

המשפט העברי בפסיקת חתי המשפט בישראל

נחום רקובר

המשפט העברי
בפסיקה
בתי המשפט
בישראל

כרך ראשון

ספריית המשפט העברי

ספריח המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
הקרן לקידום המשפט העברי

©

כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת"ד 7483 ירושלים 91074
חשמ"ט – 1989
ירושלים

פתח דבר

מאת

נשיא בית המשפט העליון

השופט מאיר שמגר

המשפט הנהוג במסגרת מדינית כל שהיא אינו נוצר יש מאין. הוא מושתת על תפיסות היסוד המדיניות והחברתיות, המסורות התרבותיות והאמונות והדעות השוררות בציבור, אשר בתוכו ועבורו מופעל המשפט. סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, קיים את המשכיותו של המשפט העותומאני-בריטי אשר נהג בארץ ביום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948), על כל המחאיקה המשפטית שבו, העשויה, כדברי השופט זילברג, להרהיב עינו של ארכיאולוג. מציאות זו לא יצדה משוכות, העלולות לחסום את הדרך בפני שילוב הוראות מפורשות מן המשפט העברי בדין המהותי. בחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, נקבע, למשל, חיוב תשלום מזונות על יסוד דיני צדקה שבמשפט העברי. כן אימץ המחוקק רעיונות ותפיסות מאוצרות המחשבה העברית, כגון בחוק בחים משותפים, התשי"ג-1952, שחידש בארץ את האפשרות לבעלות נפרדת בכל דירה ודירה בבית משותף, ובחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, שיסודו באיסוד הלנת שכר שבמקדא. הרצון להחיות את הלבוש של מסורות המשפט העברי הביא, בין היתר, לאימוצם של מונחים משפטיים אף כאשר לא ביקשו להישען על פירושם המשפטי המקורי, כדברי השופט חשין בפרשת מיטובה, לעניין הביטויים "מוחזק" ו"ראוי", הלקוחים ממקורות המשפט העברי (ראה עמ' 956 בספר זה). תהליך האימוץ של המשפט העברי היה מחמיד, מגוון ורב שלוחות, וקדם בהרבה לחקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, המפנה עתה את בית המשפט אל "עקרונות החידות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

ה

פתח דבר

יפה עשה על כן פרופסור נחום רקובר – השוקד ועמל זה שנים רבות בהצלחה ובמסירות על הסברתם של עקרונות המשפט העברי והפצתם בציבור המשפטנים – כאשר פנה להכנתו של מחקר מקיף ושיטתי, החובק את כל חחומי המשפט ומצביע על תוצאותיהם ועל יכולם של תהליכי החקיקה והפסיקה האמורים.

על הכנת המחקר המקיף, המוגש לנו על ידיו עחה, ראוי הוא לברכה רבה ולהוקרה.

ירושלים, תשרי התשמ"ט, ספטמבר 1988

הקדמה

במשך ארבעים שנות קיומה של מדינת ישראל ניתנו מאות פסקי דין, על ידי בית המשפט העליון ועל ידי בתי המשפט המחוזיים, המתבססים על מקורות המשפט העברי, או המאזכרים מקורות אלה לצורך השוואה, ולצורך הרחבת המצע העיוני ששימש את השופטים כשכאו להכריע את הדין. ברובם המכריע של פסקי הדין, שהובאו בספר, נזרקו השופטים למשפט העברי אף בלא שהיו מצווים על כך. אין זאת אלא שתפיסתם הטבעית הייתה, שיש לבסס את פסקי הדין הניתנים במדינת ישראל על מקורות המשפט העברי. כחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, המיר המחוקק את הזיקה למשפט האנגלי בזיקה למקורות מורשת ישראל. חוק זה חייב את בתי המשפט בישראל להיזקק למשפט העברי, ואכן רבים מפסקי הדין המסתמכים על המשפט העברי, שניתנו לאחר תקיחתו של חוק זה, מקורם במצוות המחוקק. משרד המשפטים בוחן את האפשרות לשכלל את חוק יסודות המשפט ברוח הצעותיו של נשיא בית המשפט העליון, השופט יצחק כהן ז"ל, כך שתובת ההזדקקות למשפט העברי תהיה בדורה יותר ומקיפה יותר.

באבסניה שלפנינו, הובאו מתוך פסקי הדין כל החלקים הנוגעים למשפט העברי, כשהם ממיינים ומשובצים במדורים לפי תחומי המשפט. כן הובאו העובדות, ששימשו בסיס לפסק הדין, כפי שתוארו בפסק הדין עצמו, או כפי שהובאו בדברי העורך. פסק דין הכולל יותר מנושא אחד הובא לפעמים חלקו במדור אחד וחלקו במדור אחר, ופעמים הובא פסק הדין במדור אחד ובמדור אחר רק נרשמה הפניה למדור שהובא בו פסק הדין. פסקי הדין שהובאו בספר מקודם כ"פסקי דין של בית המשפט העליון", כרכים א-מ, וב"פסקים מחוזיים", כרכים א-תשמ"ז. לא הובאו פסקי דין מתחום דיני המשפחה, כגון מזונות האשה והילדים, ואף לא נושאים אחרים מתחום זה, שבתי המשפט חייבים לפסוק בהם לפי הדין האישי של בני הזוג. העורך הירשה לעצמו לחקן שיבושים שנפלו במדאי המקומות שבפסקי הדין וכן להשלים את מדאי המקומות הללו, אבל לא מצא לנכון להעיר על הדברים שהובאו בפסקי הדין, בין הוא מסכים עמם ובין אינו מסכים עמם.

הקדמה

יישומו של חוק יסודות המשפט כרוך בהתמודדות עם שיטת משפט שאינה ידועה די הצורך לשופטים ולמשפטנים. משרד המשפטים עושה להגברת לימוד שיטת המשפט העברי ולהכרת מקורותיו, וספר זה הוא אחד מספרי העזר וספרי המחקר שנועדו להקל על משימה זו.

המשפט העברי הולך ותופש מקום נכבד גם מעבר לגבול ישראל. בקהילייה האקדמית בעולם, בעיקר ברחבי ארצות הברית, הוקמו לאחרונה קתדראות מיוחדות להוראת המשפט העברי, ובעקבות זאת גוברת הדרישה לחומר לימוד בשפה האנגלית בתחום זה. הספר שלפנינו מיתרגם בימים אלה לשפה האנגלית וישמש כאחד מספרי הלימוד במקורות המשפט העברי.

ההיקף הרחב של הנושאים הנידונים בספר הוא עדות מכרעת לכוח העצום האצור במשפט העברי להתמודד עם כל נושא משפטי, קלאסי ומודרני. הספר שלפנינו יוכל לשמש לא רק שופטים ומשפטנים, אלא גם כל משכיל החפץ ללמוד על דרכי יישומו של המשפט העברי הלכה למעשה, על תשובותיו לבעיות אקטואליות, על שימושם של שופטי ישראל במקורות המשפט העברי וזיקתם למקורות אלו, ומעל לכול – על קוי הייחוד של המשפט העברי, עמקותו, חכמתו וצדקתו, ואפשרות החלתו במציאות חיינו, בבחינת: אם תרצו – אין זו אגדה.

עו"ד נפתלי ורצברגר סייע בהכנת החומר בראשיתו ועו"ד פרופ' בן-ציון גרינברגר בגמרו. פרופ' אליאב שוחטמן ומר רפי יעקובי ערכו את המפתחות. מר אריאל ורדי תרם מטעמו הטוב לעיצוב הספר, ומסדרת חבוק הוציאה עבודה מתוקנת מתחת ידה. לכולם תודה מרובה.

בסיעתא רשמיא
ירושלים, כסלו תשמ"ט

נחום רקובר

תוכן העניינים

כרך ראשון

פתח רבר מאת נשיא בית המשפט העליון ה

הקרמה ז

התוכן לפרטיו יא

המשפט העברי במדינת ישראל 1	שער ראשון
עקרונות כלליים 79	שער שני
סדרי חברה ומנהל 139	שער שלישי
בת־ירין וסדריהם 251	שער רביעי
ראיות 355	שער חמישי
דיני עונשין 439	שער שישי

כרך שני

ריני נזיקין 535	שער שביעי
ריני חיובים 617	שער שמיני
ריני קניין וקניין רוחני 731	שער תשיעי
משפט מסחרי 803	שער עשירי
ריני עבודה 847	שער אחד־עשר
פרשנוח 875	שער שנים־עשר

מפתח העניינים 999

מפתח המקורות 1033

מפתח פסקי הרין 1061

מפתח שמות השופטים 1071

התוכן לפרטיו

כרך ראשון

שער ראשון

המשפט העברי במדינת ישראל

פרק ראשון: פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

1. תשיבות המשפט העברי וערכו כמקור לפיתוח החשיבה המשפטית ולמילוי לאקונות 5
2. הצורך בבחינת שאלות יסוד גם על-פי המשפט העברי 24
3. יש לפנות למשפט העברי כמקור פרשנות כשיש הוראה של עצמאות החוק וכשהמשפט העברי שימש מקור לחקיקה 24

פרק שני: פרשנות מונחים ומושגים

1. פירוש מושגי יסוד ועקרונות מוסר ותרבות בראש ובראשונה על-פי המשפט העברי 26
2. פירוש מונחים בחוק 37

פרק שלישי: הדין ה"דתי" בבתי המשפט

1. מעמדו של הדין ה"דתי" 66
2. ביטול נורמה דתית על-ידי המחוקק החלוני 72
3. האם בית-המשפט צריך לקבל הלכה שנפסקה בבתי הדין הרבניים? 78

שער שני

עקרונות כלליים

פרק ראשון: חקיקה

1. היחס בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה 91
2. חקיקה על-ידי בני העיר – "תקנות הקהל" 91

יא

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

3. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע 91
4. השפעת החקיקה על מעמדו של מת 92

פרק שני: מנהג

1. המנהג כמקור משפטי; "סיטומחא" 93
2. הכרעה במקום ספק על פי המנהג 96
3. התנאים לקביעת מנהג 97
4. חילופי מנהגים בין העדות 100
5. המנהג כריני עבודה 100

פרק שלישי: משפט זר

1. משפט זר; "דינא רמלכותא דינא" 101

פרק רביעי: תקדים

1. עקרון התקדים המחייב 107
2. הזהירות הנדרשת בהסתמכות על תקדים 111

פרק חמישי: הערמה ופיקציה

1. הערמה על החוק ופיקציה משפטית 112
2. פיקציה מוגבלת לעניין מסוים 115

פרק שישי: מורכבות משפטית

1. "חציו עבר וחציו בן חורין" 117

פרק שביעי: מוסר

1. חוזה שמטרתו לא מוסרית 118
2. שיקולי מוסר בניסויים רפואיים בבני אדם 118
3. תובת הצלת נפש וסיכון עצמי 119
4. תובת הצלת נפש למרות התנגדות הניצול 121
5. "לפנים משורת הדין" 123
6. המוסר כיסוד לחובת הזהירות בנוזקין 129
7. חובה מוסרית של מעביד להעניק לעובד פיצויים 129
8. חובה מוסרית להוכיח את החוטא 130
9. "גקי כפיים ובר לבב" – תנאי לחביעה בבית המשפט הגבוה לצדק 132
10. "כופין על מדת סדום" 133

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

פרק שמיני: מידות ושיעורים

1. מידות ושיעורים בחוק ועשיית צדק 135

פרק תשיעי: התנהגות בעת מלחמה

1. כל תשחית 137

שער שלישי

סדרי חברה ומנהל

פרק ראשון: נושא משרה ציבורית

א. מעמדו וחובותיו 147

1. חסינות הנשיא 147
2. נבחר ציבור הרי הם כריינים 148
3. "אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור" 151
4. עובד ציבור צריך להימנע ממעשה שיש בו כדי הטלת חשך 152
5. אין הכרח שנבחר ציבור זוטרי ישמש מופת לציבור 154
6. מינוי רב 154
7. רב ורייך כמורי הוראה בשאלות פוליטיות 155
8. "אדם חשוב" – מאשר הסכם שנעשה בין בעלי מלאכה 159
9. משמעות הביטוי "מורה הוראה" 160
10. סמכות הרב לפסול שוחט 162
11. הזכות להתפטר 165

ב. פיטורי עובד ציבור 166

1. פיטורי חובה 166
2. עילות וסייגים לפיטורין 168
- ג. החזרת עובד ציבור שסרח לחפקידו 174
1. תנאי ההחזרה 174

פרק שני: רשויות ציבוריות

א. עקרונות פעולה 177

1. זכות האדם לומר את דבריו בהליך משפטי העשוי לפגוע בו 177
2. האיסור לפעול בשירות לב 179
3. סובלנות – אפליה כלפי המעוט 179

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

4. זכות המיעוט לייצוג בכישות 182
 5. איסור "נגיעה" בעניין 183
 6. חובת ההנמקה 186
 7. המשתתף במכרז אינו יכול לפסלו בשל פגמים שהוא עצמו נגוע בהם 188
 8. התקשרות חוזית של הציבור 189
 9. חובת הסודיות 194
 10. פיקוח הרשות השופטת על הרשות המבצעת בענייני ביטחון 195
 11. אין מכריעין ברוב דעות אלא אם כן התקיים הדיון בנוכחות כולם 196
 12. האצלת סמכותו של חפקיד ניהולי ברשות מוניציפאלית 199
 13. האיסור לנצל שררה כלפי הנתון למרות 202
- ב. האזרח והרשות 203
1. חובת הרשות המנהלית להעמיד את האזרח בחזקת זכאי 203
 2. חובת הפיצוי בהפקעת מקרקעין לצורכי ציבור 204
 3. סמכות הרשות בגביית תשלומים 205

פרק שלישי: זכויות האזרח

- א. ההגנה על כבוד האדם 207
1. הזכות לשם טוב וכבוד הבריות 207
 2. אונאת הגר 211
 3. המאסר כאמצעי ענישה 212
- ב. חופש הדת והמצפון 213
1. פטור משירות בצבא 213
 2. גיוס נשים 215
- ג. חופש הביטוי 216
1. חופש הדעות וחירות הביטוי 216
- ד. זכות הנכרי 217
1. שמירה על זכות הנכרי הגר כארץ 217

פרק רביעי: חינוך וסעד

1. חובת האב לחנך את ילדיו 229
2. חובת הציבור לדאוג לחינוך הילדים 240
3. איסור שימוש באמצעי רדייה חמורים על-ידי ההורים 242

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

4. גרימת תכלה גופנית על-ידי הורים ומורים 243
5. חובת הציכור לגבות כספי צדקה ולחלקם 243
6. צדקה – זכאות של כעל נכסים 245
7. חובת צדקה כשהלווה אינו מקפיד על ממון אחרים 247

פרק חמישי: מסים

1. מס גולגולת – מס אחיד לכל נפש 248
2. שיטת השומה נקבעת על ידי הציכור 249
3. מניעת מיסוי כפול 250
4. הערמה כמסים 250

שער רביעי

בתי-דין וסדריהם

פרק ראשון: המערכת השיפוטית

- א. מינוי שופטים 259
 1. מינוי שופטים על פי רמת ידיעותיהם 259
 2. המירות והכישודים של המועמד לדיינות 262
 3. כקיאות ביישובו של עולם 263
 4. הכישורים לשיפוט 264
- ב. פסילת שופט 265
 1. "נגיעה" ברבד 265
 2. שנאה אישית בין השופט לבעל-דין 267
 3. הקדמת שלום של השופט לבעל דין אינה פוסלתו 268
- ג. תפקידי השופט וחובותיו בדין 269
 1. כיח הדין כמחוקק 269
 2. חובת הכרעת הדין 270
 3. תפקיד השופט לטעון לבעל דין שאינו יודע לטעון בעצמו 271
 4. הזהרת העדים לדבר אמת 272
 5. אין לשמוע צד אחד כהיעדר הצד האחר 272
 6. חובת השופט להציע פשרה 274
 7. חובת השופט לרון דין אמת 274

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

8. חובת השופט לפסוק על פי האמת המשפטית שאינה זהה בהכרח עם האמת העובדתית 275
 9. אסור לשופט לפסוק יותר ממה שתבע התובע 278
 10. אין השופט טוען לבעל דין 279
 11. "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות" 280
 12. יש להיעזר בספרי מדע 282
 13. הסתמכות על נסיון החיים 283
 14. שלא להטות דין רל ואכיון 284
 15. שלא להטות דין עברייך 285
 16. בית-המשפט יכול לוותר בממון יחומים כדי למנוע מריבות 287
 17. "בית דין אביהם של יחומים" 288
 18. "הפקר בית דין הפקר" – כלל המסייע לעשיית צדק ומניעת פרצות ותקלות 290
 19. "שודא דדייני" – הכרעת השופט לגבי "דומיסיל" 291
- ד. בוררות 292
1. אין פטול כמינוי ידיד של הממנה כבורר זבל"א 292
- ה. פסק דין 293
1. חשיבות פירסומה של דעת מיעוט 293
 2. שופט הטועה ב"דבר משנה", אין דינו דין 295
 3. פסק דין בענייני מעמד אישי (סטאטוס), מחייב גם את מי שלא היה צד במשפט 295
 4. אין מכריעין ברוב דעות אלא אם כן התקיים הדיון בנוכחות כולם 296
 5. חובת ההנמקה 297
- ו. הוצאה לפועל 299
1. גביית חובות על ידי עשיית דין עצמית 299
 2. "לא תהיה לו כנושה"; שבועת "אין לי" 300
 3. "בעל חוב גובה מן הבינונית" 301
- ז. כבוד בית הדין 302
1. "כתב סירוב" – מהותו ובאילו נסיבות יינתן 302
 2. בזיון בית הדין – הכרזה באמצעות "כתב סרוב" 303
 3. חחרמת תלמיד המורה הלכה בפני רבו 304
 4. כיבוד השופט 305
- ח. עורך הדין 306
1. על עורך הדין לנקוט לשון מנומסת 306

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

פרק שני: סדר הדין האזרחי

א. התיישנות 308

1. הטעמים לעקרון ההתיישנות 308
2. האינטרסים המנוגדים בשאלת ההתיישנות 309
3. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה" 310

ב. בעל דין 310

1. הזכאי להשמיע דברים בדין, הרי הוא כבעל דין 310
2. השמעח טענות שלא בפני הצד שכנגד 311

ג. סמכות 312

1. עדיפות לסמכות מקומית 312
2. סמכות מקומית – "התובע הולך אחר הנתבע" 313
3. הסמכות להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ 315

ד. פשרה 316

1. טיב הפשרה וגדריה 316
2. חובת השופט להציע פשרה 319
3. פשרה היא תלוקה שווה, ברוב המקרים 320

ה. שינוי סכום התביעה 321

1. אסור לשופט לפסוק יותר ממה שתבע התובע 321

ו. חובת השמיעה 323

1. חובה לאפשר לכל הצדדים להביא את כל טענותיהם וראיותיהם 323

ז. סופיות הדין 328

1. דיין שנוכח שטעה כהחלטתו, דשאי לבטלה ולהחליט מחדש 328
2. דיון מחדש בשאלת גיל 329
3. אין להתיר הבאת ראיות לאחר מתן פסק הדין אם אפשר היה להביאן לפני כן 330
4. דיון מחדש עקב גילוי ראיות חרשות 331

פרק שלישי: סדר הדין הפלילי

א. מעצרים 332

1. עקרונות מעצר חשוד בעבירה 332
2. מעצר נשים 340

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

- ב. הלנת דין ועינוי דין 340
 - 1. הלנת דין 340
 - 2. עינוי דין 346
- ג. סדר ניהול הדיון 348
 - 1. חובה על בתי-המשפט לתקן מה שפגמו התובעים בלי לפגוע ע"י כך בעיקרי השלטת הצדק 348
- ד. סופיות הדין 349
 - 1. זיכוי נאשם הוא "מעשה בית דין", אך אם יש ספק בהרשעה אפשר לקיים דיון מחודש 349
 - 2. אין להחזיר דינו של נידון למוות הטוען שיש לו ללמד על עצמו זכות אלא אם כן יש ממש בדבריו 352
 - 3. דיון מחודש בדינו של מי שהורשע בדין כדי לזכותו 353

שער חמישי

ראיות

פרק ראשון: כללי

- 1. "דין מרומה" – מהימנות בעלי הדין והראיות והשפעתן על פסיקת הדין 361
- 3. אימון בדברי עכריין 364
- 4. עדות קטין מבחין בעניינים הנוגעים לעצמו 364
- 5. שליח בית-דין שנפגע נאמן כשני עדים 364
- 6. חובת העד להישבע 365
- 7. עדות עד אחד מחייבת שבועה 381
- 8. "רשע" פסול לעדות 382
- 9. עד שנפסל כתוצאה מעדותו אינו נפסל אלא לאחר סיום העדות 383
- 10. חולה נפש פסול לעדות 385
- 11. עד שאין עדותו מידעה אישית, פסול 385
- 12. אין לפסול עדויות הסותרות זו את זו בענינים שאינם מהותיים 387
- 13. יש להבדיל בין סתירה בעדות לגופו של דבר לבין סתירה בעדות בדברים צדדיים 389

יח

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

14. אין ער יכול לחזור בו מעדות קודמת – "כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד" 391
15. "עדות שאי אתה יכול להזימה" – בסיס לדרישת סיוע בעברות מין 393
16. ערכן של ראיות נסיכתיות 394
17. "עדי קיום" ו"עדי בירור" 394
18. "בדיקת" עדים 396

פרק שני: ראיות בדיון האזרחי

א. "הוראת בעל דין" 397

1. הודאת בעל דין – גדרה וסוגיה 397
2. "הודאת בעל דין כמאה עדים" 399
3. התנאים לתחולת הכלל "שתיקה כהודאה דמיא" 401
4. האומר "לא לויחי" רינו כאומר "לא פרעתי" 403

ב. חזקות 404

1. "אין אדם פורע חובו תוך זמנו" 404
2. "שתיקה כהודאה דמיא" 405
3. "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות" 405
4. "יד בעל השטר על התחונה" 407
5. "שטרך בידי מאי בעי" (חזקה שהאוחז בשטר תובע כדין) 408
6. חזקה שהחותם על מסמך ידע את תוכנו ומתכוון לכתוב בו 408
7. חזקה שמי שיש לו ברירה, עושה דבר מותר ולא דבר אסור 409
8. עדים התחומים על שטר, חזקה שביררו את כשרות המתחייב בשטר 409

ג. דרכי הוכחה 310

1. דרכי הוכחה בעניינים המצריכים מומחיות 410
2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה" 411
3. "מיגור" (הואיל) 411

ד. שבועת בעל דין 413

1. אין גובין מן היתומים אלא בשבועה 413

ה. נטל ההוכחה 414

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

פרק שלישי: ראיות כדין הפלילי

א. הרשעה וזיכוי 415

1. הרשעה על פי ראיות נסיבתיות 415
2. אין להרשיע נאשם באומד הדעת אלא בהוכחות חותכות 423
3. זיכוי נאשם שיש ספק באשמתו 424
4. אין להרשיע נאשם על סמך הודאתו – "אין אדם משים עצמו רשע" 425

ב. מידת ההוכחה 432

1. אין באיזמים כדי לייחס למאיים מעשה עברה 432
2. אין באיזמים משום הוכחה על החלטה לביצוע המעשה 433
3. מידת ההוכחה הנדרשת בעברות של בעילות אסורות 434
4. בחירת כלי "אשר ימות בו" כראיה לכוונה לרצוח 434

ג. זיהוי 435

1. זיהוי אדם על ידי הכרת קולו 435
2. אין די בזיהוי אדם על פי סימנים כגופו וככליו ויש צורך בזיהוי פניו 436
3. בדיקת דם ובדיקת רקמות כאמצעי זיהוי 437
4. דמיון קלסתר הפנים כראית סיוע בקביעת אבהות 437

שער שישי

דיני עונשין

פרק ראשון: עקרונות כלליים

1. "אין עונשין מן הדין" 447
2. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע 450
3. ענישה לצורך שעה ("למגדר מלתא") 451
4. אין מרשיעים אדם שזוכה על אותו מעשה 452
5. אין להחרים רכושו של עבריין, כעונש נוסף לעונש הקבוע לעברה 453
6. קשירת קשר ושליחות "במידי דממילא" 453
7. ניסיון שנועד לכישלון 454
8. אין להטיל עונש כשיש ספק בדין 455
9. הימנעות מפגיעה בכבוד האדם 456

כ

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

פרק שני: היסוד הנפשי

א. רצייה 457

1. אפשרות הבחירה בין טוב לרע 457

ב. יריעה 458

1. אין אחריות מוחלטת 458

2. מבחן הצפיות 460

ג. כוונה 462

1. אין באיומים משום הוכחה לכוונה לעבור עברה 462

2. המתכוון להרוג את זה והרג את זה 463

פרק שלישי: הגנות

1. הגנה פרטית ("אין דוחין נפש מפני נפש") 464

2. גנבה לצדכי צדקה אינה הגנה 471

3. עברה שנעברה עקב הרחה 472

פרק רביעי: חסינות

1. חסינות הנשיא 474

פרק חמישי: הסגרה

1. הסגרת עבריינים לידי זדים 475

פרק שישי: עברות

1. בעילות אסורות 477

2. יחסי אישות בין בעל ואישה בכפייה 479

3. משכב אישה שלא כדרכה 482

4. איבוד לרעת 484

5. גרימת חבלה גופנית על-ידי הודים ומורים 485

6. הריגת עוֹבֵר (הפסקת היריון) 487

7. המתת חסד 490

8. ניתוח גוויות 491

9. הטעיה והונאה 492

10. שוחד 493

11. גרימת נזק למוזמנים ולמסיגי גבול 495

12. הדיסת מצבה 496

13. גנבה – "קניין בשינוי": דכישת בעלות על-ידי עיבוד 497

14. גנבה – שלילה זמנית של חפץ 497

כא

התוכן לפרטיו – כרך ראשון

- 15. עושק 498
- 16. לשון הרע 500
- 17. פרסום חשרות ברבים 501
- 18. עדות שקר 501
- 19. אי־נקיטת אמצעים סבירים למניעת פשע 503
- 20. בזיון בית הדין 505

פרק שביעי: ענישה

א. כללי 506

- 1. הגדרת "בר עונשין" 506
- 2. שיקולי בית־המשפט בהטלת עונש 508
- 3. "עסקת טיעון" והשפעתה על הענישה 510
- 4. עונש על בזיון בית־דין 513
- 5. התאמת העונש למעשה העברה ולעבריין 514
- 6. שמידה על כבוד האדם כשהוא במאסר 516

ב. מטרות הענישה 518

- 1. ביטול החטא ומניעתו 518
- 2. מטרת עונש על חנאי ורעיון החשובה 521
- 3. "לא יהא חוטא נשכר" 522

ג. טעמים להחמרה ולהקלה בעונש 523

- 1. הרגל שיש לשרשו 523
- 2. חומרת העברה של גולת הרבים 524
- 3. זכויות הנאשם בעבר 524
- 4. גנבת דבר שאין אדם מקפיד בו 524
- 5. השפעה שלילית של העברה על הציבור 526
- 6. השבח הגולה 527
- 7. נאשם ששב בחשובה 528
- 8. נאשם שכבר סבל מבושה 529

ד. שיקום העבריין ו"תקנת השבים" 530

- 1. "תקנת השבים" ומטרתה 530
- 2. חוקפה של חנינה בעברות שבין אדם לחברה 531

ה. מעמד עבריין שריצה את עונשו 532

- 1. מי שריצה את עונשו הריהו כזכאי 532
- 2. חופש העיסוק של עבריין שריצה את עונשו 533
- 3. שרות של עבריין שדיצה עונשו כתפקיד ציבורי 534

התוכן לפרטיו – כרך שני

שער שביעי

דיני נזיקין

פרק ראשון: כללי

1. הסכמה לנזקי גוף והסכמה לנזקי ממון 541
2. שתיקה מצד הנפגע כמחילה על הנזק 545
3. קשר סיבתי: "תחילתו בפשיעה וסופו באונס" 546
4. גרמת נזק בעקיפין 550
5. נזקי גרמא – חייב לצאת ידי שמים 552
6. תביעות בין בני זוג 552
7. "אין שליח לרבר עברה" בדיני נזיקין 554
8. "יותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יחק" ורשלנות מסייעת 555
9. שנים שהזיקו כאחד – כל אחד חייב בחצי הנזק 557
10. אחריות מוחלטת 558
11. עושה אדם ריץ לעצמו – "עכיר איניש רינא לנפשיה" 558
12. תשלומי נזק ואברן כושר השתכרות 565
13. הפלייה לרעה של מסיג גבול שניזק 566
14. אחריות אדם לנזק הנגרם על ידי ממונו 567

פרק שני: עוולות

א. רשלנות 569

1. "ואהבת לרעך כמוך" כמקור לעוללת הרשלנות 569
2. צפיית הנזק 570
3. מצג שוא ברשלנות 571
4. דשלנות כלפי מוזמנים וכלפי מסיגי גבול 581
5. אי-הקמת מעקה לגג 584
6. הנחה מכשול 589
7. אחריות רופא 590

ב. עוולות שונות 591

1. הסגת גבול כמקרקעין על ידי עקירח עצי פרי 591
2. לשון הרע 592
3. הולדת ולד בעל-מום 595
4. גדימת חבלה גופנית על ידי הורים ומורים 597
5. חבלה נפשית 597
6. ערות שקר 598
7. גרמת הוצאות מיותרות בדין 603

התוכן לפרטיו – כרך שני

8. חרמית 604
9. גזלה 605
10. עושק 605
11. נזקי שכנים 605
12. גרימת נזק על ידי בעלי חיים 605

פרק שלישי: נטל ההוכחה

1. בהמה שנגחה אדם 606
2. חובת ההוכחה בנוקי שכנים 607

פרק רביעי: תרופות

1. עקרון הקטנת הנזק 608
2. הטבת נזק שנגרם עקב ביצוע פסק דין מוטעה 609
3. חובת השבת מה שנהנה על אף שפטור מנזק 609
4. חישוב הפיצויים: ערך ההאצה 610
5. פיצויים לפני משורת הדין 610
6. עקירת עצי פרי – תרופתה 614
7. השבת הוצאות מיותרות 614
8. זכות עיכוב ועיקול למניעת נזק 615
9. תשלומי "בושת" 615

שער שמיני

דיני חיובים

פרק ראשון: "גמירת דעת"

1. "גמירת דעת" כיסוד להתקשרות החוזית 625
2. דרישות פורמאליות – אנאלוגיה ל"גט מקושר" 628
3. "מי שפרע" כסאנקציה על חזרה מהסכם שלא היה בו קניין 629
4. אסמכתא 630
5. חוזה למראית עין 632
6. התחייבות – חוקפה והיקפה 633
7. טעות ברין כעילה לביטול מתנה 635

פרק שני: כוונת הצדדים ("דברים שבלב")

1. "דברים שבלב" ודיני הטעות במשפט האנגלי 636
2. הודעת התפטרות שמטרתה "ללחוץ" על מעביר 639

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שלישי: תום לב

1. מקור החיוב לתום לב והיקפו 640
2. תחרות בין מוכר עסקי מוניטין לבין הקונה 647

פרק רביעי: גנבת דעת, הונאה ואונאה

1. החובה להימנע מגנבת רעח ומהונאה 648

פרק חמישי: אילוץ – "אונס"

1. הגדרת "אונס" ותוצאותיו 650
2. מתי דרושה "מודעה" לביטול עסקה מחמת "אונס"? 650
3. אונס הבא מצד המתקשר הנפגע ("אונסא דנפשיה")
אינו פוגע בחוזה 662
4. הגדרת "מצוקה" 663

פרק שישי: חוזה אסור

1. חוקפו של חוזה אסור 664
2. סעיף פטור בחוזה לעניין נזקי גוף 670
3. חזרה מהתחייבות מחמת אי-חוקיות 671
4. מכירת דבר העתיר ליפול בירושה ו"חקנת הציבור" 671
5. פירוש המושג "חקנת הציבור" 672

פרק שביעי: סיכול

1. סיכול חוזה על-ידי כוח עליון 675

פרק שמיני: תרופות בשל הפרת חוזה

1. זכות החייב לוותר על פסילת סעיף הקנס 676
2. סאנקציות כנגד מי שאינו עומד בדיבורו ("מי שפרע") 677
3. פיצויים לפנים משורת הדין 678
4. אכיפת "ביצוע בעין" במקרקעין 678

פרק תשיעי: פרשנות מסמכים

- א. דרכי פרשנות 680
1. המנהג הלשון והמקום, כסיוע לאומדן כוונת הצדדים 680
2. המנהג 680
3. הכוונה המפורשת 681

התוכן לפרטיו – כרך שני

4. "יד בעל השטר על החתונה" 681
 5. העדפת פרשנוח מקיימה לעומת פרשנוח מבטלת 683
 6. "חפוס לשון אחרון" 683
 7. "טעות סופר" 684
 8. "לשון שרגילים לכתוב בשטרות, אפילו לא נכתב – כאילו נכתב" 684
- ב. תנאי מבללא 685
1. סמכות בית-המשפט לשנוח חוזה למען הצדק 685
 2. מתנה שניהגה עקב הבטחת נישואין 688

פרק עשירי: חוזים מיוחדים

1. נדוניה 690
2. קבלנות 691
3. חיווך (שדכנות) 693
4. מזונות 694
5. שכר טרחה של רופא 695

פרק אחד-עשר: שעבוד החייב – כלפי מי?

1. יריבות בין נושהו של בעל חוב לבין החייב שלו – "שעבודא דרבי נתן" 697

פרק שנים-עשר: ערכות

1. "אסמכתא" בערכות 699
2. "ערב קבלן" לעומת ערב רגיל 699
3. זכות הערב לטעון גם טענה נגד ביצוע החיוב 701

פרק שלושה-עשר: שליחות

1. השליחות פועלת לטובת השולח ולא לרעתו – "לחקוני שרחיך ולא לעותיך" 703
2. השליח אינו יכול לפעול עבור עצמו (ניגוד אינטרסים) 705
3. אין שליחות ב"מירי דממילא" 708
4. יפוי כח בלי ציון מפורש של המורשה 709
5. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותיו למעבירו 710
6. פעולת השליח בנאמנות לשולחו 710
7. יפוי כח אינו מעניק לשליח זכויות שאין למשלח 711

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק ארבעה-עשר: שומרים

1. הגדרת שומר (נפקד) בהשוואה למשפט האנגלי 713
2. סיווג השומרים 715
3. פשיעה בשומרים – התרשלות 715
4. גרדי חובת השמירה "כדרך השומרים" – לפי המנהג 718
5. הוצאות שומר אבדה 719

פרק חמישה-עשר: "עשיית עושר ולא במשפט" – "מתנדב"

1. דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו 721
2. "זה נהנה וזה לא חסר" 721
3. חובת השבת הזכייה אף שפטור מנוזק 722
4. שיפוי "מתנדב" שהשכית נכסי אחר 727
5. "בוא אכול עמי" ו"דור כחצרי" – האם מעלה לו שכר? 728

שער חשיעי

דיני קניין וקניין רוחני

פרק ראשון: דרכי קניין – דרכי רכישה בעלות

1. קניין "אגב" 737
2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה" 737
3. "קניין בשינוי": רכישה על ידי עיבוד 739
4. "אודיחא" – הודאת שקר של בעל דין כתחליף לקניין 741
5. "אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו" 744
6. "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" 748
7. מתנת קטין מבחין 750

פרק שני: שכירות

1. אופיה של השכירות 751
2. שכירות משנה והתנאה בשכירות 756
3. זכויות שותף בשכירות משותפת 757
4. סיכול שכירות כתוצאה ממכת מדינה (כוח עליון) 758
5. אין לפנות דייר כשקשה להשיג דירה 760

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שלישי: זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות הקניינית

1. מתי הקרקע כוללת את התהום שמתחתיה ואת הרקיע שמעליה? 762
2. האם "טובת הנאה" נחשבת ממון? 763
3. אין להפקיע מקרקעין בלי פיצוי 764
4. זכות הנגזל בשבח קרקע שהושבחה על-ידי גולן 764
5. חוק הגנת הדייר והמשפט העברי 767

פרק רביעי: שעבודים

1. האבחנה בין "שעבוד הגוף" ל"שעבוד נכסים" 768
2. אפותיקי (שעבוד) על נכסים מיטלטלין 768
3. שעבוד נכסיו של בעל חוב 770
4. אין להיפרע מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין 771
5. בעל חוב גובה מן ה"בינונית" ולא מן ה"עידית" 772
6. משכון שאין בו כדי שוויו המלא של החוב 774
7. זכות החייב לפדות קרקע שנחלטה לנושה – "שומא הדר" 775

פרק חמישי: הברחת נכסים

1. העברת נכסים למראית עין, כדי להבריחם מבין-הזוג 778

פרק שישי: "תקנת השוק"

1. אימתי חייב הקונה חפצים גנובים להשיבם לבעלים? 783

פרק שביעי: מכירה על-ידי בית-המשפט

1. הגנה על הקונה רכושו של נעדר בחוס-לב באמצעות בית-המשפט 786
2. ביטול מכירת קרקעות יתומים על-ידי בית-המשפט כשטעו בשווי 787

פרק שמיני: "גנבת דעת"

1. חובת המוכר להודיע לקונה על כל מום או תביעת זכות בממכר 788
2. גנבת דעת והונאה 789

החוכן לפרטיו – כרך שני

פרק תשיעי: פטנטים

1. הגנה על פטנטים וזכויות יוצרים 792
2. קבלת תשלום גבה עבור ריפוי וחירופות 792

פרק עשירי: אברה ומציאה

1. רשותו של אדם קונה לו רק כשהאברה בשליטתו ומשתמרת 793
2. הוצאות שומר אבדה 800
3. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותו למעבירו 801
4. מציאת נכס גנוב 801

שער עשירי

משפט מסחרי

פרק ראשון: שותפות

1. חלוקת שותפות בשווה אם לא הותנה תנאי אחר 809
2. חלוקת "זכויות" במקרקעין משותפים 811
3. חלוקת שותפות – "גד או אגוד" ו"עילוי דמים" 812
4. ררך לחלוקת נכסים בפירוק שותפות 814
5. זכויות שותף בשכירות 816
6. הוצאות שהוציא שכן בנכס משותף 816
7. זכות שותף לפעול בנכסי שותף שנעדר 816
8. זכות שותף לריפוי מכספי השותפות 818

פרק שני: שטרות

1. האוחז בשטר תובע כרין: חזקה – "שטרך בידי מאי בעי" 819
2. "יר בעל השטר על התחונה" 820
3. עדים החתומים על השטר, חזקה שביררו את כשרות המתחייב בשטר 821
4. פסילת שטר חוב או שטר מכר שנכתבו שלא כפני החייב או הלוקה 822
5. שטר חרש בולע שטר ישן – אימתי? 823
6. החיוב שבשטר נגבה מנכסים משועברים 825
7. טענת קיזוז כנגד שטר כטענת פרעון 825

כט

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שלישי: ריבית

א. פסיקת ריבית 826

1. פסיקת ריבית על עיכוב כספים משעת הגשת התביעה, כדי לא לעבור על איסור גזל 826

ב. הסכם לדיבית 830

1. הכטחת המלווה מפני ירידת ערך הכסף – האם היא ריבית? 830
2. האם דמי גובינא נחשבים כריבית? 841
3. ריבית היא תוספת שכר מן הלווה למלווה, ולא על-ידי צד שלישי או לצד שלישי 841
4. הגדרת "ריבית" 842

פרק רביעי: פשיטת רגל

1. פרעון התובות חייב להיעשות באופן יחסי לכל הנושים 843
2. דעת הרוב קובעת בהסדר פשיטת רגל 844

פרק חמישי: הליכות המסחר

1. הסגת גבול 846

שער אחד-עשר

דיני עבודה

פרק ראשון: יחסי עובד ומעביד

1. יסוד הפיקוח או המרות קובע את מעמד העובד ("שכיר" או "קבלן") 851
2. בן העובד אצל אביו נחשב כשכיר 852

פרק שני: המנהג

1. מעמד המנהג בדיני עבודה 853

פרק שלישי: חובות המעביד

1. חובת המעביד לדאוג לכטיחות עובדיו 854

ל

התוכן לפרטיו – כרך שני

2. אין לדרוש מעובד שיעבוד עבודה שאינה מחובתו כאשר העובד יתקשה לסרב לדרישה 856
3. עבודה שאין בה תועלת למעביד היא "עבודת פרך" 857
4. טובות הנאה לעובד, נוסף למשכורתו 858
5. איסור הלנת שכר 859
6. חובת המעביד לאפשר לפועל לחזור בו באמצע העבודה 860
7. חובת מעביד להימנע מפיתורי עובד בלי סיבה מיוחדת 860

פרק רביעי: חובות העובד

1. אין אפשרות למכור לאחר מקום עבודה או משרה 862
2. מציאותו של פועל בשעת עבודתו שייכות לו אלא אם כן נשכר ללקט מציאות 863

פרק חמישי: תשלום פיצויים

- א. פיצויי פיטורין 864
 1. חובת תשלום פיצויי פיטורין 864
 2. פיצויי פיטורין לבן העובד אצל אביו 866
 3. פיצויי פיטורין אינם שכר עבודה, אלא זכות אישית של העובד 868
- ב. פיצויים ליהודי עובד 872
 1. חובת המעביד לפצות את יורשי העובד שנהרג בעבודה 872
 2. מנהג שהמעביד מבטח את משפחת העובד לאחר פטירתו, ודמי הביטוח אינם נחשבים כירושה 873

שער שנים-עשר

פרשנות

פרק ראשון: כללי פרשנות

1. פרשנות של חיקוק על-פי המשתמע מן הלשון 887
2. פרשנות מונח, בחוק או במסמך, תיעשה על-פי לשון בני אדם באותו מקום ובאותו זמן 890
3. כאשר יש ספק בפירוש חיקוק או מסמך יש לפדרשו על פי המנהג 892

לא

התוכן לפרטיו – כרך שני

4. אין לפרש סייג בחוק בדרך מורחבת 894
5. פרשנות תקנה לפי הכוונה ולא לפי הלשון 895
6. כוונת המחייב או הנותן לעומת לשונו המפורשת –
"דברים שבלב" 897
7. יש להתחשב בדברים שבלב בנסיבות מסוימות 899
8. בסתירה בין שתי לשונות הולכים אחר לשון
שרגילים לכתוב בשטרות 899
9. לשונות סותרות במסמך – איזו לשון עדיפה? 900
10. בפרשנות מסמך יש לנקוט בפרשנות מקיימת
ולא בפרשנות מבטלת 900
11. האם יש לקבוע טעות סופר מתוך המסמך או על-יד
אמצעים חיצוניים? 903
12. הכלל "דבר הלמד מעניינו ודבר הלמד מסופו" 905
13. פרטים שיצאו מן הכלל – לא ללמד על עצמם יצאו
אלא ללמד על הכלל כולו 906
14. מכלל "לאו" – האם אתה שומע "הן"? 906
15. כל מלה בעברית במסמך יש לייחס לה את
מובנה המסורתי הנכון 907

פרק שני: פירוש מונחים, ביטויים ומלים

1. אבק 910
2. אומד 912
3. אורווה 913
4. אורח חיים דתי 914
5. אחר 916
6. אלימות 917
7. אספקה 920
8. אשראי 920
9. בין ובין 921
10. בניס 922
11. בניין 923
12. בר 924
13. בר עונשין 925
14. בשר חזיר 925
15. גור 928
16. גידול 929
17. גמירת דעת 930
18. גרם 930

התוכן לפרטיו – כרך שני

- 19. דרך 931
- 20. היוק 932
- 21. הכרה דחית 933
- 22. הסמכה 933
- 23. הסתלקות 934
- 24. העביר 935
- 25. הפצה 935
- 26. התרשלות 936
- 27. ו – (וו החיבור) 936
- 28. זונה 939
- 29. זנח 939
- 30. זקק 939
- 31. חבלה 940
- 32. חל 941
- 33. חלוקה 944
- 34. חנינה 944
- 35. חקלאי 945
- 36. חשד 946
- 37. טמטום 947
- 38. ידיעת בשרים 948
- 39. יהודי 948
- 40. יעד 949
- 41. ישב 950
- 42. כאחד 950
- 43. כהונה 951
- 44. כולל 952
- 45. כישלון 954
- 46. מבלי משים 955
- 47. מוחזק 956
- 48. מורה הוראה 964
- 49. מושב 964
- 50. מידה 965
- 51. ממון 966
- 52. מסירה ליד 967
- 53. מעשה זנות 968
- 54. מצוקה 969
- 55. נדרש 969
- 56. נזק 970
- 57. נכסים משועבדים 971

התוכן לפרטיו – כרך שני

58.	עברי	971
59.	עובד בשכר ושכר בטלה	972
60.	עושק	972
61.	על מנת ש...	973
62.	פדה	974
63.	פדיון	974
64.	פיזור והפצה	975
65.	פסול	975
66.	פקע	975
67.	קלון	978
68.	ראוי	979
69.	רדף	980
70.	ריבית	981
71.	רכב	982
72.	רצון	983
73.	רשות, רשות הרכים	984
74.	רשות – סמכות	986
75.	שבועה	987
76.	שיווק ואספקה	987
77.	שוק	988
78.	שיטפון	991
79.	שיפוי	992
80.	תושב	993
81.	תום לב	994
82.	תלוי ב...	994

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice
The Jewish Legal Heritage Society
Foundation for the Advancement
of Jewish Law

©

The Library of Jewish Law
The Jewish Legal Heritage Society
P.O.Box 7483 Jerusalem 91074
1989

NAHUM RAKOVER

**JEWISH LAW
IN THE
ISRAELI COURTS**

Volume One

THE LIBRARY OF JEWISH LAW

JEWISH LAW IN THE ISRAELI COURTS

CONTENTS

Volume One

Foreward by the President of the Supreme Court	ה
Preface	י
Contents in detail	יא

Part One	Jewish Law in the State of Israel	1
Part Two	General Principles	79
Part Three	Social and Administrative Regulation	139
Part Four	Courts and Procedure	251
Part Five	Evidence	355
Part Six	Penal Law	439

Volume Two

Part Seven	Torts	535
Part Eight	Obligations	617
Part Nine	Property and Intellectual Property	731
Part Ten	Commercial Law	803
Part Eleven	Labor Law	847
Part Twelve	Interpretation	875

Subject Matter Index	999
Sources Index	1033
Judgments Index	1061
Names of Judges Index	1071

כרך ראשון

שער ראשון

המשפט העברי במדינת ישראל

תוכן העניינים

פרק ראשון: פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

1. חשיבות המשפט העברי וערכו כמקור לפיתוח החשיבה המשפטית ולמילוי לאקונות
5
ד"ג 22/73, בן שחר נ' מחלב 5
ע"א 86/76, עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל
בע"מ נ' אהרן 6
ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח' 6
ד"ג 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח' 9
ר"ג 40/80, קניג נ' כהן 21
תמ"א (ת"א) 1554/84, פלוני נ' פלונית 22
2. הצורך בבחינת שאלות יסוד גם על-פי המשפט העברי
24
ע"פ 17/59, מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה 24
3. יש לפנות למשפט העברי כמקור פרשנות כשיש הוראה של עצמאות החוק וכשהמשפט העברי שימש מקור לחקיקה
24
ע"א 368/77, זיקית, מפעלי צביעה, הרפסה ואשפיה בע"מ
נ' סריגי אלדיט בע"מ 24
ע"א 604/77, מוברמן נ' סגל 24

פרק שני: פרשנות מונחים ומושגים

1. פירוש מושגי יסוד ועקרונות מוסר ותרבות בראש ובראשונה על-פי המשפט העברי
26
ע"א 337/62, ריזנפלד נ' יעקובסון ואח' 26
ע"א 461/62, צים, חברת השיט הישראלית בע"מ ואח'
נ' מדיאר 27
ע"א 4/66, פרץ נ' הלמוט 29
ע"א 572/74, 573/74, 574/74, רויטמן, עו"ד, נ' בנק המזרחי
המאוחד בע"מ ואח' 31
ע"א 682/74, יקותיאל נ' ברגמן 31

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

- ע"א 566/77, דיקר נ' מוך 31
ע"א 148/77, רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ 34
ד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח' 37

2. פירוש מונחים בחוק

- המ' 89/51, מיטובה בע"מ נ' קום 37
בג"צ 163/57, לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו 40
ד"נ 13/58, עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין 41
ע"פ 282/61, 297/61, עלי צלאח יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 41
ד"נ 6/62, איחוד המדינאים ומשקי השבחה, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' ראש העיר תל-אביב-יפו ואח' 42
בג"צ 72/62, רופאיזן נ' שר הפנים 44
ת"א (ת"א) 1690/62, רייזמן ואח' נ' חיות ואח' 49
ע"א 227/63, רייזמן ואח' נ' חיות ואח' 50
בג"צ 58/68, שליט בשמו ובשם ילדיו אורן וגליה שליט נ' שר הפנים ואח' 51
ע"א 440/75, זנדבנק ואח' נ' דנציגר ואח' 61
ע"פ 89/78, אפנגר נ' מרינת ישראל 61
ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח' 62
ה"פ (ת"א) 933/79, רוטגר נ' מדינת ישראל 63
ד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח' 63
ע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח' 64

פרק שלישי: הדין ה"דתי" בבתי המשפט

1. מעמדו של הדין ה"דתי"
66 ע"פ 112/50, יוסיפו נ' היועץ המשפטי לממשלה 66
ע"א 191/51, סקורניק נ' סקורניק 67
בג"צ 143/62, פונק שלוינגר נ' שר-הפנים 68
בג"צ 301/63, שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' 70
2. ביטול נורמה דתית על-ידי המחוקק החילוני
72 בג"צ 202/57, סדיס נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' 72
ע"א 313/59, בלבן נ' בלבן 77
3. האם בית-המשפט צריך לקבל הלכה שנפסקה בבתי הדין הרבניים?
78 ד"נ 23/69, יוסף נ' יוסף 78
ד"נ 10/69, בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח' 82

פרק ראשון
פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקנות

I. חשיבות המשפט העברי וערכו כמקור לפיתוח החשיבה
המשפטית ומילוי לאקנות

ד"ר 22/73

בן שחר נ' מחלב

פ"ד כח(2) 89, 98, 100

בכיתה המשפט העליון

לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, מני, י' כהן, אשר

בפסק-דין שניתן בהסכמה נקבע כי אם יפגר הדייר בחשלומי שכר הריזה, יהא עליו לפנות את הדיירה. מחמת שיתוק כללי בו לקה, נבצר מהדייר למלא את חוביו, הוגשה תביעה לפיגור. בפסק-הדין בע"א 597/72, נשוא הדיון הנוסף, קבעו שופטי הרוב כי לבית-המשפט סמכות טבועה להושיט סעד לאדם שאיתר בעשיית דבר שמועדו נקבע בפסק-הדין, על-פי שיקולים שביושר.

השופט ח' כהן: מקום ושעה שלמען עשות צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסוקה האנגלית והאמריקנית, הרגלתי עצמי לברר תחילה שמא ניתן למצוא בדיני התורה אילן להיתלות בו: לא חלילה שהתקדימים האנגליים מחייבים אותנו כל עוד לא מצאנו לנו תקדים אחר כמשפט העברי, ולא שיש בדיני ממונות של המשפט העברי כדי לחייבנו לפסוק על-פיהם; אבל הצדק שאנו חייכים ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסד יותר כשהוא מוצא לו סמוכין במסורתנו המשפטית וכחכמת צדקתם של קדמונינו זכרם לטוב... בדינינו שלנו אין סמכות להפקיד ממון מידי בעליהם, והפקד בית-המשפט אינו הפקר. ואין אני מביא את ההלכה העתיקה אלא כדי להראות מה מאד חשוב היה בעיני חכמי התלמוד שיהא בידי בית-הדין כל הכוח הדרוש לעשיית צדק, אף מקום ושעה שהדין היה מחייבם לפסוק אחרת. העולה מן המקובץ שהכוח בידי בית-הדין לפטור מחיוב או להאריך מועד קיומו מחמת שהמתחייב חלה או באופן אחד נמנע מלקיימו במועדו מנסיבות שלא היתה לו שליטה עליהן, יכול שיצמח מהתנאות תנאי-מכללא בלבד של המתחייב, ויכול שיהא קיים ללא כל התנאה שכזאת בלב המתחייב.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

ע"א 86/76

עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ

נ' אהרן

פ"ד לב(2) 337, 348

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדוי), והשופטים ח' כהן, אלון

המשיב, עולה חדש, פנה לעמידר בבקשה עזרה בהשגת בית-מלאכה שבו יוכל לעסוק במלאכתו כמסגר. פקיד של עמידר הודיע לו שחנות מסוימת מתאימה לפתיחת מסגריה, והודעה זו המריצה את המשיב להתקשר עם עמידר כהסכם על רכישת החנות. כדיעבר התברר שתכנית מיתאר עירונית אוסרת פתיחת מסגריה באותו מקום, וכמשפט פלילי שהוגש נגד המשיב ניתן נגדו צו לסגירת המסגריה, בבית-המשפט המחוזי נפסקו לו פיצויים כנוזקין בגין הודעת-שוא רשלנית.

השופט אלון: בתוק לתיקון פקודת סררי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972, נקבע לאמור: "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה, לא תהיה עוד הוראה מתייבת". והלא הדברים קל וחומר: אם בשנת 1954, בטרם זכינו ל"חירות" משפטית זו מהכפיפות לפרשנות המשפטית האנגלית, הרהיב עוז בית-משפט זה ופסק מה שפסק בוינשטיין נ' קרימה, בניגוד לפסיקה האנגלית שנהוגה היתה אותה שעה, בוודאי ובוודאי שמצווים אנו עתה, משכטלה גזירת הכפיפות, לבור את דרכנו על-פי מה שנראה לנו נכון. על-פי הדין וצורך לפי הענין כגון זה, שאין בה הכרעה כמשפט הקיים, מה ומשמעותורת שאלה עקרונית כגון זו, שאין בה הכרעה כמשפט הקיים, מה טוב לו לשופט מלצלול במים העמוקים של מקורות המשפט העברי ולהעלות משם את הפתרון אשר הוא מבקש.

ע"א 546/78

בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח'

פ"ד לד(3) 57, 66-68, 80

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדוי), והשופטים אלון, כרן

המערער הוא בנק שבחבר הכספות שלו נמצאו אגרות למוכ"ז של מלווה פיתוח על-ידי המשיב הראשון. בבית-המשפט המחוזי נקבע כי הבעלים של האגרות הוא המשיב הראשון, ועל כן מוגש הערעור.

יצאנו לך בשיטה מסוימת וכלי עבודה אלו נקראו "תוכנה" או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים מסוימים והם אינם יכולים להוות חלק מהתשתית או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים אחרים. המפתחים של התוכנה אינם אחראים על שום דבר לגבי השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב. השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב הוא על אחריותם של המשתמשים או הלקוחים. המפתחים אינם אחראים על שום דבר לגבי השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב. השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב הוא על אחריותם של המשתמשים או הלקוחים.

אנו מבטיחים לך כי המפתחים לא יישמו שיטות או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים מסוימים והם אינם יכולים להוות חלק מהתשתית או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים אחרים. המפתחים של התוכנה אינם אחראים על שום דבר לגבי השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב. השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב הוא על אחריותם של המשתמשים או הלקוחים.

אנו מבטיחים לך כי המפתחים לא יישמו שיטות או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים מסוימים והם אינם יכולים להוות חלק מהתשתית או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים אחרים. המפתחים של התוכנה אינם אחראים על שום דבר לגבי השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב. השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב הוא על אחריותם של המשתמשים או הלקוחים.

אנו מבטיחים לך כי המפתחים לא יישמו שיטות או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים מסוימים והם אינם יכולים להוות חלק מהתשתית או כלים אחרים המיועדים לשימוש בתחומים אחרים. המפתחים של התוכנה אינם אחראים על שום דבר לגבי השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב. השימוש בתוכנה על ידי משתמשים או לקהל הרחב הוא על אחריותם של המשתמשים או הלקוחים.

מאז ומתמיד: בשיטה מסוימת, הכלים

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונום

סעיף מסעיפיו בדרך פרשנות העומדת בניגוד לאמור בחוק, ומכל שכן שאל לו לערב מין בשאינו מינו. אך כאשר מצב הדברים אינו כן, ומתעורר ספק שאין לו הכרע מתוכו ומתוכנו של החוק, עלינו להיזקק בראש ובראשונה לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשי וראשון במעלה, שאמנם אינו מחייב אך שיש בו כדי להנחותנו בפתרונה של הבעיה העומדת לפנינו.

13. משהתעורר בענין שלפנינו ספק בדבר משמעות האמור בסעיף 3 לחוק ומובנו של המושג "רשותו של אדם אחר", ואין לספק זה הכרע מתוכו ומתוכנו של החוק, מן הראוי הוא איפוא שנפנה למערכת המשפט העברי למציאת פתרונה של בעיה זו. ובוודאי שכך הוא משעלה כידינו כי חוק השבת אבידה של הכנסת ודיני השבת אבידה שבמשפט העברי, מטרה מרכזית אחת משותפת לשניהם – השבת אבידה לבעליה. על כך עמדנו בתחילתם של דברינו ואף ראינו כי הכנסת, בעת הקריאה השנייה והשלישית לחוק, מצאה לנכון לשנות מהשם של חוק לטיפול באבידה לשם חוק השבת אבידה משום שזוהי מגמתו של החוק ומשום שזה השם הניתן למערכת דינים זו במשפט העברי. יחידה מזו, הדאגה למציאת בעליה של האבידה כה מרחיקה לכת היא במשפט העברי עד שקובע הוא שבאבידות מסוימות, שיש בהן סימן ושאיין להניח שהבעלים התיאשו מהן, אין הן עוברות לעולם לבעלותו של המוצא, אלא יהיו מונחים "עד שיבוא אליהו" ויימצאו בעליהן (בבא מציעא ל ע"א; רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פדק יג, הלכה י; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רסו, סעיף טו). ושעה שבמשפט העברי במקורו נקבע שאבידה שלגביה יש להניח שהבעלים התיאשו ממנה מותר למוצא ליטול אותה לעצמו, נקבע עוד בסופה של המוצא התיאשו, מתפוצה שבבבל ובאשכנז, רבנו גרשום מאור הגולה, סימן סז, מהדורת אידלברג, עמ' 154–158; תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער א, סימן כ; וכך נתקבל להלכה ולמעשה. וראה מנחם אלון, המשפט העברי, חלק ב, עמ' 564–566 והערה 32, שם).

ד"ר 13/80

הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח'

פ"ד לה' 785, 788–799

בכית-המשפט העליון

לפני הנשיא (לנדר), מ"מ הנשיא (ח' כהן) והשופטים אלון, ברק, לרן

השאלה, עליה נסב הדיון הנוסף היא, אם אבידה, שנמצאה על רצפת חדר הכספות של בנק, היא אבידה, שנמצאה "ברשותו של אדם אחר", כמשמעות דיבור זה בסעיף 3 לחוק השבת אבידה, תשל"ג–1973. אגב דיון בסוגיה זו נדון גם מעמדו של המשפט העברי בדיון הישראלי.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

מ"מ הנשיא (ח' כהן): בע"א 546/78 פסק בית-משפט זה בדוב דעות, כי אבידה, שנמצאה על רצפת חדר הבספות של בנק, היא אבידה, שנמצאה "ברשותו של אדם אחר", כמשמעות דיבור זה בסעיף 3 לחוק השבת אבידה, תשל"ג-1973 (להלן: החוק). פרשנותו של המונח "רשות" היא שהביאה למחלוקת הפוסקים, והיא שנראתה בעיניי תשובה וסבוכה וחדישה די הצורך לקיים בגינה דיון נוסף זה – להבדילה מן השאלה הנוספת, אשר מעורר העותר לפניו, והיא, שאפילו נחשב הבנק כבעל הרשות, אין הוא נחשב כמוצא, משום שלא קיבל את האבידה לידו (כאמור בסיפא של סעיף 3). לעניין השאלה הנוספת הזאת, נראה לי פשוט, שאין העותר יכול להישמע בטענה, שהוא לא קיים את מצוות החוק ולא מסר את האבידה לידי בעל הרשות לכשנדרש לכך: פשיטא, שאין תובע יכול להיבנות ממעשהו שבניגוד לחוק, וטענת באיכות העותר, שלא הייתה כאן "דרישה" כמשמעותה בחוק, אם משום שפקיד הבנק ביקש או הציע אך לא "דרש", ואם משום שההרישה לא באה מפייהם או מתחת ידיהם של מורשי החתימה מטעם הבנק, לא הייתה ראויה להישמע, לא בערכאה הראשונה ובוודאי לא בדיון הנוסף.

כולי עלמא לא פליגי, שיש לפרש את החוק על-פי לשונו ועל-פי מטרתו: וכולם מודים, שמטרת החוק היא השבת אבידה לבעליה (כפי ששמו מעיד עליו). במאי קא מיפלגי, מה יקדם מטרת ההשבה יותר: השאת האבידה בידי בעל הרשות, או השאתה בידי המוצא. שאם תמצי לומר, שבעל האבידה יחזור על בעל הרשות, משום שיעמידנו בחזקתו שישמור על אבידתו ברשותו, הרי השאתה בידי בעל הרשות עדיפה: ואילו אם בעל האבידה יתיימש מבעל הרשות, משום שרשותו מעין רשות הרבים היא, ואין לו שליטה או ידיעה על העוברים ושבים בה, ייתכן שמן הראוי הוא להעדיף את המוצא על-פני בעל הרשות. מבחינה זו נראית לי גישתו של מ"מ הנשיא לנדרי (כתוארו אז), שאינו דומה האולם הראשי הפתוח לכול של הבנק לחדר הכספות, "שעליו יש לבנק פיקוח מלא ואין הוא פתוח לציבור כולו"; אם יכול ובעל האבידה יראה באולם הבנק הפתוח לכול מעין רשות הרבים, הרי בחדר הכספות, שהכניסה אליו מוגבלת לשוכרי הכספות ולמלוויהם בלבד, ועינה של פקידה, הממונה על הכספות פקוחה על כל הנכנסים והיוצאים, יראה אדם סביד רשות-יחיד מובהקת.

ואולם, מוכן אני לצאת מן ההנחה, שלעניין הסיכויים הסבירים להשבת האבידה לבעליה אין נפקא מינה, אם האבידה תישמר בידי בעל הרשות או בידי המוצא או בידי המשטרה (הרשאית, לפי סעיף 2(ב) לחוק, לדרוש מסירת האבידה לרשותה): אפילו תזר בעל האבידה על בעל הרשות תחילה, אין להניח, שמשלא מצא מבוקשו אצלו, לא ילך למשטרה לשאול שם. ואפילו לא נמסרה האבידה לרשות המשטרה, קיים סיכוי, כי רשומה שם זהותו של המוצא וכתובתו (סעיף 2(א) לחוק ותקנה 2 לתקנות השבת אבידה, תשל"ג-1973). הדרא קושיא לדוכתה: מי הוא זה ואיזה הוא בעל הרשות, אשר סעיף 3 לחוק מדבר בו?

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

השופט המלומד בבית המשפט המחוזי ראה במונח "רשות" מונח, שלקח המחוקק ממקורות המשפט העברי, ועל-כן מונח, אשר צריך להתפרש כפי משמעותו במשפט העברי. אין אני בא לחלוק על הנחת היסוד, שמקום שכתר המחוקק ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי, מן הדין הוא לפרשם כמשמעותם (או כאחת המשמעויות) במשפט העברי – וכך נהגנו בבית-משפט זה פעמים רבות. אלא חולק אני על ההנחה, שהמונח "רשות" נלקח בידי המחוקק מן המשפט העברי: זהו מונח נפוץ ונדרש בשפתנו המשפטית היומיומית, ואין כל מקום או צורך לפנות אל המשפט העברי כדי לתפשו שם ולשאלו משם. וכבר הפנה השופט חשין ז"ל את תשומת הלב לעובדה, שהמחוקק הישראלי משתמש, מטבע ברייתו, במונחים משפטיים רבים, שלא נפקד מקומם גם במשפט העברי, כמו שטר-חוב, מלווה, שעבוד, שותפות ועוד (המ' 89/51), אך אין בכך כדי להצדיק – ולא כל שכן לחייב – פידושם של מונחים אלה על-פי המשפט העברי. החוק מתפרש כפי בוונחו המשוערת של המחוקק: גילה המחוקק דעחו, שיש לפרש תוקו על-פי המשפט העברי, על-ידי שכתר לו ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי דווקא, ואשר אינם שגורים על-פיהם של משפטים דהאידינא, כי אז ישחדל בית המשפט להגשים בוונח המחוקק ולדלות דרכי פרשנותו ממקורות המשפט העברי. מה שאין כן בשמעותו, בחד להשתמש במונחים משפטיים, השגורים כפי כול: כוונתו המשוערת היא, שיש לפרש לשונו פשוטה כמשמעה ועל-פי כללי הפרשנות המקובלים, כפי שהם נהוגים בבתי-משפט אלה מימים ימימה.

גישה פשוטה זו אינה משתנית גם עם תחילתו של חוק יסודות המשפט, תש"ם–1980; הצורך בזיקה למקורות ממורשת ישראל אינו מתעורר כלל, כל עוד ניתן לחפש ולמצוא תשובה לשאלה הטעונה הכרעה "ברבד חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש". תחילה עלינו לחפש את פחרונות בעיותינו בחוק, ואח החוק עלינו לפרש על-פי כללי הפרשנות, שנקבעו ונשנו בהלכה הפסוקה.

אין זאת אומרת, תלילה, שנגזור על עצמנו הינזרות מן הזיקה למשפט העברי, כל אימת שנוכל להביא מתוכו ראיות לחזק או לסתור או חומר להשוות או להבדיל או חכמה וחכונה ללמוד מהן מידות טובות. אלא רשות היא ולא חובה, ואם כי המרכה אולי משובח, על כל פנים, אין הממעט גורע. ויש מן השופטים, שחורת קודמיהם בידיהם להירתע ולהתרחק מכל אמרת-אגב, שאינה צריכה לעניין ההכרעה ממש: בשבילם ושכמותם כל שעשוע שכוה כמשפט העברי פסול כתכלית. ואם כי אין חלקי עמהם, ואין אני מתמיר עם עצמי לעניין אמרות-אגב, על כל פנים, לא אעלים עיניי אף אני, שהמובאות מן המשפט העברי כגדר אמרות-אגב הן.

ולא זו אף זו: אם ביטוי או ניב, שנלקחו מן המשפט העברי, דינם להתפרש כמשמעותם במשפט העברי, אין ככך כדי להחיל את ההוראות המהותיות של המשפט העברי, כאילו היו חוק, שנחקק בידי המחוקק שלנו. צאו וראו מה עשה חברי הנכבד, השופט אלון, כרוכ בקיאותו וחרירותו, בערעור שלפנינו:

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

משמצא שהמונח "רשות", הנקוט בפי המחוקק, משתמע לפנינו רבות, לא חיפש במשפט העברי (או בכלל) הגדרה של "רשות" או מימרא, שיש בה משום פירוש של מונח זה, אלא הוא נטל את הוראות המשנה בדבר דין אבידה בחנותו של שולחני, והחיל את ההוראה הזאת על האבידה בבניינו של הבנק, כאילו נודע להודאת המשנה חוקף של חוק. יכול להיות והשולחני דאו הוא בנק דהאינא; יכול גם והחנות של שולחני דומה בכול לחדר הכספות של הבנק; וייתכן מאוד, שהפתרון התקיקתי של המשנה עדיף, מבחינת מידת הצדק, על כל פתרון חקיקתי אפשרי אחר. עדיין אין במשמעות המסופקת של המונח "רשות", שנקט המתקן דנן, כדי להצדיק אימוצה של הוראת המשנה לגופו של דין האבידה, אפילו היה בה כדי להצדיק אימוצה של הוראת המשפט העברי להגדרת "רשות". לעניין פירושו הנכון של המונח "רשות", אין אנו למדים ולא כלום מן הדין, שאם מצא המוצא את האבידה בחלק פלוני של החנות, הדי היא שלו, ואם מצאה בחלק פלמוני, הדי היא של כעל החנות – כשם שלעניין פירוש זה לא נוכל ללמוד ולא כלום מן ההבחנה, בעקבות דין המשנה ולהסברתו, בין החצר המשתמרת לבין החצר שאינה משתמרת. העובדה, שאחד המפרשים מסביד את דין החצר שאינה משתמרת בהשוואה אותה למעין רשות הרבים, אינה הופכת גם את החצר שאינה משתמרת מרשות היחיד לרשות הרבים: מבחינת משמעות "הרשות", אין בדין ההוא כדי להעלות או להוריד.

אילו היה בכוונת המחוקק להחיל אצלנו את דין המשנה או דין בדומה לו, יכול וצריך היה להביא דבר זה לידי ביטוי מפורש. יכול היה להבחין, למשל, בין רשות היחיד, הפתוחה לכול או לרבים, לבין רשות היחיד, שאינה פתוחה לזר שלא הזמן, ולעשות דין שונה לאבידות שברשויות השונות. העובדה, שהמתקן יודע לבטא את אשר הוא רוצה לבטא, מוכחת – אם דרושה לכך הוכחה – מלשון סעיף 7(א) לחוק, שבו נזכר מקום או מוסד "שבו מתאכסנים מאושפזים או מבקרים בני אדם". ברם, מהודאת סעיף 7(א) ניתן להקיש, שגם מקום, שמבקרים בו הרבים, בגדר רשות היחיד הוא, שהרי ההוראה היא, שבעל המוסד או המקום ייחשב למוצא האבידה.

"המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר", כאמור בסעיף 3 לחוק, הוא, פשוטו כמשמעו, מי שמוצא אבידה במקום שאינו רשותו שלו ואינו רשות הרבים. לחמיכה בטענתו, שהבנק הוא בגדר רשות הרבים לעניין זה, מפנה אותנו בא- כוח העותר להגדרת "דחוב" או "דרך" שבפקודת הפרשנות [נוסח חדש], שלפיה נכלל בדחוב או בדרך גם "כל מקום פחות שהציבור משתמש בו... או שהציבור נכנס אליו או רשאי להיכנס אליו". ואולם הגדרה זו תכליתה להרחיב משמעותם הרגילה של "דחוב או דרך", שמקום שמופיעה אחת המלים הללו בחיקוק, יש לפרשה על דרך ההרחבה ("כל עוד" אין בגוף הענין, או בהקשר, דבר שאינו מתיישב עם משמעות זו": סעיף 2); ואין גם בה כדי להפוך רשות היחיד לרשות הרבים ולשנות סדרי בראשית, כאילו מתן רשות לרבים להיכנס לחצרים שלי כמותו כמו הפקדתם מרשותי.

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקנות

אין ספק כלכי, שבניינו של הבנק הוא "רשותו", בין אם הבנק פותח אותו לקהל ובין אם לאו; ואין "רשות" זו יכולה להשתנות משעה לשעה, הכול בפי שעות הקופה של הבנק, כאילו בשעות הפתיחה הוא רשות הרכים, ובשעות הסגירה תחור הוא להיות רשות היחיד. העובדה, שהרכים נכנסים ויוצאים בבניין, נוכעת משימוש "בעל הרשות" כזכות הכעלות שבידיו, להרשות לרכים להיכנס ולצאת כאוות נפשם; ואין שום דבר המונע כערו מלתזור כו מן ההדשאה הזאת או להגבילה כראות עיניו. המוצא אכידה בבניין הבנק מוצאה ברשותו של הבנק, בין אם הבניין סגור ובין אם הוא פתוח; או היכן ימצאנה, אם – למשל – באולם הבנק עוד נמצאים לקותות וזרים לאתר סגירתו? ואין רשות היחיד של הבנק שונה מרשות היחיד של מאן דהו אתרינא: אילו רצה המחוקק להפלות את רשות היחיד של הבנק מכל רשות-יחיד אחרת, יכול וצדין היה לומר כן; שכשם שהמשנה עשתה דין מיוחד לשולחני, כן יכול המתוקק לעשות דין מיוחד לבנק.

אולי, אמנם, אין זה מן המידה, שגם במקום שהציכור רשאי להשתמש בו והרכים נכנסים ויוצאים בו, תחול ההוראה, שהמחוקק ייחד לרשות היחיד, אבל זהו עניין למחוקק לענות בו. כל עוד עומד החוק כלשונו כנתינתו, הרי "רשותו של אדם אחר" – גם רשות היחיד, שהרכים משתמשים ונכנסים ויוצאים בה, כמשמע. השאלה, אם דבר זה צודק הוא אם לאו, או אם אין למוצא הסדר חקיקתי צודק יותר, אינה מתעוררת כלל ועיקר. ומי שהסדר של המשפט העברי נראה בעיניו עדיף על זה של החוק שלנו, יוכל להציע למחוקק לאצו לו – אך אין הוא יכול לשים עצמו מתוקק ולהחליף את ההסדר שבחוק בהסדר שמשפט העברי. כשלעצמי, לא שוכנעתי, שיש צורך בחיקוק החוק: כל מוצא זוכה מן ההפקר, ואין אני יודע, על-שום מה עריפה זכותו של המוצא מכוח ידיו או עיניו על פני זכותו של המוצא מכוח החוק. נהפוך הוא: התופט אבירה, שמסתמא לא נתייאו ממנה בעליה, ורוצה לזכות בה מן-ההפקר, דיח גניכה נודף ממעשהו; ויש דברים כגו, שאצל ארונו הרמכ"ם ררות הגזילה והאכידה בכפיפה אחת.

אשר על-כן מצדף אני דעתי לדעת שופטי הרוב בע"א 546/78 ומציע לקיים פסק-דינו הקודם של בית-משפט זה.

השופט אלון: היו לפני טענות בא-כוח המשיכה בדיון הנוסף שלפנינו; עיינתי בהן, ולא מצאתי, שיש בהן כדי לשנות מהרברים, שכתבתי בפסק-דיני שבערעור (ע"א 546/78). דעתי הסברתי בארוכה בפסק הדין האמור, ואיני רואה מקום וצורך לחזור ולדון בדבר.

חברי הנכבר, מ"מ הנשיא השופט ח' כהן, מתוך שרן הוא בנושא שלפנינו, בא הוא לכלל עיון כפרשה הנכבדה של היזקקותה של מערכת המשפט הישראלי לדיני המשפט העברי. אומר אף אני דברים אחרים לעניין דרכי בסוגיה נכבדה זו, ומתוך כך יתבהרו הדברים, שכתבתי בפסק-דיני כערעור שלפנינו.

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונוט

בסעיף 3 הנ"ל, בדבר "רשותו של אדם אחר". והבדל חשוב יש בין שני הפנים, מבחינת מעמדה ותוקפה של המערכת המשפטית האחרת, אליה פונה בית המשפט; בה בשעה שבמקרה של לאקונוט מעמדם של העקרונות האמורים של המשפט העברי הוא בבחינת מקור משפטי משלים של המערכת המשפטית בישראל, ובית המשפט מצווה לפנות אליהם כאל מקור משפטי מחייב, הרי במקרה השני, היינו, כאשר קיים ספק בפרשנותה של הוראה קיימת, הפנייה למערכת משפטית אחרת אינה אלא פנייה כאל מקור של השראה, כאל מערכת משפטית, שאינה מחייבת אלא מלמדת, שאינה מכריעה אלא משפיעה. במאמר מוסגר אוסיף ואציין, כי הבחנה זו שבין מקרה של לאקונוט שבחוק לבין מקרה של ספק בפרשנותה של הוראה קיימת אינה מן הקלות. ואין לקבוע בה מסמרות, וכבר דנו והגו בכך חוקרים ומלומדים. לא כאן המקום להאריך, ואציין דוגמה אחת בלבד. כבר נפסק לא אחת, מפיהם של מספר שופטים בבית-משפט זה, כי מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות – כגון המושגים: צדק, תום-לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה, המצויים במערכת המשפטית בישראל – צריך שיחפרשו על-פי השקפות היסוד, המורששות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי (ע"א 566/77, בעמ' 150 ופסקי הדין המובאים שם; ע"א 148/77, בעמ' 631 ופסקי דין המצוינים שם; ע"פ 89/78, בעמ' 155). מושגים ערכיים אלה, שפרט לכינוים אינם מפנים לחוכן טובטאנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת חוכן בהם היא בבחינת מילוי "שטח ריק", במיוחד לאור האמור בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט הנ"ל, שמפנה במקורו לעקרונות ערכיים אלה; אשר על-כן, דרך הפרשנות האמורה, שנקרטה בידי שופטים אלה, הריהי מעתה בבחינת מילוי לאקונוט ולא עניין של פרשנות בלבד, על כל המשמע מכך (על הכלול בלאקונוט ניתן להוסיף דוגמאות נוספות. עיין והשווה: ע"א 86/76, בעמ' 345, 348; ע"א 604/77 המובא להלן. לא כאן המקום להאריך).

כאשר הפנייה אל מערכת משפטית אחרת אינה אלא כאל מקור של השראה בלבד, ועל בית המשפט לבור דרכו מנין תבוא לו השראה זו, ייוקק הוא, בראש וראשונה, לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשי וראשון במעלה, למען הגחתו בפחרונה של הבעיה העומדת לפניו. על מעמדו זה של המשפט העברי כמקור השראה ראשון בין השווים עמדתי לא אחת, ולאחרונה בפסק-דיני בערעוד שבעניין שלפנינו (ע"א 546/78 הנ"ל). ושני נימוקים עיקדיים לכך. הנימוק האחד – משום שכך מתחייב מן העובדה, שהן בדברי ההסבר להצעות החוקים והן בדינייה של הכנסת בשלבים השונים לקראת קבלתם בכנסת מודגש וחוזר ומודגש, כי מערכת המשפט העכרי שימשה, בין מערכות משפטיות אחרות, מקור ראשי לעקרונות אותם חוקים, וכי תשומת לב מיוחדת הוקדשה לקליטת עקרונות המשפט העברי לחוק בישראל (ראה, דרך משל, ע"א 604/77, בעמ' 97; ע"א 148/77, בעמ' 632–633; ע"א 311/78 ועוד); ודוגמה מובהקת לכך משמש תוק השבת אבידה, הנדון בסוגיה שלפנינו (ראה: ע"א 546/78 הנ"ל). והרי מורעת היא זאת, שהמשפט העברי

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

שימש כעבר והנו כיום "חלק מנכסי צאן ברזל של תרבות [האומה היהודית]... חוקם הלאומי של היהודים" (מרבני הנשיא אגרנט בע"א 191/51, כעמ' 177); הרעת נותנת אפוא, שההשראה לפרשנותה של מערכת משפטה של המדינה היהודית חכוא, כראש וכראשונה, ממערכת משפטה הלאומית, שהיא היא רקעה התרבותי-משפטי, בשם שנימוק זה גופו שימש למציעי החוק כמדינת ישראל ולמנסחיו לראות במשפט העברי מקור ראשי לכיסוס חוקי כנסת ישראל (ראה: ע"א 604/77 וע"א 148/77 הנ"ל). ונימוק זה מקבל עתה משמעות מיוחדת לאור ההוראה שבסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, בו רנו לעיל, שעניינו, אמנם, במקרה של לאקונה בחוק, אך הימנו משתמע כמרומו, איווהי המערכת המשפטית הרצויה והמוערפת בעיני המחוקק, גם במקרה שזו משמשת כמקור השראה כלכר. והנימוק האחר אף הוא חשיכותו מרובה וגדולה. כירוע, לחקיקה הישראלית לא קרמה כמעט תורת משפט ישראלית, שאליה יכול השופט לפנות, כאשר מבקש הוא לעמוד על טיבם ומשמעותם של מושגי יסוד משפטיים, הפזורים כרחבי החקיקה, כאשר נדרש הוא לישב בין סעיפים שונים, המכחישים זה את זה וכיוצא באלה. אחד התפקידים הגדולים, המוטלים על בית המשפט, תוך כרי פסיקתו כמעשים שבכל יום, הוא יצירתה ופיתוחה של תורת משפט זו. הענקת מעמד בכורה למערכת המשפט העברי כמקור להשראה פרשנית של המשפט הישראלי – כטרם פנייה, כשעת הספק, בעניין פלוגי למערכת משפטית אחת ובעניין פלמוני למערכת משפטית אחרת – יש בה כרי ליצור תשתית אחידה וכדי לפתח תורת משפט עשירה והומוגנית למערכת המשפטית הישראלית. מסכים אני, עם כל הכבוד, עם הדברים שנאמרו מפי הנשיא לנדוי:

המשפט הישראלי החילוני הוא משפט ללא שרשים היסטוריים משלו, כחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרכבים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו...

זו הכעיה הגדולה של המשפט הישראלי המוררני, ורכים מאתנו – אף מן החילוניים שבינינו – כואכים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומי לכין דרישוחיה של חברה מודרנית כשלנו (מ' לנדוי, "הלכה ושקול רעת בעשיית משפט" משפטים א (חשכ"ט) 292, 305).

הפנייה למערכת המשפט העברי כמקור השראה ראשי וראשון כמעלה לפרשנותו של המשפט הישראלי, כאשר פנייה זו נעשית בעיון הראוי והזהירות הדרושה, לפי צורכי השעה ועניינו של החוק, תעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו, ותפתח סינתזה זו שבין מערכת המשפט העברית לבין מערכת משפטה של המדינה היהודית (וראה עוד: מ' אלון, המשפט העברי, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, מהדורה 2, כרך א [תשל"ח] 116 ואילך).

ומעתה נחזור לעניין שלפנינו. כפי שעמרתי על כך בפסקי-דיןי שכערעור, דרכו של חכרי הנכבד, השופט ברק, בפירוש סעיף 3 של חוק השכת אכידה

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

אינה נראית לי. על-פי פירושו, הרי האמור בסעיף 3 הוא בללו של החוק, ואילו האמור בסעיף 2 הוא יוצא מן הכלל, ונראה לי, כי מסקנה זו אינה מתיישבת עם פשוטו של החוק. לדעתי, פירוש זה אף אינו תואם את מגמת החוק. אין הוא מקדם את מטרתו המוצהרת ליעל ולהבטיח השבת האכיזה לבעליה, והמסקנה, העולה מפירוש זה, שכעבור ארבעה חודשים, משלא נמצאו הבעלים, עוברת האכיזה לבעלותו של הבנק ולא ניתנת למוצא הישד, אינה עומדת במבחן החבונה והצדק, כפי שכך הדגישו בע"א 546/78 הנ"ל גם חברי הנכבדים, הנשיא לנרדי והשופט ברק. והרי גם זהו כלל בדרכי הפרשנות, שהחוק צריך הוא שיתפרש, כל עוד שהדבר אינו נוגד את לשונו המפורשת, באופן שהמסקנה העולה הימנו תהא צודקת וסבירה. ועל כל אלה עמתי במפורט בפסק-דיני שבערעור. אך גם לולא כל אלה, וגם לולא העובדה, שרוב השיטות המשפטיות הירועות לי חולקות על דרך פתרונו של חברי בבעיה שלפנינו (כפי שעמתי על כך בפסק-דיני האמור), הרי מאחר שאין פירושו של סעיף 3 מוכרע מחוכו ומחוכו של החוק גופו, והאמור בו מתפרש לכאן ולכאן, מן הראוי ומן הנכון, שבכגון דא נקבל את השראתנו והנתיחתנו לפירושה של סוגיה זו, בראש ובראשונה כפי שמוסדרת היא בריני השבת אבירה שבמשפט העברי, כמבואר בדבריי לעיל. ואין אני בא למסקנה זו, משום שהמונח "רשות" מיוחד הוא במקורות המשפט העברי ולקוח הימנו – אלא משום שלדעתי, כאשר קיים ספק בפרשנותו של החוק, והספק אינו ניתן להכרעה מחוכו ומחוכו, ותרים אנו אחר מקור השראה לפרשנותנו ולפתרון הבעיה שלפנינו, עלינו לפנות בראש ובראשונה למערכת המשפט העברי ולמצוא בהוראותיה ובתוכנה דרך פתרון של בעיה זו, ובלבד – כפי שהדגשתי זאת בדבריי – שפתרון זה אינו עומד בניגוד לאמור בחוק, ושאינו בו משום עידוב מין בשאינו מינו. לדעת חברי הנכבדים, השופט ברק והנשיא לנרדי, הנחות היסוד של המשפט העברי בסוגיה זו שלפנינו שונות ממגמת היסוד שבחוק השבת אבירה, באשד המשפט העברי דן מיהו הבעלים על האכיזה, והמחוקק הישראלי עניינו בשאלה, מי ישמור עליה ויזכה בה. עם כל הכבוד הראוי, קשה עלי הבנתה של טענה זו. הרי שוני זה, שחבריי מצביעים עליו, נוצר כתוצאה מדרך פירושם את סעיף 3 של החוק, היינו, שהשיקול, המונח ביסודו של סעיף זה, הוא – כשיקול, שעליו עמדו מלומדי משפט אמריקאיים, המצוטטים על-ידי חברי הנכבד השופט ברק – איזו היא הכחובת הסבירה, אליה יפנה בעל האכיזה, החוזר על אבירתו. כאמור בחוות-דעתי שבערעור, אין אני רואה כך לא את מגמתו ולא את פירושו של סעיף 3, אלא בא הוא לקבוע, שבמקרה שאכיזה נמצאה ברשות שהיא בשליטתו של אדם אחר, אזי חזקתו של בעל הרשות באכיזה קודמת לחזקתו של המוצא, ומחוך כך וכאי בעל הרשות לקבל את האכיזה, במקרה שלא נתגלו בעליה. וסעיף 7(א) שבחוק השבת אבירה, שהימנו למד חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, אין בו, לדעתי, כדי לאלפנו לעניין שלפנינו, שהרי בסעיף זה מדובר בנכס, שהופקר או הושאר ביודעין ולא נדרש על-ידי בעליו, שעניינו והגיונו שונים מהנושא שלפנינו. המסקנה, אליה הגעתי

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

בהשראתו של המשפט העברי, לא זו בלבד שאינה עומדת בניגוד לאמור בחוק השבת אבירה, אלא משתלבת היא היטב בחוכנו ובמגמתו של חוק זה, ששאב מלוא חופניו מדיני המשפט העברי, ומן הראוי, לדעתי, לילך לפיהם. ועל אשר הארכתי קמעא בפרשת הדברים שבסוגיה שלפנינו, שני טעמים עמדי: הטעם האחד, משום שעד עתה לא באה לידי דוגמה יותר טובה ויותר נאה להבהרת הדרך, בה מן הראוי לילך, לדעתי, בפרשנותה של התקיקה הישראלית; והטעם האחר, משום דברי ר' יהודה, שנאמרו בתוספתא עדיות א, ד, מהדורת צוקרמנרל, עמ' 455: "ר' יהודה אומר: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן" (וראה עוד: משנה עדיות א, ה: ולמה מזכירין וכו', ועיין היטב בפירוש הראב"ד, משנה עדיות א, ה; והר"ש משאנץ, משנה עדיות א, ה ודו"ק).

אשר על כל אלה דעתי היא, כי יש לבטל את פסק-דינו הקודם של בית-משפט זה ולדחות את הערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי.

השופט ש' לוי: 1. בשתי השאלות, שעליהן נסב דיון נוסף זה, דהיינו, אם נחשכו הבנק כמוצא, אף כי לא קיבל פיזית את האבירה לידו, ומה פירוש המלים "ברשותו של אדם אחר" בסעיף 3 לחוק השבת אבירה, סומך אני בשתי ידיים על מסקנותיו של חברי הנכבד, השופט ברק, בדיון המקורי, על הנמקותיהן. גם לידי יש לפרש את המלים האמורות לפי מטרת החקיקה, ואין ספק בלבי, שחדר כספות של בנק הוא, לענין סעיף 3 האמור, ברשותו של הבנק, שהוא הכתובת הטבעית, שאליה היה הבעלים עשוי לפנות כדי לאתר את אבירתו.

גם דעתי היא, שיש לקיים את פסק הדין, שניתן על-ידי שופטי הרוב בע"א 546/78.

השופט ברק: עיינתי עיין היטב בפסק-דיני בע"א 546/78, אך לא מצאתי, כי יש מקום לכך כי אחזור בי מהדעות, שהבעתי באותו פסק-דין. בכך הייתי חותם את דבריי בדיון נוסף זה, לולא בא חברי הנכבד, השופט אלון, והרחיב את היריעה באשר למעמדו ולמקומו של המשפט העברי בפסיקתו של בית המשפט. כלשעצמי נראה לי, כי עניין זה אינו דורש כלל הכרעה בענין שלפנינו, ועל-כן אין בכוננתי להרחיב את הדיבור בו הפעם. עם זאת, כרצוני לרשום כבר עתה שתי "הערות אזהרה" בעניינים, בהם חולק אני על דעת חברי הנכבד: ראשית, מקום שרבר חקיקה ישראלי נוקק למונחי יסוד כגון "צדק", "תום לב", "תקנת הציבור" וכיוצא בהם מושגים "עדכיים", תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה, על-פי מטרתו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני "שטח ריק" (לאקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה, החלה בעניין. על-כן איני רואה כל אפשרות להיזקק בעניין זה להוראות חוק יסודות המשפט, שעניינם מילוי חלל בלבד. שנית, מקום שרבר חקיקה

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

דורש פירוש, ומלאכת הפירוש קשה על השופט, אין לומר כלל ועיקר, כי ההשראה הפרשנית חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי, המהווים מקור ראשי וראשון במעלה. תהא זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי כמקור לפרשנות דברי חז"ל. את דבר החקיקה צריך לפרש מתוכו, לשם הגשמת מטרת החקיקה על רקע מציאות החיים שלנו. מקום שדבר חקיקה פלוני הושפע משיטה זרה, ניתן לפנות לשיטה זו כדי לקבל השראה פרשנית, שיש בה כדי להרחיב את האופציות הפרשניות. אך לעולם אין לומר, כי שיטה פלונית, ותהא יקרה לנו כאשר תהא, עומדת מעל לשיטות אחרות, ולה זכות בכורה בהשראה הפרשנית. כפי שציין פרופ' י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית", משפטים יא (תשמ"א) 41, בעמ' 61:

כל עוד נשמר הכלל, שהפרשן היורד לנבכי המשפט ההשוואתי עושה כן שלא מתוך הרכנת ראש למקורות שאותם הוא בודק, אלא מתוך גישה ביקורתית ומתוך תחושת חירות לאמץ או לדחות, ככל שייראה לטוב מלפניו, אין תועלת רבה בעינינו לקביעת סדר עדיפויות בין שיטות המשפט השונות שבהן ייעזר הפרשן.

לדעת, לא רק שאין תועלת במתן עדיפות למשפט העברי, אלא שהדבר נוגד את עצם מלאכת הפרשנות. על-כן אינה מקובלת עלי גישתו של חברי הנכבד, השופט אלון, הגורס, כי את הביטוי "תום לב" אשר בסעיף 39 לחוק החחים (תלשן כללי), תשל"ג-1973 יש לפרש על-פי משמעותו במשפט העברי. את המושג "תום לב" בחוק החוזים (חלק כללי) יש לפרש על-פי הקשרו בתוך זה. על-כן פירושו של ביטוי זה בחוק החוזים (תלשן כללי) אינו שונה מפירושו בחוק המכר, תשכ"ח-1968, או בפקודת השטרות [נוסח חדש] (ראה: בג"צ 59/80). רק בדרך זו ניצור לעצמנו, תוך "מאבק למשפט" יסודי ועקבי, שיטת משפט ותורת משפט ומושגי יסוד, שיתאימו לצרכים המודרניים של מדינתנו. אין אני בא לטעון, כי מלאכה זו יש לעשותה מבראשית, וכי אסור לנו לשאוב מחכמת הדורות. נהפוך הוא: עלינו לבנות את בניינו שלנו על יסוד גיסיון העבר שהצטבר. איננו מתחילים הכול מחדש, ומן התכונה הוא, שנשאב השראה מהחכמה האוניברסלית בכלל ומחכמתנו שלנו, העברית, בפרט. חלילה לנו לעצום עינינו מנכסי תרבות ומשפט כלליים, ועל אחת כמה וכמה חלילה לנו לעצום עינינו מנכסי תרבותנו שלנו. כל שבא אני לומר הוא, כי אין זה נכון מבחינה פורמאלית, ואין זה רצוי מבחינה מהותית, להעמיד את המשפט העברי כמקור פרשני, אליו חייב השופט לפנות, במקום שהוא מתקשה בפירוש החוק. הפניה שכזו, בלא הוראה מפורשת בחוק, אינה עולה בקנה אחד עם מהות הפרשנות, הבאה לפרש מלים וללמוד על כוונה ומטרה מתוך החוק עצמו, על רקע חקיקה הדומה לו, ושאינה משתלבת כלל בהפניה למקור אחר, יהא ערכו הלאומי והתרבותי רב ככל שיהיה.

הנשיא לנדוי: עיינתי בטענותיו של פרקליט העותר בדיון נוסף זה ולא

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

שוכנעתי, שעלי לסטות מהסכמתי לחוות-דעתו של חברי הנכבד, השופט ברק, בערעור. כן אני מסכים לחוות-דעתו של חברי הנכבד, מ"מ הנשיא.

בחגובה על השגת מר שרשבסקי בפסקה 11 של סיכומי, אעיר, שבתיאור העובדות בדבריי בערעור לא נעלמו מעיניי ממצאיו של בית המשפט המחוזי, ולא באחי לסתור ממצאים אלה.

בשל המחלוקת, אשר נתגלעה בין חבריי, מ"מ הנשיא והשופט ברק, מזה, וחברי השופט אלון מזה, על דרכי הפרשנות של החוק הישראלי הנדון לפנינו, אני רואה עצמי נאלץ להוסיף כמה מלים משלי, אם כי דעתי היא, עדיין, כמו בערעור, שעליו נסב הדיון הנוסף הזה, שכנסיבות העניין, כפי שאני רואה אותן, זו מחלוקת "לשם שמים", שאינה צריכה לעניין. אבל כדי ששתיקתי לא תיחשב לי כ"הוראה", אומר על נושא נכבד זה, שלדעתי אין לקבוע מסמדות בדבר ולאמץ לנו עיקרון של פרשנות, שיש לפנות בראש ובראשונה למקורות המשפט העברי כדי להחיר ספק, המתעורר ביחס לפירוש הנכון של דבר חקיקה ישראלי. בעצם הרעיון של חיוב הפרשן לפנות למקור זה דווקא ולא לאחר כדי לקבל השראה בלבד, השייכת לתחום מחשבתו העצמאית של הפרשן – אני רואה תרתי דסתרי, בין שזו חובה מוחלטת וכיין שזו חובה, שעליו לקיימה "בראש וראשונה". בחוק יסודות המשפט נתן המחוקק הישראלי את דעתו על סוגיית הזיקה אל המשפט העברי: הוא נמנע מלהזכירו בשמו המפורש, ותחת זאת בחר במושג, שהיה עד כה בלתי מוגדר מבחינתו המשפטית: "מורשת ישראל", שאותו עצמו יש, עדיין, למלא תוכן של ממש בדרך הפרשנות – והמלאכה לא תהיה קלה. וגם זאת ציווה לנו המחוקק, רק כאשר אין למצוא תשובה בדבר חקיקה, בהלכה או בדרך היקש, כלומר כאשר קיים "שטח ריק" (לאקונה) בחוק החרות, כפי שהיטיב חברי השופט אלון להסביר. שמע מינה, שכאשר אין לפנינו שטח ריק – והוא המקרה שלפנינו – לא אבה המחוקק לכבול את ידינו במלאכת הפרשנות. ואף לא בדרך ההפניה אל מורשת ישראל, דרך, שאין לה, לעניין זה, אחיזה בחוק החדות.

במאמרי על "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" שפורסם בשעתו דיברתי על הסינתזה הרצויה, שטרם הושגה, בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו. אין אני סבור, שסינתזה זו תושג על-ידי הכנסת דרישותיה של חברתנו אל תוך מסגרתה הקבועה של שיטת המשפט העברי, שהנה, על-פי גישתה העקרונית, שיטת משפט, התוכעת מן האדם הכרה מלאה ללא סייג. נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירים של המשפט העברי, המגלם את חכמת החיים של קרמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הרור הזה, לפי צורכי זמננו, ללא קביעת סרר קדימה למקורות השראתנו וללא הטלת "חובת הראיה" על הפרשן, שעליו יהיה להראות, בכל מקרה, מדוע אין הוא מוכן להיזקק למשפט העברי לצורך פדשנותו בסוגיה זו או אחרת.

גם בעיניי המקרה שלפנינו יוכיח – אך לאו דווקא בכיוון, הנראה לחברי הנכבד. כבר הערתי על כך ברבריי בערעור, שכאן לא נוכל לשאוב השראה

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקנות

והדרכה לצורך פרשנותו של מעשה חקיקה ישראלי מקורי, כי הנחות היסוד של המשפט העברי שונות ממגמת המחוקק הישראלי, למשל, בשימת הדגש על חזקות (פרסומפציות) עובדתיות, על-פי שיטה קאזואיסטית, להוכחת זכות הקניין של שולחני או של בעל החצר המשחמרת, שיטה, שממנה התרחקה התחיקה שלנו.
אני מסכים, שיש לקיים את פסק-דין הרוב, שניתן בערעור.

ד"ר 40/80

קניג נ' כהן

פ"ד לו(3) 701, 725-726, 742-743

בבית-המשפט העליון

לפני הנשיא לשעבר לנדוי, והשופטים אלון, ברק, כייסקי, לוי

הדיון הנוסף נסב על השאלה, אם פתקים, שנכתבו בכתב-ידה של המנוחה לפני התאבדותה, ואשר לא כללו תאריך וחתומה של המנוחה, יכולים להיחשב כצוואתה, השאלה המרכזית שנדונה לצורך כך היא, אם העדר החתימה והתאריך יכול לשמש "פגם" הניתן לריפוי בהתאם לסעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

השופט ברק: 20. חברי הנכבד, השופט אלון, מצייני, כי לאור הודאות חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, מצוים אנו לפנות למשפט העברי לשם פידוש הוראת סעיף 23 לחוק הירושה. לאור גישתי העקרונית, מבקש אני להימנע מכל דיון בסוגיה זו. די לי כי אפנה לדברים שאמרחי בד"נ 13/80 בעמ' 787, לפיהם חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, דהיינו, יצירת דין חדש, מקום שהדין הקיים שותק, ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי, ואילו אנו עניין לנו בפירוש נורמה משפטית, דהיינו, בגבולותיה של הוראה, הנוחנת תשובה לשאלה, ועל-כן אין כל תחולה לחוק יסודות המשפט. ואשר לפירוש הוראת החוק לאור המשפט העברי, ממנו נלקחה, די לי לחזור ולציין, כי המחוקק הישראלי קלט מהמשפט העברי רעיון ולא דין. הרעיון הפך לראשונה חוק על-ידי המחוקק הישראלי, בלא שזה קלט משפט עברי. על-כן אין אנו צריכים למצוא בדין הישראלי הודאה השוללת או שאינה מתיישבת עם המשפט העברי, כרי שזה האחרון לא יחול. המשפט העברי לא תל, משום שהוא לא נקלט. יחד עם זאת, ראוי ורצוי לו למשפט העברי, אשר בהשדאתו נחקקה הוראת תוק, כי יהווה מקור להשראה פרשנית, כלומר, להרחכת האופק ושדה הראייה הפרשניים ולהרחקתם, וככך ליצירת עומק נוסף ליצירה הפרשנית. אך ההכרעה בין האפשרויות השונות היא הכרעה שלנו, כלא כבלים משפטיים חיצוניים ובלא בכורה או דאשוניות לשיטה אחרת, תהא יקרה לנו ככל שתהא.

מאמרו קצתם נאמרו' והנחתו עליו ועל כל המאמרים הנ"ל. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה.

משרד הבריאות, תל אביב-יפו

220-219' 612-077 (1) 917' 1216

גז'ר' 1, גז'ר' 1

1554/84 (א.א.) א.א.

לפיכך, מן הראוי להעביר את המאמרים הנ"ל לרשות הרפואה ופסיכיאטריה, שבהם יוכלו אנשי הרפואה ופסיכיאטרים להשתמש בהם לצורך לימודם ומחקרם. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה. המאמרים הנ"ל הם מאמרים שכתבו אנשי רפואה ופסיכיאטרים, ויש להם ידע רב בתחום זה.

משרד הבריאות, תל אביב-יפו

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקנות

השופט מצא: הטעם המהותי, לרתיית הודאת הנחבעת מס' 1, נובע מן התזקות הידועות של המשפט העברי, שעל-פיהן מנועים ההורים להטיל פסול של ממזר בילרם: תזקת "רוב בעילות אתר הבעל", לגבי האם, ותזקת "יכיר" לגבי האב (דאה: ב"צ שרשבסקי, "ריני משפחה", בעמ' 457-464; וע"א 287/78 לרד נ' קודגר ואח' דברי כבוד השופט (לימים מ"מ הנשיא) ח' כהן, בעמ' 298). תזקות אלו, מן הראוי לציין, מהוות חלק מן הדין העברי המהותי; הן יתקות את כותן ואת חיותן מניסיון החיים ומתוכמת החיים ומסייעות ביישום עקרונות טובים ונכונים של מדיניות משפטית נאורה. התזקות גם אינן ניתנות, באופן מעשי, לסתירה או להפרכה (כך, לפחות, ברובם המכריע של המקרים), ולכן ניתן להתייחס אליהן כאל תזקות חלוטות, שיסודן ברין. 7. לפנים, ראוי להזכיר, לא היתה ההסתמכות על תזקות המשפט העברי, בנושא זה, נקייה מקשיים; אלא שלאחרונה, כך רומני, נפרצה ררך המאפשרת הסתמכות זאת. מוצא אני טעם להקדיש להתפתחות הזאת דברים קצרים. בשעתו נפסק, כי ענייני אבהות אינם נמנים עם ענייני המעמד האישי, כמשמעם בסימן 51 לדבר המלך במועצתו, 1922 (ראה: בג"צ 283/72 בוארון נ' ביה"ד הרבני; וע"א 620/74, בעמ' 220). ככל שפטיקה זו עוררה ביקורת (ראה: ב"צ שרשבסקי, "ריני משפחה", הנ"ל, בעמ' 445 והערה 2 שם), היא הגבילה את האפשרות להיזקק, בענייני אבהות, לדין האישי של בעלי הדין, לפי סימן 47 לדבר המלך הנ"ל. ניסיון מעניין לאבתן פטיקה זו, כדרך שתאפשר הסתמכות על חוקת המשפט העברי, במקרה רומה לעניינו, עשה בשעתו כבוד השופט שינבריס בחמ"א (ת"א) 58/71 יחזקאל מלמר נ' חניתה מלמר, 256. הוא הביע שם את הרעה, שאף אם עניין של קביעת אבהות איננו מענייני המעמד האישי, הרי טענה לשלילת אבהות (של המותזק כאב), כשהיא מתעוררת ביחס לילד אשר נולד לאישה נשואה, נכנסת לגדר ענייני המעמד האישי, בשל שאלת הלגיטימציה של הוולד, המתעוררת בעטייה. לאחרונה הוסיף כבוד השופט שינבריס ארגומנט חדש וכבר-משקל לפסיקתו האמורה, שבו דואה אני, בכל הכבוד, משום פריצת הדרך להסתמכות על תזקותיו של המשפט העברי בנרון. כוונתי לדבריו בחמ"א (ת"א) 114/85 (טרם פודסם), וזה לשונו:

עתה, לאחר קבלת חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ניתן לקבוע, כי אם אין לראות בסימן 51 ככולל את ענייני האבהות מן הנשואה, יש לאקונה בדין הישראלי: אין למצוא תשובה לשאלה (בהנחה שאינו עניין מהמעמד האישי), מה דינו הלכאורי של ילד שנולד לנשואה, לא בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה, או בדרך של היקש. מכיין שכך, יש לפנות לעקרונות התירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל
2. הצורך בבחינת שאלות יסוד גם על-פי המשפט העברי

ע"פ 17/59
מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה
פ"ד יד 1882, 1893

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 458.

3. יש לפנות למשפט העברי כמקור פרשנות
כשיש הוראה של עצמאות החוק
וכשהמשפט העברי שימש מקור לחקיקה

ע"א 368/77
זיקית, מפעלי צביעה, הרפסה ואשפרה בע"מ
נ' סריגי אלדיט בע"מ
פ"ד לב(3) 487, 493

הובא בשער השמיני, דיני עבודה, עמ' 691.

ע"א 604/77
מוברמן נ' סגל
פ"ד לב(3) 85, 97

ככיתחמשפט העליון בשבתו ככיתחמשפט לערעורים אורחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדוי), והשופטים רותקון, אלון

בין המערער, נכדו ומנהל עזבונו של המנוח, ובין המשיבה, נהנית על-פי צוואת המנוח, נערך
הסכם שבו הסכימה המשיבה לוותר על זכותה לפי הצוואה תמורת השלום חדשי קבוע. הדין
בערעור נסב על חקפו ופירושו של הסכם זה.

השופט אלון: 23. סמוכין לכך מוצא אני בדיני ניהול העזבון שבמשפט
העברי: וכדאי הוא חוק הירושה, שעל עצמאותו ואי-כפיפותו לסימן 46 לדבר
המלך במועצתו הוכרו בסעיף 150 שבו, שיחפרש בראש ובראשונה על-פי

פתרון בעיות משפטיות ומילוי לאקונות

מקורות המשפט העברי, כאשר אין לכך הוראה מנוגדת בחוק עצמו. שהרי כך העידו על עצמם מחברי הצעת חוק הירושה, שמבוסס הוא, בין היתר "על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו... במשפט העברי ראינו מקור ראשי, אך לא מקור מחייב או יחידי... לגופם של הדינים שאפנו להסמיך את הצעתנו ככל האפשר למשפט העברי" (מחוך דברי ההקדמה להצעת חוק הירושה, משרד המשפטים, תמוז תשי"ב – יולי 1952, עמ' 6-7).

פרק שני
פרשנות מונחים ומושגים

1. פירוש מושגי יסוד ועקרונות מוסר ותרבות
בראש ובראשונה על-פי המשפט העברי

ע"א 337/62
ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'
פ"ד יז 1009, 1025-1026

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ברנזון, ויחקון, כהן

המערער והמשיבה הכירו זה את זו בשנת 1957 וזמן קצר לאחר מכן הסכימו כיניהם להינשא, לאחר שיצליח המערער להתגרש מאשתו שלא חי אתה בשלום. שני הצדדים היו כנים בכוונתם להינשא זה לזו וכאשר המערער החליט בשנת 1958 לקנות דירה ולרשמה על שם המשיבה, ראו שניהם כדירה זו את מעונם המשותף לאחר שהמערער יצליח לפטור את אשתו כגט. הדירה נרכשה ככספי המערער וזכות חכירה לדירה נרשמה על שם המשיבה יחד עם 410 מניית רנילות בחברה בשם חבצלת יודפת בע"מ אשר על שמה רשום הבית כולו. כשלושה חודשים חיו שני בעלי-הדין חיי איש ואשה, אם כי המערער היה באותה תקופה עדיין נשוי והתגורר בדירתו הקודמת. לאחר שבאוגוסט 1958 נעלה המשיבה את דלת הדירה לפני המערער, הגיש המערער חביעה לבית-המשפט המחוזי, בה דרש פסק-דין הצהרתי שהדירה הנדונה שייכת לו, ומתן צו רישומה על שמו, וכן מתן צו סילוק-יד המשיבה מהדירה והחזרת הריהוט, כלי בית, חפצים שונים וסכומים שנתן למחייתה. המשיבה לא חשבה מעולם שהדירה האמורה היא רכושה, ודאחה כרישומה על שמה הבעת אמון והוקרה מצד המערער ואף אמרה, לפני רישום הדירה על שמה ולאחר מכן, כשכבר התברר לצדדים שלא יינשאו זה לזו, כי היא תחזיר את הדירה למערער אם הגישוואין לא ייצאו לפועל. הגנת המשיבה היתה שתביעת המערער צריכה להיכשל כאשר היא מושחתת על הסכם הפוגע במוסר הציבורי ובסדר הכללי, כאמור בסעיף 64(1) לחוק הפרוצדורה האזרחית, העתמאני. הפגיעה קיימת, כביכול, בהתקשרות לחיי אישות מיריים ולנישואין עתידיים עם אשה אחרת, בעוד שהנישואין עם אשתו החוקית שרירים וקיימים. טענתה זו של המשיבה נתקבלה על דעת בית-המשפט המחוזי ומאחר שהוא ראה בהסכם שבין בעלי-הדין חוזה בלתי חוקי, סירב להיזקק לתביעה הנובעת מהפרתו ודחה את הערעור. על דחיה זו עירער המערער.

השופט ויחקון: אכן, נשאלת השאלה, אם ההסכם, ששימש יסוד לרישום הנכס על שם המשיבה, היה הסכם בלתי-מוסרי ונוגד לתקנת הציבור, בהיות אחר הצדדים אדם נשוי בשעת עשייתו. על שאלה זו עונה חברי השופט

פרשנות מונחים ומושגים

זילברג: הן, וחברי השופט כהן: לאו, ושניהם כיד בקיאותם הטובה עליהם מביאים ראיות ואסמכתאות מהמשפט העברי. בוויכוח זה בדבר ההלכה אין לי כל חלק, לא רק מכיון שהייתי מהסס להכניס ראשי בין הרים גבוהים, אלא משום שאינני יכול להאמין, כי דעת הקהל משתקפת בדינים והלכות שענינם קידושין-על-תנאי, חליצה וגיוור. לא בדינים אלה ימצא ציבורנו, ברובו המכריע, השראה לגבי הבעיה העומדת לפנינו. אם נשאל את האדם שבשוק, את האיש הסביר או – נקרא לזה – את דעת הקהל המתקרמת, מה דעתו בדבר "מוסריות" ההסכם הנדון, נקבל תשובות ונשמע דעות, ולא אתפלא, אם התשובות והדעות תהיינה חלוקות וסותרות, כמות שחלוקות וסותרות הן בשאלה עדינה זו אצל כל העמים ובכל הארצות. הלא בתשובות ודעות אלו תשחקף השקפת עולמו של הנשאל, השכלתו, מזגו ומידותיו, וכל מבנהו הנפשי והשכלי. ואינו דומה המושג של קידושין או קידושין-על-תנאי למושג של הבטחת נישואין המעסיק אותנו כאן. המבטיח נישואין לאשה, במשמעותו המורדנית של המושג, אינו מקדש אותה, ולא הרי תוצאותיהן של הבטחה זו ושל הפרתה כהרי תוצאות הקידושין. לכן, יהא אשר יהיה מקור השראתו של האדם בישראל דהיום בייצור השקפתו על השאלה העומדת לפנינו, נראה לי שלא ברין המצוטט על-ידי חברי השופט כהן ימצא תשובתו.

ע"א 461/62

צים, חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר

פ"ד יז 1319, 1333-1334

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים זילברג, לנרתי, ויתקון

המשיבה עלתה בראה ושלמה על האניה "תיאודור הרצל" שהפליגה מצרפת לישראל. למחרת היום, לאחר אכילת המזון שהוגש לה, הוגישה ברע, החלו הקאות ושלשולים, ואחרי הגיעה ארצה חלתה המשיבה בדלקת קיבה שארכה כ-3 חודשים. פגיעה גופנית זו נגרמה, לכאורה, על ידי המזון המקולקל שקיבלה באניה. בית-המשפט המחוזי הפעיל את הכלל "הדבר מדבר כעד עצמו" ולאחר שהמערערים לא הצליחו לסתור הנחה זו, חייב את המערער מס' 2 (טבח האניה) באחריות ישירה ואת המערער מס' 1 – מכוח אחריות שלוחית, לנוזקים שנגרמו למשיבה עקב רשלנותם בהגשת המזון המקולקל. המערערים הסתמכו בהגנתם על "סעיף הפטור" המופיע בכרטיס הנסיעה. סעיף זה פוטר את החברה המערערת ואת שליחיה מכל אחריות לנוזקים שייגרמו לנוסע בהיותו על האניה, בשל רשלנותם. בית-המשפט קבע, כי "סעיף הפטור" הזה נוגד לכאורה את מבחני הסדר הציבורי של החברה הישראלית ולכן הוא יוצא מתחומו של סעיף 164(1) לחוק הפרוצידורה האזרחית, העתמאני, ולא קיים לגביו חופש ההתקשרות. המערערים חייבו בתשלום פיצויי נזיקין והם עירערו.

השופט זילברג: 12. היהדוח, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות,

פרשנות מונחים ומושגים

ע"א 574/74, 573/74, 572/74

רויטמן, עו"ד, נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'

פ"ד כט(2) 57, 79-78

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 598.

ע"א 682/74

יקותיאל נ' ברגמן

פ"ד כט(2) 757, 764-765

הובא בשער החשעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 745.

ע"א 566/77

דיקר נ' מוך

פ"ד לד(2) 141, 148-151

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים י' כהן, אשר, אלון

לטענת המערער בטלה ההתחייבות להגבלת העיסוק הכלולה בסעיף 22 בחוזה שכינו ובין
המשיבים, להיחתה נוגדת את תקנת הציבור.

השופט י' כהן: 10. קראתי בענין רב את דברי חברי הנכבד, השופט אלון, על
גיבוש הפרשנות של המושג תקנת ציבור שבחוק החוזים, מתוך ייחוד מקום
בראש למסורת המשפט העברי, עקרונותיו, והוראותיו. הצעה על החלפת
הזיקה למשפט האנגלי בזיקה למשפט העברי הועלתה בעבר לא פעם (ראה
מאמר של יצחק שילה "הבו לנו משפט עברי" הפרקליט כד 363). נראה לי,
שיש כוח שכנוע רב בדברי השופט אלון, שמן הראוי ללכת בדרך שאותה הוא
מציע, כשנבוא לצקת תוכן ממשי למושג כוח היולי ובלתי-ניתן להגדרה
כ"תקנת הציבור", זה מכלי לשלול את האפשרות להיעזר במקרה מתאים גם
בתקדימים משיטות משפט אחרות.

יש לדחות את הערעור ואת הערעור שכנגד ולחייב את המערער בהוצאות
המשיבים כערעור בסכום כולל של 3,000 ל"י.

השופט אשר: אחרי שכתבתי את הערתי הנ"ל הגיעה לידי חוות-דעתו של
חברי הנכבד, השופט אלון. אני מסכים, בכל הכבוד, לגישתו הזהירה השוללת
מתן תשובה תיאורטית וכוללנית לשאלה מהי תקנת הציבור לצורך סעיף 30

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ומעדיפה הכרעה עניינית לפי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. אך אינני סבור שכבואו לפסוק במקרה מסויים יהיה על בית-המשפט לשאוב את השראחו ממקור אחד בלבד, ויהיו חשיבותו הלאומית ותקפו המוסרי מה שיהיו. מהי טובת הציבור יקבע בכל מקרה בהתחשב עם התפתחותה החרבותיה, הכלכלית והאידיאולוגית של החברה הנאורה. על השופט לזכור שמה שנראה היה כשיא ההתפתחות בשנים שעברו אינו חייב, בהכרח, להחאים למושגיו של העולם בשנת 1978. לדעתי אין לבטל חוזה מטעמי תקנת ציבור אלא במקרה ברור, כשהנוק לציבור אינו מוטל בספק ממשי וקביעתן אינה מתבססת על אידיוסינקרוזיה של שופטים מספר (מדברי הלורד אטקיין במשפט *Fender v. St. John-Mildmay* (1938) (A.C. 1, at p. 12).

השופט אלון: מסכים אני למסקנה שאליה הגיע חברי הנכבד, השופט י' כהן. 1. הנה כי כן נדרשים אנו לצקת תוכן במושג "תקנת הציבור" המופיע בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אשר זה לשונו: חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.

ההיוקקות לביאור המונח "תקנת הציבור" מצויה לא במעט בפסיקתו של בית-משפט זה. אך החידוש בענין שלפנינו הוא בכך, שמאחר שכריתתו של ההסכם בו אנו הניס אירעה לאחר היכנס חוק החוזים האמור לחקפו, הרי חלות לבגו הוראות חוק זה. חוק זה, כמספר חוקים עקרוניים אחרים שנתקבלו בכנסת בשנים האחרונות, נתברך בסעיף 63 – אשר שמו "עצמאות החוק" מעיד על תכנו – וזה לשונו: "בענינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947". ומאחר שכך, כאמור בפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט י' כהן – "אין אנו רועים יותר בשדות זרים כשטח זה... ובישים לב לעצמאות חוק החוזים, תשל"ג, יהיה עלינו לקבוע את הכללים בענין סוגי החוזים הסותרים את תקנת הציבור, בהתחשב עם התנאים הספציפיים הקיימים בישראל, הן במישור האידיאולוגי של השקפות עולם והן במישור המשק והמשטר הכלכלי".

2. אין צריך לומר, ומן המפורסמות הוא, שקביעת כללים אלה הריהי משימה גדולה וקשה. לא רק משום – כדברי המשל הקדמוני האנגלי – שהמושג "תקנת הציבור" הריהו כסוס פרוע שרוכבו אינו יודע לאן יובילו, אלא משום שכל הגדרה שהיא, אף אם היא לכאורה ברורה ומאוזנת, טומנת היא בחובה גרעין הספק ואי-הוודאות. טול למשל דבריו של השופט שמגר בע"א 614/76, 625/76, המובאים בארוכה בפסק-דינו של חברי השופט י' כהן: "זאת ועוד. אך מובן שהתפיסות כנגון דא (=היינו תפיסות עולם והשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה – מ'א') משתנות עם חלוף העתים, ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה". וכאן ישאל השואל: ומה הן אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה?

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

הציבור' בהפרת הבטחה כלשהי שבדיני ממונות... תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החוזים ולא בהגבלתו; בשמירה על קיום הבטחות והתחייבויות ולא בפתיחת פתח להפרתן. ועד שבית-המשפט יבטל חוזה מפני תקנת הציבור, צריך חוש הצדק והיושר והמוסר החברתי להתקומם מפני ביצועו" (שם, עמ' 765; ולדעתו זו של השופט ח' כהן, היכן ועל-פי מה יש לפרש את המושג תקנת הציבור, הסכים השופט קיסטר – ראה שם, עמ' 769, מול האות ד. ודאה עוד ע"א 572/74 ואח', רייטמן נ' בנק המזרחי, בעמ' 79, שם חודד השופט ח' כהן על קביעתו, כי את המושג תקנת הציבור יש לפרש על-פי עקרונות והוראות המשפט העברי).

והלא דברים קל וחומר. אם כן נתפרש המושג "תקנת ציבור" בהיות הורתו ולידתו בפרוצידורה האזרחית, העותמנית, על אחת כמה וכמה שכך שומה עלינו לפרש את המושג תקנת ציבור כשאביו מולידו הוא חוק החודים של כנסת ישראל. פירוש המושג תקנת הציבור על-פי יסודות ועקרונות המשפט העברי תמלא תוכן של ממש את מגמת עצמאות החוק אשר אנו מצווים עליה מכוח הוראת סעיף 63 של חוק החוזים האמור.

ע"א 148/77

רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ

פ"ד לג' (3) 617, 631-633

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים שמגר, אשר, אלון

חוזה מכירת הדירה הכיל, בענין דגן, תנית פטור על-פיה משמשת קבלת החוקה בדירה "ראיה סופית ומכרעת על מילוי התחייבויות המוכרת על פי חוזה זה". תביעת הקונים לפיצויים בשל הפרת החוזה נדחתה על הסף.

השופט אלון: 7. בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעיין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. שהרי עקרון אוניברסלי כגון זה גילוי הוא, אמנם, במערכות המשפטיות השונות שבימינו אנו, אך שרשיו שתולים הם בערכי יסוד שהונחלו לאנושות במערכות משפט שמימים ימימה. שהרי דרך הדוח שבמשפט מי ידע, ומחלחלת היא בתודעתם של דורות עדי הגיעה עד הלום. ואם במערכות המשפטיות של אומות העולם כך הוא, בוודאי ובוודאי שכך הוא בחוקיה של מדינת ישראל, שהתשתית לעקרונות היסוד שבה מצווים אנו למצוא בראש וראשונה במורשתה הקדומה, שלא כהתה עינה ולא נס ליחה. כשם שנקבע

פרשנות מונחים ומושגים

בבית־משפט זה, מפי השופט זילברג המנוח, לענין עיקרון חקנה הציבור שאף הוא עיקרון משפטי אוניברסלי הוא, כי "יחפדש הוא על-ידינו מתוך השקפות יסוד המושרשות עמוק-עמוק בחודעה היהודית... מתוך השקפות המוסר והחרבות שלנו" (ע"א 461/62, צים נ' מזיאר בעמ' 1332), כך מצווים אנו למרוד באותה מידה עצמה פרשנות העיקרון האוניברסלי של תום לב (והשווה ע"א 566/77 הנ"ל). ויפים הם דבריו של השופט ח' כהן, שאמרם לענין מושג יסוד אחר, הלוא הוא עיקרון עשיית הצדק:

מקום ושעה שלמען עשיית צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסוקה האנגלית והאמריקנית, הרגלחי עצמי לברר תחילה שמא ניתן למצוא בדיני התורה אילן להיתלות בו; לא חלילה שהתקדימים האנגליים מחייבים אותנו כל עוד לא מצאנו לנו תקדים אחר במשפט העברי, ולא שיש במשפט העברי כרי לחייבנו לפסוק על-פיהם; אבל הצדק שאנו חייבים ומשתרלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסר יותר כשהוא מוצא לו סמוכין במסורתנו המשפטית ובחכמת צדקתם של קדמונינו זכרם לטוב (ד"נ 22/73, בן שחר נ' מחלב, בעמ' 98).

ורבדים אלה כותם יפה פי כמה וכמה לענין שלפנינו. עיקרון תום הלב שבסעיף 39 מקודו בחקיקה ישראלית מקדית שבה צוינו על עצמאות החוק בדרך פירושו ויישומו (סעיף 63 לחוק החוזים), וכל עצמו וגופו של המונח "תום לב" מושג עברי מקודי הוא, כפי שבכך עור ידובר להלן. משום כך, לענין פירושו של מושג זה, מצווים אנו לפנות בראש וראשונה למשפט העברי, שממנו פנה וממנו יתר להבנת תכנו ומשמעותו.

8. אוסיף מיד הערה אחת נוספת. חלילה לי מלומר, שאל לנו לעין וללמוד מחכמתם ופסיקתם של חכמי משפט ויושבי על מדין שבמערכות משפטיות אחרות. עיון זה יפה וטוב הוא להרחבת היריעה ולהעמקת הידיעה. אף חכמינו, ברוחב דעתם ובפתיחות לבם, נהגו כך מימים ימימה, ויורשה לי לצטט את אשר כתבתי בנדון במקום אחד:

חכמי ההלכה ידעו את החוק הנוהג בבתי המשפט הכלליים, ולעיתים אף המליצו על קבלת נוהג משפטי זר שנראה להם. פעמים הכירו חכמי ההלכה בתועלת התבדית המיוחדת שבמשפט הזר, ואף לא נרתעו מלשכב את השיפוט אצל הגוים, כשהתנהל בדרך טובה יותר מאשר אצל היהודים (מנחם אלון, המשפט העברי, א. בעמ' 49–50, והערות, שם).

ואם כך הוא בדיון משפטי המתנהל כל כולו על טהרת המשפט העברי, בוודאי שכך הוא משבאים אנו לפרש חוקיה של מדינת ישראל בימינו, שמקור תקפם הוא סמכותה הריבונית של הכנסת לחוקק את שנראה לטוב ולרצוי בעיניה, ושברור שדבר חקיקתה בא לאתר עיון בשיטות משפטיות שונות על רקע הצרכים החברתיים והכלכליים שבימינו. משום כך ודאי הוא שדבר חוק של הכנסת – ובראש וראשונה אוחם חוקים שנלווית להם הוראה בדבר עצמאותם וניחוק "צינור היבוא" של סימן 46 לרבר המלך במועצתו – צריך וחייב הוא להתפרש, כביטוי הקולע של השופט זילברג המנוח, "מתוכו

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

ומתוכנו" (ראה ע"א 74/57, רטנר נ' פלאלום בע"מ, בעמ' 1471; ובן ראה ע"א 83/68, עזבון פינקלשטיין נ' פינקלשטיין). אך כאשר בדרך זו לא תימצא תשובה מספקת לתהיותנו, עלינו להיוקק בראש וראשונה לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשון במעלה, למציאת פהרונה של הבעיה העומדת לפנינו. וכך מעידים עלינו מחברי הצעת חוק הירושה שהיתה הדאשונה בסדרת הצעות חוקים הדנים בענף שלם מתוך המשפט האזרחי (הצעת חוק הירושה, תמוז תשי"ב – יולי 1952, הוצאת משרד המשפטים; הדברים תוזרים ומובאים בדברי ההסבר להצעת חוק ירושה, תשי"ח – 1958, הצעות חוק, תשי"ח, בעמ' 232–233). ברברי ההקרמה מדגישים מתברי ההצעה שעל אף שהצעת חוק הירושה היא רק "קטע של מעשה תקיקה רחב יותר, אנו רואים בתוק זה תכנית לתוקים שיכואו אחריו. קווי היסוד שעליהם מבוסס חוק זה, הם הם שיהיו גם ביסודם של חוקים אזרחיים אחרים" (שם בעמ' 5). ומה הם קווי יסוד אלה? מטרתנו היתה להציע חוק שיוכל להתפרש מתוך עצמו על ידי עיון בהוראותיו ועל סמך מגמותיו הכלליות...

הצעתנו מתבססת:

- (1) על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ בעת.
 - (2) על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהשיך בו.
 - (3) על חוקים של ארצות זרות, במערב ובמזרח, שמהן מתקבצים בני עמנו על מנת להתמוזג כאן לציבור אחר.
- כלפי החוק הקיים הרגשנו את עצמנו חפשיים לאמצו או לדחותו... המשפט העברי ראינו מקור ראשי, אך לא מקור מחייב או יחיד... אשר לתוקים של עמים אחרים, סבורים אנו שגם הנסיון המעשי וגם הביסוס המדעי הגלומים בהם, צריכים לשמש לנו מקור עזר של הארה והדרכה (ההרגשות שלי – מ'א')... (שם, בעמ' 6–7).
- הוא אשר אמרנו, וזוהי ההיררכיה בדרגות פרשנותה של החקיקה הישראלית העצמאית בכלל, ובעקרונות יסוד שבה – כגון מושגים של צדק, תקנת הציבור ותום לב – בפרט.

ואם יאמר האומר, נימוקים פרוזאיים ומעשיים טהורים, שהגישה למקורות המשפט העברי אינה כה נוחה וקלה, אף אחה אמור לו: ראשית – "לא בשמים היא... ולא מעבר לים היא... כי קרוב אליך הרבר מאד, בפיך ובלבבך לעשותה" (דברים ל, יב–יד), ותורה היא ולימוד היא צריכה. והולכים ורבים כותבי ספרים ומחברי מאמרים המעירים לריני המשפט העברי ומאירים את נתיבותיו. ושנית – וכי ההיזקקות לפסיקתם של בתי המשפט בגרמניה וביבשת האירופית – שבהם, כך נטען, הורתו של סעיף 39 שבענינו – קלה הימנה?

שער ראשון: המשפט העברי כמדינת ישראל

המקור המשפטי הראשון למונחים העבריים הנ"ל הוא במשנה בכמה מקומות, ביניהם משנה בכורות נא ע"ב: –
הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב... ואינו נוטל בשבח, ולא בראוי ככמוחזק.
(עיי"ש במשנה ובגמרא עד סוף הסוגיא).
והטעם הוא, כפי שמפרש התלמוד שם, בדף נב ע"א, מפני שכתוב בתורה (דברים כא, יז): "לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו". זאת אומרת: "ימצא לו, לאב, בחייו".

ובמסכת בבא בתרא קכה ע"ב, אנו קוראים: –
אמר רב פפא: הילכתא אין הבעל וכו', ואין הבכור נוטל פי שנים בראוי ככמוחזק, ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה, בין שגבו (הירושין) קרקע בין שגבו מעות וכו'.
ועל כך אומר הרשב"ם שם, ד"ה ואין: –

ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה... בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, דלאו האי קרקע ולאו הני מעות שכך להון אכוהון, והוי ליה ראוי וכו'*.
וזה לשון הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק ג, הלכה א: –
אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבוא לאחד מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקין לאביו, שבאו לרשותו, שנאמר: בכל אשר ימצא לו...

השופט חשין: אני מסכים עם חברי הנכבד השופט זילברג, כי יש לקבל את הערעור, ומטעמו. משנתו סדורה ומסקנותיו אינן צריכות חיזוק, ולא להוסיף על דבריו באתי, אלא – בכל הכבוד – לגרוע מהם. ולא מדבריו לגוף הענין, אלא בעקרונות כלליים.

2. הדרך בה הלך השופט זילברג לבקש פתרון לבעיה שנתעוררה כאן – ודרך זו נכבדה היא לאין ערוך – עשויה לשמש פתיחה לפרק חשוב, ארוך ומטוב, בהלכות הפרשנות של חוקים עבריים מקוריים אשר הותקו למיום הכרות עצמאותנו, ויחוקן בעתיד, על ידי הסמכות המחוקקת של המדינה. בירוע, שראשיתו של כל חוק בבית המחוקקים. שם הוא נולד, שם הוא מקבל צורה ותוכן, ושם נופחים בו נשמת חיים ומוציאים אוהו לאויר העולם. אולם במקום בו נשלמת מלאכת החקיקה שם מתחילה מלאכת הפרשנות. בתקופת המנדט בארצנו לא היתה מלאכה זו נתקלת בקושי מיוחד, ואפילו לגבי השופט היהודי שקרא את החוק בתרגומו העברי וכתב את דבריו עברית, משום שהשפה האנגלית שלטה אז כגבירה, ושתי השפות האחרות – העברית והערבית – שימשו לה שפות עזר בלבד, והחוק קבע בפירושו, כי "במקרה של סתירה... בין הנוסח האנגלי של חיקוק... ובין הנוסחים הערבי או העברי... יכריע הנוסח האנגלי" (סעיף 34 לפקודת הפירושים, מס' 9 לשנת 1945). קביעה זו, בצירוף העקרון שהונח ביסודו של הסימן 46 לדבר-המלך-במועצה, 1922. פתחו לפני המפרש פתח רחב אל היודיקטורה האנגלית העשירה, והוא יכול היה לשאוב ממנה חומר משפטי מלוא-דליו בכל הנוגע לפירושי מלים

*...שלא קרקע זו ולא מעות אלו הנית להם אביהם והן בחינת "ראוי".

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

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 רתב עד כדי כך, שהוא כולל בתוכו את הרעיון המשפטי אשר המחוקק ביקש לתת לו ביטוי, ברקע החדש, כמונח אשר "שאל" מאותו מקור.

השופט שרשבסקי: אין צורך להעמיק כאן בשאלה הזאת לצרכי הענין העומד לפנינו, מפני שהחוק כולל בהגדרת "נכס" בסעיף 1(א) גם נכס שבראוי וגם שבמוחזק. אולם מצאתי לנכון להעיר את ההערות הנ"ל בעקבות דברי השופט ד"ר חשין, כדי להראות כמה גדולה צריכה להיות הוזהירות שיש לנקוט, אם רוצים להשתמש במושגים משפטיים של דיני ישראל לשם פירוש ביטויים המופיעים בדברי המחוקק הישראלי הזהים אמנם לגבי הקנקן אבל לא לגבי מה שיש בו.

בג"צ 163/57

לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו

פ"ד יב 1041, 1065

בבית-המשפט העליון בשכחו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אלשן), והשופטים זילברג, זוסמן

התנגדות לצו-על-תנאי מיום כ"ג כאלול תשי"ז (19.9.57) המכוון למשיבה והדורש ממנה לבוא וליתן טעם, מדרג לא תימנע מלהפריע למבקש למכור כאטליוז חלקי חויר כדלקמן: א) שומן עליון. ב) שומן פנימי. ג) כבד. ד) ריאות. ה) קרביים. ו) רגליים.

השופט זילברג: 2. ובכך: הגיע הזמן לכלוח קוצים מן הכרם שלנו. כוונתי לקוצי כלאי הכרם הבאים מהרכבה בלתי-טבעית של תחיקה ישראלית ופרשנות אנגלית. יען וביען שאם תותר הרצועה, עתידים גלי הפרשנות הזרה להציף ולגרוף את ניצני תחיקתנו הצעירה, והבאה לצור צורה ולקבוע דפוסים ישראליים לחיי הארץ הזאת. דעתי היא, כי כאשר המחוקק הישראלי הוגה רעיון מקורי, ואינו רק מתקן או מתאם, בשפת עבר, רעיונות שהגו קודמיו בלשון עם לועז, תובה עלינו לפרש חוק ישראלי זה מתוכו הוא ומתוכנו הוא, ולא לשעבר אותו לפרשנות ופירושים שגדלו בשדות אחרים. כי אחרת – לא נגיע לעולם למחשבה עצמאית, אלא נמשיך ליצור כאן יצירה משפטית היברידית, שיש בה מן הכל ואין לה מדגרמה ולא כלום.

פרשנות מונחים ומושגים

ד"ר 13/58

עיריית תל-אביב-יפו נ' לובין

פ"ד יג 118, 135

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים דילברג, גויטיין, זוסמן, לנדוי

השופט זילברג: ואל יאשימו אותי באנאכרוניסמוס משפטי, וכל יטיחו כלפי כי אני בא לפרש חוקים מודרניים על-פי התוספות רי"ד והריטב"א. ידעתי גם ידעתי, כי – כנוסתו של המאמר הידוע (בכא קמא ב ע"ב) – "רברי הכנסת מדבר תורה לא ילפינן". מה שהשתדלתי לעשות כאן הוא "גילוי מילתא בעלמא", לגלות את פירוש המלות שהשתמש בהן המחוקק החילוני. כי המונח הנפלא, עשיר התוכן, של ה"חלות", נכנס כמות שהוא, על קרבו ועל "פירושו", לתוך הנומנקלטורה המשפטית העברית המודרנית, וחזקה על המחוקק הישראלי שידע את משמעותו של ביטוי זה.

ע"פ 282/61, 297/61

עלי צלאח יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טו 633, 635

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים לפני השופטים זילברג, לנדוי, ברנון

נאשמים שהחפרצו לתוך מערה וגנבו צאן, הורשעו בהחפרצות לתוך בנין וגניבה מחוכו, עבירה לפי סעיף 297 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידונו לשמונה-עשר חדשי מאסר. הם עירערו בטענה כי מערה אינה "בנין" במובן הסעיף הנ"ל, והעבירה היא רק לפי סעיף 272 לפקודה שהיא עוון.

השופט זילברג: השאלה העומדת לפנינו היא איפוא מה פירוש המלה "בנין", והיכן תחומי ההוראה שלה. אך שאלה קודמת לה היא, איפה ואיפה עלינו לחפש את משמעות המלה: כמכמני השפה העברית, או במלוני הלשון האנגלית. סעיף 297 הוא יצירה תחיקתית ישראלית, כי הוא הוחק על-ידי הכנסת בשנת 1955. עוררתי פעם את השאלה, אם לא מן המידה יהא לפרש חוקים ישראליים מקוריים, שאינם "תרגום" אלא "מקרא", על-פי מובנם והוראתם בלשון העברית (השווה כג"צ 15/56, פר"י, כרך י, עמ' 1213, 1217; המ' 89/51, פר"י, כרך ו, עמ' 4; כג"צ 163/57, פר"י, כרך יב, עמ' 1041, 1065). ואם הדבר עריין בגדר ספק לגבי מונחים משפטיים, הרי הוא, לדעתי, ודאי וודאי בנוגע לשמות עצם רגילים, כעין ה"כנין" שלפנינו. מלה פשוטה זו – כך סבור אני – יש לפרשה על פי הוראתה כעברית. משום כך אין אני מוכן

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

להיגרר באן אחרי הגדרת המונח building בסעיף 2 של פקודת בנין ערים, 1936 (כפי שתוקנה בשנת 1938), ולהטיק הימנה – אם על דרך האנלוגיה כפי שמציע בא"כוח המשיב, ואם "מן הישר על ההפוך" כפי שמבקש בא"כוח המערער – את תכנו של ה"בנין" השוכן בסעיף 297 של פקודת החוק הפלילי. משמעותה של המלה "כנה" בעברית היא: להרכיב זה על זה עצמים שונים או חלקים שונים, ולעשותם דבר שלם אחד. "ויבן ה' אלהים את הצלע אשר לקח מן האדם לאשה" (בדאשית ב, כב); "ויכינו העצים והאבנים לבנות הבית" (מלכים א, ה, לב); גופו השלם של אדם, המודכב אברים אברים, נקרא "בנין" (השווה את הביטוי "רוכ בנינו של מת": משנה אהלות ב, א).

ר"נ 6/62

איחוד המדגירים ומשקי השבחה, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' ראש העיר תל-אביב-יפו ואח'

פ"ד טז 2220, 2222, 2223, 2224, 2225–2226

בכית-המשפט העליון שבסחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון, ויתקון, ח' כהן

תפקידה של המערער, האגודה השיתופית האמורה, שחבריה מרגירי אפרוחים, הוא לתווך בין חכריה המדגירים לבין קוני האפרוחים. שירות זה ניתן לחברים שלא על מנת להפיק ריווח ולשם כך יש לאגודה משרד בתל-אביב. טענת האגודה היא, שהיא עוסקת בתיווך ומשום כך מגיע ממנה מס נמוך יותר מזה המוטל על עסק שיווק. בית-הדין למס-עסקים פסק, כי המערער עוסקת בשיווק וקביעה זו אושרה בערעורה בבית-המשפט המחוזי. בבית-המשפט העליון, שרן בערעור נוסף, נחלקו הדעות ונוכח חילוקי הדעות ביקשה המערער דיון נוסף בהחלטת הרוכ שעיסקה הוא עסק שיווק. גם בדיון הנוסף חידש בא"כוח המערער את מאמציו להכניס את עסקה לגדר של תיווך.

השופט זילברג: תשובתי לשאלה דנן, היא כתשובתו של רב נחמן לרב חנן בר רב קטינא (חולין יט ע"א):

אנא לא חילק ידענא ולא בילק ידענא – אנא שמענא ידענא!

2. הגעתי למסקנה הנ"ל לאחר בדיקת משמעותה של המלה "שיווק" בשפה העברית. עשיתי כן משום שסבור אני, כי מחוקק ישראלי מקורי חייב להשמיע דברו עברית, ולא ב"לשון סורטי". לא ייתכן, כי העברית שלו תהא מוכנת דק – לדוברי אנגלית! בפרט ובפרט, כאשר המדובר הוא לא במונח משפטי מובהק, שמוכנו ידוע למשפטנים בלבד, אלא במונח-של-שוק שאדם דש בעקביו בחיי יום יום. כלום נחייב את האזרח לשאול בעצתו של עורך-דין, מה פירוש המלה "שולחן" או "כסא" שהשתמש בה המחוקק הישראלי העברי באחד החוקים המקוריים שלו!...

3. ולכסוף הערה אחת קצרה לדברי-הטעם שהשמיע חברי המלומד, השופט ויתקון, כנגדו בשאלה החשובה של "הרקת היין החדש לתוך הקנקן הישן".

פרשנות מונחים ומושגים

שאלה זו נכבדה מדי, מכדי שנדון בה דרך האספקלריא העלובה של "שוק" ו"שיווק". אומר רק אחת: כל נלאה יתר על המידה את שלוש אותיות השורש של שם-הפעול העברי, וכל נעמיס עליהן פעולות וחפיקדים מרובים. עדיין לא ניצלנו אף את חלק המאה מאוצר המלים העצום הטמון בספרותנו העתיקה, ואם ניגע אנחנו, ולא נייגע מספר מצומצם של מלים ידועות ונדורות, נמצא ביטוי עברי, נאה והולם, כמעט לכל פעילות מודרנית חדשה הבאה בעקבות התפתחותה של החברה האנושית. אילו נהגו חדשנינו כך, ייתכן והיו מוצאים פורקן גם ליצר ה"שיווק" שפעם בלבם...

השופט ויתקון: דיון נוסף זה, מטרתו לברר הלכה, שמומן היתה שנויה במחלוקת בין חברי כיתה-המשפט הזה. הרכה טרחו כבר הפוסקים לגלות פנים ליישר הדורים בחוק-עזר מסורבל זה, ולבי ספק, אם ערכו הכלכלי של המס שווה בנוק כל העמל הזה.

ולכסוף הערה על דרך הפרשנות שחברי הנכבד השופט זילברג נקט בה. הוא גילה לנו, כיד בקיאותו הטובה עליו, מה פירושו של המונח "שוק" בגמרא, דהיינו, מקום בו מבוצע מיקח וממכר; ומכיון שהמלה "שיווק" גזורה מהשורש "שוק", הכרח הוא – כך סבור חברי – שאף היא פירושה "מכירה". נראה לי, עם כל הכבוד, שאפשר להניח שהרעיון של מכירה טמון במונחים "שוק" ו"שיווק", בלי שהנחה זו תחייב את המסקנה, שכל מי שירו בשיווק מוכרח להיות, הוא כעצמו, המוכר. כתנאי המסחר המודרניים כה מרובות ומסועפות הן הפעולות המביאות בסופן לחלוקת המצרכים ולהפצתם בין ציבור ובנפרד מפעולות המכירה, אירגונו והסדרתו, יכול להיות עסק בפני עצמו ובנפרד מפעולות המכירה.

לא זו אף זו. מלות השפה מתפתחות עם תמורות הזמן, ומונח, שבחברה הפרימיטיבית ציין דבר מוחשי, למשל אחר או מועד בהם בוצעה פעולה מסוימת, יכול לקבל במרוצת הזמן משמעות מופשטת, המגלמת עדיין את הרעיון המקורי, אך הפטורה מכל אביזרי המושג המקורי ומכל צורות חופעותיו. זוהי תעודתה של המלה בשפה חיה שיש לה חלק בהתפתחות החברה ובהתקדמותה החמרית והרוחנית. בדרך זו, שהיא ררך ההשאלה, נשתמד כמלה הרעיון המקורי – או אולי רק עיקרו או אחד מעיקריו – אך רעיון זה יכול להתגשם בצורה, שאין בינה ובין הצורה המקורית ולא כלום. הנה המלה "שוק". אין ספק שבימי קדם ועד לימינו אנו משמעותה המוחשית המקורית היתה והינה מקום ומועד המיועדים לסחר במצרכים. אך המונח לא שקט על שמדיו, ובחורת הכלכלה המודרנית מציין הוא את מה שראו כתכנו הרעיוני העיקרי, דהיינו, מפגש בין היצע וביקוש. במונח "שוק" עתיק-היומין, אמורים דברים; במונח "שיווק", שכולו פרי המחשבה המודרנית, על אחת כמה וכמה. מונח זה וראי הוא פועל-יוצא מחכנו הרעיוני של המונח "שוק" כפי שאנו מבינים אותו בתפיסתנו המודרנית, ויהא זה איפוא משום אנכרוניזם לפרשו לפי השקפות חקופה, שאורח חייה היה אחר לגמרי.

שער ראשון: המשפט העברי כמדינת ישראל

בבואנו לחדש את שפתנו העתיקה, תמיד ביקשנו להחיות את האוצר הגנוז הזה ולמלא יין חדש בקנקן ישן. מי שמלאכתו במשימה זו אינו יכול להיות דבק במשמעות המלה על כל תופעותיה החיצוניות שבעבר; עליו לגלות את הרעיון העיקרי שבמלה ולגזור ממנה שימושים חדשים בהתאם לרוח הזמן ולצרכי השעה. זהו הנוהג בכל לשון חיה, ואם המונח marketing נגזר מן המלה market על אף העובדה, שהוא התרחק ממשמעותה המקורית של מלה זו, כלום נבצר מאחזו ללכת באותה דרך ולגזור את המונח האקביבלנטי בשפה העברית "שיווק" מן השורש העתיק "שוק"? האם מוטב היה להשתמש בכרברזים כגון "מירקוט", שמא נמצא המונח "שיווק" צד מכדי להביע את מלוא המושג הלועזי? בעיה זו אינה חדשה עמנו, וכבר עמדו עליה במקום זה בענין מיטובה בע"מ נגד קזס, המרצה 89/51, ובהרבה חקדימים אחרים (המקובצים יפה במאמרו של א' ידין על פירוש חוקי הכנסת בספר יובל לפנחס רחן, עמ' 125). הפרשנות הבלשנית כבודה במקומה מונח, ומי כמו חברי בר-סמכא לחדש ולהעשיר בה את השפה, אך מעריף אני להימנע ממנה, כשהיא עשויה, כמו במקרה דנן, להרביק למונחים חדשים משמעות שזמנה עבר, וסופה להיות לרועץ להחפתחות שפתנו החדשה.

בג"צ 72/62

רופאיון נ' שר הפנים

פ"ד טו 2428, 2432-2437

בבית המשפט העליון שבכתו כבית המשפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון, ח' כהן, מני

המבקש נולד בפולין בשנת 1922 להורים יהודים ונתחנך על כרכי היהדות. בנעוריו היה פעיל בתנועת נוער ציונית והיה בשנתיים בהכשרה חלוצית כהכנה לעלייתו ארצה. עם פרוץ המלחמה בין גרמניה לרוסיה, ביוני 1941, הוא הושם על ידי הגסטפו בכלא אך כרח. לאחר שהצליח להשיג תעודה שהוא גרמני-נרצרי נעשה מזכיר ומתורגמן בתחנת המשטרה הגרמנית בעיר המחוז מיר. בהיותו במיר היה מודיע ליהודים על מזימות הגרמנים ותכניות פעולותיהם נגד היהודים. כאשר גודע לו שהגרמנים עומדים לחסל את גטו מיר הוריע על כך ליהודי העיר הסביבה וסיפק להם נשק. על סמך ידיעות אלו נמלטו רבים מהגטו והצטרפו לפרטיזנים ורובם של ניצולים אלה חיים כיום בישראל. עקב הלשנה הוא נחקר על ידי הממונים עליו ונכלא אך שוב ברח, מצא מקלט במשך תקופה ארוכה במנזר נזירות ובאפשרות הראשונה הצטרף לשורות הפרטיזנים הרוסיים. הרוסים חשדו בו שהוא מרגל גרמני ודנו אותו למות אך הוא ניצל הודות לעזרת שמסר לטובתו יהודי מניצולי מיר ולבסוף זכה לאות הצטיינות רוסי על פעולותיו כפרטיזן. בהיותו בשנת 1942 במנזר עבר המבקש לדת הנוצרית ובשנת 1945 לבש מדי כומר ובחר להיכנס למסדר הכרמליטים בידעו שיוכל במשך הזמן להצטרף למנזר הכרמליטים בארץ. בזמן מלחמת השחרור שלנו ופעמים רבות לאחר מכן ביקש רשות מהממונים עליו לאפשר לו לעלות לארץ ומבוקשו ניתן לו רק בשנת 1958. בכל פניוהיו לשלטונות הפולניים הוא הדגיש, שלמרות עוברו לדת הנוצרית הוא לא חדל בהכרתו הפנימית לראות את עצמו יהודי לאומי הקשור בלבד ובנפשו לעם היהודי. גם תעודת המסע הוענקה לו על ידי השלטונות מהסוג הניתן רק ליהודים העולים לישראל והעוזבים את פולין לצמיתות ומכחינת ארץ מוצאו הוא עלה

פרשנות מונחים ומושגים

לישראל כיהודי. בקשתו לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודי בתעודת הוזהות שלו נדחתה על-ידי שר-הפנים על יסוד החלטת הממשלה מיום 20.7.58, הקובעת כי רק אדם המצהיר כחוס-לב כי הוא יהודי ואינו בן דת אחרת יירשם כיהודי.

השופט זילברג: 2. השאלה העומדת לפנינו בפשטותה המשפטית הערומה היא: מה משמעותו של המונח "יהודי" בחוק השבות, תשי"ג-1950, והאם הוא כולל גם יהודי שהמיר את דתו וטבל לנצרות, אך רואה ומרגיש עצמו כיהודי למרות המרתו?

3. עריין אין אני חותך את השאלה, ואין אני נותן לה תשובה חד-משמעית. רצוני לבחון תחילה את האלטרנטיבות השונות שבה. אך אומר מיד כי אילו הסכמתי לטענתו השניה, החלופית, של בא-כוח המבקש, היא הטענה כי המונח "יהודי" בחוק השבות הוראתו זהה עם ההוראה הרחבת של מונח זה בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 – כי אז הייתי מציע לעשות את הצו-על-תנאי החלטי, ולצוות את שר-הפנים להעניק למבקש תעודת עולה על-פי סעיף 3(א) של חוק השבות, תשי"ג-1950. הייתי עושה כן למרות הזרות והמוזרות שבדבר, כי אדם שעבר לדת אחרת מסתמך על מושגיה של הדת שעזב, ועל אף כל הסלידה הגדולה שנפשי סולדת בטיעון שעטנוי שבו.

ובכן: הדעה השלטת בדיני ישראל – כך נראה לי – היא כי מומר או משומד דינו כיהודי לכל דבר, חוץ (אולי) מאי-אלו דינים "שוליים", שאין להם חשיבות ממשית לגבי השאלה העקרונית. לא אסתמך כאן על עצם המאמר המפורסם "ישראל, אף-על-פי שחטא – ישראל הוא" (סנהדרין מד ע"א), כי ייתכן באמת (כפי שכבר העירו מחברים) שמידת האגדה מרובה בו על מידת ההלכה. אבל יהא אשר יהא אפיו של המאמר, עובדא היא כי מאמר זה שימש מררס להלכה בכל הרוות, וסמכו עליו – אם כסמוכין ואם כאסמכתא – כמעט בכל ההלכות שנפסקו לגבי יהדותם, בלשון מסורתית: "ישראליותם", של המומרים. כי דיני ישראל, הם לא רק דינים של ישראל, אלא דינים על ישראל, ואם ההלכה, כפי שיתבאר להלן, מחילה אותם על המומר, הרי שגם הוא "ישראל" הוא, היינו: יהודי.

למאי הלכתא? דאי הרר ביה ומקדש בת ישראל, ישראל-מומר קרינא ביה, וקידושיו קידושין (יבמות מז ע"ב).

... והרי הוא כישראל מומר, נפקא מיניה דאי קדיש קידושיו קידושין (בכורות ל ע"ב).

ישראל מומר שקירש, אף על פי שהוא עובד כוכבים ברצונו, הרי אלו קידושין גמורים וצריכה גט ממנו (רמב"ם, הלכות אישות, פרק ד, הלכה טו).

... דאף על פי שחטא – ישראל הוא (מגדל עוז על הרמב"ם, שם).
ישראל מומר שקידש קידושיו קידושין, וצריכה ממנו גט (טור, אבן העזר, סימן מד).

שער ראשון: המשפט העברי כמדינת ישראל

שאף על פי שהמיר דתו, מכל מקום ישראל הוא, דכתיב חטא ישראל, אף על פי שחטא – ישראל הוא (פרישה על הטור, שם, סעיף קטן כב). כתוב בתשובת הגאונים: יכמה שנפלה לפני מומר, דפטורה מן החליצה ומן היבום היכא דליכא יבם אלא הוא, ולא הביאו שום דאיה לדבריהם. וכתב רש"י בתשובה אחת ולא סמכינן עליהו כלל, ואף על פי שחטא ישראל הוא, ואם קידש קירושו קידושין, וחולץ ולא מייבם (מררכי יבמות, פרק ר, סימן כט; אך השווה שו"ת הריב"ש, סימן ו). נפלה לפני יבם מומר, יש מי שמתיר אם היה מומר כשנשאה אחיו, ואין לסמוך עליו (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנז, סעיף ד). אותו "יש מי שמתיר" הוא רב יהודאי גאון (חי בבבל באמצע המאה השמינית) שכתב:

אי כד נסכה בעלה הוי יבם מומר, לא כעי חליצה מיניה (הובא במרדכי יבמות, פרק ר, סימן כח; ובטור, אבן העזר סימן קנז).

ועל כך מעיר הטור:

ולא ירענא ... מה חילוק יש בין אם היה יבם מומר כשנישאת, או לא (שם, שם).

והבית יוסף על הטור, הוא רבנו יוסף קארו, תוקף עוד ביתר חריפות את ה"היתר" של רב יהודאי גאון, באמר:

ויש לתמוה על מי שעלה על דעתו היתר זה. על רב יהודאי שנכתב בשמו – איני תמה, משום דגמירי דמאור עיניים היה (כלומר: ידע שרוב יהודאי גאון 'סגי נהוד' היה, היינו עיוור), ולפעמים היו תלמידיו כותבים בשמו מה שלא עלה על דעתו ... אך על תלמידיו הכותבים – כן יש לתמוה, ועל בעל העיטוד (רבנו יצחק בן אבא מארי, חי בסוף המאה ה-12) שהעתיק דבריהם יש לתמוה למה לא רדפם וכיתתם עד תרמה, דדבר פשוט הוא דאין לדבריו אלו שורש וענף ולא שום צד סמך כלל, ואוי לו למי שמקל בזה (בית יוסף על הטור, שם, סעיף קטן ג; ראה גם שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן מז, הוצאת ירושלים תרצ"ז, עמ' קכה-קכו).

הצדקתמה להיתר של רב יהודאי גאון, אך מטעם מיוחד מוגבל למקומו ושעתו של הגאון, מוצאים אנו בספר "בית הבחירה" להרב שלמה כ"ר מנחם לבית מאיד, המכונה "המאירי":

וגאוני הדאשונים כתבו שיכמה שנפלה לפני משומר, זקוקה לו ומתענגת עד שיחלוץ. וקצת גאונים חידשו בה דברים לומר, שאם בשעה שכנסה בעל היה אחיו משומר, אינה צדיכה חליצה ממנו ... ויש מפרשים מתמיהים: שהדי ישראל משומר קידושיו קידושין ... אלא שנראה לי, שהם סומכים על מה שאמרו בסוף פרק א' (של מסכת יבמות) על עשרת השבטים שחתי דינין שבדורות הללו עשאו כגויים גמורים מרוב מה שנטמעו בהם, והיו גאונים אלו ז"ל דנין שאף בזמן הזה נטמעים ... (המאירי על יבמות, כב ע"א, הוצאת אלבק, עמ' 99-100).

נימוק אחר לאבחנת רב יהודאי, והוא נימוק המצוי לגמרי מתוך לתחום

פרשנות מונחים ומושגים

שאלת ישראליותו של המומר, קוראים אנו ב"אור זרוע", חלק א', סימן תר"ה. רב יהודאי גאון, לדעתו של פוסק זה, ניצל כאן את הרעיון של "כל המקדש – אדעתא דרבנן מקדש", וכיטל למפרע את נישואיו הראשונים של אחי המומר, עיין שם ודר"ק.

העולה מזה, לכשנדייק, כי גם דעת רב יהודאי גאון אינה גורעת מיהדותו של המומר ולא כלום, כאשר המדובר ביהודי שהשתמר הוא גופו וטבל לנצרות, והן כך נהג האיש שישאלוהו עומדת לדיון בפנינו.

ועוד שתי ראיות, אחרונות, ליהדותו המלאה של המומר: שומרת יבם דנפלה קמי משומד, לא משתריא אלא בחליצה. מאי טעמא? משום דבקדושתיה קאי ... (לרן, אוצר הגאונים על מסכת יבמות כב ע"א).

משומד להכעיס קרינן ליה שפיר 'אחיך', ראף על פי שחטא ישראל הוא (שו"ת בנימין זאב, סימן תו, הוצאת ירושלים תשי"ט, על פי דפוס ויניציה 1539).

בא"כוח המשיב, פרקליט המדינה מר בר-ניב, טען לפנינו כי אף לפי ההלכה הרחבת, המומר לאו ישראל גמור הוא אלא "מקצת ישראל", למחצה, לשליש ולרביע, והא דאיה: הוא אינו נחשב כישראל לגבי ירושה, ריבית וצירוף למנין. טענה זו אין בידי לקבלה:

ראשית, מן הבחינה העקרונית. יהדות – זו סטטוס, מעמד, ומעמד אינו ניתן לחלוקה. על כגון זה אומרים: יהודי שמענו, למחצה לשליש ולרביע – לא שמענו! חלוקה אריתמטית כזאת מצינו רק (גיטין מא ע"א) לגבי עבד השייך לשני אדונים.

דת ישראל, כמו כל דת אחרת, היא לפי עצם מהותה טוטלית, כל-כוללת, ואינה יכולה לראות עצמה כ"שותף" עם מישהו אחר. הדיבור השני: "לא יהיה לך אלהים אחרים על פני", מבטאת במלוא החריפות את האפס קלוסיביות הזאת; והדברים עתיקים.

שנית, גם לגופו של ענין לא צרק פרקליט המדינה בטענתו הנ"ל. אשר לדבר הצידוף למנין – הדין אין להשחית מלים על כך. מוזר מאד וממש אבסורדי היה, אילו מומר, המאמין באלהות אחרת, יכול היה להצטרף למנין, בו שאר המנויים מתפללים לאלהי ישראל. יצוין כי לגבי טכסים דיטואליים אחרים, שאין בהם משום "השלמת-מנין", יש אומרים באמת שאפילו המומר כשר: השווה תוספות, תענית כז ע"א, דיבור המתחיל אי*.

ואשר לענין הריבית: עדיין ספק גדול הוא, אם מומר מותר להלוותו בריבית. אמנם בטור יורה דעה נאמר:

עכו"ם שכפר בעיקר מותר להלוותו בריבית (טור, יורה דעה, סימן קנט, וכן שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנט, סעיף ב); 'עכו"ם שכפר בעיקר' הוא יהודי שהמיד את דתו.

* אך השווה נוסחא אחרת של הדין בתוספות, מנחות קט ע"א, דיבור המתחיל לא ישמשו, בו מוגבל אותו דין לומר שחזר בחשובה.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

כן גם בשו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן:
כתב הרמב"ן ז"ל כתשובה, דישראל מומר מותר להלוותו ברבית (שם, סימן
רכד).
אבל דבר זה עדיין לא יצא מכלל ספק, כי מרובים הפוסקים החולקים על
הטור.

הורה דש"י שאסור לקחת רבית מישראל משומד, ד' אחיך קרינן ביה,
ואינו נקרא כי אם ישראל משומד וחוטא, דכתיב חטא ישראל, אף על פי
שחטא ישראל הוא (תשובות רש"י, סימן קעה, הוצאת ניו-יורק חש"ג, עמ'
196-197).

והמהרי"ל פסק כרש"י וראבי"ה וסמ"ג, דאסור להלוות מומר ברבית (דרכי
משה על הטור, שם סעיף קטן ב; וכן גם ספר התדומות, שער מו, חלק א,
הוצאת ירושלים תשכ"א, ריב ע"א).

נראה הדבר, כי בגלל מחלוקת הפוסקים ההיא נהגו להחמיר בנדון זה, כמו
שכתב הרמ"א, מחבר ה"דרכי משה", בהגותו על השולחן ערוך, יורה דעה,
סימן קנט, סעיף ב. עיי' שם. על-בלי-פנים, אין אנו רשאים להסיק מסקנות
מרחיקות לכת, כפי שביקש פרקליט המדינה, מן ההיתר השנוי-במחלוקת
הנ"ל.

ונותר לנו דבר הפלייתו-לרעה של המומר בעניני ירושה, שהצביע עליו בא-
כוח המשיב כנ"ל. כדא"ה לדבריו ציטט לפנינו פרקליט המדינה את תשובת רב
האי גאון, שהובאה בשו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן רצב, וזה לשונו:

וששאלחם ישראל משומד אם יורש אביו דכור תורה, כך הראונו מן
השמים דמשומד אינו יורש אביו ישראל, דכין דמי שומד הוא נפק ליה
מקדושת ישראל ומקדושה דאבוה, ואשכחן דלא הוי ירושה אלא לבד
ישראל דמייחס בתר אבוה, דכתיב ונתתי לך ולזרעך אחריו, מי שזרעו
מיוחס אחריו, יצא משומד שאינו מתייחס אחר אביו ישראל; ושוב מציינו
באברהם אבינו וכו', וכן לירושה אינו יורש אלא זרע שהוא מתייחס אחריו
ונקראת משפחת אביו על שמו, אבל משומד יצא מאומה לאומה, ואין עושין
כן.

פרקליט המדינה מדגיש את המלים "יצא מאומה לאומה", ודואה בהן
יציאה אפקטיבית של המומר מכלל ישראל. לדעתי הוא טועה במקצת בפירוש
הדברים. הכוונה כאן לאידיאולוגיה המתנכרת של המומר לעמו, והן
(המומדים) "אין עושין כן", המומר אינו רוצה כי תיקרא עליו משפחת אביו.
אבל עדיין מצריך תשובה עצם הדין, כי המומר אינו יודש את אביו דבר
תורה.

חשובתי לכך כפולה:

(א) גם כאן נטושה מחלוקת רבה בין הפוסקים, ולעומת דעחו של רב האי
גאון מצויים פוסקים אחרים הסוברים, כי מן התורה מומר יורש את אביו,
אלא שבית-דין או חכמים רשאים לקנסו שלא יירש: רמב"ם, הלכות נחלות,
פרק ו, הלכה יב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפג, סעיף ב; טורי זהב על

פרשנות מונחים ומושגים

שולחן ערוך, חושן משפט שם, ("רמן הרין וראי ממון של המומר הוא לגמרי"); מרכי על קירושין, פרק א, סימן תצב, בשם הראב"ה. עיין שם. (ב) הערה המתייחסת לענין הירושה והריבית גם יחד. המחלוקת היא, אם מומר יורש את אביו; הכל מורים, כי האב הישראלי יורש את בנו המומר (רמ"א, חושן משפט, סימן רפג, סעיף ב; באר הגולה, שם, סעיף קטן ח). וכיצא בו לענין ריבית: גם הטור וקארו המתירים להלוות את המומר בריבית, אוסרים ללוות ממנו בריבית (טור, יורה דעה, סימן קנט, ושולחן ערוך שם, סעיף ב). הוזה אומר, כי גם אם נלך אחרי הפוסקים, כי המומר מותר להלוותו בריבית, ואינו יורש את אביו, דינים אלה כשלעצמם אינם עושים אותו לאינו-ישראל לגבי ריבית וירושה – שאילו כן הייתה "גירותו" פועלת בשני הכיוונים. אינך יכול לפרוט את מטבעי המעמר למעות יותר מרי קטנות, לשלול אותו לגבי ענין מסויים בלבד, וכאותו ענין גופו – לשלול אותו רק לגבי אחר "השוחפים": לווה להבריל ממלווה, ויורש להבריל ממוריש. עצם פיצול זה מדאזה בעליל, כי ענין לנו כאן לא לגידוע ישראליותו של המומר, אלא לחומדות וקולות, מטעמים שונים, שמקורם נערץ לא ב"חפצא" של המעמר, אלא ב"גברא" של בעל המעמר.

כל זה בנוסף על הרעיון העיקרי שהבעתי לעיל, והיינו: כי ישראליותו של המומר המתצאת לה ביטוי משפטי בולט בדיני קידושין, גירושין ויבום, היא מעמד שאינו סוכל בכלל פיצול ויחסיות.

4. הוא אשר אמרת בריש הפסקא הקורמת, כי אילו סברתי שהמונח "יהודי" בחוק השבות, והמונח "יהודי" בחוק שיפוט בתי-דין רבניים, הם היינו הך, כלומר: יהודי על-פי ההלכה של דיני ישראל, הייתי נענה למבקש, ועושה את הצו החלטי.

ח"א (ת"א) 1690/62

רייזמן ואח' נ' חיות ואח'

פ"מ לה 81, 85

כביה-משפט המחוזי בתל-אביב-יפו

התובעות קנו מאת הנחבעים 1-3, טחנת קמח, והתובעים נשארו חייבים ע"ח המחיר סכום של 1.2 מיליון ל"י. הנחבעת מס' 4 קיבלה על עצמה את הערכות להבטחת תשלומים אלה. התשלומים היו צריכים להעשות במשך כמה שנים, ותוך תקופה זו ירד ערך הלי"ל ל-3 ל"י לדולר. התשלומים היו צמודים לשער המטבע. התובעים ביקשו הצהרה כי חלק מתשלומים אלה מהווה ריבית מוסווית וקצוצה, וכי ההצמדה אינה תופשת.

השופט צלטנר: לא תמיד יש לתת למונח בחוק מדינת ישראל את אותו הפירוש שצריך לתת לו לפי המקורות. בע"א 89/51 – פסקים על'ר, עמ' 382

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

אמר השופט חשין:

תהא זו טעות גדולה לפרש כל מונח וכל ניב אשר בחוקים שלנו, לפי הדבקי הדברים וחוכני הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמש בצהרים שאוחו מונח ואוחו ניב לוקחו מאוחו מקור. כך, למשל, אין עלינו לפרש את המונחים שטר חוב, מלוה (י) שעבוד, שותפות, נכסים נטושים ונכסים רטושים וכיוצא בהם מונחים וניבים משפטיים, כשם שפורשו או הוגדרו במשפט העברי, אם גם אין חולק על כך, שהם לקוחים מאוצרות המחשבה המשפטית העברית העתיקה. הכלים שאולים ממקום אחר, ואילו התוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי או לקוח ממקום אחר (עמ' 389, סעיף 3).

על פי הנמקה זו מגיע השופט לכלל כי מותר לבית המשפט להיזקק לפירוש על פי המקורות:

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 כסווי, ברקע החדש, במונח שישאלו מאוחו מקור (עמ' 390, סעיף 3, סוף).

איש לא ניסה לשכנעני כי קיימת הקבלה כזאת, בין החוק הגרונן ובין המקורות, ואני משוכנע כי אינה קיימת כלל. החוק שלנו פרי מצב כלכלי שהיה יכול להתהוות דק בכלכלה מודרנית, דינמית, בנויה, בחלקה הגדול, על קרדיט כספי, כלכלה שאין לה דמיון כל שהוא עם הכלכלה מתקופת מקורות הדין העברי.

ע"א 227/63

רייזמן ואח' נ' חיות ואח'

פ"ד יז (3) 1625, 1633

בבית המשפט העליון בשבחו כבית משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, כהן, הלוי

המערערים קנו מאת המשיבים מס' 1 עד מס' 3 טחנת קמח במחיר כולל של – 2,500,000 ל"י, לפי חוזה מיום 7.5.61. אחרי תשלום סך – 1,300,000 ל"י על-ידי השוכן המחיר, הועברה הטחנה לקנין המערערים, והם התחייבו לשלם את יתרת המחיר בארבעה תשלומים שנתיים של – 300,000 ל"י כל אחד, שיהיו "צמודים לדולר", וזמן פרעונם נקבע התל מיום 1.7.62. המערערים המציאו למשיבים הנ"ל כתבי-ערבות לפי נוסח מוסכם, המכילים את תנאי ההצמדה לשער החליפין של המטבע הישראלי בידידתו, אך לא בעלייתו. אחרי פייחות הלירה הישראלית ביום 9.2.62 הגישו המערערים תביעה למתן פסק-דין המצהיר, כי על אף תנאי ההצמדה הנ"ל אין עליהם ועל המשיבים מס' 4 לשלם למשיבים מס' 1 עד מס' 3, ביום 1.7.62, כל סכום העולה על – 300,000 ל"י, בצירוף הריבית המכסימלית לפי חוק הריבית, תשי"ז–1957. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, ומכאן הערעור.

פרשנוח מונחים ומושגים

השופט הלוי: אשר למשמעות הרגילה של צירוף המלים "כל עיסקת אשראי" הייתי אומר שהן כוללות מכר באשראי, הווה אומר מכר־בהקפה. המקורות מצביעים דוקא על הוראה זו של המלה "אשראי" כמשמעותה העיקרית. עיין בבא בתרא כב ע"א, פירוש רש"י למלים "אית לן אשראי" – "מכרנו באמנה", ולמלים "עד דעקריתו אשראי דירכו" – "שתעקרו חובותיכם מן הלוקחים מכם באשראי". כמרכן, פטחים קיג ע"א: "כל אשראי ספק אתי ספק לא אתי, ודאית מעות דעות נינהו" – מתרגם יסטרוב, במילוני התלמודי:
... in all sales on trust it is doubtful whether it (the money) will be forthcoming or not, and if it is, it is bad money.

בג"צ 58/68

**שליט, בשמו ובשם ילדיו אורן וגליה שליט
נ' שר הפנים ואח'**

פ"ד כג(2) 477, 493, 494, 502, 547–549, 581–586

בבית־המשפט העליון בשכחו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגרונט), מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים זוסמן, לגדי, ברנזון, ויתקון, ח' כהן,
מני, קיסטר

העותר הודיע לפקיד הרישום על לאום ילדיו כיהודי. פקיד הרישום פעל על־פי הנחיות שהוציא השר הממונה עליו, ביום 1.1.60, ושניתנו ברוח ההלכה, וסירב לרשום את לאומם של ילדי העותר כיהודי, כאשר נולדו לאם לא־יהודיה. בית־המשפט הגבוה לצדק הוציא צו־על־תנאי, בו הורה למשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא ירשמו בתעודת רישום לידה את לאום ילדי העותר כהתאם להצהרתו ורצונו.

מ"מ הנשיא (זילברג): בפרשת רופאיזן, או "האח דניאל", ענין היה לנו למקרה קיצוני, יוצא דופן, של יהודי תמהוני שהתנצר ונעשה כומר, וביקש במפגיע להידשם כיהודי. לגבי מומר כזה קיימות באמת, למרכה התמיהה, שתי השקפות הנוגדות זו את זו: השקפת ההלכה, הרואה אותו על־אף הכל כיהודי, והשקפת האדם מן השוק – גם אם יהודי דתי הוא ושומר הלכות – הרואה אותו בחיי יום כראות גוי גמור, ואף מכנה אותו כך. והואיל והחוק שהזכיר את המלה "יהודי" היה חוק תילוני, ויוצרו־מחוללו היתה הכנסת המדברת "בלשון בני־אדם", ייחסנו לדברי הכנסת את הפירוש העממי, החילוני (לא־הלכי), של המלה והחלטנו, כי המומר אינו יהודי הזכאי ליהנות מיתרונותיו של חוק השבות. במקרה שלפנינו, המצב שונה. כאן אין לנו ענין לפירוש המונח "יהודי" שבחוק. בחוק מדשם האוכלוסין, תשכ"ה או תשכ"ז, נזכרת לא המלה "יהודי" אלא המלה "לאום", והשאלה המתבררת כאן היא: אם בן לאב יהודי ואם נכריה רשאי, במשבצת הפריט "לאום", לרשום את השתובה: "יהודי". ואם חקירתנו תעלה, כי אין הגדרה כללית, יעילה, של

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

המושג "יהודי", זולת הגדרת ההלכה, חייבים נהיה לאמץ לנו את מבחן ההלכה, למרות מה שהחוק הגדון הדורש את רישום הלאומיות הינו אף הוא חוק חילוני.

5. ובזה חוזרים אנו אל הנקודה שעמדנו בה בסוף פסקה 3 לעיל. הוצעו לנו, כהנחיות להכרעה, שני מבחנים שונים: האחד, שהעותרים מגינים עליו, הוא מבחן ההזדהות הפנימית, שייקרא להלן "המבחן הסובייקטיבי", והשני, אשר היועץ המשפטי מגן עליו, הוא מבחן ההלכה, שייקרא להלן "המבחן האובייקטיבי". חייבים אנו לשקול זה נגד זה את שני המבחנים, בשובה ונחת, וללא כל דעות קדומות. באמרי "ללא כל דעות קדומות", התכוונתי לכך, שאסור לנו להיתפס לאיזה שהוא "פרגודיס", אך לא רצייתי לומר שחייבים אנו להוציא מכלל שיקול את העובדה, שמבחן ההלכה הוא "דעה קדומה מאד" מבחינת הזמן, ולימינו עומדת היסטוריה ארוכה של כמה אלפי שנים. גם היסטוריון, שאינו מאמין בדברי חז"ל, ואינו מוכן לקבל את הפירושים שמייחסים חכמי התלמוד לפסוקי המקרא (כגון קידושין סח ע"ב, על הפסוק של דברים ז, ד: "כי יסיר את בנך מאחריך"), גם היסטוריון כזה יודה – שאם לא כן, בורר לפעם הארץ יהיה – כי ההלכה של התייחסות הילד אחרי האם קיימת בישראל לפחות החל מתקופת עזרא, היינו החל מאמצע המאה החמישית לפני הספירה (עיי' ודוק, עזרא י, ג, וראה את תרגום השבעים לעזרא י, מד), וגיל נכבד שכזה ודאי וודאי ראוי הוא להירשם כאקטיב במאזן הזכויות והחובות של מבחן ההלכה.

6. דבר טיבו ומהותו של מושג הלאום והלאומיות הוא סוגיה קשה ומסובכת עד מאד. הרבה דיות נשפכו וכמה קולמוסין נשברו על פרשה זו, ועדיין לא זכינו להגדרה ברורה וחד-משמעית של מושג קונטרוברסאלי זה (ראה ספרו המצויין של אקצין על "מדינות ולאומים", ניו-יורק, 1966). השאלה שלא נפתרה היא, מה הוא אותו "סרך-יחד" העושה מיליוני אנשים ליחידה לאומית אחת; יש מי שאומר כי הרגשת ההשתייכות הלאומית היא תחושה יסודית, מונוליתית, שאינה נתונה להסברה באמצעות מושגים אחרים, כשם שאין "להסביר" את הצבע הירוק על-ידי ציון אורך הגל או מספר התנודות שלו. ואמנם נוכח מעמדו האכסקלוזיבי של ישראל בעולם, נובח העובדה כי אנו תמיד כה שונים מן האחרים, אם לטובה כפי שאומרים אוהבינו המעטים, ואם לרעה כפי שטוענים משנאינו הרבים, ובראשם המן בן המדתא האגגי ("ודתיהם שונות מכל עם", אסתר ג, ח), יקשה מאד לשלול מן היהדות את האופי של עם או לאום. אגב: המלים "עם" ו"לאום" הן בעברית שני שמות נרדפים שמשמעותן היא אחת. עדים לכך: פסוקי הפרלליזם הסינונימי של התנ"ך, כגון "הקשיבו אלי עמי, ולאומי אלי האוינו" (ישעיה נא, ד); "דבר עמים תחתינו, ולאומים תחת רגלינו" (תהלים מז, ד) או "קבוהו עמים יזעמהו לאומים" (משלי כד, כד) ורבים אחרים זולתם.

7. בכך סוקלה סופית הדרך לקראת עיון והכרעה בשאלה העומדת לפנינו היא: איזהו המבחן שיבור לו בית-המשפט בבואו לקבוע את זהותו הלאומית

פרשנות מונחים ומושגים

היהודית של האדם – המבחן האובייקטיבי, המקובל, של ההלכה, הרואה אם יהודיה או גיור כסימני היכר בלעדיים של היהודי, או המבחן הסובייקטיבי שהעותרים בחדו בו, הרואה כסימן היכר יהודי לאומי את זיקתו של האיש לתרבות היהודית-ישראלית וערכיה? ילדי העותרים היו, בעת הגשת העתירה, אורן בן ארבע, וגליה בת שנה, והם:

אם כי אינם בני דת משה (או דת כלשהי) הינם בעלי זיקה יהודית-ישראלית ומחונכים ברוח זאת (סעיף 5 של כתב-העתירה),

ולכן חייבים הם, לדעת העותרים, להירשם כבני הלאום היהודי. אילו היו העותרים רגן אחיאטיס לא כל כך פאנאטיים, יכולים היו להסדיר את גיור ילדיהם בשובה ונתת, בלי להתכחש אף במשהו להשקפתם הלא-דחית. מניח אני כי הקושי שקשה היה להם להתגבר עליו, היה לא ניתוח המילה – שהדי אורן הימול נימול (אמנם לא בטכס של גיור, אלא מטעמי נוחות). הם פחדו בעיקר מפני קבלת המצוות, שראו בה עשיית שקר כנפשם. אך נעלם מהם, מן העותרים המלומדים, כי לפי הדין –

גד קטן מטבילין אותו על דעת בית-דין (כתובות יא ע"א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יג, הלכה ז; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז). "על דעת בית-דין" פירושו: על דעת בית-דין בלבד, בלי לבקש מן הקטן, או מהוריו, הצהרת קבלה של חודה ומצוות; בית-דין מסדר את הטבילה, תל-המילה, ואת הד"ב (דשב"א בשיטה מקובצת על כתובות, הוצאת ציוני, תל-אביב, עמ' רלו). קבלת מצוות אינה מעכבת, וכאשר הרבד הוא בלתי-אפשרי – מותרין עליו (שיטה מקובצת, שם). אם ההודים (ואפילו האם לבדה) מביאין אותו לבית-הדין, מגידין אותו אפילו אם הם אינם מתגיירין יחד אתו (שיטה מקובצת בשם דש"י, שם, עמ' רלה).

אך הרבד המעניין ביותר בגיור קטן על דעת בית-דין הוא, כי הגר, לאחר שהגדיל, יכול למחות, כלומר לחזור בו. דבר היותו יהודי לאחד שהגדיל תלוי איפוא ברצונו החפשי: רצה – נשאר ביהדותו, רצה – אומר: אי-אפשי להיות גר, והגידות מתבטלת למפרע (עיין ודוק בדברי רש"י, כתובות יא ע"א, ד"ה יכולין, בסופו; דמב"ם, הלכות מלכים, פרק י, הלכה ג; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז). הווה אומר: אילו גיירו העותרים את ילדיהם בהיותם קטינים על דעת בית-דין, לא היו קובעים בזה את גורלם לעד, אלא היו משאידים את הרבד ברצונם החפשי לאחר שיגדלו, ואיש לא יכול היה להרשיע אותם בגרימת חבלה רוחנית לנפש הילדים...

השופט קיסטר: 15. אין ספק שעם ישראל הוא עם מיוחד לפחות מבחינה זאת, שהצליח להתקיים אלפי שנים מבלי שנעלם ממפת העולם, בשעה שעמים גדולים ותרבותיים התפוררו ונעלמו, וזאת אף-על-פי שחלק גדול מומון קיומו של עם ישראל לא היתה לו מדינה, ואף לא טריטוריה או שפה מדוברת משותפת. אין גם איש שיוכל לטעון כי עם ישראל הוא גזע טהור. אמנם עם ישראל מחיחס על אברהם, יצחק ויעקב (ישראל), אך במשך דורות הצטרפו

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

אליו גרים, שנעשו יהודים לכל דבר, כך שבסופו של דבר עם ישראל מהווה איחוד (שמוחר אפילו לכנותו כאיחוד משפטי) של בני אברהם, יצחק ויעקב, ושל הגרים שהצטרפו אליו בכל הדורות, צאצאיהם וצאצאי צאצאיהם. אין ספק שבמשך כל הדורות הדבר שאיחד וייחד את כל האומה היא תורת ישראל, וקולעת היא הגדרתו של ר' סעדיה גאון: "אין אומתנו אומה אלא בתורתה". מדגיש אני את הביטוי תורת ישראל, שהוא מושג רחב מזה של "דח". כמושג "דת" הרבו להשתמש המתבוללים כחרגום של המונח Religion במונח של פולחן דתי, כאשר רצו להפוך את עם ישראל לעדה רתית בלבד. מושג תורת ישראל כולל בתוכו לא רק ענין אמונות, רעות ומצוות בין אדם למקום, אלא גם מצוות בין אדם לחברו, משפט וסדרי משפט, מנהגי ונוהגי החיים, וכן יחסו של אדם מישראל לעמו, לארצו ולשפתו.

16. אכן, טוען העותר שכיום אין לנהוג לפי הגדרה זו; על טענה זו אישב אחרי שאדון בשאלה, כיצד מצטרף אדם לפי ריני התורה לעם ישראל, וכיצד נפרד ממנו. כן אדון בשאלת נישואי תערובת וצאצאיהם.

כפי שעולה מעצם ההגדרה של האומה הישראלית, המונח "יהודי" הוא לפי המושגים המודרניים מושג לאומי ודתי כאחד, ואין להפריד ביניהם. מכאן נובע גם כן, כי אין לפצל את ההצטרפות לעם יהודי להצטרפות לעם ישראל לחור והצטרפות ל"דת" ישראל לחור.

ההצטרפות לעם מתבצעת על-ידי גיור, וכאן אין השאלה מהם פרטי הדינים של גיור, אלא מה מצפים מאדם הרוצה להתקשר עם העם היהודי, כדי להיות חלק בלתי-נפרד מן העם, ומהו טיב הקשר והיקפו. בנקודה זו איטיב לעשות, אם לא אחפש הגדרות אלא אביא את האמור במגילת רות, פרק א, בדבר רצון הצטרפות של רות המואביה למשפחתו ולעמו של בעלה המנוח. חמותה נעמי לא שידלה אותה שתצטרף, לא הבטיחה לה שום טובות הנאה, אולם זאת היתה תשוקתה של רות שבאה מעומק לבה – וכך נאמר שם:

אל אשר תלכי אלך, ובאשר תליני אלין, עמך עמי ואלהיך אלהי. באשר תמותי אמות ושם אקבר, כה יעשה ד' לי וכה יוסיף כי המות יפריד ביני ובינך (פסוקים טז–יז).

בהמשך הדברים נאמר על נעמי:

ותרא כי מתאמצת היא ללכת אתה ותחדל לדבר אליה (פסוק יח).

אם נסכם את הדברים הנ"ל ונלכיש אותם בהגדרות מודרניות, הרי יש כאן הבעת רצון חזק בצורה ברורה להצטרף לעם ישראל ולדת ישראל, ולקבלת אורח החיים של העם בחיים ובמוות (קבורה), להיות דבוקה בקשרי אחווה ורעות לבל החיים; רואים כאן גם סימנים חיצוניים על כנות הדצון ("מתאמצת היא ללכת"). ניתן להגיד כי הדברים הנ"ל הם העיקר, ואיך זיל גמור.

17. הדעת נותנת, כי קבלת גרים על בסיס זה איפשרה לעם ישראל להתקיים כעם תקופה כה ארוכה, למרות היותם מפוזרים בעולם במשך אלפי שנים ללא מדינה ואף ללא טריטוריה משותפת, ואף כאשר שפתם המדוברת בחיי יום יום לא היתה השפה העברית. הגרים שהצטרפו לעם ישראל לא היו מבחינה

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

שקדש חוששין לקידושין, דמדין תורה הוא כעכו"ם לכל דבריו והכא חששא הוא שמה בעל לשם קידושין...
בתשובה זאת מדובר היה על המומר עצמו, אבל את צאצאיו שכבר נטמעו בין הנכרים, בוודאי רואים כנכרים גמורים. כאן אציין את תשובתו של מהר"י בירב (שהיה רבו של ר' יוסף קארו), בסימן לט, שם מדבר הוא על צאצאי האנוסים. ברור איפוא שיהודי שיצא מכלל ישראל אינו נחשב ליהודי אלא לענינים מסויימים בלבד, וצאצאיו שנטמעו בין נכרים אינם נחשבים כיהודים בכלל בעניני ההלכה. הרבה נכתב בספרות ההלכה בנודן זה, ואין כאן מקום לברר את כל הפרטים, האבחנות והדעות כשאלה זו.

הנשיא (אגרנט): ד. אם נפנה עתה אל הלכת המשפט העברי, הנוגע לענינינו, נימצא למרים, שהיא משקפת אותה הכרה בדבר היותו של העם היהודי ישות לאומית (גזעית) דתית, אשר העלה הביאור ההיסטורי האמור. כדי לעמוד על ענין זה. רצוי לדון בהלכה הזאת באספקלריה של שלושת האספקטים הבאים:

- 1) על עם ישראל נמנה כל מי שנולד להורים יהודים;
 - 2) גישואי תערוכת הם אסודים; ואשר למעמדו של הנולד מנישואין כאלה, הדין הוא, כי הוא הולך אחרי האם – לאמור: בנה של אם יהודיה – הרי הוא יהודי ואילו בנה של אם לא-יהודיה – אינו יהודי;
 - 3) הנכרי יכול להיטפח על עם ישראל מכות אקט של גיור.
- האספקט הראשון: אספקט זה יסודו מונח במסורת היהדות, האמורה בתורה, ואשר לפיה היו בני ישראל לעם אחד במעמד העליה, בו נתקדשו על ידי מכוח הברית שכרת עם, כדי שישמרו לעשות את מצוותיו, חוקיו ומשפטיו וישנונו אותם לבני הדורות הבאים (שמות יט, ה-ו; דברים ה, א-ג; ו, א-ב; וראה הבטחת האלהים לאברהם, האב הראשון, כי יהיה ל"גוי גדול" למען "אשר יצוה את בניו ואת כיתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט" – בראשית יח, יח-יט). אכן, הברית הנ"ל היא אמנם, מצד אחד, ברית רת אך היא גם, מן הצד האחר, כרית-מורשה ומכאן, שהזיקה לעם היהודי חלה על בן הישראלי – קרי: שבא מהורים יהודים-מלידה. כפי שהעיד י" קויפמן (בתשובתו מיום כ"ז בכסלו תשי"ט לשאלון שהציג דוד בן-גוריון, ראש הממשלה דאז, לחכמי ישראל), הזיקה האמורה אינה תלחה באמונותיו ובמעשיו של הלה כשיגדל. ואמנם שנינו בפסק-דינו של מ"מ הנשיא בענין חפאיזן, בעמ' 2432-2433) כי הדעה השלטת בדיני ישראל היא כי "מומר או משומד דינו כיהודי לכל דבר חוץ (אולי) מאי-אלו דינים 'שוליים' וכן, מהמאמר המפורסם בתלמוד: "ישראל, אף-על-פי שחטא – ישראל הוא" (סנהדרין מד ע"א) הוא ששימש מדרס להלכה זו בכל הדורות. כרם, סבורני, כי גם ענין זה ניתן לבארו בדביקותה של היהדות באותה מסורת של התקדשות העם על ידי האל, כך שהדת לא יכלה לוותר על זכותה אף לגבי המומר, שמה יהיה בעל תשובה ויחזור למלא את חובת התורה, אשר לא פקעה מעליו; כאשר פירש רש"י את המאמר האמור: "מדלא אמר חטא העם עדיין שם קדושתו

פרשנות מונחים ומושגים

עליהם" (שם). וכן ציין רב צעיד (חיים צ'רנוביץ – בספרו "תולדות ההלכה", כרך א', עמ' 305): כי הדעה ברוב היותו של המומר נחשב כבן ישראל הועמדה "על יסוד היהדות ההיסטורית, שכללה את הכלל: 'אף-על-פי שחטא ישראל הוא', כי עיקר תפיסת היהדות סוף סוף הוא בקדושת גזע ישראל, שהכלל, עמך עמי, אלהיך אלהי' (רות א, טז) לא זו ממסורת היהדות לעולם".

היוצא מכאן, כי האספקט הראשון של ההלכה, בה עסקינן – דהיינו, שהשייכות לעם היהודי נקנית לאדם על-ידי עצם לידתו מהורים יהודים – אינו מבוסס על הכרת יסור גזעי בלבד, כי אם הוא גם יונק מהמסורת של היהדות. מן הראוי שאוסיף, שאם גם הסיכום האחרון מבוסס על ניתוח היסטורי, אין לראותו כעומד בסתירה, מבחינה עקרונית, להחלטת שופטי הדוב בפרשת רופאיזן, לענין מעמרו הלאומי של המומר. כזכור, הם פסקו שם – בניגוד להלכה היהודית, כפי שנתבארה על-ידי מ"מ הנשיא – כי יהודי שהמיד את דחו יצא מכלל ישראל. כפי שאני מבין את ההנמקה שהם נתנו להחלטתם, נזקקו השופטים המלומדים, לשם הגדרת המונח "יהודי" בחוק השבות ולצורך הדישום של הפרט "לאום" במדשם החושבים, לקריטריון של התודעה היהודית העממית, אשר לא השלימה עם הרעיון, כי יהודי אשר המיד את דחו ועל-ידי כך ניתק את עצמו מטבורה של היהדות, יכול עוד לבוא בקהל ישראל ולהיקרא בפי אנשים יהודים בשם "יהודי". הנה, בפסק-דינו, בעמ' 2454, מנמק השופט ברנזון ואומר:

אולם העם, כידוע, בחוש השמידה העצמית המפותח שלו, פסק אחרת ונהג אחרת בכל הדורות. בשבילו יהודי שעבד לדת אחרת הפקיע את עצמו לא דק אחרת כהלכה אלא את האומה היהודית ואין לו מקום בקהל ישראל. לא בכדי נקרא יהודי שהמיד את דחו 'משומר', כי מבחינה לאומית ראו בו אדם שנכחד ונכרת מהעם, הוא חרעו אחדיו, ובני המשפחה היו קורעים קריעה כמו על המת ומנתקים כל קשר עמו. בהכרת העם יהודי ונוצרי אינם יכולים לדוד בכפיפתו של אדם אחד, יהודי וכומר קתולי – לא כן שכן, הדי הם תרתי דסתרי.

(ראה בדוח זו דברי מ"מ הנשיא בעמ' 2439, ליד אות השוליים ג והמימדות המצוטטות שם למטה מן הענין; רברי השופט לנרוי בעמ' 2447, ליד אות השוליים ז).

אם מתעמקים קמעה בדברים המובאים בקטע הנ"ל, האם אין לומר שהתודעה העממית היהודית, עליה מדובר שם, ניזונה – ולו דק בדרך השלילה – ממניע דתי; כי משמעותה היא, כי במקרה הקיצוני, בו המיד אדם את דתו היהודית בדת הנוצרית, שוב אין מקום להתחשב בגורם מוצאו, כאשר במקרה כזה הרגשת קייבת הדם הפכה להיות דיקה מתוכן ואותו גודם אין בכוחו עוד לאחד ולייחד את המומר לשאר בני האומה היהודית; ושלכך מחכוון הריבוד, כי "בהכרת העם, יהודי ונוצרי אינם יכולים לדוד בכפיפתו של אדם אחד". נמצא, כי גם בהעדיפו את המבחן של התודעה העממית על ההלכה, נזקק בית-המשפט למבחן דתי-לאומי.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

האספקט השני: כזכור, אומר האספקט הזה, כי אדם שנולד מנישואי תערובת הולך, לענין מעמדו, אחרי אמו. דין זה אין להבינו כראוי שלא בהקשר האיסור שאסרה היהדות על נישואים שכאלה. כידוע, ראו עודא ונחמיה את האיסור של "ולא תתחתן בם", הנזכר בתורה (דברים ז, ג), באור של איסור מוחלט, החל לגבי כל "עמי הארצות" של זמנם (ולא רק לגבי "שבעת העממים") ו"עדר עולם" (עזרא ט, ב; ט, יב). ואכן, הם גזרו להרחיק ולהוציא מן העדה, ללא אפשרות של התגיירות, את הנשים הנכריות והת הנולד מהן. ברורות הבאים לא חזרה היהדות על דוגמה קשה וחמורה זו, כי אם חכמי התלמוד הסתפקו, לענין האיסור האמור, בהלכה הקובעת ראשית, כי נישואי תערובת אינם תופסים; ושנית, כי הילד שנולד מהם הולך אחרי האם (קידושין סו ע"ב, במשנה: "וכל מי שאין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין הולד כמותה ואיזה זה זה ולד שפחה ונכרית"; וכן שם, סח ע"ב: "ולא תפסי בה קידושי ולדה כמותה"; ועיין ברמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק טו, הלכה ד). אכן, טעמו של האיסור החל על נישואי תערובת הוא הטעם הנזכר בתורה: "כי יסיד את בנך מאחרי ועברו אלהים אחרים" (דברים ז, ד; שמות לד, טז). המדובר הוא איפוא בטעם דתי: החשש מהרחה אחדי אמונות זרות. על הפסוק הנ"ל שבתורה הסתמכו גם החכמים, אלא שהם קבעו את ההלכה "ולדה כמותה" על יסוד הדרש: "כי יסיד את בנך מאחרי – בנך הבא מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן הנכרית קרוי בנך אלא בנה" (קידושין סח ע"ב; ודאה שם פירוש דש"י).

שאלה ראשונה: מהו הטעם הענייני, שבגללו ראו להבחין בין הילד הבא מאב ישראלי ואם נכריה – והוא אינו יהודי – לבין הילד הבא מאב נכרי ואם ישראלית – שהוא יהודי. ייתכן, שהתשובה לכך היא, כי מאחורי הפירוש הנ"ל, שנתנו החכמים למלים "כי יסיד את בנך מאחרי", עמד הדעיון, כי בזמן שהילד עודנו בגיל רך, הוא מתחנך, בעיקר, על-ידי אמו, ולכן בורח אמונתה הדתית. הסבר זה מובא בתשובתו של פרופ' א' א' הלוי פינקלשטיין, מיום 15.12.68, לשאלון הנזכר של מר בן-גוריון: הכירו חכמינו ז"ל, שהחינוך המכריע של הילד, הוא הניתן לו בעודו בעריסה, לפני שיידע לדבר. החינוך הזה מקבל הוא לרוב, ובעיקר, מאמו, והיא צריכה להיות או מגזע עמנו, או שקיבלה את היהדות על עצמה.

ועיין בדברים הדומים של המלומד הזה במאמרו "הדת היהודית" וכו', שנחפרסם בספר The Jews, etc., שבעריכתו, כרך II, עמ' 174: In the case of a mixed marriage, the status of the children is determined by the faith of the mother, as the greatest influence in their lives.

טעם אחר להבחנה הנדונה – והוא אינו סותר את ההסבר הראשון – הועלה על-ידי חברי הנכבד, השופט לנדוי, בפסק-דינו שבעניינו; כי הקידבה לאם היא ודאית וברורה, מה שאין כן תמיד באשר לקירבה לאב (טעם זה להלכה מוזכר

פרשנות מונחים ומושגים

גם במאמרו של פרופ' י' ל' טלמון, "מי הוא יהודי", שנתפרסם בכתבי-העת Encounter, חוברת מאי 1965, עמ' 30).

לא יהיה למותר אם גם אפנה את תשומת הלב לדברים שכחב רב צעיד על הנושא האמור (שם, עמ' 233): כי בעוד שלגבי המקרה של אב ישראלי ואם נכריה "לא היה שום ספק אצל מי שהוא מן החכמים שהוולד הולך אחרי האם, ולא עוד אלא שהחכמים העמירו בתקיפות גרולה על הלכה זו", הרי לגבי המקרה של אב נכרי ואם ישראלית, נחעוררה ביניהם מחלוקת, אם הוולד הולך אחרי האם או אחרי האב והוא פסול, וכן, שמחלוקת זו היתה נמשכת והולכת בין כל רורות התנאים והאמוראים; והוא מוסיף:

מן הצד הרשמי אמנם נראה שהמחלוקת סובבת על ציר הלכותי כאילו הדבר חלוי בעצם הגדרת השם ממזר. אולם מזה שהמחלוקת החלקחה ביחוד במקרה של אם ישראלית ואב גוי... יש לראות שמאחורי ההנחה ההלכותית הסתתרה איזו השקפה היסטורית או סוציאלית... ולאחד כמה התלבטויות הכריעה ההלכה סוף סוף שנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר (יבמות מה ע"ב). והאמוראים הכשירוהו אפילו למנותו פרנס על הציבור: 'כיון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה' (שם). וכן אמרו החכמים לאגריפס המלך 'אחינו אתה' סוטה מא ע"א. ופירש דש"י: 'שקראוהו אחינו לפי שהיתה אמו מישראל...').

יהא ההסבר להבחנה הנוכרת אשר יהא, מכל מקום ברוד, כי ההלכה "הוולד כמותה" אין לראות בה, באשר להשלכתה על מעמדו הלא-יהודי של האדם הבא מאב יהודי ואם נכריה, אלא תוצאה המתחייבת מפסילחם של נישואי תעורבת מכוח האיסור שגורה היהדות ההיסטורית על נישואים שכאלה. איסוד זה יסודו לא היה מוגח ברצון סתמי להבדיל בין ישראל לעמים, אלא הושגת על השאיפה למנוע את טמיעתם הדתית של בני העם היהודי ולהבטיח, בשל השאיפה הזאת, את ייחודם הלאומי ואת פירודם מהעמים, בני הדתות והאמונות הזרות. בלבי אין ספק, כי דבר היחוד של האיסור האמור מושרש ביהדות תרם לא כמעט לכך, שהעם היהודי השכיל בעבר לשמור אמונים, במידה רבה, ל"חוק החיתון הפנימי" ולהבטיח בדרך זו את קיומו הנברל, חרף היותו מפוזר בין העמים האחרים.

היוצא מזה, כי גם המבחן הגזעי, הטמון באספקט השני של ההלכה ("הוולד כמותה"), מבוסס על טעם דתי, כאמור.

האספקט השלישי: אספקט זה – ואין כדעתי להרחיב את הדיבור עליו – אומר, כי הנכרי יכול להיספח על עם ישראל מכוח אקט של גיוד (יבמות מו ע"ב; רמב"ם, איסורי ביאה, פרק יג, הלכות א, ד, ו). לפי דברי רב צעיד (שם, עמ' 296), לפנים כלל בתוכו מוסד הגיוד זיקה דתית וזיקה אזרחית גם יחד, ואילו הלכות הגיוד, כפי שהתפתחו בתלמוד לאחר שאכדה לישראל החירות המדינית, הכניסו את הגיוד לגמדי לתחום הדת והוא נעשה מושג דתי לחלוטין. גם קויפמן (בספרו, כרך א', עמ' 226 ואילך) מציין כי "הגיוד הקרמון הוא הגיוד הארצי-החברותי, הגיוד המאוחר הוא גיוד-הברית". כפי שנרמז לעיל,

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

הרחיקו עזרא ונחמיה מן העדה את הנשים הנכריות ואת הנולד מהם, ללא אפשרות של גיורם, ואילו היהדות המאוחרת לא תורה על דוגמה זו. ההסבר לכך הוא, ראשית, כי הראשונים לא ידעו, באין זכר לכך בתורה, על נימוס של גיור נשים (נימוס הטבילה היה פרי המצאת הדרורות המאוחרים – אליבא דרב צעיר, שם, עמ' 301–303) או שהיהדות של אותו דור לא ידעה עדיין "נימוס מסויים וקבוע של קבלת גרים" (אליבא דקויפמן, שם, עמ' 226). שנית, וזה העיקר, בתקופת התלמוד השתרשה הדעה, לה הטיפה הנבואה המאוחרת, שאם גם תורת ישראל נתייחדה לעם היהודי ובלעדיו "אין תורת ישראל מצויידת כרמיון" (רב צעיר, עמ' 264), הרי היא גם נושאת אופי אוניברסלי-כללי, הראויה לכל אדם כאשר הוא אדם. "היהדות היתה אוניברסלית", אומר קויפמן (עמ' 214), "לא רק במובן זה, שחשבה את אלהיה לאלהי העולם כולו, לאל יחיד שרק דתו היא דת אמת, אלא גם במובן זה, שחשבה את עצמה דת שכל בני-האדם היו צריכים להחזיק בה ושראויה היא לכל העמים". מכאן, שהיהדות המאוחרת הכשירה את הגיור ופתחה שעדיה לכל באי עולם. ושוב חשוב להטעים: ההשקפה ברבר האוניברסליות של תורת ישראל לא באה לסתור, אלא רק להשלים את ההשקפה ברבר ייתורו של העם היהודי כמי שנושא תורה זו ומיועד לשמור עליה. "הצד השווה שבשתי השאיפות הללו" (האוניברסליות והפרטיקולריות) אומר רב צעיר (עמ' 226), "שאף אחת מהן לא הביטה על היהדות כעל תזיון דתי בלבד, שיש בכוחו לצאת לגמרי מגבול הגזע הישראלי, שזה היה יסוד היסודות ותמצית התמצית של הנבואה הישראלית ותורת היהדות". וכן ראה דברי אקצין (ספרו, עמ' 55):

Judaism, despite its universalistic theology, has hardly ever departed from the path of a mono-ethnic religion, and this strength-ened both the fact of and the desire for ethnic coherence among Jews...

וגם זאת לדעת: לפי הדין, הנכרי שהתגייר מעלים אותו למדרגת ישראל לכל דבר או כמעט לכל דבר (לרבות הזכות להתחתן בישראל) בחינת "גד שנתגייר כקטן שנולד דמי" (יבמות כב ע"א; שם צו ע"ב), כלומר, מעמדו כמעמד האדם שנולד בישראל. נמצא, כי מצד אחד טומן בחופו מוסד הגיור ויקה לדת ישראל ועצם המעשה של התגיירות מהווה מעשה דתי; אך, מן הצד האחר, תוצאתו של מעשה שכזה היא לאפשר לגר להירבק בעם היהודי ולהיספח עליו. לא זו בלבד, אלא התוצאה האחרונה מעידה, שהיהדות לא חששה – בנתון להתמלאות התנאי של התגיירות – מתערובת של דם נכרי. גם האספקט השלישי של ההלכה מבליט איפוא, שלפי תפיסת היהדות ההיסטורית, יסודות הלאום והדת הם כרוכים זה בזה, ללא הפרדה ביניהם.

פרשנות מונחים ומושגים

ע"א 440/75

זנדבנק ואח' נ' דנציגר ואח'

פ"ד (2) 260, 266

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, יי כהן, שמגר

בית-המשפט המחוזי קבע בפסק-דינו כי על-פי שני המכתבים שהוחלפו בין הצדדים נכרת ביניהם חוזה המחייב את המערערים להעביר למשיבים את כל חלקם וכוונותיהם בחברות. על הענין הנדון חל חוק החודים (תלק כללי), תשל"ג-1973.

השופט שמגר: ב. הביטוי "גמירת-דעת" שאוב, כידוע, מן הדין העברי. פירושו ומשמעותו היא כי הן על ההצעה והן על הקיבול להראות כוונת המציע או הניצע, לפי הענין, ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

פרופ' ז' צלטנר (דיני חוזים של מדינת ישראל, תשל"ד, עמ' 37 ו-55) גורס כי הביטוי "גמירת דעת" הוא ביטוי נרדף למלה "רצינות" ובהסתמך על השקפה זו גם פסק בית-משפט קמא. נראית לי יותר ההשקפה כי בנקיטת לשון גמירת-דעת לא נתכוון המחוקק להצביע על רצינות הכוונה גדידא, אלא אימץ יסודות המקובלים בשיטות המשפט הקונטיננטליות והאנגליות גם יחד וביקש לדאוח את "הכוונה ליצירת יחסים משפטיים" כמונחת ביסודה של כריתת החוזה. מגמה זו עולה מדברי הצעת החוק (הצעות חוק 880, תשל"ל, עמ' 126, 129), היא תואמת גם את הדעה שבוטאה במקום אחר בספרו הנ"ל של פרופ' צלטנר (עמ' 40-42) והיא מסתייעת, אגב, גם על-ידי ההתייחסות למשמעותו של המונח האמור לפי המשפט העברי. למוחד להוסיף בהקשר זה, כי אין כידוע חובה לפרש ניב בחוק החרות, הלקוח מן הדין העברי, על-פי פירושו המקורי דוקא (דברי השופט חשין בהמ' 89/51, מיטובה נ' קזם, פד"י 1, בעמ' 11; פ"ס, בעמ' 389).

ע"פ 89/78

אפנג'ר נ' מדינת ישראל

פ"ד לג(3) 141, 150, 155, 160

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים אשר, אלון

רשות הערעור בענין זה הוגבלה לשאלה אם על-פי העובדות שנקבעו עמדה לנאשם (כעבירת תקיפה) ההגנה כה מדובר בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

השופט אלון: 10. מר גולן, בא־כוחו המלומד של המערער, הפנה שימת לבנו גם לעמדת המשפט העברי בסוגייה זו, ומשכחו אני על כך, שהרי חשובה לנו עמדת המשפט העברי בסוגייתנו, כפי שעוד יבואר להלן...

כפי שראינו, עקרון הגנת הזולת ענינו במושגים שיסודם בתקנת הציבור ובהשקפת עולם מוסרית חברתית בדבר היתלצות לעזרתו של הזולת המצוי בסכנה של פגיעה בגופו. כך מחוייב הוא על־פי הגיונם וטיבם של חיי חברה מתוקנים; כך מצאנו אצל חכמי המשפט האנגליים והאמריקאיים שרואים בכך משום ענין שב־public policy ומשום peremptory response to injustice that the good man has ingrained (ראה לעיל); ואחרון אחרון חביב ועיקר – כך הוא במקורות המשפט העברי שבו מהווה הכלל של לא תעמוד על דם רעך עיקרון יסוד בהשקפת עולמה של היהדות. לדעתו, מן הראוי שנפרש מושגי יסוד שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות, לאור מורשת המוסר ההרבות שבעולמה של היהדות (ראה ע"א 461/62 צים נגד מזיאר, בעמ' 1332; ע"א 148/77 רוט נגד ישופה, (טרם פורסם). לאור החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972, שביטל כפיפוחה הפרשנית של פקודת החוק הפלילי לדיני אנגליה, ולאור חוק העונשין, תשל"ז-1977 שבו הושמט סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי – שבו מצויה היתה כפיפות פרשנית זו – לגמרי מנוסח החוק, בוודאי ששומה עלינו לתת פרשנות עצמאית ומקורית, לפי נסיבות כל ענין וענין, למושג יסוד כגון זה שבענין שלפנינו.

הנשיא (זוסמן): 1. מצטרף אני בכל הכבוד, למסקנה שאליה הגיע חברי הנכבד השופט אלון, אך הואיל והגעתי אליה בדרך אחרת ושונה מזו של חברי הנכבד, מחובתי להעלות את נימוקי על הכתב. הבעיה הניצבת לפנינו אינה אלא זאת אם עומדת למערער הגנת הצורך (necessity) לפי סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936. בפתרון הבעיה הלזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי־המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי קא עסקינן שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים. אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי יהא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה האם יהא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על־פי הלכת המשפט העברי, אשה נואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן כשריפה?

ע"א 546/78

בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח'

ס"ד לר(3) 57, 66-68, 80

הובא בשער זה, עמ' 6.

פרשנות מונחים ומושגים

ד"ר 13/80

הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח'

פ"ד לה(2) 785, 789

הובא כשער זה, עמ' 9.

ה"פ (ח"א) 933/79

רוטגר נ' מדינת ישראל

פ"מ חשמ"א (1) 265, 267, 277

בכיתום המשפט המחוזי בחל-אכיביפו

הדין נסב על השאלה אם מי שמצא רכוש גנוב שהוטח במקום מחבוא יכול לרכוש בו בעלות על-פי הוראות חוק השכת אבידה. טענתו העיקרית של בא"כ המדינה היא שרכוש גנוב איננו בגדר "אבידה" ועל כן אין החוק הנ"ל חל עליו. כן נטען על ידו שהמדינה ב"נכס עזוב" שעל-פי חוק האפורטופוס הכללי הוא שייך לאפורטופוס הכללי.

השופט מלך: 1. העובדות הצריכות לענין זה אינן שנויות למעשה במחלוקת. ביום 19.8.78 מצא המבקש מקום-מחבוא ליד חלוצה הערבית (בשדות קיבוץ משמר רור) ובו מצבור גרול של מכשירי חשמל ואלקטרוניקה, ובסך הכל 31 פריטים, כפי שהם מפורטים בבקשה. המבקש נהג מעשה אזהר טוב במציאתו, הודיע עליה למשטרה ואף דאג למסירת החפצים לידי המשטרה...
ג. המקור השלישי שאליו היפנו אותי פרקליטי הצדדים הוא הדין העברי. פרקליט המשיבה ביקש לשכנעני, כי יש לפרש את החוק לפי הדין העברי, וכי לפי דין זה לא חלים ריני אבידה על חפץ שיצא מרשות בעליו על-ידי גניבה. הייתי שמח מאד לו כך היו הדברים. מעולם לא הבנתי מרוע עדיף עיקרון משפטי מיובא מאוסטרליה או מניו-זילנד על עקרון משפטי של הדין העברי; לפתות אותם עקרונות השימים בימינו. חוק זה הוא רוגמה לכך: היה כאן שינוי מצב, שינוי הלכה. זו היתה הזדמנות לחוקק חוק חרש שתמציתו עיקרון משפטי לקות מן ההלכה היהודית.

אלא שלא כך קרה, לא עיקרון ההלכה הונח במרכזו של החוק החרש. היו באותו דיון חברי כנסת שקבלו והתריעו על כך (ת"כ נריה ופזרוש) ותשובתו של שר המשטרה היתה, שאין הוא מבין מרוע דווקא. כאן יצא קצפס של המתרעמים, שהרי כירוע כלל התחיקה הישראלית איננה רבקה בדין תורה. פרקליט המשיבה, שהגיש לי חומר רב ומעניין לענייני הגדרת אכירה ומציאה לפי המשפט העברי – ואף את המחשב של אוניברסיטת בר-אילן גייס לעזרתו – איננו מסביר לי בסיכומיו מרוע לדעתו יש לפרש תוק – שלא עקרונות הדין העברי הם יסודותיו – על-פי הדין העברי, ולא על-פי עקרונות הפרשנות החלים על כלל החוק הישראלי. לו היו עקרונות המשפט העברי

שער ראשון: המשפט העברי כמדינת ישראל

משמשים בסיס לחוק זה – ניחא; אך משאין הרכר כך, כיצר ניתן ל"הלכיש" פירוש של המשפט העברי לחוק שעקרונותיו זדים למשפט העברי? אינני מקבל איפוא את הטענה שיש לפרש את החוק על-פי ההלכה היהודית. אולי ימצא פרקליט המשיבה המלומד נחמת-מה בעוברה, שאפילו לפי המשפט העברי אין הפירוש כה חר וחלק כפי שביקש ללמור ממנו; אינני בטוח כלל ועיקר, כי לו נזקקתי לפירוש החוק על-פי ההלכה היהודית, הייתי מגיע למסקנה שנכס גנוב איננו אבירה.

ע"א 341/80

עלי נ' ששון ואח'

פ"ד לו(3) 281, 289

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני הנשיא י' כהן והשופטים בך, שינבים

המעורר מילא טופס השתתפות בהימור לגבי תוצאות משחקי כדורגל ומסרו למשיב 1, שהינו בעל חחנה לקבלת טפסים אלה. לאחר שהמערער עזב את החחנה, הבחין המשיב שהטופס הנרון חסר, ודיווח על אבדו למשיבה 3, המארגנת את הימורי הכדורגל בישראל. המערער טען, לאחר תום המשחקים, כי בטופס שאבד ולא נטל חלק בהימור הוא ניתש נכונה את תוצאות כל המשחקים, ולפיכך הוא זכאי לפרס הראשון או לפיצוי על אבדו. בבית המשפט המחוזי נדחתה תביעתו כנגד המשיב 1 (אחר שקודם לכן נדחתה בהסכמה תביעתו כנגד המשיבות האחרות). מכאן הערעור.

השופט שינבים: סיווג השומרים שבחוק נעשה לפי הסיווג שבמשפט העברי; כמפורש בדברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, תשכ"ו-1965, שהפכה לחוק השומרים, וראה מאמרו של פרופ' ז' צלטנר, "ריני החחים בישראל בהתפתחותם משך חצי היוכל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ד-ל"ה) 56, בעמ' 71. ובמאמרו של נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ז-1967" הפרקליט כד (תשכ"ח) 208, בעמ' 211. כיוון שהמשפט העברי היה לנגד עיניהם של מנסחי החוק, נוכל איפוא להיעזר בו לצורך הבנת מושגים (אם כי לא בכל הודאותיו הלך החוק לפי ריני המשפט העברי).

שינינו במשנה שבועות ח, א:

ארבעה שומרים הן: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר. שומר חנם נשבע על הכל, והשואל משלם את הכל, נושא שכר והשוכר נשבעין על השבורה ועל השבויה ועל המתה ומשלמין את הגניבה ואת האבירה.

וכן שינינו במשנה בבא מציעא ג, יא:

המפקיר מעות אצל חברו, צרן והפשילן לאחוריו או שמסרן לבנו ולבתו

פרשנות מונחים ומושגים

הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי – חייב. שלא שמר כדרך השומרים; ואם שמר כדרך השומרים – פטור.

דהיינו, במשפט העברי חייב שומר חינם באחריות רק על ה"פשיעה". וכך מסוכם חיובו של שומר זה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף א: "שומר חינם פטור מגניבה ואבידה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה". ובהמשך אותו סימן בשולחן ערוך בסעיפים יג ויד מברואר, כי "שמירה כדרך השומרים" תלויה במהות הפיקדון. אם נשמר הפיקדון במקום הראוי לו – פטור השומר, אך אם השומר הניחו במקום שאינו ראוי לו – הוא חייב. נדאה, כי ניתן להבחין בתכונות משותפות בין "דשלנות" השומד שבחוק השומרים – אם נפרש אותה בעזרת פקודת הנזיקין כאמור לעיל, לבין ה"פשיעה" שבמשפט העברי.

פרק שלישי
הדין ה"דתי" בבתי המשפט

1. מעמדו של הדין ה"דתי"

ע"פ 112/50

יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ה' 481, 484, 501-502

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים זילברג, לנרוי

השופט לנדוי: המערער, גד בן יצחק יוסיפוף, הורשע על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (הנשיא ד"ר בנימין הלוי) בפשע של ביגמיה, בניגוד לסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, כפי שחוקן בשנת 1947, ונידון לשנת מאסר אחת. ערעורו זה מכוון נגד ההרשעה וגם נגד מידת העונש. לפי הצעת בא-כחו, ד"ר וינר, ובהסכמת פרקליט המדינה, החלטנו לשמוע את הערעור הזה בשני שלבים – הראשון בנוגע להרשעה, והשני (אם תדחינה טענות המערער נגד הרשעתו) בנוגע למידת העונש.

2. העובדות פורטו בבהירות רבה בפסק דינו של נשיא בית המשפט המחוזי המלומד, ומכיון שכמעט ואינן שנויות במחלוקת, אין לנו לחזור עליהן באריכות. המערער – יהודי ישראלי, בן העדה הקוקזית – נשא בשנת תרצ"ז אשה אשר ילדה לו חמשה ילדים. נשואיו עמה עורם קיימים. בשנת תש"י נשא אשה שניה בחופה וקדושין, בהסכמת משרד הרכנות בירושלים. את ההסכמה הזאת השיג על יסוד הצהרה כוזבת, שנחמכה כדברי שני עדים, בה העלים את דבר נשואיו הקיימים.

השופט זילברג: לשם הסברת הרעיון, עלינו לפרוש קמעא לפרשת מעמדם החוקי המיוחד של "עניני המצב האישי", ולמקום שהם תופסים כמסגרת המשפט האזרחי, הכללי, של המדינה.

13. המחוקק הא"י, כידוע לכל בר-בירב, החנצל מעליו את סמכותו לקבוע הלכות חדשות משלו בעניני המצב האישי, ומטעמים ידועים ומוכנים הוא מסר, בדרך כלל, את הסדר ענינים אלה – הן מבחינה פרוצסואלית והן

הדין ה"דתי" כבתי המשפט

מבחינה מטריאלית – לחוקים הרתיים השונים של העדות השונות. אזרח ארץ-ישראל, בן לאחת העדות המוכרות, עניני נשואיו וגירושיו נדונים, גם בבתי המשפט האזרחיים (כאשר השאלה, למשל, מופיעה לפנייהם בצורה אינצידנטליה), על פי דיני החוק הדתי של העדה המתאימה, והוא הדין: חובת מזונותיו (מסוג "מיינטננס") של בעל, ארץ ישראל, בחביעה המוגשת נגדו לבית המשפט המחוזי, ועוד ענינים אחרים כיוצא בהם זולתם.

עד כאן הדברים גלויים וידועים, פשוטים "כביעתא בכוחא"*, ואין צורך לכאורה להרחיב את הדיבור עליהם. ואולם השאלה המענינת, שאינה כל כך פשוטה, היא: מה פירושו של דבר? האם המחוקק הא"י השאיר כאן, מבחינה תחיקתית, חלל ריק, והוא משתמש לגבי הענינים ההם בנורמות משפטיות זרות, שאינן תופסות מקום במערכת החוקים שלו, או דילמא: המחוקק הא"י גופו סיגל לעצמו את הנורמות המשפטיות ההן, ועשאן חלק אינטגרלי של שיטת המשפט האזרחי, הכללי, שלו? ואין זו שאלה רעיונית-אקדמית גרידא, כפי שנראה מיר בהמשך הדברים.

14. והנה, אם עד שנת 1945 יכול היה ארם לגמגם ברבר, הר עס החפרסם פקודת הפירושים, 1945, נפשטה הבעיה כליל, ואין מקום עוד לספקות כל עיקר. סעיף 2 של הפקודה הנ"ל קובע בפירוש, כי המונח "חוק" כולל גם "את החוק הדתי (שבכתב ושבעל פה)... שהוא בר חוקף, או שיהא בעתיד בר חוקף, בא"י". דברים כדרכונות, ופירושים למותר! כאן גילה המחוקק את דעתו, בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי החוק הדתי, עד כמה שהוא בר חוקף בא"י, מהווה הוא עצמו חלק אינטגרלי של משפט המדינה. זאת אומרת: אם בית המשפט המחוזי דן, למשל, בחובת מזונותיו של בעל יהודי נתין א"י, והוא משתמש – כפי שהוא חייב לעשות – בדיני ישראל, הרי דואים, כביכול, אוחם דיני ישראל הדנים בשאלה, כאילו נחקקו על לוח החוקים של משפט המדינה. חזו היא גם הגישה ההגיונית, האפשרית היחידה, לענין. החוק הדתי איננו "זמורת זר" שהודכבה מבחוץ על גזע האילן, אלא הוא עצמו, עד כמה שהוכר, משחלב שילוב מלא בנופו של אילן, ונוטל חלק מגיע בפארוותיו ודליווחיו.

ע"א 191/51

סקורניק נ' סקורניק

פ"ד ח 141, 180

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (אולשן), והשופטים אגרנט, ריחקין

חקפם של נישואין אזרחיים שנחקימו בחוץ-לארץ – תביעת הבעל להחזרת המטלטלים הנמצאים בידי האשה או תשלום תמורתם – תביעה נגדית של האשה למזונות.

* "ביצה בכוחא", פתגם מקובל בספרות החלמודית לציון דבר שהוא פשוט בתכלית.

שער ראשון: המשפט העברי כמדינת ישראל

השופט ויתקון: אין מקום, איפוא, להחיל את המשפט הדתי על-פי סימן 47 על ענין מסויים, בטרם ביררנו, אם כללי המשפט הבינלאומי הפרטי לא יפנו אותנו לחוק זר מסויים. במקרה דידן מצינו, לאור שני הכללים של המשפט הבינלאומי הפרטי האמורים לעיל – הכלל בדבר הכרעת שאלות אינסידנטיות והכלל שאין נפקא מכל שינוי הנתינות ומקום המושב – כי כללים אלה מפנים אותנו לחוק הפולני, מכיון שכך, אין המשפט העברי חופס במקרה דידן, למרות אפיו האוניברסלי. החוק הפולני חל בהיותו החוק אשד חל על בעלי-הדין בשעת עריכת הנישואין ובמקומם. לדעתי, אין ההדאה שבסימן 64 לדבר המלך במועצה ענין לכאן, ורק במקרה יוצא שהחוק הלאומי של בעלי-הדין בשעת עריכת הנישואין ובמקומם הוא אותו חוק שחל בשעתו במקום הפעולה. לו, למשל, המשפט הבינלאומי הפרטי הפולני היה מפנה אותנו לחוק זר אחר – לא פולני – היינו משתמשים בו ללא כל זיקה לסימן 64 ובלי להתחשב בנתינותם הפולנית בשעתם. המקור היחיד להחלת החוק הפולני הוא, כאמור, המשפט הבינלאומי הפרטי החל בישראל על-פי סימן 46 לרבר המלך במועצה.

חברי השופט אגרנט דן בשאלה, כיצד אפשר לתת למשיבה "תרופה" לפי המשפט העברי, כשמעמדה כאשה נשואה למערער מופר אך ורק על-פי החוק הפולני, הוא מבחין בין "הזכות" לתבוע מזונות לבין שיעור המזונות המגיעים לה. לדעתי, אין צורך בהבחנה זו, ומשום כך, אין אני מביע רעה על אורותיה, אני סבור שהמוסד הנקרא "נישואין" הוא בעל אופי אוניברסלי, וגם הנישואין לפי המשפט העברי אינם יוצאי רופן ממה שמקובל בעולם הנאור, אינני מהסס, איפוא, להפעיל את זכות המזונות העומרת לאשה הנשואה לפי המשפט העברי גם לטובת אשה שנישואיה מבוססים על חוק זר, אך מוכרים הם בעיני המשפט בישראל.

בג"צ 143/62

פונק שלזינגר נ' שר-הפנים

פ"ד יז 225, 231, 238

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט הגבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון, ויתקון, מני

השופט זילברג: לפנינו התנגרות לצו-על-תנאי שניתן על-ידי בית-משפט זה, וענינו: להכיר במבקשת כאשה נשואה, ששם משפחתה: שלזינגר, ולרשמה כך בספר מרשם-התושבים, על יסוד הנישואין האזרחיים שנערכו בינה לבין מר ישראל שלזינגר בקפריסין, ביום 21.12.61. המבקשת היא נוצריה, נתינת בלגיה, ומר ישראל שלזינגר הוא יהודי ישראלי, תושב קבוע של מדינת ישראל. סירובו של המשיב נובע מכך, שהוא אינו מכיר בחוקפם החוקי של הנישואין הנ"ל.

הדין ה"דתי" בבתי המשפט

השאלות העומדות בפנינו הן:

(א) היש תוקף – לפי חוקי המדינה – לנישואין שנערכו בין יהודי ולא־יהודיה?

(ב) ואם תמצי לומר כי אין תוקף חוקי – היכול פקיד הרישום, ואף חייב הוא, לרשום את המבקשת כנשואה על סמך טכס הנישואין האזרחי שנערך בין בני־הזוג בקפריסין.

אמרתי והדגשתי לעיל: לפי חוקי המדינה, יען כי לפי דיני ישראל אין שמץ של ספק בדבר, כי לנישואין הללו אין כל תוקף חוקי.

9. בא־כוח המבקשת טען, בנקודה זו, של הרגע האחרון ממש לאחר שהודענו לו על פסק־דין אנגלי שיצא לפני כמה שבועות, הוא פסק־הדין בענין לפרה נ' לפרה, (Lepre v. Lepre; 1962) שנתפרסם בגליון ה"טיימס" מיום 6 בדצמבר 1962. פסק־דין זה מסחמך, בעצם, על פסק־דין קודם שיצא מלפני בית־המשפט האנגלי לערעורים בענין פורמוזה נ' פורמוזה, (Formosa v. Formosa; 1962) ותמצית שניהם היא, כי בתי־המשפט באנגליה לא יכירו בביטול נישואין, שנפטק על־ידי בית־משפט זר בשל שוני־הדתות שבין הבעל והאשה, מפני שביטול זה נוגד את עיקרי הצדק הטבעי המופרים באנגליה. ואף כאן כן, טוען בא־כוח המבקשת; עלינו, כבית־משפט חילונית־אזרחי, להתעלם מדיני ישראל עד כמה שהם פוסלים נישואי יהודי ולא־יהודיה, כי פסול זה פוגע גם בהרגשת הצדק הטבעי הנטועה בלב הציבור הישראלי.

טענה זו ברוחא היא. יכול כיח־משפט במדינה א' לומר, כי חוקי מדינה ב' פוגעים בהרגשת הצדק שלו, והוא מתעלם מהם כליל. אבל השופט היושב לדין באותה מדינה ב' גופה, אינו יכול לומר, כי חוקי המדינה פוגעים בהרגשת הצדק שלו, ולכן אינו מוכן לקיימם. החוק ככל מדינה ומדינה, ומכל־שכן במדינה דמוקרטית שיש לה גוף מחוקק פרלמנטרי, תואם – או נתשב כחואם – את עיקרי הצדק הטבעי המקובלים באותה מדינה, שאם לא כן, לא היו החוקים נחקקים, ומשנחקקו – היו מתבטלים תחת לחץ דעת הציבור. מותר היה לשופט דנינג (Denning) במשפט פורמוזה, (שם, עמ' 423) לומר, כי אילו שאלו אדם מן השוק באנגליה אם נישואין בין קתולי ואנגליקנית כשרים הם, או לא, היה עונה: כשרים! אבל אין לומר בשום אופן, כי כל אדם בישדאל, מן השוק או מן העליה, היה עונה בחיוב על השאלה, אם יש להכשיר נישואי יהודי ולא־יהודיה, או לא. סבודני, כי דוכא דרוכא של הציבור שלנו היה עונה על כך בשלילה. הוזה אומר: לא זו בלבד שאין אנו, השופטים היושבים לדין, רשאים להתעלם מן החוקים הקיימים כל עוד הם קיימים, אלא גם במציאות, ולאמיתו של דבר אין חוקי האישות הדתיים שלנו נוגדים את השקפותיו של כלל הציבור הישראלי.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

בג"צ 301/63

שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח'

פ"ד יח(1) 598, 608, 620-621

כבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ווסמן, ח' כהן, מני

העותרת נישאה ברומניה, בשנת 1925, למשיב מס' 5 בנישואין אזרחיים. בשנת 1949 עלתה המשפחה לישראל. כחמש שנים לאחר מכן עזב הבעל את אשתו והגיש תביעת גירושין נגדה. בית-הדין הרבני לא ראה להיעתר לתביעה, ומשסירבה האשה לקבל את גטת מרצונה, זנת הבעל את התביעה. כעבור שנתיים נתן בית-הדין הרבני פסק-דין "זמני", בו חייב הבעל לשלם מזונות לאשתו. תביעת האשה, כעבור זמן, להגדלת המזונות נחתה על-ידי בית-הדין הרבני, הואיל והבעל טען, כי נשא את העותרת בנישואין אזרחיים בלבד, והאשה הודתה, כי "אינה נשואה לנתבע לפי דיני ישראל ושאינן לה כחובה כדין..." לעתירת הבעל ביטל בית-הדין הרבני את פסק-דינו הקודם למזונות האשה, ובית-הדין הרבני לערעורים אישר פסק-דין זה. ענין מזונותיה של העותרת בא על תיקונו משהגיש את תביעתה לבית-המשפט המתווך, ובית-המשפט העליון, בשבתו לערעור, על החלטת-ביניים, פסק לעותרת מזונות בהסכמת הבעל. בשנת 1961 חזר הבעל והגיש לבית-הדין הרבני תביעת גירושין. בית-הדין פסק שעל העותרת לקבל את גטה, ואם תמאן – ידון בית-הדין בעתירת הבעל לתת לו היתר נישואין. טרם הגיע ערעורה של העותרת על פסק-דין זה לדיון, נתן בית-הדין הרבני לבעל היתר "לישא אשה כדמו" כרצונו", בכפוף לאישור מטעם הרב הראשי לישראל. על פסק-דין זה ערער הבעל, וטרונייתו היתה שכית-הדין לא נאות לכפות על העותרת קבלת גט. בית-הדין הרבני לערעורים דחה את שני הערעורים גם יחד. לעתירת העותרת הוצא צו-על-תנאי נגד המשיבים.

השופט ח' כהן: הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית-משפט זה מימים ימימה, שאין אנחנו יושבים בערעור על בתי-דין דתיים: כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית-משפט אזרחי להדהר אחר מידותיהם לענין מהותו וטיבו של דין דתי זה. הנקל לחאר, לאיזה סיבוכים וסתירות נגיע, אם, למשל, בית-המשפט הגבוה לצדק יראה "חריגה מסמכות" בכך, שכית-הדין הרבני הכריע, בענין מסויים, כדעת התשוב"ץ, בניגוד לדעתו של הריב"ש? (כלשון השופט זילברג בספרו על המעמד האישי בישראל, עמ' 174), וכבר מצוים אנו ועומדים מקדמת דנא, שהדיינים "אשר יהיו בימים ההם", אפילו מדאין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם (ספרי שופטים, קנד).

מוסיף בא-כוח המבקשת וטוען שדין פסקיהם של בתי-הדין הרבניים להחבטל על-ידינו, כאשר נוגדים הם את כללי הצדק הטבעי ואת הלכות המשפט הבינלאומי הפרטי. גם את הפגיעה בצדק הטבעי וגם את הפגיעה בהלכות המשפט הבינלאומי, רואה בא-כוח המבקשת בהתעלמות בית-הדין הרבני מן הזכויות ומן המעמד שרכשה לה המבקשת מכוח נישואין שהיו חוקיים ותקפים לפי דיני מקום כריחתם. אשר לצדק הטבעי, אין אני יכול לראות כיצד ועל שום מה הוא נפגע, כאשר חוק פלוני רואה נישואין שנערכו בצורה פלונית ככשרים וחופסים, וחוק פלמוני רואה אותם נישואין כלא-כשרים וכשאינם חופסים: זוהי חופעה חדידה כמשפט, וכל הלכות המשפט

הדין ה"דתי" ככתי המשפט

הבינלאומי הפרטי נובעות מתופעה זו. אמת נכון הדבר שהחוק השורר בישראל אינו מתיר התעלמות מן הזכויות ומן המעמד שרכשה לה אשה על-ידי שנישאה לאיש בנישואין שהיו כשרים וחוקיים במקום כריחתם, כפי שאראה להלן; אבל אין זה ענין לצדק הטבעי כל עיקר. ואשר למשפט הבינלאומי הפרטי, הלכה פסוקה היא שאין בתי-דין דתיים קשורים בו (ע"א 158/37; ע"א 238/53 פד"י, כרך ח, עמ' 4, בעמ' 19).

השופט זילברג: והחשובה השניה לטענה הנ"ל היא: מעיקרא דינא פירכא! כי בית-הדין הדתי הוא, בתכלית הפשטות, "חפשי מן המצוות" שנאמר בתודת המשפט הבינלאומי הפרטי. דברים אלה נאמרו לראשונה בע"א 158/37, נושא-חן נגד נושא-חן, פל"ר, כרך 4, עמ' 373; קל"ד (לבנון), כרך 2, עמ' 201, ועדיין לא כהתה עינם ולא נס ליחסם. אדרבא: חזרו עליהם כמה פעמים גם בבית-משפט זה.

בפרשת נושא-חן, אישר בית-הדין הרבני את כשרות נישואיהם של בני-זוג אשר נערכו, בטכס דתי, בגרמניה. טענו לאתר מות הבעל, כי האישור ההוא נוגד את כלל המשפט הבינלאומי הפרטי, האומר כי "כשרות הצורה נדונה על-פי חוק מקום עריכת הטכס", היינו החוק הגרמני שאיננו מכיר בחוקפו של טכס נישואין דתי. אך בית-המשפט העליון דחה את הטענה ואמר:

יהא זה בלתי נכון מצד בית-משפט זה לברוק את כשרות ההתלטה, או לשקול אם בתי-דין דתיים, בדונם בשאלות נישואין שנערכו בחוץ-לארץ, חייבים להכניס לחוק שלהם עקרונות של המשפט הבינלאומי הפרטי. ההחלטה היתה של סטטוס הצדדים שניתן על-ידי בתי-המשפט האזרחיים של ארץ-ישראל (שם, פל"ר, בעמ' 376; קל"ר, בעמ' 203).

ובע"א 238/53, בוסליק כהן, פד"י, כרך ח, עמ' 4, 19, נאמר: בית-הדין הדתי רואה עצמו פטור לגמרי מן הכללים 'הכוכלים' הללו (הכוונה לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי) ופורש את מצודתו של החוק הדתי – למפרע, וללא כל סייג – גם על מעשים שנעשו בעבר, על-ידי נתינים זרים, מחוץ לגבולות המדינה, והוא רשאי לנהוג כן (ראה ע"א 158/37, פל"ר, עמ' 373, 376; קל"ד, עמ' 201, 203).

בשני פסקי-הדין שצוטטו כאן לא פורש טעמו של דבר, אך הפגימה נחמלאה לא-מכבר בפסק-דין שניתן על-ידי בית-משפט זה בבג"צ 111/63, ג'מיל אבו-חורש נגד בית-הדין השרעי לאזור עכו, ואח', פד"י, כרך יח, עמ' 589. טעמו של "שיתרו" בית-הדין הדתי מעולם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הוא, כי כללים אלה, כחלק של הקומון-לאו, הוטלו חובה על בתי-המשפט בארץ מכוח סימן 46 של דבר-המלך, וסימן זה פותח במלים: שיפוטם של בתי-המשפט האזרחיים יקויים בהתאמה לחוק העתמאני... ובנתון לכך בהתאם ליסודי המשפט המקובל וכו'.

ידוע ידע מחבר דבר-המלך, כי החוק הדתי מצטיין בכלעריות ובאוניברסליות שבו. הוא אינו מכיר בגבולות ותחומים – לא מבחינת הזמן ולא מבחינת

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

המקום. לכן פטר אותו (את בית-הדין הדתי), בתחומים הנתונים לשלטונו, מן המשפט המקובל המכיל בקרכו את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

את טענתו הראשונה של בא-כוח האשה, יש איפוא לדחות.

ואשר לטענתו השנייה של בא-כוח האשה כלפי פסק התרת הנישואין הנ"ל: כאן אי-אפשר להסתייע בנימוק הדמיה האמור בפסקה 8 (א) לעיל, כי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, כמוה כחריגה מסמכות (עיין ודוק בפסקי-דינים של השופטים גויטיין וברנזון בבג"צ 187/54, פד"י, כרך ט, עמ' 1193, בעמ' 1199, וטענת חריגה מסמכות נופלת, לא לגדרו של סעיף 7 (ב) (3), אלא לגדרו של סעיף 7 (ב) (4) של חוק בתי-המשפט, ואפשר לטענה גם כלפי החלטות שניתנו על-ידי בית-הדין הדתי.

אך קיימת תשובה אחרת, אף היא ניצחת, כלפי טענתו השנייה של בא-כוח האשה והיא, כי עצם הטענה בקונצפציה מוטעית יסודה, וכבד חיוויתי את דעתי על כך בבג"צ 10/59, ויקי לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי, ת"א, פד"י, כרך יג, עמ' 1182, בעמ' 1193:

...ברצוני ומחובתי לציין כי מסתייג אני, בכל הכבוד, מן הקונצפציה המוטעית של מושג הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי אשר באה לידי ביטוי כשניים מפסקי-הדין הנ"ל. כוונתי לבג"צ 24/41, ובג"צ 49/45, הנ"ל. התחלף לו, לבית-המשפט הגבוה לצדק, בין הפגיעה בעקרונות יסוד של דיון צודק, לבין מה שנראה לו כבלתי צודק בעצם הפסק גופו. בכך – לדעתי – לא היה רשאי להתערב. כי תוכנו המטריאלי של החוק הדתי, עד כמה שחוק זה מופר עקרונית על-ידי חוקי הארץ, אינו מחוייב דוקא להיות נורשח וחסד בעיני השופט האזרחי, וממילא אין הוא (כלומר: השופט האזרחי) יכול לפסול את הפסק המקיים, הלכה למעשה, את החוק המטריאלי ההוא.

2. ביטול נודמה דתית על-ידי המחוקק החילוני

בג"צ 202/57

סידיס נ' בית הדין הרבני הגדול ואח'

פ"ד יב 1528, 1532–1536

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, גויטיין, ברנזון

זכותו של הבעל לאכילת פירות בנכסי מלוג של אשתו נוכח הוראות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

שדה זו לא יצא עדיין מרשותו, ואין תופס לשון זה אלא בדבר שעדיין לא זכה בו והוא מתנה עליו שלא יהא שלו כשיבוא הזמן שעתיד לזכות באותו דבר... (רשב"ם, בבא בתרא מג ע"א, ד"ה וידי יהו מסולקות).
וגם זכות אכילת הפירות של נכסי מלוג, לא "זכות למשהו" אלא "זכות במשהו" היא, כפי שצויין בצורה תמציתית מרוכזת על-ידי אחד מבעלי החוספות:

שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע (חוספות, כתובות מז ע"ב, ד"ה זימנין).

וזכותו של הבעל אינה מצטמצמת רק בגבול אכילת הפירות, אלא אוצלת גם – אם ניתן להיאמר כך – על בעלות האשה בגוף הנכסים, וגורמת לכך כי "קנין הפירות" שלו הוא כמעט "קנין הגוף" ממש. דבר זה נובע מתוך התקנה הידועה בשם "תקנת אושא" (אושא – היא אחת מעשר הגלויות שאלהן גלתה סנהדרין: ראש השנה לא ע"א-ע"ב).

אמר רבי יוסי בר חנינא: באושא התקינו, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלוקחות (בבא קמא פח ע"ב, והרבה מקומות אחרים, ראה גם שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צ, סעיף יז, ודמ"א שם).

באושא התקינו: דאף על גב דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי, בעל בנכסי אשתו אלמנה רבנן לשעבודיה (חזקת חכמים את שעבודו) ... הוזה לוקח ראשון (רש"י, בבא קמא שם, ד"ה באושא).

הקונסטרוקציה המשפטית של הרעיון היא, כי בשל ה"חיוזוק" שזכה לו שעבודו של הבעל, נחשב הוא כאילו קנה, כלוקח ראשון, את גוף הנכסים לתקופה שאחרי מותה, אם תמות בחייו. אך החוצאה הקונקרטית היא, כי אף-על-פי שהגוף שייך לה והיא יכולה למכרו למי שתדעה, הרי עקב האפשרות כי הבעל יאריך ימים אתריה ויוציא אותו מן הלקוחות מכוח תקנת אושא, היא יכולה למכרו רק ב"טובת הנאה", כלומר ב"דבר מועט" (ראה רש"י, בבא קמא פט ע"א, ד"ה והרי היא תחתיו, והשווה סוגיא דגמרא שם), זאת אומרת: לא במחירו המלא אלא במחיר השווה, באופן פרופורציונלי, לשיעור האחוזים של סיכוייה להאריך ימים אחרי בעלה. ואם מחיר הנכס היה, למשל, – 10,000 לירות, והסיכוי כי הבעל ימות לפניו הוא רק 30% בשל היותה זקנה או חולנית, היא תקבל בעד הנכס לכל היותר – 3,000 לירות. היוצא מזה, כי זכות אכילת הפירות הקנויה לבעל משפיעה ומצמצמת, הן מבחינה משפטית טהורה והן מבחינה כלכלית-מעשית, גם את שליטתה בגוף הנכסים. מכירת גוף הנכסים על-ידיה בעודה תחת בעלה, היא, למעשה, לא מכירת-ודאי אלא מכירת-ספק, ספק שערכו בשוק הנכסים הוא כגודל הסיכוי שהבעל ימות בחייה. הוא אשר אמרנו: זכות אכילת הפירות – לאחר תקנת אושא – לא זו בלבד שהיא רובצת כשעבוד על נכסי האשה, אלא אף חודרת לספירת בעלותה של האשה בנכסים. 6. נוכח הדברים דלעיל נראה לי, כי אין מנוס מן המסקנה כי, כתוצאה מהוראת סעיף 2 של חוק שיווי זכויות האשה, בוטלה כאן בארץ – מבחינה

הדין ה"דתי" בבתי המשפט

חילונית, כמובן – זכותו של הבעל היהודי לאכול פירות נכסי מלוג של אשתו. נאמר באותו סעיף:

לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשייה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על-ידי קשר הנישואין. כבד מן הרישא של הסעיף אפשר היה להסיק את המסקנה הנ"ל, כי המחוקק הישראלי גוזר ודורש שתהא האשה הנשואה כשרה לעשות בקנינים כאילו היתה פנויה, והרי לפי הלכות נכסי מלוג של דיני ישראל – כפי שראינו לעיל – עשייתה מצומצמת מבחינת האפקט המשפטי, לעומת מצבה הקודם, אפילו לגבי הקרן השייכת לה, בעטייה של תקנת אושא כנ"ל. אך גם אם לא נראה ראייה זו כחונכת למדי, מתוך שהמונח "כשרות" לא הוגדר כאן, ואין לדעת בוודאות גמורה אם כוונתו ל"יכולת משפטית" (כפי שאני סבור) או ל"כושר אישי" (capacity) – ראה ספרו של ד"ר שרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 205–206 – הרי באה הסיפא של הסעיף וגודדת אחריה בהכרח גמור את המסקנה הנ"ל. נאמר שם:

ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על-ידי קשר הנישואין. האם יכולה הוראה זו לרדד בכפיפה אחת עם זכות אכילת הפירות הקנויה לבעל על-פי דיני ישראל? סבורני, שלא! אילו היתה זכותו של הבעל רק אובליגטורית, אישית, מכוונת כלפי האשה ולא כלפי נכסיה – החרשתי! כי אז אפשר היה לומר כי האשה, אף בעודה תחת בעלה, שולטת בנכסיה שלטון גמור ללא מצדדים וללא "פגיעה" כל שהיא – יש לה בהם גם "קנין הגוף" וגם "קנין הפירות" – אלא שהיא חובה חרוב לבעלה ועליה למסור לו את הפירות השייכים לה. אך, כפי שראינו, לא כן היא מהותה של הזכות בדיני ישראל. היא זכות חפצית – או לפחות גם חפצית – בנכסי האשה, רובצת עליהם כשעבור ש"חוזק" על-ידי תקנת אושא, ומצמצמת את זכות הבעלות שהיתה לאשה בהם לפני הנישואין. אז, בהיותה פנויה, היה לה בהם קנין שלם ומלא, היתה זכאית לאכול את הפירות שלהם אם בעצמה ואם על-ידי החכרה, השכרה וכדומה, עכשיו – עם נישואיה – ניטלה ממנה זכות זו וניתנה לבעלה, ולה גופה נותרה רק הזכות העדטילאית של הבעלות, דוגמת ה"רקבה" של נכסי מירי, באותו הברל יחיד – שאינו לא מעלה ולא מוריד לגבי השאלה דנן – כי כאן מתרחבת שוב ה"רקבה" ומתפשטת לקנין שלם עם הפקעת קשר הנישואין על-ידי מיתת הבעל או גידושי האשה. ואף בעלות זו גופה כמעט ואיננה תוך הישג ידה של האשה, כי היא יכולה למכרה הק "בטובת הנאה" כפי שראינו לעיל, וב"טובת הנאה" יכולה היתה למכרה אף אילו דק "זכות למשהו" ולא "זכות במשהו" היתה, כדרך שהיא מוכרת, למשל, את הכתובה שלה (דאה משנה, מכות ג ע"א), ברור, איפוא, כי עקב זכות אכילת הפירות הקנויה לבעל על-פי דיני ישראל נפגעים הקנינים שרכשה האשה לפני הנישואין, ועל כרחק אתה אומר, כי בעטייה של הוראת הסיפא אשר בסעיף 2, בוטלה "פגיעה" זו, ומעתה "אין עוד קיום למוסד של נכסי מלוג" במשפט הפחיטיבי המקומי. כפי שנאמר בביד"מ 1/50, כנ"ל.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

לא כן היא דעתו של ד"ר שרשבסקי בספרו הנוכח, אשר בא-כוח האשה הסתמך עליו. וכך הוא אומר שם, בדונו במשמעות הסיפא של סעיף 2 הנ"ל: גם הסיפא של הסעיף 2 של החוק אין בה כדי לשנות את המצב החוקי הנ"ל (רצונו לומר: את המצב החוקי שהיה קיים לפני צאת החוק). אין קניינה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על-ידי קשר הנישואין' אומר שם החוק. כך המצב גם לפי דיני ישראל. כפי שראינו כבר, בגוף נכסי האשה בתור שכזה אין לבעל כל זכויות. פירוטיהם השייכים לו על יסוד קשר הנישואין אינם בבחינת קנין שהאשה רכשה לפני הנישואין כי הרי רק בפירות הבאים לעולם אחרי הנישואין זוכה הבעל, בעוד שכל מה שהיה לאשה לפני הנישואין, בין אם זה בבחינת קרן ובין אם זה בבחינת פירות, לגבי הבעל הם בבחינת קרן שרק הפירות הבאים אחר-כך יהיו שלו. פירות כאלה אינם בעולם לפני הנישואין ומן הנמנע גם בעד האשה לדוכשם כבר לפני הנישואין. קניינה שרכשה לפני הנישואין אינם נפגעים, איפוא, לפי דיני ישראל, על-ידי קשר הנישואין (שם, עמ' 207-208).

עם כל דגשי הכבוד ויקר שאני רוחש למתבר המלומד, אין אני מסכים לדעתו, כי קשה לי להלום את ההגיון אשר בארגומנטציה הנ"ל. יש בה, בכל הכבוד, משום "הלכך שאינו הלכך", non sequitur בלע"ז. ודאי, אמת נכון הדבר כי הפירות שרכשה האשה לפני הנישואין הם – במובן המשפטי – לא "פירות" אלא "קרן", והבעל נהנה רק מפירות הקרן הזאת על הקרן שנקבעה בפרק האשה שנפלו (כתובות עט ע"א-ע"ב); כמורכב נכון הוא, כי זכותו של הבעל לאחר עריכת הנישואין תופסת תמיד בפירות שעוד לא היו מעולם בבעלותה של האשה, שכן זכותו זו מונעת את נפילת הפירות לרשות האשה. אך כיצד אפשר להסיק מזה, ודוקא מזה, כי קשר הנישואין אינו מחולל שום פגיעה בקנייני האשה? והלא הרברים קל וחומר! ביטולה מכאן ולהבא של זכות אכילת הפירות שהיתה לאשה קודם לכן והעברתה לרשות הבעל, מהווה לא רק פגיעה אלא אף שלילה גמורה של – לפחות – אחד מקנייניה, הוא קנין הפירות שהיה לה בנכסיה לפני הנישואין – גם אם נחלם כליל מן הפגיעה בקנין הגוף בעטיה של תקנת אושא כפי שנתבאר לעיל. והאם שלילה לאו פגיעה היא? ופגיעה זו, כפי שכבר נרמז, היא בדבר הקרוי "קנין". כי הכינוי המסורתי המקובל לזכות אכילת פירות נכסים הוא: "קנין פירות" – דאה בבא קמא פט ע"א-צ ע"א; בבא בתרא נ' ע"א-ע"ב; יבמות לו ע"ב; גיטין מז ע"ב-מח ע"א; ערכין כו ע"ב – וממילא היא גם "קנין" במובן סעיף 2 (סיפא) הנ"ל. אין איפוא, לדעתי, אף שמץ של ספק בדבר, כי בעטיה של הודאת סעיף 2 בוטלה, מבחינה משפטית-חילונית, זכות אכילת הפירות הנ"ל בארץ הזאת. לא בכדי הצטרף בשעתו הרב הוכמן ז"ל לרעיון שהובע בריש ביד"מ 1/50, כנ"ל.

הדין ה"דתי" בבתי המשפט

ע"א 313/59

בלבן נ' בלבן

פ"ד יד 285, 287, 291

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים אגרנט, זילברג, גויטיין, כרנון

תביעת מוזנות על-ידי אשה מבעלה למרות ההכנסות המספיקות למחייתה, שהיא מפיקה מנכסיה היא. לפי המשפט העברי חייב הבעל, בדרך כלל, במוזנות אשתו, "אפילו יש לה משלה ותוכל לחיות בממון עצמה".

השופט זילברג: לדעתי, צדק בא-כוח הבעל מבא-כוח האשה. המחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי: כי לא הוא הינו מקור החקיקה הדתית. מה שהוא יכול לעשות – מכוח הסובדניות של המדינה – הוא לצוות על בתי-המשפט, לרבות בתי-הדין הרתיים, שלא לפסוק על-פי הנורמה ההיא. זה הוא מה שעשה המחוקק הישראלי בחוק שיווי זכויות האשה. אבל מה היה נשוא החקיקה החילונית ההיא? פירות נכסי מלוג, ולא מוזנות האשה! ענין אחרון זה נתון, כאז כן עתה, לשלטונו של החוק הדתי – של החוק הדתי in toto, בשלמותו. היוצא מזה הוא: כי אם הבעל בא לתבוע מאשתו את פירות נכסי המלוג שלה, תביעתו תידחה, הן בבית-המשפט האזרחי והן בבית-הדין הדתי, בעטיו של חוק שיווי זכויות האשה (ראה סעיף 7 של החוק); אבל אם האשה, שיש לה הכנסות נכסי מלוג למכביר, באה לתבוע ממנו מוזנות, גם תביעתה תידחה, הן בבית-הדין הדתי והן בבית-המשפט האזרחי, כי הבעל יכול לומר: אמנם בוטלה זכות אכילת הפירות שלי מכוח סעיף 2 של החוק, אך לא כוטל ה"דפלכס". לא בוטלה האצילה שהיא ארצות בעקיפין על תביעת המוזנות, הנדונה גם עתה לפי הנורמות של החוק הדתי. וגם מבחינה "בעל-ביתית", מבחינת ההגיון המעשי הפשוט, יהא משהו אבסורדי בתוצאה שאליה חותר כא-כוח האשה. אין האשה יכולה לומר: "אחוז בזה (המשפט העברי) וגם מזה (החוק החילוני) אל תנח ירך", כי אין אדם זוכה לשתי שולחנות, ואשה בכלל "אדם". המחוקק, בסעיף 2 של החוק, ביקש לגאול ולשחרר את האשה מן ה"שעבוד", לטובת הבעל, הרובץ על הנכסים הפרטיים שלה, זה, ולא יותר! הוא לא דצה להגדיל על-ידי כך את הפוטנציאל של תביעת המוזנות שלה, כי ענין זה הוא מחוץ לתחום תפיסתו של דעיון שיווי זכויות המינים.

הנשיא (אולשן): אין חולק על כך שעכשיו דשאית אשה נשואה לעשות בנכסי המלוג שלה כרצונה ללא כל הגבלות או שעבודים שהם. נניח שהמערכת מכרה את הפרדס שלה יום לפני הגשת התביעה למוזנות ובידיה סכום כסף, המחיר שקיבלה; האם יכול היה המשיב להיפטר מחובת מוזנות מפני שעשתה דבר שלפי החוק היתה מותרת לעשות?

מטרה של כל המידע המפורט הוא להעניק מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה.

המטרה של המידע המפורט היא להעניק מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה.

מס' תש"ס 267, 508-808-218

מס' תש"ס 267, 508-808-218

מס' תש"ס 267, 508-808-218

מס' תש"ס 267, 508-808-218 מס' תש"ס 267, 508-808-218

המטרה של המידע המפורט היא להעניק מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה.

המטרה של המידע המפורט היא להעניק מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה.

המטרה של המידע המפורט היא להעניק מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה. המידע המפורט הוא מידע כללי על המצב הכלכלי של המדינה ושל כלל תושביה.

מס' תש"ס 267, 508-808-218

הדין ה"דתי" כבתי המשפט

השופט קיסטר: מן הראוי להביא כאן מדברי האחרונים את תשובת מהרש"ם שהזכרתי (חלק ד, סימן צב), ואת דברי ה"חזון איש" (בחלק אבן העזר, סימן ע, סעיף קטן ה-ו, וסימן סח, סעיף קטן ב-ג), שלפיהם אשה הדרושת מזונות מבעלה אינה יכולה לקבל ריווח ממעשה ידיה לעצמה.

יצוין כי עורך-דין הוכמן, בא-כוח המבקשת, נשאל על-ידינו אם ידוע לו פסק-דין כל שהו של בית-הדין הרבני הגדול או של בית-דין אזורי (אפילו לא פורסם), שלפיו נפסקו לאשה מזונות כשהיא מרוויחה ממעשה ידיה, ולמרות היותו עורך-דין ותיק ובעל נסיון במשפטי אישות לא היה יכול להצביע על פסק-דין כזה, כך שהמסקנה היא שבתי-הדין הרבניים בישראל פוסקים ללא חולק כאמור לעיל והרבר מספיק שגם אנו נפסקו כך.

לפי דעתי חייבים אנו לקבל הלכה זו כפי שנפסקה בבתי-דין רבניים כארץ כמו שחייבים אנו לקבל את ההלכה שלמרות השינוי במנהג המדינה ולמרות ההקלה בעבודות משק הבית אין האשה חייבת לעבוד כבית-חרושת או במשרד כדי לסייע לבעלה בפרנסת המשפחה. את הנימוק לכך שאנו חייבים לנהוג בענינים אלה לפי פסקי-הדין של בתי-הדין הרבניים ניתן למצוא בדני התורה שלפיהם מצווה לשמוע לדברי חכמי התורה שבכל דור ודור "ויפתח בדורו כשמואל בדורו" (ראה ספר החינוך, מצוות תצה, תצו).

אכן כוחם של חכמי התורה ושל בתי-הדין הוא מוגבל במידה לא קטנה והרבה נכתב בספרי הלכה על כך. כאן אסתפק בהפניה ל"כל ספרי מהר"ץ חיות", כך א, ובעיקר מאמר "משפט ההוראה", עמ' שעב ואילך.

בענין דיין מדובר על תקנות בעניני ממון כין בני-זוג ועל פירושם. בכוחם של בתי-דין רבניים להתקין תקנות כאלו כפי שתיקנו בתקופות שונות ובארצות שונות ובאחרונה מצינו תקנות כארץ-ישראל ברבר מזונות לילדים עד גיל 15 ותקנות אישות, תש"ד ותש"י, ועל אחת כמה וכמה בדור הוא שבכוחם לפרש תקנות חכמים באופן מחייב.

גם ה"חזון איש", בחלק אבן העזר, סימן סג, סעיף קטן ז (בדונו בתקנות שו"ם) כותב "דתקנת חכמי דור ודור מחייבת תקנת חכמים בזמן התלמוד".

השופט ח' בהן: אומר חברי הנכבד, השופט קיסטר, כי פסיקה זו שהצעתיה עומדת בניגוד לפסיקתם של בתי-הדין הרבניים, וכי בענינים אשר עלינו לפסוק בהם לפי דין התורה, חייבים אנחנו ללכת אחר בתי-הדין הרבניים – שהרי לפי דין תורה "מצוה לשמוע לדברי חכמי התורה שבכל דור ודור, שיפתח בדורו כשמואל בדורו". מסכים אני, עם כל הכבוד והיקר, שהעובדה שנחמטו הדורות אינה גורעת מסמכותם ומכוחם של בתי-הדין שבדורנו; אלא הכלל של סמכות אותו השופט אשר יהיה כימים ההם (דברים יז, ט), חל לא על בתי-דין רבניים בלבד כי אם על כל שופט בישראל; והא ראייה ששלושה "קלי עולם", ידובעל וברן ויפתח, שקולים "כשלושה חמורי עולם, משה ואהרן ושמואל; לומר לך; ידובעל בדורו כמשה בדורו, ברן בדורו כאהרן בדורו, יפתח בדורו כשמואל בדורו. ללמדך שאפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור, הרי

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

הוא כאביר שבאבירים" (ראש־השנה כה ע"ב). והתורה לא בשמיים היא, לאמור, זקוקים אנו לבית־דין רבני שיעלה לנו השמימה ויקחה לנו וישמיענה לנו.

אבל חוץ מכל השיקולים הנעוצים בטיבה של תורת ישראל, נראה לי שאין אנו יכולים להכיר בפסיקת בתי־הדין הרבניים כתקדימים מחייבים מסיבה מכריעה אחרת: בתי־הדין הרבניים אמנם דנים לפי דין התורה, כרוב חריפותם ובקיאותם בו, אך מתעלמים הם כליל מתוקי המדינה. לעתים נדירות ביותר מוצא אתה בפסקי־הדין הרבניים איזכור של חוק הכנסת או של חוק מתקופת המנדט – והוא כשהתעוררה שאלת סמכותו של בית־הדין להיזקק לענין שהובא לפניו (למשל: פסקי־דין רבניים, כרך א, בעמ' 355; כרך ב, עמ' 38, ועמ' 285). אבל לשוא יגעתי ולא מצאתי הסתמכות על תוקי המדינה לגופם של הענינים שעמדו להכרעה; חוק שיווי זכויות האשה, למשל, הוא בכל יידאה ובכל ימצא – וכיצד זה ניתן לקבל פסיקתם של בתי־דין רבניים כמנחה או כמחייבת דיני זכויות האשה או תובותיה, כשמעשה התקיקה של הכנסת לענין זה הוא בלתי־דלכנטי בעיניהם? כל עוד מתעלמים הם מחוקי המדינה, אין בתי־המשפט רשאים ללכת אחריהם ולקבל פסיקתם כסופית שאין להרהר אחריה.

ואף גם זאת: מקום שיש לחתוך את הדין "לפי מנהג המדינה" או לפי מנהג המקום (כמו בענין שלפנינו), אין לבית־דין רבני שום יתרון, לא מבחינת הידע ולא מבחינת סמכותו הדתית, על פני בית־המשפט החילוני. אין בית־המשפט יכול להיות קשור בדעותיו של בית־דין רבני בדבר מה ומה הוא מנהג המדינה, כשהוא מגיע, על־פי ראיות שהובאו או טענות שהושמעו לפניו, למסקנה אחרת.

שונים יהיו פני הדברים לכשהרבנות הראשית, כגוף מתוקן מכוח דין התורה, תתקין תקנות ובלבד שתקנות כאלה לא יעמדו בסתירה לכל חיקוק, וחוק שיווי זכויות האשה בדאשם. אלא דייה לטובה ולבדכה זו לשעתה, והשעה כנראה טרם הגיעה.

השופט י' כהן: אני מסכים לפסקי־הדין של חברי הנכבד, השופט קיסטר, ובכך הייתי מסתפק, אך מכיון שבפסקי־הדין של חברי הנכבדים השופטים ח' כהן וברנזון נדונה השאלה בדבר כוחם המחייב או הבלתי־מחייב של פסקי־הדין של בתי־דין רבניים בעניני הלכה, לגבי בתי־משפט אזרחיים, מוצא אני לנחץ להוסיף כמה הערות בנושא זה.

הבעיה הנ"ל נדונה לאחרונה במאמרים וברשימות, שבהם נמתחה בקורת על עמדת כמה משופטי בית־משפט זה, לפיה רשאי בית־משפט חילוני לקבוע, שבית־דין רבני טעה בדבר הלכה (ד"ר אנגלרד: מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית־המשפט הגבוה לצדק, הפרקליט, כרך כב, עמ' 68; מ' שאווה: טעות בקביעת היהדות שוללת סמכות, הפרקליט, כרך כה, עמ' 617; ד"ר אנגלרד: שילוב הדין היהודי במערכת המשפט האזרחי,

הדין ה"דתי" בבתי המשפט

"המשפט העברי במדינת ישראל", בעריכת ד"ר בוק, עמ' 110).
במאמרים הנ"ל הוסבר היטב ההבדל המהותי בין פסק הלכה של בית-משפט חילוני ובין פסק הלכה של בית-דין רבני. בענין זה נאמר, בין היתר, במאמר הנ"ל של מ' שאווה בעמ' 624):

... נראה לנו כי המושג 'טעות בדין' או 'טעות ברבר הלכה' הוא מושג המושאל מן המשפט החילוני, בו מצויה הפרדה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ותפקידו של השופט הוא לפרש את החוק וחו"ל. משום כך, כאשר הפירוש אינו נכון ניתן לדבר על 'טעות ברבר הלכה'. לעומת זאת הוענקה בדין העברי לבית-הדין לא רק סמכות שפיטה אלא גם סמכות חקיקה, שהרי הכתוב מדבר 'על-פי התורה אשר יורוך' (דברים יז, יא) ואלה, כלשון הרמב"ם:

'החקנות הגזירות והמנהגים שבית-הדין הגדול מורים לרבים כרי לחזק הדת ולחקן העולם' (רמב"ם, הלכות ממדים, פרק א, הלכה ב).
ואין ספק כי אלה הם בגדר חקיקה ואם תרצה חקיקת משנה...
בפסק-הדין בבג"צ 301/63, נאמר מפי השופט ח' כהן כענין סמכות בג"צ לגבי בתי-דין רבניים כדלהלן (בעמ' 608):

אלא הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית-משפט זה מימים ימימה, שאין אנתנו יושבים בערעור על בתי-דין דתיים: כל אשר פוסקים הם הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית-משפט אזרחי להרהר אחר מירוחיהם לענין מהותו וטיבו של דין דתי זה. 'הנקל לחאר לאיזה סיבוכים וסתירות נגיע, למשל, ביח-המשפט הגבוה לצדק יראה 'חריגה מסמכות' בכך, שבית-הדין הרבני הכריע, כענין מסויים, כדעת התשכ"ץ, כניגוד לדעתו של הדיב"ש' (כלשון השופט זילברג בספרו על המעמד האישי בישראל, עמ' 174). וכבר מצוים אנו ועומדים מקדמת דנא, שהדיינים 'אשר יהיו בימים ההם' אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם (ספרי שופטים, קנד).

הדברים הנ"ל שבבג"צ 301/63, נאמדו בענין סמכות פיקוח של בית-משפט נכזה לצדק על בתי-דין רבניים, אך ההנמקה הנ"ל היא בעלת משקל גם כלפי כוחו של כל בית-משפט אזרחי לקבוע, שבית-דין רבני טעה ברבר הלכה. שאלה אחרת המתעוררת בהקשר לענין זה היא – האם שופטי בית-משפט אזרחי הם בבחינת דיינים "אשר יהיו בימים ההם", ולענין זה אין נפקא מינה, אם חיים אנו בדורו של שמואל או בדורו של יפתח. אביא כאן את דברי ד"ר אנגלרד במאמרו הנ"ל על שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי (כעמ' 113–114):

אולם, העובדה כי פסיקתה של ההלכה היא מעשה אנוש, אין פירושה חילוניו של המשפט הדתי. ההלכה לא נמסרה לידי סתם כני-אדם, אלא לידי חכמים יראי שמיים ויראי חטא. המקורות מדגישים כי רק אותם האנשים המקבילים עליהם עול מלכות שמיים ואשר ניגשים אל מלאכת הפסיקה מתוך רגש האחריות כלפי מעלה, רק כאלה הם בבחינת פוסקי הלכה מוסמכים.

שער ראשון: המשפט העברי במדינת ישראל

קדושתה של ההלכה, היינו, תקפה העל אנושי של היצירה האנושית, מותנית בכפיפותם האישיה המלאה של הפוסקים להלכה. נמצא באופן פרוכסלי כי האנשים הקשורים ביותר בהלכה הם השולטים בה. ההלכה מכירה עקרונית בסמכות חקיקה מצומצמת לשינוי הוראותיה הקיימות. אולם סמכות זו, שגכולוחיה מוגדרות בקפדנות, מסורה באופן בלעדי לגופים המקבלים עליהם את התוקף המחייב של הדין הרחי. מי שגודס, ששופטים של בית־משפט חילוני, אשר אינם מקבלים על עצמם את עול הדין הרחי, יכולים ליטול לעצמם איצטלה של פוסקי הלכה, חייב להתמודד בהשגות הנ"ל ולמצוא להן תשובה. יש להוסיף שבבית־משפט אזרחי יושבים גם שופטים שאינם יהודים, ומכיון שחלילה לנו להפלות בין שופט לשופט, הרי נשאלת השאלה האם האימרה "יפתח בדורו כשמואל בדורו", שעליה מסתמך בין היתר חברי הנכבד השופט ח' כהן, חלה גם על בית־משפט שבו יושב שופט, שאינו מבני בריח?

לא כתבתי את הדברים הנ"ל על־מנת לקבוע עמדה ביחס לשאלה הנ"ל, אלא כדי להראות שהבעיה אינה פשוטה, השלכותיה מרובות וסבוכות והיא דאוויה לדיון מעמיק ויטודי. הבקורת שמתחו חברי הנכבדים על גישת בתי־הדין הרבניים על פסיקת בתי־משפט אזרחיים, איננה כלל דלבנטית לגבי השאלה הנ"ל. מכיון שהן השופט ברנוון והן אני מסכימים לדעת השופט קיסטר, שבמקדה העומד לדיון בפנינו לא "טעו" בתי־הדין הרבניים בדבר ההלכה, הרי ממילא כל מה שאמרנו שנינו בענין כוחו של בית־משפט אזרחי בעניני פסיקת הלכות הוא בבחינת אימרות אגב, ואם נגררתי לאימרת אגב זו, הרי זה רק כדי להעלות מקצת הבעיות שמעוררת השאלה הנ"ל.

ד"ר 10/69

בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח'

פ"ד כה(1) 7, 15

כבית־המשפט העליון

לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ברנוון, ח' כהן, מני

בית־הדין הרבני האזורי חייב את בני־הזוג בגירושין על־סמך הנימוק כי חיי המשפחה שלהם הרוסים לחלוטין. האשה סירבה לקבל גט. לאחר שהבעל השליש את הגט וסכום הפיצויים כהתאם להסדר שקבע בית־הדין הרבני האזורי, פסק בית־הדין הרבני הגדול לקבל את ערעורו של הבעל על הסירוב לחת לו היתר נישואין. בית־הדין הדגיש את קביעת הדיינים בערכאה הראשונה, שסירובה של האשה לקבל את הגט הוא מתוך נקמנות גרידא ולא מתוך רצונה לשלום בית. כבג"צ 235/68 – נשוא הדיון הנוסף – קבע בית־המשפט העליון – בניגוד למה שנקבע בכבג"צ 301/63 (פרשת שטרייט) – כי לרבנים הראשיים היה סמכות לאשר מתן היתר נישואין לצורך סעיף 5 חוק לחיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט–1959.

הדין ה"דתי" בבתי המשפט

השופט ח' כהן: הלכה פסוקה היא שהתעלמותו של בית-דין רבני מהוראות החוק, כמותה כתריגה מסמכותו – והוא, אם אותו החוק נוגע לענין הנדון לפני בית-הדין הרבני, יהא אשר יהא דין התורה בנדרון. כלשונו של חברי הנכבד, השופט ברנזון:

תברי (השופט גויטיין ז"ל) שואל מה יהיה גורלו של פסק-דין היוצא מבית-דין דתי כאשר ברור כי בית-הדין התעלם מהוראותיו של חוק מסויים החל עליו – במקרה דידן: חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א – 1951 – ותשובתו לשאלה זו היא, כי כאשר פסק-הדין יראה על פניו שהשופטים (הדיינים) לא שמו לב לחוק המדינה, אפשר יהיה למנוע את הוצאתו-לפועל כטענה שבית-הדין הדתי פסק שלא בהתאם לסמכות שניתנה לו. לזה אני מסכים, אך עם כל הכבוד נראה לי שאין בתשובה זאת כדי למצות את הענין, כי הרי נוסף לטענת חוסר סמכות בהוצאה-לפועל, ישנן דרכים אחרות לתקוף פסק-דין פסול שניתן ללא סמכות... דעתי היא שהדרכים לפסילת פסק-דין כנ"ל של בית-דין דתי אינן שונות או פחותות מהדרכים הרגילות שצד מעוניין יכול ללכת בהן כדי לפסול פסק-דין שניתן על-ידי טריבונל נמוך ללא סמכות... כללו של דבר, חושבני כי פסק-דין של בית-דין דתי, שניתן ללא סמכות, מפאת היותו מנוגד להוראת חוק חילוני החל על בית-הדין, נתון לפסילה ככל פסק-דין דומה אחר של טריבונל נמוך, שניתן ללא סמכות (בג"צ 187/54, בעמ' 1199–1200).

שער שני

עקרונות כלליים

תוכן העניינים

פרק ראשון: חקיקה

- 91 1. היחס בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה
בג"צ 355/79, 370/79, 373/79, 391/79, קטלן ואח'
נ' שירות כתי הסוהר ואח' 91
- 91 2. חקיקה על-ידי בני העיר – "תקנות הקהל"
בג"צ 323/81, המ' 533/81, וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול
כירושלים ואח' 91
- 91 3. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע 91
ע"פ 1/48, סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה 91
- 92 4. השפעת החקיקה על מעמדו של מת
בג"צ 98/53, ציגלמן נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני בת"א
ואח' 92

פרק שני: מנהג

- 93 1. המנהג כמקור משפטי; "סיטומחא"
ע"א 405/68, כלאחי נ' ארזן 93
ע"א 2/77, אוזגי נ' אזוגי 93
בג"צ 442/77, קטן ואח' נ' עיריית זולון ואח' 95
בג"צ 323/81, המ' 533/81, וילוזני נ' בית הדין הרבני וכו'
ואח' 95
- 96 2. הכרעה במקום ספק על פי המנהג
בג"צ 442/77, קטן ואח' נ' עיריית זולון ואח' 96
- 97 3. התנאים לקביעת מנהג
ע"א 100/49, עובד המנוח מילר נ' מילר 97
- 100 4. חילופי מנהגים בין העדות
ע"א 100/49, עובד המנוח מילר נ' מילר 100

שער שני: עקרונות כלליים

100 5. המנהג בדיני עבודה

ע"א 25/50, וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ 100
המ' (ת"א) 4756/58, ת"א 1091/58, מדינת ישראל נ' עזכון
פלוגי בפשיטת רגל ואח' 100
ע"א 293/73, 305/73, בן-משה נ' בן-משה 100

פרק שלישי: משפט זר

101 1. משפט זר; "דינא דמלכותא דינא"

ע"א 248/53, רוונבאום נ' זגר 101
בניצ' 323/81, המ' 533/81, וילחוני נ' בית הדין הרבני הגדול
בירושלים ואח' 101
תמ"א (ת"א) 342/81, המ' (ת"א) 759/81, 681, נגר נ' היועץ
המשפטי לממשלה ואח' 105

פרק רביעי: תקדים

107 1. עקרון התקדים המחייב

ע"א 245/60, אמריקן סיאמיר קומפני ניו-יורק, ארה"ב
נ' ס.ס.א. מילנו, איטליה ואח' 107
ד"נ 39/75, 41/75, רשות הנמלים בישראל נ' ארט,
חברה לביטוח בע"מ ואח' 108
ע"א 682/81, פריד נ' פריד 110

111 2. הזהירות הנדרשת בהסתמכות על תקדים

ע"א 4/67, בריטיש אנד קולוניאל איסטיטס בע"מ
נ' טרבלוס 111

פרק חמישי: הערמה ופיקציה

112 1. הערמה על החוק ופיקציה משפטית

ע"א 34/61, ועדיה נ' מנהל מס שבח מקרקעים 112
ע"א 265/67, מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים,
חל-אביב 113

115 2. פיקציה מוגבלת לעניין מסוים

בניצ' 382/67, רחנבליט נ' רשם הקרקעות הרום וסביבות ת"א
ואח' 115

פרק שישי: מודכבות משפטית

117 1. "חציו עבד וחציו בן חורין"

ע"א 279/79, צדקה נ' מושקט ואח' 117

תוכן העניינים

פרק שביעי: מוסר

1. חוזה שמטרתו לא מוסרית
- 118 2. שיקולי מוסר בניסויים רפואיים בבני אדם
בג"צ 30/82, מעיין ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פרופ' כרוך מרזן 118
- 119 3. חובת הצלת נפש וסיכון עצמי
ע"פ 232/55, היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד 119
חמ"א (י-ם) 26/82, היועץ המשפטי לממשלה ופלוגית
נ' פרופ' ציודאלי ואח' 119
- 121 4. חובת הצלת נפש למרות התנגדות הניצול
ת"פ (חי') 361/84, מדינת ישראל נ' קורטאם ואח' 121
ע"פ 480/85, 527/85, קורטאם נ' מדינת ישראל 122
- 123 5. "לפנים משורת הדין"
ע"א 138/62, האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עובדי 123
ע"א 350/77, כיתן בע"מ נ' רייס ואח' 124
ע"א 842/79, נט ואח' נ' גולדה ואח' 124
בג"צ 702/81, מינצר נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין
בישראל ואח' 124
ת"פ (ת"א) 537/79, מדינת ישראל נ' לאופר 126
ע"א (ת"א) 862/79, לוי ואח' נ' Kludi Armaturen Paul
127 Schffer
ע"א 216/80, בראר נ' שיכון עובדים בע"מ ואח' 128
- 129 6. המוסד כיסוד לחובת הזהירות בנויקין
ע"פ 478/72, פנקס נ' מדינת ישראל 129
- 129 7. חובה מוסרית של מעביד להעניק לעובד פיצויים
ע"א 25/50, וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ 129
ע"א 588/66, בוכוזה נ' בוכוזה ואח' 130
ע"א 111/68, 115/68, "לפידות", חברת מחפשי נפט לישראל
בע"מ ואח' נ' שליטר ואח' 130
ע"א 293/73, 305/73, בן-משה נ' בן-משה 130
- 130 8. חובה מוסרית להוכיח את החוטא
ת"א (ת"א) 113/56, בן-גוריון נ' אפלבוים ואח' 130
- 132 9. "נקי כפיים ובר לבב" – תנאי לתביעה בכית המשפט
הגבוה לצדק
בג"צ 29/52, מנור סנט וינסנט דה פאול נ' מועצת עיריית ת"א-יפו
ואח' 132
בג"צ 311/65, מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית
אופקים 133

שער שני: עקרונות כלליים

- 133 10. "כופין על מדת סדום"
המ' (ת"א) 309/59, בענין שותפות האחים ליטוינסקי 133

פרק שמיני: מידות ושיעורים

- 135 1. מידות ושיעורים בחוק ועשיית צדק
בג"צ 201/68, קמינצקי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות 135
בג"צ 702/81, מינצר נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין
בישראל ואח' 136

פרק תשיעי: התנהגות בעת מלחמה

- 137 1. כל תשחית
בג"צ 202/81, טביב ואח' נ' שר הבטחון ואח' 137

פרק ראשון חקיקה

1. היחס בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה

בני"צ 391/79, 373/79, 370/79, 355/79
קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח'
פ"ד לר(3) 306, 294

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 208.

2. חקיקה על-ידי בני העיר – "חקנות הקהל"

בני"צ 533/81, המ' 323/81
וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח'
פ"ד לו(2) 733, 741-743

הובא בשער זה, עמ' 101.

3. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע

ע"פ 1/48
סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה
פ"ד א 5, 29

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 91.

שער שני: עקרונות כלליים

4. השפעת החקיקה על מעמדו של מת

בג"צ 98/53

ציגלמן נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני כ"א ואח'

פ"ד ז 606, 612-613

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אגרנט, זילברג, לנדר

השופט זילברג: וכזה פונתה הדרך בפני השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין הצדדים, והיא: אם המנוח דנן היה בשעת מותו – בינואר 1952 – אזרח ישראלי או לא. גדר הספקות הוא, כפי שכבר צויין לעיל, אם הרטרואקטיביות אשר בסעיף 2(ב)(2) לחוק האזרחות, משתרעת גם על אנשים שמתו לפני קבלת תקפו של החוק.

דעתי היא, כי החלות הרטרואקטיבית של האזרחות הישראלית, אינה משתרעת על נפטרים כאלה. לכאורה אפשר היה – כפי שטען ב"כ המבקש – להסיק מסקנה זו, על דרך הפשט הפשוט, מלשונו הברור של החוק. כחוב בסעיף 2(ג)(1) של החוק:
(ג) סעיף זה אינו חל –

(1) על מי שחדל להיות תושב ישראל לפני תחילת חקפו של חוק זה. ומי שמת – ודאי אין לו מקום מושב עור במדינת ישראל. אך מוכן אני להניח – כטענתו של מר גולדברג – כי המחוקק לא התכוון להבליע את הנפטרים במונח כללי – יותר מדי כללי – זה, וכי כוונתו כאן היתה למי שחדל מרצוץ להיות תושב ישראל. אף על פי כן מגיע אני לאותה מסקנה ממש, משני טעמים עיקריים אלה:

(א) חוק האזרחות אינו דטרואקטיבי בלבד – הוא צופה פני העתיד והעבר גם יחד. החוק נתקבל בכנסת ביום ו' בניסן תשי"ב (1.4.52), פורסם ברשומות ביום י"ג בניסן תשי"ב (8.4.52), ונקבע בו, כי הוא "ייכנס לתקפו ביום כ"א בתמוז תשי"ב (14 ביולי 1952)". פירושו של דבר: אין כאן הצהרה תחיקתית אכתגטת, כי אנשים מסויימים נחשבים מכבר לאזרחי מדינת ישראל, אלא: הענקת מעמד אזרח בנקודת זמן מסויימת בעתיד, אשר לאחר מכן, כאשר עתיד זה ייהפך להווה, תשטרע אחורנית, למפרע, על העבר, ותגיע עד יום קום המדינה, או עד יום עלייתו של העולה, או עד לתאריכים אחרים, בהתאם לאמור בסעיף 2(ב)(1)-(2)-(3)-(4) של החוק. ומכיון שכך, מכיון שבהקניית אזרחות אנו עסוקים, כיצד אפשר להעניק מעמד חדש למי שאינו בחיים עוד? האזרחות היא, מטיבה וטבעה, צמודה לאישיותו של האדם, וכמתים חפשי – כיון שמת אדם נעשה חפשי מן המצוות" (שבת קנא ע"ב), וכמובן גם: מן החוקים, ואין שום חוק יכול להעניק לו איזה מעמד שהוא.

פרק שני
מנהג

1. המנהג כמקור משפטי; "סיטומתא"

ע"א 405/68
כלאתי נ' ארזן
פ"ד לבג (2) 1003, 1006

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 690.

ע"א 2/77
אזוגי נ' אזוגי
פ"ד לבג (3) 1, 4, 16-17

בביח-המשפט העליון בשכתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים י' כהן, אלון, כרק

השופט אלון: 1. שחיים הן השאלות העולות בערעור שלפנינו:
א. האם הוראות שיחוף נכסים כפי שפותחו בפסיקתו של בית-משפט זה
חלות הן, מבחינה עקרונית, על היחסים הממוניים שבין בני הזוג המתדיינים
לפנינו;
ב. אם תמצי לומר שהוראות אלה אכן חלות הן, כאמור, מבחינה עקרונית –
האם, מבחינת העובדות והיחסים שבין בני הזוג שלפנינו יש ליישם הוראות
אלה בענינם, ומה המידה ואיזהו השיעור ליישום זה.
נדון בשתי השאלות לפי הסדר שבו הצבנון, שהרי כך הוא הגיונם של
דברים, ראשון ראשון ואחרון אחרון...
א. ביחסי ממן שבין בני הזוג, כמו בכל דבר שבממן, קיים העיקרון של
חופש ההתקשרות, והריהם בבחינת *ius dispositivum*, כביטוי של מושג זה
כמשפט העברי – "ברבר שבממן, מתנה ארם על מה שכתוב בתורה"
ראה תוספתא, קידושין ג, ז-ח. למעשה, חלק ניכר של דיני חופש ההתנאה נשנו

שער שני: עקרונות כלליים

במשפט העברי במקורם לענין יחסי ממון שבין בני הזוג (ראה למשל, כתובות נו ע"א, רמב"ם, הלכות אישות, פרק ו, הלכות ט-י; פרק יב, הלכה ו), ורב וגדול היה השימוש בחופש ההתנאה ביחסי הממון שבין בני הזוג כמשך כל תקופות המשפט העברי, לרגל שינויים חברתיים וכלכליים שחלו במשך הזמן (ראה מ' אלון, המשפט העברי, א, עמ' 159 ואילך, והערה 102).

ב. ביחסי ממון שבין בני הזוג, כמו בכל דבר שבממון, גדול כוחו של המנהג, שיש בו כדי להוסיף על ההלכה הקיימת, כאשר המציאות מעוררת שאלות ובעיות חדשות שאין להן פתרון בהלכה הקיימת, וכן יש בו כדי לקבוע נורמות חדשות העומדות בניגוד להלכה הקיימת על-פי הכלל ש"מנהג מבטל הלכה" בדבר שבממון (ירושלמי, בבא מציעא, פרק ז, הלכה א, ה ע"ד; וראה המשפט העברי, ב, עמ' 726 ואילך, עמ' 732 ואילך), ואף כאן, רב וגדול היה השימוש במנהג כהסדר יחסי הממון שבין בני הזוג (ראה המשפט העברי, ב, עמ' 739 ואילך והערה 61), וכדברי הרמב"ם, הלכות אישות, פרק כג, הלכה יב: וכל הדברים האלו וכיוצא בהן, מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט (=נפוץ ומקובל) בכל המדינה (וכן ראה: שולחן ערוך, אבן עזר, סימן סו, סעיף יא: וראה על התנאים להוכחת המנהג, המשפט העברי, ב, עמ' 752 ואילך).

ג. האומדנה, הינו אומד דעת הבריות, אף היא מהווה גורם מכריע בהסדרת יחסי הממון. וכדברי השופט קיסטר (ע"א 253/65, בעמ' 608):

קיימים דינים רבים במשפט העברי בקשר לעיסקאות בין בעל ואשתו, אשר חלק מהם מבוסס על אומדן דעת הבריות במקרים כגון אלו, ישנן גם הלכות במשפט העברי המאפשרות לבית-המשפט לפטוק בענינים שונים לפי אומדנות, ובאותם ענינים, יש גם להביא בחשבון את מנהג הבריות באותו מקום ובאותו זמן (ראה דברי כית-הדין הרבני בפסקי-דין רבניים, כרך א, 113, בעמ' 117). כאשר לאומדנא שבאמצעותה יש לבחון טיבן של התקשרויות בין בעל ואשתו, אין צורך בקיומו של מנהג כללי דוקא, אלא גם למנהג המקום ולהרגל סתם של אותו סוג אנשים (מסוגם של בני הזוג) ייתכן ותהא חשיבות בקביעת אומדן דעתם של בני הזוג.

ובקשר לכך –

יש גם לזכור שבארץ ניתן עידוד רב מצד מוסדות שונים ככיוון משטר של רכוש משותף בין בני הזוג (מדברי השופט קיסטר, שם, עמ' 615). מענין לענין, אך באותו ענין, אעיר שהמשפט העברי יצר ופיתח רבות בתחום זה של יחסי ממון בין בני הזוג, לרגל שינויים כלכליים וחברתיים שחלו בפזורות השונות בתקופות שונות, גם באמצעות המקור המשפטי (ה-Legal Source) של תקנות שהותקנו על-ידי תכמי ההלכה ומנהיגי הקהל. מספרן של תקנות אלה רב וגדול הוא וחלק מהן נודעו בספרות ההלכה על שם המקום שבהן הותקנו לראשונה. דרך משל, תקנות שיסודן העיקרי בתחילת המאה השלוש-עשרה באשכנז מכונות בשם תקנות ש"ם על שם ראשי התיבות של קהילות הערים שפיירא, וודמיזא ומגנצא, שראשיהן השתתפו בוועידות בהן

מנהג

הותקנו התקנות האמורות; סמוך לאותו זמן הותקנו תקנות שונות במרכז הגדול של ספרד שנקרא בשם תקנות טוליטולא (טולידו) ומולינא, וכעבור זמן מה אנו שומעים על תקנות אלג'יר ותקנות פאס שבמרוקו אשר בצפון אפריקה (ראו המשפט העברי, ב, עמ' 632 ואילך; 677 ואילך; ש' אסף, התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו, כתבי האוניברסיטה העברית, מדעי היהדות, א, תרפ"ז, עמ' 79 ואילך; ז' ורהפטיג, שיתוף נכסים בין בעל ואשתו, דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות, כרך א, תשכ"ז, עמ' 189 ואילך). כמו כן, חלק ניכר מן הגורמים והרעיונות שביסוד כללי הלכות שיתוף נכסים. כפי שנתגבשו בפסיקתו של בית-משפט זה נשעליהם נעמוד כרבנינו להלן, היו גם ביסוד יצירתן של הלכות חדשות בתחום יחסי ממון בין בני הזוג בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים בארץ, התל משנות הארבעים המוקדמות של מאה זו, (ניצנים ראשונים לכך מצויים כבר תקופה מסויימת לפני כן, ולא כאן המקום להאריך), כוונתי למוסד דמי ה"פצויים" להן זכאית האשה בשעת הגירושין בנוסף על זכויותיה לפי הכתובה, וכתוצאה מכך מקבלת האשה חלק מהרכוש שנוצר במשך הנישואין. בפסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול משנת תש"ה-1945 (תיק מספר 1/30/705 אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל בית-הדין הגדול לערעורין, בעריכת ז' ורהפטיג, הוצאת משרד המשפטים, תש"י, עמ' פג), בו נקבע שמתן דמי פיצויים אלה נהוג בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים, ואף הובעה, בעקיפין המשאלה ששותפות האשה בנכסים שגרכשו על-ידי הבעל במשך הנישואין לשם חלוקתם בשעת הגירושין, יבוא לכלל הסדר בדרך של התקנת תקנה על-ידי הרבנות הראשית (שם, עמ' פה), אך משאלה זו לא באה לכלל ביצוע (ראו מנחם אלון, חקיקה דתית, תשכ"ח, עמ' 165 ואילך).

בג"צ 442/77

קטן ואח' נ' עירית חולון ואח'

פ"ד לב(1) 494, 498

הובא בשער זה, עמ' 96.

בג"צ 533/81, המ' 323/81

וילוזני נ' בית הדין הרבני וכו' ואח'

פ"ד לו(2) 733, 741

הובא בשער זה, עמ' 101.

שער שני: עקרונות כלליים

2. הכרעה במקום ספק על פי המנהג

בג"צ 442/77

קטן ואח' נ' עיריית חולון ואח'

פ"ד לב(1) 494, 495, 498

בכית-המשפט העליון בשבתו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים רתקון, אשר, אלון

העתירה נסכה על השאלה אם היה על המשתתפים במכרז לצרף להצעת המחיר גם ערבות בנקאית.

השופט אלון: א. כיום בו שמענו טענות באי-כוח בעלי-הדין הורענו על החלטתנו לבטל את הצו-על-תנאי וצו הביניים, וכן הורענו ברבר ההוצאות כמפורט להלן בשיטה האחרונה של פסק-הדין. דהרי הנימוקים להחלטתנו. ב. העתירה שלפנינו תוכרע על-פי התשוכה שתינתן לשאלה הבאה: האם היה על המשתתפים במכרז לצרף להצעת המחיר גם ערבות בנקאית?

...לפי טענת המשיבים קיים נוהג שצירוף ערבות בשעת הגשת ההצעה הוא רק במקרה של מכרז פומבי אך לא במכרז זוטא; והעותרים אינם מכחישים קיומו של נוהג זה אלא שטוענים הם שבמקרה שלפנינו נדרשה הפקדת הערבות גם במכרז זוטא. והרי מקובלנו כי הנוהג יש בו כרי להכריע במקרה של ספק או חוסר וראות; ראה בג"צ 333/68, בעמ' 512. וזהו עיקרו של הרעיון הגלום באחר מהעקרונות בחורת המנהג במשפט העברי: "כל הלכה שהיא רופפת בבית דין, ואין את יורע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג – ונהוג" (ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ה, לר ע"א; וכן הוא בירושלמי, מעשר שני, פרק ה, הלכה ב, ל ע"א; ראה המשפט העברי [כרך ב'], עמ' 714, ועמ' 732). וכך פסק ר' שלמה בר' שמעון דוראן, רבה של אלג'יריה במאה החמש-עשרה, לענין פרשנות מסמכים: "שבכל לשון שבשטר שהוא מסופק, הולכין אחר מנהג אותו מקום, במה רכמם לתת ולשאת בזה" (שו"ת הרשב"ש, סימן שנר).

3. התנאים לקביעת מנהג

ע"א 100/49

עזבון מילר נ' מילר

פ"ד ה' 1301, 1305, 1307, 1312-1313

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים דונקלבלום, אולשן, אסף

השופט אסף: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, שלפיו תוייב המערער, עזבנו של המנוח מאיר יואל מילר, לשלם למשיבה, הגב' רבקה מילר, סך של חמשים ל"י לחודש בכל משך ימי אלמנותה. בית-המשפט המחוזי קבע, שבענין זה יש לדון לפי המשפט הנוהג במקום מושבו של המנוח, והוא המשפט העברי. אמנם המנוח היה נחין בריטי, ועקב נישואיה עמו (ביום 27.2.41) רכשה גם המשיבה את הנתינות הבריטית, אולם המנוח עלה ארצה בשנת 1934, ולפני עלותו ארצה חיטל את עסקיו באנגליה, ומיום עלותו עד יום מותו (ב-12.11.47) לא יצא את הארץ. עוד בהיותו באנגליה קנה אחוזת קבר לעצמו ולאשתו הראשונה על הר הזיתים. בארץ עסק במסחר ועשה לו רכוש רב. כל העובדות האלה מוכיחות, לדעת כב' השופט המלומד שישב בדיון זה, שברעתו של המנוח היה לקבוע מקום מושבו הקבוע בארץ. כיון שכך, חייב כב' השופט את עזבנו של המנוח במזונות האלמנה, למרות זה שבצוואתו ציווה המנוח שיסלקו לאשתו את כתובתה ויתנו לה מלבד זה מאה ל"י, בהתאם לפסק ההלכה ב"אבן העזר", סימן צג, סעיף ג:

האלמנה ניוזנת מנכסי יורשין כל זמן אלמנותה אפילו אם לא נכתב בכתובתה, ואפילו אם ציווה (הבעל) בשעת מיתה אל חיוזן אלמנתי מנכסי אין שומעין לו.

וכיון שהמנוח היה אדם עשיר, ומזונותיו לא היו מצומצמין וחי עם אשתו בהרווחה, על כן קבע השופט למזונות האלמנה סך של 50 ל"י לחודש. כמו כן פסק, שאין לנכות מסכום חדשי זה את דמי השכירות שהיא מקבלת מזה שהיא משכירה חלק מדידתה...

4. השאלה העיקרית העומדת לפנינו היא, איפוא, אם האלמנה ניוזנת מנכסי בעלה המת כל זמן שהיא יושבת באלמנותה, אף כעל כרחם של היורשין, או שהיורשין, או אפוטרופסי העזבון של הבעל, יכולין לסלקה מן המזונות על ידי פדיון כתובתה.

שאלה זו עתיקת יומין היא, והיא עולה ומגעת עד לימי הבית השני. כדאי וראוי הוא לסקור בקיצור את השתלשלותה מראשיתה עד ימינו אלה ולהסיק מזה מסקנות בהלכה למעשה.

