הלכה אלא להציג את תמצית המקורות הדנים בעניין מסוים ולתאר את קווי המחשבה העשויים לסייע לשופט להכריע בעניין העומד לדיון לפניו.

במלאכת כתיבתן של חוות הדעת, אנו מסתייעים בעבודתם של שני חוקרים בעלי סמיכה לדיינות והשכלה משפטית, הרב עו"ד יוסי שרעבי והרב ד"ר משה בארי.

זוהי מהלך מעשה גיבוש חוות הדעת. בדרך כלל, מוטלת כתיבת הטיוטה הראשונית של חוות הדעת בעניין מסוים על אחד משלושתנו (סיני, שרעבי ובארי), אך חלק נכבד מחוות הדעת שמוציא מרכז ישמ"ע הוא פרי ליבון משותף של שלושתנו, בחינת "החוט המשולש במהרה לא יינתק". יחד עם זאת, יש להדגיש כי האחריות לניסוח הסופי של חוות הדעת מוטלת עליו (י"ס) בלבד. לעתים אנו מתייעצים גם עם דיינים ותיקים ומומחים. בעת הצורך, אנו נעזרים גם במומחים מתחומים אחדים של המשפט העברי. לעתים הם אף כותבים את חוות הדעת שבתחום התמחותם. כך, לדוגמה, כתב ד"ר בני שמואלי חוות דעת בעניין ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם.

להלן מוצגים פרקי משפט עברי יישומי המיוסדים על מקצת מחוות הדעת הללו, מסודרים בשערים לפי תחומי המשפט. מבנה הפרק דומה ברוב המקרים. כל פרק נפתח בהצגת העובדות והשאלות המשפטיות שהעלו השופטים בפנייתם למרכז ישמ"ע, ולאחריה תמצית חוות הדעת בעיבוד מסוים, בין הרחבתן בין עדכון, אך תוך שמירה קפדנית על מתכונתן הראשונית. בסוף רובם של הפרקים מובאים עיקרי פסקי הדין, ובמיוחד הקטעים הנוגעים לשימוש במקורות המשפט העברי, כל אימת שהסתייעו השופטים שפנו למרכז ישמ"ע במקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות הדעת. באופן זה ניתן לעקוב אחר דרכי יישומו של המשפט העברי, הלכה למעשה, בפסיקת בתי המשפט בישראל. לא אחת בחרנו להביא גם חוות דעת העוסקות בנושאים העשויים לעניין את המשפטן הישראלי, כמו גם את הציבור הישראלי המשכיל, גם אם לא קיבלו ביטוי בפסיקה הישראלית, בין משום שהעניין הסתיים בפשרה ובין שפסק הדין נשען על מקורות אחרים.

שער ראשון

רפואה ומשפט

פתיחה

דיני הרפואה והמשפט מבקשים להתמודד עם השאלות המרתקות והקשות המונחות לפתחה של החברה בעידן המודרני, שחלו בו התפתחויות מדעיות-רפואיות מרחיקות לכת. תחום משפטי זה עוסק בשאלות של "חיים ומוות" ונוגע בהיבטים רחבים של משפט, מוסר, אתיקה, דת ופילוסופיה. אין ספק שההלכה היהודית עשויה לתרום הרבה לפיתוח דיני הרפואה והמשפט, והיא מהווה נדבך עיקרי כמעט בכל דיון משפטי, אתי או הגותי בסוגיות הרפואה והמשפט בישראל. עולמה של היהדות עשיר מאוד במקורות העוסקים במגוון היבטים של דיני הרפואה, ואף בעידן המודרני לא נפקד מקומה של ההלכה היהודית, כפי שיכול להתרשם כל מי שמעיין בספרות התורנית והמחקרית שיצאה לאור בשנים האחרונות.

לא ייפלא אפוא שבענייני רפואה ומשפט, פונים רבים משופטי בתי המשפט בישראל למרכז ישמ"ע בבקשה לקבל חוות דעת שתציג את עמדת המשפט העברי בסוגיות תקדימיות העומדות ברומו של עולם המשפט בישראל. לעתים קרובות, נדרשו בתי המשפט למקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות דעת שנכתבו לבקשתם, והדברים אף קיבלו ביטוי בפסקי דין, כפי שנראה במחקרנו זה, אף כי לא תמיד הגיעו השופטים למסקנות זהות לשלנו.

בשער זה מוצגות סוגיות נבחרות בדיני רפואה ומשפט, ויש בדברים כדי ללמדנו על האפשרויות המרובות להסתייע באוצרות המשפט העברי בתחום משפטי רב חשיבות זה. שני הפרקים הראשונים של שער זה מוקדשים לשתי סוגיות תקדימיות שעוררו

לאחרונה עניין רב בעולם המשפט הישראלי, הנוגעות לנפקויות המשפטיות של טכניקות הרבייה המודרניות. הפרק הראשון עוסק בהפריה חוץ-גופית של אישה פנויה מזרעו של איש נשוי. סוגיה מרתקת זו נבחנת בשלושה תחומים: שאלות הנוגעות לתורם ולייחוס הולד אליו; שיקולים מוסריים כלליים; שיקולים הלכתיים. הפרק השני עוסק בהפריית אישה מזרע חברה שנרצח, ונדונות בו כמה מן הסוגיות הבאות: הפריה לאחר המוות; הולדה במודע של ולד שאין לו אב ביולוגי; הפריה מזרע שנלקח לאחר מות האיש; שאלות של פגיעה בכבוד המת; ייחוס הילד לתורם ומעמדו המשפטי; רצונו של המת; מעמדם של בני משפחת המת, ועוד.

הפרק השלישי עוסק בתוצאותיו של איסור הסחר באיברים שנקבע בחוק הישראלי, בשאלה התקדימית בדבר זכות של תורם כליה לשיפוי על תרומתו מקופת המדינה ומקופת החולים. סוגיה זו מעלה שאלות מרתקות בדבר שיקולי מדיניות כללית ו"תקנת הציבור", נוסף על ההיבטים האזרחיים של עילות התביעה בעקבות האיסור על קבלת תמורה בגין תרומת האיבר, עילה נזיקית ועילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. הפרק הרביעי עוסק בשאלת כבוד המת ומעמד משפחתו בשאלת שריפת גופתו, והוא פותח לנו צוהר לשאלה התרבותית-דתית-חברתית בדבר אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כאחת.

פרק ראשון

הפריה חוץ-גופית לרווקה מאיש נשוי

(א) עובדות המקרה והשאלות המשפטיות

ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, תק-מח 2005(3) 1706 (מיום 3.8.2005), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: "פרשת פלונית הראשונה").

אישה יהודייה, רווקה בת 43, שנתברר שאינה יכולה להרות אלא באמצעות הפריה חוץ-גופית, פנתה למשרד הבריאות וביקשה לאשר לה הפריה חוץ-גופית של ביציות שיוצאו מגופה ויופרו מזרעו של איש יהודי נשוי שזוהתו ידועה.

תשובת משרד הבריאות הייתה שאפשר שתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, מאפשרות להיענות לבקשתה זו, אך מפאת ניסוח מסוים בהן, יש לבחון את הדבר בזהירות מרובה. לשם כך, נתבקשה האישה להגיש בקשה בעניין זה לבית המשפט המוסמך לדון בו, כדי שייתן היתר לביצוע ההפריה בנסיבות המיוחדות של המקרה שלה.

בקשתה של האישה הונחה על שולחנו של השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, והוא פנה למרכז ישמ"ע בבקשה לקבל חוות דעת אודות עמדת המשפט העברי בסוגיה זו. דומה כי הצורך לקבל חוות דעת בשאלת עמדת המשפט העברי בסוגיה זו נבע מכמה טעמים:

1. בהפריה מסוג זה, עולה שאלת כשרות היוחסין של הוולד ואף שאלת ממזרות ושאלות אחרות בתחום המעמד האישי, הנקבע גם בימינו על פי מקורות ההלכה היהודית. וראוי לציין כי גם משרד הבריאות העלה טענה בדבר זכותו של הילד שלא להיחשב "שתוקי".
2. מדובר בשאלה אתית רגישה.
3. הבקשה היא תקדימית.

להלן חוות הדעת של מרכז ישמ"ע והשימוש שנעשה בה בפסק דינו של השופט שפירא.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

שאלת ביצוע הפרייה מלאכותית באישה רווקה כמעט לא נדונה בדבריהם של פוסקי ההלכה בדורות האחרונים, משום שתופעה זו החלה רווחת רק בשנים האחרונות, בעיקר בעקבות תהליכים חברתיים ומוסריים שלא ידענו כמותם בעבר. אולם מאחר שיש ספרות ענפה בסוגיית ההפרייה המלאכותית בנשים נשואות, ניתן להסיק מניתוח המקורות העוסקים בה גם לסוגיית ההפרייה באישה רווקה.

להלן נפרט את השאלות ההלכתיות הנוגעות לתהליך ההפרייה עצמו ולמעמדו המשפטי של הוולד הנולד כתוצאה מתהליך זה, הן כשהות תורם הזרע ידועה הן כשאינה ידועה, ולאחר מכן נבחן את שאלת מעמדה של האישה ההרה ביחס לוולד הנולד מהפרייה חוץ-גופית, שהרי הביצית שהופרתה הוצאה מגופה.

1. הפרייה מתרומת זרע של תורם זר שזהותו אינה ידועה

בהפרייה חוץ-גופית באישה רווקה מתרומת זרע של תורם זר מתעוררות בעיות רפואיות או פסיכולוגיות וכיוצא בהן, כגון: האם התורם נשא של מחלות גנטיות או שהוא סובל מהפרעה נפשית, וכדומה. בין היתר, מתעוררת בעיית היעדר מידע בדבר כשרותו של תורם הזרע לעניין יוחסין, שהרי ייתכן שהוא פסול מלבוא בקהל בגלל שהוא ממזר, ותתעורר השאלה: מה השפעת חשש לפסול מעין זה על מעמדו האישי של הוולד.

הרב וינברג¹ סבור כי גם לדעת מי שסוברים שאין בהפרייה מלאכותית של אשת איש חשש ממזרות, מן הטעם שהממזרות תלויה בביאת איסור,² הרי שוולד הנולד מהפרייה מלאכותית מתרומת זרע שזהות תורמה אינה ידועה, כגון מבנק זרע, נחשב "שתוקי".

נרחיב מעט בשאלת מעמדו של **השתוקי**. המשנה מגדירה את השתוקי בלשון זו: "שתוקי – כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו"³. בדיון הקלסי, מדובר במי שנולד לאישה שהתעברה מאיש שזהותו אינה ידועה לה, ויש חשש שהבועל הוא ממזר.⁴ אמנם, מדין תורה, הוולד שנולד בנסיבות אלה כשר לבוא בקהל, משום ההנחה שרוב הגברים

¹ הרב י"י וינברג, שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן ה [=הנ"ל], "משפט הנולדים על ידי הזרעה מלאכותית" הפרדס כה, חוברת א 6–9 (התשי"א).

² כך היא דעת רוב הפוסקים. ראו א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, כרך א 15 (התשמ"ח), ערך "הזרעה מלאכותית", הערה 44; אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן א, אות מב; שם, סימן כ, ס"ק יא, אות ט.

³ משנה, קידושין, פרק ד, משנה ב.

⁴ ראו קידושין עג ע"א-ע"ב.

במקום התעברותה של האישה כשרים לבוא בקהל ישראל. ניתן להניח מבחינה סטטיסטית שבוועלה הוא אחד מן הרוב, שהם כשרים לבוא בקהל, כפי שנאמר בתלמוד: "אמר רבא: דבר תורה – שתוקי כשר. מאי טעמא? רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים אצלה".⁵ אלא שהחמירו חכמים בעניין זה, ובלשון התלמוד "מעלה עשו ביוחסין", ואסרו את הוולד מחשש שהבועל פסול מלבוא בקהל, והם דנים ולד שנולד מביאה זו כספק ממזר. למעשה, מעמדו של מי שמוגדר כספק ממזר הוא בעייתי ביותר, משום שאסור לו להתחתן לא עם ישראלית כשרה, שמא הוא ממזר, ואף לא עם ממזרת ודאית, שמא הוא ישראל כשר. ולא זו בלבד, אלא אסור לו אף להתחתן עם ספק ממזרת. מכאן שהוא יכול להתחתן רק עם גיורת, להבדיל מממזר ודאי, שהוא יכול להתחתן גם עם ממזרת ודאית.⁶

הנה כי כן, עולה אפוא שלדעת הרב ויינברג, ולד הנולד מהזרעה מלאכותית נחשב ספק ממזר מדרבנן, שהרי אין ידוע מי אביו. לפי דעה זו, יש לומר שגם בהפריה מלאכותית באישה רווקה מתרומת זרע שמקורה אינו ידוע, יש להחשיב את הוולד לשתוקי, שהוא ספק ממזר מדרבנן, שהוא פסול חיתון.

לעומת זאת, בתרומת זרע הנלקחת מבנק זרע בחוץ לארץ, סבורים הרב פיינשטיין⁷ ובעל "חלקת יעקב"⁸ שהוולד כשר, משרוב תרומות הזרע בבנקים בחוץ לארץ באות מגויים.⁹ ואולם הרב טיטלבוים¹⁰ והרב וייס¹¹ חולקים עליהם, והם סוברים כי גם במקרה זה, הוולד פסול חיתון.

לפי האמור לעיל, הכול מסכימים שאסור ליטול תרומת זרע מבנק זרע במדינת ישראל.¹² ואולם בתשובה שהשיב בעת האחרונה הרב עובדיה יוסף, הוא מתייחס גם למעמדו של ולד הנולד לאישה רווקה מתרומת זרע שמקורה בבנק זרע במדינת ישראל.¹³ לדעתו, יש להתיר את הוולד לבוא בקהל ישראל, משום שבדין המקורי של שתוקי החמירו חכמים רק בגלל מעשי האם ואי-כשרותה. כלומר, הוא סבור שרק כאשר אישה מקיימת יחסי אישות עם איש, יש חשש שמא הלכה למקומו של הבועל, ואז חל דין "קבוע" הנחשב ספק שקול, ויש כאן מקום למעלה שעשו חכמים ביוחסין. אך הפריית אישה מתרומת זרע, נעשית בלא קיום יחסי אישות בין התורם לבין האישה, ויחול בו הכלל שהולכים אחר

5 שם. ואף אם נאמר שחל כאן דין "קבוע", הרי הוא לכל היותר ספק שקול, והתורה לא אסרה ספק ממזר. ראו שם.

6 ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף לו. לעניין תקפותם של הנישואין במקום שאישה גרה בו בגלל חשש שהיא קרובתו של השתוקי, ראו שולחן ערוך, שם, סעיף לז, ואין כאן מקום להאריך.

7 שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עא.

8 שו"ת חלקת יעקב, חלק ג, סימן מז.

9 לעניין תרומת זרע מגוי, ראו **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, לעיל ה"ש ב עמ' 158.

10 הרב י' טיטלבוים **המאור** (התשכ"ד), שנה טו, קונטרס ט, עמ' קמה.

11 שו"ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן ה.

12 ראו י' אינדיג "חיוב מזונות בנוולד מהזרעה מלאכותית" **דיני ישראל** ב 83 (התשל"א).

13 שו"ת יביע אומר, ירושלים תשס"ד, חלק י, אבן העזר, סימן י.

הרוב.¹⁴ עוד הוא סבור שיש ללמוד לעניין זה מדין "אסופי" ולהכשיר את הוולד אם אין ריעותא, בצירוף שיטת ה"נודע ביהודה",¹⁵ מן הטעם שכל מקום שאנו דנים בשאלת ייחוס הוולד ולא בשאלת כשרות מעשי האם, שהרי בנדוננו ודאי שאין כל מקום לפסול את האם בגלל תרומת הזרע, שהרי אין כאן ביאת איסור, ובכגון זה הולכים אחר הרוב ומעמידים את הוולד בחזקת כשר. והסיק הרב עובדיה יוסף בעניין שנדון לפניו שהבת שנולדה מתרומת זרע כשרה אף להינשא לכוהן.

וראוי להדגיש שהרב עובדיה יוסף דן רק בדיעבד בשאלת מעמדו ההלכתי של מי שנולד מתרומת זרע לאישה רווקה לאחר מעשה, אך לא בשאלת היתר לכתחילה להפרות אישה בתרומת זרע מבנק זרע.

בשאלת ההיתר להפרות אישה רווקה בתרומת זרע מבנק זרע, מסתפקים הרב כשר¹⁶ והרב פירר אם מותר לעשות כן;¹⁷ ואילו הרב ולדנברג¹⁸ סבור שאסור לעשות כן מחשש לנישואי קרובים, "שמה ישא אח את אחותו".

לאור האמור לעיל, לא נמצא מי שמתיר במפורש להשתמש בתרומת זרע מבנק זרע להפריית אישה רווקה. ואשר למעמדו ההלכתי של ולד שנולד באופן זה, לדעת חלק מן הפוסקים, הוולד הוא בגדר שתוקי; ואילו לדעת אחד מחשובי הפוסקים בדורנו, יש להתיירו לבוא בקהל ישראל, אף אם נלקח הזרע מבנק זרע בישראל.

וכאן ראוי לציין גם את דבריו של פרופ' דניאל סינקלר, האומר: "ההלכה מתייחסת לשתוקי כאל ספק ממזר בלבד, וניתן לפתור את הפגם במעמדו באמצעות הצהרתה של אמו בדבר זהות אביו או באמצעות ניתוח סטטיסטי של תורמי הזרע במרפאה שבה ביקרה האם".¹⁹

2. הפריה מתרומת זרע של תורם יהודי שזהותו ידועה

לכאורה, אם זהות התורם ידועה וכשרותו אינה נתונה בספק, אין כל חשש לפגם בכשרות הוולד,²⁰ אלא שמדברי הרב וינברג עולה שגם כשזהות התורם ידועה, הוולד הוא במעמד של שתוקי. הרב וינברג דן בתרומת זרע מאיש זר לאשת איש, ומדבריו עולה שהסיק כן בגלל האפשרות לתקלות העשויות להתרחש בשל העובדה שבני אדם עלולים לייחס את הבן

14 ודי ב"חד רובא" להתיירו לבוא בקהל ישראל.

15 שו"ת נודע ביהודה, אבן העזר, סימן ז.

16 הרב מ"מ כשר, תורה שלמה, כרך יז, ירושלים תרפ"ז, מילואים, סימן ד, אות טז.

17 הרב ב"צ פירר "בעניין פריין מלאכותי" **נועם** ו, עמ' רצה-רצט (התשכ"ג).

18 הרב א"י ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא, שער ד, פרק ב.

19 ד' סינקלר "הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי" **המשפט** ט 302, הערה 42 (התשס"ד).

20 אמנם, יש מי שסובר שכל ילד הנולד בהזרעה מלאכותית נחשב כמי שאין לו אב. ראו חיד"א, ברכי יוסף, אבן העזר, סימן א. אולם נראה שגם לדעתו אין לומר שהילד פסול ייחוסין.

הנולד כצאצא של בעלה של אמו, והרי לעניין חשש זה, אין נפקות בין זהות התורם ידועה לבין זהותו אינה ידועה. לכן, הסיק כי יש להחשיב את הוולד כשתוקי. ואולם יש לומר כי אף לשיטתו, שבתרומת זרע לאישה רווקה הדבר קל יותר, אף אם התרומה היא מתורם יהודי, כיוון שהחשש העיקרי במקרה זה הוא חשש נישואי קרובים, שהוא חשש רחוק.

לפיכך, גם אם זהות התורם ידועה, עדיין יש מקום לחשש מסוים אם המידע בדבר זהות התורם נשמרת בסוד מן הציבור או מן הגורמים האחראים לרישום נישואין. החשש מפני האפשרות לנישואי אחים, שהועלה על ידי הפוסקים, יכול לבוא לידי פתרון נאות על ידי מסירת המידע אודות זהות התורם לידי הגורמים האחראים לרישום הנישואין, כדי שבכוא העת, תהיה בידם האפשרות לבדוק שאין מניעה במתן היתר נישואין לשני בני זוג החפצים להינשא, עקב חשש זה. כיום, הדבר יכול להיעשות בקלות רבה ובמהרה על ידי השוואת מספרי הזהות של כל הקרובים האפשריים באמצעות מאגרי מידע ממוחשבים.²¹

וראוי להעיר שניתן לפתור את בעיית ה"שתוקי" והחשש לנישואי קרובים גם בבנקי הזרע על ידי הקמת מאגר נתונים של כל תורמי הזרע ושל הנשים מקבלות התרומות שיהיה נתון לפיקוחם של בתי הדין הרבניים, שרק הם מוסמכים לקבוע את מעמדם האישי של כל היילודים בישראל, והם הגורמים האחראים על רישום הנישואין. במניעת נישואין של אחים, יש אינטרס ציבורי ובריאותי ממדרגה ראשונה, כיוון שהדבר מונע הולדת ילדים בעלי מומים הנובעים מנישואי קרובים.

נימוק נוסף שהועלה נגד הפריית אישה רווקה בזרע של תורם, שלא יבוא על פתרונו באמצעות רישום שם התורם במאגרי המידע של הרשויות השלטוניות המתאימות, הוא שהאישה המופרית בדרך זו מוציאה על עצמה לעז של חשד זנות, משום שרוב בני אדם אינם יודעים שהרתה מתרומת זרע. וכן סבר הרב אוירבך²² כשנשאל אם יש לסייע לאישה רווקה החפצה להרות מתרומת זרע של אדם יהודי שיישמר שמו בידי גורם ממשלתי. הרב פרופ' א' סופר אברהם, שהביא את דברי הרב אוירבך בספרו, סבור שאין לסייע לאישה רווקה להרות מזרע של תורם יהודי משום שהדבר בגדר מעשה "מכוער".

3. שאלות הנוגעות לתורם ולייחוס הוולד אליו

3.1. הוצאת זרע לבטלה

אחת השאלות בסוגיית תרומת זרע להפריה מלאכותית היא שאלת האיסור להוציא זרע לבטלה.²³ לדעת רוב הפוסקים, אין בדבר משום איסור הוצאת זרע לבטלה אם הוא נעשה

²¹ כדי להפחית למינימום פגיעה בפרטיותם של כל הנוגעים בדבר, ניתן לבצע רישום רק של מספרי הזהות של התורמים והנתרמות וכל קרוביהם. דומה שהצעה ברוח זו אף נדונה בין נציגות בנק הזרע, משרד הבריאות, משרד המשפטים והנהלת בתי הדין הרבניים.

²² דבריו הובאו בספרו של א"א סופר **נשמת אברהם** כרך ד (ירושלים, התשנ"ג), אבן העזר, סימן א, ס"ק ג.

²³ ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך יא (מהדורה שנייה, התשמ"ב) עמ' קכט-קמא, ערך "השחתת זרע"; א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ב (התשנ"א), ערך "זרע", עמ' 395.

על ידי הבעל לצורך הפריית אשתו ובדרכים מסוימות דווקא.²⁴ אולם, אם התורם אינו בעלה של הנתרמת, יש בכך איסור, אף אם הוא יהודי.²⁵ מסתבר אפוא שאם מדובר באישה רווקה אין עדיפות במתן היתר לאיש נשוי שכבר התחייב במצוות פרייה ורבייה על פני רווק, שלדעת רבים מן הפוסקים עדיין אינו חייב במצווה, משום שהיתר להפריה מלאכותית הנזכר לעיל הוא דווקא לצורך הפריית אשתו ולא אישה אחרת. וראיה לכך מדברי הרב אירבך, הסבור שגם רווק חייב במצוות פרייה ורבייה, ובכל זאת הוא סבור שאסור לאיש לתרום זרע בדרך של הוצאת הזרע והקפאתו לשם הפריה עתידית.²⁶

3.2. ייחוס הוולד

לדעת רבים מן הפוסקים, הוולד בהפריה מלאכותית נחשב לבנו של תורם הזרע לכל דבר,²⁷ והם מסתמכים לעניין זה על מדרש אגדה המספר שבן סירא נולד מזרעו של ירמיהו הנביא.²⁸ לפי מדרש אגדה זה, רחצה אמו של ירמיהו באמבטיה שרחץ בה לפני כן בנה ירמיהו הנביא, ונכנסה שכבת זרע של בנה שנותרה באמבטיה לתוך רחמה ונקלטה בו ונולד ממנה בן סירא. ומאחר שבן סירא נחשב במדרש ובמסורת חז"ל כבנו של ירמיהו, ניתן להסיק שבהפריה מלאכותית, בעל הזרע הוא אבי הוולד שנולד מאותה הפריה. ונציין כי מלבד מקור זה, לא מצאנו נימוק הלכתי אחר לדעה זו. הרב נבנצאל אומר שאין להתייחס להפריית מבחנה כאל הפריה החורגת מ"דרך כל הארץ", ויש לייחס את הוולד אחר אביו.²⁹ הנה כי כן, הבסיס לעמדה זו הוא ההנחה שאין במעשה העיבור בדרך זו כדי להפקיע את ייחוס הוולד אחר בעל הזרע. אך יש גם פוסקים הסוברים שאין ללמוד מאגדת בן סירא, כגון הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, הדוחה את הראיה ממעשה בן סירא, משום שהיא מבוססת על מדרש אגדה, ומשום כך אין להסיק ממנה מסקנות הלכתיות.³⁰ לדעתו, הוולד אינו מתייחס אחר תורם הזרע. בעל "טורי זהב" סבור שבהפריה מעין זו שמסופר עליה באגדת בן סירא, יש להחשיב את הוולד כבנו של בעל הזרע רק לחומרה ולא לקולה.³¹ אך יש מי שסובר שאף בהזרעה מלאכותית בשיטה זו, הוולד נחשב בנו לכל דבר.³²

24 ראו **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, כרך א, עמ' 151 ואילך.
 25 **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, עמ' 158 והערות 84–85; שו"ת זקן אהרון, חלק ב, סימן צז;
אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 23.
 26 הרב ש"ז אירבך. דבריו הובאו בספר **נשמת אברהם**, לעיל ה"ש 21, סימן כג, ס"ק א.
 27 ראו אינדיג, לעיל ה"ש 12; שטינברג, לעיל ה"ש 23, כרך א, עמ' 156.
 28 מדרש אלף-בית דבן סירא, מהדורת י"ד אייזנשטיין, עמ' 43. וראו גם חגיגה טו ע"א.
 29 הרב א' נבנצאל, "הפריה במבחנה – הערות" **אסיא** ה' 92–93 (התשמ"ו).
 30 בספרו שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן יט.
 31 טורי זהב, אבן העזר, סימן א, ס"ק ת. וראו עוד פוסקים העומדים בשיטה זו, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, כרך א, לעיל, ה"ש 2, בהערה 68.
 32 לדעות אלה ראו **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך א, לעיל ה"ש 2, הערה 69.

ואף על פי שדעת רוב הפוסקים שהוולד הנולד מתרומת זרע מתייחס אחר תורם הזרע, אין הדברים מוכרעים באופן מוחלט. על הבעייתיות שבהכרעה זו, כבר עמד גם השופט משה דרורי.³³

4. שיקולים הלכתיים אחרים

וכאן המקום לסקור בקצרה חששות ונימוקים הלכתיים אחרים שהועלו בדיון בסוגיית ההפריה המלאכותית ולבחון אותם בנדוננו.³⁴

4.1. ייבום

בכלל החששות שהועלו על ידי הרב ולדנברג,³⁵ הרב וולקין³⁶ והרב וינברג,³⁷ בתרומת זרע לאשת איש מאדם זר היה החשש שיפטור את אמו מן הייבום, אם הוא הבן היחיד במשפחה, מתוך הנחה מוטעית שהוא בנו של בעלה של אמו או כשיש לבעלה של אמו ילדים אחרים, שמא ייבם את אשת אחיו מאמו, ואף כאן בהנחה מוטעית שהוא אחיו מאביו. חשש נוסף עלול לעלות כשתורם הזרע הוא יהודי נשוי שמת בלא בנים ואשתו תוגדר בטעות כזקוקה לייבום בשל אי ידיעה שנוולד בן מזרעו.³⁸

החשש הראשון, שמא יפטור ולד זה את אמו מן הייבום, אינו נוגע לכאורה לנדוננו מכיוון שמדובר באישה רווקה. אף על פי כן, חשש זה עלול להתממש במקרה הנדיר של אישה רווקה שנישאה סמוך מאוד לאחר עיבורה מתרומת הזרע ולאחר מכן מת בעלה כשהיא עירי, והבריות עלולים להניח בטעות שהוולד שילדה האישה מתרומת זרע הוא בנו של בעלה המת.

החשש השני, שמא ייבם את אשת אחיו מאמו, עשוי להתרחש כשיש לאישה בן נוסף, בין מתרומת זרע בין שנישאה לאחר שנים אחדות והרתה לבעלה כדרך כל הארץ או שהיא גרושה או אלמנה ויש לה בן מבעלה הקודם, והבריות עלולים לחשוב בטעות שהבן שנוולד מתרומת הזרע והבן האחר של האישה הם אחים מאב אחד. ואולם מדובר בחששות נדירים מאוד באישה רווקה, וייתכן שאין כל מקום לגזור בכגון זה, שהרי ניתן לפתור את הדבר בקלות על ידי רישום, כאמור לעיל.

החשש השלישי, שמא תותר יבמתו של תורם הזרע להינשא בלא שחלצה ליבמה, אף הוא יבוא על פתרונו על ידי רישום מסוג אחר, רישום של כל תורם זרע ושל הילדים שנוולדו

33 Moshe drori, "Artificial insemination", *Jewish Law and Current Legal Problems*, 203–216 (1983).

34 ראו: ד' סינקלר, לעיל ה"ש 19; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך א, לעיל ה"ש 2.

35 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כז; חלק ט, סימן נא, פרק ד.

36 שו"ת זקן אהרון, לעיל ה"ש 25.

37 שו"ת שרידי אש, לעיל ה"ש 1.

38 לרוב שיטות הפוסקים הסבורים שהבן מתייחס אחרי תורם הזרע ופוסט את אשתו מן הייבום.

ממנו בזיקה אליו.³⁹

4.2. ייחוס לכהונה

אשת איש הנשואה לכוהן שקיבלה תרומת זרע מישראל, יש חשש שמא ינהג הבן ככוהן, ואף בימינו שיש נפקות בעיקר לנשיאת כפיים ועלייה לתורה, סבור הרב וייס,⁴⁰ שיש לחשוש אם הדבר אינו מפורסם. לעומתו, סבור הרב פיינשטיין שאין לחשוש שמא יעשה כן.⁴¹

חשש אחר יכול להיות כשתורם הזרע הוא כוהן ואילו בעלה של האישה הוא ישראל, והבריות עשויות לחשוב בטעות שהבן אינו כוהן, ויותר לו לשאת גרושה. דומה שהחשש הראשון כמעט שאינו קיים באישה רווקה, משום שאין סיבה להניח שתחנך אם חד-הורית את בנה לכהונה דווקא כשאינו לו אב כלל. אולם יש מקום לחשש השני, אך הוא יכול להיפתר, כאמור לעיל, על ידי רישום הבן ככוהן במאגרי מידע. נוסף לכך, מסתבר שיהיה צורך ליידע את הבן על מעמדו האישי בשלב כלשהו בחייו.

4.3. ירושה

הרב וינברג מעלה חשש שוולד הנוולד מתרומת זרע לאישה נשואה עלול ליטול חלק בירושת בעלה של אמו שלא כדין ולגזול מחלקם של אָחיו מאמו.⁴² גם חשש זה אינו קיים עקרונית באישה רווקה.

4.4. איסורים הקשורים לעצם השימוש בתרומת זרע

לדעת חלק מן הפוסקים, השימוש בטכניקה של תרומת זרע אינו פותר את איסורי הקרבה של עריות כשהתורם והנתרמת אסורים זה על זה,⁴³ כעולה ממשמעות הפסוק: "ואל אשת עמיתך לא תתן שכבתך לזרע, לטמאה בה" (ויקרא יח, כ). לשיטתם, קיים איסור תורה דומה בהפריה כמו בביאה כדרך כל הארץ, ומוכן גם לפי שיטה זו מדוע הוולד עלול להיחשב ממזר. ונחלקו הראשונים בביאת אישה רווקה, אם האיסור הוא מדאורייתא או מדרבנן: לדעת הרמב"ם,⁴⁴ הדבר אסור מן התורה; ואילו לדעת הראב"ד והרמב"ן,⁴⁵ הדבר אסור מדרבנן.⁴⁶

39 מובן שלצורך השמירה על הפרטיות די ברישום מספרי הזהות של תורם הזרע ושל הנתרמת והנוולדים מתרומה זו, כנזכר לעיל בה"ש 21.
40 שו"ת מנחת יצחק, לעיל ה"ש 11.
41 שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן לב.
42 שו"ת שרידי אש, לעיל ה"ש 1. וראו גם שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 35.
43 שו"ת מערכי לב, סימן עג; בני אהובה, הלכות אישות, פרק טו, הלכה ד; שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 36; טיטלבוים, לעיל ה"ש 10. ראו שטינברג, לעיל ה"ש 23, כך א, הערה 42–43.
44 רמב"ם, הלכות אישות, פרק א, הלכה ד.
45 רמב"ן, השגות על ספר המצוות, שורש חמישי.
46 וראו גם חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן כו, ס"ק א.

לכאורה, לפי השיטות שהבאנו לעיל ודעת הרמב"ם, יכול שיהא איסור מן התורה בעצם מעשה ההפריה בדרך זו, ואילו לדעת הרמב"ן האיסור הוא רק מדרבנן. אך יש להדגיש שלעולם לא יהיה הוולד ממזר, משום שאין ממזרות אלא באיסורי כרת, ואילו איסור זה הוא רק בגדר "לא תעשה".

אולם שומה עלינו להזכיר שרבים מן הפוסקים סבורים שיש להבחין בין מעשה הביאה האסורה לבין ההפריה בזרעו של איש שהאישה אסורה לו.⁴⁷

5. שיקולים מוסריים כלליים

לא רק טיעונים הלכתיים מובהקים נטענו בסוגיה מורכבת ורגישה זו, אלא גם טיעונים מתחומי המוסר והמנהג הראוי. נבחן את מידת התאמתם גם לנדוננו בהפריה מלאכותית באישה רווקה.

5.1 מוסריותה של ההפריה

לדעת הרב מרדכי יעקב ברייש⁴⁸ והרב וינברג,⁴⁹ מעשה ההפריה דומה למעשה ארץ כנען ותועבותיהם. ולדעת הרב ולדנברג, זהו מעשה תועבה ומעשה מכוער הגורם לחילול משפחתי גדול.⁵⁰

נראים הדברים שאין הבדל בין תרומת זרע באישה נשואה או באישה רווקה לעניין זה.

5.2 מוסריות האישה

לדעת הרב וייס, יש בעיה של חריגה מגדרי הצניעות במעשה ההפריה, במיוחד כשהתהליך נעשה בידי רופא זכר.⁵¹ ואם תהליך ההפריה נעשה רק על ידי צוות של נשים, יש בדבר משום הקלה במידת מה. לדעת הרב וינברג,⁵² הפריה מלאכותית של אישה עשויה אף להביא לפריעת מוסר של האישה ולעודדה לזנות, כשדבר ההפריה עלול לשמש רק תירוץ לפריצות.⁵³

גם לפי הטעמים הללו, לא נראה שיש הבדל בין אישה נשואה לאישה רווקה.

47 ראו גם י' גרין "הזרעה מלאכותית כפתרון ל'עקרות הדתית'" אסיא ה' 112–124 (התשמ"ו).

48 שו"ת חלקת יעקב, ירושלים תשי"א, סימנים כד-כה.

49 שו"ת שרידי אש, לעיל ה"ש 1.

50 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כז.

51 הרב י' וייס, שו"ת מנחת יצחק, לעיל ה"ש 11.

52 שו"ת שרידי אש, לעיל ה"ש 1.

53 ראו גם: הרב י"א הענקין "הזרעה מלאכותית" המאור, שנה טז, קונטרס א (תשרי-חשוון התשכ"ה):

(קמ"ז); הרב מ' אמסעל "עוד פרטים נחוצים באיסור ההזרעה המלאכותית" המאור, שם.

5.3. מוסד המשפחה וטובת הילד

הרב יעקובוביץ⁵⁴ טוען ששימוש נרחב בהפריה מלאכותית עלול לפגוע במוסד המשפחה, והדבר עשוי להביא לניתוק הקשר בין הולדת ילדים לבין הנישואין, ולהפוך את הולדת הילדים לעניין טכני בעלמא, שנעדרות ממנו כל אותן סגולות אנושיות העושות את האדם לשותף להקב"ה במעשה הבריאה.

נראה שנימוק זה נוגע גם לעניין הפריית אישה רווקה.

הרב אורבך⁵⁵ סבור שטובת הילד היא שלא לאפשר לאישה רווקה להרות מתרומת זרע של גבר זר ובוודאי לא לסייע למעשה זה. שיקול זה נוגע בכלל למוסד המשפחה החד-הורית המתפתחת בימינו. ויש לשקול בכובד ראש שיקולי מדיניות רבים יותר – חברתיים, נפשיים, תרבותיים ומוסריים – עד כמה יש לאפשר לדמות המשפחה היהודית להשתנות לכיוון זה,⁵⁶ באמצעות התרת הרסן בהפריית רווקות.

5.4. סלידה ממעשה ההפריה לרווקה

הרב פרופ' א' סופר אברהם⁵⁷ ופרופ' א' שטיינברג⁵⁸ מביעים סלידה מעצם ביצוע הפריה באישה רווקה, אך לא ברור מה מקור סלידתם. אולם ייתכן שבמקרים חריגים, כגון של אישה שניסתה להיבנות במשך שנים כדרך כל הארץ ונפטר בעלה ועדיין היא בגיל הפוריות, גם הם יודו שאין במעשה הפריה באישה זו דבר המעורר סלידה.

5.5. שלום בית

לדעת הרב פיינשטיין, עשויים שיקולים של שלום בית להוות גורמים בהתרת הפריה או באיסור לבצעה.⁵⁹ לעתים, אי-לידת ילד לזוג נשוי עלולה לגרום למתחים בין בני הזוג, והפריית האישה בזרעו של בעלה עשויה להוות פתרון. מצד שני, הפריית האישה מתרומת זרע של תורם זר, עלולה להביא לסכסוכים בין הבעל לבין אשתו, במיוחד כשהם ערירים בגלל בעיה בפוריותו של הבעל.⁶⁰

מובן ששיקולים אלה אין להם מקום בהפריית אישה רווקה.

54 הרב ע' יעקובוביץ' הרפואה והיהדות פרק טו (התשכ"ו).

55 דבריו הובאו בנשמת אברהם, לעיל ה"ש 21, סימן א, ס"ק ג.

56 בנושאים קרובים לזה, ראו לדוגמה: הרב י' שילת "שיכפול גנטי לאור ההלכה" תחומין יח 137–149 (התשנ"ח); הרב י"ב שפרן "אבהות לאחר מיתה" תחומין כ 352 (התש"ס), ועוד.

57 נשמת אברהם, לעיל ה"ש 55.

58 א' שטיינברג "הזרעה מלאכותית לאור ההלכה" אסיא א 128–141 (התשל"ו).

59 שו"ת איגרות משה, לעיל ה"ש 7; שם, לעיל ה"ש 41.

60 ראו י' גרין "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל" אסיא ה 125–142 (התשמ"ו).

6. הפריה חוץ-גופית באישה רווקה

לעיל עסקנו בשאלות הנוגעות לכל הזרעה מלאכותית, אף כשנעשתה ברחמה של האישה, וראוי לדון בשאלות אחרות המתעוררות בהפריה חוץ-גופית.⁶¹ אחת השאלות המיוחדות בהפריה מסוג זה היא למי לייחס את הוולד: אם לאישה בעלת הביצית או לאישה שהושתלה ברחמה הביצית לאחר הפרייתה במבחנה.⁶² הרב עובדיה יוסף סבור שהוולד הנולד בתהליך מעין זה מתייחס אחר בעל הזרע ובעלת הביצית, ויש בהולדתו משום קיום מצוות פרייה ורבייה על ידי הבעל.⁶³ וכן סבור גם הרב נבנצאל.⁶⁴ לעומתם, הרב ולדנברג⁶⁵ סבור שאין לייחס את הוולד הנולד בדרך זו לא לבעל הזרע ולא לבעלת הביצית. ואלה דבריו: "בנוגע לתינוק במבחנה, היכא שכל ההריון נעשה גם מחוץ לגוף האשה, דמכיון שדרכה הטבעית של הביצית להיות מחוברת לגוף האשה ולפרות שם, אם כן ברגע שתולשים אותה מגופה ומנתקים אותה ממקום גידולה, מתבטל הקשר היחסי בינה לבין האשה". ובהמשך דבריו הוא נוטה לומר שהתינוק אינו מתייחס אפילו לא לאב. כך גם סבור הרב גרשוני,⁶⁶ וזה לשונו: "התינוק שנולד דרך הבחנה ונקלט הזרע בחוץ עם הזרע של האשה ע"י חומרים של תזונה מבחוץ ונסיובי דם מבחוץ, אין זה נקרא שבא תינוק מכוחם, אחרי שכל הפרוצס נגמר בחוץ, ואח"כ שהעבירו לבטן של האשה, זה היה רק האם מחמת את מה שנקלט בחוץ, ואין לתינוק זה שום יחס לא להאם ולא לאב". ונעיר כי אף על פי שלא נראה שיש נפקות הלכתית בעניין זה להיותו של התורם איש נשוי, עדיין יש לבחון אם יש זכות עמידה כלשהי לאשתו, משום שייתכן שהדבר עלול להטיל עליו חיובים מסוימים כלפי הוולד שיוולד מזרעו, והדבר עלול לפגוע בחובותיו כלפיה וכלפי ילדיהם.

7. מסקנות

- א. לדעת רוב הפוסקים, הפרייה אישה רווקה מתרומת זרע של תורם זר שאינו ידוע, אסורה לכתחילה.
- ב. יש אוסרים ילד שנולד מתרומת זרע מבנק זרע במדינת ישראל מלבוא בקהל, אך יש מתירים לו לבוא בקהל.
- ג. תרומת זרע לאישה רווקה מתורם יהודי שזהותו ידועה, אפשר שהיא מותרת בתנאים מסוימים, כשיש רישום של תורמי הזרע ושל הנשים המופרות בהפריה מלאכותית,

61 ראו א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ב 115 (התשנ"א), ערך "הפרייה חוץ גופית".

62 לשאלות נוספות, ראו שטינברג, לעיל ה"ש 61, שם.

63 דבריו הובאו אצל א"א סופר, נשמת אברהם, לעיל ה"ש 55, ס"ק ה.

64 א' נבנצאל, לעיל ה"ש 29.

65 הרב א"י ולדנברג והרב ד' מאיר "הפריה במבחנה" **אסיא** ה 84–92 (התשמ"ו).

66 הרב י' גרשוני "הפריה מלאכותית – האם מותר להוציא זרע הבעל לשם כך" **אור המזרח** צב 15–21 (תשרי התשל"ט).

- וייתכן שבתנאים כאלה ייתכן שגם תרומה מבנק זרע תהיה פחות בעייתית.
- ד. נראה שאסור לתורם יהודי להוציא זרע לשם הפרייתו באישה רווקה.
- ה. לדעת רוב הפוסקים, הוולד מתייחס אחר תורם הזרע.
- ו. חלק מן החששות שהועלו בעניין מצוות ייבום וייחוס לכהונה קיימים גם בהפריית אישה רווקה, אך ניתן לפתורם באמצעות רישום של תורמי הזרע ושל הנשים המופרות בהפריה מלאכותית.
- ז. אין חשש בעניין ירושה שלא כדין באישה רווקה שהופרתה בהפריה מלאכותית.
- ח. לדעת רוב הפוסקים, אין בטכניקה של הפריה מלאכותית משום מעשה אסור, להכדיל מביאת אסור.
- ט. יש הרואים בהפריה מלאכותית מעשה פסול מבחינה מוסרית.
- י. יש הרואים בהפריה מלאכותית משום פתח לפריצות ולזנות.
- יא. יש הרואים בהבאת ילד על ידי הפריה מלאכותית משום פגיעה במוסד המשפחה ובטובת הילד.
- יב. יש הסולדים ממעשה ההפריה המלאכותית באישה רווקה.
- יג. גם בהפריה חוץ-גופית, נראה שדעת רוב הפוסקים היא שהוולד מתייחס אחר תורם הזרע ואחר בעלת הביצית שהושרשה בה הביצית, אך לדעת מקצת מן הפוסקים, הוולד אינו מתייחס לא אחר התורם ולא אחר בעלת הביצית.

(ג) פסק הדין

בפסק הדין שפירטנו את נסיבותיו בתחילת הפרק, "פרשת פלונית הראשונה", קיבל בית המשפט המחוזי בירושלים את הבקשה לבצע הפריה חוץ-גופית מזרעו של איש יהודי נשוי שזהותו ידועה, תוך דיון בהיקף הזכות להורות כזכות אנושית יסודית, והזכות של כל אדם לפיתוח חופשי של אישיותו. כמו כן, נדונו בפסק הדין שיקולים של צנעת הפרט והתערבות החברה בשאלת האינטימיות של מעשה ההולדה.

בית המשפט קבע שיש בעובדה שזהות האב ידועה יתרונות מבחינת זכויותיו של הנולד לדעת בבוא הזמן את הפרטים בדבר ייחוסו ולקבל את התמיכה הפיסית והנפשית שהוא זקוק לה לשם התפתחותו התקינה ומבחינת זכותו היסודית לכבוד.

בית המשפט הסתייע חלקית בעמדת המשפט העברי שהוצגה לפניו, בעיקר בעניין קביעת מעמדו האישי של הנולד מהפריה מלאכותית בנסיבות האמורות, במסגרת הדיון בטענת משרד הבריאות שלפיה זכותו של הילד שלא להיחשב "שתוקי", וכן לחיזוק העמדה שיש עדיפות בתרומת זרע מתורם שזהותו ידועה על פני תרומה מתורם שזהותו אינה ידועה.

ואלה דברי בית המשפט בפסקה 9 לפסק הדין בהסתמך על חוות הדעת:

זכויות הקטין שעליהן יש להגן

א. זכותו של הקטין שלא להיות "שתוקי"

אין חולק כי הדין החל על נישואין לגבי יהודים בישראל הוא המשפט העברי, או כהגדרתו בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 – "דין תורה". על כן יש לבחון מהו מעמדו, מבחינת המשפט העברי, של קטין הנולד מתרומת זרע של תורם זר.

לדעת חלק מהפוסקים במשפט העברי, ולד הנולד מהפריה מלאכותית מתרומת זרע שמקורה לא ידוע (כגון מבנק הזרע) נחשב ל'שתוקי'. לדעת חלק אחר של הפוסקים, אין מעמדו של הוולד כשתוקי, אלא כשר הוא לכל דבר. נפרט מעט לגבי מעמדו של השתוקי.

המשנה במסכת קידושין (פרק ד, משנה א) מגדירה "שתוקי" כל מי שמכיר את אימו ואינו מכיר את אביו, וכדברי השופט מ' חשין בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 585, 578: "על שום מה קרוי הוא שתוקי? על שם שאנוס הוא לשתוק כל אימת שנשאל הוא אודות אביו, שהרי אינו יודע מי הוא."

הסיטואציה הקלאסית עוסקת במי שנולד לאישה שהתעברה מאדם שזהותו אינה ידועה לה, ועל כן יש חשש שהוא ממזר.

מעמדו של ספק ממזר גרוע יותר ממעמדו של ממזר ודאי, שכן מי שמוגדר "ספק ממזר" אסור לו להינשא הן עם ישראלית כשרה, שמא הוא אכן ממזר, והן עם ממזרת ודאית, שמא הוא באמת ישראל כשר, והן עם ספק ממזר. התוצאה היא שספק ממזר יכול להתחתן רק עם גיורת, זאת בשונה מממזר ודאי, שיכול להתחתן גם עם ממזרת ודאית (ראו פרסום המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה ע"ר, הרב יוסף שרעבי, הרב משה בארי וד"ר יובל סיני מיום 7.7.05 (להלן: שרעבי-בארי-סיני)).

חשש נוסף במקרה של תורם זר נוגע לאפשרות עתידית של נישואי אה ואחות. לגבי תורם זר שאינו יהודי, כל הפוסקים גורסים כי מלכתחילה אין להשתמש בזרעו בהיות מעשה זה מכוער (פרשת משפחה חדשה, שם, 473).

לסיכום נקודה זו, לדעת חלק מן הפוסקים, מעמדו של הוולד הוא שתוקי, ולדעת חלק אחר של הפוסקים, יש להתיר לו לבוא בקהל ישראל, אף אם הזרע נלקח מבנק הזרע, אך לא נמצא מי שמתיר מפורשות ליטול תרומת זרע מבנק זרע לאישה פנויה (ראו שרעבי-בארי-סיני). אם זהות התורם ידועה, וכשרותו אינה נתונה בספק, הרי שעל-פי רוב הדעות, אין חשש לפגם בכשרות הוולד.

בסיכום פסק הדין, שב בית המשפט ומסיק מעמדת המשפט העברי, ואלה דבריו:
יש להניח כי קטין שיגדל כאשר אביו נמצא בעולמו, שיוכל לממש את זכותו לקבל ממנו תמיכה נפשית ופיסית, יתפתח מן הבחינה הנפשית באופן בריא יותר, לעומת קטין שאביו נעדר מעולמו, ושזהותו אינה ידועה לו.

אף מנקודת מבטו של המשפט העברי עולה כאמור כי מעמדו של ילד שזהות אביו ידועה טוב יותר, לעומת ילד שזהות אביו אינה ידועה. במקרה האחרון, לפי חלק מהדעות, מעמדו הוא כשתוקי, ואסור לו להינשא בקהל ישראל.

וראוי לציין כי כשקיבל בית המשפט את בקשת האישה להתיר לה לקבל את תרומת הזרע, דחה למעשה את מה שנאמר בחוות הדעת בעניין האיסור לבצע הפריה מלאכותית לכתחילה, והוא מסתמך על מקורות המשפט העברי רק באופן חלקי, לעניין קביעת מעמדו האישי של הנולד בלבד.

הפריית רווקה מזרעו של איש נשוי שאשתו ידועה נדונה שנית כעבור זמן לא רב לפני השופט שפירא בתיק ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' משרד הבריאות (לא פורסם; להלן: "הפרשה השנייה"). ובדומה ל"פרשת פלונית הראשונה", אף ב"פרשה השנייה", הסתמך השופט (בפסקה 13) על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע בדבר קביעת מעמדו האישי של הנולד מהפריה מלאכותית בנסיבות האמורות, ואף כאן התיר בית המשפט למבקשת לבצע את ההפריה המלאכותית. ברם, יש להדגיש שיש הבדל ניכר בין המקרים. בעוד שב"פרשת פלונית הראשונה", הצהירה המבקשת בבית המשפט שאשת התורם יודעת על הבקשה ומסכימה לה, הרי שב"פרשה השנייה", העידה המבקשת שאשת התורם אינה יודעת דבר על כוונת בעלה לתרום מזרעו, ואף אינה יודעת כלל על הקשר שבינו לבין המבקשת זה שנתיים וחצי. ואף על פי ששינוי הנסיבות אין בו כדי להשפיע על קביעת מעמדו של האישי של הנולד, הרי שאין כל ספק שהתחשבות בשיקולים הכלליים הנזכרים בחוות הדעת היה מביא, קרוב לוודאי, לאסור את קיום ההפריה בנסיבות האמורות ב"פרשה השנייה". זאת, משום שבעולמו של המשפט העברי, יש חשיבות יתרה לתא המשפחתי, ואין כל ספק שהיעתרות לבקשת הרווקה להפרותה מזרעו של איש נשוי בלא ידיעת אשתו והסכמתה לתרומת הזרע של בעלה, תפגע פגיעה קשה ביותר באשת התורם ובילדיו, ובמוסד המשפחה בכלל, והוא אף מעורר בעיות מוסריות ואף מעודד קיום יחסי אישות אסורים.

פרק שני

הפריית אישה מזרע חברה שנרצח

(א) השאלה המשפטית

מה עמדת המשפט העברי בעניין הפריית אישה מזרע חברה שנרצח, שהוקפא אחרי פטירתו, בהסכמת הורי הנפטר?

(ב) חוות הדעת

הקדמה

סוגיית ההפריה מזרעו של אדם שמת מעוררת שאלות רבות ומורכבות שנדונו בהרחבה בספרות ההלכה בשנים האחרונות, אך לא נוכל לדון בכולן בפרק זה. למעשה, חלק נכבד מן הדיון בספרות ההלכה הוקדש למקרה של נטילת זרע מאדם מחיים והקפאתו, כדי להשתמש בו לאחר מותו. ואולם בעת האחרונה, עם השתכללות מדע ההפריה החוץ-גופית, נדונה גם שאלת נטילת זרע מגופת המת מיד לאחר מותו על ידי ביופסיה או בדרך אחרת, תהליך המעורר שאלות מיוחדות.

בדיוננו להלן, נסקור תחילה שאלות יסוד אחדות העולות בהפריה לאחר המוות, כגון: ייחוסו של הוולד ומעמדו המשפטי, המדיניות כלפי גידול ילד שאין לו אב ביולוגי, ועוד. לאחר מכן נדון בהרחבה בשאלה אם מותר לבצע הפריה מזרעו של אדם שנלקח לאחר מותו, ובאלו תנאים מותר לעשות כן.

נדון בשאלות אלה רק מבחינה עקרונית, ונתעלם משאלת טיב הקשר שהיה בין האישה המבקשת שתבוצע בה הפריה מזרעו של חברה שמת, לבין חברה ומשאלת קיום מצוות

פרייה ורבייה בדרך זו.¹

נדגיש כי הדברים שנאמר להלן נאמרים בהנחה שמדובר בבני זוג נשואים. וכפי שנדגיש במסקנותינו, ייתכן שהתשובה לשאלה זו תהא שונה כשמדובר בשני בני זוג שאינם נשואים, כבנדון דידן.

1. הפריה לאחר המוות – כללי

1.1. מעמדו המשפטי של הוולד וייחוסו

יש להבחין בין ארבעה מצבים בהפריה מלאכותית מזרעו של הבעל:

- א. הפריה בחיי הבעל וקליטת ההיריון בחייו.
 - ב. הפריה בחיי הבעל וקליטת ההיריון לאחר מותו.
 - ג. נטילת זרע מן הבעל בחייו ושימוש בו להפריית אשתו לאחר מותו.
 - ד. נטילת זרע מן הבעל לאחר מותו והפריית אשתו.
- בסעיף זה נדון בשלושת המצבים הראשונים, ולהלן בסעיף 2 במצב ד.

- א. בהפריה בחיי הבעל פסקו רוב הפוסקים שהוולד מתייחס אחר האב.²
- ב. אם הופרתה האישה בחיי בעלה, ונפטר בעלה מיד לאחר ההזרעה, אך לפני שנקלט זרעו בה, ונולד לאישה ולד של קיימא, סבור בעל "נודע ביהודה"³ שהוולד מתייחס אחר בעל הזרע **לכל דבר**, גם לעניין ירושתו, אלא שאינו פוטר את אמו מן הייבום ומן החליצה, שהרי כשמת בעלה, עדיין לא הייתה מעוברת.⁴ ואולם רבים חולקים עליו, וסוברים שמיד עם כניסת הזרע לגוף האישה היא נחשבת הרה, אף אם הקליטה תתרחש רק לאחר כמה ימים. לפיכך, היא פטורה מן הייבום ומן החליצה.⁵
- ג. ואם נעשתה באישה הפריה חוץ-גופית לאחר מות בעלה, סובר הרב שאול ישראלי⁶ שאין שום זיקה בין הוולד לבעל הזרע שמת, אף לדעת החולקים על ה"נודע ביהודה", משום שבשעה שמת בעלה, עדיין לא הוכנס הזרע לרחם אשתו, ולכן לא יכולה

1 בעניין זה ראו הרב מ' הלפרין "גמילות חסדים עם המת וקיום מצוות פרו ורבו בהזרעה מלאכותית לאחר מיתה", בית הלל ט (תשס"ב), עמ' נד-ס, בעיקר בפרק ב.

2 ראו א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך א (התשמ"ח), ערך "הזרעה מלאכותית", ורשימת הפוסקים המובאים שם, עמ' 156, הערה 67.

3 שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סוף סימן סט.

4 אמנם הוא עוסק בביאה רגילה, אך יש לומר שהוא הדין גם בהזרעה מלאכותית.

5 קרן אורה, יבמות פז ע"א; שו"ת רבנו משולם איגרא, סוף חלק יורה דעה; שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן ה; שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, חלק ג, סימן קמט; הרב ש"ז אורבך "הזרעה מלאכותית" **נועם** א (התשי"ח), עמ' קמה-קסו; הלפרין, לעיל ה"ש 1; שטינברג, לעיל ה"ש 2, ערך "הזרעה מלאכותית", עמ' 148; הנ"ל, **פרשת השבוע**, תזריע-מצורע התשס"ד, גיליון 162.

6 שו"ת חוות בנימין, סימן קז [=תורה שבעל פה לג (התשנ"ב)], עמ' מא; שו"ת במראה הבזק, חלק ד, סימן קכח.

להיווצר זיקה בין בעל הזרע לבין הוולד שנולד מזרעו לאחר מותו. לדעת הרב ישראלי, דין זה נכון בכל דין מדיני התורה, ואין לחלק בין דין ייבום לדין ירושה או דינים אחרים. אולם הרב ש"ז אוירבך⁷ חולק עליו וסובר שמות בעל הזרע לא ניתק את הזיקה בינו לבין הוולד, והוולד מתייחס אחריו לכל דבר, כולל לירש אותו. ואף על פי כן, האישה חייבת בייבום או בחליצה, מפני שלעניין זה, להבדיל מן הירושה, המועד הקובע הוא שעת מות הבעל, והרי ברגע זה עדיין לא הופרתה האישה.⁸

1.2. הבאת ילד לעולם שלא מאב ביולוגי במודע

בשו"ת "במראה הבזק",⁹ הסתייג מן השימוש לכתחילה בזרע מוקפא שתרום אדם בחייו, אפילו להפריית אלמנתו, מכיוון שאין במעשה מעין זה משום יצירת משפחה רגילה, ואף יש בו משום פגיעה בוולד העתיד להיוולד בדרך זו, כשלא יהיה לוולד אב, אף שמעיקר הדין אין איסור בדבר ואפילו יש בזה משום גמילת חסד עם המת ועם אלמנתו. שאלה מוסרית קשה זו העסיקה הוגי דעות רבים בעולם כולו.¹⁰ במקורותינו, הגישה המרכזית שוללת יצירת תא משפחתי לא טבעי, פרט למקרים חריגים ביותר.¹¹

2. הפריה מזרע שנלקח לאחר המוות

2.1. הפגיעה בכבוד המת

בשונה משאלת נטילת זרע מן האדם בחייו, שהיא כרוכה בהוצאת זרע לבטלה, הרי שבנטילת זרע מגופת אדם שמת (מצב ד) מתעוררת שאלת הפגיעה בכבוד המת וניוולו, והשאלה אם מותר ליהנות מגופת המת, שהרי נלקח ממנו דבר המחובר לגופו. שאלות אלה

7 במאמרו הנזכר לעיל ה"ש 6.

8 לדיון רחב במחלוקת זו ודין הירושה במצב ג, ראו הרב מ' הלפרין "מעמד הלכתי של הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו" בתוך **דברים שאין להם שיעור** 159–180 (התשס"ה).

9 שו"ת מראה הבזק, לעיל ה"ש 6, סימן קכט.

10 ראו: א' אפטר ונ' ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? – בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" **הארץ דין א** (1) 11–21 (התשס"ד), בעיקר בפרק ו' והמקורות המובאים שם בהערות; י' שנקר "ההיבטים המוסריים בהפרייה לאחר מות בן הזוג" בתוך **גינקולוגיה, גנטיקה, פוריות ויילודים לאור ההלכה** (התש"ס).

11 וראו: הרב י' אריאל, מ' ורמוט, פ' אברמוביץ'-שניידר וא' שופר "הפרייה לאחר המוות – היבטים משפטיים והלכתיים", **הרפואה קלט** 331–335 (2000); הרב י' אריאל "היבט הלכתי" בתוך **גינקולוגיה, גנטיקה, פוריות ויילודים לאור ההלכה** (התש"ס); הרב א"י ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מה; הרב י' שילת "שיכפול גנטי לאור ההלכה" **תחומין** יח 148–149 (התשנ"ח); הרב י"ב שפרן "אבהות לאחר מיתה" **תחומין** כ 352 (התש"ס); Richard V. G. and J. B. Wolowelsky, *Parenthood from the Grave*, THE JEWISH SPECTATOR, 65:4 (Spring 2001).

נדונו בהרחבה במסגרת הדיון בסוגיית ניתוחי מתים על פי ההלכה.¹² מאחר שמדובר בפעולה פולשנית בגופת הנפטר, בין ביופסיה בין פעולה אחרת, ברור שפעולה מעין זו היא בגדר ביזיון המת וניוולו.¹³ ואולם הותר לעשות בגופת המת לצרכים שונים פעולה שיש בה משום ניוול לו וביזיון. הגדרת הצורך במקרה זה עלולה להיות שונה מאדם לאדם וממקרה למקרה, שלא כבמקרים מובהקים של הצלת חיים או בדיקות חיוניות אחרות שהותר הדבר.

לדעת הרב משה פינשטיין,¹⁴ פעולת הביופסיה אינה נחשבת לפעולה שיש בה משום ביזיון למת, כיוון שהיא נעשית מדי יום גם בכני אדם חיים. אם כן, ניתן לכאורה להתיר ביופסיה בגופת המת. לעומתו, סבור הרב שפרן¹⁵ שאין להתיר פעולה מעין זו בגופת אדם, אלא אם כן היא נעשית כדי להציל חיים או כדי לקבל נתונים שיש להם השפעה קיומית וממשית לחיים, אך לא לריפוי חלקי. לדבריו, הפריית אישה מזרע בעלה המת היא "צורך ריפויי חלקי". והוא סבור שגם לדעת הרב פינשטיין, אסור אפילו לשאוב במזרק מזרע הבעל המת.

וראוי לדון בדברי הרב שפרן, שהרי הרב פינשטיין סבור שהמבחן להתרת פעולה בגופת המת הוא מה נחשב ניוול באדם חי, ולא מידת הנחיצות של הפעולה הכרוכה בניוול המת. לדעתו, אין במעשה ביופסיה משום ניוול כלל ועל כן אין לאסרו. במיוחד נכונים הדברים כשהביע אדם את הסכמתו מחיים או שזהו רצונו המשווער, כפי שנראה בהמשך דברינו. וכן נראה גם מדברי הרב אריאל ואחרים.¹⁶ נראה שיסוד ההבדל בין שתי הדעות הוא בהערכה עד כמה הצורך בהפריה זו חיוני הן לבת הזוג ולמשפחה הרחבה, הן בהערכה מה הייתה דעת המת אילו היה נשאל בעניין זה.¹⁷

אף שאלת ההנאה מגופת המת נדונה בהרחבה במסגרת הדיון בסוגיית השתלת איברים שנלקחו מגופת אדם ושאלת החובה לקבור את כל איבריו של המת, ועוד.¹⁸ אכן, ייתכן שיש מקום להבחין בין נטילת זרע מגופת המת לנטילת איברים מגופתו, אך מן העקרונות העולים בסוגיית השתלת איברים מן המת, ניתן ללמוד שההיתר יתרחב ככל שהצורך גדול יותר. וגם בעניין זה, סבור הרב שפרן שההפריה אינה נחשבת צורך בדרגה גבוהה הגוברת על האיסור ליהנות מגופת המת ועל החובה לקבור אותו. ולא זו בלבד. הוא אף סבור שגם אם נלקח זרע מגופת המת, אסור להשתמש בו אף בדיעבד ויש להשמידו,

12 ראו א' שטינברג **אנציקלופדיה רפואית הלכתית** כרך ד (התשנ"ד), ערך "ניתוח המת".

13 ראו בבא בתרא קנד ע"א.

14 שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קנא.

15 שפרן, לעיל ה"ש 11, עמ' 350.

16 הרפואה, לעיל ה"ש 11.

17 עוד בעניין האיסורים האפשריים החלים במקרה כגון זה, ראו גם: M. Halprin, *Post-Mortem Spem*

.Retrieval, THE FALK SCHLEZINGER INSTITUTE, SHAAREI ZEDEK (1999).

18 ראו בהרחבה א' שטינברג **אנציקלופדיה רפואית הלכתית** כרך ב (התשנ"א) ערך "השתלת איברים".

ואולי אף לקברו. לעומת זאת, לדעת הרב גולדברג, התורה מחשיבה מאוד את הרצון האנושי להשארת שם וזכר בעולם.¹⁹ למעשה, נראה שיסוד המחלוקת בעניין ההיתר לפגוע במת הוא בשאלה עד כמה מחשיבים את הצורך האנושי של הנפטר ואת הצורך הרגשי של בת זוגו ובני משפחתו כבעלי ערך.

2.2. שאלת המעמד המשפטי והייחוס

לפי דעת הרב ישראלי שהובאה לעיל, ברור שלא תהיה כל זיקה בין בעל הזרע לוולד שייוולד מזרעו, לא לעניין ירושה ולא לעניין ייבום וחליצה, מקל וחומר, שהרי אם בזרע שהוקפא לאחר שניטל מבעל הזרע בחייו (מצב ג), סבור הרב ישראלי שהכול סבורים שאין זיקה בין בעל הזרע לבין הוולד, ודאי שכן הוא הדין כשנעשה כל תהליך ההפריה לאחר מיתתו (מצב ד).

ואולם, לדעת הרב אורבך שהובאה לעיל, עדיין צריך עיון אם הדין שונה במצב זה לעומת מצב ג שתיארנו לעיל.²⁰

2.3. רצונו של המת

שאלת רצונו של המת מורכבת משני דברים, רצונו להביא צאצא לעולם וביצוע פעולה זו בתהליך רפואי הכרוך בביזיון המת (כך גם כאשר לעמדת המשפחה, כמפורט בסעיף הבא). לעניין ביזיון המת, יש לומר שבמקרים מסוימים ניתן להתיר את הפגיעה בכבוד המת ואף בניוול גופתו, בעיקר כשהדבר נעשה לכבודו.²¹

נראים הדברים שיש בקיום רצונו המשוער של הנפטר להביא לעולם צאצא מזרעו בדמותו ובצלמו יש משום כבוד לנפטר, ודי בזה כדי לדחות את האיסור שלא לנוול את המת ושלא ליהנות מגופו והחובה לקבור אותו, מתוך הנחה שהיה מסכים לנוולו לאחר מיתתו

¹⁹ ראו דבריו להלן. וראו אריאל, לעיל ה"ש 11; הלפרין, לעיל ה"ש 1, שם, פרק ג.
²⁰ ושם ייתכן שגם הרב אורבך החולק עליו במצב ד, יודה במקרה זה שהוולד לא ייחשב כבנו לשום עניין, כולל ירושה. השאלה היא מהו הדבר הקובע לירושה לשיטתו: המטען הגנטי או עצם הוצאתו מחיים. אם המטען הגנטי הוא הקובע, האם גם בנטילת המטען הגנטי בדרך של שיבוט, יסבור הרב אורבך שהוא בנו למטע לעניין הייבום? שהרי לכאורה הוצאת זרע מגופת המת דינה כדין נטילת כל רקמה אחרת.

²¹ והמטרות מגוונות. כך, לדוגמה, מותר לעכב את לווית המת כדי שישתתפו בני משפחתו בלווייתו או שישתתפו בה רבים. ראו: ספרי, כי תצא, פיסקא רכא; שמחות (אבל רבת), פרק יא. וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן שנו, סעיף א. לעניין פינני המת מקברו לצורך קבורה בקברי אבותיו או בארץ ישראל, ראו שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תריא. הנודע ביהודה אף התיר נתיחת גופת נרצח לצורך מציאת הרוצח משום שזה הוא כבודו של המת. ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, יורה דעה, סימן רי (דבריו הובאו בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן יד, ד"ה למדנו; ובשו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן ט, ד"ה (ד) והנה).

לצורך מטרה זו.

לפיכך, סובר הרב ז"נ גולדברג,²² שבלא הסכמת הנפטר מחיים או מתוך השערה שזה יהיה רצונו, אסור להשתמש בזרעו לאחר מותו להפרות בו את אשתו. אך אם הביע המת עוד בחייו את הסכמתו להפריה במפורש או שיש יסוד להאמין שזהו רצונו המשוער של המת, הדבר מותר.²³ הרב גולדברג סבור שחשובה לעניין זה גם העובדה שהתורה מחשיבה מאוד את רצונם של בני אדם להשאיר אחריהם שם וזכר להם בעולם, כפי שניתן ללמוד מפרשת הייבום.

וראוי להדגיש שהרב גולדברג סבור שהגישה העקרונית במקרים כגון אלה היא: יש צורך בסיבה מיוחדת כדי לאסור את הדבר, ואילו המצב הטבעי הוא שהדבר מותר.²⁴ ובמקרה שלפנינו, שהאישה מבקשת להפרותה מזרע חברה שנרצח, יש להניח שהנרצח לא הביע את דעתו במפורש, משום שברגיל אין האדם צופה שיירצח, ולכן יש לעמוד על רצונו המשוער מתוך דברי בני משפחתו ומכריו. בבחינת שאלה זו, אין כדי להקנות מעמד עצמי לבני המשפחה בהחלטה אם ליטול זרע מגופת יקירם ולבצע הפריה בחברתו של הנרצח, פרט לניסיון לברר מה היה רצונו לעשות בעניין זה אילו היה בחיים.

2.4. מעמדם של בני משפחת המת

ידוע שבני משפחת המת חייבים לדאוג לקבורתו. דבר זה יכול ללמד שיש להם מעמד מסוים באשר לטיפול בגופת קרובם לאחר המיתה. לעניין נטילת איברים מן המת לצורך השתלה, הרב יצחק וייס סבור שבני משפחת המת יכולים להתנגד לדבר.²⁵ לעומת זה, הרב ישראל²⁶ סבור שאם ניתן לשער מה היה רצונו של המת שייעשה בו, בני משפחתו אינם יכולים להתנגד לנטילת איברים מגופו לצורך השתלה.²⁷

22 ראו הרב ז"נ גולדברג "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרע של רווק, ונטילת זרע מן המת – שו"ת" אסיא סה-סו 45–49 (התשנ"ט).

23 עניין הסכמת הנפטר מחיים מהותי מאוד בעניין השתלת איברים. ראו לדוגמה הרב ש' ישראלי "תרומת איברים מן המת" אסיא נט-ס 105–107 (התשנ"ז).

24 אולם ראו שפרן, לעיל ה"ש 11, הערה 30, שציין כי הרב גולדברג הסתייג מהיתר זה, שפורסם בשמו בכתב העת אסיא, שם.

25 שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן ט, אות כד. וכן היא דעת הרב י' אריאלי במאמרו "בעיית ניתוחי מתים" **תורה שבעל פה** ו, עמ' מ (התשכ"ד). אלא שלדעתו, אם ההשתלה אינה דרושה להצלת חיים, דרושה הסכמת בני המשפחה לה, אף כשהנפטר הסכים מחיים לנטילת איבריו, והוא מסתפק אולי כך הדין אף כשהשתלה נחוצה להצלת חיים.

26 ישראלי, לעיל ה"ש 23 עמ' 106.

27 ראו גם: הרב י"א הרצוג **פסקים וכתבים**, חלק ה, יורה דעה, סימן קלז, שאלה ה; י' נאמן "זכותם של בני משפחת הנפטר לקביעת הכיתוב על המצבה" בתוך **עיונים במשפט עברי ובהלכה** 247 (התשנ"ט); הרב ש"א הכהן רפפורט "מעמד בני המשפחה במניעת הוצאת אברים מגוף קרובם המת" **עמק הלכה – אסיא** ב 220 (ניו-יורק, התשמ"ט).

מן המקורות עולה שיש להבחין בין מעמדם של בני המשפחה כמייצגים נאמנה את רצונו של הנפטר לבין מעמדם העצמי להתנגד לפעולה מסוימת בגופת המת או להסכים לה בניגוד לרצונו של הנפטר או כשרצונו אינו ידוע.

באשר למעמד בני המשפחה כמייצגים את דעת המת, נראה שיש להתחשב בחוות דעתם בשאלת אומדן רצונו של המת, ואילו לגבי מעמדם ויכולתם להתנגד לביצוע פעולה כלשהי בגופת המת, ייתכן שיש להתחשב בו רק בפעולת הוצאת זרע, אם יש בה משום ביזיון למשפחתו.²⁸ סברה זו מתאימה לדעתו של הרב אריאלי, הנזכרת לעיל, הסבור שמשפחת המת יכולה להתנגד לתרומת איברים מגופתו אף אם מדובר בהצלת חיים, רק משום ביזיונם שלהם בלא קשר לביזיון הנפטר. ואפשר שכן היא גם דעת הרב וייס. לעומת זאת, לדעת הרב הראשי²⁹ והרב אריאלי, נראה שביזיון כבוד המשפחה נגזר מביזיון כבוד המת, ואם לא נגרם ביזיון כבוד המת אין כאן ביזיון כבוד המשפחה. מכל מקום, נראה שלפי דעה זו, נשלל מעמדם של בני המשפחה רק כשמדובר בפיקוח נפש או ערך חשוב אחר. לכן, צריך לעיין בשאלה אם בנטילת זרע לצורך הפריית בת זוגו של המת מתקיים ערך חשוב. בין כך ובין כך, נראה שעיקר השאלה בנדון דידן הוא מעמדם של בני המשפחה באשר להוצאת זרע מגופת קרובם המת כשלא ידוע רצונו של הנפטר. בעניין זה, נראים דבריו של הרב גולדברג,³⁰ הסבור שאין לבני משפחת הנפטר הראויים לירשו **שום מעמד בשאלה זו**, הן להסכים להבאת צאצא לעולם מזרעו, כשלא רצה בכך או שאין רצונו ידוע, הן להתנגד מסיבות שאינן ביזיון כבוד המת או ביזיון כבוד המשפחה כשאין מצד הנפטר מניעה מטעם זה.

וראוי לציין שלדעת הרב אריאלי,³¹ הסכמתו של בעל הזרע או זכותו להורות אינן מעלות ואינן מורידות בשיקול אם להתיר הפריה לאחר המוות אם לאו, משום שהוא סבור כמו הרב אריאלי (לעיל, סעיף 1) שאין כל זיקה בין בעל הזרע לבין הוולד. לבסוף, יש להעיר בעניין שאלת הבעלות על הזרע שדעת ההלכה היא שאין ליורשים בעלות על זרע המת,³² ואין להעלות על הדעת להקנות להם מעמד בעניין זה מכוח זיקתם הקניינית לזרעו של המת, משום שאינו בגדר רכושו של המת.

²⁸ בעלי התוספות סבורים שביזיון המשפחה יכול שיתקיים אף אם המת מחל מחייו על ביזיונו. ראו תוספות סנהדרין מו ע"ב, ד"ה קבורה. וראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמח, סעיף ב וסימן שסב, סעיף א, שהאומר "אל תקברוני" אין שומעים לו משום ביזיון קרוביו. וראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריז, סעיף ז, ויורה דעה, סימן שסו, סעיף א, בעניין המוכר קברו, שהדין הוא שבני המשפחה קוברים את קרובם בעל כורחו של הלוקח משום פגם משפחה. וראו בהרחבה רפפורט, לעיל ה"ש 27, שם.

²⁹ שו"ת ישכיל עבדי, חלק ג, יורה דעה, סימן יט.

³⁰ אסיא, לעיל ה"ש 22.

³¹ אריאל, לעיל ה"ש 11.

³² הרב א' נבנצאל "בעלות יורשים על זרע מוקפא" תחומין יז 347–348 (התשנ"ז).

2.5. מעמד בת הזוג

מן המקורות שהזכרנו לעיל, עולה שאין מעמד מיוחד לבת הזוג בשאלת קביעת רצונו המשווער של המת, אולם הרב אריאל אומר שיש להתחשב ברגישות ברצונה של אלמנת המת.

(ג) מסקנות

- א. לעניין מעמדו המשפטי של מי שנולד מהפרייה מלאכותית, יש להתחשב במועד נטילת הזרע ומועד ביצוע ההפרייה.
- ב. בנדוננו, כשניטל הזרע לאחר מות חברה של המבקשת, לדעת הרב ישראל, הוולד אינו בנו של המת לשום עניין. לעומת זאת, לדעת הרב אורבך, הוולד הוא בנו של המת לכל דבר ועניין, פרט לדין ייבום וחליצה, שאינו חל בנסיבות העניין. לפי דעה זו, סבור הרב הלפרין שיש משום גמילות חסד עם המת כשמתקיים רצונו בהמשך זרעו, אם אמנם יש לשער שרצה בכך.
- ג. הדעה המקובלת יותר, דעת הרב גולדברג והרב אריאל, היא: אם ניתן לשער שרצונו של המת שיביאו צאצא מזרעו על ידי נטילת זרע מגופו לאחר מותו, אין לאסור עקרונית את הדבר.
- ד. נראים הדברים שיש לבני משפחת המת מעמד באומדן רצונו של המת, אך לא נראה שיש מעמד מיוחד לבת זוגו. ואם ביקש המת בחייו במפורש שייטלו מזרעו להפריית אשתו, אין לבני המשפחה זכות להתנגד לדבר.
- ה. אף על פי שיש מקום להתיר את פעולת הוצאת הזרע מן המת והפריית אשתו, נראה שאין להתיר את הדבר אלא במקרים חריגים ורק לאחר שעבר זמן סביר משעת המוות, כדי שתיעשה הפעולה בשיקול דעת ובהיגיון.
- ו. לדעת הרב שפרן, יש לאסור הפריית אישה מזרע שניטל מן המת הן בגלל הפגיעה בכבוד המת, הן משיקולי טובת הילד ושיקולים חברתיים אחרים הכרוכים בהבאת ילד לעולם כשידוע שלא יהיה לו אב.
- ז. הדברים שאמרנו לעיל אמורים בהפריית אישה מזרע בעלה המת. אבל בנדוננו, מאחר שמדובר בשני בני זוג שאינם נשואים, יש לשער שגם מי שמתיר לבצע הפרייה באישה מזרע בעלה המת סבור שיש לבחון בדקדוק רב אם יש להתיר הפריית אישה שאינה נשואה מזרע חברה המת בהתאם לנסיבות.

פרק שלישי

פיצוי מן המדינה ומקופת החולים לתורם כליה

(א) עובדות המקרה והשאלות המשפטיות

ת"א (מחוזי י-ם) 4298/02 ווידן ואח' נ' מדינת ישראל ואח', תק-מח 3696 (3)2006 (מיום 31.7.2006), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת ווידן). בית המשפט המחוזי בירושלים דן בתביעה תקדימית מיוחדת במינה המעוררת שאלות נכבדות. שלושה-עשר התובעים במשפט זה הם אנשים שתרמו כליה לקרוביהם שסבלו לפני ההשתלה מאי-ספיקת כליות כרונית. לטענתם, הנתרמים היו רשומים ברשימת הממתנים הכלל ארצית להשתלת כליה או שהיו זכאים ועתידיים להיות רשומים ברשימה זו המנוהלת על ידי המרכז הלאומי להשתלות. עקב המחסור הרב באיברים להשתלה, זמן ההמתנה להשתלה הוא רב ומצב בריאותם של הזקוקים לתרומת איברים הלך והתדרדר ואף הגיע לכדי סכנת חיים ממש. עילת התביעה של התורמים לשיפוי על תרומתם התבססה על החיסכון בעלויות רפואיות ישירות וכלליות שזכו לו קופות החולים בעקבות תרומתם במשך התקופה שהקופה הייתה אמורה לממן לנתרמים את טיפולי הדיאליזה – ולחלופין, טיפולים אחרים ותרופות אחרות. לחלופין, טוענים התורמים לשיפוי על הנזקים שנגרמו להם עקב אובדן האיבר שתרמו והפיכתם לנכים עקב תרומת האיבר. החוקים שביססו עליהם את תביעתם היו, בין היתר:

1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.
 2. החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964.
 3. חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ובמיוחד סעיף 5 וסעיף 6(ב).
 4. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, סעיף 1(א).
- הנתבעות – מדינת ישראל (משרד הבריאות) וקופות החולים הפועלות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 ובמסגרתו – טענו שתביעתם של התורמים מבקשת

להביא לשינוי החוק במדינה ושקבלת תמורה בגין תרומת איברים היא בגדר סחר באיברים. כמו כן טענו הנתבעות שאין בחוקים שהעילה מתבססת עליהם כדי להקים תשתית לחיוב הנתבעות לשפות את התובעים.

ראוי לציין שהנתבעות טענו שגם המשפט העברי אינו מהווה מקור משפטי שהתובעים יכולים לבסס עליו את תביעתם, מפני שהיזקקות למשפט העברי אפשרית רק מקום שיש לאקונוה, בהתאם לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. לטענת הנתבעות, המצב המשפטי בסוגיות השנויות במחלוקת במקרה דנן מעוגן הן בפסיקה הן בחקיקה הנותנת מענה ברור לכל טענות התובעים. כמו כן הן טוענות שהמשפט העברי אינו מכיר בחובה לתרום איברים אלא, לכל היותר, בתרומה ממידת חסידות. בית המשפט פנה למרכז ישמ"ע לקבל חוות דעת בעניין זה.

(ב) חוות הדעת

פתיחה

למיטב ידיעתנו, שאלת הזכות לפיצוי על תרומת איבר אינה נדונה בספרות ההלכתית, אף על פי שבשנים האחרונות נדונו בה בהרחבה סוגיות רבות בעניין השתלת איברים, כגון: נטילת איברים מן המת, החובה להציל את הזולת בתרומת איבר מן החי, ובעת האחרונה אף שאלת הסחר באיברים. לפיכך, ניאלץ להסתפק בדיונו זה רק בניסיון למצוא כיווני חשיבה הלכתיים בשאלות המתעוררות בעניין זה. ודאי לא נוכל לפסוק הלכה או לקבוע מסמרות בעניינים שהסמכות להכריע בהם נתונה רק לחכמי ההלכה.

בדיון שלפנינו עולות שאלות בעיקר מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט,¹ ולא דווקא שאלות הנוגעות לעצם סוגיית התרומה. בחינת שאלות אלה תיעשה תוך הסתמכות על העקרונות שכבר הועלו בספרות ההלכתית בעניין תרומת איברים כשיש להם זיקה לענייננו.

דיונו נחלק למבוא ולשלושה חלקים: דיון בעילה הנזיקית, דיון בעילות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ודיון בשאלות הכלליות.

1. מבוא

1.1. רקע כללי

כנהנת יסוד נניח שתרומת כליה מותרת והתורם אף מקיים בתרומתו מצווה על אף הסכנה שבתרומה.²

¹ ואכן נעזרנו הרבה בספרו של הרב י' בלס **עשיית עושר ולא במשפט** (התשנ"ב).
² ראו שו"ת רדב"ז, חלק ג, סימן תרכז, שדנו בדבריו רבים מן הפוסקים; א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ב 214–215 (התשנ"א), ערך "השתלת איברים"; הרב ש' אבינר "תרומת איברים" **עיטורי כהנים** חוברת 138, עמ' 1–3 (התשנ"ו). וראו גם חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, מ' בארי וי' סיני

מאחר שלפי החוק במדינת ישראל, אסור לתת תמורה בעבור איברים להשתלה,³ יש לדבר השפעה גדולה על מערכת היחסים המשולשת בין התורם, הנתרם והמדינה (ובעניינים מסוימים, גם קופות החולים), משום שהמדינה לא זו בלבד שהיא מונעת פיצוי מן התורם, הן בגלל האיסור לכרות חוזה בין התורם לנתרם, הן בשל האיסור לתבוע פיצוי מן הנתרם לאחר מעשה: אלא שתרומות האיברים חוסכות למדינה הוצאות הרבה.

אמנם במקרה דנן, מאחר שמדובר בקרובי משפחותיהם של הנתרמים, התובע אינו מעוניין לתבוע את קרובו הנתרם, ולמעשה לא המדינה מונעת ממנו מלקבל פיצוי מקרובו. לכן, נמקד את דיוננו בתביעה הישירה של התורם כלפי קופת החולים הנהנית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אך לא נימנע מלדון תחילה במצב שבו התורם, לולא האיסור הקיים, אכן היה מעוניין לתבוע את הנתרם לפצותו על נכותו ושהוא נמנע מלעשות כן רק בגלל חוק המדינה.

להבדיל מן התביעה נגד הנתרם בגלל הצלתו,⁴ כשהמציל חייב להציל לפי הנסיבות, הרי בתביעה של התורם נגד קופת חולים מדובר לכאורה רק בעילה ממונית, מאחר שבין שני הצדדים אין יחסים הקשורים בחובה להציל או במצווה להציל. מערכת היחסים בין הצדדים נובעת רק מן החיסכון הכספי שיש לנתבעת עקב מעשי התובע בגופו לטובת הנתרם.⁵

במערכת יחסים זו, יש לזכור דברים אחדים. הזוכה, כלומר קופת החולים, לא יזם את הזכייה, אלא גורם שלישי, כלומר הנתרם, שגם הוא מצדו לא התכוון לזכות את קופת החולים אלא להציל את חייו בלבד. גם התורם לא התכוון לזכות את קופת החולים בתרומתו אלא להציל את חיי קרובו.

כמו כן, בתרומה בין קרובים, יש לשער שהסיכוי לרווח כספי לא היה המניע לתרומת התורם ושהמחשבה שלו על פיצוי מתעוררת בדרך כלל רק לאחר מעשה. ולעתים גם לפניו, מתוך דאגה להבטיח את עתידו הרפואי, שטמון בו סיכון, בסיבוכים לאחר התרומה או לירידה באיכות החיים.

בבואנו לבחון את עילות התביעה בכלל, ובעיקר לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, עלינו להתחשב בכל מה שאמרנו לעיל.

³ "דעת פוסקי זמננו בעניין סחר באיברים" שהובאה גם באתר www.netanya.ac.il.

⁴ אף שאין עדיין הסדר בחקיקה ראשית אלא רק במסגרת הצעת חוק השתלת איברים. לעת עתה הדבר מצוין בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות. לדין נרחב בסוגיה זו ראו שמואל ילינק **תרומת איברים בתמורה** (2004).

⁵ על הזכות לשיפוי במקרה זה ראו נחום רקובר **עושר ולא במשפט** 181–188 (התשמ"ח).

⁵ יש להעיר כי במסגרת הרחבת אפשרויות התביעה למעגלי תביעה בין צדדים הנהנים או מפסידים בעקבות התרומה, ניתן גם להעלות אפשרות שקופת החולים של התורם, ולמעשה המדינה, תתבע את הנתרם על ההוצאות העלולות להיגרם לה בעקבות מצבו הרפואי של התורם לאחר נטילת הכליה מגופו.

1.2. קבלת פיצוי מן הנתרם

לדעת רוב הפוסקים בזמננו, אין לאסור קבלת תמורה בעבור תרומת איברים.⁶ הדברים אמורים כשנעשה הסכם בין התורם לנתרם וכאשר נכרתו ביניהם למעשה יחסים חוזיים המביאים בחשבון מן הסתם את כל הוצאותיו ונזקיו של התורם, כולל אשפוזו, צערו וסיכונו. אולם, גם אם לא נכרת חוזה בר-תקף בין הצדדים, נראה שיכולה לקום עילת תביעה נגד הנתרם על הנזק והחיסרון שנגרם לתורם. עילה אחת שניתן לבסס עליה חיוב לפצות תורם איבר על תרומתו היא עצם החבלה הגופנית שנעשתה לצורך הנתרם. ומאחר שלא פטר התורם את הנתרם במפורש מתשלום נזקיו, הוא חייב לפצותו על הנזקים שנגרמו לו, אף על פי שלא הנתרם נטל בפועל את האיבר, אלא שלוחיו, הצוות הרפואי שהסיר בפועל את הכליה מגופו, יש להוכיח מכאן, לכל הפחות, שאין התורם מוותר על תשלומי נזקיו.⁷ עילה אחרת עשויה לקום מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. עילה זו תידון במפורט בהמשך דברינו, אך נדגיש כבר עתה שהספקות והקשיים המתעוררים כשמדובר ביחסים שבין התורם לבין קופת החולים אינם קיימים עקרונית כשמדובר ביחסים שבין התורם לבין הנתרם. להלן נדון בשתי העילות האמורות בנפרד, הנזיקית ועשיית עושר, ואחר כך בשיקולים כלליים.

2. העילה הנזיקית

מאחר שעל פי ההלכה, יש מקום לתמורה או לפיצוי של התורם על ידי הנתרם, והמדינה מונעת אותם ממנו בכוח האיסור שהטילה לקבל את המגיע לו על פי דין, יש מקום לדון בחיובה של המדינה לשלם לתורם פיצוי על הנזקים שנגרמו לו או ליתר דיוק על מניעת

⁶ ראו נשמת אברהם, חלק ד, חושן משפט, סימן תכ, ס"ק א, בשם הרב ש"ז אוירבך; הרב י' אריאל, שו"ת באהלה של תורה, חושן משפט, סימן ק, "מכירת איברים להשתלה", עמ' 483, סעיף ד; הרב ש' גורן "מכירת כליות להשתלה עפ"י ההלכה" **תורת הרפואה** 127 (התשס"א); הרב י' זילברשטיין "מכירת כליות לפרעון חובות" העיתון **יתד נאמן**, כ"ז הטבת תשנ"ה, המוסף, עמ' 7; הרב ש' ישראלי **אסיא** ט 352–353 (התשס"ד). וראו א' שטינברג "תמורה עבור תרומת איברים – היבטים אתיים והלכתיים" **קובץ הצינונות הדתית** 417 (התשס"ב); מ' ויגודה "תרומת איברים מן החי והמסחר בהם" **אסיא** יח 5–24 (התשס"ג); י' גרין **משפט ורפואה** 459–461 (התשס"ג); M. Halperin, *Organ Transplants from Living Donors*, 27 ISRAEL L. REV. 566, pp. 579–582 (1993). ההנחה היא שכל זמן שלא הוכח אחרת, השיקול העיקרי של התורם הוא רצונו להיטיב לזולתו. ראו הרב י"מ לאו "מכירת איברים להשתלה" **תחומין** יח 125–136 (התשנ"ח); הרב א' שרמן "תרומת איברים למטרת רווח כספית" **תחומין** כ 353–362 (התש"ס). אולם ראו גם Shabtai A. Rappoport, *Sale of Organs From Living Donor for Transplant: Motivation and Decision Making*, in AN EQUITABLE DISTRIBUTION OF HUMAN ORGANS FOR TRANSPLANTATION 97–108 (ed. A.M. Rabello, 2003).

⁷ ראו: בבא קמא צב ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף יב.

הרווח ממנו.

כשנבחן את הדברים, נראה שהנזק שנגרם לתורם במניעת הרווח או הפיצוי שיכול היה לקבל מן הנתרם לולא האיסור שהטילה המדינה, דומה לדין "מבטל כיסו של חברו"⁸, שהוא פטור מדין גרמא.⁹ ואמנם, אם מדובר במניעת רווח ברור יש פוסקים הסוברים שיצא הדבר מכלל גרמא וחייב לשלם את דמי הנזק,¹⁰ אך יש פוסקים שחולקים עליהם.¹¹ לפיכך, גם אם נניח שמניעת הרווח או הפיצוי בענייננו היא ודאית, **עדיין לא יצא הדבר מכלל ספק** אם ניתן לבסס עילת תביעה נזיקית נגד המדינה אם לאו.

אך כאן המקום להדגיש עניין נוסף: אין להתעלם מן העובדה שאין מדובר בדיני ממונות רגילים שבין אדם לחברו. למדינה יש מעמד אחר לגמרי הנובע מתפקידה לדאוג לכלל החברה על כל רבדיה. ואכן, גם מעיני כמה מן הפוסקים המתירים תרומת איברים תמורת תשלום, לא נעלמו שיקולי מדיניות חברתית שיש להביאם בחשבון. העיקרי שבהם הוא החשש שיווצר מצב שרק עשירים יוכלו ליהנות מן הרפואה המתקדמת ושרק בעלי ממון יוכלו לממן לעצמם השתלת איברים, ואילו מעוטי האמצעים לא יוכלו לעשות זאת. ולא עוד, אלא שמחוסרי אמצעים עלולים להגיע למצב כלכלי שיניע אותם למכור איבר לצורך פרנסתם.¹²

זאת ועוד. נראה שיש למדינה גם הכוח להכריע בעניינים שיש בהם משום דיני נפשות,¹³ ולקבוע סדרי קדימויות בהצלת נפשות, כגון על ידי קביעת סדרי עדיפויות בהקצאת משאבים לצרכים שונים, למשל באמצעות הרכב סל התרופות לחולים.¹⁴ אם כן, לא יעלה על הדעת שכל מי שנדחו צרכיו בגלל שיקולים הנובעים ממדיניות מסוימת, והוא ניזוק עקב זאת, יוכל לתבוע את המדינה לפצותו. גם אפשר אולי לומר שמי שניזוק בגלל האיסור לשלם תמורת איבר להשתלה, שהמדינה אסרה מטעמים של טובת כלל הציבור, לא יוכל לתבוע אותה על ההפסדים שנגרמו לו, וקל וחומר מי שרק נמנע ממנו רווח. יחד עם זאת, ניתן לומר שהמדינה אסרה רק לקבל תמורה מלאה במסגרת סחר באיברים כדי למנוע היווצרות רפואה לעשירים, אך אם מדובר בהחזר הוצאות הטיפול

8 ירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ג, י"ע"ב.

9 ראו: רא"ש, בבא קמא, פרק ב, סימן ו; רמ"א, חושן משפט, סימן רצב, סעיף ז; ש"ך, שם, ס"ק טו. ועיין ש"ך, חושן משפט, סימן סא, ס"ק י, שהביא דעה שאף גרע מגרמא.

10 ראו: ראבי"ה, סימן תתקנן, ד"ה ובהאי; שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קצח.

11 ראו למשל שו"ת חוות יאיר, סימן קנא.

12 י"מ לאו, לעיל ה"ש 6, עמ' 136, אלא שהוא סבור שחכמי ישראל צריכים לקבוע את האיזונים ואת המדיניות הראויה ולא אחרים. וראו עוד בסוף מאמרו של מ' ויגודה, לעיל ה"ש 6; שטינברג, שם; Noam J. Zohar, *Toward Justice in the Organ Trade*, 27 ISRAEL L. REV. 541 (1993).

13 כגון בסוגיית שחרור שבויים מכוח העיקרון ש"אין פודים את השבויים יותר מכדי דמיהן". וראו בעניין דומה גם את דברי הרב ע' יוסף "מבצע אנטבה בהלכה" **תורה שבעל-פה** יט, עמ' ל-לז (התשל"ז).

14 וראו הרב ש' רפפורט "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה" **אסיא** יג 8-14 (התש"ן); א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ד 245 (התשנ"ד), ערך "משאבים מוגבלים".

הרפואי שהוציא התורם, כבנדון דידן, הרי שגם מנקודת ראותה של המדינה ייתכן שרצוי לחייב את קופת החולים בתשלומים בנדון דידן, משום שהיא עשויה לעודד אנשים לתרום איברים אם הם יודעים שיקבלו לפחות את הוצאות הטיפול הרפואי שהוציאו. לכן, דומה שעניין זה, הנוגע לאיזונים ולשיקולים בין כמה עניינים, ראוי להיקבע **בדלת הראשית של החקיקה ולא בדלת האחורית של פסיקת בתי המשפט.**

לפיכך, נראה כי אף על פי שתאורטית ניתן אולי לבסס תביעתו של תורם איבר נגד המדינה בעילה נזיקית הנובעת מן המניעה שמנעה בחוק מהנתרם לפצות את התורם, למעשה עדיין הדבר צריך עיון בגלל חילוקי הדעות שבין הפוסקים ועקב השיקולים האחרים שהעלינו לעיל.

3. עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

שאלה אחרת היא: האם ניתן לבסס את עילת התביעה על דיני עשיית עושר ולא במשפט? בשאלה זו נדון בשלושת הסעיפים הבאים.

3.1. גדרה של הנאה המחייבת פיצוי עקב חיסכון בהוצאות – דין "משתרשי"

עקרונות, מי שמרוויח ממעשי זולתו, אף אם נעשו בלא ידיעתו, חייב לשפות את מי שגרם לו את הרווח. ולא זו בלבד אלא שגם **מניעת הפסד ודאי** נחשבת כרווח לעניין הזכות לפיצוי. בלשון התלמוד נקרא הדבר "משתרשי ליה [=מרוויח בו]"¹⁵. כלומר, הזוכה נחשב כמחזיק בידו את נכסי המזכה בעין, ועילת התביעה של המזכה היא שישב לו הלה את נכסיו.¹⁶ העילה לפי דין זה אינה תלויה בחסרונו של המזכה. נעבור מן הכלל אל הפרט.

השאלה העיקרית היא: האם נחסך הפסד ודאי מקופת החולים? בענייננו, סביר מאוד להניח שקופת החולים הייתה נדרשת להמשיך לממן לחולה טיפולים בדיאליזה ובתרופות, טיפולים שעלותם יקרה.

אולם כדי שתקום עילת תביעה, יש לאמוד את דעת הזוכה. כלומר, עלינו לשאול: האם אילו היה הזוכה יודע שעליו לשלם תמורת הזכייה, הוא היה מוותר עליה או מונע את התשלום תמורתה בדרך שלא תגרום לו הוצאות?

בעלי התוספות¹⁷ מעלים טעם לפטור מתשלומים מי שאכל בטעות "מתנות כהונה" ונחסכו ממנו על ידי זה ההוצאות שהיה צריך להוציא למזונותיו, משום שאילו היה יודע שעליו לשלם, היה מתענה. ואף על פי שמדובר בטענה דחוקה, די בה כדי לפטור אותו מלשלם תמורת מה שאכל.

בדומה לזה, ניתן לומר לכאורה אף בענייננו: אם יש לקופת חולים טענת פטור מסוג

15 ראו: חולין קלא ע"א; בבא מציעא מב ע"ב.

16 ראו בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 11–13.

17 תוספות, חולין, שם, ד"ה שאני. למקורות נוספים, ראו בלס, לעיל ה"ש 1, שם.

זה, כגון שהייתה יכולה להשיג את תרומת הכליה מאדם אחר בלא תמורה או פיצוי, כגון מאדם שהיה מסכים מראש שלא לתבוע איש תמורת תרומתו, או מאדם מת, החיסכון בהוצאותיה אינו ודאי, ולפיכך אינו בר פיצוי.

אך אם נגיע למסקנה שהטענה האמורה אינה סבירה באופן קיצוני ואינה עומדת במבחן המציאות, כגון שאין להשיג תרומות בדרך זו, יש להגדיר את ההפסד כוודאי, ולכן מניעתו יכולה להיחשב ככת פיצוי.¹⁸

3.2. גדרה של הנאה המחייבת פיצוי עקב חיסכון בהוצאות – דין "נהנה"

המשפט העברי מכיר בעילת תביעה המבוססת על הקשר בין הנאת הזוכה לחסרונו של המזכה, והכלל בעניין זה הוא: "זה נהנה וזה אינו חסר – פטור".¹⁹ דין זה הוא אחד הדינים המרכזיים במשפט העברי במכלול דיני עשיית עושר ולא במשפט, ואף החוק הישראלי הלך בעקבות המשפט העברי בעניין זה כשקבע בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שבית המשפט יכול לפטור מהשבה בכל מקום שהנאת הזוכה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה.²⁰

לפני שנדון בעילה עצמה, נאמר שיש קושי רב להגדיר תרומת כליה או כל איבר כמעשה המביא לחיסרון בנכסי המזכה²¹ או מאמץ פיסי הנחשב בר תשלום, כגון הפסד שכר עבודה. לכן, ננסה לבחון את המקור המשפטי לחיוב תשלומים לפי דין זה ולראות אם החיסרון שנגרם למהנה מתאים לעיקרון המשפטי.

קושי נוסף המחייב עיון הוא ההבדל בגדרה של הנאה. כשעניין זה נדון בהלכה, מדובר בדרך כלל בהנאה פוזיטיבית שיש לאדם מרכושו של זולתו וכשהנאתו נפרדת מעצם ההנאה מן החיסכון בהוצאות. לדוגמה, הדר בביתו של חברו בלא רשותו יש לו הנאה הן מן העובדה שיש לו קורת גג מעל לראשו, הן מן העובדה שחסך דמי שכירת דירה אלמלא דר בבית חברו. דומה שבענייננו ההנאה שבאה לקופת החולים היא גופה החיסכון בהוצאות, אך לא ברור

¹⁸ משום שעדיין יש לעיין אם המגבלות והתנאים שיידונו בהמשך דברינו בסוגיית "נהנה", כגון הקשר בין יוזם הזכייה לבין נהנה, אינן חלות גם בדין "משתרשי".

¹⁹ ראו: בבא קמא כ ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף ו.

²⁰ לזיקתו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר למקורות המשפט העברי, ראו מ' מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת", סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 "משפטים" י 487-534 (התש"ם); ב' ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? "הפרקליט לז 203-218 (התשמ"ו).

²¹ אמנם בספרות ההלכה יש דיון נרחב בעניין בעלות האדם על גופו ואיבריו, והתייחסות אליהם כנכסיו וגם במידת האוטונומיה שיש לאדם להחליט על גופו וחייבו ובמידת ההיתר לפגוע בהם. לדיון אצל גדולי הפוסקים בעת האחרונה ראו הרב ש"י זיין "משפט ש"י לוק" לפי ההלכה" **לאור ההלכה**, עמ' שי-שלט; זיין "אם מותר לאדם לתת רשות לאחר לחבול בו" **הלכה ורפואה** ב, עמ' צג-ק (התשמ"א); הרב א"פ ווינברגר, שו"ת יד אפרים, סימן יד; הרב ש' ישראלי **התורה והמדינה**, חוברות ה-ו, עמ' קו (התשי"ג-התשי"ד); ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז; הרב י"מ לאו, לעיל ה"ש 6.

אם יש לדבר כדי להגדיר את קופת החולים כנהנית.

3.2.1 "זה נהנה וזה חסר"

בבחינת המקור המשפטי של חיוב הזוכה כשהזכייה הייתה ביוזמתו, יש שלוש שיטות בקרב הפוסקים: יש אומרים שדינו כמזיק את נכסי חברו, יש אומרים שהוא כעין גזלן שגזל את נכסי חברו ויש אומרים שהוא מעין לווה.²²

אולם במקרה שאנו דנים בו, זכייה שנעשתה ביוזמת המזכה נעשתה שלא כדי לזכות את הזוכה, קופת החולים, אלא כדי לזכות אדם אחר, ואילו זכיית הזוכה היא משנית ונלווית לזכייתו של מי שנתרמה לו הכליה. ומאחר שאין מדובר בנכס בעין שהגיע לידי הזוכה, קופת החולים, אין לדבר על חובה להשיב את הנכס.

כאן המקום להעיר שלפי המשפט העברי, אין בעובדה שהמזכה יזם את התרומה כדי לשלול ממנו זכות לפיצוי, כדברי הרמ"א: "וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יכול לומר: בחינם עשית עמדי, הואיל ולא ציויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו".²³ אמור מעתה, ניתן לכאורה לדמות את נדוננו לדין המובא בתלמוד²⁴ באדם שהניח את תבואתו ברשות הרבים ובאה בהמת חברו ואכלה ממנה: אף על פי שבעל הבהמה פטור מתשלומי נזיקין, התלמוד מחייב את בעל הבהמה לשלם לבעל התבואה תמורת מה שנהנתה בהמתו מן התבואה שאכלה. אולם הפיצוי ייקבע על פי ההנאה הסובייקטיבית מן התבואה, דהיינו דמי מזון רגיל של בהמה, תבן או דמי שעורים בזול, ולא שווי התבואה שנאכלה בפועל.

יש להדגיש כי רק לעניין גובה התשלום, הדין שונה כשנעשתה הזכייה ביוזמת הזוכה, ואילו המקור המשפטי לחיוב תשלומים במקרה זה אינו שונה מן האמור לעיל. כך, למשל, לשיטת מי שמחייב בגין עילה נזיקית, כשנעשתה הזכייה ביוזמת הזוכה, הוא יתחייב או בשווי הנזק או בשווי הזכייה, בסכום הפחות מביניהם,²⁵ אך אם מדובר בזכייה שלא ביוזמת הזוכה, הוא חייב לשלם לכל היותר תמורת הנאתו הסובייקטיבית, אף אם היא פחותה משווי הנזק או משווי הזכייה. הוא הדין לדעת מי שמחייבים בגין עילת גזל או בגין עילת חוב מעין הלוואה, שלדעת חלק מן הפוסקים ניתן לעתים לחייב את הזוכה בגובה חסרונו של המזכה, הזוכה חייב לשלם רק תמורת הנאתו הסובייקטיבית, אם זכייתו לא נעשתה ביוזמתו.²⁶ הנאה סובייקטיבית לעניין זה משמעה שאם הזוכה יכול להשיג את ההנאה במחיר פחות יותר או חינם, הוא חייב לשלם לפי שיעור זה או אף יהא פטור לגמרי.

22 למקור השיטות ודיון נרחב בהן ראו בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 14–19.

23 ראו רמ"א, חושן משפט, סימן רסד, סעיף ד. והשוו לעניין זה סעיף 1(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

24 בבא קמא יט ע"ב.

25 ראו בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 14–15, הערות 61–63.

26 ראו בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 18 ועמ' 20.

וכפי שכבר אמרנו, במקרה דנן, קופת החולים לא יזמה את הזכייה וגם תורם הכליה לא התכוון בתרומתו לחסוך לקופת החולים את ההוצאות שהייתה מוציאה לצורך ההשתלה. לפיכך, לכאורה ניתן לחייבה לכל היותר בעבור הנאתה הסובייקטיבית, שבמקרה דנן היא שיעור ההוצאות שנחסכו ממנה בניכוי ההוצאות שיש לה לאחר ההשתלה בטיפול בנתרם כמושתל כליה. אולם, אם חסרונו של המזכה פחות משווי הנאתה הסובייקטיבית של קופת החולים, היא לא תהיה חייבת לשלם לו יותר מסכום זה. ויש לציין שגם כאן, אם תתקבל טענה מעין הטענה שהבאנו בסעיף הקודם, שיש מי שמוכן לתרום את האיבר חנם, לא ייחשב החיסכון בהוצאותיה של קופת החולים כהנאה בת פיצוי.

3.2.2 השפעת הקשר בין גורם החיסרון לנהנה על החיוב

עתה יש לשאול שאלה חשובה: האם המקרה שלפנינו נכנס לגדר "זה נהנה וזה חסר"? בכל המקרים שנדונו בסוגיה זו, בין אם מדובר בזכייה ביוזמת הזוכה בין אם מדובר בזכייה שלא ביוזמתו, תמיד ניתן לזהות קשר ברור בין החיסרון לבין ההנאה. בדרך כלל, הקשר הוא שההנאה היא שגרמה לחיסרון. אך ייתכן גם שהחיסרון נעשה לשם יצירת ההנאה, כפי שנראה בהמשך דברינו. בנדון דידן, החיסרון נעשה על ידי המזכה לצורך הנאת אדם אחר, כשלמעשה ניתן לראות בו כמי שיזם את חסרון המזכה. במקרה זה, דעת רבים מן הפוסקים בזכייה שאין עמה רווח שהזוכה פטור מלשלם תמורת מה שזכה, וטעמם ונימוקם עמהם: הקשר בין הזכייה לבין החיסרון ניתק, ודינה של זכייה זו מבחינת הזוכה כזכייה שאינה כרוכה בחסרון המזכה.²⁷

דומה שהדברים נכונים אף בנדון דידן. התרומה באה בעקבות בקשתו של הנתרם ורצונו של התורם להציל את חייו, ואילו לשיקולי התועלת שתצמח לקופת החולים לא היה כל משקל בהחלטת התורם לתרום איבר להשתלה.

אמנם שיטת הרב אפרים נבון, בעל "מחנה אפרים", היא שאם ניתן להניח שהזוכה היה יוזם את הזכייה לולא יזם אותה הנתרם, יש לחייב את הזוכה,²⁸ אך בענייננו קשה להניח שקופת החולים הייתה יוזמת את הליך התרומה רק כדי לחסוך לעצמה את הוצאות הטיפול הרפואי. זאת ועוד. כבר אמרנו לעיל שאם קופת חולים הייתה יודעת שעליה לשלם לתורם תמורת תרומת האיבר של קרוב משפחתו של הנתרם, יש להניח שהייתה מחפשת פתרונות חלופיים, שכן מדובר בטיפולים מקובלים שקופת החולים רגילה לטפל בהם, ואין זה ודאי שהייתה נוקטת הליך מורכב של תרומת איבר כדי לחסוך את הוצאות הטיפולים בחולה. לאור זאת, נראה שגם לשיטת בעל "מחנה אפרים", חוזר הדין לכלל "זה נהנה וזה אינו חסר – פטור", ואין לחייב את קופת החולים לשלם תמורת האיבר שנתרם ושאר הוצאות התורם.

²⁷ ראו: בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 48 והערות 68–71; רקובר, לעיל ה"ש 4, עמ' 35–36. וראו גם דעת בעל המרחשת בסעיף הבא.

²⁸ מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ב. ראו בלס שם.

3.2.3 השפעת הקשר בין מועד החיסרון למועד ההנאה על החיוב

המרדכי²⁹ פסק במקרה שהשלטונות נטלו במעין הפקעה בית של יהודי שברח מן העיר והשאילוהו ליהודי אחר שאין הדייר צריך לשלם לבעל הבית, משום שהנאתו באה לאחר שחסרונו של בעל הבית הפך כבר לעובדה מוגמרת בלא קשר להנאתו וניתק הקשר הסיבתי בין חסרון בעל הבית להנאת הדייר, וכבר לא ניתן לומר שההנאה היא שגרמה לחסרונו של המזכה. לכן, הזוכה פטור מלשלם תמורת הנאתו מן המגורים בבית.

במסכת כתובות³⁰ נדון מקרה אחר שיש בו הפרדה בין ההנאה לבין החיסרון ונאמרו בדבר דעות אחדות. התלמוד דן באדם שתחב דבר מאכל של זולתו לתוך גרונו של חברו, ונקבע שהבולע חייב לשלם לבעל המאכל תמורת מה שנהנה באכילתו. כאן החיסרון נוצר כבר בשעת תחיבת המזון לגרונו של האדם, כיוון שאז הוא נפסד, משום שגם אם היה פולטו כבר אינו ראוי למאכל אדם אחר, ואילו זמן ההנאה הוא מאוחר יותר, שהרי הוא בא לידי ביטוי רק עם תחושת השובע של האוכל, שהרי אין לדבר במקרה זה על הנאה מן האכילה עצמה, שהרי האוכל נתחב לתוך גרונו.

לדעת בעלי התוספות³¹ יש לחייב במקרה זה הנזכר בכתובות, "הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה", ונחלקו האחרונים בשאלת ההסבר לדעת התוספות. לדעת בעל "מחנה אפרים"³² הסברה היא שאין טעם לפטור את הבולע רק משום שהחיסרון קדם להנאה, ודי בעובדה שהנאתו נבעה כתוצאה מן החיסרון לחייבו. לכן, לדעתו, במקרה שהובא במרדכי, בעלי התוספות היו מחייבים את הדייר לשלם דמי שכירות לבעל הבית. לעומתו, אומר הרב ישראל איסר וואלף, בעל "שער משפט"³³ שנימוק התוספות יסודו בעובדה שהחיוב הוא בגלל הסמיכות בין החיסרון להנאה, מה שאין כן במקרה שהובא במרדכי, שההנאה באה לאחר זמן. ר' חנוך הניך איגש³⁴ בעל "המרחשת", סבור שהדגש בדברי התוספות הוא על זהותו של גורם החיסרון ולא בשאלה מה קדם למה, החיסרון או ההנאה. לפיכך, הבולע מזון שנתחב לתוך גרונו חייב לשלם לבעל המזון דמי מה שנהנה, משום שהוא גרם את החיסרון על ידי בליעת המזון, ואילו בנדונו של המרדכי, השלטונות הם שגרמו את החיסרון ולא הדייר, שהוא – הנהנה מן המגורים בבית. לעומת זאת, לפי דעה אחרת המובאת בתוספות בשם רבנו יצחק³⁵ אם החיסרון נגרם עובר להנאת הזוכה, ובשעת ההנאה כבר הוא בלתי הפיך, אין מקום לומר שההנאה גרמה לחיסרון, ויש לפטור את הזוכה.

29 מרדכי, בבא קמא, פרק שני, סימן יז.

30 כתובות ל ע"ב. הדין שלהלן הוא תמצית הדין המפורט המובא אצל בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 64–67.

וראו גם רקובר, לעיל ה"ש 4, עמ' 28–30.

31 תוספות, בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא איתהנית.

32 מחנה אפרים, הלכות גזלה, סימן יג.

33 שער משפט, סימן עב, ס"ק לא.

34 מרחשת, חלק ב, סימן לה, פרק ד, ס"ק ח.

35 תוספות, כתובות ל ע"ב, ד"ה ואי דלא.

לכאורה, גם לדעה זו, הדייר בנדונו של המרדכי פטור מלשלם תמורת מגוריו. הפוסקים נחלקו הן בשאלת ההלכה, הן בהסברת דעת שולחן ערוך,³⁶ ויש מי שפירשו מדעת ר"י.³⁷ העולה מכאן, יש ספק רב אם ניתן לחייב את קופת החולים לשלם למי שתרום כליה לקרוב משפחתו בגלל פער הזמנים שבין היווצרות החיסרון לבין ההנאה העתידית של קופת החולים מן החיסרון בהוצאות בעקבות תרומת האיבר. קשה מאוד לומר שהנאתה מתחילה מיד ברגע התרומה או ההשתלה, משום שמסתבר שבזמן זה הוצאותיה דווקא גבוהות יותר בגלל מצבו הרפואי של המושלת.

3.3. הפורע חובו של חברו שלא מדעתו

אחת הנקודות המרכזיות בנדונו היא שהמזכה פעל על דעת עצמו, ועל כן יש מקום לבחון את דין "הפורע חובו של חברו שלא מדעתו".³⁸ בבואנו לדון בסוגיה זו, עלינו לזכור שכאמור, לא זו בלבד שהמזכה פעל על דעת עצמו, אלא שגם אין מטרתו בתרומת הכליה לפרוע את חובה של קופת החולים, כלומר למנוע ממנה הוצאות טיפול בחולה הזקוק להשתלה, ודבר זה לא היה בכלל שיקוליו כשהחליט לתרום את הכליה להשתלתה בקרוב משפחתו. כמו כן, יש להעיר שמדובר בחוב עתידי ומתמשך, ולא בחוב מן העבר שעדיין לא נפרע. בדינונו להלן נבחן את ההשפעות של נסיבות אלה על האפשרות ללמוד מן הסוגיה הנזכרת של "הפורע חובו של חברו שלא מדעתו".

דומה שאי אפשר לדון בנימוק המשפטי להלכה זו בלי לדון בשאלה: אימתי המציל את נכסי חברו מנזק או מאבדן זכאי לשיפוי ואימתי הוא בגדר "מבריה ארי מנכסי חברו", הפטור משיפוי.³⁹ לא נדון כאן בסוגיה זו,⁴⁰ ורק נזכיר את דברי הרמב"ם בעניין זה. וזה לשונו:

הפורע שטר חובו של חברו שלא מדעתו, אפילו היה החוב על המשכון, אין הלוח חייב כלום, ונוטל משכונו בחינם, והרי אבד זה הנותן את מעותיו, **שמא**

36 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עב, סעיף מד.

37 או כפי שהסביר המרחשת, ראו בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 67. ועיינו עוד שם, עמ' 65, הערה 85, בהגדרת החיסרון כחיסרון מתמשך ובהשפעת הגדרה זו על הקשר בין מועדי ההנאה והחיסרון.

38 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קכח, סעיף א. מקור ההלכה במשנה כתובות, פרק יג, משנה ב; נדרים, פרק ד, משנה ב.

39 ראו: נדרים לג ע"א; בבא קמא נח ע"א.

40 ראו דיון נרחב בסוגיה זו אצל הרב בלס, לעיל ה"ש 1, עמ' 99–108. וראו גם רקובר, לעיל ה"ש 4, עמ' 149–154.

היה הלוח מפיס את המלוה ומוחל לו.⁴¹

ואף על פי שהסבירות שימחל המלווה על ההלוואה נמוכה, די באמתלה זו בלבד⁴² כדי לפטור את הזוכה מתשלום, מאחר שמדובר בחיסכון בהוצאות ולא ברווח ממשי.⁴³ לעומת זאת, המציל את רכוש חברו ברשות, מכוח מצוות השבת אבידה, יהיה זכאי לפיצוי תמורת ההצלה, אף על פי שגם הוא רק מנע הפסד מן הזוכה, ולא השביח את נכסיו, ואין להתחשב באפשרות בעלת סבירות נמוכה שהלה היה ניצול מן הנזק לולא פעולת חברו.⁴⁴

ההבחנה בין המקרים נעוצה אפוא בשאלה: האם המזכה פעל ברשות? כל זמן שאי אפשר לומר שפעל שלא ברשות, אין לחפש עילה לשלול ממנו את הפיצוי המגיע לו בשכר הצלתו.⁴⁵

יישום העיקרון האמור בענייננו מביא אותנו למסקנה שקשה לומר שהתורם פעל שלא ברשות, שהרי כפי שאמרנו, מטרתו לא הייתה למנוע הפסד מקופת החולים וגם לא להתערב בסדרי העדיפויות של פירעון חובותיה אלא להציל את חיי קרובו על ידי תרומת הכליה (ובזה אפילו קיים מצווה). לפיכך, נראה לכאורה שאין לשלול ממנו פיצוי תמורת תרומתו.⁴⁶

4. הערות כלליות ושיקולי מדיניות

1. בדין "נהנה" הזכרנו שלפי הצד לחיוב, אין להטיל תשלומים על הזוכה יותר מכדי הנאתו הסובייקטיבית. בענייננו, הדבר אינו פשוט, משום שיש צורך בהערכה או בשומה עתידית, התלויה בגורמים אחדים: תוחלת חייו המשוערת של הנתרם לולא ההשתלה, מצבו הרפואי, ועוד. אולם נוסף על כך יש לקזז את ההוצאות שיש לקופת החולים עקב ההשתלה, משום שכאמור, נקודת המוצא היא הנאתה הסובייקטיבית, כלומר החיסכון הממשי בהוצאותיה עקב ההשתלה. כאשר שווי החיסרון פחות מהנאת קופת החולים, לא תתחייב קופת החולים לשלם לתורם יותר מן הסכום זה, וייתכן שאז חסרונו של התורם יימדד לפי ראשי הנזק המקובלים.⁴⁷
2. אין ספק שהמדינה מבקשת לעודד תרומות איברים ולכן עליה לשקול היטב את כל

41 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כו, הלכה ו. כדעתו וכנימוקו סוברים רוב הפוסקים.

42 בדומה לטענת "הייתי מתענה" בדין 'משתרשי', הנזכרת לעיל ליד ציון ה"ש 17.

43 ראו חידושי הריטב"א, כתובות קח ע"א, ד"ה שם.

44 ראו: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא ע"ב, ד"ה מתניתין; שו"ת מהרי"ט, סימן קכד.

45 ספר התרומות, שער סז, הובא בבית יוסף, חושן משפט, סימן קה, סעיף ח.

46 אך, מצד שני, שמא אפשר לומר שמאחר שטובתה של קופת החולים לא עמדה לנגד עיניו, אולי יש

מקום לטענה שהייתה יכולה להיפטר מן ההוצאות בדרך אחרת.

47 ראו גם את דעתה של ח' טבנקין "סוגיות במכירת כליה מן החי להשתלה על פי המשפט העברי והחוק

הישראלי" **אסיא** טז 74–93 (התשנ"ט).

השיקולים האתיים והחברתיים. ייתכן שיש מקום לחוקק חוק או לתקן תקנות שהמדינה תפצה את התורם על הנזק שנגרם לו ועל חסרונו, אף אם אין מקום לחייבה מן הדין. שיקולי הנגד שנאמרו בעניין, בין השאר על ידי פוסקי ההלכה שהזכרנו לעיל, כגון החשש מפני נעילת דלתות הרפואה החדישה בפני מי שאינם עשירים, נחלשים במידה רבה כשאין מדובר כשהנתרם משלם לתורם באופן פרטי אלא בפיצויים שהמדינה מעניקה לתורם תמורת הסכומים שנחסכו ממנה בהוצאות על הטיפול הרפואי בחולה המושלת.

3. תקנות כגון אלה יכולות להסדיר את תרומת איברים, שאם לא כן עלול להיווצר מצב לא הגיוני שכל מי שהציל את חיי חברו או סייע לשיפור מצב בריאותו עלול לתבוע את המדינה בגין החיסכון בהוצאות טיפול רפואי שהביא בפועלו למען הזולת.
4. בדיוננו העלינו את חששו של התורם לעתידו הרפואי, אם לא יינתן לו פיצוי תמורת תרומתו. נראה שאם קברניטי המדינה מבקשים לעודד תרומת איברים, עליהם להביא בחשבון גם את השאלה אם התורם זכאי לכל הטיפולים הדרושים בהתאם למצבו הרפואי על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. כמו כן, אם לאחר תרומת איבר להשתלה או בעתיד הרחוק יוגדר מצב התורם כנכה בדרגה המזכה אותו בקצבת נכות לפי הקריטריונים המקובלים במוסד לביטוח לאומי, לא נראה שתהיה מניעה מלשלם לו קצבה מסוג זו.

5. מסקנות

- א. בחינת הזכות לפיצוי למי שתורם איבר מגופו תמורת החיסכון בהוצאות קופת החולים של הנתרם קשורה בעיקרה לדיני עשיית עושר ולא במשפט, ואולי רק בעקיפין לסוגיות הקשורות לתרומת כליה ולהשתלת איברים בכלל.
- ב. ספק אם יש לתורם עילה נזיקית נגד המדינה בגלל שמנעה אותו מלקבל תמורה או פיצוי בעבור תרומתו, משום שמדובר רק במניעת רווח. אך אם הרווח הוא רווח ודאי, חלק מן הפוסקים סובר שניתן לחייב המדינה לשלם לתורם מכוח דיני הנזיקין.
- ג. ספק רב אם ניתן לבסס עילת תביעה על דיני עשיית עושר ולא במשפט מכוח דין "משתרשי", משום שלא ברור עד כמה ההפסד של קופת החולים מוגדר כהפסד ודאי.
- ד. נראה שלא ניתן לבסס את עילת התביעה על דין "נהנה", משום שהחיסרון של התורם נעשה לצורך הנתרם וביזמתו, ונותקה הזיקה בין חסרונו של התורם לזכיית קופת החולים.
- ה. כמו כן, לדעת כמה מן הפוסקים, פער הזמנים בין חסרון התורם לבין ההנאה העתידית של קופת החולים עשוי להוות נימוק לניתוק הזיקה בין החיסרון לבין ההנאה ולפטור את הזוכה מתשלומים.
- ו. מניתוח דין "הפורע חובו של חברו שלא מדעתו", עולה שיש משמעות רבה להגדרת המזכה כפועל שלא ברשות. לא ברור אם בענייננו נחשבת פעולת התורם לפעולה

- ברשות ביחס לקופת החולים של הנתרם. אך אם נגדיר אותה כפעולה ברשות, יש מקום לחייב את קופת החולים לפצות את התורם.
- ז. שיקולי מדיניות חברתית ואחרים חייבים להישקל גם אם יש מקום להתיר לתורם לקבל תמורה או פיצוי בעבור תרומתו.
- ח. יש מקום לשקול פיצוי מוסדר בחקיקה מקופת המדינה, גם לדעת מי שרואה בפיצוי התורם כעין סחר באיברים.

(ג) פסק הדין

עיקר הדיון בפסק הדין בפרשת וידן, שעובדותיו הוצגו בפתיחת פרק זה, היה בשאלה אם תשלום הוצאות שנגרמו לתורם עקב הניתוח לנטילת האיבר מגופו והשתלתו בגופו של הנתרם הוא בגדר סחר באיברים. כמו כן נדונו השאלות הבאות: מהי המסגרת הנורמטיבית בישראל המסדירה את תחום תרומת איברים? האם התורמים זכאים לפיצוי בגין נזקים שנגרמו להם עקב תרומתם? ואם כן, על מי מוטלת החובה לפצותם על הנזקים שנגרמו להם?

לאחר דיון ארוך ומקיף, קיבל בית המשפט את התביעה בחלקה, ופסק כי אף על פי שתחום השתלת האיברים עדיין לא הוסדר בחקיקה ראשית, מדינת ישראל, ככל מדינות העולם הנאור, רואה בסחר באיברים מעשה הנוגד את תקנת הציבור. עצם מתן פיצוי בגין ההוצאות הישירות שנגרמו לתורם עקב הניתוח עצמו אינו מפחית מערך התרומה, אשר אין חולק שנעשתה כתחילה ממניעים זולתניים (אלטרואיסטיים) וכתוצאה מהקשר המיוחד המקובל בדרך כלל בין בני משפחה. מן החובה המוסרית להבטיח את קיומו של מערך השתלות תקין ויעיל, אין נגזרת חובה חוקית על מי מהנתבעות לספק איברים לכול, כאילו הם מוצר הניתן לרכישה לכל דורש. יחד עם זאת, התורם זכאי לכיסוי כל נזק ישיר שנגרם לו כתוצאה ישירה מתרומת האיבר במסגרת החובה המוטלת על קופת החולים של הנתרם, כאחראית לביצוע ההשתלה, מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בית המשפט הדגיש שהשאלה, אם תורם כליה זכאי גם לתמורה על חסרון האיבר שתרם, ומה יהיה שיעורה ואופייה של תמורה זו, עדיין לא נתבררה וראוי שהמחוקק ייתן דעתו עליה כשתושלם מלאכת החקיקה בעניין זה. ויפה שעה אחת קודם.

בית המשפט קבע כי מוטלת חובה על קופות החולים לשפות את התורמים בגין ההוצאות הישירות שנגרמו להם בגלל הניתוח לנטילת איבר מגופם לצורך השתלה, אך הדגיש כי תשלום ההוצאות לתורמים אין משמעו מתן תמורה בגין תרומת הכליה. להלן ציטוט הפרק בפסק הדין (פסקאות 54–55) המסתמך על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע:

רוב הפוסקים בימינו בדיעה, כי אין איסור הלכתי לקבלת תמורה עבור תרומת אברים. עמדה זו נובעת מתוך הנחה, הניתנת לסתירה, כי השיקול

המרכזי העומד בבסיס החלטתו של התורם, הוא הרצון להטיב עם הזולת, ולא השיקול הכלכלי. (ראו פרסום המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה ע"ר, הרב יוסף שרעבי וד"ר יובל סיני מיום 5.8.05 (להלן: שרעבי-סיני), עמ' 3). הדברים יפים, גם כאשר נכרת חוזה בין התורם לנתרם, אשר ככל הנראה לוקח בחשבון את הוצאותיו ונזקו של התורם, כולל תקופת האשפוז, צערו וסיכונו. אך גם כאשר לא נכרת חוזה, נראה שתקום עילת תביעה נגד הנתרם בגין הנזק והחיסרון שנגרם לתורם (שם, שם).

העילות בגינן ניתן לבסס חובת פיצוי הן: האחת, חיוב נזקי. השנייה, נובעת מכוח דיני עשיית עושר. לפי העילה הנזיקית, ביצוע חבלת גופנית ביוזמת הנתרם מקימה חובת פיצוי כלפי התורם, וכל עוד התורם לא וויתר על תשלום נזקיו, חייב הנתרם בפיצוי זה. (שם, עמ' 3). מחד גיסא, לאור האיסור שהטילה המדינה על קבלת פיצוי זה מטעמים של תקנת הציבור, ניתן לומר שהתורם לא יוכל לתבוע נזק זה מהמדינה (שם, עמ' 4). מאידך גיסא, כאשר מדובר בהחזר הוצאות טיפול רפואי, יתכן שיש מקום להטיל חיוב על קופות החולים, מתוך רצון לעודד תרומת אברים (שם, עמ' 5). לדעתם של שרעבי וסיני, ניתן אולי באופן תיאורטי לבסס עילת תביעה של התורם נגד המדינה, הנובעת מן המניעה החוקית השוללת מתן תמורה או פיצוי מן הנתרם. יחד עם זאת, הנושא עדיין מצריך עיון לאור חילוקי הדעות בין הפוסקים ולאור השיקולים הכלליים השונים (שם, שם).

בהתאם לעילה הנובעת מדיני עשיית עושר, אדם שהרוויח ממעשי הזולת, חייב לשפות את האדם שגרם לו את הרווח. עילה זו אינה תלויה בנזק שנגרם למזכה (שם, שם). לגישת המשפט העברי, העובדה שתורם פעל מיוזמתו אין בה, כשלעצמה, נימוק מספיק כדי לשלול ממנו זכות לפיצוי (שם, עמ' 6). לאור העובדה שקופת החולים לא יזמה את הזכייה ותורם הכליה לא התכוון בתרומתו למנוע מקופת החולים הוצאות, ניתן לכאורה לחייב את קופת החולים בגין הנאתה הסובייקטיבית, והיא גובה ההוצאות שנחסכו ממנה בניכוי ההוצאות שנוספו לה עקב הצורך לטפל בנתרם כמושתל כליה (שם, עמ' 7). לצורך כך, יש לבחון האם המקרה דנן נכנס בגדר "זה נהנה וזה חסר". לדעת רבים מן הפוסקים, כאשר אין בזכייה רווח, הזוכה יהיה פטור מתשלום, משום שהקשר בין הזכייה לחיסרון ניתק ודינה של זכייה זו, כזכייה שאינה כרוכה בחיסרון המזכה. טוענים שרעבי וסיני, כי לאור העובדה שהתועלת שתצמח לקופת החולים לא היוותה שיקול בהחלטת התורם לתרום, אין לחייב את קופת החולים בתשלום (שם, עמ' 7–8).

לדעת שרעבי וסיני, ספק אם ניתן להטיל חיוב על קופת החולים, בשל פער הזמנים שבין היווצרות החיסרון לתורם לבין ההנאה העתידית של קופת החולים מחסכון ההוצאות שייגרם לה (שם, עמ' 8–9). בנוסף, קשה לומר שהתורם פעל שלא ברשות, ולכן לכאורה אין מקום לשלול ממנו את הזכות לפיצוי. מן הצד השני ניתן לומר, הואיל וטובתה של קופת החולים לא עמדה לנגד עיניו, יתכן שיש מקום לטענה שקופת החולים יכולה הייתה להימנע מתשלום ההוצאות בדרך אחרת (שם, עמ' 9).

הכרעת פסק הדין עולה אפוא בקנה אחד עם המלצתנו בסוף חוות דעתנו, להסדיר את העניין בחקיקה, ועם הקשיים לבסס את התביעה על גררי העילות שבמשפט העברי.

פרק רביעי

כבוד המת ומעמד המשפחה בשריפת הגופה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

בש"א (י-ם) 9055/06 פריד מירלה נ' רוזן חנה (לא פורסם) (מיום 27.12.06), מפי סגן נשיא בית משפט השלום בירושלים, השופט יצחק שמעוני (להלן: פרשת רוזן)

לפני בית משפט השלום בירושלים הונחה בקשה למתן צו מניעה זמני האוסר לשרוף את גופתו של יהודי אזרח ישראל שהלך לעולמו. בני משפחתו הקרובה, אשתו ושני ילדיו הבגירים, טוענים שהמנוח הביע את רצונו בחייו במפורש שישרפו את גופתו לאחר מותו. לעומת זאת, קרובת משפחה רחוקה של המנוח, נכדת אחות אמו של המנוח, מבקשת מבית המשפט לאסור את שריפת גופתו.

המבקשת טוענת שבית המשפט חייב למנוע מן האלמנה ומילדי המנוח מלשרוף את גופת המת, אף אם יש בדבר משום הגשמת רצונו האחרון. לדעת המבקשת, יש להימנע מלשרוף את גופת המת, משום שהחוק בישראל אינו מתיר לשרוף גופות אדם ומחייב להביא כל גופה לקבורה. נוסף על זאת, אם תישרף גופת המת, תיגרם למבקשת פגיעה רגשית קשה, משום שהמנוח הוא ניצול שואה ונצר למשפחה יהודית דתית שהעמידה רבנים חשובים, וכמעט כל בני משפחתו של המנוח נספו בשואה, חלקם אף נשלח למשרפות.

לעומתה, טוענים אשתו וילדיו כי יש לכבד את רצונו האחרון של המנוח, שהיה אתאיסט בהשקפת עולמו, ואף החל להתעניין באפשרות של שריפת גופתו. כמשיבה נוספת, צורפה החברה הישראלית שהתבקשה לבצע את שריפת הגופה. לטענתה ולטענת בני המשפחה, על פי עקרון החוקיות, המכיר בזכותו של אדם פרטי לעשות כל דבר שלא נאסר בחוק, יש להתיר למשפחת המנוח לשרוף את גופתו. לטענתם, מאחר שלא נאסר בשום חוק לשרוף גופת אדם, הדבר מותר, ובלבד שיש בדבר משום הגשמת רצון המת ומשפחתו הגרעינית.

היועץ המשפטי לממשלה, שנתבקש לחוות את דעתו בשאלה זו לצורך הדין בבית המשפט, סירב לעשות זאת משני טעמים: הוא סבור שמדובר בסכסוך אזרחי פרטי, והזמן הקצר שהוקצב לו לצורך זה אינו מאפשר לו לחוות את דעתו בסוגיה זו. דומה שהצורך לקבל חוות דעת בשאלת דעת המשפט העברי בסוגיה זו נובע מכמה טעמים:

1. שאלת הטיפול בגופת כל מת יהודי כרוכה מטבעה בשאלות דת ומוסר הנוגעות לכבוד המת ולהשקפת עולמו.
2. החוק הישראלי אינו מביע את דעתו בסוגיית שריפת גופת מת במקום קבורתה, ואף אין בפסיקה תקדים בסוגיה זו.
3. לא ברור אם ניתן להתחשב בעמדות סותרות של בני משפחה בדרגות קירבה שונות וכיצד.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

כבוד המת בהלכה היהודית הוא מן המפורסמות. ואכן, חלק ניכר מהלכות קבורה ואבלות כרוך בעקרון השמירה על כבוד המת.¹ אולם חובת הקבורה באמצעות הטמנת הגופה בעפר הארץ על פי כללי ההלכה היהודית יש בה גם נימוקים אחרים מלבד השמירה על כבוד המת. בפעולת השריפה של גופת המת, נשלל קיומה של מצוות הקבורה. אף יש בשריפה בעיות אחרות שנדון בהן להלן.

נוסף על כך, יש לבחון את שאלת היוזמה לביצוע השריפה לאחר המוות. יש שהנפטר עצמו מצווה לעשות כן, ואז מתעוררת השאלה: אם על קרוביו למלא אחר צוואתו. ויש שלא ציווה הנפטר דבר בעניין הטיפול בגופו לאחר מותו, אך קרוביו מעוניינים לשרוף את גופתו בטקס אחר חלף הקבורה.

דברים שנביא להלן, נסקור בקצרה את דברי הפוסקים בשאלות שהובאו לפנייהם בעניין זה.

1. האיסור לשרוף גופת אדם

הפוסקים שדנו באיסור לשרוף גופת אדם התייחסו בחומרה רבה לאימוץ מנהג זה על ידי יהודים.² והנה אף במדינת ישראל נוסדה בעת האחרונה חברה המציעה שירותים לשריפת

¹ להרחבה, ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך כו, עמ' תקמב-תקנד, ערך "כבוד המת".

² ראו לדוגמה דבריו היוצאים מנהמת הלב של הרב ד' שפרבר (רומניה-ישראל, המאה ה'כ'): "זעקתו המרה באה אלי במכתבו בצירוף עתונו, על דבר אשר פשטה מספחת שריפת המתים במחנה העברים שמה, והלכו אחר משאות שוא ומדוחים של איזה עוכר ישראל, החוטה ומחטיא ומחלל קדשי בני ישראל ומתעב גוי קדוש, את החיים ואת המתים. ולא זו בלבד, אלא שעושים מעשה זמרי ומבקשים

גופת האדם לאחר מותו.³ תגובת "מועצת הרבנות הראשית לישראל" לפעילותה של חברה זו ואחרות הדומות לה לא איחרה לבוא. בהחלטתה של מועצת הרבנות הראשית לישראל מיום א' שבט התשס"ו (30.1.06) נאמר כדברים האלה:

מועצת הרבנות הראשית לישראל מביעה זעזוע ושאת נפש מהפעלתו של מתקן לשריפת גופות אדם בארץ הקודש. בהפעלת מתקן כגון זה, יש מלבד האיסור ההלכתי החמור והמוחלט, גם קהות חושים והיעדר רגש אנושי בסיסי, מאחר והוא מעורר זיכרונות קשים ומרים מן התקופה האפלה ביותר בחיי העם היהודי – תקופת השואה האיומה, בה הובלו מיליונים מאחינו בית ישראל אל הכבשנים והמשרפות על-ידי הנאצים הארורים ועוזריהם. ומני אז נצרבה שריפת גופות בתודעת הציבור בישראל בכלל, וניצולי השואה בפרט, לדיראון עולם, כסמל לניסיון להשמדת ולהכחדת היהדות והיהודים מן העולם. כאמור, שריפת גופת אדם מישראל הנה איסור חמור ומוחלט של ניוול המת, שנקבע והוסכם על-ידי גדולי ישראל עוד בדורות שעברו. אנו מחליטים בזאת להמשיך את תקנת גדולי הדורות הקודמים, ולפיה כל השורף את גופו, לא יזכה להגיע לקבר ישראל. כמו כן אין לערוך לו לוויה, ואין לומר אחריו קדיש, ולא יושבים עליו שבעה. ואלו המבצעים את שריפת הגופות גורמים שידעך וזכרונו של הנפטר מארץ החיים.⁴

ואכן, גדולי פוסקי ההלכה בדורות הקודמים ניתחו את האיסורים הכרוכים בביצוע שריפת גופת אדם.⁵ ר' מרדכי יעקב ברייש⁶ מונה ארבעה איסורים הכרוכים בביצוע פעולה זו. ואלה

שכר כפנחס, שיקבר אפר השריפה בקבר ישראל ובמשפטי ונמוסי החברה קדישא, ורבני ישראל ישאו עליהם מספד ונהי, כגוי אשר משפט אלקיו לא עזב. כי אל מעוננים ואל קוסמים ישמעו, אשר ניבם נבזה לגלות פנים בתורה שלא כהלכה בחנפי לעגי מעוג, זו לעגם למו. שתו בשמים פיהם, ולשונם תהלך באר"ש, ארס נחש ואפעה. כן ארחות כל בוצע בצע, נפ"ש בעליו יקח. ואף ע"ז פקחו עיניהם לקקעקע ביצתן של ישראל לשרש מהם שארית הפליטה, שאפילו המתחדשים הבוגדים בחיי היהדות הנאמנה, כבוד המתים היה יקר בעיניהם לבלתי עשות כן נבלה, כי אם הכל כמנהג התורה. והיה להם בזה קשר קצת עם כלל האומה העבריה, ויש תקוה לאחריהם. ועתה לדאבון נפש כל ישראל, קמו תרבות אנשים חטאים בנפשותם, לצודד נפשות ופורחות, ואגודתם על ארץ יסדה לכבות בהם גם את הגחלת האחרונה, ולנתק מהם גם את החוט היהדות האחרון. שומו שמים על זאת. אוי לאזנים שכך שומעות, ואוי נא לנו שכך עלתה בימינו. ע"ז ועל כיוצא בזה, התפלל דוד המלך ע"ה: 'אתה ה' תשמרם תצרנו'."

ראו מ' ויגודה "לשרפת גופות בהלכה ובמשפט" **פרשת השבוע**, פרשת אמר התשס"ו גיליון 250.

הציטוט מובא מפרסומים בעיתונות ביום 31 בינואר 2006.

שאלה שנדונה במקורות ההלכה, שאינה מעניינה של חוות דעת זו, היא מידת החיוב לקבור מת שנשרפה גופתו. ראו בין היתר: שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן עב; שו"ת במראה הבזק, חלק ד, עמ' 175,

הם:

1. ביטול מצוות עשה שבקבורת המת, הנלמדת ממילות הפסוק "כי קבור תקברנו" (דברים כא, כג), וביטול הכפרה שבמעשה הקבורה באדמה.⁷
2. גרימת ביזיון למת וניווול המת.⁸
3. איסור הליכה במנהגי הגויים, שנאמר: "ובחֶקְתֵּיהֶם לֹא תִלְכוּ" (ויקרא יח, ג).⁹
4. שינוי ממנהג הקבורה, שהיא מסוג העניינים שמקפידים בהם מאוד שלא לשנות מן המנהג.¹⁰

נימוקים אלה נזכרים בדברי רבים מן הפוסקים. ויש מי שהוסיפו גם את העניין האמוני, פגיעה באמונה בתחיית המתים,¹¹ שהיא אחד משלושה-עשר עיקרי האמונה היהודית. וראוי לציין כאן את דבריו של הרב י"מ טיקוצ'ינסקי, המבאר את ההבדל בין קבורה לבין שריפה מנקודת מבט פילוסופית באמצעות ניתוח אופי כל פעולה ותוצאותיה, ריקבון הגוף ושינוי החומר לעומת כילוי, וכו'.¹²

אחר הניתוח ההלכתי, חותם הרב ברייש את דבריו בביקורת על המנהג לשרוף גופות בני אדם תוך ניתוח מניעיהם של המבקשים לעשות כן: "והעיקר שמחשבתן ניכרת מתוך מעשיהן, שכופרים בתחיית המתים והשארת הנפש ושכר ועונש, עיקרי הדת, ואין להתעסק

סימן קיב; שו"ת מלמד להועיל, חלק ב, יורה דעה, סימנים קיג-קיד; שו"ת משנת אליעזר, סימן י; שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן צח; הרב א' בקשי-דורון "פתרון לבעיית קבורת הנוכרים במדינת ישראל" **תורה שבעל פה** לט, עמ' כז-כח (התשנ"ח); הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ג, יורה דעה, סימן כב, אות כב; הרב ח"א לנדאו "אפר מת" **בנתיבי חסד ואמת** 76-78 (התשנ"ב); הרב י' מצגר "קבורת אפשר אשה שציוותה את גופה למדע" **בנתיבי חסד ואמת** 34-38 (התשמ"ו); א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** כרך ב 505, הערה 24א (התשנ"א).

6 הרב מ"י ברייש (פולין-ציריך, המאה ה'כ'), שו"ת חלקת יעקב, יורה דעה, סימן רג. וראו גם הרב ח' אמסלם "שריפת המת כשיש בזה צורך מצד הרפואה" **מנחת חיים** סימן סה, עמ' קעא-קעד (התשנ"ה); הרב ד"צ הופמן, שו"ת מלמד להועיל, לעיל ה"ש 5, סימן קיד; הרב מ' ראטה, שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן ע. וראו עוד הפניות אצל הרב נ"צ פרנקל "מפתח השו"ת – עניני קבורה" **בנתיבי חסד ואמת** 149-150 (התשל"ן); **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, שם; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמח.

7 סנהדרין מו ע"ב, לעניין חיוב הקבורה ולעניין הכפרה שבמעשה הקבורה; רמב"ם, הלכות אבל, פרק יד, הלכה א; טור, בית יוסף, ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן שסב, סעיף א; שולחן ערוך, שם, סימן שמח; הרב י"מ טוקצ'ינסקי, **גשר החיים**, חלק א, פרק טז, סעיף ט. וראו הרב י"א מובשוביץ "הלכות קבורה וקבורת איברים" **בנתיבי חסד ואמת** 79-90 (התשנ"ב), ועוד.

8 ראו דברי התלמוד: "איבעיא להו: קבורה משום בזיונא הוא או משום כפרה הוא?" (סנהדרין מו ע"ב), שעולה מהם כי כשאין קוברים את המת יש בזה גם ביזיון לקרוביו. וראו רש"י, שם, ד"ה לאו כל כמינה. וראו שו"ת אחיעזר, לעיל ה"ש 5; גשר החיים, שם; שו"ת מלמד להועיל, לעיל ה"ש 6.

9 עבודה זרה יא ע"א. וראו שו"ת ריב"ש, סימן קנה; הרא"ה קוק, שו"ת דעת כהן, יורה דעה, סימן קצז. ראו סנהדרין מו ע"ב.

11 ראו שו"ת אחיעזר, לעיל ה"ש 5; שו"ת דעת כהן, לעיל ה"ש 9.

12 ראו הרב י"מ טיקוצ'ינסקי **גשר החיים** חלק ב, פרק יג, עמ' קיז-קכב. עיינו שם בדבריו על הקבורה כביטוי לזריעה והצמחה לבין הכילוי וההפסד שבשריפה.

בקבורתם".¹³

הרד"צ הופמן אף מדגיש את חובת הציבור שלא לתת סיוע כלשהו למעשה שריפת גופת אדם או לגופים העוסקים בדבר: "בבית הקרעמטאריום [=מְשֻׁרְפָה] לא ישמש איש ממשועבדי הקהל [=מעובדי הציבור], שלא יסייעו לעוברי עבירה... והקהל לא יהא לו חלק באותו מעשה".¹⁴

הן ממקורות ההלכה הן מדברי החלטת "מועצת הרבנות הראשית", עולות תוצאות קשות ממנהג שריפת גופתו של המת בהיבט הדתי, לעניין קבורת אפרו בבית קברות יהודי.¹⁵ או לעניין קיום מנהגי אבלות עליו לאחר מותו, אמירת קדיש,¹⁶ ועוד. אמנם יש מקום להקל אם נעשתה שריפת גופת המת מחוסר ידיעה, ולא משום אמונה מוטעית,¹⁷ אך מובן שאין באי-הידיעה כדי להפחית מעוצמת החומרה שראו הפוסקים מעשה זה.

יש לדחות על הסף ניסיונות להקיש לעניין המנהג בין הגויים לשריפת גופות אדם הנזכרת במקרא – כגון שריפת גופות שאול ובניו,¹⁸ השריפה שנעשתה לאסא מלך יהודה¹⁹ או דברי הנביא ירמיהו לצדקיהו מלך יהודה²⁰ – כאילו ניתן ללמוד מהם היתר לשרוף גופת אדם, משום שכבר הסבירו חז"ל והפרשנים מה כוונתם האמיתית של המעשים הנזכרים במקרא. בשלושתם מדובר במלכים,²¹ והשריפה הנזכרת בהם היא שריפת כלי תשמישם

13 ובדומה לכך, דברי הרב י' וינברג: "וגרוע זה שציוה לשרוף את גופו משאר רשעים, שהללו הם רשעים בחייהם, וזה המשיך את רשעותו גם לאחר מותו, וציוה להבדיל את גופו המת משאר מתי ישראל הכשרים" (שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן צח).

14 שו"ת מלמד להועיל, חלק ב, יורה דעה, סימן קיד, סעיף יח, אות ג.

15 ראו: שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן נו; שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן צח. וראו גם המקורות הנזכרים לעיל, ה"ש 5.

16 ראו שו"ת במראה הבזק, חלק ה, סימן צב, עמ' 188.

17 ראו: שו"ת דעת כהן, יורה דעה, סימן קצח; שו"ת באר משה, חלק ה, סימן יג; שו"ת במראה הבזק, שם.

18 "ויקומו כל איש חיל וילכו כל הלילה ויקחו את גוית שאול ואת גוית בניו מחובת בית שן ויבאו יבשה וישרפו אתם שם" (שמ"א לב, יב). ראו ויגודה, לעיל ה"ש 3, המעלה את האפשרות שמן הפסוק הבא לאחרי, מוכח לכאורה שאין מדובר בשרפת גופותיהם, וזה לשון הפסוק: "ויקחו את עצמותיהם ויקברו תחת האשל בְּבִשָּׁה ויצמו שבעת ימים" (שמואל א לא, יג), והרי אם היו גופותיהם נשרפות, מסתבר שלא היה נותר מה לקבור גם מעצמותיהם. אולם ראו דברי מזר, המובאים להלן ה"ש 26, בהערה 6.

19 "ויקברוהו בקברותיו אשר כרה לו בעיר דויד וישכיבוהו במשכב אשר מלא בשמים ויגנים מן מקחחים במקחת מעשה וישרפו לו שרפה גדולה עד למאד" (דה"ב טז, יד); ואילו על יהורם מלך יהודה מסופר שלא זכה לכבוד הזה במותו: "ויהי לימים מימים וקצת צאת הקץ לימים שנים יצאו מעיו עם חליו וימת בתחלואים רעים, ולא עשו לו עמו שרפה כשרפת אבתיו" (דה"ב כא, יט).

20 "בשלום תמות וכמשרפות אבותיך המלכים הראשנים אשר היו לפניך כן ישרפו לך והיו אדון יספדו לך, כי דבר אני דברתי נאם ה'" (ירמיהו לד, ה).

21 בגלל הטעם הנזכר בהדיוט, שהעושה כן יש בו משום יהרהר והשחתה. ראו: יורה דעה, סימן שמח, סעיף א; ש"ך, שם, ס"ק ב (על פי הרמב"ן, תורת האדם).

מטעמי כבוד בלבד,²² כדי שלא ישתמשו הדיוטות בחפצי המלכים.²³
וזה לשון התוספתא בעניין זה:

שורפין על המלכים²⁴ ... כשם ששורפין על המלכים, כך שורפין על הנשיאים, אבל לא על הדיוטות. ומה הן שורפין עליו? מטתו וכלי תשמישו.²⁵

ורק לעניין שאול ובניו, יש מי שאומר ששרפו את גופותיהם כיוון שהעלו רימה, מתוך כבוד להם.²⁶

מכל מקום, אף שברור כי אין למדים הלכות ישירות מפשטי הכתובים, גם מדברי הנביאים עצמם עולה ששריפת גופות נחשבה ביזיון למת בתקופתם. כך, לדוגמה, עולה מן המסופר על יאשיהו המלך, ששרף את עצמות כוהני הבעלים במסגרת מאבקו לטיהור יהודה מעבודה זרה²⁷ וכעונש על שנהגו כוהני הבעל לשרוף עצמות אדם על מזבחותם.²⁸ ומעין זה ניתן ללמוד גם מדברי הנביא עמוס, המונה את פשעי מואב, ובראשם מנהג זה: "כה אמר ה' על שלשה פשעי מואב ועל ארבעה לא אשיבנו, על שרפו עצמות מלך אדום" (עמוס ב, א). ואם שריפת גופתו של מלך גוי מוגדרת כפשע, אין להעלות על הדעת שנהגו לשרוף את גופות מלכי יהודה וישראל.²⁹

2. מעמד בני המשפחה

ואף שההלכה מכירה בחשיבות קיום את דברי המת, הדבר פשוט שאין לשמוע לו אם הוא מצווה לעשות בו דבר המנוגד להלכה. וזה לשון הרמב"ם בעניין מי שציווה את קרוביו שלא

22 אדרבה, בשריפת הגוף יש לא רק משום ביזיון למלך אלא גם משום עונש. ראו: עמוס ב, א; סנהדרין פב ע"א, בעניין שריפת גולגלתו של יהויקים.

23 סנהדרין מו ע"ב; עבודה זרה יא ע"א; רש"י, ירמיהו, לעיל ה"ש 20; רד"ק, ירמיהו, שם; רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ב, הלכה א; שולחן ערוך, יורה דעה, לעיל ה"ש 21, לעניין שאול ובניו, השוו גם דה"ב טז, יד.

24 זהו הנוסח ברבים מכתבי היד של התוספתא בניגוד לנוסח הדפוסים, "את המלכים". וראו ש' ליברמן **תוספתא כפשוטה**, שבת, עמ' 100.

25 **תוספתא**, שבת, פרק ז, הלכה יח.

26 רד"ק, שמ"א, שם. ראו: תוספות יום טוב, פסחים ד, ט; ב' מזר (מייזלר) "מנהג שרפת המתים" **קדם ב**, 128 (ירושלים תש"ה), ושם הסיק חד-משמעות שמנהג זה לא היה מקובל בין יהודים. לדעתו, שריפת גופות שאול ובניו הייתה חלק מתהליך טיהור גופותיהם אחרי שנטמאו בידי הערלים. מעשה זה הוא הייצא מן הכלל המעיד על הכלל: "בתקופת המלוכה הישראלית היתה נחשבת שרפת המתים, וכל שכן שרפת העצמות, למעשה ביזיון וקלון כלפי הנפטרים".

27 דה"ב לד, ה.

28 ראו: מל"א יג, ב; מל"ב כג, טז-כ.

29 וראו גם האמור ביהויקים, לעיל ה"ש 22.

יקברוהו:

ההספד כבוד המת הוא. לפיכך, כופין את היורשין ליתן שכר מקוננים והמקוננות, וסופדין אותו. ואם צוה שלא יספדוהו – אין סופדין אותו. אבל אם צוה שלא יקבר – אין שומעין לו, שהקבורה מצוה, שנאמר: "כי קבר תקברנו"³⁰.

לפי המסקנה ההלכתית של הסעיף הקודם, כפי שאין לשמוע לאדם לבטל מצווה הנעשית בגופו, כך כמובן גם אין לבצע איסורים בגופו לאחר מותו, כגון שריפת גופתו, שיש בה הן ביטול מצוות קבורה הן איסורים אחרים.³¹

עלינו לבחון עתה את מקרהו של נפטר שלא ציווה בחייו דבר או שלא ידוע מה ציווה, אך משפחתו טוענת שהיא פועלת על פי רצונו המשוער או שהיא פועלת בלי לציין שזוהו רצונו.

סוגיית מעמד בני המשפחה בהחלטות הקשורות לגופת יקירם לאחר מותו נדונה בדברי הפוסקים בהקשר לנטילת איברים מגוף המת לאחר המוות³² או לגבי הוצאת גופת יקירם מן הקבר לצורך זיהוי.³³ אף אנו עסקנו בעניין זה בהרחבה לעיל בפרק השני. כך למשל לעניין נטילת איברים. לדעת כמה מן הפוסקים, אף אם מותר ליטול איבר מן המת להשתלה, שהרי אין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש, בני משפחת הנפטר יכולים להתנגד לנטילת איבר מגופת קרובם, אף כשמדובר במקרה דחוף של הצלת חיי הזולת.³⁴ הנימוקים העומדים ביסוד מעמדם זה של קרובי הנפטר הם שניים:

30 רמב"ם, הלכות אבל, פרק יב, הלכה א.

31 ראו ירושלמי, כתובות, פרק יא, הלכה א. וראו פירושו בשו"ת בית יצחק, יורה דעה, חלק ב, סימן קנה, אות ג.

32 הרב ש"א הכהן רפפורט "מעמד בני המשפחה במניעת הוצאת אברים מגוף קרובם המת" עמק הלכה, **אסיא** ב 220 (ניו-יורק, התשמ"ט); מ' ויגודה "פיצוי בגין פגיעה בגופת מת" חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים (<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/HavotDaat>).

33 מ' ויגודה "בדיקה גנטית של גופה בקבר אחים לצורך זיהוי" חוות דעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, לעיל ה"ש 32. ראו פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין שנדון בחוות הדעת, בג"צ 4225/01 **כהן ואח' נ' שר הבטחון, מדינת ישראל ואח'**, פ"ד נח(4) 155 (2004).

34 כך פסקו גם: שו"ת מנחת יצחק (וייס), חלק ה, סימן ט, אות כד; הרב י' אריאלי "בעיית ניתוחי מתים" **תורה שבעל פה**, ו עמ' מ (התשכ"ד), הסבור כי אם ההשתלה אינה דרושה להצלת חיים, דרושה הסכמת בני המשפחה אף אם הסכים הנפטר לנטילת איבריו מחיים, והוא מסתפק אולי כך הוא הדין אפילו כשההשתלה נחוצה להצלת חיים. והשוו הרב ש' ישראלי "תרומת איברים מן המת" **אסיא** נט-ס 106 (התשנ"ז), הסבור שאין בני משפחת המת יכולים להתנגד לתרומה אם הסכים לה מחיים או שיש אומדן דעת סביר שהיה מסכים לה, אילו נשאל על הדבר בחייו. וראוי לציין שדעה זו אינה מקובלת על הכול, ויש מי שסובר שאין מעמד לבני המשפחה להתנגד לנטילת איבר מן המת להצלת חיים. ראו: שו"ת ישכיל עבדי (הדאיה), חלק ו, יורה דעה, סימן יט. והשוו סעיף א6(ג) לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, בעניין מעמדם של בני המשפחה בעניין זה.

א) בני משפחת הנפטר הם המייצגים את רצונו,³⁵ ולכן הם רשאים לקבוע מה היה רצונו של הנפטר בשאלת ביצוע נתיחה שלאחר המוות בגופו.³⁶

ב) לבני המשפחה זכות העומדת בפני עצמה משום כבודם שלהם, ולכן הם יכולים לטעון שכבודם ורגשותיהם שלהם ייפגעו אם תבוצע הנתיחה.³⁷

בנדוננו, אין ספק כי גם אם היה הנפטר מצווה לשרוף את גופתו, הדבר אסור, וממילא אין בני המשפחה כמייצגים יכולים לפעול בניגוד להלכה בדבר שהנפטר עצמו לא היה יכול לפעול ורצונו לא היה מכובד.

דומה שגם הנימוק השני בשאלת זכותם העצמית של בני המשפחה לא יתקיים בנדוננו, משום שגם להם עצמם אסור לעשות איסורים שאין בהם תועלת ממשית, כגון נטילת איברים.³⁸

מן האמור לעיל, עולה כי אף על פי שיש לבני המשפחה מעמד בשאלת הטיפול בגופת קרובם, הן חובות המוטלות עליהם בקבורתו וכדומה, הן זכויות כמו בעניין קביעת סדרי הלווייתו וכדומה, מכל מקום אין להם זכות לאשר לעשות דבר אסור בגופת קרובם, קל וחומר שאסור להם לבקש את שריפת הגופה.

3. שיקולי מדיניות

המציאות המודרנית בקרב העמים מלמדת שמנהג השריפה רווח בעיקר במדינות ששולטות בהן דתות אליליות.³⁹ גם שריפת גופתו של הצורר הנאצי אייכמן מוכיחה בעליל את השקפתה של החברה הישראלית המודרנית, הרואה בשריפת גופת אדם משום גנאי לו.⁴⁰ יתר על כן, גם הטענה המשתמעת בדבר אי-קיומה של מניעה חוקית לשרוף גופת אדם

35 ראו הרב י"א הרצוג, פסקים וכתבים, חלק ה, יורה דעה, סימן קלז, שאלה ה. ראו גם י' נאמן "זכותם של בני משפחת הנפטר לקביעת הכיתוב על המצבה" בתוך עיונים במשפט עברי ובהלכה 247 (התשנ"ט).

36 טענה נוספת שניתן לבסס עליה את מעמד בני המשפחה היא שיש לשער שהמת רוצה שלא יצטערו קרוביו. ראו הרב הרצוג, שם.

37 ראו: תוספות, סנהדרין מז ע"ב, ד"ה קבורה. ביזיון המשפחה יכול להתקיים אף אם מחל המת מחיים על ביזיונו. ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמח, סעיף ב, וסימן שסב, סעיף א, שהאומר "אל תקברוני" אין שומעים לו משום ביזיון קרוביו. וראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריז, סעיף ז, ויורה דעה, סימן שסו, סעיף א, בעניין המוכר את קברו, שהדין הוא שבני המשפחה קוברים אותו בעל כורחו של הלוקח משום פגם משפחה. ראו בהרחבה בדרי הרב רפפורט, לעיל ה"ש 32. סברה זו מתאימה לדעת הרב אריאלי, לעיל ה"ש 34, ואולי גם לדעת הרב וייס, הסבור שמשפחת המת יכולה להתנגד לתרומת איברים מגופו אף לשם הצלת חיים משום ביזיונם שלהם, בלא קשר לביזיון הנפטר. לעומת זאת, לדעת הרב הדאיה, לעיל ה"ש 34, והרב ישראלי (שם), ביזיון המשפחה נגזר מביזיון המת, וכשאינן ביזיון למת, אין ביזיון למשפחה.

38 כשמדובר בהימנעות מנטילת איברים, קיים גם הנימוק ההלכתי "שב ואל תעשה – עדיף", מה שאינו כן בשריפת גופת המת, כשהמשפחה מעוניינת לנקוט פעולה אסורה.

39 ויש בכך כדי להעיד שהנימוק שהובא לעיל בעניין איסור הליכה בחוקות הגויים הוא מוחשי ביותר.

40 בכך יש כדי להראות שהדבר נחשב ביזוי למת גם בימינו אלה.

מתעלמת לגמרי משאלת היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, לא דווקא בגלל האיסור ההלכתי, אלא אף בגלל היסוד התרבותי שבמעשה, הן מצד חיקוי תרבות גויית שפירטנו את חומרתו בעיני נביאי ישראל וחכמי ישראל,⁴¹ הן מן ההיבט הישראלי העכשווי, דורות ספורים שלאחר השואה.

4. מסקנות

- א. שריפת גופת אדם היא איסור חמור. יש בו ביטול מצוות קבורה באדמה האמור בתורה: "כי עפר אתה ואל עפר תשוב" (בראשית ג, יט). מלבד זאת, יש בו מניעת כפרה למת, גרימת ביזיון למת, עשיית מנהג גויים ושינוי מן המנהג המקובל ביהדות.
- ב. אין לקיים את צוואתו של מי שציווה לשרוף את גופתו.
- ג. אף על פי שיש לבני משפחתו של המת מעמד בשאלת הטיפול בגופת קרובם, הם אינם מוסמכים לאשר לשרוף את גופת קרובם, וקל וחומר שלא לבקש זאת, הן במעמדם כמייצגים את רצון הנפטר הן בשל כבודם כקרוביו.

(ג) החלטות בתי המשפט

1. החלטת בית משפט השלום בפרשת רוזן

השופט שמעוני, סגן נשיא בית משפט השלום בירושלים, שדן בעניין זה, החליט שבית משפט השלום אינו מוסמך להכריע בעניין זה, ושיש להעביר את הדיון לבית המשפט המחוזי, כיוון שהסמכות העניינית לפסוק בעניין זה נתונה לו. יחד עם זאת, עמד השופט בהחלטתו על מורכבותה של הסוגיה ועל השאלות האתיות והמוסריות שהיא מעלה, והזכיר גם את עמדת ההלכה היהודית בסוגיה זו. והרי כמה מדברי השופט המזכיר בהחלטתו את חוות הדעת:

בשולי הדברים, אציין כי בעניין זה ניתנה חוות דעת מפי כב' הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני ממרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), בה סקירה מאלפת בסוגייה הנדונה. המלומדים הגיעו למסקנה כי האיסור לשרוף גופת מת הינו חמור. יש בו ביטול מצוות קבורה באדמה, "כי עפר אתה ואל עפר תשוב" (בראשית ג, יט). מלבד זאת, יש בו מניעת כפרה, בזיון למת, מנהג גויים ושינוי ממנהג. לדעת המלומדים, גם אם קיימת צוואה של אדם שנפטר, אין לקיימה באשר לשריפת גופתו של המנוח. גם בני המשפחה,

⁴¹ ראיה לכך, שהביזיון הרב שיש בשריפת גופת מת הוא דבר מושרש בתרבות היהודית, ניתן להביא מצמצום האיסור לטלטל את גופת המת מבית שפרצה בו שריפה בשבת, מוחשש שקרוביו עלולים לכבות את האש כדי להציל את גופתו מן האש. ראו: שבת מג ע"ב – מד ע"א; שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שיא, סעיף א.

אינם מוסמכים ליתן אישור לביצוע שריפת הגופה של קרובים, וקל וחומר לא לבקש זאת הן במעמדם כמייצגים את רצון הנפטר והן בשל כבודם כקרוביו.

2. החלטת בית המשפט המחוזי בפרשת רוזן

גם בית המשפט המחוזי לא נדרש לעצם השאלות המשפטיות הכרוכות בסוגיה רגישה זו, מאחר שסבר שיש לפרש את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהובעה בקצרה כמי שאינה מוצאת מניעה חוקית בשריפת גופת אדם. כיוון שכך, עקב הגדרת הבקשה כסכסוך פרטי, החליט בית המשפט לדחותה על הסף, בלא לדון בסוגיה עצמה בגלל היעדר זכות עמידה למבקשת בבחינת חוקיות מעשה השריפה ואי-היותה צד נכון להליך.

שער שני

דיני עונשין

פתיחה

הוראתם של דיני העונשין הוא כימי עולם וכשנים קדמוניות, ואנו פוגשים דינים אלה כבר בפרשת הענישתם של המעורבים בחטא עץ הדעת טוב ורע, בפתיחת ספר בראשית. המשפט העברי פיתח במהלך הדורות עקרונות עונשיים מפותחים ומאוזנים. לאור זאת, אך טבעי הדבר ששופטים רבים במדינת ישראל מבקשים לשאוב השראה ממעיינות המשפט העברי בתחום זה.

עם זאת, ההיקש והלימוד מעקרונות המשפט העברי הפלילי מצריכים נקיטת זהירות רבה. חשובה ההכרה במורכבותה של מערכת הענישה היהודית הבאה לידי ביטוי בכמה היבטים: ההבחנה בין שני הרבדים המהותיים – ענישה על פי דין תורה ושלא על פי דין תורה; ההבחנה בין "דיני שמים" לבין "דיני אדם"; המוסדות השונים המוסמכים להעניש (דוגמת המלך ובית הדין); הבחנה בין דין תיאורטי (בחינת "דרוש וקבל שכר") לבין הפסיקה להלכה למעשה, ועוד. קיים קושי נוסף הניצב לפתחו של המשפטן הישראלי המודרני, המבקש להשליך מעקרונות המשפט העברי הפלילי לסוגיות הפליליות העומדות על הפרק במדינת ישראל של זמננו. יש הבדלים לא מעטים בין הגדרת העבירות שבחוק העונשין הישראלי המודרני לבין הגדרת העבירות במשפט הפלילי העברי. כך לדוגמה: ההבחנה הקיימת במשפט הישראלי בין עבירת רצח לבין עבירת הריגה אינה קיימת במשפט העברי. אין זאת אומרת שאין להסתייע במשפט העברי הפלילי, אלא שהדבר צריך להיעשות בזהירות תוך שימת לב להיבטים המבדילים בין המשפט העברי למשפט הישראלי הנזכרים למעלה. אין ספק שלהלכה היהודית יש הרבה מה לתרום לפיתוח דיני העונשין, ומצויה אף ספרות מודרנית תורנית ומחקרית עשירה העוסקת בתחום דיני העונשין במשפט העברי.

שערנו עוסק במבחר סוגיות קלאסיות מכל תחומי דיני העונשין, שאליהן התעוררנו בעקבות פניות של שופטי בתי המשפט בישראל בבקשות למתן חוות דעת שיציגו את עמדת המשפט בסוגיות האמורות. בתי המשפט הסתייעו במקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות הדעת, וכפי שנראה להלן, הדברים אף קיבלו לעתים ביטוי בפסקי דין שונים.

הפרק הראשון נוגע בתנאי התחולה של הגנת הצורך, או במונחי המשפט העברי: "דין רודף". סוגיה זו נדונה אגב משפטו של אדם אשר רצה ארבעה פועלים פלשתינים על מנת לסכל את תוכנית ההתנתקות. בפרק זה נדון בגדרי דין רודף, ונעסוק בין השאר בשאלות המעניינות הבאות: באלו מקרים חל דין רודף? הניתן לראות במעשה של שלטון חוקי משום "רודף"? האם מותרת המתת אדם הרודף ללא כוונה? הניתן ללמוד ממעשה הקנאות של פנחס?

הפרק השני, שנכתב בידי ד"ר בנימין שמואלי, עוסק בענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם, והורתו בחוות דעת שנכתבה במסגרת דיון בעניינו אדם שהכה את בנו וביקש להתבסס על הדין העברי כהגנה של צידוק. בפרק יוצגו הזרמים השונים בדין העברי בסוגיה זו, ונבחן את היחס בין הדין העברי לבין הדין הישראלי, שעבר לאחרונה לשלילה גורפת של הכאת ילדים בידי הוריהם. כן נעסוק בשאלה אם השינויים החברתיים שחלו במהלך הדורות באשר לענישה הגופנית עשויים להשפיע אף על הדין העברי?

הפרק השלישי נוגע בסוגיה הפלילית הקלאסית של הקשר הסיבתי בעבירת הריגה ושאלת ניתוקו של "מעשה המתת חסד".

הפרק הרביעי עוסק בשלילת חירות מחשוד או מנאשם שלא בדרך מאסר. בדיני העונשין המודרניים יש מגמה להרבות בשימוש בחלופות מעצר למיניהן (מעצר בית, ערובה, הרחקה וכדומה). לאור זאת, נשאלות השאלות הבאות: מהי עמדת המשפט העברי כלפי מעצר בית וחלופות מעצר נוספות? האם היה נוהג של שלילת חירות מחשודים לפני משפט שלא בדרך כליאתם, אלא באמצעות הגבלת חירותם במסגרת פרטית?

שני הפרקים האחרונים עוסקים בשיקולי ענישה שונים. הפרק החמישי עוסק בשיקולי ענישה ושיקום בעבריינות קטינים, והוא נוגע בתכליות הענישה ובעיקר בתכלית השיקום ("התשובה" במונחי המשפט העברי). כמו גם במאפיינים השונים של התנהגות עבריינית אצל בני נוער. הפרק השישי עוסק בשיקולי ענישה בעברייני שנענש בידי שמיים. במסגרתו יוצגו שיקולים הנוגעים למידת העונש ולאופן ביצועו, וינתחו עובדות המקרה הנדון שם על פי מטרות הענישה במשפט העברי.

פרק ראשון

תנאי תחולה של הגנת הצורך (דין "רודף")

(א) עובדות המקרה והשאלות המשפטיות

פ"ח (מחוזי י-ם) 861/05 מדינת ישראל נ' אשר ויזגן, תק-מח 2006(3) 100551 (מיום 11.9.06), מפי השופט אהרן פרקש, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: "פרשת ויזגן"). עובדות המקרה: הנאשם גרם למותם של ארבעה פועלים פלשתינים ולפציעתו של פועל פלשתיני נוסף, שעבדו עימו, על-מנת לסכל באופן זה את תוכנית ההתנתקות, שעליה החליטה ממשלת ישראל, ולעצור את ביצועה. כתב האישום מייחס לנאשם את ביצוען של העבירות הבאות: רצח; ניסיון לרצח; חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות. הנאשם אינו חולק על עובדות כתב האישום, אולם טוען להגנת הצורך הקבועה בסעיף 34א לחוק העונשין, וכי המעשה נעשה על-מנת למנוע אסון. לטענתו, תוכנית ההתנתקות, שמשמעה מסירת חלקי ארץ לנוכרים, תביא להטלת גזירות קשות על עם ישראל מידי שמיים. באמצעות מעשה הרצח, ניסה הנאשם להציל את עם ישראל מאותם אסונות צפויים.

אחד מהשופטים בהרכב לפשעים חמורים בבית המשפט המחוזי בירושלים, השופט אהרן פרקש, פנה למרכז ישמ"ע לצורך קבלת חוות דעת, שתתייחס לשאלות הבאות:

- א. האם קיימת הגנת צורך במסגרת המשפט העברי, ומהם התנאים לחלוקה?
- ב. במסגרת סיכומיו טען עוד הסניגור כי הנאשם עשה את המעשה על מנת למנוע החזרת שטחים משטחי ארץ ישראל, והפנה בסיכומיו לפסוקים ולהלכות בדבר קדושת הארץ. מה עמדת המשפט העברי למעשהו זה של הנאשם?

(ב) חוות הדעת

הקדמה

הגנת הצורך קיימת במשפט העברי, והיא מוסדרת בעיקר בהלכות "רודף"¹. באופן כללי, כאשר שני ערכים עומדים זה כנגד לזה, יש להכריע איזה מהם גובר. כך למשל נפסק שמותר לאדם להציל חיים על ידי שימוש והפסדת ממון חברו.²

השאלה שיש להעמיד לדיון היא: האם הגנת הצורך קיימת אף במעשה הריגה? ככלל, ההלכה אינה מתירה בשום אופן הריגת אדם לשום צורך, ו"אין דוחין נפש מפני נפש"³. לאמור, אין פיקוח נפש דוחה שפיכות דמים, אפילו בעת שאדם מסכן במישרין את חיי הזולת, ואם הסיכון אינו נובע מהפעלת רצונו – אין היתר להורגו. היסוד לאיסור זה הוא כי אין נפש אחת חשובה מזולתה ועל כן אין להעדיף אותה על פני זולתה; כסברת האמורא רבא בעניין מי שנדרש על ידי השליט להרוג את זולתו כתנאי להצלת עצמו, שצווה עליו שיהרגו אותו השלטונות ואל יהרוג את זולתו, שכן מי אומר שדמך שלך סמוך יותר מדמו של אותו אדם, שמא דמו של אותו אדם סמוך משלך.⁴

יש מקרה אחד בלבד שבו מופקע הכלל של "אין דוחין נפש מפני נפש" וניתן להרוג אדם, וזאת כאשר הנפש הנדחית מסכנת במכוון את הזולת, במישרין או בעקיפין. הלכה זו ידועה כהלכת "דין רודף".

להלן נעמוד על התנאים לחלוקת ההגנה של דין רודף ונבחן אם מתקיימים תנאים אלה בנדון דידן. לצורך כך נסתייע בספרות שנכתבה בעקבות הרצח של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל בידי יגאל עמיר, שביקש למצוא היתר למעשהו הנפשע בטענה שהוא התבסס על "דין רודף".⁵

1 להרחבה ראו: אהרן אנקר **הכרח וצורך בדיני עונשין** 234–288 (התשל"ז); א"צ בן זמרה "שפיכות דמים מתוך צורך במשפט העברי ובמשפט הישראלי" **שנתון המשפט העברי** ג-ד 117–152 (התשל"ו-התשל"ז); א' ורפהטיג "הגנה עצמית בעבירות רצח וחבלה" **סיני** פא, עמ' מח-עח (התשל"ז).

2 בבלי בבא קמא ס ע"ב, על פי הסבר הפוסקים, שמותר להציל אפילו את עצמו בממון חבירו, אך זה מותנה בכך שהוא עומד להשיב את הממון. אמנם יש דיעה יחידאית, דעת רש"י, שאסור לאדם להציל עצמו בממון חבירו.

3 משנה, אהלות, פרק ז, משנה ו.

4 תלמוד בבלי, סנהדרין עד ע"א.

5 לעניין זה ראו במיוחד את מאמרו של פרופ' אליאב שוחטמן "שלטון יהודי אינו יכול להיות 'רודף'" **תחומין** יט 40–48 (התשנ"ט). כן ראו Chaim Povarsky, *The Law of the Pursuer and the Assassination of Prime Minister Rabin*, 18 DINE ISRAEL 7–59 (1995–1996).

1. "דין רודף" – הגדרות כלליות

1.1. באלו מקרים חל דין רודף?

במקרים מספר מתירה ההלכה הריגת אדם כאשר יש בכך להציל אחר.⁶ במשנה נאמר: "אלו הן שמצילין אותן בנפשן. הרודף אחר חבירו להרגו אחר הזכור ואחר הנערה המאורסה. אבל הרודף אחר בהמה והמחלל את השבת... אין מצילין אותן בנפשן";⁷ ומבאר את הדברים ר"ע מברטנורא: "והמחלל את השבת: אף על פי ששניהם כופרים בעיקר".⁸

מקור זה הינו הבסיס ל"דין רודף", המאפשר המתת אדם במטרה למנוע מות אחר. ניר ורגון במאמרו מציג את העקרונות הייחודיים המאפיינים דין זה.⁹

- א. אין כאן מעשה המחייב מיתה, שכן הרודף לא ביצע את ההריגה.
- ב. המעניש הוא אדם מן השוק ואין צורך בבית דין שיעניש את הרודף.
- ג. כללי הראיות המקובלים אינם מונהגים כאן (אין צורך בעדים וכדו').
- ד. הליך הענישה הוא מידי.

מן המשנה עולה שניתן להמית אדם העומד לעבור עבירה חמורה, רק אם עבירתו פוגעת באחר, כגון שהולך להמית אדם אחר. אך אין להמית אדם העומד לבצע מעשה עבירה חמור, אם המעשה אינו פוגע באדם אחר.¹⁰ הרמב"ם בספרו מורה נבוכים מגדיר זאת כך:

ודין זה, כלומר הריגת מי שזומם לבצע עברה בטרם יעשנה, אינו מותר בשום פנים כי אם בשני עניינים הללו... מפני שזה עול שאי אפשר לתקנו... אבל שאר העברות... אין בהם עול לזולת... ולפיכך אינו נהרג...¹¹

מכאן עולה שיש להבחין בין הצלת אדם בנפשו של אדם אחר שבאופן כללי אסורה, לבין הצלת אדם בנפשו של אדם שהוא הגורם למותו שהיא מותרת. וכן נאמר בירושלמי: "בכל מתרפין חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים".¹² דהיינו, שאין להתיר המתת

⁶ כמה מן המקורות המובאים להלן מובאים אף אצל נחום רקובר **סדנאות במשפט העברי** קובץ רביעי, עמ' 147 – 161 (התשמ"ז).

⁷ משנה, סנהדרין, פרק ח, משנה ז.

⁸ בתלמוד הבבלי, סנהדרין עג ע"ב, מצוין המקור להלכה המופיעה במשנה: "מנין לרודף אחר חבירו להרגו שניתן להצילו בנפשו תלמוד לומר 'לא תעמוד על דם רעך'".

⁹ נ' ורגון "ענישה תכליתית במשפט העברי" **עלון שבות** 145, עמ' 112 – 133 (התשנ"ה).

¹⁰ ראו משנה, אהלות, פרק ז, משנה ו.

¹¹ מורה נבוכים, חלק ג, פרק מ. וראו נחום רקובר **מטרה המקדשת את האמצעים** 145 (התש"ס), הדין במקרים שבהם לא ניתן לעבור על איסור קל כדי להימנע מאיסור חמור.

¹² תלמוד ירושלמי, עבודה זרה פ"ב ה"ב, מ ע"ד.

האחר אם הוא לא הגורם הישיר למיתת ההורג.¹³ אך כל זאת בתנאי שמדובר במעשה המסכן את הנרדף או במעשה עריות.

אף בענייננו ראוי להדגיש כי דין רודף אינו חל על עבירות שאינן שפיכות דמים וגלוי עריות. בהקשר לרצח ראש הממשלה רבין ז"ל כתב פרופ' שוחטמן שאף אם נקבל את טענת המתנקש כי המדיניות שהובלה בידי ראש הממשלה היה בה משום עבירה דתית, אין בכך כדי לעשותו "רודף", שכן סכנה אפשרית שנשקפת לאחיותו של עם ישראל בארצו אינה בכלל העבירות שחל עליהן דין רודף.¹⁴ כיוצא זה אף בנדון דידן, אין לראות לא בשלטון, ובוודאי לא בפועלים הפלשתינים, "רודפים".

פרופ' אנקר בספרו עוסק בשאלה מהו היסוד העיוני לדין "רודף": "האם הוא מדין עונש לרודף או מדין הצלה לנרדף? בלשון אחרת, האם מספיק להריגת הרודף שבכך אנו מצילים את הנרדף, או שמא מה שמצדיק את הריגת הרודף הוא זה, שאם ניתן לו לבצע את מעשהו המתוכנן הוא יעבור עבירה שדינה מיתה ולכן עדיף להקדים את עונשו ובכך למנוע את העבירה?".¹⁵ אנקר מכריע, בהתבסס על דעת רבים מגדולי ישראל, כי למעשה דין הרודף מבוסס על צירוף שני היסודות גם יחד. מותר להרוג את הרודף שברדיפתו הוא מבצע עבירה חמורה שדינה מיתה והריגתו תציל את הנרדף ממזימתו. בהיעדר אחד מיסודות אלה, לא חל דין רודף.¹⁶

כבר בשלב זה ניתן אפוא לומר בבירור כי בענייננו לא ניתן בשום אופן להתיר את מעשה הריגת הפועלים הפלשתינים מדין רודף, שכן אין חולק שהם לא ביצעו כל עבירה ולא סיכנו כלל את הנאשם.¹⁷ אך יתירה מזו: להלן (סעיף 2) נראה כי אף כמה מהתנאים הבסיסיים של דין רודף אינם מתקיימים בנדון דידן.

1.2. הניתן לראות במעשה של שלטון חוקי משום "רודף"?

במאמרו האמור הראה פרופ' שוחטמן כי מעולם לא נידון שלטון כ"רודף". מעולם לא הוחל דין "רודף" בספרות ההלכה על שלטון יהודי נבחר, וכמו כן ברור שבאפשרותו של שלטון נבחר לנהל מדיניות העשויה להיות מסוכנת, כגון יציאה למלחמות רשות, ואין לראות בפעולות אלה של השלטון משום "רודף".¹⁸

יתירה מזו טוען שוחטמן: גם אם סבור מאן דהוא כי מדובר בסכנה ודאית לציבור בעתיד

¹³ וראו נ"צ פרידמן "דין רודף למחבלים" שנה בשנה 143–148 (התשל"ב), המראה שתוקף זה של דין רודף אינו מותנה בקיומה של הסנהדרין וחל אף כיום.

¹⁴ שוחטמן, לעיל ה"ש 5, עמ' 42.

¹⁵ אנקר, לעיל ה"ש 1, עמ' 213–214. הדברים מובאים אף במאמרו של ד"ר ורהפטיג, לעיל ה"ש 1.

¹⁶ שם, עמ' 217, והסיק זאת מדברי הרמב"ם במורה נבוכים חלק ג, פרק מ. והשוו לדברי הרב גרשון חנוך פישמן בספרו שמחת החג, סימן יז.

¹⁷ בעניין זה ראו גם מה שנכתוב להלן סעיף 2.3.

¹⁸ לעיל ה"ש 5, עמ' 42–45.

כתוצאה ממדיניות הממשלה, מכל מקום אין בכך כדי להפוך את השלטון ל"רודף" ולהתיר את דמו, באשר אין ליחיד כל סמכות בעניין זה.¹⁹ הנושא של בטחון המדינה ואזרחיה אינו מסור בידי היחיד אלא בידי הרשויות המופקדות על כך: הצבא, המשטרה ויתר זרועות הביטחון, ורק הן רשאיות להחליט על דרכי הטיפול בסכנות כאלה ואחרות הנשקפות לכלל הציבור. ממילא, אין בידי היחיד לנקוט פעולות שמטרתן לסכל סכנות עתידיות לציבור, באשר נושא זה הוא בסמכותן הבלעדית של הרשויות המוסמכות. דברים אלה רלוונטיים כמובן אף בנדון דידן.

אף דבריו של שוחטמן בסיום דבריו יפים והולמים אף את הנדון לפנינו. וכך הוא כותב: "השימוש ב'דין רודף' בהקשר שלנו, לא נועד למעשה, להציל חייהם של אנשים, כי אם לשמש צידוק הלכתי למעשה רצח, כאמצעי ליגיטימי במסגרתו של מאבק דתי ואידיאולוגי, ויש כאן איפוא סילוף גמור של המשמעות ההלכתית של 'דין רודף'".²⁰ אין ספק שבשל הטעמים האמורים, אין להחיל את דין רודף בענייננו, הרחוק מרחק מזרח ממערב מההגדרות המרכזיות של "דין רודף" ההלכתי הקלאסי.

2. האם התקיימו בענייננו התנאים לתחולת דין רודף?

לא זו בלבד שהנדון דידן אינו עומד בהגדרות הבסיסיות ביותר של דין רודף, כאמור לעיל, אלא שאף אם היו ההגדרות האמורות מתקיימות בענייננו, הרי שדין רודף אינו חל בנדון דידן בשל אי-עמידה בתנאים שונים לתחולת דין רודף.

2.1. כאשר יכול להציל את הנרדף באמצעות פגיעה באיבר מאיברי הרודף

הרמב"ם עוסק באופן שבו ניתן להמית את הרודף,²¹ ומדבריו רואים את הזהירות הרבה שיש לנקוט:

... ואם יכולים להצילו באבר מאיברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושין, ואם אינן יכולין לכוין ולא להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף הרי אלו הורגין אותו.²²

¹⁹ שוחטמן, שם, עמ' 47. ראייה לכך הביא שוחטמן מדברי הרב וייס בשו"ת מנחת יצחק, חלק ת, סוף סי' קמח, שכתב שאין לעשות מעשה שקשור להצלת נפשות של הרבים, בלא להביא את העניין לפני בית דין להכרעתו. בהקשר זה יש להביא אף את דבריו של מהרש"ל בים של שלמה לבבא קמא פ"ג, סי' ט, באשר לשימוש בכוח כדי להפריד מאיסורים – שאם יהיה הדבר מותר לכל אחד ואחד, "אם כן לא שבקת חיי לכל בריה, וכל אדם ריק ילך ויכה חברו על דבר הוכחה... והתורה לא נתנה רשות ומקל ורצועה אלא לדיין, או לאדם חשוב, שראוי להיות דבריו נשמעים".

²⁰ שם, עמ' 48.

²¹ על פי דברי התלמוד בבלי, סנהדרין מט ע"א.

²² רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה ז.

עינינו הרואות, שהמתת הרודף מותרת רק כאשר כלו כל הקיצין. כל עוד ישנה אפשרות כלשהי להציל את הנרדף בלי להמית את הרודף, אין להמית אותו. אם נבקש ליישם עיקרון זה בנדון דידן נגיע לכלל מסקנה, שאין כל היתר להרוג את הפועלים אף בשל העובדה שישנן בוודאי אפשרויות אחרות להיאבק במדיניות הממשלה בלי להרוג אותם פועלים חפים מפשע.

2.2. התראת הרודף

ד"ר ורהפטיג כותב במאמרו: "אין הרודף צריך התראה כשאר חייבי עונשין, אבל צריך הוא התראה..."²³ בספרות ההלכתית יש הגדרות ברורות של התראת החוטא קודם שניתן יהיה להורגו. הגדרות אלה אינן חלות על הרודף, אך יש להתרות בו התראה מסוימת קודם שניתן יהיה להורגו.

2.3. המתת אדם הרודף ללא כוונה

יש לעמוד על השאלה אם מותר להמית רודף דווקא מקום שהוא מודע להיותו רודף המסכן את הנרדף, או שמא מותר להמית רודף למרות שהוא כלל אינו מודע לכך שהוא מסכן את הנרדף. שאלה זו חשובה במיוחד במקרה שלפנינו, שהנהרגים כלל לא התכוונו להוות איום. לשאלה האמורה יש זיקה לשאלה נוספת: מהו היסוד העיוני לדין "רודף"? שאלה זו העסיקה רבים מן הפוסקים.²⁴ לשאלה זו יש נפקות: האם ניתן להרוג רודף אשר רודף לא במתכוון אלא באונס? אם הריגת הרודף מבוססת על ענישתו, אין מקום להמית הורג באונס. ואולם אם הריגתו היא הצלת הנרדף, הצלת הנרדף תותר גם כאשר הרודף עושה זאת באונס.

במשנה נאמר שאישה המתקשה ללדת, מותר להמית את עובריה אם בכך האישה תינצל, אך אם יצא ראשו אין להמיתו, שאין דוחין נפש מפני נפש.²⁵ הרמב"ם פוסק כדברי המשנה, אך הוא מוסיף ומבאר שההיתר להרוג את העובר הנמצא במעי אימו נובע מכך שהוא מוגדר כרודף ומותר להורגו.²⁶ דברי הרמב"ם מוקשים מן התלמוד בבלי סנהדרין עב ע"ב. בתלמוד נאמר שעובר הנמצא במעי אימו, ומסכן אותה, מותר להורגו. ואולם אם ראשו יצא ממעי אימו, הוא אינו מוגדר עוד כעובר אלא כאדם, ואין להמיתו. התלמוד מתקשה בשאלה מדוע אי אפשר להורגו, והרי הוא רודף, שהרי השארתו בחיים תגרום למותה של אימו. תשובת התלמוד היא שבמקרה זה נראה הדבר שמן השמים רודפים אחר האם להורגה, ואין העובר "אשם" בכך.

²³ לעיל ה"ש 1, עמ' נט.

²⁴ ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חושן משפט, סימן נט-ס; צפנת פענח על הרמב"ם, איסורי ביאה א, ג, ועוד.

²⁵ משנה אהלות, פרק ז, משנה ו.

²⁶ רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכה ט.

ממקור זה עולה, אם כן, שכאשר אדם רודף באונס, הוא אינו מוגדר כרודף ואין היתר להורגו, שכן משמים רודפים אחריו. ההיתר להורגו הוא רק אם הוא רודף במזיד. לאור זאת, דברי הרמב"ם דורשים כמוכן הסבר, הואיל ולדעתו ההיתר להמית את העובר מבוסס על דיני רודף.

בשאלה זו עסקו כמה מן הפוסקים. הרב שמעון אפרתי, עסק בשאלות שהתעוררו בשנות השואה במלחמת העולם השנייה.²⁷ הוא התבקש לפסוק במקרה של יהודים ששהו בבונקר והתלבטו בשאלה אם מותר להם להרוג ילד שבכיו סיכן את כל יושבי הבונקר. מדברי הרמב"ם הוא הסיק ש"דין רודף" חל גם כרודף באונס. התלמוד בבלי אשר פסק שאין דוחין נפש מפני נפש, עסק רק במקרה שהעובר יצא כבר ודרכו של עולם היא שעובר מסכן את נפש אימו. על כן אין דוחים את נפשו מפני נפשה. אך במקרה אחר של רודף באונס, חלים עליו דיני רודף ומותר להמיתו. הסבר זה בדברי הרמב"ם בא לידי ביטוי במקורות הלכתיים נוספים.²⁸

במנחת חינוך נקבע באופן דומה:

כי זה פשוט אף אם הוא אנוס מכל מקום ניתן להצילו בנפשו וכל ישראל הרואה ויכול להציל את חבירו בנפשו מחויב להציל ולהרוג אותו אף שאינו חייב מיתה על ההריגה, היינו לאחר שהרג אבל קודם שהרגו הוי רודף, ואפילו קטן הרודף אחר הגדול אע"פ שהוא אנוס ניתן להצילו בנפשו.²⁹

הרב ישראלי במאמרו מציג זאת כמחלוקת ראשונים, וסובר שהראב"ד בעל ההשגות על הרמב"ם, סובר שאין דין רודף חל על מי שעומד להרוג באונס.³⁰ עמדה שונה מציג פרופ' אנקר. כאמור לעיל (סעיף 1) אנקר בספרו מגיע למסקנה המשלבת בין שני היסודות. וכך הוא כותב:

ולכן נראה לנו שאין זה נכון להציג את שאלת מהו היסוד העיוני לדין רודף בצורה אלטרנטיבית דהיינו שההיתר להרוג את הרודף מבוסס או על הצלת הנרדף או על ענישת הרודף. דין רודף מבוסס על צירוף שני היסודות גם יחד. מותר להרוג את הרודף כשברדיפתו הוא מבצע עבירה חמורה שדינה מיתה, והריגתו תציל את הנרדף ממזימתו.³¹

27 שו"ת מגיא ההריגה, סימן א.

28 ראו: הרב צ' קפלן "ספינה שחישה להישבר" סיני, סז (התש"ל), עמ' לח-מב. וכן עולה אף בשו"ת ביכורי שלמה, השמטות לחלק יו"ד סימן י'; הרב א"י אונטרמן "בענין פיקוח נפש של עובר" נועם כרך ו, עמ' א, י; שבט מיהודה, עמ' כח; שו"ת משפטי עזריאל, חושן משפט, סימן מו, ועוד.

29 מנחת חנוך, מצוה רצו, אות כו.

30 הרב ש' ישראלי "פעולות תגמול לאור ההלכה" בצומת התורה והמדינה ג 253 – 289 (התשנ"א).

31 אנקר, לעיל ה"ש 1, עמ' 217.

מסקנה דומה מובאת אף בספרו של הרב גרשון חנוך פישמן: "ומה שנראה לי בזה הוא דאפילו נימא דחיוב מיתה דרודף הוא מטעם הצלת הנרדף אבל מכל מקום מוכרחים גם כן לומר דעונש גם כן איכא [=יש] בדבר".³² אנקר מבקש להראות שזו אף עמדת הרמב"ם, שסבור שתנאי לדין רודף הוא שתהיה לרודף כוונה פלילית.

לסיכום: על פי חלק מהפוסקים "דין רודף" חל אף על אדם שהוא רודף באונס. אדם שהשארתו בחיים תגרום למותם של אחרים. ואולם יש הסבורים כי "דין רודף" חל רק כאשר הרודף מבצע במקוון עבירה ברדיפתו, עבירה חמורה שדינה מיתה. נמצא, לפי השיטה האחרונה, שלא ניתן להחיל על הפועלים הפלשתינים את דין הרודף אף מן הטעם שהם לא ביצעו כל עבירה ואין בהתנהגותם כל "אשם".

2.4. הריגת אדם שאינו גורם ישירות למוות

מן הסיקירה עולה כי האפשרות להרוג אדם על מנת להציל אחר מוגבלת למקרים שבהם פוגעים ברודף עצמו. האם ניתן להרוג אדם חף מפשע שאינו הגורם לסכנה?

הרב ישראלי דן בשאלה אם מותר על פי המשפט העברי להרוג אחרים בפעולת תגמול.³³ מקרה שעורר שאלה זו היה המקרה של כפר קיביה, כפר שממנו יצאו חוליות שפגעו ביישוב היהודי, ויהודים נקטו פעולת תגמול ופגעו אף בנשים וילדים. עיקר מאמרו של הרב ישראלי דן בשאלה אם חוליות המחבלים נחשבות כשליחות של תושבי הכפר, גם אלה שלא השתתפו בהם בפועל, אם במתן מחסה ואם במתן לגיטימציה לפעולות נגד היישוב היהודי. סוגיה זו אינה נוגעת לענייננו. במאמרו הוא עוסק בשאלה נוספת, אם ניתן להרוג אף נשים וילדים. בתחילה הוא מציג את המחלוקת, שצוינה לעיל, באשר לשאלה אם לפי דברי הרמב"ם רודף באונס מוגדר אף הוא רודף. ואולם לאחר מכן הוא כותב: "אליבא דאמת נראה, שאף על פי שרודף באונס דין רודף עליו לרמב"ם, כל ששני הדברים מצטרפים יחד שהוא רודף ע"י גרם ובאונס אין תורת רודף עליו לדברי הכל".³⁴ לדבריו, מוסכם אפוא על הכול שכאשר הרדיפה היא באונס, וכן אינה נעשית ישירות אלא שגורמת בעקיפין לנזק, אין להרוג את הרודף.

יישומו של עיקרון זה מתבטא אף בדבריו של פרופ' אליאב שוחטמן במאמרו³⁵ הדן ברצח של מנהיג ציבור במטרה לשמור על שטחי ארץ ישראל בבעלות יהודית. וכך הוא כותב:

זכות ההגנה העצמית – המכונה "דין רודף" – אינה אמורה בו... למתנקש עצמו לא נשקפה כל סכנה אישית מצידו של רה"מ המנוח, ורה"מ לא זמם

32 הרב ח' פישמן, שמחת החג, סי' יז.

33 הרב ישראלי, לעיל ה"ש 30.

34 שם, עמ' 273.

35 לעיל ה"ש 5.

להרוג איש. הסכנה האפשרית היתה זו שנשקפה, לדעת המתנקש, לאחזיתו של עם ישראל בארצו, כתוצאה מן המדיניות שאותה הוביל רה"מ. מדיניות זו היה בה אמנם, לכאורה, עבירה דתית, אבל בכך לא היה כדי לעשותו "רודף".

פרופ' שוחטמן ממשיך ומתווה את העקרונות של 'דין רודף':

הסכנה שבה מדובר אינה נובעת מאיום ישיר ומידי ... אכן, בהחלט ייתכן, שכתוצאה מאבדן אחיזתו של עם ישראל בחלקים מארצו, יועמדו חייהם של יהודים בסכנה, אבל אין בתוצאה אפשרית זו כדי לעשות את השלטון ל"רודף", שהרי מדובר כאן בהערכות עתידיות.

שוחטמן מחדד את הדברים בטענה שכל החלטה ממשלתית יכולה להשפיע על גורל חיי אדם, כמו קיצוץ בתקציבי ביטחון או תחבורה, ואין ספק שאין בכך כדי להחיל עליה דיני רודף.

יישום העקרונות הנזכרים בדברי הרב ישראלי ופרופ' שוחטמן בענייננו מוביל אותנו לכלל מסקנה ברורה שהריגת הפועלים הפלשתינים אינה יכולה בשום אופן להיכלל תחת הכותרת של הגנת הצורך של "דין רודף".

2.5. האם יש מקום להקל כאשר הרודף אינו יהודי?

הרב ישראלי דוחה אף טענה שעשויים לטעון, שחומרת הדין של המתת רודף קיימת כאשר הרודף יהודי, אך כאשר הוא אינו יהודי, ניתן להמיתו. הוא דוחה זאת מכל וכל וכותב: "אלא שיש לטוען לטעון שגם אם אין עליהם גדר רודף, מכל מקום יהא מותר להציל נפשות ישראל בנפשותם, כיון שלגבי נוכרי אין החומר של שפיכות דמים עד כדי ייהרג ואל יעבור... נראה שאין הדבר כן... ויוצא מזה שלהתרפא ע"י שפיכות דמים של נכרי אסור ואפילו במקום פקוח נפש".³⁶

אמנם למסקנה התיר הרב ישראלי את פעולת התגמול בקיביה, אך זאת מכיוון שמדובר היה במלחמה של ממש, ולפי הגדרתו זוהי מלחמת מצווה, ובמלחמה שכזו, מותרת הנקיטה של פעולות תגמול.

לסיכומם של דברים סבור הרב ישראלי שאין להתיר הריגת אדם שגורם באונס ובעקיפין למותו של אחר, בין אם הוא יהודי ובין אם אינו יהודי.

3. מעשה קנאות – הניתן להקיש ממעשה פנחס לנדון דידן?

הנאשם מבקש להסתייע ממעשה הקנאות של פנחס (במדבר כה, ו-יד), ועל יסוד המשנה

³⁶ לעיל ה"ש 30, עמ' 273 – 276.

הקובעת כהלכה (סנהדרין ט, ו), ש"הבועל ארמית קנאין פוגעין בו". אך דומה כי לא ניתן להסתייע ממעשה פנחס. לא זו בלבד שפנחס פעל במסגרת מעשה קונקרטי של עבירה מינית שביצע נשיא שבט שמעון, זמרי בן סלוא, אלא שלפי ההלכה התלמודית ברור שהקנאי פועל על דעת עצמו ולא מטעם החוק, כנאמר: "אמר רב חסדא: הבא לימלך אין מורין לו". לדברי רב חסדא מצטרפים אמוראים נוספים המרחיבים את היריעה, וסוברים שלא זו בלבד שבית הדין אינו מורה לקנאי לפגוע אם בא להיוועץ עם הדיינים, אלא שאם "נהפך זמרי והרגו לפנחס אין נהרג עליו שהרי רודף הוא".³⁷ יפה הטעים זאת פרופ' אנקר,³⁸ שהיתר זה לקנאי להרוג את זמרי וכמוהו אינו נראה להיות היתר מלא מטעם החוק, שהרי זמרי לא עבר במעשהו שום עבירה שהיה חייב בגינה עונש מיתה. נראה כי במונחים שלנו הינו קוראים לזה אקט פוליטי אשר הצדקתו אינו באה במסגרת החוק כי אם במישור אקסטרה-חוקי בגלל דחיפות העניין וחשיבותו הציבורית. אך יהיה ההסבר לדין מיוחד זה אשר יהיה, ברור מדברי התלמוד שהקנאי פועל על דעת עצמו ולא מטעם החוק, ואף ההורג בפעולת הגנה עצמית – פטור.

יתירה מזו: נראה כי לא ניתן ללמוד ממעשה הקנאות דבר לענייננו. פרטי דינו של הקנאי מבוארים בידי הטור:

הבא על הגויה מי שמקנא לשם יכול להרגו אבל אם בא לבית דין לישאל אין מורין לו להרגו אבל אם הוא בעצמו יקנא לבו בחטאים וירצה להרגו הרשות בידו ודוקא בשעת מעשה ובפרהסיא אבל בצנעא או שפירש הבועל אין המקנא רשאי להרגו.³⁹

במקרה זה המתת החוטא אינה נובעת מן הצורך להציל אחר, אלא מתוך קנאה לקב"ה בראותו אדם שחוטא בחטא חמור, ולפיכך אין מענישים את המקנא ההורג. אך כאמור, אופן זה מותר רק כאשר הנהרג חוטא בעבירה חמורה, ומעשה הקנאות מיידי, ותנאים אלה אינם מתקיימים כמובן בנדון דידן.

4. המחיר הלגיטימי להחזקת שטחי ארץ ישראל

אחת מן השאלות שבהן התבקשנו לדון היא השאלה מהו המחיר הלגיטימי להחזקת שטחי ארץ ישראל. האם מותר להעביר שטחים לבעלות של אלה שאינם יהודים, כדי למנוע פיקוח נפש? שאלה זו מורכבת ומהותית. יש בה אלמנטים ערכיים, שיקול דעת נרחב, פסיקה הלכתית ופסיקה מטא-הלכתית. יש המצדדים לכאן ולכאן. יש הסוברים שחובה להחזיק בכל שטחי ארץ ישראל גם במחיר של פיקוח נפש, ויש הסוברים שבמחיר של פיקוח נפש,

37 סנהדרין פב ע"א.

38 לעיל ה"ש 1, עמ' 227.

39 טור, חושן משפט, סימן תכה.

מותר לוותר על שטחים משטחי ארץ ישראל. רבים מן המאמרים מוצגים בספרו של פרופ' אליאב שוחטמן ויעמידה ליעקב לחק (ירושלים, התשנ"ה). ואין כאן המקום להאריך. מכל מקום ראוי לשוב ולהדגיש כי כפי שהראנו למעלה, אין לשאלה זו שייכות לעניין חלות "דין רודף", ואף אם נצא מהנחה שיש בהחזרת שטחי ארץ ישראל משום עבירה, אין הדבר מתיר בשום אופן לרצוח אנשים חפים מפשע כדי למנוע זאת.

5. מסקנות

- א. ככלל, ההלכה אינה מתירה בשום אופן הריגת אדם לשום צורך, ו"אין דוחין נפש מפני נפש". לאמור, אין פיקוח נפש דוחה שפיכות דמים, אפילו בעת שאדם מסכן במישרין את חיי הזולת, אם הסיכון אינו נובע מהפעלת רצונו – אין היתר להורגו.
- ב. העיקרון של "הגנת הצורך" קיים במשפט העברי. כאשר עיקרון זה מאפשר הריגה, הוא מותר אך ורק באופן שמכונה "דין רודף".
- ג. מותר להרוג אדם רק אם פעולה זו מונעת הריגת אחר, או ביצוע של מעשה עבירת עריות באדם אחר. דין רודף אינו חל על עבירות שאינן שפיכות דמים וגילוי עריות, וסכנה אפשרית שנשקפת לאחיותו של עם ישראל בארצו אינה בכלל העבירות שחל עליהן דין רודף.
- ד. לא ניתן בשום אופן להתיר את מעשה הריגת הפועלים מדין רודף, שכן אין חולק שהם לא ביצעו כל עבירה ולא סיכנו כלל את הנאשם.
- ה. אין לראות בפעולה של שלטון נבחר כ"רודף". גם אם סבור מאן דהוא כי מדובר בסכנה ודאית לציבור בעתיד כתוצאה ממדיניות הממשלה, מכל מקום אין בכך כדי להפוך את השלטון ל"רודף" ולהתיר את דמו, הואיל ואין ליחיד כל סמכות בעניין זה. הנושא של בטחון המדינה ואזרחיה אינו מסור בידי היחיד אלא בידי הרשויות המופקדות על כך, ורק הן רשאיות להחליט על דרכי הטיפול בסכנות כאלה ואחרות הנשקפות לכלל הציבור. ממילא, אין בידי היחיד לנקוט פעולות שמטרתן לסכל סכנות עתידיות לציבור, באשר נושא זה הוא בסמכותן הבלעדית של הרשויות המוסמכות.
- ו. השימוש ב"דין רודף" בהקשר שלנו, לא נועד למעשה, להציל חייהם של אנשים, כי אם לשמש צידוק הלכתי למעשה רצח, כאמצעי לגיטימי במסגרתו של מאבק דתי ואידיאולוגי, ויש כאן סילוף גמור של המשמעות ההלכתית של "דין רודף".
- ז. לא זו בלבד שהנדון דידן אינו עומד בהגדרות הבסיסיות ביותר של "דין רודף", כאמור לעיל, אלא שאף אם היו ההגדרות האמורות מתקיימות בענייננו, הרי שדין רודף לא היה חל בנדון דידן בשל אי-עמידה בתנאים שונים לתחולת דין רודף, וכדלהלן.
- ח. הריגתו של רודף מותרת רק אם אין דרך אחרת למנוע מן הרודף את ההריגה. כל עוד יש אפשרות כלשהי להציל את הנרדף בלי להמית את הרודף, אין להמית אותו. אם נבקש ליישם עיקרון זה בנדון דידן נגיע לכלל מסקנה שאין כל היתר להרוג את הפועלים אף בשל העובדה שישנן בוודאי אפשרויות אחרות להיאבק במדיניות הממשלה ללא הריגת

- אותם פועלים חפים מפשע.
- ט. הריגתו של רודף מותרת רק לאחר שמתרים בו, אם כי אין צורך בכל ההגדרות ההלכתיות של התראה.
- י. חלק מהפוסקים סבור ש"דין רודף" חל גם כאשר הרודף אינו מודע לכך שהוא רודף, או שהוא עושה זאת באונס. פוסקים אחרים סבורים שחלות "דין רודף" תתקיים רק כאשר הרודף עושה במודע מעשה עבירה. לפי השיטה האחרונה, לא ניתן להחיל על הפועלים הפלשתינים את דין הרודף אף מן הטעם שהם לא ביצעו כל עבירה ואין בהתנהגותם כל "אשם"
- יא. "דין רודף" חל רק כאשר הרודף הוא זה אשר גורם באופן ישיר למות הנרדף, שלא כבנדון דידן.
- יב. אין מקום להבחין בין מקרה שבו הרודף הוא יהודי, לבין מקרה שהרודף אינו יהודי.
- יג. לא ניתן להקיש ממעשה הקנאות של פנחס לענייננו.
- יד. לשאלת קדושת הארץ והאיסור למסור חלקים ממנה אין שייכות לעניין חלות דין רודף, ואף אם נצא מהנחה שיש בהחזרת שטחי ארץ ישראל משום עבירה, אין הדבר מתיר בשום אופן לרצוח אנשים חפים מפשע כדי למנוע זאת.

(ג) הכרעת הדין

בית-המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם אשר וייגן בעבירות המיוחסות לו, מן הטעמים הנזכרים בהכרעת ראש ההרכב השופטת אפעל-גבאי.

השופט אהרן פרקש בפסק דינו בחר להתייחס לעמדת המשפט העברי באשר לתנאי תחולתה של הגנת הצורך, ואם נתקיימו תנאים אלה בענייניו של אשר וייגן. וכך הוא כותב בתחילת פסק דינו:

אני מסכים [=שיש להרשיע את הנאשם מהנימוקים שהובאו בפסק הדין של ראש ההרכב – י"ס]. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, מצאתי לנכון להוסיף דברים אלו. ב"כ הנאשם התמקד בסיכומיו בטענה, כי יש הצדקה למעשיו של הנאשם כיוון שעשאו על מנת להגן על עם ישראל מפני חרון-אף השם, אם יימסרו חלקים מארץ-ישראל לזרים, ולשם כך הפנה למקורות תורתיים והלכתיים שונים. אמנם הנאשם לא טען להתקיימותם של התנאים הקבועים במשפט העברי בכל הנוגע ל"הגנת הצורך", אלא ביקש למצוא פטור מאחריות למעשיו בהוראות חוק העונשין, אולם כיוון שהתנאים ל"הגנת הצורך" במשפט הישראלי נידונו במסגרת הכרעת הדין של חברתי, השופטת א' אפעל-גבאי, מצאתי לנכון להביא את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו (תודתי נתונה לד"ר יובל סיני והרב ד"ר משה בארי מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה).

המשך פסק הדין מיוחד כולו לסקירת המקורות המובאים בחוות הדעת, ואין טעם לכפול הדברים הנזכרים למעלה. בסוף פסק דינו קובע השופט פרקש לאמור:

הנה כי כן, גם על פי המשפט העברי לא עומדת לנאשם הגנה כלשהי למעשה שביצע, ויש להרשיעו כפי שהואשם.

פרק שני

ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם

מאת ד"ר בנימין שמואלי*

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"פ (שלום כפ"ס) 1801/04 מדינת ישראל נ' הרנוי, תק-של 2005(2) 23940 (מיום 27.6.2005), מפי סגן נשיא בית משפט השלום בכפר סבא, השופט חנוך פדר (להלן: פרשת הרנוי).

לפי אחד האישומים, היכה הנאשם את בנה של אשתו (להלן: הקטין), שהנאשם אחראי עליו, בכמה הזדמנויות, בגבו וברגליו, סטר לו ומשך בשערותיו כל אימת שסירב לחבוש כיפה או שלא ידע לענות לשאלותיו של הנאשם או שלא מילא אחר הוראותיו. נוסף על כך, כאשר ביקש הנאשם מן הקטין לעשות דבר מה, אך זה התמהמה, בעט בו הנאשם בחלקו התחתון של גבו.

הנאשם הצדיק את מעשיו בטענה שמדובר ב"ענישה גופנית חינוכית" על פי מורשת אבות מושרשת, "בית ישראל סבא". הנאשם טען לדוגמה שמשיכת שערות הקטין על שסירב לחבוש כיפה היא הנותנת שבחינוך עסקינן.

הנאשם הודה בעובדות המתוארות בכתב האישום, אך טען ל"הגנה תרבותית". לפי ההלכה היהודית, שהוא מחויב לה, יש למעשים המיוחסים לו צידוק הלכתי שיש בו כדי להביא לזיכויו מן האשמה. דהיינו, הנאשם לא הכחיש את עובדת התנהגותו האלימה כלפי בנו החורג, אך אינו רואה בה דופי, שהרי היא חלק ממסורת חינוכית וממערכת יחסים רגילה וחוקית בין הורה לילד בחברה שגדל בה והוא חי בה, ועל כן בחברה זו אין מדובר במעשים

* מרצה בכיר ומנהל המרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט", מנהל קליניקה לליווי ילדים נפגעי עבירה בצוותא עם המועצה הלאומית לשלום הילד, מורה באוניברסיטאות תל-אביב ובר-אילן.

אסורים. לטענתו, מדינת ישראל אינה בקיאה בדרכי החינוך הראויות או אינה מוסמכת לעסוק בהן. הוא עצמו למד את השיטות לחינוך הקטין מספר "אורחות צדיקים", שכתב דברים חריפים בעניין חינוך הילדים, וביניהם, בין היתר:

צריך להכות את הילד בשבט מוסר, להדריכו בדרך ישרה, אפילו באכזריות כי זו האכזריות היא רחמנות מעולה, ואם ימנע שבט מוסר ממנו, כי יכמרו רחמיו להכותו, ומניחו לילך בשרירות ליבו הרע, הינו זו רחמנות טורדת ומאבדת את הבן מחיי העולם הבא.

השופט פדר פנה למרכז ישמ"ע וביקש לקבל חוות דעת בעניין ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם על פי המשפט העברי, וזאת במיוחד בעניינים הבאים:

- א. הנאשם מבקש להתבסס על הדין העברי לצורך הגנה של צידוק, ובית המשפט מבקש לדבר אליו "בשפתו".
- ב. בעת האחרונה, השתנה הדין במשפט הישראלי, ונאסרה לחלוטין ענישה גופנית של ילדים, וראוי לברר מה היחס בין הדין העברי לדין הישראלי (שחלה בו תמורה ניכרת מהלכת ראסי¹ הישנה להלכת פלונית² המעודכנת).
- ג. ישנם זרמים אחדים בדין העברי בעניין השימוש בעונשים גופניים, והנאשם מבקש להסתמך דווקא על ספר "אורחות צדיקים". האם אכן ניתן להסתמך על דעת היחיד של ספר זה? ומה היחס בין ספר זה לבין המקורות העבריים האחרים?
- ד. האם התמורות החברתיות שהביאו במהלך הדורות לשינוי ביחס לענישה גופנית עשויים להשפיע אף על הדין העברי?

ב) חוות הדעת

1. ענישה גופנית – הגדרתה ומקורה³

קיים אמנם איסור כללי להכות את הזולת, הכולל גם הרמת יד על ילד.⁴ ואולם אב או רב שהכו ילד פטורים מעיקר הדין אם עשו זאת רק כדי לחנכו וללמדו תורה.⁵ אולם, אם ההכאה

1 ע"פ 7/53 ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 790 (1953) (להלן: הלכת ראסי).

2 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000) (להלן: הלכת פלונית).

3 להשלמת התמונה מעבר לנאמר כאן ראו בנימין שמואלי "ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם על-פי המשפט העברי – גישות מסורתיות וזרמים מודרניים" פלילים י 365 (התשס"ב) (להלן: שמואלי, ענישה גופנית בדין העברי).

4 שמות כא, יב.

5 משנה מכות, פרק ב, משנה ב; בבלי מכות ח ע"ב; תוספתא בבא קמא (ליברמן) ט, יא. הפטור שריר וקיים אף אם "האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו" גרמו בסופו של דבר למות הילד. חז"ל סברו שאם יענש המכה את בנו או את תלמידו, יימנעו ההורים והמורים מלהלקות את הילדים במהלך

לא הייתה לשם חינוך, חל על המכה הדין המקורי של איסור מדאורייתא. במקרים מסוימים של הכאת בן גדול אף תוטל על ההורה המכה סנקציה עונשית בעלת אופי חברתי, בדמות נידוי או חרם, ובמקרים קשים יותר אף הפקעת הילד מחזקת הוריו, והמכה אינו נפטר מעונש גם אם הוא מבקש סליחה ומחילה מן המוכה.⁶

ענישה גופנית אינה אחת מתרי"ג מצוות אלא אמצעי לקיום המצווה לחנך את הילדים (ולא מצווה עצמאית גופה).⁷ יחד עם זאת, הענישה הגופנית נגזרת גם ממצוות התוכחה.⁸ משום כך, הענישה הגופנית משמשת רק כמכשיר לאכיפת החובה לחנך, אך אינה מטרה בפני עצמה. אין להכות ילד ולהתכסות באצטלה של הכאה למטרת חינוך. כל מכה שאינה לצורך חינוך או שלא נועדה להרחיקו מסכנה או למנוע ממנו נזק, אסורה בתכלית האיסור. אף ייתכן שעווננו של מי שמכה את בנו או את תלמידו גדול עוד יותר מעונשו של מי שמכה סתם אדם, שהרי הכאת ילד או תלמיד, הסומך על הוריו או על מוריו ותלוי בהם, היא בגדר מעילה בתפקיד.⁹

יש שסברו שאסור להכות ילד על מעשים שעשה בעבר, הן מעשה מסוים הן אי-ציות להורים ולמורים באופן כללי, מכיוון שהכאה מעין זו היא "דרך נְצִיּוֹן", כלומר: מעשה ריב או קטטה ותו לא. אם עשה כן ההורה או המורה, הריהו עובר על "לא תעשה".¹⁰ ואולם הכאת הילד בשעת מעשה לשם ריסונו ומניעתו מלבצע מעשה אסור, בין מסוכן בין שאינו מוסרי, עשויה להיות מותרת.

הסוגיה שעל הפרק היא למעשה הכאת הילד לאחר שכבר עשה מעשה רע, כדי לחנכו, לפי טענת ההגנה, שיימנע מלחזור בעתיד על מעשיו הרעים. המשפט העברי הכריע כי ענישה גופנית מותרת עקרונית, אך היא כפופה למערכת מועפת של סייגים שמטרתם לצמצם את ההיתר באופן משמעותי ולהשמישו רק במקרים מסוימים. כך היא דרכו המסורתית הנורמטיבית של המשפט העברי, אך חלה התפתחות בעניין זה בדורות האחרונים וראוי להבחין בין שפע המקורות הדנים בסוגיית חינוך הילדים בין מקורות

חינוכם והדבר עלול לפגוע בחינוך הילדים, כיוון שלעמים צריך להשתמש בכוח כדי לרסן ילד סורר, אף אם תיארע תקלה מהשימוש בכך.

6 בבלי מועד קטן יז ע"א; רמב"ם הלכות ממרים, פרק ו, הלכה ט; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמ, סעיפים יט-כ; שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן צ; הרב ג"א רבינוביץ' במאמרו "תקנת בנים המוכים ע"י הוריהם" **הלכה ורפואה – ספר רגנשברג** א שם-שמב (התש"ס); הרב מ' פרימן "גישת היהדות להכאת ילדים למטרת חינוך" **חינוך באלומות – חינוך לאלומות, ענישה גופנית והכאת ילדים, לקט מאמרים בהוצאת המועצה הלאומית לשלום הילד** 19, 22 (התשנ"ג).

7 דברים יא, יט.

8 ויקרא יט, יז. מצוות התוכחה מכוונת לכולי עלמא, ולא רק להורים. הוכחת הילד במסגרת חינוכו היא מקרה פרטי של מצוות תוכחה בנסיבות המיוחדות שבהן הילד והתלמיד כפופים למרות ההורה והמחנך.

9 רבי יהודה החסיד **ספר חסידים** (מכון ראשונים) סימן קנה, עמ' קפו; רבי אליעזר פאפו **פלא יועץ השלם** (הוצאת תושיה, התשמ"ז), חלק ראשון, ערך "הכאה", עמ' רעז.

10 רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה א; שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן ג.

נורמטיביים, דהיינו מקורות הקובעים הלכה, לבין מקורות מוסר ועצה בלבד.

