

האם ההלכה היא 'משפט עברי'?

על דת, מוסר ומשפט

הרב מיכאל אברהם

א. מבוא

הנחה רווחת היא, לפחות בעולם האקדמי (אם כי לא רק בו), שחלקים מסוימים בהלכה מהווים מסגרת שראויה לכינוי 'משפט עברי'. הנחה זו הביאה כמה וכמה אישי הלכה (כמו הרב הרצוג זצ"ל, ועוד) לנסות לגרום למדינת ישראל המתחדשת לאמץ את המשפט העברי כחוק הנוהג בה. ניסיון זה נכשל כידוע מכול וכול, אך עצם ההנחה הזו נשתיירה במובן כלשהו בהקשר האקדמי והציבורי. בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות בישראל ובעולם, וכן במשרד המשפטים, אפשר למצוא תדיר מדור או יחידה שעוסקים במשפט עברי.

'חוק יסודות המשפט התש"ם-1980' קיבע לכאורה את ההנחה הזאת ונתן לה גם משמעות משפטית. החוק ניתק את הזיקה המחויבת שהיתה עד לאותו הזמן למשפט הבריטי וקבע:

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

* אני מודה לד"ר בנימין בראון על כמה וכמה הערות מועילות, שתרמו לליטוש המאמר.

הניסוח המעורפל של החוק הביא לוויכוחים רבים על פרשנותו. אנשי המשפט העברי (ביטוי זה בא לציין את האוחזים בעמדה אידאולוגית, ולא תחום עיסוק או מחקר) מניחים, כדבר מוכן מאליו, שהכוונה היא בעיקר לפנייה להלכה (בפיהם: 'המשפט העברי'). מכאן גם טענתם כנגד המערכת המשפטית, ובראשה נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, על ההתעלמות ועל מתן משמעות מצומצמת, ואולי אף מסולפת, לחוק.¹

חשוב לציין שמעבר לטענה המשפטית עולה כאן גם טענה ערכית-תרבותית. טענה זו גורסת שאבסורד הוא ששופטים במערכת המשפטית הישראלית נזקקים לציטוטים ולאסמכתאות ממערכות חוק נוכריות, ומתעלמים כמעט לחלוטין מן העושר הגלום במערכת ההלכתית ובמשפט העברי. היטיב לבטא זאת ד"ר מיכאל ויגודה, שעומד כיום בראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים:

כל העמים בני התרבות מנהלים שיג ושיח עם מורשת הדורות שקדמו להם, ואף אם אינם מקבלים בהכרח את הערכים והנורמות של הדורות שקדמו להם, ואינם מאמצים אותם, הם חשים צורך טבעי ובריא להצדיק את עמדתם ביחס למורשת האבות, בחינת דברי משה רבנו, שאמר: 'שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך'. ואף שאחד מסימני ההיכר של תרבות ישראל בכל הדורות הוא פיתוח ערכי המשפט, דומה שעולם המשפט במדינת ישראל הולך ומתרחק ממקור תרבותי בלתי נדלה זה.²

1 אמנם הדיון המשפטי מצוי מעבר לתחומו של מאמר זה, אולם נעיר לגביו כמה הערות. ראשית, נשיא בית-המשפט העליון טוען באופן עקבי שבפועל כמעט אין לקונות בחוק, שכן כמעט תמיד ניתן להקיש או להסיק בדרכים שונות את החוק במקרים הנדונים. על כן, לדעתו, כמעט אין כל מחויבות ליישום הסעיף הנ"ל מ'חוק יסודות המשפט'.

כפי שנראה בהמשך, בדרישה לאמץ את המשפט העברי בחוק הישראלי ישנו קושי נוסף הנובע מן העובדה הפשוטה ש'עקרונות צדק ויושר של מורשת ישראל' אינם קיימים כלל. 'עקרונות צדק ויושר' אינם שייכים ל'מורשת ישראל' (אף כי בדרך כלל מקורם ממנה), ו'מורשת ישראל' באופן מהותי אינה מורכבת מ'עקרונות צדק ויושר'. מכאן נגזרת טענתו השנייה של אהרן ברק, שמוזהאת המושג המורכב 'מדינה יהודית ודמוקרטית', עם המושג החלקי שלו: 'מדינה דמוקרטית'. אמנם זהו אבסורד לוגי, אולם האחזיות לכך נופלת על מי שניסח את 'חוק יסודות המשפט'.

עוד יש להעיר כי לתביעה במישור המשפטי ישנה לכאורה אסמכתא תקפה יותר מזו שב'חוק יסודות המשפט'. בפתיחה לשני חוקי היסוד שנחקקו בתחילת שנות התשעים, נאמר: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". קשה לחלוק על כך שערכי היהדות כוללים גם ערכים הלכתיים, גם אם לא רק ערכים כאלו. אולם גם טענה זו אינה יכולה להיות מכרעת. אף-על-פי שהזיהוי בין מחויבות להלכה לבין יהדות (כהשקפה מהותית, לא כעובדה ביולוגית) נראה בהחלט תקף, ברור שחלק ניכר מן הציבור החילוני במדינה אינו רואה זאת כך. רבים בציבור החילוני אינם רואים בהלכה חלק הכרחי של היהדות, וממילא גם לא חלק מיהדותה של המדינה. על כן יהיה זה נאיבי לחשוב שדווקא המערכת המשפטית תאמץ את הזיהוי (המוצדק) הזה.

2 מיכאל ויגודה, "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך" – מי מפחד ממשפט עברי?, פרשת השבוע, 139 (האזינו תשס"ד), המחלקה למשפט עברי של משרד המשפטים ומכללת "שערי משפט". לעניין זה ראה גם את דבריו של מנחם אלון, המובאים כציטוטים במאמרו 'עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי', משפטים, ח (תשל"ח), עמ' 135 ואילך.

כפי שעולה מן הדברים האלה, ויגודה מגיח שההיזקקות למשפט העברי אינה דורשת מחויבות הלכתית, שכן עניינה הוא הסתמכות סלקטיבית על המורשת המשפטית כחלק ממסורת תרבותית-לאומית, לא דווקא דתית. אף-על-פי-כן, המשפט העברי נותר כאבן שאין לה הופכין. למצב עניינים זה מוצעות בדרך כלל כמה סיבות. אי-בקיאות בשפה ההלכתית ובמתודה ההלכתית, הבורות במקורות היהדות, ולבסוף, גם החשש הקיים בציבור הכללי מפני השתלטות ההלכה על אופייה של המדינה.

במאמר זה אבקש לכפור בהנחת יסוד זו ולהציע הסבר נוסף, מהותי יותר, שמצדיק את התעלמות מערכת המשפט מרוב חלקי המשפט העברי. עיקר טענתי, שאותה ארחיב בהמשך המאמר, הוא שלמעשה לא קיים 'משפט עברי' כתחום נפרד מן ההלכה ולכן הסתמכות ללא מחויבות אינה אפשרית, ואף עלולה ליצור עיוותים. עוד אטען כי בדרך כלל השאיבה מן ההלכה, גם אם היא נעשית, היא בעלת ערך דקלרטיבי בלבד (ערך מפוקפק מאוד בעיניי). זאת ועוד, כפי שאטען בהמשך, גם לו הצליח מפעל ההטמעה של המשפט העברי במשפט הישראלי, מפעל זה היה חסר כל ערך דתי.

בסיום המבוא אבקש להעיר שתי הערות. המתודה של הדיון תתבסס בעיקר על בחינה אמפירית של ההלכה עצמה, ולא על מקורות מטא-הלכתיים. זהו עיקרון מתודולוגי חשוב, אולם פירוט ונימוק שלו יהיו מעבר לתחומי של מאמר זה. שנית, קוצר המצע מכתוב הכללות בכמה וכמה סוגיות יסודיות. מסיבה זו מאמר זה הוא רק מצע ומסגרת לדיון, והבעת עמדה מסוימת, אולם בהחלט לא סקירה של כלל העמדות והאפשרויות השונות.

ב. מהותה של ההלכה כ'משפט עברי'

נקודת המוצא לבירור שלנו היא שאלת מהותה של ההלכה, על חלקיה ה'משפטיים' והאחרים. ישנה מחלוקת ידועה בין השופטים מנחם אלון ויצחק אנגלרד על משמעותו של המושג 'משפט עברי'. אלון, בספרו המשפט העברי מגדיר כ'משפט עברי' רק את החלק בהלכה שעוסק בהסדרת היחסים שבין האדם לסביבתו ולחברה שבה הוא חי.³ אנגלרד,⁴ לעומתו, מגדיר 'משפט עברי' כמכלול הנורמות המכוננות 'הלכה'.

אצל אלון ואנגלרד הדיון הוא לכאורה אקדמי, שכן הוא עוסק בסדר העדיפויות למחקר המשפט העברי. אולם דיון זה נגזר מתפיסות יסוד של נחיצות שילובו של המשפט העברי במערכת המשפט האזרחי. בהקשר דידן, וזו כנראה מגמתו של אלון, הדבר נוגע לתביעה לשאוב מן 'המשפט העברי' נורמות וערכים אל המשפט האזרחי במדינה.⁵

3 מ' אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, רעיונותיו, חלק א, ירושלים תשמ"ח, עמ' 93. ראה גם מאמרו (לעיל, הערה 2), עמ' 99.

4 יצחק אנגלרד, 'מחקר המשפט העברי' – מהותו ומטרותיו, משפטים, ז (תשל"ז), עמ' 64.

5 ייכוח נוקב על כך בין אלון ואנגלרד מופיע במאמרו של אלון, שם, הערה 2. למקורות נוספים בסוגיה זו ראה בהערות 3, 4, 6, 10 במאמרו של אנגלרד.

אמנם לפי 'חוק יסודות המשפט' ברור שאין מדובר רק על נורמות משפטיות, אלא על עקרונות צדק ויושר של מורשת ישראל, ואלו בוודאי כוללים תחומים רחבים יותר, ואף-על-פי-כן נראה שהתביעה העיקרית (בפרט במישור התרבותי) היא להשפעה גדולה יותר של המשפט העברי, מעצם היותו נתפס כ'משפט'. מסיבה זו כותב אנגלרד (שם, עמ' 37-38):

נשאלת שאלת המינוח. במציאות הישראלית – ובה בלבד, כי לא נמצא תרגום לועזי למונח 'משפט עברי' – משמש המושג משפט עברי ככלי ביטוי להשקפה ערכית. אדם החפץ להדגיש את ההיבט הדתי נוקט לשון 'הלכה', או 'דין תורה'. אדם הרוצה להדגיש את ההיבט הלאומי-תרבותי נוקט לשון 'משפט עברי'. מכאן יובן כי בחוגים רבניים אין עוסקים אלא בחקר ה'הלכה', ויש רתיעה מפני המונח החדש, בגלל מטענו הערכי.⁶

אנו עוסקים בשאלת משמעותו של המונח 'משפט עברי' מזווית מעט שונה, אך קשורה בטבורה של מחלוקת זו. טענתנו היא שמכיוון שאין מדובר כאן במערכת משפטית במובן המלא של המושג, קשה מאוד למצוא אפשרויות לשאוב ממנה אל החוק, או לראות בכך חשיבות כלשהי.