... 15. מזמן מסעי הצלב עד שבאו לא"י מגורשי ספרד כמעט שאין בדינו

שער שני: עקרונות כלליים

שטרי כתובות ואף לא ספרי שו"ת ופסקים שנכתבו ונחתמו בא"י. הישוב היהודי באותה תקופה היה דל ומדולדל ביותר מכל הבחינות. אבל במאה הט"ז חיו בירושלם ובצפת חכמים גדולים שהשאירו אחריהם קבצי שו"ת חשובים, ומהם נלמד שגם בימיהם היה מנהג ארץ ישראל שהאלמנה ניוזנת מנכסי בעלה. עיין למשל, שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רצה וסימן שיב, חלק ב, סימן קכד, חלק ג, סימן מ וסימן קפה, ושו"ת ר' משה גאלאנטי, רניציאה שס"ח, סימן קכא, הוא סבר שאין זה רק מנהג א"י בלבד אלא שזהו מנהג כל העולם: "ועתה נהגו כולי עלמא בסתמא כשמואל בכל מקום שישבו בו ישראלים". והתמיד מנהג זה בין אחינו הספרדים, שהיו עד שנת ת"ר את רוב רובו של הישוב בארץ ישראל, עד הזמן האחרון, עיין: ספר "מקור ישראל" לר' ישראל יעקב בורלא, ירושלים תרמ"ב; שו"ת ישא ברכה, להרב אלישר, חלק אבן העזר, סימן יד, ובחוות-דעתו של הרב הראשי ר' יעקב מאיר ז"ל באלפרט נ' אלפרט (פל"ד 1, 395). גם מנהג מצרים – שרוב מנהגיה הם על פי מנהגי ארץ ישראל – הוא, שהאלמנה ניוזנת מנכסי היתומים כל זמן שלא תתבע כתובתה (עיין: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תנה; ותשובות הרדב"ז החדשות, סימן צב וסימן תקא; ערך לחם, למהריק"ש בהגהותיו לאבן העזר, סימן צג; שו"ת גינת ורדים, כלל ד, סימן כא; נהר מצרים, קצו ע"א, המעיד שכך הוא המנהג עד היום).

16. ועתה הבה ונתבונן במצב שבהווה וכשאלה העומדת כיום בפנינו. אנו עומדים עתה בתקופה של קיבוץ גלויות, ולא ייתכן שעולי כל ארץ ארץ ינהגו כאן בדודנו ובדורות הבאים לפי מנהגי ארץ מוצאם. אלא יש לקבוע במקרים כאלה של חילופי מנהגים ופסקים מה היה המנהג בארץ ישראל מאז ומעולם ולנהוג על פיו. עלינו להשוות, עד כמה שאפשר, את המדות ולא "לתת תודת כל אחד ואחד בידו". וכיון שהזכחנו: א) שגדולי הפוסקים הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש, הטור והשולחן-ערוך פוסקים הלכה כשמואל וכאנשי גליל; (ב) שגם מנהג ארץ ישראל בכל הדורות היה שהאלמנה ניוזנת מנכסי היתומים, יש איפוא להורות כך גם היום הלכה למעשה. אין זה גם ענין לרוב ומיעוט, ולומר שהמיעוט צריך לקבל במקרה רידן את מנהג הרוב, מפני הטעמים הבאים: א. מאחר שמנהג המיעוט הספרדי מבוסס על ההלכה; ב. הן ראינו שכך נהגו בארץ ישראל טרם שהישוב נחלק לשבטים אשכנזים, ספרדים, תימנים וכו'; ג. כשהתחיל ישובם של האשכנזים בארץ במאות הקודמות, וכן במאה הי"ח וראשית הי"ט, היו הם מיעוט שבמיעוט לעומת אחינו הספרדים, ואם הם לא חששו אז למנהג הרוב אין לנו לחוש לו גם עתה; ד. עומדים אנו לפני שינויים כבירים בהרכב האוכלוסיה של הישוב. הספרדים ועדות המזרח, שעוד לפני שנים אחדות הגיעו רק לעשרים אחוז בערך מכלל הישוב, מהווים כיום למעלה מארבעים אחוז מכלל הישוב, וקרוב הדבר שבשנים הקרובות יגיעו למחצית הישוב או גם דוכו. יש לשבח את נטייתו של הרב הראשי רב"צ עוזיאל להביא לידי כך "שיהיו תנאי הנשואים מאוחדים" בכל הארץ, ושהלכה זו "תהיה מעתה נהוגה בכל ארץ ישראל לכל קהלותיה, ספרדים ואשכנזים", ולשם

שער שני: עקרונות כלליים

4. חילופי מנהגים בין הערות

ע"א 100/49

עזבון מילר נ' מילר

פ"ד ה' 1301, 1312-1313

הובא בשער זה, עמ' 97.

5. המנהג בריני עבודה

ע"א 25/50

וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ

פ"ד ה' 265, 276

הובא בשער האחד-עשר, דיני עבודה, עמ' 864.

המ' (ת"א) 4756/58, ת"א 1091/58

מרינת ישראל נ' עזבון פלוני בפשיטת רגל ואח'

פ"מ יח' 31, 35-37

הובא בשער האחד-עשר, דיני עבודה, עמ' 873.

ע"א 305/73, 293/73

בן-משה נ' בן-משה

פ"ד כח(2) 29, 33

הובא בשער האחד-עשר, דיני עבודה, עמ' 868.

פרק שלישי
משפט זר

1. משפט זר; "דינא דמלכותא דינא"

ע"א 248/53
רוזנבאום נ' זגר
פ"ר ט 553, 554-553

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 830.

בג"צ 323/81, המ' 533/81
וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח'
פ"ד לו(2) 733, 740-743

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא י' כהן, והשופטים אלון, לוי

בהליכי גירושין בין העותר לבין המשיבה 2, פסק המשיב 1, בין היתר, כי יש למכור כפנויה את הדיירה שבבעלותם המשותפת. העותר – המוסיף להתגורר בדיירה לאחר שהמשיבה 2 נאלצה לעזבה עקב התנהגותו האלימה – טוען בעתירתו, שיש למכור את הדיירה כתפוסה, מכוח סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, החל על חזקתו בה.

השופט אלון: 6. בהקשר לכך, מן הראוי לציין חופעה מעניינת וחשובה לענייננו, שמצאנוה בפסק הדין האמור של בית הדין הרבני הגדול, חופעה שבחלקה כבר מצויה היא בפסיקתם של בתי הדין הרבניים ובחלקה יש בה משום חידוש הסוגיה שלפנינו. כפי שעולה מפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, בעלי הדין הביאו לפניו את המצב המשפטי, כפי שהוא עולה מתוך חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], ובית הדין משלב בפסיקתו את הוראות התוקף הנ"ל וקובע, כי מסקנתו במקרה זה, שהדיירה צריכה שתיחשב כפנויה, אינה נוגדת "את חוקי הגנת הדייר שניתן להם תוקף הילכתי ככל סיטומתא או מסייעין על קיצתן; כבא בחרא ט ע"א" (ההדגשות שלי – מ' א').

שער שני: עקרונות כלליים

א. בעיית היחסים שבין המשפט העברי לבין מערכת משפטית אחרת שבתוכה הוא פועל עתיקת יומין היא, ולא כאן המקום לעיין בה (ראה: מ' אלון, המשפט העברי (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, מהרורה 2, תשל"ח) 48 ואילך). אך מן הראוי שנאמר בה, בתמצית שבתמצית, רברים אחרים כדי להאיר במקצת סוגיה זו של פסיקת בתי הדין הרבניים ויחסה למערכת המשפטית הכללית, כפי שבית הדין הרבני נזקק לה בפסיקחו בעניין שלפנינו.

ב. הכלל הידוע בנושא רחב ידיים זה הוא העיקרון של "דינא דמלכותא דינא" שגובש ונקרא כך על ידי האמורא שמואל במאה השלישית בגולה בבל (נדרים כח ע"א; גיטין י ע"ב; בבא קמא ק"ג ע"א-ע"ב; בבא בתרא נד ע"ב - נה ע"א). לגבי היקף תחולתו של עיקרון זה והעניינים הכלולים בו נחלקו הדעות, מתחילת הפעלתו ועד לימינו אלה, ולא כאן המקום לדון בכך (ראה: ד"ר ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (רפוס אקרמי ירושלים, תשל"ה); מ' אלון, בספרו הנ"ל, בעמ' 51 ואילך). גם בתי הדין הרבניים מסתייעים הם מפעם לפעם, במהלך פסיקתם, בעיקרון דינא דמלכותא דינא לשם מתן תוקף לעיסקות משפטיות שונות, כאשר אלה אינן תקפות מבחינת המשפט העברי (ראה, דרך משל, לעניין ערבות בנקאית פגומה באסמכתא, ערעור כה/47, כרך ה, בעמ' 264, 267-270; לעניין כושרה של אישיות משפטית, שספק אם מוכרת היא במשפט העברי המקורי, תיק לב/11183, כרך י, בעמ' 288-289; לעניין דישום מקרקעין בספרי המקרקעין, ערעור כו/127, כרך ו, בעמ' 380-382); ויש ואף שוללים חוקפה של עיסקה משפטית, אף אם מילאה אחר הוראות המשפט העברי, כל עוד לא עמדה בדרישת החוק הכללית (ראה, דרך משל, לעניין הצורך ברישום מקרקעין בספרי מקרקעין, גם באשר מופעל העיקרון העברי די בהסכם בלבד, תיק כו/747, כרך ו, בעמ' 252). באשר מופעל העיקרון של דינא דמלכותא דינא ניתן לדין של המערכת המשפטית הכללית תוקף מחייב, אך אין הוא נהפך לחלק ממערכת המשפט העברי.

ג. יש שהמשפט העברי לא רק מכיר בתוקפו המחייב של דין ממערכת משפטית אחרת, אלא אף קולט דין זה כחלק ממערכת המשפט העברי גופו. רבר זה נעשה באמצעות המקור המשפטי של המנהג. כאשר הציבור נוהג לפי נורמה משפטית מסוימת, מוכרת נורמה זו, בתנאים מסוימים, כחלק ממערכת המשפט העברי, ולעתים חקפה היא, אף כאשר עומדת היא בניגוד לדין מסוים שבחחום דיני ממונות שבמשפט העברי. כשם ששני יחידים יכולים להתנות, בתחום דיני ממונות, על מה שבחוב בתורה, כך גם, ומכל שכן גם, הציבור יכול להתנות - באמצעות המנהג - נגד דין קיים בתחום דיני ממונות (ראה, דרך משל, שו"ת מהרשד"ם, לר' שמואל דה מדינה - סלוניקי, המאה הששעשרה - חושן משפט, סימן שפ). עיקרון זה בא לידי ביטוי בכלל ש"מנהג מבטל הלכה" (ידושלמי, בבא מציעא, פרק ז, הלכה א, יא ע"ב). וכבר דנתי בכך במפורט בעניין דרך התקבלותה של הלכת שיתוף נכסים (ראה: ע"א 2/77, בעמ' 15-17; וראה: מ' אלון, בספרו הנ"ל, בעמ' 732 ואילך). מקור משפטי (במובן Legal Source: שם, בעמ' 211 ואילך) זה של המנהג קרוי הוא

במערכת המשפט העברי כשם הטכני "סיטומתא" (שפירושו "חותמת"), על שם המעשה – החקדים שבתלמוד כעניין המנהג של קניית יין על-ידי הטבעת חותמת על החכית, שכקשר אליו פותח והוסבר עקרון כוחו ויצירתו של המנהג (בבא מציעא עד ע"א). באמצעות המנהג באה התפתחות גדולה מאוד בתחומים שונים של המשפט העברי, וכמיוחד כדיני קניין וחייבים (חידושי הרשב"א, מהרורת דבוריץ, בבא מציעא עד ע"א, ד"ה משלם ליה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רא סעיפים א–ב; וראה: מ' אלון, כספרו הנ"ל, בעמ' 713 ואילך, 739 ואילך). בתי הדין הרבניים עושים שימוש נרחב למדי במקור משפטי זה של המנהג, המכונה בדרך כלל בשם "דין סיטומתא", כדי לקלוט באמצעות עקרונות ודינים משפטיים שונים מתוך המערכת המשפטית הכללית (דרך משל, חוכת הרישום, כטאכו: ערעור כ/127 וערעור נגדי חש"ך/166, כרך ד, בעמ' 81, וערעור כו/127, כרך ו, בעמ' 382–383; תוקפה של ערכות כנקאית: ערעור כה/47, כרך ה, בעמ' 264–270; קליטת המושג של אישיות משפטית: חיק לב/11183, כרך י, בעמ' 288–289; העברת שטרי חוב: חיק כו/11100, כרך ז, בעמ' 336; דרך התחייבות לזון מי שאין הוא חייב לזונו על-פי דין: ערעור כב/68, כרך ד, עמ' 288; חתימת חוזה בין מוכר וקונה, בין כנכסי הניידי ובין כנכסי דלא ניידי: חיק כו/5596, כרך ו, בעמ' 203, 216; חיק כב/1517, כרך ו, בעמ' 349; חיוב בפיוצי פוטודין: חיק טו/1366, כרך א, בעמ' 333; חיק יט/2535, כרך ג, בעמ' 286–287.

ד. דרך נוספת ומיוחדת מצויה בעולמו של המשפט העברי, בנוסף לדרך המקובלת של יצירה באמצעות בתי הדין, והיא חקיקה, הנעשית במישורין על-ידי ציבור עברי הנהנה ממידה מינימאלית של אוטונומיה פנימית, או על-ידי נציגיו של ציבור זה (כתלמוד, וכן לאחר מכן, מכונים הם נציגים אלה בשם "שכבה טובי העיר", ובתארים רבים נוספים שנקבעו – במיוחד לאחר תקופת התלמוד – בתפוצות השונות). ניצנים ראשונים של חקיקה זו מצויים בתוספתא ובתלמוד בתחומים מסחריים-טוציאליים שונים: "ורשאין בני העיר להתנות (להתקין תקנות – מ' א') על השערים (מחיד חטיטין ויין – מ' א') ועל המידות ועל שכר הפועלים, דשאין לעשות קיצתן (קצבתם – תוספתא, בבא מציעא יא, כג – מ' א'); ובתלמוד הבבלי (בבא בתרא ת ע"ב – ט ע"א) הנוסח הוא: "ול הסייע על קיצתן", ועל-פי נוסח זה מכונה, לעתים, היצירה המשפטית בדרך זו בשם "מסיעין על קיצתן". במשך הזמן התרחב תחום הפעילות החקיקתית של הציבור לתחומים שונים של המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי, כמיוחד החל מן המאה העשירית ואילך, עם עליית כוחה של הקהילה כפוזרוחיה השונות, וחקיקה זו נקראת מני אז בשם "תקנות הקהל". כדרכו הארוכה של המשפט העברי נקבעו כללים וסייגים שונים בדרך התקנתן של תקנות אלה, התחומים שבהם הותקנו (כך, דרך משל, לא הותקנו בתחום דיני איסור והיתר), דברי פרשנותן וכיוצא באלה. תקנות אלה העשירו מאוד את מערכת המשפט העברי והיו לחלק מהותי הימנו (על דרך יצירה זו ודרכי שילובה כמערכת המשפט העברי ראה: מ' אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 558 ואילך).

שער שני: עקרונות כלליים

לקביעת היחסים שבין מערכת המשפט העברי לבין המערכת המשפטית הכללית שבמדינת ישראל על-פי כלל זה של "מסיעין על קיצתן" אופי מיוחד ועקרוני; על-פי כלל זה יכול שדינים שונים שבתחום המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי שבמערכת המשפטית הכללית הם חלק ממערכת המשפט העברי שבאו לעולם במסגרת מערכת זו – במשמעות הרחבה של מושג זה – ולא רק מוכרים על-ידי מערכת זו – כפי שכך הוא מבחינת העיקרון של דינא דמלכותא דינא – ואף לא דק נקלטים על-ידיה, כפי שכך הוא מבחינת המקור של המנהג. כאמור בדברינו לעיל, בתי הדין הרבניים משמשים לעתים מזומנות בעיקרון של דינא דמלכותא דינא או בדין הסיטומתא (הוא המנהג) כדי לתת חוקף או לקלוט באמצעותם דין של המערכת המשפטית הכללית. פסק הדין בעניין שלפנינו הוא מן המעטים – ואולי היחיד, והדבר טעון בדיקה נוספת – שבו מוכרות הוראות שבחוקי הגנת הדייר כחלק מפסיקחו של בית הדין הרבני לא רק מכוח עקרון המנהג (הסיטומתא) אלא גם מכוח הכלל של מסיעין על קיצתן, ולשימוש בו על-ידי בית הדין הרבני הגדול נודעת, כאמור, חשיבות עקרונית ומרחיקת לכת. נראה שבכך ממשיכים שלושה דינים מכובדים של בית הדין הרבני הגדול את הדרך שהותוותה על-ידי קודמם, כבוד דיין בית הדין הרבני הגדול ר' עובדיה הדאיה. בתשובה מפורטת דן הרב הדאיה (שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חושן משפט, סימן ח, התשובה ניתנה בחודש ניסן תשי"ד–1954) בעניין חוקי הגנת הדייר מבחינת מערכת המשפט העברי, ואומר בין היתר:

וכאן אין ענין של חוקים זרים, אלא חוקים שהממשלה חוקקת לטובת תושבי המדינה, כמו כל מדינה ומדינה. סוגיה ערוכה שנינו במסכת בבא בתרא (ח ע"ב): ורשאי בני העיר להסיע על קיצתן... שהדבר הוא משום מיגדר מילתא, דאז ודאי יש יכולת לדוב או לטובי העיר לתקן ולגזור, דיכולין לכוף למיעוט... והנה פשוט דחברי הכנסת במדינת ישראל, שנבחרו מכל המדינה, לא גריעי מז' טובי העיר, דיכולים לתקן תקנות גדולות, גם במקום שיש רווחא להאי ופסידא להאי, למיגדר מילתא.

וחוק הדירות ודאי דאינו גרוע מבחינת מגדר מילתא, לטובת בני העיר מחוסרי דידות, וכפרט בזמן עלייה המוגברת, דרוב ככל מחוסרי דידות, ואם לא יתקנו תקנה כזו, לטובת הישוב, אז רבים היו צריכים לישאר כרחוב מחוסר הדירות ויוקף שכרם, שאין כל אחד ואחד יש לו היכולת לשכור הדירה כסכום עצום כל כך, ולכן מצאו לנכון לתקן תקנה כזו לטובת הכלל...

7. ומשכאנו לכאן, נחזור לעניין שלפנינו. דירתם של בני הזוג הריהו רכושם המשותף ולולא הוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] ודאי שיש להעריך את הדירה בדירה פנויה, גם אם רק אחד מבני הזוג גר בה בפועל. כך הוא הדין לפי המשפט העברי, כאמור בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול. הכלל הוא, כי נכס משותף, שאינו ניתן לחלוקה, נוהגים בו לפי דין "גוד או אגוד", היינו, השותף האחד מציע לשני לנהוג לפי אחד מהשניים: גוד, היינו קנה (משוך) אתה הנכס ותשלם לי את חצי שוויו, או אגוד, היינו שאני אקנה ואשלם לך את

משפט זר

חצי שוויו (כבא בתרא יג ע"א; רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעא, סעיף ו; אשר לקביעת השווי ראה במגיד משנה על הרמב"ם, שם, וכן ברמ"א, על שולחן ערוך, שם). אך כאמור בפסק הדין הנ"ל, בית הדין הרבני מכיר בחוקפם המחייב של חוקי הגנת הדייר מכוח מערכת המשפט העברי עצמה, והואיל וכך ערך הרידה נקבע לא רק על-פי הבעלות המשוחפת, אלא בהתחשב עם המגורים והחזקה בה. לדעת בית הדין הרבני יש לראות את הדידה כלא תפוסה על-ידי בן הזוג שאינו גר בה, רק כאשר נטש את הדידה מרצונו הטוב; אך כאשר בן הזוג נאלץ לעזבה על כורחו ובגלל אלימותו של בן הזוג האחר, נחשב גם בן זוג, שאינו גר בפועל בדירה, כאילו מחזיק בה אף הוא, בדרך חזקה קונסטרוקטיבית, ומשום כך יש לחלק את ערכה של הדירה בין בני הזוג כאילו היא פנויה; וההחלטה מה טיבה של נטישת הדירה על-ידי אחד מבני הזוג – אם נעשתה מרצונו או על כורחו – נחונה להחלטת ביח הדין, כפי שיראה לצורך ולנכון בנסיבות העניין. להלכה ולמעשה דן, איפוא, בית הדין הרבני גם לפי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] – משום שדאה עצמו מחויב לפסוק על-פיו מטעם מערכת המשפט העברי – אלא שביח הדין פירש את הוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] באופן שבמקרה דנן מן הראוי ומן הנכון להעריך את הרידה כפנויה ולא כתפוסה על-ידי הבעל לבדו.

תמ"א (ת"א) 342/81, המ' (ת"א) 759/81, 681
נגד נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'
פ"מ תשמ"ג(1) 232, 253

כבית המשפט המחוזי כחל-אביביפו

הדין נסב על כסוּך בין אב ואם שנתגרשו, בשאלת המסגרת הלימודית המתאימה לשני ילדיהם הקטינים – אם בבית-ספר תליתי, כרצון האם, ואם בבית-ספר דתי, כרצון האב. בעלי הדין התגרשו אמנם בבית-הדין הרבני על-פי הסכם, בו נקבע ש"כל הסכסוכים שיתהוו בין הצדדים ביחס לילדים אחרי הגירושין יימסרו לשפוט בית-הדין הרבני", אלא שההסכם עצמו לא אושר על-ידי בית-הדין ולא קיבל תוקף של פסק-דין. אף שעל-פי ההסכם נשארו הילדים לחזקה ולחינוכה של האם, תבע האב כבית-הדין הרבני את הוצאתם של הילדים מבית-הספר התלוני בו למדו והעברתם לבית-ספר דתי. תביעתו נתקבלה, וגם בית-הדין הרבני הגדול אישר פסיקה זו. הילדים עצמם סרכו לעבור לבית-הספר הדתי ועקב כך נותרו משך תקופה ארוכה בטלים מלימודים. על רקע זה, פנו בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה האם לבית-המשפט המחוזי בתובענה, כי יורה לשלוח את הילדים לבית-ספר תלוני והתביעה נתקבלה שלא כמעמדו של האב. עתה עותר האב לביטולה של ההחלטה מן הטעם שאין לבית-המשפט המתוני סמכות להתערב בענין, לאחר שבית-הדין הרבני כבר פסק בו, כשכל בעלי הדין נתנו הסכמתם לשיפוטו.

שער שני: עקרונות כלליים

השופט פורת: בכל הכבוד, מוכן אני להבין לליבם של הדיינים הדתיים אשר לדעתם נחמנו כדי לשפוט על-פי ההלכה הדתית עליה הם אמונים ובה בלבד הם מאמינים ודוגלים. אני מוכן להאמין שדיין דתי יעשה כל האפשר כדי לדבוק בהלכה הדתית שכן פסיקה אחרת תנגוד את מצפוננו ואולי את אמונתנו (ובפרט מקרה כמו זה שלפנינו בו מבקשת האם שילדיה יישלחו ויישארו בבית-ספר "חילוני").

הדברים דלעיל אינם רק השערה בעלמא, יש לה סימוכין ובדברי הלכה מפסיקתו של ה"חזון איש" בספרו חושן משפט, חלק סנהדרין, סימן טו, סעיף קטן ד, בסופו קפד ע"ב, טור ב):

ואין נפקותה בין בא לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט עפ"י חקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטים גזלנותא ועושק ומדימים יד בתורת משה.

דברים אלה צוטטו בהסכמה על-ידי הרב שמחה מירון במאמרו "מעמדם של בתי-הדין הרבניים בישראל עפ"י ההלכה", בכינוס הארצי הב"ב לתורה שבע"פ, אשר פודסם בקובץ "תורה שבעל פה" ברך כ"ב (מוסד הרב קוק תשמ"א) דף צד ודף צה.

למעין אצל החזון איש קודם הפיסקה דלעיל, ובמאמרו של הרב מירון יובהר, ונדמה לי באופן היותר ברור ומפורש, כי כוחו היחיד של בית-הדין הרבני לעומת כל ערכאה אחרת הוא, בין היתר, דבקותו בהלכה ובה בלבד. ברגע שיפסוק בית-הדין הרבני שלא על-פי ההלכה, הוא מאבד את סמכותו אפילו על-פי ההלכה – כל סייג "חילוני" לסמכות ההלכתית ולהלכה הדתית – פסול ובטל מנקודת הראות של ההלכה (ראה אצל מירון, דף צח, שם).

פרק רביעי תקדים

1. עקרון התקדים המחייב

ע"א 245/60

אמריקן סיאנמיד קומפני ניו-יורק, ארה"ב נ' ס.פ.א.
מילנו, איטליה ואח'

פ"ד טז 788, 799

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זוסמן, ח' כהן

כבר המייצרת חמרים פרמצבטיים הגישה תובענה נגד שתי חברות בעלת הפרת הפטנט שנחתם לה בישראל. הנתבעות התגוננו בטענה כי הפטנט הוא בטל וחסר-תוקף כאשר התביעות שבפירות הן דרמשמעיות ואינן מבוססות על גילוי האמצאה. החברה התובעת הגישה בקשה, לפי סעיף 19 לפקודת הפטנטים והמרגמים, לתקן את פירוט הפטנט. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה והתובעת עירעה.

השופט ח' כהן: אין אני מוכן לחלוק על ההנחה שבתי-משפט אנגליים יודעים לפרש את המשפט האנגלי. הנחה זו מחייבת את בתי-המשפט בישראל להתייחס לפסיקתם של בתי-משפט אנגליים בכל הנוגע למשפט המקובל האנגלי החל בישראל, ובכל הנוגע לפרשנות חוקים שנלקחו או הועתקו ממקורות אנגליים, בראת כבוד ובכבוד ראש. אבל אין בתקדימים האנגליים כוח מחייב – על-כל-פנים לא באלה שנפסקו לאחר קום המדינה. השאלה העומדת לפני בית-משפט ישראלי לגבי תקדים שכזה אינה אם הראו לו "טעם חזק" לסטות ממנו, שאם לא כן ילך בעקבותיו כאילו כפו עליו הר כניגית; אלא חייב בית-המשפט הישראלי לשאול את עצמו בכל ענין וענין לגופו, אם התקדים האנגלי "ישר בעיניו" (כלשון הרא"ש על סנהדרין, פרק ד, סימן ו), כלומר, אם הוא היה פוסק כמותו אילו הענין היה בא לפניו בראשונה. מכלל ההן של קשירת בתי-המשפט, חוץ מביית-המשפט העליון עצמו, בתקדימיו של בית-המשפט העליון, שומע אתה הלאו של אי-קשירת בתי-המשפט בתקדימיו של כל בית-משפט אחד; ואין בית-משפט יוצא ידי חובת שיפוט בהיחלוחתו בתקדים אשר הוא אינו קשור ואשר לגופו של ענין אינו נראה בעיניו.

שער שני: עקרונות כלליים

ד"ר 39/75, 41/75

רשות הנמלים בישראל נ' אדרט, חברה לביטוח בע"מ
'ואח'

פ"ד לא (1) 533, 536–537, 545

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, ויחקון, עציוני, ח' כהן, י' כהן

נשוא הדין הנוסף הוא פסק־הדין שניתן בע"א 606/73 ר"126/74 ובו נקבעה ההלכה שכונתה כ"רפורמה", ועל־פיה הכלל להערכת הנוק שנגרם לרכוש כחוצאה מעולה אזרחית הוא הכלל של יום־פסק־הדין.

השופט ח' כהן: א. סעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט קובע שהלכה שנפסקה בבית־המשפט העליון אינה מחייבת אותו, אם כי מחייבת היא כל בית־משפט אחר. פשיטא שבית־המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו, ואף לבטלם – ולכך אין צורך כמעשה חקיקה; ואולם הנהוג הנהוג בבית־משפט זה שלא להשתמש על נקלה ברשות זו, נטע בלב משקיפים וטוענים רבים את הדושם (המרטעה) כאילו רואה עצמו בית־המשפט העליון, בדרך־כלל, קשור בתקדימיו. רושם זה נחזק לא כמעט באמרוחיהם של שופטים שנתבקשו לסטות מתקדימים או לבטלם, ונרחעו מעשוח כן (ראה, למשל, אמרחו המפורסמת של השופט זילברג בד"צ 23/60, בעמ' 75–76).

גם לי נודמן להביע דעתי שיש דברים אשר בהם, על־אף הרשות הנחונה בידינו לפי החוק, לא נסטה מן ההלכה הפסוקה – והוא אפילו כשההלכה כפי שנפסקה לא נראתה בעיני. על דברים אלה נמנים תקדימים הקובעים סמכות שיפוטם של בתי־דין או הקובעים סררי־דין: בענינים אלה וכיוצאים באלה נודעת חשיבות מכריעה ליציבות ולוודאות, שבלעדיהן אין מנוס מעינויי־דין, והעיוות האפשרי שבפרשנות מוטעית של החיקוק אינו שקול כנגד עינויי־הדין. לשון אחר: מקום שעלולה להיגרם תקלה על־ידי הסטיה מן התקדים, ולא הצמח ממנה אלא חועלת אקדמית בלבד, מוטב ללכת בחלם התקדים ולהימנע מן התקלה, אפילו נמצאה התורה הצרופה חסרה.

מה שאין כן כשהתקלה עלולה להיגרם על־ידי אי־סטיה מן התקדים ואי־ביטולו. מקום ושעה שבית־המשפט העליון רואה שהלכה שנפסקה בעבר עלולה להביא לידי אי־צדק, אם באשר נשחגו הנסיכוח, ואם באשר נדאתה בעיני השופטים מוטעיה מלכהחילה, לא זו בלבד שרשאי הוא לסטות ממנה, אלא לדעתי חייב הוא לסטות ממנה. החובה המוטלת על בית־המשפט היא לשפוט משפט צדק בהתאם לחוק – ואין בית־המשפט העליון יוצא ידי חובה זו אם אין הוא משתמש בסמכות שהוענקה לו בחוק לשפוט משפט צדק גם ללא זיקה לתקדימיו.

הדברים אמורים לא בדברים פורמליים־טכניים, כמו סררי־הדין ועניני סמכות, כי אם בדברים מהותיים – כשהשאלה איננה כיצד אתה מגיע אל

תקדים

הסעד, אלא מהו הסעד המגיע לך. לענין קביעת הזכות והחבות, הסובסטנטיביות, של בעלי-הדין העומדים לפני בית-המשפט העליון, גילה המחוקק את רצונו כדעת נשיאו הראשון של בית-משפט זה: אמת ויציב – אמת עדיף.

ואילו נדרשתי לקבוע לעצמי מידה, אימתי אסטה ואימתי לא אסטה מן ההלכה הפסוקה בדברים המהותיים, שש הייתי לאמץ לעצמי את הנחיותיו של הרא"ש, אשר לפיהן חייב הפוסק להתעמק בפסקי קודמיו ולבדוק אם ישירים הם בעיניו; ואם "לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיות לדבריו המקובלים לאנשי דורו – יפתח כדורו כשמואל כדורו, אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם, ויכול לסתור דבריהם, כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס, שסידר דב אשי ודבינא (קרי: בחוק), אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על רבירו הגאונים..." (פסקי הרא"ש, סנהדרין פרק ד, סימן ו, ק"ח ע"א). יש והדברים "ישירים" לדור פלוני, ואינם עור "ישירים" לדור פלוני: וחייב אתה לבחנם אם "ישירים" הם לרוך שלך. ומאחר ויפתח כדורו כשמואל כדורו (ראש-השנה כה ע"ב), בל תירחע מביטול פסקיהם אך משום שקורמין גדולים וגאונים היו, ואתה "קל שבקלים" (שם) – אין להם לבעלי-הדין אלא אותם השופטים אשר יהיו בימיהם שלהם. על-כן השאלה העומדת לפני השופט (בבית-המשפט עליון) אינה רק מהי ההלכה הפסוקה; עיקר השאלה היא אם ההלכה הפסוקה "ישירה" היא וצודקת והולמת את צרכי השעה – ודק אם התשובה לשאלה העיקרית הזאת תיובת היא, יכול וההלכה הפסוקה תהא מחייבת.

ואין זה אלא מזלגו הטוב הגורם לנו ברוב רובם של חקרימי בית-משפט זה, שתמיד היו ועוד נשאים "ישירים" בעינינו, ובדצון דב הולכים אנו בחלמם. השופט י' כהן: חברי הנכבד השופט ח' כהן הביא את דברי הרא"ש (פסקי הרא"ש, סנהדרין, פרק ד, סימן ו). כפי שמסביר פרופ' מ' אלון בספרו על המשפט העברי (בעמ' 232–236) נתקבל בהלכה העיקרון של "הילכתא ככתראי" שמשמעותו היא, שכאשר קיימים חילוקי-דעות בין חכמי החקופה הקודמת שלאחר חתימת התלמוד ובין חכמי תקופה מאוחרת יותר – הלכה כאחרונים. המחבר המלומד, אחדי שהוא מצטט מדברי הרא"ש הנ"ל (בעמ' 233–234) אומד (בעמ' 235):

כך נתבסס ונתקבל עקרון הפסיקה הגדול שבמשפט העברי – 'הלכה ככתראי'. אין להבין עקרון זה, כאילו נתמעט על ידו אף משהו מן ההערכה שייחסו הדורות המאוחרים לדורות הראשונים; אף הערכה זו היה בה כדי להניע את הפוסק המאוחר לעיין בכובד דאש, ביראה ובענוה בהחלטחו שכן ידע שהוא דן בבעיה שכבד דנו בה ראשונים; אך משהגיע למסקנתו – נפסקה ההלכה כדבריו, ולא כדברי הראשונים.

מן הראוי להבהיר, שסמכות זו של חכמי ההלכה קשורה קשר אמיץ עם האמתה שההלכה ניתנה על דעת החכמים ונותן התורה מסכים כביכול לפסיקחם, כפי שהודגם בסיפוד העמוק על "תגורו של עכנאי" (בבא מציעא נט

שער שני: עקרונות כלליים

ע"א-ע"ב, וראה גם זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 68-70). ניתן להגיד שסמכותם של חכמי הלכה היא שיפוטית וחקיקתית כאחד מתוך כפיפות להלכות כפי שנקבעו עד חתימת התלמוד (ראה אלון, שם, בעמ' 225-230). מן הנמנע להשוות סמכות רחכה זו לסמכותם של שופטים חילוניים, אשר פועלים בצדה של רשות מחוקקת, במשטר המבוסס על הפרדת רשויות.

ע"א 682/81

פריד נ' פריד

פ"ד לו(2) 695, 697

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (לנדוי), מ"מ הנשיא (י' כהן) והשופטת בן-פורת

בית המשפט המחוזי דחה על הסף את תביעתה של המערערת למונחת מבעלה, המשיב, לאור החלטתו של בית הדין הרבני האזורי, לפיה הוכרה המערערת כמוורדת, בהחלטתו זו פסק בית הדין הרבני האזורי בניגוד להחלטה קודמת של בית הדין הרבני הגדול לערעורים. מכאן הערעור.

הנשיא (לנדוי): הכלל "הילכתא כבתראי" (הלכה כאחרונים), שעליו סמכה השופטת, אין ענינו לכאן, מפני שהוא דן בזכותו וכוחו של כל דור של פוסקים כהלכה לסטות מפסיקתם של פוסקים בדורות קודמים (וראה על כך בספרו של פרופ' מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) בעמ' 232 ואילך). אין לזה ולא כלום עם חילוקי דעות בין בתי דין שונים, שפסקו באותו סכסוך עצמו. אכן, הלכת המשפט העברי אומרת, שכל בית דין דשאי וחיוב לפסק "כפי שעיניו ראות", ואם לא שוכנע בנכונות פסיקתם של דיינים אחרים, אין הוא קשור במה שפסקו אלה לפניו (ראה אצל מ' אלון, שם, בעמ' 802-804).

תקדים

2. הזהירות הנודדת בהסתמכות על תקדים

ע"א 4/67

בריטיש אנד קולוניאל איסטיטס בע"מ נ' טרבלוס

פ"ד כא(1) 463, 470-471

כתיב-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

בית-המשפט המחוזי אישר החלטת בית-דין לשכירות בה קבע בית-הדין כי, גג הוא חלק מהמושבר, ועל-כן יש סמכות לבית-הדין לשכירות לדרן בבקשת המשיב, להרשאת התקנת אנטנה לטלוויזיה על הגג.

השופט קיסטר: אשר לשאלה מה כלול ומה אינו כלול במכר ובשכירות, נמצאים בירורים רבים בספרות ההלכה כמשפט העברי ויפים הם גם לעניננו. כידוע, שיטותיהם של הרמב"ם ושל מחבר ה"שולחן ערוך" הן להתייחס לפרטים קונקרטיים (שיטה קזואליסטית), ובכל זאת, הרמב"ם, לאחר שדן, בפרקים בה וכו של הלכות מכירה, בשאלות מה כלול ומה אינו כלול במכירת נכסי דלא נידי, כאשר הדבר לא פורש בין הצדדים, כותב הוא בסוף פרק כו, בהלכות ז-ח:

ז. אין כל אלו הדברים וכיוצא בהם מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג...

ח. וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון כני אדם באותו המקום ואחר המנהג אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו.

כך גם נקבע בשולחן ערוך, חושן משפט, סוף סימן רטו, ובמקומות אחרים. אכן, מלכוד המנהג, הלשון והמקום ישנם יסודות אחריים המלמדים כיצד לאמוד את כוונת הצדדים כנסיבות כל מקרה וכיניהם גם גובה התשלום, אך אין לי צורך להרחיב את הדיבור על כך.

אשר לשימוש בתקדימים ובהכרעות שנעשו כשאלות ותשובות בספרות ההלכה לגבי מקרה פלוני (להבדיל מבירורי יסודות הדין המוכאים באותם שאלות ותשובות), אסתפק בהכאת דברים קולעים שנאמרו על-ידי ר' ישעיהו באסאן (רבו של הרמח"ל) בתשובה שנדפסה בספר פחד יצחק, כרך א, עמ' שכה (הוצאת "מוסד הרב קוק"):

... שלא כל אדם זוכה ללמוד מדברי תשובות הגדולים... ומודעת זאת שהדין ישתנה לפי השתנוח אותות המעשה שינוי מעט.

פרק חמישי הערמה ופיקציה

1. הערמה על החוק ופיקציה משפטית

ע"א 34/61

ועדיה נ' מנהל מס שבח מקרקעים

פ"ד טו 2255, 2257–2258

בכית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זילברג, ברנזון

ערעור על החלטתה של ועדת הערעור לענייני מס שבח מקרקעים, חיפה, לפיה נדחה ברוב דעות ערעורו של המערער על צו המשיב המטיל מס שבח מקרקעים על עיסקה של מכירת אדמה שבוצעה בצורת החכרה לחקופה של 999 שנה.

השופט זילברג: כפסק-דין זה, רצוני להפוך את הסדר ולדון תחילה, מופשטות, כבעיה העיקרית העומדת לדין בפנינו.

2. כספרות המשפטית מקובל להבחין בין "השתמטות ממס" (evasion of tax) ו"עקיפת המס" (avoidance of tax). הדאשונה תמיד אסודה, השנייה לפעמים מותרת, אך לכשנתעמק בדבר יפה יפה נדאה, כי מבחינה רעיונית, מהותית, אין כל הבדל ביניהן. גם המשתמט וגם העוקף – אם אך אינם מרמים את השלטונות מבחינה עוכדתית – מנצלים נורמה משפטית אחת כחריט ומגן כפני נורמה אחרת, בחינת "יכה יוסי את יוסי", ונשאלת השאלה: מה הוא ההבדל שביניהן?

...גם דיני ישראל מכילים חומר רב בשאלה: מתי מועילה הערמה על החוק, ומתי איננה מועילה (השווה: קידושי ג' מאות הנשים על-ידי ד' טרפון: ירושלמי יבמות, פרק ד, הלכה יב, ו' ע"ב; הערמת מעשר שני: משנה מעשר שני ד, ה; כבא מציעא מה ע"ב – מו ע"א; מתנת בית חורון: נדרים מח ע"א; ידושלמי נדרים, פרק ה, הלכה ו; הערמת ריבית: כבא מציעא סב ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה טו; ועוד).

הערמה ופיקציה

ע"א 265/67

מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, תל-אביב

פ"ד כא(2) 593, 595, 599-601

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ריתקן, מני

החברה המערערת נוסדה על-ידי עשרה אנשים שהיו שותפים בשותפות מסויימת. לאתר מכן רכשה החברה את השותפות האמורה מתשעה שותפים, בהיקף של 88%, ואילו חלקו של השותף העשירי הועבר לחברה פלוניא, אשר נרכשה מספר חדשים לפני כן על-ידי המערערת. חברה פלוניא זו הפסיקה משכבר את עסקיה, ולא נשאר לה אלא גרעון מסתרי העולה על רבע מיליון ל"י. בעקבות הסדר זה, תבעה המערערת קיוזו ההפסדים האמורים של החברה שנרכשה על-ידיה כנגד רווחיה של זו מהשתתפותה בשותפות, אך פקיד השומה דחה את תביעתה, באשר ראה בכל הענין עיסקה מלאכותית.

מ"מ הנשיא (זילברג): הערעור שלפנינו טורב הולך סחור שאלה משפטית חשובה והיא:

הערמה על החוק, במובנו העברי הקלאסי של הביטוי – היינו יצירת מצב מיוחד המאפשר לעקוף הוראת חוק אחת באמצעות חברתה. ההוראה האחרת – הערמה כזאת, מתי ובאיזה תנאים יש לדאוחה כ"עיסקה מלאכותית" במובן סעיף 86 של פקודת מס הכנסה?

הצגת השאלה כפי שנוסחה לעיל כבר מכילה בחוכה את האמירה, שאלמלא סעיף 86 אי אפשר היה לפסול את העיסקה, מטעמים כלליים. בשל הערמה שבה. כי עיסקה החוסה בצל הוראה חוקית, אינה יכולה להיות סתם בלתי חוקית. מאידך גיסא, אם אמנם העיסקה היא מלאכותית, אזי נכשלת היא בעצם לא בשל מלאכותיותה, אלא בשל אי החוקיות שבה; כי מלאכותיות זו פושטת מעליה את מחלצותיה החוקיות, וחושפת את הגרעין הבלתי חוקי שבה.

... עמדתו של המשפט העברי כלפי עקיפת החוק באמצעות החוק גופו, היא ליברלית מאד; היו כמה סיבות היסטוריות לכך, ביניהן האחת והעיקרית: לשמור על גמישותו ותיוגותו של המשפט העתיק ולעשותו בלי קיבול לקליטת רכיבי החיים המשתנים. למשל, ההערמות השונות על איסור הריבית על-ידי הפיכת עיסקת ההלוואה לעיסקה של מכר כפול, ישר והפוך (בבא מציעא, פרק איהו נשך), או על-ידי הפיכת הריבית לרווחים בעקבות התקנה של "היתר עיסקא"; ההערמה על שמיטת כספים בשביעית על-ידי התקנה הנורעת של פרזובול, שכתוצאה ממנו גביית החוב נעשית כביכול לא על-ידי הנושה (החייב בשמיטה), אלא על-ידי בית-הדין (גיטין לו ע"א ר"ע"ב; השוה רש"י, מכות ג ע"ב, ד"ה מוסר שטרותיו; וראה רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה טו); הערמת-החסד הגדולה של התנא הכהן ר' טרפון, שקידש שלוש מאות נשים כאשקלון על מנת להאכילן בתרומה (הזולה) כימי רעבון (ירושלמי, יבמות, פרק ד, הלכה יב, ו ע"כ) או ההערמה על חיוב הוספת

שער שני: עקרונות כלליים

החומש בפדיון מעשר שני על-ידי נתינת הכסף או הפירות לאחר, כדי שהפודה יהיה "זר" ולא בעל-הפירות (משנה מעשר שני ד, ד-ה).
והנהגה בבדקנו את הלכות מעשר ומעשר שני אנו מוצאים בהן – להפתעתנו – שתי הערמות על שני דינים שונים, האחת מותרת; השניה אסורה. והרי הן לפנינו:

(א) הדין הראשון שהוזכר לעיל הוא, כי אדם הפודה מעשר שני שלו, כדי להעלות את הכסף לירושלים ולאכלו שם, חייב להוסיף על שווי תומש (ויקרא כז, לא); ואילו אם לא בעל-הפירות אלא אחר הוא הפודה את המעשר שני, הוא פודה אותו בשווי ואינו מוסיף עליו כלום. הלכה זו שימשה יסוד ל"עצה טובה" של הערמה, שהמשנה משיאה אותה לבעל-הפירות:
מערימין על מעשר שני (לפדותו בלא תומש), כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו, לעבדו ולשפחתו העברים: הילך מעות אלו ופדה לך מעשר שני זה (משנה מעשר שני ד, ד),

היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחברו – 'לחברו שהוא אנהבו, ויודע בו שאינו עושה אלא כדי להיפטר מן התומש' (רש"י, בבא מציעא, מה ע"כ, ד"ה אומר) – הרי פירות אלה נתונים לך במתנה ותזור ואומר לו הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית (משנה מעשר שני ד, ה).

הרי לפנינו הערמה של העברת בעלות פיקטיבית של המעות או הפירות, כדי שהפודה יהיה "זר", ויפטור מחומש את בעל-הפירות האמיתי. והערמה זו "מומלצת" כאילו על-ידי המשנה גופה ואין בה, כמוכח, שום דלס ודופי.
(ב) לא כן הדבר לגבי הערמה אחרת, שאפשר – אך אסור – להשתמש בה לשם עקיפת עצם חובת הפרשת המעשר. הדין הוא:

אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית שנאמר (דברים כו יג) ביערחי הקודש מן הבית (בבא מציעא פו ע"ב – פח ע"א).
פני הבית: שייכנס דרך הפתח שהוא פני הבית, ולא דרך גגות וקרפיפין (רש"י, שם).

נתונה איפוא לכל אדם ברירה פשוטה בתכלית להיפטר מחובת הפרשת המעשר והיא: להכניס את הפירות לבית לא דרך הפתח אלא דרך גגות וקרפיפין. המותר להשתמש בהערמה זו? התשובה לכך: לא ולא! זו היא הערמה שאין רוח חכמים נוחה הימנה. וכך נאמר בתלמוד:

בוא וראה שלא כדורות הראשונים – דורות האחרונים! דורות הראשונים מכניסין פירותיהן דרך טרקסמון (דרך הכבושה מחוץ ליכנס לפנים: רש"י שם) כדי לחיבן במעשר; דורות האחרונים מכניסין פירותיהן דרך גגות ודרך קרפיפין כדי לפוטרו מן המעשר, דאמר ר' ינאי אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית וכו' (גיטין פא ע"א).

ומה בין זה לזה? מדוע מותר לנקוט הערמה מסוימת כדי להיפטר מחובת החומש של פדיון מעשר שני, ואסור לנקוט הערמה דומה כדי להיפטר מעצם חובת הפרשת המעשרות? כלום בכמות המעשר "המעוקף" תליא מילתא?

הערמה ופיקציה

לכך אין חשוכה אלא אחת והיא: שם, אצל פירון מעשר שני מטרחה הערמה היא אמנם להיפטר מן החומש, אך מעשה ההערמה ורישומה הוא הרבה יותר רחב והרבה יותר עמוק. כי את הבעלות על העצם (מעוה או פירות) הוא חייב להעביר העברה ממש, לכל פרטיה ורקדוקיה, מעצמו אל המקבל. אם יהיה חס ושלום חסר כל שהוא כתונה או בהיקפה של ההעברה, הפודה לא יהיה "זר" וההערמה לא חשיג מטרחה. כאן, אצל הכנסת פירות רדך גגות וקרפיפין, האקט הריאלי המערים הוא מעשה-הריק-מחוכן שאין לו בעולמו אלא פטור המעשר בלבד. אין לו השלכה אחרת זולתי זו. משום כך מועיל הוא אמנם לפטור ממעשר כפי שנאמר בתורה, אבל אסור לבצעו, דוקא בשל יעילותו, כי אלמלא זו – הוא לא היה מזיק ולא היה טעם לאסרו. וזו היא בדיוק אותה הבחנה ממש שהבחנו בסעיף 5 לעיל. אלא שהמחוקק החילוני המודרני מבכר שלילת תוקף על פני הטלת איסור, ולכן הוא קובע כי העיסקה המלאכותית תהיה כ"לא היתה" ולא תזכה להכרה מטעם שלטונות המס. זהו "קב החומטין" שרמזתי עליו בריש סעיף זה. לא למותר יהיה להצביע כאן על דברי מהר"ט צהלון (מחצית שניה של המאה השש-עשרה – תחילת המאה השבע-עשרה) בתשובותיו, סימן קמז, בו אנו רואים את יחסו השלילי של המשפט העברי אל מעשה הערמה שמטרתו הבלעדית היא הפחתת המס המגיע לקהילה.

2. פיקציה מוגבלת לעניין מסוים

בג"צ 382/67

רוזנבליט נ' רשם הקרקעות דרום וסביכות ת"א ואח'

פ"ד כב(1) 589, 596–597

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (וילברג), והשופטים כהן, קיסטר

העותר שילם תוספת מס לפי סעיף 9(א) לחוק מס שבח מקרקעין, לפני עבור המועד הקבוע בסעיף 65 לחוק בתים משותפים, ותוספת המס חושבה לפי ערך הקרקע בלבד. לפני רשם הקרקעות טען העותר שלפי סעיף 56 לחוק מס שבח מקרקעין אין עליו לשלם עוד אגרת העברה, כאשר שילם כבר את תוספת המס. טענה זו נדחתה על-ידי הרשם, וכמוה נדחו גם עררי העותר אל מנהל מחלקת רישום הקרקעות ואל שר המשפטים.

השופט קיסטר: בע"א 139/65, בעמ' 288–289, נאמר על-ידי השופט ויחקון לגבי המלים "אלו היתה אותה הזכות במקרקעין נמכרת בדרך החייבת רישום בפנקס המקרקעין" בסיפא של סעיף 9(א)(1):

שער שני: עקרונות כלליים

... הדיבור 'אילו היתה' וכו' יוצר פיקציה. לאמיתו של דבר לא נמכרה הזכות במקרקעין בדרך החייבת רישום, והפיקציה לא באה אלא לספק לנו אמת-מידה לקביעת שיעור תוספת המס.

מסכים אני עם דברי השופט ויתקון, אך כאשר משתמשים במונח "פיקציה", אין משמעות אחרת לפיקציה, אלא זו: כאשר נעשה חוזה יש להטיל מס באותו גובה כאילו היתה זו העברה, אך במידה ויש צורך לפי דין כלשהו בהעברה ממש, אין לראות בחוזה מכירה תחליף להעברה ממש. אף במשפט העברי מצינו פיקציה מוגבלת לענין מסויים בלבד:

שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו ברשותו ואלו הן בוד
בדשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה (פסחים ו ע"ב). ורש"י מבאר
(שם) ברשותו – להתחייב עליהן.

התוצאה הנובעת מהביטוי "אילו היתה" היא כי כאשר נעשה חוזה בתנאים
האמודים בסעיף 51 לחוק מס שבח מקרקעין, מתחייב דוכש המקרקעין
בתוספת מס על-פי סעיף 9 אף אם לא נעשתה העברה, וזה בגובה האגרה
הנגבית על העברה ממשית של נכס.

פרק שישי
מורכבות משפטית

1. "חציו עבר וחציו בן חורין"

ע"א 279/79
צדקה נ' מושקט ואח'
פ"ד לה(4) 374, 377

בבית־המשפט העליון כשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן) והשופטים כן־פורת, טירקל

בית־המשפט המחוזי הסמיך את המשיבים 1, כמנהלי עיזבון, למכור דירה, כפוף להסכמתו.
משסייב בית־המשפט לאשר עיסקה של מכירת הדירה למערער, ערער זה לבית־המשפט העליון
ללא בקשת רשות.
השאלה, עליה נסב הערעור, היא, אם למערער זכות לערער על התלטתו האמורה של בית־
המשפט המחוזי או שמה עליו לקבל תחילה רשות ערעור.

השופט טירקל: בא־כוח המערער, עורך־דין ד"ר שגב, הוטיף וטען, שסעיף
152 לחוק הירושה אינו חל כאן, הואיל ורק מחצית הבעלות בדירה הייתה של
העיזבון, בעוד שמחציתה השנייה הייתה של האלמנה; אך גם טענה זאת אינה
יכלה לעמוד לו. אכן, על העובדה, שמחצית הדירה לא הייתה שייכת לעיזבון
המנוח, ניתן להשתית, לכל היותר, את הטענה, שבית־המשפט המחוזי לא היה
מוסמך לתת הוראות לגבי אותה מחצית במסגרת ההליכים, שנחקיימו לפניו,
ולפיכך החלטתו לגביה בטלה מעיקרה; אך ודאי שאין ככך כדי להוציא את
החלטותיו, שעניינן המחצית השייכת לעיזבון, מתחת כנפיו של סעיף 152
לחוק הירושה. מצב משפטי מורכב מסוג "חציו עבר וחציו בן חורין" (גיטין
מא ע"א ואילך). יוצד, אמנם, קשיים ובעיות, אולם, כפי ששנינו, אין
במורכבות זאת כשלעצמה כדי להוציא כל אחד מן החצאים מתחלתם של
הדינים, החלים עליו.

פרק שביעי מוסר

1. חוזה שמטרתו לא מוסרית

ראה שער שביעי, דיני נזיקין, עמ' 541; ושער שמיני, דיני חיובים, עמ' 664.

2. שיקולי מוסר בניסויים רפואיים בבני אדם

בג"צ 30/82

מעייין ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות,
פרופ' ברוך מודן
פ"ר לו(2) 477, 482

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (לנדוי) והשופטים בייסקי, נתניהו

העותר ו הינו חולה בסרטן ריאות, אשר אינו מגיב עוד לטיפול ולתרופות המקובלים. משנאשו הרופאים המטפלים בו להציע לו טיפול יעיל למחלתו, פנה העותר ו אל רופא, העוסק בפעילות מחקרית בתחום הסרטן והמפתח תכשיר רפואי חדש, כאמצעותו הוא מוכן לטפל בעותר ו. הרופאים המטפלים בעותר ו בבית החולים בו הוא מאושפז אינם מוכנים להיזקק לתכשיר זה, והמשיב סירב לאשר השימוש בו. מכאן העתירה.

השופטת נתניהו: 4. בעקבות חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, מפנה אוחנו בא"כוח העותרים לדין העברי ולהלכה. משיש הוראות חוק מחייבות בנושא זה, אין מקום לפנות לדין העברי, ואם אחייחס אליו, הרי זה משום שרואים אנו כאן לא רק את הצד המשפטי של הבעיה אלא גם את הצד האנושי, המוסרי והמצפוני, ורוחשים אנו כבוד לדעת חכמינו, שכבר נתנו את דעתם לבעיה עקרונית זו של איבוד חיי שעה כשיש סיכוי, אך לא ביטחון, שעל-ידי מתן תרופה מסוכנת יזכה החולה לבריאות ולחיים.

ר' יעקב ריישר בחיבורו שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סי' עה, אומר על כך:

מוסר

"...שדין זה הוא דיני נפשות ממש וצריך להיות מתון מאד כשאלה כזו מש"ס ופוסקים כשבע חקירות וכדיקות..." ועוד אומר הוא: "...אם אפשר שע"י רפואה זו שנותן לו יתרפא לגמרי מחוליו, ודאי לא חיישינן לחיי שעה... כיוון שודאי ימות, מניחין הודאי ותופסין הספק אולי יתרפא" אבל "מכל מקום, אין לעשות הרופא כפשוטו כן, רק צריך להיות מתון מאד בדבר, לפקח עם רופאין מומחין שבעיר על פי דוב דעות, דהיינו רובא דמינכר שהוא כפל, לפי שיש לחוש לקלי דעת..."

ואומר על כך פרופ' מ' אלון במאמרו "ההלכה והרפואה החדשה" מולד ד (תשל"א-ל"ב) 231, 235:

ההלכה מחייבת את עצם העקרון אך דורשת הרבה מתינות וישוב הדעת, ובוראי גם ידיעה והכנה מלאה ומדוקדקת וכן יש להביא בחשבון את שעורי ההצלחה בעת קבלת החלטה קשה וגורלית זו.

הנה גם עלפי ההלכה אין החלטה גורלית זו מסורה לשיקולו הבלעדי של הרופא המטפל, שלא זו בלבד שעליו להיות מתון מאד, אלא עליו גם להיוועץ עם גדולים ומומחים. בימינו, מי שממלא תפקיד אותם "המומחים" ומי שמפקידו לבדוק ולשקול את סיכויי ההצלחה כנגד הסיכון האם איננו המשיב עצמו, לאחד שנועץ בטובי המומחים שבמקצוע? והנה אין שוני בהוצאה, גם לוא פסקנו על-פי ההלכה.

3. חובת הצלת נפש וסיכון עצמי

ע"פ 232/55

היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד

פ"ד יב 2017, 2177-2178

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 464.

תמ"א (י-ט) 26/82

היועץ המשפטי לממשלה ופלונית נ' פרופ' ציודאלי ואח'

פ"מ תשמ"ג(1) 225, 230-231

בבית-המשפט המחוזי בירושלים

למבקשת השניה ילדה בת 3 הסובלת ממחלה חשוכת מרפא אשר צפוי כי תגרום למוות תוך זמן קצר והדרך היחידה שעשויה, אולי, להביא לריפוייה היא השתלת מח עצמות מאחותה בת

שער שני: עקרונות כלליים

החשע. החליך ההשתלה כמעט ואינו מסכן כלל את החורם, אך עלול לזרז את מותו של החולה, במקרה של אי הצלחה.
הבקשה לכיח"המשפט היא להורות לרופאים, שהמליצו על ההשתלה, לבצע פעולת ההשתלה של מת עצמות מגופה של הבת הבריאה לגופה של הבת החולה.

השופט טל: נחתי דעתי גם על עמדת ההלכה כמקרה כזה. מצווה מן התורה להציל את הנתון בסכנה. וכך שנינו: "מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה באה עליו או לסטים באים עליו שהוא חייב להצילו, שנאמר: "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז) (תורת כהנים, קדושים ד, ח; כרייתא, סנהדרין עג ע"ב). מלבד הלאו של לא תעמוד על דם רעך, נצטוונו גם במצוות עשה להציל את הנתון בסכנה, מדין השבת אברת גופו, שנאמר "השבותו לו" (דברים כב, ב) וררשו חכמים בספרי "אף את עצמו אהה משיב לו" (וכן מובא בבבלי סנהדרין שם, ובב"ק פא ע"ב). כך גם נפסק להלכה ברמב"ם הלכות רוצח, פרק א, הלכה יד; ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכז, סעיף א. והוא הדין גם בהצלה מספק סכנה (חירושי רבנו נסים לסנהדרין, שם) ואפילו אם ההצלה כרוכה בצער למציל (מגן אכרהם, סימן קנז, סעיף קטן ב). ומכיוון שהחייב להציל הוא גם במצוות עשה, ברור כי לפי ההלכה ניתן לכפות את המציל להציל, כדין כל מצוות עשה ש"כופין אותו עד שתצא נפשו" (כחובות פו סוף ע"א וריש ע"ב) וכן "כופין על מידת סרוס" (בבא בתרא יב ע"ב). אולם נחלקו דעות הפוסקים אם המציל חייב להכניס עצמו בסכנה או אפילו בספק סכנה, כדי להציל את חברו אף מסכנה וראית (הגהות מימוני על הרמב"ם, הלכות רוצח, פרק א, הלכה יד, מביא בשם הירושלמי לחיוב). לעומת זאת שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף נב שזוהי מידת חסידות אך אין חיוב לסכן עצמו. וראה בארוכה באנציקלופדיה תלמודית, ערך "הצלה נפשית" עמ' שמז-שמח. ובשולחן ערוך הרכ בעל התניא, הלכות נזקי גוף, סעיף ז: "...ואפילו ליכנס בספק סכנה יש אומרים שצריך כדי להציל את חברו ממיחה וראית" והוא מסיים: "ויש חולקין בזה וספק נפשות להקל". ובענייננו, נראה שגם לפי ההלכה אין כל מקום לכפות את הקטינה לחרום. ראשית, מפני שכל שלא הגיעה למצוות אינה בת חיוב במצוות כלל ושנית, מפני שלקייח מת העצמות תיעשה בהדרמה כללית הכרוכה בספק סכנה לחרומת. אמנם זהו ספק רחוק, אך הסוכרים שאין חיוב הצלה בספק סכנה למציל אינם מחלקים בין ספק רחוק לקרוב. (אחד הנימוקים של ה"הדב"ז הוא שגם ספק סכנה רחוקה עלולה לגרום סכנה של ממש והוא כותב: "ואני דאיתי אחד שמת על ידי שסרטו את אזנו שריטות דקות להוציא מהם דם ויצא כל כך ער שמת" שו"ת הרדב"ז, שם).

מוסר

4. חובת הצלת נפש למרות התנגדות הניצול

ת"פ (ח"י) 361/84

מדינת ישראל נ' קורטאם ואח'

פ"מ תשמ"ו(1) 45, 54

בבית המשפט המחוזי בחיפה

בליל 20.6.84 אחר חצות הלילה הבחינו אנשי משטרה ממחלק הסמים שהיו בניידת, ברכב וולוו שהיה נהוג כירי הנאשם מס' 2 ולידו יושב הנאשם מס' 1 (להלן – הנאשם). כאשר ניסו השוטרים להתקרב למכונית הוולוו, החל נהגה בניסיעה מהירה על מנת להימלט. מכוניות משטרה אחרות הוזעקו והחל מרדף, אגב כך עברה מכונית הוולוו ברמזור אדום ואף נסעה בנתיב הנגדי לכיוון נסיעתה ונסעה בו נגד כיוון התנועה. בכך סיכנה חיי אדם וגם גרמה לירידת מכוניות לשולי הכביש. מכונית הוולוו נחסמה בסופו של דבר ואנשיה נלקחו לתחנת המשטרה. בעת המרדף הבחין אחד השוטרים שהנאשם כיסה בירו על פיו למשך מספר דקות והתנהגות זו העלתה בלבו חשד כי הנאשם בולע סמים, כדרכם של עכרייני סמים הנוהגים לארוח את הסמים בשיטות פלסטיק ולבלעם ולהחביאם בקיבתם בשעת הרחוק. הנאשם, בעת החקירה, הכחיש בליעת סמים ואף הסכים לחוקן ושטיפת קיבה. מפקח המשטרה חשד שהנאשם בלע כמות גדולה של סמים ולכן ראה לנכון להעבירו לבית החולים לקבלת טיפול מחאים על-מנת להציל את חייו. בבית החולים נעשו בדיקות שונות ללא התנגדות הנאשם, לרבות סדרת חוקנים שלא הביאו להי פליטת כל גוף זר, אך בצילומי הרינטגן נחגלו 2 גופים זרים גדולים ולאחר החייעצות בשערכו הרופאים, הגיעו הם לידי מסקנה חד-משמעית שיש לבצע ניתוח בגופו של הנאשם על מנת להוציאם. הרופאים היו בטוחים כי אלה היו אריוות המכילות הירואין העשיר להימלט מהאריות. הנאשם התנגד לניתוח. לאור התנגדותו פנתה המשטרה לשופט שלום בבקשה לקבלת צו המחיר את הניתוח. שופט השלום (כב' השופט חרטונסקי) החליט כי לאור העובדה שהחשוד עצור יש סכנה לחייו, וכאשר המדובר הוא בשעת חירום ממש, הוא מאפשר ליתן לתשוד כל טיפול אשר יקבע בית החולים להצלת חייו ולברקו בריקה רפואית כדי לקבוע אם הוא תולה.

לאחר קבלת צו בית המשפט בוצע הניתוח ומקיבתו של הנאשם הוצאו 2 הגופים הזרים אשר שילב מאוחר יותר נתגלה שהם הכילו כ-45 גרם הרואין. הנאשם התעמד לדין באשמת התזקת סם מסוכן ללא רשות תוקנית ושלא לשימוש אישי, בנהיגה ברכב בתוסר והירות וכעוד עבירות תעבורה הקשורות ברכב. הנאשם טען כי הסמים, שהושגו חוץ כדי ביצוע הניתוח בגופו, הושגו תוך פגיעה בפרטיותו והם פסילים לשמש ראיה בבית המשפט.

השופט זכה: מאחר שבחקיקה שלנו, או בהלכה פסוקה או בדרך של היקש אין למצוא התייחסות ישירה למצב בו אדם כגיר וברדעת מתנגד לביצוע ניתוח בגופו שלו עצמו על אף שאי-ביצוע הניתוח יביא למותו, מציע כ"כ המאשימה לעשות שימוש בהוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980, ולהכריע בדבר לאור עקרונות מורשת ישראל. לענין זה מביא הוא מספרו של הרב והפוסק מגדולי דורו, רבי יעקב עמרין (1697-1776), שבספרו על שו"ע או"ח ספר "מוד וקציעה", סימן שכח, כוחב הוא:

כחולי ומכה שבגלוי שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה ברזקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה המסרב במקום סכנה,

שער שני: עקרונות כלליים

בכל ענין ואופן, שנתנה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שכמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחבוש שבר, אפילו בנטילת אבר (כדי להצילו ממוות)... כל כהאי גוונא ודאי עושים לו ומעשין אותו בעל כרחו, משום הצלת נפש, ואין משגיחין בו, אם הוא אינו רוצה ביסורין ובוחר מוות מחיים, אלא חותכין לו אפילו אבר שלם, אם הוצרך לכך למלטו ממוות, ועושין כל הצריך לפקוח נפש נגד רצונו של חולה, וכל אדם מוזהר על כך, משום 'ולא תעמוד על דם רעך' ואין הדבר תלוי בדעתו של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבר את עצמו.

עקרון זה, שרשאי אדם להציל חייו של רעהו, אף אם הרע מתנגד וחפץ להתאבד, מצוי בעקיפין גם בהוראות ס' 5(ג) של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, בו מכיר אמנם ביהמ"ש שזוכה אינו חייב לשפות או לפצות את מי שעשה לשמירת רכושו, אם הזוכה התנגד למעשה השמירה, אבל אעפ"י כן, במקרה שהפעולה נעשתה לשמירת "חייו, שלמות גופו או בריאותו" של הזוכה, חייב הוא כשיפוי ובפיצוי, אף אם התנגד לפעולת ההצלה.

ע"פ 527/85, 480/85

קורטאם נ' מרינת ישראל

פ"ד מ(3) 673, 685, 696, 697

בכית"המשפט העליון בשבתו כבית"המשפט לערעורים פליליים
לפני השופטים בייסקי, כך, מלץ

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בהחזקת סמים שלא כדו"ן, עבירה לפי סעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חרש], תשל"ג-1973. עיקרו של הערעור הוא בשאלה, אם הפץ, המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמתו של המנוחח וכניגוד לרצונו אך במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראייה קבילה במשפט, בהעדר הסכמה של אותו אדם.

השופט כך: השופט גם מזכיר כהקשר זה את ההלכה היהודית, אשר רואה את הצורך להגן על החיים כערך עליון ונתנה לו ביטוי בכללים הנוגעים ל"פיקוח נפש".

ראויים לאיזכור בנושא זה דבריו של השופט זילברג בע"א 461/62, בעמ' 1333, לאמור:

היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של תי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים. "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא יח, ה); "וחי בהם ולא שימות בהם" (יומא פה ע"ב); אין ספור לפסוקים המרוכזים, בהם מודגש הקשר הסיבתי שבין התורה והחיים.

כמו כן הסתמך השופט על הוראות סעיף 5(ג) של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. על-פי סעיף זה מכיר המחוקק אמנם בכך, שאדם אינו חייב לשפות או לפצות את מי שעשה לשמירת רכושו, כאשר הוא מצרו התנגר למעשה השמירה, אבל בכל זאת חייב הוא בשיפור ובפיצוי, כאשר הפעולה נעשתה לשמירת "חייו, שלמות גופו או בריאותו", אף אם התנגר לפעולות ההצלה. ללמדנו, כי פעולה המכוונת להצלת חייו של אחר ראויה לעירוד, לתמיכה ובשעת הצורך גם להגנה, אף אם היא מבוצעת בניגוד לרצונו של הניצל.

אולם, כאן יש לעמוד על ההבדל בין עשיית פעולה רגילה, המיוערת להציל את חיי הזולת, לבין פעולה כזאת, הפוגעת בשלמות גופו ובפרטיותו של האדם שאת חייו מתכוון הפוגע להציל.

השופט בייסקי: כשלעצמי, אין אני סבור כי בסוגיה קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות-הברית ובאנגליה, הן העיקרון הכולל, האוסר טיפול פיסי על-ידי רופא שלא בהסכמת הפאצינט, והן החריגים המעטים הפוטרים מהעיקרון. אין אני מפחית מערך האסמכתאות בהקשר זה אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע, כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. בהקשר זה הביא השופט המלומד קמא בפסק-דינו את דבריו של רבי יעקב עמדין מספרו על שולחן ערוך אורת חיים, ספר "מור וקציעה"...

השתקפות גישה זו אנו מוצאים בפסק הדין בע"א 322/63, בעמ' 454, שנסיבותיו ומובאות ממנו כבר הוזכרו על-ידי חברי המכובר...
ובהמשך מצוטטת מובאה מספרו של J.G. Fleming, On The Law of Torts (Sydney, 2nd ed., 1961) 89-90, המלמדת על גישה דומה. ובדומה לכך דברי השופט זילברג בע"א 461/62 הנ"ל, שהוזכרו בחוות-דעתו של חברי.

5. "לפנים משורת הדין"

ע"א 138/62

האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עוביד

פ"ד טז 2649, 2655

הובא בשער התשיעי, דין קניין וקניין רוחני, עמ' 775.

שער שני: עקרונות כלליים

ע"א 350/77

כיתן בע"מ נ' וייס ואח'

פ"ד לג(2) 785, 809-810

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 610.

ע"א 842/79

נס ואח' נ' גולדה ואח'

פ"ד לו(1) 204, 200-221

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 613.

בג"צ 702/81

מינצור נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל ואח'

פ"ד לו(2) 1, 9, 17-19

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אלון, בייסקי, נתניהו

השופט אלון: 1. מעשה באחד מפרחי הפרקליטים, ששנה ולמד ומילא כרסו בפסקי-דין ובחוקים, ואף שימש שני מאמנים, ומשבא הוא ליטול סמיכה לערוך דינים, נאמר לו שטרם באה שעתו להימנות עם קהל הפרקליטים. ודחייה זו לא נעשתה חס ושלום בידה של אמת הבניין (ראו שבת לא ע"א, ודוק), אלא מכוחה של אמת הדין. שהרי זוהי הכעיה, בתמצית שכתמצית, העומדת לפנינו: מצד שורת הדין. כפי שמנוסח הוא בכלל 3 שבכללי לשכת עורכי-הדין (רישום מתמחים ופיקוח על התמחות), התמחותו של העותר אצל מאמנו השני אינה באה בחשבון תקופת ההתמחות, מאחר שלא הודע עליה בעוד מועד ללשכה, וממילא לא אושרה אותה שעה על-ידיה; אך מצד כל מידה נכונה של צדק, כיצא נבוא ונקפח את העותר בשנה שלמה של התמחות, כאשר ברור מעל כל ספק, שהתמחה כדת – אם לא כדין – במשך כל תקופה זו, כפי שמצהיר על כך העותר וכפי שמעיד על כך מאמנו השני, ואיש לא מעלה אף צלו של חשש, שמא מעשה של רמייה יש כאן...

12. מאלפת היא דרכו של המשפט העברי בסוגיה זו של מידות ושיעורין ושל דין וצדק, ואומר בה דברים אחדים, ולו ברמיזה, מפאת קוצר היריעה. עקרון המידות והשיעורין כחלק ממהותו של כל דבר חוק ומשפט מצוי גם מצוי הוא בעולמו של המשפט העברי, וכא הוא לכלל ביטוי בצורה חדה וחד-משמעית. וכך מצאנו במשנת חכמים, והדבר בא לכלל הדגשה יתרה במעשה הידוע עם ר' ירמיה (בבא בתרא כג ע"ב):

ניפול (=גוזל דך) הנמצא בתוך חמישים אמה (=של שוכך) – הרי הוא של בעל השוכך, חוץ מחמישים אמה – הרי הוא של מוצאו... בעי ר' ירמיה: רגלו אחת (=של הגוזל) בתוך חמישים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמישים אמה, מהו? ועל דא אפקוהו לר' ירמיה מבי מזרשא (=ועל זה הוציאו את ר' ירמיה מבית המדרש, על שום 'שהיה מטדיח עליהם' – רש"י, בבא כחרא שם).

וכל כך למה? כי

כל מידת חכמים כן היא! בארבעים סאה טובל (=מקוה שיש בה ארבעים סאה מים, כשרה לטבילה), בארבעים סאה חסר קורטוב אינו יכול לטבול בהן (כתובות קד ע"א).

כרם, גישה עקרונית זו של המשפט העברי ברבך צורך של מידה ושיעור קבועים ויציבים בדרך כלל, לא היה בה כדי למנוע הימנו לדרוש מהדיין היושב לדין לחזור למציאת פתרון הולם למקרה שהוא יוצא מן הכלל, אם וכאשר פחדן כזה נדרש על-פי מידת הצדק ושורת ההיגיון. רדישה זו מהדיין היושב על מדין באה היא לכלל ביטוי נוקב וחמציתי בהגדרת חובתו של הדיין, שמצווה היא לדין "דין אמח לאמתו" (שבת י ע"א; סנהדרין ז ע"א). ואיזוהי אמת לאמיחו? וכי ישנה אמת שאינה לאמתו? אומר על כך ר' יהושע ולק כ"ץ מחכמי פולין שכתחילתה של המאה השבע-עשרה ומפרשנו המוכהקים של הטור והשולחן ערוך חושן משפט:

שכוונתם כמה שאמרו דין אמת לאמתו, רוצה לומר, שדין לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמתו, ולאפוקי (=להוציא) שלא יפסוק חמיר דין תורה ממש, כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפני משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן אף שהוא דין אמת – אינו לאמיתו. על דרך שאמרו חז"ל (בבא מציעא ל ע"ב): לא נחרכה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפני משורת הדין (רדישה, טור, חושן משפט, סימן א, סעיף ב).

ומוסיף ואומר ר' אליהו, הגאון מוילנא, וזו לשונו:

הדיינים צריכין להיות בקיין גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מדומה, דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה כקי בדין חורה, לא יצא אמת לאמתו, כלומר אף על פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בעניני תורה ופיקח בעניני עולם (פירוש הגר"א (מקראות גדולוח, פרדס), משלי ו, ד).

ומטבע טבעו חכמים כי "אין לו לדיין אלא מה שענינו דואוח" (סנהדרין ו ע"ב). ומאי טיבה של "ראיית עיניים" זו? "שיתכונן להוציאו (=את הדין – מ' א') לצדקו ולאמיחו (רש"י, סנהדרין ו ע"ב, ד"ה אלא). ודוק וחמצא, כי זוהי פסיקת דין אמת לאמתו.

ואל יחשוש החושש, שמא יש בה בריכוכה של מידת הדין, במקרים מיוחדים הראויים לכך, משום פגיעה ביציבותה של הנורמה המשפטית, במידתה ובשיעורה. שהרי בעולמו של המשפט העברי הפעלח שיקול הדעת

שער שני: עקרונות כלליים

על-ידי הליכה לפני משורת הדין אף היא הכרעה שיפוטית היא, וכמה כללים וסייגים נאמרו בה, ואין הדין חופשי להפעיל שיקול-דעתו אלא על-פיהם ובמסגרתם. סוגיה זו מרובת אנפין היא, ולא כאן המקום להאריך, וכבר דנו בה במקצתה במקום אחר (ראה מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, 1964) 97 ואילך; מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מגנס, מהדורה 2, תשל"ח) 171 ואילך).

דרך זו בפסיקת הדין יסודה בהשקפת עולמו של המשפט העברי בדבר יחסי משפט ומוסר, בדבר עמידה על הדין והליכה לפני משורת הדין, בדבר טבעו של הדין וטבעו של עולם שבו מופעל הדין, שיש, בנסיבות שהשעה והעניין צריכים לכך, שמשתלבים הם כאחת בפסיקת הדין. ואם לחזור לדבריו של המלומד C.K. Allen, אותם ציטטנו לעיל, אמנם ייחכן שההדיוט "קולג'י בגיורו של אי-צדק גלוי", שהרי אין הוא למוד "להסתכל מעבר לפדט אל הכלל". אך עיצומו של הגיור נחלחם "השקטה" של כלל תופסי המשפט הוא, ומכל שכן שהוא מנחלתו של השופט היושב על מדין, שאי הצדק הגלוי, העולה בחלקו של בעל הדין שלפניו, משבש עליו את תפיסת עולמו בדבר טיבה ומהותה של עשיית דין צדק. ואין בקביעה הרגועה, כי אי-צדק גלוי זה מהווה "מקור לצער אמיתי לכל משפטן אשר מכבד את אומנותו" כדי לגרוע מהעוול הנעשה לפרט, ואף נחמה פורתא אין בה למשפטן ולשופט, אף אם למדוחם הם "להסתכל מעבר לפרט אל הכלל". ואם דמיון יש בין אומנות הניתוח לעשיית הדין, דומה שמסקנה הפוכה עולה הימנו, שהרי המנחה אינו "מאבד" מספר חולים, חס ושלום, כדי לשמור על איוו שהיא מטרה שמעבר לחולה שעליו הוא רכון במלאכת ניתוחו, ושלגביו מצווה הוא, על-פי הדין ועל-פי מוסר הרופאים, לעשות ככל אשר לא ידו, כדי לרפאו ולהחיותו. דומה כי דרך פסיקת הדין שבעולמו של המשפט העברי יכול שתביאנו לחזות יותר מרנינה, ויכול שיש בה כדי למלט גם בעל דין פלוני, שאפשרות גדימת עוול גלוי רובצת לפתחו, מללכת "לאיבוד" חוץ כדי מלאכת המשפט והשיפוט.

ח"פ (ח"א) 537/79

מדינת ישראל נ' לאופר

פ"מ חשמ"א (2) 309, 313

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הנאשם הורשע בעבירת גניבה בידי עובד לפי סעיף 391 לחוק העונשין, לאחר שהודה, כי בהיותו עובד התעשייה האווירית נטל אביזרים וחפצים השייכים למעבידתו. הוכרר, שהמדובר בפרטים חסרי ערך שיועדו להימכר כגרוטאות וכי לנאשם אין כל הרשעות קודמות והוא אף ידוע ומוכר כעובד טוב ומסור. לנוכח הנסיבות המקילות הנ"ל, לא ביקשה התביעה לגזור על הנאשם מאסר בפועל, אלא ביקשה כי יוטל עליו מאסר על תנאי, זאת כדי שהציבור ידע שבית המשפט רואה בחומרה את העבירה של גניבה ממעביד. עמדת הסניגור היתה שבנסיבות המקרה אין לגזור מאסר על תנאי ומן הראוי להסתפק בקנס בלבד.

מוסר

השופט שטרומן: התביעה גורסת שרין הוא – הלכה יצאה מבית־המשפט העליון – כי כל עוכר הגונב ממעכירו (גניבת נכס שערכו עולה על 500 ל"י) רינו מאסר. אם אמנם זה היה הדין, היה עלינו לתקנו. "מפני מה חרבה ירושלים? ... מפני שהעמידו דבריהם על־דין תורה ולא עבדו (=עשו) לפני משורת הדין" (בבא מציעא ל ע"ב). אלא שזה אינו הדין, וההלכה היא שיש לרוץ את הנאשם, לפי אישיותו ונסיבות העבירה.

ע"א (ת"א) 862/79

לוי ואח' נ' Kludi Armaturen Paul Schffer

פ"מ חשמ"ב(1) 368, 373-374

בבית־המשפט המחוזי בחל־אביב־יפו

בעקבות תביעה כספית שהגישה המשיכה נגד המערערים, הוטל עיקול זמני על מניותיהם של המערערים בשתי חברות, שאחת מהן עוסקת בכנייתו של מלון בירושלים. המערערים ביקשו להמיר את העיקול על המניות בעיקול על מקרקעין שונים שהרצו על ידם, אך הרשם דחה את בקשתם בעיקר מן הטעם שהם לא הבהירו בתצהיריהם את מימדי הנוקם אשר הם טוענים להם, כתוצאה מהמשך עיקול המניות. מכאן הערעור.

השופט חריש: 9. באין בהלכה הפסוקה, לפי שעה, על כל פנים, תמרוורים להנחותנו הדרך בסוגייה הנדונה, ראוי לנו לשאוב הנחייה ממקורוהינו שלנו. הרמב"ם מורה (על פי משנה וגמרא גיטין מח ע"א) בהלכות מלווה ולווה, פרק יט, הלכה א, לאמור: "כשיורדין בית־דין לנכסי הלווה לגבות מהן לא יגבו לבעל חוב אלא מן הבינונית שבקרקעותיו" (פירוש: שלושה סוגי קרקעות הם: עידית – משוכחים, בינונית וזיבורית – גרועים) "ודין תורה שיגבה בעל החוב מן הזיבורית, שנאמר: "בחון תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט החוצה" (דברים כד, יא). מה דרכו של אדם להוציא? פחות שבכליו. אבל תיקנו חכמים בבינוניות, כדי שלא חנעול דלת כפני לווין (פירוש: שאם יראו המלווין כך, יימנעו מלהלוות). הלכה ב: "אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין, ואפילו היו בני חורין זיבורית, והמשועבדים – בינונית או עידית, כין שמכרם בין שנתגם. נשתדפו (נשטפו בשטפון) בני חורין, הרי זה טורף מן המשועבדים, שכיוון שנשחתו, כאילו אינן".

רבדי הלכה אלו משמיעים לנו, ככלל מנחה של נוהג, כי מקום שהברירה היא בין פרעון המלווה על דרך של נטילת הטובים שבנכסי החייב, לבין פרעונו על דרך של מכירת הגרועים או הבינוניים שבנכסיו והשארת הטובים בירי החייב, מטים את הכף לטובת החייב דווקא. שאין לו לנושה זכות קנוייה גם להיפרע את חובו, ולבוא מתוך כך על מלוא סיפקו, וגם להכביר על החייב, ולא כל שכן – להזיקו. הכבדה על החייב והזקתו, אינן מתיישבות עם מידת "ועשית הטוב והישר" שכל איש בישראל מצווה בה (דברים ו, יח). אם הכתוב

שער שני: עקרונות כלליים

פסק כך, על אחת כמה וכמה בעיקול זמני של נכסים בגין תביעה גרידא, שהכרעתה לטובת החובע דווקא היא בחזקת שמא.

ע"א 216/80

בו"אר נ' שיכון עובדים בע"מ ואח'

פ"ד לח(2) 561, 569

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (שמגר), והשופטים אלון, לוי

בשנת 1943 נחתם הסכם בין המערער לבין המשיבה 2, שהמשיבה 1 היא תליפתה, לפיו ישלם המערער סכום מסוים לקופת מלווה וחסכון של העובדים בע"מ, וזו תעבירו לירי המשיבה 3, על-מנת שתרכוש קרקע בקרבת ירושלים למטרת בניית בתים על-ידי חברי ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (ששילמו את הסכום הנדרש) ובכללם המערער. לאחר מלחמת העולם השנייה הדיעה המשיבה 2 למערער, שהמשיבה 3 רכשה בירושלים שטחי קרקע מתאימים להקמת שיכונים, כאמור בהסכם, וביקשה ממנו להודיע כאילו מהאזורים ברצונו להשכן. עד שנת 1959 לא הייתה כל פעילות בנדון, הגם שהמערער לא הרפה מדרשותיו לקיום ההסכם. בשנת 1959 שלחה קופת מלווה וחסכון של העובדים בע"מ מכתב למערער, בו נתבקש לבטל את ההסכם ולהחזיר למשיבה 3 את חעורת האישור, שנשלחה לו על ידי משהעביר את הכסף ליריה, סמוך לאחר החתימה על ההסכם. המערער סירב לבטל את ההסכם ועתר לבית-המשפט המחוזי לפסק-דין הצהרתי, לפיו הוא זכאי להירשם כחוכר באחת הדירות שעל החלקה המתאימה, לפי ההסכם שבינו לבין המשיבות. כן ביקש, שבית-המשפט יורה למשיבות להעמיד לחזקתו את החלקה הנ"ל, וכן לבנות עליה את הרירה כמסכם, ולחלופין לקבוע את שווי החלקה והרירה ולהורות למשיבות לשלם לו את סכום השווי הנ"ל כפיצוי בגין הפרת תווה ולצרף לכך פיצויים לדוגמא. המערער צירף לתביעתו חוות-דעת ברכב שווי החלקה על-ידי מתווך מקרקעין. התביעה נדחתה. מכאן הערער.

השופט אלון: העולה מן האמור הוא, כי אין בידינו אלא לדחות את תביעת המערער, על כל חלקיהן וטענותיהן, והמערער יצא נקי מנכסיו, לא רק מהחלקה והדירה שביקש לרכוש מהמשיבות, אלא אף כספו שנתן למשיבות, טבין וחקילין, אין בידינו, מצד הדין, להשיב לו לפי ערכו הריאלי. בא-כוחה המלומד של הקרן הקיימת לישראל, עו"ד גרא קורן, הודה לפנינו, כי בספרי הקק"ל עדיין רשום הסכום של 60 לירות לזכותו של המערער, וסכום זה מוכנה הקק"ל להשיב למערער, לפני משורת הדין, כשהוא צמוד; לאחר ההצמדה הגיע סכום זה, בשעת הדיון לפנינו, לסך של 30,000 לירות, היינו שלוש אלפים שקל. משבאים אנו להשוות את ערכן הריאלי של שישים לירות בשנת 1943 (ודברים על כך שמענו מפי בא-כוח המערער, לפי השכר של 17 והצי גרושים ליום שהמערער השתכר באותם ימים רחוקים כפועל בניין), לערכם של שלושת אלפים שקלים, יש בה, בהצעה זו, של בא-כוח הקק"ל משום לעג לרש. כספו של המערער לא היה מונח כאבן שאין לה הופכין אלא היה בשימושה של הקק"ל, ועל כגון דא אמרו חכמים – "כיצד הלה עושה סחורה

מוסר

כפרתו של חבירו" (בכא מציעא לה ע"ב). זהו מקרה קלסי, שבו מן הראוי ומן הנכון לנהוג לפני משורת הדין (בכא מציעא ל ע"ב; פ"ג ע"א; וראה ע"א 350/77, בעמ' 809 ואילך; ע"א 842/79, בעמ' 220) ולהשיב למערער את כספו לפי ערכו הריאלי של אוחס הימים. וכבר נאמר בכית"משפט זה, מפי הנשיא שמגר, בעניין שבו נרחו – מצד הדין – הן התביעה והן הערעור שהוגש לאמור: "על-כן הייתי ממליץ, כי, למרות חלוף הזמן ולפנים משורת הדין, חברוק חברת הביטוח את העניין מחדש, כדי שהבעלים של הרכוש שבוטח לא ייצא כלא כלום" (ע"א 130/80, בעמ' 712). ובוודאי שכך מן הנכון שינהג גוף ציבורי מכובד כקדן הקיימת לישראל – "כי הציבור כמו היחיד, ואולי עוד יותר, חייב ללכת בדרך הטוב והישר, ולא להעמיר דינו על הדין" (ההדגשה שלי – מ'א') (תיק 5637/כא, בעמ' 151). ומעשה ברין ודברים שבין הקהל לבין אחר מעובדיו, כשמצד שורת הדין יצא שהקהל פטור מלשלם לו משום שהקהל עשה מה שעשה מתוך שאנוס היה, ונאמר בסיומה של התשובה: וכל זה לדינא (=מצד הדין); אבל מהראוי, שאף אם הקהל היו אנוסין בזה ופטורין על פי הדין לשלם, מכל מקום ראוי ונכון שיעשו עמו לפני משורת הדין, כי הוא איש עני וטפלי תלוי ביה (=וקטיגים תלויים בו) (שו"ת מים חיים, חושן משפט, סימן ו, ומובא בפתחי תשובה, שולחן ערוך חושן משפט, סימן שלג, סעיף קטן ג; וראה תיק שיו/3728, כרך ג, בעמ' 95–96).

6. המוסר כיסוד לחובת הזהירות בנויקין

ע"פ 478/72

פנקס נ' מדינת ישראל
פ"ד כז(2), 617, 627–629

הובא בשער השביעי, דיני נויקין, עמ' 569.

7. חובה מוסרית של מעביד להעניק לעובד פיצויים

ע"א 25/50

וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ
פ"ד ה 265, 275

הובא בשער האחד-עשר, דיני עבודה, עמ' 864.

שער שני: עקרונות כלליים

ע"א 588/66

בוכזה נ' בוכזה ואח'

פ"ד כא(2) 3, 10-9

הובא בשער האחר-עשר, דיני עבודה, עמ' 866.

ע"א 115/68, 111/68

"לפידות", חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ ואח'

נ' שליסר ואח'

פ"ד כב(2) 379, 390

הובא בשער האחר-עשר, דיני עבודה, עמ' 872.

ע"א 305/73, 293/73

בן-משה נ' בן-משה

פ"ד כח(2) 29, 33-34

הובא בשער האחר-עשר, דיני עבודה, עמ' 868.

8. חובה מוסרית להוכיח את החוטא

ת"א (ת"א) 113/56

בן-גוריון נ' אפלבוים ואח'

פ"מ יד 307, 364-365

בכיתה-משפט המחוזי בתל-אביב-יפו
לפני הנשיא התורן (צלטנר), והשופטים קיסטר, שילה

השופט צלטנר: תפקידו של בית-המשפט בתביעה זו לנזיקין על הוצאת שם רע הוא לבדוק אם יש בדברים שפרסמו הנתבעים ברבים בחוברת שהוציאו לאור בדצמבר 1955 ובמכתב גלוי שהודפס בעתון "דבר" מיום 16.1.56. משום הוצאת שם רע על התובע במוכן חוק הנזיקין. במקרה של תשובה חיובית לשאלה זו, יש לקבוע, אם זכאי התובע לגבות דמי נזק מאת הנתבעים, ואם מגיעים לו דמי נזק – מהו שעורם...

סעיף 19 של פקודת שיפוט בתי-משפט השלום 1947 כפי שתוקן בשנת תשי"ד-1954. מאפשר לאזרח לפנות למשטרה בתלונה ביחס לכל ענין פלילי המצוי בשיפוט של בית-משפט השלום ובמקרה שהמשטרה או פרקליט המחוז יסרכו להגיש תביעה פלילית, יכל הוא להפנות ערר ליועץ המשפטי. החלטתו של היועץ המשפטי אף היא נושא לבקורת על-ידי בית-הדין הגבוה לצדק על יסוד בקשת המתלונן. יוצא כי קיימות אצלנו הוראות המאפשרות הכאת כל ענין פלילי הדאי לדיון משפטי בפני בית-המשפט בזמתו של מתלונן אזרח, ובמקרה של חילוקי דעות, בית-הדין הגבוה לצדק הוא הפוסק האחרון מהי התביעה הפלילית שתובא על-ידי היועץ המשפטי או נציגיו או המשטרה בפני בית-משפט ומה התביעה שלא תובא...

הודאות החוק הנ"ל באות לשלול מעיקרא קיומה של "שעת בושר" מכוח חובה מוסרית או חברתית לפרסם ברבים האשמות בביצוע עבירה. החובה המוסרית או החברתית היא להפנות את הדברים בדרך הודעה או תלונה לשלטונות המבצעים של המדינה, המשטרה או היועץ המשפטי ונציגיו על מנת שינקטו באמצעים הנאותים או לפנות ישירות לבית-המשפט בתביעה או תלונה. אין כל חובה להפיץ דברים מסוג זה בקהל. נהפוך הוא: אין אנו יכולים לראות כל מעלה מוסרית במעשה שתועלתו ספק ונזקו ודאי. העמדת עבריין לדין היא מטרה חשובה כשלעצמה, אך הדין יחד לה דרכים משלה ואין לסטות מהן. פרסום ברבים של דברי האשמה איננו בין הדרכים האלו. הנזק שבו ודאי – הלבנת פני אדם ברבים. במקרה שמתברר כי האשמה היתה כלתי מבוססת אין תיקון של ממש לעול שנעשה. ובמקרה שאמנם חטא האיש, יש להשאיר את חולק העונש לגוף מעוסך ולא לדונו מראש לשלילת שמו הטוב. אמנם את גוף חוק הנוזיקין קבלנו מאנגליה. אך יש מקומות שמצויים אנו להפיח בו רוח משלנו. בשפק' הנוזיקין מדברת בס' 20(1)א) הנ"ל על "חובה חוקית, מוסרית או חברתית", הרי ברור לכולנו מה פירושה של "חובה חוקית", דהיינו חובה אשר הדין הישראלי מטילה. חובה מוסרית או חברתית מהי? אף כאן אין אלא תשובה אחת: חובה שהמוסר הישראלי ומושגי ההליכות בין הבדיות במקומנו מחייבים אותנו. עקרונות המוסר שלנו שונים, אם בהרבה, אם במעט, מעקרונות המוסר של עמים אחרים בהיותו המוסר נכס רוחני לאומי השונה לפחות בגינוניו מאומה לאומה. לנו גנזי מוסר עשירים במורשת ראשונים ואחרונים. אין אנו מתכוונים למצותם כאן, אך אולי מן המועיל להפנות את אנשי שודת המתנדבים אשר טוהר המידות והמוסר הוא בראש מעיניהם, לדברי קדמונים כפי שניסח אותם הרמב"ם (ספר המדע, הלכות דעות, פרק ו, הלכה ז ואילך):

(ז) הרואה חברו שחטא או שהלך בדרך לא טובה, מצוה להתזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הדעים, שנאמר הוכח תוכיח את עמיתך. המוכיח את חברו, בין בדברים שבינו ובין בדברים שבינו לבין המקום צריך להוכיחו בינו לבין עצמו, וידבר לו בנחת ובלשון רכה ויודיעו שאינו אומר לו אלא לטובתו להביאו לחיי העולם הבא...

שער שני: עקרונות כלליים

(ח) המוכיח את חבירו תחילה לא ידבר לו קשות עד שיכלימו שנתמר לא תשא עליו חטא. כך אמרו חכמים, יכול אתה מוכיחו ופניו משתנות, תלמוד לומר ולא תשא עליו חטא. מכאן שאסור לאדם להכלים את ישראל וכל שכן ברבים. אעפ"י שהמכלים את חברו אינו לוקה עליו, חטא גדול הוא. כך אמרו חכמים 'המלבין פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא'. לפיכך צריך אדם להיזהר שלא לבייש את פני חברו ברבים בין קטן בין גדול, ולא יקרא לו בשם שהוא ברש ממנו.

9. "נקי כפיים ובר לבב" – תנאי לתביעה בבית המשפט הגבוה לצדק

בג"צ 29/52

מנור סנט וינסנט דה פאול נ' מועצת עיריית ת"א-יפו ואח'

פ"ד 1 670-674

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים אנרגט, זוסמן

כלל הוא בהלכות היושר (equity), כי לא יבוא לבית המשפט הגבוה לצדק אלא נקי כפים ובר לבב – העיקרון הזה חל ביותר שאת על הגשת בקשות למתן צו-על-תנאי, דוקא מפני שהדין לפני מתן הצו מתקיים ex parte, על כן חובה כפולה ומכופלת על המבקש ליתן תמונה שלמה ולא להטעות את בית המשפט.

הנשיא (זמורה): זהו מקרה הראוי להרחבת הדיבור על הכלל, כי לא יבוא אדם לבית המשפט הגבוה לצדק אלא with clean hands. אקדים הערה לשונית. לפעמים שומעים אנו מפי הטוענים כהרגום האימרה הנ"ל לשון "כירים נקיות". הגיע הזמן להשיב את האימרה with clean hands לגבולה. מקורה בתהילים כד, ג-ד: "מי יעלה בהר ה' ומי יקום במקום קדשו; נקי כפים ובר לבב, אשר לא נשא לשוא נפשו ולא נשבע למרמה". התרגום האנגלי של התנ"ך מוסר "נקי-כפים ובר-לבב": "He that hath clean hands and pure heart"

פסוק זה הוא המקור לאימרה הנ"ל בתורת ה-equity ובאמרנו "נקי-כפים" אין אנו אלא מחזירים לשון המקורה. ואגב השבת אימרה לגבולה, אולי גם כדאי להשיבה מלאה ולומר: "נקי כפים ובר לבב".

העיקרון הנ"ל שבהלכות ה-equity חל ביחוד שאת על הגשת בקשות למתן צו-על-תנאי, דוקא מפני שהדין לפני מתן הצו מתקיים ex parte, ולכן חובה

מוסר

כפולה ומכופלת על המבקש ליתן חמונה שלמה ולא להטעות את בית- המשפט.

בג"צ 311/65

מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים

פ"ד יט(3) 393, 396, 397

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומנהל, עמ' 182.

10. "כופין על מדת סדום"

המ' (ת"א) 309/59

בענין שותפות האחים ליטוינסקי

פ"מ יז 65, 66, 67-68

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט לם: בצו שניתן על-ידי בענין חסול נכסי שותפות אחים ליטוינסקי ב- 18.3.57, הוריתי לשותפות סומך חייקין ציטרון ושות' המשמשת מקבל נכסים, להעזר במעריך מוסמך ולהטיל עליו להציע תכנית חלוקה מתאימה של נכסי השותפות.

מעדיך זה (מד אבני) נתמנה על-ידי והביא בפני תכנית חלוקה בה מתחלקים מרבית נכסי השותפות ל-3 חלקים.

אין חלוקי דעות בין הצדדים כי חלוקה זו הנה כלי כל פגם וכי החלקים, כפי שצוינו על-ידי המעריך, הנם שווים בהחלט.

המחלוקת בין הצדדים הנה רק בכך איך להעביד את החלקים לצדדים, דהיינו אם להפיל פוד או לתת לאחד או לשנים מהם זכות בחידה...

מוטב איפוא, בענין הנדון לעיין בדין העברי ולדאוח אם בדין זה קיימות אפשרויות לפסוק בענין בלי שחבוצע הפלת הפוד.

והנה הכתוב במקודות:

בבא בתרא יב ע"ב:

ההוא דומן ארעא אמצרא דבי נשא, כי קא פלגי אמר להו פליגו לי אמצראי אמר דבה כגון זה כופין על מידת סדום. מתקיף לה רב יוסף; אמרי ליה אחי מעליגין לי עליא כי נכסי דבי בר מריון. הלכתא כדב יוסף. תרי אתרי ניגרי – אמר דבה כגון זה כופין אותו על מידת סדום, מתקיף לה דב יוסף זמנין

שער שני: עקרונות כלליים

דהאי מדויל והאי לא מדויל, והלכתא כרב יוסף. תרתי אחד נגרא אמר רב יוסף כגון זה כופין על מידת סדום מתקיף לה אביי מצי אמר בעינא דאפיש אריסי והלכתא כרב יוסף – אפושי לא מילתא היא.

ובמשנה תורה להרמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה א נאמר:

האחיך או השותפין שכאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו אם היתה כולה שווה ואין שם מקום טוב ומקום רע, אלא הכל אחד, חולקין לפי המדה בלבד. ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה שלי ויהיה הכל שדה אחת שומעין לו וכופה אותו על זה שעייכות בדבר זה מרת סדום היא.

ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעד, סעיף א:

האחים או השותפין שבאו לחלוק השדה וליטול כל אחד חלקו. אם היתה כולה שווה לגמרי חולקין לפי המדה בלבד ואם אמר אחד תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחד שומעין לו וכופה על זה שעייכות בדבר זה מידת סדום היא. אבל אם יהיה חלק ממנה טוב או קרוב לנהר אחד, או קרוב לדרך ושמו אותה היפה כנגד הרע ואמר חנו לי בשומא שלי מדה זה אין שומעין לו אלא נוטל בגורל. אמר להם תנו בשומא שלי מצד זה חצי מדה מהצד הרע וטול אתה מהצד הטוב כדי שיהא חלקי סמוך לשדה שלי שומעין לו.

ובטור, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעד, סעיף א נאמר:

האחיך שבאין לחלוק ושמו החלקים זה כנגד זה ובאו להטיל גורלות ואחד מהם חפץ באחד מהחלקים ומעלה אותו ואומר אני אתן בו כך וכך יותר על מה ששמאווה או אם תקחו אותו בכך וכך – שומעין לו. ואם אינם רוצים באותו עליו יטלנו הוא בלא גורל.

אכן גם בדין העברי היו חלוקי דעות והיו בין חכמינו ז"ל גם כאלה אשר לא הרשו לשותף בלי כל תמורה להנות מדבר שלא חסר לשני ואפילו אלה שהסכימו לזכות עדיפות הגבילוה ליחסי מצרנות בלבד.

פרק שמיני
מידות ושיעורים

1. מידות ושיעורים בחוק ועשיית צדק

בג"צ 201/68
קמינצקי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות
פ"ד כב(2) 1013, 1015–1016

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ויתקן, ח' כהן, הלר

המשיב סירב להעניק לעותרת רשיון הרוש לפי פקודת הרוקחים לפתיחת בית-מרקחת, באשר
החנות שרכשה אינה מרוחקת מביח-מרקחת קיים, אלא מרחק של כ-200 מטרים.

השופט ח' כהן: 2. אילו היתה החנות שהעותרת רכשתה לה בשביל בית-
המרקחת שלה במרחק 501 מטרים מבית-המרקחת הקיים, לא היתה העותרת
זקוקה להרשאתו של המשיב לפתיחת בית-מרקחתה, וכל שאלה לא היתה
מתעוררת אם יש או אין צורך בבית-מרקחת נוסף לשם אספקה סדירה של
תרופות; אף אם אליבא וכולי עלמא נמצאים במקום אחד בחי-מרקחת די
והותר להכטחת אספקה של תרופות למכביר, אין רשות בעולם אשר יכולה
לעכב בידי רוקח צעיר מלהוסיף עליהם עוד בית-מרקחת נוסף, אם מקומו
המיועד אינו בגדר 500 המטרים ההם. ואם ישאל השואל, כיצד זה יכול אותו
מרחק מקרי ושרירותי של 500 מטרים רוקח, לקבוע מה דרוש ומה אינו דרוש
לצרכי אספקתן של תרופות (דוקא לצרכי אספקתן "הסדירה"! – לא ישאל
אלא את שאלתו הנצחית של ר' ירמיה (כבא כתר א כג ע"ב) החוזרת ונשאלת
מפי שוחרי הצדק ככל פעם שנחקלים הם במידות ובשיעורין הקבועים בחוק.
מטבעם של המידות והשיעורין הללו להביא לידי מקריות בעשיית הצדק, שמי
שמזלו גורם לו להימצא בתוך ארבע האמות, נמצא נשכר, ומי שביש מזלו גורם
לו להימצא מחוצה להם, ולו רק כקוצו של יוד, נמצא מפסיד – על לא שום
עוול בכפיו.

שער שני: עקרונות כלליים

בג"צ 702/81

מינצור נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל

ראח'

פ"ד לנ(2) 1, 19-17

הובא בשער זה, עמ' 124.

פרק תשיעי
התנהגות בעת מלחמה

1. בל תשחית

בג"צ 202/81
טביב ואח' נ' שר הבטחון ואח'
פ"ד לו(2) 636/622

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (לנדוי) והשופטים י' כהן, שילה

העתירה נסבה על החלטת המשיבים בדבר רכישה ונטילת חוקה של חלקות קרקע שבבעלות העותרים לשם סליח כביש. מסתבר שהעתירה כוללת נתונים לא נכונים באשר לזכויות הבעלות כאותן חלקות וששניים מהעותרים נפטרו עוד לפני הגשתה.

השופט שילה: באתיכות העותרים הביעה גם ראגה מכך, שבעקבות סלילת הכביש המתוכנן התעורר הצורך בעקירת מספר עצי פרי הדר. ניסינו תוך כרי מהלך הדיון לברר עם באי-כוח המשיבים בנוכחות צוות המומחים שנתלוה אליהם, אם ניתן לבחור בתוראי אלטדנאטיבי, אשר ימנע צורך זה, והבנו, כי אין הדבר מעשי בנסיבות העניין, וחבל. אולי בלי משים עוררה הפרקליטה המלומדת של העותרים טענה בתחום המשפט הבינלאומי העברי הקדום. אמנם, קיים בו עיקרון, האוסר השחתת עצי פרי במהלך מצור על עיר בזמן מלחמה (ולא כל שכן בזמני רגיעה), ומקורו הוא בספר דברים כ, יט: כי תצור אל עיר ימים רבים להלחם עליה לתפשה לא תשחית את עצה לנרוח עליו גרזן כי ממנו תאכל ואותו לא תכרות כי הארס עץ השדה... והטעם למצווה זו:

שנמנעו מלכרות האילנות כשנצור על עיר כרי להצר לאנשי העיר ולהכאיב לבותם... (ספר החינוך, מהדורת שעוועל, מצווה תקל).
והרמב"ם, הלכות מלכים, פרק ו, הלכות ז-ח, מרחיב ואומר: כשצרין על עיר לתפשה... אין קוצצין אילני מאכל... ואין מונעין מהם אמת המים כדי שייבשו...
אבל, כפי שמבאר הרמב"ם (שם), לא אסרה תורה אלא דרך השחתתם סתם,

שער שני: עקרונות כלליים

ומותר לקצוץ, אם יש בקציצה תועלת מרובה מזו שבהשארת האילנות במקומם, כגון כאשר מזיקים אילנות אלה לאחרים וכדומה. במקרה שלפנינו גוברים שיקולים צבאיים ככדי משקל על צרכים אזרחיים, וההכרח לא יגונה, וכאמור, הוצע מיד עם ההפקעה לכל מי שנפגע ממנה תשלום שיהווה פיצוי מלא על נזקו. לא היה כל עיוות במסירת ההודעות למעוניינים. למעשה, כל אחד מהם ידע על כוונת המשיבים להפקיע מנכסיו כמזעור שהותיר לו אפשרות לנקוט צעדים חוקיים להחנגד להפקעה. ההפקעה עצמה אינה נוגדת את החוק הבינלאומי.

שער שלישי

סדרי חברה ומנהל

תוכן העניינים

פרק ראשון: נושא משרה ציבורית

- א. מעמדו וחובותיו 147
1. חסינות הנשיא 147
- בניצ 65/51, ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל 147
2. נבחר ציבור הרי הם כדנינים 148
- בניצ 311/65, מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים 148
- בניצ 24/66, מלכה נ' לוי ואח' 148
- בניצ 312/66, סאלם נ' שר הפנים ואח' 149
- בניצ 21/66, קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית עקרון ואח' נ' יו"ר המועצה המקומית קרית עקרון ואח' 150
3. "אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור" 151
- ד"נ 21/60, עבדי נ' שר הדתות ואח' 151
4. עובד ציבור צדיך להימנע ממעשה שיש בו כדי הטלת חשד 152
- ע"פ 884/80, מדינת ישראל נ' גרוסמן 152
5. אין הכרח שנבחר ציבור זוטור ישמש מופת לציבור 154
- בניצ 178/81, ג'אפר נ' עודה, ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה ואח' 154
6. מינר רב 154
- ד"נ 21/60, עבדי נ' שר הדתות ואח' 154
7. רב ודיין כמורי הוראה בשאלות פוליטיות 155
- בניצ 291/74, בילט ואח' נ' הרב גורן, הרב הראשי לישראל ואח' 155
- בניצ 732/84, בשג"צ 327/85, ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות; כבוד הדיין הרב עובריה יוסף 158
8. "אדם חשוב" – מאשר הסכם שנעשה בין בעלי מלאכה 159
- ע"א 566/77, ריקר נ' מוך ואח' 159

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

- 160 9. משמעות הביטוי "מורה הוראה"
בג"צ 29/55, דין נ' שר-הרתות ואח' 160
- 162 10. סמכות הרב לפסול שוחט
בג"צ 371/67, פוגל נ' לוינגר ואח' 162
- 165 11. הזכוח להתפטר
בג"צ 205/60, 210/60, עבודי נ' שר הדתות ואח' 165
- ב. פיטורי עובד ציבור**
- 166 1. פיטורי חובה
בג"צ 218/65, גבאי נ' ראש עיריית ירושלים ואח' 166
על"ע 1/68, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 167
- 168 2. עילות וסייגים לפיטורין
בג"צ 290/65, אלחגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן 168
בג"צ 192/68, בשקין נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח' 171
המ' (ת"א) 2859/59 ת"א 2134/59, קבלה ואח' נ' בסיוק
ואח' 171
עש"מ 3/71, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 173
עש"מ 2/73, פלוני נ' מדינת ישראל 173
- 174 ג. החזרת עובד ציבור שסרח לתפקידו
- 174 1. תנאי ההחזרה
על"ע 1/68, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 174
עש"מ 3/71, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 176

פרק שני: רשויות ציבוריות

- א. עקרונות פעולה**
- 177 1. זכות האדם לומר אח דכריו בהליך משפטי העשוי לפגוע בו
בג"צ 9/58 3/58, ברמן ואח' נ' שר הפנים 177
בג"צ 290/65, אלחגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן 177
ע"א 413/80, פלונית נ' פלוני 177
- 179 2. האיסור לפעול בשירות לב
בג"צ 192/68, בשקין נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו 179
- 179 3. סובלנות – אפליה בלפי המעוט
בג"צ 175/71, פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה
רשומה נ' שר החינוך והתרבות ואח' 179
בג"צ 392/72, ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז
חיפה, ואח' 181

תוכן העניינים

- 182 4. זכות המיעוט לייצוג בכשרות
בג"צ 311/65, מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית
אופקים 182
- 183 5. איסור "נגיעה" בעניין
בג"צ 21/66, קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית עקרון ואח'
נ' יו"ר המועצה המקומית קרית עקרון ואח' 183
בג"צ 291/72, רובינשטיין ואח' נ' ועדת הבחירות למועצת
הרבנות הראשית 184
עש"מ 2/73, פלוני נ' מדינת ישראל 185
- 186 6. חובת ההנמקה
בג"צ 142/70, שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין,
ירושלים 186
- 188 7. המשחתן במכרז אינו יכול לפסלו בשל פגמים
שהוא עצמו נגוע בהם
בג"צ 19/82, 632/81, מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח' 188
- 189 8. התקשרות חוזית של הציבור
בג"צ 376/81, לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח' 189
- 194 9. חובת הסודיות
בג"צ 264/70, מזרחי נ' ועדת המינויים למינוי דיינים לבית-הדין
הרבני הגדול 194
- 195 10. פיקוח הדשות השופטת על הרשות המבצעת בענייני
ביטחון
בג"צ 302/72, 306/72, אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל
ואח' 195
- 196 11. אין מכריעין ברוב דעות אלא אם כן החקיים הדיון
בנוכחות כולם
בג"צ 205/60, 210/60, עבודי נ' שר הרוח ואח' 196
- 199 12. האצלת סמכותו של תפקיד ניהולי בדשות מוניציפאלית
בג"צ 380/74, סלמאן נ' בית-הדין הארצי לעבודה כירושלים
ואח' 199
בג"צ 702/79, גולדברג נ' שרמן, ראש מועצת רמת השרון 200
- 202 13. האיסור לנצל שררה כלפי הנתון למרות
עש"מ 2/73, פלוני נ' מדינת ישראל 202
- 203 ב. האזרח והרשות
- 203 1. חובת הרשות המנהלית להעמיד את האזרח בחזקת זכאי
בג"צ 94/62, גולד נ' שר הפנים 203

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

- 204 2. חובת הפיצוי בהפקעת מקרקעין לצורכי ציבור
בג"צ 326/65, סרבי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל,
ירושלים 204
ע"א 216/66, עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה 205
- 205 3. סמכות הרשות בגביית תשלומים
ע"א 65/76, חברת הגבעה האדומה 5000 בע"מ נ' עיריית
ראשון-לציון 205

פרק שלישי: זכויות האזרח

- 207 א. ההגנה על כבוד האדם
- 207 1. הזכות לשם טוב וכבוד הבריות
ד"נ 9/77, חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתן
"הארץ" בע"מ ואח' 207
בג"צ 355/79, 370/79, 373/79, קטלן ואח' נ' שרות
בתי הסוהר ואח' 208
- 211 2. אונאת הגר
בג"צ 230/86, מילר נ' שר הפנים ואח' 211
- 212 3. המאסר כאמצעי ענישה
ע"פ 334/81, 359/81, מרינת ישראל נ' סגל ואח' 212
- 213 ב. חופש הדת והמצפון
- 213 1. פטור משירות בצבא
בג"צ 734/83, שיין ואח' נ' שר הכיטחון ואח' 213
- 215 2. גיוס נשים
בג"צ 456/71, ברזני נ' שר הכטחון ואח' 215
- 216 ג. חופש הביטוי
- 216 1. חופש הרעות וחירות הביטוי
ע"כ 2/84, 3/84, ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית
לכנסת האחת-עשרה 216
- 217 ד. זכות הנכרי
- 217 1. שמירה על זכות הנכרי הגר בארץ
בג"צ 200/83, ווחאד ואח' נ' שר האוצר ואח' 217
ע"כ 2/84, 3/84, ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית
לכנסת האחת-עשרה 218
בג"צ 392/72, ברגר נ' הוועדה המחוזית לחכונן ולבניה, מחוז
חיפה ואח' 228

תוכן העניינים

פרק רביעי: חינוך וסעד

- 229 1. חובת האב לחנך את ילדיו
כד"מ 1/81, נגר נ' נגר 229
- 240 2. חובת הציבור לדאוג לחינוך הילדים
בג"צ 1/67, משיעל ואח' נ' שר החינוך וההרכוח ואח' 240
ע"א 343/68, פקיד השומה, ת"א 5 נ' עיריית בת"ים 241
- 242 3. איסור שימוש באמצעי רדייה חמורים על-ידי ההורים
ע"א 425/68, משכיל לאיתן קטין באמצעות אמו משכיל לאיתן
נ' משכיל לאיתן 242
- 243 4. גרימת חבלה גופנית על-ידי הורים ומורים
ע"פ 7/53, ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה 243
- 243 5. חובת הציבור לגבות כספי צדקה ולחלקם
ת"י (ת"א) 354/64, ענין עזבונו הופמן 243
- 245 6. צדקה – זכאות של בעל נכסים
מ"א (ת"א) 72/60, כהן נ' כהן ואח' 245
ת"י (ת"א) 354/64, ענין עזבונו הופמן 246
- 247 7. חובת צדקה כשהלווה אינו מקפיד על ממון אחרים
ע"פ 480/70, דסלר נ' מרינת ישראל 247

פרק חמישי: מסים

- 248 1. מס גולגולת – מס אחיד לכל נפש
בג"צ 34/50, אסנין ואח' נ' מועצה מקומית עפולה ואח' 248
- 249 2. שיטת השומה נקבעת על ידי הציבור
בג"צ 14/66, אולמי הנשיאים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו
ואח' 249
- 250 3. מניעת מיסוי כפול
בג"צ 333/78, חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ
נ' מנהל מס עזבון 250
- 250 4. הערמה במסים
ע"א 34/61, רעויה נ' מנהל מס שבח מקרקעים 250
ע"א 269/67, מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים,
תל-אביב 250

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

הראשונה וגרם לטענות רחבות נגדיות של באי-כח המבקשים. לפי דעתי לקו הטענות מכאן ומכאן באנלוגיות כוזבות. לא נכריע בבעיה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל בשנת 1951 ברבר החסינות של נשיא המדינה על סמך המשנה במסכת סנהדרין ב, א "המלך לא דן ולא דנין אותו" ולא על סמך מעשה בעברו של ינאי המלך, המובא בגמרא לאותה משנה. אגב, אילו היינו מנסים לפתור את הבעיה על פי מקורות אלו, היינו צריכים להחליט תחילה, אם דינו של הנשיא במדינת ישראל כדין מלכי בית דוד, שדנים את העם ודנים אותם, אם יש עליהם דין, או שדינו כדין מלך ממלכת ישראל אשר לא דן ולא דנין אותו (סנהדרין יט ע"א), לפי שאינן נכנעים לדברי תורה שמא חבוא מהן תקלה (רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ה). מאידך גיסא, גם לא נכריע על יסוד פסוקים מהמקרא, שבהם מדובר על נשיאי ישראל ונשיאי המטות (במדבר ז, ו-יג), או על יסוד פסוק מייחזקאל הנביא (מו, י) "והנשיא בתוכם בבואם יבוא ובצאתם יצאו".

2. נבחר ציבור הרי הם כדיינים

בג"צ 311/65

מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים

פ"ד יט(3) 393, 396, 397

הובא בשער זה, עמ' 182.

בג"צ 24/66

מלכה ג' לוי ואח'

פ"ד כ(1) 651, 657

כביח"המשפט העליון כשבחו כביח"משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, הלוי, קיסטר

העותר נבחר למועצה המקומית, בית-שמש, כמועמד מפלגה מסויימת. זמן קצר לאחר מכן הוא העביר את נאמנוהו למפלגה אחרת, אחרי יום חור בו, ואחרי-כך הצטרף שוב לקואליציה היריבה. כעבור יומיים כתב העותר מכתב אל ראש המועצה בו הודיע על התפטרותו, ואמנם הוזמן במקומו הבא אחרי ברשימת המועמדים. העותר פנה לבית-המשפט הגבוה לצדק וטען, כי מעולם לא חתם על כתב-התפטרות, אלא חתם על-החלק על רף נייר, לצרכי ענין אחד, לבקשת חברו, והלה כתב נוסח התפטרות מעל לחתימתו והעבירו לראש המועצה, על-סמך טענה זו הוצא צו-על-תנאי.

נושא משרה ציבורית

השופט קיסטר: אולם בפנינו עומדת הבעיה אם העותר היה נקי כפיים וכדי לבב, ולגבי זאת דעתי היא כדלקמן: ברור כי אדם שנבחר לכהן כחבר מועצה וקיבל את המינוי, חייב למלא בנאמנות תפקיד ציבורי זה ולפעול לפי מצפונו, לא לגוד מפני איש ולמלא תפקידו באמונה ולטובת עניני המקום. אדם בעל מצפון כשנבחר על-ידי מפלגה מסוימת ובמסגרת דשימה הנושאת את שמה ועל-פי הצהרות שנתן לפני הבחירות, ורואה כעבוד זמן-מה שמפלגתו פועלת או מודה לו לפעול באופן שאינו נראה בעיניו, אין ספק שלא יחוייב לפעול בניגוד למצפונו, אך יחד-עס-זה ישקול אם מייצג הוא עוד את האנשים שבחרהו (כולם או חלק מהם) להיות נציגם בסמכם על הצהרותיו, ובנורדי ישקול בכובד ראש אם להמשיך בתפקידו או להתפטר. ייחכן שימצא שאין עליו להתפטר ושיוכל להמשיך לפעול לפי קו מחשבתו, ובמיוחד כאשר ייווכח לדעת שגם חלק מאנשי המפלגה שבחרה בו יצרו פלג בקרב המפלגה ואימצו לעצמם את דרכו שלו.

דרכו של העותר דנא דחוקה מלהיות דרכו של נציג ציבור בעל מצפון. טלטוליו הבין מפלגתיים לא רק שלא הוסברו באופן מתקבל על הדעת כהולמים אדם הממלא תפקיד ציבורי בעל אחריות, אלא להיפך – ההסבר שנתן לגבי אחד מטלטוליו שהיה לדבריו חוצאה של איומים מצד אנשי מפלגתו שכנציגם נבחר, מראה כי הוא בעצמו מודה שמספיק איום כלשהו עליו כדי להשפיע על פעולתו, ואף לא ינסה להתגונן כדרך של פניה למשטרה או לעורך-דין. אשר ליתר הטלטולים – תכיפותם ואופן ביצועם אינם מצביעים על כך כי באו בשל שיקול-דעת בכובד ראש של דרכו במילוי אחר תפקידיו הציבוריים. לא נתגלו לנו המניעים האמיתיים לניירותו הפוליטית החכופה של העותר, אך בקשר לכך נשמעו בעת הריון רמזים המדברים בער עצמם.

אוסף עוד את מה שהזכרתי בהזדמנות אחרת בה נרוננו גם-כן חובותיו של אדם הממלא תפקיד ציבורי (בג"צ 311/65), שכבר במסורת העברית נקבע הכלל כי הממונים לעסוק בצרכי הרכים הרי הם כדריינים (דאה: רמ"א, חושן משפט, סימן לז, סעיף כב, בסוף; תרומת הרשן, פסקים וכחבים, סימן דיר; נודע ביהורה, מהרורא קמא, חלק חושן משפט, סימן כ, ועוד).

בג"צ 312/66

סאלם נ' שר הפנים ואח'

פ"ד כא (1) 59, 64

בביח-משפט העליון בשבתו כביח-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים רתקון, מני, קיסטר

בפברואר 1965 נבחרו ברוב הישוכים הנמצאים בחחום המועצה האזורית עמק לוד צירים למועצה זו. בישוב תחלת לא התקיימו הבחירות, ושר הפנים מינה את העותר כנציגו של הישוב

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

האמור. מספר חדשים לאחר מכן, בעקבות החלטת הוועד המקומי החדש, ביטל השר את מינויו של העותר ומינה את המשיב מס' 3 במקומו. הוצא צו-על-תנאי.

השופט קיסטר: הכלל במוסדות מחוקקים ושלטוניים נבחרים הוא כי אין לבחורים זכות לדרוש מנציגם שיתיעץ עמהם קודם פעולותיו ויפעל בהתאם להוראותיהם. אם ינהגו כך תסוכל יציבות השלטון והמשל. אין החוק מחייב את הנבחר להביא בחשבון כל שינוי במצב רוח הבוחרים, זהו ענין הנתון למצפוננו בלבד, כי לשם כך נבחר.

מעניין לציין את גישתו של המשפט העברי לענין נבחר הציבור. הזכרתי זאת לא אחת, ולאחרונה בבג"צ 24/66, יהודה מלכה נ' עובד סרי לוי, פד"י, כרך כ, עמ' 651, 657, כי הממונים לעסוק בצרכי הרבים הרי הם כרדינים (עיי' רמ"א, תושן משפט, סימן לו, סעיף כב בסופו). בעקבות דברי רש"י בסוגיית זה בורר (סנהדרין כג ע"א, רש"י, ד"ה יצא דין אמת לאמיתו), האומר שיצייתו בעלי דינים "רסבר החייב הרי אני בעצמי ביררתי האחד ואם היה יכול להפך בזכותי היה מהפך והדיינים בעצמן נוחה דעתן להפך בזכות שניהם מפני ששניהם בידודם", מסביר בעל "תדומת הרשן" (בחלק השו"ת, סימן שרמ) כי נציגים של מיעוט בציבור הרי הם כרדינים בבוררות, ומכיון שנבחרו, בוחרים סומכים עליהם שילכו בדרך האמת והישר הגם שיהפכו בזכות הצד שכנגד; התנאי לדיינים שנבררו שיהיו אנשי אמת ולא בעלי תחבולות. מעיד על כך בעל ה"חזון-איש" (בבא בתרא, סימן ה, סעיף קטן א) "...שעיקר מגמתם של הבוררים שיהיו הנבררים מחזיקים במידת האמת ומביני מדע... אבל אין זה ממש דין זבל"א, דהכא אי אפשר לנבררים לעשות בעומק הדין שאי אפשר לדרון בדקדוק בזה, אלא שהנבררים יש להם כח בית-דין... עולה מכאן, כי גישתו של המשפט העברי לסוגיית נבחר ציבור – לאחר שנבחרו, על הבודדים לסמוך על הנבחרים שיעשו מלאכתם באמונה ובדרך האמת. ולכן, אין סיבה לפטרם לפני תום התקופה לה נבחרו אם הפגם היחידי בפעולותיהם שלא הלכו בעקבות הלך-רוח של אותו חלק מהציבור שבחר בהם.

בג"צ 21/66

קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית עקרון ואח'
נ' יו"ר המועצה המקומית קרית עקרון ואח'

פ"ד כ(2) 102, 109

הובא בשער הרביעי, בתי דין וסדריהם, עמ' 265.

נושא משרה ציבורית

3. "אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור"

ד"ר 21/60

עבודי נ' שר הדתות ואח'

פ"ד יד 2045, 2084-2085

בבית-המשפט העליון

לפני הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זילברג, ריחקן, כהן

דיון נוסף לפי סעיף 8(א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, כענין שפסק בו בית-המשפט העליון בשלושה, בבג"צ 210/60, לפיו פוטרום של חבר אחר והתפטרות של שלושה חברים בוועדת הבחירות הרבנות הראשית אינם תקפים ואינם משפיעים על כושר פעולה של ועדת הבחירות. ההחלטה על ביטול הצו-על-תנאי בבג"צ 210/60 נתאשרה.

השופט זילברג: 15. ולבסוף הבה נבדוק את בעיית הוועדה דנן מבחינת דיני ישראל. אמנם נאמר, כי מדינת ישראל היא מדינת החוק ולא מדינת התורה, אך קשה לנתק כליל את החוק מן התורה כאשר המדובר הוא במינוי רבנים. בלבי אין ספק כל שהוא, כי דיני ישראל מחייבים שמועצת הרבנות הראשית תשותף שיתוף ברה-השפעה בוועדת הבחירות, ודבר זה מתייב את שני הצדדים להגיע לעמק השווה, ולהיעשות כולם אגודה אחת לבצע כדת וכדין את בחירות המועצה. התלמוד אומר:

אין מעמידין פרנס על הציבור, אלא אם כן נמלכים בציבור, שנאמר (שמות לה, ל): ראו קרא ד' בשם בצלאל. אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, הגון עליך בצלאל? אמר לו: אם לפניך הגון, לפני לא כל שכן! אמר לו (הקדוש ברוך הוא): אף-על-פי-כן, לך אמור להם! הלך ואמר להם לישראל: הגון עליכם בצלאל? אמרו לו: אם לפני הקדוש ברוך הוא ולפניך הוא הגון, לפנינו לא כל שכן! (ברכות נה ע"א).
צא וראה, כמה כרכורים כרכר הקדוש ברוך הוא בשביל להיוודע רצונן של ישראל!

מאמר התלמוד הנפלא הנ"ל הוזכר הרבה בספרות השו"ת בקשר עם מינויים של רבני וראשי הקהילות. ומעשה ברב אתד אשר "השתרר על בני הקהילה על סמך פקודה ממקום גבוה מעל גבוה והלך וישב על כסא הרבנות בעל כרחם שלא ברצונם". ועל זה כותב ה"חתם סופר":

הרב הזה, ואם גבהו כארזים וחסון כאלונים, לא יפה עשה בעמים לעלות על גפי מרומי קרת בתוזק יד, ואיה חכמתו בתלמוד? הלא כה אמרו... אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור... ואיך יתמנה אדם בשום התמניות מבלי שאלת פי ורצון רוב הקהל? ...ומה שליח ציבור שאין

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

לו שום שולטנות על העם לא לדין ולא להורות... כל שכן רב הממונה פרנס על הציבור ולא נמלך בציבור וגורם שכופין הציבור לקבלו שלא ברצונם, פשיטא שלא טוב עשה (חתם סופר, חלק חושן משפט, סימן יט). פירושים והוספות למוחר, הם רק יגרעו מערך הדברים שנאמרו על-ידי חכמי ישראל, וקל-וחומר בן-בנו של קל-וחומר ל"הושבת הדיינים" העתידים לשמש רבנים ראשיים בישראל.

הרבנות הראשית לישראל תוכל – אם תזכה היא ויזכה הדור – לשמש גורם חינוכי דב ערך לליכודם וחידושם של חיי האומה. ייאמר איפוא באזני כל המעורבים בדבר: גורו לכם מפני השפלת המוסד, כי השמתה לאיר תהיה במעונם של אלה המתנגדים לשני המחנות גם יחד.

4. עובד ציבור צריך להימנע ממעשה שיש בו כדי הטלת חשך

ע"פ 884/80

מדינת ישראל נ' גרוסמן

פ"ד לו(1) 405, 412-413

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ברק, בייסקי, טירקל

המשיב, שהיה בעל תפקיד בכיר בכנוק ישראל, והאחראי, בין היתר, להנפקות אגרות החוב הצמודות של המדינה, הואשם במעשה מרמה והפרת אמונים הפוגעים בציבור, עבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. זאת בעקבות רכישת אגרות חוב עבור בני משפחתו מסדרה, שמדיניות הבנק הייתה למכרה לקדנות השתלמות, לתכניות חסכון ולקופות גמל, הגם שהחוק והתקנות, שהתייחסו לאגרות חוב אלה, לא כללו כל הוראה, המגבילה את הנפקתה לרוכשים כאמור, ולפיכך לא ניתן היה למנוע מן הציבור הרחב לרכוש אגרות אלה, אם ביקשו לעשות כן. בבתי-המשפט קמא זוכה המשיב, משום שנגרס, שאין בהתנהגותו משום הפרת אמונים, שכן מבחינה משפטית רשאי היה הציבור הרחב לרכוש גם הוא את האגרות האמורות. מכאן ערעורה ברשות של המדינה.

השופט טירקל: 1. השאלה, שהמדינה חוזרת ומעמידה להכרעתנו בערעור זה, בגלגולה השלישי, היא, אם מעשיו של המשיב, המתוארים להלן, עולים כדי עבירה...

יש עבירות, שאין להן שיעור בדברו של המחוקק, אבל יש להן שיעורים בדברה של הדשות השופטת, הקובעת אותם מזמן לזמן לפי המעשה ואף לפי העושה. הסכנה, הרובצת לפתחו של בית-המשפט בדונו בעבירות כאלה, היא,

נושא משרה ציבורית

שמה תוך כוונתו לעשות סייגים כדי להרחיק את עובד הציבור מן העבירה ימצא מכניס בתחומה של עבירה החנהגות פגומה מבחינת סדרי מינהל חקינים שאינה עולה כדי עבירה. ויש להיזהר, כפי שלמדנו, "שלא תעשה את הגדר יוחר מן העיקר" (בראשית דבה יט, ג).

כאמור, הורה המשיב לבנק המזרחי המאוחד לרכוש על שמותיהם של בני משפחתו, שהיה מיופה כוח לפעול בחשבונותיהם, אגרות חוב מסדרה שמכירתה הייתה חופשית, שכל אחד מן הציבור היה רשאי לרכוש. האם יש בעובדה, שעשה כן בעת היותו פקיד בכיר במינהל מילואות המדינה בבנק ישראל, כדי לטמא את המעשה בטומאתה של עבירה?

אכן, לא אכחד, כי חלקי עם אלה הדוגלים בהשקפה, כי יש לשאוף לכך, שכללים, ששורשם בתחום המוסר והאתיקה, יהיו, בהדרגה, לחלק מן המשפט הפרטי והציבורי; גם השימוש בחוק ובפסיקה לשם אכיפתן של נורמות מוסריות ואתיות אינו מוקצה בעיניי. אף-על-פי-כן נראה לי, כי מעשהו של המשיב אינו מצוי באותו תחום שיש לאסור אותו על-ידי סאנקציה פלילית. אין לי ספק, כי ראוי היה לו למשיב להימנע מאותה רכישה, כשם שמצווה על כל עובד ציבור להרחיק עצמו מכל נגיעה פרטית בעניינים, שהם בתחום תפקידיו ועבודתו, או הקשורים בהם בקשר כלשהו ואפילו עקיף, ולו כדי למנוע דינונים ולזות שפתיים. ייחכן שיש גם מקום לומר, שהמעשה שעשה אף יצא מתחומו של "הפגם האסחטי", ואולי בגדרה של עבירה אחת הוא עומד אך לא יותר מכך.

שומדי משמרת הקודש במקדש היו נמנעים מכל מעשה – ואפילו כשר שבכשרים – שהיה עלול להטיל בהם אבק חשד של מעילה באמונו של הציבור. לקיים מה שנאמר "והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר לב, כב), שממנו למדו חז"ל "שצריך אדם לצאת ידי הבריות כדרך שצריך לצאת ידי המקום" (ירושלמי שקלים, פרק ג, הלכה ב, מז ע"א; יומא לח ע"א). חוששני שהמשיב לא יצא "ידי הבריות", אך "ידי המקום" יצא, ולפיכך אין לדתו עם העבריינים.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

5. אין הכרח שנבחר ציבור זוטר
ישמש מופת לציבור

כנ"צ 178/81

ג'אפר נ' עודה, ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה ואח'
פ"ד לו(1) 48, 40

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), וחשופטים לוין, שילה

העותר, שהגו חבר במועצה מקומית, הורשע בהתנהגות בלתי אריכה כלפי נוסע, אותו הסיע כמוניתו, ובהסעתו מעבר ליעד בניגוד לתקנות התעבורה, תשכ"א–1961. כן הורשע בבליאת שווא של הנוסע. המשיב 1 הודיע לעותר על החפנות מקומו במועצה עקב הרשעתו בעבירות הנ"ל, שיש בהן קלון. העחירה נסבה על השאלה, אם בעבירות שעבר העותר יש קלון.

השופט שילה: ספק אם רואה הציבור בכל אדם, הנבחר על ידיו לתפקיד מינהלי זוטר יחסית, דוגמה להתנהגות מוסרית עליונה ומופת לזולת. חז"ל הבחינו בין תלמידי חכמים, הצריכים לשמש דוגמה לעם, לבין עסקני ציבור, ואמרו, כי תלמיד חכם, שנמצא רבב על בגדו, חייב מיתה (שבת קיד ע"א), ואילו על עסקני ציבור אמרו: אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן קופה של שרצים תלויה לו מאחוריו שאם תזוז דעזו עליו אומרים לו חזור לאחורריך (יומא כב ע"ב).

כאשר באים אנו לדרן בעבירתו של העותר כאן, מוצאים אנו אמנם, כי ראוי הוא לגנאי על מעשיו, אולם לא הייתה ביסודם אלא התנהגות בלתי מחושבת והתבטאויות "בעידנא דריתחא" במסגרת סכסוך מקצועי, אשר ייתכן שהעותר חשב, שהוא הצודק בו לגופו של עניין. על־כן לא נראה, כי העבירות, בהן הורשע העותר, יש בהן "קלון" במשמעות הוראות החוק הנדונה כאן.

6. מינוי רב

ד"נ 21/60

עבודי נ' שר הדתות ואח'
פ"ד יד 2045, 2084–2085

הובא בשער זה, עמ' 165.

נושא משרה ציבורית

7. רב ודיין כמורי הוראה בשאלות פוליטיות

בג"צ 291/74

בילט ואח' נ' הרב גורן, הרב הראשי לישראל ואח'

פ"ד כט(1), 98, 103-106

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, קיסטר

העותרים מבקשים למונע מן המשיבים לשנות את החלטתם הקודמת, שהודעה למפר"ל, אשר
מתנה את הצטרפות מפלגה זו לממשלה כשינוי ההגדרה של מי הוא יהודי.

השופט קיסטר: האם יש פסול בכך, שמפלגה פלוגנית תפנה לרבנים? נראה
שאין פסול בכך. כל אדם מישראל רשאי, אם הוא ברה"כ, לשאול את עצמו אם
פעולה מסוימת מנוגדת או אינה מנוגדת להלכה. אם אינו יכול לסמוך על
עצמו – ישאל תלמיד-החכם ברה"סמכא, אפילו אינו רב שנתמנה על-ידי הציבור.
אך אם הרב הנשאל נתקבל על-ידי הציבור (כרב שכונה, רב העיר או רב ראשי)
חייב הוא לברר את השאלה שהופנתה אליו. למעשה, משמעותו של המונח
"רב" היא "מורה", כלומר, מורה הוראה בעניני דת. כדאי להזכיר, שבכל דת
ודת נמצאים מנהיגים רוחניים או כהני דת שתפקידם להורות לבני עדתם את
עיקרי דתם ודיניהם. אם נטלת מאדם את האפשרות לשאול את מנהיגיו ומאת
הרועים את האפשרות להשיב ולהורות, הרי ביטלת למעשה את חופש הדיבור
ואף את תופש הדת.

מתוך ההבדל בין דת למשפט נובע, כי לתשובות של המורה (כמקרה שלנו
– הרבנים), אין תוקף משפטי או נפקות משפטית, אלא-אם-כן הוענקה להם
סמכות משפטית בשטח מסויים.

באין סמכות משפטית, הנפקות של הוראות הרב היא בשטח המצפון
והמוסר, והחלטה בידי השואל אם ישמע ואם יחדל.

העובדה שהשאלה נוגעת לא רק לעניני נוסח תפילה, כשרות או מנהגי
האבילות, אינה מעלה ואינה מורידה. דת ישראל, או, כפי שרבים מכנים אותה,
תורת ישראל, משתרעת על כל שטחי החיים, לרבות חיים מדיניים. אין כל דופי
בכך אם אדם מישראל ישאל מפי רבנים אם מבחינת הדת והמצפון מותר לו
לקבל תפקיד פלוני, והרב ילמד היטב את המציאות, יכרר את כל הצדדים
להיתר ולאיסור ויורה לו לנהוג כפי שיוורה. חוזר אני ומדגיש, כי אין להוראה
כזו כל תוקף משפטי, ואם לא ציית – אין כל סנקציה משפטית על כך.

מבחינת חובת התשובה מצד הרבנים, אפילו נתמנו על-ידי הציבור, יש
להזכיר כי גם רב יכול להיות מסופק ואז הוא פונה בשאלה לרב שהוא סומך
עליו ואין הוראה בדין למי עליו לפנות. הכלל הוא, ש"לא המקום מככר את

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

הארם אלא האדם מכבד את מקומו". וכן מצינו שרכה של ירושלים, הרב אליהו דוד רבינוביץ תאומים (האדר"ח), שכיחן לפני כשבעים שנה, פנה בשאלות לרבה של עיירה ברזאן שבגליציה, הרב שלום מרדכי הכהן שבאדרון (ראה שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן רי).

אכן, בימי הסנהדרין היה המצב שונה: ונאמר ברמב"ם (הלכות ממרים, פרק א, הלכה ד), כי באותם הימים לא היתה מחלוקת בישראל (בענין הלכה) כי בית-הדין הגדול אשר בלשכת-הגזית היה מכריע בספיקות.

בדורות מאוחרים יותר נעשו נסיונות ליצור מחדש מוסדות רבניים מרכזיים. באימפריה העות'מאנית היה קייס המוסד של רב ראשי (חכם באשי) ולידו מועצת רבנים שבסמכותה הבלעדית היו ענייני רת, ומלבד זה היתה לירו מועצה אזרחית. ארגון העדה היהודית בצורה זו אושר על-ידי הסולטן בשנת 1865. בארץ-ישראל ישב חכם באשי, שהיה כפוף לרב הראשי בקושטא. (ראה מאמר של פרופ' אנגלרד ב"הפרקליט", כך כב, לשנת תשכ"ה, 1965–1966, עמ' 68, 71).

לא אוכל לומר מה היתה יקרתה של מועצת הרבנים בקושטא בעולם הרבני ואם רבני ארץ-ישראל פנו אליהם בספיקותיהם או להיפך, שהרי מבחינת ההלכה תלויה יקרתה של מועצת הרבנים בהרכבה האישי, היינו אם כל הרבנים שהם חברי המועצה הם, מבחינת חורחם ויחר סגולותיהם משכמם ומעלה מכל הרבנים האחרים בני דורם, והורמא דמלכא כשלעצמו אינו בעל-כוח מכריע. ברם, כלפי רשויות המדינה חשובה מאוד ההכרה במועצה, כי כל ענייני הרח נתונים למדוחה הבלעדית.

בתום מלחמת העולם הראשונה הגו הרב קוק ומנהיגים דתיים אחרים את הרעיון של מוסד, שהוא מגדירו "בית-דין גדול, וועד של רבנים גדולים, בעיר הראשית הקרושה שלנו ירושלים, אשר יכלול בחוכו מספר רשום וידוע של חברים, שבחוכם חתכנס קבוצה של אנשים בעלי סמך ובעלי צורה בעולם הישראלי, שימצאו בחוכם גאונים גדולים בתורה, בחכמה ובצדקות ובהתהלכות העולם ובחיים" (ראה חזון-הגאולה, עמ' רצז). באופן דומה מתאר הרב עזיאל בתשובתו שכתב בשנת תר"פ (1920), בזמן היותו רבה של יפו. חשובה זו פורסמה בשו"ת "משפטי עזיאל" (חלק חושן משפט, סימן א), ומסתיימת בקריאה: "וכזה קורא אני לכל רבותינו שבארץ-ישראל ובגולה הבו נא רבנים גדולים ונכבדים, רועי העם ומאשריו, הבו נא נשלב ידינו לעבודה לבנות את מקדשנו הרוחני להשיב לירושלים את כבודה הראשון ולעשותה למרכז הרוחני והמדיני של עם ישראל, שממנה תצא תורה והוראה לכל שאלות הישוב העומדות לפנינו ודורשות את פתרון הדתי...".

מכאן רואים מה היו שאיפותיהם של הוגי הרעיון של הרבנות הראשית, ממי תורכב ומהם תפקידיה.

בתחילת שנת 1921 הוקמה הרבנות-הראשית וכינונה פורסם בהודעה פומבית מאת מזכיר המדינה מיום 18.3.21 (ראה בנטויץ', Legislation of (Palestine, Vol. 2, pp. 392-3) ולפי הודעה זו נבחרו רבנים ראשיים, מועצת

נושא משרה ציבורית

רבנים, ולמועצה יועצים חילוניים (Lay Councillors). עוד נאמר בהודעה ההיא, כי ממשלת ארץ-ישראל תכיד את המועצה או כל בית-דין שיאושר על-ידי כ-"Sole authorities of Jewish Law". אחר-כך באו חיקוקים הנוגעים לרבנות הראשית.

למעשה, פעלה מועצת הרבנות-הראשית, בין השאר, כבית-דין גדול לעדעורים על פסקי-דין של בתי-דין רבניים עד כינון בית-הדין הגדול לערעורים על-פי חוק הריינים, תשט"ו-1955, שלפיו הודרכ בית-הדין הגדול מדיינים בלתי-תלויים, ורק הרבנים הראשיים ממשיכים לכהן בבית-הדין הגדול כנשיאיו.

אין כאן צורך לעבוד על השתלשלות החיקוקים בעניני הקהילות היהודיות והרבנות, ורק זאת אציין, כי לא פורט בשום חיקוק מהם התפקידים של רבנים לסוגיהם; רבני ערים, רבני שכונות, רבני בית-כנסת, מועצת הרבנות הראשית, הרבנים הראשיים, אלא מזמן לזמן נקבעו סמכויות לענין מסויים. בין הסמכויות יש שהן בעלות אופי משפטי (לפני חקיקת חוק הריינים). מלבד זה אזכיר סמכויות בקשר לפיקוח על שחיטה שנקבע בתקנות שהותקנו מכוח תקנות כנסת-ישראל (ומסופקני אם תקנות אלו בתוקף היום נוכח פסק-דין של בית-משפט זה בע"פ 427/64, יאיר נ' מדינת ישראל. כן יש להזכיר סמכות מחן כושר לריינים לפי חוק הריינים, תשט"ו-1955, מתן כושר למועמדים לרבנות בתוקף תקנות בחירות רבני עיר, תשכ"ז-1966, שהותקנו על-ידי שר החרות, וכן סמכויות שונות, שניתן להגדירן כסמכויות אדמיניסטרטיביות, בבחירות למועצת הרבנות הראשית.

אך כפי שאמרתי בתחילת דברי, הסמכויות שהוענקו למועצת הרבנות הראשית או לרבנים הראשיים אינן באות לפגוע במעמדם כרבנים ובסמכותם המצפונית הרחבת כרבנים, מורי הוראה ומנהיגים דוחניים, שהרי כל חברי הרבנות רבנים המה.

ושוב חוזרים אנו לשאלה מהם תפקידיו הרגילים והמקובלים של רב בישראל. שום תיקוק לא עשה זאת ומסתבר שלא היה צורך בכך. הלא הרת והדין הרתי אינם יצורים של המחוקק החילוני, לכן אין לצפות מן המחוקק החילוני שיחעדב בשאלה מה יהיו תפקידיהם של מנהיגי הרת בשטח הרתי. למעשה, שטחי הפעולה של רבנים ידועים לכל. הם מודי הוראה לעדה, דורשים דרשות, עונים לשאלות המופנות אליהם ויש ובעצמם פונים לבני-עדתם ומעידים להם. הרבנים משתתפים בטכסים רתיים, ואף עוסקים בצרכיהם החמדיים והרוחניים של בני-עדתם, נותנים הרתכה ברת אם על-ידי שיעורים בתורה ואם באופן אחר, מנסים לעשות שלום ואף יש ומנסים ליישב סכסוכים בין אדם לחבירו ובין איש ואשתו.

סימן 83 לרבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל קובע בחלק הראשון שבו את העקרון של חופש הרת והמצפון ובחלקו השני – אוטונומיה לעדות רתיות בכפוף לכל פקודה.

בעקבות סימן זה נחקקה פקודת העדות הרתיות (אדגונן), ולפיה ניתנה

שער שלישי: סדרי הברה ומנהל

למשלת פלשתינה-א"י סמכות להוציא תקנות. לפי חוק זה הוצאו תקנות כנסת ישראל, שמטרתן לקבוע ארגון היישוב היהודי כעדה דתית, וכן נמסרו סמכויות משפטיות לרבנים ולמועצת הרבנות הראשית בענינים שונים, וכשטח שלא נמסרה סמכות משפטית לרבנים פועלים הרבנים רק בסמכותם הדתית והמצפונית.

גם הרבנים הראשיים עוסקים באותם תפקידים וכוודאי שרשאים הם לענות תשובה לכל מי שיפנה אליהם בשאלה, וכוודאי יענו אם השאלה היא בענין שהוא בהיקף ארצי ולא מקומי בלבד. וכפי שאפשר לשאול כל רב, כך מותר לשאול מפי חבר רבנים, המהווים ביחד את מועצת הרבנות הראשית, וכמיוחד כאשר הרבנים הראשיים רוצים להיוועץ בהם. כתפקידיה האחרים של מועצת הרבנות הראשית ומעמדה אף מבחינה של סמכות דתית אין לי צורך לדרן, כי שאלות אלו אינן מתעוררות כאן.

הסיכום הוא, שלבית-המשפט אין כל סיבה להחערב אם אדם פונה לרב אם מותר לו מבחינת ההלכה הדתית לקבל תפקיד פלוני ואין כל פגם בכך אם בחר לשאול לא תלמיד-חכם שאין לו תפקיד רבני אלא בחר לשאול רבנים שנבחרו לפי חיקוקים שנחקקו במדינה. אין גם פסול בכך כי לשאלה יש גם צד מדיני ויחרא-על-כן, לרבנים מותר לפנות לבני עדתם בלי שנשאלו. על-כן לא היה מקום להיענות לעתירה.

בג"צ 732/84, בשג"צ 327/85

ח"כ יאיר צבן נ' השד לענייני דתות; כבוד הדיין הרב עובדיה יוסף

פ"ד מ(4) 141, 153

בבית-המשפט העליון כשכתו ככית-משפט גבוה לצרק
לפני השופטים ברק, נחניהו, גולרברג

המשיב 2 הוא דיין בכית הדין הרבני הגדול ומשמש גם כחבר בגוף הקרר "מועצת תכמי התורה". לטענת העותר, עוסק המשיב 2 בפעילות פוליטית ענפה, במסגרת חברותו כמועצת חכמי התורה ובין היתר, קובע את דרכה הפוליטית של מפלגת שומרי התורה (ש"ס). פעילות זו אינה עולה, לטענת העותר, כקנה אחד עם מעמרו של המשיב 2 כדיין. בתשובה לצור-על-תנאי, הוצא לבקשת העותר, מצידן המשיב 2, כי פעילותו נובעת מעצם היותו מנהיג רוחני ודתי, היועץ לרבנים הפונים אליו. עוד סבור המשיב 2, כי דינו של דיין שונה מדינו של שופט, שכן דיין הוא רב בישראל, ותפקידו של רב, מעצם מהותו, הוא להיות מעורב בחיי הקהילה, ליעץ ולעזור ביעוץ ובתמיכה רוחנית לכל הפונים אליו.

השופט גולדברג: משנתמנה רב בישראל לדיין על-פי חוק הדיינים, הריהו נרשא שני כתריים: כתר הרבנות וכתר הדיינות. מורה הוראה בענייני דת ורועה רוחני – בכתרו האחד, בתינת "והודעתי את חקי האלהים ואת תורתיו" (שמות

נושא משרה ציבורית

יח, טז), ופוסק "כין איש וכין רעהו" (שם) – בכותרו האחר. ולא על הגדרת התפקידים כאחי לעמד אלא על הכחנה שבמהות. שעיקר כוחה של הרכנות בסמכותה המוסדית ועל מי שבא "לדרוש אלהים", ואילו סמכותם של הדיינים בישכם על מדין לא ברצונם של המחריינים היא תלויה, אלא נכפית היא במסגרת המערכת השיפוטית שקבע לה המחוקק. בתחום זה ממלאים הדיינים את התפקיד של "ושפטו את העם" על שלל רעותיו והשקפותיו. הבחנה זו כין שני התפקידים היא שמציבה סייג למעוררות הפוליטית של הדיין. דיין (כמוהו שופט), המערב עצמו בחיים הפוליטיים, לא רק שהוא פוגע כרימוי של מערכת השיפוט בעיני הציבור כמערכת בלתי תלויה, אלא שהוא גם פוגע בעקרון היסוד של הפרדת הרשויות כין הרשות השופטת ליתר רשויות המדינה.

8. "אדם חשוב" – מאשר הסכם שנעשה בין בעלי מלאכה

צ"א 566/77

דיק'ר נ' מוך ואח'

פ"ד לב(2) 141, 151

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים י' כהן, אשר, אלון

לטענת המערער בטלה ההתחייבות להגבלת העיסוק הכלולה כסעיף 22 כחה שבינו ובין המשיבים, להיותה נוגדת את תקנת הציבור.

השופט אלון: ומכאן לענין המסויים המשמש נשוא פסיקתנו. כלל גדול הוא במשפט העברי שמשגמר אדם ברעתו להתחייב – חייב הוא לעמוד בהתחייבויות, ורק נימוקים מיוחדים ביותר יכול ויבטלו את תקפה של ההתחייבות. בצורה כרודה הביע עמדה זו של המשפט העברי השופט ח' כהן בדברים שציטטנו לעיל בע"א 682/74, חוהי הלכה רווחת שאף אינה צריכה לדאיה. על עמדתו זו של המשפט העברי נימצא למדים גם מתוך היקש לשני העניינים האחרים המוכאים כסעיף 30 לחוק החוזים האמור, היינו כאשר החוזה נגוע כאי-חוקיות או כאי-מוסריות. אף בשני עניינים אלה מצמצם המשפט העברי במאור את אפשרות כיטולו של החוזה – פרט למקרה שמטרתו של החוזה היא בלתי-חוקית או בלתי-מוסרית, שאזי החוזה בטל ואין לבצעו – ככחוב וכמפורט בפסק-דינו של השופט זילברג בע"א 110/53,

שער שלישי: סררי חברה ומנהל

ג'יקובס נ' קרטוז, (וראה מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 82 ואילך; מנחם אלון, המשפט העברי, כרך א, עמ' 163 ואילך). כאמור, רק במקרים מיוחדים יכול והחזקה יהיה בטל מטעמים של תקנת הציבור או בדומה להם. זוהי סוגיה גדולה, ולא כאן המקום להאריך בענינה. עתה ארמוז בקצרה לענינה של סוגיה זו ולעת מצוא, כאשר יתעורר הצורך לכך למעשה, נחזור ונדון בה ביתר הרחבה.

המשפט העברי, כדרכו, אינו מכליל הכללות ואינו מגדיר הגדרות, אלא קובע הוא הלכות משפטיות המשולכות בעובדות קונקרטיות, ומתוכן יש להסיק וללמוד מן הפרט על הכלל, וזאת בעיון ובהירות הדרושים. נזכיר אי אלה דוגמאות בנושא סוגייתנו. נקבע למשל, שהסכם שנעשה בין שני בעלי מלאכה או סותרים, ויש בו כדי ליצור מונופול ולהעלות את המחיר ובכך לגרום הפסד לציבור הקוחות, אינו תקף אלא אם אושר עלידי "אדם חשוב" – היינו "חכם ומנהיג" שצרכי המקום מוטלים עליו – שמתפקידו לוודא שהציבור לא ייצא נפסד מן ההסכם (ראה סוגיית "הנהו תרי טבחי", בבא בתרא ט ע"א, וחידושי הרמב"ן, הר"ן והריטב"א, שם; מנתם אלון, המשפט העברי, כרך ב, עמ' 608 ואילך).

9. משמעות הביטוי "מורה הוראה"

בג"צ 29/55

דיין נ' שריהדות ואח'

פ"ד ט 997, 1002–1004

בכיה המשפט העליון כשבתו כבית המשפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון

השופט זילברג: זו היא התנגדות לצו-על-תנאי שניתן עלידי בית-משפט זה ביום 4.4.55 ואשר ענינו, בקצירת האומר, הוא: כשרות כחירתם של חברי מועצת הרבנות הראשית, וביחוד מיוחד: כשרות כחירתו של כב' הרב נסים כאחד משני הרבנים הראשיים לישראל. משום חשיבותו הציבורית המרוכה של הענין, השתמש היועץ המשפטי בסמכות הנתונה לו בחוק, והופיע לפנינו, כטוען לביטול הצו, מטעם ממשלת ישראל...

10. כמו כן דוחים אנו בשתי ידיים, וללא כל היסוס, את טענתו האחרת של בא-כוח המבקש, היא הטענה, כי הרב נסים לא היה "רב" במובן התקנות הללו – לא עשר שנים ולא פחות מזה – ולכן פסול היה מלהיבחר כרב ראשי לישראל. התעלם בא-כוח המבקש מן ההוראה הנרחבת של המלה "הוראה"

נושא משרה ציבורית

בשם המורכב "מורה הוראה". מובנה של מלה זו ודאי אינו מצומצם לפסיקה דינים בעניני איסור והיתר בלבד, או למשרה הרשמית של "רב שכונה" וכדומה. רבי ישמעאל (בן אלישע), התנא הגדול, "הורה הוראה בישדאל" (גיטין נח ע"א), והכוונה היא לא רק ל"פסקי-הדין" שניתנו על-ידו במקדים הקונקדטיים שהובאו לפניו, אלא ובעיקר למדרשי ההלכה שלו, לשיטה המיוחדת – שלוש-עשרה מידות וכללים אחרים – שפותחו וטופחו, כידוע, על-ידו בלימוד התורה ודרישתה. גם על התנא רבי תנינא נאמר שהורה הוראה בישדאל (נזיר כט ע"ב). וכיצר "הוכח" הדבר? על כך אנו קודאים בידושלמי: אמר ר' אלעזר בר צרוק: אני ראיחיו יושב ורודש ביבנה (ירושלמי נזיר, פרק ד, הלכה ו).

בין כל חכמי התלמוד שמואל הוא היחיד, אשר התואר שלו "מורה הוראה" מתייחס על הרשות לרון שניתנה לו מטעם הרשות (כתובות עט ע"א, רש"י שם, ד"ה מורה הוראה). גם המובן שנתייחר למלים "הורו", "הוראה", בכל מסכת הוריות, אינו מובנן היחיד והבלערי של מלים אלה. על רבינא ורב אשי, חותמי התלמוד ומסדריו, נאמר שהם "סוף הוראה" (בבא מציעא פו ע"א), והר"ף והרמב"ם והרא"ש נודעו בשם "שלושת עמורי ההוראה" – לא בשל פעילותם ה"ריינית" כמובן, אף לא משום שהריינים שלאחריהם פסקו כמותם, אלא חיבוריהם הגדולים – הלכות הרי"ף, יד החזקה וכו' – הם הם ה"הוראה" ו"עמורי ההוראה" גם יחד. ורבי שמואל הנגיד בספרו "מבוא התלמוד" כותב: הודאה היא השמועות שנחדשו לחכמים בקהילות ומדרשות בענין מצווה, והיא נקראת הוראה.

לעומת זה מצוי אותו ביטוי בכמה מקומות, ובכמה נטיות, במובן יותר מצומצם ויותר "מקצועי", כגון המאמר:

הלכה, ואין מורין כן (בבא קמא ל ע"ב),
בו פירוש המלה "מורין" הוא: פסיקת הלכה למעשה (השווה רש"י שם, ד"ה בהלכה, ובעקבותיו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תיד, סעיף א, הגהת הרמ"א, המשווים אופי עוד יותר מצומצם לביטוי הנ"ל).

או:

יורה יורה, דין דין (סנהדרין ה ע"א),
בו המלה "יורה" מכוונת להוראת דיני איסור והיתר בלבד (עיין גם: כריתות יג ע"ב).

עינינו הרואות, מה רחבים תחומיה של הוראת מלה זו, וכי היא צופנת כקרבה כמה וכמה מובנים. ומכיון שהרב נסים הוא, לכל הדעות, אחד מגדולי התורה בישראל, רב אשר ידיו רב לו כש"ס ופוסקים, וזה עשרות בשנים נדרש הוא לשואליו המרובים, ביניהם רבנים מפורסמים, ומריץ אליהם תשובות ותוות דעת, הן בדיני איסור והיתר והן בדיני ממונות, הרי הוא לא רק מורה הוראה במדינת ישראל, אלא מורה הוראה בישראל, ואין ספק כי עמד גם במבחן הרבנות מטעם מתקין התקנות הנ"ל.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

10. סמכות הרב לפסול שוחט

בג"צ 371/67

פוגל נ' לוינגר ואח'

פ"ד כב(1) 344, 346-348, 350-351

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

המשיב הראשון, רבו של מושב נחלים, פסל את השחיטה של העותר, שוחט ומנהל המקוה במושב. העותר הפנה את הסכסוך לבית-הדין האזורי. בית-הדין הרבני החליט שאין להכניס שוחט אחר למושב, אך המשיב המשיך לפסול את שחיטת העותר, משהוסיף המשיב לעמוד בסירובו להתדיין בפני בית-הדין הרבני, הוצא נגדו "כחב סירוב", על-פיו יכול התובע לפנות גם לבית-דין שאינו דן כדין תורה כדי לממש זכויותיו.

השופט קיסטר: אכן, מקרה זה הוא לא רגיל; קורה ששוחט תובע את מעבידו בענינים כספיים, אבל במקרה שלפנינו מתנהל סכסוך לא בין השוחט למושב נחלים, אשר שלח בשעתו הרדעת פיטורין לעותר, אלא בין השוחט כשוחט לבין רב המקום, בדבר פסילת השחיטה של השוחט... בכדי שאדם יוכל לכהן כשוחט, דרוש כי יהיה לו לא רק ידע בהלכות שחיטה וכושר גופני מתאים (כגון: ראייה טובה ויד יציבה ורזיזה), אלא גם שיהיה יהודי ירא שמים, וזוהי דרישה קודמת לכל, כי הציבור סומך עליו בשחיטה ובריקה; המאמינים מדקדקים ומקפידים בעניני כשרות, ובמיוחד כאשר על מאכלות אסורות, מלבד האיסור עצמו, נאמר רבות בהרבה מקומות, ואביא את הנוסח האמור על-ידי ר' משה חיים לוצאטו ב"מסילת ישרים", פרק י"א:

והמקל בהם (הכוונה באיסור מאכלות) אינו אלא משחית לנפשו... כי המאכלות האסורות מכניסים טומאה ממש בלבם ובנפשם של אדם... והנה כל בר ישראל שיש לו מוח בקדקדו יחשוב איסורי מאכל כמאכלים ארסיים או כמאכל שנתערב בו איזה דבר ארסי כי הנה אם דבר זה יאדע היקל אדם על עצמו לאכול ממנו...

מסתבר איפוא כי ענין קבלת שוחט ופסילתו, זהו דבר הניתן באופן בלעדי לסמכויות רבנים ובודקים יראי-שמים המחליטים על קבלתו של השוחט, משגיחים על פעולתו, ובידיהם אף להחליט על פסילת שחיטתו כאשר נדאה כי השוחט חסר באחת מהקוואליפיקציות הדרושות, ושאינן לתת אמון בכך ששחיטתו כשרה.

מאתר שהמדובר במקרה דנא בפסילה, יצויין כי מדקדקים עם שוחט כחוט השערה, ואף מרדנות או התחצפות כלפי רב המקום המשגיח עליו יש בה עילה

נושא משרה ציבורית

לפסילה, או לפחות לפסילה זמנית, עד שיחזור כתשובה ויקבל "דברי חברות" (התנהגות כיתר זהירות בין אדם למקום ובין אדם לחברו כיאה לתלמיד חכם) או יועמד תחת השגחה יותר קפדנית.

ואשר להתחצפות כלפי רב המקום נאמר על-ידי הרב נפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"כ מוולוז'ין) בספרו שו"ת משיב דבר, חלק ב, בתשובה סימן ח: אכן יותר מכל אדם מישראל מוזהר השוחט שלא להקל בכבוד הרב, ויהיה מוראו עליו וכוה נוכל לבטוח שלא ימעול כמעשה השחיטה הנדרש לזהירות הרבה...

ועל אותו דבר חוזר בתשובה שלאחריה.

הייתי יכול לצטט באותו כיוון פוסקים רבים, ובכלל תשובות רבות בעניני תפקידי שוחט, פסילת שחיטתו וכו', אך אסתפק רק בציון מקורות מועטים לגבי ענינים הנדונים כאן, ומבלי להיכנס בכירור ההנמקות.

יחד עם זאת, דואים פסילתו של שוחט, ובמיוחד פסילה לצמיתות, כענין שיש בו דיני נפשות (ראה למשל שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תניינא, חלק ב סימן פז) ובעיקר כאשר "טפלי חלויים בו" (היינו, חלויים בו לידים קטנים) (בבלי, חולין יח ע"א), ולא בקלות תיפסל שחיטתו, גם במקרה דנא מדובר בשוחט המטופל בילדים קטנים.

גישתם של הפוסקים מקופלת בנאמר במסכת חולין (שם) על מעשה שהיה: ההוא טבחא דלא סר סכינא דרבא בן חנינא שמחיה ועבריה ואכריזי אכשריה דטרפה היא אקלעו מר זוטרא ורב אשי לגביה אמר להו ליעיינו רבה במלחיה דתלו ביה טפלי בדקה רב אשי לסכיניה ונמצאת יפה ואכשריה אמר ליה מר זוטרא ולא ליחוש מר לסכא אמר ליה שליחותיה קא עבדינן. (ובלשוננו: אוחו שוחט (שכנראה גם מכר בשר) שלא הראה את סכינו לרבא בן חנינא, גידהו והעבירו מתפקידו והכריזו על בשר שחיטתו שטריפה הוא; נזדמנו מר זוטרא ורב אשי אצלו ואמר להם שיעיינו בדבר מאחר שבנים קטנים חלויים בו בשוחט, בדק רבי אשי את סכינו ונמצאה יפה והכשירה. אמר לו מר זוטרא וכי אינך חושש מרבא בן חנינא שהעבירו מתפקידו ואתה מכשירו, אמר לו אנו מקיימים את מצוותו של רבא בן חנינא (רש"י, שם, בד"ה שליחותיה קעבדינן: שהרי ציוונו למצוא לו זכות ועכשיו שמצינו אין אנו צריכין לחזור ולהימלך בו)).

מהמעשה הנ"ל רואים על הקפדה כמעשי השוחט והתנהגותו, ועם זאת קיים הרצון לעיין ולמצוא לו זכות, ולהביא את ענינו לפני תלמידי חכמים אחרים בכדי שיעיינו בדבר, מתוך רצון, עד כמה שאפשר לא לפגוע בו, או לא לפגוע בו ביותר.

בדרך זו מצינו שורה ארוכה של תשובות ראשונים ואחרונים, תשובות לשאלות שהופנו על-ידי רבנים. קהילות ושוחטים, ולפיהן אין פוסלים שוחט, ובמיוחד לא פסילה לצמיתות, אלא על-פי כירור ועיון (ראה לדוגמה התשובה שזכרה לעיל משו"ת שואל ומשיב, תשובה פז), ואם השוחט שגה ויש יסוד לחשוב שירצה ויוכל להיטיב את דרכיו, מעבירים אותו מתפקידו רק לזמן.

שער שלישי: סדרי הברה ומנהל

ומטילים עליו להיטיב דרכיו לפי הענין, כגון חובה ללמוד מחדש הלכות שחיטה, או שיתקן עצמו באותו ענין שמצאו בו פגם, ישפר התנהגותו בכלל, ויקבל עליו כאלה ובשבועה התנהגות מסוימת, או שמעמידים אותו בפיקוח קבוע של שוחט נוסף...

יצויין כי משמעותו האמיתית של "כתב סירוב" זוהי הכרזה על כך שפלוני מסרב להופיע לדין, והוא נחשב מבחינת דיני הדת כאשם בכזיון בית-דין ומכך נובעות תוצאות שונות. לפי תשובותיו של הר' יעקב מצויזמיר בשו"ת "בית יעקב" (נרפסו בשנת תנ"ו), בסימן לג: התוצאה מכך שדיין מסרב להופיע לדין היא כי הוא אינו ראוי לרון, ואתה הנימוקים הוא שמי שאינן רנים אותו הוא גם כן אינו רן (סנהדרין יח ע"ב). לא אכנס בבירור השאלה מתי יצווה בית-דין על רב המקום להופיע ויוציא נגרו כתב סירוב: מכל מקום, כאן הוצא כתב סירוב ואף-על-פי שקיימת אפשרות של ערעור על החלטות בית-הדין וכן קיימת מועצת הרבנות הראשית שגם לה יש סמכויות ותפקידים, לא עשה המשיב מס' 1 מאומה כדי להסיר מעצמו את כתב הסירוב ובכלל לא נקט בשום צעדים כדי להעביר את הדיון לבית-דין אחר, אם באמת רצה בכך, או לבטל את החלטות בית-הדין בפתת תקוה בדרך המקובלת. מלבד זאת, יש להבליט את העובדה כי למרות שבית-הדין הרבני קבע שאינן להכניס שותט אחר למושב, ומשמעות החלטה כזו היא שהעותר עומד בחזקת כשירותו ולמרות זאת ראה המשיב מס' 1 לטוב, על דעת עצמו, לפסול את שחיטתו של העותר מבלי לקבל החלטתו של בית-דין זה או אחר או של הרבנות הראשית.

כפי שראינו במעשה בגמרא במסכת הולין, הרב האמור שפסל את הטבח פנה מיזמתו הוא לחכמים אחרים שיעיניו היטב למצוא לטבח זכות. וכן מצינו מתוך עיון בשאלות ותשובות רבות במקרים שרב מצא לנכון לפסול שוחט, פנה הרב לרבנים, שהיו פוסקים ירועים ומקובלים, בשאלה מה דינו של השוחט, האם לפסלו.

המשיב מס' 1 הגיש תצהיר תשובה בו נאמר כי בשקלו כרעתו הגיע למסקנה כי על-פי דין תורה אין שחיטת העותר כשירה ושעל-כך עליו לאסור על שומעי לקחו את אכילתו של הבשר הבא משחיטת העותר, וממשיך הוא ואומר כי שינוי בפסק הלכתו יעשה "רק אם יורה לכך על-ידי רבותיו וזאת משום צויה של תורה על-פי התורה אשר יורוך".

אמנם, המשיב מס' 1 ויתר על תצהירו כאשר נתבקש על-ידי העותר להיחקר ולמסור פרטים, אך מצטט אני את הדברים שכתצהיר שהוא מורה על גישתו של המשיב מס' 1. מתצהיר תשובתו של המשיב מס' 1 נובע כי אמנם מורה הוא שאינו פוסק אחרון ואמר כי סומך הוא על רבותיו, אך לא אמר אם שאל לדעתם או קיבל מהם אישור מוקדם למעשיו, לא ביחס לסירוב בלפי בית-הדין, ולא אם ביררו את השאלה וסמכו ידיהם על פטילת השוחט, ומסתבר שכך לא היו הדברים.

אמנם, המשיב מס' 1 אומר בתצהירו. וכן אמר בא-כוחו בפנינו, כי המשיב פסק רק לאנשי המושב נחלים על פטילת שחיטתו של העותר, אך פטילת

נושא משרה ציבורית

שחיתתו של שוחט במושב זהו פגם הרב ביותר, ובמיוחד כאשר מפטרים אותו, ובווראי יקשה על שוחט לקבל התמנות במקום אחר כאשר רב המקום בו עבר פסל את שחיתתו. ובדרך כלל, חכם שאסר, יקשה על אחרים להחיר. הפוסקים הורו זהירות בפיטורין ממשרה, שמא יחשרו הבריות שפוטרו מחמת פסול (ראה את אשר נאמר על-ידי כבג"צ 290/65, בעמ' 37). כאן קבע רב המקום במפורש שהעותר פסול, כך שמבחינת הנזק לעותר, חורגת הפסילה מעבר ליחסים שבין הרב ובני קהילה. מוכן אני להניח כי המשיב מס' 1 כרב הקהילה מעוניין בכשרות במקום, וייחכן שאינו סומך על שחיתתו של העותר, אבל דיני התורה מצווים גם לשקול את כבודו ופרנסתו של השוחט; כמוכן, התחשבות זו אינה יכולה לבוא על חשבון הכשרות, אך נראה לי כי יש מקום להניח שדייני בית-הדין הרבני האזורי בפחת תקוה, הרב שלמה קרליץ, הרב מיכל זולטי והרב שמואל תנחום רובינשטיין גם הם חרדים לכשרות ויזהרו מלהכשיל יהודי בטריפות. אמנם אפשר לפטר שוחט מבלי להכריז על שחיתתו כלא כשירה אבל כדי להכריז על שחיתתה כבלתי כשירה דרוש שיקול דעת נרחב ביותר.

11. הזכות להתפטר

כג"צ 205/60, 210/60
עבודי נ' שך הדתות ואח'
פ"ד יד 2020, 2021, 2023-2033

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, רתקון, כהן

חקפם של פיטורים של חבר אחד והתפטרות של שלושה חברים בוועדה הבחירות למועצת הרבנות הראשית, שנחמנו לחפקידים על-ידי מועצת הרבנות הראשית היוצאת – השפעת פיטורים והתפטרות כג"ל על כושר פעולתה של ועדת הבחירות ועל קיומה. הוראת תקנה 1 לתקנות הבחירות למועצת הרבנות הראשית משנת 1936, לפיה יש להרכיב את ועדת הבחירות הנ"ל לא יאוחר משלושה חודשים לפני תום זמנה של מועצת הרבנות הראשית, בהוראה זו אין להתייחס בקפידה יתירה לזמן של שלושה חודשים שנקבע בה – משנתמנה חבר בוועדת הבחירות אין הרושות שמינתה אותו יכולה להעבירו מתפקידו, אלא הוא חייב למלא את תפקידו על-פי מצפנו האישי ובלתי לקבל ממנה הוראות כלשהן – מתוך עצם טבעו של התפקיד משתמעת במקרה זה כוונה שונה מהוראת הרישא של סעיף 22 לפקודת הפרשנות – זכאי נרשא משרה להתפטר בהסכמת שולחו – ועדת הבחירות במקרה שלפנינו, כל עוד נעשות פעולותיה כדי רוב חבריה, כדין היא פועלת.

השופט זילברג: מי שנתמנה לתפקיד ציבורי חד-פעמי יכול להתפטר ממנו בהסכמת הממנים – עם התפטרותם של שלושה מחברי ועדת הבחירות הנ"ל נהפכו שאר החברים לא לרוב של ועדה אלא לוועדה חסדה, מקוטעת, ואין היא

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

יכולה למלא את המשימה שהוטלה על הוועדה המלאה עד שממניהם של החברים המחפטים ימנו חברים אחרים במקומם.

לעומת זה אין אני מקבל את טענתו של היועץ המשפטי, הטוען להעדר תקפן של שלוש ההתפטרות, למרות קבלתן על-ידי מועצת הרכנות הראשית. לא מצינו אחיזה להנחה קיצונית זו, לא בדיני ישראל, ולא ב"קומון לאו" והפסיקה הישראלית.

(א) דיני ישראל. היועץ המשפטי המלומד מצא עזר לטענתו בהלכה הידועה, שמקורה בחוספתא בבא בתרא, כי אפוטרופוס משהחזיק בנכסי יתומים, או שהתחיל להתעסק בצרכיהם, שוב אינו יכול לחזור בו (עיין שולחן ערוך, חושן משפט, ורמ"א, סימן רצ, סעיף כג; טור, חושן משפט, סימן רצ, סעיף ל, ובית יוסף שם, סעיף קטן יח; מגיד משנה על הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה, בשם הרמב"ן והרשב"א), אך אין הנדון דומה לראיה כלל. אין צורך להרחיב את הדיבור על כך, כי חבר הוועדה אינו "אפוטרופוס" ועניני הוועדה אינם "נכסי יתומים". גם אם נמתח את ההיקף עד אין קץ ונקרב זה לזה את שני הרחוקים הללו, הרי הרבנים גולדשמידט, ס"ח עבודי ומרקוביץ ודאי וודאי עדיין לא התחילו להתעסק בצרכי הוועדה, ואף לא קיבלו שום "נכסים" לידם. חוץ מזה: אף הלכת האפוטרופוסות היא אינה הלכה מוחלטת, אלא מסוייגת; היא מניחה מקום להתפטרות האפוטרופוס כאשר ישנה סיבה מוצדקת לכך, כגון: "אם הולך מן העיר" (ראה רמ"א שם, ובית יוסף על הטור שם, בשם הרשב"ץ), הרי כי אפילו אפוטרופוס ממש יכול, במקרים מסויימים, להשתחרר מתפקידו.

ב. פיטורי עובד ציבור

1. פיטורי חובה

בג"צ 218/65

גבאי נ' ראש עיריית ירושלים ואח'

פ"ד כ(1) 41, 48

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, ברנזון, קיסטר

העותר הסכים לפיטוריו מעיריית ירושלים, לפי התנאים שהוצעו לו, אך לאחר שפוטר, טען, כי לא נתקיימו הוראות חוקת העבודה של עובדי העיריה, ולבקשתו הוצא צו-על-תנאי נגד המשיבים.

נושא משרה ציבורית

השופט קיסטר: בבג"צ 290/65, בו נדונה שאלה של פיטורי עובד על-ידי עיריית רמת-גן, הבעתי את הדעה כי גם ללא חוקת עבודה כמו שהיתה במקרה דנא, אין לפטר עובד קבוע בטענה שפשע, כל עוד לא הובאה לידיעתו האשמה בה הוא מואשם, וכל עוד לא ניתנה לו האפשרות להגיד דברו ביחס לאותה אשמה וזאת היתה גם דעתו של כל בית-משפט שדן בענין. יחד עם זאת, הבעתי שם את הדעה כי יש לראות בעובדי ציבור קבועים מסוגו של העותר כ"מותרים ועומדים עד שישתדלו במלאכתן הואיל והעמידו אותן הציבור עליהם" (רמב"ס, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז).

... בבג"צ 290/65, הנ"ל, הבאתי את לשונו של ה"חזון-איש" הנוגע לענין דנא, ובו מובעת גישת המשפט העברי; אביא בזה דברים נוספים שכתב אותו גדול בספרו (בבא קמא, סימן כג, סעיף קטן ב):

וכזה אמרינו דכשקלקלו אברו זכותן דעל מנת כן לא שעבד בעל הבית נפשיה. עוד יש לומר דזהו מצוה על פרנסי הציבור לסלקו לטובת הציבור ולהמנות את ההגון והישר... וכן יחיד יכול לכופ את הציבור לסלקו... אמנם אין זאת אסמכתה חוקית, אבל את הדברים הנ"ל נוכל לאמץ לעצמנו לגבי עובדי ציבור, בגלל כוח שיכנועם. ואם כי אין הפרט יכול לפנות לבית-המשפט כדי שזה יכופ את מועצת העירייה לפטר עובד ציבור ש"קילקל", בכל אופן מחובת מועצת העירייה לדאוג לכך כי השירותים הציבוריים אשר היא אחראית לפעולתם, יופקדו בידי אנשים הממלאים תפקידיהם באמונה.

על"ע 1/68

פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כב (1) 673, 677-679

הובא בשער זה, עמ' 174.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

2. עילות וסייגים לפיטורין

כנ"צ 290/65

אלתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת-גן

פ"ד כ(1) 29, 35-37, 39-40

כבית-המשפט העליון משבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים כהן, הלוי, קיסטר

העירייה-המשיכה פיטרה את העותר מעבודתו הקבועה כעורך כתבי-העת שלה, בגין התנהגותו השלילית. הוא טען, כי המשיבים פעלו בניגוד לכללי הצדק הטבעי, באשר לא הזמינוהו לטעון נגד "פיטוריו השרירותיים"; לעומתו טענו המשיבים, כי הצורך לתת הזדמנות לעובד להשמיע את טענותיו איננו בין התנאים המוקדמים לפיטודי עובד, האמורים כפקודת העיריות. הרצא צו"על-תנאי.

השופט קיסטר: ככל המסורת הארוכה של עם ישראל נהגו כהתאם למקורות המשפט העברי – החלמוד והפוסקים, שלא לפטר בקלות אדם שנחמנה לתפקיד ציבורי, או למשרה במוסד ציבורי.

הרמב"ם בהלכות כלי המקדש, פרק ד, הלכה כא, כותב:

ואין מורדין לעולם משרה שבקרב ישראל אלא אם סרח.

כמובן שכלל זה אינו חל על מי שנבחר לחקופה מסויימת בלבד, ויוצא בחוס החקופה.

ובתשובותיו (הוצאת מקיצי-נרדמים) בשאלה קיא, מתחיל הרמב"ם את דבריו, ואומר:

מה שצריך לדעת כל משכיל וחכם, שאין ראוי להסיר שום בעל משרה ממשרתו בגלל שמועה בלבד...

אמנם, ישנם במוסדות ציבור עובדים שאין מכנים אותם בשם בעלי שרדה, אך גם ביחס לאלה, כאשר אין מקבלים אותם לעבודה מסויימת או לזמן ירדע, או שעל-פי תנאי העבודה ניתן לפטרם לאחר שיגור הודעה מוקדמת, השתרש הכלל או המנהג שאין לפטרם אלא אם כן קיימת סיבה לכך ויודגש כאן שבמקדה דנא העותר הינו עובד קבוע של המשיבה.

בהתאם לכלל זה נהגו כל עדות ישדאל. בספדות השרות ישנן תשובות למכביר המתייחסות בעיקר לעובדי קהילות, דהיינו: רבנים, שוחטים, חונים, ושמשים. ואף-על-פי שקשה להגדיר שמשים כבעלי שרדה, בכל אופן השתרש המנהג אף ביחס להם.

במקודות ההלכה, בחלמוד ובפוסקים, מדובר על בעלי אומנויות ובעלי תפקידים אחרים, המחמנים על-ידי הציבור או המועסקים על-ידי, כגון: שתלים (נוטעי עצים), טבחים (שוחטים), סופדי שטרות ומלמדי תינוקות. ראה בבא מציעא קט ע"א, וברמב"ם, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ז. על סוג זה של

נושא משרה ציבורית

עובדים בכתב הרב איסר זלמן מלצר זצ"ל (נפטר בשנת תשי"ד) בספרו "אבן האזל" (בפרק הדין בהלכה הנ"ל ברמב"ם), "שהקהל אינם צריכים להתנהג שלא על-פי דיני יושר לסלק מי שנחמנה מהם בלא טענה..." מאוחה סיבה רואים שלפעמים מקשים על פיטורין של עובד גם אם נתמנה לבל ימי חייו.

וכך בספר "צור יעקב" של הרב אברהם יעקב הלוי הורוויץ מפרובונא (שנדפס מחרש בישראל בשנת תשט"ו), מוצאים בסימן קצה חשובה משנת תרע"ג (1913), כיחס לשמש שנתמנה על-ידי הגבאים לשנה אחת בלבד, אבל המשיך בתפקידו במשך שלוש שנים נוספות ובא אחר להשיג גבולו וביקש לקבל את העבודה. המחבר מוצא כי אף שלא מדובר במקרה זה על בעל תפקיד שאין מסלקין אותו לפי הדין, בכל אופן אין ראוי לסלקו. בעל "צור יעקב" מוצא פסול במשתדל להשיג גבול חברו כ"יורד לאומנות חברו", וגם מצד הקהל "אין ראוי לפניהם לדחות הראשון בחיים מפרנסתו וליקח אוכל מפיו בלי טעם הגון הראוי בזה".

הספר "צור יעקב" הנ"ל נכתב על-ידי רב כפולין והתשובה שהובאה מתוכו היא אחת מני רבות. כמעט בכל ספר שו"ת שהופיע בקהילות ישראל כמזדחת-אירופה – שם היחה ספרות שו"ת עניפה – ניתן למצוא תשובות כתחום זה. אולם לא דק בספרות השו"ת של רבני אירופה ניתן למצוא תשובות רבות בשטח זה כי אם גם בספרות השו"ת של יהדות ספרד ועדות המזרח מצויות תשובות רבות כאלה, לדוגמא:

"דב פעלים" חלק ג, חושן משפט, סימן ו, לרבנו יוסף חיים שהיה רב בכבל (בגדד), שנדפס לראשונה בירושלים בשנת תרס"ה, התשובה בספר זה נשלחה לשאלה שהגיעה מפרס.

ודאה עוד "בקש שלמה" לרבנו שלמה אבן דנאן, סימן כ, שנדפס בקזבלאנקה שבמרוקו בשנת תרצ"א.

אף בארצות-הברית מוצאים תשובות ביחס לפיטורי עובדי ציבור ממוסדות יהודיים, לדוגמא: "אגרות-משה" לד' משה פיינשטיין, חלק חושן משפט, סימנים עו ועז (הוצא בשנת תשכ"ר); בסימנים אלה דן המחבר בפיטורי מורים.

ואחרון אחרון גם בפסקי-דין של בתי-הדין הרבניים בישראל מוצאים בידורים בשאלת פיטורין של עובדי מוסדות.

אחד מפסקי-דין המעניינים אותנו הוא פסקי-דין שיצא בבית-הדין הרבני בחיפה ובו נדונה שאלת פיטורי עובד נקיון ממוסד חינוכי (תיק שי"ז/3728, פסקי-דין דבניים, כרך ג, עמ' 91). בפסקי-דין זה יש בידור מקיף של ההלכה בתחום זה.

על סוגי העובדים האמורים לעיל שמדובר בהם בכבא מציעא קט, ובדמב"ם, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ז, והובא גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ח (שתלים וכר') נאמר, שאם קילקלו או פשעו כעבודתם (אם זה לא היה משגה כודד), מסלקים אותם ללא החראה כיון שהם "כמותריס

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ועומדים עד שישתדלו במלאכתם הואיל והעמידו אותן הציבור עליהם", אבל על-כל-פנים, יש להוכיח בפניהם את הקלקול ואי-אפשר לפטר אותם כאשר הם פועלים כראוי, אלא כמוכן אם נתקבלו במפורש לתקופה מסויימת, או שמנהג המקום הוא לפטר ללא התראה, או על-פי הודעה מראש.

אחת הסיבות לכך שאין לפטר ללא כל נימוק היא – כפי שנקבע בספרות ההלכה – "משום חשדא", היינו: שעלול להתעורר החשד כפסול המצוי באותו מפוטר. ראה משנה-ברורה לבעל ה"חפץ-חיים", שולחן ערוך, אורח חיים, סימן נג, סעיף כה, בסעיף קטן עג, ד"ה אין מסלקין חזן מאומנותו: והוא הדין לכל התמנות במקום שלא נהגו למנות לזמן ידוע והטעם שלא יחשדום שנמצא בהם פסול.

יחד עם זאת, גישת המשפט העברי היא שעובדי ציבור שקילקלו וקלקולם הוברר, מצווה על פרנסי הציבור לסלקם כדי למנוע נזק מהציבור. ראה: חזון איש, בכא קמא, סימן כג, סעיף קטן ב, שזה לשונו:

עוד יש לומר שזהו מצוה על פרנסי ציבור לסלקו לטובת הציבור להמנות את ההגון והישר...

וכדוגמת זה אפשר למצוא אימרות רבות בספרות ההלכה...

אשר לגביית ערות, מתעוררות כמשפט העברי שאלות באיזו מידה יכולה להועיל גביית ערות שלא בפני הנפסל והרב יוסף שאול נתנון מלכוב כאחת מתשובותיו בשאלה של פסילת שוחט "שואל ומשיב" (מהדורא תניינא, חלק ב, סימן עז) מעיר כי פסילת אדם לצמיחות באופן שיפסיד אומנותו – להבדיל מהשעיה לחודשים מספר – הוזה כדיני נפשות, ובכגון דא אין ערך בדרך כלל לעדות הנשמעת שלא בפני בעל-הדין שנגדו היא מובאת.

כאן יש כפי העותר טענה אחת – שהיה על מועצת העיריה לשמוע אותו, ואמנם זהו לפי דעתי המינימום הדרוש. חובת שמיעה זו הינה אחד היסודות לא רק כמשפט העברי אלא גם כמשפט האנגלי. ויפה הוסכרו הדברים ברמ"א בתשובותיו (סימן קח):

...ולכן פשיטא דאי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע כי התורה אמרה שמוע בין אחיכם. ואף כי דבר זה פשוט, נוכל ללמדו מדרכי הש"י כי כל דרכיו משפט ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום, התחיל באדם לשאול מי הגיד לך כי ערום אתה. וכן לקין אמר לו אי הבל אחיך כדי לשמיע טענותיו, קל וחומר להדיוט, וכזה דרשו חז"ל ממה שנאמר: ארדה נא ואראה – לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו, ומינה – כי אף בדבר שכרוך לדיין שיתחייב הנתבע, על-כל-פנים צריך לשמוע טענותיו תחילה... (תשובה זו הוזכרה על-ידי ממלא מקום הנשיא השופט זילברג בהרצאתו שהתפרסמה בירחון "מולד", כרך כג, חוברת 203–204, עמ' 265, בעמ' 266).

נושא משרה ציבורית

בג"צ 192/68

בשקין נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'

פ"ד כב(2) 744, 748

בכית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים רחוקין, מני, קיסטר

העותרת, אלמנתו של מי שקיבל משך תקופה ארוכה רשיונות מהעירייה המשיכה להעמדת כסאות נוח בשפת הים, קובלת על כי העירייה מסרבת לחדש לה את ההיתר להעמיד כסאות נוח בשפת הים.

השופט קיסטר: לא הייתי מסיק מדברים אלו כי העירייה רשאית ללא טעם להפסיק הענקת הרשיון או ההיתר לפלוני והענקת היתר לגבי אותו קטע לאחר, שהרי הכלל הוא שאין הרשות רשאית לפעול בשרירות. לגבי אדם העוסק כעבודה קיים במסורת עמנו הכלל אשר כבר הובא על-ידי כבג"צ 290/65, אלתגר נ' דאש העירייה ועיריית רמת-גן, בעמ' 36:

...שהקהל אינם צריכים להתנהג שלא על-פי דיני יושר לסלק מי שנתמנה מהם בלא טענה... (אכן האזל, על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ז)... וכן ש"אין ראוי לפניהם (לציבור) לדחות הראשון בחיים מפרנסתו וליקח אוכל מפיו בלי טעם הגון הראוי בזה" (ראה "צור יעקב", להרב אברהם יעקב הלוי הורוביץ מפרוכחנא, סוף סימן קצה; וכתשובה זו דנו בשמש אשד תקופת שירותו על-פי החוזה הסתיימה זה כבר).

המ' (ח"א) 2859/59 ת"א 2134/59

קבלה ואח' נ' בסיוק ואח'

פ"מ כא 75, 77, 79-80

בכית-המשפט המתחי כתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: המבקשים הם חברי מושב עובדים המאורגן כאגודה שיחופית.

כפי שהתברר בזמן שמיעת הכקשה, קיימים בין חברי המושב שני גושים שביניהם חלוקי דעות ואף חכוכים בדבר הנהלת המושב. לא הוכהר ואין גם חשיבות אם חברי המושב מחולקים בדעותיהם על רקע מפלגתי ואם לאו; אולם נראה, כי מלבד חלוקי דעות יש גם טענות וחשדות. התברר, כי בפברואר 1959 הורכבו מוסדות מנהליים של המושב, כלומר הועד וועדת הבקורת על-פי הסכם בין שני הגושים, כלומר הוסכם על 10 אנשים שמהם הורכב ועד בן 5 חברים וועדת הבקורת בת 5 חברים.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

האגודה הנ"ל (המושב) מסונפת לברית הפקוח לקואופרציה החקלאית העובדת כע"מ.

ביום 17.6.59 הודיעו 4 חברים של ועדת הבקורת של האגודה, ושניים מחברי ועד האגודה לברית הפקוח הנ"ל על התפטרותם, וגם הגישו פניה חתומה על-ידי 83 חברים של המושב, הדורשים קיום בחידות לוועד ההנהלה ולוועדת הבקורת.

אני מצייץ כי מספר חברי המושב הוא 152 ובכך מספר 83 מהווה רוב אבסולוטי של חברי המושב. אמנם לא ביררתי אם באמת כל 83 חברים חתמו אבל לצורך הדיון כאן אצא מן ההנחה כי חתמו 83 חברים וכי מספר חברי המושב 152...

נרמה לי שאגדיר היחס שיש לצפות שישרור בין רוב למיעוט באגודה שיתופית (לחברה בכלל) כפי שחכמינו הגדירו את היחס בין בית הלל לבית שמאי (יבמות יד ע"ב) של מרות חילוקי דעות ביניהם "חיבה ודיעות נוהגים זה בזה לקיים מה שנאמר 'האמת והשלום אהבו' (זכריה ח, ט)".

ובכן מיסודות הקואופרציה נובע כי הרוב לא ינהג זלוזל במיעוט, בהסתמכו על כח וינהג כלפי מיעוט כרצונו, אלא על הרוב לשאוף ליחסים הוגנים כלפי המיעוט.

על פי האמור לעיל נראה אם יש מקום לקבוע על פי יסודות קואופרציה שאם רוב החברים אינו מדווח מאיזה חבר ועד, יכולים לסלקו מן הוועד גם באמצע השנה.

יחכן שחבר מרגיש שאינו מרוצה לציבור יבקש בעצמו להתפטר; אבל מאידך גיסא אם מקובל שבחברים בחבר למשך שנת כספים שלמה אין זה הוגן לסלקו באמצע השנה, אלא אם כן, עשה חבר הוועד מעשים שאינו ראוי עוד לכהונתו, או בגלל מחלה וכו' אינו ראוי עוד למלא תפקידו.

אם ינהגו אחרת ויסלקו חברים מן הוועד באמצע השנה ללא סיבה חמודה, הרי הדבר עלול לגרום לאי-יציבות ונסיונות להציע בחירות בכל יום שני וחמישי ואנשים בעלי רצון טוב ימנעו מלקבל תפקידים בוועד.

נוסף לכך סילוק חבר לפני תום זמן כהונתו מעורר חשדות נגדו וזוהי סיבה שבמשפט העברי נקבע שאין הציבור רשאי לסלק אדם שנתמנה לחקופה מסוימת לפני תום התקופה מלבד אם ישנה סיבה מאד חשובה לכך. (ראה: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנז, סעיף ב בהגה, והש"ך שם, סעיף קטן ד; וכן שולחן ערוך, אורח חיים, סימן נג, סעיף כו ונושאי כליו).

נושא משרה ציבורית

ע"מ 3/71

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כה (2) 365, 368-369

בבית־המשפט העליון

לאחר שהורשע המערער בבית־המשפט בעבירה של קבלת שוחד, התעמד לדין בפני בית־הדין למשמעת של עובדי המדינה תגזרו עליו פיטורים ודן תשלום קיצבה. נציג המשרד בו עבד המערער הופיע בפני בית־הדין והציע שלא לפטר את המערער אלא להעבירו לעבודה שתהא שאינה כרוכה במגע עם הציבור, ובדריגה נמוכה יותר.

השופט קיסטר: יחד עם זאת אינני מתעלם מחומרת נגע השוחד והסכנה הנובעת מקבלת שוחד על־ידי עובד, אפילו מאמין הוא שלא יסטה מן השורה כמלוא נימה.

חכמינו ז"ל עמדו על כך (כפירוש לאמור במקרא שהשוחד יעוור) שעל־ידי קבלת השוחד נעשים הנותן והמקבל לב אחד ואין אדם רואה חובה לעצמו ולכן אין המקבל יכול לומר שקיבל שוחד ולא הטא אח הדין (ראה: מכילתא משפטים, פרשה כ; כחובות קה ע"ב).

במיוחד גדולה הסכנה בענינים שהם בשיקול־דעתו של העובד, וכאן לפי התפקיד שהיה למערער היה לו שיקול־דעת לפחות במידה מסויימת. על־כן מסכים אני כי יש להתייחס בחומרה יתידה לעבירה של קבלת שוחד.

ע"מ 2/73

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד כת (1) 365, 370

הובא בשער זה, עמ' 185.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ג. החזרת עובד ציבור שסרח לתפקידו

ראה שער שישי, דיני עונשין, עמ' 530 ועמ' 532.

1. תנאי ההחזרה

על"ע 1/68

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כב"ר (1) 673, 676-679

בבית-המשפט העליון
לפני השופטים זוסמן, הלוי, קיסטר

המערער, עורך-דין, הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירות של זיוף-מסמכים משפטיים והפצתם, והוטל עליו עונש מאסר. בית-הדין המשמעתי המחוזי השעה את המערער לחקופה של חמש שנים מחברותו בלשכה, אך בית-הדין המשמעתי הארצי, אליו הוגש ערעור, ציווה על חוצאת המערער מן הלשכה.

השופט קיסטר: כדי לעמוד על השאלה אם בית-הדין היה צריך לפסוק להוציא את המערער מן הלשכה, נראה לי כי מן הראוי להיעזר בגישת המשפט העברי וכמסורת של עם ישראל ביחס לעבריינים, פסילתם ממילוי תפקיד ציבורי ותנאי תזרחתם לכשירותם ולתפקידם. מן הראוי גם להזכיר את הרוחות הנושבות בעולם כדבר שיקום אנשים שנכשלו בעבירה, ואף כדבר הנטיה למחיקת עבירות והשכחה מלאה אתרי עבור תקופה שנקבעה, אם לא נעברו עבירות באותה תקופה.

גישת המשפט העברי בתמציתה היא כלהלן:

מצד אחד מתייחסים בחומרה לכל תופעה של שקר ואף לגררה של שקר; לגבי הליכים משפטיים ישנן דוגמאות רבות בתלמוד ובשולחן ערוך שלפיהן רואים שימוש בכל תחבולה, כולל תחבולה להשיג יתרון פרוציסואלי, עבירה על האיסור של "מדבר שקר תרחק" (ראה: שבועות ל ע"ב – לא ע"א).

מצד שני – אדם שעבר עבירה, ריצה את העונש שהוטל עליו, שילם את דמי הנוקים וחזר בתשובה שלימה, שפירושה חרטה על מעשיו, והתנהגות המראה על שיפור מעשיו גם לעתיד להנחת דעתו של בית-הדין, אדם כזה יש לקרבו ואין להזכיר לו את מעשיו הקודמים וברוך כלל הוא כשיר שוב למילוי התפקיד ששימש בו בזמן שחטא. הכלל הוא: "ונקלה אחיך לעיניך – כשלקה, הרי הוא כאחיק" (מכות כג ע"א). אשר ליחס לבעלי תשובה – אסור אפילו להזכיר להם את מעשיהם הראשונים (בבא מציעא נח ע"ב במשנה).

נוסף על כך, עלינו להזכיר את הכלל לפיו בעלי אומנות ובעלי תפקידים

נושא משרה ציבורית

ציבוריים שונים (במקורות צויין בין השאר גם סופר הכותב שטרות) שנכשלו אף בשוגג במילוי תפקידם "מסלקין אותן בלא התראה, שהן כמוחרין ועומדין ער שישתדלו במלאכתן הואיל והעמידו אותן הציבור עליהם" (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ז, על-פי האמור בבבא מציעא קט; וכן ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ח).

אשר להתזרתם לתפקידם הקורם:

אם המדובר במקרה שסולקו מחמת עבירה, מתמירים במיוחד בבירור האם באמת חשובתם שלימה, כאמור לעיל, ואם אינם מערימים על בית-הדין ברצונם לשוב לתפקידם, כך שיהיה ברור כי יש להתייחס אליהם באמון להבא (שולחן-ערוך, חושן משפט, סימן לר, סעיף לג בסוף רבוי הרמ"א בהג"ה וסעיף לר, וכן ב"בית יוסף" על הטור, חושן המשפט, סימן לר, סעיף מג; המקור לכך בעיקר סנהדרין כה ע"א).

ישנם מקרים בהם גם עונש ותזרה בתשובה אינם מועילים להחזרת אדם לתפקידו, אבל הדוגמאות שאביא מתוך המקורות מראות כי רק במקרים קיצוניים ביותר אם מבחינת סוג העבירה, ואם מבחינת התפקיד שהעבירין ממלא, לא יועילו העונש והחזרה בתשובה כדי להשיב אדם למשרתו הקודמת. להלן כמה דוגמאות:

א. כל אדם שהרג בשוגג וגלה אינו חוזר למשרתו לעולם, "הואיל ובאה תקלה גדולה זו על ידו" (ראה: רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יז, הלכה ח; והלכות רוצח ושמירת נפש, פרק ז, הלכה יד). מצינו בתשובת הריב"ש (ד' יצחק בר ששת) סימן דנא, מקרה של דיין אשר בנו היכה אדם מכות מוות, בעידודו של אביו הדיין. הריב"ש הורה להעביר את הדיין מכהונתו, והורה שלא יתמנה לעולם בשום שררה על הציבור.

ב. כהן גדול שתטא מלקין אותו וחוזר למשרתו (רמב"ם, הלכות כלי המקדש, פרק ד, הלכה כב), ולעומת זה ראש ישיבה (במובן של נשיא, ראש הסנהדרין) שתטא מלקין אותו ואינו חוזר לשרתו, וגם אינו חוזר להיות אחד מחברי הסנהדרין (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יז, הלכה ט).

הנימוקים לאי-החזרת נשיא לתפקידו הם:

א. לטובתו של המורה אין מחזירין אותו, אחרת יזלזלו בו חבריו ("כסף משנה", שם).

ב. חשש שמא המורה יתנקם באלה שדנהו ("פני משה" על תלמוד ירושלמי, סנהדרין, פרק ב, הלכה א).

ג. הרב"ז בתשובותיו (חלק ו, סימן אלפיים עה) בבררו דין של הרחת חזן מתפקידו; שעליו השיב הרמב"ם (מהר"ב לאו, תשובה ק"א), בירר גם את שאלת הדחת שררות אחרות שעליהם דן הרמב"ם בהלכותיו, ובנגעו בשאלת הענשת נשיא שחטא שאין מחזירין אותו נותן הרב"ז שני טעמים להלכה זו:

(א) מי שמחזיק במשרה נכבדה כזו וחוטא הריהו גודם לחילול השם גדול,

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

(ב) על הנשיא להדריך את הציבור בדרכי יושר, ונאמר "התקוששו וקושו" – "קשוט עצמך תחילה ואחר כך קשוט אחרים", ועל כן רק לגבי נשיא שחטא הלכה היא שלא יחזור לתפקידו, בעוד שעל אחרים שחטאו הוא אומר:

שאם עבר עבירה כענין מיניו... מעבירין אותו ממיניו שלא לתת מכשול לפניו עד שיחברר שעשה תשובה שלימה...
ד. מצינו כי כהני כמות וכן כהני מקדש חוניו, ועל אחת כמה וכמה כהנים ששירתו בעבודה זרה, נפסלו מלכהן בכית המקדש לצמיחות (מנחות קט ע"א; רמב"ם הלכות ביאת המקדש, פרק ט, הלכות יג-יד).
המקדים הנ"ל היוצאים מן הכלל, באים ללמד על הכלל כולו: אין לנעול את הדלת בפני השבים כאמת ובחמים, אדרבה, באין נימוק ככד-משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלח-ידם ואף לתפקידם.
אציין, כי פסילה מתפקיד למשך חמש שנים, כגון השעיה לחמש שנים שנפסקה בכית-הדין המשמעתי המחוזי למערער, מצינו גם במשפט העברי, כשאלה שהופנתה לרא"ש (רכנו אשר) בנוגע לחזן ושוחט שהעיד עדות שקר (כלל נח, סימן ד), ונפסל מכהן כתפקידו למשך חמש שנים.

עש"מ 3/71

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כה (2) 365, 368-369

הובא בשער זה, עמ' 173.

פרק שני
רשויות ציבוריות

א. עקרונות פעולה

1. זכות האדם לומר את דבריו בהליך משפטי העשוי לפגוע בו

בג"צ 9/58 3/58
ברמן ואח' נ' שר הפנים
פ"ד יב 1493, 1506-1507

הובא בשער הרביעי, כתי דין וסדריהם, עמ' 323.

בג"צ 290/65
אלתגר נ' ראש העירייה ועירית רמת-גן
פ"ד כ(1) 29, 39-40

הובא בשער זה, עמ' 168.

ע"א 413/80
פלונית נ' פלוני
פ"ד לה(3) 57, 88-89

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים שמגר, אלון, בן-צתו

הערעור נסב על השאלה, אם יש לבעל מעמד על-פי חוק בדיון בבקשה להפסקת הידיון,
המוגשת על-ידי אשתו.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

השופט אלון: 3. הלכה פסוקה ומושרשת בפסיקתו של בית-משפט זה היא, כי "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שפוט) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון" (מדברי השופט זילברג, בבג"צ 9, 3/58, בעמ' 1508). זכותו של אדם להישמע, בטרם תתקבל החלטה, העלולה לפגוע בו, מצויה היא כבר במקרא: "שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק" (דברים א, טז), ושורשיה מגיעים לשחר ימיה של האנושות: "התחיל באדם לשאול: מי הגיד לך כי ערום אתה; וכן לקין אמר לו: אי הבל אתך, כדי לשמוע טענותיו; קל וחומר להדיוט; וכזה דרשו רז"ל ממה שנאמר: ארדה נא ואראה – לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו" (שו"ת הרמ"א, סימן קח; וראה: בג"צ 290/65, בעמ' 39).

ועוד נפסק בבית-משפט זה, כי בה בשעה שזכותו של בעל-דין להישמע בכירור משפטי זכות מוחלטת היא, הדי לעניין חובתה של רשות מינהלית לתת הזדמנות לשמיעת דברו של מי שעלול להיפגע על ידה – "היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון" (בג"צ 9, 3/58, הנ"ל), כשהשיקול של מידת ההיקף ושיעור הצורה הוא מצויאת המאזן המתאים בין הזכות להישמע לבין יעילות דרכי פעולתו של הגוף המינהלי, כדי לא "לסכל את מלאכתה של רשות מינהלית" (בג"צ 185/64, בעמ' 126–128).

4. כללים ועקרונות אלה, המקובלים עלינו, כאשר עומדת להכרעה אפשרות פגיעה בזכות חומרית של רכוש, מקצוע וטובת הנאה כספית, קל וחומר שיפוט, הם, כאשר עומד לדין ולהכרעה גורלו של עובר, שזיקה טבעית עמוקה להורים לגורלו של עובר יוצא חלציהם. זיקה זו היא נחלתו של כל אדם, כאשר הוא אדם, ולא מצאתי לה ביטוי הולם וקולע מדבדיהם של חכמים: "שלשה שותפין הם באדם: הקדוש ברוך הוא, אביו ואמו" (קידושין ל ע"ב; נדה לא, ע"א). מן המפורסמות הוא, כי בעולמו של המשפט העברי לא הוקנתה להורים מעולם, גם בילדם שיצא לאוויר העולם, זכות "חומרית" איזו שהיא, "ושייכותם" של הורים לילדיהם יוצאי חלציהם הריהי "כמובן של קשר טבעי שמושגי הבעלות המשפטיים המקובלים המה, מצד אחד, חודרים ודלים, ומצד שני, פוגעים ברגשותינו מבחינת תיאוד מצב הדברים" (ע"א 488/77, בעמ' 429–430). וכן, שותפות זו שותפות שבזיקה היא, שותפות של קשר טבעי ועמוק של הורים בגורלו של עובר יוצא חלציהם. שותפות של קשר טבעי זה קיימת היא לגבי העובר, גם כאשר הוריו אינם נשואים, ומכל שכן שמצויה גם מצויה היא בהורים בני-זוג, הבונים את ביתם וקן משפתתם. ומשעולה על הפרק שאלה של הפסקת היריון, זכות יסוד, המעוגנת בצדק אלמנטרי וטבעי, מצויה ביד כל אחד משני ההורים, שתישמע דעתו, ושיאזינו לרחשי לבו, עובר לקבלת ההכרעה בדבר הפסקת ההיריון וכריתתו של הולד. כאמור, קיומה

רשויות ציבוריות

בפרעל של זכות שמיעה זו חלויה היא בנוסבות העניין. כך, דרך משל, כאשר הבעל שיכור ואינו בר הכי להתייעצות שקולה ונבונה, או כאשר מפאת דחיפות המקרה מן הנמנע לזמן את הבעל וכיוצא באלה – דשאית הוועדה לכוא לכלל החלטה בדבר הפסקת ההיריון מבלי לשמוע את הבעל תחילה. אך אלה הם יוצאים מן הכלל, המחויבים ומתחייבים לפי נסיבות כל מקרה ומקרה, ואין בהם לגרוע מן הכלל של חובת שמיעת דעתו של הבעל, עובר לקבלת הכרעה גורלית ומרחיקה לכת זו.

2. האיסור לפעול בשרירות לב

בג"צ 192/68

בשקין נ' ראש עיריית חל-אביב-יפו

פ"ד כב(2) 744, 748

הובא בשער זה, עמ' 171.

3. טובלנות – אפליה כלפי המעוט

בג"צ 175/71

פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה

רשומה נ' שר החינוך והתרבות ואח'

פ"ד כה(2) 821, 827, 830–831

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, קיסטר

בקשתה של העותרת, המקיימת מפעל לאמנות המוסיקה, לקבלת תמיכה משרד החינוך והתרבות נרתחה מן הטעם "שאין זה מתפקיד משרד החינוך והתרבות להמוך במוסד שמטרתו היא כיצוע מוסיקה כנסייתית".

השופט ח' כהן: מצדי אעיר, במאמר מוסגר, אך זאת בלבד שהאפליה, לענין הקצבת תמיכה כספית מאוצר המדינה, בין תרבות או אמנות הרת של הרוב לבין תרבות או אמנות דת המיעוט, לא זו בלבד שמעודדת אסוציאציות

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

וזכרונות עגומים עד מאד מן הזמנים שבהם הייתה, ומן המקומות שבהם עוונתה, הדת היהודית היא המופלית לרעה – אלא מנוגדת היא כל כולה למידות היהדות היאות למדינת ישראל, דעלך סני לחברך לא תעביד, זאת היא כל התורה כולה ואידך זיל גמור (שבת לא ע"א). ואמר בן עזאי, זה ספר תולדות אדם – כלל גדול מזה (ספדא קדושים ד, יב).

השופט קיסטר: הבסיס לאיסור הפליה דתית מצוי בשני עקרונות – סובלנות דתית ושוויון דתי. אכן, המונח סובלנות הוא יותר דחב ומקיף מאשר המונח סבלנות אך גם לו יש גדרות וסייגים. עקרון הסובלנות דורש כי האזרח והחברה לא זו בלבד שישבלו קיום דת כלשהי למרות שאינם מאמינים בעיקריה אלא יתייחסו לדת זו בנימוס ובדרך ארץ, כל יפגעו בה, כל יבזוה וכל יפגעו ברגשותיהם של המשתייכים לאותה דת; וכן יש לדרוש כי המשתייכים לדת פלונית לא יופלו לרעה בהשוואה לדתות אחרות, ועל-כן אין למנוע מאת שום אדם לקיים מצוות דתו בין באופן ישיר ובין בעקיפין, כגון על-ידי מניעת אפשרות עבודה לאנשים המשתייכים לדת פלונית. עצם הביטויים "חביב האדם" או "אהבת הבריות" אין לו משמעות אם אינו מוצא ביטוי בגישה מעשית. הייתי מסכם את הדברים בהפניה לעקרון גדול הידוע אצלנו מיני קדם – "דעלך סני לחברך לא תעביד", מה ששנוא עליך אילו היו פוגעים בך בשל דתך או דעותיך, אל תעשה לאדם בעל דת או דעה אחרת.

אכן, הכלל הוא שלילי, היינו להימנע מלפגוע, וגם לא תמיד משיגים מטרה זו בשלמותה, אבל בחברה המודרנית כאשר בידי המדינה מרוכזים אמצעים ואפשרויות שבלעדיהם אין אזרח יכול לקבל מילוי צרכיו הדתיים ולתת חינוך דתי לילדיו יש ועל המדינה רובצה אף חובה פוזיטיבית להשלים אותם צרכים. לכן אם ללא עזרה פעילה של המדינה לא ניתן לקיים את הדת ואת מצוותיה, או את החינוך הדתי לבני העדה הדתית, יש לצפות מאת המדינה כי תעשה כל אשד לאל ידה כדי לאפשר זאת לאזרח.

עקרון השוויון דורש, כי, אם המדינה מוציאה כספים מתקציבה, היינו מכיסם של משלמי המסים כדי לסייע לקיום דת פלונית, פולחנה, וחינוך לבני עדתה, זכאית עדה אחרת לצפות לסיוע דומה במקרה של צורך, ובגבולות אפשרויות המדינה.

לפיכך אם מדובר על מוסיקה הדרושה לקיום פולחנה של ערה פלונית, והמדינה מקציבה כספים למטרה כזו לדתות אחרות, אין לה למנוע סיוע דומה לעדה פלונית אם הרבר דרוש גם לקיום פולחנה, ואין לה יכולת להשיג אמצעים מספיקים לשם כך.

רשויות ציבוריות

בג"צ 392/72

ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, ואח'

פ"ד כוז(2) 764, 770-771

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ברנזון, עציוני, י' כהן

בקשה להורות כי שינוי לתכנית בנין ערים שכרך הפקעת נכסי העותרת הוא פגום ובטל.

השופט ברנזון: לבסוף, חושבני שלא למותר לומר בהודמנות זו את אשר עם לבי על היחס הנדרש והמצופה מכל אחד מאתנו כלפי זרים היושבים בתוכנו או הבאים אלינו. מימיו הראשונים, כשהוא יושב בארצו ועל אדמתו, ידע עם ישראל את נפש הגר ונהג עמו בצדק וביושר. התורה ציוותה לנו: "תורה אחת יהיה לאזרח ולגר הגר בתוככם" (שמות יב, מט); "משפט אחד יהיה לכם, כגר כאזרח יהיה" (ויקרא כד, כב); "ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו" (דברים א, טז). בשורה של מקומות מזהירה התורה לא להנות את הגר, לא ללחוץ עליו, לא לעושקו ולא להטות את משפטו, ומשווה אותו בכל אלה ליתומים, לאלמנות ולעניים הזקוקים להבנה ולדחמי התבדה – "ואתם ידעו את נפש הגר כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות כג, ט). לא בכדי יכול היה שמואל דוד לרצאו לאמור בספרו: "מחקרי היהדות" (כרך ראשון, חלק ראשון, יסודי התורה, עמ' 32):

היות ישראל עם סגולה ועם כל מה שהרחיקה אותם מהתערב עם הגויים עובדי אלילים, מעולם לא הבדילה התורה בין העברי והנוכרי בשום דבר ממה שמשפטי הצדק והיושר מחייבים כל אדם לחברו.
ואמד הרמב"ם:

ולא יהיה (אדם) אחד בפה ואחד בלב אלא תוכו כברו והענין שבלב הוא הדבר שבפה. ואסור לגנוב רעת הבריות ואפילו רעת הנוכרי... ואפילו מלה אחת... של גניבת רעת אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והווה (רמב"ם, הלכות דעות, פרק ב, הלכה ו).

כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו, בכל הדורות טעמנו את הטעם המר של דדיפות, נגישות והפליית דק בגלל היותנו יהודים "שדחיהם שונות מכל עם". מלומדי נסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומד חוק הנמצא אתנו ורצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו. שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השנוא על לא און בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

וסובלני כלפי כל מי שנכרא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון כל בני-אדם בזכויות וכתובות.

4. זכות המיעוט לייצוג בקרשות

בג"צ 311/65

מדציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית אופקים

פ"ד יט(3) 393, 396–397

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, ברנזון, קיסטר

בתוקף סמכותו, מינה שר הפנים ועדת בחירות למועצה המקומית אופקים בת תשעה חברים, העותר, שהוא אחד מחברי הוועדה, טוען, כי ארבעה מחבריה נמנים על סיעת מפא"י, ארבעה על סיעת מפד"ל ואחד על סיעת חירות. קובלנת העותר היא שכאשר מינתה הוועדה המשיבה, לפי סעיף 32(ה) לחוק הנ"ל, יושב-ראש לכל אחת משש ועדות הקלפי שכתחומה, פסחה על "המערך" ומינתה ארבעה מכין חברי מפד"ל ושניים מכין חברי חירות. טענתו היא, כי העקרון שנקבע בסעיף 32(א) לחוק הנ"ל בענין "ייצוג הולם" מחייב גם לענין מינוי יושב-הראש של ועדות הקלפי בהתאם לסעיף 32(ה), ומאחר שסיעתו אינה מיוצגת בוועדת ההנהלה, זכאית היא לכך שנציגיה בוועדות הקלפי יקבלו תפקיד של יושב-ראש ועדות הקלפי כהולם את גודל הסיעה. יש לציין שההחלטה על מינוי יושב-הראש נתקבלה בוועדה בהעדרם של נציגי "המערך" שעוביה מתוך מחאה על צורת ניהול הישיבה.

השופט קיסטר: נכון הדבר כי החוק נותן סמכות למנות יושב-ראש של ועדות קלפי על-ידי החלטה של ועדת הבחירות, אשר מתקבלת ברוב דעות, ואינו מכתיב שום מבחנים למינוים; אך אין משמעות הדבר כי ועדת הבחירות רשאית לפעול באופן שרירותי. כבר במסורת המשפט העברי נקבע הכלל כי הממונים לעסוק בצרכי הרכים הרי הם כדיינים (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לו, סעיף כב הגה בסוף; תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריד; נודע ביהודה, מהדורה קמא, חלק חושן משפט, סימן כ ועוד).

אתה התוצאות מכך היא, כי ממונים כאלה בבואם למנות יושב-ראש לוועדות קלפי חייבים היו להתייחס בשוויון לכל אזור ואזור להם לקפת זכות של אזרח או קבוצת אזרחים בהסתמך על כוח הרוב. אמנם ישנם תפקידים ציבוריים שמוסרים אותם רק לאדם הנהנה מאמון הרוב, כאשר עליו לבצע את המדיניות של הרוב; אבל כאן מדובר על תפקיד של פיקוח כי הבחירות תתנהלנה באופן הוגן ולזה אין צורך כי המועמד יהיה מן המפלגה של הרוב, וייתכן שדוקא מוטב כי יהיה מן המיעוט.

5. איסור "נגיעה" בעניין

כג"צ 21/66

קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית עקרון ואח'

נ' יו"ר המועצה המקומית קרית עקרון ואח'

פ"ד כ(2) 102, 108-109

בכיתום המשפט העליון בשבתו ככיתום משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, לנדוי, קיסטר

המועצה המקומית קרית-עקרון אישרה תקציב נוסף למועצה הרחית במקום; תקציב זה בא בחלקו לכסות את השתתפותה בתשלום הפרשי השכר, המגיעים לעובדי המועצה הרחית בהתאם לסיווג החדש. העותרים מוצאים פסול בהחלטה זו, וכן בהחלטת הנהלת המועצה המקומית שעלי-סודה נתקבלה ההחלטה האמורה, בכך, שהמשיב מס' 2, העובד כשכר במועצה הרחית, השתתף בהצבעות אלו כחבר המועצה וחבר הנהלתה. הוצא צו-על-תנאי.

השופט קיסטר: העקרון שאדם פסול לדון ולהחליט בעניניו הוא, הינו רעיון מקובל שהשתרש כמשך הדורות בעולם התרבותי. כמשפט הרומי מבוטא עקרון זה בפתגם הידוע:

nemo debet esse iudex in propria causa

המשפט העברי מרחיק לכת בגישתו המחמירה, וכך נפסקה ההלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז, סעיף יב, בזו הלשון:

כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה אינו יכול לדון עליו... ולפיכך עסקי המס אין דינין ברייני אותה העיר מפני שיש להם או לקרוביהם חלק בו... ואם עשו חקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים, דינם דין. כאמור, הכלל הוא איפוא שאין דיין העיר יכול לדון בעניני המסים של עירו בגלל נגיעה אף-על-פי שהיא מועטת ביותר, אלא אם כן ישנו מנהג או תקנה המאפשרים זאת. הסיבה לחקנה ולמנהגים כאלה היא תיקון המדינה, אולם גם במקרה זה הכלל הוא שאין דייני העיר יכולים לדון על עניני המסים של עירם אלא במידה ונגיעתם היא כללית בלבד, ואולם אם זוהי נגיעה פרטית, אין הם רשאים לדון. ראה: הלכה פסוקה, לחושן משפט, סימן ז, סעיף יב, הוצאת מכון הרי פישל, עמ' 148.

אציין כאן שאם כי אין אנו דנים בענין חובותיו של דיין, אלא בחובותיו של נבחר הציבור, הרי לא פעם כבר הבאחי את מה שנפסק בחושן משפט, סימן לז, סעיף קטן כב בהגה, שטובי הקהל הממונים לעסוק בעניני הרבים הרי הם כריינים. על-כן תלה החובה הנ"ל גם על המשיבים שבפנינו.

אכן, רואים אנו שבמציאות ישנו לפעמים תיקון מסויים המאפשר לחבר בגוף ציבורי לדון ולהחליט בדבר שיש לו גם נגיעה ישירה: ואם אמנם קיימים תיקונים כאלה, ברור שהם לא נקבעו אלא מן הטעם שצויין לעיל, היינו משום

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

תקנת הציבור, מאחד ואין למצוא דרך יותר יעילה. אך במקום שלא נקבעה כל חקנה כזו במפורש, אין לנו אלא ללכת בעקבות העקרון המקובל שאדם שיש לו נגיעה, פסול מלדון ולהצביע.

כג"צ 291/72

רובינשטיין ואח' נ' ועדת הבחירות למועצת הרבנות הראשית

פ"ד כו(2), 723, 279-280

בכית"המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, מני

העותרים, חברי המועצה הדתית בחיפה, טוענים שוועדת הבחירות שהוקמה לפי סעיף 4(א) לחוק הבחירות למועצת הרבנות הראשית, תשל"ב-1972, לא כללה ברשימת רבני העיר רבנים שיש לכללם ושכללה בה רבנים שאינם ראויים להיכלל בה.

השופט ח' כהן: 4. אשר להרכב ועדת העררים, מתקשה אני לרדת לסוף כוונתו של מחקין התקנות: אין כמוהו, בתפקידו כשר החותם, יודע ועד שהרבנים הראשיים יכולים להיות מועמדים להיבחר לתפקידים הרם מחדש; וכיצד זה הושיבם לרון בעררים אשר כתוצאה מהם עשויים כוחריהם שלהם להיבצע או להשתנות? לא אשחית מלים על הכלל הגדול מכללי הצדק הטבעי שאין אדם דן בענינו שלו; אלא תמיהני שנעלמה מעיני מחקין התקנות, הקובעות הליכי הבחירות למועצת הרבנות הראשית, ההלכה שבדין התורה, שכל דבר שיש לדין בו צד הנאה אינו יכול לרון עליו (שולחן ערוך, תושן משפט, סימן ז, סעיף יב). חכמי התלמוד הרחיקו לכת עד כדי פסילת דיין שיש לו ענין רק כאחד האזרחים או תושבי העיר: בני עיר שנגנב ספר תורה שלהם, אין דנין בדייני אותה עיר; והאומר תנו מנה לבני עירי, אין דנין בדייני אותה עיר (בבא בתרא מג ע"א). והרא"ש פסק שהמשחמט מחשלוט מס, אין דייני העיר שהם מפורעי המס רשאים לרון אותו: "פשיטא היא שלא יעמוד לדין לפניהם, כי אין ידונו הם על עצמן כי יש להם חלק בתביעה" (שו"ת הרא"ש, כלל נח, סימן ז). הענין שיש לכל אזרח בחשלוט המסים על-ידי זולתו, או בשלמות רכוש הציבור, אינו אלא ענין עקיף ומרוחק מאד: ניתן להניח שדין יידע להפריד הפרדה גמורה בין הענין האישי שלו לבין ענין הציבור אשר הוא מהווה חלק ממנו. אבל כאן המדובר אינו בענין עקיף ומרוחק שכזה: העדר הבא לפני ועדת העררים עשוי להשפיע ישירות על הצלחתו או כשלונו של ענין אישי וישיר של חברי הוועדה עצמם. העובדה שהמדובר הוא ברבנים ראשיים אשר אינם חשודים חלילה על הטיית הדין, יהא הענין הנדון אשר יהא, אינה מעלה ואינה מורידה: הם פסולים על-פי דין, ואין בדין משוא פנים.

רשויות ציבוריות

עש"מ 2/73

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(1) 365, 370

בבית-המשפט העליון

המערער נמצא אשם בבית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בעבירות משמעת על רקע מיני, והוחלט על פיטוחו המידיים. בערעורו הוא טוען, כי לא היה סיוע לעדויות המתלוננות.

השופט קיסטר: נכון הרבר, כי כתיק מצויות ראיות שלפיהן היה המערער, מכמה בחינות, עובר טוב ומסודר, וכצדק נפסק שהפיטוחים יהיו תוך תשלום פיצויים, וכן כי נפסל למלא תפקידים מסויימים בלבד, ולא נפסל לחלוטין מלעבוד בשירות המדינה. בא-כוח המערער מצטט את פסק-דיני בענין פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, עש"מ 3/71, שם קיבלתי ערעורו של עובד על גזר-דינו של בית-דין למשמעת לפיטוחין והחלטתי על הורדת העובד בשתי דגות, פטילתו לתפקידים מסויימים והעברה לתפקיד אחר באותו משרד, מחוך שיקולים האמורים שם. הנני בדעה, שגם במקרה זה ראוי המערער, למרות עבירות המשמעת שנמצא אשם בהן, שלא חקופח פרנסתו, ובמיוחד כשטפלי תלויים בו (חולין יח ע"א), שהרי המערער נשוי ואב לארבעה ילדים... שירות תקין כמדינה דמוקרטית דורש, כי הממונה על עובדים אחרים, על קבלתם ועל פיטוחיהם, יוציא מכלל שיקוליו ופעולותיו כל מניע אישי ופרטי שלו, ולא ינצלם לצרכיו או לענייניו. בכלל דדושה זהירות ביחס של אדם כלפי מי שעלול להיות תלוי או לדאות עצמו כתלוי בו; בנדון זה יפים דברי רבינו יונה מגידונדי (בן זמנו וחברו של הדמב"ן) בספרו שער תשובה, שער ג, סימן ס: "לא ישחעבד אדם בחבריו, ואם אימתו עליהם או שהם כושים להחל דברו לא יצוה אותם לעשות קטנה או גדולה, אלא לדצונם ותועלתם, ואפילו להחם צפחת מים או לצאת בשליחותו אל דחוב העיר לקנות עד ככר לחם...". הממונה על אחדים רשאי, ואף חייב, לדרוש מאת עובדים, כי ימלאו את תפקידיהם בשירות ותו לא.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

6. תובת ההנמקה

בג"צ 142/70

שפירא נ' הוועד המתוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים

פ"ד כה(1) 325, 333-335

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנרוי, ח' כהן, קיסטר

הוועד המחוזי בירושלים של לשכת עורכי-הדין, הוא המשיב, דן בתלונת העותר נגד עורך-דין אחר, והחליט לגנוה. בתשובה לדרישת העותר להמציא לו את נימוקי ההחלטה כתב לו מזכיר המשיב כי "כל חבר בוועד הצביע כפי שהצביע מתוך נימוקים ושיקולים ששוכנע בצדקתם" וכי "לדעת הוועד אין הוא צריך לנמק את החלטתו". הדין בצירוף-על-תנאי שקיבל העותר הצטמצם בשאלת חיובו של המשיב לגלות לפני העותר את תשובתו של עורך-הדין שנגדו הוגשה התלונה.

השופט קיסטר: אשר לחובת ההנמקה: חובה זו ידועה היטב במשפט העברי לגבי בתי-דין (שהם בדרך כלל גופים קולגיאליים).

ההלכות בעניני הנמקה מבוססות בעיקר על הדברים האמורים בסנהדרין לא ע"ב, בסוגיה של שניים שנחעצמו בדין שאחד מהם ביקש להתדיין בפני בית-הוועד (בית-דין גדול), ואחד בבית-דין שבעירו, ושם נאמר, כי כופין אותו לדון בעירו, "ואם אמר כתבו ותנו לי מאיזה טעם דנתוני כותבין ונותנים לו". כן מצינו בבא מציעא סט ע"א בסוף העמוד, מעשה בשני אנשים שהתדיינו בפני רב פפא ובנסיבות של אותו מקרה אמר "כי האי גוונא ודאי צריך לאודועיה" (את טעם פסקו).

חובת הנמקה ותנאיה נקבעו בהלכה בדמב"ס, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ו, ובטור, חושן משפט, סימן יד, סעיף ד, ובשולחן ערוך שם בהגה.

אין כאן המקום לפרט כל מה שנאמר בהלכה בדבר חובת הנמקה, ודי לי להזכיר את הטעמים לתיוב הנמקה ואת דרכי ההנמקה. הטעמים לחובת הנמקה הם:

א. הבטחת אפשרות של בקורת על-ידי בית-הדין הגדול או אפילו גוף אחד אשר יוכל לעמוד על כך, אם היתה טעות בהחלטה ואם לאו.

ב. העקרון-המנחה כל אדם ובמיוחד זה הממלא תפקיד ציבורי, "והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר לב, כב).

נוכח השיקולים הנ"ל ולשון התלמוד, הורו הפוסקים כי במקרה שהצדדים הסכימו להתדיין בפני גוף כלשהו, אזי בדרך כלל אין צורך לנמק, אלא-אם-כן יש פתחון פה לחשוד כי היתה טעות. כמרכז מבחינים הפוסקים בין החובה לנמק בעל-פה, למען יידעו בעלי-הדין, שהיא יותר רחבה, לבין חובה למסיר נימוקים בכתב.

אשר לנימוקים בכתב שבעיקרם באים לאו דוקא להסביר לבעלי-הדין אח

רשויות ציבוריות

טעמי הפסק אלא כדי לאפשר בקורת, נאמר ב"נימוקי יוסף" על כבא מציעא (דף מ ע"ב בדפי הרי"ף):

אין כותבין לו מטעם פלוני ומדא"ה פלונית (רא"ה במובן של רא"ה מספודות ההלכה) אלא כותבין פלוני טען כן ופלוני השיב כן ומתוך דבריהם נודכה פלוני, ובכית הדין של בית הועד הם ידעו טעמו של דבר. כן פסק גם הרמ"א (רבי משה איסרל"ש) בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יד, סעיף ד, והסמ"ע שם בסעיף קטן כו מסביר: דכל בית דין יפה כששומעין הטענות יודעים לפסוק עליהן, דתודה אחת לכולנו.

אכן הרב יאיר בכרך, בשו"ת "חות יאיר", בהשמטות (דכריו הובאו בחלקם בפתי תשובה לסימן יד, סעיף קטן י) תמה על דברי הרמ"א, ואומר שאין להסתפק בתיאוד הטענות, או כפי שאפשר להגדיר לפי המושגים המשפטיים המודרניים, בעובדות כפי שהוצגו, או התבררו בבית-הדין, אלא יש להוסיף טעמים ממש, היינו נימוקים משפטיים להחלטה.

נראה לי כי כל השיקולים הנ"ל יפים גם כיום. גם כיום דורשים מרשויות הדנות בזכותו של אזרח (לאו דוקא מבתי-המשפט), שינהגו לפי הכלל "והייתם נקיים..." וכפי שמקובל לומר היום על-פי תרגום מאנגלית, לא די שהצדק ייעשה אלא צריך גם להראות שנעשה צדק; כן נכון גם כיום השיקול, שמבחינה מעשית קשה להעמיד התלטה כלשהי לבקורת אם נימוקיה אינם ידועים. כאשר אותם שיקולים יפים היום, ונתדגם את הורכוח בין הפוסקים בשאלה של היקף הנמקה למושגים מודרניים, נוכל לומר כי כדי להעמיד איזו החלטה לבקורת יש ומספיק כי הרשות אשר החליטה תמצא לצד הפונה אליה את פרשת העובדות שעליהן התבססה, והרשות אשר בפניה יעמוד הענין לבקורת, תוכל לקבוע אם טעתה הרשות שהחליטה ואם לא, וזוהי דדישה מינימלית לגבי הנמקה; ומותר לצפות שהרשות תציין גם את הטעם המשפטי ולפתוח כקיצור. ואמנם, בתקנות הדיון בבתי-הדין הדכניים בישראל – תש"ך, בפרק יא, סימן קד, נאמר:

כל פסק-דין צריך להכיל מלבד ההחלטה בנושא המשפט גם:

(א) סיכום תמציתי של טענות הצדדים.

(ב) קביעת העובדות החשובות.

(ג) נימוקי ההחלטה.

...בא-כוח המשיב טען כי העותר לא הוכיח כי קיימת תובה מצד המשיב להמציא לו העתק התשובה. גישתו זו של בא-כוח המשיב היא מוטעית. כאשר התשובה מהווה בסיס להחלטה, הרי כאמור לעיל, זכאי העותר לעיין בה או לקבל עותק ממנה וזה מתוך הכלל "והייתם נקיים..." וכן כי סידוב עיון בתשובה כמוהו כסידוב להמציא הנמקה שלה זכאי העותר, ואם המשיב טוען שיש נימוק לחיטוי התשובה, עליו להדאות זאת.

שעור שלישי: סדרי חברה ומנהל

7. המשתתף במכרז אינו יכול לפסול בשל פגמים שהוא עצמו נגוע בהם

בג"צ 19/82, 632/81

מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח'

פ"ד לו(2) 673, 688

כבית־המשפט העליון כשכתו כבית־משפט גבוה לצדק לפני השופטים אלון, ברק, נחניו

העותרת השתתפה במכרז, שפירסם המשיב 3, בו נקבעו מועדי אספקה שונים של הפרטים המוזמנים. במהלך דיוניה שינתה המשיבה 2 ממועדי האספקה. בעתירות העותרת לביטול הליכי המכרז מחמת פגמים שנפלו בהם, ולחלופין – לקבלת הצעתה כמלואה.

השופט אלון: לאתר כל אלה, דרושה מידה לא קטנה של עזות מצח מאת העותרת לכוא ולעחור לפנינו, כי נפסול את המכרז לכל המשיבים – כחינת גם לי גם לך לא יהיה – על תטא שחטאו במשא וכמתן שניהלו עם העותרת! על כגון דא נאמר בתלמודם של חכמים: "קשוט עצמן ואחר כך קשוט אחרים" (בבא מציעא קז ע"ב), ובמשל הקדמוני, כאשר פלוני אמר לאלמוני: "טול קיסם מבין שיניך", השיבו אלמוני לפלוני: "טול קורה מבין עיניך" (בבא בתרא טו ע"ב; ועיין רש"י ד"ה ששופט את שופטיו). ובענייננו כבר נפסקה הלכה, "כי כל המבקש לפסול הצעה של מתחרה במכרז בשל פגמים שהוא מוצא בה, או בשל מתדלים שהוא טוען להם, חייב קודם כל להראות שהוא עצמו דקדק בתנאי המכרז ומילא אחריהם בקפדנות, אחרת, הצעתו של עצמו פסולה היא, ואין לו מעמד לחברע פסילתה של הצעה אחרת" (בג"צ 173/72. וראה: בג"צ 609/75, בעמ' 306; בג"צ 252/71, בעמ' 587).

8. התקשרות חוזית של הציבור

בג"צ 376/81

לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח'

פ"ד לו(2) 449, 465-470

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים שמגר, כן-פורח, אלון

העותרים תוקפים בעתירתם מדיניותם של המשיבים בכל הנוגע ליישומה של תוכנית הפיתוח של רשת הטלפונים כאזור מגוריהם באשר להשלכותיה על סדרי העדיפויות בהחקת מכשירי טלפון.

השופט אלון: 1. לפי פשוטו של סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), מחלות ההוראות ברבר משא ומחן וקיום בחוס-לב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק זה גם על חיובים שבתחום המשפט המינהלי, גם כאשר אלה אינם נובעים מחוזה. וכך עולה מפסיקתו של בית-משפט זה (ע"א 402/76; בג"צ 135/75, 321; בג"צ 294/75). אמנם כן, כדברי חברי הנכבד, השופט שמגר, חובחה של רשות ציבורית לנהוג בחוס-לב קדמה להוראותיו של החוק הנ"ל; אך כל אותה שעה הורתה ולירתה של חובה זו בחקיקה שיפוטית היתה, ועם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי) חזרה חובה זו וכאה לעולם כדבר חקיקתה של הרשות המחוקקת, ומכאן ואילך מהווה זה האחרון מקור תוקפה. במידה מסוימת עדים אנו להתפתחות דומה גם לעניין חובת תום הלב בדני חוזים, שהרי עוד בטרם היכנס חוק החוזים (חלק כללי) לחוקפו מדובר היה בפסיקתו של בית-משפט זה על "אחד הכללים המקובלים כעקרון אוניברסלי בתורת החוזים... שהצדדים חייבים לנהוג במילוי חוזה בחוס-לב; לפי רברי חז"ל השאלה הראשונה שנשאל אדם שעה שמכניסים אותו לבית-הדין, היא 'נשאת ונתת באמונה?' (ע"א 242/70, בעמ' 702). והרברים חזרו ונשנו בפסק הדין בע"א 338/73, בעמ' 369-370. יתרה מזו; עקרון ההתנהגות שבחוס-לב, הן ליחיד והן לציבור, יסורו בהוראת הציווי הקדום של "ועשית הישר והטוב" (רברים, ו, יח; ראה: ע"א 148/77, בעמ' 634 ואילך), ומכוח כוחו של ציווי זה נתגבש עקרון תום הלב במערכת המשפטית של מדינת ישראל בהוראות האמורות שבחוק החוזים (חלק כללי).

2. בע"א 148/77 הנ"ל נאמר בעמ' 635, כי המונח "תום לב", על-פי מקורותיו העבריים ובלשון המקובלת בימינו, שם נרדף הוא ל"ישר לב" – "והוא מהווה חלק מהותי של עיקרון-על בעולם ההלכה, שמצא את ביטויו במלים 'ועשית הישר והטוב' שבספר רברים (ו, יח). עיקרון-על זה שימש בידי חכמים עיקרון מנחה, מעין 'הוראה מלכותית', בכל עולם ההלכה". זוהי

שער שלישי: סדרי הכרה ומנהל

המשמעות של התנהגות "בתום לב", הן בדיני חוזים והן בדיני המשפט הציבורי. משמעותו של מושג-מונח כללי אוניברסאלי זה אינה ניתנת להגדרה מראש – כפי שכך הוא גם לעניין משמעותם של מונחים דומים כגון צדק, תקנת הציבור וכיוצא באלה – ומתמלא הוא תוכן תוך כדי פסיקה מעניין לעניין. "דרכי השימוש בעיקרון תום הלב יקבעו בזהירות מירבית, לא בדרך הכללת כללים מראש אלא מן הפרט אל הפרט, עד אשר בבוא הזמן יתגבשו, אולי, מספר הנחיות וכללים באופן שימושו של עיקרון זה. שאם אין אתה עושה כן, יכולע ליציבות המשפטית, ואין אדם – אף תם הלב – יודע תום לב מהו ועד היכן הוא מגיע (שם, בעמ' 629). סיוע מה להכנת מושג זה נמצא כמטבע לשון קולעת ותריפה שטבע הרמב"ן – רבינו משה בן נתמן, מחכמי ספרד בסופה של המאה השלוש-עשרה – להגדרת מהותה של התנהגות שאין בה משום עשיית הישר והטוב; מי שמחנהג לפי המוכן הטכני והפורמאלי של דיני התורה, היינו, שמקפיד הוא רק על דברים שנאמרו כמפורש ולא על אלה שלא הוזכרו, אם כי משתמעים הם מהרוח הכללית של הדברים, הריהו, כלשונו של הרמב"ן, בכחינת "נבל ברשות התורה" (פירוש הרמב"ן על התורה, ויקרא יט, ב); וכך חוסר תום-לב כקיום תיוב שכחווה הריהו התנהגות של "נבל ברשות התורה", וכדומה לו חוסר תום-לב כקיום תיוב מטעם רשות ציבורית הריהו התנהגות של "נבל ברשות העשייה הציבורית" (וראה ע"א 148/77 הנ"ל, בעמ' 635–636, 638).

3. ואם כי הדרישה להתנהגות בתום-לב אחת היא – על-פי האמור בסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) – לתחום דיני החוזים כלתחום דיני המשפט הציבורי, הרי תוכנה ומידת היקפה של התנהגות זו שבתום-לב אינה שווה בהכרח לתחומים משפטיים שונים אלה. הכול לפי העניין והכול לפי הנושא. גם לעניין קיום חיוב הנובע מחווה שתי מידות יש: "יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי 'מדת חסידות' ללא נפקות משפטית, ואין בית-המשפט כופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כדי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, להפך עצתו ולבטל מחשבתו הרעה". הכל לפי העניין והכל לפי הנסיבות, מתוך דימוי מילתא למילתא" (ע"א 148/77 הנ"ל, בעמ' 636). וכך גם לעניין החנהגות כחוסר תום-לב כתחום המשפט הציבורי. זאת ועוד; ההוראה שבסעיף 61(ב), המחילה את הדרישה להתנהגות בתום-לב על כל החיובים והפעולות המשפטיות, כוללת בתוכה סייג חשוב ועקרוני: "ככל שהרבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים". הסיבה וההסבר לכך בשוני שיש במהותם ובהיקפם של דיני המשפט הציבורי מדיני המשפט הפרטי, שוני הנובע מעצם אופיין השונה של שתי מערכות דינים אלה.

4. על כך נוכל לעמוד מתוך עיון במספר הלכות בדיני המשפט הציבורי-מינהלי שבמשפט העברי. דיני המשפט המינהלי זכו כמשפט העברי להתפתחות גדולה וליצירה ענפה עם עליית כוחה ומעמדה של הקהילה העברית החל מן המאה העשירית ואילך. הקהילה העברית כתפוצות השונות נהנתה מאוטונומיה פנימית ושיפוטית נרחבת, ומכוח הפעילות הענפה של

רשויות ציבוריות

הנהגתה הציבורית בתחומים ציבוריים ומינהליים שונים, פותחו ונוצרו שורה ארוכה של עקרונות בתחום המשפט המינהלי העברי. ויש שאוטונומיה פנימית זו נתונה היתה לא רק לקהילה הבודדת ובתחומיה אלא לאיגודי קהילות – שמצויים היו בתפוצות רבות שבגולה – והיא השתרעה על מספר רב של קהילות שבתחומיו של אותו איגוד (ראה מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהרורה 2, תשל"ח) 131, 547 ואילך, 558 ואילך; מ' אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית, פרק במשפט הציבורי העברי" שנתון המשפט העברי כרך ג–ר (תשל"ו–ל"ז) עמ' 7 ואילך; מ' אלון, "רכי היצירה ההלכתית בפתרון של בעיור חברה ומשפט בקהילה", ספר הזכרון ליצחק בער (החברה ההסטורית הישראלית, ש' אטינגר, ח' בינארט, מ' שטרן עורכים, תשל"ט) 241 ואילך; M. Elon, "Public Authority and Administrative Law", The Principles of Jewish Law (Jerusalem, 1975) 646. וכן ראה בג"צ 702/79 בעמ' 89 ואילך).

כירוע, דורש המשפט העברי, בדרך כלל, מעשה של קניין כדי לתת תוקף לעיסקה המשפטית (ראה מ' אלון בספרו הנ"ל, בעמ' 476). למן המאה השלוש-עשרה אנו מוצאים את העיקרון המשפטי, שכל עיסקה משפטית, שנעשתה על-ידי הציבור, תקפה, אף אם לא היה בה קניין: "שכל דבר הנעשה ברכים אין צריך קנין, במקום שיחיר צריך קניין" (תשובת מהר"ם מרוטנברג, מובאת במרכי, בבא מציעא, פרק ו, סימנים חנו–תנח). עיקרון חדש זה החל לסוגי עסקאות משפטיות שונות, בגון ביחסי עובד ומעביד, ריני ערבות, מתנה, ובעניינים משפטיים אחרים שהציבור צד בהם (ראה, ררך משל, שו"ת מהר"ם בר' ברוך, פראג, סימן לח; שו"ת הריב"ש, תעו; שולחן ערוך, חשו"ן משפט, סימן קסג, סעיף ו ברמ"א; שם, סימן רר, סעיף ט; שו"ת מים עמוקים, חלק תשובות הראנ"ח – ר' אליהו בר' חיים – סימן סג). הכלל שנקבע ונתקבל הוא: "מנהג פשוט הוא, מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, שריר וקיים הוא בלא קניין" (שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימנים יט ו-כא). גם לעניין כמה רישות יסוד אחרות בריני הקניין שבמשפט העברי נקבע רין שונה לעניין הרישות הציבורית. כך נקבע, שתוקף מלא יש למעשה של רשות ציבורית, הקונה או מקנה דבר שלא בא לעולם, ובניגוד לכלל במשפט העברי ש"אסמכתא לא קניא" נקבע, שלעניין הציבור אין אף באסמכתא משום פגם (שו"ת מים עמוקים, שם; שו"ת המבי"ט (ר' משה מטראני), חלק ג, סימן רכת). וראה עור M. Elon, The Principles of Jewish Law, supra at 241-256.

בערכים Obligations, Law of Contract.

ב. זאת ועור, מהרשות הציבורית נרשת מידה יתרה של רצינות, יושר והגיונות במילייה של התחייבות הניתנת על-ידיה, וזאת ביותר מהנדרש בהתחייבות של היחיר, העושה בתחום המשפט הפרטי. משום כך, כאשר נציגה של רשות ציבורית הורה, שפלוני האזרח פטור הוא מתשלום מסוים, הוראה זו מחייבת, ויש לה נפקות משפטית מלאה. אמנם, יחיר שנתן הוראה – אינה תקפה אלא אם ניתנה בפני שני ערים שאמר להם "אתם עריי", וזאת משום

שמניחים אנו, שהודאה שניתנה בין שני בעלי הדין בלבד אין בה משום גמירות הרעת, ולכן יכול המודה לומר "משטה אני כך" (סנהדרין כט ע"א); אך אין הרבר כך בהודאה שניתנה על-ידי רשות ציבורית. וכל כך למה? משום: שאם נאמר זה ביחיד המודה, לא נאמר זה... בציבור שמודים, שאין דרך הצבור להשטות (שו"ת הריב"ש, לר' יצחק בר' ששת ברפת – המאה הארבע-עשרה, מראשי חכמי ספרד ואלג'יר, סימן תעו; ועל פיו פסק הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן פא, סעיף א, ברמ"א).

ג. בשני המעשים הבאים בא עיקרון זה לכלל ביטוי מאלף. בפני ר' שלמה בר שמעון ווראן, הרשב"ש, מנהיגו הרוחני של המרכז היהודי שבאלג'יריה במאה החמש-עשרה, באה שאלה בדבר "צבור שדרכם... למכור חוק מחוקי העזר להעזר בו כדרך הנהוגה בכל הקהילות; והיה המנהג לשנה ומכרוהו לארבע שנים, ורוצים לתזור בהם; אם יכולין לחזור בהם או לא" (שו"ת הרשב"ש, סימן תקטו). המדובר, כפי הנראה, במכירת זיכיון על-ידי הרשות הציבורית ומהתמורה נעזרה הקהילה (כך נראה לפרש את המושג "חוקי העזר") במימון שירותיה. המנהג היה למכור את הזיכיון לתקופה של שנה אחת, אך באותו מקרה מכרוהו גזברי הקהילה לארבע שנים, ומתוך התשובה עולה, שראשי הקהל ביקשו לבטל את המכירה, משום שלדעתם נמכר הזיכיון לתקופה האמורה בפחות מהמחיר, שצריך היה לקבל עבור תקופה כזו. מכירה בפחות מהמחיר המקובל קרויה בהלכה התלמודית בשם אונאה – או הונאה – וכאשר המחיר הוא פחות בשישית מהמחיר המקובל רשאי המוכר לחזור בו מהעסקה (ראה בבא מציעא מט ע"ב). כמו כן נטענה הטענה, שמכירת הזיכיון נעשתה ללא מעשה קניין, וכך אין חוקף למכירה, משום שהמכור ברבר שלא בא לעולם. הרשב"ש דחה את טענות הקהל, ושלל מהם את הזכות לחזור בהם. ואלה דבריו:

...צבור, אפילו בלא קנין, ובדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם – מכירתם מכירה...
ואם מפני שדרכם למוכרו לשנה ומכרוהו לארבע (שנים) – אין לבטל המכירה... ואין טעם לבטל המכר מפני זה, אלא אם הגזברים בלבד מכרוהו, שלא במעמד הצבור, שאז יכולים הצבור לבטל מכירתם, מפני שמכרו שלא כמנהגם. אבל אם המכירה נעשית במעמד הקהל, או דובם, אז אין לבטלה, והרי היא קיימת; ואין בה גם כן הונאה.
וצא ודאה בכל קהילות הקודש, איך הם מתנהגים בענין זה, שלעולם אינם חוזרים, לא משום דבר שלא בא לעולם, ולא משום הונאה... שגנאי הוא לצבור לומר: מוטעים היינו...

העיסקה הייתה בטלה, אילו הגזברים לא היו מוסמכים להתקשר בעיסקה מעין זו על דעת עצמם ללא רשות מפורשת של הקהל. אבל, אם נציגיה של הרשות הציבורית אינם חורגים מסמכותם ומוסמכים הם – על-פי הנהגה המקובלת באותה רשות ציבורית – לבוא על עסקות בשם הרשות על דעת עצמם, הרי העיסקה תקפה, ואין הרשות הציבורית יכולה לחזור בה, אף-על-פי

רשויות ציבוריות

שבעיסקה כזו, הנעשית על-ידי יחיד, בתחום דיני המשפט הפרטי, ניתן לחזור הימנה, מטעם טעות במחיר מדין אונאה. וכל כך למה? על שום שמרשות ציבורית ונציגיה נדרשת מידה יתרה של יושר והגינות, הם אינם חוזרים מהתחייבות שהתחייבו ושביקשו לתת לה חוקף של עיסקה משפטית, שגנאי הוא להם לומר, שמוטעים היו בהתחייבותם.

ד. דברים מאלפים נאמרו על-ידי ר' אליהו בדי' חיים, הדאנ"ח, מגדוליה של יהדות טורקיה במאה השש-עשרה, בחשוכה שכבר הזכרנוה לעיל (שו"ת מים עמוקים, שם). מעשה בטובי הקהל שבאו על הסכם עם דאובן בקשר לגובה סכום המס "בעד הממון שבידו מחמת עזובן אביו, המעט הוא אם רב". כעבוד זמן, ביקש הקהל לבטל את חוקפו של ההסכם, שנעשה על-ידי טובי הקהל, שהם נציגיו, ובין היחד טענו, שחלה טעות בהערכת רכוש העיזובן על-ידי נציגי הקהל, ולכן יש להעריכו מחדש. דאובן התנגד וטען, "שכבר נפטר (=נעשה פטור) להיות פורע בעד ממון אביו על ידי הפשרה שעשה עם הקהל". הדאנ"ח דן תחילה בחוכה המוטלת על כיתח המשפט להקפיד הקפדה יתרה שלא לקפח את כספי הציבור:

להיות הדין הזה זכות הרבים תלוי בו, מחויב כל הדין דין זה לדרוש ולתעד ולהיות בודק עד מקום שידו מגעת, אם חימצא טענה קטנה או גדולה אשר יראה הרואה אותה נוטה לזכות הקהל יצ"ו (=ישמרם צור וינצדם); וכל המזכה את הרבים כל אשר תמצא ידו נוטה לזכותם, המעט הוא אם רב... על-אף זאת, דוחה הראנ"ח את טענותיה של הרשות הציבורית. ואלה דבריו: שכיון שאמדוהו בכך, אפילו נמצא שיש לו יותר, אינו פורע אלא לפי מה שאמדוהו אותו, שהיה האומדנא תלוי בדעתם. ואף על גב דטובי הקהל יראה לכאורה דלא הוי אלא כשלוחי הקהל, ושליח שטעה שליחותו בטל, דאמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי (כתובות צט ע"ב; לפי הדין דשאי השולח לבטל את מעשה השליח שטעה בשליחותו, משום שהשולח יכול לומר לו: לחקן שלחתיך ולא לעוות)... מכל מקום כבר כתב מהר"ם ז"ל בחשוכה שכל מה שטובי הקהל עושים... אינו חוזר, ואף על גב דכל דין של טעות אינו דין. וממנו יש ללמוד בנדון דידן, דכל מה שעשו דאשי הקהל שעניני הקהל הונחו בידם – שהוא קיים, ואין הקהל יכולין לחזור בהם, ואפילו שראו שטובי הקהל טעו בדבר ההוא.

התחייבות, הנעשית על-ידי רשות ציבורית או נציגיה במסגרת סמכותם, בכוונה שיהיה לה חוקף משפטי, מחייבת את הרשות הציבורית, ואין היא יכולה לחזור בה, גם במקרה שהתחייבות כזו, אילו נעשתה על-ידי יחיד, בתחום המשפט הפרטי, רשאי היה לבטלה ולחזור הימנה.

ה. דשות ציבורית, שקיבלה התחייבות על עצמה חייבת איפוא למלא אחריה במידה יתרה של יושר והגינות, העולה על מידת הדין, בה חייב היחיד בהתחייבות מעין זו בתחום עשייתו במשפט הפרטי. מאידך גיסא, יש שמ'ה יחיד, ביחסו המשפטיים עם יחיד אחר, נדרשת מידה של יושר והגינות

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

יותר ומעל ממה שנדרש מהרשות הציבורית. דרך משל, כאשר לא ניתנה התחייבות מטעם הרשות הציבורית, והשאלה העומדת לדין היא זכות מזכירות הציבור, כגון רכוש הציבור וכספיו, יש להקפיד על שמירתה של זכות זו שלא תיפגע ושלא תקופח, אף ביותר מאשר לעניין זכותו של היחיד בתחום המשפט הפרטי. ואף זהו כלל גדול בעולמו של המשפט העברי, ודברים על כך שמענו כתשובתו האמורה של ר' אליהו בר' חיים בדבר ההקפדה והשמירה היתרות של כל זכות של רבים, בין אם רבה היא זכות זו או מעטה היא; ובשמירת זכות של רבים מצווה גם הרשות הציבורית עצמה להקפיד ולעמוד על שורת הדין. נדגים כלל נוסף זה מתוך עניין העולה, בקירוב, בעתירה שלפנינו. כידוע, בעולמו של המשפט העברי קיימת חובה, בנסיבות מיוחדות, לנהוג לפני משורת הדין, לצאת ידי שמים, גם כאשר בעל הדין פטור מצד הדין (ראה, דרך משל, בבא מציעא פג ע"א; בבא קמא נה ע"ב-גו ע"א). חובה זו הקיימת ביחסים שבין שני יחידים, יש שאין היא קיימת לעניין הרשות הציבורית. וכל כך למה? על שום שהיחיד מצווה הוא, בנסיבות מסוימות, על קיומה של ההוראה הכללית "צדק משלך ותן לו" (חולין קלד ע"א); מה שאין כן הרשות הציבורית, כאשר פטורה היא מצד הדין, אין היא רשאית לשלם ליחיד פלוני מכספי הציבור לפני משורת הדין. במקרה זה מיטיבה הרשות הציבורית עם יחיד פלוני על חשבון זכויותיהם של רבים אלמונים – שהרי הדשות הציבורית היא בבחינת נאמן על כספו וזכויותיו של כלל הציבור – ואין היא רשאית לנהוג כן. הכלל הוא – צדק משלך ותן לו, משלך ולא משל כספי הציבור (והשווה תיק (י"ם) 517/תשי"ד, כרך א, בעמ' 171).

9. חובת הסודיות

בג"צ 264/70

מזרחי נ' ועדת המינויים למינוי דינינים לכית-הדין
הרבני הגדול

פ"ד כד(2) 335, 339

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

העותר הגיש עתירה נגד ועדת המינויים למינוי דינינים לכית-הדין הרבני הגדול, וביקש לצוות על חברה לקיים את ההצעה למינוי העותר כחבר בית-הדין הרבני הגדול ולבטל את ההצעה למנות את הרב מרדכי אליהו כחבר אותו בית-דין.

רשויות ציבוריות

השופט קיסטר: מותר לצפות או לדרוש מחברים שלא "ידליפו" או כשפה השפוטה שלא יהיו ככחינת "הולך רכיל מגלה סוד". כמיוחד אמורים הדברים לגבי ועדה למינוי דיינים. יש לציין שבמקרה של דיונים סגורים של ועדות ציבוריות אומר ה"חפץ חיים" בהלכות לשון הרע (כלל כ, סעיף יא) שסיפור על-ידי חבר הוועדה לאחר מה היתה דעתו או דעת חבריו, זהו איסור גמור.

10. פיקוח הרשות השופטת על הרשות המבצעת

בענייני ביטחון

בג"צ 302/72, 306/72

אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'

פ"ד כז(2) 169, 184

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, ויחקון, קיסטר

העותרים מבקשים מבית-המשפט הגבוה לצדק לחייב את המשיבים שלא להפריע להם ולבני שבטיהם לחזור ולהתגורר באזור הידוע כפיתחת רפיח, ממנו הורחקו על-ידי צה"ל.

השופט קיסטר: מכאן אגיע לעניין העומד בפנינו – מה מידת התערבותו של בית-משפט זה כמעשים, וכיניהם כמעשי חקיקה, שנעשו על-ידי המפקד הצבאי בשטח מוחזק.

אין צורך לערוך כאן בידור ממצה ואסתפק בנקודות המתעוררות כמשפט זה דוקא. מטבע הדברים, ישנם עניינים שמידת התערבותו של בית-משפט בהם, היא מצומצמת ביותר או אף בלתי-אפשרית; כך, לדוגמה, לא יתערב בית-המשפט כמדיניות חוץ של המדינה ולא יתן הוראות כדבר דרכי ניהול מלחמה. יצויין, כי כמשפט העברי קיימת הוראה שמלך יוצא למלחמת דשות רק בהסכמת הסנהדרין, אך למלחמת מצווה, שאחד מסוגיה הוא – "עזרת ישראל מיד צר", אינו זקוק לרשות הסנהדרין (ראה: רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ה, הלכות א-ב; אשר למקורות ולפרשנות הלכות אלה, מפנה אני לספרו של שמריהו אריאלי – משפט המלחמה, עמ' צו ועמ' קע, וראה גם ספרו של ולדנברג – הלכות מדינה, כרך ב, שערים ד-ה).

מפאת שיקולים דומים, לא ימהר בית-המשפט להתערב בפעולות של מפקד צבאי או עושי דברו, כאשר כא הוא להגן על בטחון השטחים שכשליטתו. העובדות וכן התצהירים של הצדדים תוארו בפירוט כפסק-דינו של חברי

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

הנכבד, השופט לנדוי, ומסקנתו היא שאין מקום להערכב בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי, ולכך אני מסכים.

11. אין מכריעין ברוב דעות אלא אם כן התקיים הדיון בנוכחות כולם

בג"צ 210/60, 205/60

עבורי נ' שר הדתות ואח'

פ"ד יד 2020, 2042-2044

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, ריחקין, ח' כהן

השופט ח' כהן: אין חילוקי דעות בין הפוסקים שבפעולת שיפוט אין הולכים אחר דוב הדיינים או הבוררים או כולם ישבו בדין: אפילו נסתלק אחד מעשרה או אחד ממאה, נתפרדה התבילה, "שאיין הולכין אחד הרוב אלא כשרבו המזכין על המחייבין או מחייבין על המזכין, מתוך משא-ומתן של כולם, אבל כשהמיעוט איננו – לא. אומרין שאילו היה שם אותו האחד, שמה היה מראה טעם להיפך כל מה שהסכימו הרוב, ויודו הרוב בכך... ודברים אלה פשוטין הן לענין הדין, והוא הדין לפשרה, ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל מתוך משא-ומתן, אבל רוב הנפרד מתוך הכלל ודין או שמיין או בוצעין לעצמן שלא מתוך משא-ומתן עם הכלל או שלא במעמדן, לא עשו ולא כלום" (שו"ת הריטב"א, סימן פה, וכן גם תשובת הרשב"א, המובאת בבית יוסף, טור חושן משפט, סימן יג, סעיף ט). היועץ המשפטי המלומד טען לפנינו שתפקידי ועדת הבחירות הן מעין-שיפוטיים, ובכך רצה לתת טעם למה אסורים חבריה בהתפטרות; אין אני מקבל טענה זו, שאילו הייתי גורס שיש כאן ועדה מעין-שיפוטית, הייתי פוסק אף אני שאין רוב אלא כשכל החברים נוכחים ומשתתפים בדין. אלא סימן ההיכר של פעולה שיפוטית או מעין-שיפוטית היא השפיטה בין יריבים, ולא – כפי שהיועץ המשפטי ניסה לטעון – שימוש עצמאי בשיקול-דעת; השימוש בשיקול-דעת משותף הוא לפעולות שיפוטיות ולפעולות מינהליות, ושיקול-הדעת הדרוש לפעולה של בחירה אינו עולה, לא במידתו ולא בעצמאיותו ולא בטיבו, על שיקול-הדעת הדרוש לפעולה מינהלית שזכרות הזולת תלויות בה.

הכלל הזה האמור בפעולות שיפוטיות, טעם נוסף לו: זכותו של הנשפט הוא להישפט על-ידי כל אחד ואחד מחברי הגוף בעל הסמכות, ולא דק על-ידי

רשויות ציבוריות

רובם: "שנאמר לא תהיה אחרי רבים לרעות, שומע אני שאהיה עמהם לטובה אם כן למה נאמר אחרי רבים להטות? לא כהטייתך לטובה הטייתך לרעה – הטייתך לטובה על-פי אחד..." (משנה סנהדרין ב, א).

הרבדים אמורים, גם במקורותינו, לא רק בפעולות שיפוטיות כלבר, אלא גם בפעולות מעין-שיפוטיות ובפעולות שמביאות ריווח לאחד והפסד לשני, כגון הטלת מסים ותשלומי חובה (שו"ת מהרי"ק, שורש א), שבהן לא חשוב רוב, אם לא היו כולם באותו מעמד; ורק מקום שנשתרש מנהג אחד, אישרו תקנות שנעשו על-ידי רוב הקהל שלא במעמד כולם (שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רסר).

אם כי אין אני יודע תקרים לבחירת רב ראשי על-ידי רוב הבחורים שלא במעמד כולם, הרי השאלה גופא החעורה, וגרמה למחלוקת עצומה, בקשר לחידוש סמיכת הריינים בארץ-ישראל בשנות השלושים של המאה השש-עשרה. נמנו וגמרו רבני צפת לעשות מעשה על-פי מה שכתב הרמב"ם בפירושו למשניות סנהדרין, שחכמי ארץ-ישראל יכולים לסמוך ריינים, הגם שהם אינם סמוכים; וסמכו לגדול שבהם, רבי יעקב בירב. מששלחו כתב-הסמיכה לרבני ירושלים שגם הם יסמכו ירם עליו ויקבלו סמיכתם מן הסמוך החדש, גידש אותם גדול רבני ירושלים, רבי לוי בן חביב (הרלב"ח), מעל פניו, וטען לא רק שאין מקום לחידוש הסמיכה, אלא גם שהחלטת רבני צפת היא פסולה, שהי על-פי שרבני צפת הם הרוב שבחכמי ארץ-ישראל, הרוב החליט, מה שהחליט שלא במעמד כולם; ואם כי נכון הוא שרוב ככולא דמי, אין זאת אלא רובו מתוך כולו. ובלשונו של הרלב"ח: "מצווח עשה מן התורה להטות אחרי רבים, כל זמן שתהיה הסכמת הרוב מתוך משא-ומתן של כולם... אבל כשהסכמת הרוב היא בלי משא-ומתן של כולם, אינה הסכמה כלל, כי אולי אם היו שומעים הרוב טענות המיעוט, היו מודים להם וחוזרים מסברתם... ובגדון דידן מן הראוי היה לשתהיה הסכמת הרוב קיימת, שהיינו יושבים כולנו ביחד, נושאים ונותנים בדין פנים אל פנים ופה אל פה, או לפחות שהיינו נושאים ונותנים על-ידי כתב... וכיון שלא נעשה לא זה ולא זה אינה נקראת הסכמתם הסכמת הרוב...". דברים אלה ורבים נוספים באריכות גדולה, פורסמו על-ידי הרלב"ח בקונטרס, ומשפורסמו לא טמן גם ר' יעקב בירב את ידו בצלחת ופידסם קונטרס משלו; וכך נתחלפו הקונטרסים שלוש פעמים מכל צד, ובמידה שגדל מספרם, רבו החירופים והגידופים ההדדיים שבהם. בתחילה כתב ר' יעקב בירב על דברי הרלב"ח שהסכמתם של רבני צפת בטלה, רק "אוי לאוזניים שכך שומעות"; אך בקונטרסו השני עבר להחזיקה אישית עליו, באמרו לא רק שקונטרסו של הרלב"ח מעיד עליו שמעולם לא פתח ספר, אלא אף בהזכירו את עברו הנוצרי כאחד מאנוסי ספרד, ובהבליטו לעומת זאת את עברו הנקי ואת גודל צדקתו ולמדנותו שלו עצמו. והרלב"ח השיב מלחמה שעררה בהאשימו את יריבו בגאווה ובגסות רוח ובהוצאת דיבה, ובחזרתו דעתו שרבני צפת הם אמנם רבי הכמות אך מעטי האיכות, ואילו רבני ירושלים שהם מעטי כמות, דכי איכות הם; ומה שווה הרוב של הרבים, אם הטובים אינם

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

כיניהם. הוא גם האשים את חכמי צפת בפגיעה בכבודם של חכמי ירושלים וכחוסר דרך-ארץ – שאילו היו בעלי נימוסין, איך היה עולה על דעתם להעמיד את רבני ירושלים בפני עובדה מוגמרת. אני מזכיר את ההשמצות וההאשמות ההרדיות האלה אך בכדי להראות שגם לכך יש תקדים; ואין בכך אולי כדי לגרוע מגדולתם של ר' יעקב כירב מכאן ושל הרלב"ח מכאן. לענייננו מן הראוי לציין שכתשוכה להשגותיו של הרלב"ח, פסק ר' יעקב כירב, שענין כמו סמיכה של דיינים אינו צריך לא משא-ומתן ולא חיקור-דין, אלא רק הסכמה על האיש שיוסמך, וכגון דא אין צריך רוכו מתוך כולו, אלא גם הרוכ שלא כמעמד כולם מוסמך לפעול. לפסק-הלכה זה נודע משקל יתר נוכח העובדה שתלמידו הגדול של ר' יעקב כירב, הוא ר' יוסף קארו, סמך ידוע עליו ואף קיבל מרכו את הסמיכה כשהלה נאלץ לעזוב את הארץ וללכת לדמשק מפני חמת השלטון.

הלכה נפסקה לאחר מכן שבעניינים לא-שיפוטיים, כשהדבר דרוש "למיגדר מילתא במילי דשמיא, במקום שהדור פרוץ לעבור על דברי תורה, וההכרח נותן לגדור גדר... הכל מודים שיש כוח ביד רובם שלא מדעת כולם, לעשות ולתקן ככל אשר יבינו שהדבר נחוי לתקנת הקהל" (שו"ת מהרי"ק, שורש קפ). ומעיו אני לחשוב שכמחינת בעלי-הדין שלפנינו הגדרה זאת תופסת לענין בחירת מועצת הרכנות הראשית בישראל דהאידינא: היא מילתא במילי דשמיא, והדור פרוץ לעבור על דברי תורה, ואם לא יעשו רובם שלא מדעת כולם, לא ייעשה ולא יתוקן דבר.

אף גם זאת הלכה פסוקה היא שמקום שקיימת תקנה שהולכים אחר הרוכ – כפי שהיא קיימת בתקנות הבחירות לענין ועדת הבחירות – "יהא שריר וקיים מה שסיכמו הרוכ גם שלא מתוך כולו" (שו"ת הרשד"ם, יורה דעה, סימן קנא). וכתשוכה אחרת נמצא אסמכתה לכך שאחדי שהסכימו על דבר אחד, "ונפטרים קצתם והולכים קצתם, ההסכמה במקומה עומדת"; ומה שעושים לאחר מכן, שריר וקיים, אף-על-פי שקצתם נעדרים (שו"ת המכ"ט, שם), ולמעשה אין אפשרות אחרת – שאם לא כן, לעולם לא יסכים הקהל על שום דבר, אם יהא כוח ביחידים לכטל הסכמתם (תשובות הרא"ש, כלל ו, סימן ה).

רשויות ציבוריות

12. האצלת סמכותו של תפקיד ניהולי ברשות מוניציפאלית

בג"צ 380/74

סלמאן נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח'

פ"ד ל(1) 496, 495, 501

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגרוט), והשופטים ברנזון, י' כהן

העותר התנגד להפסקת עבודתו אצל המשיבה השניה, בראותו כה פיטורין פוליטיים המנוגדים לחוקת העבודה לעובדי מוסדות ההסתדרות. בית-הדין האזורי לעבודה קיבל את טענת העותר כי המניעים לפיטוריו היו פוליטיים, כרם סבר כי אינו מוסמך ליתן לו סעד הצהרתי. בית-הדין הארצי לעבודה שלל את דעת כית-הדין האזורי כי אינו מוסמך לתת פסק-דין הצהרתי על כטלות פיטורין שנעשו שלא כדין, אולם דחה את הערעור בקבעו כי סיבת הפיטורין הייתה צמצום בעבודה.

השופט ברנזון: מר קציר ביקש לפסול את החלטת מזכירות ועדת הבקורת המרכזית מיום 29.11.71 כפסק-בוררות מכמה וכמה טעמים: הבירור לא היה בפניה אלא בפני 2 מחבריה בלבד; לא היא ולא ועדת הבירור נאותו לשמוע את ראיות העותר; הענין לא הובא בכלל למליאת ועדת הבקורת המרכזית; ואף אין החלטה של המזכירות החתומה על-ידי כל חבריה. כל מה שיש בעין הוא מכתב מטעם המזכירות אל הוועדה לעניני פיטורין. העתק ממכתב זה נשלח גם לעותר, אבל ההחלטה עצמה בתור פסק-בוררות חתומה כהלכה מעולם לא נשלחה ולא נמסרה לעותר.

בכל הנוגע לחלוקת התפקידים בין גופי-העזר של ועדת הבקורת המרכזית, לסדר-הדין אצלם ולעורת הפסק לא הובאה כל דאיה מצד העותר. מתקבל על הרעת שלא כל דבר חייב להיות מובא למליאת הוועדה לדין ולהכרעה. הוועדה היא גוף גדול המורכב ממספר רב של חברים, והמזכירות גם היא דחבה וייצוגית למדי. לפיכך דק דברים בעלי חשיבות עקרונית או כללית מובאים למליאת הוועדה ולהכרעה, בבחינת "כל הדבר הגדול יביאו אלי וכל הדבר הקטן ישפטו הם" (שמות יח, כב).

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

כג"צ 702/79

גולדברג נ' שרמן, ראש מועצת רמת השרון

פ"ד לר (4) 85, 88, 89-90

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים י' כהן, בן-פורת, אלון

חבר המועצה המקומית רמת השרון עותר כנגד האצלת סמכויות בתחומים שונים על-ידי ראש המועצה המקומית הוא המשיב הראשון, ומבקש לצוות על ביטול האצלת הסמכויות, הימנעות מעשיית שימוש בסמכויות שהואצלו וכיטול האישור להאצלה על-ידי המועצה המקומית.

השופט אלון: כלל גדול בידינו שסמכות, שהפעלתה יש בה משום שיקול הדעת, משהעונקה לפלוני, חייב הוא להפעיל סמכות זו באופן אישי ואין הוא רשאי להאצילה לאחר אלא אם הורשה במפורש לכך.

...מן הראוי לציין כי עיקרון זה כבר מצאנוהו מימים ימימה במשפט המינהלי העברי. דיני המשפט המינהלי זכו במשפט העברי להתפתחות וליצירה גדולות עם עליית כוחה ומעמדה של הקהילה העברית החל מן המאה העשירית ואילך. הקהילה העברית, בחפוצות השונות של היהדות, נהנתה מאוטונומיה פנימית ושיפוטית נרחבת, ומכוח הפעילות הענפה של הנהגתה הציבורית בתחומים ציבוריים ומינהליים שונים, פותחו ונוצרו שורה ארוכה של עקרונות בתחום המשפט המינהלי העברי (דאה מנחם אלון, המשפט העברי, א, עמ' 131; ב, 547 ואילך, 558 ואילך; M. Elon, Public Authority and Administrative Law, in The Principles of Jewish Law 1975, p. 645 ff.).

באחת מתשובותיו דן ר' יצחק בר' ששח ברפת, הריב"ש, מחכמי ההלכה שבספרד וצפון אפריקה בסופה של המאה ה-14 ותחילת המאה ה-15, בשאלה שנשאל על-ידי מנהיגי קהילת ברצלונה ושענינה העיקרי שאלת האצלת סמכות בענייני ניהול ברשות מוניציפלית, בדומה לענין שלפנינו (שו"ת הריב"ש, סימן דכח). וזוהו גדר השאלה. בקהילה אחת במחוז קטלוניא הותקנה חקנה לפיה הוסמכו שלושה ממנהיגי הקהל (שנקראו בשם "נאמנים") יחד עם בית-הדין שבקהילה לכוון בצוות של שלושים איש אשר יפקחו על ענייני הקהילה השונים, ובמיוחד על העניינים הקשורים בחלוקת נטל המיסים ואופן גבייתם. והנה "הנאמנים והבית-דין היו נושאים ונותנים ביניהם לעשות ברירת השלושים הנזכרים, ומתוך שלא היו מסכימים בה (=שלא הגיעו להחלטה מוסכמת בדבר מינוי שלושים האנשים), נתרצו בשני אנשים שיעשו ברירת השלושים הנזכרים, ושיקיימו כולם ברירת השלושים שיעשו השנים הנזכרים". חלק מן הקהל התנגדו להאצלת סמכות זו על-ידי שלושת הנאמנים ובית-הדין לשני האנשים, וטענתם היחה "שאינן לנאמנים ולבית-הדין כוח למנות מי שיעשה הברירה, כי להם ניתנה רשות והכוח לעשות הברירה...

רשויות ציבוריות

ולזה אף אם מינו השנים לעשות הברירה – אין ברירתם כלום".
כתשובה ארוכה ומפורטת בענין דיני השליחות והאצלת סמכות לפי המשפט העברי מקבל הריב"ש התנגדות זו, ומסיק לאמור:
...אף על גאון דבעלמא (=בדרך כלל) שליח עושה שליח היכא דליכא קפידא (=במקום שיש להניח שהשולח אינו מקפיד בדבר), בנדון זה נראה שהנאמנים והבית-דין, שהם שלוחי הקהל לעשות ברירת השלושים, לא היו יכולין למנות אחרים תחתיהם לעשות הברירה ההיא, כיון שלא פודש כן ביכולת הנתון להם (=מכיון שלא היחה הוראה מפורשת בתקנה שיכולים הם להאציל מסמכותם לאחרים).
לפי שיש קפידא גדולה בדבר זה; שהרי בברירת השלושים תלוי כל עניני הקהל, וצריכין הבוררין אותם לדקדק הרבה באומד הדעת ובמחשבה, שיהיו אנשים חכמים ונבונים ויודעים בעניני הקהל במשפטיהם והנהגותיהם ותקנותיהם, אוהבי צדק ורודפי שלום, ושיתפייסו מהם רוב הקהל; ואין ספק שיש קפידא בדבר זה מי יהיו הבוררים... ואחרי שיש קפידא לקהל באנשים הבוררים שיהיו חשובים ומעולים, אם כן אין כונת הקהל שהבוררים אותם יהיו יכולין למנות אחרים תחתיהם, ואפילו יהיו כמותם בחכמה ובמנין...
וכן מן דין (=חוץ מזה, היינו נמוק נוסף), אפילו לא היה קפידא בדבר, אפילו הכי אין יכולין למנות אחרים תחתיהם, כיון שלא פורש בכוח הניתן להם; לפי שנתנית רשות לנאמנים ולבית-דין לעשות ברירת השלושים מילי ניהו, ומילי לא מימסרן לשליח... לעשות ברירה אין כאן דבר (=חפץ) נמסר אלא דברים בעלמא, והוא עצמו כשמקיים לשיחותו מהני ונעשה שליח על השליחות ההיא, אבל אין יכול למסרן לשליח שני...
מהאי טעמא אין הבוררים הראשונים יכולים למנות לאחרים תחתיהם אלא אם כן ניתן להם רשות בפירוש לעשות כן, דאז הוי כאילו הקהל עצמם בררו אלו השניים" (וראה עוד: ערוך השולחן, חושן משפט, סימן קפב, סעיף ח;
(Public Authority etc., ibid, pp. 648-649).
תפקיד וסמכות שנבחר הקהל מקבל על-פי התוק, ושיש בביצועו משום "אומד הדעת ומחשבה", צריך שיבצע על-ידי בעל התפקיד והסמכות באופן אישי, אלא אם כן מצויה הודאה מפורשת המאפשרת לבעל התפקיד להאצילו לאחרים.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

13. האיסור לנצל שררה כלפי הנתון למרות

עש"מ 2/73

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(1) 370, 365

בבית המשפט העליון

המערער נמצא אשם בבית הדין למשמעת של עובדי המדינה בעבירות משמעת על רקע מיני, והוחלט על פיטוריו המידיים. כערעורו הוא טוען, כי לא היה סיוע לעדויות המחלונות.

השופט קיסטר: נכון הדבר, כי בתיק מצויות ראיות שלפיהן היה המערער, מכמה בחינות, עובד טוב ומסור, ובצדק נפסק שהפיטורים יהיו תוך תשלום פיצויים, וכן כי נפסל למלא תפקידים מסויימים בלבד, ולא נפסל לחלוטין מלעבוד בשירות המדינה. בא-כוח המערער מצטט את פסק-דיני בענין פלוני נגד היועץ המשפטי לממשלה, עש"מ 3/71, שם קיבלתי ערעורו של עובד על גזר-דינו של בית-דין למשמעת לפיטורין והחלטתי על הורדת העוכר בשתי דרגות, פסילתו לתפקידים מסויימים והעברה לתפקיד אחר באותו משרד, מתוך שיקולים האמורים שם. הנני כדעה, שגם במקרה זה ראוי המערער, למרות עבירות המשמעת שנמצא אשם בהן, שלא תקופת פדנסתו, וכמיוחד כשטפלי תלויים בו (תולין יח ע"א), שהרי המערער נשוי ואב לארבעה ילדים... שירות תקין במדינה דמוקרטית דודש, כי הממונה על עובדים אחרים, על קבלתם ועל פיטוריהם, יוציא מכלל שיקוליו ופעולותיו כל מניע אישי ופרטי שלו, ולא ינצלם לצרכיו או לעניניו. בכלל דרושה זהירות ביחס של אדם כלפי מי שעלול להיות תלוי או לראות עצמו כתלוי בו; בנדרן זה יפים דברי רבינו יונה מגירונדי (בן זמנו וחברו של הרמב"ן) בספרו שערי תשובה, שער ג, סימן ס: "לא ישתעבד אדם כתכריו, ואם אימתו עליהם או שהם כושים להתל דברו לא יצוה אותם לעשות קטנה או גדולה, אלא לרצונם ותועלתם, ואפילו להתם צפחת מים או לצאת בשליחתו אל רחוב העיר לקנות עד ככר לתם..."

הממונה על אחרים רשאי, ואף חייב, לדרוש מאת עובדים, כי ימלאו את תפקידיהם בשירות וחו לא.

ב. האזרח והרשות

1. חובת הרשות המנהלית להעמיד את האזרח בחזקת זכאי

בג"צ 94/62

גולד נ' שר הפנים

פ"ד טז 1846, 1851–1852

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, לנדוי, ח' כהן

המבקש בא לישראל בראשית ספטמבר 1961, ובו ביום הביע לפני אנשי המשטרה בשדה-התעופה את רצונו להשתקע בארץ. כהודעתו מסר גם שהשיג בארצות-הברית דרכון חדש על סמך הודעה כוזבת שדרכונו אבד לו. המשיב סירב להת לו תעודת-עולה, כאשר נוכח, בתום-לבו – על סמך חומר שכלל כתב-אישום, צווי העמדה-לדין, ותצהיר בשבועה של חוקר משטרה אמריקני – שהמבקש הוא בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור. התא צו-על-תנאי.

השופט ח' כהן: זכות היסוד שבחזקת-זכאי ניתנת לאדם לא רק כדי שלא ייענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו ושמו הטוב וכל יתר זכויותיו האישיות והחמדיות לא ייפגעו, בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט. ולא זו אף זו: זכות-היסוד זאת, כמותה כרוב זכויות-היסוד של האדם, ניתנת לו ועומדת לו לאו דוקא להגנתו מפני בחייה-משפט, כי אם דוקא להגנתו מפני הרשויות המנהליות;

... דק כדי שלא יעלה חשד כלב איש (ולב המשיב במיוחד), כאילו זקוקים אנחנו דוקא למסודת המשפטית האנגלית ולמוסר האומות בנות-ימינו, לשם קביעת מושגייסוד שכאלה, אוסיף בדרך אגב, שמצוות-עשה, בצדק תשפוט עמיחך (ויקרא יט, טו), הובנה ופורשה לאמור, "לא בדין בעלי-דינין הכתוב מדבר, אלא ברואה חברו עושה דבר שאחה יכול להכדיעו לצד עבירה ולצד זכות – הכדיעו לצד זכות, ואל תחשדהו בעבירה" (כלשון רש"י, שבועות ל ע"א, ד"ה הוי דן את חברך לכף זכות). משמע שהצדק אשר רשות מנהלית מצווה לנהוג בו, היא העמדת האדם בחזקת זכאי; רק כשאינן עוד ספק סביר באשמתו, מחמת שנחתייב בדינו בכל דקדוקי ההלכה, אינה עומדת לו חזקה זו עוד (וראה האגרות בשבת קכז ע"ב ובכדכות לא ע"ב; והפתיחה לספר חפץ חיים לר' ישראל מאיר הכהן. סימן ג למצוות עשין; ודו"ק).

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

2. חובת הפיצוי בהפקעת מקרקעין לצורכי ציבור

בג"צ 326/65

סרבי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, ירושלים

פ"ד כ(2) 499, 490

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, כהן, קיסטר

השופט לנדוי: ששת העותרים הם תושבי גבעת עליה ב' בתל-אביב. שכוונה זו עומדת על ארמת הכפר ג'מוסין, שנעזב על-ידי תושביו הערביים עם פרוץ מעשי האיבה לפני הכרזת המדינה, בסוף שנת 1947 ותחילת שנת 1948. כאותה תקופה פונתה שכונת הספר מנשיה בין תל-אביב ויפו על-ידי מוסדות הישוב ותושביה היהודיים הועברו לבתי ג'מוסין. חמשה מששת העותרים היו בין מפונים אלה. אדמת הכפר הפכה להיות נכסי נפקדים ובתור שכזאת הוקנתה לדשות הפיתוח, שבמקומה בא עתה מינהל מקרקעי ישראל, המשיב לעתידה זו...

השופט קיסטר: העקרון לפיו חייבת המדינה לפצות על החרמת דכוש הפרט, התגבש וזכה להכרה בשיטות משפט דבות כפי שניתן לדאות מפסק-הדין האנגלי החדש שהוכר לעיל (Burmah Oil Co. Ltd. v. Lord Advocate). אציין שבמשפט העברי זכה העקרון להכרה כבר לפני עת דבה; וזו לשון הדמב"ם בענין זה (הלכות מלכים, פרק ד, הלכה ו):

ולוקח (המלך) השדות והזיתים והכרמים לעבריו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אילו אם אין להם מה יאכלו אלא משם, ונותן דמי הם... לאור העקרון היסודי האמור, חייבת איפוא המדינה לדאוג שהעותרים אשר שוכנו על-ידיה בשכונת ג'מוסין לאחד שפוננו מיפו בעת המלחמה, יפוצו, ובהודעתה דלעיל אף קבעה את הדרך בה יפוצו העותרים, באופן שיקבלו דיור חלוף אם היא חרצה לעשות שימוש אחד בשטח בו הם משוכנים כעת. אמנם, הוכטח למשתכנים שענינם לא יוסדר אלא תוך הסדר הדדי, אך כיון שלא הגיעו לידי הסדר כזה, אין מנוס ממסידת ההכרעה בענין לידי גוף שיפוטי מתאים. המדינה חשבה לצאת ידי חובתה, על-ידי הקביעה בהסכם שנערך עם חברת דיור ב' פ' בע"מ, לה העבירה את זכויותיה כקרקע, אשר עליה שוכנו העותרים, שזו חתן למשחכנים שירצו בכך דיור חלוף בבנינים שיוקמו על-ידיה על אותם שטחים.

רשויות ציבוריות

ע"א 216/66

עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה

פ"ד כ(4) 522, 525, 546

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים לגרין, קיסטר

הנשיא (אגרנט): בתאריך 25.1.1966, פנה המשיב לבית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בבקשה להעדיף את הפיצויים המגיעים לו בגין זכויותיו בחלקה 43 בגוש דשום 6638, עקב הפקעתה על-ידי המערערת, בהתאם להודאות פקודת הקרקעות (דכישה לצדכי ציבור), 1943 (להלן – הפקודה)...

ולאחרונה: גם במשפט העברי הוכר הכלל לפיו אין הפקעה ללא תשלום. (בבג"צ 326/65, פד"י, כרך כ, עמ' 490, 499, הכיא חברי, השופט קיסטר, את דברי הרמב"ם ביחס לזכויותיו של המלך להפקיע לצרכי הצבא בעת מלחמה). כמו כן הפנה חברי את תשומת לבי – באשר להפקעת מקרקעין לצדכי ציבור, כגון דרכים, על-ידי רשויות ציבור – להלכה כפי שסוכמה על-ידי ה"חזון-איש" בספרו על בבא בתרא, סימן ד, אות טו בסוף, שם אמר בין השאר: ומיהו בכל אופן אין היחיד צריך להפסיד ממונו אלא הציבור חייב לשלם לו הפסדו שהרי אין היחיד חייב לעשות צרכי ציבור משלנו... אלא צריך לתת חלקו עם הציבור...

3. סמכות הרשות בגביית תשלומים

ע"א 63/76

חברת הגבעה האדומה 5000 בע"מ נ' עיריית

ראשון-לציון

פ"ד ל(3) 818, 819, 823

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים ח' כהן, עציוני, שמגר

השופט ח' כהן: העירייה המשיבה דרשה מן המעדרת תשלום סך 54,555 לירות כדמי-השתתפות בכביש אשר העירייה מתכוונת לסלול. משלא נענתה, הגישה לבית-המשפט המחוזי תובענה בסדר-דין-מקוצר. המערערת ביקשה רשות להתגונן, לא רק באשר לטענתה אין זו תובענה הראויה לדיון בסדר-דין-מקוצר, כי אם גם באשר לטענתה אין העירייה זכאית לתבוע דמי-השתתפות

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

כאלה, אם בכלל ואם בשלב זה. הרשם המלומד דחה כל הטענות הללו ופסק למשיבה את סכום תביעתה עם ריבית והוצאות. מכאן ערעור המערערת לבית משפט זה.

... חוק עזר המסמיך עירייה לגבות דמי השתתפות בהוצאות שלא הוצאו ועבור עבודות שטרם בוצעו, רק כאשר קיימת החלטה שנתקבלה אי פעם לבצע עבודות אלה, פסול הוא – לא רק משום שאין לו סמוכין בחוק והוא לוקה בחוסר סמכות, אלא גם משום שיש בו אבק גזל והוא לוקה בחוסר סבירות. אבק גזל כיצד, שהשואל שלא מרעת הבעלים, נקרא גזלן (כבא בתרא פח ע"א) – והוא הדין לנוטל "פקדון" על אפס ועל חמתם של בעלים, ואפילו על-מנת להחזיר. יש אצל הרמב"ם שמותר למלך לכוות עצים ולהרוס בתים, ולא-כל-שכן ליקח מסים, כדי לבנות דרכים או גשרים; אך במה דברים אמורים, "במלך שמטבעו יוצא", "אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זדוע וכמו חבודת ליסטים המזויינין שאין דיניהם דין, וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנין לכל דבר" (הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה יח). המלך "מטבעו יוצא" כשהוא עושה מעשיו וגוזר גזירותיו בהסכמת "בני אותה הארץ"; כיוצא בזה אתה אומד שהעירייה מטבעה יוצאת כשהיא מטילה מסים ונוטלת כספים אם על-פי הסמכת המחוקק ואם בהסכמת המשלם. באין הסמכה מפורשת וחד-משמעית ובאין הסכמה מצד המשלם, יש בדרישת התשלום לשם הפקדת פקדון משום "גזלנות דמלכותא" אשר מכוחה אין מוציאים ממון מידי בעליו.

פרק שלישי זכויות האזרח

א. ההגנה על כבוד האדם

1. הזכות לשם טוב וכבוד הבריות

ד"ר 9/77

חברת החשמל לישראל בע"מ ואח'
נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח'
פ"ד לב(3) 337, 343, 344

כביה"משפט העליון
לפני מ"מ הנשיא (לנדר), והשופטים עציוני, י' כהן, שמגר, כן-פורת

נשוא הדין הנוסף הוא ע"א 723/74 בו נתקבל, בדעת רוב, ערעורם של הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואחריים נגד חברת החשמל לישראל בע"מ ונדרתה תביעת חברת החשמל לתשלום פיצויים על הוצאת לשון הרע.

מ"מ הנשיא (לנדר): הצעת חוק יסוד זכויות האדם והאזרח (הצעות חוק תשל"ג, עמ' 448), סעיף 3 שלפיו "כל אדם זכאי להגנה כדין על חייו, גופו, נפשו, כבודו ושמו הטוב", וזכות זו אינה נידחת כנראה, לפי כוונת המנסחים, להגבלה על-פי שום חוק. הנוסח המעמיד את הזכות לשם טוב באותו מעמד כמו הזכות לחיים מזכיר לנו את מאמר קדמונינו: "כל המלכין פני חברו ברבים, כאילו שופך דמים". בימינו קוראים לזה "רצח אופיי" (על הלכות המשפט העברי המדגישות את מקומו החשוב של כבוד האדם במערכת הערכים המשפטיים הראויים להגנה ראה חיבורו של ד"ר נ' רקובד "ההגנה על כבוד האדם", בחוברת נד בסדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי בהוצאת משרד המשפטים).

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

בג"צ 391/79, 373/79, 370/79, 355/79

קטלן ואח' נ' שרות בתי הסוהר ואח'

פ"ד לר(3) 294, 305-307

בכית-המשפט העליון בשבתו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (לנדוי), מ"מ הנשיא (ח' כהן), והשופט ברק

הדין נסב על השאלה אם מוסמכים שירות בתי הסוהר ומנהל בית המעצר כרמלה להורות על ביצוע חוקן בעצור, מבלי שנתן הסכמתו לכך, מתוך מטרה לגלות סמים שנבלעו על-ידי העצורים. הסמים מוכרתים בדרך זו לתוך כוחלי בית הסוהר, הן לשימוש העצמי של העצור והן כמכשיר לצבירת כוח ועמדה.

מ"מ הנשיא (ח' כהן): סבירותה של תקנה – ולא כל שכן של הוראה מינהלית – נמדדת בקנה המידה הטובה המקובלת על רוב בני האדם בחברה דימוקרטית ובמדינת חוק, ואין לך מידה טובה ומקובלת ממידת היסוד של כבוד האדם: חברה חופשית ונאורה נבדלת מן החברה הפראית או העשוקה במידת הכבוד שמודדין לו לאדם באשר הוא אדם. הדבר בא לידי ביטוי קלאסי ונשגב ביותר בלשון המשנה: "לפיכך נברא אדם יחירי, ללמדך שכל המאבר נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא; ומפני שלום הבריות, שלא יאמר אדם לחברו, אבא גדול מאביך... לפיכך כל אחד ואחד חייב לומר, בשבילי לומר, בשבילי נברא העולם" (משנה סנהדרין ד, ה). וכשם שאדם חייב (ודו"ק: לא דק רשאי) לומר, בשבילי נברא העולם, כן כל אדם אחר חייב לומר, בשבילי נברא העולם לא פחות מאשר בשבילי. הוא שאמר הלל הזקן, כל התורה כולה מתמצית בכלל גדול זה, שכל אדם זכאי לכך שתנהג בו כפי כבודו, והוא כפי שאתה רוצה שינהגו בך (שבת לא ע"א). אך לא רק משום שמצווים אנו בכבוד האדם מקדמת דנא (או, בלישנא דהאידינא, משום שכבוד האדם, מורשה מובהקת היא ממורשת ישראל), אלא מפני שהקפדה בכבוד האדם, תנאי מוקדם הוא להכשחת זכויותיו וחירויותיו האחרות, מידה טובה היא למדוד בה סבירות כאמור.

