

פרופ' מנחם אלון

המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

אנו חוזרים ודנים בכעיה הכאובה של החדרת המשפט העברי למשפט המדינה, בשנה האחת-עשרה לתקומתה של מדינת ישראל הריבונית, אשר אחד מסימני ריבונותה המובהקים הוא — הסמכות לומר לאזרחיה דבר חוק ומשפט. תאריך מאוחר זה, והחלל של י"א שנות חוסר-מעש, מחייבים אותנו, מצד אחד, להצביע ולהמחיש באופן מעשי מה עלינו לעשות, ומהצד האחר, להגמל מלחזור מחדש על משאלה — שהיא כשלעצמה נכונה ורצויה — של "חידוש פני המשפט העברי והתאמתו למציאות חיינו בכל הדרכים המוכרות על ידי ההלכה", היינו בדרך התקנות וכדומה, ולצאת ידי חובה בכך בלבד. ברור לכולנו, שאם משאלה צודקת זו לא מצאה כל הד חיובי בשנות ה"איתערותא דלעילא" שבימיה הצעירים של המדינה, אין כל סיכוי שעתה תתקבל ביתר הבנה. לא נוכל, איפוא, לתלות במילויה של משאלה זו את גורל החדרת המשפט העברי למשפט המדינה.

אם מבהינת ההתעוררות ו"דעת הצבור" מצבנו כיום גרוע ממה שהיה בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה, הרי מבהינה אחת מצבנו טוב יותר: יש לנו, ברוך השם, לקח וגסיון מתקופה זו, כדי לדעת מהי הדרך שאין ללכת בה, אם רצוננו לקדם את ענין המשפט העברי. נדמה לי, שברור לנו, שהצעה כגון ביטול סיטוני של המגילה והסתמכות על המשפט העברי, או אפילו ההצעה ה"צנועה" יותר של ביטול "צינור היבוא" של המשפט האנגלי, דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו — אין בהן כדי לקדם אותנו במשהו. הכנסת

\* מתוך "דעות", תמוז-אב תשי"ט. בנושא זה, על ההתפתחויות שחלו בו מאז תשי"ט-1959, דן המחבר לאחרונה בספרו: המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, תשל"ג, כרך א, עמ' 65-128, 146 ואילך (ביבליוגרפיה נוספת במהדורה שניה, מורחבת, משנת תשל"ח), ובמאמרו: עוד לענין מחקרו של המשפט העברי, בתוך "משפטים", כרך ח, תשל"ז, עמ' 99-137.

מנחם אלון

דחתה, ולפי כל הסימנים גם תרחה, הצעות אלה, ולו מפני שקבלתן פירושה הכנסת תורה ובוהו בכמה מוסדות מהותיים של משפט המדינה; כי במקרה כזה, תבוטל מערכת משפטית ידועה וקיימת, בין שהיא טובה ובין שאינה טובה, ותוחלף במערכת משפטית לא מסודרת ולא ידועה לא רק לרובו של ציבור המשפטנים בארץ, שאינו יודע את המשפט העברי, אלא אף לאותו מיעוט אשר עיונו ועיסוקו במשפט העברי.

כן ברור, שלא נחדיר אפילו חלק אחד משישים של עקרון מעקרונות המשפט העברי רק על סמך פניה למצפון, למוח וללב הלאומי והיהודי, ואף לא על סמך איזה שהוא הסכם פוליטי או קואליציוני. בכל הדרכים האלה לא ייושע המשפט העברי כמלוא הגיממה. אף כאן הסיבה פשוטה בתכלית: חוק האוסר גידול תזיר ומכירתו, אפשר להעביר על סמך פניה ל"נקודה היהודית" שבכל יהודי או על סמך התחייבויות והסכמים הדדיים. אך חוק המצהיר על קבלתו של איזה עקרון שבמשפט העברי, לא יתקבל לעולם, אלא אם כן נבדק והוכן והובן תחילה על ידי המציע עצמו, ולאחר מכן על-ידי אלה הגדרשים לקבל אותו. הנסיון לימדנו, כי באותם מקרים שהעקרון המשפטי הוכן כדבעי, הוא נתקבל — כגון עקרון השותפות המוגדרת ברכוש משותף, בחוק בתים משותפים, תשי"ג-1952 — ואילו בכל המקרים שהובעה רק התמרמרות על אי-פניה למקורות המשפט העברי, בלי להביא לפני בית המחוקקים עקרונות אלה כשהם מסודרים ומבוררים — הם לא התקבלו.

על רקע זה, שומה עלינו לחזור ולבדוק: כיצד נחדיר את המשפט העברי במשפט המדינה? בשני תחומים עלינו ליחד ולרכז את מחשבותינו ומאמצינו לקראת הגשמתה של משימה זו:

א. כיצד להכין ולהציע את המשפט העברי.

ב. כיצד להכין ולסגל את ציבור המשפטנים, שהם נושאו ומגשימו של המשפט, שיהיו "חדורים" על ידי המשפט העברי.

