

המשפט הישראלי והמשפט העברי – זיקה ועצמאות

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

המשפט העברי הוא שיטת-משפט עצמאית, המקיפה את רוב ענפי המשפט של כל שיטת-משפט פוזיטיבית. למרות תקוותיהם ומאמצייהם של רבים, שיטת המשפט הישראלי איננה זהה למשפט העברי ואין הוא גם ענף מענפיה. לפיכך, שונה אופיה של הסקירה דלהלן מאופיין של הסקירות האחרות שנשמעו בכנס זה. הדעה המקובלת היא, שהמשפט העברי איננו מושפע, ובוודאי שאין הוא מתפתח, כתוצאה מפעילותן המשפטית של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת במדינת ישראל¹. לעומת זאת, דומה שאין ספק בכך, שלמשפט העברי יש השפעה, במידה זו או אחרת, על משפט המדינה. אנו רשאים, אם-כן, לדון בטיבם של סוגי הזיקה השונים, המצויים בין שתי שיטות-המשפט הללו, מנקודת-המבט של המשפט הישראלי. כמרכך אנו יכולים לדון במידת שביעות-הרצון או האכזבה שצריך לחוש מי שמבקש לחזק זיקות אלה ולעשותן נמרצות יותר ופעילות יותר, מחד גיסא, ומי שמתנגד להן, מאידך גיסא². יש לזכור, שההזדקקות למשפט העברי, על היבטיה השונים, אינה נבחנת במשקפי המשפט בלבד, אלא היא נושאת עמה מטען פוליטי, דתי וחברתי, ומשום-כך בניתוח האקדמי היבש של הנתונים יהיה משום עיוותה של המציאות, המורכבת הרבה יותר.

את סוגי הקליטה של המשפט העברי במשפט המדינה ניתן לחלק לשתי חטיבות עיקריות – קליטה על-ידי הפניה וקליטה ישירה.

(א) קליטה על-ידי הפניה³. דוגמא בולטת לכך היא הוראת סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, הקובע כי ענייני נישואין וגירושין של יהודים יהיו נתונים לשיפוטם של בתי-הדין הרבניים, ומוכן כי הדין שיחול הוא הדין היהודי. כן ניתן לציין את סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959,

- * פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 ע"א 313/59 בלבן נ' בלבן, פ"ד יד 285, 291; י"א אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל) 268, 291. לדעתי, התחשבותו של המשפט העברי בדין המדינה כמנהג, דינא דמלכותא, סיטומתא וכדומה היא כהתחשבות כנתון עובדתי, לא משפטי.
- 2 ראה א' מילשטיין, הטיעון הדתי בתהליך החקיקה בישראל, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור (ירושלים, תשל"ב); מ' אלון, חקיקה דתית (ירושלים, תשכ"ח); הנ"ל, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו³ (ירושלים, תשמ"ט) 1361 ואילך; ד' ורהפטיג, חוקה לישראל – דת ומדינה (ירושלים, תשמ"ח).
- 3 ראה אנגלרד (לעיל, הערה 1), 299.

הקובע, כי "אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו...", הכולל, כמובן, גם את הדין העברי.

בנוקטו דרך זו, הסיר המחוקק מעל עצמו את האחריות לתוכנו של החוק והעביר אותה אל שכם הדין הדתי, כפי שהוא גקבי ומתפרש מדי פעם בפעם על-ידי המוסדות המשפטיים הלגיטימיים שלו.

לכאורה, מערכת יחסים זו היתה יכולה להיות במישור הפוליטי בלבד, כאשר המחלוקות במישור זה היו מתמקדות בשאלה אם יש להרחיב את היקף ההפניה או לצמצמה⁴. אלא שהסמכות המקבילה, או הסמכות הנקנית בדרך אגב, הנתונות לבתי המשפט של המדינה לדון בעניינים אלה, שמשו מקור לאי-התאמה בין שתי המערכות. ידועה אמרתו של השופט זילברג בעניין כהן-בוסליק נ' היועץ המשפטי: "לא הרי דיני ישראל הנידונים בבתי המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק"⁵. והוא מונה את הסיבות לשוני זה: שוני בדיני הראיות והפרוצדורה, ושוני בגישה כלפי העקרונות המקובלים בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. על סיבות אלה יש להוסיף את מה שמצוין על-ידי המלומד בטיפול (Batiffol), שזכה להסכמתו של פרופ' אנגלרד:

קיים שוני מהותי בין גישת השופט אל משפטו הפנימי ובין גישתו אל משפט זר. כאן הוא ממלא תפקיד יוצר בקביעת תוכן המשפט ומשמעותו, כי הוא חי את שיטתו ושואף למצוא את הפתרון והגייוני, המועיל והצודק במסגרת נוסח החוק. שם, לגבי המשפט הזר, הוא גיגש למלאכתו כעין משקיף מן החוץ, המסתפק במציאת ה"קיים"... השופט, העוסק במשפט הזר, נעדר רגש ההזדהות הפנימית עם ההוראות הנורמטיביות הזרות; אין בלבו אותו חוש אחריות לשלמות השיטה ולפעולתה התקינה בחברה כפי שהדבר קיים, לרוב, בהחלת משפטו העצמי⁶.

בהמשך הדברים פרופ' אנגלרד מעלה את הטברה, שדברים אלה אינם נכונים כאשר להתייחסותם של בתי המשפט לגבי הדין היהודי בישראל. לדעתו, "השופט

4 צמצמו של המשפט העברי או צמצמו של היקף השיפוט על-פיו מצוי בהוראות חוק שונות, המופנות גם אל בתי הדין הרבניים. ראה אנגלרד (לעיל, הערה 1), 31, 41, 45; ראה גם דבריו של הרב י' קאפה בבד"מ 1/81 נגד נ' גור, פ"ד לח (1) 365, 411.

נראה, כי הדברים נאמרו מתוך תפישה, כאילו המחוקק בא לאכוף על בתי הדין — חוקים אשר הופנו אליהם במפורש כלשונו — לפסוק נגד דתו ואמונתו. תפישה זו אמנם נקלטה אצל רבים, אך נראה כי תחילתה ברצון וסופה באונס. תחילתה ברצון לראות בחוקים הללו אכיפה על בתי הדין לפסוק נגד דיני התורה, וסופה באונס שכבר רואים את הדברים כך "נגד שיקולים הלכתיים" כלשונו. ואין צורך להגיע לכך, יש לראות את החוק כפשוטו.

