

(8691)

אֵשׁ מֵאֵשׁ

מוקדש לזכר
נפתלי לופשיץ
בן הרצ"מ ליפשיץ
(ו' אייר תרס"ח-כ"י שבט תשנ"ז)

"מים מדלגו"

שנתון המכללה הדתית למורים
ע"ש רא"מ ליפשיץ, ירושלים

התשנ"ח

פרופ' אהרן ברק
נשיא בית המשפט העליון

המשפט העברי ומשפט המדינה

מה מקומו של המשפט העברי בתחומים שמתוך לענייני המעמד האישי? מה מקומו של המשפט העברי במשפט הפרטי - בענייני חוזים, נזיקין וקניין? מה מקומו של המשפט העברי במשפט הציבורי - במשפט החוקתי והמינהלי? בשאלות אלה עסקתי רבות. הן כפסיקה והן כבחיבה מדעית. הדברים שאביא בפניכם היום אינם מהדיום; הם משקפים את עמדותי, כפי שאני מביע אותה זה שנים רבות.*

טיעונים דתיים וחילוניים נגד קליטת המשפט העברי במשפט המדינה

הנה כי כן, מה מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה? שאלה זו מעוררת את השאלה הבסיסית, מהו היחס הראוי בין המשפט העברי למשפט המדינה? ניתן לטעון כי כל עוד מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, שבה חי רוב יהודי ומיעוט לא יהודי, אין כל מקום לחחולה של המשפט העברי במשפט המדינה. גישה זו יכולה לבוא הן מצדם של הדתיים והן מצדם של החילוניים.

הטיעון הדתי הוא כי משפט עברי במדינה דמוקרטית מאבד את אופיו הדתי. ביסודו של משפט עברי החל במדינה דמוקרטית שוב אינה עומדת התגלות אלוהית, והנורמה הבסיסית שלו היא כוחה של הכנסת לכונן חוקה, ולא כוחה המחייב של החוקה בכתב ובעל פה. קליטת המשפט העברי במשפט המדינה מביאה לחילוק המשפט העברי. זאת יש למנוע. למשפט העברי יהא מקום במשפט המדינה כאשר המדינה תהיה מדינה דתית. לא אעסוק בטיעון דתי זה. אתרכז בטיעון החילוני.

הטיעון החילוני הוא כי מדינת ישראל אינה מדינה הלכה אלא מדינה דמוקרטית. הנורמה הבסיסית שבה היא שמועצת המדינה הזמנית - ולא סמכות אלוהית כלשהי - היא הרשות העליונה. רוב אזרחי המדינה ותושביה אינם דתיים. המשפט העברי אינו ידוע להם. אין להם גישה למשפט העברי, למוסדותיו, לדוגמטיקה שלו ולמקורותיו. חלק מהעקרונות המצויים במשפט העברי אינו מקובל עליהם, ונגוד את השקפת העולם המבוססת על האוטונומיה של הרצון הפרטי, החירות והשוויון. זאת ועוד: אין מקום למשפט העברי, שכן אין בו פתרונות לבעיות שהדתיים

* דברים שנשא באזכרה לע"ד נפתלי לייפשיץ ד"ל.

היש מקום, מנקודת מבט חילונית, לקבוע בחקיקה כי בתחום משפט מסוים - כגון דיני ערבות או שליחות - יחול המשפט העברי? דומה שהטיעונים החילוניים כאן הם חוקים דינים כדי למנוע אפשרות זו. די להזכיר את חוסר ההיכרות של המשפט העברי מצד מרבית תושבי המדינה ומשפטניה, כדי למנוע אפשרות זו. קליטת המשפט העברי לגוף המשפט הישראלי, שהוא במהותו יצירה עצמאית וחילונית של המחוקק הישראלי, אינה אפשרית, ותצור דיסהרמוניה גמורה כשיטת המשפט שלנו. אכן, חסידי המשפט העברי, ופרופ' אלון בראשם, אינם חוזרים על הצעה זו כיום. מתן, אפוא, דרכי הקליטה הנתונות למשפט העברי במשפט המדינה?