2. הזרמים בדין העברי

2.1. הזרם השמרני-מסורתי¹¹

הדין העברי המקורי (עיקר הדין), אותו נכנה "הזרם השמרני-מסורתי", מתיר עקרונית ענישה גופנית, אלא שההיתר מסויג ברשימה ארוכה של סייגים המעידה על מידת הסתייגותם של חכמינו מפני הכאת ילד לשם חינוכו. הסייגים הללו מבטאים את רצונם של חכמי ישראל לדורותיהם לאזן בין ענישה גופנית כאמצעי יעיל לחינוכו של הילד לבין זכויותיו של הילד והחשש שייגרם לו נזק גופני או נזק נפשי עתידי בגלל הענישה הגופנית. הסייגים, המביאים לעתים להגבלת השימוש בענישה הגופנית ולעתים אף אוסרים כליל את השימוש בה, מאזנים בין הצורך לקיים הלכה למעשה את מצוות החינוך בצורה יעילה, שהענישה הגופנית היא אחד מן האמצעים לקיומה ולאכיפתה, לבין הצורך לשמור על זכויות הילד ועל כבודו, כחלק מן היסודות של "כבוד האדם" ו"כבוד הבריות" והרצון למנוע מן הילד פגיעה ונזק גופני או נפשי העלולים להיגרם כתוצאה משימוש באמצעי זה תוך חריגה מעקרונות המידתיות והסבירות. ואלה הם אותם סייגים:

- 1) **מטרת ההכאה.** על ההכאה להיות לצורך חינוך הילד בלבד. עליה לצפות פני עתיד, ואסור לה להיעשות כנקמה על התנהגות הילד, כאמור, "דרך נציון".
- 2) **הגבלת גיל הענישה הגופנית.** מותר להכות לשם חינוך רק "בן קטן", דהיינו בטווח הגילאים שבין תחילת הלימוד בבית הספר, בסביבות גיל שש (כמקובל בימינו), ועד שהוא מתחייב במצוות, שאז הוא הופך ל"בן גדול".¹² אסור להכות ילד קטן מבן שש שנים ("מ"קטני קטנים"), משום שגם מכה קלה עלולה לגרום לו נזק גופני, ואף אינה מועילה לחינוכו, כיוון שילד קטן אינו מסוגל להבין את הקשר בין מעשיו הרעים לבין ההכאה המתקנת והמחנכת כביכול. הכאת "בן גדול" עלולה להיות בלתי יעילה, מכיוון שהוא מאמין שכבר נשלם חינוכו. זאת ועוד, הורה המכה "בן גדול" עלול לעבור על מצוות "לפני עור לא תתן מכשול", אם יגרום לילדו להכותו או לקללו, עבירות הנחשבות לחמורות ביותר ועונשן קשה. מי שמכה את בנו הגדול עובר על איסור וצפוי גם לעונש חברתי חמור, הוא, כאמור לעיל, עונש הנידוי.

¹¹ להרחבה באשר לזרם זה ולסייגים מכוח מעבר למובא כאן ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 391–421.

¹² הבן בהיותו בן שלוש-עשרה שנה והבת בת שתיים-עשרה שנה. כך לפי רוב הפוסקים ולפי רוב המקורות ההיסטוריים. ראו רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ב, הלכה ב. כן ראו טור, יורה דעה, סימן רמה; ש' גליק **החינוך בראי החוק וההלכה** 52–68 (חלק א, התשנ"ט); מ' בריל "גיל הילד בכניסתו לבית-הספר" **תרביץ** 350 (התשצ"ח, ספר א); נ' מוריס **תולדות החינוך של עם ישראל** 142–144 (חלק א, 1977); הרב ש' אסף בספרו **מקורות לתולדות החינוך בישראל**, במקורות רבים בכל ארבעת כרכי ספרו, המובאים מזמנים שונים וממקומות שונים.

(3) "חנך לנער על פי דרכו" – התאמת העונש לילד. זהו למעשה סייג לסייג הקודם. גם כאשר הילד נמצא במתחם הגילים ה"מתאים" לענישתו הגופנית, יש להתחשב באופיו, בכגרותו, ביכולת התפישה שלו ובאפשרות להשפיע עליו אינדיווידואלית. גם בטווח הגילים המותר, אם המחנך מעריך שילד מסוים לא ישנה את התנהגותו לטובה, אסור לו להכותו כלל, ועליו להשתמש בדרכים אחרות כדי לחנכו.¹³ מסקנה זו עולה כבר בספר משלי, באחד מן הפסוקים המפורסמים ביותר בו: "חנך לנער על-פי דרכו, גם כי יזקין לא יסור ממנה" (משלי כב, ו). לפי הפירוש המקובל לפסוק זה, יש לחנך כל ילד לפי אופיו, הבנתו והתנהגותו. יש להתאים את דרך החינוך לילד ולא את הילד לדרך החינוך של המחנך. הענישה הגופנית אינה שאיפה אלא אמצעי בלבד, ולגבי סוגים מסוימים של ילדים – אסור להפעילה. החינוך נעשה רק על ידי שילוב בין "חושך שבטו שונא בנו" היכן שצריך לבין "חנך לנער על-פי דרכו" היכן שצריך. שני המאמרים הללו משלימים זה את זה. יש להכיר את אישיות הילד, את טבעו, את תכונותיו ואת אופיו, ואם המחנך רואה כי "בן קטן" עלול להתנהג כגדול, להיכשל ולהתריס כלפי מכהו, אסור לו להכותו כשם שאסור להכות "בן גדול", ומי שמכה אותו יש לנדותו. ויש לדייק: ההוראה חד-כיוונית; אסור להכות ילד בכל גיל שהוא, אם הוא מתנהג כבן גדול ויש חשש שיתריס כלפי מכהו, גם אם הוא נמצא בטווח הגילים שמותרת בהם עקרונית ענישה גופנית. אך כשמדובר בילד שהוא בן פחות משש שנים, שהוא מפותח מאוד ומתנהג כ"בן קטן", או כשמדובר ב"בן גדול" בן יותר מגיל מצוות, שאינו מפותח ומתנהג כאילו הוא "בן קטן", אסור להכותו. מכאן שמחנך שאינו מכיר היטב את הילד, כגון המורים בימינו, המלמדים מספר שעות שבועיות מועט ובכיתות גדולות, בניגוד למלמדים ב"חדר" של פעם, ואולי גם הורה חורג והורה מאמץ, שלא שהו די זמן עם הילד, אסור להם להכותו.¹⁴

(4) **האיסור לאיים והרתת הענישה רק בסמוך למעשה.** איום הוא בגדר משחק ברגשותיו של הילד. יש להעניש את הילד או להבליג על מעשיו, אך לא לאיים עליו, מחשש שיתירא מאוד בלבבו ואולי אף יעשה מעשה חמור, כגון שיברח מן הבית. עולם הדמיון של ילד מפותח, לפיכך הוא עלול לצפות לעונש הגרוע ביותר אפילו על מעשה של מה בכך, והוא עלול להקדים את ההורה או המורה ולהעניש את עצמו אפילו עד כדי איבוד עצמו לדעת. נוסף על כך, אם המחנך יאיים אך בסופו של דבר לא יעניש, תאבד יעילותה של ההרתעה, ובעתיד, כשיגדל הילד, לא תהיה לו כל סיבה אחרת לציית לדבריו, מכיוון שהסיבה לציית, הפחד, תפוג

¹³ "אסור להכות את בנו הגדול, ואין גדלות זה תלוי בשנים אלא הכל לפי טבעו של הבן. כל שיש לחוש שיתריס כנגדו בדיבור או במעשה, אפילו אינו בר מצווה, אסור להכותו, אלא יוכיחו בדברים..." (קיצור שולחן ערוך, סימן קמג, סעיף יח).

¹⁴ והשוו חידושי ר' עקיבא איגר על שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמ, סעיף כ; חידושי הריטב"א לבבלי, מועד קטן יז ע"א, ד"ה: "במכה בנו הגדול".

ותיעלם.¹⁵

(5) **עוצמת המכה והאיסור להשתמש באביזרים.** הדין העברי מתיר להורה או למורה להכות את הילד לשם חינוכו רק מכות קלות, סבירות ומתונות, ואם היכהו מכה אכזרית, "מכת אויב", הריהו עבר עבירה.¹⁶ סייג זה מבטא אף הוא את האיזון בין הצורך להכות לעתים את הילד כדי לחנכו לבין הנזק הקשה העלול להיגרם על ידי מכה אכזרית. גם כשמותר להכות, יש לעשות כן רק מעט-מעט, במידה ובמשורה עד כמה שאפשר. ההכאה צריכה להיות סמלית ולא נקמה בילד על מעשיו של הילד. בכל מקרה, אסור שתגרום לו נזק או כאב. עליה להראות רק את אי-שביעות רצונו של ההורה או של המורה מהתנהגות הילד. לפי הדין העברי, מותר להכות רק ב"ערכתא דמסנא",¹⁷ דהיינו בשרוך הנעל, ואסור להשתמש באביזרים קשים יותר. זו הכאה סמלית וקלה עוד יותר מן ההכאה ביד. אם מכה סמלית אינה מועילה, יש לוותר על השימוש באמצעי זה הן בגלל אי-היעילות שבכך, הן מחשש לשלומו של הילד. נוסף על כך, נקבע שההכאה מותרת רק אם אינה עשויה לגרום לילד נזק גופני או ביזיון או השפלה או עלבון צורב. לפיכך, יש מי שאומר¹⁸ שאסור להכות את הילד במקומות רגישים, כגון בעיניים או בראש, ואף אסור להשתמש בעונשים דוגמת צביטה או בעיטה או משיכת אוזנו של הילד ואף אסור להעמידו כשידיו מורמות למעלה, אך מותר להכותו מכה קלה, ברחמים ובנחת, על הרגל או על היד ואפילו מכה קלה על לחיו. עוד יצוין כי האיסור להכות "מכת אויב" נגזר לא רק מחומרת המכה, אלא גם משימוש במכשירים.¹⁹

(6) **האיסור להכות מתוך כעס.** אין להעניש בן או תלמיד, במיוחד בעונש פיסי, אם הדבר נעשה מתוך כעס או חימה, אלא במתינות, ביישוב הדעת ובנחת. הכאה מתוך כעס אינה יעילה, היא עלולה להפחיד את הילד והיא גם בבחינת הכאה על העבר, דרך נְצִיּוֹן, שעלולה להיות בבחינת "מכת אויב". אדרבה, הכאה במסגרת חינוך מונע, תהיה לטובתו של הילד אם אינה נעשית מתוך כעס. הכעס חייב להיות רק מן השפה ולחוץ,

15 בבלי, שמחות (היגר) ב, ד-ה; קיצור שולחן ערוך, סימן קסה, סעיף ז; שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן ל, ד"ה: "בעניין הענשת תלמידים ואיום עליהם".

16 רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ב, הלכה ב; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמה, סעיף י. לדין זה ניצנים גם מתקופת התלמוד והגאונים.

17 בבא בתרא כא ע"א.

18 ראו לדוגמה **פלא יועץ**, חלק ראשון, בערך "אהבת הבנים והבנות", עמ' יא-יב, ובערך "הכאה", עמ' קעז. אמנם מצינו במקורותינו עדויות רבות להכאת ילדים ותלמידים למטרות חינוך במגוון אביזרי ענישה, אך עיון מעמיק בהם מלמד כי ברובם המוחלט מדובר במקורות אגדיים או מדרשיים המשקפים מציאות של תופעה מקובלת, אך לא במקורות הלכתיים המחייבים ואף מתירים הכאה כזו. בחינת המקורות העבריים מעלה כי ייתכן שהאיסור להכות באביזרים התפתח במהלך הדורות, ולא היה קיים מעיקרו של הדין. נוסף לכך, חלק מן המקורות המשקפים הכאה מבטא אך מצב מקומי שאין עדות שפשט מעבר למקומו ולזמנו.

תוך העמדת-פנים, כ"תוכחה גלויה מאהבה מוסתרת",²⁰ כשדעתו של המחנך מיושבת עליו כל העת, והוא רק מעמיד פנים שהוא כועס. אם ירגיש הילד כי העונש ניתן בהשכל וביישוב הדעת, הוא יפיק ממנו תועלת חינוכית ולא יוותרו בו צלקות ומשקעים נפשיים.

- (7) **תדירות ההכאה.** גם מקום שהותרה הענישה הגופנית עקרונית, אסור לה שתהפך לשיטה תדירה, משום שאז היא עלולה שלא להשפיע, שכן ילד היודע שממילא יכו אותו, ההכאה אינה מרשימה אותו והוא אינו נרתע ממנה עוד. זאת ועוד. הכאה תדירה היא לעתים סממן של התעללות, דבר שהוא אסור ואין לו כל מקום בעולם החינוכי.²¹
- (8) **הכאה התלויה בזמן ובמועד.** יש ימים ה"מועדים לפורענות" מראש. בימים אלה, יש להימנע עד כמה שאפשר מלהעניש את הילדים, במיוחד בעונשים פסיים.²²
- (9) **פיוס ודברים רכים לילד לאחר הענישה הגופנית.** בחינוך הילדים, יש להשתמש בכלל שטבעו חכמינו, "תהא שמאל דוחה וימין מקרבת".²³ היינו, לשלב ענישה עם פיוס, נשיקה, חיבוק וליטוף, ודווקא מיד לאחר הענישה, כדי להוכיח לילד כי למרות הכעס על שעשה מעשה מסוים, העונש אינו גורע מן האהבה אליו ואינו משפיע על מכלול היחסים.

2.2. הזרם המודרני²⁴

משך מאות בשנים לא חלו שינויים מהותיים בדרך המסורתית של הדין העברי, אך בדורות האחרונים התפתח לצד הזרם השמרני-מסורתי זרם מודרני המשתקף בעיקר בספרות המוסר והחינוך, הרואה את הענישה הגופנית באור שלילי הרבה יותר. במאה הי"ח, וביתר עוז החל מן השליש הראשון של המאה הי"ט, החלו להישמע קולות שהביאו לידי ביטוי תמורות, שינויים והתפתחויות כלל-עולמיות ומקומיות בתחום המשפחה בכלל, כולל התגברות האלימות בחברה ובמשפחה, ובתחום יחסי הורים-ילדים בפרט, ובהן עליית קרנן של זכויות הילד. קולות אלה הלכו ורבו, עד שהפכו לזרם של ממש, הזרם המודרני, ההולך ומתפתח מאז במקביל לזרם השמרני-מסורתי. זרם זה מופיע בעיקר בספרות החינוך, המוסר וההוראה. אך כאן יש לדייק; דווקא תחילתו של הזרם המודרני היא בספרות הפוסקים, אך ההתפתחות במישור הפסיקה דווקא נעצרה, והמשיכה רק בספרות המוסר, החינוך וההוראה.

20 רמב"ם, הלכות דעות, פרק ב, הלכה ג.

21 שו"ת אגרות משה, יורה דעה ג, סימן עו; שם, ד, סימן ל.

22 כך, לדוגמה, אסור להכות ילד בימי בין המצרים, בין י"ז בתמוז לתשעה באב, ואסור להכות את התלמידים ביום שמגיע תלמיד חדש לכיתה, כדי לאפשר את "קליטתו הרכה". ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 417-418.

23 בבלי, סוטה מז ע"א. וראו העיון יעקב בפירושו לסוגיה שם.

24 להרחבה לעניין זה ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 421-440.

משתי תשובות של פוסקים מסוף המאה הי"ז ומתחילת המאה הי"ח באירופה עולה כי מלמד שהעניש תלמיד עונש גופני שהביא לשבירת גפה – חויב. בעל "שבות יעקב", ר' יעקב ריישר, תיקן תקנה העוקפת את הפטור הקיים למלמד מעיקר הדין. הוא מחייבו באחד מראשי הנזק, תשלום שכר הרופא, לא משום שעבר על סייג מן הסייגים שקבעו חז"ל, אלא כדי שלא יתוגל להכות את תלמידו.²⁵ בעל שו"ת "קרית חנה", ר' גרשון קובלניץ, רואה במקרה דומה דווקא משום עבירה על הסייגים. הוא סבור שחובת המורה לשלם את דמי הרופא נובעת מעיקר הדין ואין צורך בתקנה מיוחדת. לדעתו, המלמד עבר למעשה על הסייגים שקבעו חכמים לחינוך התלמידים, ועליו ליתן את הדין על כך, כולל בעונש של חרם ונידוי, אם לא יפייס את התלמיד.²⁶

גם במאה הי"ט ובמאה הכ', המשיכו פוסקים במגמת צמצום היקפה של הענישה הגופנית, הן נגד ילדים הן נגד תלמידים, אך על פי שלא הגיעו לכדי הטלת איסור גורף עליה, ואם הטילו איסור, היה זה במקרים מסוימים שאינם מייצגים. היו פוסקים שקראו לבחון את ההיתר העקרוני בכל דור ודור, אך לא ביצעו את הצעד האחרון, ביטול ההיתר לענוש ענישה גופנית.²⁷

בספרות המוסר, החינוך וההוראה, המשוחררת מכבלי הפסיקה, יש לזרם המודרני ביטוי רב ביותר. אמנם זרם זה אינו עוקר את הענישה הגופנית, אך הוא מוריד אותה במורד סולם העדיפויות, "מותח" את סייגיה, מקצין אותם וממצה אותם (או את חלקם) עד תום, עד כדי הפיכת אמצעי זה לבלתי אפשרי כמעט ליישום בפועל ולריק מתוכן. הוא גם מדגיש את החלופות לדרך זו. יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי גם חכמי המוסר, החינוך וההוראה, אינם מתעמתים ישירות עם ההלכה, ואינם קוראים לאסור ענישה גופנית באיסור פלילי מוחלט. אחד מן החכמים הכולטים מבין בעלי המוסר שדנו בסוגיה זו היה הרש"ר הירש, הכותב:

²⁵ "מ"מ [=מכל מקום], כדי שלא יהא רגיל לעשות כן, כי לא נאה לחכם להיות כועס ולא קפדן מלמד, כי כעס בחיק כסילים ינוח, למגדר מילתא [=לעשות סייג], שלא לעבור על דברי חכמים, רק בערקתא דמסאני [=בשרוך הנעליים], פסקתי שישלם לרופא לרפאות בטוב, וה' ינחני בדרך אמת והטוב" (שו"ת שבות יעקב, חושן משפט, חלק ג, סימן קמ).

²⁶ "לפי עניות דעתי, צלל המלמד הלז במים אדירים והעלה חרס בידו, שמחרימין ומנדין אותו עד שיפייס להנחבל... שאין חילוק בזה בין מלמד לאחר... והמלמד הלז שהכה מכה רבה אינו בכלל הרב הרודה את תלמידו ויחייב בכל [=בכל ראשי הנזק]" (שו"ת קרית חנה, שאלה כב, נדפס בתוך נתנאל ווייל **ספר תורת נתנאל – תשובות אונאי אשכנז** (ירושלים התשנ"א הדפסתו המקורית בשנת תקמ"ה)). להרחבה על שתי התשובות ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 422–426.

²⁷ שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן צה; שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ג, סימן עו; שם, חלק ד, סימן ל; אבן העזר, חלק ד, סימן סח. הגר"ח הלוי בספרו **עשה לך רב** (חלק א, התשל"ו), "הכאת התלמידים לצורך חינוך", תשובה עו, עמ' רלב-רלג; "בדין הכאת תלמידים" בחלק ה' של **עשה לך רב**, שם, תשובה כח, עמ' קצה-קצז; בספרו **קיצור שולחן ערוך מקור חיים** (מהדורה התשמ"ג, התשל"ה) שער שיש, פרק קכו, סעיף יד, וזאת – על-פי ספרו **מקור חיים השלם** (כרך ה', התשל"ד) פרק רנא סעיף כ; ש' אבינר "אלימות הורים במשפחה כלפי ילדיהם" **עטורי כהנים** 163, 9 (התשנ"ח).

"אנו נהיה האחרונים להמליץ על עונשים גופניים" בבית הספר ובבית, בגלל חוסר התועלת שבה והסכנה הפדגוגית שבשימוש בה. אלא שגם הוא אינו קורא לאסור אותה לחלוטין.²⁸ רבי אליעזר פאפו, בעל "פלא יועץ" (תורכיה, המאה הי"ט), בכמה מקומות בספרו, מסביר כי בדור זה קשה לרבים מן הצעירים לקבל מרות, מכיוון שנדמה להם שביא הדבר להתבטלותם ולאפסותם, ולפיכך החוצפה והבעיטה בהורים ובמחנכים נראות להם כדרך לבטא את אישיותם, בבחינת מה שנאמר על ימי "עקבתא דמשיחא – הדור שלפני ביאת המשיח (האוחז בעקבותיו)", "חוצפא ישגא [=החוצפה תרבה]", יש לשקול דרכי חינוך שמקורן בחיבה יתרה ובנועם שיח. יחד עם זאת, הוא מבין כי לעתים קיים צורך להכות, אך מורה לעשות כן במתינות האפשרית.

בעיית "חוצפא ישגא" המשיכה לאפיין גם את הדורות הבאים. הרב אברהם יצחק הכהן קוק²⁹ מורה להעדיף בימיו (תחילת המאה העשרים) באופן ברור שימוש בדרכי נועם על שימוש בענישה גופנית כפתרון אמיתי לבעיית "חוצפא ישגא", הגורמת למרד ולזלזול בהורים ובמורים ובבעיטה במוסכמות. על המחנכים לפנות אל הדור הצעיר בדרך מושכלת ובדרכי נועם, שלא מתוך הטלת מרות ושררה, ובוודאי לא בדרך של אלימות גופנית או מילולית, אלא לחנך את הילדים לפי דרכם ולהשתדל להוות להם דוגמה אישית.³⁰ הרב קוק סבור כי זוהי דרכה של ההלכה מימים ימימה.

אם כן, אף שחכמי הדורות האחרונים מעדיפים דרכי חינוך אחרות, עדיין לא אסרו באופן מוחלט את הענישה הגופנית. מגמה זו נמשכת גם בקרב רבנים ואנשי מוסר וחינוך רבים בני דורנו.³¹

ההכאה לשם חינוך הותרה אפוא מעיקר הדין העברי, הוא הזרם השמרני-מסורתי, אף שמדובר בהיתר בזעיר אנפין ובמשורה, התחום בגבולות ברורים. הסייגים להיתר רבים ומורכבים, ורק מחנך העומד בכל הסייגים כולם, רשאי לנקוט ענישה גופנית, וגם אז מומלץ לו לנסות תחילה דרכים חלופיות. מאחר שענישה גופנית היא דרך לאכוף חיוב, מצוות החינוך והתוכחה, ואינה מצווה בפני עצמה, אין מדובר בחובה ובציווי פוזיטיבי להשתמש בדרך חינוך זו, אלא בהיתר עקרוני בלבד.

בזרם המודרני משתקפת פסיחה על שני הסיפים, בין הצהרה ברורה בדבר אי הכדאיות בשימוש בענישה גופנית לבין אי אכיפה ברורה של אותה הצהרה. הפוסקים אינם אוסרים

28 רש"ר הירש **יסודות החינוך – שיחות פדגוגיות**, עמ' סה (חלק שני, התשי"ח). דבריו, שנכתבו בספר מוסר וחינוך, אינם בבחינת פסק-הלכה, אך אין להתעלם מחשיבותם משום היות הכותב אחד מגדולי מנהיגיהם של האורתודוקסים בגרמניה ובעולם הדתי באירופה במאה הי"ט.

29 במאמרו "הדור", **אדר היקר ועקבי הצאן**, עמ' קז-קטז (ירושלים, התשמ"ה). וכן בספר המפרש סוגיות בתלמוד על דרך דרש ואגדה, **עין אי"ה למסכת ברכות** (ירושלים, התשמ"ז) עמ' 31, פסקאות ע-עא.

30 יחד עם זאת, יש להדגיש כי היה מי שהגיע מנקודת הפתיחה של "חוצפא ישגא" לתוצאה הפוכה. ראו א"א דסלר **מכתב מאליהו** כרך ג' 360–361 (לונדון, התשל"ז), שנכתבו על ידו בשנת התש"ט בבני-ברק.

31 לפירוט, ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 435–440.

את הענישה הגופנית באיסור פלילי, וגם חכמי המוסר נזהרים מלקרוא במפורש לעשות כן, אך גישתם ברורה.

יש להדגיש כי הזרם המודרני ניצב לצידו של הזרם השמרני-מסורתי, ולא במקומו, במיוחד כשעדיין אין לו ביטוי הלכתי נחרץ אלא בספרות המוסר בלבד. כניסתו של הזרם המודרני שינתה אמנם דבר במערכת ההלכתית, אך עדיין לא במונח הנורמטיבי. ההלכה ה"יבשה" נותרה כמעט כפי שהייתה קודם לכן, אך גם כאן מדובר בהיתר מסויג מאוד להעניש גופנית, שכדי להשתמש בו יש לעבור מכשולים רבים. אין לשלול התפתחות מסוימת (אף שקשה לראות בטווח הקרוב פוסק שיאסור על ענישה גופנית במפורש), שכן ענישה גופנית אינה חיוב פוזיטיבי, אינה אחת מתרי"ג מצוות, אלא רק אחת מן הדרכים לאכוף מצווה, בבחינת "הכשר מצווה", ויש לצידה דרכי חינוך אחרות שהן עדיפות יותר ופוגעניות פחות. ייתכן שהזרם המודרני הוא מעין שלב ביניים המכין את לבבות הציבור לשינוי עתידי גם בקרב הפוסקים. ובכל זאת, עדיין לא נעשה צעד מפורש בכיוון זה. עם כל זאת, מגמתו של הזרם המודרני, גם אם עדיין לא חלחלה למקורות ההלכתיים-הנורמטיביים, אינה שולית וזניחה.³²

3. "חושך שבטו שונא בנו"³³

האסוציאציה הראשונה בקרב רבים לגבי גישת המשפט העברי בסוגיית ענישה גופנית לילדים היא הפסוק "חושך שבטו שונא בנו", בלא לתת את הדעת במקרים רבים לחלקו השני של הפסוק: "ואהבו שְׁחָרוּ מוסר". אין ספק שיש בספר משלי הוראות חשובות לחינוך ילדים, אך דומה שאין מדובר בספר נורמטיבי במונח המקובל של המונח. ולפיכך, לצורך בירור הדין עצמו, יש לפנות תחילה אל המקורות ההלכתיים ה"טהורים".³⁴ על כל פנים, נפנה לבחינת הפסוק.

פסוק זה נתפרש לכמה פנים. הפירוש הפשוט והמקובל שלו רואה בהורה שאינו מכה את ילדו כהורה שאינו אוהבו, ואין ה"שבט" וה"מוסר" הנזכרים בו אלא הכאה. לפי פירוש נוסף, יש לפרש "שבט" ו"ייסורים" כהכאה וכהצלפה בשבט הפה והלשון, דהיינו בנזיפה ובתוכחה דברים או במבט זועף המשקף אכזבה, אך לא, או לאו דווקא, על

³² למקורות הספרותיים-מוסריים העבריים מקום של כבוד, לעתים מעבר למקום השמור לכתבי מלומדים בדין הכללי. אין הם מהווים אך השראה ואפציה ללימוד והשלכה. הם עשויים בהחלט לגרום, לפחות לחסידי החכם שכתב את דברי המוסר, לפעול לפי המלצותיו והנהגותיו. במקרים רבים, מדובר בחכם שהוא פוסק ואיש הגות כאחת, הבוחר לפרסם את דבריו דווקא בספר מוסר או אגדה בלא לפסוק הלכה מפורשת במסגרת פסקי ההלכה שהוא מוציא מתחת ידו.

³³ משלי יג, כד. חלק זה מבוסס על שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 375–381.

³⁴ ההוראות שבספר הן עצות המכוונות לשכלו של האדם בדרך שאינה אופיינית לקודקס נורמטיבי. אך, יחד עם זאת, ועל אף שספר משלי עצמאי בדרכו ובגישתו, ברור שאין הוא מנותק מן הנאמר בתורה, ופסוקיו משמשים לא אחת כאסמכתאות לחיזוקם של מקורות נורמטיביים, כך שיתכן שניתן לראות בהם הוראות מעין-נורמטיביות.

דרך של הכאה.

לפי פירוש אחר, אין "שבט" אלא כל צורה של התוויית מסגרות וגבולות בהתאם לאופיו של הילד ולמידת מוכנותו לקבל את המוסר שמטיפים לו הוריו או מוריו. יש ילדים שאין צורך להוכיחם כלל, יש ילדים שצריך להוכיחם דווקא בדיבור ויש שרק הכאה או עונש אחר יכולים להשפיע עליהם, כגון שלילת מנת ממתקים. פירוש זה משתלב בהרמוניה עם פסוק מפורסם אחר בספר משלי: "חנך לנער על פי דרכו, גם כי יזקין לא יסור ממנה" (משלי כב, ו). לפי פירוש זה, הפסוק אינו מדבר על שאלת דרך יישום החינוך, אם כי לעתים דווקא חינוך נכון, המקנה מסגרת וגבולות לילד מקטנותו, עשוי למנוע צורך להשתמש בענישה גופנית או להעניש בכלל. אם כן, פירוש זה אינו סותר בהכרח את הפירוש המקובל לפסוק, אך לפיו יש לחפש את הדרכים הפרטניות ליישום ההנחיה הכללית במקומות אחרים, בספר משלי או מחוץ לו.

הפירוש הרביעי הוא המיוחד מכולם וגם עולה בקנה אחד עם דעת ההלכה שהבאנו לעיל. פירוש זה רואה הבלד בין מי שאינו שונא את בנו, ולכן מכהו לשם חינוכו, לבין מי שאוהב את בנו, ולכן מקדים מוסר להכאה. הפסוק נאמר על דרך ההיפוך: לפי חלקו הראשון, מי שמונע מבנו את שבט מוסרו הוא שונאו, ולפיכך מי שאינו חושך ממנו את שבטו אינו שונאו. אך יש מעלה גבוהה מכך, היא מעלת מי שאוהב את בנו, והוא דואג לשחרו מוסר, דהיינו להקדים וללמדו מוסר בדברים לפני שהוא פונה אל השבט. הורה זה עדיף על הורה שאמנם אינו שונא את בנו אך פונה מיד אל השבט. יש להשכיל להגיע לשבט רק בשלב השני, רק בלית ברירה ובדיעבד, רק אחר שמתברר שהקדמת המוסר בדברים אינה עולה יפה. אם כן, דרך השבט, גם אם נפרש אותה כהכאה ממש, אינה פסולה, אלא שיש דרך עדיפה הימנה – להקדים מוסר להכאה, הן כרונולוגית, לנסות תחילה לדבר עמו ורק אחר כך להכותו, הן מבחינת מדרג העדיפויות בחינוך, שכן הדיבור עדיף מן ההכאה ועשוי למנוע אותה. הרי לנו פירוש העולה בקנה אחד הן עם הזרם השמרני-מסורתי בהלכה, שאינו אוסר ענישה גופנית אלא מסייגה, והן עם הזרם המודרני, המעדיף דרכי חינוך אחרות.

אם כן, גם ספר משלי, בפסוק המפורסם ביותר בו לענייננו, מעדיף, ככל הנראה, מוסר על הכאה ומבכר דיבור על ענישה גופנית. אמנם הוא אינו פוסל גם את ההכאה כאמצעי ענישה חינוכי (אם כי לא במקל), אך הוא מנשא למעלה גבוהה יותר את מי שבוחר לדבר תחילה על לב הילד, ולא להכותו.

4. הדין העברי במי שמתקשה לחנך את ילדיו או שאין לו כישורים מתאימים לכך

הורה המתקשה בחינוך ילדיו, אם עקב היעדר סמכותיות ואם מפני שילדו בעל אופי קשה לחינוך מטבעו, עליו לחפש חלופות אחרות תחת ענישה גופנית. אחד הסייגים לענישה גופנית מדבר על הצורך להכיר את אופיו של הילד, שהסמכוהו לפסוק "חנוך לנער על פי דרכו". ילד שאינו מסוגל לקבל תוכחה בענישה גופנית, ולא נראה להורה או למורה שהוא עתיד לשוב מדרכו הרעה לדרך הטוב לאחר הכאה, אסור להכותו, אף אם הוא בגיל שמוטר

להכותו באופן עקרוני ואף אם ההורה או המורה עמד בשאר הסייגים. לשם כך, על המחנך להכיר היטב את אופיו של הילד. במקרה דנן, פרשת הרנוי, יש לבחון אם האב החורג, שנישא לאמו של הילד זמן קצר לפני שהחל להכותו, אכן הכיר אותו ואת התנהגותו לפני ולפנים, ואם אמנם הביא בחשבון את קשייו של הילד ש"קיבל" למעשה אבא חדש רק לפני זמן קצר.

נוסף על כך, אם ההכאה נעשתה מתוך כעס, ואם ההורה חש שאינו מסוגל לשלוט על עצמו כראוי ולחנך את ילדו בדרך אחרת, הריהי אסורה.³⁵

הדין העברי מנסה לחנך את ההורה והמורה בהציבו לפנייהם משנה סדורה ומפורטת. לפיכך, נראה שלא ניתן יהיה לקבל טענה של הורה שכיוון שאין לו כישורים להסביר לילדו בדברי נועם, הוא מכה אותו לשם חינוכו. למעשה, הדין העברי אינו מתייחס לכישורים ההתחלתיים של ההורה. הוא מפנה אותו ללמוד על מנת לקיים ולעשות, ואם הדבר אינו עולה בידו בהתאם לסייגים, הוא כלל אינו מורשה להשתמש בענישה גופנית לשם חינוך.

5. היחס בין ספר "אורחות צדיקים" לבין המקורות העבריים הנורמטיביים

ההסתמכות על ספר המוסר "אורחות צדיקים" הלכה למעשה היא בעייתית לענייננו ולזמננו. רוב המקורות ההלכתיים גורסים אחרת. לא ברור כלל ועיקר שכוונת מחבר הספר (שאינו ידוע) להחמיר בדרך חינוך הילד יותר ממה שנפסק על ידי גדולי הפוסקים, כגון הרמב"ם והשולחן ערוך, האוסרים להכות את הילדים "מכת אויב, מכת אכזרי" אלא להסתפק במכה קטנה וסמלית בשרוך הנעל, "ערכתא דמסנא".³⁶ ייתכן שיש להעמיק בדברי "אורחות צדיקים" ולהבין שאינו מתכוון לומר שמותר להכות הכאה אכזרית אלא, כפי העולה מן הרישא של דבריו, לא להכותו בלא הרחמים הטבעיים שיש לאב על בנו אלא מתוך שכל ולא מתוך הרגש.

אך גם אם נקבל את דברי "אורחות צדיקים" כפשוטם, עדיין הם מכוונים רק להכאה לשם חינוך. במקרה שלפנינו, אין זה ודאי שההכאה נעשתה למטרות חינוך ושהיא צופה פני עתיד. אדרבה, יש כאן חשש שהילד הוכה מתוך כעס ובתדירות רבה. על כל פנים, אם יש דיון הלכתי נרחב בשאלת ההתנגשות האפשרית בין דין המדינה לדין העברי, יש לבחון

³⁵ ייתכן שיש להסיק כאן מדבריו של הרב פינשטיין במקרה של זוג הורים שהתלוננו לפניו שמתוך חולשתם אינם יכולים לחנך את ילדיהם אלא על ידי הכאתם והדבר אף גורם להם מחלת עצבים. הרב פינשטיין התיר להם להשתמש לפחות לזמן-מה באמצעי מניעה, היתר לא פשוט מבחינת ההלכה, כדי שלא יביאו לעולם ילדים נוספים ושלא יאלצו להכות גם אותם (שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן סח). אמנם, ההיתר ניתן במקרה קיצוני ובנסיבות מיוחדות, שהרי הרב פינשטיין מתיר בדרך כלל להסתייע בענישה גופנית מבוקרת, אך עדיין יש לפסק מעין זה, היוצא מתחת קולמוסו, חשיבות רבה. מובן שבכל זאת יש להיזהר מלהסיק מסקנה גורפת מפסק הלכה מיוחד מעין זה.

³⁶ בעל הספר הכיר בוודאי את עיקרו של הדין, שהרי הספר נתחבר במאה ה'ט"ו, והוא מסתמך על חיבורו הגדול של הרמב"ם, "משנה תורה", שנכתב כ-500 שנה לפני כן, כמו על ספרים מפורסמים אחרים, כגון: "שערי תשובה" לרבינו יונה, "ספר חסידים" לרבי יהודה החסיד ו"חובות הלבבות" לרבינו בחיי.

בסוגיה זו כבסוגיות אחרות את המקורות הנורמטיביים המייצגים להלכה, ונראה כי ספר זה אינו אחד מהם, עם כל חשיבותו.

6. הניתן להתאים את הדין העברי לכל דור ודור?

האם הפוסקים וחכמי ההלכה יכולים להתאים את ההלכה ולהגמישה למצב הקיים בכל דור ודור בהתאם להתפתחויות? מצינו לא פעם שההלכה אינה קופאת על שמריה. ההלכה גמישה ודינמית, מתאימה את עצמה למקום ולזמן וקשובה לשינויים ולהתפתחויות, כל זאת – במסגרת ההלכתית. כך, למשל, ניתנה לחכמים אפשרות לתקן תקנות בהתחשב במקום ובזמן.³⁷ ניתן לומר אפוא באופן כללי שכל דור מתאים את ההלכה לדורו, לפי אופי הילדים והמחנכים, ויש האומרים זאת במפורש גם לעניין הענישה הגופנית.³⁸ אך עדיין העמדה ההלכתית הנורמטיבית ברורה: היתר מסויג. התאמת ההלכה למקום ולזמן היא אפשרית רק במסגרות ההלכתיות הקיימות. אין מניעה עקרונית לשנות את דין הענישה הגופנית ולאסרה לחלוטין, במיוחד כאשר מדובר ב"שב ואל תעשה", דהיינו בהוראה שלא לעשות דבר (או להפעיל חלופות), אך, כפי שנאמר, צעד בכיוון זה לא נעשה עדיין.

7. היחס בין הדין העברי לדין הישראלי, הלכת פלונית והלכת ראסי, והשפעתן על המקרה הנדון

גם בימינו, למרות התפשטותו של הזרם המודרני, עדיין הדין נשען על הזרם השמרני-מסורתי, שכן הזרם המודרני קיים בספרות המוסר והזרם השמרני-מסורתי גם בקרב הפוסקים. כאמור, בזרם השמרני-המסורתי יש היתר עקרוני לענישה גופנית כאחת מן הצורות לאכיפתה של חובת החינוך והתוכחה של ההורה כלפי הילד, ובלבד שההורה עומד בכל הסייגים.

ד"ר יחיאל קפלן נחרץ יותר; הוא משוכנע כי אילו היה עומד מקרה של ענישה גופנית, גם מתונה, לפני בית דין רבני היום, הוא היה אוסר אותה לחלוטין, מכיוון שהמגמה הברורה בדורות האחרונים היא לאסור ענישה גופנית.³⁹ לדעתו, אין הדבר כן. אמנם הזרם המודרני פורץ גבולות, אך עדיין לא הגיע לכדי הטלת איסור גורף על ענישה גופנית מתונה, במיוחד בשל העובדה שהוא קיים בעיקר בספרות המוסר, החינוך והוראה, ולא בקרב הפוסקים. אין גם להתעלם מהמשך קיומו הדומיננטי, ולו רק לעת עתה, של הזרם השמרני-מסורתי. זרם

³⁷ לשינויים במערכת הפלילית בדין העברי בהתאם לצורכי החברה והזמן, ראו למשל מנחם אֶלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט יג 27, בעמ' 28–29 (התשנ"ז).

³⁸ ח"ד הלוי קיצור שולחן ערוך מקור חיים (תל-אביב, תשמ"ג) שער שיש, פרק קכו, סעיף יד; מקור חיים השלם (תל-אביב, כרך ה' התשל"ד), פרק רנא, סעיף כ. למקורות אחרים, ראו שמואלי, ענישה גופנית בדין העברי, עמ' 428–429.

³⁹ י"ש קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" קריית המשפט ג 447, עמ' 447–487 (התשס"ג).

זה לכאורה אינו עולה בקנה אחד עם הלכת **פלונית** שנפסקה בשנת 2000 בבית המשפט העליון, האוסרת כמעט לחלוטין ענישה גופנית מכל סוג, ואפילו ענישה קלה, וגם ענישה העומדת בסייגים שנקבעו במשפט העברי. המשפט העברי ניסה "ללכת בין הטיפות", ולא בחר בפתרון הקל, הלא-יעיל והלא-מעשי לפי הטענה, לקבוע איסור גורף מלכתחילה על ענישה גופנית. בעשותו כן, בוחר המשפט העברי להתעמת עם הבעיות האמיתיות והיומיומיות בשדה החינוך. דרך זו אינה מתעלמת מעקרון טובת הילד ומזכויותיו, מ"כבוד האדם" ומ"כבוד הבריות", אך מביאה בחשבון גם את יעילות הענישה הגופנית כדרך חינוך. הלכת **ראסי** שקבעה בשנת 1953 כי ענישה גופנית מתונה וסבירה יכולה להיות מותרת, יכולה לעלות בקנה אחד עם עיקרו של הדין העברי; אך הלכה זו נהפכה למעשה בהלכת **פלונית**. לדעת קפלן, כאמור, קיימת חפיפה ולו מסוימת בין הדין העברי דהיום לבין הלכת **פלונית**.

אמנם, הלכת **פלונית** אינה מתייחסת לדין העברי,⁴⁰ אך נראה ששתיקתה היא למעשה התייחסות ברורה המעידה שלא ניתן לקבל כיום הגנה תרבותית ולזכות בדין דרך הגנה של ענישה גופנית לשם חינוך. כלומר, אי האמירה בפסק הדין בהלכת **פלונית** היא בהחלט אמירה נחרצת שענישה גופנית מכל סוג שהוא אסורה בהחלט, מכל טעם ומניע שהם. תוצאה זו, שהיא אולי נכונה עקרונית ומהותית, אפילו לדעות מסוימות, עלולה להחטיא את מטרתה, משום שציבור רחב מאוד בעם עלול להתבצר בעקבותיה בעמדתו נגד בית המשפט העליון והאקטיביזם השיפוטי שלו. לטעמי, התייחסות למקורות המשפט העברי, אפילו בקצרה ואפילו התייחסות מגמתית בהתאם למנסרה הפרשנית שכל שופט מעביר דרכה את המקורות שהוא מסתייע בהם, הייתה עשויה לרכך את התחושה הזו ולנטוע באוכלוסייה זו תחושה אחרת לגמרי או לפחות מנסה לעורר רב-שיח מהותי וממשי בסוגיה זו. הדבר בולט עוד יותר על רקע העובדה שבפסק הדין בהלכת **פלונית**, פנו השופטים לשיטות משפט זרות (ארה"ב, אנגליה, קנדה וסקנדינביה) לשם השוואה.

יש לציין כי ערכאות נמוכות יותר במשפט הישראלי לא קיבלו בשלוש פרשיות שנדונו לפניו בעת האחרונה הגנה תרבותית שמקורה בטענה שיש להתיר ענישה גופנית לפי הדין העברי, אך הן מצאו לנכון להתייחס לדין העברי בסוגיה זו. בשלושת המקרים הללו נחשפו מעשים חמורים של הנאשמים, ומשום כך לא היה מקום לכל תוצאה אחרת. אך בית המשפט ניסה לדבר אל הנאשמים "בשפתם" ולקעקע את טענות ההגנה שלהם תוך כדי התבוננות

⁴⁰ וחבל שכן הוא הדבר, שכן חברתנו היא חברה רב-תרבותית, שחלק גדול של האוכלוסייה הוא אנשים דתיים, בין חרדים, בין דתיים לאומיים ובין מסורתיים. ראו ב' שמואלי **ההתערבות המשפטית ביחסי הורים וילדים** 47–49 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, התשס"ה). ניתן היה בהחלט להשתית את הפסיקה באותה פרשה, שכללה התעללות גם על פי הדין העברי, שכן השאלות שעלו בהלכת **פלונית**, ואולי במובן מסוים גם במקרה שלפנינו, אינן של ענישה גופנית קלה כלל ועיקר אלא של מכות נאמנות הגובלות בהתעללות, האסורות מכול וכול גם לפי הדין העברי. ראו שמואלי, **ענישה גופנית בדין העברי**, עמ' 445–446.

מעמיקה במנהגיה של הקבוצה התרבותית שהם חיים בה, כלומר הדין העברי, ותוך בחינת דין זה לעומקו ודיון במגוון הדעות שבו.⁴¹ זו נראית כדרך שראוי לנקוט במיוחד בחברה רבת-תרבותית. אם החברה משליטה את דרכה על אותם מגזרים, לכל הפחות ראוי לה לנהל דיאלוג מסוים, אפילו מוגבל, עם אותם מגזרים. ואכן, עיון מדוקדק במקורות המשפט העברי יכול היה להראות בקלות כי התנהגות כזו, הכוללת באחד המקרים שימוש תדיר באביזרים לצורך ענישה, ובמקרה אחר גם פעולות מיניות, הכאה אלימה של הילדים וביושם, אסורה מכול וכול לפי כל גישה וזרם במשפט העברי.

יחד עם זאת, יש לציין כי הלכת **פלונית** מותירה פתח מסוים לזיכוי מעבירות של ענישה גופנית, לאו דווקא בגין הגנה תרבותית, אם מתמלאת אחת מן ההגנות הכלליות הרלוונטיות בחוק העונשין, כגון שיקול דעתן של רשויות התביעה שלא להעמיד לדין (דבר

41 (1) ת"פ (שלום י-ם) 2833/01 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם): השופט רחל שלו-גרטל, שופטת בית משפט השלום בירושלים, התייחסה לענישה גופנית של ילדים חרדים על ידי הוריהם. אמנם השופטת לא קבעה מסמרות בשאלת עמדתה של ההלכה, אך העירה כי הכאת קטין לשם חינוכו חורגת מן הכלל האוסר להכות כל אדם, ושכל מקרה, התנהגות האב הנאשם חרגה מן המותר גם על פי המשפט העברי. זוהי אמירה קצרה וממצה, גם אם אין בה משום כניסה לעובי הקורה. אמירה כזו יכולה ליצור הזדהות עם פסיקת בית המשפט גם בקרב הציבור הדתי.

(2) ת"פ (מחוזי חי') 368/02 **מדינת ישראל נ' א"ג ואח'**, תק-מח 2004(3) 1126 (2004). בפסק דין זה, שניתן על ידי השופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה, נדונה, לאחר הלכת **פלונית**, טענתם של זוג הורים שנאשמו בהתעללות ובתקיפת ילדיהם שהם אנשים דתיים ופעלו בהתאם למקורות העבריים. השופט התייחס בהרחבה לטענתם, סקר את מקורות המשפט העברי, הציג את הגישות השונות, הביע צער על שהסנגור לא בחר לתמוך את טענתו במקורות מן המשפט העברי, וציין בהרחבה באמצעות אזכור מקורות ענפים את תרומתו של המשפט העברי למשפט המדינה באמצעות חוק יסודות המשפט וההשראה הפרשנית לביטוי "יהודית ודמוקרטית" בחוק היסוד. דרך זו עשויה בהחלט לסייע ליצירת הזדהות עם הפסיקה בקרב ציבור מאמין, אף בלא קשר לתוצאה, במיוחד בשל העובדה שהשופט הציג שתי גישות במשפט העברי בסוגיה זו, גם אם, בסופו של דבר, הוא אימץ רק אחת מהן. השופט אף ציין כי "דווקא ממי שמבסס את אורחות חייו על הוראות ההלכה, ניתן היה לצפות לדאגה ולקשב רב יותר לצרכי ילדיו".

(3) ת"פ (מחוזי חי') 117/01 **מדינת ישראל נ' וייספלד**, תק-מח 2004(3) 3652 (2004), לפני השופטים ג'ובראן (אב בית-הדין), ג'רג'ורה ושפירא: במקרה זה, שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה, דובר במורה ב"חדר" שפגע מינית, פיסית ונפשית, בילדים בני ארבע שנים עד שש שנים במשך שנות עבודתו. הנאשם טען כי כל מעשיו, כולל אלה הנראים כמיניים, נעשו רק כדי לחנכם. לדבריו, הוא גדל בבית חרדי, כך חינוכו אביו וכך חינוך סבו את אביו, ולכן נהג גם הוא כפי שנהג, והכול בהתאם להשקפה החרדית. יחד עם זאת, הוא הביע חרטה ושילם פיצויים לכל ילד כחלק מעסקת טיעון. בית המשפט הוסיף את המעשים תוך שהוא מתייחס למגזר שהנאשם בא ממנו. בית המשפט התייחס באופן מאוזן לזרמים במשפט העברי והכריע עקרונית כאחת הגישות, הנוטה לאסור ענישה גופנית בימינו, תוך שהוא מטיח בפני הנאשם שמעשיו חורגים אף מן המותר גם לדעת מי שמתיר ענישה גופנית בדין העברי. הם אסורים גם לפי תפישת העולם של הקהילה הדתית והחרדית ואסורים גם לפי תפישות היסוד של מדינת ישראל.

שאינו מהווה, לעניות דעתי, הגנה של ממש בפלילים, אלא כלי סינון של רשויות התביעה), "זוטי דברים" או הגנה חדשה שמצביעה עליה דעת הרוב, שהיה זה רק "מגע קל גם אם תקיף לצורך שמירה על הסדר". שתי ההגנות האחרונות יכולות לעלות בקנה אחד עם הדין העברי, בעיקר אם עמד ההורה בסייג של חומרת ההכאה, ושהיכה את הילד קלות ורק למען חינוכו. עם זאת, פרשנות זו תתקבל רק בדוחק, שכן כוונת ההגנה האחרונה, כך יש לשער, הינה לפטור הורה מהעמדה לדין במקרים שבהם למשל הלביש את ילדו בכוח או גרר אותו כאשר הילד סירב לעזוב מקום מסוים. על כל פנים, הגנה זו נותרה עמומה ולא ברור מה נכלל בגדרה.

עולה אפוא כי הדין העברי הקלסי, דהיינו הזרם השמרני-מסורתי, עולה בקנה אחד לכאורה דווקא עם הלכת ראסי ולא עם הלכת פלונית. אולם יש לסייג קביעה זו בשני סייגים. הסייג האחד הינו שהדין העברי מפרט יותר מהלכת ראסי ומעמיד לפני ההורה והמחנך "משנה סדורה" של כלים מפורטים, מתי מותר להפעיל את אמצעי החינוך של הענישה הגופנית ומתי הדבר אסור. ואילו הלכת ראסי מסתפקת, כפי שקורה לעתים קרובות בדין הכללי, הנסמך על פרמטרים כלליים של סבירות ומתינות, המותרים שיקול דעת נרחב, אולי נרחב מדי, להורה ולמורה וגם לבית המשפט, בקביעה אם התנהגות מסוימת במקרה מסוים הייתה חוקית אם לאו.⁴² הסייג האחר הינו שבמקרים רבים, ולעניות דעתנו – גם במקרה שלפנינו, הדין העברי, גם לפי הזרם השמרני-מסורתי, עולה יפה עם הדין הישראלי החדש מאז שנת 2000, הלכת פלונית, והמעשים ממילא אסורים גם לפי הדין העברי, כפי שהיו אסורים, כך יש להניח, גם לפי הלכת ראסי, מכיוון שנראה שאינם בגדר הסביר והמתון. אכן, במקרה המתואר, נראה שההכאה לא הייתה קלה ואינה עומדת בסייגים של הדין העברי: אמנם הילד בן האחת-עשרה היה במועדים הרלוונטיים בטווח הגילים שמותר עקרונית להכות בהם ילד כדי לחנכו, בין גיל שש לבין גיל שלוש-עשרה, אך לא ברור אם המכות נועדו באמת לחנך את הילד, ולא היו מתוך כעס, וזאת יש לבחון. גם עצם העובדה שהיכה האב החורג את אשתו, אמו של הילד, לאחר שניסתה לגונן על בנה מעידה שיש להניח שההכאה לא נעשתה ביישוב הדעת, בחינת "תוכחה גלויה מאהבה נסתרת", אלא מתוך כעס וחימה בלבד. האב החורג היכה את הילד כמה פעמים, ויש חשש שמדובר בהכאות תדירות שהפכו לשיטה, וייתכן שגם לא הועילו לילד זה. הכאת הילד באיברים אחדים, כולל משיכת שערות ושריטות על הלחי, מעידות כמעט בוודאות שמדובר בהכאה חמורה, בחינת "מכת אויב", האסורה גם על פי הדין העברי. הכאה בראש היא מסוכנת, ונראה שכמוה גם משיכת שערות. לפי הדין העברי, מותר לסטור לילד קלות על הלחי, אך שריטת הלחי נראית כהכאה מוגזמת מעבר לכל מידה. לא ברור גם כלל ועיקר אם הוא הכיר את הילד די הצורך כדי לדעת כיצד לחנכו ואיזו דרך חינוך תועיל לו, שהרי

42 השוו לעניין זה לחוק הקנדי המפורט גם הוא: Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Attorney General in Right of Canada, [2004] S.C.C. 4 Benjamin Shmueli, וכן ראו: *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models*, 26 PENN. STATE INT'L L. REV. 57, 73–77 (2007)

מדובר באב חורג שהחל להכות את בנה של אשתו מיד לאחר נישואיהם. אף יש לבחון את השאלה כיצד נהג בו שלא בזמן ההכאה ומיד לאחר ההכאה: האם קיים את המאמר "תהא שמאל דוחה וימין מקרבת" אם לאו, ועשה את מה שעשה מתוך אהבה, ושהילד חש באהבתו אותו, או שמא גם לאחר שהיכה אותו לא קיים את חלקו השני של המאמר.

דומה כי במקרה הנדון, פרשת **הרנוי**, ההכאה הייתה חמורה ואינה בגדר "זוטי דברים" לפי הדין הפלילי הישראלי. דומה כי על אף עמימותה של ההגנה החדשה שנקבעה בהלכת **פלונית**, מעשיו של האב לא היו בבחינת "מגע קל גם אם תקיף", גם אם נועדו "לשמירה על הסדר". לא נראה שיכולה לעמוד להורה החורג הגנה תרבותית, במיוחד משום שמעשיו אינם מוצדקים ולא היו זוכים להגנה גם מכוח הדין העברי. בעניין זה, זהה ההלכה בדין העברי להלכה שנקבעה במשפט הישראלי, לכל הפחות לעניין חומרת ההכאה. יש כאן הפרה בוטה לפחות של סייג אחד, אם לא יותר. הסייגים מצטברים, ולכן אין לאב החורג היתר להעניש גופנית גם לפי הדין העברי.

8. סיכום

קשה לקבוע כי הזרם השמרני-מסורתי במשפט העברי כיום מוכן לאמץ דווקא את הרציונל של "הלכת פלונית". אדרבה, הוא נראה קרוב יותר מעיקרו להלכת **ראסי**. אך ניתן לומר כי הזרם המודרני בדין העברי, שברובו אינו נורמטיבי, אף שאין להתעלם ממנו, מתקרב יותר לקראת קבלת רציונל הדומה לזה שבהלכת **פלונית**, אם כי בדרך עדינה יותר של קביעת העדפות בחינוך והורדת הענישה הגופנית לתחתית סולם העדיפויות, ולא ביטולה כפי שנעשה בהלכת **פלונית**. ייתכן שהדין העברי מצוי כעת בשלב מעבר, ומייצב את עצמו בתווך בין הלכת **ראסי** להלכת **פלונית**. בכל מקרה הפער בין הדין העברי, גם בזרם השמרני-המסורתי שלו, לבין הדין הישראלי החדש אינו כה רב כפי הנראה לעין ממבט ראשון. במקרה דנן, נראה שאין צורך לקבוע מסמרות בדבר, מכיוון שנראה כי ההכאות המתוארות בכתב האישום חורגות ממילא מגדר המותר אף לפי הזרם השמרני-מסורתי. יחד עם זאת, יש לסייג את הדברים. חוות הדעת מתבססת על נתונים "יבשים" ומצומצמים יחסית, ויש לבחון את המקרה לפי עובדותיו במדוקדק, בעיקר לאור הסייגים להיתר העקרוני בדין העברי.

(ג) הכרעת הדין

בהכרעת דין ארוכה ומרתקת בת למעלה מ-60 עמודים, המוקדשת רובה ככולה לדין במקורות המשפט העברי, מקרה נדיר בפסק דין שניתן על ידי בית משפט ישראלי, ויש לקוות שירבו כמותו בישראל, הרשיע השופט פדר את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, תוך שהוא מדבר ב"שפתו" של הנאשם ומוכיח שאף לפי המשפט העברי, הוא ביצע עבירות חמורות ביותר. השופט פדר הסתייע בפסק דינו, בין השאר, בחוות הדעת של

מרכז ישמ"ע. מפאת אריכות הדברים לא נביא כאן את כל הציטוטים מפסק הדין, ונסתפק בקטעים מסיכומו של הדין:

ניתן לסכם ולומר כי גם אם המקור הנורמטיבי בהלכה הדתית קרוב יותר להלכת "ראסי", ברי כי הזרם המודרני אשר בדין העברי (אשר ברובו אינו נורמטיבי, הגם שלא ניתן להתעלם מחשיבותו, בשל רבויים, מעמדם וסגולותיהם של משקפיו), נוטה עד מאד לקבלת הרציונל של הילכת "פלונית" – למעשה – בקביעת העדפות בחינוך, והורדת הענישה הגופנית, גם הקלה והמתונה (להבדיל מזו שנהג בה הנאשם דנן), לתחתית סולם העדיפויות החינוכי.

ההלכה הישראלית ייצבה עצמה כיום, בהלכת "פלונית". מנגד, הואיל ומערכת הלכתית מתקשה לעמוד בפלורליזם, בעת יישום המסקנה למעשה, יתכן כי גם הדין העברי מייצב עצמו כיום בתווך שבין עקרונות הלכת "ראסי" להלכת "פלונית", ובמבט מעמיק, אכן לא נראית מחלוקת רבה בין הדין הכללי לדין העברי בענינו.

את הדגשים השונים המתהווים בדין העברי בדורות האחרונים, ניתן ללמוד מחילוקי הדעות בין ה"ה שמואלי לקפלן. בעוד שמואלי סבור כי מעיקר הדין העברי הענישה הגופנית לגטימית, הגם שההיתר לשימוש בה מסויג ומחושק במידה רבה מאוד עד כדי אי יכולת להשתמש בשיטת חינוך זו אלא במקרים מסוימים בלבד, מרחיק לכת ד"ר קפלן, ולדעתו: "ענישה גופנית אסורה, ככלל, במ. העברי, פרט למקרים מיוחדים בהם היא מותרת. בהדרגה הולך ופוחת מספר המקרים בהם היא מותרת. זוהי המגמה המצטיירת לגבי עמדת המשפט העברי בסוגיה, בפרט בתקופת הדורות האחרונים... עם שינוי העיתים, משתנים גם הדינים. המשפט העברי, בהדרגה, מכביד יותר על האפשרות להשתמש בענישה גופנית לצרכי חינוך".

ודאי וודאי, ששני הדינים (הכללי והעברי) חוברים יחדיו לאסור את מעשי הנאשם שבפני, לפי שלדעת הכל לא נמצא להם צידוק כלל וכלל. נראה שביישום הנורמות הראויות במדינת ישראל, יש כדי ליצור את הסינתזה הראויה בין ערכיה היהודיים של המדינה ובין ערכיה הדמוקרטיים. דווקא הנאשם – בבחירתו הסלקטיבית את הפרשנויות הנוחות לו בהלכה היהודית, ובכך "ממתק את הים הגדול" (ירושלמי ע"ז) – "עושה שבת לעצמו", ודוחה מפניו את הדעות המקובלות המוכרות, המתנגדות אף לענישה גופנית קלה, וטוען כי מיזג לסינתזה את הגישה ההלכתית/דתית לענישה חינוכית מתונה עם ערכיה של מדינת ישראל. אולם כיצד ועל בסיס מה בחר לו הנאשם את תואמי עמדותיו מתוך הספרות ההלכתית היהודית לשם ביצוע סינתזה זו? ...

ודאי שלא יעלה על הדעת כי הנאשם תומך את יתרות התנהגותו על ספר מוסר יחידני ושולי כ"אורחות צדיקים" (גם בעניין התנהגותו כלפי אשתו...), תוך התעלמות מוחלטת מגישה רחבה ועקבית של בעלי המוסר בענייני חינוך הקטינים ודרך גבר בעלמה, אשר דעתם שונה מן הקצה אל הקצה. בין כך ובין כך ברור כי הנאשם עושה בשביליה הרחבים והעמוסים של הספרות התורנית היהודית, על הנורמות שבה, כבתוך שלו – בוחר בזה ודוחה בזה. למותר לציין כי הכלל הידוע של "עשה לך רב" (עקביות השיטה), אינו מתיר זאת.

כללו של דבר, ש"תורה" דבורה על אופניה לא שמעתי מפי הנאשם, המנסה להצדיק מעשים נלוזים באיצטלא של צידוק הלכתי מובהק. איפכא מסתברא: מן התפיסה ההלכתית הנורמטיבית, העומדת במרכז הזרם המרכזי של הפסיקה הדתית (להבדיל משיטות או גישות שונות, מעבר זה ומעבר זה) עולה כי המגמות החינוכיות המודרניות – כפי שבאו לבטוי בהלכת "פלונית" – אינן עומדות בסתירה לדין העברי וזרמיו השונים (ר' מאמריהם הנ"ל, של ב' שמואלי ושל ד"ר קפלן).

דינמיות ההלכה היהודית מאפשרת לקלוט מתוכה עקרונות כלליים וגישות שונות ליישום מתאים בכל תקופה ותקופה.

בין כך ובין כך, גם עפ"י הלכת "פלונית" גם עפ"י ההלכה הישראלית שקדמה לה (פס"ד "ראסי"), כמו גם עפ"י המשפט העברי, ברי שמעשיו של הנאשם דכאן, כלל אינם באים בגדרה של "הענישה החינוכית", שיש לה מקורות ואסמכתאות בדין הדתי (בזרם השמרני מסורתי). כיצד? לפי עילות ההכאה, עצמת ותדירות ההכאה וכיוצ"ב. ב"ענישה גופנית" – ודאי שקשה, לא סבירה ולא מידתית – גם אם זו נעשתה באופן סובייקטיבי למטרה טובה, אין משום "תקון עולם", אלא ולעיתים משום קלקולו. יש להניח כי הנאשם, אשר נישא למתלוננת, וקיבל לאחירתו ילד בן 11 שנה, הכירו כדבעי, והיה עליו להתאים את שיטת החינוך המתאימה ביותר לילד זה, בבחינת: "חנוך לנער על פי דרכו".

כידוע, הדין העברי מפנה את האב ללמוד על מנת לקיים ולעשות בחינוך בנו, ואם הדבר אינו עולה בידו – אינו יכול, ואסור עליו, להשתמש בהכאה לשם חינוך.

נראה בעליל, בנסיבות דנן, כי ההכאה – כל כולה – לא הייתה למטרת חינוך וצופה פני עתיד. עולה חשש ממשי כי נעשתה מתוך כעס וחימה, ולא מתוך יישוב הדעת (בנסיבות בהן היכה הנאשם את אשתו, אמו של הילד, שניסתה לגונן על בנה), בתדירות (להבדיל מאירוע קל וחד פעמי), ובאיברים רגישים ושונים, כגון: משיכת שערות, בעיטות ושריטת הלחי, המהווים הכאה

חמורה, בבחינת "מכת אויב" – ועל כך חל איסור מוחלט, גם לפי גישת הזרם השמרני/מסורתי.

במקרה דכאן מתלכדים, איפוא, הדין הישראלי והדין העברי – לקבוע את אי הלגיטימיות ואי החוקיות של מעשי הנאשם בבנו, מה גם שברי כי מעשיו החמורים של הנאשם דכאן חורגים מהמותר, גם לפי אותן אמרות בדין העברי, עליהן סמך את הגנתו, ואשר מתירות ענישה גופנית מוגבלת קלה ומסוייגת.

לחיתום: אני מרשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכה"א [=בכתב האישום] לענין אלימותו בקטין.

פרק שלישי

קשר סיבתי בעבירת הריגה ושאלת ניתוקו על ידי מעשה "המתת חסד"

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

אדם ירה ופגע בראשו של אחר. הפגיעה הקשה גרמה לכך שהאדם שנפצע נותר במצב של "צמח" במשך חודשים ארוכים. לפני שחלפה שנה מיום פציעתו, נפטר הפצוע והיורה הואשם בהריגתו. חודשים אחדים לפני פטירת הפצוע, החליטו רופאיו להפסיק את הטיפול בו באנטיביוטיקה חרף דלקת שפשטה בגופו, וכדי להקל על סבלו של החולה הגדילו רופאיו במידה ניכרת את כמות התרופה לשיכון כאבים שניתנה לו עד אז, ואפשר שהחישו בכך את מותו עד מאוד.

נשאלת השאלה: האם היה בצעדים הרפואיים שנקטו הרופאים ובאלה שלא ננקטו על ידיהם כדי לנתק את הקשר הסיבתי הנדרש בעבירת ההריגה בין מעשה הירי והפגיעה באדם לבין מות הקרבן?

(ב) חוות הדעת

הקדמה

בראשית דברינו נאמר כי המשפט הפלילי העברי מבחין בין ארבע דרגות של אשם: מזיד, שוגג קרוב למזיד, שוגג ואונס.¹ מפאת קוצר היריעה לא נוכל לדון במסגרת זו בהבחנה בין הדרגות.² לענייננו די לציין שדינו של ההורג במזיד הוא עונש מוות, ודינו של השוגג –

¹ ראו רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ו, הלכות א-ד.

² וראו: ש' אלבק **יסודות העבירה בדיני התלמוד** 9–17, 141–165 (רמת-גן, התשנ"ז); י' חבה "מבחנים

לגלות לעיר מקלט.

נדגיש, כי אף על פי שיש דמיון מסוים בין ההבחנה הקיימת במשפט העברי בין מזיד לבין שוגג או שוגג קרוב למזיד לבין ההבחנה הקיימת בחוק העונשין הישראלי בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה, אין זהות ביניהן. עובדה זו מציבה קושי לא מבוטל בפני הניסיון להקיש מן המשפט העברי לחוק הפלילי המודרני. יחד עם זאת, יש לומר כי בשאלה העומדת לפנינו הבדל זה אינו רלוונטי, שכן אין התייחסות למצבו הנפשי של הנאשם ולעונש המוטל עליו, אלא רק לשאלת הקשר הסיבתי בין מעשהו לבין מות הפצוע. לפיכך, נדון בשאלה זו אך ורק מבחינת היסוד העובדתי של מעשה ההריגה, ונבחן מה נחשב להריגה לפי המשפט העברי, ואם העובדה שאדם אחר קירב את מיתתו של הנפגע מן הירי יש בה כדי לפטור את היורה מאשמת הריגת הפצוע. שני הסעיפים הראשונים מהווים רקע לדיון העיקרי (סעיף 3) בדינו של הנאשם-היורה.

1. שניים שהרגו יחד

שאלתנו קשורה לדינם של שניים שהרגו יחד. וכבר סיכם פרופ' אלבק את עמדת המשפט העברי בעניין זה. ואלה דבריו: "כדי לידע אם שני בני-אדם או יותר שעשו בשותפות עבירה אחת, חייבים כולם על מעשה העבירה או פטורים הם, או שיש מהם שחייבים ויש מהם שפטורים, יש לבדוק כל אחד מן המשתתפים בעבירה לעצמו... אם כל אחד מן העושים את העבירה עשה רק מקצת מעשה העבירה, ובצירוף מעשה חברו נעשתה כל העבירה, או שהוא עצמו עשה את כל העבירה".³

המשפט העברי קובע שעונש מיתה בגין ביצוע עבירת רצח מוטל רק על מי שביצע בכוונה מעשה רציחה מושלם בלא סיועם של אחרים. ואילו שניים שרצחו יחד אדם פטורים מעונש המיתה, כפי שפסק הרמב"ם:

הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות, ומת, בין שהכוהו בזה אחר זה בין שהכוהו כאחת – כולן פטורין ממיתת בית דין, שנאמר: "כל נפש אדם" – עד שיהיה אחד שהרג כל הנפש. והוא הדין לדחפוהו שנים או שכבשוהו שנים לתוך המים או שהיו רבים יושבים ויצא חץ מביניהן והרג – כולן פטורין.⁴

טעמה של הלכה זו נתבאר בידי ד"ר יעקב חבה, ואלה דבריו: "ברור שההימנעות מהטלת עונש מוות על שניים או יותר שהרגו במשותף, אינה נובעת מהעדר מחשבה פלילית או מאי-יכולת להוכיח מחשבה פלילית. נראה שגם כאשר ברור שהתכוונו להרוג יחד ונתקיימה הדרישה שלפיה נחשבים מזידים, לא יתחייבו מיתה בגין ההמתה. מאחר שהם ביצעו את

לקביעת רמת האשם בעבירת רצח במשפט העברי "קרית המשפט ב 265–293 (התשס"ב).

3 שם, עמ' 38.

4 הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ד, הלכה ו.

ההמתה יחדיו, הרי שכל אחד מהם לא ביצע 'מעשה המתה' מושלם כפי שהתורה רואה אותו, וממילא לא נתקיימו במעשהו יסודות עבירת הרצח שדינה מיתה"⁵. נמצא שיש ללמוד מדיוק הלשון בפסוק "כל נפש אדם" שחייב מיתה רק מי שהרג את כל הנפש ולא את מקצתה, כגון מי שהרג בשותפות עם אחר. לדעת חבה, "התנאי 'כל נפש' אינו נוגע לשאלת הקשר הסיבתי ואף לא לקשר סיבתי מורחב ונוקשה", והוא מסבירו בדרכים אחרות.⁶ ונדגיש שאין זה ברור אם הלכה זו חלה גם כשמעשה ההריגה נעשה בשוגג, שאז דינו של ההורג לגלות לעיר מקלט, שאז יש מקום לסברה שאין מקילים עליו אם קדם אחר והרג את הנרצח.⁷

לאור זאת, יש לבחון את עמדת ההלכה בעניינו של אדם אחד שגרם למוות ודאי של זולתו, ואילו אחר רק קירב את מיתתו. ויש לשאול: האם בכגון זה, הם נחשבים שותפים לעבירה, ויהיו שניהם פטורים מאשמת הריגתו? או שמא, מכיוון שהראשון גרם למוות בוודאי, הוא חייב? להלן נדון בעניין זה.

2. דינו של ההורג את הגוסס

2.1. הגדרת "טריפה"

השאלה שהובאה לעיוננו מתבססת על ההנחה שמדובר באדם גוסס שהרופאים רק קירבו את מותו. המינוח ההלכתי הרלוונטי לענייננו הוא "טריפה"⁸. הגדרת טריפה בבעלי חיים ידועה, ויש לה שמונה-עשר סימנים. טריפת אדם מוגדרת על ידי פרופ' שטיינברג כך: "אדם טריפה מוגדר כחי אלא שסופו למות"⁹. לעניין הגדרת אדם כטריפה, מצינו במקורותינו שיטות אחדות.¹⁰ יש הסוברים שהתנאים להגדרת טריפה באדם זהים לאלה שבטריפת בעלי חיים, ואף כאן נדרשים שמונה-עשר סימני הטריפה שקבעו חכמים להגדרת טריפה בבעלי חיים. לעומתם, הרמב"ם סבור שדרושה ודאות מוחלטת שסופו של האדם למות כדי שייקרא טריפה. ואלה דבריו: "וכל אדם בחזקת שלם הוא, וההורגו נהרג, עד שיודע בודאי שזה טריפה, ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם, ובה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר"¹¹. הפוסקים חלוקים ביניהם בשאלה אם הרמב"ם

⁵ 'חבה' דרישת המעשה בעבירת רצח במשפט העברי "דיני ישראל, כ-כא 503 (התש"ס-התשס"א).

⁶ שם, עמ' 509 ואילך.

⁷ ראו דיונו של חבה, שם, עמ' 510-511.

⁸ והוא נבדל מהמונח ההלכתי "גוסס". לאחר שנגדיר כאן מיהו בגדר טריפה, נשוב להשתמש בסעיפים הבאים במונח "גוסס", כשמעותו המקובלת בימינו, ולא נקפיד על ההבחנה במשפט העברי בין טריפה לבין גוסס.

⁹ א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ג, עמ' 3.

¹⁰ וראו י' אילני "הערה בנושא טריפה באדם" אסיא ז' 207-208 (התשנ"ד).

¹¹ הלכות רוצח, פרק ב, הלכה ת. ושם, הלכה ז, הרמב"ם דן בעניין הגוסס ובעניין "חולה הנוטה למות", ומחייב מיתה את מי שהורג אחד מהם, אלא אם כן מדובר בגוסס בידי אדם (כגון שהיכוהו עד שנטה למות) שלא כמו ההורג טריפה, שהוא פטור מדיני אדם.

מציב את התנאי הזה להגדרת טריפה באדם כתנאי נוסף על שמונה-עשר הסימנים שמגדירים על פיהם בעל חיים כטריפה. הרב פינשטיין סבור שהרמב"ם דורש שיתקיימו באדם שני הדברים, שמונה-עשר הסימנים והיות הפגיעה אנושה שאין להבריא ממנה.¹² אך יש פוסקים הסוברים שאין נדרשים שמונה-עשר הסימנים שנאמרו בתלמוד כקובעים מהי טריפה בבעלי חיים כדי לקבוע שהאדם הוא בגדר טריפה.¹³

חילוקי הדעות הללו אינם אמורים במקרה שהנפקות של הגדרת הטריפה היא הענשת הורגו. הרב פינשטיין סבור שלעניין הענשת ההורג, אין להסתמך על קריטריונים מוחלטים, אלא יש לשאול את הרופאים מה מצבו הרפואי של החולה, ועל פי זה להגדיר אם הוא טריפה אם לאו.¹⁴ הרב ויינברג דן בעניינו של אדם שפגע באחר והלה גוסס מחמת הפגיעה, ובא אחר והרגו. ואלה דבריו: "ולענין השאלה אי [=אם] הורגים את מי שעשאו טריפה ובא אחר וגמר הריגתו, זה תלוי אם הולכים בספק זה אחרי רוב".¹⁵ לדעתו, ההכרעה בשאלה זו תלויה בתשובה לשאלה אם ניתן לחייב אדם כרוצח על סמך העובדה שבדרך כלל סופן של טריפות למות.¹⁶

אין בידינו נתונים באשר למצבו הרפואי של הפצוע בעניין שהובא לפנינו, אך נראה מן האמור בשאלה שמדובר בפגיעה חיצונית שנגרמה כתוצאה מירי, שגרמה גם לפגיעה פנימית, והרופאים אומדים אותו שהוא עתיד למות, שמדובר במי שיש להגדירו לפי ההלכה כטריפה.

2.2. דינו של הורג טריפה

ומאחר שהפצוע הנזכר בשאלה מוגדר לפי ההלכה כטריפה, דין הרופאים שהחישו את מותו מובא בתלמוד הבבלי: "אמר רבא: הכל מודים בהורג את הטריפה שהוא פטור".¹⁷ וכן נפסק ברמב"ם: "ואם היה גוסס בידי אדם, כגון שהכוחו עד שנטה למות, והרי הוא גוסס – ההורג אותו אין בית דין ממיתין אותו. ההורג את הטריפה, אף על פי שאוכל ושותה ומהלך בשוק – הרי זה פטור מדיני אדם".¹⁸ וכותב חבה בטעמם של דברים: "אף הלכה זו עניינה מעשה ההמתה. הממית טריפה אינו מוגדר כמי שהרג אדם במלוא מובן המלה, ועל כן אינו נחשב לרוצח, שחייב מיתה בגין מעשהו".¹⁹

לאור הדברים הללו, נראה שהרופאים שטיפלו בפצוע אינם חייבים בגרימת מותו, ולכן

12 שו"ת אגרות משה, חלק ג, יורה דעה, סימן לו.

13 שו"ת אחיעזר, יורה דעה, סימן טז, אות ו. אך ראו אילני, לעיל ה"ש 10, המסכים עם שיטת הרב פינשטיין בהסברת דברי הרמב"ם.

14 הרב פינשטיין, לעיל ה"ש 12.

15 שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן ד.

16 י"מ גינזבורג **משפטים לישראל** עמ' שיח (ירושלים, התשט"ז), הציג שתי שיטות בשאלה זו.

17 סנהדרין ע"ב.

18 הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה ז-ח.

19 י' חבה, לעיל ה"ש 5, עמ' 504.

אין במעשיהם כדי לפטור את מי שירה בו, שהוא הראשון שגרם למותו.

3. דינו של המכה את חברו עד כדי גסיסה

עתה הגיעה העת לשאול את השאלה העיקרית: מה דינו של הנאשם-היורה, בהנחה שהירי גרם לגסיסת הפצוע?

ר' יצחק בר ששת מתייחס לשאלה הדומה לנידון דידן. ואלה דבריו: "הכוחו עשרה בעשר מקלות, בין בבת אחת בין בזה אחר זה – כלן פטורין... אלא אם כן נעשה טרפה במכה הראשונה, שאז השני פטור והראשון חייב".²⁰ מדבריו עולה הבחנה ברורה בין מקרה שאין ידוע מי גרם למיתה לבין מקרה שידוע שהראשון הביא למותו הוודאי, והשני רק קירב את מותו.²¹

הרב ולדנברג כתב כי, לפי שיטה זו, הפוצע את חברו פציעה העשויה להביא בוודאות למותו, חייב מיתה אפילו קודם שימות,²² והביא תימוכין לדעתו מן התלמוד הבבלי. במחלוקת בעניין מי שזרק תינוק מראש הגג מגובה שיש בו כדי להרוג את התינוק ובא אדם אחר והרג את התינוק לפני שמת. חכמים פסקו שהראשון חייב והשני פטור, מפני שהרג את מי שעומד למות ממילא, והוא רק קירב את מותו; ואילו הראשון חייב, מפני שגרם בוודאי למותו.²³

אמנם, יש מי שחולק על גישה זו, כגון בעלי תוספות,²⁴ הסבורים שאין לחייב את מי שגרם למות חברו אלא אם כן מת המוכה רק כתוצאה ממעשיו. אך אם נגרמה לפצוע לאחר פציעתו בידי חברו תאונה, כגון שנהרג במפולת לאחר מכן – ההורגו פטור. הרב משה הרש"ר מציג במאמרו שתי אפשרויות בהבנת דעת הרשב"א. האפשרות האחת: "אף דהראשון עשה מעשה שיש בו כדי להמית, ואלמלא הכהו האחרון היה מת ממכת הראשון, מכל מקום, כיון שעדיין לא מת, והכהו השני וקירב מיתתו, נמצא שזה מת במציאות מעטים של שני אנשים שהכוחו, פטור הראשון".²⁵ אך הרב הרש"ר מציג אפשרות נוספת, ולפיה גם הרשב"א סבור שאם ברור שהמכה הראשונה גרמה למות האדם, יש בכך כדי לחייב את מכהו. כמו כן, הוא מציג דעות של פוסקים רבים, שעולה מהן שהראשון שהרג חייב במות האדם. לעומתו, סבור הרב ויינברג שהרשב"א והראב"ד פוטרים את הראשון מגרימת מותו: "ויוצא מזה שהרשב"א והראב"ד חולקים על הרמ"ה, שסובר בעשאו טריפה – הראשון חייב".²⁶

20 שו"ת הריב"ש, סימן רנא.

21 וכן כתב אף ר' מאיר הלוי אבולעפיה, בפירושו יד רמה, לסנהדרין עח ע"א.

22 שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן כה, פרק כה.

23 בבא קמא כו ע"ב.

24 לסנהדרין עח ע"א בד"ה גוסס.

25 הרב מ' הרש"ר 'חיובי הצלה בחולים ומסוכנים' הלכה ורפואה ב, עמ' מז (התשמ"ה).

26 שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן ד, פרק ב.

נמצא שיש דעות אחדות בעניין זה, אך מרבית הפוסקים סבורים שיש לחייב את מי שפצע אדם פציעה אנושה. ואלה דבריו של הרב גינזבורג בעניין זה: "הכהו האחד מכה רבה הקרובה למיתה, ובא השני וחסלו – הראשון יענש במשפט רוצח גמור, והשני אין לו דין רוצח, אבל הוא צפוי לעונש מאסר לזמן ממושך".²⁷ לאור דברים אלה, נראה שיש מקום לחייב את היורה במקרה הנדון לפנינו בעבירת הריגה.

4. מסקנות

- א. לפי המשפט העברי, יש להטיל עונש (בגין עבירת רצח) רק על מי שביצע מעשה הריגה מושלם.
- ב. ההורג את הטרופה ("גוסס" במינוח המקובל בימינו) פטור מן העונש. הפוסקים נחלקו בהגדרת טריפה באדם, אך נראה שפצוע ירי שהרופאים מגדירים אותו כחסר סיכוי לחיות נכנס לגדר טריפה. לפיכך, נראה שאין לחייב את הרופאים שהחישו במעשיהם את מותו ברצח או בהריגה.
- ג. נחלקו הפוסקים בדינו של מי שפוצע אדם ומביא לגסיסתו, ובא אחר והחיש את מותו של הפצוע. לדעת מרבית הפוסקים, המובעת על ידי הרב גינזבורג, אם "הכהו האחד מכה רבה הקרובה למיתה, ובא השני וחסלו – הראשון יענש במשפט רוצח גמור, והשני אין לו דין רוצח, אבל הוא צפוי לעונש מאסר לזמן ממושך". לאור הדברים הללו, נראה שיש מקום לחייב את היורה בעבירת הריגה.

²⁷ גינזבורג, לעיל ה"ש 16.

פרק רביעי

שלילת חירות מחשוד או מנאשם שלא במאסר (חלופות מעצר)

הקדמה

בדיני העונשין של ימינו יש מגמה להרבות בשימוש בחלופות מעצר למיניהן, כגון: מעצר בית, ערובה, הרחקה וכדומה. לאור זאת, נשאלות השאלות הבאות: מה עמדת המשפט העברי לגבי מעצר בית וחלופות מעצר אחרות? האם נהגו לשלול את חירותם של חשודים לפני העמדתם למשפט באמצעות הגבלת חירותם במסגרת פרטית בלא לכלוא אותם?

שאלת הגבלתן של חירות האדם נוגעת בשאלות יסוד של תפישת המשפט המודרני. במדינת ישראל, מאז חקיקת חוקי היסוד, הולך ומתרחב הדיון בהשפעתם של חוקי היסוד על כל תחומי המשפט, כולל התמורות שחלו בדיני המעצרים. אולם מתברר שאין כל חדש תחת השמש. תורת ישראל עתיקת היומין כבר התמודדה עם שאלות יסוד כגון אלה לפני מאות שנים. כבוד האדם הוא ערך חשוב ממדרגה ראשונה בעיני התורה, גם כשמדובר בכבודו של העבריין מן הסוג הגרוע ביותר. לכן, כשבאים לבצע את העונש שהוטל על אדם, קשה ככל שיהיה, יש לחשוב על ביצועו בדרך מכובדת שאינה מבזה את העבריין אף אם הורשע בדין.¹ ואם בענישה של מי שהורשע כך, קל וחומר במי שעדיין הוא בחזקת חף מפשע, הן לגבי כבודו והן לגבי שאר חירויותיו.

לאור זאת, נבחן בקצרה את עקרונות המעצר של חשוד בעבירה או אף של נאשם בעבירה. לאחר מכן, נפנה לדון באפשרות להגביל את חירותו של מי שכבר הורשע, אך לא על ידי מאסרו, וננסה להרכיב את הדברים לכדי מסכת אחת, לאור עקרונות היסוד של כבוד האדם וחירותו לפי המשפט העברי. ראוי לציין כי חלק מן המקורות שהסתייענו בהם נדונים בהרחבה בספרות המחקר המודרנית: פסקיו ומאמריו של השופט פרופ' מ' אֶלון,² ספרו של

¹ ראו סנהדרין מה ע"א.

² ראו בעיקר מנחם אֶלון "המאסר במשפט העברי" בתוך ספר יובל לפנחס רוזן 171–201 (התשכ"ב).

השופט י' בזק,³ מאמרו של הרב ל' קמינר⁴ ועוד.

1. מעצר חשוד – כללי

פעולת המעצר לפני בירור דינו של האדם נזכרת כבר בתורה בשני מקרים: בעניין בן האישה הישראלית שקילל את השם, נאמר: "ויניחוהו במשמר לפרוש להם על פי ה'" (ויקרא כד, יב); ואילו בעניין המקושש עצים ביום השבת נאמר: "ויניחו אותו במשמר, כי לא פורש מה יעשה לו" (במדבר טו, לד).⁵

מן התלמוד הירושלמי⁶ עולה שניתן לעצור אדם אם הוא בגדר חשוד או נאשם, ויש ראיות לכאורה לביסוס אשמתו. וזה לשון הר"ן בעניין זה:

נראה מתוך הירושלמי, שמכיון שבאו העדים ואמרו לפני בית דין: "פלוגי גְדַף", אף על פי שלא קבלו עדותם – חובשין [=אוסרים] אותו. אבל אם לא באו העדים לפניו, אינו בדין לחבשו ולבזותו חינם.⁷

עינינו הרואות שאם השתכנע בית הדין בדבר קיומן של ראיות לכאורה לאשמתו של החשוד, אף שעדיין לא בדק את הראיות, ניתן לעצור את החשוד.⁸ אך מכלל "הן" אתה שומע "לאו": אם אין אפילו ראיות לכאורה, אין כל הצדקה למעצר.

עקרונות ברורים בעניין זה, שמהם יתדומהם פינה לדיני המעצר העבריים, נקבעו בידי הריב"ש, ר' יצחק בר ששת (ספרד-צפון אפריקה, המאה ה"ד). ואלה דבריו:

[שאלה:] אם יש רשות לבית דין להוציא את שמעון המסור [=המוסר] מבית האסורין בעֲרָבִים בטוחים, בסך נורא ובקנסות, שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב, אם יתברר הדבר; וענין המסירות.

תשובה: אין ספק שכל שיש בעובר העברה חשש חיוב עונש, שבית דין חייבים לחבשו ולאסרו בבית האסורים עד שיתברר להם שאין בדבר חיוב עונש, רק חיוב ממון לכד, ואין נותנין אותו בערבים, שהרי העובר, אם יראה שיתחייב בדין מידו, ברוח יברח, ומה יעשו בית דין לערבים, ומה יועילו כי יפגעו בהם והם לא עשו עברה? "טוביה חטא וזיגוד מינגיד" (פסחים קיג

3 י' בזק **הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה** (התשמ"א).

4 הרב ל' קמינר "עונש המאסר בישראל" **תחומין** ט 134–155 (התשמ"ח).

5 סנהדרין עז ע"ב. ממקורות אלה ואחרים למדו התנאים את אפשרות החבישה לפני משפט. עיינו שם. ועיינו גם אצל קמינר, לעיל ה"ש 4, עמ' 138.

6 ירושלמי, סנהדרין, פ"ז ה"ח, כה ע"א. וראו פירוש פני משה על אתר.

7 חידושי הר"ן, סנהדרין נו ע"א, ד"ה בכל יום.

8 ראו גם בזק, לעיל, ה"ש 3, עמ' 112–113.

ע"ב)?! ואם מפני שנתחייבו ונשתעבדו לכך, אין אדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו מחוייב אלא בדבר שבממון אבל לא בחיוב נפש. ועוד, שהעובר ילך לו בלי שום עונש, ולא מצינן לקיומי ביה "ובערת הרע מקרבך" (דברים יט, יט). ועוד, שמי שעבר עברה שיש בה חשש חיוב עונש, אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאיין ונותנין בדינו. וזהו ששנינו במכילתא: "ונקה המכה" (שמות כא, יט) – יכול יתן ערבים ויטייל בשוק? תלמוד לומר: 'אם יקום והתהלך בחוץ', מגיד שחובשים אותו עד שיתרפא' (סדר משפטים, פרשה ו). ולכן, אם ראו בית דין שיש ממש בדברי התובע, ושאלם יתברר הדבר שיהיה העובר חייב עונש בגופו – אין נותנין אותו בערבים.⁹

השופט אֶלון התבסס על דבריו הללו של הריב"ש בכמה מפסקי הדין שלו,¹⁰ תוך השוואת העקרונות האמורים בהם עם עקרונות דיני המעצר במשפט הישראלי. לפי פרשנותו, שלושה הם הנימוקים העולים מדברי הריב"ש למעצר חשוד. ואלה הם:¹¹

1. להבטיח את העמדת החשוד לדין.
2. להבטיח שירצה החשוד את עונשו, אם ימצא אשם.
3. לא ייתכן שחשוד בעבירה חמורה "יטייל בשוק" בזמן שבית הדין מעיין בדינו. נימוק זה ניתן לפרשו מבחינת "רעת הציבור", העשויים לתמוה על הסתירה שבקיום משפט על עבירה חמורה בה בשעה שהחשוד מטייל בשוק. אף ניתן לראות בנימוק זה כטומן בחובו נימוקים אחרים המקובלים עלינו. "טיול בשוק" של החשוד עלול לטשטש את הראיות, להטיל אימה על העדים, להוות סכנה לציבור מחשש לביצוע עבירות נוספות, וכיוצא באלה.

ונאמר עוד שהדיון במקורות ההלכה בחלופות מעצר¹² לחשוד לפני תום ההליכים המשפטיים מועט ביחס. ואולם, בעניין מעצר בית, נראה שניתן יהיה לדלות עקרונות מדיני המאסר העונשי, שמצאנו בהם חלופה להגבלת חירותו של הנידון, כפי שנביא להלן.

⁹ שו"ת הריב"ש, סימן רלו.

¹⁰ ראו לדוגמה: ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד (לב) 240 (1978); ב"ש 693/84 מדינת ישראל נ' ליתן, פ"ד מ(1) 544 (1984); בש"פ 2169/92 סויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338 (1992).

¹¹ ב"ש 71/78 הנזכר לעיל בהערה הקודמת.

¹² לעניין שחרורו בערבות של חשוד ראו המכילתא המצוטטת בתשובת הריב"ש (מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, פרשה ו, ד"ה ונקה המכה). אם כן, ערבות צד שלישי לא תועיל במקרה מעין זה. לשאלה, אם עיקרון זה נכון בכל עבירה, ראו דברי קמינר, לעיל, ה"ש 4, עמ' 139.

2. הגבלת חירותו של נידון או שלילתה שלא במאסר

במאמר העוסק במאסר במשפט העברי, מציג פרופ' אֶלון¹³ עדויות על קיומו של מנהג רווח בקהילה הפורטוגזית של גולי ספרד ופורטוגל שבהמבורג להטיל על נידונים עונש של מאסר בית. אמנם, אף על פי שנראה שהמנהג להעניש במאסר בית היה רווח בקהילה זו, ייתכן מאוד שלא היה מקובל בקהילות יהודיות אחרות. ואולם, אין זה מן הנמנע שהשימוש בכלי ענישה זה, הגבלת חירות העבריין, נעשה גם במעצר בית לחשודים לפני שהוכרע דינם.¹⁴

מלבד העדות ההיסטורית הנזכרת, דומה שניתן להביא ראיות אחרות לעיקרון בדבר הגבלת חירותם של מורשעים בעבירה:

1. **גלות לערי מקלט** – ידוע כי לפי המקרא, דינו של רוצח בשוגג לגלות לאחת מערי המקלט המיועדות לקליטת רוצחים בשגגה.¹⁵ ואף כי מטרתה המוצהרת במקרא של עיר המקלט, היא להגן על הרוצח מפני נקמת גואל הדם, נראה שאין זו מטרתה היחידה. יש לראות בגלות לעיר המקלט גם אמצעי ענישה וכפרה על הרצח.¹⁶ יש בה שלילת חירותו של הרוצח והגבלת חופש התנועה שלו, תוך מתן אפשרות לחיים נורמליים לרוצח מן ההיבט התעסוקתי והחברתי בתוך קהילה מוגדרת.¹⁷
2. **חרם ונידוי**¹⁸ – מעיקר הדין, נידוי או חרם מוטלים על עבירות מסוימות בלבד.¹⁹ אך דומה שכלי זה הלך והתפתח לאחר תקופת התלמוד בעקבות צמצום העצמאות השיפוטית של הקהילות. מכל מקום, ראוי לציין שבחלק מן ההגבלות המוטלות על המוחרם או על המנודה יש מאפיינים חזקים של הגבלת חירות התנועה והעיסוק.²⁰ משו"ת הריב"ש²¹ משמע שאף היו מצווים על המנודה או המוחרם **שיישב בכיתו ושלא ייצא לחוץ**,²² אף על פי שאין זה ודאי שהגבלת תנועתו של העבריין היא חלק מן הענישה שבחרם.²³

13 מ' אֶלון, לעיל, ה"ש 2, עמ' 198–199.

14 ראו מ' אֶלון, שם, בעמ' 186, הערה 7.

15 רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ה; **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ו, עמ' קכה, ערך "גלות".

16 ראו: מכות ב ע"ב; אור שמח, הלכות רוצח, פרק ו, הלכה יב; י' בזק, לעיל ה"ש 3, עמ' 45.

17 ראו גם א' ורהפטיג "גלות כחלופה למאסר" **פרשת השבוע**, פרשת מסעי, גיליון מס' 216 (התשס"ו).

18 ראו: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלד; **אנציקלופדיה תלמודית** כרך יז, עמ' שכה, ערך חרם א (כעונש וככפייה).

19 שולחן ערוך, שם, סעיף מג.

20 ראו: שולחן ערוך, שם, סעיף ב; **אנציקלופדיה תלמודית**, שם.

21 שו"ת הריב"ש, סימן קעג וסימן רמט.

22 ראו י' בזק, לעיל ה"ש 3, עמ' 52.

23 ראו מ' אֶלון, לעיל ה"ש 2, עמ' 198, הערה 3, האומר שהדבר לא נעשה כדי להגביל את חירותו של המוחרם או המנודה אלא כאמצעי למנוע את הקהל מלהיכשל באיסור שיחה עימו, שהוא חלק מן החרם

3. **הגליה** – עונש זה נהג בקהילות יהודיות אחדות. עבריינים הוגלו לתקופה מסוימת מן העיר והורחקו מן הקהילה. בדרך כלל, הרושם הוא שעונש זה הוטל בעקבות ביצוע עבירות חמורות, כגון: גרימת חבלה, אלימות כלפי בת הזוג, וכדומה.²⁴ מובן שיש בעונש זה משום הגבלה קיצונית של חירות האדם ושל חופש התנועה שלו. העולה מדברינו הוא כי לעניין ההיבט הענישתי, המאסר אינו האפשרות המועדפת כענישה.²⁵ אדרבה, יש דרכים ראויות אחרות שיש בהן הגבלה מידתית יותר של חירות הפרט,²⁶ במיוחד לאור השקפתו של המשפט העברי בעניין שיקומו של העברייני²⁷ ובעניין חירות האדם.²⁸

3. הגבלת חירותו של חשוד

לאור האמור בסעיף הקודם, נראה שניתן להסיק כי הגבלת חירותו של חשוד או אפילו של נאשם לפני שהוכרע דינו בדרך שאינה מאסר היא דרך ראויה יותר, כמובן בהתאם לשיקולים ולנסיבות של כל מקרה ומקרה.

אם ראינו שכך הוא הדין במאסר עונשי, כל שכן שהדברים אמורים גם במעצר חשוד או נאשם לפני תום ההליכים המשפטיים נגדו, שכן במעצר לפני תום ההליכים לא קיימים, בדרך כלל, שיקולים של גמול, כפרה או שיקום. השיקולים לשלילת חירותו של האדם אף בדרך זו צריכים להתמקד בקיומו התקין של ההליך המשפטי ובהגנה על החברה, ולא בניסיון לגמול לעברייני על מעשהו או שיהא במעצרו משום כפרה על העבירה שעבר ובוודאי לא משום נקמה.

אין כאן מקום להרחיב בשאלת חירות האדם במשפט העברי.²⁹ בפרט, ובהשקפה היהודית בכלל, אך ברור שיש צורך בקיומה של מידתיות באיזון בין הצורך של החברה לקיים את ההליך המשפטי ולהגן על עצמה לבין שלילת חירות הפרט. לפיכך, אף שראינו כי מעצר חשוד הוא הליך נהוג ומקובל במשפט העברי, הרי שעצם העובדה שהדין בו נעשה

או הנידוי. ואכן, כך עולה לכאורה מלשון הריב"ש שם: "ואנו נוהגים להכריז על המנורה או המוחרם בשווקים וברחובות, ומצוים עליו שישב בביתו ולא יצא לחוץ ידבר, כדי שלא יכשלו בו רבים, ושינהוג אסור בדברים האסורים לו".

24 ראו י' בזק, לעיל ה"ש 3, עמ' 52, ובמקורות המובאים שם, בעמ' 286, הערות 132–136. וראו דבריו שם גם לעניין שלילת זכויות "חזקת הישוב".

25 וראו מ' אֶלון, לעיל, ה"ש 2, עמ' 199, האומר שגם מבחינה היסטורית, אומץ המאסר העונשי על ידי המשפט העברי כחלק מהותי של מערכת הענישה רק במאה ה"ד.

26 ורפהטיג, לעיל ה"ש 17.

27 לתכלית הענישה במשפט העברי, ראו לדוגמה א' טננבוים "על מה ולמה מענישים", **פרשת השבוע** פרשת וארא גיליון מס' 11 (התשס"א).

28 ראו לדוגמה פסקי דינו של השופט מ' אֶלון המובאים לעיל ה"ש 10.

29 ראו לדוגמה דברי השופט מ' אֶלון, בבש"פ 15/86 **מדינת ישראל נ' צור**, פ"ד (מ) 706, 713 (1986).

במקורותינו בהקשר לעבירות חמורות, יש בו כדי לרמוז לנו שאסור להיחפז ולשלול את חירות הפרט בגלל חשד כלשהו.

4. מסקנות

- א. המשפט העברי מתיר, עקרונית, לעצור חשוד או נאשם אם יש ראיות לכאורה לאשמתו.
- ב. הנימוקים להיתר לעצור אדם דומים לאלה המקובלים כיום במשפט הישראלי, ובהם שיקולים של קיומו התקין של ההליך המשפטי עד תומו וניקיון הדעת הציבורית.
- ג. מן ההיבט העונשי, מעידים מקורות אחדים על קיומן של חלופות מאסר. באחת הקהילות, רווח במאה הי"ז המנהג לעצור עבריינים במאסר בית.
- ד. ניתן להסיק מסוגי ענישה שהיו מקובלים בבתי דין בעבר, שנהגו להגביל את חירות הפרט שלא במאסר, כגון: עונש הגלות שבמקרא, הגבלת חירות באמצעות הטלת חרם או נידוי או הגליה.
- ה. מעצר לפני הכרעת הדין אמור, מעצם טבעו, להגביל את חירות הפרט פחות ממאסר. לכן, ניתן להסיק שאם יש חלופות למאסר, יש לקיימן גם באשר למעצר.
- ו. לפי המשפט העברי, יש צורך במידתיות ובאיזון בין הצורך לקיים הליך משפטי תקין ולהגן על החברה מפני העבריינים לבין הפגיעה בכבוד האדם ובחירות הפרט.

פרק חמישי

שיקולי ענישה ושיקום בעבריינים קטינים

הקדמה

שאלת האיזון הראוי בין ענישתו של הקטין לבין שיקומו היא שאלה רחבה הנוגעת לעקרונות היסוד של דיני העונשין במשפט העברי, ובמידת מה גם לעקרונות דיני החינוך ביהדות. כמובן, לא נוכל לפרוש כאן את כלל דיני העונשין במשפט העברי ואת מה שניתן ללמוד מהם לשאלה הנדונה, אך ננסה להאיר עניינים אחדים ולשרטט בקווים כלליים סוגיות יסוד אחדות.

1. הכשרות המשפטית והאחריות הפלילית במשפט העברי

מאחר שאנו דנים בכני נוער, חשוב להבחין בין התחום המשפטי, שבו הגדרת "קטין" על פי החוק הישראלי אינה דומה להגדרת "קטין" על פי המשפט העברי, אף שיש לעתים נקודות השקה ביניהן, לבין התחום החינוכי-טיפולי, שבו ייתכן שההבחנה היבשה בין בגיר לבין קטין הנקבעת על פי הגיל בלבד אינה ההבחנה היחידה שיש להביאה בחשבון. לפי המשפט העברי, יש שני שלבים עיקריים בחיי האדם לעניין האחריות הפלילית, בעוד החוק הישראלי מבחין בשלושה שלבים, שהחשוב בהם לענייננו הוא האמצעי, דהיינו הקטין בר העונשין בגיל 12–18.¹

לפי המשפט העברי, עד גיל 13 שנה האדם מוגדר כקטין, "קטן" בלשון המקורות, והוא אינו בר עונשין כלל.² בעבירות מסוימות, שעונשן בידי שמיים, הוא אינו נחשב בר עונשין עד גיל 20. מעל גיל 13 האדם נחשב בגיר, "גדול" או "איש" בלשון המקורות, והוא בר

¹ ראו סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

² ראו: סנהדרין סו ע"ב; רש"י, שם, ד"ה שניהם שוין.

עונשין לעניין האחריות הפלילית, לפחות בעבירות שעונשן בידי אדם.³ מכאן שכאשר אנו מדברים על שיקולי ענישה או על שיקום קטינים, כהגדרתם בחוק הישראלי, יש לזכור שבעיני המשפט העברי כבר הם בגדר בגירים, ואין הבדל פורמלי ביניהם לבין בוגרים בני 18 מבחינת דיני העונשין. לפיכך, שיקולי הענישה והשיקום בעולמו של המשפט העברי יהיו תלויים באישיות העבריין ובנסיבות העבירה ככלל אדם, וגיל העבריין הוא רק אחד מן הגורמים בהחלטה בעניין זה.

לגבי עבריינות קטינים שאינם בני עונשין, מצאנו שנחלקו הדעות בשאלה אם בית הדין ממונה על ביצוע צעדים למניעתה, כגון בענייני איסור והיתר.⁴ לעומת זאת, בעניין ענישת קטינים בעבריינות בתחום החברתי, בית הדין מוסמך, ואולי אף חייב, לנקוט צעדי ענישה שמטרתם להרתיע ולחנך. ואלה דברי הרמב"ם⁵ ושולחן ערוך⁶ בעניין קטן שגנב או הזיק:

ראוי לבית דין להכות את הקטנים על הגנבה כפי כח הקטן, כדי שלא יהיו רגילין בה, וכן אם הזיקו שאר נזקין.

מדברי הרמב"ם ושולחן ערוך עולים שני כללים חשובים. הכלל האחד הוא הצורך להתאים את הענישה לכוח הסבל הפיסי של הקטין, ואולי גם למידת בגרותו הנפשית, כפי שניתן לראות בעניין הענישה החינוכית, הדומה במידת מה לסוגייתנו, הכאת האב את בנו הגדול. חז"ל רואים בהכאה זו ענישה העלולה להשיג תוצאה שלילית, אם אינה מתאימה לבגרותו הנפשית של הבן. לפיכך, הטילו סנקציה חמורה, נידוי, על אב המכה את בנו באכזריות.⁷ הכלל השני הוא הגדרת הענישה החינוכית כצעד מניעת. ההכאה היא רק אמצעי הרתעת

3 עבריינות קטינים נדונה בהרחבה בספרות המחקר. ראו: I. Lebediger, *The Minor in Jewish Law*, 6 *JQR* 459–493 (1915); Hoenig S. B., *On the Age of Mature Responsibility*, 48 *IQS* 371–375 (1957) ב' כהן "לדיני קטן במשפט העברי והרומאי" **הדואר** מב 392–394 (התשכ"ג-התשכ"ד); הרב ש' גורן "גיל הבגרות לאחריות אישית ולאחריות לאומית" **מחניים** קג, עמ' ז-יג (התשכ"ו); ח"ז וייס "עבודת קטנים בתקופת המקרא והתלמוד" **שבילי חינוך** לב 78–81 (התשל"ב); מ' שיף "על קטן במשנת התנאים קביעות וחובים" **אפיקי נחלים** ד 115–126 (התשל"ב); אנ"צ רות "להגדרת קטן וגדול בספרות התלמודית" **דברי הקונגרס העולמי השמיני למדעי היהדות** חטיבה ג 29–35 (ירושלים, התשמ"ב); פ' אריאס "מהפקרות לתום" בתוך **בין שני עולמות** 30–60 (תמר רפפורט עורכת, התשמ"ו); ש' קוטק "ילד וילדות במקורות" **קורות** ט 114–126 (התשמ"ז); י' פליישמן **מחקרים במעמדו המשפטי של קטן במקרא ובמזרח** 109–137 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשמ"ט); י"ד גילת "בן שלוש עשרה למצוות?" **פרקים בהשתלשלות ההלכה** 19–31 (התשנ"ב); מ' בר-אילן "ה"ילדות" ומעמדה בחברה המקראית והתלמודית" **בית מקרא** מ 19–32 (התשנ"ה); מ' הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן** 53–54 (התשנ"ו).

4 ראו יבמות קיד ע"א. לעניין קטין שהגיע לגיל חינוך, ראו רמ"א, אורח חיים, סימן שמג, סעיף א.

5 הלכות גנבה, פרק א, הלכה י. וראו מגיד משנה, שם.

6 חושן משפט, סימן שמט, סעיף ה.

7 ראו רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ו, הלכה ט. וראו י' בזק **הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה** 83 (התשמ"א).

האמור להסיר סכנה עתידית מן החברה,⁸ ואולי אף כדי ליישר את דרכיו של הקטין (אף שלמטרה זו בלבד מתברר שביצוע הענישה מוטל בעיקר על האב).⁹ ניתן, אם כן, להסיק מן הדברים הללו שיש לבית הדין סמכות לענוש תוך חריגה מן הדין¹⁰ בגלל שיקולים חברתיים חיוניים ושעל בית הדין לשקול את מידת הענישה לפי אישיותו של העבריין. לא מן הנמנע, שכשם שבית הדין יכול לחרוג מדיני העונשין לחומרה,¹¹ כך הוא יכול לחרוג מהם אף לקולה ולהגיע למסקנה שהגנה על החברה יכולה לבוא גם על ידי שיקום העבריין ושילובו בחברה, לאו דווקא מתוך ראיית טובתו האישית. במקרה כזה, התאמת התהליך לעבריין צריכה להיעשות תוך בחינת אישיותו ונסיבות העברה.

2. תכלית הענישה

אין ספק כי במשפט העברי ובפילוסופיה היהודית ניתן משקל רב לתכלית הטיפול בעבריין ושיקומו כחלק מדיני העונשין. למסקנה זו הגיעו כמה מלומדים שערכו השוואה בין המשפט העברי למשפט הכללי בעניין תכלית הענישה.¹² נראה כי קביעה זו נובעת גם מן העובדה שהמשפט העברי אינו עומד כשיטת משפט המנותקת ממקורותיה הדתיים. אדרבה, המשפט העברי יונק מתפישות היסוד של האמונה היהודית בעניין מהות האדם ותפקידו בעולם.¹³ לכן, תכלית הענישה בדיני התורה היא דתית-חינוכית,¹⁴ נוסף על התכלית החברתית, המתקיימת אף בעניינים שאינם נוגעים ישירות לסדר החברתי.¹⁵ רבים רואים בדברי הנביא יחזקאל את ביטויו המקראי הראשון של רעיון שיקום העבריין וחינוכו: "הֲפֹפֶץ אֶחָפֶץ מוֹת רָשָׁע נְאֻם ה' אֱלֹהִים? הֲלוֹא בְּשׂוֹבוֹ מִדְרָכָיו וְחָיָה" (יחזקאל יח, כג). ייתכן אף שכל יסודה של הגלות לעיר מקלט של מי שרצח בשוגג

8 רמב"ם, שם; מגיד משנה, שם.

9 ראו הרב י"מ אפשטיין, ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שמח, סעיף ג.

10 ראו גם סנהדרין מו ע"א.

11 ראו בזק, לעיל ה"ש 7, עמ' 50–55.

12 בזק, שם, בעיקר בפרק השני; א' מלמד **ענישה או שיקום?** (התשמ"ח); מ' פרישטיק **ענישה ושיקום ביהדות – השוואת עקרונות עם המשפט והקרימינולוגיה המודרניים – קווים ליישום** (התשמ"ו). וראו גם מה שכתבנו להלן, בפרק הבא, בעניין ענישת אדם שכבר נענש בידי שמיים.

13 לזיכרון עקרוני בשאלת הזיקה הזו, ראו: מנחם אלון **המשפט העברי** עמ' 100 ואילך (התשמ"ח); יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" **משפטים** ז 34–65 (התשל"ו), ותגובת מנחם אלון "עוד לעניין מחקר המשפט העברי" **משפטים** ח 99–137 (התשל"ז).

14 ראו: דרשות הר"ן, הדרוש האחד-עשר, מהדורת פלדמן, ירושלים, התשל"ז, עמ' קצ-קצא; רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ב, הלכות ד-ה. וראו גם א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי" **עיוני משפט** יב 253–273 (התשמ"ז); אהרן אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" **משפטים** כד 177–206 (התשנ"ד).

15 ראו הרב א"י הכהן קוק, אורות התשובה, פרק ד, פסקה ג; פרק ה, פסקה ו; פרק יב ועוד.

הוא התכלית החינוכית שבענישה זו, שהרי האוכלוסייה הטבעית בערי המקלט היא של הלויים הממונים על חינוכו של עם ישראל.¹⁶ מובן, אם כן, שיש להעמיק חקור בתכלית הענישה במשפט העברי כדי לשאוב ממנו את העקרונות המנחים לאיזון ראוי גם בסוגייתנו. מעט ממה שנאמר במשפט העברי בעניין זה יידון על ידינו בהמשך דברינו, אולם קודם לכן נבחן את עקרון התשובה ופרטיו בהלכה ובהגות היהודית ואת הקשר שלו לדיני העונשין.

3. "התשובה" ודיני העונשין

3.1. כללי

המושג "תשובה" הוא אחד המושגים החשובים בעולמה של היהדות, והוא מובע במדרש האומר: "אמר ר' אבהו בר זעירא: גדולה תשובה שקדמה לבריאת עולם",¹⁷ ואף יש בו חידוש מחשבתי לעומת תפישות אחרות, חידוש שהקב"ה בכבודו ובעצמו חידשו, כמבואר בתלמוד הירושלמי:

שאלו לחכמה: חוטא מהו עונשו? אמרה להם: "חטאים תרדף רעה" (משלי יג, כא). שאלו לנבואה: חוטא מהו עונשו? אמרה להן: "הנפש החוטאת היא תמות" (יחזקאל יח, ד). שאלו לקודשא בריך הוא: חוטא מהו עונשו? אמר להן: יעשה תשובה ויתכפר לו, היינו דכתיב: "על כן יורה חטאים בדרך" (תהילים כה, ח) – יורה לחטאים דרך לעשות תשובה.¹⁸

שני היבטים במהות התשובה והשיקום אצל העבריין: אחד, נוגע ליחס אל העבריין ושיקומו לאחר שריצה את עונשו;¹⁹ ואחד, התשובה, כהליך חלופי או מקל בשיקולי הענישה, שהוא עיקר ענייננו.²⁰

ואם ישאל השואל: מה לתשובה, שעניינה היחס שבין האדם לבין בוראו, שהוא לכאורה עניין דתי-אישי טהור, לבין שיקולי ענישה הנובעים ממערכת ההלכות המסדירות את היחסים שבין אדם לחברה הסובבת אותו, האמורים לכאורה להוביל למסקנה אחרת בעניין תכלית הענישה? אף אנו נאמר לו שאמנם יש תכליות אחדות לענישה בעבירות שבין אדם לחברו ובעבירות שבין אדם למקום, ורב השווה להן על השונה ביניהן, הן בתכלית השיקום

16 ראו ספר החינוך, מצווה תח.

17 מדרש תהילים, מזמור צ, ד"ה תשב. והשוו דברי הרב קוק, לעיל ה"ש 15, פרק יא, פסקה ד: "מהלך כל היש הוא בנוי על יסוד התשובה".

18 ירושלמי, מכות פ"ב ה"ו, לא ע"ד. בגרסה אחרת במדרשים מופיעה שאלה נוספת: "שאלו לתורה: חוטא מהו עונשו? אמרה להן: יביא אשם ויתכפר לו". ראו, לדוגמה, ילקוט שמעוני, יחזקאל, שנה.

19 על היבט זה ראוי לייחד את הדיבור בנפרד. ראו הדיון שלהלן ב"תקנת השבים" בחוק הישראלי.

20 ראו נחום רקובר "השפעת התשובה על הענישה" **מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל – קובץ לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן בהגיעו לגבורות 183–191** (התשנ"ד).

הן בתהליך שהחוטא חייב לעבור כדי לתקן את דרכיו. לכן, ניתן ללמוד את העקרונות מתחום אחד למשנהו. מן המקורות עולה שאף על פי שאין די בהליך התשובה כדי שימלא האדם את חובתו כלפי חברו על שפשע נגדו, מכל מקום, הליך התשובה מתלווה למילוי חובה זו.²¹

יתרה מזו. בהלכות אחדות, הנוגעות לעבירות פליליות, מצאנו שיסוד התשובה הכרחי לשיקומו של העבריין. כך לדוגמה מי שנפסל לעדות מכיוון שעבר עבירה, ומשום כך הוא חשוד שהוא עלול גם להעיד עדות שקר, הרי שאם חזר בתשובה מן העבירה שנפסל בגללה, הוא חוזר לכשרותו להעיד, אף אם עדיין לא ריצה את עונשו.²² לא זו אף זו, בחלק מן העבירות הפוסלות את העבריין לעדות, על העבריין לעבור תהליך של שיקום מיוחד כדי לחזור לכשרותו להעיד.²³

דוגמה מאלפת אחרת שיש בה כדי להראות עד כמה חשוב תהליך התשובה בשיקומו של גזלן היא תקנת חז"ל הקרויה "תקנת השבים",²⁴ שעניינה תקנה המופנית לנגזל הקובעת שאסור לקבל חפץ גזול מידי הגזלן, כדי שלא יימנע בגלל שיקולים כלכליים שלא מן העניין מלחזור למוטב. הרעיון הכללי של "תקנת השבים" אף אומץ בחוק הישראלי בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.²⁵

עידוד העבריין לחזור בתשובה עולה גם בהלכות אחרות, כגון האיסור להזכיר לו את עוונותיו.²⁶ איסור זה חמור עד כדי כך שמי שעובר עליו צפוי לגידוי.²⁷ כמו כן, חובה להימנע מלביישו בגלל חטאיו, ועוד.²⁸

21 ראו רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב, הלכה ט.

22 סנהדרין כה ע"א-ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד, סעיפים כח-לה. וראו גם י' קיסטר "גישת היהדות לעבריין ושיקומו" הפרקליט כה 481-487 (התשכ"ט); קיסטר "ריהיביליטציה של העבריין לפי המשפט העברי" ספר הקונגרס השישי למדעי היהדות, כרך ג 297-304 (1972); י' סיני "שיטת הרמב"ם בענין כשרותם של רשעים לעדות" מגל יב 289-310 (התשנ"ח).

23 כמו לדוגמה מי שהלווה בריבית. ראו שולחן ערוך, שם, סעיף כט.

24 בבא קמא צד ע"ב. וראו גם משנה, גיטין, פרק ה, משנה ה, בעניין "תקנת השבים" מחייבת יותר באשר להשבת הגזלה.

25 ראו: הצעות חוק התשמ"א, עמ' 216; דברי השופט אלון בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 353, עמ' 373-381 (1990), ובבג"צ 1935/93 מחפור נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(1) 752, בעמ' 768 (1994), המוצא חיזוק לחוק האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואלה מקצת דבריו בעניין מחפור: "דומה כי עקרון כבוד האדם מחייב כי מי שמעז וחטא, ועל ידי כך פגם בכבודו, תינתן לו האפשרות לשוב בתשובה שלמה ולפתוח דף חדש, נקי ומכובד בחייו ולחזור ולזכות בפרטיותו ובצנעת חייו".

26 בבא מציעא נח ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכה, סעיף ד.

27 ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתרכב; נחום רקובר "האיסור להזכיר לעבריין את עברו", קובץ הציונות הדתית, מוקדש לזכרו של ד"ר י' בורג 663 (ש' רז עורך, התשס"א).

28 ראו נחום רקובר "התשובה – היבטים משפטיים" פרשת השבוע, ניצבים, גיליון מס' 43 (התשס"א).

הנה כי כן, קיימות דרכים רבות לעודד את העבריין לחזור בתשובה, אולם סוגיית התשובה רחבה מני ים, ואין לנו אלא להסתפק בהבאת יסודותיה ההלכתיים שיש בהם כדי ללמדנו על שלבי השיקום של העבריין, שלאחריהם נוכל להיות משוכנעים כי אכן שב מחטאו.

3.2. שלבי השיקום

הרמב"ם מגדיר ארבעה שלבים בתהליך החזרה בתשובה: עזיבת החטא, חרטה, וידוי וקבלה לעתיד.²⁹ השלב הראשון הוא יסוד עובדתי בעיקרו, אך הוא דורש את עצם ההכרה של האדם שאכן ביצע עברה. השלב השני הוא בעיקרו בתחום הנפשי. לכן, לשופט בשר ודם קשה יהיה לשפוט אם אכן התחרט האדם על מעשיו. ייתכן כי סיוע של בעלי מקצוע, כגון פסיכולוגים וסוציולוגים, עשוי לסייע להערכת מידת החרטה של העבריין. השלב השלישי מורכב יותר, ויש בו יסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד הנפשי משמעותו, עד כמה האדם מוכן להתאמץ לקנות שליטה על יצריו ולהרחיק את עצמו מן העברה. עצם העובדה שהאדם התנזר זמן מה מן העברה אין בה להוכיח עד כמה בעל התשובה רחוק מביצועה. גם שלב זה, קשה לבדיקה על ידי שופטים בני אנוש, וכבר, כתב הרמב"ם שהתשובה היא בגדר שלמה היא כאשר: "יעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב לחטא זה לעולם".³⁰

נראה אפוא כי בבוא השופט למצוא איזון בין שיקולי הענישה לבין שיקום קטין (ושיקום העבריין בכלל) עליו לבחון, עד כמה שידו מגעת לפי ניסיון חייו ובעזרת בעלי מקצוע מתאימים, דוגמת המצוי בחוק הישראלי לגבי מינוי קצין מבחן, אם אמנם ישם העבריין את ארבעת השלבים הללו.

3.3. שיקום עבריין מועד

אחד השיקולים העשויים להיות מהותיים בסיכווי של עבריין להשתקם, והדבר נכון במיוחד אצל קטינים, הוא הרצידיביזם "המועדות לחטוא" או "השתרשות החטא". בסוגיית התשובה, אמרו חז"ל: "האומר: אחטא ואשוב אחטא ואשוב – אין מספיקין בידו לעשות תשובה".³¹ הדברים מתאימים לכלל שטבעו חז"ל כשבאו לתאר את התהליך הפסיכולוגי שעובר העבריין המתמיד בחטאו: "אמר רב הונא: כיון שעבר אדם עבירה ושנה בה – הותרה לו. הותרה לו סלקא דעתך [=עלה בדעתך]? אלא אימא [=אמור]: נעשית לו כהיתר".³²

²⁹ הלכות תשובה, פרק ב, הלכה ב. למשמעות הוידוי בדעת הרמב"ם, רבו הדיונים. ראו: הרב א"י קוק **אורות התשובה** פרק טז, פסקה א; הרב י' הוטנר, פחד יצחק, חלק יום הכיפורים, מאמר יז, פסקה ד; הרב י"ד סולובייצ'יק **על התשובה** 152–153 (התשל"ה).

³⁰ רמב"ם, שם.

³¹ משנה, יומא, פרק ח, משנה ט.

³² יומא פו ע"ב.

הרמב"ם³³ אף אומר כי, לעתים, בעשיית חטא חמור מאוד או בשקיעה בעשיית חטאים רבים, עשויה מניעת האדם מלשוב בתשובה להיות בלתי נמנעת, אף שבכך נשללת יכולת הבחירה של האדם לבחור בטוב. אמנם אין הדברים כה חד-משמעיים, משום שבתלמוד³⁴ מתואר מקרה קיצוני של אדם שהיה שקוע מאוד בעבירה מסוימת, אך לאחר תהליך קצר של שינוי מהפכני באישיותו התקבלה תשובתו, ושערי תשובה לא ננעלו. מכל מקום, נראה כי בשיקולי השיקום על השופט לבחון היטב עד כמה חי העבריין באווירה של חיי עבריינות. הדבר רלוונטי במיוחד בעבריינות בני נוער, שבהרבה מקרים הם על סף כניסה לעולם הפשע, אך עדיין לא שקעו בעולם העבריינות.

4. לימוד מפרשת בן סורר ומורה

4.1. כללי

מסוגיית בן סורר ומורה³⁵ נוכל אולי ללמוד כמה עקרונות לענייננו. נאמר בתורה שדינו של בן סורר ומורה הוא דין מוות, ולא בגלל שחטאו מצדיק עונש מוות, אלא מפני שהוא עתיד לשקוע בעולם העבריינות. כדברי המשנה: "בן סורר ומורה נידון על שם סופו, ימות זכאי ואל ימות חייב"³⁶. ומהו סוף תהליך ההידרדרות המוסרית המצדיק עתה גזר דין מוות? התשובה לשאלה זו באה בברייתא. וזה לשונה:

תניא. רבי יוסי הגלילי אומר: וכי מפני שאכל זה תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין האיטלקי, אמרה תורה: יצא לבית דין ליסקל? אלא הגיעה תורה לסוף דעתו של בן סורר ומורה, שסוף מגמר נכסי אביו ומבקש למודו, ואינו מוצא, ויוצא לפרשת דרכים ומלסטם את הבריות. אמרה תורה: ימות זכאי ואל ימות חייב.³⁷

אין צורך להעמיק בסוגיית בן סורר ומורה ובפרטי הלכותיה כדי לראות עד כמה מצומצמת האפשרות המעשית להתקיימות התנאים לביצועו של דין בן סורר ומורה הלכה למעשה, עד שלפי אחת הדעות בגמרא: "בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב? דרוש וקבל שכר"³⁸.

מכל מקום, ניתן ללמוד מן הדברים הללו עיקרון כללי חשוב אחד בשיקולי ענישה, והוא

33 הלכות תשובה, פרק ו, הלכה ג. השו"ת רמב"ם, שמונה פרקים (הקדמה לאבות), פרק שמיני.

34 עבודה זרה יז ע"א.

35 ראו: סנהדרין, פרק שמיני; רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ז; ד' אושפיזאי "בן סורר ומורה – ניתוח המקורות והיבטים פסיכולוגיים" שמעתין 36, עמ' 12–16 (התשנ"ט); ח' שלזינגר "בן סורר ומורה" מכלול יז 5–25 (התשנ"ט).

36 משנה, סנהדרין, פרק ח, משנה ה.

37 סנהדרין עב ע"א. וראו גם רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק לג.

38 סנהדרין עא ע"א.

ההסתכלות קדימה, לסוף התהליך של העבריינות העכשווית. דבר זה יכול להילמד מניסיון החיים ואולי אף בעזרת אנשי מקצוע מומחים מתחומי הפסיכולוגיה או הקרימינולוגיה.

4.2. מאפייני ההתנהגות העבריינית בקרב בני נוער

אף מפרטי ההלכות בסוגיה זו ניתן ללמוד – תוך נקיטת הזהירות הראויה שלא להסיק מסקנות הלכתיות מסוגיה כל כך מורכבת שאינה נוהגת בימינו למעשה – עקרונות מסוימים הנוגעים להתנהגות עבריינית של בני נוער שיש להם השפעה על שיקולי הענישה.

שהרי כל דין בן סורר ומורה צופה פני עתיד. להלן דוגמאות אחדות לעניין זה.

א. נאמר בתלמוד בעניין בן סורר ומורה: "אמר רבי אבהו: אינו חייב, עד שיאכל בחבורה שכולה סריקין".³⁹ ופירש רש"י על אתר:⁴⁰ "שכולה סריקין-קקים, שירגילוהו בכך. אבל אם יש בחבורה אדם הגון, בכי האי גוונא [=במקרה זה] לא ממשיך, ואינו נעשה בן סורר ומורה". מכאן, שיש חשיבות מכרעת על ניתוח עתידו העברייני ועל סיכויי שיקומו לחברים שהנער מתרועע עימם.

ב. לגבי תחולת דין בן סורר ומורה על בנות, אומר התלמוד⁴¹ שגזרת הכתוב⁴² היא שאין להחיל עליהן דין זה. ואולם, הרמב"ם אומר בעניין זה: "גזירת הכתוב הוא שיסקל בן סורר ומורה, אבל הבת אינה נידונית בדין זה, שאין דרכה להמשיך באכילה ושתיה כאיש, שנאמר: 'בן', ולא בת ולא טומטום ואנדרוגינוס".⁴³ מן הטעם שהרמב"ם מטעים בו הלכה זו, נראה שיש ללמוד כי אופי או מבנה אישיותי פחות יצרי, עשויים להעיד על כיוון התפתחות מסוכן פחות לעבר עתיד עברייני, ויש בכך כדי להוות שיקול של ממש בשיקומו של הנער או הנערה.

ג. אם בדרך ביצוע העבירה משתקפים עזות פנים וחוסר בושה ואי-חשש מביצוע עבירות נוספות,⁴⁴ יש בכך כדי ללמד על שיקול דעת לקוי של הנער ועל מעצורים מוסריים פגומים, והדבר מעיד על רמת סיכון גבוהה להידרדרות מהירה שלו בעתיד לעולם הפשע, ועל מידה מעטה של סיכויי להשתקם.

5. מסקנות

א. המשפט העברי אינו מכיר במה שמכנה המשפט הישראלי נערים בני 12 עד 18 שנים "קטין שהינו בר עונשין" לעניין האחריות הפלילית.

ב. בית הדין מוסמך לחרוג מכללי הענישה ולהטיל עונשים גם על קטין שאינו בר עונשין

39 סנהדרין ע"ב. וראו רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ז, הלכה ב.

40 סנהדרין שם, ד"ה שכולה סריקין.

41 משנה, סנהדרין, פרק ח, משנה א; סנהדרין סט ע"ב – ע"א.

42 שהרי הדין הזה הוא בגדר חידוש, כאמור לעיל.

43 רמב"ם, לעיל ה"ש 39, הלכה יא. וראו לחם משנה על אתר.

44 רמב"ם, שם, הלכה ב.

- משיקולים של טובת החברה. ייתכן שבית הדין מוסמך גם להקל בעונשו של בגיר בר עונשין ולהמירו בשיקום.
- ג. תכלית השיקום תופסת מקום חשוב בדיני העונשין במשפט העברי. דבר זה נובע מעצם היות המשפט העברי חלק מהשקפה יהודית רחבה שמטרתה תיקון האדם והעולם.
- ד. מהלכות תשובה יש ללמוד כי המשפט העברי מעודד מאוד את שיקומו של העבריין במגוון דרכים. בחינת תהליך שיקומו של העבריין לאורם של שלבי התשובה נותנת בידי מערכת המשפט כלי לבדוק בו היטב את מידת רצינותו של העבריין להשתלב בתהליך השיקום.
- ה. מועדות לעבריינות היא גורם חשוב בשיקולים אם להעניש את העבריין או לנסות לשקמו.
- ו. מסוגיית בן סורר ומורה ניתן ללמוד עקרונות חשובים לענייננו, אף שיש להיזהר מלהסיק מסקנות הלכתיות מסוגיה שאינה נוהגת למעשה.
- ז. כלל עיקרי בשיקולי הענישה הוא הצפייה פני עתיד, תוך שקילת סיכויי שיקומו של הקטין העבריין.
- ח. יש לתת את הדעת לנסיבות חייו של הקטין ולאישיותו, כגון: אוירת העבריינות בחברה שהקטין מצוי בה, רמת המעצורים המוסריים שלו ומידת יכולתו לשלוט ביצריו, סיכויי הידרדרותו המהירה לעולם הפשע, ועוד.

פרק שישי

שיקולי ענישה בעברייני שכבר נענש בידי שמיים

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"פ (מחוזי י-ם) 1057/05 מדינת ישראל נ' יניב חדר, תק-מח 2007(1) 12334 (מיום 26.3.2007), מפי השופט פרקש מבית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת חדר).
נהג גרם לתאונת דרכים ונהרג נוסע שהיה עימו ברכב. הנהג נפגע קשה מאוד, וניתן לומר כי "קיבל עונש מן השמיים". השאלה העולה היא: האם, על פי המשפט העברי, ניתן או ראוי ואולי רצוי להענישו גם בידי אדם, כולל מאסר בפועל? במילים אחרות: האם יש להתחשב בין השיקולים לעונש בעובדה שהעברייני נפגע קשה בתאונה שגרם בה והורשע בעבירת הריגה בגלל גרימתה?

(ב) חוות הדעת

הקדמה

בראשית הדברים, ראוי להזכיר את חלוקת סמכויות השיפוט במשפט הפלילי העברי. פרופ' אהרן קירשנבאום¹ מונה על פי ניתוח דברי הרמב"ם² והר"ן³ ארבע סמכויות שיפוט, שלוש מהן בידי אדם:

1. בית דין הדן לפי דין תורה.
2. דין המלך.

1 אהרן קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי – פרק בהשקפה הפנוולוגית של חז"ל ושל הראשונים" **עיוני משפט** יב 253–273 (התשמ"ז).

2 רמב"ם, הלכות רוצח, פרק ב, הלכות א-ד.

3 דרשות הר"ן, הדרוש האחד-עשר.

3. בית דין הפועל על פי הוראת שעה.

4. דין שמיים.

מערכת השיפוט הפלילי בבית הדין הדין על פי דין תורה יש לה כללים נוקשים בענייני מהות, בדיני ראיות ובסדר הדין, עד כדי כך שביצוע עונש מוות לדוגמה נדיר בה מאוד,⁴ והדברים יודעים. המערכות האחרות הן מערכות משלימות במהותן, ועקרונית – הן אינן מחויבות לדיני הראיות ולהטלת עונשים על פי דין תורה.

לכן, אם אנו באים לדון בשאלה שלפנינו לאור מערכת דיני העונשין על פי דין תורה בלבד, נימצא חסרים, משום שהסיכוי להרשעה נמוך ביותר, וממילא הדיון במידת הענישה נעשה מיותר. לפיכך, יש מקום לחפש כיווני מחשבה נוספים במקורות ישראל להשלמת עקרונות מנחים בהבניית שיקול הדעת השיפוטי במערכות השיפוט האחרות שציינו לעיל, שייתכן שתהיה בהם שייכות רבה גם לדין הפלילי הנוהג במדינת ישראל בימינו, לפחות – מנקודת ראותה של ההלכה.

יתר על כן, אי-היכולת האנושית המוחלטת להבין את דרכי ההנהגה האלוהית, במיוחד בדרכי הענישה בידי שמיים, מחייבת את הערכאה השיפוטי לזהירות רבה בעירוב רשויות בשיקולים שהיא שוקלת בבואה להטיל עונש על עבריין שהורשע כדין.

1. עונש בידי אדם ובידי שמיים

אכן, בחיים המעשיים, קשה להביא בחשבון את חישוביו של בית דין שלמעלה, שהרי כבר אמר הנביא: "כי לא מחשבותי מחשבותיכם ולא דרכיכם דרכי נאם ה'" (ישעיהו נה, ח). אך כבר לימדונו חז"ל שיש סדר וצדק בעולם, ופעמים הרבה החוטא בא על עונשו בידי שמיים עוד בחייו:

ר' שמעון בן לקיש פתח לה פתחא להאי פרשתא מהכא [= פתח לה פתח לפרשה מכאן]: "ואשר לא צדה והאלהים אנה לידו" וגו' (שמות כא, יג); "כאשר יאמר משל הקדמוני מרשעים יצא רשע" וגו' (שמואל א כד, יג) – במה הכתוב מדבר? בשני בני אדם שהרגו את הנפש, אחד הרג בשוגג ואחד הרג במזיד, לזה אין עדים ולזה אין עדים. הקב"ה מזמין לפונדק אחד. זה שהרג במזיד יושב תחת הסולם וזה שהרג בשוגג יורד בסולם, ונפל עליו והרגו. זה שהרג במזיד נהרג, וזה שהרג בשוגג גולה.⁵

ונאמר במקום אחר בתלמוד:

מיום שחרב בית המקדש, אף על פי שבטלו סנהדרין... דין ארבע מיתות לא בטלו: מי שנתחייב סקילה, או נופל מן הגג או חיה דורסתו; ומי שנתחייב

⁴ ראו משנה, מכות, פרק א, משנה י.

⁵ מכות י ע"ב. וראו י' זיכל "כרת, עירי ומיתה בידי שמיים – גדריהם" מגל יא 203–225 (התשנ"ה).

שריפה, או נופל בדליקה או נחש מכישו; ומי שנתחייב הריגה, או נמסר למלכות או ליסטטים באין עליו; ומי שנתחייב חנק, או טובע בנהר או מת בסרוני [diphtheria].⁶

הנה כי כן, בית דין של מעלה אינו זקוק לדיני ראיות נוקשים, כי הכול גלוי וידוע כלפי שמיא, והחוטא עשוי⁷ לבוא על עונשו אם הוא אשם. אך דומה כי אלה חשבונות של מעלה שנאמרו על ידי חכמינו כדי להאיר ולבסס את האמונה שהעולם אינו הפקר וכי יש דין ויש דיין, וסוף הצדק לצאת לאור.

אמנם יש לעיין היטב אם ניתן להסיק מסקנות מעשיות מאופן ראייה זה של ההנהגה האלוהית בעולם, אך ודאי שיש לדיני שמיים השפעה על ביצוע הדין ושפיטה בידי אדם, כדברי פרופ' אהרן קירשנבאום:

אכן, רבות הן ההוכחות, כי המערכת השיפוטית השמיימית אינה סתם ענין שבאגדה. ההלכה שבמשנה, 'מי שלקה ושנה, בי"ד מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו שעורין עד שכריסו מתבקעת', נאמרה דווקא בחייבי-כריתות. לפי רבי נחוניא בן-הקנה, נכנס עונש כרת בהלכה של 'קם ליה בדרבה מיניה'. כל חייבי-כריתות, כיוון שלקו, נפטרו מכריתותם. כל העוברים על עבירות שדינן כריתות ומיתה בידי שמים, וכן בענייני ממון, כל החייבים בדיני-שמים, פסולים לעדות. אכן, כל החייבים בדיני-שמים אי תפס לא מפקינן מיניה, שכן אין בתפיסה משום עשיית עושר ולא במשפט.⁸

ויש עוד דוגמאות לכך, אך אין כאן מקום להאריך.⁹

2. השיקולים למידת העונש ולאופן ביצועו

כפי שנאמר לעיל, עונש מוות נדיר הוא ביותר ליישום על פי ההלכה, ולכאורה גם אין מקום ללמוד ממנו לנדוננו.¹⁰ לפיכך, נפנה להלכה ידועה בעניין יכולת העמידה של המורשע

⁶ כתובות ל ע"ב. ועיינו רש"י על אתר, המסביר את הדמיון לביצוע העונשים בבית דין. וראו גם דברי התלמוד: "רב פפא הוה סליק בדרגא. אישתמיט כרעיה. בעי למיפל. אמר: השתא כן איחייב מאן דסני לן כמחלי שבתות וכעובדי עבודת כוכבים. א"ל חייא בר רב מדפתי לרב פפא: שמא עני בא לידך ולא פרנסתו?" (בבא בתרא י ע"א).

⁷ ראו: תוספות, כתובות, שם, ד"ה דין; מהרש"א, שם, חידושי אגדות, ד"ה דין.

⁸ א' קירשנבאום, לעיל ה"ש 1, עמ' 261.

⁹ כגון המבייש בדברים, יש אומרים שבית דין משמתין [=מנדים] אותו עד שיפייס את חברו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח). וכן הדין במזיק בגרמא (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו, סעיף ג).

¹⁰ אף שיש לדוגמה הבדל בביצוע עונש מוות בעבירות מסוימות בין איש לאישה, בהתאם להבדלים ביניהם ברמת הביזיון הנגרמת כתוצאה מביצוע גזר דין המוות. ראו רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק טו,

בעונש פיסי, ¹¹ עונש המלקות. ¹²

המלקות הן עונש למי שעבר על "לא תעשה", ¹³ והדיינים הם הקובעים לאחר הרשעת העבריין את מספר המלקות שהוא צריך ללקות. וכבר תיאר הרמב"ם את הליך אמדן יכולתו של המורשע בעבירה לקבל את עונשו. וזה לשונו:

כיצד מלקין את המחוייב מלקות כפי כחו, שנאמר: "כדי רשעתו במספר" (דברים כה, ב). וזה שנאמר "ארבעים" (שם, ג), שאין מוסיפין על הארבעים, אפילו היה חזק ובריא כשמשון, אבל פוחתין לחלש. שאם יכה לחלש מכה רבה, בודאי הוא מת. לפיכך אמרו חכמים שאפילו הבריא ביותר מכין אותו שלשים ותשע, שאם יוסיף לו אחת, נמצאת שלא הכהו אלא ארבעים הראויות לו. ¹⁴

יכולת העמידה של העבריין בעונש שהושת עליו אין בה כדי ללמד על מידת רחמים כלשהי בביצוע העונש. אדרבה, מידת הדין יש כאן, ויש בה כדי ללמד על התאמתו המידתית של העונש לעבריין. כלומר, על העבריין לספוג את הסבל הגופני והביזיון שבמלקות, אך אין לגרום חלילה למותו שלא כדין.

אכן, מצינו שמי שנענש ולקה בגלל עבירה אחת מכמה עבירות שעבר שעונשן מלקות, והוא אדם חלש מבחינה גופנית, ממתנינים לו עד שיתרפא מן העונש הראשון, ורק לאחר מכן מלקין אותו על העבירה השנייה. וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

אבל אם אמדוהו למלקות אחת, והכהו שלש או תשע או שלשים כמו האומד – הרי זה מתרפא, וחוזרין ואומדין אותו למלקות שנייה, עד שילקה לכל מלקיות שהוא חייב בהן. ¹⁵

מן ההלכות הללו עולה שאין מרחמין בדין, ועל החוטא לשאת בעונשו גם אם הדבר קשה לו

הלכות א, ו.

11 ראו אהרן קירשנבאום "עונשי גוף שלאחר חתימת התלמוד" מאזני משפט ד 725–742 (התשס"ה).

12 לא נדון כאן בעונש המאסר על פי המשפט העברי, אך לצורך ניתוח סוגייתנו נניח כי הוא נחשב עונש פיסי בדומה למלקות. לסוגיית עונש המאסר במשפט העברי, ראו: מנחם אֶלוֹן "המאסר במשפט העברי" ספר היובל לפינחס רוזן 178–201 (התשכ"ב); א' בן יצחק "על עונש המאסר במשפט העברי" פרשת השבוע, פרשת בהעלותך, גיליון 125 (התשס"ג); הרב א' ולדנברג "מאסר כאמצעי וכענש" בצומת התורה והמדינה א 389–400 (התשנ"א); הרב ל"י קמינר "עונש המאסר בישראל" תחומין ט 134–155 (התשמ"ח); הרב מ' שלפוברסקי "עונש מאסר" בצומת התורה והמדינה א 401–404 (התשנ"א). לדיון נרחב בשלילת חירות מחשוד או מנאשם שלא בדרך מאסר, ראו לעיל פרק רביעי; א' ורופטיג וש' רבינוביץ "עיר מקלט במערכת הענישה המודרנית" שערי משפט ב 353–381 (התשס"א).

13 ראו רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יח.

14 רמב"ם, שם, פרק יז, הלכה א.

15 רמב"ם, שם, פרק יז, הלכה ד.

מבחינה גופנית עד מאוד.

ואולם, העברייני נפטר מן המלקות אם לאחר שהחל ללקות התבזה כשאיבד את השליטה על הסוגרים שלו. וכיוון שנאמר במקרא: "פן יוסיף להכותו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך",¹⁶ למדו חכמים בתלמוד: "כיון שנקלה – נפטר".¹⁷

מכאן אתה למד שאם הושגה מטרת הענישה,¹⁸ אין לעמוד עמידה דווקנית על ביצוע מלא של העונש שנגזר בגזר הדין על העברייני. אמנם אין להסיק מזה מסקנה הלכתית גורפת,¹⁹ אך יש בכך כדי לסמן כיוון מחשבה, במיוחד כשהיושב על מדין אינו דן לפי דין תורה,²⁰ ובא לפניו מקרהו של עברייני שנראה לעין שכבר קיבל את עונשו. יש להעיר שגם לעניין המידתיות בענישה,²¹ שנזכרה לעיל, יש מקום לשיקול כללי, תוך נקיטת הזהירות הראויה מלהסיק מסקנה הלכתית גורפת, שמידת העונש צריכה להיגזר מיכולתו הגופנית של המורשע לעמוד בעונש, והדברים אמורים לאו דווקא באדם שלפי הנראה לעין קיבל את עונשו בידי שמייים על העבירה שעבר, אלא אפילו כשבוודאות אין קשר בין מעשה העבירה למוגבלותו בנשיאה בעונש, כגון היות העברייני זקן שאינו יכול לשאת עונש מאסר ממושך או אדם שהיה נכה שנים רבות קודם שעבר את העבירה.

3. ניתוח על פי מטרות הענישה במשפט העברי

3.1. מטרות הענישה – כללי

לפני שנדון בסוגייתנו על רקע מטרות הענישה²² במשפט העברי, ראוי להביא את דבריו הנכוחים של הרמב"ם בעניין הצורך לנקוט את מידת הרחמים בענישה:

לפי שאם לא יענש המזיק, לא יסתלקו הנזקים כלל, ולא ירתע כל מי שזומם להרע. ולא כקלות דעת מי שדמה כי זניחת העונשין רחמים על בני אדם, אלא היא עצם האכזריות עליהם והפסד סדר המדינה. אלא הרחמים מה

¹⁶ "ארבעים יכנו לא יסיף, פן יוסיף להכותו על אלה מכה רבה ונקלה אחיך לעיניך" (דברים כה, ג).

¹⁷ רמב"ם, לעיל ה"ש 14, הלכה ה. וראה מכות כב ע"ב-כג ע"א.

¹⁸ רש"י, מכות כב ע"ב, ד"ה נתקלקל. וראו להלן, בסעיף הבא, העוסק במטרות הענישה.

¹⁹ שהרי ייתכן שזו גזרת הכתוב או לימוד מיוחד בעונש מלקות.

²⁰ מדין מלך או בהוראת שעה, כמו שאמרנו לעיל בהקדמה.

²¹ אמנם מטרת האומדן להימנע מגרימת מוות לעברייני, כעולה מן הסוגיה, אך ייתכן שיש מקום לומר שכל הטלת עונש נוסף על העונש שהושת על העברייני, יש בה משום חוסר מידתיות, במיוחד כשבית הדין דן מכוח סמכויות שאינן על פי דין תורה.

²² לעניין מטרות הענישה בכלל, יש ספרות משפטית ענפה. ראו לדוגמה: "בזק הענישה הפלילית דרכיה ועקרונותיה (התשמ"א); רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39–92 (התשנ"ג).

שצוה בו יתעלה: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" (דברים, טז, יח).²³

הווי אומר: בבוא השופט להעניש את העבריין, מידת הרחמים שהוא אוהז בה, אם אמנם הוא אוהז בה, צריכה להיות מופנית כלפי החברה שמחוץ לאולם המשפט, ולא רק כלפי הנאשם העומד לפניו. לפיכך, בדרך כלל, מיצוי הדין עם העבריין הוא מיצוי מידת הרחמים כלפי החברה. לאור הנחיה כללית זו, נדון במטרות הענישה במשפט העברי ונבחן אם, במקרה הנדון לפנינו, יש בהקלה בעונשו של העבריין שכבר נענש בידי שמיים כדי לפגוע בהגשמתן של מטרות הענישה.

רבים עסקו במטרות הענישה במשפט העברי, בין במישורין²⁴ בין בעקיפין,²⁵ ואף אנו נזקקנו להם במסגרת דיוננו בפרק הקודם הדין בשיקולי הענשת קטינים. העולה מן הדברים הוא שמטרת דיני העונשין שבתורה היא דתית-חינוכית או אפילו מיסטית, "באה לעדן את האדם, להעלות את רמתו הרוחנית ולקרבו אל אלקי המשפט".²⁶ מסקנה זו נובעת מן העובדה שהפעלת דיני העונשין על פי דין תורה היא כמעט בלתי ישימה, עקב הדרישות הנוקשות, כנזכר לעיל. על כן, ניתן לומר שחשיבות היישום המעשי של העונשין בדין תורה הוא משני לעומת החשיבות הדתית-חינוכית.²⁷ לעומת זאת, מערכות השיפוט האחרות מתאפיינות בפן המעשי-תועלתי שלהן.

ניתן לומר באופן כללי שמטרות הענישה בבית דין הדין בהוראת שעה מתמקדות בפן ההרתעתי-מניעתי, "מיגדר מילתא" בלשון חז"ל, על בית הדין מוטל לעמוד בפרץ ולמנוע תופעות של עלייה בעבריינות וירידה מוסרית, כשקיים דגש רב במסגרת שפיטה זו לעבירות דתיות, ולא רק לעבירות "חברתיות". מטרות בית דין הדין "דין מלך" הן שמירת הסדר החברתי. בלי להיכנס להיקף מערכת הדינים במסגרת שיפוטית זו,²⁸ ניתן לומר באופן כללי

²³ רמב"ם, מורה נבוכים, מהדורת אפאה, ירושלים תשל"ג, חלק ג, לה, עמ' שנד.

²⁴ י' בזק, לעיל ה"ש 22, פרק שני; אהרן אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד 177-206 (התשנ"ד); א' טננבוים "על מה ולמה מענישים?" פרשת השבוע פרשת וארא, גיליון 11 (התשס"א); א' מלמד ענישה או שיקום? (התשמ"ח); מ' פרישטיק ענישה ושיקום ביהדות (התשמ"ו); א' קירשנבאום, לעיל ה"ש 1; נ' ורגון "ענישה תכליתית במשפט העברי" עלון שבות, גיליון 145, עמ' 112-133 (התשנ"ה).

²⁵ ראו לדוגמה ההפניות הנזכרות לעיל, ה"ש 12.

²⁶ א' קירשנבאום, לעיל ה"ש 1, עמ' 265. לדעתו: "הדין הפלילי נתפס כתרגיל ריטואלי, להביא לידי 'חול השפע הא-להי'. אותו תרגיל ריטואלי הוא המעסיק את לומדי-התורה, ממנו ניצרת תורת-המשפט היהודית. ואילו לצורכי השלטת סדר בחברה ולהענשת אלמים ורוצחים עלי-אדמות, יש מערכות שיפוטיות אחרות". וראה גם א' אנקר, לעיל ה"ש 24.

²⁷ התורה מגדירה את חומרתן של עבירות בשעה שהיא קובעת את העונשים עליהן. הרמב"ם מונה ארבעה קריטריונים לחומרת הענישה: חומרת העבירה; מידת שכיחותה; מידת התאוה וההרגל בעשייתה או הצער שבהימנעות ממנה; קלות עשייתה (מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא). וראו גם י' בזק, לעיל ה"ש 22, עמ' 40-42. והשוו, H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 1-27 (1968).

²⁸ ראו א' קירשנבאום, לעיל ה"ש 1, עמ' 259-260. לדעת הרמב"ם, ראו שם, ה"ש 40. מכל מקום, מדברי

שיקול הדעת של השופט במסגרת זו הוא רחב יותר מאשר בשתי המערכות הקודמות.

3.2. שיקולי ענישה הלכה למעשה בנדון שלפנינו

(א) שיקום העברייני. תוך נקיטת הזהירות המתבקשת מקביעת מסקנות הלכתיות כלשהן בעניין זה, נראה שעל השופט לפעול לאור מטרתם הכללית²⁹ של דיני העונשין בדין תורה,³⁰ אף על פי שאינו דן לפי דין זה בגלל המגבלות ביישום, שהיא עילוי של האדם גם אם ירד לשפל תחתיות בעבריינותו. לכן, יש לתת משקל רב לשיקומו של העברייני.³¹ עקרונית, שיקולי ענישה שיקומיים צריכים להיות אינדיווידואליים, אך דומה שעצם היפגעותו של העברייני במקרה דנן בשעת התאונה אינה מעלה ואינה מורידה בשיקולי חומרת הענישה,³² אלא אם כן ניתן להבחין שהפגיעה שינתה מהותית את התנהגותו העבריינית.

(ב) גמול. בדין תורה, הגמול הוא שיקול ענישה לגיטימי.³³ ואולם דומה שמטרה זו טבועה בחומרת העונש המתאים לכל עבירה וביישום הנדיר והדווקני בדין תורה, והיא אינה נתונה לשיקול דעתו של השופט. ודאי שהיא קיימת בדיני שמיים. זוהי אמונת השכר והעונש ביהדות. אך מתברר כי שיקול זה אינו הכרחי, ואולי אף אינו רצוי במסגרות השיפוט האחרות. ואם יש מקום לשיקול הגמול, הרי שבנדוננו זוהי המטרה שעשוי להיות לה המשקל הרב ביותר להקלה בעונש עקב היפגעות העברייני, עד כמה שהקשר הסיבתי בין העונש לעבירה נראה לעין.

(ג) הרתעה. זהו שיקול ענישה "קלאסי" בתפקידו של בית הדין, לדון שלא מן הדין בהוראת שעה, משום שמטרת הענישה היא לעצור את תופעות העבריינות, ושיקולי הרתעה מתאימים ביותר להגשמת מטרה זו. בית הדין כשלוחו של "המלך" עשוי גם הוא להיזקק לעתים ליצירת הרתעה כדי להשיג סדר חברתי. בנדוננו, קשה לומר שענישת העברייני בידי שמיים תוך כדי ביצוע העבירה תביא לתוצאה הרצויה. הדבר תלוי, בין היתר, בתחושת הציבור כלפי ענישה בידי שמיים ובשאלה אם אמנם העברייני

הר"ן והרשב"א נראה שהיקף תחומי המשפט הנדונים במסגרת משפט המלך היא רחבה ביותר. ראו א' אנקר, לעיל ה"ש 24, עמ' 184–187.

29 ראו שו"ת ריב"ש, סימן רנא, הסבור שראוי ללמוד מדין תורה גם אם דנים שלא מן הדין או בהוראת שעה.

30 אין אנו דנים כאן במטרת הכפרה, שכן דומה כי זו מטרה הטבועה בענישה הדווקנית והמיוחדת לכל עבירה רק כשדין תורה מיושם באופן נדיר, או בענישה בידי שמיים, כנזכר לעיל. והדברים אמורים גם בתגמול. אולם ראו הדברים שכתבנו בפנים.

31 ראו גם מה שכתבנו בעניין זה לעיל, בפרק הקודם. וראו נ' רקובר, "השפעת התשובה על הענישה" בתוך מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל לכבוד הרב רקמן 183–191 (סיני דויטש ומשה חלמיש עורכים, התשנ"ד).

32 ראו ר' קנאי, לעיל ה"ש 22, עמ' 62.

33 ראו רמב"ם, מורה נבוכים, לעיל ה"ש 27.

הפוטנציאלי עשוי להירתע מעצם ידיעת העובדה שעברין אחר נענש בידי שמיים כשהתרושל בנהיגה. ספק רב אם אכן הדבר כך.

(ד) **מניעה**. דומה ששיקול זה הוא חלק מתפקידו של בית דין הדין מכוח "דין מלך", שהרי ענישת העברין תמנע אותו מלהזיק לחברה ומלהפר את הסדר החברתי. הוא ישמש פחות את בית הדין הדין מכוח הוראת שעה. מכל מקום, גם שיקול זה אינו מעניין המקרה הנדון, שהרי יש לבחון עד כמה נזקו של העברין עשוי למנוע ממנו לחזור על העבירה.

4. היקש מהלכת "קם ליה בדרכה מיניה"

נעיר בקצרה על הלכה כללית הידועה בתלמוד "קם ליה בדרכה מיניה"³⁴. כלומר, מי שנתחייב בשני עונשים על עבירה אחת, מרצה את העונש החמור ונפטר מן העונש הקל. עקרונית, מדובר במי שנתחייב מיתה ותשלומים או מלקות ותשלומים, שהוא חייב רק בעונש החמור מן השניים. כך, לדוגמה, מי שחבל באביו או אמו, יתחייב רק במיתה ויפטור מתשלומי נזיקין.

כמובן, לא ניתן להרחיב את העיקרון ליותר ממה שהוא כולל, אך ניתן ללמוד בדרך היקש שמי שנידון לשני עונשים, העונש החמור שהושת עליו כולל בתוכו את העונש הקל ממנו, ואין להענישו בעונש מצטבר.

הנה, בעניין הנדון לפנינו, אין מדובר בחיוב תשלומים המצטרף לעונש הגופני, אלא לכאורה בשני עונשים גופניים. אף על פי כן, תוך שימת לב למה שהדגשנו לעיל, שנראה לעין שפציעת העברין בידי שמיים היא עונש על העבירה שעבר, שמא יש מקום ללמוד מדין זה שיש מקום לשקול לפטרו מעונש המאסר. אך דומה שהדבר מצריך עיון רב, לנוכח הקשיים הכרוכים בהיקש מהלכת "קם ליה בדרכה מיניה", שיסודה המשפטי אינו ברור כל צורכו.³⁵ לפיכך, קשה לקבוע מסמרות בעניין זה.

5. מסקנות

- א. במשפט הפלילי העברי יש ארבע סמכויות שיפוט: בית דין הדין לפי דין תורה; דין המלך; בית דין הפועל על פי הוראת שעה; דין שמיים.
- ב. מערכת שיפוט על פי דין תורה יש לה כללים נוקשים בדין המהותי, בדיני הראיות ובסדר הדין. לפיכך, לא ניתן כמעט לדבר על מטרות הענישה במשפט העברי, משום שהענישה כמעט אינה מעשית על פי דין תורה.
- ג. חז"ל לימדונו שיש דין וסדר בעולם ושהחוטא בא על עונשו בידי שמיים אף בחייו.

³⁴ ראו כתובות לג ע"ב.

³⁵ ראו ב' ליפשיץ "האין אדם מת ומשלם? – לשאלת מקורה של הלכת 'קם ליה בדרכה מיניה'" שנתון המשפט העברי יא-יב, עמ' 393-406 (התשמ"ד-מ"ו).

- ד. קיימת זיקה בין דיני שמיים לדיני אדם, שבירורה בענייננו מצריך עיון רב.
- ה. בעונש מלקות בדין תורה, יש לבדוק את יכולת הלוקה לעמוד בעונש ולהתאימו לו.
- ו. מידתיות זו היא מידת הדין ולא מידת הרחמים. מכל מקום, ממידתיות זו ניתן ללמוד כללית שיש להתחשב בבריאותו של המורשע וביכולתו לעמוד בעונש, בלי קשר לשאלה אם מוגבלותו קשורה למעשה העבירה אם לאו.
- ז. אם התקיימה מטרת הענישה תוך כדי ביצועה ולפני השלמתה, אפשר שייפטר הנענש מביצוע יתרת העונש.
- ח. בדרך כלל, מיצוי הדין עם העברייני הוא מידת הרחמים כלפי החברה.
- ט. מטרת הענישה העיקרית בדיני העונשין שבתורה היא בעיקרה דתית-חינוכית. יש מקום ללמוד מכך כשהדין הוא בסמכות שיפוט שלא מן הדין או בהוראת שעה.
- י. מטרת הענישה העיקרית בבית דין הדין בהוראת שעה היא הרתעתית.
- יא. מטרת הענישה העיקרית בבית הדין הדין מכוח "דין המלך" היא שמירת הסדר הציבורי.
- יב. השיקום אינו קשור ישירות למצב בריאותו של העברייני.
- יג. מטרת הגמול הקיימת בדין תורה קשה ליישום בסמכויות שיפוט אחרות. עקרונית, עשויה להיות לה השפעה הגדולה ביותר למקרה הנדון לפנינו.
- יד. מטרת ההרתעה היא שיקול "קלאסי" בתפקידו של בית דין הדין בהוראת שעה. ואולם ספק אם העונש בידי שמיים של העברייני גורם להרתעת עבריינים פוטנציאליים.

ג) גזרי הדין

1. גזר הדין בפרשת חדד

בית המשפט המחוזי בירושלים הרשיע את הנאשם בפרשת חדד בעבירת הריגה. כבואו לגזור את עונשו של הנאשם נזקק השופט אהרן פרקש לעקרונות המשפט העברי. וכך הוא כותב בפסקה 11 לפסק הדין:

כאמור, הנאשם נפגע קשות במסגרת תאונת הדרכים. יש ויראו זאת כעונש משמיים. לפיכך, יכול ותישאל השאלה האם יש בעונש משמיים כדי להשפיע, ועד כמה, על העונש שייגזר לו על ידי בני אדם – בית המשפט. במילים אחרות, האם על פי המשפט העברי יש לכלול במסגרת שיקולי הענישה של בית הדין את העונש משמיים שקיבל הנאשם (תודתי נתונה לרב יוסי שרעבי ולד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה).

בהמשך פסק הדין סקר בית המשפט את המקורות המובאים בחוות הדעת, ואין טעם לכפול הדברים הנזכרים למעלה. בקטע החותם את הצגת עמדתו של המשפט העברי (פסקה 13) כתב השופט פרקש:

אשר למידת הרחמים שיש לנקוט בענישה מצינו את דבריו הנכוחים של הרמב"ם, ביחס לנקיטה במידת הרחמים בענישה:
"לפי שאם לא יענש המזיק, לא יסתלקו הנזקים כלל, ולא ירתע כל מי שזומם להרע. ולא כקלות דעת מי שדמה כי זניחת העונשין רחמים על בני אדם, אלא היא עצם האכזריות עליהם והפסד סדר המדינה. אלא הרחמים מה שצוה בו יתעלה: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" (רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג', לה (מהדורת קאפח, ירושלים תשל"ג), עמ' שנד).

הווי אומר: בבוא השופט להעניש את העברין, הרי שמידת הרחמים בה הוא אוחז, במידה בה הוא אוחז בה, צריכה להיות מופנית כלפי החברה מחוץ לאולם המשפט, ולא רק כלפי האדם הבודד העומד בפניו. ולפיכך בדרך כלל מיצוי הדין עם העברין היא מידת הרחמים כלפי החברה.

על יסוד האמור לעיל ובשאר חלקי גזר הדין, ולאחר לבטים לא מעטים, קבע השופט כי אין מנוס מהטלת עונש מאסר בפועל במקרה זה. ואולם, בסוף פסק הדין קבע השופט כי העונשים הוטלו "מבלי למצות את הדין עם הנאשם מתוך התחשבות מרבית במצבו הרפואי והנפשי".

2. גזר הדין בפרשת תיתי

ת"פ (מחוזי חי') 6011/07 מדינת ישראל נ' תיתי יוסף (מיום 14.5.2007), מפי השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה (להלן: פרשת תיתי).

הנאשם בפרשת תיתי הורשע בעבירות של חבלה בנסיבות מחמירות. בבואו לגזור את עונשו של הנאשם הציג בית המשפט המחוזי את שיקולי הענישה השונים. ובכלל זה קבע השופט רון שפירא:

לא נעלמה מעיני המלצת שירות המבחן ואולם חובת בית המשפט הינה להגן על קורבנות העבירה. כשם שנאשם זכאי כי שיקומו וצרכיו יילקחו בחשבון במסגרת שיקולי הענישה כך גם זכאים אלו העלולים להיפגע ממנו או מאחרים כמותו, להגנת בית המשפט. בית המשפט שוקל גם המלצת שירות המבחן, ככל שהדבר נוגע למשך המאסר, ואולם בבואו לקצוב את העונש עליו גם לשקול שיקולים של הרתעה וציבורית והגנה על שלום הציבור, וכן מכלול של שיקולים אשר שירות המבחן אינו מופקד עליהן. ככל שמעשיו של נאשם חמורים יותר כך גם גובר הצורך לשים את הדגש על הגנת הקורבנות (בין אם קורבנות בפועל או קורבנות פוטנציאליים).

בהקשר זה נשען בית המשפט אף על שיקולי הענישה של המשפט העברי:

ראוי להוסיף לעניין זה גם דברים שנכתבו זה מכבר על ידי הרמב"ם (מורה נבוכים, חלק ג', ל"ה (מהדורת קעפח, ירושלים תשל"ג) עמ' שנד שעניינם מידת הרחמים שיש לנקוט בה בבואו של בית המשפט לגזור את הדין: "לפי שאם לא ייענש המזיק, לא יסתלקו הנזקים כלל, ולא יירתע כל מי שזומם להרע. ולא כקלות דעת מי שדמה כי זניחת העונשים רחמים על בני אדם, אלא שהיא עצם האכזריות עליהם והפסד סדר המדינה. אלא הרחמים מה שצווה בו יתעלה: שופטים ושוטרים תיתן לך וכל שעריך". דהיינו, בבוא השופט לגזור את הדין מידת הרחמים בה הוא אוהז, ככל שיש לתת לה ביטוי, צריכה להיות מופנית כלפי החברה ככלל ולא דווקא כלפי האדם הבודד העומד בפניו. בדרך כלל מיצוי הדין עם העברייני, היא מידת רחמים כלפי החברה. ראה לעניין זה את חוות הדעת מיום 26.3.07 שהוכנה על ידי הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית בנתניה (באתר האינטרנט של מרכז ישמ"ע).

לאור שיקולים אלה קבע לבסוף בית המשפט המחוזי בחיפה:

סבור אני כי דברים אלו נכונים גם במקרה שבפניי. גישה סלחנית מדי לאלו העושים שימוש בסכין לפגיעה באחרים, יש בה כדי לשדר מסר סלחני ובסופו של דבר יש בה גם כדי להפחית את ההרתעה, וכפועל יוצא מכך להגביר את הסיכון לפגיעה חוזרת. מכאן, שהענישה צריכה להיות משמעותית ומרתיעה.

שער שלישי

דיני נזיקין ולשון הרע

פתיחה

אמרו חכמינו ז"ל כי הרוצה להיות חסיד יעסוק בענייני נזיקין.¹ ואכן, דיני הנזיקין במשפט העברי מצווים על האדם להיזהר פן יזיק לחברו בכל דרך שהיא, הן גופנית הן נפשית, כגון שלא יביישו ושלא ידבר עליו לשון הרע. הם כוללים עקרונות מוסריים וצודקים רבים שניתן להסתייע בהם בבואנו למצוא פתרון לסוגיות נזיקיות מודרניות. וכפי שנראה להלן, אכן שופטים רבים מסתייעים בהם.²

שלושת הפרקים הראשונים בשער זה עוסקים בדיני נזיקין, והם נוגעים לכמה מן המגמות המתפתחות והולכות בדיני הנזיקין של מדינת ישראל.

הפרק הראשון עוסק בשאלת הפיצויים הנזיקיים בגין התעללות של בעל באשתו. וכאן המקום להדגיש כי עצם הטלת פיצויים נזיקיים ועונשיים בגין התעללות הבעל באשתו אינה מובנת מאליה. בכמה ממדינות ארה"ב, יש גם כיום חסינות בתביעות נזיקיות בין בני זוג, ובעבר הלא רחוק הייתה מקובלת חסינות כזו אף באנגליה ובישראל. לאור זאת, מאלפת היא עמדת המשפט העברי, ההולך בסוגיה זו בדרך מיוחדת, השמה במוקד הדיון את הבעיות המיוחדות המלוות את ההתעללות הגופנית והנפשית, האופיינית, לצערנו, כל כך

1 ראו מאמרו של רב יהודה בתלמוד הבבלי, בבא קמא ל"ע"א.

2 בכוונת מחבר ספר זה לפרסם חיבור מקיף במשותף עם ד"ר בנימין שמואלי שיעסוק בסוגיות שונות בדיני הנזיקין בראי המשפט העברי והמשפט הישראלי. וראו לעת עתה י' סיני וב' שמואלי "הגיעו מים עד נפש – דרכי התמודדות עם התעללות בכך-זוג בדיני הנזיקין, בדין הפלילי ובדיני המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט 1 ו-273-352 (התשס"ז).

ביחסים בין בני זוג.³

הפרק השני עוסק בשרטוט קווי המדיניות של המשפט העברי בקביעת פיצויים עונשיים שאינם תלויי נזק. מדובר בסוגיה נכבדה המעוררת בעת האחרונה עניין רב בפסיקה ובספרות המחקר המשפטי, ועומדת על התפר שבין דיני העונשין לדיני הנזיקין. יש לקוות שתהליך הבניית שיקול הדעת בהטלת פיצויים עונשיים המתרחש בתקופה האחרונה בהליכי החקיקה, בפסיקה ובמחקר האקדמי בישראל, יושתת אף על מעיינות הנצח של המשפט העברי.

הפרק השלישי עוסק בעמדת המשפט העברי כלפי פסיקת פיצויים נזיקיים על פי "אומדנא דינא". זאת – כמקובל בפסיקת בית המשפט העליון בישראל שקבעה כי על השופט להפעיל שיקול דעת מתאים לעריכת אומדן כל אימת שקשה להוכיח בוודאות ובדיוק את מידת הנזק ושיעור הפיצויים.

שני הפרקים האחרונים עוסקים בפרשנות חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"). בשתי הסוגיות הנדונות, מדובר בפרשנות החוק הישראלי לאור ערכיה היהודיים של המדינה, דבר המתבקש במיוחד בשל העובדה שמדובר בחוק המיוסד על עקרון-העל היהודי, "איסור לשון הרע".

הפרק הרביעי עוסק בחסינות בהוצאת דיבה הנעשית בהליך שיפוטי. שאלה זו התעוררה אגב דיון משפטי בעניינם של פרקליטים, שבמהלך הליכים משפטיים שניהלו בשם לקוחותיהם החליפו ביניהם דברי גנאי. השאלות המשפטיות הנשאלות הן: האם יש בחוק איסור לשון הרע (סעיף 13(5)) חסינות לגבי הוצאת דיבה הנעשית בהליך שיפוטי? האם יש חסינות מעין זו גם במשפט העברי? החוק הישראלי אינו מגדיר במפורט את תחומי החיסיון, ואף הפסיקה אינה מגובשת ומוחלטת בנושא זה. לכן, ראוי לפרש את החוק לאור ערכיה היהודיים של מדינת ישראל.

כיצד נראית עיתונות הפועלת על פי ההלכה היהודית? באלו תחומים יכול המשפט העברי לתרום את תרומתו למען העלאת הנורמות שעל פיהן פועלים העיתונים כיום במדינת ישראל? צוהר לשאלות אלה יפתח בפרק החמישי והאחרון של שער זה, העוסק בחובתו של עיתון לפרסם החלטה על סגירת תיק שנפתח נגד נאשם. חובה זו נקבעה בעת האחרונה בסעיף 25 לחוק איסור לשון הרע. הפרשנות הניתנת לה לאור עקרונות המשפט העברי – מעניינת.

³ כמפורט בהרחבה במאמרם של סיני ושמואלי הנזכר בהערה הקודמת.

פרק ראשון

פיצויים נזיקיים בגין התעללות הבעל באשתו

שאלת חובת הבעל לשלם פיצויים על שהתעלל באשתו על כל היבטיה המשפטיים הן במשפט העברי הן במשפט הישראלי נדונה בהרחבה במאמרם של ד"ר יובל סיני וד"ר בנימין שמואלי.¹ משום כך, נסתפק להלן בהבאת עיקרי הדברים שנדונו בחוות הדעת המקורית שניתנה בעניין זה ובשני פסקי הדין שהסתמכו עליה. לפרטיהם של הדברים, ראוי שיעיין הקורא במאמר זה.

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

(1) ע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים (מיום 24.2.2004) (להלן: פרשת פלוני).

פסק דין זה ניתן על ידי השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, בערעור על פסק דינה של השופטת נילי מימון, שופטת בית המשפט לענייני משפחה בירושלים,² שקיבלה בפסק דין תקדימי מעניין (להלן: "פסק דינה של השופט מימון") תביעת נזיקין שהגישה אישה נגד בעלה בעקבות נזקים שנגרמו לה כתוצאה ממעשי התעללות גופנית ומילולית של בעלה, תוך הצעה לחקיקת עוולה מיוחדת לאלימות בין בני זוג. בית המשפט למשפחה חייב את הבעל לפצותה בסך 20,000 ש"ח על נכות זמנית פסיכיאטרית של 10% ועוד 70,000 ש"ח על השפלתה במשך שנות נישואיהם, כשהפך אותה בעלה למשרתת, תוך כדי שהוא משתמש באלימות גופנית, בנידויה והשפלתה ובפגיעה בעצמאותה.

ערכאת הערעור פנתה למרכז ישמ"ע לצורך כתיבת חוות דעת שתציג את עמדת

¹ יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש – דרכי התמודדות עם התעללות בכך-זוג בדיני הנזיקין, ברין הפלילי ובדיני המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט 1 ו-273–352 (התשס"ז).

² תמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. (לא פורסם, ניתן ביום 7.6.04).

המשפט העברי כלפי האפשרות לחייב את הבעל לפצות את אשתו בפיצויים נזיקיים בגין התעללותו בה.

הצורך בקבלת חוות דעת באשר לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו נבע, כפי הנראה, מכמה סיבות:

- א. הטלת פיצויים נזיקיים ועונשיים על בעל בגין התעללותו באשתו אינה דבר של מה בכך. בכמה ממדינות ארה"ב יש גם כיום חסינות בתביעות נזיקיות בין בני הזוג. בעבר הלא רחוק, הייתה חסינות מעין זו מקובלת אף באנגליה ובישראל.³
- ב. ואף על פי שבית המשפט קמא הסתייע במקורות המשפט העברי, הוא פסק כפי שפסק, ואחת מן הטענות בערעור היא שטעה בית המשפט קמא כשהתייחס להלכה היהודית, שאין ללמוד הלכה לעניין נישואים בין מוסלמים, בני הזוג בפרשת פלוני.
- (2) ת"פ (שלום כ"ס) 1801/04 מדינת ישראל נ' הרנוי, תק-של 2005(2) 23940 (מיום 27.6.2005), מפי סגן נשיא בית משפט השלום בכפר-סבא, השופט חנוך פדר (להלן: פרשת הרנוי).

בפסק דינו של השופט חנוך פדר, סגן נשיא בית משפט השלום בכפר-סבא, השתמש בית המשפט בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע בעניין התעללות באישה, הפעם בתחום הפלילי ולא בתחום הנזיקי. להלן תמצית העובדות המעניינות של עניין זה.

הנאשם הודה שהוא מכה באכזריות את בנו ואת אשתו, אך הוא מבקש לחסות בצלה של "הגנה תרבותית". באשר להכאת הבן, כבר דיברנו על עניין זה בהרחבה לעיל, בפרק הדן בהכאת ילדים. עתה נדון רק בשאלת ההתעללות באישה. לעניין זה, ביקש הנאשם, שכבר ראינו את דבקותו בדברי קדמונינו, לבסס את הגנתו על העובדה שב"הסכם הנישואין" התחייבו בני הזוג ללמוד מדי יום בספר "אורחות צדיקים" ועל העובדה שספר זה ממליץ לנהוג באישה המתנהגת כמו אשתו בשלוש דרכים מן הקל אל הכבד, כמפורט בפסק הדין:

- א. לדבר עימה בנחת.
 - ב. לגעור בה – תחת גערה במבין" (משלי יז, י).
 - ג. להלקותה, אם הגערה אינה מועילה, שנאמר: "ומהלמות לגן כסילים" (משלי יט, כט).
- אף כאן נתבקש מרכז ישמ"ע לכתוב חוות דעת בעניין זה. הצורך לקבל חוות דעת אודות עמדת המשפט העברי בסוגיה נבע כפי הנראה מכמה סיבות:
- א. הנאשם מבקש להתבסס על הדין העברי כהגנה של צידוק, ובית המשפט מעוניין לדבר אליו "בשפתו".
 - ב. האם ניתן להסתמך על דעת היחיד של בעל ספר "אורחות צדיקים"? מה היחס בין הדרך שמציע בעל ספר "אורחות צדיקים" למקורות העבריים המקובלים?

³ כמפורט בהרחבה במאמרם של סיני ושמואלי, לעיל ה"ש 1.

ב) חוות הדעת

הקדמה

מעשי ההתעללות המתוארים בפסק דינה של השופטת מימון ובפסק הדין בפרשת הרנוי, חלקם גופניים (מכות, סטירות, משיכת השער) וחלקם נפשיים (יריקות, צעקות, קללות, השפלות ועלבונות). שומה עלינו לומר כבר בראשית דברינו כי ברור שאין בהתעללות הגופנית רק היבט של נזק גופני אלא גם של נזק נפשי, שחלקו מוגדר במשפט העברי על ידי המונח "בושת", שגם הוא ייבחן בדיוננו. בראשית דברינו, עלינו להדגיש שההלכה היהודית מחייבת את הבעל לנהוג בכבוד באשתו ולדאוג לצרכיה הגופניים והנפשיים ולרווחתה הכלכלית. חומרת האיסור ההלכתי להכות את הזולת ולהעליבו אף היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. בזולתו אמרו, קל וחומר באשתו.

לפיכך, נבחן תחילה את חובת הבעל לשמור על כבודה של אשתו ואת חומרת מעשהו של מי שמכה את אשתו. לאחר מכן, נבחן את חבותו של הבעל לפצות את אשתו על ההתעללות הגופנית, בין שגרמה לחבלה בין שלא גרמה לחבלה, וגם את שאלת חובתו לפצותה על ההתעללות הנפשית.

1. האיסור להתעלל בכך הזוג – מקורותיו ויסודו

1.1 חובת הבעל לכבד את אשתו

השופטת מימון חתרה בפסק דינה להדגיש את המיוחד בנזקים הנגרמים לאישה על ידי בעלה, בהדגישה את עקרון הפגיעה בכבוד האדם. אף השופט שפירא, בערכאת הערעור בפרשת פלוני, בחר להכתיר את פסק דינו בדברי ר' חלבו: "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו".⁴ ואכן, בכלל יחסי הכבוד הקיימים בעולמו של המשפט העברי, יש למנות אף את יחס הכבוד לאישה בכלל,⁵ ועוד יותר חובת הבעל לכבד את אשתו.⁶ וכאן המקום להביא את המשך דברי ר' חלבו: "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו, שאין ברכה מצויה בתוך ביתו של אדם אלא בשביל אשתו". זאת ועוד, חכמים אף הזהירו את הבעל להיזהר שלא יגרום צער לאשתו: "לעולם יהא אדם זהיר באונאת [=בצער] אשתו, שמתוך שדמעתי מצויה – אונאתה קרובה".⁷ עוד נאמר בתלמוד: "אוהב את אשתו כגופו, ומכבדה יותר מגופו".⁸ הרמב"ם הביא את דברי התלמוד להלכה בלשון ציווי: "כך ציוו חכמים, שיהא אדם מכבד את אשתו יותר מגופו ואוהבה כגופו. ואם יש לו ממון – מרבה בטובתה כפי הממון. ולא יטיל

4 בבא מציעא נט ע"א.

5 ראו לדוגמה שבועות ל ע"א: "כל כבודה בת מלך פנימה".

6 וראו נחום רקובר גדול כבוד הבריות – כבוד האדם כערך על 16, הערה 13 (התשנ"א).

7 בבא מציעא נט ע"א.

8 יבמות סב ע"ב.

עליה אימה יתירה. ויהיה דיבורו עמה בנחת. ולא יהיה עֶצֶב ולא רוגז".⁹ החובות הללו של הבעל לאשתו נקבעו להלכה בספרות הפוסקים.¹⁰ הלכות אלה נזכרות גם בפסיקת בית המשפט העליון, המדגיש כי "גישת המשפט העברי היא שקיימות חובות בדבר כבוד הדדי, אהבה וכו', בין בני הזוג". וגם אם על פי דין תורה, הבעל חייב לדאוג להתנהגות בני הבית על פי כללי הצניעות, "עליו לעשות זאת בדרכי נועם על-ידי שיכנוע, ולא על-ידי הטלת אימה או מרות".¹¹ וכבר הדגיש פרופ' מנחם אֶלון כי הציווי לכבד את אשתו יותר מגופו הוא "ביטוי בעל משמעות הלכתית-משפטית מובהקת, שלא מצאתי לו אח ורע בשום מערכת הגותית ומשפטית אחרת, לא באותם ימים קדומים ולא בימים הרבה יותר מאוחרים".¹² וכפי שנראה להלן, יש לחובתו המיוחדת של הבעל לכבוד אשתו משקל רב ביחסם של חכמי ההלכה לבעל המתעלל באשתו.

1.2. מדיניות של החמרה בעונשו של בעל המתעלל באשתו

חכמי ההלכה לדורותיהם ראו בחומרה יתרה את מעשיהם של בעלים הנוקטים אלימות גופנית ונפשית כלפי נשותיהם. הרשב"א היטיב לבטא את הדבר. ואלה דבריו: "אין לבעל להכות [=התעללות פיסית] ולענות [=התעללות נפשית] אשתו, דלחיים ניתנה ולא לצער. ואדרבא, צריך לכבדה יותר מגופו... וקרוב בעיני הדבר שאם ידוע שהוא מכה אותה שלא כדרך בנות ישראל ההגונות... יוציא ויתן כתובה, מפני שנועל דלת בפניה".¹³ תפישה דומה מקובלת על פוסקי ההלכה. בהגהות הרמ"א, ר' משה איסרליש, על שולחן ערוך, נפסק להלכה: "איש המכה אשתו, עבירה היא בידו, כמכה חברו. ואם רגיל הוא בכך, יש ביד בית דין ליסרו ולהחרימו ולהלקותו בכל מיני ריודי וכפיה... כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם, ומעשה כותים הוא".¹⁴ הפוסקים דנו בעיקר בהשפעת האלימות של בעל כלפי אשתו לעניין האפשרות לכופו או, לכל הפחות, לחייבו לתת לה גט,¹⁵ אך יש ללמוד מדבריהם גם על עמדתם הערכית העקרונית נגד התעללות באישה.

9 הלכות אישות, פרק טו, הלכה יט.

10 ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכה, הלכה ג; שולחן ערוך הרב (לרש"י מלאדי), הלכות אונאה וגניבת דעת, סעיף לב.

11 ע"א 353/65 חכם נ' חכם, פ"ד כ(2), 199, 202–203 (1966).

12 מנחם אֶלון **מעמד האישה** 34 (התשס"ה). לדיון מפורט בדברים אלה ובמשמעותם ההלכתית משפטית, ראו שם, בעמ' 194 ואילך.

13 שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קב.

14 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ג.

15 לדיון נרחב בנושא זה מיוחד מאמרו של א' שוחטמן "אלימות נגד נשים כעילה לגירושין" **ספר היובל למנחם אֶלון** (טרם פורסם). וראו: מ' פרישטיק "אלימות פיזית של בעלים כעילה לקבלת גט בהלכה היהודית ובשיפוט הרבני", **דיני ישראל** יז, עמ' צג ואילך (התשנ"ג-ג'ד); **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ו, עמ' תיח, ערך "גירושין"; בן ציון שרשבסקי **דיני משפחה** 306–307 (התשנ"ג).

ב"דרכי משה", הביא המחבר, ר' משה איסרליש,¹⁶ את מקור הדברים מדברי ה"מרדכי" בשם המהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, שכתב: "יש להחמיר הרבה על מי שמכה אשתו. ועון גדול הוא. ואין מדרך בני עמנו להכות נשותיהם, רק הוא דרך עובדי כוכבים ומזלות... וחלילה לכל בני ברית מעשות כדבר הזה". תפישו דומה, המדגישה את החומרה שבהכאת האישה, עולה גם מדברי פוסקים חשובים אחרים.¹⁷ כך, לדוגמה, בעל "באר הגולה"¹⁸ מביא בשם תשובות מהר"י וייל: "עונש המכה אשתו יותר ממכה חבירו, שבחבירו אינו חייב בכבודו, ובאשתו חייב לכבדה יותר מגופו, עולה עמו ואינה יורדת עמו, לחיים ניתנה ולא לצער, ועונשו גדול ממכה חבירו, כי היא יושבת לבטח אתו, ודמעתי מצויה".

נמצא שחומרת מעשיו של בעל המתעלל באשתו גדולה מחומרת מעשיו של מי שמכה את חברו ומתעלל בו. חומרה זו נובעת ממערכת היחסים המיוחדת שבין הבעל לבין אשתו, ויפה כתבה השופטת מימון בפסק דינה: "הודגש ע"י חכמי ישראל הקשר המיוחד של בני הזוג, וכתוצאה עוצמתה היתירה של הפגיעה כאשר מדובר באשת המעוול: 'כי היא יושבת לבטח אתו ודמעתי מצויה' (אור זרוע, בבא קמא, סימן קסא). לאמור, אשה מרגישה בטחון בבית בעלה, לאשה רגישות יתירה אם הפוגע בה הוא בעלה".

2. חיוב הבעל המתעלל לשלם פיצויים נזיקיים לאשתו

2.1 כללי

המכה את חברו מתחייב לפצותו על הנזק שגרם לו. וכבר מנו חכמינו זיכרונם לברכה חמישה ראשי נזק, ארבעה מהם מדידים, והם מבטאים את ההפסד הממוני הישיר שנגרם לניזוק.

נאמר במשנה: "החובל בחברו חייב עליו משום חמשה דברים: בנזק, בצער, ברפוי, בשבת ובבשת".¹⁹ והמשנה הולכת ומפרטת את הדרכים לאמוד את הנזקים הראשוניים: נזק – הערכת הפסד הממון שנגרם לניזוק כתוצאה מן העובדה שאינו מסוגל לעשות מלאכות מסוימות; צער – הערכת הסבל שנגרם לו בעטיו של הכאב על פי כללים ברורים; ריפוי – ההוצאות הרפואיות שנצרך לשלם בעקבות הפגיעה בו; שבת – אבדן ימי עבודה כתוצאה מן החבלה שנגרמה לו. והראש החמישי הוא הוא פיצוי על הנזק הנפשי שנגרם לו, והוא נקרא במקורותינו בשם **בושת**.²⁰

וראוי להבחין בארבעה מיני פיצויים בגין התעללות, כולם נוגעים לענייננו. ואלה הם: (א) פיצויים על התעללות פיסית תוך כדי גרימת חבלה; (ב) פיצויים על התעללות גופנית

16 על הטור, אבן העזר, סימן קנד, ס"ק טז.

17 ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך יב, עמ' תר"ף-תרפ"א.

18 אבן העזר, לעיל, ה"ש 14.

19 בבא קמא, פרק ח, משנה א.

20 לעניין הכללים שעל פיהם מכירה ההלכה בנזקים שאינם ממוניים ולדרך חישובם בזיקה לפקודת הנזיקין, ראו הרב א' שיינפלד **חוק לישראל – נזיקין** 303–307 (נחום רקובר עורך, התשנ"ב).

בלא לגרום חבלה לאדם; (ג) פיצויים על נזק נפשי שנגרם לנפגע כתוצאה מפגיעה בגופו, "דמי בושת"; (ד) פיצויים על התעללות נפשית-מילולית באדם, הנקראת בלשון חכמינו, "בושת דברים". להלן נדון בהם בהרחבה.

2.2. פיצויים על התעללות גופנית וגרימת חבלה

במשפט העברי, החבות בניזקין קמה גם בראשי נזק שאינם ממוניים, בושת או צער, אם הם באים יחד עם ראשי נזק ממוניים, נזק או הוצאות ריפוי או שבת, או לפחות אם ניצר הנזק הלא-ממוני כתוצאה ממעשה (ראו להלן). עקרונית, כך הוא הדין גם בנזק הנגרם לאישה מידי בעלה, ואין צריך לומר בנזק הנגרם לה על ידי אדם זר. וזה לשון שולחן ערוך בעניין זה:

החובל באשת איש, השבת והריפוי לבעלה והצער שלה. והבשת והנזק: אם בגלוי הוא, כגון שחבל בפניה ובצוארה או בידה וזרועותיה – השליש שלה ושני שלישים לבעל; ואם בסתר הוא הנזק – השליש לבעל וב' שלישים לאשה. של בעל, נותנין לו מיד. ושל אשה, ילקח בהם קרקע, והבעל אוכל פירות. ואינה יכולה למחול, לא על חלקו ולא על חלקה. ואם מחלה – אינה מחילה. ומכל מקום, אינו יכול לתבוע חלקה אלא בהרשאתה. במה דברים אמורים, כשחבלו בה אחרים. אבל הבעל שחבל באשתו – חייב לשלם לה מיד כל הנזק וכל הבשת והצער, והכל שלה, ואין לבעל בהם פירות. ואם רצתה ליתן הדמים לאחר – נותנת. והבעל מרפא אותה כדרך שמרפא כל חוליה. הגה: חירף אותה שום אדם בדברים, אע"פ שהמבייש בדברים – פטור. אם פייסוה בממון (דברי עצמו): אם חרפוה בגלוי, לו ב' חלקים ולה חלק א'; ואם בסתר – לה ב' חלקים ולו חלק א' (טור).²¹

וראוי להסביר בקצרה את פשר ההבדל על פי ההלכה בחלוקת ראשי הנזק – נזק, צער, ריפוי, שבת, בושת – בין מקרה נזק שנגרם לאדם מן היישוב, ובכללם אישה שאינה נשואה, לבין נזק שנגרם לאישה נשואה על ידי אחרים.²² לאחר מכן, נסביר את פשר ההבדל בין החובל באשת איש לבין בעל החובל באשתו.

מאחר שבמערכת היחסים בין בני הזוג מוטלת על הבעל האחריות לסיפוק צרכיה ורווחתה של אשתו, הרי שגם אם חבלו בה אחרים, עדיין מוטלת עליו האחריות לדאוג לבריאותה. על כן, הוצאות הריפוי מגיעות לידיה. הוא הדין לגבי שבת, הבטלתה ממלאכתה

²¹ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פג, סעיף א.

²² מקור הדברים הוא במשנה: "מציאת האשה ומעשה ידיה לבעלה... בושתה ופגמה שלה. רבי יהודה בן בתירה אומר: בזמן שבסתר, לה יש שני חלקים ולו אחד; ובזמן שבגלוי, לו שני חלקים ולה אחד. שלו יתן מיד, ושלה ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות" (כתובות, פרק ו, משנה א). להלכה נפסק, כאמור לעיל, כשיטת ר' יהודה בן בתירה. לדיון מקיף בעניין זה ראו: הרב מ' אליהו "אלימות במשפחה ומשמעותה הכספית" **שערי צדק** א, עמ' 39 ואילך (התש"ס); **אנציקלופדיה תלמודית** כרך יב, עמ' תשכט-תשלב, ערך "חובל".

בעקבות החבלה, משום שמזונותיה מוטלים עליו תמורת מעשה ידיה. לכן, הוא מקבל את דמי השבת המגיעים לה והוא ממשיך לפונסה. לעומת זאת, הצער, כלומר הכאב והסבל, הוא אישי, ועל כן הוא של האישה בלבד. הנזק והבושת מתחלקים בין שני בני הזוג, משום שבמערכת יחסים נורמלית בין בני זוג, בושתה של האישה היא גם בושתו של בעלה, וכך הוא גם לעניין הנזק.²³

נעיר כי לדעת חלק מן הראשונים,²⁴ אין כל הבדל בין התשלומים של ראשי הנזק, בין כשהזיקו אחרים את האישה ובין כשהזיקה בעלה. וכן עולה גם מלשון המקור התנאי הקדום, הקובע שהדין האמור חל בשני המצבים: "החובל באשתו, בין שחבל בה הוא בין שחבלו בה אחרים..."²⁵ וכבר תמהו ראשונים ואחרונים על הסתירה בין לשון התוספתא, שאינה מבחינה בין דינו של מי שחבל באישה, לבין דברי הרמב"ם,²⁶ המבחין בין דינו של בעל החובל באשתו לבין אחרים שחבלו בה, שדבריו הם המקור לפסק השולחן ערוך האמור למעלה. אך כבר ציינו כמה מהם שאין בדברי הרמב"ם כל קושי, משום שגם הוא מודה שמעיקר הדין אין להבחין בין דינו של בעל שחבל באשתו לבין דינם של אחרים שחבלו בה. אך הרמב"ם ציין במפורש שדבריו מבוססים על תקנת הגאונים, שקנסו את הבעל שחבל באשתו,²⁷ ונראה שהלכה זו מוסכמת גם על דעת פוסקים אחרונים.²⁸ הסבר להבדל בדין בין הזיקה אחרים לבין הזיקה בעלה מביאים "מגיד משנה"²⁹ ו"הר"ן בשם הרשב"א.³⁰ אכן, מן הדין, תשלומי הנזק והבושת מגיעים במלואם לאישה, אלא שמאחר שהבעל מתבייש בבושתה ומצטער בפגמה, יש לו חלק בהם. אך אין הדבר כן כשהוא עצמו הזיק לאשתו, שהרי בייש וציער את עצמו, ולכן אין מגיע לו פיצוי. הריטב"א אומר³¹ כי זהו מעין קנס שקנסו הגאונים את הבעל שחבל באשתו. משום שחלקו בתשלומי נזקיה הוא מדרבנן, לא תיקנו חכמים שיהא זכאי לקזז את חלקו מהפיצויים שמשלם לה אם נהג שלא כהוגן, כדי

23 בחלוקת התשלומים בין הבעל לבין האישה על ראש נזק זה יש מקום להסבר נוסף, ואין כאן מקום להאריך. וראו: דברי הפוסקים נושאי הכלים לשולחן ערוך, לעיל ה"ש 21; מ' אליהו, שם, בעמ' 40-42.

24 השגות הראב"ד, הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכה טז; ר"ן, כתובות כח ע"ב (כט ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה מציאת).

25 תוספתא, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה, עמ' 45 במהדורת ליברמן.

26 הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכה טז. לפרטם של דברים, ראו דברי ש' ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, בבא קמא, עמ' 101-102 (ניו יורק, התשמ"ח).

27 יש המצמצמים את תחולתה של תקנת הגאונים רק לעניין זה שהבעל אינו אוכל את הפירות מן החלק שמקבלת האישה, אך מקבל את חלקו כדינו של אדם זר החובל באשתו. ראו דברי הראשונים הנזכרים לעיל בה"ש 24. לניתוח נרחב של מחלוקת הראשונים ראו אצל הרב מ' אליהו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 42-46.

28 ראו חלקת מחוקק, אבן העזר, סימן פג, ס"ק ו.

29 על הרמב"ם, לעיל ה"ש 26.

30 ר"ן לכתובות כח ע"ב, ד"ה גמ' תנן.

31 כתובות סו ע"א, ד"ה מתקיף.

”שלא יהא חוטא נשכר“³².

ייחודו של הקנס שקונסים את הבעל המכה את אשתו מתגלה לעינינו אם משווים אותו לדין אישה שחבלה בבעלה, שאינה משלמת לו ישירות את הנזק, הצער והריפוי וכיוצא בזה, והבעל יכול רק לנכות את דמי הנזקים מכתובתה כשהוא מגרשה.³³ נמצא שעל מכות וסטירות וכיוצא בהן שגרמו לאישה חבלה, חייב הבעל לשלם לה את מלוא הנזק, הצער והבושת. כמו כן הוא חייב לרפא אותה ולפרנסה. וקל וחומר במעשי התעללות קשים החוזרים ונשנים.

2.3. פיצויים על התעללות גופנית בלא לגרום חבלה

פיצויים מסוג זה הם לכאורה בעייתיים יותר. כאמור לעיל, התעללות פיסית, אף שאינה גורמת לחבלה, יש בה בהרבה מקרים, במיוחד לאדם בוגר וכשהדברים נעשים בפרהסיה, השפלה גדולה יותר ועלבון מכאב גופני, מעין מה שאמרה השופטת מימון בפסק דינו של בעל שנהג למשוך את שערות אשתו, לירוק עליה, וכדומה. בהכאה שאין בה נזק, קנסו חכמים שיעורים קבועים של תשלומים, בעיקר בגלל הצער והבושת שיש בה.³⁴ וזה לשון המשנה בעניין זה:

התוקע לחבירו – נותן לו סלע. רבי יהודה אומר משום רבי יוסי הגלילי: מְנָה. סטרו – נותן לו מאתים זוז. לאחר ידו – נותן לו ארבע מאות זוז. צרם באזנו, תלש בשעריו, רקק והגיע בו רוקו, העביר טליתו ממנו, פרע ראש האשה בשוק – נותן ארבע מאות זוז. זה הכלל: הכל לפי כבודו. אמר רבי עקיבא: אפילו עניים שבישראל רואין אותם כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, שהם בני אברהם יצחק ויעקב.³⁵

ראוי לציין כי הדיון בסכומי הקנסות הללו, ובכלל בתשלומי נזיקי חבלות, הוא בתחום ה**עקרוני** של ההלכה, משום **שמעשית**, שמכות בתי הדין בימינו מוגבלות. אף על פי כן, נפסק שלצורך חברתי והרתעתי, יכול בית דין לחייב בתשלומים ואף לענוש בדרכים אחרות,³⁶ דבר שנראה מוצדק בהחלט במקרי אלימות במשפחה.

³² וראוי להדגיש כי הסבר זה מוסכם לכולי עלמא לגבי פירות מן התשלומים שמגיעים לאישה בכל מקרה. ראו: ר"ן, לעיל ה"ש 30; בחלקת מחוקק, לעיל ה"ש 28.

³³ ראו רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכה יח. לפשר ההבדל בין דינו של איש שחבל באשתו לבין אישה שחבלה בבעלה ראו דברי הרב מ' אליהו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 47.

³⁴ נחלקו הראשונים אם סכומים אלה הם רק על הבושת או גם על ראשי הנזק האחרים. ראו: רי"ף, בבא קמא, יב ע"ב; מגיד משנה, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ה; רמ"א, חושן משפט, סימן תכ, סעיף מג.

³⁵ משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה ו. וראו גם בבא קמא כז ע"ב.

³⁶ ראו רמ"א, חושן משפט, סימן ב, סעיף א.

2.4. פיצויים על נזק נפשי שנגרם כתוצאה מפגיעה בגוף הניזוק ("בושת")

שיעור התשלום על גרימת בושת לאדם נגזר ממעמדם של המבייש והמתבייש – "הכל לפי המבייש והמתבייש".³⁷ נמצא שבושתו של אדם נכבד רבה מזה של אדם פשוט, כפי שפירש רש"י על אתר: "אדם קל שבייש – בושתו מרובה. והמתבייש – אדם חשוב שנתבייש בושתו מרובה". ברור שיש להתחשב גם בנסיבות הביוש ובעוצמתו.³⁸ ונחלקו הפוסקים בשאלת שיטת חישוב הפיצוי על גרימת בושת: לדעת הרמב"ם,³⁹ מעריכים כמה ממון ראוי לתת לאדם שנפגע כשנגרם לו ביוש מסוים מאדם מסוים. ואילו לדעת הרמ"ה,⁴⁰ מעריכים כמה מוכן אדם מסוים שישלמו לו כדי שיסכים שיגרום לו אדם זה ביוש מסוים. כמו כן, יש להבחין בין בושת מתמשכת לבין בושת חד-פעמית.⁴¹ אך יש להדגיש כי הבושת האמורה עד כאן היא רק זו שהיא תוצאה של פגיעה בגופו של הניזוק.

2.5. פיצויים בגין התעללות נפשית-מילולית – "בושת דברים"

כפי שראינו לעיל, תשלום דמי בושת למתבייש מבטא את הנזק הנפשי שנגרם למתבייש. אין כל ספק, שאישה הנתונה ברציפות לפחד ממושך והחשופה לאלומות קשה נפגעת למעשה נפשית לא פחות, אם לא יותר, מן הפגיעות הגופניות. השאלה היא, אם ההלכה מכירה בתשלום על נזקים גם אם אינם תוצאה של פגיעה בגוף.

רבים הם הנזקים הנפשיים העשויים להיגרם כתוצאה מהתעללות קשה ומתמשכת בתוך המשפחה. אולם נזק נפשי שאינו בושת אינו מוכר מעיקרו של הדין העברי. ולא זו בלבד, אלא שגם בושת וגם צער, שהם בעיקרם כאב וסבל גופניים, אינם בני תשלום אם לא נגרמו על ידי פגיעה בגופו של ניזוק. נכון שהמצער או המבייש את חברו עובר על איסור מן התורה,⁴² אלא שאין בדבר כדי לחייבו בתשלומי נזיקין. וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

אף על פי שהמבייש שאר העם בדברים פטור מן התשלומין, עון גדול הוא, ואינו מחרף ומגדף לעם ומביישן, אלא רשע שוטה. ואמרו חכמים הראשונים שכל המלבין פני אדם כשר מישראל ברבים – אין לו חלק לעולם הבא.⁴³

אמנם המבייש בדברים (התעללות מילולית) פטור, כפי שנאמר בתלמוד: "ביישו בדברים – פטור מכלום".⁴⁴ אך כבר קבעו הפוסקים כי אף על פי שהמבייש בדברים פטור מן הדין, בכל

37 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף כד.

38 ראו למשל סמ"ע, חושן משפט, שם, ס"ק כה.

39 רמב"ם, הלכות נערה בתולה, פרק ב, הלכה ה.

40 דבריו הובאו בשיטה מקובצת, בבא קמא פג ע"ב.

41 ראו א' שיינפלד, לעיל ה"ש 20, עמ' 306.

42 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכה, סעיפים א-ה.

43 רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ז.

44 בבא קמא צא ע"א.

זאת יש לבית הדין לתקן תקנות לגדור את הדבר. ונהגו בכל מקומות ישראל לקנוס את בעלי הלשון הרע לפי המבייש והמתבייש.⁴⁵

במהלך הדורות נקבעו דרכי התמודדות עם מעשים חמורים כגון אלה, "דיותר בושת דברים מבושת של חבלה, דאין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חבירו".⁴⁶ נציג כאן רק מקצת מן המקורות הדנים בסוגיה זו. הרמב"ם כותב: "ויש לבית דין לגדור בדבר בכל מקום ובכל זמן כפי שיראו".⁴⁷ דהיינו, מוטלות על בית הדין החובה והאחריות למגר תופעות מעין אלו, והסמכות נתונה בידם לקבוע את האמצעים שיש לנקוט כדי להשיג מטרה זו. הטור,⁴⁸ בשם רב שירא גאון,⁴⁹ כותב: "המבייש את חבירו בדברים [נ"א: ברבים] מנדין אותו, עד שיפייס המבוויש". דהיינו, הטלת לחץ חברתי ניכר על המבייש לפייס את חברו בממון.⁵⁰ והרא"ש כותב:⁵¹ "אמנם נהגו בכל מקומות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר כפי בעלי לשון ולקנוס המבייש, הכל לפי הענין. וכן יעשו בית דין בכל ענין לפי הראוי, הכל לפי המבייש והמתבייש".⁵²

לעתים פסקו בתי הדין עונש ממוני על בושת דברים.⁵³ נאמר בשו"ת "חוות יאיר": "ומה ששמע ראובן מפי יודע ספר דאגמריה [=שלימדו] מהא דקיימא לן: המבייש בדברים – פטור, ודאי אמת הוא מצד דינא דש"ס... ומכל מקום, בזה, המנהג עוקר ההלכה, ונתפשט בכל גבול ישראל לקנוס על זה לפי תואר הענין... ואם חלילה לא יעשו כן, ירבו יום יום מחלוקת בישראל, ואיש את רעהו חיים יבלעו. סוף דבר, לא ינקה ראובן מעונש וקנס".⁵⁴

בפסקי דין רבניים⁵⁵ הוסקו מסקנות אלה: "תקנת הגאונים היא שהמבייש את חברו בדברים, מנדין אותו עד שיפייסנו כראוי"; "יש לדון דיש כוח לבית הדין גם להטיל על המבייש תשלום כסף לפי ראות עיני בית הדין לפי העניין והזמן ולפי המבייש והמתבייש". ומעין זה מצינו בפסקי דין ירושלים:⁵⁶ "למרות שאין בכח בית דין לחייב את הנתבע בדמי

45 ראו: רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ה; שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח; פתחי תשובה, שם, ס"ק ח; ועוד רבים, כמצוין אצל א' שיינפלד, לעיל ה"ש 20.

46 פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ח, סימן טו.

47 רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ז.

48 טור, חושן משפט, סימן תכ.

49 תשובות הגאונים, שערי תשובה, סימן ח.

50 ולא בדברי פיוס בלבד. ראו סמ"ע, חושן משפט, סימן א, ס"ק כג.

51 שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן ט.

52 הדברים הובאו הלכה למעשה אף בשו"ת ב"ח (ישנות), סימן קט. וראו שו"ת דברי ריבות, סימן קיז.

53 לעניין זה, ראו גם מאמרו של הרב צ' ליפשיץ "פיצוי על בושת דברים" תחומין טז עמ' 381 ואילך (התשנ"ו).

54 שו"ת חוות יאיר, סימן סב.

55 פד"ר, חלק ה, עמ' שכב.

56 פסקי דין ירושלים, דיני ממונות וביורוי יהדות, חלק ג, עמ' רה.

בושת ונזק נפשי, יש בידי בית דין לכופו על כך באמצעים שונים. ובאם לא יגיע עם התובעת לפשרה בענין זה, הנתבעת תהיה זכאית לתבוע מבית דין הטלת סנקציות על הנתבע, כגון עיכוב נישואין עם אחרת... כולל תשלום בושת ונזק נפשי".⁵⁷

מן האמור לעיל עולה שמוטלת על הבעל אחריות בנזיקין מן הדין, לא רק בשל הנזקים הגופניים אלא אף בגלל מעשי ההתעללות שהיו בהם משום השפלה וביזוי גרידא. לגבי השפלה וביזוי על ידי דיבורים גסים כלפי האישה או צעקות עליה או יחס רע, ראוי לשקול איזו סנקציה יש לנקוט נגד המזיק, הן בשל חומרת מעשיו והן בשל גורם ההרתעה ותקנת הציבור בסוגיה הכאובה של אלימות במשפחה.

עוד נאמר שאף על פי שנזקים נפשיים, כגון חרדה או דיכאון, וכדומה, אף שאין בהם כשלעצמם יסוד לחבות בנזיקין, נראה שיש בהם כדי ללמד על גודל ההשפלה והעלבון שעברו על האישה. על כן ראוי להתחשב בהם בקביעת שיעור הפיצוי, לכל הפחות בהתעללות שהיה בה מעשה. נדמה לנו שכן עולה מדברי הרמב"ם והרא"ש שהבאנו לעיל, שכתבו שהסנקציה צריכה להתאים לנסיבות מעשה ההיזק, וכך יינתן ביטוי אמיתי גם לסבל זה.

3. ההיבט הפלילי

יש לזכור שאין מדובר רק בתחום האזרחי, קרי: בחובות ובזכויות בתוך המעגל המצומצם של מערכת היחסים בקרב בני המשפחה, משום שאלימות מכל סוג שהוא מהווה סכנה לחברה כולה, וחובה על החברה להילחם בתופעות הללו. לפיכך, מלבד הסמכות שיש בידי בית הדין להטיל חובת פיצויים בגלל הנזק שנגרם לאישה בדרכים שפירטנו לעיל, יש סמכות לממונים על הסדר החברתי, באמצעות חקיקה מתאימה והטלת עונשים מתאימים על ידי בתי המשפט ואכיפתם, לנקוט אמצעים נוספים, עונשיים והרתעתיים.

כך, לדוגמה, סובר ה"מרדכי", כי "המאנה [=המצער] את חבריו בדברים, מלקין אותו, מפני שעבר על לאו ד'לא תונו איש את עמיתו' (ויקרא כה, יז)."⁵⁸ והעיר על דבריו ה"בית יוסף"⁵⁹ ואמר שיש לומר שהכוונה למכת מרדות מדרבנן.⁶⁰ דעתו של ה"מרדכי" הובאה להלכה בשולחן ערוך:

רקק בחבירו – חייב. אבל רקק בבגדיו או שביישו בדברים – פטור. ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראו. ויש אומרים שמנדין אותו עד

⁵⁷ אמנם המקרה האחרון עוסק בביטול שידוכים שנקבע בו גובה הקנס מראש, אך את היסודות הכלליים ניתן להסיק מתוך פסק הדין.

⁵⁸ מרדכי, בבא מציעא, סימן שו.

⁵⁹ חושן משפט, סימן א.

⁶⁰ הואיל ומקובלנו שכל לאו שאין בו מעשה, אין לוקין עליו מן התורה חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חברו בשם (שבועות כא ע"א).

שיפיים המבווייש. הגה: ויש אומרים דמכין אותו מכת מרדות (בית יוסף ס"ס א' בשם מרדכי פרק הזהב). והמוציא שם רע על חברו, הוי בכלל המבייש בדברים.⁶¹

יתר על כן, ניתן לסמוך על העיקרון הרחב שהתווה הר"ן,⁶² שלפיו יש בתחום הפלילי לרשויות השלטוניות סמכות החורגת מדין תורה לחוקק חוקים לתקנת הציבור ולאכופ אותם במגוון אמצעים, גם שלא על פי דין תורה.⁶³ לאור זאת, לא מן הנמנע להטיל פיצויים עונשיים על הבעל המתעלל, כאחת הדרכים להילחם בתופעת האלימות במשפחה.

4. מסקנות

- א. חכמינו הדגישו במיוחד שיש לחייב את הבעל לכבד את אשתו. לחובתו המיוחדת של הבעל לכבד את אשתו יש משקל רב ביחסם של חכמי ההלכה לבעל הנוקט אלימות כלפי אשתו.
- ב. מעשהו של מי שמכה את אשתו חמור יותר ממעשהו של מי שמכה את חברו, משום מערכת היחסים המיוחדת שבין הבעל לבין אשתו. חומרה יתרה זו מצדיקה לא רק תשלום פיצויים נזיקיים לאישה, אלא אף הענשת הבעל במגוון עונשים. בכלל זה, ניתן להטיל עליו גם קנס ממוני שהוא דומה לפיצויים העונשיים או המוגברים.
- ג. הבעל חייב לפצות את אשתו על חבלות ונזקים גופניים שגרם לה.
- ד. יש לתת דגש להיבט המשפיל שבהתעללות הגופנית שעה שבאים לקבוע את הפיצויים המגיעים לאישה, אף במעשים שלא גרמו לנזק גופני.
- ה. המשפט העברי מכיר בנזק הנפשי הנגרם למוכה, והמכה חייב לפצותו על הבושת שגרם לו בעקבות הפגיעה בגופו.
- ו. סוג קל יותר של בושת הוא "בושת דברים", שמקור החיוב בו הוא בתקנת חכמים, והכוונה להתעללות נפשית שאינה מלווה בפגיעה גופנית. הפוסקים קבעו כי אף על פי שהמבייש בדברים פטור מן הדין, בכל זאת יש לבית דין לתקן תקנות לגדור את הדבר. ונהגו בכל מקומות ישראל לקנוס את בעלי הלשון הרע לפי המבייש והמתבייש. לעתים פסק בית הדין עונש ממוני על בושת דברים.
- ז. ניתן לנקוט מגוון אמצעי ענישה על פי חומרת המעשים, במיוחד אם הם חלק מתופעה חברתית פסולה.
- ח. יש מקום לחקיקה או לחקיקה שיפוטית בתחום האלימות בתוך המשפחה שתסמיך את בתי המשפט לנקוט אמצעים עונשיים, ובכללם אף פיצויים עונשיים, על התעללות נפשית בין כיסוד עצמאי בין כגורם מחמיר.

61 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח.

62 דרשות הר"ן, הדרוש האחד-עשר.

63 וראו גם הרב ש' ישראלי, עמוד הימיני, סימן ט.

(ג) פסקי הדין

1. פסק הדין בפרשת פלוני

השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, דחה את הערעור על פסק דינה של השופטת מימון. בסיום דבריו בפסק הדין, הביא השופט שפירא את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, והביע את דעתו גם בשאלת תשלומם של פיצויים עונשיים ואף מוגברים. הוא הסכים עם בית משפט קמא שהיה מקום לפסוק פיצויים מוגברים וסבר כי, בנסיבות העניין, אין מדובר בפיצוי מוגזם כלל ועיקר. בית המשפט סיים את דבריו במילים אלה: "כפי שציין בית המשפט קמא, התקיפה, ההשפלה וההתעללות שבוצעו על ידי הנתבע אוצרים בתוכם התנהגות מעוולת במשנה תוקף, שכן המעשים נעשו, כאמור לעיל, במישור היחסים הרגישים שבין בעל ואישה וניצול היותם תחת קורת גג אחת, ומטופלים בילדים".

להלן המובאות המיוסדות על מקורות המשפט העברי.

בראש פסק הדין הביא השופט שפירא את מאמרו של ר' חלבו בתלמוד: "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו" (בבא מציעא נט ע"א). בגוף פסק הדין (פסקה 18), הביא השופט שפירא את עיקרי עמדת המשפט העברי. ואלה דבריו:

בדין העברי, הבעל חייב בכבודה של אישתו, והמכה אישתו עובר עבירה. בהגהות הרמ"א, שולחן ערוך, אבן העזר, סי' קנד, סע' ג', נפסק כי לא זו בלבד שעבירה היא, אלא שבית דין רשאי לייסרו ולהחרימו ולהלקותו. בשו"ת בנימין זאב, סימן פח, נאמר שאפשר אף לעונשו בעונש ממוני ב"קנס חמור, בין בגופו ובין בממונו".

במשנה בבא קמא, פרק ח', משנה א', נאמר: "החובל בחברו, חייב עליו משום חמישה דברים: בנזק, בצער, בריפוי, בשבת ובבושת" (לעניין מרכיבי הנזק, ראו א' שיינפלד, חוק לישראל: נזיקין, ירושלים תש"ם (בעריכת נ' רקובר), שם, 307).

אשר לנזק הנפשי, "בושת דברים", הרי שבמשך דורות נקבעו דרכים להתמודד עם מעשים חמורים אלה.

בפסקי דין רבניים, חלק ה', ע' שכ"ב, ד"ה נקבע כי תקנת הגאונים היא "דהמבייש חברו בדברים מנדין אותו עד שמפייסנו כראוי", ויש לדון "דיש כוח לביה"ד גם להטיל על המבייש תשלום כסף לפי ראות עיני ביה"ד לפי הענין והזמן, ולפי המבייש והמתבייש" (עמדת המשפט העברי מובעת בחוות דעתם של ד"ר יובל סיני, הרב משה בארי והרב יוסף שרעבי, המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה, ינואר 2005).

2. הכרעת הדין בפרשת הרנוי

בפסק דין ארון ומרתק, שרובו ככולו מוקדש לדיון במקורות המשפט העברי, וחלקים ממנו הבאנו לעיל (בשער הקודם, בפרק השני העוסק בהכאת ילדים), הרשיע השופט פדר את הנאשם בעבירה האמורה, תוך שהוא מדבר ב"שפתו" של הנאשם ומוכיחו על שעבר עבירות חמורות ביותר אף לפי המשפט העברי.

לעניין הכאת אשתו, הסתייע השופט, בין השאר, בחוות דעתו של מרכז ישמ"ע בעניין התעללות באישה, תוך שהוא מבחין בין העמדות המקובלות של גדולי פוסקי ההלכה החשובים, שראו את הדבר בחומרה יתרה, לבין דעותיהם החריגות והקיצוניות של מחברי ספרים שאינם בלב הקונצנזוס בעולמה של הלכה, כגון מחברו של הספר "אורחות צדיקים". ואלה דבריו בעניין זה:

ייאמר מייד, שלא מצאתי כי קמה הגנה כל שהיא למעשי הנאשם. הנאשם מפנה לספר "אורחות צדיקים", גם במובן של השיטה, על פיה הוא מקיים את הדין העברי, וגם כהתנהגות מוסכמת שעוגנה בהסכם בין בני הזוג. אלא ש"אורחות צדיקים" אינו מקור נורמטיבי הקובע הלכה. וודאי, שלא בניגוד לגדולי הפוסקים, כגון הרמב"ם והשו"ע. זו אף זו, שבעליו – הבלתי ידוע – של "אורחות צדיקים", הכיר את פסיקת הרמב"ם, לפי שהוא עצמו מסתמך על "משנה תורה", ולא ברור שביקש להחמיר עליו. לעניין דרך גבר באשתו, כבר פסק הרמב"ם (הלכות אישות, פרק טו, הלכה יט), וזוהי ההלכה היהודית המחייבת, המטילה חובה לבעל לנהוג כבוד באשתו, לדאוג לצרכיה הפיזיים ורווחתה הנפשית. חומרת האיסור ההילכתי של הכאת הזולת ועלבונה היא מן המפורסמות – בזולתו אמרו, קל וחומר באשתו (!!)). (כעמדת הדין העברי, כפי שפורטה בחו"ד ד"ר יובל סיני, מן המרכז ליישומי המשפט העברי, במכללה האקדמית בנתניה). התנהגותו האלימה של הנאשם, כוללת לא רק היבט פיזי אלא גם נזק נפשי – המוכר במשפט העברי כ"בושת" (כתוצאה מפגיעה גופנית), ואפילו "בושת דברים" (כתוצאה מהתעללות נפשית) בלבד, שמקור חיובו בתקנת חכמים: "הכל לפי המביש והמתביש" (שו"ע, חושן משפט, סימן ת"כ, סע' כ"ד). מעשים שכאלה פוגעים בכבוד האדם בכלל ובכבודה של אשה בפרט. חובו של הבעל בכבוד אשתו: "כבודה בת מלך" (שבועות ל ע"א) אינו מוטל בספק, כמימרא: "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו" (בבא מציעא נט ע"א), או: "אוהב את אשתו כגופו, ומכבדה – יותר מגופו" (יבמות ס"ב ע"ב). ומפרש רש"י (שם): "דזילותא דאיתתא קשה מדגברא" (=שזילות האישה קשה היא משל הגבר). על פי הרמב"ם (בהילכות אישות, פרק טו, הלכה יט), נאמרה הלכה כגון דא, בדרך של צווי: "וכן ציוו חכמים, שיהא אדם מכבד את אשתו יותר מגופו אוהבה כגופו, ויהא דיבורו עימה בנחת,

ולא יהא עצב ולא רגזן".

משהתעוררו, בתקופות ובתפוצות שונות, מקרים של אלימות מצד הבעל כלפי אשתו, הגיבו על כך חכמים בתקיפות יתרה, וכך נפסק, למשל, ע"י ר' מאיר הלוי אבולעפיה, מגדולי חכמי ההלכה בספרד, במאה ה-12, לאמור: "אם חיבל הבעל באשתו, יש יכולת לבית דין ליסרו ולהחרימו, לנדותו ולהלקותו ולרדות בכל מיני רידוי... כי חייב לכבדה יותר מעצמו, ועולה עימו ואינה יורדת עמו, שזה דרך הגויים. לחיים נתנה ולא לצער". בהגהות הרמ"א (רבי משה איסרליש – שולחן ערוך, אבן העזר קנ"ד ג'), נפסק להלכה כי: "איש המכה אשתו, עבירה היא בידו כמכה חברו, ואם רגיל הוא בכך, יש בידי בית הדין לייסרו ולהחרימו ולהלקותו בכל מיני רידוי וכפיה... כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם, ומעשה כותים הוא".

יתר על כן: פוסקים חשובים קבעו: "עונש המכה אשתו יותר ממכה חברו, שבחברו אינו חייב בכבודו, ובאשתו חייב לכבדה יותר מגופו הוא". למשל, "בבית יוסף" לרבי יוסף קארו, נאמר: "מקובלני שיש להחמיר (במכה אשתו), מבמכה את חברו, דבחבירו אינו חייב בכבודו, ואשתו חייב לכבדה יותר מגופו". הפוסקים אף קבעו ש"המכה את אשתו, חייב בנזקיה, ואם רגיל תמיד לבזותה ולכנותה ברבים, כופין אותו להוציא וליתן כתובתה" (שם, הגהות אשרי בשם "אור זרוע").

נמצא: לא רק שהבעל חייב בפיצוי אשתו על מעשים שכאלה, אלא חייב גם בכתובתה, ואף ניתן לענוש אותו במגוון דרכי ענישה. גם המהר"ם מרוטנברג (במאה ה-13) פסק: "יש להחמיר הרבה על מי שמכה אשתו, ועוון גדול הוא, ואין מדרך בני עמינו להכות נשותיהם כמנהג עכו"ם, וחלילה לכל בני ברית מעשות כדבר הזה, ואם היה בא לפנינו דין שאישה קובלת על בעלה שמכה אותה, היינו מחמירים עליו מאילו היה מכה את האחר". ד"א: "היינו מחרימין עליו". ועוד לענין זה, מדברי ר' חיים פלאג' (1788–1869) "והמכה את אשתו מקובלני שיש יותר להחמיר בו ממכה את חברו, ודרך הישמעאלים בכך, אבל חלילה וחלילה לשום בן ברית לעשות זאת, והעושה כן, יש להחרימו ולנדותו ולהלקותו ולעונשו... כשאירע איזה היזק והפסד בתוך ביתו, לא יקפיד על אשתו ולא יכעוס עליה. אמנם כשהיא עוברת על דת משה וישראל [ותתנהג באופן לא צנוע] יהיה מקפיד עליה. וגם כך לא יכה אותה, אלא יוכיחנה. ואם לא נשמעה לו, ילך לבית דין ויודיע צערו להם... אך אם לא כך, חייבים בית דין להלקותו ולהחרימו. וכתוב ב"ספר היחודים" לרבנו מורנו הרב חיים ויטל (1542–1680); תלמידו הבכיר של האר"י: "פעם אחת חטאתי כי נתכעסתי עם אשתי, והרימותי יד להכותה, והוסר ממני כוח הדיבור [...]. ראה בעיניך עד היכן מגיע הפגם של המכה

לאשתו". גם בעל ה"פלא יועץ" (ר' אליעזר פאפו), קובע נחרצות: "ראוי לכל מנהיגי הערים לייסר את אנשי זרוע בני בליעל שמכים את נשותיהם מכת אכזרי. תיפח רוחם של עושה אלה שמחזיקים את בנות ישראל כשפחות ודורסים ומכים ובוועלים ואין להם בושת פנים! וראוי למי שיש יכולת בידו ליסרם כאשר יוכלו. ואם יוכלו להוציא נשותיהם מתחת ידם. אם הוא ברצון האשה, כי אין אישה דרה עם נחש במקום אחד. מצווה רבה עבדי (עושים) להציל עשוק מיד עושקו"...

היוצא מזה, שיחס הכבוד לו זכאית האישה (כמו גם להיפך), הם יסוד מוסד בדין העברי, וזאת הנאשם לא כיבד (בהמעטה).
יתירה מזו, ע"פ הר"ן (דרשות הר"ן), לרשויות המדינה הסמכות בדין הפלילי, אף אם היא חורגת מדין תורה, לחוקק חוקים לתקנת הציבור ולאכפם אף באמצעים שלא עפ"י התורה (כגון: בפיצויים עונשיים על הבעל המתעלל באשתו).

אחרית דבר, שמצאתי להרשיע את הנאשם גם בעבירות האלימות כלפי אשתו, כמיוחס לו בכתב האישום.

פרק שני

קווי מדיניות בקביעת פיצויים עונשיים

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ואח' נ' זינגר ואח', תק-על 2005(2) 125 (מיום 11.4.2005), מפי השופט אליקים רובינשטיין, בית המשפט העליון (להלן: פרשת מרציאנו).

ערעור וערעור שכנגד שהוגשו לבית המשפט העליון (הנשיא א' ברק, השופט א' רובינשטיין והשופט א' גרוניס) על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שעניינם הטלת אחריות על המשיבים בקשר למותה של המנוחה ברטה מרציאנו עליה השלום, וגובה הפיצוי המגיע לעזבונה. הגב' מרציאנו נפטרה לעולמה בייסורים בגיל חמישים ממחלת הסרטן שאובחנה באיחור. הדיון בתיק זה נסב על שאלת הפיצויים למערערים, לעזבון הגב' מרציאנו, לבעלה ולילדיה.

השאלה העיקרית שהפנה בית המשפט העליון למרכז ישמ"ע: מהי המדיניות בקביעת פיצויים עונשיים או פיצויים מוגברים שאינם תלויי נזק או פסיקת שניהם כאחת במשפט העברי? התשובה לשאלה זו יש בה כדי לתרום לעיצוב המדיניות המשפטית הכללית בהטלת פיצויים עונשיים.

בית המשפט העליון הסתייע בפסק דינו במקורות המשפט העברי לאור חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, כמפורט להלן, חלק ג. בית המשפט העליון הסתייע בחוות דעת זו אף ב-רע"פ 228/05 יאגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518 (מיום 25.1.2005) (להלן: פרשת יאגודיב), כמפורט להלן, חלק ג.