ועיין שם הבחנתו בין דיני ממונות לבין דיני איסור והיתר; וראה עוד להלן. ועל הבחנות שונות לעניין טיבה של הקליטה על-ידי הפניה, הנוטלות את טעמה — ראה דברי השופט לנדוי, רודניצקי נ' ביה"ד הרבני הגדול לערעורים וזח', פ"ד כד (1) 704, 712; וראה גם דברי השופט חשין בע"א 238/53 בוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4, 37 ואילך; וראה עוד אנגלרד (להלן, הערה 32).

5 ע"א 238/53 (לעיל, הערה 4), 19.

6 (לעיל, הערה 1), 513–514. בעיות נוספות בדרכי ההתייחסות של בתי המשפט אל הדין הדתי גם במקום שהחוק מורה אותם לפנות אל הדין הדתי ואל פסיקתם של האורגנים המוסמכים לפסוק על-פיו, נמנות שם על-ידי פרופ' אנגלרד.

היהודי...קשור קשר נפשי לדין היהודי ומייחס לו ערך דתי או לאומי. מצויה אצלו מידה רבה של הזדהות עם המשפט היהודי והוא חפץ ביקרו⁷. אני מרשה לעצמי להציב סימן שאלה ותמיהה על מסקנה זו. אך לא רק בהעדר תחושת אחריות כלפי השיטה הזרה אנו עוסקים, אלא בעניין עמוק וחשוב הרבה יותר, שאף הוא הובהר על-ידי פרופ' אנגלרד במקום אחר:

שימת הדגש על טיב הפתרון המהותי עלולה לטשטש את מהותה של מערכת משפטית. יסוד מאפיין בכל שיטה הוא דרך הפתרון באמצעות כלליה הקבועים. כי לעתים קרובות המהלך הרוחני למציאת הפתרון, ולא הפתרון עצמו, הוא קו האופי המייחד משפט מסוים. על הפוסק בסכסוך לבסס את פסקו בדרך רציונלית, על יסוד החומר הנורמטיבי המושם לפניו. הליך הפסיקה הוא הליך דוגמתי, ועל כן על השופט לקבל את סמכות המקורות לפי התפיסה הפנימית של המערכת. אם לא יעשה זאת, הוא יחרוג ממסגרת המערכת הנורמטיבית הנתונה, ביוצרו שיטה חדשה⁸.

כדוגמא לפסק-דין שניתן בבית-המשפט, שבו נעשה שימוש במקורות ובטכניקה שאינה מקובלת על המערכת של ההלכה, ניתן להביא את פסק-הדין שנתן השופט אגרנט בעניין סידס נ' סידס⁹ ובו נקבע, שהתחייבויות שניתנו בשטר-שירות לנכס מעמד נכסי הצדדים בעת הנישואין אינן בגדר "עניין של נישואין".

סקירת מוסד הנדוניה ותהליך המיון והסיווג של מוסד זה נעשים הרבה — אם כי לא רק — תוך שימוש במיתודולוגיה היסטורית ותוך הסתמכות על חוקרים הנקטים גישה זו. שילובם של מקורות אלה, על המיתודולוגיה הננקטת בהם לפירושם של המקורות התלמודיים, אל תוך המקורות הקלאסיים הבתר-תלמודיים, יוצרים יצור בלתי-מוכר לדרך הפסיקה המקובלת. התוצאה היתה, שהגדרת הנדוניה, שחיפש אחריה השופט אגרנט, ושיבוצה, נעשו באמצעות ההגדרות המקובלות בשיטת משפט אחרת, ולא לפי המשפט העברי. ואין כאן המקום להיכנס לכיור שיטתו של השופט לגופה שלכאורה היא קשה מתוכה.

ההבדל בין המקורות וסוגי הטיעון שנעשה בהם שימוש בפסק-הדין של השופט אגרנט לבין אלה שהשתמש בהם הרב גולדשמידט, שהיה חבר באותו בית-דין מיוחד, בולט¹⁰. וכל זאת, לאחר שבית-המשפט קיבל, שהשאלה שעמדה לפניו צריכה להידון על-פי המשפט העברי¹¹! בשעתו התגלע ויכוח בין פרופ' אנגלרד לבין פרופ' אלון בשאלה, "מה בין חוקר לפוסק?"¹² דומה, שבענייננו אנו רשאים לשאול: "מה בין שופט

7 שם, בעמ' 514. פרופ' אנגלרד מייחס גישה זו "בעיקר" לשופט הבקי בתלמוד ובפוסקים, אבל מניח את קיומה גם אצל האחרים.

8 "אנגלרד, "מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34, 36.

9 כיד"מ 1/55, פ"ד יב, 1121.

10 ראה רשימת המקורות שבתחילת פסק-הדין. כל העניין טעון דיון לגופם של דברים, דיון שלא נעשה עד כה מן הטעם — כך יש להניח — שפסק-הדין של השופט אגרנט ושל הרב גולדשמידט ארוכים בליכך ועמוסי מקורות כל-יכך. לאחר עבור הזמן הפכה מסקנת פסק-הדין לנכסי-צאן-ברזל של הפסיקה הישראלית, בלי שאיש חוקר עוד לטעמיה.

11 בעמ' 1137 לפסק-הדין.

12 אנגלרד (לעיל, הערה 6), 56; מ' אלון, "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח (תשל"ז) 99, 116 ואילך. וראה גם הוויכוח בין הרבנים ש' ישראלי ובלייך לבין השופט אלון בקשר

לפוסק? אם השופט ישאל את עצמו שאלות היסטוריות על-אודות השיטה, כאשר שאלות אלה אינן מצויות במטגרת השיטה, ספק גדול בעיני אם תשובתו של השופט על השאלה ששאל יכולה להיחשב כתשובה לגיטימית במסגרת השיטה. כאשר המדובר בקליטה על-ידי הפניה, דומה שההפניה היא גם לכללי הפסיקה.