השפעת המשפט העברי על החקיקה ופרשנותה

דרך הקליטה העיקרית של משפט עברי למשפט המדינה הייתה עד כה דרך החקיקה. מאז קום המדינה מקובל כי בהכנת הצעות לחקיקה נבחן הפתרון של המשפט העברי, ואם הוא נמצא תואם את צורכי המציאות דהיום ומעניק פתרון ראוי לבעיה אשר התוק מבקש לפתור, הוא מאומץ על ידי הכנסת. כך נהגה הכנסת ברשימה ארוכה של חוקים בכל תחומי החיים. גישה זו ראויה היא, וראוי לעודדה. אימוץ זה יכול שייעשה בדרך של שימוש במטבעות לשון של המשפט העברי - כפי שהדבר נעשה, למשל, בחוק הירושה ("שכיב מרע") או בחוק השליחות ("שלווהו של אדם כמותו") או בחוק איסור לשון הרע ("לשון הרע"). אימוץ זה יכול אף שייעשה בדרך של אימוץ הסדרים מהמשפט העברי - כפי שהדבר נעשה בחוק פיצויי פטורין. פרופ' אלון מעיד בעניין זה כי "הגורמים העוסקים במלאכת החקיקה לא תמיד הכירו לעצמם מהי מידת העדיפות שהם מבקשים לתת לעקרונות המשפט העברי". כחוצאה מכך הקליטה של המשפט העברי באמצעות החקיקה היא "מעטה וקטנה מכפי שיכלה להיות, וחוקים שונים נוגדים, ללא כל הצדקה עניינית, את המשפט העברי" (שם). אם אמנם כך הוא הדבר, יש להצטער על כך. המשפט העברי הוא אוצר של חכמה, המשקף ניסיון משפטי של מאות בשנים. עד כמה שיש בו פתרונות ראויים לימינו ולזמננו, אין כל סיבה שלא ליעוק ממנו ולהתבסס ממנו.

ככל אותם דברי החקיקה אשר לשונם או תוכנם הושפעו מהמשפט העברי מתעוררת שאלת פרשנותם. בעניין זה ניתן להציע ארבעה מודלים אפשריים. שניים מהמודלים הפרשניים הם קיצוניים באופיים. על פי האחד, כל דבר חקיקה שהושפע מהמשפט העברי - ובעצם גם דברי חקיקה מקוריים שלא הושפעו מהמשפט העברי - צריך להתפרש על פי כללי הפרשנות של המשפט העברי, וזייב הוא להגשים את הפתרונות שהמשפט העברי מגשים בסוגיה הנדונה. על פי המודל הקיצוני האחר, מעמדו המיוחד של המשפט העברי אינו כא לידי ביטוי כלל בפרשנותם של דברי החקיקה הישראלים. את שני המודלים הקיצוניים האלה יש לדחות. למיטב ידיעתו, אין עניון בקהילייה המשפטית הישראלית למודל הקיצוני הראשון. איש אינו טוען

המודרניים יצרו. המשפט העברי הוא זר להם. מה כוחם של טיעונים חילוניים אלה? הניתן להעניק מקום למשפט העברי על פי השקפת עולם חילונית?

נקודות המוצא החילונית

אכן, נקודת המוצא העקרונית של היא חילונית. הנורמה הבסיסית שלי היא חילונית. על פייה, הכנסת היא הרשות המכוננת, וכל הדינים יונקים חיתום ממנה. חרף כל זאת, הניג סבור - כפי שרבים מהחילונים סבורים, וכפי שמשפט המדינה קובע - כי יש מקום למשפט העברי במשפט המדינה. נקודת המוצא שלי אינה דתית; היא כעלת אופי לאומי. על פייה, המשפט העברי הוא חלק ממהותנו הלאומית; הוא ליווה את העם היהודי במהלך ההיסטוריה הארוכה שלו; אין הוא משפט זר. ההתייחסות אליו במדינת ישראל אינה יכולה להיות כהתייחסות למשפט האמריקני או האנגלי. עמד על כך הנשיא אגרוט, בצינונו:

עלינו לבחון את אופיו של המשפט העברי על פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כורחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קניינה המיוחדת, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם.