(ב) חוות הדעת

1. רקע כללי – פיצויים עונשיים במשפט הישראלי

ככמה תיקים שהתנהלו בעת האחרונה בערכאות המשפטיות¹ עלתה שאלת פיצויים עונשיים ומוגברים בדיני הנזיקין. ואף שהסעד הנזיקי בא להעניק סעד תרופתי שנועד להסיר את הנזק ולהיטיבו, אך לא סעד עונשי, הוכרה בשורת הלכות ישנות שמכותו של בית המשפט לפסוק **פיצויים לדוגמה** (Exemplary Damages) או **פיצויים עונשיים** (Punitive Damages), אם ראה שנסיבות המקרה מצדיקות זאת, כדי להעניש ולהרתיע גם במסגרת הדין האזרחי. מטרת הענישה, להביע סלידה מן ההתנהגות, אינה נשענת על בסיס "מרפא" או "מתקן" ואינה מהווה הערכה של הנזק. לפיצויים אלה יש אפקט הרתעתי וחינוכי, במיוחד לנוכח העובדה שהדין הפלילי אינו פועל תמיד את פעולתו. פיצויים עונשיים עשויים להינתן לפי שיקול דעתו של בית המשפט אם "התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות".² בפסיקה נקבע כי יש המטילים ספק בדבר עצם הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, ולכן יש לעשות זאת בזירות הראויה, והכלל הוא: "אין בתי המשפט פוסקים פיצויים עונשיים אלא בגין עוולות המצריכות כוונה או זדון".³ ההכרה בפיצויים עונשיים בישראל זכתה לביקורת בפסיקה ובספרות המשפטית.⁴

2. מדיניות הענישה בכלל ופיצויים עונשיים בפרט⁵

כבר לימדנו רבנו הרמב"ם בספר "מורה נבוכים":

דע שגדול העונש וחומרת הכאתו או קטנותו והקלות לשאת אותו הם בהתחשב בארבעה דברים: הראשון – חומרת הפשע, כי המעשים שנוצר מהם קלקול גדול עונשם חמור, והמעשים שנוצר מהם קלקול פשוט ומועט עונשם קל; השני – תדירות האירוע... השלישי הוא חומרת ההתפתות לדבר... הרביעי הוא הקלות לבצע את המעשה הזה בהיחבא ובסתור.⁶

עינינו הרואות, שהיסוד הראשון המשפיע על מידת העונש הוא "חומרת הפשע".

1 ראו לדוגמה ע"א 140/00 **עזבון המנוח אטינגר ז"ל ואח' נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי ואח' וערעור שכנגד**, תק-על 2004 (1) 2452, 2491–2493 (2004).

2 פרשת **אטינגר**, שם, פסקה 75 לפסק דינו של השופט ריבלין.

3 שם, פסקה 80 לפסק הדין.

4 ראו שם, פסקה 75 ואילך לפסק דינו של השופט ריבלין.

5 לשיקולי ענישה בכלל, ראו: א"צ בן-זמרה "שיקולי ענישה בספרות השאלות והתשובות" **שנתון המשפט העברי** ח 7–42 (התשמ"א); מ' פרישטיק **ענישה ושיקום ביהדות** 62–66 (התשמ"ו), ביחס לעונשי ממון. וראו מה שכתבנו לעיל, בשני הפרקים האחרונים של השער השני.

6 מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא, עמ' 580 במהדורת שורץ.

וממדיניות ענישה בכלל למדיניות בפסיקת תשלומים ממוניים עונשיים לפי דין תורה. בראש פרק זה ב"מורה נבוכים", כתב הרמב"ם:

על (גרימת) הפצעים, שאי אפשר (להעניש עליה בגרימת פצעים) כמותם ממש, נפסקים תשלומין: "רק שבתו יתן ורפא ירפא" (שמות כא, יט). מי שהזיק ממון יינזק בממונו באותו סכום ממש: "אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו" (שם כב, ה). את אשר לקח ועוד סכום שווה לו, לוקחים מממונו של הגנב.⁷

נמצאנו למדים מדברי הרמב"ם על טיבם ועל טעמם של הפיצויים העונשיים שבתורה, כגון תשלומי כפל בגנב, שנקבעו כדי שלא ישיב הגנב רק את הגניבה אלא ישלם גם מממונו.⁸ אין הפיצויים העונשיים שבתורה משקפים בהכרח את מדיניות השימוש בפיצויים עונשיים אצל חז"ל או אצל חכמי התקופה הבתר-תלמודית.

כללית, ניתן לומר שהפיצויים העונשיים במשפט העברי, אף אלה הקבועים בדין תורה, באים על מעשים חמורים ופוגעניים במיוחד, כגון: אונס, פיתוי, הוצאת שם רע, גניבה, ועוד. וכפי שנראה להלן, המדיניות שנקטו חז"ל היא, בדרך כלל, להימנע מלהרבות לפסוק פיצויים עונשיים.⁹

התפישה שיש להימנע, בדרך כלל, מלפסוק פיצויים מוגברים נוסף על הנזק שנגרם, באה לידי ביטוי בפרשנות הצו המקראי של "עין תחת עין". בעניין זה, קבע אל נכון פרופ' י' בזק:¹⁰ "המשמעות הברורה והגלויה של הצו 'עין תחת עין' וכו' היא התביעה להקפיד על יחס הולם ומדויק בין החטא לעונש, וזאת בודאי כנגד הנטייה להחמיר בעונש ללא כל

⁷ מורה נבוכים, שם, עמ' 578.

⁸ כל הפרק האמור, חשוב לעניין מדיניות הענישה בדין תורה, וראוי לעיין היטב בטעמים המאלפים שמביא הרמב"ם להבחין בין עונש הכפל לבין עונש הארבעה וחמישה. וכאן ראוי לעיין אף במאמרו של מ' בר נוב "היבטים כלכליים בדין כפל, ארבעה וחמישה" דיני ישראל יז, עמ' ריא-ריז (התשנ"ג-ג"ד), העשוי לסייע בסוגיית הפיצויים העונשיים.

⁹ על היסודות המשפיעים על קביעת עונשי ממון, ראו גם י' בזק **הענישה הפלילית** 43–44 (התשנ"ח). ונעיר, בדרך אגב, כי ראוי לתת את הדעת להערה שהעיר בזק בטעות, כשכתב על החיובים העונשיים שבתורה: "אכן ניתן לייחס חיובי ממון אלה לתחום דיני הנזיקין ולא דוקא לדיני העונשין [ההדגשה שלי – י"ס]. אף החיוב לשלם לנתבע סכום נוסף מלבד סכום הקרן, כמו כפל או תשלומי ארבעה וחמישה, יכול להתפרש כהערכה קבועה מראש של הנזק שנגרם לנפגע. לפנינו תופעה אופיינית לחוק העתיק, שיש בו קרבה מרובה ועירוב תחומים בין החוק הפלילי ובין חוקי הנזיקין". וראו W. FRIEDMAN, LEGAL THEORY 477 (4th ed., 1960). נראה כי אין דבריו של בזק מדויקים. אכן, כפי שנראה בהמשך דברינו, שטטוש התחומים בין פיצויים נזיקיים לפיצויים עונשיים אופייני למשפט העברי, אך אין ספק שתשלומי כפל וארבעה וחמישה הם פיצויים עונשיים ולא נזיקיים.

¹⁰ שם, עמ' 44–45.

יחס אל חומרת העבירה".¹¹ ואמנם הוכיחו כמה מחכמי התלמוד שאין לפרש את "עין תחת עין" כפשוטו אלא כפיצוי ממוני, משום שלא ייתכן שוויון גמור בין עין הניזוק שנפגעה לפגיעה בעינו של המזיק.¹² לעומת זאת, ניתן לכוון פיצוי ממוני למידת הנזק שנגרם לעין.¹³ מכאן סיוע של ממש לדעת מי שסבור שאין להחמיר בקביעת פיצויים בשיעור גבוה מדי ביחס לחומרת העבירה.

3. פיצויים עונשיים מכוח הסמכות להעניש לצורך שעה

מן הראוי לזכור שהיכולת לקצוב פיצויים עונשיים תלויה בסמכות הרחבה המסורה לבית דין בכל דור ודור לענוש לפי צורך השעה. כפי שכתב הטור: "אף על פי שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ולא קנסות, אם רואים בית דין שצריך לדון לצורך שעה, שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה בין ממון בין כל מיני עונש".¹⁴ לעניין זה, מפורסמים הדברים המובאים בתשובת הרשב"א. מפאת חשיבותם נביאם כלשונם:

ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים [=ראשי הציבור], רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה, בחבלות וכיוצא בזה נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: "לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה", וכל שכן בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם. נמצא העולם שמים. וכבר קנסו ז"ל קנסות במכה את חבירו ביד או בהרכובה [=בברך]... ואף על פי שאלו דיני קנסות הן, ואין דנין אותן בבבל, כדאיתא התם, בריש פרק המניח את הכד, מכל מקום, בכל מקום ומקום דנין לעתים בכיוצא בהן לגדור את הדור. וגדולה מזו אמרו בפרק נגמר הדין בשמעון בן שטח, שתלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד, ואעפ"י שאין תולין אשה ושאין דנין שנים ביום אחד. ושם אמרו טעמא: שלא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה. וכך אמרו ביבמות, בפרק האשה רבה, באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לבית דין וסקלוהו, ובאחד שהטיח את אשתו תחת תאנה והלקהו.

11 הדברים מתבססים על מה שמבואר בהרחבה אצל H. Cohen, *The Penology of the Talmud*, 5 (1970) ISRAEL LAW REV. 53-74.

12 בבא קמא פג ע"ב – פד ע"א.

13 להשפעת הדין המקראי "עין תחת עין" על גיבוש דיני הניזיקין, ראו ש' אטלס נתיבים במשפט העברי 129-83 (ניו-יורק, התשל"ח).

14 טור, חושן משפט, סימן ב. לגדריה של סמכות זו, ראו הלכה פסוקה, חושן משפט, סימנים א-ב.

וכל זה שהיתה השעה צריכה לכך. וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום שרואין שהשעה צריכה לכך, ולייסר השוטים והנערים המטים עקלקלותם. והנה אמרו דרב הונא, שהיה מבבל, קץ ידא [=קטע יד], כדאיתא בריש פרק כל היד. ובסנהדרין, בריש גלותא, דאמר: "אי ודאי קטל נפשא, לכהויה לעיניה" [=שאמר ראש הגולה: אם ודאי הרג נפש, יִכְהוּ את עיניו], ואף על פי שאין קציצת אבר בדיני התורה, אלא הכל לגדר ולצורך שעה. ולפיכך, ברורים אלו שעשו זה, אם ראו צורך השעה לענוש ולקנוס ממון או גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה, כדין עשו, וכל שכן בדאיכא הורמנא דמלכא [=כשיש רשות מן המלך]. וכענין ר' אלעזר בר' שמעון בריש פרק השוכר את הפועלים. ומכל מקום, הברורים צריכין להתיישב בדברים, ולעשות מעשהיהן אחר המלכה, ולהיות כונתם בכל עת לשמים".¹⁵

הרשב"א מעמידנו על הסמכות החריגה שניתנה לדיינים לקנוס קנס ממון לפי מה שייראה להם כדי למנוע עשיית מעשים שנפוצו בדור מסוים, אך הוא מדגיש בסוף דבריו שיש להשתמש בסמכות חריגה זו ביישוב הדעת ובמתנות, "ולהיות כונתם בכל עת לשמים". עוד נוסף כי אף הרמב"ם סיים את דיונו בסמכויות החריגות של בית הדין לענוש שלא על פי דין תורה בדברים דומים. וזה לשונו:

כל אלו הדברים, לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה. ובכל יהיו מעשיו לשם שמים. ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם, וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת, שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם, אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד. שכל המבזה את התורה, גופו מחולל על הבריות. והמכבד את התורה, גופו מכובד על הבריות. ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה.¹⁶

הנה כי כן, עינינו הרואות שגם סמכות הענישה החריגה לפי צורך השעה אינה בלתי מוגבלת ושיש לשמור בה על כבוד האדם, וכיוצא בזה.¹⁷ לבסוף, אנו חייבים להדגיש שמדובר בסמכות חריגה הבאה כהוראת שעה ובמקרים מוגדרים בלבד, והיא אינה משנה את המדיניות היסודית של המשפט העברי, להימנע ככל האפשר מלפסוק פיצויים עונשיים.

¹⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שצג (התשובה מובאת גם בבית יוסף, חושן משפט, סימן ב).

¹⁶ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י.

¹⁷ לעיון נוסף בשימוש של בית הדין בכוחו להעניש לפי צורך השעה, ראו ש' אסף העונשין אחר חתימת התלמוד (ירושלים, התרפ"ו).

4. המדיניות לעניין פסיקת פיצויים נזיקיים – שיעור הפיצוי

השאלה נגעה בעיקרה לפיצויים עונשיים, אך ראוי לדון גם במדיניות לגבי פסיקת פיצויים נזיקיים, ובמיוחד בכללים שקבעו לפיהם חכמים בדרך כלל פיצויים ממוניים.

נטייתם של חכמים להימנע מלפסוק פיצויים מוגברים או עונשיים באה לידי ביטוי אף בקביעת הפיצויים הנזיקיים. גישת היסוד, כדברי פרופ' שלום אלבק, היא: "חיובו של המזיק, בין שהזיק בגופו בין שהזיק בממונו, הוא להשלים לניזק את הנזק, ולא עונש למזיק שלא יחטא עוד".¹⁸ הנטייה להימנע מלפסוק פיצויים נוסף על שיעור השלמת הנזק מתבטאת, בראש ובראשונה, בסוגיית שומת הנזק.

הקשיים לשום את הנזק. חמשת ראשי הנזיקין שהחובל בחברו חייב בהם נישומים בדרך דומה. על שומת "נזק" נאמר במשנה: "רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק, ושמים כמה היה יפה וכמה הוא יפה".¹⁹ בדרך דומה, שמים גם ארבעת הדברים האחרים: צער, כלומר הכאב והסבל; הריפוי, כלומר ההוצאות שהנפגע צריך להוציא כדי להתרפא; השבת, כלומר פיצוי על הפסד ימי עבודה; ובושת, כלומר פיצוי על הנזק הנפשי שנגרם לו.

אין ספק ששומת הנזיקין היא מן המלאכות הקשות המוטלות על בית הדין, וכבר כתב ד"ר זרח ורהפטיג²⁰ שהשומה של הנזק הגופני, אומדן הנזק והחיוב לשלמו הם בגדר אחת הבעיות הסבוכות והקשות בדיני נזיקין בכל מערכת משפטית. במאמרו, בוחן ורהפטיג את הדרך לשום את הנזק, הנזכרת לעיל, ומדגיש מאוד את **יסוד ההקלה** בשומה זו. הוא מדגיש כי "הנטייה בהלכה היא לא למצות הדין עם המזיק בתשלום הנזק. לא להכביד עליו ביותר. 'ושומא זו להקל', 'ולהקל בכל שומות אנו למידין (בבא קמא נח ע"ב) מ'ובער בשדה אחר' (שמות כב, ד), דאמרה תורה לשום ערוגה אגב שדה'.²¹ קולא זו מוכנת במיוחד לאור העובדה כי מדה אחת בשומה של נזקי גוף שנעשו ע"י המכה במזיד או ע"י החובל בחבירו בשוגג". והוא מביא את אחת השיטות בשומת הנזק: "ששמין כעבד שאין לו מקצוע או מלאכה מיוחדת, כמה יפה לפני הנזק וכמה יפה לאחר הנזק. היינו שמין אותו כאילו לפני הנזק היה פועל ללא מקצוע, ומעריכים ערכו בשוק ככח עבודה כפועל פשוט. **שומא זו לרוב באה להקל על המזיק שאין עליו לשלם הנזק המלא** שעשה לאדם בעל מקצוע, מלאכה, או השתכרות גבוהה".²²

הקושי לשום נזק גופני אינו קיים רק באשר לרכיב הנזק, אלא אף בשאר הרכיבים.

18 ש אלבק פשר דיני הנזיקין בתלמוד 40 (התש"ן).

19 משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה א; תלמוד, שם, פג ע"ב.

20 ז' ורהפטיג "שומת הנזק כיצד" מגל ג 7-11 (התש"ס).

21 פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ח, סימן א.

22 וראו גם ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, סימן יא. בהמשך דבריו מביא ורהפטיג, לעיל ה"ש 20, אף שיטה שנייה המקובלת על רבים מן הראשונים, ולפיה שמין נזק לפי מלאכתו של הניזוק. על הטכניקות שפיתחו חז"ל כדי להגיע לדיוק מירבי בשומת נזיקין, ראו י"ש צורי **תורת המשפט האזרחי העברי – משפט הנזיקין** חלק א, פרקים יח-כא (לונדון, התרצ"ז).

אולם, כפי שכבר העיר פרופ' ש' אלבק,²³ הבושת היא הקשה ביותר להערכה, משום שאין מבייש דומה לחברו, אין מתבייש דומה לחברו ואין מעשה בושת אחד דומה לחברו.²⁴ אף על פי כן, קבעו חכמים שיעורי פיצוי על כמה מן הפגיעות. וכך מצינו במשנה סולם מפורט של שיעור הפיצוי שיש לשלם על מעשי נזיקין:

התוקע לחברו [=מכהו על אוזנו] – נותן לו סלע. סטרו – נותן לו מאתיים
זוז. לאחר ידו – נותן לו ארבע מאה זוז. צרב באזנו, תלש בשערו, רקק והגיע
בו רוקו, העביר טליתו ממנו, פרע ראש האשה בשוק – נותן לו ארבע מאות
זוז.²⁵

נראים הדברים שקבעו את הפיצויים הנזיקיים במקרים הללו בגלל הקושי המיוחד בהערכת הנזק שנגרם לניזוק, אך אין מדובר בפיצויים עונשיים. התנאים הנזכרים במשנה ובתלמוד נחלקו בשאלה אם שיעורי הפיצוי הללו נקבעו לעשירים או לעניים. להלכה נפסק כדעת מי שסובר שהסכומים הנקובים כאן הם הסכומים המרביים, אך שיעור הפיצוי בכל מקרה ומקרה ייקבע על פי נסיבותיו.²⁶ וכאן המקום להביא את המעשה המובא בסוף המשנה הנזכרת לעיל:

ומעשה באחד שפרע ראש האשה בשוק. באת לפני רבי עקיבא וחיבו ליתן
לה ארבע מאות זוז. אמר לו: רבי, תן לי זמן. ונתן לו זמן. שמרה עומדת על
פתח חצרה, ושבר את הכר בפניה ובו כאיסר שמן; גלתה את ראשה והיתה
מטפחת ומנחת ידה על ראשה. העמיד עליה עדים ובה לפני רבי עקיבא.
אמר לו: רבי, לזו אני נותן ארבע מאות זוז? אמר לו: לא אמרת כלום.
החובל בעצמו, אף על פי שאינו רשאי – פטור. אחרים שחבלו בו – חייבין.

ממעשה זה למדנו עיקרון חשוב, ולפיו יש לחייב בפיצויי בושת (נזק נפשי) גם כשהניזוק מזלזל בעצמו ומראה שאינו מקפיד על הבושת.

²³ אלבק, לעיל ה"ש 18, עמ' 90.

²⁴ ראו תוספות, בבא קמא פו ע"א, ד"ה כאילו. ולא עוד, אלא שהדעות חלוקות בשאלת הגדרתה של הבושת, האם היא משום כיסופא או משום זילותא או משום פגם משפחה? ראו: בבא קמא פו ע"ב; ירושלמי, שם, פ"ח ה"ז, ו ע"ג.

²⁵ משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה ו; בבא קמא צ ע"א. להלכה, ראו: רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף מא.

²⁶ "תנא קמא לקולה קאמר" (בבא קמא צא ע"א). וראו: רמב"ם, חובל ומזיק, פרק ג, הלכה יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף מג. וראוי לציין להערתו של אלבק, לעיל ה"ש 18: "תמוה ההפרש הגדול שיש בין השעורים הללו". וראו שם הצעתו המעניינת שחלו שינויים בתנאי השוק.

5. הסמכות לדון דיני קנסות לנוכח הקושי לקבוע שומת נזק

הקושי לקבוע שומה מדויקת בא לידי ביטוי אף בסוגיית דיני הקנסות.²⁷ ומצינו בתלמוד הוראות המגבילות את סמכות בית הדין לדון דיני קנסות, שניתן לדונם רק בבית דין של שלושה מומחים, והם הסמוכים בארץ-ישראל.²⁸ ואולם נפסק שבתי הדין שבחוץ לארץ רשאים לדון דיני ממונות מכוח פעילותם כשליחי בתי הדין שבארץ-ישראל,²⁹ אך אינם רשאים לדון דיני קנסות מכוח שליחותם זו.³⁰ טעם לדבר נתן ד"ר עמיחי רדזינר.³¹ וזה לשונו: "יסוד השומה, המונח ביסוד המונח קנס, שב ומופיע כאן כגורם מכריע, בכך שדייני בכל אינם יכולים לדון במקרים הדורשים שומה 'קשה'... נראה שבעיה זו של הרגשת העדר היכולת לשום... היא המפתח להבנת תחילת התהליך שבסופו היו מי שטענו כי אין דנים את כל 'דיני הקנסות' בבבל. כלומר, יראת-דין הגורמת לפחד מדיון בשאר חיובים שהטלתם על האדם תלויה בבית הדין". רדזינר דן גם בשומה כבעיה משפטית כללית, וסיכם את דבריו באמרו: "בעיית שומה כללית זו השפיעה ביותר על ההלכה החזל"ית, עד כדי כך שהוכרזה השומה כבלתי אפשרית לביצוע במקרים או במקומות מסויימים, ונתפסה יכולת השומה בתודעת חכמים ככשרון הדורש השראה אלוקית. הדיין הטועה בשומתו מתחייב הוא במיתה ומביא פורענות לעולם".³²

להמחשת העניין ראוי לעיין בסיפור התלמודי ששלח רב חסדא לרב נחמן, ושאל אותו: "הרי אמרו: לרכובה – שלוש [ופירש רש"י על אתר: 'מנהג הדיינין לגבות מן הבעוט את חברו בארכובתו של בעוט שלושה סלעים לבושת, לפי שגדולה בושת מכה הארכובה מדיחפת היד], לבעיטה – חמש ולסנוקרת – שלוש עשרה. לפנדא דמרא ולקופינא דמרה מאי? [=למי שמכה את חברו בבית יד של מעדר או בלהב הברזל של מעדר, כמה?]. השיבו רב נחמן בגערה: "חסדא! קנסא קא מגבית בבבל? [=חסדא! קנס אתה גובה בבבל?!]". וכפי שכתב י' בזק,³³ "מתוך מקור זה, ניתן להסיק על קיומו של סולם קנסות קבוע ומפורט שעל פיו נהגו הלכה למעשה, אף כי נוהג זה היה בניגוד לכלל שאין סמכות לבית-דין שבחוצה

27 אף כאן מתבטא הטשטוש בין פיצויים נזיקיים לפיצויים עונשיים. ההגדרה המקובלת של "קנס" היא תשלום יתר על הקרן, ואילו בעבודתו של רדזינר, הנזכרת להלן ה"ש 31, הוא מראה כי במקורות חז"ל עולה תפישה רחבה יותר, ולפיה כל קנס הוא תשלום קצוב המצריך פסיקה ושומה של בית דין.

28 ראו: משנה, סנהדרין, ריש פרק א; סנהדרין ג ע"א; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ה, הלכה ח; **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך "דיני קנסות".

29 גיטין פח ע"ב; רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ה, הלכה ח.

30 בבא קמא פד ע"ב; רמב"ם שם.

31 ע' רדזינר **יסודות דיני קנסות במשפט התלמודי** 278 (עבודה לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשס"א).

32 שם, עמ' 283, ושם, בעמ' 279 הביא עדויות המדגישות את עונשו של דין שחייב אדם חיוב ממוני שאינו חייב בו ושטעה בשומה: ספרי, דברים, פסקא ט (עמ' 17 במהדורת פינקלשטיין); סנהדרין ז ע"א; דברים רבה, מהדורת ליברמן, פרשת דברים, סימן טו, עמ' 13–14.

33 בזק, לעיל ה"ש 9, עמ' 48.

לארץ לדון דיני קנסות". ואמנם נפסק להלכה כי מי שחבל בחברו בחוצה לארץ (ובזמן הזה, אף בארץ-ישראל), אין גובין את הנזק והוצער והבושת שהוא חייב בהם על פי דיינים שאינם סמוכין, אבל גובים שבת וריפוי מפני שיש בהם חסרון כיס.³⁴ אף נפסק להלכה³⁵ שיש לבית הדין סמכות לדון רק בתביעות בעניינים המצויים שיש בהם חסרון כיס. נראה כי רק בעניינים שכיחים אלה שיש בהם כדי לגרום נזק ממשי לניזוק, נאלצו חכמים לדון בשאלת הפיצוי בהם על אף הקושי לשום את הנזק. וכתב הסמ"ע על הטעם להם. וזה לשונו: "והטעם בכולן, כדי שלא יונעל דלת בפני הלוחין וכדי שיונעל דלת בפני עושי עוולה. אמרו רבנן למיעבד שליחותיהו דקמאי [=אמרו חכמים לעשות שליחותם של הראשונים]. ונראה לי דהוא הדין לשאר עניינים גדולים.³⁶ אף כאן נמצאנו למדים כי "עניינים גדולים" – בית הדין צריך לדון בהם על אף בעיית הסמכות, כדי שלא תינעל דלת בפני לוחין ושתינעל בפני עושי עוולה. לבסוף, יש לומר שצמצום סמכויות בתי הדין שבחוצה לארץ לדון דיני קנסות לא נשמר בכל חומרתו, וחכמים מצאו דרך לעקוף מגבלות אלה. כך, לדוגמה, אומר הרמב"ם: "מנהג הישיבות בחוצה לארץ, אף-על-פי שאין גובין שם קנס, מנדין אותו עד שיפייס לבעל דינו או יעלה עמו לדון בארץ ישראל, וכין שיתן לו שיעור הראוי לו – מתירין נידויו, בין שנתפייס בעל דינו ובין שלא נתפייס".³⁷ על מנהג זה אומר הרדב"ז באחת מתשובותיו: "ותקנה גדולה התקינה, שלא יהיה כל אחד הולך וחובל בחברו ומזיקו ואומר: אין דנין דיני קנסות".³⁸ לדיון נרחב בחילוקי הדעות בין הפוסקים בשאלת הדרכים להתגבר על מגבלות המסכות לדון בדיני קנסות, מוקדש הסימן הראשון בטור ובשולחן ערוך, חלק חושן משפט.

6. שיקולי מדיניות בהטלת פיצויים עונשיים³⁹

- (א) כשדנים בשאלת הפיצויים העונשיים בזיקה למשפט העברי, שיש בו עירוב מסוים בין עונשין פליליים לבין עונשין נזיקיים, הנחת היסוד היא שהמשפט העברי ממעט לפסוק פיצויים עונשיים.
- (ב) גישת היסוד של דיני הנזיקין העבריים, לדברי פרופ' שלום אלבק, היא כי "חיובו של המזיק, בין שהזיק בגופו בין שהזיק בממונו הוא להשלים לניזק את הנזק, ולא עונש

³⁴ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ה, הלכה י. וכן נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן א, סעיף ב. אך ראו הגהת הרמ"א על אתר: "ויש אומרים שאף ריפוי ושבת אין דנין, ולא ראיתי נוהגין לדקדק בזה, רק כופין החובל לפייס הנחבל ולקנסו כפי הנראה להם".

³⁵ שם, רמב"ם ושולחן ערוך.

³⁶ סמ"ע, חושן משפט, סימן א, ס"ק ג.

³⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ה, הלכה יז.

³⁸ שו"ת הרדב"ז, סימן אלף רצ"א.

³⁹ הדברים שלהלן מובאים מתוך נייר עמדה שהוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת במהלך הליכי חקיקת חוק המיועד להסדיר את עניין הפיצויים העונשיים והמוגברים. כמה מן השיקולים שנביא להלן נזכרים במפורש בפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת **מרציאנו**, כמובא להלן, חלק ג. אני מתכוון לפרסם במשותף עם ד"ר בנימין שמואלי מחקר מקיף שיעסוק בהרחבה בהיבטים השונים של סוגיה זו.

למזיק שלא יחטא עוד".⁴⁰

- (ג) המגמה הכללית: מעטים בשימוש הם הפיצויים העונשיים בהלכה, שככלל בה: "מי שהזיק ממונו יינזק בממונו באותו סכום ממש".⁴¹ קרי, גישתה היא תשלום נזק בגובה הנזק.
- (ד) חריגים לפי צורך השעה: לעתים, צורך השעה מחייב לקבוע פיצויים מוגברים או עונשיים החורגים מדין התורה היסודי להרתעה או לאכיפה. זאת, במקרים חריגים שחומרתם רבה או שיש בהם עניין ציבורי או חברתי, אך גם בהם יש להשתמש בכלי זה במתינות רבה.
- (ה) שיקולי מדיניות בהטלת פיצויים עונשיים: אמנם, גם המשפט העברי מכיר בצורך להטיל לעתים פיצויים עונשיים מן הטעמים הנזכרים אצל הרמב"ם:⁴²

הראשון, **חומרת הפשע**. כי המעשים שנוצר מהם קלקול גדול עונשם חמור, והמעשים שנוצר מהם קלקול פשוט ומועט, עונשם קל...
 השני, **תדירות האירוע**. כי יש למנוע בעונש חמור דבר הקורה לעתים תדירות יותר. ואילו עונש קל יספיק כדי למנוע דבר הקורה לעתים רחוקות...
 השלישי הוא **חומרת ההתפתות לדבר**. כי מדבר שהאדם מתפתה לעשותו, או מפני שהתאוהו מגרה אותו מאוד לעשותו או מפני שהוא רגיל מאוד לעשותו או מפני שקשה מאוד לא לעשותו, הוא לא יימנע אלא אם כן צפוי לו דבר חמור.
 הרביעי הוא **הקלות לבצע את המעשה הזה** בהיחבא ובסתר, באופן שאחרים לא ירגישו בו. להרתיע מזה ניתן רק בעונש כבד וחמור.

במילים אחרות: יש לחומרת המעשים וגם להרתעה יעילה מקום מרכזי בקביעת שיעור הפיצויים.

- (ו) יישום הלכה למעשה: מעשי נזיקין מסוימים נתפשו כחמורים ויש בהם צורך בהרתעה יתרה, ולכן נקטו בהם חכמים מדיניות של הטלת פיצויים מוגברים. כך, לדוגמה, **כשהבעל מתעלל באשתו**.⁴³ עמדת רוב חכמי ההלכה היא, כאמור בפרק הקודם, שיש חומרה יתרה במעשיו של מי שמכה את אשתו יותר ממי שמכה את חברו, הנובעת ממערכת היחסים המיוחדת שבין הבעל לבין אשתו. חומרה יתרה זו מצדיקה לא רק תשלום פיצויים נזיקיים לאישה אלא אף הענשת הבעל במגוון עונשים, ובכללם

40 אלבק, לעיל ה"ש 18, עמ' 40

41 רמב"ם, מורה נבוכים, מהד' מיכאל שוורץ, חלק ג', פרק מא, עמ' 578

42 שם.

43 להרחבה בנושא זה, ראו י' סיני וב' שמואלי "הגיעו מים עד נפש" – דרכי התמודדות עם התעללות בן

זוג – הצעת מודל חדש-ישן "מאזני משפט ו 352–273 (התשס"ז).

פיצויים עונשיים או מוגברים או שניהם כאחת.⁴⁴ ראוי להדגיש שהצידוק בהטלת פיצויים עונשיים אינו דווקא היסוד הנפשי של המזיק, אלא חומרת המעשה, שכיחותו והחשיבות שהחברה מייחסת להדברתה של מכת האלימות במשפחה. פיצויים עונשיים (קנס) מוטלים בשעה שיש חומרה מיוחדת במעשה או כשמבקשים ללמד את המזיק לקח מיוחד, ובכלל זה משיקולים הרתעתיים-כלכליים, כגון: תשלומי כפל שמשלם הגנב, תשלומי ארבעה וחמישה שמשלם הגונב שור או שה וטובח אותו או מוכר אותו, פיצוי לנערה שנאנסה או פותתה או שהוציאו עליה שם רע, שהצד השווה לכולם הוא חומרתם.

7. מסקנות

- א. היסוד הראשון המשפיע על מידת העונש הוא "חומרת הפשע". התפישה, שיש להימנע בדרך כלל מלפסוק פיצויים מוגברים נוסף על הנזק שנגרם, באה לידי ביטוי בפרשנות הצו המקראי "עין תחת עין". המשמעות הברורה והגלויה של צו זה היא התביעה להקפיד על יחס הולם ומדויק בין החטא לעונש, וזאת בוודאי נגד הנטייה להחמיר בעונש בלא יחס לחומרת העבירה. משמע שאין להחמיר בקביעת פיצויים עונשיים ביחס גדול מדי בהשוואה לחומרת העבירה.
- ב. כללית ניתן לומר שהמשפט העברי אינו מצדד בשימוש מוגבר בפיצויים עונשיים, ואף אלה שנקבעו בתורה הם על מעשים חמורים ופוגעניים במיוחד, כגון: אונס, גניבה, ועוד.
- ג. ניתן לפסוק פיצויים עונשיים וקנסות ממוניים מכוח הסמכות לענוש לצורך השעה. אך נקבע שסמכות זו מוגבלת, כיוון שיש לשמור על כבוד האדם וכיוצא בזה. אף ראוי לומר שמדובר בסמכות חריגה כהוראת שעה במקרים מסוימים בלבד, כדי שלא לחרוג מן המדיניות היסודית במשפט העברי להימנע משימוש מוגבר בהטלת פיצויים עונשיים.
- ד. הנטייה להימנע מלפסוק פיצויים מוגברים באה לידי ביטוי אף בקביעת הפיצויים הנזיקיים. שומת הנזיקין היא מן המלאכות הקשות המוטלות על בית הדין. בקביעת שומת הנזק, הנטייה בהלכה היא שלא למצות את הדין עם המזיק בתשלום הנזק ולא להכביד עליו יותר מדי. לעתים קבעו חכמים סולם מפורט של שיעור הפיצוי שהמזיק חייב לשלם על מעשי נזיקין שונים, ונראה שמדובר בפיצויים נזיקיים שנקבע להם שיעור קבוע בגלל הקושי לשום את הנזק.
- ה. הקושי לקבוע שומה מדויקת באה לידי ביטוי אף בסוגיית דיני הקנסות, שעיקרה הגבלת סמכות בתי דין שאינם סמוכים לדון דיני קנסות. בעיית שומה כללית זו

⁴⁴ עליהם דובר בפסק דין תקדימי של השופטת נילי מימון בתמ"ש (משפחה י-8) 8551/00. הדבר אושר לאחרונה בפסק דינו של שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, השופט יוסף שפירא ע"מ (מחוזי י-8) 595/04, המתבסס על חוות דעת של המרכז ליישומי משפט עברי בנושא התעללות בעל באשתו, המובא בפרק הקודם. לדין נרחב בפסקי הדין האמורים, ראו מאמרי הנזכר בהערה הקודמת.

השפיעה ביותר על ההלכה החזל"ית, עד שאמרו שקשה לעתים לשום את הנזק, והיכולת לשום נתפשה בתודעת חכמים ככישרון הדורש השראה אלוהית. הדין הטועה בשומתו מתחייב מיתה ומביא פורענות לעולם. רק בדינין המצויים ויש בהן חסרון כיס וכן ב"עניינים גדולים" (לדעת הסמ"ע), יש סמכות לדון בבתי דין שאינם סמוכים. ונראה כי רק בדינים אלה, שהיו שכיחים וגרמו נזק ממשי לניזק או שהייתה להם חשיבות לאומית וחברתית, כגון גיור וכפיית גט, נאלצו חכמים לדון בהם על אף הקושי לשום את הנזק, כדי שלא לנעול דלת בפני לוויין אלא בפני עושי עוולה.

(ג) פסקי הדין

1. פסק הדין בפרשת מרציאנו

בית המשפט העליון דחה את הערעורים הן בדבר הקשר הסיבתי הן על גובה הפיצויים שקבע בית המשפט המחוזי.

אשר למדיניות בדבר הטלת פיצויים עונשיים, קובע בית המשפט כי החלטה על פיצויים עונשיים בתיק אזרחי היא עניין חריג, המיושמת רק במקרים מקוממים ומסלידים במיוחד, בפרט כשיש בהם מעין כוונה. המקרה שלפנינו אינו נכלל בקטגוריה של פיצויים עונשיים. המשיבים שנקבע כי התרשלו ניסו לסייע למנוחה בשעת מצוקתה, אלא שהתרשלו כשלא ביצעו בדיקה חשובה, אך אין מקום להעמידם בגדר בעלי כוונה, כמעט דון חלילה, ולהצדיק פיצויים עונשיים.

חיזוק לעמדתו מוצא בית המשפט העליון אף במקורות המשפט העברי, על סמך חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. ואלה דברי השופט א' רובינשטיין בפסקה לד(4) לפסק דינו:

אומר מה על הפיצויים העונשיים בזיקה למשפט העברי, שבו יש עירוב מסוים בין עונשין "פליליים" לעונשין "נזיקיים", ואשר נמנע מפסיקה רחבה של פיצויים עונשיים. הסתייעתי לעניין זה אף בחוות דעת של ד"ר יובל סיני מן המכללה האקדמית בנתניה, המרכז לישומי משפט עברי (ישמ"ע). מעטים הם הפיצויים העונשיים בהלכה, שככלל בה "מי שהזיק ממונו ינזק בממונו באותו סכום ממש" (רמב"ם מורה נבוכים, מהדורת מיכאל שוורץ, חלק ג', פרק מ"א, עמ' 578). קרי, גישתה היא תשלום נזק בגובה הנזק. עם זאת, יש לחומרת המעשים מקום בקביעת הפיצויים (שם, עמ' 508). מטרתה של ההתיחסות לחומרה היא ההרתעה: "להרתיע מזה ניתן רק בעונש כבד וחמור" (שם). ישנם מקרים של פיצויים קנסיים – שעה שישנם חומרה מיוחדת או לקח מיוחד: תשלומי כפל שמשלם גנב, תשלומי ארבעה וחמישה שמשלם גנב הטובח או מוכר שה או שור (ראו משה בר-ניב (בורנובסקי), "היבטים כלכליים בדין כפל, ארבעה וחמישה", דיני ישראל י"ז, רי"א), וכן

נושאים כמו אינוס, פיתוי ומוציא שם רע, שהצד השווה בהם הוא חומרתם. אלה היוצאים מן הכלל. הכלל היסודי הוא, שחכמים המירו את "עין תחת עין" (שמות כ"א, כ"ד) על משמעותו הפשוטה, הפיסית, הקשה – בתשלומי ממון, דווקא מהיבט הצורך בהלימה, שכן תשלום בממון ניתן באופן ברור יותר לכימות; ראו בבלי בבא קמא פ"ג ע"ב – פ"ד ע"א. מסביר רש"י (שמות כ"א, כ"ד): "סימא עין חברו – נותן לו דמי עינו כמה שפחתו דמיו למכור בשוק, ולא נטילת אבר ממש"; כן ראו בזק הענישה הפלילית, 44–45, המצביע על הגישה ההלכתית הקובעת הלימה בין הנזק לעונש. ובאשר לחריגים, אלה באים ככלל לצורך שעה; אומר הרשב"א – ר' שלמה בן אדרת (ספרד, המאה ה"ג), בתשובתיו (ג' שצ"ג, וראו בית יוסף, חושן משפט ב'...) ⁴⁵.

והוא מסכם את דבריו בלשון זו:

ובתמצית בלשון ימינו: יש מקרים שצורך השעה מחייב קביעת פיצויים החורגים מדין התורה הבסיסי לשם הרתעה ואכיפה. כל זאת במקרים חריגים, ואף בהם יש צורך במתינות ראויה (ראו לענין זה רמב"ם, שופטים, סנהדרין כ"ד י'). פיצויים עונשיים הם איפוא חריג גם במשפט העברי.

2. פסק הדין בפרשת יאגודייב

בית המשפט העליון הסתייע בחוות דעת של מרכז ישמ"ע אף ברע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518 (2005), לצורך דיונו בשאלת סיווגו של סעיף 77 לחוק העונשין.

בית המשפט העליון נזקק, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט רובינשטיין, לעולה ממקורות המשפט העברי. ואלה דבריו:

אוסף כאן, כי שאלות פרשניות בדבר סיווגו של חיוב כספי כחוק ממוני "רגיל" או כחיוב שבתחום החברתי-אישי מצויות גם במקורות המשפט העברי. למשל, הכופר המשתלם משהרג שור אדם ("אם כופר יושת עליו, ונתן פדיון נפשו" – שמות כ"א, ל'). האם הוא בחינת ממון ככל חיוב נזק או בחינת כפרה, הטלת אחריות מידי שמים; נפקא מינא למשל לעניין יתומים קטנים, שאינם בעלי אחריות ולכן אינם חייבי כפרה, ואם בכפרה מדובר הריהם פטורים, אך אם בנזיקין מדובר הריהם חייבים (בבלי בבא קמא מ',

⁴⁵ תשובת הרשב"א צוטטה במלואה לעיל, ליד ציון ה"ש 15, ולכן אני משמיט את הציטוט המובא בגוף פסק הדין.

ע"א). באותו עניין נפסק להלכה – רמב"ם, נזיקין, הלכות נזקי ממון י', ו' – כי המדובר בכופר "שהכופר כפרה הוא ואין הקטנים, והחרשים והשוטים בני חיוב כדי שיהיו צריכין כפרה", וזו אך דוגמה אחת מני רבות. הוא הדין לשאלה אם חיוב נזק הוא ממון או קנס במשמעו ההלכתי (שאינה זהה לקנס בימינו, שהוא מרכיב עונשי); בהלכה הקנס משמעו מה שעודף על הקרן, ולדברי ד"ר ע' רדזינר (יסודות דיני קנסות במשפט התלמודי (עבודת דוקטור, בר אילן תשס"א)) המובאים על ידי ד"ר יובל סיני מן המכללה האקדמית נתניה, המרכז ליישומי משפט עברי (חוות דעת בענין "פיצויים עונשיים לפי המשפט העברי") – אף תשלום קצוב המצריך פסיקה ושומה על ידי בית דין. מכל מקום, גישת היסוד – כדברי פרופ' שלום אלבק (פשר דיני הנזיקין בתלמוד, 40) – היא, כי "חיובו של המזיק, בין שהזיק בגופו בין שהזיק בממונו הוא להשלים לניזק את הנזק, ולא עונש למזיק שלא יחטא עוד". גישה זו תואמת את התפיסה הפרשנית שתארנו לסעיף 77. שיטה אחרת היא, כי תשלומי נזק קנס הם, ואף לכך אסמכתאות (ראו בבלי בבא קמא י"ד ע"ב). כן ראו בבלי בבא קמא ה' ע"א בענין היזק שאינו ניכר, שאם אין שמו היזק הריהו קנס; וכן ראו משנה כתובות ג' ט' לענין תשלומי בושת ופגם לאחר פיתויה של אשה, שהם ממון ואינו קנס. עוד ראו רמב"ם, נזיקין, הלכות חובל ומזיק ה', ז' "ולמה משלם אדם שלושה דברים אלו (שְׁבֵת, ריפוי ובושת במקרה של חבלה – א"ר) על פי עצמו, שהשבת והריפוי ממון הוא ולא קנס", דוגמאות אלה ממחישות את מגוון אפשרויות הסיווג, לא רק במקרים "ברורים" של קנס כמו תשלומי כפל על גניבה, ותשלומי (פי) ארבעה וחמישה על גניבה שבעקבותיה טביחה או מכירה של שוה או שור (בבא קמא ע"ד ע"ב). בהקשר זה מצויות מחלוקות לא מעטות בדברי חכמים, ויש לעתים עירוב תחומין ו"מעבר גבולות" בין ממון לקנס, שכלל הוא כאמור תשלום העודף על הקרן, ואין כאן מקום להאריך.⁴⁶

⁴⁶ על הקושי שבלימוד מן המשפט העברי בסוגיה זו, כבר עמד השופט רם וינוגרד בת"א (שלום-י-ם) 3795/03 **עזבון המנוחה נואל אבו ג'אבר נ' תחומי** (לא פורסם). בפסקה 48 לפסק הדין. ואלה דבריו: "אעיר כי הנסיון לדלות את עמדתו של המשפט העברי בסוגיה נתקל בקושי של ממש. לעניין זה נדרש השופט רובינשטיין בע"א 9656/03 **עזבון מרציאנו נ' ד"ר זינגר**, תק-על 2005(2) 125 (2005), כשהוא מסתמך בין היתר על חוות דעתו של ד"ר יובל סיני מן המכללה האקדמית בנתניה, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) ועל תשובה מתשובות הרשב"א. דא עקא שהיקש זה אינו היקש מובהק, שכן המניע העומד בהשתתף התשלום העונשי שהובא בתשובת הרשב"א אינו אלא מניע כללי של הטלת קנס שלא מדין תורה לצורך הרתעה וחיזוק כוחו של בית הדין (בדומה לשיטת הרמב"ם, שהובאה אף היא בפסק הדין, בהלכות סנהדרין, פרק כ"ד). לא למותר לציין כי גם בנוגע לחמשת ראשי הפיצוי הנזיקי קיימת מחלוקת בין חכמי ההלכה אם אלה עניינים ב"קנס" או ב"ממון", ועירוב התחומים בין הדין האיסורי לבין הממוני במשפט העברי אינו מאפשר השוואה של ממש

3. פסק הדין בפרשת אשואל

דוגמה יפה לפסיקת פיצויים עונשיים בהתאם לעקרונות המשפט העברי ניתן להביא מת"א (שלום-פ"ת) 2233/04 אשואל נ' וסקר ואח', תק-של 2007(4) 11226 (מיום 6.11.2007), מפי השופט נחום שטרנליכט, שופט בית משפט השלום בפתח תקווה. בפסק הדין נדונה האפשרות להטיל את הפיצויים העונשיים לאור האמור בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע הנ"ל. אחר שהשופט הציג את העקרונות העיקריים, הוא קובע וזה לשונו:

ומן הכלל אל הפרט. במקרה זה מדובר במעשי תקיפה אכזריים, שבוצעו על ידי הנתבעים כלפי התובע. הנתבעים הורשעו בגין מעשים אלו, כאמור לעיל, ונגזרו עליהם עונשי מאסר מותנה בגין כך. כמתואר בהכרעת הדין, בוצעו מעשי התקיפה בצוותא על ידי הנתבעים באופן אכזרי, ותוך שימוש בכלים שונים להכאת התובע. סבורני, כי אלו הן הנסיבות, כאשר מדובר במעשה זדוני, שבהן יש לחייב את הנתבעים בתשלום פיצוי עונשי.

לסוגיה מושא דיוננו, העוסקת בתשלום 'עונשי' אזרחי". על דבריו יש להעיר כי למרות עירוב התחומין האמור בין עונשי לאזרחי (הקיים, לדעת לא מעט מלומדים, גם במשפט הישראלי), ניתן, לדעתי, ללמוד רבות מהמשפט העברי לעניין שיקולי מדיניות כלליים בהטלת פיצויים נזיקיים, כמפורט לעיל. ברצוני לעסוק בסוגיה זו בהרחבה, ועוד חזון למועד.

פרק שלישי

פסיקת פיצויים נזיקיים על פי "אומדנא דדינא"

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (שלום ת"א) 105305/01 פולק נ' דקל, תק-של 25735 (2)2006 (מיום 30.4.2006), מפי השופטת אסתר דורקביץ', בית המשפט השלום בתל-אביב-יפו (להלן: פרשת פולק). התובע עוסק בחקלאות. הנתבעים הם חקלאים ומומחים בתחום גידול אווזים ופיטום אווזים ומנהלי חברת "מתד חקלאות בע"מ". הנתבעים ובני הזוג קודלר רכשו יחדיו ממועצת הלול 2,414 אפרוחי אווזים בני יומם לשם הקמת מיזם של גידול אווזים לרבייה ולפיטום בארץ ובחוץ לארץ. כדי להוציא את המיזם אל הפועל, ניהלו הנתבעים ובני הזוג קודלר משא ומתן עם התובע במגמה שישקיע מהונו במיזם. באחת מן הפגישות שהתקיימו בין שני הצדדים, הוסכם ביניהם כי התובע יצטרף כמשקיע שותף במיזם באחוז מסוים. הצדדים הסכימו כי התובע ישקיע את הסכומים הדרושים לפי התכנית העסקית וכי גידול האפרוחים העתידיים להתקבל מ"מועצת הלול" ייעשה במבנה שבבעלותו, הנמצא בסמוך לצומת מורשה. השותף התחייב להכשיר את המבנה במיוחד לצורך המיזם, ואילו הנתבעים היו אמורים לתרום את הידע המקצועי ואת הזמן הדרוש כדי להפוך את האפרוחים ללהקת הפצה ומלהקת הפצה ללהקת רבייה. אולם, לאחר כחצי שנה של פעילות משותפת, לא יצא המיזם מן הכוח אל הפועל ושני הצדדים תובעים זה את זה בעקבות סיום ההתקשרות ביניהם ובשל תוצאותיו השליליות.

התביעה נסבה בעיקרה על ההסכם שנערך בין הצדדים. התובע טוען כי לאחר שנוכחו שני הצדדים לדעת כי המיזם המשותף אינו עתיד לצאת אל הפועל בגלל אי כדאיותו, הסכימו שני הצדדים כי הנתבעים ובני הזוג קודלר ייטלו את האווזים מחוות התובע וישלמו לו את כל מה שהשקיע במיזם. התביעה על סך 394,940 ש"ח, השווה למחצית מן ההשקעה במיזם, נסמכת רובה ככולה על רשימת הוצאותיו של התובע במיזם, אך תביעתו לא אוששה

באמצעות קבלות.

השאלה שהופנתה למרכז ישמ"ע הייתה: האם ניתן לפסוק לתובע פיצויים על יסוד הערכת הוצאותיו, הנקראת במקורותינו "אומדנא דדיינא", וגם על יסוד וכדומה למה שנזכר בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בפרשת **אניסימוב**. לפי הלכה זו, אמנם, בדרך כלל, נפגע התובע פיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, חייב להוכיח במידת ודאות סבירה הן את נזקו הן את שיעור הפיצויים שיהיה בו כדי לפצותו על נזקו, אך באותם מקרים, שבהם – בשל טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדיוק ובוודאות את מידת הנזק ואת שיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע; די שימציא לבית המשפט את הנתונים שניתן להמציאם באופן סביר, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לאמוד את החסר מכוח "אומדנא דדיינא".¹

השאלה שעמדה לדיון במרכז ישמ"ע היא: מהי עמדת המשפט העברי בעניין "אומדנא דדיינא"?

בראשית דברינו, נעיר כי שאלה זו מתבקשת לא רק מן הבחינה המהותית-עקרונית אלא אף משום העובדה שבתי המשפט בישראל נוהגים להשתמש במונח "אומדנא דדיינא", שמקורו כידוע במשפט העברי. לכן, עלינו לבחון אם השתמשו במונח זה כמשמעו במקורות המשפט העברי.

ב) חוות הדעת

הקדמה

כמה מבתי המשפט בישראל משתמשים לעתים במונח "אומדנא דדיינא", בשונה ממשמעותו במקורות המשפט העברי.

שאלת מעמדן של ה"אומדנא" וה"אומדנא דדייני"² נדונה במקורות המשפט העברי בעיקר מצד היותן כלי המאפשר לדיינים שיקול דעת, הן בהערכת יושרם וכוונותיהם של בעלי הדין העומדים לפנייהם והן בקביעת עמדה בשאלת העובדות הנדרשות להכרעת הדין. שימושים אלה יידונו על ידינו בחלקו הראשון של הפרק. יחד עם זאת, מצאנו אף כמה מקורות שמשמע מהם – לכל הפחות, מכללא – שהאומדנא משמשת אף ככלי לכימות נזקים ששיעורם אינו ניתן להוכחה (ראו להלן סעיף 5).

1. המונח "אומדנא" והשימוש בו בהערכת כוונת האדם

האומדנא, כלי עזר המסור בידי הדיין כדי להכריע את הדין, משמשת בשני תחומים: העיקרי, לעמוד על כוונת האדם במעשהו או בדיבורו על ידי הערכת מניעיו; המשני, בשימוש

¹ ע"א 355/80 **אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ**, פ"ד לה(2) 800 (1981).

² ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א (מהדורה שנייה, התשל"ג) עמ' רצה-שב, ערך "אומדנא".

בספרות ההלכה, לקבוע קביעה עובדתית של פרטי אירוע על ידי הערכת נסיבותיו, המוכרת בשפה המשפטית בשם "ראיה נסיבתית".

ומאחר שהשאלה הנדונה קרובה יותר לתחום המשני, נתמקד בדיון בו ובמקורותיו. נפתח בשתי דוגמאות לשימוש העיקרי באומדנא:³

א. שכיב מרע שכתב כל נכסיו מתנה סתם, ולא שייר כלום, אם עמד – חוזר, ואפילו קנו מידו כדי ליפות את כחו, בין שהקנה כל נכסיו לאחד בין שכתבם לשנים, **שאומד דעת** הוא שלא נתן זה הכל, אלא שנתכוון שלא יקנו כלום אלא לאחר מותו.⁴

ב. [אשה] הרוצה להנשא וכתבה כל נכסיה בין לבנה בין לאחר, ואחר כך נשאת, ונתגרשה או שמת בעלה, מתנתה בטילה, שזו מברחת היא, ולא כתבה כל נכסיה אלא להבריה מבעלה,⁵ שלא יירשנה, וכשתהיה צריכה להן יחזרו לה.⁶

בשתי דוגמאות אלה, המעשה ונסיבותיו יש בהם הוכחה מספקת לכוונתו של האדם, ולא ניתן לייחס לו כל כוונה אחרת. בלשון התלמוד והפוסקים, קרוי הדבר "אומדנא דמוכח [=הערכה מוכחת, כלומר ודאית]"⁷. אולם, לעתים, אין במעשה ובנסיבותיו משום הוכחה מספקת לכוונת האדם, ויש צורך בדבר-מה נוסף העשוי לחזק את ההשערה בדבר כוונותיו של העושה על ידי גילוי דעתו.⁸

הערכת כוונת האדם משמשת כראיה לא רק להכרעת הדין בדיני ממונות אלא גם בתחומי הלכה אחרים, כגון: דיני אישות, דיני נדרים, ועוד.⁹

2. "אומדנא" כראיה נסיבתית¹⁰

נוסף על הדרישה הראייתית היסודית במשפט העברי, הצורך בשני עדים שיעידו על הדבר¹¹

³ לדוגמאות נוספות, ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם.

⁴ לשון הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה יד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנ, סעיף ב, על פי סוגיית התלמוד, בבא בתרא קמו ע"ב.

⁵ כך הוא אומד דעתה.

⁶ לשון הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פה, סעיף ז, על פי סוגיית התלמוד, כתובות עט ע"א.

⁷ ראו לדוגמה: בבא בתרא קמו ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ס, סעיף א.

⁸ ראו לדוגמה: שולחן ערוך, שם, סימן רז, סעיפים ד-ה.

⁹ לדוגמאות ולמקורותיהן, ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, לעיל ה"ש 2.

¹⁰ ראו ין ב' מאיר "ראיה נסיבתית במשפט העברי" **דיני ישראל** יח, עמ' פז-קמג (התשנ"ה-נ"ו); ח"ש חפץ **ראיות נסיבתיות במשפט העברי** (חיבור לקבלת התואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים, התשל"ד); ח"ש חפץ "מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי" **משפטים** א 67-85 (התשכ"ח); ח"ש חפץ "גדרי אומדנא וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי" **דיני ישראל** ח, עמ' מה-סג (התשל"ז); הרב ב' ליפקין "אומד הדיינים" **סיני** כ, עמ' קעח-קצח (התש"ז); הרב ב' ליפקין "בגדרי אומדנא ורוב בדיני ממונות ובדיני נפשות" **התורה והמדינה** יא-יג, עמ' תקמו-תקסז (התש"ך-התשכ"ב).

¹¹ דברים יט, טו.

לשם הוצאת ממון בתביעה אזרחית, יש דרכים נוספות לבירור התביעה בבית הדין.¹² ואולם, נחלקו התנאים בשאלת קבילותה של ראייה נסיבתית, ונחלקו חכמים:

שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח, זה מנושך וזה מועד לישוך – אין אומרים: בידוע שזה נגחו וזה נשכו. רבי אחא אומר: גמל האוחר [=משתולל] בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו – בידוע שזה הרגו.¹³

רוב רובם של הפוסקים¹⁴ פסקו כדעת חכמים (הדעה הראשונה במשנה), שאין לקבל ראייה מעין זו אף על פי שהנסיבות מובילות למסקנה ברורה למדי כיצד אירע הדבר. המהרי"ק¹⁵ אומר כי, לדעת חכמים, יש להבחין בין הערכת כוונת האדם כשהיסוד העובדתי ידוע לבין קביעת עובדות על פי הערכה, משום שציוותה התורה שיעשה בירור העובדות באמצעות שני עדים,¹⁶ אך אי אפשר לעשות כן כשמדובר בבירור כוונת האדם, שהוא עניין הדורש מטבעו אומדן הדעת. עדים יכולים במקרה זה רק להעיד על דברים המעידים על כוונת האדם, אך עדיין נזקקת הערכת בית דין כדי להכריע בדבר מהותה. לעומת שיטת המהרי"ק, המצמצם את השימוש באומדנא, נראה מדברי הרמב"ם¹⁷ והרא"ש¹⁸ שהם מרחיבים את האפשרות לעשות שימוש באומדנא גם לצורך בירור עובדתי. ואלה דברי הרמב"ם בעניין זה:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שידוע... שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן, למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן, אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.¹⁹

אמנם, הלכה למעשה, פוסק הרמב"ם שאין לנהוג בימינו בדרך זו, ויש לדון אך ורק על פי

¹² כגון הטלת חיוב שבועה חמורה מן התורה על הנתבע, אם הוא מודה בחלק מן התביעה, או כשיש לתובע רק עד אחד. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף א. לעניין השבועה, ראו גם להלן.

¹³ בבא בתרא צג ע"א; סנהדרין לז ע"ב; שבועות לד ע"א.

¹⁴ רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה יד; מהרי"ק, שורש קסט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תח, סעיף ב.

¹⁵ שו"ת מהרי"ק, שם.

¹⁶ זוהי, לכאורה, גזרת הכתוב. ראו ב' ליפקין, לעיל ה"ש 10; י' בן מאיר, לעיל ה"ש 10.

¹⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד.

¹⁸ שו"ת הרא"ש: כלל סח, סימן כג; כלל עג, סימן ג.

¹⁹ רמב"ם, לעיל ה"ש 17, הלכה א. וכן הוא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ה.

ראיות ברורות, אולם דומה שהוא סבור שהיקף האודמנא רחב יותר²⁰ ממה שסבור המהרי"ק.

על אף קיומן של גישות הנראות שונות לכאורה זו מזו, ייתכן שיש דרגת אומדנא הנחשבת כידיעה בלא ראייה לדעת הכול,²¹ וניתן לפסוק על פיה לכולי עלמא. זאת, כשהמסקנה על אופן התרחשות האירוע היא חד-משמעית ואין בלתה. וכן נפסקה הלכה במקרה של אדם שנחבל²² ואין עדות ראייה על החבלה:

ראוהו עדים שנכנס תחת ידו של חבירו שלם ויצא חבול, ולא ראוהו בשעה שחבל בו, וזה אומר: חבל בי, וזה אומר: לא חבלתי בו – הרי זה נשבע ונוטל. ואם יש הוכחה שזה חבל בו, כגון שהיתה החבלה במקום שאי אפשר לו לחבול בעצמו, כגון שהיתה בין כתיפיו וכיוצא בזה, ולא היה אחר עמהם – הרי זה נוטל בלא שבועה.²³

מלשון הרמב"ם ושולחן ערוך, שנקטו לשון "הוכחה" הלקוחה מדיני הראיות, עולה לכאורה כי "אומדנא דמוכח" בדרגה כל כך גבוהה אינו בכלל המחלוקת בין חכמים לבין ר' אחא, שהבאנו לעיל.²⁴ אולם ניתן גם להסביר את שיטת הרמב"ם וסיעתו כדומה לשיטת המהרי"ק, ולומר שההבדל ביניהן טמון בתחום המשפטי הנדון.²⁵ הכלל הוא, שאין להכריע בשאלת מהותן של עובדות באמצעות אומדנא, אלא שתיקנו חכמים תקנה מיוחדת בגזלות ובחבלות.²⁶ ואשר לדברי הרמב"ם בעניין היקף שיקול הדעת של הדיין, מדובר במקרים שאין מוציאים בהם ממון בפועל מידי החייב.

3. קביעת שיעור הנזק – שומה

ואף לאחר שהוכח ביצועה של עוולה בת תשלומים, ברור כי לא תם ההליך המשפטי, שכן עדיין יש לקבוע את שיעור הפיצוי המגיע לתובע. להלן נסקור את הדרכים הקיימות לפני בית הדין לצורך זה.

20 ראו להלן, בסוף פרק זה, אפשרות אחרת להסביר את שיטת הרמב"ם.
 21 ראו שבועות לד ע"א.
 22 אמנם בדיני נפשות נחלקו הראשונים אם תועיל אומדנא מעין זו. ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, לעיל ה"ש 2.
 23 רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה ד; שולחן ערוך, סימן צ, סעיף טז.
 24 וראו גם הרב י' בלויא **פתחי חושן** כרך ה, עמ' שד, הערה צא (התשמ"ח).
 25 כפי שעולה לכאורה מדבריו שם, בהלכה ד, ויש להתייחס לכל דין זה משום קנס שקנסו חכמים. ראו: שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קיג; פתחי חושן, שם, עמ' שד, סעיפים מא-מב. וראו גם: חסדי דוד, שבועות, פרק ו, הלכה ב; צפנת פענח, ערכין, פרק ז, הלכה א; חזון יחזקאל, בבא קמא, פרק ט, הלכה ח, ד"ה הרי אלו.
 26 ראו נתיבות המשפט, סימן טו, ביאורים, ס"ק ב.

גם כששיעור הנזק ניתן להוכחה, ואף שיש בידי התובע ראיות להיקפו ולשיעורו, מוטל על בית הדין תפקיד חשוב בקביעת שיעור הפיצויים על ידי הערכת גורמים אחדים,²⁷ שהערכתם אינה ניתנת להיעשות על ידי בעלי הדין, הן בנזקי ממון²⁸ הן בנזקי גוף.²⁹ במקרים מעין אלה, לא מן הנמנע שיסתייע בית הדין בחוות דעתם של מומחים כדי לקבוע את השומה בתחומים שאינו בקי בהם, כגון: קביעת ערכם של מקרקעין או מיטלטלין או בקביעת תוחלת חיים ומצב בריאותו של מי שניזוק בנזקי גוף. המונחים המקובלים במקורותינו בהליך לקביעת שיעור הפיצויים הם, בדרך כלל, "שומא" או "שומת בית דין". על פי רוב, אין משתמשים במקרים אלה במונח "אומדנא דדיינא",³⁰ פרט למקומות הנזכרים להלן, בסעיף 5.

4. קביעת שיעור הנזק – שבועה

גם כשאין לתובע ראיות שיתמכו בתביעתו, קיים הליך נוסף להמשך בירור התביעה: הטלת שבועה. השבועה היא כלי רב עוצמה שניתן לבית הדין לבירור האמת. מרבית השבועות מוטלות על הנתבע כדי להמריצו להודות על האמת ולהיפטר מחומרת עונשה של שבועת שווא, אם אכן הוא חייב: אם הוא מוכן להישבע, הרי הוא נשבע ונפטר מחיובו.³¹ מקצת מן המקרים שתיקנו בהם חכמים תקנה וחייבו את התובע להישבע,³² נוגעים לענייננו. ואלה דברי שולחן ערוך בעניין זה:

המזיק ממון חברו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל. כיצד? לקח כס חברו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו, שמא עפר או תבן היה מלא – הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ, ונוטל. והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו.³³

הווי אומר, אם אין לניזוק ראיות על שיעור הנזק, אך הוא טוען שהוא יודע את שיעורו,³⁴

27 לפרטן של דברים, ראו הרב א' שינפלד **חק לישראל – נזיקין** 294–307 (התשנ"ב). לעקרונות השומה, ראו גם: א' אורנשטיין "דרכי שומת נזקים לרכוש" **פרשת השבוע**, פרשת צו, גיליון 202 (התשס"ה); הרב י' בלס "החזרת המצב לקדמותו כעקרון על בתשלומי נזיקין" **תחומין** יג 388–406 (התשנ"ג).

28 ראו משנה, בבא קמא, פרק ו, משנה א.

29 משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה א.

30 אמנם מצאנו "אומד לנזקין" (ראו לדוגמה שולחן ערוך, סימן תכ, סעיף כח), אלא שמדובר שם בצורך להוכיח אם החפץ שגרם לנזק ראוי להזיק, ואין לערב בינו לבין שאלת קביעתו של שיעור הפיצויים.

31 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז.

32 ראו משנה, שבועות, פרק ז, משנה א.

33 שולחן ערוך, שם, סימן שפח, סעיף א.

34 ואם גם הניזוק אינו יודע מהו שיעור הנזק, אין התובע יכול להשביע את הנתבע. ראו: בית יוסף, חושן משפט, סימן עה, אות יז, בשם תשובת הריטב"א (סימן קכד).

וטענתו סבירה בנסיבות המקרה, הרי הוא נשבע על שיעורו וגובהו אותו. אמנם, מאחר שמדובר בתקנות במקרים מיוחדים, דרושה זהירות רבה בהפעלתן, במיוחד בימינו, שאין נוהגים להטיל חיוב שבועה, ואף ייתכן שאין ללמוד מהן לתחומים אחרים. בכל זאת, ניתן ללמוד מהן על כלי נוסף בידי בית הדין לביור שיעור הנזק.

5. קביעת שיעור הנזק – אומדן כשיש קושי לערוך שומה מדויקת

הלכה מקובלת: "אין הנזקין משתלמין... אלא בראיה ברורה"³⁵ וברור שאסור לקבוע אם התקיימו יסודות האחריות בנזיקין אם לאו – ובכלל זה קיומו של קשר סיבתי – על סמך אומדן שאינו מוכח.

יחד עם זאת, ועל אף כל האמור לעיל, יש מקורות שניתן אולי להסיק מהם שיש מקום להשתמש בכלי של אומדנא אף בקביעת שיעור הנזק, וגם בדומה לפסיקת בית המשפט העליון בישראל, שלפיה "מקום שהוכח קיומו של נזק, אין באי האפשרות לחשב אותו בדיוק כדי לדחות את תביעת הפיצויים"³⁶.

וכאן המקום להזכיר, בראש ובראשונה, את תפישתו העקרונית של הרא"ש, רבנו אשר בן יחיאל, מחכמי ספרד במאה ה"ג, שכתב בתשובה מפורסמת: "נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין יכול להתברר בראיות... ופעמים באומדן הדעת"³⁷. דברים אלה נפסקו להלכה גם בשולחן ערוך.³⁸ ואף על פי שהתשובה, כמו גם הלכת השולחן ערוך, לא עסקה בעניין קביעת שיעור פיצויים נזיקיים, עולה ממנה תפישה עקרונית המתירה לדיין לפסוק על פי אומדן הדעת מקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות. ייתכן, אף על פי שקשה לקבוע מסמרות בדבר, שהוא הדין אף כשאין אפשרות לערוך שומה מדויקת של שיעור הנזק, כעין תפישת פסק הדין בפרשת **אניסימוב** הנזכר בראש הפרק.³⁹ אמנם מצאנו שכמה מן המקורות מתייחסים לאפשרות לקבוע את שיעור הפיצויים הנזיקיים באמצעות אומדן שעורכים הדיינים בעניין מי שחבל בחברו, החייב לשלם לו לפי ההלכה פיצויים על ראשי הנזק שנגרמו לו מאלה שקבעו חז"ל: נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת. ואלה דברי הרב בלוייא בעניין אופן התשלום עבור הריפוי על פי ההלכה:

אם הן הוצאות חד פעמיות, משלם מה שהוציא. ואם הוא רפוי ממושך, **עשו חז"ל תקנה למזיק, שאם ירצה לבקש שיאמדו עתה כמה זמן וכמה הוצאות יהיו ברפוי מכה זו**, ונותן לו כל הסכום מיד, ומפקידים ביד בית הדין, והם

35 ראו: רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ה, הלכות יג-יד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תח, סעיפים א-ב.
 36 כדברי השופט ברק בפרשת **אניסימוב** המובאים לעיל, ליד ה"ש 1.
 37 שו"ת הרא"ש, כלל קז, סימן ו.
 38 חושן משפט, סימן יב, סעיף ה. ועיין סמ"ע, שם, ס"ק יב.
 39 כיוון שמדברי הרא"ש עולה כי, מקום שהדבר ניתן להתברר בראיות, אין לדיין לפסוק על פי אומדנה. וכן פסק השופט ברק באותו פסק דין.

יתנו לו כפי שיצטרך במשך הזמן. ואף אם ימשך יותר מכפי האומדן אינו צריך להוסיף. וכן אם היו ההוצאות פחות מכפי האומדן, נותנים המותר לניזק.⁴⁰

ומעין זה נאמר אף לעניין תשלום "דמי שבת", כלומר פיצוי על הפסד ימי עבודה: "יש תקנה למזיק לאמוד בתחלה כמה יתבטל ממלאכתו, וישלם הכל מתחלה".⁴¹ לפנינו אפוא דוגמה לקביעת שיעור הפיצויים הנזיקיים באמצעות אומדן כאשר קשה לחשב במדויק את הוצאות הריפוי או את הפסד ימי העבודה. דומה כי אף במשפט הישראלי נהוג להשתמש בכלי זה, אומדנא דדיינא, אומדן על ידי השופט, במקרים דומים. יחד עם זאת, נראה שמקום שניתן לערוך שומה מדויקת או להביא ראיות בדבר שיעור הנזק, אין לקבוע את שיעור הפיצויים בדרך זו. עוד יש להעיר כי אפשר שהדוגמאות הנזכרות למעלה אינן חורגות מן האמור לעיל, בסעיף 3, העוסק בשומת הנזקים, וייתכן שאף הן מבוססות על שומת הריפוי או השבת הרגילים, אלא שהמיוחד שבהן הוא שהן מדברות על היוון תשלומי הנזק חלף תשלומים עתיים. ואם אמנם כן הוא, קשה להביא מהן הוכחה ברורה לענייננו.

לסיים, ראוי להדגיש כי הדברים שהבאנו בפרק זה נוגעים בעיקר לפסיקת פיצויים על ידי אומדן, כשאינו ספק באשר לקיומה של העוולה הנזיקית, והאומדן מצטמצם לקביעת שיעור הנזק, וכפועל יוצא ממנו לשיעור הפיצויים הנזיקיים. נראה כי, על פי המשפט העברי, יקשה מאוד להטיל אחריות בנזיקין במקרים של סיבתיות עמומה רק על יסוד אומדן.⁴²

6. סיכום ומסקנות

- א. עניין "אומדנא דדייני" נדון במקורות המשפט העברי בעיקר בשאלת היותה כלי לשיקול דעתם של הדיינים באופן כללי, והן בהערכת כוונותיהם של בעלי הדין העומדים בפניהם, או בקביעת העובדות הנדרשות להכרעת הדין. יחד עם זאת, מצאנו אף מקורות שמשמע מהם – לכל הפחות מכללא – שניתן להשתמש באומדנא אף בתורת כלי לכימות נזקים ששיעורם אינו ניתן להוכחה.
- ב. בהליך לקביעת שיעור הפיצויים, ניתן להשתמש בשני כלים: "שומא" או "שומת בית דין", ולא ב"אומדנא דדיינא".
- ג. מדברי הרא"ש עולה תפישה עקרונית המתירה לדיין לפסוק על פי אומדן הדעת מקום

⁴⁰ הרב י"י בלוייא **פתחי חושן** חלק דיני נזיקין, פרק יא, סעיף יד, והוא על פי שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף יח.

⁴¹ שם, סעיף כ.

⁴² ליחס בין עמדת המשפט העברי לבין עמדת המשפט הישראלי בסוגיה זו, ראו חוות הדעת של **מרכז ישמ"ע**, "פסיקת פיצוי חלקי על-פי אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה", המוצג באתר:

www.netanya.ac.il

- שאיין הדבר יכול להתברר בראיות. אף ייתכן, אף על פי שאין הכרח בדבר, שהוא הדין אף מקום שאין אפשרות לערוך שומה מדויקת של שיעור הנזק.
- ד. ניתן לקבוע את שיעור הפיצויים הנזיקיים באמצעות אומדן, כשקשה לחשב במדויק את הוצאות הריפוי או את הפסד ימי העבודה. יחד עם זאת, נראה שאם ניתן לערוך שומה מדויקת או להביא ראיות ברורות יותר על שיעור הנזק, אסור לקבוע את שיעור הפיצויים על פי "אומדנא דדיינא".
- ה. הדברים שהבאנו בפרק זה נוגעים בעיקר לפסיקת פיצויים באמצעות אומדן כשאיין ספק באשר לקיומה של העוולה הנזיקית.

(ג) פסקי הדין

1. פסק הדין בפרשת פולק

בית משפט השלום דחה את התביעה לפיצוי על ההוצאות שנטענו בפרשת פולק, משום שהתביעה לא נסמכה אפילו לא על קבלה אחת או על אסמכתה אחרת, במיוחד לאור הכלל המפורסם בדיני הראיות במקורותינו: "המוציא מחברו – עליו הראיה". רוצה לומר, אין מי שחולק כי התובע הוא הנושא בנטל להוכיח את תביעתו. בית המשפט קיבל את עמדת הנתבעים, בציינו כי העובדה שהתובע היה רשאי להביא עדים או ראיות לתמוך בטענותיו, ואם לא עשה כן – מתעורר מדרך הטבע החשד שמא הוא חושש מחשיפתם לחקירה שכנגד ואף שמא יחזקו דווקא את טענות הצד שכנגד. זאת, אף על פי שאמר לנתבעים: "ישנן חשבונות לכל ההוצאות".

כאן נזקק בית המשפט לעמדת המשפט הישראלי והמשפט העברי באשר לאפשרות שהדיין יפסוק פיצויים על פי אומדן הדעת. ואלה דברי השופט דודקביץ' בפסקה 9 של פסק הדין:

אמנם בפרשת **אניסימוב**, קבע ביהמ"ש העליון כי אין הכרח לדחות תביעה, באם שיעור הנזק המדויק לא הוכח. וכך קבע שם כב' הנשיא ברק: "ידועים מקרים שבהם אין כל אפשרות להעריך את הפיצוי והנזק במידת ודאות מרובה. האם יש בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע? הגישה המקובלת היא, כי מקום שהוכח קיומו של נזק, אין באי האפשרות לחשב אותו בדייקנות כדי לדחות את תביעת הפיצויים... באותם מקרים אשר בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר" (ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) (עמ' 800, 809).

גם עמדת המשפט העברי בנושא "אומדנא דדינא" דומה. על פי תפיסתו העקרונית של רבינו אשר בן יחיאל (הרא"ש), מחכמי ספרד במאה הי"ג, **"נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין יכול להתברר בראיות... ופעמים באומד הדעת"**. דברים אלו נפסקו להלכה בשולחן ערוך. אף על פי שהתשובה – כמו גם הלכת השולחן ערוך – לא עסקה בעניין קביעת שיעור פיצויים נזיקיים, הרי שממנה עולה תפיסה עקרונית, המתירה לדיין לפסוק על פי אומד הדעת, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות; וייתכן – אם כי קשה לקבוע מסמרות בדבר – שהוא הדין אף במקום שאין אפשרות לערוך שומה מדויקת של שיעור הנזק" (ראו י' סיני והרב י' שרעבי, "פסיקת פיצויים נזיקיים על פי אומדנא דדינא", המרכז ליישומי משפט עברי; ההדגשות במקור – י"ס).

ואולם, על אף העובדה שבית המשפט מודע לקיומה התאורטי של האפשרות לפסוק פיצויים לפי אומדן הדעת, אשר, כפי שכבר ראינו, אינה נקיה מספקות, לכל הפחות מנקודת ראותו של המשפט העברי, הרי שלא ניתן לאפשר זאת במקרה שלפנינו:

ואולם בענייננו – לא היתה כל מניעה להציג ראיות בדבר ההוצאות הנטענות, ואף לא נטען ע"י התובע אחרת. על כן אין לו להלין אלא על עצמו.

לפיכך תידחה תביעתו של התובע להחזר ההוצאות בהתאם להסכם. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט העברי. ניתן למצוא בדברי גדולי הפוסקים⁴³ ביטויים המזכירים דוקטרינה משפטית הנזכרת לא אחת בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלו-אמריקנית המודרנית, הקובעות כי אם הראיות הנוגעות לעניין הנדון מצויות בדרך הטבע ברשותו ובידיעתו של צד אחד מן הצדדים, נטל ההוכחה מוטל על הצד שיש לו גישה טובה אליהן.⁴⁴

2. פסק הדין בפרשת ברמי

ישום מעניין נוסף של האמור בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע נעשה בפסק דינו של בית משפט השלום בקריית גת, ת"א (שלום ק"ג) 1341/03 **ברמי נ' שיינדל יעקב** (מיום 3.6.2007, לא פורסם).

לפני השופטת נחמה נצר מבית המשפט השלום בקריית גת נדונה תובענה לקבלת

⁴³ ראו לדוגמה ערוך השולחן, חושן משפט, סימן רכג, סעיף ב. להרחבה ראו חוות הדעת של **מרכז ישמ"ע** בעניין "פסיקת פיצוי חלקי על פי אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה", שם.

⁴⁴ לפרטן של דברים, ראו י' סיני "דוקטרינת 'הודאה והדחה' וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן" **מחקרי משפט** כד 176–177 (התשס"ח).

פיצוי בעקבות עשיית דין עצמית, שעשה הנתבע בחנות שהושכרה על ידיו לתובע, שבמסגרתה מנה התובע את המלאי לסוגיו שהיה לטענתו בחנותו, עובר למעשי הנתבע בחנות. בית המשפט קבע כי אמנם התובע לא הציג ולו בדל של קבלה או מסמך אחר, המעידים על רכישת מלאי כאמור, ואין חולק כי התובע הוא הנושא בנטל להוכחת תביעתו. אולם, הוסיף בית המשפט, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי מדובר בחנות שבה הופעל קיוסק שהיה פעיל באותה תקופה, ויש להניח כי מלאי מסוים היה במקום. שלא לדבר על כך, כי הנתבע הודה, ולו בחצי פה, כי היה מלאי שהוצא על ידיו והוא אף פעל להשיבו לספקים. משמע, כי היו במקום טובין בעלי ערך גם אם ערכם המדויק לא הוכח. בית המשפט הסתמך על דברי הנשיא ברק בפרשת **אניסימוב** כי אין הכרח לדחות תביעה, אם שיעור הנזק המדויק לא הוכח.

בהקשר זה נתמך בית המשפט במקורות המשפט העברי. ואלה דבריו:

המשפט העברי בנושא "אומדנא דדיינא", מצדד אף הוא בעמדה דומה. על פי תפיסתו העקרונית של רבינו אשר בן יחיאל (הרא"ש), מחכמי ספרד במאה ה"ג, "נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין יכול להתברר בראיות ... ופעמים באומד הדעת". דברים אלו נפסקו להלכה ב"שולחן ערוך". אף על פי שתשובת הרא"ש – כמו גם הלכת ה"שולחן ערוך" – לא עסקה בסוגיית קביעת שיעורם של פיצויים נזקיים, משתמעת עמדה עקרונית ולפיה, מותר לדיין לפסוק על פי אומד דעתו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות; וייתכן – אם כי קשה לקבוע מסמרות בדבר – שזהו הדין אף במקום שאין אפשרות לערוך שומה מדויקת של שיעור הנזק" (ראו: י' סיני והרב י' שרעבי, "פסיקת פיצויים נזקיים על פי אומדנא דדיינא", המרכז ליישומי משפט עברי).

לפיכך קבעה השופטת, ואלה דבריה:

משהודה הנתבע כי בחנות נמצאו סחורות שחלקן לפחות, הוחזרו על ידו לספקים, מצאתי לנכון לשום ולהעריך המלאי של התובע, כפי שהוחזק בחנות, עובר ליום 2/7/01 על דרך של אומדנא דדיינא. על סמך אישורו של ר"ח – אורון כהן, מיום 27/8/01 (נספח י' לכתב התביעה) ודיווחו אודות המלאי הכולל לשנת 2000, לרבות תצהיר מר חסן רפאל שתוכנו לא נסתר ולא הוכחש באשר לתנאי האשראי (שוטף+90), הנני מעריכה את שווי המלאי הכולל ליום 1/7/01 ב-12,945 ש"ח.... שזהו המלאי החודשי שניתן ואפשר להניח כי היה בחנות.

פרק רביעי

חסינות בהוצאת דיבה בעת ההליך שיפוטי

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ע"א (מחוזי ת"א) 1506/02 גיל עורך נ' חיר פואד (לא פורסם), לפני הרכב השופטים מבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בראשותו של סגן הנשיא השופט יהושע גרוס (מיום 18.1.2007) (להלן: פרשת עורך).

המערער והמשיב הם פרקליטים. במהלך הליכים משפטיים שניהלו בשם לקוחותיהם, החליפו ביניהם דברי גנאי. בהליך אחד, הטיח המשיב כלפי המערער במהלך הדיון המשפטי האשמות, ולפיהן מתנהלת נגדו חקירה משטרתית, מוכן נגדו כתב אישום בפרקליטות ומתנהלים נגדו הליכים משמעתיים בלשכת עורכי הדין. בהליך אחר, טען המשיב בכתב הגנה להודעת צד שלישי שהוגשה נגד המשיב כי המערער עומד לדין משמעתי וכי מתנהלת נגדו חקירה פלילית. בית משפט השלום קבע כי האמירות הללו הן בגדר לשון הרע, אך אינן אסורות על פי סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע). משום כך, החליט בית המשפט קמא לדחות את תביעת המערער, והוא מערער עתה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

בית המשפט המחוזי פנה למרכז ישמ"ע בבקשה לקבל חוות דעת בעניין זה. **השאלה המשפטית:** חוק איסור לשון הרע (סעיף 13(5)) מקנה חסינות על הוצאת דיבה תוך כדי הליך שיפוטי, והשאלה העומדת לדין היא: האם יש חסינות מעין זו גם במשפט העברי?

הצורך לקבלת חוות דעת על עמדת המשפט העברי בסוגיה זו נבע, כנראה, מכמה טעמים:

א. מדובר בשאלה מורכבת מבחינה משפטית שמתנגשים בה שני אינטרסים הראויים להגנה: הגנה על שמו הטוב של האדם, והגנה לבעל דין או לפרקליט כדי שיוכל לנהל

- את עניינו בדיון המשפטי בחופש מוחלט. והשאלה היא: כיצד יש לאזן ביניהם?
- ב. החוק הישראלי אינו מגדיר במפורט את תחומי החיסיון, ואף הפסיקה בעניין זה אינה מגובשת ומוחלטת. במקרה כזה, ראוי לפרש את החוק לאור ערכיה היהודיים של מדינת ישראל, בפרט כשמדובר בחוק המיוסד על העיקרון היהודי הידוע, "איסור לשון הרע".¹
- ג. היהדות עומדת על משמר ההגנה של שמו הטוב של האדם באמצעות "איסור לשון הרע", ויש עניין לבית המשפט לבדוק כיצד התמודדו חכמי ישראל עם שאלה זו.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

בהליך השיפוטי, נשמעים בין כותלי בית המשפט דברים קשים על בעלי דין כמעט כדבר שבשגרה. למרבה הצער, מדובר לא רק בעניינים הנוגעים למושא ההליך השיפוטי, ולעתים מוטחות האשמות כלפי עדים או כלפי עורכי דין, ואפילו כלפי צד שלישי. ואף על פי שאיסור לשון הרע במשפט העברי מוגדר כחמור ביותר,² ברור הוא כי לא ניתן לנהל דיון פלילי, ואפילו לא דיון אזרחי, הנקי מתיאורים הפוגעים בעבריין או במזיק או במי שפגע בחברו. לפיכך, א-פריורי, ניתן להגיע למסקנה שמותר לחרוג מהלכות איסור לשון הרע בהליך השיפוטי, כדבריו של החפץ חיים בהקדמה לספרו המפורסם: "ואם כן, אי אפשר לחיות חיי תבל בעניין זה, אם לא שיפרוש לגמרי מענייני העולם".³

להלן נעמוד בקצרה על גבולות החריגה בהליך השיפוטי. ואולם עלינו להעיר קודם לדיון שתי הערות:

- א. האחת, בדברנו על "חסינות" בעניין איסור לשון הרע, עלינו לזכור כי המשפט העברי, להבדיל מן המשפט הישראלי,⁴ הוא מטבעו⁵ גם מערכת דתית המטילה אחריות על

¹ לשימוש בעקרונות המשפט העברי כמקור למגמה הכללית בחוק איסור לשון הרע, ראו מנחם אֶלון **המשפט העברי 1378–1380** (התשמ"ח).

² ואלה דברי הרמב"ם, הלכות דעות, פרק ז, הלכה ג (וראו גם שם, הלכה ו): "אמרו חכמים: שלש עבירות נפרעין מן האדם בעולם הזה ואין לו חלק לעולם הבא, עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים, ולשון הרע כנגד כולם. ועוד אמרו חכמים: כל המספר בלשון הרע כאילו כופר בעיקר, שנאמר: 'אשר אמרו ללשוננו נגביר שפתינו אתנו מי אדון לנו' (תהילים יב, ה). ועוד אמרו חכמים: שלשה לשון הרע הורגת, האומרו והמקבלו וזה שאומר עליו, והמקבלו יותר מן האומרו".

³ ר' ישראל מאיר הכהן, חפץ חיים, בהקדמה לספרו. מכאן ואילך, ההפניות להלכות לשון הרע או להלכות רכילות הן לספר זה.

⁴ הלשון הפותחת את סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע ממחישה את ההבדל: "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי...". לעומת זאת, במשפט העברי, היעדר עילה אינו מאיין את עצם האיסור. ודוקו.

⁵ חלק מאיסורי "לא תעשה" שבתורה מוגדרים כ"לאו שאין בו מעשה", שאין לוקין עליו. והוא הדין לעניין איסורים על לשון הרע עדות ועוד. ראו שולחן ערוך, חושן משפט. סימן תכ, סעיף לה, לעניין המבייש בדברים.

העובר על אותם איסורים⁶ – גם אם אין בהם מתן סעד ממשי לנפגע או ענישת העברין בפועל – ולא רק שיטה משפטית שתוצאת ההליכים הנעשים במסגרתה היא מתן סעדים לנפגע או ענישת העברין בפועל.

ב. חשוב לעמוד כבר בפתיחת הדברים על קיומם של הבדלים בהגדרת איסור לשון הרע במשפט העברי לבין הגדרתו בחוק הישראלי.⁷ לפי המשפט העברי, יש שני איסורים עיקריים: הראשון, איסור לשון הרע, שבעיקרו הוא האיסור לדבר בגנות הזולת, אפילו הדברים הם אמת לאמיתתה;⁸ ואילו בחוק הישראלי, עומדת עקרונית למפרסם דבר גנות על זולתו הגנת "אמת דיברתי", אם יש בדבר עניין ציבורי.⁹ והאיסור השני, איסור "לא תלך רכיל",¹⁰ שעיקרו¹⁰ האיסור לסכסך או לגרום שנאה או מחלוקת בין שני בני אדם באמצעות סיפור דברים לאחד מהם, ולא דווקא דברי גנאי, שהאחר אמר לו או עשה לו.¹¹ ויש איסור בכגון זה גם אם הדברים הם אמת. לאור הדברים הללו, ראוי לבחון בהרחבה את גבולותיו של האיסור תוך כדי מתן הדעת לדמויות השותפות להליך השיפוטי.

1. גבולות איסור לשון הרע והרכילות

ככלל איסורי תורה, יש גם באיסורי לשון הרע והרכילות, כללים ופרטים, גבולות וסייגים, שנדונו בהרחבה בספרי הפוסקים, והם מובאים בפירוט רב בספרו של החפץ חיים.¹² ומאחר שאיסור לשון הרע נחשב חמור ביותר, משום שהוא נוגע לשורשי מערכת היחסים שבין אדם לחברו, התנאים להתירו בנסיבות מוגבלות הם נוקשים,¹³ והחריגים

⁶ לעניין לשון הרע, ראו חפץ חיים, בפתיחה לספרו.

⁷ ראו נחום רקובר "על לשון הרע ועל הענישה עליה במשפט העברי" סיני נא, עמ' קצז-רט, שכו-שמה (התשכ"ב).

⁸ המדבר גנאי שהוא שקר נקרא מוציא שם רע. ראו: רמב"ם, לעיל ה"ש 2, הלכה ב; הלכות לשון הרע, כלל א, סעיף א; באר מים חיים, שם, ס"ק א.

⁹ סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע. לעניין תחולת ההגנה בצירוף התנאי שיש בפרסום משום עניין לציבור, ראו זאב סגל "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 194 (התשמ"ג-מ"ד); 'א' שנהר דיני לשון הרע 226–230 ועמ' 232–233 (התשנ"ז). לפי המשפט העברי, אין די בעניין ציבורי כדי להתיר לדבר לשון הרע, ראו לדוגמה: להלן ה"ש 13; רקובר, לעיל ה"ש 7, עמ' שלא ואילך.

¹⁰ דומה שרוב ההגדרות המנויות בסעיף 1 בחוק איסור לשון הרע עולות לכדי לשון הרע על פי ההלכה. ייתכן שהאמור בסעיף 1(1) לחוק, בעניין עשיית האדם מטרה לשנאה, קרוב להגדרת איסור רכילות. אם כי גם בזאת נראה כי המחוקק שם את הדגש על עצם הפגיעה באדם שנעשה מטרה לשנאה, ולא על עצם יצירת השנאה בגין הפרסום. בנדוננו, איסור רכילות יכול להיות רלוונטי לדוגמה ביצירת סכסוך בין בעלי דין באמצעות סיפור הדברים על ידי העדים. ראו הלכות רכילות, כלל ט, סעיף ה. ואין כאן מקום להאריך.

¹¹ הלכות רכילות, כלל א, סעיף ב וסעיף ד.

¹² ראו ההסתמכות על ספרו של החפץ חיים בהצעת חוק לשון הרע, ה"ח 504, התשכ"ב, עמ' 147.

¹³ ראו לדוגמה הלכות לשון הרע, כלל י, סעיף ב, שנמנו בו **שבעה** תנאים הכרחיים במקרים אופייניים של

מגבולות האיסור הם מעטים.¹⁴ הסוגיה שלפנינו היא חלק ממסכת רחבה יותר של אחד מן החריגים לאיסור לשון הרע ורכילות, המוגדר כהיתר לספר לשון הרע כדי להשיג מטרה חיובית,¹⁵ ובלשון הפוסקים: "לשון הרע לתועלת".¹⁶ ניתן לומר שההיגיון העומד ביסוד היתר חריג זה הוא הצורך לשמור על איזון בין עוצמת פגיעתו של הנפגע מלשון הרע לבין התועלת¹⁷ שתיגרם לזולתו כתוצאה מגילוי הדבר.¹⁸ בדיון בשאלת ההיתר לספר לשון הרע, שיש בה תועלת, מביא החפץ חיים¹⁹ כראיה ראשונה את ראיית רבנו יונה בדיני עדות. ואלה דברי רבנו יונה (ספרד, המאה הי"ג):²⁰

דע כי בדברים שבין אדם לחבירו, כמו גזל ועושק ונזק וצער ובושת ואונאת דברים, יכול לספר הדברים לבני אדם. גם היחיד אשר יראה יגיד, כדי לעזור

לשון הרע: "אם אחד ראה לאדם שעשה עולה לחבירו, כגון שגזלו או עשקו או הזיקו, בין אם הנגזל והניזק יודעים מזה או לא, או שביישו או שציערו והונה אותו בדברים, ונודע לו בבירור שלא השיב את הגזילה, ולא שילם לו את נזקו, ולא ביקש פניו להעביר לו על עונו, אפילו ראה דבר זה ביחודי, יכול לספר הדברים לבני אדם כדי לעזור לאשר אשם לו ולגנות המעשים הרעים בפני הבריות. אך יזהר שלא יחסרו אלו השבעה פרטים שנבארם בסמוך, ואלו הן:

- א. שיראה זה הדבר בעצמו, ולא על ידי שמיעה מאחרים, אם לא שנתברר לו אחר כך שהדבר אמת.
 - ב. שיזהר מאוד שלא יחליט תיכף את הענין בדעתו לגזל ועושק או להזיק וכיוצא בזה, רק יתבונן היטב את עצם הענין אם הוא על פי דין בכלל גזל או הזיק.
 - ג. שיוכיח את החוטא מתחילה ובלשון רכה, אולי יכול להועיל לו, ויטיב על ידי זה את דבריו. ואם לא ישמע לו, אז יודיע לרבים את אשמת האיש הזה, מה שהזיד על רעהו.
 - ד. שלא יגדיל העולה יותר ממה שהיא.
 - ה. שיכוין לתועלת, וכמו שנבאר לקמן בסעיף ד, ולא להנות חס וחלילה מהפגם שהוא נותן בחבירו, ולא מצד שנאה שיש לו עליו מכבר.
 - ו. אם הוא יכול לסבב את התועלת הזאת גופא בעצה אחרת, שלא יצטרך לספר את ענין הלשון הרע עליו, אזי בכל גונוי [=אופן; י"ס] אסור לספר.
 - ז. שלא יסובב על ידי הסיפור הזיק להנידון יותר מכפי הדין שהיה יוצא, אילו הועד עליו באופן זה על דבר זה בבית הדין. וביאור דבר זה, עיין לקמן, בהלכות רכילות, בכלל ט, כי שם מקומו".
- וראו גם נ' רקובר, לעיל ה"ש 7. השווה השופט סולברג, בת"א (שלום י-ם) 6122/01 **שגב נ' יוסף איל**, דינים שלום כד 332.

- 14 ראו: הלכות לשון הרע, כלל י; הלכות רכילות, כלל ט.
- 15 בדומה לזה, יש חריג להגנת הפרטיות כשיש צורך בפגיעה בה למטרה חיובית. להרחבה בעניין זה, ראו נ' רקובר, **ההגנה על צנעת הפרט** (התשס"ו).
- 16 ראו: חפץ חיים, שם; הרב ע' יוסף, שו"ת יחווה דעת, חלק ד, סימן ס; הרב י' אריאל, שו"ת באהלה של תורה, סימן פג, אותיות א-ב.
- 17 בין בתוצאה פוזיטיבית בין במניעת נזק, וכדומה.
- 18 נראה, לעניות דעתנו, שזוהי משמעות דברי החפץ חיים בהקדמתו לספרו, שהובאו לעיל, ליד ה"ש 3.
- 19 הלכות לשון הרע, כלל י, באר מים חיים, ס"ק א. וראו גם הלכות רכילות, כלל ט, סעיף א; באר מים חיים, שם, ס"ק א.
- 20 שערי תשובה, שער ג, מאמר רכא.

לאשר אשם לו ולקנא לאמת. והנה אמרה התורה שיעיד עד אחד בבית דין על תביעת ממון לחייב את הנתבע שבועה. אמנם יש עליו להוכיח את האיש תחלה.

מכל מקום, נראה ברור שתנאי מקדמי לכל דיון בשימוש בחריג לאיסור הוא שעל הדברים המפורסמים להיות אמת, כששאלת התועלת נבחנת רק לאחר מכן. לאור זאת, נבחן להלן את גבולות ההיתר לפרסם לשון הרע בהליך השיפוטי. תחילה נבחן את שאלת חסינותם של העדים, שהדברים בעניינם נדמה מפורשים יותר בתלמוד ובפוסקים. לאחר מכן, נדון ביתר הדמויות בהליך השיפוטי.

2. חסינותם של העדים

הנחת היסוד היא שהעובדה, שהתורה מחייבת את העדים להעיד,²¹ יש בה כדי לגבור על איסור לשון הרע בדברים השליילים הנאמרים מטבע הדברים בעדות.²² מהיוצא מן הכלל הזה בדיני עדות, ניתן ללמוד על הכלל על יסוד דברי התלמוד. וזה לשונו:

שלשה הקדוש ברוך הוא שונאן: המדבר אחד בפה ואחד בלב, והיודע עדות בחבירו ואינו מעיד לו, והרואה דבר ערוה בחבירו ומעיד בו יחיד. כי הא דטוביה חטא, ואתא זיגוד לחודיה ואסהיד ביה קמיה דרב פפא. נגדיה לזיגוד. אמר ליה: טוביה חטא וזיגוד מינגד? אמר ליה: אין, דכתיב: "לא יקום עד אחד באיש" (דברים יט, טו), ואת לחודך אסדת ביה, שם רע בעלמא קא מפקת ביה [כלומר: כמעשה שחטא טוביה, ובא זיגוד לבדו והעיד בו לפני רב פפא. הלקה רב פפא את זיגוד. אמר לו זיגוד: טוביה חטא וזיגוד לוקה! אמר לו: כן, שהרי כתוב: "לא יקום עד אחד באיש", ואתה לבדך העדת בו. שם רע בלבד הוצאת עליו].²³

דברים אלה מבוססים על אחד הכללים העיקריים בדיני הראיות במשפט העברי: בדבר ערוה, כלומר ענייני אישות, בדיני ממונות,²⁴ כמו גם בעניינים אחרים,²⁵ אין לחייב את

²¹ ויקרא ה, א. וראו גם: חידושי הרשב"א, בבא קמא נו ע"א, ד"ה אי בתרי; רמב"ם, ספר המצוות, לא תעשה רצו, מן הפסוק: "לא תעמד על דם רעך" (ויקרא יט, טז); קצות החושן, חושן משפט, סימן כח, ס"ק ג, מדין השבת אבדה; רמב"ם, הלכות עדות, פרק א, הלכה ב, לעניין עדות בדיני נפשות ואיסורים.

²² עצם העובדה שעדותם של העדים, כמו דברי דמויות נוספות בהליך השיפוטי, נאמרת בדרך כלל בפני מי שנאמרים עליו הדברים אין בה כדי להפחית מחומרת האיסור, שכן איסורי לשון הרע ורכילות קיימים בין בפני האדם המדובר ובין שלא בפניו. ראו: הלכות לשון הרע, כלל ג; הלכות רכילות, כלל ג. אדרבה, בדברים הנאמרים בפני האדם המדובר יש, בדרך כלל, גם משום הלבנת פנים ההופכת את האיסור לחמור יותר (שם; חפץ חיים, פתיחה, לאוין, יד).

²³ פסחים ק"ג ע"ב.

²⁴ דוגמה לעניינינו, עדות על אדם שגנב, המסווגת במשפט העברי כדיני ממונות, לעניין נושאים שבסמכות

הנתבע אלא על פי עדותם של שני עדים. לכן, מאחר שזיגוד העיד לבדו, ואין תועלת מעשית בעדותו, דבריו הם בגדר לשון הרע, ומשום כך ציווה רב פפא להלקותו.²⁶ אין להסיק מכאן שיש תועלת מעשית רק אם יש לתובע שני עדים, שהרי בדיני ממונות די גם בעד אחד כדי שתהא תועלת מעשית בעדות, משום שניתן לחייב מכוחה את הנתבע בשבועה,²⁷ והדבר עשוי להביא, בסופו של דבר, לכירור החיוב ולתשלומו. הרב ז"נ גולדברג²⁸ סבור כי לכאורה ניתן להרחיב את ה"תועלת" ולכלול בה גם עדויות שמעיקר הדין אינן קבילות, אך בית הדין מתחשב בהן²⁹ או אף פוסק על פיהן.³⁰ העיקרון העולה מהדברים הוא: בהגדת עדות שיש בה תועלת, לא זו בלבד שהעדים אינם עוברים על איסורי לשון הרע ורכילות, אלא שחובה עליהם להעיד. ואולם, עדיין אין בזה כדי להקנות להם חסינות מוחלטת, ודבריהם חייבים לעמוד בשלושה תנאים:³¹

1. הדברים חייבים להיות אמת – חובה זו ברורה מטבעה של עדות,³² קל וחומר כשמדובר בשמו הטוב של אדם.

25 השיפוט של בית דין בזמן הזה. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן א.
יש מקום להבחין בין הדין האזרחי לבין הדין הפלילי. בדין הפלילי קיימים שיקולים נוספים של פרסום, כגון: הגנה על הציבור, הוקעת עבריינים, וכדומה, אלא שדומה שדברים אלה צריכים להיות מסורים לשיקול דעת בית הדין. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לה. וראו חריג נוסף המובא בהלכות רכילות, כלל ט, סוף סעיף טו.

26 לשאלת מהות העבירה של העד, ואם אכן הייתה הענישה על עבירת לשון הרע, ראו רקובר, לעיל ה"ש 7.

27 שולחן ערוך ורמ"א, חושן משפט, סימן כח, סעיף א.

28 הרב ז"נ גולדברג **משפט ערוך** סימן כח, סעיף א (התשס"ג); ליקוטי המשפט, ס"ק קכח-קלב; ביאורי המשפט, ס"ק 193-199.

29 עיין בדוגמאות שהביא בביאורי המשפט, שם. כך, לדוגמה, כשקרובים חייבים להעיד. ראו שולחן ערוך, שם, סעיף ב, ש"מחמיצין", כלומר מעכבים או משהים את הדין על פיהם. לדעתו, צריך הדין להיות כן גם בעד אחד במקום שאינו מחייב שבועה, אך בית הדין נוהג להחמיץ את הדין על פיו. אך הוא מעיר שמביאור הגר"א לא משמע כן.

30 כך, לדוגמה, אם באו בעלי הדין לדין וקיבלו עליהם בקניין הן לדין הן לפשרה, חייב העד להעיד, משום שיש תועלת מעשית בעדותו, שכן בית הדין מוסמך לפסוק על פיו בהסכמת בעלי הדין. ראו ביאורי המשפט, שם, ס"ק 193. תועלת תיתכן גם כשיש אפשרות שיבוא עד נוסף. ראו שם.

31 אף כי התנאים הללו לא נזכרו במפורש באשר להליך השיפוט, דומה כי מן ההשוואה החוזרת מספר פעמים בדברי בעל החפץ חיים, שלשון הרע לתועלת צריכה להיות לפי קריטריונים של התוצאות הצפויות בבית דין, נוכל להסיק מהדבר הלמד על המלמד, שכן לא יהיה הנידון גדול מן הדין. והרי דוגמה להשוואה מעין זו: "כיון שבדבורו הוא גורם הזק לנדון, מה שלא היה יוצא על ידי דבריו אפילו אם היה מעיד עליו בבית דין, כי אלו היה אומר עליו ענין זה גופא בבית דין, לא היתה יכולת ביד בית דין לחיב אותו ממון על ידי דבורו, כי הוא עד אחד" (הלכות רכילות, כלל ט, סעיף ה; באר מים חיים, שם, ס"ק יז). וראו גם התנאי השביעי שהובא לעיל, ה"ש 13.

32 אין הדבר צריך ראייה. אך ראו לדוגמה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ז.

2. היעדר כוונה לבייש³³ – אסור שתהיה לעדים כוונה לבייש את האדם שהם מעידים עליו בשום פרט בעדותם.³⁴
3. מידתיות³⁵ – אסור לעדים להוסיף אף לא פרט אחד שאינו נצרך לעניין התביעה ושאי אפשר לתת בגינו סעד לבעל דין או עונש לעבריין.
- עולה מכאן אפוא שהעדים חייבים להעיד את האמת לאמיתה באופן ענייני ובמדויק. ואם תעלה בהכרח מדבריהם גנותו של האדם שהם מעידים בעניינו, היא תהיה רק תוצר לוואי בלתי נמנע של עדותם.

3. גבולות חסינות של בעלי הדין

נראה כי, על פי המשפט העברי, יש לכל אדם זכות לתבוע את זולתו בבית דין³⁶ כדי להגן³⁷ על גופו או על רכושו או על שניהם כאחת. זכות זו אף מקנה לאדם חסינות מפני תביעה על אמירת לשון הרע. אך לא זו בלבד, אלא שמדברי הרמ"א עולה בבירור שהפטור הזה³⁸ קיים, גם אם אין בידי התובע או הקובל די ראיות כדי לקבל סעד משפטי. ואלה דבריו:

וכן מי שקובל על חבירו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה, אף על פי שלא יכול לברר עליו, מכל מקום פטור, דהרי לא כיוון לביישו.³⁹

את דברי הרמ"א הללו מסביר הרב ז"נ גולדברג.⁴⁰ מאחר שמותר לאדם לתבוע את רעהו, ומאחר שלידו ברי לו שטענתו טענת אמת, נמצא שמטרתו העיקרית היא התועלת שתהיה

³³ יש להבחין בין היקף החסינות לבין היקף האיסור, משום שאיסורי לשון הרע ורכילות חלים עקרונית אף בהיעדר כוונה רעה. ראו: שערי תשובה לרבנו יונה, מאמר ער; פירוש הרמב"ן על התורה, דברים כד, ט; הלכות לשון הרע, כלל ד, באר מים חיים, ס"ק א; הלכות רכילות, כלל א, סעיף ג, באר מים חיים, ס"ק ז. והמבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. ראו רקובר, לעיל ה"ש 7, עמ' של. לעומת זאת, המדבר לשון הרע או רכילות בלא כוונה רעה, פטור מן העונש או מתשלום פיצויים. ראו רמ"א, שם, סימן תכא, סעיף א.

³⁴ ראו התנאי החמישי שהובא לעיל בה"ש 13. ועיינו: הלכות רכילות, כלל ט, סעיף ב; באר מים חיים, שם, ס"ק ג.

³⁵ ראו התנאים הרביעי והשישי שהובאו לעיל בה"ש 13.

³⁶ וראו גם דברי החפץ חיים בעניין חוטא שאינו שועה לתוכחת אנשים פרטיים: "על כן, טוב להם שיגידו לדרייני העיר, כדי שהם ייסרוהו על עוונותיו ויפרישוהו מהאיסור על להבא" (הלכות לשון הרע, כלל ד, סעיף ה). ומקורו מעניין טוביה וזיגוד, שהובא לעיל, ליד ה"ש 23 (באר מים חיים, שם, ס"ק כג).

³⁷ ודאי כן הוא בהליך פלילי, כשתפקיד המדינה הוא להגן על הציבור.

³⁸ הרמ"א עוסק בבזושת דברים, שהיא בניין אב הכולל גם את לשון הרע. ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח.

³⁹ רמ"א, חושן משפט, סימן תכא, סעיף א, על פי שו"ת מהר"י וייל, סימן קסח. וראו גם נ' רקובר, לעיל ה"ש 7, עמ' שלד-שלו.

⁴⁰ הרב ז"נ גולדברג "הוצאת דיבה שיש בעצם התביעה בבית דין" תחומין כ 34 (התש"ס), הדן על פי סוגיית בבא קמא כז ע"א.

לו מן התביעה, ולא קלונו של חברו. לכן, אף על פי שהייתה לו גם כוונה לבייש⁴¹ את חברו – הרי הוא פטור.⁴²

ההיתר לתבוע את הזולת מבוסס אפוא על התועלת העשויה לצמוח לתובע. אך עדיין יש לשאול: איזו תועלת יכולה לצמוח לו מתביעה שאינה נסמכת על ראיות? על שאלה זו, עונה הרב גולדברג⁴³ ואומר שגם כשאין לתובע ראיות של ממש, עדיין יכולה לצמוח לו תוצאה מעשית אם על חיובו של הנתבע להישבע שבועת היסת⁴⁴ או על ידי חיובו על סמך הודאתו או על סמך טענותיו, שהוא מחויב לבררן בעת הדיון בתביעה בבית הדין.⁴⁵ וראוי לומר כי יש לתובע או לקובל, שהוציא דיבת חברו במהלך הדיון בתביעתו, לא רק חסינות מתביעת לשון הרע אלא אף יש בדבר היתר גמור, אם לא התכוון לביישו.⁴⁶ יתר על כן, לדעת הרב גולדברג, "מותר לנתבע לטעון כדי לפטור עצמו, ואינו חייב להפסיד ממנו כדי לא לבייש את מי שבא לתבוע ממנו שלא כדין".⁴⁷ מן האמור עולה שיש לבעלי דין, המגיעים לבית המשפט כדי להגן על ענייניהם, חסינות מפני תביעת לשון הרע ובלבד שמטרתם העיקרית היא אכן הגנת ענייניהם ולא פרום גנותו של בעל דינם בהגשת תביעה קנטרנית שאין תועלת בצידה. כמו כן, נראה כי, בכל מקרה, יש צורך לעמוד בקריטריונים של אמת ומידתיות,⁴⁸ כנזכר לעיל.

41 ושיעור דברי הרמ"א יהיה כך: התובע או הקובל פטור, שהרי התכוון בהגשת התביעה לתועלתו, ולא כדי לבייש את חברו. אם כן, אף אם יש לו כוונה נלווית למעשה התביעה בעניין הבייש, אין בדבר כדי יצירת עילת תביעה לנתבע בגין הבושה שנגרמה לו.

42 הרב ז"ג גולדברג משער שהדברים האלה נכונים גם לשיטת רש"י (בבא קמא כז ע"א, ד"ה ואם נתהפך), אך אומר שהגר"א (חושן משפט, סימן תכא, ס"ק ב) סבור שאין הדבר כן. ולשיטת רש"י, מכל מקום אם התכוון לבייש – חייב. מכל מקום, דעת הגר"א היא שהוא פטור אף אם התכוון לבייש את חברו לתועלתו, משום שהתביעה גורמת בושה לנתבע, וכוונת התובע אינה מעלה ואינה מורידה. לפי זה, יש לומר שאם חרזה הבושה בהליך השיפוט מן המצופה מהגשת התביעה, והתכוון לבייש – חייב. ז"ג גולדברג, לעיל ה"ש 40.

43 אף אם הנתבע כופר בתביעה לגמרי. ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף א.

44 ראו: שולחן ערוך, שם, סימן עה, סעיף א.

45 ז"ג גולדברג, לעיל ה"ש 40: "שלא אסרה תורה לתבוע ממנו, גם אם בכך גורם ביוש לנתבע".

47 ז"ג גולדברג, שם. יש מקום לדון בנושא זה לא רק מן הזווית של לשון הרע, אלא מהזווית החמורה אף יותר – איסור הלבנת פני הזולת וגרימת בושה לו. הרי בשונה מלשון הרע, שלעתים האדם שמספרים עליו לשון הרע אינו מודע לה, כשהדבר נעשה במסגרת הליך שיפוטי, ודאי הוא גורם לו בושה, והלא איסור הלבנת פני הזולת הוא מן האיסורים החמורים שבתורה. וראו: שו"ת מנחם שלמה (לר' שלמה זלמן אוירבך), חלק א, סימן ז, ד"ה ומדי דברי; שבט מיהודה, עמ' צב-צג (תודתי נתונה לד"ר מיכאל יוגודה על שהפנה אותי למקורות הללו).

48 בעניין חסינות העדים, ליד ה"ש 31, 32, 35. ייתכן שתוספת דברים שאין בה כדי להועיל לתביעה בשום דרך, יש בה כדי להיחשב כמעשה נפרד שיש בו כוונה לבייש, ויהיה חייב גם לשיטת הרמ"א הנזכרת לעיל. וצריך עיון.

4. גבולות חסינות של השופט

לאור מה שאמרנו עד עתה, שיש זכות תביעה לכל אדם⁴⁹ ושחובה על כל מי שיודע עדות לחברו להגיד אותה, כמעט מיותר לומר שחובה על השופט⁵⁰ לשמוע את בעלי הדין ואת העדויות בתביעה שבאה לפניו ולדון לפי דבריהם. זאת – אף על פי שאיסורי לשון הרע ורכילות חלים עקרונית הן על המספר הן על השומע.⁵¹

יחד עם זאת, אין חסינות השופט מובנת מאליה, משום שהמשפט העברי מכיר עקרונית באחריות בנזיקין של השופט בעוולה שבוצעה תוך כדי ההליך השיפוטי.⁵²

השופט, מעצם תפקידו, בשונה מבעלי הדין והעדים, אינו אמור לדעת את פרטי התביעה או הקובלנה הנדונה לפניו אלא מפיהם של בעלי הדין ושלוחיהם ומפי העדים ועל פי הראיות המובאות לפניו.⁵³ דווקא משום כך, מאחר שהשופט חייב להיותו נייטרלי לגמרי, הוא יכול במסגרת חובתו לדון דין אמת לאמיתו לקיים את המוטל עליו, לבור את המוץ מן התבן, את האמת מתוך שלל הדברים הנאמרים לפניו. ועליו לערוך איזון, הן במהלך הדיון הן בפסק הדין, בין זכות בעל הדין לקבל סעד או חובת החוטא להיענש לבין זכותם של כל בעלי הדין שישמר שמם הטוב.

לשופט יש סמכות להורות על הפורום שיערך בו הדיון – דלתיים סגורות או פתוחות,⁵⁴ נוכחות בעלי תפקידים⁵⁵ נוספים באולם הדיונים,⁵⁶ כגון קלדנית, שוטר, פקיד

49 לכן, אף כשאסור לעד להעיד, שאין תועלת בעדותו, מותר לדיין לשמוע את בעלי הדין, משום שזכותם שרירה וקיימת גם בלי העדת כל עדים. לכאורה, אם לא עשויה לצמוח תועלת, יהיה אסור גם לדיין לשמוע את התביעה או את הקובלנה, כגון שכבר נעשה האיסור. ראו: רמ"א, חושן משפט, סימן כח, סעיף א; שו"ת נודע ביהודה קמא, אורח חיים, סימן לה, ד"ה אמנם. והדברים אמורים גם בתביעת קנס שאין בו מומן. ראו ז"ג גולדברג, לעיל ה"ש 40, עמ' 35.

50 ודווקא בישובו בתפקידו כדיין, שאם לא כן, הרי הוא ככל אדם אחר. אמנם יש לבית הדין תפקיד חברתי-חינוכי, אך זאת – רק כשבתפקידו זה הוא יכול להביא תועלת. ראו הלכות לשון הרע, כלל ד, סעיף ה. לעתים, דיווח לבית הדין על עברייני נצרך מבחינת כשרותו המשפטית לעדות וכדומה, גם אם אין למדווח או לאדם אחר עילת תביעה כלפיו. במקרה זה, ספק אם המדווח עובר על איסור. ראו הלכות לשון הרע, שם, באר מים חיים, ס"ק טז.

51 הלכות לשון הרע, כלל ו; הלכות רכילות, כלל ה.

52 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כה. וראו גם חוות הדעת שנכתבה על ידי **מרכז ישמ"ע** בעניין זה, "אחריות שופט בנזיקין בעוולה שבוצעה תוך כדי מילוי תפקידו השיפוטי", באתר: <http://www.netanya.ac.il>

53 מובן שהעניין פרוץ ביותר בעידן התקשורת של ימינו, וייתכן שגייעו פרטים לאוזני השופט לפני ששמע את בעלי הדין.

54 דהיינו, עד כמה גובר העיקרון בדבר פומביות הדיון על זכותו של בעל דין לשם טוב.

55 מצינו חסינות מפני תביעת לשון הרע של שליח בית דין, אחד מן התפקידים שהיו בעבר בהליך שיפוטי. כך, לדוגמה, בעל דין שביזה את הדיינים או את שליח בית הדין וכדומה, כשהשליח בא ליזמנו לדין, נאמן רק הוא לדווח על התנהגות בעל הדין, ואין בכך משום לשון הרע. שהרי הוא כידו הארוכה של בית הדין. ראו: מועד קטן טז ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יא, סעיף א.

עזר ועוד – ואלו פרטים ממה שנאמר במסגרת הדיון המשפטי ייכללו בפסק הדין. בבוא לשקול זאת, על השופט לתת את דעתו לתועלת שבפרסום דברים שיש בהם משום פגיעה בשמו הטוב של בעל הדין. בדרך כלל, נוטים השופטים להימנע מלפרסם דברים מעין אלה.⁵⁷ וכבר כתב החפץ חיים, שעל השופטים הבאים להעניש את החוטא לעשות זאת במידתיות ולצמצם את הפגיעה בכבוד הנענש עד כמה שאפשר בנסיבות העניין.⁵⁸ ואולם, אם סירב לציית לפסק דין של בית המשפט: "מותר לספר גנותו, ואף לרשום גנותו בספר הזכרונות לדור דורים".⁵⁹ בעבירות חמורות אחדות, אף יש חובה מן הדין לפרסם את החוטא ואת מעשיו.⁶⁰ השיקולים בפרסום גנותו של החוטא צריכים להיות במסגרת שיקולי ענישה לעבריין או לשם תועלת ציבורית אחרת.⁶¹ אמרו מעתה, מלבד זאת שהדיונים בבית המשפט ופסק הדין צריכים להיות נאמנים לאמת בלבד, על הדין לשקול אם יש צורך בדיון פומבי ואלו פרטים עובדתיים יש הכרח לכלול בפסק הדין.

5. שיקולי מדיניות

ראוי היה לדון גם בשלושה עניינים, אלא שאין כאן מקום להאריך בהם. ואלה הם:

1. תפקיד נכבד נועד לעורכי הדין של בעלי הדין בהליך השיפוטי. אך כמי שאינם יודעים את העובדות מידיעה אישית וכמי שאינם מחויבים לשפוט דין אמת לאמיתו, אלא לראות את טובת מי שהם מייצגים במשפט, דומה שהם מצויים במצב הנחות ביותר מבחינת איסור לשון הרע. אילו היו ננקטות בפיהם רק טענות משפטיות, החרשנו. אך ידוע כי גם העובדות שהם שומעים מפי משלחיהם "מתגוננות" בכתבי הטענות ובמהלך הדיון בבית המשפט. לפיכך, לאור הדברים שאמרנו לעיל ולאור מעמדם של עורכי הדין בהלכה,⁶² יש מקום לבחון את גבולות המותר והאסור להם בייצוג בעלי דין, וכן את

56 דהיינו, מידת חומרת הפגיעה בהליך השיפוטי עקב היעדרם של בעלי תפקידים אלה בהשוואה לפגיעה בשמו הטוב של בעל דין.

57 ראו נ' רקובר, לעיל ה"ש 7, עמ' שמ-שמא.

58 הלכות לשון הרע, כלל ד, סעיף ה. וזה לשונו: "והשופטים גם כן ייסרו את החוטא בהצנע, ולא ילבינו פניו ברבים, כדכתיב: 'הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא' ". וראו גם באר מים חיים, שם, ס"ק כה.

59 הלכות לשון הרע, שם, סעיף ח.

60 סנהדרין פט ע"א; רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ג, הלכה ח.

61 ראו הלכות לשון הרע, באר מים חיים, כלל ד, ס"ק כה. לדעת השל"ה, ר' ישעיה הלוי הורביץ (תורה שבעל פה, כלל "פה קדוש"), המנהג לפרסם פסקי דין שניתנו נגד עבריינים מוצדק, משום שזהו חלק מן העונש המגיע להם על פי דין, ואין כאן איסור לשון הרע.

62 לעניין מעמדם של עורכי הדין במשפט העברי, ראו: נחום רקובר **השליחות וההרשאה במשפט העברי** פרק שמיני (התשל"ב); הרב צ"י בן יעקב "מורשה והרשאה" **תחומין** טז 349–363 (התשנ"ו); ה' גפן "עורכי דין במשפט העברי" אתר **דין תורה** (<http://www.dintora.org>); הרב ש' הכהן "מעמד עורכי הדין

- מידת חסינותם.
2. התמקדנו בתביעות בהליך האזרחי, אך ניתן להסיק מן הדיון גם לגבי ההליך הפלילי בשינויים המחויבים. אולם יש לדון במיוחד בתביעות לשון הרע, המחייבות גם דיון מפורט בתביעת לשון הרע ובאדם הנפגע ממנה, שהרי טבעו של דיון זה שהוא צריך לעסוק רובו ככולו בלשון הרע. ברור כי אם יש מקום לדיון מעין זה, יש לצמצמו לשאלה כיצד לצמצם עד למינימום את הפגיעה העלולה להיגרם לנפגע מהדיון בתביעת לשון הרע.
3. לבסוף, יש לשקול מן ההיבט המערכתי את הצורך ביישום דווקני של עקרון פומביות הדיון לנוכח הנזק העלול להיגרם לשמו הטוב של אחד מבעלי הדין או אף לצד שלישי במהלך ההליך השיפוטי.

6. סיכום ומסקנות

- א. חסינות מפני תביעת לשון הרע הנאמרת בהליך השיפוטי עשויה להיכנס למסגרת החריג הרחב יותר, סיפור "לשון הרע לתועלת".
- ב. עקרונית, יש לשמור על איזון בין עוצמת פגיעתו של הנפגע מן הלשון הרע שנאמר עליו בהליך השיפוטי לבין התועלת שתיגרם לזולתו כתוצאה מפרסומה.
- ג. על פי ההלכה, על הדברים המתפרסמים להיות דברי אמת גם כשהם נאמרים במסגרת ההליך השיפוטי, ואילו שאלת התועלת – חשיבותה משנית.
- ד. מותר להעיד עדות שיש סיכוי שתצמח ממנה תועלת מעשית.
- ה. על דברי העד להיות דברי אמת בלא להתכוון לבייש את הזולת, ועדותו חייבת להיות מדויקת ותכליתית.
- ו. לכל אדם יש זכות להגן על גופו ועל רכושו באמצעות תביעה נגד זולתו, גם אם התביעה אינה נסמכת על ראיות.
- ז. לבעל דין עומדת חסינות מפני תביעת לשון הרע, גם אם יש בטענותיו משום פרסום גנותו של בעל דינו.
- ח. טענות בעלי הדין חייבות לעמוד בקריטריונים של אמת ומידתיות.
- ט. חסינותו של בעל דין האומר דברי גנות במהלך הדיון המשפטי עומדת לו, גם אם התכוון לבייש את בעל דינו.⁶³

בהלכה "תורה שבעל פה כב, עמ' סד-פ (התשמ"א); הרב י"מ לאו "יצוג בעלי דין בפני בית הדין" תחומין כ 21–30 (התש"ס); הרב ב' ליפקין "עריכת דין במשפט התורה" תורה שבעל פה כב, עמ' קז-קמב (התשמ"א); ש' פרקש "עיון משפטי במשפט העברי (חיבור לקבלת התואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן, התשנ"ט); א' שוחטמן "מעמדו של עורך הדין במשנת הרמב"ם" תחומין כ 38–50 (התש"ס); א' שוחטמן סדר הדין 65–75 (התשמ"ח); י' סיני "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" – למקומו של כלל בהליך הדיוני" בתוך דין ודיון במשפט העברי 93–128 (י' חבה וע' רדזינר עורכים, התשס"ז).

- י. אם אין לבעל הדין כוונה לבייש, אף אין בדבר משום איסור.
- יא. מותר לשופט לשמוע את טענות בעלי הדין ואת העדים, גם אם יש בדבריהם משום לשון הרע.
- יב. על השופט לאזן, הן במהלך הדיון הן בפסק הדין, בין זכותו של הנפגע מן הלשון הרע לשמור על שמו הטוב לבין התועלת שתצמח מפרסומם של הדברים, כגון שהפרסום הוא חלק מן העונש או שתצמח תועלת לציבור מפרסום הדברים.
- יג. יש לבחון את חסינותם של עורכי הדין מפני תביעת לשון הרע בעקבות דברים שאמרו במסגרת ההליך השיפוטי.
- יד. בתביעות בגין לשון הרע יש להשתדל לצמצם את הפגיעה העלולה להיגרם לאדם שפורסמו עליו הדברים ולוודא שייאמרו רק דברים הנוגעים ישירות לדיון בתביעה.

(ג) פסקי הדין

1. פסק הדין בפרשת עודד

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו קיבל את הערעור בפרשת עודד ברוב דעות של השופטות קובו ורובינשטיין, נגד דעתו של אב בית הדין, סגן הנשיא השופט גרוס. ואלה עיקרי דבריו של בית המשפט: חריגה מהחיסיון הקבוע בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע יכולה וראויה להיעשות רק במקרים חריגים, כאשר "הזדון והרשעות" מאפיינים את הדברים, וכאשר התובע פועל בתום לב. כל זאת, בשל הצורך לברר את האמת ולהגן על הניהול התקין של ההליך המשפטי ועל הצדדים המתדיינים, כך שיוכלו להעלות את כל הטענות הדרושות לצורך מיצוי עניינם ולהתבטא ללא חשש מהליכים אזרחיים או פליליים בגין פרסום לשון הרע.

השופט גרוס סבור כי, בנסיבות העניין, יש לקבוע שהדברים לא נאמרו מתוך רשעות וזדון ושאינן זה המקרה החריג שראוי לסטות בו מהחיסיון הקבוע בחוק. לעומת זאת, השופטת קובו והשופטת רובינשטיין סבורות כי הדברים שהטיח המשיב בפני המערער באו להטיל בו כתם חמור ביותר בלא כל הצדקה, ואין ספק שהיה בהם משום זדון ורשעות לשמם.

דבריו בפסק הדין, עמד השופט גרוס על עקרונות המשפט העברי, תוך כדי שהוא מסתייע בחוות הדין של מרכז ישמ"ע. ואלה דבריו בפסקה 6 לפסק דינו:

בסוגיה זו של חסינות לגבי הוצאת דיבה במהלך הליך שיפוטי, ראוי ליתן את הדעת גם לעמדת המשפט העברי. ככלל איסורי תורה, גם באיסורי לשון הרע ורכילות קיימים כללים ופרטים, גבולות וסייגים, אשר נידונו בהרחבה בספרי הפוסקים, ובפירוט רב בספרו של ה"חפץ חיים".

מאחר שאיסור לשון הרע נחשב חמור ביותר בהיותו נוגע לשורשי מערכת היחסים שבין אדם לחברו, התנאים להיתר הם נוקשים והחריגים הם מעטים. לגבי חסינותם של בעלי-הדין, נראה כי על פי המשפט העברי קיימת לכל אדם זכות תביעה בבית דין נגד זולתו כדי להגן על גופו או רכושו. זכות זו אף מקנה לו חסינות מפני תביעת לשון הרע. ולא זו בלבד, אלא שמדברי הרמ"א עולה בכירור כי פטור זה קיים גם אם בהגשת התביעה אין בידי התובע או הקובל די ראיות כדי לקבל סעד. ואלו דבריו: "וכן מי שקובל על חברו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה, אף על פי שלא יכול לברר עליו, מכל מקום פטור, דהרי לא כיוון לביישו" (רמ"א, חושן משפט, סימן תכא, סעיף א).

את דברי הרמ"א הללו, מסביר הרב גולדברג במאמרו "הוצאת דיבה שיש בעצם התביעה בבית דין" (תחומין כ, אלון שבות, תש"ס, 31–37), שמאחר שמותר לאדם לתבוע את רעהו, ומאחר שלדידו ברי לו שטענתו אמת, הרי מטרתו העיקרית היא התועלת שתהיה לו מהתביעה ולא קלונו של חברו, ולכן אף על פי שבנוסף אכן היתה לו כוונה לבייש את חברו הרי הוא פטור. ההיתר לתבוע מבוסס אפוא על התועלת הצומחת לתובע. יצוין כי לא רק חסינות מתביעת לשון הרע קיימת לתובע או הקובל שהוציא דיבת חברו במהלך הדיון בתביעתו, אלא היתר גמור אם לא היתה כוונה לביישו. עולה מן האמור, שלבעלי דין המגיעים לכותלי בית הדין כדי להגן על האינטרסים שלהם, יש חסינות מפני תביעת לשון הרע, ובלבד שמטרתם העיקרית היא אכן הגנת האינטרסים שלהם ולא פרסום גנותו של בעל הדין שכנגד בהגשת תביעה קנטרנית שתועלת אין בצידה. כמו כן, נראה כי בכל מקרה יש צורך לעמוד בקריטריונים של אמת ומידתיות.

מכל פנים, הסיכום הוא כי חסינות מתביעת לשון בהליך השיפוטי יכולה שתיכנס תחת החריג הרחב יותר של סיפור 'לשון הרע לתועלת'. כעקרון, צריך להתקיים איזון בין עוצמת פגיעתו של הנפגע מלשון הרע לבין התועלת שתיגרם לזולתו כתוצאה מפרסומה. על פי ההלכה, גם בהליך השיפוטי על הדברים המפורסמים להיות אמת, כששאלת התועלת תיבחן לאחר מכן. מותר להעיד עדות שיש סיכוי שתצמח ממנה תועלת מעשית. לבעל דין עומדת חסינות מפני תביעת לשון הרע גם אם בטענותיו יש כדי פרסום גנותו של בעל דינו. על טענותיו לעמוד בקריטריונים של אמת ומידתיות. חסינות זו עומדת גם אם התכוון לבייש את בעל דינו. אם אין לבעל הדין כוונה לבייש, אף אין בדבר איסור. אשר למעמד עורכי-הדין בתחום זה, יש לזכור כי בהליך השיפוטי תפקיד

נכבד נועד לעורכי הדין של בעלי הדין, אך כמי שאינם יודעים את העובדות מידיעה אישית, וכמי שאינם מחוייבים לשפוט דין אמת לאמיתו, אלא לראות את טובת משלחם, דומה שהינם מצויים במצב הנחות ביותר מבחינת איסורי לשון הרע.

(לגבי הדברים האמורים ביחס לעמדת המשפט העברי עלי להודות למרכז ליישומי משפט עברי, ישמ"ע, במכללה האקדמית נתניה על חוות-הדעת המאלפת שהמציאו לי בסוגיה זו ובמיוחד לעורכי חוות-הדעת הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני) (ההדגשות במקור – י"ס).

2. פסק הדין בפרשת סלמון

ת"א (שלום י-ם) 3945/07 סלומון נ' סני חורי, תק-של 2007(4) 7484 (מיום 25.10.2007), מפי השופט שמעון פיינברג, סגן נשיא בית משפט השלום בירושלים (להלן: פרשת סלומון).

אמירות שנכתבו אודות התובע בכתבי הטענות שהגיש הנתבע בהליך הקודם הצמיחו תובענה בפרשת סלומון, שבה מיוחסת לנתבע עוולה של פרסום לשון הרע לפי סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע.

בית משפט השלום בירושלים, מפי סגן הנשיא השופט שמעון פיינברג, דחה את התביעה על הסף, בקובעו כי "האימרות נשוא התביעה נאמרו במסגרת הדיון המשפטי והיו חלק אינטגרלי ממנו, משנועדו להגן על האינטרסים של העובדים להיפגע ממעבידם את זכויותיהם על-פי חוק תוך כדי הרמת מסך ההתאגדות, אשר עלול היה לפגוע בסיכוייהם בתביעה". בסימו של פסק הדין בחר בית המשפט לתמוך יתדותיו בעקרונות המשפט העברי. וזה לשונו:

ובעניין זה לא אוכל לסיים מבלי לתמוך את מסקנתי בעמדת המשפט העברי אשר סוכמה יפה בחוות דעתם המקיפה של הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי:

"לבעלי דין המגיעים לכותלי בית הדין כדי להגן על האינטרסים שלהם, יש חסינות מפני תביעת לשון הרע, ובלבד שמטרתם העיקרית היא אכן הגנת האינטרסים שלהם, ולא פרסום גנותו של בעל הדין שכנגד בהגשת תביעה קנטרנית, שאין בצידה תועלת".

פרק חמישי

חובת עיתון לפרסם החלטה על סגירת תיק נגד נאשם

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (שלום ת"א) 48982/04 אלי לוק נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תק-של 2006 (1) 143 (מיום 4.1.2006), מפי השופט מנחם קליין, בית משפט השלום בתל-אביב-יפו (להלן: פרשת לוק).

כיצד נראית עיתונות הפועלת על פי ההלכה היהודית? באלו תחומים יכול המשפט העברי לתרום את תרומתו להעלאת הנורמות שהעיתונים במדינת ישראל פועלים על פיהן? להלן ננסה לפתוח צוהר לשתי השאלות הללו.

בפרשת לוק, נעצר התובע בחשד לביצוע עבירות ביטחוניות. בין היתר, נחשד כי סיפק לפלשתינים תעודות זהות כחולות, מדים ותעודות שוטר, כדי שישמשו לפעילות חבלנית. החשדות זכו לסיקור רב בעיתונה של הנתבעת, כולל השוואה לאביו של התובע ונופך של ניתוח "פסיכולוגי". בסופו של דבר, החליטה הפרקליטות להשעות את החקירה נגד התובע ולסגור את התיק שנפתח נגדו. התובע טוען שפרסום הדברים גרם לו נזק, עד שאף לא הצליח למצוא עבודה. לטענת התובע, הוא פנה לנתבעת ודרש שתפרסם שנסגר התיק נגדו, אך לא זכה למענה, בניגוד לאמור בסעיף 25 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע), שנחקק בעת האחרונה. סעיף 25 לחוק דן בעניין זה. וזה לשונו:

פורסם באמצעי תקשורת שנפתחה חקירה פלילית נגד אדם או שהוגש נגדו כתב אישום או שהורשע בעבירה, והתקבלה החלטה לסגור את התיק, לא להגיש כתב אישום או לעכב הליכים, או שזופה האדם או התקבל ערעורו, לפי הענין, ודרש אותו אדם בכתב מאמצעי התקשורת לפרסם את ההחלטה

העדכנית, יפרסם אמצעי התקשורת את ההחלטה העדכנית בתוך זמן סביר מיום קבלת הדרישה... החלטה עדכנית תפורסם בהבלטה הראויה ובהתחשב, בין השאר, בדרך שבה פורסמה הידיעה שאותה יש לעדכן.

בפסק הדין, נזקק בית משפט השלום לראשונה לפרשנות הסעיף החדש בחוק הישראלי. לאור זאת, פנה השופט מנחם קליין למרכז ישמ"ע וביקש לקבל חוות דעת על העולה ממקורות ההלכה היהודית בעניין זה.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

אף שסעיף 25א לחוק איסור לשון הרע אינו עוסק בפרסום התנצלות או בקשת סליחה על לשון הרע שפורסם על אדם, ההיגיון העומד ביסודו הוא לתקן בדרך הולמת את הרושם שנוצר כתוצאה מן הפרסום השלילי באמצעי התקשורת. להלן ניוכח לדעת, שעניין זה יש לו חשיבות מרובה בתהליך התיקון של מוציא דיבת רעהו. ולא זו בלבד, אלא שבנסיבות מסוימות, מוסמך בית הדין לכפות על מי שדיבר לשון הרע את דרכי תיקון העוולה.

1. תיקונו של המדבר לשון הרע או המוציא שם רע על אדם – ההיבט הדתי¹
ידוע שבעניינים שבין אדם לחברו אין תוקף לתהליך התשובה² כל זמן שלא ריצה את חברו. וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

אין התשובה ולא יום הכפורים מכפרין אלא על עבירות שבין אדם למקום, כגון מי שאכל דבר אסור או בעל בעילה אסורה וכיוצא בהן. אבל עבירות שבין אדם לחבירו, כגון החובל את חבירו או המקלל חבירו או גוזלו וכיוצא בהן, אינו נמחל לו לעולם, עד שיתן לחבירו מה שהוא חייב לו וירצהו. אע"פ שהחזיר לו ממון שהוא חייב לו, צריך לרצותו ולשאול ממנו שימחול לו. אפילו לא הקניט את חבירו אלא בדברים, צריך לפייסו ולפגוע בו עד שימחול לו. לא רצה חבירו למחול לו, מביא לו שורה של שלשה בני אדם מריעיו, ופוגעין בו ומבקשין ממנו. לא נתרצה להן, מביא לו שניה ושלישית.

¹ יש מקום לדון בהבחנה היסודית בין אמירת דבר שלילי שהוא אמת [=לשון הרע] לבין אמירת דבר שקר [=הוצאת שם רע]. דומה שהחוק עוסק בלשון הרע, שהרי הדיווח התקשורתי הוא על אירוע שקרה במציאות, כגון פתיחת חקירה פלילית, הגשת כתב אישום, וכדומה, אלא שהאדם נוקה לאחר זמן-מה מן החדש נגדו. מכל מקום, נראה שהמקורות ההלכתיים המובאים לקמן עוסקים הן בלשון הרע והן בהוצאת שם רע, אף שעניין התיקון ההולם של הרושם הראשוני שייך יותר להוצאת שם רע.

² ראו: רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב, הלכה ב.

לא רצה, מניחו והולך לו, וזה שלא מחל הוא החוטא.³

לשון הרע והוצאת שם רע על האדם הן במובהק עבירות שבין אדם לחברו. על כן, הדרך לתקן היא פיסו וריצויו של מי שנפגע מהן בדרכים הנזכרות בדברי הרמב"ם.⁴ לכאורה, אם עשה החוטא את המוטל עליו, יצא ידי חובתו, אף אם לא התרצה הנפגע. ואולם, עולה מן הירושלמי, שבהוצאת שם רע אין לאדם מחילה לעולם. וזה לשונו: "אמר רבי יוסה: הדא דתימר שלא הוציא לו שם רע. אבל הוציא לו שם רע, אין לו מחילה עולמית."⁵ וכוונתו של רבי יוסה לומר שמי שנפגע מלשון הרע אינו חייב למחול למי שפגע בו.⁶

ופירש בעל "תרומת הדשן" את הטעם להלכה זו. וזה לשונו: "וטעמא רב אית ביה [=וטעם גדול יש בו] לעניות דעתך, דדילמא איניש [=שמא אדם] שמע באפוקי קלא בישא [=בהוצאת קול לשון הרע] ולא שמע בפיוסו, ולא נפיק להא האי גברא מידי חשדא [=ואינו יוצא אותו אדם מידי חשד]."⁷ הווי אומר, מאחר שטיבה של עבירה זו שהיא חורגת ממערכת היחסים שבין החוטא לבין הנפגע, שהרי מהותה של הפגיעה היא הפצת המידע בציבור, יכול תיקון מושלם של הפגיעה להיעשות אך ורק על ידי חשיפת אותו ציבור למידע המעודכן. עמידתו התקיפה של הנפגע, שלא למחול עד שייעשה דבר זה,⁸ אין בה טעם לפגם.⁹

העולה מן האמור, שזכותו של מי שנפגע – עקב הוצאת שם רע עליו – שלא למחול עד שלא יתוקן הפרסום השלילי תיקון הולם, על ידי הפצת המידע העדכני עליו לכל מי שנחשף למידע השלילי הראשוני. לפיכך, יש לשאוף לפרסם את המידע המעודכן בדרך שתביא לתוצאה זו.

וכאן ראוי לומר כי בעל הגהות מרדכי¹⁰ מביא מעשה באדם שחירף אישה, ונפסק בעניינו שהוא חייב לבקש ממנה מחילה בבית הכנסת, כיוון שבאותם ימים זו הייתה דרך

3 רמב"ם, שם, הלכה ט, על פי יומא פז ע"א. וראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכב, סעיף א.
4 עיינו במסכת יומא שם. ואף על פי שאופן הריצויו נלמד מן המקרא, יש מקום לעיין בהיבט הפסיכולוגי של ריצויו על ידי שלושה רעים שלוש פעמים. ראו לדוגמה מהרש"א, שם.
5 ירושלמי, בבא קמא, פ"ה ה"ז, ו ע"ג. דברי הירושלמי הובאו ברמ"א, אורח חיים, סימן תרו, סעיף א, בשם פוסקים שציטטו את דברי הירושלמי. וראו גם חפץ חיים, הלכות לשון הרע, כלל ד, סעיף יב; באר מים חיים, ס"ק מז.
6 ראו: רמ"א, שם; פני משה, שם, ד"ה אין.
7 שו"ת תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריב. דבריו הובאו במגן אברהם, שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תרו, ס"ק ה. וראו גם ים של שלמה, בבא קמא, סימן סג.
8 ועדיין יש לברר אם הנפגע נחשב חוטא אם הוא מסרב למחול, אף שעשה הפוגע כל הדרוש לתיקון הרושם הראשוני.
9 אמנם, בעל מגן אברהם (שם) אומר כי, מכל מקום, מידת ענווה למחול גם במקרה זה. וראו משנה ברורה, שם, ס"ק יא.
10 מרדכי, קידושין, סימן תקנח.

הפרסום הפומבי הרחבה ביותר בקהילות ישראל.¹¹ מן הדברים הללו עולה גם שהדברים אמורים מבחינה דתית: תהליך התשובה של מי שעבר על איסור לשון הרע, שאין מחילה למוציא שם רע עד שירצה את חברו, שאין די שינקוט דרכים הרגילות של ריצוי זולתו, אלא צריך שיעשה את כל הדרוש לתקן את הרושם השלילי שנוצר בעקבות דבריו כדי לצאת ידי חובתו כלפי שמיא. אך לא מצאנו במקורות אמצעי אכיפה חיצוניים (כגון: שיפוי הנפגע) המוטלים על המוציא שם רע.

2. המדבר לשון הרע או המוציא שם רע על אדם – ההיבט המשפטי

הפגיעה בשמו הטוב של האדם עלולה לגרום נזקים רבים, החל בצער ובושה וכלה בהפסד כספי. בידי הנזיקין, עולות לשון הרע כלולה במסגרת הרחבה יותר של גרימת בושת לאדם שלא על ידי מעשה.¹² וכבר כללו חכמים כלל בעניין זה: "ביישו בדברים – פטור".¹³ כלומר, מי שמבייש את חברו פטור מלשלם לו על הנזק שגרם לו, משום שלא גרם לו חבלה גופנית.¹⁴ ואולם מצינו בכמה מקורות¹⁵ שיש לבית הדין שיקול דעת רחב כיצד לנהוג עם המבייש. וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

המבייש את חברו בדברים או שרקק על בגדיו – פטור מן התשלומין, ויש לבית דין לגדור בדבר בכל מקום ובכל זמן כמו שיראו.¹⁶

שיקול דעת רחב זה ניתן לבית הדין כדי שיוכל לחייב את המזיק לשלם לחברו פיצויים¹⁷ שאינם מן הדין. אף על פי כן, נראה לנו שניתן ללמוד מכך שבית הדין יכול, ואולי אף חייב, להשתמש בסמכותו ולחייב את הפוגע לפצות את הנפגע ולפייסו בדרכים אחרות. לכן, בענייננו, שמדובר בהוצאת לשון הרע, יש לכפות את הפוגע להתנצל לפני הפוגע ולפרסם את התנצלותו במסגרת שבה פרסם את לשון הרע או לפרסם את המידע המעודכן על הנפגע כדי לצמצם את הנזק שגרם לו או את צערו. ראוי להעיר כי מצאנו בדברי הפוסקים דרכים נוספות לאכוף את המבייש לפייס את

11 נחום רקובר "על לשון הרע ועל הענישה עליה במשפט העברי" סיני נא, פרק רביעי, עמ' שכו-שמה (התשכ"ב).

12 רמ"א, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לה, על פי: שו"ת תרומת הדשן, סימן שז; פסקים וכתבים, סימן ריב. וראו גם ביאור הגר"א, שם, ס"ק נ.

13 בבא קמא צא ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לה.

14 ראו סמ"ע, שם, ס"ק מז.

15 רמב"ם, שם; שולחן ערוך, שם; שולחן ערוך, שם, סימן כז, סעיף ב.

16 רמב"ם, שם.

17 שהרי ההלכות הללו נדונו בכלל הנזק בושת.

הנפגע.¹⁸ רבנו אשר כותב: "ורב שרירא ז"ל כתב דאף על בשת דברים מנדים אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו. ומסתברא דיותר בשת בדברים מבשת של חבלה, דאין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חברו".¹⁹

מדבריו עולה גם שהוא מתכוון לפיוס הנפגע באמצעות פיצוי ממוני, אך, כאמור לעיל, לא מן הנמנע שידרוש הנפגע פרסום התנצלות הולמת של הפוגע במקום פיצוי כספי. במקרה זה, בית הדין מוסמך להשתמש באחד מכלי האכיפה שניתנו בידי, במקרה זה – הנידוי.

נמצאנו למדים כי גם למערכת המשפט ניתנה סמכות רחבה לחייב את הפוגע בחברו בדברים לפייסו באמצעות פיצוי כספי. ובהוצאת שם רע, יוכל בית הדין אף לחייבו לפרסום ידיעה עדכנית על הדברים שנאמרו בעת הוצאת השם הרע, הכול – לפי הנסיבות²⁰ ולפי ראות עיני בית הדין.

3. סיכום

נראה שחובת הפיוס מן הבחינה הדתית, על ידי פרסום של ידיעה עדכנית המוטלת על המוציא שם רע לחברו, תלויה במידת עמידתו התקיפה של הנפגע על תיקון המעוות על ידי פרסום הדברים בתפוצה דומה לזו של הידיעה הראשונה.

מן הבחינה המשפטית, ייתכן שיש לבית הדין שיקול דעת רחב כיצד לאכוף את פיוס הנפגע, לאו דווקא על ידי פיצוי כספי.

(ג) פסק הדין

בפסק הדין בפרשת **לוק**,²¹ מפרש השופט קליין את סעיף החוק החדש לאור ערכיה היהודיים של המדינה, הן על סמך חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, המפנה לעקרונות הצדק, המוסר והשלום של מורשת ישראל, הן באמצעות אימוץ ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהדגישו: "ערכי התום לב, ערכי הצדק, היושר וההגינות, הם ערכים המהווים חלק ממשפט המדינה וניתן לשאוב מהמשפט העברי הדרכה כיצד לנהוג על פיהם".

וכאן קובע השופט אל נכון: "אף שסעיף 25א(ב) לחוק איסור לשון הרע למעשה אינו

¹⁸ יש מי שאומר שניתן גם להלקותו. ראו רמ"א, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח.

¹⁹ רא"ש, בבא קמא, פרק ח, סימן טו, שהובאו דבריו בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח בשם יש אומרים; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן א, סעיף ו. וראו גם שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן א.

²⁰ דהיינו, לפי המבייש והמתבייש ולפי היקף הפרסום.

²¹ פסיקה דומה, בהתבסס על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, נעשתה בפסק דין נוסף של השופט מנחם קליין ב-ת"א (שלום ת"א) 71908/06 **לוק אלי נ' חברת חדשות 10 בע"מ**, תק-של 2007(4) 29995 (מיום 31.12.2007).

עוסק בפרסום התנצלות או בקשת סליחה על לשון הרע שפורסם אודות אדם, מכל מקום ההגיון העומד בבסיסו הוא יצירת תיקון ואיזון הולמים לרושם שנוצר כתוצאה מהפרסום השלילי. במשפט העברי, עניין זה הינו בעל חשיבות מרובה בתהליך התיקון של הוצאת הדיבה".

השופט קליין סקר בהרחבה את מרבית מקורות המשפט העברי הנזכרים בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, ולכן נסתפק כאן בהבאת מסקנתו. וזה לשונו:

הנה כי כן, רואים אנו כי גם בידי מערכת השיפוט ניתנה סמכות רחבה לחייב את הפוגע בחברו בדברים לפייסו בפיצוי כספי, וייתכן שלשם פיוסו יוכל בית הדין לחייבו אף בפרסום ידיעה עדכנית במקרה של הוצאת שם רע, והכל לפי הנסיבות ולפי ראות עיני בית הדין.

נראה שחובת הפיוס מן הבחינה הדתית על ידי פרסום של ידיעה עדכנית המוטלת על המוציא שם רע לחברו תלויה במידת התעקשותו של הנפגע. הפרמטר העיקרי בפרסום צריך להיות על פי מידת התפוצה של הידיעה הראשונה. מן הבחינה המשפטית, לבית הדין מסור שיקול דעת רחב כיצד לאכוף את פיוס הנפגע גם באמצעות תשלום כספי.

בית המשפט קיבל את התביעה והעיר שייתכן שפרסום ידיעות שאין בהן "עניין ציבורי" בהבלטה, עלולה לגרום "נזק" מסוים לעיתון, אך זו בדיוק כוונת המחוקק. עוד הוא אומר: "כפי שראינו אף במקורות המשפט העברי, אין לראות בהתעקשותו של התובע על כי העדכון בדבר שחרורו והחלטת הפרקליטות שלא להגיש כתב אישום תעשה באותו גודל ואותו מימד של הפרסום המקורי ודרישתו לפיצוי כספי משזה לא נעשה כהתנהגות בחוסר תום-לב". נוסף על פרסום הידיעה בדבר ההחלטה שלא להגיש כתב אישום, חייב השופט את העיתון "ידיעות אחרונות" לפצות את התובע בסך 50,000 ש"ח.

שער רביעי

משפט מסחרי

פתיחה

הלכות המסחר במשפט העברי עוצבו בידי פוסקי ההלכה מימי התלמוד ועד ימינו בגלל היבטם היומיומי. הלכות אלה נוגעות לכל תחומי המסחר: ההגנות במסחר (כגון: הלכות אונאה, גניבת דעת, מידות ומשקלות), אי-רדיפת בצע, אי-עושק והגנה על החלשים (כגון הלכות ריבית), ועוד.

המשפט המסחרי בישראל ובעולם התפתח מאוד בשנים האחרונות, והדברים אמורים במיוחד בתחומים המשקפים את התמורות שחלו באופיו של המסחר בעידן החדש, ובראש ובראשונה – בדיני ההגבלים העסקיים ובדיני החברות. השאלה היא אם נשמע קולו של המשפט העברי אף בתחומים אלו או שמא הוא עוסק רק במסחר המסורתי של "מחליף פרה בחמור".

שער זה כולל שני פרקים הדנים בשני התחומים החשובים הללו של המשפט המסחרי, והם חושפים לפנינו דרכי התמודדות אפשריות על פי המשפט העברי עם האתגרים שבמשפט המסחרי המודרני.

הפרק הראשון עוסק בהגבלים עסקיים ובתחרות מסחרית. כידוע, יש במשפט העברי הלכות הבאות לקבוע כללי תחרות מסחרית ראויה. וכאן יש לשאול שאלות אחדות: מה יחסו של המשפט העברי לתחרות העסקית? אלו אמצעים הוא נוקט לשם עידוד תחרות עסקית משיקולי תועלת לציבור? אלו הגבלות הוא מטיל על השוק החופשי משיקולי הגנת הצרכן? מה עמדתו כלפי הגבלים עסקיים? כיצד הוא מתמודד עם הסדרים כובלים ועם מונופולין? עוד יש לבחון אם ניתן ליישם את העקרונות האמורים במקורות המשפט העברי במציאות העכשווית במדינת ישראל ומהן הדרכים ליישם.

עניינו של הפרק השני בדיני החברות בכלל, ובסוגיית "הרמת מסך" ואחריות אורגנים בחברה, בפרט. כידוע, המשפט המודרני מתייחס לחברה מסחרית כאל אישיות משפטית נפרדת, משום שתנאי המשק המודרני הניעו את בתי המשפט ואת המחוקק לקבוע את המסגרת המשפטית הנאותה לפעולתן החוקית של החברות. וכשם שנתנו חכמי הדורות ופוסקי ההלכה מענה הלכתי לבעיות השעה שהתעוררו מעת לעת, כן אף חכמי ההלכה בימינו נותנים את דעתם לשאלת מעמדן המשפטי-הלכתי של החברות. בפרק השני, נעמוד על עיקרי דבריהם, תוך שימת לב לשאלות הבאות: האם, על פי השקפתה של ההלכה היהודית, ניתן לייחס לחברה אישיות משפטית נפרדת? האם יש מקום ל"הרמת מסך ההתאגדות" בגלל אחריות נזיקית מכוח אומדן דעתם של הצדדים או מכוח המנהג או מכוח דיני הקנסות?

פרק ראשון

הגבלים עסקיים ותחרות מסחרית

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח', תק-מח 2007(4) 1349 (מיום 19.12.2007), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת וול).

עניינה של פרשה וול, בהתנהלות הנאשמים בשוק המעטפות בישראל, ובה נכחנה השאלה אם שוק זה התנהל באופן קרטליסטי, דהיינו אם הנאשמים היו צדדים להסדרים כובלים בשוק הנ"ל.

ביום 3.7.2007 ניתנה הכרעת הדין בתיק זה, שבו יוחסו לנאשמים עבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים). השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים פנה למרכז ישמ"ע בבקשה לחוות דעת בעניין עמדת המשפט העברי כלפי התחרות העסקית וההגבלים העסקיים.

(ב) חוות הדעת

1. מבוא

הלכות המסחר והליכות המסחר במשפט העברי נדונו בהרחבה בדבריהם של פוסקי ההלכה למן ימי התלמוד ועד ימינו, משום נחיצותם הרבה בחיי היומיום כמעט לכל יהודי, גם אם לא היה משלח ידו בתחום המסחר.¹ הלכות אלה נוגעות לכל רובדי המסחר: ההגינות במסחר,

¹ ראו: נחום רקובר **המסחר במשפט העברי** (התשמ"ז); ש' ורהפטיג **דיני מסחר במשפט העברי** (התש"ן).

כגון הלכות אונאה, גניבת דעת, מידות ומשקלות; אי-רדיפת בצע והאיסור לעשוק את הזולת בכלל ואת החלש בפרט, כגון הלכות ריבית, הלכות פועלים, הלכות צדקה ומתנות עניים, ועוד. כמו כן, קבעו חכמים הוראות שמטרתן לקיים תחרות מסחרית ראויה.² ואף על פי שיש במשפט העברי כללים בתחום התחרות העסקית, הרי שמקצת מן הסוגיות בשלושת התחומים שהמשפט הישראלי עוסק בהם בחוק הגבלים עסקיים (הסדר כובל, מיזוג חברות ומונופולין) אינם נדונים בהלכה היהודית. מטבע הדברים, שאלת מיזוג חברות³ הייתה יכולה להידון בימיהם בעקיפין בלבד.⁴ בהגבלים העסקיים, כמובנם בחוק הישראלי, נקבע האיזון בין זכותו של הפרט להרוויח ודרכי מימושה לבין טובת הציבור והמתחרים האחרים.⁵ להלן נדון בשאלת התחרות המסחרית ובאיזונים הראויים על פי ההלכה כל אימת שמתחרה עלול להיפגע או שהציבור עצמו עלול להיפגע, כגון בגלל עליית מחירים. לאחר מכן, נבחן בהרחבה את התייחסות הפוסקים להסדר כובל ולמונופולין. ראוי להעיר כי כל שאלה בעניין התערבות השלטון בכוחות השוק, יש לבחון על רקע ההשקפה הכלכלית הרצויה, בתנאי שההתערבות אמורה לשרת את מטרתיה. בירור עמדתה של תורת ישראל בשאלה ההשקפה הכלכלית הרצויה חורגת מגבולות חוות דעת זו,⁶ אולם נזכיר מקורות אחדים בעניין זה ונפנה לדברי מלומדים שעסקו בה.

² אולם ניתן כמובן ללמוד מן העקרונות העולים מחוות דעת זו גם לעניין הסדר כובל ומונופולין.
³ מעמדה של החברה כאישיות משפטית נדון רק בדורות האחרונים. ראו המקורות הנזכרים להלן בפרק השני.
⁴ לשון סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים: "בעת שיבחן את טובת הציבור לענין פרק זה, ישקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר הכובל לענינים המפורטים להלן, ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר" (ראו גם סעיף 29א לחוק). למטרות החוק, ראו גם י' יגור **דיני ההגבלים העסקיים** 46–54 (התשס"ב).
⁵ לעניין זה ראו, לדוגמה, י' אחיטוב "כלכלה והלכה" **תחומין** יב 144–170 (התשנ"א); א' ורהפטיג "השיטה הכלכלית לפי התורה" **שנה בשנה** 306–325 (התשנ"ג) (וראו גם דבריו בתוך **כתר** ד 26–35 (התשס"ד)); א' ורהפטיג "הגנת הצרכן לאור ההלכה – חלק ראשון: רמת מחירים ושכר" **תחומין** א 444–488 (התש"ם); י' יעקובס "הלכה, כלכלה וחברה – בין אידיאל למציאות" **פרשת השבוע** גיליון 121, פרשת "בהר" (התשס"ג); הרב ש' כהן "כלכלת זמננו לאור ההלכה" **משאת משה** 95–107 (התשמ"ט); י' לוי "משטר כלכלי תורתי" **שמעתין** 102, עמ' 80–84 (התשנ"א); י' ליברמן "רווחא להאי ופסידא להאי – עיונים בכלכלת הרווחה של המשפט העברי" **דיני ישראל** יב, עמ' לג-סד (התשמ"ד-מ"ה); הרב ח' נבון "לשאלת התפישת הכלכלית של התורה" **צהר** יב 97 (התשס"ג); מ' תמרי **כסף כשר** (התשנ"ד); מ' תמרי "חיי הכלכלה בהווה בהתאם להלכה" **תחומין** א 433–443 (התש"ם). כותבים אלה בחלקם ביססו את מסקנותיהם בדבר השקפת התורה לגבי השיטה הכלכלית הרצויה על ניתוח מצוות חברתיות, כגון: שמיטה ויובל, ריבית, דיני המסים, מתנות עניים וצדקה, ועוד. ראו דברי א' ורהפטיג **בתחומין** א, שם, בעמ' 446, שאף על פי שניתן לטעות ממבט ראשון ולחשוב שההלכה אישה לשאלת המדיניות הכלכלית, הרי שעיון בהלכות מלמד שיש בעולמה של הלכה תפישת עולם סדורה בעניין השיטה הכלכלית עצמה.

2. יחס המשפט העברי לתחרות עסקית

באופן כללי, ניתן לומר שהמשפט העברי רואה בחיוב את התחרות העסקית,⁶ אך הוא מגביל אותה מטעמים חברתיים ומוסריים.⁷

דוגמה לדבר ניתן לראות בחופש הניתן למוכר לנקוט אמצעים לקידום מכירותיו ולזכות בנתח גדול יותר מן השוק על חשבון מתחרייו. ואלה דברי שולחן ערוך, הפוסק כדעת חכמים במשנה:⁸

מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי להרגילם שיקנו ממנו. וכן יכול למכור בזול יותר מהשער כדי שיקנו ממנו, ואין בני השוק יכולים לעכב עליו.⁹

מהלכה זו עולה שמותר למוכר למשוך לקוחות לקנות ממנו לא רק על ידי הורדת מחירים,¹⁰ אלא גם באמצעות פיתוי הנראה לכאורה בלתי הגון – הענקת מתנות לילדים כדי לשכנעם או לשכנע את הוריהם לקנות אצלו.

וכבר נאמר במשנה¹¹ שמי שמוריד מחירים הוא "זכור לטוב", משום שהוא גורם להורדת מחירים כללית בשוק,¹² וכלל הציבור נהנה מכך.¹³

⁶ כך עולה ממרבית המקורות והמחקרים שנכתבו בעניין זה. ראו: ש' גלברד "תחרות מסחרית בהלכה" דעות 244–251 (התש"ל); י' ליברמן **תחרות עסקית בהלכה** (התשמ"ט); ד' קינן **תחרות מסחרית במשפט העברי** (עבודה לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשמ"ו); ר' קריטשטיין **דיני תחרות בהלכה** (התשנ"ח); י' רוזנברג "עמדת ההלכה כלפי תחרות בשוק" **דיני ישראל** יב, עמ' כה-לב (התשמ"ד-מ"ה); S. Deutch, *Business Competition and Ethics: Predatory Pricing in Jewish Law*, 17 (1993/4) DINE ISRAEL 7–33; וכן ראו: A. LEVINE, *FREE ENTERPRISE AND JEWISH LAW: ASPECTS OF JEWISH BUSINESS ETHICS* (1980). לתיאור המדגיש יותר, לדעתנו – יותר מדי, את המגבלות הרבות המוטלות על התחרות המסחרית, ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך כג, הערך "היורד לאומנות חברו". תודתי נתונה לפרופ' סיני דויטש על שהפנה את תשומת לבי לעניין זה.

⁷ ראו מאמריהם של א' ורהפטיג ו' לוי, לעיל ה"ש 5. ייתכנו גם שיקולים הנובעים מדיני הנזיקין, ראו להלן, בדיון על הגבלת התחרות באמצעות הוזלת מחירים.

⁸ משנה, בבא מציעא, פרק ד, משנה יב.

⁹ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכח, סעיף יח. ראו סוגיית התלמוד, בבא בתרא כא ע"ב.

¹⁰ הנדון לקמן בהקשר זה עוסק במתחרים בעלי זכות שווה מבחינה גיאוגרפית, כגון ששניהם בני אותה העיר. אך כשמדובר במתחרים מבחוץ, עשויים שיקולים אחרים של זכויות קדימה להגביל את התחרות. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנו, סעיפים ה-ז.

¹¹ ראו משנה, בבא מציעא, פרק ד, משנה יב.

¹² בבא מציעא ס ע"ב. ראו רש"י, שם, ד"ה משום.

¹³ לפרשנות אחרת הנוגעת לשאלת היושר במסחר, ראו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יח, הלכה ד; הרמ"ה, בבא בתרא פט ע"א, אות קלב.

3. הגבלת תחרות עסקית למניעת פגיעה בפרט

ראוי להבחין בין שני סוגים של תחרות מסחרית – ישירה ועקיפה:¹⁴ תחרות ישירה היא תחרות בין קונים או בין זוכים במשאב מסוים,¹⁵ ואילו תחרות עקיפה היא תחרות בין מוכרים או בין משווקים על נתח שוק. ואולם, אין עניינה של חוות דעת זו בשאלת יחס המשפט העברי לתחרות בכלל, אף שיייתכן שיש לדבר השפעה גם על סוגייתנו. כמו כן, אין עניינה של חוות דעתנו בשאלת התחרות הישירה, משום שהיא שייכת רק לתחום המשפט הפרטי. שאלת התחרות העקיפה קרובה לנדוננו כל מקום שיש בה תרומה לשאלת האיזונים הראויים בין חופש התחרות לבין הפגיעה בציבור, בשונה משאלת האיזונים בין חופש התחרות (או חופש העיסוק בהקשר לתחרות) לבין הפגיעה הכלכלית במתחרה, שאף היא נוגעת לתחום הפרטי.

לעניין הורדת מחירים כמכשיר שיווקי, נחלקו הפוסקים בשאלה אם מותר להוריד מחירים במידה העולה למוטט את עסקיהם של מוכרים אחרים, כולל שיקולים מתחום דיני הנזיקין.

לדעת בעל "ערוך השולחן",¹⁶ יש לצמצם את תחולת ההלכה האמורה דווקא למסחר בתבואות, כדי למנוע אגירת מצרכים. וזה לשונו: "אבל לזלזל [=להוזיל] במכירת סחורה איסור גמור הוא, ומתוך כך מקולקל דרך המסחר, ומאבדין מעות אחרים". וראוי להדגיש כי אף על פי שגם פוסקים אחרים הגבילו את ההיתר להוריד מחירים, דומה שדעת בעל "ערוך השולחן" נותרת דעת יחיד קיצונית.¹⁷ כך, לדוגמה, ר' חיים מצאנז אוסר רק הורדת מחירים תלולה. וזה לשונו בתשובה שהשיב בעניין זה:

היכי [=כל מקום] דאינו עושה מעשה, רק שממילא נמשך היזק, שגם חברו יצטרך למכור בזול, זה הוי רק גרמא בעלמא, דלכולי עלמא מותר, ולכן היה נראה דלמכור בזול מותר. אך מי יבוא אחר המלך מהרמ"א ז"ל, אשר כתב בתשובה סימן יו"ד בפירוש, דלמכור בזול הרבה כולי עלמא מודים דאסור.¹⁸

מכל מקום, רבים סוברים שכמעט אין הגבלה על התחרות הכלכלית באמצעות הורדת מחירים,¹⁹ מן הטעם הפשוט שזו טובת כלל הציבור, וטובת הציבור גוברת על זכות הפרט

14 ראו קינן, לעיל ה"ש 6.

15 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלז, סעיף א.

16 ערוך השולחן, חושן משפט, סימן רכה, סעיף יד. לראייה הנזיקית בסוגיה זו, ראו גם: שו"ת העמק שאלה, חושן משפט, סימן א; שו"ת מהר"ם שיק, חושן משפט, סימן כ; שו"ת בית אפרים, חושן משפט, סימן כו.

17 וראו: שו"ת חבלים בנעימים, חלק ב, סימן קיג; שו"ת מהרי"א ז' ענזיל, סימן סט; שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן עה.

18 שו"ת דברי חיים, חלק א, חושן משפט, סימן יט.

19 שו"ת הרמ"א, סימן עג; שו"ת לחם רב, סימן רטז; שו"ת בית אפרים, חושן משפט, סימנים כו-כז; שו"ת

להרוויח.

עצם קיומן של הלכות המסחר העוסקות ביושר ובהגיונות יש בו כדי להעניק תשתית לתחרות הוגנת, אך אין די בהן. ואכן מצינו גם הלכות הנוגעות ישירות לכללי התחרות עצמה, לא רק על אופן השיווק וקידום המכירות, אלא גם על האפשרות להתחרות בזולת משיקולי זיקה לתחום גיאוגרפי, נתח שוק, חוג לקוחות, ועוד. הלכות אלה נוגעות למעשה לאפשרות של פגיעה בזכויותיהם של המתחרים, בקובען קדימויות ודחיית האחד מפני רעהו, וניתן למצוא בהן הגבלות על התחרות בשל פגיעה במתחרה. המושגים ההלכתיים שטבעו חכמים בתחום זה הם: "יורד לאומנותו של חברו", "הסגת גבול", "פסיקת חיות", ועוד.²⁰ וזה לשון השולחן ערוך בעניין זה:

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסי ולא אחד מבעלי אומניות. היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחים, ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו: אתה פוסק חיי. ואפילו היה מבני מבוי אחר, אינם יכולים למונעו, שהרי יש ביניהם אותה אומנות [הגהת הרמ"א: ורבים האומרים דבני החצר או המבוי שאינו מפולש אפילו בכי האי גוונא (=בכגון זה) יכולים למחות, אלא דבעל האומן אינו יכול למחות לומר: אתה פוסק חיי (בית יוסף בשם הרבה פוסקים)]. אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה או מרחץ בצד מרחצו של זה, יש להם למונעו. ואם היה נותן עמהם מנת המלך, אינם יכולים למונעו [הגהת הרמ"א: ורבים האומרים דאפילו הכי אין לו רשות ליכנס למבוי שיש שם בני אומנותו, דבעל האומנות יכול לעכב עליו שלא ליכנס למבוי שלו, הואיל והוא מעיר אחרת. אבל במבוי אחר אינו יכול למחות בו, הואיל ונותן מס (טור והמגיד, פ"י משכנים, ובית יוסף בשם רש"י ותוס')].²¹

על אף שעולה מן האמור לעיל שיש לעתים זכות קדימה לאחד מן המתחרים, כפי שנראה להלן, ייתכן שהתועלת הציבורית תכריע את הכף אף נגד זכות זו.²²

4. עידוד תחרות עסקית משיקולי תועלת לציבור

כבר ראינו לעיל, שמרבית הפוסקים ראו בחיוב מצב של הוזלת מחירים, אף שיש בה כדי לפגוע קשות במתחרים. ואף יש לעודד תחרות מחירים משום שיש בה להביא לרווחת

גור אריה יהודה, חושן משפט, סימן כב.

²⁰ ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 6. וראו: הרב י' אריאל "תחרות מסחרית בעיר ובכפר" תחומין י 194–203 (התשמ"ט); ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 119–152.

²¹ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנו, סעיף ה.

²² כפי שפירטנו לעיל בשאלת השיווק באמצעות הוזלת מחירים.

הציבור ולהגדיל את מגוון המוצרים המוצעים למכירה, במיוחד מוצרי יסוד. וזה לשון הרמ"א המביא את דעת הרא"ש והטור:

יש אומרים: הא דבני העיר יכולין למחות בבני עיר אחרת, היינו דוקא בדליכא [=כשאין] פסידא ללקוחות, שמוכרין כשאר בני העיר, וגם סחורתם אינה טובה יותר משל בני העיר. אבל אם נותנין יותר בזול, או שהיא יותר טובה, שאז נהנין הלוקחין מהן, אין מוכרי הסחורות יכולים למחות (הרא"ש וטור בשם הר"י הלוי).²³

ואף מצינו תקנות קדומות המסדירות חופש תחרות כמעט בלתי מוגבל במוצרים שחכמים ראו בהם חשיבות חברתית או אחרת. כך, לדוגמה, נפסק להלכה בשולחן ערוך בעניין תכשירי קוסמטיקה:

רוכלים המחזרים בעיירות, אין בני המדינה יכולין לעכבן, שתקנת עזרא היא שיהיו מחזרין, כדי שיהיו הבשמים מצויין לבנות ישראל [הגהת הרמ"א: ולכן נראה לי דוקא מוכרי בשמים וכי האי גוונא (=וכיוצא בזה). אבל בשאר דברים, אין חילוק בין רוכל לאחר]. אבל אינם קובעים מקום ויושבים בו אלא מדעת בני העיר.

אך נאמר בסוף ההלכה:

ואם תלמיד חכם הוא, קובע בכל מקום שירצה [הגהת הרמ"א: והוא הדין מלמדי תינוקות, דינן כתלמיד חכם (טור)].²⁴

נמצא שאין להטיל מגבלות על ספקי שירותים חיוניים לציבור, כגון מלמדי תינוקות.

5. הגבלות על השוק החופשי משיקולי הגנת הצרכן

במקורות ההלכה מצינו הגבלות של התחרות הכלכלית משיקולי טובת הציבור או הגנת הצרכן. כך, לדוגמה, מצאנו שביקרו חז"ל קשות את הפקעת המחירים²⁵ בין בעקיפין²⁶ בין במישרין:²⁷

23 רמ"א, חושן משפט, סימן קנו, סעיף ז.

24 שולחן ערוך, שם, סעיף ו.

25 כמוכח מן הברייתא, המפקיע שערים הרי הוא כמלווה בריבית. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כה. לדברי הסמ"ע, שם, ס"ק מג, המפקיע שערים עובר על עשה של "והי אחיך עמך" (ויקרא, כה, לו), האמור במלווה בריבית שאינו מחזיר את הריבית.

26 אגירת מצרכים על ידי סוחרים להקטנת ההיצע שתגרום בהכרח לעליית מחירים.

27 לנושאים הנדונים להלן (פיקוח על השערים, הגבלת רווחים והגבלת התיווך), ראו אנציקלופדיה

תנו רבנן: אוצרי פירות, ומלוי ברבית, ומקטיני איפה, ומפקיעי שערים – עליהן הכתוב אומר: "לֹא־אָמַר מִתִּי יַעֲבֹר הַחֹדֶשׁ וְנִשְׁבְּרָה שְׁבֵר וְהִשְׁבַּת וְנִפְתְּחָה בֵּר לְהַקְטִין אִיפָה וְלִהְגְדִיל שְׁקָל וְלַעֲנֹת מֵאֲזֵנֵי מְרָמָה" (עמוס ח, ה). וכתוב: "נִשְׁבַּע ה' בְּגֵאוֹן יַעֲקֹב אִם אֶשְׁפַּח לְנֶצַח כָּל מַעֲשֵׂיהֶם" (עמוס ח, ז).²⁸

ולא רק ביקורת נמתחה על העושים כן, אלא אף הרשות הציבורית המוסמכת חייבת לנקוט סנקציות כדי לשמור על רמת מחירים סבירה ולפקח על מסחר הוגן. וזה לשון הרמב"ם:

חייבין בית דין להעמיד שוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך, שיהיו מחזרין על החנויות ומצדקין את המאזנים ואת המדות, ופוסקין את השערים. וכל מי שנמצא עמו משקל חסר או מדה חסרה או מאזנים מקולקלין, רשות יש להן להכותו כפי כחו ולקנסו כפי ראות בית דין לחזק הדבר. וכל מי שמפקיע את השער ומוכר ביוקר, מכין אותו וכופין אותו ומוכר כשער השוק.²⁹

זאת ועוד, ההלכה מגבילה אגירת מצרכים חיוניים³⁰ המכוונת להקטין את ההיצע ולייקר את שערי הסחורות.³¹ עוד יש לציין שנקבעו הגבלות על ריבוי מתווכים בין היצרן לצרכן, שיש בו כדי לגרום לעליית מחירים במצרכים חיוניים שיש חשש למחסור בהם. האמורא שמואל הגביל את שיעור הרווח במצרכים חיוניים. וזה לשונו:³²

אמר שמואל: אין מוסיפין על המדות יותר משתות [=שישית], ולא על

תלמודית כרך ו, עמ' לט (התש"ז), הערך "הפקעת שערים"; א' ורהפטיג, **תחומין**, לעיל ה"ש 5, עמ' 448–458 וכן **כתר**, לעיל ה"ש 5, עמ' 45–62; ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 97–115; נ' רקובר, לעיל ה"ש 1, עמ' 32–45; תמרי, **כסף כשר**, לעיל ה"ש 5, עמ' 73–77. וראו גם: A. Levine, *Price Controls* (2005) 1–52 DINE ISRAEL; וכן: A. Schein, *An Economic Analysis of the Obligation to Impose Price Controls in Jewish Law*, 20–21 DINE ISRAEL 31–47 (2001).

28 בבא בתרא צ ע"ב. וראו גם מגילה יז ע"ב.

29 רמב"ם, הלכות גנבה, פרק ח, הלכה כ, ומקורו בתוספתא, בבא מציעא, פרק ו, הלכה ד. וראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיפים כ-כא.

30 השו"ת לחוקי מדינת ישראל: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1958; חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996.

31 ראו שולחן ערוך, לעיל ה"ש 29, סעיף כד.

32 ויש סייגים אחדים להגבלה זו, כגון דרך חישוב הרווח לאחר הערכת כל ההוצאות, בתנאי שלא התייקר שער הסחורה, וכן כשבית הדין יכול לכפות את כל המוכרים למכור בשער מסוים. ראו: שולחן ערוך, שם, סעיף כ; סמ"ע, שם, ס"ק לז; ערוך שולחן, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כ; שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן א.

המטבע יתר משתות. והמשתכר אל ישתכר יותר משתות.³³

הרשב"ם³⁴ אומר שמקורו של דין זה בתקנת חכמים, כדי שלא לייקר את השערים. וראוי לומר שעודדו חכמים את הציבור לקיים "שביתת צרכנים"³⁵ כדי לגרום להוזלת מחירים של מצרכים,³⁶ כשלא יכלו לגרום להוזלתם בדרך אחרת. הנה כי כן, עינינו הרואות כי יש דרכים לאזן בין תחרות חופשית לבין הגנת הצרכן, במיוחד בעניין המחירים וזמינותם של מצרכים חיוניים.

6. הגבלים עסקיים – הסדר כובל ומונופולין

לאחר סקירת מקצת ההלכות בסוגיית התחרות המסחרית וההגבלות שהוטלו עליה, ראוי לדון בהגבלות על כריתת הסכמים כובלים ועל יצירת מונופולין,³⁷ שעלולה להיות בהן פגיעה בציבור הצרכנים או פגיעה במתחרים העסקיים, או בשניהם יחדיו.

6.1. הסדר כובל

מדברי התלמוד והפוסקים עולה עקרונית שניתן חופש מסוים לנציגי הציבור לתקן תקנות, אף אם יש בהן משום הסכם כובל או הענקת מונופולין. וזה לשון התלמוד:

ורשאים בני העיר לעשות קופה תמחוי ותמחוי קופה ולשנותה לכל מה שירצו. ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתן.³⁸

עינינו הרואות, בני העיר רשאים לקבוע תקנות להסדרת המסחר וקביעת השערים ואף

³³ בבא בתרא צ ע"א.

³⁴ רשב"ם, בבא בתרא, שם, ד"ה והמשתכר.

³⁵ ראו לדוגמה משנה, כריתות, פרק א, משנה ז, לעניין הוזלת מחיר יונים המיועדות לקרבן; פסחים ל ע"א, לעניין הוזלת מחיר הקדרות לפני חג הפסח; סוכה לד ע"ב, לעניין הוזלת מחיר הדסים למצוות הלולב בחג סוכות; חולין פג ע"א, לעניין הוזלת מחיר הבשר לפני החגים; שו"ת בית יהודה, יורה דעה, סימן לב; שו"ת דרכי נועם, חושן משפט, סימן לח; שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן מט, לעניין הוזלת מחיר האתרוגים; שם, חלק א, סימן רלז; שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן כח, לעניין הוזלת מחיר הדגים לפני השבת. וראו גם מגן אברהם, אורח חיים, סימן רמב, ס"ק א; שו"ת שואל ומשיב, תניינא, חלק ד, סימן פט (הוזלת מחיר הבשר); ר' חיים פלאג'י, רוח חיים, אורח חיים, סימן רמב, בשם ר' חיים אבולעפיה.

³⁶ בין היתר, במוצרים הכרוכים במצווה, שבהם רווחת הפקעת מחירים, משום שמחירים עשוי לעלות בגלל ביקוש המוני בתקופה קצרה, כגון האתרוגים לפני חג הסוכות.

³⁷ לנושאים הללו, ראו: הרב י' בלויא, פתחי חושן (התשמ"ז), הלכות גנבה ואונאה, פרק יד, הלכה יג, הערה ל; א' ורהפטיג, כתר לעיל ה"ש 5, עמ' 64–66; ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 183–203; י' ליברמן, לעיל ה"ש 6, עמ' 103–130; ז' פלק "כעין דיני מסחר בהלכה" דיני ישראל א 53–57 (התש"ל); נ' רקובר, לעיל ה"ש 1, עמ' 34–36.

³⁸ בבא בתרא ח ע"ב; תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה כג.

לכפות את קיומן על הציבור "ולהסיע על קיצתן". כלומר, לקנוס את מי שאינו נשמע להן, אף על פי שאין להן יסוד בדברי תורה.³⁹ ולא רק נציגי הציבור רשאים לקבוע תקנות להסדרת המסחר אלא גם נציגי האיגודים המקצועיים של היצרנים או הספקים או נותני השירותים,⁴⁰ כעולה מן התוספתא:

ורשאין הצמרין והצבעין לומר: כל מקח שיבוא לעיר, נהא כולנו שותפין בו.
רשאין נחתומין לעשות רגיעה ביניהן [=שכל אחד יאפה לציבור ביום
אחר].⁴¹

אלא שסמכות זו היא מוגבלת, ויש צורך לקבל אישור מסמכות ציבורית מקומית, המוגדרת בלשון התלמוד: "אדם חשוב", כפי שעולה מן המקרה שמוספר עליו בתלמוד:

הנהו בי תרי טבחי [=בעלי איטליז] דעבדי עניינא בהדי הדדי [=שעשו תנאי ביניהם], דכל מאן דעביד ביומא דחבריה, נקרעוה למשכיה [=שכל מי שיעשה ביומו של חברו, יקרעו את עור בהמתו]. אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה [=הלך אחד מהם ועשה ביומו של חברו]. קרעו למשכיה [=קרעו את עור בהמתו]. אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי [=באו לפני רבא, חייב אותם לשלם]. איתיביה [=הקשה] רב ימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם! לא אהדר ליה רבא [=לא השיב לו]. אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי [=טוב עשה שלא השיב לו דבר]. הני מילי היכא דליכא אדם חשוב. אבל היכא דאיכא אדם חשוב, לאו כל כמיניהו דמתנו [=במה דברים אמורים? במקום שאין אדם חשוב. אבל במקום שיש אדם חשוב, אינם סמכות להתנות].⁴²

הצורך לקבל את הסמכות של אדם חשוב להסדר כובל מעין זה⁴³ מוסבר בכמה מן המקורות

39 ראו רש"י, בבא בתרא, שם, ד"ה להסיע.

40 מהר"י בן לב מקשה: "ואכתי קשה לי דאמרינן בגמרא: הני מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דאתנו. ואמאי יתנו להם רשות לבני אומנות אחד לתקן תקנה היכא דליכא אדם חשוב? והלא יש לחוש שיעשו תקנה לתועלתם ולהנאתם ויזיקו לבני העיר בהסכמתם. וצריך עיון" (שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן קטו; והשווה שו"ת לחם רב, סימן רטז). אולם המב"ט טוען כנגד זה שיש לבני העיר אפשרות לתקן תקנה נגדית לעשות חרם צרכנים או לדאוג לאספקת המוצרים או להזמין נותני שירותים ממקום אחר (שו"ת המב"ט, חלק א, סימן רלז).

41 תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכות כד-כה. וראו גם בבא בתרא ט ע"א.

42 בבא בתרא, שם. ראו: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יד, הלכות י-יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח.

43 אמנם, כשאין אדם חשוב, עולה מדברי התלמוד שאין הגבלה על יצירת הסכם כובל, ואז עולה השאלה: איזו הגנה עומדת לצרכנים? ייתכן שהיוזמה צריכה לבוא מן הציבור באמצעות חרם צרכנים או מציאת מקור אספקה אחר למוצר או לשירות מושא ההסדר. ראו א' ורהפטיג, **כתר**, לעיל ה"ש 5 עמ' 64, וכן

בצורך להגן על הלקוחות מפני התייקרות, אף אם אין מדובר בהתייקרות מיידית.⁴⁴ לדעת המאירי,⁴⁵ כל אימת שייטכן הפסד לתושבי אותו מקום, אין תוקף לשום תקנה בלא רשותם,⁴⁶ וייתכן שאפילו הסכמתו של אדם חשוב אין בה כדי ליתן תוקף לתקנה מעין זו.⁴⁷ ונחלקו הדעות בשאלת הגדרת "אדם חשוב". יש כאלה הסוברים שהכוונה לממלא תפקיד ציבורי, "ממונה על הציבור".⁴⁸ אך יש הסוברים שהכוונה לתלמיד חכם.⁴⁹ ואחרים סוברים שהכוונה לאדם שיש בו שני הדברים, הוא ממונה על הציבור וגם תלמיד חכם.⁵⁰ כבר אמרנו שתייתכן להסכם כובל השפעה גם על מתחרים אחרים ולא רק על ציבור הצרכנים. לעתים די בכך כדי להגביל את ההסכם. כך, לדוגמה, דן ר' חיים פלאג'י,⁵¹ בעניין שכיר שביקש להיות עצמאי, אך היצרנים האחרים הסכימו ביניהם שלא לשתפו בקניית חומרי הגלם שיצרן יחיד אינו מסוגל לקנותם בכוחות עצמו, וממילא נמנעה ממנו האפשרות לעסוק במקצוע המסוים כעצמאי. הרב פלאג'י פסק כי אף על פי שמצד הדין, לא ניתן לכאורה לחייב את היצרנים לשתף את היצרן החדש בתחום שלהם, משום שיקולים של "ועשית הישר והטוב", "כופין על מידת סדום", "וחי אחיך עמך", ראוי לכופם לשתפו. אף על פי כן, מצינו שהתירו במקרים רבים לעשות הסכם כובל, אף על פי שהדבר מונע ממתחרים לעסוק באותו ענף. כך, לדוגמה, הותר ליצרנים ולספקים להתנות ביניהם שיקנה היצרן חומרי גלם רק מאותם ספקים,⁵² וכן הותר לבעלי ענף מסוים להטיל קנס על מי מחבריהם שיחרוג מן ההסכם שנכתב ביניהם אם בהורדת מחירים או בהתקשרות עם ספק שאינו ברשימת הספקים שהסכימו עליהם העוסקים בענף המסוים.⁵³ על אף האמור לעיל, הצדדים להסדר כובל אינם יכולים לכוף צד שלישי להצטרף

ראו ה"ש 35 לעיל.

44 ראו חידושי הרמב"ן, בבא בתרא, שם. וראו חידושי הריטב"א וחידושי הר"ן, בבא בתרא, שם. לעתים לא ניתן היה להגביל הסדר כובל באמצעות מניעה על ידי אישור ההסכם מראש או פסילתו על ידי אדם חשוב, כגון כשנעשה בקרב סוחרים גויים או כשלא הייתה בידי מנהיגי הציבור יכולת לאכפו. במקרים מעין אלה, הגמישו הפוסקים את ההלכה כדי ליצור חרם צרכנים שינטרל את ההסכם הכובל. ראו: שו"ת מהר"ם מבריסק, חלק ב, סימן לט. וכן ראו המקורות הנזכרים לעיל ה"ש 35.

45 בית הבחירה, בבא בתרא, שם.

46 מסתבר שהכוונה לנציגות של ציבור הצרכנים.

47 ראו נ' רקובר, לעיל ה"ש 1, עמ' 35–36. ושם בהערה 135.

48 ראו חידושי הרשב"א והר"ן בשם הר"י מיגאש, בבא בתרא, שם; מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא.

49 ראו שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה.

50 ראו יד רמה, בבא בתרא, שם, סימן קג. וראו: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכה; שיטה מקובצת, בבא בתרא שם, בשם הר"י מיגאש; מנחם אלון "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** 38–39, הערות 110–111 (התשכ"ד).

51 ר' חיים פלאג'י, רוח חיים, חושן משפט, סימן רלא, אות ב.

52 שו"ת דברי חיים, חלק א, חושן משפט, סימן כ.

53 שו"ת סמיכה לחיים, חושן משפט, סימן טו, ודווקא שלא היה בעיר אדם חשוב.

להסדר.⁵⁴ זאת ועוד, יש לבטל הסדר כובל בלתי סביר, העומד בניגוד לשכל הישר או למידת הדין.⁵⁵

6.2. מונופולין

המונופולין נזכר בהלכה כתופעה חוקית מסיבות שלא נוכל לעמוד על כולן בחוות דעת זו.⁵⁶ נסתפק בהבאת הסברו של פרופ' יהושע ליברמן לעניין זה. וזה לשונו:

הואיל וחלק הארי של הזכיונות הבלבדיים שהוחכרו ליהודים סיפקו מוצרים ושירותים לצרכנים שלא מבני ברית, הרי משקלו של גורם אי היעילות המונופוליסטית נתמעט עד כדי ביטול מוחלט. יתרה מזו, מבנם הארגוני של ענפי מקצוע שונים נקבע בידי השלטונות, וליהודים לא היתה אפשרות של ממש לשנותם. בנסיבות אלה לא נותר לתופסי ההוראה אלא לנסות ולצמצם את עיוותי ההקצאה הדינאמיים, פרי מאמצייהם של מתחרים רודפי שליטה מונופוליסטית, וכן עשו. המכשירים ששימשום בכך כללו הכרעות דין תורה, שינקו את כוחן מן ההלכה הפסוקה, מתקדימים וממנהג המדינה, וכן תקנות והסכמות שנתגבשו בקהילות מסוימות בתגובה לדרישות המקום והזמן... סטיה אחרת מן המגמה הכללית – לרסן תחרות שליטה – ניכרת בתשובות שעסקו במאבקייהם של גופים ציבוריים עם זכיינים יחידים, לטובת הקהל. כאן הותרה הרצועה ובעלי זכיונות לא נהנו עוד מהגנה על מעמדם המונופוליסטי.⁵⁷

אף כי יש מקום לדיון בדברים הללו, הרי שאין מי שחולק על העובדה שהפוסקים הכירו במונופולין כזכות מוגנת בדרך כלל, במיוחד כשלא היה חשש לפגיעה בטובת הכלל או שהפגיעה בו הייתה מזערית. חלק ניכר מן הדיון ההלכתי מוקדש לשאלות של הסגת גבול מסחרית בגלל עימותים ותחרות בין יחידים.⁵⁸

לגופו של עניין, נדון במקורות אחדים העוסקים בסוגיה זו. דומה שדין המערופיא [=זיכיון בלבדי] הוא מן המושגים העיקריים בשאלה הנדונה. כאן ראוי להביא את דברי הרמ"א בעניין זה. וזה לשונו:

54 ראו שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן ד.

55 שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קנא.

56 עיינו במובאות הרבות מדברי הפוסקים אצל ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 183–202. וראו י' ליברמן, לעיל ה"ש 6, עמ' 103–130.

57 י' ליברמן, שם, עמ' 129–130.

58 ראו לעיל, סעיף 3. שאלות נוספות שנדונו במקורותינו נוגעות לתחום התחרות בין לקוחות על מצרך, כגון "עני המהפך בחררה", ועוד.

אדם שיש לו עובד כוכבים מערופיא, יש מקומות שדנין שאסור לאחריים לירד לחיותו ולעסוק עם העובד כוכבים ההוא, ויש מקומות שאין דנין. ויש מתירין לישראל אחר לילך להעובד כוכבים ההוא להלוות לו ולעסוק עמו ולשחודה ליה ולאפוקי מיניה [=ולשחדו ולהוציא ממנו], דנכסי עובד כוכבים הם כהפקר, וכל הקודם זוכה. ויש אוסרין.⁵⁹

אחד מן הזיכיונות המונופוליסטיים שהיו הנפוצים באירופה למן המאה הט"ז ואילך היה האורנדה, הזיכיון למכירת יין שרף, שנדון באריכות בדברי האחרונים,⁶⁰ ואף הותקנו תקנות בעניינו.⁶¹ בדרך כלל, הייתה נטייה להגן על בעל הזיכיון מפני ניסיון השתלטות מצד אחרים על הזיכיון שניתן לו,⁶² במיוחד בזיכיונות שניתנו לזמן קצוב. וכן הוא הדבר גם לגבי זיכיונות לגביית מכס⁶³ וזיכיונות אחרים שניתנו מטעם השלטונות.⁶⁴ כל אימת שהיה בהענקת זיכיון בלעדי משום פגיעה בציבור, דומה שהפוסקים נטו לצמצם את ההגנה על בעל הזיכיון,⁶⁵ בנוקטם קו נגד יצירת מונופולין שהתבטא גם בכוננות להיאבק בהתארגנויות מונופוליסטיות. וזה לשון אחד מגדולי הפוסקים:

ומעתה נמשך דהתקנה שתקנה, שלא ישיג אדם גבול חבירו וכו', אין לה מקום אלא ליחיד כנגד יחיד, וכמבואר בטעם שנתנו להסכמתו, לפי שראו היזקות שגורמים אחד לחבירו וכו'. אבל על הרבים כנגד יחיד, דליכא למימר [=שאינו לומר] שהרבים יגרמו היזק כו', וודאי דלא תקנו כלום במה שנוגע לרבים. ותו [=ועוד], דהלא הדבר פשוט דאין להם כח במה שהוא לתקנת הקהל דווקא, כדפרי' [=כפי שפרשתי]. ואם כן, האיך יעלה על הדעת שיסכימו על מה שהוא תקלת הקהל לקפח מחיית כל הקהל ולתת מחיה לג' אנשים בלבד.⁶⁶

59 רמ"א, חושן משפט, סימן קנו, סעיף ה, ומקורו במרדכי, בבא בתרא, סימן טו. וראו: שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, חלק ד, סימן תתטו; שו"ת מהרי"ק, שורש קלב ועוד.
60 שו"ת מהרש"ל, סימנים לה-לו; שו"ת משאת בנימין, סימן כז; שו"ת שארית יוסף, סימן יז; שו"ת חוות יאיר, סימן מב; שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן עט. וראו גם קינן, לעיל ה"ש 6, עמ' 224–255.
61 ראו: שו"ת הב"ח הישנות, סימן ס; שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן סב.
62 ראו גם שו"ת הרדב"ז, סימן חלק ד, סימן נד (אלף קכו); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצד; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צה.
63 ראו: שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן נא; שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן נד; שו"ת דברי ריבות, סימן שצ.
64 ראו ש' ורפהטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 198–202, והמקורות הנזכרים שם.
65 שו"ת הב"ח הישנות, סימן ס; שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תליתאה, חלק ד, סימן קיט; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן עה.
66 שו"ת הב"ח, שם.

7. יישום העקרונות האמורים במציאות העסקית בימינו

האם ניתן ליישם את העקרונות ההלכתיים שהבאנו לעיל במציאות העסקית השוררת במדינת ישראל בימינו? נראה כי התשובה לכך היא חיובית, ובלבד שהדבר נעשה בזהירות הראויה ובשים לב לכמה הבחנות ושיקולים רבי חשיבות:

א. חשוב להבחין בין כלכלתה של מדינה ריבונית כמדינת ישראל לבין כלכלתה של קהילה יהודית בגלות. אין ספק שיש מקום רב לדיון מחודש ברבות מן ההלכות הנוגעות לתחרות מסחרית במדינה, תוך כדי שקילת שיקולים מקרו-כלכליים ולאומיים, בשונה מן המציאות שהייתה בגולה, שעסקה כמעט כל כולה במשפט הפרטי. וראוי להזכיר כאן את דברי החתם סופר,⁶⁷ העומד על ההבחנה בדיני התחרות העסקית בין מצב של גלות לבין מצב בו "ישראל שרויין על אדמתן וארמון על משפטו ישב".

ב. הזכרנו את חשיבות הפיקוח הציבורי, "אדם חשוב", על יצירת הסכמים כובלים ומונופולין. וראוי להעיר כי, עקרונית, נראה שהוראות החוק בישראל יש בהן כדי לתת מענה לפיקוח הנדרש על פי ההלכה הן על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים הן על ידי בית הדין להגבלים עסקיים. ואין כאן המקום להאריך.

ג. יש מקום לדון בסנקציות הראויות על פי ההלכה באכיפת ההגבלות על התחרות. ורק נעיר כי דומה שלא מצאנו בהלכה ענישה פלילית דומה לזו שיש בהוראות החוק בעניין זה, אך אין כאן מקום להרחיב בעניין התרופות להפרת ההגבלות.

ד. בדברינו לעיל, דנו בעיקר בפגיעה הציבורית הנגרמת כתוצאה מייקור מחירים, אך כמובן יש שאלות אחרות שראוי לדון בהן, כגון זמינות המוצרים ובעיות אבטלה, הראויות להישקל במיוחד לאור האמור בהערתנו שבסעיף הראשון.

ה. מובן שבין השיקולים להתרת הסכם כובל או מונופולין, או להגבלתם, יש מקום לשיקולים גיאוגרפיים, להגדרת השוק הרלוונטי ולתחליפיות המוצר הנדון. כל זאת, בהתחשב בשינויים מרחיקי הלכת של דרכי השיווק באינטרנט, וכדומה.⁶⁸

8. מסקנות

א. ניתן לומר שהמשפט העברי רואה בחיוב את התחרות המסחרית, תוך שהוא מטיל הגבלות מטעמים חברתיים ומוסריים.

ב. נחלקו הדעות אם מותר להוריד מחירים באופן קיצוני שיש בה כדי למוטט מוכרים אחרים וגם משיקולים מתחום דיני הנזיקין.

ג. בעצם קיומן של הלכות המסחר העוסקות ביושר ובהגינות יש כדי להעניק תשתית לתחרות הוגנת, אך אין בכך די.

⁶⁷ שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן עט.

⁶⁸ אשר למציאות המודרנית במדינת ישראל ופסיקת בתי הדין הרבניים, ראו קינן, לעיל ה"ש 6, עמ' 293–

- ד. הפוסקים דנו בזכויות מתנגשות של מתחרים, בקובעם קדימויות ודחיית האחד מפני רעהו, וניתן למצוא בהן הגבלות על תחרות עסקית כדי שלא לפגוע במתחרים.
- ה. יש מקום לעודד תחרות עסקית משיקולי תועלת לציבור.
- ו. חז"ל מתחו ביקורת קשה ביותר על הפקעת מחירים בין בעקיפין בין במישרין.
- ז. חובה על הרשות הציבורית המוסמכת לנקוט סנקציות כדי לשמור על רמת מחירים סבירה וכדי לפקח על מסחר הוגן.
- ח. במקרים רבים, עודדו חכמי ישראל את הציבור לשבות "שביתת צרכנים".
- ט. הציבור או נציגיו או איגודים מקצועיים רשאים לכרות הסכם כובל או מונופולין.
- י. הסמכות לכרות הסכם כובל או מונופולין היא מוגבלת. עקרונית, יש צורך באישורו על ידי סמכות ציבורית מקומית, המוגדרת בהלכה כהסכמה של "אדם חשוב". אף נראה שהוראות החוק בישראל יש בהן כדי ליתן מענה לפיקוח הנדרש על פי ההלכה, הן על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים הן על ידי בית הדין להגבלים עסקיים.
- יא. אם יש בהסכם כובל או במונופולין פגיעה רק במתחרים ולא בציבור הצרכנים, יש נטייה לאשרו על פי ההגבלות על תחרות עסקית שבדיני הסגת גבול.
- יב. המונופולין נזכר במקורותינו כתופעה מקובלת מסיבות אחדות, בעיקר בגלל המבנה של הקהילה היהודית בגלות, ובעיקר כשמדובר בתחרות עסקית בין יחידים.
- יג. כל אימת שהיה חשש לפגיעה בציבור בהענקת זיכיון, נטו הפוסקים לצמצם את ההגנה על בעל הזיכיון.
- יד. יש מקום לדון מחדש ברבות מן ההלכות הנוגעות לתחרות מסחרית במדינה, תוך שקילת שיקולים מקרו-כלכליים לאומיים, משום שהמציאות העסקית בגולה צמצמה את העיסוק לתחום המשפט הפרטי.

(ג) גזר הדין

בגזר הדין בפרשת וול הציג השופט שפירא את עמדת המשפט העברי בסוגיית ההסדר הכובל. וזה לשונו בסעיף 22 לגזר הדין:

עמדת המשפט העברי בסוגיית ההסדר הכובל נבחנה על ידי מרכז ישמ"ע אשר במכללת נתניה ולהלן עיקרי הדברים.

הדין העברי אינו שולל על הסף יצירתו של הסדר כובל ואף במרוצת הדורות ניתן חופש מסוים לנציגי הציבור לקבוע תקנות אף אם יש בהן משום הסכם כובל או הענקת מונופול (תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא ח' ע"ב; תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה כג). בנוסף, בתקנות אלה יכולה להיקבע סמכות כפיה וענישה. לא זו אף זו, אף נציגי האיגודים המקצועיים של יצרנים, ספקים או נותני שירותים יכלו ליצור הסדר בינם ובין עצמם.

על אף זאת, סמכות זו לא היתה בלתי מוגבלת, אלא על מנת לקיימה היה

צורך באישור סמכות ציבורית מקומית, המוגדרת בלשון התלמוד "אדם חשוב". הצורך בהסכמתו של אדם חשוב בהסדר כובל שכזה, מוסבר בכמה מקורות בצורך להגן על הלקוחות מפני התייקרות, ואפילו ההתייקרות איננה מיידית (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא, שם. כן ראה חידושי הריטב"א וחידושי הר"ן, בבא בתרא, שם). לדעת המאירי במקום שיתכן הפסד לתושבי אותו מקום אין תוקף לשום תקנה בלא רשותם, וייתכן שאפילו הסכמתו של אדם חשוב אין בה כדי ליתן תוקף לכך (בית הבחירה, בבא בתרא, שם).

באשר לזהותו של אותו "אדם חשוב", יש הסוברים כי הכוונה לבעל תפקיד ציבורי – "ממונה על הציבור" (חידושי הרשב"א והר"ן בשם הר"י מיגאש, בבא בתרא, שם; מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא). יש הסוברים כי הכוונה לתלמיד חכם (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה), ויש הסוברים כי יש צורך באדם הממלא את שתי הפונקציות הללו (יד רמה, בבא בתרא, שם, סימן קג; מ' אלון, "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי", **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל**, ירושלים תשכ"ד, עמ' 38–39, הערות 110–111).

במקרים רבים הותר הסכם כובל, אף שיש בו הגבלת מתחרים אחרים. כך למשל בהסכם בין יצרנים לספקים לגבי קניית חומר גלם רק מאותם ספקים (שו"ת דברי חיים, חלק א, חושן משפט, סימן כ), או בהסכם בין בעלי מקצוע מסויים שבו סעיף המטיל קנס על בעל מקצוע שחורג מההסכם אם בהורדת מחירים או בהתקשרות עם מזמין שלא אמור להזמין אצלו על פי ההסכם (שו"ת סמיכה לחיים, חושן משפט, סימן טו). למרות האמור, אין ביד צדדים להסדר כובל לכוף צד שלישי להצטרף להסדר. כמו כן, ניתן לומר באופן כללי כי יש לבטל הסדר כובל העומד בניגוד להגיון, לשכל הישר ולמידת הדין (שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קנא).

הדין העברי אינו דן בשאלות אלו בראי הדין הפלילי אלא רק בפן האישי. ייתכן והסיבה לכך נעוצה בהבחנה שבין כלכלת מדינה ריבונית כמדינת ישראל לבין כלכלת קהילה יהודית בגלות. בעניין זה ניתן להזכיר את דברי החתם סופר העומד על ההבחנה בדיני התחרות העסקית בין מצב של גלות לבין מצב בו "ישראל שרויין על אדמתן וארמון על משפטו ישב" (שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן עט). על פי הדין העברי, ככל שבהסכם כובל או במונופול יש פגיעה במתחרה ולא בציבור הצרכנים תהיה נטיה לאשרו, ע"פ הגבלות בדיני הסגת גבול הקשורים לתחרות עסקית. (למאמר המלא ראו: http://www.netanya.ac.il/content/law/opinion_10012007.pdf).

פרק שני

הרמת מסך ההתאגדות ואחריות אורגנים בחברה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (שלום ת"א) 60516/04 שנידר דוד נ' מירון עודד, תק-של 2006(3) 25225 (מיום 27.9.2006), מפי השופט מנחם קליין, בית משפט השלום בתל-אביב-יפו (להלן: פרשת שנידר).

לפני השופט מנחם קליין, שופט בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, הונחה תביעה כספית בין התובעים לבין נתבע שהיו בעלי מניות בחברת "ביוטופ מו"פ בע"מ" (להלן: החברה) שחדלה לפעול. מטרתה של החברה שהוקמה הייתה לשווק בישראל רפידות ביו-אנרגטיות המיוצרות בפולין. התובעים, מפאת חשדם כי הנתבע יחד עם בעל מניות נוסף בחברה גוזלים את כספי החברה, ערכו אסיפה כללית שלא מן המניין, והחליטו לחתום על הסכם בין בעלי המניות (להלן: הסכם משגור) שיסדיר את מערכת היחסים ביניהם וימנע את קיפוחם של התובעים.

התובעים מילאו את חלקם בהסכם המשגור, ואולם עד למועד הגשת התביעה לא העביר הנתבע סך של \$7,500 בתמורה לאלף רפידות שמכר, על אף שמכרן סמוך לחתימת הסכם המשגור. התובעים עתרו לבית המשפט המחוזי בהליך על פי סעיף 235 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983. בפסק הדין, שנתן השופט סטרשנוב ביום 29.9.2001, נקבע כי הסכם המשגור שנכרת הופר על ידי הנתבע. על אף זאת, סירב הנתבע להעביר לקופת החברה את הסכום הנדון או אף חלקו.

לטענת הנתבע, אין לתובעים כל זכות אישית לקבל כספים בגין עילות התביעה. לטענתו, אם אמנם הוא חב את הכספים כנטען בכתב התביעה, הרי שלכל היותר הוא חב אותם לחברה, ולה בלבד, ולאיש מהתובעים אין זכות לקבל את הכספים לעצמו. התובעים מבקשים לטעון כי, במקרה דנן, נתקיימו התנאים המבססים ייחוס החוב

לנתבע מס' 2, היינו: ניהול בתרמית, הצגת מצגי שווא, ועוד. לעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של חברות נקבעו חריגים שמטרתם למנוע את האפשרות שמסך ההתאגדות ישמש את בעלי המניות להתחמק מאימת הדין או להתלבנושים. בראש החריגים ניצבת האפשרות להרמת מסך ההתאגדות. סעיף 6 לחוק החברות מאפשר הרמת מסך במקרים מסוימים, אך הוא מגביל אותה למקרים חריגים ביותר, כשנוצלו תכונותיה של חברה על ידי אורגן שלה לטובתו ושלא בתום לב, כדי שלא לערער את חיי המסחר במדינה. כאשר מתגלים חריגים מעין אלה, ניתן להרים את מסך ההתאגדות ולהתעלם מהאישיות המשפטית הנפרדת.

השאלות העיקריות שהתעוררו בפסק הדין הן: האם ניתן לחייב בעל מניות בחיוב אישי בגין תרמית, הצגת מצגי שווא ופעילות בחוסר תום לב? האם התמלאו התנאים להרמת מסך במקרה דנן?

לצורך הכרעה בשאלות אלה, ביקש השופט קליין להסתייע בחוות דעת של מרכז ישמ"ע בדבר עמדת המשפט העברי כלפי האפשרות להרים מסך בחברה, וחיוב אורגנים שלה על פעילות חריגה שלא בתום לב. כמו כן נשאלו השאלות הבאות: האם יש סוגיות נושקות של חיוב אנשים "חיצוניים" לעסקה על תוצאותיה? כגון: האם ניתן לחייב שותף סמוי, שאין לו חלק רשמי בשותפות אך הוא מושך בחוטים? או לחייב את ראובן על הפרת חוזהו של שמעון כלפי לוי, אם הוא הביא לכריתת החוזה? וכיוצא בזה.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

כידוע, ההתייחסות לחברה כאל אישיות משפטית נפרדת היא יציר כפיו של המשפט המודרני. שתנאי המשק המודרני אילצו את בתי המשפט ואת המחוקק לקבוע מסגרת משפטית נאותה לפעולתן החוקית של החברות, כחלק מתהליך שהחל בסוף המאה הי"ט בפסק הדין האנגלי המפורסם בעניין Salomon¹. אף חכמי ההלכה בימינו, כקודמיהם, שנתנו לאורך כל הדורות מענה הלכתי לבעיות השעה שהתעוררו מעת לעת, נתנו את דעתם לשאלת מעמדן המשפטי-הלכתי של החברות, בדרך כלל אגב דיון בשאלות של איסור והיתר. כך, לדוגמה, דנו בסוגיה זו הרב יצחק ווייס², לשעבר רבה הראשי של ירושלים, הרב משה פיינשטיין³ ורבנים ומלומדים אחרים.⁴

1 Salomon v. Salomon & Co. Ltd. [1897] A.C. 22.

2 שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן א.

3 שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, ב, סימנים סג-סד.

4 ראו לדוגמה: הרב י' אריאל "הפרת חוזה על ידי חברה בע"מ" תחומין כו 357–361 (התשס"ו); א' בניסטי "האישיות המשפטית הנפרדת במשפט העברי – להלכה ולמעשה" שערי משפט א 249–357 (התשנ"ח); הרב ע' בצרי דיני ממונות חלק ב, עמ' שיד-שכא (התש"ן), ובעיקר בהערה 16; הרב ס' לוי

לשיטת הסוברים כי אין לייחס לחברה בע"מ אישיות משפטית נפרדת, צריך הדיון בחיוב האורגנים שלה לכאורה להידון בהתאם למידת הגבלת אחריותם כלפי חביות החברה על פי כללי ההלכה הרגילים בדיני החוזים ובדיני הנזיקין ובדיני השליחות החלים בין שני בעלי דין פרטיים ומסוימים. כלומר, יש לבחון את מידת אחריותם של בעלי המניות או של אורגנים אחרים בחברה על נזק שנגרם לתובע או על הפרת חוזה כלפי התובע בגין מעשיהם, ובמקרה דנן, כתוצאה מפעילותם שלא בתום לב.

אולם, אם יש מקום בהלכה לייחס לחברה בע"מ אישיות משפטית נפרדת, יש מקום לבחון על פי ההלכה את החריג לכלל, את הרמת המסך ואת ייחוס הזכויות והחובות של החברה לבעלי המניות, ולהיפך. כן יש לבחון מתי נכון לעשות כן, משום שגם התנאים בדוקטרינת הרמת המסך שהתפתחה בפסיקת בתי המשפט מצאו את מקומם בעיקר בסעיפים 6 ו-54 לחוק החברות החדש,⁵ והם תנאים כלליים המקנים שיקול דעת רחב למדי⁶ לבית המשפט אימתי להפעיל את החריג לכלל האמור. וכאן ראוי להדגיש כי גם אם יאמץ המשפט העברי את עקרון הרמת המסך, דומה שיקשה לקבוע סטנדרטים כלליים מעורפלים או מושגי סתום, כגון תום לב, המותירים שיקול דעת רחב למדי לבית הדין. יהיה צורך להגדיר כללים משפטיים מדויקים יותר, אף שאין המשפט העברי שולל, עקרונית, במקרים מסוימים, מתן שיקול דעת רחב לבית הדין.⁷ ואין כאן מקום להאריך.

במסגרת המוגבלת של חוות דעת זו, מאחר שלא מצאנו דיון עיוני מקיף בסוגיית הרמת מסך ההתאגדות, ולכן דיוננו הוא ראשוני בלבד, ניתן את הדעת לכיוונים אפשריים של דיון בדוקטרינה בדבר הרמת המסך על פי המשפט העברי. אף לא נוכל לדון בהבחנות ובפרטים

"חבותה של חברה בע"מ כלפי צד שלישי" תחומין כו 362–369 (התשס"ו); הרב ש' מירון "מעמד החברה בע"מ במשפט העברי" סיני נט 228–245 (התשכ"ו); י' קורצמן יסודותיה המשפטיים של החברה בע"מ במשפט העברי (עבודת גמר לקבלת תואר שני בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, התשס"ב); מ' תמרי "חברה בע"מ – אישיות משפטית נפרדת?" (קישור למאמר: <http://www.sanhedrin.co.il/av3.html>); פד"ר ו, עמ' 315; פד"ר י, עמ' 273; פד"ר יט, עמ' 9; M. Broyde and S. Resnikoff, *Jewish Law Modern Business Structures: The Corporate Paradigm*, WAYNE LAW REV. 1687–1796 (1970). וראו המקורות המובאים להלן, בה"ש 14, 16.

5 חוק החברות, התשנ"ט-1999. כן יש לבחון את סעיף 54(א), העוסק בעיקרון בדבר הרמת המסך באורגנים בחברה מלבד בעלי המניות.

6 המחוקק יצר מצב זה בכוונת מכוון. כך עולה מלשון הצעת החוק: "לאור אופיה המיוחד של דוקטרינת הרמת המסך, הגמישות הנדרשת ממנה וההיקף הבלתי ניתן לצפיה של תחולתה, אין זה רצוי לקבוע הוראה חקוקה המכוונת למצות את דיניה" (ה"ח 2432, כ"ט בתשרי התשנ"ו, 23.10.1995). אכן, הנוסח שהתקבל שונה מנוסח ההצעה המקורית, אך ברור כי הכללים המנוסחים בחוק מותירים שיקול דעת רחב למדי בידי בית המשפט אימתי להפעיל את סמכותו בדבר הרמת המסך החוצץ בין בעלי המניות לבין החברה.

7 ראו לדוגמה: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן יא, סעיף א; שם, חושן משפט, סימן כד, סעיף א; שם, סימן עב, סעיף יט.

הרבים שבדיני החברות,⁸ והדיון יוקדש בעיקר לעקרונות כלליים בדיני החברות.

1. האם ניתן לייחס לחברה אישיות משפטית נפרדת?

מעיון במקורות ההלכה, העוסקים בהגדרתן המשפטית של חברות בע"מ, עולה כי הדעה הרווחת היא שאין לראות בחברה אישיות משפטית נפרדת.⁹ בהקשר זה, מעניינת ההשוואה לדעת המשפטנים הרואים בדוקטרינה בדבר הרמת המסך ככזו המצביעה על היעדרה העקרוני של אישיות משפטית לתאגיד.¹⁰ יש שהגדירו את בעלי המניות¹¹ כבעלי החברה בדרך של שותפות שחיוביהם מוגבלים לשעבוד נכסים בלבד. כלומר, נכסיהם ערבים לחוב, בלא שעבוד הגוף, בלא חיוב אישי. אך יש כאלה שחלקו על הגדרה זו¹² והגדירו את בעלותם של בעלי המניות בחברה ואת היקף חיובם בדרכים אחרות.¹³

זאת ועוד. רוב הדיונים בקרב פוסקי ההלכה באשר למעמדה של החברה בע"מ, עסקו בעיקר באיסורים, כגון: איסור הריבית,¹⁴ איסור חמץ,¹⁵ איסורי שבת,¹⁶ איסור מלאכה באבל,¹⁷ ולא דווקא בדיני החיובים של החברה.

כאן המקום להדגיש כי אין הדבר מוביל בהכרח למסקנה, שלפיה, לפי שיטה זו, היקף

8 כגון: ההבדל בין חברה פרטית לחברה ציבורית או ממשלתית או ההבדל בין סוגי בעלי המניות, בעלי מניות שליטה, וכדומה. ראו לדוגמה הדעות שהביא קורצמן, לעיל ה"ש 4, עמ' 123–138.

9 מירון, לעיל ה"ש 4; ח' פוברסקי "שעבוד נכסים במשפט העברי" דיני ישראל יב, עמ' קנה-קעא (התשמ"ה); י' בן שחר וי' הס "ריבית בתאגידים" כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה א, עמ' 231–337 (התשנ"ו), והמקורות המובאים בעמ' 249, הערה 37.

10 מירון, לעיל ה"ש 4, עמ' רלט. וראו גם: יחיאל בהט **חברות – החוק החדש והדיון** 102 (התש"ס); צפורה כהן "בקיעים בעיקרון אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה – העדפת המציאות הכלכלית על פני העקרון המשפטי" **עיוני משפט** ח 402–438 (התשמ"א-מ"ב).

11 מתברר, שלפי דעה זו יש לראות את בעלי המניות כבעלי החברה. אך ראוי להזכיר כי יש מי שסובר שמנהלי החברה הם הבעלים. ראו הרב י"י שמלקס, שו"ת בית יצחק, יורה דעה, חלק ב, קונטרס אחרון, סימן לב. אולם ראו בן שחר והס, לעיל ה"ש 9, עמ' 246, שמדובר בדעת מיעוט שהיא נכונה, כפי הנראה, רק למציאות שנהגה בנייהול הבנקים לפני כמאה שנה.

12 ראו א' ורהפטיג **ההתחייבות** 41–52 (התשס"א).

13 לדוגמה, שעבוד בדרך "אפותיקי מפורש". ראו דיון בשיטת הרא"ש, בן שחר והס, לעיל ה"ש 9, עמ' 298–300; קורצמן, לעיל ה"ש 4, עמ' 89–91. ויש מי שהגדיר אותה כבעלות מוגבלת של בעלי המניות. ראו: שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סימן כו; בן שחר והס, שם, עמ' 242–244.

14 שו"ת מנחת יצחק, הנזכר בהערה הקודמת, שם; חלק ד, סימן טז, יח; י"ד בלייך "ביצוע בעין ותשלומי רבית על ידי חברה בע"מ" **אור המזרח** 137–151 (התשנ"ג); בן שחר והס, לעיל ה"ש 9.

15 הרב ד"צ הופמן, שו"ת מלמד להועיל, חלק א, אורח חיים, סימן צא; הרב ש' וינגרט **יד שאול, ספר זכרון ע"ש הרב שאול וינגרט**, עמ' לה-מט (ווינברג וביברפלד עורכים, התשי"ג); הרב ש' קלוגר, שו"ת האלף לך שלמה, חלק אורח חיים, סימן רלח.

16 שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק א, סימן סב, סעיף ג; הרב י' בארי "המותר לרכוש מניות במפעל שאינו שומר שבת" **התורה והמדינה** יא-יג, עמ' תנה (התש"ך).

17 הרב צ"י בן יעקב, משפטן ליעקב, חלק א, סימן לט, סעיף י.

החבות האישית של האורגנים בחברה רחב מזה שבשיטה הרואה בחברה אישיות משפטית נפרדת. משיטה זו עולה רק שלילת הצורך במנגנון מלאכותי של ייחוס חובות וזכויות של החברה לבעלי המניות או לאורגנים שלה, משום שאין בשיטה זו מסך החוצץ בין בעלי המניות ויתר האורגנים בחברה לבין החברה.

הדיון המשפטי בחבות האורגנים שבחברה עקב פעילות שלא בתום לב ייערך, לשיטה זו, לפי הכללים המשפטיים המקובלים בדיני החוזים, בדיני הנזיקין וביתר דיני החיובים. אך מאחר שמדובר בגוף המורכב מאורגנים בעלי תפקידים שונים, תיבחן מידת אחריותם לנזק או להפרת חוזה כלפי צד שלישי בהתאם למידת הקשר שלהם לתוצאה. לכן, במקרים מסוימים, כמו בפעולה של חבר דירקטוריון שאינו בעל מניות, יהיה צורך לבחון את אחריותו גם לאור דיני השליחות.¹⁸

אכן, מיעוט הפוסקים שדנו בהגדרת החברה מבחינה הלכתית, רואים בה אישיות משפטית נפרדת.¹⁹ הדברים מתבססים על סמך מוסדות משפטיים קיימים או בהיקש אליהם, כגון: קרבנות הציבור, ההקדש, קופות הצדקה, ועוד; או ביצירתם מכוח כללים הלכתיים רחבים, כגון: דין סיטומתא, כלומר מנהג הסוחרים, דינא דמלכותא, וכדומה. אך, למעשה, אף לדעה זו, במקרים שבהם יורם מסך ההתאגדות, יהיה צורך בעריכת הדיון המשפטי הנזכר לעיל בדעת השוללים את ראיית החברה כאישיות משפטית נפרדת.

להלן נציע כמה דרכים שיש בהן, לדעתנו, כדי להטיל אחריות אישית על אורגנים בחברה, גם לשיטה המאמצת את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, כשייתכן שיש לראות בכך מעין הסרת המסך החוצץ בין החברה לאורגניה.

2. הרמת מסך ההתאגדות בגין אחריות בניזיקין

אם פעלו מנהלי חברה שלא בתום לב וגרמו נזק לחברה, נראה כי יש מקום לדון במידת חבותם האישית כלפי בעלי המניות. ואם נגרם נזק לנושים חיצוניים של החברה כתוצאה מפעילות שלא בתום לב של מי מהאורגנים שלה, יש מקום להבחין בין בעלי המניות לסוגיהם לבין מנהלי החברה או אורגנים אחרים שלה, שיש להגדירם, כפי הנראה, כעובדים של החברה או כשלוחיה.

פעילות שלא בתום לב יכולה להיעשות במגוון דרכים. אי אפשר לקבוע מסמרות בעניין זה, אך דומה שהמאפיין העיקרי של פעילות מעין זו הוא גרימת נזק עקיף לנושים חיצוניים, לדוגמה באמצעות קבלת החלטות שיש בהן כדי להזיק לצד שלישי וכדומה באסיפה

¹⁸ להלן נתייחס למורכבות הקיימת בדיני החברות לפי המשפט העברי בלא הבדל בין השיטות.
¹⁹ ראו הרב מ"י ברייש, שו"ת חלקת יעקב, חלק ג, סימן קצ"ד; הרב ש' דיכובסקי, פד"ר י, לעיל ה"ש 4; פד"ר טז, עמ' 167; הרב יוסף ראזין, שו"ת צפנת פענח, סימן קפ"ד; הרב ר' קצנלבוגן "מסביב לבעיות הריבית" **נועם** יב, עמ' שכב (התש"ל); **יד שאול**, לעיל ה"ש 15. עיינו גם **כתר**, לעיל ה"ש 9, עמ' 250, הערה 38, המסופקים בדעת הרב יצחק אהרון איטנגא הלוי (שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימנים נד, קכד), ובדעת הרב מ' שיק (שו"ת מהר"ם שיק, סימנים קנז-קנח).