חברי הנכבד, השופט ברק, ברוכ בקיאותו, העלה בחכתו מובאות מרשימות מאד מן הספרות המשפטית האנגלית והאמריקאית, להראות שגם לפי דעות שופטים גדולים וגאוני משפט שבאומות העולם עדיפה השמירה על כבוד האדם על פני סיפוק צרכים לגיטימיים של השלטת חוק וסדר. אמרתי בלבי, לא רק מפיהם של הללו אנו חיים: הבה אנסה לדלות ממקורות מחצבתנו שלנו דברי חכמים להאיר עיניים ולשמח לבבות.

החובה לקיים לא רק את מצוות התורה שבכתב כי אם גם את המצוות דרבנן, נובעת מן הכתוב, "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא חסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים יז, יא). מכאן פסקו שכל העובר על דברי חכמים ואינו עושה כהודאתם, עובר בלא תעשה,

שנאמד לא תסור (דמב"ס, הלכות ממדים פרק א, הלכה ב). והנה באו חכמים וקבעו כלל גדול זה: "גדול כבוד הבריות, שרוחה לא תעשה שבתורה" (ברכות יט ע"ב, ועוד). "חדגם" רב בר שבא לפני רב כהנא, שהמרוכר הוא בלא תעשה של לא תסור, לאמור כבוד הבריות דוחה כל המצוות והאיסורים מדרבנן שמצווים או עליהם מכות הלאו של לא תסור, להבדילם מן המצוות והאיסורים מדאורייתא שאינם נדחים מפני כבוד הבריות. מיד נתקל הכלל הזה בהשגה על-פי הכתוב, "אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'" (משלי כא, ל): אם צו האלהים הוא המטיל עלינו חובה לקיים הוראת חכמים, כיצד זה יכולים חכמים לפטרנו מחובה זו, אם למען כבוד הבריות ואם בכלל? וזה פתרונו של בעיה זו, בלשון הגמרא: "כל מילי דרבנן אסמיניהו על לאו דלא תסור, ומשום כבודו (של אדם) שרו דרבנן" (שם) – כלומר, הפה דרבנן הוא שאסר, והפה דרבנן הוא המחיר; וכל אשר חכמים ראו לאסור, החירו לאחד מכן משום כבודם של הבריות.

ההבחנה בין המצוות דאורייתא שאינן נדחות מפני כבוד הבריות, לבין המצוות דרבנן הנדחות מפני כבודם, נוגעת במישרין לענין שלפנינו: אם "חדגם" את החורה שבכתב ללשונו המשפטית כחקיקה ראשית, ואת דברי הסופרים כחקיקת משנה, נמצאנו למדים שגם כבוד הבריות אינו יכול לעמוד כנגד חקיקה ראשית, ואילו חקיקת משנה עשויה להידחות מפני כבוד הבריות. הוא שאמרונו, שאם ניתן להעלות על הרעת הפתח פגיעה בכבוד האדם על-ידי חרירה לתוך גופו פגיעה בעל כורחו, הרעת נותנת שרק המחוקק הראשי כותו עמו להתיר; וכל עוד לא התיר, או כל עוד לא יחייב ביצוע נאמן של חוק מחוקיו מעשה פגיעה בכבוד האדם, עומד כבוד האדם בחסינותו מפני כל היתר פגיעה. אם המשל שמשלתי אינו רומה לנמשל, אין זאת כי אם משום שהתורה שבכתב עומדת בחזקת נצחיותה שאינה ניתנת לשינוי, ואילו חקיקה ראשית אינה אלא מעשה בני אדם, ברצותם מחוקקים וכרצותם משנים ומבטלים חוקיהם; ומן הבחינה הזאת רומה התורה שבעל-פה שיצאה מפי חכמים, לחקיקה ראשית של זמננו. מכאן אף דמו למחוקק הראשי, שכשם שהדהיבו חכמים עוז בנפשם למחול על כל איסוריהם מפני כבוד הבריות, ייזהר הוא מלהקריב כבוד הבריות על מזבח צרכים אחרים כלשהם.

המושג של "כבוד הבריות" לא הוגדר מפורשות, אך מכל המקרים אשר בהם דובר במקורות ניתן להסיק שפגיעה בכבוד זה היא כל מעשה המביא אדם לירי ביזיון או בושה או מבוכה. כך ראו פגיעה בכבוד הבריות כנטילת בגד מעל אדם ברשות הרבים (מנחות לו ע"ב), או בעיכובו של אדם מלעשות צרכיו (עירובין מא ע"ב). מת שהסריח בבית ונמצא מתכוה בין החיים הם מתכוהים ממנו, מותר להוציאו בשבת משום כבוד הבריות (כלשון הרמב"ם, הלכות שבת, פרק כו, הלכה כג, על פי שכת צד ע"ב). ואם כי אסור לטלטל בשבת אבנים אפילו אינן כבדות, ומה גם מרשות לרשות, החירו להעלות אבנים מקדולות לגג – הן אבנים ששימשו לקינוח בבית הכסא – משום כבוד הבריות (שבת פא ע"א-ע"ב). (ואל תחמה שמשמשים לצורך זה באבנים,

בג"צ 230/86

מילר נ' שר הפנים ואח'

פ"ד מ(4) 436, 447-448

בכית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (שמגר), המשנה לנשיא (בן-פורת) והשופט אלון

הענינה נסבה על החלטתו של המשיב 1 לכלול בתעודת הזהות של העותרת את המלה "נתגייר/ה" בצד המלה "יהודי" כרישום פרט הלאום. העותרת עברה תהליכי גיור בארצות-הברית וקיבלה תעודת גיור מטעם התנועה של היהדות המתקדמת (הרפורמית) בארצות-הברית. מאחר שרושמי הנישואין והגירושין בישראל מייחסים חשיבות רבה לרישום הלאום בתעודת הזהות, סברו המשיבים, כי יש בידם הסמכות שלא לרשום פרט רגיש כדוגמת דת ולאום בדרך העולה להטעות רשות אחרת וליצור ככך, כגירסתם, תקלה קשה לציבור.

השופט אלון: חברי הנכבד, הנשיא שמגר, נימק היטב בפסק-דינו, כי לפקיד הרישום לא נתונה סמכות, לפי חוק מרשם האוכלוסין, להוסיף בסוגריים "נתגייר" לאחרי הרישום "יהודי". כאמור, דעתי כדעתו, ולא אחי בשורותיי אלה אלא להוסיף ולומר, כי לדעתי הוספה 'מסוגדת' זו, שתבוא כהשלמה או כ"תיאוד" כל מקרה של גיור לאחר המלה יהודי, לא תיפקד ולא תיזכר גם לפי דיני ההלכה. ארשה לי לצטט דברים, שאמרנו בע"ב 2/84, 3, בעמ' 301: אין האומה העברית "עושה נפשות" כדי לצרף בני לאומים אחרים לשירותיה (מיכה ד, ה; רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ח, הלכה י). ובעמ' 300:

בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית – הופך הוא להיות לאחד מבנייה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: "חקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ" (במדבר ט, יד); "ואל יאמר בן הנכר הנלווה אל ה' לאמור, הבדל יבדילני ה' מעל עמו... כי ביתי בית תפילה יקרא לכל העמים" (ישעיה נו, ג-ז). ולא רק מכאן ואילך אלא אף לגבי העבר; וכך השיב הרמב"ם לר' עובדיה גר צדק:

כל מי שיתגייר עד סוף כל הדורות, וכל המיחד שמו של הקדוש ברוך הוא כמו שהוא כתוב בתורה, תלמידו של אברהם אבינו עליו השלום ובני ביתם הם כולם... ואין שום הפרש כלל בינינו ובינם לכל דבר. ואל יהא יחוסך קל בעיניך; אם אנו מתייחסים לאברהם יצחק ויעקב, אתה מתייחס למי שאמר והיה העולם (שו"ת הרמב"ם, מהדורת פריימן, סימן שסט). דומה, שאין לך אדם שלגביו הזהירה תורה חזור וזההר – בשלושים ושישה מקומות (בבא מציעא נט ע"ב; שו"ת הרמב"ם (בלאו), סימן תמת) – כפי

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

שהזירה על הונאתו של גר, אם בדיבור, אם במעשה ואם בדרך קביעות ורישומים הלכתיים-משפטיים. פעלו כאן שני גורמים עקרוניים: האחד – הזיכרון ההיסטורי של האומה: "ואהבתם את הגר כי גרים הייתם בארץ מצרים" (דברים י, ט), וכך בתשובתו האמורה של הרמב"ם לר' עובדיה גר צדק הוא מוסיף ואומר:

שהתורה לנו ולגרים שנאמר הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר חוקת עולם לדורותיכם ככם כגר יהיה לפני ה'. תורה אתת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם. ודע כי אבותינו שיצאו ממצרים רובם עובדי עבודה זרה היו במצרים נתערכו בגויים ולמדו מעשיהם עד ששלח הקדוש ברוך הוא משה רבינו ע"ה רבן של כל הנביאים, והבדילנו מן העמים והכניסנו תחת כנפי השכינה לנו ולכל הגרים, ושם לכולנו חוקה אחת (שו"ת הרמב"ם (בלאו) סימן רצג).

הגורם השני הוא רגישותו המיוחדת של אדם, שעוזב את עולמו החברתי הרוחני, שבו נולד וגדל, התחנך ופעל, ועבר להסתופף בעולם רוחני ובסכיכה חברתית שונים ומיוחדים, וקיבל עליו מצוותיהם ואורח חייהם: "וגר לא תלחץ ואתם ידעתם את נפש הגר" (שמות כג, ט). אין מזכירין לגר את מעמדו ומעשיו הקודמים, אין להקל בכבודו (מכילתא משפטים, פרשה יח; בבא מציעא נט ע"ב; רמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה ד; החינוך, מצוה תלא; ועוד). ועוד שנינו: "חביבין הגרים שבכל מקום הוא מכנן כישראל"..." ו"זה יקרא יעקב – אלו גרי צדק" (מכילתא, שם). וכך כלל אחד מחכמי ההלכה האחרונים: "כל אדם שהתנהג עם הגר שלא כמו שנוהג עם אחד מישראל – הרי זה עובר בעשה זו, זכתיב: כאזרח מכם יהיה, ואהבת לך כמוך" (פרוש רבי ידוהם פישל פערלא לספר המצוות לרס"ג, עשה פב). ואין כל ספק, כי בהוספת "נתגיייר" בסוגריים – תוספת שאינה מצויה ליד "סתם" יהודי – נוהגים אנו שלא כפי שאנו נוהגים עם כל אחד אחד מישראל, ועל-כך מזהרין אנו שלא לעשותה ולא להוסיפה.

3. המאסר כאמצעי ענישה

ע"פ 359/81, 334/81

מדינת ישראל נ' סגל ואח'

פ"ד לה(4) 313, 327-328

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 516.

ב. חופש הדת והמצפון

1. פטור משירות בצבא

בג"צ 734/83

שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח'

פ"ד לח(3) 393, 403-405

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (בן-פורת), והשופטים אלון, כץ

העותר רצה תקופת מאסר בשל סירובו למלא, מטעמים שבהשקפה מצפונית, אחר צו קריאה לשירות מילואים בדרום לבנון. בתוך תקופת המאסר, קיבל העותר צו קריאה נוסף לשירות מילואים, המתחיל ימים ספורים לאחר שחרורו מהמאסר. גם על-פי צו זה נדרש העותר לשרת שירות מילואים בדרום לבנון. מכאן העתירה.

לטענת העותר, פעלו שלטונות צה"ל לפי ההנחיות המצויות בקובץ הוראות זימון לשירות מילואים פעיל, כפי שאלה עודכנו בשנת 83, אך הנחיות אלה פסולות, משום שמפלוגת הן לרעה את סרכני השירות כלבנון לעומת משרתי מילואים אחרים, שכאו על עונשם בשל עבירות אחרות. לעניינו – טוען העותר, כי צו הקריאה לא הוצא כדי לשרת את צורכי הצבא אלא כדי להעניש את העותר על סרבנותו לשרת בדרום לבנון; כי לא קידמה לצו הקריאה תקופת התראה בת 42 ימים, הקבועה ליוצאי שירות מילואים שנתי, וכי שהייתו של העותר ככלא הייתה שלא כדין, ומי המאסר צריך שייחשבו כימי שירות מילואים.

השופט אלון: מן הראוי לעיין בעמדת המשפט העברי בסוגייתנו, ולו בקצירת האומר ובראשי פרקים בלבד. מטבעם של דברים, שאין מערכת הנימוקים שבשיטה משפטית אחת זהה בכול למערכת הנימוקים שבשיטה משפטית אחרת, ובמיוחד בסוגיה זו, שבה פילוסופיה ומשפט, הגות וחוק נשקי אהרדי, ובמיוחד שבמיוחד, במערכת כגון זו שבמשפט העברי, שהשקפת עולם מיוחדת לה בכבשונם של משפט ומוסר. מבחינה עקדתית החייחס המשפט העברי לנושאנו, עוד בשחר ימיו, כנושא במכלול נושאים של שחרור מחובת השירות הצבאי. מכלול נושאים אלה נדון בספר דברים כ, א-ט ובמיוחד פסוקים ה-ח:

ה. ודברו השוטרים אל העם לאמר: מי האיש אשר בנה בית חדש ולא תנכו, ילך וישוב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יתנכנו.

ו. ומי האיש אשר נטע כרם ולא חללו, ילך וישוב לביתו, פן ימוח במלחמה ואיש אחר יחללנו.

בשני פסוקים אלה מובא הגורם המשקי-כלכלי, בניסיונות מסוימות, כגורם הפוטר משירות צבאי. בפסוק הבא מצוי הגורם של מצב משפחתי:

ז. ומי האיש אשר ארש אשה ולא לקחה, ילך וישוב לביתו, פן ימות במלחמה ואיש אחר יקחנה.

והפסוק שלאחריו עניינו בנושא הקרוב לעניינו:

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ח. ויספו השוטרים לדבר אל העם ואמרו: מי האיש הירא ורך הלכב, ילך וישוכ לביתו, ולא ימס את לבב אחיו כלכבו.
על נוהגם למעשה לפי הנימוקים הפטורים האמורים, מקצתם או כולם, אנו למדים ממקורות נוספים. כך אנו קוראים על דברי ה' אל גדעון:
ועתה קרא נא באזני העם לאמור: מי ירא וחרד ישוכ ויצפר מהר הגלעד; וישב מן העם עשרים ושנים אלף, ועשרת אלפים נשארו (שופטים ז, ג).
ובספר חשמונאים (לוי' אפשיין, תשכ"ו) א, ג, נה, נאמר:
ויעבר קול במחנה לאמור: מי האיש אשר בנה בית חדש ולא חנכו, או ארש אשה ולא לקחה, או נטע כרם ולא חיללו, או איש אשר ירך לבבו, ילך וישוכ לביתו, ככחוב בספר תורת ה'.
פרטים שונים ונימוקים רבים מובאים בדבריהם של חכמים לעניין סוגי הפטורים מהשירות הצבאי, ולא כאן המקום להאריך בהם (ראה משנה סוטה ת, ב-ז; תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, סוטה ז, יח-כד; ספרי דברים קצב-קצו; רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ז; ספר החינוך (שעוואל), מצוה הקב. הרב ש' אריאלי, משפט המלחמה (תשל"ב) לה-לו; נכ-צ; הרב ש' גורן, חורת השבת והמועד (ההסתדרות הציונית העולמית - המחלקה לחינוך ולחברות תורניים כגולה, תשמ"ב) 369-379; וראו ספרי, שם, פסקה קצ, על שחרור מטעמים רפואיים). נעניין בדברים אחרים בנושא דיונו, הנוגע לפטור מהשירות הצבאי לאיש "הירא ורך הלכב". וכמה פירושים נאמרו בהגדרתו של זה.

ה:

רבי עקיבא אומר: הירא ורך הלכב כמשמעו, שאינו יכול לעמוד בקשרי המלחמה ולראות חרב שלופה.
וכפירוש זה מצוי כברייתא שבתלמוד (סוטה מד ע"ב):
דתצו רבנן: שמע קול קרנוח והרחיע, הגפח חריסין והרתיע, צחצוח חרכות ומים שותחין לו על כרכיו - חוזר (מן הצבא).
לפי פירושים אלה "הירא ורך הלכב" הוא המפחד ממוראות המלחמה. פירוש נוסף, בדברי רבי עקיבא עצמו, מצוי הוא בתוספתא, מהדורת צוקרמנדל, סוטה ז, כד:
רבי עקיבא אומר: מי האיש הירא - ודאי; מה חלמוד לומר שוכ: ורך הלכב? שאפילו גיבור שבגבורים וחזק שבחזקים, והיה רחמן - חוזר.
לפי פירוש מעניין זה, "הירא" - הוא שהפחד גובר עליו, ו"רך הלכב" - מי שאינו חת ממוראות המלחמה, אך רחמן ומרחם על האחרים, ואף על האויב, במידה שאינו מסוגל להילחם בהם, וגדול החשש שימס את לבב אחיו כלכבו. פירוש אחר, מקורי ומאלף, מובא בשם ר' יוסי הגלילי, בהמשכה של המשנה האמורה:
ר' יוסי הגלילי אומר: "הירא ורך הלכב" - זה המתירא מן העבירות שבידו. ומחוץ כך - מצפוניו נוקפו, ועלול הוא להביא לכלל חוסר החלטיות ולהשפיע גם על אחרים שלבכם ימס כלכבו.

זכויות האזרח

לאחר דיונה בנימוקי הפטור השונים מסיימת המשנה ואומרת: כמה דברים אמורים? כמלחמת הרשות, אבל כמלחמת מצוה (כגון כבוש ארץ ישראל – רש"י, סוטה מד ע"ב; ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם – רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה א) – אפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה.

זהו מיגוון הדעות העיקרי במשפט העברי בנושא, שקרוב הוא ביסודו לנושא של פטור משירות בצבא מטעמים שבמצפון; והנימוקים נימוקים כלליים וכוללניים הם, ויסודם באופיו של האדם וביחסו לאלימות ולמלחמה, ולא נימוקים סלקטיביים ומיוחדים לנסיבות של שעה ומקום, שיסודם בהשקפות אידיאולוגיות-חברתיות. וגם הנימוקים הכלליים והכוללניים אינם פועלים ומופעלים אלא כשמדובר במלחמת רשות, אך לא בשעת חירום, כאשר המלחמה היא מלחמת מצווה.

15. אשר על כל אלה החלטנו בשעתו, ביום השמיעה, לדחות את העתירה.

2. גיוס נשים

בג"צ 456/71

ברזני נ' שר הבטחון ואח'

פ"ד כו(2) 543, 549

בכית"המשפט העליון בשכחו כבית"משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

ועדת הפטור שהוקמה לפי תקנות שירות בטחון (פטור), תשי"ב-1952, דנה בענינה של העותרת, אשר ביקשה פטור מחובת שירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית, והחליטה "שאינ מניעה שחשרת בצה"ל".

השופט קיסטר: אכן, הנטיה או המגמה במדינה דמוקרטית היא להכיר בחופש הדת והמצפון של האזרח, וכי רשות המדינה לא תכוף על אזרח שיעבור על איסור המוטל עליו לפי הוראות דתו או שיפעל בניגוד למצפונו, אבל לא בכל מקרה ומקרה יכול האזרח להסתמך על עקרון חופש הדת והמצפון. והנה בענין גיוס לשירות הבטחון: גבר, תושב הארץ, המשחיך לכת דתית האוסרת שירות בצבא לא יוכל לבקש פטור משירות, והוא הדין באדם הטוען ששירות צבאי הוא בניגוד למצפונו.

ברם, לגבי אשה מכיר החוק בפטור כזה ומחפקידה של ועדת פטור לקבוע אם, לפי ההוכחות, מבקשת הפטור היא בעלת הכרה דתית ואם לפי הוראות דתה אסור לה לשרת בצבא.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

מדובר כאן בזכויות האזרח המוכרות בעולם הנאור, ולכן על הוועדה לנהוג בכובד ראש ולהימנע מלקבוע מבחנים או דרכי הוכחה שיעשו את החוק פלסטר.

אכן, נובח הרבדים האלה היה אולי מספיק להזכיר את האיסור מטעם הרבנות הראשית, אבל מצאתי לנכון לעמוד על מהות האיסור ועל מידת החומרה שייחסו לו כדי להבין שלגבי מי שמאמין ורואה עצמו קשור להוראות הרבנים אין האיסור מן הדברים של מה בכך. מן הראוי להזכיר כאן את היסוד או אחד המקורות לאיסור שירות צבאי של נשים (כי דנים אנו בגיוס לשירות צבאי ממש). במסכת נזיר נט ע"א נאמר:

ר' אליעזר בן יעקב אומר מנין שלא תצא אשה בכלי זין למלחמה, תלמוד לומר, לא יהיה כלי גבר על אשה (דברים כב, ה).
ודברים דומים מוצאים בשמו כ"ספדי" כי תצא, רכו.
בעקבות דברים אלה נקבעה ההלכה ברמב"ם, הלכות עכו"ם, פרק יב, הלכה י':

לא תעדה אשה עדי האיש כגון שתשים בראש מצנפת או כובע או חלבש שריון וכיוצא בו...
דברים דומים מוצאים גם בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קפב, סעיף ה.

ג. חופש הביטוי

1. חופש הדעות וחירות הביטוי

ע"ב 2/84, 3/84

ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
האחת-עשרה

פ"ד לט(2) 225, 293-302, 318

הובא בשער זה, עמ' 218.

ד. זכות הנכדי

1. שמירה על זכות הנכדי הגר בארץ

כג"צ 200/83

וותאד ואח' נ' שר האוצר ואח'

פ"ד לח(3) 113, 119

בכיתום המשפט העליון בשבתו ככיתום משפט גבוה לצדק
לפני המשנה לנשיא (בן-פורת), והשופטים גולדברג, טירקל

העתירה נסבה על כללים, שאישרה ועדת השרים לענייני פנים, שירותים ואיכות הסביבה, להבטחת הכנסה ללומדים במוסדות דת. על-פי הכללים, כל תלמיד במוסד ללימודי דת, שהוגדר כישובה או כמוסד גבוה ללימודי דת של דתות אחרות, אשר לימודים אלה הם עיסוקו היתיד ותורתו היא אומנותו, זכאי לחמיכה בעד ילדיו, תהא דתו אשר תהא. לטענת העותרים, מנציחים הכללים את האפליה לרעה של לא יהודים, שכן אין במדינה מוסדות מוסלמיים, נוצריים או דרזיים ללימודי דת. עוד נסבה העתירה על החלטת המשיב להפסיק, באורח הדרגתי, את התמיכה בנתמכי סעד, השוות לקיצבאות יוצאי צבא, הניתנות לנתמכים שאינם זכאים לקיצבאות כאלה. לטענת העותרים, גם תמיכות אלה מנציחות אח אפליית האוכלוסיה הלא יהודית, ויש להפסיקן כליל.

השופט טירקל: בכואנו לתת את הדעת על השאלה, אם יש בכללים משום אפליה פסולה, לא למותר לתזור על מושכלות ראשוניים.

עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי "משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה..." (ויקרא כד, כב), שנתפרש כפי חז"ל כ"משפט השוה לכלכם" (כתובות לג ע"א; בבא קמא פג ע"ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם. משחזר לארצו, והכריז על עצמאותה של מדינתו, אחרי אלפי שנות גלות, שבמהלכן היו בניו קורבנותיה של אפליה לרעה בין העמים, תרת כראש מגילת העצמאות אח ההכטתה לקיים שוויון זכויות תברחי ומדיני גמור לכל אזרחי המדינה, כלי הכדל דת, גזע ומין. לפיכך מצווים אנו, יותר מכל עם אחר, לדקדק ולברוק היטב היטב, לבל תיראה ולכל תימצא בקרבנו, בין בגילוי ובין ככסוי, ערוות דבר של אפליה פסולה, שלא נימצא חלילה מלקים במה שלקינו בו.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ע"כ 2/84, 3/84

ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת

האחתי-עשרה

פ"ד לט(2) 225, 293–302, 318

בבית-המשפט העליון

לפני הנשיא (שמגר), המשנה לנשיא (בן-פורת) והשופטים אלון, ברק, ביסקי

הערעורים נסבו על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחתי-עשרה, שלא לאשר את רשימת "כך" ואת "הרשימה המתקרמת לשלום".

השופט אלון: ההליכה לבחירות לבית המחוקקים כדי לחסל את בית המחוקקים היא תרתי דסתרי, שהרי אין הכנסת דרה בכפיפה אחת עם מי שמבקש להכחידה; זוהי סתירה מינייה וביה, שאין מקום ליישבה, ואין הדבר תלוי כל עיקר – כדעת חברי הנכבד השופט ברק – בקיומה של "אפשרות סבירה", שמזימתם של בעלי רשימה כזו תעלה בידם (לעצם עניין "האפשרות של הסבירה" עוד אתזור להלן); ומכוח "הדין הטבעי" ו"זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה" (ראה זוסמן, שם) אין מנוס מלמנוע מדשימה זו לבצע את זממה. חוסר ברירה זה אין יסודו באתר מכללי הפרשנות הרגילים אלא יסודו בצו העליון בעולמה של יהדות: "וחי בהם – ולא שימות בהם" (ויקרא יח, ה; יומא פה ע"ב). אוסיף ואבהיר, בחשוכה להשגת חברי השופט ברק, כי צו עליון זה, הקיים מכוח הדין הטבעי, חזקה על המחוקק שמצפה הוא מבית המשפט, ומכל רשות אחרת במדינה, להיזקק לו וליישמו; ומובן ואין צריך לומר, כי חזקה זו נסתרת, אם יקבע המחוקק באופן מפורש וחד-משמעי, שוועדת הבחירות רשאית או חייבת שלא לפסול רשימה, גם אם היא שוללת את עצם קיום המדינה או את שלמותה...

דברים אלה בהלכות דמוקרטיה שבפיהם של שלוש נשיאי בית-המשפט העליון לשעבר יפים היו לשעתם ועל אחת כמה וכמה יפים הם לשעתנו. מאז הלכת ירדור, ע"כ 1/65, נפל דבר במערכת המשפטית של המדינה, ובשנת 1980 קיבלה הכנסת את חוק יסודות המשפט, תש"ם–1980, המהווה אחד החוקים הבסיסיים וקובעי החשתיח של מדינת ישראל. עקרונות היסוד שבמגילת העצמאות, "שמדינת ישראל... תהא מושחתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל", ששימשו כעקרונות מנחים בלבד ללא נפקות משפטית מלאה, הפכו עם קבלת חוק יסודות המשפט לעקרונות בעלי נפקות משפטית, המשמשים כחשתיח וכעקרונות יסוד לכלל המערכת המשפטית במדינה; הלוא המה "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (סעיף 1 לחוק). דומה, שאין לך סוגיה כסוגייתנו, שמן הראוי לעיין בשאלות העולות בה לאור עקרונות אלה שבמורשת ישראל. חבריי הנכבדים עמדו בהרחבה על דעתם של אנשי משפט והוגי דעות

זכויות האזרח

שבמערכות משפטיות ומדיניות שונות בסוגיית חירות הביטוי וחופש הדעות, אשר לא תמיד רבניהם מכוונים זה לזה, ויש שאף נוגדים איש את רעהו. עיון זה חשיבותו מרובה, שהרי יש בו כדי להרחיב את האופקים ולהעמיק חקר בסוגיה המשותפת לכל מערכת משפטית נאורה ומתקדמת. ובקשר לכך הערה עמרי, והיא, שבעיון מסוג זה יש תמיד לזכור את הרקע המריני והמסגרת המשפטית שבהם נאמרו הרברים, שיש ששונים הם מאלה שבישראל. מאחר שהגישות השונות המצויות בין חכמי אומות העולם בסוגיה זו נדונו היטב בדברי חברי הנכבדים, פטור אני מלחזור ולדון בהם. כאמור, מן הראוי למצוא את לחמנו בסוגיה שלפנינו בעקרונות האמורים שבמורשת ישראל, ואשר-על-כן נעייין ונרון בהם.

ובטרם עיון, הערת מבוא אחת. מן המפורסמות הוא, כי גם עולמה של הגות ישראל לרודותיה – ואף מערכת ההלכה גופה, כפי שנעמור על כך להלן – מלא הוא רעות שונות וגישות מנוגרות, ובעל דין זה או בעל הדין שכנגדו לא יתקשו להעלות מנככי המקורות סימוכין לטענותיהם ולרעותיהם. כך הוא בכל סוגיה וסוגיה, וכך הוא גם בסוגיית חופש הבעת הדעות וחירות הביטוי ובסוגיות נוספות שנדון בהן להלן. מובן ואין צורך לומר, כי כל הרעות והגישות גם הן חרמו להעמקתן ולהעשרתן של עולם הגות היהודית לתקופותיה. אך המעיין המבקש רעת שומה עליו להבחין בין רבדים שנאמרו לשעתם ולזמנם לבין רברים שנאמרו לרודות, בין רברים שכיטאו רעה מקובלת לבין רברים שבהם בעלי משמעות חודגת, וכיוצא באלה הבחנות ומשמעויות. מתוך אוצר עצום ועשיר זה על המעיין לשאוב מלוא חופניים לצורכי רודו וזמנו, שבו יוצאים מן הכוח אל הפועל אותם דברים שהדור זקוק להם, ושהם גופם חוזרים ומצטרפים לאוצר הגות היהודית ומורשת ישראל. מציאות זו וחובת הבחנה זו מהותיות הן בעולמה של הגות ישראל – ובעולמה של הלכה גופה – כפי שכך הוא מעצם טבעה של כל מערכת חשיבתית ועיונית. הרברים מרובי פנים, ולא כאן המקום להאריך בהם (וראה הרב אברהם יצחק הכהן קוק, רבה הראשי של ארץ ישראל, ארד היקר, מוסד הרב קוק, ירושלים, תשכ"ז, עמ' יג-כח וכן M.R. Konvitz, "Preface" Judaism and Human Rights (New York, M.R. Konvitz editor, 1972)).

8. לעניינה של מורשת ישראל ניוקק בדברינו משתי בחינות. מבחינת עקרון חופש הרעות וחירות הביטוי ומבחינת תוכן מצע רשימת "כך". נפתח כעניין הראשון – עקרון חופש הרעות וחירות הביטוי.

נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמשים כאב-טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המופנית כלפי השלטון, המשחמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, וכלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם. מתריעים הם על חמס דלים ועושה אלמנות, על קיפוח זכויות היחיד והציבור ועל סטייה מרוחן ומתוכנן של תורה והלכה. מלחמתם ועמידתם בשער של נביאי ישראל, גם כאשר נתקלו בתגובות קשות וזועמות, שימשו מקור השראה בלתי גדלה למאבק על חופש הבעת דעות ולמשטרים הדמוקרטיים הנאורים שכימנו. והדברים ידועים

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ואינם צריכים ראייה, וכל בר-בירב בחורת המדינה ובמשנת הדמוקרטיה מצוי אצלם.

דומה שאין לך ביטוי יותר קולע וממצה לתופש הבעת דעה ולחשיבותה של כל דעה ודעה – ואף זו שדעת יחיד היא – מהכלל שטבעו תכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל, ש"אלו ואלו דברים אלהים חיים" (עירובין יג ע"ב; ירושלמי ברכות, פרק א, הלכה ד (ג ע"ב); ירושלמי יבמות, פרק א, הלכה ו (ג ע"ב)). לצורכי המעשה, כהתנהגות מחייבת, ההלכה היא כבית הלל "מפני שנוחין ועלובין (סבלנין – דאה רש"י, עירובין יג ע"ב) היו", אך דעת בית שמאי ממשיכה להיות דעה לגיטימית ומהותית בעולמה של הלכה. גישה זו הייתה לאחד מקווי אופיה של הלכה. ה"זקן ממרא", גם לאחד שהסנהדרין – בית הדין העליון של האומה – פסק כנגדו, יכול הוא להמשיך ולדבוק בצדקת דעתו "ולמד כדרך שהיה למד" ובלבד שלא יפסוק כך למעשה (משנה סנהדרין יא, ב; בבלי סנהדרין פו ע"ב). יתדה מזו: דעת המיעוט יכול שתבוא שעתה ותיהפך לדעה המקובלת שינהגו לפיה. ר' יהודה אומר: "לא הוזכרו דברי יחיד בין המדוביין, אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן" (תוספתא, מהדרות צוקרמנדל, ערויות א, ד; וכן משנה ערויות א, ה); "ואף על גב שלא נתקבלו דברי היחיד בזמן ראשון ולא הסכימו דבין עמו, כשיבוא דור אחר יסכימו דבין לטעמו, יהיה (=תהיה) הלכה כמותם, שכל החורה נאמרה כן למשה, פנים לטמא ופנים לטהר, ואמרו לו: עד מתי נעמוד על הביור? ואמר להם: אחרי דבין להטות; מיהו – אלו ואלו דברים אלקים חיים" (פירוש ר' שמשון משאנץ, משנה ערויות א, ה; הר"ש משאנץ, מחכמי צרפת וארץ ישראל, בסופה של המאה השתיים-עשרה ותחילת המאה השלוש-עשרה). ועדיין מהדרים בחלל עולמנו דבריו של עקביא בן מהלאל, שדעתו שונה הייתה מרעת חבריו החכמים: "עקביא בן מהלאל העיד ארבעה דברים. אמרו לו: עקביא, חזור בך בארבעה דברים שהיית אומר, ונעשך אב בית הדין לישראל. אמר להן: מוטב לי להקרא שוטה כל ימי, ולא לעשות שעה אחת רשע לפני המקום; שלא יהיו אומרים: בשביל שררה חזר בו" (משנה ערויות ה, ו; וראה עוד מ' אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (י"ל מאגנס, מהדורה 2, חשל"ח) 870–878).

ריבוי דעות זה אין בו משום תופעה שלילית או פגם, אלא מהותי הוא לעולמה של הלכה. "ואין בזה שום השתנות או תסרון, לומר שנעשית החורה על ידו כשתי תורות חלילה; אדרבה – כך דרכה של תורה, ואלו ואלו דברי אלקים חיים" (ויכוח מים חיים, פולין, פראג, הקדמה, לר' חיים בר' בצלאל, המאה השש עשרה; ראה על כך במפורט, אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 1145–1149). ולא זו בלבד, אלא יש בריבוי הדעות והגישות כרי יצירתה של הדמוניה, של אחדות מתוך שוני. כדבריו הנאים של אהרון כותבי ספרי ההלכות, ר' יחיאל מיכל עפשטיין, בתחילתה של מאה זו:

וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה; ואדרבה,

זכויות האזרח

זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה, וזהו עיקר הנעימות (ערוך השולחן, חושן משפט, הקדמה). ואכן תפיסת יסוד זו של "אלו ואלו דברי אלקים חיים" הייתה לה השפעה מכרעת על דרכה ועל מהותה של הקודיפיקאציה של ההלכה בכל תקופותיה ועל דרכי פסיקתה והכרעתה. וכבר דנתי בכך במקום אחר, ולא כאן המקום להאריך (מ' אלוך, בספר הנ"ל, בעמ' 870 וההפניות שבה"ש 94). ריבוי הרעות הוא חלק מהותי ומבודך בכלל חיייה של חברה מתוקנת. חכמים אף התקינו ברכה מיוחדת על הסוד הכמוס ביצירה מופלאה זו של ריבוי דעות בחברה: "הרואה אוכלוסין (=צבור גדול מאד) – מבדך בדוך חכם הרזים; שאין פרצופותיהן דומות זו לזו ואין דעותיהם דומות זו לזו" (תוספתא, מהדרת צוקרמנדל, ברכות ז, ה; וראה בבלי ברכות נח ע"א). ובכך מצויה בדכה לחכמה וליצירה: "וכמו שטכע היצירה עושה עוד היום שפני כל האדם משונות זו מזו, כך יש להאמין שהחכמה נחלקת עריין בלב כל אדם, זו משונה מזו (ויכות מים חיים, הקדמה). ריבוי דעות זה מן הראוי שיכובד על-ידי המנהיג ועל-ידי השלטון. ביטוי מאלף לכך נמצא בדברים הבאים (במדבר רבה פינתס כא, ב; תנחומא פינתס י):

כשם שאין פדצופיהן (של בני אדם) שרין זה לזה, כך אין דעתן שוה זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו... שכן משה מבקש מן הקדוש ברוך הוא בשעת מיתחו ואומר לפניו: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך דעתם של כל אחד ואחד, ואין דעתן של בניך דומה זה לזה. כשאני מסתלק מהן, בבקשה ממך, מנה עליהם מנהיג שיהא סובל לכל אחד ואחד לפי דעתו.

זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל – שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, והו כחה הגדול של זכות הבעת הדעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור, שלא זו בלבד שהכרחיים הם למשטר תקין ונאור אלא אף חיוניים לכוחו היוצר, שהרי בעולם הריאלי "שני יסודות מתנגדים זה לזה מתלכדים יחד ומביאים לידי הפרייה, ומכל שכן בעולם הרוחני" (הרב אברהם יצחק הכהן קוק, הניר, ירושלים, תרס"ט, עמ' 47; ארד היקר, עמ' יג ואילך).

9. כאשר במיגוון הרעות – שמבורך וחיוני הוא כשלעצמו – עולה דעה, הפוגעת בתשתית התרבותית והרוחנית של החברה, שומה על אותה חברה לעמוד על נפשה ועל דעותיה. מטרה זו צריך שתושג בראש ובראשונה בדרך השכנוע והתינוך. ומלאכת התינוך, כידוע, אין פירושה רק הטפה לזולת, למי שטרם מהדרך שראוי לילך בה, אלא גם בדיקה עצמית ותהייה על דמותה הרוחנית והתרבותית של החברה, שבה עלו הקוץ והררדר. וכשהשעה צריכה לכך, משתמשת חברה תרבותית בזרוע המחוקק העומד לרשותה כדי להעניש מסיתים ומדיחים לתרבות רעה הקמים בה ועל נפשה. ומי שדאוי לכך, ומי

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

שנתמלאו לגביו דרישות החוק להוכחת עבירתו על-ידי הרשות השופטת, ייענש על-ידיה של זו כדת וכדין. מובן ואין צריך לומר, שהרשות המתוקקת רשאית לנקוט אף אמצעי קיצוני ביותר והוא השתקחה של אותה דעה על-ידי שלילת זכותו של בעל הדעה להיבחר לבית המחוקקים, שפירושה, כפי שהצביע על כך חברי הנכבד, הנשיא שמגר, גם שלילת זכותם של אותם השותפים לדעתו מלבחור במי שהם חפצים ב"קרו". זוהי זכותה החוקית של הכנסת, המייצגת את רצון העם, ולהלן עוד אומר דברים אחדים, באיזו מידה מן הראוי הוא, לדעתי, שבית המחוקקים ישתמש בזכות זו לעניין אמצעי כה קיצוני ומרחיק לכת כשלילת הזכות להיבחר ולבחור.

כפי שעמדתי על כך בראשיתם של דברים, שלילת זכות כה יסודית אינה נתונה במערכת המשפטית של מטרנו הדמוקרטי לרשות השופטת, בלי שהוסמכה לכך במפורש על-ידי המחוקק, המייצג את רצון העם, ושהימנו שואבת הרשות השופטת את סמכותה וכוחה. נטילת סמכות זו על-ידי בית המשפט, ללא הסמכת המחוקק, היא עצמה יש בה משום פגיעה בדמוקרטיה נאורה, שיסוד היסודות שלה הוא שלטון החוק, ולא שלטון המחוקק, שלטון המשפט ולא שלטון השופט (ודאה בג"צ 152/82, בעמ' 474-472; בג"צ 234/84, בעמ' 484). וחשש חמור נוסף יש בנטילת סמכות פסילה זו על-ידי בית המשפט, ללא קבלת סמכות והכוונה מפורשת מאת המחוקק בדבר היקפה ושיעורה של פסילה זו. אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות, בה מדובר על קיום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, ועל הבטחת חופש הדת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות. עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. אופיה היהודי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות על-ידי עצם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית, ולא רק של יהודים, (כפי שבא לידי ביטוי לאחר מכן בחוק השבות, תש"ו-1950) וכיצא באלה. ואף עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. מכלול כלל עקרונות אלה הוא מכבשן עולמה של דמותה המיוחדת של המדינה היהודית; טובי הוגיה של תורת הציונות, על כל אנפיה וזרמיה, יהודים בעלי השקפות עולם שונות, אזרחי מדינת ישראל בני לאומים ודתות שונים, כולם דנו ודנים במשמעותם וביישומם של מכלול עקרונות מגילת העצמאות בחיי המעשה של המדינה היהודית. כיצד ולא יזוה קנה מידה ייזקק בית המשפט בכואו לדון בחוכן מצע של רשימה, שאינו עולה בקנה אחד עם כל אחד ואחד ממכלול העקרונות שבמגילת העצמאות?

זאת ועוד, אומר חברי הנכבד, השופט ברק, שפסילת רשימה בגלל חוכן מצעה, שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה שעליהם מושחת מדינת ישראל, חיעשה רק כאשר קיימת אפשרות סבירה, שרצונם של בעלי הרשימה אכן יעלה בידם, ובכואו בית המשפט לבחון קיומה של אפשרות סבירה, עליו "לראות לנגד עיניו את התמונה החברתית כולה על היבטיה השונים. עליו לנתח הליכים חברתיים... לא רק את אירועי העבר אלא גם את

זכויות האזרח

הסתברותם של אירועים הטמונים בחיק העתיר". משימה זו, שהיא בנחה כל כולה על שיקולים חברתיים-סוציולוגיים ושאינן בה משום הכרעה שיפוטית ולא כלום, האם בית המשפט ערוך לה? ועל-פי אילו הנחיות וכללים יחליט בית המשפט מה ייחליט? ואכן, לדעת חברי הנכבד "יש בה בבחינה זו משום צבואה במחלצות של החלטה משפטית", אם להשתמש בלשונו של השופט ג'קסון בפרשת Dennis". מציע אני, שאנו כשופטים נדיר עצמנו מלשמש נבביאים. יפים בעיני דבריו של הנשר הגדול, רכנו משה בן מימון:

ולא הרשנו הקרוש ברוך הוא ללמוד מן הנביאים (את פסיקת הדין – מ'א'), אלא מן החכמים, אנשי הסברות והדעות; ולא אמר: ובאת אל הנביא אשר יהיה בימים ההם, אלא: ובאת אל הכהנים והלויים ואל השופט (אשר יהיה בימים ההם) (דברים יז, ט) (הקדמת הרמב"ם לפירושו המשנה; וראה אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 224–225).

ואם כך הוא במשפט העברי, שחכמים הכירו והאמינו במקודו העל-אנושי, על אחת כמה וכמה שכך הוא במערכת משפטית, שכל כולה מושתתת על חכמים אנשי סברות ודעות ומיושמת על-ידיהם. ולא זו אף זו. כאמור, סמכות החלטת פטילת דשימה על-פי שיקולים חברתיים אידיאולוגיים וסוציולוגיים אלה מסורה בראש ובראשונה כיריה של וערת הבחירות המרכזית, שפרט ליושב הראש שלה היא גוף פוליטי מובהק, שדעת כל אחד ואחד מחבריו, לפליגיהם ולסיעותיהם, מקובלת ושגורה בפיו מזה כבר, וגדול ורב החשש, שאינם פתוחים על נקלה לעיון שקול וללא משוא פנים בסוגיה פוליטית-חברתית מובהקת כזו.

10. דברים שאמרנו יש בהם כדי להצביע על שלל הכעיות והקשיים העומדים בפתח הדין בעניין פטילתה של דשימה בגלל תוכן מצעה. מבחינה זו אין במקרה של רשימת "כך" כדי להרגים מציאותם של קשיים אלה. שהרי תוכן מצעה של דשימה זו ומגמת יחמיה וראשיה חומרתם מבחינת דמותה הרמוקרטית והתרבותית של מדינת ישראל כה כולטת וקשה היא, עד שניתן היה – אילו הייתה סמכות הפסילה מסורה בידינו – להגיע למסקנה, שאין להתיר לרשימה זו לבוא בקהל הרשימות המתמודדות בבחירות לכנסת. ואליבא דדי, הדבר הקשה והחמור ביותר בתוכן מצעה של רשימת "כך" – אף יותר מאשר העיוות בתפיסת עולמה באשר לשמירה על עקרונות הרמוקרטיה שביסוד משטרה של מדינת ישראל – הוא, שדשימה זו ודובריה תומכים יתדותיהם כחורת ישראל ובעולמה של הלכה. נעניין קמעא ברבר.

יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד ברבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו. "הוא (=ר' עקיבא) היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית ט, ו) בצלם אלקים עשה את האדם" (משנה אבות ג, יח), ובכך מגומק בפטוק אחרון זה איסוד שפיכת דמים לבני נוח, עור בטרם מתן תורה. מאלפים מאור חילוקי הדעות שבין שניים מגדולי התנאים ברבר

כתר העריפות בסולם הערכים שביחסי אדם לאדם: "ואהבת לרעך כמוך (ויקרא יט, יח) ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה; בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם (=ביום ברא אלקים אדם ברמות אלקים עשה אותו – בראשית ה, א) – זה כלל גדול מזה (ספרא קרושים ד, י). אליבא דר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות; ואליבא דבן עזאי – הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים גם יחד – שוויון ואהבת הבריות – היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהדות, לרודותיה ולחקופותיה. ועוד נאמר בהסברה של סוגיית יסוד זו: "בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם – כלל גדול בתורה; ר' עקיבא אומר: ואהבת לרעך כמוך – כלל גדול ממנו; שלא תאמר: הואיל ונתבדתי יתבזה חברי עמי... אמר רבי תנחומא: אם עשית כן – דע ל מי אחת מבזה – ברמות אלקים עשה אותו" (בראשית רבה כד, ז). הכלל הגדול של "ואהבת לרעך כמוך" אינו עניין לדברים שבלב בלבד, לאהבה עדיילאית שאינה מחייבת דבר, אלא לאודח חיים שבעולם העשייה. וכך מובע עיקרון זה בדבריו של הלל: "דעלך סני לחברך לא תעביד" (מה ששנא עליך, לחברך אל תעשה). וכבר עמדו פרשנים על כך, שניסוח זה שבדרך השלילה נתן לעיקרון זה משמעות, שטבע האדם יכול לעמוד בו: "כי לא יקבל לב האדם שיאהב את חברו כאהבתו את נפשו. ועוד שכבר בא ר' עקיבא ולימד: חייך קודמין לחיי חבריך" (דמב"ן, ויקרא יט, יח). ר' עקיבא, שקבע, כאמור, כי הכלל הגדול והעדיף הוא "ואהבת לרעך כמוך", הוא גופו לימד, כי בשעת סכנה – ליחיד ולציבור – יש ש"חייך קודמין לחיי חבריך" (בבא מציעא סב ע"א).

עם יסודאל מצווה להילחם על קיומו ולדרוף את אלה המבקשים להתנכל לו ולנשלו מריבונותו ומארצו. אך גם האויב – ערך אדם וכבוד אדם לו. בניצחון יהושפט מלך יהודה על העמונים והמואבים שד העם: "הודו לה' כי לעולם חסדו" (דברי הימים ב, כ, כא–כב). ועל כך נאמר בדבריהם של חכמים: "אמר רבי יוחנן: מפני מה לא נאמר כי טוב בהודאה זו (כפי שכך נאמד בחהילים קז, א: הודו לה' כי טוב כי לעולם חסדו)? לפי שאין הקדוש ברוך הוא שמח במפלתן של רשעים. ואמר רבי יוחנן: מאי דכתיב: ולא קרב זה אל זה כל הלילה (שמות יד, כ; הכוונה למחנה ישדאל ומחנה מצרים בים סוף)? ביקשו מלאכי השדת לומר שירה; אמד הקדוש ברוך הוא: מעשה ידי טובעין בים, ואחם אומרים שירה?" (מגילה י ע"ב).

חברי הנכבד, השופט ברק, ציין לדברים מאלפים מפי הדב אבדהם יצחק קוק על אהבת האדם ואהבת הבריות, ואכן דברים גדולים נאמרו מפי הדב קוק בסוגיה גדולה זו בעולמה של יהדות. באותו פרק הוא מוסיף ואומר:

אהבת הבריות צדיכה להיות חיה בלב ובנשמה, אהבת כל האדם ביחוד, ואהבת כל העמים כולם, חפץ עיליים ותקומתם הרוחנית והחומרית... אהבה פנימית מעמקי לב ונפש, להיטיב לעמים כולם, לשפר את קנייניהם, לאשר את חייהם... (מידות הראי"ה, אהבה, סעיף ה).

זכויות האזרח

מאלפת מאוד היא משנתו של הרב קוק, בסוגיה זו ובעולמה של יהדות בכלל, על היחס "המוסר המנהגי, הטבעי" של כל אדם בן תרבות לבין הדרישה המוסרית הנדרשת בעולמה של יהדות.

אהבת הכריות צריכה טפול מרובה, להרחיכה ברוחב הראוי לה, נגר השטחיות הנראה בסקירה ראשונה על-ידי שמוש שאינו כל צרכו, מצד התורה ומצד המוסר המנהגי, כאילו יש נגודים ולפחות שיון נפש לאהבה זו, שהיא צריכה להתמלא תמיד בכל חורי הנפש (שם, אהבה, סעיף י; וכן ראה אורות הקודש, כרך שלישי, עמ' שיח).

טיפול וחינוך זה של אדם מישראל, מצד התורה ומצד המוסר הטבעי, באים הם כמשל ימים זה את זה, כדרישה מכופלת המבוססת זו על גבי זו. אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה. אבל אם תצויר יראת שמים בתכונה כזאת שבלא השפעתה על החיים היו החיים יותר נוטים לפעול טוב, ולהוציא אל הפועל דברים מועילים לפרט ולכלל, רעל פי השפעתה מתמעט כוח הפועל ההוא, יראת שמים כזאת היא יראה פסולה (אורות הקודש, כרך שלישי, ראש דבר, סעיף יא, עמ' כז; בעריכת הרב דוד כהן).

ובמקום אחר מוסיף הוא ואומר:

המוסר הטבעי הגלוי צריך שיחבר טרם שיחגלו בנפש אותם השבילים של התוכנים אשר למוסר העליון הסודי. רק באופן זה של הקרמת הבסיס האיתן היסודי יש מקום לכתן עליו את כל הבניין העליון, שראשו בשמיים. כל מה שהשרשים של האילן יוחר מחפשטים, מתעמקים ומשתרשים, ככה יהיו ענפיו רעננים, חזקים ופורים, ועלהו לא יכול (שם, סעיף טז, עמ' לב). דרישת המוסר שבעולמה של יהדות באה היא להוסיף ולהשלים על ההתנהגות המוסרית הנדרשת בחברה חרבותית מתוקנת ונאורה, וכל המתעלם מזו האחרונה אין בו גם מן הראשונה.

11. תפיסות עולם יסודיות ובסיסיות אלה קבעו גם את היחס שבמקורות היהדות למיעוט לאומי המתגורר תחת שלטון יהודי. שורה של מצוות יסוד בעולמה של היהדות מנומקות בתורה בזיכרון ההיסטורי של האומה ובסבלה כמיעוט תחת שלטונם של אחרים: "כי גרים הייחס בארץ מצרים" (שמות כג, ט; ויקרא יט, ל; שם כב, כ; שם כג, ט ועוד). ולא זו כלכד, אלא אף: "לא תתעב מצרי, כי גר היית בארצו" (דברים כג, ח). הגזענות, שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית ער עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכידנה בעולמה של יהדות, והיא נדחתה על-ידיה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית – הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: "חקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח הארץ" (במדבר ט, יד); "ואל יאמר בן הנכר הנלוה אל ה' לאמור, הכדל יברילני ה' מעל עמו... כי ביתי בית תפילה יקרא לכל העמים" (ישעיה נז, ג-ז). ולא רק מכאן ואילך אלא אף לגבי העבר;

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

וכך השיב הרמב"ם לר' עובדיה גר צדק:

כל מי שיתגייר עד סוף כל הדורות, וכל המיוחד שמו של הקדוש ברוך הוא כמו שהוא כתוב בתורה, תלמידו של אברהם אבינו עליו השלום ובני ביתם הם כולם... ואין שום הפרש כלל בינינו ובינם לכל דבר. ואל יהא יחוסך קל בעיניך; אם אנו מתייחסים לאברהם יצחק ויעקב, אתה מתייחס למי שאמר והיה העולם (שו"ת הרמב"ם, מהדורת פריימן, סימן שסט).

אין האומה העברית "עושה נפשות" כדי לצרף בני לאומים אחרים לשורותיה (מיכה ד, ה; רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ח, הלכה י). עובדה זו באה לבטא, בין היתר, את ההגנה שהיהדות העניקה לבן המיעוט לחיות לפי מורשתו ותרבותו. הנוהג המקובל בעולם העתיק – והפחות עתיק – לברול את בני המיעוטים על-ידי הרוב השולט במדינה לפי העיקרון המקובל של *cujus regio, ejus religio*, היינו הוא השליט, הוא בעל הדת, שלפיו ומכוחו נרדפו המיעוטים עד שהיו אנוסים לקבל עליהם את דת הרוב השליט – אסור היה בתכלית האיסור בעולמה של הלכה. משום כך, בזמן שיד ישראל הייתה תקיפה, "לא קבלו בית-דין גרים כל ימי דוד ושלמה. בימי דוד – שמא מן הפחד חזרו, ובימי שלמה – שמא בשביל המלכות והטובה והגדולה שהיו בה ישראל, חזרו" (רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק ג, הלכה טו).

המיעוט הלאומי של בן עם אחר הוגדר בעולמה של הלכה כמעמד של "גד תושב", שהתנאי היחידי לגביו היה קיום "שבע מצוות בני נוח", היינו אותן חובות אלמנטאריים של שמירה על סדר וחוק שכל האומות בנות תרבות מצוות עליהם, ושחכמים דאו בהם מעין משפט טבעי אוניוורסאלי (רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יד, הלכה ז; סנהדרין נו ע"א; פירוש הרמב"ן, בראשית לד, יג; וראה מ' אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 183 ואילך). המיעוט הלאומי זכאי לכל הזכויות האזרחיות והמדיניות של יתר תושבי המדינה: "גר ותושב – וחי עמך" (ויקרא כה, לה); "שנוהגין עם גרי תושב בדרך ארץ וגמילות חסדים כישראל, שהרי אנו מצווין להתיות... וגר תושב, הואיל ואתה מצווה להתיותו – מרפאים אותו תנם" (רמב"ם, הלכות מלכים, פרק י, הלכה יב; רמב"ם הלכות עבודה זרה, פרק י, הלכה ב). ועוד אמרו חכמים:

אין מושיבים לגר תושב בספר, ולא בנוה רע אלא בנוה יפה, באמצע ארץ ישראל, במקום שאומנותו יצאת. שנאמר (דברים כג, יז): עמך ישב בקרבך, במקום אשר יבחר באחד שעריך, בטוב לו, לא תוננו (מסכת גרים, ג, ד, על פי דברים כג, יז).

עקרונות היסוד המנחים בסוגיית יחסה של המדינה העברית לכלל תושביה הם עקרונות היסוד שבכלל עולמה של הלכה, כדבריו המאלפים של הרמב"ם בסוגייתנו:

הרי נאמר: טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו, ונאמר: דדכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (רמב"ם, הלכות מלכים, פרק י, הלכה יב).

דברים שאמרנו הם מקצת מהלכות מדינה שבמשפט העברי בסוגיה גדולה זו של זכויות המיעוט במדינה העברית, ולא כאן המקום להאריך בפדטיהם.

זכויות האזרח

נסיים הערותינו אלה בדברים מאלפים של הרמב"ם על שאיפת הדורות לימות המשיח, ש"אין בינן לבין העולם הזה אלא שעבוד מלכויות בלבד" (רמב"ם, הלכות מלכים, פרק יב, הלכה ב, על פי דעת שמואל, סנהדרין צא ע"ב; שם צט ע"א ועוד); ואלה דבריו:

לא נתאוו החכמים והנביאים ימות המשיח, לא כדי שישלטו על כל העולם ולא כדי שירדו בגוים, ולא כדי שינשאו אותם העמים, ולא כדי לאכול ולשתות ולשמות – אלא כדי שיהיו פנויין בתורה ותכמתה; ולא יהיה להם נוגש ומכטל – כדי שיזכו לתי העולם הבא, כמו שכארנו בהלכות חשובה. ובאותו הזמן לא יהיה שם לא רעב ולא מלחמה, ולא קנאה ותחרות – שהטובה תהיה משפעת הרבה, וכל המעדנים מצויין כעפר, ולא יהיה עסק כל העולם אלא לדעת את ה' כלבד. ולפיכך יהיו ישראל חכמים גדולים ויודעים דברים הסתומים וישיגו דעת כוראם כפי כח האדם, שנאמר: כי מלאה הארץ דעה את ה', כמים לים מכסים (ישעיהו יא, ט) (רמב"ם, הלכות מלכים, פרק יב, הלכות ד-ה).

ריבונות ישראל ושלטון עברי – לא כדי שישלטו על העולם ולא כדי שירדו בגוים, אלא כדי שלישראל לא יהיה נוגש, ויעסקו בתורה ובתכמה, והארץ תימלא דעה. ברברים גדולים אלה של גדול חכמי ישראל מקופלים ייעודה ורמותה של המדינה העברית

השופט ברק: אין לי כל ספק, כי רעיונותיה של "כך" הם גזעניים, וכי עקרונותיה פוגעים בעקרונות היסוד, עליהם מושחת משטרה הרמוקרטי של המדינה. משוכנע אני גם, כי הם נוגדים את רותה ומהותה של היהדות על כל גווניה וצורותיה. כרברי הרמב"ם:

לפיכך נבדא אדם יחידי בעולם ללמד שכל המאכר נפש אחת מן העולם מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא וכל המקיים נפש אחת בעולם מעלין עליו כאילו קיים עולם מלא. הרי כל כאי עולם כצורת אדם הראשון הם נבדאים ואין פני כל אחד מהן דומין לפני חברו. לפיכך כל אחד ואחד יכול לומד בשבילי נבדא העולם (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ג). אותה השקפה מוצאת ביטוי ברברי הרב אברהם יצחק קוק זצ"ל:

המעמד היותר עליון באהבת הבריות צריכה לקחת אהבת האדם, והיא גם כן צריכה להתפשט על כל האדם כולו. למדות שינויי דעות בדתות ואמונות, ולמדות החילוקים של הגזעים והאקלימים, נכון הרבד לרדת לסוף דעתן של העמים והקיבוצים השונים, כמה שאפשר ללמוד את אופיים ואת תכונותיהם, למען דעת איך לכסס את האהבה האנושית על יסודות המתקדמים למעשה. כי רק על נפש עשירה כאהבת הבריות ואהבת אדם, תוכל אהבת האומה להתנשא בגאון אצילותה, וגדולתה הדתנית והמעשית. וצרות עין, הגורמת לדאות ככל מה שמחורץ לגבול האומה המיוחדת, אפילו אם הוא תוך לגבול ישראל, רק כיעור וטומאה, היא אתת מהמתשכים היותר נוראים, שגורמים הריסה כללית לכל בנין הטוב הרוחני, שכל נפש עדינה

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

מצפה לאורו. (מצוטט מתוך צ' ירון, משנתו של הרב קוק (המחלקה לחנוך ולתרבות תורניים בגולה, ההסתדרות הציונית העולמית, תשל"ד) 306). אם החלטנו לאפשר לה להשתתף בכחירות, הרי לא היה זה משום הסכמה לתג כל שהוא במצעה. נהפוך הוא: קבענו, ואנו חוזרים וקובעים, כי גישתה נוגדת את תפיסות היסוד שלנו ואת הערכים הכלליים והיהודיים, עליהם אנו כונים את בניינו הלאומי. אך כל עוד לא הוכח להנחת דעתה של ועדת הבחירות ולהנחת דעתנו שלנו, כי הרשימה יוצדת אפשרות סבירה של פגיעה בקיום המדינה או באופיה הדמוקרטי, אין מנוס מלאפשר לה להשתתף בכחירות.

בג"צ 392/72

ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה ואח'

פ"ד כו(2) 764, 770-771

הובא בשער זה, עמ' 181.

פרק רביעי חינוך וסעד

1. חובת האב לחנך את ילדיו

כד"מ 1/81

נגר נ' נגר

פ"ד לח(1) 365, 390-394, 396-397, 402-407

כבית-המשפט העליון כשבתו כבית-דין מיוחד
לפני הנשיא (שמגר), השופט אלון והרב קפאח

השאלה, שהועמדה להכרעת בית הדין המיוחד, היא, אם עניין חינוך ילדיהם הקטינים של בעלי הדין מצוי בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני או בסמכותו של בית המשפט המחוזי, ואת שעה שבהסכם הגירושין שבין בעלי הדין הוטב, שכל סכסוך שיחזור ביניהם בעתיד כאשר לילדיהם יתעבר להכרעתו של בית הדין הרבני. כמרכז התקיימו דיונים בין הצדדים בעניין הנדון בבית הדין הרבני האזורי, ובערעור – בבית הדין הרבני הגדול, בלי שנטענה טענת חוסר סמכות. רק משהחליפה המשיבה את פרקליטיה כמהלך הערעור בבית הדין הרבני הגדול, הועלתה לראשונה הטענה, שלבית הדין הרבני אין סמכות לדון בעניין. בית הדין הרבני פסק, שהעניין מצוי בסמכותו הייחודית, ואילו בית המשפט המחוזי – אליו פנתה המשיבה לאחר החלטת בית הדין הרבני – פסק, שהסמכות היא בידי. מכאן הבקשה לבית הדין המיוחד להכרעה בשאלה שבמחלוקת.

השופט אלון: 18. ומשבאנו לכאן, נעיין בנקודת המוצא השנייה, ששימשה יסוד למסקנתו של השופט המלומד – שפסק דינו של בית הדין הרבני הוא כאין, ושהוא, בית המשפט המחוזי, מוסמך לדון בעניין. נקודת מוצא זו היא, שהתביעה בדבר חינוך הילדים, כפי שבית הדין הרבני דן בה, לא נמנית מלכתחילה עם העניינים הנתונים לסמכות שיפוט של בית הדין הרבני, לא סמכות מקבילה ולא ייחודית, אלא מצויה היא מחוץ לענייני המעמד האישי. כיצד הגיע השופט המלומד לתוצאה מופלגת זו, שהתביעה שלפני בית הדין הרבני בעניין חינוך הילדים אינה נמנית עם ענייני המעמד האישי? אומר בית המשפט, כי לפי האמור בפסק-דינו של בית הדין הרבני, התוצאה היא – שבית הדין לא דן כלל בנושא של אפטרופסות כמוכן חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות תשכ"ב–1962, אלא בעניין של "זכויות הוריות",

חינוך וסעד

15 של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, והוא הנוגע לעניין שלפנינו, דן בתפקידי הורים כאפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים (ראה סעיף 14 לחוק), ולית מאן דפליג, כי לפי המשפט העברי כלולה באפוטרופסות הטבעית של ההורים האחריות והראגה הן לגופם והן לרכושם של ילדיהם הקטינים, כמפורט בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. חובתם-זכותם של ההורים לדאוג לחינוכם וללימודם – במובן הרחב ביותר של מושגים אלה – של ילדיהם מן המפורסמות היא, וההוראות בקשר לכך מצויות הן במקרא, בספרות התלמודית ובפוסקים. בהמשכם של דברינו עוד נציין בכך, וכדי לשבר את הארון אציין עתה דברים אחדים בלבד.

במסכת קידושין כט ע"א, אנו גורסים:

תנו רבנן: האב חייב בבנו למולו, ולפדותו (=פדיון בן) וללמדו תורה, ולהשיאו אשה וללמדו אומנות; ויש אומרים: אף להשיטו במים (=שמא יפרוש בספינה ותטבע ויסתכן אם אין יודע לשוט – רש"י, שם; וראה קידושין ל ע"ב: "מאי טעמא? חיותיה הוא").

רבי יהודה אומר: כל שאינו מלמד את בנו אומנות, מלמדו ליסטות; ליסטות סלקא דעתך? אלא כאלו מלמדו ליסטות (=דכיון דאין לו אומנות ויחסר לחמו, ילך בפרשת דרכים וילסטם את הבריות – רש"י, שם).

לדעת ד' יהודה, החובה היא לימוד מקצוע דווקא, ולא די בלימוד מקור פורנסה אחר, כגון מסחר – "דכמה פעמים שאין לו במה לעשות סחורה ועומד ומלסטם" (קידושין ל ע"ב, ורש"י שם ד"ה עיסקא). והתוספתא (מהרודת לביבמן), קידושין א, יא מוסיפה בשבח לימוד האומנות דווקא:

רבן גמליאל אומר: כל שיש בידו אומנות, למה הוא דומה? לכרם שמוקף גדירו, לחריץ שמוקף סייג; וכל שאין בידו אומנות, למה הוא דומה? לכרם שאין מוקף גדירו ולחריץ שאין מוקף סייג...

ד' יוסה בד' אלעזר אמד משם דבן גמליאל כל שבידו אומנות למה הוא דומה? לכרם גדור, שאין בהמה וחיה נכנסין לתוכו, ואין עוברין ושביין נכנסין לתוכו ואין רואין את מה שבתוכו. וכל שאין בידו אומנות למה הוא דומה? לכרם פרוץ שבהמה וחיה נכנסין לתוכו, ועוברין ושביין נכנסין לתוכו, ורואין את מה שתוכו (ודאה פידושו בתוספתא כפשוטה, קידושין, 925-927).

ובמכילתא (הורביץ-רבין), פרשת בא, פרשה יח, 73, מיתוספת חובה נוספת בחינוך-לימוד הילד: "דבי אומר: אף ישוב מדינה".

בספרות התלמודית נלמדים החיובים האמורים מפסוקים שונים שבמקרא; יש שהפסוק דן במפורש בחיוב מסוים (כגון חיוב הלימוד; ובכך נדון בהמשכם של דברים), ויש שהתכמים מסיקים מהפסוק, בדרך הפרשנות, קיומה של חובה זו או אחרת שעל ההורים. כך, דרך משל, הסיק חכמים את החובה ללימוד אומנות השחייה מן האמור בספר דברים ל, יט: "...ובחרת בחיים, למען תחיה אתה וזרעך" (ירושלמי קידושין, פרק א, הלכה ז (סא ע"א); מקורות גוטפיים דאה בבבלי קידושין, שם).

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

21. מכלול סמכויות וחובות אלה, ובנוסף עליהם החובה והסמכות לשמירת רכוש הילדים והמשמורת עליהם, יסודם כמעמדם של ההורים כאפוטרופסים על ילדיהם. הלכה פסוקה וידועה היא, שלהורים אין זכות בילדיהם, ושהידיבות ביניהם – כאשר זו מתעוררת בעניין סמכות מסמכויותיהם כלפי הילדים – אינה יריבות בין בעלי דין שזכויות מוקנות להם (ראו, דרך משל: שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קכג; שו"ת משפטי עוזיאל (ירושלים, תשכ"ר), אבן העזר, סימן צא). המושג "שייכות" ביחסי הורים-ילדים משמעותו, כי – "הילד 'שייך' להוריו-מולידיו, כשם שההורים 'שייכים' לילדיהם יוצאי חלציהם" (ע"א 488/77, בעמ' 429-430); שייכות טבעית זו יוצרת בין ההורים לבין ילדיהם מעמד של אפוטרופסים טבעיים, של חובות חכויות המוטלות על האפוטרופוס ביחס למי שנמצא בחסותו. אמנם כן, מצווה על האב להנך את בנו וללמדו תורה ואומנות, אך קיומה של מצווה זו אין לו ולא כלום עם זכות הורית – במוכח של זכות במשמעות משפטית קניינית – כשם שהמצווה המוטלת על האב ללמד תורה בינו לבין עצמו אין לה ולא כלום עם זכות במשמעות מעין זו. הזכות שיש להורים בחינוך, בלימוד ובכל ענייני האפוטרופסות, היא הזכות למלא את חובתם כאפוטרופסים כלפי ילדיהם. וכבר נאמר בבית המשפט העליון:

מאלף הוא שבמשפט העברי המקורי לא מקובל המושג 'להחזיק' בילדים, כפי שמקובל לדבר על 'החזקה' בנכס מסויים, אלא הביטוי הרגיל והמקובל במקורות המשפט העברי הוא שהילד נמצא אצל ההורים, או שהילד גדל אצל ההורים וכיוצא באלה (ע"א 488/77 הנ"ל, בעמ' 430).

ומשום כך ומתוך כך הפעלת "זכויות" אלה של ההורים כפופה היא לעקרון טובת הילד, שהוא עקרון העל, המנחה את כל פרשת יחסי הורים וילדים במשפט העברי. עיקרון זה מופיע במערכת המשפט העברי כבר בתשובת רב שרירא גאון (המאה העשירית – ראה אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, תלד, 173 והערה א, שם; וראה א' שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנחון המשפט העברי ה (תשל"ח) 285, 292), והוא היה לנכס צאן ברזל בספרות השו"ת והפוסקים (ראה, למשל: תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לח; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן קכג; שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן סב; שו"ע, אבן העזר, סימן פב, סעיף ז, ופתחי תשובה, שם, סעיף קטן ד-ז). הטרמינולוגיה של אפוטרופסות, כתיאור הסמכויות החובות של הורים כלפי ילדיהם, מצויה היא בפסיקתם של בתי הדין הרבניים וחכמי ההלכה (ראה שערי עוזיאל, להרב בן ציון עוזיאל, הראשון לציון ורבה הראשי של ישראל, חלק א, עמ' קכו); וכך מסוכמים הרברים על-ידי הרב אליעזר גולדשמידט, חבר בית הדין הרבני הגדול בבר"מ 1/60, בעמ' 1484-1485:

אין כל ספק בדבר, שלפי הדין בעל-הדין הוא חמיד הילד עצמו, והוריו אינם אלא אפוטרופסים המייצגים אותו לפני בית-הדין ומדברים בשמו. ולא רק זה בלבד שהם אינם כלל בעל-דין, אלא שמספקני אם יש

חינוך וסעד

להם אפילו המעמד של 'צדדים הנוגעים בדבר'. כי 'צד נוגע בדבר' כמשפט, פירושו הוא שנגיעותו של 'הצד' יש להם השפעה על הדיון ועל פסק-הדין, ובהחזקת ילדים השיקול של טובת הילדים, אינו דק שיקול עיקרי כלכד, (דאה Everley's Law of Domestic Relations, עמ' 334), אלא שלפי השקפת דין תורה, זהו השיקול היחיד, זה ותו לא. וכל שיקול אחד אשר הוא ענין של ההורים או של אחד מהם, לא ייחשב ולא ישפיע כמלוא נימא בהכרעה נגד שיקול כל-שהוא של טובת הילד... והסבר הדברים הוא, כי ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים אלא הלכות בטובת הילדים. אין הכן או הכת 'חפץ' לזכויות אב או אם; אין כאן זכויות לאב או לאם, דק חובות ישנם כאן, שמחוייבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. וכבוא בית-הדין לקבע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו וכין הוריו, דק שיקול אחד נגד עיניו, והוא: טובתו של הילד אצל מי תהיה, ובאיזה אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל.

עינינו הרואות. הסמכויות והתפקידים, המוטלים על ההורים כלפי ילדיהם כמשפט העברי, סמכויות ותפקידים של אפוסטרופסים הם; והאמור בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, על כל פרטיו, לא זו כלכד שאין לומר שאינו "קיים כלל כהלכה" אלא תואם הוא את דיני המשפט העברי ומעוגן בו (בעניין השוואת אפוסטרופסות האם לאפוסטרופסות האב עוד ידובר להלן)...

23. כאמור, הסמכויות והתפקידים של האפוסטרופסים הטבעיים על ילדיהם, המצויים בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית, עולים בקנה אחד עם הסמכויות והתפקידים של ההורים על ילדיהם, כאפוסטרופסים טבעיים, לפי דיני המשפט העברי. נוסף ונציין, כי הוא הדין לעניין מי שנתמנה כאפוסטרופוס על קטין שאינו ילדו; גם אפוסטרופסות זו, לפי המשפט העברי, חלה היא הן לעניין הדאגה לנכסיו ולדרכו של הקטין והן לעניין חינוכו ולימודו. מהדברים המצויים אצל גולק, בספרו הנ"ל, אין הכרח לבוא למסקנה אחרת, ועם כל הכבוד, דברים שנאמרו בעניין זה בע"א 50/55 הנ"ל (וכן בע"א 201/57, בעמ' 498 ואילך) אינם נדאים לי מדויקים. הדברים מפורשים בספודת התלמודית (תוספתא, מהרודת צוקרמנדל, תרומות א, י; תוספתא, מהרודת צוקרמנדל, כבא בתרא ת, יד; גיטין נב ע"א), וכך נפסקה ההלכה, כי אפוסטרופסים – "עושים לקטנים לולב וסוכה וציצית ושופד ספר תורה ותפילין ומזוזות ומגילה... עושים להם כדאי לחנכן" (דמכ"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ט), הלכה החוזרת ונשנית בשולחן ערוך (חו"מ, סימן רצ, סעיף טו) ושוב מתוך הנימוק "כדי לחנכן"; ולא כאן המקום להאריך. אציין לסיכומם של דברים, כפי שמובאים הם באנציקלופדיה התלמודית (כרך טז, ערך "חנוך", עמ' קסו ואילך): "אפוסטרופוס שנתמנה על יתומים קטנים חייב בחינוכם... שעל האפוסטרופוס מוטל לחנכם במצוות, שהוא עומד במקום האב"; והדברים פשוטים ואינם צדיכים לפנים, כדברי ד' יחיאל מיכל עפשטיין (עורך השולחן, חושן משפט, סימן רצ, סעיף ל): "מי יחנכם, אם לא האפוסטרופוס?".

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

24. הרעיון המרכזי במערכת המשפט העברי בדיני אפוטרופסות על ילדים, על כל ילד שהוא, יסודו בכלל הגדול ש"בית דין הוא אביהם של יתומים" (גיטין לז ע"א; בבא קמא לז ע"א), החל על כל קטין וילד, ולא דווקא על יתומים (שו"ת הרב"ז, חלק א, סימן רסג; שם, סימן שס; שערי עוזיאל, חלק א, עמ' ד, קכו). ההודים, וכן כל מי שנתמנה כאפוטרופוס על הילדים, משמשים כאילו נציגים של בית הדין, הפועלים מכוחו ועל-פי הוראותיו, הן בדאגה לגופו ולשלומו של הקטין, והן בשמירה על רכושו ונכסיו, על-פי עקרון העל של טובת הילדים. וכך מסוכמים הדברים בספרו של הרב בן ציון עוזיאל המנוח, הרב הראשי לישראל ונשיא בתי הדין הרבניים, שהקדיש לנושא זה חיבור מקיף מיוחד (שערי עוזיאל, חלק א):

זאת היא יסודה ועיקרה של האפוטרופסות בישראל שהיא מטורה לשופטי ישראל ובית דינו. ומאפוטרופסות בית דין זאת נמשכה אפוטרופסות ההודים... ועליהם מוטלת החובה לדאוג על תקנת בנייהם אחריהם בגופם ונפשם, חכמתם והשכלתם, וחנכותם במצוות וברוך ארץ ויראת שמים... (שם, מברא, עמ' 8).

לכן במקרה של גרושין בחיי אביהם, או יתמות אפילו מאחד מהוריהם, דואים בית דין המקום הטוב ביותר לטפולם הבריא ותדבכותם הדתי והמוסרי של הילדים אצל אחד מההורים, או אפילו אצל אחרים, שיותר ממה שחייבים בית דין לפקח על ממונם, חייבים לפקח על גופם ונפשם, שלא יחלו ולא יצאו לתרבות רעה, אלא שיהיו בריאים וגדלים בדרך טובה וישרה, בעיני אלקים ואדם, ונאמנים לתורת ה' וישראל עמו (עמ' ד).

אפוטרופסי היתומים, בין שהם ממונים מצד אביהם או מצד בית דין, מצווים בלימוד היתומים הקטנים תורה בבתי הספר הציבוריים, לשכור להם מורים מיוחדים לכך, מעזובן אביהם או סביהם, שחובה זאת מוטלת על ההורים ואפוטרופסותם או אפוטרופוס בית דין אחריהם לקיימה בגופם וממונם, הלכך גובים מנכסיהם בחייהם ומחייבים את האפוטרופוס להוציא מנכסי המוריש כל הדרוש לכך לפי יכולתו... חייבים לדאוג שהיתומים שתחת אפוטרופסותם ילמדו גם דרך ארץ במדעים אלמנטריים בהיות העולם ובמעשה החשבון כדי שיהיו לכשיגדלו מכובדים בחברתם ויודעים לנהל משאם ומתנם בחשבון וברעה והשכל (עמ' קעג-קעד; ודאה עוד: ב' שרשבסקי, דיני משפחה (פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, מהדורה 2, תש"ל) 413 וה"ש 2).

זאת תודת האפוטרופסות על קטינים במשפט העברי, הן לעניין אפוטרופסים טבעיים והן לעניין אפוטרופסים שהתמנו לכך, על רגל אחת ובקצירת האומר...

28. עצם הקביעה החד-משמעית של בית הדין הרבני, שעל האב מוטלת חובת החינוך של בניו ולכן זכאי הוא בלבד לקבוע את צורת חינוכם – דומה עלי, עם כל הכבוד, שלא הייתה עומרת בערעור לפני בית הדין הרבני הגדול, אילו היה ערעור זה בא לכלל שמיעה. לא זו בלבד שקביעה זו נוגדת היא

חינוך וסעד

הוראת חוק שווי זכויות האשה כדבר אפוטרופסות שווה לאב ולאם, שפירושה הוא זכות דעה שווה לאב ולאם בעניין דרך חינוכם של ילדיהם, אלא שנראה לי, עם כל הכבוד, שקביעה זו גם אינה עולה יפה עם המגמה המקובלת בסוגיה זו בעולמה של הלכה בימינו. אסביר את דבריי.

לדעת ראשונים שונים, נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש, אם חיוב חינוך הבנים למצוות מוטל על האב בלבד או גם על האם (ראה: נזיר כז ע"ב, ומאירי, בית הבחירה, שם; רש"י, תגיגה ב ע"א, ד"ה איזהו קטן; תוספות, עירובין פב ע"א, ד"ה קטן בן שש), ואף בין האחרונים נחלקו ברבר (ראה: חיי אדם, לר' אברהם דאנציג, כלל סו, סעיף ב: "וחייב האב לחנך את בנו ובתו, ויש אומרים דגם בהאם שיך מצות חינוך"; ערוך לנר, לר' יעקב עטלינגר, סוכה ב ע"ב). ולא עור, אלא שעיקר החינוך, בדרך כלל, חלוי באימהות "ששולחות בניהם לבית הספר, ומשימות עיניהם עליהם שיתעסקו בתורה, ומרחמות עליהם בבואם מבית הספר, ומושכות לבם בדברים טובים כדי שיהיו חפצים בתורה" (רבינו יונה מגירונדי (המאה השלוש-עשרה, ספרד), אגרת התשובה, אות עב); והאימהות מצוות על הוכחת בניהן יחד מן האב – "מטעם שהן פנויות ומצויות יותר בבית" (שני לוחות הברית – של"ה – לר' ישעיה הורוויץ – המאה השש-עשרה, אשכנז – שער האותיות, אות דרך ארץ). ומקרא מלא דיבר הכתוב: "שמע בני מוסד אביך, ואל חטוש תורת אמן" (משלי א, ח). הזכות והחובה לחנך את הילדים גורם מרכזי הן בשאלת החזקת הילד, ומשמעות המושג חינוך בהקשר לזכות המשמורת כוללת בהלכה, בנוסף ללימורה של תורה, גם לימוד אומנות (וכבר עמדנו על כך לעיל), ובראש ובראשונה – עיצוב אופיו של הילד. וכך נימקד את ההנחה, שהם הסתם ובראש האם, ובן, לאחר שש, אצל האב: "כי כמו שהבת תלמד לה האם מעשה בנות, כן האב ילמד לבן מה שאר"ו" (רבינו ירוחם, תולדות ארם וחיה, ספר חוה, נתיב כג, חלק ג), "ילמדו דרך הלימוד ודרך אנשים" (תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לח; וכן ראה שו"ת הרדב"ן, חלק א, סימן תכט); ועל-פי זה נפסק בבית הדין הרבני הגדול, כי הבחנה זו לעניין משמורת ילד מעל גיל שש קיימת היא גם כאשר הורי הילד אינם נמנים עם שומרי תורה ומצוות: "ואף במקום ששני הצדדים אינם מחנכים לתורה וללימודה כרחוק" כדי ללמדו תורה, הרי חובת האב לבן וזכות הבן על האב, שיהיה הבן בקרבת האב ובקשר הדוק עמו כדי להקנות לו אופי גברי וחכמות נפשיות גבריות" (ערעור לג/39, כרך ט, בעמ' 259, מפי כבוד הרב קאפח). יתרה מזו. באשר ללימודו של הילד – "מצי (=יכול) האב ללמד את בנו מה שחייב ללמדו, אף על פי שלא יהיה אצלו, כגון לשכור לו מלמד או להשכיר אצל אומן" (תשובת ר' יצחק די מולינא, בן זמנו של הר"י קארו, המאה השש-עשרה, נתפרסמה מכתב יד על-ידי ד"ר אברהם רוד, קריח ספר מד (תשכ"ט) 557, ומובאת על-ידי ר"ר א' שוחטמן במאמרו הנ"ל, בעמ' 301–302), דבר שיש לו משמעות מיוחדת בימינו, שלומדם של ילדים, על כל צורותיו וענפיו, מתקיים ברשת ענפה של מוסדות חינוך ולימוד למיניהם. וכך נפסק בבית הדין הרבני הגדול,

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

בהקשר להבחנה האמורה ולמחלוקת שבין הרמב"ם לראב"ד (הלכות אישות, פרק כא, הלכה יז):

אבל בן שלומד תורה, הרי כתב הרמב"ם... שהמלמד מלמד כל היום כולו ומקצת מן הלילה, כדי לחנכם ללמוד ביום וכלילה... ואם כן הרי לא נשאר כלל לאב זמן ללמדו, אלא שיהא ברשותו לאכול ולישון, ובה יש לומר דלא עדיף האב מן האם (תיק י-ס) כד/42, כך ז, כעמ' 17, מפי כבוד הרב אברהם שפירא; ההדגשות משלי - מ'א; וכן ראה: שו"ת ישכיל עבדי, להרב הדאיה, תלק כ, קונטרס אתרון, אבן העזר, סימן כ; שו"ת משפטי עוזיאל, להרב ב"צ עזיאל, (ירושלים תשכ"ד), אבן העזר, סימן צא. ואם כי דברים אלה נאמרו לעניין זכות ההחזקה בכן, הדי השלכה רבה להם גם לעניין שאלת עדיפות האב לקביעת צורת החינוך-הלימוד; מאחר שלימוד הבן שוב לא נעשה באופן אישי על-ידי האב, ולא האב מלמד אלא מורי בית הספר ודכותיו, הדעת נוחת, שאלה יפעלו כשלוחיהם של שני ההורים גם יחד ועל דעתם.

דומה שמסקנה זו מחויבת ההיגיון היא לאוד דברים שאירעו והלכות שנפסקו בעולמה של הלכה בדורות האחרונים. לפי ההלכה כמשנתם של תנאים ואמוראים, וכבר עמדנו על כך לעיל, האב חייב ללמד את בנו תורה והאישה פטורה מכך (קידושין כט ע"א; משנה וגמרא, שם). על הסברה של הלכה זו אנו גורסים (שם כט ע"ב):

ללמדו תורה מנלן (=מנין שהאב חייב ללמד בנו תורה)? דכתיב (דברים יא, ט): ולמדתם אותם את בניכם (לדבר כס)... איהי מנלן דלא מיחייבא (=היא - האם - מנין שאינה חייבת ללמד בנה תורה)? דכתיב: ולימדתם - ולמדתם (=ההיגיון הוא לימדתם, היינו ללמד, והכתיב הוא למדתם - בלי יו"ד - היינו ללמוד), כל שמצווה ללמוד - מצווה ללמד, וכל שאינו מצווה ללמוד - אינו מצווה ללמד; ואיהי מנלן דלא מיחייבא למילף נפשה (=והיא, מנין לנו שאינה מחוייבת ללמד עצמה)? דכתיב: ולימדתם - ולמדתם, כל שאחרים מצווין ללמדו - מצווה ללמד את עצמו, וכל שאין אחרים מצווין ללמדו - אין (=אינו) מצווה ללמד את עצמו (=היינו אותו היקש - בכוח ההפוך); ומנין שאין אחרים מצווין ללמדה? דאמר קרא: ולמדתם אותם את בניכם, ולא כנותיכם. וכך מסוכמת ההלכה ברמב"ם:

נשים... פטורים מתלמוד תורה; אבל קטן אביו חייב ללמדו תורה, שנאמר: ולמדתם אותם את בניכם לדבר כס. ואין האשה חייבת ללמד את בנה, שכל החייב ללמוד - חייב ללמד (הלכות תלמוד תורה, פדק א, הלכה א). פטור "משולש" זה של האישה - שפטורה מללמד את בנה ומללמד את עצמה, ושהאב פטור מללמד את בנה - נאמרו בו דעות שונות עוד בתקופת התנאים. לדעת בן עזאי - "חייב אדם ללמד את בתו תורה", ולעומתו סוכר ר' אליעזר בן הודקנוס, כי - "כל המלמד את בתו תורה כאילו מלמדה תפלות" (משנה סוטה ג, ד). בטעמה של מחלוקת זו, וכדבריו החדיפים של ר' אליעזר,

נאמרו פירושים מפירושים שונים, ולא כאן המקום להאריך (ראה: מפרשי המשנה, שם, וכן מפרשי החלמוד על מסכת סוטה כא ע"ב; רמב"ם הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה יג; שו"ע, יו"ד, סימן רמו, סעיף ו; תורה תמימה, רברים יא, אוח מח. וכן ראה ירושלמי, סוטה, פרק ג, הלכה ד (יח ע"ב)). מקורות תלמודיים ובחר תלמודיים שונים אמנם מדברים בשבחן של נשים חכמות, דרשניות ולמנויות (ראה, ררך משל, תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, כלים, בבא קמא ד, יז: "יפה אמרה בחו מבנו"; תוספתא, מהדורת צוקרמנדל, כלים, בבא מציעא א, ו: "כשנאמרו דברים לפני ר' יהודה, אמר: יפה אמרה ברוריא"; בבלי בבא בתרא קיט ע"ב: "בנות צלפחד חכמיות הן, ורשניות הן"; בתו של רבי שמואל בן עלי, הגאון, ראש ישיבת בגד במחצית השנייה של המאה השתי-עשרה, שהייתה "בקיאה בקרייה (=במקרא) ובתלמוד" – סיבוב הרב פתחיה מרענגנסבורג (מהדורת קלעטער, תרע"ב) ג, ב; תשב"ץ, חלק ג, סימן עו; שו"ת מהרש"ל, סימן כט, ועוד; וראה החיר"א, שם הגרולים, מערכת גרולים, ערך "רבנית"), אך ההלכה נקבעה כרברי ר' אליעזר (ראה: רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה יג; שו"ע יו"ד, סימן רמו, סעיף ו; וראה לחם משנה על הרמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה ז, בעניין פסיקת הלכה כר' אליעזר ששמותי הוא). במשך הזמן חלו באיסור הלימוד שינויים וצמצומים שונים, אם מבחינת טיב החומר שנלמד והיקפו – תורה שבכתב ומצוות מעשיות – אם מבחינת מידת העיון בו וכיוצא באלה, ולא כאן המקום להאריך (ראה חיבורו של ד"ר א' אלינסון, האשה והמצוות, ספר ראשון (מהדורה שניה), 147, 153–157; הרב י' י' גויבירט, חינוך הבנים למצוות, נספח לספרו שמירת שבת כהלכתה (ירושלים, תשכ"ה), עמ' שח–שי).

שינוי מהותי חל בעולמה של הלכה ובחיי המעשה בסוגיה הלכתית-חברתית זו בדרורות אחרונים עם השינויים החברתיים-איריאולוגיים מעמיקי התמורה שאירעו בהם. הנמקות שונות ניתנו על-ידי חכמי הלכה לשינוי זה, ולפי מהות ההנמקה כך היא מידת השינוי וטיבו. וכך נאמר בסמוך לדורנו על-ידי ד' ישראל מאיר הכהן מרארין, בעל "החפץ חיים", בהתייחסו לדברי ר' אליעזר האמורים בדבר איסור לימוד תורה לבחו:

נראה דכל זה רוקא בזמנים שלפנינו... וקבלת האבות היתה חזקה מאד אצל כל אחר ואחר להתנהג בדרך שדרכו אבותיו... בזה היינו יכולים לומר, שלא תלמד הבת תורה ותטמון בהנהגה על אבותיה הישרים. אבל כעת בעוונותינו הרבים, שקבלת האבות נחרופפה מאד מאד... ובפרט אותן שמרגילין עצמן ללמוד כחב ולשון העמים, בוודאי מצוה רבה ללמדם חומש, וגם נביאים וכתובים ומוסרי חז"ל... (ליקוטי הלכות של החפץ חיים, סוטה כא; וראה תשובת בעל חפץ חיים, בנושא זה, מיום ח בשבט תרצ"ג, פורסם במאמרו של ד"ר א' גוינבאום, "החינוך הרתי לבנות בישראל", בשבילי החינוך (ניו יורק, תשכ"ו) 24, 35).

הפסיקה הלכה והסתעפה בארץ, לפני קום המדינה ולאחר מכן. פוסק הרב ר' זלמן סורוצקין, מראשי עולם הישיבות:

רק בתורה שבעל פה, בעיון ובפלפול, אמרו "כל המלמד את בתו תודה"... אפילו תורה שבעל פה מותרת האשה ללמוד את המסקנה האחרונה, בלא קושיות ופרוקים...

לא כימים הראשונים הימים האחרונים: כימים הראשונים התנהגו כתי ישראל על פי השלחן ערוך ואפשר היה ללמוד בהם את כל התורה מן הנסיון... אבל עתה... לא רק שמותר ללמד תורה ויראת שמים לבנות בדורנו זה, אלא חיוב גמור יש בזה, וכאשר ביארנו, ומצוה רבה לייסד בתי ספר לבנות להשריש אמונה טהורה בלבן ידיעת התורה והמצווה... (הרב זלמן סורוצקין, מאונייטד למשפט, תשט"ו, סימן מב; ודאה אלינסון, בספרו הנ"ל, 158 ואילך; וראה עוד תשובת הגר"י קפאח, חינוך הבת ללימוד תורה, למוסר ולעזרה לזולת, מתוך ספר האשה וחינוכה (כפר סבא, תש"ם) 31). מדרכה של פסיקה – כדרכו של כל שיפוט – שאין היא מתחזקת מההלכה הקיימת אלא מצמצמת אותה ומבחינה בינה לבין ההלכה המתרחשת, אשר על-כן צומצם ונתפרש האיטור שלא ללמד בתו תורה ללימוד תורה שבעל-פה בעיון ובפלפול בלבד. אצל חלק ניכר מחכמי הלכה בימינו שוב אין אנו מוצאים גם סייג זה. בשאלה שנשאל הרב בן ציון פירר, רבה של ניר גלים – אם טוב עושים העומדים בראש החינוך הדתי שמלמדים תורה שבכתב ובעל פה לבנות? – משיב הוא בצורה חד-משמעית, תוך שהוא מבחין בין הדורות הקודמים לבין הדורות האחרונים, שבהם "בולמוס הדריפה אחרי עץ הדעת אחזה בכל בני האדם, כאנשים כנשים, ומי הוא האיש אשר יעצור זרם אדיר זה..." שאין להעלות על הדעת, שדווקא לימוד תורה ויהדות, על כל חלקיו, יימנע מהבחה. הרב פירר מצביע על המציאות הקיימת:

בין אם הדבר לרוחנו או לא, עובדה היא מקום "המלמד" ירשה המורה, מורה זו מוסרת את התורה לידי הבנים והבנות שבבית הספר היסודי... ואם כן, היום שהמורה היא שמקנה את ידיעות התורה בבית הספר היסודי גם לבנים, הרי שביריעתה תלוי קיומן של מצוות על ידי הבנים. וממילא שכל הדינים שוים אצלה כיום – בין אלה ששייכים לה כאשה ובין אלה ששייכים לה כמורה לבנים... הלואי ותלמדנה כל בנות ישראל תורה... (נועם, במה לבירור בעיות בהלכה (ירושלים, תש"ך), ספר שלישי, עמ' קלד).

מאלפת היא חשבתו של הרב משה מלכה, לשעבר מרבניה של יהדות מרוקו ועתה אב בית הדין הרבני בפתח-תקוה (שו"ת מקוה המים, חלק ג, יורה דעה, סימן כא):

שלא נחלקו בן עזאי ורבי אליעזר אלא בזמניהם שהיתה האשה כבודת בת מלך פנימה, ומעולם לא יצאה אשה חוץ למחיצת הכית, ולא לקחה חלק בענייני העולם, שכל עסקה וחכמתה הצטמצמו בניהול הבית בחינוך הבנים ובגידולם... לא כן בימינו אלה, שהנשים לוקחות חלק גדול באורחות חיים, חודרות אל מעמקי החכמות החיצוניות וממלאות ספסלי האוניברסיטאות, מנהלות משרדים ובעלות עסקים, ויש להן יד ושם בהנהגת המדינה ובענייני

הפוליטיקה... כודאי יודה רכי אליעזר שאין שום איסור ללמדה גם תורה שבעל פה, ככדי שתדע להיזהר ולשמור את כל חוקי התורה הקשורים ככל הליכותיה ובעבודתה. ולא זו בלבד – אלא שהחיוב מוטל עלינו ללמדה ולהלעיטה כל מה שאפשר... (ודאה עוד שו"ת עשה לך רב, להרב חיים דוד הלוי, הרב הדאשי וראב"ד לחל-אביביפו, חלק ב, סימן נב).
 וכך אנו שומעים מפי הרב אהרון ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון אשד באלון שבות שבגוש עציון (בעיות יסוד בחינוכה של האשה, בספר האשה וחינוכה (כפר סבא, תש"ס) 158-159; הדברים נרשמו על-פי שיחה של שאלות ותשובות):

לדעתי רצוי וצדיק, לא רק אפשר, לתח חינוך אינטנסיבי לבנות גם ממקורות תושבע"פ בין אם משום הטענה שנשים עוסקות בכל המקצועות מדוע יגדע חלקן דוקא לגבי תורה ובין אם משום דברי ה"חפץ חיים"...

לדעתי מה שדרוש לבת כדי לקבל את ההכשרה התורנית המעשית זה הרבה מעבר למה שמלמדים היום, יש להגביר את הלימוד לבנות, כמותית ואיכותית, תוך כדי הודאת כל תחומי התורה...

צדיק להגביר את הלימוד של תושבע"פ. מבחינה מעשית, כדאי ללמד סדר זרעים, מועד ונוזיקין, וכן המעט האקטואלי מנשים, קדשים וטהרות. וכאשר מלמדים צדיק ללמד לעומק... אין לי שום התנגדות ללמד בנות גמרא... וצדיק אפילו למסד את זה כחלק אינטגרלי של למידה בבית הספר, שעוד ממש... וזו נראית לי הדרך המומלצת לציבור הבנות בדרוננו... (וראה עוד "האשה במקורות היהדות", הגות, מאסף למחשבה יהודית (האגף לתרבות תורנית, תשמ"ג) מאמרים שונים בנושא דיונו).

29. סיכומו של עיון. כפי שראינו, ההלכה, שהאב חייב ללמד את בנו תורה והאישה פטורה מכך, יסודה בהלכה, שהאב חייב כעצמו בלימוד תורה והאישה פטורה מלימוד עצמי, על-פי הכלל שכל החייב ללמוד – חייב ללמד. בימינו אנו, משחל שינוי כה מהותי, שלא רק שאין איסור אלא אף נקבע חיוב האישה בלימוד תורה, והאישה לא רק שלומדת היא לעצמה אלא מלמדת היא אף בניהם של אחרים, דומה שמתבקשת מכך גם המסקנה, שהחיוב ללמד הבן תורה צריך שיהא מוטל שווה על האב ועל האם, על-פי העיקרון ההלכתי היסודי שכל החייב ללמוד – חייב ללמד. ומכל שכן ובוודאי שכך הוא, כאשר מדובר במילוי חיוב שמתבטא בחוות-דעת ובהבעת דעה, לאיזה בית-ספר יישלח הבן לצורכי לימודו. ולולא דמיסתפינא, אומר הייתי, שבית הדין הרבני הגדול, אילו ניתן היה לו לדון בעניין חובת הלימוד והחינוך של הילדים, הן בנים והן בנות, מסיק היה, שחובה וזכות משותפות הן לשני ההורים, כמובן בכפוף לחינוך המיוחד שהאב נותן לבן והאם לבת מתוך הבנה והזדהות עם הילדים בני מינם, כפי שעמדנו על כך לעיל.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

2. חובת הציבור לדאוג לחינוך הילדים

בג"צ 1/67

משיעל ואח' נ' שר החינוך והתרכות ואח'

פ"ד כא(1) 387, 384

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

המשיבים דחו את בקשת העותרים לשנות את ההוראה שניתנה על-ידי מנהל בית-הספר הממלכתי בדבר העברת בנותיהם של העותרים מבית-ספר מעורב לבית-ספר אחר. הנימוק שניתן להוראה זו היתה החלטת משרד החינוך לחסל את החינוך המעורב של בנים ובנות יחד, מאחר ורוב התושבים מבני המיעוטים אינם מרוצים מחינוך מעורב כזה ובעיקר כחיות הגבוהות של בית-הספר היסודי ועל כן מוציאים בנותיהם מבית-הספר טרם סיימו חוק לימודיהן, דבר הגורם לנשירה גדולה מבית-הספר. מכאן העתירה לבג"צ. טענות העותרים היו כי הם רוצים דוקא בחינוך מעורב לבנותיהם וכי ההעברה פוגעת ברגשותיהם; בית-הספר אליו הועברו הבנות מרוחק מהבית ועליהן לעבור כביש והדבר מסוכן; וכן אין למשיבים סמכות להעביר תלמיד מבית-ספר לבית-ספר וזכות זו שמורה לרשות המקומית. בא-כוח המשיבים לעומת זאת טען כי אין לעותרים זכות לדרוש כי בנותיהם ילמדו דוקא בבית-ספר פלוני.

השופט קיסטר: זכות האזרח לדרוש מהמדינה שילדו יקבל חינוך בבית-ספר שהוקם על-ידי הציבור, ושההורה יוכל להביע דעה באיזה בית-ספר ילמד בנו, או שלפחות לא יועבר מבית-ספר בו למד, תלויה במערכת הדינים הנוגעים לחובת הציבור, וכן בזכויות האזרח בעניני חינוך.

בעם ישראל היתה מופרת חובה גם של ההורים לחנך את ילדיהם ובמיוחד של אב ללמד את בנו תורה, וגם חובת הציבור להקים כתי-ספר לתלמוד-תורה לילדים החל מגיל 6-7. בדבר חובתו של הציבור נאמר כנמרא בבא בתרא כא ע"א שתחילה התקינו שיהיו מושיבים מלמדי תינוקות בירושלים, אחר כך התקינו שיהיו מושיבים מלמדי תינוקות בכל פלך ופלך, אבל אחת המגרעות שבאותו הסדר היתה במקרה של תלמיד אשר רבו כעס עליו, היה "מבעט בו ויצא", עד שבא יהושע בן-גמלא בן זמנו של ינאי המלך והנהיג בתי-ספר בכל עיר ועיר עם שכלול זהסדרים שבהם. באותה סוגיה נדונה, בין השאר, גם השאלה כאילו תנאים מוליכים תלמידים מעיר לעיר, ואף משכונה לשכונה, ובעיקר כאשר נהר מפטיק בין אוהן שכונות; ראה בבא בתרא, שם, ובעקבות זאת ברמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק כ (ובמיוחד בהלכות א, ב, ה, ו).

וכשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמה, סעיף טז.

מצינו איפוא, כי בעם ישראל היתה להורה זכות לדרוש מתן חינוך נאות לבנו הקטן מאת הציבור, והציבור היה חייב לעשות הסדרים נאותים.

חינוך וסעד

ע"א 343/68

פקיד השומה, ת"א 5 נ' עירית בת-ים

פ"ד כג (1), 186, 191

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

לטענת פקיד השומה מהווה ההגחה בשכר הלימוד שהעניקה עירית בת-ים לאלה מעובדיה
שילדיהם למדו בכתי-ספר תיכוניים עירוניים בכתיים, משום "קצובה אחרת" החייבת כמס,
כאמור בסעיף 2 (2) לפקודת מס הכנסה.

השופט קיסטר: המאתד את שלוש הדוגמאות המצויינות בסעיף 2 (2)
לפקודה: אכסניה, אוכל ומגורים הוא, כי הן הינן טובות הגאה לעובד המהווה
הוצאה כספית למעביד. העיריה הקימה את רשת החינוך התיכון עבור כלל
תושבי העיר, ולא עבור ילדי עובדיה במיוחד, והיות ו"נר לאחד נר למאה"
(שבת קכב ע"א), הרי שהנאתם של עובדי העיריה אין בה כדי להחסיר את
קופת העיריה, כי מהתוסף מספר תלמידים אין בהכרח הוצאה נוספת להחזקת
כית-הספר, ומה עוד שאין ילדים אלו לומדים בחינם, אלא משלמים שכר
לימוד כסכום נמוך מהנדרש מתושבי המקום שאינם נהנים מהנחות.

כלל זה נכון כפל כפליים אם נשים לב כי אין המדובר פה בהענקת מוצר או
מצרך כמחיר מוזל אלא בהענקת שירות. שירות אחר מוסמכת העיריה
להעניק לתושביה מכוח סעיף 249 (29) לפקודת העיריות המנרטוריות (נו"ח).
נכון שאין הפקודה מטילה על העיריה החובה להעניק שירות זה לציבור
תושבי המקום, אך במסורת עם ישראל ראו זאת כתובה המוטלת על כלל בני
העיר עוד מהימים הקדומים של תקופת בית שני, כאשר יהושע בן גמלא, כהן
גדול באותם ימים, תיקן:

שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה וככל עיר ועיר (כבא
בחרא כא ע"א).

ועל יסוד תקנה זו נפסק כך אף להלכה ברמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק
ב, הלכה א, ובשולחן ערוך, יודה דעה, סימן רמה, סעיף ז. וכן נקבעה הלכה כי
חובת המימון של הוצאות הלימוד מוטלת אף על שכס כלל בני העיר, ולא רק
על הורי התלמידים, ראה דברי רבינו ירוחם, שהוכאו בדרכי משה על הטור,
חושן משפט, סימן קסג, סעיף קטן א; ובהגהות הרמ"א לשולחן ערוך, שם,
סעיף ג.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

3. איסור שימוש באמצעי רדייה חמורים על-ידי ההורים

צ"א 425/68

משכיל לאיתן, קטין, באמצעות אמו משכיל לאיתן נ' משכיל לאיתן

פ"ד כג(1) 309, 321

בכית"המשפט העליון כשכתו בכית"המשפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

בית-הדין הרבני שוכנע כי האווירה השוררת בכית"ה אמו של הקטין, שנתגרשה מאביו, משפיעה לרעה על יחסי הקטין עם אביו, ועל-כן הורה כי על הקטין לעבור למוסד. פסק-הדין לא קיים. חביעת מזונות שהגיש המערער כלפי אביו – נדחתה.

השופט קיסטר: כאשר האב פטור ממזונות הבן לפי התקנה בנסיבות כמו דנן, אין משמעות הדבר שדינו של הילד לרעוב כאשר אינו שומע בקול אביו להיות אצלו, אלא כי המחזיק בילד הוא יפרנסו ואין האב חייב, לא כלפי הבן ולא כלפי המחזיק, להחזיר ההוצאות, ובוודאי שאין הוא חייב להשלים עם עובדות אלו ולפרוע הוצאות אלו מראש. אכן, כל עוד המערער אצל אמו ובידה לפרנסו, אין כל בעיה מבחינת המערער, שהרי לו עצמו אין חשיבות ממי מקבל הוא את מזונותיו. רק במקרה שמצב אמו של המערער היה כזה, שלא היחה יכולה לכלכל את המערער והיה עליו לסבול מחסור בזמן שהוא אצלה, תתעורר הבעיה.

אך אפילו יסבול הילד מחסור, היינו חוזרים לשאלה, האם לא יוכל האב לטעון שאפילו מדין צדקה אין עליו חובה להשלים את כלכלתו של הבן, כאשר מוכן לכלכלו אצלו או במוסד שנקבע על-ידי כית"הדין הרבני; סבורני שבמקרה שלפנינו, היינו, כהחשכ בגילו של הקטין ויחר נסיבות המקרה הידועות לנו ושחואדו לעיל (פרטים אחרים אינם ידועים לנו), לא יהא זה מוצדק – מבחינת דיני התורה – אם האב ירצה לנער את חצונו מבנו כאשר הבן אינו שומע בקולו, ואין האב רשאי לומר: "אם בני מתנהג כפי שמתנהג, יסבול רעב ואין זה מענייני אם סובל הוא רעב".

נכון הדבר, שאם כן בגילו של המערער מתנהג שלא כשורה או מסרב ללמוד, רשאי אביו ליסרו ולרדות בו כדי להכריחו ללמוד ולנהוג כרבעי, אבל הורים הוזהרו מלנקוט באמצעי רדייה חמורים יותר מדי. אחד הכללים הוא, כי לעולם תהא שמאל דוחה וימין מקרבת, ואין לדחות ילד בשתי ידיים. הדי המשיב גילה בעצמו שאין להשתמש ככות יחר על-מנת להעבירו למוסד, והאם יותר קל להשפיע עליו אם יתן לו לסבול מחסור?!

חינוך וסעד

הרב שניאור זלמן מלאדי (בעל התניא) בשולחן ערוך שלו, הלכות תלמוד תורה, פרק א, סימן ו, הזהיר את האב "ואל תכביד יסוריך ותוכחת". יתר-על-כן, השאלה של רדיה בילד על-ידי מיעוט המזון נדונה על-ידי מפרשי התלמוד לגבי ילד המסרב ללמוד תורה. בכחוכות נ ע"א, נאמר: באושא החקיננו שיהא אדם מתגלגל עם בנו עד שחיס עשרה שנה מכאן ואילך יורד עמו לחייו (בנוסח אחר: עד לחייו).

צוטט על-ידי השופט שמגר, ע"א 199/77 חרר נ' חריר, פ"ד לב (1) 458, 463.

4. גרימת חבלה גופנית על-ידי הורים ומורים

ע"פ 7/53

ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 790, 792-793, 797-800

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 485.

5. חובת הציבור לגבות כספי צדקה ולחלקם

ח"י (ת"א) 354/64

ענין עזבון הופמן

פ"מ מו 308, 311-312, 313-314

בבית-המשפט המחוזי תל-אביב-יפו

המנחה נחמה הופמן נפטרה ושום יורש לא הופיע. לאחר מינויו של האפוטרופוס הכללי כמנהל העזבון פנתה עיריית תל-אביב וביקשה לשלם לה סך של 5,941.41 ל"י עבור תמיכה שהמנחה קיבלה שלא כדין, דהיינו, דמי אישפוח בבתי-חולים שונים, הוצאות טיפול רפואה ודמי הבראה. המנחה השאירה למעלה מסך 6,000 ל"י והאפוטרופוס הכללי ביקש לקבל את הוראות ביהמ"ש.

השופט קיסטר: אשר למשפט העכרי אצטט משו"ת הרא"ש, כלל פה, סימן ב, דברים דלקמן שהם יפים לכל שיטה משפטית:

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

כי מנהג ידוע שאדם נופל למשכב ואינו יכול לסייע עצמו שהקרוכים משחדלים להמציא לו רפואה, וכ"ש חולה שכתבת שלעתים חלים ולעתים שוטה, שהוצרכו הקרוכים להשתרל בענינו ואפילו איניש בעלמא שהיה משחדל להמציא רפואה לחולה כלי ציווי החולה, נראה שלא יפסיד שפיקוח נפש הוא וכל הזריז הרי זה משוכח...

כל עוד שמדינה או רשויות ציבוריות לא קיבלו על עצמם להגיש עזרה רפואית חינם לכל אזרח אם רל הוא ואם עשיר, ככלל, או לגבי מחלות מסוימות יש לנהוג לפי אותו עקרון כבית תולים ציבורי כמו בבית חולים פרטי או ככלל מוסד פרטי לגבי אותם מחלות שהמדינה לא קיבלה על עצמה להעניק טיפול רפואי חינם, לכל האוכלוסייה. ובכן, מוסד שפנו אליו לטיפול רפואי זכאי לשכר ראוי או לשכר לפי התעריף המקובל של אותו מוסד.

... כמקרה שטענה כאופן כללי שאין לה רכוש מספיק והיא זקוקה לתמיכה ויתכן ששוכ תהיה שאלה באיזה מירה אפשר היה לראוח את המנוחה כבעלת רכוש כך שאינה זקוקה לסעד.

בדיני תורה קיימת חובת היחיד למתן צדקה לנצרכים וחובת ציבור להחזיק מוסדות (תמחוי, קופת צדקה וכו') לגביית כספי צדקה מאח האזרחים ומתן צדקה לנצרכים ובמשנה ואח"כ בפוסקים נקבעו מבחנים לפי גודל רכושו או אמצעיו כמטבע דאז, מחי אפשר לראוח אדם לראוי לצדקה שמותר לו להנות ממוסדות ציבור או רשאי לקבל מתנות עניים (לקט, שכחה ופאה) או צדקה מקרובים כאופן שהדבר יחשב לצדקה. השעורים האלה לא נאמרו אלא כימיהם כהתחשב עם ארגון הצדקה הצבורית שהיה או ובהתחשב בכח הקניה של המטבע שהיה או ובזמן הזה יש לדון לפי הזמן והמקום (ראה מפרשי שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנג, השולחן ערוך באותו סימן, סעיף ב).

כאשר במשך הדורות חלו שינויים בצורת ארגון הצדקה הציבורית, כח הקניה של המטבע, רמת החיים וכו', אין הפוסקים של היום נוהגים לפי פרטי הדינים האמורים כמשנה, ברמב"ם ושולחן ערוך כגון אין מחפשים איך להמיד סכום חמישים זוז או מאתיים זוז למטבעות של היום אלא קובעים את המבחנים לאור היסודות והעקרונות שהונחו בתלמוד ובפוסקים.

כמשנה פאה פרק ח וכמקומות אחרים וכן ברמב"ם הלכות מתנות עניים, פדק ט, ובטור ובשולחן ערוך, יורה דעה, סימנים רנג ודנו, מוצאים מה היה ארגון הצדקה ומה היו לאור אותו ארגון המבחנים של נזקק. לפי מקודות ההלכה היה קיים ככל מקום תמחוי שהיו מחלקים מזון לעניים ככל יום. והיתה קופת צדקה שהיו מחלקים לנזקקים מה שנחוצ להם כל שבוע, היו משרות קבועות של גבאי צדקה שהיו גובים מאת הציבור ואף מחייבים ומחלקים לצדקה והיו גם מוסדות שהיו נותנים לעניים המחכיישים כחשאי וכן צדקה בצנעא ומקרובים וככלל כאופן ישיר מירירים.

אשר לתמחוי וקופת צדקה הדגילות, קבעו שעורים לגבי קופה המחלקת כל שבוע ונקבע שמי שיש לו לשבוע לא יטול מלכד זה; כדי לא לגזול את העניים, נקבע מי זכאי בכלל לקבל צדקה אפילו בצנעא ולשם כך קבעו סך מאתיים זוז

חינוך וסעד

לאדם שאינו נושא ונותן בכסף ומפרשי המשנה ונושאי כלים של הפוסקים שהגיעו למסקנה שסך מאתיים וזו זהו סכום המספיק לכלכל לשנה תמימה ואדם שיש לו כסף מזומן או קרקע שיוכל למכור אותה בסך של לא פחות ממאתיים וזו (שיספיק לו לשנה תמימה) ואין עליו שום חוב או שעבוד, לא יטול צדקה. אך כמובן שאין מחייבים למכור דירתו וכלי תשמישו שאינם בבחינת מותרות לגבי אותו איש. התחם סופר בשו"ת ליורה דעה סימן רלט קבע כללים מי יהיה זכאי לקבל מכספים שנאספו מגדיבים לבני עיירה שנשרפה לשם שיקומם ועשה זאת לפי צורך זמנו (לפני כמאה וחמישים שנה); לאור השיקולים אשר בחלמוד ובפוסקים קבע מה המינימום בזמנו לאדם העובד או אינו יכול לעבוד כדי שיוכל לקבל חלק מכספים המיועדים לשיקום האנשים שביחסם או חלק מרכושם נשרף.

5. צדקה – זכאות של בעל נכסים

מ"א (ח"א) 72/60

כהן נ' כהן ואח'

פ"מ כח 106, 107, 110-111

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הוגשה תביעת מזונות ע"י אב נגד שלושת בניו ובפרשת התביעה נאמר כי התובע הוא זקן, חולה ואינו מסוגל לעבודה ואין לו מקור פרנסה פרט לסכום של 40 ל"י לחודש שהוא מקבל מביטוח לאומי. הנתבעים טענו כי התובע מתפרנס מקיבוץ נדבות וכי יש לו חלק בשתי חלקות אדמה בשווי של 700 ל"י בערך וליפט בו הוא מתגורר. ביהמ"ש חייב את הנתבעים במזונות אביהם והרשה להם לעקל את חלקו של התובע בשתי חלקות האדמה לשם גבייה בתורה את דמי המזונות שישלמו לפי פס"ד זה.

השופט קיסטר: התביעה היא של אב נגד שלושת בניו למזונות. בכתב התביעה נאמר כי התובע הוא זקן, חולה ואינו מסוגל לעבודה ואין לו מקור פרנסה כלשהו פרט לסכום שהוא מקבל מביטוח לאומי בסך 40 ל"י לחודש. אשר לנתבעים נאמר בכתב התביעה כי הנתבע מס' 1, יצחק כהן, הוא פקיד בכיר בבנק "זרובבל" ומרוויח 500 ל"י לחודש לפחות. הנתבע מס' 2 הוא סנדלר ומרוויח סך 250 ל"י לחודש והנתבע מס' 3 הוא פקיד בבנק "קופת-עם" בתל-אביב ומרוויח 250 ל"י לחודש.

... נראה שאוכל להסתייע במקורות של משפט עברי כאשר הבעייה היא בדיני משפחה (מעמד אישי) שבמידה שלא נקבעו במפורש בחוק יש לנהוג לפי חוק מעמד אישי ונוסף לכך כאמור לעיל החוק מבוסס במידה גדולה על הלכות

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

של המשפט העברי. והבירורים במשפט העברי בוודאי יכולים לעזור במידה גדולה לפתור את הבעיות. לפי המקורות של המשפט העברי יש להבדיל בין החלקה שעליה הליפט ובין החלקים במגרשים אחרים.

הכלל הוא שאם לאדם ישנם נכסים שאינו יכול למכרם כרגע יש לראותו כזקוק לצדקה ורשאי לדרוש תמיכה. יחד עם זה נאמר בספרו של רבינו ירחם בר' משולם מארץ פרוכניצה, תולדות אדם וחוה, חלק א, ספר אדם, נחייב יט: מי שהיה עני ונטל מן הצדקה כשהעשיר אינו חייב לשלם... ולאן דוקא מקופה של צדקה אלא אפילו אדם בעלמא שפרנסו זרק חסד ונתן לו די סיפוקו כיון שלא היו לו נכסים באותה שעה; אמנם אם היו לו נכסים או קרקעות אפילו היו ביד אחר חייב לשלם אם חברו תובעו זולת יתום.

העקרון הזה הובא להלכה גם בבאר היטב, לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנג, סעיף קטן ו.

יש לציין כי היה מקום לפקפק אם לאור ערכם הקטן של חלקי המגרשים אפשר לדאוגם בכלל הרכוש שבגללו אינו נעשה לנוקק אולם מאחר שב"כ התובע הודיע כי הוא מוכן להעביר את החלקים לנתבעים אין כאן בעייה בקשר לאותם החלקים. עם כל זה אינני חושב להתנות את המזונות בהעברת החלקים לנתבעים כי חוששני שמא לא ישלמו לתובע את המזונות לפי פסק הדין וימצאו הנתבעים נשכרים נכסים ללא כל יסוד ואני מעדיף לצוות שברגע שיתחילו לשלם רשאים לדרוש להטיל עיקול על החלקים של התובע במגרשים אלה כדי לקבל בחזרה מה שישלמו עפ"י פסק-דין מתוך אותם החוקים ייתכן שבעתיד אפשר יהיה למכור אותם ואולי גם מחירם יעלה.

שונה המצב לגבי החלקה שעליה הליפט. הכלל הוא בדיני הצדקה במשפט עברי שכאשר אדם נופל לצדקה אין מוכרים בדרך כלל במקום בו הוא גר (ראה המקורו אשר בפסק-דין של בית-משפט זה בח"א 1126/55 פורסם בתמציות ופסקים מחוזיים יב, עמ' 57).

ת"י (ת"א) 354/64

ענין עזבון הופמן

פ"מ מו 308, 311-312, 313-314

הובא בשער זה, עמ' 243.

חינוך וסעד

7. חובת צדקה כשהלווה אינו מקפיד על ממון אחרים

ע"פ 480/70

דסלר נ' מדינת ישראל

פ"ד כה(1) 732, 741

בכית"המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים לנדוי, קיסטר, י' כהן

בית-המשפט המחוזי הרשיע את המערער ב־43 פרטי אישום של קבלת דבר במרמה, בנסיבות מחמירות, עבירה על סעיף 2 לחוק לתיקון ריני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושיק), חשכ"ג-1963. המדובר בסכומי כסף שונים, שהמערער קיבלם מ־43 המתלוננים, כפקדון לפי חוזה עבודה שהמערער עשה עם המתלוננים. הערעור נסב על עצם ההרשעה ועל מידת העונש (ארבע שנות מאסר).

השופט קיסטר: סבלו בעיקר אותם עובדים אשר נכנסו לעבודה ונתנו פקדונות סמוך לפני הזמן שעסקו של המערער החמוטט, היינו במחצית שנת 1965, ויש לציין כי היו גם כאלה אשר נתנו פקדונות והתקשרו עם המערער אחרי שזה חזר מבית-החולים במחצית יולי 1965 כאשר פקידיו ובכלל נושיו הסתערו עליו ודרשו תשלום החובות. בזמן שכזה אדם סביר היה חייב להבין שלא יוכל להמשיך בעסק ולפחות לא בצורה בה המשיך המערער. אכן יש רעה חולה אצל דבים שהסתבכו בעסקים, שבמקום להפסיק את הספקולציות ולחפש פשרה עם נושיהם או לבקש להכריזם כפושטי-רגל, ממשיכים הם בצורה שנהגו ועוד חושבים להינצל על-ידי שימוש בחרמית ובמעשים פטולים אחרים, שוקעים בסכך חובות גדלים והולכים, עד שאין עוד אפשרות להציל את מצבם הכלכלי. זוהי בוודאי דרך בלתי-הוגנת להיכנס בחובות כאשר אדם רואה שעסקיו נמצאים על סף התמוטטות, מבלי להודיע למלווה על מצבו. אמנם ממצוות גמילות חסדים להלוות לאדם כזה, כפי שנאמר "וכי ימוך אחיך, ומטה ידו עמך, והחזקת בו, גר ותושב וחי עמך" (ויקרא כה, לה); אבל כמה דברים אמורים? כאשר הזקוק אינו מעלים את מצבו האמיתי, ויש בידו חכמה להבדאה על-ידי ההלוואה ואז מצווים להתזקק, ולא להניח לו שיירד ויפול. אך אין חובה מוסרית כזו במקרה שהלווה אינו מקפיד על ממון אחרים. אין גם כל הצדקה לאדם להשתמש בחובות מרמה, לומר כי הוא מחפש עובדים ולקבל מהמועמדים פקדונות בשעה שקיים לפחות ספק גדול אם יוכל בעזרתם להבריא את עסקו ולצאת לדרך המלך (ראה בירורים בענינים אלה בחיבורו של התפ"ץ חיים בשם אהבת חסד, חלק א, פרק א, סעיף ט; וחלק ב, פרקים כא ו-כד).

פרק חמישי
מסים

1. מס גולגולת – מס אחיד לכל גפש

כג"צ 34/50

אסנין ואח' נ' מועצה מקומית עפולה ואח'

פ"ד ד 898, 901, 906

בכית-המשפט העליון בשבתו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים דונקלבלום, אסף, חשין

התנגדות לצור-על-תנאי, שניחן ביום י"ט באדר, תש"י, (8.3.50), המכוון אל המשיבים והדורש:
(א) מהמשיבה הראשונה, לבוא וליתן טעם מדוע לא תבטל את החלטתה בדבר הטלת מס
הגולגולת על תושבי איזור המועצה המקומית בעיר יזרעאל, עפולה, וככלל זה על כל אחד
מהמבקשים.

השופט חשין: זו היא התנגדות לצור-על-תנאי, שעניינו דבר הטלת מס
גולגולת מודרג מטעם מועצה מקומית על תושבי האיזור של אותה מועצה...
12. כבר נרמז לעיל, כי עצם המושג "מס גולגולת", כפי שהוא עולה
מפירוש המלות, מורה על מס אשר הוא נקבע לא על סמך הכנסתו השנתית או
כלל רכושו של אדם, אלא מטילים אותו על גולגלתו בלבד, והוא מס אחיד לכל
נפש, בחינת "העשיר לא ירבה והדל לא ימעט". דוגמתו אנו מוצאים בימים
קדומים בישראל: מחצית השקל אשר הוטלה במדבר על כל איש מישראל,
מבן עשרים שנה ומעלה (שמות ל, יג), ושליש השקל אשר עולי בבל בימי
נחמיה קיבלו על עצמם לשלמו מדי שנה בשנה (נחמיה י, לג-לד). מס זה נקרא
בלועזית בשם Poll tax, והוא הידוע גם בשמות Head ו-Capitation tax
money.

שער שלישי: סדרי חברה ומנהל

ממסים ובכך גורם להכבדת נטל המס על חברו, הוא גולן ופסול לעדות; אך לא נמצאה הדרך הבדוקה למנוע השחמטיות שלו. לכן, במקום שקבע הציבור את השיטה של שומה, הולכים בדרך זו, ובמקום שנהגו על-פי שיטה של "הוראות" ודשימות רכוש (מסידת דו"ח), נהגו בדרך זו. ובמקום שנהגו בשיטת ה"הוראות" היו מגישים את דשימות הרכוש לידי "נבחרי הציבור" ומסתבר שהדבר נעשה על-מנת לשמור עד כמה שאפשר על סודיות. אותן התלבטויות קיימות גם כיום ואין לנו לפסוק אלא כפי שקבע המחוקק לנבי כל סוג של מס.

3. מניעת מיסוי כפול

כג"צ 333/78

חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ
נ' מנהל מס עזבון
פ"ד לב(3) 212, 202

הובא בשער השנים-עשר, פרשנות, עמ' 887.

4. הערמה במסים

ע"א 34/61

ועדיה נ' מנהל מס שבח מקרקעים
פ"ד טו 2255, 2257-2258

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 112.

ע"א 269/67

מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, תל-אביב
פ"ד כא(2) 593, 599

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 113.

שער רביעי

בתי-דין וסדריהם

תוכן העניינים

פרק ראשון: המערכת השיפוטית

- 259 א. מינור שופטים
- 259 1. מינור שופטים על פי רמת ידיעותיהם
ד"צ 21/60, עבודי נ' שר הדתות ואח' 259
- 262 2. המידות והכישורים של המועמד לדיינות
בג"צ 264/70, מזרחי נ' ועדת המינויים למינוי דיינים 262
- 263 3. בקיאות ביישובו של עולם
ע"א 572/74, רויטמן נ' בנק המודתי המאוחד בע"מ 263
בג"צ 702/81, מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין
בישראל ואח' 263
- 264 4. הכישורים לשיפוט
ע"א 27/49, לבנון נ' אלמליח 264
- 265 ב. פסילת שופט
- 265 1. "נגיעה" בדבר
בג"צ 21/66, קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית-עקרון ואח'
נ' לבי ירד המועצה המקומית קרית-עקרון ואח' 265
בג"צ 291/72, רובינשטיין ואח' נ' ועדת הבחירות למועצת
הרבנות הראשית 266
המ' 258/65, מיקולינסקי נ' בית א.ב.ג. בע"מ 266
- 267 2. שנאה אישית בין השופט לבעל-דין
בג"צ 20/59, קינסלי נ' רושם האגודות השיתופיות ואח' 267
ע"פ 39/66, כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה 268
- 268 3. הקדמת שלום של השופט לבעל דין אינה פוסלתו
בג"צ 327/63, מזרחי נ' שר העבודה ואח' 268
- 269 ג. תפקידי השופט וחובותיו בדין
- 269 1. בית הדין כמחוקק
ב"ש 22/83, קראוס נ' מדינת ישראל 269
- 270 2. חובת הכרעת הדין
ע"א 238/53, כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 270
- 271 3. תפקידי השופט לטעון לבעל דין שאינו יודע לטעון בעצמו
ע"א 634/76, עזבן גרליץ ואח' נ' אהרן 271

שער רביעי: כתידין וסדריהם

- 272 4. הזהרת העדים לדבר אמת
 כג"צ 172/78, בקר נ' השופט אילת ואח' 272
- 272 5. איך לשמוע צד אחד בהיעדר הצד האחר
 ע"א 344/78, מערכי נ' בנשר ואח' 272
 כג"צ 290/65, אלטגר נ' ראש העיריה ועיריית רמת-גן 273
- 274 6. חובת השופט להציע פשרה
 בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
 ליטינסקי 274
- 274 7. חובת השופט לרוץ דין אמת
 ע"א 211/65, היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' מון 274
 ע"פ 188/77, ורטהיים נ' מדינת ישראל 274
- 275 8. חובת השופט לפסוק על פי האמת המשפטית
 שאינה זהה בהכרח עם האמת העובדתית
 כג"צ 152/82, אלון נ' ממשלה ישראל 275
 ע"פ 115/82, 168/82, מועדי נ' מדינת ישראל 277
- 278 9. אסור לשופט לפסוק יותר ממה שתבע התובע
 ע"א 222/66, שוורץ נ' מדינת ישראל 278
- 279 10. אין השופט טוען לבעל דין
 תמ"א (ת"א) 2254/80, סולימני נ' סולימני 279
 ע"א 635/71, בר"ע 225/71, שווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח'
 נ' מרגוליס, ע"ד, ואח' 279
- 280 11. "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"
 ע"פ 80/81, קרוש נ' מדינת ישראל 280
 ע"א 568/80, פלוני ופלונית נ' מדינת ישראל 281
 ע"פ 190/82, מרקוס נ' מדינת ישראל 281
- 282 12. יש להיעזר בספרי מדע
 ע"א (ת"א) 493/79, אסולין נ' קצין התגמולים 282
- 283 13. הסתמכות על נסיון החיים
 ח"א (חי') 289/60, רוזנברג נ' קלין 283
- 284 14. שלא להטות דין דל ואביון
 ע"א 409/78, גולן ואח' נ' פרקש ואח' 284
- 285 15. שלא להטות דין עבדין
 ע"א 711/72, מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י 285
 ע"פ 39/66, כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה 285
- 287 16. בית-המשפט יכול לוותר בממון יתומים כדי למנוע מדיבות
 ע"א 14/74, ספיר נ' אשר, ע"ד, אפוטרופוס על החסדה
 ספיר 287

תוכן העניינים

- 288 17. "בית דין אביהם של יתומים"
 בד"מ 1/51, עוזבן בה ארצי נ' מינסקי ואח' 288
 ת"צ 643/62, קנר ואח' נ' גרודנאי 289
 ע"א 635/71, בר"ע 225/71, שווק מוצרי אוטוקס בע"מ ואח'
 נ' מרגליס, עו"ד, ואח' 290
- 290 18. "הפקר בית דין הפקר" – כלל המסייע לעשיית צדק
 ומניעת פרצות ותקלות
 ד"נ 22/73, בן שחר נ' מחלב 290
- 291 19. "שורא דדייני" – הכרעת השופט לגבי "דומיסיל"
 בג"צ 4/51, שוואלכ נ' רשיש ואח' 291
- 292 ד. בודרות
- 292 1. אין פסול במינוי ידיד של הממנה כבורר זבל"א
 המ' 386/60, מפעלי זיפוין סוכריר נ' רונברג 292
- 293 ה. פסק דין
- 293 1. חשיבות פידסומה של דעת מיעוט
 בג"צ 228/64, פלונית נ' בית הדין הרבני, ירושלים 293
 ד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופח עם בע"מ ואח' 294
- 295 2. שופט הטועה ב"דבר משנה", אין דינו דין
 ע"א 434/79, גרץ נ' דביאני ואח' 295
- 295 3. פסק דין בענייני מעמד אישי (סטאטוס), מחייב גם
 את מי שלא היה צד במשפט
 ע"א 431/80, רונברג ואח' נ' חזן 295
- 296 4. אין מכריעין ברוב דעות אלא אם כן החקיים הדין
 בנוכחות כולם
 בג"צ 205/60, 210/60, עבודי נ' שר הדתות ואח' 296
- 297 5. חובת ההנמקה
 בג"צ 7/83, כיארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה ואח' 297
 בג"צ 142/70, שפידיא נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד 299
- 299 ו. הוצאה לפועל
- 299 1. גכיית חובות על ידי עשיית דין עצמית
 ע"א 216/73, סולומנוב נ' אברהם 299
- 300 2. "לא תהיה לו כנושה"; שבועת "אין לי"
 ע"א (ת"א) 435/80, פרגין נ' מורד ואח' 300
- 301 3. "בעל חוב גובה מן הבינונית"
 ע"א 99/60, שמואל נ' ישראל 301

שער רביעי: בתידין וסדריהם

- ז. כבוד בית הדין
- 302 1. "כתב סירוב" – מהותו ובאילו נסיבות יינתן
המ' 427/78, ע"א 807/72, טובול ואח' נ' גולדמן ואח' 302
- 303 2. בזיון בית הדין – הכרזה באמצעות "כתב סירוב"
בג"צ 371/67, פוגל נ' לוינגר ואח' 303
- 304 3. החרמת תלמיד המורה הלכה בפני רבו
בג"צ 361/67, גולדנברג נ' היועץ המשפטי לממשלה 304
- 305 4. כיבוד השופט
ח"פ (י-ם) 5/48, היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר 305
- ח. עורך הדין
- 306 1. על עורך הדין לנקוט לשון מנומסת
על"ע 10/81, הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' פלוני 306

פרק שני: סדר הדין האזרחי

- א. התיישנות
- 308 1. הטעמים לעקרון ההתיישנות
ע"א 158/54, דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ 308
- 309 2. האינטרסים המנוגדים בשאלת ההתיישנות
ע"א 242/66, יעקובסק נ' גו ואח' 309
- 310 3. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"
ע"א 213/76, גילברג נ' פאנוס 310
- ב. בעל דין
- 310 1. הזכאי להשמיע דכדים ברין, הרי הוא כבעל דין
ע"א 811/75, The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem
נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' 310
- 311 2. השמעת טענות שלא בפני הצד שכנגד
ע"א 344/78, מערכי נ' בנשר ואח' 311
- ג. סמכות
- 312 1. עדיפות לסמכות מקומית
ע"א 322/70, עיריית ת"א-יפו נ' סוכנוח לאמנים בע"מ 312
- 313 2. סמכות מקומית – "החובע הולך אחר הנתבע"
בג"צ 99/62, סולטאן נ' ביה"ד הרבני האזורי, טבריה ואח' 313

תוכן העניינים

- 315 3. הסמכות להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ
המ' 3/52, ע"א 11/52, קובץ נ' קובץ 315
- 316 ד. פשרה
- 316 1. טיב הפשרה וגדריה
המ' 427/78, ע"א 807/77, סובול ואח' נ' גולדמן ואח' 316
- 319 2. חובת השופט להציע פשרה
בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטווינסקי 319
- 320 3. פשרה היא חלוקה שווה, כרוכ המקרים
ת"א (ת"א) 1317/62, אסנין נ' ירושבסקי ואח' 320
- 321 ה. שינוי סכום התביעה
- 321 1. אסור לשופט לפסוק יוחר ממה שחבע התובע
ע"א 222/66, שוורץ נ' מדינת ישראל 321
- 323 ו. חובת השמיעה
- 323 1. חובה לאפשר לכל הצדדים להביא את כל
טענותיהם וראיותיהם
בג"צ 3/58, 9/58, ברמן ואח' נ' שר הפנים 323
בג"צ 10/59, לוי נ' כיה"ד הרבני האזורי, ת"א-יפו 324
בג"צ 91/74, גבארה ואח' נ' בית המשפט המחוזי בת"א-יפו 326
ע"א 811/75, The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem
נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' 326
ע"א 413/80, פלונית נ' פלוני 326
ע"ת (כ"ש) 31/81, 32/81, בן סימון ואח' נ' מדינת ישראל 327
- 328 ז. סופיות הדין
- 328 1. דיין שנוכח שטעה בהחלטתו, רשאי לבטלה ולהחליט
מחדש
ע"א 37/68, גינו נ' מאירי 328
- 329 2. דיון מחודש בשאלת גיל
ע"א 395/60, עמרני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' 329
- 330 3. אין להתיר הבאת ראיות לאחר מתן פסק הדין
אס אפשר היה להביאן לפני כן
ע"א 211/65, היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' מזן 330
- 331 4. דיון מחודש עקב גילוי ראיות חדשות
ע"א 238/58, ירמזקי נ' מעייני 331

שער רביעי: כתידין וסדריהם

פרק שלישי: סדר הדין הפלילי

- א. מעצרים**
- 332
- 332 1. עקרונות מעצר חשוד בעבירה
- ב"ש 71/78, מדינת ישראל נ' אבוקסיס 332
ב"ש 172/81, מדינת ישראל נ' לוכניוב 332
ב"ש 691/82, סורה נ' מדינת ישראל 335
ב"ש 22/83, קראוס נ' מדינת ישראל 337
ב"ש 862/85, מדינת ישראל נ' כן ליאור 338
ב"ש 15/86, מדינת ישראל נ' צור 339
- 340 2. מעצר נשים
- ב"ש 71/78, מדינת ישראל נ' אבוקסיס 340
- ב. הלנת דין ועינוי דין**
- 340 1. הלנת דין
- ע"פ 188/77, ורטהיים נ' מדינת ישראל 340
- 346 2. עינוי דין
- ע"פ 188/77, ורטהיים נ' מדינת ישראל 346
ב"ש 693/84, מדינת ישראל נ' לודן ואח' 347
- ג. סדר ניהול הדיון**
- 348 1. חובה על כתייהמשפט לתקן מה שפגמו התובעים
- 348 כלי לפגוע ע"י כך בעיקרי השלטת הצדק
- ע"פ 1/48, סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה 348
- 349 7. סופיות הדין
1. זיכוי נאשם הוא "מעשה בית דין", אך אם יש ספק
- 349 בהרשעה אפשר לקיים דיון מחודש.
- בג"צ 224/73, הראל נ' השופט גלעדי ואח' 349
ע"פ 384/78, מדינת ישראל נ' משעלי 351
2. אין להחזיר דינו של נידון למוות הטוען שיש לו ללמד
- 352 על עצמו זכות אלא אם כן יש ממש בדבריו
- בג"צ 320/80, קואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח' 352
3. דיון מחודש בדינו של מי שהורשע בדין כדי לזכותו
- 353 ע"א 572/74, רייטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ 353

פרק ראשון
המערכת השיפוטית

א. מינוי שופטים

1. מינוי שופטים על פי רמת ידיעותיהם

ד"צ 21/60

עבודי נ' שר הדתות ואח'

פ"ד יד 2045, 2073, 2076–2077, 2084–2085

בבית-המשפט העליון

לפני הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זילברג, ויתקון, כהן

השופט זילברג: הוטל עלינו, הפעם בהרכב חמישה, לחזור ולדון בבעיית הבחירות למועצת הרכנות הראשית, ולדוש ולחזור ולדוש בכל הצדדים והאפקטים של פרשה בלתי-מרנינה זו. לבי לבי על מוסד יקר זה – הרכנות הראשית לישראל – לבל ישטפוהו חס וחלילה המים הזידונים של קנאה, שנאה ותחרדות, ולבל תטבע ספינת הבחירות, או תעלה על שרטון, באשמת קבדניטיה המסוכסכים. השטן המרקד בין שני המחנות – כלומר: הריב שביניהם – אטוד לו שייטה הוא גופו את כפות המאזנים לכאן או לכאן. סבור הייתי במהלך כל הדיון, כי דק שיחוף פעולה בין שני פלגי הוועדה יציל את המועצה משואה והתמוטטות, וכי השתלטות מלאה של "גוש" אחד על משנהו, עתידה להביס מנצחים ומנוצחים גם יחד...

7. הכל יודעים – והמחלוקת החדיפה שלפנינו תוכיח – כי חשיבות המינויים לוועדת הבחירות היא לא בחברות הוועדה גופא, אלא כהשפעה שהיא אוצלת, בעקיפין ועקיפי עקיפין, על בחידת המועמד הסופי למשרת רב ראשי או חבר המועצה.

ונשאלת השאלה האחדונה והנוקבת: הקיים שוני והכדל בין ההשקפה הרבנית וההשקפה החילונית בנוגע לסגולות הנדרשות ממי שנועד להיות רב ראשי או חבר המועצה? שאם נענה על שאלה זו בחיוב, תעלה כפורחת

המערכת השיפוטית

שהוא, כי דיני ישראל מחייבים שמועצת הרבנות הראשית תשוחף שיחוף בר-השפעה בוועדת הבחירות, ודבר זה מחייב את שני הצדדים להגיע לעמק השווה, ולהיעשות אגודה אחת לבצע כדת וכדין את בחירות המועצה. החלמור אומר:

אין מעמידין פרנס על הציבור, אלא אם כן נמלכים בציבור, שנאמר (שמות לה ל): ראו קרא ד' בשם בצלאל. אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: משה, הגון עליך בצלאל? אמר לו: אם לפניך הגון, לפני לא כל שכן! אמר לו (הקדוש ברוך הוא): אף-על-פי-כן, לך אמור להם: הלך ואמר להם לישראל: הגון עליכם בצלאל? אמרו לו: אם לפני הקדוש ברוך הוא ולפניך הוא הגון, לפנינו לא כל שכן! (ברכות נה ע"א).

צא דאיה, כמה כרכודים כרכר הקדוש ברוך הוא בשביל להיודע רצונן של ישראל!

מאמר החלמור הנפלא הנ"ל הוזכר הרבה בספרות השו"ת בקשר עם מינויים של רבנים וראשי הקהילות. ומעשה ברב אתר אשר "השתרר על בני הקהילה על סמך פקודה ממקום גבוה מעל גבוה והלך וישב על כסא הרבנות בעל כרחם שלא ברצונם". ועל זה כותב החתם סופר:

הרב הזה, ואם גבהו כארדים וחסך כאלונים, לא יפה עשה בעמים לעלות על גפי מרומי קרח בחזק יד, ואיה חכמתו בחלמור? הלא כה אמרו... אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור... ואיך יחמנה אדם בשום התמניות מבלי שאלח פי ורצון רוב הקהל? ...ומה שליח ציבור שאין לו שום שולטנות על העם לא לדין ולא להורות... כל שכן רב הממונה פרנס על הציבור ולא נמלך בציבור וגורם שכופין הציבור לקבלו שלא ברצונם, פשיטא שלא טוב עשה (חתם סופר, חלק חושן משפט, סימן יט).

פירושים והוספות למותר, הם רק יגדעו מערך הדברים שנאמרו על-ידי חכמי ישראל, וקל-זחומר בן-בנו של קל-זחומר ל"הושבח הדיינים" העתידים לשמש רבנים ראשיים בישראל.

הרבנות הראשית לישראל תוכל – אם חוכה היא וזכה הדור – לשמש גורם חינוכי דב ערך לליכודם וחידושם של חיי האומה. ייאמר איפוא באזני כל המעורבים ברבד: גורו לכם מפני השפלת המוסד, כי השמחה לאיד תהיה במעונם של אלה המתנגדים לשני המחנוח גם יחד.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

2. המידות והכישורים של המועמד לדיינות

בג"צ 264/70

מזרחי נ' ועדת המינויים למינוי דיינים לבית-הדין

הרבני הגדול

פ"ד כד (2), 335, 339-340

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

העותר הגיש עתירה נגד ועדת המינויים למינוי דיינים לבית-הדין הרבני הגדול, וביקש לצוות על חבריה לקיים את ההצעה למינוי העותר כחבר בית-הדין הרבני הגדול ולבטל את ההצעה למנות את הרב מרדכי אליהו כחבר באותו בית-דין.

השופט קיסטר: מותר לצפות או לדרוש מחברים שלא "ידליפו" או בשפה הפשוטה שלא יהיו בבחינת "הולך רכיל מגלה סוד". במיוחד אמורים הדברים לגבי ועדה למינוי דיינים. יש לציין שבמקרה של דיונים סגורים של ועדות ציבוריות אומר החפץ חיים בהלכות לשון הרע (כלל ב, סעיף יא) שסיפור על-ידי חבר הוועדה לאחר מה היתה דעתו או דעת חבריו, זהו איסור גמור. למותר להוסיף כי למעשה הסודיות בהצבעה חשאית בוועדות מצומצמות כגון אלו מפוקפקת ביותר. אך אחרי שהציע עורך-דין שחור שההצבעה על המועמדים תהא חשאית וההצעה נחקבלה אין לומר כי דרך זו פסולה, ואילו היו דק שני מועמדים מקבלים את הרוב הדרוש לא היה מקום לפסלה. אך כאמור כל שלושת המועמדים קיבלו את הרוב ולכן על הוועדה היה למצוא את הדרך הנכונה לברר מי משלושת המועמדים עדיף, ולא היתה חייבת להיזקק לאיזה כלל טכני. סוף סוף אם נעיין בחוק ובמטרותיו נראה שזהו חפקידה של הוועדה, שהרי אפילו היו מציעים שני מועמדים לשתי משרות נראה לי כי לפי פירושו ומטרתו של החוק אין הוועדה יכולה לומר: מכיון שיש שני מועמדים לשתי המשרות, יש לראותם כנבחרים כפי שנהוג בגופים אחדים, אלא הוועדה חייבת לברר אם המועמדים מתאימים לחפקידים; ואם הוועדה לא תחליט ברוב דעות כאמור בחוק, לא יתמנו המועמדים.

קיים הבדל נוסף בין מינוי שופטים ודיינים לבין בחירות ומינויים למשרות אחרות; הדרך המקובלת במינויים ובבחירות שהמועמד מבקש להתמנות או מסכים כי יוצע כמועמד לבחירות. לגבי מינוי שופטים ודיינים נקט המחוקק בדרך אחרת, וניתן לומר שהיא תואמת את המסורת הקדומה של עם ישראל. על-פי האמור בתלמוד סוכם הדבר ברמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ח:

אמרו חכמים שמבית-דין הגדול היו שולחים בכל ארץ-ישראל ובודקין כל

המערכת השיפוטית

מי שימצאוהו חכם ורא חטא ועניו ושפוי ופרקו נאה ורוח הבריות נוחה הימנו – עושין אותו דיין בעירו, ומשם מעלין אותו לפתח הר הבית, ומשם מעלין אותו לפתח העזרה, ומשם מעלין אותו לבית-דין הגדול. סגולות נפלאות הררושות לדיינים לפי רגותיהן פורטו בהלכות אחרות באותו פרק וכאן לא אעמוד עליהן אלא אביא דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין, פרק ג. הלכה י':

כך היה דרך חכמים ראשונה בורחין מלהתמנות ודוחקין עצמם הרבה שלא ישבו בדין עד שירעו שאין שם ראוי כמותם ושם ימנעו מן הדין תקלקל השורה. אף-על-פי-כן לא היו יושבין בדין אלא עד שמכבידין עליהם את העם והזקנים ופוצרים בהם.

מותר לומר כי גם כיום ישנם אנשים שאינם מוכנים לבקש למנותם למשרה של שופט או דיין אך יהיו מוכנים לקבל את התפקיד, והמחוקק היה מעוניין כי ימונו הראויים ביותר ולא דוקא אלה אשר יבקשו למנותם. המחוקק הרחיק לכת, לא זו בלבד שאין צורך שאדם יציע את מועמדותו אלא המחוקק לא איפשר לאדם לפנות לוועדה לבקש למנותו. אכן ישנה אפשרות לפנות לאותם אנשים אשר לפי החוק רשאים להציע מועמדים ואלה אם ירצו יציעו.

3. בקיאות ביישובו של עולם

צ"א 574/74, 573/74, 572/74

רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'

פ"ד כט(2) 57, 62

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 598.

בג"צ 702/81

מינצר נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין

בישראל ואח'

פ"ד לו(2) 18, 1

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 124.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

4. הכישורים לשיפוט

ע"א 27/49

לבנון נ' אלמליח

פ"ד ג 68, 81

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, חשין, זילברג

דחיית בקשה למתן צו המכריז על בטלוחו של הקדש שנוסר בבית-דין שרעי ואושר בבית-הדין
הרוח של העדה הספרדית.

השופט זילברג: וכאן טוען בא-כוח המערער, כי גם אם ננית, כי בית-הדין
הספרדי היה גם היה מוסמך לתת גושפנקה חוקית להקדש שנוסר לפניו, הרי
הרב פאפו, על-כל-פנים, לא היה רשאי לעשות כן, נוכח ההלכה הידועה, כי
"אין בתי-דין פתוח משלושה".

אין אני מסכים לטענה זו, כי יש סייג להלכה ההיא, והוא: אם הדיין הוא
"מומחה לרבים", כלומר: מפורסם ומקובל כתלמיד חכם על דעת רבים (עייין:
שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ב). במקרה שלפנינו העיד הרב יעקב
ברוך (עמורים 6, 7), כי הרב פאפו היה ממלא מקום ראש הרבנים בבגדד, וכי
היה "רב מפורסם"; והואיל ובא-כוח המערער לא הביא ראיה לסתור את
העדות, אין אני מוכן לכטל, בשל טענתו ההיא, את פסק-הדין הנ"ל. וכאן
המקום לציין, כי כא-כוח המערער – המבקש: ביטול דישום – לא קרא בכלל
לשום עדים, לא עדי תביעה ולא "עדי סתירה" (rebutting evidence), ולכן יש
לדאות, כעובדות נכונות, את כל הפרטים שהוכחו לכאורה מפי עדי המשיב.
ועוד טענה אחרת בפי בא-כוח המערער. הרישום בספרי האחוזה – כך הוא
טוען – נעשה על סמך הווקפיה השרעית, ולא על סמך ההקדש הרתי היהודי,
ומכיון שהרישום הוא, לדעתו, קונסטיטוטיבי, והווקפיה היא לכל הרעות
פסולה, הרי שאין תוקף להקדש.

גם טענה זו אינה מתקבלת על דעת. ראשית, לא הובאה לפנינו כל אסמכתא
לכך, כי רישום ההקדש (לגבי נכסי-דלא-ניירי) הוא באמת קונסטיטוטיבי, וכי
הוא הוא היוצד את עצם ההקדש. שנית – וזה הוא העיקר: הווקפיה שהוגשה
למשרד ספרי האחוזה כללה, כאשר נקבע על-ידי השופט המלומד של בית-
המשפט המחוזי, גם את פסק-דינו של הרב פאפו, וכפי שאנו רואים מתוך
התיק, מודבק העתק הפסק, כנספת, בגוף העתקה של הווקפיה, ולכן העדר
זכרה ברישום אינו לא מעלה ולא מוריד, ואין בידו לפסול את עצם הרישום.
נקוט כלל זה בידך: לא הנייר שהוגש למשרד ספרי האחוזה הוא הקובע את
כשרות הפעולה, אלא המסמך המקורי כאשר הוא שם, ואם מסמך זה, כשהוא

המערכת השיפוטית

לעצמו, יכול לשמש כסיס לעיסקה (טרנסקציה) שנרשמה, אין כל חשיבות לתיאור שניתן לו בספרי האחרזה.

ב. פסילת שופט

1. "נגיעה" בדבר

כג"צ 21/66

קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית-עקרון ואח'
נ' לבי יו"ר המועצה המקומית קרית-עקרון ואח'

פ"ד כ(2) 102, 108-109

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, לנדוי, קיסטר

המועצה המקומית קרית-עקרון אישרה תקציב נוסף למועצה הדתית במקום; תקציב זה בא בחלקו לכסות את השתתפותה בתשלום הפרשי השכר, המגיעים לעוברי המועצה הדתית בהתאם לסיווג החדש. העותרים מוצאים פסול בהחלטה זו, וכן בהחלטת הנהלת המועצה המקומית שעל-יסודה נתקבלה ההחלטה האמורה, בכך, שהמשיב מס' 2, העובר בשכר במועצה הדתית, השתתף בהצבעות אלו כחבר המועצה וחבר הנהלתה. התצא צר-על-תנאי.

השופט קיסטר: העקרון שאדם פסול לדון ולהחליט בעניניו הוא, הינו רעיון מקובל שהשתרש כמשך הדורות בעולם התרבות. במשפט הרומי מבוטא עקרון זה בפתגם הידוע: *nemo debet esse iudex in propria causa*.

המשפט העברי מרחיק לכת בגישתו המחמירה, וכך נפסקה ההלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז, סעיף יב, בזו הלשון:

כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה אינו יכול לדון עליו... ולפיכך עסקי המס אין דנין בדייני אותה העיר מפני שיש להם או לקרוביהם חלק בו... ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיד שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים, דינס רין. כאמור, הכלל הוא איפוא שאין דיין העיר יכול לדון בעניני המסים של עירו בגלל נגיעה אף-על-פי שהיא מועטת ביותר, אלא אם כן ישנו מנהג או תקנה המאפשרים זאת. הסיבה לתקנה ולמנהגים כאלה היא תיקון המדינה, אולם גם במקרה זה הכלל הוא שאין דייני העיר יכולים לדון על עניני המסים של עירם אלא במידה ונגיעתם היא כללית בלבד, ואולם אם זוהי נגיעה פרטית, אין הם

שער רכיעי: בחידין וסדריהם

רשאים לדון. ראה הלכה פסוקה לחושן משפט, סימן ז, סעיף יב, בהוצאת מכון הרי פישל, עמ' 148.

אציין כאן שאם כי אין אנו דנים בענין חובותיו של דיין, אלא בחובותיו של נבחר הציבור, הרי לא פעם כבר הבאתי את מה שנפסק בחושן משפט, סימן לז, ס"ק כב בהגה, שטובי הקהל הממונים לעסוק בעניני הרבים הרי הם כדיינים. על-כן חלה החובה הנ"ל גם על המשיכים שבפנינו.

אכן, רואים אנו שבמציאות ישנו לפעמים חיקוק מסויים המאפשר לחבר בגוף ציבורי לדון ולהחליט בדבר שיש לו גם נגיעה ישירה: ואם אמנם קיימים חיקוקים כאלה, ברור שהם לא נקבעו אלא מן הטעם שצויין לעיל, היינו משום תקנת הציבור, מאחר ואין למצוא דרך יותר יעילה. אך במקום שלא נקבעה כל תקנה כזו במפורש, אין לנו אלא ללכת בעקבות העקרון המקובל שאדם שיש לו נגיעה, פסול מלדון ולהצביע.

בג"צ 291/72

רובינשטיין ואח' נ' ועדת הבחירות למועצת

הרבנות הראשית

פ"ד כו(2) 273, 279-280

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 184.

המ' 258/65

מיקולינסקי נ' בית א.ב.ג. בע"מ

פ"ד יט(2) 645, 647

בבית-המשפט העליון

לפני השופטים לנדוי, ברנזון, קיסטר

שופט השלום הראשי, שאליו העביר בית-הדין לשכירות את בקשת המשיכה לקבוע את שמיעת המשפט בפני הרכב אחר, החזיר את התיק לאב בית-הדין, להכרעתו. הלה החליט להיעתר לבקשה. על החלטות אלו לא הוגש כל ערעור, אלא בפתיחת הישיבה לפני ההרכב החדש טען בא-כוח המבקשת, כי התיק הועבר שלא כדין, אחרי שהדין כבר החיל בפני ההרכב הראשון. הטענה נדחתה, ומכאן הבקשה למחן רשות לערער.

השופט קיסטר: אמנם אין דעתנו נותה מהחלטת בית-הדין לשכירות מיום 2.64. לאחר שבית-הדין מצא כי אין ממש בטענות בא-כוח המשיכה, היה על ההרכב ההוא להמשיך ולדון בענין. אין זה מספיק שצד אחד מבקש למצוא פסול בשופט כדי שזה יפסול עצמו. חובה על השופט לסיים ענין בו התחיל, אלא אם הוא מוצא סיבה לפסול עצמו. הימנעותו מלעשות כן עלולה להפריע

המערכת השיפוטית

את הניהול התקין של המשפט ולגרום נזק לצד השני ולציבור בכללו. (ראה בג"צ 332/61, פ"י, כרך טז, עמ' 1841, 1845). כלל זה הוא עתיק יומין. אם אדם רשאי להחמיר על עצמו ולנהוג במירת חסירות עד כדי לא לדון במשפט שטוענים שמישהו קצת אוהדו, הרי המצב שונה לגבי דיין שנתמנה על-ידי הציבור, וכך נאמר בתשובות ר' יוסף קולון (מהרי"ק) בסימן כא:

מאחר שהוכחנו שכשרים לרון... אין לומר שמפני החומרא שיש לו (לדיין פלוני) ... להסתלק מן הדין, אלא אדרבא יש לו להשתרל בדין שלא לרדות הרמאים... ומידת חסירות הוא שהיו מחמירים על עצמם... אבל במקום שהחומרא באה לידי הפסד לאחרים פשיטא ופשיטא שאין מקום לחומרא זו, אדרבא מחוייב כל אדם להציל חברו מהפסד ונזק ועשוק מידי עושקו, וכן משמע נמי לשון מחמירים על עצמם דוקא שאין הדבר נוגע לאחרים.

2. שנאה אישית בין השופט לבעל-דין

בג"צ 20/59

קינסלי נ' רושם האגודות השיתופיות ואח'

פ"ד יד 2297, 2303

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, לנורי, ח' כהן

פירוק אגודה שיתופית לאשראי.

השופט ח' כהן: טענה אחרת שהוטחה נגד הרושם היתה שמשטפלו המבקש ונושים אחרים האשמות מהאשמות שונות נגדו והביעו לו אי-אמון, הרי "הפכו אותו לצד מעתיין לבידור המשפטי המסוד רק לו" (פיסקה יא לבקשה). טענה זו קנטרנית בעיני. אם בעל-דין רשאי יהיה לפסול שופט או בודר או רשות מוסמכת אחרת מן הסיבה בלבד שהוא עצמו הטיח האשמות נגדו – האשמות שלא נחבררו עוד ושאין מהימנות אלא על המאשים בלבד – כי אז ייתמו כשידיים מן הארץ. אמת, כלל גדול מכללי הצדק הוא שאדם, באשר הוא קדוב לעצמו, אינו רואה חובה לעצמו, ועל-כן אינו כשד לדון דין שיש לו ענין בו (השווה: שבת ק"ט ע"א; כתובות קה ע"ב); והרברים אמורים לא רק בענין חמרי, כגון שניתנו או הוכטחו לו שוחד או שלמונים או שכו, אלא גם בענין אישי, כגון שהוא אוהב או שונא אחד מבעלי-הדין ומסתמא רוצה בטובתו של זה או ברעתו של זה (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ו). אך בהטחת האשמה ובהטלת חשר בעלמא לא סגי; ואין בפנינו שמץ ראיה שיש בה אפילו כרי לעודר ספק-ספיקא שמא נגוע הרושם דנא בפסול שכזה.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

ע"פ 39/66

כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ(2), 188, 191-192

הובא בשער זה, עמ' 285.

3. הקדמת שלום של השופט לבעל דין אינה פוסלתו

כנ"צ 327/63

מזרחי נ' שר העבודה ואח'

פ"ד יח(1), 434, 435-436

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, רחוקין, הלוי

השופט זילברג: כקשה זו מופנית כלפי החלטתו של הממונה הראשי על יחסי עבודה שפעל על יסוד סעיף 30(כ) של חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, והחליט כי העסקתם של המבקשים ככית-מלונג של המשיב השני, המלון תוף האלמוג, אילת, היתה בגדר "תפקיד הנהלה" כמובן סעיף 30(א) (5) של אותו חוק; והיא גם אינה מאפשרת למעביד "כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם" כמובן סעיף-קטן (6), ולכן אין החוק חל עליהם. אין כל עילה לכקשה זו. טרונייתו של בא-כוח המבקשים עם הממונה הראשי הנ"ל היא, כי נהג בחיבה יתירה וכהערצה רבה כלפי המשיב השני – "קיבל אותו ברדישת שלום חמה", ו"התייחס אליו בהערצה רבה" – מכאן כי כא "עם החלטה בכיס מוכנה נגד העותרים", והוא צריך היה "לפסול את עצמו לדגלי היכרות למעביד ולא לעובר".

אין אנו מוכנים, על יסוד האשמות כלליות כאלו, לפסול את החלטת הממונה. מעולם לא שמענו כי היכרות בלבד עם בעל-דין תפסול את השופט מלשבח במשפטו של זה. שאם תאמר כן, מה יעשה שופט היושב בעיד קטנה ומכיד את כל התושבים שבה? אפילו בדיני ישראל המקפידים מאד מאד בענינים אלה (ראה את המקורות המובאים בבג"צ 10/59, פד"י, כרך יג, עמ' 1182, כעמ' 1188) הקדמת שלום מצד דיין לבעל-דין אינה פוסלת אותו לרון – אולי תפסול אותו במקרה ההפוך (השווה: כתובות קה"ב; באר היטב, שלחן ערוך, חושן משפט, סימן ט, סעיף קטן ג)...

המערכת השיפוטית

ג. תפקידי השופט וחובותיו כדין

1. בית הדין כמחוקק

ב"ש 22/83

קראוס נ' מדינת ישראל

פ"ד (1) 365, 369

בבית-המשפט העליון

זהו ערר על החלטת בית-המשפט המחוזי לעצור את העורר עד גמר ההליכים המשפטיים נגדו, בעקבות הגשת כתב-אישום, בו מיוחסים לו שלושה-עשר אישומים – שעניינם עבירות שוחר, סחיטה, מירמה והפרת אמונים, גניבה ודוף – שנעברו במהלך שנה חמימה, שעה ששימש העורר יושב-ראש אגודת הסטודנטים באוניברסיטת תל-אביב. גדר המחלוקת הוא, אם די בחומרת העבירות כשלעצמן כדי להצדיק את המעצר.

השופט אלון: אמנם כן, כרברי השופט המלומר בהחלטתו, מקובלנו מתכמינו, כי "בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כרי לעשות סייג לתורה... לא מפני שדאורי לכך אלא שהשעה צריכה לכך" (יבמות צ ע"ב; סנהדרין מו ע"א), וזאת "מפני שהיו פרוצים בעבירות" (רש"י, סנהדרין מו ע"א, ר"ה אלן שהשעה צריכה לכך). אך בעולמה של הלכה הוטלה משימה זו על בית-הדין, שפעל הן כמחוקק – כמתקין תקנות – והן כשופט, ומכוחו של עיקרון זה חלה התפתחות גדולה בריני העונשין ובדין הפלילי במשפט העברי, בהתחשב בשינויים החברתיים והמוסריים, שאירעו באותה שעה ובאותו מקום (ראה: ע"פ 543/79, 622, 641, בעמ' 163–170). מה שאין כן במערכת, המבחינה בין הגוף המחוקק לבין הרשות השופטת. חידוש עקרוני כגון זה של מעצרו של אדם "מפני שהשעה צריכה לכך" צריך שיבוא בדרך חקיקתו של המחוקק.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

2. חובת הכרעת הדין

ע"א 238/53

כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ח 4, 10, 21, 34-35

בכיתה המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים חשין, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: נשוא הערעור שלפנינו הוא קביעת ערכו המשפטי של מעשה יוצא דופן, והוא: סידור קידושין ליהודי ויהודיה לא במשרד הרבנות, אלא במשרד עורכי-דין – על-ידי עורכי-דין – לאחר שמשרד הרבנות סירב לסדרם, להיוותם נוגדים את דיני ישראל...

ובזה הגענו אל החלק האחרון, הקשה ביותר, של הערעור דנן, והוא: האם צדק השופט המלומד בהחליטו, כי לפי דיני ישראל אין להכיר בכשרותם החוקית של נישואי המערערים? קושי מיוחד יצמח לנו מזה שהשופט המלומד, כזכור, לא קבע בודאות כי הקידושין אינם קידושין, אלא קבע כי הם רק "ספק קידושין" – במקום: "ודאי אינם", הוא אמר: "אינם ודאי" – כך שהוא, למעשה, השאיר את השאלה פתוחה, ונמנע מלהחליט ולהכריע בבעיה המשפטית שעמדה לפניו.

עם כל רגשי הכבוד המיוחדים שאני רחש לשופט המלומד, נראה לי כי גישתו לא היתה נכונה. "למד את לשונך לומר: איני יודע" (ברכות ד ע"א), אינה הוראה המכוונת אל שופט, והוא חייב, בדרך כלל, להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו. כאן היתה לפניו, לפי תפיסתו, מחלוקת הפוסקים בנוגע לפיסול העדים מחמת התרם, ועם כל נטייתו הנפשית המובנת שלא להכניס ראשו בין ההרים הגדולים הללו, מחובתו כשופט היה להכריע בדבר לצרכי המקרה הקונקרטי שעמד לפניו. אסמכתא לחובה זו, אם יש צורך בכך, אפשר למצוא בדברים שנאמרו ע"י בית-המשפט העליון בע"א 240/37:

אם החוק העותומני אינו ברור, חייבים השופטים לבאר אותו, ויהא אשר יהא הקושי שבדבר.

מבחינה משפטית טהורה – בניגוד לבחינה הדתית, ה"איסורית", הנוטה מספק לחומרא – אין סטאטוס מיוחד של "ספק קידושין" בדיני ישראל (עיי' קידושין ה ע"ב: "ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן", ודברי הר"ן על האלפס לאוחה סוגיא; השווה גם: שו"ת מהרי"ט, סימן קלח); יכול רק להתעורר ספק מהו הסטאטוס המשפטי האמיתי שלהם, וכאשר ספק זה נובע מחוך חילוקי דעות יוריריים בין חכמי המשפט (הפוסקים) הגדולים, חייב השופט, כאן כמו בכל שאלה משפטית אחרת, להגיע לידי החלטה ודאית וברורה, ויהא אשר יהא גודל ענוותנותו.

המערכת השיפוטית

עלינו איפוא למלא את אשר החסיר, לצערנו, השופט המלומד, ולנסות לנקוט עמדה, לכאן או לכאן, כלפי השאלות שהונחו ב"צדיך עיון" ע"י השופט המלומד.

3. תפקיד השופט לטעון לבעל דין שאינו יודע לטעון בעצמו

ע"א 634/76

עזבון גרליץ ואח' נ' אהרן

פ"ד לג' (1) 253, 255-256

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים ח' כהן, י' כהן, כרן

לאחר פירוק השותפות שכין הצדדים, פנו המערערים, יורשי אחד השותפים, לבית-המשפט המחוזי בתביעה לשבר ראוי בעבור השימוש בחלקם במקרקעין הגדונים.

השופט ח' כהן: והדבר השני הוא, שדאה השופט המלומד אל נכון שהתוצאה שאליה הגיע לא הייתה צודקת; ובלשונו שלו:

... רק בצער רב הגעתי לידי מסקנה כי התובעים לא השכילו לבסס את תביעתם על בסיס חוקי כלשהו. הרגשתי כהרגשתו של בא-כוח התובעים, שלתובעים נגדם עוול, והנתבע נהנה מההפקד. ואולי בגלל כך נתתי ביטוי לתרעומת שבלבי, על שבא-כוח התובעים לא העמיק לחקור במצב שנוצד ובאפשרויות הפתוחות בפני התובעים. כפי שהענין הובא בפני, אין ברירה בירי אלא לדחות את התביעה.

ואולם כלל גדול ועתיק-יומין הוא שמקום שיש זכות, שם יש סעד: ubi ius ibi remedium וכית-משפט לא ישלים עם מעוות שנעשה ולא יחוקן. יש מן השופטים שאינם מוכנים לפסוק אלא על-פי מה שעורכי-הדין השכילו לטעון לפניהם, ואינם מוכנים לעשות עצמם כעורכי-הדין; אבל אני לפי שיטתי הולך, שאין פוקדים עוונות עורך-דין על שולחו, וכדי לעשות צדק לבעל-הדין העומד לפניו יקיים כית-המשפט גם לגבי עורך-דין שאינו יודע לטעון, אח מיצוות פתח פיד לאילם. (וכך נהגו בתי-הדין מקדמת דנא, שאם בעל-דין אינו יודע לטעון לעצמו טוענין לו: כתובות לו ע"א, גיטין לו ע"ב; פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק א, סימן ג; ולענין חביעותיהם של יתומים ואלמנות לזכויותיהם מכוח ירושה, אמרו חכמים, הבא משום ירושה אינו צריך טענה: משנה בבא בתרא ג, ג; וכתב הרא"ש ז"ל שאנו טוענים ליורש כל מה

שער רביעי: כתיבין וסדריהם

שאכיו יכול היה לטעון, כי הקטן לא ידע עסקי אביו, וככגון זה פתח פיך לאילם: שו"ת הרא"ש, כלל פו, סימן א. גם בענין שלפנינו לא התקשיתי למצוא למערערים את דרך סערם, ואלך כדרך שסללתי לי למרות שגם לפנינו היה הטיעון מטעם המערערים רחוק מן הממצה והמדויק והיסודי.

4. הזהרת העדים לדבר אמת

בג"צ 172/78

בקר נ' השופט אילת ואח'

פ"ד לב(3) 370, 372, 377, 378–385, 386

הובא בשער החמישי, ראיות, עמ' 372.

5. אין לשמוע צד אחד בהיעדר הצד האחר

ע"א 344/78

מערבי נ' בנשר ואח'

פ"ד לב(1) 550, 552–553

בביח-המשפט העליון בשכתו כביח-משפט לערעורים אורחיים לפני מ"מ הנשיא (לגורי), והשופטים ח' כהן, י' כהן

ערעור על דחיית תביעה לאכיפת חוזה למכירת מקרקעין.

השופט ח' כהן: השופט המלומד כתב מה שכתב בפסק-דינו על הרושם העגום שעשה עליו המערער, ואין צריך לומר שכא-כוח המשיכה החרה אחר השופט המלומד והוסיף גופך משלו כיד הטיעון הטובה עליו. אני לא אביע על המערער דין כל דעה; אך משנזרמן מעשה לידי, נזכרתי הלכה, ואמרתי לכתבה על ספר, כלפי כולי עלמא.

שלמה המלך, שכידוע היה לא רק החכם באדם כי אם גם שופט מחונן, כנראה היה הראשון שעמד על חשיבותה של החקירה שכנגד לשם גילוי האמת: צדיק – הראשון כריכו, ובא רעהו וחקרו (משלי יח, יז); וכתוצאה מן

המערכת השיפוטית

החקירה הוא לא עוד צדיק. ומפרש ר' לוי בן גרשון (הרלב"ג, במאה ה-14) וזו לשונו:

... וכזה עוד חועלח לו בהכנסו לפני הדיינים קודם הכנס בעל ריבו, כי מדרך האנשים להאמין בסיפור המוגד להם ראשונה, ולזה יהיה אצל השופט האיש הראשון שיבוא לפניו "צדיק", כריבו, כי יאמין לדבריו, וכאשר יבוא רעהו להגיש לו היפך הדברים ההם, לא יאמינהו כי אם אחר החקירה השלמה. והנה לזאת הסיבה מנעה החודה שלא ישמע הדיין דברי בעל דין קודם שיבוא בעל דין חברו, שלא חזיה דעחו יוחר קרובה אל מי שמשמיע דבריו בראשונה – וכאילו העיר על זאח גם החכם בזה הפסוק. (הפיסוק, כמובן, שלי.).

משהלכו הדיינים ורבו, ונתנסו נסיונות מרים בכעלי-דין שניסו "לחטוף" פסקי-דין שלא בפני יריביהם, הלכה והחריפה תגובתם, רבי יהושע מונה בין "מבלי עולם" (ויש גודסים "מכלי עולם") גם "רשע ערום" (משנה סוטה ג, ר); ורבי יוחנן מזהה את "הרשע הערום" כמו "המטעים רבריו לדין קודם שיבוא בעל הדין חברו" (סוטה כא ע"ב); רשעותו היא בכך שעובר הוא על לא תשא שמע שוא (שמות כג, א), ועדומיותו היא בכך שמנסה הוא לקבוע בלב הדיין "שערי זכויותיו" שלאחר מכן קשה יהיה לסלקם (רש"י, סוטה כא ע"ב, ד"ה שמתעים).

ולא זו בלבד אמרו אלא "משרבו לוחשי לחישות בדין, רבה חדון אף בישראל ונסתלקה השכינה" (סוטה מז ע"ב) – ומי הם לוחשי לחישות בדין? אלה עורבי-הדין "המחלחשים" עם הדיינים שלא במעמר יריביהם "לפתוח פתח בזכותו של זה ובחובתו של זה" (רש"י, שם, ד"ה לוחשי לחישות). הסכנה היא, כמובן, שהשופט השומע דברי צד אחד בלבד, אינו יכול לדעת אם הלה לא "מסדר דברי שקר כדברי אמה, לפי שאין מי שיכחישם" (כלשון רש"י, סנהדרין ז ע"ב, ר"ה שמוע).

גם במשפט העברי ההלכה היא שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל-הדין שכנגד; אבל גם במשפט העברי יוצא מכלל זה כעל-דין שהוזמן ולא התייצב ("שלחו ליה ולא אתא": בבא קמא קיב ע"ב). בעל דין שהוזמן ולא התייצב, כאילו מיפה בוחו של השופט לדין שלא בפניו: ואין לבוא בתרעומת על השופט שהשתמש בכוחו זה. אך צאו וראו מה עיוות דין יכול והיה נגרם פה, אלולא הופיעו המשיבה ובאי-כוחה ברגע האחרון ממש; ומה רבות ההוצאות הטרחות שהיו דרושות עד אשר ניתן היה שוב לתקן את המעוות.

כג"צ 290/65

אלתגר נ' ראש העיריה ועיריית רמת-גן

פ"ד כ(1) 29, 39-40

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 168.

שער רביעי: בחידין וסדריהם

6. חובת השופט להציע פשרה

בקשה (ח"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"מ כ 60, 79

הובא בשער זה, עמ' 319.

7. חובת השופט לדון דין אמת

ע"א 211/65

היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' מוזן

פ"ד יט(3) 32, 42-44

הובא בשער זה, עמ' 330.

ע"פ 188/77

ורטהים נ' מדינת ישראל

פ"ד לב(2) 225, 234-240

הובא בשער זה, עמ' 340.

המערכת השיפוטית

8. חובת השופט לפסוק על פי האמת המשפטית שאינה זהה בהכרח עם האמת העובדתית

כג"צ 152/82

אלון נ' ממשלת ישראל

פ"ד לו(4) 449, 471, 472-474

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (י' כהן), והשופטים כן-פורת, אלון, ברק, לון

המשיכה החליטה להקים ועדת חקירה על-פי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, לתקירת טענות והאשמות הדווחות בציבור, בדבר חלקם של אברהם סטבסקי וצבי רוזנבלט ברצח ר"ד חיים ארלוזורוב.

הליכים פליליים, שננקטו בחקופת המנדט נגד סטבסקי ורוזנבלט, שהואשמו ברצח, נסתיימו בערכאה הראשונה בוויכוח של רוזנבלט ובהרשעתו של סטבסקי וגזירת עונש מוות עליו. ערעורו של סטבסקי על פסק-הדין התקבל בבית-המשפט העליון, והוא זוכה מחמת חוסר סיוע ממשי לעדותה היחידה של אשת הנרצח.

בשנים 1964 ו-1971 הגיש רוזנבלט תביעות לפיצויים בגין התצאות דיבה, עקב פרסומים שונים, שיחסו לו השתתפות ברצח, ונפסקו לזכותו דמי פיצויים. העתירה נסבה על השאלה, אם יש בהחלטת הממשלה משום התערבות בפסקי-דין חלוטים של הרשות השופטת.

השופט אלון: 7. אמנם כן, המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות, והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מידבית לבירורה של האמת העובדתית. ומבחינת עצם מהותה של המערכת המשפטית, אף אם קודה, שבמקרה מסוים טעות בידה, עדיין הכרעתה בבחינת "אמת" משפטית היא, וגדול כותה של זו – מבחינת הכדת תוקפה על-ידי מערכת המשפט ומכחינת כוחה המחייב – אף מן "האמת" המדעית, העולה בידי איש מדע, מבחינת תוקפה של זו בעולמו שלו: שזו הראשונה חקפה ומחייבת היא, אף אם ברור שבטעות יסודה, כל עוד לא שונחה כדין במסגרת המערכת המשפטית, לעומת האחרונה, שמשנתגלתה טעותה בטלה היא מאליה...

8. מאלפת היא הגותם של חכמים בסוגיה גדולה ונכבדה זו. ביטוי רב משמעות מצוי באגדה הידועה בעניין המחלוקת שבין רבי אליעזר בן הורקנוס לבין ר' יהושע וחבריו בעניין תנורו של אדם אחד ושמו עכנאי (משנה כלים ה, י; בירושלמי, מועד קטן, פרק ג, הלכה א, הגירסה "חכיניי", והוא שם מקובל), שלדעך רבי אליעזר אין התנור מקבל טומאה והוא טהור, ולדעת רבי יהושע וחבריו מקבל החנוד טומאה והוא טמא. וכך נאמר בברייתא (בבא מציעא נט ע"ב; ירושלמי, מועד קטן, פרק ג, הלכה א; הנוסח המצוטט הוא לפי הבבלי):

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

תנא: באותו יום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם – ולא קיבלו הימנו, אמר להם: אם הלכה כמותי חרוב זה יוכיח; נעקר חרוב ממקומו מאה אמה; ואמרי לה [ויש אומרים] ארבע מאות אמה; אמרו לו: אין מביאין ראייה מן החרוב.

חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – אמח המים יוכיחו; חזרה אמת המים לאחוריהם; אמרו לו: אין מביאין ראייה מאמת המים. תזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – כתלי בית המדרש יוכיחו; הטו כתלי בית המדרש ליפול, גער בהם ר' יהושע ואמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה – אתם מה טיבכם? לא נפלו [כתלי בית המדרש] מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר; ועדיין מטיין ועומדין. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – מן השמים יוכיחו, יצתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום. עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא! מאי לא בשמים היא? אמר רבי ירמיה: שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחים בבית קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב).

והאגדה מגיעה לשיא תיאורה עם סיומה:

אשכחיה [מצאון] רבי נתן באלהו; אמר ליה: מאי עביר קודשא בריך הוא בההיא שעתא [מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה, בשעת דין ודברים זה בין ר' אליעזר ור' יהושע וחבריהן]? אמר ליה, קא חייך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני.

הרעיונות, אותם ביקשו חכמים לכטא באמצעותה של אגדה זו, כמה וכמה פנים להם, ולא כאן המקום להאריך (ראה: מ' אלון, המשפט עברי ("ל מאגנס, תשל"ג) 227 ואילך). לענייננו, ארשה לי לצטט מקצת מן הדברים שכתבתי בעניינה של אגדה זו (מ' אלון, בספר הג'ל, בעמ' 228):

הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו, נותן החוק ומקורו, שהודיע כביכול באמצעות בת-הקול, שרבי אליעזר – שהיה מיעוט – כיוון לאמיתה של תורה, הוא עצמו מודה, שכניו – שסוברים אחרת, אך הם הרוב – ניצחוהו; האמת המופשטת היא אפוא כדעת היחיד... אך האמת ההלכתית היא כדעת הרוב, משום שההלכה ניתנה על רעתם של חכמי ההלכה ולפסיקתם מסכים, כביכול, נותן התורה עצמו. קשה לתאר הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול.

ומפיו של ר' אריה ליב הכהן, בעל "קצות החושן", מגדולי ההוגים האנאליטיים של עולם ההלכה במחציתה של המאה השמונה עשרה ותחילתה של המאה התשע עשרה כגאליציה, שומעים אנו לאמור:

אמנם לזאת יחרד איש פן ידבר בתורה בדברים אשר לא כן ושכל האנושי לוואה [עייף] להשיג האמת... אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי... ונתן לנו את התורה כפי הכרעת שכל האנושי אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור, דק שיהיה

המערכת השיפוטית

אמת בהכרעת השכל האנושי... שתעלה אמת מן הארץ, והאמת יהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי... (הקדמה ל"קצות החושן" על שולחן ערוך, חושן משפט; וראה: מ' אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 230-231).

רעיון יסודי זה מכבשן עולמה של ההלכה הוא. שמאי והלל – "אבות העולם" – (משנה עדויות א, ד), ואחריהם תלמידיהם בית שמאי ובית הלל, נחלקו בגופי דברים, ועל חילוקי דעות אלה אמרו חכמים: "אלו ואלו דברי אלקים חיים – אבל הלכה כבית הלל" (ירושלמי ברכות, פרק א, הלכה ד; ירושלמי, יבמות, פרק א, הלכה ו). לגופו של דבר, מבחינה עיונית – אלו ואלו דברי אלקים חיים, וכביכול שתי "אמיתות" הן; למעשה, ההכרעה ההלכתית – אשר לה נפקות משפטית מחייבת – כדעת בית הלל: "מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן? מפני שנוחין ועלובין [סבלנין – דש"ן היו" (בבלי עדובין יג ע"ב; דבות דנו בביאורה של אימרה זו "אלו ואלו דברי אלקים חיים", ולא כאן המקום להאריך. וראה תוספות משאנץ, משנה עדויות א, ה; "כלי יקר" על התורה, דברים יז, א; וראה: מ' אלון, כספר הנ"ל, בעמ' 226-227, 18-19, ובעמ' 870 ואילך).

ע"פ 115/82, 168/82

מועדי נ' מדינת ישראל

פ"ד לח(1) 197, 259

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים מליים לפני הנשיא לשעבר (י' כהן) והשופטים אלון, גולדברג

שלושת האחים המערערים הורשעו בכית המשפט המחוזי כרצח חבר הכנסת שיף חמאד אבר' רביע, בהתבסס בעיקר על הודאותיהם במשטרה. במשפטם הם בחרו שלא להעיד ולטענתם, פסולות הודאותיהם, שכן האמצעים, שנקטו החוקרים בחקירה, שברו את רצונם החופשי. בין היתר, טענו המערערים, כי חוקריהם אמרו להם, שרק הודאה תביא את שבטי הבדואים, שעמם נמנה המנחם, שלא לנקום את דמו ממשפחת המערערים, וכי בעקבות ההתפייסות עם משפחת המנחם תוענק למורדים במעשה חנינה לאחר ריצוי שנות מאסר בורדות. המערערים הוסיפו וטענו, כי נאמר להם, שאם לא יודו בעבירה, תחריב המשטרה להרחיב את החקירה ולעצור את אביהם, אולם אם אחד מהם יודה וייטל האשמה עליו, ישחררו אתיו.

השופט אלון: 4. נראה לי, כי בריון מדובה אנפין זה בעניין פירושו של סעיף 12 האמור מן הדארי שיושם דגש על עקרון יסודי שבמערכת המשפט והשיפוט, עיקרון שמעצם מהותו הוא תשתיתה של מדיניות משפטית, והוא – חובתו היסודית והדאשונית של בית המשפט לגלות את האמת העובדתית שבפרשת הדברים שבפניו ולפסוק על-פיה ולאורה את האמת המשפטית. ושעה שהעקדונות האמורים ברבך החינוך של אנשי הרשות, השמידה על כבוד האדם בגופו ובנפשו וההגנה על שלום הציבור המה עקרונות משפטיים-ערכיים, שאינם נובעים במישרין מעניינה של הודאת סעיף 12, הרי החובה לדון דין

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

אמת לאמיתו הינה עיקרון משפטי-ערכי, הקשור בטבורו בעצם עצמותה של הוראה זו שכתחום דיני הראיות, ועל-פי חובה זו צריך שיתפרשו סעיף 12 והמסקנות העולות הימנו.

5. תפקידו של בית המשפט להגיע לחקר האמת העובדתית חלק מהותי הוא מעצם ההליך השיפוטי, וערכה של עדות, הנמסרת בבית המשפט, מוכרע על-פי "אותות האמת" המתגלים בה (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש]). משימה זו של בית המשפט בדבר גילוי האמת היא הכלל, שהרי כל דיין מצווה הוא לדון "דין אמת לאמיתו" (ראה: שבת י ע"א; עירובין נד ע"ב; מגילה טו ע"ב; סנהדרין ז ע"א; שם קיא ע"ב ועוד). על כיטוי כפול זה – אמת לאמיתו – שמיוחד הוא, ככל הנראה, ללשון העברית, נאמרו פירושים רבים ושונים (ראה, דרך משל, בג"צ 702/81, כעמ' 18; דרישה, טור, חו"מ, סימן א, סעיף ב; הגר"א משלי, ד); לענייננו מאלף הוא פירושם של בעלי התוספות: "אמת – לאפוקי (=להוציא) דין מרומה, אף על גב שהעדים מעידים אותו, [אין מחתכים (=פוסקים) אותן] כיון שיודעים (=בית הדין) שמשקרים..."; לאמתו – שלא יטו את הדין " (בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה דין אמת לאמתו). כלומר, אמת – היא האמת העובדתית, לאמיתו – היא האמת המשפטית, ועל הדין לדון לפי שתי האמיתות, וליישמן זו על גב זו.

9. אסור לשופט לפסוק יותר ממה שתבע התובע

ע"א 222/66

שוורץ נ' מדינת ישראל

פ"ד (4) 237, 247

הובא בשער זה, עמ' 321.

המערכת השיפוטית

10. אין השופט טוען לבעל דין

תמ"א (ת"א) 2254/80
סולימני נ' סולימני
פ"מ תשמ"ב (2) 80, 84

בכית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בעלי הדין, בעל ואשה, חתמו בשעתו על הסכם לפיו יעשו נסיון לשלום בית ואם הנסיון לא יעלה יפה, הם יתגרשו בהתאם לתנאים שפורטו בהסכם. ההסכם אושר בבית-המשפט המחוזי בהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג, אך לא ניתן לו תוקף של פסק-דין. הנסיון לשלום בית נכשל והאשה עותרת, במסגרת המרצה שהגישה בחיק שבו אושר ההסכם, למינוי כונס נכסים לצורך מכירת הדירה של בני הזוג, כפי שנקבע בהסכם.

השופט גרוס: התוצאה היא כי כדי שתוכל המבקשת לאכוף את ההסכם, עליה להגיש תביעה נפרדת לאכיפתו שבמסגרתה תוכל, כמובן, לעתור לסעדים שונים לשם ביצוע האכיפה. בנסיבות האמורות, אין דרך להיעתר לבקשתה, אף שיש להצטרף אליה על-ידי שאין ניתן לקצר את דרכה בענין זה. עלי לצייין, כי אמנם הטענה הנ"ל שבעטיה איני יכול להיענות לבקשה לא הועלתה על-ידי באי-כוח הצדדים וברוך כלל מקובל עלי מאמר חז"ל: "אל תעש עצמך כעורכי-הדיינים" (משנה אבות א, ח). אלא שאיני יכול לעצום עיני ולהתעלם ממצב דברים זה, שבו לא זכתה המבקשת בפסק-דין.

ע"א 635/71, בר"ע 225/71

שווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח' נ' מרגוליס, עו"ד,
אורן, ברידא, כונסי נכסים של אוטוקרס בע"מ
וחברות אחרות ואח'
פ"ד כו(1) 682, 692

בכית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אוחזיים
לפני השופטים לגרדי, קיסטר, י" כהן

המשיבים, שנתמנו לכונסים ומנהלי עסקים של אוטוקרס, הגישו לבית-המשפט רו"ח ובקשה למתן הוראות, ללא הזמנת צדדים אחרים. בית-המשפט המחוזי נעתר לבקשתם והורה להם לשים יד על מחסני החלפים שבידי חברת השיווק, לה הועבר רכוש חברת אוטוקרס, ולכלול גם אותם במסגרת כינוס הנכסים של אוטוקרס. המערערות פנו לבית-המשפט המחוזי בבקשה בדרך המרצה שנתמכה בתצהירים לעיין מחדש בעתירות המשיבים ולכטל את ההוראות שניתנו. בהחלטת, נשוא הערעור, דחה בית-המשפט את הבקשה והחליט לקיים את ההוראות שנתן.

שער הביעי: בחידין זסדריהם

השופט קיסטר: כיתה המשפט בסמכותו כמפקח על הפקידים נותן להם הוראה בהסתמכו על אינפורמציה, אבל כאשר ישנה מחלוקת בין אותו ממונה לכין צד שלישי, שני הצדדים חייבים להיות שווים בפני בית המשפט; כיתה המשפט חייב אז להחליף את תפקידו שלפעמים נקרא אדמיניסטרטיבי, כהפקיד של כיתה המשפט הדין בין צדדים, וחותר את הדין על-סמך טענות וראיות של שני הצדדים.

כבר כמשפט עברי דאגו שלא יערכו את שני התפקידים, והנה לגבי אפוטרופוס על קטינים מוכאים כרמ"א לחושן משפט, סימן ר, סעיף א, דבר הרשב"א, שבית-דין הם אביהם של יתומים ויכולים כעצמם למלא את התפקיד מבלי למנות אפוטרופוס, אך בהמשך מוכאים שם גם דברי הר"ן שאם יש צורך בחלוקה בין קטינים ואחרים או אם יש צורך לטעון נגד אחרים, כיתה-הדין חייב למנות אפוטרופוס כדי שלא יהיו נראין "כעורכי הדינים". אמנם קורה אצלנו שמערככים פרשיות ומנסים להפוך את הרשות שהנאמן קיבל לצו המחייב גם אחרים אבל הדבר מביא לידי סיכוכים.

11. "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"

ע"פ 80/81

קרוש נ' מדינת ישראל

פ"ד לר(3) 225, 230

בכיתה המשפט העליין בשבחו כבית-משפט לערעורים פליימ
לפני השופטים אלון, לוי, שילה

המערער הודיע בכיתה המשפט המחוזי, על-פי הודאתו, בשבעה אישומים שיעקרו עבירות חקיפה, גניבה, החזקת נשק ומכשירי פריצה – הקשורים כרוכם למסכת עובדות נמשכת אחת. הוטל עליו עונש מאסר בפועל, והופעל נגדו עונש ומאסר-על-תנאי תלוי ועומד. קודם להשתת גור הדין החליט השופט קמא, לאור נסיבות המקרה ולאחר שמיעת תוכיר קצין המבחן, לדחות את המשך הדין למשך מחצית השנה ולשחרר את המערער בערבות לתקופה זו. תוכיר קצין המבחן שהוגשו במהלך תקופה זו ובטיומה היו חיוביים ביותר. טענות המערער הן שלאור ההליכים שקרמו לגזר הדין צריך היה כיתה המשפט להסתפק בהטלת מאסר-על-תנאי, וכן שהפעלת עתש המאסר-על-תנאי לא הייתה בגדר חובה, אלא תלויה בשיקול-דעת השופט, ובנסיבות העניין ולא היה מקום להפעילו.

השופט אלון: הנה אין חולקין על כך, כי הנסיון עלה יפה. ואף השופט המלומד מדבר בתחילת גזר דינו על הנסיון המוצלח של שיקום הנאשם. הביצד בא למסקנה בהמשכו של אותו גזר-דין, "שהתנהגותו הטובה של הנאשם בתקופת הנסיון שהיחה לאחרונה נובעת, כנראה, אך ורק מאימת הדין?"

המערכת השיפוטית

לקביעה אחרונה זו אין אחיזה כל שהיא בחומר שהיה לפני השופט המלומד, ועל כגון דא מקובלנו, שאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות (סנהדרין ו ע"ב).

ע"א 568/80

פלוני ופלונית נ' מרינת ישראל

פ"ד לה (3) 701, 712

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים בן-פורת, אלון, בייסקי

המערערים, שהם חשוכי ילדים, קיבלו לגידולם את כחו של אחי המערערות סמוך לאחר לידתה, מתוך הסכמה כיגם לבין הוריה הטבעיים של הילדה, כעבור כשנתיים וחצי מונו המערערים, בהסכמת ההורים הטבעיים, כאפוטרופסים נוספים על הילדה. בקשתם, לאימוץ הילדה, שהוגשה כשלוש שנים לאחר מכן לבית-המשפט המחוזי, נדחתה. מכאן הערעור, שנסב על השאלה, אם יש לסרב לבקשת האימוץ עקב הייחוס אימוץ בין-משפחתי.

השופט אלון: כלל גדול הוא במלאכת השפיטה, שאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות (סנהדרין ו ע"ב). אך מה יעשה השופט, כאשר מתבקש הוא להכריע בשאלה, שמעצם מהותה אינה מאפשרת לו לדאות עתה את צדידה במו עיניו, ושכל כולה היא בחינת השערה, מה טומן בחובו העתיד – עתידה של ילדה מאומצת וחוריתיה הנפשיות לעת התבגרותה?

ע"פ 190/82

מרקוס נ' מרינת ישראל

פ"ד לז (1) 225, 302-303

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אלון, כהן, נתניהו

המערער, שהיה בזמנו קצין בכיר במשטרה ושימש כראש צוות תקירה מיוחד בחקירת רצח, הורשע בבית-המשפט המחוזי, ברוב רעות, במתן עדות שקר, בעקבות טענתו בעדותו במשפט הרצח, שלא נכת בשעת שיחזור הרצח במקום השיחזור. בערעורו טוען המערער, שנעלמו מעיני בית-המשפט קמא עניינים בעלי חשיבות, וכי הוא טעה בהסקת מסקנות לא נכונות מעדויות וממימצאים שהיו לפניו ובהערכת מהימנותו של עד, שעדותו נוגדת עדותם של עדים רבים אחרים.

השופט אלון: קשה ומלאת חתחתים היא מלאכתו של השופט בבקשו להגיע לחקר האמת; כלי אומנותו על כורחו מוגבלים הם: "כי האדם ידאה לעינים, וה' ידאה ללבב" (שמואל א טז, ז). וכה תוהה ומהרהר השופט Frankfurter

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

באחד מפסקי-דינו Pennekamp v. State of Florida (1946), at 1042
Judges are also human, and we know better than did our forbears
how powerful is the pull of the unconscious and how treacherous
the rational process.

וכבר עמדו חכמים על צערו של השופט, החושש שמא לא הגיע לחקר
האמת לאמחה: "שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה? ותשובתם – "אין לו
לדיין אלא מה שעיניו רואות" (סנהדרין ו ע"ב). כלל גדול זה שקבעו חכמים
במלאכת השיפוט, מפורש הוא בפני המאירי, מפרשניו המובהקים של התלמוד,
לאמור: "ודברים אלה אין לדיין בהם אלא מה שראה בעיניו, ובאזניו ישמע,
ולבבו יבין" (בית הבחירה לכתובות נא ע"ב; והשווה: ישעיהו ו, י; מלכים
ג, ט).

12. יש להיעזר בספרי מדע

ע"א (ת"א) 493/79

אסולין נ' קצין התגמולים

פ"מ חש"ס (1) 177, 208–209

כבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

המערער, שאובחן בדיעבד כבעל אישיות סכיוואידית, לקה בשיוזפוגיה בומן ועקב השירות
הצבאי הסדיר בצה"ל. קצין התגמולים וועדת הערעורים הכירו בהחמרת נכות נפשית. בית-
המשפט שלערעור קבל את הערעור והכיר למערער נכות נפשית מלאה ללא גריעה, עקב תהליך
שיוזפוגי.

השופט פורת: קודם לסיום, רצוני להחעכב על נקודה נוספת שהבהרתה
מחקשרת מדרך עריכח תוות דעתי.

יש החולקים על-כך ששופטים ישחמשו בספרי מדע ודפואה בטענה שענין
זה הוא לעדים מומחים, ובכל זאת ציטטחי לעיל מספרות מקצועית – לא
משפטיח.

אינני חולק על-כך ששואבים ראיות רק מפי עדים, אולם לא אחת קשה
להבין הראיוח ואזי כשרה לדעתי הדרך של היזקקות לספרות.

הרמב"ם, במשנה תורה, ספר שופטים, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה א,
כתב לאמור:

אין מעמידים בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים,
מופלגין בחכמת החורה בעלי דעה מרוכה. יודעים קצת משאד חכמות כגון
דפואות ותשבון ותקופוח ומלות ואיצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים

המערכת השיפוטית

והמכשפים והבלי עולם הזה וכיוצא באלו כדי שיהיו ידועים לדרן אותם... הנה, איפוא, לא רק שמוחר להיעזר ב"שאר חכמות" אלא מצפים מן השופט שיחזיק ב"שאר חכמות" על-מנת שיידע לדרן אותם. הכוונה היא לרכישת ידע והבנה, להכריל משאר ראיות. הבחנה זו של הרמב"ם מן המאה ה-12 מצוייה אף בספרות מן העת החדשה.

13. הסתמכות על נסיון החיים

ח"א (חי) 289/60

רוזנברג נ' קליין

פ"מ ל 94, 97

בבית-המשפט המחוזי כתיפה

עדר של פרות חזר מהמרעה, כשהוא נתון להשגחת הרועה, וכשעה שנכנס התובע לתוך העדר כדי להוציא משם את פרתו, נגחה אותו פרה שחורה של הנתבע, הוכח כי פרה שחורה זו הייתה ידועה במושב כפרה נוגחת ומתקיפה בני-אדם וכי הרועה כודאי ידע על זאת.

השופט י' בהן: כאמור, היו כמה מקרים קודמים עם הפרה "סתוה", המעידים על תכונותיה המסוכנות ואני נוטה לדעה, שהצדק עם בא כוח התובע בטענתו, כי יש להניח, שבמושב קטן כמו מירון הגיעו הידיעות על מקרים אלה בדרך זו או אחרת לידעת הנתבע. דוגמה של פרזומפציה על ידיעה, המבוססת על נסיון החיים בדבר התפשטות ידיעות, ניתן למצוא בתלמוד (ראה מסכת כתובות קי ע"א: "ורבנן סברי חברך חברא אית ליה וחברא דחברך חברא אית ליה", וכן בבבא בתרא כח ע"ב).

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

14. שלא להטות דין דל ואביון

ע"א 409/78

גולן ואח' ג' פדקש ואח'

פ"ד לר(1) 813, 820

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים ח' כהן, בן-פורת, בכור

שופט בית-המשפט המחוזי החליט, שהמערערים הקונים הפרו את חוזה המכר וכי הוא כותל על-ידי המשיבים-המוכרים. הדיון ופסק-הדין הוגבלו לשאלה של הפרת החוזה וביטולו.

השופט ח' כהן: גם השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי וגם חברי הנכבד השופט בכור, חשו בחוש צדקם, החר והחרף, שנעשה עוול למערערים: כל הזמן עז היה רצונם לקיים את התווה והם עשו כמיטב יכולתם ואונם לקיימו, ועתה מוצאים את עצמם עומדים משחאים מול ביטול התווה עקב "הפרה יסודית" מצדם; ולא זו בלבד שלרירה הנכספת לא יזכו עור, אלא צפויות להם תובענות לפיצויים על כל הסיכונים, עגמת הנפש וההוצאות המרובות הכרוכים בהן. נחה דעתי שאין החוק חסר אונים להושיט להם סעד.

עד שאברר דברים לגופם, רואה אני צורך לסלק מכשול שהערים על רדכי בא-כוח המשיבים: גם הוא כנראה חש באהדה אשר המערערים זוכים וראויים לה במצבם הקשה, והוא מזהיר אותנו אזהרה חמורה, ודל לא תהדר בריבו (ואין זה רק "כלל ידוע", כפי שבא-כוח המשיבים מכנהו, כי אם מקרא מפורש: שמות כג, ג; וראה גם: ויקרא יט, טו: לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק חשפוט עמיתך). סהדי במרומים שלא אהדר ולא אצדיק שום דל בריבו אלא אם כן אמצא לו צד זכות ברין: הא דכתיב: "לא תטה משפט אביוןך" (שמות כג, ו) – לא תטה עליו את הדין לפסוק על רשע כשר ועל כשר רשע (דאה מכילתא, מסכתא דכספא, פרשה כ, ד"ה לא תטה). וכן סהדי במרומים שלא אשא פני דל כדי שיוכל להתפרנס "בנקיוח" ולא אני ולא העשיר יריבו נצטדך לפרנסו (ראה ספרא קדושים ד, ג). אבל מודה אני ומתודה שלא אנוח ולא אשקוט מלחפש לדלים ולעשוקים ולנדכאים צד זכות ברין, ולא אאמין לאומרים לי, אל תיגע כי לא תמצא. ואם מצפה בא-כוח המשיבים למקרא מפורש שיזהירני גם על זאת, הרי הוא לפני: עד מתי תשפטו עול ופני רשעים חשאו סלה, שפטו רל ויתום, עני ורש הצדיקו, פלטו דל ואביון, מיד רשעים הצילו (תהלים פב, ב-ד).

המערכת השיפוטית

15. שלא להטות דין עבריין

ע"א 711/72

מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י

פ"ד כח(1) 393, 406

כבית־המשפט העליון כשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, קיסטר, עציתי

לאחר שהורשע המערער, קבלן לביצוע עבודות מים, בעבירה של מחן שוחר למנהל מדור המים של המשיכה, תבעה ממנו המשיכה לפצותה בשיעור סכום השוחד ששילם. התביעה הושחתה על שתי עלות: עשיית עושר ולא במשפט ונדקיין.

השופט קיסטר: נראה לי לומר, כי בית־המשפט יראה כאחר מעקרונות הצדק, ברוננו בתביעת פיצויים ממי שעבר עבירה פלילית לפי אותם כללים הנוהגים לגבי כל מזיק, מעוול או מתעשר שלא כדין בכל מקרה אחר. ררישה זו באה לידי ביטוי גם במשפט העברי. בספר שמות (כג, ו) נאמר: "לא חטה משפט אביון בריבו", ופירשו חז"ל שכלל זה מתייחס גם לעני במצוות, רהיינו רשע. כלל זה ביטא הדמב"ם בספר המצוות (מצוות לא תעשה, סימן רעח) כך:

שהזהיר הר"ן כשירע שהוא אדם רשע ובעל עבדות להטות דינו. והוא אומרו יתעלה לא חטה משפט אביון בריבו ולשון מכילתא דשע וכשר עומדים ברין לפניך, לא תאמר הואיל ורשע הוא אטה רינו, תלמוד לומר לא חטה משפט אביון בריבו – אביון הוא מן המצווח, כלומר, אף־על־פי שאביון הוא מן המצוות לא חטה דינו.

ע"פ 39/66

כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ(2) 188, 191–192

כבית־המשפט העליון כשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים לנדרי, ויחקן, קיסטר

המערער התדפק על דלת דירתו של המחלונן והציע למכירה שטח, שהיה לדבריו פרטי. המחלונן הסכים לעיסקה ומטר לו המחאה על סך 400 ל"י תמורת הסתורה. משהתברר למחלונן לאתר מכן שהשטח אינו פרטי, הוא מסר את הענין למשטרה. בית־המשפט המחוזי קיבל כמהימנה ללא־סייג את גירסתו של המחלונן, הרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 2 לחוק תיקון ריני העתשי (עבירות מרמה, סחיטה ועושיק), תשכ"ג–1963, והטיל עליו עונש של שלושה חדשי

שער רביעי: כתיבין וסדריהם

מאסר, וכן הפעיל נגדו עתש מאסר-על-חנאי שהוטל עליו כשנה לפני כן בשל עבירה לפי אותו סעיף. המערער הגיש ערעור, ובא-כוחו טוען, בין היתר, כי: א. המערער נשאל בכית-משפט קמא על-ידי בא-כוח התביעה הכלליה למעשה עבירה קודם שביצע: ב. אשתו של המתלונן היתה נוכחת בשעת המעשה, והיא לא נקראה על-ידי התביעה למסור עדות.

השופט קיסטר: אכן, בדרך כלל אין לשאול נאשם על אפיו ועבירותיו הקורמות אלא אם כן ישנו חריג לכלל זה המוכר בדין. בא-כוח היועץ המשפטי טען אמנם בפנינו שמוחר היה לשאול שאלה זו הואיל והיא היתה רלבנטית, אך לא מצאתי ממש ברבריו.

שאלה זו נדונה זה לא מכבר על-ידי בית-משפט זה בע"פ 265/64, יוסף שויובין ויוסף ראש נגד היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, כרך יט (3), עמ' 421, ושם נקבעו הלכות מתי ובאילו מקרים מותר לתביעה הכללית להביא עדות ברבר עבירות קודמות ומעשים דומים. המקרה שלפנינו אינו, לפי דעתי, נכנס לגדר אותם המקרים בהם מותר לה לתביעה הכללית להביא עדות כזו, ועל-כן הערות ברבר מעשה העבירה הקודם שביצע המערער היתה פסולה.

אך השאלה היא אם בשל פגם זה עלינו לבטל את ההרשעה. אכן, סיבת האיסור להביא עדות ברבר עבירה קודמת שביצע הנאשם, או על אפיו הרע, ידועה וברורה, והיא: שמא יהיה לשופט, ובעיקר למושב-עם, דעה קדומה כלפי הנאשם ועלול להיגרם לו עיוות-דין. לכן יש להשתרל שלא להביא בפני השופט עדויות מן הסוג הנזכר.

בעיה זו של עשיית צדק גם לאדם בעל עבירות קודמות – היא עתיקת יומין. לפי המשפט העברי מצווה השופט במקרה שבאו לפניו שניים – אחד אשר ואחר רשע, שאל יאמר: "הואיל ורשע הוא וחזקתו משקר, וחזקת זה שאינו משנה את דברו, אטה הרין על הרשע, על זה נאמר: 'לא תטה משפט אביון בריבו' – אף-על-פי שהוא אביון במצוות לא תטה רינו". רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ה. הלכה זו נאמרה כבר במכילתא ררשב"י לשמות כג, ו' ונשנתה ברברי הפוסקים, כך שחובתו של שופט לגבי עבריו ברורה וקבועה. אף בספר התומים לר' יונתן אייבשיץ על חושן משפט, סימן ז, סעיף קטן ט (לפני הסוף) נאמר:

והא ראמדין רשונא פסול לדין רלא חזי ליה זכותו, היינו בשונאו שהירע לו, וטבע החומדי לשונא ובזו אינו מניח לך להפוך בזכותו, אבל אם אינו שונא לו מחמת ענין עולם הזה, רק מחמת ענין שמיימי, והוא שנאת הנפש וחפצי שמים, בזו מותר לרזן, כי בזו מכל מקום יחפש בזכותו וידביק בררכי ה' החפץ בהצדיק רשעים ומצדר למאור בזכותם; ולכך כשרים לרזן ריני ממונות ודיני נפשות.

יחד עם היות ההלכה הזו מושרשת היטב בספרות הפוסקים, פוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ו', שהמצב הטוב ביותר עבור דיין מבחינת העדר אהבה, שנאה או דעה קדומה הוא שמוטב שכלל לא יכיר את הנידון בפניו ואת מעשיו הקודמים כך שלא יצטרך כלל להגיע לירי מצב בו יזקק לעשות שימוש בכלל הקודם; וזו לשון הרמב"ם:

המערכת השיפוטית

... ואם לא היה (הדיין) מכיר את אחד מהם ולא מעשיר אין לך דיין צדיק כמוהו, וראה גם: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז, סעיף ז.
אכן, אין לצפות שמצב "אידיאלי" זה יוכל להתקיים בכל מקרה ומקרה, ועל כן מצוות השופט לא להטות דין רשע, כאמור לעיל, ולהזהיר עצמו על כך.

16. בית-המשפט יכול לוותר בממון יתומים כדי למנוע מריבות

צ"א 14/74

ספיר נ' אשר, עו"ד, אפוטרופוס על החסויה ספיר

פ"ד כח (2), 153, 164

בבית-המשפט העליון בשכתו כבי-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, קיסטר, י' כהן

אשת המערער הוכרזה פסולת-דין, והמשיב התמנה אפוטרופוס על גופה ורכושה. בקשת המערער היחה להצהיר שהרישום של חלקיו וחלקי אשתו בבית בו הם גרים אינו מבטא נכונה את הבעלות על הנכס, ושהבית הוא שלו ושל אשתו בחלקים שווים. כן מבקש הוא להצהיר שהכנסות הרכוש המשותף שייכות לו. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה וקבע, כי אין תוקף ליפוי-הכוח שנתנה החסויה למערער ערב נישואיהם.

השופט קיסטר: המערער אומר בסעיפים 9, 11 ו-17 לתצהירו, שכת אשתו ביקשה מאת אמה – התסויה, לקבל עבודה דירה בבית הנ"ל והוא סירב, ודבר זה גרם לאשתו מועקה, כי לא יכלה לעמוד בלחץ. כן אמר, כי הפעולות המכוונות נגדו באות לגרום לו עוול חמור – לנשל מרכושו ומחסכוונותיו לטובת יורשי אשתו.

על כך יש להעיר: המערער חייב להכין שהוא הבעלים של 2/10 בלבד מן הרכוש וכי אשתו זכאית לעשות ביתרת הרכוש כרצונה, ואם הינה פסולת-דין אין הוא רשאי למנוע זאת ממנה. אם רצתה אשתו לתת מרכושה לבתה, רשאית הייתה לעשות כך ואין לראות זאת כנסיון לנשל מרכושו וכנסו. יש גם לזכור שחלקי אשתו בבית הם נחלת משפחתה ובעלה המנוח ואין למנוע ממנה, אם רצונה בכך, להנות את ילדיה ממנו. מאידך גיסא, יש להעיר למשיב ולכני משפחת החסויה שישתדלו לוותר ככל האפשר ולא למצוח את זכויותיהם עד תומם, וזאת כדי למנוע מריבות. מן הראוי להוכיר את האמור בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ג: "מותד לבית-דין לוותר בממון היחומים חוץ מן הדין כדי להשקטם ממריבות". החסויה גרה עם המערער, ויש להכין שתמשיך לגור עמו כל עוד לפי דעת הרופאים לא יהיה צורך לאשפזה, וההחלטה,

שער רביעי: כתי-דין וסדריהם

במקרה של מחלוקת, היא בידי בית-המשפט. במצב זה שומה על המערער ובני משפחתה של החסויה להשתדל שהשלום לא יופרע.

17. "בית דין אביהם של יתומים"

בר"מ 1/51

עזבון בת ארצי נ' מינסקי ואח'

פ"ד ח 1041, 1054-1055

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-דין מיוחד לפי סימן 55 לרבר המלך במועצה לפני השופטים אגרונט, לגרוי, והרב וולדינברג

האם מינוי אפטרופוס על עזבון לפי סימן (1)53 הנ"ל הוא בסמכותו הייחודית של בית-דין רבני.

הרב וולדינברג: לפני בואנו לעצם הנדון, נקדים הקדמה קצרה בהגדרת כוח בית-דין במינוי אפטרופוס, אשר תסייע לנו בהבהרת מושג מינוי האפטרופוס ע"י ביה"ד הרבני בנדרוננו.

כוח בית-דין למנות אפטרופוס נובע מזה שהתורה נתנה כוח וזכות לבית-דין בתודת שליחי הציבור לעמוד במקום אב-משפחה ומנחיל-נכסים אשר בידו הכוח והעזו למנות אפטרופוס על בניו הקטנים הנמצאים חחת דשותו ועל נכסיו, לעמוד במקומו להיות ממונה על בניו ושליט על נכסיו.

הוכחת הדבר מסתעפת על פני מרחבי-הלכה, ולעניינו די בהזכרת שני מאמדי חז"ל הלכתיים בנוגע לכך.

האחד: רבן גמליאל ובית-דינו אביהן של יתומין (גיטין לו ע"א; בבא קמא לו ע"א). ומפרש דש"י שהם ממונים עליהם ועל ממונם, ונקט ר"ג שהיה בית-דינו קיים וכן כותב המאירי על בבא קמא "דיינים הקבועים והחשובים שבכל דוד ודוד הם הם אביהם של יתומים". ומכאן יסוד לכוח בית-דין בתוקף אבהות גם על נכסי נעדרים או מחוסרי דעת וכל כירצא באלה.

והשני: "מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן שבית-דין מעמידין להם אפטרופוס לחוב ולזכות, לחוב אמאי? אלא לחוב על מנת לזכות, תלמוד לומר ונשיא אחד ונשיא אחד ממטה תקחו (קידושין מב ע"א), ועיין בדש"י בפירושו על התורה שמסביר "כל נשיא ונשיא אפטרופוס לשבטו ומחלק נחלת השבט למשפחות ולגברים ובורד לכל אחד ואחד חלק הגון, ומה שהם עושין יהיה עשוי כאילו עשאו שלוחים" (רש"י, במדבר לד, יח). וזו היא ההגדרה גם של כוח בית-דין, והיינו, שהם בכוח תפקידם נחשבים כאילו מינום אנשי עידם

המערכת השיפוטית

שלוחים לפקח על כל עניני רכוש מכל מיני פגעים, ובכלל זה גם למנות בשעת הצורך אפוטרופוס ליתומים ולנכסי נעדרים או מחוסרי דעת וכל כיוצא באלה. עוד זאת: ישנם פרטים שבהם כוח בית־דין יפה בחוקף הפקר בית־דין (עיין רמב"ן, גיטין נב ע"א), ומקור בית אב להלכה זאת הוא מאמרם ז"ל: מנין שהפקר בית־דין היה הפקר? שנאמר (עזרא י, ח): וכל אשר לא־יבוא לשלשת הימים כעצת השדים והזקנים יחרם כל־דכושו והוא יבדל מקהל הגולה. רבי אליעזר אמר מהכא (יהושע יט, נא): אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וכו', וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך, מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו (גיטין לו ע"ב).

ח"צ 643/62

קנר ואח' נ' גרודנאי

ס"מ לו 331, 338, 339-340

בבית־המשפט המחוזי בחיפה

המשיב אשר נחמנה כמוציא לפועל בצוואתו של המנוח צבי קנר ביקש לקיים את הצוואה ואילו אשתו החוקית של המנוח הגישה התנגדות לשני סעיפים בצוואה בטענה כי אין להם תוקף חוקי מה שפוסל את כל הצוואה. ב"כ המשיב טען, בין השאר, כי בשלב זה של קיום צוואה אין בכלל מקום לדין כטענות המתנגדת. הסעיף האחר בצוואה שהתנגדה לו המבקשת הוא זה אשר שחרר את המשיב ממתן דו"ח על רכוש העזבון.

השופט כספי: טרענת ב"כ המתנגדת כי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן "החוק הנ"ל") מורה בסעיף 53, שהאפוטרופוס חייב בכל עניני האפוטרופסות, לנהל תשבונות ולהגיש לבית־המשפט דין ותשבון כפי שיוּרָה. היות והנכסים המוקנים למוציא לפועל הנם נכסי הקטין, לפיכך, לפי סעיף 31 של החוק הנ"ל, חל דין האפוטרופסות גם על המוציא לפועל של הצוואה...

סעיף 50 בפרק השלישי לחוק הנ"ל אומר:

50. כספי החסוי במידה שאינם דרושים לצרכיו השוטפים, חייב האפוטרופוס להתזיקם או להשקיעם כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר המשפטים בחקנות או בדרך שהורה בית־המשפט.

גם אלמלא הוראות החוק הנ"ל דשאי היה ביהמ"ש לסטות מהוראות הצוואה, ולחייב מנהל העזבון במתן דו"ח על נכסי קטינים ולתת לו הוראות בקשר עם ההשקעה הנאותה של נכסיהם.

הלכה פסוקה היא כי בית־משפט בדונו בענינם של קטינים, יחשב בטובתם

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

בלכד. בית-המשפט הנו "אביהם של יתומים" ולפיכך שומה עליו להשגיח היטב ולפקח כי לא יאונה להם כל רע. אולם עתה, לאור הוראות החוק הנ"ל, חייב האפוטרופוס, וכמקרה שלפנינו המוציא לפועל של העזבון, למסור דו"ח לבית-המשפט, ולהשקיע כספי הקטין, כדרך שביהמ"ש יורה.

ע"א 635/71, בר"ע 225/71

שווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח' ג' מרגוליס,
עו"ד, אורן, ברוידא, כונסי נכסים של אוטוקרס
בע"מ וחברות אחרות ואח'

פ"ד כו(1) 682, 692

הוכא בשער זה, עמ' 279.

18. "הפקר בית דין הפקר" – כלל המסייע לעשיית צדק ומניעת פרצות ותקלות

ד"צ 22/73

בן שחר ג' מחלב

פ"ד כח(2) 89, 100

בבית-המשפט העליון

לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, מני, י' כהן, אשר

בפסק-הדין בע"א 597/72, נשוא הדיון הנוסף, קבעו שופטי הרוב כי לבית-המשפט סמכות טבועה להושיט סעד לאדם שאיחר בעשיית דבר שמועדו נקבע בפסק-הדין, על-פי שיקולים בפסק-הדין בע"א 597/72, [1], נשוא הדיון הנוסף, קבעו שופטי הרוב כי לבית-המשפט סמכות טבועה להושיט סעד לאדם שאיחר בעשיית דבר שמועדו נקבע בפסק-הדין, על-פי שיקולים שביושר.

השופט ח' כהן: ברם, לא זו בלבד אמרו אלא אף גם זאת, שיש "לדיין תמיד להפקיד ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק ולקנוס אלים" (כלשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ו): בתוקף סמכותו זו יכול בית-הדין להפקיר מזה ולהקנות לזה, ובדרך זו להביא לעשיית צדק גם במקום שהפסיקה לפי הדין עלולה היתה לגרום לפרצה ולתקלה ולאי-צדק. בכרדו את התפקיד הנועד לבית-הדין בקיום האסמכתא,

המערכת השיפוטית

מביא הר"ן גם את הגרסה שיש כוח בידי בית-הדין "לאפקועי ממונא" (נדורים כז' ע"ב, ד"ה והוא); והסמכות הרחבה והמרחיקה לכת של הפקר בית-דין אמנם כוללת בתוכה לא רק סמכות לקיים כתקפים חיובים שאחרת לא היו תופסים, אלא גם סמכות לפטור מחיובים או להאריך מועד קיומם. בידינו שלנו אין סמכות להפקיר ממון מידי בעליהם, והפקר בית-המשפט אינו הפקר. ואין אני מביא את ההלכה העתיקה אלא כדי להראות מה מאד חשוב היה בעיני חכמי התלמוד שיהא בידי בית-הדין כל הכוח הדרוש לעשיית צדק, אף מקום ושעה שהדין היה מחייבם לפסוק אחרת.

19. "שודא דדייני" – הכרעת השופט לגבי "דומיסיל"

כג"צ 4/51

שוואלב נ' רשיש, ואח'

פ"ד ה' 207, 217-218

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים חשין, זילברג

מה משמעותו הנכונה של המונח "מקום מגורים קבוע" בסעיף 46 של חוק תיקון פקודת העיריות – מה בין domicile ל"מקום מגורים קבוע" – מבחני ה"דומיסיל" פועלים, "עם קב חומטין" (cum grano salis), גם בשאלת קביעת מקום המגורים הקבוע – הראיה לכך מתוך סעיף 11 (ג) לחוק תיקון פקודת העיריות – כיצד נהגין באדם שיש לו לכאורה שני מקומות מגורים קבועים – על בית-המשפט לשקול ולקבוע, מה הוא המקום אליו קשור האדם, מבחינה "ביחית" בקשרים האמיצים ביותר – מקום המצא האשה והמשפחה מכריע לגבי שאלה זו.

השופט זילברג: וכי יעלה על הדעת, שבית-המשפט יחליט, כי היו לנפטר שני דומיסילים, ויחלק את מטלטליו על פי שני החוקים, הסותרים זה את זה, גם יחד?! ואמנם נשאלה השאלה על ידי חכמי המשפט (בצורה עקרונית), והתשובה שניתנה היא: על בית-המשפט יהיה לערוך את התקידה המדוקדקת ביותר, לשקול שיקולים דקים מן הדקים, ולהגיע לידי הכרעה, באיזו משתי המדינות היה הדומיסיל האמיתי של המודיש (השווה דייסי, שם, הערות). וכבר עמדו לפני דילמה כזאת חכמי התלמוד שלנו; בכתובות דף פה ע"ב מסופד: מעשה באדם שאמר: "נכסי לטוביה", מת, ובאו שני טוביה לתבוע את עזבונו. השאלה היתה, מה לעשות ולמי לתת? ביחוד אם שני טוביה אלה הם במקרה שוים זה לזה בערכם וחכונותיהם, ואין סימן-היכד מיוחד לתלות בו את ההכרעה. והתשובה שניתנה היא: "שודא דדייני", כלומר (לפי פירוש דש"י): "הטלת הדיינים, לפי מה שידאו דיינים שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

מזה", או נוסחה אחרת: "שיאמדו הדיינים את דעתו של נותן למי רצונו ליתן יותר" (עיי'ן שם ברש"י ותוספות ד"ה שורא דדייני ודו"ק). וזה הוא, למעשה המוצא היחיד גם ממבוכן שני הרומיסילים, או שני מקומות המגודים הקבועים, של "בעל השתים" הנ"ל; גם כאן יצטרך בית-המשפט "לאמור את דעתו" של האדם, לברר ולקבוע לאיזה מקום (ואולי גם לאיזו אשה) היתה דעתו "קרובה יותר". אין לקנא בבית-המשפט שיצטרך לצלול לנככי פרובלימה שכזאת, אבל תשובה יהא מוכרח לתת, ועליו יהיה בסופו של דבר להכריע, על-פי שיקול זה או אחר, איה מקום הרומיסיל, או איה מקום המגורים הקבוע, האחד והיחיד, של האדם הנדון לפניו.

7. בוררות

1. אין פסול במינוי ידיד של הממנה כבורר וכל"א

המ' 386/60

מפעלי זיפזיף סוכריר נ' רוזנברג

פ"ד טו 2499, 2504

בבית-המשפט העליון
לפני השופטים זוסמן, לנדוי, ח' בהן

שני בוררים, כבוררות וכל"א, שהתחילו כדיון נחלקו בדעותיהם ובהתאם לטרי-הבוררות נתמנה בורר שלישי ונקבע כי הבוררים יהיו רשאים לתת פסק-דין, פה-אחד או ברוב דעות. בורר אחד התפטר. לפי טרי-הבוררות, במקרה שבורר מתפטר יכולים שני הבוררים הנתרים להמשיך בבוררות ולהוציא פסק-דין פה-אחד, אם הצד שמינה את הבורר שהתפטר לא מינה בורר אחר במקומו תוך 48 שעות לאחר שנדרש לעשות כן. בהתאם לכך, הודיע הבורר של הצד האחד לבורר השלישי על התפטרותו, וכאשר הבורר שנתמנה במקום הבורר שהתפטר לא הופיע, המשיכו שני הבוררים בדיון והוציאו יחד פסק-דין לרעת הצד שבוררו התפטר. שני הצדדים הגישו אז בקשות לבית-המשפט המחוזי, האחת לאיכוף פסק הבוררים והשניה – לביטולו, בטענה כי הבורר של הצד שזכה בדיון אשם בהתנהגות כלתי הוגנת כמשמעותה בסעיף 13 לפקודת הבוררות, בין היתר, כזה שהוא היה הפרקליט של הצד שמינהו, אם כי הצד השני ידע על כך. בית-המשפט המחוזי נעחר לבקשת הביטול והצד שזכה בדיון עירער.

השופט ח' בהן: הכלל הגדול האמור בשופט שאין הוא דן את מי שהוא אוהבו, אינו אמור לגבי בורר שנתמנה כאחד משלושת בוררים בדרך של וכל"א וכל"א ושני הבוררים או שני הצדדים ממנים בורר שלישי או מכריע. אימרתו

המערכת השיפוטית

של השופט Farwell אשר הובאה בפסק־הדין של חברי הנכבד, השופט זוסמן, ואשר לגבי פירושה ותחולתה מצטרף אני להערותיו של חברי הנכבד, השופט לנדוי, קדמה לה פסק הלכה של אחד מגדולי הפוסקים שלנו, הוא הרמ"א שכתב וזו לשונו:

מתוך שזבל"א וזבל"א הבעלי־דינים צייתין להם וגם הדיינים כל אחד מהפך בזכות אותו שברר אוחו בכל מה שאפשר מצד הדין והשלישי שומע טענות שניהם ופוסקים האמת (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יג, סעיף א). המנהג נפוץ בישראל מימים ימימה שבכבודות זבל"א וזבל"א כל צד ממנה לו אוהבו או קרובו או פרקליטו כבודר, ואין בו כשלעצמו שמץ פסול, ובלבד שהצד השני יודע ומסכים, אם במפורש ואם מכללא, על טיב הקשרים הקיימים בין הצד לבין הכבודר. לכן גם דעתי היא שלא במינויו של מר קולודני ולא בהתנהגותו כבודר אפשר לגלות פסול כלשהו. אנו מקבלים את הערעור, רוחים את בקשת המשיב לביטול פסק־הבדורים ונותנים למערערת רשות לאכוף את פסק־הבדורים.

ה. פסק דין

1. חשיבות פירסומה של דעת מיעוט

בג"צ 228/64

פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים ואח'

פ"ד יח(4) 141, 156

בכית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, ויחקון, ח' כהן

בשנת 1964 הגיעה העותרת לישראל כדי להתראות עם כנה, והבעל הגיש נגדה תביעה בבית הדין הרבני (המשיב מס' 1), כה תבע שלום־בית או גט, ואגב תביעה זו נעתי בית־הדין לעתירת הבעל ונתן, שלא במעמד האשה, צו עיכוב יציאתה מהארץ. היא ביקשה לבטל את הצו בסענה, שהיות ואין היא מאורחי המדינה ולא מחושביה, אין היא נתונה לשיפוטו של בית־הדין הרבני. בקשתה נדחתה, ולעתירתה הוצא צו־על־תנאי נגד המשיבים.

השופט ח' כהן: שני הפרקליטים שטענו לפנינו לבעלי־דין אלה, ניסו לעשות הון רב – כל אחד לפי דרכו וטעמו שלו – מן העובדה שבענין מטלון, נחלקו

המערכת השיפוטית

2. שופט הטועה ב"דבר משנה", אין דינו דין

ע"א 434/79

גרין נ' דג'אני ואח'

פ"ד לה(2) 351, 354

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (ח' כהן), והשופטים לוזן, טירקל

המערערת, חברה גרמנית, תבעה את המשיכים על-פי שטר חליפין, שקובל על-ידי המשיב 1 בירושלים המזרחית ואשר לא נפרע. זאת בחקופה שירושלים המזרחית נשלטה על-ידי ממלכת ירדן. תביעה נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי. מכאן הערעור.

השופט טירקל: 3. מסקנתו של בית-המשפט המחוזי שלית דין – שבירו הכוח לאכוף את פרעונו של השטר – ולית דין – שעל-פיו יש לפטוק – טעות בדבר משנה היא, ולפיכך אין דינו דין לגמדי וסותרים אותו (סנהדרין לג ע"א).

3. פסק דין בענייני מעמד אישי (סטאטוס), מחייב גם את מי שלא היה צד במשפט

ע"א 431/80

רוזנברג ואח' נ' חזן

פ"ד לה(2) 742, 754, 756

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים שמגר, בייסקי, טירקל

המערערים הם הוריו של מי שהוצהר עליו כאביו של המשיבה בתביעה, שהתגלה בין אם המשיבה לבין בנם של המערערים. בהליך אחר חוייב בנם של המערערים בחשלומו מוונותיה של המשיבה. משלא שילם בפועל מאומה למוונותיה, הגישה המשיבה תביעה נגד המערערים, בהסתמך על הוראות סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מונרות), תשי"ט-1959. בית-המשפט המחוזי קיבל את התביעה, וחייב את המערערים בסכום גבוה מזה שבזו תוייב בנם, בהסתמך על כך שאם המשיבה פוטרה מעבודתה. מכאן הערעור, שנסב על השאלה, אם פסק הדין, אשר ניתן בהליך בין האם לבנם של המערערים, ואשר בו הוצהר על האבהות, מתייב את המערערים, שלא היו צדדים לו.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

השופט טירקל: 1. השאלה העיקרית שבערעור זה – אם כוחה של הצהרת האבהות יפה כלפי כל העולם ("פסק חפצא") או שכוחה יפה רק בין בעלי הדין ("פסק גברא") – לא הוכרעה עד היום לגופה בבית-משפט זה; אף-על-פי-כן דשאים אנו לומר, בלשונם של רבותינו ז"ל, "כבר הורה זקן" (שבת נא ע"א; יבמות קה ע"ב), ודברים אמורים הן בכלל והן בכיסוסו העיוני...

3. יצוין כי העיון במקורות המשפט העברי מגלה אצל הפוסקים האחרונים גישה דומה, לפיה פסק-דין בענייני מעמד אישי יש בו כדי לחייב גם מי שלא היה בעל דין במשפט. בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן יא, סעיף ד, כוחב המחבר: "יש אומרים שאם באו עדים שאשת איש זינתה צריכים דרישה וחקירה" ועל כך מוסיף הרמ"א בהגהה: "ואין לקבל העדות שלא בפניה שלא בפני בעלה". ובחלקת מחוקק על אבן העזר, סעיף קטן יא מעיר, כי "הוא הדין אם נשאת לבעל ובאים לאוסרה עליו (שהרי אשה שזינתה אסורה הן לבעל והן לבעל – י"ט) גם הוא בעלה מיקרי". אבל כאן מוסיף הוא ומחדש "אך אם עדין לא נשאת לבעל ואף שקבלת עדות זו נאסרה גם על בועלה מכל מקום נראה שאין צריך שגם הוא יהיה אצל קבלת העדות דק לרווחא דמילתא, דהא נאסרה עליו ממילא, כמו שאסורה לכל הכהנים אף שלא היו אצל קבלת העדות" (וכן ראה בפסק-דינו של בית הדין הרבני האזורי בחל-אביב-יפו בחק 7581/כו, פסקי דין רבניים, כרך ו, עמ' 281).

4. אין מכריעין בדוב דעות אלא אם כן התקיים הדיון בנוכחות כולם

בג"צ 210/60, 205/60

עבודי נ' שר הדתות ואח'

פ"ד יד 2020, 2021, 2042–2044

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 151.

בג"צ 7/83

ביאורס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה ואח'

פ"ד לח (1) 673, 688-690

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים בייסקי, לרין, כן

העותרת המשיב 2 הם בני-זוג שנתגרשו והוריהם של ילדים קטינים. בהליכי הגירושין הגיעו בני הזוג להסכם, לפיו תימסר לעותרת החזקת שניים מילדיהם, ואילו המשיב 2 קיבל להחזקתו ילד אחד. בהסכם האמור הוסדרו ביקורי ההורים אצל ילדיהם תחתיים וגיודולם. לאחר שהוברר למשיב 2, כי העותרת חיה ומגדלת את ילדיהם תחת קורת גג אחת עם גבר שאינו יהודי, ביקש מהמשיב 1 להעביר להחזקתו את הילדים כדי לחנכם כרוח היהדות. הדיון בבקשת המשיב 2 נתקיים לפני מותב של שני דיינים בלבד, שכן בני הזוג הסכימו להתדיין לפני הרכב חסר. לאחר דיון קצר מאוד ותמציתי, בו לא נטענו כדבעי טענות הצדדים, נתן המשיב 1 החלטה בלתי מנומקת להעביר לחזקת המשיב 2 את הילדים, הנמצאים בחזקת אמו. בקשת העותרת לראש ההוצאה לפועל לעכב את ביצוע החלטה נדחתה. מכאן העתירה.

השופט בייסקי: דומני, כי אין צורך להסביר את חשיבותו של העיקרון, כי כל חבדי מותב בית המשפט, בית הדין או טריבונל שיפוטי ישתתפו בדיונים בעל-פה המתנהלים לפניו – ורק אם עשו כן ייקחו חלק בהחלטה בעקבות הדיון. לא רק על-מנת שעשיית הצדק גם תיראה, אלא גם כדי שהשיקול וההחלטה יהיו מושתתים על התרשמות אישית ועצמית של כל חבר במושב השיפוטי. וגם בנדון זה המקורות מציינים בהלכות המשפט העברי, הרואה בבית-דין היושב בשניים "בית דין שקול", שלא ניתן להשיג בו הכרעה (סנהדרין ג ע"ב), ואילו ברוב הנושאים מחיבת הישיבה בלא פחות משלושה דיינים (משנה סנהדרין א, א; שולחן ערוך חושן משפט, סימן ג, סעיפים א-ב), עם תריגים מסוימים בדיני ממונות, ששם הסכמת הצדדים מועילה.

...על חובת ההנמקה של כל פסק-דין או החלטה בדין הכללי אין צורך להרחיב הדיבור, ו"כלל גדול הוא – כתוב או בלתי כתוב – כי בית-משפט חייב לתת נימוקים להחלטתו" (בג"צ 176/54, בעמ' 635; ד' לרין, בספרו הנ"ל, בעמ' 32-33. וראה: סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ותקנה 215 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963). החובה גם מורחבת לא רק על טריבונלים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים אלא אף על רשויות מינהליות (חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958), על-מנת שיוכל בית המשפט להעביר את ההנמקה תחת שבט ביקורתו (בג"צ 482/71; בג"צ 2/79, בעמ' 513-514; בג"צ 190/80). ואשר לבתי הדין הרבניים, מעוגנת חובת ההנמקה בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל בפרק י"א;

שער רביעי: כתי-דין וסדריהם

מורה התקנה ק"ג:
כל החלטה שניתנה תוך מהלך המשפט צריכה להיות כתובה ומנומקת;...
וחקנה ק"ד קובעת:
כל פסק-דין צריך להכיל מלבד ההחלטה בנושא המשפט גם:
(א) סיכום תמציתי של טענות הצדדים;
(ב) קביעת העובדות החשובות;
(ג) נימוקי ההחלטה.
היוצא מהכלל שלא לפרש מאיזה טעם דן בית הדין הוא לפי תקנה ק"ה, ורק בהסכמת הצדדים "ואחרי שויתרו על זכות ערעור".
במאמרו של א' שוחטמן, "חובת ההנמקה במשפט העברי", שנחון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ס) 319, 353, 395 מצאנו, בי הטלת חובת ההנמקה היא בבחינת חידוש בעולם ההלכה ובעבודתם של בתי הדין הרבניים בפרט. ואולם בבג"צ 142/70, בעמ' 334, מפרט כבוד השופט קיסטר מקורות ההלכה בדבר חובת ההנמקה ותנאיה כפי שנקבעו בדמב"ס, הלכות סנהדרין ובשולחן ערוך, תושן משפט, עליפי הרמ"א והרב יאיר בכרך בשו"ת חות יאיר:
אין להסתפק בתיאור הטענות, או כפי שאפשר להגדיר לפי המושגים המודרניים, בעובדות כפי שהוצגו, או התבררו בבית-הדין, אלא יש להוסיף טעמים ממש, היינו נימוקים משפטיים להחלטה.
ויפים הרבנים של הרב עזיאל:
בכתיבת פסק-דין מנומק מראים אנו מידת הצדק של משפט ישראל והתאמצותו של הדיין לחקור עד כמה שידו מגעת לברר את האמת... ולדון דין אמת לאמיתו (משפטי עזיאל, חלק ג, חו"מ, סימן א, ס"ק יג).
במקרה דנן, ההנמקה כל כולה התמצתה בשתי מלים: "לאור הנ"ל", כלומר: ככתוב בכתב הבקשה של המשיב ובאותו משפט יחיד שכל אחד מבעלי הדין השמיע לפני ההרכב החסר. גורם המשיב, כי מלים אלו מגלמות הלכה למעשה את הנימוקים הממשיים שביסוד ההחלטה האופראטיבית. אם הכוונה היא, כי די בעובדה – אשר לא חלקו עליה – כי העותרת חיה עם גוי, זה בלבד מצדיק הוצאת הילדים מחזקת האם, הרי כבר הרחבנו את הדיבור בנדון ואמרנו, כי נימוק זה בלבד אינן בו כדי להכריע, בלי לבחון את מכלול הגורמים והנסיבות, שמהם ניתן ללמוד מה דורשת טובת הילדים. ולעניין זה אין התייחסות בהחלטה. על כגון דא אמר השופט אלון בבר"מ 1/81 הנ"ל, בעמ' 400:
עם כל הכבוד, קיצוד מופלג זה, בשאלה כה עקרונית כחינוך ובנסיבות כל כך סבוכות ומיוחדות כבמקרה שלפנינו, אינו מן המידה.

המערכת השיפוטית

בג"צ 142/70

שפירא נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים

פ"ד כה (1) 325, 333-335

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומנהל, עמ' 186.

ו. הוצאה לפועל

1. גביית חובות על ידי עשיית דין עצמית

ע"א 216/73

סלומנוב נ' אברהם

פ"ד כח (1) 184, 195-196

בביח"משפט העליון בשכחו כביח"משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים לנרדי, קיסטר, עציוני

שתי טענות בפי המערער כלפי ביצוע שני השיקים החתומים על-ידו לפקדת המשיב: אילוץ
והוצאת השיקים על-תנאי.

השופט קיסטר: מכיון שחברי הנכבר, השופט לנרדי, העלה, כאחד מנימוקיו
לפסק-דינו, את תקנת הציבור, שאינה יכולה להתיר גביית-חובות על-ידי
אילוץ, לא למותר יהיה הרבר אם אזכיר את השקפתו של הדין העברי בנקודה
זו.

המשפט העברי אינו מרשה גביית חובות על-ידי עשיית דין עצמית (טור,
ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן ד). ואשר לאילוץ, רואים אותו כמונע את
גמירות-הדעת, הנצרכת לקיום העיסקה. הרברים הם ארוכים ואין זה המקום
להרחיב את הדיבור בכך. רק זאת אדגיש, שיש הברל בין מכר למתנה. במקרים
מסויימים רואים את המכר כקיים, אם לא היתה מחאה (מסירת מודעה), משום
שנתנו לו מעות, ואגב אונסא וזווי גמר ומקני, מה שאין כן במתנה. הבחנה זו
מקבילה להבחנה שהכחין השופט עציוני בין אילוץ לגביית חוב מגובש לבין
אילוץ להתחייבות חרשה. מסתבר, שגם המשפט העברי יתיר, בדיעבר, גביית
חוב על-פי שטר שנעשה כאילוץ, בתנאי שהחוב היה ברור, מגובש וזמן פרעונו
כבר הגיע. אילוץ כזה דומה לאילוץ למכר, אבל אילוץ להתחייבות חרשה,

שעו רביעי: בתי-דין וסדריהם

הריהו כאילוץ למתנה, והוא כטל. אך גם במקרה של מבר, יש לכרוך תמיד אם התמורה המוצעת היא מלאה ומיידית. במקרה דנא נתן המערער שיקים על סכום העולה לפי דבריו, על זה המגיע למשיב, ואף גילה דעתו על-ידי התנאת תנאי, שאם יחברר שהעיריה תנכה מן החשלומים, לא יפדה את השיק, ויש בכך משום מודעה, שהיא עשויה לבטל אף מכר שנעשה כאונס. האיום לא היה כאן איום סרק, כי המשיב השתמש באלימות עוד לפני מתן השיקים, כך שלמערער היה יסוד להאמין שאכן ייפגע על-ידי המשיב.

2. "לא תהיה לו כנושה"; שבועת "אין לי"

ע"א (ת"א) 435/80

פרג'ין נ' מורד ואח'

פ"מ חשמ"ב(1) 409, 412-413

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

המערער שקוע בחובות ונפתחו נגדו תיקים רבים בלשכת ההוצאה לפועל בתל-אביב. הוא הגיש בקשה לאיתור התיקים אך ראש ההוצאה לפועל דחתה את בקשתו, בעיקר מן הטעם שהטכום החדשי שהציע לא יוכל לכסות לעולם את סך כל החובות בתיקים החלויים ועומדים נגדו. מכאן הערער.

השופט חריש: והנה יסוד מוסד הוא בעניני ההוצאה לפועל מאז ומקדם, אף מבטרם היות המחוקק שחוקק את חוקי ההוצאה לפועל כי כשם שמצווה על אדם לשלם חובותיו כך מצווה על נושה להימנע מלנגוש בבעל חובו כדי לאכפר לשלם יותר מאשר ידו משגת באמת ובתמים.

נגישה אשר כזו אין רעת החוק סובלתה ואף אין היא מחיישבת עם עיקרי יסוד לגבי זכויות אדם וסררי חברה ומשטר עליה ועל שכמותה קורא ומתריע הפסוק (שמות כב, כד): "אם כסף תלוה את עמי את העני עמך, לא תהיה לו כנושה". וכמוהו הפסוקים ו-יג – בפרק כר בספר דברים לאמר: "לא יחבול ריחיים ורכב כי נפש הוא חובל"... "ואם איש עני הוא – לא תשכב בעבוטו, השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ושכב בשלמתו וכרכך, ולך תהיה צדקה לפני ה' אלהיך".

על מקראות אלה מיוסדת ההלכה מפי הרמב"ם לאמור:

רין תורה שבזמן שיחבט המלוה את חובו, אם ימצאו ללווה נכסים מסררין לו ונותנים לבעל חובו את השאר כמו שביארנו ("מסדרין" מפרש הרמב"ם לעיל, שם, בהלכות מלוה ולווה, פרק א, הלכה ז: "כיצד? אומר ללווה: הבא

המערכת השיפוטית

כל המיטלטלין שיש לך ולא תניח אפילו מחט אחת, ונותנין לו מן הכל מזון ל' יום וכסות י"ב חדש מבסות הראויה לו ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה אלא מעבירין אותה ממנו ומעניקים כסות הראויה לו ל"ב חדש". ולהלן שם מפרט הרמב"ם מה נותנים לו לאומן ומה לאיכר ומה לספן ולאחרים). ואם לא נמצא ללווה כלום או שנמצאו לו דברים שמסדרין לו בלבר ילך הלווה לדרכו ואין אוסרים אותו ואין אומרים לו הבא ראייה שאתה עני, ולא משביעין אותו בדרך שדנין העכו"ם, שנאמר: לא תהיה לו כנושה. אלא אומרים למלווה: אם אתה יודע נכסים לזה המחויב לך, לך ותפרש אותו.

עור מוסיף הרמב"ם ומורה, בהלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ד: מי שהוחזק שהוא עני ורש הולך בתם, והרבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו הוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולבישו ברבים כדי להנקם ממנו או כדי שילך וילוה מן העכו"ם או יקח נכסי אשתו ויתן לזה עד שינצל משבועה זו, יראה לי שאסור לדיין ירא שמיים להשביעו שבועה זו, ואם השביעו כטל לא תעשה של תורה – לא תהיה לו כנושה, ולא עוד אלא ראוי לריין לגעור בתובע ולטורדו מפני שהוא נוטר והולך בשרירות ליבו שלא תיקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאיין. ראה לענין זה גם את הפרק "שבועת 'אין לי' בדרכי ההוצאה לפועל" בספרו של השופט פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי, כרך ב, עמ' 535. נהירים לי קשייהם ולבטיהם של ראשי ההוצאה לפועל באכיפת חייבים – שמרובים בהם לצערנו רמאים ושחמטנים למיניהם – לפרוע כשיעור יכולתם. עם זה דומה כי ניתן גם ניתן – ולכן צריך גם צריך – ליישם מצוות אלו של הרמב"ם גם על חייבים בימינו בשינויים המתחייבים ממתכונת חיי המעשה המוררניים.

3. "בעל חוב גובה מן הבינונית"

ע"א 99/60

שמואל נ' ישראל

פ"ד יד 1642, 1646–1648

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רחני, עמ' 772.

שער רביעי: בתי־הדין וסדריהם

ז. כבוד בית הדין

1. "כתב סירוב" – מהותו וכאילו נסיבות יינתן

המ' 427/78, ע"א 807/72
סובל ואח' נ' גולדמן ואח'
פ"ד לג(1) 789, 803-804

בבית־המשפט העליון בשכתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים בן־פורת, אלון, ככור

הערעור נסב על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, בו נמחקה על הסף עזרתה של המערערת לצו מניעה המכוון לבית־הדין הרבני בענין ירושה, ולהצהרה שהחלטות בית־הדין בענין בטלות מעיקרן.

השופט אלון: כאמור, לענין סמכותו של בית־הדין הרבני להוציא כתב סירוב, לא אחיחס, מאחר ששאלה זו אין מקומה בענין שלפנינו, אך אומר דברים אחדים לענין מהות כתב הסירוב ומידת נתינתו על־ידי בית־הדין הרבני. נוסח החרם המובא כ"דרכי משה" על הטור, חושן משפט, סימן יט, סעיף קטן א – שאליו הפנה כא"כוח המשיכים והמצוטט בדברי חברתי – מובא כתשובות גאוניים (שערי צדק, סימן יד, עמ' עה) על־ידי רב פלטוי בר רב אכיי (וכן נאמר כ"דרכי משה" שם), שהיה גאון פומבדיתא כמחציתה של המאה התשיעית, ונוסח זה קשור הוא ל"פתיחה" התלמודית (ראה מאמרו החשוב של גדעון לייבוון: על מה מגדיל, עילות הנידוי כארץ ישראל וכככל בתקופת המשנה החלמוד, שנתון המשפט העברי, כרך ב, בע' 323, ושם, בעמ' 332 כהערה 206, המקבילות השונות לתשובת רב פלטוי גאון). כתב הסירוב – כצורה משפטית ממוסדת – התפתח, כנראה, בתקופה יותר מאוחרת ושונה הוא, הן כמהותו והן כתוצאותיו, והדברים צריכים עיון ולא כאן המקום להאריך. הצד השונה לשניהם הוא שהם שמשו כסנקציה חשובה כירי בית־הדין העברי, אשר אמנם נהנה כתפוצות הגולה מאוטונומיה שיפוטית, אך נעדר היה, כמידה מספקת, אמצעי כפייה שהם נחלתה של מדינה ריבונית (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, א, בע' 11–12).

10. גם כאותם ימים, בהם אמצעים אלה חיוניים היו – ומקובלים היו כרעת הצבור – לשם קיומה של האוטונומיה השיפוטית העברית, צמצמו תכמים שימושה באמצעי כפייה אלה. על הדברים המובאים לעיל בשם רב פלטוי נאמר כבר כמאה הארבע עשרה על־ידי רבי יצחק בר ששת, הריב"ש, מחכמי ספרד ואלג'ידיה:

המערכת השיפוטית

הגאונים נהגו להחמיר הרכה כגזרתם והעוכר על דינם ... וכבר אתה רואה שכל אלו חומרות יתרות שהיו נוהגים הגאונים ז"ל למי שעבר על גזרתם ומסרב כדינם ... אבל לאחר דורם לא נהגו כן רק כפי דין הגמרא, וכבר ידעת שאמרו בגמרא: נדוי שלנו כנויפה שלהם (שו"ת הריב"ש, סימן קעג). וכך לא רק לענין חומדות קשות ומיוחדות אלה שכתשוכת רב פלטי גאון, אלא חכמים מיעטו ככל האפשר את השימוש באמצעי החרם והנידוי בכלל. ויפה סוכמו הדברים על-ידי פרופ' ש' אסף המנות, בספרו: העונשין אחרי חתימת התלמוד, ואלה דבריו (כעמ' 34):

מן הראוי להעיר שטובי הרבנים שככל דור היו ממעטים להשתמש ככח החרם. על מהרי"ל יסופר שהחרים בכל ימי תייו רק פעם אחת, ולא נשמע שהחרים קודם לכן או אחרי כן שום אדם כעולם (מנהגי מהרי"ל). גם כן זמנו ד' ישראל ברונא כותב: אבי מורי היה מצונוני בצוואה גמורה שלא להסכים לשום נידוי כשום מקום (שו"ת מהר"י ברונא, סימן קפח); ... ובמקדים שראו צורך לנדות את מי שהוא לא עשו כך אלא בהסכמת הקהל, וכבר תקנו רבנו תם וחבריו שלא ינדה הרב בלא רשות הקהל וגם הקהל לא ינדרו אדם בלי רשות הרב. אף הרא"ש מעיד על עצמו: מימי לא הלכתי בגדולות לגזור נדוי בלי הסכמת הרבים... (שו"ת הרא"ש, כלל מג, סימן יט). ודומה שמוכח ומרוחם של דברים אלה לא מובא בתקנות הדיון בכתי"ה הדין הרבניים בישראל ענין זה של הוצאת כתב סירוב, על אף שמוכאים בהם דרכי כפייה אחרים, כגון עיכוב יציאה מן הארץ ועיקול נכסים (ראה סעיפים צו-צח). 11. ולשיטה אחרונה – כשיטה ראשונה: אף לדעתי יש לדחות את הערעור.

2. בזיון בית הדין – הכרזה באמצעות "כתב סרוב"

בג"צ 371/67

פוגל נ' לוינגר ואח'

פ"ד (כב) 344, 350

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

המשיב הראשון, רבו של מושב נחלים, פסל את השחיטה של העותר, שוחט ומנהל המקווה כמושב. העותר הפנה את הסכסוך לבית-הדין הרבני האזורי. בית-הדין הרבני החליט שאין להכניס שוחט אחר למושב, אך המשיב המשיך לפסול את שחיטת העותר. משהוסיף המשיב לעמוד בסידוכו להחדיין בפני בית-הדין הרבני, הוצא נגדו "כתב סידוכ", על-פיו יכול התובע לפנות גם לבית-דין שאינו דן כדין תורה כדי לממש זכויותיו.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

השופט קיסטר: יצויין כי משמעותו האמיתית של "כתב סירוב" זוהי הכרזה על כך שפלוגי מסרב להופיע לדין, והוא נחשב מבחינת דיני הרת כאשם בכזיון בית-דין ומכך נובעות תוצאות שונות. לפי חשבויותיו של הר' יעקב מצרזומיר בשו"ת "בית יעקב" (נדפסו בשנת תנ"ו), בסימן לג: החוצאה מכך שדיין מסרב להופיע לדין היא כי הוא אינו רשאי לדרון, ואחד הנימוקים הוא שמי שאין דנים אותו הוא גם כן אינו רן (סנהדרין יח ע"א). לא אכנס בכירור השאלה מחי יצווה בית-דין על רב המקום להופיע ויוציא נגדו כתב סירוב; מכל מקום, כאן הוצא כתב סירוב ואף-על-פי שקיימת אפשרות של ערעור על החלטות בית-הדין וכן קיימת מועצת הרבנות הראשית שגם לה יש סמכויות ותפקידים, לא עשה המשיב מס' 1 מאומה כדי להסיר מעצמו את כתב הסירוב ובכלל לא נקט בשום צעדים כדי להעביר את הדיון לבית-דין אחר, אם באמת רצה בכך, או לבטל את החלטות בית-הדין בפתח-חקה בדרך המקובלת. מלבד זאת, יש להבליט את העובדה כי למרות שבית-הדין הרבני קבע שאין להכניס שוחט אחר למושב, ומשמעות החלטה כזו היא שהעותר עומד בחזקת כשירותו ולמרות זאת ראה המשיב מס' 1 לטוב, על דעת עצמו, לפסול את שחיטתו של העותר מבלי לקבל החלטתו של בית-דין זה או אחר או של הרבנות הראשית.

3. החרמת תלמיד המורה הלכה בפני רבו

בג"צ 361/67

גולדנברג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

פ"ד כב(1) 365, 371

בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ח' כהן, מני, קיסטר

שופט בית-המשפט המחוזי דחה את טענת העותרים כי חוק התנינה מחייב הפסקת ההליכים התלויים ועומדים נגדם. פניית העותרים לשר המשפטים להפסקת ההליכים הועברה על-ידי השר אל היועץ המשפטי לממשלה, אשר החליט שלא להורות על הפסקת ההליכים, בסברו כי חוק התנינה אינו חל על כתב האישום התלוי ועומד נגד העותרים.

השופט ח' כהן: זאת ועוד: אף אלולא כוונתו האמורה של המחוקק, הדעת נותנת והנימוסין הטובים מחייבים שהיועץ המשפטי, שהוא הוא – בעצמו או על-ידי נציגיו (סעיף 10 (א) (1) לחוק-סדר-הדין) – בעל דין לפני בית-המשפט באותם ההליכים הנדונים, לא ימרה אח פי בית-המשפט, אפילו תוך כדי שימוש בסמכות כללית המוענקת לו כחוק, ואפילו יצדק לגופו של ענין – משל

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

הוקשו הדיין והמלך כפי אלהים לא חקלל ונשיא בעמך לא תאור, ואנו מוזהרים לכבדם כל שכן שלא לבזותם, ואפילו בזמן שאינו דן, כל שכן וכל שכן על עסק הדין שהוא דן כהוגן שלא לבזותם. נראה לי שראוי ליסרו כאלו יש עדים, כיון שהעונש כדי לגדר הפרצה הזאת שיהיה כל דיין רשאי לדרון האמת ולא יירא מבעלי דינין... כל דין ועונש שעושים בית דין לצורך השעה. כאשר יתאמת יענישוהו עונש שיראה לבית דין.

ח. עורך הדין

1. על עורך הדין לנקוט לשון מנומסת

על"ע 10/81

הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו

ג' פלוני

פ"ד לו(3) 379, 383

בבית-המשפט העליון

לפני השופטים אלון, ברק, לוי

בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין זיכה, ברוב דעות, את המשיב, עורך-דין במקצועו, מעבירת משמעת של עשיית מעשה שאינו הולם את כבוד המקצוע, בעקבות שימוש בביטויים קשים וחריפים בכחב הגנה, שהגיש לבית-משפט בשם נחבעים, בתשובה לתביעת שכר-טרחה של עורך הדין המהלונן.

השופט אלון: ואם חרצה לומר, לשון מנומסת ומאופקת לא רק מחובתו של עורך-דין היא אלא אף מטובתו. וכבר אמר החכם מכל אדם: "דברי חכמים בנחת נשמעים מזעקת מושל בכסילים" (קוהלת ט, יז). יש מפרשים – וזהו מדגל בפומא דאינשי – דברי חכמים נאמרים ונשמעים בנחת, שלא כמושל הכסיל הזועק וצווח ככרוכיא. אך יש מפרשים – ולכך נוטה פשוטו של מקרא והגיונם של דברים – שפסוק זה כך יש לפרשו: דברי חכמים בנחת – נשמעים, מזעקת מושל בכסילים. כלומר, מאחר שהדברים נאמרים בנחת – הרי הם נשמעים, היינו "מקובלים הם לבריות" (רש"י, קוהלת, שם), יותר מאשר זעקותיו של המושל הכסיל, שמתוך שנאמרים בזעקה – אינם נקלטים ומתיישרים. וכה הם דבריו של פרשן המקרא ר' אברהם אבן עזרא (קוהלת,

המערכת השיפוטית

שם): "...כי יותר נשמעים רכריו, שהוא מרכר בשפלות קול ובנחת, מרכרי מושל בכסילים בצעקה, כי רכרי החכם כמסמרות נטועים בנפש". נמצא, כי למען הגן על הלקוח בנאמנות ובמסירות, צריך שרכרי פרקליטו יאמרו בנחת, ואזי מוכטח לו, כי יישמעו על-ידי מי שצריך לשמעם.

פרק שני
סדר הדין האזרחי

א. התיישנות

1. הטעמים לעקרון ההתיישנות

ע"א 158/54

דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ, תל-אביב, ואח'
פ"ד י 687, 688, 695

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אגרנט, זילברג, לנדר

השופט זילברג: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בו נדחתה תביעת המערערים למתן הצהרה מסויימת, וצו עשה, לגבי נכסי מקרקעין.

2. שאלת השאלות בערעור זה היא התיישנות התביעה, להיותה, כדרכה תמיר, מפתח הפותח או נועל דלת בפני שאר השאלות...

9. ...מוסד ההתיישנות הוא מוסר משפטי עתיק יומין, אשר קנה לו שכיתה, בצורה זו או אחרת, בשיטות המשפט של כל העמים וכל התקופות. מקורה נעוץ, איפוא, בצורך אנושי-כללי, בדרישות יסוד הטבועות בחיי החברה בכל אתר ועירן. כמה פנים לה, לתורה אוניברסלית זו, וכמה טעמים. אמנה שלושה מהם, הנראים לי כחשובים ביותר:

(א) הקושי (לנתבע) לשמור, זמן רב מדי, על ראיות והוכחות. את השובר (הקבלה) יאכלו העכברים, כפי שנאמר בתלמוד (ראה: משנה בבא בתרא קע ע"ב), ועדים עלולים למות. לכן קובע כמעט כל מחוקק, כי כאשר התובע משהה את תביעתו אל מעבר לזמן מסויים, שהוא (המחוקק) רואה אותו כרב מדי, זבאי הנתבע לבך, כי בית-המשפט יאמין לו על דיבורו, ולא ידרוש ממנו הבאת ראיות מזימות. מסוג רעיוני זה, או ברומה לו, הוא הטעם של "חזקת ג' שנים" בקרקע, הידועה לנו מדיני ישראל: "שחא קמייתא מיזרהר איניש

סדר הדין האזרחי

בשטריה, תרתי ותלת מיזדהר, טפי – לא מיזדהר, – שנה אחת נזהר אדם בשטרו, שתים ושלוש נזהר, יותר – איננו נזהר (בבא בתרא כט ע"א).
(ב) כל השהיה, ארוכה מדי, בהגשת התביעה, יש בה ריח של מחילה וויתור. בזה, למשל, מנמק המשפט העברי את ה"התיישנות" של תביעה הכתובה על-ידי האלמנה "כל זמן שהיא בבית אביה", ובשל מחילה משוערת זו, היא אינה יכולה לגבות כתובתה מן היורשים אחרי עבוד עשרים ותמש שנים (כתובות קד ע"א, משנה וגמרא שם).

2. האינטרסים המנוגדים בשאלת ההתיישנות

ע"א 242/66

יעקובסון נ' גז ואח'

פ"ד כא(1) 85, 99-100

כתיבת המשפט העליון בשכתו ככיתת משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, קיסטר

תמונתו של המערער, שהושאלה עליידי לתערוכה ביוהנסבורג בשנת 1949, נעלמה, היא נתגלתה בלונדון בשנת 1960, אך עקבותיה נעלמו שוב, טרם הספיק המערער לנקוט בצעדים להחזרתה. בשנת 1964 הוא גילה את התמונה בתערוכה בתל-אביב, והתברר שהיא הושאלה לשם תצוגה עליידי המשיב הנחזה כבעליה. כיתת המשפט המחיי דחה על הסף את התביעה, שהיתה מושחתת על המגילה, ולחלופין, על פקודת הנידקים האזרחיים, 1944, מחמת התיישנות. מכאן הערעור.

השופט קיסטר : אפס, בדרך כלל קובעת לה כל שיטת משפט אשר בה מצויות הוראות ברבר תקופת ההתיישנות, הוראה לטובת ניוקים מסויימים אשר לא יכלו לממש את זכותם תוך תקופת ההתיישנות הרגילה; ישנן שיטות בהן הראגה היא יותר לאינטרס של התובע, וישנן שיטות בהן עיקר הראגה הוא לאינטרס של הנתבע.

דוגמה לאינטרסים מנוגדים אלה המשמשים יסור כשיקול לקביעת ההלכה, מוצאים אנו במשפט העברי. נאמר במשנה, במסכת בבא בתרא, י, ו: מי שפרע מקצת חובו, ר' יהודה אומר יחליף (היינו יכתוב שטר חדש), ר' יוסף אומר יכתוב שובר. אמר ר' יהודה: נמצא זה צריך להיות שומר שוברו מן העכברים. אמר לו ר' יוסי: כך יפה לו, ולא יודע כחו של זה. ההלכה בענין זה נפסקה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן נד, סעיף א, והיא מהווה איון בין אוחס אינטרסים מנוגדים, אך לא אעמוד עליה כי אין הדבר נוגע לעניינו.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

3. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"

ע"א 213/76

גילברג נ' פאנוס

פ"ד לא(2) 272, 279–280

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 737.

ב. בעל דין

1. הזכאי להשמיע דברים בדין, הרי הוא כבעל דין

דאח בשער זה, עמ' 323.

ע"א 811/75

The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem

נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

פ"ד לא(3) 317, 323–324

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, עציוני

המערער הגישה לבית-משפט השלום תובענה סילוק-יד נגד שלוש נזירות רוסיות. סלע המחלוקת הוא, מי הוא הבעלים של הנכס הרשום בספרי האחוזה על שם משלחת הכנסייה הרוסית בירושלים. היועץ המשפטי לממשלה התערב במשפט מכוח הסמכות הנתונה בידו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסת חדש] ותמך בהגנת הנתבעות. באיכות התובעת-המערערת התנגד לקבלת תצהיר שביקש היועץ המשפטי להגיש לבית-המשפט, כאשר לטענתו אין סעיף 1 הנ"ל מקנה ליועץ המשפטי רשות להגיש ראיות.

השופט ח' כהן: אני מסכים, ואין לי מה להוסיף על דברי חברי הנכבד, הנשיא, לענין פירוש הדיבור ("להשמיע דברו" שבסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסת חדש]), אם מבחינת תולדות החקיקה המנדטורית באותה הסוגיה ואם מבחינת מטרחה ותכליתה של הפקודה שלפנינו.

ԱՐՄԱ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ

ՏՊՄ ՀՀ(1) 550-552-553
ՍԵՆՏԵՆՆԵՐ, ՍԵՆՏԵՆՆԵՐ
ՏՊՄ 8/78

2. ԱՐՄԱ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ

ԼՈՒ ՀԵՅ ԼԵՒ

ԱՐՄԱ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ (ԱՐՄԱՀԿ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝
ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝
ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝
ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝
ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ (ՀԱՅ ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ ԱՍՏՆԱԿԱՆ ԿՈՄԻՏԵ)՝

ՎԵՐԱՆԵՐՈՒՄ

שער רביעי: בחידין וסדריהם

ג. סמכות

1. עדיפות לסמכות מקומית

ע"א 322/70

עיריית תל-אביב-יפו נ' סוכנות לאמנים בע"מ,

חברה פרטית

פ"ד כד(2) 588, 592

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ויתקין, ח' כהן, מני

בהמחצית-פתיחה שהגישה המשיבה נגד המערעות נחקש סער הצהרתי בדבר זכותה של המשיבה ליהנות מההנחה הניתנת, על-פי חוקי-העזר לתל-אביב-יפו (היטל עינוגים) (חיקון), תש"ך-1960, לחיאטרון עברי. טענתה הטרוםית העיקרית של המערעות היתה שהסמכות למתן הסעד המבוקש נתונה בירי בית-המשפט הגבוה לצדק בלבד.

השופט ח' כהן: אין אני רואה כל רע בכך שיש ובידי האזרח נתונה הברירה: רצה – מגיש עתירתו לבית-המשפט הגבוה לצדק, רוצה – מגיש תובענה לבית-משפט אחר. הרעה היא שבמקום להשיב לאזרח לגופה של תרעומתו ולהתדיין עמו בעירו (הוא עירה של העירייה), מכוזבת רשות מקומית מכספי הציבור, ומטרידה את בתי-המשפט ואת התובע, בהתדיינות סרק על טענות פורמליות של חוסר סמכות. וכבר מקובלנו מקדמת דנא, שכשזה אומר נדון כאן, וזו אומרת נעלה לבית-הדין הגדול אשר כירושלים, כופין אותה ודנין בעירו (דמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ו; שולחן-ערוך חושן משפט, סימן יד, סעיף א).

שער רביעי: בת־דין וסדריהם

במקומו של הנתבע, רשאי בית־הדין אשר אליו הוגשה התביעה לדרון בדבר ולהחליט אם להזקק לתביעה.

יז. על אף כל האמור לעיל, אם הוגשה לבית־דין בקשה לשמידת זכויות המבקשת מפני חשש של עיגון או הברחת נכסים דשאי בית־הדין אם ראה נימוק לכך להזקק לבקשה ולהוציא צווים זמניים בהתאם לבקשה. דרש הנתבע שהמשך הדין בצו הזמני יתנהל בבית־הדין שהוא בעל סמכות לפי הסעיפים הקודמים, רשאי בית־הדין שהתחיל לדרון בבקשה להחליט לפי מסיבות הענין, אם להמשיך בדיון או להעבירו לבית־דין בעל סמכות כאמור.

היסוד להוראת תקנה יז הנ"ל הוא – בפי שנאמר ברשימת המקורות הנספחים לתקנות הרכנות, עמ' 32 – ברמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עג, סעיף י, בו נאמר:

ואם הנתבע מעיר אחרת, ונראה לבית־דין שמן הראוי לעקל מעותיו של הנתבע אם הם בעיר התובע, צריך הנתבע לילך ולדרון בעיר התובע להוציא מעותיו.

אסמבטא נוספת לבך בתרומת הרשן (פסקים), סימן סד, הוצאת פיורדא, תקל"ח (1778), פסקים וכתבים, חלק ב, ט ע"ב).

בעיינונו בכל המקורות הדנים בעניני "הסמכות המקומית" לפי דיני ישראל, ניווכח לדעת כי אין כללים נוקשים בנדרון זה, אלא הכל תלוי בנסיבות הענין וברחיפות הענין, והכל נעשה לפי ראות עיני הדין. כך עולה, לכשנדייק היטב, מדברי תרומת הרשן, חלק השו"ת, סימן שה (שם, תלק א, צא ע"א), וכן מדברי סמ"ע על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יד, תלק א, צא ע"א, עיין שם. ראה גם שו"ת מבי"ט, חלק א, סימן שמג, הדרש כמין חומר את המלים "כיוצא בזה" שמשמש בהם התשב"ץ בתשובה אחת (התשובה מוכתרת גם בבית יוסף, לטור חושן משפט, סימן יד, סעיף ג, בהגהה), ומטיק מהן את העברת הדין ממקום הנתבע למקום אחר בכל מקרה הדומה למקרה של התשב"ץ. גם זו ראייה מוכרתת לגמישותו של הדין הנ"ל.

ואם כך הדבר, הרי האבחנה שעשו רבני טבריה בין המזונות הזמניים לבין המזונות התמידיים, נראית לנו הגיונית ומוצדקת. בתביעת המזונות התמידיים יהיה צורך בהבאת ראיות והוכחות במספר רב של ישיבות בית־הדין, ולכן מן הראוי כי התובעת תלך אחר הנתבע ותידון אתו בידושלים. תביעת המזונות הזמניים היא – לעומת זה – קצרה ופשוטה מאד: קיימת אשה, מטופלת בארבעה ילדים, הם עולים חדשים אשר עדיין לא הספיקו להסתדר בארץ, ואביהם־מולידם – לטענת התובעת – נושא לו נשים על אשתו ואינו דואג לילדיו כלום, ומן הצורך להחיות את נפשם עד שתתברר התביעה שהוגשה. במקרה מעין זה אין למצות עד עומק עמקו את הדין הפורמלי של הסמכות המקומית, וטוב עשו רבני טבריה בהחילם כאילו – בדיעבד ולמפרע – את הדיבור "השיאוהו וידאה פנינו בטבריא" (ראה פידוש ביטוי זה בסנהדרין לא ע"ב) לפחות על תביעת המזונות הזמניים.

סדר הדין האזרחי

ברקנו את שאלת הסמכות לפי ריני ישראל, יען כי, לדעתנו, היתה סמכות מקומית לרבנים שדנו בענין. אבל עלינו להוסיף ולומר, כי אף אילו לא היה הדבר כך, ספק גדול אם היינו מתערבים בפסיקתו של בית-הדין, הואיל ועניני הסמכות המקומית, על-פי רוב, אינם מן הענינים שבית-דין זה מחוייב להתערב בהם למען הצדק.

3. הסמכות להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ

המ' 3/52, ע"א 11/52

קובץ נ' קובץ

פ"ד ר 112, 113-114, 118

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים חשין, אסף

המבקשת והמשיב הם אשה ובעלה. לאחר יותר מ-14 שנות נישואין נטש המשיב את המבקשת ואת בתם, ילדה בת 13, והוא מסרב לגור אתן בכפיפה אחת. המבקשת הגישה אז תביעה אל בית-המשפט המחוזי בירושלים, בה דרשה לצוות את המשיב לשוב ולחיות עמה חיי אישות, לחייב אותו לשלם לה דמי מזונות עד מועד שובו אליה, ולאסור עליו להעביר את רכשו לאחר בלי הסכמתה. סמוך להגשת אותה תביעה, ובקשר לה, ניתנו על-ידי בית-המשפט, לפי בקשתה של המבקשת, כמה צווי-ביניים: בהם צווים לעקל זמנית את רכשו של המשיב, וצו אחד לעיכוב יציאתו מן הארץ.

השופט אסף: מבלי שאחווה כאן את דעתי על עצם השאלה, אם אפשר להטיל עיקול זמני כרי להבטיח את תשלום המזונות על-ידי הבעל מדי חודש בחדשו, הריני מצטרף לדעתו של חברי השופט ד"ר חשין שאין להמשיך במקרה שלפנינו בהטלת העיקול הזמני עד שייחתך גורלו של הערעור. המשיב הוא איש אמיד ובעל עסקים ואין נכסיו מתמוטטים ועל כן אין לראות חשש מבוסס די צרכו שהמבקשת לא תמצא ממה לגבות את מזונותיה בשיעור שנקבע על-ידי בית-המשפט עד זמן בירורו של הערעור. בהטלת עיקול, גם במקום שיש סמכות לבית-המשפט להטילו, יש מקום לשיקול דעתו של בית-המשפט לפי המסיבות של כל מקרה ומקרה.

ואשר לענין צו-המניעה לעזוב את הארץ, הריני בא להביא סמוכין לדעת חברי הנכבד מן השולחן הערוך, חושן משפט, סימן עג, סעיף י, שלשונו הוא ממש כלשון סעיף 656 במג'לה: "וכן הדין בלווה לזמן ובחוק הזמן רואה המלוה... שהלווה רוצה לילך למדינת הים וחובע המלוה את שלו או שיתן לו ערב שומעין לו".

סדר הדין האזרחי

משובח ועליו נאמר: (ו) משפט שלום שפטו בשעריכם (זכריה ח, טז); אי זהו משפט שיש עמו שלום? הרי אומר: זה בצוע. וכן ברוד הוא אומר: ויהי דור עושה משפט וצדקה לכל עמו (שמואל ב ח, טו), איזהו משפט שיש עמו צדקה? הרי אומר: זהו בצוע והיא הפשרה. במה רברים אמורים? קורם גמר דין אע"פ ששמע דבריהם וירע להיכן הדין נוטה – מצוה לבצוע: אבל אחרי שגמר הדין ואמר: איש פלוני, אתה זכאי, איש פלוני, אתה חייב! – אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם אלא יקוב הדין את ההר. (וכן הוא בטור ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ב).

6. במשפט העברי ניתנו לפשרה, למהותה ולדרך עשייתה, סממנים משפטיים מובהקים. כך נקבע שהפשרה אינה עניין של החלטה שרירותית אלא צריך שתיעשה לאחר שיקול רציני: "אף הפשרה צריכה הכרע הרעת" (ירושלמי סנהדרין, פרק א, הלכה א). בספרי הטורים ובשולחן ערוך הוקרש סימן מיוחד לדיני פשרה (חושן משפט, סימן יב); בשולחן ערוך מצויים בסימן זה 19 סעיפים, ובהם פירוט מפורט כיצד נעשית הפשרה, מאימתי היא תקיפה וכיצד באלה, ומתוך הוראות אלה מתגבשת הפשרה כמוסד בעל אופי משפטי מובהק. כך, דרך משל, נאמר באחת ההוראות העקרוניות שבסימן זה בשולחן ערוך:

וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחר יותר מחבירו (שם, סעיף ב).

שאלה מעניינת עלתה בפני ר' אברהם רי בוטון, מחכמי ההלכה בסלונקי במאה השש-עשרה (שו"ת לחם רב, סימן פז). מעשה בבעלי-דין – שעשו קומפרומיסו בקנין ושבועה שכל מה שיגזור לוי הדיין כפי ראות עיניו שיקבלו עליהם, כאילו נגזר על-פי בית-דין הגדול שבירושלים תוב"ב; לוי הדיין פסק מה שפסק, בדרך פשרה, כפי הסמכות שניתנה לו ב"קומפרומיס" שעשו שני בעלי-הדין. והנה פנה אחד מבעלי-הדין לר' אברהם די בוטון וביקש לבטל את החלטת לוי הדיין, מתוך הנימוק שהחלטתו נתקבלה מבלי ששמע את כל טענותיו. תשובת לוי הדיין היתה שהוא הכיר היטב את הענין וידע את כל הטענות שיש ברעתו של אותו בעל דין לטעון. ר' אברהם די בוטון ביטל את החלטתו של לוי הדיין ואומר בין היתר:

דהרי כתב הטור בחושן משפט סימן יז (סעיף י): וצריך הדיין, לשמוע דברי הבעלי דינין ולשנות אותם (=ולחזור עליהם – מ' א') וכו' ומצדיק הדין בלבו ואחד כך חותכו;

ואפילו שידון הדיין בפשרה, נראה ודאי דהדין כך, דהדין כתב בסימן יב: וכשם שמוזהר שלא להטות דין, כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו; ... דכל כך יש לדיין לדקדק בפשרה כמו בדין;

אם כן בנידון דידן, בין שגזר (=פסק – מ' א') לוי דין, בין שגזר בפשרה, כיון דלא שמע הטענות, ודאי דאין דינו דין ואין פשרתו פשרה.

בגלל חוסר ההגחיות הברורות בדרך קביעת הפשרה, יש מן החכמים שקבעו לעיניהם הודאות יותר חמורות מאשר קבלת החלטה על-פי מידת הדין. כך

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

למשל נקבע כי "אם רבים הם פשרנים, יש אומרים שאין הולכים אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף יח). ודברים מאלפים בכיוון זה נאמרו על-ידי ר' מאיר הלוי אבולעפיא, מחבמי ספרד בתחילת המאה השלוש-עשרה. לפי פירוש המובא על-ידו לאמור במסכת סנהדרין, לב, ב, מתיחס הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו) לשפיטה על-פי מידת הדין, והפסוק "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, ב) מכונן הוא להחלטה המתקבלת על-פי פשרה. ומשום מה מופיעה המלה "צדק", לענין פסיקה על-פי דין, רק פעם אחת, ולענין פשרה פעמיים? על כך משיב ר' מאיר הלוי אבולעפיא לאמור:

והאי דכתיב חד "צדק" גבי דין, ותרי גבי פשרה? משום דדין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי (=בפסיקה על-פי דין לא צריך עיון וצילולת כה מיוחדים – מ' א'), אלא למיפסקיה אליבא דהילכתא, וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב;

אבל פשרה צריכא עיונא טפי (=עיון מרובים – מ'א') ולעיין לפי שיקול הדעת, ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר" (יד רמה, סנהדרין לב ע"ב, ד"ה תניא צדק צדק תרדוף; דברים נוספים בענין הפשרה במשפט העברי ראה M. Elon. The Principles of Jewish Law. p. 570- "Compromise", 573 ובביליוגרפיה שם).

7. ענינו הרואות, הפשרה חלק מהותי היא מהדין הנוהג במערכת המשפט העברי, ומצויינת היא בהליכות ובעקרונות משפטיים מובהקים שבסדר הדין. והוא אשר אמרנו, שהאמור בסעיף 155(ב) הנ"ל, שבית-הדין הדתי מוסמך "לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו", פירושו, לענין פסיקתו של בית-הדין הרבני, הן כאשר פוסק הוא על-פי מידת הדין, והן כאשר מגיע הוא להחלטתו על-פי הפשרה. ואכן, בית-הדין הרבני דן ארוכות ועמוקות בענין שלפנינו בטרם הגיע להחלטה שפסק על-פיה. והלכה פסוקה בידינו, לענין פסיקת בתי-דין דתיים, ש"כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית-משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לענין מהותו וטיבו של דין דתי זה" (מדברי השופט ח' כהן בג"צ 301/63, שטרייט נ' הרב הדאשי לישראל ואח', בעמ' 608).

בשולי הדברים אוסיף ואומר כי פשרה זו קרובה היא לדין, או ליחר דיוק, למגמה המצוייה במשפט העברי, במקורות ובמקומות שונים, בדבר מתן זכות ירושה לבת. תקנות רבות ושונות בכיוון זה הותקנו במשך הזמן בקהילות שונות בתפוצות הגולה וחכמים נימקו את היסוד ההלכתי להתקנתן של תקנות אלה (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, ב, עמ' 682–686); וכן נעשו נסיונות במגמה זו עם קום המדינה על-ידי הרבנים הראשים המנוחים הרצוג ועוזיאל (ראה המשפט העברי, כרך א, בע' 104).

8. מהטעמים האמורים, פסיקתו של בית-הדין הרבני בענין שלפנינו בדין היתח: והייתי מוסיף נימוק מעשי אחד נוסף. אם פשרה הנעשית על-ידי בית-הדין הרבני אינה כבחינת פסיקה "לפי הדין הדתי הנוהג בו", תהא התוצאה

סדר הדין האזרחי

שכאשר ינסה בית-הדין הרבני בצרדים שבאו בפניו מרצונם להחדיין בענין זכויות הירושה – לשכך את סכסוכיהם ולהכיאם לכלל פשרה, יהא עליו להימנע מלכתוב פסק-דין של פשרה על יסוד הסכמת הצדדים ויאלץ להעביר את הטיפול בעשיית הפשרה לבית-המשפט המחוזי. תוצאה כזו אינה נראית סבירה בעיני.

2. חובת השופט להציע פשרה

בקשה (ת"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוונסקי

פ"מ כ 60, 63, 79

בבית-המשפט המחוזי כחל-אביב-יפו

השופט קיסטר: ביום 13 לספטמבר 1956 הוגשה בקשה על-ידי המשיבים לקיום הצוואה של המנוח ריימונד ליטוונסקי מתל-אביב.
... בדרך כלל לפי מושגי תורת ישראל משובת אדם שהוא נוטה לעשות פשרה. לגבי פסוק ועשיית הישר והטוב... (רברים ו, יח) נאמר ברש"י: "זו פשרה לפנים משורת הדין" והרמב"ן שהוא גם אחר הפוסקים הירועים אומר בין השאר לגבי אותו פסוק יח: "לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו ומשאו ומתנו ותיקוני הישוב והמרינות כולם, אבל אתרי שהזכיר מהם הרבה כגון לא תלך רכיל, לא תקום ולא תטור... חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל רבר ער שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין... ואפילו מה שאמרו פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות ער שיקרא בכל ענין תם וישר".

אולם בית הדין אשר מצווה לפתוח בפשרה ולרבר על לב כעלי הדין שיחפשו וביחוד שבפשרה ישנו גם מומנט של שלום לא יעשה זאת כשכבר ידע לו היכן הדין נוטה כי כשם שאין על הריין להטות דין אין להטות פשרה ולא יכוף את בעלי הדין לפשרה ואין בעל דין גם חייב לוותר על זכויותיו ולהתפשר. האפורטרופוס הממונה על ממון שאינו שלו בוראי אינו רשאי לוותר על ממון של אחרים ולכן לגבי רכוש יתומים מוצאים אנו בסימן יב ובמקומות אחרים בחושן משפט כללים מסויימים בעניני סמכות לפשרה של אפורטרופוס. לאפורטרופוסים ולבית-הדין המשגיח עליהם הסמכות להתפשר אם כרור שלטובת היתומים להתפשר. ועוד נאמר בפסקי מהרא"י, סימן קסב, ובעקבות זה בשולחן ערוך חושן המשפט, סימן יב, סעיף ג, כי מותר לבית-דין לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין כדי להשקטם ממריבות. (ראה גם התשובות

שער רביעי: בתי־דין וסדריהם

שהובאו בנושאי כלים לאותו סעיף). כמוכן שבית־הדין חייב לשקול בזהירות כל מקרה שלא לגרום עוול ליחוס, כזאת היא איפוא חובת האפורטרופוס ובית־הדין לגבי הרכוש הנתון לחסותם כלומר מצד אחד לא לוותר על שום חלק מהרכוש אבל במקרה של פשרה כאשר היא מביאה תועלת אזי יפה יעשו האפורטרופסים אם יתפשרו.

3. פשרה היא חלוקה שווה, ברוב המקרים

ת"א (ת"א) 1317/62

אסנין נ' ירושבסקי ואח'

פ"מ מ' 131, 136-135

בבית־המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו

הנתבעים כבעלי בית־אבות קיבלו סכום של 2,500 ל"י כדמי כניסה של המנוחה גורוכוב. הנתבעים, יחד עם ומנהל עזובן של המנוחה הובעת החזרת סכום של 2,020 ל"י בטענה כי המנוחה לא התאקלמה במוסד ונפטרה לפתע לאחר שהותה כ־4 חודשים. עם קבלת הכסף נעשה הסכם בין הנתבעים והמנוחה אשר קבע כי יש להחזיר את דמי הכניסה בהפחתה של 160 ל"י עבור כל חודש במוסד אם המנוחה לא התאקלם או תקבל טיפול רע ותוריע על עדיכחה בכתב. על מקרה של פטירה לא נאמר דבר בחוזה עצמו. אך הוכח כי בזמנו הסכימו הצדדים בע"פ שבמקרה של פטירה יתפשרו הצדדים ועל יסוד זה חייב כיהמ"ש את הנתבעים במחצית סכום התביעה.

השופט קיסטר: אך מאידך גיסא יש גם סברה לשתיקת החוזה לגבי מקרה של פטירה. כאשר אדם זקן חולה ותשוש נכנס למוסד אין זה נעים לכתוב או שאחרים יציעו לכתוב תנאי על שמירת הזכות כי במקרה של פטירה בזמן מסויים יוחזר סכום מסויים ליורשיו. ביחוד אצל יהודים אשר לפי מסורת ישראל כפי שמובא בתלמוד, ברכות יט ע"א: "לעולם אל יפתח אדם פיו לשטן" או כפי שנאמר בגיטין יח ע"א: "לא מקרים איניש פודענוחא לנפשיה". ובהתאם לזה נאמר בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמה, סעיף ת, לגבי גט שכיב מדע כי הנותן גט על תנאי יאמר: "אם לא מתי לא יהא גט, ואם מתי יהא גט מעבשיו, זה שלא יפתח פיו תחילה לפודענות, כלומר לא יתחיל בתנאי, "אם מתי אלא אם לא מתי". כאן כאשר הבת נתנה את הכסף והציעה לאם לחתום על חוזה הדי בודאי שיש לצפות שתימנע מהכנסת תנאי מיוחד המדבר על פטירתה של אמה במוסד. דבר ידוע ומקובל שאנשים בעלי נפש עדינה לא יציעו לקרוביהם לכתוב צוואה כי חוששים לפגוע ברגשותיהם, לכן אין להגיד שמא־כתיבת התנאי נובע כי ויתרו על החזרת הכסף במקרה זה.

... ובכן התובעת ע"י בא-כוחה הסכימה במקרה כזה של פטירה שלא כל הכסף יוחזר אלא יתפשו. כאמור דברי ד"ר מטמון לא נסתרו ע"י שום עדות אחרת ואני מקבל אותה, אלא נשאלת שאלה איך ינהג בית-המשפט כשהצדדים אמרו שיתפשו. לגבי מקרה כזה לא ידוע לי על שום אסמכתא במשפט אנגלי, אבל במשפט עברי מצאתי שאלה ותשובה על כך בשבות יעקב, חלק ב, סימן קמת. שם מינו בעלי הדין אדם להיות פשרן ביניהם ולפשר בפשר שקרוב לדין והוא שאל את המחבר איך לנהוג כדי לצאת ידי שמיים. זו הייתה תשובתו: "צדק פשרה שלך לפי דאות עיניך, ולא תדוין את האחד יותר מתברו... שמען מינך כי פשרה היא מעין שורא דרייני ממש; סתם פשר הוא מלשון פושרין, לא קר ולא חם, וכדאמדינן, "דייני תצתא" פרשו דייני פשרה שתולקין הרבד, והוא מלשון מחצה. כך הוא על פי הרוב. מכל מקום יש רשות כידי הפשרן לעשות כפי ראות הרברים לפשר ביניהם כפי ראות עיני הדיין רק לא יצדד הרבד אחר אחד מהם יותר מחברו, כענין שיעשה שלום בין הצדדים..."

ה. שינוי סכום התביעה

1. אסור לשופט לפסוק יותר ממה שתבע התובע

ע"א 222/66

שוורץ נ' מדינת ישראל

פ"ד (4) 237, 240, 247

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, הלוי, קיסטר

השופט ברנזון: המערער עבר כסבל בנמל יפו בשירות המשיכה. ביום 14.4.1961 הוא נפגע בתאונת עבודה ובגינה הגיש ביום 19.7.1963 תביעה לבית-המשפט המחוזי בה חישב את שיעור הנוק הנגזר לו כ-27,000 ל"י בערך. את סכום התביעה העמיד על 20,000 ל"י בלבד עקב החלטת הרשם לשחררו מתשלום אגרת המשפט רק על סכום זה.

קויים קדם-משפט ולאחר שהוחל בשמיעת ההוכחות ביקש המערער רשות לתקן את כתב-התביעה על-מנת להגדיל את סכום התביעה עד כדי 87,000 ל"י ומעלה. ההפדש בסכומים מוסבר בכך שבתביעה המקורית חישב המערער את סכום הפיצויים על בסיס הנכות שנגרמה לו על-ידי התאונה בלבד והיא כ-

321

אלא השאלה היחידה: על אודות כשרותה או פסלותה של אכרזת הניתוק הנ"ל...

טוענים באיכות המבקשים, כי פעולתו של השר בלתי כשרה היתה: הוא לא שמע את ה"אידך גיטא" כיאות למי שמתליט התלטה מעין-שיפוטית, לא אבה אפילו להאזין לטענות המתנגדים, אלא קבע לעצמו עמדה נוקשה, בלתי נתונה לערעור, עוד לפני הכרעתו הסופית, היא חתימת האכרזה הנ"ל; והתנהגות כזאת פסולה היא, ופוסלת גם את עצם האכרזה...

ברם כזה לא מיצינו עדיין את כל תומר הענין, כי עקרון ההאזנה ההוגנת לשני הצדדים אינו העקרון היחיד התולש על הבעיה שלפנינו. קיים עוד עקרון אחר, ודאי לא פתות חשוב הימנו, שהייתי מנסחו על דרך המאמר הידוע: אין עונשין אלא אם-כן מזהירין - "מזהירין": - על-ידי מתן הודעה ואפשרות

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

30%, אשר גרמה לו הפסד השתכרות של 150 ל"י לחודש, ואילו את הסכום המוגדל הוא מבסס על כך שאל הנכות, שנגרמה לו בתאונה, יש לצרף את מומו הקודם (חרשות-אילמות), וביחד הנכות הכוללת היא של 68% הגוררת בעקבותיה הפסד כושר השתכרות של 250 ל"י לחודש...

השופט קיסטר: בקשר להגדלת סכום התביעה מן הראוי להביא את גישתו של המשפט העברי. בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף יב בהגה, נאמר על-ידי הרמ"א:

בעל-דין שתבע חברו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו על-פי-דין יותר ממה שחב, אין לדיין לפסוק יותר ממה שחב; ואם פסק לו יותר הוי טעות בדין וחוזר.

המפרשים מסכימים כי היסוד להלכה זו היא המחילה של התובע אשר הסכים להסתפק במה שחב. ובכך מה דינו של התובע שתבע פחות בגלל טעות בדין? כמעט כל מפרשי השולחן ערוך, הב"ח על הטור (סימן יז, סעיף יב), וכן הפוסקים בשו"ת מעוררים את השאלה איך ינהג הדיין בראותו או בחששו שהתובע טועה בדין: האם יוכל לפסוק יותר ממה שחב בהורע או להפנות

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

להשמעת ההגנה. ו"עונש" כאן, לאו דוקא עונש פלילי. כבר בתחילת המאה ה-19 הכריז הלורד אלנבורו (Ellenborough) כי –

מתנגד הדבר לעקרונות ראשוניים של הגיון וצדק כי בן-אדם, אם במשפט אזרחי ואם במשפט פלילי, יורשע (condemned) לפני ששמעו אותו. (Buchanan v. Rucker (1807) 170 E.R. 877, 878).

ובענין שלילת חארוי האקדמיים של ד"ר בנטלי, בתחילת המאה ה-18, אמר שופט אנגלי אחד (Fortescue), כי כפי שהוא שמע, מצוי מקור העקרון של שמיעת הנפגע העתיד לפני היפגעו – בדברי הקדוש-בדוך-הוא אל אדם הראשון לפני גרשו אותו מגן עדן (בראשית ג, ט; שם ג, יא); הנה הוא הקטע הנחמד:

... ההתנגדות בשל העדר הודעה מוקדמת, אין להתגבר עליה לעולם. חוקי האל חוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לערוך את הגנתו, אם יש לו הזאת. זכרני כי איש אחד מאד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלהים בכבודו ובעצמו לא חרץ דינו של אדם בלי להזמין תחילה לערוך את הגנתו. אדם (אומר אלהים), איכה? המן העץ אשר צויתוך לבלתי אכל ממנו אכלת? ואותה שאלה גופא הוצגה גם לחוה... (The King against The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (1723) 93 E.R. 698, 704).

בג"צ 10/59

לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח'

פ"ד יג 1182, 1187-1189

בכית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק לפני השופטים זילברג, זוסמן, כרנוז

השופט זילברג: טענתו העיקרית של בא-כוח האשה היא, כי הדין שקדם למתן פסק-הדין לוקה בפגיעה ב"עיקרי הצדק הטבעי", ועל עצם העובדה הזאת יקשה מאד לחלוק. אחד משניים או שלושת עיקרי הצדק הטבעי הוא: (cf. Committee on "audiatur et altera pars" – "אישמע גם הצד האחר!") Administrative Law, pp. 75-80; Griffith-Street, Principles of Administrative Law, pp. 153-158). אין פירושו שמיעת הצד בלבד, אלא שמיעת כל ראיותיו, ז"א: מתן אפשרות מלאה לאותו "אידך גיסא" להביא הוכחות מותרות וכשרות, ככל אשר לאל ידו, לשם סתירת טענות הצד שכנגד או חיזוק טענותיו הוא.

כלל פרוצסואלי יסודי זה אינו מינופולין למשפטי העמים, הוא קיים הלכה למעשה גם בדיני ישראל (עייין ודוק: בבא מציעא קיב ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כב, הלכות ב-ג; שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות גבית

סדר הדין האזרחי

מלווה, סימן צח, סעיפים ר-ה; שם, הלכות ריינים, סימן טז, סעיף א), ולכשנעיין ברבר נראה, כי עיקרו ושורשו הוא בעקרון היושר רחב והיותר עמוק של "השוויית בעלי הדין", שהוא, לפי השקפת חכמינו ז"ל, עצם מהותו של ה"צדק" בעיני ריון ומשפט.

מצוות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמי, אי זהו צדק המשפט? זו השויית שני בעלי דינים בכל רבר: לא יהא אחר מדבר כל צדכו, ואחד – אומר לו (הדיין): קצר רברך! ולא יסביר פנים לאחד וירבר לו רכות, וידע פניו לאחד וירבר לו קשות. שני בעלי דינים שהיה אחד מהם מלוכש בגדים יקרים, והשני מלוכש בגדים בזויין, אומר למכור: או הלבשהו כמותך ער שתרון עמו, או לכוש כמותו עד שתהיו שורין, אחד כך תעמרו בדין. לא יהיה אחד יושב ואחר עומד, אלא שניהם עומדים, ואם רצה בית דין להושיב אח שניהם מושיבין; ולא ישב אחר למעלה ואחד למטה, אלא זה בצד זה... (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פדק כא, הלכות א-ג, ומקודו בשבועות, ל ע"א-ע"ב, חוספתא וספרא).

ובתשובות הדמ"א, סימן קח, אנו קוראים:

... ולכן פשיטא ראי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע, כי התודה אמרה: שמוע בין אחיכם. ואף כי זה דבר פשוט, נוכל ללמדו מרכי השם יתברך, כי כל ררכיו משפט ורכיו דרכי נועם תחיבותיו שלום, התחיל בארם לשאול: מי הגיד לך כי ערום אתה? וכן בהבל אמד לו: אי הבל אחיך? כדי לשמוע טענותיו, קל וחומר להדיוט, וכוה דרשו רז"ל ממה שנאמר: ארדה נא ואראה, לומר לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו, ומינה כי אף בדבר שברור לדיין שיתחייב הנתבע, על כל פנים צריך לשמוע טענותיו תחילה.

במקרה שלפנינו לא נהגו הרבנים המלומדים ברוח הרברים האמורים, והם פגעו – ככל הכבוד – באחר מעיקרי הצדק הטבעי. וראי אמת נכון הדבר, כי לפי דיני ישראל "אין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו" (ריטב"א, כחובות, פרק יב, קל וחומר ממזונות האלמנה: משנה כחובות, קג ע"א), וכמקרה דנן הודתה האשה כי אין היא גרה עוד עם בעלה, באמרה: "עשרה ימים אני לא בכית". אבל כנשימה אחת עם הודאה זו היא הוסיפה ואמרה "הואיל ובעלי והילדים הורגים אותי". פירושו של דבר, כלשון מקצועית, הוא: "לא מיחדר לי עמו", ואם אמנם כך הוא, הבעל – כידוע – חייב כמזונותיה אפילו אם יצאה מביתו והלכה למקום אחר.