למשפט העברי אופי דתי ולאומי. בהדבט הלאומי, יש למשפט העברי מקום במשפטה של מדינת ישראל גם מנקודת מבט חילונית. היא זה משפט עברי בלא זהותו הדתית. היא זה משפט עברי, שהנורמה הבסיסית שלו אינה זו של המשפט העברי, אלא משפט עברי, שהנורמה הבסיסית שלו היא חילונית ודמוקרטית. מהו מקומו הראוי של המשפט העברי על יסוד הנחת יסוד זו?

חוסר האפשרות לקלוט משפט עברי בשלמותו

הנחת היסוד החילונית מונעת כל אפשרות להחליף את משפט המדינה במשפט העברי, גם אם החלפה זו תיעשה מכוח חוק הכנסת. דומה שגם חסידי המשפט העברי כיום אינם דוגלים באפשרות זו כדבר שיש לממש כיום. כל עוד רוב הרכ של אותה המדינה ותושביה אינם יהודים דתיים, אין כל אפשרות להפוך את המשפט העברי למשפט המדינה. הטיעון החילוני כנגד אפשרות זו הוא חוק כיוונה. אכן, עיון בכתביו של פרופ' אלון מגלה, שאין הוא מכיני אפשרות זו כחלק מהשקפתו כדבר קליטת המשפט העברי למשפט המדינה. נוכל אפוא להניח לאפשרות זו.

גישה זו נראית לי כנכונה דוגמטית וכראויה מבחינת המדיניות המשפטית. מהו אפוא מעמד הפרשני של המשפט העברי בפרשנות החקיקה? התשובה הנה, כי עד כמה שהלשון של החוק לקוחה מהמשפט העברי, הרי המשמעות הלשונית שתנתן לדבר החקיקה תכלול בחובה, מטבע הדברים, את המשמעות הלשונית הניתנת לטקסט במשפט העברי. הפרשן רשאי ללמוד ממקורותינו - ההיסטוריים, המשפטיים והתרבותיים - מה משמעות יכול ביטוי לשאת בשפה העברית. זאת ועוד: עד כמה שהחוק הושפע כתוכנו מהמשפט העברי, הרי יש להתחשב במשפט העברי כחלק מההיסטוריה החקיקתית. אם אמנם ביקשה הכנסת לאמץ משפט עברי בסוגיה מסוימת, יש לתת תוקף לרצון זה כמתבקש מכללי הפרשנות המקובלים עלינו, שלפיהם יש להגשים את תכליתו הספציפית של דבר החקיקה. אך מעבר לכך: ערכי המשפט העברי הם חלק מערכי המשפט הישראלי. תפיסות היסוד של המשפט העברי - הגנסי הלאומי של העם היהודי - הן תפיסות יסוד של המשפט הישראלי. ערכים אלה של המשפט הישראלי - ובהם ערכי המשפט העברי - הם חלק מהתכלית הכללית של כל דבר חקיקה. בכך בא לידי ביטוי מעמד המיוחד של המשפט העברי, המהווה נכס לאומי שלנו, אשר ערכיו שלו הם ערכינו. כאן באה לידי ביטוי תרומתו החשובה של השופט אלון. בפסקי הדין הרבים שלף מתוך המשפט העברי את ערכי היסוד המעצבים את דמותו, וכולק מערכי היסוד של מדינת ישראל ראה בהם תכליתו של דבר החקיקה שעל פיה הוא יתפרש. וכך זכינו לפסיקה ענפה בתחומי משפט שונים, שבהם מילאו ערכי היסוד של המשפט העברי - כצד ערכי יסוד אחרים של המדינה ותוך איזון עמם - תפקיד חשוב בפרשנות דבר החקיקה.