הכללית או קבלת החלטות ניהוליות שוטפות בישיבות הדירקטוריון. אמנם פעילות מעין זו תוגדר כנזק על ידי "גרמא", כלומר נזק עקיף, שלא ניתן, בדרך כלל, לקבל בגינו סעד ממוני בבית הדין,²⁰ והחייב מוגדר כחייב בידי שמייס.²¹ אך הדבר החשוב לענייננו הוא שיש בחיוב כדי להטיל אחריות על המזיק,²² והוא אינו יכול להסתתר מאחורי פטור מתשלום. יתר על כן, יש מקום להבחנה הרלוונטית לדיוננו, בבחינת הכוונה של המזיק, משום שבשונה מנזק רגיל יש הסוברים שאינו חייב בנזק המוגדר כ"גרמא", דווקא אם לא התכוון להזיק.²³ ניתן לומר מכאן שאם נעשתה הפעילות בחברה בתום לב, בלא כוונה להזיק לצד שלישי, אין מקום להטיל אחריות על מי שפעל כך, גם אם טעה בשיקול דעת²⁴ או בקבלת החלטה שגויה. לעומת זאת, יש לראות בפעילות שלא בתום לב משום כוונה להזיק, ויש להטיל את האחריות על מי שגרם את הנזק,²⁵ גם אם הנזק הוא בגדר "גרמא".

אמרו מעתה, גם אם נראה בחברה אישיות משפטית נפרדת, הרי שאם נגרם נזק לצד שלישי כתוצאה מפעילות שלא בתום לב של אורגן מהאורגנים בחברה, במיוחד כשאין בנכסי החברה כדי לרפא את הנזק, אין אותם אורגנים רשאים להתחמק מאחריות אישית למעשיהם.

3. הרמת מסך ההתאגדות מכוח אומדן דעת הצדדים

יש מקום לאמוד את דעת הצדדים הקשורים בחוזה או בדרך אחרת עם החברה, במיוחד לשיטת מי שרואה בחברה אישיות משפטית נפרדת מכוח מוסדות משפטיים קיימים או מחודשים,²⁶ כגון ציבור או דין סיטומתא.²⁷

20 ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו (התש"ז), ערך "גרמא"; "גרמא", עמ' תסא.

21 אך ראו רמ"א, חושן משפט, שם, בשם הריצב"א, שבסוגי נזק שכחים, יש מקום לחייב את המזיק בתשלום הנזק.

22 יש אומרים כי אף ניתן ללחוץ על המזיק לשלם בדרכים מסוימות. ראו: ים של שלמה, בבא קמא, פרק ו, סימן ו; רמ"א, חושן משפט, שם, סעיף ג.

23 חידושי המאירי, בבא קמא נו ע"א. יש המרחיבים את הפטור גם למי שהתכוון לטובה בגרימת הנזק או שהתכוון להציל את שלו. ראו הרב י"י בלויא פתחי חושן חלק ה, סעיף לט, עמ' קלא-קלב (התשמ"ח).

24 אכן, יש לעיין בדעתו של מי שאינו מקבל את דעתו האמורה של המאירי. בכל מקרה של גרימת נזק, יטיל בית הדין אחריות על המזיק גם אם אין בצידה סנקציה ממונית.

25 אמנם, ייתכן שמי שביצע בפועל את הנזק, כגון ביישום ההחלטה כבדוגמה דלעיל, הוא עובד של החברה או שליח אחר שלה, ויש לבחון את אחריותם של כלל השותפים לביצוע הנזק לאור דיני השליחות, בדומה לבחינת מודעותו של מי שביצע בפועל את הנזק.

26 ראו לעיל ה"ש 19.

27 ראו ר"ש קליינמן מנהגי הסוחרים בדרכי הקנין במשפט העברי (קניין סיטומתא) 131–135 (עבודה לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התש"ס).

נראה שההסכמה של כל הנוגעים בדבר כללי המשחק של האחריות המוגבלת של החברה קיימת רק כל זמן שהחברה פועלת על פי הכללים המקובלים, כשניתן להגדיר מערכת יחסים משולשת המבוססת על חופש ההתנאה בממון בין האורגנים של החברה לחברה²⁸ ובין החברה לצדדים שלישיים.²⁹ מחד גיסא, מנקודת ראותם של צדדים שלישיים, קיימת מחילה מכללא על נזקים עתידיים כל זמן שהחברה מתנהלת כדין ובתום לב, משום שהנזקים בחוזה עם החברה מודעים לכך שמדובר בחברה מוגבלת. מאידך גיסא, יש התחייבות של בעלי המניות והאורגנים בחברה, משום שיש לראות בעצם רישום החברה כדין התחייבות שלה³⁰ לפצות על נזקים שייגרמו לצדדים שלישיים עקב פעילות שלא כדין או שלא בתום לב. ההסכמה האמורה היא מכללא, ויש לראות בה גם אומדנא מוכחת של דעת הצדדים בהתקשרות משולשת זו.

נראה כי בדרך זו, השימוש בדוקטרינה בדבר הרמת המסך הוא ישיר, משום שדעת הצדדים סומכת על הכללים המקובלים בדיני החברות. חסרונה של דרך זו נעוץ ביכולת המוגבלת לעמוד בה במדויק על כוונת הצדדים, ולו רק משום שהתנאים להפעלת עקרון הרמת המסך אינם מוגדרים ומדויקים.

4. הרמת מסך ההתאגדות מכוח המנהג או חוק המדינה

לדעת הרואים בחברה אישיות משפטית נפרדת מכוח חוק המדינה³¹ או המנהג,³² דומה שהקליטה של הדוקטרינה בדבר הרמת המסך במשפט העברי פשוטה ביותר. זאת, משום שדיני החברות על כל פרטיהם חלים על כל הצדדים הנוגעים בדבר, הן מצד קבלתם בדבר חקיקה, הן מצד המנהג שנוצר מכוח השתרשות החוק במשק הישראלי בדבר קיומן של חברות והתנהלותן.³³

למותר לציין שהתנאים להפעלתה של הדוקטרינה בדבר הרמת המסך לפי שיטה זו יהיו זהים³⁴ לתנאים המופיעים בחוק. כאן ראוי לצטט את פסק דינו של בית הדין הרבני לענייני ממונות שעל יד המועצה הדתית בירושלים, שנכתב בעת האחרונה. וזה לשונו:

ואפילו לפי מה שכתב האגרות משה, שחברה בע"מ היא אישיות משפטית נפרדת לענין ממון, ואם כן לכאורה היה מקום לומר שגם במקרה דנן אי אפשר לגבות מנכסי בעל החברה, כיון שהוא אינו הלוח ואין לו קשר אישי

28 וכלפי כולי עלמא.

29 כתובות נו ע"ב; בבא מציעא נד ע"א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ו, הלכה ט ועוד.

30 ראו לוי, לעיל ה"ש 4.

31 ראו בצרי, לעיל ה"ש 4.

32 ראו גם המקורות המובאים לעיל ה"ש 19.

33 הרב ע' בצרי **דיני ממונות** חלק ב, עמ' שטו (התשל"ו); הרב י"י בלויא **פתחי חושן** חלק א, פרק ב, סעיף

סג; שם, חלק ו, פרק א, סעיף לג, הערה סה.

34 אם אין בכך כדי לגרום לעבור על איסורים מפורשים, כגון לגבי ריבית.

לחובות החברה, אמנם נראה דאם מוכח דהלוח ידע שהמלוה לא יוכל לגבות מנכסי החברה, יהא הלוח חייב, מכיון שעפ"י חוק החברות יש אפשרות של "הרמת מסך ההתאגדות", דהיינו שבמקרים מיוחדים מייחסים את חובות וזכויות החברה לבעלי המניות שלה, שהם בעלי החברה. אחד המקרים הוא אם בעל החברה השתמש בשם החברה להונות או לקפח אדם. במקרה כזה אפשר לחייב את הבעלים, וכן באופן שידעו הבעלים שאין ביכולת החברה לפרוע את חובותיה. ואע"פ שברור שאין אנו דנים על פי חוקיהם, מכל מקום אין ספק שכשהוא משתמש בשם חברה בע"מ, הרי זה כפוף לתקנון הקובע את הכללים של חברה בע"מ, וחוק החברות הוא הקובע את הפירוש של המילים חברה בע"מ. וכיון שנקבעו בחוק תנאים מסויימים שבהם אי אפשר להשתמש בשם החברה, הרי זה ככל תנאי שבממון שהכל תנאי והכל לפי תנאים. וכל זה אם אכן מוכח שהוא התכוון מתחילה להשתמש לרעה בשם החברה, אבל אם לא התכוון לכך מתחילה, אע"פ שלבסוף אין מהיכן לגבות, נראה דכלי עלמא מודו [=הכל מודים] שאי אפשר לגבות מנכסיהם הפרטיים של בעלי המניות בחברה.³⁵

יתרה מזו. חלק מן הכותבים³⁶ שהסתמכו על בסיס המנהג או החוק, הביא ראייה לאפשרות לאמץ את החברה בע"מ על ידי המשפט העברי גם על פי אחת משיטות הראשונים³⁷ – השוללת אפשרות של שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף – מעקרון הרמת המסך שבחוק. מכאן למדים שהנחת המוצא שלהם הייתה שדוקטרינה זו נקלטה בהלכה באופן אוטומטי.

5. הרמת מסך ההתאגדות מכוח דיני הקנסות

פעילות שלא בתום לב עשויה להיות כרוכה באיסורים חמורים, כגון: גניבת דעת, אונאה, שקר, ועוד. כשתופעות אסורות הופכות להיות שכיחות, יש כוח בידי בית דין להטיל עונש או קנס שאינו מן הדין. ואף בימינו, כשיש בעיה בסמכות הענישה, ובמיוחד בהטלת קנסות, עדיין יש כוח בידי בית דין לפעול למיגור תופעות שכיחות של איסורים ולקנוס את העבריין שלא מן הדין.³⁸ קנס מידתי, במקרה של פעילות שלא בתום לב של אורגנים בחברה, יכול להיות על דרך הטלתה של אחריות אישית על מי שפועל שלא בתום לב, שמשמעה הוא, למעשה, מניעת הניסיון לחסות בצל האישיות המשפטית הנפרדת של החברה. יחד עם זאת,

35 תיק 379/סג, פסקי דין ירושלים, כרך ט, עמ' תיט.

36 ראו: בצרי, לעיל ה"ש 33; מירון, לעיל ה"ש 4. ויש להעיר כי לפי הסברם, הרמת המסך מעידה בעליל שאמנם יש אחריות כלשהי על בעלי המניות, המלמדת על מידה של שעבוד הגוף ועל מהותה של האישיות המשפטית של החברה.

37 פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן לט; פרק ה, סימן כט.

38 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ב.

השימוש בדיני הקנסות אינו נקי מספקות.

החיסרון בחשיבה מעין זו הוא שחייבת להיות הצדקה של ממש בחומרת האיסורים ובשכיחותם כדי להביא לעשיית שימוש בסמכות הענישה, שהיא מוגבלת מטבעה לזמן מסוים. כן יש צורך לבחון אם קנס זה – על ידי הפעלתה של הדוקטרינה בדבר הרמת המסך – הוא הכלי היעיל ביותר למיגור התופעות האסורות הקיימות בפעילות מעין זו בחברות בע"מ.

6. הערות בשולי הדברים

(א) דומה שהעובדה, שאין מייחסים לחברה אישיות משפטית נפרדת, אין בה כשלעצמה כדי להביא מזור לשאלת מידת החבות³⁹ של האורגנים בחברה שפעלו שלא בתום לב, ולא יהיה מנוס מדיון בבית הדין בפרטים המסוימים של הפעילות ותוצאותיה. דרך רווחת אחת היא אימוץ דיני החברות מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא" או מכוח המנהג, אשר, כאמור לעיל, אף מביאה לקליטת דוקטרינת הרמת המסך על ידי ההלכה, אף לשיטה המייחסת לחברה אישיות משפטית נפרדת. דרך אחרת, שעדיין דורשת קביעת גבולות ברורים יותר של חיוב בתשלומים,⁴⁰ היא אומדן דעתם של הצדדים הקשורים בחברה כלפי פנים וכלפי חוץ. וכאן המקום לבחון עד היכן מגיעה התחייבותם של בעלי המניות והאורגנים בחברה לשאת באחריות אישית עד כדי תשלום מכיסם, ועד כמה מוכנים צדדים שלישיים להסכין לכך שיש להם קשרים עסקיים עם החברה להגבלת אחריותה. דווקא בתחום הנזיקין, עלולה להיות בעיה בניסיון להטיל חיוב ממוני בר אכיפה בבית דין, משום שסיווג פעילויות רבות הנעשות בחברה שלא בתום לב עלול, כנראה, לגרום להכללתן במסגרת נזקי "גרמא", שקשה לקבל בגינם סעד ממוני בבית הדין.

(ב) הבחנה נוספת הדורשת בחינה מעמיקה היא ההבדל בין אחריותם של בעלי המניות לבין אחריותם של אורגנים אחרים בחברה. החוק הישראלי ראה מקום להשוות ביניהם בתנאים להפעלת הדוקטרינה בדבר הרמת מסך, בסעיפים 6 ו-54 לחוק החברות. בלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי כאשר יש לחייב את האורגנים של החברה לפי המשפט העברי באחריות אישית, יש לראות את אחריותם של בעלי המניות כאחריות של בעלים בנכסי החברה, ואילו את אחריות האורגנים האחרים יש לראות כאחריות של שלוחים⁴¹ או של עובדים.

(ג) כאן המקום להעיר שבאשר לאפשרויות שהועלו בשאלה, לבחון את חבותו של שותף

³⁹ דומה שמידת האחריות האישית בביצוע איסורים רחבה יותר, שכן די בקשר קלוש למדי כדי לייחסם למבצע. על כן, מרבית הדיונים בקרב הפוסקים באחריות אורגנים של החברה נוגעים לייחוס האיסורים הנעשים באמצעות החברה לאורגנים שלה, ופחות בחבותם הממונית.

⁴⁰ ואף יש בכך חיסרון של פגימה בעקרון הוודאות.

⁴¹ ראו לוי, לעיל ה"ש 4, בעניין הגבלת האפשרות להחיל את דיני השליחות על החברה ועל אורגניה.

סמוי או של מי שגרם לכריתת חוזה, עלינו לומר שלא מצאנו התייחסות מפורשת או משתמעת המציגה את פתרון החבות בדרך של חשיפת הגורם הסמוי. גם ההיקש לענייננו אינו נקי מספקות, משום שבמקרה של שותף סמוי, דומה לכאורה שאותו אדם בר דעת שהביא להתקשרות העסקית עם גורם שלישי, להבדיל מחברה, לא יוכל להתחמק מאחריות כלפי בעל דינו בתואנה שאדם אחר הוא השותף האמיתי,⁴² כשעובדה זו לא הייתה ידועה לבעל דינו.⁴³ לעומת זאת, בחברה, ברור לכולי עלמא שמאן דהוא עומד מאחוריה. ואם עובדת קיומו של שותף סמוי הייתה גלויה, יש לבחון את הדברים על פי אומדן הצדדים או בדרך אחרת, כפי שצוין לעיל. וכך יש לומר גם לגבי מי שהניע אדם אחר לחתום על חוזה. לכל היותר, הנתבע רשאי לחזור אל הגורם הסמוי ולתבוע ממנו לשפותו על הנזק שגרם לו בעצה מזיקה,⁴⁴ או על שהשפיע עליו שלא כדין,⁴⁵ או בגלל שסמך עליו⁴⁶ וכיוצא בזה.

7. מסקנות

1. מרבית פוסקי ההלכה שדנו בהגדרתן המשפטית של חברות סבורים שאין לייחס לחברה אישיות משפטית נפרדת. לשיטה זו, יש לראות בחברה מעין שותפות בעלת אחריות מוגבלת של בעלי החברה המבוססת על כללים הלכתיים מוכרים, כגון: שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, אפותיקי, וכדומה.
 2. מיעוטם של פוסקי ההלכה סבורים שניתן לייחס לחברה אישיות משפטית נפרדת מכוח מוסדות משפטיים קיימים או בהיקש אליהם או ביצירתם מכוח כללים הלכתיים רחבים.
 3. ניתן להעריך בזהירות שהפוסקים המאמצים את החברה כאישיות משפטית יאמצו בנקל את הדוקטרינה בדבר הרמת המסך.
 4. כיוונים אפשריים להטלת אחריות אישית על האורגנים של החברה עקב פעילות שלא בתום לב, שניתן לראותה כהרמת מסך ההתאגדות, עשויים להתבסס על היסודות ההלכתיים הבאים:
- 4.1 דיני נזיקין – גרמא. פעילות שלא בתום לב תוגדר, ככל הנראה, כנזק גרמא, שיש בו כדי להטיל אחריות אישית, גם אם אין בכך כדי לתת סעד ממוני לניזק.

42 לכל היותר, הוא יוכל לתבוע את השותף הסמוי על שגרם לו נזק עקב הסתמכותו עליו. ראו להלן ה"ש 46.

43 דוגמה לדבר ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלב, סעיף א. ויש צורך בעיון בדיני שליחות, אימתי, אם בכלל, זכאי אדם הכורת חוזה עם זולתו, כשהלה אינו יודע שהוא רק שליח, לתבוע את המשלח. וראו גם: שולחן ערוך, שם, סימן קפה, סעיף ה; ש"ך, שם, ס"ק ז.

44 מדין מראה דינר לשולחני, שולחן ערוך, שם, סימן שו, סעיף ו. או מדין האומר לחברו "הלווה לפלוני כי בטוח הוא", רמ"א, חושן משפט, סימן קכט, סעיף ב, על פי שו"ת מהרי"ל, סימן פ. וראו ביאור הגר"א, שם, ס"ק ה.

45 צריך עיון מדין אנסוהו וזבין. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה.

46 ראו חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה ומורי.

- 4.2 **דיני חוזים – הסכמה מכללא.** ניתן לאמוד את דעתם של כל הצדדים המעורבים בהתקשרות העסקית עם החברה, התחייבות בעלי המניות מחד גיסא, ומחילה של צדדים שלישיים – מאידך גיסא.
- 4.3 **חוק המדינה – מנהג.** על ידי קבלה ישירה של הדוקטרינה בדבר הרמת המסך.
- 4.4 **דיני עונשין –** באמצעות קנס שלא מן הדין, עקב האיסורים הכרוכים בפעילות שלא בתום לב ולפי מידת חומרתם ושכיחותם.
5. לשתי השיטות האמורות (מסקנות 1–2), יש לבחון את מידת האחריות האישית על פי דיני הנזיקין ושאר דיני החיובים.
6. יש מקום לעיין בהבדלים במידת האחריות האישית של האורגנים השונים בחברה לאור מעמד המשפטי כלפי החברה ומערכת היחסים בינם לבין עצמם.
7. אין בהיקש לשותף סמוי המושך בחוטים, או למי שגרם לחברו לכרות חוזה, כדי להביא למענה לשאלה שעניינה הפעלת הדוקטרינה בדבר הרמת המסך. עצם ההיקש במקרה זה אינו נקי מספקות.

(ג) פסק הדין

בית משפט השלום קיבל את התביעה בפרשת **שנידר** וקבע כי, במקרה דנן, שנסיבותיו פורטו לעיל בראש הפרק, התקיימו התנאים להטלת חבות אישית על הנתבעים שהם אורגנים בחברה. בית המשפט קבע שיש שלושה מקורות משפטיים להטלת חבות אישית על אורגן בחברה או על אחד מבעליה: על פי עוולת התרמית, על פי חוק החוזים ועילות חוזיות שהוא מקים ועל פי העיקרון בדבר הרמת המסך, שהוא שלילת האחריות המוגבלת כשנעשה שימוש לרעה במסך ההתאגדות.

בדיונו בפרשנות סעיפי החוק לפי ערכי היהדות מכוח חוק יסודות המשפט ומכוח חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו, נזקק בית המשפט לסקירה נרחבת של עמדת המשפט העברי בסוגיות האמורות בהתבסס על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. ואלה דבריו בעניין זה:

הדרך לנסות ולפרש הוראות החוק על פי עקרונות מהמשפט העברי נובעת הן מתוך הפנייה לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, המפנה לעקרונות הצדק, המוסר והשלום של מורשת ישראל, והן באמצעות ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וכפי שציין כב' הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (עמ' 290):

"ערכי היסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה. בהם באים לידי ביטוי היותנו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. ערכי יסוד אלה הם חלק מערכי היסוד של משפטנו. יושם נא אל לב: הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פניית חובה.

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

ערכי התום לב, ערכי הצדק, היושר וההגינות, הם ערכים המהווים חלק ממשפט המדינה, וניתן לשאוב מהמשפט העברי הדרכה כיצד לנהוג על פיהם.

כידוע, ההתייחסות לחברה כאישיות משפטית נפרדת הינה יציר כפיו של המשפט המודרני..., אף חכמי ההלכה בימינו וחוקרי המשפט העברי נתנו את דעתם לשאלת מעמדה המשפטי-הלכתי של החברה...

המשך פסק הדין מיוחד כולו לסקירת המקורות המובאים בחוות הדעת, ואין טעם לכפול הדברים הנזכרים למעלה. לבסוף, קיבל בית המשפט את התביעה ופסק כי:

לאור כל האמור לעיל, מצאתי לנכון לחייב את הנתבע בסכום התביעה, וזאת מאחר ולא עמד בהתחייבויות שבם התחייב, נהג בחוסר תום לב, השתמש באישיות המשפטית של החברה לצרכיו האישיים ועירב בין נכסיו לנכסי החברה ופעל תוך קיפוח התובעים ושליטת זכויותיהם החוזיות והחוקיות.

שער חמישי

דיני חיובים

פתיחה

שער זה כולל ארבעה פרקים: שלושת הפרקים הראשונים עוסקים בשאלות הקשורות לתחום הרחב של דיני החוזים, ואילו הפרק הרביעי נוגע בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בכל הפרקים שבהם השתמשו בתי המשפט במקורות המשפט העברי בעקבות חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, לא היה הדבר רק בבחינת להגדיל תורה ולהאדירה. כפי שנראה, ברוב פסקי הדין, חוות הדעת אף השפיעה ישירות על תוצאת פסק הדין.

הפרק הראשון דן בשאלה הקלאסית: מחילת חוב מהי? למרבה הפלא, אין בחוק הישראלי הגדרה כללית למונח "מחילה" או קביעה מתי ניתן לראות חיוב כמחול. ומעתה השאלה היא: האם יש חסר (לאקונה) בסוגיית המחילה על החוב? במקרה זה, יש ללכת בעקבות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הקובע מקורות משפט משלימים, בין היתר אף בדרך של פנייה לעקרונות מורשת ישראל והמשפט העברי. ואכן, בית המשפט המחוזי, שדן בשאלה מעניינת זו, מניח שיש חסר בחקיקה באשר לפעולת המחילה. לפיכך, הוא חיפש הפתרון לעניין הנדון לפניו באמצעות פנייה לעקרונות המשפט העברי, בהסתייעו בחוות דעת של מרכז ישמ"ע. מעקרונות המשפט העברי הוא למד על כתפי מי רובץ נטל הראיה כשיש ספק אם הייתה מחילה אם לאו, ובאלו מקרים הימנעות מתביעת חוב זמן רב מעידה על קיומה של מחילה. לפנינו אפוא דוגמה מאלפת לפנייה למקורות המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט במקרה של חסר.

עניינו של הפרק השני בקניית נכס שלא בתום לב ובהטעיה בדבר זהות הקונה. סוגיה קלאסית זו נוגעת לאספקטים שונים של דיני החיובים: החובה לנהוג בתום הלב במשא

ומתן; תשלום פיצויים מוסכמים המעוגנים בחוזה; משמעותה של הטעיה בדבר זהות הקונה, שיש לה קשר גם לדיני השליחות.

הפרק השלישי דן בקצרה בפרשנות המונח "לכשירחיב" הבא בחוזים רבים, הלקוח מן המשפט העברי. לפיכך, יש לברר מה פירושו על פי מקורות ההלכה: האם מדובר בהתחייבות תקפה מבחינה משפטית? שמא מדובר בהתחייבות מוסרית בלבד?

ניתן להסתייע במקורות המשפט העברי לא רק בדיני החוזים, שחכמיו ציוו לשאת ולתת באמונה. הדבר מתבקש במיוחד כשאנו עוסקים בדיני עשיית עושר ולא במשפט, שכידוע כמה מיסודותיו העיקריים נשענים על עקרונות המשפט העברי. וכבר ראינו דוגמה יפה לדבר לעיל, בשער הראשון, בפרק העוסק בזכות תורם כליה לפיצוי מהמדינה ומקופת חולים עקב החיסכון בהוצאות הטיפול במי שנתרם, כתוצאה מתרומת הכליה. כזכור, פרק זה עסק ברובו בעילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר שקמה נגד המדינה וקופת החולים עקב האיסור לקבל תמורה בגין תרומת איברים. אף הפרק האחרון שבשער זה, שעניינו השתתפות בהוצאות של בניית גדר בין שני שכנים בשטחו של אחד מהם מהווה דוגמה קלאסית להסתייעות בדיני עשיית עושר בסכסוכים הנפוצים בין שכנים.

פרק ראשון

מחילת חוב

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ה"פ (מחוזי י-ם) 1172/02 חברת ענבל נ' מלון אשכולות חברון, תק-מח 2006(2) 8219 (מיום 19.6.2006), מפי השופט יוסף שפירא, בית משפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת ענבל).

בין המבקשת, שהיא חברה ממשלתית, לבין המשיב, עסק ביו"ש, נחתם חוזה הלוואה שבו העמידה המבקשת למשיב אשראי בסך של 14,600,000 ל"י בתנאים המפורטים בחוזה לרכישת בניין מגורים בן 16 דירות בקריית-ארבע והפיכתו למלון. בגלל האינתיפאדה, הוקפאו התשלומים החודשיים לתקופה מסוימת, ונותר חוב של המשיב בסך 4,157,331 ש"ח. בשלב מסוים, קיבל המשיב הודעות מן המבקשת, ולפיהן חשבונו עומד על יתרת זכות בסך 0.17 ש"ח. לאחר שנים אחדות, הגישה המבקשת תביעה על יתרת ההלוואה.

לטענת המבקשת, משלא עמד המשיב בהתחייבותיו על פי הסכם הלוואה, ולא נענה להחזרת חובו, קמה למבקשת הזכות לממש את אגרת החוב בכל דרך חוקית אפשרית. המשיב מתנגד למתן הסעדים המבוקשים בטענה שהחוב נמחל לו. המשיב טוען כי מאחר שבהודעות שלאחר ההקפאה, לא נרשמה יתרה אלא יתרת זכות 0.17 ש"ח, מלמד הדבר, לשיטתו, שחובו נמחל, במיוחד לאור חלוף הזמן.

המחלוקת היא אפוא בשאלה אם התנהלותה של המבקשת במשך שנים אחדות, קיומם של מכתבים המעידים על יתרת זכות בסך 0.17 ש"ח ועוד, אכן מחייבים את המבקשת ומלמדים שהחוב נמחל.

השאלות המשפטיות והפנייה למקורות המשפט העברי הן:

א. מחילת חוב מהי? בית המשפט קבע כי אין בחקיקה הגדרה כללית של המונח "מחילה" או קביעה מתי ניתן לראות בחוב כמחול. למחילה על חוב נודעת תוצאה משפטית

שמשמעותה שהחוב פקע, ובעל החוב אינו יכול לשוב ולגבותו. יש אפוא לבחון את משמעות המחילה בגדרה של הסוגיה שבמחלוקת דנן עקב חלוף זמן רב בין הפסקתה של גביית החוב לבין המועד שבו הוגשה התובענה.

ב. האם יש חסר (לאקונה) בסוגיית המחילה על החוב? בית המשפט המחוזי הלך בעקבות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הקובע מקורות משפט משלימים, בין היתר בדרך של היקש ובדרך של פנייה לעקרונות מורשת ישראל והמשפט העברי. בית המשפט הניח שיש חסר בחקיקה בשאלת המחילה. לפיכך, חיפש בית המשפט פתרון בעניין הנדון הן באמצעות היקש לפקודת השטרות ולחוק המתנה, הן באמצעות פנייה לעקרונות המשפט העברי בסיוע חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. לפנינו אפוא דוגמה מאלפת לפנייה למקורות המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט במקרה של חסר.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

יש לדון בשתי שאלות עקרוניות:

- א. האם נדרשת פעולה קניינית-משפטית כדי למחול על חוב?
- ב. האם אי תביעת חוב לאורך תקופה ממושכת מלמדת על מחילת החוב?¹

1. כיצד מתבצעת מחילת חוב?

רבים מן הפוסקים דנו בשאלה אם נדרשת פעולה קניינית כדי שתחול מחילת חוב. מסקנת הפוסקים היא שאין צורך בפעולה קניינית כדי שיימחל החוב.² הר"ן דן בשאלה אם צריך שיהיו עדים במעמד המחילה, והסיק שאין צורך בעדים, לאור התפישה העקרונית שבענייני ממונות, העדים אינם יוצרים מציאות משפטית – עדות קונסטיטוטיובת – ומטרתם היא ראייתית בלבד. על כן, כשאין מחלוקת במציאות העובדתית, אין צורך בעדים.³ אמנם אפשר שתנאי נדרש למחילה הוא שתיעשה בפני הנהנה. מן השולחן ערוך ניתן להביא ראיות לכאן

¹ האמור בפסק דינו של השופט רובינשטיין, בבע"מ 7664/05 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006(1) 1564 (2006), נוגע לשאלת מחילתה של אישה על מזונותיה. באשר לשאלה האמורה, יש שיקולים המיוחדים ליחסים שבין אישה לבין בעלה, כמפורט שם, שאינם נוגעים לענייננו, שמדובר בו על הלוואה של בית עסק מחברה ממשלתית.

² תוספות קידושין טז ע"א, ד"ה והרב; פסקי הרא"ש, סנהדרין, פרק א, סימן ג ועוד. וכן נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ח. המרדכי, סנהדרין, סימן א, מבחין בין מחילה על חוב בשטר שנעשתה ישירות בין המוחל לבין הנמחל, שאז אין צריך קניין, לבין שנעשתה המחילה בהליך של פשרה, שיש צורך בקניין.

³ ר"ן, קידושין טז ע"א.

2. האם צריך שתיאמר המחילה במפורש?

ייתכן שצריך שיהיה למחילה ביטוי חיצוני-מעשי, דהיינו מחילה בפה. אך יש הסוברים שאין צורך בו, ודי שהמוחל מתכוון בלבו למחול על החוב. המהרש"ל טוען שאפילו תנאי בסיסי זה אינו נצרך, ושגם אם רק היה בדעת המלווה למחול, אין הוא רשאי לחזור בו.⁵ אמנם בעל "קצות החושן" חולק עליו וסובר שצריך שתהיה מחילה בפה.⁶ לאור זאת, עולה כי יכולה להיות מחילה תקפה מבחינה משפטית, אף אם לא נכתב שטר מחילה, לא נעשה קניין, לא היו עדים והמחילה נעשתה רק בלב (לפי חלק מן הפוסקים).

3. מחילה על חוב המעוגן בחוזה בכתב

במקרה שלפנינו, מתעוררת שאלה העשויה לערער, לכאורה, את זכותו של החייב לטעון שחובו נמחל, משום שמדובר בחוב שנכתב עליו שטר (חוזה בכתב). הרב מ' אילן⁷ והרב ב' כהנא⁸ דנים בדעות גדולי הפוסקים העוסקים בשאלה אם ניתן למחול על חוב שנכתב בשטר. הסמ"ע פוסק שלא ניתן למחול בעל פה על חוב שיש עליו שטר,⁹ ואילו הש"ך סובר שניתן למחול בעל פה גם על חוב שיש עליו שטר. הש"ך אינו מגיע למסקנה חד-משמעית, ופוסק שיש לנהוג בשאלה זו כפי שנוהגים בספקות.¹⁰ בדרך כלל, כשיש ספק בשאלת חוב, ידו של התובע על התחונה. ואולם, במקרה של מחילה, כפי שנראה להלן, שונים הם פני הדברים.

4. נטל הראייה כשיש ספק אם הייתה מחילה

הרדב"ז עוסק בשאלה כיצד יש לנהוג כשיש ספק אם הייתה מחילה. הוא פוסק שאף על פי שבדרך כלל ידו של התובע, מוציא הממון, על התחונה, בספק מחילה, יד הנתבע על

⁴ ראו בית מאיר, סימן לח, ס"ק לה.

⁵ מסגרת השולחן בשם (מוהרש"ל), ביאור לסמ"ג, עשין, מח. הוא מוכיח זאת מן העובדה שאישה שלא תבעה את כתובתה מן היתומים במשך 25 שנים, שוב אינה זכאית לתבוע אותה, מכיוון שיש להניח שמחלה עליה בליבה.

⁶ קצות החושן, סימן יב, ס"ק א.

⁷ הרב מ' אילן "מחילת אשה על מזונות" תחומין ג 123–153 (התשמ"ב).

⁸ הרב ב' כהנא שומרים 1374 (התשנ"ט).

⁹ סמ"ע, חושן משפט, סימן יב, ס"ק כא.

¹⁰ הש"ך, חושן משפט, שם, ס"ק יז, מציג שתי אפשרויות להסביר את הגבלת המחילה על חוב שנכתב בשטר. על פי הראשונה, חוב שיש עליו שטר נחשב כחוב גבוי שלא ניתן למחול עליו, וכך סבור הרב"ח. האפשרות השנייה מוצגת על ידי התומים, סימן יב, שמכיוון שלא החזיר את השטר, נראה שהמחילה לא נעשתה בלב שלם.

התחתונה.¹¹ וזה לשונו:

לא אמרין דמספיקא לא מפקינן ממונא [=אין אומרים שמספק אין מוציאים ממון]. שכיון שהחוב מבורר, צריך שלשון המחילה ג"כ היא מבורר... ושמור כלל זה, שהוא עיקר גדול בדיני ממונות.

כלומר, מכיוון שהחוב ידוע, צריך שתהיה גם המחילה מוחלטת וברורה, ונטל הראיה שאמנם נמחל החוב מוטל על הנתבע. לאור זאת, נראה כי מכיוון שהחוב שלפנינו מעוגן בחוזה בכתב, אי אפשר לטעון שמחל התובע על החוב בלא להביא הוכחה שאמנם עשה כן, הן לדעת הסמ"ע הן לדעת הש"ך.¹²

5. האם הימנעות מתביעת חוב זמן רב מעידה על מחילת החוב?

השאלה השנייה העומדת לדיון בענייננו היא: האם העובדה שחלפו שנים רבות שבהן לא נתבע החוב מעידה על מחילתו? בשולחן ערוך נפסק בעניין זה:

סדר גבית החוב כך הוא: כשהמלוה מוציא שטר חוב שקויים, אומרים ללוה: שלם! אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים: מחל לו, כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו, ואפילו שמענו שנתיאש מהחוב לגמרי, ואמר: וי לחסרון כס, אינו יאוש. ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו, אם החייב מודה.¹³

ענייניו הרואות שאין בעובדת חלוף שנים הרבה כדי להעיד על מחילת החוב.¹⁴ הנחת מחילה

¹¹ שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן ססד. היסוד לטענה זו הוא שכיוון שהחוב הוא ודאי והספק הוא אם אירע מעשה שיש בו כדי לפטור, בשונה מתביעה רגילה, שהספק בה הוא בחיוב, ועל כן יד התובע על התחתונה. אמנם הוא מציג אפשרות, ולפיה דין זה חל רק כשיש ספק אם מחל התובע אם לאו. אך אם העובדות ברורות, אך יש ספק הלכתי אם המציאות שהיא ידועה מהווה מחילה, יד התובע על התחתונה. אך אילן, לעיל ה"ש 7, דוחה הבחנה זו.

¹² נראה שגם אם יתברר שמחילת התובע היא מחילה, אפשר שבנדון דידן, לא יוכל הנתבע להיתלות בזה, כשהתובע חוזר בו. מ' אילן, לעיל ה"ש 7, מציג את השאלה הבאה: האם המוחל יכול לחזור בו, כיוון שדיבור מבטל דיבור, וכשם שהמחילה נעשתה בלב, כך גם החזרה יכול להיעשות בלב? המחלוקת בשאלה זו באה לידי ביטוי אף בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן סט, סעיף ד: "יש אומרים דכל אשה האומרת: איני ניוזנית ואיני עושה, נתבטלה התקנה, ואינה יכולה לחזור בה ולומר: אני ניוזנית ואני עושה (ב"י בשם הר"ן שכ"כ בשם הרמ"ה). ויש חולקים (ר"י נכ"ג)". המקור לדיון זה הוא דברי התלמוד: "בעל חוב גובה שלא בהזכרה" (כתובות קד ע"א), וכפי שפירש רש"י על אתר: "אם שתק בה שנים ולא מיחה על חובו, לא הפסיד בכך".

¹³ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צח, סעיף א.

¹⁴ רק כשיש נסיבות מיוחדות שיש אומדנה חזקה שמחל בעל החוב, לא תתקבל תביעתו המאוחרת. וראו

המבוססת על הימנעות מתביעת החוב במשך תקופה ארוכה חלה במקרה של אלמנה המתגוררת בבית בניה היתומים, ואילו בגרושה הגרה בבית בניה – אין מניחים הנחה מעין זו, כפי שנפסק בשולחן ערוך: "גרושה לעולם אינה מוחלת, אפילו שהתה כמה שנים".¹⁵ עוד יש לומר כי גם במקרה של אלמנה, אם שטר הכתובה עדיין בידיה, אין מניחים שמחלה על החוב.¹⁶

ומעין זה נפסק בעניין חובות שלא נגבו זמן רב, כפי שכתב מהר"ם אלשיך:

תשובה. הנה מתוך דברי השאלה, נראה שאין ראובן טוען ששמעון מחל לו בפירוש על השאר, אלא שאומר שמן הסתם מחל. ואם כך הוא, אין כאן שאלה, שאפילו היתה מלוה על-פה, לא אמרינן דמן הסתם מחל, דלא עביד איניש דמחיל חוביה בכדי [=כי אין אדם מוחל על חובו סתם].¹⁷

ונפסקה בשולחן ערוך הלכה חשובה לענייננו: "הרוצה לפסול שטר שלא הוציאו בחיי אביו... אין השטר נפסל בכך. אמנם יש לדיין לחקור ולדרוש להוציא הדין לאמתו". והוסיף הרמ"א: "וכן כל שטר ישן, יש לבית דין לחקור ולפשפש אחריו".¹⁸ דברי הרמ"א מבוססים על תשובת הרא"ש, והם מבטאים את התפישה שלפיה שטר שלא הוגש לפירעון זמן רב מעורר חשד שמא הוא שטר פרוע או שטר מזויף.¹⁹ וראוי להעיר כי הלכת הרא"ש היא מרכיב חשוב בתורת ההתיישנות במשפט העברי. ואין כאן מקום להאריך.²⁰ יחד עם זאת, לא ברור אם הלכת הרא"ש חלה בנדוננו, לאור דברי בעל "כנסת הגדולה". וזה לשונו: "לא כתב הרא"ש ז"ל שראוי להסתלק ממנו אלא כשיש חששא דרמאות וחשש זיוף. אבל אי ליכא שום חששא [=אבל אם אין שום חשש], אלא משום ששתק לבד, לא מחל".²¹ כלומר, אין לחשוש לכשרותו של שטר, אלא אם כן יש יסוד לחשוד בו שכבר נפרע. וכך סיכם את הדברים הרב שיינפלד: "עקרונית זכותו של ניזוק לגבות את חובו לעולם, ואין המזיק או הלווה יכול לומר שמכיוון שלא תבעו הלה עד עתה, סימן שהתייאש מן החוב, ומסתמא מחל עליו".²² באופן דומה נפסק אף בבית הדין הרבני, שאין להתבסס על

לעניין זה מה שכתב הרב ר' ערוסי "התיישנות בחוק ובהלכה" תחומין כא 426–428 (התשס"א).

15 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קא, סעיף ד.

16 שולחן ערוך, שם, סימן ק, סעיף ו.

17 שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לב.

18 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סא, סעיף ט.

19 ראו שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן כ.

20 לניתוח נרחב של תשובות הרא"ש, ראו: Yuval Sinai, *Judicial Authority in Fraudulent-Claim*; *Cases (DIN MERUME)*, 17 JEWISH LAW ANNUAL 242–249 (2007); מנחם אֶלון "על ההתיישנות

בדין העברי" הפרקליט יד 179–189, 243–279 (התשי"ח).

21 כנסת הגדולה, חלק א, מהדורא קמא, סימן טז.

22 הרב א' שיינפלד **נזיקין** 341 (התשנ"ב).

אי תביעת החוב במשך זמן רב ולהניח שהתובע מחל על החוב.²³ ואף בענייננו, יש לשאול מדוע לא הוגש שטר החוב לפירעון במשך זמן רב. נראה שאם ידוע מדוע עבר זמן רב בלא שהוגש השטר לפירעון, כגון עקב מצב ביטחוני, אין כאן מקום לטענת מחילה אלא יש לראות זאת כהארכת זמן הפירעון. הדין, הרב גולדשמידט, פוסק באופן דומה, אך מסייג את דבריו. וזה לשונו:

אולם אם יש הוכחות נוספות על מחילה, כגון גביית ההתחייבות כפי שנכתבה מבלי לתבוע תוספת ההצמדה ומבלי לזקוף הסכומים שנגבו מכוח גוף ההתחייבות על חשבון החוב של ההצמדה, יש לראות זאת כמחילה.²⁴

נמצא שטענת המשיב, שהעובדה שהחברה הממשלתית לא תבעה את החוב זמן רב מעידה על מחילת החוב, נסתרת על ידי מקורות המשפט העברי.

6. האם ההודעות על היתרה מעידות על מחילת החוב?

יש צורך לבחון את טיבן של ההודעות ששלחה החברה אל הנתבע וצוין בהן חוב בסך 0.17 ש"ח. האם זוהי יתרת החוב? שמא מדובר בחשבון נפרד שאינו קשור לחוב? אם נתייחס להודעות על יתרת החוב כאל שטר המעיד על מחילת החוב, הרי שיש בו כדי לפטור את הלווה. הרב אילן טוען במאמרו כי על אף שמחילה כנגד חוב המעוגן בחוזה בכתב אינה נחשבת מחילה, אין ספק שאם לא נאמרה בעל פה, ורק נכתבה בשטר, שהיא מועילה.²⁵ על כן, יש לבחון מה פשר הסכום הרשום בהודעות שנשלחו אל הנתבע.

7. מסקנות

- א. אין צורך לא בשטר, לא בקניין ולא בעדים ואף לא באמירה בפה כדי להוכיח שנמחל החוב.
- ב. מחילה על חוב הכתוב בשטר צריכה להיכתב בשטר.
- ג. כשיש ספק אם נמחל החוב אם לאו, יד התובע על העליונה.
- ד. המשפט העברי אינו מכיר באי תביעת חוב זמן רב כמחילה, אלא אם כן יש יסוד לחשד של רמאות.
- ה. הודעות על יתרת אפס עשויות להיחשב כמחילה בשטר.

²³ פד"ר י, עמ' שסג.

²⁴ פד"ר יא, עמ' קלא. בפסק דין זה, נחלקו ביניהם הדיין הרב ישראלי והדיין הרב אליהו בשאלה אם ניתן בכל זאת לראות זאת כויתור, כיוון שהם עסקו בגרושה שגבתה מזונותיה בלי לתבוע את ההצמדה. אך גם הרב ישראלי מסכים שאם לא גבתה כלום, ניתן לראות זאת כהרחבת זמן הפירעון ולא כמחילה.

²⁵ אילן, לעיל ה"ש 7, עמ' 135.

(ג) פסק הדין

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת **ענבל**, שעובדותיה נזכרו בתחילת פרק זה, נזקק השופט שפירא לחוק יסודות המשפט, בשל העובדה שישנה לאקונה בעניין סוגיית מחילת החוב. וזה לשונו בעניין זה, בסעיף 29 לפסק הדין:

עם חקיקת חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, בוטל סעיף 46 לדבר המלך במועצתו, וסעיף 1 קובע מקורות משפט משלימים. זו לשונו: "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, היורש והשלום של מורשת ישראל". לפיכך, בהנחה שיש חסר בחקיקה לפעולת המחילה, נחפש את הפתרון בשלבים. (ההדגשה במקור – י"ס).

אחר שבית המשפט בחן אם ניתן ללמוד על דרך ההיקש שמחילת חוב צריכה להיעשות בכתב, הוא פונה למקור הבא הנזכר בחוק יסודות המשפט, עקרונות מורשת ישראל. ואלה דבריו בסעיף 31 לפסק הדין:

מחילה במשפט העברי

31. גם אם טעיתי במסקנתי הנ"ל בדבר דרך ההיקש, נבדוק סוגיה זו במקור הבא, הוא עקרונות מורשת ישראל. במשפט העברי, ככלל, המחילה יכולה להתבצע ללא צורך במסמך כתוב דהיינו: "מחילה בפה", אולם אף לענין זה יש מחלוקת בין המהרש"ל לבין בעל קצות החושן (שם, יב, ח'). אולם כאשר החוב נכתב עלי שטר, הדעה הרווחת הינה כי מחילה על חוב זה נדרשת להעשות בשטר. (ראו מ' אילן, 'מחילת אשה על מזונות', תחומין ג (תשמ"ב), 123, 153; ב' כהנא, **שומרים**, ירושלים, תשכ"ט, 1374; סמ"ע חו"מ, סימן יב). כך גם במקרה שיש ספק אם היתה מחילה, קובע הרדב"ז כי אף שברגיל המוציא מחברו – ידו על התחתונה, הרי בספק מחילה יד הנתבע על התחתונה (תשובת הרדב"ז, א, שמד). ומסביר הרדב"ז:

"לא אמרינן דמספיקא לא מפקינן ממונא, שכיוון שהחוב מבורר, צריך שלשון המחילה ג"כ יהא מבורר... ושמוד כלל זה, שהוא עיקר גדול **בדיני ממונות**" (שם, שם).

המקורות במשפט העברי מובאים בחיבורם של הרב משה בארי וד"ר יובל

סיני, "מחילת חוב", המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה (2006) (להלן: ישמ"ע). (ההדגשה במקור – י"ס).

בהמשך פסק הדין, יישם בית המשפט את העקרונות העולים ממקורות המשפט העברי במקרה שנדון לפניו. וזה לשונו:

מן הכלל אל הפרט

32. כעולה מחומר הראיות שלפני, המבקשת לא נקטה במשך שנים אחדות בפעולת גביה של החוב.

אמנם טענת ההתיישנות שהעלתה המשיבה נדחתה לאור הוראת סעיף 20 לחוק ההתיישנות תשי"ח-1958, ואולם אין אנו פטורים מלדון האם הלוח הזמן, כשלעצמו, אינו מהווה מחילה?

כאשר בעל חוב משתהה בנקיטת הליכים במשך שנים, ניתן להניח שמא התייאש מגבייתו, כדברי הנשיא א' ברק, בפרשת הורוביץ דלעיל, באומרו: "נדרש איפוא שילוב רצונות הבא ללמד כי שני הצדדים לחוב זנחו את הסיכוי ואת הרצון לפורעו" (שם, שם).

אלא, שעה שמדובר בחוב המובטח בשיעבוד רשום, ניתן להניח, באותה המידה, שלא אצה לבעל החוב הדרך לגבייתו, שכן השעבודים הרובצים על כלל נכסי החייב, ודאי יביאוהו לפדות את חובו או לבקש הסרת השיעבודים, או אז יתעורר אף בעל החוב משנתו.

אולם הנחות לחוד ועובדות לחוד. במקרה דנן, לא הובאה כל ראיה שהמבקשת התייאשה מגביית החוב.

נהפוך הוא, הוכח אף מפי עד ההגנה מר דן תיכון כי דובר על הקפאת החוב ולא על מחילה או ויתור, ועל רקע זה היה פסק זמן בהליכי גבייה ונקיטת הליכים משפטיים כנגד המשיבה.

מצינו בשולחן ערוך, חושן משפט, צח, א':

"סדר גבית החוב כך הוא, כשהמלוה מוציא שטר חוב שקויים, אומרים ללוה שלם, אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים מחל לו, כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו, ואפי' שמענו שנתיאש וכו', ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו אם החייב מודה".

גם אם תובעים שטר לאחר זמן רב, יכול שהוא מעורר חשד שמא הוא נפרע או זויף (דברי הרמ"א המבוססים על תשובת הרא"ש), ואולם הרב משה בארי וד"ר יובל סיני, המביאים את המקורות הנ"ל, בדעה כי:

"באופן זה נפסק אף בבית הדין הרבני, שאין להתבסס על חוסר תביעת החוב במשך זמן רב ולהניח שהתובע מחל על החוב (פסקי דין רבניים,

כרך י' עמ' שסג). שטר זה אמנם מעורר חשד מדוע חלף זמן רב ללא דרישה לפירעונו, אך נראה שבמקרה שבו ידוע מדוע עבר זמן רב (מצב בטחוני), אין השטר מעורר חשד, ואין מקום לטענת מחילה. יש לראות זאת כהרחבת זמן הפירעון" (ישמ"ע, שם, שם).

בתקופת התלמוד לא הכיר המשפט העברי בהתיישנות חוב (פרט לתביעת כתובה ומזונות אלמנה מן העזבון), והעקרון היה "בעל חוב גובה לעולם" (ירושלמי כתובות, פי"ב, ה"ה), כפי שמציין מנחם אלון בספרו – המשפט העברי – הוצאת מגנס, חלק שלישי, תשכ"ח. ומוסיף פרופ' אלון:

"מתחילת המאה השבע-עשרה, כאשר גבר הצורך לקבוע הוראה משפטית ברורה בעניין התקופה שהנתבע צפוי בה להגשת תביעה, נתקבל במשפט העברי, בדרך התקנה והמנהג, העיקרון שעובדת ההתיישנות בלבד פוסלת את מהימנותן של הוכחות התביעה גם ללא חקירה ודרישה מיוחדת מצד בית-הדין, והנתבע, המכחיש את קיום החוב, נשבע על אמינות טענתו ונפטר. גם בתקופה זו נשמר העיקרון, שאין בהתיישנות משום ביטול הזכות גופה, ולכן נתבע, שלא הכחיש את קיום החוב, וכל שכן אם הודה בו, היה חייב לפרעו, אף אם התביעה התיישנה. אורכה של תקופת ההתיישנות נקבע, בדרך כלל, לשלוש שנים, ובמקרים מסוימים לשש שנים" (שם, 1452).

ומשנחקק חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, לא התקבלה מלוא עמדת המשפט העברי כפי שהובעה, ועל כך מוסיף פרופ' אלון:

"הפועל היוצא הוא, איפוא, שהנתבע יכול לבוא ולומר, שאמנם מודה הוא בקיומו של החוב ושאמנם טרם פרע אותו, אך אין הוא מוכן לשלם, משום שהתביעה התיישנה. גישה זו נוגדת באופן מהותי את עמדת המשפט העברי, ולא אחת פונה בית המשפט לבעל הדין לנהוג לפני משורת הדין ולשלם לתובע את אשר מגיע לו" (שם, 1453) (ההדגשות במקור – י"ס).

לבסוף, הגיע בית המשפט לכלל הכרעה לטובת המבקשת, וקבע שעל המשיב לשלם את יתרת חובו. וזה לשונו בסוף פסק הדין:

במקרה דנן, אין מדובר בבעלי דין שאינם מעורים בעסקים, אלא מצד אחד בחברה ממשלתית, ומצד שני בחברה עסקית ש"גילגלה" מיליוני ₪, לפחות בעסקה נשוא תובענה זו, ואשר שעבדה את כל נכסיה לצורך כך, ואף מקושרת היא עם אנשי צמרת. אם אכן סברה כי וועדה כה מכובדת כמו ועדת הכספים בכנסת הורתה על מחיקת חובה, היה עליה לתעד מחילה זו, שהרי

אין מדובר כאן ב'מילתא זוטרתא', דהיינו בענין קל ערך, אלא בשיעבודים בגין סכומים אדירים (ראו: ת"א (חיפה) 11040/95 אלמוז (טאורוס) אחזקות בע"מ נ' ישראל מלמוד ובניו בע"מ, תק-של, 2001 (3), 119, 131) (כב' השופט ש' לבנוני) (2001).

ועוד, עדי המבקשת לא נחקרו אם החוב נרשם בספרי החפ"ת כחוב אבוד (פרשת הורוביץ שם, שם), ואף המשיבה לא הציגה את ספרי החשבונות שלה על מנת שניתן יהא לראות כיצד נרשמה "המחילה" בספריה. לפיכך, אני מקבל את גירסת המבקשת ואת בקשתה כברישא התובענה.

עוד יש לציין שהשופט יוסף שפירא הסתייע בחוות הדעת הנ"ל אף לעניין הצורך שהמחילה תיעשה בכתב ב-ת"א (מחוזי י-ם) 2260/08 ה.ג. ואח' נ' א.פ. (לא פורסם, מיום 29.10.2008), בפסקה 45 לפסק הדין.

פרק שני

קניית נכס שלא בתום לב ובהטעיה בדבר זהות הקונה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (מחוזי י-ם) 6233/04 ציקבאשווילי ואח' נ' תפארת שלמה, תק-מח 2005(3) 2646 (מיום 15.8.2005), מפי השופט אהרן פרקש, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת תפארת שלמה).

שני הצדדים חתמו על הסכם למכירת נכס השייך לנתבעת. תובע מס' 2, שהוא עורך דין, חתם על חוזה המכר כנאמן בעבור התובע מס' 1 ששמו אינו נזכר בהסכם. במהלך המשא ומתן ובמעמד חתימת החוזה, לא גילה הנאמן, תובע מס' 2, למוכרים את שמו ואת זהותו של הקונה. משנתגלה הדבר למוכרים, הם הודיעו לו על ביטול ההסכם בטענה כי אילו ידעו מיהו הקונה האמיתי, היינו תובע מס' 1, כי אז לא היו חותמים על ההסכם בשל עברו העשיר בסכסוכים ובהתדינויות משפטיות עימהם.

התובעים טוענים שהנתבעת הפרה את הוראות ההסכם, ואילו הנתבעת טוענת שההסכם נחתם מתוך טעות ואולי אף הטעיה במתכוון, כשהתובע מס' 2 לא גילה לה שהוא שלוחו של התובע מס' 1, שהנתבעת לא רצתה כאמור למכור לו את הנכס.

בית המשפט פנה למרכזי שמ"ע וביקש לקבל חוות דעת בדבר עמדת המשפט העברי בשאלות הבאות:

- א. האם, על פי המשפט העברי, הנאמן חייב לנהוג בתום לב?
- ב. האם הנאמן חייב במקרה דנן לגלות למוכרים שהוא נאמן של תובע מס' 1, בהנחה שהנאמן ידע שהם מסרבים למכור לו את הנכס לתובע בכל מחיר ובכל תנאי?
- ג. האם במקרה שלפנינו זכאית הנתבעת להודיע על ביטול ההסכם עם הנאמן בשל הטענה כי הלה קיים משא ומתן עימה וחתם על החוזה שלא בתום לב בשעה שידע שאינה מוכנה למכור את הנכס לנהנה?

(ב) חוות הדעת

1. החובה לנהוג בתום לב

1.1. כללי

נאמר במדרש: "והישר בעיניו תעשה" – זה משא ומתן. מלמד שכל מי שנושא ונותן באמונה, רוח הבריות נוחה הימנו, ומעלין עליו כאילו קיים את כל התורה כולה".¹ אמרות חכמים בלשון דומה פזורים במקורות.² אף פרשנות המונח המשפטי "תום לב" לאור המשפט העברי גובשה זה מכבר בשורה של פסקי דין מאלפים ומפורטים של השופט מנחם אֶלון.³ וכאן ראוי לציין את דבריו של אֶלון על הזהירות המרובה שיש לנקוט בשימוש בעקרון תום הלב לאור המשפט העברי, ושלא כל התנהגות שאינה בתום לב גוררת אחריה נפקות משפטית, אלא לעתים מדובר רק בהתנהגות לא מוסרית וחוסר יושר.⁴

1.2. חובת הנאמנות של עורך הדין

הרב שאר ישוב הכהן מבקש לראות בעורכי הדין "מעין שלוחי הדיינים ובית הדין".⁵ מובן מאליו שניתן לראות בעורך הדין שליח בית הדין, בתנאי שהוא עושה את מלאכתו אמונה, אינו מלמד את לקוחו לטעון טענות שקר וכל מעשיו לשם שמיים. הרב הכהן מדגיש את האחריות הכבדה המוטלת על עורכי הדין, ואומר שאין לראות בהם "שליח הצדדים בלבד, כי אם גם שלוח בית דין" ו"שעליהם לדעת כי הם אחראים ראשית כל כלפי בית הדין, נוסף לאחריותם כלפי שמיא, ועליהם להקפיד לטעון רק אמת, לנצור לשונם מרע משפתותם מדבר מרמה, אף על פי שנסכרו על ידי הצדדים".

לפי תפישה זו, נראה שיש לעורך דין, הפועל כנאמן בעבור לקוח, חובות לא רק כלפי הלקוח אלא אף כלפי בית הדין וכלפי ריבונו של עולם, והוא חייב גם לפעול בתום לב.⁶ פרופ' נחום רקובר סוקר בספרו מקורות רבים שעולה מהם שכל שליח, ובכלל זה עורך דין, מחויב לעקרונות האתיים שמחויב להם שולחו.⁷ כך, לדוגמה, רב האי גאון⁸ עסק

1 מכילתא, פרשת בשלח, מס' ויסע, פרשה א.

2 צוינו אצל א' ורהפטיג **ההתחייבות** 409–419 (התשמ"א).

3 ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, עמ' 630–634 (1979); ע"א 391/80 **לסרסון נ' שכון עובדים**, פ"ד לח(2) 237 (1984). לסיכום הדברים ראו מנחם אֶלון **המשפט העברי** 164–171 (התשמ"ח).

4 נראה שהוא מציג גישה שונה מן המקובל ביחס לפסיקת רוב שופטי בית המשפט העליון, שהרחיבו כידוע את השימוש בעקרון תום הלב ואף ביטלו מכוחו חוזים ויצקו לתוכם חיובים שהצדדים לא כתבו בחוזה. ואין כאן מקום להאריך. וראו גם מה שכתבנו להלן חלק שלישי, שער רביעי, פרק ראשון.

5 הרב ש"י הכהן "מעמד עורכי הדין בהלכה" **תורה שבעל פה** כב, עמ' סד-פ, בעמ' עט (התשמ"א).
6 על החובות המוסריות המוטלות על עורך הדין שלא לשקר ושלא לפעול בתחבולות למען לקוחו, ראו גם: יעקב חבה "אתיקה של ניהול התדיינות במשפט העברי" **משפטים** כה 333–372 (התשנ"ה); הרב ע' בצרי **דיני ממונות** חלק א, עמ' תלט-תמב.

7 ראו נחום רקובר **השליחות וההרשאה במשפט העברי** 11–29 (התשל"ב).

בשאלה אם דינו של שליח שהטעה את הקונה או את המוכר שונה מדינו של מוכר או קונה שהטעו זה את זה. ההלכה קובעת שאם הטעה אחד מן הצדדים את הצד השני בשיעור של שישיית – המיקח בטל. רב האי דן בעניין שליח שהטעה את הצד השני ופסק שאין להבחין בין שליח למשלח, והשליח מחויב לקודים האתיים שמחויב להם כל אדם.

2. הטעיה בדבר זהות הקונה

אחד ההיבטים שעוסקת בהם השאלה הוא שמדובר בהטעיה בדבר זהות הקונה, שאילו הייתה זהותו ידועה למוכר, לא הייתה המכירה יוצאת אל הפועל. מה הדין במקרה זה? מקור הדין בתלמוד הבבלי, שמובא בו מעשה במי שמוכר את שדהו לקונה שזהותו לא הייתה ידועה לו. וזה לשון התלמוד: "הלוקח שדה בשם חבירו – אין כופין את המוכר למכור זימנא אחריתי [=פעם נוספת]".⁹ המקרה הנדון בתלמוד עוסק במי שקנה שדה בעבור חברו, ולאחר שנכתב השטר בעבור חברו, טען הקונה שהתכוון לקנות את השדה לעצמו ואף אמר שביקש שייכתב השטר בעבור חברו בגלל שחשש מפני נושים או מערערים שיערערו על בעלותו בשדה. על כן, העדיף לכתוב את השטר על שם חברו הידוע כאדם תקיף, שהפקפוק בבעלותו על הנכסים אינה סבירה. ונפסקה הלכה שבמקרה זה המוכר אינו חייב לכתוב שטר נוסף על שם הקונה האמיתי. ומה טעמה של ההלכה?

הרא"ש בפסקיו מסביר מדוע אין מחייבים אותו לכתוב שטר נוסף.¹⁰ לדבריו, אמנם המוכר אינו מקפיד על זהותו של הקונה, ואולם המוכר אף אינו מעוניין שייצאו שטרות רבים על שמו, מכיוון ששטרות מכירה רבים מעידים על מצבו הכלכלי הרעוע של בעליהם.¹¹ אף בספר העיטור, נאמר שגם אם יתברר שלוי אינו מעוניין במכירה וראובן מעוניין להסב את הבעלות על שמו, אין המוכר רשאי לחזור בו מן המכירה.¹² עולה אפוא גם מדבריו שהמוכר אינו יכול לחזור בו בעקבות העלמת המידע בדבר זהות הקונה.

הנה כי כן, מן המקורות שהבאנו לעיל עולה שהמכר אינו בטל, גם אם המוכר אינו יודע מיהו הקונה האמיתי. סיבה שולית מונעת את כפיית המוכר לכתוב שטר נוסף, והיא חששו מפני שטרות מכירה רבים הנושאים את שמו. אילולי כן, היה ניתן לכפות אותו לכתוב שטר נוסף על שם הקונה האמיתי של השדה.¹³

דברים אלה כתב במפורש אף הרב יעקב ישעיהו בלויא, מגדולי הדיינים בדורנו. וזה לשונו: "לאחר שעשה שליחותו, כל שלא שינה מדעת משלחו מעשיו קיימים, אף על פי

8 מובא בטור, חושן משפט, סימן קפב.

9 בבא קמא קג ע"א.

10 פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יט.

11 הסבר זה נאמר אף בהגהות המרדכי, בבא מציעא, סימן תנ.

12 ספר העיטור, מאמר שני, קניין, יב ע"א.

13 כעין זה דייק בעל קצות החושן, סימן קפד, ס"ק א.

שאינו מודיע שהוא שליח המשלח,¹⁴ והדגיש שאם לא שינה השליח מדעת המשלח, אין הוא חייב להודיע למוכר שהוא שליח.¹⁵

בניגוד לשיטות אלה, ניצבת לכאורה דעת הרמ"ה, ר' מאיר אבולעפיה, שעולה ממנה שאם לא ידע המוכר מיהו הקונה – המכירה מתבטלת.¹⁶ לדעתו, אם נתן ראובן כסף לשמעון כדי שיקנה בעבורו דבר מה, ונתן שמעון את הכסף למוכר והתכוון לקנות לעצמו, לא קנה שמעון, מכיוון שכוונת המוכר הייתה למכור לראובן שהוא בעל המעות. וכן היא אף דעתו של רבנו ירוחם, הדורש שיידע המוכר מיהו הקונה האמיתי. וזה לשונו:

ואם הקנה במעותיו, ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו, אפילו אם אמר בפני עדים: לצורך חבירי אני קונה במעותי, אלא אם כן הודיעו למוכר.¹⁷

וכן עולה אף מדברי בעלי התוספות, שאם לא ידע המוכר מיהו הקונה – המכר בטל.¹⁸ עינינו הרואות כי לפי שיטות אלה, אין לבטל את דעתו של המוכר. כדי לתת תוקף לפעולת המכירה דרושה הן כוונת המוכר והן כוונת הקונה. אמנם יש להניח שבדרך כלל לא אכפת לו למוכר מיהו הקונה, כל זמן שהוא מקבל את כספו. נמצא שהדיון הוא בשאלה אם דעתו של המוכר על הקונה שנפגש עימו או שדעתו למכור לבעל המעות.

ונשאלת השאלה: האם יש מחלוקת עקרונית בין הפוסקים? נראים הדברים שאין הכרח לומר כן. ואכן, כבר הסביר ד"ר שילם ורהפטיג שהפוסקים אינם חלוקים בעניין זה וכי יסוד ההבדל לכאורה שביניהם הוא בעובדה שעסקו במקרים שונים. בדרך כלל, אין המוכר מתעניין בשאלה מיהו הקונה, שהרי מטרתו לקבל את הכסף תמורת המכירה. ואולם, כשמתברר שהמוכר מקפיד על זהות הקונה, לא ניתן לכפות עליו קונה שאינו מעוניין למכור לו. על כן, במקרה זה, המכירה מתבטלת לדעת כל הפוסקים.¹⁹

את דבריו ניתן להוכיח אף מסוגיית התלמוד שהוצגה לעיל. כאמור, לא ניתן לחייב את בעל המיקה לכתוב שטר חדש, כיוון שלא נוח לו שיהיו הרבה שטרות כתובים על שמו. יש להניח שאילו היינו דורשים ממנו לכתוב שטר נוסף, היה הוא עלול לבטל את המכירה בטענה שהיא מסיבה לו נזק, ושאלו היה יודע על כך בשעת המכירה, היה מסרב לקיים את

14 הרב י"י בלויא פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה פרק יא, הלכה ח (התשמ"ד).

15 בהערה כ, שם, על יסוד דברי מחנה אפרים, הלכות שלוחין, סימן טו. במחנה אפרים, כתב שגם בגוי שמינה את ישראל שליח לקנות בעבורו מישראל אחר, גם אם השליח לא הודיע למוכר שהוא שליח הגוי – המכר תקף, משום "אמרינן שדעתו להקנות לבעל המעות".

16 הובא בטור, חושן משפט, סימן קפג.

17 ר' ירוחם, מישרים, נתיב כח, תחילת חלק א. האם הרא"ש מסכים עם שיטת ר' ירוחם? דבר זה שנוי במחלוקת בין הפוסקים. ר' יוסף קארו (בית יוסף, חושן משפט, סימן קפג, ד) והרמ"א (דרכי משה, שם) – סבורים שהרא"ש אינו מסכים עם דברי ר' ירוחם. לעומתם, סבורים הש"ך (חושן משפט, סימן קפג, ס"ק ב) וקצות החושן (שם), שהרא"ש מסכים עם דברי ר' ירוחם.

18 תוספות בבא קמא ע"ב, בד"ה שאני. כפי שפירשם קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג.

19 שילם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי 88 (התשל"ד).

העסקה. על כן, אף על פי שנקנה המיקח לבעל המעות, גם אם לא ידע המוכר על כך, אם יש למוכר סיבות שבעטיין אינו רוצה למכור לאדם מסוים, לא ניתן להטעותו. יש לאמוד את כוונתו שאינו מעוניין במכירה. במילים אחרות, יש להבחין בין שני מצבים: הראשון, שהמוכר אינו יודע מיהו הקונה, אך אין בעיניו חשיבות לזהות הקונה. לכן, המכירה תקפה, והוויכוח יכול להתעורר רק בין הקונה לבין מי שנקנה המיקח בעבורו, אך המוכר אינו יכול לחזור בו מן המכירה בטענה שלא ידע מיהו הקונה האמיתי. השני, שהמוכר טוען שחשב שהוא יודע מי הקונה האמיתי, והתכוון למכור רק לו, ומשהתברר לו שהוטעה – בטל המיקח.

מן הדברים האמורים, עולה אפוא שיש נפקות רבה לשאלה אם ידע המוכר למי הוא מוכר את החפץ. **ואם הוטעה מקום שיש בעיניו משמעות לזהות הקונה – המיקח מתבטל.** לאור זאת, עולה, שאם בנסיבות המקרה שבפרשת **תפארת שלמה** מדובר בהטעיה, יש בה כדי לבטל את המיקח. אך אם מדובר במכירה שנעשתה שלא בתום לב, אך לא הייתה הטעיה מפורשת, אין זה ברור אם המוכר זכאי לבטל את המיקח (ראו להלן). על כן, יש לבחון בכל מקרה מהו הטעם להסתרת המידע בדבר זהות הקונה.

3. תוצאות מכירה שלא בתום לב

האם התנהגות שלא בתום לב של אחד מהמעורבים בעסקת מכר מבטלת את המכירה? לדעת ד"ר שילם ורהפטיג, יש כאן הטעיה. וזה לשונו:

אם טעותו של הצד האחד לעיסקה נגרמה או הושפע על ידי הצד השני, הרי יש כאן הטעייה. ואם ההטעייה נעשתה במתכוין בדרך הערמה או אחרת, הרי יש כאן אונאה או רמאות... ההיצג הכוזב אינו צריך להיות דוקא בדרך של הודעה או הצהרה פוזיטיבית. יכול שהיצג יהיה על ידי אי הודעה על ידי הצד האחד לחבירו של דברים שהיה צריך או חייב להודיעם.²⁰

ורהפטיג מביא דוגמאות אחדות להטעיה הגורמת לביטול המיקח. הרמב"ם פוסק: "היה יודע שיש בממכרו מום, יודיעו ללוקח",²¹ והוא מוסיף שאם לא הודיעו – המיקח בטל. וכן כותב הרי"ף, כי כאשר אדם קונה חפץ, כוונתו שיהיה החפץ נקי מכל מום, ואם יש בו מום שהמוכר לא הודיעו – הרי זה מיקח טעות. מקרה קיצוני יותר הוא זה שבו לא ידע המוכר שיש מום במיקח, אך היה יכול להעלות על דעתו שיש בו מום. ונפסק להלכה בספר "מאירת עינים",²² שהמיקח בטל, גם אם לא ידע המוכר על המום אך ידע שיש אפשרות שיש בו מום. מקרה נוסף מתואר בתלמוד הירושלמי, כשהיה ראובן חייב לשמעון והסכימו ביניהם

20 ורהפטיג, לעיל ה"ש 19, עמ' 93–94.

21 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יח, הלכה א.

22 חושן משפט, סימן רלב, ס"ק מו.

שיועבר החוב ללוי, והתברר שבשעה זו היה לוי עני. במקרה זה, אם הערים ראובן, וידע על מצבו הכלכלי של לוי – ההסכם בטל, והחוב יוטל עליו.²³ הטעיה תיתכן אף אם נאמר לקונה שיש מום במכר, אך הדבר נאמר לו במעורפל. בתלמוד הבבלי מובא מעשה במוכר שסיפר לקונה על מומים רבים בבהמה. הקונה, שידע שאין בבהמה כל המומים שסיפר עליהם המוכר, התייחס בביטול לדברי המוכר. על כן, גם אם מתברר שאחד מן המומים אכן היה בבהמה, המיקח בטל, מכיוון שהודעה על המום נעשתה שלא ביושר.²⁴ מכאן שגם הטעיה שאינה מפורשת יש בה כדי לבטל את ההסכם, ובכך מתבטל המיקח. אם נבקש ליישם את העקרונות האמורים על עובדות המקרה שבפרשת **תפארת שלמה**, נמצא שאין כל ספק שמדובר במכירה שלא בתום לב, שהועלמו בה פרטים שיש בהם כדי לבטל את המיקח. לכן, המכירה בטלה בהתאם לפרטי הדינים שפירטנו בסעיף הקודם.

4. תשלום פיצויים על נזקים ישירים

המשפט העברי מבחין בין נזקים עקיפים, המכונים "גרמא", לבין נזקים ישירים. המזיק בדרך של "גרמא" פטור מדיני אדם, ואילו המזיק בדרך הגורמת לנזקים ישירים – חייב לשלם פיצויים לניזוק.²⁵ להבחנה האמורה יש חשיבות בהערכת שווי הפיצויים, שהיא עניין רחב היקף, ואין כאן מקום לדון בו. לעניין גרימת נזק בגין הפרת חוזה, כותב ד"ר שילם ורהפטיג: "כאשר אחד מהצדדים לחוזה הפר אותו, יש לצד השני ברירה או לעמוד על קיום החוזה ולתבוע את אכיפת ביצועו או לבטלו ובכל אופן יכול הצד שנפגע לתבוע פיצויים בעד נזקים שנגרמו לו על ידי ההפרה".²⁶

ההלכה אף קובעת שיש לחייב את המטעה את חברו להסכם מכר לפצותו על הנזקים הישירים שנגרמו לצד השני להסכם. בשולחן ערוך הובא דינו של מוכר שהטעה את הקונה, ונגרמו לקונה הוצאות ישירות בגין הקנייה עד שביטל את העסקה. נפסק: "ואם היה המוכר וידע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליך אותו למקום פלוני".²⁷

5. מסקנות

א. עורך הדין מחויב לנהוג בתום לב, גם אם הדבר מנוגד לאינטרס של לקוחו. הוא חב חובה לא רק כלפי הלקוח אלא אף כלפי בית המשפט וכלפי שמיא.

23 ירושלמי, קידושין, פ"ג ה"ד, סד ע"א.

24 בבא מציעא פ ע"א.

25 להרחבה, ראו הרב א' שיינפלד **נזיקין** סדרת חוק לישראל 288–289 (נחום רקובר עורך, התשנ"ב).

26 ורהפטיג, לעיל ה"ש 19, עמ' 334.

27 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלב, סעיף כא. על סוגיה זו בהרחבה, ראו הרב צ' שכטר "בעניני גרמא

וגרמי" **שערי צדק** ג 238–247 (התשס"ב).

- ב. ד"ר ורהפטיג סבור, ונראה שכך עולה גם מלשון הפוסקים, שאם הוטעה המוכר בעניין זהות הקונה כשאכפת לו מיהו המוכר – המיקח בטל. וגם אם ההטעיה אינה מפורשת, ניתן לבטל את המיקח.
- ג. חובה לשלם פיצויים בגין נזקים ישירים, ובכלל זה מוכר שהטעה את הקונה ונגרמו לקונה הוצאות ישירות בגין הקנייה עד שביטל את העסקה.

(ג) פסק הדין

עיקר הדיון בפרשת **תפארת שלמה** נסב כזכור אודות טענת הנתבעת, ולפיה נחתם החוזה מתוך טעות, ואפילו הטעיה, משום שהתובע מס' 2 לא גילה לנתבעת שהוא שלוחו של התובע מס' 1, שהנתבעת לא הייתה מוכנה למכור לו את הנכס.

בית המשפט המחוזי בירושלים דחה את התביעה ופסק כי במקרה של טעות יסודית הידועה לצד השני, רשאי הצד הטועה לבטל את החוזה. ואילו במקרה של טעות שאינה ידועה, ניתן כוח הביטול לבית המשפט אם ראה שמן הצדק לעשות כן.

וראוי לציין כי בית המשפט המחוזי לא הסתפק בהצגת היסודות המשפטיים הלקוחים מן דיני החוזים ודיני השליחות המקובלים במשפט הישראלי, וביקש לבסס את פסק הדין אף על מקורות המשפט העברי, תוך כך שהוא מביא בגוף פסק הדין, מפי השופט אהרן פרקש, את עיקרי חוות דעתו של מרכז ישמ"ע. וזה לשונו בסעיף 25 לפסק הדין:

במקרה דנן מצאתי לנכון להביא את עמדתו של המשפט העברי במספר נושאים שעלו במחלוקת שנפלה בין הצדדים, אשר דומה כי משפטנו זהה לעמדתו (הנני מודה לד"ר יובל סיני ולרב משה בארי מן המכללה האקדמית בנתניה, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) אשר נסתייעתי בחוות דעתם).

לא הבאנו כאן את הנאמר בהמשך פסק הדין, משום שהדברים נאמרו לעיל, ואין טעם לכפול הדברים.

פרק שלישי

פרשנות המונח 'לכשירחיב' בהתחייבות

(א) העובדות והשאלה המשפטיות

ת"א (מחוזי י-ם) 3090/01 אברבוך נ' אשכנזי (לא פורסם) (מיום 22.5.2006), מפי השופטת חנה בן עמי, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת אברבוך). במסגרת דיון אזרחי מורכב, שכל עובדותיו אינן נצרכות לענייננו, הועלו טענות מפי התובע נגד התחייבותו לשלם לאדם אחר "לכשירחיב". בעניין זה, העלה התובע שתי טענות: המונח "לכשירחיב" לקוח מן המשפט העברי ותכליתו – התחייבות מוסרית בלבד ולא משפטית; גם אם ניתן לראות בו חיוב משפטי, עדיין לא הגיעה העת להחזיר את החוב, משום שעדיין לא הרחיב הקב"ה את מצבו והוא שקוע בחובות. השופטת בן עמי, שופטת בית המשפט המחוזי בירושלים, פנתה למרכז ישמ"ע וביקשה לקבל חוות דעת בעניין הפרשנות שניתנה למונח "לכשירחיב" במקורות המשפט העברי, לנוכח הפירוש שהתובע מייחס לו.

(ב) הסתייעות במשפט העברי בפסק הדין

בפסק הדין בפרשת אברבוך דחתה השופטת בן עמי את טענותיו של התובע בדבר פירוש המונח "לכשירחיב", והיא מסתמכת לעניין זה על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. וזה לשונה בסעיף 23 של פסק הדין:

באשר לטענתו הראשונה של התובע לענין פרשנות המונח "לכשירחיב", אף שלא נמצא מקור הדין מפורשות במשמעות המשפטית של המונח, מעיון בפרויקט השו"ת ובמאגרים נוספים (אליהם הופנה ביה"מ ע"י מרכז ישמ"ע

בראשות ד"ר יובל סיני – ועל כך נתונה תודתי), נראה כי הכיוון הכללי העולה מהם הוא שהלשון "לכשירחיב" יש בה כוונת התחייבות רצינית, אף שכפי הנראה היא אינה תלויה בזמן אלא בשינוי נסיבות הקשורות ביכולת הפירעון של המתחייב. כך בשו"ת מהר"ש ענגל (חלק ו, סימן עט) העוסק בנושה שכתב שטר מחילה על חוב תמורת התחייבות כתובה של החייב לפרוע לו סכום זה "לכשירחיב גבולו", הוא מחייב את מי שערב על ההתחייבות החדשה, על פי ההלכה שהחזרת השטר מחייבת את הערב (והוא כותב שאם טוען הערב שלא ניתנה הערבות כתמורה למחילה אלא ניתנו לאחר שמחל הנושה, כך שאינה תופשת, יישבע ויפטר) והמורם מהאמור הוא כי המשיב ראה בלשון זו לשון התחייבות תקיפה לכל דבר, עד שהוא בא לחייב את הערב.

כך גם בשו"ת מנחת שלמה (חלק א, סימן כח): "ואפילו אם מפורש התנה המלוה שלא יוכל כלל לתובעו, אלא שרק דורש מהלוה שישלם לו מעצמו קרן ורבית לכשירחיב ה' את גבולו, גם כן הוה [=זה] רבית קצוצה... וממילא פשוט הוא שאיסור גמור לעשות כן גם ברבית דרבנן". הנה כי כן גם ממקור זה עולה שלשון "לכשירחיב" משמעה התחייבות לכל דבר, עד שהדבר משליך על איסור ריבית.

גם בשו"ת מהרש"ם (חלק ג, סימן רא): "ובדין מי שנתן כתב פיטור לחבירו, ואחרי זה חזר ותבעו וטוען שנתן לו באמנה יען שהבטיח לו לכשירחיב גבולו ישלם לו ועתה הרחיב גבול הלוה, ורו"מ כ' דכיון דאינו נאמן לומר אמנה נגד שטר מקוים כמ"ש בתומים רס"י פ"ב ומכ"ש דאין התובע נאמן, ואף דבכת"י נאמן לומר אמנה כמ"ש סי' ס"ט ס"ב היינו משום מיגו והכא לית לי' לתובע מיגו אדרבה הנתבע יש לו מיגו דפרעתי, לכן פסק דישבע הנתבע שלא נתן לו באמונה ויפטר עד כאן דבריו".

כך גם דברי הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר (חלק ו – חו"מ, סימן ו ד"ה ואנכי): "הן אמת דלכאורה יש לומר, שמכיון שרק לפני מספר חדשים לפני מותו לוח מכמה מקומות לרכישת הדירה, ומסתמא לוח על דעת להחזיר לכשירחיב ה' גבולו, ומסתמא עדיין לא פרע חובו, והוי כרגלים לדבר שלא פרע, כיון שידענו שלא היה איש עשיר".

המסקנה המשתמעת ממקורות אלו הינה כי התחייבות שנלווית לה המילה "לכשירחיב" הינה התחייבות תקפה משפטית" (ההדגשות במקור – י"ס).

תימוכין למסקנתה מוצאת השופטת בן עמי אף בגוף ההתחייבות, וזה לשונה בהמשך פסק הדין:

ואמנם תמיכה בגישה זו, ניתן למצוא בגוף ההתחייבות, בה הוסף ע"י

אברבוך: "ידידי היקר אני חוזר ומודיע שאפרע לך גם חוב זה אי"ה לכשירחיב הקב"ה...". יתר על כן, נתמכת חובתו המשפטית להחזרת החוב בהתחייבות עליה חתם ביום 25.1.93 – בה לא מופיע המונח "לכשירחיב".

פרק רביעי

השתתפות בהוצאות בניית גדר בין שני שכנים בשטחו של האחד

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (שלום פ"ת) 4288/01 ויצמן יעקב נ' צור אלברט, תק-של 2005(2) 7644 (מיום 11.5.2005), מפי השופט אהרן מקובר, בית משפט השלום בפתח-תקווה (להלן: פרשת ויצמן).

מדובר בשני בעלי מגרשים שכנים, שאחד מהם בנה גדר ביניהם על חשבוננו ובשטחו, ועתה הוא תובע משכנו במסגרת התביעה שכנגד שישתתף עימו בהוצאות הגדר. השכן מסרב להשתתף בהוצאות לבניית הגדר, בין השאר בטענה שהשכן הראשון בנה את הגדר בשטחו. עוד טוען הנתבע שכנגד כי שכנו לא פנה אליו לפני בניית הגדר כדי לקבל את הסכמתו לבניית הגדר ולאישור הוצאותיה, ובנה אותה על דעת עצמו. השאלה המשפטית המרכזית העיקרית היא: האם קמה במעשיהם של השכנים עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, שלפיה יש לחייב את הנתבע שכנגד להשתתף בהוצאותיה של בניית הגדר? מרכז ישמ"ע התבקש להציג את עמדת המשפט העברי בשאלה זו. פניית בית המשפט לקבל חוות דעת אודות עמדת המשפט העברי בעניין זה מתבקשת במיוחד משום שמדובר בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט), הנשען כידוע גם על עקרונות המשפט העברי.¹

¹ לזיקתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט למקורות המשפט העברי, ראו לדוגמה מני מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת", סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 "משפטים י 487-534 (התש"ם); ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – 'זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?' "הפרקליט לז 203-218 (התשמ"ז).

(ב) חוות הדעת

הקדמה

קודם שנדון בעניין, ראוי לדון תחילה בשאלה אם ניתן לכפות שכן לבנות גדר בינו לבין שכנו (סעיף 1). לאחר מכן נדון בשאלת הדין כשנבנתה גדר בשטחו של אחד מן השכנים (סעיף 2). לבסוף נדון בשאלה המרכזית העיקרית – השתתפות שכן בהוצאות שהוציא שכנו לבניית גדר ביניהם (סעיף 3). לאחר הדיון המפורט נסיק את המסקנות הראויות לפי המשפט העברי.

1. היכולת לכפות שכן לבנות גדר בין השכנים

תפישתו העקרונית של המשפט העברי היא שאחד השכנים יכול לכפות את שכנו לבנות ביניהם גדר, אם מדובר בחצר שהיא גדולה מארבע אמות, ארבעה מ"ר לערך, כדי שלא יפגע בפרטיותו של חברו הנקראת בלשון המשפט העברי "היזק ראייה". מסקנה זו עולה מהסוגיה התלמודית הפותחת את מסכת בבא בתרא, וכן נפסק בשולחן ערוך:

חצר השותפין שיש בה דין חלוקה [=חצר בשיעור הגדול מארבעה מ"ר לערך] או שחלקיה ברצונם, אף על פי שאין בה דין חלוקה – יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו. ואפילו עמדו כן שנים רבות בלא מחיצה – כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה.²

ואף כשאין היזק ראייה, יכול האחד לכוף את שכנו לעשות מחיצה קלה כדי שלא יבוא להשתמש זה בגבול חברו.³ שיעור רוחב הכותל הוא כמנהג המדינה.⁴ אף שתי גינות חייבו לבנות גדר. ולעניין שיעורה, יש שאומרים שהוא עשרה טפחים, קצת פחות ממטר, ויש שאומרים שהוא ארבע אמות, שני מטר לערך.⁵

ואם בנה אחד השכנים גדר יקרה מן המקובל, כגון גדר אבנים, ולא מיחה בו שכנו, השכן חייב להשתתף בהוצאות הגדר. אך אם מיחה בו, הוא פטור מלשלם בעבור הגדר היקרה וחייב לשלם לפי חלקו בגדר מקובלת, כגון גדר רשת.⁶

וצריכים לבנות את הגדר כפי המוסכם ביניהם או על פי מנהג המדינה או על פי מומחים. והגדר חייבת להיות בשטח המפריד ביניהם, ושניהם משתתפים בהוצאות הבנייה בשווה. ואם אחד מהם אינו יכול או אינו רוצה לבנות, רשאי שכנו לבנות את הגדר בתוך

2 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנז, סעיף א.

3 ראו שולחן ערוך, שם, סימן קעא, סעיף ב; סמ"ע שם.

4 שולחן ערוך, שם, סימן קנז, סעיף ד.

5 ראו שולחן ערוך, שם, סימן קנח, סעיפים א, ג.

6 ראו מנחת צבי, חלק א, סימן ז, סעיף ו.

שטחו מכספו או לבנות על שטח משותף, ושכנו אינו רשאי להשתמש בגדר עד שייתן לו חצי הוצאותיו.⁷ וכתבו הפוסקים שאין השכן שאינו משלם זכאי לתבוע משכנו לבנות את הגדר בשטח המפריד ביניהם, מן הטעם שישלם לו בעתיד מחצית הוצאותיו וישתמש בגדר. עוד כתבו שאם לא רצה האחד לבנות, ובנה שכנו את הגדר בתוך שטחו, ואחר כך ביקש שכנו לבנות על חשבון שניהם, אינו יכול לכופף את השכן שבנה את הגדר לחזור ולבנותה באמצע.⁸

ונראים הדברים כי אף בנדון דידן, יכול שכן אחד לכפות את שכנו לבנות גדר ביניהם כמנהג המקום ובהתאם לפרטי הדינים הנזכרים לעיל.

2. דין גדר שנבנתה בשטחו של אחד השכנים

בנדון דידן, נבנתה הגדר בשטחו של אחד השכנים. נשאלת השאלה: האם יכול שכנו לעכבו מלבנות את הגדר בשטחו? בשאלה זו נחלקו גדולי הפוסקים.

הרא"ש הביא שיטה, ולפיה חיוב בניית הגדר כמנהג המדינה הוא דווקא כשנבנתה בשטחם של שני השכנים, שאז יכול כל אחד לטעון נגד שכנו שאין רצונו להוציא את כספו לחינם וגם לתת חלק משטחו ולבנות גדר באיכות פחותה מזו המקובלת במדינה. לפיכך כופה האחד את חברו לבנות את הגדר באיכות המקובלת באותו מקום. אבל, אם אחד מהם רוצה לבנות את הגדר בשטחו, יכול לבנותה אף באיכות פחותה מן המקובל, כיוון שעל ידי כך הוא מסלק את היזק הראייה שנגרם לחברו בלא להשתמש בשטח שלו.⁹ אמנם הרא"ש מביא גם שיטה החולקת על שיטה זו, ולפיה אף אם הוא בונה בתוך שטחו – הוא חייב לבנות באיכות המקובלת באותו מקום, כגון באבנים או בלבנים, כיוון ששכנו רשאי לטעון שאין רצונו שיבנה שכנו מחיצה באיכות ירודה, שמא תיפול ויאלץ לריב עימו לתקנה. הרא"ה כותב ששכנו יכול לעכב בעדו מלבנות בתוך שטחו, אף כשבונה את הגדר מאבנים, כיוון שיכול הלה לטעון שהוא רוצה לסמוך על הגדר ולהשתמש בה, ואם יבנה שכנו הכול ברשותו, לא יהיה רשאי לסמוך על הגדר ולהשתמש בה.¹⁰ מדבריו משתמע גם שאף על פי שעיקר חיוב בניית הגדר הוא משום היזק ראייה, כיוון שחייבו חכמים לבנות גדר שתחצוץ ביניהם, יש כאן חיוב ממוני מוחלט של עשיית גדר. לכן רשאי האחד לתבוע משכנו לעשות גדר ברשות שניהם, כדי שיוכל להשתמש בה.

להלכה, הובאו שתי השיטות האמורות בידי הרמ"א, ר' משה איסרליש, בהגהותיו לשולחן ערוך. וזה לשונו:

אם נהגו במחיצה קלה, והאחד אומר לעשותה כולה משלו באבנים ולכנוס

7 רמ"א, סימן קנז, סעיף ד.

8 ראו פתחי חושן, הלכות שכנים, פרק ד סעיף כב, הערה מב.

9 פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק א, סימן ה.

10 מובא בנימוקי יוסף, א"ע"א ברפי הרי"ף, ד"ה הכל כמנהג.

לתוך שלו או להפך, יש אומרים דחבירו יכול לעכב על ידו, ויעשו כמנהג. ויש חולקין.¹¹

טעמים של האומרים שיכול לעכב, התבאר בידי בעל "ספר מאירת עיניים", שכתב שיכול לטעון שכנו שהוא רוצה גדר שיוכל להשתמש בה, וגם אם יאמר לו השכן הבונה את הגדר שהוא מתיר לו לעשות כן, יכול לומר לו הלה שאינו רוצה מתנת חנם. בעל "ספר מאירת עיניים" מוסיף בשם הטור שיש מחלוקת גם בשאלת הדין כשרוצה לבנות גדר דקה יותר: יש אומרים שיכול לומר השכן לשכנו – הבונה את הגדר – שאינו מסכים לבניית גדר דקה שמא תיפול ויאלץ לדון עימו על בנייתה מחדש, אך יש שאומרים שמכיוון שמסיר את היזק הראייה, שוב אין שכנו יכול לכופו לבנות גדר באיכות טובה יותר.

בעל "נתיבות המשפט"¹² הביא את דברי בעל "טורי זהב", שהקשה לדעת האומרים שיכול לעכב משום שימוש בגדר, שאין מקום לטעם זה, משום שהשכן חייב רק למנוע היזק ראייה. ומתריך בעל "נתיבות משפט" ואומר כי לא רק כשנתרצו השכנים לחלוק את החצר מרצונם יכול השכן לומר שאינו מסכים שיבנה שכנו בניגוד למנהג המדינה, כדי שיוכל להשתמש בגדר, אלא אף אם נתחייבו לחלוק החצר שלא בהסכמה, אלא על פי דין מכוח החיוב למנוע היזק ראייה, אפשר שלא חייבו חז"ל במחיצה אלא באופן שלא יפסידו בחלוקה. ואם יבנה האחד את הגדר בתוך שטחו ויבקש שכנו לסמוך על הגדר שלו, ייאלץ האחרון להוציא הוצאות נוספות. ופסק בעל "נתיבות המשפט" לבסוף שאם קנה כל אחד מחצית מן החצר, ודאי שאינו יכול לעכב את שכנו לבנות גדר כדי למנוע היזק ראייה.

נמצא שאף בנדון דידן, אם קנו שני השכנים מראש כל אחד את מגרשו, אין האחד זכאי למנוע משכנו לבנות גדר ביניהם רק בשטחו. אך אם קנו את המגרש בשותפות, ואחר כך חילקוהו לשני מגרשים, יש מחלוקת בין הפוסקים בשאלה אם השכן האחד יכול לעכב את שכנו מלבנות את הגדר בשטחו: יש אומרים שאינו יכול לעכב מלבנותה, משום שהגדר מונעת היזק ראייה; אחרים סוברים שיכול האחד לעכב את שכנו מלבנות את הגדר רק בשטחו, הואיל והדבר עשוי להביא להוצאת הוצאות יתרות, כשירצה השכן האחד להשתמש בגדר ולסמוך עליה גדר נוספת או להשתמש בה שימוש אחר. מכל מקום, לפי עובדות השאלה, נראה, כי בנדון דידן, מדובר במצב שבו עשה האחד מעשה ובנה את הגדר בשטחו, ויש לדון בשאלה אם יכול בונה הגדר לתבוע משכנו להשתתף בנייתה. נדון בשאלה זו בסעיף הבא.

3. השתתפות השכן בהוצאות בניית הגדר

חוק עשיית עושר ולא במשפט קובע בסעיף 1(ב), כי מי שזיכה את חברו בלי שנתבקש לעשות כן, זכאי שישב לו חברו את מה שזיכהו בלי ידיעתו. עיקרון דומה קיים אף במשפט

11 הגהות הרמ"א, חושן משפט, סימן קנז, סעיף ד.

12 ביאורים, שם, סעיף קטן ג.

העברי.¹³

על פי תפישת המשפט העברי, אם הוכח שאדם נהנה מהוצאות שהוציא חברו, חייב הוא להשתתף בתשלום ההוצאות, כיוון שאין הצדקה שיהנה אדם חינם מממונו של חברו.¹⁴ רק אם הוכח שהזוכה אינו נהנה מן הזכייה כלל, פטור הזוכה מן ההשבה. לפי המשפט העברי, גם אם פעל המזכה בתוך תחומו, והזוכה נהנה בעקיפין מפעולתו – הוא חייב לשלם בעבור הנאתו. דוגמה לדבר היא בניית גדרות סביב שדות הזוכה המוקפות על ידי שדות המזכה.¹⁵ וכן נפסקה הלכה בעניין זה בשולחן ערוך. וזה לשונו:

מי שהיה לו חורבה בין חורבות¹⁶ חבירו, ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושניה ושלישית, שנמצאת חורבה זו מג' רוחותיה גדורה – אין מחייבין אותו ליתן מההוצאה כלום, שהרי לא הועיל לו, והרי חורבתו פתוחה לרשות הרבים כמו שהיתה. לפיכך, אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר – מגלגלין עליו את הכל, ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בד' רוחותיו.¹⁷

עינינו הרואות שבעל השדות המוקפות, הנהנה, חייב לשלם את מחצית ההוצאות שהוציא המקיף לבניית גדר סביב שדותיו, אם שכנו נהנה מבניית הגדר. וראוי להדגיש כי גם כשאפשר להניח שהזוכה, "הניקף" בלשון המקורות, היה יוזם את הזכייה בעצמו – גם אם לא היה פועל המזכה – יתחייב הזוכה להשתתף לפי שיעור הוצאותיו של המזכה בלבד, ולא בתשלום שוויה המלא של הזכייה.¹⁸

אמרו מעתה שאף בנדון דידן, נראה, עקרונית, שהשכן חייב להשתתף בהוצאות שהוציא שכנו לבניית הגדר, משום שגם הוא נהנה ממנה. יחד עם זאת, אין הכרח שיחויב לשלם מחצית מן ההוצאות, משום שהדבר תלוי בנסיבות המקרה. על השיקולים בקביעת שיעור ההשתתפות בהוצאות ניתן ללמוד מהמשך דברי השולחן ערוך באותה הלכה, שסייג את דבריו בעניין תשלום מחצית מהוצאות בניית הגדר, ואמר:

ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם. אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה, אין מגלגלין אלא דבר מועט, כמו שיראו הדיינים, שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים.

¹³ להרחבה, ראו הרב י' בלס **עשיית עושר ולא במשפט** הסדרה חוק לישראל 37–46 (נחום רקובר עורך, התשנ"ב).

¹⁴ לעניין הנימוקים המשפטיים המחייבים בתשלום הזכייה שקיבל ביוזמת המזכה, ראו בלס, שם, בעמ' 43, הערה 39.

¹⁵ ראו סוגיית התלמוד בבא קמא כ ע"ב.

¹⁶ וכתב בעל נתיבות המשפט, לעיל ה"ש 12, שהוא הדין בשדה בין שדות.

¹⁷ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנח, סעיף ו.

¹⁸ ראו בלס, לעיל ה"ש 13, עמ' 45, על יסוד דברי נתיבות המשפט, ביאורים, סימן קנח, סעיף קטן ד.

נמצא שאף בנדון דידן, הואיל והגדר נבנתה בחלקו של אחד השכנים, אין הוא זכאי לתבוע משכנו תשלום מלא של מחצית מן ההוצאות שהוציא, אלא רק תשלום "דבר מועט, כפי שיראו הדיינים", משום שהגדר נבנתה בחלקו, ואין לשכנו רשות להשתמש בה. שיקול נוסף הנוגע לענייננו נזכר בהמשך דברי השולחן ערוך: "אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית, הרי גילה דעתו, ונותן חצי ההוצאה של שלשה רוחות, אם היו הכתלים של שניהם". כלומר, אם גילה הנהנה את דעתו שהוא מוכן להוציא ממון על הגדר – עליו לשלם מחצית מן ההוצאות שהוציא שכנו המקיף, בניכוי מה שהוציא הניקף בבניית הגדר הרביעית, סך הכול – מחצית מהוצאות כל הגדר.¹⁹ הלכה דומה נזכרה במשנה²⁰ בעניין כותל חצר המבדיל בין שני שותפים שנפל, ובנה אחד מהם את הכותל גבוה יותר מארבע אמות, ונאמר שאין מחייבים את השכן לתת את חלקו אלא עד ארבע אמות בלבד. אך אם סמך לו השכן השני כותל אחר כנגד כותל זה, כדי לבנות עליו תקרה, מגלגלין עליו את הכול, וחייב לשלם מחצית מן ההוצאות. נמצא שגילוי דעתו של השכן, כשהוציא מכספו והשתמש בכותל שבנה חברו, מחייבו לשלם מחצית מן ההוצאות.²¹

וכן אף בנדון דידן, אם גילה השכן את דעתו במעשיו שהוא נהנה מן הגדר שנבנתה, ואף בנה בחלקו תוספת על מה שבנה שכנו, ניתן לחייבו לשלם מחצית מן ההוצאות שהוציא שכנו לבניית הגדר. ואולם, הדברים אמורים רק אם בנה אף בחלקו גדר באיכות דומה לזו שבנה שכנו. אך אם בנה גדר באיכות פחותה ממנו, כגון שבנה שכנו גדר של אבן והוא בנה גדר של עץ, אינו משלם לשכנו אלא דמי גדר מאיכות פחותה.²² כיוצא בזה, אם אמר שכנו שהוא מסתפק בבניית גדר באיכות פחותה, ובנה הלה בכל זאת גדר באיכות גבוהה, אינו חייב לשלם לו אלא דמי גדר באיכות פחותה.²³

4. מסקנות

- א. תפישת המשפט העברי היא כי כל שכן יכול לכפות את שכנו לבנות גדר ביניהם, אם מדובר בחצר שהיא גדולה מארבע אמות, שני מטר לערך, כדי שלא יפגע בפרטיותו של שכנו, המכונה במשפט העברי בשם "היזק ראייה". את בניית הגדר יש לעשות כפי מנהג המקום ובהתאם לכללים שפירטנו בסעיף 1.
- ב. אם קנו שני השכנים מראש כל אחד מגרש לעצמו, אין שכן אחד יכול למנוע משכנו מלבנות גדר ביניהם בשטחו בלבד. אך אם קנו את המגרש בשותפות, ואחר כך חילקוהו לשני מגרשים, יש מחלוקת בין הפוסקים בשאלה אם שכן אחד יכול לעכב את שכנו

19 שולחן ערוך שם, לעיל ה"ש 17. לעניין זה, ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ססג, סעיף ט.

20 בבא בתרא, פרק א, משנה ד.

21 על היסוד המשפטי של הלכה זו, ראו: בלס לעיל ה"ש 13, עמ' 58–59; נחום רקובר **עשיית עושר ולא במשפט** 24–27 (התשמ"ח).

22 שולחן ערוך, לעיל ה"ש 19, הלכה ז.

23 שולחן ערוך, שם, הלכה ח.

מלבנות גדר בשטחו: יש אומרים שאינו יכול לעכבו, משום שהגדר מונעת את היזק הראייה; אחרים סוברים ששכן אחד יכול לעכב את שכנו מלבנות את הגדר רק בשטחו, הואיל והדבר עשוי לגרום לו הוצאות יתרות בעתיד, כשירצה לסמוך על הגדר שבנה שכנו ולסמוך עליה גדר נוספת או להשתמש בה.

ג. הזוכה חייב להשיב את ערך מה שזכה בפעולת שכנו, גם אם היא באה ביוזמת המזכה. לפי המשפט העברי, אם המזכה פועל בתוך תחומו, והזוכה נהנה בעקיפין מפעולתו, חייב הנהנה לשלם בעבור זכייתו. יחד עם זאת, אין הכרח שיחויב לשלם מחצית מן ההוצאות, והדבר תלוי בנסיבות המקרה. בנדון דידן, הואיל ונבנתה הגדר בחלקו של אחד השכנים, אין הוא זכאי לקבל משכנו מחצית מן ההוצאות שהוציא אלא רק "דבר מועט, כפי שיראו הדיינים", משום שהגדר נבנתה בחלקו של האחד ואין לשכנו רשות להשתמש בה. אם הראה השכן שהוא נהנה מהגדר שבנה שכנו, ואף בנה בחלקו תוספת לגדר, ניתן לחייבו על מחצית מההוצאות שהוציא שכנו. ואולם, הדברים אמורים רק כשבנה השכן אף בחלקו גדר באיכות דומה לזו שבנה שכנו. אך אם בנה גדר באיכות פחותה מזו של שכנו, אינו משלם לשכנו אלא דמי גדר באיכות פחותה. כיוצא בזה, אם אמר השכן שהוא מסתפק בגדר מאיכות פחותה, ושכנו בנה ככל זאת גדר באיכות גבוהה, אין השכן הנהנה חייב לשלם אלא דמי גדר באיכות פחותה.

(ג) פסק הדין

בית משפט השלום בפתח-תקווה קיבל את התביעה שכנגד בפרשת **ויצמן**, שעובדותיה פורטו לעיל בתחילת הפרק, וחייב את הנתבע שכנגד להשתתף בהוצאות בניית הגדר בין שני השכנים. בית המשפט ביסס את קביעתו על דיני עשיית עושר ולא במשפט. וזה לשונו בסעיף 68:

אפשר שבמקרה שבפנינו יחול גם חוק "עשיית עושר ולא במשפט", תשל"ט-1979, הקובע בסעיף 1 (א): "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה".

סעיף 1 (ב) לחוק הנ"ל אומר: "אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".

בפסיקה נקבע כי במקרים בהם לא ניתן להצביע על דין מפורש אשר מקנה לזוכה זכות להתעשר או שולל זאת ממנו: "המבחן לשאלה אם ההתעשרות הינה כדין היא בבחינה אם התעשרות זו היא בלתי צודקת" (רע"א 371/89 לייבוויץ נ' א.א.ת. י.אליהו בע"מ, פ"ד מ"ד (2) 309, 323 א). פרופ' פרידמן,

בספרו "עשיית עושר ולא במשפט", חלק א', עמ' 84 (מהדורה שנייה, אבירם הוצאה לאור בע"מ), אומר: "...לא אחת תחתך השאלה אם קיבל הנתבע טובת הנאה 'שלא על פי זכות שבדין', על-פי המבחן אם ההתעשרות היא צודקת. אם היא בלתי צודקת, אין לראותה כהתעשרות על-פי זכות שבדין".

בית המשפט ביקש לבסס את קביעתו על עקרונות המשפט העברי. וזה לשונו בסעיפים 69–71:

יצויין כי גם על-פי המשפט העברי, ההלכה היא שיכול שכן לכפות את שכנו לבנות ביניהם גדר, כאשר מדובר בחצר שהיא גדולה מארבע אמות, כדי שלא יפגע בפרטיותו של חברו. בונים את הגדר כפי המוסכם בין הצדדים, או על פי מנהג המדינה, או על פי מומחים. בונים את הגדר על מקום שניהם, ועל הוצאות שניהם בשווה.

בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנז, סע' א, נפסק: "חצר השותפין שיש בדין חלוקה או שחילקה ברצונם, אף על פי שאין בה דין חלוקה – יש לכל אחד מהם לכוף את חברו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חברו בשעה שמשתמש בחלקו, ואפילו עמדו כך שנים רבות בלא מחיצה – כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה".

(תודה לד"ר יובל סיני, ראש מרכז ישמ"ע, המכללה האקדמית נתניה, על ההפניה למקורות).

יחד עם זאת, גם אם התובע הסכים להקמת גדר הפרדה, כשהסכמה באה לידי ביטוי בחתימתו של בא כוחו על גבי התוכניות, הרי שהתובע לא הובא מראש בסוד התכנון, ולא התבקש מלכתחילה להסכים לעלות המתוכננת על ידי הנתבעים לצורך הקמת הגדר.

על-פי המשפט העברי, כאשר השכן בנה גדר יקרה מהמקובל והשכן השני לא מחה בו, אזי הוא צריך להשתתף בהוצאות הגדר, אך אם הוא מחה בו, הרי שהוא פטור מלשלם עבור הגדר היקרה אלא משלם לפי חלקו בגדר מקובלת (מנחת צבי, חלק א, סימן ז, ס.ק. (1)).

בענייננו, לא היתה מחאה, אך גם לא הסכמה לעלות ההוצאות.

על יסוד הדברים האמורים לעיל, מגיע בית המשפט (בסעיף 76) למסקנה:

לאור כל האמור, אני מעמיד את סכום ההשתתפות של התובע בעלות הקמת הגדר המפרידה על שני שלישי מן הסכום הנתבע בעניין זה, דהיינו סכום של 35,854 ש"ח (כולל מע"מ), בצירוף ריבית והפרשי הצמדה למדד מיום 30.9.01, ועד התשלום בפועל.

שער שישי

דיני משפחה

פתיחה

בשער זה יש מספר הפרקים הרב ביותר, שבעה, והוא משקף את העובדה שבחלק ניכר מדיני המשפחה, מזונות האישה והילדים, חייבים בתי המשפט האזרחיים לפסוק על פי הדין האישי של בני הזוג, שהוא המשפט העברי, אם בני הזוג הם יהודים. ואכן, בתחום דיני המשפחה הופנו למרכז ישמ"ע עשרות רבות של שאלות, ואנו בחרנו להביא כאן מבחר קטן של שאלות הנוגעות לסוגיות שעוררו לאחרונה עניין רב בבתי המשפט לענייני משפחה בישראל.

במרכז של הפרק הראשון, שעניינו האימוץ הפתוח, יעמוד עקרון טובת הילד במשפט העברי. מלבד זאת, נעמוד בפרק זה על מעמדם של ההורים הטבעיים, על חובת גילוי האימוץ ועל שיקולי מדיניות.

הפרק השני עוסק בפשרה ובגישור במשפט ובדיני המשפחה, בבחינת ההליכים החלופיים לפתרון סכסוכים שקרנם עולה מאוד בשנים האחרונות במשפט הישראלי בכלל, ובדיני המשפחה בפרט.

שאר הפרקים בשער זה עוסקים מטבע הדברים בדיני המזונות, התחום המובהק ביותר בדיני המשפחה שיש בו למשפט העברי השפעה מכרעת מכוח החוק על פסיקת בתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל. שני פרקים, השלישי והרביעי, עוסקים בחיובי הורים במזונות ילדיהם, ואילו שאר הפרקים עוסקים בחיובי מזונות לבן הזוג או בת הזוג.

ראויים לציון מיוחד הפרקים שיש בהם ביטוי לדרכי התמודדותה של ההלכה היהודית עם המגמה ההולכת ומתפתחת בקרב כמה משופטי בתי המשפט האזרחיים, להטיל חיובי

מזונות גם על האישה, ושל השאיפה ליצור שוויון בין הבעל לבין האישה ביחס לחיובים הממוניים. בחינת המגמות הללו מתבטאת הן בפרקים הדנים במזונות הילדים, דוגמת שאלת חיוב האם במזונות הילדים (פרק שלישי) הן בפרקים הדנים ביחסי הממון בין בני הזוג, דוגמת השאלה אם ניתן לחייב אישה במזונות בעלה מדין צדקה (פרק חמישי). בפרק השישי נעסוק גם בסוגיה המעניינת, מורד ומעין מורד. מטבע הדברים, זכו המורדת והמעין מורדת להתייחסות רבה יותר הן בפסיקה הרבנית והאזרחית בישראל הן בספרות ההלכתית והמשפטית, יותר מסוגיית המורד והמעין מורד. אך עם השתנות העתים והטיית המשקל לשוויון זכויות האישה, גוברת ההתייחסות לבחינת מעמדם של המורד והמעין מורד. במרכזו של פרק זה, תעמוד השאלה שהופנתה למרכז ישמ"ע בעניין החלת דין מעין מורד כשעזב הבעל את ביתו כדי לגור עם אישה אחרת ואשתו תובעת ממנו את זכויותיה. סוגיה זו זכתה בעת האחרונה לידון בשלושה פסקי דין, ומאלפת היא העובדה שהשופטים הכריעו, כל אחד לצד אחר, על סמך עמדותיהם של חכמי ההלכה הן לעניין התנאים הנדרשים להיחשב כמורד הן לעניין זכויותיו של הבעל המורד ליהנות מפירות נכסי אשתו וממעשי ידיה. בפרק הרביעי נדון במזונות הילדים שנולדו לאישה בהפריה מלאכותית בלא הסכמת הבעל. בפרק השביעי נדון גם בשאלת היסוד המשפטי האפשרי לחייב במזונות איש שחי עם ידועה בציבור או אישה שחייתה עם ידוע בציבור בלא חופה וקידושין.

פרק ראשון

אימוץ פתוח

הקדמה

נושא האימוץ הפתוח אינו מוגדר ומוסדר כהלכה במשפט הישראלי. בחוק הישראלי לא מצאנו לו ביטוי מפורש, מלבד היותו חוסה תחת כנפי ההגדרה הכללית, "צמצום תוצאות האימוץ", המופיעה בסעיף 16(1) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. דבר זה נובע ככל הנראה בגלל מורכבותה של המציאות בעניין זה, היוצרת מגוון דרגות של קשר בין הורים מאמצים לבין ילד מאומץ, ובין אלה לבין בני משפחתו הביולוגית של המאומץ,¹ שכל אחת מהן עשויה להשפיע אחרת על מערכת היחסים בין שלושת הגורמים המעורבים באימוץ. וכבר קבע השופט שמגר בעניין האימוץ הפתוח: "אין ספק שלא ניתן לקבוע מסקנה אחת ויחידה הישימה לכל מקרה. כל מקרה צריך להיבדק לאור נסיבותיו. למותר להוסיף שנסיונותיו של האחד אינן דומות לנסיונות רעהו".²

נוסף על זה, עיון במקורות המשפט העברי מעלה כי נושא האימוץ בכלל נדון רק בהקשר לתוצאותיו המשפטיות בעניינים השונים,³ ועולה מהם לכאורה שאין להבחין לעניין התוצאות המשפטיות בין אימוץ סגור לבין אימוץ פתוח, וגישתם הכללית של העוסקים בסוגיה זו נראית מעט פורמליסטית. ואף על פי שנראה, עקרונית, שהמשפט העברי רואה בחיוב את מעשה החסד והצדקה בעצם הדאגה לגידולו של ילד שאין מי שידאג לו,⁴ יש הסתייגות בקרב פוסקי ההלכה כלפי מוסד האימוץ בדמותו המודרנית,⁵ כאשר, למעשה, לא נדון אופי הקשר בין ההורים הטבעיים לבין ההורים המאמצים או הילד

1 ראו ד' גוטליב "אימוץ פתוח – לקראת גיבוש גישה ישראלית" **רפואה ומשפט** 19, עמ' 109 ואילך (1998). המחבר מונה שם רשימה חלקית בת שבע דרגות של סוגי קשר שכיחים.
2 ע"א 653/95 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(2) 383 (1995).
3 ראו נילי מימון **דיני אימוץ ילדים** 510–589 (התשנ"ד).
4 מגילה יג ע"א; סנהדרין יט ע"א; הרב י' אברמסקי, חזון יחזקאל, הקדמה לתוספתא, מסכת יבמות.
5 מימון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 512–516.

המאומץ. לפיכך, נוכל רק לנתח את העקרונות הכלליים העולים מסוגיות מקבילות שנדונו על ידי הפוסקים ולנסות לשער מגישת ההלכה לנושא האימוץ בכלל, מהו יחסה לאימוץ פתוח.

1. טובת הילד

דומה כי אחד השיקולים העיקריים, אם לא העיקרי שבהם, הנדון בספרות המקצועית והמשפטית בנושא האימוץ בכלל, ובנושא האימוץ הפתוח בפרט, הוא טובת הילד. אכן, נראה כי, כפי שבענייני משמורת השנויים במחלוקת בין ההורים הביולוגיים קובע המשפט העברי כללים המתחשבים בהתפתחותו הפיסית והנפשית התקינה של הקטין, כפי שנפרט בהמשך דברינו, כן יש צורך להתחשב בטובת הילד המאומץ, ואולי אף יותר מכך, וצריך לקבוע מה יהיה אופייה של מערכת היחסים בין ההורים הטבעיים לבין ההורים מאמצים.

בשולחן ערוך⁶ מובאת להלכה דעת הפוסקים, כי בגיל הרך⁷ טובת הילד היא שיהא במשמורת אצל אמו בגלל צרכיו הפיסיים והנפשיים בגיל זה.⁸ לאחר מכן, מגיל שש ומעלה, נפסק שיש להבחין לעניין זה בין המינים: הבן יהיה במשמורת אצל אביו, והבת תהיה במשמורת אצל אמה, ואפשר לסטות משני הכללים הללו רק אם טובת הקטין דורשת זאת. וזה לשון הרמ"א בעניין קטינה שהיא בת יותר משש שנים:

ודוקא שנראה לבית דין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישוב עם בית אביה, אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה.⁹

⁶ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, סעיף ז. וראו: א' שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" **שנתון המשפט העברי** ה' 285–320 (התשל"ח); י' קפלן "טובת הילד כעקרון על" **פרשת השבוע פרשת שמות** גיליון 152 (התשס"ד); י"צ גילת **שיקולי "טובת הילד" בפסיקה האזרחית והרבנית בענייני משמורת ילדים וחינוכם** (חיבור לקבלת התואר השני, אוניברסיטת בר-אילן, התשמ"ח); י"צ גילת "מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל" **מאזני משפט** א' 297–392 (התש"ס).

⁷ אין כאן מקום להאריך בשאלת חזקת הגיל הרך במשפט העברי, משום שאף על פי שהגישה המקובלת בקרב פוסקי ההלכה היא כאמור לעיל, יש גם דעות אחרות, כגון: הראב"ד בהשגותיו למשנה תורה לרמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה יז; שו"ת הרא"ש, כלל פב, סימן ב; שו"ת תשב"ץ, חלק א, סימן מ; שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן כד; אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, כרך א, ח (התש"י); שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סימן קיג; שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן נ.

⁸ כתובות סה ע"ב, ופירושו רש"י על אתר, ד"ה יוצא בערוב אמו; תוספות רי"ד, שם, ד"ה יוצא בערוב אמו; שיטה מקובצת, שם, ד"ה לאו משום.

⁹ שולחן ערוך, לעיל ה"ש 6, בשם שו"ת מהר"ם מפדובה, סימן נג.

ר' מאיר הלוי אבולעפיה,¹⁰ מגדולי הראשונים (ספרד, המאה הי"ב-הי"ג) קובע כי אם טובת הבן הקטין שיהא במשמורת אצל אמו, הרי שהדבר ייעשה גם אם הוא בן למעלה ממש שנים.

עקרון טובת הילד הוא עיקרון חשוב בהרבה מפסקי הדין הרבניים¹¹ העוסקים בענייני משמורת. לדעת הדיין הרב גולדשמידט,¹² בהכרעות בתי הדין הרבניים בשאלת החזקת ילדים, עקרון טובת הילד הוא עיקרון עיקרי ואפילו בלעדי.

הנה כי כן, ניתן לומר שההלכה מכירה בחשיבותו הרבה של עקרון טובת הילד במסגרת השיקולים בעניין משמורת ילדים.¹³ וכאן המקום לציין שאף בעניין זה, כבכל עניין הלכתי הדורש התייעצות עם מומחים, חייב הפוסק או הדיין לקבל חוות דעת מקצועית לפני פסיקתו, משום שחוות דעת מקצועית מסייעת הרבה להערכת העובדות הנדרשת לפני כל ניתוח הלכתי. כך הדבר בענייני רפואה והלכה, כך בענייני טכנולוגיה והלכה, וכן הוא הדבר גם בעניינים סוציאליים ופסיכולוגיים.

מכוח גישה זו, הנחתה הרבנות הראשית לישראל את בתי הדין הרבניים לקבל את חוות דעתם של מומחים בתיקי גירושין שעולה בהם שאלת המשמורת של ילדים.¹⁴ דבר זה מובן היטב לאור התפישה התלמודית כי "בית דין אביהן של יתומים",¹⁵ ושעליו מוטלת החובה לברר בכל הכלים העומדים לרשותו מהי טובתם של הקטינים.¹⁶

ומכאן – לענייני אימוץ. אם שיקולי טובת הילד עומדים במרכז הדין במחלוקת בין ההורים הטבעיים בסוגיית המשמורת, כל שכן שעליהם לעמוד במרכז הדין כשמדובר באימוץ פתוח, המעלה שאלות ככדות משקל בדבר השפעתו של אימוץ מעין זה על נפש הילד המאומץ.¹⁷ ואכן, יש מחקרים רבים יותר בשאלת האימוץ הפתוח,¹⁸ והדעות בדבר טובת הילד באימוץ מסוג זה אינן כה חד-משמעיות כבעבר. לכן, נראה שיש לבחון כל מקרה

10 שו"ת רמ"ה, סימן רפט.

11 ראו לדוגמה: תיק תשי"ד/226, פד"ר א, עמ' 145; ערעור תשי"ט/170, פד"ר ג, עמ' 353; ערעור תשמ"ב/קמב, פד"ר יא, עמ' 366.

12 ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1479 (1960); הרב א' גולדשמידט, שו"ת עזר משפט, ירושלים התשנ"ד, עמ' שלט. וראו גם שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 7; אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, בית הדין הגדול לערעורים, כרך ב 7-8 (התשמ"ה).

13 אף כי אין זה בהכרח השיקול הבלעדי והקובע. וראו מה שכתב בעניין זה גילת, לעיל ה"ש 6.

14 עניין וינטר, לעיל ה"ש 12; שו"ת עזר משפט, לעיל ה"ש 12.

15 בבא קמא לז ע"א. וראו גם דברי מהרשד"ם: "ולעולם צריך לדקדק בדברים אלה, אחרי שיראה בעיני בית הדין בכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים, שבית הדין אביהם של יתומים, לחזור אחר תקונן" (שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן כקג).

16 וראו גם דברי השופט א' גולדשמידט בע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה(1) 518, בעמ' 523-524 (1980).

17 ראו מימון, לעיל ה"ש 3, עמ' 372-383, המביאה השפעות שונות בפסקי דין של בתי המשפט בישראל, כגון: ערעור ביטחוננו העצמי של הילד, סיבוכים נפשיים, יציבות האימוץ, כפילות של זהות, בלבול בין דמויות, חוסר ודאות, חרדה, ועוד.

18 ראו לדוגמה מאמרו של גוטליב, לעיל ה"ש 1.

לא רק לפי נסיבותיו המיוחדות אלא גם בסיוע חוות דעתם של מומחים באשר להשפעת האימוץ הפתוח על הקטין המסוים.

2. מעמדם של ההורים הטבעיים

אין ספק כי מניתוח הסוגיות הנוגעות לתוצאות המשפטיות של האימוץ עולה מסקנה ברורה וחד-משמעית: מעמדם של ההורים הטבעיים נשמר הן לעניין חובות ילדם כלפיהם, כגון כיבוד אב ואם או אבלות, הן לגבי זכויותיו המשפטיות מהוריו, כגון לירש אותם, או לעניין היוחסין.¹⁹ ואולם מאחר שבדרך כלל, הקשר בין הילד המאומץ לבין הוריו הטבעיים מתנתק מעשית, בדרך כלל בגלל חוסר מסוגלות הורית של ההורה הביולוגי או ההורים הביולוגיים לדאוג לצרכיו הפיזיים ו/או הנפשיים של הילד או מסיבות אחרות, הרי שחובות וזכויות בין ההורה לבין ילדו הביולוגי אינן יוצאות מן הכוח אל הפועל.

ומאחר שאין בכל האמור בסוגיית האימוץ בהלכה כדי להפחית מחובתו של הורה בעל מסוגלות הורית למלא את המוטל עליו, ניתן להסיק, אם נתעלם בשלב זה משיקולי טובת הילד, כי הנתק המעשי בין ההורה הטבעי לבין ילדו מוגבל רק לעניינים שאינם יכולים להתבצע מכורח הנסיבות, כגון: הורה שאינו יכול לדאוג למזונות ילדו מסיבות כלכליות או הורה מעורער מבחינה נפשית שאינו מסוגל לדאוג לגידולו של ילדו ולחינוכו. אך נראה שהורה שהביא לעולם ילד בהיות ההורה קטין ומצבו הכלכלי קשה, אך לאחרי שנים אחדות התבסס מבחינה כלכלית ואישית, אינו פטור מחובותיו כלפי ילדו.²⁰

אדרבה, המקרים הקלאסיים שנדונו בתלמוד ובפוסקים עוסקים ב"מגדל יתום בתוך ביתו", כלומר אימוץ ילד שאין מי שיגדל אותו או שהוריו הביולוגיים מסכימים, ולעתים אף יוזמים את מסירת ילדם לחזקת אדם אחר שיגדל אותו מתוך הכרתם באי-יכולתם לגדלו אם עקב מצבם הכלכליות אם משום מצבם הגופני. במקרים אלה, אין בדרך כלל הצדקה לניתוק הקשר המעשי בין ההורים הטבעיים לילדם, משום שגם "ההורים המאמצים" יודעים את מעמדם ואת תפקידם.²¹ מקרים של הוצאת ילד מחזקת הוריו הביולוגיים בניגוד לרצונם עקב אי-מסוגלות הורית כמעט שלא נדונו בספרות ההלכה והשו"ת.²² לכן, נראה שנקודת המוצא צריכה להיות שמירה על קשר בין ההורה הטבעי לבין ילדו, והגבלתו רק משיקולים של טובת הילד.

וכאן המקום להביא מקרה שנדון באחת מתשובות הרשב"א.²³ מעשה באישה מטופלת

19 ראו מימון לעיל ה"ש 3, עמ' 589, בדברי הסיכום.

20 יש לציין שמחקרים הוכיחו כי במקרים כגון אלה, האימוץ הפתוח הוא פתרון מוצלח. ראו גוטליב, לעיל ה"ש 1.

21 ועל כן, כמעט אין תחרות בין ההורים הטבעיים למאמצים.

22 מימון, לעיל ה"ש 3, עמ' 513.

23 שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן לח.

בילדים שהתאלמנה וביקשו קרובי משפחתה האפוטרופסים לגדלם. האישה התנגדה לבקשתם והדבר הגיע אל הרשב"א והוא פסק שטובתם של הילדים שיגדלו אצל האפוטרופסים קרובי משפחתם. ואף על פי כן, מן הנסיבות המתוארות בשאלה אל הרשב"א ובתשובתו, לא נראה שהיה נתק בין הילדים לבין אימם. המורם מן האמור לעיל, כשמתכווננים בתמונה הכללית העולה מן ההלכה, הוא שהפתרון בדמות משפחות אומנה²⁴ מתאים יותר לשתי מערכות היחסים המשפטיות המתקיימות במקביל. ברור, כי במקרים קשים ייתכן שאין מקום לפתרון, אך יש לעשות כל מאמץ להעדיפו כשניתן ליישמו בדרך כלשהי.

3. חובת גילוי האימוץ

מדברי פוסקים אחרונים שדנו בסוגיית האימוץ המודרני²⁵ נראה שקיימת חובה לגלות לילד את דבר אימוצו, וככל שייקדם כן ייטב. זאת, כדי למנוע תקלות ומכשולות בענייני יחסין ואיסורים, כגון ייחוד או נישואי קרובים, ועוד. אמנם, אין בעצם חובת הגילוי כדי לכפות קשר בין הילד לבין הוריו הטבעיים, אך יש בכך כדי לבטל או להקחות יתרונות מסוימים באימוץ הסגור שהם לטובת הילד, כיוון שיש בהם פתרון לבעיות אחדות, כגון: בעיית הזהות, חרדות, נאמנות חצויה, יציבות נפשית, ועוד. כמובן, אין בכך כדי לבטל יתרונות אחרים הכרוכים בעצם שלילתו של קשר מעשי בין הילד לבין הוריו הטבעיים ובין ההורים הטבעיים לבין ההורים המאמצים.²⁶

4. שיקולי מדיניות הלכתית

בשולי הדברים, ראוי להעיר כי, לאור האמור לעיל, ברור שאין מקום לשיקולים זרים בהחלטה על אימוץ פתוח, כגון: שיקולי פשרה עם ההורים הביולוגיים, רגשות אשם של הגורמים המטפלים עקב הניתוק שיצרו כביכול בין הילד לבין הוריו הביולוגיים, וכדומה. אולם יש מקום לדון מהי נקודת האיזון בין שיקולי טובת הילד לבין שיקולי פגיעה בכבוד ההורים הביולוגיים ובזכויות היסוד שלהם כבני אדם, שכן הבושה והצער שנגרמים להם מוכרים ביהדות כדבר שיש לעשות כל מאמץ למנעו, אך אין כאן מקום להאריך. ויש להוסיף עוד שיקול כללי, תקנת הציבור. יש לשקול היטב עד כמה יצירת לחץ לאימוץ פתוח עלולה להקטין את המאגר הפוטנציאלי של הורים מאמצים. בשאלות אלה

²⁴ מימון לעיל ה"ש 3, עמ' 513, בשם הרב זילברשטיין; הרב ב"צ עוזיאל, שערי עוזיאל, שער לט, פרק א, עמ' קפג.

²⁵ ראו מקורות אצל: מימון, שם, עמ' 516–519.

²⁶ לדוגמה, יתרונות מעצם אי מפגש עם הורה מתעלל או חולה נפש, או ממניעת תחרות בין ההורים הטבעיים למאמצים.

של מדיניות הלכתית, דנו חכמי ישראל לדורותיהם על פי התנאים החברתיים ששררו בזמנם, וראוי לעיין בדבריהם וללמוד מהם גם לימינו.

5. מסקנות

- א. שיקולי טובת הילד צריכים לעמוד במרכז הדיון וההחלטה על אופי האימוץ.
- ב. מאחר שמעמדם המשפטי וההלכתי של ההורים הטבעיים אינו נפחת עקב מסירת ילדם לאימוץ, נראה כי נקודת המוצא צריכה להיות אי-ניתוק הקשר בין ההורים הטבעיים לבינו.
- ג. עקרונית, יש להעדיף פתרון של אומנה או החזקה, פרט למקרים קיצוניים של אי-מסוגלות הורית, כשהקשר של הקטין עם הוריו הטבעיים עלול לפגוע בו.
- ד. חובת גילוי האימוץ בהלכה מקהה במידת מה את היתרונות שיש באימוץ הסגור, לפיכך יש בה כדי להסיט את נקודת ההכרעה על אופי האימוץ.
- ה. אף על פי שיש להתעלם משיקולים זרים בהחלטה על אופי האימוץ, יש מקום לעיון בחשיבותם של שיקולי פגיעה בכבוד האדם של ההורים הטבעיים או של שיקולים שבתקנת הציבור.

פרק שני

הפשרה והגישור במשפט ובדיני המשפחה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

תמ"ש (משפחה הקריות) 10780/05 ח.ע. נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 2006(4) 525 (מיום 13.12.2006), מפי השופטת אספרנצה אלון, בית המשפט לענייני משפחה – הקריות.

השאלה שהונחה לפתחו של בית המשפט לענייני משפחה: האם יש להיעתר לבקשה מוסכמת שהוגשה על ידי זוג הורים הנשואים 47 שנים לבצע בדיקת רקמות בילדיהם הבגירים, שהם ובני זוגם או בנות זוגם מסכימים אף הם לביצוע הבדיקה? מדוע לא יפעיל בית המשפט כלי נוח ופשוט לשימוש, בדיקת סיווג רקמות, אם כל "הנפשות הפועלות", שני ההורים, ארבעת הילדים הבגירים ובני זוגם, הסכימו לה, ורק בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לה?

השופטת פנתה אל מרכז ישמ"ע וביקשה לקבל חוות דעת בנושא הגישור בדיני המשפחה, כיוון שהתכוונה לשכנע את הצדדים לפתור את העניין בדרך של גישור, שהוא לדעתה ההליך המתאים לליבון סוגיה רגישה כל כך, הכרוכה בחשדות של הבעל שהילדים אינם ילדיו, ואילו בדיקת הרקמות עלולה לפגוע בבני הזוג ובילדיהם ובנכדיהם כאחת. חוות הדעת שנביא להלן עוסקת אך ורק בשאלת הגישור ולא בהיבטים אחרים של פרשה זו.

(ב) חוות הדעת

1. פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות – כללי

הבחירה לפתור סכסוכים שלא בדרך משפטית מעלה את שאלת ההעדפה של ערכי האמת¹ והצדק בעשיית משפט² אל מול ערך השלום.³ שאלה זו נכבדה היא במחשבת היהדות,⁴ ושורשיה בימי המקרא, עם גיבושו של עם ישראל כאומה.⁵ התלמוד אף מעמיד את הערכים הללו זה כנגד זה בשעה שהוא בא להשוות את מנהיגותו של משה רבנו לזו של אהרן הכהן. וזה לשונו:

משה היה אומר: יקוב הדין את ההר. אבל אהרן, אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחברו, שנאמר: "תורת אמת היתה בפיהו, ועולה לא נמצא בשפתיו, בשלום ובמישור הלך אתי" (מלאכי ב, ו).⁶

במשנה נכללו הערכים הללו ברשימה אחת, המלמדת על חשיבות כל אחד מהם בפני עצמו:

רבן שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם עומד: על האמת, על הדין ועל השלום, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח,

1 ראו א' ורפהטיג "היש אמת בפשרה?" **תחומין** כה 264–276 (התשס"ה). אולם ראו שם, עמ' 275–276, דיון ביחסו של המשפט העברי לגישור בהשוואה לפשרה ולאמת.

2 הפשרה אף היא קרויה "צדק", שהרי הברייתא (סנהדרין לב ע"ב) דורשת את כפל הלשון שבפסוק "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ) – אחד לדין ואחד לפשרה. לשאלת הצדק במשפט העברי, ראו ח' שיין **הצדק במשפט העברי** (התשנ"ד) ובמיוחד בעמ' 122, על היחס בין פשרה לצדק. כן ראו ע' רדזינר "צדק צדק תרדוף: תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים" (טרם פורסם).

3 ראוי להעיר כי יש מקום נכבד גם לשאלת המשפט כגורם מחנך ומעצב מול ערך השלום. שאלה היא אם חלופות של פתרון סכסוכים שלא בדרך עשיית דין אינן דוחקות את הערך החברתי של עשיית צדק ומזעור עוולות של צד חזק כנגד חלש, המושגים בדרך כלל דווקא באמצעות הליך שיפוטי, במיוחד לאור תפיסת המשפט בשנים האחרונות כמשקף ערכים ואף כמחנך את החברה ומעצבה. לעניין זה, ראו מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (התשנ"ג); ברק מדינה "ירידת הפורמליזם ועליית הגישור – יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון 'משפטי' של מחלוקות" **נקודת מפגש א** 31 ואילך (2003).

4 השוו גם: O. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984), בביקורתו על תנועת ADR. אולם ראו גם את דעתה החולקת של: C. Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 U.C.L.A. L. REV. 485 (1985).

5 אחת המשימות הראשונות בגיבושה של האומה הישראלית הייתה הקמת מערכת משפט היררכית לפי עצתו של יתרו (שמות יח, יג-כו). וראו גם את דברי ההכנה של משה לפני כניסת עם ישראל לארץ ישראל שבהם הוא חוזר על הציווי של הקב"ה להקים מערכת משפט (דברים א, יב-יז).

6 סנהדרין ו ע"ב.

אך דומה בכל זאת שהדברים מוכרעים: שיש להעדיף את עשיית השלום בין אדם לחברו באמצעים שאינם משפטיים. להלן נפרט מקצת מן המקורות המנחים בעניין זה. נעיר כי החוק הישראלי,⁸ מכיר בשלוש דרכים ליישוב סכסוך בין בעלי דין שלא בדרך השיפוטית הרגילה: הפשרה והבוררות והגישור.⁹ ההבחנה בין החלופות הללו ליישוב סכסוכים במשפט העברי¹⁰ אינה מוגדרת במושגים אלה דווקא, אך ניתוח ענייני של אופן עשיית השלום במקורותינו עשוי להובילנו לאיתורה של כל אחת מן הדרכים הללו בהם. דרך משל, מאחר שאחד המאפיינים הייחודיים בהליך הגישור הוא היות המגשר נטול סמכות הכרעה לחלוטין בסכסוך שבין הצדדים הבאים להידון לפניו,¹¹ ניתן להקיש מן המקורות העוסקים ביישוב סכסוך על ידי בורר שאין לו סמכות לכפות את הכרעתו על הצדדים למנהג בימינו.

7 משנה, אבות, פרק א, משנה יח.

8 סעיפים 79א, 79ב ו-79ג לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123. גם בחוק הישראלי בא לידי ביטוי ערך השלום במורשת היהודית, בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, דבר שאין לו אח ורע בשום ספר חוקים אחר. ראו מ' אֶלון, **מחקרי משפט**, להלן ה"ש 10, עמ' 315.

9 הכותרת של סעיף 79ג הייתה "פישור" עד לתאריך 7.8.2001 (שאו פורסם בס"ח 1804 תיקון לדבר), אך מחשש לבלבול מושגים, החליף המחוקק את המושג הישן במושג הרווח בתיקון מס' 30 (הוראות לעניין גישור), ראו ה"ח 2992. וראו אורנה דויטש **פישור** – **הענק המתעורר** 15–18 (התשנ"ט), בדינו ובהבחנתו בין המושגים "גישור" ו"פישור" לבין המושגים הלועזיים שאולי מקבילים להבחנה זו. ויש גם דרכים אחרות ליישוב סכסוכים. ראו: GOLDBERG, SANDER & ROGERS, DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES 271 (3rd ed., 1999).

10 מחקרים רבים פורסמו בעניין הפשרה והגישור במשפט העברי. ראו י' בזק "יישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" **סיני** עא, עמ' 50 ואילך (התשל"ב); מנחם אֶלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 317 ואילך (התשנ"ח); הרב ז"נ גולדברג "שבחי הפשרה" **משפטי ארץ** – **דין, דיין ודיין** 78 (התשס"ב); י' טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה" **שערי משפט** ג 13 ואילך (התשס"ב); א' הכהן "גישור, פישור ויישוב סכסוכים" **פרשת השבוע** פרשת וישב גיליון 54 (התשס"ב); א' וינרוט "מהותו של הפישור במשפט העברי" **נקודת גישור** 7 (2003); ח' שיין ונ' שיין "גישור ישראלי ופשרה יהודית" **שערי משפט**, שם, עמ' 111 ואילך; ד"י פוגל "על הגישור, השלום ובית הדין" **תחומין** כג 456 ואילך (התשס"ג); א' ליפשיץ **הפשרה במשפט העברי** (חיבור לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשס"ד); הרב ד' מילר "פשרה, דין וגישור" **תחומין** כה 287–291 (התשס"ה); I. A. Kasdan, *A Proposal for P'shara: A Jewish Mediation/Arbitration Service*, JEWISH ACTION, A MAGAZINE OF THE ORTODOX UNION (Spring 1990).

11 ראו להלן ה"ש 35.

2. ביצוע ופשרה

בספרות התלמוד וההלכה, פתרון סכסוכים חלופי מכונה לרוב "פשרה"¹² או "ביצוע"¹³, ושניהם משמשים ככלי לפתור סכסוכים בין אדם לחברו. בתלמוד מובאות שלוש דעות בעניין עשיית פשרה במהלך ההליך השיפוטי:

נגמר הדין – אי אתה רשאי לבצוע.
 רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: אסור לבצוע. וכל הבוצע, הרי זה חוטא... אלא יקוב הדין את ההר, שנאמר: "כי המשפט לאלוקים הוא" (דברים א, יז)...

רבי יהושע בן קרחה אומר: מצווה לבצוע, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז). והלא במקום שיש משפט אין שלום, ובמקום שיש שלום אין משפט?! אלא: איזהו משפט שיש בו שלום? הווי אומר: זה ביצוע.

רבי שמעון בן מנסיא אומר: שניים שבאו לפניך לדין, עד שלא תשמע דבריהן או משתשמע דבריהן, ואי אתה יודע להיכן הדין נוטה, אתה רשאי לומר להן: צאו ובצעו! משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה, אין אתה רשאי לומר להן: צאו ובצעו!¹⁴

הרמב"ם¹⁵ והשולחן ערוך¹⁶ פסקו, מצד אחד, כרבי יהושע בן קרחה, שמצווה לבצוע; אך פסקו מצד שני כדעת תנא קמא בשורה הראשונה של הברייתא, שניתן לבצוע רק עד גמר דין. דהיינו, האיזון הראוי בין הערכים במסגרת ההליך השיפוטי הוא: משעה שהכריע הדין מהי האמת המשפטית האובייקטיבית, אסור לו לסטות ממנה ואסור לו לאפשר את סיום הסכסוך שלא על פיה.¹⁷ אך, אם עדיין האמת נסתרת, והיא בגדר אמת סובייקטיבית בלבד, יש להעדיף על פניה את ערך השלום, וקל וחומר – אם עדיין לא הגיע העניין לפתחו של בית הדין.

¹² הסכסוך הוא סיבוך ועירוב של שני הצדדים, ואילו הפשרה היא ההפרדה בין הצדדים והשבת כל אחד למקומו. ראו ב' ליפשיץ "פשרה" משפטי ארץ – דין, דיין ודיין 137 ואילך (התשס"ב). אך ראו י' טירקל **שערי משפט**, לעיל ה"ש 10, עמ' 14, האומר כי פש"ר=פת"ר. מכל מקום, הגישור מבטא חזון אחר, משום שמשמעו יצירת חיבור, ואולי תְּבָרוּת, וקירוב שני הצדדים זה לזה. לדין נרחב בסוגיה זו, ראו חיבורו של א' ליפשיץ, לעיל ה"ש 10.

¹³ ראו אשר גולאק **ביצוע דיני התלמוד** 19 ואילך (התש"ב), הסבור כי הליך הביצוע נעשה דווקא על ידי גורם חיצוני לבית הדין, כפי שנעשה במוסד דומה במשפט הרומי.

¹⁴ סנהדרין ו ע"ב.

¹⁵ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כב, הלכה ד.

¹⁶ שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, סימן יב, סעיף ב.

¹⁷ ראו שו"ת תשובה מאהבה (ר' אלעזר פלעקלס, פראג, המאות הי"ח-הי"ט), חלק א, סימן ב.

3. פשרה¹⁸ במהלך הדיון השיפוטי

ואף על פי שהדברים שאמרנו לעיל אמורים רק בסכסוך שכבר הגיע לפתחו של בית הדין, דומה שפוסקי ההלכה מעדיפים לפתור סכסוכים שלא בדרך שיפוטית. מן המקורות שנביא להלן עולה, כי ההליך שבו צד שלישי מתווך בין שני הצדדים המתדיינים ומסייע לנהל את המשא ומתן ביניהם, אך הוא חסר סמכות הכרעה שיפוטית, הוא תהליך חוקי העשוי להיות עדיף במקרים מסוימים. בשולחן ערוך¹⁹ נפסק על פי תשובת הרשב"א²⁰, שאם כבר הגיע הדיין למסקנה מה צריך להיות פסק הדין בדיון שלפניו, וכבר הוא מנוע מלהציע לצדדים להתפשר, כנזכר לעיל, עדיין יש אפשרות להוציא את הדיון אל מחוץ לכותלי בית הדין לגוף שאינו שיפוטי ושאינו מחויב לפשר על פי כלים משפטיים, לא דיוניים ואף לא מהותיים. וזה לשונו:

אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב – אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט.

הנימוק לכך הוא, שאדם נטול סמכות שיפוטית אינו מחויב להוצאת הצדק לאור כפי שמחויב בית הדין לאחר גמר הדין.²¹ יתר על כן, יש מן הפוסקים האחרונים²² שאמרו שהטעם לחובה להתרחק ממקום מושב בית הדין הוא כדי שלא ייראה כאילו ההליך החלופי הזה נעשה באישור בית הדין, שהרי בית הדין כבר הודיע²³ את מסקנתו קודם לכן, ונמצא שלכאורה אינו דן עתה דין אמת.

בספר "שלטי גיבורים"²⁴ נאמר שבית הדין מוגבל בהצעת פשרה רק כשהוא יושב כגוף שיפוטי המוסמך לכפות דין או פשרה. אך הוא יכול להביא ליישוב הסכסוך בלא להפעיל לחץ על הצדדים לסכסוך. וזה לשונו:²⁵ "ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר, אלא פיוסים

18 באשר ליחס בין פשרה בבית הדין או מחוצה לו לבין הליך הגישור, ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 1; מילר, לעיל ה"ש 10.

19 שולחן ערוך, לעיל ה"ש 16.

20 שו"ת הרשב"א, סימן אלף קיג; תוספות, סנהדרין ו ע"ב, ד"ה אבל.

21 ראו שו"ת תשובה מאהבה, לעיל ה"ש 17.

22 סמ"ע, חושן משפט, סימן יב, ס"ק יא.

23 ראו תוספות, סנהדרין ו ע"ב, ד"ה נגמר; ב"ח, חושן משפט, שם; ש"ך, חושן משפט, שם, ס"ק ד.

24 שלטי גיבורים (ר' יהושע בועז ב"ר שמעון לבית ברוך, ספרד-איטליה, המאה הט"ו), סנהדרין א ע"ב בדפי רי"ף, אות א, והביאו הש"ך, חושן משפט, שם, ס"ק ו. וראו גם נתיבות המשפט, סימן יב, ביאורים, ס"ק א, שמאחר שמבחינה משפטית הדבר מבוסס על מחילה מדעת, אין שום סברה לאסור גם לאחר גמר דין.

25 אמנם יש החולקים על גישה זו. ראו ב"ח, חושן משפט, סימן יב, ס"ק ד, הסבור שבית הדין, בשונה מאדם אחר, מנוע אף מגישור בהסכמה לאחר גמר דין. וראו גם פתחי תשובה, חושן משפט, שם, ס"ק ה. ייתכן שהוא סובר כן בגלל חששו מזילות בית הדין, העלול להיתפש בעיני הציבור כמי שלא דן לפני כן

ופיתויים, וזו היא מצוה גדולה והבאת שלום שבין אדם לחבירו, וכך היה עניינו של אהרן, אוהב שלום" וכו'.²⁶

- בהיבט השוואתי להליך הגישור, ראוי להעיר הערות אחדות על האמור במקורות הללו:
- א. דעת הרשב"א, שיש לבצע את הליך הפשרה שלא במקום המשפט, מתאימה לתפישה האומרת שרצוי שיתקיים הליך הגישור בצל המשפט.²⁷
 - ב. אחד היתרונות לצדדים לגישור הוא יכולתם לנטוש את ההליך בכל שלב. כן הוא הדבר בפשרה בבית הדין,²⁸ וקל וחומר בגישור מחוצה לו.
 - ג. השיקוף (paraphrasing) מחויב אף בדיון משפטי,²⁹ וודאי כן הוא גם בפשרה.³⁰ אולם בגישור נראה שלא תהיה מניעה להשתמש אף במסגור (framing) ובמסגור מחדש (reframing).³¹

4. היבטים של יישוב סכסוך בדרכו של אהרן הכהן

כאן המקום להעיר כי דווקא בגלל הגמישות הנדרשת בהליך הגישור וריחוקן מכללים פורמליים בשל אופיו, קשה למצוא מקורות הלכתיים-משפטיים העוסקים בכללי הגישור,

דין אמת. לעניין זה, לגבי בתי המשפט בישראל, ראו מה שכתב 'א אלוואי "הפישור השיפוטי והגישור" הרשות השופטת 29, עמ' 68 ואילך (1999).

26 נראה כי דברי הרשב"א אינם מתיישבים עם דברי שלטי גיבורים, וייתכן שההבדל בין דעותיהם דומה למחלוקת האחרונים שהובאה בהערה הקודמת, שכן, כאמור לעיל בשם הסמ"ע, איסור הפשרה על ידי אדם אחר במקום הקבוע למשפט הוא מן הטעם שהדבר נראה כנעשה בהסכמת הדיין, והרי אסור לדיין לפשר לאחר גמר הדין. ואם, כדברי השלטי גיבורים, שמותר לדיין לפשר בדרך של פיוס ופיתוי, מה בכך שהדבר נעשה בהסכמת הדיין, הרי גם לו עצמו מותר לעשות כן. יתר על כן, הרי אם מותר לדיין עצמו לעשות פשרה כזו, מן הסתם הוא עושה זאת בין כותלי בית הדין. ואם ברצוננו ליישב הדברים ולומר שהרשב"א ושלטי גיבורים דיברו על שני סוגי פשרה, שהרשב"א דיבר על פשרה בכפייה או תוך הפעלת לחץ, ופשרה מעין זו אסור לעשותה בבית הדין, אף לא על ידי אדם אחר, אך מותר לעשותה על ידי אדם אחר שלא במקום מושב בית הדין, ואילו שלטי גיבורים דיבר על פשרה בדרך של פיוס ופיתוי, שאינה מוגבלת לא מבחינה זהות המפשר ולא מבחינת מקום הפישור, עדיין יש לשאול: מניין הסמכות לאדם אחר שאינו דיין לכפות פשרה או להפעיל לחץ על הצדדים?

27 ראו: R. A. Mnookin & L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L. J. 950 (1979).

28 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ז. זאת, כל זמן שלא נעשתה הפשרה בקניין ותנאים נוספים. עיין שם בשולחן ערוך ובנושאי כליו.

29 זהו דין מיוחד של המשפט העברי שהדיין מחויב בו לחזור על טענות הצדדים. ראו: שולחן ערוך, שם, סימן יז, סעיף ז; א' שוחטמן סדר הדין 265 (התשמ"ח).

30 שו"ת לחם רב (ר' אברהם די בוטון, סלוניקי, המאה הט"ו), סימן פז.

31 מה שפסול בדרך כלל בדיון משפטי, שכן הדבר עלול לשפר את יכולת הטיעון של בעל דין על ידי הדיין. ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 29, עמ' 324. כמו כן, הדבר יכול להילמד מתיאור מעשהו של אהרן בשימוש במניפולציה, ראו להלן, ליד ציוני ה"ש 36–37.

אך ניתן ללמוד את הדבר ממקורות מדרשיים. נראה שמתאור דרכו של אהרן, "אוהב שלום ורודף שלום"³², שניתן לומר כי הוא אבי הגישור במשפט העברי, ניתן לעמוד על מאפיינים אחדות ועל טכניקות בהליך הגישור המוכרים בימינו.³³ וזה לשון המדרש המתאר את דרכו של אהרן:

"אוהב שלום" – כיצד...? שני בני אדם שעשו מריבה זה עם זה. הלך אהרן וישב אצל אחד מהם. אמר לו: בני, ראה חברך מהו עושה, מטרף את לבו וקורע את בגדיו. אומר: אוי לי, היאך אשא את עיני ואראה את חברי? בושתי הימנו, שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו. והולך אהרן ויושב אצל האחר, ואומר לו: בני, ראה חברך מהו עושה, מטרף את לבו וקורע את בגדיו. אומר: אוי לי, היאך אשא את עיני ואראה את חברי? בושתי הימנו, שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו. וכשנפגשו זה בזה, גפפו ונשקו זה לזה. לכך נאמר: "ויבכו את אהרן שלושים יום כל בית ישראל" (במדבר כ, כט).

מפני מה בכו ישראל את אהרן שלושים יום, אנשים ונשים? מפני שדן אהרן דין אמת לאמתו. מימיו לא אמר לאיש: "סרחת", ולא אמר לאשה: "סרחת". לכך נאמר: "ויבכו את אהרן שלושים יום" (שם).³⁴

בהתנהלותו של אהרן ביישוב סכסוכים, משתקפים מאפיינים אחדים של מודלים המוכרים בהליך הגישור בימינו:

1. נייטרליות וחוסר סמכות של המגשר.³⁵ אהרן אינו כופה פתרון משלו ואפילו אינו מנחה את הצד כיצד לפתור את הסכסוך שביניהם אלא שומר על נייטרליות בלא לנקוט

32 לשון המשנה: "הלל אומר: הווי מתלמידיו של אהרן, אוהב שלום ורודף שלום, אוהב את הבריות ומקרבן לתורה" (אבות א, יב).

33 לפירוט הטכניקות, ראו א' דויטש, לעיל ה"ש 9, פרק 9, המבוסס בין השאר על: H. Brown & A. Marriot, A.D.R. Principles and Practice, London 117 (1993); רונן סטי **דרך גישור להסכם** (2001).

34 אבות דרבי נתן יב, ג-ד. צריך לומר שגישתו זו של אהרן באה גם בסכסוך משפטי, לאור השוואת ההליך שאהרן נוקט לעומת דרישת משה לעשות דין. לדעתנו, מקור זה הוא בניין אב ללימוד טכניקות ומאפיינים של גישור, כפי שנדגים להלן.

35 זהו אחד המאפיינים העיקריים של הגישור. ראו סעיף 79 לחוק בתי המשפט לעיל, וכן תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993. אמנם, יש מודלים שונים באשר לרמת האקטיביות והמעורבות של המגשר באוטונומיה של הצדדים. ראו מאמרה של J. M. Nolan-Haily, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775. 815 (1999), המתארת ארבעה מודלים של אוטונומיה, המובא אצל א' דויטש "על 'הסכמה מדעת' בהליך הגישור" **שערי משפט ג** 47 ואילך (התשס"ב).

- עמדה שיפוטית כלפי איש מן הצדדים גם בסופו של התהליך.
2. **פגישות אישיות נפרדות.** אהרן נפגש עם כל צד בנפרד ומנסה לעמוד על שורשי הסכסוך והרגשות השלייליים הקשורים בו.
 3. **מניפולציה.** אהרן משתמש במניפולציה,³⁶ ואף חוטא לאמת,³⁷ דבר שלא ייעשה במשפט.³⁸
 4. **חשיפה והתמקדות באינטרסים.**³⁹ אהרן מצליח לחשוף את האינטרס [=קנאה, המסמלת בניין אב לרגשות שלייליים, כגון: שנאה, נקמה ועוד] העומד ביסוד המריבה [=הזכויות המשפטיות], ומצליח לגרום לבעל הדין לראות אותו בפרופורציות הנכונות.
 5. **התמקדות בתהליך ולא בתוצאה.**⁴⁰ תיאור ההליך אינו כולל הסכם פורמלי בסיום הסכסוך.
 6. **מתן ביטוי לרגשות.** אהרן מאפשר להחצין רגשות שלייליים [=קנאה] ולהשילם, ומתמקד פחות בעובדות המהוות חלק קטן של התמונה.
 7. **חינוך ועיצוב – עבודה על המידות.** אהרן משקיע מאמץ ניכר ומתמשך, "יושב אצלו עד שמסיר" וכו', להמיר את הרגשות השלייליים ברגשות חיוביים של חרטה ורצון לנצות את הזולת.
 8. **חברות.** אהרן יוצר אצל כל אחד מן הצדדים את היכולת לראות גם את מה שהתחולל אצל זולתו במהלך הסכסוך, המביאה להבניה של כישורים חברתיים משופרים ושל תקשורת.
 9. **התמקדות בעבר.** אהרן נותן משקל לסיפור העבר, "אני הוא שסרחתי עליו", ודרכו בונה את ההכרה ואת תהליך הגדילה.
 10. **הכרה (Recognition) והעצמה (Empowerment).** בתהליך שאהרן מוביל בו את הצדדים, נוצר תהליך של גדילה בזמן שהצדדים עוברים מהפכה ביחסם שלהם למעשיהם ובהרגשתם כלפי זולתם, "וכשנפגשו זה בזה, גפפו ונשקו זה לזה".

36 ראו הסברו של ר' יוסף חיים על המניפולציה של אהרן **בבן יהודע** (סנהדרין ו ע"ב). המובא אצל שיין, לעיל ה"ש 10, ליד ציוני הערות 96–97.

37 ונדגיש שהמדרש מכנה את מעשיו "דין אמת לאמתו". לפירוש הביטוי, ראו מ' אֶלֶן, **מחקרי משפט**, לעיל ה"ש 10, עמ' 294.

38 השוו משפט שלמה המפורסם (מלכים א ג, טז-כח).

39 זהו מאפיין מהותי במודל המעשי של הליך הגישור. ראו ר' פישר וו' יוריס **סיכום חינוכי – לשאת ולתת על הסכם מבלי לוותר** (1983). חלק מן המאפיינים והטכניקות שתוארו שם קשור גם לענייננו. אחד המאפיינים של מודל זה הוא מציאת דרכים לרווח הדדי. וראו גולדברג, לעיל ה"ש 10, עמ' 525, הדין בגישור שהסתיים בהסדר תשלומים. פתרון דומה ניתן לראות בברייתא הדנה בספינות המתחרות על זכויות שוות במעבר בנהר, שמטילים פשרה ביניהן "ומעלות שכר זו לזו" (סנהדרין לב ע"ב), אלא שיתכן כי במקרה זה יש יסוד של כפייה. ראו סמ"ע, סימן יב, ס"ק יב.

40 מאפיין זה והבאים אחריו מתאימים למודל הטרנספורמטיבי. ראו: R. A. B. BUSH & J. P. FOLGER, **The Promise of Mediation**, (1994); הנ"ל, **MEDIATION QUARTERLY** 14 (1996).

5. הבאת שלום בין איש לאשתו – גישור במשפחה

הגדרת הליך הגישור כ"הבאת שלום" מלמד על התוצאה המבוקשת – תיקון היחסים בין הצדדים המסוכסכים, ולא דווקא פתרון מעשי וצודק של הסכסוך. הבאת שלום היא ערך עיקרי בעולמה של היהדות, והיא מן הדברים ששכרם רב מאוד, הנזכרים במשנה ששובצה בתפילת שחרית:

אלו דברים שאדם אוכל פירותיהם בעולם הזה והקרן קיימת לו לעולם הבא. ואלו הן: כיבוד אב ואם, וגמילות חסדים... והבאת שלום בין אדם לחברו.⁴¹

בעל "תפארת ישראל"⁴² עמד על הביטוי "הבאת שלום" שננקט במשנה. וזה לשונו: "ומהאי טעמא [=ומזה הטעם] לא אמר התנא 'לעשות שלום', רק 'הבאת שלום'. דהיינו, להביא עצות מרחוק להכריחם בדבריו הרכים להביא שלום ביניהם".

גם בעניין זה, נזדקק למקורות מדרשיים המוכיחים את גישת חכמי ישראל לגישור במשפחה. בנוסח שבסידורי התפילה, באים דברי המשנה בלשון זה: "הבאת שלום בין אדם לחברו ובין איש לאשתו".⁴³

אין ספק כי המשימה להביא שלום בין איש לאשתו היא בעלת מעמד מועדף, כשהקב"ה כביכול מוותר מכבודו.⁴⁴ במיוחד נאמר הדבר במשבר בקשר הזוגי על רקע חשדות לקשר רומנטי של אחד מבני הזוג עם אדם זר.

ואין צורך להכביר מילים כדי להראות עד כמה הערך של שלום בית הוא ערך חשוב, שכדי לקדמו, ניתקנו תקנות,⁴⁵ ובתי הדין פוסקים לאורו בתי הדין כדבר שבשגרה. ייתכן שבגלל פשטותו הרבה, לא נכלל בנוסחים הקדומים, שהרי הדבר נלמד מקל וחומר: אם יש להביא שלום בין אדם לחברו, ודאי שיש לעשות כן במערכות יחסים קרובות יותר, שתוצאות משבר בהן עלולות להיות הרות אסון מבחינה רגשית ומבחינה משפחתית כאחת.

גם בעניין זה, נמצא מדרש המתאר את הישגיו של אהרן הכהן בגישור משפחתי. וזה לשונו:

כמה אלפים היו בישראל שנקראו שמם אהרן, שאלמלא אהרן לא בא זה [צ"ל לא באו] לעולם, שהיה משים שלום בין איש לאשתו, ומזדוגין זה עם

41 משנה, פאה, פרק א, משנה א; שבת קכז ע"א; קידושין לט ע"ב.

42 תפארת ישראל, פאה, שם.

43 אך בנוסח המשנה, אין עניין זה מופיע. כן אין הוא מופיע בכתבי היד הקדומים. ראו משנה זרעים, מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם, עמ' צה, הערה 14 (התשל"ב).

44 ראו לדוגמה: שבת קטז ע"א; סוכה נג ע"ב, ומקורות רבים אחרים, כגון במדרש: "תני רבי ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה. אמר הקדוש ברוך הוא: ימחה במים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו" (ויקרא רבה ט, ט).

45 כגון: מצוות הדלקת נרות שבת (שבת כג ע"ב); ועוד (פסיקתא דרב כהנא, פרשה ח).

זה, והיו קורין שם הילוד על שמו.⁴⁶

וראו להדגיש כי אין הדברים אמורים רק במערכת היחסים הזוגית אלא אף במערכת היחסים המשפחתית המורחבת, כעולה ממדרש אחר. וזה לשונו: "לעולם ידבק אדם בג' דברים, ואלו הן: הבאת שלום בין אדם לחבירו, ובהבאת שלום לאנשי ביתו, ובהבאתו של הקב"ה".⁴⁷

לפיכך, על אף מיעוטם של המקורות העוסקים בגישור בדיני המשפחה, נראה שניתן להסיק מהם, כי לאור המטרות ליישוב הסכסוך שלא בדרך שיפוטית במשפט העברי ולאור המאפיינים של הגישור במקורות שהובאו – שעולה מהם כי המטרה היא להביא שלום באמצעות הפגת מתחים וכעסים – הרי שחשיבות רבה נודעת לגישור דווקא ביישוב סכסוכים בתוך המשפחה, כיוון שרק בדרכים אלה ניתן להקחות את עצמת הרגשות ולהבנות מחדש רגשות חיוביים שיאפשרו חיים תקינים בתוך המשפחה.

6. מסקנות

- א. אף על פי שערכי האמת והשלום נראים כמתנגשים בראי הניסיון לפתור סכסוכים, מעדיף המשפט העברי את הפשרה.
- ב. הליך הפשרה בבית הדין ייתכן רק לפני גמר הדין, כל זמן שלא הצהיר הדיין על הכרעתו.
- ג. לדעת הרשב"א, צד שלישי שאין לו סמכות שיפוטית יכול לפשר מחוץ לכותלי בית הדין גם לאחר גמר הדין.
- ד. לדעת "שלטי גיבורים", גם לאחר גמר הדין, יכול הדיין לגשר באמצעות שכנוע ופיוס ולהביא את הצדדים לסיום הסכסוך.
- ה. מדרכו של אהרן הכהן ניתן לזהות מאפיינים של מודלים של גישור.
- ו. מן המקורות עולה כי לחשיבות הליך הגישור במשפחה יש ערך מוסף.

(ג) פסק הדין

במהלך הדיון בפרשה שעובדותיה הובאו בתחילת פרק זה, ביקשה השופטת אספרנצה אלון, שופטת בית המשפט לענייני משפחה, להפנות את הצדדים לגישור, בעומדה על חשיבותם של הליכי הגישור בדיני המשפחה במקורות המשפט העברי. וזה לשונה בסעיפים 6–8 לפסק הדין:

הפניתי את הצדדים ליחידת הסיוע, כאשר התסקיר והודעת המדינה הועברו

⁴⁶ אבות דרבי נתן, פרק יב, סימן ד. וראו גם רש"י, אבות, פרק א, משנה יב.

⁴⁷ אוצר המדרשים (אייזנשטיין) עמוד רע, ד"ה פרק שביעי.

לעיונה של עו"ס [=עובדת סוציאלית] יחידת הסיוע. עו"ס יחידת הסיוע נפגשה עם בני הזוג ודיווחה: "שניהם נחושים בדעתם לבצע את הבדיקה כדי שהאמת תצא לאור, כל אחד על פי תפיסתו".

בדיון שקיימתי ניסיתי לדבר על לב הצדדים ולהניאם מביורור תביעתם, אך המבקש עמד על תביעתו, ואליו הצטרפה המבקשת, אם כי בלשון רפה. על חשיבות הליכי גישור במשפחה נעזרתי במאמרם של הרב עו"ד יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני "הגישור במשפט ובדיני המשפחה במקורות המשפט העברי":

"...בסידורי התפילה מובאים דברי המשנה בנוסח הבא: "...והבאת שלום בין אדם לחברו ובין איש לאשתו".

אין ספק כי המשימה להביא שלום בין איש לאשתו הינה בעלת מעמד מועדף, כשהקב"ה כביכול מוותר מכבודו. במיוחד נאמר הדבר במקרים של משבר בקשר הזוגי על רקע חשדות לקשר רומנטי של בן הזוג עם אחר... גם בעניין זה, נמצא מדרש המתאר את הישגיו של אהרן הכהן בגישור משפחתי:

"כמה אלפים היו בישראל שנקראו שמם אהרן, שאלמלא אהרן לא בא זה [צ"ל לא באו] לעולם, שהיה משים שלום בין איש לאשתו ומזדווגין זה עם זה והיו קורין שם הילוד על שמו".

מתוך פרק ה' לחווה"ד, והאסמכתאות המובאות שם, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע). (ההדגשות במקור – י"ס).

פרק שלישי

חיוב האם במזונות ילדיה

(א) השאלות המשפטיות

כידוע, על פי החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959, אב יהודי חייב במזונות ילדיו הקטינים בהתאם לדין העברי. עמדת המשפט העברי בעניין זה, כפי שהשתרשה בפסיקת בית המשפט העליון, היא כי אב יהודי חייב בצרכיהם ההכרחיים של ילדיו מקטנותם במוחלט.¹

השאלה העולה היא: מהו מקור החיוב המוחלט, אם אכן כך הוא הדבר, המוטל על אב בגין צרכיהם ההכרחיים של ילדיו הקטנים? ושאלה נוספת: עד כמה ניתן להתחשב בהכנסות האישה מעבודה או מכל מקור אחר?

הדבר המעניין אותנו הוא עצם החיוב המוחלט בלא להתחשב במקורות הכנסתה של האישה. האם אכן זהו המצב על פי ההלכה, כפי שעולה לכאורה מהפסיקה, או שמא ניתן לעתים לחייב את האישה לשלם חלק מן הצרכים ההכרחיים של ילדיה, אם היא מסוגלת לכך מבחינה כלכלית?

(ב) חוות הדעת

פתיחה

רבות נכתב אודות חיוב האב לזון את ילדיו.² אף האפשרות לחייב את האישה בתשלום חלק

¹ כגון: "חובתו לזון את הילד עד גיל שש הינה אבסולוטית, והיא חלה, אפילו יש לילד כדי להתפרנס מעצמו, ואפילו האב הינו חסר אמצעים" (ע"א 393/83 דלי נ' דלי, פ"ד לח (3) 613 (1984)), ומעין זה גם בפסקי דין רבים.

² לרשימת מאמרים, ראו י"צ גילת דיני משפחה יחסי הורים וילדים 155, הערה 1 (התשס"א).

מצורכי ילדיה, נדונה בספרות ההלכה³ ובפסקי דין שניתנו בעת האחרונה בידי בתי המשפט לענייני משפחה, שדנו בהרחבה במקורות המשפט העברי.⁴ בהמשך דברינו נביא גם מקצת מן הדברים שנקבעו בפסקי דין הללו, ונדון בהם.

1. תקנת המזונות במקורות התלמודיים

בתורה אין הוראה מפורשת המטילה על ההורים לזון את ילדיהם.⁵ מן המקורות התנאיים, לא ניתן להסיק בכירור אם האב חייב לזון את ילדיו. במשנת כתובות נאמר: "האב אינו חייב במזונות בתו",⁶ ואילו בתוספתא מובאת דעתו של ר' יוחנן בן ברוקה הסובר אחרת: "מצוה לזון את הבנות, ואין צריך לומר את הבנים. ר' יוחנן בן ברוקה אומר: חובה לזון את הבנות".⁷ ומצינו עוד שני מקורות תנאיים העוסקים בחובת האב לזון את ילדיו. במשנת נדרים נאמר שהאב חייב במזונות ילדיו,⁸ ובמכילתא דר' ישמעאל⁹ נלמד הדבר מן הפסוק "ויצאה אשתו עמו".¹⁰ כמה מן הפוסקים סבורים שמן המקורות התנאיים האחרונים עולה שהאב חייב במזונות ילדיו.¹¹

³ ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, סעיפים ה, ה; חלקת מחוקק, שם, ס"ק יב; פתחי תשובה, שם, ס"ק ג (בשם בית מאיר); באר היטב, אבן העזר, סימן עא, ס"ק א. וראו גם הרב ג' אקסלרוד "בחיובי האם במזונות ילדיה" שורת הדין, ד, עמ' סו-עד (התשנ"ח); י' בזק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי" הפרקליט לב 357-364 (התשל"ח-ל"ט); הרב מ"ש שור "בענין חיובי האב והאם למזונות הבנים" שערי צדק א 205-222 (התשס"א). למקורות נוספים ולדיון בהם, ראו בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 372, ובמיוחד בהערה 7 (התשנ"ג).

⁴ ראו פסק דינו של השופט ויצמן, תמ"ש (משפחה כפ"ס) 28050/04 א.ג. נ' א.מ., תק-מש 2006 (1) 376, מיום 20.3.2006 (סעיפים 10-16 לפסק הדין); פסק דינו של השופט גרינברגר, תמ"ש (משפחה י-ם) 2480/04 ב.ס. ואח' נ' נ.מ., תק-מש 2006 (2) 267, מיום 8.6.2006 (במיוחד בסעיפים 13-22, 31); פסק דינה של השופטת מימון, תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א.ל. ואח' נ' פ.ל. (לא פורסם), מיום 9.8.2006 (סעיפים 20-28; 43-77).

⁵ מ"ש הכהן מזונות הילדים התהוות ההלכה 7 ואילך (חיבור לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשנ"ט). אמנם יש הסבורים שהחיוב הוא מן התורה והם לומדים את הדבר מדברי הרמב"ם (הלכות אישות, פרק יב, הלכה יד), הדין בחיוב הבעל לזון את אשתו, שהוא מן התורה, ובחיוב האב לזון את ילדיו. ראו גם תיק כ"ז/7011, פד"ר ז, עמ' 140.

⁶ משנה, כתובות, פרק ד, משנה ו.

⁷ תוספתא, כתובות, פרק ד, הלכה ח.

⁸ משנה, נדרים, פרק ד, משנה ג.

⁹ מכילתא דר' ישמעאל, משפטים, פרשה א.

¹⁰ שמות כא, ג.

¹¹ הרב ש' אליעזרי "חובת הזנת הבנים הקטנים" התורה והמדינה ט-י, עמ' ר-ריז (התשי"ח-התשי"ט); הרב א' ויינברגר "הזנת ילדים לאור ההלכה" התורה והמדינה ט-י, עמ' דלב-רעו (התשי"ח-התשי"ט).. וכן סבור ש' אלבק ששה סדרי משנה, השלמות ותוספות, נדרים, פרק ד, משנה ג. אמנם, לדעת מ"ש כהן, לעיל ה"ש 5, אין הוכחה לכך מן המקורות הללו, ואף בתקופה התנאית לא הוטלה חובת מזונות הילדים על הוריהם. גילת, לעיל ה"ש 2, סבור שעצם חיובו של האב לזון את ילדיו הקטנים הוא חידוש

בדור הרביעי של התנאים נקבע דין חדש, ולפיו מתן המזונות לילדים הוא מצווה או חובה, כפי שעולה מן התוספת שהובאה לעיל. וכן נאמר בתלמוד הבבלי:

"אשרי שומרי משפט עושה צדקה בכל עת" (תהילים קו, ג) – וכי אפשר לו לאדם לעשות צדקה בכל עת? אמרו רבותינו שביבנה ואמרי לה רבי אלעזר: זה הזן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים.¹²

עוד נאמר בתלמוד:

אמר ריש לקיש משום רבי יהודה בר חנינא: באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים.¹³

ונחלקו הראשונים בשאלה אם מתקני תקנת אושא התכוונו לכפות את האב לזון את ילדיו, ומתברר שתקנת אושא לא נתקבלה להלכה,¹⁴ או שמא התכוונו להשתמש בלחץ מוסרי בלבד.¹⁵ ואכן מצינו שנהגו להשתמש באמצעי לחץ כדי לגרום לאב לזון את ילדיו.¹⁶ בדורות האחרונים, נחלקו חכמי ישראל בשאלה אם תקנה זו חלה על ילדים שגילם למעלה ממש שנים או דווקא על ילדים שהם צעירים מגיל זה.¹⁷ בדור מאוחר יותר נפסק: "דרש רבי עולא רבה אפיתחא דבי נשיאה: אע"פ שאמרו: אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה? עד בן שש... משום דבעי למיכל בהדה".¹⁸

2. המקור ההלכתי לחיוב במזונות ילדים

מדברי התלמוד,¹⁹ עולה שחיוב האב במזונות ילדיו חל רק כשאינו לקטן כדי מזונותיו, "דבעי למיכל בהדה [=שצריך לאכול עמה]". מכאן נראה, לכאורה, שאם יש לילד כדי מזונותיו, לא ניתן לחייב את אביו לפרנסו. ואולם, כמה מן הראשונים הגדירו את חובת האב לזון את ילדיו כחובה מוחלטת, בין שהוא עני בין שהוא עשיר. וזה לשון מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג

שיצא מבית מדרשם של האמוראים.

12 כתובות נ ע"א.

13 כתובות מט ע"ב.

14 הלכות גדולות, עמ' שסג.

15 רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב, הלכה יד; ראב"ן, רס ע"ב.

16 גיטין ו ע"ב, ושם ביזו אב שהמתכחש לחובתו לזון את בניו ובנותיו.

17 לסקירת הדעות, ראו מ"ש הכהן, לעיל ה"ש 5, עמ' 79.

18 כתובות סה ע"ב. א' וסטרייך "מקורות משפטיים-היסטוריים לחיוב הורים במזונות ילדיהם" דיני ישראל יט, עמ' קסז (התשנ"ז-התשנ"ח), שדן בהגדרות הללו סבור, שלמעשה לא נקבע גיל מסוים שבו האב חייב במזונות ילדיו, והוא השתנה מילד לילד. ואולם נקבעו כללים נוקשים המגדירים את היקף החובה לזון על פי הגיל.

19 כתובות, שם.

בעניין זה:

דכל מניקה כשם שחייב במזונותיה, דהיינו בין אמיד בין לא אמיד... דהא חוב גמור הוא דאחייב במזונותיה משלו... אפילו כי אית לה נכסי טובא [=כשיש לה נכסים הרבה], חייב בכתובתה... דכל שעתא מוסיף לה משלו על מזונותיה כשהיא מניקה... בשביל דתקיננו רבנן מזונות לאשה, תקיננו רבנן לקטני קטנים.²⁰

לפי דבריו, כשם שהבעל חייב לזון את אשתו, והוא אינו יכול להפחית מדמי מזונותיה אם היא אמידה, כן הוא חייב לזון את ילדיו, וממילא סכום המזונות אינו משתנה בהתאם למצבם הכלכלי של ילדיו. ואף הרא"ש פוסק ברוח זו, שחיוב המזונות חל על האב בין שיש ליתומים ממה להתפרנס ובין שאין להם ממה להתפרנס.²¹

אמנם, חכמי ההלכה בספרד אינם מסכימים שמדובר בהתחייבות מוחלטת. ר' פנחס הדיין ממצרים כותב: "תקנת אושא אינה אלא בזמן שהבנים קטנים ואין להם במה יתפרנסו. אבל אם היה להם במה יתפרנסו, לא רבותינו חייבו [=לא חייבו רבותינו] בתקנת אושא".²² וכן סבור אף הרשב"א, שאם יש לקטן ממה להתפרנס, אביו אינו חייב במזונותיו.²³ בשולחן ערוך נפסק להלכה על פי הטור, הפוסק על פי אביו הרא"ש כשיטת מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג. וזה לשונו:

חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אדם. ומשם ואילך, זנן כתקנת חכמים, עד שיגדלו.²⁴

ייתכן שיסוד ההבדל בין שתי הגישות הללו נעוץ במקור לחיוב המזונות. יש להבחין בין שני גדרי חיוב של האב לזון את ילדיו:²⁵

1. חיוב לזון אותם מדין מזונות האם, כחלק מחובתו של הבעל לפרנס את אשתו ואת כל הנגררים אחריה (כגון: הילדים), כשהתובעת היא האם.²⁶ הר"ן סבור שחובה זו היא מרכיב אחד ממרכיבי החיוב של אדם לזון את אשתו, אם ילדיו: "דכי אמרינן דזן אותם קטני קטנים, דווקא בשאמן קיימת ומדין מזונות אמן... שכיוון שהן נגררים אחריה, אי

20 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ב, סימן רמד.

21 פסקי הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יד. ייתכן שתקנה זו תוקנה כדי להגן על הילדים מפני נטישתם בידי הוריהם בתקופות שהתעורר בהן חשש זה.

22 ראו שו"ת הרמב"ם, בלאו, כרך ב, עמ' 643, סימן שסז.

23 שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שצא.

24 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עא, סעיף א.

25 להרחבה בעניין זה, ראו ז' ורהפטיג "למקורות החובה למזונות ילדים" בתוך ספרו **מחקרים במשפט העברי** 119–135 (התשמ"ה); שרשבסקי, לעיל ה"ש 3, עמ' 377–378.

26 ר"ן על הרי"ף, כתובות כח ע"ב בדפי הרי"ף, סוף פרק אף על פי.

אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותם".²⁷ ב"צ שרשבסקי סבור שדעה זו מבוססת כנראה על ההלכה, ולפיה עד גיל שש שנים נמצאים הילדים אצל אימם, ולכן היא נזקקת לדמי מזונות בשיעור גבוה יותר כדי שתוכל לזון אותם.²⁸

2. החיוב הוא ישירות כלפי ילדיו, בין מנישואין בין מן הפנויה, עד גיל שש מכוח תקנת חכמים ולאחר מכן – מכוח דיני צדקה.²⁹ לפי גישה זו, האב חייב לזון את ילדיו כאחת מחובותיו הישירות כלפי ילדיו, כפי שהדגיש ורהפטיג: "זהו חידוש בבית מדרשו של המשפט העברי".³⁰ וכפי שנראה להלן, לפי תפישה זו, יש לראות בחובת האב כלפי ילדיו חובה מוחלטת.

הרשב"א³¹ סבור כי אף על פי שחובת המזונות היא ישירה כלפי הילדים, יסוד חיובה הוא מכוח דיני צדקה. אלא שגם לשיטתו יש הבחנה לפי הגיל התלויה ביכולת הילד לפרנס את עצמו: בן גדול המסוגל לפרנס עצמו אביו פטור מלזונו, אך בן קטן מאוד, אביו חייב לזונו כיוון שאינו יכול לזון את עצמו. אמרו מעתה, הרשב"א סבור שיש להגביל את חובת האב לזון את בניו הקטנים מאוד רק אם אין להם ממה להתפרנס.

בעת האחרונה, הציע ד"ר ישראל צבי גילת הצעה מעניינת, שחובת האב לזון את ילדיו נובעת מזכויותיו המוקנות לו במעשי ידיהם או מציותם וכדומה, והיא טפלה לזכויותיו מהם.³² ייתכן שעל פי דעה זו, יש להגדיר את חובת האב כלפי ילדיו כחובות מוחלטות, אם זכויותיו הממוניות של האב בנכסי ילדיו הן מוחלטות.

3. מזונות לילדים גדולים מגיל שש – דין צדקה

בתלמוד נקבע שמדין צדקה, האב חייב לזון את ילדיו, אף אם הם בני שש ויותר. בפרק הבא נדון בהרחבה בשאלת היסוד המשפטי לחיוב האב לזון את ילדיו, ולא נחזור כאן על הדברים. וכאן יש לשאול: האם ניתן לכופף את האב לתת לילדיו צדקה? שמא מדובר במצווה התנדבותית, ולא ניתן לאכוף אותו לקיימה?

מדברי התלמוד,³³ האומר שיש לשבח את מי שזן את בניו ובנותיו, משום שהוא מקיים בכך את מצוות הצדקה, עולה שאין לכופף את האב לזון את בניו. וכן עולה אף מסוגיה אחרת בתלמוד³⁴ שנקבע בה שמי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת ממנו לזון אותה, שניתן

27 ר"ן, שם.

28 שרשבסקי, לעיל ה"ש 3, עמ' 377.

29 דעת רוב הראשונים. וראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 25, עמ' 124–125; שרשבסקי, שם.

30 ורהפטיג, לעיל ה"ש 25, עמ' 125.

31 שו"ת הרשב"א, שם.

32 גילת, לעיל ה"ש 2, עמ' 158–162.

33 לעיל, ליד ציון ה"ש 12.

34 כתובות מה ע"א.

לקחת מנכסיו לפרנסתה אך לא לפרנסת ילדיו. וכן עולה אף מן התוספתא.³⁵ אמנם ממקורות תלמודיים אחרים עולה שניתן לכוף את האב אם הוא אמיד. ואם אינו אמיד, ניתן ללחוץ עליו באמצעים פסיכולוגיים, כגון לשאול אותו: "האם נוח לך שאחרים זנים את ילדיך?". ואולם, אם הוא אמיד, כופים אותו לזון אותם בעל כורחו.³⁶ ואולם, בעל "הלכות גדולות" גורס אחרת: "ולא היא. אף על גב דאמיד, לא אכפינן ליה". כלומר, אין כופין את האב לזון את ילדיו גם אם הוא אמיד. וכן פסקו רב שרירא גאון ור' זרחיה הלוי ור' ירוחם, שאין לכוף מזונות מדין צדקה.³⁷ בניגוד לדעתם של החכמים הללו, יש פוסקים הסוברים שניתן לכוף את האב לזון את ילדיו מדין צדקה, כגון: הרי"ף,³⁸ ר"י מבעלי התוספות³⁹ והרמב"ם⁴⁰ וזה לשונו בפירושו למשנה:

אם היה בעל רכוש, מעמידים עליו מורשה וכופין אותו... לא מפני שחייב לזון... שכבר עברו שש שנים, אלא מפני שהוא חייב ליתן צדקה כפי ממונו.⁴¹

שאלה זו עלתה לדיון אף בפסיקתם של דיניי בתי הדין הרבניים בעידן המודרני. הרב דיכובסקי מציג את הגישות לשאלה אם חיוב הבעל במזונות ילדיו נמדד על פי העקרונות הרגילים של חיוב צדקה או שמא הוא בעל אופי ייחודי.⁴² בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו קבע כי מאחר שחיוב מזונות מגיל שש הוא מכוח מצוות צדקה בלבד, לא ניתן לכוף את האב לשלמם.⁴³

35 תוספתא, כתובות, פרק ו, הלכה י.

36 כתובות מט ע"ב.

37 תשובת הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ד, סימן מו; רבנו זרחיה הלוי, בפירושו לרי"ף בבא קמא יח ע"א-ע"ב בדפי הרי"ף; רבנו ירוחם, מישרים כג, חלק חמישי, נז ע"ב.

38 רי"ף, כתובות יח ע"א בדפי הרי"ף.

39 תוספות, בבא בתרא ח ע"ב.

40 רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב, הלכה טו.

41 פירוש המשנה לרמב"ם, כתובות, פרק ד, משנה ו.

42 הרב ש' דיכובסקי "מזונות הבנים – תקנה מיוחדת בדיני הצדקה" תחומין טז 87–101 (התשנ"ו). לכאורה, יש מקום לעיין בשאלה אם נפקות ההבחנה עשויה לבוא לידי ביטוי, בין השאר, בשאלה אם הבן יכול לתבוע בבית הדין את זכותו למזונות, שהרי לפי החוק במדינת ישראל, לא ניתן לתבוע לקבל צדקה בבית הדין הרבני. ומתברר שזוהי המציאות המשפטית לאחר בג"ץ 8638/03 אמיר נ' אמיר, תק-על 2006(2) 98 (2006). אמנם, לא ברור מדוע מחויבת מסקנה זו, שהרי לכאורה חיוב המזונות הוא חיוב בין בני משפחה והוא נקבע על פי הדין האישי, בין שהוא נובע מהלכות אבן העזר בין שהוא נובע מהלכות יורה דעה. דומה שהנימוק האמתי להפקעת סמכות בית הדין הרבני כשהחיוב הוא מדין צדקה הוא החשש מפני כפיית דיני צדקה בימינו שלא כדין. וצ"ע.

43 תיק תשי"ז/103, פר"ד ב, עמ' 92–93. וראו גם פסקי הדין במאמרו של הרב דיכובסקי, שם.

נראה אפוא כי מהות החיוב מיום שמגיע הקטין לגיל שש ועד לבגרותו לפי המשפט העברי, גיל 12 ויום אחד לבת וגיל 13 ויום אחד לבן, היא מדין צדקה. כלומר, חובה זו תלויה גם ביכולתו הכלכלית של האב ובמידת נזקקותו של הקטין, כפי שנראה להלן.

4. ההבדל בין חיוב מן הדין לחיוב מדין צדקה

נוסף על השאלה שהעלינו בסעיף הקודם, בדבר סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים הנגזרת לכאורה ממקור החיוב במזונות, קיימת נפקות עניינית לנסיבות שבהן יוטל החיוב. על ההבדל העיקרי בין חיוב מן הדין לילד עד גיל שש לבין חיוב מדין צדקה לילד מגיל שש ומעלה, עומד ד"ר זרח ורהפטיג. וזה לשונו:

במזונות כחוב רגיל, החוב הוא אבסולוטי, מוחלט, ללא כל תנאים, ואף אם לילדים נכסים משלהם ואף אם אין לאב כל נכסים או הכנסה, החוב שריר וקיים ומחייבים אותו לשלם. "אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם", ואף אם האב "אינו אמוד" ... קיים חיוב משפטי גמור מבלי שים לב לגובה הכנסותיו של האב והיקף נכסיו, ועל האב להתאמץ עד לגבול יכולתו ואף להשכיר עצמו כפועל פשוט כדי שיוכל לעמוד בחובתו לזון את ילדיו.⁴⁴

לעומת זאת, בחיוב לזון את הילד מדין צדקה, חובת האב מותנית ביכולתו הכלכלית, ורק אם הוא אמיד ויש בידו לפרנסו והילד נצרך לפרנסה, כיוון שאין לו נכסים משלו. ועוד, על הילד התובע להוכיח שאין לו אפשרות או יכולת להתפרנס משלו ושיש לאביו יכולת לפרנסו, ורק אז יהא זכאי למזונות כדי מחסורו.

הבדל נוסף שנדון בו להלן תלוי בשאלה עד כמה מוטלת חובת המזונות מדין הצדקה אף על האם. אולם, קודם לכן, נפנה להשפעתה המעשית של תקנת הרבנות הראשית משנת התש"ד על גדרי החיוב במזונות ילדים מגיל שש ומעלה.

5. תקנת הרבנות הראשית לישראל משנת התש"ד

בשנת התש"ד תיקנה הרבנות הראשית לישראל תקנה, ולפיה האב חייב במזונות ילדיו עד הגיעם לגיל 15. וזה לשון התקנה:

אי לזאת קבענו את התקנה הכללית הזאת לכל ארץ ישראל, כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו בכל הכפיות האפשריות החוקיות, לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה. בענין החיוב שביד בית דין להטיל מתורת צדקה כשהאב אמיד, אין אנו נוגעים כלל וכלל. בזה אין שום

⁴⁴ ורהפטיג, לעיל ה"ש 25, עמ' 129–131. למקורות המשפט העברי שהדברים מבוססים עליהם, ראו שם.

תקנת הרבנות אומצה על ידי בתי המשפט במלואה והם אף נתנו לה פירוש מרחיב, ולפיו תכליתה היא הרחבת חיובו של האב במזונות ילדיו מעיקר הדין עד הגיעם לגיל 15 בלי להתחשב בהכנסותיו ובהיקף נכסיו.⁴⁶

נפקות הפרשנות המקובלת היא⁴⁷ כי החיוב שהוטל על האב לזון את ילדיו עד הגיעם לגיל שש הורחב עד גיל 15, דהיינו חיוב מוחלט של האב במזונות הכרחיים, שאינו תלוי במצבו הכלכלי של האב.

ואולם פרשנות זו של תקנת הרבנות הראשית לא התקבלה על דעת הכול,⁴⁸ והיו כאלה שסברו שאין בכוחה של הרבנות הראשית להרחיב את חיוב האב לזון את ילדיו מעבר לחובת הצדקה. הם פירשו שתכליתה של התקנה רק לתת כוח לבית הדין לכפות את החיוב על האב, אם אכן נמצא שהנסיבות מתאימות לחיובו לזון את ילדיו מדין הצדקה, כשיכולתו הכלכלית מאפשרת לו לזון אותם, ולקטין אין מקור חלופי לסיפוק מזונותיו.

6. פרשנות התקנה והשפעתה על חיוב האם לזון את ילדיה⁴⁹

בעת האחרונה התגלעה מחלוקת בין שופטי בית המשפט לענייני משפחה⁵⁰ באשר לפרשנותה של התקנה, בעקבות דיון בסוגיה המשפטית שהגיעה לפתחם בעניין שאלת חיובה של אם במזונות ילדיה עד גיל 15 ובעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו בעת האחרונה,⁵¹ שחייבו את האם לזון את ילדיה מכוח עקרון השוויון.⁵²

השופטים ויצמן וגרינברגר החליטו לאמץ פרשנות מחודשת של תקנת הרבנות

45 הובא אצל שרשבסקי, לעיל ה"ש 3, עמ' 447–450; הרב י"א הרצוג **תחוקה לישראל על פי התורה** כרך ג 120 (א' ורהפטיג עורך, התשמ"ט).

46 ראו ע"א 591/81 **פורטוגו נ' פורטוגו**, פ"ד לו(3) 449 (1982); ע"א 1375/93 **אביטול נ' אביטול**, פ"ד נ(1) 215, 219 (1996), ורבים אחרים.

47 כך, לדוגמה, הבהיר בית הדין הרבני הגדול במותב הרבנים הראשיים דאז, הרב הרצוג והרב עוזיאל, שהיו שותפים לתיקון התקנה: "מוטעית היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא... אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית ועצמאית גמורה, אר אינה נובעת מדיני צדקה כלל, ואינה מוגבלת איפוא על ידי ההיקף המצומצם של דיני הצדקה". ראו אוסף פסקי דין, בעריכת ז' ורהפטיג, עמ' קנ, תיק 1/51/707; שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, חלק א, סימן ב.

48 לפרטים בעניין זה, ראו ורהפטיג לעיל ה"ש 25, עמ' 131–135. חובה לציין גם כי לא ברור כיום עד כמה מיושמת התקנה בבתי הדין הרבניים, משום שלא הכול רואים בסמכות הרבנות הראשית "רשות מחוקקת" המוסמכת לתקן תקנות לכלל ישראל. ואכמ"ל.

49 להרחבה בעניין זה, ראו המקורות המצוינים לעיל ה"ש 3.

50 ראו לעיל ה"ש 4.

51 לפסיקה בעת האחרונה, ראו: ע"מ 5750/03 **אוהנה נ' אוהנה**, תק-על 2005(2) 2560 (2005); ע"מ 2433/04 **צינובוי נ' צינובוי**, תק-על 2005(4) 41 (2005).

52 ולא דווקא מתוך מחויבות לפרשנות נכונה של הדין האישי.

הראשית משנת התש"ד שהעלה פרופ' פרימר בכנס באוניברסיטת בר-אילן בחודש טבת התשס"ו, ולפיה משמעות התקנה היא מתן תוקף של חיוב משפטי בר-כפייה של חובת ההורים לזון את ילדיהם עד הגיעם לגיל 15, אף על פי שיסוד החיוב נותר בתחום דיני צדקה. לעומתם, שללה השופטת מימון בכל תוקף את האפשרות לפרשנות מחודשת זו, משום שהיא חורגת מן הפרשנות המקובלת של התקנה. ואלה דברי השופט ויצמן בעניין זה:⁵³

בכנס בנושא "מזונות ילדים" שהתקיים בחודש ינואר 2006 באוניברסיטת בר אילן, העלה פר' דב פרימר רעיון שובה לב לישובה של הסתירה הלכאורית שבין החלטות בית המשפט העליון המבקשות לשקלל את יכולותיהם הכלכליות של ההורים בפסיקת מזונות ילדים לבין הוראות הדין העברי המחייבות, לכאורה, את האב במלוא צרכיהם ההכרחיים. פר' פרימר ציין כי קיימות גישות שונות באשר לפרשנותה של תקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד. בצידה של הגישה הרווחת הסוברת כי התקנה נועדה להרחבת החיוב של אב במזונות ילדיו הקטינים מעיקר הדין עד הגיעם לגיל 15 (גישה אשר אומצה עד כה בפסיקת בית המשפט) קיימת גישה הרואה את התקנה ככזו המורה על חיוב משפטי מכוח דיני הצדקה ולא מעיקרו של הדין. ע"פ גישה זו כל מטרתה של התקנה הינה להחיל את דיני הכפייה החלים על חיובי צדקה עד להגיעם של הקטינים לגיל 15 וזאת על מנת שניתן יהיה לאכוף את החיוב בהליכי הוצאה לפועל, ואולם על החיוב עצמו יחולו דיני הצדקה, הווה אומר, יבחנו, בין השאר יכולתו של האב ואף יכולתה של האם אשר גם היא חייבת מדיני הצדקה על פי שיטת רוב הפוסקים. לטענתו של פר' פרימר באם יאמץ בית המשפט את הפרשנות הזו של תקנת הרבנות הראשית יהווה הדבר פתח להתחשבות בהשתכרות הורי הקטינים בכל הקשור לצרכיהם של קטינים מגיל שש ומעלה וזאת תחת אצטלתו של הדין העברי.

אכן, שאלה ראויה היא עד כמה ניתן להטיל חיוב על האם מדין צדקה מכוח פרשנות זו, ועד כמה אימצוה פוסקי זמננו. אין ספק שפרשנות דווקנית של הדין העברי המטילה על האב לבדו את החובה לשאת בצרכיהם ההכרחיים של ילדיו הקטינים עלולה להביא לתוצאות בלתי סבירות ואף קשות. כך, לדוגמה, כשברור שאמצעיו הכלכליים של האב דלים ביותר ואילו האם היא בעלת היכולת הכלכלית הגבוהה בתא המשפחתי. במקרה זה, חיוב האב למלא את צרכיהם ההכרחיים של ילדיו נראה בלתי הוגן ובלתי ראוי, וכבר העירו חכמים על

⁵³ בפסק דינו הנזכר לעיל ה"ש 4.

עניין זה.⁵⁴

ואכן, בשולי פסק דין של בית הדין הרבני האזורי בחיפה משנת התשל"ט,⁵⁵ שנהג בו בית הדין על פי תקנת הרבנות הראשית בעניין חובת ההורים לזון את ילדיהם עד הגיעם לגיל 15, העיר אחד הדיינים:

האם מן הראוי שתמיד האב ישלם אף בזמן שהאם היא עתירת נכסים, או שמרויחה היטב והוא חי לו ממשכורת מצומצמת? כדאי שחברינו, דייני ישראל, יתנו לב לזה, לנהוג כאביהם של יתומים חיים.

עמדה זו נשמעת באופן חד וברור בדברי הרב שאול ישראלי, שפסק:

אכן, כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד. במקרה דנן, שהילד כבר למעלה משש, אין החיוב מכוח התקנה אלא מדין צדקה בלבד.⁵⁶

עינינו הרואות כי יש מקום בפסיקה ההלכתית אף לגישה המבקשת לבחון את יכולתם הכלכלית של הורי קטינים שהם בני למעלה משש שנים בעת פסיקת מזונותיהם של קטינים אלה.⁵⁷

ואולם, דומה כי לפי כללי הפסיקה המקובלים, עדיין יש ללכת בדרכה של הפרשנות המקובלת של התקנה. ויש לציין כי בפסקי הדין האזוריים הנזכרים נעשה מאמץ גדול ליישב בדוחק את ההבדל בין הוראות ההלכה לפסיקת בתי המשפט.⁵⁸ מעיון בדברי הפוסקים⁵⁹ עולה המסקנה, כי גם אם מוטלת על האם חובה מדין צדקה,

⁵⁴ ראו דברי הרמ"ך, ר' משה ב"ר מאיר הכהן מלוניל (צרפת, המאה הי"ב) בהגותו לרמב"ם: "תמה הוא זה אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה כיון שהן קטני קטינים? ומה הפרש יש בין אב לאם, ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש, ואמאי יכולה להשליכם על הקהל? ואם היא עשירה, אמאי לא יכופו אותה אפילו היו יותר מבני שש? וצריך עיון" (הלכות אישות, פרק כא, הלכה יח).

⁵⁵ תיק תשל"ח/2490, פד"ר יא, עמ' 209.

⁵⁶ ערעור תשל"ג/39, פד"ר ט, עמ' 263.

⁵⁷ ונעיר כי לפי שיטת הרשב"א הנזכרת לעיל, ליד ציון ה"ש 23, יש להגביל את חיוב האב לזון את בניו הקטנים מאוד, רק אם אין להם במה להתפרנס. ייתכן כי לפי שיטה זו, יכולתו של הילד להתפרנס תיבחן גם לאור יכולתה של אמו לפרנסו, ובהתאם לכך לגזור את חיוב האב, גם לאחר פרשנות זו של התקנה.

⁵⁸ ולעניין טענת "קים לי", המקובלת בהלכה כמנגנון הכרעה מעשי אף כדעת מיעוט, שהשתמש בה השופט ויצמן, יש לציין כי כבר דחו אותה שני חבריו, השופט גרינברגר והשופט מימון, בפסקי הדין הנזכרים לעיל ה"ש 4, ואין כאן מקום להאריך בסוגיה זו וביישומה בשאלה הנוכחית.

⁵⁹ ראו אקסלרוד, לעיל ה"ש 3; דיכובסקי, לעיל ה"ש 42; שור, לעיל ה"ש 3, ובמקורות המובאים לעיל

מדובר בחובה פחותה מחובת האב מדין צדקה. מכל מקום, מימוש חובת האב קודם לחובת האם.

על כן נראה כי נכונים דבריה של השופטת מימון בעניין זה. וזה לשונה:

העולה מן המקובץ הוא כי אף אם קיימות בפסיקה ובקרב המלומדים דעות וגישות שונות ביחס לתקנת הרבנות, הרי שאין בכך כדי להוות בסיס רחב מספיק המצדיק אימוץ פרשנות חדשה לתקנה, פרשנות הנוגדת את כוונתם המפורשת של מתקניה, וסטייה מן ההלכה המקובלת זה שנים רבות בבתי המשפט.

סיכומו של דבר, התקנה המחייבת לכל דבר וענין אשר לשונה מפורשת, מאריכה חיוב אשר חל על אב עוד לפני התקנתה – לנשיאה בצרכיהם הבסיסיים של ילדיו עד גיל שש או עד לבגרות – עד לגיל 15, החיוב הוא חיוב משפטי עצמאי גמור, החיוב הוטל על אב ולא על אם.

אכן לא ביטל החיוב את חיוב האם מ"דין צדקה", אולם לא השווה אם לאב בחובה המשפטית העצמאית למילוי החיוב לשאת במזונות לצרכים בסיסיים. כל שהוא מעבר לחובה זו מוטל אף על אם אמידה מכח "דין צדקה". ואולם אין לאם חיוב לנשיאה במזונות לצרכים הכרחיים, עד לגיל 15, חיוב זה מוטל כולו על האב.⁶⁰

ונעיר כאן כי להלן, בפרק החמישי, נדון בהרחבה בפרטי חיובה של האישה במצוות הצדקה.

(ג) מסקנות

- א. נחלקו הפרשנים בשאלת מקור חיוב ההורים לזון את ילדיהם.
- ב. נקבע בתקנת אושא שהאב חייב לזון את ילדיו עד הגיעם לגיל שש.
- ג. מגיל שש ומעלה ועד הגיע הילדים לגיל בגרות לפי המשפט העברי, האב חייב לזון את ילדיו מכוח מדין צדקה.
- ד. הפוסקים חלוקים בשאלה אם חובה זו חלה גם כשיש לילדים מקור פרנסה חלופי או שהאב עני. נראה כי מחלוקת זו תלויה בשאלה אם חובו של האב הוא חיוב מוחלט מן הדין או שמא הוא מדין צדקה.
- ה. נחלקו הפוסקים עד ימינו אלה אם ניתן לכופף את האב לזון את ילדיו מדין צדקה וכיצד לעשות זאת.
- ו. תקנת הרבנות הראשית משנת התש"ד מרחיבה את חובת האב לזון את ילדיו עד הגיעם

ה"ש 3.

פסקאות 89–90 לפסק הדין הנזכר לעיל ה"ש 4.

לגיל 15.

- ז. הפרשנות המקובלת של תקנה זו רואה בחובה לזון את הילדים עד הגיעם לגיל 15 המשך לחובת האב מדין התלמוד לזון אותם עד גיל שש, ומכאן סמכות בית הדין לכפות על האב למלא את חובתו לספק לילדיו לפחות מזונות הכרחיים.
- ח. בעת האחרונה נשמעו קולות הקוראים לאמץ פרשנות אחרת של תקנת הרכנות משנת התש"ד, הגורסת כי מקור החיוב מגיל שש ועד גיל 15 הוא דין צדקה, אלא שניתן לה תוקף משפטי מחייב יותר ובר-אכיפה.
- ט. נפקות חשובה לפרשנות התקנה תהיה לעניין האפשרות לחייב גם את האם לזון את ילדיה, ולפיה תיבחן יכולתם הכלכלית של שני הוריו של הילד מגיל שש ומעלה, במסגרת פסיקת מזונותיו של קטין זה.
- י. דומה שקשה יהיה לקבל פרשנות מחודשת זו על אף חשיבותם של עקרון השוויון ודיני היושר במשפט הישראלי.

פרק רביעי

חיוב מזונות לנולד לאישה נשואה בהזרעה מלאכותית בלא הסכמת בעלה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

תמ"ש (משפחה כפ"ס) 23402/02 פלוגית נ' פלוני (לא פורסם) (מיום 30.4.2006), מפי השופטת מרים קראוס, בית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא (להלן: פרשת פלוגית). שני הצדדים הם בני זוג נשואים המצויים בהליכי גירושין. האישה תובעת מהנתבע מזונות בעבור בנותיה התאומות שנולדו בהזרעה מלאכותית, כיוון שהוא האב הרשום בתעודת הזהות ומשום שהיה בעלה בעת שילדה את הבנות. מנגד טוען האב שהילדות באו לעולם שלא מזרעו ובלא ידיעתו ובניגוד לרצונו – כשכבר היו בהליך גירושין קשה ושרויים בנתק מוחלט ביניהם. השופטת קראוס פנתה למרכז ישמ"ע בשאלה מהי עמדת ההלכה בעניין פסיקת מזונות לילד שנולד לאם נשואה כתוצאה מהזרעה מלאכותית בניגוד לדעת האב הרשום בתעודת הלידה שלו.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

שאלת השופטת נוסחה באופן כללי, לפיכך נתייחס לאפשרויות השונות. בראשית הדברים, נדגיש כי שאלת חיוב המזונות לנולד מהזרעה מלאכותית לפי המשפט העברי נדונה בהרחבה במאמרו של יצחק אינדיג.¹ לכן, נזדקק להלן במידה רבה למה שעולה ממנו.

¹ י' אינדיג "חיוב מזונות בנולד מהזרעה מלאכותית" דיני ישראל ב 83–115 (התשל"א). וראו י' גרין

באופן כללי, הטלת חיוב מזונות מן הדין, להבדיל מחיוב מדין צדקה וכדומה,² היא פונקציה של **קביעת האבהות**, משום שהחיוב במזונות הילד מוטל על מי שניתן לקבוע כי מבחינה הלכתית הוא נחשב לאב.³ לפיכך, יש להבחין בין שני מצבים באישה נשואה: כשהופרתה האישה מזרע בעלה, וכשההפריה נעשתה מזרעו של תורם זר.

1. חיוב מזונות בהזרעה מלאכותית מזרעו של הבעל

כפי שסיכם אינדיג במאמרו,⁴ לדעת רוב הפוסקים והמשיבים, אם ההזרעה היא מזרעו של הבעל, נחשב הילד לבנו לכל דבר והוא חייב במזונותיו.⁵ ככלל, יש להבחין בין שני גדרי חיוב של האב לזון את ילדיו:⁶

א. חיוב לזון את ילדיו מדין מזונות האם, כחלק מחובתו של הבעל לפרנס את אשתו וכל הנלווים עליה, כשהתובעת היא האם.⁷

ב. חיוב האב ישירות כלפי ילדיו, בין מן הנישואין בין מן הפנויה, שחובת האב כלפי הילדים עד גיל שש מבוססת על תקנת חכמים, ומגיל שש ומעלה – יסוד החיוב בדין צדקה.⁸ שני החיובים הם מקבילים, וכל אחד עומד ברשות עצמו.⁹

לפי גדר החיוב השני, הבעל חייב ישירות לזון את ילדיו. במקרה זה, עילת החיוב היא האבהות, ותביעת מזונות ישירה זו "זכותו של העובר לאחר שיוולד, ולא זכות האשה".¹⁰ האב חייב במזונות בנו אף אם הוא ממזר, ויש אומרים שגם אם נולד לו מאישה נכרית, כיוון "שלא פטרה התורה ולא פטרו חכמים את האב במזונות, לפי שסוף סוף בן זה הוא תולדתו של אב זה, והוא הגורם להוצאתו לאויר העולם, והוא חייב גם בגדולו ובקיומו".¹¹ לעניין חיוב זה, נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין רבניים כי אין ההסכמים שבין האב לאם פוטרים

² "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל" אסיא ה' 125 ואילך (התשמ"ו). דבריו נזכרו גם בפסק דינה של השופטת נילי מימון בתמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם).

³ לדיון נרחב בהבחנה בין חיוב מזונות מן הדין לבין מזונות מדין צדקה, ראו להלן, פרק שביעי.

⁴ ראו לדוגמה: ערעור תשי"ז/20, פד"ר ג' 97, 108; תשובות ר' עקיבא איגר, מהדו"ת, סימן קח וסימן קמח.

⁵ אינדיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 98.

⁶ יחד עם זאת, יש דעות מיעוט אחרות, כמפורט שם; וראו גם א' שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** 156 (התשמ"ט), הערך "הזרעה מלאכותית".

⁷ להרחבה בעניין זה ראו ז' ורפהטיג "למקורות החובה למזונות ילדים" בתוך **מחקרים במשפט העברי** 119–135 (התשמ"ה); ב"צ שרשבסקי **דיני משפחה** 377–378 (התשנ"ג).

⁸ ראו ר"ן על הרי"ף, כתובות, סוף פרק אף על פי.

⁹ דעת רוב הראשונים. וראו ורפהטיג, לעיל ה"ש 6, עמ' 124–125; שרשבסקי, לעיל ה"ש 6. להרחבה בעניין זה ראו מה שכתבנו לעיל, בשני הפרקים הקודמים.

¹⁰ ראו: שו"ת שואל ומשיב, מהדורה שתייתי, סימן מו; פד"ר, כרך ז, עמ' 145–146.

¹¹ ראו: שו"ת הריב"ש, סימן מב; פד"ר, כרך ה, עמ' 102.

¹² ראו שו"ת משפטי עוזיאל, חלק אבן העזר, ירושלים תשכ"ד, סימן ד, עמ' כא.

את האב מחובתו כלפי הילדים, ו"פשוט שאין בין ההורים להתנות תנאים ולערוך הסכמים על חשבונה של הילדה, ואין חבין לאדם שלא בפניו, וחיובו של האב כלפי הילדה היה חוזר וניעור".¹² וכעין זה, כותב שרשבסקי: "יש להדגיש שהמדובר כאן בזכות הילד למזונות מהאב, וזכות זו בלתי תלויה ביחסים המשפטיים שבין הוריו. אין לילד ולא כלום עם הריב שבין הוריו".¹³

לאור האמור, נראה שאף בנדון דידן, אם יקבע בית המשפט שמדובר בזרעו של הבעל, הרי שאף על פי שהאישה הרתה כתוצאה מהזרעה מלאכותית בלא הסכמתו, אין היעדר ההסכמה נוגע אלא ליחסים שבינו לבין אשתו ואינו נוגע ליחסים שבינו לבין ילדיו, והוא חייב במזונותיהם.

2. חיוב מזונות בהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר

אם בעל הזרע אינו בעלה של האישה, הסיק אינדיג במאמרו, על סמך דעות הפוסקים כמפורט שם, שכל זמן שלא התחייב הבעל במפורש לזון את הילד שנולד מן ההזרעה המלאכותית מזרעו של תורם זר, לא ניתן לחייבו במזונות לילד שנולד. יחד עם זאת, מציע אינדיג לשקול שמא יש מקום לחייב את בעלה של האישה לזון את בנה מצד הדין המוטל עליו לזון את קרובי אשתו.¹⁴ חיוב זה אינו מדין "מזונות" אלא מדין "צדקה", ומשום כך יחולו לגביו כל הכללים החלים על חיוב מדין "צדקה", ובמיוחד פקיעת חיוב זה עם גירושיה של האישה או במותה.¹⁵

ואמנם, בשאלה שנשאלנו, לא הסכים הבעל להזרעה, אך אפשר שאם הילד סמוך על שולחנם של בני הזוג והוא חי עימם, ניתן לחייב את הבעל לזון אותו מדין צדקה, כאמור, שכן מן הסתם אין לילד ממון משלו ואין אדם אחר שיכול לזון אותו. יחד עם זאת, אין זה ברור אם ניתן לכופ על מתן צדקה במקרה זה. אמנם ניתן לכופ את בני העיר לתת צדקה, אך אין הדבר מובן מאליה שניתן לכופ מדין צדקה את הבעל לזון את הבן שנולד לאשתו בהזרעה מלאכותית, כשהתנגד מראש להזרעה.

3. השפעתה של אי-הסכמת הבעל להזרעה על חיובו במזונות

חיוב הבעל לזון את הבן שנולד לאשתו מזרע תורם זר, נדון בתשובתו של גדול פוסקי הדור הקודם בארה"ב, הרב משה פינשטיין. הרב פינשטיין קבע שאם ההזרעה מזרעו של אדם

¹² פד"ר, כרך ח, עמ' 170; פד"ר, כרך ט, עמ' 101; פד"ר, כרך ב, עמ' 5.

¹³ שרשבסקי, לעיל ה"ש 6, עמ' 375.

¹⁴ ראו שו"ת מהר"ם זיסקינד, סימן יט, שכתב בשם מהר"ם מינץ, והובא ב"פתחי תשובה", שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ג, ס"ק ב.

¹⁵ ויש לכך נפקויות נוספות. ראו אינדיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 111–113. וראו: ורהפטיג, לעיל ה"ש 6, עמ' 129–131; שרשבסקי, לעיל ה"ש 6, עמ' 382–384. דעתו של אינדיג הובאה אף באנציקלופדיה הלכתית רפואית, לעיל ה"ש 5, עמ' 159, ליד ציון הערה 92.

אחר נעשתה בלא הסכמת הבעל, הוא פטור מלזון אותו. וזה לשונו:

אבל הבעל אם אינו רוצה לזון אותו [=את הילד שנולד מהזרעה מלאכותית – י"ס] יהיה פטור. וכן יהיה פטור מהוצאת הלידה ורפואתה שעל ידי זה, כיון שעשתה זה שלא ברשותו.¹⁶

יש להדגיש כי מדברי הרב פינשטיין עולה שהפטור של הבעל מתשלום דמי המזונות הוא בגלל שההזרעה נעשתה "שלא ברשותו". אך ניתן להסיק מדבריו שאם נעשתה ההזרעה בהסכמת הבעל, אין הוא יכול לפטור עצמו ממזונות, אף אם אין מדובר בוולד שהופרה מזרעו.

וראוי להעיר כי כל האמור לעיל מדובר עת הביע הבעל במפורש את אי-הסכמתו להזרעה המלאכותית לפני ההפריה ובמשך כל התהליך. אך אם תחילה הסכים הבעל להפריה המלאכותית, אפילו בהסכמה שבשתיקה ושמכללא, אין הוא יכול להיפטר מחיובו לזון את הילד שנולד. וכן עולה מפסק דינו המאלף של הרב יוסף קאפח זצ"ל, שחייב בעל לשלם מזונות לבת שנולדה לאשתו מהפריה מלאכותית. וזה לשונו:

ואף גם זאת, כב' ביה"ד שליט"א פטרו את הבעל ממזונות הבת בהפטירם שאינה בתו. אמנם אמת הדבר שאינה בתו, אך נראה כי לא בקלות כזו יש לתת לבעל ליהנות מפרי הכשלתו את האשה, לצורך שעשוע בה היא בתו, ולמזונות איננה בתו?! ברור לפי התיק שהדבר נעשה ביזמתו ובעידודו, והוא אשר הכשיל עוור, ואין לאפשר לו ליהנות מפרי מעשיו הבלתי מחושבים. ולמרבה הצער, רבה בימינו המכשלה הזאת, ומה תאמר עלובה זו המסורה בידו, ואשר לשם שלמות דמתה שתתגבר על צערה, וכבר הגיעו לפני ביה"ד זה כמה וכמה מקרים שהבעל מעודד ואף לוחץ על האשה לקבל הפריה מלאכותית, וכאשר נקבצים בחיקה שנים שלשה כאלה ילדים ממגורות שונות, מוצא לו הבעל אחרת נאה מאשתו לדעתו, ובקלילות חובק חיק נכריה ופוטור עצמו מכל אחריות: אינם בני, אלא בניך. והאשה נשאת עם מטענה אובדת עצות. איני יודע מי צריך לתת דעתו על מקרים כאלה ההולכים ורבים מדי חודש בחודשו, אם "הרבנות הראשית" או מוסדות המדינה, בכל אופן אי אפשר להניח את הדבר פרוץ לפורצים פרוצים.¹⁷

מדבריו של הרב קאפח עולה שחייב את הבעל לשלם מזונות מכוח עילה נזיקית, כאשר גרם לאשתו לחשוב שהוא מסכים להפריה מזרעו של תורם זר, אך בסופו של דבר ביקש

¹⁶ שו"ת איגרות משה, אבן העזר, סימן י.

¹⁷ עדות ביהוסף – קובץ פסקי הדין של הרב יוסף קאפח זצ"ל (א' ורהפטיג עורך, התשס"ד) סימן ד, עמ' 20; ערעור מס' תשמ"ה/49.

להסתלק מאחריותו לזון את הילד וגרם לה נזק. לאור זאת, נראה שיש חשיבות לעתוי אי-הסכמת הבעל להפריה המלאכותית.¹⁸

4. מסקנות

- א. לדעת רוב הפוסקים והמשיבים, אם ההזרעה המלאכותית נעשתה מזרעו של הבעל, נחשב הילד לבנו לכל דבר, וממילא הבעל, שהוא בעל הזרע, חייב לזון את הילד כבנו לכל דבר.
- ב. חיובו של הבעל לזון את בנו שנולד מזרעו הוא חיוב ישיר. מדובר כאן בזכות הילד למזונות מן האב. זכות זו אינה תלויה ביחסים המשפטיים שבין הוריו. אין לילד ולא כלום עם הריב שבין הוריו, וממילא אף בהיעדר הסכמה מצד האב להזרעה המלאכותית, הוא חייב לזון את בנו שנולד מזרעו.
- ג. אם בעל הזרע אינו בעלה של האישה, ולא הייתה התחייבות מפורשת של הבעל לזון את הילד שנולד מהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר, לא ניתן לחייבו לזון את הילד. הרב פינשטיין אף פסק במפורש שאם ההפריה המלאכותית מזרעו של תורם זר נעשתה בלא הסכמת הבעל, הוא פטור מלזון את הילד.
- ד. יחד עם זאת, אפשר שיהיה מקום לחייב את בעלה של האישה במזונות בנה, אף על פי שאינו מזרעו של הבעל, מצד הדין המוטל עליו לזון את קרובי אשתו. חיוב זה אינו מדין מזונות אלא מדין צדקה. לא ברור אם ניתן לכופף אותו לתת צדקה לבן הנולד מהפריה מלאכותית.
- ה. כל האמור לעיל, אמור רק כשהביע הבעל במפורש את אי-הסכמתו להזרעה המלאכותית כבר לפני התחלת התהליך ולאורך כל תהליך הפריה.

(ג) פסק הדין

בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בפרשת **פלונית**, נדחתה טענת התובעת, שההפריה בוצעה מזרעו של הבעל. בית המשפט קבע כממצא עובדתי שההזרעה בוצעה מזרעו של תורם זר בלא הסכמת הבעל. השופטת מרים קראוס דנה גם בשאלת מזונות הבנות שנולדו מן ההפריה המלאכותית והכריעה בה לאור הדין העברי, על פי חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. וזה לשונה בסיכום פרק ד לפסק הדין:

באשר לשאלת מזונות בנות, שנולדו מהזרעה:

פניתי למכללה האקדמית נתניה, למרכז לישומי משפט עברי (ישמ"ע).

בחוות הדעת בנושא "חיוב מזונות לנולד לאשה נשואה בהזרעה מלאכותית

¹⁸ לדיון בהשפעת שאלה זו בעניין ההפריה החוץ-גופית על פרשת **נחמני** הידועה, ראו מאמריהם של הרב דיכובסקי, הרב שרמן והרב בן-שמעון המובאים **בתחומין** כב 392–411.

ללא הסכמת הבעל" – אותה קיבלתי מד"ר יובל סיני, ראש מרכז ישמ"ע – אליו פניתי לשם חוות דעת ולו אני מודה (ראה פסק דינו של השופט שפירא מבימ"ש מחוזי בירושלים, ע"מ 755/05, **פלונית נ' פלוני**, פורסם במאגר "נבו", סעיף 9 סיפא לפסק הדין. וכן ראה פסק דינו של השופט פורת בעניין עמ"ש 41/96, **כבירי**, תק-מח 97(2), עמ' 20, סעיף 12 לפסק הדין, שתומכים בקבלת חוות דעת כאלה), נאמר: ... [=הציטוטים מחוות הדעת הושמטו כדי לא לכפול הדברים שהובאו לעיל – י"ס]

בתמ"ש (י-ם) 10681/98, **פלונית נ' אלמוני**, נקבע ע"י השופטת נילי מימון: "המסקנה היא כי עפ"י הדין העברי החבות במזונות של בעל לילד אשר נולד לאשה כתוצאה מהפרייה מלאכותית מזרעו של תורם זר אינה באה מכח דין מזונות כי אם עולה אך מכח התחייבות מפורשת של הבעל בקנין ובעדים לזון את הילד ועפ"י דעה נוספת תחול עליו כדין ערב". ראה גם מאמרו של ד"ר יוסי גרין "הפרייה חוץ גופית בראי ההסכמה", הוצאת פרלשטיין 1995, עמ' 131–137. לאור מסקנתי, שהבנות נוצרו בדרך של הזרעה מתורת זר, ללא ידיעתו או הסכמתו של הבעל – תביעת המזונות עבור הבנות נדחית.

פרק חמישי

חיוב האישה במזונות בעלה מדין צדקה*

1. למהותו של חיוב מתן הצדקה – כללי

ההלכה מדברת בהרחבה במקומות רבים על חשיבותו של מתן הצדקה. חשיבות יתרה יש בנתינת צדקה לקרובי משפחה הזקוקים לתמיכה ממונית, כפי שנאמר ברמב"ם: "עני שהוא קרובו קודם לכל אדם, עניי ביתו קודמים לעניי עירו, עניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת".¹ המקור להקדמת מתן הצדקה לקרובי משפחה הובא על ידי הגאון מווילנה,² המציג שני מקורות אפשריים. המקור הראשון הוא הספרי:

"כי יהיה בך אביון מאחד אחיך באחד שעריך... לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך מאחריך האביון" ... מלמד שאחריך מאביך קודם לאחריך מאמך... מלמד שאנשי עירך קודמים לאנשי עיר אחרת.³

המקור השני הוא תנא דבי אליהו:

"הלא פרוס לרעב לחמך... ומבשרך לא תתעלם" ... בתחילה יפרנס את אביו ואמו. ואם הותיר, יפרנס את אחיו ואחיותיו...⁴

ברוב שיטות המשפט מקובל לומר כי "צדקה" (charity) אינה "חיוב" (obligation), אך

* חוות הדעת שלהלן נזכרה בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בכפר-סבא בש"א (משפחה כפ"ס) 3937/05 פלונים קטינים נ' פלוני (לא פורסם), מפי השופט צבי ויצמן (בסעיף 2.4).
1 רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה יג.
2 ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן רנא, ס"ק ד.
3 ספרי, דברים יד, יג.
4 אליהו רבה, פרשה כה.

במשפט העברי שני המושגים זהים,⁵ ואף מצינו שבית דין כופין על מתן צדקה.⁶ וכבר הדגיש ד"ר קיסטר ואמר כי מאחר שהמילה "צדקה" היא משורש צד"ק שממנו נגזרת גם המילה "צדק", יש בדבר כדי להעיד שאין הצדקה בגדר נתינה מתוך נדיבות או רחמנות, אלא עניין של יושר וצדק.⁷ בתלמוד הבבלי מסופר שרבה חייב את רב נתן בר אמי לשלם צדקה,⁸ ונחלקו הפוסקים בשאלה אם ניתן לרדת לנכסים, כלומר לעקל נכסים, כדי לגבות מהם את הצדקה: יש סבורים שניתן לכוף על הצדקה ולעקל את נכסי החייב,⁹ ויש הסבורים שאין לרדת לנכסי החייב כדי לגבות מהם לצדקה.¹⁰ יסודה של מחלוקת זו בשאלה אם חיוב הצדקה הוא חיוב ממוני,¹¹ ואז ניתן לרדת לנכסי מי שחייב לתת צדקה, או שאין זה חיוב ממוני אלא חיוב של מצווה.

הנה כי כן, מצוות הצדקה אינה חיוב התנדבותי בלבד, אלא מדובר בחיוב הניתן לאכיפה והמעווגן בכללים מפורטים. להלן נעמוד על כמה מן הכללים הללו.

2. החיוב לתת צדקה לקרובי משפחה

אחד מן הכללים המגדירים את אופן מתן הצדקה הוא הכלל הקובע את דיני הקדימות בצדקה. וכבר נפסקה הלכה בשולחן ערוך שיש זכות קדימה לעניים קרובי משפחה על פני עניים זרים:

הנותן מתנות לאביו, והם צריכים להם, הרי זה בכלל צדקה. ולא עוד אלא

5 ראו הרב ש' דיכובסקי "צדקה כחיוב משפטי" סיני קז, עמ' קיב-קכג (התש"ן); י' קיסטר "דיני צדקה בשימושם במשפט בישראל" וברי הקונגרס העולמי הרביעי 169-173 (התשכ"ז). וכן כתב ד"ר פריימן: "טעות היא לחשוב שעצם הביטוי צדקה מורה על דבר של רשות על נדבה בלבד, כי מכח הדין כופין על הצדקה" (א"ח פריימן "התקנות החדשות של הרבנות הראשית לארץ ישראל בדיני אישות" סיני יד, עמ' רנו (התש"ד)). לעניין זה ראו גם מה שכתב ע' רדזינר "צדק צדק תרדוף: תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים" (טרם פורסם).