כדי לדרון בנושא מהותה של ההלכה, והאם היא מהווה מערכת משפטית במשמעות המקובלת, יהיה עלינו להיכנס להגדרת המושג 'מערכת משפטית', ואין זה המקום לכך.⁷ לצורך דיוננו כאן נגדירו בפשטות כמערכת ציוויים, עם יכולת אכיפה וסנקציות, שנועדה להשיג סדר חברתי, ואף צדק במידת האפשר, ולבטא את ערכי החברה.

לכאורה ההלכה אכן עונה על הקריטריונים הללו. אמנם תכנים וערכים ספציפיים, ואף מדיניות כללית, יכולים להיות שונים מאוד בין ההלכה לבין מערכות משפט אחרות, אולם הבדלים שכאלה יכולים לאפיין גם יחס בין שתי מערכות משפט אזרחיות בעלות השקפות שונות. אנו עוסקים כאן רק באפיונים העקרוניים של ההלכה מול מערכות משפטיות בכלל, ובהבדלים המהותיים ביניהם. אפיונים אלה מופיעים בכמה מישורים, ונמנה את העיקריים שבהם: הסמכות ותחום התחולה, המטרות, צורת ההתנהלות והתשתית המטפיסטית-הדתית.

עיקר טענתם של אנשי המשפט העברי, שמודעים לכל זה, היא שעל אף ההבדלים הללו ניתן לשאוב חלקים מן ההלכה אל תוך מערכת החוק והפסיקה הישראלית. הצורה הטובה והקצרה ביותר להראות את ההבדלים שבין ההלכה למערכות משפט אחרות תהיה על-ידי בחינת דוגמאות שונות. כמעט בכל דוגמה ניתן לראות את נטייתם של אנשי המשפט העברי לפרש את הדין כמבוסס על שיקול משפטי, אולם אין זה בהכרח הפירוש הנכון.

6 אלוך במאמרו הנ"ל בערה 11 משיג על טענתו של אנגלרד, ומביא דוגמה נגדית. אולם דומה כי השגתו היא פורמלית, וטענתו של אנגלרד היא הכללה שבהחלט קרובה לאמת.

7 ראה מאמרו של יעקב בלידשטיין, 'ההלכה – עולם הנורמה היהודי', עמיחי ברהולץ (עורך), מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי, תל-אביב 2003, עמ' 21-58.

1. הסמכות ותחום התחולה של ההלכה

ההלכה תופסת את עצמה כבעלת סמכות טוטלית בכל תחומי העשייה והחיים, של הכלל ושל הפרט. ישנם מקומות שההלכה מותירה בהם מרווח חופשי, אך גם שם היא עושה כן מכוח החלטה אוטונומית, ולא מכוח הכרח. אלו מקומות שההלכה בחרה שלא לעסוק בהם.⁸

אמנם גם במשפט הכללי ישנן תפיסות 'אימפריאליסטיות' שסוברות ש'מלוא כל הארץ משפט', אולם דומני כי הן מצויות בשוליים ואינן עומדות במבחן של ממש. האם הזכות לנשום, כפי ששואל השופט אלון, קיימת לנו רק מכוח הרשאת המערכת המשפטית? מהו ההבדל העקרוני בין אמירה שזהו חוק שאינו תקף בעליל לבין האמירה שהזכות לנשום כלל אינה ניתנת לנו (וממילא גם לא נלקחת מאתנו) על-ידי המערכת המשפטית? ישנו הבדל ברור בין סמכותו של בורא עולם, שהיא אשר מכתיבה את תחום התחולה של ההלכה, לבין הסמכות שהיחיד בחברה המודרנית מוכן לתת בידי החברה. סוגיות אלה נדונו על-ידי אחרים⁹ ועל כן לא נעסוק בהן.

2. מטרותיה של ההלכה

גם כאשר נראה שישנם תחומים מסוימים בהלכה שעניינם השגת הסדרים ממוניים בין הפרטים בחברה התורנית (משפט אזרחי), הדבר איננו תמיד מדויק. ראייה לטענה זו אפשר להביא מן היחס לבני נח. לרוב הדעות, ההלכה אינה נותנת הנחיות מפורטות לבני נח איך לנהל את חייהם, והיא מסתפקת בציווי למנות בת-דין ולקבוע מערכת משפטית (ראה, למשל, סוף הלכות מלכים לרמב"ם, והוספת הרמב"ן בסוף השורשים לרמב"ם). לעומת זאת, לגבי היהודים ההלכה עוסקת בצורה מאוד מפורטת בצורות ההתקשרות השונות ובחויבים ההדדיים (דיני שכירות וקבלנות, שומרים, פיקדון, הלוואה ועוד). מכאן ניתן לראות בכירור שלהלכה ישנן העדפות שאינן בהכרח תואמות לשיקולי צדק, הגינות וסדר אוניברסליים (גם אלה המקובלים עליה).

בנקודה זו יכולה לעלות התנגדות הנסמכת על הכוח להתנות על דיני התורה בממון. להלכה התקבלה דעתו של ר' יהודה שבדבר שבממון ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה, ובכך לעצב באופן כמעט חופשי את ההתקשרויות ואת היחסים הממוניים ההדדיים והציבוריים (ראה למשל במשנה בבא מציעא צד, ע"א לגבי דיני שומרים, ועוד ועוד).¹⁰ לפי גישה זו, כל דיני הממונות הם בבחינת 'הסדר דיספוזיטיבי' (בררת מחדל).

אולם טיעון זה הוא מופרך. החופש להתנות על מה שכתוב בתורה אינו מורה על ההנחה שדיני הממונות אינם אלא סוג מסוים של הסדרי ממון הוגנים בין פרטים

8 ראה למשל מאמרו של ידידיה צ' שטרן, פסיקת הלכה בשאלות מדיניות (נייר עמדה 18, המכון הישראלי לדמוקרטיה), 'ירושלים תש"ס. הנ"ל, 'פתחים להתחדשות הלכתית בנושאי דת ומדינה', מסע אל ההלכה (לעיל, הערה 7), עמ' 438-460. להיבט בעייתי אחד בגישה זו, ראה מאמרי 'מומחיותו של פוסק ההלכה כמעריך מציאות', צהר, ז (קיץ תשס"א), עמ' 21-33.

9 ראה, למשל, במאמרו הנ"ל של ידידיה שטרן.

10 כן, למשל, טוען אלון בקצרה במאמרו הנ"ל (לעיל, הערה 2), בעמ' 100.

בחברה. לתורה יש גם עניין 'דתי' בצורות ההתקשרות הללו, ולכן הן מהוות חלק מן ההלכה. נושא זה ראוי לבירור נפרד, והוא יתברר במקום אחר. כאן רק נעיר שככל הידוע אף אחד לא מציע לברך את ברכת התורה על לימוד משפטים, או, לחילופין, שלא לברך על לימוד חלק 'חושן משפט' של ההלכה.

אין בכוונתי לטעון כאן שמכיוון שההסדרים המשפטיים הרווחים אינם תואמים את דיני התורה, ישנה סתירה בין התורה למשפט הכללי. ההפך הוא הנכון. אפשר להכניס חלק מן ההסדרים הממוניים במשפט הנוהג לתוך המסגרת ההלכתית, וזאת בדיוק דרך התניה על מה שכתוב בתורה, או סמכות של ציבור, מנהג, דינא דמלכותא וכדומה. אלא שטיעון כזה רק מוכיח שחלק מן ההסדרים הנוהגים בחוק הישראלי אינם בהכרח אסורים על-פי ההלכה. אולם בדיוק מסיבה זו אין שום אפשרות לראות זאת כשאיבה מן המשפט העברי, או כהשפעה של המשפט העברי על החוק הישראלי.

מכאן עולה שמנקודת הראות של מטרות, חוקי התורה אינם משפט במובן המקובל. מטרות התורה אינן רק לשמור על הגינות וסדר ציבורי, או מימוש רצונות של צדדים לחוזה כלשהו. גם במה שנראה על פניו כסוג של משפט אזרחי, מסתבר שיש להלכה מטרות נוספות.

דוגמה המבהירה עניין זה היא דיני הראיות של התורה. ישנן מגבלות שונות על ראיות במשפט העברי, ואחת הידועות שבהן היא פסילת קרובים לעדות. ידועים דברי הרמב"ם (הלכות עדות יג, טו), שמבוססים על התלמוד (בבא בתרא קנט, ע"א) שהתורה פסלה עדות קרובים לא מפני החשש שהם משקרים, אלא גזרת הכתוב היא (וידועה הדוגמה של משה ואהרן). הפסילה היא עיקרון הלכתי-תורני גרידא (גזרת הכתוב). הרמב"ם בסוף דבריו מסיק מכך שהאוהב והשונא כשרים לעדות (אף-על-פי שפסולים לדיינות), שלא גזרה התורה אלא על הקרובים.

משיחות שקיימתי עם כמה מאנשי המשפט העברי למדתי שרווחת אצלם הנטייה לפרש את ההלכה הזאת כהרחבה של החשש, או במינוח משפטי: הפיכתו מקריטריון של משקל לקריטריון של קבילות. אולם אין לטיעון זה כל צידוק. לשון הרמב"ם עצמה מורה בעליל נגד פרשנות שכזאת. הרמב"ם כותב שאפילו לגבי קרובים רגילים (ולא רק משה ואהרן) אין חשש שקר (כנראה מפני ש'אין אדם חוטא ולא לו'). אם הרמב"ם היה רוצה לומר שישנה כאן הרחבה משפטית של חשש, לא היה לו לומר שהפסילה אינה מבוססת על חשש, אלא שהיא חלה גם במקרים שאין חשש. מעבר לכך, לפי פרשנות זו, מסקנת הרמב"ם לגבי אוהב ושונא אינה מובנת, שהרי גם אצלם יש מקום לאותו שיקול.

ראוי לציין כאן שלפי רוב האחרונים אין בכלל מדאורייתא עיקרון של 'לא פלוג'. ההלכות מן התורה נתפסות כולן כעקרונות בעלי סיבה מהותית. לפיכך, סתימת פרצות, כמו הרחבת גרדי האיסור כסייג, היא תפקידם של חכמים ולא של דיני

התורה.¹¹ יש לשים לב כי עצם הטענה שסתמת פרצות אינה עניינה של ההלכה המקורית, היא עצמה מרמזת על תפיסה בלתי משפטית של ההלכה. מטרתן של ההלכות מן התורה אינה סדר חברתי, ולכן חששות, שהם חלק בלתי נפרד מהשלטת סדר חברתי, אינם כלולים בהן.