שני תחומים אלה יונקים זה מזה, ואי-אפשר לו לאחד בלי האחר.

א. הכנת המשפט העברי

תחילה — משפט עברי מהו?

מושג זה יש להבהיר משתי בחינות: מבחינת היקפו הכמותי ומבחינת

היקפו החיסטורי.

כאשר אנו משתמשים עתה במושג "משפט עברי", כוונתנו לכלול בו,

המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

מבחינת היקפו הכמותי, את מה שכלול ומקובל היום במושג "המשפט המודרני". כלומר, אין אנו כוללים במושג "משפט עברי" אותו חלק בהלכה העברית שדן באיסור והיתר, בדינים שבין אדם למקום, אלא אותו חלק הדן בדינים שבין אדם לחברו ובין אדם לחברתו. הגדרה זו רחוקה מלהיות מדויקת, כי לא כל מה שכלול באיסור והיתר אינו כלול במושג "המשפט המודרני"; והחוק הפלילי ודיני משפחה שונים יוכיחו. זאת ועוד: עצם המושג "משפט" בטרימינולוגיה העברית, אינו מיוחד דווקא לאותו חלק של ההלכה העברית שאנו מתכוונים להכליל בו, וכל השימוש במושג "המשפט העברי" כפי שהוא מורגל בפנינו כיום — הינו פרי התקופה האחרונה ושרירותי לחלוטין, ורק לנוחות הדיון הגדרנוהו מבחינת היקפו הכמותי.

הרבה יותר מהותית היא הגדרת המושג "משפט עברי" מבחינת היקפו ההיסטורי; לעיתים נדמה, שבחינה זו עדיין לא הדרה להכרתנו כל צרכה. לדידי, החדרתה להבנתנו אנו, היא תנאי קודם להצלחת החדרת המשפט העברי להבנתם של אחרים, ומתוך כך למשפט המדינה. המשפט העברי מבחינת היקפו ההיסטורי, פירושו — כלל כל השלבים שהמשפט העברי עבר במשך תקופה של למעלה משלושה אלפים שנה. בשלבים אלה, הלך המשפט העברי והתפתח, הלך והשתנה באמצעות מקורותיו המשפטיים, היינו באמצעות המדרש (Interpretatio), החקיקה (תקנות, גזירות), המנהג, התקדים ועוד.

לשון אחר: כל המוכיח עקרון מעקרונות המשפט העברי באמצעות הוכחה מהתלמוד, בלי לעיין בהתפתחות שחלה בנדון בתקופות שלאחר מכן — אינו אלא טועה ומטעה; וכן כל המוכיח עקרון משפטי מסוים מתוך דבריו של אחד ה"אחרונים", בלי להצביע על טיבו ומהותו של עקרון זה בתקופות יותר קדומות — אף הוא אינו מצביע על עמדת המשפט העברי באותו נושא, אלא על חוליה אחת מתוך ההשתלשלות הארוכה של המשפט העברי. יתכן שהרב הפוסק הלכה, יצא ידי חובתו במציאת דבריהם של גדולי האחרונים, אך המשפטן שמנסה להציג טיבו ומהותו של עקרון משפטי מסוים של המשפט העברי, לא רק שבכך לא יצא ידי חובתו, אלא אף הציג את הדבר למקוטעין, למחצה, לשליש ולרביע.

הבחנה זו באופן תיאור מהותו של עקרון מעקרונות המשפט העברי, אינה תיאורטית בלבד. יש לה תוצאות גדולות ומכריעות לגבי מילוי משימת החדרת המשפט העברי למשפט המדינה. חשיבות מעשית גדולה זו שאנו מייחסים להבחנה האמורה, מטילה עלינו להדגים את הדבר בכמה הדגמות. 1. בומנו התנהל דיון מאלף בין כב' השופט חשין מבית המשפט העליון

מנחם אלון

לבין כב' השופט קיסטר מבית המשפט המחוזי, מעל דפי פסקי דיניהם, בשאלה אם המשפט העברי מכיר במוסד האימוץ. לדעת חשין, "מוסד האימוץ, על התוצאות המשפטיות הכרוכות בו, אין לו שם וזכר בדיני ישראל. נראה שהמשפט העברי, שלא כמשפט הרומי וכמשפטי שאר העמים הקדמונים, לא הודה באפשרות של הרחבת המשפחה ושל יצירת יחסי אבות ובנים בדרך משפטית מלאכותית". (ע. א. 179/53, כהן ג. כהן, פסקי דין ט', עמ' 1166 בעמ' 1174). אמנם רגיל ומקובל היה שאדם גידל בן חברו בתוך ביתו אך על ידי כך לא נוצר קשר משפטי של אימוץ. לדעת חשין כל אותן הלכות שבמשפט העברי, הפזורות בענפי משפט אחרים, אשר על פיהן מוטלת על האב ה"מאמץ" החובה לזון ולפרנס את הבן ה"מאומץ" ולגדלו על שולחנו, ה"מאומץ" ייקרא "בן" וה"מאמץ" — "אב" לגבי כמה וכמה ענינים, ועוד הלכות נוספות בנדון — "אינו אלא אימוץ בשם ולא בתוכן".