הנה כי כן, מקובל עליי כי יש לו למשפט העברי מעמד פרשני מיוחד ושונה מכל שיטת משפט אחרת. מעמד זה אינו מתבטא בעמדת כבודה פרשנית, בכך שיש לפנות אליו בראש ובראשונה. מעמד זה מתבטא בכך שהמשפט העברי משקף עקרונות וערכי יסוד העומדים ביסוד תרבותנו, ואשר חלקם עומדים גם ביסוד משפטנו המודרני. אכן, הגנו מדינה צעירה אך עם עתיק. שורשינו נעוצים במסורת ארוכת שנים שלנו. ערכי יסוד של המשפט העברי מעצבים את דמותנו כעם וכמדינה. בהם באה לידי ביטוי היחתה לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. ערכי יסוד אלה הם חלק מערכי היסוד של משפטנו. הנה כי כן, הייחוד של המשפט העברי כתרבות משפטית. עקרונות אלה - עד כמה שהם מהווים חלק מתרבותנו המשפטית המודרנית - משמשים לפרשנות דבר חקיקה. אכן, בקביעת תכליתו של דבר חקיקה פונה הפרשן לעקרונות היסוד וגזור מהם את תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה. בגיורה זו יבואו לידי ביטוי ערכי היסוד של המשפט העברי ותפיסת הצדק והדשר שלו. יהא זה אך טבעי כי תפיסות אלה - ולא תפיסותיהם של הצרפתים, האיטלקים או האמריקאים - הן המשקפות את ערכי היסוד של שיטתנו. ודוק: הפנייה אינה אל המשפט העברי כמשפט משוואה; הפנייה היא אל ערכי היסוד של המשפט העברי כערכי יסוד של המשפט הישראלי. זאת ועוד: פנייה זו אינה רשות

כי חקיקה ישראלית צריכה להתפרש על פי כללי הפרשנות של המשפט העברי, וכי מטרת הפרשן צריכה להיות מכוונת להגשמת הפתרונות של המשפט העברי. מקובל הוא כי יש לה לשיטת המשפט הישראלית כללי פרשנות משלה, וכי מטרתו של הפרשן היא להגשים את תכליתו של החוק.

גם למודל הקיצוני השני אין עיגון בקהילייה המשפטית הישראלית. אין להעלות על הדעת ניתוק גמור בין פרשנות החקיקה לבין המשפט העברי. לא יכול להיות ספק בכך כי השופט הפרשן רשאי לקבל השראה פרשנית מהמשפט העברי. עמד על כך השופט זוסמן, בציניו: "המשפט העברי הוא בוודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים ל שאוב השראה".²

הנה כי כן, שני המודלים הקיצוניים אינם מקובלים בתרבות המשפטית שלנו. כולנו מסכימים כי השופט רשאי לקבל השראה פרשנית מהמשפט העברי. גוד הספקות הוא כאשר להיקפה ולכוחה של השראה פרשנית זו. בעניין זה - ואני מתרכז עתה בפרשנותם של אותם דברי חקיקה שהושפעו כלשונם או כתוכנם מהמשפט העברי - קיימות כיום שתי השקפות: על פי האחת - והיא השקפתו של השופט והפרופ' אלון - יש למשפט העברי עמדת כבודה פרשנית. כתב השופט אלון:

כאשר הפנייה אל מערכת משפטית אחרת אינה אלא כאל מקור של השראה בלבד, ועל בית המשפט לבור דברו מניין תבוא לו השראה זו, יזקק הוא, בראש וראשונה, לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראש וראשון במעלה, למען הנהיגו בפתרונה של הבעיה העומדת לפניו.³

הגישה השנייה היא כי בחתום הפרשנות אין לדבר כלל על עמדת כבודה להשראה ממקור כלשהו. על הפרשן לבחור בין מגוון המשמעויות הלשוניות אותה משמעות המגשימה את תכלית החקיקה. על תכלית זו לומד הפרשן מהלשון, מההיסטוריה ומערכי היסוד של השיטה. במסגרת כל אחת מאלה ניתן לקבל השראה פרשנית מהמשפט העברי. עמד על כך הנשיא לנדוי, בציניו:

אין לקבוע מסמרות בדבר ולאמץ לנו עיקרון של פרשנות, שיש לפנות בראש וראשונה למקורות המשפט העברי כדי להתיי ספק, המתעורר ביחס לפירוש הנכון של דבר חקיקה ישראלית. בעצם הויעוין של חיוב הפרשן לפנות למקור זה דווקא ולא לאחר כדי לקבל השראה בלבד, השייכות לתחום מתחבנתו העצמאית של הפרשן - אני רואה תרתי דסתרין, בין שזו חובה מוחלטת ובין שזו חובה, שעליו לקיימה 'בראש ובראשונה'.⁴

2. ע"פ 89/78 אפנ"י נ' מדינת ישראל (ג) 160,141.
3. ד"ר הנדלס נ' בג"ץ קופת עם בע"מ (תל"ז) 793,785.
4. שס"ו ע"פ 796.

השלמת חסר בחקיקה והמשפט העברי

עד כה עמדתו של משפט העברי בחקיקה ובפרשנותה. למשפט העברי תפקיד חשוב נוסף, כחלק מ"דין השיר", שעל פיו מתמלא חסר בחקיקה הישראלית. כידוע, בעבר נתמלא חסר בחקיקה - מכוח הוראת סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1947-1947 - על ידי עקרונות המשפט המקובל ועיקרי דיני הישר האנגליים. הוראה זו בוטלה על ידי חוק יסודות המשפט, התשי"ס-1980. תחתיה נקבע כי:

ראה בית המשפט שאלה משפטיות 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.

הוראה זו מהווה פשרה בין שתי גישות. על פי הגישה האחת, עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך אין צורך בכל הוראה מיוחדת בדבר דין השיר. בית המשפט יתגזר כפי שבתו משפט אחרים היו נוהגים במצב דברים זה, ויפנה להיקש (המכוסס על עקרון השוויון) ולאחריו לערכי היסוד של השיטה. על פי הגישה השנייה, דין השיר צריך להיות המשפט העברי. הפשרה שהושגה - ואשר בניסוחה היה לי תפקיד כידוע משפטי לממשלה - הייתה, כי אם אכן מתגלה חסר, מן הראוי להשלימו באמצעות היקש (כדעת הגישה הראשונה). כאשר היקש ראוי אינו קיים, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל (וזאת בהשפעת הגישה השנייה). פשרה זו נראית לי ראויה. המשפט העברי חפיקי חשוב - כחלק ממורשת ישראל - בעיצוב דין השיר. דומה שפשרה זו מקובלת היא גם על דעתו של פרופ' אלון. עם זאת הושמעה ביקורת על היישום של פשרה זו בבתי המשפט. נטען, כי לא ניתן למדרשת ישראל המקום הראוי שנקבע לה בחוק יסודות המשפט. ביקורת זו אינה מקובלת עליי. בחנתי את מקומו של דין השיר בשיטת שהיקש אינו קיים - מצויות דומות לשלנו - המפנות לעקרונות כלליים במקום שהיקש אינו קיים - מצויות למשל, באיסליה ובאוסטרליה. בכל השיטות שבהן נוהג דין שיר, שלפיו חסר בחוק יש להשלים בהיקש, ובאין היקש יש להשלים בעקרונות משפט כלליים, מועט ביותר השימוש בעקרונות הכלליים להשלמת חסר. רוב רובם של מקרי החסר - ואף הם מועטים - מתמלאים באמצעות ההיקש.

המשפט העברי במקום החוקתי

עד כה בחנתי את מקומו של המשפט העברי בחקיקה "הרגילה" של ישראל. אסיים בכתיבת מקומו של המשפט העברי בחוקתה של מדינת ישראל. חוקה זו הנה חוקי היסוד שלנו. חוקי היסוד מהווים נורמה משפטית חוקתית-עליונית; עלייתם הם על החקיקה הרגילה. חוק רגיל אינו יכול לשנות חוק יסוד, חוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוק יסוד. בהתנגשות בין חוק יסוד לחוק רגיל יד חוק היסוד על העליונה; החוק הרגיל בטל, ובית המשפט מוסמך להכריז על דבר הבטלות. בחוקתה של