דוגמה נוספת היא הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע'. ישנה מוסכמה רווחת בין המשפטנים שיסוד הכלל נעוץ במה שקרוי כיום 'זכות השתיקה'. בפסק-דין 'מירנדה' בארה"ב, השופט וורן (שהוא כנראה האחראי לשיבוש הפרשני הזה)¹² מפנה במפורש לכלל התלמודי, כפי שהוא מופיע ברמב"ם. ואולם, כל מי שידע דבר או שניים בהלכה תמה על פרשנות זו. בעוד שזכות השתיקה מבוססת על נימוקים של זכויות, של מגבלות על חקירה וכיוצא באלה, בהלכה יש כאן דין דיני הנאמנות. אדם לא נאמן על עצמו, לטוב ולרע. גם אם הוא ירצה לבוא ולהעיד על עצמו ביוזמתו, עדותו זו לא תתקבל. כפי שהבנתי ממומחים, אין מערכת משפטית אחת בעולם שלא תקבל עדות של אדם על עצמו שהובאה ביוזמתו לבית-המשפט (אצל משפטנים רבים ההודאה היא 'מלכת הראיות'). אם כן, הכלל ההלכתי אינו יכול להיות מקור לנוהג של שום מערכת משפטית.

דומה אם כן כי אי-ההבנה הזאת מבוססת על אותה תפיסה שגויה של ההלכה כ'משפט עברי', היינו, ההנחה שאין עקרונות 'דתיים' בחלק המשפטי של התורה, כי זוהי מערכת משפטית.

לצורך המחשת ההבדל, נציע הסבר לפסול של בעל דבר (וכן של קרובים. ראה, למשל, בתשובת הריטב"א, נב) מתוך כללי סדר-הדין. ישנה משפחת הלכות שדורשת הפרדת רשויות בבית-הדין. כך למשל, עד אינו יכול להיעשות דיין¹³ ולהפך. בדומה לכך ניתן להבין שבעל הדין לא יכול להפוך לעד.¹⁴ הסבר אפשרי זה בא לחדד את העובדה שלהלכה אין בהכרח אופי משפטי. אמנם כללי סדר-הדין קיימים בכל מערכת משפטית, אולם טעמיהם מבוססים על שיקולים פשוטים.¹⁵ כאן ישנו כלל השייך לסדר-הדין, אולם נימוקיו אינם מצויים בהכרח במישור המשפטי. לפי ההסבר המוצע כאן, המשתתפים במעשה בית-הדין נוטלים חלק באקט דתי, ואין לערב את התפקידים השונים ביניהם. לכלל שכזה אין, ולא יכול להיות, אח ורע במערכות משפטיות אחרות.

11 לדיון בנושא זה, שדווקא נוטה לסייג את התפיסה שאין בתורה הלכות שהן אמצעים, ראה ר' יוסף ענגיל, לקח טוב, סימן ח, ועוד. בבסיס העניין עומדת ההבנה שדיני התורה הם 'חפצא' ולא 'בגברא', ואילו סייגים והרחבות הן מעצם מהותם בגברא (ראה למשל, ר' יוסף ענגיל, אתון דאורייתא, כלל י).

12 *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 458

13 ראה הסבר הרשב"ם לדין זה בבבא בתרא קיד, ע"א, שתולה אותו בעקרון הפרדת התפקידים בבית-הדין. אמנם ישנם הסברים נוספים בעבורו (ראה אנציקלופדיה תלמודית, ערך 'אין עד נעשה דיין'). עיקרון זה מסביר כמה הלכות נוספות, ואכ"מ.

14 מסיבה זו, גם הודאת בעל דין דיני הממונות יש שהבינו אותה כסוג של התחייבות, ולא של נאמנות (ראה קצות החושן, לד, סק"ד).

15 ישנם גם מקרים שמערכות המשפט האזרחיות אינן מכירות בראיות שהושגו בדרך לא נאותה. ברם הרבר נובע בבירור מתוך מגמה למנוע שימוש בדרכים פסולות כאלה בעתיד ('פרי העץ המורעל', כפי המשפטנים). זוהי דוגמה למה שראינו שעקרונות דומים לכאורה, ינבעו במשפט האזרחי מיסודות אנושיים ברורים, בעוד שבהלכה הם יכולים לבטא יסודות דתיים-רוחניים.

חשוב לשים לב שבמקרים הללו (הודאה בביצוע עברה, עדות קרובים וכדו') אנו מצויים במצב שהאמת ידועה וברורה לגמרי, ובכל זאת אנו מנועים מלדון לפיה, מסיבות 'רתיות' כלשהן.¹⁶ אם כן, הראיות בהלכה אינן רק תנאי לבירור האמת.

נעבור כעת להקשר נוסף שאף הוא יכול להסביר את תפקידם ה'דתי' של דיני הראיות. דבר ברור הוא שהדרישה לשני עדים במשפט הפלילי של ההלכה היא מכוונת ולא מבררת (במינוח משפטי: מהותית, ולא רק ראייתית).¹⁷ במובן זה העדים במשפט הפלילי של התורה הם כמו עדי קידושין, שהם עדים לקיום הדבר. בלי עדים אין חיוב עונש כלל. הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' הוא רק דוגמה אחת לכך. בית-הדין אמנם מאמין לו ואף-על-פי-כן לא מרשיע אותו.¹⁸ אם אכן העונשים נועדו אך ורק להרתיע עבריינים ולהשליט סדר, הצורך בשני עדים כמו גם חוסר הקבילות של הודאה עצמית אינו מובן.

מכאן עולה בבירור שמערכת כזאת של דיני ראיות אינה יכולה לשמש מקור למערכת משפט אזרחית, שמטרתה הן השלטת סדר וצדק.

דוגמה נוספת (וגם היא נדושה) היא הדרישות ההלכתיות לביצועם של דיני העונשין. כדי לענוש מישהו צריך שיפשע בפני שני עדים הכשרים לעדות, שתהיה התראה תוך כדי דיבור שתכלול את העברה ואת העונש, ושהוא יענה לעדים המתרים בו שהוא יודע את כל זה ועל מנת כן הוא עושה. זהו מצב פנטסטי שמונע כמעט לחלוטין את החלת הענישה הפלילית. הדרישות ההלכתיות בנוגע לעיר הנידחת ולבן סורר ומורה הן פנטסטיות הרבה יותר, ועל כן לא ישימות כלל (כדעת אחד התנאים: שני אלו לא היו ולא עתידים להיות). ועל כל עונשי המיתה כבר אמרו חז"ל שסנהדרין שהרגה אחת לשבעים שנה נקראת 'חובלנית' (ולמעשה, דין הכנסה ל'כיפה' נועד לסתום את הפרצה שנוצרה). בגזלה, שהיא הפרה בוטה של הסדר החברתי, ההלכה כלל אינה מטילה עונש. הגולן משיב את הגזלה – ותו-לא. והסדר החברתי מה יהא עליו? האם מישהו ממליץ ליישם את ההלכה הזאת במשפט הנוהג?

אם כן, גם דיני הראיות (לפחות בחלק הפלילי של ההלכה), וגם דיני העונשין, לא נועדו רק להרתיע ולענוש עבריינים, לפחות לא במישרין. מתברר שיש להם מטרת

16 אמנם בדיני ממונות קיים הכלל שהדין דן גם לפי אומדנא, וישנו גם דין מרומה, אולם כל זה אינו מפיק את הדרישה הבסיסית לשני עדים כדי להוציא ממון בדין התורה. נושאים אלה דורשים דיון מפורט, ואין כאן המקום לכך.

17 ראה על כך, למשל, ר' עקיבא איגר, גליון הש"ס, מכות ה, ע"א, ובעוד מקומות רבים.

18 אמנם ברמב"ם (הלכות סנהדרין יח, ו) ישנן לכאורה הנמקות סברתיות לדין זה (חשש שהמודה הוא ממרי הנפש שרוצים להתאבד וכדו'). אולם כבר העירו כמה מפרשים שסברה זו אינה ממצה את מלוא היקף הדין של 'אין אדם משים עצמו רשע'. הרמב"ם עצמו מדגיש פעמיים, לפני ואחרי התבטאותו זו, שדין זה הוא 'גזרת הכתוב'. למעשה, אם נשים לב נראה שהביטוי 'אין אדם משים עצמו רשע' כלל אינו מופיע בהלכה זו ברמב"ם. לשון זו מופיעה ברמב"ם כשהוא מביא להלכה את כל המקומות שדין זה נדון בתלמוד (סנהדרין ט; טו, ויבמות כה). מסתבר שכאן הרמב"ם עוסק בשאלה אחרת והיא דין מדיני בית-הדין (דיני עונשין). שלא עונשים אדם בהודאת עצמו. הדין 'אין אדם משים עצמו רשע' הוא רחב יותר, והוא נוהג גם כשאין על הפרק דיון בחיובי ענישה (כאלה הן כל הדוגמאות הנדונות בתלמוד).

דתיות נוספות, כמו לשאר חלקי ההלכה. כפי שהראיתי במקום אחר, גם ההיררכיה בין העונשים אינה עומדת במבחני הסבירות המשפטית.¹⁹

גם כאן תהיה למשפטנים נטייה לבאר זאת על סמך סברות שנעוצות בהיגיון המשפטי (החשש מטעות בענישה קיצונית, כמו עונש מוות, הוא שגורם להלכה לדרוש עדים כתנאי מכונן לעונש, וכדו'). אולם הסברים אלה אינם עומדים בדרך כלל במבחן ההלכתי, ודאי שלא לפי כל השיטות. לדוגמה, כשלא מתקיימים התנאים לעונש מוות מכניסים בית-הדין את הנידון ל'כיפה', ושם הוא גווע מרעב לאטו. זהו עונש חמור יותר, ואכזרי וקיצוני לא פחות מעונש מוות המובא בהלכה. מדוע כאן אין דרישה לכל התנאים ההלכתיים שנדרשים להטלת עונשי המוות? ועוד, רוב המגבלות הללו נהוגות גם בענישה פחות דרסטית מעונש מוות, כמו מלקות וקנסות.