6 רמב"ם: "מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמרוהו ליתן" (הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה י).

7 קיסטר, לעיל ה"ש 5. ד"ר זרח ורהפטיג אומר שדברי הרמב"ם, "מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מישראל שאין להם קופה של צדקה", הם מאבני היסוד של החקיקה הישראלית הענפה להגנת העובד ולעזרה סוציאלית. ראו ז' ורהפטיג "צדקה ומשפט במשפט העברי והשפעתם על החקיקה והפסיקה בישראל" סיני קז, עמ' רלו (התשנ"א).

8 בבא בתרא ח ע"ב.

9 רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה י (מצוטט לעיל ה"ש 6); רדב"ז, שם; ר"ן לכתובות מט ע"ב; הגהות הרמ"א על שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עא, סעיף ב; בית חדש, יורה דעה, סימן רמח, ס"ק א; ש"ך, יורה דעה, סימן רמח ועוד.

10 דעת הרשב"א, הובא בר"ן שם ובשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רצב.

11 וראו לדוגמה דברי כסף משנה על רמב"ם האומר: "וגם כי ממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה" (הלכות נחלות, פרק יא, הלכה יא). כלומר, לשיטתו, זהו חיוב ממוני של ממש.

שצריך להקדימו לאחרים. ואפילו אינו בנו ולא אביו אלא קרובו, צריך להקדימו לכל אדם.¹²

הרב דיכובסקי¹³ דן בשאלה אם דין הכפייה בצדקה אמור רק במצווה העיקרית של נתינת הצדקה או שגם בפרטי ההלכות של צדקה, כגון: האם אפשר לכוף רק על קיום הכלל שקרוב משפחה קודם לאחר? בשולחן ערוך נפסק שכופין את האב לזון את בנו העני אפילו הוא גדול. והרמ"א אומר שהוא הדין לשאר קרובים.¹⁴ ואולם, נחלקו הראשונים בשאלת חיובו של אדם הנותן צדקה לעניים אחרים אך מסרב צדקה לתת לקרוביו.

לדעת רבנו ירוחם,¹⁵ אי אפשר לכפות על אדם הנותן צדקה לעניים אחרים לתת צדקה גם לקרוביו, משום שניתן לכפות אדם רק לתת צדקה, אך לא לכפות עליו לתת זכות קדימה לקרובי משפחתו.¹⁶ לעומתו, סבורים הרשב"א והמרדכי שניתן לכפות את האדם לתת גם זכות קדימה במתן צדקה לקרובי משפחתו,¹⁷ וניתן לכפות על מתן הצדקה לאדם מסוים ולא רק על נתינתה באופן כללי. נמצא, לפי תפישה זו, שיש חיוב ממשי של האדם לזון את קרובי משפחתו, ובכללם אשתו. ואלה דברי ב"צ שרשבסקי בעניין זה:

הדרך היחידה לחייב את האשה לפרנס את בעלה מקרן רכושה תהיה על יסוד דיני צדקה, אולם שם החיוב חל רק אם קיימים התנאים המיוחדים שלפי דיני צדקה מצדיקים לכוף עליה את מתן הצדקה. ובמיוחד יש לשים לב שלפי דיני צדקה אין האשה מחויבת לפרנס את בעלה אלא אם פרנסתה בטוחה, כי הרי לפי דיני צדקה פרנסת עצמו קודמת לפרנסת על אדם.¹⁸

יש להוסיף שנראה שהדברים אמורים עת אין תביעת גירושין מצד הבעל חסר האמצעים. אך אם יש תביעת גירושין, אפשר שהדין שונה. כעולה מדברי השולחן ערוך:

ואם היה עני ביותר, ואינו יכול ליתן לה אפילו לחם שהיא צריכה, כופין אותה להוציא [הגהת הרמ"א: ותהא כתובתה עליו חוב עד שימצא ויתן (טור בשם הרמב"ם)]. ויש אומרים שאין כופין אותה להוציא, מאחר שאין לו (ר"י

12 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ג. לעניין סדר הקדימויות ראו גם מה שכתבנו להלן פרק שביעי, סעיף 5.

13 דיכובסקי, לעיל ה"ש 5.

14 שולחן ערוך, לעיל ה"ש 12.

15 לפי הסברו של בעל ההפלאה, הלכות כתובות, סימן עא, סעיף ב.

16 הובא בבית שמואל על שולחן ערוך, לעיל ה"ש 12.

17 מרדכי, בבא בתרא, סימן א.

18 ב"צ שרשבסקי דיני משפחה 117 (התשנ"ג). הגבלת המצווה רק למקרים שהנותן הוא "עשיר", מיוסדת על הלכת השולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ג.

בשם ר"ת).¹⁹

3. הזכאים לצדקה

מי זכאי לקבל צדקה? קיסטר כותב: "הגדרה מדוייקת לא מצאתי, אבל נראה לי כי הדבר הוא יחסי... והדבר גם משתנה לפי נסיבות הזמן והמקום".²⁰ אך הרב נפתלי בר אילן, שדן בעניין זה, מרחיב בעניין זה. ואלה דבריו:

מצוה לתת לנצרכים כספי צדקה שיאפשרו להם אמצעי קיום מינימליים ובכלל זה דיור אוכל ביגוד תרופות חינוך הילדים וכו'. אין מצווה לתת צדקה לצרכים שאינם חיוניים כדי להשוות את רמת החיים של הנצרך לזו של שכניו או מכריו. אך אם חלה הרעה במצבו הכספי, מצוה לתת צדקה גם לצרכים שאינם חיוניים כדי לאפשר לו להמשיך ולחיות באותה רמת חיים לה הורגל.²¹

4. אופן הכפייה

יש כללים הקובעים כיצד מחייבים את האב לזון את ילדיו הגדולים מגיל שש, שאז חיובו מעוגן בדיני הצדקה. הרב דיכובסקי מוכיח שאין להשוות בין הכפייה לזון את בניו הגדולים מגיל שש לבין כפיית הצדקה באופן כללי: "מבואר כי דין צדקה במזונות ילדים חמור יותר מדין צדקה לאחרים, ועל כן גם אם בצדקה לאחרים לא כופים, בצדקה לילדיו הקטנים כופים".²² ההבחנה האמורה מקבלת נפקות משפטית מעשית בכמה פסקי דין רבניים, אך העקרוני לענייננו הוא פסק הדין שניתן על ידי הדיינים א' גולדשמידט, ש' קרליץ וי' בבליקי,²³ שפסקו כי בעוד שחובתו של האב לזון את ילדיו מאפשרת לילדיו, אף אם הם גדולים מגיל שש, לתבוע את מזונותיהם ממנו, הרי שחיוב החל מדיני הצדקה אינו מאפשר לזכאי לצדקה לתבוע את לקבל אותה, אף על פי שהוא קודם לאחרים מכוח היותו קרוב משפחה.²⁴ כיוצא בזה עולה מדברי השופט כהן, שקבע כי על פי המשפט העברי:

19 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע, סעיף ג.

20 קיסטר, לעיל ה"ש 5.

21 הרב נ' בר אילן "זכאותו של העני לצדקה" תחומין ב 465 (התשמ"א).

22 דיכובסקי, לעיל ה"ש 5.

23 פד"ר א, עמ' 154-155.

24 והשוו לדברי י"צ גילת: "דומה איפוא שיחודה של מצות צדקה הוא מפני שעצם מהותה ואופיה היא מצוה שכל כולה תלויה ברצונו של הנותן, למי יתן, וכמה יתן, ואין לשום עני כל זכות תביעה כלפי הנותן שיתן דווקא לו או שיתן לו כשיעור הרצוי לו" (י"צ גילת "האמנם מצות צדקה אין ביד מצווה לאכוף על קיומה" סיני קיד, עמ' ריז-רכט (התשנ"ו)).

כל יתר חיובי הצדקה לרבות החיובים לטובת קרובים ועניי ביתו, אינם חיובים לזכות אדם פלוני, אלא מאחר וכסף הצדקה שאדם נותן, מטבע הדברים שיש לחלקו בין נזקקים, מחלקים אותו לפי סדר עדיפויות מסויים. וכשכופין על צדקה זו, אין כופין כדי לגבות כסף למטרה פלונית או לטובת אדם פלוני... רק לטובת הבנים קיימת כפייה לשמם ממש.²⁵

לעומתם, טוען פרופ' מנשה שאוה: "אין כל הבדל מבחינת מהות החיוב ואכיפתו כשמדובר בחיוב מזונות לטובת ילדיו הגדולים מחיוב מזונות לגבי קרובים ונזקקים אחרים. ההבדל ביניהם מתבטא אך לגבי סולם העדיפות ולגבי היקף החיוב, כשלילדיו מעמד עדיף בענין זה על אחרים".²⁶ כלומר, הוא סבור שפרטי הכללים החלים על דיני הצדקה לקרובים או לעניים אחרים חלים גם על פרטי דיני הצדקה החלים על ילדי הנותן. ההבדל היחיד ביניהם הוא בהיקף הצדקה בלבד, וכמובן – בהעדפת ילדי הנותן על פני עניים אחרים.

5. באלו תנאים חל חיוב לזון מדין צדקה

חיובה של אישה לזון את בעלה מדין צדקה תלוי, כאמור, בהתקיימם של התנאים המיוחדים של דיני הצדקה. וכאן ראוי להקיש לענייננו מן הכללים המסדירים את חיובו של האב במזונות ילדיו הגדולים מדין צדקה, מעל גיל שש או על פי תקנת הרבנות הראשית התש"ד – מעל גיל 15. נראה, אף על פי שקשה לקבוע מסמרות בדבר, כי על הכללים האמורים להלן לא יחלקו אף אלה הסוברים שיש הבדל בין חיוב הצדקה של האב כלפי ילדיו לבין חיוב הצדקה לשאר קרובי משפחה, ובכלל זה של אישה כלפי בעלה. במסגרת דיונו בסיסודותיה של חובת המזונות כלפי הילדים, עומד ד"ר זרח ורהפטיג על ההבדלים בין חיוב מן הדין לחיוב מדין צדקה. ואלה דבריו:²⁷

א. ההבדל העיקרי בין חוב מזונות רגיל ובין חוב מזונות מדין צדקה הוא, כי במזונות כחוב רגיל, החוב הוא אבסולוטי, מוחלט, ללא כל תנאים ואף אם לילדים נכסים משלהם ואף אם אין לאב כל נכסים או הכנסה, החוב שריר וקיים ומחייבים אותו לשלם. לעומת זאת, בחיוב מזונות לילדים מדין צדקה, חוב האב מותנה בכך שהוא אמיד ויש בידו לפרנס ילדיו וכך שהילדים הם נצרכים, שאין להם נכסים משלהם. כמו כן, על הילד התובע להוכיח שאין לו אפשרות או יכולת להתפרנס משלו ולאב הנתבע יש היכולת לפרנסו – רק אז יהא זכאי למזונות כדי מחסורו.

ב. מההבדל העיקרי האמור נובעים עוד הבדלים: לגבי חובת מזונות לבנו המתמרד –

²⁵ ע"א 132/62 יחמילוב נ' מרמור, פ"ד טז 1520 (1962).

²⁶ מנשה שאוה "מזונות ילדים קטינים: היחס בין תחולת דיני הצדקה שבמשפט העברי לגין תחולק חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959 "דיני ישראל ד 181–217 (התשל"ג).

²⁷ ז' ורהפטיג מחקרים במשפט עברי 129–131 (התשמ"ה). למקורות המשפט העברי שהדברים מבוססים עליהם, ראו שם.

שבמזונות מהדין חייב בכל אופן ואילו במזונות מהצדקה יהא פטור לדעת רבים;²⁸ לגבי זכות העיכוב להבטחת פרעון המזונות להבא – שלגבי מזונות מדין צדקה אין זכות עיכוב; לגבי תשלום מזונות לשעבר; לירידה לנכסים שלא בפני החייב. ראוי לבחון האם מאפיינים אלו של חיוב מזונות מדין צדקה מתקיימים גם בחיוב של האישה כלפי בעלה.

ג. לנזקק למזונות מדין צדקה אין מעמד של תובע, בעל דין. עקרונית, נראה כי גם את חיובה של האישה במזונות בעלה מדין צדקה יש להכפיף לתנאים דומים לאלה הנזכרים למעלה.

6. מסקנות

- א. חובת מתן הצדקה אינה חובה התנדבותית בלבד, וניתן לכופף את האדם לתיתה.
- ב. במתן הצדקה יש סדרי קדימות, וקרובי הנותן קודמים ליתר העניים.
- ג. הדרך היחידה לחייב אישה לפרנס את בעלה תהיה על יסוד דיני הצדקה, אלא שהחייב יחול עליה רק אם בהתקיים התנאים המיוחדים המצדיקים לפי דיני הצדקה ניתן לכופף אותה לתת צדקה לבעלה. במיוחד יש לשים לב לעובדה שלפי דיני הצדקה, אין האישה חייבת לפרנס את בעלה, אלא אם כן פרנסתה בטוחה.
- ד. יש כללים ברורים הקובעים מי הוא הזכאי לצדקה, ושיעור הצדקה אינו מאפשר לקיחתה לצרכים שאינם חיוניים, למעט במקרים חריגים.
- ה. יש הסבורים שמקבל הצדקה אינו זכאי לתבוע לקבל אותה, ורק בית הדין יכול לתבוע את הנותן. אך יש החולקים על הבחנה זו.

²⁸ לפירוט הדעות בעניין זה, ראו מה שכתבנו בחוות דעת של מרכז ישמ"ע בעניין חיוב מזונות לילדים המתנכרים לאביהם, באתר www.netanya.ac.il.

פרק שישי

דיני מורד ומעין מורד

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

1) תמ"ש (משפחה י-ם) 16810/02 ע' ואח' נ' פ', תק-מש 2005(1) 447 (מיום 12.3.2005), מפי השופט שלמה אלבוז, בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (להלן: פסק הדין הירושלמי).

2) ע"מ (מחוזי י-ם) 755/05 פלונית נ' פלוני, תק-מח 2005(4) 8364, ערעור על פסק דינו של השופט אלבוז, מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פסק הדין בערעור).

3) תמ"ש (משפחה ת"א) 12790/95 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 2006(1) 408 (מיום 22.2.2006), מפי השופט ד"ר גרשון גרמן, בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו (להלן: פסק הדין התל-אביבי)

בשלושה פסקי דין נדונה עמדת המשפט העברי בעניין מורד ומעין מורד, בין השאר על סמך חוות דעת שנכתבה בעניין זה בידי מרכז ישמ"ע. לראשונה נדון הדבר בפסק הדין הירושלמי בערכאה ראשונה (בית המשפט לענייני משפחה בירושלים); לאחריו בדיון בערכאת הערעור (בית המשפט המחוזי בירושלים), שדחתה את הערעור על פסק הדין; לאחרונה, בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו. נעמוד תחילה על העובדות בפסק הדין הירושלמי ועל הערעור עליו, ולאחריו נעמוד על העובדות בפסק הדין התל-אביבי.

1. פסק הדין הירושלמי

מדובר בתובענה למזונות שהגישה אישה בשמה ובשם שני ילדיה נגד בעלה אבי ילדיה (להלן: הנתבע). בחודש מאי 2002, עזב הנתבע את ביתו ועבר לגור עם חברה לחיים. לנתבע

ולבת זוגו שני ילדים משותפים ועדיין הם נשואים זה לזה. הנתבע הגיש לבית הדין הרבני תביעה לגירושין מאשתו, אך בית הדין הרבני קבע שלא ניתן לכפות על התובעת לקבל גט. בכתב התביעה טענה התובעת: "לאור רמת החיים של המשפחה ושיעורי הכנסותיו של הנתבע חייב הוא על פי הדין להשלים את מזונותיה, ככל שאינה יכולה לספקם מהכנסותיה". לתובעת טענות בדבר פרשיות אהבים רבות שניהל הנתבע במשך שנות נישואיהם, עד לפרשייה האחרונה שהביאה לקרע הסופי ביניהם ולעזיבת הבעל את הבית. לנתבע טענות נגד ניסיונה של התובעת ליצור מצג של רמת חיים גבוהה שהורגלו לה לפני עזיבתו את הבית.

טענות התובעת:

א. הנתבע חייב לשאת במזונותיה בהתאם לרמת החיים הגבוהה שהורגלה לה.
ב. בית המשפט חייב לראות בנתבע מעין מורד, וכשם שאישה מעין מורדת מפסידה את זכויותיה הממוניות, כך בעל מעין מורד מפסיד את זכויותיו ממנה, כלומר פירות נכסיה ומעשה ידיה. על כן, בית המשפט חייב להתעלם מהכנסותיה של התובעת בעת קביעת שיעור המזונות המגיעים לה ולילדיה מבעלה: "עקרון השוויון... מחייב כי אין להפלות את האישה לרעה לעומת הנתבע. לכן זכאית האשה למזונותיה, אך פירות ומותר מעשה ידיה שייכים לה, ואין בפי הבעל הטענה שתתפרנס מהם". מנגד טוען הנתבע, שטענת התובעת כי הוא מעין מורד אין לה זיקה לנסיבות המקרה. התובעת משתכרת למחייתה ואין לה עילה לתבוע מזונות לעצמה.
עיקר הדיון נסב על טענת האישה, ולפיה, בנסיבות העניין, יש לראות בבעלה מעין מורד, ולהפסידו את זכותו למעשי ידיה. עוד יש לשאול אם מורד או מעין מורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשה ידיה.

השופט אלבוז, שופט בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, פנה למרכז ישמ"ע וביקש לקבל חוות דעת שתפרט את דיני מורד ומעין מורד על פי המשפט העברי, הדין האישי, ותתייחס גם לשאלה כיצד מכריזים על בעל שהוא מורד. אף בפסק הדין בערעור התייחס בית המשפט המחוזי בהרחבה לעמדת המשפט העברי על סמך חוות הדעת של מרכז ישמ"ע.

2. פסק הדין התל-אביבי

אישה (להלן: התובעת) הגישה תביעת מזונות נגד בעלה (להלן: הנתבע). הנתבע חדל לקיים יחסי אישות עם הנתבעת כיוון שמאס בה וסלד ממנה. הוא שכר דירה ופרסם מודעה בעיתון וביקש להכיר נשים אחרות. הנתבע הכיר אישה שהפכה לחברתו. לאחר מכן עזב את ביתו בחודש מרס 1993 ביוזמתו, בתכנון מוקדם, העלמת בעלימו את העניין מן התובעת ומשאר בני המשפחה: כחמישה חודשים לפני שעזב את ביתו ואת אשתו, שכר דירה כדי לגור בה עם חברה לחיים.

השאלות המשפטיות: האם יש לראות, בנסיבות העניין, בבעל מורד או מעין מורד? ואם

יחשב הבעל כמורד, מהן תוצאותיה של קביעה כזו לעניין חיובו לשלם מזונות לאשתו ולעניין זכויותיו הממוניות כלפיה?
בפסק דין זה, נזקק השופט גרמן לעמדת המשפט העברי, כפי שהיא הוצגה בפסקי הדין הירושלמיים בשתי הערכאות וגם לחוות הדעת של מרכז ישמ"ע.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

מטבע הדברים, זכה עניין המורדת והמעין מורדת להתייחסות רבה יותר הן בפסיקה הרבנית, הן בפסיקה האזרחית בישראל, הן בספרות ההלכתית והמשפטית, וההתייחסות היא פחותה לעניין המורד והמעין מורד. אך עם השתנות העתים והטיית המשקל לעבר שוויון זכויות האישה, גוברת ההתייחסות לבחינת מעמדם של המורד והמעין מורד.
אמנם, השאלות שנשאלנו עוסקות בהחלת דין מעין מורד על בעל שעזב את ביתו כדי לגור עם אישה אחרת, ואשתו תובעת ממנו את זכויותיה. אך בתחילה נגדיר את ארבעת המושגים, "מורדת" ו"מעין מורדת" וכן "מורד" ו"מעין מורד", משום שיש זיקה ביניהם, אף על פי שיש הבדלים בתוצאות הממוניות. לאחר מכן, נבחן אם הבעל כנדרון דיין הוא מעין מורד או מורד ממש, ומהן התוצאות של מעשיו.

1. הגדרת המושגים והתוצאות המשפטיות

1.1. מורדת ומעין מורדת

ההבחנה בין מורדת לבין מעין מורדת זכתה לדין נרחב ומעמיק על ידי ד"ר אברהם בארי.¹ לפיכך נציג את הגדרותיו הקולעות. "מורדת" היא אישה שניתקה מגע עם בעלה, כולל יחסי אישות, ואילו "מעין מורדת" היא אישה החיה בנפרד מבעלה. במילים אחרות: מורדת היא אישה המסרבת לחיות עם בעלה חיי אישות.² מעין מורדת היא אישה המוכנה לחיות עם בעלה חיי אישות, אך אינה מוכנה לגור עימו בבית שהם גרים בו.³ לדברי בארי, המרידה היא משבר שורשי בחיי הנישואין, ואילו מעין מרידה היא משבר ארעי שאינו שורשי.⁴ בארי אף עמד על טשטוש תחומים בפסיקת בית המשפט האזרחי בין דיני מורדת לדיני מעין מורדת, הנקראת בלשון המשפט העברי "עוזבת ביתה", שתוצאתו סטייה מדין תורה

1 "מזונות לאשה שאינה גרה עם בעלה" מחקרי משפט ג 169–198 (להלן: בארי, פירוד); "מזונות בעת פירוד – בין 'מורדת' ל'מעין מורדת'" מחקרי משפט טו 321–364 (התש"ס) (להלן: בארי, מורדת).

2 בארי, פירוד, עמ' 175.

3 בארי, פירוד, עמ' 173.

4 בארי, מורדת, עמ' 330–331. השופט גרמן מציין בפסק דינו, בסעיף ג, שלא מצא הבחנה זו במאמר, אך הוא מופיע בעמודים האמורים.

בסוגיות אלה.⁵

התוצאות המשפטיות של הכרזת אישה כמעין מורדת נודעות בעניין אחד בלבד: אישה העוזבת את ביתה, מעין מורדת, יש לה זכות למזונות אם עזבה את הבית מסיבה מוצדקת, כגון כישלונה של בעלה לספק לה מגורים נאותים או משום התנהגותו הבלתי ראויה. הבעל פטור מלשלם לאשתו דמי מזונות אם עזבה את הבית מסיבות שאינן מוצדקות.⁶ לעומת זאת, דינה של המורדת חמור הרבה יותר והיא מאבדת את דמי כתובתה וזכויות אחרות, נוסף על איבוד דמי המזונות.⁷

1.2. מורד ומעין מורד

הגדרת בעל מורד אף היא נוגעת לענייני אישות. שרשבסקי מגדיר את המושג "מורד": "אם הבעל אמנם יכול לבוא עליה, אבל מסרב לקיים את חיובו לעונה מתוך שנאה או כעס נגד אשתו או מפני שהוא איתה בריב או כדי להכריחה לקחת את הגט או מפני שנתן עיניו באחרת, או מאיזה שהוא טעם בלתי מוצדק אחר, הוא נקרא 'מורד'.⁸

ומהו דינו של מעין מורד? מהשוואת דיני המורד לדיני המורדת עולה כי בעוד שיש נפקות להחלת דין מעין מורדת לעניין ההפטר מתשלום דמי מזונות, הרי שאין כל נפקות להחלת דין מעין מורד, במצבים של משבר רגעי בעניין מקום המגורים, לעניין המזונות. זאת, בגלל העובדה שהבעל חייב ממילא לשלם לאשתו דמי מזונות, בין שהוא מורד בין שאינו מורד. אף הגדלת הכתובה אינה נוגעת לעניין, כיוון שדין מעין מרידה חל כשיש סיבות מוצדקות לעזיבת הבית, ויש להמתין עד שתתאפשר חזרת בני הזוג לחיים משותפים. לאור הדברים הללו, נראה, כי אין הנתבעים במקרים שלפנינו בגדר מעין מורד. אין ספק שעזיבת הבעלים את הבית לצורך מגורים משותפים עם אישה אחרת מהווה מרידה של

⁵ השופט גרמן בפסק דינו, בסעיף ג, טוען כי ד"ר בארי סבור שפוסקי ההלכה אינם מבחינים בין מורדת לבין מעין מורדת, ואישה העוזבת את ביתה מסיבה כלשהי תוגדר מורדת. ואמנם, נכון הדבר שבספרות ההלכה לא השתמשו במונח "מעין מורדת", שהוא הכינוי שנתייחד בבתי המשפט האזרחיים לאישה העוזבת את בית בעלה. ברם, כפי שהראה בארי בהרחבה במאמרו, מורדת, במיוחד בעמ' 325–335, יש בהלכה היהודית הבדל משפטי ומעשי רב בין אישה המורדת בבעלה לבין אישה החיה בנפרד מבעלה, לעניין גדרי חיוב הבעל במזונות. והשוו גם למה שכתב ב"צ שרשבסקי **דיני משפחה** 197–198 (התשנ"ג).

⁶ על כך נאמר עוד בפסקו של הרב א' לביא "מזונות לאישה שעזבה את בעלה בטענה מוצדקת ותובעת גט" **שורת הדין** ד, עמ' עג (התשנ"ח), שגם אם עזבה האישה את הבית, אך אינה מורדת בעניין יחסי האישות, היא אינה מורדת במשמעותו הרחבה של המונח, אלא היא מורדת במשמעות המצומצמת, מעין מורדת, ומפסידה את דמי המזונות.

⁷ להרחבה בעניין זה, ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, עמ' 199–212. טעם הדין מובא בבית שמואל, הכותב כי "היא משועבדת לעמוד לפניו תמיד ולשמש לו ולאכול עמו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ע, סעיף לה).

⁸ שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, עמ' 191–195. להשלמת התמונה, ניתן לעיין בהרחבת דבריו.

ממש, ולא רק מעין מרידה, על פי ההגדרות שהבאנו לעיל, ולפיהן הכרזה על מעין מורד או מעין מורדת אפשרית רק בשעה שיש משבר רגעי בעניין מקום המגורים של בני הזוג, אך לא משבר שורשי ביחסיהם.

ואלה זכויות האישה כלפי בעלה המורד:⁹

אם הוכרז הבעל כמורד, זכאית האישה לדרוש את הגט. אם יש צורך, כופין את הבעל לתיתו לה, ועד שייתן לה את גטה, הוא חייב במזונותיה. כל זמן שהוא עומד במריו, היא זכאית להגדלת כתובתה מדי שבוע, עד שייתן לה גט ודמי כתובה מוגדלים יחד עם הגט.

לדעת הרמ"א, אם הבעל המורד מוכן לגרש את אשתו והיא מסרבת לקבל גט, אין מוסיפים על כתובתה ואין לה עוד מזונות.¹⁰ אך כפי שציין שרשבסקי, מאז חרם רבנו גרשום, אין מגרשים אישה בעל כורחה, ועל כן בעל מורד המוכן לגרש את אשתו מיד אינו יכול להתחמק, על ידי הסכמתו לתת גט לאשתו, מהגדלת דמי כתובתה ומחובת מזונותיה, אם היא מסרבת ליטול את הגט מיד. ואם העלה הבעל טענה ברורה שיש בה כדי להצדיק לפי הדין את התנהגותו מחמת טענה מוכחת שאשתו מאוסה עליו, אזי לא ייחשב כמורד. אך, מאידך גיסא, טענה סתמית שהיא מאוסה עליו, במיוחד אם יש רגליים לדבר שנתן עיניו באחרת, לא תועיל לו להציע לה את כתובתה ולחייבה לקבל גט ולשחררו מחובת המזונות. זאת ועוד, סירובו לחיות עימה חיי אישות בטענה שהיא מאוסה עליו, לא יוציא אותו מכלל דין מורד.¹¹ לאור זאת, נראה כי אף במקרים שלפנינו הבעלים הינם בגדר מורד.

2. האם זכאי המורד לפירות נכסי אשתו ולמעשה ידיה?

רבים עסקו בשאלה אם בעל מורד החייב במזונות זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה,¹² ונחלקו הדעות בעניין זה. יש הסבורים שזכות הבעל במעשה ידי אשתו היא זכות שאינה קשורה לתשלום המזונות, ואם פקעה זכותו למעשי ידיה מסיבות כלשהן, היא פוקעת גם אם עדיין הוא חייב לשלם לה את מזונותיה. על כן, אין לבעל מורד זכויות בנכסי אשתו ובפירותיהם, ואף אינו זכאי למעשי ידיה. על פי סברה זו, הקנו חכמים את פירות נכסיה ואת מעשה ידיה של האישה לבעלה רק אם הוא מתנהג כלפיה כבעל, אך לא כאשר הוא מורד. וכשם שאישה מורדת מפסידה את זכויותיה הממוניות כאישה מצד בעלה ואילו זכויותיו כלפיה עומדות לו, כך גם בעל מורד מפסיד את זכויותיו לפירות נכסיה ולמעשי ידיה, אך זכויותיה ממנו עומדות לה, ואין להפלות את האישה לרעה לעומת האיש. לעומת זאת, יש הסוברים שזכויות הבעל וזכויות האישה עומדות אלה מול אלה: מעשי ידיה תמורת מזונותיה, ומכיוון שהוא חייב לשלם את מזונותיה יש לו זכויות במעשי ידיה.¹³

⁹ הדברים מובאים מסקירתו של שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, עמ' 191.

¹⁰ ראו: רמ"א, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן עז, סעיף א; פד"ר ז, עמ' 79.

¹¹ ראו: פד"ר ה, עמ' 292; פד"ר יא, עמ' 193.

¹² להרחבה, ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, עמ' 193–195.

¹³ שרשבסקי, שם, הביא דעות אלה. וראו הפניותיו לספרות ההלכתית הנוגעת לעניין.

פסקי דין רבניים רבים עסקו בשאלה האמורה, ורובם הכריעו שבעל מורד זכאי במעשי ידיה של אשתו ובפירות נכסיה.¹⁴ נוסף לטעמים שהבאנו למעלה, הובאו גם הטעמים הבאים: הבעל הוא המוחזק בממון, והמוציא מחבירו עליו הראיה. כמו כן, הטעם לשלילת הזכויות מן המורד הוא רצונו לגרש את אשתו. אך מאחר שבעקבות חרם דרבנו גרשום, אין הוא יכול לגרשה בעל כורחה, רצונו לגרשה הופך לרצון תיאורטי בלבד, ולכן אין מקום לשלול ממנו את זכויותיו. ואולם, יש דיינים הסוברים שאין לבעל מורד זכות במעשי ידי אשתו, כפי שהראה הרב נחום גורטלר.¹⁵

ב"צ שרשבסקי מחדש ואומר שייטכן שבעלי שתי הדעות הנזכרות למעלה יוצאים מהנחה שהבעל ממשיך לגור עם האישה אך מסרב לחיות עימה חיי אישות, וטעמו ונימוקו עימו: "אם הוא במרדו עוזב את הבית, כגון כדי לחיות עם אשה אחרת, הוא מפסיד אליבא דכולי עלמא את זכותו לפירות, כי הרי כל מטרת הענקת זכות זו לבעל היא משום רווחא דביתא, כלומר 'כדי שתהא פרנסתה מצויה בביתה בריווח'. הוא זכאי אפוא ליהנות מהם על מנת שפרנסתה תהא לה יותר בריווח בביתה, היינו בבית שהיא נמצאת יחד עמו. אך אם הוא עוזב את הבית כמורד, ויהנה מהפירות בהיותו בבית אחר ועוד עם אשה אחרת, לא יהא לאשתו כל ריוח מהנאתו זו. לכן הוא אינו זכאי במקרה כזה בכלל לפירות נכסיה. ואם היא תדרוש לחייבו במזונותיה כאשר עזב אותה, לא תעמוד לו הטענה שתתפרנס מפירות נכסיה, כי הרי היא איננה מחויבת להתפרנס מרכושה והפירות כאן אינם שייכים לו אלא רק לה."¹⁶ עוד מוסיף שרשבסקי: "גם מתנות שהוא קבל ממנה יתכן שיהא עליו להחזיר לה, כמו שבמקרה ההפוך חייבת המורדת להחזיר לבעלה את המתנות שקבלה ממנו". נמצא שאם נחיל את דעתם של הרב גורטלר ושל ב"צ שרשבסקי בנדון שלפנינו, הרי שמכיוון שעזב הבעל את הדירה המשותפת והוא חי בבית אחר עם אישה אחרת, אין הוא

14 ראו פד"ר א, עמ' 97: "להפוסקים דמורד יורשה ה"ה דיש לו פירות מנכסי מלוג, וכיון שפסקו האחרונים דמורד יורש – עיין ח"מ סימן צ' סק"ז – ה"ה דיש לו פירות..."; שם, עמ' 239: "מחלוקת היא בין הפוסקים, אם לבעל מורד ישנן הזכויות הממוניות שקשר נשואין מקנה לו, אצל אשתו ובנכסיה... גם לדעת הפוסקים שהמורד מפסיד זכויותיו, הלכה זו היתה רק בזמן שאפשר היה לגרש אשה בעל כרחה, ולכן אם מרד בה ונתן עיניו לגרשה, הרי לענין זכויותיו כמו שנתגרשה דמי. אבל אחרי חרם רבינו גרשום שאי אפשר לגרש אשה נגד רצונה, אין הבעל מפסיד זכויותיו, לכל הדעות, עקב מרידתו ומחשבתו לגרש את אשתו, כי מחשבתו זו היא מחשבה בעלמא, שהפיכתה למעשה תלויה ברצון האשה ולא ברצונו בלבד, ואין לשלול כל זכות עקב רצון עקר, שאינו ניתן לביצוע בלי רצון הצד שכנגד"; פד"ר ג, עמ' 208: "בעל שהוא מורד באשתו לא מפסיד זכותו במעשה ידיה [שאינם עולים על דמי המזונות] ככל בעל המפרנס את אשתו שהוא זוכה במע"י"; פד"ר ה, עמ' 353, ועוד.

15 "אשה שניזונת מדין מעוכבת מחמתו – מעשה ידיה למי?" שורת הדין ז, עמ' שיג-שכו (התשנ"ד). אף השופט גרמן בפסק הדין התל-אביבי הציג את דעתו של הרב ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, סימן טז, סעיף מה, ולפיו המחלוקת המפורשת בעניין זה עוסקות בשאלת ירושת הבעל את אשתו, אך, לדעתו, הכול מסכימים שאינו זכאי ליהנות מפירות מעשי ידיה.

16 שרשבסקי, לעיל ה"ש 5, עמ' 195.

זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה, וייתכן גם שיחויב להחזיר את המתנות שקיבל מאשתו. לפי שיטה זו, אכן נוצר שוויון בדינם של המורדת והמורד.

3. מסקנות

- א. ההבדל בין מורדת לבין מעין מורדת תלוי בעומק המשבר בין בני הזוג. במשבר עמוק הגורם למרידה, האישה היא בגדר מורדת; ואילו במשבר זמני או בהימנעות זמנית ממגורים משותפים, היא בגדר מעין מורדת בלבד. הנפקות המשפטית של החלת דין מעין מורדת היא שחרור הבעל מהחובה בדבר תשלום דמי מזונות.
- ב. אם מסרב הבעל לקיים את חובתו לחיי אישות בשל שनाה או כעס כלפי אשתו, או מפני ריב ביניהם, או כדי להכריחה לקבל גט, או מפני שנתן עיניו באישה אחרת, או מאיזה טעם בלתי מוצדק אחר – הוא בגדר מורד.
- ג. אין להחיל על הבעל דין מעין מורד, כיוון שאין משמעות לצעד זה. הבעל חייב במזונות אשתו, בין קודם שמרד בין לאחר מכן. הגדלת דמי כתובתה של האישה היא סנקציה הננקטת נגד בעל מורד, אך אם המשבר בחיי הנישואין הוא זמני, אין מטילים אותה.
- ד. נראה שהבעלים במקרים שלפנינו הם בגדר מורד ממש, ולא בגדר מעין מורד.
- ה. אמנם, יש פוסקים הסבורים שאם הבעל מבקש לתת גט לאשתו והאישה מסרבת לקבלו, אין הוא בגדר מורד. אך יש הסוברים שמאז חרם דרבנו גרשום אסור לגרש אישה בעל כורחה. לכן, בעל מורד המבקש לגרש את אשתו מיד, אינו נפטר מחובתו לשלם דמי כתובה מוגדלים ומחובת מזונותיה של אשתו, אף אם היא מסרבת לקבל גט מיד. מכל מקום, ראוי לבחון מדוע סירב בית הדין לבקשת הבעל.
- ו. נחלקו הפוסקים בשאלה אם בעל מורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה. הפסיקה הרווחת היא שהוא זכאי להפחתת מעשה ידיה ופירות נכסיה מדמי מזונותיה. אמנם יש שאינם מקבלים פסיקה זו. שרשבסקי אף מחדש ואומר שגם הסוברים שיש לבעל זכות במעשי ידיה של אשתו, הרי שאם עזב הבעל את הבית כדי לגור עם אישה אחרת, כבמקרים שלפנינו, אין הוא זכאי לפירות נכסיה ולמעשי ידיה, וכן סבור גם הרב גורטלר.

(ג) פסקי הדין

1. פסק הדין הירושלמי

השופט אלבז, שופט בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, דחה את תביעת האישה לדמי מזונות. לאחר שהביא את עיקרי ההבחנות בין מורדת לבין מעין מורדת, דן בית המשפט בשאלה אם הנתבע הוא מורד או מעין מורד. ואלה דבריו בסעיפים 24–25 לפסק הדין:

הגדרתו של המורד אף היא נוגעת לענייני האישות. שרשבסקי: דיני

משפחה, הוצאת ראובן מס, מהדורה רביעית, ירושלים, תשנ"ג, עמ' 191 – 195, "המושג מורד. אם הבעל אמנם יכול לבוא עליה, אבל מסרב לקיים את חיובו לעונה מתוך שנאה או כעס נגד אשתו או מפני שהוא אתה בריב או כדי להכריחה לקחת את הגט או מפני שנתן עיניו באחרת, או מאיזה שהוא טעם בלתי מוצדק אחר, הוא נקרא 'מורד'". בעוד שיש משמעות להחלת דין מעין מורדת לעניין פטור מתשלום המזונות, הרי שאין כל משמעות להחלת דין "מעין מורד" וזאת, משום שהבעל חב ממילא בתשלום מזונות האשה, בין מורד ובין לא מורד.

לאור דברים אלו ניתן היה להניח שעזיבת הבעל את הבית לצורך מגורים משותפים עם אשה אחרת, תחשב מרידה של ממש (ולא רק "מעין מורד"), על פי ההגדרות דלעיל. יחד עם זאת יש לבדוק אם במקרה דנן התמלאו התנאים הדרושים לשם כך.

אמנם, בית המשפט מתבסס לדבריו על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, אך בניגוד לנאמר בחוות הדעת שלמעלה, כי בנסיבות המקרה שנדון לפניו נכנס הבעל לגדר מורד, קבע בית המשפט שאין הבעל נחשב מורד, שכן לא התקיימו כל התנאים הדרושים לשם כך. לדעת בית המשפט בסעיף 26 לפסק הדין, הטעם הראשון לכך שאין לראות בבעל מורד הוא:

אם הבעל בבחינת מורד, זכאית האשה לדרוש את הגט. ואם יהיה צורך כופין את הבעל לתינתו, ועד שיתן הוא חייב במזונותיה. כמו כן היא זכאית כל עוד שהוא עומד במרדו, להגדלת כתובתה מדי שבוע בשבוע...". שרשבסקי (שם, עמ' 191). אך הוא מביא דיעה נוספת שעל פיה אם הבעל המורד מוכן לגרש מיד את האשה, אין מוסיפים על כתובתה ואין לה עוד מזונות אם היא מסרבת לתת את הגט.

בית המשפט מצא כי תנאי זה לא התקיים בענייננו. וזה לשונו: "אין חולק שבמקרה דנן מוכן הבעל ליתן גט לאשה, והאשה היא המסרבת לקבלו". ובהמשך דבריו קובע בית המשפט כי האישה אינה שבויה ביד בעלה והבעל אינו שבוי בידי אשתו, וכאשר אפסו סיכויי החזרה לשלום בית, כבמקרה שלפנינו, אין ערך בשימור מלאכותי של נישואין על הנייר, ובוודאי אין הצדקה לעודד המשך קיום קשר חד-סטרי זה על ידי פסיקת דמי מזונות לאישה, שתנאי מהותי לפסיקתם הוא ניהול חיי משפחה משותפים. כלל זה, אומר בית המשפט, אין לו דבר עם הלכות המרדות שעל פיהן עלולה האישה להפסיד את כל זכויותיה שבמסגרת הנישואין. לפיכך, אין לחייב את הנתבע במזונות התובעת.

אך כאן המקום להדגיש את שכבר כתבתנו למעלה בחוות הדעת, שאמנם יש הפוסקים שאם הבעל מבקש לתת גט לאשתו והאישה מסרבת לקבלו, אין הוא בגדר מורד. אך יש הסוברים שמאז חרם דרבנו גרשום אסור לגרש אישה בעל כורחה, ולכן הבעל המורד המוכן

לגרש את אשתו מיד אינו משתחרר מהגדלת דמי כתובתה ומחובת מזונותיה, אף אם היא מסרבת לקבל גט מיד. אף המלצנו לבית המשפט לבחון מדוע סירב בית הדין לבקשת הבעל לחייב את אשתו לקבל גט. אילו אימץ בית המשפט את הצעתנו, יש להניח כי לא היה מגיע למסקנה שהבעל במקרה שלפנינו אינו בגדר מורד, אלא כפי שנקבע בחוות הדעת, הוא בגדר מורד.

הטעם הנוסף, שבית המשפט קובע בגללו שאין הבעל נחשב כמורד, הוא שיש צורך להכריז על הבעל כמורד או, לפחות, לקיים הליך אחר שייראה בעיני בית המשפט כמצדיק לקבוע שהבעל מורד. אך במקרה שלפנינו, לא פנתה התובעת לבית הדין הרבני בתביעה להכריז על הנתבע כעל מורד, ובית הדין הרבני לא חייב את הבעל לשלום בית. מכאן שלא הוכח, לדעת בית המשפט, כי הנתבע הוא מורד או מעין מורד.

אף על טענה זו, שלא נזכרה בחוות הדעת שלנו, יכול בעל הדין לחלוק. ואכן, בפסק הדין התל-אביבי, ביקש השופט גרמן להראות בסעיף ג של פסק דינו כי "רשאי, אפוא, בית המשפט לדון בטענת 'מעין מורדת' ולשלול מזונות אשה מטעם זה וכן בטענת 'מעין מורד', גם אם לא ננקטו שום הליכים לעניין זה בבית הדין הרבני".

ואף על פי שהכריע בית המשפט הירושלמי שהתובעת לא הוכיחה שהנתבע הוא בגדר מורד, ולכאורה ניתן היה לסיים בכך את הדיון, הרי שהשופט המשיך ובחן את השאלה אם מורד, בהנחה שהבעל הוכרז כמורד, זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה. ואלה דברי בית המשפט בסעיפים 29–30 של פסק הדין:

יש הסבורים שזכות הבעל במעשי ידי אשתו, היא זכות שאינה קשורה לתשלום המזונות. על כן לבעל מורד אין זכויות באשתו, ואין הוא זכאי במעשי ידיה. ובמילים אחרות: תיקנו פירותיה ומעשה ידיה לבעל, כלומר אם הוא מתנהג כלפיה כבעל, אך לא כמורד. וכמו שהאשה המורדת מפסידה את זכויותיה הממוניות כאשר נגד בעלה, בעוד שזכויותיו כלפיה עומדות לו, כך גם הבעל המורד מפסיד את זכויותיו כלפיה לפירות נכסיה ולמותר מעשה ידיה, בעוד שזכויותיה כלפיו עומדות לה, כי אין להפלותה לרעה לעומתו. לעומת זאת, יש הסוברים שזכויות הבעל וזכויות האשה עומדות אלו מול אלו – מעשי ידיה תחת מזונותיה. ומכיוון שהוא מחוייב לשלם את מזונותיה, יש לו זכויות במעשי ידיה. שרשבסקי שם, בעמ' 193–195, הביא דיעות אלו.

מבין שתי דעות הפוסקים, יש לדעת שרשבסקי, לילך בדרך האומרת: "אין להטיל על הבעל המורד את תשלום מזונותיה אם ועד כמה שפירות נכסיה או מעשה ידיה מספיקים לה, כי הרי הוא המוחזק בממונו" (שם, בעמ' 194). הבעל הוא המוחזק בממון, והמוציא מחבירו עליו הראיה. טעם נוסף לכך שהמורד אינו זכאי לזכויות, הוא עקב רצונו לגרש את אשתו. אך מכיוון, שבעקבות חרם דרבינו גרשום הוא אינו יכול לגרשה בעל כורחה, רצונו

לגרשה הופך לרצון תיאורטי בלבד, ולכן אין הצדקה שהבעל יפסיד את זכויותיו. אמנם, יש גם הסוברים, שאין לבעל מורד זכות במעשי ידי אשתו, אף שרשבסקי (שם, עמ' 195) מחדש, שיתכן שבעלי שתי הדיעות הנ"ל יוצאים מתוך ההנחה שהבעל ממשיך לגור עם האישה, ומסרב לחיות חיי אישות. אך, מוסיף שרשבסקי דברים של טעם: "אם הוא במרדו עוזב את הבית, כגון כדי לחיות עם אשה אחרת, הוא מפסיד אליבא דכולי עלמא את זכותו לפירות, כי הרי כל מטרת הענקת זכות זו לבעל היא משום רווחא דביתא, כלומר 'כדי שתהא פרנסתה מצויה בביתה בריווח'. הוא זכאי אפוא ליהנות מהם על מנת שפרנסתה תהא לה יותר בריווח בביתה, היינו בבית שהיא נמצאת יחד עמו. אך אם הוא עוזב את הבית כמורד, ויהנה מהפירות בהיותו בבית אחר ועוד עם אשה אחרת, לא יהא לאשתו כל ריוח מהנאתו זו. לכן הוא אינו זכאי במקרה כזה בכלל לפירות נכסיה, ואם היא תדרוש לחייבו במזונותיה כאשר עזב אותה, לא תעמוד לו הטענה שתתפרנס מפירות נכסיה, כי הרי היא איננה מחוייבת להתפרנס מרכושה והפירות כאן אינם שייכים לו אלא רק לה.

בית המשפט עצמו מכריע כשיטה הקובעת שבעל מורד זכאי לפירות נכסי אשתו, וזה לשונו בפסקה 32 של פסק הדין:

פסקי דין רבים עסקו בשאלה האם המורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה, והכרעת הרוב בבתי הדין הרבניים היא שבעל מורד זכאי במעשי ידי אשתו ובפירות נכסיה. אביא מספר דוגמאות:

בתיק 4376/תשי"ב 260 תשי"ג, פד"ר א' עמוד 97, דן כבוד בית הדין הרבני האזורי בת"א-יפו במקרה שנסיבותיו היו דומות. בעל תבע גירושין לאחר סכסוך ארוך ומתמשך. האשה טענה שהסיבה האמיתית להגשת התובענה היתה שהבעל נתן עינו באחרת והוא חי במחיצתה ואף הובאו ראיות שהבעל גר בקביעות עם האשה הזרה. למרות זאת טענה האשה שרצונה בשלום בית. בית הדין דחה את תביעת הבעל לגירושין. האשה ביקשה שבפסקת המזונות לא יתחשב בית הדין בעובדה שהיא מקבלת שכר דירה מהשכרת בית. הבעל טען שהוא נתן לאשה את הבית במתנה ואילו האשה טענה שחלק הבית נבנה מנכסי מלוג. בסופו של דבר הורה כב' ביה"ד לקזז מדמי המזונות להם היתה זכאית האשה את שכה"ד מחלק הבית הנובע מפירות נכסי המלוג השייכים לבעל (שם בעמ' 102).

בערעור תשכ"ה/34 הנ"ל דן כב' ביה"ד הרבני הגדול בשאלה זו ממש. המערערת הגישה לביה"ד האזורי תביעת מזונות כנגד בעלה. למערערת היתה הכנסה מעבודתה, ותביעתה נדחתה משום שסכום המזונות שהגיע לה

חפף לסכום בו השתכרה.

בערעור תשי"ח/167 הנ"ל נפסק שגם כאשר קבע ביה"ד שהבעל מורד הרי שאינו מפסיד את זכותו במעשי ידיה של אשתו (שם, בעמ' 218 למעלה), ובהמשך: "וא"כ לדעת הסוברים דאי אפשר להטיל חיובים בלי זכויות, ואם האשה מורדת, הואיל ואין הבעל מחוייב לפדות אותה, כמו כן אין לו זכות בפירותיה, הוא הדין כשהוא מורד, אם הוא משלם מזונות יש לו הזכויות גם במעשי ידיה..."

בתיק (חי') 8005/טו א' נ' ב', פד"ר יד, 212, שב כב' ביה"ד הרבני האזורי בחיפה על מסקנות פסה"ד בערעור תשכ"ה/34. אף באותו מקרה דובר בבעל אשר זנח את אשתו ועבר להתגורר עם אשה אחרת ממנה נולדו לו 3 ילדים. **בחלק זה בפסה"ד, הסתמכתי בין היתר, על חוות דעת מאת הרב משה בארי והד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) שבמכללה האקדמית נתניה, ותודתי נתונה להם על כך".** (ההדגשות במקור – י"ס).

בסופו של דבר, קבע בית המשפט בסעיף 34 של פסק הדין לאמור: "לאור האמור לעיל אני דוחה את טענת התובעת שהנתבע הוא מעין מורד וקובע שאף לו היתה מוכחת טענה זו לא היה בכך כדי לשנות את המסקנה שיש להתחשב בהכנסתה של התובעת לצורך קביעת חיוב המזונות".

כאן המקום להעיר כי בית המשפט בחר לפסוק כשיטה המחמירה עם אישה שבעלה מורד ושהיה יכול באותה מידה לפסוק כשיטת שרשבסקי והרב גורטלר הסוברים שאין לבעל המורד זכות במעשי ידיה של אשתו. כפי שהדגשנו בחוות הדעת, לפי הדעה האחרונה, נוצר שוויון במצבם של המורדת והמורד, ואפשר שבימינו ראוי להעדיף דעות של פוסקים הנוקטים מדיניות שוויונית ביחסי הממון בין בני הזוג. ואכן, להלן נראה כי בפסק הדין התל-אביבי, בחר השופט גרמן לפסוק דווקא כדעת מי שסובר שאין לבעל מורד זכות במעשי ידיה של אשתו.

2. פסק הדין בערעור

הערעור על פסק הדין הירושלמי, שעיקרו נסקרו לעיל, נדון לפני השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, והוא דחה את הערעור ואישר את פסק הדין שניתן בערכאה הראשונה. טענתם הראשונה של המערערים נגעה לעצם הישענותו של השופט אלבז על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. השופט שפירא דחה טענה זו, וכבר הבאנו בפתיחת החיבור את עיקרי דבריו בעניין זה.

ערכאת הערעור דנה בשאלה אם הבעל הוא בגדר מורד ובשאלה אם המורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה. אשר לעניין האחרון, קובע בית המשפט בסעיף 15 בפסק הדין:

בשאלה זו חלוקות הדעות. באותה "חוות דעת" מטעם מרכז ישמ"ע (ראו לעיל), מפנים המחברים לשורה של פסקי דין של בית הדין הרבני (שם, ע' 3, הערת שוליים 6), ובסכמם סוגיה זו, הם מציינים:

"נחלקו הפוסקים בשאלה האם בעל מורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה. הפסיקה הרווחת היא שהוא זכאי להפחתת מעשי ידיה מחובת תשלום המזונות וכן לפירות נכסיה. אמנם יש שאינם מקבלים פסיקה זו. שרשבסקי אף מחדש שגם הסוברים שיש לבעל זכות במעשי ידיה, אם הבעל עזב את הבית כדי לגור עם אשה אחרת (כמו במקרה דנן) אין הוא זכאי לפירות נכסיה ולמעשה ידיה (כך סבור גם הרב גורטלר)".

בית המשפט קמא התעמק באותה פסיקה של בתי הדין הרבניים לדרגותיהם, ובחר להביא מספר מקרים בהם עובדות המקרה דומות למקרה דנן...

בית המשפט קמא הגיע, בסופו של יום, למסקנה כדלקמן:

"נראה שבמקרה דנן ברור גם ברור שהתובעת איננה מעוניינת בקרבתו של הנתבע וראה בעניין זה את הנטען בבקשתה לצו הגנה. התובעת העידה במפורש: 'אני חושבת שלא מגיע לו פרס לאדם שנוטש אשה באמצע החיים'... (עמ' 5, שורה 15) ולא טענה כל טענה בעניין דרישתה בקיום חובת עונה" (שם, פסקה 33) (ההדגשה במקור – י"ס).

בית המשפט המחוזי דחה את הערעור ואישר את פסק הדין, לאור ההכרעה העובדתית שהמשיב אינו בגדר מורד או מעין מורד וגם לאור העובדה שלא עמדה האישה בנטל הרובץ על שכמה להטות את הכף לצדה.

3. פסק הדין התל-אביבי

השופט ד"ר גרמן, שופט בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו, קיבל את תביעת האישה וקבע כי בעלה הוא מעין מורד. לפיכך, חייב אותו לשלם לה דמי מזונות ולא התיר לו לקזז את פירות נכסי אשתו. פסק הדין התל-אביבי דן בנסיבות דומות למדי לאלה של פסק הדין הירושלמי (ראו לעיל בתחילת הפרק), אך תוצאות פסק הדין הפוכות, אף על פי ששני השופטים ביססו את דבריהם על מקורות המשפט העברי.

קביעתו של השופט גרמן, כי יש לדאות בבעל מעין מורד, נסמכים על הממצאים העובדתיים המעידים שלא הייתה לבעל שום אמתלה, כלשון ההלכה, ושום עילה המיוסדת על התנהגות האישה לעזוב את הבית, ואפילו לא "במשקל כנוצה" או פחות ממנו. בהתנהגותו זו, קובע אל נכון בית המשפט, נכנס הבעל לקטגוריה של מעין מורד, הן במרידה מחיי אישות עם התובעת בעודו חי עימה בבית אחד, המורד הקלאסי, הן בגלל שעזב את הבית, היקש למעין מורדת. ויש להעיר כי קביעת בית המשפט שהבעל נחשב כמעין מורד

עולה בקנה אחד עם העקרונות שתיארנו לעיל בחוות הדעת. חלק נכבד מפסק הדין מוקדש להיבט המשפטי של מעין מורד (סעיף ג' של פסק הדין). בעניין זה, השופט גרמן מבקר את קביעת פסק הדין הירושלמי בשלושה עניינים: נקיטת עמדה הגורסת שאין במשפט העברי הבחנה בין מורדת לבין מעין מורדת;¹⁷ שלילת התפילה, שלפיה יש צורך בהליכים מיוחדים כדי להכריז על הבעל כמורד;¹⁸ אי-הסכמה עם מסקנת השופט אלבז שבעל מורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשי ידיה. השופט גרמן מאמץ את הגישה השוללת את זכותו של הבעל המורד בפירות נכסי אשתו ובמעשי ידיה. וזה לשונו:

בפסק הדין הירושלמי, בשאלה דנן, הסתמך בית המשפט על חוות דעת של המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) שבמכללה האקדמית נתניה (סוף סעיף 32 לפסק הדין). ראוי לעיין בגוף פסקי הדין של בתי הדין הרבניים ולבדוק האם ניתן להסיק מהם דבר לעניין בו עסקינן. המסקנה היא שלילית. אסתפק רק בהדגמה אחת לתכלית הנ"ל: תיק 4376/תשי"ב, 260/תשי"ג, פד"ר א, עמ' 97:

אכן, באותו מקרה הסיק בית הדין שהבעל גר בקביעות עם אשה זרה ודחו את תביעת הבעל לגירושין. לענין תביעת האשה למזונות כותב בית הדין (עמ' 98):

"אשר לתביעת האשה למזונות ותשובת הבעל שתתפרנס מן הבית שרשם על שמה, כשאנו מעיינים בטענותיהם הרי בעלי הדינים, הבעל והאשה **נתחלפו בטענותיהם** לפנינו "הודאה כנגד הודאה", כי לדברי הבעל, הבית נתן לה במתנה והנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות [=גם בלי מרידה] וכיוון שהפירות – שכר הדירה – שייכים לאשה אין לחשבם כתמורה למזונות שהבעל חייב בהם, **ונשאר הבעל בחיובו למזונות.**

לדברי האשה חלק מהבית הוא נכסי מילוג ושייכים הפירות לבעל ושוב אין על הבעל חיוב מזונות כי הפירות שייכים לו והיא מקבלת הפירות שהוא חייב בהם".

ביה"ד דן בסוגיות: הודאתו של מי תתקבל, מי המוחזק, האם מועילה תפיסה ובסוגיות הלכתיות נוספות. ומסקנות בית הדין:

"ומעתה בנדון דנן אף שיש לה לאשה חלק מהפירות השייכים לה ממתנת הבעל, אין זה פוטר את הבעל מחיוב מזונותיה".

¹⁷ לדעתנו, קביעה זו אינה מדויקת. וראו מה שכתבנו לעניין זה לעיל, ה"ש 5.

¹⁸ נראה שבעניין זה צודק השופט גרמן. וראו גם מה שכתבנו לעיל סעיף 1.

לאור כל הנ"ל פסקנו (עמ' 102):

"שכר הדירה מחלק הבית שניתן לאשה במתנה הוא של האשה, ושכר הדירה מחלק השני – **שלדבריה הנהו פירות "נכסי מילוג" השייכים לבעל, ישאר ג"כ בידיה על חשבון מזונותיה, ובהתאם לצרכיה על הבעל להשלים לה עוד... (כל ההדגשות שלי, ג"ג).**

אמור מעתה, רק משום שהאשה הודתה והסכימה ששכר הדירה מחלק הדירה שהוא שלה, (להבדיל מחלק הדירה שקיבלה במתנה) הם פירות נכסי מילוג השייכים לבעל, נוכח שכר הדירה [= פירות נכסיה] ממזונותיה. המחלוקת ההלכתית הבלתי מוכרעת היא בשאלה האם מפסיד בעל "מורד" את זכותו לרשת את אשתו ולא בשאלה האם מפסיד בעל "מורד" את פירות נכסי מילוג. וכך אומר בית הדין הרבני הגדול בערעור תשמ"ב הנ"ל (עמ' 316):

"ב) בכל המחלוקת שמצינו שישנה בין הפוסקים בבעל מורד, לא נזכר מפורשות דפליגי כי אם בנוגע לירושה, אם יורשה אם לא, אבל בנוגע לפירות נכס מילוג לא מצינו מי שפליגי בזה, ולכן יש לומר **דבנוגע לפירות כולי עלמא יודו דאין לו למורד פירות נכסי מילוג שלה**" (הדגשה שלי, ג"ג).

... לעניין זה אמר בית הדין הרבני הגדול בערעור תשמ"ב הנ"ל (עמ' 314):

"ולפי זה מינה ומינה גם בנוגע לפירות נכסי מילוג של האשה, **סוג מורד כזה שאינו רוצה גם לגור עמה איננו זוכה בפירותיה** (ההדגשה שלי, ג"ג).

ולעומת זה, דבר זה שאיננו זוכה בפירותיה לא פוטר אותה כלל מחיובו שלו כלפיה. וחייב במזונותיה. והרי זה כמי שיש לה סתם נכסים משלה שאין לו זכות בהם ואפילו הכי [=כך] חייב במזונותיה" (ראה המקורות ההלכתיים, שם).

"וא"כ מינה בכגון דא היכא שהוא גם מורד בה וגם מצערה צער רב בזה שהולך לחיות עליה עם אשה אחרת, שחז"ל נתנו ביטוי להפלטת צערה מזה באמרם ביבמות דף ס"ג ע"ב "בחברתה ולא בסילתא" [=סבל נגרם לאישה מחברתה, ולא בדקירת קוץ], שבוודאי אינו יורשה בכהאי גוונא וגם אין לו בפירות נכסי מילוג שלה.

ובנידוננו הרי אין חולק בדבר כי הבעל הוא מורד באשתו בלי כל נתינת אמתלה לכך, וכי זה מספר שנים שנשט אותה ועבר לגור באיסור עם אשה אחרת, מסתבר הדבר שבכל כגון דא כולי עלמא מודים, או שהדעת נותנת להכריע עכ"פ כן להלכה, שאין לבעל פירות נכסי מילוג שלה,

ולעומת זה הוא מצידו חייב במזונותיה [הוספה זאת היא רק לרווחא דמילתא דבלאו הכי הדעת נותנת להכריע כדברי הרמ"א וכנזכר לעיל] (שם, עמ' 315–316).

ומסכם כב' בית הדין (שם, עמ' 317):

"ואם כן לפי זה בנידוננו שהמדובר באדם שבגד באשת נעוריו ועבר לגור במקום אחר, ולחיות בתמידות עם אשה אחרת באיסור, מן הדין הוא שאין לו זכות בפירות נכסי מלוג של אשתו החוקית, והבעל הזה בעצמו גילה את דעתו בטענותיו בביה"ד, שאין לו כל מגמה לרווח ביתא או להיטיב לה, ועל אחת כמה וכמה לא שיהיו שניהם מתפרנסים בכבוד, אלא כל מטרתו בתביעתו את זכות מעשה ידיה והפירות היא כדי שעל ידי כך יקוזזו או יפטרוהו לגמרי מחיובו במזונותיה, והיינו שיהא לו ממילא על ידי כך רווח-ביתא עם האשה שחי עמה באיסור. ואם כן אין זה רווח ביתא אלא "רועץ ביתא", ההיפך ממה שכווננו חז"ל בתקנתם בזה, כי הרי יתכן שמבלעדי כן לא יוכל לעמוד בפרנסת שתיהן, ויאלץ לציית ולחזור לשלום בית עם אשתו ואז יפסק ביתם מלהיות "בית מלא זבחי ריב" ויבוא הרווח-ביתא (ההדגשות במקור; י"ס).

בסוף דבריו, אומר השופט גרמן:

אפילו היתה המסקנה שיש אכן מחלוקת הלכתית בלתי מוכרעת בענין זכותו של "מורד" לפירות נכסי מלוג של אשתו, מקובלת עלי עמדתו של כב' השופט יוסף שפירא (ע"מ י-ם 755/05, פורסם במאגר נבו הוצאה לאור בע"מ סעיף 11 לפסק הדין): "מטבע הדברים זכתה ה'מורדת' וה'מעין מורדת', להתייחסות רבה יותר בפסיקה ובספרות, מאשר ה'מורד' וה'מעין מורד'. עם השתנות העתים, והטיית המשקל לעבר שיוויון זכויות האשה, גוברת ההתייחסות לבחינת מעמדם של ה"מורד" וה"מעין מורד". לעניין דמי מזונות ניתן ללמוד גזירה שווה ממעמדה של האשה למעמדו של הגבר בסוגייה זו".

אמור מעתה, שמן הבחינה המשפטית אין זכאי הבעל ה"מורד" או ה"מעין מורד" לפירות נכסי אשתו ואין לקזזם מחיובו במזונותיה". (ההדגשה במקור – י"ס).

עמדתו של השופט גרמן לעניין אי-זכותו של המורד ליהנות מפירות נכסי אשתו, מקובלת עלינו. כפי שהדגשנו בחוות הדעת, ראוי בימינו לאמץ את גישתם של שרשבסקי ושל הרב גורטלר השוללים את זכותו של המורד בפירות נכסי אשתו ובמעשה ידיה. לפי דעות אלה, נוצר שוויון במצבם של המורדת והמורד, משום שהן נוקטות מדיניות שוויונית ביחסי הממון

בין בני הזוג, לעומת דעות חכמי ההלכה החולקים שהסתמך עליהם השופט אלבו.
הנה כי כן, יש לפנינו מחזה מרתק של שני פסקי דין, אחד ירושלמי ואחד תל-אביבי,
שהכריעו כל אחד לצד אחר לפי דעות שונות של חכמי ההלכה, הן לעניין התנאים הנדרשים
להיחשב כמורד והן לעניין זכויותיו של הבעל המורד בפירות נכסי אשתו ובמעשי ידיה.
ואלה ואלה דברי שופטים המתבססים על דברי חכמי ההלכה בסוגיה זו.

פרק שביעי

חיוב מזונות כלפי ידועים בציבור

(א) השאלות המשפטיות

- א. האם בן זוג חייב בדמי מזונות לבת זוגו הידועה בציבור?
- ב. האם קיימת חובה מדין צדקה כלפי ידועה בציבור או שמא ממקור אחר, כגון דיני היושר, "ועשית הישר והטוב"?
- ג. האם ניתן לחייב ידועה בציבור במזונות הידוע בציבור שהיא חיה עימו מדין צדקה?

(ב) חוות הדעת

הקדמה

נקודת המוצא לדיון היא: בקשרי האישות בין ידועים בציבור אין בסיס הלכתי לקיומם של אותם חיובים ממוניים בין בני זוג שנישאו על פי דת משה וישראל. בדיון שלפנינו, נבחן אם על פי מאפייני מערכת היחסים שבין ידועים בציבור יש מקום לחיוב מזונות מטעמים הלכתיים אחרים, כגון: דיני חוזים, דיני צדקה, וכדומה. חלק ממקורות ההלכה בעניין זה, יילמד מהיקש לעניין קרוב לנישואים, שיש לו מכנה משותף רב עם סוגייתנו, הלוא הוא הנישואים האזרחיים.

יש להעיר כי אף על פי שיש מקום לדון בשאלת האיסור של קיום מערכת יחסים מסוג זה,¹ לא נעסוק בה אלא רק אם יש בה כדי להשפיע על שיקולי מדיניות כלליים בבוא בית

¹ דיוננו אינו עוסק באיסור ההלכתי או בהיתר. ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כו, סעיף א; אוצר הפוסקים, אבן העזר, שם; הרב מ' בטיסט "חיי אישות ללא חופה וקידושין" אפיקי נחלים ה, 97–108 (התשל"ג); הרב מ' מלכה "בעניין הפילגש (בשפת המדינה הידועה בציבור) בזמן הזה" המאסף 514–

הדין או בית המשפט לדון בדבר חיובי מזונות לידועה בציבור.

1. דין מערכת יחסי אישות מתמשכת בלא חופה וקידושין

בתלמוד הבבלי² נדונה שאלת היחס בין אישה לבין פילגש. וזה לשונו: "מאי נשים ומאי פלגשים? אמר רב יהודה אמר רב: נשים – בכתובה ובקידושין; פלגשים – בלא כתובה ובלא קידושין".³ ונפסק בשולחן ערוך⁴ שאין תוקף למערכת קבועה של יחסי אישות בלא חופה וקידושין. ואכן, דעת רוב הפוסקים היא שאין לחשוש לקידושי ביאה כל זמן שלא הוכח שהייתה לבני הזוג כוונה להתקדש.⁵

ומאחר שאין במערכת יחסים מעין זו מעשה וכוונה של קידושין, הרי שמנקודת המבט של הלכות קידושין, אין להבחין בין מערכת יחסים מינימלית בין בני זוג שאינם נשואים לבין מערכת יחסים מלאה של בני זוג שאינם נשואים החיים כבני זוג נשואים, לעניין החיובים הממוניים בין בני זוג ידועים בציבור.⁶ וזה לשון השולחן ערוך בהלכות כתובות:⁷ "כשנשוא אדם אישה, מתחייב לה בעשרה דברים, וזוכה בה בארבעה דברים, אפילו לא נכתבו". דהיינו, חובות הדדיים יש רק לבני זוג המוגדרים כנשואים.

2. החיוב למתן גט לבני זוג ידועים בציבור ויסוד חיוב מזונות

לפני שנדון בשאלה, אם החיוב למתן גט לבני זוג ידועים בציבור מהווה יסוד לחיוב מזונות, נקדים להזכיר את הידוע, שחיוב תשלומי מזונות יכול להתקיים באחד משני שלבים של הנישואים: האחד, חיוב תדיר במשך חיי הנישואין, כששני בני הזוג דרים יחדיו;⁸ השני, במשך תהליך הגירושין, כשלפי נסיבות המקרה, האישה מוגדרת כמעוכבת להינשא.⁹ חיוב

518 (התש"ם). ראו גם את ספרו של הרב א"ג אלינסון **נישואין שלא כדת משה וישראל – עיון בספרי**

ההלכה (התש"ם).

2 סנהדרין כא ע"א.

3 לעניין הגרסה בתלמוד, אם פילגש היא "בלא כתובה ובלא קידושין" או "קידושין בלא כתובה", ראו: רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ד, הלכה ד; השגות הראב"ד, הלכות אישות, פרק א, הלכה ד; שו"ת הרדב"ז, חלק ז, סימן לג; ביאור הגר"א, אבן העזר, סימן כו, ס"ק ז.

4 אבן העזר, סימן כו, סעיף א.

5 ראו א' שוחטמן "היש חשש קידושין בקשרי אישות עם 'ידועה בציבור'?" **מחקרי משפט** י 37–37 (התשנ"ג), ובמיוחד בפרק ד.

6 השימוש בשם "פילגש" מעורר קונטציה שלילית, משום שכינוי זה מכוון יותר ליחסים המבוססים על קשר מיני בלבד לעומת הכינוי "ידועה בציבור", המכוון למערכת יחסים הכוללת מרכיבי שיתוף רבים עד כדי דמיון לחיי נישואין. אך כפי שכבר הערנו, מבחינת ההלכה, למעשה אין משמעות רבה לרמת השיתוף, מלבד מה שיש בה כדי להעיד על כוונת קידושין לסוברים שיש לחייב בגט גם ידועים בציבור.

7 אבן העזר, סימן סט, סעיף א.

8 ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע.

9 ראו: כתובות צז ע"ב; רש"י שם, ד"ה כרבי זירא; א' בארי "מזונות אישה שבעלה חויב לגרשה

זה מסתיים בשעת מתן הגט.

למעשה, בבני זוג ידועים בציבור, אין צורך בפעולה פורמלית להתרת הקשר. על כן, לא ייתכן מצב שהאישה מעוכבת להינשא מחמת מעשיו של בן זוגה. אם כן, לכאורה, אין לנו לדון אלא בחיוב עקרוני של מזונות במשך החיים המשותפים של בני הזוג או כשחיייהם המשותפים נמשכים כסדרם, למעט עניין המזונות.¹⁰ אלא שבפסקי דין אחדים של בתי הדין הרבניים נפסק שיש לתת גט לחומרה לבני זוג ידועים בציבור המבקשים לנתק את הקשר ביניהם. אם כן, לכאורה, יש מקום גם לחיוב מזונות מדין מעוכבת להינשא, אם מתן הגט אכן מעכבה מלהינשא. מעתה יש לשאול שאלה עקרונית: האם בחיוב למתן גט יש משום הכרה הלכתית במערכת היחסים בלא חופה וקידושין כנישואין, במובן כלשהו שיש בו כדי לחייב תשלומי מזונות?

דומה שאף התשובה לשאלה זו שלילית. הרב ז"נ גולדברג¹¹ כותב כדבר ברור שאף אם נאמר שיש חשש לקידושין בנישואים אזרחיים, שבגללו מצאו לנכון בתי הדין לחייב מתן גט, בדומה עקרונית למצב של ספק גירושין,¹² הרי שאם חיוב הגט הוא לחומרה, ולא מעיקר הדין, אין מקום כלל לחיוב במזונות.¹³ ואם בנישואים אזרחיים הדין הוא כך,¹⁴ בידועים בציבור – על אחת כמה וכמה, שהרי לגביהם אין כמעט מי שפוסק שיש לחייבם בגט מעיקר הדין, וגם פסקי הדין חייבו מתן גט רק לחומרה.¹⁵

3. חיוב מזונות בנישואים אזרחיים – דעת הרב גולדברג

הרב ז"נ גולדברג,¹⁶ מגדולי הדיינים בדורנו, העלה סברה מעניינת על פי דברי בעל "קצות החושן",¹⁷ שדן בעניין פיקח שנשא שוטה וכתב לה כתובה, ואמר שחיובו אינו משום מתנה

(מ'מעוכבת'), "מחקרי משפט ז' 79–149 (התשמ"ט).

10 עד כמה שניתן לתאר מצב מוזר כעין זה בידועים בציבור.

11 הרב ז"נ גולדברג "חיוב מזונות בנישואים אזרחיים" תחומין, כד, עמ' 188–193 (התשס"ד). ועוד נדון בהמשך דברינו בחידוש העקרוני בדבריו.

12 שהוא הדין הקלאסי שנחשבת בו מעוכבת מחמתו להינשא. ראו כתובות, לעיל ה"ש 9.

13 ואכן, למיטב ידיעתנו, מעולם לא נפסקו בבתי הדין הרבניים מזונות לנישואים בנישואים אזרחיים. לדעת הרב גולדברג, גם אם יש להתייחס לנישואים אלה כאל ספק קידושין, אין לחייב בהם מזונות מכוח הכלל: "המוציא מחברו – עליו הראיה". ונראה שכן היא גם דעת רוב הפוסקים, וכן נהוג בבתי הדין הרבניים. אולם ראו דעת הרב בצמ"ח עוזיאל, בספרו של הרב א"ע רודנר **משפטי אישות** קמ-קמא (התש"ט), שייתכן שיש בנישואים אזרחיים כדי לחייב תשלומי מזונות, אם יש לחייב גט מספק.

14 שם הגישה הרוואה בנישואים כאלה קידושין או ספק קידושין נקוטה בידי פוסקים לא מעטים.
15 ראן שוחטמן שם, לעיל ה"ש 5. ועיינו דיונו בדעת הסוברים שיש מקום לחייב גט בבני זוג ידועים בציבור יותר מבני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים, אך נראה שזוהי דעת מיעוט. וראו גם הרב אלינסון, לעיל ה"ש 1, עמ' 187, הערה 70.

16 במאמרו בתחומין, לעיל ה"ש 11.

17 סימן רמג, ס"ק ו.

שנותן לה,¹⁸ אלא הוא כעין תשלום על שכר פעולה.¹⁹ ואמנם שאלה היא אם מקור משפטי זה לחיובים הממוניים ביחסי האישות יכול להוות יסוד לחיוב גם בנישואים רגילים.²⁰ הרב גולדברג אף מחדש על יסוד הדברים הללו, שאף אם לא נכתבה כתובה, כגון בנישואים אזרחיים, יש לחייב את הבעל במזונות מכוח המנהג, שהרי מקור החיוב מיוסד על היקש מדיני שכירות פועלים, שבהם חיוב השוכר במזונותיו של הפועל תלוי במנהג.²¹ לפי זה, ניתן להסיק שבנישואים אזרחיים יש מקום לחיוב מזונות כפי הנהוג בבני זוג הנישואים בנישואים אזרחיים בסביבה שנערכו בה הנישואים הללו. ואף אם לא ניתן לחייב מזונות ישירות מכוח המנהג,²² ניתן בכל זאת לחייב בעקיפין על יסוד כוונתם המשוערת של הצדדים לחייב את עצמם כפי הנהוג בנישואים אזרחיים.²³ לאור זאת, יש מקום לומר שגם בין בני זוג ידועים בציבור ניתן לחייב מזונות²⁴ מכוח

18 עיינו: יבמות ק"ג ע"א; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ז; מגיד משנה, שם.
 19 נראה כי משמעות הפעולה או "העבודה" בהקשר זה היא כלל הפעולות המייחדות את יחסי האישות שיש בין גבר לאישה, והמזונות ושאר החיובים הממוניים שהגבר חייב לאישה הם תמורת פעולות האישות שהאישה עושה בעבורו, כאילו "שכר שפחה לשמשו" (ראו קצות החושן, שם). ושמה ניתן לומר שהעניין הוא אחר. גם אם לא יהיו שום פעולות אישיות (כשאינה מורדת) או מלאכות הבית, עדיין בעלה חייב לה, כיוון שהחיוב, לדעתו, הוא על פי המנהג, שהמנהג הוא שמי שנושא אישה – זן אותה, כפי שהמנהג הוא שמי ששוכר פועלים משלם להם מזונות. לפי הסבר זה, אין מדובר במעין תשלום על שכר פעולה אלא בתשלום הנגזר מן המקובל שאדם משלם מזונות במסגרת נישואיו.
 20 הרב גולדברג כותב בתחילה, לעיל ה"ש 11, עמ' 190, בדעת בעל קצות החושן: "בנושא אישה, אין עניין תשלומים על נישואיה, כיון שאין מגדירים אשה כשכיר למלאכה, אלא כך הם גררי אישות ודיניה, ובזה לא שייך תשלום עבור שכר מלאכה". ואולם בהמשך דבריו הוא משאיר את העניין בצריך עיון, אם אכן כך היא דעתו של בעל "קצות החושן". מכל מקום, הוא תולה שאלה זו במחלוקת אחרונים וראשונים. עיינו מאמרו הנ"ל, פרק ה.

21 ראו: בבא מציעא פג ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלא, סעיף ב.
 22 נראה שהקושי לחייב על פי המנהג עולה מן הצורך ללמוד אותו מן המקובל בנישואים מאותו סוג, משום שלדעת מי שסובר שכשחלים הנישואים מן התורה אין מקום להגדרת חיובים מכוח דיני שכירות (והרי בנישואים כדת משה וישראל בין יהודים, החיוב הוא מדיני אישות, וכן גם בנישואים אזרחיים בין גויים, שיש בהם אישות מן התורה אף באופן זה). אם כן, אין לכאורה מקום למנהג של התחייבות למזונות מכוח היקש לדיני שכירות פועלים. אולם נראה שקושי זה נובע מן ההנחה שיהודים כמעט שאינם נישאים בנישואים אזרחיים, הנחה שכפי הנראה אינה נכונה בימינו. נראה שלאור הנתונים כיום לגבי מספר הווגות היהודים הנישאים שלא כדת משה וישראל (שניתן לומר בהם שהחיובים מושתתים על דיני שכירות), יש מקום להתבסס על החיובים הממוניים הנהוגים במקרים אלה.

23 הו אומרים: יסוד חיוב התשלום אינו על פי דיני החוזים אלא מדיני שכירות פועלים, שניתן להגדירו מעין "חווה עבודה", אך גובהו ופרטיו הם מכוח התחייבות מכללא ללכת לפי מנהג המקום.

24 יש להעיר כי מסקנתו של הרב גולדברג, שחיוב המזונות יהיה כפי המקובל כדת משה וישראל, ועל כן מורדת לדוגמה לא תהיה זכאית למזונות, נוגעת רק למקרה של נישואים כהלכה (כשלא נעשה קניין), ולפי הדעה שיכולים לחול דיני שכירות גם בנישואים כהלכה. אולם נראה שלא תהיה מגבלה מעין זו בנישואים אזרחיים או בידועים בציבור, לפחות לפי הדעה החולקת, משום שהמנהג הקובע הוא מה

ההיקש לדיני שכירות פועלים, ושיעורם של המזונות ייקבע על פי הנהוג בין בני זוג ידועים בציבור.²⁵ וראוי להדגיש כי, מלבד הרב גולדברג, לא מצאנו פוסק אחר שהעלה נימוק הלכתי לחייב מזונות על ידי היקש לדיני השכירות.

4. חיוב מזונות המושתת על יסוד חוזי

כידוע, ההלכה מכירה בחופש ההתניה בדיני ממונות.²⁶ חופש זה מאפשר, כתנאים מסוימים, להיפטר מחיובים על פי דין ולחייב את מי שפטור על פי דין. לפיכך, מתברר שיהיה תוקף להסכם תשלומי מזונות בין בני זוג שאינם נשואים אם נערך ההסכם כדת וכדין. השאלה העולה בענייננו היא: האם ניתן לקבוע שיש התחייבות מכללא לתשלומי מזונות בין בני זוג ידועים בציבור שלא ערכו הסכם ממון ביניהם?²⁷ אכן, לדעת הפוסקים, מנהג המדינה מקבל משנה תוקף כשהוא נוגע ליחסים בין-אישיים, כמו שכותב הרמב"ם:

הנושא סתם כותב ונותן כמנהג המדינה. וכן היא שפסקה להכניס, נותנת כמנהג המדינה... ובכל הדברים האלו וכיוצא בהם, מנהג המדינה עיקר גדול הוא, ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל המדינה.²⁸

וכבר כתב המהרשד"ם שכוחו של מנהג המדינה רב, גם אם הוא מנוגד לעקרונות הלכתיים, דוגמת עקרונות הירושה: "שידוע אפילו לתינוקות שכל דיני הנשואין הם נדונים על פי המנהג, וכל הנושא אשה סתם, נושא אותה אדעתא לקיים מנהג מקומו".²⁹

שמקובל בקרב זוגות החיים באותו סוג של קשר זוגי. עוד נוסף שיש אפשרות, לכאורה, לחייב בתשלומי מזונות גם את האישה, אם אכן כבר פשט המנהג כפסיקת בית המשפט האזרחי. ועדיין הדבר צריך עיון.

25 אולי אם נרחיק לכת נוכל לומר בנדוננו שיש בפסיקות בתי המשפט לגבי החיובים הממוניים בין בני זוג ידועים בציבור כדי לבסס מנהג (בהתאם למידת השתרשותן ואחידותן של פסיקות אלה) שניתן לחייב על פיו הלכתית. אלא שמתברר שכוונת בני זוג הבוחרים לחיות כידועים בציבור היא להתחייב כנהוג באורח חיים מסוג זה, ולכן אין זה ברור אם ניתן להסתמך על הנהוג בקרב כל הזוגות הנישאים שלא על פי ההלכה. שהרי ייתכן שגם הפעולות ההדדיות בין בני הזוג משתנות לפי סוג הקשר, ואולי אף בתוך קבוצת בני הזוג הידועים בציבור יש דרגות של שיתוף בחיים שיש בהן כדי להשפיע על קביעת הנהוג המחייב בכל מקרה ומקרה.

26 קידושין יט ע"ב.

27 שאלה זו רחבה ונוגעת לתחום דיני החוזים במשפט העברי. גם שאלת ההתחייבות בדבר שאינו קצוב (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ס) נוגעת לעניין, ויש לדון בפרטיה כבהתחייבות מכללא. אך תקצר היריעה מלדון כאן בסוגיות נרחבות אלה.

28 רמב"ם, הלכות אישות, פרק כג, הלכה יב.

29 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שכז.

לעניין נישואים אזרחיים העלה ב"צ שרשבסקי³⁰ אפשרות שההתקשרות בנישואים אזרחיים כוללת תנאי, בבחינת מנהג המדינה החל על כל התקשרות בהיעדר תנאי מפורש נגדי, המזכה את בני הזוג בכל הזכויות הכספיות שהם יכולים לזכות בהן על פי החוקים השוררים במדינה שנערכו בה. אף הרב עוזיאל³¹ סבור כי בנישואים אזרחיים שנעשו בערכאות של גויים, ניתן לחייב תשלומי מזונות על פי הדין הזר, אם אכן קיים בו חיוב מעין זה, משום שזו היא משמעותה של התחייבות הצדדים³² מבחינה ממונית, כשערכו את הנישואים במסגרת זו, ואף ניתן לתבוע את ביצועו של חיוב זה על פי ההלכה בבית דין. וכן עולה גם מדבריו של הרב אלינסון.³³

אמנם, בנישואים אזרחיים, מטרת שני בני הזוג בדרך כלל היא לבסס מערכת יחסים של חיובים הדדיים מכוח החוק שנישאו על פיו, אולם בל נשכח שהיסוד ההלכתי לחיובם הוא עצם ידיעתם שעל מערכת היחסים שהם מעוניינים להיקשר בה חלה מערכת של חוקים וחיובים. לפיכך, אף על פי שברור שבני זוג המעדיפים מערכת יחסים של ידועים בציבור חפצים ביחסים פחות מחייבים,³⁴ קרוב לוודאי שהם יודעים שקיימים חוקים וחיובים שונים שמטילים החוק והפסיקה על מערכת יחסים זו, ולכן יש מקום לומר שעל דעת כן התחייבו עם יצירת הקשר ביניהם.³⁵

ואף על פי שלא מצאנו בקרב פוסקי ההלכה מי שטוען לחיוב תשלומי מזונות על בסיס חוזי בבני זוג ידועים בציבור, לא מן הנמנע שמי שסובר שכן הוא הדין בנישואים אזרחיים, יסבור שכך חייב להיות הדין אף בבני זוג ידועים בציבור.

30 בספרו **דיני משפחה** 86, הערה 46 (התשנ"ג).

31 ראו בספרו של הרב רודנר, לעיל ה"ש 13. וראו גם א"ח שאקי "תקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בפני בתי דין רבניים בישראל" **הפרקליט** כ 392–393 (התשכ"ד).

32 אמנם הרב עוזיאל כותב: "הכל לפי נוסח ההתחייבות ומשפטו", אך דומה שאין כוונתו להסכם שכתוב בו חיוב תשלומי מזונות במפורש, שהרי אין בזה כל חידוש, אלא כוונתו כנראה שדעת הצדדים להתחייב מבחינה ממונית על פי החוק שנערכו הנישואים מדעת על פיו (להבדיל, אם נעשו הנישואים לצורכי רישום בלבד).

33 אלינסון, לעיל ה"ש 1, עמ' 190, והערה 83, על פי פסק דין של בית הדין הרבני (הרב אלימלך בר שאול, פד"ר ה, עמ' 124). אף על פי שלפי הנימוק ההלכתי הנזכר שם, מדין דברים הנקנים באמירה, קשה יהיה להסיק מסקנה דומה לגבי ידועים בציבור, משום שאין אקט מיוחד היוצר, או לפחות מתחיל, את מערכת היחסים, אלא זהו בדרך כלל עניין שבעובדה.

34 ראו ספרו של ש' ליפשיץ **הידועים בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (התשס"ה). לעניין הרציונל בחיובים הכלכליים, ראו שער שני, פרק עשירי.

35 וראו מ' אלון **המשפט העברי** 754–752 (התשמ"ח), שכדי שמנהג יהיה מחייב, עליו לעמוד בשלושה תנאים: שיהיה מנהג שפשט בכל המדינה; שיהיה מנהג שכיה לפחות שלוש פעמים; שיהיה מנהג שאין בו ספיקות. במדינת ישראל, שבה עקרונות חיובי המזונות מסתמכים על המשפט העברי, אפשר שהנהגות הידועים בציבור אינן עומדות בקריטריונים אלה.

5. חיוב מזונות מדין צדקה

בפרק חמישי של שער זה עסקנו בהרחבה בשאלת האפשרות לחייב אישה לזון את בעלה מכוח דיני הצדקה. להלן נדון בשאלה זו בקצרה, עד כמה שהיא נוגעת לענייננו.

על פי דיני הצדקה, חובה לכלכל את מי שאין לו משלו כדי מזונותיו. לפיכך, אין מקום לבסס על יסוד הלכות צדקה לעניים רגילים חיוב מזונות באישה ידועה בציבור, שכן אין היא מוגדרת ענייה על פי המדד ההלכתי לעוני.³⁶ מקום הדיון בדיני צדקה הרלוונטיים בידועה בציבור יכול להיות על פי סדרי הקדימויות במתן הצדקה המקימים חיוב מוגבר על קרובי הנזקק. השאלה תהיה אפוא: מה מעמדה של ידועה בציבור בסביבתו הקרובה של בן הזוג לצורך קביעת דרגת חיובו במזונותיה על פי הלכות צדקה.

הרמב"ם כותב: "עני שהוא קרובו קודם לכל אדם, עניי ביתו קודמין לעניי עירו, עניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת, שנאמר: "לאחיך לעניך ולאביוןך בארצך" (דברים טו, יא).³⁷ הרמ"א אף פירט יותר את סדר הקדימויות בין הקרובים:

פרנסת עצמו קודמת לכל אדם, ואינו חייב לתת צדקה עד שיהיה לו פרנסתו,³⁸ ואחר כך יקדים פרנסת אביו ואמו, אם הם עניים, והם קודמים לפרנסת בניו. ואחר כך בניו, והם קודמים לאחיו,³⁹ והם קודמים לשאר קרובים, והקרובים קודמים לשכיניו, ושכיניו לאנשי עירו, ואנשי עירו לעיר אחרת.⁴⁰

אכן, שאלה היא על פי מה נקבעים סדרי הקדימה בדיני צדקה, משום שמצאנו שרשימת הקרובים ודרגת קרבתם נקבעות בדרכים שונות בתחומי שונים של ההלכה.⁴¹ מכל מקום, אחר שקבע הרמ"א סדר עדיפות מסוים, יש לדון בשאלה מי נכנס בגדר "שאר קרובים". בעניין זה, עסק בהרחבה החתם סופר.⁴² נראה שעקרונית, דעתו היא שהקרבה נקבעת בהתאם לרשימת הפסולים לעדות מחמת קרבה משפחתית.⁴³ אך מצד שני, הוא כותב: "בצדקה אזלינן בתר [=אנו הולכים אחר] אומדן דעת". נמצא שאין הגדרה חד-משמעית

36 ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנג.

37 הלכות מתנות עניים, פרק ג, הלכה יג. למקורו, ראו נושאי כליו.

38 נראה פשוט שבכלל זה מזונות אשתו החיה עמו. ראו בית שמואל, אבן העזר, סימן עא, ס"ק ג לעניין מזונות בניו הקטנים (וקל וחומר לדעת הסוברים שמזונות אלה נגזרים מחובת המזונות כלפי האם); שרשבסקי, לעיל ה"ש 30, עמ' 386.

39 ראו גם: יורה דעה, שולחן ערוך, שם; ט"ז, ס"ק ב; ש"ך, ס"ק ז.

40 הגהת הרמ"א, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ג, על פי דברי הטור.

41 כך, לדוגמה, בדיני אבלות מוגדרים שבעה קרובים, כשלאב ולאם יש מעמד מועדף (ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שעד), אך לעומת זאת, בדיני ירושה, רשימת הקרובים ארוכה יותר, ויש סדר נחלות מוגדר מאוד (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רעז).

42 שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קכז.

43 ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לג; ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנא.

לפסולים לעדות אלא אימד דעת, אם כי החתם סופר מגדיר את קרבת בן המשפחה בדור הרביעי כקרבת המשפחה הרחוקה ביותר לעניין זה. אולם עדיין יש לעיין בשאלה: מה סדר הקדימויות בין שאר הקרובים.⁴⁴

לדברי הרמ"א, שאר קרובים דינם כשכניו. לכן, ניתן לומר שלא יגרע חלקה של ידועה בציבור הדרה עימו באותו בית⁴⁵ מדין שכנו,⁴⁶ ומסתבר שאין שכנות קרובה מזו. לאור זאת, ניתן להסיק שקיים חיוב מוגבר כלפי ידועה בציבור מדין שכנתו, ועל פי שאר הגדרים של דיני צדקה. נימוק הלכתי זה מתקיים גם להיפך, דהיינו: חיוב האישה במזונות בן זוגה, משום שגם הנשים חייבות במצוות צדקה. מכל מקום, נימוק זה נכון לגבי חובת המזונות כשבני הזוג שרויים יחדיו.⁴⁷

במקום אחר, כותב הרמ"א⁴⁸ שיש חיוב מוגבר שישלם בן זוג מזונות לגרושתו יותר מלעני אחר.

כדי לבחון אם יכולה להיות אסמכתה מדין זה לענייננו, עלינו לעיין במקור דין זה בתלמוד הירושלמי. וזה לשונו:

רבי יעקב בר אחא בשם רבי יוחנן, רבי הילא בשם רבי לעזר: כשם שאדם חס על כבוד אלמנתו, כך חס על כבוד גרושתו. דאמר רבי יעקב בר אחא בשם רבי לעזר: "מבשרך לא תתעלם" – זו גרושתו.⁴⁹

עינינו הרואות כי הנימוק הוא משום שהייתה קרובתו ובשרו.⁵⁰ ייתכן אמנם שהכוונה לקרבה הפורמלית, כפי שמיוחסת חשיבות רבה למוסד הזוגיות בהלכה, אך לא נראה בלתי מסתבר להניח שהכוונה לקרבה האינטימית והזוגיות שהייתה בין בני הזוג, שיש בה כדי להשית חיוב מוגבר יותר על פי דיני הצדקה.⁵¹ נימוק זה יכול להיות נכון גם במזונות במשך

44 ראו הרב נצ"י בר אילן **נקדש בצדקה** 255 (התשנ"א).

45 הדברים פשוטים יותר כל זמן שהם חיים באותו בית, ואז יש בכך משום "עניי ביתו קודמים" כפשוטו. אולם יש לעיין מה יהיה הדין כשהדבר אינו כן, ובייחוד בעת תהליך ההיפרדות. לעניין זה, ראו הנימוקים המובאים בפסקה הבאה.

46 אמנם על פי הגדרה זו, אם יש קרוב משפחה מדרגה רביעית המוגדר כעני, הוא קודם לידועה בציבור.

47 להרחבה, ראו מה שכתבנו לעיל, פרק חמישי, בעניין חובת האישה לזון את בעלה מדיני צדקה.

48 אבן העזר, סימן קיט, סעיף ח על פי דברי הגהות מיימוני, הלכות איסורי ביאה, פרק כא, אות ע.

49 ירושלמי, כתובות, פרק יא, הלכה ג, לד ע"ב.

50 ראו פני משה, ירושלמי, שם, ד"ה זו גרושתו.

51 לחלופין, ניתן לטעון שבידועה בציבור שואפים חכמים לנתק את הקשרים בין בני הזוג, ולא יגדירו אותם כקרובי משפחה. זאת ניתן לבסס על דברי התלמוד הבבלי יבמות פה ע"א: "בעא מיניה [=שאל] רבי אלעזר מרבי יוחנן: אלמנה לכהן גדול, גרושה וחלוצה לכהן הדיוט, יש להן מזונות או אין להן מזונות? היכי דמי [=במה מדובר]? אילימא דיתבה תותיה [=אם נאמר שהיא יושבת עמו], בעמוד והוצא קאי, מזונות אית [=יש] לה?" מכאן ראייה שכאשר חכמים אינם רואים בעין יפה את הקשר בין בני הזוג, הם אינם מטילים חיובי מזונות.

תהליך ההיפרדות ואף לאחריה, אף כי הדבר אינו נקי מספקות.⁵² ראוי להעיר כאן שגם לפי הסברות שהעלינו לחיוב על פי הלכות צדקה במקרה של זכאות, יהיה צורך לבחון את שיעור הצדקה הניתנת, שגדירו אינם דומים בהכרח לגדרי שיעור המזונות שבין איש לאשתו.⁵³ הנה כי כן, נוכחנו לדעת כי אף אם קיימת חובת תשלום מזונות בין בני זוג ידועים בציבור, דרגת חיובם פחותה מדרגת החיוב של אב כלפי בנו או בן כלפי אביו, אך עדיין שאלה היא אם יש בהטלת חובה מוגברת על הקרוב יותר כדי לפטור את הקרובים בדרגת קרבה פחותה ממנו.⁵⁴

6. חיוב מזונות על פי דיני היושר במשפט העברי

אף לפי הדעה שדיני היושר במשפט העברי, מהווים מקור משפטי, אין בהם אלא כדי להוות מקור כללי לחיובים השונים שהתורה לא פירטה אותם.⁵⁵ לפיכך, אף על פי שאין לשלול שימוש בדיני היושר כשהעוול המוסרי זועק לשמיים,⁵⁶ נראה, לעניות דעתנו, שיישומם צריך להיעשות בזehירות רבה תוך כדי הישענות על תקדימים בפסיקה ובספרות ההלכה במקרים דומים. לעניין זה, רצוי לעיין בפסק דינו של השופט שוחט,⁵⁷ המתבסס על פסק דין בבית משפט מחוזי ושאושר בבית המשפט העליון, ותורף הדברים ביסוס חיוב מזונות לילדים על פי דיני היושר בהלכה.

52 עיינו בסיפור המובא בירושלמי, שם, לעיל ה"ש 49, על גרושתו של רבי יוסי הגלילי. וצריך לעיין בדבר אם ניתן לומר שהיא דו-כיוונית.

53 לעניין השיעור בהלכות צדקה, ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנ. לעניין השיעור בהלכות אישות, ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ע. וראו: הרב א' ליכטנשטיין "סעוד תסעוד עמו – השתתפות המקבל בגמילות חסדים" בתוך **ספר הזיכרון לאברהם שפיגלמן** 81–93 (א' מורגנשטרן עורך, התשל"ט); הרב נ' בר אילן "זכאותו של העני לצדקה" **תחומין** ב 459–469 (התשמ"א); הרב ש' אליעזרי "שיעור לצדקה מן התורה" **בצומת התורה והמדינה** ב 351–365 (התשנ"א); הרב ש' גורן "קביעת קו העוני לפי ההלכה" **תורת המדינה** 358 (התשנ"ו); מ' ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" בתוך **זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל** 234–296 (י' רבין וי' שני עורכים, התשס"ה).

54 ראו **נקדש בצדקה**, לעיל ה"ש 44, עמ' 249–254, המביא דיון בפטור של הרחוקים כשהחיוב מוטל על הקרובים, ואולם אין הוא דן בשאלתנו בפטור חלק מן הקרובים.

55 ראו לדוגמה פירוש הרמב"ן על התורה, דברים ו, יח, ד"ה ועשית; מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יד, הלכה ה; מ' זילברג **כך דרכו של תלמוד** 97–138 (התשכ"א); מ' אלוון **המשפט העברי** 137–148 (התשמ"ח); השופט מ' אלוון בע"א 350/77 **כיתן בע"מ נ' וייס ואח'**, פ"ד לג(2) 785 (1979); הרב א' בקשי-דורון, שו"ת בניין אב, סימן סח; ר"ש קלינמן "יכולת הכפייה על הציבור לנהוג לפנים משורת הדין" **מגל יב**, עמ' 349–358 (התשנ"ח).

56 לא קשה לתאר מצב שאיש ואישה חיו חיים משותפים והאיש פיתה קריירה בעוד שהאישה הייתה עקרת בית, ולאחר שנים רבות הגבר החליט לנתק את הקשר עימה ולהותיר אותה חסרת כול. למותר לציין שעוול מעין זה יכול להתרחש גם להיפך.

57 תמ"ש (משפחה ת"א) 50770/03 **כ"י נ' כ"א** (לא פורסם), מיום 8.11.2005.

7. בשולי הדברים

בדיוננו העלינו סברות שניתן לבסס עליהן חיוב מזונות בידועים בציבור. מטבע הדברים, חלק מן הסברות חדשות, ואין לראות בהן פסיקת הלכה, ולא עוד אלא שניתן לחלוק עליהן. מכל מקום, עובדה היא כי בספרות ההלכה המודרנית ובפסיקת בתי הדין הרבניים לא נמצא דיון בשאלה זו. ואין תימה בדבר, משום שמערכת היחסים של ידועים בציבור מנוגדת להלכה ולערכי היהדות בתחום מוסד המשפחה. ייתכן ששיקולי מדיניות שלא לעודד מערכות יחסים כאלה הם שגורמים להימנע מדיון ענייני בזכויות הממוניות של ידועים בציבור בבחינת "שלא יהא חוטא נשכר", ואף אנו לא באנו לסתור עמדה זו אלא לדון ביסוד המשפטי התיאורטי של חיוב המזונות.⁵⁸

(ג) מסקנות

- א. אין במערכת היחסים של בני זוג ידועים בציבור כדי להשתית חובות ממוניים הדדיים שמקורם בהלכות נישואין כדת משה וישראל.
- ב. מאחר שהדין הנוהג הוא שלא לחייב גט מעיקר הדין, אלא לכל היותר לחומרה בלבד, אין מקום לחיוב מזונות מדין מעוכבת מחמתו.
- ג. לדעת הרב גולדברג, יש מקום לחייב מזונות בנישואים אזרחיים מכוח היקש לדיני שכירות פועל. לדעתנו, חידוש זה יכול להתאים גם לנדוננו.
- ד. יש מקום לבסס את החיובים הממוניים בין בני זוג ידועים בציבור על אומדן דעתם בעת התגבשות מערכת היחסים ביניהם לפי המנהג הקיים בנושאים אלה באותה עת.
- ה. חיוב מזונות על פי הלכות צדקה יכול לחול רק כשבן הזוג הוא נזקק על פי הקריטריונים ההלכתיים. דרגת החיוב כלפיו היא כשל החיוב כלפי שכן או עניי ביתו.
 1. ייתכן שיש באישה שבן הזוג חי עימה חיוב מיוחד כחיוב צדקה כלפי גרושתו.
 2. על פי הלכות צדקה, אין הבדל אם הנזקק איש או אישה, ובלבד שיוגדר עניי.
 3. צריך לעיין בשאלה אם די בעובדה שקרוב בדרגת קרבה גבוהה זן את קרובו כדי לפטור את הקרובים בדרגת קרבה נמוכה יותר מלזון אותו.
 4. נראה שיש לנקוט זהירות רבה מלחייב תשלומי מזונות תוך שימוש במקור משפטי כללי דוגמת דיני היושר.
- י. אין בספרות ההלכה דיון בזכויות הממוניות של ידועים בציבור, והדבר נובע כנראה מדה-לגיטימציה של מערכת יחסים זו.

⁵⁸ כפי שאתנן זונה, אף על פי שאסור להביאו לבית המקדש (רמב"ם, הלכות איסורי מזבח, פרק ג, הלכה ז), הוא בר-תביעה בדיני מזונות. עיינו רמ"א, חושן משפט, סימן פז, סעיף כה.

שער שביעי

דיני עבודה

פתיחה

מיום שיצא עם ישראל מבית עבדים, הביא לעולם כולו את הבשורה הגדולה של חירות העובד ושחרורו מעולו של אדונו או מעבידו. בשורה זו באה לידי ביטוי מובהק בהלכה הידועה שהפועל יכול לחזור בו מהתחייבותו לעבוד אפילו בחצי היום, שנאמר: "כי לי בני ישראל עבדים". ודרשו חכמים: " 'עבדי הם' – ולא עבדים לעבדים" (בבא מציעא י ע"א). אין ספק שזהו רעיון גדול, שהמשפט מתערב בחופש החוזים וקובע כי חוזה בין מעביד לבין פועל שכיר ניתן לביטול על ידי הפועל, משום שמרותו של אדון הכול קודמת למרותו של אדון זה, המעביד.

חכמי המשפט העברי עסקו רבות בחוזי עבודה ובמערכת יחסי העבודה, וידועה ההגנה המוגברת המוענקת לעובד, המתקיימת תוך שמירה על צורכי המעביד ואיזון בין צורכי העובד לצורכי המעביד. אין ספק שהלכות אלו רלוונטיות מאוד אף לנוכח אתגרי משפט העבודה המודרניים, כפי שנראה בפרקי שער זה.

הפרק הראשון עוסק בשיקולים הנשקלים בעת פסיקת פיצויים למעביד על הפרת חוזה על ידי העובד, וניכרת בו באופן מובהק מגמתו של המשפט העברי לנקוט עם העובד גישה מקילה בין השאר על סמך עקרון-העל: " 'עבדי הם' – ולא עבדים לעבדים", הנזכר לעיל. עמדתו העקרונית של המשפט העברי חשובה ביותר אף מנקודת ראותו של משפט העבודה הישראלי. וכפי שנראה, אף ניתן לה ביטוי בעת האחרונה בפסיקת בית הדין לעבודה, שהסתייע בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, משום שסוגיית פיצוי המעביד על הנזק שנגרם לו בגלל שהפר העובד חוזה לתקופה קצובה אינה סוגיה שהגיעה פעמים רבות לפתחם של בתי הדין לעבודה. אין ספק שהדבר ממחיש יפה את היתרונות הטמונים בהסתייעות

במקורות הנצח של המשפט העברי בסוגיות שהפסיקה הישראלית הצעירה בשנים יחסית עדיין לא גיבשה הלכות ברורות ומפורטות, ואילו המשפט העברי הוותיק והמנוסה נזקק לסוגיות אלו אגב דיונים מעמיקים ומעשירים של חכמי ישראל לדורותיהם, שגיבשו הלכות שהן פרי ניסיון שיפוטי מצטבר של מאות ואלפי שנים.

הפרק השני עוסק בביטול תנאי הפרישה של אישי ציבור הנוגדים את תקנת הציבור. לפנינו דוגמה יפה ללימוד שעשתה הפסיקה הישראלית על סמך חוות הדעת שכתבנו בעניין זה, מעקרונות המשפט הציבורי העברי, כפי שהם מתבטאים בדברי גדולי חכמי אשכנז בימי-הביניים.

עניינו של הפרק השלישי הוא פיטורין ופיצויי פיטורין לעובד שנתפס בגניבה. בפרק זה, נעמוד על יסודות החיוב בפיצויי פיטורין המקובלים ביחסי העבודה המודרניים בראי ההלכה היהודית, שיש שסמכו אותו על מצוות ההענקה המקראית לעבד עברי, יש שחייבו אותו לפני משורת הדין מכוח הציווי "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב, כ). ויש שביססו אותו על המנהג. נראה כיצד היסודות האמורים באו לידי ביטוי מעניין בשתי סוגיות שהתבררו בעת האחרונה בבתי המשפט בישראל: הבניית שיקולי המדיניות בקביעת פיצויי פיטורין או בשלילתם (פסק דין של בית הדין האזורי לעבודה), וגדרם המשפטי של דמי הודעה המוקדמת (פסק דין של בית המשפט העליון).

הפרק החותם את השער עוסק בנושא המרתק של פיצויים בגין הלנת שכר. כידוע, ראתה ההלכה היהודית בחומרה רבה את הלנת השכר, וכאן עלינו לברר שלוש שאלות: האם הלנת השכר היא רק איסור דתי או שמדובר גם בחיוב ממוני? האם יש סנקציה המוטלת על מעביד שהלין שכר, ואם כן מהי? והשאלה שבמוקד הפרק היא האם יש בתביעה לפיצויים על הלנת שכר משום ריבית אסורה?

פרק ראשון

שיקולים בפסיקת פיצויים למעביד עקב הפרת חוזה על ידי העובד

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ע"ב (אזורי חי') 1912/02 פישביין דנר נ' חברת קומבה בע"מ, תק-עב 2006(1) 9855 (מיום 23.2.2006), מפי השופטת עפרה ורבנר, בית הדין האזורי לעבודה בחיפה (להלן: פרשת פישביין).

עובד החל לעבוד בחברת "קומבה" בשנת 1992. במשך שנות עבודתו מימנה לו החברה השתלמויות בקורסים, לרבות תשלום שכרו בימים שיצא ללימודים. בין היתר, מימנה החברה לעובד לימודים לצורך קבלת תעודת הסמכה כמנהל מוסך. במסגרת מימון הלימודים הללו, נחתם בין העובד לבין החברה הסכם ולפיו התחייב העובד לעבוד בחברה במשך חמש שנים תמימות מיום 28 בפברואר 1999. בחוזה אף נקבע שהעובד יחתום על התחייבות אישית בסך 10,000 דולר לכיסוי הוצאות החברה אם לא ישלים את תקופת התחייבותו בת חמש השנים. עוד נקבע בחוזה שאם ישלים ארבע שנות עבודה, ישלם 2,000 דולר בלבד. החברה מימנה את שכר הלימוד של העובד, שילמה לו שכר בעבור שעות הלימודים ושעות המבחנים וגם שכר בעבור שבוע הכנה לפני המבחן. בסופו של דבר, סיים העובד את עבודתו בחברה בחודש פברואר 2002, שנתיים לפני תום חמש השנים שהתחייב עליהן. החברה תובעת בתביעה שכנגד מן העובד, נוסף על 10,000 הדולרים הנזכרים בחוזה, גם פיצוי בעבור נזקים שנגרמו לה, לטענתה, עקב הפרת התחייבותו של העובד: הצידוד שהתובע היה אמור לתפעל אותו, שנרכש במיוחד למענו ושלא נמצא מחליף לתובע להפעילו בשנתיים שנותרו עד לסיום חוזהו של התובע, והחברה נאלצה לשכור במקומו ציוד אחר ועובד אחר שיתחזק אותו; השקעות של החברה בהקמת המוסך, וכן ההפרש בין עלות הטיפול בכלי רכב ובכלים מכניים של החברה במוסך הפנימי שהפעיל התובע לבין

עלות אותם טיפולים במוסכים חיצוניים שהחברה נאלצה לתקן בהם את כלי הרכב והכלים המכניים שלה, לאחר שהתובע הפסיק את עבודתו. מאחר שסוגיית פיצוי המעביד על נזק שנגרם לו בגלל עובד שהפר חוזה לתקופה קצובה לא הגיעה הרבה לפתחם של בתי הדין לעבודה, מצאה לנכון השופטת עפרה ורבנר, שופטת בית הדין האזורי לעבודה בחיפה, לפנות למרכז ישמ"ע בבקשה לקבל חוות דעת בנושא העקרונות המובאים בחשבון לצורך פסיקת פיצויים למעביד כשהפר העובד חוזה לתקופה קצובה על סמך מקורות המשפט העברי.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

שאלה לא קלה היא: כיצד יש לחשב נזק שנגרם למעביד בגלל עובד שהפר חוזה שנכרת בינו לבין מעסיקו, וחדל לעבוד אצל מעסיקו לפני המועד שנקצב בחוזה העבודה. השופט יצחק לובוצקי קובע כי כאשר על בית הדין לעבודה לאמוד את גובה הפיצוי המגיע למעביד, יש להקל עם העובד.¹ עוד קובע השופט לובוצקי: "שפסיקת פיצוי גבוה מדי תפגע בעקרון היסוד של 'חופש העיסוק', ולמעשה, תאלץ את העובד לחזור בו מכוונתו להתפטר". וכאן קובע לובוצקי אל נכון על סמך האמור בספרו של פרופ' אשר גולאק:² "המגמה הבלתי שוויונית בין גובה הפיצוי, שייפסק כנגד מעביד, אשר הפר חוזה עבודה לזמן קצוב, לבין עובד, שהפר אותו חוזה, מאפיינת גם את גישתו של המשפט העברי. זה קבע, שלא רק שתימנע אכיפת חוזה העבודה שהופר אלא גם העובד לא יחויב בדמי נזק, העולים על שכר העבודה, אשר שולם או אשר הובטח לו".

אכן, יש לדברים הללו יסוד במקורות המשפט העברי, אם כי מצינו בדברי חכמים תפישות אחדות, כפי שנפרט להלן.

חכמי המשפט העברי עסקו הרבה בחוזי עבודה ובמערכת יחסי העבודה, וידועה ההגנה המוגברת המוענקת לעובד, המתקיימת תוך כדי שמירה על צורכי המעביד ואיזון ביניהם לבין צורכי העובד. להלן נבחן את פרטי המקרה הנדון לאור עקרונות ההלכה,³ ונניח לצורך זה שמדובר בעובד שכיר, ולא קבלן, ושהוכחה ההפרה מצדו באופן ודאי.⁴

1 יצחק לובוצקי **חוזה עבודה וזכויות העובד** 33–35 (התשנ"ט).

2 אשר גולאק **יסודי המשפט העברי** חלק שני 186 (התרפ"ג).

3 רוב המקורות המוצגים להלן בקצרה, נדונו בהרחבה בידי א' ורהפטיג **ההתחייבות – תוקפה, אופיה וסוגיה**, פרק שביעי (התשס"א); ובידי ש' ורהפטיג **דיני עבודה במשפט העברי** פרק תשעה-עשר (התשכ"ט). וראוי לעיין שם.

4 ראוי להעיר כי אף על פי שמבחינה הלכתית-משפטית, חוזה ולשכירות מעל שלוש שנים תקף (קצות החושן, סימן שלג, ס"ק ז), הרי שיש כאלה האומרים שיש להימנע מלחתום על חוזה עבודה ליותר משלוש שנים, פרט למקרים חריגים. דאו: רמ"א, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג; הרב י' רוזנר **משפט**

1. התוצאות המשפטיות של הפרת חוזה עבודה על ידי העובד

התורה נתנה משקל רב לחופש הפרט כשמדובר בעובד שכיר המבקש להשתחרר מהתחייבותו למעביד. ואלה דברי רב, מראשוני אמוראי בבל: "אמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום... דכתיב: 'כי לי בני ישראל עבדים' – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" (ויקרא כה, נה).⁵

הנה כי כן, הפרת חוזה עבודה על ידי העובד אף לאחר תחילת ביצועו של החוזה היא חוקית.⁶ ולא זו בלבד, אלא שעקרונית, יש לשלם לעובד את מלוא שכרו על חלק העבודה שביצע.⁷

כפי שהדגיש ד"ר איתמר ורהפטיג,⁸ אין ספק שיש לפנינו רעיון גדול, שבו מתערב המשפט בחופש החוזים וקובע כי חוזה בין מעביד לבין פועל שכיר ניתן לביטול על ידי הפועל. חופש הפרט עדיף מחופש החוזים. במילים אחרות, מרותו של אדון הכול קודמת למרותו של האדון בשר ודם, המעביד.

אמנם, בחירות שניתנה לעובד על פי דין אין גלום פטור מתשלום בגין נזקים שנגרמו למעביד מחמת הפרת החוזה על ידיו. נזקים אלה, שהוגדרו בתלמוד⁹ ובדברי הפוסקים¹⁰ כ"דבר האבד", כלומר הפסד בלתי הדיר, נחלקים לשני סוגים עיקריים. הסוג הראשון, הפסד כספי הנגרם בגלל הפסקת העבודה, כשלא רק העבודה שנעשתה יורדת לטמיון, אלא גם נפסד הרכוש שנעשתה בו העבודה, כגון עובד החוזר בו מהתחייבותו לפזר בטון שניצוק ממערבל והוא עומד להתקשות בתוך זמן קצר. הסוג השני, הפסד שאינו ממוני, המוגדר כ"הפסד רצון", שהוא הפסד עניין חיוני למעביד שלמענו נשכר הפועל, כגון נגן תזמורת המבטל הופעה באירוע. להלן ניוכח בחלק מן ההבדלים ביניהם.

הפועלים, עמ' תז-תח (התשס"ג). אף נציין כי בנדון שלפנינו נראה בבירור שכוננו יחסי עבודה מחייבים בין העובד לבין החברה, גם משום שהעובד כבר עבד בחברה שלוש שנים, ויש בכך קניין תחילת עבודה (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיף א-ג). וגם משום שחוזה העבודה שנכרת בין העובד לחברה תקף עקרונית על פי ההלכה, אפילו כקניין (ראו לדוגמה הרב י' רוזנר, שם, עמ' נח, הערה יב).
בבא מציעא י ע"א.

ייתכן שיש למעביד זכות תרעומת כלפי העובד. ראו א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 263, והמקורות המובאים בהערה 155; שם, פרק 12. שאלה שנדונה רבות בדברי הפוסקים היא יכולת הפועל להתנות על זכות החזרה שלו. לדעת הריטב"א, אם נעשה קניין נוסף על חוזה העבודה, משמעותו היא התחייבות הפועל שלא יוכל לחזור בו. ראו: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה כשבת חבילה לידו; שו"ת הריטב"א, סימן קיז. אולם רבים חולקים על דעה זו. ראו ש"ך, חושן משפט, סימן שלג, ס"ק יד. וראו א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 285–291. מכל מקום, בנדון שלפנינו, לא נראה שהדברים חרגו ממסגרת חוזה עבודה שגרתית. להיפך, נראה כי אפשרות החזרה הובאה בחשבון בעצם קביעת פיצויים מוסכמים במקרה של הפרת החוזה.

שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ד.

א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 245.

בבא מציעא עה ע"ב – עו ע"ב.

שולחן ערוך, לעיל ה"ש 7, סעיף ה.

תנאי הכרחי לגיבוש זכות המעביד לפיצוי על הפסדו הוא חוסר האפשרות להשיג עובד חלופי להשלמת העבודה, משום שאם יש אפשרות להשיג עובד שיעשה את העבודה, וניתן להימנע מהפסד, ההפסד שוב אינו בגדר דבר האבד, כלומר אינו בלתי הדיר, ואין למעביד על העובד אלא תרעומת בגלל הטרחה¹¹ שנגרמה לו עקב אילוצו לגייס עובד חלופי,¹² אך אינו זכאי לפיצויים. ויש המוסיפים תנאי נוסף להגדרת הפסד כדבר האבד לגבי האפשרות למצוא עובד אחר גם בעת עריכת חוזה העבודה עם העובד:¹³ אם לא הייתה אפשרות להשיג עובד אחר גם בעת כריתת החוזה, לא ניתן להאשים את העובד בגרימת הפסד שעמד ממילא להתרחש, אלא אם כן כריתת חוזה העבודה עם העובד היא שגרמה למעביד להיכנס למצב של הפסד.¹⁴ אולם יש החולקים על כך,¹⁵ וסוברים שאין צורך בתנאי זה כדי להגדיר את ההפסד כדבר האבד, שהרי המציאות מוכיחה שניתן למצוא, בדרך כלל, עובד לכל מטרה, משום שהיצע העובדים גבוה תמיד מן הביקוש והדבר היחיד העשוי למנוע השגת עובד הוא דחיפות העבודה והשכר שהמעביד מוכן לשלם תמורתה.

ואם אכן נגרם למעביד הפסד כתוצאה מהפרת חוזה העבודה על ידי העובד, וניתן לשום את גובה ההפסד שנגרם לו, עומדים למעביד כלים משפטיים לגבות את הפסדו, ונעמוד עליהם להלן.

2. הכלים המשפטיים העומדים לרשות המעביד למנוע הפסד מעצמו

בבחינת הכלים המשפטיים העומדים לרשות המעביד למנוע הפסד מעצמו, יש להבחין בין המצב לפני שהתרחש ההפסד לבין המצב לאחר שהתרחש ההפסד.

מאחר שבנדון שלפנינו, מדובר בהפסד שכבר נגרם, נמנה בקצרה את הכלים הנתונים בידי המעביד כדי למנוע את הפסדו,¹⁶ משום שיש להם השפעה גם על דברינו בהמשך הדיון. ואלה הם:

א. מותר למעביד להטעות את העובד על ידי הבטחה פיקטיבית להעלות את שכרו, כדי

11 מסתבר שאם מדובר בהוצאות משמעותיות לגיוס עובד חלופי או הכשרתו, יש לראות בהן הפסד בלתי הדיר.

12 ראו ברייתא, בבא מציעא ע"ב.

13 שיטה מקובצת, בבא מציעא ע"ב, ד"ה חזרו, בשם הרשב"א; חידושי הריטב"א, בבא מציעא ע"ב, ד"ה השוכר; שולחן ערוך, לעיל ה"ש 10.

14 חידושי תלמידי הרשב"א, בבא מציעא ע"ב (שיטת הקדמונים לבבא מציעא, מהדורת הרב בלוי), והובאו דבריו אצל א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 252, הערה 91.

15 בית יוסף, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג, בשם הרמב"ן; א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 252.

16 כפי שניתן לראות בהערות הבאות, תקרת ההוצאה לעובד חלופי מוגבלת, אולם "אם באת חבילה לידו", דהיינו, שהגיע לידי המעביד רכושו של העובד, התקרה יכולה להיות עד שווי הרכוש. ראו שולחן ערוך, שם, סעיף ו. לדיון על סוג הרכוש ופרטים נוספים על מימוש כלי משפטי זה, ראו א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 249–250; ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 716–717.

לגרום לו להמשיך בעבודתו.¹⁷ לדעת רוב הפוסקים, מותר להבטיח לו עד הכפלת שכרו.

ב. מותר למעביד לשכור עובד חלופי בשכר גבוה יותר על חשבון העובד הראשון. לדעת רוב הראשונים, גם כאן הכוונה עד כפל שכרו של העובד הראשון.¹⁸

ג. אם אי אפשר לשכור עובד חלופי ולהכשירו להשלמת העבודה, וכבר נגרם הפסד למעביד, יש הסוברים כי חלה על העובד חבות מלאה בניזיקין כשמדובר בהפסד כספי.¹⁹ ואלה דברי "הגהות אשרי" בעניין זה: "ואם דבר האבד שעל ידי גרמתו נעשית אבד, נראה לי דחייבים לשלם כל הפסידו²⁰ משום דינא דגרמי".²¹ דברי בעל "הגהות אשרי" הובאו להלכה בידי הרמ"א.²² אולם יש מי שאומר שגם בזה, תקרת התשלום היא כבמצב שלפני הפסד.

אמנם יש מן הראשונים²³ החולקים על דעה זו וסוברים שהמעביד אינו זכאי לפיצוי על הפסד שכבר התרחש, והכלים עומדים לרשותו רק לפני שנגרם לו הפסד, כדי למנעו. וגם דבריהם הובאו להלכה בידי הרמ"א.²⁴

כמה מן האחרונים נתנו את דעתם למחלוקת זו ולסתירה לכאורה בדברי הרמ"א.²⁵ הש"ך²⁶ סבור שאין למעשה מחלוקת בין שתי הדעות, משום שהדעה הראשונה עוסקת במעביד שלא התממה לחפש עובד חלופי קודם שהתרחש ההפסד, ואילו הדעה השנייה עוסקת במעביד שהתממה בחיפוש עובד חלופי, ועקב זה התרחש ההפסד, וזהו יסוד החובה המוטלת עליו לעשות מעשה כדי להקטין את הנזק.

הגר"א²⁷ סבור שהרמ"א פסק כדעה הראשונה בהפסד ממון וכדעה השנייה בהפסד רצון. חזון איש²⁸ חולק על הרמ"א והש"ך, משום שהוא סבור שרוב הראשונים חולקים על הדעה הראשונה, ועל כן אין לחייב את העובד בהפסדיו הריאליים של מעבידו. לדעתו, ניתן

17 הדוגמה המובאת בברייתא, בבא מציעא, לעיל ה"ש 12, ובשולחן ערוך (לעיל, הערה 10), היא הבטחה לכפל שכר. אולם ראו בחידושי המאירי, בבא מציעא עה ע"ב, על דברי המשנה, שיכול להגזים ולהבטיח להם כמה שירצו.

18 לדעת רוב הראשונים, גם כאן הכוונה עד כפל שכרם. ראו: שולחן ערוך, שם, סעיף ו; ש"ך, שם, ס"ק לב.

19 להבדיל מהפסד רצון האמור לעיל, שבו הכלים עומדים לרשות המעביד רק לפני ההפסד, כנזכר לעיל.

20 דעת הריטב"א בחידושו לבבא מציעא עה ע"ב, ד"ה השוכר.

21 הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, אות ב. וכך היא דעת הרב איסרלין, שו"ת תרומת הדשן, סימן שכט.

22 חושן משפט, סימן שלג, סעיף ו.

23 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה והוי יודע; נימוקי יוסף, בבא מציעא, מו ע"ב בדפי הרי"ף.

24 שם.

25 ראו גם נתיבות המשפט, חושן משפט, סימן שלג, ס"ק יד, בהסברת דברי הרמ"א.

26 ש"ך, שם, ס"ק לט.

27 ביאור הגר"א, חושן משפט, סימן שלג, ס"ק מ.

28 הרב א"י קרליץ, חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כב, כה. לכל אלה ראו הרב י"י בלויא פתחי חושן כרך ג, פרק יא, הערה לו (התשמ"ו).

לחייב את העובד לשלם נזיקין עד תקרת הסכום שהיה ניתן לגבות ממנו אילו שכר המעביד עובד חלופי.

נמצא אפוא שהפוסקים חלוקים בדעותיהם בשאלה אם אכן, הלכה למעשה, יש לחייב עובד שכיר על הפסדים שגרם למעבידו. אנו כמובן אין אנו באים להכריע בדבר שנחלקו בו גדולי ההלכה אלא לפרוש את מגוון דעותיהם וסברותיהם.

נדגיש כי גם לדעת מי שמחייב את העובד בנזיקין, מאחר שמדובר בדינא דגרמי, יש להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההפסד שנוצר לבין הפסקת חוזה העבודה. ואמנם מפרטי המקרה שהובאו לפנינו, עולה שלא ניתן היה, כנראה, להכניס מיידית עובד חלופי לנעליו של העובד שהוכשר לעבודתו והפסיק אותה לפתע על דעת עצמו. אולם לא ברור אם אמנם לא יכלה החברה להכשיר עובד חלופי ובאיזה פרק זמן הייתה יכולה להכשיר עובד חלופי שיידע לתפעל את הציוד שהחברה רכשה, ולהשתמש במוסך הפנימי שלה, ולא להזדקק לתקן את כלי הרכב והכלים המכניים שלה במוסך חיצוני. לשאלה זו נודעת חשיבות רבה מאוד להעריך אם הנזק נגרם עקב הפסקת עבודתו של העובד בלבד ולא עקב שיקולים אחרים של החברה.²⁹ כמו כן, יש להביא בחשבון את פרק הזמן שהעובד ניהל את המוסך הפנימי, משום שההשקעה בגין השנים הללו לא הלכה לאיבוד.

בסיכומם של דברים, ראוי להוסיף כי ביסוד השיטות שפירטנו לעיל, עומדות תפישות שונות בעניין יצירת יחסי עובד-מעביד ומהותם:³⁰ לדעת בעל "הגהות אשרי", חיובי העובד יסודם **בדיני הנזיקין**, ואילו חזון איש סבור שדעת רוב הראשונים היא שחיוביו יסודם **בדיני החוזים**, ואין כאן מקום לחיוב מכוח דיני הנזיקין. נדגיש כי לפי **התפישה החוזית**, **ברור שהחיוב מוגבל לשיעור של "עד כדי שכרן"**, משום שהעובד קיבל על עצמו חיוב בשיעור מוגבל. לעומת זאת, לפי התפישה הנזיקית, **שיעור החיוב או הפיצוי אינו מוגבל**.

3. פיצויים מוסכמים בחוזה עבודה

אף שהשאלה כוונה לחבות העובד בנזקים שגרם למעביד, נדון בקצרה בסעיף הפיצויים המוסכמים בגין ההפרה, ונבדוק אם יש לכך עניין לנדוננו.

סעיף פיצויים מוסכמים³¹ בחוזה במקרה של הפרתו על ידי העובד ייחשב, בדרך כלל, כתקף אם יש בו כדי להוות אומדן אמת של ההפסד העלול להיגרם עקב ההפרה.³² אך אם סכום הפיצויים מוגזם ביחס לנזק העלול להיווצר כתוצאה מההפרה, אופי ההתחייבות דומה יותר לקנס, והוא יחול בדרך כלל רק עד סכום הנזק. במקרים חריגים, כשאין שיעור להפסד העלול להיגרם כתוצאה מן ההפרה או שמדובר בהפסד בלתי הדייר, גם סכום גבוה ייחשב

29 כגון שהתייאשה החברה – משיקולי כוח אדם – מלהשקיע בהכשרת עובד חדש.

30 להרחבה, ראו א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 250–254.

31 לדיון שלהלן, ראו ש' ורהפטיג **דיני חוזים במשפט העברי** 347 ואילך (התשל"ד).

32 משום שמטרתו לפטור את הצד שנפגע מההפרה מהוכחת הנזק.

כסעיף פיצויים תקף, הן בהסכם שידוכים³³ הן בחוזה עבודה בדבר האבד.³⁴ ובנדוננו, נראה שסכום הפיצויים אינו גבוה באופן בלתי סביר ביחס להשקעות החברה בדברים הכתובים בחוזה, אולם גם אם היה סכום גבוה, ייתכן כי מאחר שמדובר בהפסד בלתי הדיר, אין לראות בפיצוי משום קנס. אולם עדיין יש לשאול אם יש מקום לפיצוי נוסף על הפיצויים המוסכמים. שאלה זו רלוונטית במיוחד לשיטת בעל חזון איש,³⁵ משום שסעיף הפיצויים מוכיח בעליל שהעובד לא התכוון להתחייב לפצות את המעסיק בגלל נזקים שייגרמו לו כתוצאה מהפרת החוזה. ייתכן שיש בכך כדי להעיד שגם החברה הביאה את הדבר בחשבון, אלא אם כן הייתה הבנה בין הצדדים שהפיצויים המוסכמים מגלמים אך ורק את ההשקעה המסוימת בשכר העובד בזמן לימודיו ובמימון לימודיו, ואינם באים במקום הפיצויים בגלל גרימת הנזק למעביד.

4. מסקנות

- א. עובד שכיר רשאי להפסיק את עבודתו חד-צדדית בכל עת, גם אם חתם על חוזה עבודה.
- ב. כשעלול להיגרם למעביד הפסד בלתי הדיר, לא יהיה העובד פטור מלשלם פיצויים למעבידו.
- ג. תנאי להגדרת ההפסד כבלתי הדיר הוא חוסר האפשרות למצוא עובד חלופי להשלמת העבודה.
- ד. המעביד רשאי לנקוט פעולות למניעת ההפסד על ידי הטעיית העובד בהבטיחו העלאת שכר פיקטיבית או על ידי שכירת עובד חלופי בשכר גבוה יותר על חשבון העובד. ברגיל, תקרת ההטעיה היא עד כפל השכר שהובטח לעובד, ובנסיבות מסוימות – אף יותר מזה.
- ה. נחלקו הפוסקים בשאלת הפיצוי לאחר שכבר קרה ההפסד, אם ניתן לחייב את העובד לשלם פיצוי למעביד על ההפסד שגרם לו, ואם כן – מה גובה הפיצוי. לפי דעה אחת, העובד חייב מכוח דיני הנזיקין, דינא דגרמי, במלוא ההפסד שגרם למעבידו בגלל שהפסיק את עבודתו קודם הזמן שנקבע בהסכם ביניהם; ואילו לפי דעה אחרת, התפישה החוזית, הוא חייב לכל היותר כמה שהיה מתחייב מראש כדי למנוע את ההפסד.
- ו. סעיף הפיצויים המוסכמים בחוזה הנדון תקף, אך עדיין יש לעיין בשאלה אם אין בו כדי לנטרל הטלת חבות בנזיקין.

33 תוספות, נדרים כז ע"ב, ד"ה הלכתא; תוספות, בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי.

34 תוספות, בבא מציעא, שם. וראו גם א' ורהפטיג, לעיל ה"ש 3, עמ' 296.

35 אפשר שגם לשיטת "הגהות אשרי", יש בסעיף זה כדי ללמד על כוונת הצדדים ליצור מנגנון פיצויים חלופי לדיני הנזיקין.

(ג) פסק הדין

בית הדין האזורי לעבודה פסק בפרשת **פישביין**, שעובדותיה הוצגו בפתירת פרק זה, כי הנתבעת לא הרימה את נטל הראיה המוטל עליה להוכיח את הנזקים הנטענים על ידיה, ואף לא הוכיחה כי ניסתה להקטין את הנזק, למעט ניהול משא ומתן עם התובע. על כן, דין התביעה שכנגד – נוסף על התחייבותו החוזית של התובע – להידחות. בית הדין הגיע למסקנה כי הנתבעת לא הוכיחה עובדתית את הנזק שנגרם לה כתוצאה מעזיבת התובע, ואף לא הוכיחה כי עשתה ניסיון להקטין את הנזק הן על ידי חיפוש עובד אחר הן על ידי מכירת הציוד. בית הדין האזורי לעבודה נזקק לשאלה העקרונית, שאלת השיקולים המשפטיים בפסיקת פיצויים למעביד על ידי עובד שהפר חוזה, אך מציין כי רוב פסקי הדין של בתי הדין לעבודה מתייחסים למקרים שבהם תובע העובד פיצוי על שמעסיקו הפסיק להעסיקו לפני שחלפה התקופה המוסכמת בחוזים לתקופה קצובה, וכמעט אין פסיקה לגבי המצב ההפוך. לפיכך, נזקק לעולה ממקורות המשפט העברי בעניין זה. וכך נאמר בעניין זה בסעיף 12 לפסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה:

מאחר והסוגיה של פיצוי המעביד על נזקו כאשר העובד מפר חוזה לתקופה קצובה אינה סוגיה אשר באה רבות לפתחנו, מצאנו לנכון להדרש גם לעמדת המשפט העברי בענין זה. לצורך זאת נעזרנו בחוות דעתם של הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית בנתניה, בפניהם הובאה הסוגיה שבפנינו, לרבות התשתית העובדתית בתיק שבפנינו.

בהמשך פסק הדין, מציג בית הדין לעבודה בהרחבה את העולה מחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, שפרטיה ודקדוקיה הובאו לעיל. ואלה דבריו:

כעולה מחוות הדעת, ניתן משקל רב לחופש הפרט כאשר המדובר בעובד שכיר המבקש להשתחרר מהתחייבותו למעביד, כמפורט בבבא מציעא, דף י' ע"א:

"אמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום... דכתיב (ויקרא כה'

נה') "כי לי בני ישראל עבדים" – עבדי הם, ולא עבדים לעבדים."

לענין זה עיין בספרו של א' ורהפטיג ההתחייבות – תוקפה אופיה וסוגיה, ספרית המשפט העברי, מורשת המשפט בישראל, תשס"א-2001 ירושלים, בפרק הדין במהותו של חוזה העבודה בפסקה הדנה בחזרת העובד, בעמ' 245.

א' ורהפטיג בספרו מדגיש כי המשפט מתערב פה בחופש החוזים וקובע כי חוזה בין מעביד ובין פועל שכיר ניתן לביטול באשר חופש הפרט עדיף על

חופש חוזים ומרותו של אדון הכל קודמת למרותו של המעביד. למעביד יש כלפי העובד שחוזר בו זכות לתרעומת אולם כעקרון יש לשלם לעובד החוזר בו את שכרו על אותו חלק של עבודה שביצע (שו"ע חושן משפט, סימן שלג סעיף ד').

במשפט העברי תנאי הכרחי לגיבוש זכות המעביד לפיצוי על הפסדו הוא חוסר האפשרות של המעביד להשיג עובד חלופי להשלמת העבודה, שכן אם אפשרות כזו קיימת, לא ניתן להגדיר את ההפסד כ"דבר האבד" והמעביד זכאי לפיצוי רק כאשר הפרת החוזה גורמת לו לנזק שהינו בגדר "דבר האבד", משמע הפסד בלתי הדיר.

כאשר המעביד יכול להשיג עובד חלופי יש למעביד רק תרעומת על הטרחה שנגרמה לו ואין הוא זכאי לפיצויים, וזאת בהנחה כי העובד החלופי אינו משתכר מעבר לעובד שהפסיק עבודתו.

בעקרון על פי ההלכה יש למעביד אפשרות למנוע את הפסדו באמצעות הטעית העובד והבטחה להעלות לו את השכר כדי לגרום לו להמשיך בעבודה או לחילופין יכול המעביד לשכור עובד חלופי יקר יותר על חשבון העובד הראשון, עד כפל שכרו של העובד הראשון. עיין בגמרא מסכת בבא מציעא דף ע"ב ע"ב וגם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיפים ד'-ו'. האחרונים חלוקים בדעותיהם האם הלכה למעשה יש לחייב עובד שכיר בהפסדיו של המעביד כאשר חלקם סוברים שאין המעביד זכאי לפיצוי על הפסד שכבר התרחש, להבדיל מהאפשרות למנוע מראש את הנזק באמצעים שפורטו לעיל ויש הסוברים כי חלה על העובד חבות בנזקים ככל שהמדובר בהפסד כספי מוכח של המעביד.

גם אלו הסוברים כי ניתן לחייב את העובד בתשלום בגין הנזק שנגרם למעסיק חלוקים האם המדובר בחיוב מכח דיני הנזיקין (דינא דגרמי) בכלל ההפסד שנגרם למעביד בגין הפסקת עבודתו של העובד או שהמדובר בחיוב חוזי אשר יכול להגיע לכל היותר לסכום שבו היה ניתן לחייב את העובד על מנת למנוע את ההפסד מראש.

מכל מקום ברור כי גם הסוברים כי ניתן לחייב את העובד על הנזקים שגרם מכח "דינא דגרמי" דורשים כמובן קשר סיבתי בין ההפסד שנוצר לבין הפסקת חוזה העבודה.

פרק שני

ביטול תנאי פרישה של אישי ציבור הנוגדים את תקנת הציבור

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ע"ב (אזורי י-ם) 3173/01 בן שניאור משה ואח' נ' קק"ל, תק-עב 2006(1) 6328 (מיום 20.3.2006), מפי השופטת שרה שדיאור, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (להלן: פרשת בן שניאור).

התובעים, שלושה מעובדיה הבכירים של הקרן הקיימת לישראל (להלן: קק"ל) שפרשו לגמלאות, מבקשים בתביעה זו להצהיר על זכאותם להמשך תשלום שני רכיבים ממשכורתם לצורך הפנסיה: "מענק חג" (תשלום בשיעור חצי משכורת המשתלם פעמיים בשנה, לפני ראש השנה ולפני חג הפסח) ו"מענק יובל" (תשלום המשתלם פעם בשנה בשיעור של 60% מן השכר הקובע). הצדדים לא חלקו כי מדובר באנשים שעבדו רוב חייהם בקק"ל ותרמו לה רבות, וכי רחשו להם כבוד רב בקק"ל.

השאלה העיקרית שעמדה להכרעה: האם היו התובעים זכאים לתשלום מענקים אלה אף לאחר שהחלו לשלם להם משכורת על בסיס תנאים שהוקבלו לתנאי שכר של מנכ"ל/סגן שר? ומכאן השאלה אם הם זכאים לקבל את הרכיבים האלה גם בפנסיה. בפסק הדין של השופטת שרה שדיאור, שופטת בית הדין האזורי לעבודה בירושלים, שעיקריו יובאו בסוף פרק זה, נדונה השאלה אם מותר לבטל תנאי פרישה של אישי ציבור הנוגדים את תקנת הציבור. כאן נזקק בית הדין לעמדת המשפט העברי, על סמך חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המוצגת להלן.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

הדיון המפורט פותח בשאלות רקע מקדמיות: מדיניות קביעת שכרו של נבחר ציבור והחובות האתיות החלות עליו. הדיון התמקד בדיני המשפט הציבורי העברי, ובמיוחד בשאלת תוקף פעולתם של נבחר ציבור שאינה מקדמת את תועלת הציבור.

1. שכרו של נבחר ציבור

הרב יוסף גולדנברג, חבר בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, כתב בספרו: "מן הראוי שהציבור יפרנס את נבחריו ברוחב לב ובעין יפה",¹ וזאת על סמך פירושו של רבנו עובדיה מברטנורא למסכת אבות. וזה לשונו:

וכן תלמיד חכם שמינו אותו הציבור עליהם פרנס או ראש הסדר ומתעסק בצרכי ציבור, מותר לו ליקח מהם פרס, ואפילו שכר הרבה יותר מכדי פרנסתו, כדי שיהיו מזונותיו בריות, ומתוך כך יהיה גדול ויראוי ומאויים בעיניהם, כדאשכחן [=כפי שמצאנו] בכהן גדול, דכתיב ביה: "הגדול מאחיו". ודרשו חכמים: "גדלהו מאחיו, שיהיו אחיו הכהנים מעשירין אותו משלהן"² (יומא יח ע"א).

2. חובות אתיות של נבחר ציבור

חובתו של הנושא בתפקיד ציבורי לנהוג בדרך שלא תביא לידי לזות שפתיים. זוהי החובה להימנע ממעשים שיש בהם משום מראית העין, העלולים להתפרש כבלתי ישרים ובלתי נאותים. מכוח חובה זו, למדו חכמים שכל מי שנתמנה על כספי ציבור, ראוי שייתן דין וחשבון על מעשיו.³ וידועה תשובת מהר"י וייל, מחכמי אשכנז במאה ה"ו, האומר שעובד ציבור שנחשד בענייני ממון חייב לתת דין וחשבון לציבור. וזה לשונו: "ואפילו אם נתמנה מדעת הציבור וברצונם, אם קוראים עליו תגר שלא נהג כשורה, וחושדין אותו ששלח יד בממון הציבור שלא כדין בדבר שראוי להסתפק בו, לפי ראות עיני הדיין, אז פשיטא שצריך לעשות חשבון".⁴ כלומר, אם לפי ראות עיני הדיין, החשד נגד עובד הציבור הוא סביר, "אז פשיטא שצריך לעשות חשבון". את הדין וחשבון נותן עובד הציבור לגוף המתמנה על ידי

1 הרב י' גולדנברג טובי העיר – הלכות נבחר ציבור תקנות ציבור יחיד וציבורי פרק ח, סעיף לט, עמ' קמז (התש"ס).

2 פירוש ר"ע ברטנורא למשנה, אבות, פרק ד, משנה ה.

3 להרחבה, ראו נ' רקובר שלטון החוק בישראל 90–91 (התשמ"ט).

4 שו"ת מהר"י וייל, סימן קעג. דבריו הובאו בהגהת הרמ"א בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנז, סעיף ב.

בית המשפט, ו"הציבור יבררו אנשים נאמנים, לפניהם יעשה חשבון. ואם אין שם ציבור, אז הדין יברר אנשים נאמנים שיעשה חשבון לפניהם, והדין ידקדק על כל צדי צדדיו להוציא הדבר לאמיתו ולאורו ולהעמיד העולם על הדין ועל האמת". בהמשך דבריו אומר מהר"י וייל דברים שיש בהם בוודאי הד למתח ששרר בימיו בין החכמים לבין הפרנסים. וזה לשונו: "ובעוונותינו הרבים, המכשלה הזאת ברוב קהלות, שהפרנסים לוחצים ורודים העם בחזקה שלא לשם שמים, ולהנאת עצמם הם מכוונים, פורקים מעליהם העול ונותנים על צוארי האומללים". מסתבר שאף בנדון שלפנינו, תנאי פרישה מפליגים לעובדים בכירים במוסד ציבורי הם בכלל הדברים שיש לתת עליהם דין וחשבון.

3. פעולה של נבחר ציבור שאינה מקדמת את תועלת הציבור

השאלה העיקרית נוגעת להחלטות ממוניות ולתנאי השכר של נבחר ציבור, ולפיכך ראוי לבחון את הדברים בראי המשפט הציבורי העברי.

לעניין חקיקה של הציבור, מצינו בתוספתא הלכה בעניין "בני העיר". וזה לשונה: "ורשאיין הן בני העיר להתנות על השערים [=מחיר החיטים והיין] ועל המידות ועל שכר הפועלים".⁵ נמצא שיש לציבור, בני העיר, סמכות לחקוק חוקים או לתקן תקנות בענייני ממון, כולל שכר הפועלים למקצועותיהם.⁶

פרופ' מנחם אֶלון דן בהרחבה בעקרונות היסוד של תקנות הקהל, הצריכות להיות מכוונות "לגדר ולתיקון" ולא ל"הריסת הגדרים וקלקול המתוקן", ועליהן להתאים לתקנת הציבור.⁷ בין שאר דבריו מזכיר אֶלון את תשובתו המפורסמת של הרשב"א,⁸ מגדולי חכמי ספרד במאה הי"ד, שקבע שאין לראשי הקהל רשות לנצל את סמכות החקיקה המסורה להם ולהטיל באמצעות החוק על היחיד חובה הנוגדת את הצדק ואת הדין, אף אם נתקבל החוק על דעת הרוב, ויש בכך משום גזלה. וזה לשונו של הרשב"א: "שלא כל כמינו [=לא הכול ממנו. כלומר: אין זה בסמכותו] של קהל לגזול את ממונו של זה וליקח אותו לעצמן". תשובתו של הרשב"א שימשה תקדים חשוב אף לפוסקים שבאו אחריו, ואף הרמ"א, ר' משה איסרליש (פולין, המאה הט"ז), השתמש בתשובת הרשב"א כשקבע להלכה: "שאיין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט, ולא לילך בחזקה עם היחידים. ואין לרבים כח לגזול את היחיד".⁹

וכאן אנו מגיעים לשאלת תוקפה של פעולה של נבחר ציבור שאינה לתועלת הציבור. בעניין זה, כבר הראה ד"ר יחיאל קפלן,¹⁰ שמהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, מגדולי

5 תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה כג. מקור זה הובא אף בתלמוד הבבלי, בבא בתרא ח ע"ב.

6 להרחבה בעניין תקנות הקהל, ראו מ' אֶלון המשפט העברי 558 ואילך (התשמ"ח).

7 שם, עמ' 615–624.

8 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קעח; חלק א, סימן תשפח.

9 שו"ת הרמ"א, סימן עג.

10 "קפלן 'רוב ומיעוט בהכרעות בקהילה היהודית בימי הביניים" שנתון המשפט העברי כ 248–251

חכמי אשכנז במאה הי"ג, קובע שסמכות הכפייה על היחיד מסורה בידי רוב הציבור רק כשהדבר נעשה לתועלת הציבור.¹¹ פעולת ציבור שאינה לתועלת הציבור דינה כפעולה פרטית, וחלים לגביה דיני הסכם במשפט הפרטי, החל רק על מי שהסכימו לקבל על עצמם את עול ההתחייבות. אף אם תביא תקנת הציבור רווח לפרטים אחדים בציבור ואחרים יפסידו, כלומר שיש קבוצה המתנגדת לתקנה המקדמת את ענייניו הפרטיים של מגזר מסוים בציבור, אך אין בה תועלת לכלל הציבור, אין לה תוקף משפטי מחמת התנגדות המיעוט, שלא הסכים לקבלה.

בעקבות המהר"ם, כתבו חכמי הלכה אשכנזיים במאות הי"ד-ט"ו שראשי הקהל אינם רשאים למחול על זכות ממון של הקהל. עיקרון זה הוא פועל יוצא של התפיסה, ולפיה ראשי הקהל אינם רשאים למחול על זכות הציבור, אם המחילה אינה לתועלת כלל הציבור.¹²

לאור הדברים האמורים, נראה כי – מנקודת ראותם של חכמי המשפט העברי – אין תוקף משפטי להסכם תנאי שכר לנבחרי ציבור, אם הוא נוגד את תקנת הציבור ואינו מקדם את תועלת כלל הציבור.

4. מסקנות

- א. ראוי שהציבור יפרנס את נבחרי ברוב לב ובעין יפה.
- ב. חובתו של נושא תפקיד ציבורי לנהוג במעשיו בדרך שלא תביא לידי לזות שפתיים. חובה להימנע ממעשים שיש בהם משום מראית העין, ממעשים העלולים להתפרש כבלתי ישרים וכבלתי נאותים. מכוח חובה זו למדו חכמים שכל מי שנתמנה על כספי ציבור ראוי שייתן דין וחשבון על מעשיו. מסתבר שגם תנאי פרישה מפליגים לעובדים בכירים במוסד ציבורי הם בכלל הדברים שיש לתת עליהם דין וחשבון.
- ג. תקנות הקהל צריכות להיות מכוונות לתקנת הציבור. אסור לראשי הקהל לנצל את סמכות החקיקה המסורה להם ולהטיל בחוק, אף אם הוא מתקבל על הרוב, על היחיד חובה הנוגדת את הצדק ואת הדין, משום שיש בדבר משום גזלה. ואם התקנה מקדמת עניין פרטי של מגזר בציבור ואינה מקדמת את תועלת הציבור, אין לה תוקף משפטי.
- ד. נראה כי מנקודת ראותם של חכמי המשפט העברי, אין תוקף משפטי להסכם שכר לנבחרי ציבור הנוגד את תקנת הציבור ואינו מקדם את תועלת הציבור.

(תשנ"ה-תשנ"ז).

11 ראו: שו"ת מהר"ם, פראג, סימן תקמא; מורכ"י, בבא בתרא, סימן תפא.

12 ראו קפלן, לעיל ה"ש 10.

(ג) פסק הדין

בית הדין האזורי לעבודה דחה את התביעה בפרשת **בן שניאור**, וביטל את זכאותם של התובעים לתשלום מענקי הפרישה האמורים.

בפסק הדין, דן בית הדין באחת מטענות התובעים, שביקשו לסמוך את טענתם בדבר המשך זכאותם לקבלת המענקים **בנוהג** שנוצר בקק"ל לשלם מענקים אלה אף לבעלי תנאי שכר שהוקבלו לתנאי שכר של מנכ"ל/סגן שר. בית הדין לעבודה דחה את טענתם על יסוד עקרונות המשפט העברי, כפי שהם עולים מחוות הדעת של מרכז ישמ"ע שהובאה לעיל. וזה לשון סעיפים 71–73 בפסק הדין:

בנוסף, אף אם היינו מקבלים כי בפעולתם הקימו התובעים נוהג מחייב, הרי שנוהג זה חסר תוקף. שכן, הוא סותר את תקנת הציבור וזו האחרונה דוחה אפשרות של נאמני ציבור להורות על הטבות בתנאי שכר לתועלתם בניגוד לתועלת הציבור. בהקשר זה מעניינת עמדת המשפט העברי המתייחס לסוגיה קרובה לזו שלפנינו והיא תוקפה של פעולה של נבחר ציבור שאינה מקדמת את תועלת הציבור.

ד"ר יחיאל קפלן הראה (במאמרו: "רוב ומיעוט בהכרעות בקהילה היהודית בימי הביניים" **שנתון המשפט העברי** כ (תשנ"ה-תשנ"ז 213, 51–248) מביא מדברי המהר"ם מרוטנברג, מגדולי חכמי אשכנז במאה ה"ג כי סמכות הכפיייה מסורה בידי רוב הציבור רק לצורך קידומה של תועלת הציבור (ראו שו"ת מהר"ם, פראג, סימן תתקמא; מרדכי, בבא בתרא, סימן תפא). בנסיבות בהם הנורמה מקדמת אינטרס פרטי של מגזר בציבור ואינה מקדמת את תועלת הציבור, היא אינה חלה בגין התנגדות המיעוט, שלא הסכים לקבלה. עמדת המהר"ם השפיעה בהמשך על תפיסת חכמי אשכנז שלפיה, ראשי הקהל אינם רשאים למחול על זכות של ממון של קהל ועל זכות הציבור בכלל כאשר המחילה אינה מקדמת את תועלת הציבור. מכאן אנו למדים, שעל פי שיטת המשפט העברי, אין תוקף להסכם תנאי שכר לנבחר ציבור הנוגד את תקנת הציבור ולא מקדם את תועלת הציבור. (תודתי נתונה לד"ר יובל סיני מן המכללה האקדמית נתניה, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) אשר הסתייעתי בחוות דעתם).

אמנם אין עסקינן כאן בנבחר ציבור, ואולם עמדנו לעיל על מאפייניה הציבוריים של קק"ל ומקורות המימון שלה ועל חובות הנאמנות לציבור בה חבים היו התובעים שלפנינו. לדידנו, תפיסה זו צריכה לשמש גם נושאי תפקידים בכירים, כדוגמת התובעים שלפנינו.

לפנינו דוגמה יפה להחלת נורמות המקובלות במשפט הציבורי לא רק על נבחרי ציבור קלאסיים אלא אף על נושאי תפקידים בגופים בעלי מאפיינים ציבוריים דוגמת קק"ל. בית הדין לעבודה התבסס על עקרונות המשפט הציבורי העברי, כפי שהם משתקפים בדברי גדולי חכמי אשכנז בימי הביניים. ממקורות המשפט העברי למד בית הדין שאף אם היינו מקבלים את הטענה שהתובעים מבקשים לפעול על פי מנהג מחייב, מדובר במנהג חסר תוקף, שכן הוא סותר את תקנת הציבור, הדוחה אפשרות שנאמני ציבור יורו על הטבות בתנאי שכר לתועלתם ובניגוד לתועלת הציבור.

פרק שלישי

פיטורין ופיצויי פיטורין לעובד שנתפס בגניבה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ע"ב (אזורי י-ם) 2971/03 דניאל מלכה נ' שופרסל בע"מ (טרם פורסם) (מיום 21.5.2006), מפי השופטת יפה שטיין, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (להלן: פרשת שופרסל). מנהל בכיר ברשת "שופרסל", שבה עבד כעשרים שנה, נתפס בגניבה ופוטר על אתר בלא לקבל פיצויי פיטורין. משלא קיבל פיצויי פיטורין, הגיש תביעה נגד הרשת. רשת המזון לא הצליחה להוכיח אלא שהעובד גנב פעמיים מן הרשת, כל פעם עשרות שקלים בלבד. מצד שני, דבר הגניבה עבר בין עובדי החברה משמועות מפה לאוזן, ודובר בהן על סכומים גבוהים בהרבה ממה שעלה בידי הרשת להוכיח שנגנבו על ידי העובד. התובע תובע הן את פיצויי הפיטורין הן פיצוי על פיטוריו שלא כדין, ובמיוחד בשל העובדה שעניינו התפרסם בקרב שאר עובדי החברה, וכתוצאה מאופן פיטוריו והפרסום הרב שנלווה להם, נגרמו לו נזקים רבים, כולל קושי במציאת עבודה בתחום שעסק בו, והוא נאלץ לעבוד בתחום אחר כעובד זוטרי יחסית.

רשת המזון טוענת מצדה שדווקא בגלל מעמדו הרם והאמון הרב שניתן בעובד, על העונש להיות תואם לעבירה, כדי לשמש דוגמה לאחרים, ושאם לא יקבל עונש ראוי, ישמש הדבר דוגמה שלילית לשאר העובדים. נוסף על כך, נטען שאם הצליחה הרשת להוכיח את עובדת קיומן של שתי גניבות, אף על פי שהיא טוענת שעלה בידה לחשוף מספר גבוה יותר של גניבות, ברור שהעובד גנב בפועל הרבה יותר משתי גניבות, ורק בשל מעמדו הרם והאמון הרב שנתנו בו, לא עלה ביד הנהלת הרשת לתפוס אותו בשעת מעשה במספר רב יותר של גניבות.

בית הדין האזורי לעבודה פנה למרכז ישמ"ע בבקשה למתן חוות דעת שתציג את עמדת המשפט העברי בעניין אפשרות פיטוריו של עובד שנתפס בגניבה, והשיקולים

בקביעת פיצויי פיטורין לעובד שגנב ממעבידו, או בשלילתם.

(ב) חוות הדעת

1. פיטורי עובד שנחשד בגניבה

תחילה יש לדון בשאלת פיטורי עובד הנחשד בגניבה. עניין זה נדון על ידי חכמי ההלכה לדורותיהם. וכפי שכותב ד"ר שילם ורהפטיג,¹ סיבה מוצדקת לפיטורין יכולה להיות התנהגות שלא כהוגן של העובד, אף שסיבה זו אינה נוגעת במישרין ליחסי עובד-מעביד. ואם יש יסוד לחשוש שגם המעביד עלול להיפגע ממנה או אם אינה הולמת את מעמדו של העובד בתפקיד שקיבל עליו – ראשי מעבידו לפטרו.

אחת הסיבות לפיטורין יכולה להיות שנמצא שהעובד גנב או שהוא חשוד בגניבה, כפי שפוסק הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך: "מי שיש לו משרת, וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות".² ר' משה שמשון בכרך, אביו של בעל "חוות יאיר", נותן טעם לדין זה. וזה לשונו: "וזה משרתו דר עמו תמיד בבית אחד, אי אפשר להישמר בכל פעם ממנו, ולכן יוכל להוציאו".³ ר' יעקב ריישר נשאל בעניין "בעל הבית אחד ששכר שפחה... לשמשו, ואחר כך נודע לו שהיא מוחזקת לגנבת, אם הבעל הבית יוכל לחזור בו". וזו תשובתו: "בנדון שלפנינו דאיכא [=שיש] מום וחסרון גדול כזה, אי אפשר להשתמר ממנה, כי אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת".⁴

ממקורות אחרים עולה שאין די בחשד גניבה כדי להצדיק את פיטורי העובד החשוד, וצריך שיהיה החשד מבורר בעדים ובראיות. כך, לדוגמה, נשאל הרב צבי מלכיאל בעניין מעביד החושד בעוזרו שהוא גונב ממנו, והשיב שלדעתו אין די בחשד שנכנס בלבו, וצריך שיהיה החשד מבוסס על מעשים שראה שעשה או שיצא קול בעיר שהוא חשוד בגניבה.⁵ וזה לשונו: "אבל נראה שאין לו רשות לחשדו רק כשראה ממנו דברים שאפשר לחשדו בשביל זה... ואם יצא עליו קול בעיר שחשוד על הגניבה, ודאי שיוכל לשלחו בתוך זמנו... כי ודאי לא ישכור שום סוחר איש לעסקו ולהאמינו את אשר לו, אם יצא עליו קול שהוא חשוד בגניבה". והוא מציין שם שהתנאי לפיטורין בגלל חשד גניבה הוא שהדבר נודע למעביד לאחר ששכר את העובד.

הרב ש"י טבק נשאל בעניין משרת שבעל הבית אומר שהוא חושש שיגנוב ממנו: האם

1 ש' ורהפטיג דיני העבודה במשפט העברי 574 (התשכ"ט). רבים מן המקורות המובאים להלן בסעיף זה נזכרים בספרו של ורהפטיג.

2 חושן משפט, סימן תכא, סעיף ו, על יסוד דברי המרדכי, בבא קמא כח ע"א, סימן לה.

3 שו"ת חוט השני, סוף סימן סא.

4 שו"ת שבות יעקב, חלק א, חושן משפט, סימן קעד.

5 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, חושן משפט, סימן קנא. וכעין זה גם בשו"ת אבן יצחק, חושן משפט, סימן נג, סז ע"א.

יכול לפטר אותו קודם מועד סיום ההסכם ביניהם? והשיב שרק אם יש רגליים לדבר שהוא חשוד לגנוב, לפי ראות עיני בית הדין, יכול בעל הבית לפטר אותו, אבל אינו יכול לפטר אותו רק בגלל שמועות שאין להן הוכחה.⁶

הרב עזרא בצרי, דיין בית הדין הגדול לערעורים בירושלים, כותב בספרו:⁷ "שבעל הבית שחושש שהעובד גונב ממנו וחששו מבוסס, יכול לפטר את העובד לפני שנגמר זמן השכירות שנקבע ביניהם. אולם עליו לפנות קודם כל לבית דין שיפסוק אם חששו אמנם מבוסס", ומוסיף: "מוטב שיהיה הכל בהכרעת בית-דין, שיעיינו היטב בפרטי המקרה או ע"י בוררים וחכמים. ולפעמים קורה שאדם נכשל פעם וחוזר בתשובה, ויש לסייע בידו לשוב לחיי יושר. ויש שמראים עצמם חוזרים בתשובה ואין תוכם ככרם, ומזיקים לבריות, ולכן מוטל על בית הדין לעיין היטב בעניינים מסוג זה". וכאן המקום להביא את דברי הרמב"ם בתשובתו:

מה שצריך לידע כל משכיל וחכם, שאין ראוי להסיר שום בעל משרה ממשרתו בגלל שמועה בלבד, אפילו אין לו אויבים, ומכל שכן אם יש בזאת העיר בני אדם השונאים אותו... וגם אם תתקיים עליו העדות, אין ראוי להסירו, אם קבל עליו מה שהוא חייב בדין, שאין מורידין אדם מקדושתו מסנהדרי גדולה ועד חזן הכנסת אלא אם כן עבר עבירה בפרהסיא... ומאחר שלקה, ישאר במשרתו, שמכיון שלקה, הרי הוא כאחיק.⁸

ראוי שהשיקולים הללו ינחו אף את בית הדין לעבודה הדין בפיתוריו של עובד שנחשד בגניבה.

2. יסוד החיוב בפיצויי פיטורין

ניתן לבסס את עצם החיוב בפיצויי פיטורין על פי ההלכה על שלושה יסודות משפטיים:⁹ לימוד מדין הענקה בעבד עברי, לימוד מן הכלל "למען תלך בדרך טובים" וביסוס על המנהג.

2.1. לימוד מדין הענקה בעבד עברי

דין פיצויים עקב פיטורין לא נדון במפורש בדיני שכירות פועלים, אך חכמי ההלכה פיתחו – מתוך מוסד משפטי דומה הקיים בתורה – הסדר משפטי מפורט בעניין זכותו של העובד לפיצויי פיטורין, הלוא הוא סכום ההענקה. מצינו בתורה דין הענקה לעבד עברי, שהאדון מצווה להעניק לעבדו העברי היוצא לחירות, כמפורש בתורה: "העניק תעניק לו מצאנך

6 תשורת שי, חלק א, סימן תרג.

7 דיני ממונות חלק ג, פרק שביעי, סעיף ו, עמ' לד (התש"ן).

8 תשובות הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן קיא.

9 לסקירה נרחבת של נושא זה, ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 634–653; מ' אֶלון המשפט העברי עמ' 749–751 ועמ' 1367–1370 (התשמ"ח). הדברים שלהלן בפרק זה מתבססים על שתי הסקירות הללו.

וגרנך ומיקבך, אשר ברכך ה' אלהיך תתן לו" (דברים טו, יד). בתלמוד נקבע שזכאי להענקה זו כל עבד שנסתיימה תקופת עבודתו או שנפסקה עבודתו באמצע התקופה, ובלבד שההפסקה אינה ביוזמת העבד.¹⁰ בתקופה הבתר-תלמודית, מצינו שתי השקפות מנוגדות באשר לטיבה של הענקה זו. לדעתם של כמה מחכמי ההלכה, אין ההענקה חלק מן התמורה המשתלמת בעד עבודה, אלא היא "מדין צדקה" או "מתורת ויתור ומתנה".¹¹ לעומתם סוברים חכמים אחרים "שעיקר המצוה בהענקה היא מצד מה שעשה לבעל הבית יתר על דמי שכירותו",¹² ולכן דין ההענקה כדין "שכר פעולה". במשך הזמן, משבטלה העבודות במשפט העברי, הקישו חכמי ההלכה מן העיקרון שבדין ההענקה למציאות המעשית של יחסי עובד ומעביד. כך, לדוגמה, כתב בסוף המאה הי"ג בעל "ספר החינוך" (מצווה תג), שיש לרעיון שביסוד מצוות ההענקה חשיבות מעשית גם בימינו. וזה לשונו: "ומכל מקום, אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח. שאם שכר אחד מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו מועט, שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השם". דברי בעל "ספר החינוך" הם ראשיתו של מוסד פיצויי הפיטורין במשפט העברי לכל עובד, מתוך העיקרון הקדום של ההענקה. אף בית המשפט העליון, בדונו בשאלת פיצויי פיטורין, מזכיר את הזיקה לדין ההענקה.¹³ אף בפסיקת בתי הדין הרבניים, פותח מוסד פיצויי הפיטורין במשפט העברי, כשהקו המנחה הוא: "המקור לתשלומי פיצויים היא הענקה שמחוייבים לתת לעבד עברי... רואים בעליל שכוונת התורה היתה להטיל חובה על המעביד שידאג דאגת מחר עבור הפועל, שעם עזיבתו את עבודתו אצלו לא ישאר בידים ריקות... תביעה זו אינה תביעה של חסד אלא מעין תביעה אשר בדין יסודה".¹⁴

2.2. פיצויי פיטורין לפני משורת הדין – לימוד מן הכלל "למען תלך בדרך טובים"

הרב הראשי בן-ציון מ"ח עוזיאל זצ"ל מבסס את החובה לתת פיצויי פיטורין לשכיר על יסוד מה שנפסק בתלמוד,¹⁵ שיש לפטור את הפועל בנסיבות מסוימות מחובת תשלום נזק שגרם למעבידו מתוך שפשע, בהסתמך על הפסוק "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר" (משלי ב, כ). אמנם, העיקרון התלמודי אינו מצד הדין, אלא לפני משורת הדין, אך לדעתם של פוסקים רבים, רשאי בית הדין לכפות על כך.¹⁶ על כן, הרב עוזיאל כותב: "יש כח בידי הדיינים להוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועלים בכל מקום שיראו שיש בזה משום 'למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר' (משלי ב, כ), לפי ראות עיניהם

10 קידושין טו ע"א.

11 ש"ך חושן משפט, סימן פו, ס"ק ג; סמ"ע, שם, ב.

12 מאירי, קידושין טו ע"א.

13 ראו ע"א 25/50 וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ, פ"ד ה 265, 275 (1950).

14 תיק יט/2535 קירסמן נ' הרב דירנפלד, פד"ר ג, עמ' 286–287.

15 בבא מציעא פג ע"א.

16 מרדכי, בבא מציעא, סימן רנז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ב; הגהות הרמ"א, שם.

והכרתם הברורה במצבם של בעל הבית והפועל, ובסיבת הפיטורין של בעל הבית לפועליו וגם בסיבת הפסקת העבודה של הפועל".¹⁷

2.3. ביסוס על המנהג

חכמים אחרים העדיפו לבסס את דין פיצויי הפיטורין על המקור המשפטי של המנהג. כך, לדוגמה, נאמר באחד מפסקי הדין הרבניים: "שמאחר שבזמננו נתפשט מנהג זה של תשלום פיצויים לעובדים... יש לבוא ולחייב בזה מצד דין תורה לפי הכלל האמור בשכירות פועלים: 'הכל כמנהג המדינה'".¹⁸

3. הפחתת פיצויי הפיטורין

אפשרות הפחתת פיצויי הפיטורין של עובד שפוטר בגלל גניבה ממעבידו תלויה לכאורה ביסודות החיוב בפיצויי פיטורין. לעניין זה, סבור ד"ר שילם ורהפטיג¹⁹ שפיצויי פיטורין לעובד, אף שהם בנויים על **דין הענקת עבד**, אין הם סכום קבוע או שיעור קבוע ממשכורת העובד, אלא **תלויים בנסיבות** ונקבעים לפי ראות עיני הדיין. כוונת ורהפטיג לא רק לנסיבות מצד המעביד אלא גם, ובמיוחד, לנסיבות מצד העובד. הוא הדין בפיצויי פיטורין המבוססים על יסוד הכלל של **לפנים משורת הדין**, בית הדין קובע פיצויים לפי שיקול דעתו ובהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לא כן דינם של פיצויי פיטורין הנובעים **ממנהג המקום**, שבהם אם המנהג קובע לא רק את עצם חובת הפיצויים אלא גם את שיעורו, השיעור הזה הוא הקובע והמחייב.

הנה כי כן, שיעור פיצויי הפיטורין יכול להיקבע על ידי בית המשפט בהתאם לנסיבות, ובמיוחד לנסיבות מצד העובד, כבמקרה שלפנינו, אלא אם כן יסודם במנהג. נעניין בכמה מקורות המפרטים את השיקולים שיש לשקול בעת קביעת פיצויי פיטורין.

כאמור, אם היסוד לדין פיצויים הוא הכלל המוסרי "למען תלך בדרך טובים", לפנים משורת הדין, הרי שהדבר תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט, וכדבריו של הרב עוזיאל הנזכרים לעיל, שכתב שיש בכוחם של הדיינים להוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועלים "לפי ראות עיניהם והכרתם הברורה במצבם של בעל הבית והפועל, ובסיבת הפיטורים של בעל הבית לפועליו וגם בסיבת הפסקת העבודה של הפועל... **הלכך בכל מקום שיראו בית דין קיפוח זכותו של הפועל מצווה עליהם לדונו לזכותו** שהוא גם זכותו של בעל הבית שמקיים בעצמו 'למען תלך בדרך טובים וגו'".

ואכן, אנו מוצאים במקורות אחדים שהשיקול המוסרי לחמול על העובד גובר לעתים על העובדה שפיטוריו נעשו כדין. כך, לדוגמה, הביא הרב מאיר אייזנשטדט בתשובתו מעשה בשליח ציבור שסילקוהו מסיבה מוצדקת, היעדרות בת 18 שבועות מן העיר, שמן הדין הם

¹⁷ התשובה מובאת אצל מ' פינדלינג **תחוקת העבודה עמ' קלב-קלג (התש"ה)**.

¹⁸ תיק תשט"ו/1366 **מיכאל נסט נ' ועד בית המדרש המרכזי בחיפה**, פד"ר א, עמ' 331.

¹⁹ ש' ורהפטיג, לעיל ה"ש 1, עמ' 652.

רשאים לסלקו בלי לפצותו. ואולם, ראשי הקהילה התחייבו לשלם לו תשלום שבועי במשך שנה וחצי, ואחר כך סכום חד-פעמי. הרב אייזנשטדט ראה זאת בחיוב. וזה לשונו: "והרי היה לאל ידם לדחותו לגמרי מבלי תת לו מאומה, והמה הגדילו להטיב עמו בלתי ספק".²⁰ הרי לנו דוגמה של תשלום פיצויי פיטורין לפועל לפני משורת הדין.

ברוח דומה, פסק בית הדין הרבני בחיפה, שאף על פי שמן הדין פטור המוסד מלשלם לתובע פיצויים, הרי מאחר שהתובע הוא איש עני שעבד במוסד הרבה שנים, ראוי שיתנו לו 25 לירות לחודש במשך שנה. כמו כן, ראוי שימצא לו המוסד עבודה למחיתו, למען עשות הישר והטוב.²¹

לאור התפישה המוסרית העולה מן המקורות האמורים, ראוי שאף בית הדין לעבודה יבחן אם מידת המוסר מחייבת שישולם לתובע מלוא הפיצויים המגיעים לו או, לכל הפחות, חלק ניכר מהם בשל העובדה שהמקרים שהואשם בהם על ידי הרשת הם חסרי פרופורציה ביחס למה שהצליחו להוכיח בפועל, ושפעולת הפיטורין נעשתה תוך כדי הכפשת שמו של העובד.

4. הטלת פיצויים על המכפיש שמו של הזולת

הפגיעה בשמו הטוב של האדם עלולה לגרום לנזקים רבים, החל מצער ובושה וכלה בהפסדים כספיים. המשפט העברי דן כמובן במעשה הפגיעה בשמו של אדם מבחינת דתית ומוסרית, אך הדבר בא לידי ביטוי גם מבחינה משפטית. דיני הנזיקין, נכללת עבירת לשון הרע בתוך העבירה הרחבה יותר, גרימת בושת שלא על ידי מעשה.²²

כלל הוא במשפט העברי: "ביישו בדברים – פטור"²³ מתשלומי נזיקין, מכיוון שלא גרם לו חבלה גופנית.²⁴ אולם, כפי שכבר ראינו בפרק הראשון בשער דיני הנזיקין, מצינו שבכמה מקומות²⁵ נזכר העיקרון שיש לבית הדין שיקול דעת רחב כיצד לנהוג עם המבייש. ואלה דברי הרמב"ם בעניין זה: "המבייש את חבירו בדברים או שרקק על בגדיו – פטור מן התשלומין, ויש לבית דין לגדור בדבר בכל מקום ובכל זמן כמו שיראו".²⁶

שיקול דעת רחב זה ניתן לבית הדין, כדי שיוכל לחייב את מי שמבייש את חברו לשלם לו פיצויים²⁷ שלא מן הדין, ולכאורה הוא הדין גם במקרה שלפנינו, שניתן להטיל על

20 שו"ת אמרי אז, חלק א, יורה דעה, סימן צב.

21 פד"ר, כרך ג, עמ' 95.

22 רמ"א, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח, על פי שו"ת תרומת הדשן, סימן שז, ופסקים וכתבים, סימן ריב. ראו גם ביאור הגר"א, שם, ס"ק נ.

23 בבא קמא צא ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג, הלכה ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח.

24 ראו סמ"ע, שם, ס"ק מז.

25 רמב"ם, לעיל ה"ש 23; שולחן ערוך, שם; שולחן ערוך, שם, סימן כז, סעיף ב.

26 רמב"ם, שם.

27 שהרי כל הדין בהלכות אלה הוא בראש הנזק בושת.

המעסיק פיצוי מיוחד על עצם הכפשת שמו של העובד שפוטר. ראוי להעיר כי מצינו בדברי הפוסקים גם דרכים אחרות²⁸ לאכוף על המבייש לפייס את הנפגע. רבנו אשר²⁹ כותב: "ורב שרירא ז"ל כתב דאף על בשת דברים מנדים אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו. ומסתברא דיותר בשת בדברים מבשת של חבלה, דאין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חברו".

הנה כי כן, אנו רואים שניתנה בידי מערכת השיפוט סמכות רחבה לחייב את הפוגע בחברו בדברים לפייסו בפיצוי כספי, הכול – לפי הנסיבות³⁰ ולפי ראות עיני בית הדין.

5. מסקנות

- א. אחת הסיבות לפיטורין יכולה להיות גניבה של העובד ממעבידו או אף חשד שגנב.
- ב. מכמה מקורות עולה שאין די בחשד לגניבה כדי לפטר עובד, וצריך שיהיה החשד מבורר באמצעות עדים וראיות.
- ג. לדעת הרב בצרי, מוטב שבית הדין יכריע בשאלת הפיצויים לאחר עיון בפרטי המקרה, משום שלעתים אדם נכשל פעם אחת וחוזר בתשובה, ויש לסייע בידו לשוב לחיי יושר.
- ד. האפשרות להפחית מפיצויי הפיטורין של עובד שנמצא גונב תלויה לכאורה ביסודות החיוב בפיצויי פיטורין.
- ה. שיעור פיצויי הפיטורין יכול להיקבע בידי בית המשפט בהתאם לנסיבות, במיוחד לנסיבות מצד העובד, כבמקרה שלפנינו, אלא אם כן יסודם במנהג.
- ו. ממקורות אחדים עולה שהשיקול המוסרי לחמול על העובד גובר לעתים על העובדה שנעשו פיטוריו כדן. לאור התפישה המוסרית העולה מן המקורות הללו, ראוי שגם בית הדין לעבודה יבחן אם מידת המוסר מחייבת לשלם לתובע את מלוא הפיצויים המגיעים לו או חלק ניכר מהם, לנוכח העובדה שעלה בידי הרשת להוכיח רק שניים מן המקרים שהואשם בהם על ידיה ושפעולת הפיטורין נעשתה תוך כדי הכפשת שמו.
- ז. בידי מערכת השיפוט ניתנה סמכות רחבה לחייב את הפוגע בחברו בדברים לפייסו בפיצוי כספי, הכול לפי הנסיבות ולפי ראות עיני בית הדין. לכאורה, הוא הדין במקרה שלפנינו, שניתן להטיל על המעסיק פיצוי מיוחד לעובד על עצם הכפשת שמו של העובד שפוטר.

28 יש מי שאומר שאף ניתן להלקותו. ראו רמ"א, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח.

29 פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ח, סימן טו, המובא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח בשם

יש אומרים; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן א, סעיף ו. וראו גם שו"ת הרא"ש, כלל קא, סימן א.

30 דהיינו, לפי המבייש והמתבייש ולפי היקף הפרסום.

ג) פסקי הדין

1. פסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה בפרשת שופרסל
בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים בפרשת **שופרסל**, שהצגנו את עובדותיה בפתיחת הפרק, נדונה כזכור האפשרות לפטר עובד שנתפס בגניבה והשיקולים בקביעת פיצויי הפיטורין או בשלילתם. בית הדין האזורי לעבודה פסק לתובע 50% פיצויי פיטורין, סך הכול 99,950 ש"ח לתקופה שהסתיימה ביום 14 במרס 2003. נוסף על הפיצויים הללו, לנוכח התנהלות הנתבעת כאמור בסעיף 14 דלעיל, חויבה הנתבעת לפצות את התובע בסך 10,000 ש"ח. בית הדין האזורי לעבודה הסתמך על מקורות המשפט העברי, על סמך חוות הדעת של מרכז ישמ"ע שהובאה לעיל, הן לעניין אפשרות פיטוריו של עובד שנתפס בגניבה והן לעניין השיקולים הצריכים להישקל בעת קביעת פיצויי פיטורין לעובד מעין זה. ואלה דברי בית הדין לעבודה בסעיף 14 לפסק הדין, לעניין פיטוריו עובד שנתפס בגניבה:

בטרם אכריע בסוגיה זו, אפנה להתייחסות המשפטי העברי לענין הסוגיות שבפנינו:

לענין סיבות מוצדקות לפיטורין כותב ד"ר שילם ורהפטיג, בספרו דיני העבודה במשפט העברי (תל אביב תשכ"ט, עמ' 574 כדלקמן):

"סיבה מוצדקת לפיטורין יכולה לשמש התנהגות שלא כהוגן של העובד, אף שסיבה זו אינה נוגעת במישרין ליחסים שבין העובד והמעביד. אם יש יסוד לחשוש שגם המעביד עלול להיפגע ממנה, או אם ההתנהגות אינה הולמת את מעמדו של העובד בתפקיד שקיבל עליו, רשאי הוא לפטרו."

אחת הסיבות לפיטורין יכולה להיות דבר היות העובד מוחזק או חשוד בגניבה, כפי שפוסק הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך, ש'מי שיש לו משרת וחושש שיגנוב לו יוכל להוציאו קודם זמן השכירות" (חושן משפט, סימן תכ"א ו, על יסוד דברי המרדכי, בבא קמא כח' ע"א, סימן לה).

ר' משה שמשון בכרך, אביו של בעל חוות יאיר, נותן טעם לדין זה, וכך הוא אומר: "וזה משרתו דר עמו תמיד בבית אחד, אי אפשר להישמר בכל פעם ממנו, ולכן יוכל להוציאו" (שו"ת חוט השני, סוף סימן סא).

הרב עזרא בצרי, דיין בבתי הדין הגדול לערעורים בירושלים, כותב בספרו, דיני ממונות, ירושלים תש"ן, חלק ג', פרק שביעי, סעיף ו', עמ' לד':

"בעל הבית שחושש שהעובד גונב ממנו וחששו מבוסס, יכול לפטר את העובד לפני שנגמר זמן השכירות שנקבע ביניהם. אולם עליו לפנות קודם כל לבית דין שיפסוק אם חששו אמנם מבוסס". ומוסיף הרב בצרי כי "מוטב שיהיה הכל בהכרעת בית-דין שיעיינו היטב בפרטי המקרה או

על ידי בוררים וחכמים. ולפעמים קורה שאדם נכשל פעם וחוזר בתשובה ויש לסייע בידו לשוב לחיי יושר. ויש שמראים עצמם חוזרים בתשובה ואין בתוכם כבדים ומזיקים לבריות ולכן מוטל על בית הדין לעיין היטב בעניינים מסוג זה."

בהמשך פסק הדין, עומד בית הדין לעבודה על השיקולים שיש לשקול בעת קביעת שיעור פיצויי הפיטורין. וזה לשונו:

הרב הראשי ב"צ עוזיאל מבסס את החובה למתן פיצויי פיטורין לשכיר על יסוד מה שנפסק בתלמוד (בבא מציעא פג ע"א), שיש לפטור פועלים בנסיבות מסויימות, מחובת תשלום נזק שגרמו למעביד בפשיעה, והסתמך על האמור במשלי (ב,כ): "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור". אמנם עיקרון זה שבתלמוד אינו מצד הדין, אלא לפנים משורת הדין, אך לדעתם של פוסקים רבים רשאי הדין לכפות על כך (מרדכי, בבא מציעא, סימן רנז, שולחן ערוך, חושן משפט, יב, ב, ובהגנות הרמ"א שם). על כן כותב הרב עוזיאל: "יש כח בידי הדיינים להוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועלים בכל מקום שיראו שיש בזה משום 'למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור' (משלי ב, כ), לפי ראות עיניהם והכרתם הברורה במצבם של בעל הבית והפועל, ובסיבת הפיטורים של בעל הבית לפועליו, וגם בסיבת הפסקת העבודה של הפועל (התשובה מובאת בספר תחוקת העבודה עמ' קלב-קלג)".

ואכן, אנו מוצאים בכמה מקורות, שהשיקול המוסרי לחמול על העובד גובר לעיתים על העובדה שפיטוריו נעשו כדין. כך, למשל הרב מאיר אייזנשטדט הביא בתשובה מעשה בשליח ציבור שהקהל סילקוהו מסיבה מוצדקת (מחמת העדרות של 18 שבועות מן העיר), שמן הדין יכולים לסלקו מבלי לתת לו מאומה. עם זאת, הם התחייבו לשלם לו תשלום שבועי במשך שנה וחצי ואחר כך סכום חד-פעמי, והרב אייזנשטדט ראה זאת בחיוב: "הרי היה לאל ידם לדחות לגמרי מבלי לתת לו מאומה והמה הגדילו להטיב עמו בלתי ספק" (שו"ת אמרי אז, חלק א' יורה דעה, סימן צב).

בין השיקולים שיש לשקול בעת קביעת פיצויי פיטורין, קובע בית הדין האזורי לעבודה שיש לשקול לפסוק פיצויים על בושות דברים, שנגרמה לעובד שביישו אותו מעבידיו ברבים:

בהקשר זה מן הראוי לציין לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי השופט יוסף שפירא) ע"מ (י-ם) 595/04 פלוני – אלמונית, שבפסקה 18 סקר את עמדת המשפט העברי, ושציטט, בין השאר בפסקי דין רבניים (חלק ה' ע' שכ"ב), ועל פיהם תקנות הגאונים היא: "דהמבייש חברו בדברים

מנדין אותו עד שמפייסנו כראוי", ויש לדון "דיש כוח לבית הדין גם להטיל על המבייש תשלום כסף לפי ראות עיני בית הדין לפי הענין והזמן ולפי המבייש והמתבייש" (עמדת המשפט העברי מובעת בחוות דעתם של ד"ר יובל סיני, הרב משה בארי והרב יוסף שרעבי, המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה, ינואר 2005).

בסימום של חלק זה של פסק הדין, מסכם בית הדין את עמדת המשפט העברי באשר לשיקולים שיש לשקול בעת קביעת פיצויי פיטורין, ומיישם אותם במקרה שנדון על ידיו. וזה לשונו:

מהאמור לעיל עולה, כי גם לשיטת המשפט העברי, יש לדון בהבטים השונים של כל מקרה ומקרה, תוך שימת לב לנסיבות המיוחדות (כאשר אדם שביישו אותו במעשה הפיטורין, יש להתחשב בו, מן הטעם שכבר נענש בעצם העובדה שבוייש). כמו כן נשקלים שיקולים של גובה הנזק שגרם למעסיק, והאפשרות, שאם לא יחמירו עימו יתר על המידה – יחזור למוטב. מכל האמור לעיל, לקחתי בחשבון כי מחד הוכחה גנבה, אם כי של ארבעה מוצרים שערכם מס' עשרות שקלים בלבד, (בזמן שהואשם על ידם ב"הוצאת עגלות"), וכי התובע נענש גם בכך שהשמועה על "הוצאת עגלות" פשטה "כאש קוצים", כעדות מר ברמוחא (עדות שלא נסתרה), ומאידך, שמדובר במנהל סניף שמשמש דוגמא לעשרות עובדים תחתיו, ושידע היטב על משמעות מעשיו, ובמיוחד על תוכנית הנתבעת למיגור תופעת הלקחנות. לאחר שקלול כל אלה, הריני קובעת כי התובע יקבל 50% מפיצויי הפיטורין.

לפנינו דוגמה יפה לשימוש, הלכה למעשה, בשיקולים שהעלו חכמי ישראל, שקלולם ואיזונם במסגרת שיקול הדעת של בית הדין לעבודה בעת קביעת פיצויי הפיטורין.

2. פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין גדר דמי הודעה מוקדמת

שימוש מעניין בחוות הדעת לעניין היסוד המשפטי בפיצויי פיטורין בהקשר לגדר דמי הודעה מוקדמת לעובד עשה השופט אליקים רובינשטיין, שופט בית המשפט העליון,³¹ בפסק דין שנדונה בו השאלה אם דמי הודעה מוקדמת לעובד הם בגדר פיצוי או שכר עבודה. השופט רובינשטיין נזקק, כדרכו בקודש, לסקירת מקורות המשפט העברי שניתן ללמוד מהם על גדר דמי הודעה מוקדמת. אמנם אין לשאלה האמורה קשר ישיר לנדון שבפרקנו, אך השופט רובינשטיין הקיש יפה מדין ההענקה ופיצויי הפיטורין, שנזכרו לעיל, לדמי

³¹ ע"א 10961/04 המוסד לביטוח לאומי נ' גוטר ואח', תק-על 3565 (3)2006 (מיום 4.9.2006).

ההודעה המוקדמת. לפיכך, נביא להלן את דבריו המאלפים בעניין זה. וזה לשונו בסעיף לג של פסק דינו:

במשפט העברי המודרני מצינו התייחסות לדמי הודעה מוקדמת כמעין סוג של שכר, ונתלים הדברים באילן גדול, בעל חזון איש (ר' אברהם ישעיה קרליץ, המאה הכ') שהקיש את חובת ההודעה מהחובה הקיימת בשכירות בתים (בבלי, בבא מציעא, ק"א ע"ב), ובין היתר כתב (בבא קמא סימן כ"ג) "... עוד נראה, דאם לפי הנהוג במקום יש צורך למצוא מקום לעבודה, סתמא שכרו (בעל הבית שכר מן הסתם את הפועל – א"ר) לאותן הימים המצטרכים להשתדלות, ומיום שהודיעו שהוא חוזר צריך לקבוע ימים לחיפוש עבודה לפי ראות עיני הדיין" (מובא בפד"ר ג' 272, 283; וכן בפד"ר ג' 93) מסקנת בתי הדין הרבניים בעקבותיו של בעל חזון איש היא, כי יש מקום להודעה מוקדמת הנקבעת לפי ראות עיניהם של בתי הדין; ראו גם ד"ר שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי ב' (תשכ"ט) 537, 543; וכן ראו פסקי דין – ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ז' ר"ה, רי"ג שם נקבע כי בעבור תקופה של הודעת פיטורין יש לשלם "כפועל בטל", שהיא מחצית משכורתו הרגילה", והסתמכות היא על פסק הדין האמור של בית הדין הרבני, "שאם נגרם הפסד לפועל בעטיו של מעבידו שלא הודיעו מקודם על פיטוריו, על המעביד לשאת בנזק. לא בקלות ישיג הפועל עבודה אחרת מייד אחר הפיטורים.

עתה מציע השופט רובינשטיין את ההיקש המעניין לחובת ההענקה ופיצויי הפיטורין (סעיפים לד-לה):

אפשר להקיש חובה זו גם לחובת ההענקה במשפט העברי, שיסודה בדיני עבד עברי וההענקה לו עם שחרורו מן העבדות, ופותחה לדיני העבודה המודרניים; ד"ר יובל סיני סוקר את יסודות החיוב בפיצויי פיטורין במשפט העברי, וההענקה היא אחד מהם (י' סיני, "חוות דעת בעניין פיטורין ופיצויי פיטורין לעובד שנתפס בגניבה", המרכז ליישומי משפט עברי); וכדברי בית הדין הרבני (פד"ר ג', 286–287) – "רואים בעליל שכוונת התורה היתה להטיל חובה על המעביד שידאג דאגת מחר עבור הפועל, שעם עזיבתו את עבודתו אצלו לא יישאר בידיים ריקות..." אולי כך גם בהיקש לענייננו... לדעתי אין מניעה להחיל אותה גישה גם על ההודעה המוקדמת, בחינת יישומם של ערכי יושר, צדק והגינות על ידי עם החייב בכבוד הזולת. "כי ימכר לך אחיך העברי או העבריה ועבדך שש שנים, ובשנה השביעית תשלחנו חפשי מעמך; וכי תשלחנו חפשי מעמך, לא תשלחנו ריקם; הענק

תעניק לו מצאנך ומגרנך ומיקבך, אשר ברכך ה' אלהיך תתן לו; וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים ויפוך ה' אלהיך, על כן אני מצוך את הדבר הזה היום" (דברים ט"ו, י"ב-ט"ו); ראו גם ספר החינוך מצוה תפ"ב, שאף אם אין מצוה זו של הענקה נוהגת שלא בזמן שבית המקדש קיים, "ומכל מקום אף בזמן הזה ישמע חכם יוסיף לקח, שאם שכר אחד מבני ישראל שעבדו זמן מרובה או אפילו מועט – שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו ה'"; וראו גם אנציקלופדיה תלמודית ט' תרע"ג בערך הענקה. הדברים מדברים בעדם במישור הערכי, ותומכים לדעתי בגישתנו... היחסים בין מעביד ועובדיו, "תורת חיים" יש בהם, וחובות חוקיות שנועדו להגן על העובד ושכרו שאליו "הוא נשא את נפשו". על אלה נמנית גם חובת ההודעה המוקדמת, וחליפתה – תשלום הפיצויים, שכאמור יש לראות בה חלק מהגימלה המוגנת בחוק הביטוח הלאומי.

פרק רביעי

פיצויים בגין הלנת שכר

(א) השאלות המשפטיות

- בבתי הדין לעבודה עולות מידי פעם בפעם השאלות הבאות:
- א. מה יחס ההלכה להלנת שכר, מלבד שהיא אסורה מן התורה? האם יש סנקציה המוטלת על מעביד שהלין שכר? ואם כן – מהי?
 - ב. האם יש בפיצוי המוגדל על הלנת שכר משום ריבית האסורה מן התורה או שמא אין קשר בין שני הדברים?
 - ג. האם יש דין מיוחד לפיצוי על הלנת פיצויי פיטורין? או שמא אין להבחין בינם לבין הפיצוי על הלנת שכר?
- להלן נציג את העולה ממקורות המשפט העברי, ולבסוף נבחן כיצד יושמו עקרונות אלה בפסק דין שניתן לאחרונה בידי בית הדין האזורי לעבודה.

(ב) חוות הדעת

1. הלנת שכר – איסור דתי או גם חיוב ממוני?
לפי המשפט העברי, גרדי דין הלנת שכר מצויים לכאורה בתחום המשפט הדתי בלבד, כלומר שהמלין את שכרו של העובד עובר על כמה איסורים.¹ וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

¹ רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יא; ספר החינוך, מצווה רל. להרחבה, ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ג, עמ' של-שלה, ערך "בל תלין". וראוי לציין כי איסור "בל תלין" חל על כל מרכיבי השכר, ובכלל זה גם על בעל הבית שהתנה עם הפועל לשלם לו ממון במקום לאכול בשעת מלאכה. וראו שו"ת פרי יוסף, סימן ז.

מצות עשה ליתן שכר השכיר בזמנו, שנאמר: "ביומו תתן שכרו" וגו' (דברים כד, טו). ואם איחרו לאחר זמנו, עובר בלא תעשה, שנאמר: "ולא תבוא עליו השמש" (שם). ואין לוקין עליו, שהרי הוא חייב לשלם. כל הכובש שכר שכיר כאילו נטל את נפשו ממנו, שנאמר: "ואליו הוא נושא את נפשו" (דברים כד, טו). ועובר בארבע אזהרות ועשה: משום בל תעשוק, ומשום בל תגזול, ומשום "לא תלין פעולת שכיר" (ויקרא יט, יג), ומשום "לא תבוא עליו השמש" (דברים כד, טו), ומשום "ביומו תתן שכרו" (שם)².

ולא זו בלבד, אלא שהוסיפו חכמים איסור מדבריהם על האיסורים מן התורה:

עבר זמנו – אין בעל הבית עובר משום "בל תלין" (ויקרא יט, יג). ומכל מקום חייב ליתן לו מיד. ובכל עת שישהה עובר על לאו של דבריהם, שנאמר: "אל תאמר לרעך" וגו' (משלי ג, כח)³.

אמנם, די לעתים בחומרת האיסורים⁴ ובדברי חז"ל בדבר חומרתם של הדברים כדי להוות סנקציה דתית או, לפחות, זרז מוסרי לביצועם. אך יש מקום לשאול: האם יש לעובר זכות לתבוע פיצויים ממעבידו על שלא שילם לו את שכרו בזמנו? ועוד: האם די בחיוב דתי? או שמא מדובר גם בחיוב ממוני-משפטי?

השאלות הללו לא נדונו במקורות המשפט העברי במישרין, אך ניתן להסיק עליהן

² רמב"ם, שם, הלכות א-ב. אכן, המעביד עובר על מצוות עשה "ביומו תתן שכרו", בין שהעובד הוא שכיר יום בין שהוא שכיר לילה; ועל לאו "בל תלין", אם הוא שכיר יום; ועל לאו "לא תבוא עליו השמש", אם הוא שכיר לילה.

³ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלט, סעיף ח. מקור הדין בתלמוד: "מכאן ואילך מאי? אמר רב: עובר משום בל תשהא. אמר רב יוסף: מאי קראה? "אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך" (משלי ג, כח) (בבא מציעא קי ע"ב).

⁴ כך הם דברי הנביא מלאכי: "וקרבת אליכם למשפט והייתי עד ממהר במכשפים ובמנאפים ובנשבעים לשקר ובעשקי שכר שכיר אלמנה ויתום ומטי גר ולא יראוני אמר ה' צבאות" (מלאכי ג, ה). וראו גם את דברי הזוהר: "לא תלין פעולת שכיר" – אמאי? אלא מקרא אחרא אשתמע, דכתיב: 'ביומו תתן שכרו ולא תבא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נושא את נפשו' (דברים כד). 'לא תבא עליו השמש' – אזדהר דלא תתכנש בגינוי מעלמא, עד לא ימטי זמנך לאתכנשא, כמה דאת אמר: 'עד אשר לא תחשך השמש' וגו' (קוהלת יב). מהכא אוליפנא מלה אחרא: מאן דאשלים לנפשא דמסכנא, אפילו דמטו יומו לאסתלקא מעלמא, קודשא בריך הוא אשלים לנפשיה ויהיב ליה חיין יתיר' (זוהר, ויקרא, פרשת קדושים). פירוש הסולם: "שואל: 'לא תלין פעולת שכיר' – למה? ומשיב: אלא ממקרא אחר נשמע, שכתוב: 'ביומו תתן שכרו ולא תבא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נושא את נפשו'. 'לא תבא עליו השמש' – היזהר שלא תיאסף בשבילו מן העולם, מטרים שיגיע זמנך להיאסף. כש"א [=כמו שאתה אומר]: 'עד לא תחשך השמש' וגו', שרומז על פטירת אדם מן העולם. מכאן למדתי דבר אחר: אשר מי שממלא נפש העני, הנה אפילו כשמגיעים ימיו להסתלק מן העולם, הקב"ה ממלא את נפשו ונותן לו יותר חיים".

מדברי חכמים בסוגיות אחרות.

גדולי החכמים נחלקו בשאלה אם ניתן להתנות על איסור "בל תלין" ואם אין בכך משום מתנה על מה שכתוב בתורה.⁵ שאלה זו קשורה, לכאורה, לשאלת טיבו של איסור "בל תלין". כי אם הוא חיוב ממוני, הרי הלכה פסוקה היא שבענייני ממון ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה; אך אם הוא איסור דתי טהור – לכאורה לא ניתן להתנות עליו.⁶ בעל "ספר חסידים" סובר שמותר להתנות על איסור "בל תלין", והוא אף מייעץ לבעל הבית להתנות עליו כדי שלא ייכשל באיסור "בל תלין", אם לא יוכל לעמוד בחובתו לשלם את שכר העובד בזמן מסיבות שונות. וזה לשונו:

אם תשכיר סופר לכתוב לך, תתנה עמו שלא תהיה ב'בל תלין פעולת שכיר', שמא כשיתבע לך לא יהיה לך ליתן לו. אף על פי שתעשה תנאי עמו, תתן לו כשיתבע, אם תוכל, ואין בזה מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי אמרו חכמים: אדם מתנה עם פועל שלו להאכילו לחם צר ומים לחץ, ואף על פי שהתחייב להאכילו כסעודת שלמה בשעתו.⁷

נראה כי לשיטת בעל "ספר חסידים" שהובאה להלכה בידי הש"ך,⁸ ניתן להתנות על איסור "בל תלין", משום שהוא חיוב ממוני שבעל הבית והפועל יכולים להתנות עליו,⁹ כשם שהם יכולים להתנות על תנאים הנוגעים לזכויות הפועל, וכפי שכתב הרב יוסף שאול נאטאנזון, בעל שו"ת "שואל ומשיב", כי כוונתו של בעל "ספר חסידים" היא שאם התנה בעל הבית עם הפועל "על מנת שלא אהיה ב'בל תלין'", שזה "מועיל, דאין הקפדה רק על השכיר, ויכול למחול".¹⁰

רבי ישראל מאיר הכהן, החפץ חיים, חולק על הבנה זו בדברי "ספר חסידים". לדעתו, אין להסיק שאם הפועל מוחל לבעל הבית על איסור "בל תלין" שאין זה נקרא מתנה על מה שכתוב בתורה. החפץ חיים מבחין בין מקרה שהתנה בעל הבית עם הפועל "שיתרצה להמתין על פרעון שכרו אחר שיעבור זמנו", שניתן להתנות עם הפועל שלא ייתן לו שכרו עד זמן פלוני, לבין מקרה שהתנה על עצם איסור "בל תלין", שכן לא ניתן לשיטתו להתנות

5 להרחבה, ראו הרב א"ז רוזנר **ספר הלנת שכר** עמ' רפ-רפו, סימן מ (התשנ"ז).

6 להבחנה בין ממונא לבין איסורא לעניין המתנה על מה שכתוב בתורה, ראו מ' אֶלֶן **המשפט העברי** 109–113 (התשמ"ח).

7 ספר חסידים, סימן תתרטו.

8 ראו ש"ך על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלט, ס"ק ב.

9 שהרי נפסק להלכה כשיטת רבי יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים. ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח, סעיף ה; שם, חושן משפט, סימן רכז, סעיף כא. וראו לעניין זה, דברי ר' חיים בנבנשתי, כנסת הגדולה, חושן משפט, סימן שלט, הגהות הטור, סעיף יא. לפרשנות הפוסקים לשיטת "ספר חסידים", ראו הרב י"י בלויא **פתחי חושן – הלכות שכירות**, עמ' רלז, פרק ט, סעיף יז, אות מא (התשמ"ה).

10 ראו שו"ת שואל ומשיב, מהדורא שתיתאה, סימן א.

על "בל תלין", משום שמדובר באיסור דתי. ולא ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה, כשם שלא ניתן להתנות על איסור שביעית שבתורה.¹¹ הואיל ולפי שיטת החפץ חיים, גדרו של "בל תלין" הוא איסור דתי, ולא זכות שבממון, הרי שהוא סבור שאם מת הפועל, אין בנו יורש את זכותו לעניין שיהא בעל הבית עובר עליו משום "בל תלין", כיוון שאין אדם מוריש לבנו זכות איסור בלבד.¹² לסיכום: נחלקן חכמים בשאלה אם הלנת שכר היא איסור דתי בלבד או שמא מדובר בחיוב ממוני. למחלוקת זו השפעות רבות הן לעניין האפשרות להתנות עליה, שהיא אפשרית רק אם היא בגדר דבר שבממון,¹³ הן לעניין ירושה.

2. האם יש בפיצויים על הלנת שכר משום ריבית אסורה?

2.1. החוק הישראלי

לעניין זה ראוי להבחין בין רכיבים אחדים: פיצויים נזיקיים, פיצוי על הפסד הרווח הממוני הפוטנציאלי, הצמדה וריבית על הלנת השכר.

בחוק הישראלי, חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, נקבע לעניין פיצוי הלנת שכר בסעיף 17:

(א) לשכר מולן יווסף הסכום הגבוה מבין אלה (להלן – פיצוי הלנת שכר):

(1) בעד השבוע הראשון שלאחר המועד לתשלום שכר העבודה –

החלק העשרים מהשכר המולן, ובעד כל שבוע או חלק משבוע

שלאחריו – החלק העשירי מהשכר המולן;

(2) הפרשי הצמדה לתקופה שמן המועד לתשלום שכר העבודה עד

יום תשלומו, בתוספת 20% על הסכום הכולל של השכר המולן

והפרשי הצמדה כאמור בעד כל חודש שבתקופה האמורה;

בעד חלק מחודש תשלום התוספת של 20% האמורה באופן

יחסי.

(ב) פיצוי הלנת שכר יהיה לכל דבר, פרט לענין סעיף זה, חלק משכר

העבודה.

מה דינם של רכיבי הפיצויים על הלנת השכר מנקודת ראותה של ההלכה היהודית?

11 אהבת חסד, פרק י, נתיב החסד, סימן כד. אך ראוי להעיר שבפועל ניתן להתנות גם על איסור דתי כשם שניתן להתנות על שביעית או אונאה, תוך שימוש בנוסח "על מנת שלא תשמטני בשביעית", שכן, בסופו של דבר, מדובר בסוגיה ממונית. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סז, סעיף ט; סימן רכז, סעיף כא ועוד.

12 ראו ר' ישראל הכהן, החפץ חיים, אהבת חסד, פרק ט, ס"ק ו.

13 יש מוסדות משפטיים אחרים שנחלקו לגביהם אם יש בהם חופש התנאה, כגון דיני ערבות. ראו מ' אלון "חופש ההתנאה בדיני ערבות במשפט העברי" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות כרך א, עמ' 197–208–197; וכגון דיני ירושה. ראו רמב"ם, הלכות נחלות, פרק ו, הלכה א.

2.2. רכיב הפיצויים הנזיקיים

נתחיל ברכיב הפיצויים הנזיקיים. במאמר שנתפרסם בעת האחרונה, דן הרב יואב שטרנברג בהרחבה בנושא חיוב ריבית והצמדה בגלל עיכוב פיצויי פיטורין ובגלל הלנת שכר, בלא להבחין ביניהם.¹⁴ הוא מראה כי אמנם, עקרונית, אי אפשר לחייב מעביד לשלם לעובד פיצויים על הפסדים שנגרמו לעובד בגלל עיכוב התשלומים האמורים, משום שמדובר בנזק שהוא בכלל דין "מבטל כיסו [=ארנקו] של חברו", שהוא פטור, משום שמדובר ב"גרמא בנזיקין". יחד עם זאת, ניתן אולי לחייב מעביד בנזקים שגרם לעובד כשעייב את התשלומים המגיעים לו רק על סמך "דינא דגרמי", לאור שיטת המהרשד"ם, הסבור שכל נזק ש"נראה לעין ומצוי בכל יום", קנסו בו חכמים בדינא דגרמי.¹⁵ מעתה, לפי שיטה זו, מאחר שהלנת שכר היא דבר מצוי מאוד, לצערנו, הרי זה בכלל הקנס של דינא דגרמי, אך נחלקו הדעות אם דנים בקנסות שאינם מפורשים בתלמוד.¹⁶ ונדגיש כי אף לשיטת המהרשד"ם, חיוב התשלומים הוא רק על נזקים שנגרמו לשכיר, ולא יותר.

2.3. ריבית והצמדה

ומה באשר לריבית? גדולי חכמי אשכנז בימי הביניים נחלקו בשאלה אם יש חשש ריבית בתביעת פיצויים על הלנת שכר. הראב"ה פסק שהפועל יכול לתבוע ממעבידו שהלן את שכרו את מה שהיה יכול להרוויח ממעות השכר, אילו פרעו בזמנו, ואין כאן חשש ריבית. פסק זה הובא על ידי תלמידו ר' יצחק בר' משה, בעל "אור זרוע". וזה לשונו:

וכבר היה מעשה בהרב ר' אליעזר דטול שהיה נשכר לר' חזקיה בכוברט, וכשהגיע הזמן שהיה לו ליתן שכירות שלו לא נתן לו, ועכבה הרבה עד לאחר הזמן. והיה הרב ר' אליעזר תובע אותו כמו שהיה יכול להרוויח באותו המעות [=של השכר] עד אותו הזמן [=זמן הפירעון למעשה]. והיה דן מורי רבינו אבי העזרי לחייב את ר' חזקיה.¹⁷

חתם סופר כתב בטעמו של הראב"ה,¹⁸ שדווקא בהלוואה הגנה התורה על זכויותיו של הלווה באמצעות איסור הריבית, אבל בדיני שכירות פועלים ביקשה התורה להגן על זכויותיו של השכיר. לפיכך, קבעה את איסור "בל תלין", וממילא אפשר לומר שבשכיר לא נאמר איסור ריבית. במילים אחרות: שלא ככל מלווה אחר, השכיר אינו מעוניין בעיכוב

14 הרב י' שטרנברג "ריבית והצמדה בעיכוב פיצויי פיטורין" תחומין כו 384–393 (התשס"ו).
 15 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימנים קעח-קעט, שלפי דעת הריצב"א "דינא דגרמי קנס הוא שקנסו חכמים, כדמוכח בירושלמי. ולכן, כל היזק מצוי ורגיל קנסו חכמים. וטעם שקנסו – שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחברו".
 16 ראו דברי הש"ך, חושן משפט, סימן שפו, סעיף קטן כז, שמשמע מדבריו שאינו סובר כדעת המהרשד"ם.
 17 אור זרוע, בבא מציעא, פרק איזהו נשך, פסקה קפא.
 18 שו"ת חתם סופר, חלק ה, סימן קמד.

המעות ביד המעביד. נמצא, לפי שיטה זו, כי בהלנת שכר יכול לתבוע את מה שהיה יכול להרוויח, ואין בזה משום ריבית. אולם בעל "אור זרוע" חולק עליו, וקובע: "ונראה בעיני שר' חזקיה לא היה חייב ליתן לו כלום עבור מה שעייכב לו השכירות, משום דהוה ריבית". דעה זו מובאת אף בהגהה על הרא"ש. וזה לשונה:

וכן מלמד שלא ניתן שכירותו בזמנו אלא אחר זמן הרבה, והמלמד תובע מן המשכיר כל הריוח שהיה יכול להרוויח באלו המעות עד אותו זמן, פטור המשכיר, משום דהווי ריבית.¹⁹

קשה להכריע במחלוקת הראשונים בין הראב"ה לבין "אור זרוע", ויפים לענייננו דבריו של אחד מגדולי הדיונים בדורנו, הרב בצרי. ואלה דבריו החשובים:

אציין שמה שפוסקים היום בבתי משפט עקב הלנת שכר ריבית יש בזה משום איסור רבית, ולא שייך בזה מנהג המדינה או תנאי... אולם מה שיש לדון בזה הוא מצד הפיחותים... שיש מקום לעשות פשרה מחמת מחלוקת הפוסקים. ויש להוסיף את דעת הראב"ה... שבהלנת שכר יכול לתבוע מה שהיה יכול להרויח ואין בזה משום רבית. אמנם באור זרוע פליג אבל יש לצרף סברות אלה לעשות פשרה ע"י בית דין.²⁰

הנה כי כן, קשה לדעתו לפסוק פיצויים מלאים בגין הלנת שכר בגלל חשש ריבית,²¹ אף על פי שלא ברור מדבריו לאיזה סוג פיצויים כוונתו, וניתן לפסוק פיצויים על דרך הפשרה.²² בהמשך דבריו עומד הרב בצרי על הבעיה העלולה להיווצר אם יימנעו מלפסוק פיצויים בגין הלנת שכר. וראוי להביא את דבריו במלואם בגלל חשיבותם:

אמנם בזה מתעוררת בעיא, כי בזמן שהאיסורים היו חמורים בעיני בני אדם די היה באיסור בל תלין כדי להרתיע ולשלם בזמן, ועתה כשנאמר שזה רבית אם כן במה נוכל להרתיע בני אדם שלא להלין שכר. אמנם אילו היו ימים כתקנם היה ראוי לעשות תקנות בזה וכמו שעשו רבותינו בכל דור ודור. אלא לצערנו השעה אינה כשרה וישנם דברים רבים וחשובים יותר שסובלים מאזלת יד וחסור מחשבה ואיני יכול להאריך במה שיש בלבי בזה. רק כתבתי להעיר כשנזכר לאכשורי דרא בסיעתא דשמיא.

19 הגהה על פסקי הרא"ש, בבא מציעא סה ע"א, בשם פר"י מהרי"ח מא"ז.

20 הרב ע' בצרי דיני ממונות כרך ג, שער ראשון, פרק שישי, סעיף ו, עמ' כח-כט, הערה 6.

21 כיוצא בזה פסק בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב בתיק מ"ח/16710, פד"ר טו, עמ' 240.

22 וכעין זה עולה מדברי הרב צ' שפיץ, מנחת צבי, סימן ב סעיף נב, עמ' קג (התשמ"ט), אך גם הוא מתיר לקבל הפרשי הצמדה.

מכל מקום, אף הרב בצרי עצמו מסיק: "ואשר להצמדה קל הדבר יותר מרבית שכן יש לצרף סברות שכשיש פחות בכסף יש לשלם לפי הערך החדש". אף הרב שטרנברג סבור כי ניתן לחייב את המעביד בהצמדה למדד משני טעמים: ההתחייבות שבין המעביד לבין השכיר; והכלל "דינא דמלכותא דינא".²³

מדברי רבנים אחרים בני דורנו עולה גישה אחרת, ולפיה ניתן להטיל פיצויים מלאים על הלנת שכר. הרב בלויא, מגדולי דייני העדה החרדית, **מסתמך להלכה על דעת האומרים שאין איסור ריבית בחוב שכר שכיר**,²⁴ וכן היא גם דעת פוסקים אחרים בני דורנו.²⁵ יש אף הסוברים כי יש יסוד להחלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" בסוגיית פיצויי הלנת שכר.²⁶ זאת ועוד. השופט ד"ר גרשון גרמן ציין בספרו על "מלך ישראל" כי תכלית החוק הישראלית היא הטלת סנקציה הרתעתית, אזרחית, כדי למנוע את התופעה של הלנת שכר.²⁷ גרמן מראה כי, עקרונית, מגמתו של החוק הישראלי רצויה ביותר אף מנקודת ראותה של ההלכה, שהחמירה מאוד באיסור הלנת שכר.²⁸ הוא מבקש לטעון כי כשם שאין להגדיר את תשלום הכפל שחייב הגנב להחזיר לנגנב כריבית אלא כקנס, כך יש להגדיר את הקנס המוטל על המעביד נוסף על הקרן שהוא חייב לעובד כסנקציה שתכליתה "תיקון העולם", ואין בזה משום ריבית.

אכן, הגדרת פיצויי הלנת שכר כקנס המוטל בידי הסמכות השלטונית המוסמכת עשויה אולי לפטור את בעיית הריבית. בדרך זו הלכו כמה מרבני דורנו.

בדברי ההקדמה לספרו של השופט גרמן התייחס רבה הראשי של העיר רמת-גן, הרב יעקב אריאל, לדברים האמורים, וכתב כי בבית הדין לענייני ממונות ברמת-גן, שהוא עומד

²³ שטרנברג, לעיל ה"ש 14, עמ' 392.

²⁴ ראו הרב י"י בלויא, **ברית יהודה**, ירושלים תשל"ו, פרק ב, סעיפים טו-יז; הנ"ל, פתחי חושן, לעיל ה"ש 9, פרק ט, סעיף כה. והוא נסמך על דעת שו"ת חתם סופר האומר שאין איסור ריבית בשכר הפועל, משום שנאמר עליו: "ואליו הוא נושא את נפשו". ראו שו"ת חתם סופר, חלק ו, סימן כו. וראו לעיל ה"ש 18.

²⁵ בשו"ת בית יצחק, יורה דעה, חלק ב, סימן ב, מצדד לחייב בשכירות פועל משום ביטול כיסו; ובשו"ת שבט הלוי, להרב ואזנר, חלק ט, סימן קעב, דן במלמד שאיחרו לשלם לו את דמי שכירות, והוצרך ללוות מן הבנק בריבית. הרב ואזנר צידד להתיר לו את הריבית ששילם. וראו שו"ת עטרת משה, לרב מ' למברגר, חלק א, סימן קי המצדד להתיר ריבית בכגון זה.

²⁶ ראו עיונו הנרחב רב העניין של ג' גרמן **מלך בישראל – ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה** 627–636 (התשס"ג); וביקורתו על פסק הדין הרבני הנזכר לעיל ה"ש 21, שסבר שאין להחיל את הכלל "דינא דמלכותא דינא" בנדון שלפנינו. ולעניין זה, טוען גרמן בצדק (בעמ' 630), שיש להתבסס על דברי הרב י' הרצוג בספרו **תחוקה לישראל על פי התורה**, חלק ב, עמ' 72, שכאשר יש מחלוקת בין הפוסקים, ראוי לתת משקל לחוק המדינה ולהכריע כמותו מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". אף הרב שטרנברג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 388, מבקש לחייב בריבית הקבועה בחוק מטעם "דינא דמלכותא דינא".

²⁷ גרמן, שם.

²⁸ גרמן אף ציין שחברי הכנסת הדתיים של אגודת ישראל ושל המזרחי ראו בחיוב רב את חקיקת החוק.

בראשו, נתקל בבעיה דומה של פסיקת פיצויי הלנת, והוא סבר:

שיש מקום לחייב את המעביד בקנס, אולם לא כריבית מצטברת אלא בצורה אחרת. הנחתי היא שעצם החוק של הלנת שכר הוא תקנה חיובית שההלכה מכירה בה. מטרתו מניעת עוול ע"י מעבידים המקפחים את שכר עובדיהם... לכן לדעתי ביה"ד הרבני רשאי לנהוג בגמישות. מצד אחד, הוא מכיר בעצם החוק כתקנה חברתית רצויה, אך מאידך, אינו חייב להכיר בריבית המצטברת כמחייבת אותו באופן מלא, ועליו לבדוק כל מקרה לגופו – האם כל האשמה מוטלת על המעביד או לאו. ומכיוון שבלאו-הכי סמכות ביה"ד הרבני לדון בדיני ממונות יונקת מהסכמת הצדדים, הן לדין והן לפשרה, רשאי ביה"ד לקבוע על דעת עצמו קנס שיביא בחשבון גם את גובה השכר המולן, גם את משך הזמן של ההלנה (מבלי להצמיד את הקנס אוטומטית לזמן) וגם את אשמתו ומצבו הכלכלי של הנתבע. מכיוון שאין מדובר בריבית צמודה אלא בקנס, לפי ראות ביה"ד, הדבר מותר לענ"ד.²⁹

כיוצא בזה מבקש הרב שטרנברג לטעון כי "איסור ריבית הוא רק כשהתשלום היתר על ההלוואה קשור להלוואה ונובע מכך שמעותיו של המלוה הן ביד הלווה. אבל כשבית הדין מטיל קנס על הלווה, אין בזה איסור ריבית". בנידוננו, חיוב המעביד הוא קנס של ביה"ד, ולכן אינו אסור בריבית.³⁰ עוד מבקש הרב שטרנברג להדגיש כי הקנס אינו מחמת הסכם בין המעביד לבין השכיר, אלא מכוח דינא דמלכותא או תקנת הקהל. אך יש המפקפקים בהגדרת הפיצויים כקנס.³¹ דרך מעניינת לעקוף את בעיית הריבית מציע הרב ד"ר איתמר ורהפטיג.³² לדעתו, אילו היה המעביד מחויב בקנס, אך לא שישלם אותו לשכירו אלא לקופת הציבור, לא היה איש עובר על איסור ריבית, כיוון שקופת הציבור לא הלוותה דבר למעביד. לפי הצעתו, הקופה תיוחד לפיצויים של עובדים מעוכבי שכר. שכיר שיוכיח שנגרם לו הפסד, יוכל לתבוע את פיצוייו מן הקופה הציבורית. אך ברור שדרך זו מצריכה שינויים בחקיקה ובמוסדות המדינה. לפיכך, נראה לנו שעדיף לנסות להישען על הדעות הנזכרות לעיל.

3. סנקציות

במהלך הדורות, תוקנו תקנות שמטרתן להפעיל לחץ באמצעי כפייה על בעל הבית המסרב לשלם לשכירו את שכרו. התקנות מתייחסות ברוחן לאמצעי כפייה שהטילו הקהילות על

²⁹ הרב י' אריאל בהקדמתו לספרו של גרמן, לעיל ה"ש 26, עמ' כא-כב.

³⁰ שטרנברג, לעיל ה"ש 14, עמ' 392.

³¹ בגלל העובדה שזהו קנס המתרבה. ראו הרב י"י בלויא, ברית יהודה – עיקרי הדינים, פרק יח, הלכה ח, הערה טו (התשל"ט).

³² בנספח למאמרו של שטרנברג, לעיל ה"ש 14, עמ' 393.

הורים שנהגו לעכב את שכרם של המלמדים, והן נסקרו בהרחבה בספרו של ד"ר שילם ורהפטיג.³³ רבנו תם תיקן תקנה, ולפיה יש למלמד זכות לעכב תמורת שכרו כלים השייכים להורי תלמידיו שבאו לידי בעקבות מלאכתו.³⁴ בתקופות מאוחרות בימי-הביניים, השתמשו הקהילות היהודיות באירופה באמצעי כפייה חמורים יותר, כגון: חרם, תפיסה, ועוד. בתקנות קהילת קראקא משנת שנ"ה, הוכרז חרם על מי שלא שילם שכר לימוד בעבור ילדיו והכרזה בבית כנסת ששום מלמד לא ילמד את ילדי ההורים המעכבים את תשלום שכרם של המלמדים. בפנקס הקהילה של פירנצה מצויה תקנה משנת ת"ח בעניין זה. וזה לשונה: "אם תלמיד עוזב איזה רבי [=מלמד] מבלי לשלם לו, אסור לרבי אחר לקבלו בטרם ידע בוודאות כי תלמיד זה שילם את חובו". קהילת ניקלשבורג [=מורביה] הוסיפה בתקנה משנת תל"ו גם חרם בבית הכנסת למי שמונע ממלמד את שכרו. יש מי שאומר שמותר לפועל להיכנס לביתו של בעל הבית כדי לתבוע את שכרו, ומותר לו למשכנו אפילו שלא על פי בית דין.³⁵

4. האם יש דין אחר להלנת פיצויי פיטורין?

השאלה העיקרית שיש לשאול היא: האם פיצויי פיטורין הם חוב כספי רגיל או שדינם כשכר עבודה לכל דבר ועניין? לכאורה, אם דין פיצויי פיטורין כדון חוב כספי רגיל, בעיית הריבית קשה יותר. אך אם דינם כדון שכר עבודה, ניתן לפטור את בעיית הריבית, לדעת חכמי הלכה רבים, כאמור לעיל בסעיף 2.

דומה שהמחוקק הישראלי רואה בפיצויי הפיטורין שכר עבודה לכל דבר ועניין, כולל לעניין הזכות לפיצוי על הלנתם.

בסעיף 20(ב1) לחוק הגנת שכר, התשי"ח-1958, נקבע:

פיצוי הלנת פיצויי פיטורים יהיה לכל דבר, פרט לענין סעיף קטן (ב), חלק מפיצויי הפיטורים.

ובסעיף 20(ד) לחוק הגנת שכר, נקבע:

הוראות סעיפים 17א, 18 ו-19 יחולו, בשינויים המחוייבים, לגבי הלנת פיצויי פיטורים כאילו היא הלנת שכר, ואולם בית-דין אזורי יהיה מוסמך להפחית או לבטל פיצוי הלנת פיצויי פיטורים, כאמור בסעיף 18, אף אם

³³ להרחבה, ראו ש' ורהפטיג **דיני העבודה במשפט העברי** 363–365 (התשכ"ט); צ' בן יעקב "עובדי הוראה – שכר ותמורה" **דיני ישראל** יח, עמ' קפא-קפג (התשנ"ה-נ"ו). התקנות המובאות להלן לקוחות מספרו של ורהפטיג. וראו המקורות שהביא בספרו.

³⁴ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, סימן קנג. לעניין תפיסת חפץ תמורת המשכורת, ראו רמ"א, חושן משפט, סימן עב, סעיף יז; פנים למשפט, שם, שנד ע"ד.

³⁵ ראו: רמ"א, חושן משפט, סימן שפט, סעיף י; שולחן ערוך, שם, סימן צז, סעיף יד.

פיצויי הפיטורים לא שולמו עקב אחד מאלה: (1) חילוקי דעות בדבר עצם הזכות לפיצויי פיטורים, שיש בהם ממש לדעת בית-הדין; (2) חילוקי דעות בדבר המועד שבו נפסקו יחסי עובד ומעביד; (3) הזכאי לקבלת פיצויי הפיטורים לא מסר למעביד לפי דרישתו פרטים הנוגעים לעובד או לזכאי כאמור והדרושים לענין קביעת הזכות לפיצויי הפיטורים או שיעורם.

החוק ישראלי מחיל אפוא דין שווה על עיכוב פיצויי פיטורין ועל הלנת שכר. לאור זאת, מכריע הרב שטרנברג, במאמרו הנזכר לעיל,³⁶ שההלכה מכירה בסמכות להטיל פיצויים בגלל עיכוב פיצויי פיטורין, הן לעניין רכיב ההצמדה והן לעניין רכיב הריבית, לאור העקרונות שהובאו לעיל בסעיף 2 לעניין הלנת שכר.