אלא חוכה. אך זאת יש לחזור ולהדגיש: הפנייה היא אך לאותם ערכי יסוד של המשפט העברי המהווים חלק מערכי היסוד של המשפטן ושיטתו. הנו מדינה דמוקרטית, ובה מיעוטים שאינם יהודים. רק אותם ערכי יסוד של המשפט העברי החוזמים אופי זה מהווים חלק משיטתו, ורק הם עשויים להילקח בחשבון. לבסוף, הפנייה היא לערכי היסוד של המשפט העברי ולא לפתרונות המשפטיים הקונקרטיים, אם כי אלה עשויים להצביע על ערכי היסוד וכך להצדיק עיון ובחינה. הפנייה הנה לערכים ולא להלכות, אם כי מההלכות ניתן לגזור את הערכים. לא דין ספציפי כעניין זה או אחר, אלא הערכים, העקרונות והרדת המונחת ביסוד הדין הספציפי. הנה כי כן, ניתן להיזקק למשפט העברי כחלק פנימי של כללי הפרשנות שלנו, כגוד המשמעות הלשונית, וכגוד גיבוש התכלית - הספציפית הכללית - של דבר החקיקה. הטיב להביע זאת השופט שי' חשין לפני למעלה מארבעים וחמש שנים, באומרו:

בכל מקום שבות המשפט נדרש לפרש מונח משפטי אשר בכל חוק שהחוק לאחר קום המדינה, ואותו מונח מצוי גם במקורות ספרותנו העתיקה או נשאל מהם, מותר לנו לבית המשפט לפנות לאותם מקורות לשם הבהרת פירושו וקביעת המושג הצפון בחובו, רק אם נעלה הדבר מעל כל ספק מתוך השווה 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 מתחוקק ביקש לתת לו ביטוי, ברקע החדש, במונח אשר 'שאל' מאותו מקור.⁵

הנה כי כן, המשפט העברי משמש להשראה פרשנית. הוא מרחיב את האופק ואת שדה הראייה הפרשניים. הוא נותן בכך עומק נוסף ליצירה הפרשנית. עם זאת, אין בכך כדי להעניק לו כבודה כהולך הפרשני. דבר זה תופס לעניין פרשנותו של כל טקסט משפטי אשר לשונו או תוכנו הושפעו מהמשפט העברי. הוא תופס, על כן, גם לעניין פירושן של הוראות בעלות תוכן ערכי, כגון "צדק", "תום לב", "שוויון" - בין שאלה נקלטו מהמשפט העברי ובין אם הושפעו משיטת משפט זרה או מהות יצירה משפטית עצמאית. בעניין זה הביע השופט אלון את ההשקפה כי מושגים ערכיים בעלי אופי אוניברסלי, שהם מתלחה של כל חשיבה ערכית ומשפטית, יש לפוש בראש ובראשונה לאור עקרונות המשפט העברי. אכן, מקובל עליי כי הוראות חוק ערכיות יש לפרש על רקע "נורמות ערכיות שונות". לכל משפט יש נשמה, המשקפת את ערכי היסוד של שיטת המשפט. על כן, מונחים ערכיים כגון "תום לב", "צדק", "סבירות", יש לפרש על רקע ערכי היסוד של משפט המדינה. במסגרתם של ערכי יסוד אלה יש מקום של כבוד לערכי היסוד של המשפט העברי.

הם חלק מערכיה של מדינת ישראל. הם מהווים - יחד עם ערכיה של המדינה, כמדינה דמוקרטית - את תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה; הם מהווים את דין השיור על פיו משלם חסר בחקיקה שההיקש אינו מצליח למלאו; הם מהווים ערכים חוקתיים שעל פיהם נקבע תוקפו של דבר חקיקה.

אכן, מכיון שלוש הערכים שציינתי - לשון, תוכן וערכים - הערוך השלישי נראה בעיני הפורה ביותר והחשוב ביותר. הערוך הראשון, עם כל חשיבותו, הוא כסופו של דבר בעל אופי טכני. הערוך השני הוא מטבעו מוגבל מאוד; הטיעון החילוני בו הוא החוק ביותר. הערוך השלישי הוא החשוב ביותר. בערוך זה ההיסקיות למשפט העברי היא המקיפה ביותר, שכן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם - כלשונו של השופט לנדוי - "נכס תרבותנו הלאומית".