3. התשתית המטפיסית הדתית של ההלכה

הבדל מכריע נוסף בין ההלכה לבין מערכות אחרות הוא שבבסיס ההלכה מונחת תשתית מטפיסית, ואפילו אונטולוגית, מאוד ייחודית, שנגזרת מן ההקשר הדתי שלה. הבדל זה אינו נעוץ במהותה ובאופייה של התשתית הזאת, אלא בעצם קיומה. מערכות משפט אחרות מניחות בבסיסן מושגי צדק, ערכים ונורמות שונות. לעומתן, ההלכה מניחה בתשתיתה, מעבר לנורמות ולערכים, גם אונטולוגיה משפטית-רוחנית, ומצע מטפיסי. עובדה זו באה לידי ביטוי בהקשרים רבים ושונים.

למשל, ניתן להראות שהתפיסה ההלכתית לגבי מושג הקניין אינה משפטית גרידא. היחס בין אדם לקניינו אינו רק הגדרה משפטית, אלא זהו קשר מטפיסי שהנפקויות המשפטיות הן רק ההשלכות שלו.²⁰ יחס זה מחייב את האדם לשמור שממונו ישמור שבת (שבייתת בהמתו). יחס זה פוסל אותו מלהעיד על ממונו (ראה סנהדרין י, ע"א 'אדם קרוב אצל שורו'). בעלות על עבד או בהמה, כמו גם קשר אישות, מתירים את איסור אכילת תרומה לזרים. לפי דעות רבות, הבעלות גם מחייבת אדם לשלם כשממונו מזיק (רק מחמת עצם העובדה שממונו הזיק, ולא מחמת הרשלנות בשמירה). אם בקניין כך הוא, על אחת כמה וכמה בקידושין, שאין לתפוס אותם כחווה משפטית אלא כיצירת קשר מטפיסי שיש לו נפקויות משפטיות. למעשה, כל 'חלות' בהלכה היא ישות מטפיסית, ולא רק הגדרה משפטית.²¹

לאור כל האמור, לא ברור מה ניתן ללמוד מיחס ההלכה לתחומים של קניין, או יחסי האישות, וליישם זאת במשפט הכללי.

19 ראה מאמרי 'נותן לרשע רע כרשתו – האמנם? עיונים במשמעותם של עונשים', עלון שבות לבוגרי ישיבת הר עציון, ט (אייר-סיון תשנ"ו), עמ' 145-154.

20 לדיון בנקודה זו ראה מאמריו: 'מהי 'חלות'?: הלכה לוגיקה ודבקות בה', צהר, ב (תש"ס), עמ' 71-86; 'בעניין חיוב תשלומין על ממונו שהזיק', משפטי ישראל – דיני נזיקין: קובץ תורני בדיני ממונות, פתח-תקוה תשס"ג. וראה גם בהארות 3 ו-4 בספרי שתי עגלות וכדור פורח: על יהדות ופוסטמודרניזם, בית-אל תשס"ב.

21 ראה על כך את מאמרי, 'מהי 'חלות'?' (לעיל, הערה 20).

האונטולוגיה התורנית שונה מזו המקובלת גם בשאלת קיומן של ישויות רוחניות שונות. לעיל הזכרנו את ההבדל במעמד האונטולוגי של מושגים וישויות משפטיים (כמו קניין, חלות וכדו'). ואולם, ההלכה שונה גם בזה שישנה מערכת רוחנית שלמה, ובראשה הקב"ה בכבודו ובעצמו, שפועלת ברקע הפעילות ההלכתית האנושית.

למציאותו של הקב"ה ושלוחיו הרוחניים ברקע המערכת ההלכתית, יכולות להיות משמעותיות רבות מאוד. למשל, הדין שאין אדם משים עצמו רשע, וכל המגבלות שהזכרנו בדיני הראיות (פסול קרובים לעדות וכד') ובענישת אדם (התראה, קבלת התראה וכדו'), נראות בהחלט כמבוססות על ההנחה שהקב"ה ישלים את החסר, וכך האשמים יבואו על עונשם ככל אופן.

במסגרת ההלכה ישנם עונשים שמסורים לשמים, כמו מיתה בידי שמים וכתר. חז"ל מלמדים אותנו שגם בימינו, שעונשי בית-דין בטלו, עונשי שמים לא בטלו. אם כן, לא עלינו המלאכה לגמור, אף שאין אנו בני-חורין להיבטל ממנה. בתפיסה כזאת תפקידה של מערכת הדין ההלכתית הוא חלקי בלבד.

האם ניתן ליישם גישות כאלה במערכת שאינה מקבלת את המטפיסיקה הזאת? איזו מערכת הגיונית תוותר על עונש לגזלן, או תדרוש התראה וקבלתה המילולית על-ידי העבריין כתנאי לענישה?

4. התשתית הערכית של ההלכה

גם בלי ההבדלים המטפיסיים, במישור הערכי שביסוד ההלכה, ישנן תפיסות שהן דתיות ביסודן, ואינן בהכרח 'מוסריות' במובן המקובל.

לדוגמה, היחס לצער בעלי-חיים, שהוא מושא הדיון בבג"ץ פיסום האווזים,²² יכול להיגזר מהתחשבות מוסרית בצערן של יצור חי אחר, או מן הרצון לחנך את המתעלל למידות טובות. אולם בתפיסה דתית הוא יכול לבטא גם יחס לבריאה אחרת שאף היא יציר כפיו של הקב"ה. מכאן יכולות להיות השלכות שונות בתכלית מהשלכותיה של התפיסה המוסרית המקובלת, הן לחומרא והן לקולא. אם כן, לא ברור מה יש מקום לתמוה על שופטים שאינם מצטטים, ובוודאי לא מסתמכים, על מקורות שזוהי תשתיתם?

סביר להניח שייוצרו הבדלים כאלה גם בסוגיית היחס לאדם עצמו. מבחינת ההלכה, יחס כזה מבוסס על אדני יסוד תאולוגיים, למשל ראיית האדם כ'צלם אלוקים'. אלה מובילים למסקנות ערכיות שיכולות להיות אחרות מן המוסר המקובל.²³

22 בג"ץ 9232/01 "נח" – ההתאחדות הישראלית על הארגונים להגנת בעלי החיים נ' היוע"מ ואח'.
23 לעניין זה ראה למשל את מאמרו של יאיר לורברבוים, 'הרמב"ם על צלם אלוהים': פילוסופיה והלכה – עברת הרצח, הדין הפלילי ועונש המוות', תרביץ, סח ד (אלול תשנ"ט) עמ' 533-556. וראה גם בעבודת הדוקטור שלו: צלם אלוהים: ספרות חז"ל, הרמב"ם והרמב"ן, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשנ"ז. וכן בספרו שיצא לאחרונה צלם אלהים: הלכה ואגדה, ירושלים תשס"ד.

דוגמה מובהקת לתפיסה כזאת מצויה בפירוש הרדב"ז לרמב"ם בהלכות סנהדרין יח, ו (וראה גם בשו"ת הר"י מיגאש, סימן קפו), שם הוא כותב שגופו של האדם אינו בבעלותו ולכן הוראתו בעברות שעשה אינה יכולה להיחשב כהוראת בעל-דין בממון (מכיוון שגופו אינו מסור לשליטתו, גם העגשתו אינה בידו, שלא כמו בממון). דברי הרדב"ז הללו מצוטטים רבות גם בהקשר של תרומת איברים, המתת חסד, או התאבדות.²⁴

זוהי דוגמה מובהקת לתפיסה דתית ומטפיסטית שקובעת נורמות משפטיות הלכתיות. האם סביר לדרוש ממערכת המשפט בישראל ליישם תפיסות שכאלה?²⁵ לכל היותר ניתן לצפות לסיגול יצירתי וסלקטיבי של כמה גישות בסוגיות מסוימות, שייעשה בהתאמה לערכי הדמוקרטיה הליברלית. אם כן, מהי המשמעות היהודית של גישה שכזאת? האם יש כאן שאיבה של ממש מן ההלכה?

5. משפט המלך

אופייה הלא-משפטי בעליל של ההלכה, שעליו הצבעתי כאן, יכול להוביל לחשש סביר שבחברה הנשלטת על-ידי מערכת המשפט ההלכתית עלולה להיווצר אנרכיה, בין אדם לחברו ובין אדם למקום. לכן קיימים בהלכה כמה מנגנונים, כמו משפט המלך, שאחד מתפקידיו הוא לגדור את הפרצות הללו (ראה רמב"ם, הלכות מלכים סוף פרק ג; ד), או סמכותו של בית-הדין לענוש שלא מן הדין 'לפי מה שהשעה צריכה', וכן מנהגים, תקנות ציבור ועוד.

היחס בין כל המערכות הללו לבין עצמן, ובינן לבין ההלכה היסודית (משפט התורה), סבוך מאוד, וישנן כמה שיטות בביאור העניין. אולם הצד השווה בכל המערכות האלה הוא שהן דנות לפי כללים פרקטיים יותר מאלו המצויים בהלכה האידאלית. כללים אלה תואמים יותר את השכל האנושי הישר את המוסר הרווח. זאת משום שהם נועדו להשיג סדר חברתי, ולמנוע פשיעה (חברתית ודתית).

אם כן, אף שהקב"ה אמור למלא חללים בתורת העונשין כך 'שלא יצא חוטא נשכר', אנחנו מצווים 'לעזור לו' בכך. אולם מכלל הן אנו לומדים לאו: ההלכה האידאלית לא נועדה להשגת סדר חברתי, ועל כן עקרונותיה אינם בהכרח בנויים כדי להשיג סדר כזה.

לעומת ההלכה, שמנחים אותה גם עקרונות מטפיסיים ורתיים, הרי שאת המערכות האלטרנטיביות, כמו משפט המלך וענישה שלא מן הדין, מנחים 'עקרונות צדק ויושר'.

24 ראה, למשל, בספרו של יוסי גרין משפט ורפואה: יחסי חולה-רופא, תל-אביב תשס"ג, ובעיקר בפרקים הדנים בהתייחסותו של המשפט העברי לסוגיות אלה. למקורות נוספים, ראה מרגליות הים סנהדרין כד, ע"א ס"ק כ ובגליוני הש"ס שם.

25 כמובן שאין בכוונתי לומר שאי-אפשר לדרוש משופט, או מאזרח, דרישות מוסריות כלשהן. יחד עם זאת ברור שתפיסה מוסרית-משפטית של צלם אלוקים מובילה למסקנות שונות מתפיסה ליברלית של האדם (על אף המטפורה החילונית הרווחת, והריקה, של 'צלם אלוקים'). ראה למשל במאמרו הנ"ל של לורברבוים (לעיל, הערה 23).

אולם עקרונות אלה אינם מבטאים שום דבר מהותי מ'מורשת ישראל'. בדרך כלל אלה עקרונות צדק ונורמות אוניברסליות, שיימצאו גם במערכות משפט נוכריות.