ניתן להגיע למסקנה דומה אף לאור היסוד המשפטי של החיוב בפיצויי פיטורין על פי ההלכה היהודית. ניתן לבסס את החיוב בפיצויי פיטורין על פי ההלכה על שלושת היסודות המשפטיים שדיברנו עליהם בהרחבה בפרק הקודם. לפיכך, נציג להלן רק את עיקרי הדברים החשובים לענייננו.

א. לימוד מדין הענקה לעבד עברי:

חכמי ההלכה פיתחו – מתוך מוסד ההענקה הקיים בתורה – הסדר משפטי מפורט בעניין זכותו של העובד לקבל פיצויי פיטורין. התורה ציוותה על האדון להעניק לעבדו העברי היוצא לחירות, כמפורש בתורה: "העניק תעניק לו מצאנך וגרנך ומיקבך, אשר ברכך ה' אלהיך תתן לו" (דברים טו, יד). בתקופה הבתר-תלמודית, מצינו שתי השקפות מנוגדות באשר לטיבה של הענקה זו. לדעת כמה מחכמי ההלכה, אין ההענקה חלק מן התמורה המשתלמת בעד עבודה, אלא היא "מדין צדקה" או "מתורת ויתור ומתנה".³⁷ לעומתם, סוברים חכמים אחרים "שעיקר המצוה בהענקה היא מצד מה שעשה לבעל הבית יתר על דמי שכירותו",³⁸ ועל כן ההענקה היא בגדר "שכר פעולה". במשך הזמן, משבטלה העבדות במשפט העברי, הקישו חכמי ההלכה מן העיקרון שבדין ההענקה למציאות המעשית של יחסי עובד-מעביד, ודברי בעל "ספר החינוך" היו לראשית פיתוחו במשפט העברי של מוסד פיצויי הפיטורין לכל עובד מתוך העיקרון הקדום של ההענקה. אף בפסיקת בתי הדין הרבניים, פותח מוסד פיצויי הפיטורין במשפט העברי, כשהקו המנחה הוא: "המקור לתשלומי פיצויים היא הענקה שמחוייבים לתת לעבד עברי... רואים בעליל שכוונת התורה היתה להטיל חובה על המעביד שידאג דאגת מחר עבור הפועל, שעם עזיבתו את עבודתו אצלו לא ישאר בידיים ריקות... תביעה זו אינה תביעה של חסד אלא מעין תביעה אשר בדין

36 שטרנברג, לעיל ה"ש 14.

37 ש"ך, חושן משפט, סימן פו, ס"ק ג; סמ"ע, שם, ב.

38 מאירי, קידושין טו ע"א. וראו **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ט, עמ' תרעג-תרעד, ערך "הענקה".

יסודה³⁹.

לאור הדברים האמורים לעיל, נראה כי דיני הלנת שכר חלים אף על פיצויי הפיטורין בהנחה שהם מבוססים על מצוות ההענקה לעבד עברי היוצא לחירות, משום שמדובר בתביעת ממון לכל דבר, ויש האומרים שהם בגדר שכר פעולה. וראוי לומר כי יש איסור דרבנן להלין את פיצויי הפיטורין משום "אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך". מדברי הפוסקים עולה גם שאיסור זה אינו אמור רק בשכר שכיר, אלא אף בכל חוב עובר,⁴⁰ ונראה שהוא הדין גם לעניין פיצויי פיטורין.

ג. התבססות על המנהג:

חכמים אחרים העדיפו לבסס את דין פיצויי הפיטורין על המקור המשפטי של המנהג,⁴¹ ואין צריך לומר שאף לפי יסוד זה, הואיל ומקובל במשפט הישראלי שיש לפצות עובד על הלנת פיצויי הפיטורין המגיעים לו, הדבר תקף מכוח המנהג.⁴²

ג. פיצויי פיטורין לפנים משורת הדין – לימוד מן הכלל "למען תלך בדרך טובים": הרב הראשי בן-ציון מ"ח עוזיאל ז"ל מבסס את החובה לתת פיצויי פיטורין לשכיר על יסוד העיקרון המוסרי הנזכר בתלמוד,⁴³ המיוסד על הפסוק: "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר" (משלי ב, כ). אמנם, העיקרון שנקבע בתלמוד אינו מצד הדין, אלא לפנים משורת הדין, אך כפי שכבר ראינו, פוסקים רבים סבורים שבית הדין רשאי לכפות על מתן פיצויי פיטורין. על כן, כותב הרב עוזיאל: "יש כח בידי הדיינים להוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועלים בכל מקום שיראו שיש בזה משום 'למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור' (משלי ב, כ), לפי ראות עיניהם והכרתם הברורה במצבם של בעל הבית והפועל, ובסיבת הפיטורין של בעל הבית לפועליו וגם בסיבת הפסקת העבודה של הפועל".⁴⁴ לפי יסוד זה, שהחוב בתשלום פיצויי פיטורין הוא ביסודו מוסרי, משום "לפנים משורת הדין", אפשר – אף כי אין הכרח בדבר – כי איסור "בל תלין" אינו חל עליו.

5. מסקנות

א. נחלקו חכמים בשאלה אם הלנת שכר היא איסור דתי בלבד או שמא מדובר בחיוב ממוני. למחלוקת זו השפעה הן על אפשרות ההתנאה והן לעניין ירושה.

39 תיק יט/2535 קירסמן נ' הרב דירנפלד, פד"ר ג, עמ' 272, 286–287.
 40 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלט, סעיף ה.
 41 ראו לדוגמה תיק תשט"ו/1366 נסט נ' ועד בית המדרש המרכזי בחיפה, פד"ר א, עמ' 331. וכן סבור הרב בצרי, לעיל ה"ש 20, שער ראשון, סוף פרק שביעי, עמ' לד.
 42 כפוף לבעיית הריבית, וכדברי הרב בצרי, לעיל ליד ציון ה"ש 20.
 43 בבא מציעא פג ע"א.
 44 התשובה מובאת בספרו של מ' פינדלינג תחוקת העבודה, עמ' קלב-קלג (התש"ה).

- ב. עקרונית, אי אפשר לחייב מעביד בתשלום נזיקין לשכירו על הפסדים שנגרמו לשכיר עקב עיכוב התשלומים האמורים, משום שהדבר הוא בכלל דין "מבטל כיסו של חברו", שהוא פטור, משום שמדובר בגרמא בנזיקין. יחד עם זאת, ניתן אולי לחייב מעביד בפיצוי לשכירו על נזק שנגרם לו בגלל עיכוב התשלומים רק על סמך דינא דגרמי, לאור שיטת המהרשד"ם, שכל נזק ש"נראה לעין ומצוי בכל יום", קנסו בו חכמים בדינא דגרמי.
- ג. גדולי חכמי אשכנז בימי-הביניים נחלקו בשאלה אם יש חשש ריבית בתביעת פיצויים על הלנת שכר. הראבי"ה פסק שהפועל יכול לתבוע את מה שהיה יכול להרוויח ממעות השכר, אילו קיבל את שכרו בזמנו, ואין כאן חשש ריבית; ואילו בעל "אור זרוע" חולק עליו וסובר שיש בדבר משום ריבית.
- ד. לדעת הרב בצרי, קשה לפסוק פיצויים מלאים על הלנת שכר בגלל חשש ריבית, אך הוא יכול לפסוק פיצויים אלה כפשרה, ואף יכול לפסוק הצמדה למדד.
- ה. מדברי רבנים אחרים בני דורנו עולה גישה אחרת, ולפיה ניתן להטיל פיצויים מלאים על הלנת שכר. הרב בלויא, מגדולי דייני העדה החרדית, מסתמך להלכה על דעת האומרים שאין איסור ריבית בחוב שכר שכיר (שיטת החתם סופר), וכן היא דעת פוסקים אחרים בני דורנו. ויש שסוברים שיש יסוד להחיל את הכלל "דינא דמלכותא דינא" גם על פיצויי הלנת שכר.
- ו. הגדרת פיצויי הלנת שכר כקנס המוטל בידי הסמכות השלטונית המוסמכת עשויה אולי לפטור את בעיית הריבית. בדרך זו הלכו שני רבנים בני דורנו, הרב אריאל והרב שטרנברג.
- ז. במהלך הדורות, תוקנו תקנות שמטרתן להפעיל לחץ באמצעי כפייה על מעביד המסרב לשלם לשכירו את שכרו.
- ח. החוק הישראלי מחיל דין שווה על עיכוב פיצויי פיטורין ועל הלנת שכר. לאור זאת, מכריע הרב שטרנברג שההלכה מכירה בסמכות להטיל פיצויים בגין עיכוב פיצויי פיטורין, הן לעניין רכיב ההצמדה והן לעניין רכיב הריבית, לאור העקרונות שהובאו לעניין הלנת שכר.
- ט. נראה כי דיני הלנת שכר האמורים לעיל, יחולו על פיצויי הפיטורין אף לאור היסוד המשפטי של פיצויי הפיטורין לפי ההלכה, בהנחה שהם מבוססים על מצוות הענקה או על המנהג או על שניהם כאחד. ויש איסור מדרבנן, משום "אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן ויש אתך" (משלי ג, כח). מדברי הפוסקים משמע שאיסור זה אינו מיוחד בשכר שכיר, אלא בכל חוב עובר, ונראה שהוא הדין להלנת פיצויי פיטורין.

(ג) פסק הדין

ע"ב (אזורי ת"א) 5139/05 רפאל ברנז נ' המועצה הדתית בת-ים (לא פורסם) (מיום 30.12.2007), מפי השופט שמואל טננבוים מבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו. כמה מהעקרונות הנזכרים לעיל פורטו לאחרונה בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו בעניין תובענה של ראש המועצה הדתית בת-ים לשעבר, לחייב את הנתבעת לשלם לו פיצויי הלנת שכר ופיצויי הלנת גמלת פרישה, וכן תשלום הצמדה ורביית בגין פדיון חופשה שנתית. בפסק הדין סוקר השופט טננבוים בהרחבה את העולה מעקרונות המשפט העברי, ואין כאן המקום לכפול את הדברים שרבים מהם נזכרו לעיל בחוות הדעת. בין שאר דבריו, דן השופט בשאלת הריבית. ואלה דבריו בסעיף 25 לפסק הדין:

...נדונה בפוסקים השאלה האם ניתן לחייב את המעסיק בפיצויי כספי בגין הלנת שכר העובד. במסגרת הדין בשאלה זו הבעיה ההלכתית המרכזית העומדת לרועץ בפני חיוב מסוג זה הינו איסור הרבית. נעמוד להלן על עיקרי הדברים כפי שמשקפים במקורות ההלכה ובעיקר נציין לפסיקה של חכמי ההלכה בדורנו שחלקם, מתייחסים במפורש לאופן פיצויי ההלנה שנקבעו בחוק הגנת השכר. משמדובר בדין נרחב בהקשר זה בשאלת הרבית, נבהיר תחילה בתמצית, את משמעות איסור רבית בהלכה. יצוין, כי נושא זה ונושאים קרובים לו, נסקרו בהרחבה בספרו של פרופ' נחום רקובר, "המסחר במשפט בעברי" (ירושלים, 1987) בחלק הדין בפיצויים על עיכוב כספים (עמ' 137 ואילך וביחוד בעמ' 182–214). התייחסות מפורטת לשאלת ההלנה על פי החוק הקיים מצוייה בחוות דעתו של ד"ר יובל סיני, "פיצויים בגין הלנת שכר", המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה, תמוז תשס"ז.

אחר שהשופט הציג את הדעות השונות בסוגיה, רובן נזכרות בחוות הדעת הנ"ל, הוא עובר לסיכום בפסקה 38 לפסק הדין. ואלה דבריו:

לסיכום הדברים, ניתן להבחין במספר שיטות של הפוסקים המתייחסות לשאלת הלנת השכר בהקשר של איסור רבית:
א. מחלוקת בין הפוסקים האם דינו של שכר עבודה כדין הלוואה או שמא מדובר בנושא שונה ואין בתשלום פיצוי בגין הלנת שכר משום רבית.
ב. דעות שונות באשר לאפשרות לראות בפיצויי ההלנה קנס המותר על פי ההלכה.
ג. גם אם מדובר בקנס שניתן לגבותו, האם ההיתר מתייחס רק לקנס בסכום

קבוע או גם לקנס ההולך ומתרבה ככל שזמן ההלנה מתמשך.
ד. האם פיצויי הלנה שלא סוכמו בין הצדדים אלא מוטלים מכח חוק או פסיקה של בית דין, אינם בגדר רבית.

עוד הוא מעיר על שיקולים רלוונטיים במדיניות ההלכתית בהתייחס לחוק הישראלי. ואלה דבריו:

בהתייחס להנמקות השונות בדברי הפוסקים, בעיקר אלה המתייחסים במפורש לחוק הגנת השכר, יש להעיר, כי בהתאם לסעיף 18 לחוק, רשאי בית הדין להפחית את פיצויי הלנה בנסיבות שונות. בפסיקת בתי הדין לעבודה נקבע, כי ניתן להתחשב גם בשאלת תום הלב של הצדדים ובנסיבות המיוחדות של כל מקרה. בפסיקה שניתנה בעיקר בשנים האחרונות, קיימת התייחסות גם לגובה פיצויי ההלנה אשר נקבעים, בין השאר, תוך התחשבות בנזק שנגרם לעובד בגין הלנת שכרו ולא נפסקים בהכרח פיצויי הלנה מלאים. עוד יש לציין, כי ניתן לפסוק סכום קצוב בגין הלנה וזאת מבלי להצמיד את סכום הפיצוי למלוא תקופת ההלנה (סעיף 21 בפסק הדין לעיל).

נתונים אלו יכול וישקלו בפסיקה נוספת בשאלות אלו אשר מן הסתם, יונחו על שולחנם של פוסקי ההלכה גם בעתיד.

שער שמיני

דיני ראיות

פתיחה

מאז ומעולם נצרכו בתי המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בעניינים שנדונו לפניהם, אך לא אחת מדובר במלאכה שאינה פשוטה כלל ועיקר. פעמים רבות מתלבט השופט בשאלות ראייתיות, כגון: איזו גרסה מכלל הגרסאות הסותרות ששמע עליו לקבל? על מי מוטל נטל השכנוע? מה המשקל הראייתי שעליו לתת לבדיקות, כגון בדיקת פוליגרף או בדיקת רקמות, וכיוצא בשאלות מעין אלה. לעתים, אין לשאלות הללו וכיוצא בהן תשובה מוסדרת בחקיקה או בפסיקה. חוות הדעת ופסקי הדין המובאים להלן, שניתנו לאחרונה בידי שופטי בתי המשפט המחוזיים בישראל, עשויים לשמש דוגמה טובה לדרכי ההסתייעות באוצרות המשפט העברי בפסיקתם היומיומית של שופטים שהתלבטו בשאלות הקשורות לדיני הראיות.

עניינו של הפרק הראשון – קביעת נטל ההוכחה וההכרעה בין גרסאות הסותרות זו את זו. פרק זה ממחיש יפה עד כמה עשוי המשפט העברי לסייע בידי השופטים להכריע באמצעות כלים משפטיים יעילים והגיוניים הכרעות עובדתיות "קטנות" יומיומיות המלוות את הדיון בתיקים רבים שהם נבוכים בהם מי מן העדים שהעידו לפניהם דובר אמת, פלוני או אלמוני. במיוחד אמורים הדברים כאשר המשפט הישראלי אינו מספק להם כלים טובים להתמודד עם בעיות מעין אלה.

עניינו של הפרק השני – בירור הסוגיה מיהו "מומחה" שהוא כשר לתת חוות דעת של מומחה בהליך משפטי. בפסיקה הישראלית נקבע כי הגדרת אדם כ"מומחה" לצורך עדות בבית המשפט אינה מחייבת בהכרח מומחיות פורמלית תלוית השכלה, וההכרעה בעניין זה,

בהיעדר תנאים פורמליים, נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. לכן, יש עניין בבירור השאלה אם המשפט העברי מתייחס להגדרת "מומחה" בתחום שאין בו הסמכה רשמית באמצעות תעודה המעידה על מומחיותו של האדם בתחום המסוים.

פרק ראשון

נטל ההוכחה והכרעה בין גרסאות

פתיחה

פעמים רבות מתלבט השופט בשאלות ראייתיות, כגון: איזו מן הגרסאות ששמע עליו לקבל? על מי מוטל נטל השכנוע? מה המשקל הראייתי שעליו לתת לבדיקות, כגון בדיקת פוליגרף או בדיקת רקמות, וכיוצא בשאלות מעין אלה, שלעתים אין להן תשובה מוסדרת בחקיקה או בפסיקה.

חוות הדעת ופסקי הדין שלהלן, שניתנו בעת האחרונה בבתי המשפט המחוזיים בישראל, עשויים לשמש דוגמה טובה לדרכי ההסתייעות של שופטי ישראל בימינו באוצרות המשפט העברי, בפסיקתם היומיומית של שופטים המתלבטים בשאלות הקשורות לדיני הראיות.

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

בשלושה פסקי דין, נזקקו שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים לשאלה על מי מהצדדים יש להטיל את נטל ההוכחה כשיש סתירה בין גרסאות העדים שהעידו לפניהם. בשלושת פסקי הדין, כפי שנראה להלן בסוף הפרק, הכריעו השופטים בשאלה העובדתית, כמו גם בשאלה על מי נטל ההוכחה, על יסוד עקרונות המשפט העברי בהסתמך על חוות דעת של מרכז ישמ"ע.

1. ת"א (מחוזי י-ם) 4177/02 אשכנזי אליהו נ' ד"ר גאנדין, תק-מח 2005(1) 2784 (מיום 8.2.2005), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת אשכנזי).

חולה תבע את הרופאה שטיפלה בו על רשלנות רפואית. לדברי החולה, הוא ביקר אצל

הרופאה בשני מועדים, ואילו הרופאה טוענת שתחילה באה אליה אשת החולה וביקשה ממנה להפנות את בעלה לבדיקות רפואיות ורק בביקור השני התייצב לפניה התובע. ואמנם, נמצא שיש רק רישום אחד המתועד במסמך.

השאלה: מי משני הצדדים דובר אמת ועל מי מוטל נטל ההוכחה שדבריו אמת.

2. ת"א (מחוזי י-ם) 3248/01 יונסי נ' קופת החולים, תק-מח 2005(3) 4307 (מיום 29.8.2005), מפי השופט משה דרורי, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת יונסי).

אף כאן מדובר בתביעה על רשלנות רפואית שנדונה לפני השופט מ' דרורי, אף הוא שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, ובה דן בשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה שגרסתו היא הנכונה.

העובדות: התובע ואחיותיו טופלו בידי רופאי הילדים העובדים ב"מרפאת טל" שבשכונת פסגת-זאב בירושלים. לטענת התובעים, שלא נסתרה על ידי קופת החולים והרופא, הנוהל בשנים שטופלו בהן התובע ואחיותיו היה לתעד כל ביקור של כל מטופל בידי הרופא המטפל בתיק הרפואי האישי של המטופל. שני הצדדים הציגו גרסאות סותרות זו את זו באשר לעובדות הקשורות לטיפול הרפואי של התובע בידי רופאי קופת החולים. התובעים טענו שהתיעוד ברשומות קופת החולים אינו מייצג את המציאות שהייתה הן באשר למספר ביקוריו של התובע במרפאה והן באשר לתוכן הביקורים. לטענת התובעים, המשמעות המתחייבת מאי-מהימנות הרישומים הרפואיים היא שיש לקבל את תביעתם כלשונה, ואין לדרוש מהם להוכיח שהנתבעות התרשלו במעשיהן. קופת החולים דחתה את טענות התובעים מכול וכול בטענה שהרישומים מייצגים נאמנה את כל ביקורי התובעים במרפאת הקופה. השאלה: מהי הגרסה הנכונה ועל מי מוטל נטל ההוכחה שדבריו אמת.

3. ת"א (מחוזי י-ם) 7482/05 פלוני נ' ד"ר רם כסיף, תק-מח 2007(1) 2914 (מיום 25.1.2007), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים (להלן: פרשת כסיף).

בפסק דין אחר של השופט שפירא, נדונה תביעה בדבר רשלנות רפואית של נתבעים שלא אבחנו במהלך ההיריון את מומו של התובע שנולד עם תסמונת "דאון". התביעה כללה גם עילה בדבר "הולדה בעוולה" נגד הרופא שטיפל באמו של התובע במהלך הריונה ונגד קופת החולים שהעסיקה אותו. אף בפרשה זו, הציגו התובעים והנתבעים גרסאות סותרות זו את זו באשר להשתלשלות העניינים, והיה צורך לקבוע איזו מן הגרסאות נכונה.

(ב) חוות הדעת

הקדמה

בראשית דברינו עלינו להדגיש כי, לפי עקרונות המשפט העברי, מדובר כאן בטענות בעלי דין ובדיני טוען ונטען, ולא בעדים ובדיני ראיות, משום שלפי המשפט העברי בעל דין אינו

יכול להיות עד.¹ ומצינו בהלכות טוען ונטען כללים שבאמצעותם יכול בית הדין להעריך את טענות בעלי הדין, וככל שטענותיו של בעל הדין מחוזקות על ידי הכללים האלה ומסתייעות בהם, כן רבים יותר סיכויי שייפסק הדין לטובתו. כללים אלה מבוססים בחלקם על ההיגיון, ובחלקם – על ניסיון החיים של בתי הדין בישראל לדורותיהם.² על כן, השאלה הנדונה לפנינו צריכה להתברר בעיקר על פי הכללים הללו.

1. שורת הדין על פי כללי הערכת הטענות הרגילים

הכלל הגדול בדיני נטל ההוכחה וביורור טענות בעלי הדין במשפט העברי הוא: "המוציא מחברו – עליו הראיה". משמעו של עיקרון זה הוא: התובע דבר המצוי בחזקת הנתבע, חייב להביא הוכחה לדבריו שהדבר הוא שלו.³ חז"ל ראו בעיקרון האמור "כלל גדול בדין"⁴ המיוסד הן על דברי התורה הן על הסברה האנושית. לפי כלל זה, ייחשב חולה התובע את רופאו על רשלנות רפואית כמוציא מחברו, ועליו להביא ראיה שאמנם התרשל רופאו בטיפולו בו. וכל זמן שלא הביא התובע ראיה לגרסתו, יש לקבל את גרסת הרופא ולדחות את טענת התובע בדבר רשלנות רופאו.⁵

יתרה מזו: לפי העובדות בפרשת **אשכנזי**, שהובאו בראש פרק זה, תועד במסמך רק ביקור אחד של החולה אצל רופאו. נראה כי, לפי ההלכה, ניתן לראות ברישומים במסמכים של המוסד הרפואי או של הרופא או במחשב שלהם ראיה לעובדות כפי שהתרחשו במציאות. כפי שנפסק בשולחן ערוך: "יש לדון על פי פנקס של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו, ואפילו להוציא מיתומים הקטנים, היכא [=כאשר] דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת."⁶ ומאחר שהודה הרופא ביוזמתו שהטיפול בחולה כלל שני ביקורים, אלא שבביקור הראשון באה לפניו אשת החולה, יש לקבל את גרסתו, משום שהוא יכול

1 הטעמים לכך הם: "אדם קרוב אצל עצמו"; "קרוב – פסול לעדות". ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לג. וראוי לציין שעמדת המשפט העברי בעניין מעמדו של בעל דין במשפט אומצה בדעת המיעוט של חברי הוועדה המייעצת לתיקון חוקי הפרוצדורה האזרחית, ונתפרסמה **בהצעת חוק הראיות**, התשי"ג-1952, שיצא לאור על ידי משרד המשפטים, עמ' 83.

2 ראו א' שוחטמן **סדר הדין** 219, ועמ' 249–256 (התשמ"ח).

3 על גדרי הכלל, ראו: **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ט, עמ' תנא-תנט; ש' אלבק **הראיות בדיני התלמוד** 324–337 (התשמ"ז); י' סיני "דוקטרינת הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע בדין האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן" **מחקרי משפט** כד 213–217 (התשס"ח).

4 לדעת חכמים, ראה בבא קמא מו ע"א.

5 בדומה לכך, נאמר שהנותן בהמה לשוחט על מנת שישחוט אותה, והתברר שפשע במלאכתו ולא שחט כהלכה, על השוחט לשלם את מה שהזיק. ואולם, אם אין ידוע בביורור שהשחיטה לא הייתה כשרה, יש לנקוט את הכלל "המוציא מחברו – עליו הראיה", והשוחט זכאי למלוא שכרו. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ה.

6 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צא, סעיף ה. על המנהג המקובל בבתי הדין להסתמך על מסמכים, ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 2, עמ' 292.

לטעון טענת "מיגו" או טענת "הפה שאסר" או שתיהן כאחת. ויש לומר שטענת "מיגו" וטענת "הפה שאסר" הן שני הכללים החשובים במשפט העברי המבוססים על שורת ההיגיון שבאמצעותם מעריך בית הדין את טענות בעלי הדין.⁷ משמעותה של טענת "מיגו" היא: בעל דין הטוען טענה מסוימת נאמן על טענתו, אם היה יכול לשקר אילו רצה לעשות כן ולטעון טענה טובה יותר מן הטענה שהוא טוען. ומיגו [=מתוך] שהיה בידו לטעון טענה טובה יותר, ולא העלה אותה, יש להאמינו על הטענה שהעלה. ובמקרה שלפנינו, אומרים שאילו רצה הרופא לשקר – הוא היה מכחיש את קיומו של הביקור הראשון, שהרי הוא אינו מתועד בכתב. לכן, יש להאמין לרופא כי בביקור הראשון לא נכח החולה עצמו. במקרה זה, אף מתקיים עקרון "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". ולפי ההלכה, אם אין ראיה להפריך טענת "מיגו" או טענת "הפה שאסר", מי שגרסתו ניתנת להישען על טענת "מיגו" או "הפה שאסר" פטור מהנטל להוכיח את דבריו.

2. חריג: שכיר הנשבע ונוטל מבעל הבית

וכאן נתבקשנו לבחון אם ניתן להקיש לענייננו מסוגיית שכיר הנשבע ונוטל מבעל הבית.⁸ בעניין זה שנינו במשנה העוסקת ברשימת החריגים שתיקנו בהם חז"ל, שהתובע רשאי להישבע ולהוציא מבעל דינו את הממון, "נשבעין ונוטלין", ובכללם השכיר. וזה לשונה: "השכיר כיצד? אמר לו [=השכיר]: תן לי שכרי שיש לי בידך. הוא אומר: נתתי. והלה אומר: לא נטלתי. הרי זה נשבע ונוטל".⁹ במסגרת הסברת הטעם להיתר לשכיר להישבע שבעל הבית לא שילם לו את שכרו וליטול אותו מבעל הבית, מציע התלמוד בסיכומו של דבר: "בעל הבית טרוד בפועלים הוא",¹⁰ ומשום כך הוא עלול לטעות מחמת טרדתו ולחשוב ששילם לפועל מסוים את שכרו, ואף להישבע על כך, אף על פי שלא שילם לן את שכרו. אי לכך, העבירו חכמים את השבועה מעליו והטילוה על השכיר שהסיכוי שיטעה בדבר מעין זה כמעט שאינו קיים, והתירו לו להישבע ולגבות את שכרו. בעלי התוספות¹¹ קובעים שהטעם להלכה זו הוא: יש חשש שבעל הבית יטעה לחשוב שכבר שילם את שכר העובד, ולכן החשיבוהו חכמים כמי שאומר: "איני יודע אם פרעתך אם לאו", אף על פי שהוא טוען שבוודאי שילם לו את שכרו, שהוא חייב לשלם למי שתובע אותו.¹² אך כפי שנראה בהמשך

7 לניתוח הרציונלים המשפטיים העומדים ביסוד הכללים האמורים בהשוואה לכללי נטל השכנוע המקובלים במשפט הישראלי והאנגלו-אמריקני, ראו סיני, לעיל ה"ש 3, עמ' 218–234.

8 כפי שנראה להלן, בסעיף 3, אין להקיש מסוגיה זו לנדון שלפנינו, אך בכל זאת אנו מפרטים את הדברים ומנמקים אותם לצורך העיון בעקרונות המשפט העברי בסוגיה זו.

9 משנה, שבועות, פרק ז, משנה א. לדיון נרחב בסוגיה זו, ראו: מנחם אֶלון **המשפט העברי** 504–510 (התשמ"ח); אלבק, לעיל ה"ש 3, עמ' 191–195.

10 שבועות מה ע"א; בבא מציעא קיב ע"ב.

11 בבא מציעא, שם, ד"ה טרוד.

12 ראו משנה ותלמוד, בבא קמא קיח ע"א.

דברינו, אין דבריהם של בעלי התוספות מקובלים על דעת הכול. על הטעם האמור לעיל, נשאלה שאלה בתלמוד: אם אמנם סוברים חכמים שאם בעל הבית טועה, ואמנם לא שילם את שכר העובד, מדוע חייבו את השכיר להישבע כדי ליטול את שכרו? מדוע לא ישלם בעל הבית את שכרו של הפועל על סמך טענתו בלא לחייבו בשבועה. והתשובה לשאלה זו היא: השבועה באה "להפיס [=להניח] את דעתו של בעל הבית", הסבור ששילם לפועל את שכרו אך הפועל מנסה לרמותו ומבקש את שכרו פעם שנייה. וכיוון שהפועל מחויב להישבע על טענתו לפני שהוא גובה את שכרו, עשוי בעל הבית להאמין שטעה מחמת טרדתו ושהפועל דובר אמת. הדין, שהשכיר נשבע ונוטל, נפסק להלכה בשולחן ערוך.¹³

3. הקושי להקיש מדין השכיר לנדון דידן

עתה יש לשאול: האם ניתן להקיש מדין השכיר לנדון דידן, ולומר שאף במקרה שלפנינו חזקה שהרופא טרוד בטיפול בחוליו, ולכן אין לסמוך על גרסתו ויש להאמין לגרסת החולה?¹⁴

דומה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, וזאת משלושה טעמים:

א. רבים מחכמי ההלכה הביאו לצד הטעם "בעל בית טרוד בפועלים הוא" גם את הטעם שהובא קודם לכן בסוגיית התלמוד, "משום כדי חייו דשכיר". כלומר, כיוון שמזונותיו של השכיר וחייו תלויים בשכר עבודתו, תיקנו חכמים שיהא נשבע ונוטל.¹⁵ ואחד מגדולי הפוסקים, בעל ערוך השולחן, כתב: "עיקר התקנה הוא משום כדי חייו דשכיר", וביאר:

טעמא דתקנה הוא משום דלפעמים ישנו לבעל הבית פועלים הרבה, וצריך לשלם לכל אחד שכרו ביומו, ומתוך שהם הרבה פועלים, הוא טרוד ונבוך ביניהם, וקשה לו לזכור למי נתן ולמי לא נתן. ומדין תורה הבעל הבית פטור... וחז"ל מפני התקנה תקנו כן. ולא משום הטעם שנתבאר לבד, דעם כל זה למה חששו חז"ל בזה יותר מבשאר ענייני מסחור שיש בהם טרדא רבה? אלא דעיקר התקנה הוא משום כדי חייהם דשכירים, דשכיר שאליו נושא את נפשו להחיות נפשו ונפש בני ביתו ממלאכתו, חסו חז"ל עליו, שתהא היכולת בידו ליטול בעל כרחו של בעל הבית.¹⁶

לכן מחדש בעל ערוך השולחן:

13 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פט.
14 בפנייתו של השופט שפירא למרכז ישמ"ע הוא העלה אפשרות זו, ונתבקשנו לדון בה בהרחבה ולברר אם היא מקובלת במשפט העברי.
15 ראו: רי"ף לשבועות כה ע"ב בדפי הרי"ף; ר"ן על הרי"ף, שם; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יא, הלכה ו; חידושי הרמב"ן על בבא מציעא, לעיל ה"ש 10.
16 ערוך השולחן, חושן משפט, סימן פט, סעיף ב.

אם ההכחשה בין בעל הבית והשכיר הוא בעצם המלאכה, כגון שבעל הבית אומר: לא עשית המלאכה כמה שהוצרכת, או: קילקלת אותה, או: התנית עמך לעשות כך ולא קיימת תנאי, והשכיר מכחישו – אין זה בתקנתא דשכיר שתקנו רבנן, והם ככל הטענות ותביעות שבין אדם לחבירו. והמוחזק נשבע היסת ונפטר.¹⁷

נמצא לפי שיטה זו, שתקנת חז"ל לא תוקנה אלא בדין ודברים שבין שכיר לבין בעל הבית בעניין שכרו של השכיר, וברור שאין התקנה חלה בנדון דידן במחלוקת בין הרופא לבין החולה בדבר הרשלנות הרפואית, משום שאין כאן מקום לטעון שחיי השכיר תלויים בתשלום שכרו.¹⁸

ב. נראה שאין כאן מקום לטענה זו במקרה שלפנינו אף מטעם אחר. בעל "ערוך השולחן"¹⁹ מסכם את דעת הפוסקים להלכה במילים אלה:

תקנה זו אינו אלא כשיש עדים ששכרו ויש עדים שעשה המלאכה ותבעו בזמנו, וההכחשה ביניהם הוא בפרעון ולא בקציצת המקח. ואם חסר אחד מאלה, נשבע הבעל הבית היסת ונפטר. והטעם משום דעיקר התקנה היתה מפני כדי חייו דשכיר, כמו שנתבאר, ועם כל זה בלא סברא לא היו מתקנים זה. ותלו הטעם מפני שבעל הבית טרוד בפועליו, ושכח אם נתן מעות אם לא... אמנם כשיש לו מיגו לבעל הבית, אי אפשר לנו לדחותו כשטוען ברי. וכן אם טענת השכיר רעועה, גם כן אי אפשר לנו לסמוך על שכחת הבעל הבית. דאדרבה, יש סימן שלא שכח ממה שנמצא ריעותא בטענתו של השכיר. ולכן אם אין עדים ששכרו ושעשה המלאכה, די ש לו להבעל הבית מיגו שלא שכרו או שלא עשה המלאכה.²⁰

ונמצא שיש להעמיד את הדברים על דין תורה, ובעל הבית פטור מלשלם.²¹ וכיוון שטענת השכיר מתקבלת רק במקרה המסוים של בעל הבית והשכיר, אין להחיל אותה

17 שם. חידוש זה יכול להיות מטעם אחר, שהרי בהקדמת דבריו הוא טוען שטרדת פועלים שייכת רק לעניין השאלה אם שילם בעל הבית את שכר הפועל אם לאו, אך לעניינים אחרים, כגון מה השכר שקצץ עם הפועל, זיכרונו של בעל הבית אינו טוב פחות מזה של הפועל, ונראה שגם במקרה זה, שהם חולקים על עצם המלאכה, אין הטעם משום שאין זה כדי חייו אלא משום שאינו טרוד עד כדי כך.

18 לעניין זה, ראו גם מה שהדגיש אֶלון, לעיל ה"ש 9, עמ' 509, שהתקנה הולמת "את הצרכים הסוציאליים והכלכליים שביחסי עובד ומעביד", ולא נראה שניתן ללמוד ממנה לעניין יחסים אחרים.

19 ערוך השולחן, לעיל ה"ש 16, סעיף ה.

20 ראו: שולחן ערוך, שם, סעיף ג; ש"ך, שם.

21 אף במקרה שלפנינו אין כאמור כל ראייה על עצם קיומו של ביקור שני של החולה עצמו אצל הרופא, ולכן הרופא נאמן כשהוא טוען שהחולה לא ביקר אצלו אלא פעם אחת, משום שהוא יכול לטעון טענת מיגו, שהרי יכול היה לטעון שלא היה ביקור שני כלל.

במקרה שלפנינו, שיש בו מחלוקת בין רופא לחולה בשאלת מספר הביקורים שביקר החולה אצל רופאו.

ג. אף לפי תקנת חז"ל, על השכיר להישבע שבועה, ואם אינו יכול להישבע – אינו נוטל את שכרו אלא אם כן הביא ראיה.²² לפי זה, אף אילו היינו מקישים מדין השכיר לנדון שלפנינו, עדיין לא היינו יכולים להאמין אוטומטית לגרסתו של החולה אלא אם כן היה נשבע עליה. אולם, בגלל החומרה הגדולה שההלכה מייחסת לשבועה ובגלל החשש שייכשל הנשבע בעוון שבועת שקר, נקבע שאם ראה לנכון בית הדין שיש מקום לחייב את אחד מבעלי הדין בשבועה, עליו לנסות תחילה לשכנעם להימנע מן השבועה, "אולי יחזרו בהם, עד שלא תהיה שם שבועה כלל".²³

הנה כי כן, מסקנתנו היא כי לא ניתן בשום אופן להקיש מסוגיית השכיר לנדון דידן.

4. קביעה לפי אומדן דעתו של השופט

אף לאומדן דעתו של השופט ונטייתו להאמין לגרסת אחד הצדדים יש משקל מכריע מעיקר הדין, כפי שכתב הרמב"ם. וזה לשונו:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד, ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, וישבע ויטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה. אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו, סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד. וכן אם יצא שטר חוב לפניו, ואמר לו אדם שסמך עליו, אפילו אשה או קרוב, זה פרוע הוא, אם סמכה דעתו על דבריו, יש לו לומר לזה: לא תפרע אלא בשבועה. או אם היה עליו שטר חוב לאחר, יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל, ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה. וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה, ונתן סימנין מובהקין, ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה, וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת,

²² ראו דברי הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פט, סעיף ב.

²³ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף כא. מעשית, נוהגים בתי הדין הרבניים בארץ להימנע במידת האפשר מלחייב בעל דין להישבע, בהסתמכם על הלכת שולחן ערוך (חושן משפט, סימן יב, סעיף ב) המאפשרת לבית הדין לכפות פשרה על הצדדים כדי להימנע משבועה. לדיון נרחב במגמה זו, ראו שוחטמן לעיל ה"ש 2, עמ' 258–260.

מוציאו מן היורשין, ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן, למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן, אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.²⁴

עינינו הרואות שמעיקר הדין "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה". אם כן, אף בנדון שלפנינו, אם דעת השופט נוטה לגרסת אחד הצדדים, הוא רשאי לפסוק על פיה. אך ראוי להדגיש שאין מדובר בהשערה של השופט אלא באומדן דעת קרוב לוודאי, "והדבר חזק בלבו שהוא כן".
ואולם הרמב"ם עצמו מגביל את הסמכות לדון על פי אומדן דעתו של הדיין, וטעמו ונימוקו עימו. וזה לשונו:

כל אלו הדברים הן עיקר הדין. אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינין, ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט: לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען. ואעפ"כ, אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים, ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין, ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינין, עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה, או יסתלק מן הדין.²⁵

נמצא אפוא שהדיין חייב להסתמך על ראייה ברורה, אף על פי שיש מקום לנטיית דעתו המאפשרת לו להשהות את הדין או לעשות פשרה בין הצדדים, וכיוצא בזה. לסיכום: הרמב"ם פוסק שמעיקר הדין, יש לדיין לפסוק בדיני ממונות על פי נטיית דעתו לאור מה שנתברר לו בעת הדין, אלא שכבר בימיו היו דיינים שאינם ראויים לפסוק בדרך זו, ומשום כך פסק שאין לפסוק את הדין בדיני ממונות על פי נטיית הלב אלא רק בראיות ברורות.

5. מסקנות

א. שורת הדין על פי הכללים הרגילים להערכת הטענות: לפי הכלל "המוציא מחברו – עליו הראיה", ייחשב חולה התובע את רופאו על רשלנות רפואית כמוציא מחברו ועליו

²⁴ רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה א.

²⁵ שם, הלכה ב.

להביא ראיה שהרופא התרשל במלאכתו. ואם אין לו ראיה לגרסתו, יש לקבל את גרסת הרופא. יתרה מזו: בנדון שלפנינו, יש לקבל את גרסת הרופא, שכן הוא יכול היה לטעון טענת "מיגו" או טענת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" או שתיהן. שהרי אילו רצה לשקר, היה יכול להכחיש את קיומו של הביקור הראשון של אשת החולה, שהרי אין כל ראיה בעל פה ואף לא תיעוד בכתב על קיומו של ביקור זה. לכן, יש להאמין לרופא, הטוען שבביקור הראשון לא נכח החולה עצמו. בהיעדר ראיה אחרת, נתבע המחזק את דבריו בטענת "מיגו" או בטענת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" או שתיהן, גובר על התובע ויש להאמין לו.

ב. דין חריג: שכיר הנשבע ונטל מבעל הבית: בתלמוד נאמר שמותר לשכיר להישבע על טענתו וליתול את שכרו מבעל הבית, הואיל ו"בעל הבית טרוד בפועלים הוא", והוא עלול לטעות מחמת טרדתו ולחשוב ששילם לפועל מסוים את שכרו, ואף להישבע על כך, אף על פי שלא שילם לו. אי לכך, הסירו חכמים את נטל השבועה מעל בעל הבית והטילוה על השכיר, משום שהחשש שיטעה כמעט שאינו קיים, והתירו לו להישבע ולגבות את שכרו. **נראה שאין כל אפשרות להקיש מסוגיה זו**, ולומר שאף במקרה שלפנינו חזקה שהרופא טרוד בחוליו ולכן אינו נאמן בגרסתו, ויש להאמין לחולה. אלא שיש להבחין בין הדין החריג של השכיר לנדון שלפנינו, כמפורט לעיל.

ג. קביעה לפי אומדן דעתו של השופט: מעיקר הדין, "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה". אם כן, אף בנדון שלפנינו, אם דעת השופט נוטה להאמין לגרסת אחד הצדדים, הוא רשאי לפסוק על פיה, בתנאי שאין מדובר בהשערה של השופט אלא באומדן דעת קרוב לוודאי, "והדבר חזק בלבו שהוא כן". ואולם נפסק להלכה שהסמכות לדון על פי אומדן דעתו של השופט מוגבלת, ושהשופט חייב להסתמך על ראיה ברורה, אך עדיין יש מקום לנטיית דעתו של השופט המאפשרת לו להשהות את הדין או לעשות פשרה בין הצדדים, וכיוצא בזה.

ג) פסקי הדין

1. פסק הדין בפרשת אשכנזי

בית המשפט המחוזי הכריע בשאלה הראייתית העיקרית הנזכרת לעיל בתחילת הפרק על פי עקרונות המשפט העברי שתוארו בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע. בחוות הדעת נכתב כאמור כי לפי ההלכה היהודית, ניתן לסמוך על רישומים בכתב או במחשב. ואמנם, הרופאה הודתה מיוזמתה בשני ביקורים, אך היא הסבירה כי בביקור הראשון נכחה רק אשת החולה. במקרה זה, על פי המשפט העברי, יש לקבל את גרסת הרופאה, משום שהיא יכולה לטעון טענת "מיגו" או טענת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". ואכן, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, השופט יוסף שפירא, הכריע על פי חוות הדעת, והקביעה

העובדתית הזו השפיעה כמובן על תוצאת פסק הדין. ואלה דבריו בפסק דינו, בסעיף 6 של פסק הדין:

אוסף ואומר, כי אכן שתי הגירסאות נוגדות לחלוטין, ופרט לאמור בכתובים, עלי להחליט אם להאמין לתובעת או לרופאה בנקודה זו. אני מקבל את גירסת הרופאה בנושא זה אף מן הטעמים הבאים:
א. אילו היה התובע מתייצב ב-16.2.01 במרפאת ד"ר גאנדין, חזקה עליה שהיתה בודקת אותו אז, בהיותו חולה חדש לחלוטין, ורושמת הממצאים בכרטיס החולה.
זו אף ההלכה שנפסקה בשולחן ערוך חושן משפט, סימן 3א, סעיף ה:
"יש לדון על פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו ואפילו להוציא מיתומים הקטנים היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת".

(כן ראו א' שוחטמן, סדר הדין, ספרית המשפט העברי, תשמ"ה, 219–249–256).

ב. מכח טענת "מיגו", דהיינו – "מתוך" זה שהיה בידה להעלות לטובתה טענה טובה יותר ולא העלתה, יש 'להאמינה' על הטענה שהעלתה בפועל. (ראו שוחטמן, שם, 254–256); (עמדת המשפט העברי, כאמור לעיל, לעניין זה, מובעת על ידי ד"ר יובל סיני בחוות דעת בנושא 'גרסאות נוגדות', המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה).
לפיכך, אני מקבל את גירסת ד"ר גאנדין כי ביום 16.2.01 היתה רק התובעת במרפאתה. (ההדגשות במקור – י"ס).

2. פסק הדין בפרשת יונסי

בפרשת יונסי הכריע השופט דרורי בשאלה הראייתית הנזכרת לעיל בפתיחת הפרק, וקבע בסעיף 82 של פסק הדין, שנטל השכנוע מוטל על הנתבעות. הקביעה האמורה מסתמכת, בין השאר, על מקורות המשפט העברי, כפי שהובאו בחוות דעת של מרכז ישמ"ע הנזכרת אף בפסק דינו של השופט שפירא הנזכר לעיל. נעיין בדברי השופט דרורי בעניין חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ודברי השופט שפירא. וזה לשונו בסעיף 83 של פסק הדין:

בפרשת אשכנזי (שם פסקאות 5–6), התעוררה בעיה דומה בפני עמית השופט י' שפירא, ...

כמו כן, מזכיר השופט שפירא כי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו של "גירסאות נוגדות", כלולה בחוות דעת של ד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה (השופט שפירא מתבסס

גם על דיני המיגו, על פי הנסיבות בתיק שלפניו, דבר שאינו רלוונטי לעובדות שבפנינו).

עיינתי בחוות דעת זו, ומקובל עליי האמור בה, בקווים כלליים. נקודת המוצא בשקילת ראיות, כאשר מדובר בעדויות סותרות או בגירסאות סותרות היא כי יש לבית הדין, על פי המשפט העברי, שיקול דעת רחב כיצד לקבוע ממצאים עובדתיים, כאשר יש משקל רב ומכריע לעדות שני עדים, ככתוב בפרשת השבוע הבא, פרשת שפטים, "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" (דברים, פרק יט, פסוק טו).

וכך מתאר הרמב"ם את היקף שיקול הדעת השיפוטי בהכרעות עובדתיות (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה א): "...[דברי הרמב"ם הובאו לעיל והם הושמטו כאן; י"ס]... אין כאן המקום להאריך באותם שיקולים של בית הדין, המדריכים אותם בשאלה למי להאמין, ודי אם נציין את הכללים מבוססים בחלקם על ההגיון ובחלקם על ניסיון החיים, ובהם: אומדנא ואמתלה; חזקה; מיגו; הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ועוד... באותה חוות דעת, יש התייחסות לסוגיה מיוחדת במשפט העברי, שבה ניתן אימון לשכיר כנגד המעביד. בניגוד לכלל הראיות הבסיסי, המוציא מחברו עליו הראיה, קובע דין המשנה כך (משנה, מסכת שבועות, פרק ז, משנה א):

"השכיר כיצד? אמר לו [הפועל התובע]: 'תן לי שכרי שיש לי בידך'. הוא [המעביד הנתבע] אומר: 'נתתי', והלה אומר: 'לא נטלתי'. הוא [הפועל התובע] נשבע ונוטל."

במקרה שלנו, העידו התובע ואימו, אף כי לא נשבעו (שכן כיום עדים רק מוזהרים ואינם נשבעים...). על כל פנים, גם אם היה מוסד השבועה נוהג, לא הייתי מורה להם להישבע, שכן טענתם בדבר מספר הביקורים אינה ברורה גם להם, ולא ניתן להשביע על טענה או עובדה שאינה חדה וחותכת...

אוסף ואומר, כי מקובלת עלי גישתו של ד"ר יובל סיני בחוות הדעת האמורה, כי הדין ששכיר נשבע ונוטל, אינו כלל ראיה חדש ורחב, אלא הוא תקנה מתוחמת ומצומצמת בדיני עבודה, וזאת בשל העובדה כי "בעל הבית טרוד בפועלים הוא" (תלמוד בבלי, מסכת שבועות, דף מה, עמ' א; בבא מציעא, דף קיב, עמ' ב) והתקנה נועדה לטובתו של השכיר, "משום כדי חייו דשכיר"... על פני הדברים, ראוי להשאיר תקנה זו לתחומה, ולא ראיתי לנכון להרחיבה, בדרך היקש או אנלוגיה של יחסי חזק חלש, גם לתביעות בגין רשלנות רפואית". (ההדגשות במקור – י"ס)

3. פסק הדין בפרשת כסיף

אף בפרשת כסיף, הסתמך השופט שפירא על מקורות המשפט העברי כפי שהובאו בחוות הדעת ובפסק דינו של השופט דרורי בפרשת יונסי. ואלה דבריו בסעיף 34 של פסק הדין:

יש בפנינו אפוא גירסאות נוגדות. זו של התובעים אל מול זו של ד"ר כסיף. דברי ד"ר כסיף בעניין זה הינם בגדר "שמא", שהרי הם יותר הנחה מאשר עדות ברורה, לעומת טענת "ברי" של התובעת, אותה אני מעדיף. על עמדת המשפט העברי בסוגיה זו של "גירסאות נוגדות" עמד ד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה. בעניין זה, חברי כב' השופט מ' דרורי, בדעה כי נקודת המוצא בשקילת ראיות, כאשר מדובר בעדויות סותרות או בגירסאות סותרות היא כי יש לבית הדין, על פי המשפט העברי, שיקול דעת רחב כיצד לקבוע ממצאים עובדתיים, כאשר יש משקל רב ומכריע לעדות שני עדים... הואיל ובמקרה דנן ד"ר כסיף אינו זוכר את השיחה הספציפית שהיתה בינו לבין התובעת, ואילו התובעת העידה בבהירות מה נאמר בה, נראה לי כי גישת המשפט העברי לסוגיה, כעולה מדברי ד"ר יובל סיני, משולה לזו לפיה ניתן אמון לשכיר ולא למעבידו, בניגוד לכלל הבסיסי של המוציא מחברו עליו הראיה... אוסיף ואומר, כי מקובלת עלי גישתו של ד"ר יובל סיני בחוות הדעת האמורה, כי הדין ששכיר נשבע ונוטל, אינו כלל ראיה חדש ורחב, אלא הוא תקנה מתוחמת ומצומצמת בדיני עבודה... מנגד, ניתן לומר כי דבריו הנ"ל של ד"ר כסיף מלמדים כי אין בהם כל מענה לשאלת הייעוץ הגנטי, שכן כרופא המתמחה בתחום הנדון, היה עליו לדעת שבדיקת האולטרסאונד לא היוותה תחליף, כפי שעולה מדברי המומחה מטעמו.

אין ספק ששלושת פסקי הדין המחוזיים שנדונו בפרקנו, כמו גם פסקי דין נוספים שניתנו לאחרונה ולא נדונו כאן,²⁶ ממחישים יפה עד כמה עשוי המשפט העברי לסייע לשופטים ולתת בידיהם כלים משפטיים יעילים והגיוניים בהכרעות עובדתיות "קטנות" בתיקים רבים הנדונים לפנייהם יומיום והם נבוכים למי מן הצדדים להאמין, לפלוני או לאלמוני. פעמים רבות אין המשפט הישראלי מספק להם כלים טובים להתמודד באמצעותם עם בעיות מעין אלה. אין ספק שהפסיקה הישראלית עשויה להתעשר מאוד, אם תזדקק בעניינים אלה למקורות המשפט העברי.

²⁶ ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 8439/06 ימית נ' התחנה המרכזית ירושלים (לא פורסם) (מיום 14.2.2008), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; תמ"ש (משפחה כפ"ס) 2141/05 ג'ורג' סירבו נ' אליבלידיה, תק-מש 2007 (2) 33 (מיום 5.4.2007), מפי השופט צבי ויצמן מבית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא.

פרק שני

מי נחשב ראוי לתת חוות דעת של מומחה

(א) העובדות והשאלות המשפטיות

ת"א (מחוזי חי') 732/01 לוי תולי ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ ואח' (לא פורסם) (מיום 15.3.2007), מפי השופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה (להלן: פרשת כימיקלים).

בדיון בבית המשפט המחוזי בחיפה, בתביעותיהם של דייגים שדגו במעגן הקישון וחלו במחלת הסרטן, נדונה שאלת קבילותה של חוות דעת מומחה שכתבה מר מנחם בן ימי, לבקשת התובעים. מר מנחם בן ימי כתב בחוות הדעת כי נתבקש לחוות את דעתו המקצועית בשאלות האלה: טיבם של החומרים שנמצאו במים ובכוצה במורד נחל הקישון ובמעגן הדיג בקישון; ריכוז החומרים במי הקישון ובכוצה בהשוואה לתקן שנקבע; הפיכת נחל הקישון מנחל חי לנחל מת בעקבות מזהמים שהוזרמו לתוכו; פעילות הדיג בקישון; חשיפת הדייגים למי המעגן המזוהמים ולכוצה; חומציות המים; מקורותיו של הזיהום במי הקישון ותוצאותיו. מר מנחם בן ימי כותב בחוות דעתו שהוא אוטודידקט שאין לו השכלה רשמית בתחום זה, אך קיבל תואר דוקטור לשם כבוד מטעם האוניברסיטה הטכנית בלינינגרד שברוסיה, לאחר שרכש השכלה בנושאי ים ודיג תוך לימוד ומחקר עצמי במשך שנים רבות. לעניין הניסיון, כותב מר בן ימי בחוות דעתו שיש לו ניסיון כדייג, כקברניט מכמורתן וכטכנולוג דיג ושעבד במעגן הדיג בקישון. בחוות דעתו הציג מר מנחם בן ימי את עצמו כמי ששימש כיועץ לממשק ולאקולוגיה של דיג, אך העיד בבית המשפט שאין לו השכלה רשמית בנושאים שחוות הדעת עוסקת בהם.

משום כך, טענו הנתבעים שמר מנחם בן ימי אינו יכול לשמש כעד מומחה בתחומים המצוינים בחוות הדעת, שכן אין לו כל השכלה טכנית או מעשית בהקשר הכימי. הנתבעים אף טוענים כי קבלת חוות דעתו של מומחה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט ושמקובל

שבתי המשפט אינם נוהגים להתיר להגיש חוות דעת שאינה תורמת תרומה ממשית לביורור השאלות הנויות במחלוקת בין הצדדים. וכיוון שבעניין הנדון במשפט זה מדובר בעניינים מקצועיים שמעצם טבעם דורשים השכלה אקדמית, ואין לעד השכלה אקדמית, אין ראוי שבית המשפט יקבל את חוות דעתו.

השופט רון שפירא פנה למרכז ישמ"ע וביקש לקבל חוות דעת שתעסוק בשאלה הבאה: האם יש במשפט העברי מענה לשאלה מי נחשב מומחה בתחום מסוים או מהו המבחן להגדרת אדם כמומחה בתחום מסוים. זאת, משום שבפסיקה הישראלית נקבע כי אדם נחשב מומחה לצורך עדות בבית משפט אף אם אין לו השכלה רשמית בתחום שהוא מעיד עליו.¹ משום כך, ההכרעה בשאלת מומחיותו של עד בתחום מסוים נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.² לכן, ראוי לנסות להסתייע במשפט העברי לעניין זה.

(ב) חוות הדעת

1. מבוא

המושג "מומחה" נפוץ למדי בספרות ההלכה, אלא שניתן לומר באופן כללי שהוא בא לתאר, בדרך כלל, רמה מקצועית ואמינות של כל בעל מקצוע בתחומו, כשהקריטריונים להגדרת "מומחה" הם גמישים ומשתנים לפי התחום שנדרשת בו המומחיות.

דומה כי ההסתייעות בעדותם של מומחים בימי קדם בין כותלי בתי הדין הצטמצמה לענייני שמאות כספית של מקרקעין ושל מיטלטלין או להערכה כספית של נזקי גוף, אם כי ייתכן שדיינים שהיו מנוסים ובקיאים הם שקבעו את השומות וההערכות הנזקקות לפסיקת הדין.³

להלן נסקור כמה מן המקורות העוסקים בצורך במומחים בתחומים שונים, ונסה לדלות מן ההקשר שהעניינים באים בהם ומדברים שנכתבו על ידי פוסקי הלכה בעניינים אלה קווים כלליים להגדרת "מומחה" בלי לקבוע עמדה או להגדיר הגדרה חד-משמעית בדבר השימוש בחוות דעת של מומחה או בעדות מומחה בהליך שיפוטי ככלי ראייתי.⁴

יש להעיר שיש תחומים שבהם התפתח המנהג להעניק הסמכה מלווה בתעודה, אלא שבגלל האופי הקהילתי של חיי העם היהודי במשך זמן כה רב, קשה להצביע על רגולציה בתחום הפיקוח וההכשרה במקצועות השונים.

1 ראו לדוגמה ע"פ 436/88 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 553, בעמ' 556–557 (1989).

2 ראו לדוגמה ע"א 745/82 שחר ואח' נ' בור ואח', פ"ד מ(2) 46, בעמ' 50–51 (1986); ע"א 2906/01

עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2006(2) 2504, בעמ' 2516 (2006).

3 על פסיקת פיצויים נזקיים על פי אומדנא דדינא, עמדנו לעיל, שער שלישי, פרק שלישי.

4 בהיבט מסוים של נושא זה, נדון בקצרה להלן, בסעיף 4.

2. הצורך במומחה

בתחומים אחדים, יש נפקות להיות בעל המקצוע מומחה בתחומו.⁵ לעתים, יש חשיבות למומחיות האדם לעצם כשירותו לשמש בתפקיד מקצועי, לעתים יש לה חשיבות לעניין אחריותו בנזיקין ולעתים לעניין אמינותו, הן מן הבחינה הדתית והן מן הבחינה המשפטית, בדיני הראיות, ועוד.

להלן דוגמאות אחדות לתחומים שנאמר במקורות שדרושה בהם מומחיות:

1. **דיין מומחה.** נפסק בשולחן ערוך⁶ שדיין מומחה לרבים, פסק דינו תקף בדיני ממונות אף במותב יחיד.⁷ וכבר קבע רב שרירא גאון מיהו מומחה לעניין זה. וזה לשונו: "ועיקר לשון מומחה ניסוי הוא" וכי דיין מומחה הוא כל מי שהוא "מנוסה לרבים ושחמתו מפורסמת עלויה לרבים"⁸. וכתב הטור: "וכתב רב שרירא גאון, יחיד מומחה היינו דחשיב כרב נחמן ופקיע [=בקי] במשנה ובתלמוד, ופקיע [=בקי] נמי בשיקול הדעת, ומעין בדינין כמה שנין [=שנים], ומנסין ליה זימנין סגיאיין [=וניסו אותו פעמים רבות], ולא הוו ביה טעות, כגון האי הוי מומחה לרבים"⁹, והוא מה שהתלמוד מכנה "גמיר וסביר"¹⁰. כלומר, משמעות המומחיות בדיין היא ידע רב ובקיאות הלכתית בצירוף יכולת הבנה וניתוח משפטיים, המוכחים מניסיון העבר בפסקי הדין של הדיין.¹¹
2. **סופר סת"ם מומחה.**¹² לפי ההלכה, אסור לקנות תפילין שלא נכתבו על ידי סופר סת"ם מומחה, הבקי בהלכות כתיבת סת"ם.¹³
3. **שוחט מומחה.** כל שוחט חייב לדעת את הלכות שחיטה ולעבור חניכה מעשית אצל חכם מומחה בשחיטה.¹⁴ ואף שלעניין אכילה מבשר בהמה שנשחטה אין צורך בבדיקת מומחיותו של השוחט, אם אינו לפנינו, משום שרוב השוחטים מומחים הם, מכל מקום

5 לסקירת המקורות התלמודיים בנושא זה, ראו נ' עמינח "מומחים במסורת ההלכה" דיני ישראל ח, עמ' קמא-קסט (התשל"ז).

6 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ב.

7 אך ראו דברי הרמ"א, שם, הקובע: "ובזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים שידון ביחיד בעל כרחו של אדם".

8 תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ז, סימן לה, ד"ה הכין חזינא.

9 טור, חושן משפט, סימן ג.

10 הוריות ב ע"ב. וראו גם פרישה, חושן משפט, שם, ס"ק ו, בעניין ההבחנה בין מומחה לרבים לבין מומחה סתם, ודיון בדברי הרמב"ם, הרא"ש ונימוקי יוסף בעניין זה.

11 ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכח, סעיף א, לעניין הצורך בחכם מומחה. על דיינים מומחים, ראו גם ע' רדזיני **יסודות דיני קנסות במשפט התלמודי** 263-265 (חיבור לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התשס"א).

12 ראו מנחות מב ע"ב, גם לעניין תכלת ועוד.

13 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן לט, סעיף ח. הטעם הוא: מאחר שפרשיות התפילין כבר סגורות ותפורות בתוך הבתים, ואדם עלול להתרשל בפתיחת התפילין ובדיקת הפרשיות, מה שאינו כן במזוזות או אפילו קניית פרשיות תפילין בנפרד, שאין בהן צורך בקנייה ממומחה, משום שממילא יש לבדקן לפני קביעתן במקומן. ראו משנה ברורה, שם, ס"ק יט.

14 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן א, סעיף א. הניסיון הנדרש בשחיטה הוא שחיטה שלוש פעמים.

לעניין שוחט שניבל את הבהמה בשחיטתו וגרם נזק כספי לבעליה של הבהמה, עליו להביא ראיה שהוא מומחה כדי להיפטר מתשלומי נזק.¹⁵ ויש לציין שבתחום השחיטה, נדרשה כבר בתקופה קדומה הכשרה מקצועית וקבלת תעודה המעידה על כשירותו המקצועית של השוחט.¹⁶

4. **יועץ פיננסי מומחה.** יועץ פיננסי שיעץ עצה שגרמה נזק למי שנועץ בו פטור מתשלומי נזק אם יעץ עצה בלא לקבל שכר בעבורה והביא ראיה שהוא מומחה בתחומו.¹⁷
5. **מודד מומחה.** מודדים מומחים הם שמדדו סביבות הערים וקבעו במדויק ובשיטתיות את גבולות תחום שבת של כל עיר, כשעד גבולות אלה מותר ללכת בשבת למי ששבת בעיר, ואין לסמוך על תחום שבת שקבע מודד שאינו מומחה.¹⁸ מומחיות המודד צריכה להיות הן בהנדסת קרקע והן בהלכות תחומין.¹⁹
6. **רופא מומחה.**²⁰ לעניין חוות דעת רפואית המגדירה מהי סכנת נפשות שמותר לחלל שבת בגללה, נפסק בשולחן ערוך:

כל חולי שהרופאים אומרים שהוא סכנה, אע"פ שהוא על הבשר מבחוץ, מחללין עליו את השבת. ואם רופא אחד אומר צריך ורופא אחד אומר אינו צריך, מחללין. ויש מי שאומר שאין צריך מומחה, דכל בני אדם חשובים מומחין קצת, וספק נפשות להקל.²¹

ואף על פי שכאשר מדובר בסכנת נפשות, גם דעתו של אדם שאין לו הכשרה רפואית נחשבת, יש צורך בידע מינימלי במחלה שהאדם מביע את דעתו עליה, ואז יהיה משקל לדעתו. אך, בכל מקרה, דבריו אינם עומדים נגד דעת מומחה.²²

העולה מן המעט שקיבצנו עד כה שקביעת המומחיות היא גמישה ותלויה בתחום. אך בכל זאת, ניתן לומר באופן כללי, מן המקורות שהבאנו לעיל וממקורות אחרים, שיש שני קריטריונים בסיסיים להגדרת מומחיות, **ידע תיאורטי מקצועי וניסיון מעשי.**²³

15 ודווקא אם שחט חינם. ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיפים ד-ה, ז; ש"ך, יורה דעה, סימן א, ס"ק ד.

16 ראו רמ"א, יורה דעה, סימן א, סעיף א. וכתב עמינח, לעיל ה"ש 5, עמ' קסח, שמן המקורות התנאיים, עולה כי "מומחה" היה תואר לחכם הבקי באנטומיה ובביולוגיה, וכי מהמקורות האמוראיים עולה שהוא הוענק במינוי רשמי.

17 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיפים ו-ז. וראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כה.

18 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שצט, סעיפים ז-ח.

19 ראו: משנה ברורה, שם, ס"ק כח; שער הציון, שם, ס"ק יד.

20 ראו: שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שא, סעיף כו, האומר שהרופא נאמן לומר על עצמו שהוא מומחה.

21 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שכח, סעיף י.

22 משנה ברורה, שם, ס"ק כז.

23 המינוח שהשתמשו בו הפוסקים לפרש את המילה "מומחה" הוא "מנוסה". ראו לדוגמה פרישה, חושן משפט, סימן ג, ס"ק ה.

3. קביעת דרגת המומחיות

דרגת המומחיות הנדרשת משתנה בהתאם לאופיו של התחום. בתחומים שיש בהם פיקוח נפש, די במומחיות מעטה כדי להקל בהצלת נפשות. אף בהכשרת שוחט, די בידיעה תיאורטית של דיני השחיטה וניסיון קצר יחסית. לעומת זאת, כדי להתיר נדר על ידי חכם יחיד, צריך שיהא חכם זה "גמיר וסביר", שהיא רמת מומחיות גבוהה ביותר, עד שנפסק בשולחן ערוך שאין בימינו חכמים מומחים הראויים להתיר נדרים,²⁴ מן הטעם שלשם התרת נדרים יש צורך בידע ובחכמה גדולים יותר, כנראה בשל מורכבות הלכות נדרים וריבוי. וכך מצינו גם לעניין הגבלת סמכות הדיין לדון יחידי בזמן הזה.²⁵

דומה, אם כן, שיהיה צורך לבחון את רמת המומחיות הנדרשת בכל תחום מקצועי לגופו, בהתאם למורכבותו, וכמובן בהתאם לנסיבות שבגינן יש צורך בחוות דעת של מומחה. שהרי יש להבחין בין מידת המומחיות הנדרשת כדי לכתוב חוות דעת רפואית לבין מידת המומחיות הנדרשת כדי לחייב אדם בנזיקין בגין חבלת גוף ולבין מידת המומחיות הנדרשת כדי להתיר לחלל את השבת בגלל סכנת נפשות.

4. מי נחשב ראוי לתת חוות דעת של מומחה

בראשית דברינו עלינו לציין, כפי שכבר אמרנו לעיל, שמן התלמוד עולה כי בהליך המשפטי, נזקק בית הדין בדרך כלל לחוות דעת של מומחה בענייני שמאות והערכה כספיים, ולא במובן הרחב של עדות מומחה הנחשבת כראיה קבילה בהליך המשפטי. דוגמה קלאסית של צורך בשומה היא מקרהו של לווה שחדל לפרוע את חובו, שקבע בית הדין שיש למכור את נכסיו כדי לפרוע את חובו. וזה לשון הטור בעניין זה:

כאשר יורידו המלוה לנכסי הלוה, יכנסו ג' שמאין לשום לו בהם כשיעור חובו, ואין להם בשומא זו אלא כפי הזמן וכפי השער שנמכרין הקרקעות עתה באותו מקום.²⁶

השמאים הללו חייבים להיות בקיאים בשומת מקרקעין²⁷ או מיטלטלין,²⁸ לפי העניין. מקרה אחר שיש בו צורך לבית הדין בהערכת מומחה הוא בנזקי גוף, שיש לאמוד בהם את ראשי הנזק.²⁹ ויש עוד מקרים שבית הדין נזקק לאומדן, ומתברר שעליו להיעזר בחוות

²⁴ אף שלעניין התרת נידוי וחרם (ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלד, סעיף כד). יש מקום לומר שקיים מומחה גם כיום בדרגה מספיקה לשם כך (ראו ש"ך, שם, סימן שלד, ס"ק מב).

²⁵ ראו לעיל ה"ש 7. וראו נתיבות המשפט, סימן כה, ס"ק יג. לעניין חיוב דיין מומחה לשלם על טעות בדיון.

²⁶ טור, חושן משפט, ראש סימן קג.

²⁷ ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קג.

²⁸ ראו שולחן ערוך, שם, סימן עג, סעיף טו. וראה ש"ך, שם, ס"ק מ, המסביר את דעת הרא"ש שהשמאים הללו מסייעים לבית הדין כשאינו מסוגל לבצע את השמאות בעצמו.

²⁹ ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיפים טו-יח.

דעת של מומחים, כגון בקביעת סיבת מוות לעניין תוקף גט³⁰ או תוקף מתנת שכיב מרע³¹ או קביעת יכולתו של שומר לעמוד על משמרתו,³² ובהתאם לזה להיפטר מאחריות, ועוד. ונעיר בדרך אגב שניתן לומר בזהירות כי אף על פי שעדות מומחה על פי דיני הראיות במשפט העברי היא בגדר אומדן, ואפילו תיחשב אומדנא דמוכח, ולפיכך לא פשוט להכריע דין על סמך חוות דעת מומחה בלבד, יש לה מקום חשוב בבית הדין. ואכן, בתי הדין הרבניים בימינו מסתייעים בחוות דעת של מומחה בעניינים רפואיים,³³ ועוד. ואולם יש הסתמכות רבה על חוות דעת של בעלי מקצוע בקביעות הלכתיות הנעשות שלא בהליך שיפוטי, על יסוד הכלל "אומן לא מרע אומנותיה [=אומן אינו מרע את אומנתו]"³⁴ וחזקה על בעל מקצוע מומחה שיינתן חוות דעת נכונה ואמיתית, שאם לא כן, עלולות מהימנותו ויוקרתו המקצועית להיפגע³⁵ ולהביא, בסופו של דבר, גם לפגיעה בפרנסתו.³⁶ ונראה כי יש בחזקה זו כדי להוות כלי מנחה בשיקול דעת ביתו של הדין בקביעת המשקל שיש לתת לעדות מומחה בעניין שלפניו. מכל מקום, במנותק משאלת משקלה של עדות מומחה כראיה בהליך המשפטי על פי ההלכה, ניתן לומר כי המומחיות אינה נקבעת בהכרח על פי תעודות רשמיות, אלא על פי שני הקריטריונים העיקריים שהזכרנו לעיל, הידע התיאורטי והניסיון, הדרושים בכל תחום.

(ג) החלטת בית המשפט

בית המשפט המחוזי בחיפה אימץ בפרשת כימיקלים את בקשת הנתבעים שלא לקבל את חוות דעתו של מר מנחם בן ימי מטעם התובעים. השופט רון שפירא ביסס את החלטתו זו על המבחנים שנקבעו בכמה שיטות משפט לצורך הגדרת "מומחה". ואולם הוא מדגיש בדבריו:

ואולם לא רק משיטת משפט זרה ניתן ללמוד על הסוגיה של הגדרת אדם ככזה הראוי להיחשב מומחה לצורך עדות בבימ"ש. עניין זה נדון עוד במקורותינו לפני שנים רבות והאמור במקורות ישים ונכון, בהתאמה

30 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמה, סעיף ז.

31 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנ, סעיף ב.

32 שולחן ערוך, שם, סימן שצג, סעיף י.

33 ראו תיק תשי"ד/1425/260, פד"ר, כרך א, עמ' לג; תיק תשי"ג/502, פד"ר, כרך א, עמ' רלה; פסקי דין רבניים (ירושלים), חלק א, עמ' קכט. וראו גם בר"ע 775/03 להלן ה"ש 35.

34 ראו: תוספות, חולין צז ע"א, ד"ה סמכינן; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קיד, סעיף ה; ש"ך, יורה דעה, סימן קנה, ס"ק ג; ש"ך, שם, סימן שב, ס"ק ד. וראו גם: שו"ת חכם צבי, סימן לט; שו"ת חלקת יעקב, יורה דעה, סימן לא; שו"ת יביע אומר, חלק ז, סימן ג; שו"ת עין יצחק, אורח חיים, סימן יז.

35 וראו בר"ע (מחוזי י-ם) 775/03 אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2004 (2) 5893 (2004).

36 ראו הרב א"י קוק, שו"ת דעת כהן, סימן סא.

המתחייבת, גם לחידושי הטכנולוגיה והמדע דהיום. במשפט העברי המשמעות הניתנת להיותו של בעל המקצוע מומחה בתחום תלויה בתחום שבו עוסקים. לעיתים ההשלכה היא לעניין אחריותו בנזיקין ולעיתים ההשלכה היא לעניין אמינותו, מן הבחינה הדתית או מהבחינה המשפטית, בדיני הראיות ועוד. להלן מספר דוגמאות לצורך בבעלי מקצוע מומחים.

השופט רון שפירא כלל בדבריו שלוש מן הדוגמאות שהבאנו למעלה: דיין מומחה, סופר סת"ם מומחה ושופט מומחה, ואומר: "דוגמאות נוספות ניתן למצוא בחוות הדעת בה הסתייעתי, מאת הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני, 'הגדרת 'מומחה' במשפט העברי', המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה". והוסיף השופט רון שפירא בעניין זה:

כלומר, גם במשפט העברי, קביעת המומחיות היא גמישה ותלויה בתחום בו עוסקים, אך בכל זאת ניתן לומר באופן כללי מן המקורות שלעיל ועוד, שקיימים שני קריטריונים בסיסיים להגדרת המומחיות: **ידע תיאורטי מקצועי וניסיון מעשי** (המינוח בו השתמשו פוסקים לפרש את המילה מומחה היא "מנוסה". ראה למשל פרישה, חושן משפט, סימן ג, ס"ק ה). באשר להליך המשפטי, מסוגיות התלמוד עולה כי בית הדין נזקק בדרך כלל לחוות דעת מומחה בענייני שמאות והערכה כספיים, ולא במובן הרחב של עדות מומחה הנחשבת ראייה קבילה בהליך המשפטי. מקרה נוסף בו יש צורך לבית הדין בהערכת מומחה הוא בנזקי גוף בהם יש לאמוד את ראשי הנזק השונים (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיפים טו-יח), אך גם קיימים מקרים נוספים בהם בית הדין נזקק לאומדן ומסתבר שעליו להיעזר בחוות דעת של מומחים, כך למשל לגבי קביעת סיבת מוות לעניין תוקף גט (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמה, סעיף ז) או תוקף מתנת שכיב מרע (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנ, סעיף ב), וכך למשל לעניין קביעת יכולתו של שומר לעמוד על משמרתו (שולחן ערוך, שם, סימן שצג, סעיף י) ובהתאם לקביעה זו להיפטר מאחריות, ועוד. להרחבה בנושא זה ניתן לפנות לחוות הדעת הנ"ל מאת הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני באתר האינטרנט המצוין לעיל" (ההדגשה במקור – י"ס).

בהמשך החלטתו מיישם השופט רון שפירא את המבחנים האמורים על המקרה שנדון לפניו. וזה לשונו:

בהביאי את כל האמור לעיל, סבור אני כי יש להכיר במומחיות, ובמיוחד כאשר המומחיות היא בעניין שבמדע, רק כאשר המומחה הוא בעל הכשרה

פורמאלית ואקדמית מתאימה, ולחילופין בעל התנסות מוכחת בתחום המדעיים עליהם הוא מבקש להעיד וניסיון מקצועי השקול לזה של מומחה בעל הכשרה פורמאלית, או לפחות קרוב לכך. כמו כן, על המומחה להמציא ראיות כי הוכר ככזה בקהילה המדעית הרלוונטית. בענייננו, המדובר בעד שיש לו ניסיון וידע רב בנושאי דיג הנובעים מלימוד ומחקר עצמי. עם זאת, העד איננו מומחה בנושא בו עוסקת חוות דעתו – החומרים הנמצאים במי נחל הקישון ומעגן הדיג קישון. בנושא זה יש צורך בעד מומחה אשר רכש השכלה פורמאלית ולמד את הנושא שלא על דרך של לימוד ומחקר עצמי, או לכל הפחות עד המשלב בכישוריו ועברו המקצועי ידע תיאורטי וניסיון מקצועי בתחום, ברמה ובמידה המוכרת לעוסקים בתחום כשקולה למומחיות על רקע של לימוד והכשרה פורמאלית. מדובר בשאלות מתחום המדע ולכן אין להסתפק בנושא זה בעד אשר לא רכש את השכלתו בנושא בצורה פורמאלית או שלא התנסה בתחומי מחקר וניסיון מקצועי משמעותי בתחום בו הוא אמור להעיד על פי חוות דעתו.

בית המשפט המחוזי החליט, בסופו של דבר, שלא לקבל את חוות דעתו של מר מנחם בן ימי מטעם התובעים – אף על פי שהעד הותיר בלא ספק רושם של אדם אמין ובעל ידע נרחב בתחומים הקשורים לעולם הדיג – משום שאינו מומחה בנושאים שעוסקת בהם חוות דעתו, על פי אמות המידה המכשירות אותו כמומחה לצורך עדות בבית המשפט. על כן, קבלת חוות דעתו או תצהירו של העד היא בגדר עדות מסברה של אדם המעיד בעניין שאינו בתחום מומחיותו, ומכאן שאינה קבילה.

חלק שלישי

השימוש במשפט העברי בפסיקה נבחרת של בית המשפט העליון – עיון וביקורת

פתיחה

עניינו של חלקו השלישי של חיבורנו – ניתוח פרטני-ביקורתי נרחב של חלק נכבד מפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994–2006, שנעשה בה שימוש איכותי נרחב במקורות המשפט העברי, ולא בגדר אמרת אגב בלבד, תוך כדי חלוקה לתחומי המשפט. במהלך הדיון בפסקי הדין השונים נבקש להראות כיצד עשויים מקורות המשפט העברי, ובכללם גם אלה שאינם נזכרים בידי השופטים בפסקי הדין, לתרום לבירור הסוגיה הנדונה לפרטיה. אמנם, לעתים, יביאנו הדיון במקורות המשפט העברי בהקשר לפסק דין כזה או אחר לידי מסקנות שונות מאלה שהגיעו אליהן שופטים אחדים, אך אין כוונתנו לדחות את דבריהם, אלא להראות כיצד העיון בדברי חכמינו עשוי להביא למסקנות שונות, אלה ואלה מבוססות על דברי תורת החיים.¹

לא כללנו ציטוטים נרחבים של כל פסקי הדין שיש בהם שימוש במשפט עברי, כפי שנעשה בחיבורו המקיף של פרופ' נחום רקובר, שכלל בחיבורו את כלל פסקי הדין של בתי המשפט בישראל עד סוף שנות השמונים של המאה העשרים שהסתייעו במשפט העברי.²

¹ אכן, יש לשבח אותם שופטים, אשר, כפי שראינו בחלק הראשון של חיבורנו, אינם רבים, הנשענים על מקורות המשפט העברי. אני מקווה שדברי הביקורת שאציג להלן לא ירתיעו שופטים מלהסתייע תדיר באוצרות ההלכה היהודית.

² נ' רקובר **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל** (התשמ"ט).

זאת, משום שמרבית פסקי הדין שאנו עוסקים בהם, שנכתבו בשנים 1989–2006, מוצגים כיום במלואם באתר האינטרנט של משרד המשפטים.³ הדברים שלהלן משלימים את התמונה שהוצגה בחלקו הראשון של חיבורנו, שבו הובאו נתונים כמותיים ומאפיינים כללים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים הללו. פסקי דין אחדים של הערכאות האחרות – בתי המשפט המחוזיים, בתי משפט השלום, בתי המשפט לענייני ובתי הדין לעבודה – הוצגו בחלק השני של החיבור. להלן, בסוף החיבור, בא מפתח לפי נושאים של כל פסקי הדין שיש בהם שימוש במשפט העברי בשנים 1994–2006.

³ <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/Psika>

שער ראשון

זכויות יסוד

פרק ראשון

זכויות האדם בשעת מלחמה

1. ענישה קולקטיבית

1.1. "איש בחטאו יומת" כערך-על בפסיקת בג"ץ

בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט הגבוה לצדק, נדונה שאלת חוקיותה של הענישה הקולקטיבית במסגרת המלחמה בטרור. אבני היסוד של רוב פסקי הדין הללו, ובעיקר אלה שנפסקו בידי המשנה לנשיא בית משפט העליון (לשעבר) השופט מישאל חשין, היו הערכים היהודיים אשר, לפי קביעת בית המשפט, צריכים להנחות את מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. להלן נסקור אחדים מפסקי דין הללו ונדון במסקנותיהם באופן ביקורתי.

לפני בג"ץ נדונה עתירתה של אשת המחבל שפוצץ את עצמו בפיגוע הנורא ב"קפה אפרופו", ולפיה לא זוהתה גופתו בוודאות ולכן אין להרוס את ביתו. בעתירה זו סבר השופט חשין בדעת מיעוט, שאין להעניש את אשת המחבל. את עמדתו העקרונית השוללת ענישה קולקטיבית הוא מבסס בעיקר על הכתוב "בתורת משה". וזה לשונו:

על הקושי שבהפעלת הסמכות על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה עמדתי כמה וכמה פעמים... בכל פסקי-דין אלה כולם נטעתי עצמי בעקרון-יסוד במשפט, וממנו – כך אמרתי – לא אנוע לא הימין ולא השמאל. ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הַנֶּפֶשׁ הַחַטָּאת הִיא תָמוּת בֵּן לֹא-יִשָּׂא בְעוֹן הָאָב וְאָב לֹא יִשָּׂא בְעוֹן הַבֵּן צְדָקַת הַצַּדִּיק עָלָיו תִּהְיֶה וְרִשְׁעַת רָשָׁע (קרי: הַרְשָׁע) עָלָיו תִּהְיֶה" (יחזקאל, יח, כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא-יומתו

אָבוֹת עַל-בְּנִים וּבָנִים לֹא-יִוָּמְתוּ עַל-אָבוֹת פִּי אִם-אִישׁ בְּחַטָּאוֹ יָמוּת
(קרי: יומת) (מלכים ב, יד, ו).¹

בהמשך דבריו קובע השופט חשין כי הערכים היהודיים של מדינת ישראל מורים שאין להעניש את אשת המחבל ואת ילדיו, שלא חטאו:

במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.

דברים דומים כתב השופט מ' חשין בעתירת קרובי משפחה של מחבלים מתאבדים נגד ההחלטה לאטום את בתיהם ולהרסם, בטענה שמדובר בענישה קולקטיבית הנוגדת את כללי הצדק הטבעי והתגמול ההולם.²

יישום נוסף של העיקרון הנזכר, "איש בחטאו יומת", נעשה בידי השופט חשין בפסק דין קודם של בית המשפט העליון.³ מוחמד אלעמרין התגורר עם בני משפחתו בעזה בבית בן שתי קומות. אחד מבני המשפחה, פואד אלעמרין, נעצר על ידי כוחות הביטחון כחשוד ברציחתה בדם קר של הלנה ראפ. מוחמד אלעמרין עתר לבית המשפט העליון נגד החלטת מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה להורות להחרים את הקרקע שנבנה עליה בית המשפחה ולהרוס אותו.⁴ העותר טען כי מפקד כוחות צה"ל היה רשאי להורות רק על הריסת חדרו של החשוד ברצח, לא על הריסת כל המבנה שמתגוררים בו בני משפחתו, שלא היה להם חלק בעבירה המיוחסת לו. שופטי הרוב לא התערבו בהחלטת המפקד הצבאי להרוס את המבנה כולו. לעומתם, חזר השופט מישאל חשין על עמדתו, עמדת מיעוט בפרשה קודמת, ולפיה יש להרוס, אם הדבר אפשרי מבחינה טכנית, רק את היחידה שהתגורר בה הרוצח. השופט חשין סבור כי יש לפרש את האמור בתקנות ההגנה פרשנות מצומצמת ביותר באופן ההולם את ערכיה היהודיים של המדינה. וזה לשונו:

דבר חוק לעצמו נדמה לעצמות היבשות של יחזקאל הנביא: "ותקרכו עצמות עצם אל עצמו וראיתי והנה עליהם גידים, ובשר עלה, ויקרם עליהם

1 בג"צ 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654–655 (1997).

2 בג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד נ(1) 353, בעמ' 364 (1996).

3 בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992).

4 בתוקף הסמכות המוקנית לו על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

עור מלמעלה, ורוח אין בהם" (יחזקאל לז, ז-ח). ורק עם בוא הרוח – רוח האלהים, רוח האדם – נדע מה דרך נלך בה ומה פירוש ניתן לחוק: "ונתתי רוחי בכם וחייתם..." (יחזקאל לו, יד). וזו רוח האדם, רוח היהודי, אשר על כנפיה נישאנו כל הדורות, ואותה ינקנו עם חלב אמנו: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו". כך לימדנו ספר דברים (כד, טז), וכך למדנו במלכים ב', והיא תורת משה: בעת מלוך יהואש מלך יהודה, קמו עליו עבדיו, יוזבד בן שימעט ויהוזבד בן שומר, והרגוהו (מלכים ב' יב, כא-כב). אחריו מלך ביהודה אמציהו. וכך מספר לנו הכתוב: "ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית. ככתוב בספר תורת משה, אשר ציווה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות" (קרי: יומת; מלכים ב' יד, ה-ו). זו הרוח וכך נעשה: "בימים ההם לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושני בנים תקהינה. כי אם איש בעוונו ימות, כל האדם האוכל בוסר תקהינה שיניו" (ירמיהו לא, כח-כט). לא עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה, ולא עוד בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה; ואיש בעוונו יומת".

על סמך תפישה זו, החליט השופט חשין בדעת מיעוט כי ההחלטה להרוס את הבית תחול רק על החלק שהתגורר בו הרוצח ולא על כל המבנה.

שלילת הענישה הקולקטיבית מכוח ערכיה היהודיים של מדינת ישראל מופיעה לא רק בפסקי דין שנכתבו בידי השופט חשין אלא אף בפסיקתו של נשיאו לשעבר של בית המשפט העליון, אהרן ברק, שמיעט מאוד, כידוע, להסתייע במקורות המשפט העברי. לפני בג"ץ נדונה עתירה נגד המפקד הצבאי של כוחות צבא ההגנה לישראל באזור יהודה והשומרון שהוציא "צו תיחום מקום מגורים" האוסר על תושבי אזור יהודה והשומרון לגור בשנתיים הקרובות בחבל עזה. השאלות שנשאלו בדיון המשפטי היו: אם היה המפקד הצבאי מוסמך להוציא צו תיחום מקום מגורים ואם הפעיל המפקד את שיקול דעתו כדן. הנשיא ברק הגיע למסקנה שנתקבלה על דעת כל חברי ההרכב, שיש לבטל את הצו. הוא נסמך לעניין זה אף על ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל. וזה לשונו:

מסקנה זו מתבקשת מערכינו היהודים והדמוקרטיים. ממורשתנו היהודית למדנו כי "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו" (דברים, כד, טז). "...איש בעוונו יישא אותו איש בחטאו יומת..." מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, הוא

1.2. עיון מחודש במקורות המשפט העברי בעניין ענישה קולקטיבית

לפנינו דוגמה מאלפת של קביעת מדיניות משפטית המבוססת על הערכים היהודיים הקדומים של עמנו ושל "תורת משה", כפי שהם משתקפים בפסוקי המקרא השוללים לכאורה ענישה קולקטיבית. ברם, יש בהחלט מקום לפקפק במסקנות שהסיק השופט חשין, ובעקבותיו הנשיא ברק, ממקראות ב"תורת משה".

למען האמת, קשה לקבוע מסמרות בדבר קיומה של גישה חד-משמעית של "תורת משה" השוללת ענישה קולקטיבית, משום שלעומת הפסוקים האמורים בפסקי הדין האמורים לעיל, ניתן להביא פסוקים אחרים שעולה מהם לכאורה שניתן אפשרות לענוש ענישה קולקטיבית. כך, לדוגמה, נאמר בעשרת הדיברות שהאל "פוקד עוון אבות על בנים, על שלשים ועל רבעים".⁶ ומצינו לכאורה גם בפרשיות אחרות ענישת בני המשפחה בעוון אבותיהם החוטאים, כגון: במחלוקת קורח ועדתו, כאשר יחד עם החוטאים נשמדו גם נשיהם ובניהם ובתיהם.⁷ ובאשר לפרשת חטא המולך, שהוא פולחן אלילי שעיקרו הקרבת ילדים באש, נאמר: "ושמתי פני באיש ההוא ובמשפחתו, והכרתי אותו ואת כל הזונים אחריו".⁸

ואם יבוא בעל הדין ויטען שהפסוקים הללו אמורים בענישה המסורה לשמיים ולא לבית דין של בשר ודם, נשיב לו בארבע פרשיות אחרות שנעשה בהן, לפי פשוטו של מקרא, עונש קולקטיבי. הפרשה הראשונה היא מעשה שכם, כשהרגו שמעון ולוי את אנשי שכם בגלל חטאם של יחידים "שטמאו את דינה אחותם".⁹ הפרשה השנייה, פרשת עיר הנדחת, שרוב תושביה עבדו עבודה זרה, והתורה מצווה בעניינה ענישה קולקטיבית גם של אלה שלא חטאו: "הכה תכה את יושבי העיר ההיא לפי חרב, החרם אותה ואת כל אשר בה ואת בהמתה לפי חרב. ואת כל שללה תקבוץ אל תוך רחובה, ושרפת באש את העיר ואת כל שללה כליל".¹⁰ הפרשה השלישית היא הענשת אנשי יבש גלעד על שלא באו להילחם עם בני שבט בנימין, אחר מעשה פילגש בגבעה, ככתוב: "לכו והכיתם את יושבי יבש גלעד לפי חרב והנשים והטף".¹¹ והפרשה הרביעית היא הריגת בני שאול, שנמסרו בידי דוד לגבעונים כנקמה על מעשה שאול כלפיהם.¹² פרשה אחרת היא פרשת עכן,¹³ שעולה ממנה, לפחות

⁵ בג"ץ 7015/02 כיפאת מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, בעמ' 372 (2002).

⁶ שמות כ, ד.

⁷ במדבר טז, כז-לג.

⁸ ויקרא כ, ה.

⁹ בראשית לד.

¹⁰ דברים יג, טז-יז.

¹¹ שופטים כא, י.

¹² שמ"ב כא, ג-ו.

לדעת חלק מן הפרשנים, שנענשו גם בניו של עכן. הטעם שהובא לכך הוא האחריות הפסיבית שלהם בגלל שידעו על דבר המעילה אך לא מנעו אותה ואף לא חשפו אותה.¹⁴ עינינו הרואות אפוא שהציווי שבתורה, "איש בחטאו יומת", משקף אולי דין רצוי-אידיאלי, אך נראה שלעתים חרגו ממנו.

זאת ועוד. השופט חשין מבקש להסתמך על הנאמר ב"תורת משה". ברם, ידוע שערכי היהדות אינם מסתיימים בתקופת התנ"ך, ומדברי חכמי ישראל לדורותיהם מצטיירת תמונה מורכבת יותר של עמדת היהדות כלפי ענישה קולקטיבית מזו שהציגו השופטים חשין וברק. כך, לדוגמה, מצינו שרב פלטוי גאון קבע שניתן להוציא ילד מבית הספר כסנקציה נגד אביו כדי לאלצו למלא אחר צו של בית הדין.¹⁵ לפנינו אפוא דוגמה מובהקת לאבות שאכלו בוסר ושיני בנייהם קהו. ומעין זאת מצינו אף במקורות אחרים, והדברים אמורים במיוחד בזמן מלחמה, שעשויים להיענש אף אלה שלא חטאו.¹⁶ אמנם מצאנו אף מקורות אחרים שמהם משתמעת שלילת ענישה קולקטיבית הנוגדת את עקרונות הצדק והמשפט.¹⁷ אך מסתבר שדבריהם אינם אמורים בשעת מלחמה.¹⁸ יש להדגיש שכל פסקי הדין שדבק בהם השופט חשין בעיקרון שקבע עוסקים במצב מלחמה או מעין מלחמה, כשמשפחת המחבל מהווה סביבה תומכת ומעודדת בידועין ושלא בידועין, זאת מלבד יסוד ההרתעה הדרוש במיוחד במצב מלחמה. על כן, יש חשיבות לעיון יסודי יותר במקורות המשפט העברי ולא-שימוש בעיקרון כללי-תיאורטי בלי לברר אם יושם במקורות ההלכה בנסיבות שלפנינו.

בשאלת הענישה הקולקטיבית נכתבו מאמרים תורניים מודרניים רבים בידי רבנים וחוקרים, ויש להצטער על שבית המשפט העליון, המדגיש כי עמדתו משקפת את ערכי היהדות, לא נזקק למאמרים מאירי עיניים אלה.¹⁹ איני מבקש לסקור כאן את כל המקורות הנוגעים לענייננו, והמעין ימצאם במאמרים הללו. ואולם ראוי להביא כאן בקצרה את

13 יהושע ז, א.

14 ראו דברי המצודות על אתר; פרקי דרבי אליעזר הגדול, פרק לח.

15 ראו תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ה, סימן יד (עמ' ככו במהדורת ירושלים התשכ"ו).

16 ראו למשל דברי המהר"ל מפראג, גור אריה, בראשית לד, יג. וראו דברי הנצי"ב מוולוז'ין, העמק דבר, בראשית ט, ה.

17 ראו לדוגמה: שו"ת הריב"ש החדשות, סימן ט; תשובת המהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, המובאת בתשובות מיימוניות לספר קניין, סימן ב; תשב"ץ, חלק ב, סימן רלט; שו"ת צדקה ומשפט, חושן משפט, סימן ל.

18 והעיר על עניין זה נ' רקובר **שלטון החוק בישראל** 72–73, הערה 71 (התשמ"ט).

19 ראו לדוגמה: הרב מ' בטיסט "ענישה קיבוצית" **תחומין** יב 229–239 (התשנ"א); הרב ש' ישראלי "פעולות תגמול לאור ההלכה" **בצומת התורה והמדינה** ג 253–289 (התשנ"א); נ' רקובר **מטרה המקדשת את האמצעים** 315–364 (התש"ס); הרב י'אריאל "הענשת נוכרים" **תחומין** ה 350–363 (התשנ"ו); הרב ח"ד הלוי "דין הבא להרגך השכם להרגו בחיינו הציבוריים" **תחומין** א 343–348 (התש"ם); י' בלידשטיין "מעשה שכם – ענישה קולקטיבית וההגות ההלכתית בת זמננו" **עט הדעת** א 48–55 (התשנ"ז); א' הכהן "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף" **פרשת השבוע**, גיליון מס' 5 (התשס"א).

המסקנות שהסיקו כמה ממחבריהם אחר עיון מקיף במקורות המשפט העברי. הרב מאיר בטיסט²⁰ מגיע למסקנה כי אמנם אין להעניש אדם בעוון זולתו, אך מצינו במקורות גם מקרים אחדים שהטילו בהם עונש גופני גם על בני אדם שלא ביצעו את העבירה בהתאם לחומרת העבירה. התנאים לכך הם: חילול השם (כבפרשת הגבעונים); הנענשים נשאו באחריות פסיבית (כבפרשת עכן); חיפוי על עבריינים (ככדין מעביר בניו למולך); הימנעות מאכיפת מערכת חוקים בסיסית (כבמעשה שכם). עוד מסיק הרב בטיסט מן המקורות כי לפעמים יש מקום להפעיל סנקציה חברתית או להטיל קנס ממוני גם על סביבת החוטאים, כשהתמלאו התנאים האמורים: למטרות הרתעה; להרחקת בני אדם ישרים מלגור בקרבת חטאים; משום הערך החברתי-חינוכי שבענישה. עוד מדגיש הרב בטיסט שבשעת מלחמה יש דין אחר בעניין זה.

הרב יעוזר אריאל²¹ הראה שאין ליחיד זכות להעניש את האוכלוסייה הנכרית בגלל חטא יחידים. יחד עם זאת, לדעת המהר"ל, בשעת מלחמה רשאי המלך להעניש אוכלוסייה נכרית בגלל חטא היחיד; ואילו, לדעת רבנו בחיי, גם בשעת מלחמה אסור להרוג אלא רק את אלה המשתתפים במלחמה או המסייעים לה. עוד מדגיש הרב אריאל כי לא מצאנו היתר להרוג בכוונה תחילה במלחמה נשים וילדים, אלא אם כן אין ברירה אחרת. תמונה מדויקת יותר של היחס בין גישותיהם של שופטי בית המשפט העליון בעניין הענישה הקולקטיבית לבין העולה מן המקורות היהודיים מציג ד"ר אביעד הכהן.²² הכותב:

עיוננו במקורות המשפט העברי העלה כי לשתי הגישות שקיבלו ביטוי בפסיקה הישראלית יש שורשים עמוקים במורשת ישראל. מצד אחד, קיימת גישה הגורסת, כדעת הרוב בבית המשפט, שיש מקרים ומצבים שניתן לענוש, אפילו ב"בית דין של מטה", לא רק את החוטא אלא גם את השותפים לו – במעשה או בעידוד, בצורה פעילה או סבילה. קל וחומר כשמדובר במצב של "מלחמה" או "מעין מלחמה". מנגד, יש המדגישים את העיקרון הגדול "לא ומתו אבות על בנים ובנים על אבותם", "איש בחטאו יומת".

20 בטיסט, לעיל ה"ש 19, עמ' 239.

21 בטיסט, שם, עמ' 363.

22 הכהן, לעיל ה"ש 19.

פרק שני

זכויות אישיות

1. הזכות להורות – משפט ורפואה (פרשת נחמני)

1.1. השתלשלות העניינים

אחד מפסקי הדין הידועים ביותר שניתנו בשנות ה-90 של המאה ה-20 על ידי בית המשפט העליון הישראלי הוא פסק הדין בפרשת נחמני. ומעשה שהיה כך היה. דני ורותי נחמני נישאו בשנת 1984. כעבור שלוש שנים, נאלצה רותי לעבור ניתוח שכתוצאה ממנו איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי. בני הזוג החליטו לנסות להביא ילדים לעולם על ידי הפריה חוץ-גופית של ביציותיה של רותי נחמני בזרעו של דני נחמני והשתלת הביציות ברחמה של פונדקאית. מאחר שהפונדקאות אינה מותרת בארץ, ערכו בני הזוג הסכם עם מרכז פונדקאות בארצות-הברית. בינתיים הסתכסכו שני בני הזוג, והבעל סירב להתיר להעביר את הביציות המופרות בזרעו לאישה פונדקאית כלשהי. הוא גם כתב למכון הרפואי שנשמרו בו הביציות המופרות והודיע שאינו מעוניין עוד בהמשך התהליך. טענתו העיקרית הייתה שאינו רוצה שייוולד לאשתו ילד מזרעו לאחר שהסתכסך עימה והם חיים בנפרד. אשתו, הגב' רותי נחמני, הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי לקבל לידיה את הביציות, ובית המשפט נעתר לבקשתה. ערעורו של מר נחמני על החלטת בית המשפט המחוזי נדון בתחילה בבית המשפט העליון בהרכב של חמישה שופטים.¹ לאחר מכן, התקיים גם דיון נוסף. הערעור נסב על השאלה אם יש לגב' נחמני זכות לקבל לרשותה את הביציות המופרות לצורך השתלתן ברחם פונדקאית אף שמר נחמני מתנגד לכך. ערעורו של מר נחמני התקבל על ידי רוב השופטים נגד דעת המיעוט של השופט טל, שסבר כי אין למנוע מהגב' נחמני להמשיך בתהליך ההפריה.

¹ ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995).

מדובר אפוא בסוגיה משפטית תקדימית, אנושית ומוסרית, מורכבת ביותר, שיש לה היבטים רבים בתחומים אחדים: המשפט, הרפואה, הדת, הפילוסופיה ותורת המוסר והאתיקה. לא ייפלא אפוא שכמה משופטי בית המשפט העליון נזקקו בהרחבה לעמדת המשפט העברי בסוגיה תקדימית זו. מאלפת מאוד העובדה שהן השופטת שכתבה את פסק הדין המקובל על דעת הרוב והן השופט שהיה בדעת המיעוט, הסתמכו ישירות על ניתוח של מקורות ההלכה היהודית. להלן נציג את הראיות שהביאו השופטים כתמיכה לשיטתם ממקורות המשפט העברי, הן בערעור הן בדיון הנוסף. לאחר מכן נרחיב את היריעה ונדון בסוגיה לאור דברי רבנים בני דורנו.

1.2. הערעור בבית המשפט העליון בפרשת נחמני

השופטת טובה שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין העיקרי, שנתקבל על דעת הרוב, תמכה יתדותיה במקורות המשפט העברי.² היא דנה בעניין זכותו של הבעל לחזור בו מהסכמתו לביצוע ההפריה מזרעו והדגישה כי "גישת המשפט העברי לעניין ההסכמה איננה אחידה. בעוד אשר בעבר לא הייתה התייחסות ישירה לנושא ההסכמה בנסיבות שלפנינו יש התייחסות כזו בתקופתנו". וכאן הציגה את עמדתו של הרב שאול ישראלי (ז"ל), חבר מועצת הרבנות הראשית וחבר בית הדין הגדול, שכתב חוות דעת "על הסכמה וחזרה בהריון ולידה דרך הפרייה במעבדה".³ הרב ישראלי סבר שהבעל יכול לחזור בו מהסכמתו. הרב ישראלי מבקש להחיל על פרשת נחמני את דיני פירוק השותפות. וזה לשונו:

ומזה אני בא לדון גם על המקרה שלפנינו. שאם אמנם בהסכמת האיש והאשה למסור החומר המוצא מהם (הזרע של הגבר, והביצית של האשה) למבחנה לשם הפרייה ולשם המשך – להביא לידי הווצרות ולד, שיאמצוהו לשם גידול משותף, ע"י התקשרות עם איזה פונדקאית שתקבל על עצמה את המשימה הזאת... מאחר שהקמת השותפות הזאת בין האיש והאשה נעשתה בתנאים מסויימים, היינו שחיו בשלום ובשלווה כאיש ואשה נשואים, שהוברר להם שזוהי הדרך היחידה שניתן להם לקבל ילד שהם הוריו הביולוגיים. משום זה נכנסו שניהם לתכנית זו שהיא רבת שלבים, וכרוכה בטרחו והוצאות מרובות, שהיו מוכנים לכל זה בגלל המטרה המשותפת.⁴

לאור זאת, קובע הרב ישראלי כי בנסיבות המיוחדות של פרשת נחמני לא ניתן למנוע ממר

2 שם, עמ' 506–507.

3 דבריו הובאו בידי א' שטינברג, בפתחת הכרך הרביעי של אנציקלופדיה הלכתית-רפואית (התשנ"ד), כתוספת לערך "הפרייה חוץ-גופית", עמ' כב-מד.

4 שם, עמ' מא, פסקה יב.

נחמני לחזור בו מהסכמתו. וזה לשונו:

מעתה כשהאיש נפרד מהאשה והילד כשיולד (אם אכן יולד) שוב לא יגדל תחת קורת גג משותפת של האיש והאשה, ניתנת להיות מובנת התנגדותו למסירת החומר המופרה לפונדקאית על מנת שיולד מזה ילד כמתוכנן. ומכיון שחל שינוי מוחלט ממה שהיה בזמן קבלת ההתחייבות ההדדית, יש לראות זה "כאונס" כשטוען, שבכגון זה אין ההתחייבות יכולה עכשיו לחייבו, שלא על מנת כן התחייב. ואין לחייבו להסכים למסור החומר המוקפא להמשך התפתחותו, כרצון האשה, שטוענת שאצלה זוהי ההזדמנות היחידה והאחרונה שעל ידה יכולה לזכות לילד, שיהיה בנה מבחינה ביולוגית. דאם אמנם עמדה זו מצד האשה ניתן להבינה אך נראה לעניות דעתי שמבחינת ההלכה אין לכופף את הבעל שהוא השותף השני, שגם לו חלק ובעלות בחומר המופרה – להסכים למבוקש מטעם האשה.⁵

השופט שטרסברג-כהן הסתייעה אף בדעתו של הרב שלמה שלוש, אב בית הדין הרבני האזורי בחיפה, שלפני הרכב הדיינים שבראשותו נדונה תביעת הגב' נחמני לשלום בית. בהציגו את השאלה בדבר עתירתו של הבעל לתת צו האוסר להשתיל את הביציות המופרות בזרעו באם פונדקאית, קבע הרב שלוש כי יש למנוע את ההפריה ולהיענות לעתירת הבעל וכי אין במניעת הפריה מעין זו משום איסור הריגת עובר.⁶

בפסק דינה, נזקקה השופטת שטרסברג-כהן לעמדת המשפט העברי לא רק כתמיכה לעמדתה העקרונית, ולפיה יש להיענות לעתירת מר נחמני, אלא אף לעניין השאלה התקדימית, מעמדה המשפטי של ביצית מופרית. וזה לשונה:

במקורות המשפט העברי הקדומים, לא נידונה ולא יכלה להידון סיטואציה של הפריה חוץ-גופית. ניתן להקיש על מעמד ביצית מופרית ממעמד העובר. קיימת אבחנה בין המועד שממנו והלאה הפוגע בעובר כמוהו כפוגע באדם, והמועד שעדיין אין הדבר כך. בהלכה מוצאים אנו הפרדה בין קביעת זמן 'כניסת הנשמה מבחינה תאולוגית' לבין איסור הפלה מבחינה הילכתית. רבי מאיר אבולעפיה, מראשוני ספרד במאה השלוש עשרה כותב מחד שהנשמה נכנסת לגוף בזמן ההזרעה (יד רמה, סנהדרין, צא ב ד"ה שאליה אנטונינוס לרבי). בעניין הפלת עובר המהווה סכנה לחיי אימו סובר הוא שהעובר לאו נפש הוא עד שיצא לאוויר העולם (יד רמה שם עב ב, ד"ה אמר רב הונה: "אבל כל זמן שהוא בפנים, לאו נפש הוא ולא חסה עליו תורה" (וכן גם ברש"י, שם)). רב חסדא אומר כי עד ארבעים יום להריון העובר הוא

⁵ שם, עמ' מא-מג, פסקה יד.

⁶ הרב שלוש "הפריה ברחם פונדקאית" אורחות – בטאון המועצה הדתית חיפה 39, עמ' 31.

"מיא בעלמא" (יבמות ס"ט ב'). לדעת רוב הפוסקים בני זמננו, אין ביצית מופרית מצויה בשלב בו חל איסור "הפלה". גם לדעת מיעוט הפוסקים הסוברים שאיסור הפלה חל גם על שלב מוקדם של ההיריון, ספק אם כולל איסור זה איסור השמדת ביצית מופרית בטרם הושתלה לרחם אישה. (לעניין איסור הפלה ראה ד' סינקלר, "איסור הפלה" שנתון המשפט העברי ה' 177; א. שטיינברג "הפלה מלאכותית לאור ההלכה" אסיא א', 107, וכן מאמרו של הרב עובדיה יוסף המופיע שם בעמ' 78).

על עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן, חלק השופט צבי טל, תוך שהוא מסתמך אף הוא על מקורות המשפט העברי.⁷ בתחילת דבריו מתייחס השופט טל לפן ההסכמי. לדעת השופט טל, ההנחה שבהיעדר הסכם מפורש, יש להניח שלא נכללה בו התחייבות להמשיך בתהליך ההפריה גם אם ייפרדו שניהם, אינה נכונה בהכרח. כי באותה מידה יכולנו להניח שמר נחמני הסכים, מתוך שיקולים מוסריים, למלא את תקוותה האחת והיחידה של אשתו לאימהות גם אם ייפרדו. והדבר אינו ספקולציה ריקה, מדגיש השופט טל, משום שיש לו תימוכין חזקים ב"תנאים הבלתי כתובים" שההלכה היהודית מייחסת למצב מעין זה, כשנתקבלה בה השיטה שאין כופין את הבעל לגרש את אשתו אלא בעניינים המנויים במשנה האומרת: "ואלו שכופין אותו להוציא, מוכה שחין" וכו'.⁹ אבל יש חריגים לכלל זה, ואחד מהם הוא "אשה הבאה בטענה", דהיינו אישה ששהתה עשר שנים תחת בעלה ולא ילדה, והיא מבקשת להתגרש בטענה שהיא צריכה משענת לעת זקנתה ומי שיטפל בקבורתה, שכופין את בעלה לגרשה, כדי שתוכל להינשא לאחר, אולי תיבנה ממנו, כמובא בתלמוד במעשה האישה שבאה לפני רב נחמן וטענה שהיא צריכה "משענת לידה ומעדר לקבורתה", ופסק רב נחמן שבכגון זה, כופין את הבעל לגרשה.¹⁰ לפי ההלכה, גט שנכפה על הבעל כשאין הדין מתיר לכפותו, הריהו בגדר "גט מעושה", והוא פסול.¹¹ לכן, הציג השופט טל את השאלה הבאה: מי התיר לנו לכפות על הבעל להוציא "אשה הבאה בטענה", הרי אינה מנויה במשנה בכלל הנשים שכופין את הבעל להוציאן, ויש חשש לגט מעושה. במענה לשאלה זו מביא השופט טל את דברי הריב"ש, רבי יצחק בר ששת, מגדולי המשיבים (המאה הי"ד, ספרד-מרוקו).¹² האומר שבית הדין כופה למעשה את הבעל לקיים את חובותיו כלפי אשתו, כגון חיוב עונה, ולא לגרש אותה. ואם אינו רוצה או אינו יכול לקיים את חובותיו, והוא בוחר להינצל מן הכפייה למלאן על ידי גירושיה, הרי זה גט שניתן מרצונו. אבל, מוסיף השופט טל, במקום שאפשר לכופו לקיים

7 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 1, עמ' 520.

8 שם, בעמ' 528–531.

9 משנה, כתובות, פרק ז, משנה י. וכן נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף א.

10 יבמות סה ע"ב.

11 ראו רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ.

12 שו"ת הריב"ש, סימן קכז.

את חובותיו, כגון מזונותיה, והיא אינה רוצה להתגרש, כופין אותו לקיים את חובותיו ולזון אותה.¹³ נמצא לפי שיטה זו שהכפייה הראשונית, המקורית, היא על קיום חובות הבעל כלפי אשתו ואילו הכפייה לגרש אותה היא משנית.

השופט טל מבקש ללמוד מעצם הכפייה המשנית לגרש "אשה הבאה בטענה", שמוטלת על הבעל נוסף על חובתו במצוות פרייה ורבייה גם חובה ראשונית, להקים זרע לאשתו המבקשת ילד שתוכל להישען עליו לעת זקנתה ושיטפל בקבורתה, וכל מקום שניתן לכפות כפייה ראשונית על קיום חובה זו, כופין על הבעל לקיימה. מכאן מגיע השופט טל למסקנתו העקרונית בנדון שלפנינו. ואלה דבריו:

הוא אשר אמרתי לעיל, שבאותו "הסכם שבהתנהגות" שבין בני הזוג, כלולה לא רק הסכמה לנסות ולהביא ולד לעולם בזמן שלום ביניהם, אלא גם חיוב לתת לה ולד שתשען עליו, ואפילו ייפרדו דרכיהם. אמנם, כאן המניעה לילד היא ממנה. ואפשר לטעון שבכגון זה אין כופין אותו להוציא, שהרי גם מאיש אחר לא תיבנה. אבל לאחר שהוא הסכים לאפשר לה ולד, בידיעת המצב לאשורו, ובידיעה שהמניעה היא ממנה, שוב הופכת הסכמה זו לחיוב גמור...¹⁴ בענייננו אין המדובר בכפיית הבעל לגירושין, שכן אין האשה רוצה להתגרש, אלא בכפייתו לקיים את חובתו המוסרית כלפיה. והרי זה דומה למי שכופין אותו לזון. ומה היא הכפייה כאן – השתקתו מלהתנגד להמשך התהליך שהוחל בו בהסכמה.

בשולי דבריו מתייחס השופט טל לעמדתו של הרב ישראלי, שהוצגה לעיל, שהשופט שטרסברג-כהן הסתמכה עליה. וזה לשונו:

אין אני כדאי לחלוק על הרב, אבל, גם על פי ההלכה ייתכנו גישות שונות, המביאות לפתרונות שונים. הבעיה היא חדשה ולא נדונה כמות שהיא בשו"ת של ראשונים ואחרונים. תלמידי חכמים בני דורנו נושאים ונותנים בהלכה זו על פי דימוי מילתא למילתא, ומוצאים בה פנים לכאן ולכאן.

והוא מסכם דבריו באמרו: "אין איפוא, לומר שקיימת עמדה מוסכמת של 'המשפט העברי'".

1.3. הדיון הנוסף בבית המשפט העליון בפרשת נחמני

חילוקי הדעות בין השופטים התחדדו בדיון הנוסף שהתקיים בבית המשפט העליון בפרשת

¹³ ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ג.

¹⁴ השופט טל מבקש להוכיח מן הסוגיה במסכת בבא קמא קח ע"ב, שחובה מוסרית שאדם מקבל על עצמו כלפי חברו הופכת לחובה משפטית מחייבת.

נחמני,¹⁵ אלא שכאן התהפכה הקערה על פיה, כשפסק בית המשפט העליון ברוב דעות שיש לקבל את עתירתה של הגב' נחמני. בדומה לפסק הדין בערעור הראשון, אף כאן ביססו השופטים טל (דעת הרוב) ושטרסברג-כהן (דעת מיעוט) את עמדותיהם על מקורות המשפט העברי.

השופט טל סבור כי בסוגיה התקדימית שעלתה בפרשת נחמני, יש לפנות לעקרונות מורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, לצורך הכרעה בשאלת הדרך לאזן בין הערך של הורות לבין הערך של היעדר הורות. ואלה דברי השופט טל בעניין זה:

מורשתנו רואה בהורות ובהולדת ילדים את אחד הערכים הנשגבים ביותר. במקרא אנו מוצאים את הברכה לאדם "ויברך אותם אלקים ויאמר להם אלקים פרו ורבו ומלאו את הארץ וכבשוה". (בראשית, א, כח). ערך זה מודגש פעמים רבות בדברי חכמינו, ונסתפק באיזכור אחד מן המשנה (גטין ד' ה'): "לא נברא העולם אלא לפריה ורביה, שנאמר (ישעיהו מ"ה, י"ח): "לא תהו בראה, לשבת יצרה". אין צריך לומר שהיעדר הורות אינה מן הערכים של מורשת ישראל. אדרבא, אנו מוצאים בדברי חכמינו, כי "תנא, ר' אליעזר אומר, כל מי שאין עוסק בפריה ורביה, כאילו שופך דמים." (יבמות סג, ב) וכך דרשו בגמרא (ברכות י'). בדבר נבואת ישעיהו לחזקתו המלך (מלכים ב' כ') "צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה", כי מת אתה בעולם הזה, ולא תחיה בעולם הבא, משום שלא עסקת בפריה ורביה".¹⁶

בהמשך דבריו, שב השופט טל ומבסס את עמדתו על ההלכה הקובעת שביחסים בין בני זוג, יש שעבוד של הבעל כלפי אשתו לסייע לה להביא ילדים לעולם. אמנם, אין שעבוד זה ניתן לאכיפה, אך לדידו של השופט טל, היעדר הכפייה אינו נוגע לענייננו, משום ששאלת הכפייה אינה עומדת על הפרק. הבעל חייב לסייע בתהליך זה, ועל אחת כמה וכמה שאינו רשאי לחבל בו. על יסוד הדברים הללו, הגיע השופט טל למסקנה שאמנם ראוי לכתחילה שהחלטה בעניין גורלן של ביציות מופרות תתקבל על דעת שני בני הזוג ובהסכמת שניהם, אך כשאין הסכמה ביניהם, כגון במקרה שלפנינו, יש לאפשר לגב' נחמני להמשיך בתהליך ההפריה חרף התנגדות בעלה, מר נחמני.

לעומתו, סוברת השופטת שטרסברג-כהן אף בדיון הנוסף, הפעם בדעת מיעוט, שאין להמשיך בתהליך ההפריה לנוכח התנגדותו של מר נחמני, ודחתה את מסקנתו של השופט טל ממקורות המשפט העברי. וזה לשונה:

חברי השופט טל רואה במשפט העברי תמיכה בגישתו; אלא שספק רב אם עמדתו של חברי משקפת את גישת המשפט העברי על רבדיו. גם המשפט

¹⁵ דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

¹⁶ שם, עמ' 710-711.

העברי המטיל מצוות פריה ורביה על האיש ולא על האשה (יבמות פ"ו מ"ו) אינו מוצא לכפות אותו אם אינו ממלא את חובתו. הסירוב, מעמיד לאשה עילה לגירושין ולא עילה לאכיפה ולכפייה (הרמב"ם הילכות אישות פט"ו ה', שולחן ערוך (אבן העזר) סימן קנ"ד סעיף ד). ראה דברי הרב ש. ישראלי "על הסכמה, וחזרה בהריון ולידה דרך הפריה במעבדה. אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ד' עמ' כ"ח, מ"א; אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב' ערך "הפריה חוץ-גופית", הרב שלמה שלוש אב"ד ו"הפריה ברחם פונדקאית" אורחות בטאון המועצה הדתית חיפה מ"פ 39 עמ' 31).¹⁷

1.4. דעות הרבנים בני דורנו

אמת נכון הדבר, כפי שצינו השופטים, לא מצינו במשפט העברי עמדה מוסכמת בסוגייתנו, אך מאלף הדבר שפרשת נחמני זכתה לדיונים נרחבים ומעמיקים של גדולי הרבנים והדיינים בדורנו, ועניינם נדון אף בבית הדין הגדול לערעורים, והוא פסק לטובת הבעל ברוב דעות הדיינים (הרב אברהם שרמן והרב שלמה בן שמעון בדעת הרוב, והרב שלמה דיכובסקי בדעת מיעוט).¹⁸ הרבנים נחלקו ביניהם בשאלת דעת ההלכה בסוגיה זו, תוך שהם מעלים הן את הטענות העיקריות, שהוצגו במחלוקת בין השופטת שטרסברג-כהן לבין השופט טל, הן טענות אחרות. מעניינת אף התפלגות הדעות בין כלל הרבנים שעסקו בעניין (בפסיקת בתי הדין או במאמרים). שלושה רבנים (הרב שלמה דיכובסקי, הרב יגאל שפרן¹⁹ והרב ד"ר איתמר ורהפטיג)²⁰ הציגו עמדה דומה לזו של השופט טל וצידדו בעמדת האישה, ואילו רוב הרבנים (הרב ישראלי, שלושת דייני בית הדין האזורי בחיפה ודייני הרוב בבית הדין הרבני הגדול, הרב שרמן והרב בן שמעון) צידדו בתביעת הבעל וקבעו שאין להמשיך בתהליך ההפריה בניגוד לרצון הבעל. נמצא אפוא שעמדת רוב הרבנים דומה לעמדת השופטת שטרסברג-כהן, המבטאת דווקא את דעת המיעוט של שופטי בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת נחמני.

אין כאן מקום להאריך בהצגת פרטי הדעות, ודי שנביא את נימוקיהם העיקריים של הרבנים. נתחיל בהצגת הנימוקים התומכים בדעה המקובלת על רוב הרבנים, שאין לבצע את ההפריה בלא הסכמת הבעל. על עיקרי הטעמים שהביאו הרבנים ישראלי ושלוש, הסבורים כי אין לקבל את תביעת האישה, כבר עמדנו לעיל. עתה נעמוד בקצירת האומר על נימוקי דייני הרוב בבית הדין הרבני הגדול לערעורים.

17 שם, עמ' 692.

18 פסק הדין ניתן ביום ה' בכסליו תשס"ב. נימוקי שלושת הדיינים פורסמו בכתב העת תחומין כב 392–411 (התשס"ב).

19 דבריו הובאו אצל שטינברג, לעיל ה"ש 3, עמ' כה-כו.

20 א' ורהפטיג "תוקפו של הסכם להפרייה חוץ-גופית" תחומין טז 181–186 (התשנ"ו).

הרב אברהם שרמן²¹ עומד על גדרי השותפות בין בני הזוג נחמני. לדידו, השותפות שהאישה תובעת להמשיך אותה שונה לחלוטין מן השותפות שהסכימו עליה בני הזוג בעת שנכנסו לתהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמתם אז הייתה להקמת משפחה, דהיינו לזכות בזרע של קיימה שיגדל במסגרת התא המשפחתי. אולם האישה תובעת עתה שותפות אחרת שמטרתה להביא ילד לעולם, ותו לא. לא לשותפות זו הסכים הבעל מלכתחילה, ועל כן לא נוצרה התחייבות של הבעל לאפשר לאישה להשתמש בכיצית המופרית בזרעו להולדת ילד במסגרת משפחה חד-הורית. הרב שרמן²² טוען גם שיש לאדם בעלות על היוצא מגופו, ומכיוון שהסכימו שני בני הזוג נחמני לתהליך ההפריה החוץ-גופית, הם נעשו בעליה המשותפים של הביצית המופרית. לאור זאת, הוא קובע שמאחר שבנדון שלפנינו תרם כל אחד מבני הזוג לתהליך ההפריה החוץ-גופית – האישה את הביצית והבעל את הזרע, לתהליך הפריה העשוי להביא ליצירת ולד – נוצרה ביניהם שותפות מלאה באותם חלקים מגופם שתרמו לתהליך, שממזוגם עשויה להתקיים ההפריה, ולפיכך חלים עליהם גדרי השותפות. הרב שרמן אינו מקבל את טענת האישה, שלפיה יש להמשיך בהפריה משום שבעלה חייב לסייע בידה למלא את שאיפתה הטבעית להיות אם.²³ הרב שרמן מוכיח מדברי הפוסקים כי לא חל חיוב על הבעל לממש את זכותה הטבעית של אשתו להיות אם, וכי הנישואין יצרו כלפיו רק חובות בתחום חיי האישות (מצוות עונה) והמחיה (מזונות ומדור).²⁴ נימוק חשוב נוסף שמעלה הרב שרמן נגד המשך ההפריה הוא טובת הילד. הרב שרמן אומר בעניין זה שייטכן שהמשך ההפריה אינו לטובת הוולד, משום שייולד לתוך מציאות של סכסוך חמור בין אביו לבין אמו, וקרוב לוודאי שיהיה בן למשפחה חד-הורית, כשאביו הטבעי אינו עימו, ולא עוד אלא שלא חפץ בלידתו.²⁵ הדין השני שישב בהרכב עם הרב שרמן, והסכים לדעתו שאין לכפות על הבעל את המשך תהליך ההפריה, הרב בן שמעון, חלק למעשה על כמה מנימוקיו, אך הסכים עם מסקנתו בעיקר מטעמים אחרים.²⁶ לדעת הרב בן שמעון, לא ניתן להחיל בנדון שלפנינו את דיני השותפות הרגילים, משום שאין ממש בכיצית ובזרע, ו"שניהם ביחד אינם ברי שיווי, אלא לאחר השקעה של טיפול וידע של רופאים". הרב בן שמעון סבור שאין לאישה זכות ובעלות על הביצית, משום שבעת הדיון המשפטי מצויות הביציות מחוץ לגופה, והן עדיין מצויות ברשות בית החולים. אמנם

²¹ "הפריה חוץ-גופית אצל זוג פרוד" תחומין, לעיל ה"ש 18, עמ' 392–403.

²² ובכך הוא מקבל את דעותיהם של הרב ישראלי בפרק ב של חוות דעתו, לעיל ה"ש 3; ושל הרב ל"י הלפרין, שו"ת מעשה חושב, חלק ג, סימן ב.

²³ המבוסס על זכותה שיהיה לה כדברי התלמוד: "חוטרא לידה ומרה לקבורה" (יבמות סה ע"ב).

²⁴ אמנם, הרב שרמן אינו שולל עקרונית את חובתו המוסרית של הבעל לגמול חסד עם אשתו, כהמלצת בית הדין האזורי, אך לדעתו אין מדובר בחובה משפטית מלאה, ולכן לא ניתן לכפות את הבעל לעשות כן.

²⁵ בשולי פסק דינו, תומך הרב שרמן את דבריו אף בחששות הנוגעים לשאלת האיסור וההיתר הקיימות בהפריה חוץ-גופית.

²⁶ אף שהוא מסכים לחששות ולאיסורים שמעלה הרב שרמן ולשיקולים של טובת הילד.

הרב בן שמעון מסכים שאילו היה מדובר במצב שבו הושתלו הביציות בגופה ובעלה דורש ממנה להפיל את עוברת עקב הסכסוך שיש ביניהם, היה מקום לומר שכיוון שהן חלק מגופה, אין בעלה יכול לדרוש ממנה לעשות זאת. אך מאחר שבנדוננו הביציות אינן בגופה (ואף לא יהיו בגופה אלא בגוף פונדקאית), אין לה בעלות עליהן.

עתה נציג את נימוקי המצדדים בעמדת האישה. הרב שלמה דיכובסקי²⁷ מבסס את דעתו על הספק הקיים בשאלת הבעלות על ביצית מופרית. לדעתו, אין לדמותה לעובר.²⁸ לפיכך, הוא סבור שאם אין ראייה חותכת בשאלת הבעלות על ביצית מופרית, איש מן הצדדים אינו יכול לעכב בעד זולתו מלהמשיך בתהליך ההפריה. על כן, הוא סבור שהתנגדות הבעל להמשיך את התהליך אינה קבילה. עוד טוען הרב דיכובסקי כי אין לקבל את דעת הרב שרמן שיש לאדם בעלות על גופו, ולכן יש לבעל זכויות ממוניות מלאות בזרע היוצא ממנו. הרב דיכובסקי מבחין בין בעלות האדם על היוצא מגופו לבין היעדר בעלותו על דבר שיצא מגופו ונולדה בו חיות עצמית. לדעתו, יש לביצית מופרית חיים משלה, גם אם עדיין היא בגדר "מיא בעלמא", ומרגע שנוצרים חיים חדשים, פוסקת בעלות בעל הזרע ובעלת הביצית עליהם, ואף ודאי שלא תיתכן בעלות המזכה להשמיד ביצית מופרית שכבר יש לה חיים משלה. לכל היותר, יש לו לאיש בעלות על הזרע לפני שהפרה את הביצית, אבל לא לאחר מכן.²⁹ הרב דיכובסקי תומך את דבריו גם בהתחייבות ההדדית של בני הזוג להעמיד ולדות. לדידו, חובתם של שני בני הזוג היא לעשות הכול כדי להביא ילדים לעולם, ואין מדובר בחובה מוסרית בלבד, אלא בחובה הלכתית ממש. את טענת הרב שרמן, שיש להימנע מלהביא ילד לעולם בסביבה משפחתית קרועה, דוחה הרב דיכובסקי. הוא קובע כי כשם שאיש לא יצדיק הפלה בגלל סכסוך משפחתי, כך אין למנוע את המשך התפתחותה של ביצית מופרית, שיש לה זכות עצמאית לקיום. נוסף על כך הוא סבור שאין לאיש זכות לגזור כליה על גרעין של חיים מכל סיבה שהיא. הרב ד"ר איתמר ורהפטיג³⁰ מבסס את זכותה של האישה להמשיך בתהליך ההפריה מכמה טעמים: איסור השחתת זרע, מצוות פרייה ורבייה, זכותה של האישה להביא ילד לעולם, ועוד. אף הרב יגאל שפרן³¹ מצדד בעמדת האישה. טעמו העיקרי הוא ההיקש מדיני השותפות במשפט העברי, שמהם הוא לומד שבזמן המיועד לעשיית פעולה מסוימת בגוף הדבר ששותפים בו, אין צורך שיברר

27 "בעלות על ביציות מופרות", תחומין, לעיל ה"ש 18, עמ' 404–407.

28 לעניין זה, ראו גם מאמרו של י' גרין "עד ארבעים יום מיא בעלמא" – האמנם היתר להשמדת ביציות מופרות" המשפט ט 377–399 (התשס"ד).

29 לחלופין, טוען הרב דיכובסקי, לעיל ה"ש 27, עמ' 407, כי ייתכן שיש לביצית המופרית מעמד משפטי עצמאי שאינו מזכה לא את האב ולא את האם להחליט בשאלת הפסקת תהליך התפתחותה. הוא מוסיף ואומר שאולי היה מקום להתיר להפסיק את התהליך בהסכמת שניהם, אך אם רצונה של האם להמשיך בו, ותביעתה לשלום בית עדיין לא נדחתה, אין לקבל את תביעת האב להשמדת הביצית.

30 ורהפטיג, לעיל ה"ש 20.

31 שפרן, לעיל ה"ש 19.

האחד את דעתו של שותפו,³² והוא רשאי לעשות את הפעולה המיועדת בלא להתיעץ עם חברו. לדעת הרב שפרן, הוא הדין אף בפרשת נחמני: אם הגיע הזמן לביצוע ההפריה, האישה אינה צריכה להימלך בבעלה, כיוון שכשנעשתה השותפות הסכימו שניהם להפריה, ושוב אין ההשרשה תלויה בדעת הבעל. וראוי לציין בשולי דבריו שנראה לי שיש קושי רב בהיקש שעושה הרב שפרן מדיני השותפות, משום שבכל הדוגמאות שהביא אין מדובר בשותפים שפירקו את שותפותם לפני המכירה, אלא בשותפים הממשיכים לקיים את השותפות ביניהם, וחילוקי הדעות ביניהם הם רק בשאלה מתי יש לבצע את המכירה. לעומת זאת, בפרשת נחמני, נתפרקה השותפות ביניהם באופן מעשי, אף על פי שלא נעשה ההליך הרשמי לפירוקה הסופי, שהרי הבעל עזב את הבית והקים משפחה חדשה ואף נולדה לו בת מבת זוגו החדשה, אף על פי שעדיין הוא נשוי רשמית לעותרת רק משום שהיא מסרבת לקבל את גטה.³³ לאור זאת, נראה שאם מקישים מדיני השותפויות של המשפט העברי לעניין זה, וכפי שראינו לעיל, אין הדבר נקי מספקות, אזי יש מקום רב להבחנתו של הרב שרמן בין הסכמתם הראשונית של בני הזוג להקמת משפחה לבין תביעת האישה להוליד ילד שלא במסגרת התא המשפחתי, שאינה בכלל השותפות ביניהם.

ואף שאיני מבקש לומר דברים להלכה, נראים לי נימוקי המצדדים בזכותו של הבעל שלא להמשיך בתהליך ההפריה משכנעים ביותר מן הבחינה המשפטית-הלכתית הטהורה. זאת, להבדיל מן הנימוקים המוסריים והדתיים, העומדים בוודאי לזכותה של הגב' נחמני, שכל מי שיש לו לב רחום בקרבו מזדהה רגשית עם מצוקתה הקשה ועם כמיתהה לפרי בטן, בחינת "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנכי".³⁴ אין לדבר במונחים חוזיים רגילים ביחסים בין בני משפחה, לדעתי, משום שאין מדובר בחוזה רגיל. לפיכך, השיקולים אם להתיר את השתלת הביצית המופרית אם לאו צריכים להיות מבוססים על ראיית מערכת היחסים המורכבת בין בני הזוג תוך שיקולים של עקרונות כלליים יותר, כגון: היקף הזכות להורות, חופש הבחירה של האב, טובת הילד, ועוד. אין להסתפק בשיקולים מוכרים של עילות לאכיפת חוזה או ביטולו. הקמת התא המשפחתי מושתתת על אמון הדדי בין בני הזוג ועל רצון לחיים משותפים ארוכי טווח, והבאת ילדים לעולם נעשית מתוך רצון זה. עובדה היא שזוגות שעתידיהם המשותף נראה מעורפל עקב סכסוך ביניהם נמנעים בדרך כלל מלהביא

³² הסוגיה העיקרית שהתבסס עליה היא סוגיית התלמוד שעולה ממנה כי בשותפים ביין בדרך כלל אין האחד יכול למכור שלא מדעת חברו חוץ מן הזמנים הנזכרים בסוגיה, שבהם אינו צריך להימלך (גיטין לא ע"א). עוד מבקש הרב שפרן ללמוד מדיני גוד או אגוד וחלוקת שותפויות (ראו למשל שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעא, סעיף א).

³³ לאור השתלשלות הדברים האמורה בפרשת נחמני, נמצאת בלתי מתקבלת על הדעת טענתו של הרב שפרן, לעיל ה"ש 19, עמ' כז, ולפיה אין לומר שהשותפות בין בני הזוג נחמני פורקה, "כי גם כאן מי לדינו יתקע שלא ירצו לשוב הבעל והאשה זה על זה? הרי אינם גרושים כלל, והאשה אף הגישה בקשה לשלום בית, ואין הם איפוא אלא כשותפים המסוכסכים זה עם זה, שעל זה עולים כל דיני שותפויות כנ"ל".

³⁴ בראשית ל, א.

ילדים לעולם. לפיכך, נראה לי שדרושה הסכמה מודעת של שני בני הזוג להמשיך את תהליך הבאת הילד לעולם.³⁵

2. זכויות המת

2.1 פתיחת קבר אחים לביצוע בדיקה גנטית

בפרשת **דליה כהן** ביקשו העותרים לפתוח את קבר האחים של חללי אח"י "אילת" שטמונות בו שלוש גופות של חללים שלא זהו.³⁶ רוב משפחות הנעדרים האחרים התנגדו לבקשה זו. בית המשפט העליון קבע כי בשל התנגשות הזכות לכבוד האדם של העותרים וכן משפחתם עם הזכות לכבוד האדם של החללים האחרים ובני משפחותיהם, יש להכריע על פי הנסיבות של המקרה המסוים. בית המשפט חייב לבחון אם החלטת רשויות הביטחון שלא לאפשר את פתיחת הקבר עומדת באיזון הראוי של הזכויות, האינטרסים והשיקולים הנוגעים לעניין. בכלל השיקולים שיש להביא בחשבון, מצויה הפגיעה הפיסית והנפשית העלולה להיגרם לשאר משפחות החללים. לאחר בחינת העובדות, החליט בית המשפט העליון שלא להתערב בהחלטת הרשויות ודחה את העתירה. ומאחר שמדובר בשאלה תקדימית, שלא נדונה על כל היבטיה בפסיקה הישראלית, מתבקשת בעניין זה פנייה למקורות המשפט העברי.³⁷

ואכן, השופט יעקב טירקל גיבש בפסק דינו המאלף את הכרעתו בפרשת **קבר האחים** על יסוד ניתוח נרחב של מקורות המשפט העברי.³⁸ השופט טירקל מדגיש שהטעם העיקרי בעיניו לדחיית העתירה הוא: כשם ש"אין דוחין נפש מפני נפש",³⁹ כך אין דוחים צער מפני צער. לפי תפישתו, אין להקל את כאבה של משפחה אחת תוך הכבדה כאבן של משפחות אחרות. העותרים חפצים להסיר מלבם את הספק שמא יקירם הוא אחד משלושת החללים שנטמנו בחלקה השלושה. לעומתם, בני המשפחה של כל אחד משלושה-עשר החללים

³⁵ בשולי פרשת **נחמני** אציין שזכותה של אישה חד-הורית להביא לעולם ילד באמצעות אם פונדקאית נדונו בהרחבה בפסק הדין המנחה בסוגיה זו בפרשת **משפחה חדשה**. בפסק דינו המאלף של השופט יצחק אנגלרד נדונה עמדת ההלכה היהודית בסוגיה זו בהרחבה ובהעמקה רבה (בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת**, פ"ד נז(1) 419, בעמ' 469–479 (2002)). וראו גם מה שכתב השופט מישאל חשין על הפונדקאות במקורות היהדות, בעמ' 431–432, והוא בוחן לאורה את ההסדרים החקיקתיים הראויים בסוגיה זו. פסק דין זה מדגים באופן מרתק את ההסתייעות במקורות הקדומים של המשפט העברי בפתרון סוגיות חדשות שהתהוו עקב ההתקדמות המהירה של הרפואה המודרנית בתקופתנו.

³⁶ בג"ץ 4225/01 **כהן נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד נח(4) 155 (2004).

³⁷ מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

³⁸ עניין **כהן**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 181–182. השופט הסתמך על חוות דעתו של ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים.

³⁹ סנהדרין עב ע"ב.

האחרים שהוכרזו נעדרים חפצים לחיות עם הספק, שהוא בעצם התקווה, שיקרים הוא אחד משלושת החללים שנטמנו שם. בעיני השופט טירקל גוברת תקווה זו על הספק. ממקורות המשפט העברי למד השופט טירקל שהפוסקים נטו בדרך כלל שלא להתיר להוציא גופה או חלקי גופה מן הקבר, לרבות נגיעה בגופה לצורך בדיקתה, למעט מקרים מסוימים ומוגדרים. הטעמים לאיסור זה הם: ניוול המת, ביטול מצוות הקבורה, איסור הנאה מן המת וחרדת הדין. ואולם הותר הדבר רק לאחד משלושה דברים חשובים: התרת עגונה, קביעת אבלות וכבודו של המת.

לדעת השופט טירקל, נראה כי הטעם העיקרי לאיסור הוא ניוול המת. דוגמה מובהקת לדיון בשאלה אם בדיקת גופה מותרת לצורך קביעת כשרותו המשפטית של המנוח, בין בגיר בין קטין, בעת שמכר נכסים, מובאת בתלמוד הבבלי. וזה לשונו:

מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת, ובאו בני משפחה וערערו, לומר: קטן היה בשעת מיתה. ובאו ושאלו את רבי עקיבא: מהו לבדוקו? אמר להם: אי אתם רשאים לנוולו. ועוד, סימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה.⁴⁰

וכן פסק להלכה גם הרמב"ם:

מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת, ובאו קרוביו וערערו שהיה קטן בשעת המכר, ובקשו לבדוקו, אין שומעין להם לנוולו, ועוד שהסימנים משתנין במיתה, וחזקה היא שאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן ידעו בודאי שהמוכר גדול.⁴¹

יחד עם זאת, כפי שראינו לעיל,⁴² הותרו לבצע פעולות שיש בהן משום ניוול המת אם הייתה המטרה לשמור על כבודו המת.

השופט טירקל מציג פרשה אחת דומה לנסיבות פסק הדין בעניין שנדון בפניו, שדן בה הראשון לציון, הרב הראשי לישראל, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, בעניין פתיחת קבר אחים של חיילים שנפלו במלחמת השחרור. הרב עוזיאל התיר לפתוח את הקבר משום שנקברו בו החללים יחד בארון משותף, ואין זה "לכבוד המת כלל ואין אדם רוצה או מסכים להיות קבור

⁴⁰ בבא בתרא קנד ע"א.

⁴¹ רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה טז. וראו גם שולחן ערוך, שפסק: "אסור לפתוח הקבר אחר שנסתם הגולל, אפילו אם עוררים היורשים לפתחו כדי לבדוק אם הביא שתי שערות" (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שסג, סעיף ז). על ניוול המת, ראו גם א' שטינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, כרך ד, עמ' 551–552, ובהערות 111–114.

⁴² ראו חלק שני, שער ראשון, פרקים ב, ד. כן ראו המקורות הרבים הנזכרים בחוות דעת של מרכז ישמ"ע בעניין "ניתוח מת לצורך בירור ירושה" ובעניין "ניתוח גופה לצורך מציאת הרוצח" באתר www.netanya.ac.il.

בצורה עלובה כזאת...⁴³ וכאן המקום להדגיש כי בפרשה שעמדה לפני השופט טירקל נקבר כל אחד משלושת החללים בארון נפרד, ויש בזה לכאורה חיזוק לדעת ההורים המבקשים שלא להתיר את פתיחת קבר האחים. אף בתשובתו המפורטת של הראשון לציון, הרב הראשי לישראל, הרב אליהו בקשי דורון, שדן בשאלה אם מותר לפתוח את קבר האחים של חללי "שיירת הדסה" ולבצע בשרידי הגופות שבו בדיקות דנ"א לצורך זיהוי החללים, התיר הרב לבצע את הבדיקה כדי לקבור לפחות חלק מהם בקבר ישראל, משום שיש שמועה שנקברו בבית קברות מוסלמי, ואף התנה שייטלו לצורך הבדיקה רק "כמות מזערית של דגימות".⁴⁴ בהקשר זה, אומר השופט טירקל כי בפרשה שנדונה לפניו מדובר בחללים שנטמנו בקבר ישראל, בבית קברות צבאי, ועבר זמן רב מאז הקבורה. לפיכך, קובע השופט טירקל: "אין כאן אפוא צורך להעביר חללים לקבר ישראל, וכן יהיה כנראה צורך לקחת דגימה גדולה – כחמישה עד עשרה ס"מ מעצם הירך – ובסופו של דבר גם אין ביטחון שיתקבל זיהוי ודאי".

בסופם של דברים, הסיק השופט טירקל באמצעות יישום עקרונות המשפט העברי על המקרה שנדון לפניו:

על-פי העיון במקורות הנזכרים – וכן במקורות נוספים המובאים, בין היתר, בתשובתו של הרב בקשי דורון – נראה כי המסקנה היא שבנסיבות הפרשה שלפנינו לא תותר פתיחת הקבר ונטילת דגימות לצורך בדיקת דנ"א. עמדת הפוסקים אינה מתירה לכאורה פגיעה בגופה כאשר המטרה היא רק הסרת ספק בדבר זיהויו של חלל בין חללים אחרים שנקברו עמו, קל וחומר כאשר מדובר בהקלה על צערה של משפחה אחת על-ידי הכבדת צערן של משפחות אחרות.

⁴³ שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן לו.

⁴⁴ שו"ת בניין אב, חלק ד, סימן סז.

פרק שלישי

חופש הדת והמצפון

1. כפייה דתית – חבישת כיפה בבית הדין הרבני

1.1. העובדות והשאלות המשפטיות

שאלה מעניינת הוטלה לפתחו של בג"ץ: האם החובה להופיע בבתי הדין הרבניים בכיפה או בכיסוי ראש מהווה פגיעה בחופש המצפון ובחופש מדת? מעשה בעו"ד צבי ריש, שקיבל על עצמו לייצג לקוח בתביעת גירושין בבית הדין הרבני האזורי בפתח-תקווה. בפתח הדיון דרשו הדיונים ממנו לחבוש כיפה, בהתאם לתקנה נגד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, הקובעת:

אין להופיע לפני בית-הדין אלא בלבוש צנוע והולם, כולל כיסוי-ראש. עורכי-דין וטוענים רבניים יופיעו גם במקטורן או בלבוש עליון, אלא אם הסכים בית-הדין להופעה שונה.

עו"ד ריש ביקש מבית הדין לפטור אותו מחבישת כיפה. הוא טען שהוא אתאיסט ושעיקרי אמונתו החילונית מונעים ממנו לקיים מנהג דתי כלשהו, לרבות כיסוי ראשו בכיפה. בקשתו נדחתה, ובית הדין סירב לאפשר לו לייצג את לקוחו לפניו כל זמן שאינו חובש כיפה. עו"ד ריש עתר לבג"ץ נגד מועצת הרבנות הראשית לישראל ונגד בתי הדין הרבניים.¹ טענתו העיקרית הייתה: אף אם הותקנו תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בסמכות, הרי שחיובם של כל הבאים להתדיין לפנייהם בכיסוי ראשם פוגע בחופש המצפון של המתדיינים, כולל פגיעה בחופש מדת, ואף בחופש העיסוק של באי-כוחם, בלא הסמכה מפורשת לכך בחוק. על כן, דינה של התקנה המחייבת לכסות את הראש להיבטל. בתשובה

¹ בג"ץ 1912/97 ריש, עו"ד נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 650 (1998).

לעתירתו של עו"ד ריש טען בא-כוחה של הרבנות הראשית כי התקנה לכסות את הראש באה משום שההלכה מצווה לנהוג בכבודם של הדיינים, ולכן לא נאמר בה החובה לחבוש כיפה אלא לכסות את הראש.

בראשית הדיון בעתירה, הדגישה השופטת דליה דורנר כי אמנם תקנת דיון – שתקבע כחלק מסדר הדין חובה שעיקר טעמה קיום מצווה דתית כתנאי להופעה בבית דין רבני – יש בה פגיעה בחופש המצפון של המתדיינים, כולל חופש מדת וחופש העיסוק של באי-כוחם. השאלה המתעוררת היא אפוא אם הדרישה לכיסוי ראש בבתי דין רבניים מבטאת מצווה דתית, כטענת העותר, או שמא היא ביטוי של דרך ארץ ההולם מסורת של בית דין רבני, בדומה למדים שנדרשים עורכי דין ללבוש בעת הופעתם בבית המשפט, כטענת המשיבים.

1.2. כיסוי ראש כמנהג המבטא דרך ארץ – דעת השופטת דליה דורנר

לצורך המענה לשאלת טיבה של הדרישה לכיסוי ראש ערכה השופטת דורנר בירור מקיף למדי של מקורות ההלכה היהודית בעניין כיסוי הראש.² מן העיון במקורות הללו הגיעה השופטת דורנר למסקנה: "כיסוי ראש אינו חובה דתית, אלא מנהג אשר נחשב לביטוי למידת חסידותו של אדם והוגבל לאירועים נכבדים בלבד, לרבות דיון בפני בית-דין". השופטת דורנר כללה בפסק הדין כמה מן המקורות הללו. וזה לשונה:

כך, למשל, על-פי התלמוד הבבלי (שבת י' ע"א) כיסו תלמידי חכמים את ראשיהם רק בעת שמילאו תפקיד ציבורי או ביושבם על כס המשפט. באופן דומה, סבר רבי אליהו מווילנא (הגר"א) כי לא קיים איסור ללכת בראש מגולה, אלא כאשר עומדים "לפני גדולים" (וכן בעת התפילה). ראו ביאור הגר"א לשולחן ערוך, אורח חיים, ח, סעיף קטן ו. וכך פסק אף רבי יהודה אריה דה-מודינה (ריא"ם), בן המאה ה-17, כי הצורך לכבד את המנהגים המקובלים בחברה האיטלקית באותה עת חייב בנסיבות מסוימות התהלכות ללא כיסוי ראש. ראו י' ריבקינד "תשובת הרב יהודה אריה מודינה על גילוי הראש" ספר היובל ללוי גינצבורג.

על פי המקורות האלה, הסיקה השופטת דורנר שכיסוי הראש בבית דין דתי אינו אלא סימן לכבוד שחולקים המתדיינים לדיינים, ואינו בגדר מילוי מצווה דתית, והוסיפה שמנהג זה לא היה מקובל בכל קהילות היהודים בעולם.

יחד עם זאת, הפך כיסוי הראש במשך הדורות, אם מפני איסור "חוקות הגויים" אם מפני הרצון להביא להפרדה מלאה בין החברה היהודית לחברה שמסביבה, לחובה דתית. עם השנים, ובמיוחד לאחר שחלק מן החברה היהודית נעשה חילוני, השתרשה חובה זו ביתר שאת. כיסוי הראש החלקי, הכיפה, הפך לסמלו של היהודי שומר המצוות. כך, לדוגמה,

² שם, עמ' 661–663.

מביאה השופטת דורנר סיפור על דוור יהודי בארצות-הברית שקבל לפני הוועדה הפדרלית לשוויון הזדמנויות בעבודה נגד רשות הדואר על שחייבה אותו לכסות את הכיפה שעל ראשו בכובע שירות בזמן עבודתו, מפני שביקש שכיסוי הראש המסמל אותו כיהודי דתי יהיה גלוי לעין.³

בישראל מסמלת הכיפה את הציבור הדתי ומבדילה אותו מן הציבור החילוני. חיזוק לדבריה מוצאת השופטת דורנר בדברי הרב עובדיה יוסף. וזה לשונו:

נראה שכיסוי הראש בזמננו הוא יותר ממידת החסידות, כי ידוע שזה דרכם של החופשים פורקי עול תורה ומצוות ללכת בגילוי הראש ויש היכר מיוחד להיכר בין עובד אלקים לאשר לא עבדו.⁴

עוד הביאה את דברי פרופ' זימר בספרו העוסק בתולדות המנהגים. וזה לשונו:⁵

לסיכום, כיסוי הראש לגברים לבש צורה ופשט צורה במשך המאות. אף-על-פי שהוא נהוג כמידת חסידות בדורות הראשונים, הוא נהפך בהדרגה לחובה מפני איסור 'חוקת הגויים' החל מן המאה החמש-עשרה. חובה זו השתרשה בעימות בין התנועה האורתודוקסית לתנועה הרפורמית במאה התשע-עשרה. במאות התשע-עשרה והעשרים הודגש הכיסוי החלקי. ה'ירמולקה' באירופה וה'כיפה' בארץ-ישראל מקובלות גם בבית וגם ברשות הרבים ובציבור.

1.1. הבחנת השופטת דורנר בין כיסוי ראש לבין כיפה

בפסק דינה טוענת השופטת דורנר לקיומה של הבחנה עקרונית העולה ממקורות ההלכה היהודית בין **כיסוי ראש** לבין **כיפה**. לדידה, חובת **כיסוי הראש**, לאו דווקא בכיפה, יסודה במנהג המבטא דרך ארץ כלפי בית הדין, שניתן להשוותו למנהג המקובל בחברה הלא-יהודית להסיר את הכובע לאות כבוד.⁶ לעומת זאת, קובעת דורנר, לכיסוי הראש בכיפה הקשר דתי חד-משמעי.

לאור ההבחנה האמורה בין כיסוי ראש לבין כיפה, בדקה השופטת דורנר את לשון התקנה נושא העתירה. התקנה הנדונה אינה דורשת חבישת כיפה, והמתדיינים ובאי-כוחם חופשיים לבחור לעצמם כיסוי ראש שאין לו זיקה דתית. השופטת אף מדגישה בדבריה כי

³ וכאן מפנה דורנר לספרו של יצחק (אריק) זימר **עולם כמנהגו נוהג – פרקים בתולדות המנהגים, הלכותיהם וגלגוליהם**, 38, הערה 97 (התשנ"ו).

⁴ שו"ת יחיה דעת, חלק רביעי, סימן א.

⁵ זימר, לעיל ה"ש 3, עמ' 42.

⁶ כאן היא מפנה לדברי זימר בספרו, לעיל ה"ש 3, עמ' 38.

התקנה חלה גם על עורכי דין שאינם יהודים המופיעים לפני בתי הדין הרבניים, ומכאן שאין מדובר במצווה דתית יהודית. בכך מתנתקת, לדעת דורנר, הדרישה לכיסוי ראש מן המצווה הדתית, וממילא אין היא פוגעת בחופש המצפון. וכאן מוצאת השופטת את הדמיון לחובה לכסות את הראש: גם החובה לעטות גלימה בבית המשפט בימינו, המקובלת באירופה מאז ימי הביניים, מקורה דתי. במרוצת הדורות, איבדה עטיית הגלימה את משמעותה הדתית, וכיום לא יעלה על הדעת שיטען עורך דין שהדרישה לעטות גלימה בבית המשפט פוגעת בחופש המצפון והדת שלו.⁷

מסקנתה של השופטת דורנר היא, וכך פסק בית המשפט, שהתקנה אינה פוגעת בחופש המצפון ובחופש מדת, ולכן יש לדחות את העתירה.

1.4. האמנם אין למנהג ללכת בכיסוי ראש שורשים דתיים?

יש מקום לפקפק במסקנתה של השופטת דורנר, שלפיה כיסוי הראש בבית דין דתי אינו אלא סימן לכבוד שיש לרחוש לדיינים, ואין לו קשר למילוי מצווה דתית. אמנם, כפי שהיא מציינת, בצדק, ניתן ללמוד מן המקורות הקדומים שבתחילה היה מקובל שכיסוי הראש אינו בגדר חובה דתית המוטלת על הכול אלא מנהג המבטא את מידת חסידותו של אדם. ברם, מן המקורות עולה בבירור כי יסודות המנהג לכסות את הראש, אף אם הוא היה בתחילה נחלת יחידים בלבד, הם יסודות דתיים מובהקים.⁸ כך, לדוגמה, מסופר בתלמוד על רב הונא בריה דרב יהושע שלא היה הולך ארבע אמות בגילוי הראש, כיוון שאמר: "שכינה למעלה מראשי".⁹ ובמקום אחר בתלמוד מסופר על אמו של רב נחמן בר יצחק שהייתה מזוהרת את בנה שלא יילך בגילוי ראש, כדי שיהיה מורא שמיים עליו.¹⁰ כיוצא בזה, נאמר בזוהר¹¹ שאסור לתלמיד חכם ללכת ארבע אמות בגילוי ראש, משום שהקדוש ברוך הוא "מלוא כל הארץ כבודו".¹² והרמב"ם כתב שגדולי חכמינו היו נזהרים מלגלות את ראשם מפני השכינה החופפת עליהם.¹³ מכל המקורות הללו עולה שאמנם בתחילה לא היה כיסוי הראש אלא מנהג חסידים, אך ודאי ששורשיו דתיים מובהקים וקדומים.

לי נראה שהשופטת דורנר חתרה להגיע לתוצאה שתאפשר לבית הדין הרבני לחייב את המופיעים לפניו לכסות את ראשם בלא שהדבר ייחשב ככפייה דתית הפוגעת בחופש מדת,

7 P. Goodrich, *Signs Taken for Wonders: Community, Identity, and a History of Sumptuary Law*, 23 LAW & SOC. INQUIRY 707, 719-720 (1998)

8 וראו לעניין זה, ד' שפרבר **מנהגי ישראל – מקורות ותולדות**, חלק ג, עמ' סד (התשנ"ה).

9 קידושין לא ע"א.

10 שבת ק"ח ע"ב.

11 פרשת פנחס, רמה ע"ב.

12 ישעיהו ו, ג.

13 מורה נבוכים, חלק ג, פרק נב.

ומתוך מגמה זו, יש לראות את ניסיונה להוכיח שמקור המנהג לכסות את הראש או לחבוש כיפה אינו דתי. ברם, כפי שכתבה בצדק השופטת ד' ביניש,¹⁴ שיטתה לדין אף היא באותו הרכב, ניתן להגיע לאותה תוצאה בלי להיזקק כלל לדיון הנרחב במקור המנהג של חבישת הכיפה או להבחנה המלאכותית, לדעתי, מנקודת ראות הלכתית, שעושה השופטת דורנר בין חבישת הכיפה לבין כיסוי הראש בכיסוי שאינו כיפה. בעיניו של כל אדם מישראל בימינו, סבורה השופטת ביניש, נתפשת חובת כיסוי הראש הקבועה בתקנה כמנהג דתי. אולם, מקובל עליה כי תכליתה של התקנה לקבוע מנהג כבוד כלפי בית הדין, שהיא לעצמה תכלית ראויה בכל ערכאה שיפוטית.

לאור זאת, הגיעה השופטת ביניש למסקנה המשפטית המתבקשת בעתירת עו"ד ריש. וזה לשונה:

יהא אשר יהא מקור הדרישה לכיסוי ראש בתקנה נג, הכול יסכימו כי כיסוי ראש שאיננו כיפה, כשהוא לעצמו, איננו מבטא מנהג דתי. האפשרות הניתנת לעותר, כאמור בהודעת המדינה, להופיע בבית-הדין בכל כיסוי ראש הולם, יש בה כדי ליטול מהחייב שבתקנה את הסממן הדתי המובהק שבכיפה, וליתן יתר משקל להיבט של כיבוד בית-הדין. משניטל עוקצה של טענת העותר כי נפגע מן החובה ליתן ביטוי חיצוני למנהג דתי, מתייטר הצורך לדון בשאלה אם יש בדרישת התקנה בנוסח זה כדי לפגוע בחופש מדת של העותר. לפיכך, מסכימה אף אני כי דין העתירה להידחות.

יש לשבח את השופטת דורנר על עצם הבאת דברי חכמים והדיון במקורות ההלכה היהודית. יחד עם זאת, נראה לי שדווקא הדרך שהלכה בה השופטת ביניש בסוגייתנו, שאינה נכנסת לשדה ההלכתי, עדיפה מן הבחינה המשפטית מהדרך המפותלת שהלכה בה השופטת דורנר, כשהסיקה מהמקורות היהודיים מסקנות שאינן מדויקות כלל ועיקר.

¹⁴ השופטת ביניש, לעיל ה"ש 1, עמ' 664–665.

פרק רביעי

חופש הביטוי

1. גבולות חופש הביטוי

יש לשאול: מה מקומו של חופש הביטוי במשפט העברי? האם הוא גובר על ערכים אחרים המתנגשים עימו? מהם גבולותיו?

ראוי לקיים דיון מעמיק בסוגיית חופש הביטוי וגבולותיו במשפט העברי,¹ אך אין כאן מקום להרחיב בסוגיה זו. ניתן, בכל זאת, לקבוע את הידוע לכל בר בי רב, שהתורה שמה גבולות רבים וברורים לאדם, הן במעשיו הן בדיבוריו, כשהגבלות בענייננו חמורות יותר ככל שיש במעשה או בדיבור פגיעה בזולת או בשמו הטוב.² אין הדבר אומר שהמשפט העברי לא הכיר בחופש הביטוי, אלא שהוא הציב לו גבולות. על מגבלותיו של חופש הביטוי לאור מקורות היהדות, עמד בעת האחרונה השופט אליקים רובינשטיין. וזה לשונו:

רעיון חופש הביטוי אינו נוגד לדעתי רעיונית לגישה המבוטאת במקורות היהודיים, של לשון נקיה ("תניא דבי רבי ישמעאל, לעולם יספר אדם בלשון נקיה", בבלי פסחים ג, א'), וכן ראו רש"י, שם, דיבור המתחיל 'מאי טעמא': "ודרך נקיי הדעת לספר בלשון נקיה". ועוד מדברי רש"י שם, בדיבור

¹ דומה שעדיין לא נעשה מחקר מקיף בעניין זה. אמנם ראו ח"ה כהן "על חופש הדעה והדיבור במשפט העברי" **תקדים** ג-ד 179–201 (התשנ"ב), אלא שחסר במחקרו דיון מקיף בכלל מקורות המשפט העברי. וראו גם דברי השופט מ' אֶלון ב-ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד לט(2) 225 (1985).

² לפי דין התלמוד, הוגבל חופש הדיבור גם כדי למנוע לשון הרע. בין עילות הנידוי, מצויים לדוגמה: ביזוי תלמידי חכמים, ביזוי שליח בית דין או נידוי אדם שאינו ראוי לנידוי (רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכות יב-יג). איסורים אלה וכיוצא באלה היו דרושים בכל דור ודור כדי לקיים את הסדר הציבורי. ראו ח"ה כהן **המשפט** 532–533 (התשנ"ב).

המתחיל 'דבר מגונה' ... לשון חכמים לחזר אחר לשון צח ונקי"; וראו גם רש"י עבודה זרה י"ט, ב', דיבור המתחיל "שיחת חולין": "שיחת חולין של חכמים צריכה תלמוד, כדי להתלמד לדבר בלשונם, שהיא בלשון נקייה, עושר ומרפא". כן ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך י"ז, תרע"ו, ערך דרך ארץ. גישת המקורות קוראת להימנעות מהלבנת פניו של הזולת, הימנעות מן המכלול הקרוי חטא הלשון, ומניבול פה; ראו בבלי שבת ל"ג, ע"א, "כל המנבל את פיו, אפילו חותמין עליו גזר דין של שבעים שנה לטובה – הופכין עליו לרעה"; וכן "המנבל את פיו ככד עוון ונתעב ונאלח, כי עזב והניח הבושה והצניעות שהן המידות הידועות לזרע קודש, והלך על שבילי עזות פנים" (ספר שערי תשובה לרבינו יונה, שער ג'). אכן, ניתנת בחוק הגנה גם לדיבורים גסים, ואף לפורנוגרפיה, אך אין פירוש הדבר שבמקרים המתאימים לא יושמו הרסן והסייג. אזכיר רק, כי על הפסוק "ארור מכה רעהו בסתר" (דברים כ"ז, כ"ד) אומר רש"י "על לשון הרע הוא אומר..."³

2. האיזון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב

בדרך כלל ניתן לומר שבהתנגשות בין חופש הביטוי לזכות לפרטיות ולשם טוב, עשויה על פי השקפת ההלכה היהודית ידה של הזכות לשם טוב להיות על העליונה.⁴ בעניין זה, יש הבדל בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי, המבחין בין אמירת שקר לאמירת אמת, הגנת "אמת דיברתי". במשפט העברי יינתן היתר לחופש ביטוי רק באמירת אמת לצורך חיוני בלבד, ותוך עריכת איזונים בין היקף החשיפה של האמת לבין עוצמת הפגיעה.⁵ עמדתה זו של היהדות שונה מעמדת חלק משופטי בית המשפט העליון,⁶ הדוגלים בפרשנות מצמצמת לזכות לפרטיות ולשם טוב אם יש בה כדי להגביל את חופש הביטוי. וכאן המקום לציין את דעתו של השופט מישאל חשין, שנתן משקל רב למדי לזכות

³ רע"פ 10462/03 **הראר נ' מדינת ישראל** (לא פורסם), בפסקה 6 לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין. לתיאור מגבלות חירות הביטוי במשפט העברי, הדגשת החובות המוטלות על האדם לתיקון החברה, ראו א' הכהן "המשפט העברי וחירות הביטוי" **פרשת השבוע** גיליון 205, מצורע (התשס"ה).

⁴ וידועים דברי רבי שמעון, האומר במשנת אבות שכתר שם טוב עולה על גבי כל הכתרים (אבות, פרק ד, משנה יג). וראו נ' סולברג "זכות האדם לשם טוב, חופש הביטוי ולשון הרע לתועלת" **פרשת השבוע** גיליון 29, בהעלותך (התשס"א).

⁵ להרחבה ראו לעיל חלק שני, שער רביעי, פרקים ד-ה.
⁶ ראו: דעת השופט מ' שמגר בד"נ 9/77 **חברת החשמל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח'**, פ"ד לב(3) 337 (1978); ודעת השופט א' ברק בע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (1989). אך ראו דעת השופט מ' לנדוי בד"נ בעניין **חברת החשמל הנ"ל**, ונפסק לבסוף כמותו. וראו ביקורתו של א' בנדור "חופש לשון הרע" **משפטים** כ 561 (התשנ"א) בעניין **אבנרי**.

לשם טוב לעומת חופש הביטוי. ביטוי יפה לחילוקי הדעות בין השופטים עולה מפרשת **סנש**.⁷ העתירה בפרשה זו נסבה על המחזה "משפט קסטנר", שהיה מיועד לשידור כסדרה בטלוויזיה. באחד מקטעי היצירה, המתאר סצינה באולם בית המשפט, טוען קסטנר שהצנחנית חנה סנש נשברה בחקירה שנערכה על ידי המשטרה ההונגרית והסגירה לידיה את חבריה למבצע הצלת יהודי הונגריה. העותרים, ובהם קרובי משפחה של חנה סנש, פנו לרשות השידור ודרשו שתימנע מלשדר את הקטע האמור ביצירה, משום שהוא מכיל עובדות שקריות המהוות לשון הרע ופגיעה חמורה בכבודה של חנה סנש וברגשותיהם של העותרים ושל רבים אחרים, ובהם ניצולי שואה. בית המשפט העליון דחה את העתירה כרוב דעות, נגד דעתו של השופט חשין. לדעת רוב שופטי ההרכב, חופש הביטוי וחופש היצירה חלים גם על ביטוי שאינו אמת, לרבות ביטוי שהוא לשון הרע. לאור החשיבות הרבה המוענקת במשטר דמוקרטי לחופש הביטוי ולחופש היצירה, רק פגיעה קשה ברגשות, רצינית וחמורה, עשויה להצדיק לדידם הגבלת חופש הביטוי וחופש היצירה. לעומתם, סבר השופט מישאל חשין כי מן הראוי ליתן משקל רב לזכותו של האדם לשם טוב. על קיומה של הזכות לשם טוב, למד חשין מאמירות חז"ל אשר "מלוות את עמנו מאות רבות בשנים". וזה לשונו:

הצורך הנפשי העמוק של אדם לשם טוב – צורך מן הטבע – זכה להכרה משפטית זה מכבר. המשפט עטף אותו צורך בהגנה בתחום המשפט וכך נתן בידו של אדם זכות לשם טוב. זכותו של האדם לשם טוב נתגלגלה אלינו מקדמת דנא. אמירות חז"ל כי "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים" (בבא מציעא, נח ע"ב) – וכמותה האמירה כי "כל היורדין לגיהנם עולים חוץ משלושה שיורדין ואין עולין ואלו הן ... המלבין פני חברו ברבים ..." (שם, שם) – מלוות את עמנו מאות רבות בשנים. אכן, שמו הטוב וכבודו של אדם יקרים לו מכל-יקר, לעיתים גם מחיו.⁸

לדעת השופט חשין, אין מקום להעניק לחופש הביטוי הגנה אם הוא כולל אמירת דבר שאינו אמת. מכאן, לדידו של חשין, הזכות לשם טוב של חנה סנש גוברת על חופש הביטוי של המחזאי ושל רשות השידור. אין ספק שגישתו העקרונית של השופט חשין הולמת יותר את ערכיה היהודיים של המדינה.

⁷ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

⁸ שם, עמ' 873 (פסקה 17 לפסק דינו של השופט מ' חשין).

פרק חמישי

זכויות חברתיות

1. הזכות לחינוך

1.1. מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך

באחת העתירות שהוגשו לבג"ץ התעוררה השאלה: האם ילדים בעלי צרכים מיוחדים זכאים לחינוך מיוחד חינוך במוסד או בכיתה לחינוך מיוחד בלבד? שמא המדינה חייבת להעניק חינוך מיוחד חינוך גם לילדים בעלי צרכים מיוחדים ששולבו במסגרות החינוך הרגיל על פי החלטות רשויות החינוך?

בפסק דינה, ביקשה השופטת ד' דורנר לבסס את מעמדה החוקתי של הזכות לחינוך גם על יסוד המעמד המיוחד שיש לחינוך בעולמה של היהדות. וזה לשונה:

ביהדות הזכות לחינוך והחובה לחנך הן אבני-יסוד, המושרשות עמוק במקורות ההלכתיים. מסורת הלמדנות והשקידה, המאפיינת את היהדות מזה אלפי שנים, מעוגנת היטב בחיובים הלכתיים מגוונים. החינוך והלימוד נקבעו כשקולים כנגד כל המצוות כולן. המצוינים שבתלמידים הופנו לחינוך ולהוראה, והמלמדים צוו לאפשר חינוך השווה לכל נפש – לבל יופלו בני העניים. ראו רמב"ם, הלכות תלמוד תורה פרק א'. בהקשר זה נאמר בתלמוד הבבלי: "היזהרו בבני עניים שמהן תצא תורה" (נדרים, פא עמוד ב). חובת החינוך הושתה לא רק על הפרטים, אלא על הקהילה כולה. הוטל עליה לדאוג לחינוכם של כל אלו שהוריהם לא יכולים היו לדאוג להם, ולהעניק שירות חיוני זה כשהוא זמין ושווה לכל נפש. הקהילה היא גם זו אשר נשאה על גבה את תוצאות הכישלון חינוכי. וכך פסק הרמב"ם: מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר, וכל עיר שאין בה

תינוקות של בית רבן מחרימין את אנשי העיר עד שמושיבין מלמדי תינוקות... [רמב"ם הלכות תלמוד תורה פרק ב].¹

יפה עשתה השופטת דורנר כשתמכה את יתדותיה על מקורות ההלכה היהודיים באשר לחשיבותה של זכות החינוך.² אך דומה שאפשר להסתייע במקורות אלה אף באשר לשאלה הקונקרטית הנדונה באותה עתירה, מימון לימודיהם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים. ונעמוד על עניין זה בסעיף הבא.

1.2. מימון לימודי ילדים בעלי צרכים מיוחדים

בספרות התורנית המודרנית מצאנו דיון מעניין בשאלת השיקולים ההלכתיים בעניין סדרי העדיפות מקום שהחברה חייבת לבחור למי להקציב כספים רבים יותר, כאשר התקציב מוגבל, למי שמתקשים בלימודיהם או למי שמצטיינים בלימודיהם.³

המשנה באבות מעריכה את "הקשה לשמוע וקשה לאבד", כמי ש"יצא הפסדו בשכרו".⁴ מדברי המשנה באבות, למד רבנו עובדיה ברטנורא כלל: "אם יש לפנינו שני תלמידים, ואין לנו לספק מזון אלא לאחד מהם, נקדים הקשה לאבד על המהר לשמוע", כי "הקשה לאבד... מדה טובה שיש בו יתירה על המדה הנפסדת, הואיל ומה שמע אחר הקושי הוא זוכר ואינו שוכח".⁵ בעל "תפארת ישראל"⁶ נותן טעם לכלל זה: "מדיש בו תקנה יותר שיצליח בלימודו". נמצא שעדיף לספק את צרכיו של תלמיד הרואה ברכה בתלמודו יותר מצרכיו של תלמיד המתקשה בלימודו.

תפישה אחרת עולה מדברי הרב י' זילברשטיין,⁷ שקבע כי יש להעדיף את הטיפול בילד חירש על פני ילד רגיל, מפני שאם לא ידאגו לחירש "הוא יהיה אומלל, וניתן אולי לומר שהלימוד עמו הוא בבחינת פיקוח נפש והצלת נפשות. כי אם לא יטפל בו, לא יוכל להשתכר למחיתו, וגם לא יוכל להשגיח על עצמו, ויהיה שוטה כל ימיו כי לא יוכל לדאוג לעצמו ויהיה מסכן ומדוכא".

יש מי שביקש להחיל את תפישתו האמורה של הרב זילברשטיין גם כשהתלבטות היא בין השקעה בילדים בעלי תסמונת הקשב ולמידה לבין ילדים רגילים.⁸ לפי תפישה זו, ילדים המתקשים בלימודיהם מחמת אותה תסמונת עלולים בהתבגרם לפרוק עולם של

1 בג"ץ 2599/00 יתד, עמותת הורים ואח' נ' משרד החינוך ואח', פ"ד נו(5) 834, עמ' 842 (2002).
 2 וראו לעניין זה אף דברי השופט א' רובינשטיין, להלן ה"ש 9.
 3 א' שופר "היחס התורני לקשיי למידה" תחומין טז 206–207 (התשנ"ו). להלן נציג כמה מן המקורות הנזכרים שם.
 4 משנה, אבות, פרק ה, משנה יב.
 5 פירוש ברטנורא על המשנה, שם.
 6 על המשנה, שם, אות צא.
 7 בחוג לרפואה והלכה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 144–145.
 8 שופר, לעיל ה"ש 3.

הלכה, מוסר וחוק, והקשיים עלולים לעמוד לא רק בפניהם אלא גם בפני משפחותיהם וסביבתם. לפיכך, הוא סבור שיש להקצות משאבים לטיפול בילדים שיש להם קשיי למידה אף כשיש קשיים תקציביים.

1.3. חוקיות גבייתם של תשלומים על בחינות הבגרות

בעתירה שהוגשה לבג"ץ, תקפו הורי תלמידים את חוקיות גבייתם של התשלומים בעבור שאלוני בחינות הבגרות.⁹ בעתירתם טוענים העותרים כי הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפט החוקתי בישראל, וממנה נובעת הזכות לחינוך חינם. לטענתם, בחינות הבגרות הן חלק בלתי נפרד מן הזכות לחינוך חינם על פי חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ואין בסמכותם של המשיבים לגבות תשלומים מן הנבחנים בבחינות האלה. המדינה טענה מנגד כי בחינות הבגרות אינן חלק מן הזכות לחינוך חינם לפי החוק. על פי טענתה, בחינות הבגרות הן בגדר שירות שמעניקה המדינה לתלמידי בתי הספר, ותכליתן היא חיצונית למערכת החינוך: יצירת מדד אחיד ומוסכם להערכת תלמידים לצורך קבלה למוסדות ההשכלה הגבוהה ולמוסדות אחרים. השופטת דורית ביניש קיבלה את העתירה,¹⁰ והצטרפו אליה גם השופט אדמונד לוי והשופט אליקים רובינשטיין.

בפסק דינו, מציג השופט רובינשטיין בהרחבה יתרה את עמדת המשפט העברי בסוגיות הנדונות.¹¹ בתחילת דבריו קובע השופט רובינשטיין: "ארשה לעצמי לייחד, בפסק דין שבו בחינוך עסקינן, מקום למקומו של החינוך באתוס היהודי ובמשפט העברי". אחר שהוא עומד על חשיבות החינוך ויסודות מערכת החינוך ביהדות, עובר השופט לדבר על שכר המורים. לעניין מימונו של החינוך בכלל, הוא מביא את דברי הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה (ספרד, המאות הי"ב-הי"ג), בפירושו לתלמוד, ולפיו שכר המורים ממומן על ידי הציבור "כי היכי דלילפו [=כדי שילמדו] בני עניים כבני עשירים". וכך נאמר גם פוסק הרב שניאור זלמן מלאדי (רוסיה, המאה הי"ח, האדמו"ר הראשון של חב"ד), בספרו "שולחן ערוך הרב":¹² "ושכר מלמדי תינוקות, תקנת חכמים היתה לפרוע מקופת הקהל בעד כל התינוקות שבעיר, בני העשירים והעניים יחד". יחד עם זאת, מוכיח השופט רובינשטיין מדברי הפוסקים שגבו לעתים שכר לימוד, ואף שכר לימוד מדורג, "לפי ממון", לפי יכולתם הכלכלית של הורי הילד.¹³

⁹ בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך (לא פורסם, מיום 18.7.2005).

¹⁰ לנוכח העובדה כי סעיף 6(א) לחוק לימוד חובה קובע כי הלימודים בכיתות יא-יב, שאינם חובה, יהיו בחינם, ולנוכח העובדה כי סעיף 9 לחוק זכויות התלמיד מתיר לכל תלמיד לגשת לבחינות הבגרות, נראה כי בחינות הבגרות הן בחינם, ואין סמכות לגבות כסף מן ההורים.

¹¹ ראו סעיף ב לפסק הדין, לעיל ה"ש 9.

¹² הלכות תלמוד תורה, א-ג.

¹³ המקורות שהוא מסתמך עליהם הם: הגהות הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קסג, סעיף ג; ערוך השולחן, שם, סעיפים א, יד.

עינינו הרואות, מסכם השופט רובינשטיין, כי חשיבותו של החינוך היא יסוד מוסד, והגישה הבסיסית בעניין זה היא שהוא צריך להינתן על ידי הציבור והמלמדים חנים, אך מציאות החיים מצדיקה גביית שכר לימוד מהורים בעלי יכולת לשלמו ולשלם את שכרם של מלמדי תורה שאין להם ממה להתפרנס.

ומתי מוטל נטל תשלומי שכר הלימוד על ההורים ומתי על קופת הציבור?
בתשובה לשאלה זו, השופט רובינשטיין מביא שפע מקורות. וזה לשונו:

הרב חיים דוד הלוי (עשה לך רב, ג', פ"ח) מזכיר כי עיקר החיוב בשכר הלימוד גם לאחר תקנת ר' יהושע בן גמלא, מוטל על ההורים, אך כשאין ידם משגת לשלם, קופת הציבור משלמת; ראו גם הרב א' בקשי-דורון בנין אב ד', נ"ה, עמ' רנ"א-רנ"ב בעניין חובת הציבור לעניין לימוד לעומת חובת היחיד, ו"החיוב על הציבור הוא לדאוג לכך שכל התלמידים ילמדו תורה בשכר" (עמ' רנ"ג). (על פי "אור שמח" לר' מאיר שמחה כהן מדוינסק); ראו גם חוות דעתו של יעקב שפירא, ממונה על ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, מיום ל' שבט תשס"ה (9.2.05)...¹⁴ חוות הדעת מצביעה על מעבר הזכות לחינוך במשפט העברי מחובה פרטית לחובה ציבורית. כן ראו הרב יהודה זולדן, "הסעת תלמידים למוסדות חינוך מחוץ למקומות מגוריהם", תחומין י"ז 145; רבין, הזכות לחינוך, 50-51.

לאחר מכן עובר השופט רובינשטיין לעסוק בשאלת יישום העקרונות הכללים של המשפט העברי בשאלה שעמדה לפניו. וזה לשונו:

אמנם לא מצאתי עיסוק ישיר בנושא התשלום בעד בחינות; אך דומני כי ניתן ללמוד באנלוגיה מן הדברים שהובאו, כי מחד גיסא, עיקר הלימוד אמור להיות בחינם, ומאידך גיסא ישנה התחשבות בצרכי החיים ובמציאות באשר לקביעתו של שכר לימוד. אלה יכולים להוות שיקול ערכי, המצריך מחשבה פרטנית רבה, בהחלטה אם וכיצד לקדם חקיקה שתכלול גביה בעבור בחינות הבגרות.

וראוי לציין כי מסקנת פסק הדין של השופטת ביניש – שאליה הצטרף גם השופט רובינשטיין – הפוטרת את ההורים מתשלום דמי בחינה לחלוטין, אינה תואמת בהכרח את דעת רבים מן הפוסקים שדבריהם נזכרו בדברי רובינשטיין בפסק דינו, המתחשבים ביכולתם של הורים אמידים לממן את לימודי ילדיהם. אך נראה לי שאין זאת אומרת שמסקנת פסק הדין האמור אינה עולה בקנה אחד עם מקורות המשפט העברי. מניחות עשרות מקורות

¹⁴ חוות דעת זו מסתמכת על חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה "הזכות לחינוך במשפט העברי" המפורסמת באתר משרד המשפטים, www.justice.gov.il, מדור משפט עברי.

חדשים וישנים בחיבורו המקיף של פרופ' שמואל גליק עולה תמונה מורכבת ועשירה עוד יותר מן התמונה שהצגנו לעיל.¹⁵ להלן נביא דוגמאות אחדות העשויות להעשיר את הדיון בסעיף זה בשאלת מימון מערכת חינוך חובה.

מדברי אחד מגדולי פוסקי דורנו, הרב משה פיינשטיין (ארה"ב, המאה ה-20), עולה כי גם לפי תקנת יהושע בן גמלא, עיקר החיוב בשכר המורים מוטל על הציבור ולא על ההורים.¹⁶ לדידו, "החינוך" בעיקרון הוא צורך ציבורי ולא רק צורך פרטי, ומכאן גם שמוטלות על כל הציבור החובה והאחריות לממן את צורכי החינוך. מעיין בתקנות הקהל של קהילות בתפוצות ישראל בתקופות שונות, מסיק גליק¹⁷ כי חובת השתתפות הציבור במימון פעולת מערכת החינוך לסוגיה הייתה מקובעת בתקנות ברוב קהילות ישראל. כמה מן התקנות הללו קבעו כי בקהילות גדולות מקבל המלמד את שכרו במישרין ממוסדות הקהילה ולא מהורי התלמידים, כדי שלא יהיה תלוי בבעלי הבתים ויוכל למלא את תפקידו באמונה.¹⁸ חובת הציבור לממן את הוצאותיה של מערכת החינוך המקומית לא הצטמצמה רק לשכירת מלמד לתינוקות, שהוא צורך ראשוני למניעת הבערות, ויש מקומות שהוטל על הציבור לממן גם לימודיהם של תלמידים מצטיינים המבקשים להרחיב את הידע שלהם במקורותינו.¹⁹

נראה לי שיש במקורות הללו חיזוק של ממש למגמה העקרונית שנקטו שופטי בית המשפט העליון בפסק דינם הנזכר לעיל, להטיל את נטל המימון של פעילויות חינוכיות חיוניות על מוסדות הציבור, גם אם אין מדובר בעניינים הכלולים בחוק לימוד חובה, כגון בחינות הבגרות.

1.4. השבתת מוסדות חינוך

יש לשאול: מהו היחס הראוי להשבתת מוסדות חינוך במדינה יהודית ודמוקרטית? על התשובה לשאלה זו ניתן ללמוד מדברי השופט מישאל חשין בפסק דין שנתן לאחרונה. חבר מועצת העיר בת-ים הגיש עתירה לבג"ץ נגד החלטת ראש העיר להשבית את הלימודים בבתי הספר בתחילת שנת הלימודים במחאה על מצבם הרעוע והמסוכן, כיוון שסבר שנקיטת צעד קיצוני של מחאה מעין זה יש בה כדי להעלות את הנושא לכותרות ולהניע

15 ש' גליק **החינוך בראי החוק וההלכה** 195–230 (התשנ"ט).

16 שו"ת איגרות משה, חלק ד, יורה דעה, סימן כט. הרב פיינשטיין לומד זאת מלשון תקנת יהושע בן גמלא, "מושיבין", שמשמע ממנו שפרנסי העיר הם גם המשלמים, "דמסתמא המושיבים הם המשלמים".

17 גליק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 214–223.

18 תקנות קהילות קשטיליה משנת קצ"ב (1432), כמובא אצל ש' אסף **מקורות לתולדות החינוך בישראל** חלק ב, עמ' פג (התרפ"ח-התש"ג).

19 כך מצינו בתשובת המהר"ח ש, ר' חיים שבתי (סלוניקי, המאות ה"ז-ה"ז), בשו"ת תורת חיים, חלק ג, סימן כט. וראו גם אסף, לעיל ה"ש 18, חלק ג, עמ' מב.

את משרד החינוך להעביר את הכספים הדרושים למטרה זו. בעתירה נטען כי העירייה פעלה בחוסר סמכות.²⁰ בית המשפט העליון קיבל את העתירה וקבע כי ההשבתה נעשתה שלא בסמכות ושלא בצדק. השופט חשין בחר לפתוח את פסק דינו בהבאת קטע מן התלמוד הבבלי המבטא את חשיבות הלימוד במסורת היהודית. וזה לשונו:

אמר רב יהודה אמר רב: מהו שנאמר: "אל תגעו במשיחי ובנביאי אל תרעו" (דברי הימים א' טז, כב)? "אל תגעו במשיחי" – אלו תינוקות של בית רבן... "ובנביאי אל תרעו" – אלו תלמידי חכמים. אמר ריש לקיש משום רבי יהודה נשיאה: אין העולם מתקיים אלא בשביל הבל דברי תורה של תינוקות של בית רבן. אמר לו רב פפא לאביי: לימוד תורה שלי ושלך מהו? כלומר, מדוע יגרע ערך דברי התורה שאנו המבוגרים לומדים? אמר לו: אינו דומה הבל של מבוגרים, שיש בו חטא, להבל שאין בו חטא. ואמר ריש לקיש משום ר' יהודה נשיאה: אין מבטלים תינוקות של בית רבן מלימודים אפילו לבנין בית המקדש. ואמר ריש לקיש לרבי יהודה נשיאה: כך מקובלני מאבותי, ויש אומרים מאבותיך: כל עיר שאין בה תינוקות של בית רבן לומדי תורה מחריבין אותה, רבינא אמר: מחרימין אותה". (תלמוד בבלי, מסכת שבת, דף קיט עמוד ב, על-פי מהדורת שטיינזלץ). אלו אמיתות הורונו חז"ל על-אודות לימוד וחינוך הטיפ, הילדים, הנוער; על-אודות לימוד ועל-אודות ביטול קטנים מלימודים.

הגדיל לעשות השופט חשין כשהביא בעמוד השני של פסק דינו קטעים נרחבים מדברי הרב עובדיה יוסף כדי לתמוך בעמדתו העקרונית והערכית נגד השבתתה של מערכת החינוך בימינו. וזה לשונו:

ולהשבתת לימודים בימינו, כך הורנו הרב עובדיה יוסף: השבתת תלמוד תורה לשם העלאת שכר במציאות של היום, נראה שהדבר אסור מצד ההלכה... וכן פסק הרמב"ם... וזו לשונו: מושיבים מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר. וכל עיר שאין בה תינוקות של בית רבן, מחרימים את אנשי העיר עד שיהיו מושיבים מלמדי תינוקות, שאין העולם מתקיים אלא בהבל פיהם של תינוקות של בית רבן... אמר רב המנונא, לא חרבה ירושלים אלא על שביטלו בה תינוקות של בית רבן. אמר רבי שמעון בן לקיש משום רבי יהודה נשיאה, אין העולם מתקיים אלא בשביל הבל תינוקות של בית רבן, שהוא הבל שאין בו חטא. ואין מבטלים תינוקות של בית רבן אפילו לבנין בית המקדש. ואם כן השביתה בבתי הספר שיש בה ביטול תורה לתלמידים, הוא חטא גדול, שאפילו אם נניח שהמורים

²⁰ בג"צ 8046/04 בן עטיה, עו"ד נ' ראש-עיריית בת-ים, פ"ד נט(4) 29 (2005).

צודקים בתביעות שכר שלהם, שאין משכורתם מבטאת את המאמץ והיגיעה שלהם, הרי סוף סוף אין השביתה חלילה על פת לחם, ואין כל הצדקה להפקיר את אלפי ילדי ישראל לחסדי הרחוב ולבטלם מתלמוד תורה, בגלל הטבת שכר ושיפור תנאי העבודה. (שו"ת יחוה דעת, חלק ד סימן מה, ד"ה אולם כל).

השופט חשין מציין כי אף על פי שהרב עובדיה יוסף עוסק בהשבתת לימודים על ידי מורים, נראה לו שהוא הדין גם אם גוף אחר משבית את הלימודים, וטעמו ונימוקו עימו: "מה לי השבתת לימודים בידי מורים מה לי השבתת לימודים בכל דרך אחרת, שזו רעה חולה וזו רעה חולה כמותה. וידענו – כולנו ידענו – בייחוד בימינו, כי אין אמינות גדולות מאמינות אלו".²¹

בשולי הדברים, אומר שמצויים בספרות התורנית המודרנית דיונים נרחבים בעניין הזכות להשבתת הלימודים בידי מורים,²² ואמנם נראה שרוב פוסקי דורנו, ולא רק הרב עובדיה יוסף, אינם רואים בעין יפה את השבתת מערכת החינוך, והם סבורים שרק במקרים חריגים ביותר, ניתן להשבית את הלימודים. כך, לדוגמה, סבר הרב ב"צ עוזיאל כי דין המורה שונה מדין הפועל, משום שהמורים גורמים לביטול תורה בעת שביתתם, ודבר זה אינו ניתן לתשלומים.²³ לדעת הרב עוזיאל, מותר למורים המלמדים תורה לשבות רק אם הם מקופחים בשכרם וגם לאחר שתבעו את שכרם ממעבידיהם בבית משפט או בבית דין או אצל רב העיר, ומעבידיהם מסרבים להתייצב לפני הדין או לקיים פסק דין שנפסק בעניין זה. מדברי הרב משה פיינשטיין משתמע כי ההיתר לשבות הוא רק אם אין המלמדים משתכרים כדי צורכם, אך לא כדי להיטיב את תנאי עבודתם או להגדיל את שכרם יותר מכדי צורכם.²⁴ אין ספק שיש בדברי פוסקי דורנו האמורים משום חיזוק נוסף למגמה העקרונית שנקט השופט חשין בפסק דינו.

²¹ יש להעיר על ההיקש הבלתי מסויג מדברי הרב עובדיה יוסף, שעסק בתלמוד תורה, לעניין פסק הדין, שעסק בהשבתת מלימודים כלליים, ואין זה בטוח שהרב עובדיה יוסף היה מגיע למסקנתו הגורפת של חשין גם לגבי בתי ספר חילוניים.

²² ראו לדוגמה: הרב ש"ז אוירבך "שביתת מורים" תחומין ה' 287–294 (התשמ"ד); הרב פ"צ פרנק "שביתת מורים" שם, בעמ' 293–294; הרב י' בס "שביתת מורים ביטול תורה או קיומה" פנים לפני 3, עמ' 11 (התשמ"ט); הרב ח"ד הלוי "שביתת מורים בהלכה ותשלום שכר ימי השביתה" תורה שבעל פה כג, עמ' ל-לט (התשמ"ב); גליק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 665–682.

²³ משפטי עוזיאל, חלק ג, חושן משפט, סימן מב, שאלה ו; פסקי עוזיאל, עמ' רנב.

²⁴ שו"ת איגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן נט. תפיסה דומה משתקפת בדברי הרב יוסף, שו"ת יחוה דעת, חלק ד סימן מה.

שער שני

ענייני ציבור

פרק ראשון

נבחרי הציבור

1. מינוי נבחרי הציבור

1.1. "אין מעמידים פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור" – עיקרון מנחה בפסיקה

העיקרון ש"אין מעמידים פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור" הוא עיקרון מנחה בהלכות נבחרי ציבור במשפט העברי,¹ וכן הוא מיושם בפסיקתו של השופט יעקב טירקל בעניין מינויים ציבוריים.² בעתירה שהוגשה לבג"ץ נגד מינוי צחי הנגבי לתפקיד שר בממשלת ישראל בגלל מעשים שעשה בעבר, פסק בית המשפט שיש לדחות את העתירה. השופט יעקב טירקל סומך בפסק דינו בעיקר על הכלל הנזכר במשפט העברי. וזה לשונו:

לטעם השני, המצוי יותר מקודמו בליבה של המחלוקת, יפה מדרש אגדה שלפיו אין ממנים נושא משרה חשוב ("פרנס"), אלא אם כן נמלכים בציבור. מדרש זה מושתת על הפסוקים "ויאמר ה' אל משה לאמר ראה קראתי בשם בצלאל בן אורי בן חור למטה יהודה" (שמות ל"א, ב') וכן "ויאמר משה אל בני ישראל ראו קרא ה' בשם בצלאל בן אורי וגו'" (שמות ל"ה, ל'): "אמר רבי יצחק: אין מעמידין פרנס על הצבור אלא אם כן נמלכים בצבור, שנאמר 'ראו קרא ה' בשם בצלאל'. אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, הגון עליך בצלאל? אמר לו רבונו של עולם, אם לפניך הגון – לפני לא כל שכן? אמר לו: אף על פי כן, לך אמור להם. הלך ואמר להם לישראל: הגון עליכם

¹ ראו לדוגמה בספרו המקיף של הדיין הרב יוסף גולדנברג, חבר בית הדין הרבני תל אביב-יפו **טובי העיר**, עמ' לה- מט (התש"ס).

² וראו גם להלן, סעיף 1.3.

בצלאל? אמרו לו: אם לפני הקדוש ברוך הוא ולפניך הוא הגון – לפנינו לא כל שכן!" (ברכות נ"ה ע"א). (על החובה להמלך בצבור עיינו גם שו"ע חו"מ סי' ג'; ערוך השלחן סי' נ"ג; שו"ת הריב"ש רע"א; הרב קוק, באר אליהו על באור הגר"א; ובעוד מקומות... כביכול, אי אפשר לו למינוי בלי "שיקול הדעת" של הציבור, אפילו הביעו הקב"ה ומשה רבנו את דעתם (לענין פסילת נושאי משרה שיצא עליהם רינון, לפי המשפט העברי, השוו שמות יח, כא; סנהדרין, ז, ב; רמב"ם, כלי מקדש, ד, כא; שו"ת הרמב"ם, סימן קיא; שו"ע או"ח, נג, כה; שו"ת זקן אברהם, מהדורא תניינא, יו"ד, סימן ל.)³

יישומם של עקרונות המשפט העברי בעניין מינויים ציבוריים בהקשר לעתירה הנדונה הביא את השופט טירקל לכלל מסקנה שיש לדחות את העתירה, בצינו כי ח"כ צחי הנגבי נבחר בבחירות המקדימות של תנועתו למקום הראשון, הוצב במקום השלישי ברשימה שהציגה תנועתו בבחירות לכנסת, מונה על ידי ראש הממשלה לכהונת השר לביטחון פנים והמינוי אושר על ידי הכנסת. הייתה אפוא, לשיטת טירקל, "הימלכות" בציבור, והציבור אמר את דברו. וכאן שואל טירקל:

האם יפה כוחנו מכוחו של הציבור! סבורני כי רק בנסיבות נדירות ויוצאות דופן רשאים אנו, במצב דברים שכזה, לדחות את דברו של הציבור – מפיה של הכנסת – מפני דעתנו. תבונת הרשות המינהלית הממנה ושל האתיקה שלה – למעט חוקיות המינוי – עומדים לביקורת הציבור ואין הם עומדים לביקורתנו.

ומסיים השופט טירקל את דבריו במילים אלה: "אכן, יש טעם רב בהשקפה שלפיה יש לדקדק במוסריותם ובמידותיהם של נבחרי ציבור כחוט השערה, אולם זאת שאיפה למטרה שלעולם – בעולם שבו אנו חיים – תשאר בגדר מטרה".

1.2. דקדוק במוסריותם של נבחרי הציבור

אף להשקפה שנזכרה לעיל בשולי דבריו של השופט טירקל, שיש לדקדק במוסריותם של נבחרי הציבור כחוט השערה, ניתן להביא אסמכתאות ממקורות המשפט העברי, הדורשים מנבחר הציבור לצאת ידי הבריות כדרך שהוא צריך לצאת ידי המקום,⁴ שנאמר: "והייתם

³ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, עמ' 946 (2003).

⁴ ראו לדוגמה: משנה, שקלים, פרק ג, משנה ב; תוספתא, מהדורת ליברמן, שקלים, פרק ב, הלכה ב ועוד. לדיון נרחב בכללי האתיקה של נבחרי הציבור, ראו: נ' רקובר **שלטון החוק בישראל** 81–100 (התשמ"ט); גולדברג, לעיל ה"ש 1, עמ' סה-פ.

נקיים מה' ומישראל"⁵ ונאמר: "ומצא חן ושכל טוב בעיני אלוקים ואדם"⁶. מדברי אחד מגדולי הראשונים, בעל "תרומת הדשן", אף עולה שמעמד נבחר הציבור הוא כמעמד השופטים, ויש להחיל עליהם אמות מידה מחמירות.⁷ על כן, הוא פסל את מינויו של אדם למשרה ציבורית רק משום שהודה שנשבע על שקר. לדידו של בעל "תרומת הדשן", אין מועילה הסכמת הקהל למנות אותו אדם לנבחר ציבור, משום שהדבר נוגד את ההלכה, כיוון שאין בכוחם של אנשי הקהילה למחול על כבוד שמיים ולהושיב אדם שחטא ולא עשה תשובה. לאור תפישה זו, נראה כי אין די בעובדה שנמלכו בציבור קודם מינוי הפרנס, אלא שהוא אינו יכול להיות אדם שחטא ולא שב בתשובה. זאת ועוד: אחד מדייני דורנו, הרב יוסף גולדברג, קבע כי "ציבור שבחר נבחרים שאינם ראויים, אף שהציבור ידע מחסרונם ובכל זאת קבל על עצמו במפורש נבחרים אלו שיהיו מנהיגיו בכל ענייני הציבור, אין קבלתו מועילה אלא לתקנות שתקנו בענייני ממון בלבד אבל לשאר תקנות וגזירות אין מועילה קבלתו". ובהמשך הוא מדגיש: "אף שמועילה קבלת נבחרים שאינם ראויים או פסולים לגבי תקנות בענייני ממון כמבואר לעיל, אכן לכתחילה אין ראוי שיקבל עליו הציבור נבחרים אלו למשרה קבועה". עוד הוא כותב: "במקרה שהציבור לא ידע שהנבחרים הם פסולים וקבל אותם עליו באופן סתמי, אין קבלה זו נחשבת לקבלה ואינם נחשבים לנבחרים ציבור"⁸. הנה כי כן, לפי מקורות המשפט העברי, גם אם אמר הציבור את דברו, עדיין יש לעתים מקום לביקורת שיפוטית שיש בכוחה לבטל את המינוי או להגבילו, וייתכן שאף בעתירה נגד מינויו של צחי הנגבי לתפקיד שר, היה ניתן להסתמך על מקורות אלה כדי לבחון אם יש מקום להגביל אותו מינוי או אף לבטלו.

1.3. הליכים לבחירת נושא משרה ציבורית

הישענותו של השופט יעקב טירקל על תפישת חז"ל, שלפיה אין ממנים נושא משרה חשוב, "פרנס", אלא אם כן נמלכים בציבור, היא יסוד עיקרי בפסיקתו של השופט טירקל בענייני מינויים ציבוריים. בעוד שבעתירה נגד צחי הנגבי ראינו שהוא סבור שהתקיים יסוד זה, ולכן דחה את העתירה נגד מינויו, הרי שבעתירה אחרת שימש יסוד ה"הימלכות" בציבור עילה לביטול מינוי שלא התקיים בו התנאי האמור, והכוונה לעתירת המפד"ל נגד מינויו של מקורב לשר הפנים לתפקיד רב עיר.⁹ טענת המפד"ל הייתה כי שר הפנים החליף את רשימת חברי האסיפה הבוחרת, הכוללת נציגים מקומיים, ברשימת אנשים מטעמו. וחמור מכך,

5 במדבר לב, כב. לנורמות הנגזרות מן הציווי "והייתם נקיים מה' ומישראל", ראו רקובר, לעיל ה"ש 4, עמ' 91–93.

6 משלי ג, ד.

7 ראו תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריד. על הממונים כשופטים, ראו רקובר, לעיל ה"ש 4, עמ' 96–99.

8 גולדברג לעיל ה"ש 1, עמ' סא-סג.

9 בג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית לאומית נ' הרב בן עזרא, פ"ד נגד (5) 606, 625 (1999).

נטען שניציג שר הפנים שבירר את הרכב הוועדה היה המועמד לתפקיד בכבודו ובעצמו. אף כאן מבסס השופט טירקל את הכרעתו על דברי רבי יצחק: "אין מעמידים פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בצבור". לדעת טירקל, תנאי זה לא התקיים בהליך המינוי של אותו רב עיר: "משנפל פגם כה חמור בבחירתם של מי שהיו אמורים לשמש 'טובי העיר', אומרי דברו של הציבור, במעשה בחירתו של פרנס כה חשוב כרב העיר, הרי שלא נתקיים הכלל". לפיכך, ביטל את מינויו של המועמד לרב העיר.

1.4. מעמד נבחרי הציבור כמעמד השופטים

לדעתי, ניתן למצוא ביסוס הלכתי נוסף לפסק הדין בעניין המפד"ל בעיקרון ההלכתי הקובע שמעמד נבחרי הציבור כמעמד השופטים.¹⁰ כך, לדוגמה, עולה מפסקי הדין של השופט י' קיסטר בעניין **מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים**.¹¹ באותו עניין, נטען כי המועצה המקומית באופקים מינתה רק אנשי קואליציה לראשי ועדות הקלפי, ואף לא אחד מבחירי האופוזיציה זכה להימנות עם ראשי הוועדות הללו. השופט קיסטר נסמך על ההלכה היהודית הקובעת שהממונים על ענייני הציבור הריהם כדיינים, ואסור להם לפעול בשירות לב, ואין לך החלטה שרירותית יותר מהחלטה הבאה לקפח את חברי האופוזיציה. בפסק דין אחר, ביטל השופט קיסטר החלטה של מועצה מקומית שאחד מן המשתתפים בהצבעה נמנה עם גוף שהחלטה נגעה לו.¹² אף כאן ביסס השופט קיסטר את החלטתו על ההלכה שהממונים על הציבור דינם כשופטים, ולכן חלים עליהם הקריטריונים של אי-נגיעה אישית. להלן נביא דוגמה נוספת להתבססות על העיקרון האמור בפסק דין חדש יותר מפי השופט גולדברג, הנוגע לביטול בחירות מחמת שוחד.

2. בחירות

2.1. ביטול בחירות הנגועות בשוחד

לפני בית המשפט העליון נדונה השאלה אם שוחד בחירות מהווה עילה לביטול בחירות. השופט אליעזר גולדברג ביסס את החלטתו, שלפיה מתן שוחד הוא עילה לביטול בחירות, על דברי חכמי ישראל. וזה לשונו:

על בטלותן של בחירות נגועות בשוחד, המעוותות את רצון הבוחר, כבר פסקו ראשונים, ונביא מדבריהם של שניים מהם. משנמצא כי בבחירות לרב קהילה קיבלו חלק מהבוחרים שוחד תמורת הצבעתם, נימק החתם סופר את פסקו לביטול הבחירה כך: "בעיקר הדין נראה בודאי אם המצא ימצאו ב' "

10 ראו לעיל, ה"ש 7.

11 בג"ץ 311/65 מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים, פ"ד יט (3) 393 (1965).

12 בג"ץ 21/66 קעטבי נ' יו"ר המועצה המקומית קריית עקרון, פ"ד כ (2) 102 (1966).

עדים כשרים... שיעידו שמאנשי הק"ק קיבלו שוחד על הנ"ל, אם כן פשוט כביעי בכותחא דהקבלה ההיא שעל ידי אותו מינוי בטילה מעיקרה, שהרי היו צריכים לומר דיעותם לשם שמים... והם אמרו על ידי שוחד שהוא חד ומעוור עיניהם... ואפילו אם יהיו מקבלי השוחד מעטים" (שו"ת חת"ס, ח"ה, חו"מ, קס; ההדגשות שלי – א' ג').

מסיבה דומה פסל גם המהרש"ם הכרעות שנתקבלו תחת השפעת טובות הנאה שקיבלו המכריעים: "...דאם המעכבים (המונעים מינוי – א' ג') נותנים עיניהם ברצי כסף אין במחאתם ממש ואפילו הם רוב, וע"ז נאמר לא תהי' אחרי רבים לרעות, והיינו שבשביל השוחד שקיבלו אין הכרעתם כלום שאין כאן רצון כלל."¹³

2.2. מועמדותו של מי שחזר בו מדרכו הרעה

לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה הוגשו לוועדת הבחירות המרכזית בקשות אחדות לפסילת מועמדים ורשימות מועמדים לכנסת. ועדת הבחירות אישרה את השתתפותו בבחירות של ברוך מרזל. בבקשות לביטול מועמדותו נטען כי מרזל היה פעיל מרכזי בתנועת "כך", שהשתתפותה בבחירות נפסלה במערכות בחירות קודמות, ובהמשך אף הוצאה מחוץ לחוק כארגון טרור. טענתו העיקרית של מרזל בוועדת הבחירות הייתה כי שינה את דרכו וכעת הוא מקבל עליו את האיסורים והמגבלות הקבועים בדין והנובעים משיטת המשטר הדמוקרטי. הוועדה החליטה לקבל את הצהרתו של מרזל ולדחות את הבקשה לפסילת מועמדותו. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שדחה את הערעור ברוב דעות השופטים, ואישר את מועמדותו של מרזל. החלטתו של אחד משופטי ההרכב, השופט יצחק אנגלרד, לאשר את מועמדותו של מרזל סמכה על הערכים היהודיים. וזה לשונו:

טענתו של מר מרזל היא כי גם אם יש חומר ראיות הקושר אותו בעבר, הרחוק או הקרוב, לאידיאולוגיה גזענית, הרי הוא שינה את דרכו וכעת הוא מקבל עליו את המגבלות הנובעות מן השיטה הדמוקרטית. לטעמי, יש לתת להצהרה מעין זאת משקל מכריע, ברוח הרעיון הנשגב בעולמה של היהדות בדבר מהות התשובה: גדולה תשובה שמקרת גזר דינו של אדם (בבלי ראש השנה, יז, ב); שמביאה רפאות לעולם (יומא, פו, א); שזדוונות נעשות לו כשגגות (יומא, פו, ב); שמארכת שנותיו של אדם (שם); ועוד נאמר על התשובה כי גדולה כוחה שממלכת את בני האדם בעולם, וקושרת לבני אדם

¹³ רע"א 83/94 חרזאללה נ' פקיד הבחירות למועצה המקומית זמר, פ"ד מט(3) 793, בעמ' 799-800 (1994).

קשרים בראשיתהן (אליהו רבה (איש שלום) פרשה יח, ד"ה "וכשבאו פושעי ישראל"). ואמנם, הוראת סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, אין מטרתה להעניש רשימה או אדם על מעשים שנעשו בעבר: פני ההוראה כולה לעתיד. החשש הוא כי האדם המועמד ינצל את מעמדו המדיני כנבחר העם למעשים הפסולים המנויים בהוראה החוקתית. והנה, אם מצהיר המועמד כי חזר בו מן ההשקפה שהביאה אותו למעשים הפסולים, הרי יש לתת להצהרה פומבית זו, כאמור, משקל מכריע. ההצהרה מושמעת באזני ציבור הבוחרים ויש בה חיוב מוסרי מבחינתו של המועמד. בנסיבות אלה, אין לפסלו, למעט מקרים חריגים שבחריגים, שבהם הוכח הוכחה מלאה כי נפשו שפת שקר ולשון רמיה.¹⁴

אמנם המקורות שהובאו בידי השופט אנגלרד אינם נוגעים ישירות לשאלה הנדונה, בחירתו של אדם שחזר בו מדרכו הרעה לנבחר ציבור, והם עוסקים במעלת התשובה בכלל. אך ניתן אף להביא אסמכתה ישירה להחלטתו של אנגלרד מפסקו המפורש של אחד מגדולי הפוסקים באשכנז במאה ה"ט, ר' ישראל איסרליין בעל "תרומת הדשן", שנשאל בעניין מינוי אדם שהודה שנשבע לשקר.¹⁵ מהר"י איסרליין קובע: "כך דעתי נוטה, שאין אתם רשאים להושיבו בקהל כדמבואר, אלא אם כן עשה כבר תשובה". עינינו הרואות כי חזרתו של אדם מדרכו הרעה היא תנאי לבחירתו של אדם כנבחר הציבור. יחד עם זאת, עדיין יש מקום לבירור מקיף בשאלת הדרך שתוכח בה חזרתו מדרכו הרעה: האם די בהצהרתו של המועמד? או שמא הדבר מצריך ראיות חיצוניות? במקורות המשפט העברי מצאנו גדרים אחדים בעניין השפעת החזרה בתשובה על כשרותו של עבריין הפסול לעדות,¹⁶ ואף בתחומים משפטיים אחרים יש השפעה לחזרה בתשובה.¹⁷ ראוי אפוא לבחון אם יש להחיל גדרים אלה בעניין החזרה בתשובה הנדרשת מנבחר הציבור.

14 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית ואח' נ' ח"כ טיבי ואח', פ"ד נז(4) 1, בעמ' 65 (2003).

15 ראו המקור הנזכר לעיל, ה"ש 7.

16 ראו י' סיני "שיטת הרמב"ם בענין כשרותם של רשעים לעדות" מגל יב 289–310 (התשנ"ח).

17 בשער השני שבחלק השני של חיבורנו, עסקנו בכמה מחוות הדעת בשיקולי הענישה ובגורם התשובה.

פרק שני

תכנון ובנייה בידי רשויות ציבוריות

1. מרחב ציבורי פתוח בקרבת אזורי מגורים

1.1. שינוי ייעוד שטח ציבורי פתוח לאזור מגורים

לפני שופטי בית המשפט העליון נדון ערעור בעניין שינוי ייעוד של שטח ציבורי פתוח. עיריית קריית-אתא יזמה תכנית מפורטת, שעניינה הסדרת התכנון והפיתוח של שכונות המרכז בקריית-אתא לצורכי תחבורה והגדלת זכויות הבנייה. במסגרת זו, נקבע שינוי ייעודה של אחת החלקות לאזור מגורים. לאחר שהופקדה התכנית, החליטה הוועדה המחוזית להתנות את אישור התכנית. בזמן האישור, הוסיפה הוועדה המחוזית תנאי שלא בא זכרו בזמן ההפקדה, לייעד את החלקה האמורה להיות שטח ציבורי פתוח. העירייה הגישה עתירה מינהלית נגד הוועדה המחוזית בטענה שזהו תנאי שרירותי, במיוחד על רקע העתוי, לאחר שכבר ניתן אישור להפקדה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת העירייה, וקבע כי שינוי התכנית לאחר שניתן אישור להפקדה אפשרי רק כשיש נימוקים חדשים כבדי משקל. הוועדה המחוזית ערערה לבית המשפט העליון על החלטתו של בית המשפט המחוזי.¹ השופט אליקים רובינשטיין קיבל את ערעורה של הוועדה המחוזית, על אף שציון כי לא הועלו נימוקים חדשים. לדעתו, המבוססת כדרכו אף על הנאמר במקורות המשפט העברי, ראוי לתמרץ השארת עתודות קרקע כשטח פתוח באזורי מגורים.

¹ ע"מ 11061/04 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה-מחוז חיפה נ' עיריית קריית אתא, תק-על 2005(2) 4071, 4079 (2005).

1.2. היחס למרחב הפתוח, "נוי העיר", במקורות המשפט העברי

בפסק הדין עומד השופט רובינשטיין (בפסקה ו' לפסק הדין) בהרחבה על היחס למרחב הפתוח סביב העיר במקורות המשפט העברי. בתחילת דבריו, מציג רובינשטיין את סוגיית הרחקת אילנות מאזורי המגורים של העיר משום "נוי העיר". וזה לשונו:

המשנה (בבא בתרא ב', ז') אומרת: "מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה, ובחרוב ובשקמה (מרובי הענפים, על פי פירוש הרב קהתי – א"ר) חמישים אמה. אבא שאול אומר, כל אילן סרק חמשים אמה...". כך גם במשניות ח' ו-ט', בעניין הרחקת גורן קבועה מן העיר מפני מוץ מזיק (משנה ח'), וכך גם בעניין הרחקת נבלות, קברות ובורסקי (מדיפי ריח רע) מן העיר חמישים אמה (משנה ט'). ראו גם בבלי בבא בתרא כ"ד, ב', והסברו של האמורא עולא שם לדין המשנה בעניין הרחקת האילנות, המנומק "משום נוי העיר". יפה במיוחד לענייננו הסברו של פרשן המשנה ר' עובדיה מברטנורא (איטליה-ארץ ישראל, המאות הט"ו-הט"ז): מרחיקין את האילן מן העיר "לפי שנוי הוא לעיר כשיש מרחב פנוי לפניה" (הדגשה שלי – א"ר). כן ראו ירושלמי בבא בתרא ב', הלכה י'. להלכה נפסק על-ידי הרמב"ם קניין, הלכות שכנים, פ"י, א' בהמשך למשנה: "מרחיקין את האילן מן העיר כ"ה אמה, ובחרוב ובשקמה חמשים אמה מפני נוי העיר (הדגשה הוספה – א"ר) וכל אילן הנמצא קרוב לעיר פחות מזה קוצצין אותו, ואם האילן קדם נותנין לו בני העיר דמיו..."; והוא הדין לגורן קבוע ולהרחקת נבלות, קברות ובורסקי (שם הלכות ב', ג').

השופט רובינשטיין אומר גם כי שאלה שהייתה שנויה במחלוקת חכמים היא אם דיני ההרחקה לנוי חלים בארץ-ישראל בלבד² או שמה אף בחוצה לארץ.³ בהמשך דבריו, מביא רובינשטיין מקורות נוספים הנוגעים לשינוי ייעודם של מגרשים. ואלה דבריו:

בהקשר שונה ראו גם משנה ערכין ט', ח', בבלי ערכין ל"ג, ע"ב: "אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה ולא מגרש עיר (שטח בנוי – א"ר) ולא עיר מגרש" (סביב לערי הלויים היו מגרשי אלף אמה שכדברי רש"י בבבלי שם "מגרש פנוי מכלום ואין בו בית ואין זורעין אותן אלא נוי הוא לעיר" (הדגשה שלי – א"ר). אמנם, במשנה שם מצויה מחלוקת בשאלה אם דין זה – שאין ממירים מגרש לשדה ומגרש לעיר – חל רק בערי הלויים או גם בערי ישראל בכלל; ר' אליעזר, בדעה מעניינת, סבר כי בערי ישראל "עושין שדה מגרש, ולא מגרש שדה" (לפירוש הרב קהתי – מגרש מוסיף נוי לעיר, ולכן אפשר

² ראו מגיד משנה, הלכות שכנים, פרק י, הלכה א, והדעות המובאות שם, מעין זה.

³ ראו המקורות המובאים באנציקלופדיה תלמודית כרך יג, עמ' ססג.

להפוך שדה למגרש, אך לא להיפך, שלא לכער את מראה העיר). אבל עושיין "מגרש עיר ולא עיר מגרש, כדי שלא יחריבו את ערי ישראל", שיקול הגובר על השיקול הסביבתי. מכל מקום, הרמב"ם פוסק להלכה (זרעים, שמיטה ויובל י"ג, ה') שהדין חל בכל ערי ישראל. יתכן כי מטרת הגישה של שימור מצב קיים אצל הרמב"ם היא מניעת "משחקים" לכאן ולכאן ומדרון חלקלק.

בסיכום דבריו, רובינשטיין קובע: "למדנו מן האמור, כי עוד חכמים גיבשו תפיסה של צורך במרחב פתוח סביב לאיזור המגורים, מטעמי נוי, ואם נרצה – סביבה". על יסוד דברים אלה, ביסס השופט את עמדתו העקרונית שיש לתמרץ הותרת שטחים ציבוריים פתוחים אף בקריית-אתא, העיר שדן בעניינה.

1.3. האם בני העיר יכולים להתנות על דין "נוי העיר"?

בשולי דבריו המאלפים של השופט רובינשטיין ראוי לעיין בסוגיה הנוגעת לנסיבות הקונקרטיות של פסק הדין. עיריית קריית-אתא, שהחליטה על שינוי הייעוד של החלקה משטח פתוח לאזור מגורים, מייצגת את בני העיר. ומאליה עולה השאלה: מניין לנו כי על פי ההלכה היהודית, בני העיר אינם יכולים להתנות על דין "נוי העיר" ולוותר על שטחים פתוחים לטובת צרכים אחרים שהם זקוקים להם?

לשאלה זו, העומדת בלב ערעור זה, אין השופט רובינשטיין מתייחס. אך ניתן, לדעתי, להביא אסמכתאות ממקורות המשפט העברי אף באשר לפתרונה. אומר בעניין זה כמה משפטים.

המשנה בבבא בתרא, הנזכרת בראש דבריו של השופט רובינשטיין שהובאו בסעיף הקודם, המדברת על תקנת נוי העיר, ממוקמת בין משניות אחרות המדברות על הרחקת מזיקין. מיקום זה עשוי אולי להצביע על חומר עניין "נוי העיר", ולרמוז שאין זה רק בגדר דבר ראוי שיש לשאוף אליו, אלא שהפגיעה בנוי של העיר נחשבת פעולה מזיקה שיש להתגונן מפניה.⁴

יתרה מזו, מדברי הרשב"א עולה כי דין "נוי העיר" חמור מן הנזק הרגיל. על "נוי העיר" אין מחילת בני העיר מועילה, ואילו על הנזק – מחילתם מתקבלת.⁵ מה יסוד ההבחנה בין שני המקרים? יש מי שתלה את ההבחנה האמורה בעובדה שנוי העיר אינו עניין הנוגע לאנשי העיר בלבד אלא לכל ארץ-ישראל.⁶ לפיכך, מחילתם של אנשי העיר, ובכלל זה בני קריית-אתא, על "נוי העיר" לא תועיל, משום שתפארתה של הארץ הוא עניין כללי-עקרוני, ואין הדרים בה נחשבים בעלי הדבר היכולים למחול עליו. אין ספק שיש לפנינו

⁴ והעיר על עניין זה הרב י' שביב, "הנוי והנזח – פרק באקולוגיה" תחומין יב 475 (התשנ"א).

⁵ יחידושי הרשב"א על בבא בתרא כד ע"ב.

⁶ הרב שביב, לעיל ה"ש 4, על סמך דברי רש"י, בבא בתרא שם, סוף ד"ה לא חמימא ולא קריא: "ונמצא האילן עומד והעיר מגונה, ואין זו תפארת ארץ ישראל".

תפישה מרחיקת לכת שיש לה השפעה מרובה לא רק על הערעור הנדון, אלא אף על דיני התכנון והבנייה ועל כיווני חשיבה משפטיים מעניינים באשר לנושאים הסביבתיים בכלל, ואכמ"ל.

2. הפקעת מקרקעין בידי רשות ציבורית

2.1. סמכות ההפקעה לצורכי ציבור

לבני הזוג כהן יש חלקות במרכז רעננה, הנכללות בתחום תכנית בניין העיר (תב"ע). במסגרת התכנית, שונה ייעוד חלק מן המקרקעין שלהם מביניה לייעוד ציבורי, וכן שונה אופי הבנייה וזכויות הבנייה המותרות במקרקעין. בני הזוג פנו לבית המשפט המחוזי בתביעה לפיצויים בגין הפגיעה במקרקעין, ובמסגרתה הגיעו להסדר דיוני, שלפיו יובא הסכסוך להכרעה לפני שמאי מכריע, ולאחר מכן ישוּבו הצדדים לבית המשפט להכרעה בשאלות משפטיות. השמאי קבע ששווי הנזק שנגרם למקרקעין עקב התכנית הוא \$16,200. השמאי אמד את שיעור ירידת ערך המקרקעין בגין התכנית בין שווי המקרקעין ערב התכנית הפוגעת לבין שוויים לאחר שנכנסה התכנית לתוקפה. השמאי שקלל באומדנו את העובדה שכבר הופקעו שטחים אחרים בעיר ואת העובדה שכלל השטחים העתידים להיות מופקעים בה אינם עולים על 40%, ואין מפצים על הפקעת קרקע אלא אם כן השטחים המופקעים עולים על 40%. בני הזוג כהן ערערו על החלטת בית המשפט המחוזי. בבית המשפט העליון, נחלקו דעות השופטים. פסק הדין שניתן על דעת הרוב קיבל את ערעורם של בני הזוג כהן.⁷ השופטת חיות, בדעת הרוב, יחד עם השופט לוי, ביקרה את השיקולים שעמדו ביסוד קביעת השמאי והדגישה את המשקל הרב שיש לזכות הקניין של בני הזוג כהן, שנפגעה כתוצאה מן השומה. לעומתה, סבר השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, כי ההפקעה אינה פגומה, ויש לדחות את הערעור. השופט רובינשטיין סמך את דעתו גם על עקרונות המשפט העברי. ואלה דבריו בפסקה ז' לפסק דינו:

לקראת חתימה לא אמנע מלציין כי המשפט העברי מכיר באפשרות שהמלך – המדינה – יפקיעו מאדמות הציבור לצרכי הציבור. ראו רמב"ם נזיקין, גזילה ואבידה ה' ט"ז-י"ז: "מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר, מותר לעבור עליו, וכן אם הרס בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו, וכן אם הרס בתים ועשאן דרך או חומה מותר ליהנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין; במה דברים אמורים, במלך שמתבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים, אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזוינים שאין דיניהם דין, וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנים

⁷ ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון, תק-על 2006 (1) 975 (2006).

לכל דבר". וכך גם שולחן ערוך חושן משפט ש"ט [צ"ל שס"ט – י"ס], ח': "... וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו בני המדינה ולקח שדהו או חצרו אינו גזל ומותר ליהנות בה, והלוקחה מהמלך הרי הוא שלו ואין הבעלים מוציאין מידו, אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק הרי זה גזלן, והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו, כללו של דבר, כל דין שיחקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל, וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידוע לכל אלא חמס את זה, הרי זה גזל" (ראו רמב"ם שם י"ד). הדברים משמיעים לדעתי – ועלינו לזכור כי המדובר במלכויות קדם – כי גם בתוך שרירותה של מלכות מוצב ערך החוקיות, קרי, הדברים צריכים להיעשות לפי דין כללי ולא על בסיס של התעמרות ביחיד. זו הציפיה מרשות הפועלת על פי דין; ראו גם הרב ד"ר שמעון פדרבוש "המשטר הכלכלי", בתוך משפט המלוכה בישראל, מה' 2, 125.

2.2. המדיניות המשפטית של חכמי ישראל – צמצום יכולת ההפקעה

השופט רובינשטיין תמך יתדותיו, כדרכו, בעקרונות המשפט העברי, שהכיר עקרונית בזכותו של המלך להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור. אך מעניין לגלות כי אף לעמדת רוב השופטים בעניין כהן, שביטלה כזכור את הערכת השמאי ביחס להפקעה, והעלתה את החשש לפגיעה בזכות הקניין של המערערים, ניתן לדעתי למצוא תימוכין בהסתייגותם העקרונית של חכמי המשפט העברי מהפקעת מקרקעין.