נשוב לשאלת אחריותו של השופט כלפי שיטת המשפט הזרה, כאשר הוא נקרא לדון ולהכריע בהלכותיה. העדר תחושת האחריות כלפי המשפט העברי, או, מוטב, עדיפותה של תחושת האחריות כלפי שיטת המשפט הישראלי על-פני זו שכלפי המשפט העברי, הם המאפשרים לשופט לעשות שימוש לא-קפדני במקורות המשפט העברי ובעקרונות הפסיקה שלו, כדי להגיע למסקנה המתאימה להשקפתו בדבר העמדה הראויה שיש לנקוט על-פי שיטת המשפט הישראלי. להשקפת-עולמו של השופט יש השפעה ניכרת על החלטתו במשפט, ולהשפעה זו חשיבות רבה במיוחד כאשר המדובר במושא החלטה שהוא נורמה דתית¹³. פרופ' אנגלרד ציין כמה וכמה מקרים, שבהם נתגלה ניגוד בין עמדת השופטים לבין עמדת הדיונים בשל השוני שבהשקפת עולמם, ולאחרונה אף נשמעה קריאה מפורשת לשופטים, המזמינה אותם לפסוק על-פי הבנתם את המשפט העברי, במקרים שהדבר מסור לסמכותם, כדי לקדם "מטרות חילוניות"¹⁴. נמצא, שדווקא בסוגיות אלה, שחומרתן ונוקשותן מבחינת המשפט העברי רבות, ומשום כך הן נקלטו דרך חובה ודרך הפניה, דווקא בהן נוצרו ניגודים בין שתי הערכאות. על ניגודים אלה אין אנשי ההלכה יכולים לעבור לסדר היום, שכן תחומים אלה הם מיסוד הווייתו של העם, ומשום שאי-אפשר להתנות עליהם בהיותם מסווגים כענייני איסור והיתר. כאמור, מטעמים אלה נמש נקלטו תחומים אלה במשפט המדינה על כרעיהם ועל קרביהם!

"אולם" — כפי שכתב פרופ' אנגלרד¹⁵ — "תופעה זו של הבדלים בין פסיקת השופט החילוני ובין זו של השופט הדתי, ככל שהיא חשובה, מהווה בעיה שאינה ניתנת לפתרון. התופעה היא בלתי נמנעת כל עוד השיפוט מסור בידי מוסד חילוני. אך המציאות היא כי המחוקק אינו מוכן להינניק את סמכות השיפוט הבלעדית למוסדות הדתיים, ולכן אין לנו אלא לרשום לפנינו את קיום התופעה".

(ב) קליטה ישירה¹⁶. דרך זו נוקט המחוקק הישראלי בחקיקתו החדשה. זוהי חקיקה

לבג"צ 852/86, ח"כ ש' אלוני ואח' נ' יקש ואח', פ"ד מא(2) 1, שפורסמו בתחומין ח (תשמ"ז) 263 ואילך.

13 אנגלרד (לעיל, הערה 1), 528.

14 פ' שיפמן, "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 371, 374: "...יש להזמין לדעת את בית המשפט למלא את חובתו ולפסוק בדיני הגירושין של המשפט העברי, ואני חוזר ומדגיש: זהו תפקיד חילוני מובהק, במובן זה שבית המשפט אמור לקבוע עמדה עצמאית, עמדה שאיננה מזדהה בהכרח עם גישת בית הדין, וזאת כדי לפתור בעיות חמורות...". וראה דבריו של השופט ויתקון בבג"צ 358/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית ואח', פ"ד כב(1) 290, 296: "היו מקרים לא מעטים שבהם פרשו שופטים, מיד הבקיות הטובה עליהם, הלכות שבדיני אישות ואף חלקו על פירושם של בתי דין רבניים..."; וראה גם "אנגלרד, מעמדה של מועצת הרכנות וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק", הפרקליט כב (תשכ"ו) 68; מ' שאוה, "טעות בקביעת הלכה השוללת סמכות", הפרקליט כה (תשכ"ט) 617; ד"ג 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 792.

15 (לעיל, הערה 1), 531.

16 "אנגלרד, (לעיל, הערה 1), 297.

אקלקטית, המביאה אל תחת קורת־גג אחת הסדרים משפטיים ממקורות שונים, שבהתקבצם יחד הם מקבלים גוון השונה מזה שהיה להם במקורם ההיסטורי. מכאן הכתרתה של החקיקה הישראלית החדשה בתואר "חקיקה מקורית".

בעשותו שימוש בדרך זו של קליטה, אין המחוקק הישראלי מצטט במדויק את כללי המשפט העברי: אלה אינם מגובשים לכלל ניסוח סופי, אינם מוגדרים ומקובצים במקום אחד, ולרוב אין בהם הכרעה. המחוקק גם לא קיבל על עצמו קודקס מסוים של המשפט העברי כמקור למעשה החקיקה שלו.

לא יכול להיות ספק בכך, שסעיפי חוק רבים נוסחו ועוצבו על־פי המשפט העברי והושפעו ממנו, אחד המרבה ואחד הממעיט. הדבר מוכח מן ההיסטוריה של החקיקה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעות החוק, הדיונים בכנסת ובוועדותיה ובמסמכים האחרים שליוו את הליך החקיקה והן מתוך ניתוח הדברים לגופם¹⁷. יש מהם שרק ריחו של המשפט העברי נמשך בהם, כמו חוק הגנת השכר; חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965; חוק יסוד: מקרקעי ישראל; האיסור על לקיחת שוחד וסעיף 290 לחוק העונשין, תשל"ז–1977; סעיף 8 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), הודן בחסינות השופטים; חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג–1963 ועוד. אין דרך להצביע על הוראת חוק המיוחדת למשפט העברי, שבאה לידי ביטוי בחוקים אלה. הנושאים מוכרים גם למחוקקים אחרים ולכן אי־אפשר לציין השפעה מיוחדת של המשפט העברי עליהם¹⁸.

יש מן הסעיפים, הכוללים מונחים ונוסחאות, שאין ספק שהם מונחים ונוסחאות המיוחדים למשפט העברי. משמעותה המשפטית של תופעה זו שנויה במחלוקת. יש המסתמכים על דבריו המפורסמים של השופט חשין בעניין מיטובה נ' קזם, שאמר:

תהא זו טעות גדולה לפרש, למשל, כל מונח, כל ניב, אשר בחוקים שלנו לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמש בצהרים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור... הכלים שאולים ממקום אחד, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר¹⁹.