במערכות אלטרנטיביות אלה אנו פוגשים תופעה תמוהה לכאורה. אף-על-פי שלפעמים המערכות הללו פועלות רק 'בריעבד', יש להן כוח גדול יותר מלמערכת בתי-הדין האידאלית. למשל, לאחר שבטלה הסמיכה, התלמוד (למשל בבבא קמא פד, ע"ב) קובע שלבית-דין בזמן הזה כבר אין סמכות לדון דין פלילי, לענוש עבריינים, ואפילו לא לדון דיני ממונות שאינם שכיחים.

אולם בד בבד עם מיעוט סמכויותיו הפורמליות של בית-הדין, מתרחש תהליך של הרחבה משמעותית של סמכויותיו הלא-פורמליות. בכמה תשובות בראשונים (ראה, למשל, בתשובת הרשב"א שתובא להלן) עולה שמכיוון שבתיה-הדין בימינו אינם פועלים על-פי דין תורה המקורי, הם משוחררים מן המגבלות של דיני התורה המקוריים והאידאליים. דה-פקטו ישנה כיום לבית-הדין סמכות כמו סמכות של מלך, או של בית-דין שמעניש שלא מן הדין, וזאת כדי לגרור פרצות צפויות (ראה למשל את לשון הטור, חושן משפט, תחילת סימן ב).

תופעה זו, של ענישה שלא מן הדין, טעונה בירור. מניין שאובים הכללים שלפיהם עונשים שלא מן הדין? ישנן כל מיני מגבלות, כמו הסכמת חכם לתקנות של הציבור, כדי לוודא שלא יפעלו כנגד דין התורה, או שלא באופן הגון, אולם לתקנות עצמן אין מקור ברור, ובפרט אין מקור ברור שלפיו יכול אותו חכם לקבוע מהי פעילות ראויה ומהי פעילות שאינה ראויה.²⁶ נראה שהנחיות אלה נקבעות על-פי המוסר האנושי האוניברסלי. הדבר דומה לציוויים 'ועשית הישר והטוב', או 'קדושים תהיו'. אין בתורה הנחיה מהו 'הישר והטוב', או מהו 'קדוש'. היא נסמכת על המוסר האנושי הטבעי.

לאור האמור לעיל אין להתפלא על העובדה שחלק ניכר מן המאמצים ההלכתיים בספרות השו"ת אינם מוקדשים לבירור עמדת ההלכה בתחום הנדון, אלא דווקא לשאלה איך אפשר לעקוף את המגבלות ההלכתיות ולנהוג על-פי היושר הטבעי וצורכי השעה. בדרך כלל התשובה לכך היא שאם בית-הדין והציבור פועלים שלא על-פי דין תורה, אזי לא חלות עליהם המגבלות של ההלכה האידאלית המקורית, והם יכולים לעשות מה שנראה להם כצורך תקנת הציבור.

דוגמה מובהקת, אחת מני רבות מאוד, למצבים ולהתייחסויות שכאלה מצויה בתשובת הרשב"א בחלק ד, סימן שיא. פנה אליו ציבור שקיבל אוטונומיה מהמלכות, וניתנה להם הרשות לדון ולענוש בגוף ובממון כפי מה שייראה להם. שאלתם היא האם להכשיר עדות אישה וקטן, או קרובים. וזו לשונו:

דברים אלו נראים פשוטים בעיני שאתם רשאים לעשות כפי מה שנראה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמרתם אלא בכי"ד שדנין ע"פ דיני

26 לסקירה נרחבת של חקיקה קהילתית וכללית, ראה בספרו אלון (לעיל, הערה 3), כרך א, פרקים יג ואילך.

תורה, כסנהדרין או כיוצא בהם. אבל מי שעומד על תקוני מדינה אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה. שאם לא כן לא יקנסו בגוף ולא בממון, לפי שאין דיני קנסות בבבל (ב"ק פ"ד ע"ב) ולא בדברים שאינם מצויים... וכן לא ילקה ולא ייענש על פי עצמו, לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין (סנהדרין ט' ע"ב), ואפילו יש עדים כשרים לא ילקה אא"כ התרו בו, שאין ביד מלקין אלא לאחר התראה. אלא שבכל אלו הדברים אינם אלא בבית-דין הנוהגין על פי התורה...

כל שכן אתם שעיקר ההסכמה לא היתה אלא לעשות מה שייראה בעיניכם, כמו שכתוב באיגרת התקנה אשר אמרתם. וכן הדבר פשוט בינינו ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם על דברים אלו.

אם כן, עיקרו של המשפט הבתר-תלמודי הוא מכוח הצדק והיושר הטבעי, ולא בהכרח ככפוף לדיני התורה. אולם הכללים של היושר הטבעי אינם מיוחדים למשפט העברי. גם בני נח אמורים לנהוג על-פיהם. אשר על כן, משפט המלך, או בית-הדין בזמן הזה, אמורים לפעול כמו מערכות משפט נוכריות.

ביטוי חד ומפתיע לתופעה זו נמצא בספרו של ר' מאיר דן פלאצקי, חמדת ישראל, קונטרס נר מצוה, דף ק, שם הוא דן בשאלה האם במשפט של בני נח ישנו כלל שאדם לא נאמן בהודאת עצמו. בדבריו שם הוא כותב כך:

והנה... כתבנו להכריח דהר"מ ז"ל גם כן סבירא ליה כשיטת החינוך ושבן נח נהרג בהודאת עצמו והוא ממה שכתב בהלכות סנהדרין הנ"ל דמה שהרג יהושע לעכן בהודאת עצמו היה מדין מלך, ובררנו שם דמלך... אין לו יותר כוח לדון מדיני בני נח, ומי שאינו מתחייב בדיני בני נח, גם המלך אינו יכול להענישו...

רמ"ד פלאצקי טוען שמשפט המלך פועל לפי הכללים של משפט בני נח. הסיבה לכך היא כפי שראינו, ששתי מערכות משפט אלה הן מערכות משפטיות במובן האזרחי המקובל ומטרתן להשיג סדר חברתי. הן לא מניחות תשתית מטפיסית או תאולוגית ואינן סומכות על הקב"ה שיסתום את פרצות המשפט. ממילא, מטרתן היא לגלות את האמת ולפעול על-פיה, ולכן דיני הראיות אינם מוגבלים אלא בצורך לגלות את האמת, ואין מגבלות 'דתיות' נוספות. משפט המלך ודיני בני נח הן אפוא מערכות משפטיות במלוא מובן המילה, אולם ההלכה אינה כזו.

אנו חוזים כאן במגמה הפוכה למגמתם של אנשי המשפט העברי. אלו רוצים לשאוב מן המשפט העברי אל המשפט הנוהג, ואילו הרמ"ד פלאצקי מפנה אותנו למשפט של בני נח על מנת לגזור ממנו את משפט המלך. לפי התמונה המתוארת כאן המשפט האנושי היסודי הוא אוניברסלי באופן עקרוני (אף שישנה אפשרות לקיומן של כמה מערכות צדק שונות), והייחודיות של ההלכה היהודית המקורית אינה משפטית ביסודה, אלא דתית.

לאור החלוקה המוצעת כאן, עלינו לבחון את מגמותיהם של אנשי המשפט העברי. האם הם שואפים לשאוב מן המשפט האידאלי, ההלכה הטהורה, או שמא רצונם מתמקד בהטמעת משפט המלך ומערכת בתי-הדין ה'פרקטיים' במשפט ובחוק הישראליים. פעמים רבות אין הבחנה חדה בספרות 'המשפט העברי' בין השניים. זאת לעומת עולם הלימוד הישיבתי שמקפיד מאוד על כך, ועוסק בעיקר בהלכה האידאלי. אולם דומה כי בכל זאת הדיון בשני ההקשרים צריך להתנהל באופן שונה.

אם הרצון הוא לשאוב מן המערכת האידאלי, נראה שדרישה זו היא בלתי סבירה היות שההלכה לרוב אינה תואמת ערכים דמוקרטיים-ליברליים. אף אם יימצאו כמה התאמות עדיין אין זה בבחינת הטמעה מהותית של ההלכה במשפט הישראלי היות שעקרונות דומים אפשר למצוא גם במערכות חוק אחרות. זוהי התאמה ערכית מקרית, ולא השפעה הלכתית של ממש.

באשר לרצון לשאוב מן המשפט הפרקטי שנהג לאורך הדורות, או ממשפט המלך, ראינו שזה עצמו אינו משפט עברי ייחודי בתכניו, אלא בעיקר במגבלות שהוא נוטל על עצמו (מבחינתו ההלכה היא יותר גורם מגביל ומאלץ, מאשר מקור מנחה). במישור הזה אין ייחודיות להלכה מעבר למקובל במערכות חוק אחרות. אם כן, גם במקרה זה אין משמעות מהותית לשילוב עקרונות הלכתיים בחוק הנוהג.

ייחודה של המערכת העברית, במידה שהוא בכלל קיים, נעוץ בעיקר בממדים הדתיים-הפרטיקולריים שלה שאי-אפשר להעתיקם אל מערכות אחרות כל-כך באופיין. המסקנה העולה מכאן היא ש'עקרונות צדק ויושר' באופן מהותי אינם שייכים ל'מורשת ישראל', ו'עקרונות מורשת ישראל' (= עקרונות פרטיקולריים-דתיים) של מורשת ישראל אינם 'עקרונות צדק ויושר'. 'חוק יסודות המשפט', שהוא אחד ה'הישגים' הבולטים של גישת המשפט העברי, אינו אלא סעיף ריק. אין פלא שהוא לא מיושם, שהרי לא ניתן ליישם אותו כלל (ראה גם לעיל, הערה 1 ולהלן בפרק האחרון).

אם כן, הבעיה שנותרת היא רק שאלה דקלרטיבית. סביר להניח שאין מצפים משופטים במדינת ישראל להכריע ולפסוק בשאלות הלכתיות.²⁷ אשר על כן, ברור כי הביקורת על הזנחת המשפט העברי נוגעת בעיקר להיעדר ציטוטים (סלקטיביים כמובן) ממקורות ההלכה, שישמשו כקישוט אילוסטרטיבי לפסק-דין.

הדעת נותנת שהסיבה העיקרית לכך היא פשוט בורות. אין ספק שהיה אפשר להביא אסמכתאות מן ההלכה כמעט לכל פסק-דין. אך האם סביר לדרוש משופט ישראלי מן השורה, אף אם מקורות ההלכה והמתורה שלה נהירין לו כשבילי נהרדעא, לעשות כן? ברור שהסיבה לכך אינה נעוצה רק בחוסר ידע (אף-על-פי שגם זה קיים). היסוד לה הוא היעדר המחויבות, מחד גיסא, והרקע הדתי המובהק של ההלכה, מאידך גיסא. האם קיים הברדל בין ערכיו של שופט ישראלי מצוי (והחברה הישראלית בכלל), לבין

27 ויגודה במאמרו (לעיל, הערה 2) מתייחס לבג"ץ פיטום האווזים (לעיל, הערה 22). הוא עצמו אינו מציע שם כל הכרעה בין שלל הציטוטים האקלקטיים המובאים שם. האם הוא מצפה ששופטים חילוניים, או אפילו דתיים, יעשו זאת?!