לעומתו טוען קיסטר (תיק ירושות 377/56, פסקים מחוזיים, י"ב עמ' 154, וראה פסקי דין נוספים של קיסטר בעניין התפתחות המשפט העברי — מחוזיים, כרך כ"א עמ' 406, ומחוזיים, כרך כ"ז, עמ' 416—417), שאין הגדרה משפטית אוניברסלית למושג האימוץ, ולכל היותר ניתן לקבוע שהאימוץ יוצר בין המאמץ והמאומץ יחסים הדומים ליחסי הורים וילדים, אך אינו הופך, אף בחלק משיטות המשפט האחרות, את המאומץ לבן-ממש של המאמץ. הואיל וכן, טוען קיסטר, הרי גם המשפט העברי כפי שהוא קיים כיום, מכיר במוסד האימוץ. עובדה היא, שהן בתי-הדין הרבניים והן בתי-המשפט האזרחיים, מוציאים צווי-אימוץ על-פי המשפט העברי, אשר מצויות בהם הוראות דומות ומקבילות להוראות שבשיטות משפטיות אחרות, בענין חובת החינוך והפרנסה, קריאת השם וכד'. ואם אמנם נכון, שלא היה קיים במשפט העברי מוסד משפטי עצמאי של אימוץ, ורק בעת האחרונה כונסו הוראות פזורות מענפי הלכות שונות ומהן נוצר מוסד האימוץ, הרי ענף צעיר זה נספח על העץ העתיק של ההלכה העברית ומהווה כיום חלק מהותי של המשפט העברי.

כך היא, מוסיף קיסטר, דרכה של ההלכה העברית מאז ומתמיד. כי "הלא ידוע כי בדיני התורה לא נגמרה הפסיקה ובכלל זה החידוש בימי התלמוד; הלא ראה — כמה מנהגים הונהגו, כמה הלכות הוכרעו, כמה תקנות הותקנו מאז חתימת התלמוד ועד היום. עלינו רק לדעת, מה מקובל ואיך פוסקים. גם היום מכריעים בשאלות המתחדשות... העיקר, שאין לפסוק היום רק על-פי המידות מן התלמוד, ואם רוצים לברר מהי הלכה כיום, יש לפנות לאחורני האחרונים ולראות כיצד הם פוסקים. אילו היינו עושים אחרת,

המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

היינו יכולים להגיע לכך, שבשאלה אם מותר לשאת שתי נשים, היינו מחפשים אמרות בתלמוד ואחר-כך שואלים, האם היה רבינו גרשום מוסמך להטיל חרם, ולמשך איזה זמן היה מוסמך להטילו, ועל-סמך מה החרם בתוקפו היום". והוא מסיק, כי "אין היום עוד מקום, לנסות לברר את מהות האימוץ העברי על-סמך אמרות בודדות בתלמוד, אלא יש לראות איך דנו ואיך פסקו הרבנים המוכרים כפוסקים, אשר פסקו לפי משפטי חכמת התורה ואשר פוסקים כך גם כיום".

דין-ודברים זה בבעיית האימוץ, מעמיד אותנו על חשיבותה המעשית של הבחנתנו בדבר היקפו ההיסטורי של המשפט העברי. לי נראה, עם כל הכבוד, כי מסקנתו של קיסטר נכונה, אם כי אני מסתייג ממקצת דברי הנמקתו, במידה שהם אמורים לא רק לגבי השופט, שהפונקציה שלו היא כשל הרב הפוסק, אלא אף לגבי המשפטן הבא לעמוד על עקרון המשפט העברי. כי אכן, עובדה היא, כי בימינו, בתי הדין הרבניים, שהם לכל הדעות ממשיכים ישירים של המשפט העברי — מוציאים צוי אימוץ. המסקנה ההכרחית מכך היא, שבמשפט העברי כיום, קיים מוסד האימוץ ואין אנו רשאים להרהר אחר מקורו או לבדוק בציציותיו. אין בעובדה, הברורה אף היא, שבתקופת הקודמות של המשפט העברי לא היה קיים מוסד האימוץ, כדי לשלול מ"כשרות" מציאותו של מוסד זה במשפט העברי כיום. זוהי התפתחות גורמאלית ורגילה, שעברה על כל מוסד משפטי אחר במשפט העברי. ואם המשפט העברי פיתח באמצעות בתי-הדין הרבניים ובתי-המשפט האזרחיים, צורה מסוימת של מוסד האימוץ במשפט העברי, אין אנו רשאים לומר, כי אימוץ זה לאו שמיה אימוץ ואין הוא כלול במושג "אימוץ" שבסעיף 51 לדבר המלך במועצתו.