כדי שהחוקיקות למשפט העברי בשלושת הערכים הללו תהא משמעותית, מן הראוי הוא להעמיד את ידיעת המשפט העברי בין בני הציבור בכלל והקהיליית המשפטית בפרט, מכאן חשיבותו של המרכז להוראת המשפט העברי ולייחוד שבמכללה זו. אכן, יש מקום להעמיד את המחקר, ההוראה והלימוד של המשפט העברי, יש לברך על הפעילות בעניין זה שנעשת במשרד המשפטים. גם בהשתלבות המשפט העברי עם מועדדים בכל נושא ונושא הרצאות באשר לעמדת המשפט העברי ומעל לכל, כאן תרומתו המכרעת של ידידי הטוב, פרופ' אלון, אשר תרם בעבר תרומה שאין לה שיעור בהעמקת הידע של המשפט העברי - ככתובתו המדעית ובפסקי הדין שלו - ואשר נטל על עצמו משימה חשובה וקשה זו של החינוך למשפט העברי בעתיד.

כה לחי!

מדינת ישראל יש מקום חשוב למשפט העברי. הצינור החוקתי שדרכו מתקשר המשפט העברי למבנה החוקתי מבוסס בעיקרו על הוראות חוק היסוד בדבר זכויות האדם. נקבע בהם כי מטרתו של חוק היסוד להגן על כבוד האדם וחירותו - או על חופש העיסוק - "כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד קובעת כי אין לפגוע בזכויות שלפי חוק היסוד, אלא בחוקי "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עלולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכות הסמכה מפורשת בו". הסדר חוקתי זה מעלה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לרמה חוקתית. חוק רגיל, הפוגע בזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד, אינו חוקתי, אלא אם כן הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בכך הפכו ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבעלי עצמה חוקתית. זוהי התפתחות חשובה לערכיה הדמוקרטיים של ישראל; זו התפתחות חשובה לערכיה היהודיים של מדינת ישראל. עמד על כך פרופ' אלון בצינו:

עם חקיקתו של סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בא אימוץ חידוש מהותי לכלל מערכת משפטה של מדינת ישראל, הן באשר למקור תוקפן של זכויות היסוד האמורות והן באשר להבהרת תוכנה ומקור תוקפה של התכלית שלובת הערכים האמורה.⁶

"התכלית שלובת הערכים" היא ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הנה כי כן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית - וערכים אלה כוללים בוודאי כבוד ערכי הצינוט את ערכי המורשת היהודית שלנו, ובמרכזם את ערכי היסוד של המשפט העברי - הפכו לבעלי מעמד חוקתי. זו התפתחות חוקתית ממדרגה ראשונה. היא שינתה באופן מהותי את המעמד של ערכי היסוד של המשפט העברי, ונתנה להם - מנקודת המבט החילונית - היבט חוקתי.

סוף דבר

הנה כי כן, המשפט העברי נקלט במשפטה של ישראל - מעבר לענייני המעמד האישי - בשלושה ערוצים עיקריים: האחד, בערוך הלשוני - החקיקה הישראלית מאמצת לעצמה נוסחאות לשון של המשפט העברי. במצב דברים זה האופציה הלשונית של המשפט העברי היא אחת מהאופציות הלשוניות שאליהן יפנה הפרשן; השני, בערוך התוכני - המחקר הישראלי מאמץ לעתים הסדר השאוב מהמשפט העברי. המשפט העברי הפך לחלק מההיסטוריה החקיקתית ומהתכלית הסובייקטיבית של דבר החקיקה; השלישי, בערוך הערכי - המשפט העברי הוא אצד בלוט של ערכי יסוד ותפיסות יסוד בדבר היחסים בין בני האדם. ערכים אלה

6. מי אלון, "דרך חוק בתורה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד", כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט, יז, 664, 659.