הפקעת מקרקעין מעוררת שאלות קשות של הפגיעה בקניינו של היחיד, והאיזון בינה לבין האינטרס של צורכי הציבור. במאמר שכתב ד"ר אביעד הכהן, נבחנה הפקעת המקרקעין מנקודת מבטו של המשפט העברי,⁸ והוא מגלה כי קיימת בו נטייה לצמצם עד למינימום את יכולת ההפקעה, תוך העדפת האינטרס של השמירה על זכות הקניין על פני צורכי הציבור. הכהן מראה כי גם במקרים החריגים שהותרה ההפקעה, צומצם שיעורה והוטלה חובת פיצוי "מלא ואמיתי"⁹ לבעלי המקרקעין המופקעים. היסוד העיקרי לעניין זה הם דברי הרמב"ם,¹⁰ שעולה מהם בבירור כי זכות ההפקעה של המלך צומצמה במידה ניכרת. צמצום זה מתבטא בכמה עניינים: הרמב"ם מצמצם את השימוש בסמכות ההפקעה של המלך ל"שעת מלחמה"; ההפקעה אינה יכולה להיעשות בשרירות, אלא רק לצורך האכלת חיילי המלך ההולכים למלחמה; הפגיעה בקניינו של היחיד יכול שתיעשה רק

8 א' הכהן "זכי הרבים גזלנים הם?" – על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" **שערי משפט** א(1) 39–54 (התשנ"ז).

9 הכהן, לעיל ה"ש 8, עמ' 54.

10 הלכות מלכים, פרק ד, הלכה ו.

כמוצא אחרון, כשאין למלך ברירה אחרת; הגם שההפקעה נעשתה כדין, על המלך "ליתן דמים", היינו – לפצות את בעלי הרכוש שהופקע. אף מדברי פוסקים אחרים עולה שאין למלך יד חופשית להחרים רכוש להנאתו, וזכותו מוכרת רק כשהחרמה נעשית לצורך מדיני, כגון החרמת בתים הקרובים לחומת העיר כשיש חשש למלחמה.¹¹ וכבר הראה פרופ' שמואל שילה כי, לעתים קרובות, פוסלים חכמי ההלכה האחרונים את מעשי החרמה של המלך מן הטעם שההחרמות הללו אינן מוכרות ודינן כ"חמסנותא דמלכא".¹² נראה כי אף השופט רובינשטיין, כתלמיד חכם ובקי, היה מודע למגמה העקרונית של המשפט העברי בסוגיית ההפקעה.¹³ מעיון מדוקדק בפסק דינו בעניין בני הזוג כהן, נראה שביסס את עמדתו בעניין תקפות הערכת השמאי על שיקולים אחרים,¹⁴ ולא דווקא על יסוד המשפט העברי. כן יש מקום לחדד את ההבחנה בין זכות ההפקעה של המדינה או המלך לבין חובת הפיצוי. הערעור שנדון לפניו עסק בעיקר בשאלת הפיצוי, ולא בשאלת חוקיות ההפקעה, מה שאינו כן בערעור הנזכר בסעיף הבא, שנדונה בו חוקיות ההפקעה.

11 שו"ת אבקת רוכל, סימנים מז-מח. לגדרי החרמת רכוש בידי המלך בדברי ראשונים ואחרונים, ראו ש' שילה **דינא דמלכותא דינא** 276–293 (התשל"ה).

12 שילה, שם, עמ' 287.

13 וראיה לדבר מפסק דין אחר שלו, עע"מ 8989/04 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה פתח-תקווה נ' מ. זיטמן ובניו בע"מ**, תק-על 2005(3) 1384, 1390 (2005), שהציג בו דווקא את עמדתו המסתייגת של המשפט העברי כתמיכה בגישתו.

14 כגון עצם הסכמתם של בני הזוג לקבל את חוות דעתו של השמאי.

שער שלישי

קניין וירושה

פרק ראשון

הזכות הקניינית

1. פגיעה בזכות קניינית מכוח הכלל "כופין על מידת סדום"

1.1. הקדמה

בפרשת **רוקר** עמדה לדיון שאלת הפגיעה בזכות הקניינית מכוח הכלל העברי "כופין על מידת סדום".¹ מדובר בדיירים בבית משותף שסגרו חצר משותפת והפכו אותה למחסנים, על פי היתר בנייה אך בלא הסכמת יתר השכנים. בפסק הדין של בית המשפט העליון, פסקו רוב השופטים כי יש להורות על הריסת המחסנים. השופט יצחק אנגלרד סבר בדעת מיעוט שאין להורות להרוס את המחסנים. למסקנה זו הגיע השופט אנגלרד מכוח הסתמכות ישירה על סוגיות המשפט העברי בעניין "זה נהנה וזה לא חסר" ו"כופין על מידת סדום". בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **רוקר** נפרשת לפנינו מחלוקת מרתקת ונדירה למדיי בין שניים משופטי ההרכב, השופטים אנגלרד וטירקל, בשאלת תחולת העקרונות היהודיים "כופין על מידת סדום" ו"זה ונהנה וזה לא חסר" במקרים של בנייה במקרקעי הזולת. להלן נציג את עיקרי המחלוקת בין השופטים, ונביא ציטוטים נרחבים מפרשנויותיהם למקורות המשפט העברי. לאחר מכן, נקיים דיון עיוני-ביקורתי במסקנות שהסיקו השופטים מן המקורות, ונבחן אם מסקנות אלה עולות בקנה אחד עם התפישות המקובלות בקרב חכמי המשפט העברי.

1.2. **עמדת השופט אנגלרד – "כופין על מידת סדום" אף בבנייה במקרקעי הזולת**
דעת השופט יצחק אנגלרד,² יש להחיל את העקרונות היהודיים³ האמורים אף בבנייה

¹ רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999).

² שם, עמ' 224–226.

במקרקעי הזולת, והוא מדגיש כי "מן הראוי כי המשפט היהודי ישמש מקור השראה בפרשנותה של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תמצא ביטוי במשפט של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁴ השופט אנגלרד מציין את הדוקטרינה המונעת שימוש לרעה בזכות, אך הוא מעדיף לבסס זאת על המקורות היהודיים,⁵ בהדגישו:

אולם 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" (כתובות, קג, א; עירובין, מט, א; בבא בתרא, יב, ב; נט, א; קסח, א).

על רקע המתח בין כפייה לשלמות המידות האישיות, מוסיף השופט אנגלרד, יש להבין את חילוקי הדעות הרבים בהלכה בדבר גדרי הכפייה המשפטית של "מידת סדום". והוא כותב בעניין זה:

כפי שציין הרב א' ליכטנשטיין במאמרו המעמיק והמאלף "לבידור 'כופין על מידת סדום'",³ בעמ' 363, לא נמצא, למיטב ידיעתו, בדברי חז"ל מקור המתאר מידה זו במונחים מופשטים ואוניברסליים. מקום חשוב שבו יש התייחסות לאופייה הכללי של מידת סדום כתכונת אנוש היא משנה, אבות, ה, י: "ארבע מידות באדם: האומר שלי שלי ושליך שליך, זו מדה בינונית ויש אומרים זו מדת סדום; שלי שליך ושליך שלי, עם הארץ; שלי שליך ושליך שליך, חסיד; שלי שלי ושליך שלי, רשע".

לאחר מכן, עובר השופט אנגלרד לניתוח חילוקי הדעות במשנת אבות:

לכאורה, לפנינו מחלוקת תנאים בדבר מידתו של האומר "שלי שלי ושליך שליך"; האם זו מידה בינונית או שמא מידת סדום? חכמים רבים טרחו להבהיר את היחס בין שתי הדעות והנטייה השלטת היא להשלמה ביניהן. המידה של "שלי שלי ושליך שליך" היא ביסודה מידת המשפט, שהיא בהכרח המידה הבינונית, משום שמטרתה לשמור על ה"שלו" של כל אחד ואחד...

³ בדומה למה שהערתו בפרקים אחרים (ראו, לדוגמה, סוף השער הראשון של חיבורו), אף כאן יש להעיר על המינוח שנוקט השופט אנגלרד, "משפט יהודי", כשיטתו, ולא "משפט עברי". ראו י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרתו" **משפטים** ז 37 (התשל"ו). והשוו מ' אֶלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" **משפטים** ח 99–137 (התשל"ז), במיוחד בעמ' 103.

⁴ פסק דינו של השופט אנגלרד, לעיל ה"ש 1, פסקה 26 לפסק הדין.

⁵ אנגלרד, שם, פסקאות 24–25 לפסק דינו.

זוהי אפוא מידתו הראויה של המשפט: לשמור על זכויותיו של אדם מפגיעתו הרעה של הזולת. על-אף שאיפה להשגת שלמות המידות, אין היהדות כופה על אדם את מידת החסידות של "שלי שלך ושליך שלך". אולם בנסיבות מיוחדות, המידה הבינונית של "שלי שלי ושליך שלך" עשויה ליהפך – כפי שגורסים ה"ויש אומרים" – למידת סדום ממש. זה יקרה כאשר בעל מידה זו שם את הדגש על ה"שלי שלי", תוך התעלמות מוחלטת מענייניו של הזולת. דוגמה בולטת למצב דברים זה היא מניעת הנאה מן הזולת בנסיבות של "זה נהנה וזה לא חסר". ראה רש"י, עירובין, מט, א, ד"ה: "מידת סדום": "שלי שלי".

ואמנם, על-פי השקפת הראשונים, אומר השופט אנגלרד כי במרכזן של הסוגיות התלמודיות, העוסקות בכלל "כופין על מידת סדום", עומד המצב העובדתי שהפך בעצמו לעיקרון משפטי: "זה נהנה וזה לא חסר". ואלה דבריו:

התפיסה היא כי כאשר אדם מונע מן הזולת הנאה, בלי שהנאה זו גורעת במאומה מנכסיו שלו, התנהגותו היא בבחינת מידת סדום, והמשפט יכפה עליו לחדול ממנה. לגבי פרטי הדין קיימות מחלוקות רבות וממושכות בקרב חכמי התלמוד ופוסקי ההלכה שלא כאן המקום לעסוק בהן.

על יסוד הכלל "כופין על מידת סדום", מבקש השופט אנגלרד למנוע את הריסת המבנה שנבנה שלא כדין על מקרקעי הזולת. כאסמכתה לשיטתו הוא מביא את הלכת הרמב"ם בעניין העמדת סולם. ואלה דבריו:

לצורך עניינינו כאן אסתפק בדוגמה אחת מתוך ההלכה היהודית שעל-פיה מתירים לאדם לפלוש לתחום קניינו של אחר, וזאת על יסוד העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר", כביטוי לכלל כי "כופין על מידת סדום". כוונתי להלכה שנפסקה בשולחן ערוך על-פי הרמב"ם – וזאת על פני הסתייגותו של רבנו יעקב בעל הטורים – בעניין "המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליכות בצד כותלו בתוך חצר חבירו או בתוך שדהו...". בעל הקניין אינו יכול למנוע את בעל הסולם מלהעמיד את הסולם לשימוש של האחרון, כל עוד אין בכך משום נזק לראשון. עיין רמב"ם, שכנים, ה, ד: "...אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנוע שהרי אומרין לו אין עליך הפסד בזה כל זמן שתרצה תטלנו"; ראה מגיד משנה על אתר: "זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל נזכר בגמרא בהרבה דינים שכל שזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום...". ראה לעומת זאת, טור חו"מ, קנג המוסיף לאחר ההבאה מתוך הרמב"ם: "ואינו נראה דהיאך ישתמש בשל חבירו בעל כורחו"?!. השגתו של בעל הטורים נדחית על-ידי נושאי כליו, הבית חדש והבית יוסף, על

אתר; הבית חדש מעיר כי "דלית ביה היזק ראייה וליכא קפידא אלא בדריסת הרגל בלחוד ובזו כופין על מדת סדום". עיין עוד טור חו"מ, קעג, והבית חדש, על אתר ס"ק (ג). ראה להלכה, שו"ע, חו"מ, קנג, יג, ונושאי הכלים, על אתר.

1.3. עמדתו של השופט טירקל

מנגד, חולק השופט יעקב טירקל על עמדתו של השופט אנגלרד, ולדידו אין הכלל "כופין על מידת סדום" יכול להכשיר מעשה של עקירת גבול וגזלת קרקע. בהקשר זה, ובהתייחס לדבריו של אנגלרד, כותב השופט טירקל את הדברים הבאים:

לא זאת בלבד, לכאורה מראה העיון במקורות שלא נעשה שימוש בכלל זה באופן הפוגע בזכויות בעלות במקרקעין. דומה שהמקרה היחיד – שאולי ניתן לראות בו בדוחק פגיעה בזכויות קניין – הוא כפיית אדם בכוח הכלל שלא לפתוח חלון בקיר ביתו המשקיף אל חצר שכנים (בבא בתרא, נט, א; רמב"ם, שכנים, ז, ח). ראוי לציין כי על פסקו של הרמב"ם בעניין זה נמתחה ביקורת על-ידי גדולי הפוסקים, שטרחו לאבחן ולסייג את ההלכה. כך או כך, נראה לי כי בסופו של דיון מותר לקבוע שעמדת הפוסקים היא כי בדרך-כלל, אי אפשר לכפות אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים ליהנות מנכסיו, אפילו אין הדבר גורע ממנו תועלת כלכלית כלשהי. אולם גם לשיטתם של הסוברים שיש מקרים שבהם אפשר לכפות, הרי בכל הנוגע לזכויות קנייניות ממש – אין כופין על מידת סדום.⁶

מכאן, מסיק השופט טירקל "שאין הכלל של 'כופין על מידת סדום' עומד למערערים, אשר כאמור בראש פסק-דין זה, בנו מה שבנו בלא צדק ובלא משפט".

1.4. שלילת זכויות קנייניות מכוח "כופין על מידת סדום" – עיון וביקורת

לדעתי, קשה מאוד לקבל את תפישתו של השופט אנגלרד, ובצדק העיר השופט טירקל כי מן העיון במקורות עולה כי לא נעשה שימוש בכלל זה באופן הפוגע בזכויות בעלות במקרקעין.

במאמר מקיף ויסודי שכתב הדיין הרב מרדכי פרבשטיין נדונו גדרי "כופין על מידת סדום" הלכה למעשה.⁷ נעמוד להלן בקצרה על עיקרי הדברים שהתבררו במאמרו. שתי שיטות עקרוניות עולות מדברי הראשונים: לפי השיטה הראשונה, המקובלת על

⁶ השופט טירקל, לעיל ה"ש 1, עמ' 248.

⁷ הרב מ' פרבשטיין "שו"ת בדין כופין על מידת סדום" שורת הדין ב, עמ' שג-שלג (התשנ"ד).

רוב הראשונים, אין לכוף על האדם להתיר לזולתו להשתמש ברכושו אף אם אינו חסר;⁸ ואילו לפי השיטה השנייה, המקובלת רק על קצת מן הראשונים,⁹ ניתן לכפות על האדם להתיר לזולתו להשתמש ברכושו מדין "כופין על מדת סדום", אם אינו חסר. הטעם העומד ביסוד השיטה הראשונה הוא, לפי שיטת הרב שמעון שקופ,¹⁰ שאין לכוף את האדם להתיר לזולתו להשתמש בחצרו בעל כורחו, משום שעל ידי כך הוא נחשב "חסר", ולפי הדין: "זה נהנה וזה חסר – פטור", כפי שאומר הרב פרבשטיין:¹¹

לא משום החסרון שבעצם שימוש חבירו ברשותו, אלא משום דכפיה על אדם לתת שימוש ברשותו שלא ברצונו היא פגיעה בעצם בעלותו, והרי זה כאילו נטלנו ממנו חלק מבעלותו על רשותו, וזה עצמו הוא ה"חסר", ולכן לא שייך בזה כופין על מדת סדום.

אין בהכרח מחלוקת קיצונית להלכה בין שתי השיטות האמורות, כפי שהוכיח הרב פרבשטיין, ולפיכך הוא כותב:

לפי זה ברור שלא קיים דין כללי ש"בשל חבירו" לא אמרינן כופין על מדת סדום, ויש לבדוק כל מקרה לגופו, האם יש בכפית חבירו משום פגיעה בבעלותו.¹²

לאור זאת, קובע הרב פרבשטיין, על סמך האמור בשו"ת דברי מלכיאל:¹³

נראה לומר דאף הרמב"ם המתיר להניח סולם קטן בחצר שכנו בעל כרחו, יכול להודות לשיטת בעלי התוספות וסיעתם שאין אדם יכול להכנס לגור בבית חבירו בעל כורחו, משום שמגורים בביתו נגד דעתו הם ודאי פגיעה יותר חמורה בבעלות מאשר הנחת הסולם, ואינו צריך לעמוד אתו לדין כדי לסלקו, ולפיכך אף מטעם זה יש פחות פגיעה בבעלות בהנחתו.

בסוף דבריו, מסכם הרב פרבשטיין את העולה ממקורות ההלכה. וזה לשונו:

הוברר לנו שיש דין כופין על מדת סדום אף בשימוש ברכוש חבירו כל שזה

8 ראו לדוגמה: תוספות בבא קמא כ ע"ב; נימוקי יוסף על בבא קמא שם, בשם הרא"ה, הרא"ש והריטב"א; תוספות בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה כגון ועוד. שיטה זו נפסקה אף להלכה בידי ר' יוסף קארו, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף ו. וראו שם דעתו החולקת של הרמ"א.

9 ובראשם הראב"ה, המובא במרדכי, בבא קמא, פרק ב, סימן טז.

10 בחידושו לבבא קמא, סימן יט, אות ג.

11 פרבשטיין, לעיל ה"ש 7, עמ' שכט.

12 פרבשטיין, שם, עמ' של.

13 חלק ג, סימן נז.

נהנה וזה לא חסר, אלא דבכפיה מעין זו עלינו לבחון אם יש בה משום פגיעה בבעלות, מפני שהפגיעה בבעלות נחשבת ל"חסר" ואי אפשר לכופו על כך.

עוד הוברר לנו שיש שני קני מידה לבדיקת דבר זה: האחד, שימוש שבדרך כלל אנשים גובים תמורתו תשלום, הכפיה לתתו בחינם היא פגיעה בבעלות. השני, תלוי בדעת בני אדם, אם בדרך כלל הם מתייחסים לשימוש זה בלא רשות כאל פגיעה בבעלות – אי אפשר לכופו אותו. ועל כן, יש דברים שהם פגיעה בבעלות כאשר עושים אותם שלא מדעת הבעלים, ויש דברים שהם פגיעה בבעלות רק כאשר עושים אותם בעל כורחם של הבעלים, ויש דברים שאינם פגיעה בבעלות אף כאשר עושים אותם על כורחם של הבעלים.¹⁴

זאת ועוד. כבר האיר השופט משה דרורי¹⁵ את עינינו לעובדה שעניין דומה לפרשת רוקר התעורר בבית הדין לענייני ממונות בירושלים.¹⁶ הנתונים בשני המקרים דומים: בעל דירה בבית משותף מבקש לבנות ברכוש המשותף תוספת לדירתו. המחלוקת בפסק הדין הרבני היא בין הדייר הרוצה לבנות את תוספת הבנייה בקומה העליונה לבין הדיירים האחרים. בשלב כלשהו, הסכימו הדיירים לבנייה ובלבד שיקבלו פיצוי הולם, אך אחד מהם דורש פיצוי כספי גבוה במיוחד. התובע בתיק הוא הדייר המבקש להרחיב את דירתו, והוא עותר לבית הדין שיפסוק את שיעור הפיצוי שהוא צריך לפצות כל אחד מן השכנים, ומה עליו לעשות אם השכן המתנגד לא יסכים לסכום הפיצוי שיקבלו שאר השכנים. בית הדין הרבני דן בענייני השמאות וביחסים שבין אותו דייר סרבן לבין בעל הדירה העליונה, כולל ענייני "גוד או אגוד". לענייננו, חשוב החלק הראשון של פסק הדין הרבני, שהוצגה בו השאלה בלשון זה: "האם כשזה נהנה וזה לא חסר והבעלים מסרבים להרשות להיכנס לחצר שלהם, האם כופין על מדת סדום שחייבים להרשות להיכנס לחצרם?"¹⁷ מסקנת בית הדין לענייני ממונות בירושלים בשאלה זו, היא:

דלכתחילה אין כופין על מדת סדום, כיון דאם יכפוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו, ועל זה קפדי רוב אינשי [=מקפידים רוב בני האדם – י"ס], ולא חשיב מדת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי. ועיין פס"ד של הגר"מ פרבשטיין בשורת הדין כרך ב עמ' שכט, שביאר דלכוף אדם לתת שימוש בחצירו חשיב

14 פרבשטיין, לעיל ה"ש 7, עמ' שלג.

15 ראו ב"א (מחוזי י-ם) 2813/05 חברת השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב דניאל ביטון (לא פורסם).

16 תיק ממונות סא/169, בהרכב הדיינים הרב אברהם דוב לוי, אב"ד, הרב יהושע וייס, והרב שמואל חיים דומב; פסק הדין פורסם בכרך ז של פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יחסין, עמ' רעה; קובץ זה נמצא גם בפרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן.

17 שם, עמ' רעט.

"חסר", לא משום החיסרון שבעצם שימוש חברו ברשותו, אלא משום כפיה על אדם לתת שימוש ברשותו שלא ברצונו, היא פגיעה בעצם בעלותו, והרי זה כאילו נטלנו ממנו חלק מבעלותו על רשותו. וזה עצמו הוא ה"חסר", ולכן לא שייך בזה כופין על מדת סדום.

הנה כי כן, לפנינו פסק דין של בית הדין לענייני ממונות בירושלים המאמץ את גישתו האמורה של הרב פרבשטיין, שאין לכפות על מידת סדום מקום שהדבר פוגע בזכויות בעלות במקרקעין.

אף חוקרי המשפט העברי, שמחקריהם נזכרו בפסק דינו של השופט אנגלרד, ניתחו בהרחבה את דברי גדולי הפוסקים בעניין "כופין על מידת סדום". מדבריהם עולה המסקנה הברורה: התפישה המקובלת בהלכה היהודית היא שאין בכוחו של הכלל בדבר הכפייה על מידת סדום לשלול מאדם את זכותו הקניינית,¹⁸ כגון לכפות על השכן לאפשר לו לבנות בתחום בעלותו של השכן, וזאת אף אם הוא אינו זקוק כלל לזכות זו ולא ירגיש בחסרונו. בהקשרים הנוגעים לעצם קיומה של זכות הקניין גורס המשפט העברי כי הבעלות היא מוחלטת. הכפייה על מידת סדום בעניינים קנייניים באה לידי ביטוי, כפי שהראה ד"ר אברהם וינרוט, בשני מקרים בלבד:

א. כשאדם מבקש לנצל זכות קניינית שלו עצמו, והזולת מנסה למנוע אותה ממנו מכוח זכויות קניין סותרות שבידו.

ב. כשאדם מבקש להשתמש בזכות קניינית של זולתו בלי ליטול את עצם זכות הקניין.¹⁹

עמדה דומה מקובלת אף על שופט בית המשפט המחוזי, השופט משה דרורי, שדן בהחלטה שנתן בעת האחרונה בהרחבה ובעמקות במקורות בסוגיית "כופין על מידת סדום" לאור הנאמר בפרשת **רוקר**.²⁰

במאמרו המאלף של פרופ' חנוך דגן, הועמד הגבול שמעבר לו "אין כופין על מידת סדום". וזה לשונו:

הסייג שבו אנו דנים מנסה לשמר את עניינו של הפרט בתוך מסגרת המנסה לקדם ערכים שיתופיים; למנוע גלישה במדרון התלול שבין תביעה (כשרה על פי המשפט העברי) לשיתוף לבין דרישה (מסוכנת מבחינת הפרט) להקרבה עצמית של ממש; לשים גבול ברור למידת החזירה לתחומו של

¹⁸ ראו לדוגמה א' וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ('כופין על מידת סדום') דיני ישראל יח, עמ' נג-פו (התשנ"ה-נ"ו); S. Shilo, *Kofim Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights*, ISRAEL LAW REVIEW 15, 64-70 (1980).

¹⁹ ראו לעיל ה"ש 18, עמ' פה. וראו שם הדיון במקורות שמהם עולה מסקנה זו.

²⁰ לעיל ה"ש 15.

אדם אחר. 21

לאור תפישה עקרונית זו, מסביר דגן את יסוד הכלל המקובל להלכה הקובע שמשעה שהביע בעל הנכס את מחאתו, חייב הפולש לצאת מן הנכס ולשלם בעבור השימוש, גם אם לא חסר בעל הנכס, כגון שלא היה משכיר את הנכס שלו גם בלא פלישת הדייר.²² במילים אחרות, הכלל "כופין על מידת סדום" אינו מקנה לאדם זכות לתבוע מזולתו שימוש בנכסו זולתו נגד רצונו.²³ וכפי שציין בצדק דגן, התנגדות לעיקרון האמור היא בעייתית, "שכן הרחבת כלל הפטור גם למצב שבו המזכה מוחה פוגעת באופן חמור בשליטתו של המזכה במשאב, ובנגרר מכך – בחרותו: אחרים, זרים, יכולים להתעלם לחלוטין מרצונותיו (הגלויים) באשר למה שיעשה בנכס".²⁴ דגן סבור שתוצאה זו "קשה למשפט העברי, המנסה ללכת על החבל הדק שמתווה המורשת היהודית בין חרות הפרט לבין האחריות הקהילתית, ועל כן אין זה מפתיע שהמשפט העברי דחה את הפתרון הקומוניסטי הקיצוני, שאליה חותרת המיעוט.²⁵ על פניה העדיף הדין לקבוע, שמחאת המזכה פוטרת אותו מעולו של כלל הפטור; לספק למזכה אמצעי מפלט על מנת שיוכל לשמר את שליטתו בקניינו (ובכך לתת ביטוי לחרותו השלילית)".²⁶

והשאלה עולה: האם יש מקרים שבהם נפגעה זכות הקניין מכוח הכלל "כופין על מידת סדום"? ככל שאני יודע, אין תקדימים לפגיעה בזכות הקניין, ואף לא ניתן להביא ראיה לכך משתי ההלכות הנזכרות בדברי השופטים בפרשת **רוקר**.

כאמור, השופט טירקל אומר²⁷ שהמקרה היחיד שאולי ניתן לראות בו בדוחק פגיעה בזכויות קניין הוא פסקו של הרמב"ם בעניין כפיית אדם מכוח הכלל "כופין על מידת סדום" שלא לפתוח חלון בקיר ביתו המשקיף אל חצר שכניו.²⁸ אך כפי שהעיר אל נכון השופט טירקל, גדולי הפוסקים טרחו לסייג את פסקו של הרמב"ם בעניין פתיחת החלונות. לפי ביאורים, גם לשיתת הרמב"ם קיימת ההבחנה האמורה בין שימוש בנכס לבין שלילת זכות

21 ח' דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 183 (גוטווין ומאוטנר עורכים, התשנ"ט). לביקורת על מאמר זה, ראו: J. Blass, *Halakhic Altruism: A Critique of H. Dagan's "The Law of Unjust Enrichment Between Judaism and Liberalism"*, 15, 3-12 JEWISH LAW ANNUAL (2004).

22 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף ו; סמ"ע, שם, ס"ק יד. להרחבה, ראו י' בלס **עשיית עושר ולא במשפט** 56-58 (התשנ"ב).

23 ראו נחלת דוד לבבא קמא כא ע"א. בלס, לעיל ה"ש 22, הערה 29.

24 מעין זה כתב גם ב' ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?" **הפרקליט** לז 217 (התשמ"ז).

25 כוונתו לעמדתו של הראב"ה הנזכרת לעיל ה"ש 9.

26 דגן, לעיל ה"ש 21, עמ' 184-185.

27 ראו דבריו לעיל, סוף סעיף 1.3.

28 רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ז, הלכה ח.

הקניין בו, והאדם אינו רשאי להכתיב לשכנו היכן למקם את חלונותיו.²⁹ נראה כי אף הראיה שביקש השופט אנגלרד להביא מהלכת הרמב"ם בעניין העמדת סולם³⁰ היא בבחינת ראייה לסתור. וראוי לשוב ולעיין בדברי הרמב"ם: "אבל אם העמיד סולם קטן, אינו יכול למנעו, שהרי אומרים לו: אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתרצה תטלנו."³¹ ראשית, ראוי לתת את הדעת לעובדה שמן הסיפה של ההלכה עולה כי – אף לשיטת הרמב"ם – אם רוצה בעל החצר להשתמש בשטח שהוצב בו הסולם, ודאי שהוא יכול לסלק את הסולם. לא ניתן בשום אופן להסיק מהלכת הרמב"ם, כפי שביקש לעשות השופט אנגלרד, שניתן לכפות על האדם שלא להרוס מבנה שהוקם על שטחו בניגוד לרצונו. זאת ועוד. כבר העיר בעל "ערוך השולחן",³² שדקדק הרמב"ם בלשונו ואמר: "שאם העמיד סולם קטן אינו יכול למנעו", ולא אמר ש"להעמיד סולם קטן אינו יכול למנעו".³³ ללמדך, כי "וודאי דאם בא בתחלה להעמידו או מיד כשנתוודע מזה דיכול למנעו מליכנס בחצירו כלל". ואמנם "כשהעמיד סולם קטן בחצר חבירו, ולא מנעו חבירו במה שנכנס לחצירו שאינו מקפיד בזה, רק שבא לכופו להסירו כדי שלא יחזיק בו, אומרים לו שמתעם זה אין אתה יכול למנעו, כי אין לזה חזקה... אבל וודאי כשבא למנעו לכתחלה מלעמידו או כשנתוודע מזה מפני כניסתו לחצירו יכול לעכב". עינינו הרואות כי הרמב"ם לא התיר מעולם פגיעה בזכותו הקניינית של אדם שאינו מסכים לכך מכוח הכלל "כופין על מידת סדום". נמצא אפוא כי הסתייעותו מרחיקת הלכת של השופט אנגלרד בכלל העברי "כופין על מידת סדום" חורגת ממה שנעשה בו במקורות המשפט העברי.³⁴

2. הריסת מעקה של גג שנבנה בלא היתר

בין בעלי דין נתגלעו חילוקי דעות לגבי תוספת בנייה בניגוד להיתר שהוסיף אחד מבעלי הדין. התובע פנה לערכאה הראשונה וביקש שתורה לבעל דינו להרוס את הקירוי ליחידת הדיור. כמו כן, ביקש מבית המשפט להוציא צו מניעה נגד המשך הבנייה וגם למנוע משכנו

29 ראו: נימוקי יוסף, בבא בתרא, דף ח ע"ב מדפי הרי"ף; וינרוט, לעיל ה"ש 18, עמ' עה-עו.

30 ראו דבריו לעיל, סוף סעיף 1.2.

31 רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ח, הלכה ד.

32 ערוך השולחן, חושן משפט, סימן קנג, סעיף טז.

33 כפי שכתב בתחילת דבריו באשר לסולם גדול.

34 והשוו לנאמר בעניין זה בהחלטתו של השופט דרורי, לעיל ה"ש 15. אמנם ניתן לומר כי כל עניין תשמישי שכנים (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קנג), מהווים פגיעה בזכות הקניין, במיוחד לשיטת הרמב"ם והראשונים שאין צריך שלוש שנים וטענה (שהרי אם שתק בעל הקרקע אפילו פעם אחת, והרי אין כאן הקנאה לשיטה זו, לא יוכל יותר לסלק את המשתמש, בעל הסולם הגדול או בעל הזיו יותר מטפח וכדומה, גם אם ירצה לבנות ולהשתמש במקרקעין באותו מקום). אלא שאכן, יש לומר שכל זמן שהפגיעה אינה בעיקרה ובעצמותה של הבעלות אלא במידה מזערית, יש מקום לכפייה, כך בסולם קטן וכך בזיו פחות מטפח.

לבנות מעקה מחשש שמא יקבע עובדות בשטח ויוסיף גם גג. בית משפט השלום נעתר לבקשות, והחלטתו אושרה גם על ידי בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון דחה את הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי.³⁵ השופט רובינשטיין דן כדרכו בסוגיית הריסת המעקה אף מן ההיבט ההלכתי, לאור הציווי האמור בתורה: "ועשית מעקה לגגך" (דברים כב, ח). ואלה דבריו:

אגב אורחא אזכיר מן המשפט העברי לעניין מעקה, שהתורה אמרה – כפי שציין בית משפט השלום – "כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך, ולא תשים דמים בביתך כי יפול הנופל ממנו" (דברים כ"ב, ח'), וכדברי ספר החינוך, מצוה זו עניינה "להסיר המכשולים והנגפים מכל משכנותינו... שנבנה קיר סביב הגגות... כדי שלא תיכשל בריה ליפול בהם או מהם"; ראו גם רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, י"א, א'; (כן ראו י' עמית, "ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך! על חובת הזהירות של המחזיק במקרקעין", **פרשת השבוע** 41, ד"ר א' הכהן וד"ר מ' ויגודה, עורכים) 41 (תשס"א). חיוב המעקה בהלכה הוא בבית שיש בו דירה, ושיעור גובה מעקה הריהו עשרה טפחים (מעט פחות ממטר).

ונשאלת השאלה: האם אסור להרוס את המעקה במקרה שלפנינו לאור הציווי על עשיית מעקה? השופט רובינשטיין עונה על כך בשלילה. ראשית, הוא אומר כי, מהבחינה המשפטית, משהתנו הצדדים בהסכם הפשרה שנחתם ביניהם שלא להקים מעקות, וגם מרפסות או פרגולות, מן הסתם כיוון שחששו המשיבים כי המבקש ישתמש בגג לא רק לדודי שמש או לאנטנות, ולא הגיעו להבנה בעניין זה, יש לכבד את ההסכם.³⁶ מה גם, מוסיף השופט רובינשטיין, שבכל מקרה, כפי שקבע בית משפט השלום ואישר בית המשפט המחוזי, אין מדובר בבית המחייב מעקה בדין, וגם הגובה שנבנה לא היה תקני, "ולא נמצא לנו כי מניעים שבתורה או שבדין גרמו להקמת המעקה בן 49 הסנטימטרים על-ידי המבקש". השופט רובינשטיין אינו מסתפק בנימוקים משפטיים אלה, אלא חותר למצוא דרך להתיר את הריסת המעקה גם מן הבחינה ההלכתית, משום שאין מדובר בגג המחויב במעקה על פי הדין. וזה לשונו:

ועוד, משהמדובר בגג שאין בו שימוש של ממש, גם ספק אם חלה החובה ההלכתית. הדעת נותנת, בלא שאקבע כמובן כל מסמרות, כי מעקה שדיברו בו חכמים עניינו בגג משכבר, ששימש בקביעות מקום שהות ואף לינה

35 רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני, תק-על 2006(3) 2757, 2760 (2006).

36 ראוי לציין כי נימוק זה הוא בעייתי מן הבחינה ההלכתית, משום שיש חיוב דתי (מצוות עשה) לבנות מעקה לגג, ויש אף איסור להניח גג בלא מעקה (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכז, סעיף ו), ולא ניתן להתנות על כך, שזהו בכלל "המתנה על מה שכתוב בתורה", שתנאו בטל.

בימות החמה, ומכל מקום גג שיש בו שימוש של ממש. משנפסק בבית המשפט המחוזי כי אין צורך בגרם מדרגות ודי בגישה באמצעות סולם או אמצעי גישה אחר, העלייה לגג תהא נדירה.

השופט רובינשטיין מעלה סברה מעניינת, ולפיה המבחן ההלכתי לחיוב בבניית מעקה הוא כשמדובר בגג שנעשה בו שימוש של ממש. ואכן, ניתן לדעתי למצוא תימוכין לסברתו של רובינשטיין בדברי אחד מגדולי הפוסקים, בעל ספר "מאירת עיניים", שביאר את הלכת השולחן ערוך, שאין חובה לבנות מעקה לבית אוצרות ובית הבקר, וכיוצא בהם.³⁷ וכך התבארה הלכה זו: "דלעניין מעקה, כיון דאין דרך בני אדם להיות להן בית תשמיש על גבי דבית הבקר ובית האוצר ובית העצים משום הכי [=משום כך] אף אם לפעמים יקרה דיודור שם אדם, מכל מקום אין יוצאים ונכנסים כל כך שם למיחש [=לחשוש] שיפול משם להצטרך מעקה".

ואף על פי שמדובר בגג שאין חובה הלכתית לבנות בו מעקה, קובע רובינשטיין:

ועם כל זאת אוסיף ואפנה תשומת הלב: אכן, הכוונה כמסתבר וכאמור היתה כי לא ישתמשו בגג שימוש קבוע, אך גם תיקון אנטנה או דוד שמש או ניקוי מצריך הימצאות – ולוא גם קצרה – על הגג, אמנם לעתים נדירות, והריהו אכן פחות אף משימוש אקראי שלשיטת הרב יצחק יעקב וייס (מנחת יצחק, ה', קכ"ב, מובא על-ידי השופט עמית שם), מצריך מעקה לחומרה. ואולם, אף לשם אותם ביקורים נדירים על הגג, טוב יעשה המבקש לשם הזהירות כלפי כולי עלמא, אם משייהרס המעקה ידאג מיידית לסימון שולי הגג על-ידי צבע מתאים בולט או בדרך אחרת (כמובן בהסכמה ניתן להותיר עם ההריסה פס נמוך של מסגרת כזאת או אחרת, שתהווה אזהרה ותזכורת לעולה אל הגג שלא להתקרב לקצהו יתר על המידה, וכך רצוי).

לפנינו דוגמה יפה נוספת לדרך יישומו של השופט רובינשטיין את עקרונות המשפט העברי בנסיבות המקרה שנדון לפניו.

³⁷ שולחן ערוך, שם, סעיף א; סמ"ע, שם, ס"ק ב.

פרק שני

"תקנת השוק"

1. "תקנת השוק" במיטלטלין – פרשת כנען

1.1. הדיון הראשון בפרשת כנען

אחד מפסקי הדין האזרחיים החשובים ביותר שניתנו בעשור האחרון הוא בלא ספק פסק הדין בפרשת כנען.¹ גיבורת הפרשה, הגברת זהבה כנען, סוחרת בשוק הפשפשים ביפו, רכשה שני ציורים מסוחרת אחרת ושילמה תמורתם 250 ש"ח. לימים, לאחר שהסירה את הציורים ממסגרותיהם לצורכי ניקוי, מצאה גברת כנען כי הציורים מסומנים במדבקת המוזיאון היהודי בניו-יורק וחתומים בשם "ראובן". לאחר בירור, נתגלה כי מדובר בשני ציורים מקוריים של האמן ראובן רובין שהושאלו על-ידי מוזיאון ישראל לממשלת ארצות-הברית לשם הצגתם בתערוכה של אמנות יהודית במוזיאון היהודי, ושם הם נעלמו. ערכם של הציורים כ-115,000 דולר. ממשלת ארצות-הברית, שביטחה את הציורים בביטוח עצמי ושילמה למוזיאון ישראל ולבעלים המקוריים של הציורים את עיקר סכום הביטוח, הגישה בקשה לבית המשפט המחוזי למתן סעד הצהרתי, ולפיו זכות הבעלות על התמונות הן שלה, כיוון ששילמה את סכום הביטוח. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה. הקונה, הגברת כנען, טענה שחלה על נסיבות העניין "תקנת השוק" הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר), הקבוע לאמור:

נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה
היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד,
עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה

¹ ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114 (1997) (להלן: הדיון הראשון); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632 (2003) (להלן: הדיון הנוסף).

זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

טענתה של הגברת כנען נדחתה בבית המשפט המחוזי. גם ערעורה לבית המשפט העליון נדחה בידי רוב שופטי ההרכב, השופטת טובה שטרסברג-כהן והשופט צבי טל, שסברו כי סעיף 34 לחוק המכר אינו חל בנסיבות דנן, משום שלא מולאו כמה מתנאיו. על כן, אין הגברת כנען זכאית להותיר את הציורים בידיה. לדעת הרוב, במקרה דנן, התמורה ששילמה הקונה בעבור הציורים יחסית לשוויים אינה עומדת בדרישת "התמורה הממשית" הנדרשת כמרכיב ממרכיבי "תקנת השוק", משום שבעסקה של המוכרת היו צפויות להימכר תמונות חסרות ערך ממשי. זאת ועוד. משקנתה הקונה יצירת אמנות ממי שאינו צפוי לעסוק במכירת יצירות אמנות, וגם לא חשבה שהיא קונה יצירת אמנות, ושום אדם סביר לא היה חושב שהוא קונה יצירה כזו, וגם לא היה חושב שהמוכר עוסק במכירת נכסים מסוג זה, קנתה נכס שאינו מ"סוג" הנכסים שהמוכרת עוסקת במכירתם במהלך עסקיה הרגיל. השופט יעקב טירקל היה בדעת מיעוט. לדעתו, יש לקבל את ערעורה של הגברת כנען, משום שמילאה את כל תנאי סעיף 34 לחוק המכר, ועל כן הציורים שייכים לה. לדעתו, ה"ממכר" שמדובר בו סעיף 34 לחוק המכר, לעניין ה"תמורה" וה"סוג", הוא הממכר שרואה לנגד עיניו המוכר או הקונה הסביר "מן השוק" או עובר אורח תמים בשעת המכירה. במקרה דנן, סבר השופט טירקל, ניתנה "תמורה ממשית" בעבור הציורים כציורים של צייר בלתי ידוע הנרכשים ב"שוק פשפשים". הציורים נרכשו ממי שעיסוקו בציורים מסוג זה. בכך נתקיימו, לדעתו, כל תנאיו של סעיף 34 לחוק המכר.

מאלפת עד מאוד היא העובדה ששני שופטי הרוב, שסברו כי אין להותיר את הציורים בידיה של הגברת כנען, נסמכו על עקרונות המשפט העברי. אף השופט שהיה בדעת מיעוט נסמך על המשפט העברי בדיון הנוסף בפרשה, כפי שנראה בסעיף הבא.

השופטת שטרסברג-כהן הביעה את אי-שביעות רצונה מן ההסדר שקבע המחוקק הישראלי בסעיף 34 לחוק המכר, שבהתמלא תנאיו, הוא מקנה את הבעלות בנכס לקונה ומפקיע אותו מבעליו המקוריים, אף על פי שהנכס יצא מידי בעליו והגיע לידי הקונה על ידי מי שלא רכש בו בעלות כדיון. השופטת מציינת כי "מצב זה הוא אנומאלי, שכן, העקרון המנחה בשיטתנו המשפטית הוא, שאין אדם יכול להעביר זכויות שאין לו, עקרון הידוע גם בשיטות משפט אחרות כ- *nemo dat quod non habet*". לפי עיקרון זה, כשנגנב נכס והגיע לידי של קונה אפילו בתום לב, נקודת המוצא היא שהקניין לא עבר למוכר, וממילא אינו יכול להעבירו לקונה. השופטת שטרסברג-כהן מציינת לטובה את שיטות המשפט, ובראשן המשפט העברי, שנקבע בהן – על פי עיקרון זה – שהבעלות נשארת לעולם בידי הבעלים המקורי, והקונה תם הלב מוגן במידה מסוימת בדרך אחרת. וכאן היא מפנה לעקרונות המשפט העברי:

במשפט העברי מצווה אדם להחזיר חפץ לבעליו. מצווה זו, מלבד היותה חובה דתית, מהווה אמירה חד-משמעית של התורה לגבי מצב הזכויות

הקנייניות בנכס, לפיה פעולת הגזילה וכל הנובע ממנה אינה משנה את המצב המקורי של הזכויות. כל עוד לא "התייאש" הנגזל מבעלותו בנכס, אין אדם יכול לרכוש בעלות ברכוש הגזול ואם הוא מתגלגל לידי חלה עליו החובה הדתית להשיבו לנגזל. העקרון שמאחורי צו זה, מבטא את התפיסה לפיה פעולה בלתי חוקית של גזילה, משוללת כוח להביא לשינוי הזכויות הקנייניות. עם זאת אין המשפט העברי אדיש לקונה תם-לב ולכך שיישום עקרון השבת גזילה, מביא לתוצאות בעייתיות ובלתי רצויות. האחת מהן היא, אי צדק הנעשה לקונה תם הלב שרכש את הנכס ועליו לספוג – על לא עוול בכפו – את הנזק שנגרם על-ידי הגזלן. האחרת, היא גורם אי הוודאות בחיי המסחר לגבי תוקפן, וסופיותן, של פעולת המכר וחשש מפני "נעילת דלת בפני מוכרים". התמודדות עם קשיים אלה נעשתה על-ידי חכמי המשפט העברי, על ידי העמדת דרישות מחמירות כלפי הקונה, על מנת שייחשב קונה בתום לב. עליו הוטל לבדוק כמיטב יכולתו את אישיות המוכר ואת טיבו של הממכר ולהימנע מרכישה שאופייה מעיד עליה שאינה כשרה. אולם גם משעובר הוא משוכה זו, אין הקניין בנכס עובר אליו ועקרון השבת הגזלה נותר על כנו; אלא שהקונה תם הלב זכאי לקבל מהבעלים את מה ששילם בעד הרכוש הגזול והבעלים אחראי לשפותו בגין הוצאותיו. (ראה א' שטרוזמן "תקנת השוק במשפט העברי" [הפרקליט, לד תשמ"א-תשמ"ב עמ' 353] והמקורות הנזכרים שם).²

אף השופט צבי טל, שפסק אף הוא שהגברת כנען חייבת להוציא את הציורים מתחת ידה, התייחס לעולה ממקורות המשפט העברי.³ אין השופט טל דן בשאלת יישום כללי "תקנת השוק" שבמשפט העברי, בציינו שאינו זקוק לכך, משום ש"השופט שטרסברג-כהן הזכירה את תקנת השוק על פי 'המשפט העברי' ואת מאמרו של א' שטרוזמן בעניין זה, ולא אוסיף". אך השופט טל נוגע בשאלת תוקפו של קניין, כשסבר הקונה שקנה דבר זול והתברר לו שקנה דבר יקר ערך:

אבל ארשה לעצמי לציין גישה אחת מן ההלכה היהודית בדבר תוקפו של קניין, כאשר הקונה מאמין שקנה דבר רע ונמצא יפה. במרדכי (רבינו מרדכי בן הלל הכהן אשכנזי, מגדולי הפוסקים הראשונים, נהרג על קדוש השם בנירנברג, הוא ואשתו וחמשת ילדיהם בערב שבת כ"ב באב, שנת ה' אלפים צ"ח (1298)) בבא מציעא פרק שני סימן רנ"ה, מובא מעשה ביהודי שקנה מעכו"ם בדיל כדי לכסות את גגו, ונמלך "ומכר את הבדיל לישראל חבירו

2 הדיון הראשון בפרשת כנען, לעיל ה"ש 1, עמ' 128.

3 שם, בעמ' 137.

בחזקת בדיל, ונמצא שכולו כסף מבפנים, אך מבחוץ היה מחופה בדיל". המוכר תבע את הקונה ופטרו אבי העזרי (רבינו אליעזר בן יואל הלוי, המאה ה-12), שאמר שלא זכה בו כשקנאו מן העובד כוכבים כיוון שלא ידע ולא נתכוון לקנות הכסף... והודה לו רבנו תם". המרדכי סבור, איפוא, שאין אדם קונה דבר שלא ידע את טיבו האמיתי וממילא לא נתכוון לקנותו. מעשה זה הובא גם בבית יוסף (רבינו יוסף קארו) על טור חושן משפט סימן רל"ג.

השופט טל למד מכאן שהקונה חפץ בחזקת בדיל ונמצא כסף, לא קנה, וממילא אינו יכול לתבוע שמי שקנה ממנו ישיב לו את החפץ.⁴ עוד הוא למד שגוי שמכר כסף בחזקת בדיל יכול לתבוע את החזרתו מידי מי שקנה אותו ממנו, משום שהקניין בטל מעיקרא. וכאן ראוי לשאול: האם יוכל גוי לתבוע מן הקונה השני להשיב לו את הממכר? השופט טל סבור שהדבר תלוי בשאלה אם חלה כאן "תקנת השוק" לפי המשפט העברי.

1.2. הדיון הנוסף בפרשת כנען

פרשת **כנען** שבה ונדונה בבית המשפט העליון בהרכב של שבעה שופטים, וגם הפעם נחלקו השופטים. בהכרעת הדין של רוב ההרכב (הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור, מ' חשין והשופטת ט' שטרסברג-כהן) נגד דעתם של המיעוט (המשנה לנשיא ש' לין והשופטים י' טירקל ו' אנגלרד), נקבע שהתמונות הן בבעלות ממשלת ארצות-הברית, והגברת כנען חייבת למסור אותן לה. כמו כן, נקבע שמסירת התמונות תיעשה רק אחרי שממשלת ארצות-הברית תשלם לקונה, הגברת כנען, סך 250 ש"ח, כשהוא צמוד לאינדקס יוקר המחיה מיום התשלום של סכום זה על ידי הקונה למוכרת, בצירוף ריבית כחוק, ונוסף על כך תשלם לה ממשלת ארצות-הברית עוד 10,000 ש"ח. אף כאן ציינו שלושה משופטי ההרכב את עמדת המשפט העברי. להלן נציג את דברי שניים מן השופטים, השופטת שטרסברג-כהן והשופט טירקל, שהביעו עמדות מנוגדות, תוך שהם מסתייעים במקורות המשפט העברי, כל אחד לפי דרכו.⁵

השופטת שטרסברג-כהן לא חזרה בה מעמדתה בדיון הראשון, ומסקנתה נותרה בעינה, כי לא נתקיימו תנאי תקנת השוק וכי הציורים יוחזרו לבעלים המקורי.⁶ בראש דבריה הזכירה השופטת גם בדיון הנוסף את עמדת המשפט העברי, וציינה גם שמגמת המשפט

⁴ לדעתי, קשה ללמוד מפסקו של הראב"ה לנדון בפרשת **כנען**. יש להבחין בין הקונה חפץ שהוא של בדיל ונמצא של כסף, לבין הנדון בפרשת **כנען**, שביקשה לקנות ציור וקיבלה ציור, אלא שהוא היה באיכות גבוהה יותר. אמנם נראה שלהלכה, אף בפרשת **כנען**, הן המוכרת הן הקונה (הגברת כנען) רשאיות לבטל את המיקח, אך הדבר נובע מן הפער הכספי העצום בין מה ששולם לבין ערכו של הציור בשוק בפועל, שיש בו משום אונאה (למעלה משישית מן הרווחים).

⁵ השופט לין, בדיון הנוסף בפרשת **כנען**, לעיל ה"ש 1, עמ' 647, הסתפק באזכור קצר של עמדת המשפט העברי, אך למעשה לא הסתמך עליו.

⁶ שם, עמ' 723.

העברי עולה בקנה אחד עם המגמה המובהקת המסתמנת בשנים האחרונות להגביר את ההגנה על זכויות הבעלים המקוריים של נכסים גנובים בכלל, ושל יצירות אמנות גנובות בפרט, ולכרסום בדוקטרינה המעדיפה את זכויות הרוכש בתום לב. אף השופט טירקל ייחד כדרכו מקום נכבד לפרטי "תקנת השוק" במשפט העברי. בתחילת דבריו הדגיש כי אמנם המושג "תקנת השוק" שאומץ בסעיף 34 לחוק המכר הישראלי מקורו במשפט העברי, אך משמעותו במשפט העברי אינה כמשמעותו בחוק המכר. ואלה דבריו:

בעוד שלפי חוק המכר משמעותו העברת הבעלות לקונה, הרי שבמשפט העברי משמעותו החזרת הנכס לידי הבעלים המקורי עם מתן פיצוי לקונה עבור הוצאותיו ברכישת הנכס. כלשון הרמב"ם: "...בין שלקח ממנו שוה מאה במאתים או שוה מאתים במאה הרי זה נוטל הדמים מבעל הבית [הבעלים המקורי – י"ט] ואחר כך מחזיר הגניבה מפני תקנת השוק..." (רמב"ם, גניבה, ה, ז. וראו גם שו"ע חו"מ, שנו, ח; א' שטרזמן "תקנת השוק" הפרקליט לד (תשמ"ב) 353, 355–356).

השופט טירקל מציג את מקורה הקדום של "תקנת השוק" במשנה ובתלמוד, ואת תכליתה:

לראשונה נזכרת התקנה במשנה (בבא קמא י', ג'): "המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר. ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול. ואם לאו לא כל הימנו. שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו". ונתבארו הדברים כך: "המכיר כליו וספריו ביד אחר – מצא ראובן את כליו או את ספריו ביד שמעון, והביא עדים שהם שלו, וטוען ראובן שנגנבו ממנו, והוא מחזר אחריהם כל הזמן, היינו שלא התייאש מהם, ושמעון אומר, שקנה אותם בשוק, ויצא לו שם גנבה בעיר – אם קודם שמצאם אצל שמעון יצא קול שנגנבו ממנו כלים וספרים, ישבע לו הלוקח – יישבע שמעון, הטוען שלקח את הכלים והספרים בשוק, כמה נתן – כמה שילם בעדם, ויטול – מראובן את הסכום ששילם, ומחזיר לו את הכלים והספרים. בגמרא מבואר, שאף על פי שמן הדין היה ראוי ראובן ליטלם בלא החזרת דמיו, שהרי שמעון לקחם מהגנב לפני יאוש, ונמצא שלא קנאם, מכל מקום עשו בו "תקנת השוק", כלומר שתקיננו חכמים, כדי שלא יימנע אדם מלישא וליתן בשוק, שכל הלוקח דבר בשוק בפרהסיא ולא ידע שנגנב, אף על פי שנודע לו אחר כך שהוא מן הגניבה, אינו מחזיר את הדבר לבעלים אלא בדמים" (הרב פ' קהתי, משניות מבוארות קהתי (תשנ"ב) סדר נזיקין כרך א').

מעניינת ביותר דרכו של השופט טירקל בפרשת **כנען**. מצד אחד, השופט טירקל הולך בעקבות הפרשנות הפשוטה לסעיף 34 לחוק המכר, ומגיע מכוחה למסקנה המתבקשת

מיישומו של החוק בפרשת **כנען**, לאמור: גברת כנען אמורה לזכות בציורים שרכשה בתום לב אחר מילוי כל התנאים הנדרשים בסעיף 34 לחוק. תוצאה זו מנוגדת, כמובן, לתוצאה שהייתה מתקבלת לפי שיטת המשפט העברי, אך נראה שהיא כמעט הכרחית לנוכח המצב החוקי הקיים כיום בישראל. אך, מצד שני, כפי שנראה להלן, בסעיף 1.4, הסתייע השופט טירקל במקורות המשפט העברי לעניין "תום הלב" הנדרש מן הקונה המבקש לזכות בחפץ שקנה מכוח "תקנת השוק".

1.3. ההגנה על האינטרסים ב"תקנת השוק" במשפט העברי ובמשפט הישראלי

אכן, כפי שצינו השופטים בפרשת **כנען**, בחר המשפט העברי תרופה שונה לחלוטין לאדם הקונה חפץ והתברר שהמוכר לא היה בעליו או לא היה רשאי למכרו לזולתו. כאמור, לשיטת המחוקק הישראלי, הבעלות עוברת במקרה זה לקונה תם הלב אם נתקיימו התנאים הנקובים בסעיף 34 לחוק המכר. לעומת זאת, לשיטת ההלכה היהודית, אם עדיין לא התייאשו הבעלים מן החפץ שנגנב מהם והם מצפים שיוחזר לרשותם, כבנדון דידן, שהמוזיאון עשה הכול כדי למצוא את הציורים היקרים שנעלמו, אזי הדין הוא שהקונה זכאי להחזרת הדמים ששילם תמורת הנכס.⁷ ויפה הטעים השופט שטרוזמן במאמרו הנזכר לעיל,⁸ שהתוצאה של הפעלתה של "תקנת השוק" על פי ההלכה היהודית היא איזון בין האינטרסים של הנגזל, הזכאי להשבת רכושו, לבין האינטרסים של הקונה, שלא ייצא נפסד בעקבות רכישה בתום לב של דבר שנגזל מבעליו. איזון זה אינו מונע את המשך זרימת חיי המסחר. איש לא יירתע מקניית סחורה, כיוון שאם יתברר שמקור הסחורה בגזל והיא תוצא מידי – הוא יקבל את כספו חזרה. איזון מעין זה אינו קיים ב"חוק המכר" הישראלי. לא בכדי העדיפה השופטת שטרסברג-כהן את שיטת המשפט העברי על פני שיטת החוק הישראלי בחוק המכר, המתעלם מן האינטרס של בעליו המקוריים של הנכס ומעדיף חד-צדדית את האינטרסים של הקונה תם הלב ושל יחסי המסחר. יישומו של הקבוע בסעיף 34 לחוק המכר בנסיבותיה של פרשת **כנען** עשוי היה להביא לתוצאה שקשה להצדיקה, ולא ייפלא אפוא שרוב השופטים חתר לתוצאה הרצויה בנסיבות העניין, השבת הציורים לבעליהם, גם אם הדבר נעשה באמצעות פרשנות מצמצמת ומגמתית להוראות חוק המכר ויצירת הבחנות משפטיות דקות מן הדקות, שהן – במידה רבה – מלאכותיות. מעניינת מאוד העובדה שהתוצאה הסופית שהתקבלה בדיון הנוסף בפרשת **כנען**, השבת הציורים לבעליהם מצד אחד, ומתן פיצוי לגברת כנען על ההוצאות שהוציאה, זהה למעשה לתוצאה שהייתה מתקבלת לפי שיטת המשפט העברי.⁹

⁷ ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנו, סעיף ב. וראו שם, סעיף ג, דיון בשהתייאשו הבעלים ממציעת החפץ, שלדעת המחבר, הבעלות עוברת לקונה; ואילו לדעת הרמ"א (שם, סעיף ז), המנהג עכשיו להחזיר כל גניבה, אפילו לאחר ייאוש הבעלים, מכוח "דינא דמלכותא דינא".

⁸ עמ' 367 של המאמר. וראו על כך בהרחבה גם להלן, ליד ציון ה"ש 12.

⁹ השופט תאודור אור, שכתב את פסק הדין העיקרי שהתקבל על דעת רוב השופטים בדיון הנוסף, הגיע

וראו להוסיף כי בתזכיר הקודקס האזרחי החדש שפורסם בעת האחרונה בידי משרד המשפטים, יש שינוי של ממש לעומת הקבוע כיום בסעיף 34 לחוק המכר. בסעיף 511 לתזכיר הקודקס, נקבעה זכותם של הבעלים הקודמים של הנכס לפדותו מן הקונה תם הלב, שרכש את הבעלות בנכס מכוח "תקנת השוק" הקבועה בסעיף 509 לתזכיר: "רשאי הבעלים הקודם של הזכות, בתוך שנה ממועד הרכישה, לפדות אותה מן הרוכש או ממי שרכש אותה מן הרוכש בלא תמורה, בתשלום שוויה בעת הפדיון, אלא אם כן חל בנכס בתקופה האמורה שינוי של ממש". עוד נקבע כי "הפודה זכות בנכס לפי סעיף זה ישפה את הרוכש בשל הוצאות שהיו לו בקשר לרכישת הזכות". לכאורה, יש כאן אימוץ של זכות הפדיון של בעל הנכס הקיימת במשפט העברי. ואולם ראוי לתת את הדעת לעובדה שיש שינוי קטן אך רב-משמעות בין שני ההסדרים. על פי תזכיר הקודקס החדש, רשאי בעל הנכס לפדותו "בתשלום שוויה בעת הפדיון", ואילו לפי המשפט העברי, בעל הרכוש הנגזל חייב לשלם לקונה את הסכום ששילם תמורת הנכס¹⁰ בין שהערך ה"אמיתי" של הנכס נמוך מן הסכום ששילם הקונה למוכר תמורתו, בין שהוא גבוה. זכותו של הקונה לקבל את כספו, וזכותו של בעל הרכוש לבחור אם לשלם לקונה סכום זה ולקבל את רכושו, או לוותר על רכושו. נראה כי ההסדר הקבוע במשפט העברי עדיף על ההסדר החדש המוצע בתזכיר הקודקס, ודבר זה ניתן להראות באמצעות בחינת פרשת **כנען** לאור שני ההסדרים הללו. לפי ההסדר החדש המוצע בתזכיר הקודקס, מדובר בשיפוי בגין השווי הכלכלי ה"אמיתי", להבדיל משיפוי התמורה ששולמה בפועל על ידי הרוכש, ולכן לא יהיה בזכות הפדיון המוצעת כדי לפתור באופן מספק עימות מן הסוג שהתעורר בפרשת **כנען**,¹¹ משום שגם לפי החוק החדש, הגברת כנען עשויה לזכות בציורים יקרי הערך באמצעות תשלום זניח של 250 ש"ח, ואילו המוזיאון חייב לשלם לה את שוויים הכלכלי של הציורים, למעלה ממאה אלף דולר, כדי לזכות בהם. וכאן המקום לשאול: מדוע מחייבים את בעל הרכוש לשלם את שווי בעת הפדיון, אם הקונה שילם סכום נמוך ממנו בעת הרכישה? מדוע מזכים את הקונה בתשלום העולה עשרות מונים על מה שהוציא בפועל? יש להניח שרק לעתים נדירות יעשה הבעלים המקורי שימוש בזכות הפדיון לפי התזכיר, משום שלעולם ייאלץ לשלם את מלוא שווי הכלכלי של הנכס השייך לו, למעשה. לאור זאת, נראה כי גם בתזכיר הקודקס החדש אין הגנה מספקת על האינטרס של הבעלים. לעומת זאת, שיטת המשפט העברי מעניקה אפשרות אמיתית לבעלים המקוריים לפדות את הנכס. וכבר היטיב לבטא עניין זה השופט

למסקנה האמורה באמצעות שימוש בקונסטרוקציות משפטיות מורכבות להפליא. האם לא היה זה פשוט יותר להסתמך על עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, כפי שעשו שופטים אחרים? יש להצטער על שעמדת המשפט העברי לא נדונה בפסק דינו של השופט אור.

10 השוו לנפסק להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנו, סעיף ב: "הבעלים נותנים ללוקח דמים שנתן לגנב, מפני תקנת השוק".

11 והשוו לביקורתו של פרופ' מיגל דויטש על סעיף 511 של התזכיר בספרו **קניין** כרך ד 231 (התשס"ז).

שטרומן,¹² שכתב:

למעשה ניתנת לנגזל אופציה לפדות את רכושו מידי הקונה. היה הרכוש חביב על בעליו, כגון תמונה, תכשיט שקבל בירושה, סוסה שנקשר אליה וכו', יעדיף הנגזל לשלם לקונה את הסכום המגיע לו ולקבל את רכושו בחזרה. אם הקונה קנה את הרכוש הגנוב, כגון מכונית או טלויזיה מסוחר מכוניות או בחנות לממכר צרכי חשמל, בתום לב אך במחיר זול – גם אז יעדיף הנגזל לשלם לקונה את הוצאותיו ולקבל את רכושו, המוכר לו על מעלותיו ומגרעותיו, במקום לקנות מכונית או טלויזיה אחרת שרכישה יקרה וטיבה מי ידע. לנגזל כדאי לשלם לקונה, כי במקרה כזה הוא מקטיין את נזקו, והיה אם הסכום שהקונה זכאי לו הוא כזה שהנגזל לא ירצה לשלמו – תישאר הרכישה ביד הקונה.

עוד מדגיש השופט שטרומן שיטת המשפט העברי, המאפשרת לנגזל לפדות את רכושו מידי הקונה, אינה גורמת חסרון כיס לקונה, כיוון שהוא מקבל חזרה את כספו. אמנם "אפשר יהיה להבין לרוחו של הקונה שקנה, בתום לב ובחנות נאותה, רכוש גנוב במחיר זול, ורכוש זה מוצא ממנו ללא ריווח. אך מי שקונה 'מציאה' מסתכן באיבודה". כללו של דבר: יישומה של שיטת המשפט העברי בפרשת **כנען** היא מביא, לדעתי, לתוצאה הראויה ביותר, ולפיה רשאים בעלי הציורים לפדותם בסכום שהוציאה הגברת כנען לרכישתם.¹³

1.4. הגדרת תום הלב הנדרש מן הזוכה מכוח "תקנת השוק"

כאמור, הגיע אחד מן השופטים בפרשת **כנען**, השופט יעקב טירקל, לתוצאה מנוגדת לעמדת המשפט העברי, כשהכריע שיש להשאיר את הציורים בידי הגברת כנען.¹⁴ אך, בכל זאת, הוא הסתייע במקורות המשפט העברי הנוגעים לגדרי תום הלב הנדרש מקונה המבקש לזכות מכוח "תקנת השוק". ואלה דבריו בעניין זה:

תום ליבו של הרוכש הוא תנאי מתנאיה של תקנת השוק גם במשפט העברי. לשם בדיקתו מבחינים בין רכישה מגנב "מפורסם" לרכישה מגנב שאינו "מפורסם", שכן ניתן לשער שרוכש מגנב מפורסם יודע שהמוכר אינו מוכר

¹² לעיל ה"ש 8.

¹³ ואמנם, קשה יהיה יותר לבסס תשלום נוסף של 10,000 ש"ח לגברת כנען על פי המשפט העברי, אלא אם כן נאמר שמדובר בתשלום שנפסק לפנים משורת הדין.

¹⁴ בכך נבדל אופן הסתייעותו של השופט טירקל במקורות המשפט העברי מאופן הסתייעותה של השופטת שטרסברג-כהן, שדבריה הוצגו לעיל, בסעיף 1.1.1, שביקשה לאמץ גם את התוצאה של "תקנת השוק" במשפט העברי, המגינה על האינטרס של הבעלים.

את רכושו שלו כי אם רכוש גנוב (רמב"ם, גניבה, ה, ב; שו"ע חו"מ, שנו, ב. וראו גם נ' רקובר המסחר במשפט העברי (תשמ"ח) 51–67). לעיתים יכול לעלות חשד בדבר תום ליבו של הרוכש, כאשר מחירו של הרכוש אינו המחיר המקובל. במקרה כזה הרוכש זכאי לקבל את המחיר ששילם תמורת הרכוש – בין ששילם יותר מדמיו, בין ששילם פחות מדמיו. כך נאמר: "...וכן בלקח שוה מאתים במאה לא אמרי' שהבין שגנוב הוא בידו כיון דזנבו כ"כ בזול אלא כיון דדרך העולם הוא לפעמים כשאדם צריך למעות מזויל במכירתו או כשצריך לחפץ כזה מוסיף טובא על דמי שוויו מ"ה [משום הכי – י"ט] עשו בו תקנת השוק" (רבי יהושע וולק כהן בפירושו "מאירת עיניים" על השו"ע חו"מ שנו, ח ס"ק כא. וראו גם רמב"ם, גניבה, ה, ז; שו"ע חו"מ, שנו, ת, שהוזכרו לעיל). אולם "...אם הוא דבר המצוי לקנות בשוק במקח השוה או דבר שמצוי למכור בשוה לא עשו בזה תקנת השוק דניכר שיש בזה הערמה ותלוי לפי ראות עיני הדיינים לפי הזמן והמקום ומהות הקונה" (ערוך השולחן חו"מ, שנו, יא).

אין השופט טירקל כותב במפורש לאיזו מסקנה אמור להביא יישומם של עקרונות אלה בפרשת **כנען**. אך מכלל דבריו נראה כי המקורות שהביא אמורים לחזק את מסקנתו בעניין תום הלב, שאין הגברת כנען בגדר קונה מ"גנב מפורסם" שאינו נהנה מ"תקנת השוק". על המקורות ההלכתיים שהציג השופט יש להוסיף מקורות אחדים שיישומם בפרשת **כנען** עשוי להביאנו למסקנה אחרת,¹⁵ אף על פי שקשה לקבוע מסמרות בעניין זה, ועדיין הדבר צריך עיון. ראשית, יש הסוברים כי הצעת סחורה במחיר זול מן הרגיל מעלה את החשד שהסחורה גנובה. לפיכך, הקונה, ובכלל זה הגברת כנען בנדון דידן, חייב לברר את כשרות הממכר. ואם לא בירר את הדבר – קנה על דעת עצמו.¹⁶ אך אפשר לומר גם שבנדון דידן, הגברת כנען לא קנתה סחורה זולה מן הרגיל. היא קנתה ציור בשוק הפשפשים ששוויו 250 ש"ח ושילמה בעדו 250 ש"ח, בלא שהיה דבר-מה העשוי לעורר את תשומת לבה לבדוק את כשרות הממכר. שיקול אחר שיש להביא בחשבון מובא בתשובת אחד מן האחרונים¹⁷ שנדונה בה טענת יהודי מאחד הכפרים שנמצא בביתו ספר תורה מהודר שנגנב מבית המדרש של קהילת סטניסלב, והוא טען שרכש את הספר מאדם שלן אצלו ומכר לו את ספר התורה במחיר זול. הקונה סבר ש"תקנת השוק" מגינה עליו, ולכן תבע מן הקהילה לתת לו את סכום הכסף ששילם לעובר האורח בעבור ספר התורה. בתשובה נפסק כי

15 קיים אף קושי בעצם ההיקש שנעשה מן המשפט העברי לעניין הגדרת תום הלב הנדרש מן הקונה, שכן ייתכן כי קונה שנחשב תם לב לשיטת המשפט העברי, שאינו מקנה לקונה את גוף הנכס לקונה, לא יספיק לקונה המעוניין לזכות בנכס מכוה סעיף 34 לחוק המכר הישראלי. ודוקו.

16 כן נפסק בשו"ת הריב"ש, סימן קח, והובא גם בבית יוסף, חושן משפט, סימן שנה, סוף אות ב.

17 תשובת שמן ראש, סימן מה.

"תקנת השוק" אינה חלה בכגון זה. ואמנם, אחד הטעמים לפסק זה הוא שהיהודי קנה את ספר התורה במחיר זול במיוחד. וזה לשונו: "גם כיון שלקח הספר תורה בזול גדול, פחות מחצי שוויו, יש הוכחה שהמוכר הוא גנב ואסור לקנות ממנו". ואולם מובא בתשובה טעם אחר מכריע:

שאם קנה הספר תורה מאיש אחד שהיה כאן מחזר על הפתחים והלוקח עצמו ידע מזה, ומצוי בתוכם אינשי דלא מעלי וחידי אגנבה [=אנשים שאינם הגונים וחשודים על הגנבה]... ואף שקשה לומר דחשבו כגנב מפורסם, מכל מקום תקנת השוק לא שייך בקנה מכיוצא באלו... משום דאדרבא טוב הדבר שלא יקנה מהם.

עינינו הרואות שהגנתה של "תקנת השוק" הוסרה כשהוברר שהקנייה נעשתה מאדם המחזר על הפתחים, כדי לקדם מדיניות משפטית שתגרום לאנשים שלא לקנות חפצים מאנשים העשויים למכור חפצים גנובים. אפשר שיישום מדיניות דומה בפרשת **כנען** תביאנו לכלל מסקנה שאין לעודד אנשים, כעניין של מדיניות משפטית, ליזכות בבעלות בצירורים גנובים הנמכרים בשוק הפשפשים. אולם, זאת – רק בהנחה שבשוק הפשפשים יש סבירות גבוהה להימצאותם של פריטים גנובים.

2. "תקנת השוק" במקרקעין

בערעור שנדון בבית המשפט העליון נדונה שאלת תחולתו של סעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין או החוק), הקובע: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון". בתהליך גיבוש הפרשנות הראויה ל"תקנת השוק" במקרקעין (לאור סעיף 10 לחוק), ביקש השופט טירקל להסתייע במקורות המשפט העברי. וזה לשונו:

לעניין החומרה היתרה שיש לנהוג בה כאשר עוסקים אנו במעין "תקנת שוק" במקרקעין, ראוי לציין כי אין במשפט העברי הוראה דומה לעניין מקרקעין מן הטעם ש"קרקע אינה נגזלת" (ראו, בין היתר, סוכה, לא, א; שו"ע, חו"מ, שעא, א). משום כך "הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים" (רמב"ם, גזילה ואבידה, ח, יד). את עמדתו של המשפט העברי לעניין תום-הלב הנדרש בהקשר כזה ביאר השופט (כתוארו אז) ח' כהן: "המשפט העברי מייחס חשיבות לתום-לבו של הלוקח אך לעניין זכויותיו כלפי הגזלן בלבד: רימה אותו הגזלן, והוא קנה בלא לדעת דבר הגזילה, חייב הגזלן לפצותו על כל נזקיו; לא רימה אותו הגזלן,

והלוקח ידע דבר הגזילה, אין הגזולן חייב לפצותו על כל נזקו, כי אם אך להשיב לו את המחיר שקיבל מידו. ואולם מבחינת הנגזל, בעל הקרקע, אין נפקא מינה אם ידע או לא ידע הלוקח שהקרקע היתה גזולה... (ע"א 557/76 בישור בע"מ נ' טאובה, בעמ' 720).¹⁸

לאחר מכן, משווה טירקל בין מקרקעין לבין מיטלטלין לעניין קביעת "תקנת שוק":

מידת החומרה שיש לנהוג בה כאשר עוסקים ב"תקנת שוק" במקרקעין קלה יותר כאשר עוסקים ב"תקנת שוק" במיטלטלין. כאן מוסטת נקודת האיזון לטובת הקונה כדי להקל על חופש המסחר בשוק הפתוח. במקום אחר אמרתי: "...כדי שלא תהיה עקירת בעלותו של הבעלים המקורי בנכס והעברתה לקונה קלה כהבל פה, מחד גיסא, וכדי שלא יהיה מקחן וממכרן של הבריות כבד כעופרת, מאידך גיסא" (ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, בעמ' 139). גם במשפט העברי כך. בכך שלא הותקנה מעין "תקנת שוק" במקרקעין, ונקבע ש"קרקע אינה נקנית לגזולן לעולם", כאמור לעיל, הוצבה נקודת האיזון בצד הבעלים. לא כך במיטלטלין. כאן נקבעה במקורות המשפט העברי "תקנת שוק", בין היתר משום ש"קניית מיטלטלין מהגנב יכולה להיות בתום לב, שכן מיטלטלין הנמצאים בידי אדם, חזקה כל מה שתחת ידי אדם שלו הוא וכרגיל אין הקונה יכול לדעת מוצאם. מה שאין כן מקרקעין שכן בדרך כלל גזילתן ידועה וקונאם אינו קונה בתום לב והוא ליה כקונה למיטלטלין הידועים לו כגזולים שלא עשו בו תקנת השוק" (ז' ורהפטיג החזקה במשפט העברי, בעמ' 151; על תקנת השוק במיטלטלין במשפט העברי, בהשוואה לתקנת השוק שבסעיף 34 לחוק המכר, ראו נ' רקובר המסחר במשפט העברי, בעמ' 60–67).

הנה כי כן, השופט טירקל מבקש להסתייע במשפט העברי, שלא קבע "תקנת השוק" במקרקעין בדומה למה שקבע במיטלטלין, כדי לחזק את התזה האומרת שיש לפרש פירוש מצמצם את הוראות סעיף 10 לחוק המקרקעין, שכן מדובר לדעתו בחידוש מופלג שמן הראוי להגבילו. אין ספק שמדובר בהיקש יצירתי למשפט העברי.

ואמנם, לא תוקנה "תקנת שוק" במקרקעין, כפי שציין בצדק השופט טירקל, ואם מכר אדם במרמה קרקע לקונה תם לב, תחזור הקרקע לבעליה. בעולמו של המשפט העברי, שלא נהג בו רישום מקרקעין, ההנחה היא שמכירת מקרקעין, בגלל חשיבותה, יש לה פרסום ("קול" בלשון המשפט העברי). על כן, אפשר לברר אם המוכר הוא הבעלים של המקרקעין שהוא מוכר.

¹⁸ ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' ג"י סטנלי סונדרס, פ"ד נו(6) 832, בעמ' 849 (2002).

ואולם מצאנו שחכמים התחשבו באינטרס של הקונה תם הלב אף במקרקעין, גם אם הדבר לא הגיע לכדי קביעת "תקנת שוק" ממש. כך, לדוגמה, מובאת בתלמוד הבבלי¹⁹ דעתו של עולא כי מדין תורה, כל נושה, בין בהלוואה בשטר בין בהלוואה שבעל-פה, רשאי לגבות מנכסי החייב המשועבדים לו (בדרך כלל, מקרקעין). אף אם נמכרו בינתיים לקונה תם לב. אך חכמים תיקנו שבהלוואה שבעל-פה, לא יוכל הנושה לגבות מנכסי החייב המשועבדים לו אם הועברו לקונה תם לב, משום "פסידא דלקוחות" (ופירש רש"י שלא יוכלו הקונים להיזהר בדבר שאין ידוע לעולם, מה שאינו כן בהלוואה בשטר, כיוון שיש לה קול והיא מפורסמת ברבים והיה הקונה חייב להיזהר). עינינו הרואות שחכמים הגנו אף במקרקעין על הקונים תמי הלב שפעלו כשורה בלי לדעת שהקרקע שקנו משועבדת לאחר. עוד יש להוסיף כי אף על פי שלא תיקנו חכמים "תקנת השוק" במקרקעין, נפסק להלכה שיש מקרים שצריך להשיב בהם ללוקח את ההוצאות שהוציא תמורת קניית קרקע שנתברר לו אחר כך שהיא גזולה.²⁰

19 בבא בתרא קעה ע"ב.

20 הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קלו, סעיף א, על פי שו"ת הריב"ש, סימן רצ.

פרק שלישי

זכויות יוצרים

1. היווצרות דיני זכויות יוצרים במקורות היהודיים – כללי

באחד מפסקי הדין, שניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון, הציגה השופטת דבורה ברלינר את תהליך היווצרותם של דיני זכויות יוצרים במשפט העברי.¹ כרקע כללי לפרקנו נביא להלן מדברי השופטת ברלינר. תחילה עומדת השופטת על ראשית היווצרותו של ענף משפטי זה. וזה לשונה:

תחילת היווצרות הענף המשפטי, המכיל את דיני זכויות היוצרים בצורתם המודרנית המוכרת לנו היום, הוא במאה ה-18 עם המצאת הדפוס. באותה עת, בעקבות הוצאת התלמוד פפורמט מסוים (האלמנה והאחים ראם) גם המשפט העברי נקרא להתעמק בסוגיה. אולם הורתו ולידתו של הרעיון, הבסיסי כי יש זכויות יוצרים להגן עליהם מצוי עוד בספר דברים. שם נאמר "ארור מסיג גבול רעהו" (דברים כז, יז). במקור המקראי הפשוט, הסגת הגבול המדוברת, מתייחסת לגזל קרקעות. ברם, כבר בספרי (דברים פ"א ק"א ד"ה (יד)) אנו מוצאים פרשנות מרחיבה לפסוק: "מנין למחליף דברי רבי אליעזר בדברי רבי יהושע ודברי רבי יהושע בדברי רבי אליעזר ולאומר על טמא טהור ועל טהור טמא שהוא עובר בלא תעשה תלמוד לומר לא תסיג גבול רעך". הראשונים פירשו מימרא זו, בין היתר, כמחייבת אף לכתוב את שם המחבר על ספרי פירושיו, על מנת שלא יבוא אדם זר לומר בכחש ובכזב "אני המחבר" וייענש על כך (ראה: ספר חסידים (מרגליות) סימן תקפו, מגן אברהם אורח חיים בסימן קנ"ו שכתב "כל שאינו אומר דבר בשם אומרו עובר

¹ ע"א 9248/05 מתן נ' מילטל, תק-על 2739 (3)2006, 2743 (2006).

בלאו").

בהמשך דבריה, מציגה השופטת ברלינר את ההגנה על זכויות המחבר על הספר שכתב. וזה לשונה:

עניין זכויות היוצרים החל להופיע בספרות ההלכה והשו"ת כבר במאה ה-16 בצורה של הסכמות על ספרים. בהסכמות שניתנו לחיבורים השונים נמצאו איסורים אחדים הקובעים כי אין רשות לפגוע בזכויותיו של המחבר על יצירתו (ראה למשל ההסכמה על ספר "הבחור" של ר' אליהו בחור בר' אשר הלוי אשכנזי, בין השאר נאמר שם "ובאולי יש שורש פורה ראש ולענה אשר ימלא לבו להדפיס גם הוא החבורים הנזכרים או כולם או אחת מהן בדפוס יותר נאה מזה, ונמצא זה הר' אליהו והאחים הנזכרים זריזים ונפסדים... אלא גזרנו בסתם: כל מי שיודע הן שראה או שמע גזרותינו, שלא ידפיס הספרים האלו. וכל המדפיס אותם, או הוא או שלוחו, יהא בכלל פורץ גדר וישכנו נח"ש (=נידוי, חרם, שמתא – ד.ב.)... וזה יהיה עד זמן עשר שנים"). אחד הדיונים הראשונים בשאלת זכות המדפיס למנוע מדפיסים אחרים מלהעתיק את יצירתו, מופיע בשו"ת הרמ"א (סימן י ד"ה והואיל וביירונו) בשאלת הדפסת כתבי הרמב"ם. לשון פסיקתו שם אינה מותירה מקום לספק. וכך הוא כותב "דין הוא עם הגאון (בעל הזכויות הראשון), שהוא ימכור ספריו ראשונה... כל ישראל, ומי שבשם ישראל יכונה, לא יקנה שום ספר מיימוני (כינוי לספרי הרמב"ם – ד.ב.) החדשים רק מאותן היוצאים מתחת יד הגאון הנ"ל או באי כוחו.

על דברי השופטת יש להוסיף הרבה, משום שעקרונות זכות היוצרים במשפט העברי כוללים עוד היבטים רבים, כגון: איסור "גניבת דברים" והחובה לומר דבר בשם אומרו, זכותו של המחבר בהדפסת יצירתו, צילום ספר והעתקת הקלטה, הסכמות לספרים כיסוד לזכות היוצרים, ועוד. היבטים אלה ואחרים נדונו בהרחבה בספרות התורנית והמחקרית שנכתבה בשנים האחרונות, המבטאת יפה את דרכי התמודדותם של חכמי ישראל עם האתגר של הגנה על זכויות היוצרים בעידן התפתחות האמצעים הטכנולוגיים.²

² ראו במיוחד חיבורו המקיף של פרופ' נ' רקובר **זכות היוצרים במקורות היהודיים** (התשנ"א). וראו גם הרב נ"מ ויספיש **משנת זכויות היוצר** (התשס"ב); הרב י"א כהן **דיני זכויות יוצרים – עמק המשפט ד** (התש"ס). וראו הרב ש' ישראלי "פרסום דברי תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם" **תחומין** ד 354 (התשמ"ג); הרב ע' בצרי "זכות יוצרים" **תחומין** ו 169–184 (התשמ"ה); הרב ז"נ גולדברג "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים" **תחומין** ו 185–207 (התשמ"ה); הרב נ' בר-אילן "העתקת ספרים או קסטות" **תחומין** ז 360–367 (התשמ"ו); הרב ז"נ גולדברג "תנאי ושיור בהסכמים (תשובה להשגה)" **תחומין**, שם, עמ' 368–380.

בסעיפים הבאים נעמוד על יישומם של כמה מעקרונות זכויות היוצרים הלכה למעשה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל.

2. זכויות יוצרים על הרצאותיו של מרצה

שאלה מעניינת ביותר, הנוגעת לזכויותיו של מרצה על הרצאותיו, עלתה בעת האחרונה לדיון בבית המשפט העליון.³ מעשה בסטודנט שסיכם את הרצאותיו של ד"ר אסף יעקב, מרצה במרכז הבינתחומי הרצליה (להלן: פרשת אסף יעקב), בקורס "דיני נזיקין". לאחר מכן, פרסם הסטודנט ספר בשם "דיני נזיקין – בראי ההלכה הפסוקה". בעקבות זאת, תבע אותו ד"ר יעקב בטענה שהדבר מהווה הפרה של זכויות היוצרים שלו על הרצאותיו. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המרצה וקבע שהסטודנט הפר את זכויות היוצרים של ד"ר יעקב. הסטודנט ערער על פסק הדין לבית המשפט העליון, וטען כי לפי סעיף 35(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, כדי שתהא יצירה מוגנת בזכות יוצרים, עליה להיות מוחשית, ואילו במקרה שלו, אין עוררין שההרצאה נישאה בעל-פה. בית המשפט העליון דחה את ערעורו וגם את טענתו שחלקים מספרו מתבססים על חומר אחר. בית המשפט קבע כי אף על פי שהחומר שהספר מיוסד עליו (פסיקה) הוא נחלת הכלל, הרי סידור הנושאים, הצגתם, המחשתם בדוגמאות וביטויים הם אישיים וניכרת תרומתו הייחודית של ד"ר יעקב. על כן, ראוי הספר להיות מוגן בזכויות יוצרים. הסטודנט טען עוד כי מן הראוי היה לפרסם את הדברים ולא להשאירם טמונים, אך בית המשפט שקל את הנזק הכלכלי העתידי למרצה לעומת השימוש המסחרי של הסטודנט, ופסק לטובת המרצה. בית המשפט קיבל את עמדת ד"ר יעקב, וקבע כי נפגע אינטרס שלו (אם ירצה לפרסם את הרצאותיו בעתיד), וכי קמה נגד הסטודנט עילת תביעה גם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. משום כך, הורה בית המשפט להפסיק את הפצת הספר וציווה לאסוף את הספרים מן החנויות ולהשמירם. אחד משופטי ההרכב, השופט אליקים רובינשטיין, ביסס את הכרעתו על מקורות המשפט העברי, ואף ייחד לסקירתם את רובו המכריע של פסק דינו. השופט רובינשטיין אינו מסתפק בהצגת העקרונות המרכזיים, והוא מראה כיצד ניתן באמצעות עקרונות אלה להגיע לכלל הכרעה במקרה הנדון בפניו. והוא כותב בעניין זה:

מעניין לציין כי ההגנה על ידע אקדמי זכתה להתייחסות מפורטת וייחודית במשפט העברי. חברתי השופטת נאור התייחסה למתח שבין זכויות המרצה לזכויות תלמידיו (פסקה 26 לפסק דינה). דומה כי במשפט העברי מתווסף גורם שלישי, האינטרס הציבורי בהגדלת תורה והאדרתה. רצון זה להרחבת הידע המשותף עמד בבסיס פסיקה מסוימת שהתירה, במובן זה או אחר, פרסום ואף העתקה של חידושי תורה, גם ללא הסכמת מחברם. פוסקים

³ ע"א 8117/03 ענבר נ' ד"ר אסף יעקב, תק-על 2006(1) 549, 564 (2006).

אלה הסתמכו בין היתר על דברי התוספתא (בבא קמא, פרק ז, הלכה ג):
 "המתגנב מאחר חבר, והולך ושונה פרקו, אף על פי שנקרא גנב, זוכה
 לעצמו" (אך ראו דעתו המסתייגת של הרב שאול ישראלי, "פרסום דברי
 תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם", תחומין ד (תשמ"ג) 354).

האם תעמוד לסטודנט המערער בפרשת **אסף יעקב** גם כן טענת ההגנה בדמות האינטרס
 הציבורי להגדיל תורה ולהאדירה בהתבסס על דברי התוספתא?⁴ השופט רובינשטיין עונה
 על שאלה זו בשלילה ואומר:

בסופו של יום דומה שרבו האוסרים על המתירים. אציין כי במקרי ההיתר
 מדובר בעיקר בשעה שאין למעתיק כל כוונת רווח, ואין למחבר כל הפסד
 כספי (ראו הרב עזרא בצרי, "זכות יוצרים", תחומין ו (תשמ"ה) 169
 והשקלא וטריא שם בעמ' 170–173), ואין הדבר דומה למקרה שבפנינו.

על דברים נכוחים אלה, יש להוסיף עוד כי קשה מאוד להיכנות מדברי התוספתא, משום
 שפירושה אינו נקי מספקות.⁵ ואמנם, בדורות האחרונים, היו שביקשו להסתמך על דרשת
 התוספתא "לא יבוזו לגנב כי יגנובו...", ולהורות שאם מדובר בדברי תורה, מותר לגנבם בלי
 לומר אותם בשם אומרם. אך כפי שכבר הראה פרופ' נחום רקובר,⁶ "נדחו דעות אלו בשתי
 ידיים".

בהמשך דבריו עומד השופט רובינשטיין בקווים כלליים על האופן שניתן לבסס את
 הכרעת בית המשפט בפרשת **אסף יעקב** על עקרונות המשפט העברי:

להנמקת חברתי ולתוצאה שאליה הגיעה אפשר לסייע עוד מן העקרונות
 שפיתח המשפט העברי בתחום זה. אזכיר, למשל, כי החובה לומר דבר בשם
 אומרו היא מארבעים ושמונה דברים שהתורה נקנית בהם (משנה אבות ו'
 ו'), והעושה כן מביא גאולה לעולם, וכדברי ר' יוחנן, אמורא מרכזי
 בארץ ישראל, במדרש תנחומא "כל מי שאינו אומר דבר בשם אומרו
 עליו הכתוב אומר 'אל תגזול דל כי דל הוא' (משלי כ"ב כ"ב)". לעת
 מצוא, ניתן עוד להוסיף על אלה.

ואכן, ניתן גם ניתן להוסיף עוד מקורות רבים הנוגעים לנדון דידן, אך אין כאן מקום
 להאריך.⁷ ומאחר שפטור בלא כלום אי אפשר, נזכיר כאן מקור אחד נוסף הנוגע לבעיה
 המשפטית העיקרית שניצבה לפני בית המשפט בפרשת **אסף יעקב**. כזכור, טענתו העיקרית

4 יש להעיר על עצם ההיקש הבעייתי מלימוד תורה ללימודי חול, כפי שכתבנו להלן, ליד ה"ש 13.

5 ראו רקובר, לעיל ה"ש 2, עמ' 68–69.

6 רקובר, שם, עמ' 72–74.

7 לניתוח המקורות בעניין זכותו של המחבר בהדפסת יצירתו, ראו רקובר, לעיל ה"ש 2, עמ' 75–110.

של הסטודנט הייתה שהרצאה שבעל-פה אינה נהנית מן ההגנה על זכויות היוצרים, משום שאינה מוחשית. בתשובתו של ר' יצחק שמלקיש (פולין, המאה הי"ט) נדונה השאלה אם זכותו של מחבר על יצירתו עומדת לו גם אם השמיע את הדברים בעל-פה, והשומעים הדפיסו את דבריו שלא ברשותו.⁸ הרב שמלקיש פוסק שהדבר תלוי בהקפדתו של המחבר, וכי אף אם הדברים הושמעו בעל-פה, אך בעליהם מקפיד שלא יפרסמו אותם אחרים, אסור לשומעים לפרסמם. לדעתו, יסוד האיסור הוא: "דכששמע ממנו בעל פה, אם לא אמר לו ב'בל יאמר' הרי לא הקפיד אם יאמר לאחר; ואם אמר לו ב'בל יאמר' – ודאי אסור לומר לאחרים, דהתורה והחידוש דיליה [=שלו] הוא, ויכול לומר 'לא רציתי להגיד'. אבל בלא אמר שלא יאמר – מותר ללמוד לאחרים, ואדרבא עושה מצוה בזה". מדבריו אנו למדים שיסוד האיסור לפרסם את חידושו של מחבר הוא בדברי התלמוד: "מנין לאומר דבר שהוא ב'בל יאמר', עד שיאמר לו: 'לך אמור'?, שנאמר: 'וידבר ה' אליו מאהל מועד לאמר' (ויקרא א, א)".⁹ ונעיר בדרך אגב שיש טעם מסתבר אחר הנזכר אצל אחד מדייני דורנו.¹⁰ וזה לשונו:

גם באמירה בעל פה, דאף שיכול לומר לאחרים ולא לפים מה שממע ממנו, שודאי ניהא ליה לרב, אבל להדפיס שמא יש לרב הקפדה שלא ידפיסו, שלא כל מה שאומרים בעל פה מתאים להדפסה, וכן פעמים רבות שהשומעים לא מדייקים או לא מבינים היטב בחילוקים, ועלולים להדפיס משם הרב דברים שלא התכוין להם.

בהמשך דבריו הנזכרים למעלה, מרחיק הרב שמלקיש ואומר כי אף אם נתן המחבר רשות להעתיק את חידושו, אין להסיק מכך שנתן רשות אף להדפיס אותם בלא רשות יורשו, משום שיש אומדנה בדבר "שהמחבר לא הרשה להעתיק רק לצורך עצמו שילמוד מהם, אבל לא שיפיצם על פני תבל, דמדרך העולם שיורשו ידפיסו ויוציאו לאור. ואם אחר ידפיס – אזי לא יוכלו יורשו להדפיס ולהוציא הוצאות אולי ידפיס אחר כך, בטרם שימכרו יורשים הספרים. וגם אולי ידפיס אחר מקצת וישמיט מהכתבים". עוד קובע הרב שמלקיש שאסור להדפיס שלא ברשות מחידושו של מחבר, משום שיש בדבר נזק כספי למחבר וליוורשו. דברים אלה מחזקים כמובן את פסק הדין שניתן בידי בית המשפט העליון בפרשת **אסף יעקב**.

לבסוף, נאמר כי שאלת פרסומם של דברי רב המרצה בעל-פה לפני תלמידיו נדונה גם בידי פוסקים מודרניים אחרים, וגם מדבריהם עולה כי יש חשיבות רבה להקפדתו של היוצר שלא יפורסמו דבריו.¹¹ ונעיר גם כי אמנם יש הסוברים שיצירות שמצווה לפרסמן, אין בכוחו

⁸ שו"ת בית יצחק, יורה דעה, חלק ב, סימן עה. ניתוח נרחב של תשובה זו נעשה בידי רקובר, לעיל ה"ש 2, עמ' 83–89.

⁹ יומא ד ע"ב.

¹⁰ הרב עזרא בצרי, לעיל ה"ש 2, עמ' 175.

¹¹ ראו לדוגמה דברי הרב ישראלי, לעיל ה"ש 2; ואת דעתו החולקת של הרב ש' גורן **תחומין** ד 354

של היוצר למנוע את פרסומן.¹² אך נראה שהדברים אמורים רק בדברי תורה, שמצווה לפרסמם ברבים,¹³ אך אין להקיש, לדעתי, מזה לנדון בפרשת **אסף יעקב**, שאינו נוגע לפרסום דברי תורה אלא לפרסום הרצאות בדיני נזיקין במשפט הישראלי.

3. הפרת זכויות בעל פטנט

חברת "קרונה" פנתה לחברת "ענבר" בבקשה שתייצר למענה תיבות סעף ייחודיות, המיועדות למאה קווים, הרשומות על שמה כפטנט. לשם כך מסרה חברת "קרונה" לחברת "ענבר" תרשימים המתארים את אופי התיבה הרצויה. לאחר מכן, התברר לחברת "קרונה" כי חברת "ענבר" מייצרת למען חברת בזק תיבת סעף הדומה בכל הפרטים לתיבה הרשומה כפטנט על שמה. חברת "קרונה" עתרה למתן צו מניעה זמני שניתן בהסכמה. חברת "ענבר" טענה כי תיבות הסעף המיוצרות על ידיה שונות מן התיבות המוגנות בפטנט. מנגד, טענה חברת "קרונה" כי גם העתקה בשיעור של 65% מהווה הפרת הזכויות בפטנט, גניבת עין ושימוש במוניטין שלה. בית המשפט העליון קבע כי אכן הפרה חברת "ענבר" את זכויות הפטנט של חברת "קרונה". גם לגבי הפרת זכויות היוצרים סבר בית המשפט כי לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה ולאור תחולתו הרחבה של החוק על יצירה מקורית, הרי שייצור תיבות הסעף במבניהן הייחודי מהווה הפרה של זכויות היוצרים.

השופט רובינשטיין מבקש כדרכו לבסס את פסק דינו, שהתקבל גם על דעת שני חבריו להרכב, על עקרונות המשפט העברי.¹⁴ בראשית דבריו נזקק השופט למקורות הדנים בזכותו של אדם על תרשימים. וזה לשונו:

לא למותר לציין כי אף בהתפתחות המשפט העברי תבנית גרפית של ספר – אם נרצה, סרטוטים שבענייננו – יכולה לשמש עילה לתביעה, אלא אם כל כולה באה כהעתקה מפלוני, ואז רשאי אותו פלוני להעתיק אף הוא: "זאת

(התשמ"ג) (לעניין פרסום ברבים של דברי תורה בלא נטילת רשות מאומריהם); הרב משה פינשטיין, שו"ת איגרות משה, אורח חיים, חלק ד, סימן מ, סעיף יט (לעניין הקלטת דברי המשמיע דברי תורה בקלטת).

12 כן קבע הנצי"ב מולוז'ין בשו"ת משיב דבר, חלק א, סימן כד. ומעין זה עולה מדברי הרב גורן, לעיל ה"ש 11, הסבור שמותר לפרסם דברי תורה אף בלא ליטול רשות מאומריהם.

13 כך עולה מהנמקתו של הנצי"ב, לעיל ה"ש 12, שקדושת התורה, "אף על גב דנקראת על שמו של המחודש, והיא נחלתו להנחיל לכל מי שירצה, אבל דוקא שלא ילכו לאיבוד, ולא יהיה בטל חלק הקדושה שבהם. ואם רוצה שיאבדו לגמרי – אין לו רשות, שהוא נגד דעת התורה ללמד לאחרים...". הוא הדין לדברי הרב גורן, לעיל ה"ש 11, שביסס את גישתו הנזכרת בהערה הקודמת על העובדה שהאיסור האמור במסכת יומא ד ע"ב, שהאומר דבר בלא נטילת רשות הרי הוא ב'בל יאמר' אינו מוסב על דברי תורה, שמצווה ללמדם לרבים.

14 ע"א Krone AG 3422/03 נ' **ענבר פלסטיק משוריין**, פ"ד נט(4) 365, עמ' 379–380 (2005).

ועוד אחרת, שכשם שהמדפיס דסלאוויטא ראה תבנית הש"ס דקאפוסט... ועשה כתבניתו, כך יש רשות להמדפיס דקאפוסט אחרי ראותו שצירף המדפיס דסלאוויטא האלפסין [הלכות הרי"ף – א' ר'] להש"ס, שיעשה כתבניתו... כ"ש [כל שכן] שטוב עשה שלא יהיה כתבניתו ממש" (הסכמת ר' יהודה ליב בר' ברוך מיאנוביץ להדפסת הלכות הרי"ף – ר' יצחק אלפסי, התקע"ח (1818); מובא אצל נ' רקובר זכות היוצרים במקורות היהודיים, בעמ' 392).

בהמשך דבריו מדגיש השופט רובינשטיין, בהסתמך על מה שכתב בפסק דין אחר,¹⁵ שיש סימוכין לנושא הקניין הרוחני במקורות המשפט העברי, שהכיר בקניין רוחני ואף בהפרת זכויות מכוחו במוכן הרחב, בין שהמקור הוא פנים-הלכתי בין שהוא דינא דמלכותא, דין המדינה. לאחר מכן, דן השופט רובינשטיין במה שעולה מן המקורות הדנים בהפרת זכויות בעלי פטנטים. וזה לשונו:

נוסיף כאן את גישתו של הרב שמואל תנחום רובינשטיין, אב"ד בתל-אביב-יפו, בחיבורו "זכות-מחברים לבעלי פטנטים – בהלכה". הבסיס לגישתו הוא איסור גזילה. בין השאר מביא הוא מדברי רבינו יצחק אלפסי (הרי"ף – צפון אפריקה, המאה ה"ג) בתשובה בעניין מחבר שגנב ספרי פירושים מחברו. נקבע כי מחבר זה חייב, בין השאר, משום גונב ומשום גזל (שם, בעמ' 273–274). כך עולה גם מדברי הרמ"א בתשובה בעניין דומה וכן ממקורות נוספים בענייני ספרים ומדפיסים. כעולה מדבריו, במאה ה"ט ניטש ויכוח בין בעל שו"ת שואל ומשיב (ר' יוסף שאול נתנזון) לבעל שו"ת בית יצחק (ר' יצחק שמלקיש). בעל שואל ומשיב למד גזירה שווה מפטנט, "והרי אם מדפיסים או מחדשים איזה מלאכה (=פטנט) אין רשות לאחר לעשות בלא רשותו" (שם, בעמ' 276), ובעל בית יצחק עונה: "ומה שמדמה השו"מ [השואל ומשיב] למלאכה שחידש אומן איזו תגלית שאסור לאחרים לעשות כמתכונתה בלי רשות הממציא – אין מדמים תורה [כבעניין שנדון שם – א' ר'] למלאכה, כי בתורה נאמר: ראה למדתי אתכם חוקים ומשפטים כאשר צוויני ה' – מה אני בחנם אף אתם בחנם (שם, בעמ' 277). אך אף הוא, בעל בית יצחק, סבור כי מכוח דינא דמלכותא דינא, יש לאסור (שם, בעמ' 277).

¹⁵ ע"א V & S Vin Spirit Aktiebolag 9191/03 נ' אבסולוט שוויצ'מ, פ"ד נח(6) 869, בעמ' 888–892 (2004). וחשובה הערתו שם אחר שהוא סוקר את דברי רבני דורנו בנושא הקניין הרוחני: "הדברים הובאו כדי להצביע על ההיבטים המרובים שבהם נושאי קניין רוחני והמשיקים להם נדונים במשפט העברי תוך עמימות, התלבטויות ולא מעט פולמוס וחיפוש דרך באשר לעילות הספציפיות. בכך יש דמיון למשפט הכללי כאמור, וניתן ללמוד משקלא וטריא זו על הזהירות שבה יש לנהוג, עקב בצד אגודל".

278). באשר לפטנטים מובאת גישתו של בעל הספר עמודי אש (ר' אברהם שמואל מראסיין (ליטא)) בקשר לגניבת ספר ובו פרטי אמנות הצביעה, והמשיב סבור לקולה, על-פי דיני גזילה במיטלטלין, שמחזירים גוף הגזילה בלבד אף אם הועתק, אך מצא אף הוא דרכים לחייב. כן מובא (שם, בעמ' 280–281) מה שכתב בעל דברי מלכיאל (ר' מלכיאל טננבוים מלומז'ה, פולין-ליטא) שהבאנו בפסק-הדין הנזכר.

השופט רובינשטיין מעיר בשולי הדברים: "כי בייחוד בדורות אחרונים, עם השתכללות חיי המסחר וגם ההיבטים הטכנולוגיים, מתמודד המשפט העברי עם נושאי הקניין הרוחני תוך עיגונם אם בקונספטים 'קלאסיים' בדין העברי כמו גניבה וגזל, ואם בדיני המדינה ובמנהגים שבה".

זוהי הערה חשובה,¹⁶ משום שהעיון במקורות היהודיים של ימינו העוסקים בזכויות יוצרים מלמד כי המשפט העברי נגרר במידה רבה אחר התפתחויות חדשניות, כשהמגמה בו היא להשתית עקרונות משפטיים מערביים מודרניים על אדנים הלכתיים. לא יפלא אפוא שכמה מגדולי הפוסקים במאה הי"ט ביקשו לאמץ את עקרונות זכויות יוצרים המערביים המודרניים, ובכלל זה – ההגנה על הפטנט, תוך שימוש בנימוקים מעין "ולא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטלה שלהם"¹⁷ או "שכך הוא היושר הגדול, שבדיניהם נותנים אותו לחק קבוע" או "אם כן פשיטא ששיך בזה דינא דינא דמלכותא דינא".¹⁸

16 והיא משלימה את הערתו החשובה הנוספת של השופט רובינשטיין, המובאת בהערה הקודמת.
17 כדבריו של הרב י' נתנזון, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן מד, שנאמרו בהקשר לדין הנכרי המגן על ממציא פטנט. ראו רקובר, לעיל ה"ש 2, עמ' 251, הערה 6.
18 כדבריו של ר"ש סופר, בנספח לשו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן רלב. לניתוח התשובה, ראו רקובר, שם, עמ' 80–83.

פרק רביעי

דיני ירושה – "מצווה לקיים דברי המת"

הקדמה

ידועה זיקתם של כמה מסעיפי חוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה), הישראלי למקורות המשפט העברי.¹ לא ייפלא אפוא שבכמה מפסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו בעשור האחרון, פירשו שופטים את סעיפי חוק הירושה לאור המקורות היהודיים. הדברים שנאמר בפרק זה נוגעים לגדרי הכלל "מצווה לקיים דברי המת", שמקורו במשפט העברי, המשמש כעקרון-על בפסיקה הישראלית בדיני הירושה. נעמוד על טיבו ועל מקומו של כלל זה בפסיקה הישראלית בעשור האחרון, ונבחן אם גדריו המשפטיים של הכלל כפי שעוצבו בפסיקה הישראלית זהים לאלה העולים ממקורות המשפט העברי.

1. "מצווה לקיים דברי המת" – עקרון-על בפסיקה הישראלית

1.1 כללי

אין ספק כי במהלך כהונתו של השופט אהרן ברק כשופט וכנשיא בבית המשפט העליון, התייחסותו המהותית, כמעט היחידה, למשפט עברי היא באשר לאימוץ העיקרון העברי "מצווה לקיים דברי המת", שהוא רואה אותו כעיקרון היסודי ביותר בדיני הצוואה. על יסוד עיקרון זה ועל מקורו העברי, עמד השופט ברק בשורה ארוכה של פסקי דין.² מובן שאין

¹ אם כי אין להפריז בהדגשת זיקה זו. וראו דברי ש' שילה במבוא לספרו **פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965**, (התשנ"ב); ע' רדזינר וש' פרידמן "המחוקק הישראלי והמשפט העברי – חיים כהן בין מחר לאתמול" **עיוני משפט** כט 167-244 (התשס"ה).

² ראו לדוגמה ע"א 719/97 **אהרן נ' אהרוני**, פ"ד נד(3) 469, בעמ' 479 (2000); ע"א 490/99 **הקדש מנחם**

מדובר בחידוש של השופט ברק, וכבר בפסיקה בתקופה שקדמה לכהונתו כנשיא של בית המשפט העליון, נזכר עיקרון זה לא פעם בדברי שופטים, והוא הפך ל"קן-יסוד"³ בדיני הצוואות בפסיקה הישראלית.⁴

כדוגמה אופיינית נעיין במה שכתב השופט ברק בעת האחרונה:

ביסוד דיני הצוואה מונח העיקרון הבסיסי שלפיו יש לקיים את דבר המת. עקרון זה בא לנו מהמשפט העברי (ראו א' גולאק, יסודי המשפט העברי 126 (ספר שלישי, תשכ"ז); י' ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי 199 (תשנ"ט)). על פיו "מצווה לקיים דבר המת" (ראו בבלי גיטין יד, עב). עקרון זה מהווה חלק מתרבותנו הכללית והמשפטית... הוא נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי... הוא מהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם ולקניין... העיקרון לפיו יש לקיים את דבר המת מעניק למצווה חופש לקבוע את תוכן צוואתו.⁵

העיקרון "מצווה לקיים דברי המת" מהווה לדידו של ברק כלל פרשני ראשון במעלה בפרשנות צוואות, כעולה מדבריו במקום אחר.⁶ להלן נעמוד על יישומו של העיקרון "מצווה לקיים דברי המת" בפסיקה הישראלית.

1.2. עשיית צוואה או ביטולה של צוואה שנפל בה פגם

שאלה מעניינת הנוגעת ליישום מעשי של העיקרון "מצווה לקיים דברי המת" התעוררה בפרשת אהרוני.⁷ הוריו של המערער ערכו צוואות הדדיות, ובהן ציווה כל אחד מהוריו שבמותו יעבור רכושו לכן זוגו, ואם בן זוגו זה לא יהא באותה עת בחיים, יעבור הרכוש לבנם, המערער. כעבור ארבע שנים, ביקשו הוריו לבטל את הצוואות וחתמו לפני עורך דינם על תצהיר ברוח זו. עורך הדין אישר בחתימתו את נכונות הצהרתם. לאחר מותם ביקש המערער לקיים את הצוואות. המשיבים, אחיו ואחיותיו, הזכאים לחלק בעיזבון מכוח הדין, התנגדו. בית המשפט המחוזי קבע כי הגם שבביטול הצוואות נפל פגם, ניתן הפגם לתיקון,

ובלומה אטינגר נ' תנחום אבן טוב, פ"ד נז(5) 145, בעמ' 156 (2003); רע"א 3130/05 יורשי המנוחה א.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי, תק-על 2006(3) 4253, 4257 (2006).

3 ראו ע"א 869/75 ברייל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 98 (1977). מעניין הדבר כי המשפט "מצווה לקיים דברי המת" אינו בא בלשון חוק הירושה. וראו ש' שילה, לעיל ה"ש 1, עמ' 30.

4 ראו למשל: ע"א 724/87 כלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22 (1993) (השופט מלץ); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793 (1993) (השופט אלון); ע"א 1212/91 קרן לבי" נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, בעמ' 732 (1994) (השופט חשין), ועוד רבים.

5 רע"א 3130/05, לעיל ה"ש 2.

6 ע"א 490/99, לעיל ה"ש 2.

7 פסק הדין בפרשת אהרוני, לעיל ה"ש 2.

ולפיכך הצוואות בטלות. על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון אשר אישר את פסק דינו של בית המחוזי. אף כאן סמך הנשיא ברק את הכרעתו על העיקרון העברי של "מצווה לקיים דברי המת". וזה לשונו:

ביסוד דיני הצוואה עומד העיקרון הבסיסי של קיום דברי המת. מקורו במשפט העברי ("...מצווה לקיים דברי המת" (גיטין, יד, ב). הוא מהווה חלק מתרבותנו הכללית והמשפטית... עיקרון זה מן הראוי לו שיחול לא רק בעריכת צוואה אלא גם בהצהרה לבטלותה. כאשר המצווה מביע את דעתו הברורה כי ברצונו לבטל את צוואתו, יש לכבד רצונו זה. אין זה ראוי לסכל רצון זה מנימוקים פורמאליים.

לדידו של הנשיא ברק, עוברת כחוט השני בדיני הצוואה הגישה כי לא הצורה היא העיקר, אלא המהות. גישה זו יש להפעיל, וביתר שאת, בדיני ביטול הצוואה. לא צורת הביטול עיקר, אלא מהותה. אם השופט משוכנע כי המצווה גמר בדעתו לבטל את צוואתו, עליו ליתן תוקף לגמירת דעת זו, ובלבד שנתקיימו הדרישות המהותיות בדבר צורת ביטול הצוואה.

בפרשת **אהרוני** התקיים דיון נוסף בהרכב מורחב של שופטים, ורוב השופטים אישר את פסק הדין הראשון שניתן בעניין.⁸ פסק הדין העיקרי בדיון הנוסף ניתן בידי השופטת עדנה ארבל, שהדגישה כי נקודת המוצא המשפטית לגישתה היא קיום רצונו של המצווה שהוא אבן הפינה והמסד של דיני הירושה, והגשמתו היא היעד והמטרה העוברים כחוט השני בהוראות החוק. עקרון-יסוד זה, הנלמד מן הברכות שבירך יצחק את בניו, מובא בפתיחת דיונה של השופטת ארבל בעניין "רצון המצווה". והיא פותחת בהבאת לשון המקרא (בראשית, כז, ל-לה).

לאחר מכן, היא אומרת:

העיקרון של כיבוד רצון המת הוא חלק ממורשת ישראל והוא גם שעומד, כאמור, ביסודם של דיני הירושה. הצוואה הינה מצוותו האחרונה של המת וההנחה הגלומה בה הינה כי היא מבטאת את רצונו האמיתי והמלא לאשר ייעשה בנכסיו לאחר מותו. הצוואה משקפת איפוא את האוטונומיה שלו כפרט ואת זכותו החוקתית בקניינו... כיבוד רצונו של המת להורות מה ייעשה ברכושו הינו חלק מכבוד האדם שלו... לא בכדי נאמר "רצונו של אדם הוא כבודו" וכן "מצווה לקיים דברי המת" (כתובות ע', א; גיטין, יד, ע"ב). תפישה זו מצאה ביטוי פעם אחר פעם בפסיקת בית משפט זה.

עוד קובעת השופטת ארבל כי מטרתם של הכללים שבדין לבחינת תוקפה של צוואה היא לקבוע אם הצוואה משקפת את רצונו האמיתי של המצווה, שהובע בדעה צלולה ובלי שהיה

⁸ דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, 687-688 (2005).

נתון להשפעה בלתי הוגנת, ועד כמה היא עושה זאת. אכן, השופטת מעירה: "החשש מפני השפעות בלתי הוגנות על רצונו של המצווה או מפני צעדים חד צדדיים ובלתי הגונים שיינקטו על ידי מעוניינים ברכושו מלווה אותנו מקדמת דנא, כפי שהדבר מצא ביטוי גם בסיפור המקראי שהובא לעיל על יצחק ובניו, החפצים שניהם ב'צוואתו הרוחנית' של אביהם".

בהמשך דבריה, מזכירה השופטת ארבל את הסמכות, שמקורה בשיטת המשפט העברי, הנתונה לבית המשפט על פי חוק הירושה הישראלי, להתעלם מפגם צורני שנפל בצוואה ולהכיר בתוקפה. וזה לשונה:

על אף הדרישות הצורניות הברורות שמציב החוק, שיטת המשפט הישראלית הייתה שיטת המשפט הראשונה בה הסמיך המחוקק את בית המשפט, בנסיבות מסוימות, להתעלם מפגם צורני שנפל בצוואה ולהכיר בתוקפה. סמכות ייחודית זו מקורה בשיטת המשפט העברי בה נודעת חשיבות הלכתית להגשמת צוואה "משום מצווה לקיים דברי המת" (משרד המשפטים, הצעת חוק הירושה (תמוז, תשי"ב) עמ' 73). סמכות זו עוגנה בסעיף 25 לחוק שהובא לעיל. סעיף 25, יחד עם סעיף 36 לחוק, באים לשרת גם הם את המטרה של הגשמת רצון המצווה. בית משפט זה הכיר באפשרות להכיר בביטול צוואה שנפלו בו פגמים, על ידי החלת הוראת סעיף 25 לחוק על פעולת הביטול, בשינויים הנובעים מן העניין.

אף בפרשת **חנוכה**, הדין בתוקפה של צוואה שבעל-פה, שלא נתקיימו בה הוראות סעיף 23 לחוק הירושה, נזכר העיקרון "מצווה לקיים דברי המת", הפעם בידי השופט אדמונד לוי. וזה לשונו:

כלל השאוב מהמשפט העברי קובע, כי "מצווה לקיים דברי המת" (כתובות, סט, ב; גיטין, יד, ב). אך לעתים, ובייחוד בצוואה על-פה, קיים קושי לעמוד על אמיתותה של הצוואה (ולו במובן של גמירת-הדעת של המנוח) וגם לקבוע מה היה רצונו של המת (תוכנו והיקפו).⁹

הנה כי כן, בשני פסקי הדין שניתנו בפרשת **אהרוני** ובפרשת **חנוכה**, הדגישו השופטים כי הכלל המנחה אותם הוא הכלל העברי "מצווה לקיים דברי המת". ברם, ראוי לתת את הדעת לעובדה שהשופטים הסתפקו בהצגת המקור העברי הכללי ש"מצווה לקיים דברי המת", אך לא כללו בדבריהם מקורות מן המשפט העברי הנוגעים ליישומו של הכלל האמור בנסיבות שנדונו בפסקי הדין שלהם. להלן ניוכח לדעת כי ניתן להסתייע במקורות המשפט העברי אף באשר ליישומו של הכלל "מצווה לקיים דברי המת" בנסיבותיהם של פסקי הדין

⁹ ע"א 9200/99 חנוכה נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נו(3) 801, 807 (2002).

האמורים. בסעיף 2.2 אף נציג דוגמה יפה לשימוש שנעשה במקורות המשפט העברי בפסק דין אחר של בית המשפט העליון, ובו יושם הכלל "מצווה לקיים דברי המת" בסוגיית ירושה אחר ירושה שנדונה בו.

2. גדרי הכלל "מצווה לקיים דברי המת" ויישומו הלכה למעשה

2.1. יישומו של הכלל בפרשת אהרוני ובפרשת חנוכה

כפי שראינו לעיל, הרבו שופטי בית המשפט העליון לציין את המקורות התלמודיים המזכירים את העיקרון "מצווה לקיים דברי המת". אך, לאמיתו של דבר, קשה להסיק מן התלמוד מהם גדרי כלל זה ומתי הוא חל. בצדק ציין שיף שדיון מעמיק בשאלת מקומה של "מצווה לקיים דברי המת" התקיים רק לאחר חתימת התלמוד, בתקופת הראשונים, כשגדולי חכמי אשכנז וספרד דנו בסוגיות התלמודיות המציינות במפורש את הביטוי "מצווה לקיים דברי המת" או עוסקות בענייניו בלא להזכירו במפורש, ומתוכן ניסו לברר את היקפו של הכלל האמור.¹⁰ אף הפוסקים דנו רבות בגדרי "מצווה לקיים דברי המת".¹¹ לכן, ראוי שבית המשפט העליון, המדגיש כל כך את העובדה שהעיקרון "מצווה לקיים דברי המת" שאוב משיטת המשפט העברי, יסתייע אף בפרטי עיקרון זה ובגדריו כפי שעוצבו בידי גדולי המשפט העברי לדורותיהם. אילו נהג כן בית המשפט – ודאי שהיה מוצא מרגליות רבות בדברי חכמי ישראל שדנו בשאלות המעסיקות את בית המשפט. נדגים זאת באשר לשאלות שנדונו בשני פסקי הדין הישראליים שהוצגו בסעיף הקודם.

בדיון הנוסף בפרשת אהרוני,¹² סוקרת השופטת ארבל בהרחבה רבה את הדין המשווה בעניין הסמכות לתת תוקף לעשיית צוואה או לביטול צוואה שנפל בהן פגם צורני. השופטת ארבל כותבת כי "במספר מדינות בעולם נחקקו חוקים המקנים לבית המשפט סמכות ליתן תוקף לצוואה, אף על פי שנפל בה פגם צורני", והיא מרחיקה נדוד בסקירתה למדינות אחדות בארצות-הברית ואף לאוסטרליה ולאנגליה. ואולם, לא הייתה צריכה השופטת לרעות בשדות זרים, משום שניתן היה לשאוב מבאר המים החיים של המשפט העברי. רבנים ודיינים בני דורנו עסקו בהרחבה בשאלת ההתייחסות לצוואות שלא נתקיימו בהן הדרישות הפורמליות ההלכתיות ומשום כך אינן תקפות מבחינה הלכתית, כגון הרב ח"ש שאנן הדין בהרחבה בעניין זה.¹³ לבית הדין הרבני הוגשה בקשה לקיום צוואה שלא נכתבה כדין ואף לא בסגנון צוואה, והרב שאנן פסק שיש להעמיד את הירושה בידי הזוכה בה על פי הצוואה מכוח הכלל "מצווה לקיים דברי המת".¹⁴ ואף הרב אברהם מייזלס דן

10 ראו א' שיף "לתוקפה של 'מצווה לקיים דברי המת'" מגל י 207–223 (התשנ"ד).

11 לסקירת המקורות, ראו הרב י' בלויא פתחי חושן – הלכות ירושה ואישות, עמ' קלד-קנה (התשנ"ו).

12 פרשת אהרוני, לעיל ה"ש 8, בפסקה 22 של פסק דינה של השופטת ארבל.

13 במאמרו, "קיום צוואה לקויה" תחומין יג 317 ואילך (התשנ"ב-ג).

14 שם, עמ' 322.

בשאלה דומה וקבע כי "כתיבת הצוואה – אע"פ שמבחינת דיני הצוואות נעשתה בצורה מרושלת – מכל מקום מוכיחה היא על כוונה כנה ורצינית. אין נראה להתייחס לצוואה כזו כתעלול, משום שאין אדם מטריח אנשים שיכינו לו נוסח צוואה ועדים להחתימם כדי להשטות". לפיכך, פסק הרב מייזלס שיש לקיים את הצוואה מדין "מצווה לקיים דברי המת"¹⁵. אף לעניין השאלה העיקרית בפרשת **אהרוני**, אפשרות ביטול הצוואה או שינוי בה, ראוי לציין את דבריו של הרב בלויא, שכתב בעניין כללי עריכת צוואה: "שאהד העקרונות שהנחו את מנסחי הצוואות הוא רצון המצווה שיוכל לחזור בו... ולעיל הבאתי מדברי נודע ביהודה (חושן משפט, סימן כט) שאינו צריך לחזור בו בפירוש, אלא כל שמוכר או נותן או אוכל, הרי זה כחזרה"¹⁶. אין ספק שהמקורות הללו מחזקים את עמדת רוב השופטים בפרשת **אהרוני**.

דוגמה נוספת היא פרשת **חנוכה**¹⁷, שנחלקו בה שופטי בית המשפט העליון בשאלת השפעתו של העיקרון "מצווה לקיים דברי המת" על תוקפה של צוואה שבעל-פה, שלא נתקיימו בה הוראות סעיף 23 לחוק הירושה, הקובעות כי ראוי שיתעדו העדים לצוואה על-פה את דבריו של המצווה בזיכרון דברים, יחתמו עליו ויפקידו אותו בהקדם בבית המשפט. אף כאן, יכול היה בית המשפט להסתייע במקורות המשפט העברי הדנים במקרים דומים.¹⁸ אף לעניין הקושי לעמוד על אמיתותה של הצוואה ולקבוע מה היה רצונו של המת, דן השופט לוי בפסק דינו בפרשת **חנוכה**, וחבל שלא נעזר במקורות המשפט העברי לעניין זה.¹⁹

2.2. קיום רצון המת בסוגיית יורש אחר יורש

דוגמה מאלפת להסתייעות במקורות המשפט העברי באשר ליישום הכלל "מצווה לקיים דברי המת" בנסיבות מעשיות, ניתן להביא מפסק דין אחר של בית המשפט העליון שניתן בעת האחרונה.²⁰ אדם הורה בצוואתו להעביר את נכסיו לאחר מותו בדרך של יורש אחר יורש: תחילה יעברו הנכסים לאשתו, ולאחר מותה יעברו לאחייניתו. ואולם, היורש השני נפטר לפני היורש הראשון. לפי הוראת סעיף 42(ג) לחוק הירושה הישראלי,²¹ אין יורשי ה"יורש השני" רשאים לתבוע דבר. השאלה שהתעוררה בבית המשפט היא אם הנכסים

¹⁵ ראו הרב א' מייזלס "צוואה חסרת תוקף – למי תינתן?" **תחומין** כ 96–99 (התש"ס).

¹⁶ בלויא, לעיל ה"ש 11, עמ' קעב.

¹⁷ ראו לעיל ה"ש 9.

¹⁸ ראו לדוגמה שו"ת תשורת ש"י, סימן תלג, הדן בדין צוואה שלא בפני עדים, אם יש בזה משום מצווה לקיים דברי המת. ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רכד; שו"ת לבושי מרדכי, חלק א, חושן משפט, סימן ל.

¹⁹ מקצת מן המקורות מצוינים להלן, ה"ש 35.

²⁰ רע"א 3130/05, לעיל ה"ש 2.

²¹ שלשונו: "מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת".

עוברים ליורשי הירושה הראשון או שמא למי שיורש את האדם המצווה. אף בפסק דין זה התבסס הנשיא ברק כדרכו על העיקרון היסודי "מצווה לקיים דברי המת", והוא אף הדגיש בדבריו שמקורו במשפט העברי.²² העיקרון שיש לקיים את דברי המת מעניק למצווה חופש לקבוע את תוכן צוואתו. יחד עם זאת, קובע השופט ברק שחופש זה אינו מוחלט. כך, לדוגמה, ייתכן שהוראה בצוואה היא בלתי חוקית, בלתי מוסרית או בלתי אפשרית. הוראה כזו בטלה (סעיף 34 לחוק הירושה). דוגמה נוספת שמביא השופט ברק להגבלת חירותו של מצווה היא הוראת צוואה על דרך יורש אחר יורש. חוק הירושה מטיל שתי הגבלות בירושה על דרך זו,²³ ומשעה שנתקיימו ההגבלות הללו, המצווה – הקובע הוראה בצוואה על דרך יורש אחר יורש – חופשי לקבוע הוראות ותנאים כרצונו. על רקע זה, קובע הנשיא ברק, יש לבחון את המבנה המשפטי של הוראת צוואה על דרך יורש אחר יורש. בהמשך דבריו דן הנשיא ברק באפשרויות לפרש את המבנה של צוואת יורש אחר יורש: האם עובר חלקו של המנוח שלא זכה ליורשי שלו ("האפשרות הראשונה")? או שמא לעזבונו של המצווה ("האפשרות השנייה")? או שמא לעזבונו של היורש הראשון ("האפשרות השלישית"). השופט ברק מכריע לטובת האפשרות השלישית. כלומר, שעם ביטול הוראת הצוואה לטובת היורש השני, חדלה הצוואה להורות על יורש אחר יורש והופכת להיות צוואה רגילה. עם מותו של היורש הראשון, יזכו יורשיו, על פי דין או על פי צוואה, במה ששייר היורש הראשון מעזבונו המוריש. פתרון זה תואם, לדעתו, את אומד דעתו ה"טיפוסי" של המצווה ה"ממוצע": הוא ביקש להוריש את נושא הצוואה ליורש הראשון, ולא ליורשיו שלו או ליורשי היורש השני. הוא ביקש שעם מותו של היורש הראשון יעבור מה ששייר הראשון ליורש השני. משנכזב רצונו זה, הוא בוודאי מסתפק בכך שהיורש הראשון, שהיה יכול שלא להותיר דבר ממה שקיבל מן המצווה, יוכל עתה לעשות בו כרצונו, ובכלל זה אף להורישו ליורשיו. תימוכין לפתרון האמור מוצא ברק במקורות המשפט העברי. וזה לשונו:

זהו גם פתרונו של המשפט העברי, שהוראותיו השפיעו על דין יורש אחר יורש. על פיו, "מת שני בחיי ראשון, הנכסים של יורשי הראשון" (שו"ע, חו"מ, רמ"ח, ג').²⁴

²² השופט ברק, לעיל ה"ש 20, פסקה 10 לפסק דינו.

²³ ההגבלה האחת קובעת כי הוראת צוואה על דרך יורש אחר יורש ליותר משניים – בטלה (סעיף 42(ד)). ההגבלה השנייה מכוונת כלפי מצווה שירש רכוש כירוש ראשון. מצווה זה אינו יכול לגרוע מזכותו של היורש השני על ידי צוואה (סעיף 42(ב)). שתי מגבלות אלה הן בעלות אופי קוגנטי (ראו סעיף 53 לחוק הירושה).

²⁴ השופט ברק, לעיל ה"ש 20, פסקה 17 לפסק דינו. עוד מוסיף ברק כי זהו גם הפתרון של הקודקס האזרחי השווייצרי, שהשפיע אף הוא על דין יורש אחר יורש (סעיף 492(2) לקודקס האזרחי של שווייץ).

בית המשפט קבע כי, לפי לשון החוק, יישארו הנכסים ברשות יורשי היורש הראשון (האישה). אילו היה המצווה מעוניין לחרוג מהסדר זה, היה עליו לעשות כן במפורש. כמו כן, למד בית המשפט מן העובדה שהלה בחר לצוות בדרך של יורש אחר יורש, שלא רצה שייירשו אותו יורשיו. לפיכך, הסיק בית המשפט שראוי שיקבלו את הכסף יורשי היורש הראשון.

לפסק דינו של הנשיא ברק הצטרף השופט אליקים רובינשטיין, שניצל כמובן את ההזדמנות הנדירה למדי, שבה אף נשיא בית המשפט העליון מבסס דבריו על עקרונות המשפט העברי, לפיתוח ולהרחבה של הנלמד ממקורות אלה. רובינשטיין פותח את דבריו במילים אלה: "אצרף דעתי לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא ולהנמקותיו. אבקש להוסיף דברים אחדים בזיקה לעמדתו של המשפט העברי, שבנושא זה השפיע רבות על דיני היירושה, כפי שמציין בצדק ש' שילה בספרו, פירוש לחוק היירושה תשכ"ה-1965, עמ' 380". תחילה מציג השופט רובינשטיין את העולה מן התלמוד. וזה לשונו:

והנה לפי אחת השיטות שמביא התלמוד הבבלי, בשאלה זו עצמה נחלקו תנאים: "מת שני בחיי ראשון – יחזרו נכסים ליורשי ראשון... והתניא (והרי שנויה היא בברייתא – א"ר): יחזרו ליורשי נותן (קרי, המצווה – א"ר)! תנאי היא (מחלוקת תנאים יש בדבר – א"ר), דתניא: (אמר המצווה – א"ר) נכסי לך ואחריו לפלוני וירד ראשון ומכר ואכל, השני מוציא מיד הלוקחות, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון..." (בבלי, בבא בתרא קלו ב'–קלז א'; ראו גם תוספתא, בבא בתרא, ח' א' "יחזרו ליורשי הנותן הראשון").

בעיקרו של דבר, מסכים השופט רובינשטיין עם דברי השופט ברק באשר לעולה מן המשפט העברי. וזה לשונו:

כפי שציין חברי הנשיא, נפסקה הלכה למעשה במשפט העברי בסוגיה הספציפית כך: "נכסי לפלוני ואחריו לפלוני. מת ראשון קנה שני. מת שני בחיי ראשון יהיו הנכסים של יורשי ראשון" (רמב"ם, זכיה ומתנה, יב ז'; וראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מתנה, רמח ג'. על ההבדלים שבין המשפט העברי למשפט הישראלי בסוגיה זו, ראו שילה, 386–388). אכן, דומה כי ככלל הקניית הנכסים ליורשי המצווה על פי דין, אינה עולה בקנה אחד עם כוונתו המשוערת של המצווה שבחר להורות הוראות מיוחדות באשר לעזובו, בכך שערך צוואה, ולא הסתפק בירושה על פי דין ללא צוואה. לעמידה על כוונה זו משקל ניכר במשפט העברי, אף שככלל הצוואה בו היא חריג והכלל הבסיסי הוא ירושה.

וראוי להעיר כי רובינשטיין אומר גם שהכלל "מצווה לקיים דברי המת"²⁵ יסודו בצוואת שכיב מרע, חולה הנוטה למות, אלא שהוא הוחל גם על צוואת בריא, אלא שבבריא נדרש הליך של מתנה או הפקדה.²⁶ ולעניין סוגיית יורש אחר יורש נקבע במפורש בהלכה:

אף על פי שאמרנו אין לשני אלא מה ששייר ראשון, אסור לראשון למכור או ליתן גופו, אלא אוכל הפירות עד שימות, ויזכה השני. ואם עבר האחד ומכר או נתן במתנה, אין השני מוציא מיד הלקוחות, שאין לשני לא מהגוף ולא מהפירות אלא הנשאר. וכל המשיא עצה לראשון למכור, נקרא רשע.²⁷

לאחר מכן, עומד השופט רובינשטיין על טעמה של הלכה זו. וזה לשונו:

כפי שניתן לראות, אם מכר היורש הראשון את הירושה, על פי ההלכה מְכָרוּ כאמור מְכָר ("אין השני מוציא מיד הלקוחות"), ומדוע אפוא "אסור לראשון למכור או ליתן גופו"? התלמוד הבבלי מיישב את הקושיה באמרו, "כדי שיתקיים דעתו של נותן, דהא גלי דעתיה דניחא ליה (שהרי גילה דעתו שנוח לו – א"ר) שישתייר קצת לשני אם יתרצה הראשון לשייר אחריו כלום" (פירוש הרשב"ם, בבא בתרא קל"ז א'). רוצה לומר, אף על פי שדעת הנותן היא 'שישתייר קצת לשני רק אם יתרצה הראשון' לשייר משהו, אין זה ראוי – כציווי מוסרי – שהראשון יתעלם מכוונה זו לחלוטין ויסכל את כוונת המצווה... על כן נקרא המשיא עצה ליורש הראשון למכור את הנכסים בשם רשע, כינוי המשמיע גנות מוסרית עמוקה.

לפנינו אפוא דוגמה יפה ליישום, הלכה למעשה, של הכלל "מצווה לקיים דברי המת" בסוגיית יורש אחר יורש בפסיקתם של שניים משופטי בית המשפט העליון.

3. הכלל "מצווה לקיים דברי המת" – בין המשפט העברי למשפט הישראלי

3.1. היסודות המשפטיים של הכלל במקורות המשפט העברי

כאמור לעיל, הסתייע בית המשפט העליון הרבה בעיקרון "מצווה לקיים דברי המת" וראה בו עקרון-על שיש להעמיד על פיו את רצונו של הנפטר כשיקול עיקרי לעומת כל אינטרס

²⁵ כמשמעו בגיטין יד ע"ב.

²⁶ ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנב, סעיף ב. באשר להבחנה בין שכיב מרע לבריא, ראו גם רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכות ג-ה; שולחן ערוך, שם, סימן רמח, סעיף א.

²⁷ שולחן ערוך, שם, סימן רמח, סעיף ג; רמב"ם, זכייה ומתנה, פרק יב, הלכות ח-ט.

אפשרי אחר הנוגע לפרשנותן של צוואות ולביצוע הוראותיהן.²⁸ לדידה של הפסיקה הישראלית, יש בכוחו של העיקרון האמור לא רק לרפא פגמים צורניים בצוואה אלא אף לפרש צוואה, לבטלה ולעצב צוואה חדשה במקומה.

איני רוצה להיכנס במסגרת זו לגדרי עיקרון זה במקורו העברי, משום שהדבר מצריך מחקר מקיף, ורק אומר שאיני בטוח – אם כי בלא לקבוע מסמרות בעניין זה – שממקורות המשפט העברי אכן עולה תפישה כה מרחיקת לכת באשר לתחולתו של עיקרון זה.

ממקורות חז"ליים עולה הסתייגות מעקירת סדר הירושה שבתורה באמצעות צוואה.²⁹ ממקורות אלה אף עולה שאין מדובר בהכרח בכלל משפטי בר-כפייה, אלא כפי שהדגיש פרופ' יוסף ריבלין: "מצווה זו עניינה – חובה מוסרית המוטלת על אדם".³⁰ אף באשר לאופיו המשפטי של הכלל האמור מצאנו גישות אחדות בדברי חכמים, שאינן זהות בהכרח לאופיו של כלל זה בפסיקה הישראלית.³¹ יש המגדירים את החובה לקיים דברי המת כ"חובת גברא" (*in personam*), ולכן אין היא חלה על רכושו של המת ועל עזבונו, אלא היא חובתם האישית של בני המת, שהם חייבים לקיים את הוראותיו.³² לעומת זאת, מדברי כמה מן הראשונים עולה גישה אחרת, ולפיה יסודו של הכלל בהורשת עזבונו של המצווה, הכוללת גם את כוחו לצוות על הרכוש שהוא משאיר אחריו, משום ש"לא פסק כוחו מאותו מומן".³³ לפי התפישה השנייה, יוצא כי הכלל "מצווה לקיים דברי המת" חל רק על מי שירש מן המצווה.³⁴

3.2 הגבלת תחולת הכלל

בתקופה הבת-תלמודית הגבילו חכמים את תחולת הכלל "מצווה לקיים דברי המת" וצמצמו במידה לא-מבוטלת את כוחו ומשקלו. כך, לדוגמה, הגבילו רבים מן הפוסקים את תחולתו רק למקרים שמסר את הרכוש המדובר לידי שלישי.³⁵ עוד הגבילו הפוסקים את

28 ראו לדוגמה ע"א 724/87 כלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22 (1993).

29 ראו לדוגמה א' אדרעי "מצווה לקיים דברי המת – על תוקפה של הצוואה בספרות חז"ל" HEBREW UNION COLLEG ANNUAL 69 (1988), עמ' קה.

30 י' ריבלין הירושה והצוואה במשפט העברי 199 (התשנ"ט).

31 עמד על עניין זה השופט ב"צ גרינברגר "מצווה לקיים דברי המת – הכלל והשלכותיו" פרשת השבוע גיליון 151 (התשס"ד).

32 כך דייק גרינברגר שם מדברי ר' יוסף שאול נתנזון, שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תניינא, סימן א: "אמנם מה שנראה לפי עניות דעתי בזה שהוא ענין חסד של אמת שעושין עם המתים... ומצווה לקיים דברי המת".

33 דברי רבנו תם, תוספות גיטין יג ע"א. כעין זה עולה מדברי תשב"ץ, חלק ב, סימן נג.

34 ראו תשב"ץ, חלק ג, סימן קל. והיטיב לבאר זאת גרינברגר, לעיל ה"ש 31, שעובדת היותו של אדם יורש מרכושו של המצווה היא היוצרת את החוב. לפי שיטה זו, כותב רבנו תם שם שהכלל האמור אינו חלק בגר.

35 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנב, סעיף ב. וראו ריבלין, לעיל ה"ש 30, עמ' 201–204. אך יש

תחולת הכלל "מצווה לקיים דברי המת" רק לעניין נכסיו של המצווה.³⁶ ממקורות המשפט העברי ניתן אף ללמוד על ההגבלות שהוטלו על ההליכה אחר אומד דעתו של המצווה כשלא הביע את דעתו במפורש, ורק משערים את אומד דעתו. לדעת הרבה מן הפוסקים, אין הולכים אחר אומד דעת בצוואה.³⁷ ויש מי שאומר שאין הולכים אחר אומד הדעת מקום שיש בדבר כדי לעקור ירושה על פי סדר הדין שבתורה.³⁸ נמצא אפוא שאמנם אימצה הפסיקה הישראלית באופן כללי את הכלל העברי "מצווה לקיים דברי המת", אך גדרו המשפטי של כלל זה ויישומו הלכה למעשה הם, במידה רבה, פרי יצירה פרשנית של הפסיקה הישראלית, שאינה זהה בהכרח לעולה ממקורות המשפט העברי.

אומרים שאם ציווה ליורשים עצמם ליתן את הרכוש יש בזה משום מצווה לקיים דברי המת אף על פי שלא השלישו ביד אחר. סמ"ע שם ס"ק ח ו"ש"ך ס"ק ד. רבים מפוסקי הדורות האחרונים אף פסקו שכל צוואה הנעשית על פי ערכאות אזרחיות, יש לקיימה גם לפי דיני ישראל מצד "מצווה לקיים דברי המת". ראו למשל שו"ת אחיעזר, חלק ד, סימן לד; שו"ת חשב האפוד, חלק ב, סימן קו; שו"ת איגרות משה, חלק חושן משפט, סימן יא; פתחי חושן, לעיל ה"ש 11, עמ' קמד-קמה.

36 ראו שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסח.

37 ראו לדוגמה פתחי תשובה, חושן משפט, סימן רמו, ס"ק א, בשם שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קסו. להרחבה, ראו פתחי חושן, פרק ד, סעיף לה, אות עט, עמ' קלה-קלז.

38 שו"ת תשורת ש"י, סימן תלג.

שער רביעי

דיני חיובים

פרק ראשון

ניהול משא ומתן בתום לב

1. פסק דינו של השופט אנגלרד בעניין הטלת פיצויי קיום בגין ניהול משא ומתן שלא בתום לב

1.1 פסק הדין בפרשת קל בנין

בפרשת קל בנין, נדונה שאלת הפיצויים הנפסקים בעת ניהול משא ומתן שלא בתום לב לפני שנכרת החוזה.¹ "ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה" הזמינה הצעות לביצוע עבודה במסגרת מכרז. החברה ניהלה משא ומתן עם המציעים, ולאחריו סיכמה את כל התנאים עם חברת "קל בנין". ההסכם היה צריך להיות מאושר על ידי מועצת המנהלים של "ע.ר.מ. רעננה". מועצת המנהלים של החברה החליטה שלא לאשר את העסקה. לאחר מכן, כרתה "ע.ר.מ. רעננה" חוזה עם מציע שלא נטל חלק במכרז ולא עמד בתנאים האמורים בו. בהליך משפטי נקבע שהחברה הפרה בהתנהגותה זו את חובתה לנהוג בתום לב. עיקר המחלוקת בין "ע.ר.מ. רעננה" לבין "קל בנין" נסב על השאלה אם חברת "קל בנין" זכאית גם לפיצויים בגין הרווח שנמנע ממנה עקב אי-קיומו של החוזה עימה. כלומר, פיצויי קיום, נוסף על הפיצוי על הנזק שנגרם לה בניהול המשא ומתן, פיצויי הסתמכות. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב ופסק פיצויי קיום לחברת "קל בנין". הנשיא ברק מנתח את סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). לדידו, לעתים, המשא ומתן בין הצדדים הגיע לשלב כה מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם שמבקשים הצדדים לכתור – ידוע. תנאיו גובשו אלא שבשל חוסר תום הלב נמנע שכלולו הסופי של המשא ומתן לכדי חוזה. במקרה דנן, עמדה חברת "קל בנין" בכל תנאי המכרז. על פי דיני המכרזים והמסמכים שהוגשו לבית המשפט, התחייבה "ע.ר.מ. רעננה" להתקשר

¹ ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).

עם הזוכה, והמשא והמתן שנוהל עם "קל בנין" התנהל רק בשאלת המחיר, וגם בענייני הגיעו הצדדים להסכמה. כל שנדרש הוא אישור מועצת המנהלים. אישור זה לא ניתן, תוך הפרת החובה לנהל את המשא והמתן בתום לב. לולא נמנע האישור, היה נכרת חוזה עם "קל בנין". בנסיבות אלה, התקיימו הנסיבות המיוחדות המזכות את "קל בנין" בפיצויי קיום.

1.2. הפנייה לעקרונות מורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט

השופט יצחק אנגלרד הסכים לפסק דינו של השופט ברק, אך סבר שיש בהלכה שנפסקה חידוש חשוב בפרשנות סעיף 12 לחוק החוזים, הסוטה מן הפרשנות שהייתה מקובלת על הפסיקה בעבר. בשל עובדה זו, מעלה השופט את האפשרות שיש לפנינו לאקונה, ועל כן יש לפנות למורשת ישראל. וזה לשונו:

שאלתי את עצמי, האם בפתרון השאלה המשפטית העומדת להכרעה יש משום השלמת חסר (לקונה) במובן חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, המפנה אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אפשר כי ההכרה בפיצויי קיום טמונה כבר בהוראת סעיף 12 לחוק החוזים, אך אפשר גם שהוראה זו מעניקה פיצויי הסתמכות בלבד, אם כי מבלי להוות הסדר שלילי, שהיה שולל פיצויי קיום. בנסיבות אלה – ובהנחה שאין להרחיב בדרך של היקש את חובת הפיצויים מפיצויי הסתמכות לפיצויי קיום – מחובתנו למצוא את הפתרון במורשת ישראל. יהא המצב המשפטי אשר יהא מבחינתו של חוק יסודות המשפט, אין כמובן כל מניעה – ואף מן הראוי – כי נקבל השראה מן העקרונות של המסורת המשפטית היהודית העשירה, ככל שהיא נוגעת לסוגיה שלפנינו.

השופט אנגלרד מייחד את רובו המכריע של פסק דינו המרתק לביור עמדת "המסורת המשפטית היהודית העשירה" בסוגיה שלפנינו.² על אף אריכות דבריו, אביאם כמעט במלואם, משום שהם כוללים דיונים מעמיקים ביחסים שבין המשפט לבין המוסר, ובין הדין היהודי לבין הדין החילוני הישראלי.

1.3. החובה לנהל משא ומתן באמונה – בין חובה מוסרית לחובה משפטית

תחילה עומד השופט אנגלרד על החובה לנהל משא ומתן באמונה בעולמה של היהדות. וזה לשונו:³

² השופט אנגלרד, לעיל ה"ש 1, עמ' 305–310.

³ לעניין זה, ראו הרחבת דברים בפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, תק-על 2005(4) 270, 279 (2005).

והנה, החובה לנהל משא ומתן באמונה היא עד כדי כך חשובה במסורת היהודית, שקיומה משמש אחת השאלות הראשונות שאדם נשאל בעולם האמת: אמר רבא: בשעה שמכניסים אדם לדין אומרים לו נשאת ונתת באמונה? (שבת, לא"א; ראה תוספות, סנהדרין, ז"א, ד"ה אלא על דברי תורה; תוספות, קידושין, מ"ב, ד"ה אין תחילת דינו, וכן מהרש"א, שם, על אתר; ולהלכה: טשו"ע, או"ח, סימן קנו). ועוד נאמר (מכילתא דרבי ישמעאל, פרשת בשלח, מס' דויסע, פרשה א, מהדורת הורביץ-רבין, בעמ' 158): "והישר בעיניו תעשה", זה משא ומתן, מלמד שכל מי שנושא ונותן באמונה ורוח הבריות נוחה הימנו מעלין עליו כאלו קיים את כל התורה כולה.

השופט אנגלרד מעיר על עניין חשוב. וזה לשונו:

בדין שמיים מדובר כאן, והשאלה הגדולה היא האם יש לחובת התנהגות זו תוקף משפטי בעולם הזה, להבדיל מתוקף מוסרי גרידא. כלומר, האם בצד חובה זו קיים – במקרה של הפרה – איום של סנקציה בצורה של כפייה פיסית על ידי בית דין, או שמא מסתפקים באיום בסנקציה פחותה מזו?

בתשובה לשאלה זו, קובע השופט אנגלרד, כי "במערכת נורמטיבית דתית, כדוגמת ההלכה היהודית, ההבדל בין חובה מוסרית לבין חובה משפטית אינו כה חד כמו במערכת משפטית אזרחית". וטעמו ונימוקו עמו:

הסיבה למעבר ההדרגתי בין שני סוגי החובות בדין הדתי נעוצה בכך שהמערכת כולה ניתנה מרועה אחד, דהיינו, מקור התוקף של כל החובות, משפטיות ומוסריות, הוא אחד. יתרה מזו, בעיני אדם דתי, גם עונש בידי שמיים, בצורתו השונות, הוא בעל משמעות רבה, ומשום כך האיום בו הוא לעיתים לא פחות יעיל מאשר איום של סנקציה פיסית בידי אדם.

השופט אנגלרד מוצא דוגמה לדבר בסוגיה שלפנינו. וזה לשונו:

הסוגיה לפנינו היא דוגמה מובהקת לקיומן של חובות משפטיות ומוסריות בדין הדתי, אפשר לומר, זו בצד זו. כידוע, הכלל על פי ההלכה היהודית הוא כי אין די בדברים בעלמא לשם יצירה של התחייבות חוזית המחייבת מבחינה משפטית, וכי יש צורך בדרכי קניין. התוצאה היא, כי בהעדר עקרון קונסנסואלי כללי, הרי עד לביצוע מעשה הקניין, המתקשר יכול לחזור בו מהבטחתו. שלב המשא-ומתן מתארך אפוא, ואתו משך הזמן של החובה לנהוג באמונה כלפי המתקשר האחר. והנה, ההלכה קובעת חובות מוסריות

בעלות חומרה עולה והולכת עד למעבר לחובה חוזית שהיא בעלת תוקף משפטי.

השופט אנגלרד סוקר בהרחבה את החובות המוסריות הללו, ופותח בחובה המוסרית החמורה ביותר הקרובה ביותר למעבר לחובה המשפטית. וזה לשונו:

נקודת המוצא היא בדין הקובע כי במשיכת המיטלטלין (שהיא מעשה הקניין) קונים את המטבע, ואילו המטבע אינו קונה את המיטלטלין. ועל כך אומרת המשנה (בבא מציעא, פ"ד, מ"ב): כיצד? משך הימנו פרות ולא נתן לו מעות, אינו יכול לחזור בו. נתן לו מעות ולא משך הימנו פרות יכול לחזור בו. אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. בעקבות הגמרא בבא מציעא, מח-מט, רמב"ם, הלכות מכירה, פ"ז, ה"א-ב, טור חו"מ, סימן רד – נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רד: סעיף א: מי שנתן דמים ולא משך המיטלטלים אף על פי שלא נקנו לו המיטלטלים כמו שנתבאר כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע ואפילו לא נתן אלא מקצת הדמים. וסעיף ד: "כיצד מקבל מי שפרע אוררין אותו בבית דין ואומרים מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו". והרמ"א מוסיף בהגהתו: "ויש אומרים שאומרים לו הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך... ויש אומרים שאומרים לו ברבים".

לפנינו אפוא הטלת סנקציה חריפה של קללה פומבית ורשמית על מי שחוזר בו מהבטחתו סמוך לפני מעשה הקניין הסופי. השופט אנגלרד אף עומד בהרחבה על המשמעות הדתית של קללה זו. לאחר מכן, הוא עובר להצגת מדרגה נמוכה יותר של סנקציה מוסרית. וזה לשונו:

כאשר הפרת האימון במשא ומתן מתרחשת טרם פעולה של תשלום, ההלכה קובעת סנקציה מוסרית פחות חמורה, והיא הכרזה על הצד החוזר בו מהבטחתו כמחוסר אמנה, להבדיל מהטלת קללה בו. וכך נפסק להלכה (שו"ע, חו"מ, סימן רד, סעיף ז): "הנושא ונותן בדברים בלבד הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אף על פי שלא לקח מהדמים כלום ולא רשם ולא הניח משכון וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר אף על פי שאינו חייב לקבל מי שפרע הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו". וראה הגהת הרמ"א, שם, בסוף סימן רד.

עוד מציין השופט אנגלרד כי רבו המחלוקות בהלכה על הגבולות שבין החובה המשפטית

לבין החובה המוסרית במסגרת ההבטחות, וכן על הגבולות שבין המוסדות המסתפקים בסנקציה מוסרית, כגון התיחום בין "מי שפרע" לבין "מחוסר אמנה", לבין "תרעומת", לבין "מידת חסידות".⁴

השופט אנגלרד מבחין בין סוגים אחדים של סנקציות מוסריות. וזה לשונו:

יושם אל לב, כי את הסנקציות המוסריות, כהגדרתן אצל הנס קלסן – להבדיל מן הסנקציות המשפטיות – אפשר לחלק לסנקציות שליליות ולסנקציות חיוביות. סנקציה שלילית היא במהותה עונש, הבא לשלול הנאה או טובה אחרת ממי שהפר חובה מוסרית. כך, מאיימים על המקבל "מי שפרע" כי הוא צפוי למכות מן השמיים שיפגעו בו, דהיינו, איום בעונש טרנסצנדנטי. סנקציה חיובית, לעומתה, היא בבחינת שכר המעניק למקיים את החובה המוסרית טובת הנאה, כגון, במישור הארצי, הכרה חברתית במעמדו ובמעלותיו. כך, למשל, הרעיון של המשנה בשביעית, פ"י, מ"ט: "וכל המקיים את דברו רוח חכמים נוחה ממנו", היא בבחינת סנקציה חיובית. השווה רמב"ם, פירוש המשניות, סוף מסכת שביעית: "עניינו שהחכמים אוהבים אותו על זה וישר בעיניהם מה שעשה.

1.4. האם הפרת קניין גוררת אחריה סנקציה משפטית?

השופט אנגלרד אומר גם כי על אף הדרישה הפורמלית של קניין, קיימת מגמה בקרב הפוסקים לחייב אדם על סמך הבטחתו אם הביאה אדם אחר להסתמך עליה.⁵ אחת הדוגמאות הבולטות למגמה זו היא, לדעתו, סוגיית זכות היוצרים, במיוחד של מדפיסי ש"ס, שביקשו לחייב את החותמים מראש על קניית הסדרה בלי שעשו איתם קניין פורמלי.⁶ יחד עם זאת, הוא מדגיש, נראה שהעיקרון היסודי – שלפיו בהיעדר קניין אין הפרת ההבטחה גוררת אחריה סנקציה משפטית, להבדיל מסנקציה מוסרית – עדיין מקובל על פוסקי ההלכה. וכאן הוא מציג את המובא באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י, עמ' סד (תיק 1/2/705). וזה לשון המסקנה ההלכתית שם:

א. לדין של מחוסר אמנה יש מקום רק במקרה שהעניין היה החלטי משני הצדדים וסמכה דעתם, היינו שהלוקח הביע החלטה גמורה לקנות והמוכר הבטיח לו בהחלט למכור – "הנושא ונותן בדברים, יש בו משום מחוסר אמנה" מהניסוח של כלל זה מוכח, דהיינו דוקא במקרה שהיה

⁴ ראו בהרחבה אצל א' ורהפטיג **ההתחייבות** 409–445 (התשס"א) והמקורות המובאים שם. וראו: ב' ליפשיץ **אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי** 387–389 (התשמ"ח); מ' זילברג **כך דרכו של תלמוד** 118 (התשכ"ד).

⁵ הדברים נאמרים על סמך דברי ורהפטיג, שם.

⁶ וכאן מפנה השופט לדיונו הנרחב של נ' רקובר **זכות היוצרים במקורות היהודיים** 414–415 (התשנ"א).

- כבר משא ומתן גמור ולא היה חסר כי אם הקניין בלבד.
- ב. על הדין של מחוסר אמנה בתרי תרעי (כשחל שינוי במחיר), יש מחלוקת הפוסקים, וכל המחמיר על עצמו תבוא עליו ברכה; אבל בית הדין אין בידו להחליט בחומרא מספק הואיל וכל הענין איננו דאורייתא ממש.
- ג. אין בית הדין יורדין לנכסים משום מחוסר אמנה בלבד בלי קבלת קנין. על בית הדין מוטל רק להודיע לנתבע שיש עליו ענין של מחוסר אמנה ולהוכיחו על כך שישכים לתת פיצויים, אבל אין לחייבו לפיצויים בפסק דין הניתן להוצאה לפועל בדרכה של כפייה.
- ד. אין כופין על "לפנים משורת הדין" במקום שלא מצינו מפורש בחז"ל. (שם, בעמ' סו).

סוגיה נפרדת בהלכה שהשופט אנגלרד עומד עליה היא שאלת אחריותו של מי שחוזר בו מדיבורו לנזקי ההסתמכות. ההנחה היא כי לצד האחר נגרמו הוצאות או נזקים אחרים כתוצאה מהסתמכותו על ההבטחה שלא קוימה.⁷ עוד הוא מציין כי גם בסוגיה זו, יש מחלוקת בין הפוסקים.

1.5. החלת המשפט העברי במערכת האזרחית

כאמור, הבעיה שניצבה לפתחו של השופט אנגלרד היא חובת הפיצויים המוטלת על אדם שהפר את חובתו לנהל משא ומתן בתום לב, אך בתום המשא והמתן לא השלים את החוזה אלא כרת חוזה עם אדם אחר. השאלה נוגעת לחיובו בפיצויי קיום, להבדיל מפיצויי הסתמכות. אם נשקיף על המקרה מנקודת ראותה של ההלכה היהודית, ניתן לומר כי המתקשר הוא מחוסר אמנה. לדידו, אף יש רגליים לסברה כי גם במסגרת ההלכה הוא חב לצד התמים פיצויי הסתמכות על ההוצאות שהוציא במסגרת המשא והמתן. השאלה הגדולה שמציג השופט אנגלרד היא אם אפשר במסגרת החלת המשפט העברי במערכת האזרחית לחייבו בפיצויי קיום, שהם ביטוי לחובה המשפטית לקיים את החוזה על אף שלא נחתם סופית.

שאלה זו מצביעה, לדעתו, על הדילמות המלוות את בית המשפט האזרחי שעה שהוא בא להחיל את המשפט העברי. והוא מדגיש כי אין בית משפט זה מוסד של פסיקת הלכה בתוכני הדין הדתי. עוד הוא אומר כי אין בית המשפט האזרחי מוסמך להטיל סנקציות מוסריות על בעל דין, וכל שכן שאינו מוסמך לקללו קללות נמרצות וגם אין זה תפקידו של בית משפט להכריז עליו הכרזה רשמית של מחוסר אמנה. גם ההכרזה על בעל דין שאין דעת החכמים נוחה הימנו אין לה מקום בבית משפט אזרחי. התוצאה היא אפוא שאין כל

⁷ ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, עמ' 426–438. וראו במיוחד שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רמ"ו. השו" שו"ת מנחת יצחק, חלק ד, סימן קד.

אפשרות להחיל בסוגיה זו את הדין היהודי המהותי בשלמותו.
אל אף האמור לעיל, השופט אנגלרד סבור שיש מקום לשלב את עמדת המשפט העברי בסוגייתנו, והוא מציע קונסטרוקציה משפטית מהפכנית ביותר. וזה לשונו:

על רקע מצב דברים זה, נשאלת השאלה האם מן הראוי כי במסגרת קליטתו של המשפט העברי, "יפתח" בית המשפט האזרחי את הפתרון של ההלכה היהודית, ובמקום הסנקציה המוסרית הקבועה בדין הדתי יעמיד הוא סנקציה משפטית? לשון אחר, בשלב ראשון יקלוט בית המשפט האזרחי מן ההלכה היהודית את הרעיון כי אין זה מן הראוי שצד יחזור בו מהבטחתו או ינהג בחוסר תום לב בעת משא ומתן; אך בשל העדר אפשרות של הטלת סנקציה מוסרית, יוסיף בית המשפט מיוזמתו, בשלב שני, סעד של כפיית הצד לקיים את הבטחתו או לשלם לצד האחר פיצויי קיום, סעד שאינו מצוי בדין הדתי הקיים.

השופט אנגלרד מעיר הערה מעניינת. בהנחה שהתשובה לשאלה העקרונית היא חיובית, הרי של"פיתוח" זה של ההלכה היהודית על ידי בית המשפט האזרחי עשויה להיות תוצאה מרתקת: "אפשר כי ההלכה הנפסקת בבית המשפט האזרחי תוכר על ידי הדין היהודי כמנהג או כדינא דמלכותא, שיש לו תוקף מחייב גם במסגרתו של דין זה עצמו". אך הוא מבהיר מיד: "לא עלי לפסוק הלכה במישור הדין הדתי".

בסוף דבריו, אומר השופט אנגלרד כי אין הוא רואה צורך להכריע בשאלות העקרוניות של החלת המשפט העברי, משום שפתרונו של השופט ברק, ללמוד את החיוב בפיצויי קיום מהוראות סעיף 12 לחוק החוזים בדרך של פרשנות, נראית גם בעיניו.⁸

2. ביקורת

2.1. הבעיות הכרוכות בקליטת המשפט העברי במערכת החילונית האזרחית

יש לבחון בחינה ביקורתית את הדרך שהלך בה השופט יצחק אנגלרד בפרשת קל בנין בראי התובנות על קשיי שילוב המשפט העברי במערכת החילונית האזרחית, שהביע הוא עצמו במאמריו שכתב במהלך כהונתו כפרופסור למשפטים. כפי שנראה להלן, תוצאות הבחינה הביקורתית מפתיעות למדי.

כבר הזכרנו⁹ את הסתייגותו העקרונית והידועה של פרופ' יצחק אנגלרד – כפי

⁸ לאור זאת, ניתן לומר כי, במידה רבה, דברי השופט אנגלרד על החלת המשפט העברי נאמרו בדרך אגב (אוביטר).

⁹ בסוף השער הראשון של חיבורנו.

שהביעה במאמרים אקדמיים שפרסם בעת שכיהן כפרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים – משילובו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית החילונית מחשש ל"חילונו" של הדין הדתי היהודי, ואת מחלוקתו הנוקבת עם פרופ' מנחם אלון בסוגיה זו.¹⁰ פרופ' אנגלרד עמד במאמר שכתב לפני למעלה מ-38 שנה על הפגיעה בשלמות ההלכה היהודית בעקבות קליטה סלקטיבית של המחוקק או השופט במערכת החילונית האזרחית, משום שכאשר קולטים דין מסוים או אפילו מסכת שלמה של דינים מן המשפט הדתי, חובה לשלבם בתוך מערכת הנורמות הכלליות. וזה לשונו:

הדין הנקלט אינו עומד בחלל ריק, אלא רשת נורמות שלמה מקיפה אותו מכל עבר. השילוב מביא בהכרח לידי הרכבת הדין החילוני הקיים על ההוראות הדתיות. התוצאה היא כי ההחלטה של בית המשפט לגבי מקרה קונקרטי לא תזדהה עם ההכרעה שהיתה מוצאת באותו ענין על ידי מוסד רבני אשר היה פוסק על טהרת ההלכה.¹¹

ככלל, הפרופ' אנגלרד סבור כי, לדעת המחוקק הישראלי, "הגישה המוקדמת לחומר המשפטי הדתי היא איפוא ביקורתית וכתוצאה מכך סלקטיבית. המחוקק בוחר לעצמו את אותם הפתרונות ואת אותם המוסדות הנראים לו כמתאימים לרוח הזמן המודרני. אין הוא נרתע מלדחות כליל פתרון הלכתי מסוים שאינו נראה לו או מלהרכיב על הדין הדתי הוראות מודרניות, כך שהפתרון הענייני אינו תואם את ההלכה".¹² סכנה נוספת רואה פרופ' אנגלרד בפגיעה בהלכה היהודית על ידי עצם השפיטה החילונית, משום ש"מלאכת השילוב של הדין הדתי הזה לתוך מערכת המשפט הכללית תיעשה על ידי בתי המשפט. הם יפרשו את הדין הדתי הנקלט לפי כללי הפרשנות השופטים במשפט הכללי".¹³ והוא מדגיש:

ייחודו של המשפט היהודי אינו דווקא בפתרונות המוצעים על ידו, אלא בהשקפה הדתית העומדת ביסודו. אין זה משפט חילוני בעל קליפה דתית אותה אפשר לקלוף מבלי לפגוע בתוך, כפי שסבורים אחדים. שאלה גדולה בעינינו היא אם קליטה תוך שלילת הדוגמטיקה היא עדיין בעלת משמעות תרבותית באותה מידה חשובה כפי שסוברים החוגים הלאומיים. אנו נוטים לדעה כי לאחר דחייתו של היסוד הדתי אין לדבר עוד על המשך ורציפות

¹⁰ ראו במיוחד י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" בתוך **המשפט העברי ומדינת ישראל** 117–134 (י' בזק עורך, התשכ"ט); י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" **משפטים** ז 34–65 (התשל"ו); מ' אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" **משפטים** ח 99–137 (התשל"ז).

¹¹ שילוב הדין היהודי, שם, עמ' 121.

¹² שם, עמ' 118.

¹³ שם, עמ' 127.

במשפט. השוני הוא עמוק מדי.¹⁴

אופן קליטת המשפט העברי המוצע בידי השופט אנגלרד בפרשת קל בנין מהווה דוגמה מעולה מאין כמותה להתגשמות רוב חששותיו של הפרופ' אנגלרד מפני קליטה בעייתית של המשפט העברי המלווה ב"חילוני" בידי בית המשפט.

2.2. עיקרי הביקורת

הצעתו של השופט אנגלרד בפרשת קל בנין הייתה כזכור כי במסגרת שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי, "פיתח" בית המשפט האזרחי את הפתרון של ההלכה היהודית, ויעמיד במקום הסנקציה המוסרית הקבועה בדין הדתי סנקציה משפטית, סעד שאינו מצוי בדין הדתי הקיים, כפיית הצד לקיים את הבטחתו או לשלם לצד האחר פיצויי קיום. דרכו של השופט אנגלרד בפרשת קל בנין ראויה, לדעתי, לביקורת בכמה מישורים. ולא זו בלבד שיש בה משום "חילוני" של הדין העברי, אלא שכפי שנראה בסעיף הבא, יש בה טשטוש תחומים בעייתי ביותר בין המשפט לבין המוסר, ואף יש בה אנלוגיה בעייתית בין שיטת המשפט העברי לשיטת המשפט הישראלי בלי להתחשב בהבדלים היסודיים ביניהם שהשופט עצמו ער להם היטב. אכן, המגמה לפרש את המונח המשפטי הישראלי "תום לב" לאור עקרונות המשפט העברי ראויה לשבח. אך לא כן הדבר כשמדובר בפרשנות שמעוותת את תפישת המשפט העברי עצמו, כפי שהדבר נעשה בפרשת קל בנין, כש"פיתח" המשפט הישראלי את הלכת המשפט העברי בעניין משא ומתן בהיעדר תום לב פיתוח המעוות לחלוטין את המשמעות המקורית של הלכה זו.

ניתן לדמות את מה שנעשה בפרשת קל בנין למקרים אחרים שבהם ביקש בית המשפט העליון ל"פיתח" פתרונות של ההלכה היהודית והגיע לתוצאות אבסורדיות העומדות בסתירה גמורה למגמת ההלכה היהודית עצמה. דוגמה יפה לכך, הדומה במידה רבה לענייננו, ניתן להביא מן הפיתוח של בתי המשפט האזרחיים להלכה היהודית בעניין ספק קידושין. כידוע, ההלכה מבחינה בין הצד האיסורי שבקידושי ספק לבין הצד הממוני. לעניין דיני איסור והיתר, פועל הספק ההלכתי לחומרה, והאישה זקוקה לגט כדי להינשא לאחר. ואילו לעניין זכויותיה הממוניות של האישה, מביא אותו ספק בדרך כלל לשלילת הזכויות, על פי הכלל "המוציא מחברו – עליו הראיה" המוחל גם בספק בדין.¹⁵ אך בפסיקת בית המשפט האזרחי מצאנו שיש מי שאומר שספק בקידושיה של אישה אינו שולל ממנה את זכותה למזונות, משום שמבחינת המשפט האזרחי, יש "לפתח" את המושג ההלכתי "ספק קידושין", שמשמעו שהאישה "מקודשת מספק, הקידושין תופסים והיא זקוקה לגט", ו"נוצר בזה קשר בינה ובין המקדש שדי בו כדי להקנות לה בעיני בית המשפט החילוני את

¹⁴ שם, עמ' 131.

¹⁵ ראו דברי הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כה, סעיף ב. להרחבה, ראו פ' שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 98–99 (התשל"ה).

המעמד האישי של אשת איש¹⁶. מעתה, מאחר שהמשפט החילוני אינו מבחין בין קידושי ספק לבין קידושי ודאי, כהבחנה המקובלת בדין הדתי, הרי שגם אישה המקודשת מספק זכאית למזונות מבעלה. "פיתוח" חילוני זה של המושג הדתי מביא לתוצאה אבסורדית שיסודה בטעות והיא מנוגדת לתוצאה שהייתה מתקבלת לפי הדין הדתי.¹⁷

דבר דומה נעשה, לדעתי, בפרשת **קל בנין**, כשבית המשפט החילוני "פיתח" את הדין הדתי על ידי המרת הסנקציה המוסרית בסנקציה משפטית בדמות פיצויים. זאת, משום שאינו יכול לאמץ סנקציות מוסריות-דתיות המוטלות על התנהלות בחוסר תום לב בשלב המקדמי, בניגוד לדין הדתי עצמו שגרס כי להתנהגות בחוסר תום לב בשלב המקדמי אין משמעות משפטית שניתן להטיל מכוחה פיצויים. מדובר אפוא במה שמכנים חז"ל "ארכביה אתרי ריכשי"¹⁸, המעוות לחלוטין את הדין הדתי ואת מגמתו, והרי לפנינו דוגמה מאלפת של פסק דין שניתן בידי השופט אנגלרד, המגשים הלכה למעשה את כל החששות והפגמים שבשילוב סלקטיבי של הדין היהודי הדתי, שהתריע עליהם כל כך לא אחר מפרופ' אנגלרד עצמו.

2.3. ההבחנה בין סנקציה מוסרית-דתית לבין סנקציה משפטית

המשפט העברי הקפיד על יצירת הבחנה ברורה בין סנקציות מוסריות-דתיות לבין סנקציות משפטיות באשר לתוצאות התנהגות הנגועה בהיעדר תום לב. לדעתי, אין מקום לדברי השופט אנגלרד, האומר: "במערכת נורמטיבית דתית, כדוגמת ההלכה היהודית, ההבדל בין חובה מוסרית לבין חובה משפטית אינו כה חד כמו במערכת אזרחית".

אמנם כפי שאמר בצדק השופט אנגלרד, "המערכת כולה ניתנה מרועה אחד", אלא שאותו רועה הקפיד הקפד היטב להבחין בין חובה משפטית לבין חובה מוסרית-דתית. כך, לדוגמה, מודגש במשנה בבא מציעא המצוטטת בפסק דינו של אנגלרד (לעיל סעיף 1.3), שאם "משך הימנו פרות ולא נתן לו מעות – אינו יכול לחזור בו", אך אם "נתן לו מעות ולא משך הימנו פרות – יכול לחזור בו". היינו, שמבחינה משפטית, אין מדובר במעשה מוגמר, אף על פי שמבחינה מוסרית-דתית מי שעושה כן עובר עבירה, והקב"ה עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. תפישה דומה עולה אף מפסק דינו של בית הדין הרבני, אף הוא צוטט בפסק דינו של אנגלרד (סעיף 1.4). בית הדין הרבני הדגיש כי "אין בית הדין יורדין לנכסים משום מחוסר אמנה בלבד בלי קבלת קנין. על בית הדין מוטל רק להודיע לנתבע שיש עליו ענין של מחוסר אמנה ולהוכיחו על כך שיסכים לתת פיצויים, אבל אין לחייבו לפיצויים בפסק דין הניתן הניתן להוצאה לפועל בדרך של כפייה". וכבר היטיב לתאר זאת השופט

16 ע"א 603/65 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ(2) 465 (1966).

17 לסקירת עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיה זו ולביקורת עליה, ראו שיפמן, לעיל ה"ש 15, עמ' 124–125.

18 הביטוי לקוח מן התלמוד, בבא בתרא קנב ע"א.

מנחם אלון בפסק הדין בפרשת רוט.¹⁹ השופט אלון עומד תחילה על עיקרי ההבחנה האמורה. וזה לשונו:

האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא, איפוא, היושר, עשייה ישרה ושלמה, והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במלים "ועשית הישר והטוב" שבספר דברים, ו, יח. עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין "הוראה מלכותית", בכל עולם ההלכה, ויישומו של עיקרון זה הוא באחת משתי דרכים: יש ועשיית הישר והטוב אינה אלא דרישה מוסרית-דתית של עשייה לפנים משורת הדין, ממידת חסידות, שאין כופין עליה, ויש שבכוחו ומכוחו של עיקרון זה נצורו דינים בעלי נפקות משפטית מלאה, הכל לפי הנסיבות והכל לפי הענין. כך, דרך משל, בא לעולמו של המשפט העברי על-פי עיקרון זה הדין של זכות הבר-מצרא, "משום שנאמר: ועשית הישר והטוב. אמרו חכמים: הואיל והמכר אחד הוא, טוב וישר שיקנה מקום זה בן המצר יותר מן הרחוק" (רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ה על-פי בבא מציעא, קח, א), ולדין זה נפקות משפטית מלאה. מאידך, משמש אותו עיקרון עצמו מקור, לדעתם של חכמים שונים, לחובת התנהגות שאינה בעלת נפקות משפטית, כגון ההליכה לפנים משורת הדין.

לאחר מכן, השופט אלון אומר שעל ידי קביעת תום הלב ב"חוק החוזים" הישראלי כחלק מהותי מהעיקרון הכללי "ועשית הישר והטוב" שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת לידי הרשות השופטת כלי רב עצמה, ומתוך כך – גם רב אחריות. לכלי זה שתי תוצאות מעשיות. וזה לשונו:

יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי "מדת חסידות" ללא נפקות משפטית ואין בית-המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, "להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה." הכל לפי הענין והכל לפי הנסיבות, מתוך דימוי מילתא למילתא. ועל בית המשפט, בהשתמשו בעיקרון תום הלב, לנהוג במירב הזהירות לפי נסיבותיו של כל ענין וענין המובא לפניו. מצד אחד, במידה ובהתנהגות אחד מבעלי-הדין יש משום התנהגות של "נבל ברשות החוק" יכפה על קיום החיוב שבחווה, או השימוש בזכות הנובעת ממנו, בדרך מקובלת ובתום לב; ומצד שני – במדה ובהתנהגות אחד מבעלי-הדין אין אלא משום פגם "במדת חסידות" ימנע מהפרכתו לדין גמור שכופין עליו (ההדגשה שלי – י"ס).

¹⁹ ע"א 148/77 רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, עמ' 634–637 (1979).

הנה כי כן, פרשנות ראויה של עקרון תום הלב שבחוק החוזים, השואפת להיות נאמנה למקורות המשפט העברי, חייבת להקפיד על שמירה מדוקדקת על ההבחנה בין דין מוסרי לבין סנקציה משפטית. לכן, אם יש פגם מוסרי בהתנהגות אחד מבעלי הדין, על בית המשפט להימנע מהפיכתו לדין גמור שניתן לכפות עליו.²⁰ לא כן נהג השופט אנגלרד בפרשת **קל בנין**, והצעתו כיצד לפתח את הלכת הדין היהודי בפרשה האמורה ראויה לביקורת.

בפסק דין אחר, התריע השופט מנחם אלון מפני הרחבת השימוש בעקרון תום הלב מעבר למותר.²¹ לדעתו, עקרון תום הלב בא להורות על ביצוע החיובים הקבועים בדיני החוזים ביושר לב, לפי רוחו של החיוב ולא לפי האותיות היבשות שהוא מנוסח בהן, והוא אינו בא לשמש מסד לבניית מערכת חיובים וזכויות שלא בא זכרם בדיני החוזים. לעניין זה, כותב אלון דברים מאלפים. וזה לשונו:

כלל גדול בדינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה; נשמה זו תמצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות, שיסודן בעקרון העל של עשיית הישר והטוב, ועקרון תום הלב אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות ערכיות אלה. ואם יבוא החושש ויחשוש, שמא מכוח הפעלתה של נורמה ערכית זו יבולע ליציבות המשפטית, שהרי טרם בא לעולם מכשיר שימדוד אל נכון מידתו של תום-לב, אף אתה אמור לו, כך היא דרכה של מערכת משפט שבה המשפט והיושר, הדין והצדק, נשקי אהדדי, ובסופו של חשבון ובעיקרו של דבר מרובה מידת היציבות הכללית, שבאה למערכת המשפט מכוח העיקרון הערכי של תום-לב, מאשר מידת אפשרות הפגיעה ביציבות המשפטית – במקרה מסוים זה או אחר – בגלל הפעלת עקרון תום הלב. אך מידת תום הלב אינה באה במקום מידת הדין וכחלופה לה. אין מערכת משפט יכולה לעמוד בחוסר יציבות משפטית, שבאה לכלל ביטוי על-ידי הטלת חיובים שלא באו לעולם ככוונת הצדדים ואינם כלולים בחיובים אותם קיבלו עליהם בעלי הדין, והורתם ולידתם כל

²⁰ אולי ניתן לנסח את הדברים בדרך מתונה יותר: הדבר תלוי נסיבות, ולא כל חיוב מוסרי יזכה להפעלת לחץ בידי אדם כדי לכפות על אדם את חיוביו לצאת ידי שמיים. אך מבחינת מבחן התוצאה הרצויה, ההבחנה עשויה להיטשטש בין השגתה באמצעות מתן סעד על פי דין לבין השגתה באמצעות יצירת לחץ מוסרי-חברתי. הנפקות תהיה במקרים הקיצוניים, כשהעוול שנעשה אינו חמור. במקרים מעין אלה, תהיה הפעלת הלחץ המוסרי-חברתי פחותה ואפילו חסרת משקל, ואילו עוול בדרגה דומה שעוגן בחוק עשוי לזכות לסעד מלא.

²¹ ע"א 391/80 **לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ**, פ"ד לח(2) 237 (1984). לביקורת על השימוש המרובה בעקרון תום הלב, ראו גם ס' דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד 39–55 (התשמ"ו).

כולם בעקרון תום הלב ובעיקרון זה לבדו. ובוא וראה במערכת המשפט העברי, שבה בא שילוב המוסר והמשפט לידי ביטוי מיוחד בדרכי הפסיקה (ראה מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) 171–180), קיימת זהירות מרובה שלא לחרוג מכוח עקרון תום הלב מעבר לגבולות הרצויים והאפשריים, מבחינת שורת הדין והכפייה... ואם אי אתה אומר כן, נמצא אדם יודע – או נדמה לו שידוע – תחילתו של חוזה שבא עליו, אך אין הוא יודע – ואינו יכול לדעת – מה יהא בסופו של חוזה זה שחתם עליו, ומה הם החיובים שעלולים לבוא לעולם במסגרתו חדשים לבקרים, ולא נודע לו כי באו אל קרבו של החוזה. ונמצא, שאף אדם תם לב לעולם אינו יודע מה הם החיובים שנטל על עצמו ועד היכן הם מגיעים.

אין ספק, לדעתי, שדבריו הנכוחים של השופט אֶלון נאמנים לרוחם של מקורות המשפט העברי הרבה יותר מדבריו של השופט אנגלרד בפרשת קל בנין. אכן, תום הלב הוא מושג רחב מאוד ויש קושי רב לגזור ממנו בלבד כללים מדודים, שניתן ליצור באמצעותם חיובים שלא נזכרו בחוזה, משום שהדבר תלוי נסיבות רבות ומשתנות, בעיקר בגלל הצורך לרדת לצפונות לבו של האדם. אולם במקרים רבים, כאשר כמעט שנשלמה עסקה בדומה לגדרים שנאמרו לגבי "מי שפרע" (מושג זה נדיר יותר בימינו) או "מחוסרי אמנה", שהוא-הוא המכוון לחזרה ממשא ומתן מתקדם בשלבי הסופיים, נראה שיש מקום רב לתקן תקנה לשימוש בכלים חלופיים לסנקציות הדתיות-מוסריות-חברתיות שנהגו בעבר.²² לאור זאת, נראה כי אף על פי שראוי למצוא פתרונות לתת סעד לצד הנפגע, כפי שעשה השופט אנגלרד, הרי שכדי ליצור חלופות לסנקציות הדתיות-מוסריות האמורות במשפט העברי, על הגורמים ההלכתיים המוסמכים לתקן תקנות בעניין זה.

22 פעמים רבות נעשה שימוש בכלים דתיים ומוסריים להשגת תוצאה משפטית צודקת וראויה, כגון בנידוי המבייש את חברו עד שיפצה אותו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח); או בדיני קנסות (שם, סימן א, סעיף ה. וכן בחובל, שם, סעיף ג); או כשאדם חייב ממון לזולתו בחיוב בידי שמיים, כגון גרמא, שמנדים אותו עד שמסלק ההיזק (רמ"א, חושן משפט, סימן שפו, סעיף ג). מטרתן הסופית של הסנקציות בעניין מחוסרי אמנה או "מי שפרע" היא להמריץ לעשות צדק באמצעות האיום שהקב"ה עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו או האיום של פגיעה בתדמיתו של האדם באמצעות הדבקת תווית חברתית שלילית עליו. ראו ורטהייט, לעיל ה"ש 4, עמ' 412, הערה 23. בימינו, רוב הבריות אינו מושפע מסנקציה דתית מן הסוג האמור. על כן, יש מקום לסברה שראוי למצוא תחליף לסנקציה הדתית, שמטרתה להביא לתוצאה משפטית צודקת, כדי שמי שנעשה לו עוול לא ייצא נפסד, אף על פי שאין העוול בר-סעד בדיני אדם.

פרק שני

חוזה למראית עין – הברחת נכסים

1. "שטר מברחת" – כללי

חוזה למראית עין הוא חוזה שהצדדים מסכימים בו כלפי חוץ על הסדר משפטי מסוים, אך כוונתם האמיתית שונה.¹ בסעיף 13 לחוק החוזים (חלקי כללי), התשל"ג-1973, נקבע כי "חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל". באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון נדונו גדרי חוזה למראית עין במקורות המשפט העברי.² שני הצדדים במשפט היו בני הזוג אולצ'יק שהיו בעלי זכויות שוות בבית מגוריהם. לפי הסכם ממון ביניהם, העביר הבעל את זכויותיו במחצית הבית על שם אשתו. לימים התגרשו השניים. עתרה האישה לבית המשפט בבקשה שייתן הצהרה כי היא זכאית להירשם כבעלת מלוא הזכויות בבית. בנק המזרחי, שמר אולצ'יק היה חייב לו סכומי כסף גבוהים, טען שמדובר בהסכם למראית עין שמטרתו להבריח את זכויותיו של הבעל לשעבר מנושיו. בית המשפט המחוזי קבע שההסכם אמיתי וקיבל את תביעת האישה. בית המשפט העליון אישר את פסק הדין ודחה את ערעורו של בנק המזרחי, בציינו בין השאר שעל הטוען לבטלות חוזה בטענת מראית עין להביא ראיה לדבריו. בפסק הדין, הסתייע השופט צבי טל בעקרונות המשפט העברי בעניין חוזה למראית עין, המכונה במקורותינו "שטר מברחת". וזה לשונו:

בהלכה היהודית נדון עניין חוזה למראית עין בהקשר לאישה שיש לה נכסים והיא עומדת לינשא. לכשתינשא יהיו נכסיה נכסי מלוג, שהבעל אוכל פירותיהם והוא גם עתיד לרשת אותם אם תמות בחייו. אם האישה העומדת להינשא מבקשת להבריח נכסיה מבעלה, הרי היא כותבת נכסיה לאחר לפני

1 ראו לדוגמה ע"א 630/78 ביטון ואח' נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 576, בעמ' 581 (1979).

2 ע"א 1780/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אולצ'יק, פ"ד נ(2) 41, בעמ' 42-43 (1996).

שתינשא. כתיבה זו למראית עין היא, שהרי לא נתכוונה זו לתת נכסיה למקבל המתנה, אלא להבריחם מבעלה. מן הסוגיה בגמרא משמע, שאם אנו בטוחים שאכן לא הייתה כאן אלא מתנה למראית עין בלבד, כי אז אין תוקף לשטר המתנה, הקרוי "שטר מברחת"; וכמו שמובא בגמרה שרב נחמן, שהיה דיין מומחה והלכה כמותו בדיני ממונות, קרע שטר מברחת (כתובות, עח-עט; עט, א). וכן אמרו בגמרא בשם שמואל (שהלכה כמותו בדיני ממונות) – "מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי – אקרענו" (שם, עט א; עט, א). כלומר, שטר מתנה שלא נעשה אלא למראית בלבד – בטל כלפי מקבל המתנה. אלא שאם אישה זו, לכשתגרש או לכשתאלמן, תבוא להחזיר לעצמה את נכסיה, ואותו מקבל מתנה יטען שהמתנה הייתה מתנה גמורה ולא למראית עין בלבד, כי אז נזקקים לראיות נסיבתיות כדי לקבוע אם הייתה כאן מתנה גמורה אם לאו. כגון, אם שטר המתנה התייחס לכל נכסיה של האישה, ההנחה היא שהמתנה הייתה רק למראית עין בלבד, חזקה אין אדם מתערטל מכל נכסיו ונותנם לאחרים ("דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני"), מה שאין כן במתנה במקצת הנכסים בלבד, שאז אין ראייה גמורה שהמתנה הייתה למראית עין בלבד, ומקבל המתנה המוחזק בנכסים זכה בהם (שם).

ואולם השופט טל סבור כי גם במתנה במקצת נכסים, יכולה האישה להבטיח את זכויותיה בדרך משפטית מתוחכמת, באופן ששטר המתנה יהיה תלוי בתנאי. כמו ששנינו (שם):

...הרוצה שתבריק נכסיה מבעלה, כיצד היא עושה? כותבת שטר פסים לאחרים דברי רבן שמעון בן גמליאל (שטר פסים – שטר פיוסים, שמפייסו לקבל מתנה זו להפקיע זכות בעלה קודם נישואין, ולא שיזכה מקבל זה בהם – רש"י); וחכמים אומרים, רצה – מצחק בה (...רצה המקבל הזה, מצחק בה ומחזיק בהן עולמית – רש"י) עד שתכתוב לו: מהיום ולכשארצה". (...שתכתוב בשטר זה: מהיום נתונים לך ולכשארצה. יש כאן הברחה מבעלה, שאם בא לזכות תאמר אני רוצה במתנה ונמצא קיימת למפרע; ואם זה שנכתב בשטר יבוא להחזיק, תאמר: איני רוצה" = רש"י שם). והלכה כחכמים.

השופט טל עמד על העקרונות הכלליים של דיני "שטר מברחת" בהקשר לחוזה למראית עין בלבד וביסס על יסוד סוגיה זו את פסק הדין שאישר את העברת הנכס של החייב לאישה, אף על פי שמדובר בהברחת נכס מן הנושה.

ומאחר שעניין ביטולן של הברחות מנושים נדון לא אחת בפסקי דין של בתי המשפט בישראל, והוא אף נוגע להיבטים נוספים מעבר לאלה שנזכרו בפסק דינו של השופט טל, איתי לנכון לנצל הזדמנות זו ולהרחיב את היריעה ולדון בדרכי ההתמודדות עם הברחת

נכסים ובמבחינים לביטול מתנות פיקטיביות שנקבעו בידי חכמי המשפט העברי. יישום עקרונות אלה בנסיבות מסוימות עשוי לסייע לשופטים הדנים במקרים מסוג זה להתמודד עם הברחת נכסים.³

2. דרכי התמודדות עם הברחת נכסים

2.1. הברחת נכסים מן הבעל

תופעת הברחת נכסים, כלומר הקנייתם מצד אחד לצד אחר כששני הצדדים אינם מתכוונים להעברתם בפועל, נדונה כבר על ידי האמוראים. כאמור, קבע האמורא שמואל: "מורה הוראה אני. אם יבוא שטר מברחת לידי, אקרענו".⁴ לפי דבריו, אישה שנתנה לפני נישואיה את כל נכסיה לאחר, ואחר כך פקעו נישואיה, רשאית לדרוש חזרה את נכסיה, מכיוון שלא נתנה אותם במתנה גמורה, וניכר ממעשיה שרק התכוונה למנוע מבעלה להשתמש בהם. וכך פסק להלכה הרמב"ם. וזה לשונו:

הרוצה להנשא, וכתבה כל נכסיה בין לבנה בין לאחר, ואחר כך נשאת, ונתגרשה או שמת בעלה, מתנתה בטילה, שזו מברחת היא, ולא כתבה כל נכסיה אלא להבריה מבעלה, שלא יירשנה, וכשתהיה צריכה להן יחזרו לה. לפיכך, אם מתה היא בחיי בעלה, קנה המקבל מתנה את הכל. ואם שיירה כלום, אפילו מטלטלין, מתנתה קיימת. ואף על פי שנתגרשה, אינה חוזרת.⁵

2.2. הברחת נכסים מבעל חוב

פסיקה זו תקפה אף במקרה אחר. פרופ' מנחם אֶלון מתאר בספרו תופעה שהשתרשה בקרב לוויים שביקשו להשתמש מלשלם את חובותיהם, והיא הברחת נכסיהם על ידי הקנייתם לזולתם בדרכים אחדות, כדי למנוע ממי שהלווה להם לגבות את החוב מרכושם.⁶ חכמי ההלכה חיפשו דרכים הלכתיות לבטל את תוקפן של העברות פיקטיביות מעין אלה. כך, לדוגמה, דן הרא"ש, רבנו אשר בן יחיאל, בשאלה: "ראובן היה חייב מלוה על פה לשמעון, ונתן כל אשר לו ללוי להפקיע חוב שמעון".⁷ אמנם, אין פגם הלכתי במתנה זו, אך ברור שהעסקה נעשתה רק כדי להבריה את רכושו של ראובן משמעון, ולמעשה נשאר ראובן

³ הדברים שלהלן מבוססים על הנאמר בהרחבה בחוות דעת של מרכז ישמ"ע בעניין ביטול מתנה בגלל חשש שניתנה מתוך כוונה להבריה נכסים, שכתבו ד"ר יובל סיני והרב ד"ר משה בארי, המוצגת באתר www.netanya.ac.il.

⁴ כתובות עט ע"א.

⁵ רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יב.

⁶ מ' אֶלון המשפט העברי 346 (התשמ"ח).

⁷ שו"ת הרא"ש, כלל עה, סימן א.

הבעלים האמיתיים של הרכוש. משום כך, ביטל הרא"ש בתשובתו את המתנה, משום שסבר שיש כאן אומדנה מוכחת שהתכוון ראובן רק להבריא את רכושו משמעון שהלווה לו. הרא"ש מציג בתשובתו האמורה את המדיניות המשפטית שיש לנקוט במקרים מעין אלה. וזה לשונו:

מכל הלין חזינן [=מכל אלה אנו רואים – י"ס] דכל הרוצה להערים ולהפקיע תקנת חכמים ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם, ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה. ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא, המתחדשות בכל יום. אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא [=ומדמים דבר לדבר].

עינינו הרואות שהרא"ש קורא לפוסקים שבכל דור ודור לעמוד בפרץ ולא לאפשר לבריות להערים נגד תקנת חכמים, אלא לעמוד נגדם ולבטל את מעשיהם משום שכוונתם רק להערים על זולתם.

דעת הרא"ש נפסקה להלכה בשולחן ערוך. וזה לשונו: "החייב לחבירו, ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו, לא תועיל ערמתו, ויגבה בעל חוב חובו, אפילו הוא מלוה על פה, ממקבל המתנה".⁸ הרמ"א, ר' משה איסרלש, מסייג את דברי מחבר "שולחן ערוך" ופוסק: "מיהו, אם נראה לבית דין שלא כווננו לערמה, רק למתנה גמורה, קנה המקבל, אף על גב שהיתה כוונתו להבריא". לפי דבריו, יש לבחון אפוא כל מקרה לגופו, ואין די בכוונת הנותן להבריא את נכסיו מבעל חובו כדי לבטל את המתנה, אלא דרוש תנאי יסוד לביטולה, והוא שתהא זו מתנה פיקטיבית שנותנה אינו מתכוון לתתה באמת. וכיצד ניתן לדעת אם מתנה היא פיקטיבית אם לאו? היש צורך שיעידו עדים על מהותה של המתנה? הר"י מיגאש פוסק שאין צורך שיעידו עדים שהמתנה היא פיקטיבית כדי שתבטל.⁹ ואולם עלינו לבחון מהם הקריטריונים לקביעתו.

3. המבחנים לביטול מתנה פיקטיבית

שני מבחנים לביטול מתנה פיקטיבית נזכרים בספרות ההלכה, נתינת כל הנכסים לזולת והשימוש בהם.

3.1. המבחן הראשון – נתינת כל הנכסים

הרא"ש קובע בתשובתו הנזכרת מהו המבחן לביטול מתנה פיקטיבית. וזה לשונו:

⁸ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צט, סעיף ו.
⁹ מובא במגיד משנה, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו, הלכה יב.

וששאלת: ראובן שהיה חייב מלוה על פה לשמעון ונתן כל אשר לו ללוי להפקיע חוב שמעון, נראה לי בזה דאזלינן בתר [=שהולכים אחר] אומדנא דמוכח. וצלל במים אדירים והעלה בידו חרס... ואין לך אומדנא דמוכח יותר מזה, אדם שנותן כל ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים?! אלא נתכוון הוא להערים להפקיע מלוה שמעון, ולא תפק זממו ולא תועיל ערמתו.¹⁰

המבחן המוצג על ידיו הוא היקף הנכסים שהקנה האדם לזולתו מכלל נכסיו. אם הקנה רק חלק מנכסיו לזולתו, אין כאן ודאות מוחלטת שמדובר במתנה פיקטיבית. אך אם הקנה את כל נכסיו, הרי שבהכרח מדובר במתנה פיקטיבית שנועדה להבריא את נכסיו מבעל חובו, משום שלא ייתכן שייתן אדם את כל רכושו במתנה לזולתו, והוא עצמו ימות ברעב מחוסר כול.

הרא"ש מסתמך בתשובתו על מקרים אחדים שנזכר בהם עניין זה בתלמוד.¹¹ התלמוד דן בעניינו של אדם ערירי שהקנה את כל נכסיו לאחר, ונקבע שאם יתברר שיש למקנה בן והוא לא ידע על קיומו, הרי שהמתנה בטלה מעיקרה, מפני שיש כאן אומדנא מוכחת שאילו היה יודע על קיומו של הבן, לא היה מקנה את כל נכסיו לאחרים. הלכה זו נאמרה רק בהקנה הלה את כל נכסיו.¹² בסוגיה אחרת מדובר בשכיב מרע שהקנה את כל נכסיו לזולתו, ונקבע שאם יבריא המקנה ממחלתו ויעמוד על רגליו, הרי שתתבטל מתנתו, מפני שיש כאן אומדנא מוכחת שהתכוון שתחול מתנתו רק אם לא יבריא ממחלתו. וגם במקרה זה, האומדנא חלה רק אם הקנה את כל נכסיו לזולתו. אך אם הקנה רק מקצת נכסיו, מוכח ממעשיו שדאג לעתידו, כדי שאם יחלים ממחלתו, יהיה לו ממה להתפרנס, ונמצא שמתנתו אינה תלויה בהחלמתו.¹³

3.2. המבחן השני – השימוש בנכסים

מבחן נוסף לבחינת רצינותו של הנותן הוא השימוש של נותן המתנה בנכסים שנתן לאחרים. אם הסתלק מהם לחלוטין ואינו נהנה מהם, מעשיו מוכיחים שהקנה אותם לזולתו באמת, ואילו אם הוא ממשיך להשתמש בהם, ניכר ממעשיו שלא נתנם לזולתו בלב שלם. וזה לשון שאלה שנשאל הרא"ש בעניין זה:

שאלה: ראובן לוו משמעון מלוה בשטר, ושעבד לו כל נכסיו שקנה ושעתיד לקנות, מטלטלי אגב מקרקעי, ואח"כ נתן כל נכסיו במתנה לאחר מקרוביו, ולא הניח לעצמו לא קרקע ולא מטלטלין, אלא הכל נתן לו. והוא דר בבית

10 שו"ת הרא"ש, כלל עה, סימן א.

11 עניין זה נזכר בכתובות עט ע"א, שנזכרה על ידי השופט טל, ועוד.

12 בבא בתרא קלב ע"א.

13 כתובות נה ע"ב.

קרובו ואוכל עמו על שולחן אחד, אוכל ושותה בריוח ולובש בגדים נאים, ואשתו ג"כ לובשת בגדים נאים ונותנת מתנות לקרובותיה, ואומר שהכל נותן להם קרובם משלו, והם לא נשאר להם אפילו פרוטה אחת. והוא יושב בטל ואינו רוצה לעשות שום מלאכה ולא להתעסק בשום דבר מכל מה שהיה דרכו להתעסק קודם לכן, לפי שיודע שמה שירויח שיתחייב להגבותו לבעל חובו. ועוד, שאשתו יושבת עמו בבית קרובו, ומתעסק בפרקמטיא, ואמר הלוח שאין לו ולא לאשתו בפרקמטיא זו, אלא הכל של קרובו בעל הבית. וכשיבא בעל החוב לתבוע, נשבע בעל הבית שהכל שלו. ונראה הרבה שכל זה הוא עושה ברמאות, ואינה אלא הברחה מפני חובות שעליו או מפני המס.¹⁴

הרא"ש קיבל בתשובתו את טענת השואל שיש לבדוק מי משתמש ברכוש הניתן במתנה. אם הנותן ממשיך להשתמש ברכוש זה, כגון שהוא גר בבית שנתן במתנה או אוכל ממה שנתן במתנה וכדומה, מתנתו היא בגדר מתנה פיקטיבית, ובעל חובו יכול לגבות ממנה את חובו, ולא תעמוד לו טענתו שקרובו שקיבל ממנו את רכושו במתנה מתיר לו לדור בביתו ולאכול משולחנו, משום ש"ודאי קנוניא ורמאות יש בדבר".

3.3. שיקולי מדיניות – מניעת הברחת נכסים

שיקול מדיניות חשוב עולה מדברי הרא"ש, שהדגיש את חשיבותה של התקנה למנוע הברחת נכסים. וזה לשונו:

שכל אדם יכול לעשות תחבולה וערמה זאת, שיכתוב נכסיו לאחד מאוהביו, ויתפוש השטר בידו, ויראנו כשירצה. נמצא שאין אדם רשאי להלוות לחברו, ונעלת דלת בפני לוין, ובטלת תקנת השוק, שאין אדם רשאי לקנות קרקע מחברו, כי לא יסמוך על מה שיקבל עליו המוכר אחריות, דחייש שמא כתב כל נכסיו לאחר.¹⁵

הרא"ש מעלה את החשש שאם לא נילחם במבריחי הנכסים, לא יוכלו החיים הכלכליים להתנהל כראוי, כיוון שאיש לא ילווה לזולתו, מחשש שייתן הלה את כל נכסיו לזולתו ויפיקע ממנו את זכותו לגבות ממנו את מה שהלווה לו. הקניית הנכסים לצד שלישי תהפוך לנורמה נפוצה, ובמיוחד אם לא יימנע מן הנותן להמשיך ולהשתמש בנכסיו. הרא"ש מדגיש שמוטלת חובה על הדיינים לעמוד בפרץ ולמנוע מצב בעייתי זה. כאמור לעיל, חיווה הרא"ש את דעתו וקבע שבית דין שבכל דור ודור חייב לבחון את הדברים בהתאם לשכיחותה של תופעת הברחת הנכסים בהערמה ובמרמה בתקופתו, ולתקן תקנות

¹⁴ שו"ת הרא"ש, כלל עה, סימן ב.

¹⁵ שו"ת הרא"ש, שם, סימן ג.

למניעתה או לצמצומה.

3.4. אפשרות חזרה מן המתנה

במאמר בנושא זה שהתפרסם בעת האחרונה, דן הרב שלמה עמאר,¹⁶ הרב הראשי לישראל, בין היתר, בהבחנה נוספת בין סוגי הברחת נכסים על יסוד האמור בספר "נתיבות המשפט". ר' אריה לייב הכהן, מחבר "נתיבות המשפט" מבאר את דברי הרמ"א,¹⁷ האומר שהגדרת שטר מברחת היא: מתנה שאינה גמורה, שהנותן יכול לחזור בו ממנה. לאור זה, הוא מסיק שאם התכוון הנותן לתת את המתנה בלא שיוכל לחזור בו ממנה, כגון שכתב שהיא מתנה בלתי הדירה לעולם, הרי שבעל חובו אינו יכול לגבות ממנה את חובו, על אף שכוונת הנותן הייתה להפקיע את רכושו מבעל חובו.¹⁸

4. נטל ההוכחה במתנה פיקטיבית – לפרשנותו של סעיף 34(ב) לחוק ההוצאה לפועל

שאלת ביטול מתנה עקב חשד שניתנה כדי להבריא נכסים, לאור מקורות המשפט העברי, נדונה לאחרונה בהרחבה בפסק דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.¹⁹ בפסק דין זה, נדונה בהרחבה הפרשנות הראויה של סעיף 34(ב) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק ההוצאה לפועל). סעיף זה בא למנוע מחייבים לעקוף את נושיהם על ידי העברת נכסיהם לזולתם, והוא מתיר לבית המשפט: "לבקשת הזוכה ולאחר ששוכנע שמקרקעין שאינם רשומים על שם החייב הם של החייב, להצהיר על כך ולצוות על עיקולם".

וכן הדגיש השופט רובינשטיין בפסק דין אחר העוסק אף הוא במשמעות הסעיף האמור בחוק ההוצאה לפועל:

הרעיון שביסוד סעיף זה פשוט: "יצר לב האדם רע מנעוריו" (בראשית ח' 21), ויהיו שינסו להבריא נכסיהם מנושיהם על ידי רישומם על שם אחר. המחוקק יצר איפוא כלי להיאבק בתופעה זו. וכבר ציין השופט טירקל, כי הסדר זה: "מרחיק לכת מעבר להליכי ההוצאה לפועל ה'רגילים' והוא במהותו 'הרמת מסך מעבר לזכויות קנייניות רשומות'.²⁰

16 הרב ש' עמאר "בדין מבריא נכסיו מפני בעל חובו" מאזני משפט ד 715–723 (התשס"ה).

17 הובאו לעיל, ליד ציון ה"ש 8.

18 נתיבות המשפט, סימן צט, ס"ק ו.

19 ה"פ (מחוזי ת"א) 1173/03 קדר נ' איזנברגר ואח', תק-מח 2006 (1) 5855 (2006), מפי השופטת ד' פלפל.

20 ע"א 1680/03 לוי ואח' נ' ברקול ואח', תק-על 2004 (3) 800, בעמ' 802 (2004).

השאלה שנדונה בפסק הדין של השופטת דרורה פלפל, שופטת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, היא: על מי יש להטיל את נטל הראיה בהברחת נכסים ומהי רמת ההוכחה הנדרשת לה? על סמך מקורות המשפט העברי הנזכרים שם, קבע בית המשפט:

סיכומם של דברים: הן מפסיקת בתי המשפט והן ממקורות המשפט העברי עולה אפוא, שאל לנו להטיל נטל כבד מידי על הטוען להברחת נכסים, אלא ראוי לנקוט מדיניות משפטית תקיפה ואפקטיבית, שתמנע את אותן הברחות, הן בשל הדחף המוסרי "לשבור מלתעות עול" ובשל ההשלכות הקשות לחיי המסחר כתוצאה מריבוי הברחות ו"ביטול תקנת השוק" (כדברי הרא"ש), והן משום ש"אין להביט בחוסר אונים בחייבים המוצאים דרכים מתוחכמות להתחמק מחיוביהם", ומשום ש"לנושים עומדת זכות וגם אותה יש לכבד" (כדברי השופט גורן).

דרך ההוכחה בנויה על קיומם של "אותות של מרמה", אשר אם נותרים הם ללא מענה מצביעים הם על מרמה. באלה ייכללו, כפי שעולה מהפסיקה וממקורות המשפט העברי, נסיבות שונות: חדלות פרעון של מעביר הבעלות, הברחת רוב הנכסים והכספים של מעביר הבעלות, קשרים משפחתיים ו/או קרובים בין המעביר לנעבר, חריגה מדרך מקובלת לניהול עסקאות, שמירת החזקה בנכס, המשך המגורים בו, המשך ניהול עניינים כספיים הקשורים לנכס.

אין ספק שיישום שיקולי המדיניות הללו בעניינים דוגמת זה שפתחנו בו את פרקנו, עשויים להעשיר מאוד את פסיקת בתי המשפט בישראל ולצייד את השופטים בכלים משפטיים אפקטיביים למניעת הברחת נכסים.

פרק שלישי

תוקפו של חוזה הנוגד את תקנת הציבור

1. פסק הדין בפרשת שחר

1.1. עיקרי פסק הדין

בפרשת **שחר** נדונה בבית המשפט העליון שאלה מעניינת הנוגעת לתוקפו של תנאי חוזי הפוטר שומר מאחריות.¹ מעשה בנהג משאית-גרר (הנתבע), שהוא בגדר שומר שכן, שבשעת הובלת טרקטור על משאיתו, עלה הטרקטור באש. התברר כי בעל הטרקטור (התובע) ביקש ממנו להשאיר את מנוע הטרקטור פועל (עקב בעיות בהתנעה). בית המשפט קבע בערכאה הראשונה כי, עובדתית, יש קשר סיבתי ישיר בין אופן הובלתו של הטרקטור כשהוא מותנע לבין השריפה. משום כך, התמקד הדיון בכל הערכאות רק בשאלה המשפטית אם תניית בעל הטרקטור פוטרת את הנהג המוביל שמילא את בקשתו. בית המשפט המחוזי בבאר-שבע קבע – על רקע הבנתו את החוק ובהתחשב בתפישת המשפט העברי בדבר יכולת השומרים להתנות על מידת אחריות פחותה יותר – שבעל המשאית-גרר פטור, ויישא בעל הטרקטור בנזקיו ואף ישלם הוצאות משפט.² בערעור בבית המשפט העליון נדונה סוגיה זו לאור דיני שומרים ולאור חוק החוזים, ונקבע בדעת רוב שיש לפצל את האחריות בין השומר לבין הבעלים, מעין "אשם תורם". השופט יעקב טירקל, כחלק מדעת הרוב קבע כי בענייננו, היחסים בין המערערים לבין המשיב היו יחסים של מזמין וקבלן.³ וכפי שקבע בית משפט השלום, הוביל הנהג את הטרקטור כשהוא מותנע לבקשת הבעלים, והטרקטור ניזוק רק בגלל שהובל כשהוא מותנע

1 רע"א 9488/02 חן נ' עטיה, תק-על 2005(1) 3687, 3693 (2005).

2 ע"א (מחוזי ב"ש) 1129/01 עטיה נ' חן, תק-מח 2002(3) 2627, 2630 (2002).

3 לאור הנקבע בסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974.

ולא עקב פגם טכני שהיה בו. הנהג התרשל במעשהו זה, ומכאן אחריותו לנזק שנגרם. ואמנם, הובלת הטרקטור כשהוא מותנע הייתה תנאי מתנאי השמירה, ויש לכאורה מקום לטענה שהנהג פטור מאחריות לנזק שנגרם לטרקטור, משום שהוביל את הטרקטור "לפי תנאי השמירה"⁴. יחד עם זאת, קובע השופט טירקל כי התנאי האמור הוא פגום משום שהוא נוגד את תקנת הציבור, ועל כן הוא תנאי פסול ובטל לאור מה שנקבע לעניין חוזה בלתי חוקי בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973,⁵ שהרי הובלת רכב שמונעו פועל היא עבירה על החוק.⁶ משנמצא כי בעלי הדין היו שותפים לדבר עבירה או למעשה הסותר את תקנת הציבור, וכי כולם תרמו לאירוע הנזק, יש לחלק את האחריות בין הבעלים של הטרקטור לבין הנהג, בחלקים שווים.

השופט ברק קבע בדעת מיעוט שיש לפטור את המוביל לחלוטין מן הנזק. לעניין חוזה בלתי חוקי, מביא ברק דברי מלומדים הטוענים שניתן שלא לחייב את הצדדים לחוזה שהסכימו על אי-החוקיות לשאת בתוצאות בטלות, וכי על בית המשפט למנוע מציאות שבה יינהג יוזם עריכת החוזה הפסול מפירות בטלות.⁷ בנדון דנן, בעל הטרקטור הוא שדחף להובלה כשהמונע פועל. ממילא, סבור השופט ברק, אין לאפשר לו להשתמש מאחריותו לנזק שנגרם לטרקטור בטענה שהתנאי בחוזה היה בטל מעיקרא.

1.2. גבולות ההתנאה – "מתנה על מה שכתוב בתורה"

השופט יעקב טירקל ביסס כדרכו את פסק דינו גם על ניתוח נרחב של עקרונות המשפט העברי,⁸ בהדגישו כי "ההשוואה למקורות המשפט העברי בסוגיות אלה היא מאלפת". אמנם, כפי שנראה להלן, יש מקום לביקורת על כמה מקביעותיו בסוגיה זו. אך נעיין תחילה במכלול דבריו, ולאחר מכן נעיר עליהם. בתחילת דבריו מציג השופט טירקל את גבולות ההתנאה על חיובים ממוניים לפי המשפט העברי. וזה לשונו:

לפי המקובל במקורות המשפט העברי, בדיני השומרים, כמו בכל דיני הממונות, רשאים הצדדים להתנות כי החיובים הממוניים המוטלים עליהם יהיו שונים מן הקבוע בדין. כך לשון הרמב"ם במשנה תורה: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על שומר חנם או נושא שכר ושוכר להיות חייבין בכל כשואל, שכל תנאי בממון או בשבועות של ממון קיים ואינו צריך קניין ולא עדים (ההדגשה

4 שהם סייג להטלת אחריות על פי סעיף 4 לחוק השומרים, שבית המשפט נדרש בהרחבה לפירושו.
5 הקובע: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

6 לאור הנאמר בתקנה 74 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.
7 כפי שנראה להלן, ליד ציון ה"ש 22, תפישה דומה עולה ממקורות המשפט העברי, וחבל שהשופט ברק לא העיר על עניין זה.

8 בפסקה 17 לפסק דינו.

אינה במקור – י' ט') (רמב"ם, הלכות שכירות פרק ב הלכה ט).

יחד עם זאת, השופט טירקל מדגיש:

אולם אין הם רשאים להתנות על דברי תורה: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשוואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל... (ההדגשה אינה במקור – י' ט') (משנה, בבא מציעא פרק ז, י"א). הטעם שביסודן של הלכות אלה הוא שרשאים מתקשרים לקבוע את היקף החיובים והפטורים בהסכמי ממון ואת תנאי השמירה בעניינים הנתונים לשיקול דעתם ובידיהם לקיימם או לבטלם. אולם, בעניינים ש"דעת גבוהה" מורה על קיומם או ביטולם, אין כוח בידיהם להתנות עליהם, וכך אם התנו "על מה שכתוב בתורה" התנאי בטל.

בהמשך דבריו, אומר השופט טירקל שאם ידע בעל הנכס ששומר השכר אינו שומר כראוי, ואף על פי כן שתק ולא מחה, פטור שומר השכר מאחריות, משום שרואים את שתיקתו של בעל הנכס כהסכמה מצדו להתנהגותו של השומר, הפוטרת את השומר מאחריות לנזק שייגרם כתוצאה מכך. ואלה הם המקורות שהוא מבסס עליהם את דבריו. וזה לשונו:

כך נפסק בשו"ת גינת ורדים (ר' אברהם בן מרדכי הלוי, המאה ה-17, מצרים), לעניין שומר שכר שמסר סחורה שניתנה לו לשמירה ביד משרתו ונגנבה או אבדה מיד המשרת; שהשומר פטור משום שהיה ידוע למפקיד שהשומר מוסר הנכסים ליד משרתו ועל דעת כן מסרן בידו (שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל א, סימן א; מרדכי, בבא מציעא, סימן שנט; וכן ראו בהרחבה ב' כהנא שומרים (חוק לישראל בעריכת נ' רקובר, ספרית המשפט העברי, כרך א', תשנ"ח) 224 וההערות שם). במקרים מסוימים פטרו את שומר השכר לגמרי מן הטעם שבעל הנכס התרשל וגרם את הנזק לעצמו. כך נפסק בשו"ת המהרש"ך (רבי שלמה בן אברהם הכהן, המאה ה-16, סאלוניקי), שפטור שומר שכר שהניח נכס שניתן לו לשמירה בחדר שיש פירצה באחד מקירותיו, אם ידע בעל הנכס שבחדר שהנכס הונח בו יש פירצה; ואפילו אם הזהיר בעל הנכס את השומר לתקן את הפירצה. נימוקו של המהרש"ך הוא כי בעל הנכס גרם את הנזק לעצמו, בכך שהפקידו לשמירה אצל אדם זה (שו"ת מהרש"ך חלק ב, סימן קב).

בסיכומם של דברים, כותב השופט טירקל:

נמצאנו למדים כי מחד גיסא, פוטרים המקורות את שומר השכר מלשלם לבעל

הנכס, המפקיד, עבור הנזק שנגרם לנכס, אם ידע בעל הנכס שרמת השמירה נמוכה ואפילו רשלנית; מן הטעם שבעל הנכס הביא את הנזק על עצמו. מאידך גיסא, אם היו תנאי השמירה שעליהם הסכימו הצדדים בגדר התניה על מה שכתוב בתורה, לא יוכל שומר השכר להתנער מאחריותו בנימוק ששמר לפי תנאי השמירה; משום ש"מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל".

השופט טירקל אינו מסתפק בבחינת סוגיית ההתנאה ובוחר את הסוגיה הנדונה בפרשתנו גם באספקלריה של שליחות לדבר עבירה. לנוכח חילוקי הדעות שהובאו בעניין תוקפו של המעשה בשליחות לדבר עבירה,⁹ אין יסוד – לכל הפחות, לדעת חלק מן המפרשים – לביטולו של מעשה השליחות בנדון דידן.¹⁰ ומעתה מגיע השופט טירקל למסקנה הבאה:

בסיכום הדברים דומה שניתן לומר כי מן הדיונים בסוגיות אלה אצל הפוסקים השונים עולה המסקנה שגם לפי מקורות המשפט העברי ההכרעה איננה חד משמעית ומכאן שגם בפרשה שלפנינו אי אפשר לקבוע שצד אחד כולו זכאי וצד אחד כולו חייב.

2. ביקורת

2.1. תוקפו של תנאי ממוני ה"מתנה על מה שכתוב בתורה"

יש מקום לעיון מחודש בכמה מן המסקנות שביקש השופט טירקל להסיק ממקורות המשפט העברי וביישומם בנדון דידן.

ראשית, נעייין בדברי השופט טירקל בעניין ההגבלות על חופש ההתנאה של מי ש"מתנה על מה שכתוב בתורה". כאמור, השופט טירקל נסמך לעניין זה על המשנה בבבא מציעא, הקובעת: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל".¹¹ ברם, כפי שהתבאר בתלמוד,¹² יש בדבר חילוקי דעות בין ר' יהודה לבין ר' מאיר. לשיטתו של ר' יהודה, שנפסקה להלכה, יש להבחין בין התנאה על דבר שבממון, שתנאו קיים אף אם התנה על מה שכתוב בתורה, ובין דבר שאינו של ממון, שיש בו הגבלה, שאין להתנות על מה שכתוב

⁹ לדין מעמיק בסוגיה זו, ראו א' קירשנבאום "עיונים בשליחות לדבר עבירה" דיני ישראל ד 55–89 (התשל"ג).

¹⁰ יש מקום לעיון מחודש בעירוב התחומים בין שליחות לדבר עבירה לבין חוזה קבלני לביצוע עבודה. ראו לבחון גם, אך אין כאן מקום להאריך בדבר, עד כמה יש תחולה (נראה שיש במידה מסוימת) לדיני שליחות ביחסי עבודה עם קבלן שבעיקרון "אדעתיה דנפשיה קא עביד", ולכן לא ברור אם יש כאן יחסי שליח-משלח, לפחות לעניין שליחות לדבר עבירה. והדבר מצריך עיון נוסף.

¹¹ משנה, בבא מציעא, פרק ז, משנה י-יא.

¹² בבא מציעא צד ע"א.

בתורה. כך פירשו בתלמוד שם את המשנה כהולכת בשיטת ר' יהודה. כעין זה עולה גם מן המקבילה בתוספתא: "זה הכלל: כל המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר של ממון – תנאו קיים; בדבר שאינו של ממון – תנאו בטל".¹³ ואף פרשני המשנה פירשו כן, כמו שכתב הרמב"ם בפירושו למשנה: "כל המתנה על הכתוב בתורה – תנאו בטל, אלא אם כן היה התנאי בדבר שבממון, כמו שביארנו, והמדובר כאן הוא בדבר שאינו של ממון".¹⁴ עינינו הרואות כי על פי הסבר התלמוד ניתן להתנות בדבר שבממון אף על מה שכתוב בתורה. וכבר הראה פרופ' אֶלון¹⁵ שבעניין ההתנאה על מה שכתוב בתורה חלה התפתחות בתקופת חז"ל. ואמנם, מתברר שבהלכה הקדומה אכן חל העיקרון שכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, בין שההתנאה היא בעניין שבממון בין שנעשתה בעניין שבאיסור. ברם, בדור הרביעי של התנאים, צמצמו אחדים מחכמי ההלכה, ובכללם ר' יהודה, את היקף תחולתו של העיקרון בדבר שלילת חופש ההתנאה, והעמידוהו רק בדברים שאינם של ממון. בתקופת האמוראים, הלכה ונתקבלה הדעה המקנה תוקף לתנאי שבממון, גם אם יש בדבר משום התנאה על מה שכתוב בתורה,¹⁶ ובלבד שהותנה בסגנון המתאים, שאז רשאי להתנות אף על מצוות שמיטת כספים בשביעית או על איסור אונאה.¹⁷ כדעה זו, אף נפסק הדין בידי פוסקי ההלכה שאחר התלמוד.¹⁸ היטיב לסכם את עמדת ההלכה בסוגיה זו פרופ' אֶלון בקבעו:

בבעיית חופש ההתנאה קבעה אפוא ההלכה העברית הבדל יסודי בין מהותם של דינים שבתחום האיסור לדינים שבתחום הממון: עניינים שבאיסור והיתר, כגון דיני ייבום וחליצה, טיבם וטבעם מחייב הוא, ואין הם נתונים לשינוי על ידי התנאת הצד הנוגע לדבר; אך עניינים שבתחום דיני ממונות – 'יכול הוא למחול, שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה'¹⁹ – התורה גופה לא קבעה אותם כמכריחים, אלא כתלויים ברצונם של הצדדים הנוגעים בהסדר המשפטי שבכך עניין ועניין.²⁰

נמצאנו למדים שדווקא עמדת המיעוט של השופט ברק בפרשת שחור, שפטר את הנהג

13 תוספתא קידושין ג, ח (עמ' 288 במהדורת ליברמן).

14 פירוש המשנה לבבא מציעא, לעיל ה"ש 11. כעין זה פירשו רש"י והמאירי.

15 מ' אֶלון **המשפט העברי** (תשנ"ב) עמ' 109–113. וראו שם ההפניות למקורות הנוגעים לעניין זה.

16 ראו: כתובות פג ע"ב-פד ע"א; בבא מציעא נא ע"א-ע"ב, ועוד.

17 ראו תלמוד מכות ג ע"ב.

18 ראו: רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב, הלכות ז-ח; הנ"ל, הלכות מכירה, פרק יג, הלכות ג-ד; טור ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח, הלכות ה, יב-יג ועוד.

19 כנאמר בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה הרי זו מקודשת.

20 אֶלון, לעיל ה"ש 15, עמ' 113. וראו עוד הרב ב' ליפקין "התנאת הגורמים בדברים שבממון" סיני לה, עמ' קיא ואילך (התשי"ד).

מאחריות בגין ההסכם שעשו ביניהם הצדדים, עולה בקנה אחד עם התפישה המקובלת במשפט העברי, שלפיה התנאים שסוכמו בין צדדים לעסקה ממונית תקפים אף אם נוגדים הם את הדין. ואכן, למסקנה זו הגיע גם בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בפסק הדין שנכתב בידי השופט ניל הנדל (בהסכמת שאר השופטים), שדן בתביעה ודחה אותה בהסתמך אף על מקורות המשפט העברי שמהם הסיק נכונה כי "ביסוד היחסים שבין השומר ובעל הנכס ניצב החוזה שנכרת בין השניים. הוא המגדיר את מהות הקשר שביניהם".²¹

2.2. חוזה בלתי חוקי

חיזוק נוסף לפסק הדין של דעת המיעוט (השופט ברק) ניתן להביא אף מעמדתו העקרונית של המשפט העברי בעניין חוזה בלתי חוקי, העולה בקנה אחד עם דברי המלומדים שהביא השופט ברק בעניין זה.²² כידוע, המשפט העברי מבחין בין החלק ה"ממוני" לחלק ה"איסורי" שבהלכה, ומעניק תוקף חוקי מלא לחוזה שבא בעבירה דתית כל זמן שאין בביצוע החוזה משום ביצוע של העבירה עצמה.²³ וכפי שהדגישו השופטים זילברג ואֶלון, הבחנה מוחלטת זו מאפשרת ניהול חיי משפט יציבים ואף תואמת את זיקת הגומלין בין המוסר לבין המשפט במערכת המשפט העברי, המחייבת לשלול מן העברין את ה"הנאה" הנוספת שבביטול החוזה האזרחי.²⁴ באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון, ביקשו השופטים גם לפרש את סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים לאור תפישתו של המשפט העברי.²⁵ נדמה כי פרשנות דומה בנדון דידן עשויה הייתה להביא לדחיית הטענה הנזכרת בפסק דינו של השופט טירקל, שהסכמת הצדדים על הובלת הטרקטור כשהוא מותנע הייתה בלתי חוקית או סתרה את תקנת הציבור, ולכן דינה להתבטל.

21 ע"א (מחוזי ב"ש) 1129/01, לעיל ה"ש 2, בפסקה 7 לפסק הדין.

22 ראו לעיל, ליד ציון ה"ש 7.

23 יש להבחין בין אכיפת הסכם הכרוך בביצוע עבירה (לדוגמה, גביית ריבית) לבין עבירה שכבר נעברה וכרוכות בה עתה רק התחייבויות ממוניות (כגון: חיוב לשלם אתנן לזונה, ויש עוד דוגמאות להשוואה, כגון מיקח הנעשה באיסור. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רח). ראו: בבא מציעא צא ע"א (רש"י, ד"ה רבא); רמ"א, חושן משפט, סימן פז, סעיף כה, ובנושאי כלים שם; רמ"א, אבן העזר, סימן קעז, סעיף ה, ובפתחי תשובה, שם, ס"ק יא. נדמה שהמקרה שלפנינו מתאים לסוג האחרון, שיש להבחין בו בין העבירה לבין התוצאות הממוניות.