האשה שיצאה מבית בעלה והלכה למקום אחר, אם באה מחמת טענה שהוא כשכונה שיוציאו עליה שם רע וכיוצא בזה, חייב לזונה שם אם תבעה מזונות... והוא הדין אם היה לה קטט עם בעלה ולא מיתדר לה עמו, והמניעה ממנו. ולוותה למזונות – צריך לשלם... (שולחן ערוך, אבן העזר ורמ"א, סימן ע, סעיף יכ).

בא"כוח האשה, כזכור, ביקש "לאפשר לו להוכיח מדוע היא עזבה"; לא יכול היה להביא את עדיו לאותה ישיבה, הואיל ולא ידע כלל כי שאלה זו –

שער רביעי: כתידין וסדריהם

היינו: כיטול חיוב המזונות כשל עזיבת האשה – תועלה אותה שעה על שולחן הדיונים. ככך, היינו: באימתן אפשרות לאשה ליטול את העוקץ מטענת בעלה, רואים אנו פגיעה כעקרון הצדק הטבעי של חובת האזנה נאותה לשני הצדדים.

כג"צ 91/74

גבארה ואח' נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ואח'

פ"ד כח(2) 518, 526

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ויתקון, ח' כהן, קיסטר

כלפי בית-המשפט המחוזי, שדחה את ערעור הבחירות של העותרים, הועלתה בפני בית המשפט הגבוה לצדק טענה של חריגה מן הסמכות.

השופט ח' כהן: ואשר למהות עיקרי הצדק הטבעי, יש מהם שאומרים שכל העיקרים אינם אלא שניים כלכוד, שאדם קרוב לעצמו ועל-כן לא ידון בענין שיש לו נגיעה אליו, ושאינן דנים אדם אלא לאחר ששמעו אותו (ככתוב: "שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק" דברים א, טז) – וכל יתר כללי הצדק הטבעי אינם אלא תולדות משני האבות הללו (Marshall, Natural Justice (1959), p. 5 ff).

ע"א 811/75

The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem

נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

פ"ד לא(3) 317, 323–324

הובא בשער זה, עמ' 310.

ע"א 413/80

פלונית נ' פלוני

פ"ד לה(3) 57, 88

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומנהל, עמ' 177.

סדר הדין האזרחי

ע"ח (ב"ש) 31/81, 32/81

בן סימון ואח' נ' מדינת ישראל

פ"מ תשמ"ב(1) 436, 438

בכיתום המשפט המחחי בכאר שבע

עותר בענין מתן צו על תנאי נגד מנהל בית הסוהר באר"שבע...
מן העותרים האסורים בכלא באר שבע נשללה טובת הגאה של זכות לקנות מצרכים בקניטנה של הכלא, וזאת כעקבות דיווח של הסוהרים כי אחד מהם הצית אש בתאו ואילו השני סרב לקום ולהשתתף במסדר בוקר. לטענת העותרים ההחלטה לשלול מהם את טובות ההנאה היא בטלה היות ולא ניתנה להם ההזרמנות להשמיע את רכרם בטרם שהוחלט כאמור.

השופט לרון: לאחרונה נודמן לי מקרה דומה שבו החלטתי על אחר כי ביצוע ההליך בדרך זו הוא פגום מיסודו בהיותו מנוגד לאחד מכללי הצדק הטבעי, לאמור לאותו כלל הקובע כי אין לפגוע בזכויותיו של אדם מבלי לתת לו אפשרות לומד את דברו, ובהתאם לכך ביטלתי את שלילת טובת ההנאה. לאחד שהוברר לי כי עמדת המדינה היא שלא לקבל החלטה זו ולחקן את ההליכים בהתאם וטענתה, כפי שהתברר כשתי העתירות הנוכחיות, שאין פגם בהליך כפי שבוצע, ארחיב במידת מה את היריעה.

בפסק הדין בג"צ 295/72 יהודית בכר נ' בית הדין הרבני האזורי כרחובות נאמד בעמוד 572:

לא למותר להזכיר כי בעצם העקרון המקודש של הצדק הטבעי המקובל עלינו בדבר הצורך לשמוע כל אדם לפני שמחליטים בענינו, מקורו מן התורה. הדבר כואד בפסק-דין אנגלי עתיק, הלא הוא, R. v. University of Cambridge (1723) 93 E. R. 698. באותו ענין העיר אחד השופטים כי לפני שאדם הדאשון גודש מגן ערן על אשר אכל מעץ הדעת, הוא נשאל על ידי אלוהים: "מי הגיד לך כי עירס אחת? המן העץ אשר צויתך לבלתי אכול ממנו אכלת? (בראשית ג, יא). כאשר אדם הטיל את האשמה על האשה שנתנה לו לאכול מעץ הדעת ניתנה גם לאשה אפשרות לתרץ את מעשיה. דבר דומה קרה גם בקשר לפרשת קיין והבל. אחרי שקם קיין על הכל והרגו פנה השם אל קיין ושאל: "אי הכל אחיך?" (בראשית ד, ט). האל בכבודו ובעצמו, שאין דבר נסתד ממנו, לא היה מוכן להרשיע את קיין ולהענישו מבלי לתת לו הזדמנות לטעון את טענותיו.

שער רכיצי: כתידין וסדריהם

ז. סופיות הדין

ראה גם בשער זה, עמ' 293; וכן בעמ' 349.

1. דיין שנוכח שטעה בהחלטתו, רשאי לבטלה ולהחליט מחדש

ע"א 37/68

גינז נ' מאירי

פ"ד כב(1) 525, 531–532

בכיתהמשפט העליון בשבתו ככיתהמשפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים לנדר, הלוי, קיסטר

בכיתהמשפט המחוזי חוייב המשיב בתשלום מוזנות זמניים לאשתו ולבתו הקטינה. משלא שילם על-פי הצו נאסר המשיב לפי פקודת חוב (מאסר). לאחר מכן הגיש בקשה לביטול הצו הזמני, ושופט בית-המשפט המחוזי נעתר לו, וביטל את הצו הזמני ככל שהוא נוגע למוזנות המערערת – אשת המשיב. הנמקת השופט לביטול הצו היתה כי טעה, בעת שהוציא את הצו הזמני, ביחס ליכלתו של המשיב וכן טעה בכך שלא החשב בהסכם בין הצדדים לעריכת הגט, בו ויתרה המערערת על מוזנותיה כלפי המשיב. על ביטול הצו הזמני נסב הערעור.

השופט קיסטר: נראה לי כי במקרה הזה נהג השופט המלומד כדין, ויפה עשה בכדקו את ההחלטה הקודמת. אילו היה משאיר בתוקף את החלטתו הקודמת, איך-על-פי שעמד על טעותו, היה זה עיוות-דין, כי לא רק מאסר אדם שאינו חייב בכך, הוא עיוות-דין, אלא הוצאת כסף מפלוני ומסירתו לחברו שאינו זכאי לכסף זה, גם הוא עיוות-דין. הרחיית המשיב עד לכירור המשפט, כאשר לפחות נקודה אחת הובררה בצורה מספקת, היה בה לא רק עינוי, אלא גם עיוות-דין. נאמר במסכת שבועות ל ע"ב שלא יעשה דיין סניגרון לדבריו, ורש"י שם בד"ה "לא יעשה סניגרון לדבריו". פירש:

אם דן דין ולבו נוקפו לומר שהוא טועה לא יחזיק דבריו להביא ראיות להעמידם שהוא בוש לחזור אלא לכל צדדים יחזור להוציא דין לאמיתו. וכך גם נאמר בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף ח.
השופט בידר את השאלה באופן ממצה והגיע למסקנה שנראית לנו נכונה, גם לאחר הסבירו של בא"כוח המערערת שניתנו בפנינו.

לכן החלטנו ביום 4.4.68 לדחות את הערעור ולחייב את המערערת בתשלום הוצאות למשיב בסכום כולל של 300 ל"י. רשמנו לפנינו את הצהרת בא"כוח המשיב, לשם מניעת ספיקות, כי חוקף הצו הזמני לבת הקטינה הוא עבור התקופה מיום 25.7.67, יום הוצאת הצו הזמני ועד למחן פסק-דין סופי בענין.

סדר הדין האזרחי

2. דיון מחודש בשאלת גיל

ע"א 395/60

עמרני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'

פ"ד טו 594, 602

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ברנזון, ח' כהן

המעוררת הביאה בראשונה את בקשתה למתן פסק-דין הצהרתי על גילה לפני בית-המשפט המחוזי וניסתה להוכיח על-ידי שני עדים שלא הניחו את דעת בית-המשפט, שהיא קשישה מהגיל הרשום כתעודת הזהות שלה, חזר לצורך השגת גימלת זיקנה לפי חוק הביטוח הלאומי. משנדחתה בקשתה מחוסר הוכחות, מבלי שנקבע ממצא כלשהו כיחס לגילה, היא הגישה במקום ערעור בקשה חודשה לאותה התכלית והביאה שני עדים אחרים. בקשתה נדחתה על הסף על יסוד טענת מעשה-בית-דין ועל דחיה זו היא עירערה.

השופט ברנזון: לבסוף, טען בא-כוח המערערת כי מאחר ודיני מעשה-בית-דין האנגליים יכולים ליהפך חלק ממשפט ארצנו דק מכוח הודאות סימן 46 לדבר-המלך-במועצה וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, חש"ח-1948 – ואמנם כך נקבע בע"א 126/51, פר"י, כדך ו, עמ' 313 – יש לכחון אם מתאימים דינים אלה לתנאי הארץ ותושביה. לדעתו אין להחילה באופן דווקני ופסקני בבקשות לחיקון גיל, שאין לו אח ורע בהורו האנגלי וכיורדיקטורה האנגלית, סעד שהצורך בו נתעורר בשל תנאים מיוחדים של ארצנו והיושבים בה, אנשי עליות שונות מכל ארצות חבל. מן הדאוי איפוא לעשות סייג לתורת מעשה-בית-דין האנגלית, שישאיר לשיקול-דעתו של בית-המשפט את ההכרעה, בכל מקרה הנדון לפניו לגופו של אותו מקרה לאור נסיבותיו המיוחדות מבלי להיות כבול על-ידי החסימה הנובעת מהפעלת דיני רס יודיקטה האנגליים; ובהביאו בהקשר זה את ההלכה של הדין העברי (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כ) הריהו מרמו על כך שמן הראוי היה להיעזר בהלכה זו המתאימה יותר לתנאי הארץ ולתושביה מאשר להיות דבוק בהלכה האנגלית החמורה והנוקשה.

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

3. אין להתיר הבאת ראיות לאחר מתן פסק הדין אם אפשר היה להביאן לפני כן

ע"א 211/65

היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' מזן

פ"ד יט (3) 32, 42-44

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (וילברג), והשופטים מני, קיסטר

המשיב, הרשום במרשם התושבים כיליד 1886, הגיש תביעה לקביעת גילו, ועמירתו היתה, שבית-המשפט יצהיר כי הוא נולד בשנת 1891. תביעה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי מחוסר הוכחות, ופסק-הדין אושר בערעור. לאחר שהוחק חוק קביעת גיל, תשכ"ד-1963, שוב הגיש המשיב תביעה למתן פסק-דין הצהרתי, והפעם ביקש לקבוע, כי הוא נולד בשנת 1899. בית-משפט השלום דחה את התביעה על הסף מחמת מעשה-בית-דין, אולם בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעורו של המשיב. מכאן הערעור לבית-המשפט העליון, אחרי נטילת רשות.

השופט קיסטר: אפשר להגיד כי שאיפתו של כל שופט ושל כל בית-משפט חייבת להיות בירור העובדות לאמיתותן ועל-פי זה לפסוק. במשפט העברי מוצאים פסוקים בתנ"ך ומאמרים בדברי חז"ל ובספרות הלכה בכיוון זה. לא ארכה בציטטות ואסתפק בציטוט המסקנה כפי שנוסחה על-ידי אותם המקורות בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ת, סעיף ג: "וכל דין שאינו דין אמת גורם לשכינה שתסתלק מישראל... וכל דין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת כאילו חיקן כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל".

טענת *res judicata* באה לחסום את הדרך לכירור מהי האמת במקרה פלוני, והמשפט מחייב טענה זו, מפאח שיקולים של תיקון המדינה; השיקולים הם: א. הסדר הציבורי דורש לשים קץ להתדיינות *interest rei publicae ut sit finis litium*.

ב. ענינו של יריבו דורש שלא ייחכע ולא יישפט פעמיים באותו ענין *nemo bis vexeri pro eadem causa*.

על כן נדרש בעל דין להתנהג בעירנות ולטעון כל הטענות ולהביא כל הראיות הדרושות לו במשפט כי אחרת עלול להיות מן הצועקין ואינם נעניין... גם ללא שימוש בדוקטרינה של *res judicata* אפשר לשמור על כך שלא ישתמשו לרעה בהליכי בית-המשפט. דוגמה לכך, חקנות שונות בעניני ירושה. מלבד זה מן הראוי לשים לב לשיטת המשפט העברי כפי שרואים בתושן המשפט, סימן כ. המשפט העברי מאפשר לאדם להביא עדות נוספת כדי לסתור את הדין; אבל אם אדם אמר אין לי עדים, אין לי ראיה, ודגו אותו, ובראותו שנתחייב, רק אז הוציא ראיה מתוך אמתתו או אמר קרכו איש פלוני ופלוני

סדר הדין האזרחי

והעירוני, אין זה כלום ואין משגיחים עליו ועל ראיותו; הנימוק לפי דעת המפרשים מפני ש"נראה מזויף ושקר"; מתחילה לא היה נוח לו להסתייע בהם כל זמן שלא נצטרך כמו עתה, שרואה שחוייב בדין. ויש בין המפרשים הדואים טעם אחר והוא שבעל דין שהודה שאין לו עדים, קשור בהודאתו, וכאן אוסיף מאותו שטח: גם אם אמר "אין לי עדים ואין לי ראיה", ודנו אותו ואחר כך אמר שיש לו עדים אין זה כלום. גם כאן הטעם, שחוששין שבראותו שהפסיד שכר עדי שקר, ויש גם כאן הגורסים את הנימוק שהודה שאין יותר עדים. בכל זאת, אפילו אמר שאין לו עדים וכאן אחר כך עדים ממדינת הים או שהיתה חבילת שטרות של אביו מופקרת בידי אחרים ושם נמצאו מסמכים חשובים למשפט מרשים לו להביא ראיה אחרי פסק-הדין.

בתקנות הדיון בבתי-הדין הדבניים נקבעו סדרים בתקנות קטז, קיז אין לנהוג במקרה, שבית-הדין עצמו חושש שטעה בפסק-דינו, או כאשר בעל דין רוצה להביא ראיות שלא היו ידועות לו בדין הקודם...

4. דיון מחדש עקב גילוי ראיות חדשות

ע"א 238/58

ירמיעקי נ' מעייני

פ"ד יג 1497, 1498, 1502

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, לנרדי

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו (השופט י' לם), מיום 27.5.58, בהמ' 1348/58 (ח"א 729/58), לפיו נדחתה בקשת המערער להרשות לו להופיע ולהגן בתביעה שהוגשה נגדו על-ידי המשיב על יסוד 11 שטרי-חוב בסכום כולל של 5,500. לירות. הערעור נדחה.

השופט לנרדי: ומה הדין אצלנו כאן בישראל? עד כמה שידיעתי מגעת, אין אצלנו שום תקדים מאז תקנות הדיון האזרחי, 1938, בו הדשה בית-משפט לפתוח מחדש ענין אזרחי, שהוכרע על-ידי מתן פסק-דין, מן הטעם של גילוי עובדות או ראיות חדשות. (בהערת-אגב אזכיר כאן שחוק הפרוצידורה האזרחית, העתמאני, הדשה פתיחת דיון מחדש עקב גילוי ראיות חדשות רק אם היו אלה מסמכים שהוסתרו על-ידי הצד שכנגד – דאה סעיף 27 לתוספת, שבא במקום הסעיף 202 לחוק. לעומת זאת, המשפט העבדי הינו נוח מאד כלפי בעל-דין המבקש לסתור את הדין, היות ועדו היה במדינת הים בעת דיון קודם – עיין ברמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה ח).

פרק שלישי סדר הדין הפלילי

א. מעצרים

1. עקרונות מעצר חשוד בעברה

ב"ש 71/78
מדינת ישראל נ' אבוקסיס
פ"ד לב(2) 240, 248-250, 251-252

בכית-המשפט העליון

בערר המדינה על החלטת ביחיד המשפט המחוזי לשחרר את המשיבה ממצורה. מתעוררת בעיית פירושו של סעיף 335 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

השופט אלון: 13. סוגיה גדולה זו בדבר מציאת האיזון בין שני צרכים יסודיים אלה, היינו השמירה על חירות הפרט, ואף זה החשוד בעבירה, מחד גיסא, והצורך במעצרו של החשוד כנסיכות מסויימות, מאידך גיסא, מצאה ביטוי מאלף במשפט העברי, ומן הראוי שנעיין בכך בקצרה. זכוחו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, והטביעה את חותמה העמוק, עוד בשחר ימיו, אף בתחומים שונים של המשפט האזרחי, כגון ביתסים שבין לווה ומלווה, ובין עובר ומעביר (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, כרך ב, עמ' 483 ואילך; הנ"ל, חירות הפרט כדרכי גביית חוב במשפט העברי, עמ' 1 ואילך, עמ' 111 ואילך). ועד היכן הגיעו הרברים נלמד מכך, שאף אם ויתר פלוני מרצונו התפשי על חירותו האישית, והתנה והתחייב, דרך משל, שיהא במאסר אם לא ישלם את חובו, התחייבותו בטלה ומבוטלת ותנאו אינו תנאי, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה, והתורה אוסדת את שלילת תירותו של האדם (ראה חירות הפרט, שם, והמשפט העברי, שם, ובכרך א, עמ' 163, הערה 106). בצדה של הלכת יסוד זו אנו מוצאים עוד בדברי התנאים (על-פי לימוד מהאמור בשמות כא, יח-יט, ובמרכב טו, לב ואילך), כי יש

סדר הדין הפלילי

לעצור את החשוד כעבירה שדינה מוות, אף אם טרם הורשע בדין: "מגיד שכל תייבי מיתות נחבשים" (ספרי במדבר קיד; מכילתא משפטים, פרשה ו). ועוד כמה וכמה הלכות נשנו לענין זה, ואין כאן המקום להאריך (דאה עוד: כתובות לג ע"ב; סנהדרין עז ע"ב, ובמפורט מנחם אלון, המאסר במשפט העברי, ספר היובל לפנחס רוזן, חשכ"ב-1962, עמ' 147 ואילך).

14. והנה, עוד בתחילת המאה הרביעית נקבע על-ידי אמוראי ארץ-ישראל שאין הדין רשאי לעצור את החשוד אלא כאשר ניתן גם להצביע על קיומן של הוכחות לביצוע העבירה. כאשר נאמר בסוגיה (ירושלמי סנהדרין, פרק ז, הלכה ת), שבחשוד ש"פלוני הרג את הנפש" (=ששמעו קול בעלמא שפלוני הרג את הנפש – פני משה, שם) די בדי לעצור את החשוד עד לבידור משפטו, תמה על-כך רבי יוסי:

וחפשיין בר נשא בשוקא ומבזין ליה (=וכי תופשיין אדם בשוק ומבזים אותו)? אלא כיני – פלוני הרג את הנפש והרי עדין שהרג את הנפש, יהא חפוש עד שיבואו עדין.

מה פירוש המילים "והרי עדין שהרג את הנפש"? פשוטם של דברים הוא – וכך מפרש ר' משה מרגלית, מחכמי ליטא במאה ה-18 והפרשן הגדול של הירושלמי – שנוסף לחשוד שפלוני הרג את הנפש יש צורך להצביע על כך שקיימים עדים שיכולים להעיד על כך, ובכך די לשם מעצרו של החשוד ואין צורך שהעדים יופיעו לפני בית-דין ויעידו (ראה פני משה, שם). לא כך סובר רבינו ניסים גידונדי, מחכמי ספרד במאה ה-14. לדעתו אין זה מספיק שקיימים עדים שביכולתם להעיד נגד החשוד על ביצוע העבירה, אלא צריכים הם, אף לצורך המעצר בלבד, להופיע ולהעיד, אך בשלב זה של המעצר אין צורך שהעדים גם יעמדו ברדישה ובחקירה, כפי שכך דרוש בבידור המשפטי עצמו. וזו לשון הר"ן:

נראה מתוך הירושלמי, שמכיון שבאו העדים ואמרו לפני בית דין: פלוני גרף (היינו מקלל את השם), אף על פי שלא קבלו עדוהם – תובשיין אותו; אבל אם לא באו העדים לפנינו, אינו בדין לתבשו ולבזוחו חנם (חידושי הד"ן, סנהדרין נו ע"א ד"ה בכל יום דנים את העדים).

15. גיבוש דיני המעצר והשחרור בערבות במשפט העברי מצוי בחשובתו של ר' יצחק בר' ששת ברפת (הריב"ש), מחכמי ספרד וצפון-אפריקה במאה הארבע-עשרה. הריב"ש נשאל על-ידי המוקדמין (כך נקראו מנהיגי הציבור, שלעמים קרובות מילאו חפקידים שיפוטיים) של העיד טירואל שבמתו ארגוניה שבספרד – שם היתה קהילה יהודית גדולה שקיימה שיפוט אוטונומי עברי אף בתחומים רבים במשפט הפלילי – בדבר דינו של יהודי החשוד שהוא מוסר ומלשיין, והועמד לדין בפני בית-הדין העברי שבטירואל. בשאלה נדונו בעיות שונות, מהותיות ופרוצידורליות, בקשר לעבירת המלשינות (שו"ת הריב"ש, סימנים דלד-דלט), ובין היתר נדונה גם השאלה בכרז אפשרות מעצרו של החשוד ואופן שחרורו בערבות. וזהו נוסח השאלה שנשאל בקשר לכך (שם, סימן רלו):

שער רביעי: כתידין וסדריהם

אם יש רשות לבית-דין להוציא את שמעון המסור מבית האסורין בערבים בטוחים, בסך נורא ובקנסות, שיהיו הערבים חייבים בכל מה שיהיה המסור חייב, אם יחברר הדבר וענין המסירות.

חשובתו של הריב"ש מאלפת היא בבהירותה ובכללים שנקבעו בה: חשובה. אין ספק שכל שיש בעובר העבירה חשש חיוב עונש, שבית דין חייבים לחכשו ולאטרו בבית האסורים, עד שיתברר להם שאין ברבר חיוב עונש רק חיוב ממון לבר, ואין נותנין אותו בערבים;

שהרי העובר, אם יראה שיחייב ברין מידו (מידו בית הדין; ואולי צריך לאמר: מיד, והוא מוסב על המשך הרברים) ברוח יברח; ומה יעשו בית-דין לערבים, ומה יועילו כי יפגעו בהם והם לא עשו עבירה? טוביה חטא וזיגוד מינגיד? (=לוקה; כלומר, פלוני שחטא, לא קיבל כל עונש, ואלמוני, שלא עבר כל עבירה, יילקה? זהו מעשה שהיה עם טוביה וזיגוד, והפך לפתגם עממי; פסחים ק"ג ע"ב). ואם מפני שנתחייבו (=הערבים) ונשתעבדו לכך – אין אדם יכול לשעבד עצמו (=לחייב עצמו) במה שאינו מחוייב אלא ברבר שבממון, אבל לא בחיוב נפש;

ועוד, שהעובר ילך לו בלי שום עונש, ולא מצינן לקיומי ביה: ובערת הרע מקרבך;

ועוד, שמי שעבר עבירה שיש בה חשש חיוב עונש, אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית-דין מעיינין ונושאין ונותנין בדינו. וזהו ששינו במכילתא (סדר משפטים, פרשה ו'): ונקה המכה (שמות כא, יט) – יכול יתן ערבים ויטייל בשוק? תלמוד לומר: אם יקום והתהלך בחוץ (שמות, שם), מגיד שחובשים אותו עד שיתרפא; ולכן אם ראו כית-דין שיש ממש בדברי התובע, ושם יחברר הדבר שיהיה העובר חייב עונש בגופו – אין נותנין אותו בערבים.

16. הכללים שקבעם הריב"ש, הריהם איפוא לאמור:

א. המעצר הוא רק במקרה של חשוד בעבירה שיש עליה "עונש בגופו", היינו מיתה או מאסר, אך לא כאשר צפוי "לחיוב ממון בלבד".

ב. בית-הדין יצווה על מעצר החשוד רק אם ראה "שיש ממש בדברי החובע", היינו בלשון פסיקתנו, שהחומר המצוי בירי המשטרה "יש בו כדי לעורר חשד סביר נגד האדם אשר המשטרה חושדת בו כמעורב בעבירה הנדונה" (דברי הנשיא אגרנט, כ"ש 42/73, מדינת ישראל נ' פרץ בנימין כן-מאיר ואח' בעמ' 502).

ג. הנימוקים למעצר הם:

1. להבטיח שהחשוד יעמוד לדין.

2. להבטיח שהחשוד, אם ימצא אשם, ישא בענשו.

3. לא יתכן שהחשוד בעבירה חמורה "יטייל בשוק" בעוד בית-הדין מעיינין בדינו. נימוק זה ניתן לפרשו מבחינת "דעת הציבור", שתתמה על הסתירה שבקיום משפט על עבירה חמורה בה בשעה שהחשוד מטייל בשוק, וניתן גם לראות בו את הנימוקים המקובלים עלינו,

שער רביעי: בת-דין וסדריהם

הדין הפלילי, חשכ"ה--1965, את שחרורו בערובה. כמו כן טוענת היא, כי השופט קמא התעלם מהאמור בסיפא של סעיף 31 לחוק, לפיו צריך היה לעצור את המשיב.

השופט אלון: עם חקיקת סעיף 31 האמור שוב אין זה עניין של נוהג, שבנסיבות מיוחדות ניתן לסטות הימנו, אלא חוק בל יעבור, ובכך חזר וגילה המחוקק, כי חומרת עבירת הרצח כשלעצמה ("ואין לך דבר שהקפידה תורה עליו כשפיכות דמים... שיש בהם משום השחתת ישובו של עולם" – רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה ד; שם, פרק ד, הלכה ט). יש בה כדי למנוע שחרורו של מי שהואשם בה, ואין צורך בכל נימוק נוסף של חשש השפעה על עדים, קיומן של הרשעות קודמות, הגנה על שלום הציבור וכיוצא באלה שיקולים, המובאים בחשבון שיקול הדעת לעניין מעצרו של חשוד או נאשם בעבירות אחרות. נראה כי הנימוק לכך הוא, כי מי שהואשם בעבירה בה חמורה – "אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית-דין מעיינין ונושאיין ונותנין בדינו" (מדברי הריב"ש בדיונו בבעיית שחרור בערובה בדרך כלל – שו"ת הריב"ש, סימן רלו; וראה במפורט ב"ש 71/78, בעמ' 249).

ב"ש 691/82

סודה נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(4) 10, 12-13

בכיתחמשפט העליון

בית-המשפט המחוזי הורה לעצור את העורר לעשרה ימים, לאחר שקבע, כי מצויות בידו התביעה ראיות לכאורה להעמדתו לדין באשמת הריגה, בעקבות תאונת דרכים בה היה מעורב. מכאן הערר.

השופט אלון: רק לעניין שני סוגי עבירות חמורות – עבדת רצח ועבירות חמורות בענייני ביטחון המדינה שעונשן מאסר עולם – גילה המחוקק את דעתו, שמשקיים חשד סביר נגד חשוד כמעורב בעבירות אלה, יש בכך בלבד לא רק כדי לאפשר את מעצרו אלא אף כדי למנוע שחרורו של החשוד, ואין צורך בכל נימוק נוסף של חשש השפעה על עדים, הגנה על שלום הציבור מחשש ביצוע עבירות נוספות וכיוצא באלה שיקולים, המובאים בחשבון שיקול הדעת לעניין מעצרו של חשוד או נאשם בעבירות אחרות (סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; ב"ש 172/81). נראה כי הנימוק להוראה מיוחדת זו לעניין מי שחשוד או נאשם בעבירות כה חמורות הוא, כי "אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית-דין מעיינין ונושאיין ונותנין בדינו" (מדברי הריב"ש בדיונו בבעיית שחרור בערובה במשפט העברי דרך כלל, שו"ת הריב"ש, סימן רלו; וראה: ב"ש 172/81 הנ"ל, בעמ' 785, ובמפורט בב"ש 71/78, בעמ' 249 ואילך).

סדר הדין הפלילי
ב"ש 22/83
קראוס נ' מדינת ישראל
פ"ד לז(1) 365, 368-369

בבית-המשפט העליון

זהו ערר על החלטת בית-המשפט המחוזי לעצור את העורר עד גמר ההליכים המשפטיים נדרו, בעקבות הגשת כתב-אישום, בו מיוחסים לו שלושה-עשר אישומים – שעניינם עבירות שוחד, סחיטה, מירמה והפרת אמונים, גניבה וזיוף – שנעברו במהלך שנה חמימה, שעה ששימש העורר יושב-ראש אגודת הסטודנטים באוניברסיטת תל-אביב.
גדר המחלוקת הוא, אם די בחומרת העבירות כשלעצמן כדי להצדיק את המעצר.

השופט אלון: נראה לי, כי כאשר לא מדובר בעבירת רצח וכיוצא בה – שאזי קיימת הוראה מפורשת של המחוקק בדבר מעצר עד תום ההליכים, או בעבירה חמורה, אשר לפי עצם מהותה ונסיבותיה מעוררת חשש של שיבוש הליכי משפט או סכנה לשלום הציבור – אין לעצור אדם בטרם הורשע כדין, אלא אם כן הוכח על-ידי התביעה קיומם של חשש וסכנה אלה. משנחקיימו אלה – "לא ייתכן שחשוד בעבירה חמורה יטייל בשוק" בעור בית-הדין מעיין כדינו" (כ"ש 71/78, בעמ' 250, מדברי הריב"ש), אך משלא נחקיימו – הכלל הגדול והיסודי הוא, שאין לשלול חירותו של אדם בטרם נגזר דינו לכך. אשר על-כך, כאשר לא קיימים חשש וסכנה אלה, אף אם מדובר בעבירות מופלגות כחומרתן, כגון מעילה כאמון מצד פקידי בנקים וכיוצא באלה, אין אנו רשאים, לרעתו, לעצור אדם בטרם משפט, משום "מה יאמרו הבריות". ולא שאני מזלזל חס ושלום בנימוק חשוב זה של הרחפת עבריינים ולוחמה בפשע, שאנו מצוים עליה, אך מריניות משפטיות מוצרקות זו עניין הוא למחוקק לענות כה, ועליו להורות, שמשרכו הפשעים והפשעים, המועלים כאמון הציבור ובכספו, עריך בעיניו, משום צרכי השעה והמקום, מעצרו של אלה על הכלל שלא לשלול חירותו של אדם בטרם הורשע כדינו. אמנם כן, כדברי השופט המלומד בהחלטתו, מקובלנו מחכמינו, כי "בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה... לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך" (יבמות צ ע"ב; סנהדרין מו ע"א), וזאת "מפני שהיו פרוצים בעבירות" (רש"י, סנהדרין מו ע"א, ר"ה אלא שהשעה צריכה לכך). אך בעולמה של הלכה הוטלה משימה זו על בית-הדין, שפעל הן כמחוקק – כמתקין תקנות – והן כשופט, ומכוחו של עיקרון זה חלה התפתחות גדולה בריני העונשין ובריון הפלילי במשפט העברי, בהתחשב כשינויים החברתיים והמוסריים, שאירעו באותה שעה וכאוחו מקום (ראה: ע"פ 543/79, 622, 641, בעמ' 163--170). מה שאין כן כמערכת, המבחינה בין הגוף המחוקק לבין הרשות השופטת. חידוש עקרוני כגון זה של מעצרו של אדם "מפני שהשעה צריכה לכך" צריך שיכוא כדרך חקיקתו של המחוקק.

שער רביעי: כתידין וסדריהם

ב"ש 862/85

מדינת ישראל נ' בן ליאור

פ"ד לט(3) 441, 447

בבית-המשפט העליון

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי להורות על שחרורם בערובה של המשיבים, שנגרם הוגש כתב-אישום המייחס להם מקרים רבים של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות וקשירת קשר לבצע פשע. בחומר הראייה יש משום הוכחה לכאורה לאישומים האמורים.

השופט אלון: טוען באיכות המדינה, כי אין זה מן הראוי, לרגל חומרתן של העבירות שלפנינו, כי המשיבים "ילכו ויטיילו בשוק" כל עוד משפטם לא בא לסיומו. דברים אלה, החוזרים ונשנים בפסיקתו של בית-משפט זה ושמקורם כדברי ר' יצחק ששת כרפת, מגדולי תכמי ההלכה בספרד ובאלג'יד בסופה של המאה הארבע-עשרה ותחילת המאה החמש-עשרה (שו"ת הריב"ש, סימן רלו; וראה: כ"ש 71/78, בעמ' 249–250; ב"ש 1044/82, כעמ' 83; ב"ש 691/82; ב"ש 22/83 הנ"ל, ועוד), נאמרו לעניין נאשם בעבירות חמורות ביותר (בדינו של חשוד ברצח או של חשוד שהוא מוסר ומלשין), ש"אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאים ונותנים בדינו" (ההדגשה שלי – מ' א'), מה שאין כן כאשר בית הדין, מכוחה של הלכה פרוצדוראלית, מפסיק לתקופה ארוכה – העומדת להמשך מעבר למקובל וסביר, והיא בלתי ידועה ובלתי קצובה – לעיין ולשאת ולתת בדינו של הנאשם. עינוי הדין, אף אם הוא מועט ומכל שכן כשהוא מרובה, קשה הוא מאוד הן מבחינת הנאשם והן מבחינת המערכת השיפוטית (ראה ע"פ 188/77), ותמור הוא במיוחד בעולמו של המשפט העברי (ראה: מכילתא משפטים, מסכתא דנזיקין, פרשה יח; משנה אבות ה, ט; שבת לג ע"א; וראה עוד ע"פ 188/77 הנ"ל, בעמ' 233 ואילך). ועינוי דין הוא זה מבחינתם של המשיבים, אף אם בית המשפט אנוס לכך על-פי דין מדיני הדיון הפלילי, ואל לנו להוסיף שלילת חירותם האישית על עינוי דינם.

סדר הדין הפלילי

כ"ש 15/86

מדינת ישראל נ' צור

פ"ד מ(1) 706, 713-714

בבית-המשפט העליון

השופט אלון: מאז ההחלטה האמורה בכ"ש 290/76 הנ"ל, שניתנה בשנת 1976, אירע דבר במערכת המשפטית בישראל. נתקבל חוק יסודות המשפט, חש"ם-1980, "המהווה אחד החוקים הבסיסיים וקובעי התשתית של מדינת ישראל", ומכוחו משמשים עקרונות החירות הצדק היתר והשלום של מורשת ישראל (סעיף 1 לחוק יסודות המשפט) – "כתשתית וכעקרונות יסוד לכלל המערכת המשפטית במדינה..." (ע"ב 2/84, 3, כעמ' 293). זכותו של אדם לחירות אישית מאכני היסוד היא כמשפט העברי, וכלל גדול בו הוא, כי כל אדם בחזקת כשרות עד שלא יוכח ההיפך ותורע חזקתו. וכן ראינו, כי לפי המשפט העברי אין לעצור נאשם אלא אם הוא חשוד כעכירות חמורות ביותר (שו"ת הריב"ש, סימן דלו – בדינו של חשוד ברצח או חשוד שהוא מוסר ומלשין) או כאשר קיים חשש שישבש הליכי משפט (ריב"ש, שם; ב"ש 71/78, בעמ' 248 ואילך; כ"ש 1044/82, כעמ' 83; ב"ש 691/82 הנ"ל; ב"ש 22/83 הנ"ל; כ"ש 693/84). ועוד יסוד גדול הוא כתורת ישראל: "לא תעשו עוול במשפט, לא תשא פני דל, ולא תהדר פני גדול, כצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו). וכשם שעיקרון גדול זה שבמשפט העברי שימש סימוכין כפסיקתו של בית-משפט זה שלא להדר פני גדול ולהקל עמו בשחרור ממאסר לאחר שהורשע בדינו (המ' 118/79, בעמ' 48), כך צריך הוא לשמש סימוכין לכך, שלא לעשות עוול במשפטו של "גדול", ולהחמיר עמו, לעומת "הדל", לעניין מעצרו בטרם משפט. וכך נחפרש פסוק זה, וכך נפסק, בדבריו של הנשר הגדול, רכנו משה כן מימון (הלכות סנהדרין, פרק כא, הלכה א): "מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: כצדק תשפוט עמיתך. אי זהו צדק המשפט? זו השוית שני בעלי דינין בכל דבר". ודברים אלה, שנאמרו לעניין סדרי דין ואופן ניהול המשפט, קל וחומר שיפים הם לעניין כה מהותי כשליחת חירותו של אדם בטרם משפט.

שער הביעי: בתי-דין וסדריהם

2. מעצר נשים

כ"ש 71/78
מדינת ישראל נ' אבוקסיס
פ"ד לב(2) 240, 251-252

הובא בשער זה, עמ' 332.

ב. הלנת דין ועינוי דין

1. הלנת דין

ע"פ 188/77
ורטהים נ' מדינת ישראל
פ"ד לב(2) 225, 234, 242

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים עציוני, אלון, בכור

בקשת רשות הערעור בענין רנן הוגבלה לשאלה אם ניתן לקיים את הרשעת המערער בעכירות
על תקנות התעבורה לנוכח ההשהיה בדיון לפני שופט השלום.

השופט אלון: 3. סוגיה גדולה זו, המכונה בשם הכללי של "עינוי-דין" (ובכך
עוד ידובר להלן), נדונה לאחרונה בהרחבה ובהעמקה, על השלכותיה השונות,
על-ידי הנשיא אגרנט והשופט ויחקון בע"פ 125/74, 152/74, הנ"ל. בפסק-
דין זה מובאת סקירה מקיפה של פסיקת בית-משפט זה בסוגיה זו – וחברי
הנכבד השופט עציוני הוסיף מדיליה פסיקה שהתווספה מני אז – וכן נסתייע
הוא, בתלק ניכר, ביוריספרודנציה האמריקנית הענפה שבנושא זה. ודומה עלי
שמן הראוי שנעיין בבעיה זו, ולו בראשי פרקים בלבד, כפי שהיא משתקפת
במשפט העברי.

4. שלושה הם המונחים המשפטיים הטכניים החוזרים ועולים בטוגיה זו
במשפט העברי, והמה: הלנת-הדין, החמצת-הדין ועינוי-הדין. שני המונחים
הראשונים המה בעלי משמעות חיובית, והאחרון – עינוי-הדין – כל כולו
שלילי. נעיין בהם לפי סדר הבאתם על-ידינו.

סדר הדין הפלילי

5. הלנת הדין. על הלנת הדין מצווה בית הדין כאשר הוא דן בריני נפשות, ופירושו שאם התחיל בית הדין בדינו של הנאשם ומצא שיש להרשיעו, אל לו לעשות כן בו ביום, אלא עליו להלין את הדין למחרת, ורק אז דשאי הוא להרשיעו.

וכך שנינו כמשנה סנהדרין ד, א:

דיני ממונות גומרין בו ביום, בין לזכות בין לחובה; דיני נפשות גומרין בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה.

וזאת על שום מה?

אם זיכוהו ביום (ה)ראשון, פוסקין את דינו מיד והולך לו; אבל אם לא יכלו לזכותו ביום (ה)ראשון, אין פוסקין את דינו לחובה, אלא מלינין את דינו עד למחר, שמא ימצא כלילה זכות" (רש"י, סנהדרין לב ע"א, ד"ה דיני נפשות גומרים בו ביום).

חובה זו מכונה כפי חכמים בשם "הלנת הדין" (סנהדרין לה ע"א) והיא קיימת לא רק אם באותו יום שבו התחיל המשפט בא בית הדין למסקנה שיש להרשיעו, אלא "כל שלא הסכימו עליו, נושאיין ונוחנין אפילו כמה ימים, עד שיסכימו, ואחר שיסכימו עושין הלנת דין, ואחר ההלנה גומרין את הדין למחרתו" (ראה מנחם המאירי, סוף המאה השלוש-עשרה, פרפיניאן שבדרום צרפת, בספרו "בית הבחירה" על סנהדרין, שם). זהו אפוא אחר מן הדברים שבהם שונים דיני נפשות מדיני ממונות מבחינת שיקול-הרעת המיוחד והזהירות היתרה הדרושים בטרם באים להרשיע את הנאשם (ודיני נפשות כולל כל הטלת עונש גופני או שלילת חירות – ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יא, הלכה ד).

6. בקשר להלנת הדין מצוי בתלמוד רעיון מאלף שחשיבות מיוחדת לו למשפט שלפנינו. רעיון זה מובע בהקשר לדין הבא. כשם שחובה היא להלין את הדין למשך לילה אחד, כך אסור שהלנה זו תימשך יותר מפרק זמן זה, שמא ישכת הדיין את הנימוקים שהביאוהו לזכות או להרשיע את הנאשם. ומשום כך אין דנין לא בערב שבת ולא בערב יום טוב (משנה סנהדרין ד, א), שאם יסכמו בו ביום לחובה ויצטרכו להלין את הדין, תהא כאן הלנה לשני לילות, שהרי גמר הדין לא יהא אלא ביום הראשון שלמחרת השבת. התלמוד תמה על חשש שיכחה זה, שהרי שני סופדי הדיינין היו מעלים על הכתב דעתו של כל דיין ודיין בעת משא-ומתן שבין תכרי בית הדין, ואם כן ניתן להסיק מן הפרוטוקול על דעתו של כל אחד ואחד, ואין לחשוש לשיכחה, ועל כך באה התשובה הבאה: "נהי דבפומא כתבי, ליבא דאינשי – אינשי" (סנהדרין לה ע"א), ותרגומו: אמנם (את היוצא מן) הפה כותבים, אך (מה) שכלב בני אדם – נשכת; כלומר, הפרוטוקול הכתוב משקף את מה שיוצא מן הפה החוצה, אך לא את המשמעות הפנימית של הדברים, וזו הולכת ונשכחת עם הזמן. וכך מפרש רש"י: "ליבא דאינשי לא כתבי (=לב האדם לא כותבים) ואף על גב שזכור לו ליסוד הטעם, נשכת מלבו ישובו לטעמו, ואין יכול ליישבו לתת טעם הגון כבדאשונה" (וראה עוד דברי המאירי שם: "שמא תאמר לרונו

שער רביעי: בתי־דין וסדריהם

בערב שבת ולגמור דינו באחד בשבת ולהרגו? שמה יישכח להם טעמם; ואף על פי שסופריהם כותבים דבריהם; דרך צחות אמרו: פומא כתבי, ליבא לא כתבי”).

7. החמצת־הדין. אף למונח זה משמעות חיובית, ופירושו שחובה על הדיין להחמיץ (“כדרך שמשנהין את העיסה עד שתחמיץ” – יד רמ”ה לר’ מאיר הלוי אבולעפיא, המאה השלוש־עשרה, ספרד, על סנהדרין לה ע”א), היינו להשהות את כירור הדין במידה הדרושה כדי להוציאו לאמיתו. כיטוי מיוחד זה מקורו בדברי רבא בסנהדרין, לה ע”א: “אשרי דיין שמחמיץ את דינו” (והמילה מחמיץ יסודה בדרשה של הפסוק בישעיהו א, יז: “אשרו חמוץ”); בתחילתו אמנם הובא לענין הלנת הדין (ראה סנהדרין, שם), אך התוכן שמאחורי מונח זה מצוי הוא כבר במאמרים רבים של תנאים ואמוראים במרחבי הספרות התלמודית, והביטוי המיוחד של הצורך ב”החמצת־הדין” – ולשלב של כירור הדין עובר לפסיקתו – נתקבל לכל תחומי המשפט, הן הפלילי והן האזרחי. עוד בין שלושת הדברים שנמסרו מפי אנשי הכנסת הגדולה נאמר: “הוו מתונים בדין” (משנה אבות א, א); לדין נאמר שאם הדין “ברור לו כבקר – אמרהו, ואם לאו – אל תאמרהו” (סנהדרין זע”ב), והאמור בתורה: “ושפטתם צדק” (דברים א, טז) מפרש ריש לקיש: “צדק את הדין ואח”כ חתכהו” (סנהדרין, שם). הדברים חוזרים ומוכאים בכל הקודקסים של ההלכה, וכך מטובעים הם בשולחן ערוך:

צריך הדיין לשמוע דברי הבעלי דינים ולשנות אותם (=לחזור עליהם, “כדי שיהא נוח דעת בעלי הדין ולא יעלה על לבם שמה הדיינים ישאו ויתנו בדין ולא בנינו טענותיהן... ועוד, שמה באמת הדיינים לא עמדו היטב על דברי טענותיהן, ובשנותן לפני בעלי הדין יעוררו אותם לומר: כה וכה היו טענותיהם” סמ”ע, שם, סעיף קטן טו), שנאמר (מלכים א ג, כג): ויאמר המלך: זאת אומרת זה בני החי ובנך המת, וזאת אומרת לא כי בנך המת ובני החי; ומצדק (כך צריך לומר, ולא “ומצדיק”, כפי שהוא בדפוסים שלפנינו, וכך הוא ברמב”ם, הלכות סנהדרין, פרק בא, הלכה ט) הדין בלבו ואחר כך חותבו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף ז; ובסמ”ע, שם, סעיף קטן טז: “ואם דן ביחידי – מצדיק בלבו וכדעתו כינו לכינו, ואם דנין בשלושה – מצדיקים ביניהם כמשא ומתן”).

ובסימן י, סעיף א, מוסיף הר”י קארו ואומר:

צריך הדיין להיות מתון בדין, שלא יפסקנו עד שיחמיצנו וישא ויתן בו ויהיה ברור לו כשמש. והגם לבו בהוראה וקופץ ופוסק הדין קודם שיחקרנו היטב כינו לבין עצמו עד שיהיה ברור לו כשמש – הרי זה שוטה, רשע וגס רוח. והרמב”ם (הלכות סנהדרין פרק כ הלכה ז) מוסיף על מילים אלה: “כך צוו חכמים: הוו מתונים בדין; וכן איוב היה אומר (איוב כט, טז): ‘זריב לא ידעתי – אחקרהו’”.

חובת החמצת־הדין לשם כירור הדין לאמיתו ראוה דייני ישראל מאז ומתמיד כחובה ראשונית, והרברים מופיעים לעתים קרובות בספרות השו”ת,

סדר הדין הפלילי

ונציין כאן אמרה אחת בלבד, והיא משל ר' יצחק בר ששת ברפת, מחכמי ספרד בצפון-אפריקה בסופה של המאה הארבע-עשרה; "שאר האמתלאות שכחבת – איני רואה בהן עיקר לבטל כות השטר, אלא שראוי לדיין להחמיץ הדין ולחקרו יפה יפה כדי שיחבר לו אמתת הדבר, ולאמת יוציא משפט" (שו"ת הריב"ש, סימן תצא).

8. עינוי-הדין. המושג עינוי-הדין הוא בעל משמעות שלילית מובהקת, ובמה משמעויות לו במקורות המשפט העברי. נעייץ בהן בקצרה: המשמעות האחת, הקלסית והידועה מכולן, היא בתחום המשפט הפלילי דוקא, ומשמעו עיכוב ביצוע גזר-הדין. דרך משל, כאשר חכמים סוברים, במקרה מסויים של מי שנידון למוות, שיש לבצע את גזר-הדין שלא בסמוך להוצאתו כדי שיחפרסם הדבר ברבים, אומר רבי יהודה: "אין מענין דינו של זה, אלא ממיחין אותו מיד" (משנה סנהדרין יא, ד; וכן מצוי ביטוי זה, במשמעות זו, במקורות רבים נוספים – ראה למשל סנהדרין לח ע"א; סנהדרין קיב ע"א; ערכין ז ע"א). מבחינת משמעות זו יש משום עינוי דין דוקא בעיכוב שלאחר גמר הדין, אך לא בהשהיה שבאה בטרם נגמר הדין: "וכל זמן שלא נגמר הדין לא הוי עינוי דין, דכל שעה מצפה להצלה (=אולי יזוכה); אבל כשנגמר – כל היום מצפה למיחה והוי עינוי דין" (רש"י, סנהדרין לה ע"א, ד"ה לידיינו).

9. משמעות שניה של עינוי-הדין, היא הרבה יותר רחבה ומקיפה, הן מבחינת משך הזמן של ההליך השיפוטי הכלול בה, והן מבחינת חלוחת במשפט אזרחי כמשפט פלילי. וכה דברי הרמב"ם, בהלכות סנהדרין, פרק כ, הלכה ו:

לא תעשו עול במשפט (ויקרא יט, טו) – זה המעוות את הדין, ומזכה את החייב ומחייב את הזכאי.

וכן המענה את הדין ומאריך בדברים כרוזים כדי לצער אחד מבעלי דינים – הרי זה ככלל (לא תעשו) עוול (והשווה עם פירוש המשניות לרמב"ם, על אבות ה, ט).

עינוי דין זה אמור הוא ככל משך הכירור המשפטי, הן על הצורך "לפסוק את הדין מיד אחר שיחבר לו" (טור, חושן משפט, סימן יז, סעיף יח, ושולחן ערוך שם סעיף יא), "שיודעין להיכן הדין נוטה ומעכבין ואין פוסקין אותו" (רכי עובדיה מברטנורא, המאה החמש-עשרה, איטליה, בפירושו על אבות ה, ט, למושג "עינוי דין"), והן בכל השהיה שהיא, שאינה לצורך כירור הדין: "עינוי הדין – שמאחרין הדיינין לדונו, ולא לשם שמים, אלא לאחר שהוברר להן הדין, משהין אותו" (רש"י, שבת לג ע"א, ד"ה עינוי הדין).

10. משמעות שלישית, מרחיקה לכת, של המושג עינוי-הדין, ואף זו לענין משפט אזרחי כמשפט פלילי, היא האיחור כעצם שמיעת הדין. ובענין זה יש עינוי מועט שהוא באיחור כל שהוא, ויש עינוי מרובה, שהוא באיחור משמעותי. הפלגה יתירה זו במשמעות העינוי הביאה חכמים, בדרכם לעתים, בצורה של דברי אגדה:

שער רביעי: בתי-דין וסדריהם

כבר היה רבי ישמעאל ורבי שמעון יוצאין ליהרג (=בגזירות מלכות רומי).
אמר לו רבי שמעון לרבי ישמעאל: רבי, לבי יוצא שאיני יודע על מה אני
נהרג! אמר לו רבי ישמעאל לרבי שמעון: מימך לא בא אדם אצלך לדין או
לשאלה ועכבתו עד שתהא גומע כוסך או עד שתהא נועל סנדלך או עד
שתהא עוטר טליתך? ואמרה תורה (שמות כב, כב): אם ענה תענה – אחד
עינוי מרובה ואחד עינוי מועט. ובדבר הזה אמר לו: נחמתני רבי" (מכילתא
משפטים, פרשה יח; הפסוק נדרש לענין כל אדם, ולא דוקא אלמנה ויתום;
ראה מכילתא, שם).

11. העולה מן המקובץ: שתיים הן מגמות היסוד הפועלות במשפט העברי
באשר לאופן ניהול המשפט, בירוורו והכרעתו. לפי המגמה האחת, והיא
הראשונה במעלה, מצווה השופט להיות מתון בדינו, לצדקו בטרם יחשכנו ולא
לקפוץ ולפסוק את הדין קודם שיחקרנו היטב. באחת – עליו להחמיץ את הדין
במידה הדרושה לעיסה, שהוא נחתומה, כדי שזו תעלה ותיאפה יפה יפה. כך
הוא בכל דין ודין, בין דיני ממונות ודיני נפשות. ויתרים עליהם דיני נפשות
שכהם דרושה הלנת-דין נוספת בטרם נגזר הדין באופן סופי, שהרי בהרשעה
פלילית מדובר, ושמה ואולי עוד תימצא לנאשם טענה של זכות, ומבלי לפגוע
בהשגתו של בירור צודק ומלא של הדין, מצווה השופט, על-פי מגמת היסוד
השנייה, שלא לענות ולהשהות את הדין, הן לענין פסיקת הדין והכרעתו כאשר
ברור לו להיכין הדין נוטה, והן במהלך שמיעת הדין, ואפילו איחוד בקביעת
תחילת בירור הדין יש בו משום עינוי, לעתים משום עינוי מועט ולעתים משום
עינוי מדובר.

12. והערה נוספת בענינו. ראינו כי במשפט העברי מצויה הודאה ברורה
וחד-משמעית ש"צריך הדין לפסוק הדין מיד אחר שיתברר לו" (שולחן
ערוך, חושן משפט, סימן יז, סעיף יא), בדומה להודאה שבסעיף 164 לחוק
סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965 (ומעין ההודאה שבחקנה 213 של תקנות
סדר הדין האזרחי, תשכ"ג–1963). לעומת זאת, מסתפק המשפט העברי
בהודאה כללית בדבר מהלך שמיעת המשפט ובידודו, שיהא ללא עינוי-דין
וללא השהיה, ולא מצויה בו הודאה חד-משמעית וכובלת בדבר שמיעת ראיות
– משהתחיל המשפט – ברציפות יום יום עד גמירא, בדומה לאמור בסעיף
115 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965 (וכדומה לחקנה 152 של תקנות
סדר הדין האזרחי, תשכ"ג–1963). כידוע, הודאה אחרונה זו "למרבה הצער"
אין מקיימים אוחה, הלכה למעשה, בהרכב משפטים פליליים, אם לא בדובם"
(מדברי הנשיא אגרנט בע"פ 125/74, 152/74, הני"ל, בעמ' 67), ודומה שגם
מבחינה אובייקטיבית – העומס שעל בתי-המשפט וענינים דחופים העולים
מפעם בפעם, קריאתם של בעלי-הדין ובאי-כוחם לשירות מילואים וכיוצא
באלה – כמעט ואין שופט שיכול לעמוד בה. ושמה ואולי מן הראוי הוא לנסח
הודאה זו בדבר אופן גביית הראיות ביתר גמישות באופן שתתאים למציאות,
שהיא בבחינת הכרח אשר לא יגונה, ונימצא מונעים טענות צודקות בדבר
ניהול המשפט שלא כחוק, ובדבר קיומה של הודאה בחוק שברור מראש שאין

סדר הדין הפלילי

שומעים לה ואין מקיימים אותה. מוכן ואין צריך לומר, שגם נוסח יותר גמיש מעין זה, לא יפטור במאומה את בחי-המשפט מהחובה המוטלת עליהם שלא להשהות את הדין, ולא יכשיר באיזו צורה שהיא את האיסור שבעינוי-הדין. 13. ומכאן לשאלה שהעמדנו בפתח דיוננו: האם יש בו בעינוי-הדין משום נסיבה מקילה במידת העונש שהוטל על הנאשם, ויחירה מזו – שמא אף יש בו בעינוי-הדין משום ביטול ההרשעה כל כולה? כבר יצאה הלכה מבית-משפט זה שעינוי-הדין החורג מכל מידה סבירה שהיא, וכשמדובר בעבירות שאינן "בעלות אופי נתעב", כגון עבירות אלימות חמורות, פגיעה בכטחון המדינה וכיוצא באלה, שיש בו בעינוי-הדין זה משום נשיאת הנאשם בחלק מהעונש – אימת הדין והצפייה הממושכת להכרעת-הדין וגזירת-העונש – ומשום כך משום שיקול להמתקת הדין. ואילו זו היתה המשאלה בערעור שלפנינו, בוודאי היינו נענים לה, מכוח נימוקים אלה בלבד. העבירה שבה הואשם המערער היא פגיעה מתוך חוסר זהירות – נהיגה במהירות שעלתה על המותר – בהולכת רגל, ומעת ביצוע העבירה ועד להכרעת-הדין בבית-משפט השלום עברו קרוב לחמש שנים! אך המערער טוען בערעורו כי יש לבטל את ההרשעה מעיקרה, וזאת משני נימוקים: האחד – משום שהמשפט התנהל מעת הגשתו – כתאריך 12.6.1972 – ועד להכרעתו – בתאריך 27.5.1976 – באופן שיש בו משום עינוי-דין בניגוד להוראות סעיפים 115 ו-164 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965; והנימוק השני – משום שכעבור זמן כה רב לא יכול היה השופט להתייחס כראוי לעדויות שהובאו לפניו, ולהתרשם מהן כדרוש, משום חוסר אפשרות לזכרן.

14. נראה לי שמבחינה עקרונית אין מקום לביטול עצם ההרשעה מטעם של עינוי-הדין שבה כתוצאה מאי-מילוי אחר הוראות סעיפים 115 ו-164 האמורים, ומצדף אני את דעתי, עם כל הכבוד, לדעתו של הנשיא אגונט בע"פ 125/74, 152/74, הנ"ל (בעמ' 72), ולדבריו שהובאו על-ידי חברי הנכבד, השופט עצינוני. עבירה משהוכחה כדת וכדין, ואין נפקא מינה אם תמורה או פחות תמורה היא, גוררת אתריה הרשעה, והמחוקק קבע מה שקבע בסעיפים 115 ו-164 האמורים מבלי לקבוע סנקציה של ביטול ההרשעה בצדן. גם כמשפט העברי, המתריע קשות על עינוי-הדין, הסנקציה היא מוסרית-דתית בלבד, אך ללא נפקות של ביטול פסיקת-הדין. על עינוי-הדין "חרב כאה לעולם" (משנה אבות ה, ט), וזוהי מידה נגד מידה, משום שמטרתו של הדין היא להציל עשוק מידי עושקו, ועינוי-הדין והשהיה בפסיקתו גורמת "לעשוק לכעוס על מי שעושקו שלא כדין", לעשות דין לעצמו, ומגבירה את ה"חרב", היינו האלימות בחברה (ראה פירושו של המאירי, על אבות, שם, וכן ראה שבת לג ע"א). והיכן מוצאים בסוגייתנו אפשרות של ביטול ההרשעה? במקום שיש חובה להשהות את הדין ובית-הדין התעלם מכך וכיצע את פסק-דינו – אזי יש בכך משום עיוות-הדין וביטולו. בית-דין "שאינו מלין דין של חובה בדיני נפשות (=במקרה של סיכום לקראת הרשעה בדין) – מרצח הוא" (מאירי, על סנהדרין לה ע"א), והריהו "כאילו הרגתו (=את הנאשם) שלא כדין" (יד רמ"ה,

שער רביעי: בתי דין וסדריהם

על סנהדרין שם). משום שאי-הלנת הדין שוללת מבית-הדין את האפשרות של שיקול נוסף בחיפוש אחר טענה של זכות, ונמצא שבירור הדין לא מוצה כל צרכו וההרשעה היחה שלא כדין (ראה עוד שו"ת דבר אברהם, לר' אברהם כהנא שפירא, ליטא, בתחילתה של מאה זו, חלק ב, סעיף לד). אך עינוי-הדין כשלעצמו, היינו השהיית בירור הדין והכרעתו, כל עוד אין בהם כדי לפגום בנכונות הוכחתה של העבירה, אין בה כדי לבטל את ההרשעה גופה.¹⁵ לעומת זאת, במקרה שלפנינו, דינה של ההרשעה להיבטל משום נימוק השני של המערער, היינו, כפי שהגדיר זאת חברי הנכבד, השופט עציוני, משום שבמקרה דין עינוי-הדין הביא לעיוות-הדין (ראה גם ע"פ 125/74, 152/74, הנ"ל, בעמ' 63, דברי השופט ויחקון, מול אותיות ג-ד). כל פרוטוקול וכל רישום לוקים בכך ש"פומא כתבי, ליבא לא כתבי", כאמור בתחילתם של דברינו, וככל שגדל עינוי-הדין ומתארכת ההשהיה שבין גביית עדות אחת לשנייה ובין תום הבירור לבין ההכרעה בדין – וההוכחות מבוססות על התרשמות שבאה לידי ביטוי באותו פרוטוקול ובאותו רישום – גדל הספק שמא לא הוכחה העבירה שעליה הובא הנאשם לדין. וכן אמנם קרה במקרה שלפנינו. מתוך הודאתו של המערער במשטרה, בה אמר שנהג עובר לתאונה כ-40 עד 50 קילומטר לשעה, לא ברור כל עיקר אם כך היה בזמן שקרתה התאונה או בזמן שקדם לה; ותרשימו של הער חסון – אף לגביו ספק הוא אם ניתן להסתמך עליו, כמבואר בפסק-דינו של חברי, השופט עציוני. ומאחר ששניים אלה בלבד היו שתי היתדות שבהן נתמכה הרשעת המערער, משבטלו – מחמת הספק – ההוכחות, בטלה גם ההרשעה.

2. עינוי דין

ע"פ 188/77

ורטהים נ' מדינת ישראל

פ"ד לב(2) 225, 237, 238

הובא בשער זה, עמ' 340.

סדר הדין הפלילי

ב"ש 693/84

מדינת ישראל נ' לויתן ואח'

פ"ד מ(1) 544, 551-552

בבית-המשפט העליון

השופט אלון: שני המשיבים נעצרו עד תום ההליכים; הנימוק למעצרו אינו משום החשש, ששחרורם בערבות עלול לשכש את הליכי המשפט או להוות סכנה לציבור, אלא משום חומרתן של העבירות המיוחסות להם, על רקע מעמדם ונסיבות המקרה. משמתברר עתה, כי המשיבים צפויים כי דינם יעונה – שלא באשמתם – בצורה חמורה ומפלגת, ומשבאים אנו לחזור ולשקול – כפי שמצויים אנו לחזור ולשקול – הצדקת המשך מעצרו של המשיבים בטרם משפט לתקופה של קרוב לשנה בלי שיתקיים דיון כלשהו בעניינם, הרי אין ספק, כי מכלול שיקולי "השכר וההפסד" האמורים מביאים אותנו למסקנה, כי למשיבים תחזור חירותם והם ישוחררו ממעצרו. טוענת גב' לייבוביץ, כי אין זה מן הראוי, לרגל חומרתן של העבירות שלפנינו, כי המשיבים "ילכו ויטיילו בשוק" כל עוד משפטם לא בא לסיומו. דבריס אלה, החוזרים ונשנים בפסיקתו של בית-משפט זה ושמקורם בדברי ר' יצחק בר' ששת ברפת, מגדולי חכמי ההלכה בספרד ובאלג'יר בסופה של המאה הארבע-עשרה ותחילת המאה החמש-עשרה (שו"ת הריב"ש, סימן רלו; ודאה ב"ש 71/78, בעמ' 249; ב"ש 1044/82, בעמ' 83; ב"ש 691/82 הנ"ל; ב"ש 22/82 הנ"ל; ועוד), נאמרו לעניין נאשם בעבירות חמורות ביותר (בדינו של חשוד ברצח או של חשוד שהוא מוסר ומלשין), ש"אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד ש בית דין מעיינין ונושאים ונותנים בדינו", מה שאין כן כאשר בית הדין, מכוחה של הלכה פרוצדורלית, מפסיק לתקופה אדוכה – העומדת להימשך מעבר למקובל ולסביר והיא בלחי ידועה ובלתי קצובה – לעיין ולשאת ולתת בדינו של הנאשם. עינוי הדין, אף אם הוא מועט ומכל שכן כשהוא מרובה, קשה הוא מאוד הן מבחינת הנאשם והן מבחינת המערכת השיפוטית (ראה ע"פ 188/77), וחמור הוא במיוחד בעולמו של המשפט העברי (ראה מכילתא משפטים, מסכתא דנזיקין, פרשה יח; משנה אבות ה, ח; שבת לג ע"א; וראה עוד ע"פ 188/77 הנ"ל, בעמ' 233 ואילך). ועינוי דין הוא זה, מבחינתם של המשיבים, אף אם בית המשפט אנוס לכך על-פי דין מדיני הדין הפלילי, ואל לנו להוסיף שלילת חירותם האישית על עינוי דינם. טענתה של באת-כוח המדינה, כפי שכך היא דעתו של כבוד סגן נשיא בית המשפט המחוזי, שלעת עתה ימשיכו המשיבים לשהות במעצרו עד אשר תתברר מידת החקדמות משפטם של שני העדים (והנאשמים האחרים), אינה מקובלת עלי. שהרי מה טעם ומה הצדקה יש לשלול חידוהו של אדם למספר חודשים נוספים, משום שעד עתה היה עצור "רק" שלושה חודשים, כאשר על-פי כל מידה של סבירות

שער רביעי: כתיבין וסדריהם

וניסיון שיפוטי יימשך בירור משפטם של שני העדים קרוב לשנה? זוהי צורה מובהקת של "מקדמה" על חשבון העונש, של ענישה בטרם משפט, ולכך אין אנו מוסמכים ולא רשאים.

ג. סדר ניהול הדיון

ראה כאן בעמ' 1000, תפקיד הדיון ותוכו בדיון.

1. חובה על בתי-המשפט לתקן מה שפגמו התובעים בלי לפגוע ע"י כך בעיקרי השלטת הצדק

ע"פ 1/48

סילוסטר ג' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד א 5, 19

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (זמורה), והשופטים דונקלבלום, אולשן

פרסום ידיעות העלולות להיות לתועלת לאויב ולפגיעה לרעה כעניני המדינה.

הנשיא זמורה: וחשוב גם שהעם יראה ששופטיו נכנסים לטרקלין שבו הניח על החטא ועונשו, ואין נשאים עומדים בפרוזדור ודנים בו על כתב-האשמה בלבד אם הוא שלם, או אם הוא פגום, או אם הוא בטל. חלילה לי מלעודד את הקטיגוריים המתרשלים בניסוח כתב-האשמה. חובה עליהם לברוק בשבע עיניים אם כתב-האשמה אמנם מגיד פשע, אבל לבתי-המשפט לא הדשות בלבד, כי אם חובה עליהם לתקן מה שפגמו הקטיגוריים, ובלבד שלא יפגעו על-ידי כך בעיקרי השלטת הצדק.

כשאני רואה, למשל, מתוך סיום פסק-דינו של זקן-השופטים במשפט המלך נגד יוס, שהזכרתי לעיל, שהוא באי-רצון מבטל את כתב-האשמה, מפני שלעצם הענין ולפי תכנו המוסרי יש למקרה פנים אחרות, הריני נוטל לי רשות לומר שיש להימנע, עד כמה שאפשר, מתוצאות כאלה המספקות אולי את השכל המשפטי הפורמלי, אבל אינן מספקות את דגש הצדק והישר. הפרוצידורה הפלילית שלנו מאפשרת ומצווה, לפי דעתי, לבתי-המשפט ללכת לפי העיקרים האלה, וצריך רק להשתמש כדאי בהודאותיה.

סדר הדין הפלילי

מצאתי לנכון לומר את הרברים האלה לא מפני שאני חושב שיש בהם משום חירושי הלכה, כי אם מפני שסבור אני שהשעה הזאת של תקומת מדינתנו היא השעה הכשרה לשנן לנו את העיקרים האלה. "ודרשת וחקרת ושאלת היטב", זהו אחד הכללים הגדולים בחורתנו, אבל גם "ובערת הרע מקרבך" כלל גדול הוא.

המשפט הנדון בפנינו בערעור הוא דוגמה מאלפת לשני הכיוונים שהם, לפי דעתי, דרושים בדיון פלילי בריא. זהירות שבזהירות בחקירה ודרישה ובהערכת העדויות ושאר ההוכחות, ובמקרה של ספק יהנה הנאשם מן הספק, כי כל אדם בחזקת כשרות. אבל מצד שני מיעוט של פורמליות, כדי שנאשם לא יצא זכאי דק הדות לאיזה פגם פורמלי, שאין לו, לאמיתו של דבר, שום שייכות לא לנאשם ולא למעשהו.

ד. סופיות הדין

ראה גם בשער זה, עמ' 293; וכן בעמ' 328.

1. זיכור נאשם הוא "מעשה בית דין", אך אם יש ספק בהרשעה אפשר לקיים דיון מחודש

בג"צ 224/73

הראל נ' השופט גלעדי ואח'

פ"ד כח(1) 337, 343-344

בבית המשפט העליון כשכתו כבית המשפט גבוה לצדק
לפני השופטים ויחקון, קיסטר, עציוני

אב, שכנו נהרג בזמן שירותו בצבא, עותר לבית המשפט הגבוה לצדק, בבקשת צו נגד החלטת שופט חוקר אזרחי, הרואה עצמו מגוע מחקירה בפרשה, לאחר ששופט חוקר צבאי החליט באותו ענין, והורה על הגשת כתבי אישום.

השופט קיסטר: מבינים אנו לנפשו של העותר ששכל את בנו ושמאמין הוא שהיה פה מעשה רצח והמוות אינו תוצאה של רשלנות בלבד, וכי היה דוצה שהאשם בכך יורשע בעבידה זו ולא בקלה ממנה. אכן, גם החברה שואפת לגלות את האשמים, להביאם לדין ולקבוע את חומדת אשמתם ולהענישם בהתאם לכך. אך יש צד שני למטבע, וזוהי דרישת הצדק, שלא יודשע אדם חף מפשע בשל טעות ולא ייענש אדם על מעשה שלא עשה. המשפט העברי גילה

שער רביעי: בתִּירֵין וסדריהם

זהירות מיוחדת בנושא זה ונוטה שלא להרשיע ולהעניש על־פי אומד הדעת, ואומר הרמב"ם בספר המצוות, במצוות לא תעשה, סימן רצ, המזהירה את הדיין שלא לחתוך הדין נגד הנאשם בדיני נפשות אף באומד דעת חזק: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים".

אמנם, במשפט המודרני אין מרחיקים לכת כפי שעשה זאת המשפט העברי, ובמקומות שעונש מוות נוהג בהם, אפשר לגזור גזר־דין של מיתה אף על־ידי עדות נסיבתית, אך הכלל המנחה הוא, וגם בישראל, שאם לא הוכחה האשמה מעבר לספק סביר, יזוכה הנאשם.

העותר עשה כל מה שיכול היה לעשות כדי להוציא לאור את האמת, אך ההכרעה בענין מה שהוכח אינה בידו אלא ביד הרשויות השיפוטיות; אחרי שהאשמים הורשעו במידה שהורשעו, אין עוד מקום לבקש לפתוח את ההליכים מחדש.

כאן כדאי להזכיר את הכללים הכאים, שהם כללים גדולים, המקובלים במשפט:

(א) אדם הוא בחזקת כשדות כל עוד לא הורשע, גם אם הועמד לדין.
(ב) זוכה אדם מן העבירה בה הואשם, או הורשע בעבירה קלה מזו שבה הואשם, הרי שבכפוף לזכות הערעור – אם זו קיימת – הרי זהו מעשה־בית־דין ואין להביאו שנית לדין בשל אותו מעשה, אלא אם כן ישנה הוראה מיוחדת בחוק המתירה זאת.

וכן הוא אף במשפט העברי:

תנו רבנן, מניין ליוצא מבית־דין חייב ואמר אחד יש לי ללמד עליו זכות, מניין שמחזירין אותו, תלמוד לומר "נקי אל תהרוג", ומניין ליוצא מבית־דין זכאי ואמר אחד יש לי ללמד עליו חובה, מניין שאין מחזירין אותו, תלמוד לומר "צדיק אל תהרוג". (סנהדרין לג ע"ב).

(ג) אם אין להאשימו מחדש בבית־משפט, אין מקום גם להאשימו ולהרשיעו בעקיפין על־ידי העמדתו בפני ועדת חקירה או שופט חוקר, אפילו לא יטילו עליו גופים אלה עונש ויסחפקו בקביעת אשמתו בלבד.

מן הראוי להוסיף, כי יש לצפות מן האזרח, אפילו היה הוא הנפגע עצמו או קרובו של הנפגע, שיכבד את מעשה־בית־הדין. כלל זה הוא עתיק יומין, ואזכיר את גישת המשפט העברי בנדון זה.

במסכת סנהדרין (ו, 1) אומרת המשנה, שלאחר גזר־דין של מוות ולאחר ביצועו "הקרובים באים ושואלים בשלום הדיינים ובשלום העדים, כלומד, שאין בלבנו עליכם כלום שדין אמת דנתם..." ופירש בעל "תפארת ישדאל": "דצה לומד כאומר, דק שלא אמרו כן בפירוש מפני כבוד המת וגם מוקשה עליהן מפני כבוד עצמן".

אם מקרובי אדם שהורשע בדין לאחר שכפר באשמתו אנו מצפים להתנהגות כזאת, על אחת כמה וכמה שיש לצפות לכך מקרובי הנרצח כאשר האדם שהואשם ברצח לא הורשע, ואפילו אם זוכה מחמת הספק בלבד. מן הטעמים הללו החלטנו לדחות את העתירה.

סדר הדין הפלילי

ע"פ 384/78

מדינת ישראל נ' משעלי

פ"ד לכ(3) 245, 250

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים שמגר, כץ-פורת, אלון

המדינה מערערת על קולת ענשו של המשיב, שהורשע בעבירות מרמה וגניבה. עבירות אלו
בוצעו בעת שהיה חלוי ועומד נגדו עונש של מאסר-על-תנאי.

השופט אלון: מן הראוי לציין שלפי המשפט העברי, אדם שיצא זכאי כדינו –
ובמשפט פלילי הכחוב מדבר – שוב אין חוזרין ומרשיעין אותו. וכה מסוכמת
הלכה זו בדברי הרמב"ם, על יסוד האמור במסכת סנהדרין לג ע"ב, וזו לשונו:
בית-דין שטעו בדיני נפשות וחייבו את הפטור וגמרו דינו לחובה, ונראה
להם הטעם שיסתרו בו את דינו כדי לזכותו – סותרין וחוזרין ודנין אותו,
אבל אם טעו ופטרו את המחוייב הריגה – אין סותרין את דינו ואין מחזירין
אותו" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק י, הלכה ט).

עקרון מרחיק לכת זה אינו קיים במשפט הפלילי אצלנו, שלפיו עלינו לדון,
אבל הרעיון הכללי הגלום בו מצא במידת מה את ביטויו בעקרון המקובל
עלינו שאל לו לבית-משפט היושב בערעור למצות את חומרת הדין במסגרת
ערעור המדינה על קולתו של העונש, ובעקרון הנוסף, שאף לפיו אנו נוהגים,
שאין בית-משפט של ערעור מתערב בשיקול-דעתו של בית-משפט קמא
בעניין גזר-הדין אלא במידה ששיקול-דעת זה הוא חריג ובלתי-סביר, עקרון
שלדעתי יש להקפיד עליו במיוחד כאשר בית-משפט שלערעור בא להחמיר
במידח העונש שהושת על הנאשם בבית-משפט קמא.

שער רביעי: בתי־דין וסדריהם

2. אין להחזיר דינו של נידון למוות הטוען שיש לו ללמד על עצמו זכות אלא אם כן יש ממש בדבריו

בג"צ 320/80

קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח'

פ"ד לה (3) 113, 125, 128–129

בכיתה־משפט העליון כשכתו כבית־משפט גבוה לצדק לפני הנשיא (לנדוי), מ"מ הנשיא (ח' כהן) והשופט י' כהן

העותרות הוגשו בשם העותרים שהם תושבי יהודה ושומרון, שגורשו ללבנון על־פי צו גירוש, שהוציא המשיב 2 מכוח תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בלא שניתן להם לפנות אל הוועדה המייעצת, לפי תקנה 112(8). אי־מתן ההודמנות למגורשים לפנות לוועדה נומק על־ידי המשיבים בכך ש"נוצר מצב אשר חייב את גרושם המידי בכדי למנוע הסלמה מסוכנת בהדרדרות המצב הכטחוני באזור". העותרות הן לכיטול צווי הגירוש ולמתן רשות למגורשים לשוב לבתיהם.

מ"מ הנשיא (ח' כהן): ביום 20.5.80 נתן בית־משפט זה צו־על־תנאי, ובו נדרשו המשיבים להראות טעם, על שום מה לא יבוטלו צווי הגירוש, שניתנו נגד ה"ה קוואסמה, מלחם ותמימי (להלן, למען הקיצור ולא למען הדיוק, העותרים), "מאחר ולא ניתנה להם הזדמנות נאותה להביא השגותיהם על צווי הגירוש, לעיון הוועדה האמורה בתקנה 112(8) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ולא הורשו להופיע לפני ועדה זו, בטרם בוצעו הגירושים".

... הטוען לזכות טיעון ובה לבית־משפט זה בעתירת סעד, אומר לו, גלה את טיעונך, שאתה טוען לו; והיה אם יתגלה, שאין בפיו טיעון, נמצאת זכותו ערטילאית גרידא; וכלל גדול הוא בבית־משפט זה, שאינו עושה צווים לתפארת החוק בלבד, כשאין להם תכלית מעשית של ממש. אבל אין זאת אומרת, שבית־משפט זה ישים עצמו ועדה או רשות אחרת, שלפניה ניתנה לעותר זכות הטיעון, ויבדוק טיעונו לגופו, אם טוב הוא אם רע: אם יש לו – או אם עשוי להיות לו – מה לטעון, זכותו היא להביא טיעונו לפני הוועדה או הרשות, שהוסמכו לשמרו, ולא רק לפני בית־משפט זה. ואולם מסכים אני, שהשאלה, אם יש או אין לו מה לטעון, אינה נחתכת אוטומאטית או מיכאנית, על־פי מה שהוא מוציא מפיו, שאם מוציא דבר כלשהו, ולו גם דבר של שטות, יוצא הוא ידי חובת הטיעון: על בית־משפט לומר, אם למוצא פיו טיעון ייקרא. משל למה הדבר דומה, לזכותו של הנידון למוות לומר גם לאחר שנגמר דינו, יש לי ללמד על עצמי זכות, ומשאמר כך אפילו ארבע וחמש פעמים, מחזירים דינו, "ובלבד שיש ממש בדבריו" (משנה סנהדרין ו, א). ומנין יכולים אנו לדעת, אם יש ממש בדבריו? מצרפים אליו בדרכו לבית הסקילה שני תלמידי חכמים ללכת עמו, והם המחליטים, אם יש או אין ממש בדבריו

סדר הדין הפלילי

– ומחזירים אותו אל לפני בית-הדין, דק אם הם מצאו בדבריו ממש (סנהדרין מג ע"א ודש"י, סנהדרין מג ע"א, ד"ה מעיקדא). הוא הדין לענין זכות הטיעון לפני דשות מינהלית: ביח-המשפט צריך לראות ממש, לפחות לכאורה, בטיעונו של העותר, כטרם יממש לו זכותו לטעון; ואין לצפות מבית-המשפט, שיממש זכות לטעון טענות סרק בעלמא, שעל פניהן אינן אלא עודכא פרח.

3. דיון מחודש בדינו של מי שהורשע בדין כדי לזכותו

ע"א 572/74, 573/74, 574/74

רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'

פ"ד כט(2) 57, 58, 64

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני מ"מ הנשיא (ווסמן), והשופטים ח' כהן, קיסטר

תביעותיו של המערער לפיצויים בסכום כולל של מיליון ל"י מאת המשיבים, כגין עדות שקר וקשירת קשר לעדות שקר, נמתקו על-הסף בבית-המשפט המחוזי. הערעורים נסבים על השאלה אם המשפט המקומי מכיר בעילה של עדות שקר שגומה למחן פסק-דין מוטעה אשר גרם נזק לתובע...

השופט קיסטר: מן הראוי להזכיר כאן גם את עקרון "דס יודיקטה" השולט במשפט המודרני שנועד לשים קץ להתדיינות, שאינו מקובל במשפט העברי, ועל-כל-פנים לא באותו ההיקף. במקרה של אדם שנירון למוות יכול הוא לבקש שיחזור וידונו בטענותיו, כפי שפוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין, פרק יג, הלכה א: "אמר יש לי ללמד על עצמי זכות... מחזירין אותו פעם ראשונה ושניה... בשלישית אם יש בו ממש מחזירין אותו אפילו כמה פעמים". ובדיני ממונות נפסק ברמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה ו ואילך ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כ, סעיף א, כשיש ראיות חדשות "סותר את הדין וחוזר הדין אף-על-פי שכבר נגמר הדין".

שער חמישי

ראיות

חוכן העניינים

פרק ראשון: כללי

1. "דין מרומה" – מהימנות כעלי הדין והראיות והשפעתן על פסיקת הדין
ע"א 646/78, חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עירית רמת-גן 361
2. ניתן להאמין למי ששיקר בעבר, אם נותן אמחלא משכנעת לשקריו
ע"א 70/60, מנשה נ' היועץ המשפטי לממשלה 362
3. אימון כדברי עבריין
ע"פ 39/66, כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה 364
4. עדות קטין מבחין בעניינים הנוגעים לעצמו אפוט ל/23/62, עובן המנוח רייכמן 364
5. שלית בית-דין שנפגע נאמן כשני עדים
ת"פ (י-ם) 5/48, היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר 364
6. חובת העד להישבע
ע"א 269/64, מרצפות פ' פ' בע"מ ואח' נ' אלפסי 365
ע"א (ת"א) 216/65, ארטן נ' 4 נגדים, שותפות רשומה 366
ת"א (ת"א) 276/46, גרשט נ' וילדנברג 361
בג"צ 172/78, בקר נ' השופט אילה ואח' 372
7. עדות עד אחד מחייבת שכועה
ע"א 88/49, רחן נ' ביאלי 381
8. "רשע" פסול לעדות
ע"א 41/75, נילי נ' שלומי 382
9. עד שנפסל כתוצאה מעדותו אינו נפסל אלא לאחר סיום העדות
ע"א 238/53, כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 383
10. חולה נפש פסול לעדות
ע"פ 774/78, 715/78, לוי נ' מדינת ישראל 385
11. עד שאין עדותו מידעה אישית, פסול
ע"פ 20/61, סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה 385
ע"פ 445/75, דקוסיאן נ' מדינת ישראל 385
12. אין לפסול עדויות הסותרות זו את זו בעניינים שאינם מהוחיים
ע"פ 106/53, סולימן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 387

שער חמישי: ראיות

13. יש להכדיל בין סתירה בעדות לגופו של דבר
לכין סתירה בעדות כרכרים צדדיים
389 ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה 389
14. אין עד יכול לתזור בו מעדות קודמת –
"כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד"
391 ע"א 238/53, כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 391
ע"פ 421/71, מימרן נ' מדינת ישראל 392
ע"פ 3/48, כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה 392
15. "עדות שאי אתה יכול להזימה" – כסיס לדרישת
סיוע בעכרות מין
393 ע"פ 207/62, סעריה נ' היועץ המשפטי לממשלה 393
16. ערכן של ראיות נסיכתיות
394 ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 394
ע"פ 90/81, גולדשטיין נ' מדינת ישראל 394
17. "עדי קיום" ו"עדי כירור"
394 ע"א 99/63, פלג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 394
18. "כדיקת" עדים
396 ת"פ (ב"ש) 540/85, מדינת ישראל נ' דדון 396
- פרק שני: ראיות בדין האזרחי**
- א. "הודאת בעל דין"**
1. הודאת בעל דין – גדרה וסוגיה
397 ע"א 26/51, קוטיק נ' וולפסון 397
2. "הודאת בעל דין כמאה עדים"
399 ע"א 168/55, קונראדס נ' האפטרופסים של צוואת לוי 399
ע"א 211/63, יחזקאל נ' קלפר ואח' 400
ע"א 88/57, רוזנברג נ' קרמר' ואח' 401
3. התנאים לחתולת הכלל "שתיקה כהודאה דמיא"
401 ע"א 488/69, 502/69, בית ינאי נ' הולנדר 401
4. האומר "לא לויתתי" דינו כאומר "לא פרעתי"
403 ע"א 505/64, אבו יונס ואח' נ' זכידאת ואח' 403
- ב. חזקת**
1. "אין אדם פרע תוכו חוץ זמנו"
404 ע"א 158/76, גרנד הוטל תיאודור הרצל נ' דקלו 404

חוכן העניינים

2. "שתיקה כהודאה דמיא"
405 ע"א 488/69, 502/69, בית ינאי נ' הולנדר 405
3. "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"
405 ע"א 384/61, מדינת ישראל נ' פסלר 405
4. "יד בעל השטר על התחונה"
407 ע"א 536/76, מזרחי נ' ידיד 407
5. "שטרך בידי מאי בעי" (חזקה שהאותו בשטר תובע כדין)
408 ע"א 57/71, בן שטרית נ' בן שטרית 408
6. חזקה שהחזתם על מסמך יודע את חוכנו ומחכוון לכתוב בו
408 ת"א (ב"ש) 364/75, שמעוני נ' מפעלי רכב אשרה בע"מ 408
7. חזקה שמי שיש לו ברירה, עושה דבר מותר ולא דבר אסור
409 ע"א 384/61, מדינת ישראל נ' פסלר 409
8. עדים החתומים על שטר, חזקה שביררו את כשרות
המתחייב בשטר
409 ע"א 250/70, שרעבי נ' סוברי 409
- ג. דרכי הוכחה
1. דרכי הוכחה כעניינים המצריכים מומחיות
410 ע"א 407/60, פלונית נ' אלמוני 410
2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"
411 ע"א 213/76, גילכרג נ' פאנוס 411
3. "מיגור" (הואיל)
411 ע"א 88/57, רחנכרג נ' קרמר' ואח' 411
- ד. שבועת בעל דין
1. אין גובין מן היחומים אלא בשבועה
413 ע"א 459/59, פינקלשטיין נ' פרושטייר ואח' 413
- ה. נטל ההוכחה
- 414
- פרק שלישי: ראיות בדין הפלילי
- א. הרשעה וזיכוי
1. הרשעה על פי ראיות נסיבתיות
415 ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מרינת ישראל 415
ע"פ 90/81, גולדשטיין נ' מדינת ישראל 423

שער חמישי: ראיות

2. אין להרשיע נאשם באומד הדעת אלא בהוכחות חותכות 423
בג"צ 224/73, הראל נ' השופט גלעדי ואח' 423
3. זיכוי נאשם שיש ספק באשמתו 424
ע"פ 112/69, חליחל נ' מדינת ישראל 424
ד"נ 30/75, קובי נ' מדינת ישראל 425
4. אין להרשיע נאשם על סמך הודאתו –
"אין ארם משים עצמו רשע" 425
ע"פ 290/59, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 425
ע"פ 242/63, קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה 426
ע"פ 532/71, בחמוצקי נ' מדינת ישראל 427
ע"פ 774/78, 715/78, לוי נ' מדינת ישראל 427
ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 428
ת"פ (ת"א) 683/79, מדינת ישראל נ' פרסמן ואח' 429
ע"פ 556/80, 614/80, עלי ואח' נ' מדינת ישראל 430
- ב. מידת ההוכחה 432
1. אין באיומים כדי לייחס למאיים מעשה עברה 432
ע"פ 19/50, דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה 432
2. אין באיומים משום הוכחה על החלטה לביצוע המעשה 433
ע"פ 97/68, טוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה 433
3. מידת ההוכחה הנדרשת כעברות של בעילות אסורות 434
ע"פ 209/76, כלילי נ' מדינת ישראל 434
4. בחירת כלי "אשר ימות בו" כראיה לכוונה לרצוח 434
ע"פ 288/78, איזמיר נ' מדינת ישראל 434
- ג. זיהוי 435
1. זיהוי אדם על ידי הכרת קולו 435
ע"פ 87/53, אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה 435
ע"פ 234/81, חרבון נ' מדינת ישראל 436
2. אין די בזיהוי אדם על פי סימנים בגופו ובכליו
ויש צורך בזיהוי פניו 436
ע"פ 19/50, דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה 436
3. בדיקת רם ובדיקת רקמות כאמצעי זיהוי 437
ע"א 548/78, שרון ואח' נ' לוי 437
4. דמיון קלסתר הפנים כראית סיוע בקביעת אבהות 437
ע"א 407/60, פלונית נ' אלמוני 437

פרק ראשון
כללי

1. "דין מרומה" – מהימנות בעלי הדין והראיות
והשפעתן על פסיקת הדין

ע"א 646/78

חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עיריית רמת-גן

פ"ד לג(3) 690, 697-698

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, שמגר, אשר

רשות הערעור בענין זה הוגבלה לשאלה אם היה על עורך-הדין שהחמנה כענין זה ככורך
"לשמש כורך מכריע או כורך שלישי".

השופט ח' כהן: כפי שהשופט המלומד ראה אל נכון, היה בנסיבות ובאותות שנחגלו במשפט זה כדי להטיל ספק חמור בנכונות הצהרתו של מנהל המערער. הצהרתו שלא ידע ולא הסכים שהבורר השלישי יתמנה לכורך מכריע אינה עולה בקנה אחד לא עם התנהגותו של הבורר ארליך מטעם המערער ולא עם התנהגותה של המערער עצמה, חוסר האימון אשר הצהרת המנהל נחקלה בו מצד השופט המלומד, נוכח פני הנסיבות והאותות הללו, ריו לשלול ממנה כל ערך הוכחתי.

אף לפי שיטת המשפט העברי, שלפחות בדיני נפשות אין בית-דין פוסק "כאומר הרעת אלא על פי עדים בראיה ברורה" (לשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כ, הלכה א), מוזהרים השופטים שלא לפסוק אף על-פי ראיה ברורה ובלתי נסתרת ולכאורה מחייבת, אם היא אינה מהימנה עליהם: "ומניין לריין שהוא יורע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצוארי העדים – תלמוד לומר, מדבר שקר תרחק" (רמב"ם, שם, פרק כד, הלכה ג). הוא הדין לשיטתנו ולזמננו שלנו: אין בית-משפט פוסק רבר שקר כיוודעין על-פי ראיה בשרה שלא נסתרה, ויתלה את הקולר על צוואר העד (או על צוואר עורך-הדין שנמנע מלחקרו). ומה בין שיטת חכמינו הקרמונים לבין

שער חמישי: ראיות

שיטתנו שלנו, שאנחנו יוצאים ידי חובתנו השיפוטית בדחיית הראיה ושלילת משקלה ההוכחתי, ואילו המה התלבטו במבוכת הדין החייב להכריע על-פי ראייה כשרה שיצאה מפי עדים כשרים ונמצאה מכוונת ובדוקה: לדעת הרמב"ם, אם היה לכו של הדיין נוקפו "שאיין דעתו סומכת על דברי העדים, אף על פי שאינו יכול לפסלם, או שדעתו נוטה שבעל-דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו... אסור לו לחתוך את הדין, אלא יסלק עצמו מדין זה, וידינו מי שלכו שלם בדבר" (שם): אך הרא"ש חלק עליו וכתב שיש ליתן ביד הנתבע מעין פסק-דין "שאיין לשום דיין להשתדל בדין זה", והוא כשהשקר נראה "כאומדנא דמוכח" (תשובות הרא"ש כלל סח, סימן כ, מובא גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ג); מה שאין כן כשנתבע הוא הרמאי, שאם נראה לדיין באומדנא דמוכח שהוא חייב, יפסוק לחובתו, כדי שלא יהא חוטא נשכר (תשובות הרא"ש כלל קז, סימן ו, מובא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ד). וה"אומדנא דמוכח" – אין בינה לבין נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט אלא הברל של ניסוח בלבד.

נסיבות הענין הזה ואותות האמת שנתגלו במשפט זה מוכיחות, והשופט המלומד דשאי היה לקברע, על אף חצהירו של מנהל המעדרת, שאמנם באה הסכמת המעדרת למינוי הבורד מוריץ כבורד מכריע – ובכך נסתם הגולל על כל טענוחיה של המעדרת בערעור זה.

2. ניתן להאמין למי ששיקר בעבר,
אם נותן אמתלא משכנעת לשקריו

ע"א 70/60

מנשה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1625, 1626, 1627

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ברנזון, ח' כהן

השופט ח' כהן: ערעור זה דינו להתקבל.

המערער ביקש בבית-המשפט המחוזי פסק-דין הצהרתי על אשד נולד בשנת 1905 ולא בשנת 1910. להוכחת טענתו הביא שלושה עדים: את עצמו, את אחיו יעקב יצחקוב ואת אחותו הגב' יפה מישראל. שלשתם אמנם העידו שהמערער נולד בשנת 1905 ולא בשנת 1910, ובנקודה זו לא עורערה עדותם

בחקירה ובררישה. אף-על-פי-כן רחה השופט המלומד את התביעה, ובפסק-דינו המצטיין בתכלית הקיצור נימק סירובו וזו לשונו:

אינני מתעלם מעדות של הגכ' יפה מישאל היחידה בין העדים שהושמעו לפני, שהייתי מוכן להאמין לכנות דבריה. עדות זו יכולה לשמש כסיוע לעדות אחרת, שהייתי מקבלה כעדות מהימנה. ברם, דא עקא, אינני מוכן לסמוך על דברי העד יעקב יצחקוב וגם לא על כנות דבריו של המבקש. לא שוכנעתי לשביעת-רצוני ואני רוחה איפוא את הבקשה.

השאלה היחידה העומדת לפנינו בערעור זה היא אם הביא המערער ראיות אשר היו מהימנות על בית-המשפט דלמטה ואשר יש בהן כדי להוכיח טענתו. העובדה שהשופט המלומד אינו מגלה טעמו על-שום-מה אינו מוכן להאמין לעדותו של פלוני ועל-שום-מה אינו מוכן לסמוך על עדותו של פלמוני – אין בה כדי להניענו שאנחנו נהרהר אחרי מידותיו; ואין עינינו רואות אלא אותן ראיות בלבד שהיו מהימנות על השופט המלומד. אלא בראותנו אותן ראיות, אין אנחנו קשורים במידותיו של השופט המלומד בדבר המשקל ההוכחתי שיש לייחס להן: השאלה אם יש בראייה פלונית כדי הוכחה מספקת אם לאו, היא שאלה משפטית, ובית-משפט לערעורים יעשה בה כבחוןך שלו.

... מוסף וטוען בא-כוח המשיב שמכל-מקום אין המערער ראוי לסעד המבוקש, מפני שחלים עליו "אות באות" דברי הנשיא (אולשן) (בע"א 282/59 בעמ' 1389) כי העובדה שהמערער שיקר – כפי שהודה ששיקר – כדי שיוכל ליתר קלות לעלות ארצה, "עשויה לעורר ספק שמא גם הפעם היה מוכן להיזקק לשקר כדי להמות מוסר ציבודי אחר". יכולני לתאר לעצמי שספק מעיז זה היה מקנן בלבו של השופט המלומד שעה שהסתייג מכנות המערער; ואמנם מסכים אני, עם כל הכבוד, שמן הדין הוא להחייס למבקשי תיקוני גיל, המשנים גילם לפי צורך המקום והשעה, בכל החשדנות הסבירה, ולא להעמיד אדם שטען אתמול לגיל אחד והטוען היום לגיל אחד, בחזקת דובר אמת. מאידך, ספקות וחשדות אלה אין כחם עמם אלא כל עוד לא הוכחה הטענה בראייה מהימנה: במקום חזקת הכשרות שאינה עומדת לו לטוען, חייבת לבוא ראייה מספיקה. והדברים אינם אמורים דק לגבי ראייה בלתי-תלויה: הם אמורים אף לגבי עדות המבקש עצמו, שכשבא בית-המשפט להכריע בדבר מהימנותו, הרי ספקות וחשדות אלה אינם חייבים להיות מכשול שבשום מקרה ואופן אין להתגבר עליו. אם לא מצינו כל רמז לכך בדיני הראיות של המשפט המקובל האנגלי – שלפיהם מסורה ההכרעה בדבר מהימנות העדים לחבר מושבעים או לשופט בערכאה הדאשונה, ואינה ניתנת לא להנמקה ולא לערעור – הרי מצינו דמוזים למכביר בדיני הראיות של המשפט העברי:

מעשה באשה אחת גדולה שהיתה גדולה בנוי, וקפצו עליה בני אדם לקרשה, ואמדה להם, מקודשת אני. לימים עמדה וקידשה את עצמה. אמרו לה חכמים, מה ראית לעשות כן? אמרה להם, בחחילה שבאו עלי אנשים שאינם מהוגנים, אמרתי – מקודשח אני; עכשיו שבאו עלי אנשים מהוגנים, עמדתי וקידשתי את עצמי. וזו הלכה העלה רב אחא, שר הבירה, לפני

שער חמישי: ראיות

חכמים באושא, ואמרו, אם נתנה אמתלא לדבריה – נאמנת (כתובות כב ע"א).

אף לענייננו כן: אם נותן הטוען טעם וסיבה, היא אמתלא, לדיבוריו הבלתי-נכונים שבעבר, והאמתלא היא טובה וראינו בה ממש (כלשון הרמב"ם, הלכות אישות, פרק ט, הלכה לא), כי אז יכול ויהא נאמן על טענתו כיום; ורק אם לא נתן אמתלא או לא ראינו בה ממש, נפגעת מהימנותו על-ידי דיבוריו הקודמים...

3. אימון בדברי עבריין

ע"פ 39/66

כלו נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ(2), 188, 191–192

הובא בשער הרביעי, בתי דין וסדריהם, עמ' 285.

4. עדות קטין מבחין בעניינים הנוגעים לעצמו

אפוט ל/23/62

עזבון המנוח רייכמן

פ"מ ל 252, 256–257

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 750.

5. שליח בית-דין שנפגע נאמן כשני עדים

ת"פ (י-ם) 5/48

היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר

המשפט תש"ט 28, 30

הובא בשער הרביעי, בתי דין וסדריהם, עמ' 305.

364

כללי

6. חובת העד להישבע

צ"א 269/64

מרצפות פ' פ' בע"מ ואח' נ' אלפסי

פ"ד ית(4) 63, 64-65

בכית"המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים יחקון, מני

בתביעת נזיקין שהוגשה נגד המערער ומעבידתו עמד המערער מס' 2 (מ' רונבליט) להעיד כעד הגנה. בעלותו על דוכן העדים הוא ביקש להעיד בהן צדק ולא בשבועה הואיל והוא יהודי ולא נשבע אף פעם; לכך התנגד המשיב ובית-המשפט המחוזי החליט לא לקבל את העדות של העד אלא אם חינתן בשבועה. המערערים עירערו.

השופט מני: בתביעת נזיקין שהוגשה נגדו ונגד מעבידתו, עמד המערער השני להעיד כעד הגנה. בעלותו על דוכן העדים הוא אמר:

אינני מוכן להישבע אלא אני רוצה למסור עדות בהן צדק. אני יהודי ולא נשבעתי אף פעם.

בא-כוחו, ביקש אז מבית-המשפט כי יתיר לעד למסור עדות בהן צדק. משהתנגד המשיב (החובע בבית-המשפט שלמטה) לבקשה זו, נתן בית-המשפט המחוזי את ההחלטה הבאה:

לא אקבל את העדות של העד אלא אם חינתן בשבועה.

הצדק בית-המשפט בהחלטתו זו?

תקנה 182(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, מורה לאמור: כל עד ייחקר בשבועה, זולת אם נוכח בית-המשפט שהשבועה היא בניגוד לעיקרי רתו של העד או שאינו רחי בכלל; בכל אחר מן המקרים האלה מותר לחקור את העד על יסוד הן צדק בלבד.

מתוך תקנה זו ברור, שהכלל הוא כי כל עד חייב ליתן שבועה. כאשר העד מתנגד למתן השבועה יש לברר את הנימוקים להתנגדותו, ואם נוכח בית-המשפט כי התנגדותו למתן השבועה באה מתוך כך שהשבועה נוגדת את עיקרי דתו, או מתוך כך שהעד אינו דתי בכלל, אזי יאפשר לעד לתח את עדותו על יסוד הצהרה בלבד. הפטור מהשבועה אינו יכול להינתן אלא אך ורק על סמך אחד משני הטעמים הנזכרים בתקנה.

מתוך החלטתו של בית-המשפט עולה ברורות כי הוא לא "נוכח" בקיומם של אחד מהטעמים הנ"ל, ונראה לי, כי אין לבוא עמו בטרוניה על כך.

כאמור, שני נימוקים ניתנו על-ידי המערער השני לאי-נכונותו להישבע: (א) כי הוא יהודי, (ב) כי הוא לא נשבע "אף פעם". לדעתי, אין באף אחד מהנימוקים הללו רבר המצדיק סטייה מהכלל היסודי שעל כל עד ליתן שבועה. עצם העובדה כי אדם מכריז על עצמו כי הינו יהודי, אינה אומרת עור כי

שער חמישי: ראיות

השבועה עומדת "בניגוד לעיקרי דתו", וראיה לכך, שבתורה גופה אנו מוצאים פסוקים רבים המזכירים ואף מחייבים ענין השבועה באלהים. אוכיר להלן אחדים מאלה:

1. ככראשית בא, כג, אומר אכימלך מלך גרר לאכרהם: "ועתה השבעה לי כאלהים הנה אס-תשקר לי ולניני ולנכדי. כחסד אשר עשיתי עמך תעשה עמדי ועם-הארץ אשר גרתה כה" ועל כך אומר אכרהם לאכימלך, בפסוק כד: "אנכי אשבע".
2. ככדאשית כד, ג, אומר אבדהם אל עבדו זקן ביתו: "ואשביעך כה' אלוהי השמים ואלוהי הארץ אשר לא תקח אשה לבני מבנות הכנעני אשר אנכי יושב בקרכו". וכפסוק ט אנו קוראים: "וישם העבד את ידו תחת ירך אברהם אדניו וישבע לו על הדבר הזה".
3. כשמות ככ, ט-י, נאמר: "כי יתן איש אל רעהו חמור או שוד או שה וכל כהמה לשמוד ומת או נשכר או נשבה אין רואה: שבעת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם".
4. כויקרא יט, יב, נאמר: "ולא השבעו בשמי לשקר וחללת את שם אלהיך אני ה'".

ע"א (ת"א) 216/65

ארטן נ' 4 נגרים, שותפות רשומה

פ"מ 1 352, 354-360

בכית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט לס: בפני ערעור ברשות על החלטת כיהמ"ש השלום שניתנה מפי כב' השופט גלעדי לפיה נפסק כי ליאו ארטן, המערער, חייב להשבע כדי שעדותו תשמע וכי אין שבועה אלא שבועה באלוקים. המערער נקרא ע"י בא-כוחו להעיד, בתביעה שהוגשה ע"י שותפות הנגרים נגדו.

השופט המלומד שרן כתביעה סרב להרשות את העדות מאחר שסבר כי הדעה אשר הובאה בע"א 269/64 פד"י יח(4), עמ' 63 מונעת בעדו לשמוע עדות מפי אדם יהודי המסרב להשבע.

עו"ד שינכויים המופיע בשם המערער תוקף את החלטת השופט בעדכאה ראשונה ואומר כי הע"א הנ"ל אינו מהוה הלכה פסוקה. מדובר כאן, אומר הוא, בדיני ישראל החלים על ענין שאינו קשור עם מעמד אישי ואין לדינים אלה חכונה שכחוק חרות מקומי.

דיני ישראל, טוען ב"כ המערער, הינם דבר המהווה ענין שבעובדה ואין איפוא ללמוד מדעה אשר הובאה בענין אחר, כיצד לנהוג במקרה שלפנינו. כן סבור הוא שדיני ישראל הרי הם כחוק זר וכפי שהוחלט ב-Lazard Bros. v. Ottoman Bank of Nicosia v. Midland Bank (1933) A.C. 289

כללי

Chakarian (1937) A.E.L.R., כרך 4, עמ' 581, הרי אין בקביעותיו של ביהמ"ש העליון, בדבר מהותו ופרושו של חוק זה, דבר המחייב את כתיב המשפט האחרים.

אינני מוכן לראות בדיני ישראל חוק זה, כי לא יתכן ששופט יהודי יצטרך לשמוע מומחים כדי שיווכח מה מחייבים דיני ישראל. על כן מסכים אנוכי עם עו"ד ויגל באשר לטענתו שאין לראות את דיני ישראל במדינת ישראל כחוק זה שיש להוכיחו כאילו היה זה חוק זה המחייב תושבי מדינה זרה. אולם יחד עם זאת נראה לי כי צודק עו"ד שינכרים כאמרו שאין לראות כדעה אשר הביעה הערכאה העליונה הלכה פסוקה כאשר מדובר על אודות דיני ישראל, במקרים שהמחוקק אינו קובע בשפה שאינה משתמעת לשתי פנים שעל עניינים מסוימים יחולו דיני ישראל, כפי שעשה זאת בענייני המעמד האישי ביחס ליהודים.

על כן נראה לי שלא היה מקום לומר בהחלטה שמערערים עליה, כי הדעה שהובעה ע"י כב' השופט מני בע"א 269/64 הנ"ל מנעה בעד השופט לשמוע את העדות ללא שבוועה, מה עוד שבע"א הנ"ל אמר העד "אני יהודי ולא נשבעתי אף פעם" ואילו במקרה הנדון לפנינו לא הסתפק העד בכך אלא הדגיש שהוא דתי ולא נשבע מעולם. אין כל מקום להניח שאמד את אשר אמר שלא בתום לב.

באשר לשאלה גופא, האם השבעת עד באלוקים, בהתאם לחק' 182(א) לחק' סדר הדין האזרחי תשכ"ג-1963, נוגדת את עיקרי דתו של העד, במקרה זה המערערי שבפני, נראה לי כי לא אוכל לתמוך את יתדותי בדברים אשר נאמרו בע"א הנ"ל.

כב' השופט מני מצטט חמישה מקורות מהתורה שבכתב שמהם הוא למד כי אין בדיני ישראל כל דבר המונע בעד יהודי להשבע באלוקים.

ב"כ המערער שבפני טוען, ונראה לי כי הצדק אחרו, כי לא יתכן שדיני ישראל יקבעו על סמך התורה שבכתב בלבד וכדי לתמוך את טענתו הוא מדגיש את דבריו במשל: עובד במסעדה שהתנה באופן מפורש שכשרות המסעדה בה הוא עובד תהיה תנאי מתנאי עבודתו, החפטר מפני שהמסעדה הפכה להיות בלתי כשרה והוא חובע פיצויי פטורין. בהניחנו שעובדה זו היא אמנם הרעת תנאי עבודתו, האם יוכל המעביד להשתחרר מתשלום פיצויים כאשר יוכיח שהאוכל המוגש במסעדתו הוא כשר לפי התורה שבכתב? הרי לפי התורה שבכתב אין אסור שהבשר יחבשל בחלב כל זמן שלא נחבשל גדי בחלב אמו, מה עוד שהתורה שבכתב מספרת לנו שאפילו אברהם אבינו סיפק לשלושת האנשים שניצבו עליו חמאה וחלב וכן בקד רך וטוב גם יחד. (בראשית יח, ז-ח):

בדי כי ביהמ"ש לא יוכל להתעלם מכל מערכת הדינים בקשר לשאלת בשר וחלב אשר הובאו בתלמוד ובפוסקים הראשונים והאחרונים, מערכת דינים שלפיה נהגו היהודים במשך הדורות.

נדאה לי איפוא, כי אין לי ברירה אלא לעבור על הדעות אשר הובעו במשך

שער חמישי: ראיות

הדרורות ע"י חכמינו ז"ל וארשה לי לצטט כמה דברים אשר נראים לי חשובים בענין הנדון.

עו"ד רגל, ב"כ המשיב הפנה את תשומת לבי למקורות הבאים:
א. הרמב"ם בספרו משנה תורה (הלכות שבועות, פרק יא, הלכה א) פוסק: "כשם ששבועת שווא ושקר בלא תעשה, כן מצוות עשה שישבע, מי שנתחייב בשבועה כבי"ד, כשם שנאמר ובשמו תשבע זו מצוות תעשה וכו'" וכן מתאר הרמב"ם את צורת השבועה (שם, הלכות ח-ט).

הנשבע אוהו ספר תורה בזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכנוי בשבועה או באלה מפיו. וכן: כיצד מפיו? כגון שיאמר: הריני נשבע בה' אלקי ישראל או במי ששמו חנון או במי ששמו רחום שאיני חייב לזה כלום.

ב. באשר לאסמכתאות של התקופה שלאחר תקופת הרמב"ם הופנית לספרו של ד"ר מ' אלון "חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי" (הוצאת מגנס 1964) שם מופיע חאור של שבועות בפני ארון הקודש הפתוח. כדי להבהיר את עמדת הרמב"ם הנ"ל, חשוב להביא את דבריו של הרמב"ם בספר המצוות (מצוות עשה, מצווה ז), שם אומר הרמב"ם:

אמרה תורה השבע בשמו ואמרה תורה אל תשבע. רוצה לומר כמו שהשבועה אשר אין צורך אליה מזהיר ממנה והיא מצוות לא תעשה כן השבועה בעת הצורך מצוה בה והיא מצוות עשה.

מרבועו אלו של הרמב"ם עולה שרק שבועה בעת הצורך היא מצוות עשה ואילו שבועה אשר אין צורך אליה לפי ההלכה היהודית היא מצוות לא תעשה, וצוה לומר, עבירה. אין לנו להתעלם מרברי הרמב"ם בהשגותיו על דברי הרמב"ם בספר המצוות (שם) שבוודאי מסכים עם הרמב"ם ששבועה שאין צורך בה היא עבירה, אלא שהוא מרחיק לכת מן הרמב"ם וחולק על דברי הרמב"ם ששבועה בעת הצורך היא מצוות עשה ואלו דבריו: "והמתבאר מזה שאין השבועה בשמו בעת הצורך חובה ומצוות עשה, אבל דשות היא בדינו עם תנאים רבים".

עו"ד שינברס ב"כ המערער הפנה את תשומת לבי למקורות ההלכה הבאים בהקדימו שהבעיה אינה אם ככלל עקרונות הדת מתנגדים לכל שבועה בכל מקרה ובכל ענין, אלא אם השבועה הספציפית אשר על העד להשבע באותו מקרה תואמת את עקרונות דתו או לא.

א. מרדש תנחומא (נתחבר ע"י אמורא ארצישראלית במאה הרביעית), לספר במדבר, פרשת מטות, א (הוצאת כובר):

אמר להם הקב"ה לישראל לא תהיו סבורים שמתור לכם להשבע בשמי, אפילו באמת אין אתם רשאים להשבע בשמי אלא אם יהיה כך כל מרות אלו "את ה' אלוקיך תירא" – שתהא כשלושה אלו שנקראו יראי אלוקים אברהם איוב ויוסף הווי את ה' אלוקיך תירא, ו"אותו תעבוד" – אם אתה מפנה עצמך לתורה ולעשות מצוות ואין לך עבודה אחרת לכך נאמר ואותו תעבוד, "ובו תרבק" – וכי יכול אדם לירבק בשכינה אלא כל המשיא בתו לתלמיד חכם שקורא ושונה והעושה לו פרקמטיא והמהנה מנכסיו, עליו נאמר ובו

כללי

- תרכב. אם יש בכך כל הללו אתה יכול להשבע ואם לאו אין אתה רשאי להשבע.
- ב. במדרש ויקרא רבה ו, ג (נחלקו הדעות לגבי מחברו וזמן חיבורו אך דאי שהוא מדרש קדום): "המשביע את חברו לשקר שיצא ריקם מכל ממונו ר' אסי אמר על שקר ר' יונה אמר אפילו על אמת".
- ג. כ"חובת הלככות", שער אהבה, פרק ו (לר' בחיי אבן פקודה – המאה האחת-עשרה): "והוא חייב להזהר מכל מה שיביאנו להשבע בשם הכורא יתברך לקיים את האמת ולבטל את השקר ומכל שכן לקיים את השקר ולבטל את האמת".
- ד. מדרש עשרת הדברות המיוחס לר' אשר בן משולם מלוגיל (נפטר 1210) נדפס מכת"י שנמצא בוותיקן ויצא לראשונה בדפוס בפרדה בשנת שי"ד. ברבור השלישי (מהר" ילינק, חדר ראשון, עמ' 72): "אי לכך אפילו באמת אין אדם רשאי להשבע... וכל המחלל שמו של הקב"ה ונשבע לשקר או אפילו באמת טופו שהקב"ה מגלה רשעו וענשו לכל אדם, אי לו בעולם הזה ואי לו בעולם הבא".
- ע. ר"ד שינבורם מצביע על כך שדעה זו נחקלה כהלכה מחייבת.
- ה. בטור, אורח חיים (לר' יעקב בן אשר, 1260–1343) סימן קנו: "מאר מאר יזהר אדם בענין השבועה שהרבה הפליגו רבתינו בענין שבועת שקר ואפילו לישבע באמת כמו שאמרו אלף עיירות היו לו לינאי המלך וכולם נחרבו מחמת שבועת אמת".
- ו. וכן בשולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנו, סעיף א (לר' יוסף קארו, 1488–1575): "ויזהר מלישבע אפילו באמת שאלף עיירות היו לו לינאי וכו'". בנוסף על המקורות הנ"ל מצטט עו"ד שינבורם ממקורות נוספים המצביעים על כך שביטלו את השבועה לפי שעונשה גרול אפילו באותם מקרים שארם חייב שבועה כבי"ד.
- ז. בטור, חושן משפט (ר' יעקב בן אשר הנ"ל), סימן פז, סעיף לה: "וכתב רש"י, בדרותינו ביטלו שבועה לפי שעונשה גרול ותיקנו לגזור עליו ארור... וכן כתב הרמ"ה מכי אתו רבנן בחראי דבחר תלמודא נהוג לאישתבועי בגזירה" (משבאו רבנים שלאחר התלמוד נהוג להשבע בגזירה).
- ח. וכן בשולחן ערוך (לר' יוסף קארו הנ"ל), סימן פז, סעיף יט. ב"כ המערער מעיר שאמנם בעל השולחן ערוך מביא הלכה זו בשם יש אומרים אבל מאחר ואין הוא מביא דעה החולקת על יש אומרים אלו קובעים כללי הפוסקים שזוהי ההלכה הפסוקה, וזו לשונו:
- ויש אומרים שברורות האחרונים ביטלו שבועה בשם לפי שעונשה גרול ונהגו להשבע בארור.
- ט. ב"כ המערער מצטט מקור נוסף המתאר את טקס השבועה ומפרט את נוסח האיום על העד והמכנה בשם רשעים את בעלי הרין שאינם מסתפקים באיום ודורשים שבועה ממש וזה לשונו: "אמר הריני נשבע, וחבירו תובע (שישבע) העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל האלהי הרשעים האלה".

שער חמישי: ראיות

בנוסף לאסמכתאות שצוטטו לפנינו מפי ב"כ המערער ומפי ב"כ המשיב יש להצביע על מקורות נוספים שאינם עולים בקנה אחד זה את זה.

א. הגמרא במסכת גיטין לה ע"א:

אמר רב כהנא ואמרי לה אמר רב יהודה אמר רב מעשה באדם אחד בשני בצורת שהפקיד דינר זהב אצל אלמנה והיניחתי בכד של קמח ואפאתו בפת ונתנתו לעני. לימים בא בעל הדינר ואמר לה הכי לי דינרי. אמרה ליה הנה סם המות באחד מבניה של אותה אשה אם נהניתי מדינרך כלום. לא היו ימים מועטים עד שמת אחד מבניה. וכששמעו חכמים בדבר אמרו: מה מי ב. החתם סופר בתשובותיו (ר' משה סופר 1763–1840), חושן משפט, תשובה קסב:

ויותר רע מזה שביקש שהעדים ישבעו, שהוא באמת מנמוסי המדינה וחוק המלכות שעדים צריכים שבועה ולא ידע זה שבדת תורתנו הקדושה נהפוך הוא.

וכן שם בתשובה רז:

והשבתי לו, עדים אינם צריכים שבועה בדין ישראל.

ג. הרב בן ציון מאיר חי עחיאל זצ"ל במשפטי עזריאל (חלק חושן משפט, סימן יג, סעיף ב):

ומכל שכן שאין משביעים אותם שיעידו אמת הואיל ושבועה זו היא שבועת שוא ואסור להשביעם מפיהם עצמם, ואם חבט משהוא אין שומעין לו וזהו הטעם שלא נזכר בהלכות עדות שבתורת ישראל השבעת העדים על ידיעתם בעצם העדות או על אמיתת ערוותם.

ד. דעה קצת שונה מביע הרשב"ץ (ר' שמעון כרצמת, 1361–1444) בתשובותיו, עניין טו, חלק שלישי:

רצית לעמוד על דעתי במה שנהגו כארצות ארום להשביע העדים אם לזה שורש דבר בשום מקום... וגם אני מעיד כמותך כי הרב ר' יצחק בר ששת (הריב"ש) ז"ל היה נוהג כן במקום הזה. ואמרו לי ג"כ שעל עדות שנמסרה בכרצלונה היה אומר הרב ר' נסים ז"ל אני רוצה שבועה בעדות זו...

ובהמשך באותו ענין:

נראה שאף על פי שאין חייבין להשבע, כשנשבעין להעיד אמת אינה שבועה שאינה צריכה... מכל מקום אף לפי זה אין כאן חיוב לעדים להשבע וכל מה שיכולים אנו לומר בזה שהיא רשות ואין בה אסור הזכרת שם שמים שלא לצורך. עור אני מוסיף לומר שיכולים בי"ד לחייבם להשבע אם רואים הרור מקילים בעדות שקר. מכל מקום אם אנו רואים הדור מקילים ודורשים היתר לעצמם שעדות שאין בה שבועה אין בה אסור אנו חייבים לדון עפ"י טעותם... ואני אין אני משביע העדים אלא א"כ טען הנתבע ושחק העד כי הגדולים בארץ הזאת קשה להם כמנהג האומה הזאת. ובארץ ארום נהגו להשביע כמנהג האומה ההיא, לא שמוותר ללכת בחוקותיהם אלא לפי מחשבת העדים שגדלו על מנהגם ולא ראיתי בזה דבר לאחד מהראשונים

כללי

ז"ל, אבל מצאתי לרבינו האי גאון ז"ל... ולענין עיקר הדבר נראה שעדים שצריכין שבועה נפק' להו מתורת עדות... מכל המקורות שצוטטו לעיל עולה המסקנה שאין לקבוע מסמרות. מחד ישנן דעות שאין מניעה אשר תמנע בעד יהודי להשבע – ואפילו בעד בתנאים מסוימים, ומאידך ישנן דעות שיש מניעה המונעת בעד יהודי להשבע אפילו על האמת.

תהא אשר תהא ההלכה, עובדה היא שיהודים יראי שמים נזהרו מלהשבע שבועת אמת ואפילו במקום שהדבר גרם להם הפסד ממון וזאת כבר כימים קדומים כמוכח מן המשנה (בבא מציעא ג, א).

המפקיד אצלו חבירו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה להשבע – שהרי אמרו שומד חנם נשבע ויוצא – : נמצא הגנב משלם תשלומי כפל.

הנפקד סרב להשבע במקרה זה אפילו על האמת והראיה לכך עולה מן הסיפא בה נאמר "נמצא הגנב", מכאן שלנפקד היה ברור שהוא לא הגנב וככל זאת סרב להשבע ש"לא שלח ידו במלאכת רעהו" אפילו על האמת. ראיה נוספת לכך נובעת מן העובדה שבחקופת הגמרא חייבו את הנפקד בשבועה, מכוח תקנת חכמי הגמרא, וזאת על אף ששילם. הצורך בשבועה זו נבע מן העובדה שתששו באותו הזמן שמא יערים הנפקד על בית הדין, יהיה מוכן, מנמוקיו שלו, לשלם עבור הפקדון שלמעשה נשאר אצלו אם כי יטען שהפקדון נגנב, לפיכך תיכוחו בשבועת היסת לפיה נשבע שהפקדון אינו ברשותו. אם אמנם חשש הנפקד להשבע לשקר בלבד, מה הועיל לו התשלום הרי ממילא נאלץ היה להשבע שבועת היסת שהפקדון אינו ברשותו (שבועה מכוח תקנת חכמי הגמרא דלעיל) ולמה ישבע לשקר וגם יפסיד את ממונו? מכאן שהנפקד הסכים לשלם ובלבד שלא להישבע שבועת התורה התמורה ואפילו על האמת אם כי נאלץ להשבע שבועה קלה יוחר שתוכנה הוא שהפקדון לא ברשותו, כפי שתיקנו חכמי הגמרא בזמנם, מאחר ותששו לרמאים.

דאח בענין השבועה מאמרו של ד"ר י' אנגלרד "שבועה של עד – חיוב מן התורה?" ב"הפרקליט" כרך כא תוכ' ד עמ' 435. נראה איפוא כי על ביהמ"ש להשאיר את ההכרעה בידי העד, היהודי הרחי, בהתאם להכרתו הרחית ואם זה מסרב להשבע בתום לב ובכנות חוץ הכרה ודעה שעקרונות דחו מונעים בעדר מלהשבע את השבועה שביח המשפט רוצה להטיל עליו הדי ששל ביהמ"ש לא לסרב לשמוע את העדות גם לפי תקנות הדין אשר היו בתוקפן בזמן שהותלט בערכאה ראשונה לא לשמוע את המערער ללא שבועה.

ת"א (ת"א) 276/46

גרשט נ' וילדנברג

המשפט חש"ט 15, 16-17

הובא בשער השנים־עשר, פרשנות, עמ' 907.

שער תמישי: ראיות

בג"צ 172/78

בקר נ' השופט אילת ואח'

פ"ד לב(3) 370, 378-386

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אשר, אלון, בכור

בעתירתו מבקש העותר, שהוא אגנוסטיקן, הצהרה כי רשאי הוא, מטעמים של מצפון, למסור
עדות בהצהרת הן צדק.

השופט אלון: שתיים הן השאלות שנשאלנו עליהן, ושתייהן נובעות הן
מפירושו של סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, אשר זו
לשונו:

בית-המשפט יזהיר את העד לפני גביית עדותו כי עליו להעיד אמת, שאם לא
כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק; העד יישבע להעיד אמת, אולם רשאי
הוא, משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא
להצהיר בהן צדק, זולת אם היה בית-המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו
שלא בתום-לב.

והשאלות העולות מהאמור בסעיף הנ"ל המה אלה:
א. האם עד משהעיד על עצמו שאגנוסטיקן הוא, רשאי, משהודיע שהוא
עושה כן מטעמי מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק.
ב. מהי המידה ומהו השיעור של שכנוע הדרושים ברי שבית-המשפט יבוא
לכלל מסקנה שטעמי העד ניתנו שלא בתום-לב.

... נראה לי שלא רק בא-כוחו המלומד של העותר בחיפושיו אחר מקורו של
סעיף 154 הנ"ל, ומחוך כך גם בא לכלל טעות שיש לפרשו מתוך השוואה ועל
הרקע של המצב המשפטי שהיה קיים קודם לכן. ואם כי מסקנתי היא כמסקנת
בא-כוח העותר, שלפי סעיף 154 האמור רשאי אגנוסטיקן, והעותר בכלל זה,
לתת עדותו בהצהרה בהן צדק בלבד ואין לחייבו להישבע, הרי הדרך שבה יש
להגיע למסקנה זו שונה היא מזו שהלך בה בא-כוח העותר. אסביר פשרו של
דבר.

... וקיים עוד הבדל גדול בין סעיף 34 (1) לבין סעיף 154, והוא – כל כולה
של אזהרת העד, שלית מאן דכר שמה בסעיף 34 (1), ומכנהת היא פאר בראשו
של סעיף 154. והשאלה העולה מאליה, שחייבים אנו לשאול אותה ושחייבים
אנו למצוא את התשובה עליה, היא: מהיכן שאב המחוקק הוראה זו בדבר
אזהרת העד, שמעמיד הוא אותה בראש סעיפו? אין להוראה זו אח ורע לא
בחוק האנגלי ולא בחוקיה של ארצות-הברית, שבא-כוחו המלומד של העותר
בה הדבה לצטט מהם לפנינו, אך מצויה היא במעדכת משפטית הקרובה אלינו
מאוד, הלוא היא המשפט העברי. בכך מתוך כך בלבד בדור הוא שעלינו לפנות
למקורותיו של המשפט העברי, אם חפצים אנו להבין אל נכון ומגמתו של

סעיף 154 שלפנינו. אך אין כל צורך בהוכחה זו בדבר מקורו של הסעיף, עם כל מירת השכנוע שבה. הדברים נאמרו בצורה גלויה ומפורשת, בהצעת חוק הראיות שפורסמה מטעם משרד המשפטים בחודש כסלו תשי"ג – רצמבר 1952, וכן ניתן להקיש על כך, ושוב בצורה גלויה ומפורשת, מרברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת העדות, תשט"ז–1955.

אך בטרם נעיין בהצעות חוק אלה, שומה עלינו, מאתר שמקורו של סעיף 154 האמור, בעיקרו, במערכת המשפט העברי, לעיין – ולו בראשי פרקים בלבד – בסוגיה זו כפי שמצויה היא במשפט העברי.

11. מתן עדות שקר הריהו אחר האיטורים החמורים במשפט העברי, ואיטורו מצוי הוא בעשרת הדברות גופם: "לא תענה ברעך עד שקר" (שמות כ, יג: והשווה עשרת הדברות שבדברים ה, יז: "ולא תענה ברעך עד שוא"). ומתוך כך קבע המשפט העברי, שאין כל טעם וכל הגיון להשביע את העד, בטרם מוסר הוא את ערותו, שיעיד אמת, שהרי כבר "מושבע ועומד הוא מהר סיני" שלא לענות ברעהו עד שקר. לפי המשפט העברי, עד החשוד לעבור על הדיבור של "לא תענה ברעך עד שקר", חשוד הוא באותה מידה שיעבור על הלאו "לא תשא את שם ה' אלקיך לשוא", שאף הוא מצוי בעשרת הדברות (שמות כ, ז; רברים ה, יא), ומה טעם ומה תועלת יש בהשבעתו. ולא זו בלבד שהשבעת העד אין בה כדי להבטיח שיעיד אמת, אלא שייחכן וגם אסור להשביעו, שמאחד שמושבע ועומד הוא מהר סיני להעיד אמת, אין להוסיף ולהישבע על כך, כי יש כאן משום הזכרת שם שמיים לבטלה (רבר אחרון זה שנוי הוא במחלוקת, ולא כאן המקום להאריך; וראה עוד להלן).

למען מנוע אי־בהירות נציין מיד, כי ההלכה מכידה גם מכירה במוסר השבועה, אך בתחום המשפט שבהלכה משמשת השבועה, בעיקר, כאחת מרדכי הראיות, שעלידה מוכיח הטוען את נכונות טענותיו (דאה מנחם אלון המשפט העברי, חלק ב, עמ' 504 ואילך). כן קיים במשפט העברי מושג משפטי ושמו "שבועת העדות", אך אין לו למוסד זה ולעניין השבעת עדים כדי לאמת עדותם ולא כלום; המושג "שבועת העדות" פירושו שארם משביע את פלתי, שכירו מידע על עניין מסויים העומד לבירור בבית־המשפט, שיופיע לפני בית־המשפט כדי למסור עדות ולא ישתמט מלהעיד: "שבועת העדות כיצד? העדים שידעו עדות ממון, וחבעם בעל העדות להעיד לו, וכפרו בעדותן ולא העירו ונשבעו שאינן יודעין לו עדות זו – היא נקראת שבועת העדות" (דמב"ם, הלכות שבועות, פרק א, הלכה יב: ודאה שם, פרק ט ואילך; מסכת שבועות ל ע"א ואילך). אבל המשפט העברי, במקורו, מעולם לא הכיר ומעולם לא דרש מעד העומר להעיד שיישבע כדי לאמת את העדות שהוא עומד לתת. יתר־על־כן; מצויה אף דעה שעדים "אין נאמנים לאחר שנשבעו, משום דרחמנא (=הקב"ה, החורה), אמר (רברים יט, טו): על פי שנים עדים יקום דבר, דמשמע הנאמנים בריבוד בלבד, אבל עדים הטעונים לישיבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בערוחם" (תוספות, קידושין מג ע"ב, ד"ה והשתא דתקון דבנן, בשם ר"י, וכך הסיק בשו"ת חתם סופר, חלק חושן משפט, סימן

שער חמישי: ראיות

קסב; וראה עוד: משפטי עוזיאל, להרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, חלק ג, חושן משפט, סימן יג).

12. גם המשפט העברי ידע שמן הראוי ומן הנכון להעמיד את העד על כך, בטרם ימסור עדותו, שעליו להעיד דברי אמת, וכדי להשיג מטרה זו קבע שעובר למסירת העדות היו "מאיימין על העדים", היינו, מזהירים אותם על הצורך להעיד אמת, על האיסור החמור שבמתן עדות שקר ועל העונש הצפוי על כך. אזהרה זו שונה היתה בעדות בעניין שבדיני ממונות מעדות בעניין דיני נפשות, הכל לפי חומרת העניין, ועל ניסוחה מצוי דיון מפורט במשנה ובתלמוד (סנהדרין כט ע"א; שם לו ע"א). לענייננו די לנו כפי שהדברים נוסחו וסוכמו על-ידי הרמב"ם; ואלה דבריו:

מאיימין אף על עדי ממון. וכיצד מאיימין עליהם? מאיימין עליהם בפני הכל (= בפני כל הנמצאים אותה שעה בבית-דין, והטעם כדי שיתבייש ולא יעיד שקר – רדב"ז, על הרמב"ם, שם), ומודיעין אותם כוח עדות שקר, ובושת המעיד בה בעולם הזה ובעולם הבא (רמב"ם, הלכות עדות, פרק יז, הלכה ב). ובשולחן ערוך, מוסיף רבי יוסף קארו על הנוסח האמור את המלים "ושואו בזוי בעיני שוכריו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ז, על-פי סנהדרין, בטי, ע"א).

וזהי האזהרה שהושמעה באזני העדים בעניין שבדיני ממונות, ובעניין שבדיני נפשות, שיש ובעדותו של העד תלוי גורלו של הנאשם, היה נוסח האזהרה לאמור:

וכיצד מאיימין על עסקי נפשות? אומרים להם: שמא תאמרו מאומד ומשמועה, עד מפי עד, מפי אדם נאמן שמעתם? או שמא אין אתם יודעים שסופנו לבדוק אתכם בדרישה וחקירה?

הו יודעים שלא כדיני ממונות דיני נפשות: דיני ממונות – אדם נותן ממונו ומתבפר לו; דיני נפשות – דמו ודם זרעו תלויין בו עד סוף כל העולם, שהרי בקין נאמר: קול דמי אחיך צועקים (בראשית ד, י) – דמו ודם זרעו. לפיכך נברא אדם יחיד בעולם ללמד: שכל המאבד נפש אחת מן העולם – מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת מן העולם – מעלין עליו כאלו קיים עולם מלא. הרי כל באי עולם בצורת אדם הדאשון הם נבראים ואין פני כל אחד מהם דומין לפני חברו. לפיכך כל אחד ואחד יכול לומר: בשבילי נברא העולם.

שמא תאמרו: מה לנו ולצרה זו? הלא כבר נאמר: והוא עד או ראה או ידע (ויקרא ה, א; והפסוק מסיים: אם לא יגיד – ונשא עונו); או שמא תאמרו מה לנו לחוב בדמו של זה? והלא כבר נאמר: ובאבד רשעים דנה (משלי יא, י). (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יב, הלכה ג).

סיבומו של דבר. עד הבא להעיד אין משביעין אותו שידבר אמת, שהרי הוא מושבע ועומד על כך – לא תענה ברעך עד שקר. ובמקום השבועה היו מזהירין אותו באזהרה שתכנה הכללי הוא להעמידו על מהותה של עדות, שהיא דבר

שהוא בידעתו האישית של העד ולא מפי השמועה, על תומרת האיסור שבעדות שקד ועל העונש הצפוי למי שמוסר עדות שקר.

13. בטרם נמשיך עיוננו כמשפט העברי כפי שהתפתח כעבור זמן, נציין כאן בקצרה למוסד השבועה של העד במערכות משפטיות אחרות שבאותם ימים. הצורך בהשבעת העד מקובל היה בשיטות המשפט השונות עוד הרכה לפני עלות הנצרות, ו"ימיו כימי בריאח העולם" (ראה דברי Lord Chief Justice Willes בפסק-הדין Omichund v. Barker (1744) וכן ראה: W.M. Best, The Principles of the Law of Evidence, 12th ed., 1922, pp. 42-43), וחובת העד להישבע, כתנאי הכרחי לקבלת עדותו, נשארה קיימת ועומדת עד סמוך לימינו, שבהם נוספה האפשרות של הצהרה בהן צדק, במקום השבועה, כפי שראינו בדברינו לעיל. מעניין לציין שראשי הכנסיה הנוצרית הסמיכו את הצורך בהשבעת העד על פסוק שכתורה רוקא, בגון על האמור בכמדר ל, ג: "איש כי ידר נדר לה' או השבע שבועה, לאסר אסר על נפשו, לא יחל דברו, ככל היוצא מפיו יעשה" (ראה דברי הארכיבישוף סקר, Secker, המצוטטים בספרו של Best, עמ' 44-45): כמובן שעניינו ונושאו של פסוק זה אין לו ולא כלום לעניין הצורך והחובה להשביע את העד כדי לאמת עדותו (וראה עוד J.H. Wigmore, Evidence, 1976, p. 380 ff; Oaths in Judicial Proceedings and their Effect upon the Competency of Witness, The American Law Register, University of Pennsylvania, 1903, pp. 373, 376-377, 384-389).
14. החל מתחילתה של המאה החמש-עשרה, בספרד ובצפון-אפריקה, אנו עומדים על שינוי מהותי בעמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו של השבעת העדים, ולצורך עניינינו נסתפק בהבאתן של שתי תשובות, המצביעות על מהותו של שינוי זה ומידת היקפו, ועל המניעים החברתיים והפסיכולוגיים שביסודו.

בשנת 1405 פנו ראשי קהילת ברשך, אשר באלג'יריה שעל חוף הים התיכון, אל רבי יצחק בר ששת ברפת, הריב"ש, מחכמי ההלכה שבספרד וצפון-אפריקה בסופה של המאה הארבע-עשרה ותחילתה של המאה החמש-עשרה (שו"ת הריב"ש, סימן קע; התאריך המדויק מצוי שם, בסוף השאלה), ושאלוהו, בין השאר, אם טובה היא עדותם של עדים, "שביקשו הבית-דין לקבל עדותם בשבתעה בספר החורה, ולא רצו העדים ההם לישבע מיראת עונש השבועה בשום פנים". כבר מטיבה של שאלה זו אנו מבחינים בשינוי המהפכני שבמציאות המשפטית: השאלה לא היתה, אם עדות שנמסרה לאחר שבועה אף היא כשרה, כפי שהיתה ההלכה המקורית, אלא להיפך, אם עדות שנמסרה שלא בשבועה, למרות שנדרשה, כשרה היא. ועל זה משיב הריב"ש:

מה שקיבלו 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 בבאן נוהגים להשביע העדים בקבלת עדות כנגד מי שנחשד על עברה

שער חמישי: ראיות

לכך, פן יכבשו עדותם להחניף הנחשד, ועל מה שראו, יאמרו לא ראו; וגם העדים (עצמם) חפצים בזה להיות להם פתחון פה עם הנחשד שמעידים כנגדו, לומר – השכועה הכריחחנו להעיד האמת. מאותה עת עצמה מצויה תשובה מאת ר' שמעון בר' צמח דוראן, כעל החשב"ץ וכן דורו הצעיר של הריכ"ש, ואף הוא מחכמי מיורקה ואלג'יר, אשר השיב אותה לחכם ר' עמרם, שבקהילת גרנאטא (=גרנדה) שכרדמה של ספרד (תשב"ץ, חלק ג, סימן טו; בדבר החכם השואל ראה בתחילת סימן יג). ר' שמעון דוראן מוסיף פרטים חשובים בדבר הרקע והמניעים לשינוי בעמדתו של המשפט העברי בנושא השכעת העדים, ובדבר מידת התקבלותו של שינוי זה במערכת כתי-הדין העבריים שבקהילות וכתפוצות השונות. וזו לשון התשובה:

רצית לעמוד על דעתי כמה שנהגו כארצות אדום (=ספרד) להשכיע העדים, אם (יש) לזה שורש (דכר) בשום מקום, כי גם בעיניך יפלא, ואם ראת (=על-אף שראית) רבים ונכבדים נוהגים כן; וגם אני מעיד כמוך כי הרב ר' יצחק בר ששת ז"ל היה נוהג כן כמקום הזה, ואמרו לי גם כן, שעל עדות שנמסרה בברצלונה היה אומר הרב ר' נסים ז"ל: אני רוצה שבועה בעדות זו...

ונראה, שאף על פי שאין תיבין להשבע, כשנשבעין להעיד אמת, אינה שבועה שאינה צדיקה, רהא קימא לן רנשבעין לקיים את המצוות... מכל מקום, אף לפי זה אין כאן חיוב לעדים להשבע, וכל מה שיכולים אנו לומר בזה שהיא רשות, ואין בה איסור הזכרת שם שמים שלא לצורך. עוד אני מוסיף לומר, שיכולים בית-דין לחייבם להשבע, אם רואים הדור מקילים בעדות שקר. דאף על גב דעדות שקר ושבועת שקר שניהן הם בלאו, ואם אתה חושדו שיעיד שקר ויעבור בלאו, איך תאמינו בשבועת? מאי אלומיה דהאי לאו מהאי לאו (=במה חזק יותר לאו זה – של שבועת שקר – מהלאו של עדות שקר?)...

מכל מקום אם אנו רואים (בני) הרור מקילים ודורשים היתר לעצמם שעדות שאין בה שבועה אין בה איסור (לשקר), אנו מחייבים לדון על פי טעותם (ולהשביעם), וכדאמר החם (בבא מציעא ה ע"ב): לא תחמור לאינשי כלא דמי משמע להו.

ואני אין אני משביע העדים אלא אם כן טען הנחשד ושתק העד, כי הגדלים בארץ הזאת (=אלג'יר) קשה להם כמנהג האומה הזאת; ובארץ אדום נהגו להשביע (=העדים) כמנהג האומה ההיא (=כני ספרד הנוצרים), לא שמותר ללכת בחוקותיהם, אלא לפי מחשבת הערים שגדלו על מנהגם וחשבוהו תורה.

הרי לפנינו שינוי מהותי ברין השבעת הער העומד להעיד, שינוי הנוכע ומבוסס על תמורות מוסריות, חברתיות ופסיכולוגיות שבאותה תקופה. ושינוי זה הלך ונתקבל במערכת המשפט העברי והיה לחלק הימנו, ומצא את סיכומו כרביו של ר' משה איסרליס, הרמ"א, מחכמי ההלכה כפולין במאה השש-עשרה,

כהגהותיו על השולחן-ערוך :

מיהו, אם נראה לבית-דין צורך להשביען שיגידו האמת – הרשות כידן (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ב, ברמ"א).
(וראה עוד מנחם אלון, המשפט העברי, חלק א, עמ' 107–110; ז' ורהפטיג, לשכונת העדים בכחי המשפט בישראל, יבנה, כרך ג, חש"ט–1949, עמ' 147–151).

15. עמדה זו של המשפט העברי אימץ משרד המשפטים בהצעת חוק הראיות שפורסמה לעיון הציבור (הצעת חוק הראיות, תשי"ג–1952, הוצאת משרד המשפטים), בסעיפים 19 ו-20, אשר זו לשונם:

19. ער שבא להעיר יזהירו תחילה כיתחמשפט, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת כולה, שאם לא יעשה כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק; משהוזהר העד, רואים עדותו כעדות כשכועה לצורכי סעיף 117 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

20. היה לבית-המשפט יסוד להניח, כי השכעת ער עשויה לסייע לגילוח האמת, רשאי בית-המשפט להשביעו, חו לשון השכועה:
אני נשבע, כי עדותי בבית-משפט זה תהא עדות אמת, האמת בולה, והאמת בלבד.

ברברי ההסבר להצעת הסעיפים האמורים מוסבר, שעניין השכועה הפך לפורמולה שבשגרה, שהעדים חוזרים עליה במלמול שפתיים ללא כל מחשבה או כוונה, וההצעה מאמצת לה את עמדת המשפט העברי:

מסורת עברית עתיקה יומין היא, שכית-הדין מזהיר את העדים בטרם יעידו, כלשון הרשע, מאימין ומטילים אימה עליהם ומוריעים אותם כוח עדות שקר ובושת המעיד בה בעולם הזה ובעולם הבא ושהוא בזוי בעיני שוכריו; (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, סעיף ז). אזהרה כגון זו, כשהיא יוצאת מפי השופט בצורה ובשפה אשר העד מסוגל להבינה, עלולה להשפיע עליו ולעורר בו הכרת ערך העדות, חאת תכלית כל השכועה מבחינת החוק.

ואותו נימוק שראינו לעיל בשאלות וחשובות הריב"ש ובתשב"ץ בעניין הטלת השכועה לפי שיקול-דעתו של השופט, מובא גם כאן בדברי ההסבר לסעיף 20:

יש מהם, ובעיקר מן השופטים, שאומרים שבארץ כשלנו אין השעה כשרה לביטול השכועה. לדבריהם של הסוכרים כך נרתעים אנשים פרימיטיביים משכועת שקר, ואינם נרתעים מעדות שקר. אם מזדמן לו לבית-המשפט עד שכזה, תהיה, לפי סעיף זה, הרשות בידו להשביעו, בין לאחר שכבר התחיל להעיד ובין לפני שהתחיל. מנוסח השכועה הושמט שם אלהים, כדי למנוע חששות מבחינה דתית. (הצעת חוק הראיות, שם עמ' 24–25).

16. בשנת חשט"ז–1955 פורסמה הצעת חוק לחיקון פקודת העדות, תשט"ז–1955 (הצעות חוק, תשט"ז, עמ' 6), שבאה לקבוע, שהצהרה בכחב, שצריכה להיחנן בשכועה או בהן צדק לפני שופט שלום או רשם של בית

שער חמישי: ראיות

המשפט המחוזי, כפי שהיה בחוק המנדטורי הקיים – כשרה כראיה גם אם ניתנה לפני דיון, עורך-דין ואחרים המפורטים בחוק, ובמקום השבועה או ההן צדק – "הוזהר המצהיר, כי עליו להצהיר את האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא יעשה כן". כן נקבע, כי הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר יחולו על הצהרה כזו. אף בהצעת חוק זו מובאת שוב בדברי ההסבר אותה הסתמכות על המשפט העברי. ההצעה נתקבלה כעבור זמן קצר כחוק, הלוא הוא חוק לחיקון פקודת העדות, חשט"ז–1955.

17. ועתה, חוזרים אנו לסעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי, חשכ"ה–1965, שהוא נושא דיונונו. אכן, בדברי בא-כוח העותר, סעיף זה אינו מופיע בהצעת חוק סדר הדין הפלילי, והוא הוכנס לחוק על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אבל ברור, ואין כל ספק, שהוועדה ניסחה את סעיף 154 כפי שניסחה על-סמך סעיפים 19 ו-20 שבהצעת חוק הראיות משנת 1952 שהיו לפניו. אך הוועדה לא קיבלה את האמור בסעיפים אלה כמות שהם, אלא שינתה מהאמור בהם שינוי חשוב. סעיף 19 שבהצעת חוק הראיות נתקבל על כל חכנו, אם כי בשינוי נוסח, בלתי-משמעותי, והיא הרישא שבסעיף 154: "בית-המשפט יזהיר את העד לפני גביית עדותו כי עליו להעיד אמת, שאם לא כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק". והוא הוא ה"מאיימין על העדים" שבמקורות המשפט העברי, שמשמעותו היא אחת ויחידה, היינו להזהיר את העד ולהזכירו את חובתו להיות דובר אמת.

אך לעומת האמור בסעיף 20 להצעת חוק הראיות, שלפיו השימוש בשבועה מסור לשקול-דעתו של השופט, אם נראה לו, בנסיבות המקרה שלפניו, שיש בכך כדי לסייע לגילוי האמת, קבעה הכנסת בהמשכו של סעיף 154 הוראה כללית בדבר שבועת העד, והוסיפה וקבעה בו שהוראה זו אינה חלה במקרים שהעד מודיע שמטעמים של דת או מצפון אין הוא נשבע אלא מבקש להצהיר בהן צדק בלבד. מה גרם לשינוי זה? על כך בדינו חשובה בדברי הכנסת, בדיונים שהתנהלו עם קבלתו של סעיף 154 בקריאה השנייה והשלישית. חברי כנסת מסיעות שונות ובעלי השקפות עולם שונות, איש איש מטעמו הוא, הסתייגו והציעו, שבמקום המילים "העד יישבע להעיד אמת", יאמר: "והעד יצהיר בהן צדק שיעיד אמת" (ראה דברי הכנסת, כרך 43, עמ' 2370, וההנמקות בע' 2434). אך רוב הוועדה דחה את ההסתייגות, וההסבר לנוסח שלפנינו נומק בידי חבר הכנסת אזניה, שאמר, בין היתר:

כל אלה המציעים לבטל היום את השבועה, מקדימים לדעתי התפתחות מסויימת. יכול להיות שכעבור דור או שניים, תתגבש האוכלוסיה בישראל בצורה כזו שהיא תעריך את ההתראה וההזהרה של בית-המשפט לפני גביית העדות כגורם מרתיע במידה מספקת – במקום שבועה (שם, עמ' 2434–2435).

עינינו הרואות, גם לדעם הרויב בוועדה, ההוראה הבסיסית והעקרונית שבסעיף 154 היא זו שברישא, ההתראה והאזהרה; אלא, בהמשך לדברי בעל התשב"ץ שראינו לעיל שיש המקילים בעדות שקר ואינם מקילים בשבועת

שקד, נחקבלה הוראה נוספת בדבר חיוב בשבועה, והוועדה העדיפה דרך זו מהדרך שהוצעה בסעיף 20 להצעת חוק הראיות, שלפיו יהא הדבר מסור, בכל מקרה ומקרה, לשיקול-דעתו של בית-המשפט. זוהי דוגמה של קליטת עקרון מהמשפט העברי על-ידי הכנסת, חוץ התאמת פרט מפרטיו למציאות החברתית והמוסרית שבימינו – ובציפיה לאפשרות ביטול השבועה בעתיד כאמור בדברי הכנסת המובאים לעיל – כשם שכך הותאם פרט זה, בצורה של שיקול-דעת בידי בית-המשפט, במערכת המשפט העברי במאה החמש-עשרה, לפי המציאות החברתית והמוסרית שבאותה שעה. וגדול השינוי שהוכנס אותה שעה מהשינוי שהוכנס עתה, שהרי עד אותה שעה לא הייתה קיימת כל עיקר אפשרות לחייב את העד להישבע, ולהיפך, אף היה בכך משום דבר שאין לעשותו (וראה דבריו של ר' יהונתן אייבשיץ, מחכמי אשכנז במחציתה הראשונה של המאה השמונה-עשרה: "צורך שעה – הואיל והם מורגלים בגוים שנוהגים להשביע לעדים שיעידו אמת, ובשביל זה חושבים המוני עם כל כמה שאינם נשבעים אין איסור להעיד שקר, ולכך דגילים בית-דין להשביע" נאורים ותומים, לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כח, אורים, סעיף קטן ין. המילים "רגילים בית-דין להשביע" משמען לכאורה, מן הסתם, ובכל ערוכה, ואם אמנם כן הוא, משמע שכך נהגו בימיו של ר' יהונתן אייבשיץ, משום שכך "חושבים המוני העם". ולא כאן המקום להאריך).

וברוך-אגב צייין שנוסח זה לאמור בסעיף 154 לעניין סדר הדין הפלילי נחקבל כעבוד זמן קצר כתיקון לחקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג–1963 (ראה קובץ התקנות, תשכ"ז, עמ' 656), הלא היא תקנה 182 (א) לתקנות האמורות. 18. ומשבאנו לכך, נחזור לעניין שלפנינו. כפי שראינו, הכלל הגדול שבסעיף 154 הוא זה שברישא, היינו שהבטחת מחן עדות אמת מושגת על-ידי אזהרתו של העד שעליו להעיד אמת, שאם לא כן יהא צפוי לעונש הקבוע בחוק. וההודאה שאחריה, שהעד יישבע, משנית היא וטפלה לכלל, וצריך שתתפרש לאורו של הכלל וברוחו. ואכן, המחוקק עצמו פתח פתח רחב ומרווח לפיטורו של העד משבועה: הנימוקים לכך יכולים להיות הן מטעמי דת והן מטעמי מצפון, ודי אם העד המבקש להיפטר מן השבועה מודיע שאלה הם נימוקיו, ואין לחקרו ולדרשו על כך, אם אכן אמת בפיו, ובמקרה זה די לו לעד אם הוא מצהיד בהן צדק. ולא זו בלבד, אלא יחידה מזו; אין בית-המשפט רשאי לשלול מן העד זכותו שלא להישבע אלא אם הוא, בית-המשפט, משוכנע שטעמיו של העד ניחנו שלא בחוס-לב. ועל טיבו ומידתו של שכנוע זה עוד ידובר להלן.

היוצא מדברינו, שכל כולו של סעיף 154 מטרה אחת לפניו: להביא לתודעתו של העד שעליו להיות דובר אמת, ושאחרת צפוי הוא לעונש על-פי החוק. בימים כתיקונם – שהיו ושיהיו – די לשם כך באזהרה, ב"איום", לבד; ובימים אחרים, הדרכים לכך שונות הן, מקרה מקרה ודרכו. ויפים דבריו של המלומד ויגמור גם לענייננו:

... it follows that the form of the administration of the oath is

שער חמישי: ראיות

mmaterial, provided that it involves, in the mind of the witness,
(השווה עם דבריו של בעל התשב"ץ!)

the bringing to bear of this apprehension of punishment (Wigmore,
ibid, p. 387).

ולמטה מן העניין מוסיף ויגמור ואומר:

The true purpose of the oath is not to exclude any competent
witness, but merely to add a stimulus to truthfulness wherever such
a stimulus is feasible. Until the 1800s, however, this advanced
notion of its purpose had not been reached (pp. 413-414).

המשפט העברי הגיע לעקרון זה זמן מה – כ-1,800 שנה – לפני כן, ועקרון
זה, על התפתחותו וגלגוליו, הוא ביסודו של סעיף 154 לתוק סדר הדין הפלילי,
תשכ"ה-1965.

ומשראינו כן, הרי העותר שבעניינינו, משהודיע שמתעמי מצפון מבקש הוא
שלא להישבע, זכאי הוא לכך, על-פי האמור בסעיף 154 הנ"ל, ויש לקבל את
עדותו בהצהרה בהן צדק בלבד.

19. מוסיף וטוען באיכותו המלומד של העותר שלא רק מבחינת פירוש
לשונו של סעיף 154 צריכים אנו להגיע למסקנה האמורה, אלא גם מבחינת
המדויניות הרצויה, ומדיניות זו היא לצמצם את הצורך בשבועה ככל האפשר,
הן משום ההגנה על תופש הדת והמצפון, שאין לכפות על אדם שאינו מאמין
להישבע, והן משום הספקות הרציניים באשר ליתרונות של השבועה על
ההצהרה בהן צדק כדרך המסייעת לאמירת האמת (ראה א' הרנון, דיני ראיות,
חלק א, ע' 46; 164 p. Cross, ibid).

מסכים אני שאכן זוהי המדיניות הרצויה, וכן ראינו שזוהי רעתו של
המתוקק (דברי הכנסת, שם), שמצפה הוא ליום שיבוא ויהא ניתן לבטל כליל
את הצורך בשבועה. ולדידי קיים נימוק נוסף למדיניות רצויה זו. גדול הוא
הזלזול וקשה הוא העלבון בראותנו יום כיוצא מעשה השבועה, אשר לו
משמעות עמוקה דוקא לאדם המאמין, הופך לדבר שהשגרה אוכלת בו בכל פה,
למלמול ולזלזול בעלמא. ואכן הזהירו תכמים, ותזרו והזהירו, לבל ירגיל אדם
עצמו לשבועה, אפילו על דבר אמת (ראה מדרש תנחומא, מהדורת בוכר,
פרשת מטות, פסקה א; ויקרא רבא, פרשה ו, ג, מהדורת מרגליות, עמ' קלב,
וראה מקורות נוספים, בהערה 2, שם; מדרש עשרת הדברות, מהדורת ילינק,
תדר ראשון, עמ' 72; תוכת הלכות, שער אהכת ה', פרק ו); וכך סוכם הלכה
למעשה:

וישא ויתן באמונה, ויזהר מלהזכיר שם שמים לבטלה... ומאד מאד יזהר
אדם בענין השבועה, שהרבה הפליגו רכותינו בענין שבועת שקר, ואפילו
לישבע באמת" (טור, אורח חיים, סימן קנו, ושולחן ערוך שם סעיף א).
חזקה על כל אדם שלא יענה ברעהו עד שקר, ואין עלינו אלא להזכירו
ולהזהירו שמושבע ועומד הוא על כך. זוהי המדיניות הרצויה שעלינו לצפות
לקראתה ולאורה יש לפרש את האמור בסעיף 154.

כללי

7. עדות עד אחד מחייבת שבועה

ע"א 88/49

רוזן נ' ביאלי

פ"ד ה' 72, 73, 78-80

בכית"המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים דונקלבלום, אגרט, זילברג

השופט זילברג: זה הוא ערעור, לאחר נטילת רשות, על החלטת בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, אשר דן בבקשה לאישור (enforcement) פסק דין של כוורדין, והחליט "להחזיר את פסק הדין לכודר". המשיב ביקש מכית"המשפט דלמטה לאשר את פסק הדין, המערער התנגר לכך וביקש שלא לאשרו, אך השופט המלומד לא שעה לא לזה ולא לזה, אלא החליט להחזירו לאותו כוורד, כאמור.

2. השאלה העיקרית העומדת לדיון לפנינו היא, מה פירוש המלה uncondicted המצרייה כסעיף 6 לפקודת העדות: לא הוכחה כלל וכלל, אף לא כדרך של טענה כלכד, או דילמא: לא הוכחה כעדות, ודוקא בעדות... 11. וכאן יבוא הטוען ויטען: חקנת את התוכע – את הנתבע לא חקנת! ומה יעשה נתבע ישר, שאינו יכול, מחוסר ידיעה, להעיד ולשכע על הכחשת התביעה, וכיצד יתגונן זה בפני עדותו היחידה, עדות השקר, של התובע-הדמאי? למשל: חיבה סגודה שנמסרה לשומר שכר, ואבדה, ואין הנפקד יודע מה היה כתוכה; להכחיש בהגנתו את שוויה הנדרש – הוא יכול, להעיד ולהשבע על שוויה האמיתי – איננו יכול! והאם אין זה בלבד נימוק מספיק ומכרע, לחייב את התוכע להביא תמיד סיוע לעדותו היחידה, ואפילו אם הוכחה רק בטענות הנתבע? החשובה לכך כפולה ופשוטה:

ראשית, סכנה זו, של תובעים-רמאים, אין לה חקנה, אפילו אם יידרש תמיד סיוע לעדות יחידה שלא הוכחה אלא בטענות בלבד. תובע שאינו מהוגן, היודע בבעל דינו הישר כי אינו יכול להעיר (או להביא עדים) על דברי הגנתו, והוא (התוכע) מנצל את המצב, ומוכן לאשר בעדות ובשכרועה את טענות תביעתו, – תובע שכזה יהא מסוגל גם להמציא – "להמציא" תרתי משמע – סיוע לעדותו.

שנית – וזה הוא העיקר – יכול אמנם השופט, לפי הרעה שהבעתי, לחייב את הנתבע על פי עדותו היחידה של התובע, אשר לא הוכחה בערות, אך הוא אינו מחוייב לעשות כן. הכל תלוי במדת האמון שהוא רוחש לאותו עד אחד. ואם השופט לא שוכנע באמיתות דברי העד – ואפילו אם לא נתגלה בעליל השקר שבהם – רשאי הוא שלא לקבל את עדותו ולדחות את התביעה.

שער חמישי: ראיות

אך מאידך גיסא, אם השופט משוכנע בהחלט באמיתות דברי העד, והנתבע מצדו רק כפור בתביעה, ולא הביא כל עדות סותרת כלפי העדות ההיא, מדוע נניח תמיד כי השופט טעה בהערכת העדות, ונגזור עליו שלא לסמוך עליה ולדחות את התביעה?

על כל פנים, כחשכנו זה כנגד זה את שני השיקולים האלה: הקשיים והעוול העלולים להגרם לתובע הישר – אם דרוש נדרוש סיוע במקרה הנדון, והרעה העלולה לבוא על נתבע ישר מירי תובע־דמאי, אם לא יידרש סיוע שכזה – נראה לי כי השיקול הראשון גובר. יען כי בגלל אותה "טקטיקה לגיטימית" של כפירה, אשר הצבענו עליה לעיל, סכנת הנזק שייגרם ע"י נתבעים "כופרים" – כופרים ולא מעידים – היא בהרבה יותר קרובה, ויותר ממשית, מסכנת הנזק, ההפוכה, של תובעים־שקרנים.

יצוין כאן, כי גם בדיני ישראל – שהם נציגו הקלסי של הרעיון: "על פי שני עדים יקום דבר" – עד אחד אמנם "אין מחייבו ממון" (את הנתבע), אבל "מחייבו שבועה", ורק אם הנתבע נשבע להכחיש את דברי העד, הוא פטור לשלם. בסרבו להשבע – חייב הנתבע לשלם, אף על פי שלא העיד נגדו אלא עד אחד בלבד (שבועות מ ע"א ומקומות אחרים; רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק א, הלכה א; שם פרק ג, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף א). יש להדגיש רק, לשם מניעת טעות, כי שבועתו של הנתבע המכחישה את העד האחד, היא שבועת צד, ולא עדות בשבועה, כי בדיני ישראל, כידוע, אין בעל דין כשר לעדות.

12. כללו וקיצורו של דבר: אין עדות "עד אחד" נראית כ"מוכחשת" במוכן סעיף 6, אלא אם כן הוכחשה על ידי עדות נגדית. ומכיון שבמקרה דנן לא הביא המערער כל עדות סותרת כלפי עדותו של המשיב, לא היתה שום מניעה חוקית לקבלת עדותו של עד יחיד זה, אף על פי שלא זכתה לסיוע וחיווק. לפיכך סבור אני, כי יש לדחות את הערעור.

8. "רשע" פסול לעדות

ע"א 41/75

נילי נ' שלומי

פ"ד ל(2) 3, 4, 6-7

כתיבת המשפט העליון בשכתו בכיתת־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדור, ויתקון, ח' כהן

השופט ויתקון: המערערים (להלן – המוכרים) מכרו למשיבים (להלן – הקונים) את דירתם, אך לא עמדו בהתחייבותם להעביר להם את הדירה ועל-כן

כללי

הגישו הללו תביעה נגדם לאכיפת ההסכם. להגנתם טענו המוכרים שההסכם הוא בלתי-חוקי, אך ביחידה המשפט דחה את הטענה וחייב אותם להעביר את הרידה בתנאי שישלמו להם הקונים בעח ההעברה אח יתרוח המחיר בסך 28,000 לירות. מכאן ערעור המוכרים.

אין חולק על כך שההסכם שבכתב שנעשה בין הצדדים לא פירש אח המחיר האמיתי שעליו הוסכם, אלא סכום קטן ממנו, ואילו ההפרש שולם למוכרים במסווה של הלוואה, שלא היחה כוונה להתזירה. כל אחד מבעלי-הדין טען והעיד לפני הנשיא שהצד שכנגד הוא אשר יזם את עריכת ההסכם בצורה שאינה מגלה את התמורה המלאה, והנשיא קבע במפורש שאין בידו לומר, איזוהי הגרסה הנכונה.

השופט ח' כהן: משבח אני את הנשיא המלומד בביחידה המשפט המחוזי שלא נת ולא שקט ולא חסך מעצמו מחשבה ומאמץ עד אשר מצא דרך, שהניחה דעתו, למנוע בעד מי ששם עצמו רשע להיבנוח מרשעו. משלא האמין למערערים שהסתרת מקצת המחיר בחוזה הנדון באה למטרה בלתי-חוקית, לא יצאו המערערים ידי חובת הראייה המוטלת עליהם; ובכגון דא אין להרהר אחר מידוחיו של ביחידה המשפט אשר לפניו העירו. הסלידה אשר היא, כידוע, מנת חלקנו כל אימח שנטענת טענת אי-חוקיות מפי החוטאים עצמם, יש בה, מטבע הדברים, כדי להחמיט גם בערוח שקר, שכשם שאינם נרחעים מסילופים ושקרים לשם השחמטוח ממס (או לשם הפרה אחרת של החוק), כן חשודים הם שלא יירתעו מסילופים ושקרים כדי לזכות בדינם. ולא בכדי דין התורה הוא שהרשעים פסולים לערוח – וביניהם אלה "הלוקחים ממון שאינו שלהם" (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק י הלכה ד).

9. עד שנפסל כתוצאה מעדותו אינו נפסל אלא לאחר סיום העדות

ע"א 238/53

כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ח 4, 30-31

בכיתח המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים חשין, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: וכאן יבוא השואל וישאל: מפני מה באמח לא נפסלו העדים, בשעת הקידושין גופם? ממה נפשך: אם העבירה על החרם פוסלת אח העדים,

מדוע לא יראו כפסולים עת ראוחם את המעשה, ויתכטלו ממילא הקידושין עצמם?

התשובה לכך מצויה בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן א (לא הצלחתי להשיג את המקור, ואני מצטט כאן מתוך ספרו הנזכר של פריימן, עמ' קע"ה). לאחר שהמהרש"ך – בן עירו וכמעט בן דורו של הרשד"ם – קובע שם כעובדא כי, על אף המקרים המדוכים של קידושי אשה "בנכל ותרמית בפני ב' אנשים" אשר קרו בימיו בשאלוניקי, הוא מעולם לא שמע ולא ראה שום פוסק שיפסוק לבטל את הקידושין מחמת עבירת העדים על החרם הנ"ל, הוא חוקר לפשר הדבר ושואל ומשיב:

ויראה לעניות דעתי לומר, דאפשר דטעמא דמילתא הוי, דאין טעם לפסלם (כעדי קידושין) משום שעברו על זה החרם, שמה שעבדו על זה החרם היה בשעה שנמצאו בערות הקידושין, ולא קדם להם פסול אחר בשעה שנמצאו בקידושין ההם, נמצא שלא נפסלו העדים אלא לאחר שנתקדשה, אם כן הקידושין הם קידושין גמורים, והעדים הם רשעים ופסולים מכאן ולהבא.

הלשון קשה קצת, אך הרעיון פשוט וברור: מי שנפסל לעדות מחמת עבירה, נפסל לאחר גמר העבירה, קרי כאן: לאחר גמר ראיית מעשה הקידושין, וברגע בו נפסלים העדים, הקידושין כבר גמורים וקיימים.

אותו רעיון ממש, ביחס לשאלה דומה מאד, מוצאים אנו בשו"ת ד' משה רוטנברג, חלק חושן משפט, סימן ה (הובא בפתחי תשובה, חושן משפט, סימן לד, סעיף ה, סעיף קטן יד). השאלה הייתה שם, מה דינה של עדות, כאשר העדים (כפי שקרה המקרה באותו מעשה מיוחד), ע"י עצם העידם בבית דין עברו על איסוד שבתורה – הכשרה היא, העדות שהעידו, או פסולה? והתשובה הייתה: עבירה יש כאן, פסלות אין כאן! כי הפסלות מחמת מתן העדות, מתחילה לאחר מתן העדות.

חשוב "אריחמטי" זה של שעות ורגעים, ייראה חדאי בעיני רבים כפורמליסמוס מופרז, או כפלפול ריק וחסר תוכן, אך לא תהא זו בקורת צודקת! נא לשים לב לכך, כי עצם פסולו של "רשע" להעיד, שהוא, כדוכ המקרים, פסול דאורייתא המיוסד על הפסוק (ראה סנהדרין כה ע"א, ובבא קמא עב ע"ב), הנו סוף סוף אף הוא פסול פורמליסטי – מעין גזירת הכתוב, אם לא גזירת הכתוב ממש – שכן הוא פועל אפילו כאשר אין ספק כל שהוא במהימנותו של העד (עיין בדברי הש"ך, חושן משפט, סימן לד, סעיף א, סעיף קטן ג, ודוק בהם היטב); לכן מן הדין הוא, כי גם עם תחומיו של הפסול נדקדק כחוט השערה, בצודה פורמליסטית שכזאת, כדי למעט דוקא את תחולת הפורמליסמוס ההוא.

כללי

10. חולה נפש פסול לערות

ע"פ 715/78, 774/78
לוי נ' מדינת ישראל
פ"ד לג(3) 228, 241

הובא בשער זה, עמ' 427.

11. ער שאין ערותו מיריעה אישית, פסול

ע"פ 20/61
סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה
פ"ר טו 561, 576, 579, 581-582

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון

במשפט אזרחי שהתקיים בפני בית-משפט מחוזי היתה זו שאלה מטריאלית אם אדם מסוים היה "חשוד" או "בלתי-חשוד" על-ידי המשטרה. המערער, שהיה בזמנו המפקח הכללי של משטרת ישראל, העיר בבית-המשפט המחוזי: ראשית שהוא, כאיש משטרה, לא היה מסתכל על אותו אדם כעל חשוד בזמנו, ושגם בזמן מתן ערותו אין שום חשד עליו; משנתבקש על-ידי בא-כוח הנחבעים להציג את תיקי המשטרה, טען חיסוי. לאחר מספר שבועות, כאשר בינתיים הוסר החיסוי מעל תיקים מסויימים של המשטרה בהתאם להוראות בית-המשפט העליון בע"א 65/57, הוא הוסיף והעיד כי לא ידוע לו כי אוחז אדם חשוד, וכי לא היה ידוע לו שהיה חשוד מעולם. המערער הואשם בכך ששלוש הגדות עדות אלו היו ערות שקר, והוא הורשע ונידון למאסר-על-תנאי ולקנס מבסימלי על כל אחד משלושת פרטי האישום; הוא ערער הן על ההרשעה והן על גזר-הדין.

השופט זילברג: קיצורו של דבר: "חשוד" הוא מחשבת-הספק המקננת בלבו של החושד בלפי הנחשד, בין אם סבירה היא בין אם בלתי-סבירה. זו היא משמעותו הנכונה של המונח. אם יש צורך ברפואות לכך, הרי הן מצויות למכביד במקורות השפה העברית.

החושד בכשרין, לוקה בגופו (יומא יט ע"ב);

הא חלקי ממי שחושדין אותו, ואין בו (שבת קיח ע"ב);

כי כרו שוחה ללכדני ... שחשדוהו (את ירמיה) בזונה (בבא קמא טז ע"ב);

מי חשיד קודשא בריך הוא דעביד דינא בלא דינא (ובי חשוד הקדוש ברוך

הוא שיענוש ולא במשפט)?! (בבבכות, ה ע"ב);

שער חמישי: ראיות

חשדא דעלמא ... חשדא דבני מתא... (שבת כג ע"א; רומז על דרגות שונות בעצמתו של החשד, עיין שם ודוק).

ועוד כהנה וכהנה, בכל רחבי הש"ס והספרות המאוחרת, עד ועד בכלל של ספרותנו החדשה. גם באידיש, שהיא שפת מליוני יהודים, משמשת המלה "חשוד" על כל נטיותיה באותו מובן ממש: ספק מכרסם בלב, שאינו מגיע לדרגת ודאות. תעיד עליך שנינת-הכנף המהלכת בין דוברי אידיש על ראובן השואל את שמעון: וכי חושד אתה בי, שרימתי אותך או שגנבתי ממך דבר? והלה עונה: לא, אינני חושד, אני יודע...

שאלת העד "הבלתי-מאמין" ("בלתי-מאמין" במובן חוסר ידיעה אישית, פוזיטיבית, על תוכן עדותו) כבר נדונה בתלמוד. ומעניין הדבר, כי חכמי התלמוד לא זו בלבד שראו בו "עד שקר" העובר על הדיברה התשיעית של עשרת הדיברות, אלא אף תמהו והשתוממו כיצד אפשר להעלות על הדעת היפוכו של דבר. נאמר בבבלי תא אחת:

מנין לתלמיד שאמר לו רבו: יודע אתה שאם נותנים לי מאה מנה – איני מבדה (איני משקר); מנה יש לי אצל פלוני, ואין לי עליו אלא עד אחד, מנין שלא יצטרף עמו (מנין לנו, שאסור לתלמיד להצטרף אל העד, ולהעיד עמו, כעד שני, על החוב המגיע מפלוני), תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק. האי מדבר שקר תרחק נפקא (האם דבר זה נלמד מן הפסוק "מדבר שקר תרחק"?! הא ודאי שקורי קא משקר (הלא זה ודאי שקר משקר)? ורתמנא אמר (התורה אמרה): לא תענה ברעך עד שקר, אלא כגון דאמר וכו' (שבועות ל ע"א).

פירושו של דבר: תלמיד המצטרף אל עד רבו כדי להעיד עמו שידוע לו אישית, כי פלוני לווה מרבו (של העד) מאה זוז, הוא "ודאי שקורי קא משקר", הוא שקרן ממש, אומר שקר פשוט, שאין צורך ללמוד אותו מן הפסוק "מדבר שקר תרחק"; כי שקרו של זה אינו כלל "רחוק", הוא קרוב מאד, שוכן בתוך תוכה של הגדת עדותו. זה הוא הפירוש הטבעי והמובן מאליו שניתן על-ידי חכמי התלמוד לביטוי "עד שקר" אשר בעשרת הדיברות, וזה הוא גם – להבדיל אלף הבדלות – הפירוש הטבעי והמובן מאליו שיש לייחס לביטוי "עדות שקר" המצוי בסעיף 117(1) של פקודת החוק הפלילי. לא היה, איפוא, שום צורך להוסיף באותו סעיף את המלים: "או שאינו מאמין באמיתותה", והמלים החסרות הללו, מעלה עליהן הכחוב כאילו נכתבו...

ידוע ידע סהד, כי הרושם שיתקבל מדבריו בלב בית-המשפט יהיה, כי ירקוני לא היה "חשוד" במובן הרגיל והמקובל של המלה, וכי המשטרה לא ניהלה נגדו שום חקירות בקשר לעבירות פליליות. נמצא כי המערער, על-כל-פנים, שיקר בחלק הראשון של עדותו, החלק שהוגד על-ידו לפני הסרת החיסוי. ואם אפילו, בקרב לבו פנימה – כפי שביקש לשכנענו הפרקליט המלומד – הוא חשב על משהו אחר, כגון אשמה פלילית מוכחת או חומר מספיק להעמדה בדין, הרי זה "תנאי שבלב" או "רזרבציו מנטליס", שאין מתחשבים בהם כלל בהערכת אמיתה ושקרה של העדות והשבועה. וכבר אמרו

הגם שיש להבחין בין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות הרגולטורית לבין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות המשפטית, ובין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות הרגולטורית לבין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות המשפטית.

הגם שיש להבחין בין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות הרגולטורית לבין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות המשפטית, ובין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות הרגולטורית לבין המצבים שבהם יש צורך בהתערבות של הרשות המשפטית.

ס.ל. 1 928' 928

רועה אלמליח, ע. ש.ל. 1901/93

ס.ש. 1901/93

החלטות שירות הבריאות

11 ט"ו אלול ה'תשס"ו

105' 105' 105'

ס.ל. 1 298' 298' 298'

רועה אלמליח, ע. ש.ל. 1901/93

ס.ש. 1901/93

החלטות שירות הבריאות

החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות
החלטות שירות הבריאות

שער חמישי: ראיות

החורין והסדקין של עדויות אלו עד כמה שידו מגעת ולא הניח אף פגימה אחת שלא עמד עליה.

5. והנה באשר לסתירות המתגלות בעדויות כבר הודה בית-משפט זה – שלא כל סתירה עושה את העדות לעדות מוכחשת. יש להבדיל בין סתירה שהיא בגופו של דבר ובין סתירה בפרטים צדדיים. אם אחד העדים לא דייק בפרטי עדותו, אין זאת אומרת עדיין שהיא עדות שקר. דוקא עדי שקר, שנדברו ביניהם יפה יפה, מוכשרים למסור עדות מושלמת ללא שום סתירה ביניהם, ואילו עדי אמת אפשר שיכחישו זה את זה, ואף יסתרו דבדי עצמם, בפרטים בלתי חשובים, ביחוד כמה שנוגע למסיבות צדדיות של המאורע, מכיון שרעחם לא היתה מיושבת עליהם והיו מזועזעים ע"י המהומה וההתעוררות שבאו לרגל המאורע (ע"פ 3/48, פסקים ב, עמ' 216, 222). וכן הורה בית-משפט זה, בתקופת המנדט, שסתירות בין העדויות כשלעצמן אינן פוסלות אותן, אלא אם הן מעוררות ספק באשמתו של הנאשם (ע"פ 42/47).

וכלל זה עתיק יומין הוא, וחתום הוא בחותמו של רב, ראש ודאשון לחכמי התלמוד: "רב כד הוא חמי טהדי מכווני הוא חקר, כד הוא חמי טהדי הכין והכין הוא מכרין" (ירושלמי, סנהדרין, פרק ד, הלכה א (כב ע"א), והגירסא שלפנינו בדפוס היא משובשת).

פירוש, כשהיה רואה עדים שאומרים עדותן בכיוון בלשון אחד היה חושש שמא שקרנין הן ובעצה אחת כיוונו לשונם, והיה חוקר ודורש אותם, אבל אם לא היו אומרים ממש בלשון אחד, אלא זה אומר בכה וזה אומר בכה, לא היה חוקר אלא רק שתהא עדות מכוונת (דבנו אשר, סנהדרין, פרק ג, סימן לא, קטז ע"ב; טוד, חושן משפט, סימן כח, סעיף יד).

ואם שני נביאים אינם מתנבאים בסגנון אחד, קל וחומר לשני הדיוטות (שו"ח זכרון יהודה, לר' יהודה בן הרא"ש, סימן עב).

כללי

13. יש להבדיל בין סתירה בעדות לגופו של דבר לבין סתירה בעדות בדברים צדדיים

ע"פ 3/48

כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ב 681, 686-687

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים אסף, חשין

השופט אסף: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, מיום 23.9.48, שבו מצא את הנאשם, מיכאל בן יהודה כ"ץ-כהן, אשם בהריגת אשתו יפה, עבירה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936, והוציא עליו גזר-דין של חמש-עשרה שנות מאסר.

2. בין הבעל והאשה, שהתחתנו בשנת 1938, היו מריבות תמידיות לרגלי קנאותו היתרה של הבעל לאשתו, עוד כבוקרו של אותו יום שבו קרה הרצח, הוא יום 21.4.48, פרצה קטטה חריפה ביניהם ואביה של האשה אמר, שהענין מוכרח להיגמר וכי כחו עס ילדחה תעבור לגור אצלו. טרם הספיק לעשות זאת והאשה נרצחה בשעה 4.30 אחה"צ בערך. שכנות שנכנסו לדירה, מיד אחר ששמעו את היריות, מצאו את האשה גוססת ומלכדה, לא ראו איש בכית. בית-המשפט שלמטה מוצנע כמהימנוחם של ערי החביעה ועל סמך עדותם כא למסקנות דלקמן: הנאשם לבדו היה בשעת הרצח בדירתו עם אשתו. היריות נורו על-ידיו מאותו אקרח שקנה כחדשיים לפני זה. תרמילי הכדורים שנמצאו במקום הרצח מתאימים, כמידה המתקרבת להזדהות, לאותם הכדורים שהנאשם רכש לו בזמן שקנה את האקרח. לדעת בית-המשפט שלמטה הוכיחה התביעה הכללית את היסודות א-ר-ג של סעיף 216 לפקודת החוק הפלילי, היינו "החלטה" ו"הכנה", אבל היה לו ספק לגבי יסוד ב, היינו אם הרצח נעשה "ברם קר", ולכן זיכה את הנאשם מאשמת רצח בכוונה תחילה שהוכאה נגדו בכתב-האשמה, ומצא אותו אשם בהריגה.

3. הנאשם לא הודה באשמתו וטען להר"ם: לא קניתי לי אקרח וכדורים, לא הייתי בשעת מעשה הרצח בדירתי, אלא נסעתי לפתח-תקוה באותה שעה כדי להיודע על בן-אחותי שנחבקשתי לחפש אחריו. בית-המשפט שלמטה לא נתן אמון בדבריו וכדברי העדים שהביא להגנתו...

12. העד השני החשוב של התביעה הכללית היא רחל וינר, המביאה את הנאשם למקום הפשע בזמן הפשע. היא העידה, שכשיצאה למרפסת דירחה, אחרי שנשמעו היריחו, ראחה את הנאשם על הכביש ליד הבית הולך ומתרחק במהירות לכיוון רחוב יוחנן הסנדלר, אוחה שעה גם שמעה אותו קורא "מגן דוד, מגן דוד".

13. במסקנות שאליון הגיע בית-המשפט שלמטה נאמר: הנאשם היה אותה שעה – שעה 4.30 בערך אתה"צ – בדירתו עם אשתו, ולא היה איש זולתם שם אז. דבר זה נובע מעדות הנאשם שאמר שכא הביתה בשעות הצהריים, ומעדות רחל וינר שאמרה שמיד לאחר ששמעה את שלוש היריות ראתה את הנאשם על-יד ביתו ממהר להתרחק משם לכיוון רחוב יוחנן הסנדלר, ומפיו נעתקו המלים "מגן-דוד, מגן-דוד". עובדות אלו גם מתאשרות על-ידי עדות העדים שאצו למקום הפשע, מיד בהישמע היריות, ושהעידו שלא נמצא כל אדם אתר ברירה או בחדר המדרגות, וכן על-ידי עדות הנהג שהסיע את הנאשם מרחוב כרנר כחל-אביב לפתח-תקוה, תוך מתצית השעה הראשונה לאחר השעה החמישית אתרי הצהריים. מר לויצקי טוען, שבית-המשפט שלמטה הסיק, ללא כל הצדקה, מסקנות בלתי-נכונות ומרחיקות לכת מן העדות הזאת ומן העובדות שהובאו לפניו. הנאשם אמר שעזב את ביתו בשעה 3.30, כשעה לפני הרצח. בית-המשפט לא האמין לו, אבל מהיכן הסיק שלא היה איש זולתם שם. ועוד: הגב' וינר אמרה במשטרה, שיצאה למרפסת רק כעבור 10 דקות, ולא מיד. עדותה ששמעה את הנאשם קורא "מגן-דוד, מגן-דוד" מוכחשת על-ידי עדה אחרת, שהעידה ששמעה קול אשה קורא "מגן-דוד, מגן-דוד". המסקנה שמד לויצקי מגיע אליה היא שהנאשם לא היה כלל במקום הפשע.
14. איננו מסכימים לדעתו ולמסקנתו. שלא היה איש זולתם בבית – יוצא מדברי העדים שמהירו למקום הפשע מיד בהישמע היריות ולא ראו כל אדם אתר בדידה או בחדר המדרגות. ואשר לזמן שבו יצאה הגב' וינר למרפסת בידחה, הרי הסכידה בבית-המשפט שכוונתה היתה ל-10 שניות, ובית-המשפט שלמטה היה משוכנע, שבאמרה 10 דקות התכוונה ל-10 שניות. אנו סבורים שאין בעדות זו – משום תזזז ומגיד, אם העד עצמו מפרש את דבריו באופן המתקבל על הדעת (עיין גם שולחן ערוך, תושן משפט, סימן כט). גם מסתבר שהגב' וינר מיהרה למרפסת מיד אחר שנשמעו היריות, מתוך דאגתה לבנה הקטן שהיה אותה שעה למטה ברחוב. ואשר לזה שערדה אחרת אמרה, ששמעה קול אשה קורא "מגן-דוד", ומר לויצקי רואה בזה הכחשה גמורה לעדותה של הגב' וינר – הרי ייתכן שמחוץ לנאשם קראה גם אשה קריאה זו, או שאותו קול עצמו נשמע לאחת כקול גבר ולאחרת כקול אשה. בעצם לא זה העיקר בעדותה של הגב' וינר, אלא העובדה, שראתה את הנאשם יוצא מביתו מיד לאחר שנשמעו שלוש היריות, היא הקובעת.
15. וכאן המקום להעיר הערה כללית על טענות בא-כוח המערער, שבהן השתדל להראות סתירות מסויימות בדברי עדי התביעה הכללית ועל יסודן תבע שנביט על עדותם כעל עדות מוכחשת. אנו סבורים שלא כל סתירה עושה את העדות לעדות מוכחשת. יש להבדיל בין סתירה שהיא בגופו של דבר ובין סתירה בפרטים צדדיים (עיין גם: סנהדרין, מא ע"א). אם אחד העדים לא דייק בפרטי עדותו, אין זאת אומרת עדיין שהיא עדות שקר. דוקא עדי שקר, שנדברו ביניהם יפה יפה, מוכשרים למסור עדות מושלמת, ללא שום סתירה ביניהם,

כללי

ואילו עדי אמת אפשר שיכחישו זה את זה, ואף יסתרו דברי עצמם, בפרטים בלתי-חשובים, ביחוד כמה שנוגע למסיבות צדדיות של המאורע, מכיון שדעתם לא היתה מיושבת עליהם והיו מזועזעים על-ידי המהומה וההתעוררות שבאו לרגלי המאורע.

14. אין עד יכול לחזור בו מעדות קודמת –
"כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד"

ע"א 238/53

כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ח 4, 26–27

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים חשין, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: מעשה בבחור אחד שהוציא קול, כי קידש בקידושי כסף את בת אחיו, ילדה כבת שתיים-עשרה–שלוש-עשרה, ולראיה על כך הביא שטר המאשר את דבר מעשה הקידושין. השטר נחתם על-ידי שני עדים, ונתקיים השטר – היינו: אושרו חתימות עדי – מיד ג' ריקים" (כלומר: שלושה הדיוטות, לא דיינים מומחים ולא מומחים כלל). אחי 2–3 ימים בא הרבר לפני הקהל, והעדים הללו החלו למשוך את ידם מעסק ביש זה.

האחד מהם אמר שלא היו דברים מעולם, והשני אמר שכן היה אמת שנתן לה כך וכך, אבל לא אמר לה כלל (שהוא מקדש אותה בזה), אלא להם לעדים אמר: הו עדי עדים, ואמר (העד) שהיא (הילדה) לא שמעה (שו"ת מהדשר"ס, אבן העזר, סימן כא).

היו, איפוא, רגלים לדבר, כי כל הענין אינו אלא הוצאת דיבה ולעז, אבל מה לעשות והדין הוא: "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" (כתובות יח ע"ב, ומקומות אחרים) – אין עד יכול לחזור בו מעדותו הראשונה – והשאלה היחידה שעמדה לדיון היתה, מה ערך יש לדברי השטר ההוא, ואם הוא עשוי לשמש ראיה חוקית למעשה הקידושין הנ"ל.

שער חמישי: ראיות

ע"פ 421/71

מימון נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(1) 281, 287

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ח' כהן, עציוני, י' כהן

המערער הואשם והורשע במעשה אינוס, עבירה לפי סעיף 152(1)(א) לפקודת החוק הפלילי, המתלוננת היחה ביום המעשה בת שלוש-עשרה וחצי. בכית-המשפט נתקבלה העדות אשר רשמה חוקרת הנוער מפיה – ואשר עלי-פיה בעל אותה המערער בכוח – כראיה. במהלך המשפט מלאו למתלוננת ארבע-עשרה שנים והיא הוזמנה להעיד מטעם הסניגוריה, ובעדות בשבועה הכחישה את סיפורה לחוקרת הנוער.

השופט ח' כהן: אל העובדה הפסיכולוגית הפשוטה שלענין חיפוש האמת וקביעתה, עדיפה עדות מוקדמת על פני עדות מאוחרת, מצטרפת עובדה נוספת הנלמדת מנסיבות החיים, והיא שאם חוזר בו העד מעדותו המקורית ומעיד את היפוכה, אין הוא עושה זאת בדרך כלל כדי לתקן טעות בטעם בתום-לב, כי אם כדי להשיג מטרה אשר אין לה עם קביעת האמת ולא כלום – בין שפעלה עליו השפעתם של המעוניינים ונוגעים בדבר, בין שהוא מצפה לטובת הנאה לעצמו משינוי עדותו, ובין שעדותו החדשה רק הותאמה לצרכי המשפט. אולי שיקול מעין זה הוא המונח ביסוד הודאתו של המשפט העברי, שאין עד יכול לחזור בו מעדותו הקודמת ("כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד": סנהדרין מד ע"ב; מכות ג ע"א, ועוד) – ואפילו נתן טעם לדבריו, כגון מוטעה הייתי, שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן, לפחדו עשיתי, אין שומעין לו (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ג, הלכה ה).

צוטט ע"י השופט שמגר, ע"פ 71/76 מרילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 819–820, השופטת כרפורת, ע"פ 612/76 מדינת ישראל נ' פרץ ואחרים, פ"ד לא(3) 365, 377.

ע"פ 3/48

כ"ץ-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ 681, 687

הובא בשער זה, עמ' 389.

כללי

15. "עדות שאי אתה יכול להזימה" –
בסיס לדרישת סיוע בעברות מין

ע"פ 207/62

סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טו 1860, 1862

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פלייטס
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ח' כהן

המערער הורשע על-פי סעיף 157 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בכיצוע מעשה מגונה, תוך
איומים, בכתו, ונידון לשלוש שנות מאסר. הוא עירער. בא-כוח היועץ המשפטי ביקש,
אלטרנטיבית, להרשיע את המערער בעבירת תקיפה על-פי סעיף 251(א) לפקודה הנ"ל.

השופט זילברג: בא-כוח היועץ המשפטי ביקש מאתנו, אלטרנטיבית,
להרשיע את המערער בעבירת תקיפה על-פי סעיף 251(א) של פקודת החוק
הפלילי, 1936, בהסתמכו על פסק-דינו של בית-משפט זה בע"פ 153/56,
בעמ' 1742; שהרי אם ל"תקיפה" ייחשב הרבר, שוב לא יהיה צורך בסיוע
לעדותה של הבת.

לי נראה, כי "שינוי השם" של מעשה מגונה, אינו "סגולה" לפטור אותו
מעולה של העדות המסייעת. הטעם שבגללו זקוקה עבירה מינית לעדות
מסייעת, הוא נראה בעליל וברור: מפני שעדותה של המתלוננת היא, כמעט
תמיד, בגדר עדות "שאי אתה יכול להזימה". מעשי בינו-לבינה אלה נעשים
בהסתדר אין רואה, ואין עדי הגנה בנמצא שיחוש לעזרתו של החף שנחשד;
הגבול בין אונס לרצון מטושטש למרי, ולא תמיד קל להבחין ביניהם. ואם
יורשה השופט להרשיע על-פי העדות היחידה של המתלוננת, עלול לשמש
דבר זה מקור לא אכזב לסחיטה ונקמנות. ואם כך הדבר, ואם נאמר כי על-ידי
החלפת השם מ"מעשה מגונה" ל"תקיפה", אפשר יהיה להרשיע את הנאשם
על-פי עדותה היחידה של המתלוננת – מה הועילו חכמים בתקנתם, ואיזו
בטיחות תהיה בדרישת הסיוע בעבירות מיניות? ! הן כל עבירה על סעיף 157,
ממילא עבירה היא על סעיף 251(א), והסתמך הפוטנציאלי חזקה עליו שיסתפק
בהרשעת "הנסחט" בעבירה אחרונה זו.

שער חמישי: ראיות

16. ערכן של ראיות נסיבתיות

ע"פ 641/79, 622/79, 543/79
נגר ואח' נ' מדינת ישראל
פ"ד לה (1) 113, 154, 163-170

הובא בשער זה, עמ' 415.

ע"פ 90/81
גולרשטיין נ' מדינת ישראל
פ"ד לו (1) 610, 612

הובא בשער זה, עמ' 423.

17. "עדי קיום" ו"ערי בירור"

ע"א 99/63
פלג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה
פ"ד יז 1122, 1128

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ח' כהן, מני

אביהם החורג של המבקשים שלקה בהתקפת לב אשר הביאה למטירתו, הודיע פעמיים, פעם
כאשר הועבר במונית לבית־החולים, ופעם שניה כאשר נערך אצלו ביקור בבית־החולים עצמו,
כי הוא מרגיש שסופו קרב ולפיכך הביע, בשתי הפעמים הנ"ל בפני שני עדים שונים, את רצונו
שרכושו יימסר לידי המערערים שטיפלו בו לאחר מות אשתו, אם המערערים, עת נותר גלמוד
ובודד. רכוש זה היווה את חלקו של המנוח בעזבונו אשתו. בית־המשפט המחוזי סירב לקיים
צוואה זו ומכאן הערער.

השופט ח' כהן: נשאר השאלה בדבר ההבחנה בין עדי־קיום לבין עדי־
בירור. הבחנה זו נהיתה לנכס־צאן־ברזל של דיני הראיות האזרחיים בעניני
המצב האישי, מאז פסק־דינו של בית־המשפט זה בע"א 26/51, הנ"ל;
וכשלעצמי, אין אני יכול להעלות על דעתי כל אפשרות של שיפוט אזרחי
בענינים שהדין הדתי חל עליהם, בלעדי ההבחנה הזאת. בענין שלפנינו, אין

שער חמישי: ראיות

18. "בדיקת" עדים

ת"פ (כ"ש) 540/85
מדינת ישראל נ' דרון
פ"מ תשמ"ז (3) 127, 130

בכית"המשפט המחוזי בבאר שבע

המאשימה מייחסת לנאשם ביצוע עבירה של מעשה מגונה בכפייה, בניגוד לסעיף 354(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. בית"המשפט נזקק לדיון במישקלה של אימרתו של הקטין, שניתנה לחוקר נוער וכן בסיוע לאימרתו של קטין מחוץ לבית"המשפט, כל זאת, כאשר הקטין בעצמו אינו מעיד בבית"המשפט.

השופט פלפל: חז"ל הודו (דאה משנה סנהדרין ה, א) כי יש לכרוק את העדים כרלקמן: –

היו בודקין אותן בשבע חקירות: באיזה שבוע, באיזו שנה, באיזה חודש, בכמה בחודש, באיזה יום, באיזו שעה, באיזה מקום. כללים אלה שנכתבו במשנה מלמדים איזה חשיבות נתנו חז"ל לחקירת העדים והם הורו כי יש לקבוע את המסגרת הכוללת של העובדות: המקום, הזמן ומעשה העבירה. לא יעלה על הדעת לחקור קטינה בת 3 שפגעו בגופה, בצורה כה שטחית וכה קצרה. כל מי שהוא אבא לילדים, יודע עד כמה קשה לדוכב ילד קטן בן 3 ולמקרא ת/ב מתעורר הרושם שהקטינה מסרה לחוקר הנוער עדות קצרה, עניינית, תכליתית כאילו היתה בחורה מבוגרת. קשה להעלות על הדעת שקטין בן 3 מסוגל לתת לחוקר דיווח כל כך קצר וענייני על מה שאירע לו. לדעתי, היה צריך חוקר הנוער, לשאול את הקטינה שאלות רבות על נסיבות הארוע (כפי שנאמר במשנה ב שם "כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח") ולהעלות על הכתב את תשובותיה של הקטינה באופן מלא ומדויק.

פרק שני
ראיות בדין האזרחי

א. "הודאת בעל דין"

1. הודאת בעל דין – גדרה וסוגיה

ע"א 26/51

קוטיק נ' וולפסון

פ"ד ה 1341, 1343–1344, 1346–1347

כבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים דונקלבלום, אגרנט, זילברג

השופט זילברג: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, הקובע כי המערער הוא אבי הילד שנולד למשיבה הפנויה. ומחייב אותו בתשלום מזונות הילד והוצאות ההריון והלידה. בא-כוח המשיבה לא נדרש לענות על טענות בא-כוח המערער, חוץ מן הטענה האחת, כלפי החיוב בהוצאות ההריון והלידה, הנדונה בסעיף 12 של פסק דין זה.

2. הטענות שהושמעו בערעור הן, בעיקר, טענות משפטיות. ולכן אין צורך לנו לגולל מחדש את כל פרשת העובדות והערעור. די לנו אם נציין, כי השופט המלומד סמך את מסקנת האבהות גם על הודאת הנחבע (המערער), וכי הודאה זו: (א) ניתנה מחוץ לכתלי בית-המשפט; (ב) ניתנה לפני לידת הולד – שני פרטים שבא-כוח המערער מבקש לנגח בהם את פסק-הדין, כפי שיחבאר להלן...

4. הציד שעליו סובבים טעמי הערעור הוא: אימתי, ועל פי אילו הוכחות, מחייבים בדיני ישראל את הנחבע בתשלום מזונות הילד שנולד מן הפנויה? התשובה שבא-כוח המערער דוגל בה היא: אך ורק כאשר הנחבע מודה בתביעה שהוגשה לבית הדין; הוא מסתמך על מה שנאמר בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן עא, סעיף ד: –

הבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו.

ראיות בדין האזרחי

ההוראה. לאור אבחנה יסודית הגיונית זו מתכארים, לדעתי, בטוב טעם כל דיני ההוראה, ומתיישבות רוב הסתירות הלכאוריות שאנו נתקלים בהן, על פני סוגיא זו, במקורות המשפט העברי, ואין כאן מקום להאריך. מה בא זה ללמדנו לגבי בעית הערעור דנן? זה בא ללמדנו, כי גם הוראת האבהות של המערער, שלא היתה הודאה אבסטרקטית בחיוב מזונות הילד, ולא היתה "הודאת שקר" בעליל, היא בעיני החוק הדתי היהודי הודאה מטעם נאמנות, ולכן איננה נורמה סובסטיטיבית של דיני ישראל. בזה נשמט גם ה"רכש" האחדון, עליו הרכיב בא-כוח המערער את טענחו לשימוש בכללי הראיות של דיני ישראל – והגבלותיהם – לגבי קביעת אבהותו של המערער, והשופט המלומד רשאי היה לקבוע את אשר קבע, על פי דיני הראיות המקובלים בחוק הא"י הכללי.

2. "הודאת בעל דין כמאה עדים"

ע"א 168/55

קונראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי

פ"ד י 1310, 1315

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים זילברג, ברנזון, ויתקון

ערעור על צו בית-המשפט המחוזי, ירושלים (השופט ב' שרשבסקי), מיום 30.5.55, בתיק קיום צוואות 158/53, לפיו נרחקה התנגדות המערערות ואושרה הצוואה של המנוח ד"ר זיגמונד לוי על שינוייה כפי בקשת המשיבים. הערעור נדחה.

השופט זילברג: המצווה הורה כי "כל הדברים הנזכרים לעיל סודרו... בכל אופן היותר מועיל... כל דבר ודבר לפי קנינו", והודאת בעל-דין כמאה עדים דמי, ומחייבת את בית-המשפט לפסוק על-פי ההודאה, כאילו הוכח שאמנם כך היה הדבר. ומכיון שבדיני ישראל אפשר להקנות אפילו דבר שלא בא לעולם, לכשיבוא לעולם, על-ידי הקנאת הגוף לפירותיו – "ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א) – ומכיון שגם חוב אפשר להקנות, אמנם לא בקנין סודר ולא בקנין אגב, אלא במעמד שלשתן, או בכתיבה ומסירה אם יש שטר (ראה: דמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רג, סעיף ט; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סו וסימן קכו). ולמעשה אין לך דבר

שער חמישי: ראיות

שאי-אפשר יהיה להקנותו, באיזו דרך שהיא, על-פי דיני ישראל, הרי על-ידי אמירתו-הוראתו הנ"ל של המצווה, כי הקנה את הדברים הנזכרים בצוואה "כל רבר ורבר לפי קנינו". נוצרה מעין "מניעות" estoppel בלע"ז, המונעת את יורשי העזבון מלבוא ולהוכיח, כי אכן לא נעשה כל קנין כשר בשעת עדיכח הצוואה או לפנייה. כוח ההודאה בדיני ישראל הוא כל כך חזק, עד שלדעת אחד מבעלי התוספות הגדולים, אפילו מי שאין לו קרקע כלל יכול להקנות אגב קרקע כל מטלטלים שהם, מכוח עצם ההודאה שיש לו קרקע שכזאת. ונראה לרכנו חם דהיינו טעמא – כלומד: זה הוא הטעם, שבגללו יכול להשתמש בקנין אגב גם מי שאין לו קרקע – כיון שמורה שיש לו קרקע, וחוב הוא לו, שהרי על-ידי קרקע מקנה לחבירו, אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו. הרי הוראת כעל-דין כמאה עדים ולא חיישינן למיחזוי כשיקרא, כראשכתנא (לקמן קמט ע"א) גבי איסור גיורא דנפק אודיחא מבי איסור, ואף על גב שהיה איסור משקר (תוספות), כבא בתרא מד ע"ב, ד"ה דלא).

אך גם מי שאיננו מודה בהלכה קיצונית זו, וסובר כי אין בכוח ההודאה לברוא "יש מאין" שכזה – למשל: רמ"א, חושן משפט, סימן רב, סעיף ז; בית יוסף, לטור חושן משפט, שם, סעיף א, כשם הרשב"א – אינו חולק על כך, כי כל המודה, לחובתו, שעשה קנין כשר בנכסיו, הוראתו כמאה עדים ואינו יכול לחזור בו הימנה, (עיין ודו"ק בגוף דברי הרמ"א שם; באר היטב שם, סעיף קטן יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קג, סעיף ד).

העולה מכל האמור, כי הצוואה דנן, בצורתה המקורית, כשרה היתה.

ע"א 211/63

יחזקאל ג' קלפר ואח'

פ"ד יח(1) 563, 567, 571

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זוסמן, הלוי

השופט הלוי: ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, תי"א 1299/61, מיום 5.4.63 (כב' השופט י' רווה), אשר דחה את תביעת המערערת לתשלום דמי נזק בקשר לתאונת עבודה שאונתה לה ביום 29.1.60, כהיותה מועסקת על-ידי המשיבים במכבסתם ליר מעגילה מכנית. ידה הימנית של המערערת נתפסה במעגילה ונכוותה קשה...

5. הנמקת פסק-הדין מעוררת את השאלה העקרונית, באיזו מידה בעל-דין שהעיד "קשור בגירסתו", ובמיוחד באיזו מידה הוא מנוע מהסתמך על ראיות אחרות לטובתו הסותרות את עדותו הוא. אין ספק כי עדות בעל-דין יכולה לשמש "הודאה" בידי בעל-הדין שכנגד,

ראיות ברין האזרחי

כמאמר לורד Jessel ב-583, 580 Ch.D. 19 (1882) Ex parte Hall:
Any statement made by a man on oath may be used against him as an admission.

במינוח עברי ניתן לומר כי יש כאן משום "הודאת בעל-דין"; אך אין במינוח זה בלבד כדי להחיל על כל "הודאת בעל-דין" – כיד המליצה הטובה עלינו – את כלל המשפט העברי כי "הודאת בעל-דין כמאה עדים". משמעותו של כלל זה, כפירוש רש"י לבבא מציעא ג ע"ב (ד"ה אינו כהכחשה וכהזמה): "אם הודה לו כמנה וכאו עדים והכחישוהו לומר אינך תייב לו כלום, אינו נפטד בכך, דהודאת בעל-דין כמאה עדים"; ובלשון הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן עט, סעיף א, בעל-דין שהודה "נאמן על עצמו יותר מק' עדים". פירושו של דבר, "הודאת בעל-דין" באה במקום כל עדות ומחייבת את בעל-הדין על-אף כל עדות סותרת.

ע"א 88/57

רוזנברג ג' קרמרז' ואח'

פ"ד יב 1096, 1102-1103

הובא בשער זה, עמ' 411.

3. התנאים לתחולת הכלל "שתיקה כהודאה רמיא"

ע"א 502/69, 488/69

בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ג' הולנדר

פ"ד כד(1) 378, 388-389

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, מני

במשך השנים שחלפו מאז כניסתו של המשיב כחבר לבית ינאי, האגודה השיתופית המערערת, ועד להגשת התביעה, הצטבר חוב של המשיב בספרי האגודה, לפי פריטים שונים. מהם: חיוב המשיב מרי חודש בחשלום מס האגודה, מסים מוניציפליים, ריבית.

השופט ח' כהן: דין הוא ששתיקה גרידא אינה יוצרת מניעות: "מקום שאין חובה לענות ולדבר, אין להסיק כל מסקנה מן השתיקה" (ראה Everest and Strode, Law of Estoppel, 3rd ed. p. 290). כאין חובה לקום ולעשות

שער חמישי: ראיות

ולמחות, כשמקבל אדם דרישת השלום שהוא אינו מודה בחבותו בו, הרי שתיקתו וישיבתו בחיבוק ידיים אינן יכולות ליצור כל מגיעות.

ושוב: לא ידעתי מנין לנו חובה אשר כזאת. מס שנדרש ממני תשלומי, ויודע אני שלפי החוק אין אני חב בתשלומי, אין אני יכול להתחייב בו על-ידי כך בלבד שהתעלמתי מדרישת התשלום וזרקתי אל סל הניירות הבטלים; והוא הדין בתשלומים שדרישתם מבוססת על חבות חוזית או אחרת, כשחבות כזאת למעשה אינה קיימת.

והוא אשר לימדתנו גם המגילה: "אין שתיקתו של אדם אומרת כלום, אבל יש ורואים שתיקתו כהודאה. כלומר, אין להגיד על אדם שותק, כי אמר דבר קבוע, אבל במקום שהיה עליו לדבר, שתיקתו כהודאה וכהודעה" (סעיף 67). המשפט העברי שונה במקצת מן המשפט המושלמי: שם הכלל הוא, אין שתיקתו של אדם אומרת כלום, ואילו אצלנו הכלל הוא, שתיקה כהודאה דמיא (יבמות, פז ע"ב). אבל היוצאים מן הכלל מאזנים את הדין: שם היוצא מן הכלל הוא, שהיתה חובה עליו לדבר ושתק; ואצלנו היוצא מן הכלל הוא, שלא היתה חובה עליו לדבר ושתק (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פא, סעיף ז: "אם אמר לו (התובע), מנה לי בידך, והלה שתק, ואמר התובע לעדים אתם עדי, ושתק הנחבע – אין שתיקתו כלום, דלא הוה שתיקה כהודאה אלא כשהודה לו תחילה ואמר לו הן, וכשאמר התובע אתם עדי, שתק; אבל כששתק מתחילה ועד סוף, יכול לומר לא חששתי להשיבך"). אין חובה מוטלת על נתבע לומר "הן" או "לאו" כשטוענים נגדו שהוא חייב, אלא יכול הוא לשתוק; ואם באים לאחרי-מכן וטוענים נגדו שתיקתו כהודאה, יכול הוא לומר, "לא חששתי להשיבך".

וכן יכול המשיב דנן לומר למערערת, לא חששתי להשיבך על דרישותיך וטענותיך, ושום חובה לא היתה מוטלת עלי להשיב; ומששתקתי "מתחילה ועד סוף", אין בשתיקתי לא הודאה ולא כלום.

ראיות בדין האזרחי
4. האומר "לא לוייתי" דינו כאומר "לא פרעתי"

ע"א 505/64
אבו יונס ואח' נ' זבידאת ואח'
פ"ד יט(4) 169, 172-173

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
: לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ח' כהן, הלוי

חלקת אדמה מסוימת היתה שייכת למערערם ולמשיב מס' 1 בחלקים שויים. משנחלקה החלקה, תבע המשיב את מחצית הבעלות בחלקה אחת ואת הבעלות בשלמות בחלקה השניה, וזכה בהן. תביעת המערערם למתן פסק-דין המצהיר, כי הם הבעלים, בשיעור של מחצית, בחלקה השניה האמורה, נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי, ומאן הערעור.

השופט זילברג: פרטי המקרה שלפנינו מזכירים לנו את סיפור המעשה שהותל עליו הכלל התלמודי הידוע של "כל האומר לא לוייתי – כאומר לא פרעתי דמי", כפי שנתבאר במסכת שבועות, מא ע"כ. מעשה שם כאדם שאמר לחברו תן לי את מאה הזוז שהלוייתיך. אמר לו השני להד"ם. הלך הוא, השני, והביא עדים שהוא לווה את הזוזים ופרע אותם. אמר רבא, וכן היא הלכה, כל האומר לא לוייתי כאומר לא פרעתי דמי! וכה אומר רש"י שם:

כאומר לא פרעתי דמי: דכיון דלא לווה לפי דיבורו – לא פרע, והרי יש עדים שלוה; נאמנין הם על ההלוואה, ואינן נאמנין על הפרעון, דהודאת בעל דין כמאה עדים (השווה: רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עט, סעיף א).

ואף במקרה שלפנינו כך. הנתבע תבע את מחצית החלקה 19 לא במפרוז אלא במשעא. בזה הוא הכריז כאילו מראש כבלתי נכונה את העדות העתידה של עדיו במשפט כי כל מחציתה המערבית של החלקה-האם שייכת לו, ולו בלבד. וביצד אפשר לסמוך על עדים אלה לגבי חלקה הפעוט של המחצית המערבית המהווה את החלקה 17?

ידעתי גם ידעתי כי הכלל התלמודי הנ"ל אינו מחייב את בתי-המשפט האזרחיים, ואילו קבע השופט המלומד כי הוא מאמין לדברי העדים טאהא וסאלימן סלאמה, על-אף הסתירה שבין דבריהם לבין גירסת הנתבע גופו – החדשתי! אבל נראה לי מתוך הרצאת הדברים על-ידי השופט המלומד, כי הוא כלל לא שם לב לסתירה הנ"ל, וכי היא לא שימשה בעיניו שיקול בהכרעת שאלת המהימנות.

ב. חזקות

1. "אין אדם פורע חובו תוך זמנו"

ע"א 158/76, 332/76

גרנר הוטל תיאורוד הרצל בע"מ נ' רקלו
פ"ד לא(1) 228, 234-235

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, מני, שמגר

בית-המשפט המחוזי נתן למוכרים הצהרה, על-פיה חייבים הקונים להשלים את תשלום מלוא החמורה שנקבעה בהסכם המכר. על-סמך הצהרה זו ניתן פסק-דין, בסדר-דין-מקוצר, לפיו חייבו הקתים כתשלום היחידה. הערעורים נסכים על שני פסקי-הדין.

השופט ח' כהן: 11. ושנית, טוענים המוכרים ופסק הרשם המלומד, נסתחמו טענותיהם של הקונים שטרם הגיע זמן פרעונה של יתרת המחיר, שהרי הם עצמם שילמו למוכרים עוד ביום 24.4.1975 את אשר ראו הם כיתרת המחיר – סימן ודא"ה שלא העלו על רעתם כלל שיש בחנאים שבסעיף 4 (ג) לחוזה המקורי כרי לעכב את התשלום. הרשם המלומד ייחס חשיבות מרובה גם לנוסח המכתב שכתב בא-כוח הקונים אל המוכרים שעה ששלח להם את התשלום: מלשונו של עורך-הדין מסתבר שהקונים ראו עצמם אותה שעה חייבים לשלם את יתרת המחיר (כפי שהבינוה הם).

אין אני גורס שהקונים מנועים מלטעון שפרעו מה שפרעו לפני זמנם. איש אינו טוען – או יעלה על הרעת – שעל-ידי התנהגותם, ששילמו למוכרים חצי מיליון לירות במרעד ששילמו, גרמו לשינוי מצבם של המוכרים לרעה. אדרבא, הם שינו מצבם של המוכרים רק לטובה – ומעודי לא שמעתי שכשם שלוקים על הרעה לוקים על הטובה.

היו מחכמי התלמוד שפסקו שאין חייב נאמן לומר, פרעתי לפני הזמן, שחזקה על אדם שאינו פורע חובו "תוך זמנו" (בבא בתרא ה' א"א-ע"ב); ואם כי היתה זו דעת מיעוט (של ריש לקיש ומר בר רב אשי, כשאביי ורבא ורב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע חלקו עליהם), נפסקה הלכה כמותה (שם).

אך במה דברים אמורים, בנחבע הטוען פרעתי לפני הזמן ואינני חייב עוד לפרע, והתובע מכחיש את הפרעון; שאז מגלגלים שבועה על הנתבע להוכיח שפרע (רמב"ם, הלכות מלוה ולווה, פרק יד, הלכה א). ועוד הגבילו את החזקה שתחול על הלוואה ושכירות בלבד, אך לא על פקדון ומכר ועסקה אחרת (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עח, סעיף א בהגה, וש"ך, שם, סעיף קטן

ראיות בדין האזרחי

ח-יב). על-כך-פנים אין החזקה הזאת יכולה לבוא במקום ראייה שהזמן שהחייב פרע בו היה זמן הפרעון שהותנה בינו לבין נושהו. אפילו סברו הקונים ויועציהם בשעתם שעליהם לשלם יחרת המחיר מיד והתנאים שבסעיף 4 (ג) לחוזה המקורי אינם עומדים להם, אין בכך בלבד כדי עילה להשתיקם עתה מלהודות בטעותם – והוא באשר טעותם לא גרמה למוכרים אלא רווח ממון.

2. "שתיקה כהודאה דמיא"

ע"א 502/69, 488/69
בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' הולנדר
פ"ד כד (1) 389, 378

הובא כשער זה, עמ' 401.

3. "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"

ע"א 384/61
מדינת ישראל נ' פסלר
פ"ד טז 102, 103, 106–107

כבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ויתקון, ח' כהן

אשה, בהיותה נשואה לאחר, חיתה משך שנים רבות עם עובד מדינה. כשנפטר היא תבעה גימלאות ולשם כך הגישה בקשה לבית-המשפט המחוזי למתן פסק-דין המצהיר, כי היא "ירועה בציבור כאשתו" של המנוח. בית-המשפט המחוזי נעתר לבקשתה. המדינה עירערה.

השופט ח' כהן: זה ערעור המדינה על אשר נעתר בית-המשפט המחוזי, חיפה (כבוד הנשיא-התורן, השופט עציוני), לתכיעת המשיבה ונתן לה פסק-דין המצהיר שהמשיבה הייתה ירועה בציבור כאשתו של המנוח אריה (ליאון) שיף וגרה עמו בשעת מותו.

... המוסד של נישואין שיצא עליהם קול, או של נישואין-למעשה להבדילם

שער חמישי: ראיות

מנישואין כהלכה, אינו בגדר זכות-יחיד של המשפט הסקוטי דוקא; מצינו אותו או שכמותו כרוכ שיטות המשפט. אלא בו בזמן שכמשפט הסקוטי – כמו בדין תורה – רואים אולי חיי אישות כאחת הדרכים אשר "האשה נקנית בהן", הרי ברוב השיטות האחרות אין חיי האישות, כשהם מתמידים ויצא עליהם קול בציבור, משמשים תחליף לטבס הנישואין, אלא אך ראייה כלכד לקיום הנישואין. העובדה שאיש ואשה חיים יחדיו תקופה ממושכת כדרך בני-זוג הנשואים זה לזה, יוצרת חזקה שאמנם נישאו זה לזה כדין, או יש בה משום ראייה לכאורה לכך...

והתורה שבפרק הזה אינה אלא תלק של הכלל הגדול שאמרנו, לאמור, איש ואשה חיים יחדיו במה שנראה כחיי נישואין, באופן שהציבור מקבל אותם כבני-זוג הנשואים זה לזה, מעמידים אותם בחזקתם, בהעדר חזקות שכנגד או ראיות לסתור, שאין הם פוגעים בסרו הטוב של החברה ושואין הם מפירים את החוק, אלא שלמעשה נשואים הם לזה לזה... (Bishop on Marriage, Divorce and Separation, New Ed. 1981, vol. 1 pp. 405-6). אותה חזקה מצינו בדיני התורה. מעמידים אדם בחזקתו שלא שביק היתירא ואכיל איסורא (גיטין לו ע"ב; חולין ד ע"א), כלומר כשיש בידי אדם לעשות דבר המותר או לעשות דבר האסור, חזקה עליו שהוא נוקט בדרך המותר וזנח את דרך האסור. וכבר קידמני חברי הנכבד, השופט זילברג, באמרו שחזקה זו "מהווה את הבסיס לחזקה הידועה של 'אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות' (כתובות, עג ע"א), והיא גורמת לכך כי חיי אישות משותפים בין גבר ואשה נהפכים, כרגיל, לקידושי ביאה מן התורה וזוקקין את האשה לגט" (בספרו "כך דרכו של תלמוד", עמ' 113, הערה 64).

בענין המיוחד המדובר בו כאן – חיי נישואין למעשה בתקופה ממושכת – קיימת בדין התורה חזקה מיוחדת לאמור:

איש ואשה שבאו ממדינת היס. הוא אומר, אשתי היא, והיא אומרת, בעלי הוא – אין הורגין עליהן משום אשת איש. הוחזקו – הורגין עליהן משום אשת איש. עד כמה היא חזקה ... עד שלושים יום. (ירושלמי קידושין, פרק ד, הלכה י, סו ע"ב).

בשפת דיני הראיות דהאינדא: העובדה שאיש ואשה חיים יחדיו, אינה כשלעצמה מספיקה לראותה כאשת-איש לענין פלילי; כלומר, הבעל אשה זו, אינו אשם בבעילת אשת-איש משום כך כלכד שהיא תיה עם איש אתר. אבל משהותזקו כאיש ואשה שלושים יום, דייה בחזקה זו כדי להרשיע על פיה את בעלה בחור בעל אשת-איש.

העובדה שהחזקה הזאת אינה יוצרת מעמד של נישואין כביכול ואינה הופכת פנויה לאשת-איש, אלא שהיא רק מדרכי הראיות להוכיח כי בעלתו של אותו בעל היתה אשת-איש האסורה עליו, מסתברת יפה מהדבק הדברים אשר בו מופיעה הלכה זו אצל הרמב"ם. לפני שהרמב"ם מביא את החזקה האמורה שהבאתיה לעיל מן הירושלמי, הוא פוסק שתי הלכות בדיני ראיות דוקא, ואלה הן:

ראיות כדין האזרחי

אין העדים נוקקין לראות המנאפים שהערר זה בזה... אלא משיראו אותן דבוקין זה עם זה כדרך כל הכועלין, הדי אלו נהרגין בראייה זו, ואין אומרים שמא לא הערה, מפני שחזקת צורה זו – שהערה. מי שהחזק בשאר בשר, דנין בו על-פי החזקה, אף-על-פי שאין שם ראייה כרורה שזה קרוב, ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו... ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים וחינוק מורכב לה על כתפה והגדילתו בחזקת שהוא כנה, ובא עליה, והביאוה לכית-דין וסקלוה. ראייה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ובמכה אביו שיומת: ומנין לנו ראייה כרורה שזה אביו? אלא בחזקה; כך שאר קרובים בחזקה. (הלכות איסורי ביאה פרק א, הלכות יט-כ).

יצויין כי בחזקת לא שביק איניש היחירא ואכיל איסורא, וכן בחזקת אין אדם עושה כעילתו בעילת זנות, המדובר הוא בפריזומפציות הכאות במקום ראיות, מעין ראיות אשר החוק מספק ואשר על-כן אין בעל-הדין חייב לחפש ולהביא אותן. מה שאין כן בחזקת שלושים היום של האיש והאשה החיים יחדיו, או בחזקת יחסי הקירבה: אלה הן חזקות כבחינת *repute*. כלומר דברים שבידיעת הציבור הנוגע ברבר, אבל הטעונים עוד הוכחה ככית-הדין בתור שכאלה. הצד השווה שבין שני מיני החזקות השונים הוא, שאלה גם אלה מדיני הראיות הם, ואין ביניהם לכין דיני הנישואין המהותיים ולא כלום.

4. "יד בעל השטר על התחתונה"

ע"א 536/76

מזרחי נ' ידיד

פ"ד לא (2) 257, 264

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 820.

שער חמישי: ראיות

5. "שטרך בידי מאי בעי"
(חזקה שהאוחז בשטר תובע כדין)

ע"א 57/71
בן שטרית נ' בן שטרית
פ"ד כו"ז (1) 638, 641-642

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 819.

6. חזקה שהחותם על מסמך יודע את תוכנו
ומתכוון לכתוב בו

ח"א (כ"ש) 364/75
שמעוני נ' מפעלי רכב אשרוד בע"מ
פ"מ תשל"ז (1) 444, 446, 454-455

בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע

השופט טירקל: 1. התובע, אבנר שמעוני, תבע לחייב את הנחבעת, מפעלי רכב אשרוד מ"ל בע"מ, לפצותו בשל הנוקים שנגרמו לו עקב הפרת התחייבותה של הנחבעת לספק לו משאית בתודש אוקטובר 1974. לפי ההסכם שנעשה בין התובע לבין הנחבעת (להלן – "ההסכם"). (יצויין כי המחקרת המקורית כהסכם, שקדמה לתובע, היתה יר"ח בע"מ שזכויותיה לפי ההסכם הוסברו לתובע).

אחת מטענותיה של הנחבעת ככתב הגנתה, שהיא העיקרית הצריכה לענייננו, היתה כי המועד האמור של חודש אוקטובר 1974 נקבע אך ורק "כמועד הספקה משוער" וכי נקבע כפירוש בהסכם, כי מועד זה אינו מחייב את הנחבעת וכי התובע אינו זכאי לפיצויים בשל איחור בהספקה...
(ד) תוצאה סופית זאת תואמת גם את דיני ישראל, כפי שנפסק הדין בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן סא, סעיף יג:
מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעים לו.
ובהגה שם מובאים בהמשך דברי הבית יוסף, בשם הריב"ש, סימן תפ, לעניין זה:

ראיות כדין האזרחי

וה"ה בשאר דקדוקים שיש לדקדק מן השטר ולא אמרינן דהאי גברא לא דקדק כל כך.
ומוסיף השפתי כהן שם (סעיף קטן יח):
ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק.
(כאמור, זהו הדין כפי שהוא חל, לעניות דעתי, על העניין שלפנינו, אולם ראה אצל ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (מכון הרי פישל, תשל"ד), פרק עשירי: חוזה אחיד, עמ' 232–239, הדין בשאלת תוקפו של חוזה אחיד או תנאי אחיד כשהוא עומד בסתירה לתנאי אחר שבתווה, לדין או להגיון).

7. חזקה שמי שיש לו ברירה,
עושה דבר מותר ולא דבר אסור

ע"א 384/61
מדינת ישראל נ' פסלר
פ"ד טז 102, 106

הובא בשער זה, עמ' 405.

8. עדים החתומים על שטר,
חזקה שביררו את כשרות המתחייב בשטר

ע"א 250/70
שרעבי ואח' נ' סוברי
פ"ד כה(1) 429, 431

הובא בשער העשירי, משפט מסחר, עמ' 821.

שער חמישי: ראיות

ג. דרכי הוכחה

ראה גם בשער זה, עמ' 361 ועמ' 397.

1. דרכי הוכחה בעניינים המצריכים מומחיות

ע"א 407/60

פלונית נ' אלמוני

פ"ד טו 212, 216

בכית-המשפט העליון כשכחו כבית-המשפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ח' כהן

המערערת הגישה תביעה לקביעת אבהות כבית-המשפט המחוזי נגד המשיב; המשיב סירב להעמיד עצמו לבדיקות דם; התביעה נדחתה מחוסר הוכחה.

השופט ח' כהן: חרעומת אחרת בפי בא-כוח המערערת, והיא שהשופט המלומד, אשר ראה גם את הילד וגם את המשיב, לא אמר בפסק-דינו מאומה על התרשמותו מן הדמיון או חוסר הדמיון ביניהם. למעשה, טוען הוא, קיים ביניהם דמיון בולט "המנקר ממש עיניים". לי נראה, עם כל הכבוד, שהשכיל השופט המלומד בשמרו התרשמותו בלבד. ממה נפשך: אם לא מצא דמיון, הרי התרשמותו אינה מועילה לא למערערת ולא למשיב; אם מצא דמיון, התרשמותו עשויה להזיק למשיב, אבל אין היא מועילה למערערת, שהרי טביעות-עיניו של השופט בכגון דא אינה בגדר ראית-סיוע. אין הרבר דומה לסימני היכר שכל אדם מזהה אותם מיד בטביעות-עיניו, ללא סיכון סביר של ספק או טעות: כגון אם אדם הוא ילד או מבוגר, זכר או נקבה, לבן או שחור, וכיוצא כאלה דברים שלהבחנתם אינך זקוק – בדרך כלל – לעדות מומחים, אלא דיך בטביעות-עיניו של השופט. מה שאין כן לגבי דברים שעשויים להיות בהם פנים לכאן ולכאן: דברים אלה טעונים הוכחה בראיות, ואם יש צורך בטביעות-עין, כי אז טעונים הם טביעות-עינים של מומחים שימסרו תורת-דעת כעדים במשפט. אמת נכון הרבר שמצינו בספרים חקדימים רבים בהם קבעו כתי-משפט את קביעותיהם גם בדברים שכאלה ושבמחלוקת על-פי טביעות-עינים – לרבות גם אבהות לפי הדמיון בין הילד לבין הנטען (ויגמור, שם, עמ' 624, הערה 2); וכן קבעו בתי-דין בישראל מתלוח נפש "לפי מה שיראה הדיין, שאי-אפשר לכוון הדעת בכחב" (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה י). אלא כל אלה הם נחלת העבר, ששעתם ומקומם היו בחקופות טרום-מומחיות: היום שנחברכנו במומחים מוסמכים ככל שטח ובכל נושא, לא יקח

ראיות בדין האזרחי

השופט על עצמו את ההכרעה בשאלות שבמדע וכידיעה מומחית אך על-פי טביעות-עיניו שלו בלבד (רעיון דומה הביע הרמב"ם בלשון זו: היום כשהדיינים "אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא ... ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט, לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, אלא בראיה ברורה, לא כדעת הדיין ולא כאומדן..."), הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ב).

2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"

ע"א 213/76

גילברג נ' פאנוס

פ"ד לא(2) 272, 279

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 737.

3. "מיגו" (הראיל)

ע"א 88/57

רוזנברג נ' קרמרד' ואח'

פ"ד יב 1096, 1102–1103

בביח"המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני פ"מ הנשיא (חשין), והשופטים אגרנט, רחוקן

שאלת כשרותה ומידת תקפה של צוואת שכיב-מרע.

מ"מ הנשיא (חשין): ואין הודאת היורשים הדרך היחידה להוכחת צוואת-שכיב-מרע שנעשתה שלא בפני עדים. עוד שתי דרכי הוכחה ידועות במשפט העברי, והן: "מיגו" ושטרות שנעשו בערכאות של נכרים. בתשובות הדא"ש (רבנו אשר בן יחיאל, מראשי הפוסקים, 1250–1328), כלל פג, סימן ד, אנו מוצאים הלכה זו:

מה שאמרו חכמים דברי שכיב-מרע ככתובים וכמסורים דמי – אם מועיל בלא כתיבה ובלא עדים – דע, כי בלא כתיבה מועיל, כי דבריו הם כמו בריא

שער חמישי: ראיות

שכתב ומסר, ויותר טובים דבריו ממה שכתב והקנה, דכהא איכא פלוגתא: איכא למאן דאמר שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין, ואין קנין לאחר מיחה. אבל עדים ודאי צריך, אם הממון ביד היורשין. אבל אם הממון ביד מקבל המתנה והוא אומר: "נתנו לי", נאמן במיגו דאין בידי כלום או החזרתי לך ובשבועה.

משמעותה של טענת "מיגו" היא, כידוע, זו: הואיל ("מיגו") ופלוגי יכול היה לפטור עצמו בטענת "אין בידי כלום", או "החזרתי למנות מה שהיה בידי משלו", ולא עשה כן, אלא אמר שהמנוח נתן לו את הרכב במתנה, נאמן הוא על דיבורו; כי אילו רצה לשקר, היה כורך לו טענה אחרת שהיה קרוב יותר לזכות על פיה. שמע מינה, כי אף "מיגו" הוא מדרכי ההוכחה של הטענה הנטענת, והצוואה מקבלת תוקף לא מפני השמעת הטענה בעת הדיון כדברי השכיב־מרע, כי אם משעת אמירת דברי הצוואה על־ידי השכיב־מרע, וטענת "מיגו" משמשת רק גימוק לנאמנותו של מקבל־המתנה. לשון אחרת: דברי השכיב־מרע הם המקנים את המתנה לנהנה, אף אם נאמרו שלא בפני עדים, וטענת ה"מיגו" לא באה אלא כדי לשכנע את בית־הדין כי השכיב־מרע אמנם ציווה מה שאומר הנהנה שציווה. קל לנו לשער, כי אילו הוציא הנהנה את דבר־המתנה מחתת ידו ומסרו ליורשים לפני שהחל בית־דין דן בענין. היתה הקרקע נשמטת מתחת לטענה זו, ושוב לא היה המקבל נאמן על דיבורו מחמת "מיגו". אך הצוואה היתה נפסלת במסיבות אלה לא משום שנעשתה שלא בפני עדים קיום, כי אם מפני העדר אחת מאפשרויות ההוכחה הנ"ל, היינו: הודאת יורשים ו"מיגו". והראיה: תשובת רבנו גרשום מאור הגולה (965–1028 או 1040), שהועתקה בתשובות מהר"ם מרוטנבורג (רבנו מאיר מרוטנבורג, 1215–1293), סימן תחסא. וזו לשון התשובה בחלקה הנוגע לענינו:

ראובן ושמעון שותפים היו והלכו למדינות הים וחלה ראובן ונטה למות וקרא לשמעון וציווה לו: תן לפלוני מנכסי שבידך כך וכך, ולפלוני כך וכך, ונפטר ראובן... ושכ שמעון למקומו, וכבאו הושיב בי"ד וסיפר דבריו לפניהם כאשר צוה ראובן, ועשה (שמעון) ציווי המת, ועכשיו תוכעת אלמנת ראובן מן המקבל מה שנתן לו שמעון, כי (אומרת) שלא (היה ראובן יכול ליתן) כלום, לפי שהכל משועבד לה בכחוכתה, הדין עם מי? כך דעתי נוטה, שאין אלמנת ראובן יכולה להוציא מיד המקבל כלום, דדברי שכיב־מרע ככתובים וכמסורים דמי... ושמעון זה נאמן הוא בדבריו, לפי שעד שלא הוציא הממון הושיב בי"ד וסיפר דבריו לפניהם. ושנו דכותינו (תוספחא בכא מציעא א, י) הודאח בעל־דין כמאה עדים דמי. ושליש נאמן משניהם. זה אמר בכך וזה אמר בכך, שלישי נאמן. אימתי? בזמן שהשלישות בידו. אבל אם אין השלישות בידו, הרי הוא ככל אדם (וראה גם: תשובות מהר"ם מרוטנבורג, סימן תתע).

שער חמישי: ראיות

יש לדון על פי פנקס של אדם שרגיל לכתוב בו עניניו, ואפילו להוציא מיתומים הקטנים, היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת. (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צא, סעיף ה).

לכאורה, סתירה בולטת לפנינו, אך למעשה אין סתירה כלל; כי תנאי הותנה בהלכת סימן צא הנ"ל: "היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת"; הוזה אומר בטרמינולוגיה המודרנית והיבשה שלנו: חייב להיות "סיוע" ממקום אחר לאמיתות ההודאה שנמצאה בפנקסו של המת, וכן כתב הסמ"ע בפירושו על חושן משפט, סימן קח, סעיף קטן כז. עיין שם. עינינו הרואות את החשדנות ואת הספקנות, בה מתייחס המשפט העברי לתביעה מן היורשים, אלא שבאן צריך להוסיף את ההערה הבאה: מכיון שדיני ישראל נוקטים, כידוע, את "שיטת ההערכה הפורמלית של העדות" בניגוד ל"שיטת ההערכה החפשית" הנהוגה בחוקים המודרניים, והדין מצווה ועומד – פרט למקרה של "דין מרומה" (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן טו, סעיף ג) – לפסוק על-פי שנים עדים כשרים, הרי אם יש עדים באלה המעידים על חובה-מלווה של המודיש, החשש המתעורר כמות המת הוא: לא שמא לא לווה, אלא שמא פרע את החוב לפני פטירתו.

הנוסחא המשותפת שבה אפשר להגדיר את עמדת כל שלוש שיטות המשפט ההן – האנגלית, העותמאנית והעברית – היא: כאשר התביעה היא נגד עזבון או אחד מיורשיו, יש קודם-כל לעקור מן הלב את הספק, פן ואולי היתה באמתחתו של הנתבע החי טענה כל-שהיא העשויה לסכל – אם על-ידי כפירה ואם על-ידי עדות סותרת – את תביעת יריבו. לא נעקף הספק – הפסיד התובע, כי המוציא מחברו עליו הראייה, הראייה הורדאית.

רעיון זה מחייב יחס של זהירות לא רק כלפי עדותו של התובע בלבד. כי הספק ההוא בעינו עומד – אולי במידה קצת מופחתת – כאשר התביעה מסתמכת על עד זר שאינו נוגע בדבר.

ה. נטל ההוכחה

ראה בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 606.

פרק שלישי ראיות בדין הפלילי

א. הרשעה וזיכוי

1. הרשעה על פי ראיות נסיבתיות

ע"פ 543/79, 622/79, 641/79
נגר ואח' נ' מדינת ישראל
פ"ד לה' (1) 113, 154, 163-170

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים שמגר, אלון, בייסקי

שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי הרשיעו את המערערים כרצח יוסף ארביב, הגם שגופתו לא נמצאה. לצורך ההרשעה הסתמכו השופטים על ערותו של הער העיקרי במשפט – שנסתייעה ב"דבר-ה'נוסף" – לפיה התוורו בפניו המערערים בנפרד בהמתתו של ארביב ביריות, כאשר כל אחד מהמערערים מייחס את המעשה לחברו. כן קבעו השופטים, שהיו מרשיעים את המערערים גם ללא הודאה האמורה, בהסתמך על ראיות נסיבתיות. לעומתם גרס שופט המיעוט, שיש לזכות את המערערים, כיון שלא הוכח מעבר לכל ספק סביר, שהם ביצעו את מעשה הרצח, מאחר שאין ליתן אמון בדברי העד העיקרי. השאלה עליה נסב הערעור היא אם ניתן להרשיע את המערערים ברצח, למרות שגופת הקרבן לא נמצאה, וזאת בהסתמך על הודאותיהם מחוץ לכותלי בית-המשפט או על ראיות נסיבתיות.

השופט אלון: 2. נחלקו הדעות במערכות משפטיות שונות, אם ניתן להרשיע אדם בפלילים על סמך הודאה שניחנה מחוץ לבית-המשפט, כאשר אינה קיימת, בנוסף להודאה, ראייה עצמאית בדבר קיומו של ה-*corpus delicti*, היינו הוכחה בדבר אירוע המעשה – בענייננו מותו של אדם – שנגרם על-ידי התנהגות פלילית ולא בא בדרך הטבע. בפסיקתו של בית-משפט זה נקבע, כי כאשר מצויה הודאה כזו אין צורך בראיה כאמור, ודי בקיומו של "דבר-מה" נוסף (ע"פ 290/59, בעמ' 1496). ובכך עוד ידובר להלן. אך לית מאן דפליג, כי בהיעדר הודאה מצד הנאשם, על התביעה להוכיח בראש וראשונה את קיומו של ה-*corpus delicti*, ותחילת כל דבר – באישום של עבירת רצח – דבר

שער חמישי: ראיות

מותו של אדם. מבין שלושת האלמנטים בעבירת הרצח עליהם עמדנו לעיל – מותו של אדם, מותו על-ידי התנהגות פלילית וזהות העבריין הנאשם ברצח – שני האלמנטים הראשונים יוצרים את עצם קיומה של העבירה הפלילית, ובהיעדר אחד מהם אינה קיימת עבירה כזו כל עיקר. ומשני אלמנטים אלה, על-פי טבע הדברים, הוכחת האלמנט הראשון – היינו עצם המוות – מחייבת ראיה תזקה וודאית ביותר, שהרי בלעדיו חסר היסוד העובדתי האלמנטרי של עבירת הרצח, היינו קיפוח חייו של אדם. משום כך הושם בימים עברו הדגש, כפי שעמד על כך תביר הנכבד, השופט שמגר, על מציאת הגופה או קיומה של ראיה ישירה בדבר מותו של הקרבן, שמה ביום מן הימים "יבוא ההרוג ברגליו" (בבא קמא עד ע"כ; כריתות כר ע"א), ותחברר הטעות הפאטלית שבהרשעת הנאשם...

9. רבת עניין היא דרכו של המשפט העברי בנושא שלפנינו, ויש בה כדי לאלפנו.

בע"פ 112/69 הג"ל מביא השופט זילברג המנות את דבריהם של רבי טרפון ורבי עקיבא: "אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם" (משנה מכות א, י); בתלמוד (מכות ז ע"א) מוסברים הדברים כך:

היכי הו עבדי (=כיצד היו עושים)? רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרווייהו (=שניהם): ראיחם טרפה הרג? שלם הרג? אמר רב אשי: אם תמצא לומר שלם הוה, דלמא במקום סייף נקב הוה (=אולי באותו מקום שפגע הסייף היה נקב, ובלאו הכי היה מת).

השופט זילברג מביא דעתם זו של רבי טרפון ורבי עקיבא – לפיה יש לזכות את הנאשם גם על סמך חשש של אפשרות רחוקה ונדירה ביותר, שלא מעשהו גם לרצח – לעומת הדעה המקובלת בפסיקה המודרנית שלפיה –

...מכיון שיש צורך בהליכי שפוט, כדי להעניש עבריינים, מן הנחרץ הוא להתעלם מ"נסיבות רחוקות", כלומר: אירועים יוצאי דופן ורחוקים מן המציאות כאלה, אף-על-פי שייחכן וייגרם על-ידי כך עיוות-דין. זאת אומרת: המחוקק ראה לפניו את הסיכון, אך מצא שיש בו הכרח, כי אחרת לא יסופקו אף פעם צרכי השיפוט, וההכרח לא יגונה". (שם, בעמ' 741; ההדגשות במקור).

בדם, דעה מרחיקה לכת זו של ר' טרפון ור' עקיבא שנויה הייתה במחלוקת אף בימיהם, ורבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל, הגיב על דעתם זו במלים בוטות אלה: "אף הן מרבין שופכי דמים בישראל" (משנה מכות שם); בדבריו של רש"י: "אם היו עושים כן, היו מרבים שופכי דמים, שלא יראו מבית-דין" (שם מכות ז ע"א, ד"ה אף; וכן ראה תוספוח שם, ד"ה דלמא). יחד עם זאת נכון הוא, כי בקשר לאמצעי ההוכחה על עובדות המקרה, היינו אם פלוני דקר את אלמוני בסייף אם לאו, הקפיד המשפט העברי במקורו על הבאת ראיות ישירות. דברים מאירים על דרישה זו במשפט העברי וההנמקה לכך מצויים בדברי הרמב"ם (ספר המצוות (תרגום י' קאפח, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ח), לא תעשה, ק), ואלה דבריו:

ראיות ברין הפלילי

האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים על פי אומדן חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסו אנחנו אתריהם ומצאנו את הנרדף הרוג ומפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם – הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום העונש כיון שאין שם בירור בעדים שראו את הרציחה...

ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עוול – לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים בין אלו, וה"אפשר" רחב מאד. ואלו הרשחה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחורב המציאות כדוגמת מה-שהזכרנו – כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצוה שלא יקיים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, בירור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומדן החזק מאד – הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטור את החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומדן ובדימוי אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי – ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד מן הימים.

מעניין הוא נימוקו של הרמב"ם. החשש הוא, שמשבאים אנו להסתפק בראיות נסיבתיות, ייתכן ונפריז על המידה "וימיתו בני אדם בעוול, באומדן קל, לפי דמיון השופט". משום כך מוטב להקפיד על קיומה של ראיה ישירה, גם אם בעקבות כך ייתכן שנוכח את מי שראוי היה להרשיע, שהרי מוטב לזכות אלף חוטאים מלהרשיע אדם אחד חף מפשע (על אמרה ידועה אחרונה זו, מקורה וגלגולה – ראה: G. Williams, The Proof of Guilt (London, 3rd ed., 1963) p. 186 ff. ומקום כבוד לרבנו הרמב"ם לשימוש באמרה).

10. סמוך לסיום תקופת התנאים אנו שומעים על קביעת עיקרון – שעל-פי נהגו עוד שנים רבות לפני כן (ראה, דרך משל, המעשה המובא בשם שמעון בן שטח, ספרי (פינקלשטיין), דברים, פרשת כי חצא, פיסקא רכא, עמ' 253) – שהכניס שינוי מהותי במשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין והן לעניין סדרי הדיון והראיות שבדיון הפלילי.

תניא: ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה (יבמות צ"ב, סנהדרין מו ע"א; ובירושלמי חגיגה, פרק ב, הלכה ב, ע"א, הנוסח הוא: "שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כחורה").

על-פי עיקרון זה מותר לו לבית הדין לדון שלא על-פי הדין שבחורה בכל החתום הנרחב של דיני עונשין וסדרי הדיון הפלילי, אם צורכי השעה מחייבים זאת, והדבר הוא "למיגדר מילתא" (יבמות, שם), היינו, כדי לגדור בפני עושי עוולה ועבריינים. לשם כך הפעילו בתי הדין, וכן ראשי הציבור על-פי סמכותם

שער חמישי: ראיות

להתקין תקנות הקהל, תיקיה מסועפת בדרך של תקנות שהותקנו בכל הדורות ובכל החקופות על רקע של נסיבות דתיות, חברתיות, כלכליות ומוסריות שונות. תקנות אלה, שמבחינה פורמלית נאמר עליהן שהותקנו כ"הוראת שעה", משום "שהשעה היחה צריכה לכך" וכיוצא מביטויים אלה, היו למעשה לתקן מהותי של כלל ההלכה העברית, ומוכאים ונידונים הם בספרי הלכותיה, ובמיוחד בקובצי תשובותיה (ראה על כך: מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ת) כרך ב 436–439). על תופעה מאלפת זו במשפט הפלילי העברי – בתקופת התלמוד ובמיוחד לאחריה – עמדתי במקום אחר, ולא כאן המקום להאריך (ראה: שם, בעמ' 421–425, 566–569). תומר רב מצוי בספריהם של ש' אסף, העונשין אחר חתימת התלמוד (ספריה משפטית, תרפ"ב) ושל י' מ' גינצבורג, משפטים לישראל (מכון הרי פישל לדרישת התלמוד, חשט"ז), ובמאמרו של י' בוק, "הריגת נפשות ודיניה בספרות השו"ת" דברי הקונגרס העולמי התמישי למדעי היהדות ג (תשכ"ט) 37. אטול רשות להביא כאן דבריס, כפי שסיכמתים במקום אחר (מ' אלון, בספר הנ"ל, בעמ' 424–425):

עיקרון תיקתי מרחיק לכת זה כדיני העונשין ובסדרי הדיון הפלילי, שימש בימי חכמי ההלכה בכל התקופות מכשיר רב-ערך ורב-חשיבות בהסדרת חיי החברה העברית, ומכוחו התפתחה במשפט העברי – ככל שאפשרה האוטונומיה השיפוטית שהוענקה למרכזים היהודיים השונים – חקיקה מרובה בתחומים השונים של דיני העונשין וסדרי הדיון הפלילי. חקיקה זו העניקה סמכות נרחבת בקביעת עונשים פליליים ובהסדרת דרכי דיון התאמים את צורכי השעה והחברה, אגב אזהרה כפולה ומכופלת, שלא לקפח על ידם יותר מן ההכרחי, את צלם האדם וכבודו. וכך מסכם הרמב"ם, לאחר שהוא קובע תחילה סמכות נרחבה זו שבידי חכמי ההלכה בתחום המשפט הפלילי, את חובתם בהפעלת סמכות זו: "כל אלו הדברים לפי מה שראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י').

11. התפתחות מאלפת חלה בדרכי ההוכחה במשפט הפלילי, הוא הנושא שבפנינו. נעיין באחדים מהתקדימים המנחים, ומהם הנוגעים לעניין שבפנינו. א. בסופה של המאה השלוש עשרה דן הרשב"א, רבי שלמה בר' אברהם אדרת, מחכמי ספרד, בקבילות עדותם של קרובים, של אשה, של קטין וכן בהרשעה על-פי הפללה עצמית של הנאשם (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא; תשובה זו מובאת במקוצר בשו"ת הרשב"א, המיוחסות להרמב"ן, סימן רעט; וראה עוד: שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שצג). וזו לשון השאלה: הסכימו דעת הקהל למנות אותנו ברורים לבער העבירות (=שופטים הדנים כענינים פליליים), וכן נשבענו לעשות כן. וכתוב כתיקוני ההסכמה (=החקנה), שיהא רשות כידינו משלטון המדינה ליסר ולענוש בגוף וממון לפי ראות עינינו. הודיענו, אם יעידו עדים קרובים על ראובן שעבר על

ראיות בדין הפלילי

שברעתו והעדים ראויים לסמוך עליהם; או אם יעידו אשה וקטן מסיחים לפי תומם – יש לנו ליסר את ראובן אם לא? וכן אם העדים או אחד מהן קרובים לראובן, ורואין אנו אמתלאות שאלו העדים אומרים אמת, יש לנו רשות לעשות על פיהם אף על פי שאין שם עדות ברורה?
ותשובת הרשב"א היא בדורה וחד"משמעית:

דברים אלו נדאין פשוטים בעיני, שאחם רשאים לעשות כפי מה שנדאה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמדתם (בענין עדים קרובים וכו') שהם פטולים) אלא בבית דין שדנין על פי דיני תורה כסנהדרין או כיוצא בהם. אבל מי שעומד על תיקוני מדינה(=תקנות הקהל) אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה, שאם לא כן... לא יענש על פי עצמו, לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין; ... אלא שבכל אלו הרבדים אינם אלא בבית דין הנוהגין על פי התורה... וכן אמרו מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... וכן הרבד פשוט בינינו ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם על דברים אלו.

ב. בתשובתו של ר' יצחק בר' ששת ברפת, הריב"ש, מחכמי ספרד וצפון אפריקה בסופה של המאה הארבע עשרה – אותה שלח לדי' מנחם הארוך, שכיהן כריון, חחילה בשאלמאנקה ולאחר מכן בסמורה (Zamora) – נדונה פרשת הרשעה על רצח; הריב"ש פסק, כי ניתן להרשיע את הנאשמים – כאשר אין ספק בקשר למותו של הקדבן – על סמך ראיות נסיבתיות, ובלבד שיהיו אלה "ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות". וזו לשון התשובה (שו"ת הריב"ש, סימן רנא):

כבר ידעת, שכל מה שדנין דיני נפשות בזמן הזה, במקום שהותר מדינא דמלכותא (=היינו שבכתב הפריבילגיה של המלכות ניתנה רשות לבית הדין העברי לדרן גם דיני נפשות), אינו מן הדין, שכבר בטלו דיני נפשות (=על התקופה שבה בוטלה סמכות השיפוט בדיני נפשות עם חורבן הבית ראה: מ' אלון, בספר הג"ל, כרך א, בעמ' 7-8 והערה 10); אבל משום מיגדר מילתא היו בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה אם השעה צריכה... ואם בשאר העבירות היו הורגין שלא כדין לצורך השעה, אין צריך לומר בשפיכות דמים שהחמירו בו חז"ל... ומכל מקום, משום מיגדר מילתא, כיון שמח מביניהם, אם רואה אתה להמיחם, כיון שעשו כן בשאט נפש, ביד רמה ובזדון, כמו שנדאה שאדכו לו בלילה, וגם ביום, ובפרהסיא בפני טובי הקהל היו הולכין בכלי זיין כנגדו, הדשות בידך, וכמו שכתב הדמב"ם ז"ל (הלכות דוצת, פרק ב, הלכות ד-ה); ואף לאותו שאין בו עדים, רק ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות.

ג. כאמור בתשובתו של הרשב"א שציטטנו לעיל (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא). נחקבל במשפט העברי, בשלב חדש זה, שאדם יורשע על-פי הפללה עצמית. אפשרות זו עמדה בניגוד לעמדת המשפט העברי במקורו, שלפיה אין מקבלין הודאת הנאשם כדי להרשיע את עצמו, לפי הכלל ש"אדם

שער חמישי: ראיות

קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (יבמות כה, ע"ב) וכפי שראינו בדברים שצוטטו לעיל מתוך הרמב"ם (סנהדרין, פרק יח, הלכה ו). על הרקע לתידוש גדול זה בדיני הראיות במשפט העברי אנו למדים מתוך תשובתו של הריב"ש למוקדמין (=כך נקראו מנהיגי הציבור, שלעתים קרובות מילאו תפקידים שיפוטיים) של העיר טירואל שבמחוז ארגוניה שבספרד – שם הייתה קהילה יהודית גדולה שקיימה שיפוט אוטונומי עברי אף בתחומים רבים שבמשפט הפלילי – בדבר דינו של יהודי החשוד שהוא מוסר ומלשין, והועמד לדין בפני בית הדין העברי שבטירואל (שו"ת הריב"ש, סימן רלד). וזה לשונו: עתה אין הרשות נתונה בידי בית-דין לדון בדיני נפשות רק בהורמנא דמלכא (=בדשות הניתנת מטעם המלך, השלטון הכללי) וצריך לאמת הדין אף בעיני שופטי הארץ שלא מבריתנו, למען לא יחשדונו בדנים לא בצדק ולא במשפט. גם כי עתה בזמנינו זה מה שדנין בדיני נפשות הוא לפי צורך השעה, שהרי בטלו דיני נפשות, אלא שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה. לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות אם אין עדות ברורה. כאשר אין עדות ברורה ניתן להרשיע את הנאשם על-פי הודאת עצמו, אך ההודאה בלבד אינה מספיקה: צריך שיחוספו לה, כדברי הריב"ש, קצת אמתלאות, רעיון המזכיר לנו בצורה מעניינת את הצורך ב"דבר-מה-נוסף" על הודאת הנאשם, דבר שנחחדש בפסיקתו של בית-משפט זה בע"פ 3/49 (ראה): ע"פ 290/59 הנ"ל, בעמ' 1493).

ד. תכמי המשפט העברי העריכו את העובדה, שהשלטון הזר העניק להם סמכות השיפוט הפלילי כאמצעי חיוני לקיום סדרי חברה מתוקנים בציבור העברי ולשם כך התקינו, כאמור, תקנות מרחיקות לכת בדיני הראיות בסדר הדין הפלילי.

וכך אנו שומעים מפיו של ר' יהודה בר' אשר, בנו של הרא"ש, כמתציחה הראשונה של המאה הארבע עשרה בספרד:

דבר ידוע הוא כי מן היום אשר גלתה סנהדרין מלשכת הגזית, בטלו דיני נפשות מישראל; וכל מה שהדין עתה הוא לגדור פרצת-הדור. וברוך ה' אשר נתן כזאת בלב מלכי הארץ הזאת לתת כח לישראל לדון ולבער עושי רשעה. לולי זה – לא היה קיום לישראל בארץ הזאת. וגם כמה אנשים מישראל ימלטו (מ)דיני ישראל – שהיו נהרגים על ידי שופטי הגויים. והדינין שאנו דנין בדיני נפשות אינם בולם על פי התורה... (שו"ת זכרון יהודה, סימן נח).

ומה הם הדינים שעל-פיהם דנים דיני נפשות? על כך אנו שומעים מפיו בתשובה אחרת, ששלח לדייני קורדובה בקשר לאחד שנאשם בתקיפתו של אחד הדיינים ופציעתו בחבלות קשות (שם, סימן עט):

... ודבר ידוע הוא שכל המקרים המתחדשים בזמנים הם בלא מספר, אי אפשר לחקוחם על ספר ולפרש כל דיניהם, ועל כן כתבו לנו רז"ל, בלל אחד

ראיות בדין הפלילי

שכולל עניינים רבים, ונתנו כח לבית דין לגדור גדר בכל זמן לצורך שעה, כדגרסינו בפרק נגמר הדין (סנהדרין מו ע"א): תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... גם כי אין עדים שהכהו, מכל מקום הוחזק בעיר בקלא דלא פסיק (=בשמועה שאינה פוסקת) שהכהו, וגם יש אמת לאות והוכחות, ועד מפי עד; וגם יש עדים שראוהו יושב במארב מכוסה עיניו בבגדיו שלא יוכר במקום שהוכה הדיין. ועוד – אחר שהוכה הדיין ברח ולא נראה עוד בעיר... נראה לי שראוי ליסרו כאילו יש עדים שראוהו שהכהו, כיון שהעונש כדי לגרור הפרצה הזאת, שיהיה כל דין רשאי לרדוף האמת ולא יירא מבעלי הדין... כל דין ועונש שעושים בית דין לצורך השעה כאשר יתאמת יענישוהו עונש שיראה לבית דין ובלבד שתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שחוף כוונה אחרת".

ה. לא כל תפוצה יהודית בגולה נהנתה מאוטונומיה שיפוטית נרחבת זו בתחום המשפט הפלילי, ויש שבאותה תפוצה עצמה נשתנתה סמכות השיפוט מתקופה לתקופה (ראה: מ' אלון, בספר הנ"ל, כרך א, בעמ' 11 והערות 23–25; בעמ' 36 והערה 112). כפי שראינו נהנה המרכז היהודי בספרד מסמכות שיפוט פלילית נרחבת – אף כדי הוצאת פסקי דין מוות – במשך תקופות ניכרות, ובתקופה מסוימת מצאנו סמכות שיפוט זו אף במרכז היהודי שבפולין; ומחוק כן עדים אנו אף במרכז זה לשינויים כדיני הראיות בדין הפלילי העברי. וכך אנו שומעים, דרך משל, מתשובתו של ר' מאיר מלובלין, מחכמי פולין במאה השש עשרה (שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קלח):

הגיע לידי הפסק דין אשר חרצת על דבר המעשה המכוער והזר, עוון הרציחה שעשה אחד מפריצי בני עמינו, כנזכר בהעדויות אשר שלח מעלת כבוד תורתו לידי. הגם שעד השני הוא עד מפי עד מסתמא המעשה הרע הוא ידוע ומפורסם... שיסוד הכל שבנו עליו הפוסקים שפסקו שגם בזמן הזה יש כח ביד בית דין להעניש, אחד בעונש גוף או מיתה, הוא מהא דאיתא בפרק נגזר הדין (סנהדרין מו ע"א) ובפרק האשה רבה (יבמות צ ע"ב); תניא: אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... שבית דין מכין ועונשין כדי לעשות גדר... שכתב רבינו ירוחם... וזה לשונו: וכל זה אפילו כחוק לארץ ואפילו בלא התראה וכו' ואפילו דליכא עדות ברורה, כל שנראה לדין לעשות עושה...

(וראה עוד: שו"ת איתן האזרחי, לר' אברהם הכהן רפפורט, מחכמי פולין בתחילת המאה השבע-עשרה, תשובות מג-מד, ובתשובה הסמוכה מה, משל ר' מאיר בר' אברהם ז"ק, מחכמי פולין שבמאה השש-עשרה).

ו. הלכות אלה באות לידי ביטוי בצורה מקוצרת בספרות הפוסקים המאוחרת. רבי יעקב בר' אשר, בעל הטורים, מקדיש סימן אחד (טור, חושן משפט, סימן ב) וחלק קטן מסימן אחר (תכה, סעיפים א-ג) לסמכות השיפוט הפלילי בזמן הזה, וכותב הוא, בין היתר:

שער חמישי: ראיות

אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה, בין ממון ובין כל מיני עונש... ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתתייב על פיהם בדין בשעה שהיו הנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק – אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו... ובכל יהו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הכריות קל בעיניו (טור, חושן משפט, סימן ב).

ורבינו יוסף קארו, בשולחנו הערוך, אף מקצר הרבה יותר בעניין דרכי ההוכחה:

כל בית דין... אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ומוסיף הרמ"א: ושהוא צורך השעה) דנין בין מיתה, בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה... וכל מעשיהם יהיו לשם שמים (שולחן ערוך, תושן משפט, סימן ב, סעיף א, וראה שם, סימן תכה, סעיף א, דברי הרמ"א).
בולט הוא הקיצור המופלג בדיונים של בעל הטורים והשלחן ערוך במשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין המהותיים והן מבחינת דרכי הדין וההוכחה, לעומת דיונים המפורט של שני פוסקים אלה בדיני המשפט האזרחי, המהותי והדיוני, וסביר להניח שבמידה מסוימת גרמה לכך מיעוטה של האוטונומיה השיפוטית הפלילית העברית באותה שעה, לעומת האוטונומיה הנרחבת בתחום המשפט האזרחי והמינהלי ממנה נהנו תפוצות ישראל בכל אתר ואתר. גורם מסוים נוסף ניתן לראות גם בעובדה, שהעבריינות לא הייתה נפוצה ביותר בקהילות ישראל, אם כי – כאמור לעיל – אף בכך היו תקופות של "שפל" ו"גיאות".

12. סיכומי של דבר. ברבות הימים ועם שינוי העתים, לא יכול היה המשפט העברי לעמוד בדרישה "שלא יקרים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק, ואי־אפשר להסבירו אחרת בשום אופן" (ספר המצוות לרמב"ם, צוטט לעיל). צריך היה, משום צורכי השעה, להרשיע גם על־פי ראיות נסיבתיות, על־פי "אומד ודימוי", וכדי למנוע את התשש שירשיעו על־פי "אמדן קל לפי דמיון השופט", נשנתה, וחזרה ונשנתה הדרישה, שהעדות, גם אם אינה ישירה וברורה, צריך שתהא כזאת שהדיינים "נראה להם שהענין אמת" (שו"ת הרשב"א, המיוחסות להרמב"ן, סימן רעט) ודנים כאשר דנים רק "כאשר יתאמת" "ושנתה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שתוף כוונה אחרת" (שו"ת זכרון יהודה, סימן עט). מתוך כך הותרה במשפט העברי קבלת עדותם של עדים קרובים ופסולים על־פי דין, של הפללה עצמית אם יש עמה "קצת אמתלאות" התומכות בה, ושל עדות נסיבתית בקשר להרשעת אדם ברצח, כאשר אין ספק בקשר למותו של הקרבן, ומגמה זו מעניינת ומאלפת היא גם לענייננו.

ראיות בדין הפלילי

ע"פ 90/81

גולדשטיין נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(1) 610, 612

כביח־משפט העליון כשכתו כביח־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים בן־פורת, לוי, שילה

המערער הורשע בכיח־משפט המחוזי ברצח אמו. הרשעתו בוססה על ראיות נסיכחיות בלבד. מכאן ערעורו, המתבסס על הטענה, שהמסקנות אותן הסיק כיח־משפט אינן מחייבות המציאות.

השופט שילה: כאמור, אנו עדים – כפי שהיה ער גם ביח־משפט קמא – לכך, שראיות החכיעה הן נסיכחיות. הצד השווה שבין ראיות ישירות וראיות נסיכחיות הוא, שאין להשתית הרשעה לא על אלה ולא על אלה, אלא אם אין הן מותירות ספק סביר בנכונותה, כלומר, מוליכות הן אליה על דרך ההיגיון כמסקנה אפשרית יחידה, ובו בזמן שוללות הן כל מסקנה סותרת. ... המשפט העברי הקדום שלל הרשעה שלא על־פי עדות ישירה והסתייג מדיון על־פי "אומד", כלומר, הסקת מסקנה המוליכה אל הרשעה מתוך ראיות נסיכחיות. תוך כדי הבחנה בין ראיה ישירה ל"אומד" מובאת בתלמוד (סנהדרין לו, ע"ב) דוגמה מובהקת לראיות נסיכחיות, שאף כי, לכאורה, נראות הן כמחייבות הרשעה, הרי אין בהן משום ביסוסה מחמת הספק, המתלווה אל הדברים:

כיצד מאומד? אומר להן [לעדים]: שמה כך ראיתם, שרץ אחר חברו לחורבה, ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף, והרוג מפרפר, אם כך ראיתם, לא ראיתם כלום...

2. אין להרשיע נאשם באומד הדעת
אלא בהוכחות חותכות

כנ"צ 224/73

הראל נ' השופט גלעד ו'אח'

פ"ד כח(1) 337, 343

הובא בשער הרביעי, בחי דין וסדרהם, עמ' 349.

שער חמישי: ראיות

3. זיכוי נאשם שיש ספק באשמתו

ע"פ 112/69

חליחל נ' מרינת ישראל

פ"ד כג(1) 733, 741

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליימס
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ח' כהן, מני

בבית-המשפט המחוזי הורשע המערער בעבירת רצח. בית-המשפט קיבל חוות-דעתו של המומחה לבליסטיקה וקבע על-פיה שהיריות, הלא-קטלניות, נורו בידי הנאשם ומכך הסיק שגם היריות שגרמו למות המנוח נורו מאקדחו של הנאשם. בבית-המשפט העליון העלה סניגורו של המערער השגות על מומחיות העד המומחה לבליסטיקה ועל פרטי עדותו ותוצאות בדיקותיו.

מ"מ הנשיא (זילברג): חברי הנכבד מונה את השופטים המלומדים בכך שהם החילו על המקרה דנן את אמירתו של הפרופ' ויליאמס בקטע שצוטט לעיל. חברי אומר, כי אין דבריו של פרופ' ויליאמס ענין לכאן:

הוא (ויליאמס) יוצא מן ההנחה שאשמתו של הנאשם כבר הוכחה בהוכחות למכביר – למשל, שהנאשם הוא אשר ירה את היריות שהן הן שגרמו למות הקרבן. לאחר הוכחה שכזאת, אין מקום להפליג למרחקים ולשער שמא מת הקרבן משבץ הלב, שניה לפני שהכדור פילח את לבו.

לי נראה, בכל הכבוד ויקר לחברי המלומד, כי לא לכך התכוון פרופ' ויליאמס שם, – לא למקרה בו כבר הוכח שהנאשם הוא שירה את היריות שגרמו למות הקרבן. המלומד האנגלי שם מביע את הדעיון, כי אל לו לביח-המשפט, לחוש לאירוע מאורע רחוק ויוצא דופן העולה, אם אמנם החרש, בקנה אחד עם חפותו של הנאשם בעוד שהעדויות שהושמעו במשפט, ושביית המשפט מאמיץ בהן, מוליכות למסקנה סבירה הרבה יותר והיא שהנאשם איננו חף. ויליאמס מסתייג כאן, למעשה, מעמדתם של התנאים רבי טרפון ורבי עקיבא שאמרו:

אילו היינו כסנהדרין לא נהרג אדם מעולם (משנה מכות ז ע"א).

והגמרא שם אומרת על כך:

היכי הווי עבדי (כיצד היו עושים?) ר' יוחנן ור' אלעזר דאמרי תרווייהו: ראיתם טריפה הדג, שלם הרג? אמר רבי אשי אם חימצי לומד שלם היה, דילמא במקום סייף נקב היה? (כלומר: אולי היה שם נקב אשר בגללו היה מת בלאו הכי).

וטעמו של ויליאמס "החולק" על התנאים, הוא, כי אף-על-פי שעובדות נדירות כאלה עשויות להתקיים לעתים, ועל-ידי התעלמות מהן, יכול וייגרם, בהזדמנות נדירה, גם עיוות-דין, הרי אפשרות זו "אינה שקולה כנגד צרכי השיפוט, ובסיכון כזה יש משום הכרח".

ראיות בדין הפלילי

הוזה אומר: כנגד השקפתם של החנאים, הסוברים כי יש לשחרר את הנאשם בכל מקרה בו קיים אפילו ספיק-ספיק-ספיק-ספיקא באשמתו, סבור הוא, וייליאמס, וזו היא דעתה של כל הפסיקה המודרנית, כי מכיון שיש צורך בהליכי שיפוט, כדי להעניש עבריינים, מן הנחוץ הוא להחזיקם "מגסיבות רחוקות", בלומר: אידועים יוצאי דופן ורחוקים מן המציאות כאלה, אף-על-פי שיתכן וייגרם על-ידי כך עיוות-דין. זאת אומרת: המחוקק ראה לפניו את הסיכון, אך מצא שיש בו הכרח, כי אחרת לא יספקו אף פעם צדכי השיפוט, וההכרח לא יגונה.

ד"ג 30/75

קובי נ' מדינת ישראל

פ"ד ל(2) 757, 786-787

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 455.

4. אין להרשיע נאשם על סמך הודאתו – "אין אדם משים עצמו דשע"

ע"פ 290/59

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1489, 1494-1495

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופט לנדוי

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, חיפה (מ' עציוני, נשיא-חורן, והשופטים י' גוברניק, מ' בן-זאב), מיום 1.12.59, בתי"פ 178/59. לפיו הורשע המערער כעבירה לפי סעיף 13(ג) לפקודת הסדרות הרשמיים ונידון לשנתיים וחצי מאסר, ובעבירה לפי סעיף 7 לחוק למניעת הסתגנות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, ונידון לשנה אחת מאסר, כששני הענשים חופפים, הערעור נדחה.

השופט לנדוי: אולי ניטיב לעשות, לשם הבנת הבעיה שלפנינו, אם נשאל מה הטעם המונח ביסוד השקפתם של "המחמירים", שאינם מוכנים לתת את ידם להרשעת אדם רק על-פי הודאתו מחוץ לבית-המשפט, ונשיב על שאלה

שער חמישי: ראיות

זו כלשונו של ויליס כתיכורו הקלסי על ראיות נסיבתיות (Circumstantial Evidence), מהדורה 6, בעמ' 109:

דברי הימים של בחי-המשפט מלאים מקרים, שיש בהם משום אזהרה נגד הסכנה שבהסתמכות בלתי-מסוייגת על הודאות, אפילו הן תפשויות מכל חשד של לחץ, פיסי או מוסרי, או השפעה רעה אחרת. וכמה תמורה יותר סכנה זו, כאשר ההודאה היא הראייה היחידה לעובדה שנעברה עבירה! וכמה גדול יותר לאין שיעור הוא הצורך במקרים אלה לבחון כשבע עיניים את כל הנסיבות הסובבות, העוללות לגרום להודאה כזו! הסבל שבעינינו גוף, הפחד מהפעלתם, התקווה להימלט ממצוקת העבדות או מתלאות השירות הצבאי, לאות הנפש, אשליה עצמית, הרצון לחפות על קרוב או יריד אשם מפני עונש המשפט, דחיפת הייאוש נוכח לחצן של הנחות אשמה חזקות, שלכאורה אינן ניתנות לסחירה, התקווה להימלט מהעונש על לא עוול ומחרפה – אלה ומניעים רבים אחרים גרמו לא אחת להודאות באשמה, שהיו נטולות יסוד.

החשש מהודאות כוזבת מתייחס איפוא למניעים חיצוניים של לחץ פיסי או מוסרי המופעל על-ידי אחרים, וגם למניעים פנימיים הפועלים בלבו של "המודה", ללא כל לחץ חיצוני מדי. אשר למניעים פנימיים אלה הפנה אותי חברי השופט זילברג אל דברי הרמב"ם, המתאר את המניע של "לאות הנפש" במלים אלה:

... הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלים מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין התרכות כבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהדג... (הלכות סנהדרין פרק יח, הלכה ו').
אוחו רעיון מביע השופט חשין ז"ל בדברו בע"פ 48/54, על נאשם האומר "להתאבד" בהודאתו.

ע"פ 242/63

קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יח(3) 477, 497

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים כרונון, מני, הלוי

המערער הובא לדין בבית-המשפט השלום על חמישה פרטי אישום לפי סעיף 77 לפקודת מט הכנסה, 1947.

השופט הלוי: עקרון החיסוי מהפללה עצמית – "אחד העקרונות הקדושים ביותר בחוק בארץ הזאת" (דברי לורד Eldon ב-531, 540 Ex parte Buck.

ראיות בדין הפלילי

(Cossens (1820) — עקרון המשפט המקובל, שהועלה בארצות-הברית לדרגת "חוקה" על-ידי "התיקון החמישי" ("איש לא יוכרח בכל משפט פלילי להיות עד נגד עצמו") — מקורו — כן נראה לי — בתורת ישראל ובמטבע שטבעו חכמים: "אין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין ט ע"ב). על מקורו זה של הכלל מעיד נוסחו הלטיני: "Nemo tenetur se ipsum accusare" (או "prodere") שאינו אלא תרגום מילולי מעברית, וכן מעידים עליו עקבותיו בכתיבי אבות הכנסיה (עיין המובאות במאמרו של Riesenfeld, Law Making and Legislative Precedent in American Legal History, 33 Minn. L. Rev. 103, 118 (1949), שהועתקו ב-Mc Cormick, Law of Evidence (1954), עמ' 253, הערות 9-10; ועיין בנוגע לתולדות העקרון באנגליה עמ' 2250 (Wigmore, Evidence, Mc Neughton Revision (1961), 2250). עם קליטת "מהות המשפט המקובל" בארצנו, דרך צינור הסימן 46, לדבר-המלך-במועצתו על ארץ-ישראל וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, חזר עקרון המשפט העברי לצור מחצבתו. אמנם יש להבחין היטב בין משמעותו המקיפה של העקרון במשפט העברי, לפיו אין אדם יכול להפליל את עצמו על-ידי הודאת פיו, לבין משמעותו המצומצמת יותר במשפט המקובל, לפיו אין אדם חייב להפליל את עצמו. "אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין, שם), פירוש רש"י: "כלומר על עדות עצמו אינו נעשה רשע, שהרי תורה פסלה קרוב לעדות".

ע"פ 532/71

בחמוצקי נ' מדינת ישראל

פ"ד כר (1) 543, 556-557

הוכא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 510.

ע"פ 715/78, 774/78

לוי נ' מדינת ישראל

פ"ד לג (3) 228, 240, 241

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, ברק

השופט ברק: 1. המערער הועמד לדין בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב באשמת רצח, עבירה לפי סעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936. בית המשפט המחוזי (כבוד הנשיא התורן ב' כהן, והשופטים מ' טלגם וא' רינוגרד)

שער המישי: ראיות

הרשיע את הנאשם כרוכ דעות באשמת רצח. שופט המיעוט, השופט מ' טלגם, גרס כי יש להרשיע את הנאשם כהריגה. מכאן הערעור שלפנינו...

השופט ח' כהן: אני מסכים, ואין ברצוני להוסיף אלא מלים אחדות לענין קבילותה ומשקלה של הודיית חולה נפש.

... לא באה לפני בית-המשפט ראייה רפואית לשלול רצונו של חולה הנפש, והנסיבות שהוכחו לפניו לפי סעיף 12 לא העלו חשש לכל "לחץ חיצוני" שהיה בו כדי לשלול רצונו לעשות את הודייתו, כי אז תתעורר שאלת אמיתותה של ההודיה – שהיא, כפי שהראה חברי הנכבד, שאלה ברבר משקלה ההוכחתי של ההודיה, וכשם שלענין עדותו של חולה נפש יודע בית-המשפט, כי מן המפורסמות הוא, שיש ומחלת נפש מביאה לידי הזיות, הלוצינאציות וחלומות בהקיץ שאין להם ולא כלום עם המציאות הריאלית, כן לענין הודיותיו של חולה נפש יודע בית-המשפט, כי מן המפורסמות הוא, שיש ומחלת נפש מביאה לידי דילוזיות של התודות, עינוי עצמי והכאה על חטא הנובעות מרגשות אשם נסתרים ומודחים ושאינן להן ולא כלום עם הפשע המדובר בו (ראה למשל: Noyes, Modern Clinical Psychiatry (4th ed.) p. 106). תופעה פתולוגית זו כבר היתה ידועה לארונגו הרמב"ם, ז"ל, שכתב וזו לשונו: "גזירת הכתוב היא שאין ממיחין בית דין ולא מלקין את האדם כהוראת פיו... שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי הנפש הוא המחכים למות, שתקעין החרבות בביטנם ומשליכין עצמם מעל הגגות, שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שייהרג" (הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו). ואם לפי דין התורה פסולה הודייתו של כל אדם כראיה כפלילים נגדו מחשש שמא חולה נפש הוא, אין לחמוה שחולה נפש פסול לכל עדות מן התורה (רמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה ט); ששיטת חקר האמת בדין התורה שונה מדיני הראיות שלנו בעיקר בכך שכטרם הגיעו לידי פסילת עדות מחמת שהיא עדות שקר, תחילה פסלו כל עד המוחזק כעד שקר, אם כאשר הוא רשע העלול לשקר מתוך הזדון, ואם כאשר הוא חולה נפש העלול לשקר מתוך ההזיה. אנחנו שאין אנו יכולים עוד לפסול רשעים, כאשר כולנו כחזקת רשעים העלולים לשקר, גם חולי נפש לא נפסול – ולו רק משום שלכבוד הרשעים כבר אמונים אנו בלאו הכי להכחין, גם בעדותו של שקרן, בין האמת לבין השקר שכדברי העד.

ע"פ 641/79, 622/79, 543/79

נגר ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (1) 113, 166-168

הובא כשער זה, עמ' 415.

ראיות בדין הפלילי

ח"פ (ח"א) 683/79

מדינת ישראל נ' פרסמן ואח'

פ"מ חשמ"ב(2) 98, 117

בכיתום המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

תוך דיון באשמתם של הנאשמים נדרש בית-המשפט בין השאר לשלוש סוגיות: א. פירושי סעיפי חוק הפיקוח על מטבע חוץ כאשר למשמעות המרכיב של "נסיבות מחמירות" בעבירות של החזקת זהב ועיסקה בו ללא היתר; ב. משמעות סירובם של הנאשמים למסור למפקח מידע ומסמכים, בתוקף סמכותו על פי החוק הנ"ל, בנצלם את זכותם כנגד הפללה עצמית; ג. משמעותה של "הפרת אמונים" בסעיף 248 לחוק העונשין.

השופט אילן: למעשה כבר דן ביהמ"ש העליון פעם אחת בשאלה אם עקרון החיסוי מהפללה עצמית הוא עקרון יסוד גם במדינתנו. בע"פ 242/63 קריתי נ' היועמ"ש בעמ' 497 נאמר מפי כב' השופט הלוי, לאחר שהוא מכנה את עקרון החיסוי מהפללה עצמיח כעקרון מקודש של המשפט המקובל:

עם קליטת "מהות המשפט המקובל" בארצנו דרך צינור הסימן 46 לדבר המלך כמועצתו על ארץ ישראל וסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948 חזר עקרון המשפט העברי לצור מחצבתו.

כדי להבין את הדברים צריך לדעת כי בתחילת הקטע מאזכר השופט הנכבד את דברי הלורד אלדון במשפט Ex Parte Cossens מ-1820 בו הוא מכנה את עקרון החיסוי מהפללה עצמית "אחד העקרונות המקודשים ביותר בחוק בארץ הזאת". הוי אומר אנגליה. לאחר מכן מביע השופט הנכבד את דעתו כי מקורו של העקרון של המשפט המקובל בעקרון של המשפט העברי "אין אדם משים עצמו רשע" כפי שמעיד עליו שמו הלטיני 'nemo tenetur se ipsum accusare' ולבסוף הוא מגיע למסקנה שהעקרון חזר לצור מחצבתו אם כי השופט הנכבד מבחין בין משמעותו של העקרון במקורו העברי לפיו אין אדם יכול להפליל עצמו לבין גלגולו במשפט המקובל שאין אדם חייב להפליל עצמו.

שער חמישי: ראיות

ע"פ 614/80, 556/80

עלי ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לז(3) 169, 184, 186-188

כבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים כ"פורת, אלון, שילה

המערערים בע"פ 556/80 הורשעו כבית-המשפט המחוזי ברצח לפי סעיף 300(א)(3) לתוקף העונשין, תשל"ז-1977, ובניסיון לשרוד את הנרצח, עבירה לפי סעיפים 402(ב) ו-32 לתוקף. המערער בע"פ 614/80 זוכה מאשמת הרצח והורשע בניסיון לשרוד לפי סעיף 403 סיפא לתוקף. האירוע עניינו רצח בעת ניסיון שור של הנרצח שהתגורר בחצר מוסך, בו היו המערערים בע"פ 556/80 שומרים. המערער בע"פ 614/80 הינו מכר של המערערים האחרים, שנהג לבקרו לעתים מזומנות. הרשעת המערערים בוססה על הודעותיהם במשטרה. המערערים בע"פ 556/80 מערערים על הרשעתם והמערער בע"פ 614/80 – על הומרת עונשו. המשיכה מערערת על זיכוי המערער בע"פ 614/80 מעבירת הרצח.

השופט אלון: כלל גדול נקוט בפסיקתו של בית-משפט זה, כי אין להרשיע אדם על סמך הודאתו בלבד, אשר נמסרה מחוץ לכותלי בית-המשפט, גם כאשר הוראה זו נתקבלה ונמסרה כדת וכדין ללא לחץ חיצוני. הסיבה לכך היא, בראש ובראשונה, כי חוששים אנו מפני "לחץ פנימי", בו נתון הנאשם, שמא מייחס הוא לעצמו מעשה עבירה, שבוצע על-ידי מישהו אחר (ע"פ 290/59, בעמ' 1497). חשש זה מצא את ביטויו בדברי הרמב"ם, לאמור: "שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות, שמא כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו) ודבריו הובאו בהקשר זה בע"פ 290/59 בעמ' 1495, ובע"פ 543/79, 622, 641, בעמ' 162).

לאור הדברים האמורים, מן הראוי, לדעתי, כי המדיניות כסוגיה זו של הסתמכות על הודאת הנאשם תהא שונה מהמדיניות הנקוטה לאחרונה בידי המחוקק, המקלה עם התביעה בעניין קבלת הודעה מפי עד, שנמסרה מחוץ לבית-המשפט, בחנאים ובנסיבות מסוימים (סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]). בעניין אחרון זה טעם רב יש בהקלה זו על התביעה, לרגל התגברות התופעה של הטלת פחד ואיומים על עדים, שיתזרו בהם מהודעותיהם שמסרו במשטרה. אך נימוק זה אין לו עמידה לעניין הדרישה והצורך בדבר-מה-הנוסף במקרה של הודאת נאשם; להפך, כפי שראינו, התגברות הפשע והשתלטות של פושעים בעלי זרוע על עבריינים חלשים וכפופים להם מחייבות זהירות מיוחדת נוספת בהסתמכות על הודאת הנאשם בלבד, אף אם נמסרה בבית-המשפט. בכגון רא חל הכלל הגדול הנקוט בידינו, כי "יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (רמב"ם, ספר המצוות (תרגום י' קאפה, הוצאת מוסד הרב קוק, תשי"ח), לא תעשה, רצ). ולא זו בלבד; אלא העונות חפים מפשע, על-פי הודאתם, עלולה לחפות על האשמים

ראיות כדין הפלילי

האמיתיים, שיצליחו להתחמק מלכוא על עונשם, וימשיכו לסכן את שלום הציבור וכיטחוננו. דומה שהתגכרות האלימות של כעלי זרוע מאורגנים ומסוכנים, המטילים חתיתם לא רק על הציבור בכללו אלא גם על שותפיהם "הזוטרים", שייטלו על עצמם את פשעי "הגדולים", מחייבת לנהוג במשנה זהירות, בטרם נבוא להרשיע אדם על סמך הודאחו בלבד. ואשר על-כך מציע הייתי למחוקק לשקול ולהוסיף על ההלכה הקיימת ולקבוע, כי אף אם נמסרה הודאת הנאשם בכית-המשפט, אין להרשיע על פיה בלבד, אלא אם מצוי דבר מה נוסף לחיזוקה ולאומותה של הודאתו.

7. מאלף לציין את עמדת המשפט העברי בסוגיה נכבדה זו של הודאת הנאשם בפלילים. כירוע, גרס המשפט העברי במקורו, כי אין מקבלין כל עיקר הודאת הנאשם, המרשיע את עצמו, לפי הכלל ש"אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע" (יבמות כה, ע"ב); הרשעת עצמו בפלילים לא הייתה קבילה כל עיקר, בין שהנאשם הודה מחוץ לבית-המשפט ובין שהודה בכית-המשפט, ואף אם היה סיוע להודאתו, ואין אדם מורשע בפלילים אלא על-פי ראיות ועדים המעידים על כך. במשך הזמן, לפי צורכי השעה והחברה, חלו שינויים מפליגים בכיוון הקלת דרכי ההוכחה במשפט הפלילי, הובשרה קבילותם של עדים, שהיו פסולים לפי הדין, ואף הסתפקו בראיות נסיבתיות, אם הן חזקות ומשמעותיות (ועל כך עמדנו בהרחבה בע"פ 641, 622, 543/79 הנ"ל, בעמ' 163-170). במסגרת שינויים גדולים אלה נקבעה גם אפשרות הרשעה על-פי הפללה עצמית של הנאשם (שו"ת הרשב"א, חלק ד סימן שיא), אך תנאי נקבע, כי הודאת הנאשם בלבד אינה מספיקה, אלא אם יש עמה "קצת אמתלאות", המוכיחות אמיתותה של ההודאה: "לוה נהגו לקבל הודאת פי העובר (העברייין – מ' א') אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות, אם אין עדות ברורה" (שו"ת הריב"ש, סימן רלד). כאשר אין עדות ברורה, ניתן להרשיע את הנאשם על-פי הודאת עצמו, אך ההודאה בלבד אינה מספיקה; צריך שייתוספו לה, כדברי הריב"ש, קצת אמתלאות, היינו בלשוננו דהאידינא – דבד-מה-נוסף. ו"קצת אמתלאות" נוספות אלה דרושות הן בכל מקרה של הרשעה על-פי הודאת הנאשם בלבד, אף אם נמסרה בבית-המשפט. דומה כי דרך זו רצויה וטובה היא, הן מבחינת טובת הנאשם, לבל יודשע על לא עוול בכפו, והן מבחינת מציאת האשמים האמיתיים, לבל יימלטו מהרשעתם כדין וכדין.

ב. מידת ההוכחה

1. אין באיומים כדי לייחס למאיים מעשה עברה

צ"פ 19/50

דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ה 81, 84, 88-89, 91

כביתהמשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים דונקלבלום, אסף, חשין

השופט אסף: 1. זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, בחיק פשעים חמורים מס' 172/49, מיום כ' בשבט תשי"י (7.2.50), שלפיו הודשע המערער יהושע בן יחיא דנוך, ברצח בכוונה תחילה, בהתאם לסעיף 214(ב) של פקודת החוק הפלילי 1936, ונידון למיתה.

2. וכך היה מעשה: הנאשם, יהושע דנוך, והנרצח, המנוח מסעוד שוישה, עסקו בעסקי השוק השחור בבשר. המנוח היה חשוד על מגע קרוב עם המשטרה, והיה מקבל מן הקצבים דמי "לא יחרץ". היחסים בין הנאשם ובין המנוח היו מתוחים ביותר, ובימים האחרונים לפני הרצח, אחרי שהמשטרה ערכה חיפושים בכרם התימנים והחרימה בשר, גדל הרוגז עוד יותר, כי הנאשם חשד במנוח שהוא הוא שהלשין במשטרה. ביום אחרון של חול המועד פסח, כ' בניסן תש"ט, אחרי שהמשטרה החרימה שוב בשר, האשים הנאשם את המנוח בהלשנה ואמר לו: "אתה סדרת אותי ואני אסדר עוד אותך". לפי נוסחא אחרת, אמר לו: "אני עוד הערב אסדר אותך". בעדותו בבית-המשפט הודה הנאשם בנוסחא הראשונה והכתיש את הנוסחא השנייה. באותו ערב, כליל החג, בשעה 8.20 בקירוב, נורה המנוח בצאתו מביתו. נפגע בכ"5-6 כדורים וכעבור חצי שעה מת מפצעיו...

11. אף לע"פ 203/45 (46 אל"ר, 16) יש חשיבות לענייננו. שם הואשמו שניים בשוד. אחד זוכה והשני הורשע. זה שהורשע ערער על פסק הדין. השופט קבע, שבשוד השתתפו שניים, וכל השאלה היתה שאלת זיהוי. המזהה היה עד אחד והשופט קיבל את עדותו בזיהוי של אתד ודחה אותה בנוגע לזיהוי של השני...

בע"פ 203/45 ראה העד בעצם רק את הנאשם האחד, את זה שהמסכה נפלה מעל פניו, וניתן לו לזהותו זיהוי מלא, ואילו את הנאשם השני ראה כשפניו מכוסים ברובם במסכה. ורק את מקצחם ראה, ואין כמקצת ראייה ככל ראייה. אף בעדים הבאים להעיד על אשה שמת בעלה, כדי להתירה להנשא אמרו חכמים: "אין מעידין (על האיש שמח) אלא על פרצוף פנים עם החוטם אף על פי שיש

ראיות בדין הפלילי

סימנים בגופו ובכליו". וכך נפסקה ההלכה (רמב"ם, הלכות גירושין, פרק יג, הלכה כא, ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן יז, סעיף כד), אף שכידוע הקילו חכמים כמה קולות בעדות אשה משום עגון. מה שאין כן במקרה שלפנינו. כאן העיד נסים, שדאה את שלשת הנאשמים יהושע, שמשון ונג'ד, כשהם הולכים בכיוון המוביל לביתו של המנוח ואקדח בידי כל אחד מהם, וכעבוד רגעים מועטים, אחרי היריות, ראה, לרבריו, שוב את שלשת הנאשמים כשהם חוזרים ובורחים בכיוון ההפוך. הרי, שדאה את שלשת הנאשמים יחד פעם ופעמיים. מעיד הוא בודאות גמדה על זה שדאה אח גדליה נג'ד באותה מדת הוודאות שהוא מעיד על יהושע ובנו שמשון...

16. ומאחר שבאנו לכלל דעה, שאין להרשיע את יהושע ע"פ עדותו של נסים שוישה, אין אנו צריכים לנתח את עדותה של שמחה שוישה, שבית המשפט בעצמו קבע, באמור, שקשה לבחון את אמיתותה, ואת שאר המסיבות שדובר עליהן בפסק הדין. טול מכאן את עדותו של נסים וכל העדויות, והמסבות שיש בהן משום סיוע לעדות נסים נהפכות לסיוע שאין בו ממש במובן המשפטי. הריב, שבין יהושע למסעוד ואיומו של יהושע שהוא יסדר את מסעוד, תופסים מקום רב בפסק הדין, "והעדויות בדבר הריב בין יהושע ומסעוד" נזכרות גם בסיכומו של פסק הדין בנימוק להרשעתו של יהושע (עמ' 16). אולם האיום כשלעצמו ודאי אין לעשותו סניף להרשעה. ומעשה באדם, שאחז גרזן בידו ואמר: אלך ואקצוץ דקלו של פלוני, ומצאו את הדקל, שהוא קצוץ ומוטל לאדן, ונפסקה הלכה: עשוי אדם שיאיים לעשות ואינו עושה (שבועות מו ע"א). יתכן אף שהמריבה והאיום, וההכרה של נסים שלמרות השתדלותו לא הצליח להשכיך שלום אמת כיניהם הם שהביאוהו להעיד, שהמעורר ובנו וחתנו הם הם שהלכו לרצוח את מסעוד בנו. עדות נסים היא, איפוא, היתר שהכל תלוי עליו. ואם היא נגדעת ונופלת הרי הכל נשמט ונופל. כיון שכך, אין אנו באים גם לחוות דעתנו על טענת האליבי שנטענה להגנת המעורר ושהעסיקה במדה מרובה את בית המשפט שלמטה. טענת האליבי היא טענת הגנה בזמן שיש לכאורה עדות מספקת להרשעת הנאשם, ואילו כאן אין אנו מוצאים את עדות נסים שוישה למספקת.

2. אין באיומים משום הוכחה על החלטה לביצוע המעשה

ע"פ 97/68

סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כב(2) 759, 767-768

הוכח בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 462.

שער חמישי: ראיות

3. מירת ההוכחה הנדרשת בעברות של בעילות אסורות

ע"פ 209/76

בלילי נ' מדינת ישראל

פ"ד לא(2), 598, 602-603

הובא בשער השישי, ריני עונשין, עמ' 477.

4. בחירת כלי "אשר ימות בו" כראיה לכוונה לרצוח

ע"פ 288/78

איזדמיר נ' מדינת ישראל

פ"ד לר(2), 200, 202

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ויחקן, ח' כהן

המערער הורשע ברצח אשתו, עבירה בניגוד לטעיף 300 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, והוא מערער על הרשעתו בטענה כי לא התכוון לגרום למותה.

השופט ח' כהן: פשיטא שבעדותו של המערער עצמו שלא התכוון להמית – לא סגי: עדות זו אינה יכולה לעמוד כנגד נסיבות אוביקטיביות מוכחות המצביעות בעליל על כוונת רצח.

5. הנסיבה הראשית והראשונה נעוצה בטיב המכשיר שהמערער בחר בו ("הכין לו") לביצוע זממו. מקדמת דגא ראו בבחירת כלי "אשר ימות בו" משום ראיה ניצחת לכוונת רצח (כמדובר לה, טז-יח). הכלי שהמערער דגן בחר בו הוא, כתיאורו שלו בהודיתו במשטרה, "מקל של הספונג'ה", ובלשוננו של הנשיא התורן, "מגב המותקן על מוט אלומיניום חלול" – ואין חולקין שמקל אשר כזה אינו משמש בדרך כלל למטרות רציחה, אלא שימושו הוא, שוב כלשונו של הנשיא התורן, "שימוש חמים במשק הבית (בצד הנשי בדרך כלל)".

1. זיהוי אדם על ידי הכרת קולו

ע"פ 87/53

אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 964, 965, 972

כבית-המשפט העליון כשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים חשין, זילברג, לנרוי

השופט לנרוי: זהו ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר הרשיע את המערער חוסין סלאמה אל-נבארי באשמת רצח לפי סעיף 214 (ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936 – שביום 20.7.52, באדמות ביר אבו ערפאן ליד באר-שבע, גרם בזרזון, יחד עם אחר, למותו של יוסף מורד, כדי להקל על ביצוע פשע, היינו ביצוע שוד מזרזון. פסק-הדין ניתן ברוב דעות (כב' השופטים גביון ושילה) נגד דעתו החולקת של כב' הנשיא של בית-המשפט, השופט ד"ר בר-זכאי, אשר היה סבור שהמערער היה צריך ליהנות מן הספק ולצאת זכאי...

השופט זילברג: אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע, בוודאות גמורה, וללא התערבות ספק כל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד. מן המפורסמות היא, כי אדם מכיר ו"מזהה" את חברו, על-ידי שמיעת קולו, בלי שידאהו כלל, ואין המכיר חושש כלל שמא קול זה, המוכר לו מקדמת דנא, "שייך" למישהו אחר. אך אם יתבקש המכיר להסביר ולבאר, במלים מפורשות, כיצד הכיר וזיהה את האיש ואת שיחו, הדי הוא – כפי שהנסיון מלמדנו – לא יוכל לעשותו כלל, או יוכל לעשותו רק למקוטעין, והטעם לכך הוא: כי סגולות קולו של אדם הן, ברובן המכריע, כל כך אינדיבידואליות, כל כך "חד פעמיות", עד שלא נתייחדו להן שמות וכינויים כלל באוצר המלים של השפה. זו היא ההכרה המיידית, השלמה והמוחלטת, הקרויה בלשון המקורות שלנו: "טביעות עינא דקלא", בעברית: "טביעת העין של הקול" (גיטין כג ע"א).

שער חמישי: דאיות

ע"פ 234/81

חרבון נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(1) 90, 98

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים כן־פורת, שילה

המערער הורשע בבית־המשפט המחוזי כרוכ דעות כהתפרצות לרירה ושדירת הרירת
המתלוננת. הרשעתו בוססה בעיקרה על עדות המתלוננת, שמסרה כי זיהתה את המערער על־פי
קולו כאתר משני רעולי הפנים, ששדררה לאחר שפרצו לביתה. בנקודה זו של זיהוי על־פי קול
כלכד התרכו הערעור.

השופט שילה: יש לעתים שהתדמית מורכבת מקווים המועברים לתודעה
באמצעות יותר מאשר חוש אחד, ובדרך כלל הזיהוי יהיה יותר קל, אולם גם
במקרה זה המיידיות (האינסטינקטיביות) היא הקובעת. אם מותר להזכיר
מקרה של זיהוי אולי הראשון הידוע לנו בתולדותינו – במפגש בין אבוהינו
יצחק ויעקב כאשר יעקב בא לבקש את ברכת אביו והוא מחופש בבגדי עשוי
בבדי להטעות את יצחק שיחשוב שעשוי לפניו – ניחן להבחין בזיהוי כפול
בדבריו של יצחק "הקול קול יעקב והידיים ידי עשו". הזיהוי הראשון – הזיהוי
על־פי הקול – הוא הזיהוי האינסטינקטיבי – היה הזיהוי הנכון, אולם תחבולת
ההטעיה של עטיפת ידיו של יעקב בכגד שעיר הצליחה להטעות את יצחק
העיוור. הוא מישש אח הבגד השעיר שעל ידי יעקב והאמין לתומו, שלפניו
עומד בכודו עשוי. טעותו הייתה בדחיית הזיהוי האינסטינקטיבי הראשון. כמו
כן הוטעה יצחק על־ידי חוש הדיח, כי ייתכן שהניגוד בין התדמית שהועברה
אליו על־ידי הקול לבין זאת שהועברה על־ידי חוש המישוש שאיר בו ספק.
הוא השתמש בחוש השלישי – חוש הריח. הריח את ריח בגדיו של יעקב, ורק
לאחר שהבחין בריחו של עשוי העולה מן הבגדים ("ריח בני בריח שדה") בירך
את יעקב בחשבו שהוא מברך אח עשוי (בראשית כז, כז).

2. אין די בזיהוי אדם על פי סימנים בגופו ובכליו
ויש צורך בזיהוי פניו

ע"פ 19/50

דנוך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ה 81, 84, 88–89

הובא בשער זה, עמ' 432.

ראיות בדין הפלילי

3. בדיקת דם ובדיקת רקמות כאמצעי זיהוי

ע"א 548/78

שרון ואח' נ' לוי

פ"ד לה (1) 736, 754

הובא בשער השכיעי, דיני נזיקין, עמ' 542.

4. דמיון קלסתר הפנים כראית סיוע בקביעת אבהות

ע"א 407/60

פלונית נ' אלמוני

פ"ד טו 212, 219–200

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ח' כהן

המערערת הגישה תביעה לקביעת אבהות בבית-המשפט המחוזי נגד המשיב; המשיב סירב
להעמיד עצמו לבדיקת דם; התביעה נדחתה מחוסר הוכחה.