יחד עם זאת, עלינו לקבל את עובדת התפתחות המשפט העברי על שני צדדיה של תופעה זו, ולא מצדה האחד בלבד. אם נכון הדבר — ואכן נכון הוא — ש"אם רוצים לברר מהי הלכה כיום יש לפנות לאחרוני האחרונים ולראות כיצד פוסקים", אזי אין זה נכון — מבחינת המשפטן המבקש לעמוד על מהותו של המשפט העברי — ש"אין היום יותר מקום לנסות לברר את מהות האימוץ העברי מאמרות בודדות בתלמוד אלא לראות איך דנו ואיך פסקו הרבנים המורים כפוסקים... כיום". כי נתאר לנו לרגע את היפוכם של הדברים, דהיינו שהמשפט העברי בשלבי הקדומים היה מכיר במוסד האימוץ, והתפתחות המשפטית היותר מאוחרת היתה גורמת — לרגל נסיבות חברתיות, כלכליות או אחרות — שהפוסקים כיום לא היו מכירים במוסד האימוץ. במצב דברים זה, אם היינו מחזירים את מוסד האימוץ הדרוש

לנסיגונותינו כיום כפי שהיה נהוג בשלבים הקדומים, האם לא היה בכך משום קבלת עיקרון מהמשפט העברי, לא פחות מאשר בקבלנו היום את מוסד האימוץ כפי שהתפתח במשפט העברי לאחרונה?

ושאמנם כך הוא — נמצא למדים משתי הדוגמאות הבאות:

2. לפי ההלכה התלמודית, עד שבא להעיד, היו מאיימין עליו (סנהדרין כ"ט, א'; רמב"ם, הלכות עדות, י"ז, ב'; ש"ע חו"מ, כ"ח, ז'), אך לא היו משיביעין אותו ושיגידי את האמת. החשוד על "לא תענה ברעך עד שקר", חשוד גם על "לא תשא את שם ה' אלוקיך לשוא". שניהם בעשרת הדברות נאמרו, והשבועה אין בה, איפוא, כדי להבטיח את מידת האמת. יתר על כן: עדים "אין נאמנים לאחר שנשבעו, משום דרחמנא אמר (דברים י"ט) על פי שנים עדים יקום דבר, דמשמע הנאמנים מדיבור בלבד; אבל העדים חטעונים לישבע קודם שייאמנו דבריהם — אין ממש בעדותם" (תוספות קידושין, מ"ג ע"ב, ד"ה "והשתא", בשם ר"י וראה שו"ת החת"סופר, חו"מ, סי' קס"ב). והו המשפט העברי — בנושא זה — בתקופת התלמוד ואחריה, ועוד הר"י בצלפת, בן המאה השתי-עשרה, מחזק עמדה זו על סמך אינטרפרטציה גוססת של פסוק שבתורה. אך במאה ה-14, בספרד ובצפונה של אפריקה, אנו עומדים כבר על שינוי מהותי בעיקרון משפטי זה.

הריב"ש נשאל (שו"ת ריב"ש, סימן ק"ע) בין היתר, אם טובה עדותם של עדים ש"ביקשו הבית-דין לקבל עדותם בשבועה בספר התורה, ולא רצו העדים ההם לישבע, מיראת עונש השבועה בשום פנים". כבר בעצם השאלה אנו מבחינים בשינוי המהפכני שבמציאות המשפטית: השאלה לא היתה, האם עדות שנמסרה לאחר שבועה אף היא כשרה, אלא להיפך, האם עדות שנמסרה שלא בשבועה, למרות שנדרשה, כשרה. ועל זה משיב הריב"ש: "מה שקבלו הבית-דין עדות העדים בלא שבועה, לא עשו בזה שלא כדין, שלא מצינו שבקבלת עדות יהיו צריכין העדים לישבע להעיד באמת, דהא מושבע ועומד מהר סיני הוא... אלא שיש מקומות שנהגו להשביעם כדי לאיים עליהם, אבל לא מן הדין. ואנו בכאן, נהגים להשביע העדים בקבלת עדות כנגד מי שנחשד על עבירה לבד, מן יכבשו עדותם להחניף הנחשד, ועל מה שראו יאמרו לא ראו, וגם העדים (עצמם) חפצים בזה להיות להם פתחון-פה עם הנחשד שמעידים כנגדו, לומר — השבועה הכריחתנו להעיד האמת".