ערכיו של עמיתו האמריקני, או הבריטי? מדוע שהשופט הישראלי יסתמך על מערכת עקרונות שחלקה הגדול זר לו (אינפורמטיבית וערכית) לחלוטין ולא על מערכות אחרות שקרובות ללבו הרבה יותר?

ג. שאלת הערך הדתי של החלת המשפט העברי

אנשי המשפט העברי טוענים את טענתם כלפי שני צדדים מנוגדים: 1. כלפי מערכת המשפט, בשני מישורים: שאלת הכשל התרבותי, ושאלת התקפות המשפטית. 2. כלפי הציבור הדתי: תביעה תורנית-הלכתית ליטול חלק פעיל במאמץ לשילוב המשפט העברי במערכת הכללית.

אם כן, ישנם שני מישורים שבהם ניתן לדון בערך של שילוב המשפט העברי במערכת החוק הכללית: אפשר לשאול האם זה יועיל למערכת החוק ולחברה בכלל, גם אליבא דחברי הקהילה שאינם חשים מחויבות להלכה. שאלה נוספת שאפשר לשאול היא האם יש ערך דתי למגמה כזו, כלומר, האם התורה תימצא נשכרת משילוב שכזה. זוהי שאלה רלוונטית לחברי הקהילה שמחויבים להלכה.

עד כאן עסקנו בעיקר בשאלה הראשונה. בפרק זה נעסוק בצד השני של המטבע, בשאלת הערך הדתי של שילוב כזה, שהיא מעצם טבעה שאלה בעלת אופי הלכתי-תורני-דתי. שאלה זו היא מורכבת, וכל נקודה בה היא בבחינת הררים התלויים בשערה. בגלל קוצר המצע נציין כאן ראשי פרקים שכדאי שייכללו במסגרתו של כל דיון בשאלה זו.

1. האם יש ערך דתי לציטוטים דקלרטיביים מתוך המשפט העברי? לעניות דעתי, הערך הדתי של ציטוטים שמוצאים מהקשרם כמעט אינו קיים. מסופר על ר' יצחק הוטנר, שאמר על הקמת הרבנות הראשית לישראל שיש להבחין בין שני סוגים של מהפכות: המהפכה הסובייטית, שבה רצחו את הצאר. וה'מהפכה' הבריטית, שבה כלאו את המלכה בארמון של זהב עם רוב ממון וכבוד, ללא תוכן וסמכויות של ממש. לדעתו, זה מה שעשתה מדינת ישראל גם למוסד הרבנות. דומה כי קבלת גישת אנשי המשפט העברי תעשה כך גם להלכה. ציטוטים ממנה יופיעו בכל פסק-דין וחוק, אך היא לא תחייב שום אדם.

2. האם יש ערך בקיום מצוות התורה כשהן מקוימות כחלק ממערכת החוק הישראלית?

חשוב להעיר שזהו אינו מוקד הטיעון של גישת המשפט העברי כלל ועיקר. הללו אינם עוסקים בשאלת הכפייה, אלא בשאלת ההזדהות. השאלה הראויה להישאל בהקשר זה היא, האם המחוקקים, השופטים והציבור שדורש דרישה כזו ופועל למענה מקיימים בכך חובה דתית-הלכתית? בנוסף, יש מקום לדיון אם שילוב כזה יוביל להזדהות ציבורית משמעותית יותר.

דיני האישות הם דוגמה טובה לבעייתיות הזאת. דיני האישות נכנסו (לפחות באופן חלקי) לתוך החוק הישראלי, ולכולי עלמא יש בכך כפייה מסוימת של עול מצוות (ובוודאי לא של קירוב לבבות). זו גופא הסיבה לכך שהם מעוררים רוגז כה רב, וממילא גם לכך שהם מתפוררים לאטם. בוודאי קשה לתמוה על מי שאינו מאמין בהם מדוע אינו מקבל אותם. שילוב דיני האישות הוא אינטרס דתי כתתי מובהק, ולא מבטא שום מגמה של שילוב מהותי ואמיתי.

3. ברובד המשמעות ההלכתית של קיום מצוות והימנעות מעברות, ראוי להפנות את תשומת הלב לדברי הרמב"ם בהלכות מלכים ח, יא. הרמב"ם שם כותב שלקיום מצוות של גר תושב, אשר אינו מבוסס על ציווי אלוקי בתורה שניתנה מסיני, אין כל ערך דתי. כוחם של דברים אלה יפים גם ליהודים, כפי שכבר העירו כמה מהאחרונים (ראו במשנה תורה, מהדורת פרנקל, במפתח). יוצא אפוא שגם אם מצוות לא צריכות כוונה, הן כן דורשות מחויבות עקרונית. אמנם ישנן מצוות שהערך שלהן הוא במצב שהן יוצרות, בתוצאה שלהן, ולא בהכרח בעצם עשייתן, המצוות המוסריות הן דוגמאות ברורות לכך, אם כי לא בהכרח יחידות. הערך שלא יירצח אדם, או שלא ייגנב ממון, אינו בטל אם מי שאינו רוצח או גונב עושה כך משיקולים זרים (לא הלכתיים). אולם, כאמור, ענייננו כאן אינו בחלקים המוסריים של ההלכה, אלא בחלקים ה'דתיים', הפרטיקולריים שלה. מכל מקום, מכיוון שסיווג המצוות לקטגוריות שונות אינו ברור כלל, שאלת הערך הדתי של קיומן חוזרת ועולה ביתר תוקף.²⁸

4. ברקע הדיון על הערך הדתי עומדות גם שאלות אחרות, כמו שאלת 'ערכאות שבסוריה'. משמעותה של שאלה זו היא האם למערכות המשפט הנהוגות במדינת ישראל ישנו מעמד הלכתי, ועל כן הן מחויבות להלכה (לפחות מנקודת מבטה של ההלכה) וממילא ישנו ערך לפסיקה שלהן על-פי ההלכה. או שמא יש להם גדר של 'ערכאות', ותוקפן לא ישתנה גם אם יפעלו על-פי ההלכה. שאלה זו כבר נדונה בעבר בהרחבה ואין כאן המקום להאריך עוד בעניין.²⁹

5. מובן כי השאלה הציבורית היא בעלת ממדים רחבים יותר, שחלקם נוגעים גם לעצם השקפת העולם הצייונית-הדתית כלפי המדינה ומוסדותיה. ניתן לשאול האם אכן יש עניין לזהות את מערכת המשפט הכללית עם ההלכה, או שמא דווקא להדגיש שמדובר במערכת שונה, שפועלת מכוח סמכות שונה, שאינה

28 הערך המוסרי שבקיום המצוות המוסריות, תלוי בשינויי הגרסאות בלשון הרמב"ם שם: 'אלא/ולא מחכמיהם'. אולם, כאמור בפרקים הקודמים, ענייננו כאן הוא בעיקר במצוות הפרטיקולריות, ולא במצוות האוניברסליות. בהטמעתן של המצוות המוסריות אין כל שאיבה מהותית מן המשפט העברי. זוהי גם התשובה להשגה אפשרית מדברי הרמב"ם בשמונה פרקים בנוגע למצוות המפורסמות, שלגביהן יש עניין לקיימן מתוך הזדהות מוסרית. דבריו שם אינם נוגעים לשאלת הערך הדתי, אלא לשאלת הערך המוסרי.

29 ראה למשל את הדיון המתמשך בגיליונות הראשונים של תחומין בין הרב יעקב אריאל לשופט בזק, ועוד.

מחויבת להלכה ואף אינה מכירה בה כגורם מחייב. מה ערך יש להכלאה של ההלכה בתוך מערכת שכזאת? לכאורה ישנו ערך גדול דווקא בחידוד העובדה שמדובר במערכת אחרת, שאין לה לגיטימציה הלכתית. יש בכך כדי להדגיש שחלק מפעולותיה עומדות בניגוד להלכה, ועל כן אין לה לגיטימציה בהקשרים אלה. מבחינה זו דומה כי המסקנה שיש להותיר את המערכת הממלכתית בעינה, ולהעמיד מערכות אלטרנטיביות שפועלות מכוח דיני התורה ולפיהם, אינה פחות סבירה מגישת המשפט העברי (בלשון המעטה).

6. נקודה אחרונה בפרק זה נוגעת לשאלת הערך הדתי של שילוב חלקים רלוונטיים מן ההלכה במסגרת מערכת החוקים החילונית, תוך ניתוקם מן המכלול שבתוכו הם מופיעים. פעמים רבות שילוב כזה מצוי בעוקץ טענתם של אנשי המשפט העברי. מצבים כאלה יכולים ליצור בעיה בעלת שתי פנים: פן דתי ופן משפטי.

נדגים זאת על-ידי נקודה אחת מתוך הלכות שומרים. החוזה שבין השומר למפקיד, כולל כמה מחויבויות. שומר חינם חייב לפצות את המפקיד, רק אם הוא פשע, אולם השומר גם מחויב להישבע כדי לאפשר למפקיד לברר מה אירע לחפץ שהופקד אצלו. הוא הדין גם לשומר שכר ולשוואל. נשער כעת שהחוק הישראלי יאמץ את הלכות שומרים (ולו כהסדר דיספוזיטיבי). ברור שלא נוכל להטיל חיוב שבועה בבית-המשפט, וודאי שלא שבועה בשם ה' על יהודי שכלל אינו מאמין בו (שבועה כזו גם לא תהיה בעלת ערך לברור האמת). האם עדיין אפשר לומר ששומר שכר חייב בגנבה ובאבדה? הרי החוזה הוא מכלול אחד, וכשנשמט חלק אחד ממנו, מה ערך יש לכל השאר? ישנה כאן בעיה של ערך דתי, אולם זוהי גם בעיה משפטית. חוזה שכזה לא יהיה הוגן כלפי המפקיד. הוא מפסיד מזכויותיו, וחובותיו נותרות בעינן.