השופט זילברג: השופט המלומד, כריש פסק-דינו, מתאר כמלים מעטות –
נרגשות, נאות וקולעות – את טרגיות מצבו של הילד. הוא קורא עליו את
הפסוק (קוהלת ד, א):

ושבתי אני ואראה את כל העשוקים אשר נעשים תחת השמש, והנה דמעת
העשוקים ואין להם מנחם...
משער אני, כי השופט המלומד התכוון כאן לא לאותו פסוק בלבד, אלא גם
למה שנאמר עליו במדרש ויקרא רכה לב, ח:

ושבתי אני ואראה את כל העשוקים. דניאל חייטא פתר קרייה (דניאל החייט
פירש פסוק זה) ... והנה דמעת העשוקים: אבותם של אלה עוכרי
עבירות, ואילין עלוביא (ואלה הילדים העלובים) מה איכפת
להון (מה להם בכך, ומה יכולין לזה?! – מתנות כהונה על מדרש
רכה, שם).

ודאי! צרתו של הילד המסכן נוגעת עד הלב. הוא ודאי עשוק, אכל מניעת
עושק זה אינה צריכה להוליד עושק אחר, והוא ייתוס האבהות החוקית למי
שאיננו אביו. לכן דחה שופט המלומד את תביעתה של האם.

שער שישי

דיני עונשין

תוכן העניינים

פרק ראשון: עקרונות כלליים

- 447 1. "אין עונשין מן הדין"
ע"פ 41/52, ולקומירסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה 447
ע"פ 205/73, רוס נ' מדינת ישראל 448
כג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" כעיריית פתח-תקוה נ' מועצת
עיריית פתח-תקוה ואח' 449
- 450 2. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע
ע"פ 1/48, סלוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה 450
- 451 3. ענישה לצורך שעה ("למגדר מלתא")
ע"פ 543/79, 622/79, 641/79, נגר ואח' נ' מדינת ישראל 451
כ"ש 22/83, קראוס נ' מדינת ישראל 451
ת"פ (ת"א) 764/82, מדינת ישראל נ' אפרתי 452
- 452 4. אין מרשיעים אדם שזוכה על אותו מעשה
כג"צ 224/73, הראל נ' השופט גלעדי ואח' 452
ע"פ 384/78, מדינת ישראל נ' משעלי 452
- 453 5. אין להחרים רכושו של עבריון, כעונש נוסף לעונש
הקבוע לעברה
ת"ב (ת"א) 327/57, 41/51, ענין עוכן שלמה 453
- 453 6. קשירת קשר ושליחות "במידי דממילא"
ע"פ 381/62, סלימן נ' היועץ המשפטי לממשלה 453
- 454 7. ניסיון שנועד לכישלון
ת"פ (ת"א) 909/82, מדינת ישראל נ' ארזי 454
- 455 8. אין להטיל עונש כשיש ספק בדיון
ד"נ 30/75, קובי נ' מדינת ישראל 455
- 456 9. הימנעות מפגיעה בכבוד האדם
כג"צ 355/79, 370/79, 373/79, 391/79, קטלן ואח'
נ' שרות כתי הסוהר ואח' 456

שער שיש: דיני עונשין

פרק שני: היסוד הנפשי

א. רצייה

- 457 1. אפשרות הבחירה בין טוב לרע
ע"פ 118/53, מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה 457

ב. ידיעה

- 458 1. אין אחריות מוחלטת
ע"פ 17/59, מאורי-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה 458
- 460 2. מבחן הצפיות
ע"פ (ח"א) 135/75, קרים נ' מדינת ישראל 460

ג. כוונה

- 462 1. אין באיומים משום הוכחה לכוונה לעבור עברה
ע"פ 97/68, סוויסה נ' היועץ המשפט לממשלה 462
- 463 2. המתכוון להרוג את זה והרג את זה
ע"פ 406/72, שניר נ' מדינת ישראל 463

פרק שלישי: הגנות

- 464 1. הגנה פרטית ("אין דוחין נפש מפני נפש")
ע"פ 232/55, היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד 464
ע"פ 496/73, פלוני נ' מדינת ישראל 466
ע"פ 89/78, אפנגר נ' מדינת ישראל 466
- 471 2. גנבה לצורכי צדקה אינה הגנה
ע"פ 515/75, כץ נ' מדינת ישראל 471
- 472 3. עברה שנעברה עקב הדחה
ע"פ 360/80, מדינת ישראל נ' אפנגר 472
ח"פ (ח"א) 501/81, מדינת ישראל נ' שגרר 472

פרק רביעי: חסינות

- 474 1. חסינות הנשיא
כג"צ 65/51, ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל 474

פרק חמישי: הסגרה

- 475 1. הסגרת עבריינים לידי זרים
ע"פ 308/75, פסחוביץ נ' מדינת ישראל 475

תוכן העניינים

פרק שישי: עברות

- 477 1. בעילות אסורות
ע"פ 809/76, בלילי נ' מדינת ישראל 477
- 479 2. יחסי אישות בין בעל ואישה בכפייה
ע"פ 91/80, כהן נ' מדינת ישראל 479
- 482 3. משכב אישה שלא כדרכה
ע"פ 224/63, בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה 482
- 484 4. איבוד לדעת
ח"א (ת"א) 1593/60, סטשי ואח' נ' מדינת ישראל
ואח' 484
- 485 5. גרימת חבלה גופנית על-ידי הורים ומורים
ע"פ 7/53, ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה 485
- 487 6. הריגת עופר (הפסקת הידיון)
ע"א 413/80, פלונית נ' פלוני 487
- 490 7. המחח חסד
ת"פ (ת"א) 555/75, מדינת ישראל נ' הלמן 490
- 491 8. ניתוח גוויות
בג"צ 66/81, המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט
בית-משפט השלום ברמלה, ביור ואח' 491
- 492 9. הטעיה והונאה
ע"פ 224/57, ליברמן נ' היועץ המשפטי לממשלה 492
- 493 10. שוחד
ע"פ 71/83, שרון ואח' נ' מדינת ישראל 493
עש"מ 3/71, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 495
- 495 11. גרימת נזק למוזמנים ולמסיגי גבול
ע"פ 35/52, רוטנשטרייך נ' היועץ המשפטי לממשלה 495
- 496 12. הריסת מצבה
ע"פ 176/71, ברוך ואח' נ' מדינת ישראל 496
- 497 13. גנבה – "קניין בשינוי": הכישת בעלות על-ידי עיבוד
ע"פ 141/59, טריביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 497
- 497 14. גנבה – שלילה זמנית של חפץ
ע"פ 231/61, היועץ המשפטי לממשלה נ' בן יאיר ואח' 497
- 498 15. עושק
ע"א 719/78, איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ 498

שער שישי: דיני עונשין

16. לשון הרע
ע"א 30/72, פרידמן נ' סגל, עו"ד 500
ע"א 7/79, הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השירות ואח' 500
- 501 17. פרסום חשדות כרכים
ח"א (ח"א) 113/56, כן-גוריון נ' אפלכרום ואח' 501
- 501 18. עדות שקר
ע"פ 445/75, דקוסיאן נ' מדינת ישראל 501
ע"א 572/74, 573/74, 574/74, רייטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי
המאוחד בע"מ ואח' 503
- 503 19. אי-נקיטת אמצעים סבירים למניעת פשע
ע"פ 496/73, פלוני נ' מדינת ישראל 503
- 505 20. בזיון בית הדין
ח"פ (י-ם) 5/48, היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר 505

פרק שביעי: ענישה

א. כללי

- 506 1. הגדרת "בר עונשין"
ע"פ 222/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמוני 506
- 508 2. שיקולי ביח-המשפט בהטלת עונש
ע"פ 212/79, פלוני נ' מדינת ישראל 508
- 510 3. "עסקת טיעון" והשפעתה על הענישה
ע"פ 532/71, בחמוצקי נ' מדינת ישראל 510
- 513 4. עונש על בזיון בית-דין
ח"פ (י-ם) 5/48, היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר 513
- 514 5. התאמת העונש למעשה העברה ולעברייין
ע"פ 291/81, פלוני נ' מדינת ישראל 514
ע"פ 419/81, פייביש נ' מדינת ישראל 515
- 516 6. שמירה על כבוד האדם כשהוא במאסר
ע"פ 344/81, 359/81, מדינת ישראל נ' סגל ואח' 516
בג"צ 355/79, 370/79, 373/79, 391/79, קטלן ואח'
נ' שרות בתי הסוהר ואח' 518
- 518 ב. מטרות הענישה
- 518 1. ביטול החטא ומניעתו
ע"פ 125/50, יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה 518

תוכן העניינים

- 521 2. מטרת עונש על תנאי ורעיון החשובה
ע"פ 395/65, אבראהים נ' היועץ המשפטי לממשלה 521
- 522 3. "לא יהא חוטא נשכר"
ח"ב (ח"א) 327/57, ח"י 41/51, ענין עזבון שלמה 522
- 523 ג. טעמים להחמרה ולהקלה בעונש
- 523 1. הרגל שיש לשרשו
ע"פ 596/73, מחאמיד נ' מדינת ישראל 523
- 524 2. חומרת העברה של גזלת הרבים
ע"פ 291/81, פלוני נ' מדינת ישראל 524
- 524 3. זכויות הנאשם בעבר
ע"פ 291/81, פלוני נ' מדינת ישראל 524
- 524 4. גנבת דבר שאין אדם מקפיד בו
ח"פ (ח"א) 537/79, מדינת ישראל נ' לאופר 524
- 526 5. השפעה שלילית של העבדה על הציבור
ח"פ (ח"א) 764/82, ב"ש (ת"א) 1999/82, מדינת ישראל
נ' אפרתי 526
- 527 6. השבת הגזלה
ע"פ 395/75, צור נ' מדינת ישראל 527
- 528 7. נאשם ששב בחשובה
ח"פ (ח"א) 537/79, מדינת ישראל נ' לאופר 528
ע"פ 705/81, מיארה נ' מדינת ישראל 528
- 529 8. נאשם שכבר סבל מבושה
ע"פ 88/86, צוקרמן נ' מדינת ישראל 529
- 530 ד. שיקום העבריין ו"תקנת השבים"
- 530 1. "תקנת השבים" ומטרותיה
בג"צ 147/72, סלמה נ' המפקח על התעבורה ואח' 530
ע"א 557/76, 596/76, בישור בע"מ נ' טאובה ואח' 530
ח"פ (ח"א) 537/79, מדינת ישראל נ' לאופר 530
ע"פ 705/81, מיארה נ' מדינת ישראל 531
- 531 2. חוקפה של חנינה בעברות שבין אדם לחברה
בג"צ 28/50, מינצר נ' הווערה המקומית לבנין וכנין ערים,
חל-אביב 531
- 532 ה. מעמד עבריין שריצה את עונשו
- 532 1. מי שריצה את עונשו הריהו כזכאי
בג"צ 301/66, עזרא נ' מנהל משרד הרישוי 532

שער שישי: דיני עונשין

- 533 2. חופש העיסוק של עברייין שריצה את עונשו
בג"צ 245/66, סחה, המכונה "בוסי" נ' המפקח הכללי למשטרת
ישראל 533
- 534 3. שרות של עברייין שריצה עונשו בתפקיד ציבורי
על"ע 1/68, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה 534

פרק ראשון עקרונות כלליים

ראה גם כשער החמישי, ראיות, עמ' 415.

1. "אין עונשין מן הדין"

ע"פ 41/52

וילקומירסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד 1 ו 663, 664, 669-670

בבית־המשפט העליון בשבחו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אגרנט, זילברג, זוסמן

השופט זוסמן: המערער הואשם בבית־משפט השלום בחיפה בעבירה על תקנה 11(ג) לתקנות התעבורה, היינו: ב"עזיבת מרכבה ממונעת, שהוא אחראי לה, בדרך ציבורית, מבלי שיאחזו כראוי באמצעי הזהירות הדרושים כדי שלא תוזז ולא תונע ממקומה בהיעצרה..."

השופט זילברג: נדאה לי, כי כבר מבחינה לשונית גרידא, חלה תקנה 11(ג) על העבירה הנדונה. עוד לא נוצרה המכונת אשר תוזז מאליה. אם היא מתחילה לזוז, בעצמה כביכול, סימן שמש הו דוחף או מושך אותה – והרי לפנינו ה"הזזה" האמורה בתקנה הנ"ל.

ואולם גם אם נניח, כי נוסחה המלוּי של התקנה אינו כולל את הויזה "העצמית", מותר גם מותר, לדעתי, לכללה בתקנה מבחינה משפטית: ומה נהג שאינו דואג למניעת הזזת המכונת – כך, נהג שאינו דואג למניעת זיזתה – על אחת כמה וכמה!

ואין אנו חוטאים בזה לכלל הידוע של מתן פירוש דווקני להוראות החוק הפלילי. כלל זה גופו אינו דווקני כל־כך, וכבר חלו בו בקיעים ופרצות בשנים האחרונות (ראה ע"א 61/48). לא באתי להמליץ כאן על השימוש החפשי בשיקולי "קל וחומר" לשם יצירת עבירות, אשר לא כתובות בחוק, אבל: לא כל השיקולים הללו שווים! אינו דומה קל וחומר הבא להסיק מסקנה הגיונית מפרט אחד על משנהו, לקל וחומר הבא להסיק מסקנה כזאת, הגיונית פי כמה, מן הפרט המפורש על הכלל בתוכו; "כלול" מבחינה "כמותית", ולא דוקא לשונית, מעין: יש בכלל מאתיים – מנה. והדאגה למניעת הזזת המכונת היא ודאי בגדר "מרובה" ו"כוללח", לעומת הדאגה, הפחותה הימנה של

שער שישי: דיני עונשין

מניעת הזיזה העצמית, ומי שנתחייב בחובת הראגה הראשונה, נתחייב ממילא גם בחובת הראגה השנייה. משל למה הרבר דומה? לאדם האומר לחברו: שמור על פרטי שלא תיגנב; האם לא נצטווה זה, בפירוש כאילו, גם לשמור עליה שלא תברח? עיקרון הפירוש הרוקני המקובל במשפט הפלילי האנגלי והארצישראלי, אינו כה חמור וקפדני כחברו, העיקרון המקביל של המשפט העברי: "אין עונשין מן הדין" (עיין מכות ה"ב, ברייתא ד"אחותו בת אביו" שם, ודר"ק). אילו כזאת היתה גם הנורמה המחייבת במשפט הפלילי הארצישראלי, ייתכן שאי-אפשר היה להשתמש כאן בשיקול הנ"ל. אמרתי: "ייתכן", ולא: ודאי, יען כי גם בתלמוד אנו מוצאים, בדברי אמורא אחד, אחיזה ורמז לרעיון שהובע לעיל: "וכי עונשין מן הדין? – גילוי מילתא בעלמא הוא?" (סנהדרין ע"א). כלומר: אין זה לימוד קל וחומר מן הכתוב על שאינו כתוב, אלא: גילוי תכנו וכוונתו של החוק הכתוב. אבחנה דקה, אך ברורה למדי. מטעמים אלה הצטרפתי למסקנת חברי הנכבדים, כי יש לחנות את הערעור.

ע"פ 205/73

רוס נ' מרינת ישראל

פ"ר כז(2), 365, 372

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, מני

בארצות-הברית הואשם המערער בעבירות של הובלת ארס שנחטף ממדינה אחת למדינה אחרת, וקבלת כסף ששלם כפדיון נחטפים. בית-המשפט המחוזי ציווה על הסגרתו של המערער. לטענת סניגורו אין לעבירות בהן הואשם המערער בארצות-הברית עבירות מקבילות בישראל, ועל-כן אין המערער ברי-הסגרה.

השופט ח' כהן: לפי סעיף 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954, מותר להסגיר אדם לידי מדינה אחרת רק אם העבירה אשר בה הואשם שם, "היתה עבירה מן העבירות הכלולות בתוספת לחוק זה", אילו נעברה בישראל. העבירות שבהן הואשם המערער בארצות-הברית של אמריקה הן, ראשית, הובלת אדם שנחטף ממדינה אחת למדינה אחרת, ושנית, קבלת כסף ששולם כפדיון נחטפים; וטענת מר קנת מטעם המערער היא שלא זו ולא זו עבירות הן, שאילו נעברו בישראל, היו מן העבירות הכלולות בתוספת לחוק ההסגרה. כלל גדול הוא בדיני העונשין: "אין עונשין מן הדין" (סנהדרין נד ע"א, ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן

עקרונות כלליים

המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך. ומאחר ויש אומרים שגם ההסגרה מן ההליכים הפליליים היא (ראה ע"פ 557/71, כעמ' 247), הוה אמינא שגם לעניין ההסגרה מן הדין הוא להקפיד הקפדה יתרה שלא לראות כמעשה פלוני משום עבירה כח'עונש כישראל, אך משום שהמעשה נעשה לעבירה על-פי חוקי מדינה אחרת, כל עוד לא עשה המחוקק הישראלי את אוחו המעשה גופו, בלשון ברורה ומפורשת, לעבירה פלילית גם כישראל. ולא היא: אפילו תאמר שהליכי הסגרה הליכים פליליים הם, על-כל-פנים אין הליכי ההסגרה כאים להעניש: באים הם רק "כרי לכפות על הנאשם את קיום חברתו ליתן את הדין" (שם, כעמ' 245) על מעשה שעשה, ולא כדי להענישו עוד.

בג"צ 531/79

סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית

פתח-תקוה ואח'

פ"ד לד' (2) 566, 584-585

בבית-המשפט העליון בשכנו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ח' כהן, בכור, ברק

סיעת הליכוד הנמצאת באופוזיציה במועצת עיריית פתח-תקוה מבקשת לבטל מינויו של ראש הוועדה לעניני ביקורת המכהן אף כחבר בוועדת ההנהלה במועצה, ולהורות על בחירתו של אחד מחברי הסיעה לתפקיד במקומו.

השופט ח' כהן: המחלוקת שנפלה בין שני חכרי הנכבדים שישבו עמי לדין בעתירה זו, מחלוקת פוסקים היא מימס ימימה. במאי קא מיפלגי, בורכי פדשנות החוק: זה אומר, אין לך בחוק אלא מה שעניןך רואות בו, והוא לשונו של המחוקק; וזה אומר, יש לך בחוק יותר ממה שעניןך רואות בו, והוא ענינו של החוק וכוונתו של המחוקק. זה אומר, מפרשים את החוק פידוש מלולי, מדוייק ומדוקדק; וזה אומר, מפרשים את החוק פירוש עניני, ויודים מאחורי המלים עד לסוף כוונתו המשווערת של המחוקק על מנת שחושג מטרותו. ואין צדיך לומר ששניהם צודקים.

אליכא דידי, מפרשים את החוק פידוש מלולי ומדוקדק בדיני נפשות: ככד אמר מי שאמר שהמלים שהשחמש בהן המחוקק הן כעין מאגנה קארטה של הנאשם כפלילים, שאין להרשיעו אלא על-ידי דיכור מפודש שיצא מפי המחוקק, ואין עונשין מן הדין – לא מן האנאלוגיה ולא מגזירה שווה ולא מקל וחומר ולא ממה שנראה כעניני שופטים ככוונת המחוקק, כשלעצמי (ולעיתים מצאחי אח עצמי במיעוט), דוגל אני בשיטת הפרשנות המלולית גם מקום ושעה שהחוק משמש בידי רשריות המדינה עילה, או מקור סמכות, לשלול מן

שער שישי: דיני עונשין

האזרח זכות מזכויותיו או להגבילה. ומכאן שגם חבותו של האזרח לשלם למדינה תשלומי חובה או למלא חובות אחרות אינה יכולה להיוסד אלא אך על לשונו המפורשת של המחוקק בלבד.

מה שאין כן בחוקים הבאים לשים מגבלות על השלטון ולהגן על האזרח או להיטיב עמו: בחוקים אלה נוקט אני דרך "הפרשנות הנדיבה", ואם הענין, או כוונתו המשוערת של המחוקק, או מטרת החוק, או הצדק כן מחייבים – מוכן אני ומזומן לקרוא לתוך החוק דברים שאין בו, אך שהיו צריכים להיות בו על מנת שמטרת החוק תושג במידה טובה וסבירה...

אילו אמד המחוקק שכל חבר מועצה כשיר להיות חבר בוועדה לעניני ביקורת, לא היה לי אלא לבטל חששותי מפני רצונו. לא זו בלבד שהוא לא אמד כך, אלא הוא הוציא במפורש חברי מועצה מסוימים מכלל המועמדים הכשירים לחברות בוועדה, כשם שהוציא חברי סיעתו של ראש העירייה מכלל המועמדים הכשירים לשמש יושב־ראש הוועדה.

2. "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" – חקיקה פלילית למפרע

ע"פ 1/48

סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד א 5, 29

בכיתח המשפט העליון כשכתו כבית־משפט לערעורים פליימס
לפני הנשיא (זמורה), והשופטים דונקלבלום, אולשן

פרסום ידיעות העלולות להיות לתועלת לאויב ולפגוע לרעה כעניני המדינה.

הנשיא זמורה: 29. לסיפוקי יכול אני להוסיף, כי כהכירי בחוקה למפרע של החוק הנדון כאן רחוק אני מלהכיר בחוק "ברכרי", כי דוקא כעקבות הגדרתו הנ"ל של השופט בלקסטון (Blackstone) סבור אני שאין לומד שהמעשה שבו נאשם המערער היה בו משום "פעולה אינדיפרנטית בעצם בשעת מעשה ושהמחוקק אחר־כך הכריז עליה כפעם הראשונה כעל פשע", כלשון השופט בלקסטון. החקיקה בחוקה למפרע הנדונה כאן לא יצרה פשע חדש אשר עד אז לא היה ידוע בשטח הכיבוש של ירושלים, ולכן אין לומר שלעושה מעשה שבו נאשם המערער לא יכלה להיות תודעה פלילית *mens rea* מפני שלא ידע ולא יכול היה לדעת שמה שהוא עושה הריהו מעשה פלילי. אדרבה: השכל מחייב שמי שעשה כאמת מעשה ממין האשמה לאחרי ההכרזה על הקמת

עקרונות כלליים

מדינת ישראל כהימצאו כתוך שטח המחנה הישראלי הנלחם על קיומו ידע שמעשה ממין זה פשע הוא.

אני איפוא ברעה, כי כמסקנתי שלפקודת הסודות הרשמיים יש תוקף למפרע, אין אני מתנגש עם כללי הצדק הטבעי או היושר האלמנטרי. 30 גם הכלל של המשפט העברי ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין" איננו מסייע לסניגוריה (על העקרון עיין בספרו של פ' דיקשטיין "דיני עונשין", דף 63). אם אדם עשה מעשה ריגול כירושלים בתקופה הנדונה כאן, איאפשר לומר עליו כרבתי המקרא לגבי מקושה העצים בשבת "כי לא פורש מה ייעשה לו" (כמדבר טו, לה). כאן פורש מה ייעשה לו בפקודת הסודות הרשמיים.

3. ענישה לצורך שעה ("למגרר מלתא")

צ"פ 543/79, 622/79, 641/79

נגר ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (1) 113, 165-170

הובא בשער החמישי, ראיות, עמ' 415.

ב"ש 22/83

קראוס נ' מדינת ישראל

פ"ד לו (1) 365, 369

בבית־המשפט העליון

זהו ערר על החלטת בית־המשפט המחוזי לעצור את העורר עד גמר ההליכים המשפטיים נגדו, בעקבות הגשת כתב־אישום, בו מיוחסים לו שלושה־עשר אישומים – שענינם עבירות שוחד, סחיטה, מירמה והפרת אמונים, גניבה וזיוף – שנעברו במהלך שנה תמימה, שעה ששימש העורר יושב־ראש אגודת הסטודנטים באוניברסיטת חליאביב. גדר המחלוקת הוא, אם די בחומרת העבירות כשלעצמן כדי להצדיק את המעצר.

השופט אלון: בעבירות מופלגות כחומר־העניין, כגון מעילה באמון מצד פקיד בנקים וכיוצא באלה, אין אנו רשאים, לדעתי, לעצור אדם בטרם משפט, משום "מה יאמרו הבריות". ולא שאני מזלזל חס ושלום בנימוק חשוב זה של הדתעת עבריינים ולוחמה בפשע, שאנו מצווים עליה, אך מדיניות משפטית מוצדקת זו עניין הוא למחוקק לענות בה, ועליו להודות, שמשרבו הפשעים והפושעים,

שער שישי: דיני עונשין

המועלים באמון הציבור ובכספו, עדיף בעיניו, משום צורכי השעה והמקום, מעצרים של אלה על הכלל שלא לשלול חירותו של אדם בטרם הורשע בדינו. אמנם כן, כדברי השופט המלומד בהחלטתו, מקובלנו מחכמינו, כי "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה... לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך" (יבמות צ ע"ב; סנהדרין מו ע"א), וזאת "מפני שהיו פרוצים בעבירות" (רש"י, סנהדרין מו ע"א, ד"ה אלא שהשעה צריכה לכך). אך בעולמה של הלכה הוטלה משימה זו על בית הדין, שפעל הן כמחוקק – כמתקין תקנוח – והן כשופט, ומכוחו של עיקרון זה חלה התפתחות גדולה בדיני העונשין ובדין הפלילי במשפט העברי, בהחשב בשינויים החברתיים והמוסריים, שאירעו באותה שעה ובאותו מקום (ראה: ע"פ 543/79, 622, 641, בעמ' 163–170). מה שאין כן במערב, המבחינה בין הגוף המחוקק לבין הרשות השופטת. חידוש עקרוני כגון זה של מעצרו של אדם "מפני שהשעה צריכה לכך" צריך שיבוא בדרך חקיקתו של המחוקק.

ת"פ (ת"א) 764/82

מדינת ישראל נ' אפרתי

פ"מ חשמ"ג(1) 522, 525–526

הובא בשער זה, עמ' 526.

4. אין מרשיעים אדם שזוכה על אותו מעשה

כג"צ 224/73

הראל נ' השופט גלערי ואח'

פ"ד כח(1) 337, 343–344

הובא בשער הרביעי, בחידוין וסדריהם, עמ' 349.

ע"פ 384/78

מדינת ישראל נ' משעלי

פ"ד לב(3) 245, 250

הובא בשער הרביעי, בחידוין וסדריהם, עמ' 351.

452

עקרונות כלליים

5. אין להחרים רכושו של עבריין, כעונש נוסף לעונש הקבוע לעברה

ח"כ (ת"א) 327/57, 41/51

ענין עזבון שלמה

פ"מ טו 179, 186

הובא בשער זה, עמ' 522.

6. קשירת קשר ושליחות "במידי דמילא"

ע"פ 381/62

סלימן ג' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טז 1981, 1982–1983

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון

המערער, שהיה בתקופה אליה מתייחס כחבר-האישום נער כבן 16, גיהל פעם שיחה עם חברו, בה הסכים, כביכול, לברוח יחד אתו מישראל לעזה. החבר סיפר על "תכנית" זו לנער אחר ושניהם יצאו לדרך בלי להודיע על כך למערער. המערער הועמר לדין על קשירת קשר לכצע פשע. הוא טען שמעולם לא נתן את הסכמתו לכריחה, אלא אמר מה שאמר בצחוק.

השופט זילברג: המערער הובא לדין בפני בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, באשמת קשירת קשר לכיצוע פשע, היא העבירה על סעיף 2א של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד–1954. מעשה העבירה שהורשע בו בפסק-הדין הוא, כי המערער קשר קשר עם חבריו, מחמוד ועבר-אללה, לחצות את הגבול ולעבור לרצועת עזה. שני החברים שמו את פניהם עזתה, נלכדו סמוך לגבול ונשפטו, הוא – המערער – לא יצא כלל את מקום מושבו לוד, אך לקביעת בית-המשפט הסכים הסכמה שלא בוצעה להצטרף אל חברו, ולעבור אתם בצוותא את העבירה הנ"ל.

2. באי-כוח המערער עורר את השאלה המעניינת, אם עבירת היציאה מן הארץ היא עבירה שתופס בה המושג "קשר", בשים לב לכך כי עבירה זו היא "אינדיבידואלית", עבירה התלויה בגוף, ואין שתי יציאות של שני בני-אדם שונים מצטרפות יחד ליציאה משותפת אחת. בשל "הסוכנות" ההדדית הנוצרת

עקרונות כלליים

הפר (=ביטל) לה בעלה (את הנדר) והיא לא ידעה שהפר לה בעלה והיתה שותה ביין ומטמאה למתים...
מה יהיה הדין?

הכלל בפסיקה באנגליה, שאין להרשיע אדם בנסיון לעבור עבירה כאשר השלמת הנסיון לא היתה מביאה לידי עבירה (לפי שיטתה של האסכולה הראשונה הנזכרת לעיל) אינו חל אצלנו לפי הגדרת ה"נסיון" בסעיף 33(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כי לפי סעיף זה יכולים מעשי הנאשם להוות נסיון לעבור עבירה, אף-על-פי שלא היתה לו אפשרות לעבור את העבירה ובלבד שהתכוון לעבור את העבירה והחל להוציא את כוונתו אל הפועל באמצעים המתאימים להגשמתה.

כך, אותה אשה שנדרה ולא קיימה את נדרה, בלי לדעת שבעלה ביטל את הנדר:

אינה סופגת את הארבעים. רבי יהודה אומר אם אינה סופגת את הארבעים תספוג מכת מרדות.

והרמב"ם הוסיף בהלכות נדרים, פרק יב, הלכה יח:
ומכין אותה מכת מרדות מפני שנתכוונה לאיסור.

וכך אותו נאשם שרצה והתכוון לעבור עבירה ועשה את כל המעשים הנחוצים לביצוע העבירה והשלמתה ולא בא לכלל עבירה, מוכה על-פי חוק העונשין לא כדין עובר העבירה, אלא במכת מרדות המגיעה למנסה לעבור עבירה.

8. אין להטיל עונש כשיש ספק בדין

ר"צ 30/75

קובי נ' מדינת ישראל

פ"ד (2) 757, 786-787

בכית"המשפט העליון

לפני הנשיא (אגדנט), והשופטים לגרוי, ברנזון, ח' כהן, עציוני

בע"פ 382/74 החליט בית"המשפט העליון, ברוב רעות, כי הוא מוסמך להשאיר בעינו את העונש הכולל שהוטל על הנאשם, חרף קבלת הערעור של הלה על מקצת ההרשעות ואף-על-פי שלא הוגש ערעור על קלחת העונשים. הדין הנוסף נסב על פירושו של סעיף 197 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

השופט ח' כהן: ואשר לספקות שהעלו חברי הנבחרים מ"מ הנשיא (זוסמן) בערעור הפלילי והנשיא (אגדנט) בריון הנוסף, לענין פידושו והיקפו של סעיף

שער שישי: דיני עונשין

197, ושאותם פתרו כיד חקירתם המשפטית-ההיסטורית הטובה עליהם, זה לפי אסכולה זו וזה לפי אסכולה זו, לא אכניס ראשי בין הרים גבוהים, אלא אומר אך זאת בלבד, שאם קיים ספק בדבר כוונתו של המחוקק, או סמכותו של בית-המשפט, בדיני נפשות – כבר לימדונו קדמונינו, ספק נפשות להקל. וכבר אמרו אף גם זאת, שאם אפילו ממון אין לנו פוסקים כשיש ספק, על אחת כמה וכמה לא נטיל עונשין כשיש ספק בדין (תוספות לכבא בתרא נ ע"ב, ד"ה וספק).

9. הימנעות מפגיעה בכבוד האדם

בג"צ 391/79, 373/79, 370/79, 355/79

קטלן ואח' נ' שרות בתי הסוהר ואח'

פ"ד לד(3) 294, 305-307

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 208.

פרק שני
היסוד הנפשי

א. רצייה

1. אפשרות הבחירה בין טוב לרע

ע"פ 118/53

מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד י 281, 285, 317

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אגרנט, זילברג, גויטיין

השופט אגרנט: זמן מנדלברוט (להלן – המערער) הואשם, בבית-המשפט המתווך, חיפה, ברצח לפי סעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, בכך שביום 26.12.51, בבית-החרושת "אתא" בכפר אתא, גרם בכוונה תחילה למותו של מאיר שיפמן. במשפט התגונן המערער בעיקר בטענה של טירוף-הרעת. את הטענה הזאת רחו השופטים המלומדים שישבו ברין, אולם מאידך התליטו להרשיע את המערער אך בהריגה לפי סעיף 212, הואיל ומצאו שלא הוכח היסוד של "הכנה". לבסוף גזרו עליו עונש של מאסר עולם. על פסק-דין זה ערערו גם המערער וגם היועץ המשפטי (להלן – המשיב).

... (3) "היסוד הרצוני" – כיצד? ראשית, חשוב לציין כי בדברם על "רציה", התכוונו אנשי המשפט המקובל, בעיקר, לחהליך שבו מקיים אדם "בחירה" בין מטרות חלופיות ולכן גם "בחירה" בין קווי התנהגות חלופיים. גישתם היסודית – וזו היא שוב גישה אחת מובהקת, המשתקפת גם מדבריו הנזכרים של הייל – היתה, שכל אדם רגיל מתונן "רצון חפשי" ובכוחו, איפוא, לבחור בין מותר לאסור, בין התנהגות שהיא כשרה בעיני המוסר לבין התנהגות שהחוק הפלילי (המשמש ביטוי לכללי המוסר) מביט עליו בעין רעה. לכן גרסו הם: איזהו העברייני – אשר עמדה לפניו הברירה לקיים "נאה" והנה סדת ועשה עול; ובלשון הרמב"ם (הלכות תשובה, פרק ה הלכה א):

שער שישי: דיני עונשין

רשות לכל אדם נתונה: אם רצה להטות עצמו לדרך טובה ולהיות צדיק – הרשות בידו, ואם רצה להטות עצמו לדרך רעה ולהיות רשע – הרשות בידו.

ב. ידיעה

1. אין אחריות מוחלטת

ע"פ 17/59

מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1882, 1893–1895

כבית-המשפט העליון בשכתו ככית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ויתקון

הרשעת נהג משאית כעבירות של אחריות מוחלטת, על אשר הוכיל מערבל בטון מבלי שהיה מוחזק היטב כאופן שלא יישמט עקב נסיעה וכחוצאה מזה פגע סלו של המערבל, שבלט מחוץ לרפנה הימנית, באוטובוס שעמד בתחנה וגרם לו נזק.

השופט זילברג: קראתי את פסק-דינו המזהיר של חברי הנכבד, השופט ויתקון. חברי הקיף את הבעיה מכל צדי צדדיה, ואני, בכל הכבוד, תומך בשתי ידים במסקנה שהגיע אליה בפסק-הדין הנ"ל.

ההערה הבאה אין לה מטרה אלא אחת, והיא להראות את עמדתו של המשפט העברי כלפי השאלה הנדונה, שאלת האחריות המוחלטת. סבורני כי מדי החקלנו בשאלות יסוד כגון אלו, עלינו להפנות דאשנו לצדדין, ולברוק את השאלה מבחינת דיני ישראל. מי יודע, אולי יום יבוא והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודיפיקציה כתובה, ולהשתית אותה על יסודי המשפט הלאומי שלנו, ואזי טוב יהיה אם ימצא לפניו שורה ארוכה של חוות-דעת, מבחינת המשפט העברי, על שאלות מעשיות הנדונות בבתי-המשפט. ייתכן, כי טוב "מראה עינים" זה מ"הלך נפש" של מחקר מופשט במקורות המשפט העברי.

ובכן, דיני ישראל אינם מכירים אחריות מוחלטת במערכות המשפט הפלילי. הרמב"ם אומר:

... אין מלקין וממחין אלא לעובר ברצונו ובעדים והתראה, שנאמר בנותן מזרעו למולך: ונתתי אני את פני באיש ההוא, מפי השמועה למדו, ההוא –

היסוד הנפשי

לא אנוס ולא שוגג ולא מוטעה; ומה אם עבודת כוכבים שהיא חמורה מן הכל, העובד אותה באנוס אינו חייב כרת ואין צריך לומר מיתת בית דין, קל וחומר לשאר מצוות האמורות בתורה (רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ד; מפי השמועה למדו: ספרא קדושים ח, יג).

פירושו של דבר: אין מטילין עונש על מעשה, אלא אם כן הוא מלווה "מנס ריא" במובנו המקורי של ביטוי זה, היינו: כוונת רשע ממש, כי "האדם יראה לעינים, וה' יראה ללבב" (שמואל א, טז, ו), או "רחמנא ליבא בעי", הן במצוות עשה והן במצוות לא תעשה (עיין כסף משנה על הרמב"ם, שם, בשם הרמ"ך), ולכן אין אדם נענש, אלא אם כן מעשהו נובע מיצר לבו הרע. לעומת זה מצינו בדיני ישראל אחריות מוחלטת מחוץ לתחומי המשפט הפלילי, והיינו: בשטח דיני הנזיקין.

אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן (בבא קמא, כו ע"א). אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן, בין שיכור, אם חבל בחברו או הזיק ממון חברו משלם מן היפה שבנכסיו (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה יא).

המזיק ממון חברו חייב לשלם נזק שלם, בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס הרי הוא כמזיד. כיצד? נפל מן הגג ושבר את הכלים, או שנתקל כשהוא מהלך ונפל על הכלי ושברו, חייב נזק שלם, שנאמר ומכה בהמה ישלמנה, לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד (רמב"ם שם, פרק ו, הלכה א). וכאן נתקלים אנו ברעיון אחד, המקשה במקצת את חודה של האחריות המוחלטת ומביא אותה בקשר עם ענין הדין; בדומה לאותו קשר שקבע חברי לגבי המשפט האנגלו-ישראלי בשטחי המשפט הפלילי. נאמר בירושלמי:

אמר רבי יצחק: מתניתין בשהיו שניהם ישינין, אבל אם היה אחד מהן ישן ובא חבירו לישן אצלו, זה שבא לישן אצלו הוא המועד (כלומר: והישן הראשון שהזיק פטור) (ירושלמי בבא קמא פרק ב, הלכה ז, ג ע"א). כמה חכמים אמודים שהישן חייב לשלם? בשנים שישנו כאחד, ונתהפך אחד מהן והזיק את חברו או קרע בגדו, אבל אם היה אחד ישן ובא אחד ושכב בצדו, זה שבא כאחדונה הוא המועד, ואם הזיקו הישן פטור. וכן אם הניח כלי בצד הישן ושברו פטור, שזה שהניחו הוא המועד שפשע (רמב"ם שם, פרק א, סוף הלכה יא).

הרעיון המונח ביסוד דברי הירושלמי והרמב"ם הנ"ל, אינו – כפי שנראה לכאורה – שהאחריות הכבדה של הישן השני "אוכלת" את האחריות היותר קלה של הישן הראשון, אלא שהראשון אינו אחראי כלל מפני שהוא "אנוס גמור".

ואף על גב דלעיל (כו ע"ב) מרבינן אונס כרצון באדם המזיק... אונס גמור לא רבי דחמנא, דהא בירושלמי פוטר אותו שישן ראשון אם הזיק לשני הבא אצלו לישון... (תוספות בבא קמא כו ע"ב, ד"ה

שער שישי: דיני עונשין

ושמואל; השווה גם רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעה, סעיפים א-ב).

האחריות המוחלטת של דיני ישראל היא, איפוא, עברו השני של מטבע חובת הזהירות המוחלטת. בכל מקרה – פרט לאונס גמור – אפשר ex hypothesi למנוע את גרימת הנזק על-ידי נקיטת הצעד המונע היעיל, ואי-נקיטת צעד זה נתשבת ex lege כמעשה רשלנות מצד המזיק. כרם כאשר האונס הוא אונס גמור, זאת אומרת: כי "כל כלי יוצר עליו לא יצלת", וכל צעד מונע שיינקט יהיה בלתי יעיל, אזי אין הצדקה להטלת האחריות.

נמצינו למדים, כי עמדתו של המשפט העברי נוגדת ומסייעת כאחד לעמדת המשפט האנגלי. המשפט העברי כופר ברעיון האחריות המוחלטת לגבי העונש העבריין הפלילי, אבל מקום שהוא מורה באחריות שכזאת, והיינו לגבי הטבת הנזק שנגרם על-ידי אדם המזיק, הוא רואה אותה כתוצאה של רשלנות. הנה כי כן הוא – כלי כתל, כלי שרק, וללא אפולוגטיקה – יחסו של המשפט העברי אל האחריות המוחלטת.

2. מבחן הצפיות

ע"פ (ח"א) 135/75

קדים נ' מדינת ישראל

פ"מ חשל"ו(1) 307, 312–313

בכית-המשפט המחוזי בחל-אביב-יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

המערער הורשע בכית-משפט השלום בגרימת מוות ברשלנות לפעוטה בת שנתיים. המקרה אירע בעת שהמערער נהג בטרקטור בדרך עפר בלתי סלולה בה היו פזורות חיבות קרטון, שבאחת מהן שכבה הפעוטה. המערער רדס מספר חיבות, וכיניהן גם את חיבת הקרטון בה היתה הפעוטה, הערעור הוא על עצם ההרשעה.

השופט שיינבוים: אני מסכים. כרצוני להעיר, כי אף שורת הדין העברית מכירה את מבחן הצפיות – ולפיו מבחינה בדרגת האחריות של ההורג כלא כוונה.

כמשנה, מכות, פרק כ, משנה ב, נאמר: "הזורק אבן לרשות הרבים הרי זה גולה". כלומר, הזורק אבן לרשות הרבים והיא פגעה באדם והרגתו, חייב הזורק לגלות לעיר המקלט, כדין הורג בשגגה. על זה מקשה התלמוד הבבלי מכות ח ע"א: "לרשות הרבים – מזיד הוא?" אם האבן נזרקה לרשות הרבים יש כאן פזיזות ולא איכפתיות, דבר שדינו יותר קרוב לדין מזיד ולא לדין הורג.

היסוד הנפשי

כך משיב התלמוד כי המדובר לא בזורק אכן אלא כסותר כחלו – הורס את הכותל, ואכן מהכותל היא אשר פגעה והרגה. אך תשובה זו אינה מספקת את חכמי התלמוד, כי אמנם יש מטרה לפעולת הסותר את הכותל, אך היה צריך להסתכל, ומשביצע את הריסת הכותל כלי בדיקת המקום עדיין קרוב הוא למויד יותר מאשר לשוגג, ועל כן משיב התלמוד "כסותר כותלו לאשפה" כשהמדובר אינו שהוא סותר כותלו לרשות הרכים, אלא למקום שהוא כדרך כלל פנוי מאנשים. אך גם תשובה זו אינה מספקת, ונשאלת השאלה "האשפה היכי דמי אי שכיחי בה רכים פושע הוא. אי לא שכיחי בה רכים אנוס הוא" (אותה אשפה כיצד תיתכן – אם מצויים בה רכים הוא פושע – היינו רשולן מדרגה גבוהה – ואם אין מצויים בה רכים הוא אנוס). הנה אומר: במקרה זה תתכנה שתי סיטואציות שהכותל נסתר למקום שכדרך כלל מצויים בו אנשים או שאינם מצויים בו. אם הוא נסתר למקום שמצויים בו אנשים הרי הצפיות היא שייפגע אדם כאכן מאבניו ועל כן אי נקיטת אמצעי זהירות מקדבת את המעשה לזדון. אם אין מצויים בו כלל אנשים הרי אין צפיות לכך שייפגע אדם מאכן ואין לראות בכך רשלנות כלל אלא מקרה אסון (אנוס הוא) שאין סותר הכותל אשם בו. התלמוד משיב כי המדובר באשפה שאין מצויים בה רכים כאותו זמן שנסתר הכותל אך קורה לפעמים שמצוי בה אדם בזמן כזה ועל כן הצפיות אמנם אינה גבוהה ואין רגת הרשלנות מגיעה לכדי זדון או קרוב לו אך יש צפיות שיהא שם אדם ועל כן זהו מקרה של שגגה דהיינו "דשלנות שאינה פושעת" לפי לשון סעיף 218 לפח"פ.

עינינו הרואות איפוא, כי מבחן הרשלנות הוא ברמת הצפיות אם דמת הצפיות גבוהה וקרובה לודאות הענין נידון בזדון או ברשלנות פושעת הקרובה לו. אם אין צפיות כלל נידון הענין כאנוס ואין רשלנות כלל.

השוגג הוא אם כן רק אם קיימת צפיות שאינה קרובה לודאות. במקרה הנדון לא יכול המערער לצפות לכך שתהיה ילדה בתוך אחת מקופסאות הקרטון המונחות על הכביש והדבר מתאים להגדרתו של הרמב"ם את המקרה הקרוב לאנוס:

ויש הורג ותהיה השגגה קרוב לאנוס והוא שיארע כמיתת זה מאורע פלא שאינו מצוי ברוב מאורעות בני-אדם (רמב"ם, הלכות דוצת ושמידת הנפש, פרק ה, הלכה ג).

המבחן של הצפיות דומה בשיטת המשפט העברי וכשיטת המשפט הנקוטה כידינו וכהתאם למבחן זה אין למצוא רשלנות כמעשי המערער ויש לקבל את הערעור ולזכותו.

1. אין באיומים משום הוכחה לכוונה לעבור עברה

ע"פ 97/68

סוויסה נ' היועץ המשפט לממשלה

פ"ד כב(2), 759, 767-768

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זוסמן, ויתקון, קיסטר

בית-המשפט המחוזי הרשיע את המערער ברצח גיסו, עבירה בניגוד לסעיפים 214(ב) ו-216
לפקודת החוק הפלילי, 1936.

השופט קיסטר: שופטי בית-המשפט המחוזי ראו כראייה לקיומה של החלטה להרוג, את הרצאת הסכינים מהכיוור והפנייתם אל מול פני אורחיו. אכן יש ומהתנהגות כזו ניתן ללמוד כי בלבו של אדם גמלה החלטה להרוג, ויש אף ואיום להרוג יהווה יסוד לממצא על כוונת אדם להרוג. אבל אין לעשות מזה כלל, וכבר אמרו חז"ל כמסכת שבועות מו ע"א: "עכיד אינש דגזים ולא עביד" (רש"י: "אומר לעשות דבר גזמא ושגזעון ואינו עושה"). ולגבי המערער דנן אין להסיק כוונה והחלטה להרוג מתוך לקיחת הסכינים והפנייתם כלפי חותנו וגיסו. שהרי, כפי שהוכח בפני בית-משפט קמא, רגיל היה המערער בכל הזדמנות לאיים בסכין, ואף על ידיו איים בסכין כדי להשפיע עליהם שיאכלו את ארוחתם. מכאן ששליפח סכינים לכשעצמה אינה עשויה לשמש כהוכחה להחלטת המערער להרוג. נכון הדבר שאילו הוכחו בפני בית-המשפט נסיבות נוספות, כגון: שמיד עם תפיסת הסכין ניגש המערער לקרבנו ודקרו פצעי מוות – ובמיוחד אם ניגש אל קרבנו מאחורי גבו ושם דקרו (ראה ע"פ 48/47, דנוך נגד היועץ המשפטי) – היה בכך כדי לשמש יסוד להוכחת הכוונה להרוג. אבל גם על כך אין כל דאיוח. כאן, כפי שהעיד האב תפסו הם את המערער בידיהם, ואחר-כך, כמהלך תיגרה שעל מהלכה המדוייק לא היו עדויות בבית-המשפט (אם כי בעדותו במשטרה העיד האב כי ניסה להפריד בין המנוח והמערער) נדקר המנוח למוות. ובכך עצם האיום בסכין והכוונתו אל האודחים לא היה בהם כדי להוכיח מעבר לספק סביר כי בלבו של המערער גמלה ההחלטה להרוג לפתחו אחד מאורחיו.

היסוד הנפשי

2. המתכוון להרוג את זה והרג את זה

ע"פ 406/72

שניר נ' מדינת ישראל
פ"ד כח(1) 234, 235, 239–240

כביית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ויתקן, מני, ח' כהן

המערער הורשע בכיית-המשפט המחוזי ברצח חמותו, בנסיין לרצוח את אשתו וגיטו, ובעוד מספר עכירות לוראי. עיקר טענות הסניגור הוא שהנאשם פעל שלא מהוך כוונה להרוג ולחלופין, שהכוונה להרוג התייחסה לאשתו, לא לחמותו, ושיש בטעות בזהות הקרבן כדי להנרד עבירתו מרצח להריגה.

השופט ח' כהן: בשאלת המתכוון להרוג את זה והרג את זה, היו כבר חכמי המשנה מחולקים בדעותיהם: חכמים אמרו, חייב, ורבי שמעון אמר, פטור (סנהדרין ט ע"ב). הרמב"ם פסק הלכה כרבי שמעון, בניגוד לדעת יריבו הראב"ד (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק ד, הלכה א); אבל במקום אחד מביע הרמב"ם דעתו שמי שנתכוון להרוג את זה והרג את זה חייב, "שהרי נעשית המלאכה שחשב לעשותה" (הלכות שבת פרק א, הלכה י), ומאחר והמעשה נעשה באיסור, אין נפקא מינה במי נעשה. בו בזמן שהרמב"ם נוהן טעם לחיובו של המתכוון להרוג את זה והרג את זה, אין הוא נוהן טעם לפטורו: אין זאת כי אם אימץ לעצמו את טעמו של ר' שמעון, כפי שפורש בגמרא (סנהדרין עט ע"א), שהתורה התנתה דין הרצח בכך שאדב לו וקם עליו (דברים יט, יא), כלומר ארב לאיש פלוני וקם עליו דוקא. ולא זו בלבד אמרו אלא עדי ההתראה שמתרים בהורג לפני המעשה, חייבים להחרותו שלא להרוג איש פלוני דוקא, ובהתראה על סתם רצח לא סגי (סנהדרין, שם: "עד שיאמר לפלוני אני מתכוון").

נמצא שפטורו של רבי שמעון נובע כולו מפרשנות המקרא שכתוב, והוא בנוי יפה לתוך מסגרת סודי הדין התלמודיים המחייבים התראה בטרם מעשה. ואלם כשסתכלים בדבר בעיני ההגיון המשפטי, מתבקשת הנמקתו הקודמת של הרמב"ם, שמשעשה את המעשה שחשב לעשותו, צריך הוא להיות חייב: יש כאן מעשה פלילי ומחשבה פלילית – ואף התוצאה האסורה הושגה, והיא מותרת של אדם.

פרק שלישי הגנות

1. הגנה פרטית ("אין דוחין נפש מפני נפש")

ע"פ 232/55

היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד

פ"ד יב 2017, 2177–2178

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (אולשן), מ"מ הנשיא (חשין), והשופטים אגרנט, זילברג, גויטיין

השופט אגרנט: עלי להוסיף, שאם מסקנות אלו הן נכונות, לא קיים מקום להחלת "ההלכה היהודית", שבה תמך הנשיא יתרוטיו, ואף אין חשיבות לדוגמת "שומר המחנה", שהקשה לעניננו. תמציתה של אותה הלכה היא שאין "דוחים נפש מפני נפש", וכיסודה מונח הרעיון של: "האם דמך סומק יותר". כאשר בא אדם לפני רבא ושאלהו, מה יעשה, ששר אחד רוצה להרוג, אם לא יהרוג הוא את פלוני – השיבהו רבא: "ליקטלוך ולא תקטול, מאי חזית דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמא דההוא גברא סומק טפי" (פסחים כה ע"ב); כלומר, צא ליהרג ואתה אל תהרוג, כי – בלשון רש"י – "מי יאמר שנפשך חביבה לפני המקום יותר משל זה, דילמא של זה חביבה טפי עליו"; אין פיקוח נפש שלך מרשה לך לעבור על "לא תרצח". לפיכך פסקו חכמי ישראל הלכה, שאין מפקירים את חיי היחיד (החף מפשע) לשם הצלת הרבים, כאשר אמר הרמב"ם:

וכן אם אמרו להם עכו"ם תנו לנו אחד מכם ונהרגנו ואם לאו נהרוג כולכם, ייהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל; ואם יחדוהו להם ואמרו תנו לנו פלוני או נהרוג את כולכם, אם היה מחוייב מיתה... יתנו אותו להם ואין מורים להם כן מלכתחילה (הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ה; ראה גם אסמכתאות אחרות בפסק-דין הנשיא, פסקה 64: כמורכך, ראה דיון מקיף בסוגיה זו בספרו של פ' דייקן, "דיני עונשין", חלק רביעי, עמ' 784 ואילך).

הדבר בולט לעין, כי ההלכה האמורה סובבת כולה על המקרה, שבו עומדת בפני אדם הברירה של ביצוע (או אי-ביצוע) מעשה אלימות ממש, כלפי

הגנות

מי שלא עשה לו – ואינו עומד לעשות לו – כל רע והנהו חף מפשע, כאשר אינו רואה לפניו דרך אחרת להציל את עצמו מסכנת החיים המיידית המרחפת עליו. בצורה זו הוצגה ונדרונה הבעיה הזאת גם בספרות הפילוסופית-משפטית של אומות העולם (ראה סיכום הדעות השונות, שהוכעו שם לגביה בספרו של ג' ויליאמס, "המשפט הפלילי וכו'", סעיף 176, עמ' 577 ואילך); ובאותה צורה עמדה לדין המשפט האנגלי, (1884), Reg. v. Dudley and Stevens; ובמשפט האמריקני, U.S. v. Holmes, (1842). הנני מסתפק כאן בהבאת דברי הניסוח של Cairns (בספרו, "הפילוסופיה של המשפט מאפלטון עד היגל", עמ' 409), כדלקמן:

In its general aspect the right of necessity raises the question whether I may use violence against one who has used none against me. Concretely, may a man who is shipwrecked, and struggling in extreme danger for his life, in order to save it thrust another from a plank on which he had saved himself. This is not the case of a wrongful aggressor making an unjust assault upon my life, and which I anticipate by depriving him of his own.

המקרה שלפנינו שונה לחלוטין, הואיל ועיקר הבעיה כאן הוא אם אפשר מעשה של קסטנר לגבי יהודי קלוח' ויתר ערי השדה – הימנעו מלמסור להם על "ידיעות אושביץ" המוחשיות וכו' – כמוהו כהפקרת מרביתם של היהודים הללו בידי הרוצח הנאצי, לשם הצלת מיעוטם. בהבחנה זו בין שני סוגי המקרים הדגיש גם הנשיא כאשר אמר (פיסקה 64): "אינני בא לפסוק הלכה לפי הרמב"ם אם קסטנר הסגיר במלוא מובן המלה ('נתן' או 'מסר') את יהודי קלוח' ואחרים בידי הרוצח ממש". בדי כי הפתרון של בעיה זו תלוי – כפי שאמרנו ותזרנו ואמרנו – בהגדרת החובה המוסרית, שבה נשא קסטנר כלפי יהודי הונגריה בכללם. הענין מזכיר, במקצת, את הכרייתא הידועה: "שנים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד קיתון של מים, אם שותין שניהם ממים, ואם שוחה אחד מהן מגיע לישוב. דרש בן פטורא: מוטב שישחו שניהם וימותו ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא דבי עקיבא ולימד: וחי אחיך עמך – חייך קודמים לחיי חברך" (בבא מציעא סב ע"א). במאמרו "על שתי הסעיפים", תומך אחד-העם בעמדתו של דבי עקיבא, כנמקו שלא מוטלת "חובה מוסרית" על פלוני לעשות לשם הצלת זולתו, כאשר בעטיו של מעשהו זה יקפח את חייו הוא. בהתייחסו למקרה שבא בפני רבא, אומר הוא: "אילו היה הרבר להיפך, שבא אדם ושאל: פלוני יוצא ליהרג, ואני יכול להצילו בתחי נפשי תחתיו, מה אעשה? – היה רבא משיב: ייהרג פלוני, ואל תאבד חייך בידים. שהרי ממה נפשך יש כאן אבוד נפש, ומאי חזית דדמא דהוא גברא סומק טפי, דילמא דמא דידך סומק טפי" (כתבי אהרן העם, הוצאת "דרכי", עמ' שע, שעג).

וכן בענין שלנו: אם סבור היה קסטנר, הגיונית, שלא תצמח כל חוועלת של הצלה למרביתם של יהודי ערי השדה מהמסירה של "ידיעות אושביץ" למנהיגי

שער שישי: דיני עונשין

קלוז' והערים האחרות, ולא עוד, אלא שדבר זה עלול לחבל במשאומתן שניהל עם הנאצים ושרק בו ראה סיכוי למילוט רובם של יהודי הונגריה מהסכנה שנשקפה להם, כי אז לא היה בחובתו המוסרית, כלל ועיקר, לעשות בכיוון האמור, רק משום שעל-ידי כך יהיו עשויים להינצל כמה אלפים של יהודים.

ע"פ 496/73

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד כת(1) 714, 719

הובא בשער זה, עמ' 503.

ע"פ 89/78

אפנג'ר נ' מדינת ישראל

פ"ד לג(3) 141, 145-146, 150-155, 156-157

כבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פלייז
לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים אשר, אלון

רשות הערעור שניתנה כענין זה הוגבלה לשאלה אם על-פי העובדות שנקבעו עמדה לנאשם (כעבירת תקיפה) ההגנה כה מדובר בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי.

השופט אלון: 4. סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (עתה סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) דן באחד העיקרים באחריות הפלילית, אשר מכונה בשם "צורך" (ובמקורו האנגלי Necessity), שם שכשלעצמו אינו מאלפנו דיו על תוכנו של הסעיף; כפי שנראה להלן, סעיף זה אינו כולל עיקר אחד בלבד אלא משמש הוא אכסניה לשני עיקדים, בדיני האחריות בפלילים, שלכל אחד מהם זכות אבות וזכות קיום משלו. וזו לשונו (לפי הנוסח שבחוק העונשין, תשל"ז-1977):

ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גודמות חבלה חמודה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו, או ברכוש שהופקד בידיו; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאוחה מטרה ושהדעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע.
סעיף זה כולל בתוכו, כאמור, שני עיקרים בסוגיית האחריות הפלילית, ואלה הם:

הגנות

א. הגנת "הצורך" במובן הקלאסי, המצומצם, stricto sensu (כביטוי של פרופ' פלר, ראה להלן).
ב. הגנה פרטית...

10. מר גולן, בא-כוחו המלומד של המערער, הפנה שימת לבנו גם לעמדת המשפט העברי בסוגייה זו, ומשבחו אני על כך, שהדי חשובה לנו עמדת המשפט העברי בסוגייתנו, כפי שעוד יבואר להלן.

בשתי ברייתות נקבעו עיקריה של סוגיית ההגנה הפרטית במשפט העברי. הברייתא האחת מצויה במסכת סנהדרין עג ע"א, וזו לשונה:

תנו רבנן, מניין לרודף אחר חבירו להרגו, שניתן להצילו בנפשו? תלמוד לומר: "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז); על מקור נוסף לחיוב ההצלה – ראה: ספרי, פדשת כי תצא, פסקא רכג; בבא קמא פא ע"ב – סנהדרין, שם).

בברייתא השנייה, המצויה בסנהדרין ער ע"א, באה ההוראה הנוספת הבאה: תניא; רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחר חבירו, ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל – נהרג עליו (=ויכול הנרדף, או הרואהו, להציל באחד מאיבריו) על ידי פגיעה באחד מאיבריו של הרודף מבלי להרגו – מ'א' ולא הציל אלא בנפשו – נהרג עליו – רש"י).

שניים הם, איפוא, העיקרים בדין ההגנה הפרטית: רשות ואף חובה, על כל אדם להציל את הנרדף מירי הרודף המבקש להרגו; וחובה זו מעוגנת היא בפסוק שבתורה המצווה שלא לעמוד על דם רעך.

ב. המציל צריך לנקוט בדרך של פגיעה מינימלית ברודף כדי להציל את הנרדף, וכל עוד יכול הוא להציל את הנרדף על-ידי פגיעה באחד מאיבריו של הרודף, כגון פגיעה בידו או ברגלו, אסור לו להרוג את הרודף, ואם הרגו – נהרג עליו.

וכן מסוכמת ומפורטת הלכה זו בספר משנה תורה לרמב"ם, הלכות דוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכות ו-טז:

... הרודף אחד חבדו להרגו... כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף, כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו אח עינו – עושין; ואם אינם יכולין לכרין (=לאחד מאיבריו) ולהצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף – הרי אלו הורגין אותו אף על פי שעדיין לא הרגו... שכל החושב להכות חבירו הכאה הממיתה אותו – מצילין את הנרדף בכפו של רודף; ואם אינן יכולין – מצילין אותו אף בנפשו, שנאמר (דברים כה, יב): "לא תחוס עיניך".

...כל היכול להציל ולא הציל – עובר על "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז)

...אף על פי שאין לוקין על לאוין אלו מפני שאין מעשה בהם – חמורים הם, שכל המאבד נפש אחת מישראל, כאילו אבד את כל העולם כולו; וכל

שער שישי: דיני עונשין

המקיים נפש אחת מישראל, כאילו קיים כל העולם כלו" (וראה עוד: ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, מצוה רצג; בענין המלה "מישראל" מצוות נוסחאות שונות, ולא כאן המקום להאריך).

11. בהלכה כפי שנוסחה על-ידי הרמב"ם מוגבל דין ההגנה הפרטית רק למקרה של חבלה חמורה שיכול ותסתיים כמותו של הנרדף – "הכאה הממיתה אותו". בספרות הפוסקים שלאחר מכן הורחב דין ההגנה הפרטית, על שני חלקיה, לענין כל תקיפה, ולא דווקא אם יש בה חשש מיתה.

ואלה דברי רבינו אשר בר' יחיאל, הרא"ש, מתכמי אשכנז וספרד במחצית השנייה של המאה השלוש-עשרה ותחילתה של המאה הארבע-עשרה: וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחיו, והכה את המכה כדי להציל קרובו – פטור...

וכן אם רואה אדם מישראל מכה את חברו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה, אף על פי שאין מכהו מכח נפש, מותר להכות המכה לאפרושי מאיסורא (פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק שלישי, סימן יג: קבו ע"א).

וכן נפסק על-ידי ר' שלמה לוריא, המהרש"ל, מחכמי פולין במאה השש-עשרה:

מה שבין אדם לחבירו, כגון אחד שהכה חבירו, שמוותר לכל אדם, אפילו איש פשוט, להציל אחיו ויכול להכות המכה כדי להציל המוכה (ים של שלמה, בבא קמא, פרק שלישי, סימן ט).

ואף כחל חל הכלל בדבר הגבלת מידת הכוח שמוותר להשתמש בו כדי להציל את המוכה:

ומיהו צריך לומר, דאם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרכה – חייב (פסקי הרא"ש, שם).

וכן דורו של הרא"ש, ר' מרדכי בר' הלל, מוסיף ואומר: וכן אין לדחות אדם את חבירו שמכין זה את זה, אלא יש לשומטו בנחת, ואם דחף – תייב לעשות לו דין (מרדכי, בבא קמא, פרק ג, סימן לח).

מידת השימוש בכוח לצורך ההגנה הפרטית נדון רבות בספרות השו"ת שבאותן תקופות ולא כאן המקום להאריך. נציין לתשובה אחת משל ר' ישראל איסרלין, מחכמי אשכנז במאה החמש-עשרה, בו הרשיע את מי שטען לקיומה של הגנה פרטית, על שום שהפריז במידת הכוח שהשתמש בה. במקרה זה הגן המוכה על עצמו על-ידי קטיעת ידו של המכה, ועל כך פוסק ר' ישראל איסרלין:

מי התיר לו לקטע ידו? הוה ליה להשמיט ממנו דרך נחת... דווקא היכא שאי-אפשר להציל את עצמו אלא אם כן חבל בו, אז מותר לו לחבול בו מטעם "הבא להרגך השכם להרגו"; אבל ככי האי גוונא שהרגיש שלא בא עליו דרך אכזריות, לא הוה ליה להציל את עצמו במכת רשע לחסרו אבר; נהי נמי דלא כוון (=אמנם המוחקף לא עשה מה שעשה בכוונה, אלא מתוך חוסר הקפדה וזהירות מספיקים – מ'א). הא קימא לן; אדם מועד לעולם; המוכה – הנאשם הורשע והרשע עליו עונש (פסקים וכתבים, סימן דח).

הגנות

וכשם שעבירה היא בידו של המציל אם הפריז כמידת השימוש בכוח, כך אסור לו להשתמש בכוח כל עיקר כאשר לפי נסיבות הענין נראה שהמכה חדל מהכאותו, ואזי ההגנה הפרטית שוב אינה באה לשם "הצלת המוכה" אלא כקטטה לשמה, בתור ענישת המכה. וכן פסק ר' מאיר בר' ברוך, המהר"ם מרוטנבורג, מחכמי ההלכה שבאשכנז במאה השלוש-עשרה ורבים של הרא"ש ושל ר' מרדכי בר' הלל, שאת דבריהם הבאנו לעיל, שקיימת עבירה של תקיפה: ... לאחר שהכה חבירו וחכל בו, ואין דעתו להכותו עוד, וחזר השני גם הוא והכהו וחבל בו; וכל זמן שמכהו – מותר להציל את עצמו, ואם אי-אפשר להציל עצמו אלא אם כן יחבול – פטור ומותר (תשובת מהר"ם בר' ברוך, מובאת במרדכי, בבא קמא, סימן קצו).

סוגיית ההגנה הפרטית נדונה מבחינות שונות בהלכה התלמודית, בשאלות ובחשובות ובספרות הפוסקים, והרבה ענינים מצויים בפרטי דיניה ולעניננו אין מקום להאריך בהם כאן (ראה אנקר, שם, עמ' 212 ואילך; בן זמרה, שפיכות דמים מתוך "צורך" במשפט העברי ובמשפט הישראלי, שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי האוניברסיטה העברית בירושלים, כרך ג-ד, תשל"ז-תשל"ז, עמ' 117 ואילך; א' ורהפטיג, הגנה עצמית בעבירות רצח וחבלה, סיני, כרך פא, תשל"ז, עמ' מח ואילך). נסכם את הדין בה בדבריו של רבי יוסף קארו, בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף יג:

אם התחיל האחד (=בחבלה) – השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו;

ומיהו צריך אומד אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה – חייב;

וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה תבירו ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכה – יכול להכותו שם כדי לאפרושי מאיסורא.

12. העולה מן המקובץ:

א. במשפט העברי מוטלת חובה על כל אדם להיחלץ לעזרתו של הזולת, הנרדף על-ידי רודף העומד לגרום לו, לפי נסיבות הענין, חבלה חמורה שיש בה חשש של איבוד נפש; ואם הרדיפה היא לחבלה סתם, אין כאן, לפי דעת רוב החכמים משום חובה, אבל הרשות נתונה להציל את הזולת, אף על-ידי גרימת חבלה לרודף. ומכל שכן, ואין צריך לומר, שזכות זו מוענקת בשני המקרים הנרדף עצמו לשם הגנה עצמית.

ב. החובה והרשות האמורים נתונים הם לכל אדם ולגבי כל אדם, ואף לגבי מי שאינו קרוב לו, ומכל שכן שאין צריך שיהיו בין המציל לבין הנרדף יחסים אילו שהם של פיקוח או אחריות משפטיים לשלומם.

ג. החובה והרשות האמורים נתונים הם רק אם לפי נסיבות הענין דרוש הדבר לשם הגנתו של הנרדף מפני הרודף, היינו שעדיין קיים חשש שהרודף עומד להמשיך בתקיפתו של הנרדף, אך לא אם לפי נסיבות הענין נראה שסכנה זו חלפה והתערבותו של "המגן" אינה נושאת אופי של הגנה ויסודה במניעים אחרים.

שער שישי: דיני עונשין

ד. הכלל הגדול הוא שצריך שיישמר האיזון במידת הכוח שמשתמש בו המתערב למען הנרדף, ופטורו מאחריות בפלילים מותנה בכך שהשתמש במידה המינימלית וההכרחית הדרושה לשם הצלת הנרדף, היינו, בטרמינולוגיה התלמודית "שיכול להצילו באחד מאבריו". ואם לא נהג כך, נושא הוא באחריות פלילית לחבלה שהיסב לרודף ומכל שכן שנושא הוא באחריות פלילית אם הרגו (על משמעות המלים "נהרג עליו" במקרה שיכול היה להציל הנרדף באחד מאבריו של הרודף, ראה רמב"ם, שם, הלכה יג, ולעומתו הגהות מיימוניות, שם).

13. מן הראוי לציין כי הרעיון העקרוני ביסוד תורת הגנת הזולת במשפט העברי הוא מחחום ערכי שבהשקפת עולמה של היהדות, וביטוי באותו פסוק שבספר ויקרא: "לא תעמוד על דם רעך". פסוק זה נתפרש בעולמה של היהדות הרבה מעבר לחובה והרשות של הצלת נרדף מיד הרודף במישור המשפט הפלילי, ונתפרש הוא כחובה דחית מוסרית של הצלת אדם המצוי בסכנה בכלל.

אף זו סוגייה גדולה היא, ואנו לא נציין אלא לקטע אתר בדברי הרמב"ם (שם, שם, הלכה יד), על-פי האמור במקורות התלמודיים (ספרא קדושים, פרשה ב, פרק ד, ח; סנהדרין עג ע"א):

כל היכול להציל ולא הציל – עובר על "לא תעמוד על דם רעך". וכן הרואה את חברו טובע בים. או ליסטים באים עליו, או חיה רעה באה עליו ויכול להצילו הוא בעצמו, או ששכר אחרים להצילו ולא הציל... העושה אותם עובר על "לא תעמוד על דם רעך".

... נראה לי, כי עקרון ההגנה הפרטית חל הוא – במידה ומדובר בפגיעה נגד גופו של הזולת – לגבי כל מקרה שבו פלוני, האזרח הסביר "שאיכפת לו", רואה לעצמו חובה אזרחית מוסרית שלפי נסיבות הענין ומצב הרברים עליו להיחלץ להגנתו של אלמוני הנחקף, להצלתו של הנרדף מידי דודפו, אמנם אין החוק בישראל, כפי שכך הוא גם ברוב המערכות המשפטיות דהאידינא, מכיד בהטלת חובה משפטית להצלת הזולת הנמצא בסכנה (דוגמא כודדה לחובה משפטית כזאת היא כנראה תקנה 146 לתקנות התעבורה, חשכ"א-1961, המחייבת נוהג כרכב שנחקל כעת נסיעה באדם שנפצע בחאונת דרכים להגיש לו עזרה); "השומרונים הטוב" לא עושה באיצטלא של חוק, כפי שראינו גם במשפט העברי, החובה המוטלת על כל אדם להציל, בכל דרך שהיא, את הזולת הנמצא בסכנה, שיסודה בציווי של "לא תעמוד על דם רעך" – אף לאו זה שחמור הוא מאוד, אין לוקין עליו משום שאין בו מעשה (ראה לעיל; אך יש להעיר שמבחינת המיון במשפט העברי אין בכך כדי להוציא אותו מכלל תחומה של המערכת המשפטית, ולא כאן המקום להאריך). אך עשיית מעשה, שבנסיבות רגילות יש בו משום עבירה. שנעשה מרצון טוב לשם הצלת הזולת מסכנה של פגיעה בגופו, מעשה כזה מוגן הוא מלהיות מובא בפלילים, כמובן, בהתחשכ עם מידת הכוח בו השתמש ושמידת האיזון בין "שתי הרעות", כפי שעוד יבואר להלן. הסייג המצוי בסעיף שהגנת

הגנות

הזולח היא על המציל, אינו בא להוציא מכלל ההגנה סוג זה או אחר של בני אדם, אלא משמעו להגביל את ההגנה רק למקרה שאדם מסויים נמצא בסכנה של פגיעה ולא כאשר הנאשם פעל למען אינטרס של הציבור בכללו (ראו אנקר, שם, עמ' 111 ופלו, עמ' 12), וכך לא תחול ההגנה לא רק כאשר המתערב מתערב just for the fighting (ראו ענין Duffy המצוטט לעיל), אלא גם כאשר לפי נסיבות הענין, בא הוא להתערב בעיקר למען עשיית הצדק לפלוני, משום שפלוני הותקף שלא כדין, ולא למען ההגנה על פלוני, היינו כגון במקרה שהקטטה שוככת והוא, המציל, מתערב בה (ראו תשובת מהר"ם מרוטנבורג, שהבאנוה לעיל); בשני המקרים האלה דרך משל, אין כאן אחרים מסויים שהגנתם עליו ולכן ההגנה מלהיות מובא בפלילים לא תחול.

2. גנבה לצורכי צדקה אינה הגנה

ע"פ 515/75

כץ ג' מדינת ישראל

פ"ד ל(3) 673, 705

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים ברנזון, שרשבסקי

המעורר הורשע בכיח-המשפט המחוזי בעבירות לפי סעיף 274 לפקודת החוק הפלילי, 1936. ולפי סעיפים 8 ו-9א לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושה), תשכ"ג-1963. עקב פעולות כספיות מניפולטיביות שעשה בשנים 1972-1974, עת שימש בתפקיד מנהל מחלקת הגזכרות בעמיר. כשל עבירות אלו נידון לעונש מאסר של שמונה שנים.

השופט שרשבסקי: העובדה, שהמעורר השתמש במיליון הנ"ל לא לצרכי עצמו אלא רק לצרכי צדקה, אין בה משום הגנה לגבי ההרשעה (להבדיל מהעונש, ראו להלן) של גניבה. גם בריני ישראל הוא נשאר גנב, כי גנב והקדיש, משלם תשלום כפל (בבא קמא סח ע"ב), כלומר, לא את הקרן בלבד עליו להחזיר, אלא עליו לשלם את הכפל שבתשלמו חייב על-פי דיני ישראל הגנב כקנס בתור גנב.

שער שישי: דיני עונשין

3. עבדה שנעברה עקב הדחה

ע"פ 360/80
מדינת ישראל נ' אפג'ר
פ"ד לה (1) 228, 234

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים בן-פורת, אלון, ברק

המשיב הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירה של תיווך לסחר בסמים, לפי סעיף 14 למקודת הסמים המסוכנים [נוסח חרש], תשל"ג-1973. הערעור של המדינה נסב על אי-הרשעתו בעבירה של סחר בסמים ועל קולת העונש. המשיב מערער על חומרת העונש.

השופט אלון: העיקרון במשפטנו הוא, במטבע לשונם של חכמינו לעניין הפסחו של "הנחש הקדמוני" את חוה: "דברי הרב (=הקב"ה) ודברי התלמיד (=הנחש המסית), דברי מי שומעין? דברי הרב שומעין!" (סנהדרין כט ע"א); וכן מובא מטבע לשון זה לעניין אחריותו הפלילית של השליח העושה עבירה על-פי הוראוח שולחו (קידושין מב ע"ב). דבר החוק ודברי המדיח – דבר החוק שומעין, והמודח אינו יכול לפטור עצמו מאחריותו פלילית בטענה הקדמונית: פלוני השיאני ואחטא.

ת"פ (ת"א) 501/81
מדינת ישראל נ' שנרר
פ"מ תשמ"ו (3) 82, 86-87

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

כמהלך חיפוש שנערך בעסקו של הנאשם עבר זה עבירה בהציעו שוחד לפקיד המכס ומשנדחתה הצעתו על הסף שקט ולא יסף.
פקיד המכס שוגר שנית על ידי המשטרה לה דווח הענין, הפעם כדי ללכוד את הנאשם בקלקלתו. הנאשם שוכנע והשוחר ניתן. התביעה עותרת להרשעה במתן שוחד ולא רק בהצעתו תוך ביסוס טיעוניה על ההלכה כי אין הגנת "סוכן מדיח" מגינה על המודח.

השופט שטרזמן: מכחינחה של תקנת הציבור – חוששני שההכרה בהגנת "מלכודח" חקשה מאד על המשטרה הנעזרת בסוכני חרש החודרים לקהיליות העבריינים, וכן תגרום ההכרה הזו לנסיגות לחשוף בכיח-המשפט את העבריינים – המודיעים של המשטרה, דרכי פעולתם והחמורה המוכתרת

ԱՍ ԵՐԵԱՆ ԿՆԱՆՆԵՐԻ ՄԱՐԶԻ ՎԵՐԵՍՈՒՄԻ (ՕՐԵՆԱՆԻՍ) ՈՒ ՏՊՈՒՆՆԵՐԻ
 ԱՄԵՐԻԿԻ (ՅԵՐԵՎԱՆ) ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ՍԵՎԱՆԻ ԸՆԴՀԱՆՍԻ ԵՎ ԸՆԴՀԱՆՍԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ
 ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ ԵՎ ԵՐԵՎԱՆԻ

פרק רביעי
חסינות

1. חסינות הנשיא

בג"צ 65/51

ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל

פ"ד ה' 807, 801

הובא כשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 147.

פרק חמישי הסגרה

1. הסגרת עבריינים לידי זרים

ע"פ 308/75

פסחוביץ נ' מדינת ישראל

פ"ד לא (2) 449, 465-466

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (לנדוי), והשופטים ח' כהן, מני

הערעור נסב על הכרות המערער, שהוא אזרח ישראלי, ככר-הסגרה לפי סעיף 9 של חוק
ההסגרה, תשי"ד-1954, לאחר שממשלת שוויצריה ביקשה את הסגרת המערער לפי צו-מעצר
שהוצא נגרו כשוויצריה.

השופט ח' כהן: 6. המדינות אשר לפי חוקיהן אינן מסגירות את אזרחיהן, לא
מאהבת אזרחיהן פורשות הן עליהם סוכת שלומן, כי אם מתוך חביעת סמכות
השיפוט: חוקיהן מסמיכים את בתי-המשפט שלהם לשפוט ולהעניש אזרחיהן
שעברו עבירות-הסגרה מחוץ לגבולותיהן. ולא זו בלבד אלא באמנות-ההסגרה
מתחייבות הן לשפוטם בעצמן במקום להסגירם (טענת מר העצני שהתחייבות
זו אינה התחייבות, באשר אין היא חלה אלא "אם ייראה הדבר לנאות" בעינייהן
– אינה טענה: כל שפיטה מותנית בחנאים מוקדמים, כמו בריאות הנאשם,
מציאות העדים והראיות, וכיוצא באלה).

וכבר הפנה חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, את תשומת-הלב למימרתו
המפורסמת של גרוטיוס, שלפיה ההסגרה והענישה הן שתי חלופות הפחוחות
לפני השליטים מקדמת דנא. אותה המטרה המשותפת שאמרנו, המונחת ביסוד
הסכמי ההסגרה, שלא לתת לפושעים להימלט מן הדין, מושגת באחת משתי
הדרכים: או על-ידי הסגרה למדינה המבקשת כדי שהיא תשפוט ותעניש, או
על-ידי השפיטה והענישה מצד המדינה אשר אליה נמלט הפושע. מדינה אשר
לפי חוקיה אינה יכולה ואינה מוכנה לשפוט את הפושע בעצמה, אינה יכולה
להישמע בטענה שאין היא יכולה או מוכנה להסגירו – והלכה זו של גרוטיוס
בעינה ובתקפה עומדת עד היום לפחות לגבי אותן המדינות שהתחייבו

שער שישי: דיני עונשין

באמנות־הסגרה להסגיר. (לגבי מדינות שלא התחייבו כך, כנראה שאין הלכה זו מחייבת עוד מכוח המשפט הבינלאומי, ראה: Schultz, in: *Treatise in International Criminal Law*, Vol. II, pp. 309-310. מאידך גיסא, מדינה המוכנה לשפוט ולהעניש את הפושע בעצמה, יוצאת ידי חובתה על־ידי שפיטה וענישה זו, ואין מחייבים אותה להסגיר.

נמצא שהשפיטה במדינה המבקשת שקולה כנגד ההסגרה, והסכס־הסגרה קובע הדידות שלמה אם הוא פותח לפני המדינות־בעלות־ההסכם את הברירה או להסגיר או לשפוט. העובדה שהלכה למעשה תבחר מדינה אחת להסגיר, ואילו מדינה אחרת תבחר לשפוט, אינה מעלה ואינה מורידה, כל עוד כל אחת מהן מקיימת חלופה את של החיוב ההדדי (ראה פלר, שם, בעמ' 446).

7. ואולי מן הענין לציין שגרוטיוס מביא להנמקת הלכתו זו, תוך השאר, כדרכו גם מקורות עבריים. אנשי יהודה הסגירו את שמשון לפלשתים (שופטים טו, יג) – ואם כי עשו כן מפחד עליית הפלשתים עליהם (שם טו, י), על־כל־פנים נראתה להם דרישת הפלשתים מוצדקת, ושמשון עצמו העדיף הסגרתו על הפגיעה בו בידי אנשי יהודה (שם טו, יב). וכשנעשתה הרעה הגדולה בגבעה, שלחו לשבט בנימין לאמור, תנו אח האנשים בני בליעל אשר בגבעה ונמיתם ונבערה רעה מישראל (שופטים כ, יג) – ומשסירבו אנשי בנימין, פרצה המלחמה (שם כ, יד); ואמנם סירוב בלתי־מוצדק להסגרת פושעים עילת מלחמה היא (משפטי המלחמה והשלום, כרך 2, פרק 21, סעיף 4).

ולענין מטרת ההסגרה שלא לתת לפושע להימלט מן הדין, מסתמך גרוטיוס על הכתוב, מעם מזבחי תקחנו למות (שמוח כא, יד) – ואם מקודש הקדשים כך, ממדינת מקלט לא־כל־שכן; והוא מביא שם דברי פילון האלכסנדרוני (De Specialibus Legibus III 88) שאין מקום לטמאים במקדש, קל וחומר לפושעים שטומאתם טבועה בהם ואינה נמחקת אלא על־ידי ענישה. ועוד אומר גרוטיוס שתורת משה מלמדתנו שאי־ההסגרה מוצדקת רק לגבי שוגגים, כמו הורגי נפש בשגגה הראויים להימלט לערי המקלט, או לגבי חפים מכל פשע, כמו העבד הכורח מאדוניו (דברים כג, טז) – אבל פושעים צריך להעניש או להסגיר (שם, סעיף 5).

פרק שישי עברות

1. בעילות אסורות

ע"פ 809/76

כלילי נ' מדינת ישראל

פ"ד לא(2) 598, 602-603

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (לנר), והשופטים ח' כהן, בן־פורת

המערער הורשע בעבירה לפי סעיף 152 (1) (א) לפקודת החוק הפלילי, 1936. לטענתו לא הוכיחה התביעה "חרידה" ועל־כן לא היה מקום להרשיעו בעבירה של אינוס.

השופט ח' כהן: ובל יעלה על דעתכם שיש בידי האנגלים זכות ראשונים כממציאי הצורך בהוכחת "התדירה" על־מנת להקשות על הטלת עונש המוות: זכות־ראשונים זו שמורה לתכמינו שלנו זכרונם לברכה.

שנינו (משנה מכות א, י): סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית; רבי אליעזר בן עזריה אומר, אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים, אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם.

שואלת הגמרא (מכות ז ע"א), היכי הווי עבדי – כיצד היו רבי טרפון ורבי עקיבא מצליחים שלא להרוג אדם מעולם, כשעבירות רבות דינן מוות, ולכשיוכחו בראיות כשרות ומספיקות תיביים הם להטיל עונש המוות על־פי החוק? רבי יוחנן ורבי אלעזר השיבו על שאלה זו לענין עבירות של שפיכות דמים; ולענין עבירות של בעילות אסורות, השיבו אביי ורבא שניהם, שהיו חוקרים את העדים, "דאיתם כמכחול בשפופרת"? כלומר, האם אמנם דאיתם שהאיש הכניס את אברו לתלל האשה, כמו שמכניסים את המכחול לתוך השפופרת (ופירש רש"י: "קנה חלול שנותנים בו מכחול לכחול עיניים; מכחול הוא קיסם רק שבו נוטלים הצבע מתוך הקנה"); ומאחר "ואין עדים מסתכלים בכך" (רש"י, שם), לא יוכלו להעיד שאמנם נכנס כמכחול בשפופרת – ובאין ערות כזאת יימנעו מלקבוע שהיתה בעילה ועל־כן גם מלהטיל עונש המוות.

עכרוח

2. יחסי אישות בין בעל ואישה בכפייה

ע"פ 91/80

כהן נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (3) 281, 283, 288–290, 291

כבית-המשפט העליון כשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (לנדרי), והשופטים כן-פורת, בכור

המעורר הורשע בכית-המשפט המחוזי, בין היתר, באינוס, לאחר שבעל את רעייתו נגד רצונה ותוך שימוש בכוח. מכאן ערעור. השאלה, עליה נסב הערעור, היא משמעות המונח "שלא כדין" בהגדרת עבירת האינוס, בסעיף 345 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: האם מתגבשת העבירה כעצם בעילת האישה בניגוד לרצונה ותוך שימוש בכוח – שכן בעילה בניגוד לרצון היא "שלא כדין" מעצם התנגדות האישה – או שמא יש צורך ביסוד נוסף, כדי שהבעילה תהא "שלא כדין"?

השופט בכור: בשנת 1976 נשא המערער לאישה את המתלוננת, וכעבור שנה נולד להם בן. הנישואין לא עלו יפה, ונטען שהמתלוננת קשרה עם גבר, שהיה מעבירה, ואף נסעה אחרו ביתר עם אחרים לחוץ-לארץ. היחסים בין בני הזוג התערערו, אך הם המשיכו לגור תחת קורת גג אחת. העבירות, שיוחסו למערער, בוצעו בחורשים פברואר ומרץ 1979, כעת שבני הזוג גרו, כאמור, תחת קורת גג אחת, אם כי כבר אז היה ככוונת המתלוננת להתגרש מהמערער, והם אמנם התגרשו כמה חודשים לאחר מכן.

...החוק העברי הוא חלק מהתוקים, שיש להם תוקף בעניין זה, ואינו דבר הטעון ראייה והוכחה, ולבית-המשפט ידיעה משפטית על כך. לשופטים הוצגה חוות-דעת של ד"ר נ' רקובר, היועץ למשפט העברי במשרד המשפטים, וכה סקידה של האסמכתאות, עליהן הוא סומך את חוות-דעתו. אין פסול בזה, כל עוד בית-המשפט בודק את מה שנאמר באסמכתאות שצוטטו ומאמץ את הרעה, שהובעה בחוות הדעת, לאחר שסבר, שהיא תואמת את האסמכתאות, וכך אמנם עשו השופטים המלומדים. אעבור כעת לתוכן הדברים. תוות הדעת של ד"ר נ' רקובר, "יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו", פורסמה בינתיים על-ידי משרד המשפטים בתוברת נה של סדרת מחקרים וסקידות כמשפט העברי. לכן, כמו השופטים בבית-משפט קמא, אוכל לקצד ולהפנות לאסמכתאות הרבות, שהובאו שם.

נקודת המוצא לדיון היא, שבעניין החובה לקיים יחסי אישות מוטלת תובה על הבעל מדין תורה (שמות כא, י) "שארה כסותה ועונתה לא יגרע". (התובה המוטלת על הבעל לקיים יחסי אישות עם אשתו היא נפרדת ונבדלת מתובה פרייה ורבייה.) לעומת זאת אין במקרא ואף לא בתלמוד הודאה, המטילה חובה מקבילה על האישה, וחוכתה נוכעת מהתחייבותה בהסכם שבקשר

עברות

ועון פלילי הוא לעשות מה שמגיע צער לאשתו אפילו אם מתכוון לשם מידת חסידות ופרישות דעל גזלת אשתו אינו יכול לעשות חסידות ולהציג אותה כשפחה שבריה.

כשבוועל שלא מרצונה הרי הבנים בגדר הפושעים והמורדים כדין בני אנוסה.

בסיכום דבריו אומר ד"ר נ' רקובר, שאין הבעל רשאי לקיים יחסי אישות עם אשתו נגד רצונה, וסקירת התלמוד מלמדת אותנו, שקיום יחסי אישות באונס אינו מותר והנו בגדר עבירה. וגם בתי הדין התייחסו בתומדה רבה לבעל, המקיים יחסי אישות בכפייה. הסאנקציה, המוטלת על האישה הסרבנית, יכולה להיות בהכרזתה כמודדת, בהפסד כתובתה וכדומה, אבל לא בכפייתה לקיים יחסי אישות; כפייה מעין זו נוגדת גם את ההלכה, שאדם חייב לכבד את אשתו יחד מגופו (דמב"ם, הלכות אישות, פרק טו, הלכה יט) וגם את ההלכה "לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה" (כתובות סא ע"א).

מסקנה זו תואמת את רוח הדברים, שנאמרו בבית־משפט זה בע"פ 353/62 ובע"פ 354/64 הנ"ל.

במהלך שמיעת הערעור הגיש עורך־דין גולן חוות־דעת, שניתנה לו על־ידי ד"ר ב' ליפשיץ. בחוות־דעת זו נאמר, שאין הכותב חולק על דעת ד"ר נ' רקובר "שאין הבעל רשאי לכפות את אשתו בכח, והדרך היחידה המותרת היא הכרזתה על האשה כ'מורדת' על החוצאות הנובעות מכך..." כן נאמר שם, וכך טוען עורך־דין גולן, שסירוב האישה לקיים יחסי אישות אינו מבטל את זכות הבעל, אלא דק שולל את דרך הכפייה, או, במלים אחרות, שהזכות עדיין קיימת, אלא שישנה דק הגבלה על מימושה בדרך הכפייה. פירוש זה שונה מפירושו של ד"ר נ' רקובר, ולי נדאה, שפירושו של ד"ר נ' רקובר הוא התואם את מצב הדברים לאשורו. חשיבות רבה יש בשאלה זו להבדל בין סירוב האישה למלא חובה אחרת, כגון חובה לעשות עבודות הבית והמטבח, לבין החובה לקיים יחסי אישות. לגבי חובה אחרונה זו ישנו איסוד מפורש לכופף את האישה, לעומת החובה האחרת, לגביה כופים את האישה למלא את חובתה. ואביא כאן רק חלק מציטוט אחד מדברי הראב"ד (בעלי הנפש (מהדורת ר"י קאפח), שער הקדושה, עמ' קכב-קכג), שהביא ד"ר נ' רקובר:

והפיכת השלחן עצמו שהתירו, אומר אני דוקא כשאינה כבודה עליו והיא מתרצית עמו לרעתה על־ידי ריצוי, אבל אם הוא כופה בהפיכה ודאי אינו ניצל מן החטא ועליו נאמר "גם בלא דעת נפש לא טוב" שהרי אמרו ז"ל "ואף בדגלים חוטא"... ויש מי שאומר שמי שהופך שלחנו כיון שהיא מרוצה לתשמיש המטה, אע"פ שהיא מוכרחת בהפיכתה – מותר, משא"כ בבוועל ושונה שלא מדעתה שכל הבעילה על כרתה היא ואסור מפני שהיא בעילת זנות...

ודברים אלה של הראב"ד הובאו להלכה בטור, אבן העזר, סימן כה. ... ואוסף לומר, שעם ישראל יכול להתברך בגישה המתקדמת והליברלית של מודשחו וההלכה בנדון בתוק העברי מזה ימים ימימה. כבר הבאתי לעיל

שער שישי: דיני עונשין

את הרברים, לפיהם חובת הביאה באה על-מנת לשמח ולא על-מנת לצער, וכי חובה על הבעל לשמח את אשתו; ואזכיר גם את דברי הרב מ' מיזלמן משיבה אוניברסיטי בלוס אנג'לס בספרו *Jewish Woman in Jewish Law*, שם הוא מביא חלק נכבד מהאסמכתאות, שאזכרו על-ידי ד"ר נ' רקובר. בעמ' 116 שם הוא אומר:

The fiction of the Judeo-Christian sex ethic has even convinced many Jews that Judaism shares Christianity's negative attitude towards sex in general and toward female fulfillment in particular. Nothing could be more mistaken.

3. משכב אישה שלא כדרכה

ע"פ 224/63

בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יח(3) 225, 231-232

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, מני

השופט ח' כהן: המערער הואשם והורשע בבית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בשתי עבירות של מגע מיני עם אדם אחר שלא כדרך הטבע. פרטי העבירות – כפי שניתנו ככתב-האישום – הם שכיום 25.5.62 הכניס המערער את אבר מינו כפי הטבעת של המתלוננת (פרט ראשון), ו"החדיר" את אבר מינו גם לתוך פיה של אותה מתלוננת (פרט שני).

עדותה של המתלוננת, אשר העידה בבית-המשפט על שני המעשים הללו, היתה מהימנה על השופטים המלומדים, ולא מצאנו טעם במאמציו הנואשים של מר הגלר, שטען לפנינו למערער נלהבות ונמרצות, לשכנענו שזהו שוב המקרה היוצא-מן-הכלל אשר בו יחערב כית-המשפט לערעורים לענין המהימנות אשר בית-המשפט המחוזי ראה ליחס לעדות פלוגית.

אמת נכון הדבר שגם במסורת העברית וגם כלשון בני-אדם, אין "מעשה-סדום" אלא משכב-זכור, ואילו "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע" יכול ותהא גם בין איש לאשה. המסורת העברית מקורה במדרש על הפסוק, "איה האנשים אשר באו אליך הלילה, הוציאם אלינו ונדעה אותם" (בראשית יט, ה), שביקשו אנשי סדום "לדעת" אח האנשים לחשמיש (בראשית רבה נ, ה), ומפרשים המפרשים, "הידיעה" כינוי הוא לשכיבה (רש"י ואבן עזרא, שם). אבל "מעשה-סדום" האמור בפקודה, אין לפרשו לא לפי המסורת העברית ואף לא לפי המקובל כלשון בני-אדם אם יש רגליים לסברה שהמחוקק נקט לשון

עברות

טכנית כמשמעותה בהלכה הפסוקה באנגליה מימים ימימה. והנה מצינו שעוד בשנת 1716 נתעורר ספק בלב שופט אנגלי, אם איש אשר שכב משכב־אשה שלא כדרכה, עשה בכך "מעשה־סדום", או שמא אין מעשה־סדום אלא בין זכרים בלבד: R. v. Wiseman, 92 E.R. 774. ספקותיו של אותו השופט הובאו לפני השופט Fortescue. והלה –

הצטער ער מאר שעבירה גסה שכזאת יכול ותיעשה ללא עונש באנגליה, שעה שבכל העולם כולו פשע הוא שדינו מוות בשריפה. ומאחר ועבירה כה איומה וחמורה היא, וכרי שלא לתת לה כיסוי כלשהו, כתב השופט פורטסקו ללורד מקלספילד (Macclesfield), הצ'נסלור של בריטניה הגדולה, בענין זה; וחשובתו היתה שהוא ... תמה על חילוקי הרעות, ושלא היה לו פקפוק כלשהו להסכים שהיה כאן מעשה־סדום בעליל; שאין הוא יכול להעלות על דעתו כל התנגדות שאפשר היה להלבישה בלבוש טענה משפטית; שהפשע הוא בעל אותו הטיב, והמעשה אותו המעשה, כאילו נעבר בזכר; העוברה שנעבר בנקבה רק מחמירה בהרבה... ולאחר שקיבל תשובה זו, מחווה השופט פורטסקו רעתו שלו בזו הלשון (שם, בעמ' 775):

...משכב־אשה שלא כדרכה נראה גרוע ממשכב־זכר וגרוע ממשכב־בהמה; מפני שיש בו משום עלבון ישיר יותר כלפי בורא הטבע, והבעה מחוצפת יותר של בזו לחכמתו, רחיית סררי בראשית שהוא עשה, ומרד נגדם ונגרו גם יחד...

ההלכה שמעשה־סדום (buggery or sodomy) גם משכב־אשה שלא כדרכה במשמע, נתקבלה מאז כשרירה וקיימת, והיא מובאת בכל הספרים (ראה: הולסברי, מהדורת היילשם, כרך 9, עמ' 398, סעיף 673; ארצי'בולד, מהדורה 31, עמ' 1049; רסל על פשעים, מהדורה 9, כרך 1, עמ' 651; ועוד); ואין מנוס, לדעתי, מלפרש גם את המונח "מעשה־סדום" האמור בסעיף 152 (1) לפקודה ככולל משכב־אשה שלא כדרכה.

אציין, בדרך אגב, שההלכה העברית העתיקה שונה תכלית שינוי מן ההלכה האנגלית: לא זו בלבד שמשכב־אשה שלא כדרכה אינו נחשב כגרוע ממשכב־זכר וממשכב־בהמה, אלא בו בזמן שמשכב־זכר וממשכב־בהמה עבירות חמורות הן שדינן מוות (ויקרא כ, יג; שם, טו), הרי משכב־אשה שלא כדרכה אינו בגדר עבירה כלל. בתלמוד מצינו היתר מפורש לאיש לבוא על אשתו בכל דרך ובכל צורה שייראו בעיניו. בלשונו של ר' יוחנן: "כל מה שארם רוצה לעשות באשתו – עושה; משל לבשר הבא מבית הטבח; רצה לאכול במלח – אוכלו; צלי – אוכלו; מבושל – אוכלו; שלוק – אוכלו" (נדרים כ ע"ב). ומסופר שם על אשה שבאה לפני רבי ואמרה לו, רבי, ערכתני לו שולחן, והפכו (ופירש הרא"ש: שמשמש עמה שלא כדרכה); אמר לה, בתי, תורה התירתך (שם). על־פי זה פסקו הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה ט) ובעקבותיו הטור והבית־יוסף (אבן העזר, סימן כה) והרמ"א (אבן העזר, סימן כה ע"ב) שמוותר לו לאיש לבוא על אשתו כדרכה ושלא כדרכה.

שער שישי: דיני עונשין

4. איבוד לדעת

ח"א (ת"א) 1593/60

סטשי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

פ"מ כה 278, 281

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: המקרה דנא דומה כמוכנים רבים למקרה שהיה בפני בתיק המרצה 4756/58 (ת"א 1091/58) שנתפרסם בפסקים מתוויים, כרך יח, עמ' 31, ושעליו הוגש ערעור בע"א 78/59. פסק-הדין בערעור נתפרסם בפסקי-דין כרך יד, עמ' 926.

השוני בין המקרה דנא והמקרה דהתם הוא בכך ששם היה מדובר על קצין תשלומים במשטרה שהתאבד לאחר שנשאר חייב כספים למשטרה ולאחרים ואילו כאן המדובר בסמל תשלומים כצבא שהתאבד בנסיבות דומות. שם הזכאית לדמי ביטוח חיים של המשטרה היתה, לפי הוראת המנוח, אלמנתו – וכאן הזכאים לדמי הביטוח של הצבא הם, שוב לפי הוראת המנוח, הוריו. ... לפי גישת דיני התורה אין אדם רשאי אפילו לחבול בעצמו (ראה: רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה א) ובודאי שאבוד עצמו לדעת נחשב לעבירה כשהעושה זאת שפוי ברעתו, מלבד במקרים שהוא אנוס לכך כמו שאל המלך (ראה: רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק ב, הלכה ב; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמה, סעיף א וסעיף ג). אולם במשפט העברי הגישה לתוצאות הממוניות הכרוכות במעשה העבירה שונה מגישת המשפט האנגלי, כפי שכבר עמדתי על כך בפסקי-דיני בתיק בקשות 327/57, פסקים מחוזיים טו, 179, כפי שנאמר בעמ' 186.

עברו

5. גרימת חבלה גופנית על-ידי הורים ומורים

צ"פ 7/53

ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 790, 792-793, 797-800

בכיהן המשפט העליון כשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים חשין, אסף, לנדוי

השופט חשין: המערערת, נזירה יוונית-קתולית, כיהנה כמפקחת ומשגיחה בבית היתומות "ווספיה" שבנצרת, אשר בראשו עומד המונסניור גיאורגי חכים. באמצע שנת 1952 נתבעה המערערת לדין בבית-המשפט המחוזי בחיפה על עשרים ושבעה פרטי אישום, וב-31.12.52 הורשעה בששה מפרטי האישום וזכתה מכל השאר. העבירות שהמערערת הורשעה בעשייתן הן: שני פרטי תקיפה לפי הסעיף 250 לפקודת הענשים, 1936; גרימת חבלה, לפי הסעיף 241 (א) לאותה פקודה;

... ברברים אשר הושמעו לפנינו לא חלק ב"כ המערערת על ממצאיו של השופט המלומד, אך טענתו היתה כי המערערת הענישה את הילדות כאשר יענישו הורים את ילדיהם, ומשום כך אין עליה דין. מתעוררת, איפוא, השאלה אם, ובאילו מידה, רשאי מורה, מנהל בית-הספר או מפקח ומשגיח במוסד ילדים, להטיל ענשי גוף על התלמידים או על הילדים הנתונים לפיקוחם.

השופט אסף: אני מסכים לפסק-דינו של חברי השופט ד"ר חשין, והריני בא להוסיף על רבירו מן המקורות שלנו. כבר ניתנו בספר החכמה הודאות כלליות לאב בחינוך בנוי: "חושך שבטו שונא בנו ואוהבו שחרו מוסר" (משלי יג, כד); "יסד בנך ויניחך ויתן מערנים לנפשך" (שם כט, יז); "אולת קשורה בלב נער שבט מוסר ידחיקנה ממנו" (שם כב, טו). אולם במקורות מאוחרים יותר אנו מוצאים הודאות מפתטות יותר גם לאב וגם לרב המחנך את תלמידו. בכד הורה רב, הראשון לחכמי התלמוד, לרב שמואל בר שילת, אחר מגרולי המחנכים ברודו: כשאתה מבה את הילד – תכהו בשרוך הנעל (בבא בתרא כב ע"א), היינו ברצועה דקה. ועל סמך דברי רב אלו פוסק הרמב"ם: "ומבה אותן המלמד להטיל עליהם אימה. ואינו מכה אותם מכת אויב, מכת אכזרי. לפיכך לא יבה אותם כשוטים ולא במקלות, אלא ברצועה קטנה" (הלכות תלמוד תורה, פרק ב, הלכה ב). דברי הרמב"ם נעתקו כהלכה ומורין כן גם בשולחן ערוך, יורה דעה סימן דמה, סעיף י, ובשאר ספרי הפוסקים. ואף רב האי גאון כותב כשידו המפורסם "מוסר השכל":

ואם תוליד בנים ובנות –

בכל עת יסרם, אכן בחנות*

* ברתמים וכחנינה.

2. אחד מחשובי החכמים בא"י נתן לנו ציור ברור מן הנהוג לפני מאתיים שנה ויותר:

יש מנהג דע ומר כשמוליכיס התינוק לבית הספר מלווין אותו (אכיו ואמו) ומתרין במלמד בפני התינוק שלא יכה אותו, וכשהתינוק שומע שאין רשות לרכו להכותו אז אינו משגיח בלימודו ומוסיף זדון על זדונו. ומנהג הראשונים לא כן היה, אלא כשהתינוק היה בא לבכות לפני אכיו ואמו שהמלמד הכה אותו היו נותנין מתנה לתינוק כדי שהוא בעצמו יוליך אותה למלמד, ויאמרו לו מצד עצמם: יישר כוח! וכן יקבל מתנה הוגנת כל פעם שהנער יתרעם על המכות (ר' משה חאגיז, צרור החיים, וואנרסבך תפ"ח-1728).

3. אם כי בספרי המוסר ובספרים המוקדשים לשאלות הינוך, ראשונים ואחרונים אפשר למצוא הרכה דברי טעם ועצות טובות על יחס האב לבנו והרכ לתלמידו, אבל מעטות הן השאלות שנשאלו בענין זה הלכה למעשה, ומעטים הם התקדימים, ממש כמו בספרות המשפטית האנגלית הרתבה. כדאי להביא אותן תשובות מעטות העוסקות בשאלה זו.

נביא קודם כל תשובת רב נטרונאי גאון סורא (853--858), הכתובה בעברית כלולה בארמית, ואני מביאה כאן בתרגומה העברי:

וימלמד חינוקות שפירשתם, שהם מכים הרכה את הילדים – ודאי ילדים אינם לומדים אלא בהכאה. ודברי רב שמואל בר שילת הלכה היא. הילכך ילדים קטנים, או אפילו גדולים, אם הם חלשים, אנו נוהגים עמם לפי הוראת רב שמואל. וילדים בריאים – אם מרבה עליהם ייסור אין בכך כלום, אבל אם מרבה על הקטנים ועל הכתושים – אכזרי הוא, ואנו מתרים בו פעם, פעמים ושלוש. אם מקבל מוטב – ואם לא אנו מסלקין אותו (L. Ginsberg, Geonica, II, 119).

4. הגאון מדבר, כנראה ברור, במלמדים המכים הרכה את הילדים, אבל לא עשו בהם חבלה. אין כאן איפוא שאלה של תשלומי חמשה דברים: נזק, צער, ריפוי, שבת וכושת. אולם שתי תשובות של חכמים, שחיו במחציתה הראשונה של המאה הי"ת, דנות במקדים של מלמדים שחבלו בחלמיריהם, ועמדתם בשאלה זו שונה מאד.

הראשון והגדול שבהם הוא ר' יעקב דישר, בן פדאג שבסוף ימיו שימש ברכנות בקהל מיץ, בקובץ תשובותיו, "שבות יעקב", חלק ג, סימן קמ: מלמד שבעס על תלמידו והכה אותו בשביל למודו עד שחבל בו, אם חייב בד' דברים או פטור? – נראה פשוט דפטור, מכולם, כדאייתא להדיא בפרק אלו הן הגולין (מכות ת ע"א): מה חטיבת עצים דשות אף כל רשות, יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין... ואין מקום לבעל-דין לחלק ולומר דהיינו פטור מגלות וחייב בד' דברים, וגלות פטור מגזירת הכתוב... ואף על גב דקיימא לן שיש להכותו בערקתא דמסאני ולא באכודיות מכל מקום דיעבד אין לקנסו בשביל כך... בפרט שהוא צער גדול, שלומד עם התלמיד ואין משגיח לחת לב על לימודו... מכל מקום כדי שלא

עברות

יהא רגיל לעשות כן, כי לא נאה לחכם להיות כועס ולא הקפדן מלמד, כי כעס בחיך כסילים ינוח... פסקתי שישלם לרופא לרפאות בטוב. מן החשובה נראה, שהמדובר הוא בחלמיד חכם שחבל בחלמיד גדול בשנים. אולם ר' גרשון קובלנץ, אחד מדייני מיץ, דן: במלמד שהכה לתלמידו, תלמיד קטן, כבר שית וכבר שבע (כבן שש-שבע), עד ששבר רגלו, ורוצה המלמד לפטור את עצמו מחמשה דברים, בחשבו שהרב המכה תלמידו פטור, ורץ למשנה פרק קמא דמבוא דף ח, עמ' א: מה חטיבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו, ואם כן כשם שפטור מגלות פטור מחמשה דברים אם הזיקו. ולפי עניות דעתי צלל המלמד הלז במים ארירים והעלה חרס בלדו, שמחרימין ומגדלין אותו עד שיפייס הנחבל... שאין חילוק בזה בין מלמד לאחר... והמלמד הלז שהכה מכה רבה אינו בכלל הרב הרודה את תלמידו וחייב בכל (שו"ת קרית חנה, סימן כב).

5. ואחד המלמדים המעולים בדורו, שחיבר גם חיבור מיוחד על דרכי הלימוד וההוראה, כותב:

ומתנה גנחה יש לי שאני נותן למלמדים, שיהיו מאד נוהרים מלהכות על הראש, או בפנים או בכעס... כי הוא קרוב להפסד ורחוק מתועלת (מערכת אברהם, לר' אברהם מאיטינגין, אשר היה מלמד בק"ק האג, פיורדא, תקכ"ט).

מתנה גנוזה זו לא הגיעה, כנראה, לידי המערערת, ולכן נהגה כפי שנהגה.

6. הריגת עופר (הפסקת היריון)

ע"א 413/80

פלונית נ' פלוני

פ"ד לה(3) 57, 73, 81, 83, 87, 88, 92

בבית המשפט העליון כשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים שמגר, אלון, בן-עזר

הערעור נסב על השאלה, אם יש לבעל מעמד עליפי חוק בדיון בבקשה להפסקת היריון, המוגשת על-ידי אשתו.

השופטת בן-עזר: 1. עוד ביום 15.7.80 הסכמתי, שיש לבטל את החלטתו של בית המשפט קמא, שציווה על המערערת (להלן – "האשה") להימנע מהפסקת הריונה...

שער שישי: דיני עונשין

במרכז הוויכוח הזה עמדו מאז ומתמיד שאלות, שעד היום לא הצליח שום איש להשיב עליהן תשובה חד משמעית: מהו סוד החיים, מתי תחילתם, ממתי הם ראויים להגנה, ממתי נחשב קיפוחם לעבירה או לפחות למעשה אסור. הקיצוניים מזה סבורים, שמרגע ההתעכרות נוצרת "ישות" או "מציאות אורגנית", שהיא תחילתו של אדם, שהפגיעה בו אסורה. על-פי ההלכה היהודית – אפילו השחתת זרע היא מעשה אסור, על אחת כמה וכמה "הריגת" עובר, ובן נח שהרג עוכר דינו כרוצח (סנהדרין נז ע"ב; וראה גם: רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ט, הלכה ד). גם הדיקטאטים של הדת הקתולית מעניקים לעובר "חיים" מן הרגע הראשון של ההריון. אולם תהיה זו טעות לחשוב, שרק בזמנים שלנו נמצאו חולקים על הדעה הקיצונית האמורה. עיון בחוות-דעתו של הרב ליכטנשטיין (שצוטטה לעיל), מראה, שאין שום רעיון, שבחיי-מחוקקים ובתי-משפט מעלים אוחרו בדורנו, שלא הועלה על-ידי הפוסקים בדורות קודמים. כבר כימי הגמרא נחשב העובר ב-40 ימי ההריון הראשונים "מיא בעלמא", ואם הופל בתקופה האמורה, הבא אחריו נחשב ככור (פטר רחם) לעניין פדיון הבן (בכורות מז, ע"ב); כמו כן הייתה מקובלת חלוקת ההריון לתקופות לעניין חומרת הפגיעה בעובר, כשהתקופות מתחלקות על-פי המבחנים, המקובלים גם היום. היו מי שהקלו בשלושת החודשים הראשונים – כי, כדברי הרב ליכטנשטיין, "רציחה" לכאורה מוגדרת כנחוק חיים עכשוויים, לא כסיכול השתלשלות אפשרית". "רציחה" לא חסרים גם מבחנים כמו "חנועה" ו"היות העובר יכול לחיות בצאחו לאויר העולם" (מבחנים מקבילים למושגים "quickenig" ו-"viability"). "רציחה" ממש מוגבלת אולי לשליש האחרון של ההריון, אולם אין להיבהל מן המונח "רציחה", שהרי ישראל ההורג עובר אינו נענש בבית-דין כרוצח, וכבר בימי המשנה לא נחשב עובר לאדם שלם או ל"נפש". וזאת מניין? מן המשנה המפורסמת (אהלות ז, ו): "האשה שהיא מקשה לילד מחתכין את הילד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחיייה קודמין לחייו יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש".

7. בא-כוח הבעל כיקש, שנדון גם כטענתו, שנדחתה בבית-משפט קמא, כי לבעל יש מעמד בדיוני הוועדה מכוח הנישואין – אפילו אין לו זכות לתברע צו מניעה בהליך אזרחי בבית-המשפט. הואיל ואנו דנים במכלול הבעיות המתייחסות להפלות, לא נחעלם גם מבעיה זאת.

"שלושה שותפין הן באדם הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו" (קדושין ל ע"ב) – על כל פנים, אין איש חולק בשותפותו של האב ביצירת העובר ובחובת פרנסתו, גידולו וחינוכו, לאחר שיצא לאוויר העולם. על כן הרעיון, שיש לשתף את האב בהחלטה בדבר ביצוע הפלה, שובה את הלב במבט ראשון. אין ספק, שכאשר מדובר בהורים נשואים זה לזה ובמשפחה מתוקנת, רצוי ואף מקובל, ששני ההורים יהיו שותפים להחלטה כזאת. הייתי אומרת, שהדבר רצוי לא רק לאב אלא גם לאם, שכן זו החלטה קשה, הגורמת, לעתים, לבטים לא מעטים, ונוח לאישה להחליט על כך בעצה אחת עם שותפה לחיים.

אולם ענייננו הוא באותם מקרים, בהם קיימים חילוקי דעות בין האב ובין

עברות

האם, והשאלה היא, מה זכויותיו ומה מעמדו של האב, כאשר הדעות חלוקות. ... בחוות-דעתו של הרב ליכטנשטיין, שצוטטה לעיל, מגריר הרב את תפקידו של פוסק הלכה בעניין רגיש כמו זה שאנו דנים בו, ולא מצאתי ניסוח הולם יותר להגדרת תפקיד ועדת ההריונות, שאמנם אינה "פוסק הלכה", אך היא בכל זאת בבחינת "פוסק".

אסיים אפוא בהכאת דברי הרב ליכטנשטיין:

בתחומים כאלה – כשמצר אחד, פרטי ההלכות אינם מעוכרים בפירוש בגמרא ובראשונים, ומצד שני, התנאים האישיים הם, לא פעם, מסובכים ומתוסכלים למדי – יש מקום, ולדעתי יש גם חיוב, למידת גמישות. פוסק רגיש מודע לחומר מצבים אישיים ולחומר גורמים הלכתיים כאחד. ובכן, במקרה פלוני הוא עלול להטות ספיקות לצד אחד ואילו במקרה אלמוני לצד אחר; להגיע למאזנים שונים בהערכת דעות קודמיו; לתת משקל רציני לשיטות מרחיקות לכת כאן ולהתעלם מהן שם; למחוח את החכל לקולא כמקום שנשקפת טרגדיה משפחתית רצינית ולמצות את חומר הדין, כפי ראות עיניו, בשלהתצים להקל נובעים מקלות ראש ונעוצים בדמה מוסדית ידורה. ואין בכך לא משום התחמקות ולא משום איפה ואיפה. הגמישות נובעת מהכרה שפסקי הלכה אינם – ולא צדיכים להיות – פרי מחשב אלא פרי מחשבה.

הואיל והגעתי למסקנה, שהמחוקק לא התכוון, שענייני הפסקת היריון יידונו בכתימהשפט אלא בוועדת ההריונות – הייתי ממליצה, שנסמך על הוועדה, שדבריו של הרב ישמשו נד לדגליה.

השופט אלון: 3. הלכה פסוקה ומושרשת של ביח"משפט זה היא, כי "לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שפוט) – לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת הזדמנות חלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיים של הענין הנדון" (מדברי השופט זילברג, בבג"צ 3/58, 9, בעמ' 1508). זכותו של אדם להישמע, כטרם תחקל החלטה, העלולה לפגוע בו, מצויה היא כבר במקרא: "שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק" (דברים א, טז), ושורשיה מגיעים לשחר ימיה של האנושות: "התחיל באדם לשאול: מי הגיד לך כי ערום אתה; וכן לקין אמר לו: אי הבל אחיך, כדי לשמוע טענותיו; קל וחומר להריוט; וכזה דרשו רז"ל ממה שנאמר: ארדה נא ואראה – לימד לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו" (שו"ת הרמ"א, סימן קח; וראה: בג"צ 290/65, בעמ' 39).

... חברתי הנכבדה ממליצה, שדבריו הנאים של הרב ליכטנשטיין ישמשו נד לצודכי עיונה והחלטתה של הוועדה. מסכים אני לכך בכל לב; אכן, שומה על הוועדה למצוא איוון בין מניעת "טרגדיה משפחתית רצינית" מחד גיסא לבין לחצים "הנובעים מקלות ראש ונעוצים בדמה מוסרית ירודה" מאידך גיסא,

שער שישי: דיני עונשין

ואיזון זה ימצא על-ידי "גמישות הנובעת מהכרה שפסקי הלכה אינם – ולא צריכים להיות פרי מחשב אלא פרי מחשבה". אך מקובלנו, כי תנאי קודם למחשבה זו הוא עיון מלא ומעמיק בכל צדדי העובדות והבעיות שבכל מקרה ומקרה על נסיבותיו המיוחדות, ולשם כך יש להאזין לבעל ולשמעו יפה יפה גם את אשר בפיו ובלבו.

7. המתת חסד

ת"פ (ח"א) 555/75

מדינת ישראל נ' הלמן

פ"מ תשל"ו(2) 134, 135, 138–139

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הנאשמת הביאה למותו של בנה, אשר היה תולה במתלת חשוכת מרפא, על-ידי ירייה מאקדח בראשו. היא הוואשמה בעבירה על סעיף 212 לפח"פ 1936, והודתה בכל העובדות המיוחסות לה. בפני בית-המשפט לא היתה מחלוקת שבמקרה הנדון נתקבצו כל יסודות העבירה של הריגה מתוך תמלה.

השופט בנטל: הנאשמת, עליזה הלמן, הובאה לדין על שגרמה למות בנה על-ידי מעשה בלתי תוקי, עבירה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936. הנאשמת הודתה בכל העובדות שיוחסו לה...

התביעה הזכירה לנו כי גם המשפט העברי מתייחס בחומרה להריגת "גוסס בירי אדם" (סנהדרין עח ע"א). אף כל פעולה שיש בה משום קירוב מיתתו של חולה אנוש היא בגדר איסור חמור, מבחינה מוסרית. וכך פסק הרמב"ם "שרוצח כזה פטור מעונש-מוות רק מדיני אדם, אבל חטא מוסרי גדול יש בידו" (הרב ד"ר פדדברש – משפט המלוכה בישראל עמ' 224). חכמי ישראל לא נשארו ארישים לסבלו של אדם ההולך למות והלכות הסנהדרין אף חייבו להשקות את הנדון למות "בכוס של יין, כדי שתטרף דעחו" (סנהדרין מג ע"א). בדם, מבאן ועד להחשת מותו של חולה החשוך מרפא המרחק רב. יזכר כי הרמב"ם הזהיר מהסתמכות על חוות דעת רופאים כדבר סיכורי חייו של חולה, מכיון שאלה עלולים לטעות. ומעניין כי גם בזמננו החשש של טעות הנו ממשי על אף התקדמות מדע הרפואה.

בג"צ 66/81

המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט

בית-משפט השלום ברמלה, בייזור ואח'

פ"ד לה(4) 337, 348, 353

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים ברק, טירקל

המשטרה פנתה אל המשיב 1, כדי שיצווה, על-פי חוק תקירת סיכות מוות, חשי"ח-1958, לנתח את גופת אמו של המשיב 2, אשר למשטרה חשד, כי מותה נגרם בעבירה. המשיב 2 התנגד לנתיחה בטענה, כי הראיות שבידי המשטרה אינן מוליכות דיוקא למסקנה, שהמוות נגרם בעבירה. המשיב 1 סירב להתיר את נתיחת הגופה. מכאן העתירה. הריון בעתירה נסב על תפקידו ועל גדר שיקוליו של השופט החוקר בדונו בבקשה לנתיחת גופתו של אדם, שעל-פי החשד נגרם מותו בעבירה.

השופט ברק: מן הראוי לציין, כי בא-כוח העותר הפנה את תשומת לבנו לספרו של הדב וולדינבדג, שוי"ח ציץ אליעזר, חלק ד, סימן יד, בעמ' עט בדבר, עמדתו של המשפט העברי לשאלת ניתוח גווייה לשם בירור סיבת המוות, מקום שמבקשים לדעת, אם הדבר נגרם בעבירה אם לאו:
פתיחת גופות לצדכי פטולוגיה במקרה שלא ידועה סיבת המוות, והדבר נוגע לגבי עונשין לדעת אם להפשיע או לא, יש מקום להתיר.
נמצא כי על-פי גישה זו גם טעמים שכרת לא היה בהם כדי להצדיק התנגדות לניתוח הגווייה בעניין שלפנינו...

השופט טירקל: לא זה המקום לעמוד על השאלות הנכבדות, אם גופתו של אדם היא בגדר נכס, למי זכויות חזקה או זכויות אחרות בה, ושאלות דומות (דאה מאמדו הנ"ל של ש' ברקוביץ). גם השאלה עתיקת היום, אם ההגנה על הגווייה היא משום כבודם של המחיים או משום כבודם של החיים (סנהדרין מו ע"ב-מז), אין עניינה לבאן. בעיניי, ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו, וגם בכך נבדלת חברה חופשית ונאורה מהחברה הפראית או העשוקה, כדברי השופט ח' כהן בבג"צ 355/79, 370, 373, 391 הנ"ל. כאן עניין לנו בזכות מזכויות היסוד של האדם, וכשם שאין נוטלים את חירותו, אין פוגעים בגופו או בדרכו ואין פוגעים בכבודו ללא הודאת חוק ברורה ומפודשת – ואני מוסיף, שתפודש על דרך הצמצום, כאמור לעיל – כך אין פוגעים בגופו או בכבודו, גם משניטלה ממנו נשמתו, אלא בגדר אותן מגבלות.

ע"פ 224/57

ליברמן ג' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יב 665, 667-669

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, גויטיין, כרנון

הרשעת הנאשם כהשגת התימה על שטרי-חוב בטענת-שוא בהצביעו למחלונן לתחום בצד שמאל של השטרות ובבקשו ממנו להיעשות ערב בלבד.

השופט זילברג: 3. בפסק-הדין העומד לערעור בפנינו, אומר השופט המלומד – נשיא-התורן של בית-המשפט המחוזי – כי בהאשימה את הנאשם (המעורר) בעבירה על סעיף 302, הייבת היתה התביעה הכללית להוכיח ארבעה יסודות אלה:

א. טענת שוא בנוגע לרבר שבכוונתו.

ב. ידיעתו של הנאשם כרבר אי-נכונות הטענה.

ג. קבלת כסף או שווה כסף באמצעות טענה זו.

ד. הכוונה להונות.

ואין כל ספק בלבד, כי אמנם הוכחה מציאותם של כל ארבעת היסודות הנ"ל. 4. "הכוונה להונות". וכאן ברצוני להתעכב רגע קט ולהעיר הערה אחת לשונית. כי יש נפקא מינה לרינא בענין, ורבו הטעויות הנובעות, או העלולות לנכוע, מן האנדרלמוסיה החרגומית שהשתררה בסוגיא זו. שניים הם סוגי ההטעיה המשמשים ענין לענות בו בפקודת התוק הפלילי:

(א) הטעיה סחם;

(ב) הטעיה-הטיה, המטה את המוטעה לפעול לרעתו.

לסוג הראשון ייקרא באנגלית to deceive, ולסוג השני – to defraud. ומה הם המטבעות שייטבעו להם בלשון העברית? יש אומרים: את הסוג הראשון הולם המונח "להונות", ואת השני – "לרמות"; יש אומרים – היפוכו של דבר; ויש הפוסחים על שתי הסעיפים, פעמים הם "מונים" פעמים "מרמים", ובשניהם יחד לדבר אחד מתכוונים (השווה: תיק פלילי 625/53, בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, שהובא בע"פ 72/54, "פסקי-דין", כרך ח, עמ' 1172, 1174; התרגום העברי הרשמי של סעיף ההגדרה 332 לפקודת החוק הפלילי; תרגום הסעיף 335(1) לעומת הסעיפים 301, 302 של הפקודה). לא ייפלא, איפוא, כי גם במקרה שלפנינו לא היתה "שפה אחת ודברים אחדים" בין הקטיגוריה והשופט המלומד, זו נקטה לשון אחד ("הכוונה לרמות"), וזה נקט

עברות

לשון אחר ("הכוונה להונות"), ושניהם התכוונו ליסוד ה-"intent to defraud" האמור בסעיף 302 של הפקודה.

ולפי נראה, כי כדי לצאת ידי כל הספיקות יש להשתמש לציון סוג ההטעיה הראשון במלה הפשוטה "להטעות", ולציון הסוג השני – במלה "להונות". יסוד ה-"intent to defraud" הוא, כפי שראינו: הפחת טעות מכוונת, המטה את המוטעה לפעול לדעתו, וההונאה – "אונאת ממון" – הידועה למשפט העברי כבר מתקופת המקרא:

וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו (ויקרא כה, יד).

סימן ההיכר שלה הוא, כי ה"מאנה", עקב מעשה ההונאה. מפיק טובת הנאה על חשבון ה"מתאנה" (ראה: בבא מציעא מט ע"ב-נא ע"א; שם נו ע"ב-נח ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, פרקים יב-יד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימנים רכז-רכח). קיים איפוא צד שווה, קרוב ביותר, בין המונח הלועזי והמונח העברי הנ"ל, ולכן נאה ויאה לזווגם זה בזה. לעומת זה, אין המלה "לרמות" הולמת בצורה חדר-משמעית, לא את הסוג הראשון ולא את הסוג השני הנ"ל. מלה זו מציינת אמנם גם את האונאה (ראה, למשל, רמב"ם, שם, פרק יח, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכח, סעיף ו; השווה גם את "הרמאי" שבמאמרו של ר' אלעזר, כתובות סה ע"א), אבל לפעמים משמשת היא ביטוי להתחמקות, בדברי שקר, מאחריות שחלה כבר בעבר (השווה "רמאי דפומבדיתא", בבא בתרא מו ע"א). לכן סבור אני, כי מוטב יהיה לתרגם את המונח to deceive במלה "להטעות", ואת המונח to defraud במלה "להונות".

10. שוחד

ע"פ 71/83

שרון ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לח(2) 757, 771-773

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים בייסקי, לויץ, נתניהו

המערערים בערעור ובערעור שכנגד על פסק-דינו של בית-משפט השלום, הודשעו בכית המשפט המחוזי בקשירת קשר לביצע פשע, עבירה לפי סעיף 499 לחוק העונשין, חשל"ז-1977, ובמתן שוחר בחירות, עבירה לפי סעיף 122(1) לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט-1969.

שער שישי: דיני עונשין

השופט ד' לוי: עוד נידרש בהמשך, בהקשרים המתאימים, להלכות אשר נפסקו, הן בנושא השוחד והן לעניין שוחד בחירות בפסיקה הישראלית ובפסיקה האנגלית. אך נראה לנו, כי יהיה זה אך מועיל ומאלף לתת גם את הדעת להחייחטות לנושא השוחד במסורת ישראל ובמשפט העברי. הגישה הערכית לשוחד במסורת ישראל ובמשפט העברי הינה שלילית ביותר. כבר במקרא מוצאים אנו מה רבה השלילה שראו אבותינו כמעשה השוחד, והם ידעו לגנותו גינוי מוחלט. נאמר:

לא תטה משפט, לא חכיר פנים ולא תיקח שוחד, כי השוחד יעוור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים (דברים טז, יט).

וכן:

ושוחד לא תיקח כי השוחד יעוור פקחים ויסלף דברי צדיקים (שמות כג, ח).
מאלפים הם הדברים, שאנו מוצאים את ביטויים העז במסכת כתובות קה ע"ב, וראויים הם שיובאו בחמצית להלן:

שנו רבותינו: ושוחד לא תיקח – אינו צריך לומר שוחד ממון אלא אפילו שוחד דברים אף הוא אסור, שהרי לא נאמר בצע לא תיקח.

ועוד:

שוחד דברים כיצד, כגון שמואל שעבר פעם אחת על הגשר, בא אדם אחד ונתן לו ידו. אמר לו: מה אחת? אמר לו: דין יש לי. אמר לו: פסול אני לך לדין.

כלומר, אפילו שטובת ההנאה התבטאה רק בכך שאותו אדם סמך לו לשמואל, אולם כיוון שהשתמע שהוא עומד להתדיין לפניו, נמצא גם בכך בלבד טעם לפגם. ועוד ממסכת כתובות, שם:

מהו שוחד – "שהוא חר" דהיינו הנותן ומקבל נעשים לב אחד, ואמר רבא מה טעמו של שוחד? כיוון שנוטל שוחד מחברו דעתו מתקרבת אצלו והרי הוא כגופו – ואין אדם רואה תוכה לעצמו (ועיין עוד מכילחא משפטים, פדשה כ, מהדורת הורביץ, 328).

הווה אומר, שמרגע שנטל אדם שוחד מחברו ביטל עצמיותו בפניו, ואין בו יותר אותה חירות ההחלטה ויכולת ההכרעה העניינית-העצמית.

איסור חמור זה שבמסורת ישראל בנגע השוחד אינו מצטמצם לדיינים בלבד, אלא נוגע הוא לכל העוסק בצרכי ציבור, שמעשיו צריכים להיות כיושר ובאמונה והחלטותיו זכות, טהורות וללא רבב. הרחיבו הפוסקים וקבעו:

לאו דווקא דין אסוד בקבלת שוחד, אלא אפילו כל הממונים וכל העוסקים בצרכי ציבור, אף שאין דיניהם דיני תורה. ואסורים להטות הענין כשכיל אהבה או שנאה וכל שכך על ידי לקיחת שוחד.

כך פסקו וכן סברו חכמינו לעניין שוחד בדרך כלל, וכך גם למה שקרוי אצלנו שוחד בחירות. רבי משה סופר, מגדולי רבני הונגריה היה (כשלהי המאה ה-18 וראשית המאה ה-19), וכבר אז קבע, כי אם ישנם עדים כשרים המעידים על כך, שבעת בחירת רב הקהילה חלק מאותם האנשים המהווים את הגוף הבחור קיבלו שוחד, מינויו של הרב בטל ויש לערוך בחירות חדשות.

עברות

זאת ועוד הוסיף הרב וקבע, כי "אם יש עדים שהרב עצמו אמר ליתן להם שוחד, פסול הוא להיות רב כלל עד שישוב בתשובה על זה". אשר למקבלי השוחד, הדעה שהובעה היא, שייחכן שהם פסולים לכל מינוי ציבורי, אך בכל אופן אין הם רשאים עוד להשתתף בבחירות החוזרות למינוי רב הקהילה, אפילו החזירו את השוחד שקיבלו, חזרו בתשובה והתחייבו בשבועה שלא יחזרו על מעשה כזה בעתיד. הטעם שניתן לכך הוא:

שכבר נתקרב דעתם אצלו, לא יחזרו בהם והווי ליה נוגעים בדבר לעולם (שו"ת חתם סופר, חלק ה, חושן משפט, סימן קט; דא"ה גם שו"ת מנחת אליעזר, חלק א, סימן ו. אסמכתא דדעות נוספות ראה בספרו של א' שוחטמן, מעשה הבא בעבירה (ידושים תשמ"א), עמ' 231, ה"ש 272).

עש"מ 3/71

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כה(2) 365, 368

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 173.

11. גרימת נזק למוזמנים ולמסיגי גבול

ע"פ 35/52

רוטנשטרייך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 58, 87

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 581.

שער שישי: דיני עונשין

12. הריסת מצבה

ע"פ 176/71

בדוך ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(2) 667, 679

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים ויתקון, עציוני

הסכום שנדרש מאת המתלונן בעד ההיתר להקים מצבה על קבר אמו המנוחה נראה לו מוגזם, והוא הקים את המצבה בעצמו. המערערים, העומרים בראש חברה קדישא המחזיקה לצורך קבורת מתים בחלקה מסוימת בהר המנוחות, בה נקברה המנוחה, הורו לפועלים להרוס את המצבה. בשל מעשה זה הואשמו בעבירה של פגיעה כרגשות אדם, לפי סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי ובעבירה של גרימת נזק לרכוש שלא כדין, לפי סעיף 1326(1) לפקודת התוק הפלילי.

השופט אגרנט: הנני מתחזק בדעתי שיש לעשות כן כבר בשלב זה, הואיל ורואה אני דברי טעם בהשקפה שהביע השופט יהודה כהן, והיא: בו בזמן שהעבירה הנזכרת בסעיף 148 נקבעה באופן מיוחד כדי להעניש על מעשים שונים בבית־קברות, הפוגעים ברגשותיהם של אנשים ובכבודו של הנפטר, הדין בעבירה הנזכרת בסעיף 1326(1) גרר בשני בתי־המשפט, ואף בערכאתנו, ויכוח חסר־תועלת בשאלה עדינה, אם מצבה מהווה "רכוש", שהוא אחד האלמנטים של אותה עבירה, וזאת לאור טענת בא־כוח המערערים (שנתקבלה על לבו של שופט בית־משפט השלום), כי לפי דיני ישראל "קבר של בנין אסור בהנאה" (שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות אבלות, סימן שסד, סעיף א; הגהת הרמ"א: "ויש אוסרים עוד לישב על האבן שנותנין על הקבר למצבה... ויש חולקין"; וכן דברי בעל "טורי זהב" (סעיף קטן א): "דכל מה שנעשה לצורך המת ולכבוד המת אסור בהנאה ומתוך כך אסור למכור מצבה שנשברה"; אך, השווה: "פתחי תשובה" (שם, סעיף קטן ג); כמור"כ חתם סופר, חלק יורה דעה, תשובה שלה; ודוק). כשלעצמי, אינני מוצא שיש סתירה בין הדין זה – אם בכלל ניתן להיעזר בו לצורך פרשנות המונח "רכוש" הבא בהוראה הפלילית הנדונה – לבין ההשקפה כי לקרובי הנפטר לפחות האינטרס שאחרים לא יהרסו את המצבה שהוצבה כדין על קברו לציון זכרו, ושהם יהיו זכאים להגנת החוק על הפגיעה באינטרס הזה, דבר שיש בו משום גרימת עוול להם ולכבודו של הנפטר. כרוח זו נפסק הדין בארצות־הברית.

עברות

13. גנבה – "קניין בשינוי": רכישת בעלות על-ידי עיבוד

ע"פ 141/59

טריביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יג 1793, 1821–1822

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 739.

14. גנבה – שלילה זמנית של חפץ

ע"פ 231/61

היועץ המשפטי לממשלה נ' בן יאיר ואח'

פ"ד טו 2325, 2326, 2328

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ויתקון

הנשיא (אולשן): זהו ערעור מטעם היועץ המשפטי על פסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט המחוזי, ירושלים (השופט מ' כהן), כיום 23.6.61, לפיו הורשעו המשיבים לפי פדטים מסויימים בגליון-האישום וזופו מפרטים בהם הואשמו לפי סעיף 286 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בקשר עם קטנוע (וספה) שהיה שייך למתלונן שהמשיבים לקחו אותו והשתמשו בו במשך שעות אחדות ואחרי כן הפקירו אותו. השופט המלומד זיכה אותם מהעבירה הזאת מפני שסבר כי קטנוע לא יכול לשמש נשוא להאשמה לפי סעיף 286. בא-כוח היועץ המשפטי מערער על ההלכה הזאת ואין הוא מעוניין שיוגדל העונש על המשיבים, אלא שהוא מעוניין בביטול ההלכה הנ"ל שנקבעה.

השופט זילברג: לדעתי יש לדחות את הערעור. מוכן אני להניח, כי סעיף 286 אינו מוגבל לנכס-דלא-ניידי בלבד. למשל אוהל, שהוא ודאי אינו נכס-דלא-ניידי, יכול לשמש אובייקט לכניסה בלתי-חוקית במובן הסעיף הנ"ל. המבחן חייב להיות הגיוני, מציאותי: כל דבר שחל עליו, בלשון בני-אדם, המושג כניסה; אדם נכנס לבית, נכנס למגרש, נכנס לאוהל, אבל אינו נכנס למעיל, וגם אינו נכנס לקטנוע. בלי לקבוע מסמרות חדים בדבר, נראה לי כי המושג "כניסה" תופס רק כאשר הנכנס מובלע, כאילו, על-ידי חלל המקום שלתוכו הוא נכנס, להבדיל מתפיסת חלל שאינו בולע אח התופס, אלא להיפך נעשה לו

שער שישי: דיני עונשין

ט פ ל . בזה הוא עיקר ההבדל בין כניסה לאוהל לבין כניסה למעיל. ובמקום שאין "כניסה לתוך", אין גם "כניסה על". שאם לא תאמר כן – תגיע בהכרח, על-ידי התקדמות איטית מן הכבד אל הקל, לידי מסקנה, כי כל שלילה זמנית של חפץ מיטלטל על-מנת לצער את בעל החפץ, תהא עבירה על-פי סעיף 286, בדומה למשל לעבירה של "לא חגנוב על-מנת למיקט" המצויה בדיני ישראל. לכן סבור אני, שיש לדחות את הערעור.

15. עושק

ע"א 719/78

איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ

פ"ד לד(4) 673, 679, 685–687

בכית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אודחיים
לפני השופטים שמגר, אלון, כרץ

המערערים ביקשו שיוצהר כי הם היו זמאים לבטל חלק מזכרון דברים שנערך בינם לבין החברה המשיכה. שהחיסם להגבלת הסעד למקרה שתקויים כוונות בין הצדדים. בית-משפט קמא דחה את בקשתם ומכאן הערעור.

השופט שמגר: עילת העושק כמוגדר בסעיף 18 מורכבת ממספר יסודות מצטברים. ואלו הם:

- (א) התקשרות כתוזה;
 - (ב) עקב ניצול מצוקה, חולשה שכלית או גופנית או חוסר ניסיון;
 - (ג) תנאי החוזה גרועים במידה כלתו סבירה מן המקובל.
- סעיף 18 קובע, איפוא, קשר סיבתי בין ההתקשרות לבין ניצול המצוקה. הווה אומר, העילה נולדת רק כאשר ההתקשרות לא היתה קמה אלמלא ניצול המצוקה, החולשה או חוסר הניסיון...

השופט אלון: 2. המונח "מצוקה", מונח עברי ידוע ומקובל הוא, ומצוי הוא לרוב במקורותינו, והשופט המלומד מפרשו על-פי העולה משורה ארוכה של מובאות מספרי הנביאים והכתובים (ראה, דרך משל, צפניה א, טו; תהלים קז, ו) ומספריהם של חכמים וסופרים עד ימינו אנו, כמובא במילונו של אליעזר בן-יהודה ואבן-שושן (ראה, דרך משל: "כמו חישבה התמוטט מנטל המצוקה" – ביאליק, שירח). ונראית לי המסקנה העולה בידו כי מהמובאות ניתן להסיק כי בדרך כלל המושג מצוקה משמע "מצב של חומרה ושקיעה, ולא אך קושי ארעי או חולף של מי שנושיו באים אליו בזמן מן הזמנים לתבוע את

עברות

שלהם ולמצות את זכויותיהם על פי הדין". ואשר על כן בנידון רידן אין ענינו במצוקה וניצולה.

3. מטבעם של מושגים כגון "מצוקה" וכיוצא באלה, גם לאחר הגדרתם, שחמיד יהיו גמישים הרבה וקשה לקבוע במדויק מה בא בתחומם והיכן הוא גבולם; אשד על כן מן הראוי להסתייע ביישומם פירושה הן במושגים נוספים המצויים באותו סעיף בהקשר עם המושג שאנו באים לפרשו והן במגמה הכללית שבהוראת הסעיף. בענינו נוכל להסיק, בין היתר, על מגמה כללית זו גם משמו של הסעיף, המכונה בשם "עושה". מושג זה חידוש הוא במערכת משפטנו – בדיני עונשין כבריך האזרחי – ומצוי הוא במכמני הלשון העברית ומקורות המשפט העברי. בחוק הפלילי הוכנסה עבירת העושה בשנת תשכ"ג–1963 בתור "חידוש גמור" (ראה דברי חבר הכנסת ב' אזניה בשם ועדת חוקה, חוק ומשפט בעת הקריאה השנייה והשלישית לחוק, דברי הכנסת, כרך 37, עמ' 2593, ודברי שר המשפטים רב יוסף, וחברי הכנסת אליהו מרידור רצבי צימדמן בעח הדיון בקריאה הראשונה, דברי הכנסת, כרך 34, עמ' 1943–1949). דרך אגב נציין, כי החידוש הוא לעומת המשפט הפלילי האנגלי, ובצורה זו או אחרת מצויה הוראה מעין זו במערכות משפטיות שבארצות הקונטיננט. הפרטים הדרושים כדי להוות את עבירת העושה – המצויה כיום בסעיף 431 לחוק העונשין, תשל"ז–1977 – דומים הם במידה רבה לפרטים הכלולים בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי) המאפשר ביטולו של החוזה על ידי העושה... לא כאן המקום להאריך במשמעותו של המושג עושה במקורות המשפט העברי, אך ארמוז לכמה ענינים בקצרה.

4. השימוש הרגיל והנפוץ במקרא ובספרות התלמודית במושג עושה מצוי הוא לענין קיפוח שכרו של השכיר על ידי השעה התשלום המגיע לו ועיכובו, דחייתו בלך ושוב וכיוצא באלה. זוהי דוגמה מובהקת של עושה שיסודו ופירושו ניצול מצוקתו של השכיר חסר האמצעים, חולשותיו וחוסר נסיונו: "לא תעשה שכיר עני ואביון מאחיך או מגרך אשר בארצך בשעריך. ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נשא את נפשו ולא יקרא עליך אל ה' והיה בך חטא" (דברים כד, יד–טו); ופסוקים רבים, אף שנאמר בהם עושה סתם, פירשום חכמי התלמוד לענין עושה שכר ושכיר (ויקרא ה, כא: "וכחש בעמיתו בפקדון, או בתשומת יד או בגזל או עשה את עמיתו", וראה רש"י, שם; ויקרא ה, כג; וכן ויקרא יט, יג: "לא תעשה את רעך ולא תגזל, לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקד"; בבא מציעא קיא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יא, הלכה ב). ובפי הנביאים הפך מושג זה לשם תואר של מנצלי החלשים שבחברה: "וקרבתי אליכם למשפט, והייתי עד ממהר במכשפים ובמנאפים ובנשבעים לשקר ובעשקי שכר אלמנות ויתום ומטי גר ולא יראוני אמר ה' צבאות" (מלאכי ג, ה; וראה עוד: סוכה כט ע"ב). לעיתים קרובות מצוי המושג עושה כבא לבטא ניצול מצוקתם של דלים, אלמנות ויתומים (משלי יד, לא; כב, טז; כח, ל; עמוס ד, א; ירמיהו ז, ו; זכריה ז, י) או כאחד מדרכי המרמה ("כנען בידו מאוני מרמה לעושה אהב", הושע יב, ח).

שער שישי: דיני עונשין

5. בהלכה החלמודיח הורחבה המשמעות של הכלול בעושה. סוגיה ערוכה דנה בשאלה: "איזה הוא עושה ואיזה הוא גזל?" ומכין הרעות השונות נסחפק כאן בהבאת דעתו של רב חסדא: "לך ושוב, ולך ושוב (על פי הפסוק במשלי ג, כח: 'אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אחז ויש אתך') – זה הוא עושה; יש לך בידי ואיני נותן לך – זה הוא גזל". (בבא מציעא קיא ע"א; יש מן הראשונים הסוברים שדיון זה נסוב לענין עיכוב תשלום שכר שכיר – ראה חידושי הריטב"א, שם).

וכן מסוכמת הבחנה זו בדברי הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה, פדק א, הלכות ג-ד):

אי זהו גזול? זה הלוקח ממון האדם בחזקה, כגון שחטף מידו מטלטלין או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל משם כלים... או שירד לחוך שדהו ואכל פירותיה וכל כיוצא בזה – הוא גזול...

אי זהו עושה? זה שבא ממון חברו לתוך ידו ברצון הבעלים (בניגוד לגזול שמתחלתו בא ממון חברו לידו שלא ברצון הבעלים), וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו; כגון שהיה לו ביד חברו הלואה או שכירוח והוא תבעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה ועל זה נאמר: לא תעשק את רעך (ויקרא יט, יג).

שתי הלכות אלה מוכאות הן להלכה כטור, חושן משפט, סימן שנט, סעיף ח, ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנט, סעיפים ז-ח. מעניין לציין כי בטור ובשולחן ערוך, שם, בסעיף הסמוך, סעיף ט, מובא דין עסקה שנעשית בכפייה: "הכופה את חברו למכור את שלו ונותן לו דמיו – אסור; אבל אין לו דין גזולן ליפסל מדאורייתא, אלא מדרבנן". וכן מופיע סעיף הכפייה בחוק החודים (חלק כללי) בסמוך לסעיף העושה וקודם לו (סעיף 17).

16. לשון הרע

ע"א 30/72

פרידמן נ' סגל, עו"ד

פ"ד כז(2) 225, 244

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 592.

ע"א 7/79

הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור ואח'

פ"ד לה(2) 365, 369

הובא בשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 592.

עברות

17. פרסום חשדות ברבים

ח"א (ח"א) 113/56
בן-גוריון נ' אפלבוים ואח'
פ"ד יד 307, 364-365

הדבא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 130.

18. עדות שקר

ע"פ 445/75
דקוסיאן נ' מדינת ישראל
פ"ד לא (1) 294, 295, 296, 297-298

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ח' כהן, מני, עציוני

השופט ח' כהן: המערער עשה תצהיר (כמשמעותו בסעיפים 15 ו-16 לפקודת הראיות) אשר הוגש מטעמו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. בתצהיר זה תצהיר שהוא בעליו של ביתו הנמצא בשכונת אבר-טור שבירושלים, בשטח שהיה ידוע עד למלחמת ששת הימים כשטח "ההפקר", ושמעולם לא שיעבד ביתו זה לזולתו. על-פי תצהיר זה הישה האפוטרופוס למערער ליטול אותו הבית לחזקתו.

על עובדות אלה אין חולקין.

המערער הואשם והורשע בכך שתצהירו היה כוזב לידיעתו, ושעל-פיו השיג במדמה, בנסיבות מחמירות, את החלטת האפוטרופוס.

... מתברר שאמנם שיעבד המערער את ביתו לאחד נואר סלים אל-נאבר, ואין הוא חולק עוד על חתימתו המצויה על שטר המשכנתה שנערך לטובת הנושה שהוא על הבית הנדון. ולא זו בלבד אלא משלא נפרע חוב המשכנתה במועדו, התנהלו הליכי הוצאה-לפועל לפי החוק הירדני במשרד הוצאה-לפועל ירדני, שכתוצאה מהם נמכר הכית במכירה פומבית לאותו נושה ונרשם על שמו בפנקס המקרקעין הירדני.

... על-כל-פנים שיקר המערער כשהצהיר שמעולם לא שיעבד את ביתו: הוא חתם במו ידיו על שטר המשכנתה; ובין אם שטר המשכנתה היה טעון רישום ונרשם כחוק ובין אם לאו, הצהרתו שלא שיעבד את ביתו אינה עולה

שער שישי: דיני עונשין

בקנה אחד אף עם התחייבותו לשעבודו. שאפילו תאמר שהשיעבוד אינו תופס בלעדי הרישום, חייב היה המצהיר להצהיר, תתמתי על שטר המשכנתה לטובת פלוני והתחייבתי לשעבד את ביתי, אלא השיעבוד לא הושלם על-ידי רישום; או, אין אני יודע אם השיעבוד הושלם כחוק על-ידי רישום או לאו. ... המערער בע"פ 187/57, הנ"ל הורשע על-פי סעיף 113 לפקודת החוק הפלילי, 1936, כאשר נתן "תעודה שלידעתו היתה כוזבת". המערער דגן הורשע על-פי סעיף 120 לפקודה, כאשר "ביודעין" עשה "הצהרה כוזבת". בהנחה שגם בע"פ 187/57, הנ"ל וגם בערער שלפנינו נתברר לאחר מכן שהתעודה או ההצהרה למעשה לא היו כוזבות ("מן הבחינה האובייקטיבית"), אחריותם הפלילית של נותני התעודה או ההצהרה בעינה עומדת, כאשר לידעתם היתה התעודה או ההצהרה כוזבת בשעת הינתנה.

השופט המלומד מביא ראייה או משל מדין האשה שנדרה נדר שלא לעשות דבר פלוני, ובכוונה להפר נדרה עשתה את המעשה, בלא שידעה שבעלה – בתוקף סמכותו עליה – כבר החיר לה את נדרה: פטוריה היא, שהרי רק נתכונה לאיסור, אך עשתה בהיתר (נזיר כג ע"א; קידושין פא ע"ב; רמב"ם, הלכות נדרים, פדק יב, הלכה יח); אלא על כוונותיה הפליליות מכין אותה על-בלי פנים מכת מרדות (שס). חוששני שאין המשל דומה לנמשל: שם עשתה האשה את אשר בשעת מעשה כבר מותר היה לה לעשותו; והוא להצהיר דבר שלא באמיתות. השופט זילברג מביא בע"פ 20/61, הנ"ל (שם, בעמ' 579) ברייתא אחת המלמדת שגם במשפט העברי רואים כעדות שקד כל אשר אדם מעיד שלא מידעתו האישית על אמיתות הדברים (שכועות לא ע"א). וזו לשון הרמב"ם: תלמיד שאמר לו רבו, יודע אתה שאם נותנין לי כל ממון העולם – איני משקר: מנה יש לי אצל פלוני, ויש לי עליו עד אחד; לך והצטרף עמו! הדי זה עד שקר (הלכות עדות, פרק יז, הלכה ה).

גם עדות זו עשויה, מן הבחינה האובייקטיבית, להיות עדות אמת: כאמת יש לו לאוחו רב מנה אצל פלוני; אף-על-פי-כן עדות התלמיד עדות-שקר היא, אפילו האמין באמיתות החוב – שהרי מעיד הוא שהוא יודע על החוב מידיעתו האישית, ולא שהוא מאמין בחוב מפני שרבו אינו משקר. וכן מצינו שהשוכר עדים להעיד לטובתו שיש לו חוב אצל הנתבע, העדים עדי שקר המה, אם כי החוב הוא חוב אמת (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לב, סעיף ב, בהגה).

כללו של דבר: אדם אשר "ביודעין מצהיר הצהרה כוזבת", כמשמעות דיבור זה בסעיף 120 לפקודת החוק הפלילי, הוא אדם המצהיר הצהרה שלידעתו בשעת ההצהרה היא כוזבת – ואין נפקא מינה אם לאחר מכן מתברר שללא ידיעתו הצהרתו לא היתה כוזבת. והוא הכתוב בהגדרת "מרמה" שבסעיף 1 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), שהטענה העובדתית צריכה אחת מן השתיים: או שהטוען אותה יודע בשעו טיעונה

שער שישי: דיני עונשין

אינה מוגבלת לגיוס אנשים בלבד אלא משחרעת גם על מעשי חבלה שהם בגדר פשעים; ולא זו בלבד אלא עצם החברות כארגון אשר כזה היא כשלעצמה בגדר פשע (חקנה 85 (א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945).
3. על-פי העובדות הללו הואשם המערער בבית-המשפט המחוזי בחיפה בפשעים חמורים מאד: האחד, קיום מגע עם סוכן זר, עבירה לפי סעיף 24 (המתחוקן) לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957, והשני, חיפוי על עבירת בטחון, עבירה לפי סעיף 5 (א) לחוק האמוד. בית-המשפט המחוזי זיכה את המערער משני האישומים האלה, אך ראה, על-פי בקשתו שבעל-פה של התובע מטעם המדינה, להרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 33 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ולהטיל עליו את העונש המירבי הקבוע בחוק, הוא מאסר שנתיים ימים...

יהא המצב המשפטי הנוכחי באנגליה כאשר יהא, עם תחילתה של פקודת החוק הפלילי בארץ-ישראל חדלה העבירה של העלמת ידיעה על פשע שבעבר להתקיים, והונהגה עבירה של העלמת ידיעה על הפשע שבעתיד. ואם המתחוקן הישראלי ראה לטוב לפניו להשאיר את סעיף 33 בתקפו (דאה סעיף 5 (ב) לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957), אולי כיוון, ולו גם כלי משים, לקיום מצווה הכתובה בתורה: "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, ט). בין הדוגמאות שנתנו חכמי התלמוד לתחולת לאו זה, מצינו שכשאתה רואה ליסטין באים על תכרך, חייב אתה להצילו מדיהם (סנהדרין עג ע"א; וראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א, הלכה יד). וגם לפי דין התורה חייב אדם לנקוט את האמצעים הסבירים כדי למנוע סכנת הפשע – והא ראייה שאפילו בשעת סכנת נפשות אין אתה רשאי להציל את הנדרף על-ידי הריגת הרודף אלא אם אין אתה יכול להצילו בדרך אחרת (רמב"ם, שם, הלכה יג).

שני דברים עולים מן המקובץ: ראשית, התובעה לעשות למניעת מעשה פשע קיימת רק כשסכנתו של הפשע היא מידית וממשית; ושנית, יש לפרש את סעיף 33 על דרך הצמצום וההקפדה, למען לא לפתוח פתח לחובת מלשינות אשר ריח דיכוי טוטליטרי נודף ממנה. כשקיימת סכנה מידית וממשית לבטחון המדינה, למשל על-ידי שנוצר מגע בין סוכני האויב לבין פלוני המוסר להם ידיעות סודיות (ע"פ 517/66), או כשקיימת סכנה מידית וממשית לחייו של אדם על-ידי ששונאו כנפש גמר אומר להרגו, כי אז אין שום איסטינסייות ואין יופי-הנפש יכולים לעמוד כנגד הצורך כמעשה הצלה.

7. אף לעניננו כן: אילו ידע המערער דנן שהאנשים שעמם נפגש, או ארגונם שמתעמו באו, "זוממים" לעשות מעשה חבלה פלוני שיש בו משום סכנה לחיי נפשות או לבטחון המדינה או הציבור, חייב היה לנקוט אמצעי סביר כדי למנוע ביצועו. והוא הדין – לפי לשונו של סעיף 33 – אילו ידע המערער שעומדים לבצע מעשה חבלה שלא יהא בו אלא סכנה לדכוש, ובלבד שידע שמעשה החבלה הוא בגדר פשע (או עבירה תמורה מאד: ראה ע"פ 517/66, שם, בעמ' 251).

עברות

20. בזיון בית הדין

ח"פ (י-ם) 5/48

היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר

המשפט תש"ט 28, 30

הובא בשער הרביעי, בחיידן וסדרהם, עמ' 305.

פרק שביעי
ענישה

א. כללי

1. הגדרת "בר עונשין"

ע"פ 222/60

היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמוני

פ"ד יד 2511, 2515-2516, 2518-2519

בכית"המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, כהן

המשיבים הראשמו בהתפרצות. בתחילת הדיון הם ביקשו צו-אשפוז והשופט דחה את הדיון בבקשה עד לאחר שמיעת הוכחות לכאורה כל-שהן. הוגשו תעודות שונות, ניתן צו-בדיקה והרופא הכודק הוזמן לחקירה. לפי בקשת הפרקליטים לא נחקר הרופא מיד אלא הוקרא כתב-האישום, והנאשמים הודו באשמה והורשעו; לאחר מכן נחקר הרופא וניתן גזר-דין, בו נקבע כי הנאשמים היו חולי-נפש בזמן ביצוע העבירה וכי הם עדיין חולים ואינם בני-עונשין, ולפיכך ניתן צו-אשפוז לפי סעיף 6(ב) לחוק לטיפול בחולי-נפש, תשט"ו-1955. היועץ המשפטי עירער על גזר-הדין, בטענה, כי לא הוכח שהמשיבים היו והינם חולי-נפש, וכי השופט לא היה מוסמן לתת צו-אשפוז לאחר ההרשעה.

השופט זילברג: על כרחך אתה אומר, כי הדיבור "איך הוא בר-עונשין" הבא בסעיף 6(ב), פירושו: אינו נושא באחריות פלילית, אם מכוח סעיף 14 ואם מכוח סעיף 11(1) של פקודת החוק הפלילי, ואזי הכל אתי שפיר: מן הדין הוא, כנראה בעליל, כי אותה מחלת נפש תהא קיימת כבר בשעת ביצוע מעשה העבירה; יש הגיון רב בדבר, כי במקרה אשפוז על-פי סעיף 6(ב) לא יוכל היועץ המשפטי לחדש את הדיון הפלילי אחרי החלמת הנאשם, שהרי מלכתחילה היה האיש פטור מאחריות למעשה שנעשה על-ידו.

(ג) גם שימוש הלשון הרגיל של הביטוי "אינו בר-עונשין" וכל כיוצא בזה, מחייב את פירושו הנ"ל. המלה העברית "בן" וכן אחותה הארמית "בר", בהיותה צמודה לאיזה-שהוא שם מופשט, מביעה תמיד פוטנציאל או כושר;

שער שישי: דיני עונשין

פקודה, על-כּל-פּנים מחלה היא, וחולה-נפש ראוי לטיפול ואינו ראוי לעונש. נראה לי עתה שהמונח "בר-עונשין" אינו סובל פירוש רחב זה. מצינו מונח זה בספרות המשפטית העברית אצל קטן. על ההלכה שקטן בן י"ב שנה שלא הגיע לגיל י"ג שנה ונדר נדר או נשבע שבועה, נדרו נדר ושבועתו שבועה, אך אינו לוקה אם חילל נדרו או עבר על שבועתו (טור, יורה דעה, סימן רלג), מעיר הבית יוסף:

ודבר פשוט הוא דהא לאו בני עונשין ניהו.

המונח נמצא גם בתלמוד. לענין איסור הקפת פאת הראש והשחתת פאת הזקן, היקשו מן הזקן אל הראש: כל שיש לו השחתה, יש לו הקפה, אבל נשים שאין לגביהן השחתת פאת הזקן, אין לגביהן גם איסור הקפת פאת הראש. והיו שהיקשו מן המקיף אל הניקף: מקום שהניקף עובר עבירה על-ידי שהוא נותן להקיף לו פאת ראשו, עובר גם המקיף עבירה, אך מקום שהניקף אינו עובר, גם המקיף פטור; וקטן, "הואיל והוא גופיה לאו בר עונשין הוא דמי חייב", גם המקיף פאת ראש הקטן אינו מתחייב (נזיר כז ע"ב).

הבחנה דקה מצינו בתלמוד גם בין "בר-עונשין" ובין "בא לכלל עונשין". יש מי שאינו בר-עונשין, כגון הקטן, אבל הוא בא לכלל עונשין כשהוא מגיע לגיל הבגרות; ויש שאינו בר-עונשין ואינו בא לכלל עונשין לעולם, כגון העכו"ם (תמורה ב ע"ב).

משמע שמי שאינו בר-עונשין, אינו נושא באחריות פלילית; ודק מי שאינו נושא באחריות פלילית, אפשר לומר עליו שאין הוא בר-עונשין. (ולא זו בלבד אלא אף-על-פי שהקטנים אינם בני-עונשין ואינם נושאים באחריות פלילית, הרי על-כּל-פּנים "ראוי לבית-דין להכות את הקטנים, בפי כוח הקטן, על הגניבה, כדי שלא יהיו רגילים בה" (כלשון הרמב"ם, הלכות גניבה, פרק א, הלכה י); כלומר, גם אמצעי ענישה שנוקטים נגדם לחנכם ולייסרם, אין בהם כדי לעשותם בני-עונשין).

2. שיקולי בית-המשפט בהטלת עונש

ע"פ 212/79

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד לד(2) 421, 423, 425-426, 428

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים י' כהן, אלון, כרק

המערער, שדבק בו התואר "האנס האריב" הורשע בחמש עבירות אינוס, שתי עבירות של ניסיון לאינוס ועבירה אחת של מעשה סדום. דינו נגזר לשלושים שנות מאסר והוא מערער על חומרת עונשו.

ענישה

השופט אלון: קשה היא משימתו של בית המשפט כבואו להפעיל את שיקול דעתו אם פלוני חייב הוא או פטור, אם אשם הוא או זכאי הוא בדינו; אך בידוע, כי שבעתיים קשה הימנו תפקידו של השופט כבואו לגזור את עונשו של מי שהורשע בדין...

בא-כוח המערער ביקש להקל בעונשו של המערער והביע חששו שסערת הרוחות שפקדה את הציבור בעת החיפושים אחר המערער ובעת תפיסתו והבאתו למשפט, היא היא שהשפיעה על הטלת עונש מאסר לתקופה כה ארוכה, שלא הוטלה מעולם על עבירה או עבירות של אינוס, ויחכן שאף לא על עבירות מסוג אחר.

4. אך למותר לציין כי צדק בית-המשפט המחוזי בהעמידו בראש מעייניו ושיקוליו בענין שלפנינו את הצורך להבטיח כי המערער לא יחזור על מעלליו, צורך המעוגן בחובה להגן על שלום הציבור ובטחונו. מרובות הן מטרות הענישה ודרכיה, אך במעשים חמורים כלפנינו, וגודל סכנתם לציבור, לא יצא בית-המשפט ידי חובתו בשיקולי ענישה כגון מתן עונש הולם לחומרת העכירה או הרתעת העכרין עצמו, או עבריינים אחרים בפועל או בכוח, למען ישמרו וייראו; בהרתעה לא סגי, אלא על בית-המשפט לעשות, במידת האפשר, להבטיח שהמערער לא יחזור על פשעיו ולשם כך עליו לבורדו מהחברה המתהלכת חופשי. וכן השיקול של חיקון העברין ושיקומו, שמקום נכבד בתורת הענישה נתיחד לו, על כורתו יפנה את מקומו כנסיבות חמורות כגון אלה שלפנינו, כאשר יעמוד בסתירה לדאגה לשלום הציבור ובטחונו. בכגון דא, עדיפה היא החובה המוטלת על בית-המשפט כלפי כלל הציבור – היינו הדאגה שעברין מסוכן לא יתהלך בחוכו ויסכן את שלומו ובטחונו – מהחובה המוטלת על השופט כלפי היחיד שבציבור, הוא העברין, לדאוג לחיקונו ואפשרות שיקומו. אמנם יסוד מוסד בתורת הענישה מובע בדברי הרמב"ם, לאחר קובעו את סמכויות הענישה הנרחבות המסורות בידי הדיין, לאמור:

כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו... שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם, אלא להוסיף בכבוד המקום כלבד (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י').

אך כאשר קיים חשש סביר שהזהירות שלא יהרס כבוד האדם של העברין עלולה להביא להריסת כבודה של כל אשה שבציבור, עדיפה חובת השמירה על כבוד הציבור מאשר זו שעל כבוד היחיד העברין, וזו האחרונה נרחבת היא, באופן זמני, מפני הראשונה (וראה עור ע"פ 724/76, כעמ' 144)...

7. כאמור, פרט לעבירת רציחה, שבה ניטלו חיי אדם, עונש המאסר המצוי בספר החוקים הפלילי הישראלי הוא עשרים שנה, ומכונה הוא בשם מאסר עולם. ולא בכדי הוא, שלילת חירותו של אדם על-ידי כליאתו מאחורי סורג ובריח, משממתשכת היא מעבר למידה סבירה, ממלאת היא, מצד אחר, פחות ופחות אחר מטרות הענישה המקובלות בחברתנו, ומצד שני, מרכאת ומשפילת

שער שישי: דיני עונשין

היא יותר ויותר את כבוד האדם, שכולנו מצווים על שמירתו. ומשמגיעה תקופת המאסר לשיא של עשרים שנה, הרי כמעט כאילו נטלנו עולמו של העבריין-האדם. ודומה בעיני כי מאסרו של אדם לתקופה ארוכה מזו של עשרים שנה אינה ממלאת, פרט למקרים נדירים ויוצאים מן הכלל, כל מטרה שהיא ממטרות הענישה המקובלות עלינו כיום. ומאידך, כמעט ושוללת היא מן העבריין את האפשרות לחזור ולתפקד בחברה לאחר ריצוי עונשו. משום כך, כאשר בא בית-המשפט לגזור תקופת מאסר אריכה העולה אף על האריכות המופלגת המירביח הקבועה בחוק לאותה עבירה, כגון כאשר נידונות עבירות שונות במשפט אחד, עלינו לנמק ולהצדיק את החלטתנו, אם אכן יסודה בגופם של מעשי העבירה אשר לפנינו, בטיבו של העבריין הנותן את הדין, ובצורכי הציבור ושלומו, ואם אין מושפעת היא, שלא כמודע ובעקיפין, מהלכי הרוח בציבור ורגשותיו. מאלפים הם דבריו של הרשב"א, ר' שלמה בר' אברהם אדרח, גדול חכמי ספרד בסופה של המאה השלוש-עשרה ותחילת של המאה הארבע-עשרה, שאמרם תוך דיונו בפרשת עונשין וענישה:

... וצריך מתון והסכמה והמלכה (=להימלך בדעתו), ומתוך כך יסור הרבים לשם שמים, כי כל שהמעשה גדול וחזקת היד רצה (רבה?), צריך יותר השגחה והסרת הכעס; וצריך שיהא הדיין חושש אח עצמו והנכון מעליו. על כן, כי תבורך תבער בו ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו. אלא יבשלנה וימתיקנה בסוד הזקנים וישרים בלבותם (שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רלח. וראה עוד ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, בעמ' 554-555).

3. "עסקת טיעון" והשפעתה על הענישה

ע"פ 532/71

בחמוצקי נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(1) 543, 554-555, 556-557

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, קיסטר

כא-כוח התביעה הכללית וסניגורו של הנאשם לא גילו לפני שופט בית-המשפט המחוזי קיומו של הסכם בין הנאשם והתביעה שנכע מ"עסקת טיעון", אולם כא-כוח התביעה הכללית עמד בהתחייכותו לפי הסכם זה וביקש מבית-המשפט שלא לגזור על הנאשם מאסר ממש. שופט בית-המשפט המחוזי סירב להתחשב בבקשת התביעה וגזר על הנאשם מאסר בפועל. כך התעוררה בערעור זה שאלת דינם של הסכמים הנערכים בין התביעה או המשטרה לבין הנאשם להודיית הנאשם באשמה תמורת הקלה בענשו, ודין הודיית הניתנות על-פי הסכמים כאלה.

ענישה

השופט קיסטר : מסכים אני למסקנתו של חברי הנכבד, השופט ח' כהן, וכן מסכים אני כאופן כללי להנמקתו, אלא אוסיף נימוקים והעדנות משלי: קשה לי להגדיר את כדירת ההסכמים בין הנאשם ובין התביעה הכללית כמנהג המדינה, כפי שקשה לי לקבל את מוסד "עד המדינה" כמנהג מחייב; אלא שמתוך סיבות מעשיות ותועלתיות, אין לנו אפשרות לבטל כליל את הנהגים בשטח זה, אף-על-פי שהם פגומים מבחינת הצדק והמוסר. עוד לא הגענו לתקופה של "יתמו חטאים מן הארץ ורשעים עוד אינם". איננו יכולים כיום למנוע פשעים ללא הזדקקות למחוקק, שופט ושוטר, ולפי המטמורפוזות של המשורר הרומי אובידיוס שרר צדק ויושר ללא צורך בחוק וכשופט דק בתור הזהב, בימי קדם, תקופה שכבר חלפה מן העולם. על רקע המציאות צמח וקיים המוסד של עד המדינה והסכמים בין התביעה לבין נאשמים. אין לנו עוד דרך אידיאלית להילחם בעבריינות מבלי להיזקק לענשים המקובלים היום ולהגיע לידי איתור הפושעים ולידי שפיטתם בדרך יותר טובה מאשר על-פי דיני ראיות המקובלים היום.

אמנם המדינה המודרנית אינה חוסכת מאמצים וכספים כדי להרים את הרמה התרבותית והמוסרית ואף הכלכלית של תושביה, אבל עד כה אין מצליחים לבלום את הפשיעה. יתר-על-כן, אפילו עבר אדם עבירה, מוכנה המדינה, לפי מדיניות הענישה החדשה, לוותר לו על העונש אם יחזור למוטב (מאסר-על-תנאי), ואף לעזור לו לחזור לחיים תקינים על-ידי העמדתו במבחן, ואפילו מועילים דברים אלה לגבי חלק מן העבריינים, עדיין יש צורך רב במשטרה למנוע עבירות, לגילוי העבריינים, ולהבאחם לדין, וכן בכתי-משפט שישפוט את העבריינים.

מן הראוי להזכיר גם את גישתה של המסורת היהודית, ולשם כך אביא את דבריו של "החזון איש" (נפטר בשנת תשי"ד), שכתב בחלק אורח חיים, סימן נו, סעיף קטן ד (עמ' 163):

וכל העונשים הוא – להיות חכמת החכמים מוגבלה מאד ובלתי-מספקת ליתן לפחאים ערמה, ההכרח להשתמש בעונשים להקים גברי עולם, שלא יהיה העולם טרף לשיני בריאי הגוף וחלושי השכל, אבל העונש צריך להיעשות מתוך יגון עמוק, נקי מרגש צרות עין בשל אחרים. ובהיות האדם בלתי שלם בחכלית השלמות ומודגז ביצר הרע, לא יחדל מלהיות רחמני ולהתירשל בשעה שמצוה לעשות דין, ואז ניתן לו להשתמש גם בהערת טבעת נקמה תחת פיקוח הדעת, שאין הערתו בזה רק לזירוז הדין. וזהו בכל לבבך – בשני יצריך*.

ובכן לכל הדעות התברה לא הצליחה עד כה להתגבר על העבריינות בדרכי גועם ואין מנוס מהטלת עונשים על עבדיינים.

* משנה ברכות ט, ה – ואהבת... בכל לבבך ובכל נפשך ובכל מאורך; בכל לבבך – בשני יצריך, ביצר טוב וביצר רע.

ענישה

בפירושו להלכה זו ברמב"ם, לפיה הטעם הוא שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה.

יצויין, כי גישת המשפט העברי זכתה לתשומת לב של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, בדברי זקן השופטים ורן (Warren) כפסק-דין *Miranda v. Arizona* (1966) ובדברי השופט דוגלס (Douglas) בפסק-הדין *Garrity v. N.J.* (1967).

הנני מעיר כי בפני השופטים האמריקאים היה גם מאמרו של הפדופטור נורמן לס: *Self-incrimination in Law and Psychology: The Fifth Amendment and the Halakhah* הברית "Decalogue Journal" ו-"Judaism" וכעת המאמר עובד מחדש ופורסם בפרק X מספרו "Faith and Doubt" שהופיע בניו-יורק בשנת 1971. חשוב במיוחד לציין כי לגבי בני-נח אשר לפי השקפת ההלכה חייבים להקים בתי-דין מסודרים ולמנוע פשעים (רצח, גזל וכו') חלוקות הרעות בספרות חלמודיח: אם בדיני בני-נח חייבים גם להתייחס להודאת הנאשם באופן האמור לעיל, ואם לא. הבידורים והשקלא וטריא בשאלה זו נמשכים עד היום. בשאלה זו פידסס מאמר ממצה פדופטור אהרון קירשנבאום (מהפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב) ב"דיני ישראל", שנחנן למשפט עברי ולדיני המשפחה בישראל, כרך ב, בעמ' 72: "הכלל 'אין אדם משים עצמו רשע' בהלכות בני-נח". בין הרבנים הדנים בשאלה זו בספרות תלמודית, יש לציין תשובות של הרב משלם ראטה (שהיה בסוף ימיו חבר הרבנות הראשית לישראל) בספרו "קול מבשר", חלק ב, סימן כב, אות ג (מכתב לחבר הכנסת הרב קלמן כהנא).

נוכח המסורת המשפטית של עם ישראל, כוודאי שאין לנו לתפוס את הנאשם על הודאחו במעשים פליליים, אפילו נעשתה בכית-המשפט, אם נעשתה לפי הסכם עם החביעה הכללית, כל עוד לא הוזהר הנאשם כראוי על-ידי בית-המשפט, והיתה לו אפשרות והזדמנות לשקול.

4. עונש על בזיון בית-דין

ת"פ (י-ם) 5/48

היועץ המשפטי לממשלה נ' שיינברגר

המשפט תש"ט 28

הובא בשער הרביעי, בתי-דין וסדריהם, עמ' 305.

שער שישי: דיני עונשין

5. התאמת העונש למעשה העברה ולעבריין

ע"פ 291/81

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד לה(4) 438, 443, 444

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אלון, בייסקי, י' כהן

המעורר הורשע בבית-המשפט המחוזי על-פי הודאתו, במשפט, שהתגלה כולחיים סגורות, בעבירות גניבה בידי עובד ציבור, בזיוף מסמכים ובקבלת רכב כאמצעונם, ונגזרו עליו שלוש שנות מאסר בפועל. המעשים הפליליים כוצעו, כששירת המערער בשירות החוץ של המדינה ובמסגרת עבודתו במדינה הזרה בה שירת. ערעורו מתייחס לחומרת העונש.

השופט אלון: ואף בין המועלים באמון דרגות של תומרה יש, ותמור הוא מי ששולח ידו בכספי כלל הציבור ממי ששולח ידו בכספו של פלוני או אלמוני. אדם, המועל בכספי הציבור, המסורים לו ומצויים בידו מתוך אמון, שהציבור נותן בו, ומוציאם בדרכי רמייה ואונאה לצרכיו הפרטיים, הרי הוא עושה את כספי הציבור הפקר, כועט בכוונותיהם הטובות של תורמים ונדבנים, שביקשו לסייע לציבור פלוני הנתון במצוקה או למדינה הנאבקה בקשייה, ואף אינו יודע, כיצד לתקן את המעוות ולפייס כל אותם מאות ואלפים אלמונים, שאת כספם לקח ולא העבירו לתועלתו. ועל כגון דא אמרו חכמים: "חמור גזל הרבים מגזל היחיד; שהגזול את היחיד יכול לפייסו ולהחזיר לו גזילו, והגזול את הרבים אין יכול לפייסו ולהחזיר להם גזילתן" (תוספתא בבא קמא, י, יד, עמ' 367-368 במהדורת צוקרמנדל). ועוד אנו גורסים: "אמר ר' לוי: קשה עונשן של מדות (= של מי שמרמה כמדה ובמשקל) יותר מעונשן של עריות" (בבא בתרא פח ע"ב); וכל כך למה? "עונש המדות והמשקלות קשה מאד, שאי אפשר למודד או לשוקל שקר לשוב בתשובה הגונה" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף יט) – "משום דאי אפשר להשיבו לבעלים כיון דלא יוכל לידע למי מדד וכמה פעמים מדד" (ספר מאירת עיניים, חושן משפט, סימן רלא, סעיף קטן לד; וראה עוד; רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ז, הלכה יב, ורשב"ם בבא בתרא, פח ע"ב ד"ה אפשר ליה בתשובה).

... 10. מר כספי עמד לפנינו במפורט על המעשים הטובים והזכויות הרבות של המערער בעבודתו הציבורית בעבר, ומתוך כך הפנה אותנו לדברי הרמב"ם שבמשנה תורה:

כל אחד ואתד מבני האדם יש לו זכויות ועוונות. מי שזכויותו יתרות על עוונותיו – צדיק; ומי שעוונותיו יתרות על זכויותיו – רשע. מחצה למחצה – בינוני (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ג, הלכה א; ומקורם של דברים במסכת קידושין מ ע"א-ע"ב).

ענישה

אמור מעתה, שכחישוב הכולל גוברות זכויותיו של המערער על עבירותיו שכחיק שלפנינו.

אמנם כן, כך היא מידתו של הקב"ה כבוא שעת הדין בבית-דין של מעלה כדינו של אדם על כלל שנותיו או ימיו (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ג, הלכה ג), וממדת החסד היא עם בריותיו, שהרי יש שאדם, בעשיית מצווה אחת "הכריע את עצמו ואח כל העולם כולו לכף זכות וגרם לו ולהם תשועה והצלה" (שם, הלכה ד). אבל בבית-דין של מטה מצויים אנו לרוב אח האדם על כל עבירה ועבירה בפני עצמה לפי עניינה וחומרתה; אמנם כן, מעשים טובים וזכויות העבר – ולהפך, הרשעות קודמות בעבר – יובאו בחשבון בשיקול הכולל בעת גזר הדין, אך אין אנו רשאים לבטל חומרתה של עבירה אחת ברוב של מעשים טובים. ואף בבית-דין של מעלה שיקול הזכויות והעונות אינו אריחמטי – כמוחי גדידא; וכה הם דברי הרמב"ם בהמשכם:

ושקול זה אינו לפי מנין הזכירות והעונות, אלא לפי גדלם: יש זכות שהיא כנגד כמה עונות, שנאמר: יען נמצא בו דכר טוב (מלכים א יד, יג); ויש עוון שהוא כנגד כמה זכויות, שנאמר: וחוטא אתר יאבד טובה הרבה (קוהלת ט, יח). ואין שוקלין אלא כדעתו של אל דעות, והוא היודע היאך עורכים הזכויות כנגד העונות (שם, הלכה ב).

ע"פ 419/81

פייביש נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (4) 701, 708--709

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אלון, י" כהן, שילה

המערער הועמד לדין עם אחרים לפני בית-המשפט המחוזי והורשע בעבירות זיוף, הפצת מסמכים מזויפים, קבלת רבדים במרמה ובעבירות נוספות. כל אחד מארבעת חבריו לכתב האישום הורשע בחלק מעבירות אלה. על המערער וחבריו הוטלו עונשים שונים בדרגות חומרה שונות. לטענת המערער החמיר עמו בית-משפט קמא יתר על המידה, בהשוואה לעונשים שהטיל על חבריו ובכך חרג מכלל אחידות הענישה בגין עבירה דומה, כשהנסיונות, המשפיעות על שיקולי בית-המשפט בעת הטלת העונש, דומות.

השופט שילה: ראשיתה של המחשבה, כי יש לגזור את שיעור העונש לפי מידתו של העבדיין, מצויה בחורה (דברים כה, ב-ג):

ב. והיה אם בן הכות הרשע והפילו השופט והכהו לפניו כדי רשעתו כמספר ג. ארבעים יכנו לא יוסיף...

מפסוקים אלה מסיק הרמב"ם (הלכות סנהדרין, פרק יז, הלכה א):
כיצד מלקיין את החייב מלקות? כפי כחו, שנאמר "כדי רשעתו כמספר" וזה שנאמר "ארבעים" שאין מוסיפים על הארבעים אפילו היה חזק ובריא

שער שישי: דיני עונשין

כשמשון. אבל פוחתין לחלש, שאם יכה לחלש מכה רכה בודאי הוא מת... הרעיון של שכר ועונש, התואמים את נסיבות ביצוע המעשה, הנו אחת מאבני היסוד של המחשבה הפילוסופית משפטית היהודית, וכא על ביטוי כ"ג עיקרי האמונה, כפי שניסחם הרמב"ם. אמנם, מדובר שם בשכר ועונש בידי שמים, אך יפה העיקרון ליישום גם בבית-משפט שעל-פני הארץ. כפיוט הגפוף "גדל אלקים" מונה הפייטן את י"ג העיקרים אחד לאחד, ולגבי עיקרון שכר ועונש אומר הוא:

גומל לאיש חסד כמפעלו, נותן לרשע רע כרשעו.

אף אנו נאמר, כי יש להטיל על הרשע (קרי, מי שהורשע בבית-משפט) רע (קרי, עונש) כרשעו, כלומר במידת "הרשעה" שלו. דהיינו, לא עונש אובייקטיבי לפי סוג העבירה, אלא לפי ה"רשעה" המיוחדת של העבריין. לא הרי רשעת אדם, הפושע על פת לחם, כרשעת אדם, העובר עבירות מחוץ תאוות בצע, לא הרי רשעת האדם, אשר בפעם ראשונה עובר עבירה, כרשעת העבריין המועד. לא הרי רשעת אדם, היוזם, מתכנן ומפקח על ביצוע פשע מתחכם, כרשעת אדם, שמעורבותו מזערית ושולית. ועוד כהנה וכהנה שיקולים ללא ספור בשטח המצב הבריאותי, הכלכלי, המשפחתי והחברתי של מקבל העונש. למעשה, כלולים במושג של הענישה "כרשעו" כל העקרונות והשיקולים, שאנו מזדקקים אליהם יום בבתיה-המשפט שלנו בדרך של גזירת העונש.

6. שמירה על כבוד האדם כשהוא במאסר

ע"פ 359/81, 344/81

מדינת ישראל נ' סגל ואח'

פ"ד לה(4) 313, 327-328

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים שמגר, אלון, לוין

בעקבות הברחת כמות סמים משמעותית לחו"ל הורשעו בבית-המשפט המחוזי המערער הראשון בתיווך בסמים מסוכנים וזה השני בתיווך בהם ובסיוע להברחתם. נסיבות אישיות שונות, ובעיקר התמונה החיובית, שהצטיירה מתסקיר קצין המבחן למבוגרים, שימשו נימוקים לקולא, ובית-משפט קמא גזר על המשיבים עונשי מאסר בפועל קצרים יחסית. המרינה מערערת על קולת העונש.

השופט אלון: אוסיף ואעיר, שלרגל המצב הכלתי נסכל, השורר בחלק מבתי הסוהר מבחינת קיום תנאים אנושיים מינימאליים של תרבות מגורים ואכילה,

ענישה

כפי שהדבר מצא שוב את ביטויו ברין-וחשבון של וערה מיוחדת בראשות השופט ג' קנת, לשעבר נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ושנתפרסם בימים אלה, מן הראוי להרחיב בהטלת קנסות כספיים כבדים ורציניים במקום ישיבה במאסר, כל עוד אין בכך משום ניגוד חריף לנסיבות העבירה והעברייני ולצורך להגן על שלום הציבור וביטחונו. הקנס הכספי הכבד ישיג, לעתים קרובות, את מטרתו בהרתעת העברייני ובחינוכו לחיי עבודה תקינים, שעה שהמאסר בתנאים, השוררים, למגינת לבנו, בחלק מבתי הכלא, מביא לעתים קרובות – בנוסף להצטרפות הנאשם לחברה עבריינית שכמעט ואינה ניתנת לתיקון – לירי השפלת צלם האלוקים של העברייני, ולכך, חוששני, הרשות אינה נתונה בידינו.

מאלף לציין, כי המשפט העברי, במקורו, לא הכיר במאסר כאמצעי ענישה כל עיקר. גם לאחר שהשלים עם אמצעי ענישה זה, בהשפעת המערכות המשפטיות שבסביבה ובהכרח אשר לא יגונה, התריעו חכמי המשפט העברי והזהירו על הצורך בשמירה על כבודו של האדם, גם כשהוא נתון במאסר; דיון מאלף על כך מצאנו בתשובתו של ר' חיים פאלאג'י, רבה של איזמיר בטורקיה במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה, שהתריע קשות על הושבת אסירים "בבית האסורים של צער וטינופת", כפי שהיה המצב בקהילה שבאיזמיר עירו (שו"ת חקקי לב, חלק ב, חושן משפט, סימן ה; וראה במפורט: מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (י"ל מאגנס, תשכ"ד), עמ' 228–237). וארשה לעצמי לצטט מדבריהם שכתבתי במקום אחר:

הראוי לציין הוא, כי קליטה זו מהמשפט הנוהג בסביבה לא הביאה עמה גם את תופעות הלואי של התאכזרות כלפי האסירים, תנאים בלתי אנושיים במזון ולינה וכיוצא באלה, ששררו עור עד למאה ה-19 בארצות השונות; כרברי ההיסטוריון W. Baron:

"Jewish prisons, one of which may still be observed in the Altneuschule of Prague, resembled modern penitentiaries rather than medieval towers and dungeons".

את העצירים המחכים לבירור משפטם אסור היה להושיב בתנאים דומים לאסירים שכבר נדונו, ואף האסירים שנדונו על עבירות שאין דינן מות אסור להושיב "בבית סוהר של טינופת", כי אף על פי שחטאו – ישראל הם, ויש לכן להושיבם "בבית סוהר של כבוד". (מ' אלון, "המאסר במשפט העברי", ספר היובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, ח' כהן עורך, תשכ"ב) עמ' 171, 200).

שער שישי: דיני עונשין

בג"צ 355/79, 370/79, 373/79, 391/79

קטלן ואח' נ' שרות כתי הסוהר ואח'

פ"ד לד(3) 294, 306-307

הובא בשער השלישי, סדרי חכרה ומינהל, עמ' 208.

ב. מטרות הענישה

1. ביטול החטא ומניעתו

ע"פ 125/50

יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד 1 514, 519, 543-544, 568-570

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אגרנט, אסף, זילברג

השופט אגרנט: המערער נמצא אשם, על ידי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, באשמת רצח לפי סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, כאשר, כתאריך 21.8.49, קרוב לחצות הליל, בגן מאיר, אשר בעיר הנ"ל, גרם בודון למותו של דניאל פקטורי, כדי להקל עשיית עבירה, היינו אינוסה של נעמי שטיין. המערער נידון, בהתאם לסעיף 215, למיתה...
השאלה האחרונה אשר שומה עלינו להשיב עליה בערעור זה היא, איפוא, בתכלית הפשטות, מהו ה-*mens rea* הדרוש לשם הוכחת העבירה האמורה בסעיף 214(ג), אשר לשונו היא:

הגורם בודון (*wilfully*) למות כל אדם שהוא בהתכווננו לעבוד עבירה או כדי להקל את עשיית העבירה או בכצעו את העבירה... יאשם בפשע. פשע זה קרוי רצח.

בסעיף 18 לפסק-הדין, נשוא הערעור, נאמר: -

אנו מאמינים שהנאשם לא התכוון להרוג את דני פקטורי, אלא רק לסלקו מהמקום, כדי שלא יפריע בעדו מביצוע האונס.

למרות קביעה זו, מצאו השופטים המלומדים שהמערער אשם ברצח, והואיל ודעתם היתה כי "סעיף האשמה יתול, אפילו לא התכוון מנחית המכות להרוג את המנוח" וכי "הנחתת המכות בכל העץ ת/11, על ראשם של המנוח ושל

ענישה

נעמי שטיין, היתה בזרזון" (קרי: ברצון); "ובעליל היה כזה משום גרימת מוות בזרזון, ברוח הסעיף 214(ג)". למסקנה זו הגיעו השופטים, בהסתמך על ההלכה שנקבעה בע"פ 38/47, ואשר תמציתה היא: אדם יהא חייב ברצח, לפי סעיף 214(ג), אם רק התכוון לעשות את הפעולה שגרמה להמתת הקדבן, אף על פי שלא היה בדעתו כלל להביא לתוצאה שכזאת...

השופט זילברג: ובוזה הגענו אל נקודה אחת, בה אפשר יהיה לנו לנסח מחדש את השאלה שהוצגה בראשית פסקא זו. השאלה תהא: מה פירושה של הוראת סעיף קטן (ג) לגבי המקרה האמצעי האמור בו, ואימחי ייחשב כ"רצח" מי שגרם למות חברו כדי להקל על עשיית עבירה? צמצמתי כאן בכוונה את תחומי השאלה, והעמדתי על פירוש מובנו של המקרה האמצעי בלבד, משני טעמים: (א) מפני שזו היא השאלה היחידה החשובה לנו כאן מבחינה מעשית; (ב) מפני שעם צמצומה בדרך זו ייקל עלינו, כפי שנראה מיד, להגיע אל פתרונה, ללא זיקה כל שהיא אל פירוש המלה "ברצון".

המקרה האמצעי האמור בסעיף קטן (ג) הוא:

כל אדם אשר – וכאן אני משמיט בכוונה את המלה "כרצון" – גורם למות אדם כדי להקל על עשיית עבירה,

והשאלה העומדת בפתח עינים היא: על מה מוסב כאן הדיבור: "כדי להקל"? המדובר הוא, כנראה בעליל, באדם ההורג "שלא לשמו", כלומר: לא הריגה לשם הריגה, אלא: ההריגה כאמצעי להשגת מטרה אחרת. מה היא המטרה – ברור לנו: הקלת עשיית עבירה. אך מה הוא הדבר שנועד לסבב כאן את הקלת העבירה: ה"מעלל" או ה"פרי"? מעשה ההריגה, או מותו של הקרוב? נראה לי, כי ההכרע הלשוני הפשוט הוא לצד הפירוש השני. אילו דייק המחוקק בלשונו וכתב: עושה מעשה, הגורם למות אדם, כדי להקל וכו' (באנגלית: does an act causing the death of any person to facilitate etc.), כי אז אפשר היה לייחס את הביטוי "כדי להקל" (to facilitate) אל המלה "מעשה" (act). אבל לא כך כתוב בחוק! כתוב: גורם למות אדם כדי להקל וכו' (causes the death of any person to facilitate etc.) – כאדם האומר: פלוני גרם למות חברו, כדי שעל ידי כך ייקל לו לבצע עבירה – והאם אין ההרגשה הלשונית האלמנטרית לוחשת לנו, מדי שמענו דיבור זה, כי לא מעשה גרימת המוות, אלא המוות גופו, הוא ששימש סיבה מסבכת להקלת העבירה? ואמנם זו היא, כך נראה לי, גזירת הכתוב והאמור בפסוק הנ"ל, גם (או: דוקא) אם אנו מוחקים מכאן לגמרי את המלה "ברצון". ואם כך הוא הדבר, אם במקרה האמצעי שהוגדר בסעיף קטן (ג), מות הקרוב הוא הוא שנועד לשמש אמצעי להשגת המטרה, הרי ברור, כי רצונו של ההורג היה מכוון כאן לתוצאת מעשהו, ולא רק לעצם המעשה בלבד.

העולה מן האמור, כי ללא זיקה כל שהיא אל המלה "ברצון", ויהא אשר יהא פידושה הנכון של מלה זו – שאלה שכבודה במקומה מונח לגבי שתי העבירות האחרות האמורות בסעיף קטן (ג), וכן לגבי העבירה האמורה בסעיף קטן (א)

שער שישי: דיני עונשין

– הרי על כל פנים, כאשר העבירה היתה המיוחסת לעבריין היא העבירה השלישית (האמצעית) של סעיף קטן (ג) – היינו: גרימת מוות לשם הקלת עבירה אחרת – לא ייחשב העבריין כרוצח, אלא אם כן רצה כמותו של הקרבן.

ובזה תתיישב לנו פליאה־תמיהה אחת, אשר כל קורא נתקל בה מדי קראו את דברי הסעיף הנ"ל. כוונתי לאמור בסעיף קטן (ד) של הסעיף. סעיף קטן (ד) מטיל דין "רוצח" על:

כל אדם אשר, לאחר שנעשתה עבירה, גורם למות אדם, כדי להבטיח, לעצמו או לשותפו לדבר העבירה, מנוס או התחמקות מעונש בשל אותה עבירה.

כאן, בהגדרת עבירה זו, אין אנו מוצאים את המלה "ברצון", – היא נעדרת. לא כתוב: ברצון גורם למות אדם, אלא: גורם למות אדם, ותו לא. ומיד מתעוררת השאלה: היש משמעות כל שהיא לחסרון מלה זו, והאומנם התכוון המחוקק להחמיר בדינו של העובר על סעיף קטן (ד)? השאלה־התמיהה היא: יהא אשר יהא תכנו של ה"רצון" האמור בסעיף קטן (ג), הייתכן הדבר, כי שני המעשים האמורים בסעיף קטן (ד): גרימת מוות לשם הבטחת מנוס, וגרימת מוות לשם התחמקות מעונש, ייחשבו ככל כן יותר חמורים מן המעשה (האמצעי) האמור בסעיף קטן (ג): מגרימת מוות לשם הקלת ביצוע עבירה, עד כדי ויתורו של החוק, במקרי סעיף קטן (ד), על דרישת קיום ה"רצון" הנ"ל? נראה לי, כי התשובה לכך יכולה להיות אך ורק שלילית, כי לא ייתכן הדבר, ולא יעלה על דעת אדם בר־דעת להגיע למסקנה אבסורדית שכזאת...

מכחינה מוסרית ודאי אין טעם להתמיד דוקא במקרי סעיף קטן (ד). אדרבא! להקל או לאפשר ביצוע עבירה הוא – ללא ספק – מטרה יותר פורשעת מאשר: לבקש מנוס או התחמקות מעונש בשל עבירה שכבר נעשתה. הן כל עיקר חכליתו של העונש הוא: למנוע את עשיית העבירה, וכיצד תיחשב ההתחמקות מעונש למעשה יותר חמור מביצוע העבירה? "יתמו חטאים" ולא "חוטאים", דייקה ברוריה אשת ר' מאיר, ור' מאיר כידוע הסכים לכך (ברכות י"ע"א); משמע, כי ביטול החטא הוא מטרה יותר נשגבה מהעונש החוטא. דומני כי אין מי שירצה לחלוק על השקפה זו. ברור, איפוא, כי העובר על סעיף קטן (ד) אינו יכול להיות נידון ביתר חומרה, מאשר העובר על סעיף קטן (ג) – כוונתי למקרה האמצעי, הקאזולי, שבו – וכי אם במקרה זה אין העבריין נחשב כ"רוצח", אלא אם כן: ברצון עבר את העבירה, קל וחומר שיהא הדין כן בשני המקרים האמורים בסעיף קטן (ד).

ענישה

2. מטרת עונש על תנאי ורעיון התשובה

ע"פ 395/65

אבראהים נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יט(3) 581, 584

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים יוחנן, מני, קיסטר

המעורר הורשע בבית-משפט השלום בכיצוע עבירה לפי סעיף 3 לחוק לחיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושה), תשב"ג-1963; הוטל עליו קנס וכן הופעל נגדו המאסר-על-תנאי שנפסק לפני שהחוק הנ"ל נכנס לתקפו, בעקבות הרשעה בעבירה של הוצאת כסף בטענות שרא (סעיפים 19 ו-301 לפקודת התוק הפלילי, 1936). התנאי היה, שהוא לא יבצע עבירה מסוג פשע או עוון לפי מסכת ה' לפקודה האמורה. הוא עירער, וטענתו העיקרית היא, שאין להפעיל את המאסר-על-תנאי, משום שהמקרה הנדון אינו נכנס לתחולת סעיף 18(ד) לחוק לחיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, באשר סעיף 3 הנ"ל אינו זהה עם שום סעיף מסעיפי מסכת ה' הנ"ל.

השופט קיסטר: במקרה דנא, אין לנו צורך להכריע בפירוש התנאי המתייחס לעבירות מסוג מסריים – אם הכוונה היא למעשים המהווים עבירה ביום הטלת המאסר-על-תנאי, או אם הכוונה היא גם למעשים מאותו סוג שהמחוקק יראה בהם עבירה אחר כך, ואשר בכיצועם יורשע הנאשם. דעתי נוטה לכך כי יש לפרש את התנאי לגבי סוג עבירות, כחל גם על מעשים שהמחוקק אסר אותם בסקנציה פלילית לאחר הטלת המאסר-על-תנאי. התקנת המוסר של מאסר-על-תנאי באה לתת אפשרות של חנינה לעבריין אשר שב מדרכו הרעה, ויש בכך מעין שימוש במושגי התשובה בשטח המשפט הפלילי. יש והחברה מוכנה לוותר על עונש של עבריין במקרים מסויימים ובלבד שהעבריין יתקן את דרכיו, ובדרך כלל, התנאי הוא שלא יעבור על עבירות חמורות או על עבירות מאותו סוג עליהן הורשע.

זהו אחד מעניני התשובה, כי מיהו השב בתשובה: "זה שבא לידו דבר שעבר בו ואפשר בידו, ופירש ולא עשה מפני התשובה" (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב', הלכה א); וכן אומר הרמב"ם, שאחת מדרכי התשובה היא "להיות השב... מתרחק הרבה מן הדבר שחטא בו..." (שם, הלכה ד). אמנם בשימוש במשפט אין בוחנים כליות לב, ואין דורשים תשובה במובנה המוסרי, אלא מסתפקים בכך שאדם שנכשל בעבירה יתרחק מדרך הפשע ויזהר מעבירות פחות חמורות מאותו סוג אשר בהן נכשל. אם מישהו נכשל בעבירה של לקיחת ממון שאינו שלו, עליו להיזהר מכל התנהגות שהמחוקק יראה אותה כעוון בשטח של חמדת ממון, ואם מדובר בעבירת תעבורה, על העבריין להיזהר ולדקדק שלא ייכשל בעבירות שהמחוקק יראה אותן בשעת מעשה כעבירות השייכות לאותו התחום. אין לאמור אפוא שזהו תנאי הכרחי

ענישה

בנפשו אין בית־דין מחייבים אותו גם בתשלומים אם כי קיים חיוב מוסרי ואף מעין משפטי לתת פצוי לירישי הנהרג (ראה: הגהות אשר"י, בבא קמא, פדק ד, סימן ד; קצות החושן, סימן כח, סעיף קטן א; שם סימן תי, סעיף קטן ר; וכן ש"ך, בחושן משפט, סימן כח, סעיף קטן ב). במשפט העברי אין כלל שיש להפקיע את חלקו של הרוצח ולחתו לאנשים אחרים ולעומת זאת במשפט האנגלי היו הוצאות אזרחיות כגון החרמת רכוש ו־outlawry.

ג. טעמים להחמרה ולהקלה בעונש

1. הרגל שיש לשרשו

ע"פ 596/73

מחאמיד נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(1) 773, 776

כבית־המשפט העליון בשכחו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ריחקן, ח' כהן, אשר

המערער, בן הדת המוסלמית, הורשע בעבירת ריבוי גישואין ונידון למאסר בפרעל לשלושה חרשים ולקנס. הוא מערער על עתש המאסר. לטענתו הסכימה אשתו הראשונה, שאינה יכולה ללדת, שישא אשה שנייה עליה, דבר שמותר לו לפי דתו.

השופט ח' כהן: המערער דגן (כמותו כקודמו בע"פ 350/73 הנ"ל) אינו נמנה על בעלי ההרשעות הקורמות; טיב עבירתו אין בו כדי להצביע על חשש סכנה המאיימת על הציבור מהתהלכו חפשי; אלא הביגמיה עורנה נפוצה בחלקים מסויימים של האוכלוסיה, ואם כי המתקוק לא הורה כך מפורשות, יש רגליים לסברה שבהטלת קנסות בלבד לא יצליחו בחי־משפט לעשות את שלהם כדי לעקרה מן השורש. וכבר ראה הרמב"ם ז"ל שהעבירות אשר אליהן מביאה החאווה את האדם ומרוב ההרגל שהתרגל להן ייגרם לו על־ידי הנחתן צער גדול, "כידוע שלא יימנע מהן אלא על יראת עונש גדול" (מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא). ואם לענין ההרגל האינדיווידואלי כך, לענין הרגלי דורות המעוגנים במנהגי דת לא כל שכן.

שער שישי: דיני עונשין

2. חומרת העברה של גזלת הרבים

ע"פ 291/81

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (4) 438, 443

הובא בשער זה, עמ' 514.

3. זכויות הנאשם בעבר

ע"פ 291/81

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (4) 438, 444

הובא בשער זה, עמ' 514.

4. גנבת דבר שאין אדם מקפיד בו

ח"פ (ח"א) 537/79

מדינת ישראל נ' לאופר

פ"מ תשמ"א (2) 309, 312-313

בבית-המשפט המחוזי בחל-אביב-יפו

הנאשם הורשע בעבירת גניבה בידי עובד לפי סעיף 391 לחוק העונשין, לאחר שהודה כי בהיותו עובד התעשייה האווירית נטל אכזורים וחפצים השייכים למעבידתו. הוברר, שהמרוכר בפריטים חסרי ערך שיועדו להימכר כגרוטאות וכי לנאשם אין כל הרשעות קודמות והוא אף ירדע ומוכר כעובד טוב ומסור. לנוכח הנסיבות המקילות הנ"ל, לא ביקשה התביעה לגזור על הנאשם מאסר בפועל, אלא ביקשה כי יוטל עליו מאסר על תנאי, וזאת כרי שהציבור ידע שכיתת-המשפט רואה בתומרה את העבירה של גניבה ממעביד, עמדת הסניגור היתה שבנסיבות המקרה אין לגזור מאסר על תנאי ומן הראוי להסתפק בקנס כלכד.

השופט שטרנזמן: איסור הגזילה הוא עתיק יומין ובהתלבטותי במחלוקת בין באת"כוח התביעה ובאת"כוח הנאשם נטלתי ספר לעיון, לראות מה אמרו

ענישה

חכמינו על-כך, ומצאתי הלכה:

אסור לגזול או לעשוק...

ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד ביה שרי (=ואם הוא דבר שאין אדם שיקפיד בו – מותר, איש') כגון ליטול מהחבילה או מהגדר לחצוץ בו את שיניו. ואף זה אוסד בירושלמי ממדת חסידות (שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות גזלה, סימן שנט, סעיף א).

והטעם מפורש:

דאילו עושה כן כל אחד נמצא החבילה כלה והגדר נהרס (מובא בספר מאירת עיניים, חושן משפט, סימן שנט, סעיף קטן ד).

כך מבחינים חז"ל בין איסור גזילה, שחומרתו ידועה, לבין נטילת דבר פשוט ערך שאין מקפידים עליו. בתעשיה האזרחית החליטו, ובצדק, להקפיד גם על הגרוטאות והדברים פשוטי הערך, כדי שלא תימצא "החבילה כלה" תערימת הגרוטאות חסרה. אך האם משום כך שמאן דהוא נטל דברים פשוטי ערך, שאיש לא הקפיד עליהם ולא ידע על קיומם או היעדרם, עד שהנאשם גילה אוזנם של ממוניו – ראוי להידון באותה חומרה כמי שעבר על איסור הגזילה, כאמור ברישא של ההלכה?

התביעה גורסת שדין הוא – הלכה יצאה מבית-המשפט העליון – כי כל עובד הגונב ממעבידו (גניבת נכס שערכו עולה על 500 ל"י) דינו מאסר. אם אמנם זה היה הדין, היה עלינו לתקנו. "מפני מה חרבה ירושלים?... מפני שהעמידו דבריהם על-דין חרבה ולא עבדו (=עשו) לפני משודת הדין" (בבא מציעא ל"ב). אלא שזה אינו הדין, וההלכה היא שיש לדון את הנאשם, לפי אישיותו ונסיבות העבירה. גם לענין חומרת העבירה של גניבה ממעביד יש להבחין בין מקרה למקרה, לדאוח את נושא הגזילה בכל מקרה והשימוש שנעשה בו, ואין לומר שאחד דינו של העובר, למאסר, ולו יהיה זה מאסר על-תנאי, אם איתרע מזלו וענינו העובר לערכאות והורשע בעבירה לפי סעיף 391 לחוק העונשין.

על אחת כמה וכמה שהנאשם שלפנינו אינו ראוי למאסר, ובמילא גם לא למאסר על-תנאי, כאשר אני מתרשם למקרא דבריו והערכת מנהליו כי חשובות כנה. "יזמה היא החשובה? הוא שיעזוב החוטא חטאו ויסירו ממחשבתו ויגמור בלבו שלא יעשהו עוד... וכן יתנחם על שעבר... ושבח גדול לשב שיתוודה בדברים ויודיע פשעו להם ומגלה עבירות שבינו לבין חברו לאחרים ואומר להם אמנם חטאתי לפלוני ועשיחי לו כך וכך והדיני שב ומתנחם" (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב, הלכות ב-ה).

סוף דבר, ברור לי שהנאשם אינו ראוי למאסר, אף לא למאסר על-תנאי, לא מבחינת הצורך בהרתעה ולא מבחינת העבירה שביצע. "כל אחד ואחד מבני האדם יש לו זכויות ועוונות. מי שזכויותיו יתרות על עוונותיו צדיק. ומי שעוונותיו יתרות על זכויותיו רשע... יש זכות שהיא כנגד כמה עוונות שנאמר יען נמצא בו דבר טוב" (רמב"ם, שם, פרק ג, הלכות א-ב).

שער שישי: דיני עונשין

5. השפעה שלילית של העברה על הציבור

ח"פ (ח"א) 764/82, ב"ש (ח"א) 1999/82

מדינת ישראל נ' אפרתי

פ"מ השמ"ג(1) 522, 525-526

בכית"המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הנאשם, סוכן להשקעות בבורסה, הועמד לדין בבית-המשפט המחוזי באשמה ששלח ידו שלא כדין בסכום של כ-165,000 דולר, שנמסר לידיו לצורך השקעה בבורסה של ארצות-הברית על-ידי בני זוג שנימנו על לקוחותיו. הדין נסב על בקשת התביעה למעצרו של הנאשם עד תום ההליכים, זאת בשל חומרת העבירה והחשש שיברח לחו"ל.

השופט שטרוזמן: נימוק אחר למעצר עד תום ההליכים עולה מהחלטת הנשיא זוסמן בב"ש 153/79, בו ציווה על מעצרו של סוחר סמים, לאו דווקא בגלל העונש התמור הצפוי לו, אלא, כדכריו:

למרכה הצער אנו מצויים עתה בישראל באווירה של פשיעה גואה בקשר לסמים, והאינטרס הציבורי מתייב שאדם החשוד כמעשה עבירה שכזה לא יתהלך תופשי, ובלכך שהראיות שבידי המדינה מדאות שהרשעתו היא קרובה לוודאי.

החתשבות המשפט בהשפעה של הציבור על מעשי נאשם ויחס החוק לנאשם אינה חידוש של ימינו, הלכה היא מימים ימימה. במסכת סנהדרין מו ע"א שנינו:

תניא ר"א בן יעקב אומר: שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבוד על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לכי"ד וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך, שוב מעשה באדם שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאוהו לבית-דין והלקוהו לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.

ורש"י מסביר:

אלא שהשעה צריכה לכך, מפני שהיו פרוצים בעבירות, שהיו רואים לוחצן של ישראל שהיוונים הם גזורים עליהם גזרות והיו מצוות בזויוח בעיניהם. ומענישים את היחיד, אף אם לא כל העם פרוצים,

דרואין אם יניחו להעובר ילמדו ממנו קלי הדעת ויבואו להתפרץ ... דלא שייך מגדר מילתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול רבים שהדור פרוץ (פתחי תשובה, חושן משפט, סימן ב, סעיף קטן א).

כך גברו צדכי השעה של אכיפת החוק ביד קשה על העבריינים על חורת המשפט הצרופה, לפיה הנאשם, שהוא בחזקת חף מפשע, זכאי להסתובב

ענישה

חופשי ברחובה של עיר עד שיבורר דינו – ואגב כך כולי עלמא טוברים שקצרה יד החוק מהשיגו ויש להכנע לעבריינים ומעלליהם. זה הוא האספקט הציבורי המחייב ומצדיק מעצר נאשם עד חום ההליכים, כאשר בידי התביעה ראיות המשכנעות את השופט כי סיכוייה טובים להביא את הנאשם להרשעה בדינו בעבירה שהציבור סובל ממנה.

6. השבת הגזלה

ע"פ 395/75

צור נ' מדינת ישראל

פ"ד (2) 589, 599

בכיתהמשפט העליון כשבתו ככית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים לנדוי, ת' כהן, עציוני

המערער הואשם והורשע, על-פי הודאתו, בעבירות של קבלת רכב במרמה, מעילה באמון, גניבה על-ידי עובר ציבור, קבלת שוחד ועבירות על חוקי המטבע. בית-המשפט המתוזי גזר עליו ענשי מאסר שתקופותיהם מצטברות, לאתר חפיפה תלקית, ל-15 שנה. הערער נסב על ענשי המאסר.

השופט ח' כהן: לגבי חובלים ומזיקים, גנבים וגזלנים, מועלים ודמאים למיניהם, חשוכה החרטה שבמעשה מן החרטה שבלב ובדיבור. כבר לימדונו קדמונינו שהמתוודה על חטא ואינו חוזר בו לשלם את הגזל, כמותו כטובל ושרץ בידו (תענית טז, ע"א ורש"י שם, ד"ה ואינו תוזר בו); אבל מי שעושה להשבת הגזילה, וידו וידוי וחרטתו חרטה. ושוב: אפילו הגיעו את העבריון מניעים תועלתיים ואנוכיים גרידא, אין בהם כדי לגרוע מערכה של החזרת הגזילה כעילה להמתקת דינו. עיקר תכליתם של דיני העונשין הוא להשליט את החוק; משהופר החוק במעשה גזילה, ראשית השלטתו היא בהשבת הגזילה. נוטה אני לומר שדיני הנפשות הולכים אחר דיני הממונות, כמו שהיושד הולך אחר הדין. משכאו דיני הממונות על סיפוקם, שוב דיני הנפשות אינם חבונים ואינם חאורתניים כולי האי; לא באו על סיפוקם, יקומו דיני העונשין ויעשו את שלהם לגדור הפרצות ולחזק בדיק החוק.

שער שישי: דיני עונשין

7. נאשם ששב בתשובה

ת"פ (ת"א) 537/79

מדינת ישראל נ' לאופר

פ"מ תשמ"א(2) 309, 313

הוכא בשער זה, עמ' 524.

ע"פ 705/81

מיארה נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(4) 223, 224

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים בן-פורת, ברק, שינבויים

המעורר הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירות הנוגעות לרכוש ונידון למאסר כפועל, מאסר-על-תנאי, וכמו כן הופעל עונש מאסר-על-תנאי, שהיה חלוי נגרו. שירות המבחן המליץ להעמיד את המעורר במבחן משום שינוי מוחלט באורח חייו, אך השופט קמא לא ראה דרך להיעתר לבקשה. זאת משום שסבר, שאין אפשרות לפטור את המעורר מעונש מאסר בגין העבירות אותן ביצע, ומשהוטל עליו עונש מאסר או מאסר-על-תנאי בשל ההרשעות הנוכחיות, אי-אפשר להאריך את המאסר-על-תנאי, התלוי נגדו בשל ההרשעות הקודמות.

מגזר-דינו של שופט קמא – זה שעליו נסב ערעור זה – ניכר, כי היה מוכן להיעתר לבקשת שירות המבחן, אלא שלא ראה דרך לכך, מכיוון שאין להאריך מאסר-על-תנאי, כאשר נידון הנאשם למאסר או למאסר-על-תנאי, ואין הוא רואה אפשרות לפטור נאשם זה ממאסר בגין עבירה זו. בנסיבות רגילות הדין עם שופט קמא. אלא שגדול כוחה של תשובה, כאשר נראה בעליל, שתשובה זו אמיתית היא ולא מן השפה ולחוץ. קדמונינו אמרו (דמב"ס, הלכות תשובה, פרק ב, הלכה ב), שתשובה שלמה היא, אם "יעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב עוד לזה החטא לעולם". תעלומות אין אנו יודעים, אך התנהגות נאשם זה כמשך תקופה של שנתיים מאז שוחרר מבית הסוהר נותנת תקווה רצינית מאוד, שאכן מצליח הוא להינתק מעולם הפשע ולעלות על הדרך הנכונה. מוכנים אנו לסייע לו בכך.

ענישה

8. נאשם שכבר סבל מבושה

ע"פ 88/86

צוקרמן נ' מדינת ישראל

פ"ד מ(4) 209, 211

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אלון, בייסקי, כץ

ערעור על חומרת העונש, שהוטל על המערער עם הרשעתו בקבלת שוחד, מתן חעודה כחבת, גניבה בידי עובד ציבור, זיוף מסמך, קבלת נכסים שהושגו בפשע והפרת אמונים. מעשי המערער נחשפו עליידי הטלוויזיה ושוודרו בה. בקשתו להקלה מחבססת בראש ובראשונה על הבושה, החרפה, הסבל והצער שנגרמו לו ולמשפחתו מאז השידור.

השופט אלון: אך יהא אשר יהא באשר לרשות ולטמכות ניהול החקירה על-ידי הטלוויזיה, ברור כי השידור הסב למערער, לאשתו, לילדיו ולכל משפחתו בושה וכלימה במידה כזו, שיש בה משום סבל שהוא כמעט קשה מנשוא. המערער אומר על כך בערעורו – "מיום שידור הפרשה שלי... אני ואשתי ושני ילרי הקטנים נירדפים ונפגענו מבחינה נפשית במעשה הזה. בכל מקום אצבע מאשימה מכוונת ומופנית אלינו". סבל כגון זה הוא עונש חמור מאוד וקשה מאוד – "עונש שאינו כתוב בשום חוק" (כדברי השופט ויתקון לעניין עיגוי רץ – ע"פ 125/74, 152, בעמ' 66 מול אות השוליים ג), לעברייין, לאשתו והקשה מכולם – לילדיהם. ומי שלא ראה בסבלם של ילרם, שחבריהם מציקים להם ופורשים מהם בגלל חטא אביהם שפורסם בצורה כזו ברבים, לא ראה סבל מימיו. וכבר הזהירו חכמים את הדיין בגזרו דינו של נאשם למאסר או לעונש אחר – "...אל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו..." (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה י'); והכלל הגדול בחורה – "...ואהבת לרעך כמוך..." (ויקרא יט, יח) – נתפרש עליידי חכמים, שחל הוא גם לגבי עבריינים שהורשעו, ואף מי שנירון למיתה יש להקפיר שלא לבזוחו מעבר להכרחי ולדרוש "ברור לו מיתה יפה" (סנהדרין מה ע"א); וזהו הכלל הגדול שחכמים קבעו בתורת הענישה העברית: "משלקה – הרי הוא כאחיך" (משנה מכות ג, טו; וראה במפורט עע"א 4/82 (ב"ש 904/82), בעמ' 206–208). כל אלה צריך שיובאו בחשבון במידת העונש המושת על העברייין.

שער שישי: דיני עונשין

ד. שיקום העבריין ו"תקנת השבים"

1. "תקנת השבים" ומטרותיה

כג"צ 147/72

סלמה נ' המפקח על התעבורה ואח'

פ"ד כו(2) 658, 661

בכיתה־משפט העליון בשכתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים ברנזון, קיסטר

המשיב דחה את בקשת העוחר למתן רשיון להפעלת מוניית ציבורית, מחמת הרשעותיו הקודמות בעבירות פליליות. על המקרה הנדון חלה הוראת תקנה 532(ה) לתקנות התעבורה. תשכ"א-1961, כפי שתוקנה בתשכ"ט-1969.

השופט קיסטר: הנטייה בעולם המודרני וגם בישראל היא לאפשר לאדם אשר סרח לתקן את דרכו ולהשתלב שוב בחיים אזרחיים נורמליים. כמסורת המשפט העברי קיים מושג של "תקנות השבים", שלפיהן מקילים על אדם לתקן את דרכו; אתת התקנות היא שאדם שגזל קורה והשתמש בה לבניה, אין דורשים ממנו שיהרוס את הבניין ויחזיר את הקורה, אלא משלם את שווי הקורה. מלבד זה אמרו שהגולנים ומלווי בריבית שהחזירו, אין מקבלים מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו; וכל זאת כדי לעודד אנשים לתקן את דרכיהם (ראה: כבא קמא צד ע"ב; שם צה ע"א).

ע"א 596/76, 557/76

בישור בע"מ נ' טאובה ואח'

פ"ד לכ(3) 713, 720-721

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 764.

ת"פ (ת"א) 537/79

מדינת ישראל נ' לאופר

פ"מ חשמ"א(2) 309, 313

הובא בעמ' 524.

ענישה

ע"פ 705/81

מיארה נ' מדינת ישראל

פ"ד לו(4) 223, 224

הוכא בשער זה, עמ' 528.

2. תוקפה של חנינה בעברות שבין אדם לחברה

בג"צ 28/50

מינצור נ' הוועדה המקומית לבנין ובנין ערים, תל-אביב

פ"ד ד 492, 494

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים דונקלבלום, אסף, זילברג

פקודת בנין ערים, 1936 – פקודת החנינה הכללית תש"ט–1949 – מבנה שנבנה ללא רשיון העיירה – האם צו ההריסה הוא בגדר עונש ואם חלה עליו פקודת החנינה – הסתירה הרעיונית שבין סעיף 1(1) של פקודת בנין ערים לבין סעיף 35(7) שבה – התקן הרצוי de lege ferenda.

השופט זילברג: נראה לי, כי אחרי ככלות הכל צדק בא-כח המשיבה, וכי צו ההריסה אינו "עונש" במובן המקובל של המלה. קשה מאד לקבוע – אם לא מן הנמנע – מה הוא מובנו המדויק של המונח "עונש", וביצר אפשר להבחין, ללא שיוור, בינו לבין סנקציות אחרות; וכבר ישבו על מדוכה זו, ולא הכריעו, גדולי חבמי המשפט. ואולם דבר אחר ברור על כל פנים, ואין איש חולק עליו (חוץ מן הגרמנים): כי אין עונש אלא במקום שיש עבירה, ואין הטלת עונש אלא לאחר ההרשעה. ואם המחוקק שלנו, באותו סעיף 35 גופא, מניח מקום למתן צו הריסת בית של אדם שלא חטא כלל – "מעניש" את קונה הבנין תחת בונה הבנין – כלום אין זה מוכיח כמאה עדים, כי ההריסה אינה חלק מן העונש, אפילו במקום שיש הרשעה בצרה? נראה לי, כי מטרת המחוקק כאן, בהחירו את מתן צו ההריסה, היא לא רק המטרה "המסורתית", המקובלת, של החוק הפילי: "למען ישמעו וייראו" במקרים העלולים להתרחש לעתיד לבוא, אלא גם, ובעיקר, למנוע תקלה מרבים באותו מקרה קונקרטי גופו, העומר לריון לפני השופט. יתכן מאד, כי פקודת בנין ערים באמת לוקה בחסר, וכי de lege ferenda מוטב לאפשר את מתן צו ההריסה, גם כאשר נתפס העבריון ואין משום-מה אפשרות להרשיעו בעבירה. ואולם ליקוי זה, המצוי בחוק הקיים, אינו צריך לגרור אחריו ליקויים נוספים, ואינו מחוייב להוביל אותנו לקראת המסקנה האבסורדית, כי כאשר המדינה, ביום חג ושמחה,

שער שישי: דיני עונשין

מחליטה לחת חנינה לעבריינים, ומסכימה לותר על הענשת הפרט, היא בעת ובעונה אחת תעניש את הכלל, ותגזור עליו לעמוד בסכנה הנובעת מבניה פרועה ואסורה. וכשם שיום הכפורים – יום החנינה הדתית – אינו מכפר על עבירות שבין אדם לחברו, "עד שירצה את חברו" (יומא פה ע"ב), כך גם החנינה החילונית, להכדיל, לא תפקיע את העבריינן מן החובה שהוטלה עליו כלפי הצבור. והריסת בנין, שהוקם ללא רשיון, על ידי מי שנצטוה לכך, היא בריוק מלוי חובה שכזאת, שכן כל מבנה מסוג זה הוא "מטרד" בכוח, מין "בור ברשות הרבים", אשר חופרו מצווה לסתמו ולסלקו, וכיעוד מטרד ודאי לא "עונש" הוא, ואין חנינה תופסת בו.

ה. מעמד עבריינן שריצה את עונשו

1. מי שריצה את עונשו הריהו כזכאי

בג"צ 301/66

עזרא נ' מנהל משרד הרישוי

פ"ד כא(1) 128, 135-136

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, הלוי

העותר, בעל מונית, הורשע בכיצוע מעשה מגונה בנוסעת חוץ שימוש בכוח, וכן במאסר שוא, מאחר שסטה במוניתו, בשני מקרים, מדרך הנסיעה, בניגוד לרצון הנוסעות. הוא נידון למאסר ונפסל מהחזיק רשיון לנהוג במונית למשך שלוש שנים. גזר-דין זה אושר בערעור על-ידי בית-המשפט העליון. משחלפה תקופת הפסילה האמורה, ביקש העותר להחזיר לו את הרשיון, אך המשיב דחה את בקשתו בציינו, כי אין העותר יכול לעמוד ברדישות תקנה 189 לתקנות החעבורה, וכי אדם שהורשע בעבירות האמורות אינו יכול להיות נהג ברכב ציבורי. הוצא צו-עליתאי נגד המשיב. התעוררה השאלה, אם יכולה רשות מינהלית להחליט שלא די בפסילה לתקופה שנקבעה על-ידי בית-המשפט, אלא שהעותר פסול מלנהוג במונית, לצמיתות.

השופט ח' כהן: כבר העיר חברי, השופט לנדוי, שמאז מתן גזר-הדין נגד העותר לא קרה ולא כלום אשר היה בו כדי לעורר חשש כל שהוא, שמא יחזור העותר לסורו. משמע שהמשיב אינו יכול לבסס, ולמעשה אינו מבסס, חששותיו אלא על העובדה בלבד שלפני ארבע שנים עבר העותר את העבירות בהן הורשע ועליהן נענש. אין אני אומר שהרשעה כגון זו אינה יכולה, בשום

ענישה

מקרה ואופן, לשמש עילה לחשש סביר שהעבריין יחזור לסורו; ייתכן ותוך כרי בירור משפטו, או בקשר אליו, או אף לאחר סיומו, נתגלו עובדות או נסיבות המצדיקות חשש זה. ואולם חלילה לנו מעשות כדבר הזה, להעמיד אדם בחזקת רשע, אך משום כך בלבד שנכשל פעם או פעמיים וסר מן הדרך הטובה; אם בכלל יש להעמידו בחזקה כלשהי, הרי הוא מותקן כמי שבא על ענשו, והעונש הועיל להחזירו בתשובה שלמה – כמו ששינו, ונקלה אחיך לעיניך: כשלקה (כלומר, לאחר שספג את המלקות בשל חטאו), הרי הוא כאחך (משנה מכות ג, טו).

2. חופש העיסוק של עבריין שריצה את עונשו

בג"צ 245/66

סחה, המכונה "בוסי" נ' המפקח הכללי למשטרת ישראל

פ"ד כ(4) 441-442, 447-448

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגדנט), והשופטים לנדוי, קיסטר

העותר ביקש רישיון לנהל עסק בית־אוכל ופר, משסירב המשיב לתת את הסכמתו למתן הרישיון, נעתר בית־המשפט לבקשת העותר והוציא צו־על־תנאי; טענות העותר, בין היתר, היו שלענין זה היה צורך להביא בחשבון את התרשמותו של בית־הדין העירוני, לפניו הועמד העותר לדין באשמה של התעסקות במלאכה מסוייגת ללא רישיון, ובית־הדין העירוני קבע או על־סמך העדים שהרשמתו, ולא נחקרו על־ידי הקטיגוריה, שאין למקום ה"אופי הכללי של בית ועד לעבריינים או בדוקאים". כמור־כך טען העותר שהשקיע סכומים גדולים לשם שיפוץ וסידור דיקורטיבי של המקום, ואימתן הרישיון פירושו שבירת מטה לחמו, והענשתו נוספות בשל עברו הפלילי. המשיב לעומת זאת נימק את סירובו למתן הסכמתו להענקת הרישיון בכך, כי העותר הוא בעל עבר פלילי עשיר ולפי היריעות שאספה המשטרה, ביקרו במקום העסק של העותר אנשי עולם התחתון, מעשני סמים משכרים ופרוצות. כמור־כך נימק המשיב את סירובו בכך ש־24 מדיירי הסביבה התלוננו כי בית־העסק מהווה מטרד חמור בשל כך שהלקוחות משתכרים בו והם מעוררים רעש ומנפצים כל הבא ליד. שיקולים בטחוניים אלה מצדיקים את סדכו.

השופט קיסטר: אני מסכים, וברצוני להוסיף אי־אילו דברים ביחס להשפעתן של הרשעות על הגבלת ההתעסקות במקצוע מסויים. העקרון המודרני הוא שאין להטיל על עבריין אלא את העונש הקבוע בהוראות החוק, ולאחר ריצוי העונש אין העבריין מוגבל עוד בזכויותיו – כולל זכויות האזרח שלו. במשפט העברי קובעת ההלכה ש"כל מי שחטא ולקה – חווד לכשרווחו": דמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק יז, הלכה ז (על־פי המשנה והגמרא במסכת מכות כג, ע"א).

שער שישי: דיני עונשין

עקרון חשוב נוסף, המוכר במשפט המקובל, הינו עקרון חופש העיסוק, לפיו רשאי אדם לעסוק במקצוע ובמשלח יד שהוא בוחר לעצמו. יחד עם זאת, יש והמחוקק מוצא לנכון לשלול, או לאפשר לשלול, מאדם את האפשרות לעסוק במקצוע פלוני, או למלא תפקיד פלמוני – בין באופן זמני, בין באופן מוחלט – אם אותו אדם נכשל בעבירה מסוג מסויים.

הסיבה לכך שלפעמים מוצא המתוקק לנכון להגביל את חופש התעסקותו של אדם, יכולה להיות בין "למגדר מילתא", היינו כעונש, ובין מתוך זה שהעיסוק אשר בו אותו אדם חפץ, כרוך במילוי תפקיד או מקצוע מסויים, שכבודו דורש שאנשים אשר עברו עבירה, ובעיקר כזו שיש בה קלון, לא יעסקו בו. יש גם שהתעסקות במקצוע מסויים מחייבת את העוסק בו להיות מאומן, מנוסה או בעל תכונות מסוימות שתבטחנה כי לציבור לא תיגרמנה תקלות בעטייה של אותה התעסקות; היותו של אדם בעל עבר פלילי מסוג מסויים עלולה לערער את אמן הציבור בו לאחר שעשה מה שעשה. אין ספק שריצוי העונש כשלעצמו אינו מעניק לעבריין זכות לקבל תעודת יושר.

נשאלת כמובן השאלה כיצד ניתן לקבוע אם העבריין שינה את דרכו? המשפט העברי נותן דוגמאות לשינוי הדרך; ראה מסכת סנהדרין כה ע"א וברמב"ם, הלכות עדות, פרק יב, הלכה ט, וכן בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד מסעיף כט עד הסוף, ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן קיט, סעיף טו ויית בהגה. במשפט המודרני מצויות שיטות הקובעות כי כעבור תקופה מסוימת, המשתנה לפי חומרת העבירה, אשד בה היתה התנהגותו של העבריין ללא דופי, שוב לא ייזכרו לו עוד עבירותיו הקודמות.

לפי המשפט הנוהג אצלנו, אין שיטה כזו, ולכן די לו לאדם שעבר עבירה, שיוכיח על-ידי סימנים חיצוניים כי הוא ראוי לאמן הדרוש.

3. שרות של עבריין שריצה עונשו בתפקיד ציבורי

על"ע 1/68

פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כב(1) 673, 677

הובא בשער השלישי, סדרי חכרה ומינהל, עמ' 174.

CONTENTS

Volume One

Foreward by the President of the Supreme Court	ה
Preface	י
Contents in detail	יא

Part One	Jewish Law in the State of Israel	1
Part Two	General Principles	79
Part Three	Social and Administrative Regulation	139
Part Four	Courts and Procedure	251
Part Five	Evidence	355
Part Six	Penal Law	439

Volume Two

Part Seven	Torts	535
Part Eight	Obligations	617
Part Nine	Property and Intellectual Property	731
Part Ten	Commercial Law	803
Part Eleven	Labor Law	847
Part Twelve	Interpretation	875

Subject Matter Index	999
Sources Index	1033
Judgments Index	1061
Names of Judges Index	1071

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
הקרן לקידום המשפט העברי

©

כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת"ד 7483 ירושלים 91074
חשמ"ט – 1989
ירושלים

נחום רקובר

המשפט העברי
בפסיקת
בתי המשפט
בישראל

כרך שני

ספרית המשפט העברי

המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל

תוכן העניינים

כרך ראשון

פתח דבר מאת נשיא בית המשפט העליון ה

הקדמה ז

התוכן לפרטיו יא

המשפט העברי במדינת ישראל 1	שער ראשון
עקרונות כלליים 79	שער שני
סדרי חברה ומנהל 139	שער שלישי
בתי-דין וסדריהם 251	שער רביעי
ראיות 355	שער חמישי
דיני עונשין 439	שער שישי

כרך שני

דיני נזיקין 535	שער שביעי
דיני חיובים 617	שער שמיני
דיני קניין וקניין רוחני 731	שער תשיעי
משפט מסחרי 803	שער עשירי
דיני עבודה 847	שער אחד-עשר
פרשנות 875	שער שנים-עשר

מפתח העניינים 999

מפתח המקורות 1033

מפתח פסקי הדין 1061

מפתח שמוח השופטים 1071

התוכן לפרטיו

כרך שני

שער שביעי

דיני נזיקין

פרק ראשון: כללי

1. הסכמה לנזקי גוף והסכמה לנזקי ממון 541
2. שחיקה מצד הנפגע כמחילה על הנזק 545
3. קשר סיבתי: "תחילתו כפשיעה וסופו כאונס" 546
4. גרימת נזק בעקיפין 550
5. נזקי גרמא – חייב לצאת ידי שמים 552
6. חביעות ביק בני זוג 552
7. "אין שליח לדבר עברה" בדיני נזיקין 554
8. "יותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יחזק" ורשלנות מסייעת 555
9. שנים שהזיקן כאחר – כל אחר חייב בחצי הנזק 557
10. אחריות מוחלטת 558
11. עושה אדם דין לעצמו – "עביר איניש דינא לנפשיה" 558
12. תשלומי נזק ואברן כושר השחכרות 565
13. הפלייה לרעה של מסיג גבול שניזק 566
14. אחריות אדם לנזק הנגרם על ידי ממונו 567

פרק שני: עוולות

א. רשלנות 569

1. "ואהבת לרעך כמוך" כמקור לעולות הרשלנות 569
2. צפיית הנזק 570
3. מצג שוא ברשלנות 571
4. רשלנות כלפי מוזמנים וכלפי מסיגי גבול 581
5. אי-הקמת מעקה לגג 584
6. הנחת מכשול 589
7. אחריות רופא 590

התוכן לפרטיו – כרך שני

ב. עוולות שונות 591

1. הסגת גבול במקרקעין על ידי עקירת עצי פרי 591
2. לשון הרע 592
3. הולדת ולד בעל-מום 595
4. גרימת חבלה גופנית על ידי הורים ומורים 597
5. חבלה נפשית 597
6. עדות שקר 598
7. גרימת הוצאות מיוחדות כדין 603
8. תדמית 604
9. גולה 605
10. עושק 605
11. נזקי שבנים 605
12. גרימת נזק על ידי בעלי חיים 605

פרק שלישי: נטל ההוכחה

1. כהמה שנגחה אדם 606
2. חובת ההוכחה בנזקי שכנים 607

פרק רביעי: תרופות

1. עקרון הקטנת הנזק 608
2. הטבת נזק שנגרם עקב ביצוע פסק דין מוטעה 609
3. חובת השבת מה שנהנה על אף שפטור מנזק 609
4. חישוב הפיצויים: ערך ההאצה 610
5. פיצויים לפני משורת הדין 610
6. עקירת עצי פרי – תרופתה 614
7. השבת הוצאות מיוחדות 614
8. זכות עיכוב ועיקול למניעת נזק 615
9. תשלומי "בושת" 615

שער שמיני

דיני חיובים

פרק ראשון: "גמירת דעת"

1. "גמידת דעת" כיסוד להתקשרות החוזית 625
2. דרישות פורמאליות – אנאלוגיה ל"גט מקושר" 628
3. "מי שפרע" בסאנקציה על חזרה מהסכם שלא היה בו קניין 629

התוכן לפרטיו – כרך שני

4. אסמכתא 630
5. חוזה למראית עין 632
6. התחייבות – תוקפה והיקפה 633
7. טעות בדין כעילה לביטול מחנה 635

פרק שני: כוונת הצדדים ("דברים שבלב")

1. "דברים שבלב" ודיני הטעות במשפט האנגלי 636
2. הודעת התפטרות שמטחה "ללחץ" על מעביד 639

פרק שלישי: תום לב

1. מקור החיוב לתום לב והיקפו 640
2. תחרות בין מוכר עסקי מוניטין לבין הקונה 647

פרק רביעי: גנבת דעת, הונאה ואונאה

1. החובה להימנע מגנבת דעת ומהונאה 648

פרק חמישי: אילוץ – "אונס"

1. הגדרת "אונס" וחוצאותיו 650
2. מתי דרושה "מודעה" לביטול עסקה מחמת "אונס"? 650
3. אונס הבא מצד המתקשר הנפגע ("אונסא דנפשיה")
4. אינו פוגע בחוזה 662
4. הגדרת "מצוקה" 663

פרק שישי: חוזה אסור

1. תוקפו של חוזה אסור 664
2. סעיף פטור כחובה לעניין נזקי גוף 670
3. חזרה מהתחייבות מחמת אי־תוקפיות 671
4. מכירת דבר העתיד ליפול בירושה ו"תקנת הציבור" 671
5. פירוש המושג "תקנת הציבור" 672

פרק שביעי: סיכול

1. סיכול חוזה על־ידי כוח עליון 675

פרק שמיני: תרופות בשל הפרת חוזה

1. זכות החייב לוותר על פטילת סעיף הקנס 676

החוכן לפרטיו – כרך שני

2. סאנקציות כנגד מי שאינו עומד בדיבורו ("מי שפרע") 677
3. פיצויים לפנים משורת הדין 678
4. אכיפת "ביצוע בעין" במקרקעין 678

פרק תשיעי: פרשנות מסמכים

א. דרכי פרשנות 680

1. המנהג הלשון והמקום, כסיוע לאומדן כוונות הצדדים 680
2. המנהג 680
3. הכוונה המפורשת 681
4. "יד בעל השטר על התחתונה" 681
5. העדפת פרשנות מקיימה לעומת פרשנות מבטלת 683
6. "תפוס לשון אחרון" 683
7. "טעות סופר" 684
8. "לשון שרגילים לכתוב בשטרות, אפילו לא נכתב – כאילו נכתב" 684

ב. הנאי מכללא 685

1. סמכות בית-המשפט לשנות חחה למען הצדק 685
2. מתנה שניתנה עקב הבטחת נישואין 688

פרק עשירי: חוזים מיוחדים

1. נדוניה 690
2. קבלנות 691
3. תיווך (שרכנות) 693
4. מזונות 694
5. שבר טרחה של רופא 695

פרק אחד-עשר: שעבוד החייב – כלפי מי?

1. יריבות בין נושהו של בעל תוב לבין החייב שלו – "שעבודא דרבי נתן" 697

פרק שנים-עשר: ערבות

1. "אסמכתא" בערבות 699
2. "ערב קבלן" לעומת ערב רגיל 699
3. זכות הערב לטעון גם טענה נגד ביצוע החיוב 701

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שלושה-עשר: שליחות

1. השליחות פועלת לטובת השולח ולא לרעתו – "לתקוני שדרחיק ולא לעוותי" 703
2. השליח אינו יכול לפעול עבור עצמו (ניגוד אינטרסים) 705
3. אין שליחות ב"מידי דממלא" 708
4. יפוי כח בלי ציון מפורש של המורשה 709
5. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאוחיו למעבירו 710
6. פעולת השליח בנאמנות לשולחו 710
7. יפוי כח אינו מעניק לשליח זכויות שאין למשלח 711

פרק ארבעה-עשר: שומרים

1. הגדרת שומר (נפקד) בהשוואה למשפט האנגלי 713
2. סיווג השומרים 715
3. פשיעה בשומרים – התרשלות 715
4. גדלי חובת השמירה "כדרך השומרים" – לפי המנהג 718
5. הוצאות שומר אברה 719

פרק חמישה-עשר: "עשיית עושר ולא במשפט" –

"מתנדב"

1. דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו 721
2. "זה נהנה וזה לא חסר" 721
3. חובת השבת הזכייה אף שפטור מנזק 722
4. שיפוי "מתנדב" שהשביח נכסי אחר 727
5. "בוא אבול עמי" ו"דוד בחצרי" – האם מעלה לו שכר? 728

שער חשיעי

דיני קניין וקניין רוחני

פרק ראשון: דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

1. קניין "אגב" 737
2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה" 737
3. "קניין בשינוי": רכישה על ידי עיבוד 739
4. "אוריתא" – הודאת שקר של בעל דין כתחליף לקניין 741
5. "אין אדם מקנה דבר שאינו בדשותו" 744
6. "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" 748
7. מחנת קטין מבחין 750

יא

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שני: שכירות

1. אופיה של השכירות 751
2. שכירות משנה והתנאה בשכירות 756
3. זכויות שותף בשכירות משותפת 757
4. סיכול שכירות כתוצאה ממכת מדינה (כוח עליון) 758
5. אין לפנות דייר כשקשה להשיג דירה 760

פרק שלישי: זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות

הקניינית

1. מתי הקרקע כוללת את התהום שמתחתיה ואת הרקיע שמעליה? 762
2. האם "טובת הנאה" נחשבת ממון? 763
3. אין להפקיע מקרקעין בלי פיצוי 764
4. זכות הנגזל בשבח קרקע שהושכחה על-ידי גזלן 764
5. חוק הגנת הדייר והמשפט העברי 767

פרק רביעי: שעבודים

1. האבחה בין "שעבוד הגוף" ל"שעבוד נכסים" 768
2. אפוטיקי (שעבוד) על נכסים מיטלטלין 768
3. שעבוד נכסיו של בעל חוב 770
4. אין להיפרע מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין 771
5. בעל חוב גובה מן ה"כינונית" ולא מן ה"עידית" 772
6. משכון שאין בו כדי שוריו המלא של החוב 774
7. זכות החייב לפדות קרקע שנחלטה לנושה – "שומא הדר" 775

פרק חמישי: הברחת נכסים

1. העברת נכסים למראית עין, כדי להבריחם מכף-הזוג 778

פרק שישי: "תקנת השוק"

1. אימתי חייב הקונה חפצים גנובים להשיבם לבעלים? 783

פרק שביעי: מכירה על-ידי בית-המשפט

1. הגנה על הקונה רכושו של נעדר בתום-לב באמצעות בית-המשפט 786
2. ביטול מכירת קרקעות יחומים על-ידי בית-המשפט כשטעו בשווי 787

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שמיני: "גנבת דעת"

1. חובת המוכר להודיע לקונה על כל מום או תביעת זכות כממכר 788
2. גנבת דעת והונאה 789

פרק תשיעי: פטנטים

1. הגנה על פטנטים וזכויות יוצרים 792
2. קבלת תשלום גבוה עבור ריפוי ותרופות 792

פרק עשירי: אבדה ומציאה

1. רשותו של אדם קונה לו רק כשהאבדה בשליטתו ומשתמרת 793
2. הוצאות שומר אבדה 800
3. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותיו למעבידו 801
4. מציאת נכס גנוב 801

שער עשירי

משפט מסחרי

פרק ראשון: שותפות

1. חלוקת שותפות כשוה אם לא הותנה תנאי אחר 809
2. חלוקת "זכריות" במקרקעין משותפים 811
3. חלוקת שותפות – "גוד או אגוד" ו"עילוי דמים" 812
4. דרך לחלוקת נכסים בפירוק שותפות 814
5. זכויות שותף בשכירות 816
6. הוצאות שהוציא שכן בנכס משותף 816
7. זכות שותף לפעול בנכסי שותף שנעדר 816
8. זכות שותף לריפוי מכספי השותפות 818

פרק שני: שטרות

1. האוחז בשטר תובע כדין: חזקה – "שטרך כידי מאי בעי" 819
2. "יד בעל השטר על התחזונה" 820
3. עדים החתומים על השטר, חזקה שכידרו את כשרות המתחייב בשטר 821
4. פסילת שטר חוב או שטר מכר שנכתבו שלא כפני החייב או הלוקח 822

התוכן לפרטיו – כרך שני

5. שטר חדש כולע שטר ישן – אימתי? 823
6. החיוב שבשטר נגבה מנכסים משועבדים 825
7. טענת קיזוז כנגד שטר כטענת פרעון 825

פרק שלישי: ריבית

א. פסיקת ריבית 826

1. פסיקת ריבית על עיכוב כספים משעת הגשת התביעה, כדי לא לעבור על איסור גזל 826

ב. הסכם לריבית 830

1. הבטחת המלווה מפני ירידת ערך הכסף – האם היא ריבית? 830
2. האם דמי גוביינא נחשבים כריבית? 841
3. ריבית היא תוספת שכר מן הלווה למלווה, ולא על-ידי צד שלישי או לצד שלישי 841
4. הגדרת "ריבית" 842

פרק רביעי: פשיטת רגל

1. פרעון החובות חייב להיעשות באופן יחסי לכל הנושים 843
2. דעת הרוב קובעת בהסדר פשיטת רגל 844

פרק חמישי: הליכות המסחר

1. הסגת גבול 846

שער אחד-עשר

דיני עבודה

פרק ראשון: יחסי עובד ומעביד

1. יסוד הפיקוח או המרות קובע את מעמד העובד ("שכיר" או "קבלן") 851
2. בן העובד אצל אביו נחשב כשכיר 852

פרק שני: המנהג

1. מעמד המנהג בדיני עבודה 853

התוכן לפרטיו – כרך שני

פרק שלישי: חובות המעביד

1. חובת המעביד לדאוג לבטיחות עובדיו 854
2. אין לדרוש מעובד שיעבוד עבודה שאינה מחובתו כאשר העובד יתקשה לסרב לדרישה 856
3. עבודה שאין בה תועלת למעביד היא "עבודת פרך" 857
4. טובות הנאה לעובד, נוסף למשכורתו 858
5. איסור הלנת שכר 859
6. חובת המעביד לאפשר לפועל לחזור בו באמצע העבודה 860
7. חובת מעביד להימנע מפיטורי עובד בלי סיבה מיוחדת 860

פרק רביעי: חובות העובד

1. אין אפשרות למכור לאחר מקום עבודה או משרה 862
2. מציאותו של פועל בשעת עבודתו שייכות לו אלא אם כן נשכר ללקט מציאות 863

פרק חמישי: תשלום פיצויים

- א. פיצויי פיטורין 864
 1. חובת תשלום פיצויי פיטורין 864
 2. פיצויי פיטורין לבן העובד אצל אביו 866
 3. פיצויי פיטורין אינם שכר עבודה, אלא זכות אישית של העובד 868
- ב. פיצויים ליורשי עובד 872
 1. חובת המעביד לפצות את יורשי העובד שנהרג בעבודה 872
 2. מנהג שהמעביד מבטח את משפחת העובד לאחר פטירתו, ודמי הביטוח אינם נחשבים כירושה 873

שער שנים-עשר

פרשנות

פרק ראשון: כללי פרשנות

1. פרשנות של חיקוק על-פי המשתמע מן הלשון 887
2. פרשנות מונח, בחוק או במסמך, תיעשה על-פי לשון בני אדם באותו מקום ובאותו זמן 890
3. כאשר יש ספק בפירוש חיקוק או מסמך יש לפרשו על פי המנהג 892

התוכן לפרטיו – כרך שני

4. אין לפרש סייג בחוק בדרך מורחבת 894
5. פרשנות תקנה לפי הכוונה ולא לפי הלשון 895
6. כוונת המתחייב או הנותן לעומת לשונו המפורשת –
"דברים שכלב" 897
7. יש להתחשב בדברים שכלב בנסיבות מסוימות 899
8. כסתירה בין שתי לשונות הולכים אחר לשון
שרגילים לכתוב בשטרות 899
9. לשונות סותרות במסמך – איזו לשון עדיפה? 900
10. בפרשנות מסמך יש לנקוט בפרשנות מקיימת
ולא בפרשנות מבטלת 900
11. האם יש לקבוע טעות סופר מתוך המסמך או על-ידי
אמצעים חיצוניים? 903
12. הכלל "דבר הלמד מעניינו דבר הלמד מסופו" 905
13. פרטים שיצאו מן הכלל – לא ללמד על עצמם יצאו
אלא ללמד על הכלל כולו 906
14. מכלל "לאו" – האם אתה שומע "הן"? 906
15. כל מלה בעברית במסמך יש לייחס לה את
מובנה המסורתי הנכון 907

פרק שני: פירוש מונחים, ביטויים ומלים

1. אבק 910
2. אומר 912
3. ארוזה 913
4. אורח חיים רתי 914
5. אחר 916
6. אלימות 917
7. אספקה 920
8. אשראי 920
9. בין ובין 921
10. בנים 922
11. בניין 923
12. בר 924
13. בר עונשין 925
14. בשר חזיר 925
15. גוד 928
16. גידול 929
17. גמירת דעת 930
18. גרם 930

התוכן לפרטיו – כרך שני

- 19. דרך 931
- 20. היזק 932
- 21. הכרה דחית 933
- 22. הסמכה 933
- 23. הסחלקות 934
- 24. העביר 935
- 25. הפצה 935
- 26. החרשלות 936
- 27. 1 – (וו התיכור) 936
- 28. זונה 939
- 29. זנח 939
- 30. זקק 939
- 31. חבלה 940
- 32. חל 941
- 33. חלוקה 944
- 34. חנינה 944
- 35. חקלאי 945
- 36. חשד 946
- 37. טמטום 947
- 38. ידעה כשרים 948
- 39. יהודי 948
- 40. יעד 949
- 41. ישב 950
- 42. כאחד 950
- 43. כהונה 951
- 44. כולל 952
- 45. כישלון 954
- 46. מבלי משים 955
- 47. מוחזק 956
- 48. מורה הוראה 964
- 49. מושב 964
- 50. מידה 965
- 51. ממון 966
- 52. מסירה ליר 967
- 53. מעשה זנות 968
- 54. מצוקה 969
- 55. גדרש 969
- 56. נזק 970
- 57. נכסים משועבדים 971

החוכן לפרטיו – כרך שני

- .58 עברי 971
- .59 עובד בשכר ושכר בטלה 972
- .60 עושק 972
- .61 על מנת ש... 973
- .62 פדה 974
- .63 פדין 974
- .64 פיזור והפצה 975
- .65 פסול 975
- .66 פקע 975
- .67 קלון 978
- .68 ראוי 979
- .69 רדף 980
- .70 ריבית 981
- .71 רכב 982
- .72 רצון 983
- .73 רשות, רשות הרכים 984
- .74 רשות – סמכות 986
- .75 שבועה 987
- .76 שיווק ואספקה 987
- .77 שוק 988
- .78 שיטפון 991
- .79 שיפוי 992
- .80 תושב 993
- .81 תום לב 994
- .82 תלוי ב... 994

CONTENTS

Volume One

Foreward by the President of the Supreme Court	7
Preface	1
Contents in detail	87

Part One	Jewish Law in the State of Israel	1
Part Two	General Principles	79
Part Three	Social and Administrative Regulation	139
Part Four	Courts and Procedure	251
Part Five	Evidence	355
Part Six	Penal Law	439

Volume Two

Part Seven	Torts	535
Part Eight	Obligations	617
Part Nine	Property and Intellectual Property	731
Part Ten	Commercial Law	803
Part Eleven	Labor Law	847
Part Twelve	Interpretation	875

Subject Matter Index	999
Sources Index	1033
Judgments Index	1061
Names of Judges Index	1071

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

Foundation for the Advancement
of Jewish Law

©

The Library of Jewish Law
The Jewish Legal Heritage Society
P.O.Box 7483 Jerusalem 91074
1989

NAHUM RAKOVER

JEWISH LAW
IN THE
ISRAELI COURTS

Volume Two

THE LIBRARY OF JEWISH LAW

שער שביעי

דיני נזיקין

תוכן העניינים

פרק ראשון: כללי

- 541 1. הסכמה לנזקי גוף והסכמה לנזקי ממון
ע"א 335/59, ריחני נ' צדקי ואח' 541
ע"א 461/62, ציס, חברת השיט הישראלית בע"מ ואח'
נ' מויאר 542
ע"א 285/73, לגיל טרמפולין, ציוד ספורט ישראל בע"מ
נ' נחמיאס ואח' 542
ע"א 548/78, שרון ואח' נ' לוי 542
- 545 2. שתיקה מצד הנפגע כמחילה על הנזק
כג"צ 182/75, כטון מוכן "חריר" כע"מ נ' ראש עיריית
פתח-תקוה 545
- 546 3. קשר סיבתי: "תחילתו בפשיעה וסופו באונס"
ע"פ 47/56, מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה 546
- 550 4. גרימת נזק בעקיפין
ע"א 302/67, מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות' 550
- 552 5. נזקי גרמא – חייב לצאת ידי שמים
ע"א 842/79, נס ואח' נ' גולדה ואח' 552
- 552 6. תביעות בין בני זוג
ע"א 479/60, אפלשטיין ואח' נ' אהרוני 552
- 554 7. "אין שליח לדבר עברה" בדיני נזיקין
ת"א (ב"ש) 182/73, כלגה ואח' נ' עובון טפט ואח' 554
- 555 8. "יותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יחק"
ורשלנות מסייעת
ע"א 3/51, דן בע"מ ואח' נ' מנדלבוים 555
- 557 9. שנים שהזיקו כאחד – כל אחד חייב בחצי הנזק
ע"א 411/70, פינס נ' בן עמירה ואח' 557

שער שביעי: דיני גזיקין

- 558 10. אחריות מוחלטת
ע"פ 17/59, מאור מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה 558
- 558 11. עושה אדם דין לעצמו – "עכיר איניש דינא לנפשיה"
ע"א 2,773, סלע נ' מדינת ישראל 558
ע"א 756/80, רחנשטיין ואח' נ' סלומק 559
- 565 12. חשלומי נזק ואכדן כושר השתכרות
ע"א 237/80, ברששת נ' האשאש ואח' 565
- 566 13. הפלייה לרעה של מסיגי גבול שניזק
ע"א 360/59, היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ 566
- 567 14. אחריות אדם לנזק הנגרם על ידי ממנו
ע"א 564/66, 582/66, כורי נ' קסש ואח' 567

פרק שני: עוולות

- 569 א. דשלנות
- 569 1. "ואהבח לרעך כמוך" כמקור לעוולת הרשלנות
ע"פ 478/72, פנקס נ' מדינת ישראל 569
- 570 2. צפיית הנזק
ע"פ 47/56, מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה 570
- 571 3. מצג שוא ברשלנות
ע"א 86/76, "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל
בע"מ נ' אהרן 571
- 581 4. רשלנות כלפי מוזמנים וכלפי מסיגי גבול
ע"פ 35/52, רוטנשטרייך נ' היועץ המשפטי לממשלה 581
ע"א 360/59, היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ 584
- 584 5. אי-הקמת מעקה לגג
ע"א 673/66, כרקוביץ נ' זיונץ ואח' 584
- 589 6. הנחת מכשול
ע"א 196/68, ארבילי נ' ספן בע"מ 589
- 590 7. אחריות רופא
ע"א 552/66, לויטל נ' מרכז קופת חולים של ההסתדרות הכללית
של העובדים העברים בא"י 590

תוכן העניינים

- כ. עוולות שונות
- 591 1. הסגת גבול במקרקעין על ידי עקירת עצי פרי
ע"א 676/72, קפטה נ' לסקובסקי 591
- 592 2. לשון הרע
ע"א 30/72, פרידמן נ' סגל, עו"ד 592
ע"א 7/79, הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור ואח' 592
ת"א (ת"א) 113/56, כן-גוריון נ' אפלברם ואח' 594
- 595 3. הולדת ולד בעל-מום
ע"א 518/82, 540/82, זייצוב ואח' נ' כץ ואח' 595
- 597 4. גרימת תבלה גופנית על ידי הורים ומורים
ע"פ 7/53, ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה 597
- 597 5. חבלה נפשית
ע"א 328/76, הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים,
תשי"ז-1957 נ' אנגל 597
- 598 6. עדות שקר
ע"א 572/74, 573/74, 574/74, רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי
המאוחד בע"מ ואח' 598
- 603 7. גרימת הרצאות מיותרות בדיון
ע"א 180/71, לכיא נ' קצין התגמולים 603
- 604 8. תדמית
ע"א 572/74, 573/74, 574/74, רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי
המאוחד בע"מ ואח' 604
- 605 9. גזלה
ע"א 719/78, איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ 605
- 605 10. עושק
ע"א 719/78, איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ 605
- 605 11. נזקי שכנים
ע"א 302/67, מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות' 605
- 605 12. גרימת נזק על ידי בעלי חיים
ע"פ 2/73, סלע נ' מזינת ישראל 605

פרק שלישי: נטל ההוכחה

- 606 1. בהמה שנגחה אדם
ע"א 349/59, זלוצובר נ' ביעומי ואח' 606

שער שביעי: דיני נזיקין

- 607 .2. חובת ההוכחה בנוקי שכנים
ע"א 302/67, מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות' 607

פרק רביעי: תרופות

- 608 .1. עקרון הקטנת הנזק
ע"א 61/47, "קדר", תעשית כלי חרט בע"מ נ' מפעלים כימיים מזרחיים, "עדיף" בע"מ 608
- 609 .2. הטבת נזק שנגרם עקב ביצוע פסק דין מוטעה
ע"א 280/73, פלאימפורט נ' ציבה-גייגי לטרד ואח' 609
- 609 .3. חובת השבת מה שנהנה על אף שפטור מנזק
- 610 .4. חישוב הפיצויים: ערך ההאצה
ע"א 524/80, אבידן ואח' נ' הלפרין ואח' 610
- 610 .5. פיצויים לפני משורת הדין
ע"א 350/77, כיתן בע"מ נ' חיס ואח' 610
ע"א 842/79, נס ואח' נ' גלרה ואח' 613
- 614 .6. עקירת עצי פרי – תרופתה
ע"א 676/72, קפטה נ' לטקובסקי 614
- 614 .7. השבת הוצאות מיותרות
ע"א 180/71, לביא נ' קצין התגמולים 614
- 615 .8. זכות עיכוב ועיקול למניעת נזק
ע"פ 2/73, סלע נ' מדינת ישראל 615
- 615 .9. תשלומי "בושת"
ע"א 357/80, נעים ואח' נ' ברדה ואח' 615

פרק ראשון כללי

1. הסכמה לנזקי גוף והסכמה לנזקי ממון

ע"א 335/59
ריחני נ' צדקי ואח'
פ"ד טו 159, 164, 165

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, לנדוי, ח' כהן

חך זריקת אבנים הדרית בין שני נערים זרק המערער אבן על המשיב והיא פגעה בעינו וחבלה
בה קשות. בית-המשפט המחוזי חייב את המערער לשלם למשיב ארבעים אחוזים למאה מסכום
הנזק שהוא אמרו.

השופט ח' כהן: מן העניין לציין שלפי דין התורה מבחינים בין נזקי הגוף,
שלגביהם הסכמת הניזוק אינה מועילה, ובין נזקי ממון, שלגביהם הסכמת
הניזוק מועילה. בין כה וכה ההסכמה המורכבת בה אינה אלא הסכמה ברורה
ומפורשת. וזו לשון הרמב"ם: "ועור יש הפרש בין נזקי גופו לנזקי ממונו,
שהאומר לחברו, סמא את עיני, קטע את ירי – על-מנת שאתה פטור, הרי זה
חייב, שהרבר ירוע שאין ארם רצה בכך. אבל האומר לחברו, קרע את כסותי,
שכר את כרי – על-מנת שאתה פטור, הרי זה פטור" (הלכות חובל ומזיק, פרק
ה, הלכה י). הרא"ש חולק על הרמב"ם ופוסק שאם הנחבל יתור כמפורש על
דמי-הנזק, החובל פטור; והוא קורא את הלכת הרמב"ם כאילו אמר הנחבל,
קטע ידי או סמא עיני, ואז שאל אותו החובל, אתה אומר לי על-מנת שאפטר?
והשיב לו הנחבל, הן – "יש לנו לפרש רבוי דכתמיהה אמר הן, כלומר: והאיך
הייתי אומר לך רכר זה? ולכך חייב" (מוכא בטור, חושן משפט, סימן תכא,
סעיף יח)...

בנסיכוח שהוכחו לפני השופט המלומר, כאמור, נראה לי שהוא בא לידי
החלטה צודקת בייחסו למשיב ששים אחוז ולמערער ארבעים אחוז מן
האחריות לנזק שנגרם למשיב; ומכל-מקום לא הובא לפנינו דבר שהיה בו כדי
לשכנענו שהוא נתפס לכלל טעות כלשהי.

שער שביעי: דיני נזיקין

גם כאן מן הענין לציין את דין התורה: "שניים שחבלו זה בזה, אם חבל האחד בחברו יותר ממה שחבל בו הוא, משלם לו במוחר נזק שלם; ודוקא שהתחילו שניהם כאחד, או לאתר שחבל בחברו חזר גם הוא מיד וחבל בו; אבל אם התחיל האחד – השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבל בו כדי להציל עצמו; ומיהו צריך אומדן: אם היה יכול להציל עצמו כחבלה מועטה, וחבל בו הרבה – תייב" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף יג).

ע"א 461/62

צ"ס, חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר

פ"ד ת" 1319, 1333-1334

הובא בשער הראשון, המשפט העברי במדינת ישראל, עמ' 27.

ע"א 285/73

לגיל טרמפולין, ציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח'

פ"ד כט(1) 63, 80

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 670.

ע"א 548/78

שרון ואח' נ' לוי

פ"ד לה(1) 736, 754, 755, 757

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים אלון, ככור, בן-עזר

בית-המשפט המחוזי דחה בקשתה של המערערת 2 להצהיר על המשיב כאביה של בנה, המערערת 1. כן דחה את תביעת המזונות של המערערת 1 נגד המשיב. הערעור נסב על השאלה, אם צדק בית-המשפט דלמטה בדחיית התובענות – עקב התמיהות והסתירות, שמצא, לרבירו, בעדותה של המערערת 2 – וכן על השאלה, אם יש מקום לחייב את המשיב לעבור בדיקת סיווג רקמות לצורך ההכרעה בשאלת האבהות.

השופט אלון: 17. סמכות בית-המשפט להורות על עריכת בדיקות רפואיות שונות מתעוררת כמובן גם בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים. קשה להתחקות אחר דיון מיוחד בבציה זו במקורות ההלכה, פרט לאי אלה דיונים מעין הלכתיים (ראה, דרך משל, מעשה בעניין בדיקת דם – לא מתוחכמת ביותר – לצורך קביעת אבהות וזכות ירושה שציווה עליה רב סעדיה בן יוסף החכם,

כללי

שאינו יודעים את זהותו, מובא בספר החסידים לר' יהודה החסיד [המאה השנים-עשרה, אשכנז] (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ג) (רלב). השאלה נידונה כיום בפסיקת בתי-הדין הרבניים לעניין עריכת בדיקות רפואיות שונות של אחד מבני הזוג או של שניהם (ראה, דרך משל: ערעור תשל"ג/216, פסקי דין רבניים, כרך ט, עמ' 331). לעתים מתעוררת השאלה, כאשר בית-הדין נזקק לשאלת כשר בני הזוג להולדת ילדים, כגון כאשר לרעת הרופאים על הבעל להיבדק בבדיקת זרע. הנימוקים השונים המובאים בעד או נגד הוראה לעדיכת בדיקה זו אינם, בדרך כלל, הפגיעה שיש בכך בחופש הפרט, אלא בהקשר עם אפשרות קיום איסורים הלכתיים שונים הכרוכים כעדיכתה של בדיקה זו. הדעה המקובלת בבתי-הדין הרבניים היא להורות על עריכת בדיקה זו, כמובן כאשר אין בה חשש של פגיעה בכדיאות הנבדק. וכך מסיק הרב א' וולדינברג, אב בית-הדין הרבני בירושלים, לאחר דיון מפורט בתשובה בנושא (שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, עמ' קפט-קצ):

לאוד כל האמוד נראה דאין מקום להשתמטות הבעל מכדיקה זאת כאשר מורים ב"ד על כך, ועל אחת כמה שכסידוכו בא לחוב לאשה (וראה עוד: הרב שלמה יוסף זיין, לאור ההלכה, תשכ"ד, עמ' קצה; ד"ר ד' פרימר, "קביעת אבהות על ידי בדיקת דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי" שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח) 219, 239).

לפי המשפט העברי הסמכות של בית-הדין להורות על בדיקה זו, יסודה בסמכויות הטבועות בבית-המשפט להורות ולצוות על כל מה שנראה בעיניו דרוש לצורך כירור הוגן וצורך של הבעיה הנידונה לפניו. היא היא ה-ancillary jurisdiction, שמצאנו בדבריו האמורים של Lord Mac Dermott...

ברור, ואין הרבר צריך לפנים, כי כדיקת דם לא תיערך על כודחו של הנבדק, ואין בית-המשפט מוסמך לצוות על כפיית בדיקה זו ללא הוראת חוק ברורה ומפורשת של הכנסת. הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכות האדם לחירותו האישית (בג"צ 355/79, 370, 373, 391). ככג"צ 355/79, 370, 373, 391 הנ"ל, בו מדובר בעשיית חוקן באסירים שלא בהסכמתם כדי לגלות סמים שבלעו, פגיעה זו בגוף אמנם חמורה היא מזו שבבדיקת דם, שהרי מלווה היא במעשה, שיש בו משום השפלה ופגיעה בכבוד האדם, אך גם בדיקת דם, אף שאין עמה משום מעשה ביזיון כל שהוא, פגיעה יש בה בגופו ובחירותו של האדם, וזכות יסוד היא לו, שלא ייעשה כן על כורתו ושלא בהסכמתו. כך נפסק, שאין ליטול דוגמת דם של חשוד במעשה עבירה אלא מרצונו החופשי (ע"פ 184/62, בעמ' 211). וכן החליטה חברתי הנכבדה בבקשה בדרך המרצה, כמובא לעיל, כי אין לאלץ את המערער לעריכת הבדיקה. מאלפת היא זכות יסוד זו, כפי שמצאה את ביטויה במשפט העברי. "המכה את חבירו הכאה שאין בה שוה פרוטה (=היינו שלא גרמה לו נזק)" עובר הוא על לא תעשה (סנהדרין פה ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה ג); ואף אם המוכה מסכים

שער שביעי: דיני נזיקין

לכך, אין כל תוקף משפטי להסכמה זו (בבא קמא, צב ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן חכ, סעיף א ואילך). ומשום מה מותר לו לאדם להקיז דם לחבירו, אף אם יש צורך בכך לשם דפואחו? לדעת האמורא רב מתנא (סנהדרין פד ע"ב) דשות זו אין יסודה בהסכמתו של החולה – מפורשת או מכללא – לפגיעה זו, שהדי ההסכמה, כאמור, אינה מועילה; אלא ההיתר נלמד מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח), שממנו ניתן להסיק, כדברי דש"י: "שלא הוזהרו ישראל מלעשות לחבריהם אלא דבר שאינו חפץ לעשות לעצמו" (רש"י, סנהדרין פד ע"ב, ד"ה ואהבת לרעך כמוך), וכן כתבי רמב"ן (מהדורח שעורעל, מוסר הרב קוק, חשכ"ד), כך ב, תורת האדם, ענין הסכנה, עמ' מב ואילך. וראה: מ' אלון, "ההלכה והרפואה החדשה" מולד (סידרה חדשה) ד (כז) (תשל"א) 228, 232.

... אמנם כן, זכות יסוד היא עם הנטען לאכחות, שלא תיערך בדיקת סיווג דקמות – על אף שבדיקה דגילה היא ככל בדיקת דם אחרת מסוגה ואין בה חשש סכנה כלשהי לבדיאותו – שלא בהסכמתו, ושלא ייפגע גופו שלא לרצונו, אף כחודה של מחט הבדיקה. אך קיימת גם קיימת זכות יסוד של כל אדם באשר הוא, שידע מי הוא אביו מולידו, שלא יהא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו (משנה קידושין ד, ב) ואשר אמו משתיקתו כשהוא שואל על אביו (ובגמרא קידושין ע ע"א). כאשר שתי זכויות יסוד אלה מתנגשות זו בזו סוכדים אנו – כל עוד לא נאמד אחדת בחקיקה של הכנסת – כי עדיפה זכותו האמורה של האב הנטען על זכותה האמורה של הקטינה. אך משלא באים אנו לפגוע בזכותו של האב הנטען, שלא ייפגע גופו, ואין אנו כופים עליו להיבדק ואף לא מחייבים אותו, אין להעלות על הדעת, כי לא נסיק את המסקנה ההגיונית המתחייבת מכבישת הדאיה המכרעת המסורה בידו – ובירדו בלבד – להוכיח במידה הקרובה לוודאי אם הוא אביה של הקטינה אם לאו. הסקת מסקנה מסירובו להיבדק בדיקת דם מחויבת ההיגיון והמצויאות היא ומקובלת היא, כאמור, בדוב המערכות המשפטיות, ואנו, כבית-דין, שהוא אביהם של קטינים, מצווים אנו על כך כדי לקיים בידו של הקטין זכותו היסודית לדעת מיהו אביו מולידו, ומיהו – בנוסף על אמו – הודו מפדנסו.

כללי

2. שתיקה מצד הנפגע כמחילה על הנזק

בג"צ 182/75

בטון מוכן "תדיר" בע"מ נ' ראש עיריית פתח-תקוה

פ"ד ל(1) 311, 312, 314

בכיתחמשפט העליון בשבתו ככיתחמשפט גבוה לצדק
לפני השופטים ברנוז, ויחקון, קיסטר

השופט קיסטר: ביום 6 במאי 1975 הוצא על-ידי בית-משפט זה צרעל-תנאי המכוון אל המשיב והרוש ממנו ליתן טעם, מרוע לא יעניק לעותרת רשיון לפי חוק רישוד עסקים, תשכ"ח-1968, לניהול עסק של הכנת בטון באזור התעשייה קריית אריה בפתח-תקוה, או לחלופין – מרוע לא יוריע בכתב לעותרת, חוך 15 יום מתאריך מתן הצו, מה רוש המשיב מהעותרת לעשות כדי שיעניק לה את הרשיון לפי חוק רישוד עסקים, תשכ"ח-1968.

... ערים אנו לכך כי מרובר כאן בחירוש רשיון ויש והרשות חירוש להאריך רשיון אפילו לא היתה מובנה לחת את הרשיון מלכתחילה. אך רבר זה אפשר לררשו רק כשאין נזק ועל-כל-פנים אין נזק ניכר מקיום המפעל, אבל לא במקרה כמו דנא כאשר המפעל מהווה מטרר או מפגע המזיק לבריאות האנשים בסביבה על-ידי האבק שנגרם מקיום המפעל. אין לי אפילו צורך לעמוד על מפגעים ומטררים אחרים הנגרמים על-ידי מפעלה של העותרת, ובמקרה של נזק כזה לא תעמוד לעותרת שום זכות בשל רשיונות קודמים. כבר בימי התלמוד עמדו על כך שבמקרה של מטרר שנגרם על-ידי אבק לא חועיל לבעל מפעל הטענה כלפי שכנו כי הלה ראה ושתק ועל-ידי כך מתל על נזקו. ודין זה נובע מן האמור בבבא בתרא כג ע"א, וכך גם נקבע להלכה ברמב"ם, הלכות שכנים, פרק יא, הלכה ר:

בל ההרחקות האמורות בפרקים של מעלה אם לא הרחיק וראה חברו ושתק הרי זה מתל... והוא שיראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק... כמה רברים אמורים כשהחזיק בשאר נזקין חוך מארבע מיני נזקין אלו האמורים בפרק זה שהן העשן וריח בית-הכסא והאבק וכיוצא בו ונירנוד הקרקע שכל אחר מאלו אין לו חזקה... ואפילו שתק הניזק כמה שנים הרי זה תווד וכופה להרחיק... ולמה שינו נזקים אלה משאר נזקין לפי שאין רעחו של אדם סובלת נזק מאלו וחזקתו שאינו מתל שהיזקו היזק קבוע. וייאמר בי אין ארבעת הסוגים של המטררים הנ"ל מהווים רשימה סגורה וישנן רוגמאות נוספות לכך ברמב"ם, וגם בשולחן ערוך, חושן המשפט, סימן קנה, סעיף לו ואילך, נקבעה אותה הלכה.

כללי

המאורעות, היה כאן קשר סיבתי ישיר בין מעשהו הרשלני של המערער ומותו של הילד, והרשיעה אותו בעבירה על הסעיף הנ"ל. השופטת המלומדת הקישה את המקרה דנן למקרה פולימיס, (3 K.B. 560 (1921) Re Polemis), והסיקה ממנו, כי ה-foreseeability של התוצאה הקונקרטית אינה תנאי קודם לחיוב בדיון על-פי סעיף 218. על האבחנה בין תביעת הנזיקין של משפט פולימיס, לבין התביעה הפלילית של המשפט הנוכחי, התגברה השופטת המלומדת בהצביעה על פסק-הדין של בית-המשפט זה בע"פ 35/52, משפט רוטנשטרייך, בו השווה בית-המשפט את דרגת האחריות הפלילית מכוח סעיף 218, לדרגת האחריות האזרחית הנוהגת בתביעת נזיקין. וכלפי פסק-דין זה מופנה הערעור שלפנינו.

... אך השאלה חוזרת וניעורה במקרה ביניים שאינו לא דא ולא הא – כאשר הצפיות חסרה. לא לגבי עצם עלילותו של הנזק, ולא לגבי היקפו, אלא "לגבי סוגו של הנזק", ביתר דיוק: לגבי הדרך המופלאה בה פעל, במקרה קונקרטי זה, התהליך המזיק. ומן הצורך להוסיף: ואין שקילות (adequacy) בין שתי הדרכים – האקטואלית והפוטנציאלית; למשל: במקום הגניבה "המצופה", בא שטפון! חוג מקרים זה חופף, למעשה, את מה שחכמי התלמוד מכנים בהגדרה קולעת להפליא: "תחילתו בפשיעה וסופו באונס", עם התכונה הנוספת כי שניהם מצויים תוך "שרשרת סיבתית" אחת, זאת אומרת: שאלמלא הפשיעה לא היה קורה האונס. כמו, למשל, במקרה הירדע של "צריפא דאורבני", שהוא ה"שכנגדו" התלמודי, ל"ענין פולימיס", האנגלי אלא שקדם לו, בסך הכל ב-1600 שנה. כדאי להתבונן למקרה זה, כי הוא מכיל, בתרבות נקיה, את כל יסודי הרעיון. וכך נאמר שם:

ההוא גברא דאפקיד זווי גבי חבריה. אותבינהו בצריפא דאורבני. איגנוב. אמר רב יוסף: אף על גב דלענין גנבי נטירותא היא, לענין נורא פשיעותא היא, הוה: תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב. (בבא מציעא מב ע"א). מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חברו, והניחם במחיצה של קנים, והיו טמונים בעובי המחיצה, ונגנבו משם, ואמרו חכמים: אף-על-פי שזו שמירה מעולה לענין גניבה, אינה שמירה כראוי לענין האש... וכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב (רמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, פרק ד, הלכה ו').

כאן היה קשר סיבתי בין הפשיעה והאונס, והאונס "בא מחמת הפשיעה", כפי שאומרים המפרשים, שהרי אלמלא הונחו הכספים שם – לא היה נגנבים; כי הגנבים, כפי הנראה, לא ביקרו במקומות אחרים. לעומת זה שונה הדין במקרה הבא, השונה הימנו:

פשע בה – כלומר: פשע השומר בבהמה שהופקדה אצלו, כגון שלא נעל בפניה כראוי (דש"י שם) – ויצאה לאגם ומתה כדרכה (ויצאה הבהמה לדעות כאפר, ומתה מיתה טבעית) ... רבא משמיה דרבא אמר: פטור ... לא מיבעיא (אין צריך לומר) למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דפטור, אלא אפילו למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב – הכא

שער שביעי: דיני נזיקין

פטור; מאי טעמא? דאמרינן: מלאך המות מה לי הכא מה לי התם (בבא מציעא לו, ע"ב).

כאן אין קשר סיבתי בין הפשיעה והאונס, כי "מלאך המות" אינו מבחין בין "פה" ל"שם", והיה נוטל את נשמתה גם ברפת – לכן פטור השומר, אף-על-פי שהתרושל בשמירת הפרה.

הרי לפנינו ב"קליפת אגוז" שני צדדיו של עקרון פולימיס, כפי שיבואר להלן, חוץ שינוי אחד חשוב, אשר מן הראוי להקדים ולהדגישו כבר מעכשיו: בהלכת פולימיס, המדובר הוא – אם גם ואם רק – בחובה שמקורה הוא בדיני נזיקין (torts); בהלכת ה"צריפא דאורבני" המדובר הוא בחובה חוזית, ובחובה חוזית מיוחדת שמקורה הוא בהלכות השומרין. ועוד נבדוק את האבחנה הזאת בהמשך דברינו.

... זו היא איפוא, הלכת פולימיס, אשר הוכרו עליה, לפני 35 שנים באנגליה, על-ידי ביחיהמשפט לערעורים. ניסו למצוא לה כיטוי קצר, ואחד המטבעות שטבעו חכמים להלכה זו היא אמרתו הידועה של השופט האמריקאי הגרול הולמס:

נעשחה שם עוולה (tort) – נוטל עושה העוולה על עצמו אח סיכון החוצאות.

(Oliver Wendell Holmes, Holmes-Pollock Letters, Vol. 2, p. 88, cited by Lord Wright in "Re Polemis", (1951), 14 Modern Law Review 393).

אך אם אינני טועה, הותקפה נכונותה של האמרה על-ידי אחד הסופרים; יש בה, בכל הכבוד הרב, משהו מן המעגל השוטה (circulus vitiosus בלע"ז): שהרי כל עוד לא קבעת את האחריות לתוצאות, עדיין לא זהית את עושה העוולה. לי נראה, כי אם באמת חייבים אנו כאן, כסגולה לשכחה, לחפש ולמצוא נוסחה קצרה, הרי הקולעת ביותר תהיה הנוסחה התלמודית: תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב, ובלבד שיהא האונס בא מחמת הפשיעה.

אלא שעקב העברת המלה "פשיעה" מדיני שמירה לדיני נזיקין, יחול שינוי קל במובנו, ובמקום "הפרת חובת שמירה" יכוא "הפרת חובת זהירות". בנתון להבדלים הנובעים מחוץ שוני זה, תהא הלכת פולימיס, זהה עם הלכת ה"צריפא דאורבני", בצירוף הרעיון המשלים שהובע באמרה הציורית: "מלאך המות, מה לי הכא מה לי התם!"

... בנסוחנו, איפוא, לתרגם את המציאות הזאת ללשון הקטיגוריות של הלכת פולימיס, כפי שהוגדרו על-ידינו לעיל, עלינו יהיה לקבוע כי אמנם נחקיימו כאן כל תנאי ההלכה: (א) תחילתו בפשיעה – והיא נהיגתו ופגיעתו הרשלנית של המערער, אשר עלולה היתה, לדעת כל בר דעת, לדרוס ולהרוג את הילד; (ב) וסופו באונס – הוא מות הילד ממחלת הטטנוס, דבר שאפילו הרופאים המומחים לא יכלו לחזותו מראש; (ג) והאונס בא

כללי

מחמת הפשיעה – כי אלמלא הפגיעה בזרוע לא היה נמק, ולא הייתה חדירת חידקי טטנוס, והילד לא היה מת.

המקרה דנן הולם, איפוא, בריוק נמרץ, את כל תנאיה של הלכת פולימיס. ... אולי מן הדין היה להשתמש כאן, *mutatis mutandis*, בפסק-דין שניתן על-ידי שופט אנגלי כבר בשנת 1881, פסק-דין המחיל, כאילו, את הלכת פולימיס, העתידה לבוא, על חובתו המיוחדת של השומד כלפי הבעלים. המדובר היה שם בסחורות אשר הנפקד (שומר הפקדון) העביד אותם למקום-שמידה אחר, ונשרפו שם שלא באשמתו; והשופט אמר:

סבור אני, כי התובע זכאי לקבלת פסק-דין... בידי הנחבע הופקדו סחודות למטרה מסויימת, וכדי לשמך במקום מסויים, הוא לקח אותן למקום אחר, וחייב הוא ליתן את הדין בעד כל מה שהתרחש שם. רואה אני דק "חוק" אחד ויחיד (only exception) להלכה כללית זו: כאשר השמדת הסחודות היא בלתי נמנעת במידה שווה, בין אם הן כאן בין אם הן שם.

(Grove J. in *Lilley v. Doubleday* (1880-81) 7 Q.B.D. 510, 511)
... נקבעה כאן הלכה הדומה דמיון רב, כמעט מפתיע, להלכה התלמודית הנ"ל. לפנינו הלכת שמירה, ברוח העקרון של "צריפא דאורבני", כרוכה יחד עם ה"חוק" של "מלאך המות מה לי הכא מה לי החם" (מחוך הנחה, כי עצם ההעברה ממקום למקום "פשיעה" היא). והן זו היא, כפי שדאינו לעיל, ההלכה התלמודית השקולה כנגד הלכת פולימיס. כאן הקשר והגשר בין שני העניינים ולמען האמת והדיק, כדי למנוע טעויות ואי-הבנה לגבי השוואה זו, ברצוני להוסיף ולומר, כי אם אמנם עיקר תחולתה של ההלכה "תחילתו בפשיעה וסופו באונס – חייב" הוא בענייני שמירת פקדון (השווה: בבא מציעא לו ע"ב; שם מב ע"א; שם צג ע"ב; דמב"ם, הלכות שאילה ופיקדון, פרק ד, הלכה ו; הלכות שכירות, פרק ג, הלכות ט"י; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף ט), הרי בפדפריה שלה היא חודרת במקצת לשטח דיני נזיקין, נזקי ממון. כלומר: ממון שהזיק (בבא קמא כא ע"ב; שם נו ע"א; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ב, הלכה טו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שצ סעיף יב; שם סימן שצו, סעיף א). והטעם לכך: כי גם אלה "דיני שמירה" הם; שכן, לפי האמוד במקורות המשפט העברי, האחריות לנזקי ממון שהזיק היא מפני ש"שמירתו עליך" (בבא קמא, סוגיא ראשונה משנה וגמרא; משנה בבא קמא, ט ע"ב: "כל שחבתי בשמירתו – הכשרתי את נזקו"). אפשר, איפוא, להעמיד את ההלכה על בסיס רעיוני אחיד ולומר: "הלכת פולימיס, התלמודית – היינו; ההלכה כי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב – אינה לא מצומצמת לחוזים ולא מצומצמת לנזיקין; היא נתייחדה לעניינים שיש בהם משום חובת שמירת ממון (דכו"ש), בין אם הוא ממון זר והחובה היא לשמור עליו שלא יזיק, בין אם הוא ממון של עצמו והחובה היא לשמור עליו שלא יזיק.

שער שביעי: דיני נזיקין

4. גרימת נזק בעקיפין

ע"א 302/67

מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות'

פ"ד כב(1) 211, 218-220

כביח-משפט העליון בשבתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, ויחקון, ח' כהן

כביח-משפט המחוזי חייב את המערערים בפיצוי הנזק שנגרם לעצי המשיב, על-ידי מים שירדו ממטעי המערערים הציפו את מטעו של המשיב.

השופט ח' כהן: חכמי המשפט העברי ראו להטיל חובה על אדם להרחיק נזק מחברו, אם משום ולפני עיוור לא תתן מכשול (ויקרא יט, יד), אם משום ואהבת לרעך כמוך (ויקרא יט, יח), ואם משום דרכי נועם (משלי ג, יז). לא מצאחי דין מפורש לענין הצפת שדה במים שזרמו משדה שכנו; אבל מותר להקיש הן מדין השכנים, שאחד יושב בעליה והשני יושב בכית שמחחחיו, והמים מן העליה זורמים למטה אל הבית וגורמים שם נזק; והן מדין בעלי שדות הגובלות זו בזו, ואחד נוטע נטיעות בשדהו המזיקות למטעי שכנו. ההלכה סוכמה מפי הרמב"ם ב"ב הלשון:

מי שבא לעשות משרה של פשתן בצד ירק של חברו, שהרי מי המשרה נבלעין בארץ והולכין ומפסידין את הירק; או שנטע כרישין קרוב מן הבצלים של חברו שהן מפיגין טעמן; או שנטע חרדל בצד כוורת דבורים, שהרי הדבורים אוכלין העלין ומפסידין את הדבש – וכל אלו וכיוצא בהן, אינו צריך להרחיק בכדי שלא יזיק, ועל הגיזק להרחיק את עצמו אם ירצה עד שלא יגיע לו הנזק; שזה בתוך שלו הוא עושה, והנזק בא לחברו מאליו. במה דברים אמורים שאינו מרחיק, כשהיה הנזק בא מאליו, אחר שיפסקו מעשיו של מזיק. אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו, מזיקין את חברו בשעת עשייתו, הרי זה כמי שמזיק בידו. הא למה זה דומה, למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חברו ואומר, ברשותי אני עושה – שמונעין אותו... בעל העליה שהיה שופך מים, והן יורדין על תדר למטה: אם היחה שם מעזיכה (פירושה מלט או טיט שעל רצפת העליה) שהמים כלים בה בעת שפיכה, ואחר שיפסקו עליון מלשפוך יחבלעו המים וירדו וינטפו על התחתון – צריך התחתון לתקן ולהרחיק עצמו מן הנזק; ואם אין שם מעזיכה, אלא כשישפוך ירדו המים מיד, הרי זה כמו מזיק בחציו, והעליון מתקן או יימנע מלשפוך, וכן כל כיוצא בזה (רמב"ם, הלכות שכנים, פרק י, הלכות ה-ו).

ביסודה של הלכה זו מונחת ההבחנה בין "גורם" הנזק בעקיפין, שרק עשה

מעשה שבעקבותיו "נגרם" נזק לאחר מכן, לבין המזיק במישרין, הוא המזיק "בידיים", בגופו או בכוחו ממש, שהנזק ממעשהו הוא מיד. דין המשפט העברי הוא שהגורם נזק בעקיפין, כאמור, הוא בדרך כלל פטור, ואילו המזיק במישרין הוא תמיד חייב. ואולם ההלכה המיוחדת הנדונה כאן התפתחה מעבר להבחנה זו.

והנה ראינו שהמזיק בידיים ממש, הרי הוא השופך על שכנו את מימיו – בין שהוא עושה כן בזדון, ובין שהוא עושה כן בדיעה שהמים נשפכים לתוך ביתו של השכן ("שאיין שם מעזיבה"). ואולם מי שמחזיק בעליה, והוא משתמש בה בדרך הרגילה והמקובלת כמקום מגורים, ואת המים שהוא שופך אינו שופך אלא בדרך הרגילה והמקובלת ובמקום ובצורה המיועדים לכך ("מעזיבה") – ובכל זאת מגיעים המים ומנטפים לתוך ביתו של שכנו, הרי אינו חב בנוזק, והשכן חייב בעצמו "להרחיק את הנוזק", כלומר לאחוז באמצעים הדרושים למניעתו. הוא הדין במי שעושה בתוך שדהו שלו בדרך הרגילה והמקובלת; אף אם הנטיעות שנטע מביאות נזק לשדה שכנו, אין הוא חייב, שהרי נטע בתוך שלו, ושדהו לנטיעות נוצרה (כמאמר רבי יוסי: זה חופר בחוף שלו וזה נוטע בתוך שלו – בבא מציעא ק"ז ע"א; בבא בתרא כ"ב ע"ב; שם כ"ה ע"ב). הדברים אמורים בשימוש רגיל ומקובל, ואינם אמורים בשימוש "חורג". כשראובן חפר בחצרו בור "שמי גשמים מקלחין בחוכה, וכשרבו המים בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים", פסק הרא"ש שראובן חייב לסלק את הנוזק (תשובת הרא"ש, כלל קח, סימן י'). חפירת הבור בחצרו של ראובן, כמוחה כבניית בריכת המים בענין Rylands v. Fletcher, היא בבחינת שימוש "חורג" – ועל-כן חבים אוגרי המים במיתקנים מלאכותיים למנוע נזקי המים משכניהם, ומה גם שהנזקים באו גם פה וגם שם בעקבות בנייה מרושלת של המיתקנים.

ולבסוף אזכיר עוד את ההבחנה שמבחין המשפט העברי, לענין חובת הראייה, בין "נזק שיש לו חזקה" לבין "נזק שאין לו חזקה". שני שבנים שאדמותיהם גובלות זו בזו, ובעל האדמה התחחונה סובל נזק מזדימת המים מן האדמה העליונה – הרי נסיבה טופוגרפית היא שלא נוצרה בין לילה, והנזק קיים – אם לא בפועל, כי אז בכוח – לא מתמול שלשום: זהו נזק שיש לו, או שעשויה להיות לו, חזקה – שהרי בעל האדמה התחחונה יודע אדמתו ומכיר את המצב הטופוגרפי על בוריו, ומסתמא כבר קרה לא פעם בעבר שמי גשמים או מים אחרים זרמו ונשפכו עליה מן האדמה העליונה. הדין הוא שעל הניזק – הוא התובע – הראייה שאין לו למזיק "חזקה" – מעין רשות מכללא או הסכמה מכללא מצד הניזק, אשר מונעת בעדו מלתבוע נזקו. רק בנזק שאין עמו חזקה, כמו נזק פתאומי וחד-פעמי, או נזק שאין אדם מן הישוב משלים עמו ("ארבע מיני נזיקין, שהן העשן, וריח בית-הכסא, והאבק וכיוצא בו, ונדנדו הקרקע") – הראייה על המזיק הטוען שהניזק הסכים או הרשה שיעשה את אשר עשה (רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יא, הלכות ד–ז).

שער שביעי: דיני נזיקין

5. נזקי גרמא – חייב לצאת ידי שמים

ע"א 842/79

נס ואח' נ' גולדה ואח'

פ"ד לו(1) 204, 220–221

הובא בשער זה, עמ' 613.

6. תביעות בין בני זוג

ע"א 479/60

אפלשטיין ואח' נ' אהרוני

פ"ד טו 682, 688, 699–700

כבידת-המשפט העליון בשכתו כבידת-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, ויחקון, כהן

אירעה התנגשות בין שתי מכוניות הנהוגות בידי בעליהן, ואשתו של האחד, שישבה ליד בעלה, נפגעה. היא חבעה פיצויי נזיקים מבעל המכונית האחרת ומחברת הביטוח שלו, ואלה שלחו הורעת צד שלישי לבעלה של התובעת, לפיה הוא נדרש להשתתף בפיצויים. התובעת ובעלה הגישו בקשה "למחוק ו/או לדחות" את בקשת הנחבצים למתן הוראות לשם בירור תביעתם, ובקשתם נתקבלה. הליכי צד שלישי נסתיימו איפוא ללא ויין כתביעת הנחבצים נגד הבעל, ועל כך הם עירערו.

השופט זוסמן: בראשית היה המשפט המקובל, ועל-פיו אין מעשהו של בן-זוג כלפי בן-זוגו עולה לכדי עילת נזיקין: *Phillipps v. Barnet*; (1876). על הכלל הזה כבר אמר חברי השופט לנדוי בע"א 257/57, פר"י, כרך יב, עמ' 565, 577, כי "היו נוהגים... לתרץ את העוול שנעשה לאשה... על-ידי שימוש לרעה ברעיון התנ"כי שבעל ואשתו הם 'בשר אחד'", כאילו מפאת אחידותם לא תיחכן כלל פגיעת הבעל באשתו, והוא הוסיף ואמר (שם, בעמ' 577), כי יש בהלך מתשבה זו משום צביעות.

השופט ח' כהן: אני מסכים.

לא זו בלבד "שרעיון האחידות בין בעל ואשה, על-אף שמקורו בתנ"ך, מעולם לא היה חלק מהמשפט המקומי" – כלשונו חברי הנכבד, השופט זוסמן – אלא הוא מעולם גם לא היה חלק של המשפט העברי. זאת היא דוגמא אחת

מני אחרות לפרשנות המקרא מפי שופטים נוצריים כאנגליה אשר אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות אותו המקרא לפי המסורת העברית; ולגבי דירנו לא היה זה אלא תוסף טעם אילו אימצנו לעצמנו הלכה למעשה את הפרשנות הנוצרית היא וזנחנו את הפרשנות העברית המסורתית.

אלא ניתנת אמת להיאמר שהדיבור "והיו לבשר אחד" (בראשית ב, כד) זכה אצלנו לפירושים רבים ושונים. רש"י מפרש (על פי הגמרא בסנהדרין, נח ע"א) כי "הוולד נוצר עלידי שניהם, ושם (כלומר, כוולד) נעשה בשום אחד". בעיני אבן עזרא הפירוש הזה "רחוק" הוא; לדירוש לקרוא "והיו לבשר אחד" כאילו נאמר, "כאילו היו" בשר אחד, או "שירמו כאשר היו" בשר אחד – אבל עד כדי יצירת "אחידות" משפטית בין בני-הזוג אף אבן עזרא לא הגיע. גם הרמב"ן אינו מקבל את פירושו של רש"י, וכדרכו מפרש הוא את הכתוב כפשוטו, לאמר: "באדם הושם טבעו ... להיות הזכרים מהם דבקים בנשותיהם"; וכפי שאנו אומרים על אחינו "בשרנו הוא", כך יאמר איש על אשתו, בשרו היא, והרי "יראה שאשתו קרובה לו מהם", כלומר מכל קרובי משפחתו. ור' עובדיה ספורנו רואה בדיבור "והיה לבשר אחד" מעין צו מוסרי, "שיתכוון האדם בכל הפעולות להשיג השלמות המכוון ביצירת האדם". במדרש מצינו פירוש אשר לפיו הדיבור בא לאו דוקא להביע צו מוסרי, אלא יוחד מעין הנחיה פיסיוולוגית: "והיך עבדא (רש"י: איך יבוא עליה בהיתר)? ודבק באשתו והיו לבשר אחד – למקום ששניהם עושים בשר אחד" (בראשית רבה יח, ה). לרינא נפסק שיש בדיבור "והיו לבשר אחד" משום איסור משכב בהמה אפילו לבני נח: "והיו לבשר אחד – להוציא בהמה חיה ועוף שאין הוא והם בשר אחד" (כלשון הרמב"ם, הלכות מלכים ומלחמותיהם, פרק ט, הלכה ה). אשר לאחריהם של בני-הזוג לנזק שגרמו זה לזה, נודעת לדין התורה המטיל אחריות עליהם חשיבות מיוחדת, באשר הכלל הוא, כירוע, שנכסי האשה נמצאים בידי בעלה והוא אוכל פירותיהם; ואילו את הפיצויים בשל נזקים שהזיק הבעל את אשתו, ראו להוציא מכלל זה, "שלא יהא חוטא נשכר ליקח חלק ממה שחבל בה" (כלשון חלקת מחוקק, על אבן העזר, סימן פג, סעיף קטן ו). ההלכה נפסקה מפי הרמב"ם בזו הלשון:

... הבעל שחבל באשתו חייב לשלם לה מיד כל הנזק וכל הבושח והצער, והכל שלה – אין לבעל בהן פירות; ואם רצתה ליתן הדמים לאחר – נוחנת. וכזה הורו הגאונים. והבעל מרפא אותה כדרך שמרפא כל חולייה. והמזיק אשתו בתשמיש המטה, חייב בנזקיה.

האשה שחבלה בבעלה, אם היתה חוספת בכחובתה, מחייבין אותה למכור החוספת לבעלה בטובת הנאה, וגובה ממנה אם רצה הבעל; ואם רצה לגרשה ולגבות מן הכל – גובה; ואם לא היתה לה חוספת, אינה יכולה למכור לו עיקר כתובתה, שאסור לו לאדם לשהות את אשתו שעה אחת בלא כתובה, כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה; אלא אם רצה הבעל, כותב עליה שטר ברמי חבלו, או מגרשה ונוטל מכתובתה הראוי לו... (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכות טז-יח).

שער שביעי: דיני נזיקין

גם כשלא הבעל, אלא מי־שהוא אחר, חבל באשה, לוקח הבעל מן הפיצויים רק את דמי השבת והריפוי; את דמי הבושת לוקחת האשה; ואת דמי הצער והנזק מחלקים ביניהם (שם, הלכה טז). ואם נעשתה החבלה באשה על־ידי בעלה ומי־שהוא אחר יחידו, כי אז מחלקים את הנזק (שם, פרק א, הלכה יג), והחלק המשתלם על־ידי הבעל נמסר כולו לרשות האשה כאמור, ואילו החלק המשתלם על־ידי הזר מתחלק בין הבעל והאשה כפי שביארנו.