והתשב"ץ, בן דורו הצעיר של הריב"ש, מוסיף ואומר בנדון: "רצית לעמוד על דעתי במה שנהגו בארצות אדום (ספרד), להשביע העדים, אם (יש) לזה שורש דבר בשום מקום, כי גם בעיניך יפלא. ואם ראית רבים

המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

ונכבדים נוהגים כן, וגם אני מעיד כמוד, כי הרב ר' יצחק בר ששת ז"ל היה נוהג כן במקום הזה, ואמרו לי גם כן, שעל עדות שנמסרה בברצלונה היה אומר הרב ר' נסים ז"ל: אני רוצה שבועה בעדות זו... מכל מקום, אם אנו רואים (בני) הדור מקילים ודורשים היתר לעצמם, שעדות שאין בה שבועה אין בה איסור (לשקר), אנו חייבים לדון על פי טעותם (ולהשביעם). וכדאמר התם: לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו. ואני אין אני משביע העדים אלא אם כן טען הנתבע ושתק העד, כי הגדלים בארץ הזאת (= אלג'יר) קשה להם במנהג האומה הזאת. ובארץ אדום נהגו להשביע (העדים) כמנהג האומה הזאת (בני ספרד הנוצרים), לא שמותר ללכת בחוקותיהם, אלא לפי מהשפת העדים שגדלו על מנהגם וחשבוהו תורה" (תשב"ץ חלק ג' ענין ט"ו).

הרי לפנינו שינוי מהותי בדין השבעת העד העומד להעיד, שנובע ומבוסס על שינויים מוסריים, חברתיים ופסיכולוגיים באותה תקופה. שינוי זה מצא את סיכומו בהלכה שנפסקה על ידי הרמ"א (שו"ע חושן-משפט, סימן כ"ח, ב') "מיהו, אם נראה לבית-דין צורך שעה להשביען שיגידו האמת — הרשות בידן".

ועתה בבואנו לחוקק בתחום זה של השבעת העד העומד להעיד, איזו תשובה ניתן לשאלה: המשפט העברי — מה הוא אומר ? ברור שהתשובה היא, שהמשפט העברי, בנסיבות שהיו עד דורו של הריב"ש, דגל בעקרון שאין לחייב את העד שיישבע להגיד אמת, ואף פסל עדות שנתקבלה לאחר שהעד נשבע: ואילו בנסיבות המוסריות והחברתיות שבדורו של הריב"ש, של זלוול בעדות שקר, של פחד מפני הנאשם וכדומה — חייבו את העד להישבע בטרם ימסור את עדותו. ואם זוהי התשובה, הרי ברור שכל המצביע על הריב"ש בלי דין התלמוד, או על ההלכה התלמודית ללא הריב"ש, אינו מציג את המשפט העברי, אלא חלק מקוטע ובלתי שלם ממנו.

3. בתורה ניתנו הוראות חמורות למלווה, בדבר אופן גביית חובו מן הלווה: "לא תהיה לו כנושה"; "לא יחבול ריחיים ורכב, כי נפש הוא חובל"; ועל הכל: "לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. בחוץ תעמוד, והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה". הוראות אלה מיוחדות לדין התורה, ועומדות בניגוד מוחלט לחוקי חמורבי, המאפשרים מכירת הלווה ובני ביתו. כעבדים תמורת החוב, ודאי בניגוד מוחלט לחוקים של רומי שבשנים עשר הלווחות (כ-500 לפני הספירה), שאיפשרו לא רק את עבודתו של הלווה אלא אף את הריגתו.

הלכות אלה עברו שלבים של התפתחות. נצביע רק על אחת מהן — ענין

מנחם אלון

מאסרו של הלווה על אי-תשלום החוב. בתקופת הרמב"ם, במאה ה-12, לאחר שכבר הוכנסו כמה שינויים בהוראות אלה, עדיין אסור היה לאסור את הלווה עבור אי תשלום החוב. וכך אומר הרמב"ם:

"דין-תורה שבזמן שיתבע המלווה את חובו, אם נמצאו ללווה נכסים, מסדרין לו ונותנין לבעל-חובו את השאר, כמו שביארנו. ואם לא נמצאו ללווה כלום, או נמצאו לו דברים שמסדרין לו בלבד, יילך הלווה לדרכו ואין אוסרין אותו ואין אומרים לו הבא ראיה שאתה עני, ולא משיביעין אותו כדרך שדנין העכו"ם, שנאמר: 'לא תהיה כנושה...' וכשראו הגאונים הראשונים שעמדו אחר חיבור הגמרא, שרבו הרמאים ונעלה דלת בפני לווין, התקינו שמשביעין את הלווה שבועה חמורה, כעין של תורה, בנקיטת חפץ שאין לו כלום יתר על דברים שמסדרין לו, ושלא החביאן ביד אחרים, ושלא נתן מתנה על-מנת להחזיר... גם אחר התקנה הזאת, אין בעל-חוב יכול להכנס לתוך ביתו של לווה, לא הוא ולא שליח בית דין, שלא תיקנו לעקור גוף התורה, אלא הלווה עצמו יוציא כליו" (הלכות מלווה ולווה, ב' א' — ב').

כזה היה מצבה של ההלכה בדרון. ולשלב התפתחות זה הגיעה במאה ה-12. מהמאה ה-14 ואילך, אנו מוצאים את התופעה של מאסר על חוב ברובם של מרכזי היהדות: בספרד, בארצות הבלקן ובטורקיה, באשכנז, בפולין ובלטא ועוד. נציין כאן רק את דבריו של אחד מראשוני ומראשי המדברים בשאלה זו — הריב"ש (סימן תפ"ד).