24 ראו: מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב) עמ' 87–88; אֶלון, לעיל ה"ש 15, עמ' 114–115. הדברים קשורים כמובן גם לסוגיה הידועה בתלמוד בעניין "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי מהני" (תמורה ד ע"ב). וראו א' שוחטמן מעשה הבא בעברה (התשמ"א).

25 ראו ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505, בעמ' 516–517 (1980); אֶלון, שם, בעמ' 1443–1447.

פרק רביעי

מתנה

1. חזרה מהתחייבות לתת מתנה

1.1. פרשנות חוק המתנה לפי המשפט העברי

סעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה), מורה לעניין חזרה מהתחייבות לתת מתנה: "רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן משפחתו". בפסק דין חשוב ומעמיק של השופט יעקב טירקל מובאת דעתו העקרונית שיש לפרש את חוק המתנה בכלל, ואת סעיף 5(ג) שבו בפרט, לאור מקורות המשפט העברי.¹ בתחילת דבריו, מציג טירקל את גישתם של אלה הסבורים שאין להסתמך על המשפט העברי כמקור ישיר לפרשנות חוק המתנה. וזה לשונו:

חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוי, חיווה דעתו כי יש לתת לדיבור "התנהגות מחפירה" פרשנות מצמצמת. בכך הלך בעיקר בעקבות ההסדרים שבדין הצרפתי ובדין הגרמני בנושא החזרה מהתחייבות בלתי חוזרת לתת מתנה. לעומת זאת לא נתן דעתו על מקורות המשפט העברי שבהם ניכרת, דומני, נטייה להקל על מי שהתחייב לתת מתנה המבקש לחזור בו. זאת, כנראה, בעקבות דבריו של פרופ' מ' א' ראבילו בספרו על חוק המתנה לפיהם "השפעת המשפט העברי הצטמצמה למינוח בלבד, בעוד שפתרונות מהותיים המוצעים במשפט העברי לא אומצו" (מ' א' ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, מהדורה שניה, תשנ"ז) 22).

¹ ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב(5) 797, בעמ' 811-816 (1999).

גישה זו אינה מקובלת על השופט טירקל. וזה לשונו:

על כל אלה אני חולק. לדעתי יש לפרש את הביטוי "התנהגות מחפירה" פרשנות רחבה המקלה על מי שהתחייב לתת מתנה, שהמקבל נהג בו שלא כראוי – ועל משמעות הדברים אעמוד להלן – לחזור בו מהתחייבותו. גם העיון בשיטות משפט זרות לצורך פרשנותו של חוק המתנה איננו מקובל עלי. מדובר בחוק ישראלי עצמאי ומקורי שיש לגדלו ולטפחו על קרקע ערכיה המיוחדים של חברתנו ולא על קרקע זרה. בתהליך הפרשני גישתו העקרונית של המשפט העברי בנושא החזרה ממתנה – אפילו לא הייתה נר לרגלי המחוקק – היא מקור השראה חשוב. לענין השימוש במקור זה אעיר כי בדיון בכנסת ביום 19.6.68, בקריאה השנייה והקריאה השלישית של חוק המתנה, אמר חבר הכנסת יצחק קליגהופר (אמנם, לענין החלת העקרון "זכין לאדם שלא בפניו") כי: "המחוקק הישראלי אינו צריך להירתע מקבלת השראה מן המשפט העברי. כאשר ניתן ללא כל קושי מיוחד לשלב רעיונות משפטיים, שהגו חכמינו, בחקיקה המודרנית, רצוי בהחלט שבמדינת ישראל ייעשה הדבר ושלא נחמיץ הזדמנויות להסתייע באוצרות הדין העברי" (ד"כ 52 (תשכ"ח) 2350).

הדברים מאלפים ומאפיינים את דרכו של השופט טירקל, שכבר נוכחנו לדעת כי אינו רק נאה דורש אלא גם נאה מקיים. הוא אינו מחמיץ הזדמנויות להסתייע באוצרות המשפט העברי בפסקי הדין שלו המאירים בדבריהם של חכמי ישראל.

1.2. הנטייה להקל על המבקש לחזור בו מהתחייבותו לתת מתנה

השופט טירקל מדגיש בפסק דינו כי המחלוקת בינו לבין המשנה לנשיא ש' לוי, שעל טיבה עמדנו בסעיף הקודם, היא מחלוקת ערכית יותר משהיא מחלוקת פרשנית, ששורשה בהבנתם וביישומם של כללים משפטיים ולא רק במשמעויות לשוניות. השאלות העולות בעניין זה הן: האם עוצמת התחייבותו של נותן מתנה לתת אותה, לרבות עוצמת התחייבותו לא לחזור בו מן הנתנה, כמוה – מבחינה משפטית ומוסרית – כעוצמת התחייבותו של מתקשר בחוזה או שהיא חלשה ממנה? מה משקל ציפייתו של מי שאמור לקבל את המתנה, לרבות משקל ההסתמכות שלו על ההתחייבות לתתה, לעומת משקל זכותו של הנותן לחזור בו?

במענה לשאלות אלה, נשען השופט טירקל על מקורות המשפט העברי שבהם משתקפת הנטייה להקל על מי שמבקש לחזור בו מהתחייבותו לתת מתנה בדרך של עמידה קפדנית על קיום תנאים פורמליים, שבלעדיהם אין תוקף להענקת המתנה. ממקורות אלה מסיק השופט טירקל:

כל עוד לא בוצע קניין גמור של דבר המתנה גופו, על פי כלל הקניין, יכול נותן המתנה לחזור בו, אפילו ללא מתן הסבר כלשהו. כך פסק הרמב"ם: **"הנותן מתנה לחבירו אין המקבל זוכה בה אלא באחד מן הדרכים שהקונה זוכה בהן במקחו. אם מטלטלין רוצה ליתן לו, עד שיגביה או שימשוך דבר שאין דרכו להגביה או יקנה באחד משאר הדברים שהמטלטלין נקנין בהן. ואם קרקע או עבדים נתן לו עד שיחזיק בדרך שמחזיק הלוקח או עד שיגיע שטר מתנה לידו. אבל בדברים לא זכה המקבל אלא כל אחד מהן עדיין יכול לחזור בו"** (הלכות זכיה ומתנה פ"ג ה"א. ההדגשה שלי – י' ט'). כך נקבע גם בשלחן ערוך כי **"הנותן מתנה לחברו בין בקרקע ובין במטלטלין אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם --- אבל בדברים לא זכה המקבל אלא כל אחד יכול לחזור בו"** (שו"ע חו"מ רמ"א א הלכות מתנה. ההדגשה שלי – י' ט'). נאמר גם כי **"...וכיוצא באלו שהם קניין דברים אין לו על מה לחול"** (שו"ע חו"מ, ר"ג א הלכות מקח וממכר. וכן בדברי הרמ"א שם **"מי שקנו ממנו שיעשה שטר מחילה לחברו הווי קניין דברים"**). כך גם נקבע כי התחייבות לחתום על שטר לטובת פלוני, ואפילו ניתנה בדרך של קניין, מותר לחזור ממנה, כפי שנאמר **"אפילו קנו מידו על השטר שאמר בפרוש אני מקנה לכתוב את השטר ולא אוכל למחות קניין דברים הוא ויכול לחזור בו"** (שו"ע חו"מ רמ"ג, בהלכות מתנה. ההדגשה שלי – י' ט'). עוד ראו קצות החושן שם ר"ג ב בשם המהר"ט וכן בחידושי רעק"א בהגהות לחו"מ ס' ו, ועיינו גם בשו"ת הראש כלל ס"ו סימן א' ובטור חושן משפט סימן רמ"ג ובמקרים המתוארים שם). מעניין לציין כי בפסק דין של בית הדין הרבני האזורי לעניני ממונות בקרית ארבע (כבוד הדיינים הרב י' אריאל, הרב ז' קורן והרב י' עמיחי), שבו נדונה התנגדותו של שכן לבניה בחצר לאחר שהסכים בתחילה, נאמר: **"יתר על-כן גם אם התחייב נותן המתנה באמצעות קניין סודר לחתום בשטר, רשאי לחזור בו משום שקניין על התחייבות לחתום אינו קניין על חפץ ממש אלא על פעולה שאין בה ממש, והרי זה "קניין דברים" כמבואר בגמרא (בבא-בתרא ג) וכן בשו"ת הרא"ש, ובשו"ע רמ"ג הנזכר לעיל"** (פס"ד 13/תשנ"ג).

בסיכומם של דברים, טירקל כותב: **"יש, אפוא, מקום לומר כי בעיני המשפט העברי ויתורם של המשיבים על זכותם לחזור בהם מהתחייבותם להסכים בעתיד להצמדת חלק של הגג לדירתם של המערערים, כמוהו כ'קניין דברים' ויכול לחזור בו"**.
לפנינו דוגמה יפה לפסק דין מנומק היטב המיוסד על אדני המשפט העברי הן לעניין הפרשנות העקרונית לחוק הן לעניין התוצאה הסופית.²

² חיזוק נוסף לדבריו של השופט טירקל ניתן להביא אף מן ההלכה שמי שמבטיח לחברו לתת לו מתנה

2. מתנה שניתנה בכפייה – "אונס"

2.1. פסק הדין

מעשה באישה שקיבלה מאמה דירה במתנה. לטענתה, עקב לחץ שהפעיל עליה בעלה, נאלצה לרשום מחצית מן הדירה על שמו. בעת פירוק השיתוף ביניהם בגלל גירושיהם, תבע הבעל את חלקו בדירה, אך בית המשפט לענייני משפחה קיבל את טענת האישה וביטל את המתנה שנתנה לו אשתו לשעבר. אף בית המשפט המחוזי סבר כי מדובר במתנה שניתנה בכפייה. הבעל ערער לבית המשפט העליון בטענה כי הכרעתם של בתי המשפט הקודמים לעניין הכפייה נסמכה אך ורק על תחושתה הסובייקטיבית של האישה אך לא על ראייה אובייקטיבית חיצונית. הבעל טען כי, על פי מבחן אובייקטיבי, אין יסודות הכפייה מתקיימים במקרה דנן. לשיטת הבעל, האישה הסתייעה באחיה, בייעוץ משפטי ובייעוץ פסיכולוגי בשעה שהעבירה את מחצית זכויותיה בדירה הגדולה למבקש ובשעה שחתמה על ייפוי הכוח להעברת מחצית מכספי ירושתה מאמה לבעלה. על כן, אין לראות את פעולותיה כאילו נעשו בכפייה.

שופט בית המשפט העליון, אליקים רובינשטיין, דחה את הערעור,³ תוך שהוא מסתמך על קביעת הערכאה הראשונה שלחציו הבלתי נלאים של הבעל, שאיים לפגוע בעצמו, ותלותה של האישה בו, היו הגורם להסכמתה של האישה. בענייננו נקבע כי התקיימה כפייה על יסוד חששותיה ותחושותיה הסובייקטיביים של האישה. השופט רובינשטיין תולה את הכרעתו בעובדה שבמערכת יחסים משפחתית, אינטימית ועתירת רגשות בדרגה הגבוהה ביותר, ראוי ללכת בדרך שהלך בה; מקומו של המבחן הסובייקטיבי שמור גם בהינתן אותה מגמה לשימוש במבחן אובייקטיבי תוך בחינתם של תנאי החוזה בחוזים עם בעלי כוח כלכלי. במקרה דנן, קובע השופט, כשביחסי זוגיות עסקינן, הרקע הוא בראש ובראשונה רגשי-אנושי, ולכן מתבקשת הסובייקטיביות במבחן להערכת כפייה. לא כל שכן כשמדובר במתנה.

2.2. גדר האונס במכר ובמתנה

כרכו בקודש, מסתייע השופט רובינשטיין בדיני האונס (כפייה) במשפט העברי לצורך חיזוק ההבחנה העקרונית שהוא עושה בין מכר לבין מתנה.⁴ אשר למכר באונס, הוא אומר:

במשפט העברי, דיני כפייה קרויים "אונס", (ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך

רשאי, בדרך כלל, לחזור בו. לפרטי הלכה זו ולהבחנה בין סוגי המתנות, בין מתנה מועטת לבין מתנה מרובה, ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמא, סעיף א, ונושאי הכלים שם.
 בע"מ 1581/06 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006 (2) 715, 718 (2006).

והשוו גם למה שכתב ש' ורדפטיג דיני חוזים במשפט העברי 123–124 ועמ' 127–128 (התשל"ד).

א', ערך "אונס"). אמנם במכר גם מי שאנסוהו למכור – ממכרו ממכר, זאת – אם קיבל מהאונס את דמי המקח (רמב"ם, קנין, מכירה, י', א'; שולחן ערוך חושן משפט ר"ה, א', ד'). עם זאת, "אם מסר מודעא (הודעה – א"ר) קודם שימכור ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלונית לפלוני מפני שאני אנוס, הרי הממכר בטל" (רמב"ם, שם; ראו גם אלון, המשפט העברי א', 522–523). תנאי לכתיבת המודעא על ידי העדים הוא שצריכים הם "לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו" (רמב"ם, שם, ב').

ואולם, הוא מדגיש שהדברים שונים באשר למתנה שניתנה באונס. וזה לשונו:

הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה... ואפילו אם אינו מוסר מודעא, אי ידעינן באונס אינה מתנה, לפיכך המוסר מודעא על המתנה כתבינן ליה אף על גב דלא ידעינן באונסיה... (אם יודעים אנו על האונס אינה מתנה, לפיכך המוסר מודעא על המתנה כותבים לו אף על גב שאיננו יודעים על אונסו – א"ר) (שולחן ערוך שם, רמ"ב, א'). דהיינו, אם ידוע לנו כי נותן המתנה נאנס (כלומר, נכפה עליו לתתה), אף אם לא מסר מודעא בפני עדים עובר להקניית המתנה – הריהי בטלה. כמו כן, אם מסר נותן המתנה מודעא בפני העדים כי עומד הוא ליתן מתנה באונס, אף אם אין הם יודעים ידיעה אובייקטיבית שאכן נותן המתנה אנוס הוא, צריכים הם לכתוב את המודעא, "שהרי אפילו היתה המודעא שקר כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה הרי היא בטלה" (שולחן ערוך, שם). כך גם כתב לפני כן הרמב"ם: "שאיין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה" (שם, קנין, מכירה, י', ג'). טעם ההבדל בין מתנה למכר מצוי בספר מאירת עיניים (ר' יהושע פלק כ"ץ, המאה ה-ט"ז): "דוקא באנסוהו למכור אמרינן אגב אונסיה וזוזי גמר ומקני אם לא מסר מודעא... אבל במתנה כיוון דלא מקבל זוזי, בגילוי דעת בעלמא דלא ניחא ליה במתנה שנותן מבטלינן המתנה" (דווקא באנסוהו למכור אומרים שאגב האונס והזוזים גמר והקנה אם לא מסר הודעה... אבל במתנה, כיוון שאינו מקבל זוזים, (אזי) בגילוי דעת סתם שאין נוח לו במתנה שהוא נותן, מבטלים אנו את המתנה – א"ר).

בסיומו של פסק הדין קובע השופט רובינשטיין: "בענייננו קביעת בית המשפט לענייני משפחה באשר לכפיית המתנה כפי שצוטטה מדברת בעדה ומעידה על חוסר גמירת הדעת, ועל כן מתחזקת המסקנה שאליה הגיעו בתי המשפט הקודמים".

2.3. גרדי האונס במתנה הניתנת לבן זוג

למעלה ראינו את המקורות שהביא השופט רובינשטיין, הנוגעים לטענת אונס ביחס למתנה בכלל. אך פסק הדין ניתן בעניינה של אישה שטענה שנתנה לבעלה מתנה באונס (בכפייה) רק בגלל שהייתה נשואה לו והלחצים שהפעיל עליה. וכאן המקום לשאול: האם לפי ההלכה היהודית, יש לאופי השונה של הכפייה במתנה הניתנת במסגרת יחסים זוגית – לעומת מקרים אחרים – השפעה על תקפותה של המתנה?

במקורות המשפט העברי נדון עניין דומה של טענת אונס שהועלתה במתנה שניתנה אגב נישואין, ומן הראוי לבחון מה תהא ההכרעה המשפטית בנוסח דנן לאור התפישות העולות מדברי חכמי ישראל.

בתלמוד⁵ מובא מעשה באדם שהיה חפץ לשאת אישה, אך היא לא הסכימה להינשא לו קודם שיכתוב לה שטר על כל נכסיו. כששמע בנו הגדול את הדבר, כעס על אביו וצעק עליו על שהוא נותן את כל נכסיו לאותה אישה. לכן, אמר האב לעדים: "לכו והחביאו עצמכם וכתבו בסתר לבני את כל נכסיי במתנה". אחר כך, כתב לאותה אישה שטר מתנה על כל נכסיו באופן גלוי לעין כול. כשבא המעשה הזה לפני חכמים, פסקו ששניהם אינם קונים את הנכסים: הבן מפני שהיא "מתנתא טמירתא [=מתנה נסתרת]", והאישה מפני שהדברים מוכיחים שכתב לה שלא ברצונו וכאנוס בדבר, משום שעצם המתנה שנתן לבנו הרי היא כגילוי דעת שאין ברצונו לתת לאישה את המתנה. רבים מן הפרשנים והפוסקים הסיקו מסוגיית התלמוד כי אדם הנותן לאישה את כל נכסיו מחשש שאם לא יעשה כן, היא לא תינשא לו, אינו נחשב כאנוס.⁶ בטעמו של דבר, מסתברים דברי בעל "ערוך השולחן". וזה לשונו:⁷ "דבאמת אין זה אונס. דאונס לא מקרי אלא כשהוא אינו מאחרים, כגון שכופין אותו על פי איזה עניין. אבל במה שהוא אנוס מרצון נפשו, ואלמלי לא רצה למלאות תאוותו לא היה מוכרח לזה, זה הוא רצון גמור, דעל ידי תאוותו לישאנה, גמר בלבו ליתן לה".⁸ ומוסיף בעל "ערוך השולחן" שאמנם אחדים מן הפרשנים סבורים כי "גם בלא מתנת הבן בטלה מתנתה, מפני שרואין אונסו שמוכרח לזה מפני רצונו לישאנה",⁹ אך "אין הלכה כן. וכן הסכימו רבותינו בעלי השולחן ערוך דכל אונס שבא על פי רצון נפשו אין זה אונס

5 בבא בתרא מ"ע"ב.

6 שהרי ניתן לדייק מן הסוגיה שהמתנה לאישה בטלה רק מפני גילוי הדעת של מתנת הבן ולא משום אונסו של האדם, שנותן לאישה כל נכסיו מפני שלא רצתה להינשא לו בלעדי המתנה.

7 ערוך השולחן, חושן משפט, סימן רמב, סעיף י.

8 ולכן בלא מודעה לא היה אפשר לבטל את מתנתה, ורק מתנת הבן, שהיא בגילוי דעת מפורש, נחשבת כמסירת מודעה למתנתה של האישה, ובטלה המתנה.

9 ראו לדוגמה: שיטת רבנו חננאל, הנזכרת בטור, חושן משפט, סוף סימן רמב; נימוקי יוסף על בבא בתרא מ"ע"ב. בטעמה של שיטה זו, כותב אלבק: "כאן ודאי שאין זה אונס גמור, לפי שאם לא ירצה, לא ישא אשה זו ולא יתן לה מתנה. אף על פי כן, כיון שאינו נותן מתנה זו בכל לבו, המתנה בטלה. שכן, רוב בני אדם במקומו לא היו גומרים דעתם למתנה כזו, והיו מתכוונים לחזור בהם" (ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד 234 (התשל"ו)).

בלא מסירת מודעא"¹⁰.

אפשר שיישומה של התפישה המדגישה את הייחוד שבמתן מתנה במסגרת יחסים זוגיים בנסיבות פסק הדין דנן עשויה הייתה להוביל למסקנה שעצם חששה של האישה שאם לא תתן לבעלה מתנה, ייפגעו היחסים הזוגיים ביניהם, אינו נחשב לאונס המבטל את המתנה,¹¹ ועליה להוכיח שהבעל ממש כפה עליה לעשות זאת באיומים, וכדומה.¹² וראוי גם לבחון, אך לא נעשה זאת כאן, אם אף לפי מקורות המשפט העברי נקבע האונס על פי מבחן סובייקטיבי או שמא הצדק עם פרופ' שלום אלבק, האומר: "שאומדן דעתו של המקנה באונס, אם גמר דעתו והקנה מחמת האונס, אם לאו, הוא אובייקטיבי, לפי דרכם של רוב בני אדם במקומו, ולא לפי דעתו של אנוס זה."¹³

10 השיטה המקובלת להלכה מיוסדת על דברי ר"י מיגאש שהובאו להלכה בידי הטור, חושן משפט, סוף סימן רמב. בשיטה זו הלכו גם הרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה ה (ראו מגיד משנה שם), וכן המחבר והרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, שם, סעיף י (וראו נושאי הכלים שם). כן ראו מאמרו של הרב ח' איזירר "אונס דנפשיה בממונות, בעונשין ובגיטין" **שורת הדין** ה, עמ' רחצ-שטו (התשנ"ט), ובמיוחד בעמ' ש-שו.

11 והשוו גם לנפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיח, סעיף יז, על יסוד תשובת הרא"ש, כלל לה, סעיף ז, שאם מחלה אישה על כתובתה לבעלה, ואחר כך טענה שבאונס מחלה מפי שאיים עליה לגרשה או לישא אחרת, מפני שאינה יולדת, אין זה נחשב כטענת אונס המבטלת את המחילה.

12 כעין דברי הרמ"א, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קה, סעיף ה, בשם שו"ת הרשב"א, שאם נאנסה (כפייה) אישה למחול על כתובתה ויש עדים על האונס, כגון שהיה מתקוטט עימה כדי שתמחל לו, והוציאה מביתו, ונתפייסה ומחלה לו, כדי שתשב עימו בשלווה, הרי מחילתה בטלה, אף על פי שלא מסרה מודעא. ואם יש ביד הבעל לממש את איומיו, הדבר נחשב לאונס. לדיון ביחס שבין דברי הרשב"א האמורים לבין דברי הרא"ש הנזכרים לעיל, ה"ש 11, ראו הרב י' בלויא **פתחי חושן ברניני קניינים, מכירה ומתנה**, עמ' תקצט (התשנ"ד).

13 אלבק, לעיל ה"ש 9, עמ' 235.

שער חמישי

דיני נזיקין

פרק ראשון

האחריות בנזיקין

1. יסוד האחריות בנזיקין

1.1. הפשיעה כיסוד האחריות בנזיקין

בפרשת **סלמה**, נדונה שאלת האחריות הנזיקית על פרגולה (עריס) שהתעופפה מבית משותף ופגעה בתלמידים. במסגרת דיונו בעניין זה, דן השופט יצחק אנגלרד בשאלת יסוד האחריות בנזיקין לפי המשפט העברי,¹ בהדגישו כי בשיטה זו אין מקובלת שיטת האחריות המוחלטת. וזה לשונו:

שיטות לא מעטות מטילות על מחזיקי מבנים אחריות חמורה בשל התמוטטות או נפילה של חלקים מן המבנה. עם זאת יצוין, כי במסורת המשפט העברי האחריות היא על יסוד פשיעה, שמשמעותה התרשלות.

השופט אנגלרד מביא ראייה לדבריו מסוגיה הקרובה לנדון בפרשת **סלמה**. וזה לשונו:

השווה בעניין נזקים אלה את המשנה, בבא מציעא, י, ד: "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו, פטור מלשלם. נתנו לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, ונפלו בתוך הזמן – פטור; לאחר הזמן – חייב". את המשנה הזאת יש לקרוא ביחד עם התוספתא, בבא מציעא, יא, ז: "נפל הכותל מחמת הזוועות, ומחמת הרוח, ומחמת הגשמים, אם בנאו כדרכו פטור, אם לאו, חייב".

נמצא כי התנאי לפטור הוא, כפי שמציין גם רש"י, בבבא מציעא, קיז, ב, על

¹ ע"א 3881/98 סלמה נ' שדה, פ"ד נג(4) 721, 724 (1999).

אתר, ד"ה פטור, שבעל הכותל היה אנוס, כלומר לא התרשל בבנייה. ברוח זו ראה נימוקי יוסף על הרי"ף, בבא מציעא, קיז, ד"ה פטור מלשלם: "דמאי הוה ליה למיעבד אנוס הוא וא"כ מיירי דוקא שבנאו כראוי אבל שלא כראוי חייב דתניא בתוספתא נפל הכותל מחמת הזועות מחמת הרוח מחמת הגשמים אם בנאו כדרכה פטור ואם לאו חייב וכי תנן פטור בין בנזקין דשעת נפילה בין בנזקין דלאחר נפילה בשעת נפילה משום דכיון שבנאו כדרכו כדכתבנא אנוס הוא ופטור...". ראה עוד מרן בית יוסף על טור, חו"מ, תטז וכן הרמ"א בהגהותיו על שו"ע, חו"מ, תטז, א. כן ראה לגבי מקור האחריות בהלכה י' בלויא פתחי חושן – ליקוטים וביאורים בהלכה בהלכות נזיקין ושכנים, פרק ח', סי' כב-כה, עמ' רנא-רנה.

1.2. ביקורת: כלום יש להשתית את האחריות בנזיקין על יסוד הפשיעה בלבד?

השופט אנגלרד קובע נחרצות "כי במסורת המשפט העברי האחריות היא על יסוד פשיעה, שמשמעותה התרשלות". ברם, אף על פי שממקורות רבים אכן עולה כן, ואף פרופ' ש' אלבק הדגיש יסוד זה במיוחד בספרו,² הרי שנראה שקביעת הפשיעה כיסוד בלעדי לאחריות בנזיקין אינה משקפת נכונה את העולה מכלל מקורות המשפט העברי.³ חכמי ישראל לדורותיהם נחלקו בשאלת יסוד חיוב התשלומין בנזקי ממונו של האדם, כמפורט בדיונו הנרחב של ד"ר ז' ורהפטיג.⁴ כך, למשל, עולה מדברי הרמב"ם שיסוד החיוב הוא הבעלות על הדבר המזיק, ובלשונו: "כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה, הבעלים חייבים לשלם, שהרי ממונם הזיק".⁵ ד"ר ורהפטיג מכנה שיטה זו בשם שיטת "הבעלות והאחריות המוחלטת". לעומת זאת, לדעת הטור, יסוד החיוב הוא מפני שלא שמר האדם את הנכס המזיק שלו, ומשום כך מעשהו בגדר פשיעתו של האדם.⁶ במאמרו של

² פשר דיני הנזיקין בתלמוד (התשכ"ה).

³ ומעניין כי אף פרופ' אנגלרד עצמו (במאמרו "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34–65 (התשל"ה)) ביקר את דרכו של פרופ' אלבק בהעמידו את יסוד האחריות בנזיקין על הפשיעה בלבד, באמרו: "בצד עקרון הפשיעה כנימוק להטלת אחריות בנזיקין עומדים עקרונות אחרים המבוססים על רעיונות שונים, כגון סיכון, פיזור הנזק, ועוד. האחריות החמורה המתבססת על גרימה, בהבדל מאשמה, נחשבת בעיני רבים כעקרון מנחה במשפטים העתיקים. גם אם אין להפריז בבלעדיות עקרון זה בשום זמן מן הזמנים, הרי סביר להניח כי הוא תפס מקום גם במשפט היהודי בסוגיות מסוימות. דומה כי דינים רבים המטילים אחריות ובהם מתקשה אלבק, מוסברים יפה לפי עקרון מנוגד זה" (שם, עמ' 62–63). יש להתפלא אפוא על שבפסק הדין הנזכר לעיל, העמיד אנגלרד את יסוד האחריות על הפשיעה, ומעתה יש להפנות כלפיו את דברי הביקורת שכתב על דרכו של אלבק.

⁴ ז' ורהפטיג "יסוד האחריות על נזקים במשפט העברי" מחקרים במשפט העברי 211–228 (התשמ"ה).

⁵ הלכות נזקי ממון, פרק א, הלכה א.

⁶ טור, חושן משפט, סימן שפט, סעיף א. לדיון במחלוקת בין הרמב"ם לבין הטור, ראו גם מה שכתב הרב א' שינפלד נזיקין 169 (התשנ"ב).

ורהפטיג מובאות ראיות רבות ומשכנעות לעובדה שלשיטת "האחריות המוחלטת", כמו גם לשיטת "הפשיעה", יש שורשים חזקים הן במקורות התלמודיים והן בדברי כמה מן הראשונים והאחרונים. וראוי להדגיש כי הצגת ההבחנה בין שתי השיטות האמורות אינה חידוש של ורהפטיג וכי כבר עמדו על יסודותיהן של שתי השיטות הללו בהרחבה ובעמקות כמה מגדולי ראשי הישיבות בדורות האחרונים.⁷ ראוי היה להרחיב דברים בסוגיה זו, אך אין כאן מקום להאריך. בסעיף הבא נראה כי ההבדלים בין שתי השיטות האמורות משתקפים אף בפרשנות המשנה שצוינה בידי אנגלרד.

1.3. "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו" – בין פשיעה לבין אחריות מוחלטת

השופט אנגלרד ציטט בפסק הדין בפרשת סלמה את דברי המשנה, "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו – פטור מלשלם" (בבא מציעא, פרק י, משנה ד). על יסוד משנה זו, ביקש השופט לחזק את תפישתו, שלפיה עולה מן המשפט העברי שיש להטיל על מחזיקי מבנים אחריות על התמוטטות מבנה השייך להם בשל פשיעתם באחזקתו, המכונה בימינו רשלנות, או אפילו על נפילת חלקים ממנו. ברם, אף על פי שרבים מהפרשנים והפוסקים הנזכרים אצל אנגלרד העמידו משנה זו בראי הפשיעה כיסוד לאחריות, דבריהם אמורים רק לפי נוסח המשנה שהבאנו לעיל. ברם, כבר העירו ראשונים על קיומה של גרסה אחרת במשנה,⁸ הבאה אף באחדים מכתבי היד,⁹ וזה לשונה: "הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו – חייב לשלם". קשה להלום גרסה זו לפי שיטת הפשיעה,¹⁰ משום שלפי גרסה זו, בעלי הכותל והאילן שנפלו חייבים לשלם אף אם היו חזקים, ונבנה הכותל כראוי וניטע האילן כהלכתו, והתמוטטו בלא אשם תורם של בעליהם, מפני שהזיק ממונו. וכבר כתב אחד מן הראשונים שביסוד גרסה זו עומדת התפישה שראוי שיבדוק האדם תדיר את רכושו ולוודא שכותל ביתו ואילנותיו הם חזקים דיים כדי שלא יפלו ויזיקו.¹¹ וכבר העיר אל נכון

⁷ וראו לדוגמה: דברי הרב י' וינברג, שרידי אש, חלק ד, עמ' קכה-קלב; הרב י"ח סרנא "יסוד החיוב בניזיקין" ספר הזכרון לגר"ח שמואלביץ, עמ' תקפב-תקצז (התשמ"ז); הרב ש"י זיין "היסוד החיובי של נזיקין" תורה שבעל פה ד, עמ' ט-יז (התשכ"ב).

⁸ ראו לדוגמה תוספות בבא קמא ו ע"א, ד"ה הכי גרסינן, המעיד על ספרים שכתוב בהם "חייב לשלם".

⁹ ראו דקדוקי סופרים, בבא קמא ו ע"ב.

¹⁰ ואף יש לעיין בקושיית התוספות, לעיל ה"ש 8, שם, שלפי גרסה זו, אין מובן מדוע כשלא הזהירוהו לקון את האילן, חייב לשלם; ואילו כאשר הזהירוהו ונתנו לו זמן, הוקל דינו, והוא פטור. בתירוץ קושיה זו, אומר הרב אי"ה קוק בהגהותיו לבבא קמא שם (הודפסו בש"ס הוצאת "אל המקורות" ו"פרדס") כי כשהזהירוהו לקון ולסתור, הריהו מתייאש מן הכותל, וכבר אינו ממונו, ונשאר רק החיוב מצד פשיעתו, ועל זה הוא חייב אם עבר הזמן שנקצב לו ולא סתר, מה שאין כן כשכותל בריא מתמוטט ונופל פתאום בלא אזהרה מוקדמת. והעיר על עניין זה אף ורהפטיג, לעיל ה"ש 4, עמ' 216–217. לתירוץ דומה, ראו מה שכתב מהר"י כ"ץ, להלן ה"ש 11.

¹¹ דברי מהר"י כ"ץ, המובאים בשיטה מקובצת על בבא קמא, שם. וראו שם תירוץ לקושיית התוספות

ורהפטיג: "מכאן סימוכין לשיטת הבעלות באחריות על נזקי ממונו ולעקרון של **אחריות מוחלטת**".¹² עוד הוא מעיר שתפיסה דומה עולה אף מדברי משנה אחרת: "גדר שנפל לרשות הרבים והוזקו בהן אחרים חייב בנזקן".¹³

עינינו הרואות אפוא שיש שתי שיטות ביסוד האחריות בנזיקין במשפט העברי, "שיטת הפשיעה" ו"שיטת הבעלות והאחריות המוחלטת". ההבדלים בין שתי השיטות הללו משתקפים אף בפרשנות המשנה במסכת בבא קמא, שיטה שיטה וגרסתה במשנה. יישומן של שתי השיטות הללו בפרשת **סלמה** עשוי להביא לידי תוצאות מנוגדות: לפי שיטת הפשיעה, יש מקום לפטור את בעלי הפרגולה מאחריות נזיקית, כדברי אנגלרד; ואילו לפי שיטת הבעלות, יש מקום להטיל על בעלי הפרגולה אחריות מוחלטת, שהרי ממונם הזיק.

הנזכרת בהערה הקודמת.

12 ורהפטיג, לעיל ה"ש 10.

13 משנה בבא קמא, פרק ג, משנה ב.

שער שישי

דיני עונשין

פרק ראשון

יסודות העבירה

1. עבירה נמשכת

1.1. הגדרת "עבירה נמשכת"

בית המשפט העליון דן בערעור על הרשעה בעבירה של אי-העברת ניכויי מס ממשכורות העובדים מן המעסיק לרשויות.¹ שופט בית המשפט העליון, אליעזר גולדברג, קבע כי בשל הזמן הרב שחלף ממועד ביצוע העבירה ועד מועד ההעמדה לדין, מתעוררת שאלת התיישנות, אלא אם כן נאמר שמדובר ב"עבירה נמשכת", שכל זמן שלא שילם המעסיק את המסים לרשויות – העבירה עדיין עומדת בעינה והיא נמשכת עד שישלם את המסים לרשויות. ומאליה עולה השאלה: מהי עבירה נמשכת?

במשפט הפלילי נהוג להבחין בין שני סוגי עבירות: עבירות "רגעיות" ועבירות "המתנות במשך זמן". עבירה נמשכת נמנית עם הסוג השני של עבירות. השופט גולדברג נסמך לעניין זה על הגדרתו של פרופ' ש"ז פלר בעניין עבירה נגזרת. וזה לשונו של פלר בעניין זה:

עבירה שמצריכה לשם השלמתה התחילית התמדה במשך זמן מסוים ברכיב ההתנהגותי שבו היא מותנית, וכל התמדה נוספת בו דוחה, עד להפסקתו, את ההשלמה הסופית של העבירה, כעבירה אחת ויחידה מאז תחילתה; והכל, כאשר התמדה כאמור היא מענינו של הטבע האובייקטיבי של הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה.²

¹ ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 766 (1998).

² ש"ז פלר יסודות ביני עונשין, כרך ג 186 (התשנ"ב).

1.2. עבירה נמשכת במקורות המשפט העברי

בדונו בהגדרת "עבירה נמשכת", התבסס השופט גולדברג אף על מקורות המשפט העברי. וזה לשונו:³

המושג "עבירה נמשכת" מצוי גם במקורות המשפט העברי. אחת הדוגמאות, מן הפחות ידועות, לקוחה מחיוב מצוות המילה. לגבי חובה זו נאמר "וְעָרַל זָכָר אֶשֶׁר לֹא-יְמוּל אֶת-בְּשָׁר עֶרְלָתוֹ וְנִכְרְתָה הַנֶּפֶשׁ הַהִוא מֵעַמּוּקָה..." (בראשית, יז, יד). קיים דיון בגמרא (קידושין, כט, א) בשאלה מניין שהאישה אינה מחויבת למול את בנה. תשובת הגמרא היא שהעניין נלמד מפשוטו של מקרא, שנאמר "פְּאֶשֶׁר צָוָה אֱתוֹ אֱלֹהִים" (בראשית, כא, ד) היינו: "אותו ולא אותה". מקשים ב"תוספות" (תוספות, קידושין, כט, א, ד"ה אותו ולא אותה) – מדוע צריכים אנו ללמוד את הפטור מחיוב מילת הבן מפסוק שבתורה והרי ניתן להגיע לאותה מסקנה הילכתית בדרך אחרת? לדעת ה"תוספות" הואיל ומצוות מילה היא מצוות עשה שהזמן גרמא, שכן החובה למול את הבן היא "ביום השמיני" ללידתו, ומאחר שנשים פטורות מקיום מצוות שהזמן גרמן, היה, לכאורה, מקום לקבוע שהאישה תהיה פטורה מחיוב מילת הבן ולא צריך לשם לימוד העניין בפסוק מפורש. מתרצים ב"תוספות" (שם), שלא כך הדבר: "...ויש לומר כיוון דמיום השמיני והלאה אין לה הפסק, לאו זמן גרמא הוא".

לאור תפישה זו, מציג השופט גולדברג את קיום מצוות המילה כחיוב נמשך. וזה לשונו:

במילים אחרות: אמנם מצוות מילה היא מצוות עשה שהזמן גרמא ובתור שכזו צריכה הייתה האישה להיות פטורה מקיום חובת המילה של בנה, דא עקא, שאם לא קוימה המצווה בזמנה "אין לה הפסק", היינו: עצם חיוב המילה אינו מפסיק אחרי "היום השמיני". החיוב ממשיך לחול כאשר עונש כרת בצדו. שניהם חלים בכל רגע ורגע. על כורחך אתה אומר שיש ללמוד את פטור האשה מלמול את בנה, ממקרא מפורש בלבד.

1.3. עיון והרחבה

ההיקש שהיקש השופט גולדברג ממצוות המילה למושג "העבירה נמשכת" מקורי ביותר.⁴ ואולם אין די במקורות שהביא השופט, ועדיין הדברים צריכים השלמה וביאור גדריה

³ השופט גולדברג, לעיל ה"ש 1, עמ' 774–775.

⁴ אך יש מקום להעיר על הבעייתיות שבעצם ההיקש למצוות המילה לנוכח ההבדלים המובנים בין עבירה דתית לבין עבירה פלילית, כגון באשר ליסוד הנפשי, וכדומה.

המדויקים של מצוות המילה או, ליתר דיוק, גרריה של העבירה שעובר מי שאינו מהול. בעלי התוספות, שדבריהם הובאו בידי השופט, דנים בצד החיובי של מצוות המילה וקובעים כי "אין לה הפסק", אך אינם דנים בצד השלילי של העבירה שעובר מי שאינו מהול, ואינם קובעים מתי עובר אותו אדם שלא מל על האיסור ומתי הוא ענוש כרת. שאלה זו שנויה במחלוקת בין גדולי הראשונים. אמנם אפיונה של מצוות המילה כעבירה נמשכת עולה בקנה אחד עם שיטת הרמב"ם, הפוסק להלכה: "כל יום ויום שיעבור עליו משיגדיל ולא ימול את עצמו, הרי הוא מבטל מצות עשה, אבל אינו חייב כרת עד שימות והוא ערל במזיד"⁵. וביאר הרמב"ם בהרחבה עניין זה בפירושו למשנה. וזה לשונו:

שאם עבר אדם ולא מל את בנו או יליד ביתו, וחמל עליו ביום השמיני, הרי זה עבר על מצות עשה גדולה וחמורה מאד, שאין בכל המצוות כמות. ולעולם אין לו תשלומין למצוה זו, והרי עונו חמור ממי שעבר עליו חג הסוכות ולא עשה סוכה או ליל פסח ולא אכל מצה. אלא שעם כל זה לא נפטר מן המצוה, אלא עדיין הוא מצווה ומחויב למולו תמיד. וכל זמן שלא מלו, הרי הוא עובר על מצות עשה שהגיע זמנה. ואם מלו, נסתלקה מעליו העבירה, וקיים המצוה... ואם גדל הילד והגיע לכלל עונשים, נסתלק החיוב מעל כל אדם, ונתחייב הוא למול את עצמו מיד. וכל זמן שלא מל, הרי זה עובר על מצות עשה, עד שימול. וכשימול, ואפילו מל ביומו האחרון, הרי זה קיים המצוה, ונסתלקה מעליו העבירה. ואם מת כשהוא ערל, אז יהיה מחויב כרת האמור בתורה במי שלא מל. ואיני יודע בכל המצוות מצווה דומה לזו, כלומר שלא יתחייב עליה עונש עד שימות העובר בחטאו.⁶

עניינו הרואות: לשיטת הרמב"ם, ניתן להגדיר את מי שאינו מל כעובר עבירה נמשכת. ונתייחדה מצוות המילה בעניין זה משאר המצוות, כפי שמדגיש הרמב"ם עצמו שכל זמן שלא מל האדם, ונשאר ערל, הרי זה "עובר על מצות עשה שהגיע זמנה", משום שהוא חייב בכל רגע להיות מהול שתהיה אות הברית חתומה בבשרו. בכל יום שהוא מתמהמה ואינו מל את בשר ערלתו, הוא מבטל מצוות עשה, אלא שאינו ענוש כרת עד שימות, מפני שכל זמן שהוא בחיים, עדיין הוא יכול לקיים את מצוות עשה ולהסתלק מן העבירה. ואולם הראב"ד⁷ אינו מקבל את הגדרת מעמדה הייחודי של מצוות המילה לפי שיטת הרמב"ם. לדעתו, אין מדובר בעבירה נמשכת אלא בעבירה מתחדשת, משום שהאדם "כל יום עומד באיסור כרת"⁸.

5 רמב"ם, הלכות מילה, פרק א, הלכה ב.

6 פירוש המשנה, שבת, פרק יט, משנה ו.

7 בהשגותיו על הרמב"ם, הלכות מילה, לעיל ה"ש 5.

8 לביאור שיטתו ושיטת הרמב"ם, ראו דברי כסף משנה, הלכות מילה, לעיל ה"ש 5.

2. היסוד הנפשי במעשה מגונה

2.1. היסוד הנפשי הנדרש במעשה מגונה

מעשה באדם שהורשע בשורה של עבירות מין ואלומות, בין היתר על חיפוש שערך בגופה של אישה אחר כספי אתנן שחשד שהיא מחביאה אותם מפניו. המורשע ערער לבית המשפט העליון בטענה שלא התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לעבירת מעשה מגונה שהורשע בה בעקבות מה שעשה, ולכן אין להחיל את הלכת הצפיות בעברה זו.⁹ בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים, דחה את ערעורו.

מעשה מגונה הוא מסוג עבירות ההתנהגות שהמחוקק שילב בהן יסוד של מטרה מיוחדת שהמעשה בא להשיג, גירווי מיני או סיפוק מיני או ביזוי מיני של הזולת. כלומר, כדי להגדיר מעשה מסוים כמעשה מגונה, צריך שיעשה למען מטרה או תכלית. בפסק הדין שכתבה השופטת פרוקצ'יה בעניין זה, נקבע שאין צורך בקיומה של תוצאה כדי להגדיר מעשה כמעשה מגונה, ודי בהתקיים היסוד העובדתי בעבירה בתוספת הוכחה בדבר קיום המטרה האמורה. כדי להוכיח שמעשה מסוים הוא מעשה מגונה, יש צורך להוכיח רק את קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה, אך אין צורך שתתממש מטרה זו, ודי בעובדה שעמדה המטרה המיוחדת את היסוד הנפשי שבעבירה לנגד עיני העושה את המעשה בשעת עשייתו. השופטת פרוקצ'יה קובעת שלכאורה לא נתקיים בנסיבות אלה היסוד הנפשי, שהרי לא הוכח שהתכוון המערער להשיג את אחת התכליות שהזכרנו לעיל, אך היא סבורה כי מכוח הלכת הצפיות, יש לייחס למערער מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לוודאי שיביאו מעשיו לביזויה המיני של המתלוננת. מודעות זו שקולה לקיום מטרה בלבו להשיג את התכלית האסורה, אף אם לא חפץ בביזויה, ומשום כך נתקיים במקרה זה היסוד הנפשי הנדרש.

2.2. היקש לדיני בושת

השופט יעקב טירקל הסכים לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ולנימוקיה, אך ביקש כדרכו לבסס את פסק הדין על אדני המשפט העברי, ולכן הקיש את העניין שנדון לפניו לדיני הבושת. וזה לשונו:

אעיר כאן כי דומני שגם המשפט העברי הכיר בעקרונות דומים לאלה שעליהם עמדה חברתי. נקבע כי במקרה שבו מנסה אשה להציל את אישה המוכה במהלך תגרה עם אחר, ואגב כך נוגעת בגופו בדרך שיש בה כדי לביישו, עלולה היא להתחייב בתשלום "ממון דמי בושתו", אף על פי שלא התכוונה לביישו (דברים, כה, יא-יב וכן פירושי רש"י ואבן עזרא על

⁹ ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001).

הפסוקים שם, אך השוו פירוש אור החיים).¹⁰

2.3. עיון והרחבה

השופט טירקל רמז על ההיקש לדיני הבושת, אך דבריו הקצרים מצריכים השלמה ועיון.¹¹ וכאן המקום לברר מהו היסוד הנפשי הנדרש על פי המשפט העברי לחיוב בדמי בושת. נפסק להלכה שהמבייש את זולתו אינו מתחייב על הבושת עד שיתכוון לה, שנאמר: "ושלחה ידה".¹² לפיכך, אדם ישן שבייש את זולתו פטור. וכן מי שנפל מן הגג והזיק את זולתו וביישו, אף על פי שחייב על הנזק, פטור מדמי בושת.¹³ והשאלה העולה בנדוננו היא אם הלכה זו סותרת את ההיקש שהקיש השופט טירקל. נראים הדברים שאין לומר כן. חכמי המשפט העברי,¹⁴ אומרים שהדברים אמורים בשלא התכוון המבייש לעשות מעשה כלל, אבל אם התכוון להזיק לזולתו אך לא התכוון לביישו, חייב אף על הבושת, שנאמר: "ושלחה ידה והחזיקה במבשיו". דרשו חכמים פסוק זה ואמרו: "ממשמע שנאמר 'ושלחה ידה', איני יודע שהחזיקה? מה תלמוד לומר 'והחזיקה'? לומר לך: כיון שהתכוון להזיק, אף שלא התכוון לביישו. והראיה שאין האשה מתכוונת אלא להציל את בעלה, אך הואיל ומכל מקום מתכוונת להזיק חייבת אף על הבושת".¹⁵ לפיכך, אם אחר שנפל מן הגג נתהפך ככוונה ליפול על האדם, חייב.

ונחלקו הראשונים והפוסקים בגדרו של היסוד הנפשי הנדרש לחיוב בדמי בושת: יש אומרים שהמבייש חייב על הבושת אף אם התכוון לאותו המעשה שיש בו ביוש, כגון שאחרי שנפל מן הגג נתהפך כדי שיפול על האדם להנאתו כדי שלא ייחבט בקרקע, ולא רק כשנתכוון להזיק ממש.¹⁶ לפי שיטה זו, אכן יש יסוד איתן לחייב על מעשה הבושת שבנדוננו, כפי שפסק השופט טירקל. אך יש כאלה שחולקים עליהם והם סבורים שאם לא התכוון האדם להזיק לזולתו, הריהו פטור – אף על פי שהתכוון לאותו מעשה¹⁷ – משום

10 שם, עמ' 510–511.

11 יש להעיר כי יש קושי מסוים בעצם היקש דיני הבושת, הנמנים עם דיני הנזיקין העבריים, לדיני הגדרת עבירת מעשה מגונה, הנוגעים לדין הפלילי. אך לא נדון בקושי זה.

12 מעניין שאף בפירושו של אבן עזרא, הנזכר בדברי השופט טירקל, מודגש יסוד הכוונה: "והוא עזות מצח לגלות דבר הנסתר, שהוא ערוה".

13 ראו משנה ותלמוד, בבא קמא פו ע"ב; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכות י"ב; טור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף א וסעיף יא. להרחבה, ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ג, ערך "בושת", עמ' מד. כל זאת, שלא כשאר תשלומי נזק שהיבים ושווים בהם שאינו מתכוון כמתכוון. ראו **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך "אדם המזיק" וערך "חובל".

14 שם.

15 מאירי, שיטה מקובצת לבבא קמא שם.

16 רש"י, בבא קמא שם; טור, שם. וראו גם תוספות רעק"א, בבא קמא, פרק ב, משנה ו.

17 כגון שהתכוון להנאת עצמו וכיוצא בזה.

שכל זמן שלא התכוון המבייש לרעת המתבייש אין מעשהו בגדר ביוש המחייבו בתשלומים.¹⁸ לפי שיטה זו, יקשה עלינו לחייב בנדוננו את האדם שעריך חיפוש על גופה של האישה לצורך מציאת הכסף, אלא אם כן נאמר שמעשהו היה מלווה בהכרח גם בזלזול באישה.¹⁹

¹⁸ ים של שלמה, בבא קמא, פרק ב, סימן לט. וראו ביאור הגר"א, חושן משפט, סימן תכא, ס"ק ב. לדעה זו, הקובל על חברו בבית דין שמסרו או שגנב ממנו, אף על פי שאינו יכול לברר את הדבר, מכל מקום פטור מדמי בושת, שהרי לא כיוון לביישו אלא לגבות את נזקו. שו"ת מהר"י וייל, סימן קסה; רמ"א, חושן משפט, סימן תכא, סעיף א. ועיינו שם בסמ"ע. ועיין בביאור הגר"א שם, האומר שהדבר נכון רק לדעת ים של שלמה.

¹⁹ יש מקום לדון אף בסוגיית הצפיות שעמדה במרכז הדיון בפסק הדין, ונדונה בין היתר בחיוב בניזקין באונס גמור/לא גמור. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף ד. אך גם בהקשר זה, יש לשים לב להבדלים בין דיני הנזיקין לבין הדין הפלילי.

פרק שני

הגנות

1. טעות במצב הדברים בעבירת אונס

1.1. טעות לעניין הסכמה לקיום מגע מיני

מעשה בפזיותרפיסט שהואשם בביצוע אונס ומעשה סדום במטופלת שלו במהלך טיפול בעיסוי (להלן: המתלוננת). העובדות שהביאו להגשת כתב אישום נגדו הן שבסוף עיסוי ארוך, נשכב הנאשם לצדה של המתלוננת, חשף את איבר מינו אל מול פניה, החדירו לפיה, החדיר את ידו לאיבר מינה והגיע לפורקן. הנאשם טען שהמעשים נעשו בהסכמת המטופלת, ואילו היא העידה כי לא עלה בידה לפעול בתושייה, משום שחשה כנועה ונתונה למרותו של הנאשם, ולכן נאלצה למלא אחר הוראותיו.

בית המשפט המחוזי זיכה את הנאשם מעבירות אינוס ומעשה סדום, לאחר שקבע כי נותר ספק שמא האמין הנאשם בטעות שהמתלוננת מסכימה למעשיו. המדינה ערערה לבית המשפט העליון נגד זיכוי של הנאשם מעבירת האינוס ומעבירת מעשה סדום.¹ בפסק הדין, דן השופט יצחק אנגלרד, בין השאר, בטענת הטעות של הנאשם. וזה לשונו:

בפי בא-כוח הנאשם טענה כי לנאשם הייתה טעות – כמשמעותה בסעיף 34 לחוק העונשין – לגבי הסכמתה של המתלוננת. לטענתו, אפשר ללמוד על קיומה של טעות כנה משיתוף הפעולה של המתלוננת בשלב האחרון של האירוע המיני ובמיוחד מן התגובה הפיזיולוגית החיובית שלה למגעו של הנאשם באיבר מינה.²

1 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000).

2 שם, עמ' 307.

1.2. לימוד מסוגיית "תחילתה באונס וסופה ברצון"

השופט אנגלרד דן בטענת הטעות בדבר הסכמת המתלוננת למגע מיני לאור סוגיית התלמוד. וזה לשונו:

טענה זו מעוררת אסוציאציה לביטוי התלמודי "שתחילתה באונס וסופה ברצון". בבלי כתובות נא, ב. אולם גם לפי ההלכה שנפסקה בנסיבות אלה, אין רואים בהסכמה זו הסכמה אמיתית. כדברי הרמב"ם, הלכות אישות פכ"ד, הי"ט: "וכל שתחלת ביאתה באונס אע"פ דסופה ברצון ואפילו אמרה הניחו לו שאלמלי לא אנס אותי הייתי שוכרתו הרי זו מותרת]. שהיצר לבשה ומתחלה [הייתה] באונס." וראה רש"י על כתובות נב, ד"ה "יצר הלבשה": "וגם זה אונס שבתחילת בעילה שהיא באונס הלבשה הבוועל יצר."

השופט אנגלרד דחה את טענת הנאשם בהסתמך על עקרונות המשפט העברי. וזה לשונו:

גם במקרה שלנו אין לקבל את הטענה. הנאשם, שהיה מודע לכוחו לגרום הנאה פיזית למטופלותיו באמצעות עיסוי ולכוחו "לשחק" בגופן (עמ' 180 לפרוטוקול בבית המשפט המחוזי) אינו יכול להשמע בטענה כי תגובת האשה עוררה בו את הרושם כי הייתה מצידה הסכמה חופשית. ושוב יצוין, כי אמירתו הנזכרת לאחר סיום האירוע מעידה על הבנתו האמיתית.

1.3. גדרי אונס "יצר אלבשה"

השופט אנגלרד עורר את ההקשר לסוגיה התלמודית בעניין תחילתו באונס וסופה ברצון, אך אינו דן בכל מה שניתן ללמוד מגדרי סוגיה זו כפי שנקבעו הכללים בידי גדולי הפוסקים³ וליישמם בנסיבות המקרה שנדון לפניו. להלן נדון בקצרה בכמה מן העניינים שניתן ללמוד ממנה.

בנדון דידן, לא הוכח שמעשיו של הנאשם נעשו בכפייה בכל שלבי המגע המיני. בנסיבות מעין אלה, נחלקו הפוסקים בשאלה אם כשנהנתה האישה בסופו של מעשה מן המגע המיני, היא פטורה מעונש מן הטעם "יצר אלבשה", אף על פי שהאונס החיצוני הסתלק באמצע הביאה?⁴ לפי שיטה אחת, אף על פי שנסתלק יסוד האונס באמצע המעשה, והיא הייתה יכולה להשתמט מן העבירה, כיוון ש"יצר אלבשה", עדיין היא בגדר

³ לסיכום נרחב של גדרי הסוגיה, ראו נ' רקובר, **מטרה מקדשת את האמצעים** 126–146 (התש"ס).

⁴ על שיטות הפוסקים בשאלה זו, עמד הרב קוק בשו"ת עזרת כהן, סימן ח. הדברים סוכמו בידי רקובר, לעיל ה"ש 3, עמ' 129–132.

אנוסה. כן הסיק הרב אי"ה קוק הן מדברי הרמב"ם שהביא אנגלרד בפסק דינו⁵ והן מפסקו של הרמב"ם שאישה שתחילת ביאתה באונס וסופה ברצון פטורה מן העונש. וזה לשונו:

ואשה שתחילת ביאתה באונס וסופה ברצון פטורה מכלום. שמשחתחיל לבעול באונס, אין בידה שלא תרצה, שיצר האדם וטבעו כופה אותו לרצות.⁶

הרב קוק מוכיח מכאן שהרמב"ם סבור שאף אם אין בטל יסוד האונס בסוף המעשה, יש לפטור את האישה מן העונש על יסוד "יצר אלבשה". ואולם, לפי השיטה השנייה, אין אומרים "יצר אלבשה" אלא אם נמשך האונס עד סוף המעשה, כשרק במחשבתה היא אינה אנוסה. וזה לשון הרב קוק: "במקום שבפועל אין אונס, לא שייך כלל לומר דייחשב אונס על ידי 'יצר אלבשה', דבחירת האדם תמיד בידו היא לסור מרע במעשה".

בנדון דידן, הייתה המתלוננת פעילה וסייעה לנאשם להגיע לפורקן מיני. בנסיבות מעין אלה, חלוקים הפוסקים בשאלה אם חלה בהן הגנת "יצר אלבשה". לדעת ר' שלמה לוריא, אין אומרים "יצר אלבשה" אלא כשהאישה אינה עושה מעשה, "אבל אם בסוף התשמיש עשתה מעשה, ומקרבת עצמה – אסורה, שהרי בהקריבה גופה לתשמיש, אותה מעשה הוא מעשה רצון. ולא שייך לומר יצר אלבשה, מאחר שעשתה מעשה".⁷ אך כפי שכבר ציין פרופ' רקובר,⁸ נדחתה דעתו זו של המהרש"ל על ידי ה"נודע ביהודה", שסבר "דמה בכך שהיא עושה מעשה, ומהדקת עצמה בסוף ביאה? כיון ש'יצר אלבשה', ויצרה אנסה, גם המעשה הוא באונס של היצר".⁹

1.4. גדר טעות במצב דברים

חיזוק נוסף לשלילת טענתו של הפיזיותרפיסט להגנת עקב טעות במצב הדברים יש לדעת בית המשפט¹⁰ בעובדה שבמקרה הנדון, לא זו בלבד שלא הייתה הסכמה מפורשת של המתלוננת למעשיו של הפיזיותרפיסט אלא שהוא עצמו חשד עד לאחר סיום המעשה שהמתלוננת לא הסכימה למעשהו, משום שלאחר שהגיע המערער לסיפוק מיני, ביקש לקבל מן המתלוננת את אישורה "שלא הכריח אותה". זהו מצב ברור של "עצימת עיניים". ואכן, דומה שאף לעניין זה ניתן להסתייע במקורות המשפט העברי.

⁵ לדברי הרב קוק שם, "כפל הדברים [=של הרמב"ם] מורה שבא ללמדנו שלא נחפש בסופה שום צד אונס, שדי לנו במה שהיתה תחלתה באונס, ואחר כך אפילו הרצון הגמור, הרי זה אונס".

⁶ הלכות איסורי ביאה, פרק א, הלכה ט.

⁷ ים של שלמה, כתובות, פרק ד, סימן לב. ויפה ביאר פרופ' רקובר, לעיל ה"ש 3, עמ' 133, שאין כוונת מהרש"ל לומר שנעשה המעשה מרצון ולא מחמת היצר, אלא כוונתו שאין מתחשבים בעובדה ש"יצר אלבשה", אם היא עושה מעשה.

⁸ שם, עמ' 134.

⁹ שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חלק אבן העזר, סימן קנ, ד"ה ונלענ"ד.

¹⁰ לעיל ה"ש 1.

במאמרו על "טעות במצב דברים כטענת הגנה"¹¹ הראה הרב שלמה אישון שהמשפט העברי מבחין בין מי שאינו מעלה על דעתו את האפשרות שהוא טועה במצב הדברים לבין מי שחושד שמא מתקיימים במעשהו יסודות של עבירה. במקרים מן הסוג השני, האדם חייב לבדוק ביסודיות את מצב הדברים. ואם לא עשה כן, ונמצא בסופו של דבר שטעה במצב הדברים, הריהו בגדר מי שעצם את עיניו, וייענש על מעשהו. לעניין זה, הרב אישון מסתמך על דברי ר' יעקב עטלינגר (גרמניה, המאה הי"ט), בעל "ערוך לנר", שכתב שיש להבחין בין חשד האדם שמא על פי מצב הדברים האמיתי מעשהו עלול להיחשב עבירה לבין מקרים שלא העלה על דעתו אפשרות זו כלל.¹² עוד הראה הרב אישון כי אם לא עצם העבריין את עיניו, המשפט העברי מבחין לעתים בין טעות סבירה, העשויה להגדיר את עובר העבירה כאנוס ולפטרו מן העונש לחלוטין, לבין טעות שאינה סבירה, שייחשב בה הטועה לעבריין, אף על פי שהוא נענש רק כשוגג. אישון אומר כי במשפט העברי, נחשב מעשה מסוים בדרך כלל כעבירה גם אם נעשה מתוך טעות במצב הדברים, ומידת המודעות למצב הדברים אינה מעלה ואינה מורידה כי אם לעניין חומרת העונש.

¹¹ ש' אישון "הלא הוא אמר לי אחותי הוא" – טעות במצב דברים כטענת הגנה" פרשת השבוע, גיליון 267, וירא (התשס"ז).

¹² ערוך לנר, מכות ט ע"א.

מפתחות

(ההפניות הן למספרי העמודים)

מפתח אזכורי פסקי דין – התייחסות בתי המשפט המחוזיים והעליון למשפט
העברי בין השנים 1994*2006

פסיקה ישראלית

פסקי דין של בית המשפט העליון

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים

פסקי דין של בתי משפט השלום

פסקי דין של בתי המשפט למשפחה

פסקי דין של בתי הדין לעבודה

פסקי דין של בתי הדין הרבניים

פסיקה זרה

מפתח עניינים

מפתח אזכורי פסקי דין

התייחסות בתי המשפט המחוזיים והעליון למשפט העברי בין השנים 1994–2006

הקדמה

מפתח זה כולל את אזכורי מרבית פסקי הדין שהתייחסו למשפט העברי בין השנים 1994–2006. הפסיקה הנזכרת הינה של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון. הסקירה הינה לפי מפתח נושאים אלפביתי. המפתח הוכן בידי עו"ד דניאל חדר. לשם קבלת תמונה מלאה יותר אודות התייחסות הפסיקה לעמדת המשפט העברי בתחומים נוספים, מעבר לנזכר כאן, וכן לפסיקה המשתרעת על פני שנים וערכאות נוספות מומלץ לעיין גם במקורות הבאים:

(א) לפסיקת בית המשפט עד 1989 ראו נחום רקובר **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל** (התשמ"ט).

(ב) לפסיקות בית משפט השלום ניתן לעיין באתר משרד המשפטים <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/>

כמו כן ניתן באתר זה להתחבר לתת פרק: "המשפט העברי בפסיקה" למפתח פסיקת בתי המשפט בין השנים 1989–2006. מפתח זה ממוין לפי שופטים ולפי נושאים משפטיים וכולל גם את פסיקת בתי משפט השלום ובתי הדין לעבודה.

מפתח – התייחסות למשפט עברי בפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים

		אבהות
12.9.96	מיום השו' צבי טל	ביצית מופרית בהקפאה – הכרעה בין רצון האב בהשמדתה לרצון האם בקיומה
23.12.02	מיום השו' אנגלרד	הפריה חוץ גופית ופונדקאות מעמדם ההלכתי
4.6.00	מיום השו' הנדל	מזונות ילדים – סירוב החשוד כאבי הבן לעבור בדיקות
23.1.94	מיום השו' מ' נאמן	משפחה – סעד הצהרתי – אבהות – ילדים המעוניינים כי בית המשפט יכריז על "אחיהם החורגים" כמי שאינם בני אביהם
3.8.05	מיום השו' יוסף שפירא	אמהות – מתן אפשרות לפנויה להתעבר מתרומת זרע של גבר נשוי. שאלת מעמדו הייחודי של הוולד
5.7.06	מיום השו' שנלר	שימוש בבדיקת רקמות לקביעת אבהות – רק בהגיע הוולד לבגרות אם יחפוץ בכך
26.7.06	מיום השו' יוסף שפירא	אבהות – יוחסין – מעמד ולד שנולד מתרומת זרע – ועדיפותו על פני שתוקי
איכות הסביבה		
29.6.05	מיום השו' רובינשטיין	עליון אקולוגיה – אכיפת חיקוקים בתכנון ובנייה שתכליתם מניעת בנייה והשארת "ריאות ירוקות" בתחומי העיר
אפטרופסות		
31.10.99	מיום השו' שידלובסקי-אור	מחוזי פסולי דין – האם ניתן להחיל רטרואקטיבית שם פסול דין על מי שנטרפה עליו דעתו

		בוררות	
מיום 6.4.06	השו' פרוקצ'יה	בג"ץ 3638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על 112,98 (2)2006	בתי דין רבניים – בוררות – מעמד בתי הדין הרבניים כבוררים – סקירה היסטורית
מיום 5.12.02	השו' דרורי	ה"פ (י-ם) 1141/02 יסוד בהר ששון לוי חברה לבנין בע"מ נ' מוקמל סטיבן ואח' (לא פורסם), עמ' 9–11.	שיקולים לפסלות בורר – עיכוב הליכי הבוררות בתואנה של קרבה משפחתית למי מהצדדים
מיום 23.1.05	השו' ר' כרמל	בש"א (י-ם) 7897/04 רבינוביץ נ' עצור, תק-מח 3101,3096 (1)2005	סמכויות בתי דין רבניים בשבתם כבוררים (היעדר סמכות להורות על עיקול)
		בחירות	
מיום 15.5.03	השו' אנגלרד	א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1,112,146	חזרה למוטב – קבלת מועמד לבחירות שחזר בו מהמצע הפסול
מיום 29.11.99	השו' טירקל	בג"צ 6499/69 המפד"ל נ' הרב שלמה בן עזרא, פ"ד נג (5) 624,606	מינהלי – שקיפות במינוי נושאי משרה ציבורית
		[משפט] בין לאומי	
מיום 23.8.01	השו' אנגלרד	בג"צ 794/98 שיח' עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 777,769	ביקור עצורים בידי נציגי הצלב האדום
מיום 16.5.04	השו' י' שפירא	בש"א (י-ם) 4262/04 ת"א 5234/03 סיראגניאן ראובן פעול נ' United Nations Truce Supervision Organization, תק-מח (1)2005 2525,2524	חסינות קונסולרית – חסינות גופים מטעם האו"ם – מפני תביעות הנובעות מהשתלטות על מקרקעין פרטיים
		בתי משפט	
מיום 6.4.06	השו' פרוקצ'יה	בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על 112,98 (2)2006	בוררות – מעמד בתי הדין הרבניים כבוררים
מיום 18.11.01	השו' חשין	בג"ץ 2274/99 ד"ר שפיר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד נז(1) 719,673	בתי-דין – כפיית ציות – ירידה לנכסי בעל דין – האם "ירידה" כוללת גם מכירה?
מיום 20.10.06	השו' רובינשטיין	רע"א 1958/06 סויסה נ' חב' צ'מפיון מוטורס, תק-על 2006 (4) 408,407	כיבוד ערכאות – פיצול תביעה על מנת לתבוע בשתי ערכאות
מיום 29.10.06	השו' רובינשטיין	ע"פ 4138/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על (4)2006 757,751	הרכב – הכרעה כאשר נחלקו דעות חברי ההרכב

24.1.05	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 7975/03 בנק הפועלים נ' לוי , פ"ד נט(4) 473,467	מעמדו של עד מומחה	עליון
3.3.05	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 4949/03 בולוס גר בע"מ נ' Globe Master Management LTD, פ"ד נט(5) 623-622,616	כיבוד ערכאות – אכיפת פסק חוץ	עליון
27.10.05	מיום השו' גל	ע"א (י-ם) 6143/05 ניידות חב"ד להפצת יהדות בארץ הקודש נ' ניסים חנניה , תק-מח 2005(4) 1254,1250	פשרה – פטור מחובת הנמקה בהסדר פשרה	מחוזי
25.2.04	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 3036/01 נציגות הבית המשותף נ' רבלין , תק-מח 2003(3) 12184,12179	טעות בשיקול הדעת – חובת השופט להימנע מסטייה מהפסיקה – וגם מפרקטיקה שיפוטית קודמת	מחוזי
11.12.03	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 1496/97 בנק ירושלים בע"מ נ' עזבון לוי קלרה ז"ל , תק-מח 2003(4) 947,967	מדיניות שיפוטית – משוא פנים – איסור התחשבות במצבו הכלכלי של הנתבע – מקום בו שורת הדין נוטה בבירור לטובת התובע	מחוזי
14.3.02	מיום השו' ר' שפירא	ע"פ (חי') 2067/02 ח'ורי וולטר נ' מדינת ישראל , תק-מח 2002(1) 8191,8190	הנמקה – פסק דין בעניין גרם מוות ברשלנות שניתן ללא הנמקה	מחוזי
28.2.95	מיום השו' הנדל	ה"פ (ב"ש) 79/94 בוקאי ואח' נ' עיריית קריית-גת , פ"מ תשנ"ו (1) 72, תק-מח 1995(1) 1339,1335	הגרלה – פסיקה שלא בכפוף לדין המהותי – פסיקה על דרך הטלת מטבע – או הגרלה	מחוזי
18.09.1995	מיום השו' ברנר	ה"פ (י-ם) 129/93 הרב רוזן נ' הק"ם – קרית חינוך מבשרת (לא פורסם)	כיבוד ערכאות – ערכאות של עכו"ם – פנייה לערכאות במקום שבעל הדין לא צייט דינא	מחוזי
10.4.05	מיום השו' ד' פלפל	ה"פ (ת"א) 375/05 עמותת מועדון הכדורגל מכבי חולון נ' התאחדות לכדורגל בישראל , תק-מח 2005(2) 1320,1318	ניהול הליכים בחוסר תום לב – פנייה לערכאה אחרת קודם מיצוי הליכים (כאשר ברור להיכן הדין נוטה) – לצורך יצירת פסיקה סותרת	מחוזי
5.12.05	מיום השו' י' שפירא	ע"מ (י-ם) 755/05 פלונית נ' פלוני תק-מח 2005(4) 8371,8364	מעמד חוות דעת במשפט עברי – בנושאים הנוגעים למעמד אישי	מחוזי
19.11.06	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 1456/98 מדתת סובחי מחמוד אבו סען נ' סולימאן עותמאן מסעוד אבו חמדה , תק-מח 2006(4) 1118,1113	הכרעה באמצעות שווא דיני – שיקול דעת בית המשפט כאשר המצב העובדתי איננו ברור	מחוזי
3.12.06	מיום השו' דרורי	בש"א (י-ם) 1448/06 עיצובן המנוח דניאל הכיאשוילי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה , תק-מח 2006(4) 7305,7300	גישור במשפט העברי	מחוזי

גניבה (עונשין)		
מחוזי	היסוד העובדתי לשכלול העבירה – האם נדרשת הוצאת המיטלטלין מרשות הנגזל או שמא די במשיכה כלשהי?	פ"ח (ב"ש) 952/03 מדינת ישראל נ' אלאחרד , תק-מח 2005(1) 54, 45
מיום 4.1.05	השו' הנדל	
D.N.A		
עליון	ראיות – D.N.A – הרשעה	ע"פ 02 / 9724 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל , פ"ד נח(1) 95, 71
מיום 22.10.03	השו' טירקל	
עליון	ראיות – D.N.A – נטילת מטען גנטי ממכמה גופות לשם זיהוי נפטר – חילול כבוד המת	בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון , פ"ד נח(4) 183–182, 155
מיום 25.3.04	השו' טירקל	
מחוזי	ראיות – D.N.A – סימן מובהק – התנגשות בין עדות לראיות חפציות – נסיבות בהן ברור כי פרט לנאשם היה שותף נוסף לרצח – ה- D.N.A מלמד כי הרצח באמצעות האבן בוצע על ידי האחר	ת"פ (ב"ש) 73/95 מדינת ישראל נ' כהן , תק-מח 1998(2) 160, 157
מיום 13.7.98	השו' הנדל	
דת ומדינה		
עליון	הריסת בתי הכנסת ביישובי גוש קטיף ערב ההתנתקות	בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש ממשלת ישראל , פ"ד נט(2) 927, 936
מיום 23.8.05	השו' רובינשטיין	
עליון	היחס בין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות דת (שידור כתבה בשבת)	בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו , פ"ד נה(4) 283–282, 267
מיום 18.6.01	השו' דורנר	
מחוזי	המרה – גיור – היחס בין העמדה ההלכתית לתפישת בתי המשפט – להכשרת גיור על ידי גורמים רפורמיים	ה"פ (י-ם) 621/96 גוינלין גיגי נ' שר הפנים , פ"מ תשנ"ז(3) 464, 454
מיום 28.12.98	השו' ורדי זילר	
מחוזי	מידת ההזקקות למשפט העברי במקרה של לאקונה	ת"א (י-ם) 164/93 כהן פרי נ' רמט בע"מ , תק-מח 2004(1) 8679, 8670
מיום 3.2.04	השו' דרורי	
הגרלה		
עליון	החלטה מינהלית – על דרך הגרלה	בג"ץ 6437/04 טל תבורי ואח' נ' משרד החינוך , פ"ד נח(6) 384, 369
מיום 11.08.04	השו' טירקל	
מחוזי	בית משפט – הגרלה – פסיקה על דרך הטלת מטבע – או הגרלה (א"י נתחלקה לנחלות על פי הגרלה)	ה"פ (ב"ש) 79/94 בוקאי ואח' נ' עיריית קריית-גת , פ"מ תשנ"ו(1) 72
מיום 28.2.95	השו' הנדל	

		הודאה	
מיום 17.6.02	מיום 17.6.02	רע"פ 4142/04 מילטיין נ' התובע הצבאי הראשי , תק-על 2006(4) 4033, 4022	פסילת הודאה מחשש להודאת שווא
מיום 17.6.02	מיום 17.6.02	ת"א (חי') 1171/98 כהן נ' "אבנר" איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ , תק-מח 2002(2) 14896, 14894	הודאה (אזרחית) – קבילות הודאה אזרחית ואיזון מול אינטרס של המודה
מיום 22.11.94	מיום 22.11.94	ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אלעביד , תק-מח 1996(1) 10-9	הודאה (פלילית) – בטלות הודאת חשוד לאור הכלל "אין אדם משים עצמו רשע"
מיום 29.3.05	מיום 29.3.05	פ"ח (ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' בירמן , תק-מח 2005(1) 6768, 6784	הודאה (פלילית) – הודאת נאשם ברצח אשר חזר בו מהודאתו – כשפרט להודאתו אין בידי התביעה ממצאים נוספים
הוצאה לפועל			
מיום 16.6.05	מיום 16.6.05	רע"א 11913/04 שפרינק נ' טפחות בנק למשכנתאות בישראל בע"מ , תק-על 2005(2) 3227, 3224	התחשבות במצבו של החייב – הקלות שנועדו לצמצם את אי הנעימות בזמן מימוש החיוב מנכסיו
מיום 31.7.06	מיום 31.7.06	רע"א 11152/05 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלוני , תק על 2006(3) 1915, 1911	מימוש משכנתה והוצאת אלמנה מבית הממושכן לנושה
מיום 22.8.04	מיום 22.8.04	רע"א 7537/04 טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ , תק-מח 2004(3) 1945, 1943	פינוי חייב מביתו – איזון בין אינטרס קנייני של הנושה לזכויות יסוד של החייב – היחס בין משפט לצדקה
מיום 11.1.06	מיום 11.1.06	ת"א (י-ם) 3386/01 פז נ' לילית מפעלי תמרוקים ואירוסלים בע"מ , תק-מח 2006(1) 440, 431	נכסים מעוקלים – המשך החזקת הנכסים המעוקלים (עד למימוש) על ידי הבעלים המקוריים
מיום 3.11.02	מיום 3.11.02	בש"א (ת"א) 18702/02 פולסקי ואח' נ' גלקסי אלקטרוניקס בע"מ , תק-מח 2002(3) 4801	כבוד האדם וחירותו בהליכי ההוצל"פ – סידור נכסים לחייב – עיקול תשמישי קדושה
מיום 15.1.02	מיום 15.1.02	בר"ע (י-ם) 3403/01 זיזה נ' עו"ד יעקב , פ"מ תשס"א (1) 756	עיקול – פרוצדורה – היעדר חתימת זוכה על גבי בקשה לצו עיקול זמני – ביצוע הפעולה
מיום 5.6.05	מיום 5.6.05	בר"ע (ב"ש) 736/04 לוסקי נ' דק , תק-מח 2005(2) 9839, 9836	עיקול – שהוטל על כספים שהופרשו כפיצויי פיטורין עבור העובד – כספים שהופרשו לקרנות פנסיה

מחוזי	הגנת דיור חלופי – זכויות הנושה מול סידור לבעל חוב	פש"ר (חי') 474/01 וולך עו"ד נ' בן גל יעקב תק-מח 2005(4) 9009, 9013	מיום 12.12.05 השו' י' ולנר
מחוזי	הוצאות מימון – אחסנת נכסי חייב שעוקלו עד למועד פרעון החוב	בר"ע (ב"ש) 530/06 איזוטופ בע"מ נ' הייב , תק-מח 2006(3) 7874, 7876	מיום 27.8.06 השו' הנדל
מחוזי	שמירה על זכות הנושה לגבות חובו – המאבק בגירושין פיקטיביים לצורכי הברחת נכסים	בש"א (י-ם) 3637/05 עזבון המנוח מחמד שאהין נ' מדינת ישראל , תק-מח 2006(1) 9121	מיום 17.3.06 השו' דרורי
		ה"פ (ת"א) 1370/04 מילמן נ' כ"ץ	מיום 24.8.06 השו' ד' פלפל
		ה"פ (ת"א) 1173/03 קדר נ' איזנסרג	מיום 6.2.06 השו' ד' פלפל

הוצאות משפט ושכר טרחה

עליון	התשלום שעל הצד המפסיד לשלם	בג"ץ 891/05 תנובה נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא , תק-על 2005(2) 4087, 4091	מיום 30.6.05 הרשם י' מרזל
מחוזי	ריבית – אופן חישוב הריבית בגין פסק דין – נפסק על ידי בית הדין ולא שולם – שאלת ריבית והצמדה	בר"ע (י-ם) 802/05 פלוני נ' פלונית תק-מח 2005(4) 3629, 3624	מיום 29.11.05 השו' י' שפירא
מחוזי	הצגת התפתחותה של הטלת הוצאות המשפט ושכ"ט על הצדדים – בפסיקת בתי הדין	בש"א (י-ם) 1692/05 מזרחי נ' חסיד , תק-מח 2006(2) 2974	מיום 2.5.06 השו' דרורי

המתת חסד

מחוזי	ערך קדושת החיים – היעדר בעלות החולה על חייו	ה"פ (ת"א) 603/05 האפוטרופוס של החסויה פלונית נ' "ארבל" מרכז גריאטרי תק-מח 2005(4) 1693	מיום 3.11.05 השו' א' גורן
מחוזי	הימנעות מחיבור למכשירים – אותנזיה פסיבית	ה"פ (ב"ש) 1030/95 ישראל גלעד נ' מרכז רפואי סרוקה , תק-מח 199, 195 (3) 95	מיום 23.10.95 השו' ריבלין
		ה"פ (ת"א) 2242/95 א.א. נ' קופת החולים הכללית , פ"מ תשנ"ה (2) 253	מיום 11.1.96 השו' טלגם
מחוזי	הסרת מונע	ה"פ (ת"א) 528/96 ביבס נ' עיריית ת"א-יפו , תק-מח 197(1) 2009, 2003	מיום 3.4.97 השו' סירוטה

		הסגרה
23.6.05	מיום מדינת ישראל תק על 10946/03 ע"פ ראוף עיסא נ' מדינת ישראל תק על 3628, 3633 (2)2005	עליון הסגרת עבריון לידי נכרים – לרבות הסגרת מי שאינו בן ברית
30.11.05	מיום מדינת ישראל תק על 4596/05 ע"פ רוזנשטיין נ' מדינת ישראל תק על 2082, 2132 (4)2005	עליון איסור מסירה – מול אינטרסים של דרכי שלום
6.9.98	מיום רובינשטיין ב"ש (י-ם) 001545/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-מח 26, 4 (3)98	מחוזי אזרח אמריקני שרצה בארה"ב – הגיע לישראל וטען לאזרחות ישראלית – יחס ההלכה לרוצח במזיד התר אחר עיר מקלט
17.2.05	מיום רובינשטיין ב"ש (י-ם) 4024/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' רוזנשטיין, תק-מח 4219, 4188 (1)2005	מחוזי הסגרת יהודי לידי נכרים – בשל עבירות שביצע כלפיהם מחוץ לתחומי ישראל – שפיתת הנאשם על ידי נכרים וריצוי העונש בישראל
הפקעה		
2.8.05	מיום רובינשטיין עע"מ (מנהליים) 8989/04 הווערה המקומית לתכנון ובניה פתח-תקווה נ' מ.זיטמן ובניו בע"מ, תק-על 1890, 1384 (3)2005	עליון הפקעת קרקע של היחיד לצורך הרבים כביכול – ולאחר מכן מסירתה לידי אדם פרטי אחר
24.1.06	מיום רובינשטיין ע"א 8736/04 כהן נ' הווערה המקומית לתכנון ובניה רעננה, תק-על 985, 975 (1)2006	עליון קניין מקרקעין – דין המלך וזכויותיו ברכוש הפרט
9.5.94	מיום רובינשטיין ה"מ (י-ם) 248/93 הווערה לתכנון ולבניה ירושלים נ' עליאן, פ"מ תשנ"ה (1) 338, 331	מחוזי קרקעות לסלילת כביש מס' 4 – עמדת ה"חזון איש" לגבי לגיטימיות הפקעה – בכפוף לפיצוי הולם
התאבדות		
20.6.99	מיום רובינשטיין בש"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג (3) 550, 529	עליון הימנעות משלילת פיצויים – ממי ששלח יד בנפשו עקב מצב נפשי רעוע
9.2.04	מיום רובינשטיין ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח (6) 932, 917	עליון התאבדות לאחר כתיבת צוואה – האם נחשבת כצוואת שכיב מרע או שמה כצוואה רגילה?
התיישנות		
4.11.04	מיום רובינשטיין בע"מ 8098/04 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט (3) 122, 111	עליון בתביעת נזיקין – בגין עוולה שבוצעה עת היה התובע קטן

עליון	הספירה לאחר	ע"א 7805/02 הלפרט נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ פ"ד נח(6) השו' טירקל	מיום 2.8.04
עליון	הגשת תביעה בחלוף זמן רב ממועד קרות העוולה או גילוייה	ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת חברה לביטוח בע"מ , פ"ד נד(2) 535, 862,847	מיום 7.6.00
מחוזי	צעיר מגיש תביעה במלאת לו 28 – על רשלנות רפואית שנגרמה לו בהיותו קטין	ת"א (מחוזי ב"ש) 69/93 מד"א נ' קביליס חיים , תק-מח 194(1) 131, 138,136	מיום 13.2.94
חוזים			
עליון	חוזה מתנה – כפייה – שטר מתנה והעברת נכסים שנערך תחת לחץ	בע"מ 1581/06 פלוני נ' פלוני , תק-על 2006(2) 718,715	מיום 25.4.06
עליון	פרשנות חוזה דו-שלבית – הסתייעות בנסיבות חיצוניות מעבר ללשון החוזה	ע"א 898/03 בנק לאומי לישראל נ' גניה חזן , פ"ד נט(3) 279,266	מיום 8.11.04
עליון	פרשנות המונח "שווה בשווה" – האם לפי מספר הנפשות או שמא לפי שטח הנכס (כגון היטלים בין שותפים)?	רע"א 295/04 נציגות הבית המשותף ברחוב חנה רובינא נ' עו"ד גרייפמן , תק-על 2004(3) 1835, 1838	מיום 24.8.04
עליון	פיצויים בשל הפרת חוזה – פיצויי קיום	ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ , פ"ד נו(3) 305,289–308	מיום 17.2.02
עליון	סוגי הפיצויים – תפקידם של פיצויים מוסכמים	ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ , תק-על 2006(4) 4224,4217	מיום 13.12.06
מחוזי	תניית "לכשירחיב" – היכולת לאכוף	ת"א (י-ם) 3090/01 ארבוך נ' אשכנזי (לא פורסם), עמ' 14–16	מיום 22.5.06
מחוזי	גמירת דעת – הסקה מכללא – מחילופי הדברים שהתנהלו בין הצדדים – על היעדר כוונה מצד בעל עסק לצרף אדם נוסף כשותף ברווחיו	ת"א (י-ם) 2524/00 גולן נ' לנדאו , תק-מח 2004(1) 1500,1475	מיום 18.1.04
מחוזי	הלוואות – ריבית – חובת השבת ריבית יתר שנגבתה מצרכנים וחומר איסור ריבית	ת"א (י-ם) 380/92 טיפול שורש – שרותים למרפאות נ' הפועלים ליסינג בע"מ , תק-מח 97(1) 134	מיום 20.1.97
מחוזי	מעמד סעיף בלתי חוקי בחוזה – האם יש בו כדי לפסול החוזה בכללותו?	ת"א (חי') 461/02 גרינבוים נ' אורן , תק-מח 2002(2) 12720,12716	מיום 9.7.02

29.10.00	מיום השו' שידלובסקי-אור	ה"פ (חי') 103/00 בנק לאומי לישראל נ' שלומי דוד (לא פורסם)	חווה למראית עין – בטלות מסמך שכל תכליתו הברחת נכסים מידי נושים
30.10.03	מיום השו' דרורי	בר"ע (י-ם) 4063/02 ברוש נ' בבר שוילי אסתר (לא פורסם)	חתימה – חתימה על חווה מקימה חזקה להסכמת החותם על כל סעיפיו
10.9.02	מיום השו' יעקבי-שוילי	ע"מ (חי') 106/02 בר נ' עזבון המנוח אורי בר ז"ל , תק-מח 55505,55501 (2)2002	כתובה – חיובי בעל בכתובה – אינם טקסיים גרידא אלא בעלי משמעות מחייבת – כל עוד המוטבת לא מחלה על הסכום
1.3.00	מיום השו' הנדל	ע"א (ב"ש) 102/97 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' אברגיל (לא פורסם)	עושק/תנאי מקפח – תניה הפוטרת חברת ביטוח מלבטח רכב – רק בשל העובדה שאישור התקנת מערכת המיגון הגיע לאחר 21 יום
18.6.02	מיום השו' הנדל	בר"ע (ב"ש) 808/01 קיי בע"מ נ' זולטורבונסקי שטיינגול , תק-מח 4068,4065 (2)2002	עושק – חווה מכר – בו נקבע כי החזרת שואב אבק תוך 14 יום כרוכה בתשלום 1,000 ש"ח קנס – אחרת לא יוחזר הכסף – קביעה כי התנאי בטל
15.5.96	מיום השו' רובינשטיין	ת"א (י-ם) 443/94 מזרחי נ' מזרחי , תק-מח 9808,9806 (2)96	מתנה – הורים שטענו כי העברת הנכס לילדיהם נעשתה בכפוף לתנאי מכללא – סיוע הילדים להוריהם בעת זקנתם
15.8.05	מיום השו' פרקש	ת"א (י-ם) 6233/04 ציקבאשוילי נ' מוסד ילדים וישיבת תפארת שלמה , תק-מח 2660,2646 (3)2005	הטעיה – התחזות מצד קונה – על מנת לרכוש נכס בעבור קונה אחר שהמוכר אינו מעוניין למכור לו
27.7.06	מיום השו' דרורי	בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב ביטון , תק-מח 2994,2940 (3)2006	התנגדות מלווה להמיר משכון של לווה – במשכון בעל ערך נמוך יותר (לאחר שפרע כבר את מרבית החוב) – היצמדות ללשון החווה ולמשפט העברי – כפייה על מידת סדום
21.8.06	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 1260/99 סאסי קבלני בנין עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל , תק-מח 6938,6928 (3)2006	ניהול משא ומתן בחוסר תום לב – הסתרת פגם מהותי – תביעת בעלות של אים אחר על הנכס – העלולה להשפיע על יכולתו של הצד השני למלא חלקו בחווה
14.9.06	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 3141/01 קדמי נ' ג.מ.ת.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ , תק-מח 10603,10573 (3)2006	גניבת דעת – הצגת סחורה כאטרקטיבית יותר ממה שהיא באמת – הבטחות סרק על בלעדיות

מחוזי	הסתרת פגם מהותי – אי יידוע הקונה כי הנכס הנמכר אינו עומד בתנאים החוקיים להם זקוק הקונה חוזה/צוואה – שנכתבו ביום שבת – האם מחייבים?	ת"א (י-ם) 3440/01 רפאלי דוריס נ' ג.מ.ח.ל חברה לבנייה בע"מ , תק-מח 2006(4) 663,646	מיום 16.10.06 השו' דרורי
מחוזי	האם מחייבים?	ע"מ (י-ם) 729/05 ד"ר סובל נ' רם לויטין , תק-מח 2005(3) 2145	מיום 8.8.05 השו' דרורי

חוק ופרשנות

עליון	חוק – המונח "הארכה" – האם קיים גם לאחר פקיעת תוקף הצו?	רע"פ 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אונו" , פ"ד נו(3) 60,49	מיום 7.1.02 השו' חשין
עליון	חוק – המונח "צומח" לענין נזקי טבע	רע"א 6106/98 מדינת ישראל נ' קיבוץ גבולות , פ"ד נד(1) 491,481	מיום 14.2.00 השו' טירקל
עליון	חוק העונשין – פרשנות – המונח "התעללות"	ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל , פ"ד נד(1) 198,145	מיום 25.1.00 השו' אנגלרד
עליון	חוק הבוררות – המונח "אבעיה" בחוק הבוררות	רע"א 6886/03 הדרן 2000 שיווק והפצת כרטיסים בע"מ נ' מכבי נתניה , תק-על 2006(2) 746,731	מיום 25.4.06 השו' רובינשטיין
עליון	חוק – המונח "משפחה" – לענין נסיבות לחומרה בעבירות מין במשפחה	ע"פ 4524/03 פלוגי נ' מדינת ישראל , פ"ד נח(2) 526–525,522	מיום 15.1.04 השו' מצא
מחוזי	חוק העונשין – המונח "חבורה" – לענין נסיבות לחומרה בעבירה רבת משתתפים – האם די בשניים או שמא צריך שלושה?	ת"פ (ב"ש) 8116/06 מדינת ישראל נ' ממון , תק-מח 2006(3) 10907, 10910	מיום 17.9.06 השו' הנדל
מחוזי	חוק הירושה – פרשנות – המונח "איש ואישה" – כמודל המאפשר ירושה לפי סעיף 55 בין ידועים בציבור – האם זכר ונקבה או שמא גם בני אותו מין?	ע"א (נצ') 3245/03 ע.מ. נ' היהמ"ש במשרד האפוטרופוס הכללי , תק-מח 2004(4) 2532, 2542	השו' מ' בן דוד

חטיפה

מחוזי	משפחה – חטיפה – התחשבות בטובת הילד וברצונו להמצא במחיצת הורה חוטף – על מנת שלא להשיבו לרשות ההורה השני המסוכן עבורו	ע"מ (י-ם) 621/04 די יי נ' ד' ר' (לא) פורסם	מיום 18.11.04 השו' דרורי
-------	---	---	-----------------------------

25.5.95	מיום השו' י' פלפל	ת"א (ב"ש) 1344/94 שיפמן נ' שיפמן , פ"מ תשנ"ה (3) 493	חטיפה – אב חוטף את בתו מאודסה ועולה לארץ – בית המשפט אוכף פסק חוץ – ומורה על השבת הבת לאמה – התייחסות למשפט העברי על מקומה של בת בגיל כה צעיר אצל אמה	מחוזי
15.12.03	מיום השו' י' פלפל	תפ"ח (ב"ש) 910/02 מדינת ישראל נ' דושקר סמיון , תק-מח 2002(4) 635,619	סחר בבני אדם – חטיפה – שאלת חבות בגניבת נפש – כאשר ניתנה הסכמת החטוף למעשה	מחוזי
חסינות				
16.5.04	מיום השו' י' שפירא	בש"א (י-ם) 4262/04 ת"א סיראגניאן ראובן פעול נ' United Nations Truce Supervision Organization , תק-מח 2005(1) 2525,2524	חסינות קונסולרית – חסינות נציגות זרה או או"ם מפני תביעות אזרחיות	מחוזי
10.10.09	מיום השו' גרוס	ע"א (ת"א) 4289/98 שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה , תק-מח 99(3) 14,2	חסינות דיפלומטית – נסינו של שגריר לחסות בצל החסינות הדיפלומטית – להתחמקות מהעמדה לדין בגין מעשים מגונים	מחוזי
חייבים				
4.8.05	מיום השו' רובינשטיין	רע"א 1818/05 ניהול גן העיר בע"מ נ' פיק נכסים בע"מ , תק-על 2005(3) 1502,1499	תרעומת – היחס כלפי חוב מוסרי שלא השתכלל לכדי חיוב משפטי	עליון
16.10.05	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 10582/02 ישראל בן אבו נ' דלתות חמודיה בע"מ , תק-על 2005(4) 279,270	תרעומת – ניצול זכויות שהגיעו לבעל דין מכח יחסי אמון (לא מצג מטעה מצד הנהנה) – גבולות תרעומת ויכולת לתבוע השבה	עליון
3.4.03	מיום השו' אנגלרד	ע"א 7487/00 אדיב מנסור נ' מוסטפה חוג'יראת , פ"ד נז(3) 541	התחייבות הפוגעת בצדדים שלישיים	עליון
30.11.05	מיום השו' סולברג	ע"א (י-ם) 6063/05 עצמון, עו"ד נ' עזבון המנוח דוד בר-לבב ז"ל , תק-מח 2005(4) 3910,3904	שעבודים – עמדת ההלכה כי חוב יוצר שעבוד צף הרובץ על נכסי חייב – למעט חריגים (כמו אפותיקי – ספציפי)	מחוזי
31.12.04	מיום השו' הנדל	בר"ע (ב"ש) 573/04 רחמני נ' בנק עצמאות למשכנתאות ולפיתוח בע"מ , תק-מח 2004(4) 6245,6242	ערבות – מיצוי הליכים נגד החייב העיקרי – ורק לאחר מכן נגד הערב	מחוזי

מחוזי	ערבות – חובת בן זוג להשתתף בהוצאות שיפוצים בבית משותף – בגין החוב של שני בני הזוג קודם גירושיהם	בש"א (מחוזי י-ם) 5581/04 דניאל זכריה נ' וינברגר , תק-מח 32004(3) 3546,3544	מיום 26.8.04 השו' דרורי
מחוזי	חיוב בידי שמיים – סנקציות כנגד מפר חוזה או מעוול בגרמא – כשמעשיו אינם מאפשרים עילת תביעה	ת"א (י-ם) 3141/01 קדמי נ' ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ , תק-מח 2006(3) 10605,10573	מיום 14.9.06 השו' דרורי
מחוזי	ההתחייבות בעל חוב לפרוע "לכשירחיב" – חיוב מוסרי או משפטי?	ת"א (י-ם) 3090/01 ארבוכ נ' אשכנזי (לא פורסם)	מיום 22.5.06 השו' ח' בן עמי
חינוך			
עליון	שביתת מורים – השבתת מוסדות חינוך לצורכי מיקוח על שכר	בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת-ים , פ"ד נט(4) 29,36	מיום 17.1.05 השו' חשין
עליון	גביית תשלום בעבור שירותי חינוך ובחינות – סדרי עדיפויות – בנסיבות בהן ישנם משאבים מוגבלים	בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך , תק-על 2005(3) 516,506	מיום 18.7.05 השו' רובינשטיין
עליון	חינוך מיוחד – היקף התקציב שיוקצה לטובת קידום אוכלוסיות בעלות צרכים מיוחדים	בג"ץ 2599/0 יתד נ' משרד החינוך , פ"ד נו(5) 856,834	מיום 14.8.02 השו' דורנר
ידועים בציבור			
עליון	זכאות בני זוג שאינם נשואים כדמו"י – בזכויות המגיעות לשארים	ע"א 2000 /97 לינדורן נ' קרנית , פ"ד נה(1) 48,12	מיום 19.12.99 השו' אילן וטירקל
מחוזי	ירושה – סירוב ההלכה להכיר בירוש בן אותו המין כ"ידוע בציבור" – לעניין ירושה	ע"א (נצ') 3245/03 ע.מ. נ' היועץ המשפטי, האפוטרופוס הכללי , תק-מח 2004(4) 2542,2532	מיום 11.11.04 השו' מנחם בן דוד
ירושה			
עליון	מעמד מי שהושלש גט בעבורה – אלא שלא הסכימה לקבלו	ע"א 247/97 סבג נ' סבג , תק-על 99(2) 9,6	מיום 30.5.99 השו' אילן
עליון	דין ירוש אחר ירוש – כשהירוש השני נפטר לפני הירוש הראשון	רע"א 3130/05 ירושי המנוחה א.ר. נ' האפוטרופוס הכללי , תק-על 2006(3) 4257,4253	מיום 14.9.06 השו' רובינשטיין

מחוזי	כבוד האדם – מעצר עד תום ההליכים – החזקה במעצר של הורים מכים – כאשר לטענתם דרך חינוך זו מקובלת בארץ המוצא – עמדת ההלכה על היתר החזקת אדם במעצר כשיש בכך צורך השעה	ת"פ (ב"ש) 66/95 מדינת ישראל נ' פלוני , תק-מח 95(2) 1813, 1810	מיום 23.5.95 השו' הנדל
מחוזי	כבוד האדם – פיצוי בגין מעצר שווא	ב"ש (י-ם) 6826/04 פדרמן נ' מדינת ישראל , תק-מח 2005(4) 350, 339	מיום 10.10.05 השו' דרורי
מחוזי	כבוד האדם – נזיקין – פיצויים בגין נזק לא ממוני – תביעה בגין צער מיותר שנגרם לעציר בעת החזקתו וכבילתו	ת"א (י-ם) 1569/98 ג'נימאת נ' המכונה "עמי" עובר שב"כ , תק-מח 2005(4) 8740	מיום 27.11.05 השו' דרורי
מינהלי			
עליון	מכרזים – גדרי הימנעות מעשיית פעולות המחשידות מכרז כ"תפור"	עע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון , פ"ד נט(6) 253–252, 241	מיום 17.3.05 השו' רובינשטיין
עליון	שימוש חריג בכספי ציבור – שנועדו למטרות מוניציפליות	בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' רות יוסף , תק-על 2006(2) 1940, 1925	מיום 14.5.06 השו' רובינשטיין
עליון	מכרזים – פסילת מועמדות בהיעדר הנמקה	עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים , פ"ד נט(2) 145, 173–174	מיום 27.9.04 השו' רובינשטיין
עליון	החלטה מינהלית – על דרך הגרלה – לא ניתן לתקוף	בג"ץ 6437/04 טל תבורי ואח' נ' משרד החינוך , פ"ד נח(6) 384, 369	מיום 11.08.04 השו' טירקל
עליון	החלטה מינהלית – להימנע ממתן רישוי עסק לבית הימורים	עע"מ 4436/02 תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה , פ"ד נח(3) 782	מיום 4.3.2004 השו' גרוניס
עליון	הנצחה – שינוי ייעוד – חזרה מנתינה – לאחר שהמקבל מעוניין לשנות ייעוד הנכס הניתן במתנה	ע"א 8704/99 בן ציון נ' ההסתדרות הכללית , פ"ד נח(1) 138, 120	מיום 28.10.03 השו' טירקל
עליון	התחשבות בגר תושב – כיתוב בשילוט עירוני בשפה זרה עבור בני המיעוטים	בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו , פ"ד נו(5) 480, 393	מיום 25.7.02 השו' דורנר
עליון	עובד ציבור – דרישת האדיבות המתבקשת מצד עובד ציבור	רע"פ 2788/00 נמר שלמה נ' מדינת ישראל , פ"ד נד(3) 388–387, 385	מיום 18.7.00 השו' לוי
עליון	מעמדו הייחודי של "מרא דאתרא" – וסמכותו נגד דעות חולקות בקהילה	בג"ץ 2957/06 חנן חסן נ' משרד הבינוי והשיכון , תק-על 2006(3) 783, 780	מיום 16.7.06 השו' רובינשטיין

מיום 25.7.06	ע"מ 2696/06 מדינת ישראל נ' חרכוש , תק-על 1031 (3)2006, רובינשטיין	מכרזים – הגשת מועמדות – זמן קצר לאחר התאריך האחרון להגשת מועמדות למכרז	עליון
מיום 16.5.04	בש"א (י-ם) 4262/04 ת"א 5234/03 סיראגניאן ראובן פעול נ' United Nations Truce Supervision Organization , תק-מה (1)2005, 2525, 2524	חסינות נושאי משרה מפני תביעות – חסינות עובדי נציגות זרה או או"ם מפני תביעות אזרחיות	מחוזי
מיום 3.4.01	ע"מ (ב"ש) 217/01 בן שטרית נ' ראש עיריית אופקים , תק-מה 1891 (2)2001	פיטורי חבר מועצת עיר – המכהן גם במשרד ממשלתי – מחשש לניגוד אינטרסים – החובה לאפשר זכות שימוע	מחוזי
מיום 4.1.00	ה"פ (ב"ש) 8131/99 עמרמי נ' אפרים , תק-מה (1)2001, 5860, 5862	ניגוד עניינים – בקשה למתן צו הצהרתי – האוסר על חבר מועצה לכהן בוועדה חינוכית עקב ניגוד עניינים	מחוזי
מיום 5.6.05	ת"א (י-ם) 1484/99 הרטי נ' קיבוץ קליה (לא פורסם) עמ' 1, 14, 40–42	תוקפן של תקנות פנימיות (קיבוץ, מושב, מועצה מקומית) – הטלת סנקציות עונשיות על חבר קהילה הנמנע מלפרט הכנסותיו – בניגוד לתקנון המקומי – וכן על בן זוגו שידע ולא מיחה	מחוזי
מיום 31.7.06	ת"א (י-ם) 4298/02 וידן אליהו נ' מדינת ישראל , תק-מה (3)2006, 3727, 3696	קופת חולים – עשיית עושר – שיפוי תורם איברים – בשל העובדה שבעקבות תרומתו נחסכים מקופת החולים הוצאות אשפוז	מחוזי
מיום 21.8.06	ת"א (י-ם) 1260/99 סאסי קבלני בנין עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל , תק-מה (3)2006, 6938, 6928	חובת גילוי מוגברת – המוטלת על הרשות – ובכלל זה לנהוג בתום לב בעת ניהול משא ומתן מול צדדים חלשים יותר	מחוזי
מסים			
מיום 3.4.03	ע"א 222/00 מדינת ישראל – מנהל המכס נ' שיכון ובינוי אחזקות בע"מ , פ"ד נו(3) 360–359, 353	פטור ממס – לפעולות בהן המדינה הינה צד להליך	עליון
מעמד האישה			
מיום 19.1.06	ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל , תק-על (1)2006, 728, 717	נשים מוכות – החמרה בענישה	עליון

מחוזי	תביעה בנוזקין – מצד אישה מוכה נגד בעלה	ע"מ (י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם)	מיום 24.2.05 השו' י' שפירא
מעצרים			
מחוזי	כליאת שווא – פיצוי בשל מעצר בלתי חוקי או שאירע שלא לצורך – או משיקולים לא ענייניים	ב"ש (י-ם) 6826/04 פדרמן נ' מדינת ישראל , תק-מח 2005(4) 350, 339	מיום 10.10.05 השו' דרורי
מחוזי	מעצר עד תום ההליכים – הקלה בתנאי המעצר גם כשמדובר במעצר בית	ב"ש (י-ם) 4173/05 ברונסקי נ' מדינת ישראל , תק-מח 2005(1) 4771, 4769	מיום 13.2.05 השו' י' שפירא
מחוזי	נזיקין – פיצויים בגין נזק לא ממוני – תביעה בגין צער מיותר – שנגרם לעציר בעת החזקתו וכבילתו	ת"א (י-ם) 1569/98 ג'נימאת נ' המכונה "עמי" עובד השב"כ , תק-מח 2005(4) 8752, 8740	מיום 27.11.05 השו' דרורי
מקרקעין (ראו גם: "קניין")			
עליון	קניין – איזון בין צדק חברתי לזכות קניינית – דיירי "ככר הלחם"	ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים , פ"ד נט(4) 783-782, 769	מיום 30.6.04 השו' רובינשטיין
עליון	בר רשות – שהשביח נכסי הזולת	רע"א 1156/02 אל סלאם חיר נ' לידאי , פ"ד נז(3) 960, 949	מיום 11.5.03 השו' טירקל
עליון	ביטול זיקת הנאה (כדרך קיצור) במקרקעי הזולת	ע"א 1769/04 אורן נ' כהן , תק-על 2006(3) 488, 480	מיום 13.7.06 השו' רובינשטיין
עליון	בית משותף – אופן קבלת החלטות לגבי רכוש משותף	רע"א 9626/05 נציגות הבית המשותף מרחוב הרב עמיאל 7 נ' אבימור , תק-על 2005(4) 1421, 1423	מיום 16.11.05 השו' רובינשטיין
עליון	קניין – חיוב מעקה מול צו הריסה נגד בניית מעקה באופן לא חוקי	רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני , תק-על 2006(3) 2760, 2757	מיום 20.8.06 השו' רובינשטיין
מחוזי	עשיית דין עצמית – השתלטות בדואים על אדמות מדינה – ודחיית הטענה כי היעדר פינוי תוך 30 יום מקים זכויות קנייניות	בר"ע (ב"ש) 768/02 מדינת ישראל נ' אבו מדיעם , תק-מח 2003(3) 337, 342	מיום 8.8.03 השו' הנדל
עליון	הימנעות מהריסת מבנים שנבנו שלא כדין – משום "בל תשחית"	רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון , פ"ד נה (1) 288, 199	מיום 23.12.99 השו' אנגלרד וטירקל

מחוזי	פירוק שיתוף במקרקעין – BMBY – "גוד או אגוד" – סכסוך בין בני זוג בו הבעל תובע פירוק שיתוף במקרקעין – ואילו האישה מעכבת הדיון בתואנות שווא	עפ"א (י-ם) 1006/01 ברדה נ' ברדה, תק-מח 2002(3) 8770, 8759	מיום 2.12.02 השו' דרורי
מחוזי	בית משותף – תשלום ועד הבית – עבור שטחים לא בנויים המוצמדים לידרת המגורים	ע"א (י-ם) 5062/04 נציגות הבית המשותף ברח' משה קול 21 נ' כפיר, תק-מח 2004(4) 3257, 3252	מיום 22.11.04 השו' דרורי
מחוזי	פירוק שיתוף במקרקעין	ת"א (י-ם) 3348/01 טובול נ' גרינברג, תק-מח 2005(4) 7169, 7179	מיום 30.12.05 השו' דרורי
מחוזי	מקרקעין ממושכנים – לפירעון חוב שהלווה מעוניין להחליפו במשכון בעל ערך נמוך יותר – לאחר שכבר פרע את מרבית ההלוואה	בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב ביטון, תק-מח 2006(3) 2994–2940, 2904	מיום 27.7.06 השו' דרורי
מחוזי	הגנה על זכות קניינית – הפקעת קרקעות לסלילת כביש מס' 4 – סירוב בעל מקרקעין לאפשר חזקה בנכס	המ' (י-ם) 248/93 הועדה לתכנון ולבנייה ירושלים נ' עליאן, פ"מ תשנ"ה (1) 338, 331	מיום 9.5.94 השו' בזק
מחוזי	רכישת זכויות בנכס – מכח חזקה ללא מחאה	ה"פ (ב"ש) 5036/05 פרידנברג נ' עמידר, תק-מח 2006(3) 4609	מיום 27.7.06 השו' אזולאי
מחוזי	מטרדים – אחריות בעל מקרקעין – לנזיקין העלולים להיגרם בשל רכוש	ת"א (חי') 1108/01 נפומניאשיץ נ' עיריית חיפה, תק-מח 2004(3) 1385, 1365	מיום 22.7.04 השו' י' עמית
משפחה – כתובה			
מחוזי	גישת בית הדין כי שעבוד כתובה מאפשר לטרופ מלקוחות	בג"ץ 2621/00 לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נד(3) 816, 809	מיום 30.8.00 השו' ברק
מחוזי	חיובי בעל בכתובה אינם טקסיים גרידא – אלא בעלי משמעות מחייבת – כל עוד המוטבת לא מחלה על הסכום	ע"מ (חי') 106/02 בר נ' עזבון המנוח אורי בר ז"ל, תק-מח 2002(2) 55504, 55501	מיום 10.9.02 השו' יעקבי-שווילי
משפחה – מזונות ילדים			
מחוזי	העמדת חזקה לפיה כל אב הוא אמיד – לעניין שיעור תשלום מזונות הילדים	ע"מ (י-ם) 525/04 י.ב.י. ל' ב' ואח' (לא פורסם)	מיום 20.10.04 השו' שפייר
מחוזי	אבהות – סירוב החשוד כאבי הן לעבור בדיקות	ע"מ (ב"ש) 121/99 פלוני נ' פלונית, תק-מח 2000(2) 8601, 8592	מיום 4.6.00 השו' הנדל

מחוזי	חיוב האם מגדרי צדקה – במקום בו אין יד האב משגת	בש"א (נצ') 905/98 בתיק פש"ר 21/93 אבירים נ' עז"ר מירון הנאמן בפשיטת רגל , תק-מח 98(4) 1634, 1640	מיום 30.12.99 השו' נ' דנון
מחוזי	אם חד הורית – בפנויה שהרתה – גובה המזונות שיושת על האב – מושפע מאמידותו כמשמעותה במשפט העברי	מ"א (חי') 663/92 פלזנית נ' פלזנית , פ"מ תשנ"ה(1) 41, 37	מיום 26.6.94 השו' יעקבי-שווילי
מחוזי	חיוב האם מגדרי צדקה – מקום בו הינה אמידה – פטור כאשר מדובר בבנות מורדות	מ"א (י-ם) 652/93 פלזניות, קטינות נ' אלמונית , פ"מ תשנ"ה(2) 204, 215–214	מיום 1.2.95 השו' ד' חשיין
מחוזי	חיוב אב במזונות קטני קטנים – כאשר האם משתכרת יותר	מ"א (ת"א) 5677/93 הינר נ' הינר (לא פורסם)	מיום 4.5.94
מחוזי	מקור החיוב על האב – והיקפו לאור גילאי הילדים	ע"מ (י-ם) 590/04 פלזני נ' אלמונית (לא פורסם)	מיום 15.2.05 השו' בן עמי
מחוזי	הטלת הוצאות מזונות גבוהים יותר על האב – עקב רצון האם להעניק חינוך טוב ויוקרתי יותר לילדיה	בר"ע (י-ם) 771/05 א'. מ'. נ' א'.נ'. ואח' , תק-מח 2005(2) 6074, 6069	מיום 22.6.05 השו' י' שפירא
מחוזי	מקור החיוב על האב – והיקפו לאור גילאי הילדים	ע"מ (י-ם) 470/03 פלזני נ' פלזנית (לא פורסם)	מיום 18.11.05 השו' דרורי
מחוזי	מקור החיוב על האב – והיקפו לאור גילאי הילדים	בר"ע (נצ') 1128/06 רז נ' הוכפלה , תק-מח 2006(4) 3879, 3878	מיום 22.10.06 השו' אמינוך
מחוזי	הטלת הוצאות מזונות גבוהים יותר על האב – עקב רצון האם להעניק חינוך טוב ויוקרתי יותר לילדיה	בר"ע (נצ') 1246/06 פ' י' נ' ל' פ' , תק-מח 2006(4) 10917, 10919	מיום 26.12.06 השו' אמינוך
משפחה – מזונות אישה			
עליון	מחילת מזונות עבר – הגשת תביעת מזונות כעבור שנים רבות – מעת שהשתכללה תביעה	בע"מ 7664/05 פלזנית נ' פלזני , תק-על 2006(1) 1565, 1564	מיום 31.1.06 השו' רובינשטיין
עליון	גדרי עוברת על דת יהודית – לעניין הפסד כתובה ומזונות	בג"ץ 6650/04 פלזנית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה , תק-על 2006(2) 1743, 1736	מיום 14.5.06 הנשיא ברק
מחוזי	חיוב בעל במזונות אשתו – גדרי מורד ונותן עיניו באחרת	ע"מ (י-ם) 755/05 פלזנית נ' פלזני , תק-מח 2005(4) 8367, 8364	מיום 5.12.05 השו' י' שפירא
מחוזי	מזונות עבר – תביעה מחודשת למזונות עבר – לאחר חתימת האישה במסגרת הסכם הגירושין על ויתור	ע"מ (י-ם) 562/04 ב.ס.ר. נ' י.ב.ס (לא פורסם)	מיום 8.10.04 השו' י' שפירא

28.8.96	מיום השו' זמיר	עמ"ש (ת"א) 10/96 ביקל נ' ביקל (לא פורסם)	מחוזי מעשי ידיה תחת מזונותיה – השתכרות אישה בשיעור גבוה – כעילה להקלה בגובה המזונות המוטל על הבעל
13.12.94	מיום השו' רוטלוי	מ"א (ת"א) 5534/92 לוי נ' לוי (לא פורסם)	מחוזי ניאוף – בעל החפץ להמנע מלשלם מזונות – מעוניין להציג תמונות המוכיחות שאשתו בגדה בו
23.1.05	מיום השו' דרורי	ע"מ (י-ם) 638/04 ח.ר. נ' ר.ר. (לא פורסם)	מחוזי מעשי כיעור – התמודדות מול גישת בתי המשפט לענייני משפחה – השוללים מזונות אישה רק "מקום שבהם מעשי הכיעור חופפים לזנות ממש"
8.8.06	מיום השו' דרורי	בר"ע (י-ם) 1081/05 פלוני נ' אלמוני , תק-מח 2006(3) 5022, 5033	מחוזי פסיקת מזונות זמניים גבוהים – בשיעור הרגלי האישה קודם מועד המשבר
משפחה – משמורת			
9.5.06	מיום השו' דרורי	ע"מ (י-ם) 1008/06 ע' ג' נ' ר' ג' , תק-מח 2006(2) 4181, 4169	מחוזי טובת הילד – מאמר בדבר גרדי שיקול זה מול תביעת אחד ההורים למשמורת
19.12.04	מיום השו' דרורי	בש"א (י-ם) 6802/04 פלוני נ' אלמונית , תק-מח 2004(4) 5295, 5307	מחוזי הסדרי ראייה בין הורים – עמידה על זכות להסדרי ראייה בחוסר תום לב
18.11.04	מיום השו' דרורי	ע"מ (י-ם) 621/04 ד' י' נ' ד' ר' (לא פורסם)	מחוזי חטיפה – התחשבות בטובת הילד וברצונו להמצא במחיצת הורה חוטף – על מנת שלא להשיבו לרשות ההורה השני המסוכן עבורו
משפחה – גט			
29.11.04	מיום השו' רובינשטיין	בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים , פ"ד נט(4) 841–840, 817	עליון סמכות בית המשפט לכפות גט (או באמצעים עקיפים על ידי הטלת צווי הגבלה ומזונות נגד הבעל) – על בני זוג יהודים שאינם אזרחי ישראל ונישאו מחוצה לה
30.5.99	מיום השו' אילן	ע"א 247/97 סבג נ' סבג , תק-על 9,6 (2)99	עליון מעמד מי שהושלש גט עבורה – אלא שלא הסכימה לקבלו
12.12.05	מיום השו' הנדל	ע"מ (ב"ש) 109/05 כהן נ' צוברי , תק-מח 2005(4) 4897, 4896	מחוזי מעמדו של גט מספק

משפחה – כללי	
עליון	הלכת השיתוף
מיום 21.10.04	בג"ץ 9734/03 פלוגית נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295, 296 – רובינשטיין 297
עליון	הורות – אם חד הורית – הסכם פונדקאות
מיום 23.12.02	בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 419, 480
עליון	תביעת ילדים נגד הוריהם
מיום 4.10.99	ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 87, 69
עליון	הנחיות בית הדין הרבני להתרת נישואין – של מי שנישאו שלא כדמו"י
מיום 21.11.06	בג"ץ 2232/03 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 1753, 1748 (4)2006
עליון	יוחסין – מעמד נכרי הנשוי ליהודי לעניין זכויות
מיום 29.11.06	בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוגית, תק-על 2777, 2765 (4)2006
מחוזי	תביעה בניזקין – מצד אישה מוכה נגד בעלה
מיום 24.2.05	ע"מ (י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), עמ' 1, 20–21
מחוזי	דיני נידה וטבילה – דיני הרחקה הנוהגים קודם טבילה
מיום 2.7.06	תפ"ח (י-ם) 859/05 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 14, 11 (3)2006
מחוזי	אם חד הורית – עדיפות תרומת זרע מתורם מוכר – על פני תרומת זרע אנונימית
מיום 26.7.06	ה"פ (י-ם) 5222/06 פלוגית נ' שר הבריאות, תק-מח 2712 (3)2006
משפחה – סעד הצהרתי	
מחוזי	אבהות – ילדים המעוניינים כי בית המשפט יכריז על "אחיהם" החורגים מאם אחרת – כמי שאינם בני אביהם
מיום 23.1.94	ה"מ (חי') 190/93 פלונים נ' אלמונים, פ"מ תשנ"ד (3) 197, 190
מתנה	
עליון	חזרה מנתנה – לאחר שהמקבל מעוניין לשנות ייעוד הנכס הניתן במתנה
מיום 28.10.03	ע"א 8704/99 בן ציון נ' ההסתדרות הכללית, פ"ד נח(1) 138, 120
מחוזי	הורים שטענו כי העברת הנכס לילדיהם נעשה בכפוף לתנאי מכללא – סיוע הילדים להוריהם בעת זקנתם
מיום 15.5.96	ת"א (י-ם) 443/94 מזרחי נ' מרים (מזרחי) שלוש, תק-מח 2806 (2)2806, רובינשטיין 2808
מחוזי	פיקטיבית – הימנעות מהכרה במתנה – שנתן חייב לילדיו על מנת להבריא מהבנק
מיום 9.12.99	ה"פ (חי') 138/98 מדינה נ' מדינה, תק-מח 678, 675 (4)99
הש' יעקבי-שוילי	

מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין	מיום	השור'	רובינשטיין			
7.3.05			רע"פ 710/05 הניג נ' מדינת ישראל,			נזקי בור וגרימת מוות בעקיפין –																				
	השור'		תק-על 2913, 2911 (1)2005			עקב אי סילוק המפגע הבטיחותי																				
6.2.06			ע"א 153/04 רובינוביץ נ' עו"ד			פיצויים – רשלנות מקצועית של																				
	השור'		רוזנבוים, תק-על 1549, 2006 (1)			עו"ד – היעדר קשר סיבתי ישיר בין																				
	השור'		1552			העוולה לנזק																				
15.11.01			ע"א 7021/99 עיזבון המנוח שלומי			האם מעשה ההתאבדות מהווה גורם																				
	השור' טירקל		ויצמן ז"ל נ' סלע, פ"ד נו(1) 822,			מנתק בין התעללות נפשית למות																				
			834			נער?																				
11.7.01			ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב ניסים			רשלנות בעת ביצוע מצווה (מילה) –																				
	השור' מצא		זאב, פ"ד נה(5) 276, 241			חובת זהירות מוגברת בעת ביצוע																				
						ניתוח רפואי																				
29.8.99			ע"א 3881/98 סלמה נ' שדה, פ"ד			ממון שהזיק – גרדי אחריות אדם על																				
	השור' אנגלרד		נג(4) 726–725, 721			נכסיו – פרגולה שעפה ברוח שאינה																				
						מצויה																				
13.9.06			ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת			הולדה בעוולה – אי עריכת בדיקות																				
	השור'		ישראל, משרד הבריאות, תק-על			שיאפשרו זיהוי מוקדם של פגם																				
	השור'		3982, 3976 (3)2006			חמור בוולד																				
18.11.06			ע"א 1249/04 רבאח נ' רבאח, תק-			קביעת גובה הפיצוי לפי אומדן																				
	השור'		על 1374, 1370 (4)2006																							
	השור'																									
9.11.06			רע"א 10721/05 "אליהו"–חברה			חבות מוסרית החלה על מעוול – גם																				
	השור'		לביטוח בע"מ נ' יונאן, תק-על			מקום בו הוא פטור מבחינה משפטית																				
	השור'		1391, 1387 (4)2006																							
21.11.06			ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית			הימנעות המעוול מהשבת המצב																				
	השור'		ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את,			לקדמותו – כאשר התהליך כרוך																				
	השור'		תק-על 1829, 1811 (4)2006			בהוצאות גבוהות יותר בהשוואה																				
	השור'					למתן פיצוי																				
14.12.06			ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח			פסיקת פיצוי על דרך אומדן – כאשר																				
	השור'		מנחם אלברט, תק-על 42006 (4)			לא ניתן לקבוע מה מידת הנזק																				
	השור'		4172, 4160			שעיול המעוול																				
11.4.05			ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה			אחריות רופא מומחה – לנזיקין																				
	השור'		מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר, תק-על			שנגרמו במסגרת תפקידו																				
	השור'		136, 125 (2)2005																							
11.4.05			ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה			פיצויים בגין נזקים לא ממוניים –																				
	השור'		מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר, תק-על			כאב וסבל																				
	השור'		136, 125 (2)2005																							
14.12.06			ע"א 1492/05 דואני נ' מלחי, תק-			הערכת נזק – בתנאים בהם קשה																				
	השור'		על 4009, 4006 (4)2006			לאמוד את המציאות לולא היה קורה																				
	השור'					הנזק																				

11.4.05	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר , תק-על 136,125 (2)2005	פיצויים עונשיים – להרתיע צוות רפואי מלנהוג ברשלנות – רשלנות בעריכת בדיקה פשוטה שהיתה מצילה חיים	עליון
31.10.04	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 1738/98 בטיש הלוי נ' שריקי , תק-מח 1756,1744 (4)2004	חבות נהג שגרם לתאונת דרכים – לשלם לניזוק את ראשי הנזק	מחוזי
20.7.04	מיום השו' יעקובי-שוילי	ת"א (חי') 963/00 פלוגית נ' אלמוני , תק-מח 7,439 (3)2004	פיצויים עונשיים – בגין עוולה שהיא גם פשע – פטור עבריון בגין נזקים נפשיים שגרם לקרבן בשל העונש החמור שהוטל עליו	מחוזי
15.6.05	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 3169/01 עזבון המנוח בורנשטיין ז"ל נ' המרכז הרפואי ע"ש רבין , תק-מח 5,483 (2)2005	פיצויים בגין נזק לא ממוני – ליורשי הניזוק שמת מחמת העוולה	מחוזי
6.6.06	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 3161/01 חלמסקי נ' מדינת ישראל , תק-מח 5832,5809 (1)2005		מחוזי
25.9.96	מיום השו' רובינשטיין	ת"א (י-ם) 241/94 מצליח נ' אמסלם , תק-מח 1064,1062 (3)96	פיצויים – שיפוי ניזוק שכתוצאה מהפגיעה נאלץ לעבור למשלה יד בו אין אפשרות לעבוד שעות נוספות	מחוזי
31.5.2001	מיום השו' עמיאל	ע"מ 507/00 סילברג נ' שאער בועז , תק-מח 13746,13744 (2)2001	פיצויים בגין עוולת תקיפה	מחוזי
24.2.05	מיום השו' שפירא	ע"מ (י-ם) 595/04 פלוגי נ' אלמונית (לא פורסם)	פיצויים בגין עוולת תקיפה במשפחה – תביעת נזיקין מצד אישה מוכה נגד בעלה	מחוזי
27.11.05	מיום השו' דרורי	ת"א (י-ם) 1569/98 ג'נימאת נ' המכונה "עמי" עובר שב"כ , תק-מח 8752,8740 (4)2005	פיצויים בגין נזק לא ממוני – תביעה בגין צער מיותר שנגרם לעציר בעת החזקתו וכבילתו	מחוזי
30.3.06	מיום השו' א' הרטמן	ת"א (ת"א) 2270/99 ד' נ' מדינת ישראל , תק-מח 1,0083 (1)2006	רשלנות מקצועית – שיקול לפטור מחבות נזיקית – עוסקים במלאכת הרפואה משיקולים חברתיים	מחוזי
26.10.99	מיום השו' רביד	ת"פ (י-ם) 239/98 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (לא פורסם)	פיצויים עונשיים – למי שחבל בחברו שלא כדין כדי להימלט מביצוע פשע אחר	מחוזי
29.10.03	מיום השו' דרורי	ע"א 834/03 בר מוחא נ' מדינת ישראל (לא פורסם)	רצון ניזוק או מי שחירותו ניטלה – לקבל שירות רפואי/אישי מאדם מסוים ולא מהשירותים הרגילים של המדינה	מחוזי

2.12.02	מיום השור' הנדל	ע"א (ב"ש) 1171/00 כהן נ' בית חולים קפלן , תק-מח 2002(4) 190, 196	רשלנות – "הדבר מדבר בעד עצמו" – מנותח ללא הסכמתו וללא שידע את הסיכונים – ניזוק – לאור היעדר יכולתו להוכיח הוא מבקש כי יחשב כאילו הרים את נטל הראיה	מחוזי
2.12.02	מיום השור' הנדל	ע"א (ב"ש) 1171/00 כהן נ' בית חולים קפלן , תק-מח 2002(4) 190, 196	נזק ראייתי – מסמכים שהושמדו ואשר לדברי התובע היה בהם כדי להוכיח כי לא הוסברו לו הסיכונים הכרוכים בנייתוח – העברת נטל הראיה על כתפי המוסד מצד דינא דגרמי	מחוזי
24.2.05	מיום השור' דרורי	ת"א (י-ם) 3161/01 חלמסקי נ' מדינת ישראל , תק-מח 2005(1) 5832, 5809	רשלנות – עוולת תקיפה – אי קבלת הסכמת מטופל בנוגע לאופי הטיפול	מחוזי
22.7.04	מיום השור' עמית	ת"א (חי') 1108/01 נפומניאשיץ נ' עיריית חיפה , תק-מח 2004(3) 1385, 1365	אחריות בעל מקרקעין לנזקים העלולים להיגרם מנכסיו	מחוזי
23.3.05	מיום השור' דרורי	בר"ע (י-ם) 436/04 עצמון נ' נבון , תק-מח 2005(1) 6513, 6505	מבנה מסוכן העלול להזיק המצוי ברשות הרבים	מחוזי
31.3.05	מיום השור' י' שפירא	ת"א (י-ם) 3128/01 סלונר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ , תק-מח 2005(1) 7198, 7172	גרמא – יצירת מצג מטעה הגורם ללקוח לבחור בדרך המסוכנת בעבורו	מחוזי
17.6.02	מיום השור' ר' שפירא	ת"א (חי') 1171/98 כהן נ' "אבנר" איגוד לביטוח , תק-מח 2002(2) 14896, 14894	אופן שומת נזק – לגבי אבדן כושר השתכרות עתידית – כשהנפגע טוען כי העוולה הנזיקית מנעה מנעה ממנו להיות עליו	מחוזי
31.3.05	מיום השור' י' שפירא	ת"א (י-ם) 3128/01 סלונר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ , תק-מח 2005(1) 7198, 7172	חבות בעל מקצוע לנזקים שנגרמו מחמת עצתו	מחוזי
סדר דין אזרחי				
10.1.05	מיום השור' רובינשטיין	רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד , פ"ד נט 529(4)	מקומו של הערעור במשפט הדיוני העברי	עליון
24.1.05	מיום השור' רובינשטיין	ע"א 7975/03 בנק הפועלים נ' לוי , פ"ד נט 473, 467(4)	תוצאות איחור בנקיטת הליכים או בהגשת מסמכים	עליון
8.3.05	מיום השור' רובינשטיין	רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ , פ"ד נט 638–637, 625(6)	העלאת טענות משפטיות חלופיות – השונות מהטענות שהועלו בדיונים מוקדמים יותר	עליון

עליון	הימנעות מדרך לפנים משורת הדין עם צד אחד – כשהדבר יסב נזק לצד השני	רע"א 4458/06 משה הר בע"מ נ' בסול , תק-על 2006(2) 4241, 4239	מיום 22.6.06 השו' רובינשטיין
עליון	חובת הנמקה	בג"ץ 3751/03 יובי אילן נ' עיריית תל-אביב , פ"ד נט(3) 847, 817	מיום 22.12.2004 השו' טירקל
עליון	קבלת ראיות לאחר מתן החלטה	רע"א 5285/03 כהן נ' בונה , פ"ד נט(1) 48-47, 39	מיום 2.9.04 השו' רובינשטיין
עליון	מתן סעד במעמד צד אחד	בע"מ 4808/04 פלונית נ' פלוני , פ"ד נט(3) 143-142, 132	מיום 16.11.04 השו' רובינשטיין
עליון	דלתיים סגורות – איזון בין פומביות הדיון לבין צורכי ביטחון	בג"ץ 4841/04 מחג'אנה נ' בית המשפט המחוזי בחיפה , פ"ד נח(6) 357-356, 347	מיום 24.6.04 השו' טירקל
עליון	שיהוי בהעלאת טענה	ע"א 6912/98 רבאח נ' האפורופוס לנכסי נפקדים , פ"ד נח(2) 870	מיום 9.2.04 השו' טירקל
עליון	הגשת מסמכים זמן קצר לאחר המועד האחרון להגשה	ע"מ (מינהליים) 2696/06 מדינת ישראל נ' חרוש , תק-על 2006(3) 1034, 1031	מיום 25.7.06 השו' רובינשטיין
עליון	פיצול תביעה על מנת לתבוע בשתי ערכאות	רע"א 1958/06 סויסה נ' חב' צ'מפיון מוטורס , תק-על 2006(4) 408, 407	מיום 20.10.06 השו' רובינשטיין
עליון	הגשת ראיות לאחר שנפסק הדין	ע"א 1249/04 רבאח נ' רבאח , תק-על 2006(4) 1374, 1370	מיום 18.11.06 השו' רובינשטיין
עליון	פטור מהטלת ערובה על המערער – להבטחת הוצאות הערעור אם יידחה	רע"א 5208/06 דייויס נ' מלכה , תק-על 2006(2) 4533, 4530	מיום 29.6.06 השו' רובינשטיין
מחוזי	סתירת הדין על ידי אותה ערכאה שנתנה את פסק הדין המוטעה	ע"מ (י-ם) 789/05 ע' ד' (קטינה) נ' ע' י' , תק-מח 2006(1) 1871, 1859	מיום 16.1.06 השו' דרורי
מחוזי	גילוי מסמכים – דרישת סכומים מופקעים מצד בעל דין (חשבונאי מקצועי) – כתנאי להצגת מסמכים	בר"ע (י-ם) 188/04 תיוון משכן נכסים בע"מ נ' פולורון סיסטם ישראל בע"מ , תק-מח 2004(4) 4720, 4715	מיום 12.12.04 השו' דרורי
מחוזי	התנגדות לעדות עד מומחה – חזקת נאמנות המומחה – מול התנגדות לעדות מומחה מטעם בית משפט	בר"ע (י-ם) 775/03 אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ , תק-מח 2004(2) 5896, 5893	מיום 16.6.2004 השו' דרורי
מחוזי	מהימנות עד מומחה לדבר שברפואה	בר"ע (י-ם) 775/03 אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ , תק-מח 2004(2) 5896, 5893	מיום 16.6.2004 השו' דרורי

מחוזי	התיישנות – צעיר מגיש תביעה במלאת לו 28 – על עולה נזיקית (רשלנות רפואית שנגרמה לו בהיותו קטין)	ת"א (ב"ש) 63/93 מד"א נ' קביליס חיים , תק-מח 94(1) 131, 136, 138	מיום 13.2.94 הש' הנדל
מחוזי	משפט חוזר – ביטול פסק דין קודם – עקב ראיות חדשות שהתקבלו – או פרטים הפוגמים במהימנות הראיות	בר"ע (י-ם) 305/04 סברי נ' ענאני , תק-מח 2004(4) 5394, 5391	מיום 21.12.04 הש' דרורי
מחוזי	השתק שיפוטי – הגבלת העלאתן של טענות משפטיות הסותרות זו את זו בפני ערכאות שונות וקבלת סעדים שונים	בר"ע (י-ם) 389/04 שובאש נ' יכין (לא פורסם) עמ' 11	מיום 21.1.05 הש' דרורי
מחוזי	השקט שיפוטי – הגבלת העלאתן של טענות משפטיות הסותרות זו את זו בפני ערכאות שונות וקבלת סעדים שונים	בש"א (י-ם) 1320/05 פרופ' שרון נ' הועדה לתכנון ובנייה ירושלים	מיום 8.5.05 הש' דרורי
מחוזי	השקט שיפוטי – הגבלת העלאתן של טענות משפטיות הסותרות זו את זו בפני ערכאות שונות וקבלת סעדים שונים	בש"א (ת"א) 15972/04 ת"א 1993/04 רהט נ' יערי רוזן (לא פורסם)	מיום 21.9.04 הש' זפט
מחוזי	דחיית דיון למטרות סרבול – דחייה הנחוצה לצורך העלאת טענה החיונית לבעל דין – היחס בין הרצון למנוע סרבול לבין זכות בעל דין לקבל יומו בבית משפט	ה"פ (חי') 494/98 מריח נ' עזבון המנוח מותעב עלי חסין אל נאטור (לא פורסם), עמ' 4, 1	מיום 05.07.04 הש' רון שפירא
מחוזי	דלתיים סגורות – פגיעה בפומביות הדיון וביכולת לחקור עדים – שיקולים להתחשב ברצון העד שלא להיחשף	בר"ע (י-ם) 4120/02 כהן נ' בדרה (לא פורסם)	מיום 12.11.03 הש' דרורי
מחוזי	התיישנות תביעה – בקשה להארכת מועד – ההצדקה לאיחור	ע"א (ב"ש) 1031/98 בנימין לוי נ' קצין התגמולים , תק-מח 98(3) 6634, 6630	מיום 18.10.98 הש' הנדל
מחוזי	פשרה – העדר חובת הנמקה – היכולת להתנות על הנמקה	בש"א (י-ם) 1068/99 ישראל חיות נ' אליהו בקאל , תק-מח 99(1) 2248	מיום 12.1.99 הש' צבי סגל
מחוזי	כבילות בית המשפט להסכמים דיוניים בין הצדדים – הסכמת הצדדים לאמץ עדות גורם אחד ולהימנע מלזמן עדים נוספים	ע"מ (י-ם) 729/05 ד"ר סובול נ' לויטין , תק-מח 2005(3) 2183, 2145	מיום 9.8.05 הש' משה דרורי
מחוזי	גילוי מסמכים ומילוי שאלונים	בש"א (י-ם) 3637/05 עזבון המנוח מוחמד שואהין נ' מדינת ישראל , תק-מח 2006(1) 9121, 9123	מיום 17.3.06 הש' דרורי
מחוזי	פסיקת הוצאות – חיוב צד בהוצאות	בש"א (י-ם) 1692/05 עובד מזרחי נ' אליהו חסיד , תק-מח 2006(2) 2974, 2978	מיום 2.5.06 הש' דרורי

מחוזי	בעל דין שאיחר בשלושה ימים בהגשת בקשה – העדפת תוצאה הנכונה לפי הדין המהותי – על אף הפגיעה בעקרונות פורמליים	ע"א (י-ם) 9248/06 לוי ברוך נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2758, 2744 (4)2006	מיום 15.10.06 השו' דרורי
מחוזי	בוררות – עינוי דין – עיכוב פסק דין מספר שנים לאחר סיום הדיונים	בר"ע (ב"ש) 656/00 י.ד. הנר חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' אוזרובה שמואל, תק-מח 33343 (1)2001	מיום 26.1.01 השו' הנדל 33344
סדר דין פלילי ומעצרים			
עליון	סדר דין פלילי – אופן ניהול הליך פלילי – תפקיד השופט כאשר הנאשם אינו מיוצג	ע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית – מחוז נצרת נ' מדינת ישראל, תק-על 3499, 3491 (3)2005	מיום 15.9.05 השו' רובינשטיין
עליון	סדר דין פלילי – אופן ניהול חקירה פלילית – הקפדה על דרישות וחקירות ביני נפשות	ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, תק-על 3068 (2)2006	מיום 4.6.06 השו' רובינשטיין 3082
מחוזי	מעצרים – כבוד האדם וחירותו – החזקה במעצר עד תום ההליכים של הורים מכים – כאשר לטענתם דרך חינוך זו מקובלת בארץ המוצא	ת"פ (ב"ש) 66/95 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 1813, 1810 (2)95	מיום 23.5.95 השו' הנדל
מחוזי	מעצרים – פיצוי בגין מעצר שווא	ב"ש (י-ם) 6826/04 פדרמן נ' מדינת ישראל, תק-מח 350, 339 (4)2005	מיום 10.10.05 השו' דרורי
מחוזי	מעצרים – נזיקין – תביעה בגין צער מיותר שנגרם לעציר בעת החזקתו וכבילתו	ת"א (י-ם) 1569/98 ג'נימאת נ' המכונה "עמי" עובר שב"כ, תק-מח 8752, 8740 (4)2005	מיום 27.11.05 השו' דרורי
סחר בבני אדם			
מחוזי	חטיפה – שאלת חבות בגניבת נפש – כאשר ניתנה הסכמת החטוף למעשה	תפ"ח (ב"ש) 910/02 מדינת ישראל נ' דושקר סמיון, תק-מח 635, 619 (4)2002	מיום 15.12.03 השו' י' פלפל
ספורט ותחביבים			
עליון	ציד – הגבלות על השתתפות בציד – חיות שאינן מהוות סיכון	רע"פ 1161/04 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל, תק-על 766, 762 (2)2005	מיום 21.4.05 השו' טירקל
עבודה			
עליון	שביתת מורים – השבתת מוסדות חינוך לצרכי מיקוח על שחר	בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת-ים, פ"ד נט 36, 29 (4)	מיום 17.1.05 השו' חשין

22.2.05	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 6378/03 "אגד"נ' מורון, פ"ד נט(5) 932,920-933	חוזי עבודה – התחייבות להגבלת עיסוק מטעם העובד – הימנעות מתחרות מול המעביד לאחר סיום יחסי עובד ומעביד	עליון
4.9.06	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 10961/04 המוסד לביטוח לאומי נ' גוטר, תק-על 2006(3) 3571,3565	דמי הודעה מוקדמת – חובת התראה קודם פיטורין ופיצוי בשל אי מציאת עבודה חלופית כאשר לא ניתנה התראה מספקת	עליון
5.6.05	מיום השו' הנדל	בר"ע (ב"ש) 736/04 לוסקי נ' דקר, תק-מח 2005(2) 9839,9836	פיצויי פיטורין ("מענק") – דין עיקול שהוטל על כספים שהופרשו כקרנות פנסיה וכפיצויי פיטורין עבור העובד	מחוזי
עבריינות ותקנת השבים				
15.5.03	מיום השו' אנגלרד	אב 1128/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1,112,146	חזרה למוטב – קבלת מועמד לבחירות – שחזר בו מהמצע הפסול	עליון
18.10.04	מיום השו' דרורי	ב"ש (י-ם) 6808/04 פימשטיין נ' מדינת ישראל, תק-מח 2004(3) 6817,6812	הגנה על נכסי עברייין – אף אם לקרבן העבירה היתה זיקה לא קניינית כלפיהם – תמונות הילדה הנרצחת השייכות לאביה הרוצח	מחוזי
22.1.04	מיום השו' יוסף אלון	ת"פ (ב"ש) 8159/02 מדינת ישראל נ' משיח הרצל, תק-מח 2004(1) 8751,8747	קניין – חזקת בעלות של מחזיק – הימצאות נכס בידי אחר זולת נאשם שנכסיו חולטו – מקימה חזקה שהנכס אינו שייך לו או לביצוע העבירה ועל כן אין ליטלו	מחוזי
17.9.03	מיום השו' דרורי	ת"פ (י-ם) 3007/02 מדינת ישראל נ' אבינון, תק-מח 2003(1) 4592,4594	שיקום – עיר מקלט – מתן משקל לשיקולים שיקומיים בעת גזר הדין	מחוזי
4.5.94	מיום השו' הנדל	עע"א (ב"ש) 121/94 סעדיה מנחם זכריה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ד (3) 465,462	שיקולי ענישה – סמכות ועדת שחרורים – כאשר מדובר בעברייין מועד שחזר לסורו בפעם השביעית	מחוזי
1.4.04	מיום השו' דרורי	תפ"ח (י-ם) 606/03 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 2004(2), 1154,1159	שיקולי ענישה – מתן עונש אחיד על עבירות חמורות – לשם הרתעת הכלל – גם אם קיימות נסיבות ייחודיות המצדיקות הקלה	מחוזי

עונשין			
עליון	פיצויים עונשיים וקנסות – הטלת היטלים ממוניים נוסף לריצוי העונש	רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל , פ"ד נט(4) 518, 526–527	מיום 25.1.05 השו' רובינשטיין
עליון	הגנת השכרות – אחריות פלילית בגין עבירות שבוצעו בעת שכרות	ע"פ 2454/02 טיקמן דני נ' מדינת ישראל , תק-על 2005(4) 2646	מיום 12.12.05 השו' רובינשטיין
עליון	לא תעמוד על דם רעך – הימנעות מהגשת סיוע מציל חיים	ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל , תק-על 2006(1) 717, 728	מיום 19.1.06 השו' רובינשטיין
עליון	עבירות במשפחה – גרדי קירבה משפחתית כנסיבה מחמירה	ע"פ 4524/03 פלוני נ' מדינת ישראל , פ"ד נח(2) 522, 525–526	מיום 15.1.04 השו' מצא
עליון	ענישה מצטברת	ע"פ 6535/01 קוזירוב נ' מדינת ישראל , פ"ד נו(3) 562, 567	מיום 5.5.03 השו' חשין
עליון	ענישה חופפת	ע"פ 5023/99 חכמי נ' מדינת ישראל , פ"ד נה(3) 406, 432	מיום 15.3.01 השו' טירקל
עליון	לא תעמוד על דם רעך – אי מניעת פשע	ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל , פ"ד נה(2) 735, 819	מיום 21.2.01 השו' טירקל
עליון	עבירות מין – אלמנט החדירה לעניין אינוס ומעשה סדום	ע"פ 5296/00 פלוני נ' מדינת ישראל , פ"ד נד(5) 385, 400	מיום 7.11.00 השו' אנגלרד
עליון	עבירות מין – רכיב ההסכמה – תחילתו באונס וסופו ברצון	ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל , פ"ד נד(3) 289, 337	מיום 27.7.00 השו' אנגלרד
עליון	שיקולי ענישה – החמרה בעונשם של עובדי ציבור שקיבלו שוחד	ע"פ 8585/05 שבתאי שאלון נ' מדינת ישראל , תק-על 2006(3) 4167, 4182	מיום 13.9.06 השו' רובינשטיין
עליון	אחריות לגרימת מוות ברשלנות – עקב אי סילוק המפגע הבטיחותי – בור	רע"פ 710/05 הניג נ' מדינת ישראל , תק-על 2005(1) 2911, 2913	מיום 7.3.05 השו' רובינשטיין
עליון	חילוט כלים המשמשים לביצוע עבירה על החוק – כלי ציד	רע"פ 1161/04 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל , תק-על 2005(2) 762, 766	מיום 21.4.05 השו' טירקל
עליון	יסודות עבירת הטרדה – רכיב ההקנסה	רע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל , תק-על 2005(2) 4099, 4108	מיום 30.6.05 השו' רובינשטיין
מחוזי	תקיפה – "מכות חינוכיות" – איסור ענישה גופנית למטרות חינוך או על ידי אפוטרופוס	ת"פ (חי') 117/01 מדינת ישראל נ' וייספלד , תק-מח 2004(3) 4897, 4903	מיום 27.8.04 השו' רון שפירא
מחוזי	חבלה – מדיניות ענישה – החמרה בעונש בעל מכה גם אם הנסיבות מצדיקות הקלה	ת"פ (חי') 368/02 מדינת ישראל נ' א.ג. (לא פורסם) , עמ' 1, 12–13	מיום 21.7.04 השו' רון שפירא
		ע"פ (ב"ש) 14/96 מדינת ישראל נ' פלוני , תק-מח 96(2) 317, 312	מיום 22.5.96 השו' י' פלפל

15.12.03	מיום השו"י פלפל	תפ"ח (ב"ש) 910/02 מדינת ישראל נ' דושקר סמיון, תק-מח 2002(4) 635,619	חטיפה – חבות בגניבת נפש – כאשר ניתנה הסכמת החטוף למעשה	מחוזי
10.10.01	מיום השו" הנדל	ע"פ (ב"ש) 7332/00 מדינת ישראל נ' אלון דניאל, פ"מ תשס"א (2) 529	תקיפה – על ידי בעל חיים – הרשעת בעלים שכלבו תקף ילד	מחוזי
5.6.05	מיום השו" דרורי	ת"א (י-ם) 1484/99 הרטי זבולון נ' קיבוץ קליה (לא פורסם), עמ' 1, 14, 42-40	הטלת סנקציות החורגות מדיני העונשין הכלליים – הטלת חבות עונשית וממונית על צד שלישי – גם על אי מניעת עוון (ולא רק פשע)	מחוזי
28.10.99	מיום השו" אמינוף	ה"פ (נצ"ו) 1116/99 מדינת ישראל נ' לואבנה, פ"מ תשנ"ט (2) 732, 722	רצח – קדושת חיי אדם – גם כשהקרן אסיר	מחוזי
26.5.98	מיום השו" דרורי	בר"ע (ב"ש) 703/98 אלימלך נ' קראוני (לא פורסם)	רצח – אי מניעת פשע – חבר כנופיה שהיה פסיבי במהלך הארוע העברייני – הימנעות מלהגיש סיוע לקרבן העבירה	מחוזי
27.3.96	מיום השו" א' לוי	ת"א 498/95 מדינת ישראל נ' עמיד, פ"מ תשנ"ו (2, 3) 43	רצח – פזיזות – ירי על מנת לנטרל – מקום בו סביר להניח שהקרן ימות מפצעיו	מחוזי
10.10.99	מיום השו" גרוס	ע"א (ת"א) 4289/98 שלום שלומית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 99(3) 14, 2	חסינות דיפלומטית – נסיונו של שגריר לחסות בצל החסינות הדיפלומטית – להתחמקות מהעמדה לדין בגין מעשים מגונים	מחוזי
27.1.99	מיום השו" הנדל	ע"פ (ב"ש) 7217/98 נעמן דג נ' רשות שמורות הטבע, תק-מח 99(1) 51, 48	התראה – עובר עבירה שהואשם וזוכה והמשיך בפעולתו משך שנים בידיעת הרשות – לא יורשע אלא אם כן הותרה והוסבר לו האיסור שבפעולה	מחוזי
11.12.06	מיום השו" דרורי	ת"פ (י-ם) 1051/05 מדינת ישראל נ' ג'אעוני, תק-מח 2006(4) 8324	שיקולי ענישה – התחשבות בעתידו של הנאשם	מחוזי
27.10.98	מיום השו" גל	ת"פ (י-ם) 510/96 מדינת ישראל נ' בן עטר (לא פורסם)	שוחד – גישה מחמירה	מחוזי
21.7.94	מיום השו" מודריק	ת"פ (ת"א) 619/91 מדינת ישראל נ' יעקובסון, פ"מ תשנ"ה (2) 109	שוחד – איחוד אינטרסים פסול – עקב מתן השוחד	מחוזי
4.5.94	מיום השו" הנדל	עע"א (ב"ש) 121/97 סעדיה מנחם זכריה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ד (3) 465, 462	שיקולי ענישה – הרציונל העומד מאחורי הפחתת שליש העונש	מחוזי
8.3.94	מיום השו" א' לוי	תפ"ח (ת"א) 416/93 מדינת ישראל נ' בסו, פ"מ תשנ"ד (3) 286, 281	המתה – רצח – חומר רציחה גם כאשר מדובר בירי באב מתעלל	מחוזי

מחוזי	גניבה – היסוד העובדתי לשכלול העבירה – האם נדרשת הוצאת המיטלטלין מרשות הנגזל או שמא די במשיכה כלשהי?	פ"ח (ב"ש) 952/03 מדינת ישראל נ' אלחרור , תק-מח 2005(1) 54, 45	מיום 4.1.05 השו' הנדל
מחוזי	עינוי דין – הארכת מעצר עד תום ההליכים – הקלה והתחשבות בתנאי המעצר – גם כאשר מדובר במעצר בית	ב"ש (י-ם) 4173/05 ברונסקי נ' מדינת ישראל , תק-מח 2005(1) 4771, 4769	מיום 13.2.05 השו' יוסף שפירא
מחוזי	אינוס – הסכמת הקרבן לטבול – אינה סימן להסכמה להיבעל	תפ"ח (י-ם) 859/05 מדינת ישראל נ' פלוני , תק-מח 2006(3) 14, 11	מיום 2.7.06 השופטים רביד, אפעל ופרקש
ערבות			
עליון	ריבוי ערבים – אופן גביית החוב וחלוקת הנטל בין ערבים בעלי יכולת גביה שונה	רע"א 2075/05 שחר יוסף נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ , תק-על 2005(2) 2029, 2026	מיום 5.6.05 השו' רובינשטיין
עליון	פירעון חוב במלוואו על ידי שותף – הסדרי שיפוי בין הפורע לנפרע	רע"א 5545/05 צינגלאוב נ' פלמון , תק-על 2005(3) 1347, 1345	מיום 21.7.05 השו' רובינשטיין
מחוזי	מיצוי הליכים נגד החייב העיקרי – ורק לאחר מכן נגד הערב	בר"ע (ב"ש) 573/04 רחמני נ' בנק עצמאות למשכנתאות ולפיתוח בע"מ , תק-מח 2004(4) 6244, 6242	מיום 31.12.04 השו' הנדל
מחוזי	חובת בן זוג – להשתתף בהוצאות שיפוצים בבית משותף – בגין החוב של שני בני הזוג קודם גירושיהם	בש"א (י-ם) 5581/04 דניאל זכריה נ' וינברגר , תק-מח 2004(3) 3544, 3546	מיום 26.8.04 השו' דרורי
עיקול			
מחוזי	הוצאה לפועל – נכסים מעוקלים – המשך החזקת הנכסים המעוקלים (עד למימוש) – על ידי הבעלים המקוריים	ת"א (י-ם) 3386/01 פז נ' לילית מפעלי תמרוקים ואירוסלים 1973 בע"מ , תק-מח 2006(1) 440, 431	מיום 11.1.06 השו' דרורי
עשיית עושר ולא במשפט			
עליון	מקרקעין – ברשות שהשביח נכסי הזולת	רע"א 1156/02 חיר נ' לידאי, פ"ד נז(3) 960, 949	מיום 11.5.03 השו' טירקל
עליון	מול כופין על מידת סודם	רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199	מיום 23.12.99 השו' אנגלרד וטירקל
מחוזי	התייחסות יישומית לסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר"	ת"א (י-ם) 7236/05 לוי נ' אבני רביד , תק-מח 2006(2) 4380, 4372	מיום 15.5.06 השו' סולברג

מחוזי	שיפוי קבלן שהוסיף מעבר למה שסוכם ובכך השביח את הנכס שבידי הצד שכנגד.	ת"א (י-ם) 3104/01 אספן בניה ופיתוח נ' מדינת ישראל (לא פורסם) הש' דרורי	מיום 28.7.04
מחוזי	העברת כספים בהם זכה דייר לשעבר בגין תביעה בעניין ליקויי בניה לחליפו – דייר שרכש ממנו את הדירה	ת"א (י-ם) 164/93 כהן פרי נ' רמט בע"מ , תק-מח 2004(1) 8679, 8670 הש' דרורי	מיום 3.2.04
מחוזי	שיפוי תורם איברים – שבעקבות תרומתו נחסכים מקופת החולים הוצאות אשפוז של הנתרם	ת"א (י-ם) 4298/02 ווידן אליהו נ' מדינת ישראל , תק-מח 2006(3) 3727, 3696	מיום 31.7.06
פשרה			
עליון	יכולת בתי הדין לכפות פשרה על הצדדים	בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול , פ"ד נד(5) 401	מיום 26.11.00
עליון	עצמאות בית המשפט – להשתחרר מכבלים דיוניים מהותיים והסכמים בין הצדדים	רע"א 4044/04 יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' סגל , פ"ד נח(6) 900-899, 894	מיום 22.7.04
עליון	פשרה שקיבלה תוקף של פסק דין	רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור , פ"ד נו(1) 593, 577	מיום 24.9.01
מחוזי	שיעור הסכום שייקבע כפשרה – קיומה של אפשרות להשית במסגרת הפשרה כמעט את מלוא הסכום בנסיבות העניין	ת"א (י-ם) 3187/01 ר.מ.פ.א נכסים בע"מ נ' אלי פלד (לא פורסם) הש' דרורי	מיום 19.8.03
מחוזי	כאלטרנטיבה לדין	ת"א (י-ם) 1085/97 ואן סקסן ראובן נ' משה"ב דיור מעולה בע"מ (לא פורסם)	מיום 28.10.01
מחוזי	סמכות בית הדין לכפות פשרה על הצדדים	ת"א (חי) 589/00 צינורות המזרח התיכון בע"מ נ' יערי משה ובניו בע"מ , תק-מח 2004(1) 9963, 9959	מיום 11.2.04
מחוזי	פטור מחובת הנמקה בהסדר פשרה – יכולת להכריע רק כמו צד אחד והיקף הערעור	ע"א (י-ם) 6143/05 ניירות חב"ד להפצת יהדות בארץ הקודש נ' ניסים חנניה , תק-מח 2005(4) 1254, 1250	מיום 27.10.05
מחוזי	היעדר חובת הנמקה – היכולת להתנות על הנמקה	ת"א (י-ם) 1511/98 מזרחי נ' פירז , תק-מח 2000(1) 8964, 8962	מיום 16.1.00
מחוזי		בש"א (י-ם) 1068/99 חיות נ' בקאל הש' צבי טל	מיום 12.1.99

		צדקה – עמותות	
28.10.03	מיום השו' טירקל	ע"א 8704/99 בן ציון נ' ההסתדרות הכללית של העובדים , פ"ד נג(1) 138, 120	עליון מתנה – חזרה מנתנה – לאחר שהמקבל מעוניין לשנות ייעוד הנכס הניתן במתנה
		צוואה	
16.11.99	מיום השו' אנגלרד	ע"א 2555/98 הרב אברג'ל נ' עיזבון המנוח משה בן יאיר , פ"ד נג(5) 673, 688	עליון מועד החלות – הנפקות – כאשר נכתב כמתנה מחיים הרי שאם בכל זאת רואים בזה צוואה הרי שהעורך אינו יכול לשמש כמוטב
16.11.99	מיום השו' אנגלרד	ע"א 2555/98 הרב אברג'ל נ' עיזבון המנוח משה בן יאיר , פ"ד נג(5) 673, 688	עליון ניסוח – צוואה שהנוסח הכתוב בה הוא "שעה לפני מותי"
20.12.00	מיום השו' טירקל	ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד פוקס , פ"ד נד (5) 816, 792	עליון גדרי תנאי הנוגד את תקנת הציבור – תניה המונעת השקעות בחו"ל
1.5.03	מיום הנשיא ברק	ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר על-ידי נאמני ההקדש נ' תנחום אבן טוב , פ"ד נז(5) 160, 145	עליון מצווה לקיים דברי המת – היחס בין רצון הנפטר ובין הסכמים בין היורשים לאחר מותו
9.2.04	מיום השו' טירקל	ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב , פ"ד נח(6) 932, 917	עליון של מי שהתאבד מספר ימים לאחר מכן – האם יש לגביה הקלות כמו של צוואת שכיב מרע
24.10.04	מיום השו' רובינשטיין	ע"א 5869/03 חרמון נ' גולוב , פ"ד נט(3) 12, 1	עליון מבנה ודרישות הלכתיות
22.3.05	מיום השו' ארב'ל	דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני , פ"ד נט(6) 688–687, 653	עליון היחס בין רצון המצווה (קיום דברי המת) לבין פגמים צורניים בצוואה
16.5.99	מיום השו' טירקל	רע"א 5103/95 טובה דשת נ' שלום אליהו , פ"ד נג(3) 125, 97	עליון הערמה – הסתלקות מוטבים מצוואה – על מנת לבטל צוואה עתירת הגבלות ולקבל ההנכסים מיידית בדרך ירושה
16.11.99	מיום השו' אנגלרד	ע"א 8991/04 בוהאן סובחי יעקב נ' זוהער ברגות נצרת , תק-על 55, 44 (4)2006	עליון שכיב מרע – הכשרת צוואה חרף קיומם של פגמים פורמאליים
12.6.96	מיום השו' רובינשטיין	ת"א (י-ם) 844/94 שרון נ' ורש , תק-מח 2813, 2810 (2)96	מחוזי פרשנות צוואה – מצווה לקיים דברי המת – צוואות הדדיות – בהן צורפה תניה בצוואה המאפשרת לבן הזוג שכנגד לממש נכס מנכסי העזבון – האם יש לפרשה כקיימת בכל עת או שמה כהוראה לעת מצוא?

מחוזי	הכרעה בין נוסח צוואה מאוחר – שאינו עומד בקנה אחד עם פעולות בנקאיות שעשה המנוח קודם הצוואה	ע"מ (י-ם) 1030/06 פלונית נ' בנק הפועלים בע"מ , תק-מח 2006(3) 12547,12542	מיום 21.9.06 השו' גבאי, דרורי ושפירא
[משפט] ציבורי וחוקתי			
עליון	חופש הביטוי (סרבנות מצפון) – מול ביטחון המדינה – אופן התגובה מול קריאות הקוראות לדמורליזציה והטלת מורך	בג"ץ 1398/04 סמ"ר (במיל') בן חורין נ' רשמת העמותות , תק-על 2006(1) 735,729	מיום 19.1.06 השו' רובינשטיין
צנעת הפרט			
עליון	גדרי ההגנה על צנעת הפרט – מפני הטורדה ושימוש לא ראוי במכשירי בזק	רע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל , תק-על 2005(2) 4099, 4108	מיום 30.6.05 השו' רובינשטיין
צער בעלי חיים			
עליון	פיטום אווזים	בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה , פ"ד נו(6)212, 264	מיום 11.8.03 השו' שטרסברג-כהן
קניין			
עליון	הפקעת מקרקעין לצרכי הכלל – האיזון בין זכות הפרט לקניין – לבין יכולת הכלל לכפות עליו	עע"מ (מנהליים) 8989/04 הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח-תקווה נ' מ.זיטמן ובניו בע"מ , תק-על 2005(3) 1390,1384	מיום 2.8.05 השו' רובינשטיין
עליון	מקרקעין – הפקעה – דין המלך וזכויותיו ברכוש הפרט	ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה , תק-על 2006(1) 985,975	מיום 24.1.06 השו' רובינשטיין
עליון	מקרקעין – חזקה ומחאה – תביעת בעלות במקרקעין – מצד יורש של מקרקעין שהופקעו מידי המוריש	רע"א 9076/05 וליד אלדוח נ' מינהל מקרקעי ישראל , תק-על 2006(1) 1580	מיום 2.5.06 השו' רובינשטיין
עליון	עיכבון – זכות עיכבון במיטלטלין	ע"א 6365/03 טיזאבי נ' טיזאבי , פ"ד נט(2) 401-391, 402	מיום 12.9.04 השו' רובינשטיין
עליון	תקנת השוק – רכישת יצירת אמנות במחיר מוזל	דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית , פ"ד נו(2) 721,632	מיום 20.2.03 השו' טירקל
עליון	מקרקעין – פיצוי פולש שהשביח את הקרקע	רע"א 9212/05 מנחם מעודה נ' חברת מפעלי בתים משותפים , תק-על 2006(4) 1866,1864	מיום 23.11.06 השו' רובינשטיין

מחוזי	שיתוף במקרקעין – פירוק שיתוף – זכותו העקרונית של שותף לפרק שיתוף	ת"א (י-ם) 3348/01 מוניק טובול נ' טובה גרינברג , תק-מח 2005(4) 7179, 7169	מיום 30.12.05 השו' דרורי
מחוזי	מקרקעין – בית משותף – תשלום ועד הבית – עבור שטחים לא בנויים המוצמדים לדירת המגורים	ע"א (י-ם) 5062/04 נציגות הבית המשותף ברח' משה קול 21, ירושלים נ' כפיר עו"ד , תק-מח 2004(4) 3257, 3252	מיום 22.11.04 השו' דרורי
מחוזי	הגנה על נכסי עבריינין – אף אם לקרנן העבירה היתה זיקה לא קניינית כלפיהם תמונות הנרצחת השייכות לאביה הרוצח	ב"ש (י-ם) 6808/04 מדינת ישראל, תק-מח 2004(3) 6817, 6812	מיום 18.10.04 השו' דרורי
מחוזי	הגנה על זכות הקניין – מול חסינותה של נציגות זרה שהשתלטה על מקרקעין – תביעות לסילוק יד	בש"א (י-ם) 4262/04 ת"א 5234/03 סיראגניאן ראובן פעול נ' United Nations Truce Supervision Organization , תק-מח 2005(1) 2525, 2524	מיום 16.5.04 השו' שפירא
מחוזי	מקרקעין – הגנה על זכות קניינית – הפקעת קרקעות לסלילת כביש מספר 4 – וסירוב בעל מקרקעין לאפשר חזקה בנכס	ה"מ (י-ם) 248/93 הוועדה לתכנון ולבנייה ירושלים נ' עליאן , פ"מ תשנ"ה (1) 338, 331	מיום 9.5.94 השו' בזק
מחוזי	חזקת בעלות של מחזיק – הימצאות נכס בידי אחר זולת החייב שנכסיו חולטו – מקימה חזקה שהנכס אינו שייך לחייב ועל כן אין ליטלו	ת"פ (ב"ש) 8159/02 מדינת ישראל נ' משיח הרצל , תק-מח 2004(1) 8751, 8747	מיום 22.1.04 השו' יוסף אלון
מחוזי	מקרקעין – עשיית דין עצמית – השתלטות בדואים על אדמות מדינה – דחיית הנסיון לטעון כי אי פינוי תוך 30 יום מקים זכויות קנייניות לפולשים	בר"ע (ב"ש) 768/02 מדינת ישראל נ' סלימאן אבו מדיעם , תק-מח 2003(3) 342, 337	מיום 8.8.03 השו' הנדל
מחוזי	פירוק שיתוף במקרקעין – BMBY – "גוד או אגוד" – סכסוך בין בני זוג – בו הבעל תובע פירוק שיתוף במקרקעין – ואילו האישה מעכבת הדין בתואנות שווא	ע"א (י-ם) 1006/01 ברדה נ' ברדה , תק-מח 2002(3) 8770, 8759	מיום 2.12.02 השו' דרורי
מחוזי	קניין – שותפות פירוק שיתוף במקרקעין	ת"א (י-ם) 3348/01 טובול נ' גרינברג , תק-מח 2005(4) 7169	מיום 30.12.05 השו' דרורי
מחוזי	העברת בעלות פיקטיבית – לצורך הברחה מנשעים	ה"פ (ת"א) 1173/03 קדר נ' אייזנברג (לא פורסם)	מיום 6.2.06 השו' ד' פלפל

מחוזי	רכישת זכויות בנכס – מכח חזקה ללא מחאה	ה"פ (ב"ש) 5036/05 פרידנברג נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ, תק-מח 2006(3) 4614, 4609	מיום 27.7.06 השו' אזולאי
מחוזי	בקשת הלווה להמיר משכון שניתן כנגד הלוואה גדולה במשכון נמוך יותר – לאחר שפרע מרבית החוב (פדיון משכנתא לחצאין)	בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב ביטון, תק-מח 2006(3) 2994–2940, 2904	מיום 27.7.06 השו' דרורי
קניין רוחני			
עליון	שכפול יצירה מוגנת – יצירת מודל דומה בשינויים קלים	ע"א 3422/03 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365	מיום 7.2.05 השו' רובינשטיין
עליון	גניבה ספרותית – שיקולים להתיר העתקה בנסיבות מסוימות – מטעמים של רצון בהפצת ידע	ע"א 8117/03 איתן ענבר נ' ד"ר אסף יעקב, תק-על 2006(1) 549, 564	מיום 16.1.06 השו' רובינשטיין
עליון	סימן רשום – שימוש בשם מוגן לפרסום מוצר מתחום אחר	ע"א 9191/03 S Vin Spirt V & Aktiebolag נ' אבסולוט שוז בע"מ, פ"ד נח(6) 889–888, 869	מיום 19.7.04 השו' רובינשטיין
עליון	פרסום דברים בשם אומנם – כאשר מדובר רק בפענוח	ע"א 2790/93 ROBERT E. IESENMAN נ' קימרון, פ"ד נד(3) 850, 817	מיום 30.8.00 השו' טירקל
עליון	מתחרה שהיה שותף לפיתוח מוצר – החל מייצר בעצמו	ע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, תק-על 2006(3) 2743, 2739	מיום 18.8.06 השו' ברלינר
מחוזי	פטנטים – צו מניעה – האוסר על חקיין לפתח נרות שמן לחנוכה שאינם מלכלכים – פטנט שנרשם על שם החברה המקורית	המ' (י-ם) 1144/95 בוסו נ' דיאמנט יצור ושיווק כלי כסף (לא פורסם)	מיום 13.12.95 השו' רובינשטיין
מחוזי	סימן רשום – צו מניעה האוסר על בעל עסק להמשיך להפעיל חנות נעליים בשם במבינו – לאחר שקודם לכן נרשם אצל רשם סימני המסחר שם על ידי חנות אחרת	ת"א (ב"ש) 46/95 עיני נ' גוטמן, תק-מח 95(2) 1792, 1794	מיום 18.06.95 השו' הנדל
מחוזי	זכויות יוצרים על העתק מיצירה מקורית – שבעל הזכויות אישר להעתיק לגורם בלעדי אחד	ת"א (י-ם) 1192/99 שדה ראובן נ' עזבון המנוח ססלר מרדכי ז"ל, תק-מח 2006(3) 2581, 2569	מיום 24.7.06 השו' דרורי
מחוזי	שימוש בכינויו של אדם – ללא רשותו – לשם השאת רווחים	ת"א (י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי, תק-מח 2006(4) 3551	מיום 7.11.06 השו' יוסף שפירא

מיום	השור' דרורי	מדינת	ע"פ	ראיות עליון
22.10.03	השור' טירקל	מדינת	ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 71	D.N.A – הרשעה באונס
13.5.02	השור' חשין	מדינת	ע"פ 3601/01 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 432, 401	קבלת עדות באופן בלתי אמצעי
31.8.06	השור' רובינשטיין	מדינת	בש"פ 6466/06 עקול נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 3476	זיהוי אדם על פי קול
4.9.06	השור' רובינשטיין	מדינת	ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 3625	"פלגינן דיבורא" ה עדות שבטלה בחלקה – קבלת יתר דברי העד
4.9.06	השור' רובינשטיין	מדינת	ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 3625	קיומה של חובה להעיד – כאשר נשקפת סכנה לעד מצד הנאשם
9.11.06	השור' רובינשטיין	מדינת	בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(4) 1966	חיסיון – הימנעות ממתן עדות – בשל קיומו של חיסיון
29.8.05	השור' דרורי	מדינת	ת"א (י-ם) 3248/01 א' נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-מח 2005(3) 4339, 4307	נטל שכנוע – מתן עדיפות לגרסת אחד מבעלי הדין – בשל היותה נתמכת בחזקה או באומדנא
29.8.05	השור' דרורי	מדינת	ת"א (ים) 3248/01 א' נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-מח 2005(3) 4339, 4307	כללי מתן אמון בעדים
25.9.05	השור' שטמר	מדינת	ת"פ (י-ם) 290/01 מדינת ישראל נ' פישור איתי, תק-מח 2005(3) 7184	משקלה הנמוך של עדות כבושה
12.12.04	השור' דרורי	מדינת	בר"ע (י-ם) 188/04 תיווך משכן נכסים בע"מ נ' פולורון סיסטם ישראל בע"מ, תק-מח 2004(4) 4720, 4715	גילוי מסמכים – דרישת סכומים מופקעים מצד בעל דין – כתנאי להצגת מסמכים
10.3.03	השור' דרורי	מדינת	ת"פ (י-ם) 3007/02 מדינת ישראל נ' אבינון, תק-מח 2003(1) 4592	ראיות נסיבתיות – שני אנשים בחדר סגור שאחד מהם מת
4.3.04	השור' דרורי	מדינת	ת"א (י-ם) 1335/98 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם)	גילוי ראיות – המוציא מחברו עליו הראיה – הימנעות ניזוק מלהוכיח נזק – שומטת הקרקע מקבלת סעד
26.2.04	השור' יעקבי-שוילי	מדינת	ת"א (חי') 456/00 שלמה אביסרור נ' ראובן פולק, תק-מח 2004(1) 9315, 9309	משקל ומהימנות – חזקות הנובעות מטבעו של אדם – "אין אדם חוטא ולא לו" – המנעות מלשקר ב"מילתא דעביד לאיגלויי"

מחוזי	היסק שלילי מאי המצאת ראייה	ת"א (י-ם) 1096/97 גני ירושלים (מורדוך) בע"מ נ' רשא לבניה ופיתוח בע"מ , תק-מח 2005(2) 1431, 1420	מיום 3.5.05 הש' דרורי
מחוזי	משקל ומהימנות – העדפת גרסת בעל דין על פני זולתו – חזקת בעל מקצוע (רופא) מול לקוח "נאמן אדם על פנקסו"	ת"א (י-ם) 4177/02 אשכנזי אליהו נ' ד"ר גאנדין (לא פורסם)	מיום 7.2.05 הש' יוסף שפירא
מחוזי	מעמד ה-D.N.A לעניין עגינות – זיהוי חללים – זיהוי פלילי	פ"ח (י-ם) 606/03 מדינת ישראל נ' שויש (לא פורסם)	מיום 8.1.04 הש' דרורי
מחוזי	ראיות נסיבתיות – קשיים בהרשעת הנאשם – גם כאשר מצויות ראיות רבות	ת"פ (ת"א) 40079/05 מדינת ישראל נ' ענקרי , תק-מח 2005(4) 69, 63	מיום 2.10.05 הש' ג' קרא
מחוזי	הודאה (אזרחית) – קבילות הודאה אזרחית ואיזון מול האינטרס של המודה	ת"א 1171/98 ישראל כהן נ' "אבנר" איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ , תק-מח 2002(2) 14894	מיום 17.6.02 הש' רון שפירא
מחוזי	הודאה (פלילית) – בטלות קבילות הודאת אלעבייד שהואשם ברצח חנית קיקוס – מכח "אין אדם משים עצמו רשע"	ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אלעביד , תק-מח 1996(1) 1, 10-9	מיום 22.11.94 הש' הנדל
מחוזי	הודאה (פלילית) – הודאת נאשם ברצח אשר חזר בו מהודאתו למחרת	פ"ח (ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' בירמן , תק-מח 2005(1) 6768, 6784	מיום 29.3.05 הש' הנדל
מחוזי	עד מומחה – חזקת נאמנות – עד מומחה מטעם בית משפט מול התנגדות לעדותו	בר"ע (י-ם) 775/03 אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ , תק-מח 2004(2) 5896, 5893	מיום 16.6.04 הש' דרורי
מחוזי	קבלת עדות עד הנוגע בדבר	ת"א (י-ם) 3064/01 להב נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ , תק-מח 2006(1) 4728, 4721	מיום 20.2.06 הש' דרורי
מחוזי	הימנעות מלהעיד עד מרכזי – חזקה הפועלת לרעת בעל הדין – הימנעותו הנובעת מסיבות אובייקטיביות	ת"א (י-ם) 3401/01 נס שובל נ' יוגב (עצמוני) (לא פורסם)	מיום 25.5.06 הש' דרורי
מחוזי	זיהוי והרשעת אדם על פי כתב ידו – כגון שזיף שטרות וקיבל באמצעותם דבר במרמה	ת"פ (י-ם) 264/03 מדינת ישראל נ' חוגי , תק-מח 2006(4) 10353, 10401	מיום 25.12.06 הש' י' שפירא
ריבית עליון	שיעור הריבית המצדיק התערבות שיפוטית	רע"א 5777/04 מרנץ נ' רוורגנו , פ"ד נט(1) 430-429, 420	מיום 30.8.04 הש' רובינשטיין

מחוזי	הוצאות משפט – אופן חישוב הריבית וההצמדה – בגין פסק דין שנפסק ולא שולם	בר"ע (י-ם) 802/05 פלוני נ' פלונית, תק-מח 2005(4) 10070, 10075	מיום 29.11.05 השו' י' שפירא
מחוזי	היתר עיסקא – אי עמידת לווה בנטל הראייתי – המצדיק השתתפות המלווה גם בהפסדיו (פועל יוצא מ היתר העיסקא)	ע"א (ת"א) 1596/03 בנק מזרחי מאוחד נ' בני שכטר (לא פורסם)	מיום 20.1.04 השו' שרה דותן
מחוזי	היתר עיסקא – התנגשות בין תנאי החוזה לבין תנאי היתר העיסקא	ה"פ (חי') 105/00 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' שלומי דוד, תק-מח 2000(4) 109, 107	מיום 18.12.00 השו' יעקבי-שוילי
רצח			
מחוזי	קדושת חיי אדם – גם כשקרבת הינו אסיר	ה"פ (נצ') 1116/99 מדינת ישראל נ' לואבנה, פ"מ תשנ"ט(2) 732, 722	מיום 28.10.99 השו' אמינוף
מחוזי	אי מניעת פשע – חבר כנופיה שהיה פסיבי במהלך הארוע העברייני – נמנע מלהגיש סיוע לקרבת העבירה	בר"ע (ב"ש) 703/98 אלימלך נ' קראווי (לא פורסם)	מיום 26.5.98
מחוזי	המתת חסד – הסרת מונע	ה"פ (ת"א) 528/96 ביכס נ' עיריית ת"א-יפו, תק-מח 2003(1) 2009	מיום 3.4.97 השו' ש' סירוטה
מחוזי	המתת חסד – הימנעות מחיבור למכשירים	ה"פ (ת"א) 2242/95 א.א. נ' קופת החולים הכללית, פ"מ תשנ"ה(2) 261, 253	מיום 11.1.96 השו' טלגם
מחוזי	פזיזות – ירי על מנת לנטרל – מקום בו סכיר להניח שהקרבת ימות מפצעיו (יגאל עמיר)	ת"א 498/95 מדינת ישראל נ' עמיר פ"מ תשנ"ו(2) 3, 43	מיום 27.3.96 השו' א' לוי
מחוזי	חומרתו – גם כאשר מדובר בירי באב מתעלל (הפרקליטות החליטה להמיר העונש מרצח להריגה)	תפ"ח (ת"א) 416/93 מדינת ישראל נ' בסו, פ"מ תשנ"ד (3) 286, 281	מיום 8.3.94 השו' א' לוי
מחוזי	הגנת צורך – טענה כי הנרצח היה "רודף" – או שהרצח נועד להציל ממוות חפים מפשע	תפ"ח (י-ם) 861/05 מדינת ישראל נ' ויזגן, תק-מח 2006(3) 10055, 10062	מיום 11.9.06 השו' א' פרקש
שוחד			
עליון	שיקולי ענישה – החמרה בעונשם של עובדי ציבור שקיבלו שוחד	ע"פ 8585/05 שאלון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 4167, 4182	מיום 13.9.06 השו' רובינשטיין
מחוזי	שיקולי ענישה – להחמרה בענישה	ת"פ (י-ם) 510/96 מדינת ישראל נ' בן עטר (לא פורסם)	מיום 27.10.98 השו' גל
מחוזי	עמדת המשפט העברי – על איחוד אינטרסים פסול הנגרם עקב מתן השוחד	ת"פ (ת"א) 619/91 מדינת ישראל נ' יעקובסון, פ"מ תשנ"ה(2) 116, 109	מיום 21.7.94 השו' מודריק

שומרים				
29.5.03	מיום השו' טירקל	רע"א 9488/02 חן שחר נ' עטיה גד, תק-על 2005(1) 3687, 3693	עליון	תניה בין בעל הבית לשומר שכר הנוגדת תקנת ציבור
24.9.03	מיום השו' דרווי	בר"ע (י-ם) 562/03 סוחמן נ' סקודר (לא פורסם)	מחוזי	פשיעת שומר חינם – הפקרת נכס שנמסר לשם מכירה ללא דמי תיווך – עולה כדי פשיעה – חיובהמפקיר על אף שמדובר בשומר חינם
13.10.02	מיום השו' הנדל	ע"א (ב"ש) 1129/01 עטיה גד נ' חן שחר, תק-מח 2002(3) 2627, 2630	מחוזי	שומר שכר – תניות ממוניות לפטור מחיוב בהסכמת הבעלים – בעל רכב שביקש כי הטרקטור שלו ייגרר כאשר הוא דלוק (עקב בעיות התנעה) ובניגוד לתקנה – כתוצאה מהגרידה במצב זה הטרקטור נשרף כליל – שאלת חבות
27.2.95	מיום השו' י' בזק	ע"א (י-ם) 288/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ב. עופר שמירה ונקיון בע"מ, פ"מ תשנ"ו(1) 320	מחוזי	שומר שמסר לשומר – שומר חינם שמסר לשומר שכר בידעו שהאחרון הינו רשולן – חב כמו השומר הרשולן – גם אם את חפציו האישיים נוהג הוא להפקיד בידי אותו שומר שכר
שכנים				
16.11.05	מיום השו' רובינשטיין	רע"א 9626/05 נציגות הבית המשותף מרחוב הרב עמיאל 7, תל אביב נ' אבימור, תק-על 2005(4) 1423, 1421	עליון	בית משותף – אופן קבלת החלטות לגבי ניהול החזקת הרכוש המשותף
30.12.05	מיום השו' דרווי	ת"א (י-ם) 3348/01 טובול נ' גרינברג, תק-מח 2005(4) 7169	מחוזי	מקרקעין – שותפות פירוק שיתוף במקרקעין
שליחות				
24.3.05	מיום השו' ד' פלפל	ה"פ (ת"א) 970/03 קריסטוף וילר נ' ישראל צבי סגל, תק-מח 2005(1) 8747, 8740	מחוזי	חריגת שלוח מתנאי השליחות. שימוש ביפוי כח שניתן לצורך השליחות לצרכים פרטיים
תאונת דרכים				
31.10.04	מיום השו' דרווי	ת"א (י-ם) 1738/98 בטיש הלוי שאול נ' שריקי אסף, תק-מח 2004(4) 1756, 1744	מחוזי	חבות נהג – מקום בו אין תחולה לפל"ד – לשלם לניזוק את ראשי הנזק

		תחרות
מיום 19.7.04 השור' רובינשטיין	ע"א 9191/03 V & S Vin Spirt Aktiebolag נ' אבסולוט שוח בע"מ , פ"ד נח(6) 891,869-892	הסייגים להטעיית הלקוחות והעברתם ממוגת אחד לאחר
		תקיפה
מיום 31.5.01 השור' עמיאל	ע"מ (י-ם) 507/00 סילברג נ' שאער , תק-מח 2001(2) 13744, 13746	בית משפט שלום שקבע פיצוי בסך 50,000 ש"ח בגין פגיעה במהלך סכסוך בין גיסים – המחוזי דן לפי דין תורה כמה היה מקום לאמוד את הנזק
מיום 27.8.04 השור' ר' שפירא	ת"פ (חי') 117/01 מדינת ישראל נ' וייספלד , תק-מח 2004(3) 4897, 4903	"מכות חינוכיות" – איסור ענישה גופנית למטרות חינוך או על ידי אפוטרופוס
מיום 22.5.96 השור' י' פלפל	ע"פ (ב"ש) 14/96 מדינת ישראל נ' פלוני , תק-מח 2096(2) 317,312	מדיניות ענישה – החמרה בעונש – בעל מכה – גם אם נסיבותיו האישיות מצדיקות הקלה – שמירה על אינטרס ציבורי
מיום 24.2.05 השור' יוסף שפירא	ע"מ (י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם)	אלימות במשפחה – הטלת חבות עונשית ונזיקית (פיצויים) כלפי בעל מכה – אשר הותיר את אשתו עם נכות נפשית
		תקנת השוק
מיום 20.2.03 השור' טירקל	דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית , פ"ד נז(2) 721,632	מיטלטלין – רכישת יצירת אמנות במחיר מוזל
מיום 23.10.02 השור' אנגלרד	ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס , פ"ד נו(6) 853,832	תקנת השוק במקרקעין
		תקנות הקהל
מיום 5.6.05 השור' דרורי	ת"א (י-ם) 1484/99 הרטי זבולון נ' קיבוץ קליה (לא פורסם), עמ' 1, 14, 42-40	תקפן של תקנות שנתקבלו על ידי קהילה (דוגמת קיבוץ) – המטילות סנקציות החורגות מדיני העונשין הכלליים – הטלת חבות עונשית וממונית על צד שלישי גם על אי מניעת עוון (ולא רק במקרה פשע)

מפתח פסיקה

פסקי דין של בית המשפט העליון

א

- רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289 (1998) 29
- ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003) 26
- ע"א 1375/93 אביטכול נ' אביטכול, פ"ד נ(1) 215 (1996) 327
- ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989) 465
- ע"א 7487/00 אדיב מנסור נ' מוסטפה חוג'יראת, פ"ד נז(3) 541 (2003) 27
- בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673 (2001) 29
- ע"א 719/97 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נד(3) 469 (2000) 522, 521
- דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005) 525, 523
- ע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה, תק-על 2005(2) 2560 (2005) 327
- בג"ץ 8507/86 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269 (1997) 14
- ע"א 1769/04 אורן נ' כהן, תק-על 2006(3) 480 (2006) 24
- ע"א 2054/98 אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 433 (2001) 29, 27
- בג"צ 2271/98 אחמד עאבד נ' שר הפנים, פ"ד מה(5) 778 (2001) 29
- בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992) 441
- ע"א 5653/98 אמיליו פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865 (2001) 30
- בג"ץ 8638/03 אמיר נ' אמיר, תק-על 2006(2) 98 (2006) 325

- ע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד
 לה (2) 800 (1981)
 ,216, 211
 רע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה יעקב, פ"ד נט(3)
 541 (2004)
 25

ב

- ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 766
 (1998)
 576
 ע"א 630/78 ביטון ואח' נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 576 (1979)
 547
 רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001)
 21
 בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832 (2000)
 30
 ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, תק-על 2005(4)
 270 (2005)
 535
 בג"צ 8046/04 בן עטיה, עו"ד נ' ראש-עיריית בת-ים, פ"ד נט(4) 29
 (2005)
 472, 29
 רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא (5) 375 (1997)
 26
 דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997)
 21
 ע"א 6909/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי
 בע"מ, פ"ד נה(4) 83 (2001)
 29
 ע"א 1780/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אולצ'יק, פ"ד נ(2) 41
 (1996)
 547
 ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' גיי סטנלי
 סונדרס, פ"ד נו(6) 832 (2002)
 511
 בג"ץ 7710/05 בר חן נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 927
 (2005)
 25
 ע"א 899/95 ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי – בנק צפון אמריקה, פ"ד
 מט(1) 854 (1995)
 32
 ע"א 869/75 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 98
 (1977)
 522

ג

- בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד
 נה(4) 267 (2001)
 21

בג"ץ 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651
 (1997) 441, 30

ד

ע"א 393/83 דלי נ' דלי, פ"ד לח(3) 613 (1984) 320
 בע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב
 היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול, פ"ד נא(5) 337 (1997) 26, 25

ה

ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793 (1993) 522
 ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505 (1980) 560
 בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים,
 בית הסוהר מעשיהו, שב"ס, פ"ד נה(2) 838 (2001) 30, 29
 ע"מ 8989/04 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה פתח-תקווה נ' מ.
 זיטמן ובניו בע"מ, תק-על 2005(3) 1384 (2005) 487
 ע"מ 11061/04 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה-מחוז חיפה נ'
 עיריית קריית אתא, תק-על 2005(2) 4071 (2005) 482
 ע"פ 1182/90 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1 (2000) 29
 ע"א 10961/04 המוסד לכיטוח לאומי נ' גוטר ואח', תק-על
 2006(3) 3565 (מיום 4.9.2006) 397
 בג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית לאומית נ' הרב בן עזרא,
 פ"ד נג(5) 606 (1999) 478
 בג"ץ 6499/99 המפד"ל נ' הרב בן עזרא, פ"ד נג(5) 606 (1999) 26
 ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ' תנחום אבן טוב, פ"ד
 נז(5) 145 (2003) 521
 רע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) 465
 ע"פ 2831/95 הרב אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996) 31
 ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001) 30, 29
 בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש
 הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003) 477, 26

ו

רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני, תק-על 2006(3) 2757 (2006) 499
 ע"א 25/50 וולפסון נ' חברת ספיניס בע"מ, פ"ד ה 265 (1950) 391

561, 26	ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב(5) 797 (1999)
305	ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457 (1960)
26	ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עז"ד פוקס, פ"ד נד(5) 792 (2000)
469	בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון לציון נ' שרת החינוך (לא פורסם, מיום 18.7.2005)
481, 27	א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית ואח' נ' ח"כ טיבי ואח', פ"ד נז(4) 1 (2003)

ח

465	ד"נ 9/77 חברת החשמל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337 (1978)
31	בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997)
26	ע"פ 1767/94 חגי יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505 (1999)
182	ע"א 353/65 חכם נ' חכם, פ"ד כ(2) 199 (1966)
29	ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638 (1998)
26	ע"פ 1456/01 חליל חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 609 (2001)
555	רע"א 9488/02 חן נ' עטיה, תק-על 2005(1) 3687 (2005)
524	ע"א 9200/99 חנוכה נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נו(3) 801 (2002)
24, 21	בג"ץ 2957/06 חנן חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת (לא פורסם, 2006)
480	רע"א 83/94 חרזאללה נ' פקיד הבחירות למועצה המקומית זמר, פ"ד מט(3) 793 (1994)

ט

25	רע"א 7537/04 טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (לא פורסם, 2004)
25	ע"א 6365/03 טיזאבי נ' טיזאבי, פ"ד נט(2) 391 (2004)
582	ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289 (2000)

י

207, 195	רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518 (2005)
30	דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' קראוס, תק-על 98(2) 1352 (1998)

14	בג"ץ 1930/94 יובל נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643 (1994)
	ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את,
25, 24	תק-על 2006(4) 1811 (2006)
	רע"א 3130/05 יורשי המנוחה א.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי, תק-
521	על 2006(3) 4253 (2006)
342	ע"א 132/62 יחמילוב נ' מרמור, פ"ד טז 1520 (1962)
30	דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385 (2002)
	בש"א 219/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד
32	מט(5) 284 (1996)
	בג"ץ 2599/00 יתר, עמותת הורים ואח' נ' משרד החינוך ואח', פ"ד
468, 21	נו(5) 834 (2002)

כ

	בג"ץ 1/98 [ח"כ] כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241
27	(1999)
	ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון, תק-על 2006(1)
485	975 (2006)
579, 26	ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001)
456, 456	בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נח(4) 155 (2004)
	בג"צ 3090/97 כהן, עו"ד נ' הממונה על מחוז הדרום, פ"ד נב(2) 721
30, 26	(1998)
	בג"ץ 7015/02 כיפאת מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל
443	בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002)
368	ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס ואח', פ"ד לג(2) 785 (1979)
522, 530	ע"א 724/87 כלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22 (1993)
	ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1)
503, 501, 32	114 (1997)
	דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632
501, 26	(2003)
160	בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 353 (1990)

ל

553	ע"א 1680/03 לוי ואח' נ' ברקול ואח', תק-על 2004(3) 800 (2004)
-----	--

	בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1
21	(1994)
	ע"א 391/80 לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237
545,284	(1984)

מ

27	ע"א 8034/95 מאור נ' ג'ון, פ"ד נכ(4) 97 (1998)
30	ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהוא, פ"ד נה(3) 327 (2001)
152	ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 240 (1978)
27	ע"פ 3004/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי, פ"ד נה(3) 577 (1998)
152	ב"ש 693/84 מדינת ישראל נ' לזיתן, פ"ד מ(1) 544 (1984)
154	בש"פ 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ(1) 706 (1986)
	בג"צ 1935/93 מחפור נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(1) 752
160	(1994)
21	בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995)
	בג"ץ 4763/97 מריאנה חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה,
29,27	פ"ד נב(1) 35 (1998)
	בג"ץ 311/65 מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית
479	אופקים, פ"ד יט(3) 393 (1965)
	בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת,
456	פ"ד נז(1) 419 (2002)
24	ע"א 9248/05 מתן מערכות נ' מילטל, תק-על 2006(3) 2739
513	ע"א 9248/05 מתן נ' מילטל, תק-על 2006(3) 2739 (2006)

נ

26	ע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338 (1996)
	בג"ץ 6627/98 נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נד(5) 299
30	(2000)
449,446,31	ע"א 5587/93 נחמני דניאל נ' נחמני רותי, פ"ד מט(1) 485 (1995)
451,31	דנ"א 2401/95 נחמני רותי נ' נחמני דניאל, פ"ד נ(4) 661 (1996)
464	ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225 (1985)
305	ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה(1) 518 (1980)

ס

- 25 בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) (2004) 817
- 441 בג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד נ(1) 353 (1996)
- 30 ע"א 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית, פ"ד נו(3) 49 (2002)
- 152 בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338 (1992)
- 570 ע"א 3881/98 סלמה נ' שדה, פ"ד נג(4) 721 (1999)
- 466 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999)

ע

- 353 בג"ץ 1720/96 עאדל סאלם סביח נ' האלוף בירן, פ"ד נ(1) 353 (1996)
- 30 ע"א 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב, פ"ד נו(5) 393 (2002)
- 105, 26, 21 ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר ז"ל ואח' נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי ואח' וערעור שכנגד, תק-על 2004(1) (2004) 2452
- 196, 196 ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ואח' נ' זינגר ואח', תק-על 2005(2) 125 (מיום 11.4.2005)
- 195 ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' ד"ר זינגר, תק-על 2005(2) 125 (2005)
- 208 ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2006(2) 2504 (2006)
- 430 ע"א 8117/03 ענבר נ' ד"ר אסף יעקב, תק-על 2006(1) 549 (2006)
- 515, 25

פ

- 327 ע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו(3) 449 (1982)
- 543 ע"א 603/65 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ(2) 465 (1966)
- 27 ע"פ 5296/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 385 (2000)
- 564 ע"מ 1581/06 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006(2) 715 (2006)
- 274 ע"מ 7664/05 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006(1) 1564 (2006)
- 30 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996)
- 195 ע"א 4798/95 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 195 (1996)
- 32

	ע"א 653/95 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(2) 383
303	(1995)
	בג"ץ 9834/01 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 913
21	(2003)
	ע"א 1165/01 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69
29	(2002)
125	ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000)
26	בג"ץ 1284/99 פלוגית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)
	ע"א 4836/90 פמ"ר חברה לבניו נ' הבנק הבינלאומי הראשון, פ"ד
31	מח(2) 560 (1994)
31	בג"ץ 1031/93 פטרו נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995)

צ

32	ע"א 4997/92 צביח נ' צביח, פ"ד נ(2) 524 (1996)
327	ע"מ 2433/04 צינובוי נ' צינובוי, תק-על 2005(4) 41 (2005)

ק

30	בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998)
	בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור,
31	פ"ד מח(2) 1 (1994)
	ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ,
534, 27	פ"ד נו(3) 289 (2002)
	בג"ץ 21/66 קעטבי נ' יו"ר המועצה המקומית קריית עקרון, פ"ד
479	כ(2) 102 (1966)
522, 30	ע"א 1212/91 קרן לבי"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705 (1994)

ר

	ע"א 3115/93 ראובן יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד
26	נ(4) 549 (1997)
26	ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6) 913 (2004)
26	ע"פ 4517/95 ראלב מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 549 (1997)
	ע"פ 7/53 ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 790
125	(1953)
430	ע"פ 436/88 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 553 (1989)

25	ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים, תק-על 2006 (1) 1549 (2006)
544, 284	ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג (1) 617 (1979)
490, 29, 27, 27	רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199 (1999)
459, 21	בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב (5) (1998) 650

ש

27	ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נג (3) 600 (1999)
430	ע"א 745/82 שחר ואח' נ' בור ואח', פ"ד מ (2) 46 (1986)
27	בג"ץ 794/98 שיח' עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה (5) 769 (2001)
31	ע"א 3953/93 שיפריס נ' שפיר, פ"ד נ (3) 520 (1996)
30	בג"ץ 2274/99 שפיר נ' בית הדין הרבני, פ"ד נו (1) 673 (2001)

ת

14	בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא (5) (1997) 509
14	בג"ץ 6403/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נ (4) 249, 241 (1996)
21	ע"א 513/89 Interlego Exin נ' A/S Lines, פ"ד מה (4) 133 (1994)
518	ע"א 3422/03 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט (4) (2005) 365
519	ע"א 9191/03 V&S Vin Spirt Aktiebolag נ' אבסולוט שוז בע"מ, פ"ד נח (6) 869 (2004)

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים

א

	ת"א (מחוזי י-ם) 3090/01 אברבך נ' אשכנזי (לא פורסם, מיום (22.5.2006)	290, 51
	בר"ע (מחוזי י-ם) 775/03 אוהנה נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2004 (2) 5893 (2004)	434
	ת"א (מחוזי י-ם) 4177/02 אשכנזי אליהו נ' ד"ר גאנדין, תק-מח (מיום 8.2.2005) 2784 (1) 2005	417, 50

ג

	ע"א (מחוזי ת"א) 1506/02 גיל עודד נ' חיר פואד (לא פורסם, (2007)	221, 50
--	---	---------

ה

	ת"א (מחוזי י-ם) 2260/08 ה.כ. ואח' נ' א.פ. (לא פורסם, מיום (29.10.2008)	282
	ת"א (מחוזי ת"א) 1558/06 המכללה האקדמית תל אביב-יפו ואח' נ' מקיטון ואח' (לא פורסם, 2007)	51

ו

	ת"א (מחוזי י-ם) 4298/02 ווידן ואח' נ' מדינת ישראל ואח', תק- מח 2006 (3) 3696 (מיום 31.7.2006)	83, 51
--	--	--------

ח

	בש"א (מחוזי י-ם) 2813/05 חברת השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב דניאל ביטון (לא פורסם)	495, 28
	ה"פ (מחוזי י-ם) 1172/02 חברת ענבל נ' מלון אשכולות חברון, תק-מח 2006 (2) 8219 (מיום 19.6.2006)	273, 50

י

- ת"א (מחוזי י-ם) 3248/01 יונסי נ' קופת החולים, תק-מח 2005(3)
 418,50 4307 (מיום 29.8.2005)
- ת"א (מחוזי י-ם) 8439/06 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ'
 428,51 התחנה המרכזית בירושלים ניהול 1966 בע"מ (לא פורסם)

ל

- ת"א (מחוזי חי') 732/01 לוי תולי ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ
 429,50 ואח' (לא פורסם, מיום 15.3.2007)

מ

- ת"פ (מחוזי חי') 368/02 מדינת ישראל נ' א"ג ואח', תק-מח
 138 2004(3) 1126 (2004)
- ת"פ (מחוזי חי') 257/02 מדינת ישראל נ' אסלאן פייסל (לא פורסם,
 50 2007)
- פ"ח (מחוזי י-ם) 861/05 מדינת ישראל נ' אשר ויזגן, תק-מח
 111,51 2006(3) 100551 (מיום 11.9.06)
- ת"פ (מחוזי חי') 117/01 מדינת ישראל נ' וייספלד, תק-מח
 138 2004(3) 3652 (2004)
- ת"פ (מחוזי י-ם) 1057/05 מדינת ישראל נ' יניב חדר, תק-מח
 165,50 2007(1) 12334 (מיום 26.3.2007)
- ת"פ (מחוזי י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח', תק-מח
 243,51 2007(4) 1349 (מיום 19.12.2007)
- ת"פ (מחוזי י-ם) 2146/06 מדינת ישראל נ' פרנק (לא פורסם)
 51
- ת"פ (מחוזי חי') 6011/07 מדינת ישראל נ' תיתי יוסף (לא פורסם,
 174,51 2007)

ע

- ע"א (מחוזי ב"ש) 1129/01 עטיה נ' חן, תק-מח 2002(3) 2627
 555 (2002)

פ

	ת"א (מחוזי י-ם) 8432/06 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית ואח' (לא פורסם, 2008)	51
179, 50	ע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם)	
	ת"א (מחוזי י-ם) 7482/05 פלוני נ' ד"ר רם כסיף, תק-מח 2007(1)	418, 50
	2914 (מיום 25.1.2007)	
344, 52, 51	ע"מ (מחוזי י-ם) 755/05 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 2005)	
	ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, תק-מח 2005(3)	61
	1706 (מיום 3.8.2005)	
	ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות ואח' (לא פורסם, 2006)	74, 51
	בש"א (י-ם) 9055/06 פריד מירלה נ' רוזן חנה (לא פורסם, מיום 27.12.06)	99

צ

283, 50	ת"א (מחוזי י-ם) 6233/04 ציקבאשווילי ואח' נ' תפארת שלמה, תק-מח 2005(3) 2646 (מיום 15.8.2005)
---------	---

ק

553	ה"פ (מחוזי ת"א) 1173/03 קדר נ' איזנברגר ואח', תק-מח 2006(1) 5855 (2006)
-----	---

פסקי דין של בתי משפט השלום

209	ת"א (שלום-פ"ת) 2233/04 אשואל נ' וסקר ואח', תק-של 2007(4) 11226 (מיום 6.11.2007)
219	ת"א (שלום ק"ג) 1341/03 ברמי נ' שיינדל יעקב (מיום 3.6.2007, לא פורסם)
293	ת"א (שלום פ"ת) 4288/01 ויצמן יעקב נ' צור אלברט, תק-של 2005(2) 7644 (מיום 11.5.2005)

239	ת"א (שלום ת"א) 71908/06 לוק אלי נ' חברת חדשות 10 בע"מ, תק-של 2007(4) 29995 (מיום 31.12.2007)
235	ת"א (שלום ת"א) 48982/04 לוק אלי נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תק-של 2006(1) 143 (מיום 4.1.2006)
180,124	ת"פ (שלום כפ"ס) 1801/04 מדינת ישראל נ' הרנוי, תק-של 2005(2) 23940 (מיום 27.6.2005)
138	ת"פ (שלום י-ם) 2833/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם)
234	ת"א (שלום י-ם) 3945/07 סלומון נ' סני חורי, תק-של 2007(4) 7484 (מיום 25.10.2007)
208	ת"א (שלום י-ם) 3795/03 עזבון המנוחה נואל אבו ג'אבר נ' תהומי (לא פורסם)
210	ת"א (שלום ת"א) 105305/01 פולק נ' דקל, תק-של 2006(2) 25735 (מיום 30.4.2006)
224	ת"א (שלום י-ם) 6122/01 שגב נ' יוסף איל, דינים שלום כד 332
258	ת"א (שלום ת"א) 60516/04 שנידר דוד נ' מירון עודד, תק-של 2006(3) 25225 (מיום 27.9.2006)

פסקי דין של בתי המשפט למשפחה

321	תמ"ש (משפחה כפ"ס) 28050/04 א.ג. נ' א.מ., תק-מש 2006(1) 3,376 מיום 20.3.2006
321	תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א.ל. ואח' נ' פ.ל. (לא פורסם), מיום 9.8.2006
321	תמ"ש (משפחה י-ם) 2480/04 ב.ס. ואח' נ' נ.מ., תק-מש 2006(2) 8.6.2006, 267 מיום
428	תמ"ש (משפחה כפ"ס) 2141/05 ג'ורג' סירבו נ' אליבלידיה, תק- מש 2007(2) 33 (מיום 5.4.2007)
309	תמ"ש (משפחה הקריות) 10780/05 ח.ע. נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 2006(4) 525 (מיום 13.12.2006)
368	תמ"ש (משפחה ת"א) 50770/03 כ"י נ' כ"א (לא פורסם), מיום 8.11.2005
344	תמ"ש (משפחה י-ם) 16810/02 ע' ואח' נ' פ', תק-מש 2005(1) 447 (מיום 12.3.2005)
338	בש"א (משפחה כפ"ס) 3937/05 פלוניס קטינים נ' פלוני (לא פורסם)
333	תמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם)
344	תמ"ש (משפחה ת"א) 12790/95 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 408 (1)2006
332	תמ"ש (משפחה כפ"ס) 23402/02 פלונית נ' פלוני (לא פורסם), מיום 30.4.2006
179	תמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. (לא פורסם), מיום 7.6.04

פסקי דין של בתי הדין לעבודה

382	ע"ב (אזורי י-ם) 3173/01 בן שניאור משה ואח' נ' קק"ל, תק-עב 6328 (1)2006 (מיום 20.3.2006)
-----	--

388	ע"ב (אזורי י-ם) 2971/03 דניאל מלכה נ' שופרסל בע"מ (טרם פורסם), (מיום 21.5.2006)
373	ע"ב (אזורי חי') 1912/02 פישביין דנר נ' חברת קומבה בע"מ, תק-עב 2006 (1) 9855 (מיום 23.2.2006)
412	ע"ב (אזורי ת"א) 5139/05 רפאל ברנז נ' המועצה הדתית בת-ים (לא פורסם), (מיום 30.12.2007)

פסקי דין של בתי הדין הרבניים

410,392	תיק תשט"ו/1366 מיכאל נסט נ' ועד בית המדרש המרכזי בחיפה, פד"ר א, עמ' 331
410,391	תיק יט/2535 קירסמן נ' הרב דירנפלד, פד"ר ג, עמ' 272
353	תיק 4376/תשי"ב 260 תשי"ג, פד"ר א' עמוד 97
188	פד"ר, חלק ה, עמ' שכב
305	תיק תשי"ד/226, פד"ר א, עמ' 145
305	ערעור תשי"ט/170, פד"ר ג, עמ' 353
305	ערעור תשמ"ב/קמב, פד"ר יא, עמ' 366
321	תיק כ"ז/7011, פד"ר ז, עמ' 140
325	תיק תשי"ז/103, פד"ר ב, עמ' 92–93
329	תיק תשל"ח/2490, פד"ר יא, עמ' 209
329	ערעור תשל"ג/39, פד"ר ט, עמ' 263
333	ערעור תשי"ז/20, פד"ר ג 97, 108
405	תיק מ"ח/16710, פד"ר טו, עמ' 240
434	תיק תשי"ד/1425/260, פד"ר, כרך א, עמ' לג;
434	תיק תשי"ג/502, פד"ר, כרך א, עמ' רלה
434	פסקי דין רבניים (ירושלים), חלק א, עמ' קכט
265	תיק 379/סג, פסקי דין ירושלים, כרך ט, עמ' תיט
495	תיק ממונות סא/169 פורסם בכרך ז של פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יוחסין, עמ' רעח

פסיקה זרה

מפתח עניינים

	דיני חיובים
424, 423	אמון דעת השופט
	בניית גדר בין שכנים – הוצאותיה
295	בנייה בשטחו של האחר
298, 294	היזק ראייה
297, 296, 293	השתתפות בהוצאות
298, 294	כפיית שכן לבנות גדר
299, 298	עיכוב הבנייה
299	עשיית עושר ולא במשפט
292-290	התחייבות – פירוש המונח "לכשירחיב"
	חוזים
268, 266, 263	אומד דעת הצדדים
556, 547, 287, 283	ביטול חוזה, אימתי
285, 283	הטעיה בדבר זהות הקונה
364	הסכם לתשלום מזונות
268	הסכמה מכללא
538, 537	הפרת הבטחה
375, 262, 259	הפרת חוזה
546-543, 534, 287, 284, 260	חובת תום לב
560	חוזה בלתי חוקי
555	חוזה הנוגד את תקנת הציבור
552-547	חוזה למראית עין – הברחת נכסים
375	חוזה עבודה
558, 375, 364	חופש החוזים
564	כפייה
287	מכר שלא בתום לב
534	מכרז
544, 535, 534	משא ומתן בתום לב
564, 561, 553-550, 548	מתנה
284	נאמנות
535	עקרונות מורשת ישראל
539	פיצויי הסתמכות

540, 539	פיצויי קיום
378, 288	פיצויים בגין הפרת חוזה
378	פיצויים מוסכמים
259	שותפות
286	שליחות
558	תנאי בטל
555	תניית פטור, תוקפה
	מחילת חוב
275	בחוזה בכתב
275	ביטוי חיצוני-מעשי, האם צריך
278-276	הימנעות מתביעת החוב, האם מחילה
273	הסכם הלוואה – הפרתו
278	יתרת חוב – הודעה עליה
273	"מחילה" – הגדרה
278, 276, 275	נטל הראיה
274	פעולה קניינית-משפטית, האם צריך
279, 274	קיום לאקונה

דיני ירושה

	"מצווה לקיים דברי המת"
530, 529	בין המשפט העברי למשפט הישראלי
530, 525	גדרי הכלל
526	יורש אחר יורש
521	כערך על ביהדות
	צוואה
524	בעל-פה
527	יורש אחר יורש
523, 522	שנפל בה פגם, ביטולה

דיני משפחה

	אימוץ פתוח
307	איזון בין שיקולים
307	חובת גילוי האימוץ
308, 306-304	טובת הילד
306	מעמד ההורים הטבעיים
307	שיקולי מדיניות הלכתית
309	בדיקת רקמות
	דיני מורד ומעין מורד
356, 350, 346	הגדרת המושגים וההבחנה ביניהם
358, 353, 348, 345	זכותו לפירות נכסי אשתו, אימתי
348	זכויות האישה כלפיו
350, 347, 345	חיוב מורד במזונות אשתו
355, 350, 347	מעין מרדדה, מהי
450	חובת פרייה ורבייה

449	כפיית גט מזונות ילדים
342 ,330-326 ,324	דין צדקה
336 ,334 ,324-320	חיוב אב במזונות ילדיו
330-327 ,320	חיוב אם במזונות ילדיה
	הנולד לאישה נשואה מהזרעה
337-332	מלאכותית
325 ,322 ,321	מקורות החובה למזונות
344	תביעה למזונות
330 ,323 ,322	תקנת אושא
326	תקנת הרבנות הראשית
	מזונות לאישה
361	במשך חיי הנישואין
369 ,367	גרושה וחלוצה
361	הלכות קידושין
361	"מעוכבת להינשא"
	מזונות לידועים בציבור
368	דיני היושר, תחולתם
364	הסכם לתשלום מזונות
361	חיוב בגט כיסוד לחיוב במזונות
361	יחסי אישות בלי חופה וקידושין
367 ,361	"מעוכבת להינשא", היעדר גט
	מזונות לנישאים בנישואין אזרחיים
365-363	דיני חוזים, תחולתם
365 ,363 ,362	מכוח מנהג
	מזונות מדין צדקה
369 ,367	גרושה וחלוצה
369 ,366 ,341	הזכאים לצדקה
342 ,338	חיוב אישה במזונות בעלה
366 ,343 ,341 ,340	כפיית צדקה
342 ,330-326 ,324	מזונות ילדים
369 ,366	מתן צדקה לעניים
366 ,339 ,338	מתן צדקה לקרובי משפחה
343	שיעור הצדקה
566	מתנה לבן זוג – מתנה מאונס
542	ספק קידושין
	פשרה וגישור
311	בוררות
312	ביצוע ופשרה
313	במהלך הדיון המשפטי
318	מאפייני הגישור
311 ,310	פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות
318-314	תכונות המגשר (דרכו של אהרן הכהן)

דיני נזיקין

	אחריות בנזיקין
573, 570	אחריות מוחלטת
570	יסודותיה
557, 555	פטור שומר מאחריות
571	פשיעה
267, 262	של אורגן בחברה
572	של מחזיק במקרקעין
	לשון הרע
239, 235, 223, 221	איסור לשון הרע
234	אמירות בכתבי טענות
232, 227, 226, 223	גבולות האיסורומבחנו
223	הגנה – "אמת דיברתי"
231, 227, 225, 221	הליך שיפוטי – חסינות
394, 238-236	התנצלות וסליחה
239	חוקי היסוד – השפעתם
235	עיתונות – פרסום בדבר סגירת תיק
394, 393, 239	פיצויים
393, 238, 231, 221	שמו הטוב של אדם
465, 394, 236	תיקונו של המדבר לשון הרע
411, 288, 267	נזקי "גרמא"
	עוולות – רשלנות
571	פשיעה
418	רשלנות רפואית
556	שומר
	פיצויים – התעללות בעל באשתו
181	איסור על התעללות בבן הזוג
190, 182	חובת בעל כלפי אשתו
180	טענת המתעלל להגנה תרבותית
190, 184	פיצויים בגין גרימת חבלה
186	פיצויים בגין התעללות בלא חבלה
190, 187	פיצויים בגין התעללות נפשית
	פיצויים נזקיים
218, 217, 214-210	"אומדנא דדיינא"
220	
579, 393, 239, 238	דמי כושת
411, 403	דמי הלנת שכר
217	דמי שבת
215	שבועה
216, 214	שומה
216, 201, 200	שיעורם
393	שיקולי בית המשפט
	פיצויים עונשיים
204, 191, 190, 189	בגין התעללות בעל באשתו
196	במשפט הישראלי

205 ,204 ,198	הסמכות להעניש לצורך השעה
209 ,205	חומרת המעשה
206 ,203 ,196	מדיניות ענישה
202 ,199	קנס ממון
202	שומת הנזק

דיני עבודה

374 ,371	איוון בין צורכי העובד לצורכי המעביד
409 ,398 ,392 ,390	פיטורין ופיצויי פיטורין
390	דין הענקה לעבד עברי
397	דיני שכירות פועלים
408 ,400	דמי הודעה מוקדמת
392	הלנת פיצויי פיטורין
410 ,392 ,390	הפחתת הפיצויים
394 ,389	יסוד החיוב בפיצויים
394 ,389 ,388	עובד שנחשד בגניבה
396 ,394 ,393	עובד שנתפס בגניבה
392	פגיעה בשמו הטוב של עובד
410 ,391	פיטורין כרין
397 ,396 ,394	פיצויים לפנים משורת הדין
402 ,401	שיעור הפיצויים, שיקולים
410 ,401 ,400	פיצויים בגין הלנת שכר
412	איסור "בל תלין"
407 ,406	האיסורים על הלנת שכר
411	הלנת גמלת פרישה
411 ,407-403	כסנקציה הרתעתית
380	קנס ציבורי
379 ,375	כריבית אסורה
379 ,376	פיצויים למעביד עקב הפרת חוזה
380 ,373	הוכחת הנזק
379 ,378	הפרת חוזה העבודה מצד העובד
379 ,377	זכות המעביד למנוע הפסד
424 ,421 ,420	עזיבת העובד לפני תום החוזה
386	פיצויים מוסכמים בחוזה העבודה
382	שכירת עובד חלופי
383	שכר עבודה – שכיר הנשבע ונוטל
	תנאי פרישה של אישי ציבור
	מענקים מכוח נוהג
	פנסיה, רכיביה
	שכרו של נבחר ציבור

דיני עונשין

הגנות – טעות במצב דברים

585	חובת בדיקתו של מצב הדברים
584, 582	לעניין הסכמה למגע מיני
583	"תחילתה באונס וסופה ברצון"
	הגנות – "צורך"
121, 112	"אין דוחין נפש מפני נפש"
122, 121, 119-113	דין "רודף", תחולתו
122, 119	מעשה קנאות
109	משפט עברי פלילי
122, 120	קדושת ארץ ישראל, הגנתה
121, 111	רצח פועלים פלשתינים
	המתת חסד
146	דין ההורג את הגוסס
147	דין ההורג טריפה
148	הכאה עד כדי גסיסה
144	קשר סיבתי
145	שניים שהרגו יחד
189	התעללות בעל באשתו
	חלופות מעצר
	הגבלת חירות של חשוד
154	מידתיות
150	[ו]חוקי היסוד
151	מעצר
153	שלא במאסר
196	מדיניות ענישה
	עבירות
583, 582	אונס
580, 579	מעשה מגונה
582	מעשה סדום
578	מצוות עשה שהגיע זמנה
578	עבירה מתחדשת
577, 576	עבירה נמשכת
255	ענישה בגין הגבלים עסקיים
	ענישה גופנית של ילדים
136	איסור על ענישה גופנית
125	הגדרתה ומקורותיה
137	הגנה תרבותית
136	הדין הישראלי כלפיה
130	הזרם המודרני בדין העברי כלפיה
140, 139, 127	הזרם השמרני בדין העברי כלפיה
136-133, 124	הכאה לשם חינוך
445-440	ענישה קולקטיבית
268	קנס שלא מן הדין
	שיקולי ענישה – עברייני שנענש בידי שמיים
171	גמול
172	דין שמיים כסמכות שיפוט

171	הרתעה
170, 169	מטרות הענישה
169-167	מידת העונש
443, 166	עונש בידי אדם ובידי שמיים
171	שיקום, תכליתו
172	שני עונשים על עבירה אחת
	שיקולי ענישה – עבריינים קטינים
162	בן סורר ומורה
163, 156	גיל האחריות הפלילית
163	התנהגות עבריינית, מאפייניה
164-158	שיקום, תכליתו
160	תקנת השבים
159	"תשובה", כערך ביהדות

דיני קניין

	זכויות יוצרים
514	איסור על גניבת דברים
513	היווצרותן
538	הפרת קניין
515	הרצאות של מרצה
518	פטנט
517	רשות מטעם המחבר
	זכות קניינית
498	בנייה ללא היתר – מעקה גג
491	בעלות
497-490	"כופין על מידת סדום"
538, 490	פגיעה בה
493	שלילתה
503	תוקפה
	תקנת השוק
501	במיטלטלין
510	במקרקעין
506	הגנה על אינטרסים
505	מקורה הקדום
510	פרשנותה
512, 511, 508, 502	תום לב

דיני ראיות

425, 424, 423	אמדן דעת השופט
426, 422, 418, 415	גרסאות סותרות
	מומחים
435, 431	דיין מומחה
433	דרגת המומחיות

431	הצורך במומחה
430	השכלה אקדמית
434, 430	חוות דעת של מומחה
432	יועץ פיננסי מומחה
432	מודד מומחה
434, 432, 430	"מומחה", מיהו
434	משקל עדותם
435, 431	סופר סת"ם מומחה
436	קבילות עדותם
434, 432	רופא מומחה
431	שוחט מומחה
435	שופט מומחה
433	שמאי מומחה
415	ממצאים עובדתיים נטל הראיה
424, 419, 218	המוציא מחברו
424, 422, 419	חולה שניזוק מרופאו
275	מחילת חוב
553	מתנה פיקטיבית
380	מעביד שניזוק מעובדו
212	נסיבתיות – "אומדנא"
417, 274, 226, 225	עדים
425, 418	רישומים רפואיים
425, 421, 420, 215	שבועה – נשבעין ונוטלין

היזקקות למשפט עברי – בית המשפט העליון (ראו גם: ערכי יסוד)

10, 9	[1] היזקקות למשפט משווה
23-18, 8	התפלגות נתונים לפי שופטים
7, 6	התפלגות נתונים לפי שנים
535, 451, 279, 274	לאקונה – חוק יסודות המשפט
32-24	מאפיינים עיקריים – שופטים
13, 12	מהות ההסתייעות
15, 14	מיון לפי תחומי משפט
55	מיעוט ההיזקקות
5, 4	נתונים כמותיים
541-539	שילוב המשפט העברי במערכת האזרחית

היזקקות למשפט עברי – בתי המשפט המחוזיים

36	בהשוואה לבית המשפט העליון
50, 48	הגברת ההיזקקות, גורמיה
45, 44	התפלגות נתונים לפי שופטים
40-37	[1] היזקקות למשפט משווה

35	התפלגות נתונים לפי שנים
54-50	חוות הדעת של מרכז ישמ"ע
42, 41	מהות ההסתייעות
43	מיון לפי תחומי משפט
55	מיעוט ההיזקקות
34	נתונים כמותיים
541-539	שילוב המשפט העברי במערכת האזרחית

זכויות יסוד

	זכויות אישיות
446	הזכות להורות
458-456	זכויות המת
466, 465	זכות לפרטיות ולשם טוב
466-464	חופש הביטוי
463-459	חופש הדת והמצפון – כיסוי ראש
	זכויות חברתיות
471	השבתת מוסדות חינוך
473-467	הזכות לחינוך
443, 442, 440	ענישה קולקטיבית, חוקיותה
469, 444	ערכי היהדות
442	צו תיחום מגורים

מרכז ישמ"ע

	חוות דעת מטעמו
,221 ,219 ,207 ,206 ,192 ,52 ,50	
,283 ,280 ,268 ,256 ,243 ,240 ,232	
,344 ,336 ,332 ,318 ,302 ,290 ,289	
,395 ,388 ,386 ,380 ,374 ,371 ,351	
435 ,425 ,417 ,412	
57	פעילות במערכת בתי המשפט
58	תרומתו ליישום המשפט העברי

משפט מסחרי

	הגבלים עסקיים
248	הגבלות משיקולי הגנת הצרכן
256 ,252-250	הסדר כובל
247 ,246	חופש התחרות וחופש העיסוק
255	חשיבות הפיקוח הציבורי- אדם חשוב
256-253 ,250	מונופולין
248	מצרכים חיוניים
256 ,246-244	תחרות עסקית
255	ענישה פלילית
255 ,247 ,244 ,243	הלכות מסחר

	חברות
266, 258	אורגן בחברה
266, 259, 258	אחריות אישית
267, 265, 264, 261, 260	אישיות משפטית נפרדת
266, 261, 258	בעלי מניות
265-260, 258	הרמת מסך ההתאגדות
	משפט ציבורי (ראו גם: דיני עבודה)
	אישי ציבור
387	גוף בעל מאפיין ציבורי
385, 383	חובות אתיות של נבחר ציבור
385, 384	קידום תועלת הציבור
383	שכרם
385, 384	תקנות הקהל
385	תקנת הציבור
	בחירות
479	ביטולן מחמת שוחד
480	מועמד, פסילתו
534	מכרז
	נבחרי ציבור
477	דקדוק במוסריותם
478	הליכי בחירה
476	מינוי נבחר ציבור
479	מעמדם
	נבחרי ציבור, ראו: משפט ציבורי
	עורכי דין
231	הגנת דבריהם בהליך שיפוטי
284	חובת נאמנות
284	שליחי בית דין
	רפואה ומשפט
	הפריה חוץ-גופית
446	אם פונדקאית
454, 453	בעלות על הביצית המופרית
452	דעות הרבנים בני דורנו
453, 446	הזכות להורות
451, 447	הסכמת הבעל
76	הפריה לאחר מות הבעל
334	חובת מזונות ליילוד

455	טובת הילד
336 ,79 ,75 ,66 ,65 ,61	ייחוס הוולד
82 ,71 ,61	לאישה רווקה
82 ,75	לאישה רווקה שחברה נרצח
446 ,76 ,67	לאשת איש
76 ,73	מעמד הוולד
82-77	נטילת זרע לאחר המוות
455 ,67	שיקולים הלכתיים
455 ,70 ,69	שיקולים מוסריים
64	תורם זרע יהודי ידוע
62	תורם זרע שאינו ידוע
	כבוד המת – שריפת גופה
107 ,104-101	איסור שריפה
100	הלכות קבורה ואבלות
108	זכות עמידה
106 ,99	מנהג שריפת המת
105 ,104	מעמד בני המשפחה
521 ,107 ,105 ,99 ,79	קיום רצון המת, אימתו
106	שיקולי מדיניות
	תרומת איברים – פיצוי בגינה
96 ,95 ,89	דין "נהנה"
88	דין "משתרשי"
97 ,95-88	דיני עשיית עושר ולא במשפט
96 ,93	הפורע חובו של חברו שלא מדעתו
83	נזקי התורם
96	סחר באיברים
97 ,86	עילה נזיקית
95 ,84	פיצוי מהמדינה
86	פיצוי מהנתרם
95 ,84	תרומת כליה
	תכנון ובנייה
498	בנייה ללא היתר – מעקה גג
486 ,485	הפקעה
499	הריסה
484 ,483	"נוי העיר" במשפט העברי
482	שינוי ייעוד