7. "אין שליח לרבר עברה" בדיני נזיקין

ח"א (ב"ש) 182/73

בלגה ואח' נ' עזבון טפט ואח'

פ"מ תשל"ו(2) 25, 30–31

בבית־המשפט המחוזי בבאר־שבע

שני אנשים נהרגו בעלות רכבם על מוקש, ליד חלקת אבטיחים שבקיבוץ עין השלושה. אלמנתו ויחומיו של אחד מהם, אשר נהרג ביושבו ליד הנהג, תבעו לחייב את עזבוננו של הנהג ואת המכטת שלו בפיצויים בגין הנזקים שנגרמו להם כתלויים כמנות. הנתבעים שלחו הודעת צד שלישי לקיבוץ ולמדינת ישראל.

השופט טירקל: המסקנות המתקשות מן הקביעות דלעיל הן כי פעולותיהם ותנועותיהם של בלגה ושל טפט בשטח שבו אירעה התאונה היו למטרתם המשותפת, כי כל אחד מהם ידע היטב מה הסיכון שבנסיעה בשטח בדרך שלא נבדקה וברכב בלתי מדופן, וכי העובדה שטפט נהג ברכב שבו נסעו השניים לא היתה יותר מאשר עובדה פיזית (המתחייבת מכך שאת פעולת הנהיגה יכול לבצע רק אדם אחד) וכי, לפיכך, יש לראות את טפט כפועל לא רק מכוח עצמו אלא גם כתור "זדועו הארוכה" של בלגה, שהיה אף עלול לנהוג שם ברכבו שלו ולהסיע עמו את טפט. במלים אחרות, מן העובדה הפיזית שטפט נהג כשלעצמה לא מתחייבת בהכרח מסקנה משפטית כלשהי לעניין חבותו כלפי בלגה. גם אם כוחנים פעולה זאת של השניים כאספקלריה של חובת הזהירות, הרי שאלה גרולה היא אם היתה בנסיבות אלה של פעילות משותפת חובת זהירות מצדו של טפט כלפי בלגה כשם ששאלה גרולה היא אם היתה חובת זהירות מצדו של בלגה כלפי טפט כאמור. ניתן לומר כי בניגוד לנוסע ברכב ציבורי "המפקיד" כביכול את שלומו ובטחונו במשך הנסיעה בידיו של נהג הרכב הציבורי, נטל כאן בלגה את שלומו ובטחונו בידיו שלו (כשם שנטל טפט את שלומו ובטחונו בידיו) ואין נפקא מינה אם עשה זאת בעצמו או על־ידי מי

כללי

שהיה שלוחו לצורך זה, שהיה במקרה זה טפט. אולם אפילו נאמר, בעקבות העקרון עתיק היומין של "אין שליח לדבר עבירה" אשר לפיו השליח חייב (ראה מסכת קידושין מב ע"ב, ודברי רש"י שם ד"ה אין שליח. ועיין בניתוחו המאלף של פרופ' א' קירשנבאום "עיונים בשליחות לדבר עבירה" ב"דיני ישראל", כרך ד, עמ' 55, וכן ב"שנתון המשפט העברי" כרך א, עמ' 219), שהיתה חובת זהירות מצידו של טפט כלפי בלגה, הרי הרשלנות שבנהיגה זאת מתחלקת בין בלגה לבין טפט ו"מתקזזת" בין שניהם. לא יתכן בשום פנים לומר שטפט היה רשלן כלפי בלגה יותר משהיה בלגה רשלן כלפי עצמו (וכלפי טפט) ולא הוכח שהיתה לטפט איזו שהיא ידיעה מיוחדת או כשירות מיוחדת שלא היתה לבלגה שהטילה עליו "עודף חובת זהירות" כזה.

8. "יותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יזוק" ורשלנות מסייעת

ע"א 3/51

דן בע"מ ואח' נ' מנדלבוים

פ"ד ר 817, 819, 825-827

בכיה המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים חשין, אסף, ויתקון

השופט ויתקון: המשיב נפצע קשה בחאונת-דרכים. פגע בו אוטובוס של המערערת מס' 1 ("דן" בע"מ), כשזה היה נהוג בידי המערער מס' 2 (דוד מלינצקי). המשיב חבץ נזקיס ובית-המשפט המחוזי בתל-אביב חייב את המערערים לשלם לו את הסך 3,970 ל"י. הערעור שלפנינו אינו מכוון לשאלת גובה הנזק. המערערים טוענים שלוש טענות בלבד, והן: ... (ב) לחילופין: כי גם המשיב חרם ברשלנותו לגרימת הנזק;

השופט אסף: 2. ב"כ המערערים טען אלטרנטיבית, שעל כל פנים היתה במקרה שלפנינו רשלנות מסייעת מצד המשיב (הנזק), ולכן אין הוא זכאי לתשלום נזקים. אף בזה מסכים אני לדעת חברי הנכבד, שיש להטיל את כל האחריות לתאונה שקרתה על הנהג. עליו היה לעצור את האוטובוס בעוד מועד או להטותו שמאלה. ואפילו היתה כאן אי-זהירות מסויימת מצד המשיב, הרי היתה קטנה ביותר, שאין בה כדי לפטור בשום פנים את הנהג מן האחריות הרובצת עליו או אף כדי לגרור אחריה את "חלוקת-הנזק" בין שני הצדדים.

שער שביעי: דיני נזיקין

3. וכאן אני רוצה להעיר בקיצור, שאף שורת הדין העברי נותנת לחייב את המערערים במקרה שלפנינו. קודם כל יש להביא את הכלל הגדול שקבעו הראשונים, על סמך דברי החלמוד, "שיותר יש לו לאדם לשמור שלא יזיק משלא יזיק" (תוספות, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה אמאי; ר' ישעיה מטראני ב"שיטה מקובצת" שם). אמנם ישנו בתלמוד כלל אחר, הקובע לכאורה את העיקרון של דשלנות מסייעת, והוא: "כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור", ואם היחה בהמתו של אחר רכוצה ברשות הרכיבס ובאה בהמת חברו ועברה עליה תוך כדי הליכה והזיקחה פטורה (בבא קמא כז ע"ב), אלא שהתוספות (שם, כז ע"ב ד"ה אמאי), הרא"ש שם, פרק ג, סימן א, והאחרים קובעים, שאין כלל זה חל לגבי אדם המזיק, שכן דעת הוא, ואם חברו שינה מדרך העולם, והראה רשלנות מסויימת, בשביל זה אין לו לשנות, ועליו מוטלת החובה התמורה להיזהר ולהיזהר שלא להזיק את חברו, וכיחוד, במקום שהמשנה לא עשה שום נזק מצדו (מהרש"ל, ים של שלמה לבבא קמא, פרק ג, סימן כ). ור' יצחק ב"ר שמואל, הוא ר"י בעל התוספות, דקדק מסוגיות התלמוד, שאפילו אם בפעולה מסויימת "נקרא אדם פושע לענין שאם הזיק אחרים שחייב בנזקן – אינו נקרא פושע לענין שאם אחרים הזיקוהו נאמר: הוא גרם לנפשו, ויהי פטור מי שהזיקו, אלא ודאי חייב מי שהזיקו" (אור זרוע לבבא קמא, פרק ג, סימן קנט). דוגמא: אדם שלא נעל יפה דלת ביתו ובא כלב ונטל חררה ממקום אפייתה ובה גחלת, ואכל את החררה והדליק את הגדיש, הרי בעל הגחלת חייב בנזק הגדיש, מפני שלא נעל יפה דלת ביתו והוא פושע בזה, אבל בעל הכלב חייב בנזק החררה, ואין אנו אומרים: הרי פשע בעל החררה בזה שלא נעל יפה דלת ביתו (בבא קמא כז ע"ב). אנו מגיעים שוב לאותו כלל: יותר יש לו לאדם להיזהר שלא יזיק אחרים משלא יזוק הוא עצמו. הרשלנות המסייעת מצד הניזק אינה פוטרת את המזיק מן החיוב המוטל עליו. אולם במקום שהניזק אחראי, לפחות במידה שווה למזיק, לנזק שקדה, כגון ש"זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ונשברה כדו של זה בקורתו של זה פטור" בעל הקורה בנזק החבית, משום ש"תרוייהו כי הדדי גינהו", שניהם כאחד גרמו את הנזק, "שאף בעל החבית מסייע בשבירתה, שבדרך הילוכו הטיח חביתו בקורת חברו" (משנה וגמרא, בבא קמא לב ע"א ותוספות ד"ה תרוייהו). אך אם היה בעל קורה רץ ובעל חבית מהלך, אף-על-פי שבעל חבית עצמו בדרך הילוכו הטיח החבית בקורה חייב בעל הקורה, כי לא היתה לו רשות לרוץ כשהוא עמוס בקורתו, ואין אנו פוטרים אותו מפני שמכל מקום היה לו לבעל החבית להיזהר, כיון שראה אח חברו רץ.

ומעין זה נשאל הרא"ש:

חתן שירצא מחופתו ודרך הוא שיוצאין עמו דעיו וקדוביו חוץ לעיר, וכן עשו, שירצאו עמו, ומהם רוכבין בסוסים ומהם בפרדים, והקדים החתן לפניהם והיו באין אחריו, ורץ אחד כסוסו ופגע בפרד שהחחן רוכב עליו הכאה גדולה, ובא לו הפסד לחתן מהכאה זו כגון שלוש מאות זהובים ... וטוען המזיק, שמאחר שברשות הרבים היה, שכל העולם רשאי ללכח בו,

כללי

אינו חייב לשלם, שהיה לו – לחתן – לשמור עצמו". והרא"ש משיב: "לאו טענה היא, שאין לו לרוץ ברשות הרבים אפילו אדם ברגליו, אלא כדי שיוכל לעמוד כשירצה ... כל שכן הרוכב על סוס שאין לו רשות לרוץ במקום שבני-אדם רוכבין, שמא לא יוכל לעמוד כשירצה, ופושע הוא (שו"ת הרא"ש, ש, כלל קא, סימן ה, והובא בטור, סימן שעח, סעיף ט, ובשולחן ערוך, שם). המשפט העברי הולך בעקביות בשיטתו, ואין הוא מכיר בחציית-הנוק בין המזיק והניזק (ענין תשלום חצי נזק על-ידי שור חם אינו נוגע לעניינו), אלא או שהמזיק הוא כולו חייב, ועליו לשלם נזק שלם אם הוא היה הגורם המכריע, או שהוא, אם כי לא כולו זכאי, פטור לגמרי במקרה שהניזק גרם לנזק במידה לא פחותה מן המזיק.

9. שנים שהזיקו כאחד – כל אחד חייב בחצי הנוק

ע"א 411/70

פינס נ' בן עמירה ואח'

פ"ד כה (2) 284, 298

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, ויחקן, ח' כהן

בראונת דרכים כה התנגשו שני כלי רכב התנגשות חיתית נהרג אדם. בית-המשפט המתווך קבע, כי שני הנהגים היו רשלניים במידה שווה, וכי חבוחו של אחד מהם לא היחה במסגרת ביטוח התוכה הנדרש בחוק.

השופט ח' כהן: ומאחר והמדובר הוא בעשיית צדק ויושר, אולי מותר ומן הראוי הוא להזכיר ששאלת אחרייתם של שניים שהזיקו כאחד כבר העסיקה את חבמי התלמוד, ואחד מגדולי הדיינים "אשר ירד לעומקו של דין", רבי נתן, פסק שכששניהם פשעו (התרשלו), זה משלם מחצה וזה משלם מחצה; "וכל היכא דלא אפשר לאישתלומי מהאי, משתלם מהאי"; יוצא הוא מן ההנחה שכל אחד מהם גרם את הנוק כולו, ועל-כך אחראי הוא לנזק כולו ("האי כוליה היוזיקא עבד והאי כוליה היוזיקא עבד"); ולמה בכל זאת חולקים את הנוק ביניהם שווה בשווה, שיכול זה לומר לזה, "שותפוחאי מאי אהניא לי" – איזו הנאה שהיא צדיך אני ליהנות מכך שיש לי שותף לגרם הנוק! (כבא קמא נג ע"א).

לפיכך מסבים אני שיש לאשר את פסק-הדין של בית-המשפט המחוד לענין אחריות הנהגים וחלוקתה בינם לבין עצמם.

שער שביעי: דיני נזיקין

10. אחריות מוחלטת

ע"פ 17/59

מאור מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1882, 1893-1895

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 458.

11. עושה אדם דין לעצמו –

“עביד איניש דינא לנפשיה”

ע"א 2/73

סלע נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(2) 371, 378-379

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (ווסמן), יהושפט יחקון, קיסטר

הנאשם חפס שני כבשים שחדרו לשטחו כדי לקבל פיצויים על נזק. הוא הורשע בעבירה על סעיף 1א לחוק חיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושה), תשכ"ג-1963, משנקבע כי לא היה ראוי לחפוס את הכבשים ולהחזיקם כערכון לפיצוי על הנזק שגרמו.

השופט קיסטר: אני מסכים לפסק-דינו המפורט והממצה של חברי הנכבד, מ"מ הנשיא. חברי הזכיר בדבריו את גישתן של שיטות משפט שונות ברכר העזרה העצמית במקרה של נזיקין, כמו זה שבמקרה דנן, והזכיר גם את השערתו של אחד המלומדים באשר לעמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו. לנוכח דברים אלה מוצא אני לנכון להציג בקצרה את גישתו של המשפט העברי כפי שהיא משתקפת בספרות ההלכה.

עצם החיוב על נזקים שנגרמו על-ידי בעלי-חיים, המצויים בבעלותו של אדם מסויים והפושטים על שדותיהם של זרים או על גינותיהם, מצוי במקרא בספר שמות (כב, ד): "כי יבער איש שדה או כרם ושלח את בעירה ובער בשדה אחד, מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם". בתלמוד ובפוסקים קיימים דיונים נרחבים על כך, ודי אם אומר כאן, שאחריותו של הבעלים (או המחזיק) מכוססת על מעשהו הזדוני או התרשלותו בשמירה על בעלי-החיים

כללי

שהזיקו. הדרך העיקרית לגביית הנזק היא, כמובן, התביעה בכית־הדין, אך המשפט העברי מכיר במקרים מסויימים בהם מותרת גם עשיית־הדין העצמית. השאלה בדבר מהותם של אותם מקרים מסויימים, משמשת אף היא נושא להבחנות שונות ולחילוקי־דעות בין הפוסקים. ברורה ההבחנה בין תפיסה לשם השבת נזק לבין תפיסה הבאה למטרה של התזרת חוב, שהאחרונה אסורה מפני איסור נטילת־משכון. יש המבחינים בין הצלה ומניעת־נזק, שבהן מותרת העזרה העצמית, לבין תפיסה עבור נזק שכבר נגרם בעבר, שהיא אסורה לדעתם. מכל מקום, המשפט מתייחס ביתר קולא לתפיסה הבאה לאלץ את היריב לבוא לדין (ולהקל בכך על הניזוק בגביית נזקו) מאשר לעשיית דין עצמית כדי לגבות באופן סופי את המגיע. יש בין הפוסקים, שאינם מגדירים תפיסה כזו כ"עשיית דין" והיא לגיטימית בעיקר במקרים שקשה להביא את החייב לדין, או לקבל פסק־דין נגדו.

נוסף לכך נקבע לגבי בעלי־חיים הרגילים להזיק לבעלי קרקעות, שבעל הקרקע רשאי להחרות בבעלים של בהמה הרגילה להיכנס לשדהו והעלולה להזיק, שישמור את בהמתו, ואם לא יעשה כך, רשאי בעל הקרקע לשחוט את הבהמה. יש להרגיש, שהשחיטה מותרת רק אם הבהמה אכן מיועדת לשחיטה, כי אין בעל הקרקע רשאי לגרום נזק לבעל הבהמה על־ידי שחיטת בעל־חיים המיועד למטרה אחרת מאשר שחיטה (ראה: חושן משפט, סימן ד, סימן א, סעיף ה, וסימן שצז, סעיף ב, ונושאי־הכלים שם, ובמיוחד "נתיבות המשפט" לסימן ד, ביאורים, סעיף קטן ג, ושור"ת מהר"י קלוון, סימן קנט).

ע"א 756/80

רזונשטיין ואח' נ' סולומון

פ"ד לח(2) 113-114, 123-124, 128-134

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (י' כהן), והשופטים אלון, נתניהו

המערערים והמשיבים הם בעלי משקים שכנים במושב, המערערים טוענים, שגבול אדמת משקם משתרע בשטח מסוים בתוך חלקה המעובדת מזה שנים רבות על־ידי המשיבים. המערערים עלו על חלקת המריכה בכוח וללא הסכמת המשיבים, פגעו בגידולים, שהמשיבים גידלו שם, ואף הציבו אבנים כדי למנוע מהמשיבים להשתמש באותה חלקה. המשיבים פנו בתביעה לבית־משפט השלום להורות על הוצאת המערערים מחלקת המריכה, להוציא נגדם צו מניעה, האוסר על כניסתם לחלקה זו, ולחייבם בסכום הנזק שגרמו על־ידי פלישתם והפגיעה בגידולים.

השופט אלון: נושא זה של עשיית דין עצמית במשפט העברי עבר גלגולים והתפתחות מרובים, והוא נדון בדבריהם של מלומדים וחוקרים (לאחרונה הוקדש לו חיבור יפה על־ידי המלומד ד"ר ש' אטינגר, העושה דין לעצמו

תרגומם של דברים:

מי שיש לו דין עם חברו, אסור לו לנהוג עמו באלימות, אלא עליו ללכת לדיין שיפסוק להם דין תורה, ויקבלו עליהם את הדין; שעל האמת מתקיים העולם, כפי ששנינו (משנה אבות א, יח): על שלושה דברים העולם קיים – על הדין ועל האמת ועל השלום.

בעל השאלות פוסק איפוא כדעת רב יהודה, שאין אדם עושה דין לעצמו, אלא עליו להגיש את תביעתו לבית המשפט. והנימוק הוא למנוע אלימות, כי העולם קיים על האיזון שבין שלושה ערכי יסוד – הדין, האמת והשלום. פשוטם של דברי בעל השאלות הוא שלא במקרה של הדיפת הגולן או הפולש בשעת מעשה הגולה או הפלישה כדי למנוע מעשה הפלישה או הגולה – כפי שמשמע מהמלים: "מי שיש לו דין עם חברו"; וכבר דנו בכך המפרשים, ראה הנצי"ב – ד' נפתלי צבי יהודה ברלין – בפירושו 'העמק שאלה', שאלות רוב אחאי גאון, שאלתא ב, סעיף קטן א, ובפירושו 'העמק הר"ש מירסקי, באורים והערות, שאלות רוב אחאי גאון, שאלתא ב. וכדעת בעל השאלות עולה גם מדבריו של ר' שמעון קיירא (המאה התשיעית, בצרה שבבבל) בעל הלכות גדולות (הלכות גדולות, בבא קמא, דפוס ורשא, מהדורת רא"ש טרויב פז ע"ב; הלכות גדולות, אספמיא, מהדורת הר"ע הילדסהיימר, ברלין, תרן, עמ' 347 – מהדורת הר"ע הילדסהיימר, ירושלים, תש"ם, חלק ב, עמ' 320 – שגורס בדינו של בן בג בג את התוספת של המלה "ברין", כמובא בסוגיה בבבא קמא, שם, אליבא דרב יהודה). וכך פוסק במפורש רבנו אפרים, תלמידו של הרי"ף, כרב יהודה, שאין אדם עושה דין לעצמו במקום דליכא פסיא (החוקרים נתלקו ביניהם, אם הרי"ף חזר לפסוק כתלמידו רבנו אפרים, או להפך, שרבנו אפרים הודה לרבנו הרי"ף, על-פי הנוסח הדרוש שמעי שבהגהות מיימוניות לר' מאיר הכהן, דפוס קושטא, על הרמב"ם, סנהדרין ב, סעיף קטן ה, וראה במפורט, ש' אטינגר, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 43 ואילך). מאלפת היא רעתו של ר' מנחם בר' שלמה (המאירי) – המאה השלוש-עשרה, פרפניאן, דרום צרפת – שדומה שרעת יחיד היא בתקופתו בסוגיה זו של עשיית דין עצמית. וזו לשונו (המאירי, בית הבחירה, בבא קמא כז ע"ב): כל שאונס דבר לחברו, וחברו האנוס (ל)שם ודואה באנסו, ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו ענין אונס אצלו (=היינו שברור שהנכס נלקח ממנו שלא כדין), יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה, אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנוע בלא כך. ...הואיל והוא (ל)שם בעוד שזה אונסו – עושה דין לעצמו ומכהו עד שידחה מעליו;

הא כל שעבד האונס, כגון שכבר גזלו או גנב לו, או שכבר הלוחו ואינו רוצה לפרעו, אינו בדין זה; לא אמר זה אלא בעוד שהוא אונסו. לדעת המאירי, עשיית דין עצמית מותרת רק בשעת מעשה האונס, שאז מותר לו להשתמש בכוח אם אינו יכול לדחות מעליו את הגולן בדרך אחרת. אבל אם כבר כוצעה התפיסה הבלתי תוקית, אינו רשאי לעשות דין לעצמו אלא

שער שביעי: דיני נזיקין

עליו לתבעו בדין (כדומה לשיטתו זו מפרש המאירי גם בפירושו למסכת בבא מציעא קא ע"ב, ד"ה כל ששאל מתברו, בסוף הדברים: ומכל מקום מי שהדין עליו לצאת וכו', עיין שם).

כאמור, לדעת רוב הפוסקים אדם עושה דין לעצמו גם לאתר שבוצע מעשה גזילת החפץ ממנו וגם לאתר שהסתיימה הסגת הגבול במקרקעין שלו (על עשיית דין עצמית בהסגת גבול במקרקעין ראה עוד בבא מציעא קא ע"ב: "ההוא גברא דזבן ארכא דתמרא וכו'", וראב"ן, בבא מציעא קא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה ז; שו"ע תו"מ, סימן שיט, סעיף א). עיקרון זה היתוספו בו, בפסיקתם של הפוסקים ובתשובותיהם של המשיכים, שורה של תנאי יסוד מוקדמים, אימתי רשאי אדם לעשות דין לעצמו, וכן נקבעו סייגים מהותיים בדבר האמצעים שמותר לו לנקוט בעת עשיית הדין העצמית. כך הודגש ותזר והודגש, כי עשיית דין עצמית אינה מותרת, אלא "אם רואה את שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחת מידו מה שגזל לו", אבל אינו רשאי לעשות דין לעצמו ולקחת מרכוש החייב לצורך תשלום תוב שחייב לו (טור, תו"מ, סימן ד; שו"ע תו"מ, סימן ד, על פי פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, סימן ג); בעניין פרעון חוב חל האיסור החמור שבספר דברים כד, י-יג: "לא תבוא אל ביתו לעכוט עכוטו. בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העכוט התוצה", איסור שנדון במפורט בתלמוד ובספרות הפוסקים, הן לעניין חוב שמקורו בהלוואה והן לעניין חוב שמקורו בחיובים אחרים (ראה בבא מציעא קיג ע"א; ניםקי יוסף על הרי"ף, ומפרשים שונים, בבא מציעא, קיג ע"א; ספר הישר לרבנו תם, מהדורת שלזינגר, סימן חרב, עמ' 354; ספרי דברים (הורביץ), כי תצא, פיסקא רעו 5-294; בבא מציעא קטו ע"א; מרדכי, בבא קמא, פרק ג, סימן ל; פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, סימן ג; וראה במפורט מ' אלון, תירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (י"ל מאגנס, תשכ"ד) 1-2; 31-37; 52-67). שורה של פוסקים קבעו, שעשיית דין עצמית מותרת היא רק כאשר "מבורר וידוע לכל", שהנכס הוא שלו (הראב"ה בשם הרא"ה מטול, תשובות מיימוניות, הלכות נזיקין, סימן כא; מרדכי, בבא קמא, פרק י, סימן קצג; וכן ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (פראג), סימן תחקן; (קרימונה), סימן קב; (לבוב), סימן קמת, ותשובות מיימוניות, הלכות נזיקין, סימן יד), ושפלונני גזל אותו ממנו:

אבל בדבר שאין ידוע אי גזל אותו אי לא – לית ליה רשות לכולי עלמא, אפילו אי הוה ליה פסידא לפי דבריו, דאם כן כל אחד ואחד יאמר לחברו האי דידי (=זה שלי)... אם כן – לא שבקת חי לכל בריה (=אין אתה מניח לחיות לאף אדם)! אלא ודאי לא עביד איניש דינא לנפשיה אלא כידוע שזה גזלו (אור זרוע, פסקי בבא קמא, פרק ג, סימן קמה; וכן ראה מרדכי, בבא קמא, פרק ג, סימן ל).

סייגים מהותיים נקבעו באשר לאמצעים, שרשאי לנקוט מי שעושה דין לעצמו, כאשר לא מדובר בשעת הדיפת מעשה הגזלה או הסגת הגבול כדי למנוע את ביצועם. בסוגיה שבמסכת בבא קמא (כו ע"ב ואילך), עליה עמדנו

לעיל – ובעקבותיה בדברי הרמב"ם, הרא"ש, הטור והשו"ע – נקבע, שבעשיית דין עצמית, גם במקום דליכא פסידא, מותר גם השימוש בכוח (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה יב; פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, סימן ג; טור, חו"מ, סימן ד; שו"ע חו"מ, סימן ד). גם הלכה זו נתפרשה, במשך הזמן, בדרך הצימצום, היינו שחלה היא רק במקרה שעשיית דין עצמית באה למנוע גרימת הפסד – "אבל בחצר ובית שאין לא פסידא... בהא ודאי, אף על פי שנכנס שלא ברשות או אפילו שלא ברצונו, אסור להכותו" (שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קי; וכן ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן כב). ואצל אחד מגדולי האחרונים מצויה הבחנה עקרונית כעשיית דין עצמית כין מטלטלין לבין מקרקעין: "דבמטלטלין דאיכא חשש פסידא... מותר להכותו. אבל בקרקע דליכא שום חשש פסידא אסור לכתחילה" (נתיבות המשפט, לר' יעקב מליסא, חו"מ, סימן ד, ס"ק א). סייג אחד בתחום זה הוא החובה להקטנת הנזק, הנגרם על-ידי עשיית הדין העצמית. עוד בהלכה התלמודית נקבע, שהעושה דין לעצמו, אפילו במקום דאיכא פסידא, חייב הוא בכל מאמץ כדי להקטין את הנזק הנגרם על-ידי (ו"שהיה לו לשמטו ולא שמטו" – בבא קמא כח ע"א), והלכה זו חזרה והודגשה בפסיקתם של הפוסקים ובתשובותיהם של המשיבים (דאה, דרך משל, מאירי, בבא קמא כח ע"א, ד"ה זה שנאמר בתורה; שו"ת הרא"ש, כלל קא, ג; מרדכי, בבא קמא, פרק ג, סימן לו; טור, חו"מ, סימן ד; שו"ע חו"מ, סימן ד, הגהת הרמ"א); ועל כל נזק שגרם במהלך עשיית דין עצמית מעבר למותר חייב הוא בתשלום דמי הנזק (שו"ת הרא"ש, כלל קא, ג).
12. סיכמו של עיון. לדעת רוב הפוסקים עשיית דין עצמית מותרת היא, גם לאחר שבוצע מעשה גזילת החפץ או הסגת גבול המקרקעין מאת מי שעושה דין לעצמו ומחזיר לעצמו את החזקה בדכושו, ובלבד שידוע ומבורר, שהנכס הוא שלו ונגזל הימנו; וכשלא נגרם לו הפסד, אסור שעשיית הדין העצמית תהא מלווה בכוח וצריך שתיעשה במיעוט גרימת נזק לגזולן ולמסיגי הגבול, ככל האפשר.

והשאלה העולה מאליה היא: האם מתעלם המשפט העברי מהחשש הקיים בעשיית דין עצמית – גם בהגבלות ובסייגים האמורים – להפרת הסדר ושלום הציבור? כדי לתת תשובה נכונה לשאלה זו בסוגיה שלפנינו בעניין עשיית דין עצמית, יש לתת את הדעת על קיומה של מדיניות משפטית עקרונית במשפט העברי, שלפיה נקבעה שורה אדוקה של דינים והלכות בכל תחומי מערכת המשפט, שיסודם ומגמתם בדעיון השמירה על שלום הציבור ומניעת אלימות לכל סוגיה וצודותיה. כך מצויה שורה של תקנות, שהתקינו חכמים מפני דרכי שלום (משנה גיטין ה, ח) וכדי למנוע מעשי קטטה ואיבה (חגיגה כב ע"א; כתובות מז ע"א; שם נח ע"ב; קידושין סג ע"א; בבא מציעא י ע"א; שם יב ע"ב; ירושלמי, כתובות, פרק ט, הלכה ד (לג ע"א); דמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה ט; ודאה במפורט מ' אלוך, המשפט העברי (י"ל מאנגס, מהדורה 2, חשל"ח) 516 ואילך); ועיקרון זה של פסיקת הדין כדי למנוע הפרת שלום הציבור יסוד גדול הוא בפסיקתם של חכמים (ראה, דרך משל, שו"ת

שער שביעי: דיני נזיקין

צמח צדק, לר' מנחם קרוכמל, ב; וראה רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ד, הלכה יד). ואף מצאנו, כי אלימותו של אחד מבעלי הדין יש שמביאה היא לשני מהותי בסדרי הדין והראיות, עד כדי הטלת חובת ההוכחה על בעל דין הידוע כאלם – בניגוד לכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה – כאשר העדים חוששים להעיד נגדו מפאת אלימותו (כתובות כז ע"ב, בבא מציעא לט ע"ב – "הבי דיינינא לך ולכל אלמי חברך"), וכך מסוכמים הדברים במשנתו של הרמב"ם (הלכות עדות, פרק ג, הלכה יב):

כל מי שיש לו ראיה בעדים (=להוציא ממון מירי הנתבע), מטפל בעדים עד שיביאם לבית דין; ואם ידעו בית דין שבעל דינו אלם וטען התובע שהעדים מתפחדים מבעל דינו שיבואו ויעידו לו – הרי בית דין כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים. וכן כל כיוצא בזה בדברים אלו דנין בהם לאלם (וראה שו"ת הריב"ש, סימן קע).

גם בסוגיית עשיית דין עצמית שם המשפט העברי נר לדגליו את מגמת היסוד של שמירת הסדר הציבורי ומניעת מעשי אלימות, כפי שדאינו לעיל בדברי הנמקתו של ר' יצחק בר' משה, בעל אור זרוע (המחצית הראשונה של המאה השלוש-עשרה, וינה, אשכנז), שעשיית דין עצמית אינה מותרת אלא במקרה שהוא בא להוציא את הנכס שלו מידי מי שברור שגזלו ממנו, שאם לא נאמר כן – "כל אחד ואחד יאמר לחבירו היא דידי (=זה שלי)... אם כן – לא שבקת חי לכל בריה (=איך אתה מניח לחיות לאף אדם)" (אור זרוע, פסקי בבא קמא, פרק ג, קמה). ומוסיף ואומר ר' שלמה לוריה (המאה השש-עשרה, פולין), בהנמקתה של אותה דעה עצמה:

דאם כן, לא שבקתי חי לכל בריה, דכל אחד יהיה תוקף בטליתו של חבירו, ויאמר שלי הוא ויהיה נאמן בטענת ברי, ואם כן – כל מאן דאלים גבר! (ים של שלמה, בבא קמא, פרק ג, ה).

אך כאשר מדובר כרכושו של אדם שנגזל הימנו, ומעשה הגזלה ברוד הוא על פני הדברים, מכיר המשפט העברי בזכותו של אדם זה להשיב את הרכושו לעצמו בעצמו, ובמקרה זה, ביצוע זכות זו עדיף בעיני המשפט העברי מהחשש, שמה עשיית הדין העצמית תביא בעקבותיה להפרת שלום הציבור. ובכך לא תם דיונונו בסוגיית עשיית דין עצמית במשפט העברי. נראה לי, כי אם התנאים החברתיים-מוסדיים, הקיימים במציאות מסוימת, מחייבים העדפת הדאגה לשלום הציבור על פני זכותו של הנגזל להשיב את גזלתו לעצמו בדרך של עשיית דין עצמית, שאזי יש ומן הראוי להעדיף את הדאגה לשלום הציבור על פני הזכות של עשיית דין עצמית, גם במקרה שבו זכות זו מוכרת היא, בדרך כלל. ואם אין ראיה לדבר במקורות המשפט העברי בסוגיה המיוחדת שלפנינו בדבר עשיית דין עצמית, הרי זכר לדבר מצאנו במשפט העברי בסוגיה הקרובה לנושא דיונונו. מעשה שבא לפני ר' יעקב ריישר, מגדולי ההלכה שבפולין במאה השמונה-עשרה, בעניין מחלוקת בין שני שותפין בקשד לאופן חלוקת מדתף המשותף לשניהם, כאשר השותף האחד דרש שחלקו במרתף יהא זה שסמוך לביתו (שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קסז). ר' יעקב ריישר בא

כללי

למסקנה, שבנסיונות העניין שלפניו ולרגל חילוקי הדעות בפוסקים אם בכגון דא כופין על מידת סדום, הדין הוא כי כל דאלים גבר, היינו "שמי שיודע שהאמת אתו ימסור נפשו על שלו". אך ד' יעקב ריישר בא למסקנה שלא להכריע לפי דין זה, אלא פסק, שיש להטיל גורל בין השוחפיין. וכל כך למה? כי –

ליבי אומר לי... הטעם רכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על רכר זה... לא שייך בדורות הללו, שרכו המחפצים והגולנים והאלמים שמוסריין נפשם גם כן על ממון שאינו שלהם... על כן יחלוקו על פי הגורל. כך נראה לי, אף על פי שהוא רכר חרש, שלא נמצא בפוסקים ראשונים או אחרונים לחלק כן, מכל מקום למען האמת והשלום לפי צורך השעה יש לפסוק כן. וכודאי יסכימו על זה חברי ורכותי לפי רורות הללו. דברים מאלפים אלה, תפיסת יסוד הם בעולמו של המשפט העברי. הכרעת הדין "למען האמת והשלום לפי צורך השעה" היא עקרון על, ויש וגובר הוא על הדין, כדי לעמוד בפני "המתפרצים והגולנים והאלמים שמוסריין נפשם גם כן על ממון שאינו שלהם".

12. תשלומי נזק ואבדן כושר השתכרות

ע"א 237/80

ברשת נ' האשמש ואח'

פ"ד לר(1) 281, 293-294

בכית"המשפט העליון בשבתו כבית"המשפט לערעורים אורחיים
לפני הנשיא (לנדרי), והשופטים ברק, שילה

המעוררת נפגעה בתאונת דרכים ונקבעה לה נכות צמיחה. עובר להאונה התפרנסה המעוררת רק מחמיכות, שהייתה מקבלת ממשד הסעד. בית"המשפט המחוזי סידך להיעתר לתביעה כגין ראש הנזק של הפסד השתכרות לעתיד. מכאן הערעור.

השופט שילה: כשההלכה ברורה, אין, כמובן, צורך להזדקק להוראות חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, אך קשה לא להתעכב – ולו רק לצורך השוואה – על גישת המשפט העברי.

כתחילת פרק החובל (ככא קמא פג ע"ב) רנה המשנה בראשי הנזקים השונים, שחייב בהם החובל כתכרו, הלוא הם נזק, צער, ריפוי, שכת וכרשת, המקבילים כאופן מופלא לראשי הנזקים הנרונים בכתי"המשפט שלנו היום. נעמוד כאן רק על הראשון ביניהם, שהוא מענייננו כאן, "נזק". "נזק" אינו אלא "אבדן כושר השתכרות" של ימינו, כפי שניתן לראות מהגדרתו כמשנה:

שער שביעי: דיני נזיקין

נוק כיצד? סימא את עינו, קטע את ידו שבר את רגלו – רואין אוחו כאילו הוא עבד נמכר בשוק ושמיין כמה היה יפה וכמה הוא יפה. והרמב"ם (הלכות תוכל ומזיק, פרק א, הלכה ב) משלים הגדרה זו ומסכם: ... ומשלם הפחת שהפחית מרמיו...

דמיון בניסוח עיקרון של אבדן כושר השתכרות מפיו של השופט חשין ז"ל (ראה פסקה 11 לעיל) לנוסח המשנה והרמב"ם אינו רק דמיון של לשון אלא דמיון – ואולי אפשר לומר אפילו זהות – של התוכן. כי מהו אותו "הפחת שהפחית מרמיו", שאוחו מציין הרמב"ם, אם לא הפרש בכושר ההשתכרות של אדם, המתבטא בירידת ערכו בשוק העבודה ("שוק העבדים" של אוחם ימים)? אליבא דכולי עלמא, על המזיק לפצות איפוא על ידידת כושר עבודתו כתוצאה מחבלה, אשר לה הוא אתראי, ואין נפקא מינה, אם הידידה בכושר העבודה תגורר אתריה בעתיד גם ירידה בהכנסות או לא.

13. הפלייה לרעה של מסיג גבול שניזק

ע"א 360/59

היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ

פ"ד יד 206, 208, 213

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים אגרנט, ויתקון

השופט ויתקון: המנוח יצחק ברקוביץ עבר כעוכר אורחי במחנה צבאי. עובד כזה אסור היה לו לקבל אוכל מכל מטבח שבמחנה, אלא על-פי אישור מוקדם מהשלישות הראשית. משניתן לו האישור, היה רשאי לקבל תלושים תמורת תשלום במזומנים או בדרך ניכוי משכרו. המנוח ידע על האיסור ונתקל בו בעבר, אך למעשה, טבחים וסמלים הממונים על מטבחי היחידות, ואולי לפעמים אף חלק מהסמלים והקצינים הנמוכים הממונים עליהם, לא הקפידו בשמידת האיסור ונתנו לפעמים אוכל שלא ברשות, לפחות לאוחם עובדים שהיו קשורים אדם בקשרי היכרות או חברות. לפעמים השיג גם המנוח אוכל בדרך זו. הוא הכיר את הסמל בלום, שהיה ממונה על אחד המטבחים, לאו דוקא של היחידה שבה עבד אלא של יחידה אחרת, ובאתר הימים חיכה לו בבוקר וביקש ממנו אוכל, והסמל נתן לו את מבוקשו. לרוע המזל היה האוכל מקולקל, וכמאה איש מחיילי היחידה תלו בהרעלה, מי באופן קשה ומי באופן קל יותר, ואילו המנוח נפטר כעבור שלושה ימים. השאלה היא אם אלמנחו, המשיבה בערעור זה, זכאית לתבוע נזקים בגלל מותו.

כללי

... "הגישה האנגלית המסורתית לקדושת רשות היחיד", נראה לי שהיא משקפת עקרון כללי, שאינו פרי האופי האנגלי המיוחד דוקא. הנה כי כן, הוגשה לנו מטעם המערער חוות-דעתו של מר אלוך, היועץ למשפט העברי במשרד המשפטים, וממנה עולה שגם המשפט העברי מפלה לרעה את מסיגי-הגבול לעומת ניוק אחר.

14. אחריות אדם לנזק הנגרם על ידי ממונו

ע"א 564/66, 582/66

כורי נ' קסש ואח'

פ"ד כא(1) 629, 635

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים לנדוי, קיסטר

המשיב נכוח בגופו בעת עבודתו בבית המלאכה של המערער, כאשר פחית של טרפנטין שהיתה על השולחן התלקחה ואחזה בבגדיו. בית-המשפט המחוזי קבע שבאותו כית מלאכה בוצעו פעולות ריתוך בסמוך לפעולות צביעה, וזה גרם להימצאה של פחית הטרפנטין על שולחן המתכת; האלקטרודה המחוממת הונחה על השולחן סמוך לפחית הטרפנטין, וקירבה זו הביאה לפרוץ האש, לאור ממצאים אלה תוהו המערער באחריות התאונה, על יסוד סעיף 52 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944. הדין בנוק שנגרם על-ידי אש, ומעביר בתנאים מסויימים על הנתבע את החובה להראות, כי לא היתה רשלנות, שלה הוא אתראי בקשר למקד לאש או להתפשטותה. שני הצדדים עירערו.

השופט קיסטר: כאן, לדעתי, ראוי להזכיר בקצרה גם את גישתו של המשפט העברי לענין.

ירוע כי בנוזקין הנגרמים על-ידי ממונו של אדם מונים ארבעה אבות נזיקין, אבל אחריות הבעלים לנזק הנגרם על-ידי ממונו מותניח בפשיעה של הבעלים בשמידה מפני ההיזק. עקרון זה חל גם על האש שהבעיר אדם, ואף על "אש שיצאה בעצמה" מתוך רכוש. הרבה נכתב בשאלה זו בספרות ההלכה, ונראה לי כי תמצית הדברים מובעת בצורה קולעת בפירוש תוספות יום-טוב למשנה הראשונה במסכת בבא קמא האומרת: "...הצר השווה שבהן (באבות הנזיקין) שרכן להזיק ושמירתן עליך וכשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק..."

על "שמירתן עליך" אומר בעל התוספות יום-טוב:

שאיך אחת חייב בנוזקיהן אלא בזמן ששמירתן עליך ופשיעת בשמירתן ער שהזיקו.

המאירי בפירושו לאותה משנה מרגיש נקודה נוספת התואמת את ההלכה:

שער שביעי: דיני נזיקין

...שהוא בדרך זה שדרכו להזיק עד שהיזקו ראוי לעלות על לב ... ושמירתו מוטלת עליו, כשהזיק, חייב המזיק, והוא הבעלים שהתרחשו בשמירה המוטלת עליהן ... ומשלמים תשלומים נזק, האחריות לנזקי אש הוגדרה על-ידי רב סעדיה גאון כך:
שלא חייב הכתוב עונש על שפעל את ההבערה, אלא על שלא פעל את השמירה (מובא ב"תורה שלמה" – הרב כשר, כרך יח, עמ' 206 בסופו).

פרק שני עוולות

א. רשלנות

1. "ואהבת לרעך כמוך" כמקור לעוולת הרשלנות

צ"פ 478/72

פנקס נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(2) 617, 627-629

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ברנזון, קיסטר

המנוח, שהועסק על־ידי המערער בחור מפעיל טרקטור, התגרב לרדת לבור עמוק כדי להוציא ממנו ארגו כלים שנפל לתיכו. לא ננקטו אמצעי הזהירות הנאותים והמנוח נפל אל תוך הבור ומת. המערער הואשם בגרימת מותו של המנוח עקב חוסר זהירות, לפי סעיף 218 למקודת החוק הפלילי, 1936.

השופט קיסטר: הגני מסכים לדברי חברי הנכבד מ"מ הנשיא (השופט זוסמן) ומוסיף אי־אלו דברים:

ראשית לכל לא למוחר להזכיר אחד הכללים היסודיים המנחים אותנו בקביעת חובת אדם כלפי חברה ואחריותו לנזקי חברו, והגני מתכוון לדברים שנאמרו בפרשת *Donoghue v. Stevenson* (1932), והנה אומר הלורד אטקין בין השאר (בעמ' 579):

The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of culpa, is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay...

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour, and the lawyers question, who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons

שער שביעי: דיני נזיקין

who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

ראינו מכאן הקשר בין הרגש המוסרי והמשפטי, ודרך אגב מותר להזכיר כי "אהבת השכן" האמורה לעיל היא תרגום (לא לגמרי מילולי) של הכלל "ואהבת לרעך כמוך", אשר בויקרא יט, יח, שהוא כלל גדול בתורה. ואילו הנוסחה המשפטית הנובעת מכלל זה כפי שהובעה על-ידי הלורד אטקיין: "You must not injure your neighbour" תואמת את הנוסחה אשר בתרגום יונתן בן עוזיאל ל"ואהבת לרעך כמוך", וזו לשונו של התרגום: "וחרחמיה לחברך דמן אנת סני לך לא תעביד ליה", ודומים לנוסחה זו הדברים שאמר הלל לנכרי שבא להתגייר "דעלך סני לחברך לא תעביד" (שבת לא ע"א). אם נוסיף לדון בגישה המוסרית ובמיוחד בגישה המוסרית של עם ישראל יש לזכור:

א. את הגישה לחייו של זולתו ושל עצמו (קדושת החיים).
ב. חובת אדם לדאוג לשלום חברו המועסק אצלו ואפילו כלפי עבדו.
לא אכנס בביירוים עיוניים ואסתפק בדוגמות הממחישות את הגישה הזאת. לאחר שבוטלו ערי מקלט אי-אפשר היה להטיל עונש גלות לעיר מקלט להורג בשגגה, אבל בכל זאת מקובל היה שאדם, אשר גרם אף בעקיפין וללא פשיעה למוחו של אדם, בא לשאול את פי הרבנים אם דובצת עליו אשמה כלשהי, ואיך עליו לפעול לשם תשובה או כפרה.

2. צפיית הנזק

ע"פ 47/56

מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד י 1543, 1549-1550, 1558-1559

הובא בשער זה, עמ' 546.

3. מצג שוא ברשלנות

ע"א 86/76

"עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל

בע"מ נ' אהרן

פ"ד לב(2) 337, 345, 348-358

בכית-המשפט העלין בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדר), והשופטים ח' כהן, אלון

השופט אלון: 1. מעשה כתברת עמידר, כעולה חדש וככית-מלאכה אשר
ביקש אותו עולה להשיג מחברת עמידר למען יוכל לעסוק כמלאכתו כמסגר.
פרטי המעשה הוא מצויינים הם בפסק-דינו של חברי הנכבד. מ"מ הנשיא,
השופט לנדר, והמסקנה העובדתית העולה מהם היא שפקידיה של חברת
עמידר אכן השיגו לעולה (הוא המשיב) חנות שלפי דבריהם ומעשיהם אמורה
היתה להיות ראויה לשמש כמסגריה, אך החבר שהשגה-הצגה זו נעשתה תוך
רשלנות: דעת שכניה של החנות ודעתה של עיריית ירושלים לא היו נוחות כל
עיקר מהפחיתות של מסגריה במקום זה, ואי-נוחות זו מעוגנת ברין האוסר
פתיחת מסגריה באוהו מקום. ביני לביני, כתוצאה מרשלנות זו, נגרמו למשיב
נזקים מנזקים שונים מתוך שפתח שם מסגריה ונאלץ לבסוף לסגרה ולהעבירה
למקום אחר, ומתוך שבטל ממלאכתו בעל כרחו ושלא בטובתו. השאלה
המשפטית שעליה נתבקשנו לתת את דעתנו היא: האם הצגת-שוא רשלנית זו
של חברת עמידר יש בה כדי לתת בידי המשיב עילה טובה לחביעת נזקיו מאת
חברת עמידר...

6. סוגיה זו של גרימת נזק על-ידי מתן אינפורמציה רשלנית נדונית בהרחבה
במשפט העברי בסוגיה עדוכה בתלמוד ובשורה ארוכה של שאלות ותשובות
שניתנו בתפוצותיה השונות של הפזורה היהודית, ושבואו לעולמו של המשפט
העברי מתוך מציאות חיה ותוססת של חיי מעשה על-פי המשפט העברי. נעיין
בראשי פרקים בסוגיה זו ובאחדים מהתקדימים שנפסקו בה.
הסוגיה המנחה הלוא מצויה היא במסכת בבא קמא צט ע"ב, וכך אנו גודסים
בה:

אי תמר: המראה דינר לשולחני (= לדעת אם טוב הוא ויקבלנו מחבירו, ואמר
לו השולחני שטוב הוא) ונמצא רע – תני חדא (= בכדייחא אחת נאמר) אומן
פטור (= אם השולחני הוא אומן, בעל מקצוע, הרי הוא פטור מהנזק שנגרם
עקב חרות-דעתו), הדיוט חייב; ותניא אידך, בין אומן בין הדיוט חייב.
אמר רב פפא: כי תניא אומן פטור – כגון דנכו ואיסור (= שמותיים של שני
שולחנים, שהיו אומנים מומחים) דלא צריכי למיגמר כלל (= שאינם צריכים
לתלמוד דבר, כי יודעים הם מקצועם באופן מושלם): אלא במאי טעו? טעו
בסיכתא חדתא, דהיא שעחא דנפק מתותי סיכתא (= טעו בטביעה חדשה,
אותה שעה שיוצא מתחת טביעתו).

עוולות

במקצוע ראיית המטבע – היה. שאלה אחרת שנחלקו בה רבות היא אם יש מקום להבחין בין המקרה שנתן האינפורמציה קיבל שכר עבור חוות-דעתו – דבר שיש בו כדי לחייב בדרגת אחריות וזהירות יותר גדולים – או שמסרה בחינם, כפי שהבחנה זו קיימת לענין מעשה נזיקין אחר. לא כאן המקום להאריך בכל אלה (ראה, דרך משל, רי"ף ונושאי כליו על הסוגיה, שם; דמב"ס, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ה; תוספות, ד"ה אחוי דינר לר' אלעזר, ראב"ד, רשב"א, ורא"ש, שם, סי' טז; הטור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ו). די לנו לעניננו בסיכום עיקרי הדעות השונות כפי שמובאות הן על-ידי ר' יחיאל מיכל עפשטיין, מגדולי ההלכה בפולין בתחילתה של המאה שלנו, בספרו "ערוך השולחן" (חושן משפט, סימן שו, סעיף קטן יג), ואלה דבריו: ולא לבד במעשה בפועל חייב, אלא אפילו בדיבור בעלמא לפעמים. כגון, המראה מטבע לשלחני לידע הטובה היא ולקבלה אם לאו; ואמר לו: טובה היא, ונמצאת רעה או מזויפת – אם נתן לו שכר בעד ראייתו, חייב לשלם, אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד אצל אחרים בבקיאות המטבע; ואם דאה בחנם – פטור, אם הוא בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי – חייב לשלם (=אפילו בחנם).

והוא שיאמר לשלחני: אני סומך עליך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך לגמרי רק על ראייתו; ובלא זה אין לנו לחייב את השלחני, מפני שיכול לומר: לא ידעתי שתסמוך עלי לבד, ותשאל (=וחשבתי שתשאל) עוד אצל אחרים, ולכן לא דקדקתי יפה.

ויש אומרים: אפילו סתמא נמי חייב, וכל המראה לשלחני מסתמא סומך עליו לגמרי.

וכתב רבינו הרמ"א דהסברא הראשונה נראה עיקר. ובשכר חייב, אף על פי שלא אמר: עליך אני סומך, דכיון דנטל שכר, וודאי דסמיך עליה לגמרי. וחיוב זה הוא מדיני דגרמי.

8. המסקנות העולות מעיוננו עד כה ברודות הן:

א. עילת נזיקין קיימת לא רק על מעשה בפועל, אלא גם על "דיבור בעלמא", היינו על מסירת הודעות לא-נכונות, בדשלנות, שגרמו לנזק.

ב. התנאי היסודי והמרכזי לחיובו של "המדבר" הוא, שצריך להיות ברור שאותו איש שפנה אליו בבקשת חוות-הדעת או האינפורמציה יסמוך על האינפורמציה שסיפק לו ויפעל על-פיה.

ג. אופן ההוכחה שאכן מבקש האינפורמציה עומד להסתמך עליה שונה לפי הנסיבות: יש ודרוש שיאמר לו במפורש: דאה אני סומך עליך. ויש "שהיו הדברים מראים שהוא סומך לגמרי רק על ראייתו", היינו תוות-דעתו.

ד. אם נתן האינפורמציה מקבל שכר עבודה, הרי עובדה זו כשלעצמה מוכיחה שמבקש האינפורמציה עומד להסתמך עליו ולפעול לפיו, "דכיון דנטל שכר, ודאי דסמיך עליה לגמרי".

ה. אחריותו של הדיוט, על מסירת אינפורמציה ברשלנות, גדולה, בנסיבות מסוימות, מזו של האומן.

שער שביעי: דיני נזיקין

9. בטרם שנמשיך לעיין כיצד פיתח המשפט העברי את ההלכה התלמודית של מראה דינר לשלחני למסירת אינפורמציה ברשלנות בדרך-כלל, נחשב לרגע קט על הכתנה מיוחדת זו למשפט העברי בין אחריותו של ההריוט שיש וגרולה היא מאחריותו של האומן, על כך מצוי הסבר מאלף ברכי ר' שמעון בר' צמח דוראן (הרשב"ץ), ראש חכמי אלג'יריה בתחילתה של המאה החמש-עשרה.

וזה השאלה שנשאל הרשב"ץ (תשב"ץ, חלק ב, סימן קעב) על-ידי ר' מכלוף ׳ן חנין, מקהילת מוסתגאנס שבאלג'יריה:

ראובן קנה צרור אחר מעפרוח זהב מערבי אחד; והראהו לצורף אימן אחד, ואמר לו: ראה, אם הוא זהב מזוקק או אם יש בו זיוף...
ראהו האומן ואמר לו: נראה לי שהוא זהב מזוקק, ואין בו זיוף, והכרתי זה מתוך כבודו (כלומר, האומן שקל את הצרור ולפי הכובד הסיק שזה זהב).
וסמך עליו הלוקח וקנאו בחזקת שהוא זהב מזוקק, והחייכו – ונמצא נחושת.
השאלה שנשאל הרשב"ץ היחה אם האומן אחראי לנזק שנגרם – קנה את הצרור בתוד זהב והתברר שזוהי נחושת – בגלל האינפורמציה המוטעית שנתן. הרשב"ץ מסיק שמאחר ובמקרה זה מדובר שהאומן לא נטל שכר בעד האינפורמציה שמסר (בענין זה מחקיים שם דיון שאינו לענינו), הריהו פטור מהנזק שנגרם, והוא מוסיף ואומר שהריוט במקרה כזה היה אחראי לנזק. וכך מנמק הוא אח דבריו:

האומן פטור, שאין חיוב על האומן אלא כשהוא נוטל שכר... אינו נוטל שכר אלא על זה שישמכו עליו ויחייב באחריותו.
וכשהוא הריוט אפילו אינו נוטל שכר חייב מדינא דגרמי, לפי שלא היה לו להכניס עצמו במה שאינו יודע – ויודע שסומכין עליו!
אבל האומן הבקי במלאכה ההיא ושואלים אוחו, ואמר מה שנראה לו, ואינו נוטל שכר – אם לא נמצא כדבריו (=אם התברר שטעה), מה פשעו ומה חטאחו? וגם זה האומן, לפי נוסח השאלה, כבר גלה רעתו למה היה סומך לומר כן, כי נתאמח אצלו מכבודו שהוא זהב, אמר כל מה שהוא יודע! ואם נמצא נחושת, אין עליו דין חשלומין.

כך נראית לי שורח הדין, ואם יש מנהג – יעשו כמנהגן.
קיצורו של רכר: בעל מקצוע שנשאל לחוות-דעחו ונהג בזהירות סכירה במחן חוות-דעחו (=שקל אח הצרור ו"נחאמח אצלו מכבודו שהוא זהב") הריהו פטור, כי עשה כל מה שעשה בזהירות סבירה, ו"מה פשעו ומה חטאחו". אך ההריוט, באותן נסיבות עצמן, יהא חייב בדין נזיקין, כי אצלו קיים נימוק אחר לרשלנוחו: "לפי שלא היה לו להכניס עצמו במה שאינו יודע – ויודע שסומכין עליו!" אך בעל-מקצוע, שנוטל שכר בעד חוות-דעחו, הריהו חייב במידה יוחר גדולה של אחריות, כי "אינו נוטל שכר אלא על זה שישמכו עליו" (פרט כמובן למקרה שלא היה יכול כלל להעלות על דעחו שטועה הוא באינפורמציה, שאזי הוא אנוס, וכגון המקרה של טביעה חרשה לגמרי, שראינו בסוגיה התלמודית בענין מראה דינר לשלחני).

עולות

10. מעניינים הם סיום דברי הרשב"ץ. כך היא שורת הדין, אבל אם קיים באותו מקום מנהג שהאומן אחראי לנזק גם אם לא נטל שכר – יש לילך לפי המנהג, שהרי המנהג כוחו גדול במשפט העברי, בראש וראשונה בתחום דיני ממונות, שבו קיים אף הכלל ש"מנהג מבטל הלכה" (ראה מנחם אלון, המשפט העברי, ב, עמ' 732 ואילך).

11. בדרכו הארוכה פיתח המשפט העברי את עקרון האחריות על מצג־שוא ברשלנות מעבר למקרה הקונקרטי של מראה דינר לשלחני או צרור של מתכת לאומן, וישם עקרון זה על צורות שונות של אינפורמציה לא־נכונה שנמסרה ברשלנות. מפאת קוצר היריעה, נעיין בשני תקדימים כאלה, הקרובים בעובדותיהם לתקדימים שעלו לפני בתי־המשפט האנגליים, ושעיינו בהם בתחילת דברינו.

המקרה האחד נדון על־ידי ר' יעקב ווייל, מגדולי חכמי אשכנז במחציתה הראשונה של המאה החמש־עשרה (שאלות ותשובות מהר"י ווייל, סימן פ). וכה הם דבריו לדיינים ר' וויבש ור' שמואל בר' אליקים הכהן שפנו אליו (בררך־כלל הופנתה השאלה לגדולי ההלכה על־ידי הדיינים שישבו לדין בקהילה מסויימת, כאשר עלתה בפניהם שאלה משפטית עקרונית):

טענת ראובן ותשובת שמעון ארוכות וקצרות: ארוכות – בדברים, וקצרות – לא פירשו דבריהם, והדברים סתומים, וצריך אני לחזר על כל צדדיו ולבאר דבריהם (=ר' יעקב ווייל מוחח בקורת על אופן הצגת הענין לפניו, מצד אחד – ארוכות יתירה בדברים, ומצד שני – קצור מופלג בהצגת הבעיות המהותיות, דבר שהטריח אותו רבות להסביר לעצמו במה מדובר). ראובן טוען: איך ששמעון חייב לו ג' מאות זהובים: ק"ן (=מאה וחמשים) נתן בזמון, ק"ן נתן בחוב של גוי (כלומר, מאה וחמשים שילם שמעון לראובן בצורת המחאת חוב שמישהו אחר חייב לשמעון); ושמונים זהובים (=מתוך המאה וחמשים שהומחו כאמור) נפרעים לו מן הגוי, ועדיין חסר לו שבעים זהובים מאותם ק"ן זהובים (=היינו שבעים זהובים טרם שולמו לו). ובשעה שנתן לו שמעון החוב, אמר ראובן לשמעון: חן לי מזומנים, לא ניחא לי בהחוב: ואמר לו (=ועל זה השיב לו או שמעון) בלשון אשכנז: "איך וויל דיד גואט זיין בור דש קרן", ד"ל – אהיה טוב לך עבור הקרן; השיב שמעון (=שמעון טוען שלא כך אמר לו, אלא) שאמר לו בלשון זה בלשון אשכנז: "דוא בדרפשט קיין זורג האבן, דש קרן אישט גוויש", ר"ל – אינך צריך לדאוג, והקרן הוא בטוח.

העובדות שאינן שנויות במחלוקת הן שראובן סידך לקבל את המחאת החוב של המאה ותמשים לירות (ואולי העובדה שהנמחה היה גוי תרמה לכך, בנסיבות המיוחדות של אותם ימים) ודרש שחובו ישולם בזומנים. כדי להפיג חששותיו של ראובן, אמר לו שמעון מה שאמר, ונוסח דבריו שנוי במחלוקת. והשאלה היא, בראש וראשונה, מה הנפקות המשפטית בין שתי הנוסחאות מבחינת אחריותו המשפטית של שמעון לשבעים הזהובים של החוב שלא שולמו לראובן.

שער שביעי: דיני נזיקין

ועל שאלה זו משיב ר' יעקב ווייל לאמור:

נראה לעניות דעתי, לפי דברי שמעון שלא אמר לו אלא אינך צריך לראוג, הקרן הוא בטוח, אין בלשון זו ערבות, ואם ישבע שמעון שלא דיבר אלא כדברים האלה, אז הוא פטור מראובן (=מתביעתו של ראובן), רק (=ובלבד) שהאמת כך שהחוב היה בטוח בעת ההיא, אבל אם לא היה החוב בטוח בעת ההיא, שמעון חייב לפרוע לראובן. כיון שראובן קסמך על שמעון; מידי דהוה (=והרי זה כמו) אמראה דינר לשולחני ונמצא רע. תשובתו של ר' יעקב ווייל ברורה ופשוטה: אם יוכח ששמעון אמר לו "אהיה טוב לך עבור הקרן", יש כאן משום ערבות, ובמקרה כזה יהיה שמעון אחראי כדן ערב, היינו בין אם יתברר שעוד כשעה שאמר מה שאמר לא היה ביכלתו של הנמחה לשלם את החוב, ובין אם יתברר שבאותה שעה היה לו, אלא שירד מנכסיו לאחר מכן (על כך מצוי דיון מפורט בהמשך התשובה, ואין זה עתה מענייננו). אך אם יתברר שלא אמר כך, אלא אמר: "אל תדאג, הקרן הוא בטוח", אזי אין כאן עילה על יסוד דין ערבות, אלא על יסוד דיני נזיקין, מטעם מסירח אינפורמציה שעל-פיה פעל ראובן, ואזי יהא שמעון חייב רק במקרה שיתברר שבעת מסירת האינפורמציה לא היה מצבו הכלכלי של הנמחה שפיר, מה שאין כך אם הנמחה ירד מנכסיו רק לאחר מכן, הרי האינפורמציה שמסר שמעון נכונה היתה ולא החרשל בה.

12. מסקנה משפטית זו העולה מתשובתו של ר' יעקב ווייל מובאת כהלכה פסוקה בדברי הרמ"א, שולחן ערוך, חשון משפט, סימן קכט, סעיף ב: (מי שאומר למלוה להלוות ללווה כי בטוח הוא, ועשאו על פיו, והיה שקר, חייב לשלם לו (=מטעם דיני נזיקין, ראה בנושאי כלים שם). מפרשי השולחן ערוך נחלקו בדעותיהם כיצד הוכח במקרה זה שאכן ידע נותן האינפורמציה שהמלוה יסתמך על חוות-דעתו ויפעל על-פיה. ושוב נביא את סיכומי הדברים כפי שמבוארים הם היטב בספר ערוך השולחן (חושן משפט, סימן קכט, סעיף קטן ג), בצירוף קביעה משפטית מעניינת נוספת משלו. ואלה דבריו.

אמר לו למלוה: תלה לפלוני כי בטוח הוא, והלוה לו על פיו, ואחר כך נתודע שלא היה בטוח בשעת ההלוואה, חייב לשלם לו... כיון שעל פיו הלוהו, ואין לך גרמי גדול מזה; אבל אם בעת ההלוואה היה הלוה איש בטוח, ואחר כך נתקלקל מצבו – פטור, כיון שלא הטעהו, ולשון זה אינו לשון ערבות שיתחייב לשלם לו כשאינן ללוה; אלא שאמר שהוא בטוח, ובאמת היה אז בטוח, ולא פשע (=התחשל) בדיבורו כלל;

ויש אומרים, דאף כשלא היה בטוח אינו חייב לשלם אלא אם כן אמר לו המלוה: ראה שאני סומך עליך; ויש מהגדולים שפסק כדיעה ראשונה; ונדאה לי להכריע דאם המלוה שאל ממנו אם בטוח הוא פלוני המבקש הלוואה ממנו, והשיבו – בטוח הוא, אם לא אמר לו המלוה: ראה שאני סומך עליך, אי אפשר לחייבו. דדרך העולם כן הוא, ויכול להיות שבאמת היה

עוולות

סבור שהוא כטוח ולא רקק אתריו יפה. אבל אם בא (=נחתן האינפורמציה מיזמתו) אל המלוה, ואמר לו: הלוה לפלוני כי איש בטוח הוא, וודאי רחקר היטב, וחייב אם לא היה בטוח אז, אף כשלא אמר לו: ראה שאני סומך עליך...

ובמקום שחייב לשלם, אפילו נחודע שבאמת לא ידע ממצבו – עם כל זאח חייב, דזה גופה הוה כמזיק, רכשלא ידע כבירור, למה צוה לחכיר להלוותו? ואינו פטור אלא כשנתהוה סיבה שירר הלוה ממצבו אחר ההלואה.

החירוש המעניין בדברי בעל ערוך השולחן הוא בקשר לתיאור הנסיבות שמהן ניתן להסיק שנתן האינפורמציה ירע שמקבל האינפורמציה יסתמך עליו ויפעל על-פיו. אם המלוה פנה אל נחתן האינפורמציה, והוא השיב לו שמצבו הכלכלי של הלווה הוא טוב, אין בכך כלכר הוכחה שהיה עליו לדעת שפעל על-פיו, משום ש"דרך העולם" הוא לחת המלצות ואינפורמציה, מבלי לדייק יפה יפה, והממליץ מניח שהמלווה לא יפעל על-פיו, ולכן לא יהא נחתן האינפורמציה אחראי בנוזיקין אלא אם המלווה אמר לו שהוא עומר לפעול על-פיו. מה שאין כן כשהממליץ פנה מיזמתו הוא אל המלווה וביקש ממנו להלוות לפלוני, בהוסיפו שפלוני הוא במצב כלכלי טוב, הרי כאן לא היה "נאלץ" לחת המלצה, אלא עשה זאת מיזמתו, ואזי צריך הוא להניח שהמלווה יפעל על-פי המלצתו.

פרט חשוב אחר שמבכיר בעל ערוך השולחן הוא שאחריות בנוזיקין על מסידת הורעת-שוא היא גם אם הודעה זו נעשתה בחוס-לב "שבאמת לא ידע ממצבו" של הלווה, משום שהאחריות היא בגלל רשלנותו: "דזה גופה הוה כמזיק: דכשלא ירע בבירור, למה צוה לחכירו להלוותו?"

13. נסיים עיונו זה בדוגמה אחת נוספת של יישום העקרון הנובע מסוגיית מראה רינר לשולחני על הבעיה הכללית של אחריות בנוזיקין למצג-שוא רשלני. והפעם מדכריו של ד' שלמה לוריא, המהרש"ל, בן המאה השש-עשרה מפולין ומגדולי הפוסקים במשפט העברי.

המהרש"ל, לאחר שרן בארוכה (ים של שלמה, בבא קמא, פרק תשיעי, סימן כד) בסוגיית מדאה דינר לשולחני וכדכר אתריותו של אדם על מסידת אינפורמציה לא-נכונה, אפילו כשוזו ניתנה כדיכור כלכר, ממשיך ואומר:

ומשום הכי נדאה לי, היכא שארם אתד מוכר בהקפה על חוב כדרך הסותרים (=היינו מכירת סחורה באשראי), ובא דאובן גם כן להקיף ממנו (=לקנות ממנו באשראי). ובא זה ושואל לסותר אחר, ואומר לו, אם ראוי לזה להקיפן, אם עשיר הוא וישלם לזמנו; ואומר לו זה (=הסותר הנשאל משיב לסותר השואל): עשיר הוא וחוכל ליתן לו על החוב, ואתר כך נמצא שעני הוא – פטור מהאי טעמא (=משום דאמר ליה "הוה לך לאשתמוטי ולא לסמוך על דברי", דאה דברי המהרש"ל לעיל, שם); ומכל מקום, היכא דאמר לו: חזי דעליך קסמכינן – חייב... דלא שייך למימר דדיכור בעלמא הוא דאיקר ואמר, דהא אמר לו שהוא סומך עליו וזה הכטיחור...

עוולות

העובדה שהסכים לייעץ ולספק אינפורמציה כדבר שאין הוא מיומן לדעת – אף זו רשלנות היא. וכדברי ר' שמעון דוראן "לפי שלא היה לו להכניס עצמו כמה שאינו יודע – ויודע שסומכין עליו". ומסכים אני, עם כל הכבוד, לדברי חברי הנכבד, מ"מ הנשיא השופט לנדוי, "שאחריות כבדה יותר רוכצת על אדם המקבל על עצמו לחת עצה הדרושת ידיעה מקצועית, מבלי להיות כעל מקצוע, כשם שאדם העוסק במלאכה הדרושת מיומנות מיוחדת, בלי להיות מיומן לאותה מלאכה, מתחייב בנוק מפאת רשלנותו לא רק בשל מלאכתו הגרועה אלא קודם כל מפני שהעז לשלוח ידו באותה מלאכה".

ב. התנאי היסודי והמרכזי לאחריותו בנויקין הוא שמוסר האינפורמציה ידע, או שהיה עליו לדעת לפי נסיבות הענין, שבדעת מקבל האינפורמציה לסמוך על חבריו ולפעול על-פיהם. והוכחת ידיעה כזו יכול שתיעשה כדרכים שונות: על-ידי שמקבל האינפורמציה אמר במפורש שהוא סומך עליה; יש והעובדה ששולם עבור חוות-הדעת יוצרת הנחה של ידיעה כזו ויש ואף בחינם אנו מגיחים כך; יש והדבר תלוי באופן מסירת וקבלת האינפורמציה, מי זים אותה, אם היה על מקבל האינפורמציה להניח, לפי הנסיבות, שמוסר האינפורמציה מסר מה שמסר מטעמי נימוס ומשום ש"דרך העולם כך" אך לא התכוון שישמכו על האינפורמציה שמסר, ושיקולים ונסיבות כיוצא באלה.

ג. האחריות לנויקין היא כאשר מוסר האינפורמציה נהג בדשלנות ולא במידה סבירה של זהירות כפי שאדם סביר צריך היה לנהוג. אך אם נהג בזהירות סבירה ונכשל באינפורמציה בגלל עובדות שלא היה צריך להעלות אותן על הרעת – כגון שבאופן פתאומי הטביעו טביעה חדשה לצורת המטבע, או ששקל את המחכת וכבעל מקצוע באלמסקנה שהיא של זהב, או שהיו לו כל הנתונים להכיר היטב את מצבו הכלכלי של השני בתור יורש או שותף – הרי הוא בבחינת אנוס ואינו אחראי לנויקין.

זאת תורת מצג-השוא הרשלני במשפט העברי, שיטורה עור בתקופת התלמוד ופיתוחה בתקדימיהם של התשב"ץ, ר' יעקב ווייל ור' שלמה לודיא במאות החמש-עשרה והשש-עשרה, שהקדימו את הרלי בירן, ואוואט, (דעת המיעוט), האנגליים בכ-500 שנה, ורומים הם, במידה מעניינת, אף עיקרי העובדות שב"הרלי בירן" העברי – בתשובות ר' יעקב ווייל ור' שלמה לודיא – לאלה שבתקדימים האנגליים; באלה כבאלה מדובר על מתן אינפורמציה כדבר מצבו הכלכלי של פלוני שעמו עומד מבקש האינפורמציה לבוא לכלל עסקה כלכלית מסוימת. ויתירה היא ההלכה העברית אף מדע המיעוט שבאוואט, בכך, שלפי הנמקתה המשפטית האחריות על מצג-השוא הרשלני היא אף אם ניתנה שלא במסגרת עסקית, ובלבד שנתקיימו כל התנאים האמורים. והדעת נותנת שהאחריות למצג-השוא במשפט העברי היא, בנוסף לצורך בתנאים האמורים, כאשר מוסר האינפורמציה ירע לאיזה צורך דרושה האינפורמציה שהוא מוסר ומה מידת הנזק המשוער העשוי להיגרם מחוסר זהירותו. שהרי תנאים אלה משתמעים מאליהם מעצם הררישה המרכזית שמוסר האינפורמציה ירע, או היה עליו לדעת, שמבקש האינפורמציה יסמוך

שער שביעי: דיני נזיקין

עליו ויפעל על-פיו, וידיעה זו לאו שמה ידיעה, אם מוסר האינפורמציה אינו יודע לאיזה צורך מבוקשת האינפורמציה ומה מידת הסיכון הכרוכה בכך. ואכן, בכל החומר שבמשפט העברי שעיינו בו, ושבו נקבעה אחריותו של מוסר האינפורמציה, נתקיימו גם תנאים אלה.

15. ומשעלה בידינו כך, הרי המסקנה בענין שלפנינו ברורה היא. המשיב פנה אל חברת עמידר בבקשת עזרה להשיג עבורו בית-מלאכה אשר בו יוכל לעסוק במלאכתו כמסגור. חברת עמידר ידעה גם ידעה שהמשיב זקוק לבית-מלאכה למטרה זו, ולא זו בלבד אלא אף התנתה עמו בתנאי מפורש שהמושכר לא ישמש אלא לצורך מסגריה. ומחוך ידיעה זו סובב מר אברהם זקן. עובד עמידר, בין חנויותיה של שכונת קטמון, והציג לפני המשיב חנות מסויימת הראויה וכשרה לניהול מסגריה. ואין כל ספק שחברת עמידר ידעה, או היה עליה לדעת, שהמשיב יסמוך על אינפורמציה זו שקיבל ממנה ויפעל על-פיה. אמנם לא אמר המשיב במפורש לחברת עמידר: ראי, אני סומך עליך. אבל כל נסיבות הענין אינן משאירות צל של ספק שאכן סמך המשיב על חברת עמידר ושזו ידעה שסומך הוא עליה, ועליה בלבד, המשיב, שהוא עולה חדש, שטרם ידע בין ימינו לשמאלו בדיני איסור והיתר שבפתיחת בתי-מלאכה – דבר שלעזים גם ותיקים הימנו אינם מתמצאים בו – מקבל מאת חברת שיכון לאומית, שבעיניו – ולא דוקא בעיניו – הצטיירה, כדברי חברי הנכבד השופט ח' כהן, "כזרוע השלטון במדינה הזאת", מקום לשם ניהול מסגריה, וכך נאמר לו, על-פה ובכתב. והרי ברור שמהרגע שהמשיב קיבל כך את המושכר מחברת עמידר משוכנע היה שיכול לברך על המוגמר, ושסוף סוף בא אל המנוחה ואל המלאכה. וכי בנסיבות כאלה יש להעלות על הדעת שהמשיב עוד חשב, או שחברת עמידר חשבה שכך חושב המשיב – כפי שכך טוען מר גירון – שעליו לבדוק אם מבחינה משפטית רשאי הוא לפתוח מסגריה באותו מקום? ובוודאי שחברת עמידר אינה יכולה לטעון טענת אינס כמסירת האינפורמציה הבלתי-נכונה. הרי מי כמוה, על מחלקותיה ופקידיה, יכול לברר על נקלה, אם ראוי הוא המקום, מבחינת הדין, לפתיחת מסגריה בו. וחייבת הייתה לברר כך, עובר למסירת המושכר, לצורך מסגריה, למשיב. אמור מעתה – האינפורמציה שמסדה חברת עמידר למשיב, שהמקום ראוי היה לפתיחת מסגריה, גם אם נעשתה בתום-לב, פגומה היא ברשלנות גסה של חוסר זהירות ובדיקת המצב לאשורו, ולכן אחראית היא לנזק – שצפוי הוא מראש למקרה כגון דא – שהסבה למשיב, שסמך עליה ופעל על-פיה.

אשר-על-כן מסכים אני שיש לדחות את הערעור.

עוולות

4. רשלנות כלפי מוזמנים וכלפי מסיגי גבול

ע"פ 35/52

רוטנשטרייך נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד 1, 58, 62, 87-90

בכית"המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים חשין, אסף, זילברג

השופט זילברג: ביום ה-23 באוגוסט, 1950, בשעה 3-3.15 אחה"צ, נמשו גופותיהם של שני ילדים, בני 8-9, ממימי הבריכה אשר בשטח המפעל התעשייתי "אבן וסיד", רמלה. הם באו לרחוץ בבריכה, טבעו בה ומתו. מנהל המפעל, שלום רוטנשטרייך, הובא לריץ בבית-המשפט המחוזי, תל-אביב, הואשם והורשע ב"גרימת מוות מתוך חוסר זהירות", עפ"י סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לשלושת תדשי מאסר. ערעורו לפנינו הוא על ההרשעה ועל העונש גם יחד, וטענתו העיקרית היא, כי המעשה – ביחר ריוק: אפס המעשה – שיותס לו, אין בו משום עבירה על הסעיף הנ"ל...

השופט אסף: מצרף אני את דעתי לדעתו של חברי הנכבד השופט ד"ר חשין, ובקיצור-אמרים אוסיף, שנראה לי כי גם שורת הדין העברי נותנת כך.

שנינו במסכת בבא קמא לג ע"א:

פועלים שבאו לחבוע שכרן מבעל הבית ונגתן שורו של בעל הבית או נשכן כלבו של בעל הבית, ומת – פטור. אחרים אומרים: רשאים פועלים לחבוע שכרן מבעל הבית.

ובעל הבית חייב. והגמרא מפרשת שם, שאם בעל הבית הוא אדם המצוי בעיר, והפועלים יכלו לחבוע ממנו את שכרן מחוץ לביתו, אם כן נכנסו לחצרו שלא ברשות, והכל מודים שהוא פטור. ואם הוא אדם היושב תמיד בביתו, אם כן נכנסו ברשות לחבוע שכרן, והכל מודים שהוא חייב, ולא נתלקו תכמים אלא באדם המצוי ואינו מצוי בעיר, ופועליו קראו לו על פתח חצרו ואמר להם: הן, האם יש באמירה זו מתן רשות להיכנס או לא.

על כל פנים אנו רואים מסוגיה זו, שכלפי מסיגי גבול, הנכנסים לרשותו של בעל הבית שלא ברשות, אין עליו שום חובה.

ועל סמך סוגיה זו פוסק הרמב"ם בהלכות נזקי ממון, פרק י', הלכות יא-יב:

הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשותו, ואפילו נכנס לחבוע שכרו או חובו ממנו, ונגתו שורו של בעל הבית ומת, השור בסקילה והבעלים פטורין מן הכופר, שהרי אין לו רשות ליכנס לרשותו של זה שלא מדעתו. עמד בפתח וקרא לבעל הבית ואמר לו: הן, ונכנס ונגתו שורו של בעל הבית, הרי

שער שכיעי: דיני נזיקין

הבעלים פטורין, שאין משמע הן אלא עמוד במקומך עד שאדבר עמך. ובטור חושן משפט, סימן שפט, סעיף ה, נפסקה הלכה: פועלין שנכנסו לרשות בעל הבית לשאול שכרם ונגתם שם שורו של בעל הבית או נשכס כלבו, אם אין בעל הבית רגיל לצאת לשוק, או אפילו אם הורגל לצאת לשוק לפעמים, כיון שאינו מצוי בכל פעם בשוק, חייב בעל הבית בנוקן, שברשות נכנסין, ואם הוא מצוי בשוק בכל פעם פטור, שאז נכנסין שלא ברשות.

וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל: בזמן הזה מנהג פשוט שנכנסין הפועלין לבית בעל הבית לחבוע שכרן, וגם אין מצוי לאדם בכיסו מעות בשוק לפרוע לפועלים, הילכך על פי המנהג חייב.

הרי שגם הרמב"ם וגם הרא"ש והטור קובעים את העקרון, שאין אדם חייב לנהוג זהירות אלא כלפי אלה הנכנסים לחצרו ברשות. רשות זו אינה צריכה אמנם להיות מפורשת, והיא תלויה במנהגם של בני אדם, אם הוא "מנהג פשוט" ומקובל. ועל יסוד דברי הרא"ש כתב מהרש"ל ב"ים שלמה" לבבא קמא, פרק ג, סימן כח:

הילכך על פי המנהג המצוי בינינו ישתנה הדין וחייב בעל הבית אפילו אם שכח בשוק, כדחוינן שהדין משתנה בין אדם לחברו אפילו בזמן אחד, שכח – פטור לכולי עלמא, לא שכח – תייב, כל שכן שישתנה הדין בחילוף הזמן כפי המנהג, וכן הדעת נוטה.

וראוי להביא בזה עוד פסקא מדברי מהרש"ל שם, שהיא חשובה לענינו: ודבר תימה הוא, דאטו בזמנם היה מנהג סדום, ששום אחד לא היה נכנס לבית חברו בלא רשות, אפילו אם היה צריך לו, אלא מאחר שיכול בעל הבית למחור בו אם רוצה אם כן נקרא שלא ברשות, ולא קיבל עליו שמירתו... אם לא בית אומן, שעשוי לכך לכנס ולבוא והוי כמו ברשות.

הלא הדברים קל וחומר למקרה שלפנינו, שהמערער ועובדי המקום שהיו נתונים למרותו מיחו ומיחו בילדים שלא ירחצו בבריכה, והדבר היה ידוע גם להורי הילדים הקרובים למקום; ודאי שלא קיבל עליו שמירתם. אולם הנכנסים לבית אומן או לחנותו של חנוני נחשבים לנכנסים ברשות ושמירתם עליו. וחילוק זה בין הנכנס ברשות ובין הנכנס שלא ברשות הוא הקובע לא רק בדיני נזיקין אזרחיים אלא גם ב"דיני שמים" ובחובת הגלות, שחייב בה ההורג נפש בשגגה, והרמב"ם פוסק (על סמך דברי הגמרא במסכת מכות ובמסכת בבא קמא) בהלכות רוצח, פרק ו, הלכה יא:

הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והרגו בעל הבית בשגגה פטור מן הגלות, שנאמר: ואשר יבוא את רעהו ביער – מה יער שיש רשות לנהרג להיכנס לשם, אף כל כיוצא בו. לפיכך הנכנס לחנות הנגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו ומת פטור מגלות. ואם נכנס ברשות הרי זה גולה.

ובירושלמי בבא קמא, פרק ג, הלכה ת, ג ע"ד:

עולות

אמר ר' יוסי בן חנינה: היה עומד ומבקע עצים כחצרו ונכנס פועל לחבוע שכרו ונתזה בקעת והזיקתו חייב, ואם מת אינו גולה. ומקשה הירושלמי: "זהתני רבי חייא פטור" אם הזיקו, והוא מתרץ: ד' חייא מדבר כשלא ראהו נכנס ור' יוסי מדבר כשראהו נכנס. מזה מסיקים התוספות (בבא קמא לב ע"ב, ד"ה חייב בארבעה דברים) בצדק, שאפילו ראהו נכנס הוא פטור מגלות, כיון שנכנס שלא ברשות, ורק אם נכנס ברשות הרי הוא גולה. אנו רואים שוב, שכלפי הנכנס ברשות – אף שלא הוזמן – יש חובה לנהוג זהירות יתר, גם בשעה שבעל הבית עוסק במלאכתו הרגילה, שלכאורה אין סכנה כרוכה בה. מה שאין כן הנכנס שלא ברשות. והרי מעשה שבא לפני מהר"ם מלובלין. לרגל ההתנפלויות של הטטרים על פלכי־הספר של פולין היו תושבי פלך וואהלין מחוייבים "להיות מוכנים וכלי משחיתם בידם לערוך מלחמה וקרב כנגדם", ולהתאמן מוזמן לזמן בירייה מרובה. יהודי אחד התאמן בחצרו בירייה למטרה המסומנת בכוחל ביתו, והנה איש אחד נכנס מן השוק לתוך החצר, אם כי שר העשרה הלא־יהודי, הממונה על היהודי המתאמן, עמד בחוץ להזהיר את העוברים שלא יכנסו לחצר. וכן עשה, געד באותו האיש והזהירו שלא ייכנס לחצרו והאיש נכנס, הכדור פגע בו ונהרג. היורה לא ידע כלל על כניסתו של האיש, וברור שלא היתה לו כל כוונה להזיקו. ההורג בא לפני מהר"ם לקבל תשובה, וכרגיל היו מחייבים במקרים כאלו את בעלי התשובה בגלות ובתעניות וסיגופים שונים. בשים לב למסיבות המקרה, מוצא מהר"ם יסוד להקל מעליו דרכי הגלות, ואחר הנימוקים הוא, שהנהרג פשע בנפשו, מאחד שהזהיר שלא ייכנס למקום (שו"ח מהר"ם מלובלין, סימן מג). ואם כי אין ראייה גמורה לדבר מאותו מקרה למקרה שלפנינו, שהרי שם עשה בעל החצר פעולה מסויימת שיש בה בתנאים ידועים משום סכנת נפשות, אבל יש זכר לרבר ואסמכתא חלקית לכך, שהנכנס שלא ברשות, וביותר אם הוזהר על כך שלא ייכנס, הרי הוא מתחייב בנפשו ופוטור את שכנגדו מחובת הזהירות, ומן החובה לברוק אם אין איזה אדם בחצר. אמנם לפי דין־תורה חייב כל אדם לגדור כל מקום שיש בו כדי לסכן את נפשו של אדם, אף של הנכנס בלי רשות, והרמב"ם קובע הלכה, על סמך המקורות בתורה ובמדרשי חכמים, בהלכות רוצח ושמירת נפש, פרק יא, הלכות א, ד':

מצוות־עשה לעשות אדם מעקה לגגו, שנאמר: ועשית מעקה לגגך... אחר הגג ואחר כל דבר שיש בו סכנה וראוי שייכשל בה אדם וימות, כגון שהיתה לו באר או בור בחצרו, בין שיש בו מים בין שאין בו מים, חייב לעשות חוליה גבוהה עשרה טפחים, או לעשות לה כיסוי, כדי שלא יפול בה אדם וימות, וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצוות־עשה להסירו ולהישמר ממנו ולהיזהר ברבר יפה יפה, שנאמר: הישמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר, והגיה המכשולות המביאין לידי סכנה, ביטל מצוות־עשה, ועבר בלא תשים דמים.

אולם הוא "ביטל מצוות־עשה ועבר בלא תשים דמים", אבל אין הוא חייב

שער שביעי: דיני נזיקין

בנזיקהם וכנפשם של הנכנסים כלי רשות לחצרו ואין עליו גם אחריות פלילית, וזהו החילוק העמוק המכדיל בין כורה כור ברשות הרבים לכורה ברשות היחיד. ודאי אסור לו לאדם שיגדל כלב רע בתוך ביתו, אלא אם כן הוא אסור בשלשלאות של ברזל וקשור כהן, אבל הנכנס שלא ברשות ונשכו כלב זה, גם אם המיתו, פטור בעל הכלב מאחריות כלפיו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן חט, סעיף ג). פרט לנכנס לבית האומן, שדרך בני אדם להיכנס לביתו בשכיל אומנותו, והיהו כנכנס ברשות (עיין דברי ריב"א, שהובאו בראשונים וכתור, חושן משפט, סימן חכא, סעיף י), "ואף על פי שעל חנינם נכנס (שלא מתוך משפט, סימן חכא), "ואף על פי שעל חנינם נכנס (שלא מתוך כוונה לקנות?) חייב בעל החנות, שהיה לו לשמור נפשו" של הנכנס (פרישה, שם). לאוד כל האמור, הוחלט לקבל את הערעור, לבטל את פסק־הדין ואת גזר־הדין ולזכות את המערער מההאשמה שיוחסה לו.

ע"א 360/59

היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ

פ"ד יד 206, 213

הובא בשער זה, עמ' 566.

5. אי־הקמת מעקה לגג

ע"א 673/66

ברקוביץ נ' זיונץ ואח'

פ"ד כא (2) 88, 90, 91-92, 94-95

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים לנדוי, ברנזון, קיסטר

המערער, קטין, נפל ונחבל קשות. בית־המשפט המתזי קבע, שהמערער טיפס על מעקה שגובהו 88½ ס"מ, התכופף תפל. המעקה האמור נכנה על־ידי המשיבים בצורת גשר, לשם חיבור הכביש עם חדר הכניסה של הבית. הבית האמור נמכר כולו לדיירים ובכללם הורי המערער. תביעת המערער לפיצויי נזיקים עקב נזקי גוף שנגרמו לו נדחתה. בית־המשפט סבר שהמעקה הנדון עונה באופן סביר על הדרישה שאדם העובר על הגשר לא יפול אפילו יתכופף מעל המעקה.

השופט קיסטר: זהו ערעור על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, חיפה, בו נדחתה תביעת המערער.

העובדות שאינן שנויות במחלוקת הן: המערער, יליד 13.7.1951, נפל ביום

עולות

11.1.63 בשעות אחרי הצהריים מבעד למעקה של גשר המחבר כביש עם חדר הכניסה לבית מס' 77 בדרך נוה שאנן בחיפה. גובה המעקה הוא $88\frac{1}{2}$ ס"מ. מגובה של 3 מטר נפל המערער על הסלעים, האבנים והפסולת שבחצר ונחבל קשות. הבית הוא משותף ובו מתגוררים הורי המערער שם רכשו דירה. המשיבים מס' 1 ו-מס' 2 הם קבלני בנין ראשיים אשר הקימו את הבית, והמשיבה מס' 3 היתה בזמנו בעלת החלקה עליה הוקם הבנין. מנהלי החברה המשיבה מס' 3 הם המשיבים מס' 1 ו-מס' 2. הורי המערער חתמו על חוזה לרכישת הדירה ביו 11.11.1962 ונכנסו לגור בה ביום 1.12.62, בערך כאותו זמן הועברה להם הבעלות בדירה. מכל מקום, ביום קרית התאונה היתה הדירה כבר רשומה על שמם במשרד ספרי האחוזה.

העובדות השנויות במחלוקת הן:

א. כיצד קרתה התאונה?
ב. האם גובה המעקה, כפי שהוא $88\frac{1}{2}$ ס"מ, מספיק כדי שלא לדאוג את האחדים להתקנתו – כרשלים?

מלבד שתי שאלות אלו, יש גם לדון בטענות שהועלו, והמעוררות שאלות שהן בעיקר משפטיות:

א. באיזו מידה יש לדאוג את המשיבים כאחדים לתאונה אפילו לא הקימו את המעקה בגובה מספיק, וכן אם הרבד תרם לנפילת הילד?
ב. האם יש לדאוג את המשיבים כאחדים בשל כך שלא פונו האבנים והפסולת אשר מתחת לגשר, אם יש בעצם קיומם שם כדבר שהוא לפחות מגדיל את הנוק ומסייע לחבלה?

השופט המלומד קבע בפסק-דינו את הקביעות דלהלן:

1) אין ספק בכך שהתובע, הקטין, התרומם ונתלה על המעקה, ולא כפי ערותו בבית-המשפט שם אמר כי רק עמד על קצה אצבעותיו.

2) ביחס לגובה המעקה – "חכנון המעקה של גשר המחבר כביש עם כניסה לבנין, ומה יהיה גבהו של המעקה, נחונים לשיקול דעתו של המתכנן, וכל עוד המעקה עונה באופן סביר על הדרישה שאדם העובר על הגשר לא יפול אפילו יתכופף מעל המעקה, יצא המתכנן ידי חובתו; בהתחשב עם גבהו של הילד (התובע) ולא נטען שהיה גבוה יותר מ-140 ס"מ, ובהתחשב עם מדכו הכובד של גופו, ומאחר שגם מר תיכון (המומחה שהעיד מצד התובע) מעיד שגובה של 95 ס"מ למעקה יספיק, הכוונה לאדם מבוגר...", על סמך כל זאת הגיע השופט המלומד למסקנה שאפילו היה התובע מתכופף מעל למעקה, די היה בגובה המעקה כדי להבטיח שהילד לא יפול.

אשר להימצאם של אבנים ופסולת תחת הגשר, הגיע השופט המלומד למסקנה שאפילו ניקו ופינו אותם, היו נשארים עדיין הסלעים שעליהם נבנה הבית, ולפי דעתו אין יסוד למסקנה שהחבלות היו קטנות לו הוצאו האבנים והפסולת מן המקום.

כאמור לעיל, השאלות העובדתיות הן בעיקר גובה המעקה האם הוא מספיק? וכיצד נפל התובע?

שער שכיעי: דיני נזיקין

אלך בדרכו של השופט המלומד אשר דן תחילה בשאלת גובה המעקה. בא-כוח המערער טוען שעל השופט היה להסתמך על עדותו של מר תיכון מטעם התובע, ולקבוע כהתאם לכך שגובה המעקה היה נמוך מהדרוש לשם שמירת הבטיחות. אפס, כפי ששמענו מן הצדדים, אין כנמצא הוראה כלשהי בחוק, בתקנות או בחוקי עזר על דבר גובה המעקה כגון הנדון, אם כי דברים אלה הם בשימוש יומי (כאשר המדובר בגובה מעקה, אין הכדל בין מעקה גשר לבין מעקה למדרגות וחדרי מדרגות).

אם אפשר למצוא הוראה בדבר גובה מעקה, הרי מצינו זאת רק במשפט העברי בדין מעקה, כפי שנאמר בתורה:

כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בכיתך כי יפל הגופל ממנו (דברים כב, ח).

שיערו חכמים גובה מעקה כמידה של עשרה טפחים. כזמננו אין דעה אחידה בין הפוסקים מהו שיעור זה של עשרה טפחים. לפי שיעורי המידות שנקבעו על-ידי החזון איש ז"ל – מגדולי הפוסקים בדור האחרון – גובה המעקה חייב להיות מלכתחילה 100 ס"מ, לכל הפחות 98.20 ס"מ, וכשעת הדחק אפשר להסתפק גם ב-96.20 ס"מ (ראה בספר "שיעורי המצוות", נתחבר על-ידי גיסו של ה"חזון-איש", הרב קנייבסקי). ישנן מסורות אחרות בדבר מידות ושיעורים שנאספו על-ידי הרב חיים נאה ז"ל, ובהתאם לאותם שיעורים מעקה בגובה של 88½ ס"מ הוא מספיק (לפי שיעוריו כנראה שרי גם כ-85 ס"מ).

מוסכם כהלכה כי מי שמשאיר ככיתו מעקה שאינו מגיע לגובה של עשרה טפחים, עובר הוא בכל רגע על דין מעקה.

עניני מצוות מעקה ושיעורי המידות אינם ענינם של תלמידי חכמים כלבד, אלא מודפסים הם בספרי קודש המיועדים לשימוש בציבור הרחב, כגון קיצור שולחן ערוך, ואף סידורי תפילה (למשל: סידור "מנחת ירושלים", שם מובאים שיעורי המידות הן של ה"חזון-איש" והן של הרב נאה – בעמ' 892). כל השיעורים הנ"ל אינם מיועדים למניעת נפילתם של ילדים דוקא, אלא גם של מבוגרים, ואינם מיועדים כמעקה לגג בלבד, אלא כפי שנפסק ב"יר החזקה" להרמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק יא, הלכה ד –

אחד הגג ואתד כל דבר שיש בו סכנה וראוי שיכשל בה אדם וימות כגון שהיחה לו באר או בור בחצרו בין שיש בו מים בין שאין בו מים חייב לעשות חוליה גבוהה עשרה טפחים או לעשות לה כיסוי כדי שלא יפול בה אדם וימות...

על כך חוזר רבינו יוסף קארו בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכו, סעיף ז. גם הרמב"ם וגם בעל השולחן הערוך מוסיפים לדין מעקה –

וצריך להיות המחיצה חזקה כדי שישען עליה אדם ולא תפול. בעסקנו בדין מעקה לפי המשפט העברי, מן הראוי להוסיף גם על מי חלה חובת מעקה. בעל "מנחת חינוך" אומר על מצוות מעקה המוכתרת ב"ספור החינוך" (מצווה תר):

עוולות

הבונה בית או לוקח או ניתן לו במתנה... והשוכר בית, כתב בהג"מ דנראה... אין השוכר חייב במעקה מן התורה... והחייב על השוכר – מדרבנן... והנה המוכר בית בלא מעקה... מה שעבר עבר, אבל עתה אינו שלו, נפקע מצווה מאתו וחל על הלקוח.

תיכף כיש לו בית חל עליו תעשה ולא-תעשה וככל רגע עובר על הלאו ועשה, ואם אח"כ עשה, מ"מ לא תיקן מה שעבר למפרע. כאמור, במשפט החל בארץ אין שום הוראה, תקנה או תקן מקובל לגובה מעקות.

המהנדס מר תיבון (שכבר הוזכר לעיל), אשר העיד מטעם המערער, חייהו דעתו ואמר כי הגובה המינימלי הרצוי כדי למנוע סיכון ולהבטיח בפני נפילה הוא 95 ס"מ לטפס עליו. העד מוסיף כי בספרות המקצועית אפשר למצוא על מעקות בגבהים שונים מחצי מטר ועד מטר, וכן הוא אומר כי משום שאין כל הוראה בחיקוק, הרבר תלוי במתכנן. לפי דעתו של העד, גובה המעקה הוא בדרך כלל 80 ס"מ, אולם, לדבריו, יש בחיפה גשרים בהם המעקות נמוכים מ-80 ס"מ ולעיתים גם כאלה המגיעים רק לגובה של 70 ואף 60 ס"מ.

עד אחר, המסגר גזונטרמן, אמר בעדותו כי הוא עוסק במקצועו 32 שנה, אמנם הוא לא עשה את המעקה בבית בו אירעה התאונה, אלא בבתי הסמוכים לו, אך גם לדבריו הגובה המקובל למעקות הוא 90 ס"מ. יכול שבעקבות דיצוף ישנתה הגובה ל-88 ס"מ או 93 ס"מ. לדבריו, מקובל בעיריית חיפה לעשות מעקים בגובה של 90 ס"מ.

לאור העולה מכל העדויות אינני רואה כי יש מקום להתערב במסקנתו של השופט המלומד שקבע כי גובה המעקה היה סביר. נכון אמנם שלפי עדותו של מר תיבון ישנם בנינים רבים שגובה המעקה שבהם הוא למעלה מ-95 ס"מ, אולם מכאן אין להסיק שמעקה בגובה של 88½ ס"מ הוא פחות מן המקובל בין אנשי המקצוע ובמיוחד בחיפה שם זהו הגובה הקרוב למקובל.

קשה גם להגיע למסקנה שונה ממסקנתו של השופט המלומד; אחרת – היה הקבלן חייב לדאוג ולמנוע אפשרות נפילתו של ילד וגם למנוע ממנו אפשרות לטפס על מעקה, ואז חייב היה לבנות מעקה בגובה של 180 ס"מ, ואם לא עשה כך יהיה אחראי במשך שנים אם ילד יטפס ויפול. לא אוכל גם לדאוח נימוק לביטול העדפת דעתו של מר תיבון ביחס לגובה המעקות לעומת עדותו של מר סלובס, ולהכריז, בהסתמך על המלצתו של מר תיבון, כי האדריכלים, המהנדסים והמתכננים של בתים שהמעקות שבהם בגובה המקובל של 90 ס"מ הם רשלניים, ואז גם המתכננים ובונים מעקות בגובה נמוך מזה (80 או 70 ס"מ) הם ודאי רשלניים, אף-על-פי שאין תקן ואין בסיס מדעי מוצדק לכך. אשר לצורך תקן בדבר גובה המעקה שייקבע על-ידי מחוקק או מחוקק משנה, מן הראוי להביא את הבירורים במשפט העברי, בידורים ושיקולים היפים גם לימינו, כפי שהם בספרו של ה"תזון-איש", חלק חושן משפט, ליקוטים, סימן יח, סעיף קטן ו, שם נאמר בין השאר:

וכנראה דכל גג אינו בכלל המכשולות, שאין היזקו מצוי כל כך, שהעומד על

שער שביעי: דיני נזיקין

הגג זוכר בעצמו בטבעו להיזהר, וגם הוא מנהגו של עולם, וכמו שמותר לעלות במעלות, ומותר לעלות לבנות הגגין והעליות בלא מעקה סביביו... אלא שגג בית דירה חידשה תורה מצוות מעקה ולהקפיד על סכנת הנופל... וממשיך בעל ה"חזון-איש":

והנה גם בבית שחייבה תורה מעקה לא אסרה תורה על האדם שלא יעלה על הגג בלא מעקה, אלא על הבעלים לעשות מעקה וזה ענין מתורש, שהרי לא דמי גג לבור ולסולם רעוע דהתם מבין תקלה שהנכשל לא יירע להיזהר מההיזק, אבל הגג אפשר להזהיר שלא יעלו ולא ייתכן לקרותו לבעל הגג מזיק עד שחייבתו תורה.

באותו סימן, בסעיף קטן ה, נאמר –

ניחא נמי דכבש נשיפוע חלק ללא מדרגות בעיקר הכוונה בעליה למזבח – 'ק' פטור מן המעקה... אע"ג שאפשר ליפול מן הצד ממקום גבוה עשרה טפחים, אלא כיון דידע בעלותו לא חייבה התורה אלא בבית. עורר יש להוסיף, כי לפי המשפט העברי ישנם מקומות בהם קיימת אפשרות נפילה שאמנם ברין לא נקבע להם במפורש חיוב במעקה בגובה מסויים, אבל בלשון ה"חזון-איש" –

אם יש לחשוש לקטנים שיבואו לשם ודאי שצריך מעקה לסלק היזקא, אבל אין צורך גובה עשרה טפחים.

הבידורים הנ"ל מדאים ביחס לדין תורה כי במקום שבאופן סביר צפויה סכנה לאדם העובר שם, ובעיקר כאשר אינו יודע על הסכנה הצפויה, או גם בידעו על סכנה הוא עלול להסיח דעתו ממנה, יש לעשות הכל כדי לסלק את הסכנה. בדבר עליות, גגות וכיוצא בזה – אף-על-פי שבדרך כלל העולה שם ייזהר – חידשה תורת דין מעקה וחכמים קבעו שיעורים מתאימים שלולא הדין המפורש לא ייחשב הבעלים כמזיק אם לא הקים מעקה כדרוש. זאת ועוד, לפי המשפט העברי, כפי שאומרת הגמרא במסכת בבא קמא (כו ע"ב) "שאינן דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים" ואינו נזהר בכל רגע בעת הליכתו, לכן, בגשר כגון המקדה דנא, דרוש מעקה כדי שאדם הנרתף או נכשל לא יפול מן הגשר, ומה גם שזהו מקום בו עוברים בני אדם גם בחשכה, ועלולים למעוד, להיכשל או להידתף תוך כדי הליכה.

ושוב למקרה שלפנינו – אם לא שמענו עד כה כי אנשים, וגם ילדים, נכשלים ונופלים בהעדר מעקה גבוה מעל 88½ ס"מ, אינני דואה כיצד אפשר להתבסס על דבריו של העד תיבון ולקבוע שאם אדם הקים מעקה בגובה של 88½ ס"מ ייחשב כמזיק או רשלן, כל עוד אין הוראה מפורשת בחיקוק כלשהו, שמעקה חייב להיות לפחות בגובה של 95 ס"מ.

שער שביעי: דיני נזיקין

7. אחריות רופא

צ"א 552/66

לויטל נ' מרכז קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העברים בא"י

פ"ד כב(2) 480, 483

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (וילברג), והשופטים ברנזון, קיסטר

בתביעה שהוגשה בגין רשלנות בטיפול רפואי נפסק להובעת סך 1,000 לירות בגין כאב וסבל.
על חיוב זה נסב הערעור הנגדי, ואילו הערעור עצמו נסב על דחיית התביעה לעורף הסכום.

השופט קיסטר: בקשר לגישה זאת של התחשבות בתקנת הציבור ניתן לומר
כי אמנם הדבר לא הוזכר בפקודת הנזיקין, אבל על-כל-פנים מומנט זה יש בו
כדי להזהירנו שלא נטיל עליו תובת זהירות למעלה מן המקובל במקצוע זה
ולהגדיל את אחריותו באופן שיהא אחראי לכשלוך בטיפול או בנייתות למעלה
מן המידה.

המומנט הזה של תקנת הציבור ביחס לרופאים – ובעיקר רופאים מנתחים
– מופר במשפט העברי. העקרון במשפט העברי הוא שאדם שתכל בחברו
חייב אפילו היה שוגג מכיון שאדם מועד לעולם, אך לגבי רופאים העוסקים
במקצועם על-פי "רשות בית-דין" (על-פי רשיון מטעם רשות ציבורית)
צומצמה האחריות במידה ניכרת, היינו: לאותם מקרים של פשיעה שהוגדרו
במקורות (תוספתא בבא קמא ו, ו; שם ט, ג; וכן תוספתא גיטין ג, יג; ועל-פי
זה נקבעה ההלכה בתורת האדם של הרמב"ן, עניין הסכנה, הודפס בחידושי
הרמב"ן, הוצאת ירושלים, תשכ"ב, בסוף סדר נזיקין כלקוטים מספר תורת
האדם על בבא קמא; ושו"ת תשכ"ץ, תלק ג, סימן פב; ובשולחן ערוך, יורה
דעה, סימן שלו, סעיף א).

הסיבה לצמצום האחריות של הרופא היא "מפני תיקון העולם" כפי שנאמר
בתוספתא והדבר הוסבר על-ידי התשב"ץ בתשובה שהזכרתיה "שאם לא
נפטרנו בשוגג, אתי לאמנוע מלרפאות" והרמב"ן "בתורת האדם" רואה דמיון
בין תפקידו של רופא ותפקידו של דיין המצווה לדון ולפסוק ועליו מחד גיסא
לנהוג בזהירות בתפקידו ומאידך אין לו אלא מה שעניו רואה; כך גם הרופא
מצווה לדפא ואם מנע עצמו מכך הרי זה שופך דמים, ועליו להיזהר כמו שראוי
להיזהר "כדיני נפשות ולא יזיק בפשיעה", ו"אינו אסור משום חשש השגגה".
אכן במידה ורופא מצווה לפעול ולהציל את החולה אין זה רצוי שיצטרך
לחשוש שמא לא יצליח, אם במקרה ואם על-ידי שגגה, ויחדל מפעולות
הנראות לו לפי המצב כפי שהחבר לו.

עוולות

ב. עוולות שונות

1. הסגת גבול במקרקעין על ידי עקירת עצי פרי

ע"א 676/72

קפטה נ' לסקובסקי

פ"ד כז (2) 247, 252

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ברנזון, ח' כהן

משהורה באי-כוח המערערים כי המערערים עקרו את שלושת עצי הפרי של המשיבים שלא כדין,
נסב הדיון על שיעור הנזק בלבד.

השופט ח' כהן: וכדרך אגב: בו בזמן שהפרקליטים המלומדים יגעו ולא מצאו הלכה מפורשת בפסיקה הישראלית או במשפט המקובל האנגלי לעניין הסגת-גבול במקרקעין על-ידי עקירת עצי פרי, הרי מצויה הלכה מפורשת לעניין זה במשפט העברי: "הגוזל קרקע מחברו והפסידה, כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות, או שקצץ את האילנות ושיחת את המעיינות והרס הכנין, חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזילה, או ישלם דמי מה שהפסיד" (לשון הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ט, הלכה א; וכך בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעא, סעיף א). גם כאן מטיבים את הנזק או על-ידי החזרת המצב לישנו, או (אך כנראה לפי בחירת המזיק) על-ידי תשלום דמיהם של האילנות בשעת קציצתם. ואפילו "אילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרכים, וקדם אחד וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים, חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיונים" (לשון הרמב"ם בהלכות חובל מזיק, פרק ז, הלכה יג), שהרי הקוצץ נטיעותיו שלו (אפילו במקום שאינו רשאי) פטור, ואילו אחרים שקצצו את נטיעותיו – חייבים (משנה בבא קמא ח, ט).

שער שביעי: דיני נזיקין

2. לשון הרע

ע"א 30/72

פרידמן נ' סגל, עו"ד

פ"ד כז(2) 225, 244

כבית-המשפט הצליח בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לגרוי, עציוני, י' כהן

בשלב הראשון של הדיון קבע בית-המשפט המחוזי, כי הוכחה עילת החביעה בגין הוצאת ריבה על-פי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, וכי נכשלה הגנתו של המערער על-פי סעיף 14 לחוק. בשלב של שיעור הפיצויים קבע בית-המשפט המחוזי, כי אין בסעיף 61(1) לפקודת הנזיקין משום מניעה להטלת פיצוי על המערער, מחמת תשלום פיצוי על-ידי מערכת עתון "ידיעות אחרונות", כן קבע בית-המשפט, כי יש לפסוק במקרה דנן פיצויים מוגברים, הערעור נסב על הטלת החבות ועל שיעור הפיצויים, והערעור שכנגד על שיעור הפיצויים.

השופט עציוני: לפנינו ערעור וערעור שכנגד שעניינם חביעה בשל הוצאת ריבה על-פי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

... יחד עם זאת ברור שאין אנו צריכים להיות קשורים או מודרכים על-ידי סכומים שנפסקו בבתי-המשפט באנגליה, ורשאים אנו ליצור לעצמנו לצורך זה קנה-מידה משלנו. נוכל לשאוב השראה בסוגיה זו מגישתו המחמירה של המשפט העברי, לפיו אף מי שמספר בגנות חברו דברים שהם אמת עובר על לאו של לשון הרע. בעניין זה נאמר ברמב"ם, הלכות דעות, בפרק ז':
הלכה ב: אי זהו רכיל זה שטוען דברים והולך מזה לזה ואומר כך אמר פלוני, כך וכך שמעתי על פלוני, אף על פי שהוא אמת הרי זה מחריב את העולם. יש עוון גדול מזה עד מאד והוא בכלל לאו זה והוא לשון הרע. והוא המספר בגנות חברו אף על פי שאומר אמת. אבל האומר שקר נקרא מוציא שם רע על חברו...

הלכה ו: כל אלו הם בעלי לשון הרע שאסור לדור בשכונתם וכל שכן לישב עמם ולשמוע דבריהם. ולא נחתם גזר-דין על אבותינו במדבר אלא על לשון הרע בלבד.

עולות

ע"א 7/79

הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור ואח'

פ"ד לה (2) 365, 366, 368, 369

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני מ"מ הנשיא (ח' כהן), והשופטים בן-פורת, אלון

מ"מ הנשיא (ח' כהן): המערערת מוציאה לאור לא רק ספרים – כפי ששמה מעיד עליה – כי אם גם משחקי ילדים. בשידור הטלוויזיה, בתכנית הידועה בשם כלבוטק, ביום 27.11.75, הוצגו לראווה שתי חוברות ציור לילדים ומשחק בשם "משחק כדורגל", מחוצרתה של המערערת, ולטענת המערערת היה בצורת הצגתם משום לשון הרע. תביעה לפיצויים נדחתה בבית-המשפט המחוזי, ומכאן ערעורה שלפנינו.

... ואשר לאמרת המבקר, אל תקנו חתול בשק, הרי עצה טובה היא היעוצה לקונים. למעשה אינה אלא תרגום ללשון עממית של הפתגם המשפטי הנודע, יישמר לו הקונה. טענת המערערת, שבהקשר הדברים שאמר המבקר על משחק הכדורגל שלה, צריכה אמרה זו להתפרש כאילו הזהיר המבקר את הקונים בכוח מפני המערערת, שהיא מוערת לרמותם – אינה מסתברת מהקשר זה כלל: מן המפורסמות היא, שכל חכלית שידור הכלבוטק היא להזהיר ציבור הקונים והצרכנים למיניהם מפני עסקות מסופקות המוצעות להם, והאזהרה הנשמעת בשידור כזה שלא לקנות חתול בשק מתייחסת מטבע הרברים לאו רווקא למוכר פלוני כי אם לכל המוכרים באשר הם שם. ברם, מסופקני אם אזהרה כזאת יכול ויהא בה משום לשון הרע אף בהקשרים אחרים: איש לא יעלה על הדעת, שעלבון הוא לבעל האכרה להביא עדים שאין הוא רמאי, ומה גם שעובדה היא שרכו הרמאין (ראו ודוק: משנה וגמרא, בבא מציעא כח ע"ב). אלא דבר זה אוכל להשאיר בצדך עיון לעת מצוא.

השופט מ' אלון: מסכים אני עם פסק-דינו של חברי הנכבד, מ"מ הנשיא ח' כהן. דעתי כרעתו, שהביקורת האמורה לא עברה את גבול המותר על-פי דין, אך חרדה, בחלקה, מהתחום הרצוי שבטעם הטוב...

וגדולה מזו, אמרו חכמים, שגם כאשר מותרת היא לשון הרע, יקפיד "שלא לגזם הענין יותר ממה שהוא, דהיינו שלא לחסר בסיפור שום פדט קטן שהוא מכין שדבר זה הוא צד זכות של חברו, או שבאמת אין הדבר הזה מועיל להצדיק את חברו, אבל על כל פנים, אם ידעו השומעים צד זכות זה לא יתגנה כל כך בפניהם, וכשהוא יחסיר דבר זה יתגנה מאד לפני השומעים – איסור גדול הוא לחסר פרט זה. כלל הדבר – שלא יגדיל העולה יותר ממה שהיא" (ספר חפץ חיים, לר' ישראל מאיר הכהן, חלק א, כלל י, סימן יד). ועל אחת כמה וכמה שכך הוא בעניין שלפנינו, שמן המפורסמות הוא, שהקול היוצא מתיבת הטלוויזיה נשמע מסוף העולם ועד סופו, ולית אתר דפנוי מיניה. מן הראוי, אפוא, שהמשיבים ימצאו את הדרך הנאותה לפיוסה של המערערת.

עוולות

3. הולדת וולד בעל-מום

ע"א 518/82, 540/82

זייצוב ואח' נ' כץ ואח'

פ"ד מ(2) 85, 95-96, 109-110, 125

בבית-המשפט העליון בשכחו כביח-משפט לערעורים אורחיים
לפני המשנה לנשיא (בן-פורת) והשופטים ברק, ש' לוי, ד' לוי, גולרברג

הערעור נסב על השאלה, אם ניתן לתבוע בגין רשלנות רופא, שהחריש במתן ייעוץ גנטי להוריו של קטין שנולד עם מחלה תורשתית, כאשר הקטין יכול היה להיוולד אך ורק במומו או לא להיוולד כלל.

המשנה לנשיא (בן-פורת): בלי לחלוק על הגישה המושרשת היטב לגבי סוגיית קיצור תוחלת חיים, יש, לדעתי, מקום להבחין בין מוות מזה לבין אי-קיום מזה. בשני המקרים אין להירתע מעריכת השוואה עם החיים, אך בו בזמן שהמוות חל במקום שהיו כבר חיים, מדובר בענייננו באי-קיום מלכתחילה. עקרון קדושת החיים תופס בעיקר, אם כי לאו דווקא אך ורק, בהשוואה בין החיים למוות. ראיה לדבר ניתן למצוא בגישת המחוקק לשאלת הפלה מלאכותית (סעיף 316(א)(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977) המתיר, בין היתר, הפסקת היריון, אם "הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי". מצד שני, משבא לעולם ולד כזה, שוב אין לפגוע בחייו, וחופס בו במלוא עוצמתו עקרון קדושת החיים.

השוואה בין חיים לבין אי-קיום, לפחות על פני הדברים, מוצאים במסכת עירובין יג ע"ב, שם נאמר:

נחלקו בית שמאי ובית הלל. הללו אומרים נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא.

לא הבאתי דברים אלה כדי לנתח לעומק את הרעיון שביסודם (וראה הפירוש במאמרו הנ"ל של טדסקי, שאינו היחיד בעניין זה), אלא אך כדי להראות, שגם במקורות הועמדו אלה מול זה, החיים ואי-הקיום. מכאן אני מתחזקת בדעתי, שאין בהשקפה המקובלת עליו משום כפירה בעקרון קדושת החיים למן בריאתו של האדם או משום סתירה להלכה הפסוקה לגבי קיצור תוחלת חיים.

השופט ברק: ילדים בעלי מום הינם תופעה הקיימת מימים ימימה. עם זאת, רק בעשרות השנים האחרונות החלו בעיות אלה להעסיק את התודעה הציבורית. בוודאי תרמה לכך ההתפתחות הדכה במדע הרפואה, אשר פתחה

עולות

4. גרימת חבלה גופנית על ידי הורים ומורים

ע"פ 7/53

ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד ז 790, 797-800

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 485.

5. חבלה נפשית

ע"א 328/76

הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים,

תשי"ז-1957 נ' אנגל

פ"ד לא(1) 169, 173-174

בכיתה המשפט העליון כשכתו כבית המשפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, שמגר, שרשבסקי

ועדת העררים לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים קבעה, כי לגבי מי ששהה במחנה השמדה נאצי
תקופה מסוימת ולקה בנרדוזה קיימת הנחה כי הוא נכה.

השופט ח' כהן: (ג) פרקליטה המלומד של המערכת טוען לפנינו שהמלה
"חבלה" אין משמעותה אלא חבלה בגוף בלבד. הוא מסתמך לא רק על מילונו
של אבן שושן (ולא בדקתי את המובאה משם), אלא גם על לשון המשנה,
שלפיה החובל בחברו הוא המסמא את עינו והמקטע את ירו והמשבר את רגלו
(בבא קמא ח, א); והוא מביא מן הרמב"ם את ההלכה שהמכעית את חברו.
אפילו חלה מן הפחד, לא זו בלבד שאינו נקרא חובל, אלא פטור הוא כדיני
אדם וחייב רק כדיני שמייס (הלכות חובל ומזיק פרק ב, הלכה ז).

אמת נכון הרבר שהחבלה שבדיני הנזיקין של המשפט העברי, המשמשת
עילת תביעה על נזקי גוף, היא חבלה בגוף בלבד – וצערה צער שבגוף (בבא
קמא פז ע"ב); אלא שקיימת גם עילה של גרמא בנוזיקין, שיכול ותהא צומחת
גם מפגיעה נפשית – ואין כאן המקום לדון בסוגיה זו. אבל אין זאת אומרת
שהמלה העברית "חבלה" אינה מסוגלת לגרוף גם את החבלה הפיגורטיבית,
או חבלה בנפש. כך מקובלנו שהקב"ה אינו גוף, ובכל זאת "חבול חבלנו" בו
(נחמיה א, ז); ותלמידי חכמים שבבבל, שבווראי לא היכו ולא פצעו זה את זה,

שער שביעי: דיני נזיקין

את עדותו, כפי שנאמר בויקרא ה, א: "והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו". ובחוספתא, שבועות ג, ב, נאמר, שהכובש עדותו פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים (ראה גם פד"ר, כרך ה, עמ' 132). אדם היודע את חובתו ישים אל לבו דברים אלה וכאשר ידועה לו עדות הוא לא יימנע מלהעיד בבית-המשפט ויזהר לדייק בעדותו שתהא עדות אמת. אך לא כל אדם נענה לצווים מוסדיים ורתיים אלה ועל-כן נשאלת השאלה מה נעשה כאשר טוענים ואף מוכנים להעיד, שעד העיד שקר; האם ניתן, ובאיזה תנאים, להעניש את העד ולחייבו לשלם לאדם שניזוק מעדותו? עיקר הקושי בתביעה על עדות שקר היא כי מי לידנו יתקע שהעד, המעיד נגד אדם הנאשם בעדות שקר, אינו בעצמו עד שקר, ואין לדבר סוף.

8. לפי דיני התורה קיים עונש בבית-דין רק במקרה של עדים זוממים. לפי האמור בדברים יט, יז ואילך וכמכואר בתלמוד ובפוסקים, עד זומם אינו עד המכחיש עדותו של עד אחר אלא עד המעיד "עמנו הייחם", כלומר, שלא יתכן שהעד שהעיד כדאשונה ראה את המעשה, שהרי הוא לא היה במקום המעשה. בתלמוד ובפירושים לתורה עמדו על כך שדין זה, שאפשר להעדיף את עדות העד המזים על פני עדותו של העד המזום, הוא חידוש (ראה תלמוד בבלי, סנהדרין בז ע"א: "עד זומם חידוש הוא מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני" [מה ראית לסמוך על זה ולא על זה?]), ועל-כן הזהירה התורה ביחס לעדים זוממים "ורדשו השופטים היטב". והיה אם השופטים מצאו שהעדים היו עדים זוממים הדין הוא "ועשיהם לו כאשר זמם לעשות לאחיו", ובממון להבריל מענשים אחדים, נפסק ברמב"ם, הלכות עדות, פרק כ, הלכה ב: "ואם הוזמו אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו".

9. אכן אם אדם העיד עדות שקר שגרמה לחברו נזק הוא חייב לשלם על גרימת הנזק מדינא דגרמי, אך אין מחייבים את העד בחשלוש, אם מי שנפגע מעדותו קיבל חזרה מבעל-דינו את ששילם לו; והדברים מובנים; שהרי לא נגרם לו נזק על-ידי עדות שקר. יתר-על-כן, אין מחייבים את העד בחשלוש אלא אם הוא הודה בשקר, כך נפסק בקונטרס דינא דגרמי של הרמב"ן בסוף פירושו למסכת בכא בתרא, ובשאלות ותשובות הרא"ש, כלל נח, סימן ו, שהובא בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן לח. הסיבה לכך היא, כפי שנראה לי, שלא לחייב את העד אלא על-סמך עדות וראית, שאין בה ספק לעומת עדותו של העד המוכחש.

אכן, אדם בעל מצפון הרואה שעקב עדות לא-מדוייקת שהוא נתן נגרם לחברו נזק, כבואו לעשות תשובה, חובתו הראשונה היא לפצות את חברו על הנזק שנגרם לו בגלל עדותו, ולא זו בלבד אלא שעליו גם לרצות את חברו, כפי שנפסק בהלכות תשובה, פרק כ, הלכה ט: "עבירות שבין אדם לחברו כגון החובל בחברו או המקלל חברו או גוזלו וכיוצא בהן, אינו נמחל לו לעולם עד שיתן לחברו מה שהוא חייב לו וירצהו" (וכן נפסק גם בהלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה ט, על-פי האמור ביומא, פרק ח, משנה ט)...

12. מן הראוי להזכיר כאן גם את עקרון "רס יודיקטה" השולט במשפט

עוולות

המודרני שנועד לשים קץ להחדינויות, שאינו מקובל במשפט העברי, ועל-כל-פנים לא באוחו ההיקף. במקרה של אדם שנידון למוות יכול הוא לבקש שיחזרו וידונו בטענותיו, כפי שפוסק הרמב"ם, בהלכות סנהדרין, פרק יג, הלכה א: "אמר יש לי ללמד על עצמי זכות... מחזירין אותו פעם ראשונה ושניה... בשלישית אם יש בו ממש מחזירין אותו אפילו כמה פעמים". ובדיני ממונות נפסק ברמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה ו ואילך ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כ, סעיף א, כשיש ראיות חדשות "סותר את הדין ותחד הדין אף-על-פי שכבר נגמר הדין".

השופט ח' בהן: יתכן – אך אין אני צריך לתוות פה דעה סופית על כך – וקיימת חובת העד כלפי בעל-הדין שהזמין אותו להעיד, לבוא ולתת עדות, בחינת והוא עד או דאה או ידע, אם לא יגיד ונשא עונו (ויקרא ה, א); ואת ה"לוא" יגיד, הכתוב שם בכתיב מלא, יש שקראו כאילו כחוב, "לוי" יגיד. אבל אין חובה זו, אפילו ניתן לומר עליה שאין היא "חובה ציבורית בלבד", דומה לחובה הנוגעת לטיבה ולחכמה של העדות כל עיקר: זו חובה אשר בקיומה אין כל החנגשות אפשרית בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס של בעל-הדין, ואילו זו חובה אשר בקיומה קיים האינטרס הציבורי, ובהפרתה עלול להיות קיים האינטרס של בעל-הדין. (וכשבעל-הדין נעשה עד, פשיטא שחובתו הציבורית כעד עדיפה על כל חובה ואינטרס שלו כבעל-הדין.)

לפיכך פירושו הנכון של איסור עדות שקר הוא שאין הוא נועד לטובתו או להגנתו של בעל-הדין, והנוק שנגרם על-ידי עדות שקר לאחד מבעלי-הדין אינו מסוגו או מטבעו של הנזק שאותו נתכוון המחוקק למנוע כשציווה להעיד אמת.

5. "הפירוש הנכון" הזה של איסור עדות השקר יש בו, בעיצומו של דבר, משום קביעת מדיניות משפטית: סכנת ההתנגשות בין חובת האמת לבין אינטרס של בעל-הדין היא הנוחנת שיש לפרש את איסור עדות השקר כ"חובה ציבורית בלבד".

טוען מל' כספי שאם נקבע מדיניות משפטית, או, לשון אחרת, אם נראה ונפסוק מהי חקנת הציבור במדינת ישראל, מן הדאי – אם לא מן הדין – הוא שנסתכל במסורת המשפט העברי ונדלה מעקרונותיו ומהוראותיו את אשר נחוץ לנו לקביעת תקנת הציבור שלנו כיום, ושוכ מוכן אני, כשלעצמי, לחתום בשחתי ידיים על פרופוזיציה זו, שאם מוצאים אנו במשפט העברי עקרונות והוראות אשר ניתן להשתית עליהם את חקנת הציבור בזמננו ובמקומנו, מצווה עלינו לנהוג כך.

ואולם לא מצינו במשפט העברי לא עקרון ולא הוראה אשר ניתן להסיק מהם שחובת עדות האמת ואיסור עדות השקר אינם "חובה ציבורית בלבד" כי אם גם חובה כלפי בעל-הדין. מר' כספי תמך יתדותיו בדין המובא בסימן לח של חושן המשפט (מובא גם בסימן כט, סעיף ב), שאם באו עדים והודו שהעידו לשקר, "עדותם הראשונה קיימת, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד,

שער שביעי: דיני נזיקין

אבל נאמנים לגבי עצמם לשלם לו כל מה שהפסידוהו; משמע כאילו הנזק שנגרם לבעל-דין על-ידי עדות שקר, הוא הנזק שהתכוון המחוקק למנעו על-ידי האיסור; ומאחר והעדים הם החכים בהטבת נזק זה, הרי האיסור החל עליהם לשקר נעשה לטובתו ולהגנתו של בעל-הדין.

דין זה מקורו באחת מתשובות הרא"ש (כלל נח, סימן ו) שהוכאה כבר בפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט קיסטר. מעשה שהיה לפני הרא"ש כן היה: ראובן חייב היה כסף לשמעון. באו עדים וחתמו על שטר מחילה שלפיו מחל שמעון לראובן את חובותיו; לאמור, אנחנו עדים החתומים מטה מעידים שלפנינו מחל שמעון לראובן וכו'. לאחר מכן אמרו העדים שראובן השקה אותם יין ונגשתכרו וכתבו וחתמו לו מה שרצה. פסק הרא"ש שאין העדים מהימנים לבטל שטר לאחר "שנתקיימה חתימתם בבית דין", ואין הם מהימנים "להפסיד לראובן" שזכה על-פי השטר המקויים. אבל מהימנים הם לגבי עצמם, שהודאת בעל-דין כמאה עדים דמי, ואת הנזק שגרמו לשמעון על-ידי עשיית שטר בלתי-נכון, חייבים להשיב לו מדינא דגרמי, "שהם בעצמם עשו הנזק לממון שמעון בזה שחתמו עליו שקר".

נקל לראות שאין הנדון דומה לרא"ה. העולה שעשו העדים בעשיית השטר לטובת ראובן, היא – בלשונו לפי פקודת הנזיקין – עוללת תרמית, שהרי כתבו הצג כוזב של עובדת המחילה בידיעה שהיא כוזבת או שאין אמונה באמיתותה; ואין לאחירותם בנזיקין ולעוולה של "עדות שקר" ולא כלום. אמת נכון הדבר, כפי שגם מראה חברי הנכבד, השופט קיסטר, בחוות-דעתו, שיש ולפי המשפט העברי משלם עד שקר את הנזק שנגרם לבעל-דין עקב עדותו – אבל לא כאשר העיד לשקר, ולא כאשר חב הוא לטובת אמת לבעל-דין דוקא; אלא גזירת הכתוב היא, ועשייתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו (דברים יט, יט) – ואם זמם להביא לידי חיובו כתשלום כסף, ישאו בו כאשר זמם לעשות, ויחייבו אותו כתשלום הכסף. אין זה פיצוי לבעל-דין הנובע מקיום חובה כלפיו, אלא זוהי הסנקציה הפלילית אשר התורה קובעת לעד זומם. והא ראייה שסנקציה זו מיוחדת אמנם אך לעדים זוממים בלבד, והם עדים שהעידו שבשעת המעשה היו במקום המעשה, ולאחר מכן הוזמו שבשעת המעשה היו במקום אחר; מה שאין כן לעדי שקר סתם, שעדותם נסתרה לאחר מכן על-ידי "עדי הכחשה". וזו לשון הרמב"ם:

ומיצות עשה לעשות לו (לעד זומם) כמה שרצה לעשות בעדותו לחברו. אם בעבירה שחייבין עליה סקילה העידו והוזמו, נסקלין כולן. ואם בשריפה, נשרפין; וכן שאר המיתות. ואם העידו במלקות, לוקה כל אחד מהן כשאר מחוייבי מלקות... ואם העידו לחייבו ממון, משלשין הממון ביניהן לפי מנין העדים: כל אחד ואחד יתן חלק המגיע לו; ואין לוקין במקום תשלומין. כמה דברים אמורים, בעדים שהוזמו; אבל שתי כתות המכחישות זו את זו ואין כאן עדות, אין עונשין את אחת מהן, לפי שאין אנו יודעים מי היא הכת השקרנית... (רמב"ם, הלכות עדות, פרק יח, הלכות א-ב).

נמצא שאפילו עדים זוממים שהעידו כדיני נפשות כדי להביא לידי ענישתו

עולות

של הנאשם, אם בעונש-מוות ואם במלקות ואם במאסר, יטילו עליהם אוחו העונש עצמו שזממו הם להביא על הנאשם, אבל לא יחייבום ואינם חבים בתשלום פיצוי כסף לנענש על הנזק שנגרם לו על-ידי ענישתו; רק אם העידו כדי להביא לידי חיובו בתשלום כסף, העונש הראוי להם הוא חיובם שלהם בתשלום זה. ונתעוררה השאלה אם כסף זה, שהוא בגדר קנס, יש לשלמו לבעל-הדין שנגדו העידו, או שמא "יחננהו בית-דין לכל מי שירצו": ופסק הרדב"ז (ר' רוד אבן זמרה, במאה השש-עשרה) שיש לשלמו לבעל-הדין, שהרי כתוב, ועשייתם לו כאשר זמם לעשות לא תיר – "והאי עשייה תהיה לאתיו" (חשובות הרדב"ז, חלק ג, אלף מט); אך אין בכך כדי לגרוע מאפיו של החשלוש שהוא קנס פלילי ולא פיצוי אזרחי.

ומאחר שמה שהעדים הזוממים משלמים אינו אלא קנס בפלילים, "לפיכך אין משלמין על פי עצמן", ואף הודאחם – שבדיני ממונות כמאה עדים דמי – אינה מועילה לחייבם בתשלום קנס זה (טור, חושן משפט, סימן לח, סעיפים ד-ה; רמב"ם, שם, הלכה ח).

גם מלשון אזהרת העדים בדיני נפשות אין להסיק מסקנה אחרת: העדים מזהרים שבדיני ממונות "אדם נותן ממון ומתכפר לו", ואילו בדיני נפשות "דמו ודם זרעותיו תלוין בו עד סוף העולם" (משנה סנהדרין ד, ה). זו אזהרה שאם יעיד לשקר יגרום להפסד ממון בלכוד, תמיד יוכל "להחכפר" על-ידי שנותן את הממון: לא שחייב הוא להשיב, אלא שיכול הוא לתקן את אשר עיוות. אבל בדיני נפשות אין לו כפרה גם בנחינת ממון, לא מרצונו ולא מכות הדין, שכל ממון שבעולם אינו יכול לכפר על שפיכות דמים. כיוצא בזה אחה אומר, שאין שום ממון יכול לכפר על שלילת החירות.

7. גרימת הוצאות מיותרות ברין

ע"א 180/71

לביא נ' קצין התגמולים

פ"ד כו(2) 501, 510, 511

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים כרנון, ויחקון, קיסטר

ועדת הערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, אישרה את הביעת המערער להכיר במחלתו כנכות שנגרמה עקב השירות הצבאי, ופסקה לו הוצאות משפט בסך 300 לירות. הערעור הוא על גובה ההוצאות שנפסקו. לטענת בא-כוח המערער אין סכום ההוצאות שנפסק עומד ביחס הולם לטיפול הרב ולישיבות המרובות שהיו בפני ועדת הערעור.

שער שביעי: דיני גזיקין

השופט קיסטר: מסכים אני לתוצאות שאלהן הגיעו חברי הנכבדים. גם אני לא מצאתי הוראה בחיקוק או כלל מפורש במשפט המקובל שלפיהם ישנה סמכות לוועדות כמו ועדת ערעורים לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב], לחייב את הרשות בהוצאות המשפט, אלא מסכים אני, מן הטעמים שפורטו על-ידי חברי הנכבד השופט ויתקון, כי מותר לנו לצאת מן ההנחה שלוועדת הערעורים שעל החלטתה מערערים, ישנה סמכות כזאת...

... הגעתי לגישה זו על-פי עיון במקורות המשפט העברי, לגבי גרימת הוצאות מיוחדות.

לפי חפיסת המשפט העברי כל חברה מחוקנת חייבת לקבוע מערכת משפטים, כתי-משפט, וכל אדם זכאי לפנות ללא קושי; ואם כריב בין שני אזרחים כל אחד הביא השקפתו וטענותיו באופן ראוי ונכון, אין הצד המפסיד חייב לשלם לזוכה את הוצאותיו במשפט, אבל אם נהג בסרבנות או באופן דומה וגרם להוצאות מיותרות לחברו, מחייבים אותו בהוצאות כאלו, כאשר גרם לנזק ולהוצאות (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יד, סעיף ה ונושאי כליו).

נראה לי כי מידת הצדק דודשת שהרשות תהא חייבת בהוצאות שנגדמו לאזרח על-ידי כך שהדשות לא עיינה בבקשתו כראוי ולא בירדה כפי שהיתה חייבת לבררה, כדי שהאזרח לא יצטרך לפנות לערכאה נוספת. אוסיף, כי הכלל של פסיקת הוצאות לצד הזוכה, שהוא מקובל היום, לא היה מוכר במשפט רומי קדום, אלא נתקבל בתקופה יותר מאוחרת.

8. תרמית

ע"א 572/74, 573/74, 574/74

רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'

פ"ד כט(2) 57, 79-80

הובא בשער זה, עמ' 598.

עולות

9. גזלה

ע"א 719/78

איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ

פ"ד לד(4) 673, 686-687

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 498.

10. ערשק

ע"א 719/78

איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ

פ"ד לד(4) 673, 686-687

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 498.

11. נזקי שכנים

ע"א 302/67

מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות'

פ"ד כב(1) 211, 218-220

הובא בשער זה, עמ' 550.

12. גרימת נזק על ידי בעלי חיים

ע"פ 2/73

סלע נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(2) 371, 379

הובא בשער זה, עמ' 558.

605

נטל ההוכחה

2. חובת ההוכחה בנוקדי שכנים

ע"א 302/67

מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות'

פ"ד כב(1) 211, 219-220

הובא כשער זה, עמ' 550.

פרק רביעי תרופות

1. עקרון הקטנת הנזק

ע"א 61/47

"קדר", תעשית כלי חרס בע"מ נ' מפעלים כימיים מזרחיים "עדיף" בע"מ פ"ד ב 897, 899, 904

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים דונקלבלום, אסף, אגרנט

השופט דונקלבלום: המערערת, הנחבעת בבית-המשפט שלמטה, היא חברה המייצרת כלי-חרס; המשיבה, התובעת בבית-המשפט שלמטה, היא חברה המייצרת מיקולון ומוצדי בושם אחרים. מיקולון מכילים 80% בקירוב אלכוהול ו-20% בקירוב מים וחומרי בושם.

המשיבה הזמינה אצל המערערת בקבוקי חרס לפי דוגמאות שהמציאה לה המערערת. הדוגמאות נעשו לפי חרשימים שהוגשו למערערת על-ידי המשיבה. ההזמנה נעשתה בהתאם למכתב המערערת מיום 30.6.43 (מוצג ח/5). במכתב זה כתבה המערערת שהדוגמאות אינן מושלמות ואינן עוד בלתי חידרות לגבי נוזלים. באותו מכתב מציינת המערערת שהיא מקבלת על עצמה אחריות לכך, כי הבקבוקים שתספק למשיבה יהיו בלתי חידורים. מחיד כל בקבוק נקבע ל-120 מא".

... ביום 25.1.44, ובחאריכים אחרים לאחר מכן, הזמינה המשיבה בקבוקים נוספים. ביום 5.5.44 התלוננה המשיבה, במכתבה למערערת, כי איכות הבקבוקים ידודה, וכי רבים מהם נוזלים. מנהל החברה המשיבה, ד"ר שמואל אריאל, בעדותו בבית-המשפט שלמטה, העיד כי הוא הודיע טלפונית למערערת את תלונתו, מיד לאחר שגודע לו על נוזילת הבקבוקים, ואת תלונתו זאת אישר בכחב במכתבו הנ"ל מיום 5.5.44. המערערת אישדה קבלת מכתב זה בתשובתה (מוצג ח/32). במכתב זה מציינת המערערת, כי היא בדקה את הבקבוקים לגבי חידירות במים ולא באלכוהול, כי הרבה בקבוקים מקולקלים

תרופות

או חרירים לגבי נוזלים הושמדו, וכי מטעם זה היא דוחה את תלונותיה של המשיבה.

... מה הוא הנזק שנגרם למשיבה ומה היא מירת האחריות של המערערת? רצוי להזכיר כאן שני כללים מתורת הניזקים האנגלית אשר, לפי דעתי, חלים גם אצלנו. הכלל הראשון הוא, כי מטרת פיצויים היא להעמיד את הניזק במידת האפשרות במצב שהיה נמצא בו לפני שאירע הנזק. או, במלים אחרות: מטרת השלום פיצויים היא להחזיר עד כמה שאפשר את המצב לקדמותו. דאה, למשל, מיין, על נזקים, מהרודת 1946, עמ' 9. הכלל השני הוא, כי על הניזק לעשות את כל המתקבל על הדעת כדי להפחית את הנזק. חובתו של הניזק היא, לא לשבת בחיבוק ידים ולבטוח בפיצויים שהמוזיק ישלם לו – עליו מוטלת החובה לעשות את אשר ביכולתו כדי להקטין את הנזק או ההפסד שנגרם לו. חברי המלומד, השופט הרב אסף, הפנה את תשומת לבי לעובדה כי הכללים שלעיל קבועים גם במשפט העברי. בנוגע לכלל הראשון עיין טוד ושולחן ערוך, תושן משפט, סימן שד, סעיף ה. ואשר לכלל השני קבעו חכמים ש"הבעלים מטפלין בנבילה" והפחת של החפץ הניזוק, אחרי הנזק, הוא של הניזק, מפני שעליו מוטלת החובה להשתדל שהנזק לא יגרל יותר על-ידי חוסר טיפול (עיין בבא קמא י ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תג, סעיף ב, ובאר הגולה שם, אות ד).

2. הטבת נזק שנגרם עקב ביצוע פסק דין מוטעה

ע"א 280/73

פלאימפורט נ' ציבה-גייגי לטד ואח'

פ"ד כט(1) 597, 608-609

הובא כשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 722.

3. חובת השבת מה שנהנה על אף שפטור מנזק

ראה כשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 722.

שער שביעי: דיני נזיקין

4. חישוב הפיצויים: ערך ההאצה

ע"א 524/80

אבירן ואח' נ' הלפרין ואח'

פ"ד לז(1) 29, 39

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברק, נחניהו, שינברם

בעלה המנוח של המשיבה 1 נהרג בתאונת רכבים. המנוח עבד כחקלאי במשקו ואף העסיק בו פועלים. לאחר מותו מנהלים את המשק המשיבה, שקודם לכן הייתה עקרת בית, וגניסיה, בעזרת אוחם פועלים. הדין בערעור נסב על שאלות שונות בחישוב הפיצויים, שיש לפסוק לאלמנה, החוכעת כחלייה.

השופט שינברם: דרך זו לחישוב ההאצה מצינו גם כמשפט העברי, כמשנה מכות א, א: "... אומרים כמה אדם רוצה ליתן ויהיה כידו אלף זוז בין נותנן מכאן ועד ל' יום, בין נותנן מכאן ועד עשר שנים". הדברים מתפרשים על-ידי הרב דוד בן זמרא (שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן פד), שם כתב: "מה שהיה יכול להרויח כמעותיו באותה תקופה". דברים אלו של הרב דוד בן זמרא הובאו כ"אוצר מפרשי התלמוד", מכות, עמודה ק בנוסח זה: "שכמשנתנו שמין כמה היה יכול להרויח כמעות אלו במשך עשר שנים". במקרים שידועה ההכנסה מהרכוש אין קושי בקביעת ערך ההאצה, שהוא סכום ההכנסה לאותו מועד, שבו קדמה קבלתו של הרכוש. וכך קבע בית-המשפט בע"א 112/58 הנ"ל לגבי נכס שהושכר, כאשר ניכה מסכום הנוק את דמי השכירות, המתקבלים עבור אותו נכס.

5. פיצויים לפנים משורת הדין

ע"א 350/77

כיתן בע"מ נ' רייס ואח'

פ"ד לג(2) 785, 809-810

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ויחקון, שמגר, אלון

הערעור נסב על שאלת אחריותה בנוזקין של המערערת בשל כך שעובד שהועסק על-ידיה כשומר נטל כלי יריה שהגיע לידי עובדה ורצח את בעלה ואביהם של המשיבים.

השופט אלון: 4. ומכאן בא אני להערה אחת נוספת. אכן הדין הוא עם המערער, ומצד הדין אין לכפות עליה לפצות את המשיבים. במהלך הבירור המשפטי לפנינו הציעה המערערת לפצות את המשיבים לפני משורת הדין, בנוסף לסכום מסויים שכבר מסרה בידם, כחלק ניכר מדמי הנזק שנגרמו למשיבים בעטיו של מות הבעל והאב. ומשבח אני את המערערת על כך, שהרי מסורת ישראל בדינו, והיא יסוד מוסד בעולמו של המשפט העברי, שבצידה של מידת הדין מצויה גם החובה לנהוג לפני משורת הדין. מאלף הוא שחובה זו מצאה אחד מביטוייה העיקריים בדיני הנזיקין במשפט העברי ובסוגייה שזוהה היא לסוגייה שלפנינו. וכה מסוכמים הדברים בספרו של פרופ' אשר גולאק (יסודי המשפט העברי, חלק ב, עמ' 18):

יש חיובים שבל עיקרי יסוד זה של בפיה חסר בהם, ושהם מתמלאים רק על פי רצונו הטוב של החייב. על פי דיני אדם החיוב אינו קיים באן, כי תוצאה ישירה של דיני אדם היא הכפיה עליהם, וזו חסרה כאן לגמרי; חיוב זה קיים רק כחובה מוסרית או דתית המוטלת על החייב, ועל כן נאמר עליו "פטור בדיני אדם ותייב בדיני שמים"...

בדיני ישראל מחקיים חיוב בידי שמים בכל מקום שיש יסוד רופף לחשוב אותו לשריר וקיים מצד הדין, ושאפשר לו להיות מוטל כחובה מוסרית בלבד, שדאוי לאדם הגון למלאותה. נבאר את אפיו המיוחד של החיוב בידי שמים בדוגמאות מדיני הנזק.

הנזק מביא תמיד איזה הפסד בנכסי הניזק, וכמו לכל חזיונות החיים יש לו לנזק סבה שקדמה לו וגרמה אותו. הטלת חיוב על אדם המזיק על מעשה נזקו דורש, שבין פעולת אדם זה ובין מעשה הנזק יהא יחס של עילה ועלול, שפעולת המזיק תהא עילת הנזק ובלעדה לא היה בא. ואם יחס זה קיים במקצת, אלא שהוא פגום, בא חיוב בידי שמים.

יחס של עילה ועלול קיים בין פעולת האדם ובין נזק, אם פעולה זו צריכה הייתה להביא את הנזק, לפי מצב הדברים ובתנאים הרגילים ומצויים. ואם בתנאים רגילים ומצויים לא יכלה הפעולה להביא לידי הנזק, אלא שסבה בלתי מצויה ובלתי נודעה למזיק עזרה לפעולה זו והביאה ביחד אתה את הנזק, על המזיק מוטל חיוב בידי שמים בלבד, לשלם את ההפסד. והדברים כאילו נאמרו לענין שלפנינו.

5. בהתפתחותו של עיקרון לפני משורת הדין במשפט העברי אנו מוצאים שלדעתם של חכמים רבים יש בנסיבות מסוימות אף כופין עליו. וכך מעיד עלינו רבינו יואל סירקיס, בעל הבי"ח על ספרי הטורים, מחכמי פולין בסופה של המאה השש־עשרה ומחציתה של המאה השבע־עשרה:

וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון, ואף על פי שאין הדין כך (בי"ח על הטור, חושן משפט, סימן יב, סעיף ד; וראה מנחם אלון, המשפט העברי, א, עמ' 176 ואילך).

גישה זו מעוגנת היא בהשקפת עולם יותר רחבה שבמערכת המשפט העברי, והיא באה לידי ביטוי, בין היתר, גם בעיקרון הידוע ש"כופין על הצדקה"

שער שביעי: דיני נזיקין

(כתובות מט ע"ב), ואף הוא אינו מופעל אלא בנסיבות ובחנאים מסויימים; כידוע, שימש כלל זה יסוד לחיוב במתן מזונות לילדים ולקרובים, בנסיבות מסויימות, גם כאשר מצד הדין חיוב זה אינו קיים (ראה המשפט העברי, א, עמ' 155 ואילך).

6. במערכת משפטנו אין כופין על האדם לנהוג לפניו משורת הדין, והדבר מסור ליזמתו ולרצונו של בעל הדין, אך דומה כי הבעת משאלה כזו, בנסיבות מסויימות, יפה לה שחבוא מצד השופט היושב על מדין, ואף בכך תומך אני יחדותי במסורת המשפט העברי. ונוטל אני רשות לצטט דברים שאמרתים במקום אחר:

מערכת ההלכה מבחינה היטב בין הוראות נורמטיביות, שבצדן סאנקציות המופעלות על-ידי בית-המשפט, לבין הוראות שאין בצדן סאנקציה כזו. אך המקור והרקע המשותפים להוראה המשפטית ולציווי המוסרי הביאו את התופעה המהותית הבאה בעולמה של ההלכה: המערכת המשפטית עצמה – בתפקידה כמערכת משפטית – מפנה פעם בפעם אל הציווי המוסרי, שאין בצדו כפייה מצד בית-הדין. אין בית-הדין מנער חוצנו מעניין המובא לפניו, בשעה שאין בו מקום לסעד משפטי שיש עמו כפייה; המשיב בחשובותיו, הפוסק בספר פסקיו ובית-הדין בפסק-דינו – כולם כוללים גם את הציווי המוסרי – ככל שהוא מצוי באותו עניין הנדון לפניהם – כחלק מתשובתם ופסקם.

(המשפט העברי, חלק א, עמ' 173 ואילך; ראה שם, חלק ב, עמ' 619–620).
7. אני כשלעצמי, משאלה היא עימדי שהמערכת שהדין עמה תנהג לפניו משורת הדין ותפצה את המשיבים כפי שעלה במחשבתה תחילה. או אז תקיים את אשר הורנו החכם מכל אדם: "למען חלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור" (משלי ב, כ), הלוא הוא המקור לעיקרון של הליכה לפניו משורת הדין.

חרופות

ע"א 842/79

נס ואח' נ' גולדה ואח'

פ"ר לו(1) 204, 220-221

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא לגרין, והשופטים אלון, לויץ

המשיבים רכשו דירה מחברת בנייה וקיבלו את החזקה בה. מאתר שהמקרקעין באותו אזור נמצאים בתהליך של תכנון ופארעלאציה, הם רשומים עדיין על שם העירייה. חברת הבנייה, מצדה, מנהלת ספרי רישום זכויות קניין באותה שכונה, ובהם רשמה את המשיבים כבעלי הדירה. המשיבים מכרו את הדירה למערערים 1-2 והעבירו להם את החזקה ברירה כבר לאחר התשלום הראשון. המערערים 1-2 פיגרו בתשלום יתרת הסכום והתחמקו מתשלום מקצתו. לפיכך הודיעו להם המשיבים, כי הם מבטלים את החוזה מחמת הפרתו, ואף קיבלו מכירת המשפט צו מניעה זמני, האוסר על המערערים 1-2 לעשות כל דיספוזיציה בדירה. צו זה הם מסרו למערערים 1-2 אך לא לחברת הבנייה ולעירייה. המערערים 1-2 מכרו, לאחר מכן, את הדירה למערערים 3-4 והעבירו להם את החזקה בדירה. האחרונים פעלו בתום-לב, אך לא עיינו בחוזה המכר, שנערך בין המשיבים לבין המערערים 1-2. המשיבים הגישו תובענה לכינת המשפט המחוזי, בה עתרו בין השאר לפסק-דין הצהרתי, לפיו התווה בינם לבין המערערים 1-2 בטל, ולהחזרת החזקה ברירה לידיהם. התביעה נתקבלה. מכאן הערעור. הערעור שכנגד נסב על גובה ההוצאות שנפסקו למשיבים.

השופט אלון: אך יש עמדי הערה-משאלה, שאותה אני מפנה כלפי גולדה. כאמור, קיבלו גולדה מאת נס, אמנם לאחר דחיות מרובות, את הסכום של 140,000 ל"י עבור הדירה. על-פי מידת הדין, משמקבלים גולדה בחזרה את הדירה מאת רודמן, שרכשו אותה בטעות מאת נס, חייבים הם להחזיר סכום זה כולו לדודמן, שהרי אין הם זכאים גם לדירה וגם לאותו חלק מן התמורה שכבר הגיעה לידם. כאמור, השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי פסק, שגולדה אינם חייבים להחזיר לדודמן אלא 90,000 ל"י בלבד, וזאת משום שזכאים הם, על-פי האמור בחוזה שבינם לבין נס, לסכום 50,000 ל"י כפיצויים קבועים מראש במקרה של הפרת החוזה על-ידי נס. אכן כך היא מידת הדין. אך לפנים משורת הדין, מן הראוי שיחזירו לדודמן גם סכום זה של 50,000 ל"י. כלל הוא במשפט העברי, שכאשר אדם גורם נזק לחברו, אך בגלל הערר הקשר הסיבתי הדרוש בין רשלנותו של המזיק לבין מעשה הנזק פטור הוא מצד הדין בתשלום הנזק, יש שבנסיבות מסוימות עדיין חייב הוא בתשלום הנזק כדי "לצאת ידי שמים" (ראה, דרך משל, בבא קמא נה ע"ב), וראוי לו לבית-המשפט להודיע על כך לבעלי הדין (ראה ראב"ן, בבא קמא נה ע"ב). פיצוי זה לנזק, אם כולו ואם לפחות מקצתו, מעוגן הוא גם בעיקרון הגדול של הליכה לפנים משורת הדין, שחכמים ביססוהו על דברי החכם מכל אדם: "למען חלק בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור" (משלי ב, כ; וראה בבא מציעא פג ע"א). וכבר עמדתי על כך במקום אחר, ולא כאן המקום להאריך (ראה: ע"א 350/77, בעמ' 809; מ' אלון, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) 171 ואילך). כאמור, התנהגותם של גולדה אין בה כדי למנוע מהם לקבל בחזרה את הדירה, שלא

שער שביעי: דיני נזיקין

יצאה מבעלותם, ובוודאי שאין בה כדי לחייבם בדיני נזיקין על הנזק שנגרם לדודמן. אך אין ספק שגם התנהגותם גרמה לא מעט, כמפורט לעיל, לדודמן לרכוש את הדירה מאת נס, מתוך טעות שבתום-לב, כי נס המה אכן בעליה של הדירה. בנסיבות כגון אלה מן הראוי שגולדה יפצו במידת-מה את דודמן על הנזק שנגרם להם – תשלום של 140,000 ל"י לנס עבור הדירה – על-ידי שיחזירו להם את כל הסכום שקיבלו מאת נס עבור הדירה – שעתה היא חוזרת אליהם – כולל הסכום של 50,000 ל"י, המגיעות להם כדין מאת נס על שהפר החוזה עמם. אין הם חייבים בכך מן הדין, אך זוהי משאלה לנהוג לפנים משורת הדין, ובכך ילכו בדרך טובים וארחות צדיקים ישמורו.

6. עקירת עצי פרי – תרופתה

ע"א 676/72
קפטה נ' לסקובסקי
פ"ד כז(2) 247, 252

הובא בשער זה, עמ' 591.

7. השבת הוצאות מיותרות

ע"א 180/71
לביא נ' קצין התגמולים
פ"ד כז(2) 501, 511

הובא בשער זה, עמ' 603.

תרופות

8. זכות עיכוב ועיקול למניעת נזק

ע"פ 2/73

סלע נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(2) 371, 378-379

הובא בשער זה, עמ' 558.

9. תשלומי "בושת"

ע"א 357/80

נעים ואח' נ' ברדה ואח'

פ"ד לו(3) 815, 762

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא שמגר, והשופטים אלון, ברק

המערער 1 נפצע קשה בתאונת דרכים, לה היו אחראים המשיבים, והפך מילד רגיל ונורמאלי למפגור לצמיתות, הסובל גם מהפרעות מוטוריות שונות. בית-המשפט המחוזי פסק לו פיצויים על יסוד ההנחה שיוחזק בבית הוריו, המערערים 2 ו-3, במשך 20 שנה, ורק לאחר מכן יועבר למוסד, וזאת בעקבות עדויות, לפיהן טיפול בבית, אם כי הוא יקר באופן משמעותי מטיפול במוסד, ייטיב יותר עם המערער 1. על קביעה זאת ועל קביעות נוספות אחרות של בית-המשפט המחוזי בעניין רמת הפיצויים מערערים שני הצדדים.

השופט אלון: ומעניין לעניין באותו עניין, בפיצוי על נזק הבושת בדיני נזיקין, כבר עלתה שאלה מעין זו לפני חכמים. לפי דעה אחת, התשלום עבור בושת, שגרם המזיק לניזוק, מדורג ושונה הוא לפי מידת חשיבותו ומעמדו של הניזוק: "זה הכלל: הכל לפי כבודו". אך לדעת רבי עקיבא: "אפילו עניין שבישראל, רואין אותם כאילו הם בני חורין (מיוחסים ואצילים, השווה: קוהלת י', יז) שירדו מנכסיהם, שהם בני אברהם, יצחק ויעקב", ולכן שיעור דמי נזק הבושת אחד הוא לכולם (משנה בבא קמא ח, ו; בבלי בבא קמא צ ע"ב).

שער שמיני

דיני חיובים

תוכן העניינים

פרק ראשון: "גמירת דעת"

- 625 1. "גמירת דעת" כיסוד להתקשרות החוזית
ע"א 250/70, שרעבי ואח' נ' סוכרי 625
ח"א (כ"ש) 386/73, אמפא בע"מ נ' שפר 626
ע"א 440/75, זנדבנק ואח' נ' דנציגר ואח' 627
- 628 2. דרישות פורמאליות – אנאלוגיה ל"גט מקושר"
ע"א 451/62, כהן נ' כהן 628
ד"נ 13/67, "בחן", חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצוויג 629
- 629 3. "מי שפרע" כסאנקציה על חזרה מהסכם שלא היה בוקניין
ע"א 626/70, שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ 629
- 630 4. אסמכתא
ד"נ 13/67, "בחן", חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצוויג 630
ר"נ 22/73, בן שחר נ' מחלב 632
- 632 5. חוזה למראית עין
ע"א 22/55, שפי ואח' נ' שפיץ 632
- 633 6. התחייבות – תוקפה והיקפה
ע"א 99/60, שמואל נ' ישראל 633
- 635 7. טעות ברין כעילה לביטול מתנה
ע"א 570/70, חי נ' כהן ואח' 635

פרק שני: כוונת הצדדים ("דברים שבלב")

- 636 1. "דברים שבלב" וריני הטעות במשפט האנגלי
ע"א 130/50, עמל בע"מ נ' שינדלר 636
- 639 2. הודעת התפטרות שמטרתה "ללחץ" על מעביד
בג"צ 566/76, "אלקרי", חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ
נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח' 639

פרק שלישי: תום לב

- 640 1. מקור החיוב לחוס לב והיקפו
ע"א 242/70, משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח' 640
ע"א 338/73, חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח'
נ' כהן ואח' 640
ע"א 148/77, רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ 641
בג"צ 376/81, לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח' 646
- 647 2. תחרות בין מוכר עסקי מוניטין לבין הקונה
ע"א 276/69, הילקובין ואח' נ' אליס בע"מ 647

פרק רביעי: גנבת דעת, הונאה ואונאה

- 648 1. החובה להימנע מגנבת דעת ומהונאה
ת"א (ת"א) 749/56, אגורת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי
ראשון לציון וחברון יעקב נ' יקב הגליל חעשית משקאות חריפים
גולד ובניו 648
ע"א 417/67, פלדמר נ' שטיין 648
ע"א 453/80, בן נתן נ' נגבי 648

פרק חמישי: אילוץ – "אונס"

- 650 1. הגדרת "אונס" וחוצאואחיו
ע"א 457/61, גרין נ' גרין, קטינה, באמצעות אמה, אפוטרופסה
הטבעית גרין ואח' 650
- 650 2. מתי דרושה "מודעה" לביטול עסקה מחמת "אונס"?
ע"א 162/72, אמולג נ' אמולג ואח' 650
ע"א 457/61, גרין נ' גרין, קטינה, באמצעות אמה, אפוטרופסה
הטבעית גרין ואח' 651
- 662 3. אונס הבא מצד המחקשר הנפגע ("אונסא דנפשיה")
אינו פוגע בחוזה
ע"א 403/80, סאסי ואח' נ' קיקאון 662
- 663 4. הגדרת "מצוקה"
ע"א 719/78, איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ 663

פרק שישי: חוזה אסור

- 664 1. תוקפו של חוזה אסור
ע"א 110/53, גייקובס נ' קרטוז 664
ע"א 174/65, ברש נ' שרה 668

תוכן העניינים

2. סעיף פטור בחוזה לעניין נזקי גוף 670
ע"א 461/62, צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח'
נ' מויאר 670
ע"א 285/73, לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ
נ' נחמיאס ואח' 670
3. חזרה מהתחייבות מחמת אי-חוקיות 671
ע"א 626/70, שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ 671
4. מכירת דבר העתיד ליפול כירושה ו"תקנת הציכור" 671
ע"א 682/74, יקוהיאל נ' ברגמן 671
5. פירוש המושג "תקנת הציכור" 672
ע"א 572/74, 573/74, 574/74, רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי
המאוחד בע"מ ואח' 672
ע"א 566/77, דיקר נ' מוך ואח' 672

פרק שביעי: סיכול

1. סיכול חוזה על-ידי כוח עליון 675
ע"א (י-ם) 2/48, אלכראנס נ' שמטרלינג 675

פרק שמיני: תרופות בשל הפרת חוזה

1. זכות החייב לוותר על פסילת סעיף הקנס 676
ע"א 99/49, דוויק נ' לאלו 676
2. סאנקציות כנגד מי שאינו עומד בדיבורו ("מי שפרע") 677
ע"א 626/70, שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ 677
3. פיצויים לפנים משורת הדין 678
ע"א 842/79, נס ואח' נ' גולדה ואח' 678
4. אכיפת "ביצוע כעין" במקרקעין 678
ע"א 155/52, פרחודניק נ' אקרמן 678

פרק תשיעי: פרשנות מסמכים

- א. דרכי פרשנות 680
1. המנהג הלשון והמקום, כסיוע לאומדן כוונות הצדדים 680
ע"א 4/67, ברטיש אנד קולוניאל איסטייטס בע"מ נ' טרבלוס 680
ע"א 534/79, אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו 680

שער שמיני: דיני חיובים

2. המנהג
680 ע"א 405/68, כלאחי נ' אוון 680
בג"צ 442/77, קטן ואח' נ' עירית חולון ואח' 681
3. הכוונה המפורשת
681 בק' (ח"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 681
4. "יד בעל השטר על התחונה"
681 ר"נ 23/60, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 681
ע"א 536/76, מזרחי נ' ידד ואח' 683
ע"א 315/79, אלפרוביץ נ' מזרחי ואח' 683
5. העדפת פרשנות מקיימה לעומת פרשנות מבטלת
683 ע"א 315/79, אלפרוביץ נ' מזרחי ואח' 683
6. "תפוס לשון אחרון"
683 ד"נ 23/60, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 683
7. "טעות סופר"
684 ר"נ 23/60, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 684
8. "לשון שדגילים לכתוב כשטרות, אפילו לא נכתב –
כאילו נכתב"
684 ע"א 451/62, כהן נ' כהן 684
- ב. חנאי מכללא
1. סמכות בית-המשפט לשנות חוזה למען הצדק
685 ד"נ 22/73, בן שחר נ' מחלב 685
2. מתנה שניתנה עקב הבטחת נישואין
688 ע"א 743/75, רון נ' חזן 688
- פרק עשירי: חוזים מיוחדים
1. נדוניה
690 ע"א 405/68, כלאחי נ' אוון 690
2. קבלנות
691 ע"א 368/77, זיקית מפעלי צביעה, הדפסה ואשפיה בע"מ
נ' סרגי אלדיט בע"מ 691
3. תיווך (שדכנות)
693 ע"א 166/77, דודן נ' אברהם 693

תוכן העניינים

- 694 .4 מזונות
ע"א 586/66, בוככזה נ' בוככזה ואח' 694
- 695 .5 שכר טרחה של רופא
ע"א 244/72, פלנטקס בע"מ ואח' נ' The Wellcome
695 Foundation Ltd.

פרק אחד-עשר: שעבוד החייב – כלפי מי?

- 697 .1 יריבות בין נושהו של בעל חוב לבין החייב שלו –
"שעבודא דרבי נתן"
ע"א 251/60, 259/60, "מנורה" חברה לאחריות ולביטוח משנה
בע"מ נ' קציבואה ואח' 697
ע"א 523/65, ישראל נ' "הסנה", חברה ישראלית לביטוח
בע"מ 697

פרק שנים-עשר: ערבות

- 699 .1 "אסמכתא" בערבות
ר"נ 13/67, "בתן", חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוונצוויג 699
- 699 .2 "ערב קבלן" לעומת ערב רגיל
ע"א 573/73, שמן תעשיות בע"מ נ' אי.סי.אל. – חברה לשירותי
תעשייה בע"מ 699
- 701 .3 זכות הערב לטעון גם טענה נגד ביצוע החיוב
ע"א 255/81, קוט נ' קוט באמצעות אמו אקנין ואח' 701

פרק שלושה-עשר: שליחות

- 703 .1 השליחות פועלת לטובת השולח ולא לרעתו –
"לחוקני שדרתיך ולא לעווחי"
ע"א 462/68, רייך נ' המועצה המקומית קרית מוצקין ואח' 703
ע"א 242/70, משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח' 704
- 705 .2 השליח אינו יכול לפעול עבור עצמו (ניגוד אינטרסים)
ח"א (ת"א) 430/51, בר שירה ואח' נ' ורניקוב ואח' 705
ע"א 604/77, מוברמן נ' סגל 706
- 708 .3 אין שליחות ב"מידי דממילא"
ע"פ 381/62, סלימן נ' היועץ המשפטי לממשלה 708
- 709 .4 יפוי כח בלי ציון מפורש של המורשה
ח"א (ת"א) 1584/63, נויורפר נ' נוסבאום 709

שער שמיני: דיני חיובים

- 710 . פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותו למעבדו
ת"פ (י-ם) 191/76, מדינת ישראל נ' אלפרוק 710
- 710 . פעולת השליח בנאמנות לשולחו
ע"א 366/73, כורנשטיין נ' גרומסקי 710
- 711 . יפוי בח אינו מעניק לשליח זכויות שאין למשלח
ע"א 283/67, הנאמנים לנכסי רפיה, פושט רגל ואח' נ' מדינת
ישראל ואח' 711

פרק ארבעה-עשר: שומרים

- 713 . הגדרת שומר (נפקד) בהשוואה למשפט האנגלי
ע"פ 27/56, זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה 713
- 715 . סיווג השומרים
ע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח' 715
- 715 . פשיעה בשומרים – התרשלות
ע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח' 715
- 718 . גררי חובת השמירה "כדרך השומרים" – לפי המנהג
ע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח' 718
- 719 . הוצאות שומר אכרה
ע"א 46/53, שפירא נ' פוננסקי 719

פרק חמישה-עשר: "עשיית עושר ולא במשפט" –
"מתנדב"

- 721 . דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו
ע"א 46/53, שפירא נ' פוננסקי 721
- 721 . "זה הנהה וזה לא חסר"
ע"א 538/80, ררחי נ' כורש ואח' 721
- 722 . חובת השבת הזכיה אף שפטור מנזק
ע"א 280/73, פלאימפורט בע"מ נ' ציכה-גיני לטר ואח' 722
ע"א (ת"א) 237/80, 246/80, פרלמוטר ואח' נ' מס שבח
מקרקעין 726
- 727 . שיפוי "מתנדב" שהשכית נכסי אחר
ע"א 260/57, פדווה ואח' נ' פרדמן ואח' 727
- 728 . "כוא אכול עמי" ו"דור בחצרי" – האם מעלה לו שכר?
ע"א 328/72, לנגל נ' לנגל 728

פרק ראשון "גמירת דעת"

1. "גמירת דעת" כיסוד להתקשרות החזית

ע"א 250/70

שרעבי ואח' נ' סוברי

פ"ד כה (1) 429, 430-432

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים קיסטר, י' כהן

בית-המשפט המחוד דחה בקשה המערערות לתת צו קיום לצוואת המנוח, בכקבו כי המסמך המתמיימר להיות צוואה אינו ממלא אחר דרישות החוק, וישנו ספק באמינותו.

השופט קיסטר: לפי טענת כא"כוח המערערות מוטל עול ההוכחה של אי-שפיות על המתנגד לקיום גם במקרה של פגם בצורה, והספק בשפיות-רעת פועל לטובת המערערות, המבקשות קיום הצוואה.

אין בידינו לקבל טענה זו. כל ההוראות ברבר סדרי עריכת צוואות כאות לא רק להבטיח כי חתימתו של המוריש על הצוואה היא אמיתית, שהרי לשם כך בלבד אין צורך בכל אותן הוראות ודקדוקים אשר בסעיפי החוק. אותן הוראות באו להבטיח במידה כלשהי שהמסמך מהווה הבעה רצינית של רצונו האמיתי המוחלט של המוריש, כי רכשו יעבור ויחולק בדיוק כפי שנאמר במסמך המתמיימר להיות צוואתו. במשפט העברי ירוע המונח "גמירות דעת", ובספרו של חזון איש, חלק חושן משפט, סימן כב, מובאים דברים רלקמן בשם אביו: כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שישגמור בלבו להקנות הרבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו; ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבר כעלמא גזמר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו אלא על-ידי הקנינים המפורשים מן החורה או מחז"ל...

ונהג לגבי צוואות מקובל היה מאז ומקדם להעמיד דרישות פורמליות שתות לקיומן, כדי לוודא אם היחה גמירות-דעת מלאה, שהרי קשה יהיה להביא עדויות על מצבו הנפשי של המוריש ועל קיום לחץ או השפעה בלתי-הוגנת, והמוריש עצמו לא יוכל כבד להסביר את מניעיו לצוואה.

שער שמיני: דיני חיובים

ת"א (ב"ש) 386/73

אמפא בע"מ נ' שפר

פ"מ תשל"ה(2) 176, 177, 185-186

בכיתה המשפט המחוזי כבארישבע

הנתבעים חתמו עם חב' אמפא, התובעת, וזרון דברים לפיו ימכרו הנתבעים לתובעת מבנה מסויים, שהיה עדיין בשלבי בניה, תמורת סכום של 250,000 ל"י. כן פורט בזכרון הדברים צורת החמורה, אשר לפיה עם חתימת החוזה תשלם התובעת 25,000 ל"י לידי המוכרים. שאר מועדי התשלום לא נקבעו ונקבע כי ייחתם חוזה בין הצדדים. למחרת שלחה התובעת מכתב אישור וזכרון הדברים לנתבעים. לאחר חליפת מכתבים הודיעו הנתבעים כי הם חוזרים בהם מכוונתם למכור את הנכס. הסכום של 25,000 ל"י לא שולם למוכרים, אלא הופקד בקופת בית-המשפט ומכאן התביעה לביצוע בעין של ההסכם.

השופט טירקל: ג. כבר נאמר כי "השאלה המהותית אם משא ומתן הבשיל חוזה, דורשת תשובה בשני מישורים: הסובייקטיבי מחד והאובייקטיבי מאידך. במישור הסובייקטיבי אין חוזה אלא אם שני הצדדים סברו שגמרו; ואם סברו שגמרו, הרי במישור האובייקטיבי צריך שהגמירה כיסתה את הנושאים העיקריים לפחות" (דברי כב' השופט ב' כהן שצוטטו בע"א 700/72 הנ"ל בעמ' 503) ועל דברים אלה נאמר "שסברת הצדדים "שגמרו" משמעותה – ששני הצדדים ראו את עצמם כקשורים בהסכם מחייב" (שם)...

ד. מאלף לציין כי גמירת הדעת של המתקשרים חיונית להתקשרות לפי המשפט העברי, ובין אם נראה את "מעשה הקנין" (הפעולה הפיזית) הנדרש בקנינים (העברות) לפי המשפט העברי "חלק אינטגרלי של גמירת הדעת" ובין אם נראה בכך את ה"דרך להוכחת גמירת הדעת", הנה ברור שאין תוקף משפטי למעשה הקנין, אם לא היתה גמירת דעת, דהיינו כוונה ליצור יחסים משפטיים (ראה בספרו של ש' ורהפטיג על "דיני חוזים במשפט העברי" תשל"ד, בפרק ראשון, וכן במאמרו של סיני דויטש על "גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי" – "דיני ישראל" כרך ג, עמ' 207). גמירת דעת זאת היא אובייקטיבית ונקבעת לפי אומדן דעתם של חכמים במקרה הנדון (ראה המקור האחרון בעמ' 211-208) ומאז 29.8.73 אף הפכה להיוח יסוד מוכר לפי חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (סעיפים 2 ו-5 וראה גם סעיף 25).
דומה, אפוא, כי בחנינתה של סוגייתנו לאור עקרונות אלה מחייבת אותה מסקנה דלעיל גם לפי הדין העברי.

“גמירת דעת”

ע”א 440/75

זנדבנק ואח’ נ’ דנציגר ואח’

פ”ד ל(2) 260, 266

בכית-המשפט העליון בשכתו בכית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, יי כהן, שמגר

בית-המשפט המחוזי קבע בפסק-דינו כי על-פי שני המכתבים שהוחלפו בין הצדדים נכרת ביניהם חוזה המחייב את המערערים להעביר למשיכים את כל חלקם וזכויותיהם בחכרות. על הענין הנדון חל חוק החוזים (חלק כללי), תשל”ג-1973.

השופט שמגר: א. השאלה הראשונה הניצבת בפנינו היא אם נכרת חוזה בין המערערים למשיכים מס’ 1-4. על הענין שבפנינו, שאירע בדצמבר 1974, חל חוק החוזים ולפי הוראותיו נכרת חוזה בדרך של הצעה וקיבול מבלי שיהיה עוד צורך בחמורה כמוכנה כמשפט האנגלי. פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, כלשון סעיף 2 לחוק האמור, אם היא מעידה על גמירת-דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה. על הקיבול להיות בהודעת הניצע שנמסרת למציע והמעידה על גמירת-דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה. שתיים הנקודות המחייבות איפוא בחינה מלאה יותר בהקשר שבפנינו והן ענין “גמירת-הדעת” ושאלה אם היתה ההצעה מסוימת במידה מספקת כדי לאפשר כריתתו של חוזה.

ב. הביטוי “גמירת-דעת” שאוב, כידוע, מן הדין העברי. פירושו ומשמעותו היא כי הן על ההצעה והן על הקיבול להדאות כוונת המציע או הניצע, לפי הענין, ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

פרופ’ ו’ צלטנר (דיני חוזים של מדינת ישראל, תשל”ד, עמ’ 37 ו-55) גורס כי הביטוי “גמירת דעת” הוא ביטוי נרדף למלה “רצינות” ובהסתמך על השקפה זו גם פסק בית-משפט קמא. נראית לי יותר ההשקפה כי בנקיטת לשון גמירת-דעת לא נחכוון המחוקק להצביע על רצינות הכוונה גרידא, אלא אימץ יסודות המקובלים בשיטת המשפט הקונטיננטליות והאנגליות גם יחד וביקש לראות את “הכוונה ליצירת יחסים משפטיים” כמונחת ביטורה של כריתת החוזה. מגמה זו עולה מדברי הצעת החוק (הצעות חוק 880, תשל”ל, עמ’ 126, 129). היא תואמת גם את הדעה שבוטאה במקום אחד בספרו הנ”ל של פרופ’ צלטנר (עמ’ 40-42) והיא מסתייעת, אגב, גם על-ידי ההתייחסות למשמעותו של המונח האמור לפי המשפט העברי. למוחד להוסיף בהקשר זה, כי אין כידוע חובה לפרש ניב בחוק החרות, הלקוח מן הדין העברי, על-פי פירושו המקורי דוקא (דברי השופט חשין בהמ’ 89/51, מיטוכה נ’ קום, פד”י, כרך ו, בעמ’ 11; פ”ם, כרך ו, בעמ’ 389).

שער שמיני: דיני חיובים

2. דרישות פורמאליות – אנאלוגיה ל"גט מקושר"

צ"א 451/62

כהן נ' כהן
פ"ד יז 1605, 1609

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, ויחקון, ח' כהן

בית-המשפט המחוזי דחה את טענת המערער, שטען להגנתו, במשפט שהוגש נגרו על-ידי המשיבה למזונותיה, כי אין להיעתר לתביעה מאחר ולפי הוראה 5 של ההסכם שבין הצדדים משטייבה המשיבה לקבל גט פיטורין ממנו ביום שנקבע לכך, תהא האשה-המשיבה מנועה מלתבוע מזונותיה, ומכל מקום יהיה הבעל פטור מחשלוט מזונותיה, בית-המשפט המתוזי סבר כי ההוראה הנ"ל בהסכם אינה מחייבת, ואין בה כדי לשלול מאת המשיבה את מזונותיה הן לפי דין התורה והן לפי המשפט המקובל האנגלי, המערער עייער.

השופט ח' כהן: מן המפורסמות הוא שלפי דין התורה תקפם המחייב של חודים תלוי לא רק בנקיטת חפץ ("קנין"). אלא גם בנקיטת לשון פלונית, להבדילה מלשון פלמונית, למשל כדי שלא להיות "אסמכתה", או כדי שהתנאי יתפוס (לשון "תנאי בני גר ובני ראובן"), וכל כיוצא באלה; ומשנכתבו מלים שכאלו, אין בודקין אם אומנם דברים כהווייתם הם אם לאו. נראה לי שכווננו ובמקומנו שלנו, שאף בעניני אישות ומזונות אין עוד רגילים לכתוב חוים בכל דקדוקי לשון תלמודית מלומדת, אלא כותבים חוים כלשון בני-אדם מן הישוב של העידגא, מן הדין להעמיד כל חוזה כחזקתו שהדרישות הפורמליות ההן והדרומות להן נתמלאו לגביו, אף אם דבר זה לא נאמר בו במפורש. ומצאתי אילן גדול להיתלות בו: בפסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול משנת תש"ה (אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ-ישראל, בית-הדין לערעורין, שנחפדסם על-ידי המכון לחקר החוק העברי שלייד משרד-המשפטים, בעמ' 19), נאמר תוך השאר –

כי סעיף בחוזה המחייב פיצויים במקדה של אי-קיום החוזה, אין בו משום דינא דאסמכתה כלל, שאם לא כן ביטלת את כל העסקים והקבלנויות יש לדאות סעיף מעין זה כאילו מפורש בו "שלא כאסמכתה", וכאילו מפורש שנעשה בבית-דין חשוב, ועדיף מסיטומתא" (שם, עמ' 19).
וכן נפסקה ההלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן מב, סעיף טו: "לשון שרגילים לכתוב בשטרות, אף-על-פי שאינו מתיקן חכמים, אלא לשון שנהגו ההדיוטות לכתוב במקום ההוא הולכים אחריו; ואפילו לא נכתב דנין אותו כאילו נכתב".

אמת נכון הרבר שאשה אשר התחייבה בחוזה לקבל גט, אין כופין אותה לקבלה; שאלו היו כופין אותה, לא היתה עוד מקבלת את הגט מרצונה. הוא

“גמירת דעת”

הדין כבעל אשד התחייב לתת לאשתו את גיטה (דאה שדשבסקי, דיני משפחה, עמ' 256). אלא פירוש הדבר הוא שהחחייבות חודית שכואת אינו ניתן לביצוע – בעין; מה שאין כן לגבי החחייבות חודית לשלם כסף, או לפטור מחשלום כסף, או להימנע מתביעת כסף, שהם ענינים שבממון, ודין הוא שכל תנאי שבממון קיים.

ד"נ 13/67

“בחן”, חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנוצוייג

פ"ד כב(1) 569, 581–582

הובא בשער זה, עמ' 630.

3. “מי שפרע” כסאנקציה על חזרה מהסכם שלא היה בו קניין

ע"א 626/70

שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ

פ"ד כה(1) 824, 840

בכית-המשפט העליון בשכחו ככית-משפט לערעורים אורחיים לפני השופטים לנורי, ח' כהן, מני

בין המערערת, צלמת מקצועית, ובין המשיבה, אולמי לחיים בע"מ, נערך הסכם שלפיו התחייבה המשיבה למסור למערערת את הזכות הבלעדית לצלם באולמי המשיבה. בבית-המשפט המחוזי ניתנה, לבקשת המשיבה, הצהרה שהסכם זה בטל מעיקרו, בהיותו נוגד את חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט–1959, ונרחתה בקשת המערערת ית' הפנות את הצדדים לכוררות.

השופט ח' כהן: לפנינו כישדאל, כשבא לפני בית-דין מי שחזר בו מדיבורו ומהסכם שעשה, הדי אף-על-פי שמן הדין מותר היה לו לחזור בו (מחוסר “קניין”), היו בית-דין אוררין אותו ואומדין, מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו (משנה בבא מציעא, ד, ב; ור' עובדיה מברטנודה, שם, ד"ה אבל אמרו; דמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכות א–ב).

היום אין אנו אורדין עוד; אבל מכוח שיקול-הדעת הנתחן כידי בית-המשפט, נשיב ריקם את פני המבקשים סער הצהרתי שמותר להם לחזור בהם מהתחייבותיהם ולא לקיימן, מחמת אי-חוקיות אשר הם בעצמם היו צד לה.

שער שמיני: דיני חיובים

בקשות כגון אלה הינן, בלשונו הציורית של השופט זילברג, בגדר "מוקצה מחמת מיאוס, ואין בית-המשפט מלכלך ידיו במגע טמא שכזה" (ע"א 110/53, שם, בעמ' 1408).

4. אסמכתא

ר"נ 13/67

"בחן", חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצוויג

פ"ד כב (1) 569, 570, 581-582

בבית-המשפט העליון

לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים זוסמן, ברנזון, מני, קיסטר

נשוא הדין הנוסף הינו פסק-הדין בע"א 280/66, (1), בו פסק בית-המשפט העליון כי דרישת הכתב בחוק הביטוח, העתמאני, הינה דרישה מהותית ולא ראיינית גרידא. מקביעה זו נמשך חיוב המבקשת – חברת ביטוח – כשיפוי נזקי המשיב. לטענת המבקשת – שהוכחה להנחת דעתו של בית-המשפט המחוזי בעדות בעל-פה – הוסכם בריכוד פה בין המשיב וכינה על שינוי סוג הכיטוח של מכונית המשיב מכיטוח מקיף לביטוח סיכוני צד שלישי בלבד.

מ"מ הנשיא (זילברג): ורצוני לצטט כאן את הטעם שניתן על-ידי המלומד הגרמני אנקצרוס לגבי חובת הכתב הנוהגת בערבות, והוא כי:

קבלת הערבות היא במיוחד מסוכנת, מפני שהיא, על-פי רוב, נובעת מתוך התקנה כי החייב העיקרי ימלא את התחייבותו, ולכן אפשר ללא סיכון לעשות עמו טובה (על-ידי מתן ערבות). כדי להביא לתודעתו של הערב את חשיבותו של האקט, מתנה סעיף 766 את תוקף הערבות בקבלה בכתב של החיוב (Enneccerus, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, vol. 2, part 2, 15 ed., p. 546).

אילו נזדמן לחכמי התלמוד להביע את רעיונו של ד"ר אנקצרוס, היו אומרים בזה הלשון: התחייבותו של הערב "אסמכתא" היא – הוא סומך על כך כי החייב עצמו יפרע את החוב – ואסמכתא לא קניא, אלא אם כן נעשחה בכתב. וכך נאמר ברש"י סנהדרין כד ע"ב, לגבי משחק בקוביה הפסול לעדות בשל היותו "גזולין" (נוטל כסף שלא כדין), יען כי הסכמת חכרו לתת לו את הכסף שזכה בו היא אך "אסמכתא", להבדיל מעסקה רצונית ורצינית: אסמכתא, היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו (מרצונו), אלא סומך על דבר שאינו, דסבור שהוא יכול לנצח, ופעמים שמנצחין אותו. ואמנם היתה דעה בתלמוד שסברה, שאם הדין הוא: אסמכתא לא קניא, הערב באמת לא יוכל להשתעבד, משום דכל ערב אסמכתא הוא:

“גמירת דעת”

סומך ובוטח בלבו שהלווה יפרענו, ואילו היה יודע שלא יפרע הלווה, לא היה נכנס בערבות (רשב"ם, בבא בתרא קעג ע"ב, ר"ה רבי יהודה; עיין גם בגמרא, שם).

השוני היחיד אפוא בין ה-B.G.B. ולהבריל התלמוד הוא, שה-B.G.B. הגרמני סבור, כי השהות הניתנת לערב עקב כתיבת הערבות מבטלת את האסמכתא שבדבר.

והגיוינים באותה מידה, אם לא למעלה מזה, הם גם שאר הטעמים הניתנים על-ידי ד"ר אנקצרוס לצורנות (פורמליות) הנדרשת בקשר לעיסקאות מסוימות, וכה נאמר על-ידו במקום אחר של ספרו:

ברם בהרבה מקומות קובע ה-B.G.B. צורה מסוימת. הוראות-הצורה מטרתן היא: הגנה מפני חפזון, קביעה בטוחה יותר של גמד העיסקה (כלומר: ה"מכה בפטיש" להבריל מן המשא-זמתן הבלתי מחייב), הקלת ההוכחה לפעמים גם: שתהא העיסקה ניכרת בעיני צר שלישי (Enneccerus) (ibid., vol. 1, Abschn. 5, Tit. 2, Rechtsgeschaeft, p. 386)

הטעם הראשון: הגנה על המחייב בפני החפזון של עצמו, מזכיר לנו, על דרך האסוציאציה, משהו מאד דומה בתלמוד, והוא הענין של "גט מקושר". לפנינו בישראל היו נוהגים להפלות בין גט הניתן על-ידי ישראל לאשתו לבין גט הניתן על-ידי כהן לאשתו. ישראל היה מגרש את אשתו בגט פשוט, שכתיבתו פשוטה ומהירה, ואילו כהן היה מגרש את אשתו בגט מקושר, היינו גט מקופל וקשור וחפור, עשוי כפלים כפלים, שהעדים (3 ולא 2) חותמים לא על פניו אלא על גבו – בין קשר לקשר, מבחוץ – גט שקשירתו וחפירתו וכתיבתו וחתימתו נמשכים שעה ארוכה. ועל שום מה התקינו דוקא לכהן גט "ארוך" שכזה? כרי להגן עליו מפני החפזון. כי חפזון זה עשוי לעלות לו ביוקר, מפני שבהן אינו יכול להחזיר גרושתו, בעוד אשר ישדאל, אם התחרט לאחר מעשה על הגט (ולפני שנישאה לאחר), יכול להחזירה ולשאתה שנית.

וטעמא מאי חקינן רבנן מקושר? אחרא דכהני הוו, והוו קפדי טובא ומגרשי נשיהו, ועברו רבנן חקנתא: אדהכי והכי מיתבא דעתיהו.

בעבדית: ומה טעם תקנו חכמים מקושר? מקום היו בו כהנים, והיו מקפידים הרבה ומגרשים נשותיהן, ועשו חכמים תקנה כדי שביני לבני תתישב דעתם (בבא בתרא קט ע"א; ודא תוספות, שם, ר"ה תקנו).

ומגרשי נשיהו: מתוך כעס, שהגט פשוט נכתב מהרה, וכשנחים מרוגום, אינם יכולים להחזיר גרושותיהן כדכתיב: ואישה גרושה מאישה לא יקחו (רשב"ם, שם, ד"ה ומגרשי).

עינינו הרואות: כבר היה לעולמים, כדברי קהלת, ועוד בימי המשנה, נהג המחוקק, לפעמים, לקבוע צורות לא קלוח לביצוע העיסקה, שמא ייבשל האדם בעשייתה תוך חפזון ופזיזות. ורעיון זה פועל עד עצם היום הזה, כי תכונות היסוד של ארם לא נשתנו בהרבה מששת ימי בראשית.

שער שמיני: דיני חיובים

ד"נ 22/73

בן שחר ג' מחלב

פ"ד כח(2) 89, 99-100

הובא בשער זה, עמ' 685.

5. חוזה למראית עין

ע"א 22/55

שפי ואח' נ' שפיץ

פ"ד ט 1077, 1080-1085

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רחוני, עמ' 778.

6. התחייבות – תוקפה והיקפה

ע”א 99/60

שמואל נ’ ישראל

פ”ד יד 1642, 1646–1648

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ”מ הנשיא (אגרנט), והשופטים לנדוי, ח’ כהן

הביעת אב נגד בנו לקיום התחייבות שקיבל עליו בחכש על-מנת לבצעה בישראל – המשפט הבינלאומי המגן על חוקי פיקוח על המטבע – החלת דין התורה על התחייבות. התחייבות לשלם לירוח שטרלינג בישראל אין לפסלה כבלתי-חוקית בהיותה נוגדת את תקנות ההגנה (כספים), 1941, כי בית-המשפט יגיד כי בכוננת הצדדים היה להשיג את הרשיון המתאים – הודאות תקנות ההגנה הנ”ל אין אינן תלות על תושבי-חוץ – לפי דין התורה, שטר שנכתב בו חיוב ממון אינו בטל מחוסר קניין, גם כשלא ניתנה תמורה, משל לכתב האנגלי המכונה deed – שתקפו הוא בעשייתו ובמסירתו ללא כל צורך בתמורה – לפי דין התורה, מי שהתחייב התחייבות מפורשת לא יוכל להישמע בטענה שהתחייבותו אינה תופסת ואינה משעבדת אותו, זאת אף אם ההתחייבות היא על דבר שלא בא לרשותו או על דבר שאין לו קיבצה ושיעור – פירוש התחייבותו של בן לקנות לאביו דירה במדינת ישראל הוא, לפי דין התורה, כי הבן יקנה לו דירה הראויה לו, לא עדיית ולא זכויות אלא בינונית, שכן גובה בעל-חוב.

השופט ח’ כהן: בהסכמת שני בעלי-הדין – ולא מן הנמנע הוא שהיינו באים לידי אותה מסקנה אף בהעדר הסכמתם – החלטנו להחיל את דין התורה על ההתחייבות הנדונה. הטענה שהתחייבות זו בטלה מחוסר קניין, אין לה על מה שתסמוך: השטר בא כאן במקום הקניין, וההתחייבות נעשתה כדין כפי שנעשתה:

המחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי, אף-על-פי שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב. כיצור? האומר לעדים הור עלי ערים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה ... וחייב לשלם (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף א).

גם חכמינו הקדמונים החלכטו בשאלת התמורה, שמא התחייבות כזאת אינה מועילה אלא במקום שהיא באה לפרוע חוב; ואולם ההלכה היא כי ההתחייבות תופסת ”אף-על-פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו...” (חושן משפט, שם). ברם, לפחות אסכולה אחת של חכמי התלמוד ידעה היטב כי גם התחייבות ללא תמורה אינה נעשית ללא causa, ללא טעם וסיבה: נחלקו רב אחא ורבינא; חר אמר, מתנה כירושה, שהרי היא באה ”ממילא”; וחר אמר, מתנה כמכר, ”דאי לאו דטרך וארצי קמיה לא הוי יהיב ליה מתנה” – אילולא טרך עבורו, לא היה נותן לו מתנה (כבא מציעא טז ע”א). ההבדל בין חוב שהיה קיים גם אילולא אותה התחייבות, ובין התחייבות שאין מאחוריה עילה אחרת, הובלט יפה על-ידי רבינו תם, שפירש

שהתחייבות שכזאת אינה ממין ההודאה, "שמורה בדבר שהוא חייב בו, אלא מתחייב לו עתה וכותב בכתב ידו, אני פלוני חייב לך מנה, ומוטר לו השטר; ובמסירת השטר מתחייב לו עתה כמנה..." (מובא בטור, חושן משפט, סימן מ, סעיף ג). נמצא שאין צורך בתמורה כשהתחייבות היא בכתב הנמסר לזוכה בה; משל לכתב האנגלי המכונה deed, שתקפו הוא בעשייתו ובמסירתו ללא כל צורך בתמורה.

קשה משאלת התמורה היא, מבחינת דיני התורה, השאלה כיצד אדם יכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם או שלא בא עוד לרשותו, כגון דירה במדינת ישראל, או על דבר שאין לו קיצבה ושיעור, כגון מזונות חודשיים. לענין זה נחלקו ראשונים; וזו לשון בעל הטורים:

כתב הרמב"ם, המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר לחברו, הרי אני חייב לכסותך או לזונך, לא משתעבד, שאין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו לו במתנה. והראב"ד ז"ל השיג עליו; וכן כתב הרמב"ן ז"ל: המחייב את עצמו בדבר שאין לו קיצבה, כגון שאמר לחברו הריני חייב לפרנסך או אתן לך כך וכך חיטים בכל שנה, אף-על-פי שאין לו קיצבה – שמה יחייקרו החיטים, הרי זה כשאר חוב. לפיכך אם ... חייב את עצמו בשטר, גובה ממנו שועבדו. והמחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם, או בא לעולם ואינו מצוי אצלו – חייב, אף על גב דקימא לן, אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם: הני מלי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה, אבל בלשון חוב – חייב... (טור, חושן משפט, סימן ס, סעיפים ט-י).

והריטב"א כתב:

כך דעתי ודעת רבותי שכל המחייב עצמו בקנין לזון את חברו ... חייב לזונו ... ואף-על-פי שלא נתן קיצבה למזונות; ואף-על-פי שהרמב"ם חולק בזה, לא הסכימו עמו גדולי בעלי הוראה ז"ל, וכך רבותי עושים מעשה בכל יום לפי שהדבר מוכח להם מכמה מקומות; ואם החיוב היה בשטר, גובה מנכסים משועבדים ... (מובא בבית יוסף על הטור, שם).

ונתנו טעם לדבר שיכול אדם לשעבד נכסיו בהתחייבות על דבר שלא בא לעולם או שאין לו קיצבה, אף-על-פי שאינו יכול להקנותם עוד, שהרי השעבוד חל על גופו של אדם, וגופו ישנו בעולם (שו"ת מהרי"ט, חושן משפט, סימן כג). ומכאן הרחיקו לכת ואמרו שאם מי שהתיימד להקנות, במכר או במתנה, דבר שלא בא לעולם, ידע שאין מקנים דבר שלא בא לעולם, כגון שהיה תלמיד חכם, חזקה עליו שקיבל על עצמו התחייבות ונשתעבד גופו לכך, ואינו יכול להישמע בטענה שהטעה את הלוקח, שאין אדם משים עצמו רשע (שם, סימן טט). לא-כל-שכן שהמתחייב התחייבות מפורשת לא יוכל להישמע בטענה שהתחייבותו אינה תופסת ואינה משעבדת אותו.

“גמירת דעת”

7. טעות בדין כעילה לביטול מתנה

ע"א 570/70

חי נ' כהן ואח'

פ"ד כה(2), 339, 356

בכית-המשפט העליון כשכתו ככית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, קיסטר, י' כהן

נוכח ויתורם של ילדי המנוח על חלקם בירושת המנוח לטובת אמה, הוציא בית-הדין הרבני בחיפה צו-ירושה, לפיו עובר עזבון המנוח בשלמותו לאלמנה. לאחר מות האלמנה הוגשה לבית-המשפט המחוזי תביעה לפסק-דין הצהרתי הקובע כי המשיכים 1 ו-2 (נכדי האלמנה) הינם בעלים של חלקים מסוימים בחלקה שהעבירה האלמנה לפני מותה לבניה – המערערים. בית-המשפט המחוזי פסק כי הוויתורים לא תפסו מחמת טעות יסודית, ועל-כן לא העבירה האלמנה לבניה יותר ממה שהיה לה, היינו רבע מהמגרש הנרדן. אפילו תפסו הוויתורים, קובע בית-המשפט המחוזי, יכלה המשיכה מס' 3 לחזור בה מויתורה על חלקה בירושת אביה לטובת אמה.

השופט ח' כהן: מוכן אני להניח שהמשיכה – כמותה כאחיה ואחיותיה וכן אמה המנוחה – טענה אמנם בסברה שהיא ואמה ואחיה ואחיותיה הם יורשיה של אביה המנוח, ואין יורשים זולתם: היא ידעה היטב על קיומם של הנכדים, ילדי אחותה המנוחה, אך בטעות חשבה שהללו אינן להם זכות ירושה אחרי סבם.

אין בכך כלום שטעותה זו היתה טעות שבדין ולא טעות שבעובדה: ההבחנה בין שני מיני טעויות אלה אבר עליה הכלל לענין זכותו של הטועה לבטל רבד שעשה מתוך הטעות בלבד ולא מתוך דרון כן (ראו: ע"א 292/68, בעמ' 614). השאלה היא אם אמנם היה בטעות הנדונה כדי לשלול את דעונית המתנה – או, לשון אחרת, אם היתה זו “טעות יסודית אשר יש בה כדי להשמיט את הבסיס לכוונתו של נותן המתנה” (כלשונו של הפרופסור פרידמן, בספרו “דיני עשיית עושה ולא במשפט” (1970), עמ' 165). יש ונסכיבות המתנה מעידות עליה שאילו לא הטעות לא היתה נעשית מעולם: זאת היא “האומדנא המוכחת” של המשפט העברי, שלפיה בטלה מתנתו של מי ששמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, ואחד נתברר שבנו חי וקיים (בבא בתרא קלב ע"ב); וכן בטלה מתנת שכיב מרע שחשב שימות ולא השאיר לעצמו כלום, ולאחר מכן עמד מחוליו (בבא בתרא קמו ע"ב). אלה וכיוצא באלה טעויות הן היודדות לשרשה של המתנה, כוונתה ומטרתה, והן שוללות מן המתנה את סגולתה הרצונית.

פרק שני
כוונת הצדדים ("דברים שבלב")

1. "דברים שבלב" ודיני הטעות כמשפט האנגלי

ע"א 130/50
עמל בע"מ נ' שינדלר
פ"ד 710 ו 711, 714-717

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אגרנט, זילברג, זוסמן

השופט זילברג: ערעור זה דחינוהו על אחר ביום שמעו, והרי במפורט נימוקי
דחייתו:

ענינו היה: צו סילוק-יד שניתן על-ידי שופט-השלום, חיפה, ואושר לאחד
ערעור בבית-המשפט המחוזי, והשאלה המשפטית העיקרית שנדרנה לפנינו
היתה, אם טעותם ההרדית של שני המתקשרים לגבי זהות המושכר, השפיעה
על תקפו של הסכם השכירות. "טעות הרדית" של בעלי הדברים כיצד? כל
שכל אחד מהם סבור, כי תכדו כיון לדעתו, ושניהם, למעשה, לא נתכוונו
לדבר אחד...

ותצויין כאן העובדה המעניינת, כי עקרונות ומבחנים אלה, של המשפט
האנגלי המודרני, כבר מצאו להם מהלכים במקודות המשפט העברי. כל זה
מסתעף שם, במישורין או בעקיפין, מן המכסימה הלאקונית הידועה: "דברים
שבלב אינם דברים" (קידושין מט ע"ב, ג ע"א). צורתה מעידה עליה, כי היא
יותר ממכסימה משפטית גרידא, ושדשיה נעוצים עמוק עמוק בהשקפת עולמה
של היהדות. על-כל-פנים, גם תכנה המשפטי, היקפו רחב עד למאד, והוא
פותר כדרכו את הפרובלימות המודרניות ביותר. כי – דברים שבלב אינם
דברים. בין אם המדובר הוא ב"מניע" כמוס שגנם לעשיית העסקא ("ההוא
גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ-ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא
מידי")*, קידושין, שם; כתובות צו ע"א, תוספות, ד"ה זבין), בין אם המדובר

* מעשה באדם שמכר נכסיו, על רעת שיעלה לארץ-ישראל, ובשעה שמכר לא אמר ולא כלום.

כוונת הצדדים ("דברים שכלב")

הוא בטעות נסתרת שחלה לגבי סגולותיו של נשוא או נושא ההסכם ("כסבר הייתי שהיא בונה והרי היא ליה", קידושין, שם), בין אם זו טעות חר-צדדית, בין אם זו טעות הרדית, ואפילו אם הטעות היא לגבי זיהותו של הנמכר; ראייה לכך יש למצוא, כך נראה לי, בסוגיא דכר וחבית (בבא קמא בז ע"א), ממנה יוצא, אם נדייק היטב, כי אין אדם יכול לפרש את דברי התקשדותו בניגוד למוכנה העממי הברור של המלה אמורה; ולא משום שאינו נאמן על כוונתו, אלא מפני – "ש אין בני המקום קוראים לו (לדבר הנמכר) כך" (רוק בלשון הש"ס שם: "אילמא באתרא וכרא לא קרו לה חבית... הא לא קרו לה!"; עיין תשובת הרשב"ש, סימן רפח). והרי זה הוא, בריוק, הרעיון הגלום בכל הנ"ל. כי "דברים שכלב אינם דברים" פירושו הוא: לא הורשו לסתור את הדברים שבפה. ורעיון זה גופו מוליד גם את המסקנה ההפוכה: כי אין כל מניעה להזקק לכוונתם האמיתית, הנסתרת, של הצדדים המחקשים, ל"דברים שכלב" שלהם, אם אלה באים לפרש, לכאן או לכאן, את מובנו האמיתי של הדבר הרבוי. ואמנם כך היא, כנראה, ההלכה בדיני ישראל, וסמוכין לכך יש למצוא, בעקיפין, בסוגיא שהזכרתי לעיל (השווה גם רבי הר"ן, קידושין, דף כא ע"א ברפי הר"ף, המוכאים להלן).

קודי הרעיונות שציינתי זה עתה, מוצאים את תכנם וביטויים המלאים בכמה וכמה מאמרים והלכות, תירוצים ואבחנות של מפרשים ופוסקים, ראשונים ואחרונים. תקצר היריעה מהכיל את כולם, אציין רק אחרים מהם, הכרוכים ביותר והמפורשים ביותר. אף אלה המעטים אינם כולם מעורר אחר, פה ושם מסתמנים אי-אלה הברליגוונים ביניהם, אך הרעיון המרכזי העובר כחוט השני בהם הוא: רבר שבפה ורבר שכלב – רבר שבפה עדיף.

כתב המדוכי, כתובות, פרק יא, סימן רנד, בשם הרא"ם, בעל "ספר היראים", ז"ל:

רברים שכלב אינם רברים לבטל אח רברי פיו, רכיון שמשמע רברי פיו בענין אחר, ומחשבתו בענין אחר, אף-על-פי שברור לנו שחישב בדעתו לבטל רברי פיו, כתר רברי פיו אזלינן*.

ומה הם "דברי פיו" אלה, אימתי יחשב הענין כרבר שבפה? על כך הוא אומר שם:

לאו ברירה תליא מילתא, אלא בלשון העולם וסתם המדברים. והרשב"ש בחשובותיו, סימן רפח, כתב:

שכבר ידעת בכל התלמוד, שהמקח והממכר הולך אחר לשון בני-אדם והמפורסם בעניני לשונם, בעניני שמונתם.

ובמדוכי במקום אחר – במסכת קידושין, פרק ב, סימן חקיט – חוזר המחבר על הרברים שהובאו לעיל, ומוסיף:

אמנם ברבר שרגילים העולם לרבר בסתם, ואינם חוששים לפרש, הוי סתמן כפירושין.

* הולכים אנו אחר דברי פיו.

שער שמיני: דיני חיובים

הרגש הוא, אפוא, על הסתירה שבין הדיבור והמחשבה; וכן אנו קוראים בדברי התוספות, שבועות כג ע"א, ד"ה דילמא: דברים שבלב אינם דברים... היכא דכלכ סותר מה שמוציא מפיו, אבל היכא ראיין סתירה – הוויין דברים*.

כך גם הריטב"א, בחירושו למסכת קידושין, פרק האיש מקרש, רף נ ע"א, בשם הרמב"ן:

לפיכך... יש בלבו מה שאין במשמעות לשונו, והווי רברים שבלב ואינם דברים.

מכאן מתבקשת המסקנא מאליה. כי רברים שבלב הוו רברים, כאשר הרבר הרבור הוא דיבור ר-ו-משמעותי, והדברים שבלב באים לפרשו. ואמנם כך מצינו מפורש יצא מרברי הר"ן, קידושין, דף כא ע"ב בדפי הר"ף: כי אמרין רברים שבלב אינם רברים, הני מילי היכא שמה שבלבו סותר דיבורו... אבל האי דהתם (הכוונה ל"נדר בחרם", נדרים כ ע"א) אינו אלא מפרש... שאי-אפשר לומר שנדר בשניהם... דאיהו ודאי לחד מיניהו בלחוד איכוויין***, הילכך... אינו אלא מפרש.

ואשר לערכו של "התנאי שבלב", ושל "המניע שבלב", פסק הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא הלכה ט, בזה"ל:

אבל במוכר סחם, אף-על-פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף-על-פי שמראין הרברים שאינו מוכר אלא לעשות כך וכך, ולא נעשה, אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים.

אין זו דעת הכל, ויש כמה חולקים וחילוקים בדבר; הכל טובב מסביב לאינטרפרטציה של המקרה הקלאסי המובא בתלמוד גופו (קידושין מט ע"ב): ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיטק לארץ-ישראל, ובעירנא דזבין לא אמר ולא מידי – אמר רבא: הוו דברים שבלב, ודברים שבלב אינם רברים.

גדר הספקות הוא: מה מובנן המרויך של המלים המודגשות הנ"ל ("אדעתא", "ובעידנא"), ואין כאן מקומו להאריך.

קיצורו וסיכומו של דבר: הנטייה המתבלטת בדיני-ישראל היא: (א) לדחות את הדברים שבלב מפני הדברים שבפה; (ב) לראות כ"דברים שבפה" את מובנו האובייקטיבי של הדיבור – את אשר "לשון העולם וסתם המדברים" מכנים בדיבור קונקרטי זה; (ג) להיזקק לדברים שבלב לשם מתן פירוש לדיבור הר-ו-משמעותי. עיינו הרואות, מה רבה כאן הקירבה אל הרעיונות המודרניים השוררים בשטח משפטי זה.

* כאשר בלבו סותר את אשר הוציא מפיו, אבל כשאין סתירה – הרי הם דברים.
** שהוא ודאי לאחד מהם בלכך נתכוון.

כוונת הצדדים ("דברים שכלב")

2. הודעת התפטרות שמטרתה "ללחוץ" על מעביד

בג"צ 566/76

"אלקו", חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ
נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח'

פ"ד לא(2) 197, 205

בכית'המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ברנזון, שמגר, שרשבסקי

העותרת מבקשת להצהיר כי כל אחד מהעובדים שחתמו על מכתיב ההתפטרות יש לראותו כמתפטר מעבודתו אצל העותרת. העובדים טוענים, כי מכתיבם אינם מעידים על כוונה להתפטר, ואין בהם יותר מאשר איום בהתפטרות קולקטיבית.

השופט ברנזון: כאמור, כתוך לכם חשכו כנראה ה־18 אחרת. לא מן הנמנע שהם הודיעו על התפטרות מתוך תקווה וציפיה שתגובת ההנהלה תהא לטובתם והם יחזרו לעבודתם כמנצחים. על לשון משל הכרם הידוע בישעיה ה, הם קיוו לעשות "ענכים" ועשו "באושים". מר ישראלי טען כי ההנהלה ידעה מבעוד יום על התכנית לפניית העובדים ועל כוונתם האמיתית, אך לא נהגה לפי כללי המשחק שציפו ממנה ובחפזון בלתי-רגיל מיהרה להיאחז במכתב שהוגש לה ולראות את חותמיו כמתפטרים של ממש. וכך, כלל גדול הוא שבדברים שכלב אינם דברים. ועל כן נאמר באנציקלופדיה תלמודית, כך ז, עמ' קע: "דברים שאדם חושב בליבו אינם יכולים לבטל, או להוציא ממשמעותם, דברים שמוציא מפיו או מעשים שעשה". העובדה, שהנהלה לא מילאה אחרי ציפיותיהם ולא שיחקה את המשחק שרצו שתשחק, אינה יכולה להשפיע על התוצאה המשפטית הנובעת מן המסמכים שהוגשו לה ושעל-פי לשונם ותכנם הם מהווים כתב-התפטרות ברור ומפורש השם קץ לקשר העבודה שביניהם. התפטרות כזאת מקבלת תוקף עם מסירת כתב-התפטרות למעביד, ואין צורך בקיבול, הסכמה או אישור מצדו.

פרק שלישי תום לב

1. מקור החיוב לתום לב והיקפו

ע"א 242/70

משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח'

פ"ד כד (2) 692, 702

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, קיסטר

המשיבים 1 ו-2 רכשו דירה מאת המערערת הראשונה. בעת עריכת החוזה ידעו המשיבים על צירוף הגג לאחת הדירות. זמן קצר לאחר רישום ההסכם המיוחד, בו נקבעה הצמרת נג הבית לאותה דירה, נרשמה תוספת להסכם זה, שעל-פיה יחולקו ההוצאות החלות על הרכוש המשותף לפי שטחי הרצפה של הדירות, באופן שלצורך מיוחד זה שוב לא ייחשב הגג כחלק מאותה הדירה שאליה הוצמד. תוספת זו נרשמה אחרי שדירת המשיבים כבר נמסרה לרשותם אך לפני שהבעלות ברירה נרשמה בשמם. הסכמתם לרישום התוספת לא נחבקה, והם מבקשים עתה הצהרה שהוצאות התוספות בטלות, בהיותן נוגדות תנאי החוזה שביניהם ובין המערערת.

השופט קיסטר: אחד הכללים המקובלים כעיקרון אוניברסלי בתורת החוזים הוא שהצדדים חייבים לנהוג במילוי תווה בתום-לב; לפי דברי תז"ל השאלה הראשונה שנשאל אדם שעה שמכניסים אותו לבית-הדין, היא "נשאת ונתת באמונה?"

ע"א 338/73

חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח'

פ"ד כט (1) 365, 371

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 788.

תום לכ

ע"א 148/77

רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ

פ"ד לג(1) 617, 631-637

כביה"המספט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים שמגר, אשר, אלון

חווה מכירת הדירה הכלל, בענין דנן, תנית פטור על-פיה משמשת קבלת החזקה בדירה "ראיה סופית ומכרעת על מילוי התחייבויות המוכרת על פי חוזה זה". תביעת הקונים לפיצויים כשל הפרת החוזה נדחתה על הסף.

השופט אלון: אשר למשמעות המושג של משא ומתן באמונה עור נחזור ונדון להלן, אך כבר מעתה נאמר כי אוניברסליות זו של עיקרון נהיגה בתום לב במילוי חוזה משמעות רבה לו לענין ררך פרשנותם של שופטי ישראל מושג זה המצוי בחוקיה של כנסת ישראל.

7. אסביר את דברי. בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט חרבותית, שומה עלינו לעין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. שהרי עקרון אוניברסלי כגון זה גילוי הוא, אמנם, במערכות המשפטיות השונות שבימינו אנו, אך שרשיו שתולים הם בערכי יסוד שהונחלו לאנושות במערכות משפט שמימים ימימה. שהרי ררך הרוח שבמשפט מי ידע, ומתחלתה היא בתודעתם של דורות עדי הגיעה עד הלום. ואם במערכות המשפטיות של אומות העולם כך הוא, בוודאי ובוודאי שכך הוא בחוקיה של מדינת ישראל, שהתשתית לעקרונות היסוד שבה מצוים אנו למצוא בראש וראשונה במורשתה הקדומה, שלא כהתה עינה ולא נס ליחה. כשם שנקבע בבית-משפט זה, מפי השופט זילברג המנוח, לענין עיקרון תקנת הציבור שאף הוא עיקרון משפטי אוניברסלי הוא, כי "תפרש הוא על-ידינו מתוך השקפות יסוד המורששות עמוק-עמוק בתודעה היהודית... מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו" (ע"א 461/62, צים נ' מזיאר, בעמ' 1332), כך מצווים אנו למדוד באותה מידה עצמה פרשנות העיקרון האוניברסלי של תום לב (והשווה ע"א 566/77, הנ"ל). ויפים הם דבריו של השופט ח' כהן, שאמרם לענין מושג יסוד אחר, הלוא הוא עיקרון עשיית הצדק:

מקום ושעה שלמען עשיית צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסוקה האנגלית והאמריקנית, הרגלתי עצמי לברר חחילה שמא ניתן למצוא בדיני התורה אילן להיתלות בו; לא חלילה שהתקדימים האנגליים מתייבים אותנו כל עור לא מצאנו לנו תקדים אחר במשפט העברי, ולא שיש במשפט העברי כרי לחייבנו לפסוק על-פיהם; אבל הצדק שאנו חייבים ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסד יותר כשהוא מוצא לו סמוכין

במסורתנו המשפטית וכחכמת צדקתם של קדמונינו זכרם לטוב" (ד"נ 22/73, בן שחר נ' מחלב, בעמ' 98).

ודברים אלה כוחם יפה פי כמה וכמה לענין שלפנינו. עיקרון תום הלב שבסעיף 39 מקורו בחקיקה ישראלית מקורית שבה צווינו על עצמאות החוק בדרך פירושו ויישום (סעיף 63 לחוק החוזים), וכל עצמו וגופו של המונח "תום לב" מושג עברי מקורי הוא, כפי שבכך עוד ידובר להלן. משום כך, לענין פירושו של מושג זה, מצווים אנו לפנות בראש וראשונה למשפט העברי, שממנו פנה וממנו יתר להכנת תכנו ומשמעותו.

8. אוסיף מיד הערה אחת נוספת. חלילה לי מלומר, שאל לנו לעיין וללמוד מחכמתם ופסיקתם של חכמי משפט ויושבי על מדין שבמערכות משפטיות אחרות. עיון זה יפה וטוב הוא להרחקת היריעה ולהעמקת היריעה, אף חכמינו, ברוחב דעתם ובפתיחות לבם, נהגו כך מימים ימימה, ויורשה לי לצטט את אשר כתבתי בנדון במקום אחר:

חכמי ההלכה ידעו את החוק הנוהג בכתי המשפט הכלליים, ולעיתים אף המליצו על קבלת נוהג משפטי זר שנראה להם. פעמים הכירו חכמי ההלכה בתועלת החברתית המיוחדת שבמשפט הזר, ואף לא נרתעו מלשכח את השיפוט אצל הגוים, כשהתנהל בדרך טובה יותר מאשר אצל היהודים (מנחם אלון, המשפט העברי, א. בעמ' 49-50, והערות, שם).

ואם כך הוא בדיון משפטי המתנהל כל כולו על טהרת המשפט העברי, כוודאי שכך הוא משכאים אנו לפרש חוקיה של מדינת ישראל כימינו, שמקורו תוקפם הוא סמכותה הריכונית של הכנסת לחוקק את שנראה לטוב ולרצוי בעינינו, ושכבודו שרבר חקיקתה בא לאחר עיון בשיטות משפטיות שונות על דקע הצרכים החברתיים והכלכליים שבימינו. משום כך ודאי הוא שרבר חוק של הכנסת – ובראש וראשונה אותם חוקים שנלווית להם הוראה ברבר עצמאותם וניתוח "צינור היכוא" של סימן 46 לדבר המלך כמועצתו – צריך וחיב הוא להתפרש, כביטוי הקולע של השופט זילברג המנותח, "מתוכו ומתוכנו" (ראה ע"א 74/57, רטנר נ' פלאום בע"מ, בעמ' 1471; וכן ראה ע"א 83/68, עזובן פינקלשטיין נ' פינקלשטיין). אך כאשר בדרך זו לא תימצא תשובה מספקת לתהיתנו, עלינו להיזקק בראש וראשונה לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשון במעלה, למציאת פתרונה של הבעיה העומדת לפנינו. וכך מעידים עלינו מחברי הצעת חוק הירושה שהיתה הראשונה בסדרת הצעות חוקים הדנים בענף שלם מתוך המשפט האזרחי (הצעת חוק הירושה, תמוז תשי"ב – יולי 1952, הוצאת משרד המשפטים; הדברים חוזרים ומובאים בדברי ההסבר להצעת חוק ירושה, תשי"ח-1958, הצעות חוק, תשי"ח, בעמ' 232-233). בדברי ההקדמה מדגישים מחברי ההצעה שעל אף שהצעת חוק הירושה היא רק "קטע של מעשה חקיקה רחב יותר, אנו רואים בחוק זה תכנית לחוקים שיבואו אחריו. קווי היסוד שעליהם מבוסס חוק זה, הם שיהיו גם ביסודם של חוקים אזרחיים אחרים" (שם, בעמ' 5). ומה הם קווי יסוד אלה? מטרתנו היתה להציע חוק שיוכל להתפרש מתוך עצמו על ידי עיון

חום לב

בהוראותיו ועל סמך מגמותיו הכלליות...

הצעתנו מתבססת:

- (1) על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ כעת.
 - (2) על המשפט העברי שהוא אחר מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לתרשו ולהמשיך בו.
 - (3) על חוקים של ארצות זרות, במערב ובמזרח, שמהן מתקבצים בני עמנו על מנת להתמוגז כאן לציבור אחר.
- כלפי החוק הקיים הדגשנו את עצמנו הפשיים לאמצו או לרדוחו... במשפט העברי ראינו מקור ראשי, אך לא מקור מחייב או יחיד... אשר לחוקים של עמים אחרים, סבורים אנו שגם הנסיון המעשי וגם הביסוס המרעי הגלומים בהם, צריכים לשמש לנו מקור עזר של האדה והדרכה (ההגשות שלי - מ' א')... (שם, בעמ' 6-7).
- הוא אשר אמרנו, וזוהי ההיררכיה ברדגות פרשנותה של החקיקה הישראלית העצמאית ככלל, ובעקרון יסוד שבה - כגון מושגים של צרק, תקנת הציבור וחום לב - בפרט.

ואם יאמר האומר, נימוקים פרוזאיים ומעשיים טהורים, שהגישה למקורות המשפט העברי אינה כה נוחה וקלה, אף אחת אמור לו: ראשית - "לא בשמים היא... ולא מעבר לים היא... כי קרוב אליך הרבר מאר, בפיך וכלבכך לעשותו" (דברים ל, יב-יג), ותורה היא ולימוד היא צריכה. והולכים ורבים כותבי ספרים ומחברי מאמרים המעירים לריני המשפט העברי ומאירים את נתיבותיו. ושנית - וכי ההיזקקות לפסיקה של בתי המשפט בגרמניה וביבשת האירופית - שבהם, כך נטען, הורתו של סעיף 39 שבענינו - קלה הימנה? 9. ומעתה נעין במשמעות עיקרון חום לב כפי שהוא מחפרש במקורות המשפט העברי. בסעיף 242 של הכ.ג.ב. הגרמני, שלגביו נאמר, כאמור, סעיף 39 לחוק החודים הושפע הימנו, נאמר:

Dér Schuldner is verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

והרגומם של דברים, בקירוב, כך הוא:

חובה על החיב לבצע חיובו כפי דרישת האימון (=הנאמנות?) והאמונה, בהתחשב בנוהג שבמשא ומתן (=הסותרים?).

דומה שהרמיון העיקרי בין האמור בסעיף 242 לבין האמור בסעיף 39 לחוק החודים (רישא), הוא בצירופן של שתי הדרישות, היינו בנוסף ל"חום לב", צריך שהדבר ייעשה "בדרך מקובלת". אכן, המלה Verkehrssitte סביר ויתכן לתרגמה "בדרך מקובלת". אך לא כן הדבר, לדעתי, בענין המלים Treu und Glauben שחרגומם הוא: אימון (או נאמנות) ואמונה (וכבר העיר על כך הנשיא זוסמן במאמרו הנ"ל, בעמ' 19). מענין הרבר שגם במשפט העברי מופיע מושג משא ומתן באמונה, אך משמעו של מושג זה במשפט העברי הוא בתחום המוסרי רתי ללא נפקות משפטית של מתן סעד של אכיפה או פיצויים.

המשפט העברי, לכל חרותו ותקופותיו. וכך מסוכמים הדברים על-ידי רבינו אשר בן יחיאל, הרא"ש, מחכמי אשכנז וספרד בסופה של המאה השלוש עשרה ותחילתה של המאה הארבע-עשרה, באחת מתשובותיו המאלפות (שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג):

מכל הלין חזינן (=מכל אלה אנו רואים), רכל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחבירו תחבולה, לכרוהו חכמים בערמם, ועמרו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה;

ואנו נדון רבר מדבר ונלמוד דבר מרבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא, המתחרשות ככל יום; אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא (=מדמים דבר לדבר). (על תשובה זו של הרא"ש ראה במפורט מנחם אלון, חרות הפרט בררכי גביית חוב במשפט העברי, עמ' 125 ואילך; המשפט העברי, ב, בעמ' 346 ואילך).

11. העולה מן המקובץ: בעיקרון תום הלב שבסעיף 39, כחלק מהותי מהעיקרון הכללי של ועשיית הישר והטוב שבמשפט העברי, מסרה הרשות המחוקקת בידי הרשות השופטת מכשיר רב עצמה, ומתוך כך גם רב אחייות, אשר שתי תוצאות לו: יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי "מדת חסידות" ללא נפקות משפטית, ואין בית-המשפט בופה עליה, ויש וחוסר תום הלב מגיע כרי הצורך ללכוד את הנוהג כך בערמתו, לעמוד כנגדו, "להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה". הכל לפי הענין והכל לפי הנסיבות, מתוך דימוי מילתא למילתא. ועל בית-המשפט, בהשתמשו בעיקרון תום הלב, לנהוג במיורב הזהירות לפי נסיבותיו של כל ענין וענין המובא לפניו. מצד אחד, במידה ובהתנהגות אחד מבעלי-הדין יש משום התנהגות של "נבל ברשות החוק" יכפה על קיום החיוב שבחוזה, או השימוש בזכות הנובעת ממנו, בדרך מקובלת ובתום לב; ומצד שני – במידה ובהתנהגות אחר מבעלי-הדין אין אלא משום פגם "במדת חסידות" ימנע מהפרכתו לדין גמור שכופין עליו. ויפים ונכונים הם דבריו של פרופ' א' ידין, היושב על אבני חקיקתה של הכנסת, במאמרו המאלף על "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" (צוטט לעיל); לאחר שדן הוא בעקרונות נוספים, כגון עקרון הצדק, בחקיקה הישראלית, שאף הם מקורם בכלל של ועשיית הישר והטוב, מסכם הוא ואומר: נמצא שמצוות ועשיית הישר והטוב מהווה מעין מושג גג העומד מעל ומעבר לעקרון של תום לב. הוא נותן צביון מיוחד למשפט הישראלי החדש; ואולי יש בכך משום החיאת המשפט העברי במובנה העמוק והנעלה ביותר (שם, בעמ' 56).

כג"צ 376/81

לוגסי ואח' ג' שר התקשורת ואח'

פ"ד לר(2) 449, 466

הוכא בשער השלישי, סורי חברה ומינהל, עמ' 189.

תום לב

2. תחרות בין מוכר עסקי מוניטין לבין הקונה

ע"א 276/69

הילקוביץ ואח' נ' אלויס בע"מ

פ"ד כד (1) 85, 90-91

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, מני, קיסטר

על-פי חוזה מכר שנערך בין מפרקי החברה גמקו בע"מ ובין המשיבה נמכר גם המוניטין של עסקי החברה. לאחר העברת המפעל לידי המשיבה המשיכו המערערים לעבוד בו חודשים מספר, ולאחר-מכן הקימו מפעל מתחרה. לבקשת המשיבה הוציא בית-המשפט המחוזי צו האוסר על המערערים להתקשר עם לקוחות גמקו בע"מ ולייצר מוצרים עבורם.

השופט קיסטר: כאן מתעוררת שאלה נוספת: מהו הדין כאשר אדם מוכר עסקו על המוניטין ואינו קובע שום תנאי של אי-התחרות, האם יוכל המוכר למחרת היום לבוא ללקוחות ולהעבירם לעצמו, ובדרך זו לשים לאל את כל מכירת המוניטין; ברור שהרבר הוא בלתי-הוגן. הדין מכיר בחיובו של צד לחוזה לפעול בהגינות, ובתום-לב בביצוע החוזה, ומכאן נובע גם הכלל שאדם, שמכר נכס או השכירו, אינו רשאי לסחר את הנכס שנמכר או שהושכר, או לפגוע בהנאת הקונה שהצדדים התכוונו להקנות לו. אותו עקרון נוהג גם במכירת מוניטין. אציין כי דרישה כזאת ביחס למוכר אינה מיוחדת למשפט האנגלי. במשפט העברי התעוררה השאלה של התחרות של המוכר עם הקונה, כאשר הרבר לא הותנה במפורש בשו"ת של מהר"י קצבי שפורסמו בספר מוצל מאש, חלק ב, סימן יא (שהודפס אחרי פטירתו, בשנת תצ"ו). שם דן המחבר בענין דלקמן: אדם מכר כמות ירק כרתי והקונה הוליכו לכפרו למכרו בתנותו "להדוית בה"; ולמחרת בא המוכר לאותו כפר אשר הלוקח דר שם ומכר ליחידים באותו מחיר שמכר לחנווני, כך שהלוקח לא היה יכול למכור והמחבר חוכך אם יכול לחייב את המוכר להחזיר אח המחר; ואומר המתבר שאמנם ישנה "אומדנה גדולה" לטובת הלוקח וברור לפי הדין שהמוכר לא היה רשאי למכוד כפי שמכר אף-על-פי שלא החנו במפורש וניחן להבין מדבריו שבית-הדין היה יכול לאסור עליו זאת, אבל אחרי שמכר קיימת שאלה גדולה בדין אם אפשר לחייב את המוכר בממון ועל-כן עשה מהר"י קצבי פשרה ביניהם. הייתי יכול להוסיף עוד מספרות שו"ח ואף מפסקי-דין של בחי-דין רבניים בישראל, אבל אין מקום להאריך בנקודה זו; כי כל מה שרצייתי להראות כאן זהו שהדבר ברור מבחינת היושר, שאם אדם מכר נכס שהלוקח יסחור בו, אינו מן הדין שיקדים את הלוקח באותה סתודה.

פרק רביעי
גנבת דעת, הונאה ואונאה

1. החובה להימנע מגנבת דעת ומהונאה

ת"א (ח"א) 749/56

אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי דאשון לציון
וזכרון יעקב נ' תעשית משקאות חריפים גולד ובניו

פ"מ כב 71, 76-77

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 789.

ע"א 417/67

פלדמר נ' שטיין

פ"ד כב(2) 210, 224

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 790.

גנבת דעת, הונאה ואונאה

ע"א 453/80

בן נתן נ' נגבי

פ"ד לה (2), 141, 146-147

בכית-המשפט העליון כשכתו בכית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (לנדור), והשופטים ברק, טירקל

המערער המשיב היו שותפים בעסק, שנוהל על-ידיהם בחנותו של המערער. בהסכם השותפות נקבע, כי כמקרה של פירוק השותפות ישלם המערער למשיב את חלקו כמוניטין השותפות או יסגור לשנה את עסק השותפות ולא ימכור בחנות מוצרים מאותו סוג, שנעשו ונמכרו בעסק זה. השותפים הסכימו כיניהם על פירוק השותפות, והמערער התחייב לסגור את העסק למשך שנה. הוא סגר את החנות אך שכן מיד חנות אחרת ממולה ופירסם בה ובעתון, כי עסק השותפות עובר למקום החדש. המשיב קיבל צו מניעה זמני נגד המערער בכית-המשפט המחוזי. מכאן הערעור, שנסב על השאלה אם יש להעריך את הפירוש המילולי הצר של החוזה או פירוש המתחקה אחר כוונת הצדדים הגם שהוא סוטה מהמלה הכתובה בחוזה.

השופט טירקל: פחיחת עסק דומה בקירבת מקום כזאת לחנות שנסגרה – עם הרכקח מודעה שממנה משתמע כי העסק לא נסגר אלא הועבר מעבר לכביש – אינה מתיישבת עם "איוון" זה ולפיכך היא סותרת את כוונתם האמיתית של בעלי הדין בהתקשרם בהסכם. פירוש מילולי מצמצם של סעיף 18 להסכם יאפשר למערער למלא את מבוקשו וכך לפטור עצמו מחובת תשלום עבור המוניטין למשיב – כנגד סגירת עסק השותפות למשך שנה – ובהעלם אחד "לאחוז", כביכול, מוניטין זה בידו ולא להניח לו להישמט, באמצעות עסק חדש – ישן מעבר לרחוב. כפי שפסק אדונו הרמב"ם: "אסור לרמות את בני אדם במקח וממכד או לגנוב את דעתם... ואפילו לגנוב את דעת הבריות בדברים אסור" (הלכות מכירה, פרק יח, הלכה א). אין כאן תמימות, אין כאן תום-לב, אבל גניבת דעת יש כאן.

פרק חמישי אילוץ – "אונס"

1. הגדרת "אונס" ותוצאותיו

ע"א 457/61

גריין נ' גריין, קטינה, באמצעות אמה, אפוטרופסה
הטבעית גריין ואח'

פ"ד טז 318, 324–327, 329–336

הובא בשער זה, עמ' 651.

2. מתי דרושה "מודעה" לביטול עסקה מחמת "אונס"?

ע"א 162/72

אמזלג נ' אמזלג ואח'

פ"ד כז(1) 582, 588

בכיתה המשפט העליון שבכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ויתקון, ח' כהן, קיסטר

תביעת המערער נגד גרושתו לשיפוי, נדחתה. התביעה התבססה על הסכם גירושין אשר אחר מסעיפיו קבע את זכות השיפוי של הבעל. לאחר שניתן להסכם תיקוף של פסק-דין תבעה האשה בשם ילדיה מזונות מן הבעל, והמערער הגיש, בנוסף לכח-הגנה, הודעה לצד שלישי נגד האם בהסתמך על סעיף השיפוי בהסכם הגירושין.

השופט ח' כהן: אין לכוא בטרוניה על אשה שראתה עצמה נאלצת לוותר דיתורים כאמור על-מנת שתזכה בגט, אם לאחר-מכן היא באה וטוענת "אילוץ" וכיוצא בזה טענות שיש בהן להרגשתה, כדי לשחררה מן ההסכם. על מי יש

לכוא בטרוניה, על עורך־דין הטוען טענה שכזאת מפי האשה, בשעה שצריך היה לדעת שמן הכחינה המשפטית אין טענתה טענה כלל. אין כאן "אונס" כמשמעותו בדין התורה, שהרי אונס אינו מועיל לבטל מכר – ופשרה דינה כדין מכר – אלא אם נמסרה מודעא מחילה, לפני שני עדים, שאין רצונו של החותם לחתום ושהוא חוחם רק מחמת האונס שאנסוהו (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה, סעיף א וסעיף ג). אשה המודיעה כך לבית־דין רכני לפני חתימתה על הסכם גירושין, חזקה על ביח־הדין הרבני שיבדוק וייווכח אם האונס הוא אמנם אונס ויש בו כדי לבטל את ההסכם, ואם על־אף "האונס" יש לעשות את ההסכם כדי להציל אשה מעגינותה. אבל המודעה שמסרה המשיבה דנן לפני בית־הדין הרבני לא היתה מודעה של אונס, ולא נתקבלה כך על דעת הדיינים המלומדים: היתה זאת מודעה על המניעים שהניעו את האשה לחתום על ההסכם, וגם רצונה העז לזכות בגט פטוריה.

ע"א 457/61

גריין נ' גריין, קטינה, באמצעות אמה אפוטרופסה הטבעית גריין ואח'

פ"ד טז 318, 324–327, 329–336

בבית־המשפט העליון בשבחו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ח' כהן

על סמך הסכם שנעשה בין אשה ובעלה שזנח אותה ונסע למרתקים, פסק בית־הדין הרבני שהצדדים יתגרשו ושהאם חייבת להחזיק את ילרחם ולספק לה כל צרכיה עד שתגיע לגיל 18, ואין היא יכולה לתבע הוצאות החוקת הילדה מאת הבעל. היא גם חתמה בפני בית־הדין הרבני על מתב־הצהרה בו נאמר, שאם היא תקבל גט מבעלה, יהיו הכספים ודברי־הערך שקיבלה ממנו תשלום לכלכלת הילדה, והיא מחייבת להחזיר לו כל סכום שהוא יחוייב לשלם בעד מוגנת הילדה אם ייתבע לדין בשל כך. זמן מה אחר שהוגג התגרש, תבעה הילדה, באמצעות אמה, את אביה לתשלום מזונותיה, בבית־המשפט המחוזי. בית־המשפט קבע כי ההסכם שבין הזוג ופסק־הדין הרבני המבוסס עליו אינם מחייבים את הילדה ואינם מבטלים את זכותה לתבוע מזונותיה מאת אביה. כמרוכז דחה בית־המשפט את תביעת הנחבע לשיפוי מאת האם בהליכי צד שליש, בקבעו כי פחד האשה מפני עגינות היווה "אילון" מספיק כדי לבטל כל "הסכמה" מצדה. הגתבע עירער.

השופט ח' כהן: אין אני רואה צורך, בערעור שלפנינו, לפסוק בשאלה אם אמנם חל גם על התחייבות מצד האם לשפות את האב על תשלום מזונות ילדיהם הקטינים, הדין האישי אשר לפיו נקבעה חובתם לזון את ילדיהם, או אם אין זה – כדעת חברי הנכבד, השופט זילברג – אלא חוזה־שיפוי ככל חוזה־השיפוי אשר חלים עליו הדינים האזרחיים הנוהגים בבתי־משפט אלה. דעתי היא כי אפילו חלים דיני התורה, חוזה־השיפוי שלפנינו בטל גם לפי דיני התורה, מחמת אונס.

דין החורה מכדיל, לענין האונס, בין מכר מכאן ובין מתנה מכאן: כו בזמן שבמכר אין אונס מועיל לבטלו, אלא אם נמסרה "מודעא" בשעת מעשה, הרי מתנה שנעשתה באונס בטלה, אף אם לא נמסרה "מודעא" בשעת מעשה, "שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו, לא קנה המקבל מתנה" (כלשון הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג). לענין זה דין פשרה כדין מכר, ודין מחילה כדין מתנה (רמב"ם, שם; שולחן ערוך, תושבן משפט, סימן רה, סעיפים ב-ג). אם "פשרה" היתה כאן, כפי שסבור חברי הנכבד, השופט זילברג, כי אז ההסכם קיים, מפני שאין חולקין, שהאשה לא מסרה מודעא בפני בית הדין הרבני בשעת מעשה (אם כי נוטה אני לתשוב, בכל רגשי הכבוד וההכנעה, שהדיינים המלומדים בכיתת הדין הרבני ידעו היטב, אף מבלי שנמסרה להם "מודעא" מפורשת, מה ומה מתרחש כאן כאמת, ומה מסתתר למעשה מאחורי גיבובי המלים היפות); ואילו אם "מחילה" היתה כאן, כפי שאני סבור, כי אז ההסכם בטל, מפני שהאשה מעולם לא רצתה "להקנות בכל לבה".

"הפשרה" שנעשתה כאן בין האב ובין האם היתה, לדעת חברי הנכבד, השופט זילברג, כזאת שהאב "יחר על החביעות הכספיות שהיו לו נגדה בקשר לתפצים ודברי ערך מסויימים, והיא – תמורת זה – ויתרה על המזונות שהגיעו לה מכבר, והתחייבה לפרנס ולכלכל את הבת, ולשפות אותו כלפי כל חביעת מזונות שתוגש נגדו בעתיד".

האם העידה לפני השופט המלומד, והשופט האמין לה, "שלא קיבלה דבר תמורת התחייבותה לכלכל את הילדה". ואפילו אני – כפי שהשופט המלומד הניח – שאמנם קיבלה האשה מדי פעם בפעם, אם לפני הנישואין ואם לאחריהם, מתנות אלו או אחרות מן המערער, אין זאת אומרת שחייבת היתה להתזרן לו לדגל הגירושין: נהפוך הוא, מה שהוא נתן לה אחרי הנישואין, קנתה לחלוטין ואין לו אפילו זכות אכילת פירות; ומה שנתן לה לפני הנישואין, הם נכסי מלוג שלה, ואם כי הוא זכאי בפירוניהם כל עוד הנישואין קיימים ביניהם, הרי משנתגרשה, מה שנשאר מהם נשאר לה ולא לו (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן פה, סעיפים ב, ז, ח).

ועוד אומר השופט המלומד בפסק דינו, שהוא מאמין לאם גם את זאת, "שהדברים הכתובים בסעיף 2 של ת/1 (הוא כתבה הצהרה שהבאתיו לעיל) אינם משקפים את המציאות והוכנסו רק לפי דרישת הנתבע (הוא המערער) ויועצור".

נמצא, שלא היו כאן ויתורים הדדיים ומחילות הדדיות בתוס'לב, זה של מקצת תביעתו וזה של מקצת תביעתי, כדרך הפשרות הדומות למכר או לחליפין, שבהם נותן אחד חפץ פלוני ולוקח תמורתו מן השני חפץ פלוני; אלא כדי לקבל את גיטה ולהינצל משוועת עגינותה, נתנה האשה למערער את ויתורה ואת התחייבותה, ותמורתם לא קיבלה ולא כלום – מין ויתור עדטילאי על תביעה שלא היתה ולא נבראה. על "פשרה" כגון זו נפסקה הלכה לאמור: אם ראובן הפחיד את שמעון למסרו לאנס אם לא יתן לו ממון שהיו דנין

עליו, ואין לו בו זכות כפי הדין, ועשו פשרה בקנין ובביטול מורעא – יכול לחזור בו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף יא). לא-בל-שכן אשה שהפחיד אותה בעלה לעגנה אם לא תתן לו ויתורים והתחייבויות שהוא אינו זכאי לקבלם והיא אינה חייבת לתיתם לפי דין, שגם אם עשו "פשרה" בקנין ובביטול מורעא, תוכל לחזור בה.

לפני הרשב"א באה פעם שאלה, על ראובן שחבע משמעון מאה זוז ולא היו בירו ראיות להוכיח תביעתו, ושמעון אשר "בפר ככל וכשום פנים לא רצה להודות לו בשום דבר", הסכים לשלם לראובן חמשים זוז המורת "מחילת שמיים ומחילת בדיית", וראובן, "כדי שלא יאבד הכל, נתרצה ועשה לו מחילת שמיים ובדיית" – אם יוכל ראובן לחזור בו מן הפשרה ולחבוע יתרת תביעתו. יושם נא לב לכך שכאן לא היו כל איומים והפחדות, והפשרה היתה פשרה דגילה בין תובע שחבע בתוס' לב ובין נתבע שכפר בחביעה מפני שירע שאין ראיות בידי התובע. הרשב"א התיר לראובן לחזור בו מפשרה זו; ובתשובתו המאלפת, נמצאות, בין יתר פניני משפט, האימרות האלו:

ועוד תרע שהנודן שלפנינו (שאין לחזור בו מפשרה שנעשתה בקנין ובביטול מורעא כדין) פשרה היא זו, ופשרה בטעות אינה פשרה: סבור היה שלא ימצא ראיה, והרי מצא. ולגבי מחילת שמיים – הרי בשמיים ערו וסהרו שלא מחל אלא באונס. ואפילו לא נאנס כלל וסבור שאין לו בידו יותר, ונמצא שיש לו – מחילתו בטלה, דכל דלא ידע, לא מצי מחיל. ואעפ"י שהוא כותב לו, הריני מוחל לך בדלא אנוס, כדרך שנהגו כותבי טופסי שטרות לכתוב, אין בדבריו כלום – עד שיאמר, ברצוני בלא שום אונס יודע אני שיש לי בידך יותר (מובא בבית יוסף על טור, חושן משפט, סימן יב, סעיף יד).

נמצאנו למדים, שבכל פשרה יש אלמנט של מחילה; ומחילה זו אינה תרפסת, אם היא נעשתה בטעות. לא זו בלבד אלא העובדה שאין לו לתובע ראיות מספיקות להוכחת תביעתו, היא עצמה לאונס יחושב – היא המכריחה אותו, באונס כביכול, להסכים לפשרה. ואף-על-פי שהפשרה – כמו המכר היא עיסקה דר-צדדית, בחינת זה לוקח ונותן וזה לוקח ונותן, הרי ובמידה והנתינה שבה היא מחילה, צדיכה המחילה להיות ברצון ולא באונס, בידיעה ולא בטעות, ולא – יכול המוחל לחזור בו מן הפשרה.

לכאורה קיימת סתירה בין ההלכה שאמרנו, שדין פשרה כדין מכר לענין אונס, לבין הפסיקה של הרשב"א לפיה מתבטלת הפשרה לפי דיני המחילה באונס, להבדיל מדיני המכר באונס. ואמנם כותב הבית-יוסף, שממנו הבאתי את תשובת הרשב"א, במקום אחר לאמור:

ופשרה דמיא למכר, לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו כדין, ולכן הוא מתפייס ליטול קצת בפשרה; וכן הנתבע ירא שמא יחייבונו לשלם כל מה שתובע ממנו, ולכן מתחייב לשלם מקצתו בפשרה – והיינו מכר ממש, שהוא מוכר לחברו כל זכות שיש בו כתביעה זו, בסך שמתפשרים ביניהם; והלכך אם אנסו עד שנתפשר עמו, פשרתו פשרה, אלא אם כן מסר מורעא ...

אבל אם אנסו עד שמחל לו, אם יש עדים שיודעים באונסו, אעפ"י שלא מסר מודעא ... אין מחילתו מחילה (טור תושן משפט, סימן רה, סעיף יב). לשון אחרת: פשרה שיש בה מחילה הדדית, כמותה כמכר; ואילו פשרה שיש בה מחילה חד-צדדית, כמותה כמחילה ולא כמכר. הדברים מבוארים באר היטב בספר נתיבות המשפט להרב ר' יעקב מליסא בזה הלשון:

אם הפשרה היא מחמת דין מסופק, בעיני תרווייהו לביטולי, אונס ומודעא, אבל אונס לבד או מודעא לבד לא מבטלחו, דדמי למכר. אבל כשהדין ברור עם אחד מהם, ואנסו השני לפשר עמו, דמי למתנה, ובטל מחמת אונס לחוד... וכשהפשרה נעשית מחמת שהיה הכחשה ביניהם, אז אם נחברר אחד כך בעדים שהדין עם אחד, נחבטל הפשרה, אפילו בלא אונס ובלא מודעא... (נתיבות המשפט, שולחן ערוך, תושן משפט, סימן רה, חידושים, סעיף קטן יא).

נוכח מימצאיו העובדתיים של השופט המלומד כאמור, אין צל של ספק שההסכם הנדון כאן אינו אלא מסוג הפשרות שכמותן כמחילות וכמתנות, והוא מתבטל מחמת אונס בלבד. אם "מחילה" ממש לא היתה כאן, הרי מתנה בוודאי היתה כאן – ודין אחד.

על השאלה אם אמנם היה כאן "אונס" כמשמעותו בדיני החורה, אין אני צריך להתעכב הרבה. הרמב"ם מביא דוגמה זו של אונס:

מעשה באחד ששכר פרס מחברו לעשר שנים ולא היה שטר חוב ביד המשכיר, ואחר שאכלו השוכר שלש שנים אמר לו: אם לא תמכרו לי – אכבוש שטר שכירות ואתעון שהוא לקוח ביד. ואמרו חכמים שזה אונס... (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ד).

דוגמה אחרת מצינו לאמור:

מעשה באחד שרצה לישא אשה. אמרה לו, איני נישאת לך עד שתחכור לי כל נכסיך. שמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן. אמר לעדים, לכו והחביאו וכחבו לו כל נכסי במתנה; ואחר כך כתב לה כל נכסיו, ונשאה. ובא מעשה לפני חכמים, ואמרו: הבן לא קנה, והאשה לא קנתה, שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנס בדבר הוא, שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה אנפ"י שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת... (שולחן ערוך, תושן משפט, סימן רמב, סעיף י).

אם איום האשה שלא להינשא – אונס הוא, איומו של האיש שלא לתת לאשתו גט-פיטורין ולעשותה שבויה ועגונה כל ימיה – לא-כל-שכן.

לאמיתו של דבר, "אונס" לענין זה, היא כל נסיכה השוללת מאת עושה המעשה את גמירת דעתו החפשית והרצונית שלו; ולא רק אונס של כפיה, אלא גם אונס של פיתוי, ואונס של טעות, ואפילו אונס של שכחה או אונס של שינה – במשמע.

השופט זילברדג: 2. אפתח ואומר כי אילו סברתי אף אני, כי דיני ישדאל הם החוק המטריאלי החולש על חביעת השיפוי של האם, הייתי מקבל את הערעור, ומתייב את האם – לא בקורת רוח אלא במורת רוח – לשפות ולפצות את האב

על כל הסכומים שייחויב בהם לתשלום מזונות הילדה. כי בדיני ישראל, אין "אונס" מבטל כל עיסקה ועיסקה. לא כאן המקום, ולא זה הצורך, להיבנס לפני ולפנים של פרשה סבוכה זו, אך אפשר לומר בניסוח מודרני, "ועם קב חומטין", כי כאשר העיסקה היא מן הסוג הדו-צדדי של תמורה תחת תמורה, אין אונס, ואפילו אונס גמור, פוסל את העיסקה. מכר למשל – להבריל ממתנה – אינו בטל בעטיו של אונס. שהרי "כל מוכר, אלמלא אונס היה, לא היה מוכר" (בבא בתרא מז ע"ב; וראה רשב"ם, שם, ד"ה כל דמזבן). השקפה זו, שעלולה היתה לגרוד אחריה תוצאות קשות מאד, הולידה בדיני ישראל מוסד אחד, ישראלי-מקורי, העשוי לשמש לה ככליך, והוא: מסירת מודעה. הקשר ההיסטורי הסיבתי בין מכת האונס ורפואת המודעה עולה מתוך מלה אחת ("לפיכך") בלשון הרמב"ם – דבר המעיד על דיוקו הבלתי רגיל של המחבר הגדול הזה:

מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח ... ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות, שמפני אונסו גמר ומקנה ... לפיכך אם מסר מודעה קודם שימכרו ואמר לשני עדים: דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני שאני אנום, הדי הממכר בטל ... וצריכין העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיימכרו על פיו ... כמה דברים אמורים? במוכר או בעושה פשרה, אבל במתנה או במחילה, אם מסר מודעה, קודם מתנה, אף-על-פי שאינו אנוס, הדי המתנה בטלה, שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות ככל לבו לא קנה המקבל מתנה; והמחילה מתנה היא (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכות א-ג).

כמה דברים אמורים – כמודעה של מכר, אבל כמודעה של מתנה שכפאוהו ליחן, או על מחילה, או גט, אין צריכין להכיר אונסו, שאפילו אם אינו אנוס כיון שאמר שאינו נותן או מחל מדעתו, אין המתנה או המחילה כלום, דרוקא גבי מכר אמרינן כיון שקיבל המעות גמר ומקנה, מה שאין כן במתנה ומחילה (טור, חושן משפט, סימן רה, סעיף יב).

הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליחן – אינה מתנה ... ואפילו אם אינו מוסר מודעה, אי ידעינן (אם אנו יודעים) באונס – אינה מתנה (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמב, סעיף א).

והגאון מוילנא בהסתמכו על דברי הרשב"ם בפירושו למסכת בבא בתרא, כותב:

ואין צריך במתנה למודעה, כמו שכתב רשב"ם שם ד"ה מודה שמואל כו', אבל תלוה ויהיב כו', כל דידיעין באונסיה (ביאור הגר"א על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן דה, סעיף קטן כח).

מכר ומתנה הם אבות הסוגים, וחולדותיהם כפי שדאינו הן: פשרה ומחילה.

פשרה דינה כמכר, ומחילה דינה כמתנה (שולחן ערוך, חושן משפט, שם, סעיף ג; וראה ספר מאירת עיניים, שם, סעיף קטן ט).

אך לא כל פשרה – "פשרה" היא:
ופשרה נקראת כשיש טענות ביניהם שאין להם בירור בבית-דין.
(שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קטו).

וכן כתב המהרי"ט, בנו של המבי"ט:

וכי תימא פשרה היא זו ודינה כמכר... אין זו פשרה אלא כמה שיש בו צד חיוב וקודם שידעו היכן הדין נוטה, דאיכא למימר עביד אינש דזבין דיניה שמא יתחייב יותר, אבל הכא הדבר היה ידוע שאין באשה שום חיוב לקונסה שכבר עמדו לפני החכם נר"ו... (שו"ת מהרי"ט, חלק חושן משפט, סימן צח).

גם השולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף יא, שצוטט עליידי חברי, מדבר ב"ממון שהיו דנין עליו ואין לו בו זכות כפי הדין", הוזה אומר: מטפל בפשרה בתר-דיונית, להבדיל מפשרה טרום-דיונית, ברוח האבחנה שנעשתה בתשובות המבי"ט והמהרי"ט הנ"ל. אם אין ראייה לדבר, זכר לדבר יש בדברי בעל קצות החושן, המסביר את הסתירה הלכאורית בין סימן רה, סעיף ג, וסימן יב, סעיף יא, של השולחן ערוך, בהסתמכו על תשובת המהרי"ט הנ"ל (קצות החושן על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה, סעיף ג, סעיף קטן ב, עיין שם ודוק).

והיפוכו של דבר: לא כל מחילה – "מחילה" תיקרא:

מחילה שאדם מוחל לחברו על לא דבר, התם הוי כמו מתנה, אכל מחילה שאדם עושה לחברו בשביל שחברו נותן לו דבר מה, הוי כמו מכר (שו"ת הרשב"ם, חלק חושן משפט, סימן מד).

סיכומה של הלכה: במכר וכן בפשרה אמיתית, אין העיסקה מחבטלת אלא אס"כן היה שם אונס בצירוף מודעא; במתנה וכן במחילה אמיתית, מחבטלת העיסקה: או על-ידי אונס שהוכח, או על-ידי מסירת מודעא. מכר ופשרה אינם נפטלים בעטיו של אונס לחוד, אפילו אם הדיינים – כלשון חברי הנכבד – "ידעו היטב מה ומה מחרחש כאן באמת, ומה מסתתר למעשה מאחורי גיבוי המלים היפות". ומה נעשה, שכך היא הלכה, כך ולא אחרת! יען כי בדיני ישראל כאשר יש תמורה, הנחה היא כי "אגב אונסיה גמד ומקנה" (בבא בתרא מח ע"א), "שמפני אונסו גמר ומקנה" (דמב"ס, שם, שם). רק במתנה ובמחילה אמיתית, ידיעת האונס די בה כדי לבטל את העיסקה, כפי שנאמר בשולחן ערוך, חושן משפט, וביאור הגר"א כנ"ל.

ואשר לחשובת הדשב"א שצוטטה על-ידי חברי המלומד, הרי היא – בכל הכבוד הרב – אינה נוגעת לענינו כלל. כי אנו כאן לא בביטול הפשרה מחמת טעות, אלא בביטול הפשרה מחמת אונס קא עסקינן, ולא הרי זה כהרי זה בגלל הרעיון של "גמר ומקנה".

ועתה הבה נבחן, מה טיבו של ההסכם שנעשה בין בני-הזוג במקרה שלפנינו. בעיני פשוט היה כי זה הוא, על-פי דין, הסכם פשרה, ולא ראיח צורך להביא אסמכתאות מיוחדות לכך; אך מכיון שחברי המלומד חלוק עלי

וסובר, כי הסכם של מחילה וויתור לפנינו, או משהו קרוב לזה, הרי מפני הכבוד רצוני להרחיב קצת את הדיבור על כך.

דעתי היא, כי תהא אשר תהא עצמת שאט־נפשנו מן ההסכם הכפוי ההוא – ואני שוחף להרגשה זו – הרי בנתחנו אותו באיזמל החד של הגיון המשפט העברי, לא יהא לנו מנוס מן המסקנה, כי הסכם זה אינו לא מחילה, ולא החחייבות ערטילאית, אלא רק ודוקא הסכם של פשרה. נימוקי לכך הם:

(א) שטר־מחילה – ודאי וודאי שאיננו. האשה התחייבה, כזכור, לזון ולפרנס את בתה וכן לשפות ולפצות את בעלה לשעבר על כל הסכומים שיחוייב בהם, אם יחוייב, ומי שמקבל על עצמו לשלם ולפרוע – קשה מאד להגדירו כ"מוחל". המחילה היחידה שהיתה בהסכם היא: ויתורה על המזונות שהגיעו לה עצמה מכבר, אך מחילה זו אינה עומדת כלל לדיון בפנינו, כי האשה מעולם לא חבעה בדין לבטל, מחמת אונס, את הוויתור ההוא.

(ב) הספק היחיד שמצא לכאורה מקום לחול הוא, אם השיפוי שהוחנה בהסכם ניתנה לו תמורה, או לא; שכן אם לא ניתנה – יהא תנאי השיפוי נדון כמתנה, אשר בה גם אונס לחוד מבטל את העסקה, ותשובתי לכך היא: כן, ניתנה וניתנה! ושני טעמים לדבר:

(אא) חביעת הבעל להתודת חפצים ודברי ערך לא נדחתה בבית־דין, והיא אף מעולם לא נתבררה בבית־דין. אין אנו יודעים אפילו עכשיו "להיכן היה הדין נוטה" אילו נתבררה – כי יש כמה וכמה פנים בהלכה למחנות הניתנות על־ידי כן־זוג אחד למשנהו, ואין כאן מקומו להאריך – ומכל־שכן שלא ירעה זאת האשה בעת עשותה את הסכם הגידושין והשיפוי. הפשדה היתה איפוא לא בתד־יונית אלא טרום־דיונית, ופשרה כזאת תמיד דינה כמכר, כפי שקראנו בחשובות המבי"ט והמהרי"ט לעיל.

(בב) וזה הוא העיקר: גם אם נניח – ואני מוכן "לטובת הענין" להניח – כי עם קביעת בית־המשפט המחוזי בשנת 1961 איגלאי מילתא למפרע, מה הוא המצב שהיה קיים בעת עריכת ההסכם בשנת 1959, ולא נשתייר כלום מן התמורה שנתן לה הבעל בוותרו על התפצים ודברי הערך הנ"ל, הרי עדיין נותרה לנו תמורה אחרת, והיא: עצם נתינת הגט. אחד הפוסקים הגדולים שלנו, הר"י קולון, כותב:

כיון דמטי הנאה לראובן... הוה כתלוה וזבין דזבניה זביני כל זמן שלא מסר מודעא (תשובות המהרי"ק, שורש קיח, דף סו ע"א בהוצאת ורשא, 1884).

ובתשובה אחרת שלא מצאתיה בספרים שלפנינו כותב המהרי"ק: הנאנס לעשות דבר מה ומטי ליה הנאה מיניה, הוי כתלוה וזבין דזבניה זביני, הגם כי ההנאה שקיבל היא דבר מועט בערך מה שנאנס לעשות (מהרי"ק, שורש קפו, הובא בבית יוסף על הטור, סימן רה).

הווה אומר: אפילו הנאה כל־שהיא, שאינה עומדת בשום יחס לערך הדבר, נשוא המכר (או הדומה למכר); ואם כי יש חולקין עליו, הרי מתן גט ודאי לאו מילתא זוטרתא היא, ביחוד לגבי אשה זו, עניה סוערה לא נוחמה, שכלתה נפשה להשתחרר מכבלי העיגון.

אסמכתה ברורה ורָאָה חותכת לכך, כי נתינת הגט מהווה תמורה חוקית לעיסקה-שכנגד מצד האשה, והופכת את ההסכם שביניהם לפשרה המצריכה תרתי: אונס ומסירת מודעא, מוצאים אנו באחת מתשובות הר"י מיגאש – תשובה שפרטיה דומים במפתיע לפרטי הענין שלפנינו, הן מבחינת האונס והן מבחינת התמורה. מן המועיל והמעניין יהיה להכיא אותה כאן ככתבה וכלשונה, תוך אי־אלו השמטות.

שאלה. ראובן קידש את לאה והתנו ביניהם שתוציא לו קצת חפצים ותכשיטי זהב, ואחר כך תבע אותה להנשא ושתתן לו מה שנדרה ... ולא רצתה ליתן. ובין כך קנו ממנו שיתרצה כמה שתוציא לו, ואחר כך נתחרט ותבע ממנה שתביא לו את הכל, וחייבו אותו ברורי המקום שישא אותה ונתנו אותו בבית־הסוהר, והפתיד אותה בפשעות ושיניחנה עגונה אם לא תוציאנו מבית־הסוהר, ומסרה מודעא בזה לפני עדים ואמרה להם שהיא נתיראה שמא יניחנה עגונה ועל כן אינה מוחלת הקנס – הכוונה היא, כנראה בעליל, לקנס שהתנו בני הזוג כשעת השידוכים, או כשעת הקידושין, במקרה ואחר מהם יחזור בו מעריכת הנישואין לאחר שקידשה (ראה: תוספות קידושין ח ע"ב, סוף ד"ה מנה אין כאן; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חלק יורה דעה, סימן קמח) – ושאחר שיתן לה הגט תחזור ותתבע אותו בקנס, שאינה מוחלת לו הקנס אלא מזה הפחד, וקנו מידה אחר כך שמחלה לו הקנס, אחר כך נכתב הגט וניתן לה, ואמר כך בלשון ערבי ... שרוצה לומר: על תנאי שלא יהא לה אצלי קנס, ואמרו לו הברורים: כן יהיה! אלא שאין אתה יכול לומר זה התנאי בעת כתיבת הגט, אלא תצווה לכתוב לה גט כשר. וכן עשה. ואחר שניתן לה הגט, חזרה לתבוע ממנו הקנס, וראובן אומר שהמודעא אינו מודעא בכל כיוצא בזה, הואיל ולא אחזקו ישראל בפושעים, ואם היה כמו שאמרתי שאצא מדתי – לא הייתי עושה כן, כדי שתועיל בזה מודעא. יודיענו אדוננו, ושכרו כפול.

תשובה. אם ראובן זה שהפחידה בפשעות יש בו מהפריצות ומיעוט היותו אדוק בדת ישראל, בשיעור שיצא הדבר מן הכח אל הפועל, אין לך אונס גדול מזה, והמודעא קיימת אם מה שהפחידה בו נתברר אצל העדים ועמדו עליו באופן שהם אומרים: "ונתברר אונסו של פלוני ועמדנו עליו". ואם אינו מאנשי פעולה זו, אלא שאמר על דרך הגזמא והאיום וההפחדה ער שתמחול לו הקנס (הרי) אם נתקיימה מחילת הקנס נתקיים התנאי, והגט כשר. ואם ראובן הוא על הדרך הראשון שזכרנו – המודעא קיימת ויכולה האשה לתבעו בקנס... (שו"ת הר"י מיגאש, סימן קכב, כ ע"א במהדורת ירושלים תשי"ט).

מתוך הדיבור: "והמודעא קיימת אם מה שהפחידה בו נתברר אצל העדים ועמדו עליו באופן שהם אומרים וכו'", אנו רואים כי הר"י מיגאש הקפיד כאן על קיום חנאי הכשרות של המודעא (ראה: בבא בתרא מ ע"א – ע"ב "אמרי בהרדעי, כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלינא – לאו

מודעא היא"; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, סוף הלכה ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה, סוף סעיף א). משמע כי את העיסקה של כני-הזוג ראה הר"י מיגאש לא כ"מתנה", אלא כ"מכר" המצריך תרתי: גם אונס וגם מודעא. ועל שום מה לא הסתפק כאן בידיעת האונס בלבד? הן ענין לנו כאן למחילת הקנס, ומחילה לדעת כל הפוסקים (וחלמידו של הר"י מיגאש, הרמב"ם, בכלל) דינה לא כמכר, אלא כמתנה! פליאה-תמיהה זו, אין לה תשובה אלא אחת: כי הגט שנתן לה הבעל – אותו בעל שאיים עליה תחילה בפשעו ועיגון – מהווה תמורה חוקית כנגד המחילה, ומחילה "שארם עושה לחברו בשביל שחברו נותן לו דבר מה", באמת דינה כמכר, כפי שאנו למדים מחשוכת הרשד"ם הג"ל. ואם מתן הגט הופך מחילה למכר, הוא מאותו טעם גופו הופך למכר כל התחייבות "ערטילאית" של האשה, כגון התחייבות-השיפוי דגן, גם אם נניח כי ויתורו של הבעל על התזרת החפצים ודברי הערך אינו מהווה תמורה שכזאת.

הוא אשר אמרתי לעיל, כי אילו נדונה תביעת השיפוי על-פי דיני ישראל, היא לא הייתה נפטלת בשל אונסה של האשה (האם), היינו הלחץ שולחן עליה הבעל בסדרו לשחרר אותה מכבלי העיגון.

3. ברם – וזה הוא הרמז שרמזתי עליו בריש הפיסקה הקודמת – תביעת השיפוי דגן כלל אינה נדונה על-פי דיני ישראל, מן הטעם הפשוט שהיא אינה תביעת מזונות, וממילא איננה ענין של המעמד האישי. שמענו על בעל יהודי החייב לזון את אשתו; שמענו על אב יהודי החייב לזון את ילדיו, או על בנים החייבים לזון את הוריהם; אך גרושה יהודיה החייבת לזון את בעלה לשעבר – על כך לא שמענו! ואם היא, על סמך הסכם שביניהם, חייבת לשפות אותו על הכספים שהוא שילם או עתיד לשלם למזונות ילדחם המשוחפת, הרי בינו לבינה אין זו חובת מזונות אלא חובה אזרחית רגילה, הנדונה בבית-המשפט החילוני על-פי כללי המשפט האזרחי. כי מה לי זה מה לי זה: מה לי שיפוי הבא לפצות על הפסד שנגרם עקב תשלום מזונות, מה לי שיפוי הבא לכסוח הפסד של פרעון שטר או מילוי חוזה. pecunia non olet אמרו הרומאים, וחסרון הכיס שאותו חייב המשפה למלא, הוא שווה, ובעל אותו צביון וריח, בשני המקרים.

4. ומכאן לחלקו האחר, העיקרי, של העדעור והוא: חיובו של האב-המערער בתשלום מזונות לבתו. השאלה העומדת בפתח עיניי היא: האם היה בית-המשפט המחוזי מוסמך לדרון בתביעת-מזונות זו, נוכח פסק-הדין הקודם – הפוסטד ממזונות – שניתן על-ידי בית-הדין הרבני? לכאורה צריך הייתי לענות על שאלה זו בשלילה, שכן זו היא, על-פי מושכל ראשון, המסקנה העולה מתוך פסק הרוב בפרשת וינטר, ביר"מ 1/60.

ואף-על-פי-כן, לכשנברוק יפה יפה, נראה כי לא כן הוא הדבר, וכי לא הרי פרשת וינטר, כהרי הפרשה שלפנינו. הגעתי לכלל דעה, כי בית-המשפט המחוזי מוסמך היה לדרון ולהחליט בתביעת הילדה נגד אביה, ונימוקי לבך הם:

(א) סעיף 3 של חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), חשי"ג-1953, אומר:

הוגשה לבית-דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על-ידי האשה ואם על-ידי האיש, היא לבית-דין רבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך כתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג.

נאמר כאן "יהודים" סתם, ללא תוספת התואר המסייג "אזרחי המדינה או תושביה", אך ברור הדבר כי בסעיף זה – להבדיל משאר סעיפי התוק הרנים ביהודים סתם – הכוונה היא ליהודים שהם אזרחי המדינה או תושביה; שהרי השיפוט הייחודי בענין מזונות הילדים נובע כאן מן השיפוט הייחודי של תביעת הגירושין, וייחוד זה ודאי אינו נתון אלא אם נתקיים אחד התנאים הנ"ל, כפי שנקבע בסעיף 1 של החוק:

עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו כשיפוטם הייחודי של בתי-דין רבניים.

(ב) במקרה שלפנינו הכל מודים, כי האבה-הנתבע לא היה, בכל התקופות הרלבנטיות, לא אזרח ישראל ולא תושב ישראל.

(ג) נמצא, כי על המקרה שלפנינו חל לא סעיף 3 (כמו בפרשת וינטר), אלא סעיף 9 של החוק האומר:

בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר-המלך" במועצתו על ארץ-ישראל, 1922-1947" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית-דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה, היא לבית-דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך.

(ד) אין ספק, כי הילדה הייתה "צד נוגע בדבר" במונח סעיף 9 הנ"ל; היא לא נתנה את הסכמתה לשחרור אביה ממילוי חובח המזונות; הסכמת הוריה, כאפטרורפסיה הטבעיים לפי סעיף 3(א) של חוק שיווי זכויות האשה, אינה יכולה למלא מקום הסכמתה היא, משני טעמים אלה:

(אא) הם לא פעלו כלל בשם הילדה, אלא הסדירו את עניניהם הם, כפי שיוצא מתוך עצם תנאי השיפוי, המניח כי ייתכן ומישהו, והילדה גופה בכלל, יגיש תביעת מזונות נגד האב; וכאשר ההורים מתכוונים אך ורק "לתקן את עצמם", אין ההסכם שביניהם – ואפילו נתאשר בבית-הדין הרבני – שולל את זכות החביעה המוגשח אחר כך לבית-המשפט האזרחי, כפי שנקבע במשפטי משקה, ע"א 42/49, ואיזלמן, ע"א 334/54.

(בב) אף אילו פעלו בשם הילדה, ספק גדול בעיני, אם ההסכם והפסק היו מועילים לשחרר את האב מחובת המזונות, בשים לב להוראת סעיף 3(ב) של חוק שיווי זכויות האשה, המסמך את בית-המשפט להתחשב "בעניני אפטרורפסות" – וביטוי זה כולל גם את ייצוג הקטין על-ידי האפטרורפוס – עם טובת הילדים בלבד. במקרה שלפנינו ברור, כי שחרור האב לא היה לטובת הילדה.

המסקנה שהגעתי אליה היא איפוא כי במקרה דנן מוסמך היה ביח-המשפט המחוזי לחייב את האב במזונות ילדתו הקטנה.

5. ונותרה לנו השאלה השנייה והאחרונה: אם צדק בית-המשפט המחוזי בדחותו, מטעמי אילרץ, את תביעת השיפוי של האב. כללי האילרץ נדרנו פעמים אין ספור על-ידי בית-משפט זה – למשל, ע"א 39/47; ע"א 278/56; ע"א 94/50, ורבים אחרים זולתם – ולאחרונה הם כונסו והוסברו בפסק-דינו המנחה של השופט זוסמן בע"א 152/59. נוכח הכללים שנקבעו על-ידי בית-המשפט, אין ספק בלבי כי התנהגותו של האב, ופחד העיגון התמיד שהפיח בלב האשה, מהווים "אילרץ" במלוא מובן המלה. גלוי וידוע, כי חכמי ישראל בכל הזמנים ובכל המקומות השתדלו ככל אשר לא-לירם, ואף למעלה מזה, כדי לשחרר את האשה מכבלי העיגון. הטון והכיוון ניתן בחלמור גופו – "תקנת עגונות": גיטין כו ע"ב; שם לג ע"א; "משום עיגונא אקילו בה רבנן": יבמות פח ע"א; גיטין ג ע"א – ואחריו חזרו החזיקו גאוני ישראל וגדוליו מראשוני-ראשונים עד אחרוני-אחרונים ברכבות אלפי החשוכות שניתנו וניתנים על-ידם ער עצם היום הזה. אין לך ענין בדיני ישראל, שבו העדיפו כל כך את "הכוחא דיתרא" כמו בענין זה, למרות איסור אשת-איש שהוא מן העבירות החמורות ביותר. כל המחעניין בפסיקה רבנית זו, ימצא חומר למכביר בספרו המצויין של י. ז. כהנא, ספר העגונות, ירושלים, תשי"ד. ואם כי דיני ישראל בנוגע לאפקט של האילרץ, אינם מחייבים את בית-המשפט האזרחי כפי שקבענו לעיל, הרי כבואנו לשקול ולמדור את גודל הרעה שהיתה נגרמת לאשה אילו לא הסכימה לתנאי השיפוי הנ"ל, מותר גם מותר לנו להיזקק להשקפת-המוסר הישראלית שממנה צמחו וגדלו כל הדינים וההלכות הנ"ל; הברדל רק, ורו"ק. אשה שבעלה עוזב אותה לאנחות כחדשי הריונה האחרונים ונודד לו על פני רחבי יבשת אמדיקה הדרומית בלי לגלות את מקום הימצאו, ועלובה מסכנה זו, תחת החרב המתהפכת של העיגון התמיד, מסכימה, לאחר משא-ומתן המתנהל באמצעות אחיו של הבעל הנעלם, לקבל על עצמה את מזונות הילדה, "ולבטח" אותו מפני כל חובה וחיוב, ובלבד שיואיל לתת לה את הגט הגואל – אשה כזאת פועלת מתוך אילרץ אכזרי ובלתי-אנושי, ובית-המשפט רשאי לבטל את ההסכם ושלא להתחשב כלל בתנאי השיפוי שנכלל בהסכם הגירושין.

שער שמיני: דיני חיובים

3. אונס הבא מצד המתקשר הנפגע ("אונסא דנפשיה") אינו פוגע בחוזה

ע"א 403/80

סאסי ואח' נ' קיקאון

פ"ד לז(1) 762, 768

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (לנדוי), והשופטים בן-פורת, טירקל

בין המשיבה לבין המערערים נכרת חוזה, בו הסכימו ביניהם להחליף את זכויות החוקה והחכירה שלהם בדירות שבהן התגוררו באותו זמן, זו כנגד זו. שווי דירת המשיבה היה רב בהרבה משווי דירת המערערים. בית-המשפט המחוזי הכיר בזכותה של המשיבה לבטל את החוזה בקבעו, שנתקיימו יסודות העושה לפי סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. מכאן הערעור.

השופט טירקל: כן ייתכנו מקרים, שבהם נלחץ העשוק על-ידי יותר מגורם אחר, שאז ישקול בית-המשפט את משקלם המצטבר, אפילו כל אחר מהם אין רי בו כשלעצמו.

מאלף לציין, כי בדרך כלל ניכרת במשפט העברי מגמה רומה. לפי ההלכה, אונס הבא מצד המתקשר הנפגע בעצמו, הקרוי בתלמוד "אונסא דנפשיה" (בבא בתרא מז ע"ב), כגון במקרה שאדם מוכר דבר לחברו עקב מצוקה, אינו נחשב אונס כל עיקר (עיי' ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי (מכון הרי פישל, תשל"ד) 117).

מבחינה מילולית נראית לי פרשנותו של כבוד השופט אלון בע"א 719/78 הנ"ל, בעמ' 684-685, לפיה מדובר במצב חמור ומתמשך ולא בקושי ארעי או חולף. כך נובע גם מהעובדה, שכביטוי "יבעתהו צר ומצוקה" (איוב טו, כד) נתפרשה המלה כ"לשון לחץ ודוחק, ובא לרוב צמוד ומקביל אל לשון 'צר'" (פירוש "דעת מקרא", עמוס חכם (מוסד הרב קוק, תשל"ל), לאיוב טו, כד). אולם עד כאן לעניין הפירוש המילולי. לעומת זאת, אין לגרוס שהמשמעות המשפטית של המושג בו עסקינן חופפת אף היא את הפרשנות המילולית. מבחינה זו הצעתי היא, שננהג גמישות ולא נקבע מסמרות מעבד לנושא המסוים העומד לדיון.

אילוך – "אונס"

4. הגדרת "מצוקה"

ע"א 719/78

איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ

פ"ד לד (4) 685,673

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 498.

פרק שישי חווה אסור

1. תוקפו של חווה אסור

ע"א 110/53

ג'יקובס נ' קרטוז

פ"ד ט 1401, 1403, 1413–1417

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, לנדוי, ויתקון

השופט זילברג: תוך מהלך בירורה של התביעה בכל שלוש הערכאות, נשרו רוב דוכי טענותיו של התובע-המערער, וכיום עומדת לדין בפנינו שאלה אחת בלבד והיא:

מה מידת תקפו של חווה שכירות שנעשה בניגוד להוראות התקנה הידועה בשם תקנה (א9), היא התקנה 46ב (א9) לתקנות ההגנה, 1939–1943, וביחוד דיוק: העשוי חווה זה לשמש לו, לשוכר, חריס ומגן כלפי חביעת סילוק-יד המובאת נגדו על-ידי הבעלים-המשכיר...?

שונה חכלית שינוי, מן הקצה אל הקצה, היא העמדה שנוקטה, כלפי חווה "הבא בעבירה", על-ידי המשפט העברי. ידועה מחלוקת האמוראים, במסכת תמורה ד ע"ב, אם "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני" (כל דבר שהתורה אמרה אל תעשה, אם עשה – מועיל), או: "אי עביד – לא מהני" (אם עשה – אינו מועיל). אביי אמר: מהני, רבא אמר: לא מהני, והלכה היא, לדעת כמה מן הפוסקים והמפרשים, כאביי (משנה למלך על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה יט; לחם משנה על הרמב"ם, הלכות בכורות, פרק ו, הלכה ח; נודע ביהודה, מהדורה תניינא, אבן העזר, סימן קכט; שמן דוקח, אבן העזר, סימן ס, ודבים אחרים זולתם. השווה לעומת זה: תשובות הרא"ש, כלל ז, סימן ד; מרדכי, שבועות, סי' תשפד, בשם ר"י בר פרץ. עיין שם). יהא אשר יהא על השאלה: הלכה כמי, מבחינה תיאורטית רחבה, הרי רוב רובם של הדינים הספציפיים המפורזים על פני הש"ס והפוסקים מראים בעליל, כי המגמה בדיני ישראל היא להפריד בין הצד האיטורי והצד המשפטי של

הפעולה, ושלא לשלול לא את זכות הקנין ולא את זכות התביעה הצומחת הימנה מפני העבירה שבה.

המוכר או הנותן בשבת... אף על פי שמכין אותו, מעשיו קיימין, וכך כל מי שקנו מידו בשבת, הקנין קיים, וכוחבין לאחר השבת ונותין (רמב"ם), הלכות מכירה, פרק ל, הלכה ז; השווה גם שולחן ערוך, תושן משפט, סימן רלה, סעיף כח).

הפסוק הראשון דן בהעברה הריאלית של הנכס, הפסוק השני כולל גם את ההתחייבות האובליגטורית. אין שוללים, איפוא, מן השותף לעבירה את זכות התביעה שלו. הלכה זו מקורה בירושלמי, לפי הנוסח שהובא ברי"ף מסכת ביצה, פרק חמישי (כ"ב):

מאן דעבר ואקני בשבת מקרקעי או מטלטלין, הקנאתו הקנאה, והרמב"ם מוסיף על כך גם את חקפו התוקי של הקנין המתייב (קנין-סודר). כן גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קצה, סעיף יא:

אין קונין בשבת בקנין-סודר, ואם קנו, אף-על-פי שעשו עבירה קנו. וכאן כדאי להוסיף: קנין שנעשה בשבת תופס, לא רק כאשר העבירה היא עצם עשיית הקנין, עבירה שהיא "שבות", ואסורה רק מדרבנן (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלה, סעיף כח), אלא גם כאשר ביצוע מעשה הקנין נעשה תוך עבירה על איסור חמור מדאורייתא, ואפילו אם הוא חייב מיתה, כגון: על-ידי "הוצאה מדרשות לרשות" וכדומה. הרבר עולה ברורות מתוך הסוגיא ד"גנב ומכר בשבת", בבא קמא ע"א-ע"ב משנה וגמרא שם, עיין שם.

או: רבית אסורה, כידוע, ביני ישראל הן על המלווה והן על הלווה (בבא מציעא סא ע"א; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה ב), אף-על-פי-כן, יכול הלווה לתבוע את המלווה בדיון להחזרת הרבית הקצוצה: רבית קצוצה יוצאה בדיינין (בבא מציעא סא ע"ב; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ו, הלכה א).

ואין אומרים ללווה: גם אתה תטאת, ולכן יד הנתבע על העליונה. ברור, כי אין המלווה יכול לתבוע מן הלווה את תשלום הרבית. כי מילוי התביעה היה מסייע כאן לעצם ביצוע העבירה, וזהו, כמוכך מאליו, דבר בלתי אפשרי.

מקח שנעשה באיסוד, כגון שהוסיף כשווי המקח בשביל המתנת המעות... ונתקיים הקנין באתד מדרכי ההקנאה, המקת קיים ונותן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח (שולחן ערוך, תושן משפט, סימן רח, סעיף א).

פירוש הדבר: המקח קיים; הקונה דשאי לדרוש את מסירת הנמכד, אלא שהמוכר אינו יכול לתבוע את המחיר, במידה שהוא עולה על "השער של היתר", היינו עד כמה שיש בו משום רבית כער המתנת המעות.

... ולא למימדא שיתבטל המקח ... מפני שנעשה באיסוד, שכל היכא שנקנה כראוי בדרך הקניה, אין האיסור מבטל הקניה אם האחר רוצה (נימוקי יוסף על הרי"ף, בבא מציעא, פרק איזהו נשך, לסוגיא של הגמרא בדף סה ע"א, רף לו ע"א בדפי הרי"ף).

השאלה, אם חוזה שנעשה באיסור, מסוגל להוליד זכות קנין וחביעה או לא, נדונה ברחבות ובעמקות מרובה בספרות הרבנית המאוחדת, על-ידי מפרשים ופוסקים. גם אלה הסוברים כי ההלכה כרובא, היינו: דאי עביד לא מהני, השתדלו להקיף את ההלכה בכל כך הרבה גדרים וסייגים, עד שההלכה גופה "נעלמה" כמעט כליל מתחת לערימת דיוקים ואבחנות. זה הוא, אגב, אחד התהליכים המובהקים ברכי התפתחותו של המשפט העברי, כירוע ליודעי תן. תקצר היריעה מהכיל את כל החידושים שנתחדשו בסוגיא מעניינת זו, אביא רק אי-אלה כללים שלקטתי, זעיר שם זעיר שם, בשרה ספרותנו המשפטית העשירה. לא אביא את כל הדרכים ככחכם וכלשונם, אלא אנסה להגדיר, בסגנון קצת יותר מודרני, את הרעיון המהותי שבהם. והנה כמה מהם:

(א) אין אומדין אי עביד לא מהני, אלא כאשר העבירה משתרעת על כל תכנו של המעשה (הקנין, ההתחייבות), ולא כאשר העבירה היא בעצם "חלקית", כלומר: אוסרת לעשות את המעשה מעבר לשיעור מסויים. זה הוא הרעיון העולה מדברי הספר מאידת עיניים, חושן משפט, סימן רח, סעיף א, סעיף קטן ג. במקרה כגון זה, הוא אומר שם, "לא קנסינן היתרא, אטו איסור" (אין קונסינן את החלק המותר בעטיו של החלק האסור), והמעשה תופס בתחומי השיעור המותר.

(ב) הכלל דאי עביד לא מהני – כך אומר הש"ך, חושן משפט, שם, סעיף קטן ב – חל רק כאשר אי-אפשר לו, למעשה, שיעשה אלא מתוך עבירה, אבל אם "אפשר לעשותו בהיתר" – מהני, גם אם נעשה באיסור.

(ג) כ"סברא טובה" רואה הטורי זהכ (חושן משפט, שם), את האבחנה דלקמן: הכלל דאי עביד לא מהני, חל רק כאשר העבירה שבמעשה היא "איסור מצד עצמו", כלומר: היא צמורה למעשה מסויים בתור שכזה. הכלל ההוא איננו חל, כאשר "האיסור מצד שהיום גודם" (כגון: מכר בשבת), או כאשר "האיסור מצד השבועה, ולא מצד המכירה עצמה" (כמו: בנשבע שלא למכור), או כאשר "אין האיסוד בעיקר מכירה, רק בתוספת הדמים" (כמו במקרה של "מקח שנעשה באיסור" הנ"ל). לשון אחרת: אם האיסור שבדבר נובע רק מחוץ ה"אקצירנטליה" של המעשה, אין העבירה גוררת אחריה את ביטול התוצאה המשפטית. דברים מעין אלה, אם כי לא בכהירות כזאת ולא בהיקף שכזה, אנו מוצאים גם אצל אחר הפוסקים:

מסתבדא דלא דמי כלל. דהחם (הכוונה היא ל"מכר בשבת") לא הוי איסורא בשער הדמים, אלא בקנין, משום לתא רשבת, שגודו בו על משא-ימתן, ולא גזרו שיבטל את שעבוד הקניה (שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן עה).

(ד) אבחנה אחת, המזכירה לנו במקצת את הרעיון של *in pari delicto*, מוצאים אנו בשו"ת פנים מאירות, חלק ראשון, סימן לד. כאשר האיסור אשר בעיסקה המשותפת, חל רק על הצד האחד לעיסקה, היא תופסת

ומועילה לגבי הצד השני. הפלוגתא שבין אב"י ורבא, אם אי עביד מהני או לא, היא:

דוקא במה שהוא עושה לעצמו ואין לאחרים חלק בו, אבל אם הוא עושה איסור וחברו אין עושה איסור, בזה כולי עלמא מודים דמהני, דיכול לומר: מה איכפת לי במאי דעבדת איסור...

ולמטה מן הענין, הוא חרוד ומדגיש את הרעיון פעם ופעמיים: ... היכא דמוכד עושה איסור ולא לוקח, או: לוקח ולא מוכד, פשיטא דמהני ... דדוקא במה שהוא גומד על-ידי עצמו, בזה אמרינן: אי עביד לא מהני, אבל במה שגומד על-ידי אחרים, ולדידיה איכא איסורא ולא חרינא ליכא איסורא, מעשיו קיימים.

(ה) חילוק דק וחרוף ביותר, אנו למדים מפי הגאון רבי עקיבא איגר. הרעיון הוא בתכלית הקיצור, כך: כאשר העבירה, כפי שהוגדרה בחוק, יכולה להיות מבוצעת הן על-ידי פעולה משפטית והן על-ידי אקט דיאלי (זאת אומרת: מעשה פיסי, שאין לו בכלל תוצאות משפטיות), אזי האיסור שבמעשה אינו פוגע בתוצאה המשפטית שלו, אם העבירה נעשתה על-ידי פעולה משפטית. שהרי כאן אי-אפשר לומר כי התורה, בצוותה: אל תעשה את המעשה, התכוונה גם לומר, כי המעשה "לא יהא עשוי". דק אם העבירה, כפי שהוגדרה, מצומצמת מלכתחילה לפעולה משפטית בלבד, רק אז מותר לנו להניח ולומר, כי המחוקק (התורה או החכמים) התכוון לבטילות המעשה. אין ר' עקיבא איגר משתמש שם, כמובן, במונחים המודרניים הללו, אלא: את הסוג הראשון הנ"ל, בשל היותו בעל היקף הרבה יותר רחב, הוא מכנה בשם "כללי", ולסוג השני המצומצם הוא קורא "פרטי". וכך הוא אומר שם תוך היסוסים מסויימים – היסוסים שמקורם הוא בענותותו הגדולה המפורסמת:

זאת ועוד אחרת: אילו הייתי כדאי להרים ראש נגד רבותינו הגדולים הראשונים, הייתי אומד, דאי עביד לא מהני שייך דק היכא דהלאו (הוא) על ענין פרטי, כמו הגי דריש תמורה בלאו דלא יחליפנו ולא תפרה, דמפרשינן לקרא דלא יהא כוח להחליף ולפרות, וחילופו ופרדיו כלל היה, מה שאין כן במקום שנאמר דרך כללי, כמו: לא תעשה כל מלאכה, דאי אפשר לפרש שלא יהא לו כוח לעשות מלאכה, דודאי אם יבנה בית או יטע כרם יהא בנוי ונטוע, ועל כדחך פידושו: דאינו רשאי לעשות. משום הכי כל שישנו בכלל זה הלאו, לא שייך בו אי עביד לא מהני (שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן קכט). לא אאריך יותר בהבאת המקורות. הרעיונות שהובעו במובאות הנ"ל, מעניינים עד למאד. כמה מהם – אלה שבאבחנות (א), (ג) ו-(ד) לעיל – עשויים היו להמציא פתרון גם לבעיה שנתעוררה בערעור שלפנינו. אך לא לכך התכוונתי. כוונתי היתה להצביע על המגמה הקיימת בדיני ישראל, להפריד ככל האפשר בין הצד האיטורי והתוצאה המשפטית של המעשה. ומהו המניע

שער שמיני: דיני חיובים

למגמה זו? הן דיני ישראל מדרקקים מאד מאד עם מי שעבר על החוק. המניע לכך הוא ללא ספק: הרצון להימנע מן התוצאה הבלתי צודקת, הנובעת בהכרח מאי-הכרה כלתי מסוייגת בתקפו המשפטי של החווה הבלתי חוקי. כבר אמר הלורד מנספילד, כי טענת אי-החוקיות "צורמת את האוזן תמיד", בשמענו אותה יוצאת מפי הנתבע. אך מה היא צרימת אוזן זו, אם לא הסלידה הנפשית העמוקה מפני העוול הנגרם על-ידי קבלת הטענה. לא התעלמתי מן הרעיונות האחרים הפועלים בכיוון נגדי בשטח משפטי זה: כבודו ויקרו של בית המשפט, שלילת החוקף החוקי כדי להרחיק את האדם מן העבירה, "החטא וענשו", ועוד גורמים כיוצא בהם, אם כי לא כולם הם בעלי משקל שווה בעיני כל. למשל, הרעיון כי בית-המשפט לא "לכלך את ידיו" על-ידי הטיפול בתביעות כאלה, לא ניתנו לו מהלכים רבים בהשקפת עולמה של היהדות. אדרבא: הזכות הגדולה ביותר שרוד המלך מלמד על עצמו, לפי האגדה, היא: שכל מלכי מזרח ומערב יושבים אגודות אגודות בכבודם, ואני ידי מלוכלכות בדם ובשפיר ובשליא (ברכות ד ע"א).

גם סופרים מודרניים, אמונים עלי רעיונותיו והשקפותיו של המשפט האנגלי, מחילים להשמיע דברי ביקורת, הן על ה"בל תגע" החמור שקיימו וקיבלו עליהם בתי-המשפט, והן על החיפוי המוסרי או הפסבדו-מוסרי ששיוו לכל הבעיה. למשל: גרודצקי במאמרו המענין *In Pari Delicto*, שפורסם ב-L.Q.R., אפריל 1955, עמ' 254-274. העצה היעוצה על-ידיו היא, כי כית המשפט לא ישגה ברגשי חרעומת ואינדיגנציה נגד הפרט המתדיין, אלא יראה את עצמו כנציגו המוסמך של הכלל,

ובמקום לנהוג שכ ואל תעשה, יהא בן חורין לכחוד באותה דרך המשרתת, על צד היותר טוב, את טובת הציבור (שם, עמ' 273).
מה הוא המוצא ואיפה שביל הזהב – איני יודע. אך שומה עלינו לחפש אותו, ו"יגעת ולא מצאת – אל תאמין". לשם כך כתבתי מה שכתבתי בפיסקא אחרונה זו.

ע"א 174/65

בדש נ' שדה

פ"ד כ(1) 617, 619, 623

ככית-המשפט העליון בשכתו ככית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, ברנזון, קיסטר

השופט קיסטר: המשיכה הגישה תביעה לבית-המשפט המחוזי לחילום סך
25,000 ל"י כגין הפרת הבטחת נישואין.

בפרשת-התביעה נאמד כי המשיכה היתה נשואה לבעלה משנת 1950 עד
1962 ונולדו לה ממנו שתי בנות; המערער השפיע עליה להתגרש מבעלה

הקודם על-מנת להתחתן אתו, והיא התגרשה על-סמך התחייבויותיו
הבטוחות שניתנו במפורש ומכללא על-מנת להינשא למערער.

כן נאמר בפרשת-התביעה כי במשך שנתיים תיו שני הצדדים חיי אישות
כבעל ואשה והמשיבה אף הרתה למערער, אך זה הפר את התחייבויותיו
ובמקום לשאת אותה לאשה, נשא אשה אחרת, ועל-ידי כך הרס את חייה ואת
עתידה של המשיבה.

... ראשית עלי להדגיש, כי תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין היא תביעה
המבוססת על דיני חוזים האנגליים ויש להשתמש במושגי המשפט האנגלי ולא
באלו של המשפט העברי. אכן, אם מדובר על הבטחת נישואין, אין להתעלם
מן השאלה אם הצדדים רשאים בכלל להינשא לפי הדין האישי החל עליהם,
שהרי אם אינם רשאים להינשא – בין אם מחמת היות הנישואין בטלים ובין
אם הנישואין יהיו אסורים כך שלפי הדין האישי החל עליהם חייבים יהיו
להתגרש – יהיה זה הסכם לעשיית דבר האסור על-פי דין שאין לתבוע פיצויים
על הפרת ההתחייבות הכלולה בו.

מחוץ לנקודה זאת, הרי כל טענות פגם, אשר בתווה, נדונות לפי יסודות
המשפט האנגלי.

מדגיש אני זאת, הואיל ובקשר לעובדות אשר במקרה דנא, מבוססת גישת
המשפט העברי על יסודות אתרים, ולכן יש והתוצאות שוות, ויש שהינן שונות.
דוגמה בולטת הוא ענין של אתגן זונה. אין ספק כי זנות מבחינת המשפט
העברי היא בלתי מוסרית ואסורה, לא דק שלפי הדין לא היו מקבלים אתגן זונה
לקרבן, אלא אף כיום אסור לעשות שימוש באתגן זונה לדבר של מצווה, כגון
בית-כנסת או ספר-תורה (ראה: שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קג, סעיף א).
אך יחד עם זה, יכולה זונה לתבוע אתגנה כאשר בא אליה גבר, והוא אינו יכול
להתגונן בטענת כיעור כדי להיפטר מתשלום. כמוכן שאין לכוף קיומו של
הסכם דבריו חיי אישות מחוץ לנישואין, אבל אתר שהתקיימו היחסים
יכולה לתבוע אתגנה ולנתבע לא תעמוד כל הגנה המתבססת על
היות המעשה אסור. לא אכנס כאן לכיור יסודי בדבר השאלה מתי אפשר
ומתי אי-אפשר לתבוע, ואימתי מעשה שהיה אסור על-פי הדין יכול להיות
עילה לתביעה ואימתי לא. הבאתי רק דוגמה זו שיש בה לפעמים חשיבות
בפסיקת פיצויים על הפרת הבטחת נישואין במשפט עברי.

שער שמיני: דיני חיובים

2. סעיף פטור בחוזה לעניין נזקי גוף

ע"א 461/62

צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאד

פ"ד יז 1319, 1333-1334

הובא כשער הראשון, המשפט העברי במדינת ישראל, עמ' 27.

ע"א 285/73

לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ

נ' נחמיאס ואח'

פ"ד כט (1) 63, 80

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, ויתקן, קיסטר

המשיבים ניזקו כאשר השתמשו בטרמפולינה (מכשיר התעמלות המשמש לניתורים) של המערצת. כנגד תביעתם של המשיבים הציגה המערצת את סעיף הפטור הכלול בכרטיס הכניסה למרכז הספורט ובשלט הכניסה, ואשר על-פיו "החברה אינה אחראית לשום האונה, נזק או חבלה שייגרמו לקופץ".

השופט קיסטר: אצא מנקודת מבט של עקרון "קרובת התיים" במסורת שעליו עמד מ"מ הנשיא, השופט זילברג, בע"א 461/62, הנ"ל ואברר בקיצור כיצד מתבטא בהלכה העקרון הזה, כפי שמצינו בתלמוד ומפרשיו ובספרי הפוסקים. נראה שניתן לקבוע, כי קיימות בענין זה החובות דלקמן:

- א. אסור לאדם להכות את תברו ולחבול בו (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה א).
- ב. אסור לאדם לחבול בעצמו (רמב"ם שם, שם).
- ג. חייב אדם להיזהר שלא להזיק לחברו, ונאמר גם (תוספות בבא קמא כג ע"א, ד"ה וליחייב בעל הגחלת), שיותר יש לאדם ליזהר עצמו שלא יזיק אחרים משלא יחוק.
- ד. חייב אדם לנקוט אמצעים למניעת סכנה מחברו (ראה: רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק יא, הלכות א-ד).
- ה. אסור לאדם לסכן את עצמו ואם יאמר "הדיני מסכן עצמי ומה לאחרים עלי בכך או איני מקפיד בכך, מכין אותו מדדות" (רמב"ם, שם, הלכה ה).
- ו. נוכח הדברים האמורים, ספק אם במשפט העברי נוהג הכלל "volenti non fit injuria" לגבי נזקי גופו, אך אפילו קיים הכלל, הדי קיימות

חווה אסור

חזקת שאין אדם מתכוון למחול על נזקי גופו: "אין אדם מוחל על ראשי אבריו" (בבא קמא צג ע"א).

יצויין, כי המשנה בבבא קמא, כפי שהובאה בדברי מ"מ הנשיא, השופט זילברג, איננה מדברת על אפשרות של נזק לגוף גרידא אלא על בקשתו של הנפגע לפגוע בו, והתלמוד הירושלמי (בבא קמא, פרק ח, הלכה ח) והתוספתא (בבא קמא ט, לב) מסבירים אפשרות בקשה כזאת כשהנפגע סובל צער מעינו או מרגלו החולה, וככל זאת מטילים לפחות ספק אם מחילתו על דמי הנזק היא מחילה גמורה, או שמא אמר מה שאמר מתוך כאב או חשב שלא יקטעו רגלו.