ד. 'חוק לא תעמוד על דם רעך התשנ"ח – 1998'³⁰

לסיכום דברינו, נביא דוגמה מובהקת שמחדדת כמה וכמה נקודות שעלו בדיון עד כה. 'חוק לא תעמוד על דם רעך התשנ"ח – 1998' הוא ללא ספק הדוגמה המובהקת להשפעת נורמה מוסרית, הלקוחה מערכי מורשת ישראל, על החוק הישראלי באמצעות חקיקה (לא בפסיקה ובשיפוט). יש בכך הצלחה ראויה לציון של בעלי גישת המשפט העברי ודומה שהציבור הדתי – וכנראה גם הציבור הכללי, שאם לא כן החוק לא היה עובר – רואה בחקיקה זו השפעה ברוכה של המשפט העברי על מערכת החוק. ואולם, חוק זה דווקא מעורר את השאלה עד כמה אכן מדובר כאן בהשפעה של המשפט העברי. שהרי, החוק עבר רק כי היתה הזדהות מוסרית של המחוקקים

30 לעניין זה ראה מאמרו של יאיר אלדן, "לא תעמד על דם רעך" – גלגולו של רעיון ורישומיו על החברה בישראל, אקדמות, יא (תשרי תשס"ב), עמ' 7. אין במאמרו התייחסות ישירה לדיון שלנו. למקורות נוספים ראה בהפניות שם, ובעיקר בהערה 58.

ושל שולחיהם, ולא בשל מחויבות להלכה. בפרק זה ננסה להדגים בקצרה את הבעיות השונות שעלו מדברינו עד כה, דווקא באמצעות מקרה מוצלח זה של הטמעת המשפט העברי בהלכה היהודית.

עיקרו של 'חוק לא תעמוד על דם רעך התשנ"ח – 1998' הוא דרישה לאקטיביות כלפי מצוקת הזולת. בחלק ניכר מן המערכות המשפטיות האנגלו-סכסיות (המערכות הקונטיננטליות שונות בגישתן, וברובן כלול מה שמכונה אצלם 'חוק השומרוני הטוב') הגישה היא שאמנם יש ערך חשוב בעזרה לזולת שמצוי במצוקה, אולם אין לדרוש עזרה כזו (ולהטיל סנקציות על אי-קיומה) במסגרת החוק. לפי גישות אלה החוק יכול לדרוש אך ורק הימנעות מגרימת נזק, אך לא הצלה מנזק שבא על הזולת שלא באשמת המציל.³¹

ההלכה, לעומת זאת, נוקטת גישה אקטיבית ועצם הציווי 'לא תעמוד על דם רעך', מורה על כך. מחויבות הלכתית זו חזקה כל כך עד שניתן לדרוש אותה גם כשהמציל משלם מחיר כבד על עזרתו, כמו למשל חילול שבת של המציל למען הצלת אדם שמצוי בסכנה, מסירת ממונו, ולפי דעות מסוימות בפוסקים אף סיכון נפשו למען האחר.

אבקש לפתוח את הדיון דווקא בערך הדתי, שפונה אל הציבור הדתי. מבחינה דתית, אין ספק שיש כאן מקרה ברור של מצווה מוסרית שמטרתה היא המצב שהיא שואפת להשיג (מניעת הנזק). חשיבותה של כוונת המציל לעשות זאת לשם שמים היא משנית (אם כי, לא בהכרח מבוטלת).

לגבי הציבור שאינו מחויב לשמירת מצוות כל הטענות דלעיל עומדות בעינן. משפטן שאינו מאמין בהטלת מחויבות אקטיבית על האזרח, לא ישתכנע רק בשל העובדה שההלכה אכן מטילה מחויבות כזו. ולחילופין, אילו הוא אכן מזדהה עם העיקרון ההלכתי האקטיביסטי הזה, אזי אין הוא זקוק להלכה שתשכנע אותו במה שממילא עמדותיו המוסריות-הערכיות מורות לו. אם כן, לא ברור מה הערך המוסף של העובדה שכך אכן גם מורה לנו ההלכה. האם אימוץ של עיקרון כזה הוא שאיבה מ'מורשת ישראל'?

למעשה ניתן לטעון הרבה מעבר לכך. ראשית, חשוב להעיר שכלל לא ברור אם העיקרון של 'לא תעמוד על דם רעך' שייך לחלק ה'משפטי' של ההלכה, או שמא אין הוא אלא מצווה על המציל, ולא מחויבות משפטית כלפי הניצול.³² בהלכה אין סנקציות

31 זהו ניסוח כוללני ופשטני שיספיק לצרכינו כאן. ישנם ניסוחים שונים לבעייתיות שכרוכה בחקיקה שכזאת. קורא שמעוניין בפירוט נוסף, ייפנה למאמרו הנ"ל של אלדן.

32 בסוגיית בבא קמא ס, ע"ב נדונה השאלה האם מותר לאדם להציל את עצמו בממון חברו. לפי חלק מהראשונים, ההיתר שניתן לו מבוסס על המחויבות של המציל להציל אותו. מחויבות זו גורמת לשעבוד הממון של המציל לפעולת ההצלה, ולכן גם לניצול מותר לקחת את הממון הדרוש להצלתו, אפילו בלי רשות המציל. לכאורה יש כאן תפיסה שזוהי מחויבות משפטית, ולא רק מצווה. ראה על כך במאמרי, 'בעיית היחס בין הפרט והכלל ודילמת "חומת מגן"', צהר, יד (אביב תשס"ג), ואת תשובתו של הרב ישראלי בעקבות פעולת קיביה, שמצוטטת שם.

על מי שלא גרם נזק במישרין אלא רק נמנע מהצלה. אם כן, מבחינה זו מדובר כאן לא על מחויבות 'משפטית' מלאה, אלא מחויבות בעלת אופי שהוא יותר דתי-מוסרי. ברם, עיקר חידושו של החוק הוא דווקא במישור המשפטי. הערך שרואה חיוב בהצלת אנשים אינו שנוי במחלוקת, וחידושו של החוק הוא אך ורק בהכנסתו לתוך מסגרת שמטילה סנקציות. רבים מתנגדים לחקיקה כזו בדיוק מסיבה זו (וראה במאמר הנ"ל). אם כך, דווקא עמדת המתנגדים לחוק נראית תואמת יותר את רוח המשפט העברי.

אולם, על אף כל הנאמר, נראה שזוהי דוגמה טובה להברל המהותי שהוזכר לעיל, בין התשתית המטפיסית של ההלכה לבין המשפט האזרחי. ההלכה מניחה שיש מי שייפרע ממי שיעמוד על דם רעהו. גם אם בית-הדין לא מעניש אותו, הקב"ה עתיד להיפרע ממנו. אולם במערכת אזרחית שאינה מתחשבת בגורמים שמחוצה לה, בהחלט יש מקום לקבוע סנקציה או עונש למי שמפר את החוק.

מתוך השיקול הזה ניתן להעלות מחדש את שאלת הערך הדתי של החוק הזה. האם אכן אדם דתי אמור להשתדל שבחוק הישראלי יופיע העיקרון של 'לא תעמוד על דם רעך'? דומה שהתשובה המתבקשת על כך היא: לא. ההלכה מלמדת אותנו שאין להטיל עונש על העובר על איסור זה ועלינו להותיר את הטיפול באדם כזה לקב"ה. למעשה, יש כאן בעיה כללית מאוד: כל ענישה שאינה מוטלת על-ידי התורה, היא מנוגדת להלכה. ענישה גופנית היא איסור חבלה, ענישה ממונית כרוכה באיסור גזל, וגם כליאה אינה 'מצווה רבתי'.

מן הראוי להזכיר כי אמנם יש מקום לחכמים ולקהל לתקן תקנות שונות, אולם זה לרוב נעשה כשרואים שהשעה פרוצה. אינני חושב שבזמננו ישנה בעיה בתחושת המחויבות של אנשים לעזור לזולתם כשהוא במצוקה (כך גם טענו חברי הכנסת חגי מרום ודדי צוקר, בדיון בוועדת חוקה חוק ומשפט).³³ מעבר לכך, תקנה שכזאת, גם אם היא נחוצה, היא אינה מהווה שאיבה מן ההלכה, אלא דווקא תוספת חיצונית לה.

לסיום, אבקש להאיר את הבעייתיות שבהכנסת חלק מן ההלכה אל מסגרת החוק האזרחי. יאיר אלדן במאמרו הנ"ל, נזקק לטיעונים שנשמכים על פרשנותו שלו (המחודשת) למקרא, כדי לעגן את החוק בתורה, אך לא בהלכה, מכיוון שבהקשר ההלכתי החז"לי אין אפשרות כזאת. הוא עצמו עומד שם על כך בקצרה שפרשנות כזאת מעוותת את המשמעות ההלכתית המקורית. זוהי אפוא דוגמה לשאיבת ערכים סלקטיבית מתוך מקורות תורניים, תוך עיוות כוונתם על-פי הפרשנות המסורתית, אך ורק כדי ליצור בסיס משותף להידברות בין דתיים לחילוניים (כלשונו בפתחת מאמרו), או בין המשפט העברי למשפט הכללי. כאן ברור כי עיקרה של מגמה כזו הוא הדקלרציה התרבותית, ולא המהות של המצווה, שהיא הלכתית בעיקרה. כפי שכבר ציינו, בדיוק בגלל הדקלרציה הזאת התעוררה התנגדותם של מי שאינם מוכנים להסתמך על מקורות תורניים-דתיים. אם כן, נראה ש'חוק לא תעמוד על דם רעך' התשנ"ח – 1998 אינו דוגמה לשאיבה מן המשפט העברי, כפי שהוא, אלא

33 ראה אלדן (לעיל, הערה 30), עמ' 33-34.

לכל היותר הסתמכות סלקטיבית על מקורות תורניים, שיש לה משמעות תרבותית־דקלרטיבית בלבד, אם בכלל.

ה. בין אהרן ברק לעמנואל קאנט

חסידי המשפט העברי פועלים בשלוש חזיתות. בחזית הציבורית הם טוענים שלא נאה להיות מנותק מן המורשת התרבותית ההלכתית של עם ישראל. טענה זו פונה אמנם למחוקק ולשופט, אך היא נעשית באמצעות השיח הציבורי. בחזית המשפטית מושמעת הטענה כי לאחר חקיקת 'חוק יסודות המשפט', הרי שפסיקה שאינה מתחשבת במשפט העברי כאשר הוא נותן מענה בעת לקונה בחוק, אינה חוקית. טענה זו פונה, כמובן, בעיקר לשופטים ופחות למחוקקים. ולבסוף, בתוך הציבור הדתי עצמו, רווחת הדרישה ממכוני המחקר התורניים ובפרט מן המכהנים כשופטים בבתי־משפט אזרחיים בישראל, שראוי וחשוב לשלב כמה שיותר עקרונות מתוך ההלכה במסגרת החקיקה והפסיקה הנוהגת.

למעשה, הטענה הראשונה אינה אלא ביטוי של צער על עצם ניתוקו של רוב הציבור בישראל מעולם ההלכה. סביר להניח ששילוב הלכות שונות במסגרת מערכות החוק, לא ישפיע על אזרח כלשהו לקיים מצוות, וציטוטים מנותקים מהקשרם ודאי שלא יעשו זאת. גם דרישה תרבותית בעלמא אינה הוגנת כלפי מי שפשוט אינו מאמין בתשתית המטפיסית והדתית של ההלכה.