דעה שונה הובעה על־ידי מ"מ הנשיא, ח' כהן, בד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם²⁰. אין הוא חולק "על הנחת היסוד, שמקום שבחר המחוקק ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי, מן הדין לפרשם כמשמעותם במשפט העברי", וכי כך נהג בית־המשפט פעמים רבות; אלא שהוא חלק על כך שהמונח "רשות", שנדון שם, לקוח דווקא מן המשפט העברי, וסבר שהוא לקוח משפת־המשפט היומיומית. במקרה זה יש לפרש ביטויים אלה על־פי כוונתו המשוערת של החוק. כך נהג השופט זילברג בעניין מיטובה

17 פרופ' נ' רקובר ליקט את כל מה שנאמר בכנסת ואשר יש בו כדי ללמד על השפעתו של המשפט העברי על החקיקה: המשפט העברי בחקיקת הכנסת (ירושלים, תשמ"ט). על השימוש במשפט העברי ראה בקובץ המקביל, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (ירושלים, תש"ם) — החומר בוועדת החוקה, חוק ומשפט בוודאי רב וענייני יותר.

18 ראה מ' אלון, המשפט העברי (לעיל, הערה 2), שם.

19 המר' 89/51 פ"ד 4 ו 12. השופט זילברג, שישב בדין באותו עניין, החיל את המשמעות שיש למונח "ראוי" בהלכה על השאלה שנדרגה לפניו.

20 פ"ד לה(2) 785, 789.

הנ"ל וכך גם בפסק-דין מאוחר לו²¹ כשפירש את המונח "פקע" על-פי ההלכה, אף-על-פי שהוא מונח הלקוח, לכאורה, משפת היומיום²².

בפרשת הנדלס מ"מ הנשיא, ח' כהן, מעלה טענה נוספת ורחבה מן הקודמת: גם במקרה שבו יש לפרש, לכל הדעות, מונח או ניב על-פי המשפט העברי, "אין בכך כדי להחיל את ההוראות המהותיות של המשפט העברי, כאילו היו חוק, שנחקק בידי המחוקק שלנו"²³. הגדרה לחוד ודינים להוד. החלתם של הדינים יכולה להיעשות רק מכוחה של הוראה מפורשת של המחוקק. דומה, שלכך הכול יסכימו, ולטענתו של מ"מ הנשיא נגד השופט אלון באותו עניין גופו אין מקום שהרי הסביר זאת השופט אלון עצמו בפסק-דינו:

מן הראוי ומן הנכון, שבכגון דא נקבל את השראתנו והנחייתנו לפירושה של סוגיה זו, בראש ובראשונה כפי שמוסדרת היא כדיני השבת אבידה שבמשפט העברי... ואין אני בא למסקנה זו משום שהמונח "רשות" מיוחד הוא במקורות המשפט העברי ולקוח הימנו, אלא משום שלדעתי, כאשר קיים ספק בפרשנותו של החוק, ותרים אנו אחרי מקור השואה לפרשנותו ולפתרון הבעיה שלפנינו, עלינו לפנות בראש ובראשונה למערכת המשפט העברי... (ההדגשה שלי – ב' ל').

אך דומה, שהשיטה, שלפיה אין לפנות אל המשפט העברי כדי לדלות ממנו את פירוש החוק, זוכה ליתר תנופה ויישום. וכך, לגבי הביטוי "שלוחו של אדם כמותו" שבסעיף 2 לחוק השליחות סבור פרופ' ברק²⁴, שאין לצקת את התוכן שניתן לו במקורות שמהם נלקח, ואשר אין ספק שהם מקורות התלמוד; ואין ליצור זהות בין מושגי השליחות של המשפט העברי לבין אלה של החוק. הוא מסתמך על דבריו של השופט חשין בעניין מיטובה נ' קזם הנ"ל, וכן על הטענה, שהחוק עצמו, בסעיף 2 סיפא שלו, מעניק תוכן לאמרה זו.

אכן, שני הטעמים אינם נקיים מספקות: אשר לדבריו של השופט חשין, כבר הזכרנו את הדעות הנוגדות; ואשר להגדרתו של החוק עצמו – אף היא עמומה ואין בה כדי לפרנס את החוק בפירוש מרווח ומובן מעצמו.

שיטה זו הורחבה על-ידי פרופ' ברק במאמרו על "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה"²⁵, ולאחר-מכן בפסיקתו בבית-המשפט העליון. שיטה זו מניחה את

21 ע"א 419/62 פרסקו נ' מטיולה, פ"ד יט(1) 513; וראה הערתו של א' ידן, "ושוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו (1979) 358, 366.

22 פרופ' ידן (לעיל, הערה 21, שם) כותב:

מותר לצפות, כך נדמה לי, שבמלאכת הפרשנות של החקיקה החדשה תלך ותתרחב ההשענות על המשפט העברי, הן בנוגע לביטויים נויטרליים, כגון "פקיעה", הן בנוגע לביטויים ספציפיים, כגון "שכיב מרע". ועל אחת כמה וכמה בנוגע להוראות מסוגו של סעיף 9 לחוק הירושה. תהיה בזה דרך חדשה וחוספת של הוראת המשפט העברי ושילובו במשפט הישראלי, לא בחוקף שינוי או החלטה של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, אלא כתוצאה אורגנית של עצם החקיקה החדשה של הכנסת.

ציפייתו אינה מתממשת. ראה להלן.

23 שם, בעמ' 790.

24 א' ברק, "חוק השליחות, תשכ"ח-1965" פירוש לחוקי החוקים (ירושלים, ג' טדסקי עורך, תשל"ה) 87-88.

25 משפטים ז (תשל"ו) 15.

עצמאותו של החוק והתנתקותו ממקורותיו ההיסטוריים ואת עצמאותו של השופט בפירוש החוק לאורה של הנחת עצמאותו של החוק.