הריב"ש נשאל בענין "ראובן שלווה משמעון ונתחייב לו בקנין בכל תוקף בתפישת הגוף... ועתה שמעון המלווה תבע חובו מראובן הלווה, ונמצא שאין לו. ביקש שיהיה הלווה נתפש בגופו, כפי החיוב שנתחייב לו, והלווה טוען שאינו מן הדין שיהיה נתפש בגופו, כי לא מצינו זה בדין תורה שיהיה אדם מישראל נתפש בגופו על שום שיעבוד..."

הריב"ש מתחיל את תשובתו באמרו ש"הדין עם ראובן הלווה, שאין אדם יכול לשעבד עצמו ולהתנות להיות נתפש בגופו". והוא הולך ומוכיח הלכה זו מכמה וכמה גופי דינים — בענין תנאי בדבר שבגוף, שאין תנאו קיים; בענין פועל, שאפילו בחצי היום יכול לחזור בו; ומכך "שכלים שעושין בהן אוכל-נפש, אמרת תורה לא יחבול ריחים ורכב, כי נפש הוא חובל, ואין ימשכנו בגופו שצריך לבקש פרנסתו בשווקים וברחובות".

לאחר שהריב"ש מוכיח, שאין כל אפשרות, לפי ההלכה העברית, לאסור את הלווה על אי-תשלום החוב, הוא מוסיף ואומר: "ובאמת, כי בעירנו זאת נוהגין הדיינין לתפוש הלווה בגופו כשנתחייב כן, והוא מצד תקנת



המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

הקהל. ועוד תיקנו הקהל, שאף בלא חיוב (אף אם לא התחייב מראש שיאסרוהו), ייתפש כל אדם על כל תביעה שיתבעוהו, או יתן ערכים על התביעה, הנקרא קיום בית דין. ואני רציני למחות בידם על התקנה הזאת, באשר הוא שלא כדון תורתנו; ואמרו לי כי זו תקנת השוק מפני הרמאים, ושלא לנעול דלת בפני לווין. והינחתיים על מנהגם."

בהמשך דבריו, מוצא הריב"ש מקור הלכתי למנהג זה, אם הלווה נאסר בגלל חשש של הברחת רכוש. הוא מסתמך על ההלכה שפריעת בעל-חוב מצווה היא, "וכיון שאפשר לבית-דין להכותו כדי שיקיים מצוה זו, גם כן אפשר להם לאסרו" — אומר הריב"ש.

החל בתשובה זו, אנו מוצאים כהלכה משפטית אינטגרלית של המשפט העברי את הדין שניתן לאסור את הלווה בתנאים מסויימים, בגלל אי-תשלום החוב. הלכה זו אף מצאה את מקומה בדברי הרמ"א, שו"ע, חו"מ, צ"ח ט"ו: "... ואפילו היתנה (הלווה) על עצמו שיתפרש המלוה את גופו וכתב לו זה בשטר, אינו מועיל ואינו יכול לאסרו ולא להשתעבד בו"; הגה: ודווקא שאין לו לשלם. אבל אם יש לו ואינו רוצה לשלם, בית-דין חובשין אותו והיו מכין אותו עד שתצא נפשו וכופין אותו לשלם... ויש אומרים, דאפילו אם אין לו לשלם, אם נשבע להיות חבוש עד שישלם, צריך לקיים שבעתו". אף בדוגמה זו התשובה לשאלה: המשפט העברי, מהו? הריהי זו: אם לא רבו הרמאים — הרי זה איסור חמור מן התורה לא רק לאסור את הלווה, אלא אף להכנס לביתו; אך אם רבו הרמאים ויש צורך בתקנת-השוק, כדי לא לנעול דלת בפני הלווין — מותר לאסור את הלווה על אי-תשלום חוב. הוא אשר אמרנו: בלי שנעמוד על היקפו ההיסטורי של המשפט העברי, לא נדע מהו המשפט העברי. כל הבא ומוציא חוליה אחת מתוך שרשרת ארוכה זו של המשפט העברי ומצביע עליה ב"כזה ראה" — הרי המשפט העברי לפניך — אינו מצביע אלא על חצי דבר.

עובדת יסוד זו בהבנת מושגו של המשפט העברי, מחייבת ידיעה רבה והבנה משפטית היסטורית למיון נכון ומדויק של החומר ההלכתי העצום. זאת ועוד: היא גוררת עימה אותה דאגה קשה, שהחכם מכל אדם העיד עליה: "מרבה נכסים מרבה דאגה". ריבויים של השלבים השונים בהתפתחות המוסד המשפטי, מעמיד אותנו לפני כמה בעיות. למשל: מציאותו של המכנה המשותף, של חוט השני, העובר את השלבים השונים ומשותף לכולם. כי הרי קיים, ללא ספק, עקרון פנימי אחיד לכל התקופות, ואין ההלכה העברית שדה שכל תקופה עשתה בה כבתוך שלה, בלי לשמור על רציפות ועקביות מסוימות. בעיה אחרת: קביעת הזהות בין צרכי זמננו לבין השלב

מנחם אלון

המקביל, המסוים, באחת מתקופות המשפט העברי; וכיצא באלה. אך בצידה של דאגת ריבוי הנכסים, נמצא סיפוק רב בחומר העשיר והמגוון שבמשפט העברי על תקופותיו השונות, ואם נדע ונשכיל לשחות בים זה, מובטחני שנביא את המשפט העברי לחוף מבטחים במשפט המדינה.