הטענה השנייה שנויה בוויכוח בין המשפטנים ועסקנו בה בקצרה. יהיה זה נאיבי לחשוב שדווקא המערכת המשפטית תכיר במה שרבים מאזרחי המדינה אינם מכירים בו, שההלכה (כולל חלקיה ה'דתיים') היא אבן הבניין של 'עקרונות הצדק והישר של מורשת ישראל' והיא יסוד היהדות, כדברי רס"ג: 'אין אומתנו אומה אלא בתורתיה'.

בנוגע לטענה השלישית הפונה לציבור הדתי ושעוסקת בחובה הדתית להשתדל לשלב כמה שיותר עקרונות הלכתיים במערכת המשפט, נראה שאין בדרישה זו ערך דתי של ממש. גם כאשר החוק הישראלי מאמץ אל תוכו ערך דתי מדובר בדרך כלל בעקרונות מוסריים שאימוצם אינו מהווה שאיבה מהותית מן ההלכה — להוציא את דיני האישות. דיני האישות מהווים אינטרס דתי מובהק ולא מגמה להשפיע על צביון המדינה, ומסיבה זו הם גם הולכים ומתפוגגים.

מדברינו עד כאן עולה שישנן סיבות עמוקות יותר לכך שהמשפט העברי לא נקלט בציבוריות הישראלית. דומה שהעובדה שהציבור הכללי מתנגד לשילוב אלמנטים פרטיקולריים של ההלכה בתוך מערכת החוק אינה מצביעה בהכרח על כך שציבור זה מתנגד לערכים אלו עצמם. הטענה הסמויה של הציבור — שהיא גם מקור ההתנגדות — היא שאלו ערכים דתיים פרטיקולריים, שקיומם או אי־קיומם אינו עניין לחוק, אלא להכרעתו של היחיד. לפי גישה זו, ההלכה על כל חלקיה אינה באמת מערכת

משפטית. ביסודה מונחים גם עקרונות מטפיסיים ותאולוגיים שמחייבים רק את מי שמקבל אותם, וקשה מאוד להפריד בינם לבין התשתית הערכית-המוסרית שלה. זוהי כמובן עמדה הפוכה לגישתם של אנשי המשפט העברי, הרואים בהלכה מערכת משפטית לכל דבר.

ההבדלי ההשקפות האלה שורשים בתולדות עולם המחשבה. קשה שלא להבחין בדמיון ליחסו של עמנואל קאנט להלכה וליהדות בכלל. קאנט (בספרו הדת בגבולות התבונה בלבד)³⁴ תפס את היהדות כמכלול של חוקים תקנוניים שעליהם נבנתה חוקת המדינה. קאנט סבר שהתוספות המוסריות הן רק נספחים שהתווספו אליהם ברבות הימים. על כן, היהדות בעצם אינה 'דת', כי אם קיבוץ חברתי שהתארגן יחדיו ושוהג על-פי החוקים הללו. העובדה שהחוקים הללו מבוססים על תאוקרטיה, ושהיהודים עובדים את מושל העולם שאין לו כל תביעות מצפוניות, אינה עושה את מערכת החוקים הללו לדת. כל המצוות הן בעלות אופי כזה שגם חוקת מדינה יכולה לקבלן ולהטילן כחוקי כפייה, מפני שהן נוגעות רק למעשים חיצוניים.³⁵

קאנט מרוקן למעשה את היהדות מתכניה המוסריים, אך גם מתכניה ה'דתיים'. הסיבה לכך נעוצה בהשקפתו שהתכנים המוסריים נובעים רק מן התבונה ועל כן הם אוניברסליים. כפי שעולה מדברינו כאן, יש מידה רבה של צדק בטענותיו (אף אם לא מטעמיו שלו). אכן 'עקרונות הצדק והיושר' הם אוניברסליים. גם אם מקורם ההיסטורי הוא ביהדות, קשה לראות בהם כיום מאפייני יהודי מהותי.

בעולם המודרני, מחמת השפעות נוצריות ואחרות (בין היתר גם קאנטיאניות), התפיסה המקובלת של המושג 'דת', מעמידה אותו בעיקר על שני מרכיבים: מוסר ורגש דתי (רליגיוזיות). ואולם, היהדות אינה מתיימרת כלל לעמוד בקריטריונים נוצריים. הזרם המרכזי ביהדות אינו תופס את החוויה הדתית, או את הרליגיוזיות, כיסוד מכונן של הדתיות היהודית. להוותם של רבים, גם המוסר אינו תופס ביהדות מקום מרכזי. אין כוונתי לטעון שאין דרישה ביהדות למחויבות מוסרית, אולם ברור, לפחות כתופעה אמפירית, שזה אינו היסוד המכונן של היהדות. קשה להתעלם מן ההתייחסות הרווחת כל כך, שלפיה אדם שמחלל שבת אינו דתי, ואילו אדם ששומר שבת אך גונב או משקר, הוא אדם דתי שכשל*.

רבים מגנים את העיוות הזה, ובמידה מסוימת של צדק. אולם ישנה נקודה עמוקה ואמיתית שעומדת בבסיס הדימויים הללו. היהדות עומדת בעיקר על אדניה ה'דתיים', וההתייחסות למוסר היא שולית יותר, לא בגלל שאין הוא חשוב, כמובן, אלא משום

34 עמנואל קאנט, הדת בגבולות התבונה בלבד, תרגם והוסיף מבוא נתן רוטנשטרייך, ירושלים 1985.

35 רבים, ביניהם גם תלמידיו וממשיכי דרכו, ביקרו את גישתו של קאנט, וטענו שהוא אינו מכיר מספיק את היהדות ושדבריו מושפעים משפינוזה. ראה למשל את דבריו של יוליוס גוטמן בפרק 'קאנט והיהדות', בספרו דת ומדע, ירושלים תשט"ו, עמ' 220. וכן אצל הרמן כהן, דת התבונה ממקורות היהדות, ירושלים תשל"ב, עמ' 359. וכן שמואל הוגו ברגמן, הפילוסופיה של עמנואל קאנט, ירושלים תש"מ, עמ' 157 ואילך, ועוד.

* הערת העורכים: ראו לעניין זה את מאמרו של ד"ר אשר כהן בגיליון זה.

שהמחויבות אליו היא אנושית כללית. אדם שאינו מוסרי ממעט את צלם האדם שלו, ולא בהכרח את הקומה הדתית שלו. 'עקרונות הצדק והיושר' אולי באים מתוך 'מורשת היהדות', אולם הם אינם שייכים אליה (בהלכה הם קרויים 'משפט בני נח', ואין זה סביר שאנשי המשפט העברי ידרשו ש'משפט בני נח' הוא שינחה את החוק והמשפט בישראל).³⁶ אימוצם של עקרונות אלה בהחלט רצוי, אולם אין בכך שאיבה של ממש מעקרונות היהדות, או מן ההלכה, אלא במובן מאוד היולי ועקיף. ברור שאפשר לקחת את העקרונות הללו גם ממקורות זרים, ולשאלת מקורם אין כאן שום משמעות. לעומת זאת, למצוות ה'דתיות' אין רק תוכן מוסרי, אלא גם ובעיקר, תוכן שהוא מעבר למוסר. הן בוודאי אינן שייכות ל'עקרונות הצדק והיושר', אלא לסוג אחר של עקרונות פרטיקולריים, שהכללתם במערכת חוק חילונית אינה אלא חוכא וטלולא.

מבקריו של קאנט, שמקצתם לא הכירו את היהדות (ובוודאי לא את ההלכה) טוב ממנו, ורובם לא היו מחויבים אליה כלל ועיקר, טעו כאן אף יותר ממנו. הם אימצו את מושג ה'דת' הנוצרי בדיוק כמוהו, אולם משיקולים אפולוגטיים רצו להכניס גם את היהדות תחת כנפיה של הגדרה זרה זו. הם לא רצו לראות את עצמם מחויבים ללא תנאי להלכה, ועל כן העמידו את התכנים שיצקו לתוכה, היינו המוסר והרגש הדתי, מעל לחוקים הנורמטיביים (היינו קיום המצוות). במובן זה, קאנט, הרחוק מהיהדות, צדק יותר ממבקריו. לעניות דעתי, גישת אנשי המשפט העברי, שרוב־רובם מחויבים להלכה ומכירים אותה היטב, לוקה בכשל דומה. דווקא אהרן ברק, וההשקפה שהוא מייצג תופסים נכון יותר (לפחות מבחינתם) את רוח ההלכה.

נסיים בשני ציטוטים, המדברים בעד עצמם. הראשון, מדבריו של השופט י' אנגלרד:

אנו עדיין מחזיקים ברעה כי האופי הדתי של המשפט היהודי (ודוק: לא העברי) הוא נשמתו. ובהילקח זה ממנו ניטל אף מהותו. אנו חולקים על ההנחה כי פתרון ההלכה בסכסוך בינאישי הוא בעל אופי יהודי מובהק שאין דומה לו בשיטות אחרות. האופי המיוחד מתבטא לא ברציפות של עקרון מהותי, אלא ברציפות של המסורת, דהיינו של המקורות ושל קבלת סמכותם המחייבת על מטענם המטפיסי.³⁷

הציטוט השני לקוח מדברי הרב יחזקאל אברמסקי, בחוברת דיני ממונות. וכך הוא כותב (עמ' ד):

המשפט העברי המפלס מאזני צדק בכל פנות החיים, בכל מקום ובכל זמן מעולם ועד עולם, מתגלה בקרבנו אנו בתוך הרגשה ונטיית הלב, ומחוץ לנו בתוך חוק. ונקודה אמצעית זו שהיא המאור השכלי והמוסרי של המשפט העברי נתפסת רק במושגות תלמודיות דתיות, ואין אדם עומד עליה בלתי אם חוקרה ודורשה באותן מדות שתורת עדי עד נדרשת בהן. אבל כל מי שעוסק בדיני ממונות בדרך ההשוואה, בהשוותו כל חזיון בתורת ישראל לאותם

36 ראה דברים עמוקים בנושא זה בספרו של הראי"ה קוק, מצות ראייה, חושן משפט, סימן א. אנגלרד (לעיל, הערה 4), הערה 123.

החזיונות הקרובים לו בספרי החוקים של הרומאים וכיוצא בהם, אינו שומע את קול אלוקים הממלא את המשפט העברי, מפני קול המונה של רוח רומי המפעמת אותו. כי אין דנים מחוקים ומשפטים שנחקקו בידי אדם בעל רוח ונטייה אחת על תורת אלוקי הרוחות לכל בשר, כשם שאין בודקים את אור השמש לאור הנר.