אל מול דעה זו ניתן להציב דעה אחרת, שאינה כה גורפת וחד-משמעית. נראה, שאין הפרשן רשאי להתעלם מגילויי דעתו, המפורשים והמשמעים, של המחוקק בדבר הזיקה למקורותיו של החוק, הנעוצים במשפט העברי. מקום שברור שניב או נוסחה מיוחדים למשפט העברי, וכן מקום שהסדר משפטי מסוים מיוחד למשפט העברי, יש להניח תחילה שיש לפרשם על-פי משמעותם במשפט העברי. אבל הנחה זו ניתנת לסתירה, וביקורתה של הנחה זו צריך שתיעשה קודם לפתיחתו של הליך הפרשנות. על השופט לבדוק האם אמנם רק "הכלים שאולים מן המשפט העברי, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי ולקוח ממקום אחר" — כדבריו של השופט חשין בעניין מיטובה הנ"ל. אלו גבולות דבריו של השופט חשין. אין הם מניחים הנחה מוקדמת, שתמיד כך הם פני הדברים. אם תעלה הבדיקה העניינית ניגוד בין הנחות היסוד של שתי השיטות ביחס למונח או למוסד המשפטי הנתונים בדיון, אז, ורק אז, יהיה מקום להתעלם מן המשפט העברי כמקור לפרשנות החוק.²⁶ אחרת נניח, שהמחוקק ביקש להפנות את הפרשן למשפט העברי כאל תורת המשפט "האופרטיבית", המוגדרת כ"משמעותם של המונחים, הגדרתם של המושגים וכל אותם המושכלות הראשונים אשר הונחה ביסודה של כל שיטה ושיטה".²⁷ המשפט העברי ישמש, או צריך יהיה לשמש, כאותו מאגר של אסוציאציות שיתעוררו אצל המשפטן בעת שמונח מסוים יובא לפניו.²⁸

אכן, דרך זו אינה קלה (כפי שהדגמנו במקום אחר את הדרך לבדיקת היחס בין הוראת חוק עשיית עושר ולא במשפט על זכיה שאינה כרוכה בחסרון המהנה לבין הכלל של "זה נהנה וזה לא חסר" שבמשפט העברי)²⁹, ואף ההליכה בה לא תוביל תמיד אל מסקנה חד-משמעית. אבל האם הדרכים האחרות, המוצעות לנו, קלות יותר?

מן הראוי לציין, שבדיקה מקרית שערכתי בחוקים אחדים מלמדת דווקא על שוני יסודי בין החוק לבין המשפט העברי. אתן כמה דוגמאות:

(א) סעיף 54 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, מכיר בדירה בבית משותף כנושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות. הוראה זו עומדת בניגוד לאמור בסעיף 13 לחוק, הקובע כי עסקה במקרקעין חלה על הקרקע לכל ממדיה ועל כל המחובר לה, וכי אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין. בעת קבלת החוק צוין, כי הוראת סעיף 54 הנ"ל

26 בע"א 546/78 בנק קופת עם ג' הנדלס, פ"ד לד(3) 57, אכן דגו השופט ברק והנשיא לנדוי בהתאמתן של הנחות היסוד של החוק עם עקרונות ההלכה בעניין השבת האבידה. וראה תשובתו של השופט אלון בדיון הנוסף (לעיל, הערה 20), 795–796.

27 ג' טדסקי, מחקרים במשפט ארצות (ירושלים, תשי"ט), 66. הדברים הובאו על-ידי פרופ' ברק במאמרו הנזכר (לעיל, הערה 2), 16, בסמוך להערה 12, בה מוסיף פרופ' ברק, ש"תורה זו כוללת, בין השאר, כללי מיון של מוסדות משפטיים".

28 ראה ברק, שם, בעמ' 16. אסוציאציה, ברמה אחרת, התעוררה אצל ח"כ שולמית אלוגי למקרא חוק שמירת נכסים, כפי שנקרא החוק בהצעת הממשלה, והיא האסוציאציה להלכות שומרים שבמקורות המשפט העברי, ולכן הציעה, והצעתה התקבלה, לשנות את שמו ל"חוק השומרים"; ראה דברי הכנסת 49 (תשכ"ו) 2148; מ' חשין, "שמירה ושומרים — לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים" משפטים ג (תשל"א) 137, הצטער אף על כך.

29 ראה ב' ליפשיץ, "זה נהנה וזה לא חסר" — זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? הפרקליט לו (תשמ"ז) 203.

היא על-פי המשפט העברי, ובניגוד למשפט הרומי, ובעצם, כמוכך, בניגוד למשפט הישראלי עצמו³⁰. אכן, הניגוד מצוי במישור עמוק יותר: המשפט העברי אינו מכיר בנזמרוס קלאוזוס של זכויות במקרקעין, ואילו המשפט הישראלי מגביל את מספרן. ההכרה בבעלות על חלק מסוים מן המקרקעין, והוא-הדין במטלטלין, היא פרט הנופל תחת הכלל האמור של המשפט העברי, ואין הוא עומד כשלעצמו. אפילו נניח, כי המשפט העברי הוא העומד ביסודו של סעיף 54 הנ"ל, מהם הגבולות הלגיטימיים של פרשנותו לפי המשפט העברי? האם נשאב את הוראותיו של המשפט העברי או נחיל כללים אשר לא יעמדו בסתירה להנחת-היסוד של חוק המקרקעין?

(ב) חוק השומרים, תשכ"ה-1967, סעיף 1 לחוק מגדיר שמירה כ"החזקת נכס כדין שלא מכח בעלות". מלבד המוזרות שבדגדרה, המוציאה את המונח "שמירה" מפרשטו³¹, הרי שהיא מבוססת על המשפט האנגלי, הרואה ב"חזקה" (יהיו משמעותה והיקפה אשר יהיו) את יסודה של עסקת הפיקדון. בשום פנים ואופן אין היא מתאימה למשפט העברי. המחלוקת שבמשפט העברי, אם תיקנו משיכה בשומרים או לא (ונפסקה ההלכה שיש צורך במשיכה) אין לה עניין לחזקה אלא לקניין דווקא. יכול אדם להיות מחזיק בפיקדון, ואף-על-פי-כן לא יהא בגדר שומר³². ומאידך גיסא, גם מי שאינו מחזיק בפיקדון יכול להיחשב, בנסיבות מסוימות, כשומר³³.