ז. עמדתי על חובת הפוגע והנפגע, ודרך אגב הזכרתי את חובתו או סמכותו של הציבור (בית-הדין) להטיל עונש על המסחכן בקלות-הדעת וללא צורך, אך יש חובות נוספות על בית-הדין למנוע תקלות.

אלו הן הנקודות להלכה שלפי דעתי יש מקום ללמוד מהם לגבי ענינו, אך מן הראוי להזכיר גם את העובדה כי מידת האחריות להזנחה ולרשלנות לפי משפט המדינה וכן היקף הפיצויים שונים מאלה שבמשפט העברי, ועוד, כי כיום קיימת אפשרות של ביטוח בשל פגיעה ותאונה.

3. חזרה מהתחייבות מחמת אי-חוקיות

ע"א 626/70

שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ

פ"ד כה(1) 824, 840

הובא בשער זה, עמ' 677.

4. מכירת דבר העתיד ליפול בירושה ו"תקנת הציבור"

ע"א 682/74

יקותיאל נ' ברגמן

פ"ר כט(2) 757, 764-765, 774-775

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 745.

שער שמיני: דיני חיובים

5. פירוש המושג "תקנת הציבור"

ע"א 574/74, 573/74, 572/74

דייטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'

פ"ד כט(2) 57, 78-79

הובא כשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 598.

ע"א 566/77

דיקר נ' מוך ואח'

פ"ד לב(2) 141, 149, 150-152

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים י' כהן, אשר, אלון

השופט אלון: מסכים אני למסקנה שאליה הגיע חברי הנכבד, השופט י' כהן.
1. הנה כי כן נדרשים אנו לצקת תוכן כמושג "תקנת הציבור" המופיע
בסעיף 30 לחוק החוזים (תלק כללי), תשל"ג-1973, אשר זה לשונו:
חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים
את תקנת הציבור – בטל...

3. בתהליך גיבוש זה של פרשנות המושג "תקנת הציבור", שמצוים אנו
מכות סעיף 63 לחוק החוזים הנ"ל לפרשו שלא מתוך רעייה בשדות זרים, צריך
לקבוע ולייחד מקום בראש למסורת המשפט העברי, לעקרונותיו ולהוראותיו.
ובכך אין בעצם כל חידוש, שהרי הוראה כזו כבר יצאה משופטי בית-משפט זה
אף לענין המושג "סדר ציבורי" שבסעיף 164(1) של חוק הפרוצידורה
האזרחית, העותמני, שלפיו נדונה סוגיה זו טרם היכנס חוק החוזים הנ"ל
לתקפו. כך למשל נאמר מפי השופט זילברג בענין הידוע של צים נ' שושנה
מזיאר, בדבר תקפו של סעיף פטור הפוטר את חברת הספנות מכל רע שיאוונה
לנוסע (ע"א 461/62), לאמור:

והיה כי ישאלך השואל מחד לאמור: מנין הלגיטימציה להרכיב את
השקפותינו אנו על הלכה שמקורה הוא כתחיקה התורכית? ואמרת לו: את
ההלכה כי אפשר לבטל חווה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו
שואבים מסעיף 164(1) של חוק הפרוצידורה האזרחית, העתמאני, אבל על
עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך
השקפות המוסר והחברות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל"סדר" ול"תקינות"
אין! (שם, עמ' 1332).

וכן פסק השופט ח' כהן (ע"א 682/74, יקוחיאל נ' ברגמן) לענין תקפה של

פרק שביעי
סיכול

1. סיכול חוזה על-ידי כוח עליון

ע"א (י-ם) 2/48
אלבראנס נ' שמטרלינג
פ"מ א 72, 82-83

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 758.

פרק שמיני
תרופות בשל הפרת חוזה

1. זכות החייב לוותר על פסילת סעיף הקנס

ע"א 99/49

דוויק נ' לאלו

פ"ד ה 625, 628, 629, 643-644

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, זילברג, ויתקון

השופט ויתקון: לפי הסכם מ-15.5.44, מכר המערער למשיב מגרש במחיר של 450 לא"י, שחלק ממנו בסך 50 לא"י שולם במעמד ההסכם. הצדדים התחייבו לבצע את ההעברה תוך חדשים מיום ההסכם ולהופיע לשם כך במשרד ספרי האחוזה, לפי הזמנתו של מר יעקב לאלו, שלידי מסרו את הכנת החיק. מר לאלו הזמין את הצדדים להופיע ב-5.7.44, אך המערער לא שעה להזמנה ולא העביר את המגרש למשיב, לא ביום הקבוע כנ"ל ולא לאחר מכן, למרות ההתראה הנוטריונית שהמשיב שלח לו. בינתיים, ב-25.5.44, התקשר המשיב עם שמואל חי מזרחי בהסכם למכירת מחצית המגרש במחיר של 500 לא"י.

2. היה תנאי בהסכם בין המערער והמשיב וזו לשונו:
5. כל צד שיתחרט יפר או לא יקיים את אחד או יותר או חלק מתנאי וסעיפי החוזה הנוכחי ישלם לצד האחר את כל ההוצאות והנזקים ונוסף לכך עוד סך של 150 לא"י, וזה מבלי כל צורך במשלוח הודעה או התראה נוטריונית או אחרת ומכתב רשום בדאר ייחשב כהתראה נוטריונית ויבוא במקומה.

השופט זילברג: פסולו החוקי של תנאי קנס, בא להגן על החייב מפני תוצאות בלתי צודקות של התחייבותו הוא, ואין הנושה יכול להפיק תועלת מפסול זה. לשון אחרת והפוכה: אין זה מן היושר וההגיון כלל, כי חייב-הפיצויים יועמד במצב גרוע מזה שהיה נתון בו, אל מלא ההגנה ההיא, שהרי למענו, ולא למען נושהו, פסל החוק את התחייבותו לתשלום הקנס שנקבע.

תרופות בשל הפרת תווה

רעיון משפטי כיוצא בזה אנו מוצאים מפותח ומודגש בתורת המשפט העברי. "כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו – שומעין לו" (בבא קמא ח ע"ב; בבא בתרא מט ע"ב; כתובות פג ע"א; גיטין עז ע"ב, ועיין רש"י שם, ד"ה שומעין). פירושו של דבר: חקנה שנתקנה לטובתו של אדם, יכול הוא להסתלק הימנה אם היא גודרת תוצאות לרעתו, כחינת: "לא מדוכשך ולא מעוקצך!". ואף אנו כאן נאמר, על דרך ההשאלה ובעקבות אותו רעיון: מכיון שאלמלא העד-חוקיותו של תנאי הקנס, היינו: אלמלא ה"תקנה" שנתקנה לטובת חייב הפיצויים, המערער דנן לא היה חייב לשלם, על חשבון הפרש המחירים, יותר מ-150 לא"י – ובוהו אני מצטרף לפידוש שניתן על-ידי חברי השופט וחקון למלים "הוצאות ונזקים" המצויות בסעיף 5 של ההסכם – הרי גם עכשיו, עם פסולו של התנאי ההוא, אינו חייב לשלם יותר, שכן אין חקנה הופכת חקלה, ואין לכפות על אדם, ככיכול, את קבלת "טובתו" של החוק.

2. סאנקציות כנגד מי שאינו עומד בדיבורו ("מי שפרע")

ע"א 626/70

שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ

פ"ד כה(1) 824, 840

בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, מני

בין המערערת, צלמת מקצועית, ובין המשיבה, אולמי לחיים בע"מ, נערך הסכם שלפיו התחייבה המשיבה למסור למערערת את הזכות הבלעדית לצלם באולמי המשיבה. בבית המשפט המחוזי ניתנה, לבקשת המשיבה, הצהרה שהסכם זה בטל מעיקרו, בהיחוד נוגד את תוק ההגבלים העסקיים, חשי"ט-1959, ונדחתה בקשת המערערת להפנות את הצדדים לכוררות.

השופט ח' כהן: לפנינו בישראל, כשכא לפני בית-דין מי שתדור בו מדיבורו ומהסכם שעשה, הרי אף-על-פי שמן הדין מותר היה לו לחזור בו (מחוסר "קניין"), היו בית-דין אוררין אותו ואומדין, מי שפרע מאנשי דוד המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו (משנה בבא מציעא ד, כ; דבנו עובדיה מבדטגורה, שם, ד"ה אבל אמרו; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכות א-ב).

היום אין אנו אוררין עוד; אבל מכוח שיקול-הדעת הנתון בידי בית המשפט, נשיב דיקם את פני המבקשים סעד הצהרתי שמותר להם לחזור בהם

שער שמיני: דיני חיובים

מהתחייבויותיהם ולא לקיימן, מחמת אי-חוקיות אשר הם בעצמם היו צד לה. בקשות כגון אלה הינן, בלשונו הצירורית של השופט זילברג, בגדר "מוקצה מחמת מיאוס, ואין בית-משפט מלכלך ידיו במגע טמא שכזה" (ע"א 110/53, שם, בעמ' 1408).

3. פיצויים לפנים משורת הדין

ע"א 842/79

נס ואח' נ' גולדה ואח'

פ"ד לו(1) 204, 220-221

הובא כשער השביעי, דיני נזיקין, עמ' 613.

4. אכיפת "ביצוע בעיין" במקרקעין

ע"א 155/52

פרחודניק נ' אקרמן

פ"ד י 72, 76-77

בכית-המשפט העליון בשכתו בכית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים זילברג, גרטיין, ברנזון

ביצוע-בעיין ושקילות (adequacy) הפיצויים במכירת מקרקעים – הלכה רווחת היא כשפיטה האנגלית, כאשר תשלום פיצויים מהווה חרופה שקולה (adequate) לקיפוח שנגרם לתובע על-ידי אי-מילוי החוזה, אין בית-המשפט מחייב את הנתבע בביצוע החוזה, אלא מטיל עליו תשלום פיצויים – ערכה וייתודה של הקרקע ומעמד הבכורה שלה כענפי המשפט השונים כמשפט האנגלו-סכסי וכמשפט העברי – בארצות האנגלו-סכסיות, כאשר נשוא החוזה הוא מקרקעים, יצווה בית-המשפט על ביצוע-בעיין תחת פיצויים, "כדבר שבשיגרה", גם אם בווד הדבר כי התבצע קנה את הקרקע לשם עשיית סחורה ורווחים, הואיל ודמים וקרקע אינם ערכים שקולים – מכיון שדיני היושר האנגליים מחייבים, מכוח הוראת סימן 46 לדבר-המלך, את בתי-המשפט במדינת ישראל, הרי גם עניני ביצוע-בעיין של חוזים יידונו כאן על-פי הכללים הנהוגים בדיני היושר האנגליים – כאשר נשוא החוזה הוא מקרקעים, יינתן במדינתנו צר-ביצוע-בעיין, "כדבר שבשיגרה", היינו: בלי לברוק את כוונותיו הספיציפיות של הקונה, ובית-המשפט לא ידחה סעד זה מפני הסעד-מן-הדין של תשלום פיצויים אפילו כאשר, מבחינה כלכלית, או אובייקטיבית, קיימת שקילות בין שני הסעדים.

השופט זילברג: וכך נאמר בספרו של המלומד האמריקאי הנודע קורבין: שעדי המשפט המקובל כמקרי הפרת חוזה למכירת קרקע, כמו בלתי נאותים נחשבו, כלי שים לב לאיכות, לכמות או למקום. יסודו של דבר הוא בחפקיד שממלאה הקרקע כחיי האנושות. יעידו על כך כל חולדות המקרקעין במשפט האנגלו-סכסי.

וכמאמר המוסגר יצויין כאן, כי השקפה זו על ערכה וייחודה של הקרקע ועל מעמד הבכורה שלה בענפי המשפט השונים, לא נתייחדה דוקא למנטליות המשפטית של עמי האנגלו-סכסים. קרם להם בגרון זה, יתר הרבה בזמן ובהיקף, המשפט העברי. קרקע היא "דבר השווה כל כסף", נאמר על-ידי אמורא אחד (בבא קמא יד ע"ב), – "כל כסף שנותנים עליו", כפי שהוסבר על-ידי רש"י שם. קרקע אין לה אונאה (בבא מציעא נו ע"א; שם קח ע"א), ולדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, אפילו "מכר שווה ריגור באלף" (רמב"ם, הלכות מכירה פרק יג, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכו, סעיף כט). מקורו של הדין, לפי התלמוד, הוא בדרש מן הפסוק, אך טעמו, כפי שהוסבר על-ידי אחד מגדולי מבארי המצוות, הוא "לפי שהקרקע רבר קיים לעולם, דרך הבריות למחול בו כל אונאה אחר שלקחו אותה, וכעין מה שאמרו רבותינו ז"ל על דרך ההפלגה שהקרקע רבר השווה כל כסף הוא" (ספר החינוך המיותס להרא"ה, מצוה שלז). "אין כותבין פרוסבול אלא על הקרקע" (גיטין לז ע"א). "קרקע אינה נגולת" (בבא קמא צה ע"א). קרקע, אפילו כמלוא מחט, אפשר לקנות בה, קנין-אגב, את כל המטלטלים שבעולם (קידושין כו-כו. עיין שם). לקרקעות, כידוע, ייקרא בשם "נכסים שיש להם אחריות", "שאחריות כל אדם הלווה והגושה עליהן, לפי שקיימין ועומדין, לפיכך נסמכין עליהן" (קידושין כו ע"א, ורש"י שם). כל דבר "הנעשה לקרקע" ועתיד להתחבר אליה, אינו מקבל תומאה, ואפילו אם הוא כלי מתכת שיש לו "שם בפני עצמו" (משנה כלים, יא, ב). ועוד רינים ומימרות כהנה וכהנה, הפוזרים לרוב על פני רחבי הש"ס, ומתארים בכל צבעי הקשת את מעמדו הרם של נכס סגולה זה. לאמיתו של רבר, גם חיבת עם ישראל לארץ-ישראל היא, כחלקה הגדול, החיבה לארץ כמובן אדמה וקרקע; והדברים עתיקים.

פרק תשיעי
פרשנות מסמכים

א. דרכי פרשנות

ראה גם בשער השנים־עשר, פרשנות, עמ' 887.

1. המנהג הלשון והמקום, כסיוע לאומדן כוונות הצדדים

ע"א 4/67

בריטיש אנד קולוניאל איסטייטס בע"מ נ' טרכלוס

פ"ד כא(1) 463, 470–471

הובא בשער השנים־עשר, פרשנות, עמ' 890.

ע"א 534/79

אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו

פ"ד לה(4) 729, 733–734

הובא בשער השנים־עשר, פרשנות, עמ' 910.

2. המנהג

ע"א 405/68

כלאתי נ' אוזן

פ"ד כב(2) 1003, 1006

הובא בשער זה, עמ' 690.

פרשנות מסמכים

כנ"צ 442/77

קטן ואח' נ' עירית חולון ואח'

פ"ד לב(1) 498, 494

הובא בשער השנים-עשר, פרשנות, עמ' 893.

3. הכוונה המפורשת

בק' (ת"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"מ כ 60, 73

הובא בשער השנים-עשר, פרשנות, עמ' 903.

4. "יד בעל השטר על התחתונה"

ד"נ 23/60

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"ד טו 71, 83-84

בבית-המשפט העליון

יהודי ישראלי הגיח צוואה שגדונה כצוואה אזרחית, ובה כתב לאשה אחת "את הסך השווה לי 500,000 ל"י (חמש מאות אלף) פרנקים צרפתיים", והמחלוקת בין האשה הנ"ל לבין המוציאים לפועל של הצוואה נסבה על הדרך שיש ליישב את הסתירה הפנימית בהוראה זו. בית-המשפט המחוזי הגיח כי צוואתו של המנוח היא ענין של המעמר האישי, ולכן דן אותה ואת פירושה על פי כללי המשפט העברי. לפיכך הוא קבע כי מאחר והטעות גלויה ומוכחת מתוכה מותר לעקור מהצוואה את המלה "ל"י".

השופט זילברג: המבקש לא יצליח להחיות את המלה "ל"י", גם אם נחיל על הצוואה את כללי הפרשנות של המשפט העברי. אין צורך לנו כאן לצלול למצולות המשפט העברי, ולברוק יפה יפה את כל כללי הפרשנות שבו. כי במקרה הקונקרטי המיוחד שלפנינו, ההכרעה תיפול ממה-נפשך לרעת המבקש.

פרשנות מסמכים

ע"א 536/76

מזרחי נ' ידיד ואח'

פ"ד לא(2) 264, 257

הובא בשער העשירי, משפט מסחרי, עמ' 820.

ע"א 315/79

אלפרוביץ נ' מזרחי ואח'

פ"ד לד(4) 729, 735-737

הובא בשער השנים-עשר, פרשנות, עמ' 900.

5. העדפת פרשנות מקיימה לעומת פרשנות מבטלת

ע"א 315/79

אלפרוביץ נ' מזרחי ואח'

פ"ד לד(4) 729, 735-737

הובא בשער השנים-עשר, פרשנות, עמ' 900.

6. "תפוס לשון אחרון"

ד"נ 23/60

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"ד טו 83-84, 71

הובא בשער זה, עמ' 681.

שער שמיני: דיני חיובים

7. "טעות סופר"

ד"נ 23/60

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"ד טו 71, 84

הובא בשער זה, עמ' 681.

8. "לשון שרגילים לכתוב בשטרות,

אפילו לא נכתב – כאילו נכתב"

ע"א 451/62

כהן נ' כהן
פ"ד יז 1605, 1609

הובא בשער זה, עמ' 628.

ב. תנאי מכללא

1. סמכות בית-המשפט לשנות חוזה למען הצדק

ד"ר 22/73

בן שחר נ' מחלב

פ"ד כח (2) 89, 96, 98-100

בבית-המשפט העליון

לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, מני, י' כהן, אשר

בפסק-דין שניתן בהסכמה נקבע כי אם יפגר הדייר בתשלומי שכר הדירה, יהא עליו לפנות את הדירה. מחמת שיתוק כללי בו לקה, נבצר מהדייר למלא את חוביו, והוגשה תביעה לפינוי. בפסק-הדין בע"א 597/72, נשוא הדיון הנוסף, קבעו שופטי הרוב כי לבית-המשפט סמכות טכונה להושיט סעד לארס שאיחר כעשיית דבר שמועדו נקבע בפסק-הדין, על-פי שיקולים שביושר.

השופט ברנזון: אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מורשש עמוק עמוק כחודעת העם. והנה דוגמאות אחדות מני רבות הלקוחות מהמקרא: "הוי בונה ביתו בלא-צדק ועליותו בלא משפט" (ימיה כב, יג), "האל יעות משפט ואם שרי יעות צדק" (איוב ח, ג); "שופטים ושוטרים חתן לך וכו' ושפטו את העם משפט צדק" (דברים טז, יח). הסמכות הטבעית שמדוכר בה כמשפט זה אינה אלא אותה סמכות מינימלית בעניני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הכיטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניתן בו והנותן לו פורקן בעשיה היומיומית שלו...

השופט ח' כהן: מקום ושעה שלמען עשות צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסוקה האנגלית והאמריקנית, הרגלתי עצמי לכוון תחילה שמה ניתן למצוא בדיני החורה אילן להיתלות בו: לא חלילה שהתקדימים האנגליים מחייבים אותנו כל עוד לא מצאנו לנו תקדים אחר כמשפט העברי, ולא שיש בדיני ממונות של המשפט העברי כדי לחייבנו לפסוק על-פיהם; אבל הצדק שאנו חייבים ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסר יותר כשהוא מוצא לו סמוכין במסורתנו המשפטית ובחכמת צדקתם של קדמונינו וכדם לטוב. בדיון הקודם יצאנו שלושתנו מן ההנחה שאין לקרוא לתוך הסכם הפשרה בין בעלי-הדין תנאי-מכללא שאם יתלה המשיב יידתו לו מועדי תשלומיו. לענין זה הלכנו בעקבות ההלכה הפסוקה לפי המשפט המקובל האנגלי, כפי

שבואדה בפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט מני, שם, וכפי שביט-משפט זה סמך ידו עליה לא פעם בעבר (ראה: ע"א 230/68; ע"א 391/68, ועוד). בטענותיו בתשובה לעתירת הדין הנוסף חזר בא-כוח המשיב ומנסה להתזיר עטרת התנאי-מכללא לישנה; והנה קופץ בא-כוח העותר על מציאה זו וטוען, בשנינות רבה, שאם אמרנו שאין כאן כל תנאי-מכללא אך השלינו את עצמנו: עליידי שנותנים אנו סעד למשיב ומאריכים לו תנאי תשלומי, למעשה הכנסנו לו תנאי-מכללא לתוך ההסכם. שהרי "אין כל דרך אחרת, אין כל מקור אחר של סמכות, לשנות את הסכמת הצדדים כפי שהיא, אלא עליידי שנאמר כי הצדדים הסכימו כי ביח-המשפט יהיה מוסמך לשנות מהתנאים שסוכם ביניהם, אם הוא, לפי שיקול-דעתו, סבור כי מן הדין ומן הצדק לעשות כן" (מסיכום טענותיו של כ-א-כוח העותר, בעמ' 1-2; מקצת הפיסקה הוספתי אני).

מצינו מעין תנאי-מכללא אשר כזה מונח ביסוד דין המשנה הפרוט נודר נדר מקיום נדרו אם במועד שקבע לקיום נדרו נמנע מלקיימו מתמת נסיבות שאין לו שליטה עליהן ("אונס"): המשנה מגדירה "נררי אונסין" כנדרים אשר נמנע קיומם במועדם עליידי "שחלה הוא או תלה כנו או שעכבו נהר" (משנה נדרים ג, ג), ומפרש דבנו עובדיה מברטנורה, "דמדעיקרא לא היה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבו אונס, ובכהאי גוונא שהדברים מוכיחים, דברים שבלב היו דברים". לשון אחרת, אם כי לא אמר הנודר את הדבר במפורש, אלא שמר אותו בלבו, ובדרך כלל דברים שבלב אינם דברים, עלינו לקרוא לתוך נדרו המפורש את התנאי שלא פודש בו אם כי היה בלבו של הנודר, והוא שנדרו לא יחייבו אם יקרה מקרה אונס שיעכב בעוד. הוא שלמדנו בגמרא, "אף על גב דסבידא לן, דברים שבלב אינן דברים – לגבי אונסין שאני" (נדרים כח ע"א).

המדובר הוא שם בנדרים (והוא הדין בשבועות ובשאר ההתחייבויות. דאה: רמב"ם, הלכות שבועות, פרק ג, הלכה א: כמי שנשבע ונאנס ולא הניחווה לקיים שבועתו) אשר נעשו על דרך הסתם ולא בפני בית-דין. אבל הגמרא מביאה שם מעשה בתובע שהביא "שטרי זכיותיו" לבית-דין והיה צריך לחזור לביתו: והוא אמר לבית-הדין ולבעל-דינו, אם לא אבוא עד שלושים יום, יהיו זכויותי בטלות; קרה לו אונס והוא לא בא עד שלושים יום; אמר רב הונא, זכויותי בטלות; אמר לו רבא (ויש גורסים, רבה), אונס הוא – ואנוס דתמנא פטריה (נדרים כז ע"א). ההלכה היא כרבא, שאם לא הגיע במועדו מחמת האונס, לא נתבטלו זכויותיו; ויש דברים בגו שהלכה זו מצאה מקומה, גם אצל הדמכ"ם וגם בטור ובשולחן ערוך, לא בין דיני הממונות הרגילים והסובסטנטיביים כי אם בין היגים הנוגעים לבתי-הדין (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ז, הלכה י; טור ושולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, סימן כא, סעיף א) – ללמדך שמה שהפקיד והצהיר התובע ההוא נעשה מעשה-הבית דין, ואנוסו של התובע משמש בידי בית-הדין עילה מספקת לשנות ממעשהו. כיוצא בזה שנינו במי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו (על כל סכום החוב) ואמר, אם לא אתן לך עד יום פלוני את יתרת החוב, תן לנושה את שטרו ואשלם את כל הסכום (משנה בבא בתרא י, ה), נחלקו הדעות אם חייב הוא לשלם או

לאו. התחייכות מעין זו נקראת "אסמכתא", היא הבטחה לעשות דבר כעתיד, ובשעת ההבטחה "סומך בלבו שיכול לקיים הדבר כשיגיע הזמן", ואילו משהגיע הזמן נאנס ולא יכל לקיימו (פירוש רשב"ם, בבא בתרא קסח ע"א, ד"ה אסמכתא). והנה נפסקה הלכה שאסמכתא אינה מחייבת, חוץ אם נעשתה כקנין וללא אונס ובכית־דין חשוב (נדרים כו ע"ב): הקנין דרש כדי שתתחול ההתחייבות "מעכשו" ולא רק כעתיד; ודרושה התחייבות מרצון ולא מאונס; אבל "בית־דין חשוב למה לי?" (כלשון הר"ן שם, ד"ה והוא רקנו מיריה בבית־דין חשוב). ומתוך הר"ן לאמור, "דכיון דבבית־דין עסקינן, אשמועינן דינא אחרינא, דכל היכי דהוי בית־דין חשוב... אנן סהדי דלא מחייך כבי דינא" – הגושפנקה של בית־הדין החשוב היא המשווה לאסמכתא אופי ומעמד של התחייבות רצינית וממשית: "אנחנו עדים שבבית־דין אין עושים צחוק". אסמכתא מחייבת זו שנעשתה בבית־דין, משולה להסכם או להתחייבות שקיבלו תוקף של פסק־דין; ולענין זה כמותה כאותה ההפקדה של שטרי הזכויות בבית־דין שהבאנוה לעיל. לגבי שתיהן גם יחד פוסק הרמב"ם שאם הגיע היום אשר בו צריך היה המתחייב לקיים חיובו ולא קיימו, על בית־הדין לכצק את המוסכס, חוץ אם עיכבו נהר או חולי מלבוא (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכות ג'–י'; אותה ההלכה מצויה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רד, סעיף טו). נמצא שאין בית־דין מרשה או סוכל שהתוצאות המוסכמות שאחתה היו נובעות ממחדלו של המתחייב לקיים חיובו כמועדו, יהיו נובעות ממחדל זה אף אם הוא בא מחמת האונס.

אם במי שהפקיד שטרוחיו בבית־דין על־מנת שאם לא יחזור במועד פלוני יזכה ידיבו, ניתן אולי לומר – אם כי לא נאמר הדבר בשום מקום – שהיה כאן מעין תנאי־מכללא, כאילו התנה בלבו שאם יימנע מלבוא מחמת אונס לא יזכה ידיבו, הרי כדין האסמכתא אין אפשרות הגיונית להניח פיקציה אשר כזאת. ההלכה שאסמכתא אינה מחייבת, פירושה הפשוט הוא שאין אנו סומכים כלל על הדברים שבלב המתחייב (על מה שהוא "סומך בלבו שיכול לקיים הדבר כשיגיע הזמן"); ומשנשללו חוקף ונפקות מן הדברים החיוביים שבלב המתחייב, כלומר מעצם הבטחתו ורצונו לקיימה, שוב אין תוקף ונפקות להסתייגויותיו האפשריות למקרי אונס. אם ההבטחה עצמה אינה מועילה, הסתייגות ממנה בוודאי לא תועיל. כשם שהדברים שבלבו של המתחייב אינם מחייבים אותו, כן אין הדברים שבלבו יכולים לפטור אותו; וכשם שמעשה־בית־דין הוא המעניק לאסמכתא את כוחה המחייב, כן מעשה־בית־דין הוא הפוטר את המתחייב מקיום חיובו כמועדו מחמת האונס. נמצא שיש כוח בידי בית־הדין להאריך להיכ את מועד קיום חיובו, אם לא קיימו כמועדו מחמת אונס, אפילו אין מקום להניח שעל־מנת כן התחייב מלכתחילה.

כדם, לא זו בלבד אמרו אלא אף גם זאת, שיש "לדיין חמיד להפקיד ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגרור פרצות הדת ולחזק הבדק ולקנוס אלים" (כלשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה ו); בתוקף סמכותו זו יכול כיה־הדין להפקיד מזה ולהקנות לזה, ובדרך זו להביא לעשיית

שער שמיני: דיני חיובים

צדק גם במקום שהפסיקה לפי הדין עלולה היתה לגרום לפרצה ולחקלה ולא-צדק. בבררו את התפקיד הנוער לבית-הדין בקיום האסמכתא, מביא הר"ן גם את הגרסה שיש כוח בידי בית-הדין "לאפקועי ממונא" (נדרים כז ע"ב, ד"ה והוא); והסמכות הרחבה והמרתיקה לכח של הפקר בית-הדין אמנם כוללת בחוכה לא רק סמכות לקיים כתקפים חיובים שאחדת לא היו תופסים, אלא גם סמכות לפטור מחיובים או להאריך מועד קיומם.

בידינו שלנו אין סמכות להפקיר ממון מידי בעליהם, והפקד בית-המשפט אינו הפקר. ואין אני מביא את ההלכה העתיקה אלא כדי להראות מה מאד חשוב היה בעיני חכמי התלמוד שיהא בידי בית-הדין כל הכוח הדרוש לעשיית צדק, אף מקום ושעה שהדין היה מחייבם לפסוק אחרת.

העולה מן המקובץ שהכוח בידי בית-הדין לפטור מחיוב או להאריך מועד קיומו מחמת שהמתחייב חלה או באופן אחר נמנע מלקיימו במועדו מנסיבות שלא היתה לו שליטה עליהן, יכול שיצמח מהתנאת תנאי-מכללא בלבד של המתחייב, ויכול שיהא קיים ללא כל התנאה שכזאת בלב המתחייב. אבל אם דרושה למאן דהוא (כמו, כפי הנראה, לבא-כוח העותר דנן) התנאה מכללא שכזאת כדי להשתית עליה את סמכותו של בית-הדין, מוכן אני לומר שכל מעשה-בית-דין המטיל חיוב לעשות מעשה פלוני במועד פלמוני, ואם לא ייעשה במועדו ייפגע המחוייב בגופו או ברכושו או בזכויותיו, מותנה מלכתחילה כתנאי-מכללא שאם לא עשה המחוייב את המוטל עליו במועדו מחמת שחלה או מחמת נסיבות אחרות שאין לו שליטה עליהן, הכוח בידי בית-הדין להאריך לו את מועד העשיה. אין צריך לומר שתנאי-מכללא אשר כזה אינו אלא פיקציה בעלמא, והיא אינה דרושה לאלה הגורסים שבין כה וכה הכוח בידי בית-הדין, מטבע ברייתו, להאריך מועדים שכאלה כשיש בכך צורך לשם עשיית צדק.

2. מתנה שניתנה עקב הבטחת נישואין

ע"א 743/75

רון נ' חזן

פ"ד לא (1) 40, 48-49

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים עציוני, י' כהן, שרשבסקי

בית-המשפט המחוזי קבע שהמערער הוא אבי בתה של המשיבה וחייב אותה לשלם לה פיצויים בגלל הפרת הבטחתו לשאתה לאשה.

השופט שדשבסקי: כמו-כן צדק השופט המלומד בחייכו את המערער לשלם למשיבה סך 650 לירות, שלפי עדותה נתנה לו כדי שיקנה לו מכסף זה כמתנה ממנה שעון. העובדה של מתן הכסף הוכחה מפי המשיבה (עמ' 110) ולמעשה לא הוכחה כעדות המערער. הוא אמנם העיר שדחה את כל הצעות המשיבה ברבר סוג השעון שהיא הציעה לו בחנות שען (עמ' 197), אבל על רחיית קבלת הכסף כדי שיקנה לו ממנו שעון הוא לא העיר מאומה, באופן שעדות המשיבה כנרון זה נשארה בלתי-מוכחשק. אמנם טעה השופט המלומד בקבעו, שהמשיבה נתנה את הסכום למערער-בהלוואה, כי היא עצמה אמרה שנתנה לו את הכסף לשם מתנה, אך אין בכך כדי לפטרו מהחזרת המתנה. היא ניתנה לו כקשר להכטחת הנישואין, כי היה זה באותו שבוע שהלכו לרכנות לרישום הנישואין (עמ' 110) וברור לפי הנסיבות שניתנה על-פי ההנחה המכוססת, כלומד על-פי תנאי מכללא, כי אמנם יקיים את הבטחתו. לפיכך, משהפר את הבטחתו ללא כל נימוק סביר, עליו להחזיר לה את המתנה (ראה: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן נ, סעיפים ג-ר; הטורי זהב, שם, סעיף קטן ה-ז; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן נ, סעיף כ; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, סעיפים 13, 10, 2). אשר-על-כן, אם כי לא מטעמיו, יש לאשר גם חיוב זה שחייב השופט המלומד את המערער.

פרק עשירי
חוזים מיוחדים

1. נדוניה

ע"א 405/68
כלאתי נ' אוזן
פ"ד כב(2) 1003, 1006

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ח' כהן, מני

בין המשיב והמערער נערך חוזה בכתב על-פיו התחייב המשיב לשאת את בת המערער, והמערער התחייב לתת לו סכום של 40,000 ל"י: מחציתו נתן לו ביום חתימת החוזה, ומחציתו התחייב לתת לו ביום החתונה. המשיב נשא את בת המערער, ועתה הוא חוכע תשלום 20,000 ל"י בסדר-דין-מקוצר. עיקר טענתו של המערער כלפי התביעה הינה כי הנישואין לא עלו יפה.

השופט ח' כהן: לבסוף משליכה הפרקליטה האמיצה את יהבה על המשפט העברי. היא מצאה לה סמוכין כמה שכתב פעם גולק ז"ל, שחיוכי הגרוניה "מעוררים פקפוקים מצדם המשפטי ... חיוב כזה רפה הוא מאד על-פי דינינו מפני שהוא חל על דבר שאין בו ממש" (יסודי המשפט העברי, כרך 3, עמ' 16). אין צריך לומר שבית-משפט זה יתייחס בכבוד גדול לכל מה שיצא מתחת ידי מלומד דגול זה; אך אנחנו לא בסתם שטר שידוכין קא עסקינן, שאולי יתפטר בו הספיקות והפקפוקים שבלבו של גולק, כי אם בחוזה שנעשה לפי חוקי המדינה, ועל פניו אין בו פגם, ושום ספיקות ופקפוקים אינם מתעוררים לגביו. על כגון דא כבר אמר הרמב"ם ז"ל וזו לשונו:

מנהגות רבות יש בנדוניא...

הנושא סתם, כותב ונותן כמנהג המדינה. וכן היא שפסקה להכניס נותנת כמנהג המדינה...

ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן מנהג המדינה עיקר גדול הוא, ועל-פיו דנין (הלכות אישות, פרק כג, הלכות יא-יב).

חוזה זה שנעשה בין המערער לבין המשיב דנן, כמנהג המדינה נעשה וכחוקיה, ואין לנו אלא לבצעו כמות שהוא. שלא כחכמי המשפט העברי, שהיו

שער שמיני: דיני חיוכים

ראובן שצוה לסופר שיכתוב לו כתובה, והסופר כתבה וחתמה, ועדיין היא בידו (=של הסופר); ולא רצה (=ראובן) לפרוע לו דמי הכתובה... אם עובר (=ראובן, על איסור הלנת שכר שכיר) אם אינו נותן לו שכרו.

לפי המשפט העברי, על המעביד לשלם לעובד את שכרו עם גמר עבודתו, ואסור להליץ את שכרו (ויקרא יט, יג; דברים כד, יד-טו; בבא מציעא קיא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יא, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלט, סעיף א): איסור הלנת השכר חל גם לעניין אומן-קבלן (בבא מציעא קיב ע"א; רמב"ם, שם, הלכה ג; שולחן ערוך, שם, סעיף ו) – "שהקבלנות כשכירות היא וחייב ליתן לו בזמנו" (רמב"ם, שם). מה שאין כן לעניין חוב אחר, כגון חוב שיסודו במכר או בהלוואה, שלגבי אי-פרעונו בזמן לא חל איסור הלנת שכר. והשאלה שנשאל ר' אהרון ששון היא אם ראובן, שהזמין אצל הסופר לכתוב לו כתובה ואינו משלם לו את שכרו עם גמר כתיבתה, עובר על האיסור של הלנת שכר שכיר.

כתחילת דבריו משיב ר' אהרון ששון שלכאורה התשובה היא ברורה לאור העקרון שראינו לעיל, שהקבלנות כשכירות היא לעניין איסור הלנת השכר. אך בהמשך דבריו נוטה ר' אהרון ששון לומר שהמקרה המסויים שלפניו אין דינו כחווה קבלנות אלא כחווה מכר; ואלה דבריו:

אלא דמכל מקום נראה שיש להתיישב היטב.

וסופר זה, מה איסור יש בו? שהרי הוא אינו שכיר יום כמו שהוא פשוט (=וזה דבר פשוט).

וגם קבלן נמי נראה דלא הוי, שהדי הקבלן הוא שמקבל הדבר או הכלי מיד בעל הבית (=המזמין) והוא מתקנו, באופן שהוא אין לו בעצמות הכלי שייכות בו, ולכן נקרא קבלן.

אבל בנידון דידן, שהניר והכתיבה הוא של הסופר עצמו, דילמא לא מיקרי קבלן רק מוכר, ודמי (=ודומה) למוכר חפץ לחכרו ולא פרעו דהויא הלואה, ואינו עובר משום דיני שכירות וקבלנות.

כלומר, מאחר שהסופר, הוא הקבלן, מספק גם את החמרים, ייתכן ואין כאן חווה קבלנות אלא חווה מכר, ולא חל כאן איסור הלנת שכר. ומתוך המשך דבריו של ר' אהרון ששון בחשובתו משמע שכאן נוטה הוא לפסוק כך, והוא מסיים ואומר: "אם כן, זה הסופר נדאה שאינו עובר החתן עליו, לא משום שכירות ולא משום קבלנות".

9. האם דומה הוא מעשה הסופר בכתיבת הכתובה, כשהוא מספק את החמרים לכתיבה, למעשה הצייד כציוד הדיוקן, כשהוא מספק את הצבע והברד? לכאורה נראה שאכן כך הוא, ואזי באים אנו למסקנה שלפי המשפט העברי לא יהא בכך משום חווה קבלנות אלא משום חווה מכר. אמנם יתכן יש מקום להבחין בין הברד של הצייד, שטפל ובטל הוא לחלוטין לגבי אמנותו כצייד, לבין הקלף של הסופר, שממלא תפקיד יוחר נכבד בצדה של אומנות הכתיבה. אך מ פ ש ו ט ס של סעיפים 2 לחוק המכר ו-8 (ב) לחוק חווה קבלנות משמע שאם עיקר החמרים – ומכל שכן אם כל החמרים – משל הקבלן הם,

חווים מיוחדים

אזי חוזה מכר הוא, וזה כולל הן את מקרה הכתובה והן את מקרה התמונה. משהוכח איפוא שזיקית קלקלה מה שקלקלה וכתוצאה מכך בגדייהם מונחים גם כיום כאבן שאין לה הופכין, הרי התוצאה ההכרחית הנובעת מכך היא, שעל זיקית לפצות את אלדיט על נזק זה שנגדם לה, היינו דמיו של הבר המקולקל. וכמעשה הבר של אלדיט שקולקל על-ידי זיקית כבר היה לעולמים: נתן לאומנין לתקן וקלקלו – חיבין לשלם. כיצד? ... נתן צמר לצבע והקדיחתו יודה (=שרפתו היורה שהרתיחה יותר מד – רש"י, בבא קמא ק ע"ב, ד"ה והקדיחו יודה) – נתן לו דמי צמדו (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק י, הלכה ד, על פי בבא קמא צח ע"ב; שם, ק ע"ב).

מחובת פיצוי זו יכולה זיקית להיפטור רק אם היא תוכיח שאלדיט קיבלה סכום כל שהוא עבור הבר המקולקל, ואכן זאת עלה בידה, על-סמך עדותו של מר הורוביץ, מנהל אלדיט, לעניין 300 ק"ג מהבד המקולקל שנמכרו במחיר של 20 ל"י הק"ג, סכום שבית-המשפט המחוזי אכן ניכה מסכום הפיצויים שזיקית חייבת לפצות את אלדיט.

3. תיווך (שדכנות)

ע"א 166/77

דרון נ' אברהם

פ"ד לג(3), 365, 372-373

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (לנדר), והשופטים ריתקון, אלון

המערער-הקונה פנה למשיב-המתווך בבקשה למצוא לו דירה לשם רכישה. לאחר הפגשת הקונה עם המוכר המיועד, ערך ביניהם המתווך וזכרו דברים אולם העסקה לא יצאה לפועל משהתברר כי המוכר הוא בעלים של מחצית הדירה בלבד. הקונה סירב לשלם דמי תיווך המתווך תבע אותו לדין.

השופט אלון: מן הראוי לציין שגם במשפט העברי, בו מצויה פסיקה נרחבת בדיני תיווך, קמה זכותו של המתווך לרמי תיווך משבאו הצדדים לידי הסכם מחייב ביניהם (ראה: שו"ת הליכות ישראל לר' ישראל גרוסמן, ירושלים, תשל"ז – שהקריש חיבור מיוחד לדיני תיווך במשפט העברי – סימנים ה-ו, והמקורות המובאים שם.) מקום מיוחד בדיני התיווך במשפט העברי נתייחד לזכוותו של השרכן – שמקום נכבד לו בהווי היהודי בתפוצות השונות – לקבלת רמי שדכנות על עמלו בהפגשו המשותף עם המשוכח. ומאליים הם דבריו של ר' יחזקאל לנדא על ההבחנה שבין המתווך בעסקה של מקח וממכר

שער שמיני: דיני חיובים

לבין השדכן בדבר המועד שבו קמה הזכות לקבלת דמי העמלה, ומהם ניתן לעמוד על ההנמקה שביסוד הדין בדבר קבלת דמי התיווך עם גמר ההסכם המחייב בין הצדדים. וזו לשונו:

שהפרש גדול יש בין שידוך למקח. כי בעסק המקח, אין שם דברים אמצעיים, והמקח תלוי רק בדמים, וכשנתרצו שני הצדדים בדמי המקח, שזה רוצה למכור בסך זה, וזה רוצה לשלם סך זה, אין שם שום פרטים אחדים, וכיון שהסרטור הביא אותם לעמק השווה בסך הדמים, כבר נגמר הדבר, ולא נשאר שום עיכוב רק הקניין...

אבל בשידוכים, הדבר ידוע שיש הרבה פרטים, כי אף שנתרצו שני הצדדים בסך הגדול (=הנרונה) שלכל אחד ואחד, יש עוד הרבה פרטים, כמו החתיבות מזונות, ודירה להזוג וכגדים ומתנות, והדבר ידוע שאפילו כבר באו הצדדים יחד, לפעמים בשביל דבר קטן מאד מתפרדת החבילה ומתבטל השידוך. ולכן כל זמן שלא השוה אותם השדכן... על כל הפרטים עד שלא נשאר שום דבר גדול או קטן שצריך לדבר כזה – עדיין לא נגמר השידוך על ידי השדכן (שו"ת גודע ביהודה, מהדורא תניינא, חלק חושן משפט. סימן לו; וראה עוד: ד"ר ש' שילה, השדכן במשפט העברי, משפטים ד, עמ' 361).

4. מזונות

ע"א 586/66

בוכבזה נ' בוכבזה ואח'

פ"ד כא (2) 3, 9-10

הובא בשער האחד-עשר, דיני עבודה, עמ' 866.

ע"א 244/72

פלנטקס בע"מ ואח'

The Wellcome Foundation Ltd. נ'

פ"ד כוז (2) 29, 61-62

כתיבת המשפט העליון כשבתו ככיתת-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים ויחקון, קיסטר, י' כהן

כנגד תביעה על הפרת פטנט טענו המערערות:

- (א) שהאמצאה הנטענת בפטנט אינה כשירת פטנט;
- (ב) שהתביעות שכפטנט אינן מבוססות באופן הוגן על הגילוי כפי שתואר כפירוט;
- (ג) שהאמצאה הנטענת אין בה לא חידוש ולא צעד אמצאתי;
- (ד) שאין האמצאה הנטענת, בהיותה תהליך לריפוי בני אדם, ראויה למתן פטנט.

השופט קיסטר: מסכים אני לדחיית הערעור מנימוקי של חכרי הנכבד, השופט ויחקון, כנתון לדברים שנאמרו על-ידי חכרי הנכבד, השופט י' כהן. בקשר למדיניות הראויה של המחוקק ושל כתי המשפט בעניין פטנטים רפואיים, אם לנהוג כליברליות ולתת לממציאים אפשרות לנצל את המצאתם או להגביל את אפשרות הניצול כדי שלציבור הרחב תהיה אפשרות ליהנות מכל תגלית חדשה, יכולות להיות דעות שונות, ולכל גישה – יתרונותיה וחסרונותיה.

מתן אפשרות לממציא בשטח הרפואה לנצל את המצאתו, גותן אמנם עידוד לרופאים ולאנשי מדע להשקיע מאמצים בחיפוש אחרי תרופות חדשות או כפיתוח שיטות חדישות, אך מאידך גיסא, עשוי להגביל את האפשרות שהציבור הרחב יוכל ליהנות מאותן תגליות, והדכדים אמורים בעיקר לגבי חסרי אמצעים.

לכן, אינני חושב כי על כיתת-המשפט לנקוט כבידור בגישה זו או אחרת, והרכה תלוי בכך אם אנשי מדע יכולים לקבל עידוד מצד מוסדות ציבור כדי שלא יהיו זקוקים לנצל את המצאתם למימון מחקריהם.

כאן, מן הראוי להביא את גישת המשפט העברי והמסורת העברית. אביא את הגישה הזאת כפי שנוסחה על-ידי רבנו משה בן נחמן (רמב"ן), שחי בספרד, נפטר לפני 700 שנה, והיה רופא ואחד מגדולי חכמי התורה, ומוכר עד היום ככרסמכא. כותב הוא בספר תורת האדם, בסוף שער המיחוש, עניין הסכנה:

ולענין שכר רפואה, נראה דמותר ליטול מהן שכר כטלה וטרחא, אבל שכר הלימוד אסור, דאכידת גופו הוא... ואמרינן לענין מצוות, מה אני בחינם

(הכוונה לקדוש ברוך הוא) אף אתה בחינם, הילכך שכר החכמה והלימוד אסור.

אף-על-פי-כן, כאשר רופא קובע בהסכמח החולה שכר בסכום גבוה – חייבים לשלמו, כפי שאומד הרמב"ן, שם, בהמשך דבריו: אם החנה בשכר הרופא הרבה, חייב ליתן לו, שחכמתו מר לו ואין לה דמים... הא בשכר רופא ששווה כל כסף, הוא חייב ליתן כל מה שהתנה לו. באותו מקום מסביר הרמב"ן את הטעמים ההלכתיים לתקפות הסכמים לעניין גובה השכר.

שונה הדין לגבי תרופות, שלגביהן אומר הרמב"ן: ...ולוקח סממנים ביותר מכדי דמיהם מפני דוחק החולי לא מתחייב אלא ברמיהם.

הלכה זאה, כשינוי מה בלשון, מצויה בטור יורה דעה, סימן שלו, ובשולחן ערוך שם סעיף ב, ובשולחן ערוך חושן משפט, סימן רסד, סעיף ז. אכן, כפי שנאמר, הסכם לגבי שכר רופא מחייב, אך נוכח העקרון שענייני רפואה הם ענייני של פיקוח נפש ושריפו חולים הוא מצווה המוטלת על הרופא, ישנו סייג גם לכלל זה; והנה מצינו בחשובות ר' דוד בן זימרא (נפטר לפני 400 שנה בירושלים), חלק ג, סימן תקנו, שאם נמצא במקום מסויים רק רופא מובהק אחד ולא רצה לרפא את החולה אלא ברמים יקרים, אין לרופא אלא שכרו.

ישנן השלכות נוספות לגישה הגורסת שמבחינה עקרונית אין לרופא לקבל שכר חכמה ולימוד מאת החולה, כפי שמצינו בספרו של הרב הראשי לבריטניה, ר"ר עמנואל יעקובוביץ, בספרו Jewish Medical Ethics, בהוצאה משנת 1967, בפרק 18 (הספר תורגם לעברית בשם "הרפואה והיהדות"). ההשלכות האמורות הן: א. פיתוח רפואה ציבורית, היינו – שהיו קהילות אשר העסיקו רופאים ושילמו שכרם, כמו שהעסיקו דיינים. ב. חובה, לפחות מוסרית, של טיפול בחולים עניים בחינם.

מסתבר אפוא, שגם היום, במידה והרפואה הציבורית מפותחת, הרי שמרענים ורופאים מקבלים שכר או מענקים מאת מוסדות ציבור, ובצורה זו מקבלים הם עירור לתגליות רפואיות, פוחת הצורך לתת אפשרות למצויאים עצמם לנצל את המצאתם, ולא יצטרכו "למכור את חכמתם", כך שהציבור הרחב בכל מקום יוכל ליהנות מתגליותיהם. ואילו במידה שאין הציבור עושה די כדי לפרנס את הממציא הרפואי וכדי לעודדו, הרי שחכמת הממציא בשטח הרפואי שווה כל כסף, ויש לתת לו אפשרות לנצלה כמו אמצאה אחרת.

פרק אחר-עשר
שעבוד החייב – כלפי מי?

1. ידיבות בין נושהו של בעל חוב לבין החייב שלו –
"שעבודא דרבי נתן"

ע"א 251/60, 259/60
"מנורה", חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ
נ' קציבואה ואח'
פ"ד טו 619, 629

הובא בשער השנים-עשר, פרשנוח, עמ' 936.

ע"א 523/65
ישראל נ' "הסנה", חברה ישראלית לביטוח בע"מ
פ"ד כ (4), 3, 5

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים עציוני, כ' כהן

רשם בית-המשפט העליון הסכים לרתות תשלום אגרת הערעור לחלק בלבד של סכום התביעה. המערער לא שילם את האגרה על ההפרש, ולא הגיש כתב-ערעור מתוקן בהתאם להגבלה, אלא כעבור חצי שנה מיום החלטת הרשם, הוא הזכיר בתשובתו לסיכומי בא-כוח המשיבה, כי לאור החלטת הרשם ומחסור יכולת כספית, עומדת בתוקף תביעתו כפי שהוגבלה על-ידי הרשם. הערעור הוגש על החלטת בית-המשפט המחוזי למחוק את חביעתו על הסף בנימוק העדר טיעון המגלה את יריבות המערער עם המשיבה.

מ"מ הנשיא (זילברג): הלכה פסוקה היא מימים ימימה כי החברה המבטחת, בדרך כלל, אינה "בעל דברים" של העובד שניזוק כאשר חוזה הביטוח נעשה לא בינו לבינה, אלא בין החברה והמעביד המזיק – כפי שקרה במקרה שלפנינו.

קיימא לן – נאמר בפסק-דיני בערעור אזרחי 259/60, פד"י, כרך טו, עמ'

שער שמיני: דיני חיובים

619, בעמ' 628, שהשופט זוסמן הסכים עמו – כי כל שאין חובת כיטוח בצדו – אין הניזק יריבה של החברה המבטחת (להבדיל מן המזיק המבטוח) ... הלכה זו חזרה ונשנתה על-ידי בית-משפט זה בע"א 189/55; בע"א 159/56, ובע"א 106/58. ההלכה היא אושרה בפירושו או מכללא, על-ידי רובם ככולם של שופטי בית-משפט זה בפסקי-הדין שציינו לעיל; והקצין שבאליה שבה, היינו הקביעה כי באין חובת כיטוח אין יריבות בין הניזק והחברה המבטחת, הוחלה גם על מקרים בהם עיקרה של הפוליסה מתייחס לנזקים שחובת הכיטוח חלה עליהם, והשאלה היתה רק לגבי אוחו מקרה מיוחד שאין החובה הנ"ל חלה עליו (עיין ודוק בע"א 189/55; ע"א 159/56, וע"א 106/58, הנ"ל); לכן אינני רואה דרך לסטות במקרה שלפנינו מן ההלכה הנ"ל.

ולמען השלמת הרעיון, אוסיף לצטט את הדברים שנאמרו שם מיד לאחר

מכן:

למען האמת ייאמר: אני כשלעצמי לא הייתי מתנגד לקבלת עקרון ה"שיעבודא דרכי נתן" של המשפט העברי, היוצר יריבות או "בעלות דברים" בין נושהו של הבעל-חוב לבין החייב שלו (ראה: כתובות יט ע"א; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פו, סעיף א), אך דבר זה יצריך ריביזיה יסודית של הראליה והפרסונליה במשפט הישראלי, ועדיין לא איכשר דרא לכך בלי שתקדם לזה קודיפיקציה כללית של דיני החיובים על-פי עקרונות המשפט העברי (שם), עמ' 629).

פרק שנים-עשר ערבות

1. "אסמכתא" בערבות

ד"ר 13/67
"בחן", חברה לביטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצוויג
פ"ד כב (1) 569, 581-582

הובא בשער זה, עמ' 630.

2. "ערב קבלן" לעומת ערב רגיל

ע"א 573/73
שמן תעשיות בע"מ נ' אי.סי.אל. – חברה לשירותי
תעשייה בע"מ
פ"ד כח (2) 737, 747, 748-749

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, אשר

השאלה עליה נסב הערעור הינה: בהנחה שהמערער פטורה משלם עבור משלוחי המציתים
ליצרן, שהפר את הסכם השיווק, האם עומד לה הפטור גם כלפי המשיבה, תכרת המימון, או
שם החתייבה המערערת לשלם למשיבה, יהיו אשר יהיו טענותיה כלפי היצרן.

השופט ח' כהן: גם אני נהיית הנאה מרובה למקרא נימוקי החלטתו של
הרשם המלומד (כבוד השופט אסא), ומפני כבודו אמרתי להוסיף דברים
אחדים משלי.

הרשם המלומד מפנה תשומת הלב לדיני המשפט העברי (בכא בתרא קעד
ע"א; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כה, הלכה ה; שולחן ערוך, חושן

משפט, סימן קכט, סעיף יז), וכותב שהערב "הקבלן" האמור שם הוא "ערב המממן את עיסקותיו של סוחר כלפי ספק של סחורה", והסכם המימון המונח לפנינו "אינו אלא בלשון ההלכה הסכם ערבות-קבלנות".

אם כי הערב-הקבלן של המשפט העברי הוא לאו דוקא ולא רק מי שמממן אספקת סחורה לקונה שהוא ערב לו, מסכים אני, עם כל הכבוד, שניתן לראות במשיכה דנן ערב-קבלן כמשמעותו בדין העברי. הערב-הקבלן נבדל מן הערב סתם על-ידי שהוא מקבל על עצמו כלפי הנושה חיוב עיקרי ושירי אשר אינו תלוי בחיובו של התייב ואינו מותנה בכך שהנושה יתבע את החייב תחילה. חיובו של הערב-הקבלן נוצר בלשון "תן לו ואני אתן לך" (שם), או גם בלשון "תן לו ואני קבלן" (הגהת הרמ"א שולחן ערוך, תושן משפט, סימן קכט, סעיף יח, בשם הרא"ש והרשב"א), המתפרשת כהסכם שהנושה יתן לפלוני, והקבלן יתן תמורתו לנושה: "שבארתו לשון שצויהו למסור לזה קיבל עליו לפרעו, דמשמע כאילו הוא עצמו קבל מיד המלוה" (פירוש רשב"ם, כבא בתרא קעד ע"א, ד"ה תן לו ואני נתן לך). מה שדרוש ליצירת הקבלנות הוא דרישת הערב שהנושה יתן לחייב כנגד חיובו של הערב לשלם לנושה במישדין, מבלי שיצטרך לפנות אל החייב.

... והוא הדין במשפט העברי. "אם אמר לו הלווה, הכנס קבלן בעבורי, אף-על-פי שלא הרשהו לשלם, אם עמד הקבלן ופרע מדעתו, אפילו עד שלא עמד המלוה עם הלווה בדין... חייב לשלם לו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קל, סעיף ב). דברים אלה אמורים כשאין מצד הלווה התחייבות מפורשת כלפי הקבלן להחזיר לו את אשר הוא ישלם לנושה; אבל אם בשעת יצירת הקבלנות התחייב הלווה בכחב להחזיר לקבלן את כל אשר הוא ישלם לנושה, "אין לך מילוה בשטר גדולה מזו" (שם, סעיף ד).

בספר אוצר השטרות לגולאק מצאתי טופס שטר ערבות-קבלנות לאספקת סחורה לפלוני ולתשלום מחירה על-ידי הערב-קבלן; וכדי לקדם פני הרעה שכטענות כמו טענותיה של המערערת לפנינו, נאמר שם שהערב-הקבלן לא יוכל "לטעון טענת אונאה או מקח טעות ולא טענה אחרת בעולם" (עמ' 226–227, מתיקון שטרות לר' שמואל יפה, מן המאה ה-17). גם בהסכם המימון המונח לפנינו הותנה שהתחייבותה של המשיכה כלפי הנושה תהא "בלתי חוזרת ובלתי מותנית" (סעיף 7) – וכיוצא בזה התחייבה המערערת כלפי המשיכה "התחייבות מוחלטת ובלתי חוזרת". ההתחייבויות הללו אינן סובלות פירוש אחר מזה שחיוכה של המשיכה לשלם לנושה וחיוכה של המערערת לשלם למשיכה הם מוחלטים ואינם תלויים כטיב הסחורה שסופקה למערערת ואינם נפגעים על-ידי טענות או תביעות של המערערת כלפי הספקים.

גם דבר זה כבר היה מעולם, שלחייב, הלווה, היו טענות נגד הנושה אשר היה בהן כדי לפטרו מחבותו כלפיו, ואף-על-פי-כן נשארה חבותו של הערב-הקבלן כלפי הנושה בעינה, ועל-כן גם תבות הלווה כלפי הערב-הקבלן. בשהיה, למשל, בירי הנושה משכון או בטוחה אחרת להבטחת החוב, והנושה

ערבות

החזיר את הבטוחה לחייב (או "גרם לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב", כלשון סעיף 6(ב) לחוק הערבות) – כי אז סתם ערב מופטר מחבותו; מה שאין כן ערב-קבלן שחיובו כלפי הנושה אינו תלוי ביחסים שבין הנושה לבין החייב אלא עומד הוא בפני עצמו כאמור (הגהת הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קכט, סעיף ח, בשם הרשב"א). וכן פסק הרשב"א שאפילו היתה התחייבותו של החייב העיקרי בטלה משום אסמכתא (כלומר, באשר תליה היא באירוע מאורע בלתי-בטוח שאולי יארע בעתיד), חיובו של הערב לקיום התחייבות זו בעינה עומדת (מוכא אצל הרמ"א, שם); ואם כי יש חולקים על הלכה זו (דאה, למשל, בית חדש, לר' יואל סירקיס, לטור, חושן משפט, סימן קכט, סעיף ג) לגבי סתם ערב, הרי לגבי ערב-קבלן היא בוודאי תופסת.

נמצא שאפילו הוכחו כבר כל טענותיה של המערערת כלפי הספקים כטענות אמת, אין בכך כדי לגרוע מחבותה של המשיבה כלפיהם ומחכות המערערת כלפי המשיבה.

3. זכות הערב לטעון גם טענה נגד ביצוע החיוב

צ"א 255/81

קוט נ' קוט, באמצעות אמו אקנין ואח'

פ"ד לו(1) 236, 237, 241

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אלון, לוי, יי כהן

בית-המשפט המחוזי קבע, שיש לעכב ביצועו של הסכם השיפוי בין הוריו של המשיב 1 (המערער המשיכה 2) באשר לתביעת מזונות, שהגיש המשיב 1 נגד המערער, וזאת עד שתעשיר המשיבה 2. כן קבע בית-המשפט, שיש לעכב ביצועה של ערבותה של המשיבה 3 להסכם השיפוי האמור. מכאן הערעור.

השופט ש' לוי: 1. בהסכם הגירושין, שנערך בין המערער לבין המשיבה 2 (להלן – הבעל והאישה), העביר הבעל לאישה את חלקו בדירה המשותפת, ואילו האישה התחייבה לזון ולפרנס את בנם הקטין של בני הזוג, הוא המשיב 1, למעט סכום סמלי של 50 ל"י, אותו התחייב הבעל לשלם למזונות בנו. באותו הסכם התחייבה האישה לשפות את הבעל על כל סכום, העולה על ה-50 ל"י הנ"ל, בו יחוב למזונות הילד, והמשיבה 3 ערבה לאותו חיוב. ההסכם האמור אושר על-ידי בית-המשפט המחוזי כתל-אכיבי-יפו כיום

פרק שלושה-עשר שליחות

1. השליחות פועלת לטובת השולח ולא לרעתו – "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי"

ע"א 462/68

רי"ך נ' המועצה המקומית קרית מוצקין ואח'

פ"ד כב(2) 893, 898

בכית"המשפט העליון כשכתו כבי"המשפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, ח' כהן, מני

המועצה-המשיבה הראשונה חכרה חלקת אדמה והקימה עליה בנין משרדים. בהסכם שכרחה עם המשיבה השלישית מסרה לה את הזכות לבנות על אותה חלקה, ליר בנין המשרדים, בית מגורים. דירה בבית מגורים זה נרשמה על שם המערערים בדרך של העברת החכירה משם המועצה לשם המערערים. המשיב השני – עורך-דין של המשיבה השלישית – חתם, בתוקף יפוי-כוח שניתן לו על-ידי המערערים, על כתב העברת החכירה. בטעות לא נרשם בשעתו אצל הפקיד המוסמך הסכם שנערך בין המועצה ובין המשיבה השלישית, והמבטיח למועצה את הזכות לבנות על גג בנין המשרדים. המשיב השני, בתוקף יפוי-הכוח שבידו, חתם בשם המערערים על ההסכם שהוגש בזמנו ולא נרשם. המערערים טענו כי חתימת המשיב השני שהוספה להסכם אינה תקפה.

השופט ח' כהן: גם במשפט העברי, שמקובלנו בו שיכול השולח לומר לאותו שלוח שטעה ופגע בזכויותיו, לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, עשיתך שלוחי שתועיל ולא שתזיק לי – הרי משסמך צד שלישי על שליחותו של השלוח, ולכאורה היה לו על מה שיסמוך, כגון יפוי-כוח בכתב, המשתמע על דרך הסתם, יכול הצד השלישי לטעון, שהשולח "התנה עמו בין לתקן ובין לעוות"
– והר"א"ה שרק לתקן ולא לעוות נשלח, היא תמיד על השולח (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפב, סעיף ד).

אשר-על-כן נראה לי שהמשיבה מס' 1 יכלה לסמוך על המשיב מס' 2 שהוא פעל ככא-כוח המערערים; וצדק השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי שהוא שאידי את השאלה פתוחה אם אמנם יהיה בכנייה המתוכננת על אותו הגג כדי גדימת נזק למערערים. שאלה זו תבוא שעת בירורה (אם תבוא)

שער שמיני: דיני חיובים

לכשיחבצו המערערים את נזקם זה ממי שיוכלו (אם יוכלו) לתכעו. המשיכה מס' 1 אינה, על-כל-פנים, בעלת דברים שלהם לענין זה.

ע"א 242/70

משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח'

פ"ד כד(2), 692, 699, 701

בכית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, קיסטר

המשיבים 1 ו-2 רכשו דירה מאת המערערת הראשונה. בעת עריכת החוזה ידעו המשיבים על צירוף הגג לאחת הדירות. זמן קצר לאחר רישום ההסכם המיוחד, בו נקבעה הצמרת גג הבית לאותה דירה, נרשמה תוספת להסכם זה, שעל-פיה יחולקו ההוצאות החלות על הרכוש המשותף לפי שטחי הרצפה של הדירות, באופן שלצורך מיוחד זה שוב לא ייחשב הגג כחלק מאותה הדירה שאליה הוצמד. תוספת זו נרשמה אחרי שדירת המשיבים כבר נמסרה לרשותם אך לפני שהבעלות בדירה נרשמה בשמם, הסכמתם לרישום התוספת לא נחבשה, הם מבקשים עתה הצהרה שהוצאות התוספת בטלות, בהיותן נגודות חנאי החוזה שבניהם וכן המערערת.

השופט ח' כהן: טענת המשיבים כי ברישום התוספת להסכם המיוחד מיום 7.1.1969 (להלן – התוספת) היה משום הפרת החוזה שבניהם לבין המערערת מס' 1 (להלן – המערערת).

... ואולי אין זה מיותר להוסיף, בהקשר זה, שמעשה המערערת נוגד גם את מושגי היסוד של ההלכה: כלל גדול היא בדין התורה, שאין חבין לאדם אלא כפניו (משנה עירוכין ז, יא; משנה גיטין א, ו, ועוד): ומי שראה עצמו שלוחו של אדם אתר להטיל עליו שלא מדעתו נטל של הוצאות ותשלומים, הרי "אנן סהדי" שאין הוא שליח לעוותי אלא לתקוני בלבד, לא לחייב כי אם רק לזכות. ולענין הוצאות הבית המשותף (הוא "חצר השותפין") הרי אין אדם חייב להשתתף בנטל ההוצאות אלא "אם גילה דעתו שנוח לו כמה שעשה חברו" (כלשון הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק ה, הלכה א) – ולא אם עשה חברו לחייבו שלא מדעתו.

2. השליח אינו יכול לפעול עבור עצמו (ניגוד אינטרסים)

ח"א (ת"א) 430/51

בר שירה ואח' נ' ורניקוב ואח'

פ"מ כג 379, 397-398

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: אם יש איזה מקום להשתמש במשפט העברי כאן היה גם כן לבטל את המבירה. הכלל במשפט העברי שאין אפטרופוס מוכר לעצמו. בטור, חושן משפט, סימן קעה, סעיף ל, נאמר לגבי אפטרופוס שמוכר הוא לאחרים ואינו מוכר לעצמו.

יש לציין כי הרבנים הנ"ל נאמרו כדיני מצרנות וזהו לשון הטור "מי שעושה שליח למכור שדהו אף-על-פי שהשליח עצמו מצרן אינו רשאי לקנות לעצמו כראמדינן גבי אפטרופוס שמוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו".

להלכה הזאת נתגזר הנמקות על-ידי פוסקים שונים בשתי דרכים:

(א) אדם אינו יכול להיות מוכר וקונה. (ב) הענין הוא של חשר.

אם יוצאים מנקודת ראות של השיטה הראשונה, הרי אין כאן מכר בכלל. ואם יוצאים מנקודת ראות של השיטה השנייה, הרי ישנו מכר אבל ניתן לביטול. הדגשתי לעיל את ענין המצרנות ומשתמש אני בדברים שנאמרו על-ידי הב"ח ("בית חדש" על הטור של ר' יואל סירקש) וזו לשונו:

אלא אפילו הוא מצרן דמסתמא ודאי ידע המשלח שכל מצרן מסלק ללוקח כדי שיהיו כל שדותיו סמוכות ואחר כך ידע המשלח שרוצה השליח לקנותו ואפ"ה עשאו שליח... אינו רשאי לקנות לעצמו מטעמא דחשרא.

אשר לשליח שנתמנה על-ידי אדם למכירה ונקבע לו מחיר קצוב שבו יכול למכור ישנן דעות פוסקים שבמסיבות מסוימות יכול להחזיק לעצמו (ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפה, בבאר היטב, סעיף קטן ה, אבל שם נאמר גם כדלקמן: "בספר 'בני ח' בהגהת בית יוסף, אות ה, שהביא תשובה ארוכה ובסוף תשובת מרש"ב כנראה בבירור מכל דברי הפוסקים שאף-על-פי שהמוכר פירש הערך כמה למכרה אפילו הוא אינו רשאי לקנות לעצמו ואם לקחו לעצמו וחזרו ומכרו לאחר ביוזר או שהוקר אחר כך, כל הרווח חוזר לבעליו".

אם כך המצב לגבי שליח הרי לגבי אפטרופוס לא כל שכן שאינו יכול לקנות לעצמו ולהחזיק לעצמו. עצם מעמדו של אפטרופוס, אשר פועל לפי מנוי בית הדין לטובת אנשים שאינם לפנינו, ואינם יכולים לפקח עליו דורש זהירות יחרה. בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ, סעיף ח, ברמ"א, נמצאה רק פעולה אחת שהאפטרופוס יכול לעשות עם עצמו וזהו – השקעת כספי קטינים וזו לשון הרמ"א:

שער שמיני: דיני חיובים

יש אומרים כמו שהאפוטרופוס יכול ליחנם לאחרים, כך יכול לקבל המעוץ לעצמו ובלבד שיעשה כביחדין משום לזות שפחים. ההבדל בין הלואה לבין מכירה הוסבר יפה בשולחן ערוך של האדמו"ר שניאור זלמן מלאדי (הלכות מכירה, סימן טו) וזו לשונו: וכן אפוטרופוס אינו רשאי למכור כלום לעצמו אפילו מוכר על פי בית-דין אבל מותר לו לקבל מעות של יחומים... שאז אין חשד בדבר כי, מה לי הוא, מה לי אחר שאין כן במכירה שאפשר שאחר יוסיף על שומח בית-דין יש חשד בדבר. גם לגבי מכירת פקדון אין המחזיק רשאי לקנוח אפילו על פי ביחדין. ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצב, סעיף יט.

ע"א 604/77

מוברמן נ' סגל

פ"ד לב(3) 85, 98-99

כביחדין המשפט העליון בשכחו כביחדין משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדי), והשופטים ויתקן, אלון

בין המערער, נכדו ומנהל עזבונו של המנוח, ובין המשיבה, נהנית על-פי צוואת המנוח, נערך הסכם שבו הסכימה המשיבה לוותר על זכותה לפי הצוואה תמורת תשלום חדשי קבוע. הדין בערעור נסב על חקפו ופירושו של הסכם זה.

השופט אלון: 24. סוגיה זו בדבר פיסולה של עשיית עסקה משפטיה משום חשש של ניגוד אינטרסים נדונה בהרחבה במשפט העברי בכמה וכמה תחומים – דרך משל לעניין מכירת פקדון על-ידי הנפקד, באוחס מקרים שהפקדון הולך לאיבוד ומותר לנפקד למכרו, לעניין מכירת נשוא השליחות על-ידי השלוח, ועוד.

המוכר פקדון על פי ביחדין, הרי זה מוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו, מפני החשד (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצב, סעיף יט); אין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באוחס דמים שהרשוהו בעלים למכרו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפה, סעיף ב). לדעת חלק מהחכמים אף בשלוח הנימוק הוא משום חשד, היינו ניגוד האינטרסים שכיח פעולתו בשם השולח לבין פעולתו למען עצמו (ראה, למשל, בית יוסף על הטור, חושן משפט, שם, סעיף ג; פרישה על הטור, חושן משפט, סימן קעה, סעיף ל; וב"ח שם; ספר מאירת עיניים, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעה, סעיף קטן כו), ולדעתם של חכמים אחרים הפגם בשלוח שקונה לעצמו הוא משום שבמקרה זה חסרה העברה מרשות לרשות: שאין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותן דמים שהרשוהו הבעלים

שליחות

למכרו, לפי שנעשה שליח להקנות הקרקע ללוקה, אבל לעצמו אינו יכול לזכותו ולקנותו, דאין אדם מקנה לעצמו; דאין המכר אלא הוצאת דבר מדרשות לרשות, וזה לא יצא מדרשותו, שהוא במקום בעלים עומד (טור), חושן משפט, סימן קפה, סעיף ג, בשם הרשב"א).

25. דיון מיוחד בסוגיה זו מצוי לעניין מנהל עזבון (המכתה במשפט העברי בשם הכללי "אפטרופוס") ועסקותיו בעזבון; לדעת הכל, מנהל העזבון העושה עסקה בעזבון לצורך עצמו יש בכך משום חשד שמא מעדיף הוא, בקביעת המחיר ובתנאים אחרים של העסקה, את האינטרסים האישיים שלו על פני האינטרסים של הנהנים מן העזבון, ולא נחלקו חכמים אלא אם ניתן לסלק, וכאיוזו דרך ניתן לסלק, קיומו של חשד זה.

זוהי ההלכה שנקבעה על-ידי ר' אברהם בר' דוד מפושקיייר (Posquieres), הראב"ד, מחכמי ההלכה בדרומה של צרפת במאה השתים-עשרה:

כמו שהאפטרופא יכול ליתן המעות (= של העזבון) ביד אדם נאמן לשם עסק, כך יכול ליקח אותם לעצמו בתורת עסק וליקח הריחה שהיה לוקח אחר; ובלבד שיוודע הדבר לבית-דין (טור, חושן משפט, סימן רצ, סעיף טו, בשם הראב"ד).

ר' יעקב בר' אשר, בעל הטורים, מחכמי אשכנז-ספרד במאה הארבע-עשרה, חולק על הראב"ד, ולדעתו אף ברשות בית-דין אין לו למנהל העזבון לנהוג כך. לאחר הביאו את דעת הראב"ד הנ"ל, מוסיף הוא ואומר:

ונראה לי, שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק, משום לזות שפתיים (טור, שם).

אך דוב חכמי ההלכה פסקו כדעתו של הראב"ד (ראה, למשל, ריטב"א, בבא בתרא קמד ע"ב, ד"ה רב ספרא; ונימוקי יוסף, דף סז ע"א בדפי הרי"ף). וזו היא דעתו של מרן דבי יוסף קארו, מחכמי ספרד וראש בית-הדין של צפת במאה השש-עשרה, בספרו בית יוסף, על דברי הטור הנ"ל:

ומה שכתב רבינו ז"ל (=היינו בעל הטורים) שגנאי הוא הדבר ליקח אותם הוא בתורת עסק משום לזות שפתיים – אין בו בית מיחוש, כיון שהודיע הדבר לבית-דין.

וכן נפסקה ההלכה בדברי ר' משה איסרליש, בעל ה"מפה" שעל השולחן ערוך, מחכמי ההלכה שבפולין במאה השש-עשרה:

יש אומרים, כמו שהאפטרופוס יכול ליתנם (=את המעות) לאחדים, כך יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית-דין, משום לזות שפתיים (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ, סעיף ח, ברמ"א; נוסח דברי הרמ"א צריך עיון מבחינת התייחסותם לדברי הראב"ד והטור, ולא כאן המקום להאריך).

26. העולה מן המקובץ. לדעת הראב"ד אסור לו למנהל העזבון לעשות בעצמו כל עסקה שהיא עם נכסי העזבון, ואפילו הודיע על כך לבית-הדין; אמנם במקרה כזה אין לחשוש שמא, מתוך ניגוד האינטרסים של מנהל העזבון והעזבון, יקופח זה האחרון, שהרי בית-הדין בדק את העסקה ונתן אישורו לכך,

שער שמיני: דיני חיובים

אבל עדיין יש כאן משום "לזות שפתיים", משום מה יאמרו הבריות, "וגנאי הוא הדבר". אך לדעתם של רוב חכמי ההלכה, וכיניהם רבי יוסף קארו והרמ"א, שמדברי שניהם מורכב השולחן ערוך שבירינו, אין להדחיק לכת ולחשוש כולי האי, ואם נתן בית-הדין את אישורו לעסקה שעושה מנהל העזבון, עם עצמו, בנכסי העזבון, רשאי הוא לעשות כך. ייאמר אמנם, שבכל המקומות שראינו לעיל מדובר, מן הסתם, במקרה שמנהל העזבון עושה את העסקה בנכסי העזבון מבלי שנטל על כך רשותם של הנהנים מן העזבון; אך נראה לי שמאחר שהנימוק המרכזי הוא משום חשד, היינו של ניגוד האינטרסים, היהו קיים בכל מקרה שמנהל העזבון עושה עסקה לצדכי עצמו בנכסי העזבון, ואין נפקא מינה אם הדבר נעשה בידיעתם או שלא בידיעתם של הנהנים מן העזבון.

3. אין שליחות ב"מידי דממילא"

ע"פ 381/62

סלימן נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד תז 1981, 1982–1983

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 453.

שליחות

4. יפוי כח בלי ציון מפורש של המורשה

מ"א (ת"א) 1584/63

נוידורפר נ' נוסבאום

פ"מ לט 30, 34

בכית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בהתאם לאמנה של תעידת או"ם בדבר תיוכי מזונות מ-20 ליוני 1956 הוגשה תביעת מזונות של קטין המתגורר בגרמניה. היפוי כח שנחתם על-ידי אם הקטין ואשר חתימתה אושרה על-ידי הנוטריון הציבורי ונשיא כימ"ש שבגרמניה, ייפה את כוחה של "סוכנות הקבלה בישראל" לפעול כמיצגה של התובע או למנות אדם אחר כהתאם לאמנה הנ"ל. מתפקידה של "סוכנות הקבלה" הוא לקבל תביעות מזונות המועברות לישראל – מאת המדינות שחתמו על אמנה זו. למטרה זו נתמנתה לשכת הסעד המשפטי בירושלים ועל סמך יפוי כח זה מרכזו לשכת הסעד המשפטי ת"א מינה עו"ד על מנת שייצג את התביעה. נתעוררו שתי בעיות: –
א. האם יפוי הכח הנ"ל הוא מספיק כדי שעה"ד יוכל לפעול ולהופיע על פיו?
ב. האם החתימה של אם הקטין על יפוי הכח אומתה כדין?

השופט קיסטר: ברור שאין לדרוש מאנשים היושבים בחו"ל יותר מאשר להגדיר את המוסד שיפעל בשמם, בין אם זו קבוצת אנשים המהווה אישיות משפטית, ובין אם זו קבוצת אנשים המתחלפים מוזמן לזמן. גם במשפט העברי כאשר מדובר על תנאי כתיבת הגט, הוכרה כהרשאה כשרה כאשר אדם אומר "מי ששומע את קולי יכתוב גט לאשתי" – אכן העזר, סימן קמא, סעיף יט. וכן אם אדם אומר לעשרה "כתבו גט לאשתי", אחד כותב בשביל כולם. ואם אמר כולכם כתובו, אחד כותב במעמד כולם, שם, סימן קכ, סעיף ז. (על פי משנה גיטין ו, ו-ז).

מסקנתי איפוא שאין להקשות בהמצאת יפוי הכח, כאשר ברור למי הוא ניתן ולשם מה ניתן.

שער שמיני: דיני חיובים

5. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותו למעבידו

ת"פ (י-ם) 191/76

מדינת ישראל נ' אלפרוק

פ"מ תשלי"ח (1) 116, 118

בבית-המשפט המחוזי בירושלים

ביהמ"ש נתבקש על-ידי המדינה, להורות על התזרת שקלים אשר נגנבו על-ידי הנאשם מחפירות הר"הבית ואשר הוצגו כראיות במשפטו, לסוחר העתיקות אשר רכשום בחום לב. זאת בעקבות התחייבות אשר ניתנה לסותרים על-ידי פרקליט המחוז ועל אף התנגדות המשלחת הארכיאולוגית, שכן בנטען המטבעות לא היו מעולם כבעלות המשלחת הארכיאולוגית כאשר על-פי חוק העתיקות אין לאיש כעלות על עתיקות קודם שנסתלק מהן מנהל אגף העתיקות.

השופט בזק: אין ספק כי רשאי אדם באמצעות שליחו לחפוש מיטלטלין שאין להם בעל ולרכוש את הבעלות בהם בתפישתם שהרי שלוחו של אדם – כמותו (סעיף 2 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965) וכל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידי הנאמן של השולח (שם, סעיף 10 (א)) ופעולת השליח, לדבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח (שם, סעיף 2). גם במשפט העברי נקבע כי בדרך כלל מציאה שמצא פועל בשעת עבודתו היא שלו ואולם אם נשכר הפועל "ללקט מציאות" הרי מציאתו לבעל הבית ו"אפילו מצא כיס מלא דינרין" (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה יא).

6. פעולת השליח כנאמנות לשולחו

ע"א 366/73

בורגשטיין נ' גרומסקי

פ"ד (1) 179, 185

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופט קיסטר

תביעת המערער לביצוע-בעין של חוזה למכירת מקרקעין נדחתה בבית-המשפט המחוזי, משנקבע כי עורכי-הדין שפעלו כשלוהים של המשיב לא היו מוסמכים לחתום על החוזה האמור.

שליחות

השופט קיסטר: אותם שיקולים שהנחו את עורך־הדין סלומון יכלו להיות ומסתמא היו שיקולים כאלה למשיב, שלא למכור את המגרש בזמן שרוכז עליו העיקול, ולכשיידע כיצד יפול דבר בענין תביעתו של רוזמאיתי הוא יוכל למכור את המגרש במחיר גבוה יותר משמכרו, ויוכל לכסות את התביעה, אם יחוייב בדין, ואולי אף יישארו בידו כספים. אך כל עוד קיים היה העיקול לא היה טעם למכור את הנכס ולהשאיר את הכסף מעוקל. דברים אלו מובנים וידועים, כבר בימי התלמוד נאמר "האפוטרופין ... מוכרין להן בהמה עבדים ושפחות בחים ושרות וזרמים להאכיל אכל לא להניח", וכן נפסק על־פי זה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ, סעיף יא. האינטרס היחיד שיכול לצמוח מהמרה זו הוא לקונה, ולא זה היה תפקידם של שלוחיו של המוכר שידאגו לאינטרסים של הקונה.

7. יפוי כח אינו מעניק לשליח זכויות שאין למשלח

ע"א 283/67

הנאמנים לנכסי רפ"ח, פושט רגל ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

פ"ד (1) 124, 137

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

שניים מהמשיבים נתנו לבנק – לשם הבטחת חובם כלפיו – ייפוי־כוח בלתי־תזרז להעברת זכויותיהם בחלקת קרקע בה רכשו קנין שבייחוד. לאחר הכרזתם כפושטי־רגל מתדיינים נאמניהם בפשיטת־הרגל עם הבנק, בדבר הזכות לפיצויים עבור עקירת עצים מתלקת הקרקע הנוכרת.

השופט קיסטר: מכאן נעבור לטענה שלפיה במתן ייפוי־הכוח עצמו יש משום הענקת זכות או יצירת זכות כזו, טענה שעליה ביסס השופט המלומד את הכרעתו. עם כל הכבוד, ביסוס ההכרעה בהסתמך על ייפוי־הכוח בטעות יסודה.

מתן ייפוי־כוח בלתי־תזרז אינו מעלה ואינו מוריד, שהרי כל ענין מתן ייפוי־הכוח הוא טפל לעיסקה גופה. הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העיסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם. לפי סעיף 1521 למגילה צריכה להיות איזושהי זכות קיימת, כדי שייפוי־הכוח יוכל להיות בלתי־תזרז, ובאין זכות כזאת לא יועיל הכתוב בייפוי־הכוח, והוא הדין גם לפי חוקים אחרים. במקרה הנוכחי העניקו

שער שמיני: דיני חיובים

בורקין ורפיח לעורך־דין פרוינר את הכוח לפעול במקומם ולרשום משכנתה, העברה וכו', כאשר הסכימו לתת לבנק ערובה בצורת משכנתה או בעלות, וברור שאם העיסקה בטלה, או שמפאת זכויותיהם של נושים אחרים, החייבים אינם רשאים לבצע את אשר הסכימו, כלומר לרשום משכנתה או להעביר בעלות, אזי גם שלוחם, עורך־דין פרוינר, אינו רשאי לעשות כן. הכלל הוא כי שלוחו של אדם כמותו, ולשלוח אין זכויות וכוחות יתרים מאלה של שולחו. אפשר גם לבטא זאת בלשון התלמוד – דאי סלקא דעתך שלוחי דירן גינהו מי איכא מידי דאנן לא מצינן עבדינן ואינהו מצי עבדי? ! וכי יעלה על דעתך – שלוחים שלנו הם, האם יש משהו שאנו לא יכולים לעשות והם (השלוחים) יכולים לעשות? ! (קידושין כג ע"ב). משמעות התנאה שייפוי־כוח הוא בלתי־חוזר היא רק זו שהחייבים אינם יכולים לבטל את השליחות, ואף אם יביעו התנגדות למעשה השלוח, יוכל השלוח לעשות במקום מה שמוטל היה על החייבים במידה שהם יכולים ורשאים לעשות.

פרק ארבעה-עשר שומרים

1. הגדרת שומר (נפקד) בהשוואה למשפט האנגלי

ע"פ 27/56

זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד י 636, 638, 642

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, ויתקון

השופט זילברג: נראה הרבר, כי המערער דנן הצליח להתחמק, כחוט השערה, מנחת זרועו של החוק. אך כפשע היה כינו וכין הפשע גופו. אבל – נתמזל מזלו, ופסיעה אחרונה זו לא נעשתה, ועלינו יהיה לזכותו מכל עבירה.

2. מעשה שהיה כך היה:

א) המערער היה, כחרשי נוכמכר-דצמבר 1954, קצין שני באניה "גפן". אניה ישראלית זו מהלכת בין חופי מערב אירופה וארצנו, ואתה שעה הסיעה משאות ונוסעים מאנגליה לישראל, ביניהם חיירת אנגלית, בשם אנליזה מאי. ב) באחד משלבי הנסיעה, כנראה כגמל לקסוס של פורטוגל, נתגלו פריצות ופרצות במטען הנוסעים השמור כמחסני האניה, נפרצו ארגזים ומזוודות, כחוכם גם מזוודותיה של הגברת מאי הנ"ל, מסביב פזורים היו חפצים לרוב, ביניהם מכונת כתיבה אנגלית מסוג "קונטיננטל", והדכר הוכא ליריעת הקצין הראשון, ראובן הירש. המודיע על כך היה המערער. הירש אמר למערער שיחדר אח המכונה למקומה "אם יצליח לגלות את הארגז" (אשר מתוכה הוצאה), ולא יספ להתעניין בדבר הפריצה עוד. לא נאמר למערער, מה לעשות במכונה אם לא יצליחו לגלות את מקומה הראוי, אך הפרוצידורה הנהוגה באניה היתה להכניס את "המציאה", במקרים כאלו, למשרד האניה. ואמנם הוכנסה המכונה, במצוות המערער, למשרד האניה, לאחד שהוא, לדבריו, לא הצליח לגלות את זהות הבעלים.

ג) בסוף נובמבר 1954, הגיעה האניה לחופי ישראל, והגב' מאי נוכחה לדעת כי במטען השייך לה חסרים כמה וכמה חפצים, ובכללם מכונת הכתיבה הנ"ל.

היא פנתה למשטרה, זו פתחה בחקירות בין אנשי צוות האניה, וכעבור חודש ימים נמצאה מכונית הכתיכה כחאו של עמוס הכט, אשר בא במקומו של המערער, כקצין שני, באניה הנ"ל. אין חולק על כך, כי המערער הוא שמסר את המכונית להכט, והשאלה העיקרית שעמדה לדיון כאן ולמטה היתה: מה קדם למסירה זו, ומה היו צורתה ומסיבותיה של אותה מסירה...

הגדרתו, הקזואיסטית מאד והמיושנת במקצת של החכם סטיפן, היא כך: אם אדם מוסר, או גורם למסור, לאחר, דבר מיטלטל, על מנת: שישמר בשביל עושה המסירה; או שישתמש בו בחינם או שלא בחינם, מקבל המסירה; או שיוחזק כמשכון על-ידי מקבל המסירה; או שיועבר ממקום למקום או יעובד, בחינם או שלא בחינם, על-ידי מקבל המסירה; וכאשר כוונת הצדדים היא, כי הדבר המסויים אשר ככה נמסר, או החפץ שיש לעשות הימנו, יוחזר לעושה המסירה או לאדם אחר על-פיו – אזי עושה המסירה, כפי שרגילים לומר, מפקיד את הדבר שנמסר; מעשה המסירה נקרא הפקדה, עושה המסירה נקרא מפקיד, ומקבל המסירה נקרא נפקד. (Stephen's Digest of the Criminal Law, 3rd. ed. 215, cit. in Stroud's Judicial Dictionary, pp. 158-159).

לפי הגדרה זו, ההפקדה של המשפט האנגלי דומה מאד, אם כי לא זהה בהחלט, ל"שמירה" של ארבעת השומרים האמורים בתורה: שומר חינם, שומר שכר, שוכר ושואל (בכא מציעא צג ע"א). פוגשים אנו כאן, בין השוורח של סטיפן, לא רק את ה"אבות" ההם, אלא – בדיוק וכמפחיע – גם את ה"חולדות" שלהם: את ה"מלווה על המשכון" של דיני ישראל, את ה"מעביר ממקום למקום", ואת ה"אומנין", שכולם דין "שומר" להם – אם כשומר חינם ואם כשומר שכר – במקורות המשפט העברי (משנה בכא מציעא פ ע"ב; שם, פב ע"ב; גמרא שם, פא ע"ב–פג ע"א; רמב"ם, הלכות שבירות, פרק ג, הלכה ב; שם, פרק י, הלכות א, ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימנים עב, שד, שו). לעומת זה, לא מצינו שם, אצל סטיפן, את ה"שומר אבידה" של המשפט העברי (ראה: בכא קמא גו ע"ב). ולא מקרה בעלמא הוא זה, ולא השמטה בלבד. יש טעם חשוב לכך והוא, כי במשפט האנגלי – ש לא כמו בדיני ישראל – הכלל הוא, כי אין רואין את האדם כ"שומר" או "נפקד", אלא אם כן ה"פקדון" נמסר לו והופקד בידו, על-ידי המפקיד.

שומרים

2. סיווג השומרים

ע"א 341/80

עלי נ' ששון ואח'

פ"ד לו(3) 281, 289-292

הובא להלן בעמוד זה.

3. פשיעה בשומרים – התרשלות

ע"א 341/80

עלי נ' ששון ואח'

פ"ד לו(3) 281, 289-292

בבית־המשפט העליון בשבחו כבית־משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (י' כהן), והשופטים בך, שינברום

המערער מילא טופס השתתפות בהימור לגבי תוצאות משחקי כרווגל ומסרו למשיב 1, שהינו בעל תחנה לקבלת טפסים אלה. לאחר שהמערער עזב את התחנה, הבחין המשיב 1 שהטופס הנדון חסר, ודיווח על אבדו למשיבה 3, המארגנת את הימורי הכרווגל בישראל. המערער טען, לאחר תום המשחקים, כי בטופס שאבד ולא נטל חלק בהימור הוא ניחש נכונה את תוצאות כל המשחקים, ולפיכך הוא זכאי לפרס הראשון או לפיצור על אבדו. בבית־המשפט המחוזי נדחתה תביעתו כנגד המשיב 1 (אחר שקודם לכן נדחתה בהסכמה תביעתו כנגד המשיבות האחרות). מכאן הערעור.

השופט שינברום: סיווג השומרים שבחוק נעשה לפי הסיווג שבמשפט העברי; כמפורש בדברי ההסבר להצעת חוק שמירת נכסים, תשכ"ו-1965, שהפכה לחוק השומרים, וראה מאמרו של פדופ' ז' צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ד-ל"ה) 56, בעמ' 71. ובמאמרו של נ' רקובר, "מקורות המשפט העברי לחוק השומרים, תשכ"ד-1967" הפרקליט כד (תשכ"ח) 208, בעמ' 211. כיוון שהמשפט העברי היה לנגד עיניהם של מנסחי החוק, נוכל איפוא להיעזר בו לצורך הכנת מושגים (אם כי לא בכל הוראותיו הלך החוק לפי דיני המשפט העברי).

שנינו במשנה שבועות ח, א:

ארבעה שומרים הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר. שומר חנם

נשבע על הכל, והשואל משלם את הכל, נושא שכר והשואל נשבעין על השבורה ועל השבויה ועל המתה ומשלמין את הגניבה ואת האבידה. כן שנינו במשנה בבא מציעא ג, יא: המפקיד מעות אצל חברו, צרדן והפשילן לאתוריו או שמסרן לבנו ולבחו הקטנים ונעל בפניהם שלא כדאוי – חייב, שלא שמר כדרך השומדים; ואם שמר כדרך השומרים – פטור. דהיינו, במשפט העברי חייב שומר חנם באחריות רק על ה"פשיעה". וכך מסוכם חיובו של שומר זה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף א: "שומר חנם פטור מגניבה ואבירה ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה". ובהמשך אותו סימן בשולחן ערוך, בסעיפים יג ויד מבורא, כי "שמירה כדרך השומרים" תלויה במהות הפיקרון. אם נשמר הפיקרון במקום הראוי לו – פטור השומר, אך אם השומר הניחו במקום שאינו ראוי לו – הוא חייב. נראה, כי ניתן להבחין בחכונות משותפות בין "רשלנות" השומר שבתוק השומרים – אם נפרש אותה בעזרת פקודת הנזיקין כאמור לעיל, לבין ה"פשיעה" שבמשפט העברי.

שומר חייב לנהוג כדרך ששומר סביר ונכון היה נוהג ולהטמין את הדבר שהוא שומר עליו במקום הראוי לו, לפי נסיבות העניין. כשלא עשה כן, "פשע" בשמירתו, בלשון המשפט העברי, או "התרשל" בשמירתו כמובן תוק השומרים.

רומה, שבאופן בסיסי צדק ג' רקובר, כשכתב במאמרו הנ"ל, כי למרות הנומינקלטורה השונה, שווים המרכיבים המשפטיים של ה"פשיעה" וה"רשלנות". הוא מציין, כי גם הרב הרצוג בספרו *The Main Institutions of Jewish Law (Vol. II), pp. 176-177*, מתרגם את המונח "פשיעה" ל-"Negligence".

ראוי לציין בהקשר זה, כי הרעיון שהשומר שפשע המתרשל בשמירתו הוא קרוב למזיק, הובע במקורות המשפט העברי על-ידי הרב שלמה בן אדרת בתשובותיו, חלק ה, סימן קסו, ואלו רבריו: "מה שחייבה החורה שומר חנם בפשיעה... טעמו של רבר כיון שקבל עליו בפיו שמירת החפץ והנפקר נשען על שמירתו ואם נאבר בפשיעתו הרי הוא קרוב למזיק".

אין מקום שנקבע קביעות נוקשות ביחס לדרך התנהגותו הראויה של שומר הנוהג כדרך השומרים. התנהגות זאת משתנית מומן לזמן וממקום למקום בהתאם לנסיבות. זו רעתם של פוסקים רבים, ובעקבותיהם פוסק כך הרב יוסף קארו, בבית יוסף, לטור חושן משפט, סימן רצא, סעיף טו, וכן הרב משה איסרליש, בהגהות השולחן ערוך, תושן משפט, סימן רצא, סעיף ית. רברים אלה נוסחו בצורה קולעת בספרו של הרב ישראל איסרליין ש"ת תרומת הדשן, חלק א, סימן שלג: "הכל תלוי במנהג המקום והזמן האיך נוהגין לשמור". ביחס לעולות הרשלנות בפקודת הנזיקין, נאמר בספרם של י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין (י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ג' טרסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז) 86, כי היא עוולת מסגרת, היות שהמחוקק לא מנה

שומרים

בה קביעות מגובשות לחיוב, אלא השאיר את עיקר המלאכה בידי בתי המשפט לעשות צדק על-פי ההנחיות הכלליות שהורה אותם. תפקידו של בית-המשפט הוא איפוא נורמאטיבי-יוצר, כפי שכבר קבע השופט הלוי בע"א 451/66 ובעקבותיו השופט ברק בע"פ 186/80 הנ"ל.

תכונה זו של עזולת מסגרת יש למצוא גם ב"פשיעה" של המשפט העברי. כפי שראינו לעיל, מתמלאת מסגרת זו תוכן על-ידי הפסיקה מפעם לפעם. הפסיקה היא איפוא נורמאטיבית-יוצרת מתוך הנמקה ערכית. יש שדינה של התנהגות דומה יהיה שונה, כגלל ההבדל במניעים להתנהגות, כמו שמצינו דיון, אם שיכחה מהווה פשיעה מצדו של השוכח או שהשוכח נחשב כאנוס. הרב שלמה לוריא, בספרו ים של שלמה, למסכת ביצה, פרק שני, סימן ו, מבחין בית שיכחה מחמת טירדחו של השוכח, אותה הוא רואה כאנוס, לבין שיכחה מחמת עצלות מחשבתו, אשר מהווה פשיעה.

כן מצינו, שהערכת התנהגות באה על-פי החוצאות הראויות בנסיבות המסוימות של שמירת שומר. דוגמא לכך מצויה כעניין הדומה לענייננו. בשו"ת שבות יעקב, לרבי יעקב רישר, חלק ב, חושן משפט, סימן קמח, מאובחן המקרה של השומר, אשר שכח היכן הטמין את הפיקדון, ממקרים אחרים של שיכחה. דינו של השומר הוא כ"פושע"; ודינם של האחרים כדין אנוס. הנימוק שניתן הוא, ש"ראוי ליהזר כפקדונות מאד. כאשר הזהירו חז"ל להניח אצל אוצרו ותכשיטיו כענין שיהא מופקד שפיר ולכתוב בפנקסו. וזה שלא עשה כן, להניחו במקום שפגע לו עד שלא ידע מקומו, לכך הוי פשיעה גמורה. מה שאין כן בשאר כל הדברים שכתה הוי אנוס, או על כל פנים שוגג ולא פשיעה".

סיכומם של דברים. ההכרעה השיפוטית, מהי "דרך השומרים" או כיצד צריך לנהוג "שומר סביר ונבון", היא שקובעת את הסטאנדארטים, אשר על-פיהם צריך השומר לנהוג בנסיבות המקרה ובהתחשב בתנאי המקום והזמן. לאור הכללים האמורים נכדוק להלן את התנהגותו של המחזיק בחלק א' של הטופס, שנמסר לו כדי שישמור עליו.

בעניין זה קיימת רק עדותו של המשיב. חלק ממנה, דהיינו דבריו כי מסר את הטפסים בחזרה למערער, לא נתקבל על-ידי שופט קמא. ואלה דברי העד (בהשמטת החלק של דבריו שלא נתקבל על-ידי השופט):

אני לקחתי את הטפסים של אסעד [המערער – א' ש'] ושמתי אותם במכונה, כדי להדפיס אותם והדפסתי אותם ושמתי אותם מתחת למשקולת ונתתי לו את החלק שלו על הטפסים... זמן מה אחרי זה, אולי רבע שעה אחרי זה, אני לקחתי את הטופס הדיוות כדי למלא בו את הטפסים שאני מכרתי ואני מציין שאני כדרך כלל ממלא את הדיוות הזה כל אימת שאין איש כחנות ויש לי זמן לעשות זאת, ואזי כאשר הגעתי במספר הסידורי למספר המסתיים כ-37, לא מצאתי אותו. התחלתי לחפש על השולחן ומתחת לשולחן... אותו איש ממשמר הגבול [אשר היה לדכרי המשיכ כחנותו כאותה השעה] התחיל לעזור לו בתיפושם ואפילו תיפש יחד אתי בפסולת של הניירות.

שער שמיני: דיני חיובים

משמע, כי חלק א' של הטופס האמור נמסר לו יחד עם מסמכים דומים נוספים הוא שם אותם מתחת למשקולת, וכעבור כרבע שעה לא נמצא המסמך הנדון.

דומני שאפשר ללמוד על הדין הראוי במקרה כזה מהמקרה המפורסם, שבו השומר אומר שאינו יודע היכן הניח את הפיקדון. מקרה זה מובא במסכת בבא מציעא לה ע"א (ומקרה דומה מופיע שם, מב ע"א). הדין נפסק שם "כל לא ירענא פשיעוהא היא, זיל שלים" (כל איני יודע היא פשיעה, לך שלם).

כל פוסקי ההלכה מקבלים דין זה, ונימוקים שונים נאמרו בו. בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף ז, סוכם הדין בזו הלשון: "המפקיד אצל חברו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני ואמד לו השומר איני יודע אנא הנחתי פקדון זה הרי זה פושע וחייב לשלם מיד".

בספר מאירת עינים, לרבי יהושע ולק כ"ץ, ניתן הסבר לדין זה (חושן משפט, סימן רצא, סעיף קטן יב): "דכל שומר מחוייב לתת לב אנא יניחו ולהיותו במקום משומר". מעניין לציין, כי בספר נתיבות המשפט, חידושים, לרבי יעקב מליסא, לאותו סעיף (חושן משפט, סימן רצא, ביאורים, סעיף קטן י) מנומק דין זה בכך שהשומר ה"פושע" – המתרשל – חייב מטעם היותו "מוזיק".

העובדות כפי שנקבעו במקרה הנוכחי מראות, שהמשיב לא נהג כחשומת לב מספקת בחלק א' של הטופס שנמסר לו. הוא לא שם אותו במקום מתאים ומשתמר, ועל-כן לא נהג כפי ששומר סביר ונבון היה צריך לנהוג בנסיבות אלה.

4. גודי חובת השמירה "כדרך השומרים" – לפי המנהג

ע"א 341/80

עלי נ' ששון ואח'

פ"ד לו(3) 281, 289-292

הובא בשער זה, עמ' 715.

ע"א 46/53

שפירא נ' פוזנסקי

פ"ד י 461, 462, 472-473

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, גדיטיין, ברנזון

השופט זילברג: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, אשר החליט ברוב דעות לאשר את פסק-דינו של שופט-השלום, ולדחות את תביעת סילוק-היד שהוגשה על-ידי המערער נגד המשיב.

2. המקרה שלפנינו אינו מן הרגילים. רקע מיוחד לו, טרגי מאד, ובאספקלריה זו עלינו יהיה להשקיף ולשקול ולהעריך כמה וכמה פרטים שבו. ... (ג) בחודש אוקטובר 1941, עת כלוא היה המערער בגיטו קובנו כנ"ל, הושכר המגרש שלו כאן בארץ על-ידי משה שפירא לשלושה בני-אדם, שאחד מהם הוא המשיב שלפנינו, היושב, כנראה, היום לברו על המגרש הנ"ל. משה שפירא זה הוא בנו של ישעיה שפירא הנ"ל, והוא אחי אשתו (המנוחה) של המערער. "היו מסים והוצאות" – כך מעיד הוא – ולכן "לקחתי לעצמי את הזכות, בתור גיס, מבלי לחשוב", להשיכר את המגרש. חודי-שכירות אלה חזרו ונשנו במרוצת השנים, האחרון שבהם נחתם בשנת 1947, ועוד פחות משבועיים ימים לפני בוא המערער ארצה, הספיק הגיס לשעבר, משה, לקבל מן המשיב סכום פעוט, כדמי-שכירות, לפרק זמן המסתיים ביום 10.2.50. מכאן ואילך סירבו גם הגיס וגם המערער לקבל כל דמי-שכירות שהם בעד המגרש הנ"ל. המשיב נדרש על-ידי המערער לפנות את המגרש, ומשלא נענה לכך, הגיש המערער, ביום 6.6.50, תביעת סילוק-יד נגדו לבית-משפט השלום, תל-אביב...

11. לא למותר יהיה בהדבק דברים זה, להשוות את עמדת המשפט האנגלי כלפי "שומר אבידה", עם העמדה שנקטה בנדון זה על-ידי המשפט העברי. יש כאן, רומני, משהו יחד מאשר שוני דגיל בין שתי שיטות משפט. השבת אבידה היא, כידוע, אחת המצוות המפורשות בתורה (דברים כב, א-ד), וברור הדבר כי אילו הוסדרו תביעת המוצא ליציאותיו כפי שהוסדרו – יותר נכון: שלא הוסדרו – במשפט האנגלי, לא היה אדם להוט ביותר אחרי הגבהת מציאות, והיה "כובש עין ואינו רואהו" (רש"י, שם), ועובר על "לא תוכל להתעלם". לכן קבעו דיני ישראל הוראות ברורות, הן בנוגע לעצם הטיפול באבידה מצד המוצא, והן בנוגע לתביעת יציאותיו מאת הבעלים – ביחד כאשר האבידה היא מסוג בעלי-חיים.

כל דבר שעושה ואוכל – כלומר: מצא דבר שיכולים להאכילו את שכן

פרק חמישה-עשר
"עשיית עושר ולא במשפט" – "מתנדב"

1. דין פורע חובו של חברו שלא מדעתו

ע"א 46/53
שפירא נ' פוזנסקי
פ"ד י 461, 475

הובא בשער זה, עמ' 719.

2. "זה נהנה וזה לא חסר"

ע"א 538/80
רחמי נ' כורש ואח'
פ"ד לו(3) 498, 502

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (י' כהן), והשופטים בך, שינברם

המשיבים עתרו לבית-משפט השלום לצר-מניעה, שיאסור על המערערת, שכנחם, להרחיב את דירתה על-ידי בנייה בחלק החצר המשותפת של ביתם, המשמשת אותם על-פי חלוקה למעשה. בנייה כזו תאלץ את המשיבים לוותר על גינתם ותאריך את הדרך לביתם. בית-משפט השלום דחה את התביעה, אולם ערעור המשיבים נתקבל על-ידי בית-המשפט המחוזי, וזה נתן את הצו המבוקש. מכאן הערעור.

השופט שינברום: נראה גם, שאין שיקולו זה של השופט עומד בפני הביקורת. כזכור, הוא ראה כמעשיהם של המשיבים מידת "גם לי גם לך לא יהיה", והתכוון למה שנקרא "מידת סדום". אמנם, בדין התלמוד כופין על מידת סדום (כתובות קג ע"א ומקומות אחרים), כאשר זה נהנה וזה לא חסר. אך כאן הרי

שער שמיני: דיני חיובים

חסרים המשיכים את הנאתם מן הגינה ומדרך קצרה יותר. אשר לצורך של המערער להרחיב את דירתה לשם הגדלת משפחתה, ודאי צורך חשוב הוא, אך אינו יכול להיות יסוד למניעת מתן הסעד (ע"א 281/61).

3. חובת השבת הזכייה אף שפטור מנזק

ע"א 280/73

פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטרד ואח'

פ"ד כט(1) 597, 608-609, 611-613

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, מני, קיסטר, י' כהן

שתי בעלות-הדין הן המשורקות היחידות של תכשיר כימי המשמש להדברת מזיקים. המשיבה הבעה את המערערת וזכתה בבית-המשפט המחוזי בציר-מניעה, על-סמך טענה של הפרת פטנט. בית-המשפט העליון ביטל את ציר-המניעה מהטעם שפטנט המשיבה חסר תוקף. לטענת המערערת התעשרה המשיבה ולא במשפט בכך שבתקיפת תלותו של ציר-המניעה התצרכו לקוחות המערערת לקנות ממנה. תביעתה של המערערת הינה להשבת רווחים שעשתה המשיבה בתקיפת שבה נבצר ממנה לספק סחורתה ללקוחותיה, והם גאלצו לקנות מהמשיבה.

השופט ח' כהן: בעיית הטבתו של נזק שנגרם לבעל-דין עקב ביצועו של פסק-דין מוטעה העסיקה את חכמי המשפט מקדמת דנא. דין המשנה הוא שאם מי שהוא – שאינו "מומחה לבית דין" – קיבל על עצמו לדרן דין זיכה את החייב או חייב את הזכאי, "מה שעשה עשוי" ופסקו בעינו עומד, אבל את הנזק שגרם חייב הוא לשלם מכיסו (משנה בכורות ד, ד). חבות בנוזיקין היא, שהרי אם לא ידע לדרן, צריך היה להיוהר מלדון, ובעל-הדין הזכאי יכול לומר לו, למה דנת אם אינך בקיא בדין (ר' עובדיה מבדטנורה, שם). יש מן הפוסקים שלדידם אינו חב בנוזיקין אלא מי שהזיק בידו ממש, להבדילו ממי שרק "גרם" לאחר להזיק: אליבא דידם אין חבות על הדיין אלא אם "נשא ונתן ביד" – נטל בעצמו מזה שחייבו ונתן לזה שזיכהו (בכורות כח ע"ב).

אבל דין מוטעה שנפסק על-ידי בית-דין או מומחה, שאינם חייבים, כאמור, לשלם מכיסם אף אם טעו, הרי "חזור הדין" (סנהדרין לג ע"א) – והחזרת הדין אף החזרת בעל-הדין למצבם הקודם במשמע. בלשונו של הרמב"ם: "חוזר הדין ומחזירין את הדבר כשהיה, ודנין בו כהלכה" (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה א). החזרת "הדבר כשהיה" היא החזרת המצב לישנו כפי שהיה לפני מתן הפסק המוטעה; והא רָאִיה שיש ואי-אפשר להחזיר, "כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינות הים" (שם): אפילו אפשר להחזיר את הדין,

“עשיית עושר ולא כמשפט” – “מתנרב”

הרי אי־אפשר בהעדר בעל־הדין להחזיר את המצב הקודם; ומבלי להחזיר את המצב הקודם, אין מתזירין את הדין. יש ומשום שאי־אפשר להתזיר את המצב לקדמתו, מחייבים את הדין לשלם מכיסו, אפילו כשהיה מומחה – והוא אם לא נטל רשות מביית־הדין ובעלי־הדין לא קיבלו אותו עליהם (שם, ג). רש והדין לא היה מומחה ובעצם ניתן היה לחייבו לשלם מכיסו, אבל ניתן להתזיר את הדין, מפני שהטעות היתה “טעות ברכב משנה” ולא רק “טעות בשיקול דעת” – ואז “כופין אותו שזכה, שיתזיר” (שו”ת הרא”ש, כלל נו, סימן ג). כיוצא בזה מצינן מעשי בית־דין פגומים מתמת שלא קויימו בהם דרישות פורמליות מוקדמות, כמו, למשל, מכירת נכסי יתומים ללא הכרזה קודמת: הלכה היא שרואים את המעשה כאילו נפלה בו “טעות בדבר משנה” ומחזירים את הדין – מבטלים את המכר, מכריזים הכרזה ועורכים מכירה תדשה (כתובות ק ע”ב; רמב”ם, הלכות מלווה ולווה, פרק יב, הלכה י; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קט, סעיף ג).

החשוב לעניננו הוא שהתכות להחזיר את מה שנתקבל על־פי פסק־הדין המוטעה או הפגום אינה תכות בנוזיקין: זה שזכה וכופין אותו להחזיר, הרי “אף על פי שגרם להזיק, לא התכוון להזיק” (רמב”ם, הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה א), ועל־כן אינו חב בנוזיקין אף אליבא דפוסקים שגם “הגורם” בלבד חייב. אבל נזק של הזכאי בא על־כל־פנים על תיקונו: או שהדין שרן את דינו המוטעה, חב בנוזק בעילת נזיקין, או שבעל־דינו חב בנוזק בעילת ההחזרה של כל אשר קיבל ונהנה מכות הפסק המוטעה. “בזמן שהדין פטור מלשלם, אמרו חכמים שיחזור הדין משום פסידא דבעל־דין” (כלשון הספר מאירת עיניים, תושן משפט, סימן כה, סעיף קטן יד) – לאמור, שלא יהא בעל־הדין הזכאי מפסיר. נמצא שכין כה ובין כה אין בטעות שטעה בית־דין כדי לשלול זכות חוקית מאת זכאי. יכול ויהא בה בטעות זו כדי לזכות את החייב כמה שאינו מגיע לו, אם הנזק יסולק בידי הדין מכות חבותו בנוזיקין, והחייב לא יחוייב להחזיר – אבל זכיה שכזאת, כאילו מן ההפקר, אינה פוגמת במידת הצדק. רק אילו היה בטעות בית־דין כדי לשלול מן הזכאי זכותו המגיעה לו, היתה מידת הצדק נפגמת.

ברם, רק במאה השלוש־עשרה השמיע ר’ מרדכי בר’ הלל הכהן קול מחאה על חיוב דיינים לשלם מביתם: אפילו היה חיוב זה אולי יאה לדיינים מתנרבים שאין להם אלא להלין על עצמם בלבד אם תופסים אותם על טעויותיהם, “בזמן הזה, שמכריחים את הדיינים לשבת ברין בעל־כרתם, אם טעו – לא ישלמו, דמה יש להם לעשות”; אלא מתזירים הם את הדין, ורק מי שמסרב להתזיר, ישלם מכיסו (מרדכי, סנהדרין, פרק א, סימן תרעו; מובא גם בבית יוסף, טור תושן משפט, סימן כה, וברמ”א, חושן משפט, סימן כה, סעיף ג).

השופט קיסטר: מסכים אני לדברי חברי הנכבד, מ”מ הנשיא, אך מפאת הכעיות החרשות שהתעוררו בערעור זה מוצא אני לראוי להביא כאן את גישת המשפט העברי לתביעות בשל התעשרות כגון זו הנרונה בערעור זה.

שער שמיני: דיני חיובים

הקושי העיקרי בכיבוד הדין במקרה זה הוא, כי מחד גיסא נגרמו נזקים למערערת, לפחות לדבריה, ומאידך גיסא אין לראות את המשיבות כאחראיות לנזקים אלה לפי כללי הנזיקין בארץ. בשעחו עמד לימנן של המשיבות ונגד המערערת פסק'דין שבוטל רק בערעור והכלל הוא, כפי שמכיוא מ"מ הנשיא, actus legis nemini facit iniuriam. נוכח כלל זה אין למערערת עילה לתביעת נזיקין בשל מעשיהן של המשיבות, שהרי במקרה שכזה אין במעשיהן של המשיבות משום עוולה אזרחיח.

במשפט העברי ישנו כלל, שמצא את ביטויו במשנה, שאף במקום שאין המזיק אחראי לנזקיו של חברו, בכל זאת הוא חייב לשלם את שווי הנאה שהפיק. כוונתי למשנה כבבא קמא ב, ב, הדנה כנזקי בעלי חיים, וכידוע נלמדים במידה רבה הכללים במשפטי הנזיקין מדינים הנוגעים לנזקי בעלי חיים. כאותה משנה (המצויה בתלמוד בבלי בבא קמא יט ע"ב) נאמר: "...הבהמה מועדת לאכול פירות וירקות ... אבל ברשות הדיכס פטור, ואם נהנית משלמת מה שנהנית ... כיצד משלמת מה שנהנית: אכלה מתוך הרתבה משלמת מה שנהנית, מצדי הרתבה משלמת מה שהזיקה; מפתח החנות משלמת מה שנהנית, מתוך החנות משלמת מה שהזיקה".

ההסבר לדינים אלה הוא כי אין מטילים על אדם תוכה לשמור על בהמתו שלא תאכל פירות המצויים במקום שבהמות רגילות לעבור, היינו ברשות הרבים, וענינו של בעל הפירות לא להניח את פירותיו במקום המיועד למהלך בהמות; מאידך חייב אדם לשמור על בהמתו שלא תיכנס לרשות היחיד ותאכל משם. אך אפילו במקרה שלא היחה זו חובתו של אדם לשמור על בהמתו ולא היחה מצדו פשיעה המהווה עילה לתביעת נזיקין, כיון שבהמתו נהנתה מפירות חברו עליו לשלם עבור הנאה. בגמרא שם דנים במשמעות המונח "מה שנהנית", וכן דנים שם במקרים אחרים שאדם נהנה מרכושו של חברו ובכלל "זה נהנה וזה לא חסר" – פטור. אין כאן מקום להרחיב את הדיבור בשאלות אלו ואסתפק בציון דוגמה שניתנה בגמרא למושג "מה שנהנית". כאשר בהמה אכלה פירות או ירקות יקרים שהיו מונחים ברשות הרבים, בעל הבהמה אינו חייב לשלם לניזק את שוויים אלא עליו לשלם לו כאילו אכלה תבן או מספוא הראויים לבהמה. לא אצטט את דברי הפוסקים במשך הדורות, רמב"ם, שולחן ערוך וכו', ואסתפק בדברי אחד מאחרוני האחרונים ערוך השולחן, חושן משפט (נדפס בשנת חרמ"ג), סימן שצא, סעיף ת, שפוסק:

בכל מה שממונו של אדם נהנה משל אחרים ובעל הממון מרויח כזה, אף שבעד הנזק אין צדיק לשלם, כמו שן ברשות הרבים, מכל מקום מה שהגיע לו הנאה מזה חייב לשלם.

אצטט כאן גם מדברי "הנודע ביהודה", הרב יחזקאל סג"ל לנדא (מהדורא תניינא, חושן משפט, סימן כד) שכתב כתשובתו:

ואומד אני מה שטען ראובן ששמעון מחוייב לשלם לו מה שנהנה ממלאכת הסידור ששלם, הוא כדין כל שנהנה ממלאכת חברו.

לענין המקרה שלפנינו יש לומר כי גם במשפט העברי הכירו בענין

שער שמיני: דיני חיובים

המערערות, אך עובדה זו שקשה להוכיח את גודל ההנאה שהפיקו המשיכות אינה סיבה למחוק את התביעה של המערערות.

ע"א (ת"א) 237/80, 246/80

פרלמוטר ואח' נ' מס שבח מקרקעין

פ"מ תשמ"ב (1) 309, 325

בבית-המשפט המחוזי כחל-אכיב"פו

המערערים תריבו בחשלוס מס שבח בגין מכירת מקרקעין. הם הגישו ערר על השומה ועל-פי פסק-הדין בערר נמצאה המדינה חייבת להשיב להם חלק מהמס ששילמו. המדינה אמנם השיבה את הסכום הנדון, אך זאת כעבור 5 חודשים ממועד מתן ההחלטה כוערת הערר. עקב האיחור כתשלוס תבעו המערערים מהמדינה כבית-משפט השלוס, תוספת הצמדה וריבית לתקופת האיחור, והדין בבית-המשפט המחוזי נסב על השאלה אם אמנם יש להם עילה לתביעה כזאת.

השופט טלגס: כחברי השופט אילן סבור גם אני שהצעת הנשיא המכובד מביאה לתוצאה רצויה וצודקת, ולעניות דעתי היא מתיישבת עם הדין לאשורו. 1. הילכת ההשבה, שנשאבה במשפט הארץ מדיני מעין-חוזה האנגליים הדנים ב"עשיית עושר ולא במשפט", כל כולה עניינה בכוחו של בית-המשפט ליתן סעד צודק במקום שהחזרה או המצב החוקי-לכאורה אשר נוצר, מקומם את רגש הצדק. זוהי אם כן הלכה הנובעת מהילכות היושר – וככזו אין גבולותיה מותחמים וחתומים.

השופט יצחק כהן הסכים והדגיש שעל-פי הדין פתוחה הדרך להרחיב את הגבולות של סוג זה של תביעות (מעין-תוזיות) והשופטים המכובדים חיים כהן וקיסטר הראו בפירוש שזוהי גם גישת המשפט העברי: – שאף-על-פי שבעל-דין שגבה על-פי פסק-דין שבוטל לאחר-מכן – אינו בגדר גורם נזק, ואין לחייבו בנזקי חברו (עקב פסק-הדין שנגבה בידיו, בטרם בוטל) – בכל זאת חייב הוא בהחזרת כל מה שקיבל ("חזור הדין... משום פסידא דבעל-דין").

והשופט קיסטר מביא מדברי ערוך השולחן, חושן משפט, סימן שצא, סעיף ח, את הניסוח הממצה הבא:

בכל מה שממונו של אדם נהנה משל אחרים ובעל הממון מרוויח בו, אף שבעד הנזק אין צריך לשלם, כמו שן כרשות הרבים, מכל מקום מה שהגיע לו הנאה מזה – חייב לשלם.

“עשיית עושר ולא במשפט” – “מתנדב”

4. שיפוי “מתנדב” שהשביח נכסי אחר

ע”א 260/57

פדווה ואח’ נ’ פרידמן ואח’

פ”ד יד 427, 433

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, גויטיין

קישור הצדדים להקמת חברת קיזור-פרייזר (ישראל) בע”מ – משאלות במקום דמי-תיווך, אופציה לרכישת 15% ממניות החברה “תוך שנה” ומשרה מינהלית בתוך החברה – ממצא עובדתי שתקופת האופציה היתה שנה מיום השיחה בנדון, ולא מיום התחלת הייצור במפעל לכשיוקם – כפירת בעלי המפעל באופציה – אי-הצעת כסף לרכישת המניות של האופציה – דרישת פיצויים על הפרת הסכם, או שכר ראי במקום ביצוע ההסכם – תנאי זכות התביעה של “המתערב”: דרישה מצד הבעלים, העדר חוזה בנוגע לשכר, והיות המתערב אדם “העשוי לשרת בשכר”.

השופט זילברג: 5. ועכשיו הבה נראה, מה הוא הבסיס החוקי לחביעה מעין זה. סעיף 563 של המגלה אומר:

מי שעשה מלאכה לאחר לפי דרישתו ולא נעשה כיניהם כל חוזה בנוגע לשכר, הרי אם היה השכיר מאותם האנשים שדרכתם לשרת בשכר, נוטל הוא שכרו הדאי, ואם לאו, אינו נוטל כלום.

הוראה זו של המגלה היא, ללא ספק, הוראה שתכליתה היא, למנוע – תוך שיגים מסויימים – “התעשרות בלתי-מוצדקת” או, לפי ביטוי המוצלח של השופט חשין, “עשיית עושר ולא במשפט”. ישנן שיטות משפט המכידות כמוסד של “נגוציורוס גסטי” ומחייבות – בדרך כלל – את הבעלים לפצות את “המתערב” על היציאות שהוציא לטובתם, עד כמה שיציאות אלו “שיכחו” את רכוש הבעלים. כך, למשל, המשפט העברי (כבא מציעא קא ע”א; רמב”ם, הלכות גולה ואברה, פרק י, הלכה ד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעה, סעיפים א, ג-ד, ומקומות רבים אחרים זולתם; עיין ודוק תוספות כתובות קז ע”ב, ד”ה חנן אומר). כן נהג, כתנאים מסויימים, המשפט הרומאי: vide Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law, Cambridge 1932, p. 308; Sohm, Institutionen des Roemischen Rechts, S. 562-563; Kaser, Das Roemische Privatrecht, S. 489 et seq. וכן נוהגים, כל אחד על-פי דרכו, המשפט הצרפתי (סעיף 1375 של הקודקס האזרחי) והמשפט הגרמני (סעיף 683 של ה-ב.ג.ב.).

שער שמיני: דיני חיובים

5. "בוא אכול עמי" ו"דור בחצרי" – האם מעלה לו שכר?

ע"א 328/72

לנגל נ' לנגל

פ"ד כו(2), 470, 475-476

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים קיסטר, עציוני

כיתום-משפט המחזיר רחה את תביעת האשה לתשלום עבור עזרה שהיא קיבלה ומקבלת מאת אחותה. כן נדחתה תביעת האשה להוצאות הדיור, משקבע השופט כי היא זכאית להוצאות אלה כעמיד רק אחרי שתשכור לעצמה דיור, ותחדל להתגורר אצל אחותה.

השופט קיסטר: אשר לדיור ולעזרה בעבר. השאלה היא אם אפשר לאמוד דעתה של האחות כמתכוונת לקבל מן המערערת דמי שכירות או הוצאות הטיפול.

במשפט העברי אומדים דעתו של אדם, כי באין הוכחה, אפילו נסיבתית, או גילוי דעת בכיוון אחר, אדם האומר לחברו: "בוא אכול עמי", (כשמדובר בהאדחה ממושכת) "צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנא קא יהיב ליה" (רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמו, סעיף יז ונושאי הכלים שם). אכן, במקרה דנא לא היה פקפוק שלמעשה התשלומים עבור מזונות הם בבחינת החזר הכספים (ולו באופן חלקי) ליוהאנה, משום שזו החזיקה את המערערת בביתה, ניהלה את משק הבית והוציאה למזונותיה של המערערת, ולא עולה על הדעת לומר כי היא חשבה להתנדב.

גם בנוגע לשכר עבור הטיפול במערערת, גילתה יוהאנה את דעתה באופן מפורש בפני אביו החורג של הנתבע כי איננה מטפלת בה בחינם, כאמור בעמ' 33 לפרוטוקול: "בבן שגם אני ביקשתי מאביו החורג של הנתבע שישלם לי בעד הטיפול בתקופה שאחוזי היתה באשפוז, והוא הסכים לשלם לי 100 ל"י לשבוע, אז עבדה גם הטבחית...".

גם המשיב ידע על כך שיוהאנה דורשת שכר עבור הטיפול באחותה, ואוסף כאן, שלפי הנסיבות נראה שאפילו אלמלא היתה דורשת שכר באופן מפורש, היה מובן מאליו שיש לשלם לה שכר.

הרי יוהאנה היא אשה המתפרנסת מיגיע כפיה, ואין כל יסוד לדרוש ממנה כי תעמול בחינם בטיפול באחותה ובכך תפחת אפשרותה לעבוד לשם פרנסתה, כך שאין אפילו צורך להשתמש בחוקה האמורה ברמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רסד, סעיף ד, בסוף הסעיף.

אכן, כל עוד אין בידי המערערת אמצעים בכדי לשלם לאחותה, יש לראות

“עשיית עושר ולא במשפט” – “מתנדב”

את מצב הרברים בדומה לכל מקרה שאשה מקבלת אשראי לשם צרכי כלכלתה וזהו בגדר – “לוותה ואכלה”, וזכאית האשה לדרוש מבעלה כי יחזיר את ההלוואות.

אך המצב שונה במקצת לגבי דיור. דירתה של יוהאנה קטנה, ואילו היחה מכניסה לפני כן דיירים בשכר או מקבלת אדם לדירתה כדייר בפנסיון, הייתי אומר שחזקה עליה שהתכוונה מראש לקבל שכר עבור דיור. אחרת קשה לומר לגבי העבר, בהעדר גילוי דעת, שיוהאנה התכוונה לדרוש שכר מאחותה. יצויין כי במשפט העברי נאמר על-ידי הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף י, כי:

האומר לחברו דוד בחצרי אין צריך ליתן לו שכר, אך בש"ך (ס"ק יג) נאמר שאם קיימות נסיבות המצביעות על כוונה אחרת, ניתן לאמור אחרת את דעתו של המזמין.

אומדנות אלו מבוססות על נסיון החיים וניחנות לסתידה לא רק על-ידי עדות ישירה אלא גם על-ידי נסיבות המראות על כוונה אחרת, ומכוח הגיון ניתן להשתמש בהן גם במקרים שהמשפט העברי אינו חל עליהם, אם אין בחוק הנחה אחרת, ועל-כן מותר להשתמש בהן במקרה דידן.

שער תשיעי

דיני קניין וקניין רוחני

תוכן העניינים

פרק ראשון: דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

- 737 1. קניין "אגב"
ע"א 168/55, קנראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי ואח' 737
- 737 2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה תזקה"
ע"א 213/76, גילברג נ' פאנוס 737
- 739 3. "קניין בשינוי": רכישה על ידי עיבוד
ע"פ 141/59, טריביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 739
- 741 4. "אודיטא" – הודאת שקר של בעל דין כתחליף לקניין
ע"א 26/51, קוטיק נ' וולפסון 741
ע"א 168/55, קנראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי, ואח' 741
ע"א 459/59, פינקלשטיין נ' פרושטייר ואח' 741
- 744 5. "אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו"
ע"א 168/55, קנראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי, ואח' 744
ע"א 682/74, יקותיאל נ' כרגמן 745
- 748 6. "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"
ע"א 27/49, לבנון נ' אלמליח 748
ע"א 168/55, קנראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי, ואח' 749
- 750 7. מתנת קטין מבהין
אפט 23/62, עובן המנוח רייכמן 750

פרק שני: שכירות

- 751 1. אופיה של השכירות
ע"א 208/51, הקר ואח' נ' ברש ואח' 751

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

- 756 .2 שכירות משונה והתנאה בשכירות
ע"א 90/51, אנגלמאיר נ' לינדרמן 756
- 757 .3 זכויות שותף בשכירות משותפת
ע"א 64/50, משצ'נסקי נ' מיכאליץ 757
- 758 .4 סיכול שכירות כתוצאה ממכת מדינה (כוח עליון)
ע"א (י-ם) 2/48, אלכראנס נ' שמתרלינג 758
- 760 .5 אין לפנות דייר כשקשה להשיג דירה
ע"א 687/69, אבו גואלה ואח' נ' אבו טאעה ואח' 760
ע"א 439/73, רמת חולון בע"מ ואח' נ' בנימיני 760
בג"צ 323/81, 533/81, ולזוני נ' בית הדין הרבני הגדול
בירושלים ואח' 761

פרק שלישי: זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות הקניינית

- 762 .1 מתי הקרקע כוללת את התהום שמתחתיה ואת הרקיע שמעליה?
ע"א 403/73, בצלאל נ' סימנטוב 762
- 763 .2 האם "טובת הנאה" נחשבת ממון?
ת"פ (י-ם) 392/82, מדינת ישראל נ' אמיר 763
- 764 .3 אין להפקיע מקרקעין בלי פיצוי
בג"צ 326/65, סרכי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל בירושלים 764
ע"א 216/66, עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה 764
- 764 .4 זכוח הנגזל בשבח קרקע שהושבחה על-ידי גולן
ע"א 596/76, 557/76, כישור בע"מ נ' טאובה ואח' 764
- 767 .5 חוק הגנת הדייר והמשפט העברי
בג"צ 323/81 המ' 533/81, ולזוני נ' בית הדין הרבני הגדול
בירושלים ואח' 767

פרק רביעי: שעבודים

- 768 .1 האבחנה בין "שעבוד הגוף" ל"שעבוד נכסים"
ע"א 208/51, הקר ואח' נ' ברש ואח' 768
- 768 .2 אפותיקי (שעבוד) על נכסים מיטלטלין
ע"א 689/68, חברת מגדלי פריזה בע"מ נ' הנאמן על נכסי
פאול שטראוס בפשיטת רגל 768

תוכן העניינים

3. שעבוד נכסיו של בעל חוב
בר"ע 178/70, בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות
בע"מ ואח' 770
4. אין להיפרע מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין
ע"א (ת"א) 862/79, לוי ואח' נ' Kludi Armaturen Paul Schffer 771
5. בעל חוב גובה מן ה"בינונית" ולא מן ה"עידית"
ע"א 99/60, שמואל נ' ישראל 772
ע"א (ת"א) 862/79, לוי ואח' נ' Kludi Armaturen Paul Schffer 773
6. משכון שאין בו כדי שוויו המלא של החוב
ע"א 131/71, במאיר נ' תיאטרון קומדיה ואח' 774
7. זכות החייב לפדות קרקע שנחלטה לנושה – "שומא הדר"
ע"א 138/62, האפורופוס לנכסי נפקדים נ' עוביד 775
ע"א 555/71, אמסטרדמר נ' מוסקובין ואח' 776

פרק חמישי: הברחת נכסים

1. העברת נכסים למראית עין, כדי להכריחם מבן-הזוג
ע"א 22/55, שפי ואח' נ' שפיץ 778

פרק שישי: "תקנת השוק"

1. אימתי חייב הקונה תפצים גנובים להשיכם לבעלים?
ע"א 8/59, גולדמן נ' גולדמן 783
ע"א 448/74, אוטו בלה שותפות למסחר בכלי רכב ואח'
נ' לקי דרייב בע"מ ואח' 784

פרק שביעי: מכירה על-ידי בית-המשפט

1. הגנה על הקונה דכשוו של נעדר בתום-לב
כאמצעות בית-המשפט
ע"א (ת"א) 362/59, אפ. 220/49, הרשברג נ' שמרלינג ואח' 786
2. כיטול מכירת קרקעות יתומים על-ידי בית-המשפט
כשטעו כשווי
ע"א 217/75, לוי נ' נחול ואח' 787

פרק שמיני: "גנבת דעת"

1. חובת המוכר להודיע לקונה על כל מום או תביעת זכות
בממכר
788

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

ע"א 338/73, חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח'
ג' כהן ואח' 788

789 .2. גנבת דעת והונאה

ת"א (ת"א) 749/56, אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי
ראשון לציון וזכרון יעקב נ' תעשית משקאות חריפים גולד
ובניו 789
ע"א 417/67, פלדמר נ' שטיין 790
ע"א 453/80, בן נתן נ' נגבי 791

פרק תשיעי: פטנטים

792 .1. הגנה על פטנטים וזכויות יוצרים

ת"א (ת"א) 749/56, אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי
ראשון לציון וזכרון יעקב נ' תעשית משקאות חריפים גולד
ובניו 792

792 .2. קבלת תשלום גבוה עבור ריפוי ותרופות

ע"א 244/72, פלנטקס בע"מ ואח'
ג' The Wellcome Foundation Ltd. 792

פרק עשירי: אבדה ומציאה

793 .1. רשותו של אדם קונה לו רק כשהאבדה בשליטתו ומשתמרת

ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח' 793
ד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח' 800

800 .2. הוצאות שומר אבדה

ע"א 46/53, שפירא נ' פוונסקי 800

801 .3. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותיו למעבידו

ת"פ (י-ם) 191/76, מדינת ישראל נ' אלפרוק 801

801 .4. מציאת נכס גנוב

ה"פ (ת"א) 933/79, רוטגר נ' מדינת ישראל 801

פרק ראשון
דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

1. קניין "אגב"

ע"א 168/55
קונראדס ואח' נ' האפורופסים והמוציאים לפועל של
צוואת המנוח לוי ואח'
פ"ד י' 1310, 1314–1315

הובא בשער זה, עמ' 744.

2. "חזקה שאין עמה טענה – אינה חזקה"

ע"א 213/76
גילברג נ' פאנוס
פ"ד לא (2), 272, 279–280

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, עציוני, שרשבסקי

הערעור נסב על שאלת התיישנותה של חביעה להחזרת החזקה במקרקעין.

השופט שרשבסקי: אני מסכים שיש לדחות את הערעור על-פי הנימוקים שעל-פיהם הגיע חברי המלומד, השופט ברנזון, למסקנותיו. חזקה שאינה נוגדת, פירושה הודאה בזכות הקניין של החובע. לכן אין היא יכולה להביא לתחילת תקופת ההתיישנות, כי לא היה בה משום יצירת עילת חביעה בגללה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות).

התוצאה מתאימה גם למשפט העברי, כי ההלכה אומרת: "כל חזקה שאין

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

עמה טענה, אינה חזקה, כיצד? אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם, אינה חזקה. שמכרת לי שנחת לי במתנה... הרי זו חזקה" (המשנה בבבא בתרא מ"א ע"א) וכך גם בשולחן ערוך, תושן משפט, סימן קמו, סעיף ט: כל חזקה שאין עמה טענה, אינה תזקה. כיצד? הרי שאכל פירות שדה זו במה שנים ובא המערער ואמר לו מאין לך שדה זו, שלי היא! השיבו איני יודע של מי היא וכיון שלא אמר לי אדם דבר, ירדתי לתוכה, אין זו חזקה שהרי לא טען שלקחה ולא שנחנה לו ולא שירשה ואף על פי כן אין מוציאים אותה מידו עד שיביא זה המערער עדים שהיא שלו. הביא עדים, תחזור לו השדה ומוציאים ממנו כל הפירות שאכל..."

אולם לגבי מקרה שלפי סעיף 9 לחוק ההתיישנות הוא בפי הנתבע טענת התיישנות, כפי שהראה השופט כרנון בתלק האחרון של פסק-דינו, לא תהא לנתבע הגנה לפי המשפט העברי. אם כנגד חביעת התובע יטען הנתבע שאמנם אינו מכחיש את בעלות התובע, אך שהוא החזיק בנכס שנים רבות אחרי שהוא קנה אותו מאחר וכל השנים ההן הוא לא ידע שהוא של התובע ולכן הוא טוען "חזקה", זאת אומרת התיישנות, לפי המשפט העברי לא תעמוד לו טענתו, כי הרי הוא לא טען שמי שמכר לו קנה מהתובע ולכן אין בפיו לחזקתו טענה המופנית נגד התובע (ראה שולחן ערוך, שם, סעיף יג). השוני לעומת הודאות חוק התיישנות מוסבר בזה שלפי המשפט העברי שולל הנתבע את זכותו הקנינית של התובע וטוען כי הוא בעל הזכות ולא התובע, אלא שאין בידו להוכיח את זכותו ואין לדרוש ממנו הוכחה באשר עברו כבר הרכה שנים מאז שהוא מתזיק מבלי שהתובע מתה, ולכן יש להכיר בתזקתו כהוכחה לזכותו. לפי תוק התיישנות שולל הנתבע את זכות התביעה של התובע ולא דוקא את זכותו הקנינית (ראה סעיף 2 לחוק) ואם כי לא תעמוד לו החזקה אלא אם יש לה טענה במובן הנ"ל, תהא לו הגנה כנגד התביעה גם אם הוא איננו מכחיש את הזכות הקנינית של התובע, בתנאי שהוא טוען שעברה תקופת התיישנות ושבטוכה הוא החזיק ללא מתאת התובע על-פי חזקה נוגדת, היינו בתזקה שהיתה לו טענה במובן הנ"ל, כגון מפני שקנה את הנכס מאחר ונדע לו על זכותו של התובע רק אחרי שעברה תקופת התיישנות.

דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

3. "קניין בשינוי": רכישה על ידי עיבוד

ע"פ 141/59

טריביש ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יג 1793, 1821-1822

בבית-המשפט העליון כשכתבו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים אגרנט, זילברג

גניכה על-ידי נפקד של בשר לטחינה, לשימור ולאריזה, וקופסאות פח וקרטונים – אם ראוכל מתקשר עם שמעון על מנת שזה ייצר עבורו מוצר המורכב בחלקו מהחמרים שסיפק הראשון ובחלקו מאלה השייכים לשני, ולאחר ששמעון עושה כן הוא שולח את ירו במוצר המוגמר בכזונה לשללו עולמית מאת ראוכל: היש לראות בהתנהגות זו מעשה של גניבה.

השופט זילברג: ואחרון אחרון – המשפט העברי.

גם דיני ישראל מכידים באופן אוטונומי, ללא כל השפעה רומית או אחרת, את המוסד המשפטי של רכישת בעלות (במטלטלין) על-ידי עיבוד. דכישת בעלות זו היא "קנין בשינוי".

הגזול עצים ועשאן כלים, צמר ועשאן בגדים, משלם כשעת הגזילה (המשנה בבבא קמא צג ע"ב).

משלם כשעת הגזילה: דמי עצים וצמר, ואין חייב להחזיר לו כלום, דקני בשינוי (רש"י שם, ד"ה משלם).

הגזילה שלא נשתנית אלא הרי היא כמו שהיתה ... הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה. ואם נשתנית בידי הגזולן ... קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזילה (דמב"ם הלכות גזלה ואכדה, פדק ב, הלכה א).

גזל עפר ועשאהו לבניה – לא קנה, שאם ידוק הלבניה תחזור עפר כשהיתה. גזל לשון של מתכת ועשאהו מטבע – לא קנה, שאם יתיך המטבע תחזור לשון כשהיתה...

אכל הגזול עצים ושיפן וקצצן ... או שגזל צמר וצבעו ... או שגזל טווי ועשהו בגד ... או שגזל מעות והתיכן – הרי זה שינוי בידו, שאם יעשה מעות אחרות פנים חדשות הן (רמב"ם, שם, שם, הלכות יא-יב). נשתנית הגזילה ... אין צריך להחזיר אלא כמו שהיתה שווה כשעת הגזילה, והוא שלא יהא שינוי תחזור לברייתו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס, סעיף ה).

עד כאן בגזולן. ואשר לאומן – מחלוקת היא בתלמוד, אם "אומן קונה בשבח כלי", או לא (בבא קמא צח ע"ב – צט ע"ב; בבא מציעא קיב ע"א; קידושין מח ע"ב). ועדיין לא ברור מה היא ההלכה הסופית (השווה: רמב"ם, הלכות שכירות, פדק י, הלכה ד, ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ב,

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

לעומת רמ"א, אבן העזר סימן כת, סעיף טו, בשם הטור), אבל אם אומן קונה בשבת כלי, הרי פירושו של דבר הוא:

דכל מה שמשביח ... בכלי הוא זוכה, וכשמחזירו לו בשכר הקצוב ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו (רש"י, קידושין שם, ד"ה והכא).
אומן קונה בשבת כלי: וזוכה במה שהשביחו ... וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבת שהיה לו בתוכו (רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה אומן).

קיימת רק דעה אחת, של אחד מגדולי האתרוגים – והיא, עד כמה שידיעתי מגעת, דעת יתיד – כי קנינו של האומן אינו אלא "קצת קנין כמו במשכון".
אגב שאלה זו מתבררים שם גם ענינים אחרים, וכדאי להביא את הדברים באריכות קצת, כי הם מפגינים הבנה יורידית מובהקת, כמעט מודרנית בכיטוייה וכצורות המחשבה שלה:

בשו"ת מוהר"ש הלוי, חלק חו"מ סי' ד, האריך בזה וחקר בהא דאומן קונה בשבת כלי, אם אינו אלא בשבתו הוא דקונה, אבל לא בגוף הכלי, או נימא שעל ידי השבת זוכה בגוף הכלי להיות כשלו, כיוון שנתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן, ולכן קונה בגוף הכלי, והעלה דקונה בגוף הכלי ... איברא דנעלם ממנו דברי תרומת הרשן סי' שט, דמבואר להדיא דאומן אינו קונה אלא בשבת ולא בגוף הכלי, עיין שם ... וכן כתב אשר"י בהאי פרקא אהא דאמר רב אסי אומן קונה בשבת כלי וכל השבח שלו עד שיחזן לו שכרו, ומשמע דוקא השבח שלו, ולא הגוף ... וראוי להתבונן בהאי קנין דאומן קונה בשבת, אם קונה קנין ממש וכשלו הוא – מאי אית ליה לבעל הבית בהאי שבתא, והיכא דשבת שווה יחר מדמי שכירות – היכי מסלק ליה בעל הבית בפחות מדמיו? ואי משום דכבר קנה ממנו בעל הבית כפסיקה שפסק לו עבר השבח – הא הוי ליה דבר שלא בא לעולם, ואיך חזרו וקונה בעל הבית שבתא דאומן אם האומן אינו רוצה ליתן לו שבתו בדמי שכירות, כיון דלא קנה מיד האומן, ועוד דהוי ליה דבר שלא בא לעולם? ולכן נראה אחר העיון, דודאי האי שבתא דבעל הבית הוא, והא דאומן קונה בשבת כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש, אלא קצת קנין הוא דאית ליה בגויה ... כמו בעל חוב דקונה משכון לקדושי אשה ... (קצות החושן, שולחן ערוך, תושן משפט, סימן שו, סעיף קטן ד).

חשיבותה של שאלת ה"קנין" בשבת כלי, היא בקונסטרוקציה המשפטית שבה, היא גם אוצלת על כמה מדיני איסור-והיתר, ואין כאן מקומו להאריך.

דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

4. "אודיטא" – הודאת שקר של בעל דין כתחליף לקניין

ע"א 26/51

קוטיק נ' וולפסון

פ"ד ה' 1341, 1346–1347

הובא בשער החמישי, ראיות, עמ' 397.

ע"א 168/55

קונראדס ואח' נ' האפוטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי, ואח'

פ"ד י' 1310, 1315

הובא בשער זה, עמ' 744.

ע"א 459/59

פינקלשטיין נ' פרושטייר ואח'

פ"ד יד' 2327, 2330, 2334–2336

בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, זוסמן

השופט זילברג: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, בו נדחה עודף תביעתם של המערערים, והמשיבים חייבו בתשלום – 2,000 ל"י בלבד, שהן בין שלישי ורביע של סכום התביעה כולו (הלוואה של – 8,500 ל"י פחות – 1,000 ל"י ששולמו)...

7. ברם, לצורך שלב זה של הדיון אצא מתוך הנחה כי הכל אתי שפיר, וכי שתי השורות הנ"ל מובנן הוא: הודאת המנוח כי חייב היה, בעת רישומן, למשפחת פינקלשטיין, סכום כולל של – 8,500 לירות. ומתעוררת השאלה, איזהו החוק החל על הודאה זו: סעיפי המג'לה, או ה"קומון לאו" האנגלי? 8. דואה אני צורך להדחיק את הדיבור על שאלה זו, כי היא נוקבת ויורדת עד לשרשי ההודאה העתמאנית האמורה בספר יג של המג'לה. אקדים מסקנה לראיה ואומר, כי ההודאה של המג'לה משמעותה לא "נאמנות" אלא "קניין", ממש כמו ה"אודיטא" של המשפט העברי. למען הסדר ההגיוני ולשם הבנת

שער חשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

הענין, אפחח כאודיתא העכרית, כי כה רעיון ה"קנין" כולט ביותר, ורק לאחר מכן אצביע על כמה מסעפי המגילה, המגלים את סימני-ההיכר של האודיתא כהודאת המגילה הנ"ל.

9. האודיתא היא "הודאת-שקר" המועילה היא גופה – כתנאים ידועים – ליצור את האפקט המשפטי הזהה עם תוכן ההודאה. אם ראוכלן אומר לשמעון: "נכסים אלה שלך הם", הם עוכרים כזה גופא לבעלותו של שמעון, אף-על-פי שכל העולם יודע כי אין הדבר כן. ואם הוא אומר: "הריני תייב לך מנה", חלה עליו כאותו רגע ממש חובת התשלום, אף-על-פי שידוע ומוסכם כי לפני אמירתו לא נעשחה שום עיסקא כיניהם. הדוגמא הקלסית להודאת-שקר זו היא האודיתא המפורסמת של איסור גיורא (כבא בתרא קמט ע"א).

מעשה כגר אחד, איסור שמו, שהיו לו שנים-עשר אלף זוזים אצל רבא, והוא היה שוכב ומוטל על ערש-דרווי, ורצה להקנות את הכסף לרב מרי בן רחל – בנו ה"בלתי חוקי" משבויה יהודיה, שהיתה "הורחו שלא בקדושה (בגיווחו של איסור) ולידתו בקדושה (לאחר שנחגייד)". נתעוררה השאלה בבית מדרשו של רבא, כיצד יצליח איסור להקנות, כטרם ימות, את הזוזים לבנו. שקלו וטרו ככל דרכי הקנין, והגיעו לידי מסקנה כי לא יוכל לעשות כן: לא כירושה ולא כמתנה, לא כמשיכה ולא כחליפין, לא כאגב ולא כמעמד שלשתן. עד שקם אחד התלמידים ואמר: מדוע לא? יודה איסור כי הזוזים הללו של רב מרי הם, ויקנה אותם רב מרי כ"אודיתא"! עוף השמים הוליך את הקול, הדבר הגיע לאזני איסור, ומיד "נפק אודיתא מבי איסור": איסור הורה כי הזוזים הם של בנו, רב מרי, וכזה הוציא אותם בדרך חוקית מירי הנפקד (רבא).

מוסד האודיתא קנה לו שכיתה כמשפט העברי, ושימש תחליף קל ונוח לעשייה-שליקנין. התתייבות (בדרך-כלל) טעונה "קנין" כמשפט העברי, ועל אחת כמה וכמה העברת בעלות ממש; אבל אם עשה את הדבר בצורת "אודיתא" – היינו הודאה אבסטרקטית שאינה מגלה את העילה – ההודאה משמשת היא גופא "קנין", ומולידה כהכל פה את הזכות, האובליגטורית או החפצית, שהמודה מייחס לחברו בגוף ההודאה (על סוגי ההודאה השונים עיין בפסק-דיני, ע"א 26/51, פד"י, כרך ה, עמ' 1341, כעמ' 1346, 1347; העליתי שם, כי לגבי "הודאת שקר" אבסטרקטית, להכדיל מ"קארוואלית", אין ספק כי היא מטעם "קנין" ולא מטעם "נאמנות"). אמנם יש לדעת רבים גדלים וסייגים גם לאודיתא, היא צריכה להיעשות בפני שניים או בשטר, שאם לא שמדו על תנאים אלה לא הוכחה רצינות ההודאה, והמודה יוכל למחר לומר: "משטה אני כך" (השווה: סנהדרין כט ע"א; דמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ו, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פא, סעיף א; ספר השטרות לר"י כרצלוני, מהדורת ברלין 1898, שטר כב).

והדי לפנינו האודיתא, כפי שהיא מופיעה אצל הפוסקים הגדולים: המחייב עצמו כממון לאחד בלא תנאי אף על פי שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב. כיצד? האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או

שכתב לו בשטר הרניני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הרניני חייב לך מנה בשטר אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר "בשטר" הרי זה כמי שאמר הווי עלי עדים, וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף א).

הלכה זו הועתקה על-ידי המחבר כמעט מלה במלה מתוך דברי הרמב"ם: המחייב עצמו בממון לאחר כלא תנאי כלל אף על פי שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא. כיצד? האומר לעדים הווי עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הרניני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הרניני חייב לך מנה בשטר, אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר "בשטר" הרי זה כמי שאמר הווי עלי עדים, וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יא, הלכה טו). ומזה טעמו של דבר? על כך כותב אחד מנושאי-כליו של הרמב"ם, הלא הוא בעל ה"כסף משנה", רכינו יוסף קארו, מחבר השולחן ערוך: זה נלמד מדאמרינן בפרק מי שמת (בבא בתרא קמט ע"א): ולודי איסוד דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באורייתא (כסף משנה על הרמב"ם, שם).

ואחר מגדולי האחרונים וחריפי-המוח שבהם, ר' יהודה ליב הכהן, אותו יוריסטון מצויין שהכניס קטיגוריות משפטיות מודדניות שבמודרניות למערכת המושגים והמונחים של המשפט העברי, כותב בחיבור על החושן-משפט: טעמא דהרמב"ם – הכוונה להלכת הרמב"ם שצוטטה לעיל – משום אודיתא. הוי, ראפילו חפץ יוכל להקנות באודיתא... והוא קנין מעליא אף על פי ששניהם יורעין והערים יורעין שזה החפץ או הקרקע אינו של פלוני, קונה הוא אוחו באודיתא של הנותן כמו שקונה במשיכה וכסף... ונחזיק טובה לבעל כסף משנה שירר לאמיתו של דבר וזה לשונו (כאן באים דברי הכסף משנה שצוטטו לעיל)... ואם כן, דעת הרמב"ם נמי אינו אלא משום קנין אודיתא... (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף קטן א). סיכומו וקיצורו של דבר: האודיתא אינה מטעם נאמנות אלא מטעם קנין, והיא יוצרת ed ipso את ההתחייבות או את הזכות הכלולה בגוף ההוראה.

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

5. "אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו"

ע"א 168/55

קונראדס ואח' נ' האפורופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי, ואח'

פ"ד י 1310, 1314-1315

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, ברנזון, ויחקון

התנגדות לאישור צוואה.

השופט זילברג: 4. אשר לסדרת הטענות הראשונה, טענותיו של בא-כוח המערערות הן:

(א) "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", ולכן לא יכול היה המצווה לצוות על "פירותיהם, פירי פירותיהם, ותולדותיהם", כאמור בסעיף 3 של הצוואה.
(ב) ביחס לחובות המגיעים למנוח – לא נעשה קנין אגב. כאן תלה כנראה פליטת-פה או טעות-סופר, וכונחו של הטוען היחה, ודאי, לכך כי גם קנין אגב, אפילו אם נעשה, אינו מועיל להקנות חוב. ועד כמה שהכספים האמורים בסעיף 3 הם גרר "פקדון", הרי היה צורך להקנותם אגב קרקע. שהרי כך היא ההלכה:

המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא על גבי קרקע... והוא שיהיו אותן המעות קיימין כגון שיהיו מופקדין במקום אחד. אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון, והקנה ללוי קרקע ועל גבה חוב שיש לו אצל שמעון, נראה לי שלא קנה החוב (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ו, הלכה ז; כן גם שולחן ערוך חושן משפט, סימן רג, סעיף ט; השווה לעומת זה: תוספות, בבא בתרא קמח ע"א, ד"ה שכיב מרע; עיין גם: תשובות הריב"ש סימן שמה).

(ג) ההודאה אשר בסוף סעיף 13 הנ"ל, אינה מועילה להכשיר את הצוואה לגבי דבר שלא בא לעולם או לגבי חוב, שכן לא הודה המצווה בקיום חוב קצוב של סכום כסף ממש.

אין אני מוכן לקבל את הטענות הנ"ל. בלי להיכנס לבירור כל השאלות המעניינות שנחשעו על-ידי השופט המלומד לגבי כל אחד ואחד של ה"מומין" הללו, נראה לי כי ישנה תשובה אחת, ניצחת, לכל הטענות ההן גם יחד. המצווה הודה כי "כל הדברים הנזכרים לעיל סודרו... בכל אופן היותר מועיל... כל דבר ודבר לפי קנינו", והודאת בעל-דין כמאה עדים דמי, ומחייבת את בית-המשפט לפסוק על-פי ההודאה, כאילו הוכח שאמנם כך היה הדבר. ומכיון שבדיני ישראל אפשר להקנות אפילו דבר שלא בא לעולם,

דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

לכשיבוא לעולם, על-ידי הקנאת הגוף לפירותיו – "ואין זה מקנה רבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כג, הלכה א) – ומכיון שגם חוב אפשר להקנות, אמנם לא בקנין סודר ולא בקנין אגב, אלא במעמר שלשתן, או בכתיבה ומסירה אם יש שטר (ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ט; שולחן ערוך, חושן משפט סימן רג, סעיף ט; שולחן ערוך, חושן משפט סימן סו וסימן קכו), ולמעשה אין לך דבר שאי אפשר יהיה להקנותו, באיזה דרך שהיא, על-פי דיני ישראל, הרי על-ידי אמירתו-הוראתו הנ"ל של המצווה, כי הקנה את הרכסים הנזכרים כצוואה "כל רבר ודבר לפי קניינו", נוצרה מעין "מניעות" estoppel בלע"ז, המונעת את יורשי העזבון מלבוא ולהוכיח, כי אכן לא נעשה כל קנין כשר בשעת עריכת הצוואה או לפנייה. כוח ההוראה בדיני ישראל הוא כל כך חזק, עד שלדעת אחד מבעלי התוספות הגדולים, אפילו מי שאין לו קרקע כלל יכול להקנות אגב קרקע כל מטלטלים שהם, מכוח עצם ההוראה שיש לו קרקע שכזאת. ונראה לרבנו תם דהיינו טעמא – כלומר: זה הוא הטעם, שבגללו יכול להשתמש בקנין אגב גם מי שאין לו קרקע – כיון שמורה שיש לו קרקע, וחוב הוא לו, שהרי על-ידי קרקע מקנה לחבירו, אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו, הרי הודאת בעל-דין כמאה עדים ולא חיישינן למיחזי כשיקרא, כראשכחא (לקמן קמט) גבי איסור גיורא ונפק אודיתא מבי איסור, ואף על גב שהיה איסור משקר (תוספות, כבא בתרא מר ע"ב, ר"ה ולא).

אך גם מי שאינו מודה בהלכה קיצונית זו, וסובר כי אין בכוח ההודאה לברוא "יש מאין" שכזה – למשל: רמ"א, חושן משפט, סימן רב, סעיף ז; בית יוסף לטור חושן משפט, שם, סעיף א, בשם הרשב"א – אינו חולק על כך, כי כל המודה, לחובתו, שעשה קנין כשר בנכסיו, הודאתו כמאה עדים ואינו יכול לחזור בו הימנה (עיי' ור"ק בגוף דברי הרמ"א שם; באר היטב שם, סעיף קטן יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קיג, סעיף ד).
5. העולה מכל האמור, כי הצוואה דגן, בצורתה המקורית, כשרה היתה.

ע"א 682/74

יקותיאל נ' ברגמן

פ"ד כט (2) 757, 764–765, 774–775

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, קיסטר

בערעור זה מתעוררת שאלת חקפו של הסכם בו מעביר אדם לזולתו חלק מירושה שהוא מצפה שתגיע אליו מאדם שעודנו בחיים: בין המערער והמשיבות נערך בשנת 1954 זכרון-דברים בו התחייבו המשיבות להעביר למערער את חלקי הבית "הרשומים כיום בשם אמן ... הן בדרך ירושה והן בכל דרך אחרת".

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

אשר לוויחור על ירושה במשפט העברי: הבעל יכול בזמן מסויים לפני הנישואין להסתלק מירושת אשתו בחייה, לפי האמור בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן צב, סעיף ז, ואילו יורשים אחרים אינם יכולים לוותר על הירושה בחיי המוריש.

6. "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"

ע"א 27/49

לבנון נ' אלמליח

פ"ד ג 68, 81-82

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, חשין, זילברג

דחיית בקשה למתן צו המכריו על בטלוחו של הקדש שנוסד בבית-דין שרעי ואושר בבית-דין הדתי של העדה הספרדית.

השופט זילברג: וכאן טוען בא-כוח המערער, כי גם אם נניח, כי בית-הדין הספרדי היה גם היה מוסמך לתת גושפנקה חוקית להקדש שנוסד לפניו, הרי הרב פאפו, על-כלפנינו, לא היה רשאי לעשות כן, נוכח ההלכה הידועה, כי "אין בית-דין פחות משלושה".

אין אני מסכים לטענה זו, כי יש סייג להלכה ההיא, והוא: אם הדין הוא "מומחה לרבים", כלומר: מפורסם ומקובל כתלמיד חכם על דעת רבים (עייין: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ב). במקרה שלפנינו העיד הרב יעקב ברוך (עמודים 6, 7), כי הרב פאפו היה ממלא מקום ראש הרבנים בבגדד, ובי היה "רב מפורסם"; והואיל ובא-כוח המערער לא הביא ראיה לסתור את העדות, אין אני מוכל לבטל, בשל טענתו ההיא, את פסק-הדין הנ"ל.
... ובה אנו מגיעים לטענתו האחרונה של בא-כוח המערער. סימן 53 (III)

מקנה סמכות לבתי-הדין הרבניים לגבי כל דבר הנוגע לייסוד הקדשות אשר נוסדו לפנינו על-פי דיני ישראל. פרט אחרון זה – טוען בא-כוח המערער – הוא תנאי קודם לעצם סמכותו של בית-הדין הרבני. במקרה שלפנינו, נאמר בשטר ההקדש השרעי, כי "הם (עניי העדה המוגרבת) ייהנו מזה על-ידי ההכנסות בלבד". הכנסות בית הן כחינת דבר-שלא-בא-לעולם, ואין אדם מקדיש דבר-שלא-בא-לעולם. נמצא, כי תנאי ההקדש אינם עולים בקנה אחד עם דיני ישראל, ואם כך הדבר, הרי שהרב פאפו לא היה מוסמך כלל לטפל בייסודו של ההקדש.

דרכי קניין – דרכי רכישת בעלות

אין טענה זו נראית לי, ושתי תשובות בדבר: (א) ספק גדול, אם ראים אנו להרהר אחרי כשרותו החוקית-דתית של ההקדש, לאחד שהסמכות הדתית העליונה של הארץ, והיא: הרבנות הראשית לא"י, ראתה את ההקדש כשר לפניה, ואישרה אותו "לפי כל תנאיו" (ראה ס' 2 (ז) לעיל); (ב) גם מבחינת דיני ישראל גופא, אפשר גם אפשר להכשיר את ההקדש, מכיון שלדעת הרמב"ם, פרק כב מהלכות מכירה, הלכה טו והלכה טז, וכן לדעת השולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריב, סעיף ז (שלא כדעת הרמ"א שם), "דין ההקדש ודין העניים ... אינו כדין ההדיוט ... והואיל והדבר כן, אם ציווה אדם כשהוא שכיב-מרע ואמר ... כל שכר-בית זה לעניים, זכו בהן העניים" (עיין ספר מאידת עינים, חושן משפט שם, סעיף קטן יט). ואם בדבדי פוסקים אלה המדובר הוא בשכיב-מרע, ואילו המקדיש דגן היה ודאי בריא, הרי פרט זה, כפי שיש ללמוד מדבדי הפוסקים האחרונים, נודעת לו חשיבות, אולי, לגבי הפורמליות של עשיית ההקדש – אם די באמירה בלבד, או לא – אך אין בו נפקותא כלל לגבי עצם השאלה, אם נתינת "שכר-בית" לעניים, יש בה משום "דבר-שלא-בא-לעולם" (יוצא מתוך השקלא וטריא בשאלות ותשובות הרמ"א, סימן מח, ותשובות ר' עקיבא אייגר, סימן קמו; אך השווה: באר הגולה בשם הב"ח, חושן משפט שם, סעיף קטן ע). עצם העובדה, כי הרבנים הראשיים אישדו את ההקדש, מוכיחה למדי, כי הם הכריעו, הלכה למעשה, כדעת המכשירים, ושוב אין מקום לומר, כי ההקדש לא נעשה על-פי דיני ישראל במובן סימן 53 (III).

ע"א 168/55

קונראדס נ' האפטרופסים והמוציאים לפועל של
צוואת המנוח לוי, ואח'

פ"ד י 1310, 1315

הובא בשער זה, עמ' 744.

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

7. מתנת קטין מבחין

אפוט 23/62

עזבון המנוח רייכמן

פ"מ ל 252, 256-257

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בענין עזבון המנוח שלמה רייכמן ז"ל.

השופט קיסטר: הבקשה היא על-ידי הגב' רייכמן לתת לה הוראות, בתור אפוטרופוס טבעית של בנה הקטין גיל רייכמן, להעביר את הסך – 6,000 לירות שנחסכו על-ידי אביו של הקטין בחשבון חסכון חמ"ד 1804/23, בשם הקטין גיל רייכמן, לעזבון המנוח שלמה רייכמן על מנת שסכום זה יחולק בין יורשיו התוקיים – כולל הקטין גיל רייכמן.

יש לציין כי במשפט עברי ישנה דעה, אם כי לא מוסמכת, שקטין מבחין, הנותן מתנה במטלטלין, מתנתו קיימת, אפילו אם יש לו אפוטרופוס (דעת רבנו חננאל, בתובות ע"א, תוספות ד"ה אבל, והרא"ש כתובות פרק ו, סימן כג), הסברה היא של אותם הפוסקים: שבנוגע למכירה, הקטן יכול להיות מושפע ומרומה על-ידי כך שרואה שנותנים לו כסף ואינו מעריך אל נכון את הערך הריאלי של הגמכר, ואילו לגבי מתנה לא בקלות יתן לזולתו דבר השייך לו, אלא אם כן הדכר נות לו.

אמנם אין מקום להשתמש כאן במשפט עברי ובודאי לא לפי אותם הפוסקים הסוברים כנ"ל לגבי מתנה. אבל על כל פנים יש מקום להשתמש בסברה זו לגבי עדותו של הקטין שהוא עד כדי כך מבין ומבחין וקרוק לעצמו שלא יתן עדות כוזבת נגד עניו.

פרק שני שכירות

1. אופיה של השכירות

ע"א 208/51

הקר ואח' נ' ברש ואח'

פ"ד ח 566, 569, 577-581, 583-584

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, כרנזון

השופט זילברג: נתגלגלה לידינו, בערעור זה, החובה והזכות לחוות את דעתנו על שאלה הנוגעת לעצם אפיו המשפטי של חוזה השכירות. לפלא בעיני יראה, כי שאלה יסודית מעין זו לא באה על פתרונה המלא כבר לפני עידן ועידנים, וכי עד היום הזה עוד אפשר – או מנסים עדיין – לגלות בה פנים לכאן ולכאן. קיים פסק-דין אחד ישראלי הדין ישירות בשאלה זו, הוא ע"א 17/50 חיפה, פסקים, תמציות פסקי-דין מחוזיים ג, עמ' 33, אך גם בו נחלקו דעות השופטים, ולא הושגה מסקנה אחידה.

השאלה היא, בקיצור נמרץ, אם חוזה השכירות, וכיחוד חוזה שכירות מקרקעין, מקנה לשוכר זכות ריאלית – זכות חפצא – כנכס המושכר, או שאינו אלא חוזה אוכליגטורי – חוזה גברא – המוליד זכויות וחובות אישיות לגבי שני המתקשרים. שאלה זו, כך טען מר לויצקי לפנינו, תאצול ותשפיע על הכרעת השאלה הממשית הניצבה לפנינו בערעור זה, והיא: אם השוכרים, במקרה דנן, זכאים היו להעביר את חוזה השכירות על שם המעדרעת השלישית.

... (ז) ואחרון אחרון – המשפט העברי (דיני ישראל).

השכירות בדיני ישראל – אחד שכירות קרקע ואתד שכירות מטלטלין – היא עסקא חפצית. ראש לכל עולה על לבנו המטבע שטבעו חכמים: שכירות כיומה מכירה היא (כבא מציעא נו ע"ב).
או: "שכירות ליומה ממכר הוא", מאמד קצר, אלגנטי, שגור כפי כל, המבליט מאין כמוהו לכהירות את דעיון החפציות.

שכירות

היא, כי השכירות בכלל איננה זכות תפצית. קיצורו של דבר: עצם הספק שנתעורר שם, בין הפוסקים, ביחס לשאלה הנ"ל, מעיד ומצביע על זכותו החפצית של השוכר.

ולבסוף ראייה אחרונה – תשובה שאין אתריה כלום, והוכחה שאין למעלה הימנה לאפיה החפצית של השכירות. הדין הוא, כי בשכירות "מחילה לא מהני", כלומר: אינה מועילה לבטלה, ממש כמו שאינה מועילה לבטל את המכר (באר הגולה, חושן משפט, סימן שסו, סעיף א, סעיף קטן א, בשם תשובת הריב"ש, סימן תקי; רמ"א, חושן משפט, סימן קפט, סעיף א). פירוש הדבר: כשם שקונה חפץ מחברו, וחזרו בהם שניהם מן המכר, אין הקונה יכול "למחול" את הממכר ולהסתלק הימנו בדיבור בעלמא, אלא עליו להקנות את הנמכר חזרה למוכר בקנין המתאים, כך גם שוכר אינו יכול למחול את שכירותו תוך זמנה, ועליו להקנות למשכיר חזרה את זכותו במושכר. זו היא, לדעתי, ראייה חוחכת ל"חפציותה" של זכות השכירות. כי אילו לא היתה זו אלא "חוב" שיש לשוכר על המשכיר, מחילה היתה חופסת בה, כמו בכל חוב אחר, ומחילה כידוע אינה צריכה קנין.

גם המשפט העברי גורס את הפסוק: מכר אינו דוחה שכירות. מי שהשכיר בית לחברו ואחר-כך מכרו לאחר, אומר השוכר לקונה: "אינך עדיף מן האיש שבאת הימנו", כלומר: אין כוחך יפה מכוח המוכר, ועליך להמתין עד תום תקופת השכירות המותנית, או – אם היתה זו שכירות סתם – עד הגיע הזמן שניתן, על-פי דין, לסיום השכירות והוצאת השוכר (בבא מציעא קא ע"ב; שולחן-ערוך, חושן משפט, סימן שיכ סעיף יג, ובאר הגולה שם, סעיף קטן ג; משנה בבא מציעא שם, ושולחן ערוך, חושן משפט, שם, סעיפים ה-ו).

נימוקו של החלמור גופו: "אינך עדיף מן האיש שבאת הימנו", כוחו יפה בעצם לגבי כל סוגי השכירות, והעוברא כי שאלה זו נדונה בש"ס ופוסקים (וכן בירושלמי בבא מציעא, פרק ח, הלכה ט) בקשר לשכירות בחים, אין בה – כך נראה לי – כדי לצמצם את ההלכה לסוג זה בלבד. אך אין להכחיש, כמובן, כי מבחינת הצורך המעשי בהגנה זו, יפה כוחה של שכירות בחים.

לעומת זה ישנו ענין אחר, חשוב עד למאור, בו מבחינים הפוסקים בפירוש בין שכירות בחים לבין שכירויות אחרות. כוונתי להשכרת המושכר על-ידי השוכר, ו"השכרה" כאן – כפי שנראה להלן – פירושה: השכרת-משנה, ולא העברת השכירות הראשית. בדרך כלל, אין השוכר רשאי להשכיר, ואין השואל רשאי להשאיל, אבל שכירות בחים – שאני!

מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחברו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו, משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו, אבל אם הוא ארכעה לא ישכיר לחמישה, שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מט לט לין, שהרי אומר לו: אין רצוני שיהא פקרוני ביד אחר, אבל הקרקע או הספינה שהרי בעלה עמה – אינו אומר כן (רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ה, הלכה ה).

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

המלים: "שהרי בעלה עמה" לאו דוקא, ופירושו הוא: ... שאינן כמטלטלים, שיש לחוש שמא יבריתן ויציאן מן העולם, אלא תמיד ברשות הבעל קיימא (פרישה לטור חושן משפט, סימן שטז).
זאת אומרת: גם אם אין הבעלים גרים באותו בית ממש, רשאי השוכר להשכירו לאחר, כי קרקע לעולם ברשות הבעלים היא – "קרקע אינה נגזלת".
וכן יוצא מדברי המרדכי, בבא מציעא, פרק האומנין, סימן שנו: מכאן מוכיח רבנו מאיר, ראובן שהשכיר בית לשמעון, דשמעון יכול להכניס לוי תחתיו ואין לראובן על שמעון אלא חרעומת משום שינוי דעתא, ולא אמדינן: אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר אלא כמטלטלין, שאפשר לגנוז ולהטמינן, ולכן טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ... אבל במקרקעין רשאי השואל להשאיל והשוכר להשכיר.
ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שטז, סעיף א, נאמר, וזה לשונו: המשכיר בית לחברו לזמן קצוב, ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכירו עד סוף זמנו, והוא שלא יהיה מנין כני הבית האחר יותר מבני ביתו. האם יכול השוכר, בתנאים אלה, גם להעביר את השכירות לאחר? נראה לי, שלא! וראיתי לכך היא מדברי הרי"ף לטור חושן משפט, סימן שיו, המוסכים על דברי הרמב"ם הנ"ל. המדובר הוא שם בקושיא מן הרמב"ם על הרמב"ם, היינו: בסתירה שנתגלתה בין דבריו כאן (הלכות שכירות), דבכל שכירות קרקע דשאי השוכר להשכיר לאחר (כאשר מנין בני הבית שווה), לבין דבריו במקום אחר (הלכות מכירה, פרק כג, הלכה ח), מהם יוצא, כי בשכירות שדה אין השוכר רשאי להשכיר לאחר. ובעל הרי"ף אומר על כך: ולעניות דעתי נראה דחילוק בין בית לשדה, דבית אף שיכולים לקלקל בו כמו בשדה ויחור, מכל מקום יכול המשכיר ליתן הבית ליד השוכר במושלם בצורתו ותבניתו, ולהתנות עמו שיחזירוהו לידו כמו שהוא, ומה לי אם ידור בו הוא או אחר, מה שאין כן בשדה דיכול להכחישו (כלומר: להרוות את השדה) כמה שאינו מובירה ... או בוריעתו פשתים או קטניות ... ואין בעל הבית (כלומר: בעל השדה) מרגיש בו אלא לאחר זמן.
מכאן עולה לדעתי ברורות, כי כאשר המדובר הוא ברשותו של השוכר להשכיר, הכוונה היא להשכרת משנה דוקא, בה השוכר הראשי נשאר אחראי כלפי משכירו הוא מכוח השכירות הראשית העומדת בעינה, ולא להעברת שכירות, אשר – אם מותרת היא – משתדרת את השוכר המקורי מכל חובותיו כלפי בעל הבית ומכניסה תחתיו את השוכר השני. אין להעלות על הדעת, כי המשפט העברי ביקש להבליע כאן בנעימה העברת שכירות מיוחדת, דוגמת ה-assignment of lease האנגלי, בה השוכר, למרות ההעברה, נשאר אחראי למילוי החובות הנובעות מחוזה השכירות.
קונסטרוקציה משפטית שבזאת, אמנם, אפשרית היא גם על-פי עקרונות המשפט העברי – ראה להלן סוף פסקא 11 – אך אילו נחכונו לכך, היה רישומו של דבר ניכר בספרות השאלות ותשובות העשירה, הדנה הלכה למעשה בעיני שכירות, ואין הדבר כן, עד כמה שהצלחתי לכרר.

שכירות

ואף גם זאת. הספק הקל הוא – אם בכלל קיים – לגבי שכירות מקרקעין. במטלטלין פשיטא דאין השוכר רשאי להשכיר, ואין השוכר רשאי להעביר, קל וחומר מזה על זה. והלא לגבי אֶפֶיה החפצי של השכירות אין הבדל, כדיני ישראל, בין שכירות קרקע לבין שכירות מטלטלין.

סיכומו של דבר, כי כדיני ישראל:

(א) השכירות היא חפצית;

(ב) מכר אינו דוחה שכירות;

(ג) השוכר בית מחברו, רשאי להשכירו לאחר עד סוף זמנו, בתנאי כי מנין

בני הבית יהיה שווה (או "הסיעות" שוות);

(ד) אין השוכר רשאי להעביר את השכירות לאחר.

... הרעיון אשר בגללו מעביר-השכירות באנגליה אינו משחרר מחובותיו

כלפי המשכיר בתוקף "החווה המפורש" שביניהם, מקורו נעוץ באבחנה הדקה והמסובכת – מלפני 400 שנה ומעלה – בין "בעלות-דברים חוזית (privity of contract) לבין "בעלות-דברים קנינית" (privity of estate).

(Walker's Case (1587) 76 E.R. 676, at pp. 680, 681; March v. Brace (1614) 80 E.R. 1025, at p. 1027; vide Cheshire, Modern Real Property, 6. ed. p. 202).

הראשונה היא חודית, אישית, והיא עומדת בעינה בין המתקשרים המקוריים – השוכר והמשכיר – וביניהם בלבד. השניה כרוכה אחרי הנכס, והיא עלולה לעבור מאיש לאיש עם העברת הזכות החפצית, "הקנינית", של השכירות. אבחנה זו מעלה על לבנו, בדרך האסוציאציה, את הבחנת המשפט העברי בין "שעבוד הגוף", הרובץ על הלווה לטובת המלווה, ולטובתו בלבד, ואין המלווה יכול למכרו לאחר, לבין "שעבוד נכסים", הרובץ על נכסי הלווה, ועובר – במקרה של "מכירת שטר חוב" – מזכותו של המלווה לזכותו של קונה השטר (עיין סוגיא דהמוכר שטר חוב לחברו ותזור ומחלו וכו', כתובות, פרק הכותב, פה ע"ב, ומקומות אחרים; ר"ן על הרי"ף כתובות, פרק הכותב, שם; סמ"ע לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן סו, סעיף כג, סעיף קטן נה), וכיחוד: קצות התושן שם, סעיף קטן כז, על "שיטת רבנו תם", אך אין לה, לאבחנה זו, על מה שתסמוך בשיטת המשפט של המג'לה. ואם המג'לה אינה מתירה – ואמנם כן: איננה מתירה – את ההעברה "הטוטאלית" של השכירות, פירוש הדבר: אינה מתירה ואינה מכירה כלל, ו לא : ממעטת אותה עד לשיעור ההעברה "המפוצלת", שהגן עליה ב"כ המערערת השלישית.

שער חשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

2. שכירות משנה והתנאה בשכירות

ע"א 90/51

אנגלמאיר נ' לינדרמן

פ"ד 426, 427, 429

בכית-המשפט העליון כשכחו בכית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, אסף, ויחקן

השופט ויחקן: לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בת"א, בו הוחלט – ברוב דעות – לדחות ערעור על פסק פינני, שניתן על-ידי בית-המשפט נגד המערער. הסבסוך נוגע לדירה בת 2 חדרים עם גן, שהושכרה למערער על-ידי המשיב לחקופה של שנתיים. חוזה השכירות כולל את התנאי המקובל, שלפיו אסור לשוכר להשכיר את המושכר או כל חלק הימנו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר בכתב. כחודש ימים אחרי כניסתו לדירה, השכיר המערער חדר אחד לדייר משנה, ששמו שמואל וירגני...

השופט אסף: יוצא איפוא ברור, שאין לשוכר רשות להרבות בוודיון יתר על מה שהוסכם והותנה בינו ובין המשכיר. ברור הוא גם בן, שיש הבדל לגבי הבית אם רבים או מעטים משתמשים בו. וכך קובע גם סעיף 1081 של המגלה: "לענין דירה אין הבדל באיש המשתמש... אבל אם רבים בני משפחתו נעשית ישיבת הבית בחינת דבר שיש בו הבדל במשתמש". אותו סעיף מדבר אמנם ביחס שבין שותפים לבית או לדירה, אבל הוא הדין גם ביחס שבין שוכר למשכיר. גם בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שטז, סעיף א, נקבע: "המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר, משכיר עד סוף זמנו, והוא שלא יהיה מנין בני בית האחר יותר מבני ביתו".

כל האמור למעלה נאמר מתוך ההנחה שממנה יצא גם ב"כ המערער, שסעיף 428 שולל מן המשכיר את הזכות להגביל את השימוש במושכר אפילו על-ידי התנאת תנאי מפורש, אולם עדיין הדבר צריך עיון אם זוהי כוונת אותו סעיף. "אין תנאי מועיל בו" לא נאמר, אלא "אין הגבלה מועילה בו", והגבלה זו באה על-ידי זה שהוא אומר, או כותב בחוזה השכירות, אני משכיר לך בית זה לשם דירה. הגבלה זו אינה שוללת מן השוכר את הזכות להשיב בו אחר, כי אף על פי שאין השואל רשאי להשאל אבל השוכר רשאי להשכיר, אבל אם התנה עמו תנאי מפורש שלא ישכירו לאחר יהא תנאו קיים. וכשם שיש תנאי במכר, אם יש בו בתנאי משום טובת אחד הצדדים (מגלה סעיף 189) כך יש תנאי בשכירות. אמנם המוכר בית לחברו על מנת שלא ימכרו לאחור לא יהא תנאו קיים, כי אין בו משום טובת המוכר, כי מה איכפת לו למוכר אחרי שנסתלק

שכירות

מבעלות הבית למי ימכרנו הקונה, אבל המשכיר איכפת ואיכפת לו מי יהא האיש שישב בביתו: אם הגון הוא או לא, אם יטפל בדירה כראוי או לא וכו'. ואמנם המשפט העברי קובע: כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במכר, כך מתנה בשכירות (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שטו, סעיף ב), ואינו דורש אפילו שהתנאי יהא בו משום טובת אחר הצדדים. לפי זה אין סעיף 428 שולל מן המשכיר את הזכות להתנות עם השוכר שלא ישכיר את המושכר לאחר. ואמנם כך פסק בית-המשפט העליון בתקופת המנרט, בע"א 384/43.

3. זכויות שותף בשכירות משותפת

ע"א 64/50

משצ'נסקי נ' מיכאליץ

פ"ד ז 324, 325, 328-329

בבית-המשפט העליון כשבו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני השופטים חשין, אסף, זוסמן

השופט אסף: זהו ערעור, לאחר נטילת דשות, על פסק-הדין שניתן ברוב דעות בבית-המשפט המחודי בחל-אביב, ביום 10.5.50, בע"א מס' 277/49, לפיו אושר ברוב רעות פסק-הדין של בית-משפט השלום בחל-אביב, שעל המערער לפנות חדר אחד ברירתו שבבית המשיב...

9. כבוד השופט שאל הראה גם על התוצאות המעשיות הבלתי-רצויות העלולות להיגרם מזה, שבעל הבית יקבל בחזרה את התדר המתפנה על ידי פטירתו של השותף, וכמו כן, כמובן, גם את זכות השימוש במשותף בפרוזדור הבית ובמטבח ובחירי השירות. שניים השוכרים יחד דירה בשותפות תזקה עליהם שהם ובני ביתם מכירים זה את זה וסבורים שיוכלו לאפות את לחמם בתנור אחד ולבשל תבשילם במטבח אחד ולגודר בצוותא שכנים טובים (אם כי לא חמדי מחשבתם זו מתקיימת), כיון שאורח חיהם הוא שווה פחות או יותר, ועל דעת כן השתתפו בדירה. אבל אם בעל הבית ייכנס בעצמו לחלק הדירה המתפנה או יכניס לחוכו ריידים חדשים, הרי זה עלול לגרום סבל רב מאד לשותף הנשאר, אם לא יהיו הדיידים נוחים זה לזה, או שבמקום השותף שייצא תיכנס משפחה גדולה.

מטעם זה גם נפסקה הלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שטו, סעיף ב: שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד אין אחד מהשותפים יכול להשיב אחר במקומו, אפילו יש לו ריודין פחותים ממנו, כי יכול לומר: אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל.

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

והלכה זו מבוססת על תשובת הרא"ש, כלל א, סימן ב, שהוכאה גם בטור ושושן משפט שם, סעיף ב, הרא"ש מוסיף:

הדבר ידוע שאין הדירה מקובלת עם כל אדם בשווה, יש מפני חשיבותו, שאדם בוש ממנו, ויש מפני גריעותו, שאדם בוש לדור עמו, ויש שהוא בעל קטטה, ויש שאינו נאמן, הלכך האדם הרוצה לדור בשותפות מדרקק עם מי שהוא חפץ לדור, ולא יוכל אותו שקיבל לדור עמו להושיב אחד במקומו. ולכן – מסיק הרא"ש – יוכל השותף הנשאר לומר לשותף היוצא, אני מוכן לשלם בעד חלקך את השכר הנראה לבית הדין ואל תכניס דיוורין אחרים במקומך.

10. ודומני שלא נרחיק לכת יותר מדי אם נסיק מזה את המסקנה, ששניים השוכרים בשותפות דירה מבעל הבית, הרי כל אחד מן השותפים שוכר את הדירה על מנת כך שלא יוכל המשכיר להכניס לדירה שותף אחר במקומו של השותף היוצא, שלא מדעתו והסכמתו של השותף הנשאר. מטעם זה יהא השותף הנשאר זכאי תמיד לקבל את החלק של הדירה המתפנה על ידי יציאת שותפו.

4. סיכול שכירות כתוצאה ממכת מדינה (כוח עליון)

ע"א (י-0) 2/48

אלבראנס נ' שמטרלינג

ס"מ א 72, 82-83

בבית-המשפט המחוזי בירושלים כחור בית-משפט לערעורים

נושא הערעור הזה הוא פסק-דין של בית-משפט השלום בירושלים מיום 5.5.48 במשפט אזרחי מספר 51/48, המערער הגיש נגד המשיב תביעה על סך 25 לא"י לפי שטר חוב. השטר נחתם על-ידי המשיב לפקודת אשת המערער והועבר על ידה למערער. חאריך השטר הוא יום 3.10.47, וזמן הפרעון יום 15.2.48.

הנשיא (הל"ר): 34. הרבה יותר מאשר למשפט האנגלי קרובה המג'לה למשפט העברי, לפי שהמשפט המושלמי בכלל יגן ממקורות ישראליים. כשקודאים את פירוש עלי חידר, המבוסס על מקורות מושלמיים, לסעיף 478, בולט הדמיון להלכות המשנה, להבדיל. עיין למשל עלי חידר לסעיף 478: (י) אם שכר אדם שדה המושקה ע"י מי הגשמים (שרה בעל) ונעצרו הגשמים ואי-אפשר לזרעה, או ששכר שדה שלתיך ונפסקו המים ואי-אפשר לזרעה, אינו חייב בשכר.

שכירות

השווה משנה בבא מציעא ט, ב (בבלי קג ע"ב):
המקבל שרה מחברו היא ביח השלחין או בית האילן, יבש המעיין ונקצץ
האילן, אינו מנכה לו מן חכורו. אם אמר לו חכור לי שרה בית השלחין זה או
שרה בית האילן זה, יבש המעיין ונקצץ האילן, מנכה לו מן חכורו.
כמו כן עלי חידר לסעיף 478:

(ח) אם הושכרה שדה ואחרי שנזרעה הופיע הארבה ואכל את הזרעיות ואי-
אפשר לזרעה שנית כמשך תקופת השכירות זריעה הרומה למה שהיה זרוע
או למטה ממנו, אין השוכר חייב בשכר בעד התקופה אחרי אכילת הארבה,
אבל חייב הוא בשכר יחסי בעד התקופה הקודמת.
השווה משנה בבא מציעא ט, ו (בבלי קה ע"ב):

המקבל שדה מחברו ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא מנכה לו מן
חכורו, אם אינה מכת מדינה אין מנכה לו מן חכורו, ר' יהודה אומר אם
קבלה הימנו כמעות בין כך ובין כך אינו מנכה לו מחכורו.
35. המונח "מכת מדינה" – רוב השדוח של אותה מדינה או אותה בקעה
נשתדפו או נאכלו על ידי חגב וכיו"ב – חשוב לפי ריני ישראל במקרים מסוג
זה. אם מכת מדינה היא, החוכר מנכה מחכורו; אם אינה מכת מדינה, אינו
מנכה, כי בעל השדה יכול לומר לו "מזלך גרם" (שם בגמרא קה ע"ב, רש"י
ד"ה אינו מנכה וד"ה מהו). וכן בחושן המשפט, סימן שיב, סעיף יז:
המשכיר בית לחכרו לזמן... ואם מעצמו נפל אם אמר לו ביח זה אני משכיר
לך... מחשב על מה שנשחמש בו ומחזיר לו שאר השכירות...
(הגהה) נשרף הבית דינו כנפל... נשרף כל העיר הוי מכת מדינה
ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו, בין הקדים שכרו או
לא.
באר היטב (סעיף קטן כג): נשרף – עיין בסמ"ע שכתב דנראה להגיה בדברי
הרמ"א וכצ"ל: נשרף הביח דינו כנפל וי"א דצריך ליתן לו כל שכרו מיהו אם
נשרף כל העיר כו' ע"ש.

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

5. אין לפנות דייר כשקשה להשיג רירה

ע"א 687/69

אבו גזאלה ואח' נ' אבו טאעה ואח'

פ"ד כד(2) 460, 461, 478

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ברנזון, ויתקון, ח' כהן, קיסטר

כאשר נערך חוזה השכירות בין בעלי-הדין, שהם תושבי ירושלים המזרחית, נהג בממלכת ירדן החוק הירדני, שהגן על הדייר בפני פינוי עם חום השכירות. הדין הישראלי, שהוחל במורח ירושלים מכוח צו הממשלה מיום 28 ביוני 1967, ממשיך להגן על הדייר בפני פינוי, ונוסף לכך גם מטיל פיקוח על שיעור דמי השכירות. בית-המשפט המחוזי רזה את בקשת הדיירים לפסיקת דמי השכירות בקבלו את טענת בעלי הבית, לפיה בא המושכר בגדר הפטור מכוח חוק הגנת הדייר (בנינים חדשים), תשט"ו-1955.

השופט קיסטר: בשטח הנדון, היו נוהגות ביום 28.6.67 הוראות בדבר הגנת דיירים, ואם הוחלפו בהוראות המיטיבות עם הדיירים אין בכך שום פגם. יצריין כי גם במשפט העברי מצינו כבר במשנה בבא מציעא ח, ו – "המשכיר בית לחבירו בימרוח הגשמים אינו יכול להוציאו מהחג ועד הפסח..." והטעם לכך מובא בפוסקים כדי שהדייר לא יהא מושלך לדרך כאשר קשה להשיג רירה (רמב"ם, הלכות שכירות פרק ו, הלכה ז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שיב, סעיף י').

ע"א 439/73

דמת חולון בע"מ ואח' נ' בנימיני

פ"ד כח(2) 549, 555

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים מני, קיסטר, י' כהן

נגד הדייר הוגשה תביעת פינוי בהסתמך על שתי עילות: אי-תשלום דמי שכירות ועשיית שינויים כמושכר תוך הפרת תנאי השכירות. שתי ההפרות הוכחו, אולם בתי-המשפט דלמטה העניקו לדייר סעד-מז'הצדק.

השופט קיסטר: אשר למושכר, אין פלוגתה על כך שבית-המשפט מחייח ביתר קולה לדייר בדירת-מגורים בה הוא מתגורר בעצמו מאשר לדייר בבית-

שכירות

עסק. באחרון דורשים מן הדייר, לשם מתן סעד־מן־הצדק, שיקפיד יותר על מילוי חובותיו מאשר דייר בדירת־מגורים. נראה לי, שנוכח מטרות חוק הגנת הדייר, אשר בא לתת סעד לשכבות בעלות אמצעים מצומצמים שלא יוצאו מן הדירה ושלא יהיו מושלכים כדרך (לשון הרמכ"ם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ז), התכוון המחוקק להגן ביתר שאת על דירות קטנות שבעליהן, מן הסחם, בעלי אמצעים מצומצמים. אמנם גישה זו נראית בחוק לגבי גובה דמי השכירות, אך בבוא בית־המשפט להביא בחשבון אם יושיט סעד־מן־הצדק, יוכל להביא בחשבון את גודל הדירה ואת גובה הכנסתו של הדייר. במקרה דנא, הדירה היא בת חדר וחצי והכנסתו של הדייר נמוכה.

בג"צ 323/81, המ' 533/81

וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח'

פ"ד לו(2) 733, 742-743

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 101.

פרק שלישי

זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות הקניינית

1. מתי הקרקע כוללת את התהום שמתחתיה
ואת הרקיע שמעליה?

ע"א 403/73

בצלאל נ' סימנטוב

פ"ד (1) 41, 43

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אדחיים
לפני השופטים ברנזון, ח' כהן, מני

המשיבים, שדירתם נמצאת מעל לדירת המערערים, מעוניינים בהרחבת דירתם. לטענת המערערים תפריע הרחבה זו לאינטרסים מוצרקים שלהם, ובטענה זו השיגו צרמניעה זמני המונע כער המשיבים מלהחזיל בבניה.

השופט ח' כהן: התדיינות ממושכת ומצערת בין שני שכנים – ושניהם צודקים. זה רוצה להרחיב דירתו שלמעלה על-מנת להוסיף לארבעת ילדיו הקטנים שטח מחיה הנחוץ להם ביותר, וזה מוחה על בניה העלולה לשלול מדירתו שלמטה אור ושמש. בצדק אמר השופט בנימין כהן בסוף פסק-דינו שכל אחד מבעלי-הדין דגן "כשר וראוי לאהדה: הבא להכריע ביניהם, כאילו חותך בבשר החי, בין שהכריע כך ובין שהכריע אחרת..."

4. אין אני יכול להסכים שהיקפה של זכות ההחזקה במקרקעין תלוי בנסיבות, ובפרט – שהנסיבות המיוחדות של מקרקעין מסויימים או של מחזיק פלוני יכולות לקבוע באם ההחזקה משתרעת גם לגובה או לעומק. אולי גרס השופט בנימין כהן את אשר גרס בהשפעה (ולו רק השפעה חת-הכרתית) של המשפט העברי: ההלכה היא שכדי שהקרקע תכלול גם את התהום שמתחתיו ואת הרקיע שמעליו, צריך לפרש בשטר המכר שהבית קנוי לך מקרקע התהום עד רום הרקיע (כבא בתרא סג ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כד, הלכה טו), אבל יכול ויהיו נסיבות מיוחדות אשר בהן יראו את הקרקע ככולל גם את רום הרקיע אף-על-פי שלא פורש, למשל אם קנה קרקע לשם בניית בנין גבוה

זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות הקניינית

(טור, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ה, בשם הרשב"א). רק בהלכות שבת מצונו כי רשות היחיד עולה עד לרקיע (שבת ז ע"א; רמב"ם, הלכות שבת, פרק יד, הלכה ג).

2. האם "טובת הנאה" נחשבת ממון?

ת"פ (י-ס) 392/82

מדינת ישראל נ' אמיר

פ"מ תשמ"ג(2) 88, 82

בבית־המשפט המחוזי בירושלים

הנאשמת זייפה מסמן כרי להטעות את השופט החוקר שציווה לחקור בנסיבות מותו של נער, כדי להסיר מעליה חשד של גרימת מוות ברשלנות ובכך למנוע מן השופט החוקר מתן צו אישום לפי סעיף 32 לחוק חקירת סיבות מוות. הסניגוריה טוענת שכתב האישום אינו מגלה עבירה א. מאחר ששופט חוקר איננו "רשות שיפוטית" במובן סעיף 238 לחוק העונשין [6] ר.ב. ש"נסיבות מחמירות" שבסיפא של סעיף 418 לחוק העונשין [6] אינו חל על הרישא שבסעיף הדין במזייף סתם וכן כי הדובר שנטען כי הנאשמת ביקשה להשיג באמצעות הזייף והוא הסרת חשד הרשלנות מעליה – איננו "דבר" כמשמעותו בסעיף 418 לחוק העונשין [6].

השופט טל: אינני בטוח אם הסרת חשד פלילי איננו בגדר "זכות" במובן הרחב של המלה. אם אדם יוצא מבית־דינו של שופט־חוקר והוא זכאי מחדש, ניתן לומר שזכות היא לו. אבל בוודאי שטובת־הנאה יש כאן. טענת הסניגור "ש"דבר" הוא דווקא בעל ערך רכושני, אינה מתיישבת לא עם פשטות הלשון "טובת הנאה" ולא עם הפסיקה. (אגב, במקורותינו נחלקו חכמים אם "טובת־הנאה" ממון היא אם לאו. אך אין משמעות המתלוקת אם תיתכן "טובת־הנאה" שאיננה רכושית. ודאי שתיתכן. השאלה היא אם טובת־הנאה היא ניתנת להיתרגם למונחים של ממון. כגון, אדם שהפריש תרומה מתבואתו והוא חייב ליתנה לכהן חינוס, אך יכול הוא לבחור לעצמו לאיזה כהן מן הכהנים תינתן התרומה. חופש בחירה זו הוא הקרוי בחלמוד "טובת־הנאה". טובת הנאה עצמה איננה זכות רכושית, כי הכהן אסור שיתן כל תמורה בעד קבלת התרומה. אך מאן דאמר שטובת־הנאה נחשבת לממון, הוא מפני שתיתכן סיטואציה שהאיש יקבל, בעקיפין, תמורה כלשהי מאדם שלישי, שאיננו כהן, כדי שתינתן התרומה לכהן פלוני (כגון, לבן־בתו כהן) (עיין: פסחים מו ע"ב)).

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

3. אין להפקיע מקרקעין בלי פיצוי

בג"צ 326/65

סרבי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל בירושלים

פ"ד כ(2) 499, 490

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 204.

ע"א 216/66

עיריית תל-אביב-יפו ג' אבו ראיה

פ"ד כ(4) 546, 522

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 205.

4. זכות הנגזל בשבח קרקע שהושבחה על-ידי גזלן

ע"א 596/76, 557/76

בישור בע"מ נ' טאוכה ואח'

פ"ב לב(3) 715, 713, 719-721

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, י' כהן, אלון

השופט ח' כהן: 2. העובדות הצריכות לעניין אינן שנויות עוד כמחלוקת, ואלה הן:

- א. כראשית היתה החלקה רשומה על שם חברת הכשרת הישוב, וזו מכרה אותה עוד בשנת 1928 לאחד לזר טאוכה שישב אז בגרמניה. בשנת 1935 נרשמה החלקה על שם אותו לזר טאוכה בספרי האחוזה. בינתיים נפטר לזר טאוכה לבית עולמו, והמשיכות הן יורשותיו.
- ב. בשנת 1953, החיימרה אחת טאוכה לזר למכור את החלקה למשה בן-יהודה (שהיה אחד הנתבעים בבית-המשפט המחוזי, והנאמן כפשיטת-הרגל שלו הוא המשיב מס' 3 בע"א 596/76 שלפנינו). בן-יהודה נרשם כבעלים בספרי האחוזה, והקים על החלקה מכנה (אשר השופט המלומד

מכנה אותו "בית מגורים גרול מידות" ואשר הפך לאתר מכן לחלק מבית-מלון).

ג. הסכומים שהושקעו כבניית המבנה שעל החלקה עלו, בשעת הקמתם, על שווייה של התלקה, ושווייה של המבנה עלה בכל הזמנים על שווייה של החלקה.

ד. בשנת 1961 מכר בן-יהודה את החלקה על המבנה למעוררת, והיא נרשמה כבעלים בספרי האחוזה ומחזיקה בחלקה מאז רישום בעלותה. ה. משגילה המנות לזר טאובה שהחלקה נגזלה ממנו וכבר עברה מיר ליר, הגיש בשנת 1964 תובענה לבית-המשפט והשיג פסק-דין שעל-פיו גמחקו ובוטלו רישומיהם של המעוררת ושל בן-יהודה ושל העסקאות לטובתם, והחלקה שבה נרשמה על שמו של המנוח.

8. דין התודה הוא כי "קרקע אינה נגזלח" (סוכה לא ע"א ועוד), ועל-כן "הקרקע אינה נקנית לעולם לגזלן, אלא ברשות בעליה עומרת, ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונחייאשו הבעלים, הרי זו תחרת בלא דמים" (כלשון הרמב"ם, הלכות גולה ואברה, פרק ח, הלכה יד; וכן בחושן משפט, סימן שעא, סעיף א). כבד בדור הראשון של האמוראים נתעוררה השאלה מה דין "המוכר שדה לחברו ונמצאת שאינה שלו"; וכבר אז הבחינו בין קונה בתום-לב שלא חשר בקרקע שהיא גזולה, לבין קונה אשר "הכיר בה שאינה שלו (של המוכר) ולקחה" (בבא מציעא יד ע"ב; שם טו ע"ב). נתלקו הרעות אם השבח שהשביחו הגולן או הלוקח את הקרקע הגזולה, של המשבית הוא או של הנגזל; לבסוף נתגבשה ההלכה לאמור:

... גזל והשביח, שמין לו, וידו על התחונה: אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה בלבר מן הנגזל. ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו מן ההוצאה אלא שיעור השבח. גזל שרה ומכרה והשביחה הלוקח, אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל השרה והקן נוטל עם שאר השבח מן הגולן.

... ואם הכיר בה שהיא גזולה כשלקחה, אינו נוטל מן הגולן אלא הקן בלבר ומפסיד שאר השבח היתר על ההוצאה. היתה ההוצאה יתירה על השבח, בין שהכיר בה שהיא גזולה בין שלא הכיר, אין לו מן ההוצאה אלא שיעור השבח, נוטל מבעל השרה, והקן נוטל מן הגולן... (רמב"ם, שם, פרק ט, הלכה ה-ז; וכן בחושן משפט, סימן שעג, סעיף א).

נמצא שהמשפט העברי מייחס חשיבות לתום-לבו של הלוקח אך לעניין זכויותיו כלפי הגולן בלבד; רימה אותו הגולן, והוא קנה בלא לרעת דבר הגזילה, חייב הגולן לפצותו על כל נזקיו; לא רימה אותו הגולן, והלוקח ידע דבר הגזילה, אין הגולן חייב לפצותו על כל נזקו, כי אם אך להשיב לו את המחיד שקיבל מידו. ואולם מבחינת הנגזל, בעל הקרקע, אין נפקא מינה אם ירע או לא ידע הלוקח שהקרקע היתה גזולה: בין כה וכה אין הנגזל זוכה בשבח אלא אם כן ישא בהוצאות שהושקעו להשבתה, בין אם ההשבתה נעשתה בידי הגולן ובין אם נעשתה בידי הלוקח. ללמך שאין מתירים לו

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

לנגזל להתעשר אפילו על חשבון הגזלן, ולא כל שכן על חשבון לוקח בתום-לב – שדין תורה הוא, והשיב את הגזילה אשר גזל (ויקרא ה, כג), ומכאן שאין הנגזל זכאי אלא להשבת הגזילה בלבד (ספרא ויקרא, פרשה יג, א). "זה הכלל: כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה" (משנה בבא קמא ט, א).

ומאידך גיסא תיקנו חכמים שאין הגזלן צריך לסבול הפסדים מעבר לערך הגזילה עצמה: "והעיד ר' יוחנן בן גודגא" על קורה גזולה שהגזלן השתמש בה בבניית בניין משלו, שאין הגזלן חייב להרוס את הבניין כדי שיוכל להחזיר את הקורה לבעליה, אלא ישלם דמיה של הקורה ולא יפסיד הבניין, והוא "מפני תקנת השבים" (משנה גיטין ה, ה). "וכלל זה אמר ר' שמעון בן אלעזר: כל שבה שהשיב גזלן, ירו על העליונה: רצה – נוטל שבחו, רצה – אומר לו הרי שלך לפניך" (בבא קמא צד ע"א) – וגם כלל זה בא מפני תקנת השבים (רמב"ם, שם, פרק ב, הלכה ב). תקנה זו מה היא, שאילו הצריכו את הגזלן להפסיד בניינו שלו לשם השבת הגזילה, היו מונעים בעדו מלעשות תשובה, שהיה עומד בהכחשתו ולא היה מחזיר אף את הגזילה. העיקר אינו שיכוף הדין את ההר (כרעת בית שמאי, גיטין נה ע"א: יקעקע את הבנין בולו ובלבד שיחזיר את הקורה שגזל); העיקר הוא שתימצא תקנה לגזלן שיהא כדאי לו לחזור בתשובה (כדברר בית הלל, שם).

כיוצא בזה אמר רבא: גזל והשביח ומכר, מה שהשביח מכר (בבא קמא צו ע"א); ומיד שואל הוא, השביח לוקח מהו? שאם זיכו גזלן בשבח שהשביח, והרשוהו למכרו, מפני תקנת השבים זיכוהו; אבל מה עניין תקנת השכים ללוקח שאינו יודע על הגזילה ואינו זקוק לתשובה? פסקו שדין הלוקח כדין הגזלן: גם אם השביח לוקח, השבח שלו – לא מקל וחומר, כאילו מה שיאה לגזלן בוודאי נאה ללוקח שאינו גזלן, אלא משום "דמה מבר ראשון לשני, כל זכות שתבוא לידו" (בבא קמא, שם; וראה רא"ש על בבא קמא ט, ג). הא לך תנאי מכללא, כבר במקורותינו הקדמונים, שכל זכות שתעמוד לגזלן ממילא מועברת ללוקח כחלק מן הממכר; (ולעניין הסתירה שבין דין זה לבין ההלכה שהבאנו לעיל שלא הגזלן ולא הלוקח זכאיים לשבח כי אם להוצאות ההשבחה בלבד, מסתבר שדין זה חל על מטלטלין, ואילו ההלכה ההיא חלה על מקרקעין: תוספות, בבא קמא צו ע"א, ד"ה כל זכות; ש"ך על חושן משפט, סימן שעג, סעיף קטן ז; אך לעניין מה מכר ראשון לשני, כל זכות שתבוא לידו, אין הברל בין מקרקעין ומטלטלין).

לפי המשפט העברי היו המשיבות זוכות במבנה שהוקם על החלקה לאחר שישלמו למעצרת את כל ההוצאות שהושקעו בו; והמעצרת צריכה היתה להיפרע על יתרת נזקיה ממי שמכר לה. אבל אין המשיבות יכולות לזכות במבנה כאילו מן ההפקר: עליהן לשלם תחילה עבורו את כל אשר שילמו עבורו בוניו.

זכויות קנייניות שונות – היקף הזכות הקניינית

5. חוק הגנת הדייר והמשפט העברי

בג"צ 323/81, המ' 533/81

וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח'

פ"ד לו(2), 733, 742–743

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 101.

פרק רביעי שעבודים

1. האבחנה בין "שעבוד הגוף" ל"שעבוד נכסים"

ע"א 208/51
הקר ואח' נ' ברש ואח'
פ"ד ח 566, 583

הרבא בשער זה, עמ' 751.

2. אפותיקי (שעבוד) על נכסים מיטלטלין

ע"א 689/68
חברת מגדלי פרייזה בע"מ נ' הנאמן על נכסי פאול
שטראוס בפשיטת רגל
פ"ד כג (1) 715, 720–721

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים כהן, מני, קיסטר

על-פי שטר נוטריוני שנעשה לפני תחילת חוק המשכון, תשכ"ו–1967, שיעבר החייב את נכסיו, את מלאי הסחורות שלו ואת זכות השכירות על מחסניו לזכות המערערת. משהוכרו החייב כפושט-רגל תבעת המערערת מכוח השטר הנוטריוני הנזכר את המחיר שנחקבל עבור הסחורה שבמחסני החייב ואת זכות השכירות על המחסנים.

השופט קיסטר: א. כיצר נוצר שעבוד, איך ייוודע ואיך נהיה בטוחים שחפץ פלוני משמש ערוכה לחוב. ב. מה יקרה אם החייב ימכור או יעביר את החפץ לאדם שלישי. ג. מה דינם של נושים אחרים, אשר עשויים לתפוס חזקה בחפץ על-ידי ערכאות, לפני שהנושה המבוטח תפס בו חזקה.

שעבודים

השיקולים לפתרון הבעיות הללו הינן בעיקר כדלקמן:
א. המחוקקים, ובמיוחד המחוקקים המודרניים, משתדלים לאפשר לאדם לשעבד נכסיו, תוך אפשרות שימוש בהם, ולהתגבר על קשיים המחערורים בשעבוד כזה.

ב. יש לשמור על זכויות האנשים שירכשו הנכס, שהדין רואה אותו כממושכן, ובעיקר אם פעל הרוכש בתום-לב.

ג. יש ומביאים בחשבון כי האנשים הנכנסים במשא-ומתן עם החייב מסתמכים על הרכוש שבשליטתו, ובהעדר ידיעה שחלק מרכוש זה, או כולו, משועבדים לאחר, עלולים להניח כספם על קרן הצבי ללא כל רשלנות מצדם, ועל-כן מורים על רישום השעבוד בספרים רשמיים הפתוחים לעיון הציבור או על סימון בנכס המשועבד או על שניהם ביחד.

ד. במציאות פתרון לכל אותן בעיות דואגים גם למנוע סכנה של קנוניה בין החייב ואחד הנושים על חשבון שאר הנושים, או סכנה של עיסקאות פיקטיביות.

דוגמה לשיקולים וחיפוש פתרונות מוצאים אנו בדין תורה. בהלכה קיים מוסד האפותיקי על נכסי דניידי, היינו שעבוד ללא מסירה. אבל מוסד זה הינו קלוש.

בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קיז, סעיף ג, נאמר:
עשה שורו אפותיקי ומכרזו אין בעל חוב גובה ממנו וכן שאר מטלטלין מפני שאין להם קול ואפילו עשאו אפותיקי בשטר ואפילו ידע הלוקח שעשאה אפותיקי דלא פלוג רבנן.
ובסעיף ד, שם, נאמר:

וכן לענין קדימה אם עשה מטלטלין אפותיקי אפילו מפורש בשטר לראשון וקדם מלוה מאוחר וגבאן זכה והוא שלא שעבדם לו אגב קרקע שאם שעבד לו אגב קרקע אם קדם מלוה מאוחר וגבאם לא זכה.

יצויין כאן כי אף אפותיקי שנעשה אגב קרקע נחלש חקפו בשל תקנת השוק. ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קיג, סעיף א, וסימן ס, סעיף א, ובש"ך שם, סעיף קטן ח, המביא מחלוקת הפוסקים לענין זכויות נושה מאוחר על מיטלטל ששועבד בצורה זו (ובמיוחד בזמנים שכתיבת שטר שעבוד באוזרת "אגב קרקע" נעשית כדבר שבשיגרה (ראה ש"ך, שם, סעיף קטן ד); הש"ך מביא דעת המבי"ט ומהרש"ם הסבורים – והוא עצמו נוטה לאותה דעה – כי תקנת השוק דרשת גם לשקול את אינטרס הנושים שאינם יודעים על קיום האפותיקי האמור ולכן אין להעדיף בעל אפותיקי על פניהם. המהרש"ם בתשובותיו, חלק חושן משפט, סימן עא, מעיר כי היחה בכך נעילת דלת בפני לוויין לו היה כל מלווה צריך לחשוש לקיומו של אפותיקי כנ"ל על מיטלטלין שבחזקת הלווה.

יש לציין כי תקנת השוק אינה קיימת לגבי אפותיקי על נכסי דלא נידי היות והנחה היא כי שטר היוצר שעבוד מקרקעין יש לו קול.

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

3. שעבוד נכסיו של בעל חוב

בר"ע 178/70

בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לגיהול ואחריות בע"מ ואח'

פ"ד כה(2) 121, 122, 125-126

בכית-המשפט העליון

לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים לנדוי, ברנון, ויחקון, קיסטר

המבקשים ערכו הסכם לרכישת דירה, שילמו חלק ממחירה וקיבלו חוקה בדירה, אך הדירה לא נרשמה על שמם בפנקסי המקרקעין, ונשארה רשומה על שם המוכרת. לאחר עריכת החסכם הנ"ל הוטל עיקול על הדירה עליידי נושים של המוכרת, והמבקשים ביקשו שהעיקול יוסר.

השופט קיסטר: כמשפט העברי הגישה כפי שמתבטאת במשנה (בבא בתרא י, ח; גיטין ה, ב) היא כדלקמן:

המלוה חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על-ידי עדים גובה מנכסים בני חורין, הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני חורין. אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין. כאן אעמוד על פירוש הדברים, ואחר כך על יסוד הרין כפי שמצינו בתלמוד ובספרות התלמודית. ה"שטר" האמור, פירושו לא שטר בכתב יד, אלא שטר שנעשה בעדים לפי דרישת המשפט העברי. "נכסים משועבדים" הכוונה נכסים שהלווה מכר אותם אחרי קבלת ההלוואה. אצייך כי מדובר כאן על שטר שלא נקבע בו שום אחריות נכסים לחוב (שום משכון, משכנתה, או אפילו ציון מפורש שהנכסים אחראים).

בתלמוד בבא בתרא קעה ע"ב, דנו מהו היסוד להלכות הג"ל, והנה לפי דעה אחת שהיא כנראה הרנוחת, "שעבודא דאורייתא" כלומר שאדם לווה או בכלל התחייב בתשלום אפילו לא על-פי שטר נעשים נכסיו (וכאן אעמוד רק על נכסי דלא נידי) אתראים ומשועבדים לחוב וזה מדאורייתא. לפי זה היה הנושה יכול לגבות את חובו מן הנכסים שהחייב מכרם אחר כך, אלא שמפני "פסידיא דלקוחות" קבעו שהנושה יוכל לטרוף נכסים משועבדים רק בשל חוב על-פי שטר, בי לשטר בעדים יש "קול", היינו, חוב כזה בא לדיעת חוג נרחב של אנשים, ואילו חוב בעל-פה או על-פי שטר בכתב ידו של החייב או אפילו כמעמד עדים (ללא שטר) אין לו "קול" מספיק והלקוחות של הנכסים לא ירעו להיזהר ממנו ואין זה מן הצדק שהלקוחות יפסידו את המחיר ששילמו. אוסיף שכפי שנאמר במשנה גיטין שהבאתי לעיל, גם אם הנושה יוכל לגבות חובו מן הנכס שנמכר, עליו לנסות תחילה לגבות מן החייב עצמו אם יש לו נכסים במקומו וש אפשר לגבות מהם.

לפי השיטה ש"שעבודא לאו דאורייתא" (היינו שאין שעבוד על נכסים אלא

שעבודים

אם שועבדו במפורש בדרך הנאותה לפי הדין), נקבעה ההלכה שנושה על-פי שטר יוכל לגבות מנכסים משועבדים כדי לא לנעול דלת בפני לוויין, או במלים אחרות כדי להקל על אפשרות מתן אשראי. אך לא קבעו את זכות גביית החוב מנכסים שהלווה מכרם גם לחובות שלא על-פי שטר מפני שאין לחובות כאלו קול, ובכך, כאמור, לא יהיה מן הצדק לגבות מן הלקוחות אשר בדרך כלל לא ידעו על חובות כאלו.

אין כאן מקום להיכנס בבירור פרטי הדינים ואם ישנו הבדל בפרטי דין כל שהוא אם ננקוט בשיטת "שעבוד דאוריחא" או "שעבוד לאו דאוריחא" כי הרבה נכתב כשטח זה בספרות ההלכה. ואף מצינו בירור בשאלה זו באנגלית בספרו של הרב הרצוג ז"ל: *The Main Institutions of Jewish Law, Vol. I*: p. 345. כאן אסתפק בציון מראי מקומות לעיקרי ההלכות כפי שנקבעו בשולחן ערוך, חושן המשפט, סימן לט, סעיף א; סימן קד, סעיף א; וסימן קיא, ובמיוחד סעיף ה בו. אוסיף כי למעשה לא תמיד היה לשטר "קול" מספיק והיו מקומות שנהגו להכריז על הכוונה למכירת נכסי דלא נידי כדי שהנושים יוכלו להודיע על החובות המגיעים להם (חושן משפט, סימן קד, סעיף ב, תשובות הנזכרות בנושאי כלים לסעיף זה ובמיוחד שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תצג, תתצד).

4. אין להיפדע מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין

ע"א (ת"א) 862/79

לוי ואח' נ' Kludi Armaturen Paul Schffer

פ"מ תשמ"ב(1) 368, 373-374

הובא בשער זה, עמ' 773.

שער השיעי: דיני קניין וקניין רוחני

5. בעל חוב גובה מן ה"בינונית" ולא מן ה"עידית"

ע"א 99/60

שמואל נ' ישראל

פ"ד יד 1642, 1646–1648

בבית-המשפט העליון בשבחו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים לנדוי, ח' כהן

תביעת אב נגד בנו לקיום התחייבות שקיבל עליו בחבש על-מנת לבצע בישראל – החלת דין התורה על התחייבות – פירוש התחייבותו של בן לקנות לאביו דירה במדינת ישראל הוא, לפי דין התורה, כי הבן יקנה לו דירה הראויה לו, לא עידית ולא יזיבורית אלא בינונית, שכן גובה בעל חוב.

השופט ח' כהן: בהסכמת שני בעלי-הדין – ולא מן הנמנע הוא שהיינו באים לידי אותה מסקנה אף בהעדר הסכמתם – החלטנו להחיל את דין התורה על ההתחייבות הנדונה...

השאלה האחרונה הטעונה בירור לענין התחייבות זו היא שאלת פירושה של ההתחייבות "לקנות דירה במדינת ישראל". ההתחייבות לעשות או לשלם דבר שאין לו, בשעת קבלת ההתחייבות, לא קיצבה ולא שיעור, תופסת ומשעבדת, כפי שראינו; אך כיצד להוציאה מן הכות אל הפועל? האם הכוונה היתה לדירה מפוארת ברחוב ראשי של כרך, או לדירת ארבע על ארבע אמות בפינה נידחת של כפר? טוען המערער, מאתר ולא ידענו מה היתה הכוונה, אי אפשר לבצע את ההתחייבות; לטענתו פטור הוא בלא כלום, ולא איכפת לו כנראה שגופו משועבד. לעומתו טוען המשיב, הולכים לפי עושרו של המערער, שהרי בין כה וכה חייב הוא לתת לאביו די מתסורו ככל אשר יכול (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמ, סעיף ה). השופט המלומד פסק למשיב סך – 15,000 לירות "על-מנת לקנות בסכום זה דירה בת שני תדרים במקום מרכזי בתל-אביב, שזוהי לדעת בית-המשפט שיכון מינימלי לאב בהתאם למעמדו ואורת חייו בעבר"; סכום זה הוא ציווה להפקיד בקופת בית-המשפט, על-מנת שהמערער יוכל בעצמו לקנות את הדירה ולרשמה על שמו, ובלבד שיתן למערער זכות שכירות בה לכל ימי חייו בדמי-שכירות נומינליים של לירה לשנה; ואם לא יעשה כן תוך שנה אחת, רשאי המשיב לקנות לו את הדירה ולרשמה על שמו.

לדעתי צדק השופט המלומד בגישתו זו. כשעתירי נכסים כבעלי-הדין שלפנינו מסכימים על רכישת דירת מגורים לעצמם או להוריהם, כוונתם היא לדירה הראויה להם; ומשלא נקבע אחרת בהתחייבות, דין התורה הוא שבעל-החוב גובה לא מן העידית, הדירות המשובחות והמפוארות, ולא מן הזיבורית,

שעבודים

הדירות הרלות והעלכות, אלא מן הבינונית, הדירות הנוחות שאינן גדולות יחד על המידה ואינן קטנות מן המידה ושהן נמצאות בסביבה טובה ונוחה לכל נפש. בעצם נצטווה בעל-החוב, במצוות התורה, לעמוד בחוץ, והאיש אשר הוא נושה בו יוציא אליו את העבוט החוצה (דברים כד, יא), וחזקה על החייב שלא יוציא החוצה אלא את הזיבורית, הפעוט והרע בחפציו; התקינו משום תיקון העולם שבעל-חוב יגבה מן הבינונית ולא מן הזיבורית, שאחרת תינעל הדלת בפני הלווים (בבא קמא ח ע"א). החייב דגן אפילו מן הזיבורית אינו מוכן לתת; אך כופין אותו לתת מן הבינונית. ולמה אין גובין לבעל חוב מן העידית? "כדי שלא יראה לחברו שרה נאה ודירה נאה, ויאמר אקפוץ ואלונו, כדי שאגבנו בחובי; לפיכך אמדו בעל חוב בכינונית" (גיטין מט ע"ב). לא באה לפנינו השגה של ממש על כך כי הסכום שנקבע על-ידי השופט המלומד הוא אמנם סביר ונחוץ לשם דכישת דירה קטנה ונוחה כאמור.

ע"א (ת"א) 862/79

לוי ואח' ג' Kludi Armaturen Paul Schffer

פ"מ תשמ"ב(1) 368, 373-374

בכית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בעקבות תביעה כספית שהגישה המשיבה נגד המערערים, הוטל עיקול זמני על מניותיהם של המערערים בשתי חברות, שאחת מהן עוסקת בכנייתו של מלון בירושלים. המערערים ביקשו להמיר את העיקול על המניות בעיקול על מקרקעין שונים שהוצעו על ידם, אך הרשם דחה את בקשתם בעיקר מן הטעם שהם לא הבהירו בתצהיריהם את מימדי הנוקים אשר הם טוענים להם, כתוצאה מהמשך עיקול המניות. מכאן הערעור.

השופט חריש: 9. באין בהלכה הפסוקה, לפי שעה, על כל פנים, תמדורים להנחתנו הדרך בסוגייה הנדונה, דארי לנו לשאוב הנחיה ממקורותינו שלנו. הרמב"ם מורה (על-פי משנה וגמרא גיטין מח ע"א) בהלכות מלווה ולווה, פדק יט, הלכה א, לאמור: "כשיוודין בית דין לנכסי הלווה לגבות מהן לא יגבו לבעל חוב אלא מן הבינונית שבקרקעותיו" (פירוש: שלושה סוגי קרקעות הם: עידית – משוכחים, כינונית וזיבורית – גרועים) "ודין תורה שירגבה בעל החוב מן הזיבורית, שנאמר: "בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט החוצה" (דברים כד, יא). מה דרכו של אדם להוציא? פחות שבכליו. אבל תיקנו חכמים בכינוניות, כדי שלא תנעול דלת בפני לווין (פירוש: שאם ידאו המלווין כך, יימנעו מלהלוות). הלכה ב: "אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין, ואפילו היו בני חורין זיבורית, והמשועבדים – כינונית או עידית, כין שמכרם בין שנתנם. נשתדפו (נשטפו) כשטפון) בני חורין, הרי זה טורף מן המשועבדים, שכיוון שנשחתו, כאילו אינן".

שער חשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

דברי הלכה אלו משמיעים לנו, ככלל מנחה של נוהג, כי מקום שהבדידה היא בין פרעון המלווה על דרך של נטילת הטובים שבנכסי החייב, לבין פרעונו על דרך של מכירת הגורעים או הבינוניים שבנכסיו והשארת הטובים בידי החייב, מטם את הכף לטובת החייב דווקא. שאין לו לנושה זכות קנוייה גם להיפרע את חובו, ולבוא מתוך כך על מלוא סיפוקו, וגם להכביר על החייב, ולא כל שכן – להזיקו. הכבדה על החייב והזקתו, אינן מתיישבות עם מידת "ועשית הטוב והישר" שכל איש בישראל מצווה בה (דברים ו, יח). אם הכתוב פסק כך, על אחת כמה וכמה בעיקול זמני של נכסים בגין תביעה גרידא, שהכרעתה לטובת התובע דווקא היא בחזקת שמא.

6. משכון שאין בו כדי שוויו המלא של החוב

ע"א 131/71

במאיוור נ' תיאטרון קומדיה ואח'

פ"ד כה(2) 744, 755

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים קיסטר, עציוני

המערער והשותפות המשיבה החקשרו בחווה, אשר על-פיו התחייב המערער לממן את ההצגות בתיאטרון שניהלה המשיבה, ולשאת בסיכון ההפסדים. באחד מסעיפי החוזה התחייב המערער "להקדים" לתיאטרון את הכסף הדרוש לפרעון חובותיו של האמרגן הקודם. הוסכם שסכום זה יושב מחוץ חלקו של התיאטרון ברווחים, ולא נקבע רכר לגבי מקרה בו לא יהיו רווחים. משנסתיים העסק בהפסדים טען המערער כי הוא זכאי, על-אף כשלון העסק, להיפרע את הסכום ששילם בתורח הלוואה, וכנגדו טענו המשיבים כי סכום זה שולם כהשקעה, או לפחות הלוואה החייבת פרעון אך מתוך הקרן המיוחדת שנקבעה לכך, הם רוחי העסק.

השופט קיסטר: אחרי עיון, הגעתי למסקנה שיש לקבל את הערעור. מקובל כי אדם אשר נוטל כטוחה או החייב מבטיח לו דרך נוחה לגביית חובו אינו משליך את יהבו על אותה בטוחה בלבד, ואם לא יצליח לגבות את חובו באמצעות הבטוחה או דרך הגביה שהובטחה אין לדאותו כמוותר בשל כך על חובו או על יתרת חובו.

כך מצינו כי אדם המקבל שטרות לפרעון חובו רואים את החוב כמסולק רק במידה שהשטרות ייפרעו במלואם. במלים אחרות, דואיס את מתן השטרות כפרעון על-תנאי, אלא אם כן הותנה במפדוש כי השטרות יהוו סילוק מלא. כמורכן, אדם המקבל משכון או משכנתה, אין דואים את חובו כמסולק על-ידי המשכון או המשכנתה, אלא-אם-כן יגבה מהם אח חובו בשלמותו, ואם לאו זכאי לגבות מאת החייב את היתרה כחוב רגיל.

שעבודים

הדברים אינם חדשים; גם במשפט העברי, במקרה של אדם המקבל משכון ששוריו פחות מחובו, הרי אם המשכון אבר, או במקרה שבמכירת המשכון לא השיג את ערך התוב במלואו, לא הפסיד הנושה את יתרת חובו אלא אם כן הודיע במפורש כי מקבל הוא את המשכון כחובו, ואם יאבר המשכון יפסיד חובו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עב, סעיף ב).

7. זכות החייב לפדות קרקע שנחלטה לנושה – "שומא הדר"

ע"א 138/62

האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עוביד

פ"ד טז 2649, 2655

בבית-המשפט העליון שבכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ויתקון, ח' כהן

בהליכי הסדר קרקעות תבעו חלקות אדמה מסוימות המשיבים והאפוטרופוס לנכסי נפקדים (המערער), העומד כנעליו של נפקד אשר הקרקע הני"ל היתה לראשונה כבעלותו. המשיבים טענו שהם או אביהם-מורישם רכשו את החלקות מן הנפקד, ומאז רכישתם זו מתדיקים הם באדמה ומעבדים אותה; ואילו המערער טען שהנפקד לא מכר את הקרקע, אלא מישכנה למשיבים כבטוחה לתשלום חוב אשר הוא חייב להם. תווה בכתב אשר על-פיו הועברה חלקה אחת לרשות המשיבים משתמע לשתי פנים וניתן לשני הפירושים הני"ל גם יחד. הושמעו עדויות בעל-פה בנוגע לשתי החלקות, ובית-המשפט המחוזי ציווה לרשום את הקרקע האמורה על שם המשיבים. האפוטרופוס לנכסי נפקדים עירער.

השופט ח' בהן: יצויין, בדרך אגב, שמה שנעשה על-ידי בתי-משפט-של-יושר באנגליה כדל. להמחיק תומרתם של דיני משכנתאות, נעשה במשפט החלמוד מתוך שיקולים דומים באותה הצורה ממש. בלשון הרמב"ם –
בית-דין ששמו לבעל חוב בין בנכסי לווה בין במשועברין שביד הלוקח, ולאחר זמן השיגה ידו של לווה או של נטרף או של יודשיהם והביאו לבעל חוב את מעותיו, מסלקין אותו מאותה קרקע, שהשומא חוזרת לבעלים לעולם; משום שנאמר, ועשית הישר והטוב (הלכות מלווה ולווה, פדק בב, הלכה טז).

הדברים האלה אמורים כשבעל "המשכנתה" הוכיח את חובו בבית-הדין, ובית-הדין מסר לו את הקרקע בשל אי-חשלומו החוב; ולכאורה היית חושב כי אמורים הדברים מקל-וחומר, כשעוד לא החקיימו הליכים בבית-הדין, ובעל החוב מחזיק בקרקע מכוח רשותו של החייב שמסרה לידי; אבל דוקא לענין

שער חשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

זה נחלקו אמוראים, רב אחא ורבינא: אחד אומר, כשבעל החוב מסר את הקרקע בעצמו לבעל-חובו, "השומא" אינה חוזרת, ואין הוא יכול לסלק את בעל-חובו מן הקרקע גם לכשתשיג ידו לשלם את החוב; וטעמו עמו, שדין מסירה שכזאת כדין מסירה לשם מכר, שהרי בין כה וכה מסר מרצונו; ואחד אומר, גם כשהחייב עצמו מסר לבעל-חובו את הקרקע, חוזרת "השומא", שאין לראות כאי-ניקטת הליכים בבית-הדין אלא חשש סביר מפני בושתי-פנים (ככא מציעא לה ע"כ).

ע"א 555/71

אמסטרדמר נ' מוסקוביץ ואח'

פ"ד כו(1) 793.805

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (זוסמן), והשופטים ויתקין, ח' כהן, עציני, י' כהן

בהליכי הוצאה-לפועל לשם מימוש משכנתה נערכה מכירת מקרקעין בתחרות, וההצעה הגבוהה ביותר, של המשיב הראשון, נתקבלה. המערערת, אשתו של החייב, לא השתתפה במכירה, אך פנתה בבקשה לבטלה, ובמכירה שניה עליה החליט ראש ההוצאה-לפועל זכתה המערערת במקרקעין. בית-המשפט המחוזי ביטל את החלטת ראש ההוצאה-לפועל על פתיחת המכירה מחדש, והערעור נסב על השאלה אם מוסמך ראש ההוצאה-לפועל לבטל את החלטתו בדבר הכרות הקונה, לפי תקנה 55(ב) לתקנות ההוצאה-לפועל, תשכ"ח-1968, ולפתוח את המכירה מחדש, באם הוצע לאחר מכן החלטתה מחיר העולה על זה שהציע הווכח בתחרות. לחלופין טוענת המערערת כי משנפרע על-ידה חוב המשכנתה אין להמשיך בהליכי המכירה.

השופט ח' כהן: ברם, לענין זכות החייב לפרוע חוב משכנתה אף אחרי המועד שנקבע לפרעונו, אין אנו צריכים להשראה מדיני היושר אנגליים דוקא: גאוני המשפט העברי הקדימו את שופטי היושר האנגליים באלף שנים ויותר, בקבעם דין "שומא הדר לעולם", משום שנאמר (דברים ו, יח), ועשית הישר והטוב (ככא מציעא לה ע"א). וזה הדין: "בית-דין ששמו לבעל חוב, בין בנכסי לווה בין במשתעבדים שביד הלוקח, ולאחר זמן השיגה ידו של לווה או של נטרף או של יורשיהם והביאו לבעל חובו מעותיו, מסלקין אותו מאותה קרקע, שהשומא חוזרת לבעלים לעולם" (כלשון הרמב"ם בהלכות מלוה ולווה, פרק כב, הלכה טז). והשולחן ערוך מוסיף שדין זה חל "אפילו שהיתה (הקרקע) ביד הבעל חוב כמה שנים" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קג, סעיף ט). ואולם אם מכר בעל החוב את המקרקעין לאחר, והלה רכש קנין חוקי בהם, אין הם חוזרים עוד לחייב (רמב"ם, שם, הלכה יז; חושן משפט, שם, סעיף י).

(מן הענין לציין, דרך אגב, שלרעת אנשי נהרדעא מן הדין היה להגביל את זכות החייב לפרוע את החוב ולהחזיר לעצמו את הקרקע מירי הנושה, לתקופת שתי-עשרה שנים בלבד (ככא מציעא, שם), ולא נפסקה הלכה במוחם; אך

שעבודים

באנגליה הגבילו את זכות החייב לפרוע את החוב ולהחזיר לעצמו את הקרקע מידי הנושה שירר אליה תוך מימוש המשכנתה, לתקופת שתיים-עשרה שנים (Real Property Limitation Act, 1874, s. 7).

עינינו הרואות שגם לפי דיני היושר העבריים וגם לפי דיני היושר האנגליים זכות פרעון חוב המשכנתה עומדת לו לחייב עד אשר רוכש לו קונה (שאינו הנושה עצמו) קנין חוקי מקרקעין הממושכנים; והמחוקק הישראלי לא איכזב את המקדות אשר מהם הוא שואב.

פרק חמישי הברחת נכסים

1. העברת נכסים למראית עין, כדי להבריחם מבין הזוג

ע"א 22/55

שפי ואח' נ' שפיץ

פ"ד ט 1077, 1080-1085

בכית-המשפט העליון בשכחו ככית-משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים גויטיין, זוסמן, כרנון

תביעת מזונות מעזבון – זכותה של האלמנה לקבל מזונותיה מהעזבון – אין הזכות מתחמשת אם לא קיבלו הירושים כל נכסים בירושה – ניתנו הנכסים במתנה גמורה, כחיי המנחה, אין לומר שנתקבלו בירושה ואין האשה גובה מהם מזונותיה – העברה למראית-עין, כדי להבריח נכסים מאלמנה או מבעל-חוב, אינה מתנה גמורה – העברת נכסים גמורה, ללא כוונת תרומה, כשרה ותופסת, אף-על-פי שתוצאתה היא שלילת זכויות בעלי-החוב, והאשה בכללם.

השופט גויטיין: גם אחר הקמת המדינה ניתנה לבית-המשפט העליון הזדמנות להביע את דעתו על חיוב המזונות לאלמנה. ואלה דברי כב' השופט הרב אסף בע"א 100/49, "פסקי-דין" ה, עמ' 1301:

...נפסקה הלכה ברמב"ם ובשולחן ערוך ש"אפילו אם ציווה בשעת מותו אל תיוון אלמנתי מנבסי, אין שומעין לו" (שם, בעמ' 1313).

...חיוב המזונות לאלמנה אינו חיוב חדש הנוצר עם מות הבעל, ואין לו שום צד שווה עם זכות הירושה הבאה ליורש עם פטירתו של המוריש, אלא זהו חיוב הנוצר עם הנישואין בזמן הנישואין, אך אין הוא בא לכלל מימוש אלא עם מותו של הבעל, וכך יוצא מפורש מדברי השולחן ערוך, אבן העזר, סימן סט, סעיפים א-ב:

בשנשא אדם אשה מתחייב לה בעשרה דברים וזוכה בה בארבעה דברים אפילו לא נכתב. אלו הן העשרה דברים: מזונותיה וכסותה ועונתה ועיקר כתובתה ... ול היות ניוונת מנבסיו ויושבת בכיתו אחר מותו כל זמן אל מנותה...

...סיבת החיוב של מזונות האלמנה הם איפוא הנישואין, וזמן חלות החיוב

הברחת נכסים

הוא זמן הנישואין, אלא שזמן סילוקו של חיוב זה בא עם מותו של הבעל, בדומה לחיוב עיקר הבחובה, שהוא חל בשעת הנישואין, אך זמן פרעונה של הבחובה הוא כשחתגרש האשה או תתאלמן. מטעם זה אם הבעל רוצה להיפטר מחיוב המזונות לאלמנתו עליו להתנות על כך בזמן הנישואין. יש לראות במזונות האלמנה מעין המשך למזונות שהיא מקבלת בחיי בעלה ואין ביניהם אף הפרש של שעה אחת.

ואם ישאל השואל: אם בן למה מנו אותם הרמב"ם ושו"ע לחוד כאילו הם חיובים נפרדים לגמרי? הרי תשובתו בצדו: מפני שחיוב המזונות לאשה הם, לדעת הרמב"ם, מן התורה, ואילו חיוב המזונות לאלמנה הוא מדברי סופרים ומתנאי הבחובה ולכן הפרידו ביניהן. וזה לשון הרמב"ם:

והעשרה שלשה מהן מן התורה ואלו הן: שארה, כסותה ועונתה. שארה – אלו מזונותיה, בסותה – כמשמעו, עונחה – לברא עליה כדרך כל הארץ. והשבעה מדברי סופרים וכולם תנאי בית-דין הם: האחד מהם – עיקר כתובתה והשאר הם הנקראים תנאי הכחובה ואלו הן: לרפאותה אם חלתה ... ולהיות ניוזנית מנכסיו ויושבת בביתו אחר מותו כל זמן אלמנותה... אולם ברור שאין חיוב מזונות האלמנה נובע מן הבחובה אלא מעצם הנישואין כשהן לעצמן והן "דבר נישואין" (שם, בעמ' 1314).

שתי פנים להלכה העוסקת בהברחת נכסים. קיים הבדל אם המכריח הוא הבעל או האשה והריץ שונה בהתאם לזהותו של המכריח. בצד אחד נמצאת אשה העומרת להינשא בשנית, הרוצה, שמי שעתיד להיות בעלה לא ייהנה מנכסיה ומשום כך היא כותבת את נכסיה לילדיה מהנישואים הקודמים או למישהו אחר. שטר המתנה שהיא כותבת נקרא שטר מברחת והלכתה מטוכמת ברמב"ם במלים אלה:

הרוצה להנשא וכתבה כל נכסיה במתנה בין לבנה בין לאחר ואח"כ נשאת ונתגרשה או שמת בעלה, מתנתה בטלה, שזו מברחת היא ולא כתבה כל נכסיה אלא להבריח מבעלה שלא יירשנה וכשתהיה צריכה להן יחזרו לה. לפיכך אם מתה היא בחיי בעלה קנה המקבל מתנה את הכל (משנה תורה, הלכות זבייה ומתנה, פרק ו', הלכה יב).

הלכה זו מקורה בתלמוד (מסכת כתובות ע"ב–ע"ב ע"א) "היא איתתא וכו'". מעשה באשה אשר לפני הינשאה בשנית כתבה את כל נכסיה לבתה. לאחר שנישאה התגרשה וררשה מבתה שתחזיר לה את נכסיה, אך הבת סירבה. כשבאו הצדדים לפני רב נחמן קרע רב נחמן את שטר המתנה והבריז כי המתנה בטלה, היות וחזקה אין אדם מדיד עצמו מנכסיו ונותן לאחר. מכאן שכל מטרתה בהעברת הנכסים לבתה היתה להבריח את הנכסים ממי שעתיד להיות בעלה, כדי שלא ייהנה מהם, ולא להקנות לבתה. מקבלת המתנה לא רכשה, איפוא, זכות קנין בנכסים בגלל הערר האלמנט של בוונה לחת (להקנות) מתנה גמורה, למרות שלבאורה נראית ההעברה כשטר בהעברה גמורה.

הצר השני של המטבע הוא שבבעל עומר להינשא בשנית וברצונו לשמור על רכושו כרי שאשתו לא תגבה מהם את כחובתה או מזונותיה. קשיי הביצוע,

הברחת נכסים

בנכסים, אך לכוונה זו נלוותה גם כוונה להערים ולשלול מן הנושים את זכויותיהם וכוונה זו אינה ניכרת כמעשה – היינו אומדנה דמוכח – אזי לכוונה המתלווה יש רק ערך של דברים שבלב וכידוע דברים שבלב אין בכוחם לכטל את מעשה ההעברה. אולם אם הכוונה להערים ניכרת כמעשה והיא אומדנה דמוכח, אזי אף-על-פי שהיתה גם כוונה אמיתית להקנות למקבל הנכסים קנין גמור, אין ההעברה תופסת מהסיבה שכוונת הערמה הפכה לאומדנה דמוכח. הרב יאיר חיים בכרך מביא בספרו "חוות יאיר" סימן ר (גדפס בשנת תנט בפונקפורט דמיינ) שתי דוגמאות ברורות הממחישות את ההבדלים בין כשירותן או פסילותן של ההעברות:

אלמן אחד שנשא אלמנה וטרם שנשאה עשה שטר חוב לבתו שחייב לה ת"ק ר"ט וזמן פרעון שעה אחת קודם מותו. ואחר מותו שבאה האלמנה לגבות כתובתה, הוציאה הבת שטר חוב שלה המוקדם ליקח הבית שהניח, באופן שלא יהיה להאלמנה ... ניכר הערמה שנתן שטר חוב זמן פרעונו שעה אחת לפני מותו אע"פ שדעתו שיתקיים בשלימות ככתוב בשטר, מכל מקום בהא גופיה ניכרת הערמה ברור כשמש שעל כן קבע זמן פרעון שעה קודם מותו שיהיה זמן פרעון השטר וכתובת אשתו בזמן אחד ושתייה בתו קודמת בשטר חוב מוקדם ולא יגיע נזק לעצמו בשום אופן כי כל מי חייו אי אפשר לתבוע השטר חוב לכן ודאי הוי שטר מבריא ולא יתוך דמיה צידו ... לעומת זאת:

אילו עשה שטר חוב לבת על זמן פרעון עשר שנים וכה"ג דאפשר שיגיע זמן פרעון בחייו ותפרע הבת מאביה אע"פ שמאמין לה שלא תתבע מאביה כל ימי חייו רק באם ימות תתבע מנכסיו, אין דברים שבלב ערמה שתתבטל המעשה...

חלק לא מבוטל מן הפוסקים טוענים שיש להבחין גם בין מתנה שאדם נותן לבין מתנה שאדם נותן לאחר כמו שאומר המהר"ם:

אפילו היכא דמפקיע מתנה מכתובה או ממזונות, מכל מקום מה שאדם נותן מתנה לבנו או ליורשיו אפילו במתנת בריא לא מפקיע ... סוף סוף נשמע המתנה שאדם נותן ליורשיו הוא כמו ירושה בעלמא ... וכן מסתבד שאותו מתנה שאדם נותן ליורשיו לא אלימא מירושה דאורייתא לאפוקי שעבוד כחובה ממטלטלין וכן למזונות ... (מוכא בים של שלמה, כתובות, פרק רביעי, סימן כח).

לאחר שסיכמנו את ההלכה הנוגעת לעניינינו הבה ונראה לאורה כיצד פסק השופט המלומד דלמטה. ברור כי כל עוד לא הצליח באי-כוח המערערים להראות לנו כי טעה השופט המלומד בפירוש ההלכה, לא יהיה מקום להתערבותנו.

השופט המלומד מדגיש ובצדק את ההבדל הקיים בין העברה שאדם מעביר לבנו – לבין העברה לאחר. ההסבר הניתן להלכה מדוע לא תגבה אלמנה את מזונותיה מנכסים שהועברו לאחר, הוא "תיקון העולם" כמו שנאמר "אין מוציאין ... למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם"

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

(משנה גיטין ה, ג). והשופט המלומד מכיא את פירושו של פרשן המשנה "תפארת ישראל" להבנת המושג "תיקון העולם":

דכל אלו אין להן קצבה ולא ידעו לקוחות להזהר כמה יניחו למוכר נכסים בני תורין שיגבו אלו מהן.

ולאחר זאת סיכמו את ההלכה במלים אלו:

ההלכה היא איפוא, כי בדרך כלל אין אשה גובה מזונות מרכוש שכעלה העביר בחייו גם בדרך מתנה שהבעלות נרשמת על שם מקבל המתנה בחיי המודיש.

הוא שואל: "האם גם אינה גובה כזמן שההעברה היא לשם הפקעת זכות

מזונות ונעשתה בתרמית או בהעברה פיקטיבית?"

אחרי בדיקת ההלכה במקורות הוא כותב:

בין האומדנות שהרא"ש מונה, לפי התלמוד, אחת חשובה למקרה שלנו, היינו: מניחים שאין אדם נותן כל ממונו לאחרים והוא יחזור על הפתחים. ואם אדם העביר את כל נכסיו, אפילו לבנו, האומדנה היא שלא התכוון להעברה ממש אלא להערים ולהבריח. כשעומדת שאלה של הכרחה (על פי מה שנאמר בכתובות עט ע"ב), נראה שאפילו השאיר לעצמו משהו, אם הדבר שהשאיר לעצמו פעוט, נשאר האומדנה שהתכוון להבריח (ראו: באר היטב, לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן צט, סעיף קטן יט; והש"ך, לשולחן ערוך, חושן משפט, שם, סעיף קטן טז; וכן קצות התישון לאותו סימן סעיף קטן ו). נרמז לי שהאומדנה הזאת מתאימה גם לכללי עדות מסיבתית במשפט המודרני.

השופט המלומד פונה לעובדות שכבר הוזכרו לעיל ומגיע למסקנה המכרעת

אשר חורצת את גורל הערעור שלפנינו והיא: היתה פה כוונה להערים ולהבריח את הנכסים והמתנה לא היתה מתנה גמורה.

לדעתי צדק השופט המלומד, בהסיקו את המסקנה היחידה, הכלתי נמנעת,

העולה מן העובדות שהזכרתי, והיא: האב לא הצליח להעביר בחייו לבנו את

הנכסים במתנה גמורה. והבן לא קיבל מתנה גמורה. מכאן למרות שהבן קיבל

את הנכסים כמתנה בחיים לפי החוק האזרחי, הרי לפי המשפט העברי נחשבים

הנכסים כאילו הועברו כדושה, דהיינו כפופים לשעבוד של תשלום מזונות

לאלמנה והחובה לאפשר לאלמנה להמשיך לדוד בכית בו גרה עם בעלה בימי

חייו.

לאור האמור לעיל, אנו דוחים את הערעור ומאשרים את פסק-הדין של כית-

המשפט המחוזי. המערערים ישלמו למשיבה באופן סולידרי סך - 100 ל"י

הוצאות כוללות.

פרק שישי "חקנת השוק"

1. אימתי חייב הקונה חפצים גנובים להשיבם לבעלים?

ע"א 8/59

גולדמן נ' גולדמן

פ"ד יג 1085, 1088-1089

בבית-המשפט העליון כשכתו כביח-משפט לעוברים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, לנרזי

הביעת אשה נגד בעלה לסלק אח ידו מעל דירחם המשותפת העומדת בבעלותה הייחודית, בהיותו אך בר-רשות שרשותו בוטלה לפני הגשת התביעה – הלכה בע"א 257/57 הקובעת, כי הוראת סעיף 19) של פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, אינה מונעת כן-זוג מלהגיש תביעת החזרת חזקה, שיסודה בבעלותו של התובע להבזיל מן החזקה שלו.

השופט זילברג: ומענין לענין באותו ענין, לשם בחינת נכונותה של ההלכה אשר נקבעה בע"א 257/57. קיימת לכאורה פרכא אחת העשויה לקעקע את כל בירת ההלכה הנ"ל, והיא הוראת סעיף 38 של פקודת הנזיקין האזרחיים. באותו סעיף נאמר:

ככל תביעה שתוגש בשל שליחות-יר במטלטלין, תהא זו הגנה כי הנתבע קנה אותם בתום-לב –

(א) בשוק פתוח, מאת אדם הסותר כרגיל בשוק שהוא באותו סוג נכסים אשר אחר נמנים הנכסים שנטענה שליחות יר עליהם, או

(ב) בכל חנות בה נמכרים כרגיל נכסים מן הסוג אשר אחר נמנים הנכסים שנטענה שליחות עליהם, מאת בעל החנות או מורשהו.

זו היא ההגנה הנורעת של market overt, בעברית: "חקנת השוק", על שם חקנת השוק של המשפט העברי, לפיה הקונה מאחר חפצים שנגנבו, אינו חייב (בדרך כלל) להחזיר את הרכוש לבעליו אלא אם כן קיבל מיריו את המחיר ששילם (בכא קמא קיד ע"ב-קטו ע"א; רמב"ם, הלכות גניבה פרק ה, הלכה ב; שולחן ערוך, חושן משפט, ורמ"א סימן שנו, סעיפים כ-ג; סמ"ע שם, סעיף קטן ה; "מפני חקנת השוק. פי' מפני שקנאו בפרהסיא בשוק, ואם לא

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

יחזירו דמים, נמצא שלא יקנה אדם מתכרו דבר מחשש שמא גניבה היא ורציאנו מידו בלא דמים".

ע"א 448/74

אוטו בלה, שותפות למסחר בכלי רכב ואח'

נ' לקי דרייב בע"מ ואח'

פ"ד (2) 207, 215, 216

בבית-המשפט העליון בשבתו כביח"משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנרוי, מגי, שרשבסקי

המשיבה – בעלת עסק להשכרת מכוניות, השכירה מכונית לאדם שהציג עצמו בשם יצחק שפיגלר. הלה מכר מכונית זו למערערים – בעלי עסק למסחר בכלי רכב, והם מכרה למשיבה מס' 3. בבית-המשפט המחוזי חוייבו המערערים בגין גזילה, לאחר שהשופט קבע כי בעסקות של קניית המכונית ומכירתה פעלו המערערים לא רק כמתווכים, וכן כי המשיבה מס' 3 קנתה את המכונית בתמורה וכתום-לב והיא מוגנת ברכישתה.

השופט שרשבסקי: אין לקבל גם את טענת כא-כוח המערערים שהשופט המלומד שגה ברחותו את התביעה נגד המשיבה מס' 3 על-פי סעיף 53 הנ"ל בצירוף סעיף 34 לחוק המכר בו מדובר על תקנת השוק, היינו הגנת הקונה כתום-לב בנסיבות מיוחדות. המושג "תקנת השוק" ידוע כמשפט העברי שלפיו, בנסיבות מיוחדות, הקונה מטלטלין ממי שאיננו בעליהם, מבלי לרעת שהיו גנובים ומבלי שהמוכר היה ידוע כגנוב, מוגן בפני תביעת הבעלים לגבי החזרת הממכר או ככל אופן אינו חייב להחזיר את הגניבה מבלי שהתוכב ישלם לו את הסכום ששילם למוכר. ההגנה הזאת ניתנת לקונה כתקנת השוק, כלומר מפני שקנהו בפרהסיה בשוק ואם לא יחזירו לו דמיו, נמצא שלא יקנה אדם מתכרו דבר מחשש שמא גנוב הוא ורציאנו מידו בלא דמים (ראה: כבא קמא קטו ע"א; רש"י שם, ר"ה תקנת השוק; רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ה, הלכות ב-ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שנו, סעיף ב; הסמ"ע שם, סעיף קטן ה. ראה גם דברי השופט זילברג בע"א 8/59, בעמ' 1089, שהפנה למשפט העברי בנדון זה). לפי סעיף 34 הנ"ל הגנת הקונה כתום-לב, כעיקר הדברים, דומה איפוא להגנתו במשפט העברי.

...המושג תום-לב אינו מוגדר בחוק המכר וכא-כוח המערערים ניסה לטעון כי אין לך תום-לב אצל הקונה, אלא אם הוכיח שגם בזהירות גדולה ביותר לא יכול היה לגלות שהממכר אינו שייך למי שמכר אותו לו, כלומר במקרה דנן שהיה על המשיבה מס' 3 לכרד אצל משרד הרישוי מי רשום אצלם כבעלי הרכב ומשהיא לא עשתה זאת, לא הוכיחה שקנתה את המכונית כתום-לב כמוכן הסעיף 34 הנ"ל. אין לקבל טענה זו. אין פלא שאין בחוק הגדרה מפורטת למושג תום-לב, כי הרי הוא ידוע לנו כבר מקדמת דנא. כספר

“חקנת השוק”

בראשית, פרק כ, אנחנו קוראים שכאשר אבימלך לקח את שרה ואלקים מאשים אותו שעבר עבירה כאשר לקח אותה והיא בעולת בעל, היינו אשת אברהם, מתגונן אבימלך שאחזו בצערים שבנסיבות היה רשאי לראותם כסבירים (שאל את אברהם ושרה) כדי לברר את המצב ולא היה לו מקום להעלות על הרעת שעבר עבירת בעילת אשת איש ולכן טען “בתם לבבי ובנקיון כפי עשיתי זאת” (שם, פסוק ה, רש”י שם: “שלא דמיתי לחטוא”), כלומר שלא היה מקום לדרוש ממנו לברר אם אברהם ושרה ריברו אמת. וטענתו זו גם מתקבלת, כנאמר בפסוק ו שם: “ויאמר אליו אלקים... גם אנכי ידעתי כי בתם לבבך עשית זאת” וכו’. במלים אחרות, אין לדרוש אלא זהירות שבהתחשב בנסיבות היה, מי שטוען את הטענה, רשאי – באופן סובייקטיבי – לראותה כסבירה לשם ברור המצב לאמיתו. חוסר חקירה המונע לדעת את העוברות המלאות, אם הוא, בהתחשב בנסיבות, איננו תוצאה של לא-אכפתיות, איננו שולל איפוא קיום תום-לב...

מכירה על-ידי בית-המשפט

יח, סימן טז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קט, סעיף ג, וסמ"ע, סעיף קטן ו, שם; חושן משפט, סימן קד, סעיף ב ופתחי תשובה, סעיף קטן ב).

2. ביטול מכירת דקקעות יתומים על-ידי בית-המשפט כשטעו בשווי

ע"א 217/75

לוי ג' נחול ואח'

פ"ד (2) 309, 318

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, קיסטר, י' כהן

בית-המשפט המחוזי בנצרת נתן אישור מראש, כנדרש בסעיף 20(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, חשכ"ב-1962, לעיסקה במקרקעין שערכה המשיכה, כשם ילדיה הקטינים, עם המערערים. המערערים קיימו מצדם את התנאים שהטיל בית-המשפט לשם מתן האישור, ואילו המשיבה מבקשת עתה את ביטול האישור שנתן בית-המשפט המחוזי בטענה של גילוי עובדות נוספות או שינוי בנסיבות, כאמור בסעיף 74 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

השופט י' כהן: ברצוני להבהיר שלדעתי על בית-המשפט להשתמש בסמכותו לפי סעיף 74 בזהירות רבה ורק במקרים מיוחדים. אין לעשות שימוש בסמכות זו כדי שהנתון לאפוטרופסות יזכה ביתרון שלא הגיע לו בעת מתן ההחלטה הקורמת או במקרה שההפרש במחיר אינו גדול. ברם, במקרה דנא כשההבדל בין המחיר הראוי ובין המחיר המוסכם הוא כמאות אחוזים, התערבותו של בית-המשפט לטובת הקטינים היא מוצדקת. מותר לנו ללמוד בענין זה מן הדין העברי, לפיו "בית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות ובין במטלטלין, אם טעו בפחות משתות – הרי זו מחילה כהריוט; טעו בשתות – בטל המקח" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה י'). זהו הדין לגבי נכסי יתומים. אף-על-פי שברך-כלל אין דין אונאה חל על קרקעות. אינני מציע, שאנו נאמץ לנו את המבחן של טעות כשישית מהערך כמצריך ביטול העיסקה, אך כאמור כאן עולה שווי הקרקע פי חמישה על המחיר המוסכם, וקשה לי לראות מקרה יותר מתאים לשימוש בסמכותו של בית-המשפט מאשר מקרה זה.

פרק שמיני "גנבת דעת"

1. חובת המוכר להודיע לקונה על כל מום
או תביעת זכות בממכר

ע"א 338/73

חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח'

פ"ד כט (1) 365, 371

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ויתקון, ח' כהן, קיסטר

בסכסוך בין רוכשי דירות בבית משותף לבין הקבלנים פסק בית-המשפט המחוזי לטובת רוכשי
הדירות, וציווה על הקבלנים להרוס את המשרד שהוקם בין עמודי הבית.

השופט קיסטר: בא-כוח המערערות מחפש להיתלות גם כן בהוראה בחוזים
האומרת שהקבלן רשאי "להצמיד חלקים מרכוש משותף ליחידות מסוימות
כבית משותף". הוא מבקש ללמוד מכאן קל וחומר, אם רשאים הקבלנים
להצמיד חלק של בית משותף ליחידות דיור, רשאים הם גם להקים יחידה
נפרדת. אך טענה זו היא טענת הבל. אין ספק שלפי חוק המכר, בזכות הצמדה
יש להשתמש רק בחום-לב וכמקובל, היינו, הקבלנים רשאים להצמיד מקומות
חניה, או מרפסות וכדומה ליחידת דיור מסוימת, אבל חלילה שיקחו לעצמם
מרכוש משותף. אפילו לפי הפסיקה באנגליה יש לנהוג בעיקרון של "commo
honesty" ואין לפרש את התנאי הזה כמקנה זכות כלשהי למוכר מחוץ
לסמכותו לפעול לשם ביצוע חוזה המכר, ועליו לפעול בנאמנות ולהצמיד מה
שדרוש להצמיד לפי חוזה המכר ולרישום בית משותף בהתאם. אלו היו
הדרישות לגבי פידוש חוזים לפי פסיקה אנגלית, לא-כל-שכן היום שהחוק
דורש לנהוג בחום-לב, ואין צורך בשום תנאי מפורש או בקונסטרוקציה של
תנאי מכללא במובנו הרגיל. אם באים אנו לשאול מה הוא החיוב של המוכר
לפעול באמונה, מותר לצטט את ההלכה של המשפט העברי (רמב"ם, הלכות
מכירה, פרק יח, הלכה א): "אסור לרמות את בני אדם במקח וממכר או לגנוב

“גנבת דעת”

את דעתם”. אחת הדוגמאות להלכה זו היא אדם המוכר נכס שיש בו מום ואינו מודיע עליו לקונה הרי זו גניבת דעת (שם, שם) ואף אסור למכור נכס שירדע למוכר שיש עליו עסיקין בלי להודיע זאת לקונה (ושם, פרק יט, הלכה א). על-אחת-כמה-וכמה זוהי גניבת דעת בעח שהמוכר חושב להקטין את ההנאה מהמכר ולנגוס לעצמו מרכוש הנראה כרכוש משותף ואינו מודיע על כך לרוכשי הדידות.

2. גנבת דעת והונאה

ראה גם בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 492, ובשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 648.

ת”א (ת”א) 749/56

אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב נ' תעשית משקאות חריפים גולד ובניו

פ”מ כב 71, 74, 75, 76-77

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: התובעת היא חברה לייצור יינות ומשקאות חריפים ולמעלה מ-50 שנה משתמשת היא בסמל של שני מרגלים נושאים אשכול ענבים גדול ובמלים כדמל מזרחי או בלועזית Carmel Oriental. למותר להוסיף כאן כי היקף יצורה ושיווקה של התובעת הוא ביחס לכל יצרן אחר המייצר ומשווק יינות ומשקאות חריפים בארץ גדול מאד. אפשר להגיד שהסמל והשם הנ”ל של התובעת מוכרים בארץ למדי, ועל זה אין מחלוקת...

4. כעת התחילה התובעת – לפי שנאמד גם בפרשת התביעה – להזמין כמויות עצומות של בקבוקים שבהם מוטבע הסמל שלה, אולם חלק גדול של הבקבוקים האלה, המוזרמים לשוק עם תוצרת התובעת, מגיעים לידי יצרני משקאות אחרים אשר ממלאים בהם, את התוצרת שלהם...

10. אצל עם ישראל היתה מגמה לשמידת רמה הוגנת במסחר מקדמת דנא (המבוססת: על א) איסור אונאה. ב) הגנה שאיש לא ינצל את עמלו של חברו. ג) צורה נאותה של התחרות שלא ירד אדם לאומנות חברו ולא ישיג גבולו אשר לאונאה האיסור הוא גם על המוכר שלא יטעה וגם שימנע מפעולה ומכל צורת מסחר שבגללה עלול הקונה לטעות. כגון האיסור על איכר לעדבב תבואתו עם תבואת איכרים אחרים כי אדם הקונה אצלו חושב כי הוא קונה את תוצרתו בלבד (ראה: משנה בבא מציעא ד, יכ).

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

אשר לניצול עמלו של זולחו אצטט כרוגמה תשובה של יחזקאל לנדאו בעל ה"נודע ביהודה" (מהדורא תניינא, חושן משפט, סימן כד) מלפני כמאתיים שנה, שלפניו באה תביעה של מחבר אשר הזמין אצל מדפיס שני סדרי משנה עם פרושים רגילים ולהם הוסיף פירוש משלו, נגד סכום קצוב לכל גליון מודפס. דרך המדפיסים היתה בדרך כלל אתרי גמרם כל דף ודף לסתור סידור האותיות ולסדר מהם דף אחר אבל מדפיס זה שהיו לו אותיות למכיר, לא קלקל הסדור, הניחו כמות שהוא, ואתרי גמר ההדפסה עבור המחבר, הסיר את הפירוש של המחבר והדפיס, על חשבונו הוא, אותם שני סדרי משנה והמחבר דרש ממנו לשלם לו מה שנהנה מסידור האותיות שנעשה עבור המחבר. בעל ה"נודע ביהודה" שהביע דעה שהמחבר היה יכול לעכב את המדפיס מעשות כן, וכאשר המדפיס הרפיס הדכר עלול לגרום נזקים למחבר, כי הפצת אותם הסדרים, כלי פירוש התובע, כמחיר הרבה יותר זול, יקטין את אפשרויות המכירה על-ידי התובע, ופסק שיש לחייב את המדפיס לשלם למחבר מה שנהנה כי אין אדם רשאי להנות חינם ממלאכת חברו. ראה גם: דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קנז.

ע"א 417/67

פלדמר נ' שטיין

פ"ד כב (2), 210, 224

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים מני, קיסטר

במהלך ביצוע חוזה למכירת דירה שילמו המשיבים למערער דמי קדימה בסך 15,000 לירות, לאחר מכן ביקשו החוזרת כספם בטענה כי הוא דרוש להם לצרכי פרנסה, והעניין נמסר – על-פי הסכם בדיבור פה – לבוררות "דין תורה". הבוררים חייבו את המערער להחזיר למשיבים את מלוא דמי הקדימה, והוא אמנם החזירם. בית־המשפט המחוזי רחה תביעתו של המערער לחילום פיצויים בסך 4,000 לירות, על ההפסד הכספי שנגרם לו, על-סמך הנימוק של מעשה־בית־דין, שנוצר מכוח פסק הבוררים האמור.

השופט קיסטר: בפרשת התביעה נאמר כי התובע (המערער) התברר לאחר מכן כי הסיפור האמור של המשיבים אודות מצבם הכלכלי אינו גכון כלל וכי רכשו דירה אחרת יקרה יותר ולכן רצו להשתחרר מחובתם על-פי חוזה המכר האמור.

אם כך הם פני הדברים הרי שיש בדברי המשיבים – או המשיב מס' 1 אשר פעל כענין – שאמרום לפני המערער והבוררים משום מעשה המוגדר כמשפט העברי כאישור "גניבת דעת" (רמאות) – האסור גם כשאין כל הפסד ממון – ואיסור אונאה שהוא ככלל איסור גזילה (ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה א, ופרק יח, הלכה א; טור, חושן המשפט, סימן רכז, סעיף א; רכת, סעיף

“גנבת דעת”

ה; שולחן ערוך, חושן המשפט, סימן רכז, סעיף א; וראה שם, סמ"ע, סעיף קטן
א; שם, סימן רכה, סעיף ו).

ע"א 453/80

בן נתן ג' נגבי

פ"ד לה(2) 141, 147

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 649.

פרק תשיעי
פטנטים

1. הגנה על פטנטים וזכויות יוצרים

ת"א (ח"א) 749/56
אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון
וזכרון יעקב נ' תעשית משקאות חריפים גולד ובניו
פ"מ כב 71, 77

הובא בשער זה, עמ' 789.

2. קבלת תשלום גבוה עבור ריפוי ותרופות

ע"א 244/72
פלנטקס בע"מ ואח'
The Wellcome Foundation Ltd. נ'
פ"ד כז(2) 29, 61-62

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 695.

פרק עשירי
אבדה ומציאה

1. רשותו של אדם קונה לו רק כשהאבדה בשליטתו
ומשתמרת

ע"א 546/78

בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח'

פ"ד לר (3) 57, 66-68, 69, 80-84

כביח-המשפט העליון כשכתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (לנדוי), והשופטים אלון, ברק

המערער הוא בנק שבחדר הכספות שלו נמצאו אגרות למוכ"ו של מלווה פיתוח על-ידי המשיב הראשון. כביח-המשפט המחוזי נקבע כי הבעלים של האגרות הוא המשיב הראשון, ועל כן מוגש הערעור.

השופט ברק: 9. (א) חלק מפסק-דינו הקדיש בית-משפט קמא להלכות המשפט העברי בסוגיה של השבת אבירה. אומר בית-המשפט:

במקרה שלפנינו מדובר בחוק ישראלי, שהוחק על-ידי הכנסת והמונחים המעסיקים אותנו כגון "ברשותו של אדם אחר" ו"בעל הרשות" המופיעים בסעיף 3 לחוק הם כאמור מונחים המוכרים לנו מן ההלכה. כיון שכך יש טעם רב לבדוק את מה שאומרת ההלכה בסוגיה זאת וללמוד ממנה את אשר ניתן ללמד (עמ' 8).

על-פי המשפט העברי, האגרות שנמצאו בחדר הכספות הן רכושן של המרצא ואין לבעל המקום זכות בהן, שכן דינו של חדר כספות כדן חצר שאינה משתמרת שהיא כרשות הרבים ואינה קונה לבעליה. על המשפט העברי למד בית-המשפט, בין השאר, מתוך שלוש חוות דעת של פוסקים ידועים בעלי שיעור קומה בימינו, אשר חיוו דעתם על שאלה שהוצגה לפנייהם על-ידי בא-כוח המשיב, ואשר עובדותיה זהות למקרה שלפנינו, על פנייתו של השופט למשפט העברי ברצוני להעיר מספר הערות.

(ב) הפנייה למשפט העברי הנזכרת בראשית הקטע שצוטט לעיל, לענין

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

פירוש הביטוי "ברשותו של אדם אחר" ו"בעל רשות", היא כוודאי מותרת. עם זאת מן הרצוי להציב את גבולותיה: ראשית, אין זו פניית חובה, אלא רשות בלבד; שנית, הפנייה למשפט העברי אינה פנייה למערכת נורמטיבית ממנה מתבקש ציווי, אלא הפנייה היא לאוצר של מחשבה משפטית ממנה מתבקשת השראה. הפנייה היא אל "משפט" במונח החרבותי – ולא אל "משפט" במונח הנורמטיבי. בענייננו, אין אנו רשאים לפנות למשפט העברי כדי לקלוט מתוכו את דין המציאה, אלא אך לקבל ממנו השראה למציאת הדין שלנו; שלישית, משחשפנו פירושו של ביטוי פלוני באוצרות תרבותנו, עלינו לבחון אם פירוש זה – בצד פירושים אפשריים אחרים – משקף את כוונתה של החקיקה. כבר עמדתי על כך שבחינת המשמעות של הביטוי "ברשותו של אדם אחר" – ורק לשם בחינה זו מותר לנו לפנות, בין השאר, למשפט העברי – אינה סופה של הדרך אלא רק תחילתה. תפקידו של הפרשן הוא לבחור באפשרות הדאוויה מכין האפשרויות העומדות לפניו. בחירה זו אינה פעולה טכנית. זו פעולה יוצרת. היא נעשית על-פי כללים הקבועים במשפטנו, אשר החשוב שבהם הוא זה הקובע כי הוראת חוק תפורש על-פי מטרת החקיקה. (ג) הפנייה למשפט העברי הנזכרת בסופו של הקטע שצוטט לעיל שונה במהותה מזו הנזכרת כראשיתו. כעוד ראשיחו של הקטע עוסק בפירוש ביטויים, סופו של הקטע עוסק בהשוואת משפטים (Comparative Law). אכן, לעיתים קרובות, בטרם יכריע השופט באשר לחוכנו והיקפו של מוסד משפטי המצוי בשיטתו, הוא יפנה אל שיטות משפט אחרות, לשם השוואה. מטרתה של השוואה זו היא השראה. תנאי חיוני להשראה זו הוא שהמוסדות המשפטיים אותם משווים הם ברי השוואה, דהיינו, שהם מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות וכאים להגשים מטרות משותפות, בענייננו ספק אם יש טעם בהשוואה למשפט העברי – ומכאן גם ספק אם ניתן לקבל השראה ממנו, הסיבה לכך היא זו: הבחנתו של המשפט העברי בין חצר המשתמרת לבין חצר שאינה משתמרת מבוססת על הנחת היסוד כי המוצא או בעל המקום הופכים להיות בעל האבירה לאחר, והשאלה היחידה היא מי מבין השניים הוא הבעלים המידי, לעומת זאת הבחנתו של המחוקק בין אבירה שנמצאה ברשוחו של אדם אחר לבין אבירה שלא נמצאה כאמור מבוססת על הנחת היסוד כי בעת האבירה בעל האבירה נשאר בעליה של האבירה, והשאלה היא מי ישמור עליה, וכפרס על שמירתו יזכה בכעלות בה. על כן אין בין "רשוחו של אדם אחר" כחוק השבת אבירה לבין דיני החצר המשתמרת במשפט העברי כסיס רעיוני משותף המספיק לצורכי השוואת משפטים פוריה.

ד) בנחחו את המשפט העברי נזקק בית-משפט קמא לשלוש חוות דעת הלכתיות. היו אלה חוות דעת שנחבקשו על-ידי בא-כוח המשיב. הוא הציג לפני שלושה פוסקים ידועים מערכת עובדות הדומה למקרה שלפנינו, וקיבל תשובה כאשר לעמדתו של המשפט העברי. תשובות אלה הוגשו על-ידי בא-כוח המשיב לבית-משפט קמא. בא-כוח המערער הסתייג מהגשת חוות הדעת, אך בית-משפט קמא לא ראה כל מקום שלא לקבל. אומר בית-המשפט:

מעשה יום יום הוא שבי־משפט נזקק ונעזר בספרות שו"ת לפתרון בעיה המעסיקה אותנו, והאם כשהמדובר הוא בפוסקים בני דורנו העניין פסול? עם כל הכבוד לביית־משפט קמא, לא הרי שאלות ותשובות המהוות חלק ממערכת המשפט העברי כהרי שאלה ספציפית ותשובה ספציפית בענין התלוי ועומד לפני בית־משפט. המשפט העברי לענינו אינו "דין" החל בישראל, שכן בענינו חל חוק השבת אבידה ולא המשפט העברי, אך הוא אף אינו שיטת משפט זרה אשר לפיה פוסקים את הדין ושיש על כן להוכיח את חוכנה כעוברה, בדרך של חוות דעת. המשפט העברי לענינו הוא שיטת משפט המשמשת להשראה שיפוטית בדרך של השוואת משפטים. לומדים עליה מתוך הספרים הפתוחים לציבור. לא נראה לי כי ראוי הוא, כנסיבות אלה, להיזקק לשאלה הנוגעת במישרין לענין נשוא המשפט, ושהזמנה לצורכי המשפט, ולתשובה הניתנת בעקבותיה...

השופט אלון: 1. היה לפני פסק־דינו של חברי הנכבד השופט ברק; קראתי ועיניי בו, ודעתי אינה מסכימה עמו. נראה לי כי יש לרחות את הערעור ולקיים את פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי.

2. ודאי הוא, כדברי חברי הנכבד, כי מטרתו של חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973, כשמו כן הוא – השבת האבירה לבעליה. המטרה העיקרית והראשונית שעמדה לנגד עיני המחוקק היא קביעת הוראות והנחיות שיהא בהן, במירה מירבית, להניע את המוצא להשיב את האבירה למי שאברה לו, בין אם המאבד היה הבעלים של החפץ ובין אם היה זכאי להחזיק בו בלבד (סעיף 1 לחוק). מטרה בסיסית זו לא רק שמשמעת היא מצעם שמו של החוק ומתוכן הוראותיו, ובכך עור ידובר להלן, אלא נראה לי כי מותר להניח שעומרת היא בראש מעיניו של כל מחוקק המבקש להסדיר ענינה של פרשה זו. ובווראי שכך הוא, ררך משל, במשפט העברי, שבו נתיחרה לנושא זה פרשה שלמה בתורה שבכתב (רברים כב, א-ג). סביר להניח שהרעיון הגלום בפסוקים אלה שימש מקור השראה גם למחוקקי אומות העולם, ואף טבעי הוא שהמחוקק הישראלי מצטט בהרחבה פסוקים אלה שבספר רברים בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות חוק, תשל"א, מס' 930, עמ' 163 ואילך). מן הראוי לציין כי שמו של החוק בהצעתו היה "חוק הטיפול באבירות", אך משנודן בכנסת היה שמו בישראל "חוק השבת אבידה", ושינוי זה הוסבר בפי חבר כנסת מ' ביבי, שהביא את החוק לקריאה שנייה ושלישית, כך: "הביטוי השבת אבירה הוא ביטוי המוכר לנו במשפט העברי, והוא גם מבטא ביתר ריוק את מטרת החוק" (רברי הכנסת, כרך 67, עמ' 3596), והיא היא המטרה האמורה לעיל, המוסברת באותו מקום בדברי חבר כנסת ביבי שצוטטו בפסק־דינו של חברי...

12. ואחרון אחרון, חביב וחשוב – דרך פירוש זו למונח "רשותו של אדם אחר" ולמגמתו של סעיף 3 מוצא אני במערכת המשפט העברי. חוק השבת אבירה, תשל"ג-1973, הריהו אחד הפרקים בחקיקה הישראלית העצמאית של

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

דיני המשפט האזרחי, וככל הנוגע לקודיפקציה עצמאית זו, מקום בראש נתיחד למשפט העברי בפרשנותה. בענין שאלה נכבדה זו נהני במפורט בע"א 148/77 רוט נגר ירופה, בעמ' 632–633, והמעיין יעיין שם. כלליו הערוחיו של חברי הנכבד השופט ברק כשאלה זו אינם גראים לי מספיקים ומקפיים כל צודכם. ודאי, ואין צריך לומר, כי פרשנותה של חקיקה עצמאית זו על-פי המשפט העברי אינה במקומה כאשר ברור מתוכנו של החוק המסויים אותו כאים אנו לפרש שנוגד הוא את עמדתו ומגמתו של המשפט העברי בסוגיה זו; אל לו לשופט "לאנוס" את החוק או סעיף מסעיפיו בדרך פרשנות העומדת בניגוד לאמור בחוק, ומכל שכן שאל לו לערב מין כשאינו מינו. אך כאשר מצב הרברים אינו כן, ומתעורר ספק שאין לו הכרע מתוכו ומתוכנו של החוק, עלינו להזיקק בראש ובראשונה לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשי וראשון כמעלה, שאמנם אינו מחייב אך שיש בו כדי להנחותנו כפתרונה של הבעיה העומדת לפנינו.

13. משהתעורר בענין שלפנינו ספק בדבר משמעות האמור בסעיף 3 לחוק ומוכנו של המושג "רשותו של אדם אחר", ואין לספק זה הכרע מחוכו ומתוכנו של החוק, מן הראוי הוא אפוא שנפנה למערכת המשפט העברי למציאת פתרונה של בעיה זו. ובוודאי שכך הוא משעלה בידינו כי חוק השכת אכידה של הכנסת ודיני השכת אכידה שכמשפט העברי, מטרה מרכזית אחת משותפת לשניהם – השכת אכידה לבעליה. על כך עמדנו בתחילתם של דברינו ואף ראינו כי הכנסת, בעת הקריאה השנייה והשלישית לחוק, מצאה לנכון לשנות מהשם של חוק לטיפול באכידה לשם חוק השכת אכידה משום שוהי מגמתו של החוק ומשום שזה השם הניתן למערכת דינים זו כמשפט העברי. יתידה מזו, הראגה למציאת בעליה של האכידה כה מרחיקה לכת היא כמשפט העברי עד שקובע הוא שבאכידות מסוימות, שיש בהן סימן ושאיין להניח שהבעלים התיאשו מהן, אין הן עוברות לעולם לבעלותו של המוצא, אלא יהיו מונחים "עד שיבוא אליהו" ויימצאו בעליהן (כבא מציעא ל ע"א; רמב"ם הלכות גזלה ואכרה, פדק יג, הלכה י; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן דסז, סעיף טו) ושעה שבמשפט העברי כמקורו נקבע שאכידה שלגביה יש להניח שהבעלים התיאשו ממנה מותר למוצא ליטול אותה לעצמו, נקבע עוד בסופה של המאה העשירית, כתפוצה שבככל וכאשכנו, שגם לגבי אכידה זו צריך המוצא להתזירה לבעלים שבאו לדרוש אותה (שו"ת דבנו גרשום מאור הגולה, סימן סז, מהדרות אידלברג, עמ' 154–158; תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שעד א, סימן כו; וכך נתקבל להלכה ולמעשה. וראה מנתם אלק, המשפט העברי, חלק ב, עמ' 564–566 והערה 32, שם).

14. יחד עם מגמה יסודית זו שבדיני השכת אכידה כמשפט העברי, וכנוסף לה, הסרידה מערכת משפטית זו את הבעיה המיוחדת שהיא נשוא דינונו, בדרך שפירשנוה בסעיף 3 לחוק השכת אכידה. ואף כמשפט העברי נדונה כעיה זו, בין היתר, בהקשר לאכידה שנמצאה ברשותו של הבנקאי, הלא הוא השולחני שבאותם הימים, וכך אנו שונים כמשנה כבא מציעא ב, ד:

מצא בחנות, הרי אלו שלו (=של המוצא); בין התיבה ולחנוני – של החנוני (=שהחנוני יושב לפניו – לפני התיבה – ותמיד נוטל ממנה ונותן לפניו ומוכר, ומעות שנותנין לו נותן לתוכה, ולא נפל שום דבר אלא מיד חנוני – רש"י, בבא מציעא כו ע"ב, ד"ה בין התיבה);

(מצא) לפני שולחני (=מחליף מעות, ונותן מטבעותיו כשולחן שלפניו, והבאין להחליף אף הן נותנין שם מעותיהן – רש"י) – הרי אלו שלו (=דאמדין מן הבאין נפלו, שהרי שולחן מפטיק בין שולחני למעות שנמצאו; ואם מן השולחני נפלו – היה להם להמצא בינו לכסא שהשולחן מונה עליו – דש"י); בין הכסא ולשולחני – הרי אלו של שולחני.

מעות שנמצאו בחנות שבה נמכרים דברים שונים או כחנות שבה מחליף השולחני מעות (כך הוא הנוסח כרמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פדק טז, הלכה ה "כחנות השלחני"), הרי אם מצאם כחלק שבו מצוי הקהל שבא לקנות או להחליף המעות, והיינו בין התיבה או הכסא ול חוץ, יש להניח שאבדו לאחד מן הקונים ואזי זוכה בהם המוצא ולא בעל החנות; אם נמצאו בין התיבה ולפנים, לצד השולחני או החנוני – הרי אלו של החנוני או השולחני כי יש להניח שהם נפלו מהחנוני והשולחני.

כתלמוד נאמר כי גם כאשר המעות נמצאו על גבי השולחן – שייכים הם למוצא (בבא מציעא, שם). ולדעתם של רוב הפוסקים כך הוא הדין גם במקרה שהמעות נמצאו על גבי התיבה שאצל החנוני (רמב"ם, שם, הלכה ד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רס, סעיף ה). רבי יעקב בעל הטורים מכחין בין שני המקרים, ומענינת היא הנמקתו:

המוצא בחנות בין התיבה לתנוני הרי הוא של החנוני; ובשאר כל החנות – הרי הוא של מוצאו;

המוצא מעות בין כסא לשלחני, הדי הם של שלחני; והנמצא אפילו על השולחן הוא של מוצאו ואין צריך לומר לפני השולחן לצד חרוץ;

והדמב"ם ז"ל כתב: דבחנות גם כן, הנמצא על התיבה הוא של מוצאו; ואינו נראה כך מתוך הגמרא אלא הוא של החנוני; וטעמא – שדרך הבאים להחליף ליתן מעותיהן על השולחן, מה שאין כן בחנות, שאין דרך הבאים לקנות ליתן חפציהם על התיבה (טור, חושן משפט, סימן רס, סעיפים ד-ה). כלומר, בחנות המוכר הוא ששם את החפצים שלו על השולחן כדי להציעם לקנות ולכן מה שעל השולחן הוא של החנוני. מה שאין כן בשולחני; האדם הבא מבחוץ להחליף מעותיו הוא אשד שם את המעות על השולחן ומראה אותם לשולחני, ולכן המעות שעל גבי השולחן הם של המוצא ולא של השולחני.

עז כאן לענין אבידה שנמצאה ברשות היחיד, במקום כזה שיש להניח שהיא אבדה לבעל הדשות ושייכת היא לו. המפדשים והפוסקים דנים ושואלים – גם כאשר נמצאה האבידה באותו חלק של התנות שבו יש להניח שהאבידה לא נפלה מבעל המקום אלא מאחד מאלה שבאים מן החוץ, משום מה שייכת האבידה במקרה זה למוצא, הרי היא נמצאה ברשות היחיד של בעל התנות או

שער חשיע: דיני קניין וקניין רוחני

השולחני ורשותו זכתה לו לפני שהמוצא מצא את האכידה? וכך מנוסת השאלה, והתשובה עליה, ברמב"ם:

ולמה לא תקנה החנות לבעליה? לפי שאינה חצר המשתמרת (רמב"ם, שם, פרק טז, הלכה ד; וכן ראה: רמב"ם, שם, פרק יז, הלכה ח). כלומר, רשותו של אדם קונה לו רק אם היא בשליטתו ומשתמרת, אבל כאן זוהי, כלשונו של הרשב"א –

חצר שאינה משתמרת ... דהיא רשות הרבים, שהחנוני רוצה הוא ככניסת הרבים שיקנו ממנו, והרי היא כרשות הרבים (רשב"א – ר' שלמה בר' אברהם אדרת, ספרד, סוף המאה השלוש-עשרה – מוכא כשיטה מקובצת, בבא מציעא כו ע"ב, ד"ה מתניתין מצא בחנות וכו'). והיטיב להסביר את הדבר ר' אשר בר' יחיאל, הרא"ש, בן דורו של הרשב"א:

וחצירו לא קנתה, דלא סמכא דעתיה, כיון דרבים נכנסין ויוצאין. ואפילו איתיה בחנות (=אפילו ישנו בעל החנות בחנות), לא מהני עומד כבד חצירו אלא היכא דמצי לשומרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים; אבל הכא כיון דלא ידע דאיתיה שם (=בעל החנות אינו יודע שהאכידה מצויה בחנות) ורבים מצויין שם לא קניא ליה חצירו (פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן י').

עיקרון זה בדבר רשותו של אדם שאינה זוכה לו אלא אם משתמרת היא, היינו שנתונה לשליטתו ולפיקוחו, נדון רבות במפרשים (ראה: אוצר מפרשי התלמוד, הוצאת מכון ירושלים, בבא מציעא, חלק ב, עמ' קפת ואילך, בספרות הפוסקים והשו"ת, ולא כאן המקום להאריך. נציין עוד לדבריו של ר' שבתי כהן, מגדולי מפרשי השולחן ערוך במחציתה של המאה השבע-עשרה, המביא הלכה נוספת בשם הראב"ן (ר' אליעזר בר' נתן, מבעלי התוספות הראשונים כאשכנז, המאה השתים-עשרה), בדבר ישומו של עיקרון זה:

ותב, ונראה לי, דכתיבם שלנו שהרבים דורסים בהן ומצא שם, הרי הוא שלו, דדומה לחנוה הוא, ותנן: מצא בחנות – הרי היא שלו, משום דרבים מצוים שם, ולא קניא ליה חנוהו (ש"ך, על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רס, סעיף קטן יח).

לא עלה בידי לברר למה כוונת הדברים בדבר "בתים שלנו שהרבים דורסים בהן", ויתכן שהכוונה היא לחצר שלפני הבתים שפתוחה היא לרבים. על כל פנים, זוהי דוגמה נוספת ליישומו ולפיקוחו של העיקרון עליו עמדנו לעיל. 15. השופט המלומד בכית-המשפט המחוזי, בפרשו את האמור בסעיף 3 לחוק, נזקק, בין היתר, לדיני המשפט העברי; ויפה עשה, כמפורט וכמבואר בדברינו לעיל, להבהרת עמדתו של המשפט העברי בעניינו הגיש כא-כוחו המלומד של המבקש (המשיב דנן) שלוש הוות דעת של פוסקים בני זמננו ובהן מוכא דיון במקורות המשפט העברי לכיורר עמדתו של המשפט העברי בשאלה כגון זו המתעוררת בעניינו. על כך נאמר בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי:

כמהלך הדין לפני הוגשו לי על-ידי עורך דין שרשכסקי שלש חוות דעת של פוסקים ידועים בעלי שיעור קומה כימינו כדבר המצב ההלכתי כסוגיה זאת... כאכרה הכנק, עורך דין ברוש, הסתייגה מהגשת חוות דעת אלו, אך לא ירדתי לסוף דעתה. מעשה ביום (צ"ל יום) הוא שכיח-משפט נזקק ונעזר בספרות שו"ת לפתרון בעיה המעסיקה אותו, והאם כשמדובר הוא כפוסקים בני דורנו הענין פסול?

חברי הנכבד השופט ברק מסתייג מדעתו של בית-המשפט המתווי: "לומדים עליה (על שיטת המשפט העברי) מתוך הספרים הפתוחים לציבור. לא נראה לי כי ראוי הוא, כנסיכות אלה, להיזקק לשאלה הנוגעת במישרין לענין נשוא המשפט, ושהוזמנה לצורכי המשפט ולתשובה הניתנת בעקבותיה".

עם כל הכבוד, הסתייגות זו של חברי אינה נראית לי. מר שרשכסקי הבהיר כי חוות הדעת מוגשות לשם הבהרת עמדת המשפט העברי ומקורותיו כשאלה העקרונית העומדת לדין, וכך הוסיף וקבע השופט המלומד מדיליה: "החומר יתקבל כמוכן כתומר משפטי, איננו מחייב, כגדר מחקר עיוני" (עמ' 73 לפרוטוקול). לא זו בלבד שאין למצוא כל פגם וכל דופי בכך, אלא יש בכך כדי לקדם ולהקל על אפשרות עיונם של שופטי ישראל כדיני המשפט העברי. כידוע, יש ועיון זה כרוך כיגיעה מרובה. מדוע לא נקל על מלאכתו זו של השופט על-ידי הגשת חוות דעת של יודעי משפט עברי המכהירה עמדתו של המשפט העברי כסוגיה הנדונה? על כגון דא יש לומר כי כל המרובה לספר במשפט העברי, לתארו ולהסבירו, הרי זה משוכח, וחוות דעת אלה יש בהן כדי לסייע בידי שופטי ישראל בכירורו של הדין וכפטיקתו, כפי שאכן היה כענין שלפנינו.

16. סיכומו של דבר. עיקרו של חוק השבת אכידה מצוי הוא כהוראות שבסעיף 2, והוראותיו של סעיף זה חלות הן לענין כל אכידה שנמצאה כרשות הרבים או כרשות היחיד הפתוחה לרבים. לגבי אכידה כזו הכעיה המשפטית האחת הדורשת ומתייבת פיתרון היא כיצד לעודד השבת האכידה לבעליה. סעיף 3 כא להשלים ההוראה הכללית שבסעיף 2 לענין אותם מקרים שבהם מתעוררת גם טענה משפטית של בעל המקום שבו נמצאה האכידה, היינו כאשר האכידה נמצאה כרשותו של אחר כשלאחר יש שליטה על אותה רשות והיא כבחינת חצר משתמרח. כמקרה כגון זה קובע סעיף 3 שיש להודיע לבעל הרשות ולמסור לו האכידה לפי דרישתו, כי כאם לא יימצא בעל האכידה תהא האכידה שייכת לבעל הרשות, אם מכוח תזקת הרשות שכשליטתו וכפיקוחו ואם משום שיתכן שהדבר אכד לו. כאמור, זוהי בעיה שכל חוק הדין כדיני השבת אכידה תייב להסדירה וכך עשה גם המחוקק שלנו.

מן הראוי לציין כי על ענינו של המחוקק בהסדרן של בעיות משפטיות המתעוררות תוך כדי הסדר דיני השבת אכידה נימצא למדים גם מהניסוח המיוחד שנקבע – בקריאה השנייה והשלישית – לסעיף 4 של החוק. וכך נאמר בסעיף 4(א): "קיים המוצא הוראות סעיף 2 ולא נתגלה בעל האכידה תוך

שער תשיעי: דיני קניין וקניין רוחני

ארבעה חרשים, יראו כאילו התיימש ממנה והמוצא יהיה לבעל האבידה"; (וכן הוא בסעיף 4(ב) לחוק). נוסח זה "יראו כאילו התיימש ממנה" לא מצוי היה בהצעת החוק, ובהביא חבר הכנסת ביבי את החוק לקריאה שנייה ושלישית מסביר הוא ואומר:

רוב חברי הוועדה החליטו להוסיף לסעיף זה את הבסיס החוקי לזכייה באבידה על-ידי פרסומציה שאינה ניתנת לטתירה, שבתום התקופה האמורה בחוק יש לראות את הבעל כאילו התיימש מהאבידה, ואז המוצא יזכה בה או המדינה תזכה בה. היאוש מהאבידה הוא עקרון שגם המשפט העברי רואה אותו כמספיק להפקעת הבעלות של הבעל הקורם והקנייתה לבעל החדש, למוצא.

ניסוח מיוחד זה, כשם שבא הוא ללמדנו על ענינו של המחוקק להסדרן של בעיית משפטיות המחזוריות בהוראותיו בדיני השבת אבידה, כך חוזר ומעמיד הוא אותנו על זיקתו של החוק לעקרונות המשפט העברי. ולשיטה אחרונה אוסיף ואציין כי קשר זה שבין המושג "רשות" למושג השליטה והפיקוח על רשות זה מקובל הוא בעולמו של המשפט העברי והלשון העברית. כך אנו גורסים, דרך משל, בבבא קמא ע"א: "גזל ולא נתיימשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדישו (=את החפץ שנגזל); זה (=הגזלן) לפי שאינו שלו וזה (=הנגזל) לפי שאינו ברשותו", היינו שאינו בשליטתו. וכך מוכנו בלשון בני אדם בהקשריו השונים; דרך משל: "אדם עומד ברשות עצמו", שפירושו בשליטת עצמו.

ד"ר 13/80

הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח'

פ"ד לה' (2), 785, 792-795

הובא כשער הראשון, המשפט העברי במדינת ישראל, עמ' 9.

2. הוצאות שומר אבדה

ע"א 46/53

שפירא נ' פוזנסקי

פ"ד י' 461, 462, 472-473

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 719.

אבדה ומציאה

3. פועל שנשכר ללקט מציאות – מציאותיו למעבידו

ח"פ (י-ם) 191/76

מדינת ישראל נ' אלפרוק

פ"מ תשל"ח(1) 116, 118

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 710.

4. מציאת נכס גנוב

ה"פ (ת"א) 933/79

רוטגר נ' מדינת ישראל

פ"מ תשמ"א(1) 265, 277

הובא בשער הראשון, המשפט העברי במדינת ישראל, עמ' 63.

שער עשירי

משפט מסחרי

תוכן העניינים

פרק ראשון: שותפות

- 809 1. חלוקת שותפות כשווה אם לא הותנה תנאי אחר
ח"א (ת"א) 430/51, בר"שירה ואח' נ' ורניקוב ואח' 809
ע"א 253/65, בריקר נ' בריקר 810
- 811 2. חלוקת "זכויות" במקרקעין משותפים
ח"א (ב"ש) 255/82, המ' (ב"ש) 357/82, להב נ' להב 811
- 812 3. חלוקת שותפות – "גד או אגד" ו"עילוי דמים"
ע"א 209/67, קליין נ' פרידמן 812
ע"א 199/69, מלמד נ' הווארד 813
בג"צ 323/81, המ' 533/81, רלווני נ' בית הדין הרכבי הגדול
בירושלים ואח' 814
- 814 4. דרך לחלוקת נכסים בפירוק שותפות
המ' (ת"א) 309/59, בענין שותפות האחים ליטוונסקי 814
- 816 5. זכויות שותף בשכירות
ע"א 64/50, משצ'נסקי נ' מיכאליץ 816
- 816 6. הוצאות שהוציא שכן בנכס משותף
ע"א 242/70, משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח' 816
- 816 7. זכות שותף לפעול בנכסי שותף שנעדר
ע"א 227/51, נטר ואח' נ' חי 816
- 818 8. זכות שותף לריפוי מכספי השותפות
ע"א 536/65, כץ נ' חברת "קניף" בע"מ 818

פרק שני: שטרות

- 819 1. האוחז בשטר תובע כדן: חזקה – "שטרך בידי מאי בעי"
ע"א 57/71, בן שטרית נ' בן שטרית 819

שער עשירי: משפט מסחרי

- 820 2. "יד בעל השטר על התחונה"
ע"א 536/76, מורחי נ' ידיד ואח' 820
- 821 3. עדים החתומים על השטר, חזקה שביררו את כשרות המתחייב בשטר
ע"א 250/70, שרעבי ואח' נ' סוברי 821
- 822 4. פסילת שטר חוב או שטר מכר שנכתבו שלא בפני החייב או הלוקה
ע"א 252/60, סלוצקי נ' "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ 822
ע"א 242/70, משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח' 823
- 823 5. שטר חדש בולע שטר ישן – אימתי?
ע"א 551/69, קיציס נ' שפושניק ואח' 823
- 825 6. החיוב שבשטר נגבה מנכסים משועבדים
כר"ע 242/70, בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח' 825
- 825 7. טענת קידוח כנגד שטר כטענת פרעון
ח"א (ח"א) 1424/80, Campani International Ltd. נ' "גים" – יבוא מוצרי ספורט 825

פרק שלישי: ריבית

- 826 א. פסיקת ריבית
- 826 1. פסיקת ריבית על עיכוב כספים משעת הגשח התביעה, כדי לא לעבור על איסור גזל
ע"א 207/51, "אגד", אגודה שיתופית בע"מ ואח' נ' ברנס ואח' 826
ע"א 461/63, רשות הפיתוח נ' אמת, חברה לבנין בית על חלקה 199 בנוש 1067, חיפה בע"מ 828
ע"א 216/74, ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ ואח' 829
- 830 ב. הסכם לריבית
- 830 1. הבטחת המלווה מפני ירידת ערך הכסף – האם היא ריבית?
ע"א 248/53, רוזנבאום נ' זגר 830
ע"פ 98/65, אוצר לאשראי של הפועל המזרחי בת"א, אגודה הרדית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 839
- 841 2. האם רמי גוביינא נחשבים כריבית?
ע"פ 98/65, אוצר לאשראי של הפועל המזרחי בת"א, אגודה הרדית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה 841

תוכן העניינים

3. ריבית היא תוספת שכר מן הלווה למלווה, ולא על-ידי
צד שלישי או לצד שלישי
841 ע"א 58/68, בנק הפועל המזרחי נ' זורגר 841
4. הגדרת "ריבית"
842 ע"א 230/72, צימרמן נ' פקיד השומה ח"א 842

פרק רביעי: פשיטת רגל

1. פרעון החובות חייב להיעשות באופן יחסי לכל הנושים
843 ע"א 283/67, הנאמנים לנכסי רפיח, פושט רגל ואח' נ' מדינת
ישראל ואח' 843
2. דעת הרוב קובעת בהסדר פשיטת רגל
844 ע"א 691/69, השתתפות בשי-רבסקי ואח' נ' בנק לסחר חרוץ בע"מ
ואח' 844

פרק חמישי: הליכות המסחר

1. הסגת גבול
846 ת"א (ת"א) 1399/85, המ' (ת"א) 4428/85, עמינת נ' טרנסוורלד
מטרס קומפני בע"מ ואח' 846

פרק ראשון שותפות

1. חלוקת שותפות בשווה אם לא הותנה תנאי אחר

ח"א (ת"א) 430/51
בר-שירה ואח' נ' ורניקוב ואח'
פ"מ כג 379, 382, 418

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: התביעה היא בקשר לעזובן של המנוח אברהם ורניקוב אשר נפטר ביום 20 ספטמבר 1947 בתל-אביב. ההשתלשלות של העוברות מיום פטירתו עד להגשת המשפט היתה כרלקמן:

המנוח נפטר בתל-אביב כשאין לו צאצאים והוא נשוי עם נתבעת 1 אסתר ורניקוב החל משנת 1921 ומלברה היו לו רק אחים ואחיות בחו"ל, שאחד מהם בנימין ורניקוב בארה"ב והאחרים ברוסיה.