ועוד הערה: כבר עמדתי על כך, שאין, לדעתי, לתלות את החדרת המשפט העברי למשפט המדינה בהתקנת תקנות מתאימות על ידי הרבנות הראשית לישראל. ודאי שדבר זה היה רצוי ומקדם מאד, אך לצערנו הרב לא זכינו, ואף לא הוחל בכך. זאת על אף שעוד באייר תרע"ט (1919), הובטח באסיפה הראשונה של רבני ארץ-ישראל, להכין ולהפיץ טפסים של שטרות בענייני מקח-ומכר, חוזים וחזיזים, "שיהיו עשויים על-פי משפטי התורה ויהיו מצויים ביד כל אדם להשתמש בהם", ולהחשב "עם כל אופני הקנין הנהוגים בין הסוחרים כקנינים משפטיים".

אין אני רואה גם סיכויים, שבעתיד הקרוב הדבר יעשה. אך, כאמור, אל לנו לעררב שני תחומים אלה. בבואנו לחקור עקרון מעקרונות המשפט העברי, במגמה לשלב אותו במשפט המדינה, אין אנו מתיימרים לפסוק הלכה בדין מדיני המשפט העברי. סמכות פסיקת ההלכה היא בלבדית לרבנות הראשית, ואין אנו רשאים, ואף איננו מתיימרים להתערב בתחומה. אף דרך המחקר בעקרון המשפטי שונה, כאמור, במהותה מדרך הפסיקה שבהלכה; שדרך הפסיקה, אין לה אלא המסקנה האחרונה, בדיקת ההלכה הדוגמאטית האחרונה וקביעתה, בעוד דרך המחקר, ענין לה בכל שלביה של ההלכה, לתקופותיה השונות. ומתוך שאנו מעבירים לפנינו את כל שלבי העקרון המשפטי והתפתחותו, מצויים בידינו הנתונים המתאימים לקבוע, במקרה שיש צורך בכך, גם מעין תחליף לתקנה — לצורך קביעת העקרון במשפט העברי לשם החדרתו במשפט המדינה — על ידי השערת דרך התפתחות המשפט העברי, לאור התקופות הקודמות, על רקע התנאים והנסיבות של ימינו (ראה, למשל, על ההתיישנות בדין העברי, הפרקליט, אייר תשי"ח, עמ' 268—269).

תנאי נוסף להצלחת ביצוע משימתנו הוא, עבודה מעשית ומציאותית, לגבי מה שנדרש מאתנו היום ולא לגבי מה שאנו רוצים למחר. כלומר, המחקר המעשי בקשר להתדרת המשפט העברי למשפט המדינה, צריך ללוות את החקיקה של הכנסת ולהיות עזר-כנגדה. במקרה של יוזמה עצמית, עליו לטפל בשטחים ה"חלולים" — לאקונה בלע"ז — או המשועים לתיקון ולהקיקה מחדש. והואיל ואף החקיקה של הכנסת מטפלת בראש ובראשונה

המשפט העברי למשפט המדינה — כיצד ?

בשטחים הטעונים תיקון דחוף — נמצא שעיקר העיסוק יהא בליווי החקיקה של הכנסת.

בכך תושג מטרה נוספת, שאף לה חשיבות מרובה (רשבה עוד ניגע להלן) : על ידי הצגת עמדה בדוקה ומגובשת של המשפט העברי בשטח משפטי מסוים, בעת דיון הכנסת, וממילא בעתונות הכללית והמקצועית — נביא את דבר המשפט העברי לידיעתם ולהתעניינותם של חוגים רחבים בציבור. הונחתנו ורשלנותנו במשך שנים, לא רק שנטלו מאתנו אותה התלהבות כלל-ציבורית לכל דבר לאומי ומקורי שהיתה נחלת כולנו עם קום המדינה, אלא אף החדירה בלב ציבור המשפטנים אכזבה ומרירות בנוגע לעתידו ולכשרו של המשפט העברי במשפט המדינה. הדרך האמורה של הכנת המשפט העברי בצמוד לחקיקה העומדת לדיון על סדר יומו של ציבור זה, תחזיר את הנושא אט-אט לליבם ולמוחם של חוגים אלה.