חוק השומרים בכללו, למרות כל מה שנאמר עליו, הוא דווקא דוגמא להתעלמות המחוקק מן המשפט העברי הן, כאמור, בהגדרת השמירה; הן בכך שלפי החוק, ככל הנראה, אין על השומר חובה לשמור אלא נטל, ולא כך הוא לפי המשפט העברי; הן באחריותו של שומר-שכר שהשמירה טפלה לעיקר החזקה, בהגדרת נכס, בהטלת חובת הראיה, ועוד. ואף-על-פי-כן, ולמרות השוני במונחים, ניסה בית-המשפט בעניין עלי נ' ששון³⁴ לצקת את הוראות המשפט העברי באשר ל"פשיעה" אל הוראת ה"רשלנות" שבחוק³⁵.

(ג) חוק הערבות, תשכ"ז-1967, הרבה צוינה סטייתו של המחוקק מן המשפט העברי בהוראת סעיף 8 לחוק, שעל-פיו די בהודעה לחייב כדי לאפשר את תביעת הערב, בעוד שלפי המשפט העברי יש צורך בתביעת החייב תחילה.

אבל בעיה חמורה יותר מתעוררת בשאלת מהותה של הערבות. לפי החוק (סעיף 1(א)), "ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר". לפי חלק נכבד מן הדעות במשפט העברי אין הערבות אלא העמדת רכושו של הערב לגבייה עבור הנושה כאילו היה זה חלק מנכסי החייב עצמו. מכאן מובן היטב מדוע יש לתבוע את החייב

30 דברי הכנסת 8 (תשי"ג, 1953) 761. שר-המשפטים דאז, פנחס רוזן, אמר גלויות, שרק ההכרח הכלכלי הוא שהביא לחקיקתה של הוראת סעיף 54 הנ"ל, וכי הוא כשלעצמו לא היה ממליץ להסתלק מן השיטה הרומית (שם, בעמ' 771).

31 וכבר פירש זאת פרופ' טרסקי במאמרו, "השומר על פי דין" משפטים ח (תשל"ח) 430; וראה גם ע"א 130/80 ביטון נ' "חלמיש" חברה עירונית לשקיום הדיור בת"א-יפו, פ"ד לו(2) 706.

32 נ' רקובר, במאמרו, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" הפרקליט כד (תשכ"ח) 208. מציין את המחלוקת הזאת בהערה בלבד, ומדבריו ניכר שפשוט הוא כי עמדת החוק זהה לעמדת המשפט העברי, ולא היא.

33 ראה בבא מציעא, צט, ע"א, סוגיית "הכישא במקל והיא תבוא".

34 ע"א 341/80, פ"ד לו(3), עמ' 281.

35 כל הדין בפסק-הדין הנ"ל הוא תיאורטי ונגזר אמרת-אגב בלבד, שכן ניתן היה לרדת מיד לסופו, והיינו: שלא הוכח כל נזק וממילא לא היתה כל נפקא מינה לשאר השאלות שנדונו בו.

תחילה: רק הוא הנתבע, בעוד שנגד הערב נפתחים הליכי הוצאה לפועל על-סמך חיובו של החייב בדין. לפי השיטה האחרת, אין זה מובן מאליו, ולכן קביעת החוק בסעיף 8 יכולה להתאים דווקא להגדרת הערבות שבסעיף 1 לחוק³⁶. מכל-מקום, יש לתמוה מדוע יצאו מבקרי החוק מן ההנחה, שהחוק מקביל לערבות הרגילה של המשפט העברי, ולכן יש בו סטייה מן ההלכה, ולא סברו שהחוק דן בערב קבלן, המוכר כמשפט העברי ושאותו ניתן לתבוע תחילה?

(ד) יש מקום להטיל ספק במידת התאמתן להוראות המשפט העברי, של הוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים בעניין החוזה הבלתי-חוקי (חלק כללי), תשל"ג–1973³⁷. וזאת הגם שאין ספק שיסודו של הרעיון שבסעיפים אלה מן המשפט העברי. (ה) המשפט העברי אינו מכיר בהתחייבות תלויה לעשיית מעשה בעתיד³⁸. לפיכך, הסעיפים המדברים על התחייבות למכר (סעיף 2 לחוק המכר, תשכ"ח–1968) ולמתנה (סעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח–1968) אינם מתאימים למשפט העברי, וכמובן – עצם ההכרה בדיני החוזים כדבר המוכן מאליו. לפיכך, שלא בדין התאמצו שוחרי המשפט העברי לשנות את ההגדרה מכפי שהוצעה בהצעת החוק משום הדגש שהמשפט העברי מדגיש את הצד החפצי שבעסקה. כאמור, המשפט העברי אינו מדגיש את הצד החפצי – זהו הפן היחיד שניתן לו תוקף על-ידי המשפט העברי. ומשום כך, שלא בדין תקפו המלומדים שעסקו בכך את ההגדרה, ולשווא, ובטעות טרחו לציין, ש"ההגדרה המצויה בסעיף 1 נוסחה בהשראת הדין העברי והיא מעניינת אותנו מבחינה אקדמית אך אינה באה ללמד על זהות בין מושגי המכר של החוק שלנו ושל הדין העברי"³⁹. ההבחנה בין העסקה היראלית ובין ההתחייבות האובליגטורית צריכה להידון לגופו של עניין. העובדה שתפישת החוזה השתלטה על המחשבה המשפטית עד שאין היא מבחינה עוד בין שתייה (התפתחות שפרופ' עטיה רואה אותה כמדהימה וכיחידה במינה)⁴⁰ אינה יכולה לשמש הצדקה אוטומטית לעצמה. הצורך לדון בעסקת-המכר הן בפן היראלי שלה הן בפן האובליגטורי שלה בכפיפה אחת אין בו כדי להשפיע על ההגדרה⁴¹. (ו) האמור לעיל מבהיר את העובדה, שהמשפט העברי אינו מכיר בצוואה שיש ביכולתה להעביר את הנכסים לאחר מותו של המצווה. זו התחייבות להקנאה, שאין לה תוקף על-פי המשפט העברי. לכן יש צורך בעשיית מתנה שהיא מעכשיו ולאחר מיתה.

36 השווה י' אנגלרד, "שילוב הדין הדתי במערכת המשפט הישראלית" המשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים, תשכ"ט) 110, 125.

37 ראה ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505; ג' שלר, "תוכן החוזה", פירוש לחוקי החוזים (ירושלים, ג' טרסקי עורך, תשמ"א) 137.

38 ראה ספרי, אסמכתא – קניין וחייב במשפט העברי (ירושלים, תשמ"ה), בפרק הראשון.

39 ז' צלטנר, "חוק המכר, תשכ"ח–1968" פירוש לחוקי החוזים (ירושלים, ג' טרסקי עורך, תשל"ב) 16; א' זמיר, "חוק המכר, תשכ"ח–1968" פירוש לחוקי החוזים (ירושלים, ג' טרסקי עורך, תשמ"ז) 23.

40 P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 419 ff.

41 ההבחנה הזאת מקבילה להבחנה בין זכות *in rem* לבין זכות *in personam*. נטייתם של המלומדים לשלול את הזיקה למשפט העברי מקלקלת את השורה. כך, הסתמכותו של צלטנר (שם, בעמ' 15) על עניין מיטובה אין לה מקום, הואיל והשאלה האמתית היא אם אכן נוצק חוקן אחר כמונה "מכר". וכך נפלא ממנו, מדוע ההגדרה שניחנה ל"מכר" היא "בלתי מתאימה במיוחד לחוק שאינו קושר את העברת הבעלות לכריתת החוזה, כלומר להסכמת המתקשרים בלבד, אלא למסירה המאוחרת יותר" (שם, בעמ' 16). דומה, כי יש כאן ערבוב המושגים. והשווה זמיר, שם, בעמ' 25.

רק כשהמוריש הוא שכיב־מרע, יש תוקף להקנאה העתידית, שכן תקנו חכמים שדבריו (דהיינו: התחייבותו) ככתובים וכמסורים הם, שלא תיטרף דעתו. הקניין הנדרש במתנת בריא אינו כדי לגלות על סמיכות־דעתו של המצווה, אלא כדי שהקניין יהיה מעכשיו. ובשכיב־מרע, כשאין מקפידים על כך, אכן אין צורך בקניין.⁴² עמדתו של חוק הירושה, תשכ"ה–1965, שונה כמובן שינוי מהותי מתפישה זו. האם יש מקום, ועד כמה, לדמות את ההוראות שבשתי השיטות הללו ולהסיק מן האחת על חברתה?⁴³

האם מתבקשת מן הדברים שלעיל המסקנה, שאולי היתה כוונתו של המחוקק רצויה (לשיטת המבקשים להרבות בהשפעתו של המשפט העברי על משפט המדינה), אך מעשיו לא צלחו בידו? והאם מתבקשת מכך גם המסקנה, שאת החוק יש לפרש רק מתוכו ומתוכנו ובלי זיקה למשפט העברי? עמדה אחרונה זו תשתלב עם תחושת העצמאות המפעמת בשופטים המעוניינים, על־כן, להשתחרר מחובת הפרשנות הכבולה לשיטה זרה, שאינה מופרת להם דיה⁴⁴, שאין באפשרותם לעיין במקורותיה בחופשיות⁴⁵ ואשר אין ביכולתם ליצור ולחדש בה⁴⁶.

דומה, שנקיטת גישה כזאת תהיה בניגוד לכוונתו של המחוקק, המתמודד עם שיטת המשפט העברי, ורק אז בוחר ובורר לו את הנראה בעיניו. כוונתו הברורה היא ליצור זיקה בת־משמעות אל המשפט העברי, ולדעתו, מן הראוי שבין הקולות היוצרים את "ההרמוניה הדיסהרמונית" של המשפט הישראלי יישמע גם קולו של המשפט העברי, צלול ובחיר. אם כן, אין משמעות לסינתיזה, שהזכיר אותה הנשיא לנדוי⁴⁷, בין המשפט העברי ובין משפט ימינו, הזכיר "שורשים היסטוריים משלו בחינת אדם ללא צל" —

42 ראה ספרי, הנזכר (לעיל, הערה 38) 98 ואילך.

43 השווה פסק־הדין בר"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701.

44 על ידיעת הדין ואי־ידיעתו ראה אנגלרד (לעיל, הערה 1), 515 ואילך; וראה ע"א 269/64 מרצפות פ' פ' בע"מ ואח' נ' אלפסי, פ"ד יח(4) 63; אנגלרד, "שבועה של עד — חיוב מן התורה" הפרקליט כא (תשכ"ה) 435; וראה דבריו של השופט לנדוי בר"נ 40/80 (לעיל, הערה 43) 745, מול האות א; וראה ע"פ 402/72 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 243; וד' חשין, "חזרת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה" משפטים ו (תשל"ו) 378, הערה 36; ע"א 752–4/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד כט(2) 81; ור' אטינגר, "חיוב עד שקר בנויקין במשפט העברי" משפטים ט (תשל"ט) 93. תופעה בולטת היא, שרבים מפסקי־הדין הדנים במשפט העברי באופן מהותי וכו לביקורת שגילתה אי־התאמה בין האמור בפסקי־הדין לבין מה שנראה למחקר כעמדה מדויקת יותר של המשפט העברי. וראה אנגלרד (לעיל, הערה 1), 514, הערה 19.

45 ראה ע"א 546/78 (לעיל, הערה 26), בפסק־הדין של השופט ברק, בעמ' 68, על הספרים הפתוחים לכל, ותשובתו של השופט אלון בפסק־דינו, בעמ' 83; ס' דויטש, "המשפט העברי בפסיקה כתי המשפט" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 7, חולה את ההבדל בין בית־המשפט העליון לבין בתי המשפט המחוזיים בכמות ההזדקקות למשפט העברי בהבדל שבכונותן של שתי הערכאות לעשות שימוש במקורות משניים. גם הבדל זה דורש הנמקה, ודומה שהוא נערץ בהבדל שבתחושת העצמאות של שתי הערכאות.

46 ראה אנגלרד (לעיל, הערה 1), 530; וראה גם ע"א 164/67 220/67 היוה"מ לממשלה נ' יחיא ואורה אברהם פ"ד כב(1) 29, 47, מפי השופט זילברג: "אין בית משפט זה קובע הלכות בישראל. יודע הוא כי זו היא עטרה שאינה הולמתו".