### ב. הכנת ציבור המשפטנים

החלק השני של עבודתנו, שאינו פחות חשוב מהראשון, צריך להתרכז בהכנת משפטנים. משימה זו מוטלת בראש ובראשונה על ציבור הסטודנטים. בדברנו על הכנת משפטנים, כוונתנו קודם-כל להכנת קבוצה של לומדי משפטים, יודעי תורה ומביני הלכה, אשר רואים לפחות כחלק מייעדם — את הלימוד והמחקר במשפט העברי, למען החדרתו למשפט המדינה. לימוד ומחקר אלה, אינם צריכים להידחות עד לאחר סיום לימודיהם בפאקולטה למשפטים, אלא עליהם למצוא את תחילת ביטויים במהלך שנות הלימודים בצורה של עבודות-בית, עבודות סמינריוניות ועבודות-גמר, ועל ידי שימת דגש מיוחד על לימוד המשפט העברי על רקע המשפט הקיים.

אך בכך עדיין לא יצאנו ידי חובתנו במשימה זו של הכנת המשפטנים. תנאי קודם לכל מעשה שצריך להתקבל בציבור, הוא הכנתו של אותו ציבור לקראת המעשה. לענייננו, ציבור זה הוא, בראש ובראשונה, כלל ציבור המשפטנים ועורכי-הדין. בל נשכח, כי בסופו של דבר, ציבור זה הוא הקובע מה תהיה צורת המשפט במדינה. הוא אשר מתקק את החוק, אם במישרין, באמצעות נציגיו במשרד המשפטים שמכין את החוק, ובכנסת, ואם בעקיפין, באמצעות השפעה על דעותיהם והשקפותיהם של חברי כנסת ואישי ציבור שאינם משפטנים. הוא, ורק הוא, מפעיל את החוק, מכון אותו ומשתמש בו, גם על-ידי עורכי הדין הטוענים את החוק, וגם באמצעות השופטים הפוסקים, מפרשים ומחילים אותו.

רוב הציבור הזה הוא לצערנו, במקרה הטוב ביותר, אדיש לענין המשפט

מנחם אלון

העבריי. ההתלהבות הכללית לכל דבר לאומי ומקורי — ובתוך זה גם למשפט העברי — שהקיפה את כל האומה עם קום המדינה, פגה זה מכבר, וחוסר המעש מצידנו רק קרב את קיצה. זאת ועוד: כל מי שמצוי אצל ציבור זה עומד על כך, שלא רק ענין של אדישות למשפט העברי מצוי אצלו, אלא גם מידה הגונה של פחד וחוסר-בטחון מפני הבלתי נודע, מפני הרזין-דרזין שבמשפט העברי, שבעיני רובו של ציבור המשפטנים הוא כספר התום.

מצב דברים זה צריך להשתנות מיסודו. כל סטודנט, בין אם ענין מיוחד לו במשפט העברי ובין אם לאו, חייב בסיימו את לימודיו בפקולטה למשפטים, לצאת מכין כתליה בהרגשה, שהמשפט העברי אינו מושג מקביל לתורת הנסתר, אלא שיטה משפטית למופת, הגלויה לכל המתכונן לבוא בשעריה, והבנויה על מקורות משפטיים וספרותיים משלה; שזוהי מערכת משפטית שדנה בכל תקופה ותקופה בבעיות משפטיות שונות בשטחים משפטיים מובהקים ופיתחה אותם; ועל הכל, שזוהי שיטה משפטית האוצרת בתוכה את אחת התופעות העשירות והגדולות ביותר של תרבותנו הלאומית המקורית.

אך לא רק בדור העתיד של המשפטנים מדובר, כי אם גם בציבור המשפטנים הקיים. עלינו לדאוג להפצת דעת המשפט העברי בקרבנו. ניתן לעשות זאת, בעיקר על-ידי קיום שיעורים קבועים בתלמוד, בפוסקים ובשאלות ותשובות. התופעה המעניינית והפרדוקסלית היא, שעל-אף אדישותו של ציבור זה לבעיית החדרת המשפט העברי למשפט המדינה, הוא צמא מאד ללמוד ולדעת אותו. זוהי מעין תודעה של המשפט העברי. רצון זה לגיטימי בהחלט — אף אם אינו מלווה בנכונות לקבלת המשפט העברי כמשפט המדינה — ומחובתנו להביאו על סיפוקו.

והערה בקשר לנושאייה של משימה זו. ודאי שיש לשאוף, שתלמידי-החכמים, שתורתם אומנותם, יתרמו חלק נכבד בהכנת החומר הדרוש למילוייה של המשימה, ויש לעשות הכל כדי לכוון אותם נכונה בעבודת ההכנה. אך ברור, שציבור הסטודנטים הדתיים, ובראש ובראשונה לומדי המשפט שבו, צריך להיות מראשי הנושאים והמגשימים של משימה זו. חלק גדול ממנו למד בשיבות, ואף אלה שלא זכו לכך, יכולים, במאמץ רציני ומתמיד, להגיע ליכולת ולנסיון של גישה חפשית והבנה נכונה במקורות השונים של ההלכה העברית.