47 מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, הובא בפסק־דינו של השופט אלון בר"נ 13/80 הנ"ל. וראה תשובתו־השלמתו של הנשיא לנדוי בפסק־דינו, שם, בעמ' 799.

בלשוננו⁴⁸ — בלי זיקה מתמדת ובלי התמודדות מתוך חופש-בחירה עם עמדת המשפט העברי. דחייה מראש, להלכה או למעשה, של זיקה כזאת הופכת את ההצהרות בדבר הסינתזה המיוחלת לריקות מתוכן⁴⁹. העצמאות, המבוקשת על-ידי בית-המשפט, עומדת בניגוד לזיקה, המבוקשת על-ידי המחוקק. ההנחה, שהמחוקק קלט רעיון ולא דין (כדברי השופט ברק), סותרת, למעשה, את הגלגל על אפשרות החיאתו ושילובו של העבר.

אין אנו קוראים אלא להחלתו הדווקנית⁵⁰ של כלל הפרשנות, שקבע השופט חשין בפרשת מיטובה נ' קזם:

בכל מקום שבית המשפט נדרש לפרש מונח משפטי אשר בכל חוק שהוחק לאחר קום המדינה, ואותו מונח מצוי גם במקורות ספרותנו העתיקה או נשאל מהם, מותר לו, לביהמ"ש, לפנות לאותם מקורות לשם הבהרת פירושו וקביעת המושג הצפון בחובו, רק אם נעלה הדבר מעל כל ספק מתוך השוואה והקבלה, כי ההלכות העולות מן החוק ומן המקור העתיק דומות זו לזו במסגרת הסוגיה המדוברת, או כי הרעיון המשפטי הגלום במקור רחב עד כדי כך, שהוא כולל בתוכו את הרעיון המשפטי אשר המחוקק ביקש לתת לו ביטוי, ברקע החדש, במונח אשר "שאל" מאותו מקור⁵¹.

דבריו של השופט חשין מתייחסים למונחים, לביטויים ולדפוסי-לשון, שבאו להחליף את הנוסח האנגלי של החוק כאשר בא המחוקק ללקוט "דפוסי ביטוי עתיקי יומין, כדי לצקת בהם רעיונות חדשים". ומכל-שכן הדברים כשלא רק ביטויים שאל לו המחוקק אלא גופי-הלכות.

גישה זו איננה גישה דתית, ואין היא מוצדקת מתוך עמדתו של המשפט העברי עצמו⁵². זוהי עמדה, הרואה חשיבות בקשר תרבותי בין המסורת לבין ההווה. באופן זה אני מפרש את עמדתו ופעולתו של השופט אלון, שהביא את דברי ר' יהודה במשנה עדויות א, ד: "למה הוזכרו דברי היחיד בין המרובין, אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן"⁵³. גישה גם אם תעשה שימוש במשפט העברי "בתמצית ובקירוב"⁵⁴, אפשרית היא בדיני ממונות, הנקלטים על דרך הקליטה הישירה, בהבדל מדיני אישות, הנקלטים (כאמור לעיל) על דרך הקליטה שעל-ידי הפניה.

48 לנדוי, שם. מסקנה זו עולה גם מדברי פרופ' ברק (לעיל, הערה 25).

49 ראה ש' שילה, "למעמדו של המשפט העברי במדינה" דיני ישראל ה' (תשל"ד) 255.

50 השווה מ' חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אורח בישראל — קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן (ירושלים, תשמ"ב) 47.

51 בעמ' 12 לפסק-הדין. ההדגשה הוספה.

52 ראה י' אנגלרד (לעיל, הערה 36).

53 ד"נ 13/80, בעמ' 796, וביתר חריפות בראיון עיתונאי: "...אולי אם יראו בכרכי פסקי הדין לא רק את לורד אטקין והשופט הולמס אלא את ר' עקיבא ורבי ישמעאל, את הרמב"ם ואת הרשב"א, את הנודע ביהודה והגאון מוילנה, זה יכנס לעסקי של ההיסטוריה ויישמר עמה" (מעריב, 22.4.88). משום כך השופט אלון ציין בבג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לענייני דמות ואח', פ"ד מב(2) 242, שאין הוא פוסק וכן פוסק (וראה לעיל, הערה 46). בעניינים אלה אפשר לפסוק גם ב"תמצית ובקירוב", דבר הפסול בעניינים של קליטה על-ידי הפניה.

54 ראה ע"א 252/70 רוזנטל נ' טומשבסקי, פ"ד כה(1) 492, 488, בעקבות בד"מ 1/49 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פד"י ז 1037, 1045.

הצעת-מינימום זו, שתהיה הידרשות אל המשפט העברי, ולו כדי לדחותו, היא גישתו של המחוקק. מבין כותליהם של בית-המשפט העליון ושל האקדמיה משתמעת גישה אחרת, העומדת בסחירה לראשונה. ההכרעה בין שתי עמדות אלה היא זו העומדת על הפרק. הכרעה זו תקבע גם את מעמדו של חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שכל מה שנכתב עליו משקף גם הוא את המחלוקת העקרונית שבין שתי הגישות הללו.⁵⁵ אלא שגם על המחוקק ויועציו מוטלת חובה זו של בירור וליבון התיאוריה המשפטית שעליה נבנו המוסדות המשפטיים העומדים לחקיקה במשפט המדינה, הן במשפט העברי הן בשיטות-המשפט האחרות, העומדות להשוואה וכמקור להשראה. אין להתחיל במעשה החקיקה ולהשתמש בהוראות המשפט העברי צו לצו, קו לקו, זעיר שם זעיר שם. דרך זו תהיה בבחינת דוממות המשפט העברי בגרונום ותרבות-פיפיות בידם.

55 ראה ח' בן-מנחם, "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 — חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 257, המעלה את ההצעה לפירוש חוק יסודות המשפט כמחייב את השופט להיוועץ במשפט העברי בטרם יפחוק את הדין בהתקיים תנאיו של סעיף 1 לחוק. לדעתנו, חוק יסודות המשפט מורה על חובת ציות. בשאר ענייני פרשנות, אשר אינם נופלים בגדר החוק, יש חובת היוועצות וציות, על-פי האמור לעיל.