המנוח היה רשום כבעל מניה אחת בחברת אברהם ואסתר ורניקוב בע"מ שלחברה הזאת שייך בית ברחוב אלנבי 68. לחברה זאת הון מניות של 1000 לירות מחולק ל-1000 מניות בנות לירה אחת. ביום פטירתו מניה אחת רשומה על שם הנתבעת 1, ולאחר פטירתו נמסר לרואה חשבון של החברה מסמך חתום על ידי הנתבעת 1 ושהוא לפי חכנו החלטת מנהלי החברה להקצות לנתבעת 1 עוד 998 מניות של חברה זאת וחאריך המופיע על המסמך הוא 8 ימים לפני פטירת המנוח. ההקצאה הזאת היא אחד הנשואים של התביעה זאת, כלומר: האם יש לראות שהון המניות בחברה מתולק בין המנוח ובין הנתבעת 1 בתלקים שווים על פי זה שהיו להם שתי מניות בחברה או האם יש לקבל דברי הנתבעת 1 שנעשתה הקצאה, כלומר שהיא בעלת 999 מניות בחברה ואילו המנוח היה בזמן פטירתו בעל מניה 1 כלומר כעלים של 1 מאלף של מניות החברה.

מלבד זה מתעוררת שאלה של מי העסק שעל השלט המתנוסס עליו היה כתוב "ורניקוב" אם העסק שייך היה למד אברהם ורניקוב כפי שטוענים ב"כ

שער עשירי: משפט מסחרי

החובעים או לנתבעת 1 כפי שהיא טוענת ושעסק זה היא בעצמה חסלה, העבירה את החבשיטים הנתרים בעסק זה לכספת ששכרה על שמה ואת הכספים גם כן העבירה על שמה. הוא הדין לגבי המזומנים שהיו בזמן פטירתו בעסק, בבית, במחבואים ובבנקים...

אשר לחלקו של כל אחד של בני הזוג קיים עקרון במשפט עברי לגבי שותפים בכלל שכל עוד לא התנו במפורש אחרת הרי יש לראותם כשותפים בשווה לגבי רווחים והפסדים אפילו השתתף אחד בסכום גדול ואחד בסכום קטן.

(ראה: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעו, סעיף ה, על-פי תלמוד בבלי כתובות צג ע"א-ע"ב). היסוד לכך הוא כפי שאומרים המפרשים שלולא השתתפות המועטת של השותף שהשקיע מעט ייתכן ולא היה מגיע לרווח בכלל. ונוסף לכך ישנו נימוק שבוטא בתוספות ר"ד לכתובות צג ע"ב, "א שמא מפני אהבחו לא חיישי".

ע"א 253/65

בריקר נ' בריקר

פ"ד כ(1) 589, 615, 616

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים ברנזון, קיסטר

בית-המשפט המחוזי נעתר לתובענות שני בעלי-הדין, בני זוג החיים בנפרד, והצהיר, כי התמורה שנחבלה ועומדת להחקבל כעד מחסן, שהמערערת-האשה התקשרה בחוזה למסירת החזקה בו לחברה מסוימת, שייכת לשני בעלי-דין בחלקים שווים; וכן כי התמורה שנחבלה עקב מכירתו של מגרש מסויים בחולון, שהיה רשום כשם המערער-שכנגד שייכת אף היא לשני בעלי-הדין בחלקים שווים, מאחר ושני בעלי-הדין הסכימו לרכוש משותף וקופה משותפת. מכאן הערער והערער-שכנגד. טענת המערערת היא שהזכויות במחסן זה היו שייכות לה בלבד ורכשו מכספי הפיצויים שקיבלה לרגל עזיבת מקום עבודתה, ואילו המערער-שכנגד טוען שהמגרש נקנה מכספו לפני הנישואין ורק סכום מצער שלם מהקופה המשותפת.

השופט קיסטר: הדין בשותפות הוא שבדרך כלל חלקו של כל אחד שווה לזה של האחר אם לא הותנה אחרת ביניהם. דין זה קיים הן במשפט העברי והן לפי המשפט האנגלי.

אשר למשפט העברי, נקבעה ההלכה בנדון זה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעו, סעיף ה, ושם נאמר:

השותפים שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתיים וזה שלוש מאות, ונתעסקו כולם בממון סתם ופיחתו או הותירו, השכר או הפחת ביניהם בשווה לפי מניינם לא לפי המעות ... ואם התנו ביניהם הכל לפי תנאם.

טעמה של הלכה זו הינו כפי שציינתי כבר פעם, על-פי דברי המפרשים, בפסק-דיני בענין בר שירה, ואח' נגד ורניקוב, ואח' תי"א 430/51, פ"ם

שחפות

מחודים, כך כג, עמ' 379, בעמ' 418: שלולי ההשחפת המועטת של השותף שהשקיע מעט ייתכן ולא היה מגיע לריווח בכלל. ונוסף לכך ישנו נימוק שבוטא בתוספות די"ד לכתובות צג ע"ב, "או שמא מפני האכתו לא חיישי". ונימוק אחרון זה יפה דווקא לענין שחפות ברכוש בין בני זוג. ... אמנם טוען המשיב כי המאמץ שלו היה גדול יותר, ואף סיכן את נפשו ב"הגנה" וכתגמול על כך קיבל את המגרש באפקה, אך על כללי שחפות בנכסים כבר עמדתי לעיל, ואמרתי כי בשחפות בנכסים אין לבדוק מי חכם יותר וכי, ומלבד זאת, אם טוען הבעל כך, עליו גם לזכור כי גישת המסורת היהודית היא "כי כחלקק היורר במלחמה וכחלקק היושב על הכלים יחריי" (שמואל א, ל, כד).

2. חלוקת "זכויות" במקרקעין משותפים

ח"א (ב"ש) 255/82, המ' (ב"ש) 357/82

להב נ' להב

פ"מ חשמ"ג (1) 39, 42, 44

ככית"המשפט המחוזי בבאר שבע

בעלי הדין, כעל ואשה, רכשו יחדיו בערד על-פי חוזה חכירה לזמן ארוך עם חברת שיכון עובדים בע"מ, אך הרכישה טרם נרשמה בלשכת רישום המקרקעין. על רקע סכסוכים בין בני-הזוג הגיש החובע בית-המשפט המחודי תביעה לפירוק השיחוף בדירה, שבמסגרתה הוא מבקש כעת צו מניעה נגד הנתבעת שיאסור עליה להיכנס לדירה עד לסיום ההכרעה בתביעתו. הדין נסב על שאלת בית-המשפט המוסמך לרון בענין – בית-המשפט המחודי או בית-המשפט השלום, לנוכח טענת התובע שהואיל והמדובר בדירה רשומה בלשכת רישום המקרקעין, יש להתייחס אליה כאל מטלטלין, שחלוקתם היא בסמכותו של בית-המשפט המחוזי.

השופט בנאי: בא-כוח המבקש מסתמך, במסגרת טענותיו בכחב, גם על ע"א (י"ם) 52/77 ולנסי נ' ולנסי. אכן, רומה המקרה שם למקרה הגרונ בפני. היתה זו תביעה שהוגשה בבית-המשפט השלום בירושלים להורות על פירוק השחפות בין בני זוג בדירה שנרכשה על-ידי בני הזוג, רירה שלא נרשמה על שמות הצדדים בלשכת רישום המקרקעין. שופט השלום קבע "שאינן הצדדים שותפים במקרקעין כאמור בסעיף 37(א) לחוק המקרקעין, חשכ"ט-1969, אלא דק בהתחייבות לעשות עיסקה במקרקעין כמפורט בסעיף 7(ב) לחוק הנ"ל". לפיכך החליט השופט המלומד של בית-המשפט השלום שאין לחובעת זכות לדרוש את פירוק השיחוף בינה לבין בעלה.

שער עשירי: משפט מסחרי

ביח-המשפט המתוזז בערעור שהוגש על-ידי האשה, הסכים לקביעתו זו של ביח-משפט השלום אך הפך את הקערה על פיה והגיע למסקנה כי אכן ניתן לפרק את השיתוף שבין בני הזוג בדירה וזאת בהסתמך על סעיף 10 לחוק המטלטלין, תשל"א-1971. ביח-המשפט המתוזז הסתמך על האמור בסעיף 13(א) לחוק המטלטלין, הקובע: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות", ומציין (שם בעמ' 308 ליד האות ד): "אין יסוד להגבלת המונח "זכויות" בסעיף הנ"ל כפי שמוצע על-ידי בא-כוח המשיב. הלא "זכויות" נאמר. "זכויות במטלטלין" לא נאמר, ואם היה בכוונת המחוקק להגביל את המונח "זכויות" למטלטלין בלבד אין סיבה שלא היה אומר כך בצורה ברורה".

הדרך בה נקט ביח-המשפט המחוזי בירושלים, שנוקק למונח "זכויות" שבחוק המטלטלין, כדי להתגבר על קושי זה היה, לדעתי, בכנינת הכרח שנחבקש כדי להעניק לצד תרופה שראוי היה לחיתה.

ניתן, אולי, להתגבר על לקונה זו, בהסתמך על חוק יסודות המשפט, תשמ"ב-1980 בפניה לכללי המשפט העברי, המכירים בזכות לחלוקת מקרקעין משותפים. (ראה: אשר גולאק, יסודי המשפט העברי, שער ראשון, עמ' 135 והאסמכתאות שם).

3. חלוקת שותפות – "גור או אגוד" ו"עילוי דמים"

ע"א 209/67

קליין נ' פרידמן

פ"ד כא(2) 576, 577, 579

בביח-המשפט העליון בשכתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ברנזון, קיסטר

השופט קיסטר: שני כעלי הדין הם שותפים בעסק. לאחר שיחסי האמון שביניהם נחערערו, פנה המערער למשיב במכתב מיום 28.1.66 (מוצג נ/1) ובו הציע לו לקנות את חלק המערער בעסק שערכו לפי המכתב היה כ-50,000 ל"י. עוד הוסיף במכתב שאם לא תתקבל ההצעה, אזי מוכן המערער לרכוש את חלק המשיב באוחם תנאים שהוא הציע למשיב. על מכתב זה ביקש המערער תשובה עד ליום 1.2.66, והרדיע שאם עד אוחו תאריך לא תגיע תשובת הסכמה מטעם המשיב ברוח הצעת המערער, מבטל המערער את הצעתו, ובהתאם לחוזה שביניהם תכריע הבוררות.

הצדדים לא הגיעו לידי הסכם והענין נמסר לבוררות של בודר יחיד.

שותפות

... תחילה עלינו להחליט כשאלה האם המכתב נ/1 מהווה ראייה על שוויון האמיתי של העסק כפי שהיה בזמנו. כדי להשיב על כך, מן הראוי להרחיב את הדיבור על עצם ההצעה לפירוק בדרך שהוצעה במכתב. דרך זו של חלוקת נכסי השותפות היא דרך החלוקה המקובלת במשפט העברי לגבי נכסים שאי אפשר לחלקם בעין, ומכונה בשם "גוד או אגוד". יש והמציע חלוקה בדרך זו מציע מחיר גבוה יותר מהשווי האמיתי של הנכס המוצע לחלוקה, זאת כאשר ברצונו של המציע לקנות את חלקו של השותף האחר; הערכה כזו של מחיר הנכס נקראת – "עילוי דמים". ההלכה הרווחת היא שהעלאה בדמים מותרת בדרך כלל (ראה: טור, חושן משפט, סימן קעא, סעיף ה, ושלחן ערוך שם, סעיף ו). כאופן כזה הצעתו של שותף לנהוג בדרך של "גוד או אגוד" אינה הוכחה על ערכו האמיתי של הנכס, אלא לפי המשפט העברי קשור המציע לסכום הצעתו, כל עוד רוצה הוא בפירוק, אלא אם כן השתנו הנסיבות בהן נחבקה החלוקה. בענייננו, מחד גיסא – אי אפשר לומר שהיתה הצעה מחייבת, היות והמערער הודיע בגוף מכתב הצעתו שאם לא יקבל תשובה עד התאריך שנקב, הוא חוזר מהצעתו. מאידך גיסא – יש במכתב כעין הודאה בשווי העסק בזמן הכתיבה, ולולא זאת היינו אומרים שהיה כאן רק "עילוי דמים", ולאחר שהיתה כאן הודאה בשווי העסק, אין מקום לכאורה לפסול את שיקולי הבורר.

ע"א 199/69

מלמד נ' הווארד

פ"ד כג(2), 210, 218

בביח-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים זוסמן, לנדוי

במשפט חלוקה שהגיש המשיב נגד המערער החליט בית-משפט השלום על מכירת הנכס במכירה פומבית למרבה במחיר. בכך ביטל בית-המשפט את החלטתו שלו בדבר מכירה "פנימית" של הנכס לשותף.

מ"מ הנשיא (זילברג): יצויין כאן, כי הרעיון הלגיסטיבי דלעיל נמצא גם, בצורה עוד יותר חריפה, במשפט העברי. כדיני ישראל, אפילו אם הרכוש המשותף "אין בו דין חלוקה", אין שותף יכול להכריח את חברו למכור את הנכס לשלישי (המרבה במחירו) ולחלק את דמיו; מה שהוא יכול לעשות הוא דק: לומר לו "גוד או אגוד", כלומר: "מכור לי את חלקך בכך וכך או קנה ממני את חלקי בשער הזה" (כבא בתרא יג ע"א; רמב"ם, הלכות שכנים, פרק א, הלכה ב). מתלוקח גדולה היא בין בעלי התוספות, אם המוכר יכול להעלות את מחיר חלקו ברצונו, שהרי הוא מוכן גם עצמו לקנות, במחיר זה, את חלק חברו,

שער עשירי: משפט מסחרי

או שהוא קשור במחיר הרגיל של הנכס המשותף (ראה: תוספות בבא בתרא שם, ד"ה אית). על-בלי-פנים עולה כאן הנטייה הברורה של המתוקק, להשאיר את הנכס המשותף, אם לא בידי כל השותפים הרי לפתות בידי אחד מהם, ולא למכור אותו לזרים. וזהו, כפי שאמרת לעיל, גם נטייתו של המתוקק העתמאני.

בג"צ 323/81, המ' 533/81

וילוזני נ' בית הדין הרבני הגרול בירושלים ואח'

פ"ד לו' (2) 733, 743

הובא בשער השני, עקרונות כלליים, עמ' 101.

4. דרך לחלוקת נכסים בפירוק שותפות

המ' (ת"א) 309/59

בענין שותפות האחים ליטוינסקי

פ"ד יח 65, 66, 67-68

בכיתר המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט לם: בצו שניתן על-ידי בענין חיסול נכסי שותפות אתים ליטוינסקי ב-18.3.57, הוריתי לשותפות סומך תייקין ציטרון ושות' המשמשת מקבל נכסים, להעזר במעריך מוסמך ולהטיל עליו להציע תכנית חלוקה מתאימה של נכסי השותפות.

מעריך זה (מר אבני) נתמנה על-ידי והביא בפני תכנית חלוקה בה מתחלקים מרבית נכסי השותפות ל-3 חלקים.

אין חילוקי דעות בין הצדדים כי חלוקה זו הנה בלי כל פגם וכי החלקים, כפי שצוינו על-ידי המעריך, הנם שווים בהחלט.

המתלוקת בין הצדדים הנה רק בכך איך להעביר את החלקים לצדדים, דהיינו אם להפיל פור או לחת לאחד או לשנים מהם זכות בחירה.

... ואם הדבר כן נשאלת השאלה אם במדינה כמו ישראל יהיה זה מן הצדק להשאיר לגורל עיוור למנוע מאדם אשר פעל במפעל להשחמש בנכסים שרוצה בהם.

מוטב אפוא, בענין הגדון לעיין בדין העברי ולדאות אם בדין זה קיימות אפשרויות לפסוק בענין בלי שתבוצע הפלת הפור.

והנה הכתוב במקורות: "ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשא, כי קא פלגי אמר להו פליגו לי אמצראי אמר רבה כגון זה כופין על מירת סרום. מתקיף לה רב יוסף; אמרי ליה אחי מעלינן לי עלויא כי נכסי אבי בר מריון. והלכתא כרב יוסף. תרי אתרי ניגרי – אמר רבה כגון זה כופין אותי על מירת סרום, מתקיף לה רב יוסף זמנין רהאי מדויל והאי לא מדויל, והלכתא כרב יוסף. תרתי אתר נגרא אמר רב יוסף כגון זה כופין על מירת סרום מתקיף לה אביי מצי אמר בעינא דאפישי אריסי והלכתא כרב יוסף – אפוישי לא מילתא היא" (מסכת בבא בתרא יב ע"ב).

ובמשנה תורה להרמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה א, נאמר: "האחין או השותפין שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד תלקין אם היתה כולה שווה ואין שם מקום טוב ומקום רע, אלא הכל אחד, תולקין לפי המדה בלבד. ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה שלי ויהיה הכל שדה אחת שומעין לו וכופה אותו על זה שעייכוב בדבר זה מידת סרום היא". ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קעד, סעיף א: "האחים או השותפין שבאו לחלוק השדה וליטול כל אחד תלקו. אם היתה כולה שווה לגמדי חולקין לפי המדה בלבד ואם אמר אחד תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחד שומעין לו וכופה על זה שעייכוב בדבר זה מידת סרום היא. אבל אם יהיה חלק ממנה טוב או קרוב לנהר אחר, או קרוב לדדך ושמו אותה היפה כנגד הרע ואמר תנו לי בשומא שלי מדה זה אין שומעין לו אלא נוטל כגורל. אמר להם תנו בשומא שלי מצד זה תצי מדה מהצד הרע וטול אתה מהצד הטוב כדי שיהא חלקי סמוך לשדה שלי שומעין לו". ובטור, חושן משפט, סימן קער סעיף א, נאמר: "האחין שבאין לחלוק ושמו החלקים זה כנגד זה וכאו להטיל גורלות ואתה מהם חפץ באחד מהחלקים ומעלה אותו ואומר אני אתן בו כך וכך יותר על מה ששמאוהו או אם תקתו אותו בכך וכך – שומעין לו. ואם אינם רוצים באותו עילוי יטלנו הוא בלא גודל".

אכן גם בדין העברי היו תילוקי דעות והיו בין תכמינו ז"ל גם כאלה אשד לא הדרשו לשותף בלי כל תמודה להנות מדבר שלא חסר לשני ואפילו אלה שהסכימו לזכות עדיפות הגבילה ליחסי מצרנות בלבד. אולם בינתיים קמה תנועת התחיה, העם היהודי כבש את האדמה ולא נראה לי, כי החלוקה תבוצע בצורה שאמנע מאדם אשר גרם להגדלת המפעל ולפריחתו, לבתור את מה שדוצה כאשר אין חילוקי דעות שכל החלקים שווים בעדכם. מנטימנט לנכס של ארם שטפל וטפח את הנכס במשך שנים רבות ראוי להתחשבות לא פחותה מאינטרס כלכלי – ממש.

שער עשירי: משפט מסחרי

5. זכויות שותף בשכירות

ע"א 64/50

משצ'נסקי נ' מיכאליץ

פ"ד 1 324, 328-329

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 757.

6. הוצאות שהוציא שכן בנכס משותף

ע"א 242/70

משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח'

פ"ד כד (2) 692, 701

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 640.

7. זכות שותף לפעול בנכסי שותף שנעדר

ע"א 227/51

נטר ואח' נ' חי

פ"ד ו 683, 685, 688

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (זמורה), והשופטים אסף, זוסמן

השופט אסף: לפנינו ערעור, לאחר נטילת רשות, על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 9.11.51 כשכתו כבית-משפט לערעורים, על פסק-דינו של שופט-השלום מיום 31.1.51, שציווה עליהם לפנות את הדירה הנמצאת בשכונת "תלפיות" בבית המשיבה.

2. וזהו גוף המעשה: הבית הנדון היה שייך להורי המשיבה. המשיבה, שהיא כבת 25, חלתה ונסעה בספטמבר 1947 לשוויצריה לשם ריפוי ושהתה

שוחפוח

שם עד חודש אפריל שנה זו. כשנה אחרי נסיעתה נפטרה האם ביום 12.1.48 והמשיבה ירשה את מחצית הבית, שיש בו 4 חדרים ונוחיות. ביום 27.2.49 השכיר האב 3 חדרים לשני המערעדים הראשונים (ר"ד אריך וקטה נטר), לחקופה של שנה אחת. ביום 21.6.49 השכיר להם גם את החדר הדיביעי. בדצמבר 1949 יצאו השוכרים לחו"ל, ובהסכמת האב הכניסו את המערער השלישי (הנס הירש) כשומר על הדירה והרהיטים, ועד היום טרם חזרו ארצה. המשיבה, שהיא בעלת מחצית הבית, הגישה חביעת פינוי נגד המערערים, שנכנסו לגור בבית על פי תווה עס בעל המחצית השניה בלי ידיעתה והסכמתה, לפי דבריה, והיא דואה אותם כמסיגי-גבול, המחזיקים בבית, או בחלק ממנו, ללא דשות חוקית...

7. עלינו לרדת עכשיו לסוף רעתו של בעל המגילה בהגדרת ה"נפקד" או ה"נעדר". במגילה עצמה אין אנו מוצאים הגדרה ברורה של מושג זה. אם נפרשו פירוש דרוקני, שכל שותף שאינו מצוי במקום שבו נמצא הבית המשותף נקרא נעדר – יוצא שבית משותף הנמצא בירושלים ואחר השוחפים מקום מגורו הוא בתל-אביב, הדי אותו שותף היושב בירושלים רשאי להשכיר את הבית, אף לחקופה ממושכת (וכל עוד שחוק ההגנה על הדייר קיים, הרי כל השכרה היא, למעשה, לחקופה ממושכת, שאין גם לרעת כמה חימשך), שלא מרעתו של השותף היושב בתל-אביב, ומה שעשה עשוי, והטוען אחר מעשיו הדיירו כטוען אחר מעשה בית-דין שלא אמר כלום. ואמנם היה מעשה וטענה כזאת נטענה בע"א חיפה 184/42 (פמ"ן 1943, עמ' 22–24). בפירושו דרוקני כזה יהא משום אי-צדק בולט וסטייה גמורה מן הכלל הגדול שנקבע בסעיף 1075. על כרחנו עלינו לומר שלא כל מי שאינו מצוי במקום הימצאו של הבית המשותף נחשב ל"נעדר", ואף אי אתה יכול לקבוע ולומר, שכל שותף הנמצא באותה ארץ שבה נמצא הבית אינו נעדר וכל הנמצא בחו"ל נחשב לנעדר, שהרי אפשר שפעמים יגדל המדחק ויקשה המגע בין שני חושבים היושבים בארץ אחת מאשר בין שניים היושבים בשתי ארצות סמוכות זו לזו.

8. עלינו לתת איפוא סימן-היכר מובהק ל"נעדר" והוא, שלנעדר יחשב האיש בשני מקרים, והם: א) אם הוא נעלם ואין יודע איה מקום משכנו, אך לא שמעו בו שמת; ב) אמנם מקום מושבו ואף כתבתו ידועים אבל אי-אפשר לבוא עמו במגע, מפני שזוהי שעת חירום והמלכויות מתגרות זו בזו וכיו"ב. במקרים אלה נכסיו של השותף הנעדר הם מעין "נכסי רטושים" (כבא מציעא לח ע"ב; טור, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפה, סעיף ד), והחוק יפה את כוחו של השותף השני לעשות בהם מעשים מסויימים, אבל השותף היושב בעיר אחרת, או גם בארץ אחרת, ואפשר לבוא עמו כדברים עלי-ידי הדואר, הטלגרף והטלפון ולקבל את דעתו על השכרת הבית המשותף, אינו נחשב לנעדר (בניגוד לאמור עלי-ידי גורבי-דוכן בספרם The Land Law of Palestine, עמ' 206, אך עיין שם, עמ' 351), ואין השותף הנמצא במקום רשאי להשכיר את הבית המשותף.

שער עשירי: משפט מסחרי

8. זכות שותף לריפוי מכספי השותפות

ע"א 536/65

כץ נ' חברת "קציף" בע"מ

פ"ד כ(3) 533, 544

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, הלוי, קיסטר

המערער היה אחד מארבעת מנהליה של החברה המשיבה ובעל רבע מהון מניותיה. אחד המנהלים עסק בצד המנהלי והמסחרי, ואילו שלושת הנותרים עסקו בביצוע העבודות שהתברה קיבלה על עצמה, בעזרת פועלים וכלים שהיא העמידה לרשותם. יום אחד נפגע המערער תוך כדי ביצוע עבודה במסגרת הזמנה שנחקבלה על-ידי החברה. כתביעת פיצויים בגין הנזק שנגרם לו, טען המערער, כי המשיבה היחה בשעת התקריח מעבירתו, והיא הפרה כלפיו חובה להנהיג שיטת עבודה בטוחה. בית-המשפט המחוזי דחה את התביעה, והוגש הערעור. כאן עורר המערער טענה חדשה, בהסתמכו לענין אחריות החברה על ההוראה הכללית בסעיף 50 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944.

השופט הלוי: אעיר בזה שהדין העברי מכיר באפשרות ששותף שחלה או נפגע תוך כדי מילוי תפקידו בשותפות (בגין מקרה אונס ויש שאפילו בגין מקרה פשיעה), יזכה בהוצאות הריפוי מכספי השותפות – במקרים מסויימים לפי הדין, ובמקרים אחרים אם קיים מנהג המכיר בכך, ראה: (שולתן ערוך, חושן משפט, סימן קעו, סעיפים ב-ג; שם, סימן קעו, סעיף מת).
אכן, אין כל מניעה לכך כי בחוזה שותפות יסכימו השותפים על אפשרות של פיצוי כזה; אין גם מניעה לכך שבעלי המניות של חברה יסכימו בתקנות החברה על זכות כזו; לאחד הכל, תלוי יתסם ההרדי של החברה מצד אחד ומנהליה ושאר האורגנים שלה מן הצד האחר, בהוראות שנקבעו בתקנות החברה, ובתקנות אלו ניתן כמובן לקבוע קיומו של כל יתס שהצדדים חפצים בקיומו. אולם במקרה דנא, כאמור לעיל, לא קיים חוזה עבודה מיוחד או הוראה אחרת שם נקבע מעמדו של המערער כעובד, ואף נוסח התקנות אינו מצביע על כוונה ליצור עבורו או עבור מי מן המנהלים מעמד כזה. לפיכך סבור אני שיש לדחות את הערעור.

פרק שני שטרות

1. האוחז בשטר תובע כדין: חזקה – "שטרך בידי מאי בעי"

ע"א 57/71

בן שטרית נ' בן שטרית

פ"ד כו(1) 638, 641–642

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, קיסטר, עציוני

בעלי-הדין, אחים אשר גרו במרוקו ועתה גרים בישראל, הסתכבו כשקרים כעדויותיהם כבית-המשפט המחוזי. בית-המשפט המחוזי קבע רק שתי עובדות: כי המשיב נתן למערער הלוואה בכסף מרוקאי בהיות השניים עדיין במרוקו, וכי הוסכם בין האחים שההלוואה תסלק עוד לפני עלייתם ארצה, מחשבון הבנק של המערער בקובלנקה שעליו נמשך השיק.

השופט קיסטר: נשמעו עדויות: המשיב הודה כי לא הציג את השיק לפרעון ועל-ידי כך הודה כי עדותו בתצהירו בדבר הצגת השיק היתה כוזבת. כן התברר שלא היתה כל סיבה חוקית לאי-הצגת השיק כבנק; למערער היו באותה תקופה בבנק הנמשך סכומים המספיקים לכיסוי השיק.

יוצא איפוא כי אין יסוד לתביעה על-פי שיק, וכי המשיב נתן תצהיר כוזב בנקודה חשובה. גם המערער, מבחינת אמירת האמת אינו טלית שכולה תכלת, והנשיא המלומד שקל למי להאמין כאשר לא היו עדויות אחרות על מתן הלוואה מלבד עדות המשיב.

בסופו של דבר הכריע הנשיא התורן המלומד לטובת המשיב והאמין לגירסתו על מתן הלוואה בהסתמכו על כך כי בידו שיק שלא הוכח כי נגנב, זויף, או הוצא במרמה. זוהי גישה הגיונית ובמשפט העברי ידועה חזקה "שטרך בידי מאי בעי", בה משתמשים במקרים רבים (ראה, לדוגמה, בבא בתרא ע ע"א ופירוש הרשב"ם שם, ד"ה או דלמא אמר ליה, וד"ה וליטעמך אילו אמר ליה נאנסו; וכן שולחן ערוך חושן משפט, סימן סט, סעיף ב; פתחי תשובה, שם, סעיפים קטנים ג–ד ביחס לשטרות בכתב-ידו של הנתבע).
העובדה שהשטר (השיק) בידי המשיב ושהמערער לא הצליח להוכיח

שער עשירי: משפט מסחרי

שהשטר הגיע לידי המשיב במרמה או שהוא מזוייף מכריע את כף המאזניים במשפט זה לטובת המשיב רק במובן זה שרואים את השטר (השיק) שהוא כנגד תמורה ושהמערער קשור על-ידי מה שכתוב בשיק. אך העובדה שהשיק בידי המשיב אינה יכולה להיות יסוד להגברת אמון לדבריו האחרים, ומה גם שסיפורו על אופן מתן התמורה כשלעצמו נראה מוזר במידה מסוימת. אין פלא שפרט למתן התמורה על השיק לא האמין הנשיא התורן המלומד למשיב לשום דבר מדבריו הסוטה ממה שכתוב בשיק או העומד בסתירה למה שנאמר בשיק אשר המשיב הסכים לקבלו, ושעל-ידי כך הסכים לתנאיו. בעיקר לא האמין הנשיא התורן למשיב כי השיק הוא רק אישור על ההלוואה, וכי הוסכם שהשיק לא יוצג אלא שהמערער חייב לשלם למשיב ההלוואה בישראל ולא במרוקו.

2. "יד בעל השטר על התחונה"

ע"א 536/76

מזרחי נ' ידיד ואח'

פ"ד לא(2), 257, 263-264

בבית-המשפט העליון כשכתו ככית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים י' כהן, שרשבסקי, אשר

ערעור זה נסב על קביעת השופט בבית-המשפט המחוזי שעל-פיה חלה הוראת ההצמדה שבסעיף 8 לחוק-המכר על כל אותם השיעורים שתשלומם הובטח על-ידי מתן השטרות, ואין היא מותנית בפיגור בפרעון השיעורים האלה.

השופט שרשבסקי: יהא אשר יהא, בכל אופן אין לאמר שניסוח הסעיף 8 ברוד תכלית של בירור עד כדי כך שאין מקום לכל ספק בפידושו. מכיון שכך ומאחר שהחווה נוסח על-ידי עורך-דין שפעל למעשה רק בשם הקבלן ולמענו, כפי שמצא בצדק השופט המלומד, יש לפרשו נגדו (ע"א 732/72, בעמ' 592, 595), כי הרי הוא המוציא מתברו ולפיכך בסיס תביעתו, היינו המסמך שעל-פיו הוא תובע, חייב להיות חפשי מכל אפשרות של ספק, רעיון משפטי המהווה את היסוד לכלל "יד בעל השטר על התחונה", כפי שמסביר זאת הרא"ש בתשובותיו (כלל סח, סימן יד).

3. עדים החתומים על השטר, חזקה שבירדו את כשרות המתחייב בשטר

ע"א 250/70

שרעבי ואח' נ' סוכרי

פ"ד כה (1) 429, 430-432

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים קיסטר, י' כהן

בית-המשפט המחוזי דחה בקשת המערערות לחת צו קיום לצוואת המנוח, בקבעו כי המסמך המתיימר להיות צוואה אינו ממלא אחר דרישות החוק, וישנו ספק באמינותו.

השופט קיסטר: לפי טענת בא-כוח המערערות מוטל עול ההוכחה של אי-שפיות על המתנגר לקיום גס במקרה של פגס בצורה, והספק בשפיות-דעת פועל לטובת המערערות, המבקשות קיום הצוואה.

אין בירדנו לקבל טענה זו. כל ההוראות ברבר סדרי עריכת צוואות באות לא רק להבטיח כי חתימתו של המוריש על הצוואה היא אמיתית, שהרי לשם כך בלבר אין צורך בכל אותן הוראות ורקדוקים אשר בסעיפי החוק. אותן הוראות באו להבטיח במידה כלשהי שהמסמך מהווה הבעה רצינית של רצונו האמיתי והמוחלט של המוריש, כי רכושו יעבור ויחולק בדיוק כפי שנאמר במסמך המתיימר להיות צוואתו. במשפט העברי ידוע המונח "גמירות דעת", ובספרו של "חזון איש", חלק חושן משפט, סימן כב, מובאים דברים דלקמן בשם אביו: כלל גדול יהא לך בקנינים, רעיקד הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הרבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו; ויש דברים שקים להן לחז"ל שברבר בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבר אלא על-ידי הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל...

והנה לגבי צוואות מקובל היה מאז ומקדם להעמיד דרישות פורמליות שונות לקיומן, כדי לוודא אם היתה גמירות-רעת מלאה, שהרי קשה יהיה להביא עדויות על מצבו הנפשי של המוריש ועל קיום לחץ או השפעה בלתי-הוגנת, והמוריש עצמו לא יוכל כבר להסביר את מניעיו לצוואה.

... יצויין כי במשפט העברי קיימת חזקה משפטית "שאינן (העדים) חותמים על השטר אלא אם כן נודע להם בוודאי שאלו שהעידו על עצמן גדולים ובני דעת..." (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כד, הלכה ה), לכך אוסיף, שלפי רעתו של הריב"ש (ר' יצחק בר ששת), סימן שעא, חזקה זו קיימת רק לגבי ערים בקיאים בשטרות כגון סופרי הדיינים העורכים שטרות, ולא לגבי כל אדם. אכן אין במשפט שלנו חזקה כזאת ואין בחוק דרישה כזאת כלפי עדים, אבל מותר לצפות מאדם הגון אשר הוזמן כער לצוואה, כי במקרה שהוא

שער עשירי: משפט מסחרי

מפקפק אם הצוואה נעשתה כאופן חפשי ומתוך צלילות הדעת יכרר זאת בטרם יחתום. הדרישה שהמצווה יצהיר לפני תתימת הצוואה בפני עדים שזאת צוואתו, ושהעדים יחתמו באותו מעמד וירשמו כי אכן המוריש הצהיר זאת, כאה להעמיד את המצווה ואת העדים גם יחד על רצינות המסמך והמעמד. מקובל בשיטות משפט שונות כי מקפידים על מילוי מדויק של דרישות החוק בדבר צורת הצוואה, וכל פגם בצורה פוסל. הדרישות כחוק שלנו, מותר לומר, אינן תמורות וקל מאד למלא אחריהן, אבל בכל זאת רצה המחוקק להיטיב עם עושי צוואה כאשר משום מה נמצא פגם בצורה או בהליך, ולא לכטל צוואתם בגלל אותו פגם – אך עשה זאת כאשר אין ספק שהצוואה היא אמיתית היינו שהיתה גמירות-דעת שקולה ומוחלטת לערוך את הצוואה כחכמה כפי שמוכח לקיום – ועל-כן קבע הוראה בסעיף 25 האומר:

25. לא היה לכיתום-המשפט ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה או בהליכים המפורטים בסעיפים 20 עד 23 או בכשרות העדים. ... יצויין כי הוראת סעיף 25 לחוק מצויה בסעיף 27 להצעת חוק הירושה, 1952, ובהסכר לאותו סעיף נאמר: "בחוקים זרים לא מצאנו דוגמה להוראה, דרך". בדברי הסכר לאותו סעיף מתייחסים מחברי ההצעה למשפט העברי, וכך נאמר שם:

המשפט העברי דורש מצד אחד שמירה קפדנית על נוסחאות מסוימות (ראה הערות לסעיף 20), מצד שני הוא פיתח את המושג של צוואה משום מצווה לקיים דבר המת.

4. פסילת שטר חוב או שטר מכר שנכתבו שלא בפני החייב או הלוקח

ע"א 252/60

סלוצקי נ' "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים

בישראל בע"מ

פ"ד יד 2373, 2378–2379

בבית-המשפט העליון כשבתו ככיתום-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זוסמן, ח' כהן

השופט ח' כהן: זאת כנראה הפעם הראשונה שמתעורר ככיתום-משפט זה השאלה מה דין חרזה שנחתם כתורף, ולאחר חתימתו מולאו בו פרטים אלה או

שטרות

אחרים: על-בל-פנים לא בתי-המשפט דלמטה ולא בעלי-הדין איזכרו כל תקדים וכל אסמכתה בנדון.

... מן הענין לציון כי בעיית כתיבת חוזים במעמד צד אחד בלבד, שלא במעמד הצד השני, העסיקה גם את חכמי התלמוד; וההלכה היא שמאחר וזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לאדם שלא בפניו, הרי כותבים שטר מתנה שלא במעמד המקבל, ושטר מכר שלא במעמד הלוקח, ושטר חוב שלא במעמד הגושה; אבל אין החייב מתחייב בשטר חוב שנכתב שלא בפניו, ואין המוכר מתחייב במכר בשטר מכר שנכתב שלא בפניו, ובין כל כיוצא באלו (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לט; שם, סימן רלח); ובעל-המחבר מוסיף לאמור: יש מי שאומד דהא דכותבין שטר למוכר אף על פי שאין לוקח עמו, דוקא כשמעידים על עצמו שכבר קיבל המעות מיד הלוקח, ואם לא כתבו כן – כשיחבענו כדי ליחן הדמים, צריך להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעתו... (סימן דלח, סעיף ג).

ע"א 242/70

משעול הכרך בע"מ ואח' ג' גרובנר ואח'

פ"ד כד(2) 701, 692

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 740.

5. שטר חדש כולע שטר ישן – אימתי?

ע"א 551/69

קיצים ג' שפושניק ואח'

פ"ד יד 1380, 1385

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן). והשופטים זוסמן, ח' כהן

השופט ח' כהן: ערעור זה בדין יסודו ... הלכה פסוקה היא שבהחלפת שטרות, כלומר במתן שטרות חדשים במקום השטרות המקוריים, אין רואים את השטר החדש כסילוק השטר המקורי, והשטר המקורי אינו נבלע בשטר החדש אלא מוסיף ומתקיים על-ידו; והטוען סילוק מוחלט ופקיעת השטר המקורי – עליו הראיה (ע"א 39/50). והרי הדברים קל-זחומר: אם שטר אינו נבלע בשטר חדש שבא במיוחד להחליפו ואינו נפקע על-ידי קבלתו, הסכם או

פסק־דין הבאים דק לממש בטחון אחר שהיה קיים על־יד השטרות המקוריים מלכתחילה, לא כל־שכן שאין בו כדי פקיעת אוחם השטרות או בליעתם, אם לא נאמד הדבר בלשון מפורשת.

בא־כוח המערערים הפליג בטענותיו למרחקי תורת הנובציה של חודים, וניסה להוכיח באותות מן החוק האוטטרי והחוק הצרפתי שלא היתה כאן נובציה כל עיקר. לא אפליג עמו לאוחם מרחקים; אם להפליג – אפליג לים התלמוד ואציין את הרמיון הקיים בין דיני המשפט המקובל האנגלי ובין דיני המשפט העברי לענין אותה הזהות המוחלטת הררושה לבליעת שטר קודם בשטר חדש. וזו ההלכה:

שני שטרות היוצאים על שדה אחת בשם קונה אחר ואין זמנם שוה, אם היה הראשון מתנה והשני מכר, לא ביטל האחרון את הראשון, שיש לומר שלהוסיף לו אחריות חזר וכתב בשם מכר ... וכך אם הראשון מכר והשני מתנה, קנה השרה מזמן הראשון, שלא כתב לו שטר מתנה אלא ליפות כוח משום דין בן המצר. היו שני השטרות במכר או שניהם במתנה, אם הוסיף בשני בלום – הדי ראשון קיים, שלא כתב שני אלא מפני התוספת, ואם לא הוסיף – ביטל השטר השני את הראשון ... (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמ, סעיפים א–ב).

המפרשים מוסיפים שהברירה בירי אוחו השטרות: רוצה בשטר הראשון, יגבה השרה בלא התוספת; ואם ירצה בשטר השני, יגבה גם את התוספת (רש"י כתובות מר ע"א, והרי"ף שם, פרק רביעי, טו ע"ב–טז ע"א), יש מהם שפסקו כי הלכה זו ששטר שני מבטל את הראשון, בכלל חלה רק על שטרי קרקעות ודומיהם, כגון כתובת אשה; אבל בשטרי הוראות או הלוואות, כלומר בשטרי־חוב, אין אומרים שטר אחר נבלע בשטר שני ("לא אמרינן האי שטרא היינו האי שטרא"), ואף אם שניהם נכתבו באותו סכום ולאוחו בעל־חוב, כל אחד מהם בעינו עומד ואת שעבורו שלו יוצר (פסקי הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן ה). אף אנחנו כך: השטר השני (הפשרה) הוסיף לו לבעל המערערת "כלום" על מה שבכר היה בידו לפני כן לפי השטרות הראשונים; ואין בקבלת השטר השני כדי למנעו מלתבע על־פי השטרות הראשונים שעודו אוחו בהם; שהרי "כשהמלווה מוציא שטר־חוב מקויים, אומרים ללווה – שלם; אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים מחל לו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צח, סעיף א).

שטרות

6. החיוב שבשטר נגבה מנכסים משועברים

בר"ע 242/70

בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח'

פ"ד כה (2) 121, 125--126

הובא בשער התשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 770.

7. טענת קיזוז כנגד שטר כטענת פרעון

ת"א (ת"א) 1424/80

Campari International Ltd.

נ' "גים" – יבוא מוצרי ספורט

פ"מ תשמ"א (2) 397, 406

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הדיון נסב על בקשתה של נתבעת למתן רשות להתגונן מפני תביעה בסדר-דין מקוצר שעילתה שטר חוב. את בקשתה למתן רשות להתגונן סומכת הנתבעת, בין היתר, על טענה בדבר זכות קיזוז שיש לה כנגד השטר בגין נזקים שהסבה לה החובעת עקב הפרת התחייבות בעיסקה אחרת שכין השתיים. בא-כוח הנתבעת מזמין את בית-המשפט לסטות מההלכה שנשחרשה שאין טענת קיזוז מצדיקה מתן רשות להתגונן מפני תביעה על-פי שטר וזאת בהסתמך על השינוי בגישתו של המחוקק שהעניק זכות קיזוז רחבה בחקיקה החדשה בתחום דיני החובות.

השופטת שטרנברג – אליעז: במשפט העברי הוכרה טענת הקיזוז כנגד שטר, כטענת פרעון (ראה: שו"ת רב פעלים, חלק ד, אבן העזר, סימן ז; וברברי הדיא"ז, בשלטי הגיבורים למסכת בבא קמא ברף כ ע"ב בדפי הרי"ף): "... אבל אם היה הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שחבצו (הנתבע) שחייב לו כ"כ מעות ממקום אחר, ה"ז כאילו טען שהשטר פרוע והכל תביעה אחת".

פרק שלישי ריבית

א. פסיקת ריבית

1. פסיקת ריבית על עיכוב כספים משעת הגשת התביעה,
כדי לא לעבור על איסור גזל

ע"א 207/51

"אגד", אגודה שיחופית בע"מ ואח' נ' ברנדס ואח'

פ"ד 1, 1089, 1091, 1103-1104

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, אסף, צלטנר

השופט צלטנר: לפנינו ערעור על פסק-דין אשר ניתן על-ידי כב' השופט המחוזי (מר לגרוי) בבית-המשפט המחוזי בחיפה בחיקים האזרחיים 356/49 ו-328/49, אשר אוחרו. התביעות נעוצות בתאונת-דרכים שבה נהרגה אלה צ'רניבסקי, בתו של המשיב מס' 3 (מרדכי ברנדס) ונפצעו המשיבים מס' 1 (שמואל ברנדס) ו-2 (מרים ברנדס). התאונה קרתה ביום 6.2.49 בכביש עכו-צפת. אוטובוס שהיה נהוג על-ידי המערער מס' 2 (שמואל גולרברט) פגע בטנדר שהיה נהוג ע"י המשיב מס' 1, והוא ואשתו, המשיבה מס' 2, נפצעו ולמכותם נגרם נזק רב. המערער מס' 2 היה חבר של המערערת מס' 1, ואין חולק על כך שגורלה במשפט הזה יהיה כגורלו.

השופט אסף: מסכים אני למסקנותיו של חברי השופט ר"ד צלטנר. וברצוני להוסיף שבתוספת הרווחים, בגובה של 9% או בכל שיעור אחר, על הסכום שנתחייב הנתבע לפי פסק-הדין בבית-המשפט שלמטה אין לראות לא ריבית ואף לא אבק ריבית האסורה כידוע לפי המשפט העברי בחשלוש ובלקוחה.

ונימוקי הוא :

הסכום שעל הנתבע לשלם במקרה שלפנינו לא בא לידו בתורת הלוואה, אלא זוהי תביעת נזקים. ומאותה שעה שנתחייב בדין בתשלומי הנזק והוא מעכב את התשלום הרי הוא חייב לפצות את הזוכה בדין על הנזק שנגרם לו על-ידי עיכוב התשלום. ואף בהלוואה אם המלווה תובע הלוואתו כשהגיע זמן פרעונה והלווה מעכב את התשלום, או גורם לעיכוב התשלום, הוא חייב לפצות את המלווה על עיכוב זה. ואף שאמרו בירושלמי (בבא מציעא, פרק ט, הלכה ג; יב ע"א): "המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת", והובא ירושלמי זה על-ידי כמה מן הראשונים, הנה נאמרו בזה על-ידי האחרונים כמה וכמה חילוקים, לא תמיד הוא פטור (עייין: שו"ת חתם סופר, חלק חושן משפט, סימן קעח; ו"נחלת צבי" לבעל "פתחי תשובה", בסוף שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלט, סעיף י).

לענייננו חשובים דברי בעל "בית הלל" (דירינפורט תנ"א, והמחבר היה דיין בוולנא ורב בקהלות אה"ו) בביאוריו לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קע (והובאו דבריו גם בשו"ת "שבות יעקב", אך אין הוא מסכים לדעתו):

עכשיו בדודוח הללו המנהג בדיני ארצות (הכוונה, כנראה, לתקנה של "ועד ארבע ארצות" אף כי איננה בתקנות בעל ה"ספר מאירת עיניים" משנת שס"ז) לפסוק פסידא דשוקא (היינו לחייב את הלווה בהפסד המגיע למלווה בשוק המשא והמתן) ואין פוצה פה ומצפצף, כדין הפקר בית-דין הפקר, וזה פשוט.

וכך פסק הגאון ר' יוסף שאול נתנון כמעשה שבא לידו, באחד שתבע את חברו לדין ולא רצה לעמוד עמו בדין ואז תבעו בערכאות ונתחייב הנתבע ושילם את המגיע ממנו בתוספת ריבית של 6%, והורה שמוחר לו לתובע לקבל גם את הרווחים.

שאינן שייך בזה משום רבית, שהרי לא הלווה לו כלל, וזה עיכב מעותיו, ואף שמעכב כיסו של חברו פטור, אבל משעה שתבעו שיחזיר לו צריך להחזיר לו... וכל שזה עיכב ואינו רוצה להחזיר לו אין כאן הלוואה רק גזלן וצריך לתת הרבית (שו"ת "שואל ומשיב", מהרודה תניינא, חלק ד, סימן קכג). לפי זה יש מקום לחייב את הנתבע בתשלום הרווחים משעת הגשת התביעה כנגדו לביחיהמשפט. לא נעלמו אמנם מעיני גם דברי המחמירים, אבל סכודני שבחנתי זמננו כראים הם בעל "בית הלל" ו"שואל ומשיב" לסמוך עליהם.

שער עשירי: משפט מסחרי

ע"א 461/63

רשות הפיתוח נ' אמת, חברה לבנין בית על חלקה 199
בגוש 1067 חיפה בע"מ

פ"ד יח 486, 491

בכית'המשפט העליון בשבתו ככית'משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זוסמן, כהן, הלוי

המערערת הגישה תביעה בדין דחוף על-פי שני שטרי חוב וביקשה לחייב את המשיבה כחשלוטם סכום השטרות, בצירוף ריבית בשיעור 9% לשנה מיום חלותם של השטרות עד יום מתן פסק-הדין, ובשיעור 15% לשנה מיום מתן פסק-הדין עד לחשלוטם. המשיבה לא ביקשה רשות להתגונן, ובכית'המשפט המחוזי חייבה כחשלוטם סכום השטרות 'וריבית חוקית בשיעור של 11% החל מיום הגשת התביעה'. המערערת הגישה ערעור על אותו חלק של פסק-הדין הקובע את תקופת הריבית ושיעורה באופן שונה מעחירתה בכתיב-התביעה.

השופט הלוי: סעיף 58(1)(ב) לפקודת השטרות קובע כי "שיעור דמי הנזק", שהאוחז זכאי להיפרע מכל צד החב על-פי שטר שחולל, יכול את "הריבית" על סכום השטר, כן קובע הסעיף את תחילת תקופת הריבית (במקרה דנן "מיום חלוטו של השטר"), אך אינו קובע את שיעור הריבית ואת סוף תקופת הריבית.

סעיף 58 לפקודת השטרות הועתק מסעיף 57 לחוק שטרי החליפין האנגלי (Bills of Exchange Act, 1882). וסעיף 2 לפקודה קובע כי "פקודה זו תתפרש בסמוכין לדיני אנגליה בענין שטרי תליפין, שיקים ושטרי חוב, חוץ מדינים שאינם מתיישבים עם הוראות הפקודה, ובמידה שאינם מתיישבים". שיעור הריבית הנפסק כרגיל לפי סעיף 57 לחוק שטרי החליפין האנגלי הוא 5% לשנה, והטעם – כי שיעור זה נחשב כ"ערכן המסחרי של מעות" ("commercial value of money" (עיי' Mayne-McGregor, on Damages מהדורה 12, סעיף 544). עם זאת מוסיף המחבר המלומד כי "אין סיבה מדוע שיעור זה לא ישתנה עם שיעור הריבית הכללי, בו משתקף ערכן השוטף של מעות" ("the current value of money").

השווה, במאמר מוסגר, את המונח "הפסד השוק" ("פסידא דשוקא") בפסק-דינו של השופט הרב אסף ז"ל, בע"א 207/51, "אגד" נ' ברנדס, פד"י, כדך ו, עמ' 1089, 1103, שהביא את דברי בעל "בית הלל" בביאורו לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קע, חה לשונו:

עכשיו בדורות הללו המנהג בדיני ארצות לפסוק פסידא דשוקא (היינו לחייב את הלווה בהפסד המגיע למלווה בשוק המשא והמתן) ואין פוצה פה ומצפצף, כדין הפקד בית-דין הפקר, וזה פשוט. מכאן מסקנתו של השופט המנוח בנוגע לפסיקת ריבית על "חוב פסק-הדין" (שאלה שתעסיק אותנו להלן):

בתוספת רווחים, בגובה של 9% או בכל שיעור אחר, על הסכום שנתחייב

ריבית

הנתבע לפי פסק-הדין ... אין לראות לא ריבית ואף לא אבק ריבית האסורה כידוע לפי המשפט העברי כחשלוּם וכלקיתה ... לפי זה יש מקום לחייב את הנתבע כחשלוּם הרווחים משעת הגשת התביעה כנגדו לבית-המשפט.

ע"א 216/74

ריגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ ואח'

פ"ד כט(1) 141, 149

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לצרעורים אורחיים לפני השופטים ברנזון, ריחקן, ח' כהן, קיסטר, אשר

הערעור מופנה לענין הריבית. בבית-המשפט המחוזי נפסקה למערער ריבית על סכום החיוב בשיעור של 11% מיום הגשת התביעה. לטענת המערער היה זה מן הדין לפסוק לו ריבית בשיעור של 15%, באשר שינוי שיעור הריבית, בצו שר האוצר, חל על תביעות. לביסוס טענתו הוא מסתמך על סעיף 12 לחוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961.

השופט קיסטר: לא אאריך ברברים אלה, אך העיקר הוא שהכסיס לחיוב בריבית על-ידי בית-המשפט, כאשר הסכום הנתבע אינו נושא ריבית לפי הסכם – שמן הדין ומן היושר לפצות את הנושה על כך שהנתבע משתמש בכסף ומתע מאת התובע את השימוש בו. דברים אלה הם עתיקי-יומין, ומן הראוי להזכיר את המשפט הרומי (ראה דרנבורג, Pandekten משנת 1882, כרך 2, חיובים, בסעיף 29).

יצרין כי גם במשפט העברי האוסר ריבית מצינו כמה חשוכות, המובאות כפסק-דינו של השופט אסף (ע"א 207/51, בעמ' 1103) בדבר מנהגים ותקנות במקרים מסוימים שלא חל איסור ריבית הרגיל, היינו ריבית שמתייכים לא על-פי הסכם הלוואה:

שאינן שייך בזה משום ריבית, שהרי לא הלווה לו כלל, זה עיכב מעותיו. ואף שמעכב כיסו של חברו פטור, אבל משעה שתבעו שיחזיר לו צריך להחזיר לו ... וכל שזה עיכב ואינו רוצה להחזיר לו אין כאן הלוואה רק גזלן וצריך לתת הריבית (שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תניינא, חלק ד, סימן כג).

ב. הסכם לריבית

1. הבטחת המלווה מפני ירידת ערך הכסף –
האם היא ריבית?

ע"א 248/53

רוזנכאום נ' זגר

פ"ד ט 533, 548-557

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, גויטיין, ברנזון

"סעיף ערך" (Value Clause) כתנאי שטר־משכנתה שחליתו לבטח את המלווה מפני ירידת ערך
הלירה הישראלית...
בעיית הצמדת הלוואות ל"סעיף ערך" כריבית או כנשך (usury) במדעי החברה והמשפט בעולם
ובמדינתנו...

השופט זילברג: 10. את הנסיון העשיר ביותר בשאלות הנוגעות לענין הריבית,
מוצאים אנו במקורות המשפט העברי. זו היא אחת הסוגיות המשפטיות
המעניינות ביותר, והמפותחות ביותר, במשפט העברי כולו. נודמנו כאן
לפונדק אחד כמה וכמה גורמים. מצד אחד – איסור חמור וקיצוני על כל מה
שיש בו רית של רבית, וסלידה נפשית עמוקה, מורשת דורות, מפני הטיפוס
ההמקצוע של מלווי כריבית (הם "כופרים בעיקר", "עושין התורה פלסטרן
ומשה טפש", ושם מוזכר בנשימה אחת עם "מגדלי חזירים": ירושלמי בבא
מציעא, פרק ה, הלכה ח, י ע"ד; ברכות נה ע"א, ומקומות אחרים); מאידך
גיסא – ההכרח להתחשב בדרישות החיים היום־יומיים, המחייבים להתיר את
הרצועה במקצת, מאין יכולת לוותר כליל ולגמרי על היתרון הכלכלי של
האשראי. ולבסוף, או כתוצאה מן השנים הללו, הצורך בקביעת מושגים
ודפוסים וצורות משפטיים, כדי לתחום בדיוק את הגבול בין האסור והמוחר.
ואם עוד נוסיף על כך את העובדא, כי בימי הביניים ולאחריהם, הלוואות כספים
היתה מקצוע מיוחד, אשר כמה גורמים היסטוריים, כידוע לכל, הכריחו את
היהודי (ודוקא את היהודי) להתעסק בו, לא נתפלא כלל למראה החריש העמוק
אשר נחרש בשדה משפטי זה, על־ידי הפוסקים הראשונים והאחרונים גם יחד.
נתעוררו שם בעיות מעניינות, הבשילו רעיונות וכללים מעניינים, ואם כי דיני
ישראל אינם מחייבים את בית־המשפט בשטח משפטי זה, הדי הם סגולה
להרחבת האופק, ומועילים לראיית הדברים כפרופורציה הנכונה.
11. מהותה של הריבית הוגדרה בצורה קצרה וקולעת להפליא על־ידי רב

נחמן, אמורא בבלי שחי בסוף המאה שלישית – תחילת המאה הרביעית לספירה הרגילה:

כללא דרבינא: כל אגר נטר ליה אסור (בבא מציעא סג ע"ב).

הרבית היא אגר נטר, "שכר המתנה". לאמור: השכר המשחלם למלווה תמורת היותו ממתין להחזרת המעות הנמצאים זמנית ברשותו של הלווה. כל תשלום המגיע לידי המלווה בעד משהו אחר, בעבור איזה שהוא שירות אחר, וכן כל עסק ממון שאין בו משום החזרת המעות שניתנו, אינם רבית במובן ההגדרה הנ"ל. מכאן התפתחו עסקי ממון מותרים או נסבלים, אשר ההיתר שבהם מיוסד על הרעיון, כי כל הרווח המגיע לנותן הכסף הוא, מבחינת הצורה המשפטית, רווח של מקח וממכר, או אכילת פירות מדבר שהוא שלו, או "שכירות בפחות" שהלווה עליה מלכתחילה, וכל כיוצא באלה (ראה סוגיא דמכר לו את השדה, בבא מציעא סה ע"ב – סו ע"ב; תוספות בבא מציעא סד ע"ב, ד"ה ולא; דמב"ס, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ו; רמב"ם שם, הלכה ח, ועוד). "שכר המתנה" אסור רק, כאשר הוא מגיע במישרין מן הלווה למלווה, ולא כשהוא ניתן למלווה על-ידי מי שהוא אחר. לכן מותר למלווה לקבל מן הלווה, ב"דיסקונט", שטרות שהלווה קיבל מאת חייב אחר. מבחינה משפטית-פורמלית, זו היא "קניית שטרות" ולא הלוואת כסף, אף-על-פי שמבחינת התוכן הכלכלי אין כאן כל הבדל ביניהן:

יש דברים שהן כמו רבית ומותרין. כיצד? לוקח (קונה) אדם שטרותיו של חברו בפחות ואינו חושש, ומותר לאדם ליתן לחברו דינר כדי שילווה לפלוני מאה דינרין, שלא אסרה תורה אלא רביח הבאה מן הלווה למלווה (דמב"ס, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד. המקוד: בבא מציעא סט ע"ב, ירושלמי בבא מציעא, פרק ה, הלכה א, ותוספתא בבא מציעא, ד, ג; אך, השווה: מגיד משנה לרמב"ם שם; טור, שולחן ערוך, יודה דעה, סימן קס, סעיף ז, המכילים כמה סייגים לדינים הנ"ל).

דינים אלה וכיוצא בהם הועילו להגדיר ולגדור את איסור הרבית תוך תחומי הסבירים, ולמנוע את הפיכתו מברכה לקללה, ומתקנה לקלקלה, בחיי הכלכלה המתקדמים של הדור.

12. ועדיין לא הצליחו להתגבר בכך על קושי אחד גדול שרביץ לפתחה של ההלוואה הרגילה דוקא, הלוואת כספים ממש, בעטיין של חגורות היוקר והזול של המטבע, אשר טעמו מהן כבר בדורות הקדומים ההם. מודעת זאת, כי ביני ישראל חל איסור הרבית לא רק על "רבית קצוצה", כלומר: קצובה וקבועה מראש, אלא גם על דכית שאינה קצוצה, הקרויה "אבק רבית", והיא אסודה מדבריהם, היינו: לא מן החורה אלא מדרבנן (בבא מציעא סא ע"ב). למעשה, כל רווח המגיע בפועל ממש, ובמישדין, מן הלווה למלווה, בקשר למתן הלוואה ובעבודה, הוא רבית ואסור, למרות מה שבעת מחן ההלוואה לא היה ברור וודאי, כי הרווח הוא בוא יבוא. זו היא "אבק רבית" שאינה "רבית קצוצה", ואף-על-פי-כן אסורה מדבריהם כאמור.

ונשאלה השאלה, המתור ללוות "דינר בדינר", או שיש לחשוש שמא יוקירו

שער עשירי: משפט מסחרי

(ייתיקרו) הדינרים עד זמן הפרעון, ונמצא המלווה מקבל יותר ממה שהלווה, והרי זה רבית. ומה הדין, אם כאמת הוקירו הדינרים משעת הלוואה עד שעת פרעון, וכוח הקניה שלהם בשוק הסחורות עלה – הרשאי המלווה לתבוע חזרה את כל כמות המטבעות שהלווה, או דילמא חייב הוא לנכות את השיעור היחסי לאחוזי ההתייקרות הנ"ל?

התשובה שניתנה לכך על-ידי חכמי התלמוד היא אוריגינלית ומעניינת עד למאד: הכל תלוי בטיבו וטבעו של הדינר. יש דינר שהוא "טבעא", מטבע ממש, כלומר: אמצעי תשלום חוקי של המלך, בו קונים את כל הסחורות, ובו אין היוקד תופס (וכן גם הזול), כי התייקרותו אינה אלא "התייקרות" מדומה ודפלקט מטעה של הזלזת ה"פירות" או הסחורות, שנגרמה עקב סיבות אחרות; מכיון שכך, אין איסור רבית חל עליו, כאשר הוא ניתן כהלוואה של שווה בשווה. אך יש דינר שהוא גופו "פירא", לא מטבע הקונה, אלא סחורה הנקנית, או מוחלפת, ואם ערכו של זה עלה או עלול לעלות, הרי זו התייקרות ממש, שיש לקחתה כחשכון לגבי שאלת איסור הרבית. החליטו, כי דינר כסף הוא "טבעא" – שכן הוא "תרף" ו"יוצא" יותר מכל מטבע אחר – משום כך מותר להלוותו דינר כדינר ואין חוששים משום רבית כלל. ואילו דינר זהב (לדעת רוב הפוסקים) "פירא" הוא, ולכן אסור להלוותו אפילו שווה בשווה, שמה יתייקר לאחד זמן ונמצא מלווה מקבל רבית: כי הלוואת פירות, "סאה כסאה", אסורה, עקרונית, כאבק רבית כדיני ישראל (בבא מציעא, סוגיא ראשונה דפרק זהוב, מד ע"ב – מה ע"א).

טבעא הוא: דאין היוקר והזול תלוי בהן ... שהיוקר והזול תלוי כפירות ... (רש"י שם, מד ע"ב).

אסור ללוות דינר כדינר (הכוונה לדינר זהב), כמו שאסור ללוות סאה כסאה (ר"ף, בבא מציעא, פרק רביעי, כו ע"ב).

דינר כסף מטבע הוא לכל מילי, ואין היוקר והזול תלוי בו ... הילכך ליכא למימד כדינר כסף צד רבית כלל ומותר, אלא כדינר זהב ... כיון שהוא כפידות ומטלטלין לגבי כסף, יוקר וזול תלוי בו. ואם כן אפשר שיהיה דינר זהב שווה בשעת הלוואה עשרה דינרי כסף, וכשיפדע לו זה דינר זהב יהיה שווה עשרה דינרים חצי, נמצא שיש בו משום רבית (גימוקי יוסף להרי"ף, שם).

אסור ללוות סאה בסאה וכן כל דבר, חוץ ממתבע ... ודינר זהב יש לו דין פרי, שאסור ללוות דינר זהב כדינר זהב, שמה אוחו ששווה בשעת הלוואה כ"ד דינרי כסף יהא שווה בשעת פרעון כ"ה, אבל מותר ללוות דינר כסף כדינר כסף, וכן כל שאר מטבע, והני מילי כשיוצא כהוצאה ... (טור, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסב, סעיף א. לפירוש המלים "כל שאר מטבע" ראה: בית יוסף, שם; שו"ת מהרי"ט צהלון, סימן לג).

ועל ההכרל הפנימי, המהותי, בין "טבעא" ו"פירי" – המטבע והסחורות – אנו קודאים אצל אחד הראשונים דברים אלה:
כי כל הדכדים שבעולם תמצא בהן כל מין ומין מעלה זה על זה,

מחשיבות גופן, בטעם או בריח או כמראה ... זולתי המטבע, שאין צרכו אלא בדמיו, במקנתו, ואם אין – מה תועלת יש ברביחיו או מיעוטו, בגסותו וברקותו? (הראב"ד). הובא בשיטה מקובצת, כבא מציעא, דיש פרק איזהו נשך).

דברים אלה שנכתבו במאה השלוש־עשרה, מפתיעים במוררניות התפיסה שבהם, והם מקפלים בתוכם, בפסוק אחר, את תורת "הכסף כאמצעי חליפין", שעתידיה היתה למצוא לה מהלכים רבים בספרות המקצועית של המאה העשרים (ראה נוסבאום שם, עמ' 11, הערות 43, 44). בתרגמנו אותם לעברית יותר חדישה, תהא משמעותם כך: המטבע הוא אמצעי־מקנה, שערכו נאצל עליו מן החוץ, מאת חוקי המרינה הקובעים את השער או את כוח הקניה שלו – "אין צרכו אלא ברמיו, במקנתו" – ואילו הפירות ערכם בם, "מחשיבות גופן", בשל ה"מעלה" שבהם, היינו: כשל ההנאה. "בטעם או בריח או כמראה", המופקת מן השימוש הטבעי שלהם.

האבחנה ההיא, בין מטבע וסחודות, עוברת כחוט השני דרך כל הספרות הרבנית, המטפלת בעניני הלוואת כספים, והיא משמשת שיקול עיקרי בהכרעת השאלות השונות בקשר לדיני הרבית. הרעיון עמד בעינו או כמעט בעינו, אך שימוש, הלכה למעשה, חלו בו שינויים ניכרים, עקב הסטת הגבולות בין "טבעא" ו"פירי", כפי שנראה להלן. כל שינוי שער המטבע במצוות שד ומלך, וכל הפחתה וקיצוץ בתכנו ובמשקלו לצרכי מסיס וארנוניות או כתוצאה ממלחמות ומרידות וכדומה, היו גוררים אחריהם מיד נחשול של שאלות ופניות לגרולי הדור, לרעת מה נעשה לחוב ביום שידובר לו, ולפי איזה שער, הישן או החדש, יש לסלקו בזמן הפרעון. היו במקרים אלה לא רק ניגוד אינטרסים בין הלווה והמלווה, אלא גם התרוצצות פנימית בלבו של הלווה גופו, אם בעל נפש הוא. כי הרבית אסורה כדיני ישראל גם על המלווה וגם על הלווה (בבא מציעא סא ע"א, וכן עה ע"ב, וכל הפוסקים). אסור לא רק לקחת רבית, אלא אסור גם לתת רבית. הוא (הלווה) יהיה איפוא נתון בין Scylla וה־Charybdis, ובדירתו מונחת על חוד הסכין ממש: אם הוא יתן יותר ממה שמגיע, יעבור על הרבית, אם הוא יתן פחות – יעבור על הגזל ("יורנו המורה לצדקה, איך יהיה אופן הפרעון, שלא יהיה בו לא רבית ולא גזל": שו"ת דרכי נועם, חלק יורה דעה, סימן כד). גם זו אחת הסיבות לריבוי השאלות שנשאלו בסוגיא משפטית זו.

תיאור נאה של המצב, הן מבחינת ההלכה והן מבחינת ההווי, מוצאים אנו באחת מתשובות הריב"ש (רבי יצחק בר ששת), שהורה הוראה בספרד ובאלג'יר בסוף המאה ה־14 – תחילת המאה ה־15:

דאובן היה חייב ללוי שבעת אלפים במשכונה על קרקעות ידועות בשני שטרות מהמטבע הישן, ואחר־כך המלך דון אנריק עשה מטבע חדש שלא היה שווה רביע המטבע הראשון. וזה עשה באשר לא היה יכול לתת שכר לחילותיו בזולת זה, וציווה בכל מלכותו שיקובל המטבע ההוא בכל מלכותו כמו המטבע הראשון, ואחר שנים, כשנחייש במלכותו

וראה כי היה נזק והפסד גדול בכל מלכותו מן המטבע ההוא (כלומר: החדש), ושהפירות נתייקרו הרבה לרוע המטבע ההוא, פסל אותו.

והמשך הסיפור הוא, כי ראובן שהיה "הולך בתצר המלך והבין לרצון המלך ודעתו לפסול המטבע ההוא", הלך והשליש בידי נאמן בית-דין ששת אלפים מן המטבע הגרוע, "על מנת שיינתנו ללוי כשיתן שטרי החובות קרועים". תכמי אשביליה (סיביליה) פסקו כי פרעון זה פרעון הוא, לוי תלק על כך, והענין הובא להכרעה סופית לפני הריב"ש. וזו היא תשובתו:

תשובה. אין אחר מעשה בית-דין יפה של קהל אשביליה הקדוש י"צ (ישמרם צורם) כלום, ותלילה לי מלפקפק ומלהרהר אחר מידותיהם ... לפי שדינא דמלכותא דינא, מכיון שהמלך ציווה כפירוש שכל אדם יקח בכל מלכותו המטבע החדש הגרוע בערך היפה, ושיוכלו לפרוע בו חובותיהם לפי הערך היוצא, וראי דינא דמלכותא דינא, ואין זה תמסנותא דמלכא (תמסנות מצד המלך), לפי שענין המטבע הוא מתוקי המלוכה, שהמלך יש לו חוק בנימוסי המלכות לעשות המטבע כרצונו, ולשים לו ערך קצוב, וגורע ומוסיף כרצונו, ואם לפעמים, לפי צורך השעה, כמו שהיה בידו לשאול מסיס כדי ליתן אכסניא ושכר לחילו, ועושה בדרך זה שגודע המטבע יחד מאד, מי יאמר לו: מה תעשה? ... (תשובות הריב"ש, סימן קצו).

כתשובת הריב"ש לא נתעוררה כמוכן שאלת הרכיב, כי המלוה דנן, לוי, קיבל דוקא מטבע חדש וגרוע, במקום המטבע הישן והטוב שהלווה בשעתו לראובן. השאלה היתה שם, אם ראובן אינו גוזל את המלוה שלו על-ידי השלשת המטבע הגרוע, והתשובה היתה: לא! מן הטעם של דינא דמלכותא דינא, היינו: דינו של המלך אנריק, שהכיר כמה שאנו קוראים היום בשם "העקרון הנומינליסטי" של המטבע. אך מה היה הדין, אילו המקופת היה לא המלוה לוי, אלא הלווה ראובן? נתאר לעצמנו: אותו ראובן לווה את שבעת האלפים מלוי בתקופת המטבע הגרוע, ולפני הגיע זמן הפרעון – ומאותם טעמים כלכליים ממש שצויינו על-ידי הריב"ש, היינו על שום "שהפירות נתייקרו הרבה לרוע המטבע ההוא" – פסל אותו המלך אנריק והתליפו במטבע חדש, שווה יותר מהמטבע הישן, וגזירת המלך היתה, כי כל הלווים במדינה חייבים לשלם במטבע החדש והטוב – האם במקרה זה, הכלל של דינא דמלכותא דינא, שהוא העקרון הנומינליסטי של המטבע, היה מבטל את איסור הריבית שבדבר, כשם שעקר שם, כמקרה הריב"ש, את איסור הגזל שבו? גם הדין הידוע לנו, שמוותר ללוות מטבע במטבע (חוץ ממטבע זהב ודכוותיה) לא היה פותר בפשטות את הבעיה, כי כאן, ex hypothesi, לא היתה התייקרות מדומה או "נאצלת" של מטבע קיים, אלא התלפתו בחדש, מתוך כוונה מכוונת ל"הוזלת הפירות" כנ"ל, והיה בו, כמוכן, משום חוספת-ערך ממשית לעומת המטבע הקודם.

השאלה הנ"ל לא עמדה איפוא לדיון לפני הריב"ש, אך בדרי תורה, כידוע,

כסף כדינר כסף, ואם אתה אומר דכל כי האי גוונא אם משלם לו כדמעיקרא יש בו משום רבית, א"כ יהא אסור ללוות דינר כסף כדינר כסף דילמא ויקירו הדינרים, כמו שאסור ללוות סאה בסאה, אבל היינו טעמא דדינר כסף: כיון דמטבע הוא יש לו שער קצוב, וכל כי האי גוונא אפילו סאה בסאה שרי, דקיימא לן: יצא השער פוסקין ... (שו"ת מחנה אפרים, הלכות מלווה ולווה, סימן כד; והשווה שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן עב, ודוק היטב בדבריו האחדונים, שם).

...אם התנו כפירוש לחזור ולשלם אותו מטבע שהלווהו ליה, צריך להחזיר לו אותו מטבע אפילו אם הוקרו יותר מחומש, אפילו אם זיילי הפירות ע"י זה, ואין זה רבית, כיון שיש לו על כל פנים אחת מן המטבע, ואפילו סאה בסאה מותר ללוות אם יש לו סאה אחת (הכוונה היא לדין של ר' יצחק, בבא מציעא עה ע"א: יש לו סאה לווה עליה כמה כורין) ... (שבות יעקב, שם, בחלק אחר של התשובה. עיין שם).

ומקום יש בראש לומר דרכנו סכירא ליה (הכוונה היא להרמב"ם, אשר לא הביא כ"ד החזקה" את הדין שאסור ללוות דינר זהב כדינר זהב), דכיון דהלוואת סאה בסאה דרכנן היא, הכו דלא לוסוף עליה (כל נוסף עליה), ולא אחמור אלא סאה בסאה, אבל דינר זהב דהוה טבעא לגבי פירא לא אחמור בהו (שו"ח זרע יעקב, סימן עד).

יש מי שכתב דכומן הוה מטבע של זהב דינו ככסף, ולוויז זהוב כזהוב, וכן נוהגין להקל ואין למחות בידם, כי יש להם על מה שיסמוכו (תרומת הדשן, חלק הפסקים, סימן נד. הובא ברמ"א, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסב, סעיף א; ראה גם: שו"ת מהרי"ט צהלון, סימן לג).

ולדין לעולם כל המטבעות יש להן שער קבוע, והילכך מותר ללוות כולן זהב בזהב ונחושת בנחושת, ואעפ"י שנתחדש הדבר והוקר או הויל, מחזיר לו אותו המין שלוהו, וכיון שאין בזה משום רבית חייב לשלם לו אוחרו המין (חזון איש, חושן משפט, סימן טז, סעיף קטן ט).

ועוד פסקו שאלות ותשובות כהנה וכהנה, בהם הותר ללוות מטבע במטבע, ולא דוקא דינרי כסף שהם "טבעא" ממש, והמלווה רשאי לקבל מן הלווה את כל המטבעות שהלווהו, ואפילו אם הוקירו בין שעת הלוואה ושעת פרעון. רשימה ארוכה של פסקים נוספים כאלה, ימצא המעיין בשו"ת חקרי לב, חושן משפט, סימן קנד.

לעומת זה ישנה קבוצה אחרת, והיא דעת המיעוט, האוסרת הלוואת מטבע כמטבע וקבלת המטבע שהוקר (בכמות שווה), כי "לא התירו כגמרא מטבע כמטבע, אלא כשאין למלווה שום שבת כלל" (דרכי נועם, יורה דעה, סימן כד, בהסתמכו על הדשד"ם, יורה דעה, סימן רכד. עיין שם; כך כנדאה גם הר"י באסאן, כפי שהובאו דבריו על ידי בעל "חקרי לב", בתשובתו הארוכה הנ"ל, דפוס שאלוניקי תקע"ז (1817), רלו ע"א).

14. ולמען האמת ושלמות ההרצאה תצויין כאן העוכדא הידועה, כי בתחילת המאה ה-17 ולאחר מכן נעשו בקהילות ישראל כמה וכמה "הסכמות"

לפשר, במקרה יוקד חול של מטבע, בין המלווה והלווה, שיהא ההפרש או "ההפסד" מחצה על מחצה, מחציתו על המלווה ומחציתו על הלווה – אך ההסכמות הללו מטרתן היתה, לחלק עפ"י יושר את ההפסד הנגרם כאן, מן הדין, לאחד הצדדים, ולא לשנות או לבטל את איסור הרבית. תקנו כאן את ענין ה"גזל", ולא את ענין הרבית. כי השינויים התכופים בשערי המטבעות, או במשקלם, היו מכניסים אנדרלמוסיא לחיי הכלכלה של המוני העם, והיו מסכנים גם את "שלום הבית" בקרב הקהילה.

ובכן רבו קטטות ומדיבות בין בני ברית הנושים זה בזה מעות קרומים שהתובע רוצה לגבות גם העודף שהעדיפו מעותיו שביד הנתבע, והנתבע רוצה ליפטד מן העודף (כרם חמד, חלק ב, ספר התקנות, סימן פט, וראה גם הסימנים שלאחריו).

ומעשה היה במצרים, שהמושל "הכריז וביטל את המידס הקצוצות והגרעות, ועשה מידס חדשות וטובות, הן בכסף והן במשקל", ומיד קמה בוקה ומבוקה ומבולקה בקרב יהודי מצרים, כפי שתואר הרבר בכשרון ספרותי רב, ובסגנון מליצי כנהוג, על-ידי גדול רבני מצרים, הרב ר' אברהם לוי, בחשובה שנכתבה על-ידו בשנת 1691:

כי שמעתי את צעקת עקת ועקת העם אשר במצרים, וכהתה כל דוח ונמס כל לב, דפּו כל ידים, וימים על ימים שאין אדם יודע במה להשתבר, זר כוחו ונמד ריחו, ושערי הפרנסה סוגר כל מבוא כשערי יריחו, ושבעה נפשו ברעות, ועתה הוסיף עליהן שבר על שבר בירידת המטבעות, ונלחמו איש באחיו ואיש ברעהו, ופשתה המספחת בין האחים הנאהבים והנעימים, ובאים אגודות אגודות ריבין ונגעים, זה אומר: טול מה שנתת, ותברו מעכב על יור, והנה העיר הזאת עליזה וערינה היתה מימי קרם כגן ר', לא נשמע שור ושבר בגבולה, ואין מנהג מדינה בזה כלל, על כן נתתי אל לבי לדעת עיסקה של ריבית זו כרת מה לעשות עפ"י התורה ועד היכן עומק הדין יורד... (גינת ורדים, חושן משפט, כלל ד, סימן א).

זו היא הסכנה וזו היא המחלוקת שהיתה מרחפת על חיי הקהילות, וכדי לקרם את פניה הותקנו בכמה ארצות (אך לא במצרים, כנראה) התקנות וההסכמות הני"ל. הן לא שינו את דיני הרבית גופם, ומתצית ההפרש שהיתה ניתנת למלווה במקרה של יוקד, היתה מותרת לו על-פי דין, ולא חששו בה משום רבית כלל, מן הטעמים שנחבארו לעיל.

15. הגענו לסוף סקירתנו על דיני ישראל, וכעת הבה נראה מה היא המסקנה העולה הימנה לגבי השאלה שלפנינו. נראה לי כי ניתוח מרויך של העקרונות ההם יעלה, כי תנאי הערך שהותנה בסעיף 9 של שטר המשכנתא רנן, לא היה נחשב כרבית בעיני המשפט העברי. לשם כך יש לתרגם את המעשה ההוא לנומנקלטורה של דיני ישראל. מה עשתה המעצרת? היא ביקשה לבטח את עצמה מפני ירידת ערך המטבע הישראלי – ירידה שהיתה גוררת אחריה עליה פרופורציונלית במחירי כל "הפירות" שבמדינה. פירושו של דבר: היא הבטיחה לעצמה את הזכות לקבל בשעת הפרעון אותה כמות "פירות" ממש,

שהיתה יכולה לקנות בכספה בעת מתן ההלוואה. רכוש הממשי, ב"פירות", לא יגורל על-ידי-כך, יגורל רק מספר המטבעות שתקבל, וגירול זה, על אף ה"דינא דמלכותא" או העקרון הנומינליסטי של המטבע, אינו נחשב כתוספת רבית על-פי דיני ישראל, אעפ"י שאלמלא התנאי הנ"ל, היו יכולים לסלק את חובה במספר פחות של מטבעות. ראינו כי הדינא דמלכותא עם העקרון הנומינליסטי הצומח הימנו, עלולים "לאזן" מבחינה משפטית את ההפרש שבין שני השערים, ולבטל על-ידי-כך – במקרה עליית השער – את איסור הרבית שבדבר. אך אין זה מחוייב המציאות כלל, ולא מצינו במקורות שום אסמכתא לכך, כי בעטיו של עקרון זה ייחשב המטבע שהוזל כשווה בערכו ממש למטבע הקודם, וכי עקב פיקציה זו תיראה כרבית אסורה כל תוספת, כמוחית גרידא, על מספר המטבעות שניתנו בשעתם ללווה. ראינו אותו כפועל בחפקיד של מוחק-רבית, אך לא מצינו אותו משמש "קטליזטור" של רבית. ככל השקלא וטריא התלמודית והרבנית בעניני יוקר וזול של מטבע, נסב ויכוח רב על השאלה, אם היוקר והזול "תלוי בו", במטבע, ובהתייקרו הוא הוא המוליד את "זול" הפירות ורכויים, או שהיוקר והזול תלוי בפירות, כלומר: כסיבה כלכלית אחרת, שהיא מחוץ להתייקרות המדומה של המטבע, וממילא לא הגיעה לידי המלווה שום תוספת-ערך עקב עצם העליה בשער המטבע ההוא. מכאן כי קנה המידה הנכון לקביעת הרבית כדיני ישראל הוא: אם המלווה מתעשר התעשרות של ממש – ב"פירות" – על-ידי תוספת כמות המטבעות, או לא. יכול שתהא שם התעשרות ממש, ולא יהא כה איסור של רבית – וזה מטעמים הלכיים שונים המיוחדים לדיני הרבית (כגון): "יצא השער" או "יש לו סאה לוה עליה" (וכו') – אבל לא יתכן ההיפך, כלומר: שלא תהא התעשרות המלווה, ואף על פי כן יהא שם איסור של רבית.

ראיה חותכת לכך אפשר למצוא, לכשנדייק, בעצם הסכמות הקהילות הנ"ל. לפי ההסכמות הללו היה הפרש השערים מתחלק בין המלווה והלווה, הן במקרה עליית שער המטבע שהלווהו, והן במקרה ירידת השער שלו. ואם הגרושוש, למשל, עמדו בשעת מתן ההלוואה על 120 לבנים, ובשעת הפרעון ירדו ועמדו על 100, היה הלווה חייב לשלם למלווה 110 לבנים, זאת אומרת: גרוש מוזל אחד, ועוד 10 לבנים. להסכמות אלה הסכימו, ועל-פיהן פסקו, גם אותם הפוסקים המכירים עקרונית ב"דינא דמלכותא", על-פי רשאי היה הלווה, מן הדין, לסלק את חובו כמטבע שהוזל, בלי להוסיף עליו כלום. מכאן עולה ברורות, כי מחצית הפרש המשחלמת למלווה מכוח ה"הסכמה", היינו: אותם 10 לבנים הנוספים, שהמלווה מקבל חוץ מן הגרוש המוחזר לו, אינם מהווים תוספת-רבית אסורה בדיני ישראל. שהרי ההסכמות הללו, כפי שכבר ציינת, הותקנו רק למען חלוקה צודקת של ההפסד, ולא באו לשנות – ואולי אף לא יכלו לשנות – את דיני הרבית גופם. ומה הוא הטעם להתרחק תוספת זו? כאן – בניגוד למקרה ההפוך של התייקרות המטבע – אין טעם אחר חוץ מזה: שהיא, התוספת, אינה מעשרה את המלווה לעומת מצבו הקודם, בשעת הלוואת הכספים. והוא הדין ממש, לגבי המקרה שלפנינו.

**אוצר לאשראי של הפועל המזרחי בת"א, אגודה
הרדית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**

פ"ד כ(1) 141, 145-146, 149-150

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים הלוי, קיסטר

המעוררים, קואופרטיב לעסקי בנקאות, ומנהלה הואשמו בכך שגבו דמי גובינא בנוסף לריבית כשיעור של 11% על ההלוואות שהילוו לחברי האגודה. בית-משפט השלום הרשיע את האגודה בעבירה של גביית ריבית מופרזת וזיכה את מנהלה. האגודה היועץ המשפטי לממשלה ערערו, זו על הרשעתה בעבירה הנדונה, וזה על קולת העונש רעל ויכו מנהל האגודה. בית-המשפט המחוזי רחה את ערעור האגודה וערעור היועץ המשפטי לממשלה על קולת העונש, אך קיבל את הערעור על זיכה מנהל האגודה והרשיעו בעבירה הנ"ל. מכאן הערעור כרשות.

השופט זילברג: 3. חלק גדול מטיעונם של הפרקליטים המלומדים תפסה השאלה אם המחוקק עדיין שומר אמונים ל"הגדרת רב נחמן", זו ההגדרה החלמודית הקלסית של הריבית – "אמר רב נחמן: כללא דריביתא, כל אנד נטר ליה אסוד" (בבא מציעא סג ע"ב) – שאומצה על-ידי בית-משפט זה בע"א 248/53, רדונבאום נגד זגד, או דילמא הוא הפך לה עודף והמיד אותה ברעותה הטובה ממנה (בעניין), היא ההגדרה הארוכה והמפודטת בסעיף 1 של חוק הריבית הנ"ל. בא-כוח המערערים טוען להמשכיותה של ההגדרה הקלסית היא, בא-כוח היועץ המשפטי חולק על כך.

4. והנה דבר אחד ברור ובוזה, לדעתי, חייבים הכל להודות: כי היא אשר יהא על שמידתה או זניתתה העקדוגנית של הגדרת רב נחמן, אדיקותו של המחוקק בה, על כל פנים, אינה עוד אדוקה כל כך. והא ראיה: הפרץ שניבעה בה כתוצאה מהודאת סעיף 2 של החוק. ב-ע"א 248/53, הנ"ל, פסק, כידוע, בית-משפט זה, כי כל הוספה על הקרן הבאה לפצות את המלווה על ידידת עדך הלירה הישראלית – לאו ריבית היא, יען כי תוספת זו אינה "אגד-נטר" – אינה השכר המשתלם למלווה בעד "המתינו" להשבת המעות. והנה בא סעיף 2 של החוק הישראלי החדש ואומר:

היה המלווה לחקופה העולה על שנתיים, או שהיה לחקופה קצרה יותר אך סולק למעשה לאחד שנתיים, לא יראו כריבית כל סכום המתווסף לקרן עקב תנאי הצמדה לשער החליפין של המטבע, למדד יוקר המחיה או לעליית מחירו של דבר שנקבע לכך על-ידי שר האוצר וכו'.

השופט הלוי: אני מסכים, ובעקבות חברי הדגול, מ"מ הנשיא, אצביע על הרמיון הנפלא בין השאלות שהתעודרו בערעור זה לבין שאלות שנדונו במקורות הקדומים של משפט עמנו.

2. התורה אמרה: "אם-כסף תלוה את-עמי את-עני עמך לא-תהיה לו

כנשה, לא־חשימון עליו נשך" (שמות כב, כד); "וכי־ימוך אחיך ומטה ידו עמך ... אל־תקח מאתו נשך ותרבית ויראת מאלהיך, וחי אחיך עמך. את בספך לא־תתן לו בנשך, ובמרבית לא־תתן אכלך" (ויקרא כה, לה–לו); "לא־תשיך לאחריך נשך כסף נשך אכל, נשך כל־דבר אשר ישך" (דברים כג, כ). המשנה (בבא מציעא ה, א) פותחת בשאלה: "איזהו נשך, ואיזהו תרבית?" ופירוש רש"י (שם, ס ע"ב): "נשך: שהוא נושך, דשקל מניה מאי דלא יהיב ליה" (שלקח ממנו מה שלא נתן לו). "תרבית: שהרי מתרבה ממונו". בגמרא (שם) נשאלת השאלה: "ותיסברא דאיכא נשך בלא תרבית ותרבית בלא גשך?" פירוש רש"י: "נשך בלא תרבית: שנושך את חברו ואין ממונו מתרבה"; תרבית בלא נשך: שיהא מלוה נשכר ולא יהא לווה נשוך". אחרי שקלא וטריא ניתנת התשובה מפי רבא: "אי אתה מוצא לא נשך בלא תרבית ולא תרבית בלא נשך".

3. שאלה דומה התעוררה לפנינו, לאור הגדרת "ריבית" בסעיף 1 לחוק הריבית, תשי"ז–1957, וזה לשונו המלא:

"ריבית" – כל תמורה הניתנת בקשר עם מלווה ויש בה משום תוספת לקרן, לרבות דמי עמילות ודמי נכיון המשחלמים כאמור, בין שנקראים בשם ריבית ובין שנקראים בשם אחר.

השאלה הסופית שעלינו להשיב עליה היא אם דמי גוביינא, שנקבעו מראש בין מלווה ולווה ונזכרו מסכום הקרן בשעת מתן המלווה, מהווים "ריבית" כהגדרתה. אך לרגל טענת המערערים כי המלווה לא הרוויחה מדמי הגוביינא ואף הפסידה בגביית המלווה, נחלקו הרעות בערעור זה באשר למהות ה"ריבית" המוגדרת בסעיף 1: האם יסודה בנזק הלווה, או בדיווח המלווה? ובלשון התלמוד: האם ריבית היא "נשך" או "תרבית", והאם "יש נשך בלא תרבית"?

4. בא־כוח היועץ המשפטי מייצג, כביכול, את ההשקפה כי "יש נשך בלא תרבית", וכי "תרבית" האסורה לפי חוק הריבית היא "נשך" ולא "תרבית", בלשון התורה; בא־כוח המערערים מייצג את ההשקפה ההפוכה. בלשון של פדקליט המדינה המלומד: חוק הריבית בא להגן על הלווה מפני חיוב ב"ריבית מופרזת", ולכן יש להשיב על השאלה, "ריבית" מהי, מנקודת ראותו של הלווה, לווה המשלם למלווה דמי גוביינא, נוסף לדיבית לפי השיעור המירבי שנקבע, משלם "ריבית מופרזת" כהגדרתה בסעיף 1 ("ריבית ששיעורה עולה על השיעור המפסימלי שנקבע לפי סעיף 3 של חוק זה"), ואין נפקא מינה אם המלווה מרוויח או מפסיד בקשר לגביית המלווה. מר האוזנר, לעומת זה, טוען שאם אין ריווח אין דיבית, ושיש להשיב על השאלה, מהי "ריבית", מנקודת ראותו של המלווה.

5. דעתי היא כי יש לראות את חוק הריבית לא באספקלריא של לווה ולא באספקלריא של מלווה, אלא באספקלריא של שניהם, וכי צדק רבא באמרו, גם לעניננו: "אי אתה מוצא לא נשך בלא תרבית ולא תרבית בלא נשך".

ריבית

2. האם דמי גוביינא נחשבים כריבית?

ע"פ 98/65

אוצר לאשראי של הפועל המזרחי בת"א, אגודה
הרדית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד כ(1) 141, 145-146, 149-150

הובא בשער זה, עמ' 839.

3. ריבית היא תוספת שכר מן הלווה למלווה, ולא על-ידי צד שלישי או לצד שלישי

ע"א 58/68

בנק הפועל המזרחי נ' זורגר

פ"ד כב(2) 652, 657

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים זוסמן, ויהקן, הלר, קיסטר

המשיבים ביקשו לחייב את הבנק המערער בהחזרת סכומי העמלה שקיבל כתוצאה מעיסוקה של
תיווך שטרות. לטענתם היתה העמלה, שקיבל הבנק, רבית, אשר, מכיון שניתנה נוסף לדמי
הנכונן של 11%, הריהי ריבית מופרזת, שעל הבנק להתדידה בהתאם לסעיף 6 לחוק הריבית,
תשי"ז-1957.

מ"מ הנשיא (זילברג): ובדיני ישראל, שהם שיטת המשפט המומחית ביותר
והמחמירה ביותר בעניני ריבית ונשך, מצינו הוראה מפורשת:

מותר לאדם ליתן לחבירו דינר כדי שילווה לפלוני מאה דינרים, שלא אסרה
תורה אלא ריבית הבאה מן הלווה למלווה (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה,
פרק ה, הלכה יד; וכן גם שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קס, סעיף יג).
ומקורו במסכת בבא מציעא סט ע"ב.

6. מעניינים ביותר הם דבדי הטור, יודה דעה, סימן קס:
צריך להזהר בענין דיבית שלא לבקש שום צד היתר, כי הוא דבר המושך
לאדם, ואם היום יפתח לו כחודה של מחט יוסיף מדי יום יום עד שיפתח לו
כפתחו של אולם, ומיהו לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד לווה
למלווה, לפיכך יכול אדם לומר לחבירו: הא לך זוז והלוה י' דינרין לפלוני...
וכן מותר לאדם שיאמר לחבירו: הא לך זוז ואמור לפלוני שילווה לי מעות,

שער עשירי: משפט מסחרי

ואפילו לבן המלווה יכול לומר כן, והוא שיהא גדול ואינו סומך על שולחן אביו, אבל אם הוא סומך על שולחן אביו אסור, דכאלו נתנו ליד המלווה דמי.

סיכומו של דבר בנקודה זו, כי אין תשלום נחשב כריבית, אלא אם כן הוא מגיע מן הלווה למלווה ולא למישהו אחר. מבחינה זו, על-כל-פניו, אין איפוא לראות את עמלת הבנק כריבית שניתנה לידי המלווה.

4. הגדרת "ריבית"

ע"א 230/72

צימרמן נ' פקיד השומה, ת"א

פ"ד כו(1) 802, 804

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים קיסטר, י' כהן

פקיד השומה ראה בסכום הריבית שנפסקה לטובת המערער על-ידי בית-המשפט, הכנסה החייבת כמס לפי סעיף 2(4) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש). לטענת המערער, הריבית בה מדובר בסעיף זה הינה ריבית חוזית המשתלמת עבור מלווה, ואין היא כוללת ריבית שנפסקה על-ידי בית-המשפט לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961.

השופט י' כהן: כפי שבצדק טוען בא-כוח המערער, מכיון שלא ניתנה הגררה מיחדת למלה "ריבית" בפקודת מס הכנסה, מחובתנו לפרשה לפי המשמעות הרגילה בלשון בני-אדם. לרעתו הביטוי "ריבית" בלשון בני-אדם אינו מצטמצם ליחסים בין מלווה ולווה, אלא כולל כל תשלום עתי בעד עיכוב כספים, המחושב לפי אחוזים מהקרן.

... בא-כוח המערער מצביע על כך שבמילון בן-יהודה ובמילון אבן-שושן פורשה "ריבית" כתשלום הקשור בהלוואה. כבר נאמר לא פעם, שההגדרה שבמילון לא תמיד משקפת את השימוש במלה בלשון רגילה של בני-אדם. ברור, שברוב המקרים ריבית קשורה למושג של הלוואה, ובוודאי כך הוא במקורות המשפט העברי, שדנים באיסורי ריבית בקשר להלוואה, אך אין בכך ראייה, שמושג זה אינו משתרע על תחום יותר רחב, ואינו כולל ריבית שפסק אותה בית-המשפט. על-כל-פנים ההגדרה הקלסית של ריבית במשפט העברי מפי רב נחמן "כללא דריבית: כל אגר גטר ליה אסור" (בבא מציעא סג ע"ב), לפיה ריבית היא "שכר המתנה" (ע"א 248/53, בעמ' 548), איננה שוללת את הכללת הריבית הפסוקה, שגם היא במהותה "שכר המתנה" שמשלם אותו הנתבע על שעיכב אצלו את כספי התובע.

פרק רביעי פשיטת רגל

1. פרעון החובות חייב להיעשות באופן יחסי לכל הנושים

ע"א 283/67

הנאמנים לנכסי רפיח, פושט רגל ואח' נ' מרינת ישראל ואח'

פ"ד כב(1) 124, 132-133

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, מני, קיסטר

שניים מהמשיבים נתנו לבנק – לשם הבטחת חובם כלפיו – ייפוי-כוח בלתי-חוזר להעברת זכויותיהם בחלקת קרקע בה רכשו קנין שביושר. לאחר הכרזתם כפושט־רגל מתדיינים נאמניהם בפשיטת־הרגל עם הבנק, בדבר הזכות לפיצויים עבור עקירת עצים מחלקת הקרקע הנזכרת.

השופט קיסטר: דיני פשיטת-רגל מוכתבים על-ידי כללי היושר במוכנס הפשוט באופן שכל הנושים של אדם שאינו יכול לשלם חובותיו, יקבלו כל אחד מהם חלק מחובו, ולא שאחד יקבל הכל ואחרים ייצאו וידם על ראשם. כלל זה של יושר שאין לבכר נושה אחד על-פני דעהו אינו חדש.

במשפט העברי מטוכמת ההלכה ביחס למי שיש לו כמה בעלי חובות הנושים בו ואין בידו לפרוע לכולם ב"ערוך השלחן" (ר' יחיאל מיכל אפשטיין), חלק חושן משפט, סימן קד, סעיף ח, שם נאמר:

אף-על-פי שבעל חוב מאוחר שקדם וגבה מטלטלין מה שגבה גבה מכל מקום חוב על בית-דין כשבאים בעלי חובות לפנייהם לעשות חלוקה ביניהם וסידור עם הלווה אם יודעים שיש עוד בעלי חובות אף שאינם ככאן להפריש בעדם כפי חלקם כיון שאין בהם דין קדימה וגם על הלווה בעצמו החיוב לעשות כן כי מה חטאו אלו הבעלי חובות שאינם ככאן והתורה דרכיה דרכי נועם.

כשו"ת מהרש"ם (שלום מדרכי הכהן), חלק ג, סימן סה, נאמר:
בנרנן דירן שהיה הלווה חייב לכמה בעלי חוב אחרים אם כן אם היה בא

שער עשירי: משפט מסחרי

לכית־דין לא היו ביח־דין נותנים דשות לשלם לשמעון לבר אלא לחלק לכל
הבעלי חוב בשווה.
ומצאנו גם תקנות מפורטות בקהילות ביחס לפדעון חובות.
בתקנוח ועד ארבע ארצות בפולין מובאות תקנות משנת שפ"ד
(1623–1624) בנוגע לבודח (היינו: חייב שאינו פודע חובותיו ומסתלק מן
המדינה) והענקות שהעניק. בין השאר מובאת התקנה הבאה:
קי"ח. מי שקיבל מהבורח בלא יריד תוך רביעית שנה לבדיחה מחוייב
להחזיר לשותפות לכל הבעלי חובות (פנקס ועד ארבע ארצות, הלפרין, הוצ'
מוסד ביאליק, ירושלים, תש"ה).
כאמור לעיל, ספק דב אם יש יסוד ליצור אצלנו מוסד חדש של משכנתה
שביושר ובוודאי שאין להכיד בזכות כזאת שתהיה בת תוקף בפשיטת־רגל,
באשר מוסד כזה עלול להביא עוול לנושים אחרים.

2. דעת הרוב קובעת בהסדר פשיטת רגל

ע"א 691/69

השותפות בש"ר־בסקי ואח' נ' בנק לסחר חוץ בע"מ ואח'

פ"ד כה(1) 465, 472–473

בבית־המשפט העליון כשכתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים יחקון, קיסטר

הבנק־המשיב טוען כי הסדר הפשרה בין החברה לבין נושיה אינו מחייבו, באשר לא הוזמן
לאסיפת הנושים הכלתי־מוכסחים, לא השתתף בה ולא ידע אודותיה, כשם שלא ידע על הבקשה
לאישור ההסדר שהוגשה לכית־המשפט. לגופו של ענין הוא טוען כי אין הוא נמנה על הנושים
הכלתי־מוכסחים, ועל־כן ההחלטה שנתקבלה באסיפת הנושים הכלתי־מוכסחים אינה מחייבת
אותו.

השופט קיסטר: מובן שאם כל נושה ונושה היה מנהל משא־ומתן נפרד, יש
ולא היה ניתן להגיע לכלל הסדר הוגן עם כולם, ומלבד זה יש ולא היה ניתן
להגיע להסדר כלל וכלל, ודוקא הכושל שבהם היה יוצא נפסד.
על־כן הונהגו סדרים לערוך פשרות בין החייב והנושים הפועלים במאוחד
פחות או יותר, ואף נקבעה האפשרות כי רוב הנושים יכוף את המיעוט כדי
שהסדר לא "יחפוצץ".

אמנם במשפט רומי לא היתה כפיה כזאת אפשרית בדרך כלל. במשפט
יוסטיניאני מצינו דק אפשרות כפיה על־ידי החלטת הרוב למתן ארכה
Dernburg, Pandekten Ed. 3, p. 180 אבל אחר כך התפשט מנהג מחייב

פשיטת רגל

לכוף את המיעוט גם להנחות כדי למנוע פשיטת־רגל של החייב. המנהג היה כה מקובל שהרבנים ראוהו כמנהג מסחרי מחייב בעל חוקף, גם לפי דיני התורה ופסקו לפיו (ראה שו"ת ר' שלמה כהן [המהרש"ך], שהיה רבה של סלזיקי ונפטר בשנת שנ"ב בשו"ת, חלק ג, סימן ח, והובא בדרכי יוסף לחושן משפט, סימן יב, אות יד, ושם הובאו גם תשובות אחרות בשאלה זו). בימינו נתקבל הכלל הזה בעולם בחוקי פשיטת־הרגל ובחוקים אחרים הדנים בענינם של אדם או תאגיד שמטה ידו ואינו מסוגל לשלם בשלמות או לשלם מיד את חובותיו.

פרק חמישי הליכות המסחר *

1. הסגת גבול

ת"א (ת"א) 1399/85, המ' (ת"א) 4428/85
עמינח נ' טרנסוורלד מטרס קומפני בע"מ ואח'
פ"נ תשמ"ו (3) 89, 96

בבית-המשפט המחוזי בחל-אביב-יפו

זוהי עתירה למתן צו מניעה זמני כנגד המשיבים, על-ידי המבקשת, יצרנית מזרונים, והמשווקה זה שנים את מזרוניה באמצעות פרסומים שונים אשר בכלם מתנוסס התיאור "המזרן עם המרכז הבריאותי". לטענת המבקשת יש בפרסומי המשיבים (העוסקים אף הם בעסקי המזרונים) משום חיקוי מטעה העולה עד כדי גניבת עין. צו המניעה הזמני המבקש הוא לאסור על המשיבים לפרסם, לייצר, למכור, להפיץ ולשווק מזרונים שהכנוי "מרכז בריאותי" מהווה חלק משמם או תיאורם.

השופט גרוס: מאחר והדברים אמורים כאן כסעד זמני בלבד, אין להרחיב את היריעה יתר על המידה. על כן אציין בקצירת האומר בלבד, כי גם במשפט העברי נקבעו איסורים שונים הכוללים הגנה מפני עיסוק מתחרה ("שלא ירד אדם לאומנותו של חברו ולא ישיג גבולו", ראה כבא בתרא כא ע"ב) ומניעת ניצול עמלו של חברו (החפץ להתעמק בסוגיה זו יכול לעיין בחוכרת "הלכות המסחר", בסדרת המחקרים והסקירות כמשפט העברי, מאת פרופ' נחום רקובר).

* ראה גם בשער השמיני, דיני היוזבים, עמ' 640.

שער אחד-עשר

דיני עבודה

תוכן העניינים

פרק ראשון: יחסי עובד ומעביד

- 851 1. יסוד הפיקוח או המרות קובע את מעמד העובד ("שכיר" או "קבלן")
ע"א 47/48, אגושיבין ואח' נ' פוטרמן 851
- 852 2. בן העובד אצל אביו נחשב כשכיר
ע"א 588/66, בוכזה נ' בוכזה ואח' 852

פרק שני: המנהג

- 853 1. מעמד המנהג בדיני עבודה
ע"א 25/50, וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ 853

פרק שלישי: חובות המעביד

- 854 1. חובת המעביד לדאוג לבטיחות עובדיו
ע"ס 478/72, פנקס נ' מדינת ישראל 854
- 856 2. אין לדרוש מעובד שיעבוד עבודה שאינה מחובתו כאשר העובד יתקשה לסרב לדרישה
בג"צ 80/70, אליצור ואח' נ' רשות השידור ואח' 856
עש"מ 2/73, פלוני נ' מדינת ישראל 857
- 857 3. עבודה שאין בה תועלת למעביד היא "עבודת פרך"
ע"א 268/71, עובן מרגליס נ' לינדר 857
- 858 4. טובות הנאה לעובד, נוסף למשכורתו
ד"נ 5/69, עירית בת"ים נ' פקיד השומה, תל-אביב 5 858
- 859 5. איסור הלנת שכר
ע"א 368/77, זיקית מפעלי צביעה, הרפסה ואשפרה בע"מ
נ' טריגי אלדיט בע"מ 859
בג"צ 419/81, פלנר נ' כור מחכת בע"מ – מפעל סימת
ואח' 859

שער אחד-עשר: דיני עבודה

6. חוכמ המעכיד לאפשר לפועל לחזור כו כאמצע העבודה 860
ע"א 588/66, בוכבזה נ' בוכבזה ואח' 860
ע"א 47/48, אגושביץ ואח' נ' פוטרמן 860
7. חוכמ מעכיד להימנע מפיטורי עובד בלי סיכח מיוחדת 860
ע"א 80/71, מושיוב נ' פזגו, חברה לשיווק בע"מ 860
בג"צ 254/73, צרי, חברה פרמצבטיח וכימית בע"מ ואח'
נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' 860

פרק רביעי: חובות העובד

1. אין אפשרות למכור לאחר מקום עבודה או משרה 862
ע"א 80/71, מושיוב נ' פזגו, חברה לשיווק בע"מ 862
2. מציאותיו של פועל בשעת עבודתו שייכות לו 862
אלא אם כן נשכר ללקט מציאות
- ח"פ (י-ם) 191/76, מדינת ישראל נ' אלפרוק 863

פרק חמישי: תשלום פיצויים

- א. פיצויי פיטורין 864
1. חוכמ תשלום פיצויי פיטורין 864
ע"א 25/50, וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ 864
2. פיצויי פיטורין לבן העובד אצל אכיו 866
ע"א 588/66, בוכבזה נ' בוכבזה ואח' 866
3. פיצויי פיטורין אינם שכד עבודה, אלא זכות אישית של העובד 868
ע"א 305/73, 293/73, בן-משה נ' בן-משה 868
- ב. פיצויים ליודשי עובד 872
1. חוכמ המעכיד לפצות את יורשי העובד שנהדג בעבודה 872
ע"א 111/68, 115/68, "לפידות", חברת מחפשי נפט לישראל
בע"מ ואח' נ' שליטר ואח' 872
2. מנהג שהמעביד מכטח את משפחת העובד לאחר פטירתו, ודמי הביטוח אינם נחשכים כירושה 873
המ' (ת"א) 4756/58, ת"א (ת"א) 1091/58, מדינת ישראל
נ' עובן פלוני בפשיטת רגל ואח' 873

פרק ראשון יחסי עובד ומעביד

1. יסוד הפיקוח או המרות קובע את מעמד העובד ("שכיר" או "קבלן")

ע"א 47/48

אגושביץ ואח' נ' פוטרמן

פ"ד ה' 4, 6, 8, 12

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים דונקלבלום, חשין, זילברג

השופט זילברג: שאלה מענינת, חדשה ומסובכת למדי, נתעוררה בערעור שלפנינו והיא: מה היא משמעותו הנכונה של המונח "עובד" בסעיף 2 לפקודת פצויי עובדים, 1947, ומה הוא קנה המדה, או קני המדה, לבחינת סגולה זו. בתשובה לשאלה האמורה יהא תלוי גורל הערעור, וייקבע אם המשיב דנן זכאי או אינו זכאי לתשלום פצויים, בשל התאונה שאונתה לו שעה שעבד לטובת המערעים.

... הטדמינולוגיה המקובלת במשפט העברי היא: "שכירות", הבאה לציין כל "חווה של שרות", ו"קבלנות" הבאה לציין את מה שאנו מכנים כאן בשם "חווה לשרותים". הנפקא מינה היא לגבי זכות הפסקת העבודה (או "זכות השביתה") של הפועל. "פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום", אבל יש הבדל, לגבי ריזן זה, בין פועל שכיר ופועל קבלן (בבא מציעא עז ע"א, למטה; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה ז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיפים ג-ד). נראה להלן, כי מתוך השוואה עם מקורות המשפט העברי, נוכל ללמד משהו, ואף יותר משהו, על ההבדל הרעיוני שבין שני הסוגים ההם; כי ענין לנו כאן למושגי משפט שרשיים, יסודיים, שאינם מכירים גבולות עמים והקופות...

9. גם המשפט העברי מבחין כאמור בין "שכיר" ו"קבלן", וגם בו אנו מוצאים הדגשה מיוחדת של יסוד "הפקוח" או "המרות". ההבדל המעשי בין שני הסוגים הוא, כפי שכבר ציינתי, בזכות החזרה של הפועל; זכות זו חפשיית

שער אחד-עשר: דיני עבודה

כמעט לגמרי בפועל שכיר, אך מוגבלת, וגוררת אחריה תוצאות מסוימות, לגבי פועל קבלן. ומה הוא הנמוק לכך? הנמוק הוא: כי כל הטעם, מדוע פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, הוא: שלא יהא עבד לאדוניו – "דכתיב: 'כילי בני ישראל עבדים', עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" (כבא מציעא י ע"א), ורעיון זה תופס רק בשכיר ולא בקבלן, כי "בקבלנות אין זה עבד אלא לעצמו" (רש"י, כבא מציעא עז ע"א, ד"ה שאני).

10. מלים אחרונות אלה של הפרשן הגדול – כי בקבלנות "אין זה עבד אלא לעצמו" – הן בטוי קולע ומרצלח ביותר, המכניס אותנו בבת ראש לפני ולפנים הרעיון המונח ביסוד הרברים. למעשה, הן במשפט העברי (לגבי זכות החזרה), והן במשפט הארץ ישראלי והאנגלי (לגבי זכות הפצויים), השאלה היא בסופו של דבר אחת: אצל מי עובד או עבד האיש, – אצל עצמו או אצל אחרים? האם הוא קבל על עצמו לעבוד אצל מי שהוא אחר, והוא חייב לו, לאותו מעביד, את עצם כמות העבודה, תוך צפייתו של המעביד, כמובן, לתוצאה שתצמח ממנה, או שהוא עובד אצל עצמו ומכין, בשרות עצמו כביכול, את התוצאה הסופית, המלאכה השלמה והמוגמרת, שהוא חב למעביד? במקרה הראשון הוא "שכיר" בלשון התלמוד, ו"עובד" בלשון המחוקק האנגלי והארץ ישראלי; במקרה השני הוא "קבלן", או "קבלן עצמאי". כל הרעיון ההוא של יסוד "הפקוח", או "הציות להוראות", אינו אלא סימפטום חיצוני, סימן מובהק המצביע על כך, כי אמנם לא בשרות עצמו, אלא בשרות אחרים עבד הפועל.

2. בן העובד אצל אביו נחשב כשכיר

ע"א 588/66

בוכבזה נ' בוכבזה ואח'

פ"ד כא(2) 3, 10-9

הובא בשער זה, עמ' 866.

פרק שני המנהג

1. מעמד המנהג בדיני עבודה

ע"א 25/50
וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ
פ"ד ה' 265, 276

הובא בשער זה, עמ' 864.

פרק שלישי חובות המעביד

1. חובת המעביד לדאוג לבטיחות עובדיו

ע"פ 478/72

פנקס נ' מדינת ישראל

פ"ד כו(2) 617, 627-629

בכית' המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פלייסי
לפני מ"מ הנשיא (ווסמן), והשופטים ברנזון, קיסטר

המנוח, שהועסק על-ידי המערער כחוד מפעיל טרקטור, התנדב לרדת לבור עמוק כדי להוציא ממנו ארגז כלים שנפל לתוכו. לא ננקטו אמצעי הזהירות הנאותים והמנוח נפל אל תוך הבור ומת. המערער הואשם בגרימת מותו של המנוח עקב חוסר זהירות, לפי סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

השופט קיסטר: אם נוסף לדון בגישה המוסרית ובמיוחד בגישה המוסרית של עם ישראל יש לזכור:

א. את הגישה לחייו של זולתו ושל עצמו (קרושת החיים).
ב. חובת אדם לראווג לשלם חברו המועסק אצלו ואפילו כלפי עברו.
לא אכנס בבירורים עיוניים ואסתפק בדוגמח הממחישות את הגישה הזאת.
לאחר שבוטלו עדי מקלט אי-אפשר היה להטיל עונש גלות לעיד מקלט להורג בשגגה, אבל בכל זאת מקובל היה שאדם, אשר גרם אף בעקיפין וללא פשיעה למותו של אדם, בא לשאול את פי הרבנים אם רובצת עליו אשמה כלשהי, ואיך עליו לפעול לשם תשובה או כפרה.

בין התשובות שפורסמו מצוות תשובות לאנשים שעובדיהם או שליחיהם נהרגו בזמן שפעלו בשליחותם או בעבודתם, ואף שלא היתה פשיעה מצד המעביד, בכל אופן המוות נגרם עקב העבודה או השליחות. הפוסקים המחייבים קבלת תשובה מתאימה במקרים כאלה מתבססים בין השאר על הרבדים שנאמרו בסנהדרין צה ע"א "אמר ליה הקב"ה לדרו ער מתי יהיה עוון זה טמון בידך; על ירך נהרגה נוב עיר הכהנים ועל ירך נטרד רואג האדומי ועל ירך נהרגו שאול ושלשת בניו..." עיון בתנ"ך מראה כי היה אמנם קשר סיבתי

כלשהו בין פעולותיו של רוד המלך לבין מות האנשים האלה, אך הקשר היה דחוק ועל-כל-פנים, קשה לרכר על פשיעה או אשם מבחינה משפטית ובכלל-זאת נחשב הרבר לעוון.

אין פלא שאנשים חששו לעוון ולעונש מן השמיים אם שליחם נהרג בשליחותם, ועל כך מצינו תשובות רבות שפורסמו. תשובות שונות הובאו בספרו של ד"ר שילם ודהפטיג "ריני עבודה במשפט העברי", בעמ' 944-949, מהם אביא דק שתי תשובות:

(א) רבינו יעקב ווייל שחי לפני למעלה מחמש מאות שנה והוא כותב בסימן קכה "מה שכתבת איך בשליחותך נהג ד' עזרא הי"ד ... אע"ג רדוד המלך לא פשע במידי דק שעל ידו באו לתקלה אפילו הכי נענש, כל שכן הכא שבשליחותו בא אליו הרע הזאת ראיכא למיחש לעונש יסודין, וטוב שתקבל עליך יסודין כגון תעניות מ' יום ואם יש לו בנים תן להם כפי נרבת יריך ותנצל מצוקה וצדה..."

(ב) רבינו עקיבא איגר (נפטר בתקצ"ח) ובתשובות שלו במהרדא תניינא, סימן ג, רן במקרה של אדם אשר הריץ כלילה סוסים טעונים משא ונהרגו בנו ומשדתו שישבו על העץ הקשור בעגלה. ד' עקיבא איגר דואה בזה (מבחינת תשובה) עניין חמור מאד כי האיש היה "גודם גרול" "ואפשר שהוא קרוב למזיר" תריך לתשובה גדולה, והוא מורה: א) לפור ממון לצרקה באופן המפורט בתשובה (לכנו ומשרתו לא היו שאירים). ר"ב סיגופים. אשר לסיגופים, הואיל והארם שעליו מרוכר סמוך לימי זקנה, ועליכן ראוי להקל עליו, מורה לו לצום בימים המפורטים בתשובה ואם הוא בררן וידיאה שקשה עליו התענית יפדה בסכומים קצובים; ג) כל ימיו לא ילך לסעודת נישואין (זולת סעודת צאצאיו וכו') וכן יתפלל רתוודה.

ר' עקיבא איגר מציין כי היה על האיש להיזהר ולחוש שמא תפול העגלה על-ידי "שמרין הסוסים כלילה".

יצרין כי דין זה של תשובה בעניינים אלה מופיע במגן אברהם, לשולחן ערוך, אורח חיים, סימן חרג, ובמשנה ברורה, שם, סעיף קטן ד.

והנה לגבי ענייננו: אכן הדרך הזאת של ירידה בחבל כפי שתיארה מ"מ הנשיא וכן העליה האפשרית כאשר בידי המנוח חיבה עם מכשירים, היא מסוכנת ביותר.

קיימת דרך סלולה ובטוחה, היא הדרך שכה היו משתמשים מכבי אש כלומר – על-ידי קשירת המנוח בחגורה והורדתו באמצעות חבלים; דרך זו מבחינת העקרון שבה ידועה עוד מימי קדם; לדוגמה: כיצר משכו את ירמיהו הנביא מן הבור כפי שנאמר בירמיה לח, י-יג: "ויצוה המלך את עבד מלך הכושי לאמור קח בריך מזה שלשים אנשים והעלית את ירמיהו מן הבור כטרם ימות". להלן מסופר על הכנותיו של העבר וכי לקח גם בלוי סחכות וכלוי מלחים אותם החזיר לירמיהו אל הבור בחבלים ואמר לירמיהו "שים נא בלואי הסחכות והמלחים תחת אצילות יריך מתחת לחבלים רעש ירמיהו כן". וכך משכו את ירמיהו מן הבור. יש לזכור כי לגבי בור היה ידוע לאבותינו, כימי התלמוד

שער אחד-עשר: דיני עבודה

שבור עלול להמית לא רק על-ידי חבטה אלא על-ידי "ההבלא" (אדים אשר בכור), אפילו עמוק הבור רק 10 טפחים, שהם קרוב למטר אחר (ראה: כנא קמא נ ע"ב), וכרוך שבכור עמוק בהרבה הסכנה מצד אוויר הכור היא גדולה, מכיון שאף ללא הרעלה ישפיע חוסר אוויר צח, ומלבד זה ראיית התהום שבכור, על יכלתו של אדם להיאחזו בחבל; והלוא הרפיה אף בחלק של שניה היא הרת סכנה לחייו של היורר בחבל. אכן בזמן מלחמה אין אפשרות לבחור בדרך הבטוחה והסלולה אלא יש להשתמש בררכים שיש בהן סכנה, וחיל מצווה להתאמן גם בידירה מסוכנת, אבל במקרה כזה כמו שהיה לפנינו לא היה כל צורך להשתמש בדרך מסוכנת.

2. אין לדרוש מעובד שיעבוד עבודה שאינה מחובתו כאשר העובד יתקשה לסרב לדרישה

בג"צ 80/70

אליצור ואח' נ' רשות השידור ואח'

פ"ד כד (2) 649, 660

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים לנדי, ברנזון, קיסטר

טענתם של העותרים הינה שרשות השידור פועלת שלא כדין בשדרה שידורי טלוויזיה בשבת, היות והיתר העבודה שניתנו לה לשם כך על-ידי מפקח העבודה הראשי בטלים, כהיותם נוגדים את הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951.

השופט קיסטר: (ב) עובדים שכמסגרת תפקידם אין עליהם לתת הוראות לזולתם, ובעלי המפעל אם ביוזמת עצמם או מפני שלא קיבלו היתר אינם מעסיקים אותם בשבתות ובחגים, לפי חוזה עבודה או מינוי פטורים הם מעבודה בשבתות ובחגים. על קטגוריה זו נמנים בדרך כלל – מנהלי חשבונות ראשיים, שְלָמִים וכו'. עובדים כאלה אינם נפגעים על-ידי הפעלת המפעל בשבת. אמנם יכול לקרות שירגישו אי-נעימות כאשר הממונים עליהם יבקשו מהם לפעמים לעשות עבודה בשבת. אך בעל נפש לא ידרוש משום אדם לעשות דבר שאינו חייב לעשותו כאשר הוא יודע שהלה קשה לו לסרב או שהוא מתבייש לסרב. יצויין, כי לפי האמור בשערי תשובה של רבנו יונה גירונרי, שעד שלישי, סימן ס, אדם הדרוש מזולתו עבודה בתנאים כאלה עובר על איסור "איש באחיו לא תרדה בו בפרך". ברם מבחינה משפטית העובד הוא עובר בן חורין ולכן אין לומר כי זכותו לעבודה נפגעת על-ידי היתר.

חובות המעביד

עש"מ 2/73

פלוני נ' מדינת ישראל

פ"ד כה(1) 370, 365

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 185.

3. עבודה שאין בה תועלת למעביד היא "עבודת פרך"

ע"א 268/71

עוזון מרגוליס נ' לינדר

פ"ד כו(2) 761, 764

בבית-המשפט העליון כשכחו בבית-משפט לערעורים אורחיים לפני השופטים קיסטר, עציוני, י' כהן

הערעור נסב על חיוב עוזון המנוח כפיצוי פיטורין לפקידה שעבדה כמשרדו, והתפטרה מחמת הרעה מוחשית של תנאי עבודתה.

השופט קיסטר: נשאר לנו לדרון בנקודה אחרונה, והיא שאין לראות כנסיבות המתוארות בעדותה של המשיבה משום הרעה מוחשית כתנאי עבודתה. התשובה לשאלה אם יש או אין הרעה מוחשית כתנאי העבודה במקרה מטריים תלויה בנסיבות כל מקרה, בתפקירו של העובר וכמעמדו אצל גותן העבודה, והשופט הרן בענין יוכל להעדיף אם לגבי אותו עובר – שינוי התנאים מצדיק את ההתפטרות. בעת שמיעת הערעור הערתי לבא-כוח המערער, כי כבר בימים קדומים פורשה עבודת פרך בין השאר כעבודה חסרת ערך ונטולת חשיבות למעביד, לדוגמה – כאשר, מעביד, ללא כל צורך, מורה לעובדו לחמם מים (ראה: ספרא בהר ו, ב; רש"י, ויקרא כה, מג; רמב"ם, הלכות עברים, פרק א, הלכה ו). כאן מדובר בפקידה שהיתה בגיל די מבוגר (לפי אחד המסמכים, ילידת 1913), שנהנתה מאמון מעבידה, וכאשר בא בנו ניטלה ממנה הסמכות לשוחח עם לקוחות, למרות שעד כה שוחחה עמהם באופן חפשי, וכן ניטלה ממנה האפשרות לקבל את הדואר, רבר המורה על חוסר אמון כלפיה. כמרכיב הוטלו עליה עבודות שעד עתה לא עשתה וספק אם בכלל היה צורך בהן. מכל האמור נראה שהמשיבה היתה צורקת כהתפטרותה, ויש לראות את ההתפטרות כהתפטרות מחמת הרעה מוחשית של תנאי העבודה. לכן אין לנו צורך לשמוע את תשובת בא-כוח המשיבה.

שער אחר-עשר: דיני עבודה

4. טובות הנאה לעובד, נוסף למשכורתו

ד"ר 5/69

עירית כתיים נ' פקיד השומה, תל-אביב 5

פ"ד כד(2) 37, 42-43

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני השופטים לגדור, ברנזון, מני, קיסטר, י' כהן

בפסק-הדין, נשוא הדיון הנוסף, פסק בית-המשפט העליון, ברוב דעות, כי ההנחה של 50% משכר הלימוד בבתי-הספר התיכוניים של העותרת, שהיא נותנת לעובדיה אשר ילדיהם לומדים בהם, היא בגדר "קצובה אחרת" החייבת במס הכנסה.

השופט קיסטר: ענין של טובות הנאה לעובד בנוסף למשכורתו הקבועה אינו אמצאה שמטרתה להשתמט ממס הכנסה, ומסופקני אם הנחות בשכר לימוד הניתנות למורים או לעובדים אחרים הונהגו רק אחרי שחוקוק חוקי מס הכנסה. כבר בימים קדומים הכירו בטובות הנאה בנוסף למשכורת או שכר. דוגמה בולטת לכך היא הזכות של פועל בעבודה חקלאית לאכול בשעת עבודתו מן הדבר שעובד בו (ראה: ספר המצוות להרמב"ם, מצוות עשה, סימן רא; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יב, הלכה א; טור ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלז). דין זה מבוסס על שני פסוקים בדברים כג, כה-כו:

כי תבוא בכרם דעך ואכלת ענבים וגו'.

כי תבוא בקמת דעך וקטפת מלילות בידך וגו'.

ובתלמוד דרשו את האמור כמתייחס לפועל שכיר העוסק בעבודה בכרם או בשדה וכך נפסקה גם ההלכה, והפועלים העוסקים בעבודות כאלו "אוכלים מן התורה".

במקביל לדין זה הונהגו מנהגים המאפשרים גם לפועלים העוסקים בסוגי עבודות אחרים, מלבד אלו המנויים בתלמוד, לאכול מן הדבר שעובדים בו, וזכות זו כונתה כבאה "מהלכות מדינה". גם בתלמוד וגם אצל מוני המצוות מוצאים הסברים למצווה זו הן מבחינת נפשו של הפועל והן מבחינת חובת יחס אנושי של המעביד, "שיהיה בעל נפש יפה" ושלא ידקדק עם הפועל שלא יאכל במה שהוא עמל כפי שאומר בעל ספר החינוך (מצוה תקצו). ואמנם בחברה מתוקנת מקובל שכעל מפעל ואפילו משלם לעובדים משכורת הגונה וראויה, מאפשר להם ליהנות ממפעליו אם על-ידי שירותים מסויימים חינם אין כסף, ואם על-ידי הנחה בקניות. לא תמיד מעשי הוא לדרוש מאת המעביד

חובות המעביד

ההעלות באופן כללי את שכר העובדים, ושמידך גיטא העוכד המעונוין כשירות או קניה מאת מעבידו ישרלם עכור כל שירות או יקנה הכל במחיר מלא; הדברים מוכנים, ואין לומר כי גישה זו קשורה דוקא עם קיום חוק מס הכנסה.

5. איסור הלנת שכר

ע"א 368/77

זיקית מפעלי צביעה, הדפסה ואשפרה בע"מ

נ' סריגי אלדיט בע"מ

פ"ד לב(3) 487, 493-494

חובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 691.

כג"צ 419/81

פלנר נ' כור מחכת בע"מ – מפעל סימת ואח'

פ"ד לו(2) 74, 78

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים כן-פורת, לרין

השאלה שגדונה בעתירה היא, אם רשאי בית-הדין לעבודה, מקום שפסק כי אין העוכד זכאי לפיצוי הלנה, לפסוק לו הפרשי הצמדה או ריבית על-פי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, על שכר או על פיצוי פיטורין שלא שולמו במועד.

מ"מ הנשיא (י' כהן): לפיצויי הלנה יש מטרה סוציאלית מיוחדת להגן על עובד מפני הלנת שכרו, כדי למנוע הלנת שכר עובד, ברוח המצווה "לא תלין פעלת שכיד אחך עד בקר" (ויקרא יט, יג) "ביומו חתן שכרו" (דברים כד, טו). בסעיף 17 של חוק הגנת השכד שבו נקבע שלשכר מולן ייחוספו פיצויי הלנה נאמר, כי "פיצוי להלנת שכר יהיה לכל דבר, פרט לענין סעיף זה, חלק משכר העבודה".

שער אחד-עשר: דיני עבודה

6. חובת המעביד לאפשר לפועל לחזור בו באמצע העבודה

ע"א 588/66

בוכבזה נ' בוכבזה ואח'

פ"ד כא(2) 10, 3

הובא בשער זה, עמ' 866.

ע"א 47/48

אגושביץ ואח' נ' פוטרמן

פ"ד ה 4, 12

הובא בשער זה, עמ' 851.

7. חובת מעביד להימנע מפיטורי עובד בלי סיבה מיוחדת

ע"א 80/71

מושיב נ' פזגו, חברה לשיווק בע"מ

פ"ד כו(1) 363, 360

הובא בשער זה, עמ' 862.

בג"צ 254/73

צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ ואח'

נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'

פ"ד כח(1) 390, 372

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' בהן, קיסטר

כשנתיים לפני הגיעו לגיל פרישה פוטר המשיב, רופא שנשכר לשמש תועמלן של בית-חרושת לתרופות, מעבודתו. הוא פנה לבית-הדין לעבודה כתובענה לצוות על העותרות-המעסיקות להימנע מפיטוריו. בקשת העותרות לרשות על-הסף את התובענה, מן הסעם שאין לבצע בעין התחייבות להעסיק עובד, נרתחה בבית-הדין הארצי לעבודה.

חובות המעביד

השופט קיסטר: מבין אני לנפשם של השופטים בבית־הדין הארצי לעבודה ובבית־הדין האזורי לעבודה שדגו בענין והחליטו מה שהחליטו. הבעיה של מניעת פיטורי אדם ללא הצרקה היא בעיה קשה, שהרי לא תמיד יש בכוחם של תשלומי פיצויים לתקן את העוול של הפיטורין. כבר עמדו חז"ל על כך שישנם עובדים מסוגים שונים שאם אינם עובדים עלולים לחלות (ראה: כבא מציעא עז ע"א לגבי אכלושי דמחחא ושולחן ערוך, חושן המשפט, סימן שלה, סעיף א, ובהגה שם). כפי שהעליתי בבג"צ 290/65, בעמ' 34 ואילך, גישת המסורת של עם ישראל והמשפט העברי, שאין לפטר באופן שרירותי עובד במוסד ציבורי (אפילו אינו מוסד ציבורי מבחינה משפטית טכנית). גם לגבי מפעל פרטי הנטיה היא נגד פיטורין שרירותיים, ובעיקר אם קיים מנהג שאם אדם מחקבל לעבודה משמעות הדבר היא, שיעבוד כל עוד המפעל קיים ומצויה עבודה לאוחו עובד אשד ממלא את תפקידו. למקורות שהוזכרו בבג"צ 290/65, הנ"ל אוכל להוסיף כעת את פסק־הדין של ביח־הדין הרבני האזורי בתל־אביב, חיק 7973/כ"ח, פסקי דין רבניים, כרך ח, עמ' 129.

פרק רביעי חובות העובד

1. אין אפשרות למכור לאחר מקום עבודה או משרה

ע"א 80/71

מושיב נ' פזגו, חברה לשיווק בע"מ

פ"ד כו(1) 360, 361, 363

בבית המשפט העליון כשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, קיסטר, י' כהן

השופט קיסטר: זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הרוחה את חביעת המעורר לתשלום סך 50,000 ל"י כפיצוי על מניעת זכותו על-ידי המשיבה למסור לזולתו את זכות חלוקת בלוני הגז.

יצויין כי במשפט העברי הנטיה היא במוסד שהוא ציבורי או מעין-ציבורי שלא יפטר אדם ויקבלו אחר, אלא-אם-כן לא התנהג העובד כשורה (וראה דברים האמורים בכג"צ 290/65, בעמ' 34, 37 והמקורות שהובאו שם), אבל אין במשפט העברי זכות למכור משרה או מקום עבודה אפילו באותם מקרים שמכירים בזכות הבן לרשת את משרת אביו אם הבן ראוי ומתאים לאותה משרה (ראה: פסק-דין של בית-הדין הרבני, פסקי דין רבניים, כרך ד, בעמ' 208, 214, 216; וספרו של ד"ר שילם ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, עמ' 192). גם בחיים המודרניים המגמה של מעמד העובדים היא להשיג לעובד קביעות עבודה עד לגיל הפרישה וכי לא יפוטר אפילו נגד תשלום פיצויים, כל עוד אין סיבה מיוחדת לפיטורין; אבל יחד עם זאת, בוודאי היה מוזר, אם אדם המחפש עבודה היה נדרש לשלם סכום כלשהו עבור קבלתו לעבודה בין למעבידו ובין לעובד הקודם.

אין לי צורך לעמוד על הצד העיוני של הבעיה, או לכרר מהו המצב המשפטי במדינות שונות, כי די לי להצביע על המעוות שאילו היו מגיעים, אילו אדם המחפש עבודה כמחלק גז היה נדרש לשלם דמי כניסה למקצוע, וזה בסכום כה גבוה, כפי שנדרש כאן, כאשר מלבד המכונית אינו רוכש שום דבר של ממש.

חובות העובד

איזן זו ממידת היושר ליצור מנהגים כאלה לגבי מחלקי בלוני גז, מוכילי לחם וכו'.

2. מציאותו של פועל בשעת עבודתו שייכות לו
אלא אם כן נשכר ללקט מציאות

ת"פ (י-ם) 191/76

מדינת ישראל נ' אלפרוק

פ"מ תשל"ח(1) 116, 118

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 710.

פרק חמישי תשלום פיצויים

א. פיצויי פיטורין

1. חובת תשלום פיצויי פיטורין

ע"א 25/50

וולפסון נ' חברת ספינים בע"מ

פ"ד ה 265, 267, 275, 276

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אולשן, חשין, זילברג

השופט אולשן: המערער עבר כמנהל סניף הררי-הכרמל של המשיבה. הוא כיהן במשרה זו משנת 1931 עד חודש רצמבר 1944. שירותו של המערער הופסק לאחר מתן הורעת פיטורין, בהתאם לתנאי ההסכם שבין הצדדים. המערער בערוחו כבית-המשפט לא סיפר שלאחר שפוטר ממשרתו הוא דרש מהחברה שתשלם לו פיצויים עקב הפיטורין. ב-15 בפברואר, 1949, היינו יותר מארבע שנים אחרי הפיטורין, הגיש המערער תביעה נגד המשיבה, בה דרש סך – 39 ל"י אשר הגיעו לו, לפי חישוביו, על חשבון המשכורת ועוד סכום של 650 ל"י, פיצויי פיטורין. בפסקא 11 מפרשת התביעה אמנם נאמר, כי "התובע דרש מאת הנתבעת את תשלום הסכומים המגיעים לו, אך הנתבעת סירבה להיענות לבקשתו". לא ירוע, איפוא, איזה סכומים ומתי הוא דרש אותם מהחברה.

כפסק דין מנומק דחה בית-המשפט המחוזי את תביעת הפיצויים ופסק לזכות המערער סכום של – 39 ל"י על חשבון משכורתו.

השופט זילברג: ובכן, מה בין מנהג לנוהג? "מנהג" הוא התנהגות מסוימת שהצבור קבל על עצמו כנורמה משפטית, מחייבת, כאילו נגזרה על-ידי המ חוק; "נוהג" הוא התנהגות מסוימת שהצדדים המתקשים רואים אותה,

שער אחד-עשר: דיני עבודה

2. פיצויי פיטורין לבן העובד אצל אביו

ע"א 588/66

בוכבזה נ' בוכבזה ואח'

פ"ד כא(2), 3, 10-9, 13-14

בכית-המשפט העליון בשכתו בכית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, ויתקן, קיסטר

המערער עבד בעסקו של אביו. טרם עלו בעלי הרין ארצה מטוניס, בשנת תשי"ח, ערכו מסמך להסדרת היחסים המשפטיים ביניהם, ובו צויין, כי כל הנכסים שייכים לאבי-המשיב, והכנסים ומשפחותיהם סמוכים על שולחנו. לאחר הגיעם ארצה, הוסיפו הצדדים על המסמך האמור דברים המעידים, כי החנות בכאר שבע על סחורוניה שייכת למשיב. לימים החל המערער לנהוג מנהג בעלים ברכוש, ומנע מאביו דריסת רגל בחנות. בית-המשפט המחוזי נתן פסק-דין המצהיר, כי כל הנכסים שייכים למשיב, וחייב את המערער להגיש דין-וחשבון על ההכנסות מהחנות האמורה.

השופט קיסטר: המשפט העברי רואה הסכם או התחייבות של אדם לזון את חברו על שולחנו, או לתת לו דמי מזונות, כתקפים.

הגמרא, במסכת כתובות קב ע"ב, דנה במקרה בו אדם התחייב לזון את בת אשתו, וביורוי ההלכות בדבר הסכם או התחייבות של אדם לזון את חברו מצויים בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ס, סעיפים ב-ו ובאבן העזר, סימן קיד. התחייבויות נפוצות במיוחד, היו מצד בעל לזון את ילדי אשתו; וכן הורים, בעת שהשיאו את בניהם ובנותיהם וטרם מצאו פרנסה מתאימה שתכלול את בנם או בתם, התחייבו לכלכל את בני הזוג הצעירים ולעתים אף את צאצאיהם, משך תקופה מסוימת, בעיקר עד הגיע בני הזוג לעצמאות כלכלית. התחייבויות כאלה עוררו מדי פעם בעיות שונות. ביחס למקרה דנא יש לציין את חשיבות הביורויים שבספרות ההלכה בקשר לשאלה כיצד לפרש התחייבות או הסכם מצד אדם לזון את חברו כאשר הצדדים לא קבעו במפורש את תקופת ההתחייבות; האם ההתחייבות משתרעת על כל חיי המתחייב, או רק לתקופה שהניזון זקוק שיכללוהו, או אולי לתקופה אחרת?

במקרה שלפנינו יש לקחת בחשבון ולהסתמך על נקודה נוספת: המשיב לא זן את בניו ובני ביתם בתורת חסד, אלא הם עברו בעסקו והמזונות שקיבלו הם כתמורה לעבודתם.

אכן, בהסכם ת/2 מצינו את התנאי האומר כי אם בן יעזוב את עסק אביו, הוא ייצא בגפו, היינו, אין לו שום זכות לדרוש משהו מאביו; ברם, תנאי זה אין בו כדי לפתור את שאלת טיב היחסים המשפטיים שבין הצדדים, ואין בו כדי לפתור שאלה אחרת שפתרונה רק יכול לזרוע אור על טיב היחסים המשפטיים והיא: האם רשאי האב לסלק את בנו מן העסק, ואם אמנם כן הוא, האם מחוייב לתת לבנו הענקה כלשהי?

כדי להבהיר את טיבם המשפטי של היחסים המשפחתיים-רכושיים כגון

אלה, חיפשתי בספרות ההלכה מהדורות האחרונים, והגיע לידי הספר "זכרונות אליהו" המכיל "אסיפת דינים וחידושי הלכה", אחד מחיבוריו של הרב אליהו סלימאן מני מחברון (אבי משפחת מני בישראל), שנפטר לפני קרוב לשבעים שנה. מצאתי בספר זה הפניה לספרים שונים, וביניהם שניים מספריו של ד' חיים פאלאג'י מאיזמיר, בספר "נשמת כל חי", סימן יז, ובספר "חוקי החיים", חלק ב, סימן ק (הספר האחרון נרפס משנת תרל"ג). בשניהם דן המחבר בתשובותיו על שאלת טיב הסכסם כזה בו בן סמוך על שולחן אביו ועובר בעסקו; ולאחר בירוד ממצה על-פי ספרות ההלכה מסיק המחבר כי במקרה בו הבן יכול לקבל תעסוקה במקום אחר, אלא שהאב אינו רוצה כי הבן יזוז משולחנו, ומה שאוכל הבן הוא אוכל בשכרו, רואים אותו כשכיר. מעניינת התשובה בספר "נשמת כל חי", סימן יז, שם, בן יחיד שהיה בתחילה סמוך על שולחן אביו ועבר ביחד עמו, בא בהסכסם עם אביו להיפרד בעסקים. לאחר ששניהם הצליחו בעסקיהם ונתחייבו לשלם, כל אחד בנפרד, את מסי הקהילה, שהיו מוגבלים בתקרתם, החליטו האב והבן להתאחד מחדש, והבן חזר להיות סמוך על שולחן אביו. הדבר בא לכירוד לפני הרבנים, והללו החליטו כי אין לראות את הבן כסמוך על שולחן אביו, במובנו המשפטי, אלא נחשב הוא כשכירו. מלבד זאת, קבעו הרבנים כי היחה כאן קנוניה שאינה מועילה.

המסקנה היא איפוא, כי היחסים בין האב והבן במקרה דנא הם כיחסי מעביד ועובד. מן ההוראה שהבן יכול לעזוב את העסק כל עת שירצה, אלא שאז ייצא בגפו, אין ללמוד גזירה שווה לכך שגם האב יכול לעשות זאת; להיפך, מכלל הן אחת שומע לאו; היינו, כי רק כאשר הבן עוזב הוא יוצא בגפו, אבל לא כאשר האב דוצה לסלקו ובעיקר לא במקרה בו האב פועל כשירות; ואין ללמוד שהוא רשאי לפטר את בנו כל עת שירצה. טבעי הדבר שבמשפט העברי לא נקבעה תקופה שווה למעביד ולעובד, זאת משום הכלל לפיו העובד אינו יכול להשכיר עצמו, ובמיוחד לא בהתחייבות להיות בקביעות בביתו של בעל הבית למשך שלוש שנים או יותר (ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלג, סעיף ג, בהגה), לנוכח העקרון "כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים" (ראה שם, שם), ומכאן שפועל יכול ביחר קלות לחזור בו מן העבודה מאשר המעביד.

... בקשר לחובה המוסרית המוטלת על מעביד להעניק הענקה לעובדו בעת סיום עבודתו, מצינו הלכה, שהיא מוסרית בעיקרה, ב"ספר החינוך", מצוה תכב, בסוף דיונו בענין הענקה לעבד עברי היוצא לאחר שש שנות עבודת על-פי הכתוב "וכי תשלחנו חפשי מעמך לא תשלחנו ריקם: העניק תעניק לו..." (דברים טו, יג-יד), דין שהיה כמובן קיים דק בזמן היוח המוסד עבד עברי, אומר בעל ספר החינוך:

ומ"מ אף בזמן הזה שאם שכר מבני ישראל ועבדו זמן מדובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאחו מעמו כאשר ברכו השם.

מכאן נהוגה לתח הענקה לעובד שפוטר, נוהג שהפך למנהג בישראל, ועחה אף חלק מחוקי המדינה.

שער אחר-עשר: דיני עבודה

3. פיצויי פיטורין אינם שכר עבודה, אלא זכות אישית של העובד

ע"א 293/73, 305/73

בן־משה נ' בן־משה

פ"ד כח(2) 29, 32-36

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברנזון, קיסטר, י' כהן

השאלה עליה נסב הערעור הינה, אם דינם של פיצויים לפי חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963, הוא כדין שכר עבודה, ועליכן אין הבעל זכאי להם כנגד מזונות האשה, כהיוחם "מעשידיה".

השופט קיסטר: כדי לפסוק בשאלה זו עלינו לברר אם לפי המשפט העברי יש להגדיר את מהותם של פיצויי הפיטורין המשתלמים לפי החוק, כשכר עבודה ומעשה־ידיה כדי לקבוע אם יחול עליהם הכלל האמור, שמעשה־ידיה כנגד מזונותיה נחקנו.

יש לזכור, כי המרובר הוא בעבורתה של האשה מחוץ לביתה, שהיא בגדר "הערפה עלידי הרחק", כפי שהסברתי בד"נ 23/69, הנ"ל, בעמ' 800, והבאחי (שם, בעמ' 804 ואילך) פסקי־דין שלפיהם אין מוציאים ממנה כסף שחסכה ונשאד בידיה בעין או נכסים שקנתה בו, והוא הדין בפיצויים, אפילו יש לדאותם כשכר־עבודה. אך זוהי השאלה שעלינו לברר.

אילו העובד היה מקבל פיצויים בכל מקרה של פיטורין או התפטרות בגובה של משכורת חודש אחד לכל שנת עבודה, אפשר היה לומר שזהו מעין חסכון־חובה, כשהמחוקק לא הרשה לשלמו יותר מוקדם. אך הרי המפטר זכאי לפיצויים רק כשהמחוקק ראה את ההתפטרות או הפיטורים כמצדיקים זכות זו, וראה בחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963, סעיפים 6-9. וישנם גם דברים אחרים, המבדילים בין שכר עבודה ובין פיצויים. אחד החשובים שבהם הוא, שהפיצויים אינם משתלמים ליורשים אלא לשאירים מסויימים בלבד (סעיף 5 לחוק). ואילו לפי חוק הגנת השכר, חשי"ח-1958, אמנם אין רואים את שכר העבודה כחלק מן העזובון, אך העובר יכול להורות למי לשלמו, ואם לא הודה, ישולם הכסף לבן־זוגו ובהעדו, ולירשיו האחדים (ראה: סעיפים 6-7 לחוק האמור).

כמורכן, מצויים בחוק פיצויי פיטורים סעיפים (21-26), הדנים בהפקדת פיצויי הפיטורים לפי הסכמים קיבוציים או לפי צו של שר העבודה, ואו אין הם ניתנים לעיקול, לשעבור או להעברה. וכמורכן אין אפשרות לקבל מיר שכר הכולל את הפיצויים אלא באישור מיוחד משר העבודה (סעיף 28 לחוק). השאלה שבפנינו היא, כאמור, אם לאור ההודאות הללו נכנסים פיצויי

הפיטורים בגדר מעשה-ידי האשה, שבעלה זכאי להם תמורת מזונותיה אם לאו.

לא מצאתי תשובה ישירה לשאלה זו במקורות המשפט העברי, כאשר דין פיצויי פיטורים לא נקבע בשולחן ערוך במפורש, אך, יחד עם זאת, יש לנו יסודות מספיקים כדי לברר על-פיהם את הבעיה.

ראשית יש לומר, כי הנוהג לתת פיצויים לעובר אשר עזב את מקום עבודתו אינו זר למשפט העברי, והיה ירוע כחובה מוסרית. אמנם, נוהג זה לא התגבש לכרי מנהג כללי מחייב על-פי הדין ורק בתקופה האחרונה נוצר ביישוב היהודי בארץ-ישראל מנהג כזה, שקיבל חוקף בחוק פיצויי פיטורים הנ"ל.

החובה המוסרית היתה מבוססת על דיני ההענקה לעבר עברי, שניתנה לו לאחר שיצא לחפשי (בשש שנים, ביוכל או במיתח האדון) ועל החובה המוסרית הכללית לנהוג כלפי עובר לפי הכלל שנקבע בפסוק "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור" (משלי ב, כ). על-כן לא יפלא, שלא פעם מצאנו בספרות השאלות והתשובות דיונים על פנסיה לאלמנה או על תשלום חד-פעמי לעובד שפרש או שפוטר, בעיקר לגבי עובדי ציבור.

לעניינו חשוב מה נקבע במקורות אלו לגבי מענק חד-פעמי. כפי שאמרתי, הדבר נלמד מן ההענקה שניתנה לעבד עברי, שמעמדו רומה, במידה רבה, למעמדו של שכיר. וכך נאמר: "כשכיר כתושב יהיה עמך..." (ויקרא כה, מ), וכן בספר רבדים, בפרק הדין בהענקה, נאמר: "...כי משנה שכר שכיר עברך..." (דברים טו, יח).

עצם חובת ההענקה נקבעה בפסוקים אלה: "וכי תשלחנו חפשי מעמך לא תשלחנו ריקם העניק תעניק לו..." (דברים טו, יג-יד), כלומר, בצו של עשה ולא-תעשה. ב"ספר החינוך" (מצווה תפב) נאמר לענין מצווה זו: "ומכל מקום, אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח, שאם שכר מבני ישראל ועבדו זמן מרובה, או אפילו מרעט, שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השם". והנה, אף-על-פי שדין עבר עברי לא נהג כבר בימי התלמוד, נשנו פרטי הדינים הנוהגים בעבד עברי ובחוכם ההענקה (ענק) בתלמוד ובפוסקים ובעיקר ברמב"ם. ולפי הדרך המקובלת בספרות התלמודית, שניתן ללמוד מדין לדין, אעמוד על כך איך מתייחסים מקורות ההלכה להענקה ואיך הגדירה.

הודגש, כי ההענקה ניתנת לעבד, לו עצמו ולא לנושהו. וכך פוסק הרמב"ם, בהלכות עבדים, פרק ג, הלכה טו: "ענק עבד עברי לעצמו ואין בעל חוב גובה הימנו..."

קיימת שאלה אם ההענקה עוברת ליורשיו של העבד, והנה הספדי, לפרשת ראה, סימן קיט, אומר: "לו ולא ליורשיו". בתלמוד לא הובאו הדברים וש מסיקים מן התלמוד, כי ההענקה כן עוברת ליורשים. לא אעמוד על בירור פרטים, כגון אם הנושה של העבד רשאי לגבות מן ההענקה אחרי שהגיעה כבר ליד העבד המשוחרר או אם הדעה הרווחת היא שענק עובר או שאינו עובר ביורשה. העיקר הוא מה מסיקים מדיני הענקה. דרך אגב אציין, כי לפי הרעה הרווחת כופין את הארון על הענקה.

שער אחד-עשר: דיני עבודה

ואכן אומר הסמ"ע (ספר מאירת עיניים), לחושן המשפט, סימן פו (הרן בעיקולי חובות), בסעיף קטן ב, שאין לעקל ענק בניגוד לאפשרות עיקול שכר עבודה. "הענק אינו לעבר עברי מתורת חוב אלא מתורת ויתור ומתנה בתורת חנינה..." והש"ך (שפתי כהן), כסעיף קטן ג, של אותו סימן, אומר, "דהרבר ידוע דהענקה הוא מדין צדקה".

מציין אני, כי "מדין צדקה" אין משמעות הרברים שזוהי חובה מוסרית גרידא. ה"צדקה" באה מן השורש "צדק" ויש וכופים עליה כפיה משפטית ממש. בגדר דיני צדקה נכנסות גם מצוות אחדות שאף עליהן כופים. נוכל לחרגם את המונח "מדיני צדקה" למונח המודרני: "חובים סוציאליים", שגם עליהם כופין.

הנה, לפי האסמכתאות שציטטתי מובדל חיוב ההענקה מזכויות וחובות בין הארון והעברד ומהווה חיוב שונה. לא התעלמתי מכך, שלפי דעת המאירי (לקידושין טו ע"א) עוברת הענקה ליורשי העבר, ועל-כן דואה הוא אותה כזכות כספית של העברד המשוחזר ומסביר את קיומה "מצד מה שעשה לבעל הכית יתר על דמי שכירותו וזהו שאמרו פעולתו ליורשיו". יחכן שאילו היה ברעה, שאין פעולתו ליורשיו, היה מסיק גם הוא מכאן שאין הענק מנכסי העברד.

דרך אגב אציין, כי עצם החלוקה של חיובים לדיני ממונות ולדיני צדקה (או אחרות) אין בה כדי לשנות את התשובה לשאלה אם יש לראותם בעיני מחוקק חילוני כחיוב משפטי ואם לאו, כי כאן קובעת רק העובדה אם החיוב ניתן לכפיה על-ידי בית-המשפט. במשפט האנגלי היו, ואף ישנם, הבדלים בין זכויות לפי ה־common law ובין זכויות לפי ה־equity וגם אלה וגם אלה הם חלק של המשפט.

גם במשפט העברי יש סיווגים אחדים לדיני-ממונות. הדב יחזקאל אברמסקי, למשל (בחוברת בשם "דיני ממונות – הגדרת סוגיהם") סבור שישנם דק ארבעה סוגים של דיני-ממונות (ושכר שכיר ביניהם), ושאר חיובי-המזון נגדרים בגדרים אחרים. אבל, כאמור, אין הדבר נוגע לענינו ולנקודה שבה אנו מעוניינים. מה שמשנה הוא שדמי שכירות נחשבים לפי המשפט העברי כנכס של העוברד ואילו פיצוי הפיטורין (שהם חליפי ההענקה) נכללים דק בגדר דיני צדקה או בחיוב לקיים מצוות הענקה, אם כי הם, ללא ספק, זכות של העוברד, שאף נחנת לכפיה. גם מבחינת המשפט האזרחי במדינה שונה הזכות לפיצויי פיטורין מזכויות ממוניות רגילות. בזמן שבעל זכות או חוב כספי יכול לוותר עליו, להעבירו, לשעברו ולהורישו כרצונו, מוגבל העוברד בשליטה על פיצויי פיטורין כאמור לעיל, והפיצויים אינם עוברים בירושה.

יש לציין, כי מטרתם של פיצויי הפיטורין (או אחת המטרות), יחד עם הזכויות הסוציאליות האחרות, היא לא רק שלא ייצא העוברד ריקם בתום שירותו, אלא גם להכין לו קרן כלשהי שיוכל להתפרנס ממנה בזמן שאין הוא יכול לעבוד, ולתלויים בו, במקרה של פטירתו. דבר זה ניתן להסיק מכך

תשלום פיצויים

שהפיצויים מיועדים לעובד ולתלויים בו ומן ההוראות השונות של החוק, כפי שהזכרתי. אנב, כדאי להדגיש, שאין לערוך בין הפיצויים הניתנים על פיטורים ללא הודעה כאשר הודעה כזו נדרשת, שהם באים כפיצוי על שכר, עד שימצא העובד מקום עבודה חדש, לבין הפיצויים שבהם אנו דנים.

לכן, לאור האמור לעיל בדבר ההבדלים בטיב הזכויות ובמטרה שבין שכר העבודה ובין פיצויי הפיטורין, והתוצאות הנובעות מהבדלים אלה, ניתן לומר שהמשפט העברי ישיקף על פיצויי פיטורין לא כעל מעשה ידי האשה אלא כעל זכות סוציאלית נפרדת.

אמנם יכולה להתעורר השאלה, אם פיצויי פיטורין נחשבים כנכסי-מלוג, שהבעל יוכל להשתמש בפירותיהם, או אם גם פירות פיצויי הפיטורין של האשה. אך לאור פסיקתו של בית-משפט זה בשאלת נכסי-המלוג, אין לכך עוד חשיבות.

שאלה אחרת היא מה דינם של פיצויי הפיטורין במקרה של שיתוף של בני-הזוג בנכסיהם. כאשר קיים שיתוף כזה מסתבר לומר, שפיצויי הפיטורין, הן של הבעל והן של האשה, נכנסים לקופה המשותפת, אך לא כן הוא כאשר רכושם של בני-הזוג הוא נפרד. במקרה שלפנינו אין טענה משום צד שנכסיהם משותפים וקרוב לוודאי שהאשה לא היתה מעוניינת בכך, כי מוטב לה לשמור על רכושם כאשר הבעל שקוע בחובות.

במשפט העברי, באין הסכם אחר, יש הפרדה בנכסיהם של בני-הזוג, וכשהאשה מתאלמנת או מתגרשת היא זכאית בדרך כלל להשאיר בידיה את רכושיה, הכולל, בין השאר, נכסי-מלוג ונכסי-צאן ברזל. מלבד זאת היא זכאית לכתובתה, ובמקרה של גירושין, יש ונפסקים לה פיצויים עקב כך. לסוגי הרכוש הנפרד של האשה הללו יש להוסיף את מעשה-ידיה שהם בגדר "הערפה על-ידי הדחק", כפי שהזכרתי לעיל כשנשארו בידיה או כשקנתה נכסים.

בקשר לחסכוניות האשה מן הראוי להזכיר כמה עניינים. ה"דב"ז (ר' דוד בן זמרא), בשו"ת שלו, חלק ד, סימן אלף רס"א (קצ), נשאל על מה שנהגו במצרים שהבעל מתנה שמעשה-ידי אשתו יהיו לעצמה והוא גם חייב בכסותה בכסום מסויים לכל שנה. והיא עשתה מלאכה הרבה, צמצמה את עצמה מכסותה, וחסכה עד שהיו מעות בידיה להלוותן בריבית לעכו"ם, ופסק הר"ב"ז שאין לבעל אפילו זכות אכילת פירות, ואפילו לא נכתב הדבר בכתובה, כי כך הוא המנהג. וכן מובא בפתחי תשובה, לאבן העזר, סימן ע, סעיף קטן א, בשם ספר "תשובה מאהבה", שאם האשה צמצמה ממזונותיה עקב זה שחיה בדוחק, מה שחסכה הוא שלה.

העולה מן האמור הוא, שכאשר אשה עסקה בעבודות שלא היתה חייבת בהן, וזוכה לפיצויי פיטורין על-פי המנהג, וכעת לפי החוק, אין לדאות את פיצויי הפיטורין כשכר-עבודה. את פיצויי הפיטורין יש, כאמור, לראות כביטוי לראגתו של החוק לעתירו ולבטחונו הכספי של העובד, ובמקרה דגא – של האשה. דאגה כזו לאשה ירעה במשפט העברי, כפי שהראיתי לעיל (הוראות

שער אחד-עשר: דיני עבודה

כדבר זכרות האשה בזמן גירושין או פטירת הבעל ודוגמאות בדבר זכותה לכספים אחרים). כן מצינו בספר "המקנה" (לר' פנחס הלוי הורוויץ, מחבר ספר "ההפלאה"), המעיר על דברי הגמרא במסכת קידושין (לע"ב), שעל האב ללמד את בנו אומנות, שחובה זו היא גם על לימוד הבנות "דאטו גברא בעי חיי ונשי לא בעי חיי ... ואף דבעלה חייב במזונותיה, מכל מקום, כמה תתפרנס אם תתאלמן או תתגרש".

מכל השיקולים הללו דעתי היא, שלפי המשפט העברי אין פיצויי הפיטורין נכללים בגדר מעשי-ידיה שחיקנו כנגד מזונותיה ואין הבעל יכול לדרוש שתתפרנס מהם, אם ביכלתו של הבעל לפרנס את אשתו, ואם לפי הדין הוא חייב במזונותיה.

ב. פיצויים ליורשי עובד

1. חובת המעביד לפצות את יורשי העובד שנהרג בעבודה

ע"א 111/68, 115/68

"לפידות", חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ ואח'

נ' שליסר ואח'

פ"ד (כב) 379, 390

בית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים כהן, קיסטר

המנוח נספח בשירותו אצל המערערת כנהג, וגורם החאונה היה שבר בקפיץ הקרמי השמאלי של המכונית. השאלה השניה במחלוקת בין בעלי הדין היתה אם היה על המערערת לגלות בעוד מועד – כלומר, בטרם מסירת המכונית למנוח – את השבר האמור. הערעור נסב גם על גובה סכום הפיצויים שנפסק למשיבות – אלמנת המנוח ובנותיו – בבית-המשפט המחוזי.

השופט קיסטר: לפי מסורת של עם ישראל מוחד לצפות מאת מעסיק, שבעבודה אצלו נהדג העובד, כי יעניק למשפחתו או ליורשיו לפי יכלתו, אפילו ללא חוק – ואפילו יותר משהחוק דרש – וזה אף במקרה שלא היתה מצדו כל אשמה (ראה: שו"ת מהר"י וייל, סימן קכה; מגן אברהם לאורח חיים, סימן תרג; נושאי כליו של שולחן ערוך, אורח חיים, לסימן זה); ובוודאי שבוודאי יש לצפות מאדם שיש בו אשמה בגרימת מותו של אדם שיתן "פרנסה

תשלום פיצויים

לירשי הנרצח הואיל וקפת מהם פרנסתם", כלשונו של רבינו תם כ"ספר הישר" כפי שהובא בשו"ת מהר"י ברונא, סימן רסה. אפס, הפקודה חוקקה לאו דוקא כיתסים בין עובר ומעביר ואינה מטילה אחריות רק על אשמים ממש, ולא תמיד על אחראים ישירים, ואף לא תמיד על בעלי אמצעים – ופקודה זו היא הקובעת את מידת הפיצויים וכיתדהמשפט אינו רשאי לחייב את האחראי לפי החוק בתשלום הנזיקין אלא בשל הפסד הממון כפי שהוגדר.

2. מנהג שהמעביד מבטח את משפחת העובד לאחר פטירתו, ודמי הביטוח אינם נחשבים כירושה

המ' (ת"א) 4756/58, ת"א (ת"א) 1091/58

מדינת ישראל נ' עזובן פלוני בפשיטת רגל ואח'

פ"מ יח 31, 33, 35-38

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט קיסטר: המנוח פלוני שירת במשטרת ישראל מטה מחוז תל-אביב והתאבד ביום 3.4.58. מאחר שהתברר שהמנוח נשאר חייב כספים לאוצר המדינה וכנראה שגם לאחרים ועזובו אינו יכול לפרוע את החובות, החליט בית-המשפט לנהל נכסיו בפשיטת רגל בהתאם לסעיף 112 לפקודת פשיטת רגל 1936.

אשר למנהג בישוב היהודי קיים המנהג לפחות במוסדות צבוריים שהוא המשך המסורת במוסדות יהודיים בעולם אשר היו מבטחים משפחות העובד לאחר פטירת העובד.

מצאתי באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית עמודים מג, קו, פסקי דין המחייבים פנסיה לטובת אלמנת עובד שחכעה פנסיה כזאת בפני בית-הדין הרבני. האלמנה חבעה בשם עצמה ולא בשם העזובן ודבר זה ברור, כי לפי המשפט העברי אין לאלמנה מעמד של יורשת אלא של נושה. נוסף לכך יש לציין, כי לפי גישת המשפט העברי אפשר בהסכם בין שני הצדדים לזכות לשלישי לפי העקרון "זכין לאדם שלא בפניו". כדוגמה להסכמים כאלה אביא דבר הידוע בארץ והוא התחייבות הבעל לזון בן או בת אשתו (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיד).

בוראי שגם ככתי דין של הסתדרות העובדים ובמוסדות אחרים פעלו לפי אותו עקרון, כי כידוע יש להסתדרות העובדים חלק גדול בעיצוב מנהגי עבודה המבטיחים זכויות העובד ומשפחתו.

... כעת נעבור לבעיה זאת מבחינת חוקי הירושה מאחר שעניני ירושה הם ענינים של מעמד האישי יש להשתמש כמשפט העברי ועל כל פנים אם בחוק הנידון לגבי חוזים היינו המגילה אין הוראות הרי יש להשתמש בדין הירושה החל על המנות והוא המשפט העברי. בשאלה העומדת בפנינו דן ראש הרבנים לישראל הרב הרצוג בירתון "קול תורה", גלינות סיון-תמוז ואבי-אלול תשט"ו. בגליון סיון-תמוז עמוד א הוצגה הבעיה כדלקמן:

אם יש דין ירושה ככלל על עניני ביטוח – אם זה דומה לכופר שאין לו זכות בחייו כלל ורק זכות שבא לאתר מיתה על ידי הסכם והתקשרות עם חברת הביטוח שקבלה על עצמה לשלם ליורשים או לבאים מכחו. או נגיד שעל ידי הכסף שהוא משלם הוא קונה לו זכות בסכום ידוע של כסף העומד לפקודתו (בתנאי אם ימות) אחרי מותו וזכותו זו עוברת ליורשיו. ותשובתו היא:

(א) נדאה שבדבר שאינו משתלם אלא לאחר מיתה, דוגמת כופר לא שייך דין ירושה שאין תורת ירושה אלא בדבר הבא מכח מוריש, ואפילו הוא כבר מת, הרי הוא מוריש בקבר, דבר הממשמש והולך, הואיל והיה ראוי לקבל נכס זה בחייו, אבל בדבר שכזה אין היורשים זוכים בתורת ירושה מאביהם הואיל והאב לא היה יכול לזכות בו בחייו, אלא זוהי זכות הנובעת מהתקשרות והתחייבות לשלם סכום קצוב לאחר מיתתו, והרי זה דומה במדת מה לכופר שאינו משתלם אלא לאחר מיתה. שאין יורשי הנהרג מקבלים את הכופר בתורת ירושה של אביהם אף על פי שלא מת תיכף והזכות התחילה בחייו.

אוסף כאן כמה דברים מן המאמר שלגבי מקרה דנא ממש אולי היו מיותרים, אבל רצוי לציין לגבי פרוש הפקודה. וזה שנאמר:

...ורו אומדנא טובה שלא היתה דעת הקאופרטיב בביטוח זה אלא להציל את אשתו ובניו החלויים כו, שנשארו כלי משען ומשענה, מחרפת רעב או מלהיות למעמסה על הקופה של צדקה, ולא לתת מזה לבן הגדול שלא היה תלוי באביו כלל, ויש לו פרנסה ואפילו אם הקאופרטיב לא פירש כלום, בדבר שגלוי לכל ואומדנא דמוכח טובא א"צ להתנות בפירוש.

במקרה שלפנינו נאמר במפורש בסעיף ב של הפקודה המסדידה את הכטוח שזאת היא מטרתו. כן ממשיך המחבר הנכבד הגר"א הלוי הרצוג במאמרו ומביא תשובות וברורים מתוך ספרות ההלכה בקשר לכסף כופר המשולם לפי המשפט העברי במקרה של שוד שהרג ולגבי כופר המשולם לפי חוקי העמים כגון החוק המוסלמי במקרה של הריגת אדם על ידי אדם, כשהתעוררה בעיה אם הנושים של הנהרג יכולים לגבות מדמי הכופר ולפי התשובות, הנושים אינם יכולים לגבות מהם את חובותיהם. לא אצטט את כל הברורים ואסתפק בציטוט דברי הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק, בספרו "אור שמח" על רמב"ם, נזקי ממוץ, פרק ט, הלכה יא: "לכן שמע נא ואחורך דעתי דנראה לי דאימה שייך גדר ירושה – כמו בכני אבא או ממלוה וכיצא בהם והיה אפשרי שיביא הממוץ ליד מורישו אילו מת אבי אביו בחייו אביו ... ובזה שייך דין ירושה ... אבל

חשלוֹם פיצויים

בכופר ... לא חייבה התורה לשלם (הכוונה לנווק) ורק כי מת, אמרה רחמנא דמשלם ליורשיו; האם שייך לומר על הממון דנוטלים מתורת נחלה כיון דאתי בגדר האפשרי שיהיו התשלומים להאיש שהמיתו השור; רק ממקרא כי רמיא רחמנא ליורשי הנהרג ... הוא גדר זכותי. ולמי זכתה התורה? ליורשי הנהרג. והוא לציון וסימן מי הזוכים בתשלומים – היורשים, אבל לא שהממון נוטלים מתורת ירושה, וזה כדור ופשוט. הדברים שצטטתי לעיל מהמשפט העברי מהוים, לפי דעתי, הגדרה קולעת לדמי הבטוח המשתלמים לאוד פקודת המשטרה המהוה יסוד לתשלומים. ברוד מתוכן הפקודה, כי המנוח בעצמו מעולם לא היה יכול להיות זכאי לקבל אף פרוטה אחת מדמי הבטוח. ואינני דואה אפשרות שהיה יכול לקבל חזרה השלומים ששילם בקשר לבטוח או חלק מהם. דמי הבטוח משתלמים לאחר פטירתו לאנשים האמורים לפי תנאי הבטוח ואלה מקבלים את דמי הבטוח לא בתור ירושה מהנפטד, כי המוריש עצמו לא היה יכול לזכות בהם, אלא מכח עצמם בתור זכות הנובעת מהחקשרות והתחיבות שהיא לטובת המשפחה.

הייתי עוד אומר שאפילו לא השאיר המנוח הוראה ובמקרה כזה דמי הבטוח ישולמו לפי צו ירושה של בית-משפט מוסמך או לפי צוואה מאושרת כחוק, הייתי אומר בעקבות דברי ה"אוד שמח", כי גם היורשים היו מקבלים כאן לא מכח ירושה אלא המלה "יורשים" באה דק לציון וסימן מי הזוכים כדמי הבטוח.

היוצא מכל הנ"ל, כי דמי הבטוח אינם חלק מהעזבון, אינם יכולים לשמש כחלק מקדן לפדעון הנושים והם שייכים ישירות לאלמנה ולכן מחליט אני, כי אין למסור את הכספים האלה לנאמן בפשיטת רגל, אלא לאלמנתו של המנוח.

שער שנים-עשר

פרשנות

תוכן העניינים

פרק ראשון: כללי פרשנות

- 887 1. פרשנות של חיקוק על-פי המשתמע מן הלשון
בג"צ 333/78, חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ
נ' מנהל מס עזבון 887
- 890 2. פרשנות מונח, בחוק או במסמך, תיעשה על-פי לשון
בני אדם באותו מקום ובאותו זמן
ע"א 4/67, בריטיש אנד קולוניאל איסטייטס בע"מ נ' טרבלוס 890
ד"ג 5/83, מדינת ישראל נ' סוויסה 891
ע"א 534/79, אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו 892
- 892 3. כאשר יש ספק בפירושו של חיקוק או מסמך יש לפרשו
על פי המנהג
ע"א 4/67, בריטיש אנד קולוניאל איסטייטס בע"מ נ' טרבלוס 892
ע"א 405/68, כלאתי נ' אוון 892
בג"צ 442/77, קטן ואח' נ' עירית חולון ואח' 893
- 894 4. אין לפרש סוג בחוק בדרך מורחבת
ע"א 576/72, שפיר ואח' נ' שפיר 894
ע"פ 884/80, מדינת ישראל נ' גרוסמן 895
- 895 5. פרשנות תקנה לפי הכוונה ולא לפי הלשון
בג"צ 172/52, פסחוביץ נ' יו"ר מועצת בתי"ס ואח' 895
- 897 6. כוונת המחייב או הנותן לעומת לשונו המפורשת –
"דברים שכלב"
ע"א 130/50, עמל בע"מ נ' שינדלר 897
בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטרנסקי 897
ח"ע (ת"א) 2818/75, היועץ המשפטי לממשלה נ' הס
ואח' 897
בג"צ 566/76, "אלקו" חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ
נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' 899

שער שנים-עשר: פרשנות

- 899 .7 יש להתחשב כדכרים שכלב בנסיבות מסוימות
ע"א 130/50, עמל בע"מ נ' שינדלר 899
- 899 .8 בסתירה בין שתי לשונות הולכים אחר לשון שרגילים
לכתוב בשטרות
בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 899
- 900 .9 לשונות סותרות במסמך – איזו לשון עדיפה?
בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח
ליטוונסקי 900
- 900 .10 בפרשנות מסמך יש לנקוט בפרשנות מקיימת
ולא בפרשנות מבטלת
ע"א 315/79, אלפרובין נ' מזרחי ואח' 900
- 903 .11 האם יש לקבוע טעות סופר מתוך המסמך או על-ידי
אמצעים חיצוניים?
בקשה (ת"א) 288/57, בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת
המנוח ליטוונסקי 903
- 905 .12 הכלל "דכר הלמד מעניינו ודכר הלמד מסופו"
בניצ' 442/77, קטן ואח' נ' עירית חולון ואח' 905
- 906 .13 פרטים שיצאו מן הכלל – לא ללמד על עצמם יצאו
אלא ללמד על הכלל כולו
ע"פ 54/81, רוזן ואח' נ' מדינת ישראל 906
- 906 .14 מכלל "לאור" – האם אתה שומע "הן"?
ע"א 422/78, סלמון נ' תאגיד לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות
דרכים 906
- 907 .15 כל מלה בעברית במסמך יש לייחס לה את מובנה
המסורתי הנכון
ת"א (ת"א) 276/46, גרשט נ' וילדנברג 907
- פרק שני: פירוש מונחים, ביטויים ומלים**
- 910 .1 אבק
ע"א 534/79, אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו 910
- 912 .2 אומד
ע"א 102/80, פרוכטנבוים ואח' נ' מגן דוד אדום בישראל
ואח' 912
- 913 .3 אורווה
ע"פ 429/53, אגזאני נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל 913

חוכן העניינים

- 914 .4 אודח חיים דתי
ע"פ 54/81, רחן ואח' נ' מדינת ישראל 914
- 916 .5 אחר
בג"צ 170/54, היועץ המשפטי לממשלה נ' כך, שופט שלום,
חיפה 916
- 917 .6 אלימות
חפ"ח (ת"א) 869/81, מדינת ישראל נ' גרצ'ין ואח' 917
ע"פ 707/83, 783/83, פטרומיליו נ' מדינת ישראל 918
ע"פ 877/84, גאלי נ' מדינת ישראל 919
- 920 .7 אספקה
- 920 .8 אשראי
ע"א 227/63, ריומן ואח' נ' חיות ואח' 920
- 921 .9 בין ובין
ע"א 635/68, פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל, חברה
להשקעות בישראל בע"מ 921
- 922 .10 בנים
ע"א 629/79, אביגדורי, מנהלת עובן המנוח אביגדורי
נ' אביגדורי ואח' 922
- 923 .11 בניין
ע"א 282/61, 297/61, עלי צלאת יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי
לממשלה 923
- 924 .12 בר
ע"פ 222/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמותי 924
- 925 .13 בר עונשין
ע"א 222/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמוני 925
- 925 .14 בשר חזיר
בג"צ 163/37, לובין נ' עירית תל-אביב-יפו 925
- 928 .15 גור
ע"א 299/64, ועדת השומה שליד עיריח חיפה נ' טכניקום,
רשת בתי ספר לטכנאים וכחי ספר תיכון ערב בע"מ 928
- 929 .16 גידול
בג"צ 103/65, גודנשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח' 929
- 930 .17 גמירת רעת
ע"א 440/75, זנדבק ואח' נ' דנציגר ואח' 930
ע"א 250/70, שרעבי ואח' נ' סוכרי 930

שער שנים־עשר: פרשנות

18. גרם 930
ע"פ 330/73, אליאסף נ' מדינת ישראל 930
19. דרך 931
ע"א 680/80, פריימן ואח' נ' חברת קו צינור הנפט אילת-
אשקלון בע"מ ואח' 931
20. היזק – mischief 932
ע"פ 53/54, אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי
לממשלת ישראל 932
21. הכרה דחית 933
ע"פ 54/81, רחון ואח' נ' מרינת ישראל 933
22. הסמכה 933
בג"צ 282/51, הסתדרות העובדים הלאומית כא"י ואח'
נ' שרת־העבודה ואח' 933
23. הסתלקות 934
ע"א 532/74, דקלו נ' מוניץ 934
24. העביר 935
ע"א 602/80, אוסטין נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים,
רחובות 935
25. הפצה 935
ראה שווק ואספקה
26. התרשלות 936
ע"א 341/80, עלי נ' ששון ואח' 936
27. ו – (וו החיבור) 936
ע"א 251/60, 259/60, "מגורה" חברה לאחריות ולביטוח משנה
בע"מ נ' קציבואה ואח' 936
28. זונה 939
ע"פ 236/65, אל-כנא נ' היועץ המשפטי לממשלה 939
29. זנה 939
ע"א 622/75, אבני ואח' נ' יונש 939
30. זקק 939
ת"א (ת"א) 2408/83, ת"א (ת"א) 60/84, גולן נ' יעבץ 939
31. חבלה 940
ע"א 328/76, הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים
תשי"ז–1957 נ' אנגל 940
32. חל 941
ד"ג 13/58, עיריית תל־אביב–יפו נ' לוכין 941

חוכן העניינים

- 944 33. חלוקה
ע"א 165/79, 245/79, מנהל מס שבח מקרקעין נ' כהן ואח' 944
- 944 34. חנינה
ד"נ 13/60, היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה 944
- 945 35. חקלאי
ע"א 20/60, דגי דאר בע"מ נ' מנהל הארנונה לפיצוי נזקי מלחמה 945
- 946 36. חשד
ע"פ 20/61, סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה 946
- 947 37. טמטום
ע"פ 523/72, עוראן נ' מדינת ישראל 947
- 948 38. ידיעת בשרים – carnal knowledge
ע"פ 229/53, והבה נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל 948
- 948 39. יהודי
בג"צ 72/62, רופאין נ' שר הפנים 948
בג"צ 113/84, בשג"צ 175/84, בשג"צ 172/85, בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה ואח' 949
- 949 40. יעד
בג"צ 163/57, לוכין נ' עיריית תל-אביב-יפו 949
- 950 41. ישב
ראה תושב, גר.
- 950 42. כאחד
ע"פ 135/59, הד נ' היועץ המשפטי לממשלה 950
- 951 43. כהונה
בג"צ 59/52, רפפורט נ' בן-עמי, ראש עיריית נתניה ואח' 951
- 952 44. כולל
ע"א 263/60, קלייטר נ' מנהל מס עובון 952
- 954 45. כישלון
ע"פ 247/71, מדינת ישראל נ' בחג'אן ואח' 954
- 955 46. מבלי משים
ע"א 387/61, 388/61, 389/61, הפנר ואח' נ' ברכה ואח' 955
- 956 47. מוחזק
המ' 89/51, מיטובה בע"מ נ' קום 956
- 964 48. מורה הוראה
בג"צ 29/55, דיין נ' שר-הדתות ואח' 964

שער שנים־עשר: פרשנות

- 964 **49. מושב**
 בג"צ 421/77, ניר ואח' נ' המועצה המקומית באר־יעקב
 ואח' 964
- 965 **50. מידה**
 בג"צ 586/85, פלונים נ' אלמוני 965
- 966 **51. ממוץ**
 ע"א 489/79, 505/79, אליהו, חברה לכיטוח בע"מ נ' עובק
 המנוחה צאיג ואח' 966
- 967 **52. מטירה ליר**
 בג"צ 461/81, דויד נ' בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת
 עורכי הדין בישראל 967
- 968 **53. מעשה זנות**
 ע"פ 236/65, אל־בנא נ' היועץ המשפטי לממשלה 968
- 969 **54. מצוקה**
 ע"א 719/78, איליט בע"מ ואח' נ' אלקר בע"מ 969
- 969 **55. נדרש**
 ע"א 835/79, בקאל נ' מדינת ישראל 969
- 970 **56. נזק**
 ע"פ 398/82, שטרית נ' מדינת ישראל 970
- 971 **57. נכסים משועבדים**
 בר"ע 178/70, בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות
 בע"מ ואח'
- 971 **58. עברי**
 בג"צ 28/72, בנימין שליט בשמו ובשם בנו תומר שליט
 נ' שר הפנים ואח' 971
- 972 **59. עובד בשכר ושכר בטלה**
 בג"צ 172/52, פסחובין נ' יו"ד מועצת בתים ואח' 972
- 972 **60. עושק**
 ראה מצוקה
- 973 **61. על מנת ש...**
 ע"פ 245/62, מטלובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה 973
- 974 **62. פדה**
 ע"א 197/77, שפאר, תוסיה־כהן ושות' נ' עירית ירושלים
 ואח' 974
- 974 **63. פדיון**
 ראה פדה

חוכן העניינים

- 975 .64. פיזור והפצה
ראה שווק והפצה
- 975 .65. פסול
ראה כהונה
- 975 .66. פקע
בג"צ 301/63, שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' 975
ע"א 419/64, פרסקו נ' מטילה 977
- 978 .67. קלקן
בג"צ 436/66, בן אהרן ואח' נ' ראש המועצה המקומית
פרדסיה 978
בג"צ 178/81, ג'אפר נ' עדה ראש המועצה המקומית ג'לגוליה
ואח' 979
- 979 .68. ראוי
ראה מוחזק
- 980 .69. רדף
ע"פ 522/78, בירמן נ' מדינת ישראל 980
- 981 .70. ריבית
ע"א 230/72, צ'מרמן נ' פקיד השומה, תל-אביב 5 981
- 982 .71. רכב
ע"א 680/80, פריימן נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון
בע"מ ואח' 982
- 983 .72. רצון
ע"פ (ת"א) 152/82, דן בע"מ נ' מדינת ישראל 983
- 984 .73. רשות, רשות הרבים
ע"פ 471/77, מדינת ישראל נ' גונג ואח' 984
ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח' 985
ע"פ 54/81, רחון ואח' נ' מדינת ישראל 985
- 986 .74. רשות – סמכות
המ' (ת"א) 634/76, 633/76, ת"א (ת"א) 448/68, גולדמן ואח'
נ' הרמן ואח' 986
- 987 .75. שבועה
ת"א (ת"א) 276/46, גרשט נ' ירלדנברג 987
- 987 .76. שיווק ואספקה
ע"א 285/57, מרצפיה בע"מ נ' ראש העיר תל-אביב-יפו
ואח' 987

שער שנים־עשר: פרשנות

- 988 .77 שוק
ד"נ 6/62, איחוד המדיגריים ומשקי השכחה, אגודה שיתופית
הקלאית בע"מ נ' ראש העיר תל־אביב־יפו ואח' 988
- 991 .78 שיטפון
המ' 119/62, נסים נ' בנין, חברה לביטוח בע"מ ואח' 991
- 992 .79 שיפוי
ע"א 639/77, "ספייים" (1972) בע"מ ואח' נ' "ינאי", חברה
לביטוח השקעות בע"מ 992
- 993 .80 תושב
בג"צ 129/63, מטלון נ' בית הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו
ואח' 993
- 994 .81 תום לב
- 994 .82 תלוי ב...
ע"א 135/67, פקיד השומה, תל אביב 4 נ' פורת, עורך דין 994

פרק ראשון כללי פרשנות

1. פרשנות של חיקוק על-פי המשתמע מן הלשון

בג"צ 333/78

חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ
ג' מנהל מס עזבון

פ"ד לב(3) 202, 203, 212–214

כביית-המשפט העליון כשכתו כביית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ח' כהן, עציוני, אלון

השופט ח' כהן: סעיף 28 לתוק מס עזבון, תש"ט–1949, כפי שחוקק בתשכ"ד–1964, קובע וזו לשונו:

נוכח המנהל כי שולם מס ביתר ובקשה להתזרתו הוגשה לו תוך עשר שנים מיום קבלת הודעת השומה, יחזיר המנהל כל סכום ששולם ביתר. על הסכום המותר תיוסף ריבית בשיעור המקסימלי לפי תוק הריבית, תשי"ז–1957, מיום גמר תשלום המס.

המשיב – שהוא המנהל האמור בסעיף 28 הנ"ל – סירב להתזיר לעותרת מס שלפי טענתה שולם ביתר; ובהסכמת בעלי-הדין החלטנו לדרון בעתירה זו באילו נצטווה המשיב להראות טעם, למה לא יחיל על העזבון הנדון, שהעותרת היא מנהלתו, את הוראות סעיף 28 הנ"ל.

השופט אלון: 5. טוען מר יאראק, בא-כוחה המלומד של המדינה, שאין סעיף 28 חל לאחר שהגיעו לכלל שומה מוסכמת וכן שיש לפרשו בדומה להוראות מקבילות בחוקים אחרים, שבהן מצויים סייגים מסייגים שונים. טענות אלה אין להן עמידה, וכבר עמד על כך תברי הנכבד השופט עציוני.

והוא הדין בדבר הטענה שבענייני מסים שומה עלינו לפרש את החוק בדרך הפירוש המצמצם. אף זו אין בה כדי להועיל למשיב בעניינו, שהרי כלל אתר, הקודם לכלל זה, הוא, שכאשר נוסח התוק, לרבות חוק פסקאלי, ברור מללו, יש לפרשו כפשוטו לפי לשונו החד-משמעית, גם אם העולה מתוך כך מביאנו לידי מסקנה שיתכן וספק בלבנו אם אמנם לכך היתה הכוונה.

היתה, שהקהל ירוויח יותר, ולא שייגרם לו הפסד, לכן אין התקנה חלה בגדון זה; לעומתם נטענה הטענה, שיש לילך לפי לשון התקנה ובמקרה זה אמנם יצא ראובן נשכר. הרי"ן שהובאה לפניו מחלוקת עקרונית זו, הביא אותה לפני הרשב"א, וסיכם את פרטי העניין כך:

הוריעני – אם נלך אחר לשון התקנה או אחר כוונת הקהל.

הרשב"א קובע בתשובתו שהרי"ן עם ראובן; ואלה דבריו, בין היתר:

איני רואה בטענת הקהל עיקר לסמוך עליו; לפי שאני רואה בלשון התקנה והתנאי שעשו... דברים המפורשים שינכו ממונם, בין מאותו ממון שבעיד בין מאותו ממון שמחוץ לעיר, כל המסים וההוצאות שנתנין על אותו ממון שמחוץ לעיר. אם כן, כבר קבלו עליהם בפירוש, אפילו יצטרכו לפרוע ההוצאות ומסים מחוץ לעיר מממון העיר.

לאחר שהרשב"א מסיק שמלשון התקנה ברור שהקהל חייב לנכות את כל ההוצאות והמסים שהוטלו על רכשו של ראובן שנמצא מחוץ לעיר, הוא עובר לדון בשאלה העקרונית אם יש לילך לפי לשון החוק או לפי הכוונה והמניעים שלו:

ואם נפשך לומר, מכל מקום כוונת הקהל לא היתה כך, ובענין נדרים וחרמות ושכרועות פיו ולבו שוין בעינין – לא היא! דלא אמרינן אלא בנחכוון להוציא פת חטים והוציא פת שעורים... דלישניה היא דאיעקם ליה (=שהלשון היא שנתעקמה לו) והוה ליה כנררי שגגות, אבל הכא – פה איכא וליכא איכא (=פה יש ולב יש), דהא לא טעו אלו בלשונם אלא בכוונתם, שהדי נתכוונו להוציא בלשונם מה שנאמר ונכתב בספר, ודברים מפורשים ותנאי מבוואר הוה; וכאילו נתכוונו להוציא פת חטים והוציאו פת חטים; אלא שהם אומרים שטעו, שלא היתה כוונתם שיעלה המס וההוצאות לסך גדול כזה, ואלו הברים שבלב הם, ודברים שבלב אינם דברים.

בדברים ברורים אלה בא לכלל ביטוי העיקרון של פרשנות החוק לפי מה שמשתמע הימנו ולא לפי הכוונה שאולי היתה למחוקק, כשכוונה זו אינה משתמעת מלשונו החרמשמעית של החוק.

כללי פרשנות

ד"ר 5/83

מדינת ישראל נ' סוויסה

פ"ד לח(4) 701, 708-709

בבית-המשפט העליון

לפני הנשיא (שמגר), המשנה לנשיא (בן-פורת), והשופטים אלון, ביסקי, נחניהו

המשיב הורשע בעבירת סמים ונידון למאסר, אך לבקשתו נרחה ריצוי העונש למועד מאוחר יותר. המשיב לא התייצב לריצוי העונש כמועד הנרחה. השאלה, עליה נטב הדיון הנוסף, היא, אם היה המשיב נתון במשמורת חוקית, שעה שלא התייצב לריצוי העונש כמועד שנקבע, ולפיכך עבר במתדלו את העבירה של בריתה ממשמורת חוקית לפי סעיף 257 לחוק העונשין תשל"ז-1977, או שמא יש בהתנהגותו רק משום הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287 לחוק.

השופט אלון: מפשוטן של הוראות פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] בעניין הגדרת המושג "משמורת חוקית", שמן הראוי להקיש מהן גם לעניין פירוש של מושג זה בתוק העונשין כאמור לעיל, נובע לכאורה, שהמושג "משמורת חוקית" ובריחה הימנה מכוון למשמורת, שקיים בה פיקוח פסי מלא בלבד. וניתן למצוא לכך גם נימוקים נוספים מתחום ההגות המשפטית (ראה מאמרו הנ"ל של ד"ר קרמניצר). אך מתן פירוש "פשוט" וברור זה אינו עולה בקנה אחד עם "חוש המומחיות" של השופט, על רקע המיגוון הרב של סוגי המשמורת ומעין-משמורת למיניהם. כך, דרך משל, כאשר מפקד בית הכלא הרשה לאסיר לשהות שעה אחת מתוך לחומות בית הכלא כדי לשרות שם עם בני משפחתו, ואותו אסיר ניצל טוב לכו של המפקד וברח, אין להעלות על הדעת, שאסיר זה לא יהא ניתן להאשימו בבדיחה ממשמורת חוקית, משום שאותה שעה שברח נמצא היה מחוץ לתומת בית הכלא ולא נתון היה בפיקוחו הישיר של איש המרות. מסקנה זו נוגדת את "החוש הבראי" של ראיית הדברים כהווייתם, חוש שהוא בן לוויה נאמן לשופט במלאכת שיפוטו. משום כך עלינו לפרש את המושג משמורת חוקית כמשמורת, הממשיכה להתקיים גם כאשר האמצעים להבטחת הפיקוח על האסיר נחלשו ונשחטו, כגון שנמצא הוא בחופשה. אך מכוח אותו חוש של ראיית דברים כהווייתם לא נוכל, לדעתי, לראות במי שמעולם לא היה נתון בפיקוח כלשהו של מרות מפקח ומשתמט מלהיכנס תחת מרות זו, כמי שבורח ממשמורת חוקית, שכאמור מעולם לא היה נתון בה ולא התחילה לגביו. בכגון דא חל הכלל הגדול בדיני פרשנות – "הלך אחר לשון בני אדם" (נדרים נא ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן קנא; ע"א 534/79; מ' אלון, המשפט העברי ("ל"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) 361 ואילך ועוד). כלל שיפה הוא במיוחד בפרשנות דיני עונשין. בלשון כני-אדם, אין אדם בורח אלא ממשמורת, שהיה מצוי בה, ולא ממשמורת, שמעולם לא נכנס אליה, והשתמטות מליכנס למשמורת, כאשר בית המשפט הורה כי עליו להיאסר, עבירה היא בידו, אך עבירה של הפרת הוראה של בית המשפט (סעיף 287 לחוק העונשין).

שער שנים־עשר : פרשנות

אשר על כל אלה דעתי היא, כי אין מקום להרשיע את המשיב בעבירה של בריחה ממשמורת חוקית לפי סעיף (1)257 הנ"ל, ויש להרשיעו בעבירת הפרת הוראה, שניתנה כשורה מאת בית המשפט, לפי סעיף 287 לחוק העונשין.

ע"א 534/79

אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו

פ"ד לה(4) 729, 733–734

הובא בשער זה, עמ' 910.

3. כאשר יש ספק בפירוש חיקוק או מסמך
יש לפרשו על פי המנהג

ע"א 4/67

בריטיש אנד קולוניאל איסטייטס בע"מ נ' טרבלוס

פ"ד כא(1) 463, 470–471

הובא בשער זה, עמ' 890.

ע"א 405/68

כלאתי נ' אוון

פ"ד כב(2) 1003, 1006

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (וילברג), והשופטים ח' כהן, מני

כך המשיב והמערער נערך תחה בכתב על־פיו התחייב המשיב לשאת את כח המערער, והמערער התחייב לתת לו סכום של 40,000 ל"י: מתציתו נתן לו כיום חתימת החוזה, ומחציתו התחייב לתת לו כיום התחונה. המשיב נשא את כח המערער, ועתה הוא תובע תשלום 20,000 ל"י בסדר־דין־מקוצר, עיקר טענתו של המערער כלפי התביעה הינה כי הנישואין לא עלו יפה.

השופט ח' כהן: לבטוף משליכה הפרקליטה האמיצה את יהבה על המשפט העברי. היא מצאה לה סמוכין כמה שכתב פעם גולק ז"ל, שחיובי הנדוניה "מעוררים פקפוקים מצד המשפטי ... חיוב כזה דפה הוא מאד על־פי דינינו

כללי פרשנות

מפני שהוא חל על רבר שאין בו ממש" (יסודי המשפט העברי, כרך 3, עמ' 16). אין צורך לומר שבית-משפט זה יתייחס בכבוד גדול לכל מה שיצא מתחת ידי מלומד דגול זה; אך אנחנו לא בסתם שטר שידוכין קא עסקינן, שאולי יתפסו בו הספיקות והפקפוקים שבלבו של גולק, כי אם בחוזה שנעשה לפי חוקי המדינה, ועל פניו אין בו פגם, ושום ספיקות ופקפוקים אינם מתעוררים לגביו. על כגון דא כבר אמר הרמב"ם ז"ל וזו לשונו:

מנהגות רבות יש בנדרוניה...

הנושא סתם, כותב ונותן כמנהג המדינה. וכך היא שפסקה להכניס נותנת כמנהג המדינה...

ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן מנהג המדינה עיקר גדול הוא, ועל-פיו דניק (הלכות אישות, פדק כג, הלכות יא-יב).

חוזה זה שנעשה בין המערער לבין המשיב דנן, כמנהג המדינה נעשה וכחוקיה, ואין לנו אלא לבצעו כמות שהוא. שלא כחכמי המשפט העברי, שהיו אומדין דעת המתחייב, שמא לא היה מתחייב אילו ידע מה יהא בסופה של בתו, הרי אנחנו מצווים אנו ועומדים ללמוד כוונת המתקשים בחוזה מלשונם שנקטו בה בלבד, ואין אנו מתקנים להם את אשר הם עיוותו לעצמם. יכל היה המערער להעלות על דעתו שמא נישואי בתו לא יעלו יפה, ולקבוע בחוזה מה יהיו התחייבויותיו או התחייבויות המשיב במקרה שכזה; משלא עשה כן – לא יכתוב לו בית-המשפט חוזה מצדו.

בג"צ 442/77

קטן ואח' נ' עירית חולון ואח'

פ"ד לב(1) 494-497

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים וחקן, אשר, אלון

העתיקה נסכה על השאלה אם היה על המשחתיים במכרו לצדף להצעת המחיר גם ערכוה
בנקאיה.

השופט אלון: לפי טענת המשיבים קיים נוהג שצירוף ערכוה בשעת הגשת
ההצעה הוא רק במקרה של מכרו פומבי אך לא במכרו זוטא; והעותרים אינם
מכחישים קיומו של נוהג זה אלא שטוענים הם שבמקרה שלפנינו נדרשה
הפקדת העדבות גם במכרו זוטא. והרי מקובלנו כי הנוהג יש בו כדי להכריע
במקרה של ספק או חוסר ודאות; ראה בג"צ 333/68, בעמ' 512. וזהו עיקרו
של הרעיון הגלום באחד מהעקדונות בתורת המנהג במשפט העברי: "כל
הלכה שהיא דופפת בבית-דין, ואין את יודע מה טיבה, צא ודאה מה הציבור
נוהג – ונהוג" (ירושלמי פאה, פדק ז, הלכה ו, כ ע"ג; וכך הוא בידושלמי

שער שנים-עשר: פרשנות

מעשר שני, פרק ה, הלכה ג, נו ע"כ; ראה המשפט העברי, שם, עמ' 714 ועמ' 732). וכך פסק ר' שלמה בר' שמעון דוראן, רבה של אלג'יריה כמאה החמש-עשרה, לענין פרשנות מסמכים: "שבכל לשון שבשטר שהוא מסופק, הולכין אחר מנהג אותו מקום, כמה דרכם לתת ולשאת בזה" (שו"ת הרשב"ש, סימן שנר).

4. אינן לפרש סייג בחוק בדרך מורחבת

ע"א 576/72

שפיר ואח' ג' שפיר

פ"ד כז (2) 373, 380

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לגרוי, ח' כהן, קיסטר

בבית-המשפט המחוז התגורר המערערם לקיום צוואת המנוח. התנגדותם נדחתה, הצוואה קיימה והמשיב נחמנה למנהל עובון קבוע ולמבצע הצוואה. לטענת המערערים יש לבטל את הצוואה על-פי סעיף 35 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, וכן מחמת השפעה בלתי-הוגנת.

השופט קיסטר: סעיף 35 מהווה כבחירת סייג חמור שקבע המחוקק, כדי למנוע אישור צוואות שנעשו במרמה ועקב השפעה בלתי-הוגנת. סייג כזה הוא מקובל בעולם, מועיל וחשוב, שהרי המודיש אינו בפנינו באופן שיוכל לומר: "לא כך ציוויתי", אך ככל מקדה של סייג יש לזכור שאין לעשות את הגדר יתר על העיקר, שכן – הסייג בא לשמור על העיקר ולא להיות בעוכריו (ראה שיקולים ברבר עשיית סייג לחורה כאבות דרכי נתן א, ז, כד"ה: "מכאן אמרו אם סג אדם לדבריו" ו"דרכי יוסי אומר..."), וכן הדברים שנאמרו כבראשית דבה יט, ד).

אם נפרש את הסייג בדרך מורחבת ומוגזמת, עלולה להיות התוצאה, שצוואות שנעשו כזהירות הגדולה ביותר על-ידי המודיש ומבטאות דצונו החפשי והאמיתי, לא תקויימנה כגלל הסייג, כאשר שום עדות לא תועיל להוכיח כי הצוואה תואמת רצונו של המצווה.

כללי פרשנות

ע"פ 884/80

מדינת ישראל נ' גרוסמן

פ"ד לו(1) 405, 412

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ברק, בייסקי, טירקל

המשיב, שהיה בעל תפקיד בכיר בבנק ישראל, והאתראי, בין היתר, להנפקות אגרות התוב הצמודות של המדינה, הואשם במעשה מרמה והפרת אמונים הפוגעים בציבור, עבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. זאת בעקבות רכישת אגרות תוב עבור בני משפחתו מסדרה, שמדיניות הבנק הייתה למכרה לקרנות השתלמות, לתכניות חסכון ולקופות גמל, הגם שהחוק והתקנות, שהתייחסו לאגרות חוב אלה, לא כללו כל הוראה, המגבילה את הנפקתה לרוכשים כאמור, ולפיכך לא ניתן היה למנוע מן הציבור הרחב לרכוש אגרות אלה, אם ביקשו לעשות כן. בכתיב-משפט קמא זוכה המשיב, משום שנגרס, שאין בהתנהגותו משום הפרת אמונים, שכן מבחינה משפטית רשאי היה הציבור הרחב לרכוש גם הוא את האגרות האמורות. מכאן ערעורה ברשות של המדינה.

השופט טירקל: הסכנה, הרובצת לפתחו של בית-המשפט ברזונו בעבירות כאלה, היא, שמא תוך כוונתו לעשות סייגים כרי להרחיק את עובד הציבור מן העבירה יימצא מכניס בתחומה של עבירה התנהגות פגומה מבחינת סררי מינהל תקינים שאינה עולה כדי עבירה. ויש להיזהר, כפי שלמדנו, "שלא תעשה את הגדר יוחר מן העיקר" (בראשית רבה יט, ג).

5. פרשנות תקנה לפי הכוונה ולא לפי הלשון

בג"צ 172/52

פסחוביץ נ' יו"ר מועצת בתים ואח'

פ"ד ו 934, 936-937, 938

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אולשן, אסף, אגרנט

השופט אסף: זוהי תשובה לצר-על-תנאי, בו נדרשו המשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא יימנע המשיב מס' 1 (רוד בן-ארי, יו"ר מועצת בתים), מלהזמין את המשיבים מס' 2 (יעקב בק) ומס' 3 (רב דויטש) לשיבות המועצה המקומית ומלשחפס בדיוגיה ובהצבעותיה.

... ב"כ המבקש טוען, שבהתאם לצו המועצות המקומיות (א), חשי"א, סעיף 42(א)(5), פסול לכהן כחבר המועצה כל אדם "עובר בשכר באותה מועצה".

מטעם זה אין המשיבים מס' 2 ו-3 יכולים לשמש כפקידי המועצה וכחברי המועצה בעת ובעונה אחת. כפילות זו גורמת נזק לעבודתה הסדירה של המועצה ולתושבי בתיים, שהמבקש הוא אחד מהם ואף הופיע ברשימת המועמדים למועצה מטעם הציונים הכלליים. כיון שהם מקבלים שכר, ותלויים בפרנסתם במועצה וביו"ר שלה, אין הם חפשים בדיוניהם ובהצבעותיהם במועצה.

3. באי-כוח המשיבים טענו:

א. השכר שהם מקבלים הוא בבחינת שכר בטלה. כיון שהם מקדישים את כל זמנם למועצה ובטלים על-ידי זה מכל עבודה אחרת, ולא שכר-עבודה או משכורת. אסמכתא לכך גמרא מפורשת בכתובות קה ע"א ושולחן ערוך, חושן משפט, סימן ט: "הנוטל שכר לרזן דינו בטלים", אבל "אם אינו נוטל אלא שכר בטלתו מותר" ודינו דין. המבקש מסתמך בעתירתו על סעיף 42(א)(5), אך בו מדובר על "עובד בשכר", וכיון שהמשיבים אינם "עובדים בשכר", הריהו מסתמך על עובדה שאינה קיימת ואין כאן מקום לעתירה.

4. אין לנו להרחיב את הדיבור על הטענה הראשונה, ואין לנו צורך לשוט בים התלמוד ובספדי הפוסקים והשאלות והתשובות כדי להגדיר בדיוק את המושג של "שכר בטלה", ולקבוע את התנאים ואת המקרים בהם מותר לקבל שכר בטלה אף שאסור לקבל בהם שכר. דיינו אם נציין, שלשני המשיבים אין אומנות אחרת אלא היא, זו שהם עוסקים בה, ואחד מהם גם שימש קודם פקיד באותה מחלקה עצמה שהוא עובד בה כיום ובאותו תפקיד. ואף המועצה בהחלטתה מאשרת "את הצעת ההנהלה לתשלום משכורת לה"ה דויטש ובק". ולא הוציאה את דבריה לבטלה ולשכר בטלה.

8. אגב, כדאי להביא בקשר לענייננו את דעתו של הר"ך (ר' דוד כהן), מחכמי תורכיה הגדולים במאה השש-עשרה, בתשובותיו, בית לב, שבהסכמות ותקנות אנו אומדין "דעת מתקני התקנות, בין להוציא ממשמעות ההסכמה והתקנה מה שנראה לנו, בין להכניס ולהוסיף בכלל התקנה מה שלא פורש בה, והרי הוא כמותנה ועומד שם". ור' מנחם קרוכמל, הרב בניקולשבורג ורב המדינה במורביה, בתשובותיו "צמח צדק", סימן מד, מרחיק ללכת עוד יותר וקובע, שבחקנות יש ללכת אחר כוונת התקנה ולא אחרי לשונה, "והולכין אחר הענין ולא אחר משמעות הדיבור", ובמפתח לאותן תשובות נמסר תכנה של התשובה במלים אלו: "בעניני תקנות הולכים אחר כוונת מתקני התקנה, אפילו להוסיף על לשון התקנה, או להוציא ממשמעות לשון התקנה". מובן, שגם לדעתו אין לעשות זאת אלא במקום שכוונת המתקנים היא ברורה ללא כל ספק.

כללי פרשנות

6. כוונת המתחייב או הנותן לעומת לשונו המפורשת –
"דברים שבלב"

ע"א 130/50

עמל בע"מ נ' שינדלר

פ"ד ר 710, 714–717

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 636.

בקשה (ת"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוונסקי

פ"מ כ 60, 71

הובא בשער זה, עמ' 903.

ת"ע (ת"א) 2818/75

היועץ המשפטי לממשלה נ' הס ואח'

פ"מ תשל"ד(1) 316, 317, 320–322

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

השופט שילה: בפני בקשה לקיום צוואתה של הגב' ריטה שוסטר ז"ל ולפרוש עיקר הוראותיה. הבקשה הוגשה על ידי ב"כ היועמ"ש. נציגם של קרובי המורשה הטוענים כי הם יורשיה ע"פ דין אינו מתנגד לקיום הצוואה, אך חולק הוא על דרך הפירוש המוצעת על ידי ב"כ היועמ"ש. בעוד שב"כ היועמ"ש טוען כי מאחר שמוסדות צדקה המוטבים בצוואה שוכ אינם קיימים יש להקדיש את מה שהיה מגיע להם למוסדות צדקה דומים, טוען פרקליטם של קרובי המורשה כי אותה הוראת צוואה בטלה ויש לחלק את העזבון בין היורשים ע"פ דין.

... 18. מוסד הצוואה אצלנו מושחת על העקרון כי "מצווה לקיים דברי המת" (גיטין יד ע"ב). "מצווה" פירושה הוראת דין מחייבת, ומצוות קיום דברי המח אפילו עוקרת את סדר הירושה הקבוע בתורה ללמרח מה גדולה חשיבותה. התנאי הנדרש מהמצווה על מנת שלמראית עין לפחות ישמר על תלו סדר הירושה על פי דין הוא שינקוט בדרך המתיישבת עם העברה בחיים. כלומר באחר מדרכי הקניין. אולם בצוואות שכיב מרע מותר הדין אפילו על

שער שנים-עשר: פרשנות

דרישה זו. וכל כך למה? כי דברי שכיב מרע נחשבים ככתובים וכמסורים, והאיל ובהול הוא בהכנתו והיכנס לעולם של אמת שוב אינו מקפיד על גינוני דין הבאים בעצם רק להוכיח את כוונתו. במקום גינוני הדין, קרי דרך הקנין הנדרש בכל צוואה באה הכוונה המוכחת מעצם הנסיבות בהן מצוי השכיב מרע.

19. עיניך הרואות: הדין מחייב חדירה לעומק הכוונה ודולה הוא אותה אפילו מתוך דיבור הנושא לכאורה משמעות אחרת.
20. תהליך זה של חשיפת הכוונה והשלטתה לעיתים אפילו בניגוד למשמעות הלכאורית של דברים שבהם הולבשה קרוי "אומדנא המוכחת". לדוגמה:

"הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא" (בבא בתרא קלא ע"ב) כלומר לא זכתה האשה בנכסיו כלל אלא ממונה היא על חלוקתם בין בניו. וכך אומר הרשב"ם שם:

דאומד הדעת הוא דאין אדם מניח את בניו ונותן את הכל לאשתו ולא נתכוון אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיתלקו לה בניו כבוד.
וכן בנדרים ובשבועות:

דואים דכרים שבגללם נשבע או נדר ולומדים מהם לאיזה נתכוון והולכים אתה העניין ולא אתה משמעות הדיבור (רמב"ם, הלכות נדרים, פדק ת, הלכה ח).

21. השימוש באומדנא המוכחת אינו קל ולעיתים קרובות נתלקות הדעות בנדרן כבעיה דומה לזו בפנינו כאן נחלקו חכמים.

גבו מעות לפדיון שבויים ומתו קודם שנפרדו יש אומרים שינתנו ליהודים ויש אומרים שאומדין דעת הגותנים שלא התנדבו על דעת כן (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן דנג, סעיף ז).

22. וראה בשו"ת הרשב"א (הוצאת בני ברק תשי"ט) תלק ג, סימן רצא, שאלה דומה:

שאלת, צבור שהסכימו להקדש מעות ביד גבאי צדקה להסתפק בהם בכל מיני דווחים ויהיו מוקצים בידם למצווה או שאם יפטר לבית עולמו של אחד מכני העם שילווהו שניים מכני הקהל ויפרעו הוצאתם מההקדש ההוא לפי שאין בית קברות בעיר ההיא ואם יהיה מת מצווה שיפרעו תכריכי המת מן ההקדש ההוא ולאחר זמן נודמן ריווח בהקדש ההוא ודאו הקהל עם הגבאים שאין כל ההקדש עם הריווח שנודמן שם צדיק לזה. הודיעני אם יכולים הציבור לעשות מקצת ההקדש למצוה אחרת כגון תלמוד תורה או לקנות ספר תורה או להשיא בת ישראל הצריכה או לאו? תשובה: מצוה לשנות למצוה אחרת (ומדעת) הגבאים וכמו שאמרו בפרק קמא דעירובין ישראל שהתנדב נד או מנורה לבית הכנסת מותר לשנותה מיד.

וכן ראה שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יד:

על אודות צדקות שמתנדבין לצורך בית הכנסת או לצורך בית עולמים יראה לי שבני העיר יכולים לשנותם לצורך תלמוד תורה שהוא עלוי קדושה

כללי פרשנות

ותמורה כדאיחא בפרק ד דמגילה (כה ע"ב) בני עיר שמכרו רחובה של עיר לוקחים בדמיו בית הכנסת, בית הכנסת לוקחין בדמיו תיבה, וכו'.
וכן ראה מהר"ם מרוטנבורג, פסקים, סימן רא':
ואדם שנדר לצדקה אחת אינו יכול ליתנה לצדקה אחרת אבל הגבאי יכול לשנותה כדאיחא בפרק קמא דערכין: ישראל המתנדב מנורה או נר בבית כנסת אסור לשנותה ואמרינן התם לא שנו אלא לדבר רשות אבל לדבר מצוה מותר לשנותה ומדעת הגבאים ומדעת הקהל מותרים לשנותה.

בג"צ 566/76

"אלקר", חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ
נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'

פ"ד לא(2) 197, 205

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 639.

7. יש להתחשב בדברים שבלב בנסיבות מסוימות

ע"א 130/50

עמל בע"מ נ' שינדלר

פ"ד ו 710, 714-717

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 636.

8. בסתירה בין שתי לשונות הולכים אחר לשון שרגילים לכתוב בשטרות

בקשה (ת"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"מ כ 60, 73

הובא בשער זה, עמ' 903.

שער שנים־עשר: פרשנות

9. לשונות סותרות במסמך – איזו לשון עדיפה?

בקשה (ח"א) 288/57

בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי

פ"מ כ 60, 71, 77

הובא בשער זה, עמ' 903.

10. בפרשנות מסמך יש לנקוט בפרשנות מקיימת ולא בפרשנות מבטלת

ע"א 315/79

אלפרוביץ נ' מזרחי ואח'

פ"ד לד(4) 729, 735–737

בכיתחמשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים אלון, בייסקי, כן־עוז

המערער חריב להעביר למשיבים חזקה ובעלות בדירה לרבות מתסן וחניה משוחפים בבית משותף על סמך זכרון דברים שנערך בין הצדדים ועל כך הוא מצרער.

השופט אלון: ועדיין פתוחה ועומדת השאלה לפני איזה תשלום מכין התשלומים השונים התכוונו הצדדים שיערך ההסכם, האם לפני התשלום האחרון, לאחר שלפניו או לפני כל התשלומים. נראה לי שכנגון רא כלל הפרשנות צריך להיות שהמועד המבורר ביותר, בהשוואה למועדים האחרים הבאים כחשבון הוא אשר הצדדים התכוונו אליו: מועד זה הוא הזמן שלפני תחילת התשלומים עבוד מחיר הדירה. סברה זו – נימוקה עמה; שהרי אם זונחים אנו אפשרות זו אין כידינו קנה מידה כלשהו להעדיף את מועד החשלום השני מלפני המועד השלישי, או את השלישי על פני הרביעי. למועד להוסיף ולציין כי כל זה אמור, כמובן, כאשר אין להסיק על כוונה אחרת של הצדדים מתוך החרוזה גופו או מתוך הנסיבות.

8. כלל פרשנות זה מצוי הוא בתשובה מאלפת של רכינו אשר כר' יחיאל, מחכמי ההלכה שבאשכנז וספדר בסופה של המאה השלוש עשרה ותחילת המאה הארבע עשדה. ואלה דבריו (שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן יד):

בנהג לפי הכלל של "יד בעל השטר על התחתונה" וגם השטר מתקיים ואינו בטל? על כך משיב הרא"ש:

ועתה אין לנו לדון הזמן, אלא או פסת של טרף ששת אלפים או פסת הבא ראשון, דפסח אחר (היינו פסח שני, שלישי או כיוצא בזה) לא תוכל לברר איזה מהם תפוס. ופסת אחרון אינך יכול לומר, דאם בן למה נכתב השטר, הלכך אתה צריך לומר – פסת הבא ראשון.

כלומר, אם לא נאמר שהכוונה היא לפסח ראשון, לא תהא בדינו כל אפשרות לברר ולקבוע לפי איזה שהוא קנה מידה את כוונת הצדדים, אם היא לפסח השני, השלישי או הרביעי, ובמקרה זה עדיף לנקוב בתאריך המבורר ביותר מבין כל התאריכים האחרים, והוא הפסח הראשון, בהמשך דבריו מבסס הרא"ש כלל זה על אותו עיקרון שלפיו מתפרש בתלמוד שכל מקום שנאמר: ימים סתם – הכוונה היא לשני ימים, ולא שלושה או יותר:

וכיוצא בזה מצינו בתורת כהנים (זבים, פרשה ה, ה). ... ימים – שנים; יכול ימים הרבה? אמר רבי עקיבא: כל שמשמעו מועט ומשמעו מרובה – תפסת מרובה לא תפסת, תפסת מועט תפסת.

רבי יהודה בן בתירה אומר: שתי מדות – אתת כלה (מסוימת, מוגמרת) ואתת שאינה כלה, מודדין כמרה כלה ואין מודדין במדה שאינה כלה. וכן בנדון זה, פסח הבא ראשון – הוא מדה כלה, ואם באת לתפוס פסח אחר – הוא מדה שאינה כלה.

ועוד קאמר התם (תורת כהנים, שם): ואמר רבי נתמיה, וכי מה בא הכתוב, לנעול או לפתוח? לא בא אלא לפתוח. אם אתה אומר ימים עשרה – או אינו אלא מאה, או מאתים או (אלא) אלף, או (אלא) רבוא? הרי נעלת! וכשאתה אומר ימים שנים – פתחת. וכן יש ללמוד בנדון זה.

וכן נפסק בשולחן ערוך, תושן משפט, סימן מב, סעיף ט:

לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, אלא בכל כי הני גוויני דלעיל שאין השטר בטל לגמדי, אבל כדבר שהשטר בטל בו – לא. כגון, שכתוב בשטר: פלוני נתחייב לפלוני מנה לפרעו בפסח, צריך לפרעו בפסח הבא ראשון, ואינו יכול לומר לא אפרענו אלא לפסח שאחר כמה שנים. וכן כל כיוצא בזה.

(על פרשנות מסמכים במשפט העברי ראה עוד מנחם אלון, המשפט העברי, כ, עמ' 350 ואילך).

מהלך שנים רבות, אנו מודעים לבעיות שונות, ויש לנו
הרגשה שיש להן פתרון. אנו רוצים להעביר את המסר
הזה לציבור, ולתת להם מידע על מה שיש להם לעשות.

אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת להם
מידע על מה שיש להם לעשות. אנו רוצים להעביר את
המסר הזה לציבור, ולתת להם מידע על מה שיש להם
לעשות.

אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת להם
מידע על מה שיש להם לעשות. אנו רוצים להעביר את
המסר הזה לציבור, ולתת להם מידע על מה שיש להם
לעשות. אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת
להם מידע על מה שיש להם לעשות.

אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת להם
מידע על מה שיש להם לעשות. אנו רוצים להעביר את
המסר הזה לציבור, ולתת להם מידע על מה שיש להם
לעשות. אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת
להם מידע על מה שיש להם לעשות.

אנו רוצים להעביר את המסר הזה לציבור, ולתת להם
מידע על מה שיש להם לעשות. אנו רוצים להעביר את
המסר הזה לציבור, ולתת להם מידע על מה שיש להם
לעשות.

משרד הבריאות, מנהל המניעה

91-76 11-09 C 09

משרד הבריאות, מנהל המניעה

288/57 (א.ת.) משרד

משרד הבריאות, מנהל המניעה

משרד הבריאות, מנהל המניעה

משרד הבריאות

חאריכים וכו', אם כי קיימים לפעמים חילוקי דעות בין הפוסקים בדבר כירור טעויות סופר, המחלוקת היא בעיקר במידת ההוכחה הדרושה לגבי טעות סופר כלומר אם חשוב שדבר יהיה מוכח מתוכו של השטר שהיחה טעות סופר כך שיהיה מקום לאומדנא מוכחת מתוך נוסח השטר עצמו שיש כאן טעות סופר או אם אפשר לברר את הרבר על פי עדים אם במסמך עצמו אין וראים שישנה טעות.

כדוגמא אפשר להביא את התשובה של הרשד"ם (ר' שמואל דמרינא), בחלק חושן משפט, סימן סו, שתמציחה הובאה ב"כנסת הגדולה" לטור, חושן משפט, סימן מב (הגהות הטור, אות לג) שם היה כתוב בשטר "סך ארבעים וחמשה לבנים" ונטען כי היחה טעות סופר והסופר דילג על המלה אלפים וכי היה צריך להיות ארבעים וחמשה אלפים לבנים והרשד"ם חווה דעתו שאין לקבל כאן את הטענה של טעות סופר שלא היחה לה הוכחה בנוסח השטר ועל כך נמצאת ב"כנסת הגדולה" גם דעה אחרת שלא כדעה שהובעה על ידי הרשד"ם (ראה גם תשובת הרשד"ם, חלק חושן משפט, סימן סו).

מקרה אחר: לפני הרא"ש היחה שאלה של טעות בשם התייב. שטר יצא על שם "שמעון ורחל אשתו" ואחר כך כשמעון ולאה אשתו בחיים התברר על ידי עדי השטר ששם אשת שמעון הוא לאה והיא היחה בזמן ההלואה וקבלה קנין ומכירים שהיא לאה אלא הסופר טעה וכחב שמה רחל במקום לאה; הרא"ש חווה דעתו שהשטר הוא כשר ורשאים העדים לכתוב שטר אחר ולכתוב את השם הנכון (והשטר לא היה תחום על ידי התייב אלא על ידי עדים). ובכן במקרה זה שהיה ברור שהתייבת לפי השטר היא אשתו של שמעון, נחקבלה עדות עדי השטר על טעות הסופר אם כי מתוך השטר עצמו לא היה מוכח שהיחה טעות סופר.

בתשובות הרמ"א, סימן מת, נאמר, בעקבות פסקי מהרא"י, סימן רה, "דהיכא דמוכח מתוכו אמרינן היה טעות סופר להכשירו... אבל במקום דליכא הוכחה, כמו במקרה דנן לא תלינן בטעותא...".

יש לציין כי בתשובה זאת חולק הרמ"א על דעתו של רבי יוסף קארו ובעל שולחן ערוך בשאלה אם יש מקום לאומדנא של טעות סופר בצוואה (בקשר לחשובה זאת ראה דברי ר' יוסף קארו בסוף, שהובאה בתשובות הרמ"א, בסימן מז, וכן דברי מהר"ם מפדוואה בסוף סימן מת, וכן תשובת מהר"ם תגיז, בספרו שחי הלחם, סימן א).

כן כדאי לציין דבר שיש לו חשיבות כאן וזהו תשובת הרשב"א, שהובאה בבית יוסף לסימן מב, סעיף י, בטור חושן משפט, ובבאר היטב לחושן משפט, סימן מב, סעיף קטן טז, שם היחה אי בהירות הלשון בשטר שהיה ניתן לשני פירושים והרשב"א דקדק כלשון השטר ובהגיונו ומצא סעד ברברי אחד מעדי השטר, ואם כי במשפט עברי אין סימכים על עדות של עד אחד מצא שכתור "סניף" מותר להסתיע.

אשר לשטר שמתוך דקדוק מנוסת השטר בלבד הגיעו לא רק שיש טעות

כללי פרשנות

סופר אלא מהי הטעות אפשר להביא תשובות הרב שמואל בן יצחק ככרך ב"חוט השני" של בנו הרב משה שמשון ככרך, בסימן לט. ואצטט מדבריו גם בנידון דידן: "כיון שדברי השטר סותרין זה לזה ע"כ צ"ל שהיתה שם טעות סופר... מחמת שאנו רואים שדברי השטר סותרין זה את זה אנו מוכרחים לומר שטעו אף על גב דלא טעו אינשי בהכי, וכן בנידון אנו מוכרחים לומר שיש טעות הקולמוס" ובהמשך התשובה נאמר: "אבל האמת הברור הוא שיש כאן טעות הקולמוס ואף על גב דלא אשכחן בשום מקום טעות כזה מ"מ אנו מוכרחים לומר כן מאחר שלשון השטר סותר זה לזה ועורר דהא טעות סופר שכיח הוא..."

מכאן נעבור לשטר הצוואה במקרה דנא. ברור שישנה סתירה בתוך אותה פיסקה. הלא במלים "500,000 ל"י (חמש מאות אלף) פרנקים צרפתיים" קיימת סתירה מיניה וביה. אלא ב"כ המבקשת רוצה לישיבה על ידי הצבת סימני פיסוק שאינם כתובים ושגם אחרי הצבחה תהיה לשון הפיסקה לשון עלגים; ובכן גם היא חולה את הנוסח בטעות סופר אם כי בטעות אחרת היינו החסרת סימני פיסוק או החסרת האות "ב" אלא אינו אומר זאת במפורש ואינו מכנה זאת טעות סופר ואילו ב"כ המבצעים חולים בטעות סופר על ידי זה שכתבנית בהדפיסה את הצוואה הוסיפה על ידי טעות את האותיות "ל"י" שלא היה להוסיפן. יש לציין כי לפי המשפט העברי קיימא לן כי במסמכים כגון שטרות וצוואות הולכים דוקא אחרי "לשון שרגילים לכתוב בשטרות" (ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מב, סעיף טו, לפי כבא מציעא קד ע"א).

12. הכלל "דבר הלמד מעניינו ודבר הלמד מסופו"

בג"צ 442/77

קטן ואח' נ' עירית חולון ואח'

פ"ד לב(1) 494, 497-498

הובא בשער זה, עמ' 893.

שער שנים-עשר: פרשנות

13. פרטים שיצאו מן הכלל – לא ללמד על עצמם יצאו אלא ללמד על הכלל כולו

ע"פ 54/81

דו"ח ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה (2) 821, 833

הובא בשער זה, עמ' 914.

14. מכלל "לאו" – האם אתה שומע "הן"?

ע"א 422/78

סלמון נ' תאגיד לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים

פ"ד לג (2) 701, 702, 704

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, י' כהן, אלון

השופט ח' כהן: המערער "נפגע" כמשמעות מונח זה בסעיף 1 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: החוק) – אלא התאונה שבה נפגע "תאונה עצמית" הייתה, ושום רכב אחר לא היה מעורב בה; וכיום התאונה לא היה לו למערער ביטוח כדרוש לפי סעיף 18(4) לחוק (המתקן את סעיף 3 לפקודת ביטוח רכב מנועי (סיכוני צד שלישי) (נוסח משולב), תשל"ל-1970; להלן: פקודת הביטוח). הוא עתר בבית-המשפט המחוזי להצהרה שהמשיבה, היא הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים שהוקמה לפי סעיף 10 לחוק, חייבת לפצותו על נזקו; ומשנדחתה תביעתו, מביא הוא ערעור זה לפנינו. אומר מיד שזכה המערער בעורך-דין מעולה שטענותיו שנוגות ובהירות היו ונקיות וערוכות יפה, והפקנו מהן הנאה ותועלת.

... המערער תומך יתדותיו בהוראות סעיף 7(א) לחוק המוציא נפגעים מסויימים מכלל הזכאים לפיצויים לפי החוק; ומאחר ואין המערער נמנה על אחד הסוגים היוצאים מן הכלל הנמנים שם, סימן הוא וראיה שאין הוא יוצא מכלל הזכאים לפיצויים לפי החוק. לשון אחר: כל "נפגע" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק – והמערער בכלל זה – זכאי לכאורה לפיצויים; בא סעיף 7(א) ומונה את סוגי הנפגעים שאינם זכאים לפיצויים; ומכלל לאו אתה שומע הן, שכל מי

כללי פרשנות

שאינו יוצא מכלל הזכאים, מצוי ונשאר ככללם. ולטענת המערער יש דברים כגו, שמרשימת היוצאים מן הכלל חסר מי שלא מילא חובת הכיטוח המוטלת עליו – להראותך חכמתו ותכונתו של המחוקק שחוסר כיטוח כשלעצמו אינו נחשב כעניין עילה מספקת לשלילת הזכות לפיצויים לפי החוק, וכבר אמרה השופטת המלומדת על טענה זו כי "מושכת" היא – אך, כמותה כמוני, אין כירי לקבלה.

(מקובלנו שרכי מאיר לא היה גורס, מכלל לאו אתה שומע הן (נדרים יא ע"א; יג ע"כ; סוטה יז ע"א; שבועות לו ע"א) – לא שאמר כלשון מפורשת שאין הוא גודס כך, אלא שהכינו חכמים דבר מתוך דבר: רכי מאיר הוא שהורה שכל תנאי שאינו כתנאי בני גר ובני ראובן, אינו תנאי (קידושין סא ע"א), לאמור שכרצותך להתנות תנאי, עליך להחנות כמפורש גם את החיוב וגם את השלילה שבו, כמו שהתנה משה רכנו ובני גר ובני ראובן, גם כלשון "אם יעברו" (במדבר לב, כט) וגם כלשון "ואם לא יעברו" (שם, ל) – וכך גילה רכי מאיר דעתו שאין ללמוד את השלילה מכלל החיוב או את החיוב מכלל השלילה, ויש לחפש את ההן לא מכלל הלאו אלא מלשון מפורשת. משל למי הדבר דומה, למחוקק שלנו, שבחוק הנדון אף הוא כנראה לא גרס מכלל לאו אתה שומע הן, אלא אמר כל אשר טעון אמירה כלשון מפורשת דווקא).

15. כל מלה בעברית במסמך יש לייחס לה את מובנה המסורתי הנכון

ח"א (ת"א) 276/46

גרשט נ' וילדנברג

המשפט חש"ט 15-16

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב

השופט זילברג: לפנינו בקשה לאישור פסק-דין של כוררים. הצהרה כשכועה נתלוותה לבקשה זו, ומיד נתעוררו – על ידי ב"כ המשיב – תלי תלים של טענות כלפני כשרותה. זו היא מנת חלקה של כל הצהרה כשכועה, וכך נגזר עליו, על יצור משפטי זה, שיהא נמדד ונשקל ונבחן ונבדק לאור כל התקדימים שדבקו בו כמרוצת הדורות. אבן הגיע הזמן שהמחוקק הישראלי יתן את דעתו על שאלת התקדימים ככלל, ותקדימים מסוג זה כפרט, אבל כל עוד לא נעשה דבר, הרי כתייהמשפט – אנוסים על פי הדיבור של החלטות קודמיהם – מחוייבים לדוש שוב ושוב כטענות טפלות ותפלות אלו, ועל ידי כך לכבוע עוד יותר את הדרך שכבר נכבשה על ידי הפוסקים הראשונים.

כללי פרשנות

ואולם לא רק הפרוש האתימולוגי של המלה שבועה, אלא אף החוכן היורדי של המונח שבועה הוא: שבועה באלהים. השבועה התלמודית היא תמיד בשם האל, והמתלוקת היא רק אם בשם המיוחד דוקא, או גם בכנוי, כלומר: באחד מכנויי האל, כמו חנון, רחום וכדומה (עיי'ן שבועות לח ע"ב). הדין הוא: או בשם או בכנוי (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פז, סעיף טו) וכן כתב הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק יא, הלכות ח-ט, וזה לשונו: "ושבועת הדיינין, בין שהיתה של תורה או של דברי סופרים, בין על טענת ודאי בין על טענת ספק, כך היא: הנשבע אוהז ספר תורה בזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכנוי, בשבועה או באלה, מפיו או מפי הדיינין. כיצד מפיו? כגון שיאמר: הריני נשבע כד' אלהי ישראל או במי ששמו חנון או במי ששמו רחום, שאיני חייב לזה כלום... וכו'".

על סמך כל זה הריני קובע, כי גם בהצהרה דגן, המלה "נשבע" המצויה בה, הן כגוף ההצהרה והן בפרשת ההשבעה, פרושה הוא: נשבע באלהים, ולכן אני דוחה את הטענה הנ"ל.

פרק שני
פירוש מונחים, ביטויים ומלים

1. אבק

ע"א 534/79

אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו

פ"ד לה(4) 729, 731, 733–734

כביח'המשפט העליון בשבתו כביח'משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן) והשופטים אלון, כייסקי

הערעור נסב על השאלה, אם המונח "יהלומים" בסעיף 33 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו–1975, כולל אף "אבקת יהלומים".

השופט אלון: 1. השאלה האחת והיחידה, המתעוררת בעניין שבפנינו, עניין שבפרשנות היא: האם המונח "יהלומים ואבנים יקרות", המצוי בסעיף 33 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו–1975, כולל אף "אבקת יהלומים"? והנפקא מינה להלכה ולמעשה לעניין פטור ממס ערך מוסף.

... וכך עולה הדבר מתוך עיון בספרות המילונים, שם מוגדר המונח יהלום כ"אבן יקרה, ואין בו זכר לאבקת יהלומים (ראה מילון אבן-שושן, ערך "יהלום")". לעומת זאת המונח "אבקת יהלומים" פירושו אבקה של יהלומים, והמלה אבקה משמעותה "חמרים שנשחקו לגרגרים זעירים עד היותם כעין אבק דק" (שם, ערך "אבקה"), על-פי האמור בשיר השירים ג, ו "אבקת רוכל". והערה לשונית, מעניין לעניין באותו עניין: אבקה של יהלום, ולא אבק יהלום; שהרי המלה אבק אחת ממשמעויותיה היא, אמנם, כמשמעות האמורה של המלה אבקה, אך משמעות נוספת לה, והיא – "מעט, משהו, מקצת, מעין" (ראה מילון אבן-שושן, ערך "אבק"). כך הוא – דרך משל – "אבק רבית", שפירושו מעין רבית, היינו, כאשר אין זו ריבית ממש אך אסורה היא משום "מעין רבית"; וכן מרגלא כפומא דאינשי: "אבק לשון הרע" שפירושו קצת רכילות, מעין לשון הרע: "לא יסיה אדם אפילו בטובתו של חברו, מפני אבק לשון הרע" (תוספתא עבודה זרה א, יד, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 461).

וזאת משום "שמתוך טובתו בא לידי רעתו" (ערכין טז ע"א), "שכשהוא מספר בטובתו יותר מדאי, הוא עצמו אומר: חוץ ממדה רעה זו שבו, או אחרים שומעין שזה משבחיו ואומרים: הלא מדת כך וכך בידו" (רש"י, ערכין טז ע"א). ומאלה התפתחו בספרות העברית ביטויים כגון "אבק אמת" כמוכח של מקצת אמת, "אבק הנאה", היינו הנאה פורתא, ו"אבק גאווה", במשמעות של מעט גאוותנות (ראה מילון אבן-שושן, שם). ואילו היה מדובר ב"אבק יהלום" במשמעות האמורה, הרי היה זה מעין יהלום, מקצת יהלום, והיה כלול במונח יהלום. אך כאן המדובר באבקה, היינו, בגרגרים שחוקים זעירים כעין אבק דק, ואבקה זו אינה כלולה במשמעות הרגילה והמקובלת של המונח יהלום. ולא הבאתי דברים אלה אלא כדי לשכר את האוון וכ"אבק ראייה", לאחר שכבר עלה בידנו, מתוך עיון במטרת החוק והשוואתו לחיקוקים אחרים, שהמונח יהלומים שבסעיף 33 אינו כולל אבקת יהלומים...

6. מתחילת דבריי ציינתי לנימוקו של השופט המלומד, שיש לפרש את המונח יהלומים לפי המשמעות, הניתנת לו בלשון בני אדם, ובמיוחד בין אותו ציבור העוסק בכך. הנחה זו היא ללא ספק נכונה, היינו, שהחוק יש לפרשו בלשון בני אדם, וכאשר מונח מסוים קשור לתחום עיסוק מסוים, לשון בני אדם פירושו אותם בני אדם העוסקים בעיסוק זה. וכך מצאנו במשפט העברי, אשר לפיו כלל גדול בפרשנות מונחים המופיעים במסמכים ובתקנות הוא, כי יש לפרשם לפי לשון בני אדם – "שבאותו מקום ובאותה לשון ובאותו זמן" (שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קנא; שו"ת הריטב"א, סימן קסז, ועוד – על-פי היקש לפרשנות נדרים; ראה רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ט, הלכות א, יג. וביחר פירוט – מ' אלך, המשפט העברי (י"ל מאגנס, מהדורה 2, תשל"ח) 361 ואילך, 387 ואילך). דא עקא, חוששני, שבמקרה זה לא ניתן להסתמך על לשון בני אדם מתוך ידיעתו של בית-המשפט וללא הבאת ראיות על כך. השופט המלומד מציין בפסק-דינו, כי "מן הראוי היה כי יובאו ראיות לענין זה, אך בכ"כ הצדדים הסתפקו באמירות בעלמא". מאחר שכך, ומאחר שמדובר בלשון בני אדם, המקובל ונהוג בחוג מסוים העוסק בכך, ספק גדול בעיניי, אם יכול השופט להגיע למסקנה בדבר המשמעות המקובלת בין סוחרים יהלומים מתוך השערתו כלבד, בלי לשמוע על כך מפיהם של אלה שעיסוקם בכך (וראה: ע"א 138/78, בעמ' 500–501, שם נחפרש המונח "עייכוד של טובין" המופיע בתקנות על-פי "פירוש המוכתב על ידי השכל הישר"; אך אין זו פרשנות של נושא מקצועי מוגדר).

ע"א 102/80

פרוכטנבוים ואח' נ' מגן דוד אדום בישראל ואח'

פ"ד לר(4) 739, 746

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ברק, לין, שילה

צוואתו המפורטת של אחי המערערות הכילה, בין היתר, הוראה, כי ככוונתו להגחיל את כל רכושו הקיים והעתיד, אך לא קבעה יורש לנכסי דלא-ניירי, שלא צוינו בה במפורש. בצוואתו הוריש המנוח למשיב ז' מחצית בית, אשר את המחצית השנייה רכש לאחר עריכת הצוואה. הערער נסב על השאלה אם מהווה המחצית השנייה של הבית חלק מהמנה שציווה המנוח למשיב ז', או שמחמת העדר הוראה מפורשת בצוואה הממייחסת לנכס זה, וזכות בו המערערות-היורשות על-פי דין.

השופט שילה: מותר אולי להניח, כי כאשר השתמש המחוקק בשורש "אמד" לציון התהליך של קביעת הכוונה, מושפע היה מהוראות שורש זה במקורות המשפט העברי. השורש "אמד" כשלעצמו, כשמשמש הוא להרכבת פועל, בא לציינ את תהליך המדידה והשקילה של הנתונים הרלוואנטיים לפתרון בעיה פלונית. בין שהתוצאה היא בגדר הערכה והשערה, הקרובה עד כמה שאפשר לתוצאה מדויקת כגון אמידת שיעור זמן או מרתק, בין שהתוצאה היא התלטות וחד-משמעית כגון לאמוד דעתו של אדם שפירושו אינו אלא לעמוד על דעתו, לברר מהי ולא לשער מתי בקירוב – השורש "אמד", כשבא הוא כשם עצם "אומד", מראה על השערה בלבד להבדיל ממידע מדויק. כגון – "שמא תאמרו מאומד ומשמועה" (משנה סנהדרין ד, ה), ו"אל תרבה לעשר אומדות" (משנה אבות א, ט).

מאידך גיסא, המלה "אומדנא", הנגזרת אף היא משורש "אמד", משמשת כמונח משפטי לציון תוצאה תד-משמעית של בירור דעתו – דהיינו כוונתו – של אדם, כשכוונה זו מהווה חלק מפעולה משפטית. ומבדילים בין "אומדנא בגילוי דעת" לבין "אומדנא מוכתת". נביא את הגדרת הדברים מתוך אנציקלופדיה תלמודית, כך א (מהדורה ראשונה), עמ' קלז:

אומדנא בגילוי דעת: היינו דברים שכוונת העושה אינה ניכרת כל-כך מהם בעצמם, אלא בצירוף גילוי דעת בשעת המעשה, אבל כשיש אותו גילוי דעת מתבררת כוונתו גם מתכונת הדברים עצמם.

... כגון מי שמכר כל קרקעותיו ואמר בשעת מכירה שמפני שדעתו לעלות לארץ ישראל הוא מוכרם ואח"כ נאנס ולא עלה המכר בטל שכיוון שגילה דעתו שלשם כך הוא מוכר, אנו אומדים את כוונתו שדווקא על-מנח שיוכל לעלות מכר. שגם המעשה מוכיח על מחשבתו שאם לא יעלה לא יתקיים המכר שאין דרך בני-אדם למכור כל קרקעותיהם...

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

אומדנא מוכחת: היינו דברים שמצד עצמם ניכר שאדם עשה אותם ככוונה מסוימת ואין צורך בגילוי דעת מיוחד שעל-מנת כן הוא עושה אותם...
כגון: מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, אומדנא מוכחת היא שאילו היה יודע שכנו קיים לא היה נותן כל נכסיו לאחרים...

3. אורווה

ע"פ 429/53

אג'ואני נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל

פ"ד ח 271, 272, 273-274

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני השופטים זילברג, גויטיין, כרגוזן

השופט גויטיין: המערער הואשם בכך, שביום 20.3.53 פרץ ונכנס לתוך דיר וגנב משם שמונה כבשים, וכתוצאה מכך, הורשע לפי סעיף 297(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936.

השופט המלומד דלמטה כינה בפסק-דינו את האשמה עליה נידון המערער כ"פריצה לדיר".

הנאשם ערער על פסק-הדין הנ"ל וטען לפנינו כי הנו חף מפשע, ובהתאם לכך ביקש את ביטול פסק-הדין האמור של בית-המשפט המחוזי.

מד גורני, אשר הופיע בשם היועץ המשפטי, הפנה את תשומת לבנו – ייאמר הדבר לשבחה – לעובדה, כי בסעיף 297 של פקודת החוק הפלילי אין המלה "דיר" נזכרת. אמנם, נכון הדבר שכנוסח העברי – המלה "אסם" (barn) תורגמה בטעות ל"דיר", אולם במקור האנגלי אין זכר ל"דיר".

הואיל וכך, עומדת לפנינו השאלה: הצדק בית-המשפט דלמטה בהרשיעו את המערער על-פי סעיף 297(א).

סעיף 297(א) במקורו האנגלי אומר:

297. Any person who: —

(a) breaks and enters a school-house, shop, warehouse, store, office, counting-house, stable, cow-house, or barn or building which is adjacent to a dwelling house and occupied with it ... and commits theft ... therein ... is guilty of a felony...

אין אנו יודעים מה היתה עלולה להיות החלטת בית-המשפט המחוזי, אילו

שער שנים-עשר: פרשנות

היה בא-כוח היועץ המשפטי, או הנאשם עצמו, מפנים אחת תשומת-לבו של השופט דלמטה לעובדה כי "דיר" אינו נזכר בסעיף הנ"ל. יתכן הדבר, שהשופט המלומד, היה קובע, כי המקום אשר מתוכו נגנבו הכבשים הוא "אורווה", או בנין הסמוך לכית-דירה והתפוס יחד אתה. אך הואיל והשופט המלומד לא דן כלל וכלל בשאלה זו, שומה עלינו לבדוק מחדש באם עוברות המקרה מגלות אשמה בהתאם לסעיף האמוד... הבה ונברוק, איפוא, את המונח "אורווה" הנמצא בסעיף הנ"ל, כדי לראות אם הוא מספיק כדי לחאר מקום אשר בו מוחזקים כבשים. המושג "אורווה" בשפה העברית, כולל, ללא ספק, גם מקום להחזקת כבשים, וכך אנו מוצאים כתוב ב"דברי-הימים" ב לב, בפסוקים כז, כח: "ויהי ליחזקיהו עושר וכבוד הדבה מאד ואוצרות עשה לו... ומסכנות לחבואת דגן... ואורוות לכל בהמה ובהמה..."

4. אורח חיים דתי

ע"פ 54/81

רוזן ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה' (2) 821, 833-834

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים פליליים לפני השופטים שמגר, כן-פורת, אלון

המעוררות הורשעו בבית המשפט המחוזי במסירת ידיעה כוזבת בפרט חשוב ככוונה להשתמש משירות ביטחון, לפי סעיף 35(ב) (1) לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשי"ט-1959, בעקבות הצהרתן, כי טעמים שבהכרה דחית מונעים אותן מלשרת בשירות בטחון. מעקב אחריהן גילה, כי עסקו בעבודת כנייה בביתן ביום השבת. בית-המשפט העליון נזקק לשאלה, אם מעשי המערערות אכן מלמדים על העדר הכרה דחית, ואם הכרה דחית, המונעת מלשרת שירות בטחון, אינה עניין שבאמונה סובייקטיבית, שאין לה ולעניין חילול השבת ולא כלום (פרט לאי הנסיעה בשבת, האסורה מכוח הוראה מפורשת בסעיף 3א(3) לחוק).

השופט אלון: ומכאן בא אני לרון בטענתו השנייה של בא-כוח המערערות, הלוא היא, כי במעשיהן של אלה לא היה משום חילול שבת לפי ההלכה הפסוקה המקובלת בידינו. כדי לשכנענו, שאמנם כך הוא, הפליג מר שפירא למצולות ים החלמוד, הביא לפנינו מדבריהם של פוסקים וגדולי עולם, ראשונים ואחרונים, לא אחזור כאן על כל הסברות והחידושים שבפיו של בא-כוח המלומד של המערערות, אך אצביע על כמה מעיקרי דבריו כדי להבהיר, לקראת מה ולאן מבקש הוא להוביל אותנו. אומר מר שפירא, שבדיוע הלכות

שבת הרי הן כהררים התלויים כשערה, ושאף מי שכפי ורגיל כהן, לא יבוא עד חכליתן ועלול הוא להיכשל כחילול שבת; וקל וחומר שכך הוא לעניין המערערות שלפנינו, שלא שנו כל צורכן, ואין לדרוש מהן ידיעה מופלגת כזו, מה אסור ומה מותר כריני שבת. ומוסיף וטוען הוא, כי חפירת הגומות על-ידי המערערות כאתים שכדיהן אין בה משום איסור דאורייתא, שהרי התול עפר חרות הוא; לשם כך מצטט הוא דברים מפורשים, המצויים בספר של אחד מגדולי האחרונים, הוא ה"אגלי טל" לרבי מסוכאטשוב (חלק ראשון, מלאכת חורש, סעיף ג). ואם רק איסור דרבנן יש כאן – וכי נבוא ונרוש ונקפיד על קיום כל איסורי דרבנן כדי להוכיח קיום אורח חיים דתי? זאת ועוד. חילול שבת כפרהסיה לא היה כאן, שהרי אם אמנם נעשו הדברים כריש גלי וכצהרי היום כאחד מרחובותיה של פתח-חקווה, הרי לא הוכח, שהרבר נעשה בפני עשרה מישראל, כנדרש לעניין פרהסיה. ולא נתקרה דעתו של מר שפירא, עד שביקש לאלפנו, שלעניין העברת המרצפות לתוך הכית פנימה אין כאן הוצאה מרשות לרשות, שהרי רשות הרכים אינה נחשבת כזו, אלא אם מצויים באותו מקום שישים יבוא בני אדם (חוספות שבת ו ע"כ, ד"ה כאן כזמן; שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שמה, סעיף ז), וכידוע אין הדבר כך כרחובות פתח-חקווה, ומכל שכן לא ברחוב צרדי כאותו רחוב, בו עברו המערערות, ועל כולנה – מאחר שהמערערות העכירו את המרצפות כשרשרת מידן ליד אחיותיהן, ומידן של אלה לידו של אביהן, הרי זה בבחינת "שנים שעשאוה", שכידוע הרין הוא שפטור (משנה שבת י, ה; שבת צב ע"ב; רמב"ם, הלכות שבת, פרק א, הלכות טו–טז). ואם אמנם הכלל הוא שפטור אבל אסור (שבת ג ע"א; שם קז ע"א) – הרי שוב אין כאן אלא איסור דרבנן, ומה לנו לדרוש כזאת מעם המערערות דנן.

רא עקא, שמרוב חרפותו וביקאותו של בא-כוחן המלומד של המערערות בא הוא לכלל טעות בפירושו של החוק ודנן, מתוך שלא עמד כראוי על דברי המחוקק, כוונתו ומטרתו. כאשר מדובר בחוק על הכרה דתית, המונעת בת מלשרת שירות ביטחון, כוונת הדברים היא להכרה דתית, שיש עמה אורח חיים דתי כמקובל וכנהוג אצל מי שנמנה עם ציבור שומרי תורה ומצוות, המכלכל אורחותיו על-פי ההלכה שבשולחן ערוך, ובת, המצהירה כי טעמים של הכרה דתית מונעים הימנה מלשרת שירות ביטחון, מצהירה מתוך כך, כי נמנית היא עם ציבור זה, וכי אורח חייה מכוסס על שמירת תורה ומצוות, ומתוך כך מנועה היא מלשרת שירות ביטחון. מובן מאליו, כי לא ניתן להגדיר מראש – לא בהגדרה משפטית ואף לא בהגדרה שאינה משפטית – מהו אורח החיים המקובל והנהוג אצל ציבור שומרי תורה ומצוות, שהרי יש המדקדקים ככל פרט ותג, ויש שאינם מדקדקים כולי האי; אך ניתן גם ניתן לקבוע, לעניין מקרה קונקרטי זה או אחר, אם חורג הוא בצורה ברורה מהנהוג והמקובל. ההמקרה שלפנינו יוכיח. אין להעלות על הדעת, כי מי שמקיים אורח חיים דתי, כמקובל וכנהוג על ציבור שומרי תורה ומצוות, גם אם אין הוא נמנה עם המדקדקים בקלה כבחמורה, שיעסוק בעיצומו של יום השבת בבניית דירחו,

כשהוא לבוש בגדי עבודה, חופר בכלי עבודה וממלא דליים בחול, מעלה מצד לצד דליים אלה במתקן מיוחד כמקובל אצל בונים ובנאים, מכניס ומוציא מרצפות לצורכי ריצוף הדירה וכיוצא במלאכות אלה, בהן עסקו המערערות דנן. ביצוע עבודות אלה וכיוצא בהן מהווה ניגוד בולט ו"משוע" לשמירת שבת אלמנטרית ומינימאלית, ואין כל נפקא מינה, אם ממוינות הן כמלאכות דאורייתא או דרבנן, ואם יש בכך משום חילול שבת בפרהסייה או שלא בפרהסייה פורמאלי-הלכתי של מושג זה. ושאכן זוהי כוונת המחוקק נלמד מאיסור הנסיעה בשבת, שהמחוקק בחר בו כאב-דוגמא לשמירת שבת. דומה שאיסור זה, במיוחד למי שאינו נוהג בעצמו ברכב, אינו ממוין כאחד מאיסורי מלאכה שהן מדאורייתא, אך ממוין גם ממוין הוא כחילול שבת בניגוד למקובל ולנהוג באורח חיים דתי של ציבור שומרי תורה ומצוות. אמור מעתה, לא במיון הלכתי-פורמאלי עניינו של המחוקק, אלא במציאות של אורח חיים המקובל והנהוג אצל אותו ציבור, שלגביו מצהירה המצהירה, שנמנית היא עמו.

5. אחר

בג"צ 170/54

היועץ המשפטי לממשלה נ' בך, שופט שלום, חיפה

פ"ד ט 1056, 1057, 1060, 1061

בבית-המשפט העליון כשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (חשין), והשופטים לנדוי, ויחקון

מ"מ הנשיא (חשין): הציר עליו סובבים דיונים אלה אשר לפנינו הוא: סמכותו של שר-המשפטים למנות שופט-שלום לפעול כחוקר-סיבות-מוות ("קורונר" בלע"ז).

2. סעיף 2 לפקודת חוקר-סיבות-מוות (חוקי א"י, פרק כו), כפי שתוקן על-ידי הפקודה מס' 49 לשנת 1946 (תוס"א מס' 1517, מיום 16.8.46), קובע, כי: הנציב העליון רשאי למנות מזמן לזמן אדם אחד או יותר להיות חוקר-סיבות-מוות לכל מחוז.

בחוקן סמכותו זו מינה שר-המשפטים – אשר בא תחת הנציב העליון לצורך פקודת חוקר-סיבות-מוות – "כל שופט-שלום, כל שופט-בשכר ... וכן כל קצין משטרה גבוה ... להיות חוקר-סיבות-מוות, במחוז שבו הוא מכהן". הורעה על מינוי זה בתתימת-יד שר-המשפטים פורסמה בילקוט הפרסומים מס' 299, מיום 2.7.53...

כאן באה טענתו העיקרית והמכרעת של בא כוח המבקש, היינו סעיף 19 לחוק השופטים אשר שימש יסוד להחלטת המשיב, אינו חל כלל על המקרה דיון, וכי לפיכך אין לומר שהמינוי לא היה מינוי לכתחילה. סעיף 19 קובע כי "19. שופט לא יהיה חבר בכנסת או במועצה של רשות מקומית. אולם רשאי הוא, בהסכמתו ובהסכמת שר המשפטים למלא באורח זמני תפקיד אחר מטעם המדינה, או למלא תפקיד ציבורי אחר, אם לדעתם ולדעת נשיא בית המשפט העליון אין הרבר פוגע במעמדו כשופט".

סעיף זה כולל שני חלקים (א) איסור מוחלט על שופט להיות חבר בכנסת או במועצה של רשות מקומית (ב) רשות "למלא באורח זמני תפקיד אחר מטעם המדינה..."

השאלה האחת והחשובה כאן היא: מה משמעות המלה אחר בקטע שהובא לעיל? ומה היא באה ללמדנו?

10. משמעותה הראשונית והפשוטה של המלה "אחר" היא: זולתי הנושא שמדובר בו; לא זה שהכירוהו קודם לכן, כי אם משהו – או משהו – שונה, אחד. לפיכך מטיב הדברים, שתחילה ידברו על משהו, או על משהו – או שיהיה ברור שאלה הם נושאי הדיבור – ואז יהא מובן ממילא כי המלה "אחר" באה להוציא את אלה. כך, למשל, אומר לבן ליעקב: "טוב תחי אתה (אח רחל) לך מתחי אותה לאיש אחר" (בראשית כט, יט). המלה "אחר" כאן באה להוציא את יעקב שדובר בו קודם לכן ("לך"). וכך "שת לו אלהים זרע אחד תחת הבל" (שם ד, כה); וכך "ותלד אשת גלעד לו בנים ויגדלו בני האשה ויגרשו את יפתח ויאמרו לו לא תנחל בבית אבינו כי בן אשה אחרת אתה" (שופטים יא, ב); וכך אומר יואב לאחיעזר בן צדוק: "לא איש בשודה אתה היום הזה, ובשרת ביום אחר" (שמואל ב יח, כ); ולבסוף: כשביקש דוד חרב מאת אחימלך הכהן, השיב לו זה: "חרב גלית הפלשתי ... הנה היא לוטה בשמלה ... אם אתה תקח לך – קח, כי אין אחרת זולתה בזה" (שמואל א כא, י).

6. אלימות

תפ"ח (ת"א) 869/81

מדינת ישראל נ' גרצ'ין ואח'

פ"מ תשמ"ג(1) 265, 277–278

בכית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

תוך העמדת פנים שהם מבקשים לקנות מהמתלוננים, זוג קשישים, תכשיטים שהללו החזיקו בדירתם, הכניסו הנאשמים בתרמית את המתלוננים לאחד סמוך וכלאו אותם שם כנעילת הדלת

שער שניס-עשר: פרשנות

מחוז. בהיות המחלוננים כלואים בחדר, כרחו הנאשמים עם התכשיטים. הדיון נסב על השאלה האם המעשים הנ"ל מהווים עבירת שוד לפי סעיף 402 לחוק העונשין, או שמא גניבה בלבד.

השופט וינגורד: 19. גם אם ננקוט מבחן לאו-דוקא-משפטי-טהור אלא "בלשון בני-אדם", אותו מבחן שהציע בית-המשפט העליון בענין קרני (שצוטט בסעיף 10 לעיל), נוכל לומר שבלשון בני-אדם ייתשב המעשה שעשו הנאשמים לישישים מעשה אלימות מובהק.

20. מעניין לציין כי המלה "אלימות" נגזרת מהמושג "אלם" שבמקורותינו. "אלם" מוגדר באנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, עמ' יא: "אדם תקיף, שאינו נשמע לבית-דין ושמפחדים ממנו". אין כאן יסוד של תקיפה פיזית אלא של פחד ממנו. פחד סובייקטיבי. זה תואם את התוצאה אליה הגענו בדרך אחרת.

ע"פ 707/83, 783/83

פטורמיליו נ' מדינת ישראל

פ"ד לח(4) 821, 824

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני המשנה לנשיא (בן-פורת) והשופטים בייסקי, נתניהו

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בשלושה מעשי שוד ובהריגת אחת מקרבנותיו, עבירות לפי סעיפים 402(א) ו-298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. זאת בעקבות תפיסות בכוח של אירגקים שאחזו נשים וחטיפתם מידיהן, בלא שהנשים גילו התנגדות לתטיפות. קרבן חטיפת הארנק, שנפטרה מהתרגשות שנבעה ככל הנראה ממצב כריאות לקר, אמרה לפני מותה שלא נחפה, לא הוכתה ואף לא נגעו בה. הערעור הוא על ההרשעה ועל חומרת העונש.

המשנה לנשיא (בן-פורת): אולם כמוסכר בפסק הדין, היה בית המשפט קמא בדעה, כי כוחה של ההלכה באסמכתא דלעיל פג לאור הנוסח השונה שנוקט סעיף 402(א) לחוק העונשין. שוב אין בהגדרה זכר לביטוי "ממשית", הבא לציין את מידת "האלימות". בלשונו של השופט המלומד:

סעיף 287 לפ"פ קובע את הגדרתו של שוד במונח "אלימות ממשית" ולכן נקבע מה שנקבע בהלכת אחרר, לא כן סעיף 402(א) לחוק העונשין. בסעיף זה השמיט המחוקק את המלה "ממשית" ונחרנו איפוא עם ה"אלימות" בלבד. נראה כי המחוקק ביקש להשתרר מן האבחנה של הילכת אחרר ולחזור אל המקורות (ההדגשה שלי – מ'ב"פ). כאמור "ולחזור אל המקורות" התכוון השופט המלומד למשפט העברי ולהבחנה המצויה בו בין "גנב" ל"גזלן". בו בזמן שהגנב לוקח את ממון חברו בסתר וללא ידיעתו, "הגזלן" (קרני, השורד) לוקח את ממון האדם "בחזקה, כגון שתטף מידו מטלטלים", וזאח בגלוי ובפרהסיא.

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

ע"פ 877/84

גאלי נ' מדינת ישראל

פ"ד מ(4) 169, 198-199

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים אלון, ברק, לוי

הבעיה העיקרית שנדונה בערעור הייתה המשמעות של "מעשה אלימות", הנדרש לצורך ביסוס מעשה השוד והמאבחן בינו לבין גניבה רגילה. זאת לרקעה של פעולת חטיפת חפץ מידיו של קרבן העבירה.

השופט אלון: המושג אלימות פירושו תוקפנות, שימוש בכוח (א' אבן-שושן, המלון החדש (קריית-ספר, כרך א, חשכ"ו) 95, ערך "אלימות"), ומקורו במלה אלים שבלשון ארמית: אלם, אלמא (כתובות כז ע"ב; בבא מציעא לט ע"ב; וראה עוד א' בן-יהודה, מלון הלשון העברית הישנה והחדשה (נירריוק ולוגדון, בעריכת ג' ה' טור-סיני, 1959) 247)...

24. מסקנה זו משתכחת היא במעלה נוספת, והיא, שעולה היא בקנה אחד עם עמדת המשפט העברי כסוגייתנו. וטוב עשה השופט המלומד שבבית המשפט המחוזי, בתפ"ח (ת"א) 845/82, שמצא תימוכין במשפט העברי למסקנתו (כמובא בע"פ 707/83, הנ"ל, בעמ' 824), ומשבח אני את הגב' רבין, פרקליטתה המלומדת של המדינה, על שהביאה לפנינו את עמדת המשפט העברי ותמכה בו את עמדתה. כך יפה הוא מכותו, ומכות כוחו, של חוק יסודות המשפט, חש"ס-1980.

דיני גניבה וגזילה כמשפט העברי מרובים ועשירים הם, ורבים מהם מיוחדים ומאלפים הם בעולמה של מערכת משפטית זו. בשאלה העומדת לדיון לפנינו משנתו של המשפט העברי קצרה ומוגדרת יפה היא. ונעיין בדבריו הבהירים של הרמב"ם כספרו משנה תורה: איזהו גנב? זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים, כגון הפושט ירו לתוך כיס חברו ולקח מעותיו ואין הבעלים רואים; וכן כיוצא בזה. אבל אם לקח בגלוי, וכפרהסיא, בחזוק יד – אין זה גנב אלא גזלן (הלכות גניבה, פרק א, הלכה ג).

וכן חוזר ומוסיף הרמב"ם במקום אחר:

אי זהו גחל? זה הלוקח ממון האדם בחזקה, כגון שחטף מידו מטלטלין (הלכות גזילה ואבידה, פרק א, הלכה ג).

דבריו אלה של הרמב"ם, שהם תמצית עמדת המשפט העברי כפי שעולה היא מתוך המקורות התלמודיים (ראה בבא קמא נו ע"א; עט ע"ב) וכפי שחזרה תוסחה לאחר מכן בספרות הפוסקים (ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שמח, סעיף ג; סימן שנט, סעיף ז), מגדירים הם את מעשה הגזילה – הוא השוד – כגניבה שמצוי בה גם אלמנט של שימוש בכוח – בחזוקה, בחזוק יד

שער שנים-עשר: פרשנות

– והוא כשנעשה בגלוי, היינו כשהנחטף – שמידו נחטפים המטלטלין –
מודע למעשה החטיפה.

7. אספקה (ראה: שיווק ואספקה)

8. אשראי

ע"א 227/63

רייזמן ואח' נ' חיות ואח'

פ"ד יז 1625, 1633

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנרדי, כהן, הלוי

המערערים קנו מאת המשיבים מס' 1 עד מס' 3 טחנת קמח במחיר כולל של – 2,500,000 ל"י,
לפי חוזה מיום 7.5.61. אחר תשלום סך – 1,300,000 ל"י על-חשבון המחיר, הועברה הטחנה
לקנין המערערים, והם התחייבו לשלם את יתרת המחיר בארבעה תשלומים שנתיים של
– 300,000 ל"י כל אחד, שיהיו "צמודים לדולר", וזמן פרעונם נקבע החל מיום 1.7.62.
המערערים המציאו למשיבים הנ"ל כתבי-ערבות לפי נוסח מוסכם, המכילים את תנאי ההצמדה
לשער החליפין של המטבע הישראלי בירידתו, אך לא בעלייתו. אחרי פיוחת הלידה הישראלית
ביום 9.2.62 הגישו המערערים תביעה למתן פסק-דין המצהיר, כי על אף תנאי ההצמדה הנ"ל
אין עליהם ועל המשיב מס' 4 לשלם למשיבים מס' 1 עד מס' 3, ביום 1.7.62, כל סכום העולה על
– 300,000 ל"י, בצירוף הריבית המכסימלית לפי חוק הריבית, תשי"ז–1957. בית-המשפט
המחוייב דחה את התביעה, ומכאן הערעור.

השופט הלוי: אשר למשמעות הרגילה של צירוף המלים "כל עיסקת אשראי"
הייתי אומר שהן כוללות מכר באשראי, הווה אומר מכר-בהקפה. המקורות
מצביעים דוקא על הוראה זו של המלה "אשראי" כמשמעותה העיקרית. עיין
בבא בתרא כב ע"א, פירוש רש"י למלים "אית לן אשראי" – "מכרנו באמנה",
ולמלים "עד דעקריתו אשראי דידכ" – "שתעקרו חובותיכם מן הלקוחים מכם
באשראי". כמורכב, פסחים ק"ג ע"א: "כל אשראי ספק אתי ספק לא אתי, ודאתי
מעות רעות נינהו" – מתרגם יסטרוכ, במילונו התלמודי:

... in all sales on trust it is doubtful whether it (the money) will be
forthcoming or not, and if it is, it is bad money.

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

במילונו החדיש של אבן-שושן נאמר: "אשראי (ארמית) – הקפה, מכירה של סחורה, לא במזומנים אלא בתורת הלוואה: המשק קנה מכונות חקלאיות באשראי למשך שנה". במילון של גור אנו מוצאים: "אשראי – הקפה, נאמנות הקונה או הלווה בסכום ידוע". גרוסמן, במילונו העברי-אנגלי, מתרגם "אשראי" – "credit", "זה המובן המקובל כיום. בהתאם לשימוש רגיל זה אומר השופט זוסמן, בע"א 415/58 (עמ' 826), כי הגדרתו, "כל עסקת אשראי", תופסת גם בכל עסקה אחרת בה מצוי יסוד של הקפה " (ההדגשה שלי), "כגון מכירת נכס בהקפה" – אימרת אגב, שאני מסכים לה בכל הכבוד.

9. בין ובין

ע"א 635/68

פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל, חברה להשקעות בישראל בע"מ

ס"ד כג(1) 548, 553

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ויתקן, מני, קיסטר

לשם ייצוב הכנסתה בשנת המס הנרונה הוציאה המשיבה, חברה להשקעות, הוצאות המותרות בניכוי, שהוכרו על-ידי המערער. המתלוקת בין הצדדים היא בדבר חלוקת ההוצאות. כבית-המשפט המחוזי הוחלט כי יש לנכות מההכנסה החייבת במס חברות לא רק את ההוצאות שהוצאו להפקת אותן הכנסות החייבות במס חברות, אלא את כל הוצאות החברה המותרות לניכוי, ובכללן ההוצאות שהוצאו להפקת ההכנסות שאין משלמים עליהן מס חברות.

השופט קיסטר: ובנוסף חרש באה, במקום הפירוש אשר בתיקן לשנת תשי"ג-1953, ההוראה המופיעה לעיל. השימוש במונח "בין ובין" אולי לא היה מקובל עד כה, ועל-כך-פנים לא פורש על-ידי בית-המשפט. לכן, אף-על-פי שנראה לי שאין בו כרי לעורר ספק, ארחיב את הדיבור עלי.

במקרא מצינו את הביטוי בויקרא כז, יב:

והעריך הכהן אותה בין טוב ובין רע, כערכך הכהן כן יהיה.

ובפסוק יד:

והעריכו הכהן בין טוב ובין רע, כאשר יעריך אותו הכהן כן יקום.

בפסוק יב מרובר על הקרשת בהמה טמאה ובפסוק יד על הקרשת בית

ומשמעות הביטוי "בין טוב ובין רע" היא שרין אחר הוא לנכס טוב או רע והכהן יעריך אותו לפי טיבו.

שער שנים-עשר: פרשנות

על הפטוקים הנ"ל עמד התלמוד במסכת תמורה לג ע"א, ורש"י, שם כד"ה בין טוב ובין רע, אומר: ובין טוב ובין רע משמע אחד טוב ואחד רע דשניהן שרין תם ובעל מום. באותו מובן מוצאים אנו מונח זה כתלמוד במסכת תמורה, שם: בין תמימין בין בעלי מומים. מונח זה (שבגירסה אחת בין – בין ובגירסה אחרת בין – ובין) מצוי גם במשנה כלים כה, ב-ד: בין מן המוכן ובין שאינו מוכן טהור; העושה אספליית בין בכגד בין בעור טהורה; מטפחות ספרים בין מצוירות בין שאינן מצוירות טמאות. ברור מכל הציטטות כי מובנם דין אחד לגבי ענין מסויים לזה ולזה, אף-על-פי שמדובר על שני דברים שונים (טוב ורע, בגד ורע, מטפחות מצוירות ושאינן מצוירות), או כפי שכוחב גור במילותו "כזה כן זה אין הבדל".

10. בנים

ע"א 629/79

אביגדורי, מנהלת עזבון המנוח אביגדורי נ' אביגדורי ואח'

פ"ד לד(3) 540, 543

כבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני הנשיא לגדרי, והשופטים "כהן, ברק

המשיבים, שני בניו של המנוח מאשתו הראשונה, הגישו בקשה לבית-המשפט המחוזי שיפרש סעיף בצוואת המנוח ויקבע כי הביטוי "בני" המופיע בו מתיחס להם בלבד. ולא לשלוש הבנות שגולדו למנוח מאשתו השנייה.

השופט "כהן: הטענה העיקרית של בא-כוח המערערת היא, שהביטוי "כל בני" שבסעיף 9 של הצוואה צריך להתפרש ככולל את כל ילדי המנוח מכילי הברדל מין. לטענתו המלה "בני" מופיעה לא פעם כהקשרים שונים בשפה העברית כמתיחסת לבנים ולבנות יחד, הוא הביא כסיכומיו בכתב דוגמאות של שימוש בביטוי "בנים", או בביטוי נגזר ממנו, הכולל בנים וכנות. במרבית המקרים הביטוי "בנים" מתיחס לזכרים בלבד, אך לא מעטים הם המקרים שבהם ביטוי זה כולל גם בנות. ניתן למצוא לכך דוגמאות שונות במקורות. כך למשל כשנאמר בבראשית ג, טז "כעצב תלדי בנים" אין מקום לספק שהביטוי "בנים" כלל גם בנות. ניתן להביא עוד דוגמאות לשימוש בביטוי "בנים" או "בני" באופן שהוא כולל הן את הזכרים והן את הנקבות, כגון ברמב"ם, הלכות

זכייה ומתנה, פרק ו, הלכה יר: "מי ששלח כלים ממדינת הים ואמר ינתנו אלו לבני, הרי אלו ינתנו לבנים ולבנות..." ; או במסכת קידושין פב ע"ב: "אשרי מי שבניו זכרים ואי לו למי שבניו נקבות". באנציקלופדיה התלמודית (כרך ג, בעמ' שמח) נאמר שאם כי "בלשון בני אדם אין הבת בכלל בן" הרי "בלשון רבים – בניס – לפעמים אף הבנות בכלל", ומובאות שם דוגמאות לשימוש כזה.

טוען בא־כוח המשיבים שאין לפרש ביטויים של צוואה על־פי הלשון שבתלמוד או במקורות, אלא על־פי לשון בני אדם. לכך אני מוכן להסכים, אך גם בלשון רגילה של בני אדם ניתן למצוא מקרים לא מעטים של שימוש במלים "בנים" או "בני" (גון בפתח) ככולל את כל יוצאי חלציו של האדם, מבלי הברל בין זכר ונקבה. הכל תלוי בהקשר שבו בא אותו ביטוי ובנסיבות שבהן הוא נאמר, שמהן ניתן ללמוד על כוונת אומרו.

11. בנין

ע"א 282/61, 297/61

עלי צלאח יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טו 633, 635

בבית־המשפט העליון כשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים זילברג, לנדוי, בינון

השופט זילברג: לפנינו שני ערעורים, שאוחרו, על פסק־דינו של בית־ המשפט המחוזי, בחיפה, בו הורשע כל אחד מהמעוררים בעבירת התפרצות לתוך בנין וגניבה מתוכו, על־פי סעיף 297 לפקודת חוק הפלילי. הרכוש שנגנב הוא עידם ותיישים, והוא נגנב מתוך מעדה השייכת למתלונן. השופט המלומד הטיל על כל אחד מהמעוררים עונש מאסר של שמונה עשר חודש, והם מערערים על ההרשעה והעונש גם יחד.

2. טענתו של בא־כוח המערערים היא אחת ויחידה: כי הסעיף ההולם את המעשה הנרון הוא לא סעיף 297 החמור אלא 272 הקל הימנו, הואיל ומערה אינה "בנין" במובן הסעיף החמור הנ"ל.

3. השאלה העומדת לפנינו היא איפוא מה פירוש המלה "בנין", והיכן תחומי ההוראה שלה. אך שאלה קודמת לה היא, איפה ואיפה עלינו לחפש את משמעות המלה: במכמני השפה העברית, או במלוני הלשון האנגלית. סעיף 297 הוא יצירה תחיקתית ישראלית, כי הוא הוחק על־ידי הכנסת בשנת 1955. עוררתי פעם את השאלה, אם לא מן המידה יהא לפרש חוקים ישראלים

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

מקוריים, שאינם "חרגום" אלא "מקרא", על-פי מובנם והוראתם בלשון העברית (השווה בג"צ 15/56, פר"י, כרך י', עמ' 1213, 1217; המ' 89/51, פר"י, כרך ו, עמ' 4; בג"צ 163/57, פר"י, כרך יב, עמ' 1041, 1065). ואם הדבר עדיין בגדר ספק לגבי מונחים משפטיים, הרי הוא, לדעתי, ודאי וודאי בנוגע לשמות עצם רגילים, כעין ה"בניין" שלפנינו. מלה פשוטה זו – כך סבור אני – יש לפרשה על פי הוראתה בעברית. משום כך אין אני מוכן להיגרר כאן אחרי הגדרת המונח building בסעיף 2 של פקודת בנין ערים, 1936 (כפי שתוקנה בשנת 1938), ולהסיק הימנה – אם על דרך האנלוגיה כפי שמציע בא-כוח המשיב, ואם "מן הישר על ההפוך" כפי שמבקש בא-כוח המערער – את הכנו של ה"בניין" השוכן בסעיף 297 של פקודת החוק הפלילי. משמעוה של המלה "בנה" בעברית היא: להרכיב זה על זה עצמים שונים או חלקים שונים, ולעשותם דבר שלם אחד. "ויבן ה' אלהים את הצלע אשר לקח מן האדס לאשה" (בראשית ב, כב); "ויכינו העצים והאבנים לבנות הבית" (מלכים א, ה, לב); גופו השלם של אדם, המורכב אברים אברים, נקרא "בנין" (השווה את הביטוי "רוב בנינו של מת" – משנה אהלות ב, א). מתוך השקפה זו נראה לי, כי מערה איננה "בנין" במובן הסעיף הנ"ל, כי חסר בה יסוד ההרכבה האמור לעיל. העובדה כי במקדה שלפנינו היתה דלת לאותה מערה, אינה הופכת את המערה "לבנין"; שום אדם לא יאמר, כי על-ידי צירוף הדלת נעשה "מעשה מרכבה" כגוף המערה.

12. בר

ע"פ 222/60

היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמוני

פ"ד יד 2511, 2515–2516

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 506.

13. בר עונשין

ע"פ 222/60

הירועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואלמוני

פ"ד יד 2511, 2515-2516, 2518-2519

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 506.

14. בשר חזיר

בג"צ 163/57

לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו

פ"ד יב 1041, 1046, 1065-1068, 1069

בכיתחמשפט העליון בשכתו ככיתחמשפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, זוסמן

הנשיא (אולשן): זוהי תשובה לצו-על-תנאי שהוצא עליידי בית-משפט זה ביום 19.9.57.

שתי שאלות הועלו על-ידי המבקש להכרעה על-ידי בית-המשפט הזה, והן:
א. האם חלקי חזיר כגון: שומן עליון, שומן פנימי, כבד, ריאות, קרביים, דגליים, עצמות, ואיברים של החזיר אסורים למכירה לפי חוק-העזר לתל-אביב-יפו "בדבר גידול חזירים ובשר חזיר", אשר הותקן על-ידי עיריית תל-אביב-יפו בתשי"ז-1957.

ב. האם הסעיף 4 לחוק-העזר הנ"ל המסמיך מפקח לעקל ולהחרים בשד חזיר או מוצדי אוכל של בשר חזיר הנועדים למכירה הוא בר-תוקף.

השופט זילברג: נתגלגלה לירינו – אגב דיון זה – הזכות והחובה לחוות דעה על אחת הבעיות הכאובות המנסרות בחלל עולמנו. לא במהרה תודמן לנו הזדמנות נאותה שכזאת...

5. החזיר נחשב מאז ומעולם לסמל התיעוב והשיקוץ והגועל בעיני האדם היהודי. כבר הנביא ישעיהו כורך אותו יחד עם בעלי-החיים המאוסים ביותר: אוכלי בשר החזיר והשקץ והעכבר יחדו יסופו נאום ד' (ישעיהו סו, יז). וחכמי התלמוד לא נדחצו מלומד:

חזירא בית כסא מטולטל הוי (ירושלמי ברכות, פרק ג, הלכה ג).
עד כדי כך, שאפילו הגיית שמו באותיותיו נחשבה לרוב המטמא את

השפחים, ונקבע לו פסכדונים מיוחד: "דבר אחר", אותו כינוי ממש בו מכנים את חולי הצרעת (ברכות מג ע"ב; שבת קכט ע"ב; פסחים עו ע"ב). וביטוי זה, כידוע לכל, חדר גם לשפת האידיש, וקנה לו שביטה בכל חפוצות הגולה, בכך נשתנה מאכל בשר חזיר מכל המאכלות האסורות והוקצה לו מקום מיוחד, מוקצה מחמת מיאוס, בחודעת העם היהודי. שום בהמה טמאה אחרת לא הסלידה כל כך את נפשו של היהודי כמו הבהמה הזאת, והדבר מצא לו ביטוי באגדה המפורסמת, כי כאשר, ב"מלחמת בית חשמונאי", מלחמת האחים הזרקנוס ואריסטובלוס, נעץ החזיר את צפרניו בחומת ירושלים: נזרעוזה ארץ ישראל אדבע מאות פרסה על אדבע מאות פרסה (בבא קמא פב ע"ב; מנחות סד ע"ב).

ואותה שעה הכריזו ואמרו:

ארור האישי שיגדל חזירים (שם).

לא אסור סתם, אלא ארור, ללמדך את הנקיעה האמציונלית העמוקה מן המגע ומשא עם בהמה טמאה זו.

6. איסורו וטומאתו של החזיר אמורים בתורה:

ואת החזיר כי מפריס פרסה הוא ושוסע שסע פרסה והוא גרה לא יגר טמא הוא לכם. מכשרם לא תאכלו וכנבלחם לא תגעו טמאים הם לכם (ויקרא יא, ז-ח).

ולא רק בשרו ממש, אלא גם שאר חלקים שבו אסורים באכילה. וכך נאמר במקורות ההלכה שלנו:

לפיכך כל האוכל מבשר בהמה וחיה טמאה כזית לוקה מן החורה, בין שאכל מן הבשר בין שאכל מן החלב (ח' צרויה, ל' סגולה); לא חלק הכתוב בטמאים בין כשרם לחלבם (רמב"ם, הלכות מאכלות אסורות, פרק ב, הלכה ב).

חלב בהמה וחיה טמאה (הכוונה כאן למשקה חלב, ח' קמוצה, ל' קמוצה) ... אסורים כבשרה (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן פא, סעיף א; עיין ש"ך, שם, סעיף קטן א).

האוכל ... מבהמה וחיה הטמאים מן העור ומן העצמות ומין הגירין ומן הקרניים ומן הטלפיים, ממקומות שמבצבץ משם הדם כשייחחכו ... אף על פי שהוא אסור הרי זה פטור, מפני שאלה אינן ראויין לאכילה (רמב"ם, שם, פרק ד, הלכה יח).

ואלה שעורותיהן כבשרן ... עור החזיר של ישוב (רמב"ם, שם, שם, הלכה כא).

עוד הקיבה הרי הוא כשאר המעיים ואסור (רמב"ם, שם, שם, הלכה יט). ענינו הרואות, כי איסור אכילת בשר חזיר – בין אם לוקין עליו כזן אם אין לוקין – אינו מוגבל דוקא לאותם איברים או חלקים אשר המלונים השונים מכנים בשם "בשר", Fleisch, meat, "מיאסו" וכדומה. כלולים בו, על-כ"ל פנים, כל אותם החלקים הפנימיים שהוחרמו על-ידי פקחי המשיבה במקרה שלפנינו.

7. המחוקק הישראלי, בתחו את חוק ההסמכה, שיווה לנגרו, כנראה בעליל, את "היחס המיוחד" שיש לארם מִישראל כלפי טומאת החזיר. ברם, בהיותו מחוקק חילוני, מורנני, המונע עצמו ככל האפשר מלהתערב בענייני האישיים של הפרט, ובהיותו מחוקק טריטוריאלי שמצורתו פרוסה על כל אוכלוסי המרינה, ישראל ואינו ישראל כאחר, הוא:

(א) לא אסר כעצמו, אלא הסמיך אחרים לאסור, כאשר יעלה הרצון לפנייהם;

(ב) הסמיך לאסור אח המכירה, ולא את האכילה (כנוגע ל"עשיית סחורה" בחזיר, ראה תשובות הרשב"א, חלק א, סימן שא; תוספות בכא קמא פב ע"ב, ד"ה לא יגרל; שו"ת מהרש"ם, תלק ב, סימן ר; שו"ת חתם סופר, חלק יורה דעה, סימן קח).

אך אין ספק, כי תכליתו העקיפה של החוק – ולעתים קרובות התוצאה העקיפה היא מטרתו ה"ישירה" של המחוקק – היתה למעט את אכילת בשר החזיר. כי לא רק למניעת המראית-עין המרגיזה של חלונות הראווה נחקק החוק הנרון. לכן ברור הרבר, כי בנקטו את הלשון "בשר חזיר", הוא התכוון לכל אותם החלקים הכלולים באיסור הרתי-לאומי הנ"ל.

בזה – כך נראה לי – פתחנו ופטרנו את טענתו הראשונה של בא-כוח המבקש.

8. ומכאן לטענתו השניה – לגבי תכנה והיקפה של רשות ההחרמה. בנקודה זו אין הענין כל כך פשוט, ואף-על-פי-כן – סבור אני – נוכל גם כאן להסיק משהו מאפיו ה"אידיאולוגי" ומטרתו המעשית של החוק. טענו לפנינו ארוכות וקצרות בכבר אפיה של ההתרמה, אך, בכל הכבוד לפרקליטים המלומדים, נראה לי כי הוויכוח שביניהם סטה במקצת לאפיק בלתי-נכון. השאלה המכרעת איננה, אם אפיה הוא שיפוטי או ארמיניסטרטיבי, אלא: אם הוא עונשי, או מונע. כי אם יתברר, כי ההחרמה רנן היא החרמת-מנע נוכל ללמד פרק גם לגבי השאלה הראשונה.

10. באחת משלוש ררכים אלה אפשר להגדיר את סמכות ההחרמה, שהרשות המקומית דשאית להקנות לעצמה בחוק-העוד הניתן על-ידיה מכות הסעיף הנ"ל:

(א) היא רשאית להחרים את "הטריפות" האמורות – כשד חזיר ומוצדי אוכל של בשר חזיר – אם אך "נועדו למכירה", ויהא אשר יהא מקום ייעור מכירתן; לדעה זו טען בא-כוח המשיכה.

(ב) אין היא רשאית להחרים את הטריפות, אלא אם-כן נעשתה בהן עבירה, זאת אומרת: שהמחזיק בהן כבר עבר על איסור המכירה שהוטל על-ידי הרשות המקומית. והיכי תמצוי מכירה שאין עמה אכרן חזקה? הווה אומד: הצעה או הצגה למכירה שדינן כמכירה ממש, לפי סעיף 1 של פקודת הפרשנות; לדעה זו טען בא-כוח המבקש...

12. כמו כן דחה אני, ועוד ביתר חוקף, את הדעה השניה שהוכעה על-ידי בא-כוח המבקש. לשונו של החוק מעיד עליו, כי לא לכך התכוון. "הנועדים

למכירה" נאמר, "אשר נמכרו" (על-ידי הצעה או הצגה) – לא נאמר! ואף גם זאת: אותה מלה גופה ("הנועדים") מצויה גם בסעיף 1 של החוק; נאמר בו: "ומכירת בשר חזיר ומוצריו הנועדים לאכילה"; וכשם שבאותו סעיף הכשר והמוצרים, כמובן, רק עתידים להיאכל ועדיין לא נאכלו, כך גם כאן הם עתידים להימכר, אך עדיין לא נמכרו. קשה לי להלום, כיצד אפשר לייחס למלה זו מובן אחר. המלה "נועדים" נגזרה מן השורש "יעד", שפירושו הוא בכל מקום: לייחד משהו למישהו או לאיזו שהיא מטרה (ראו: שמות כא, ח-ט; ירמיה מז, ז; סוגיא דיעוד, קידושין יח ע"ב-יט ע"א). לא באתי לומר בזה כי, מבחינה לשונית-דקדוקית מותר היה להשתמש כאן במלה "הנועדים" – ייתכן שלא! כי מלה זו הוראתה היא בלשון המקרא: אלה שהתאספו או נקהלו יחדיו למטרה מסוימת (ראו: במדבר יד, לה; מלכים א ח, ה; דברי הימים ב ה, ו). אבל אותו נסח אלמוני שהכניס אותה לתוך החוק, רצה לומר בזה: ה"נועדים" או ה"מועדים" למכירה, ולכן אי-אפשר לייחס אותה לדבר שכבר נמכר.

15. גור

ע"א 299/64

ועדת השומה שליר עיריית חיפה נ' טכניקום רשת בתי ספר לטכנאים ובתי ספר תיכון ערב בע"מ

פ"ד יח(4) 477, 479, 480-481

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ברנזון, ח' כהן

השופט ח' כהן: חברה המנהלת עסקיה בחדרים שכורים בבית-מלון – האם היא "אדם הגר בבית-מלון"? ואם כעל המלון הוא שוכר הבית – האם החברה הוא "דייד-משנה" כמשמעותו בסעיף 269 לפקודת העיריית (להלן – הפקודה), לאמור "אדם הגר בחדר ... של בנין שאחר מחזיק בו, והמשלם למחזיק דמי-שכירות בערו"?

אלו השאלות המתעוררות עקב החלטת המערכת לחייב את המשיבה בארנונה כללית לפי הפקודה. השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי בחיפה פסק שהמשיבה אינה בגדר "אדם הגר בבית-מלון", אך היא בגדר "אדם הגר בחדר של בנין שאחר מחזיק בו" וכו', ורק בתורת דיירת-משנה שכזאת אין היא חייבת בארנונה הכללית.

... ברם, לדעתי אין כל הבדל, לענין זה, בין המלה העברית "ישב" לבין

המלה העברית "גור": שתיהן כאחת מסוגלות להיאמר לא רק לגבי בני-אדם בלבד. אין מן הצורך להביא ראיות לענין המלה "ישב", אך לענין המלה "גור" כבר נתכשרנו מפי הנביא שיכוא יום "וגר זאב עם כבש" (ישעיה יא, ו). אמת נכון הדבר שגם הנביא לא יכול עוד לראות בעיני רוחו יצור משפטי שאינו אדם ואינו בעל-חיים ואף-על-פי-כן "גר" הוא במקום שגר; אבל יש בו בדבר הנביא אסמכתה לכך שפעולת המגורים אינה מוגבלת לאדם ילוד האשה כתור שכוה בלבד.

מוסיף כא-כוח המערערת ומביא ראיה ממילונים שונים, שלפיהם מציינת המלה "גור" פעולת מגורים זמנית בלבד, ואילו כל הסימנים מעידים שמגורי המשיכה דגן כאותו בית-מלון אינם זמניים כלל ועיקר. לא אכניס ראשי בין ההדים ולא אבוא לחלוק על בעלי מילונים; אבל מן המפורסמות הוא שאברהם אבינו גר בארץ הפלשתיים ימים רבים דוקא (בראשית כא, לד); ורוד המלך אף הביע משאת נפשו, "אגורה באהלך עולמים" (חזקיהו סא, ה). סיכומו של דבר: אדם הגר בבית-מלון, אף חברה המנהלת עסקיה בבית-מלון במשמע; ואדם הגר בחדר, אף חברה המנהלת עסקיה בחדר במשמע. בין כה וכה, בין בחורת גרה בבית-מלון, ובין בתורח דיירת-משנה, אין היא חייבת בארנונה כללית; ועליה הכתוב אומר, "זמירות היו לי חוקך בבית מגורי" (תהילים קיט, נד). יש לדחות את הערעור.

16. גידול

בג"צ 103/65

גורגשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח'

פ"ד יט (2) 618, 623

בבית-המשפט העליון כשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (וילברג), והשופטים ויתקון, מני, הלוי

השופט הלוי: משמעות המלה "גידול" לגבי בעלי חיים אינה מצומצמת לטיפוח גורים עד היוחם "גדולים" דוקא ואין לקבל אח טענתו של מר גילפז כי מכאן ואילך מחחיל שלב ה"החזקה", להבריל מ"גידול"; והמקורות יוכיחו: "אין מגדלין בהמה דקה בארץ ישראל" (כבא קמא עט ע"ב); "עשרה דברים נאמרו בירושלים ... ואין מגדלין בה תרנגולין" (שם פכ ע"ב); "אין מגדלין חזירים ככל מקום" (שם); "ארור האיש שיגדל חזירים (שם); "פניך דומים למגדלי חזירים ולמלווי בריבית" (ברכות נה ע"א).

שער שנים-עשר: פרשות

17. גמירת דעת

ע"א 440/75

זנדבנק ואח' נ' דנציגר ואח'

פ"ד ל(2) 266, 260

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 627.

ע"א 250/70

שרעבי ואח' נ' סוברי

פ"ד כה(1) 429, 431

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 625.

18. גרם

ע"פ 330/73

אליאסף נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(1) 212, 220–221

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ויתקון, ח' כהן, עציני

השאלה עליה נסב הערעור הינה אם המלים "גרם לתאונה" בסעיף 64א לפקודת התעבורה (נוסח חדש) טומנות בחובן אלמנט של אשמה, כגרסת בא-כוח המערער, או שמא כוונת המתוקק היא רק לאלמנט הפיזי של הגרימה, כגרסת בא-כוח המדינה.

השופט ח' כהן: תמים דעים אני עם השופטים המלומדים בבית-המשפט המחוזי כי, על פני הדברים, "נוהג רכב שתוך נהיגה גרם לתאונה", כאמוד בסעיף 64א, גם נוהג דכב שגרם לתאונה שלא בדשלנותו במשמע. המונח "גרם", כשלעצמו, אינו מכיל שום אלמנט שלילי של רשלנות או אשם, והוא משמש במקורותינו גם סיבות טובות וחיוביות המסוככות תרצאה פלונית. כך מצינו, למשל, שגדולתם של גדולים "גרמה" להם להיות מורמים מעם, ואסור לקללם (סנהדרין טו ע"א; ספרא קדושים, פרשה ט, ז); או שתשובה ומעשים

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

טובים "גורמים" (תענית טז ע"א); או שחכמתו וענוותנותו של רבי חנינה "גורמו" לו שירע להבחין ולפסוק דין אמת (נידה כ ע"ב); והמבקר חולה "גורם" לו שיחיה (נדרים מ ע"א) – ורבים דומים לאלה, אילו עמד סעיף 46 בפני עצמו, לא היה מנוס מלפרש את "הגרימה" האמורה בו על ררך ההרחבה, ככוללת גרימה רעה וגרימה טובה, כלומר לא-פושעת, גם יחר.

19. דרך

ע"א 680/80

פריימן ואח' נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ ואח'

פ"ד לו(2) 578, 580, 581-582

בית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אורחיים
לפני הנשיא (לנדר), והשופטים שמגר, י' כהן

השופט שמגר: 1. ערעור ברשות על החלטתו של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, לפיה נתקבל ערעור המשיבים על החלטת הרשם הנכבד של בית-המשפט האמור, בה הותר תיקון כתב-תביעה, שהוגש על-ידי המערערים, כדי שתיכלל בתיקון האמור הטענה, כי ספינה, שגרמה למות המנוח צבי פריימן ז"ל, היא כלי רכב לעניין חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן – חוק הפיצויים).

ערעור זה נסב על השאלה, אם כלי שיט הוא אכן "רכב מנועי" או "רכב", כמשמעותם לפי חוק הפיצויים, ואם התאונה, בה קיפת המנוח צבי פריימן את חייו, הייתה בגדר "תאונת דרכים" כמובנו לפי חוק הפיצויים...

רשם בית המשפט המחוזי בבאר-שבע קיבל את טענות המערערים. כלי שיט מנעני כלול, לפי סברתו, בהגדרתו הנ"ל של המונח "רכב מנועי", ותאונה שאירעה בים היא תאונת דרכים כהגדרתה באותו חוק...

לדעת הרשם הנכבד אין לצמצם את הגדרת המונח "תאונת דרכים" לתאונות יבשתיות בלבד, וזאת מן הטעמים הבאים...

המונח "דרך" בעברית אינו מוגבל לדרך יבשתית בלבד, ויכול גם שדרך תעבור בים או באוויר (ישעיהו מג, טז: "הנותן בים דרך ובמים עזים נתיבה")...

בית-המשפט המחוזי קיבל, כאמור, את ערעורם של המשיבים בקבעו, כי כלי שיט איננו "כלי רכב", ותאונה ימית איננה "תאונת דרכים"...

סיכומו של דבר, ספינה איננה כלולה בגדר כלי רכב, אשר עליהם חל חוק הפיצויים, ועל-כן הייתי דוחה את הערעור.

שער שנים-עשר: פרשנות

הנשיא לנדוי: אני מסכים ואין לי מה להוסיף אלא שני "עיטורים" בלשניים (אם כי לא הבלשנות היא העיקר בערעור זה):
(א) בטיעונו המלא מטעם המערערים חזר מר אברמזון על פסוק מישעיהו מג, טז, שהרשם המלומד של בית-המשפט המחוזי כבר הזכירו לפני כן בהחלטתו, כדי להראות ש"תאונת דרכים" יכולה להתרחש גם בים:
כה אמר ה' הנותן בים דרך ובמים עזים נתיבה.
אבל רש"י מפרש, שם: "הנותן בים דרך: בים סוף שם הוצאתי מצרים לרדוף אחרים" וגו', וכן גם מפרשים אחרים, כלומר זכר ליציאת מצרים, כאשר שם ה' את הים לחרבה, ובני ישראל עברו בו ביבשה...

20. היזק – mischief

ע"פ 53/54

אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל

פ"ד ח 785, 789, 790, 807

בבית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים חשין, זילברג, גויטיין

השופט חשין: זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר בו הורשע המערער בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום לידי היזק ציבורי (public mischief), לפי סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונדון לתשלום קנס בסך – 200 ל"י...

3. סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אומר, וזו לשונו בתרגומו העברי:

כל העושה מעשה העלול לגרום או להביא לידי היזק ציבורי יאשם בעוון.
במקורו האנגלי מנוסח הסעיף כך:

Any person who does any act which may cause or tend to a public mischief is guilty of a misdemeanour.

השופט גויטיין: בתרגום התנ"ך מתרגם Coverdale במאה ה-16 את הפסוק: "כי ימיטו עלי און" בתהלים נה, ד, כך: "They are minded to do me some myscheffe".

ומתרגם זה תרגם את המלים: "ותמלא הארץ חמס" מספר בראשית י, יא, כך: "the earth was... fule of myscheffe".

ובתרגום הרשמי של התנ"ך במאה ה-16 מתורגמת המלים: "הוות תחשוב לשונך" בתהלים נב, ד, בזו הלשון: "Thy tongue deviseth mischiefs".

ע"פ 54/81

רוון ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה(2) 821, 833-834

הובא בשער זה, עמ' 914.

22. הסמכה

כג"צ 282/51

הסתדרות העובדים הלאומית בא"י ואח'

נ' שרת-העבודה ואח'

פ"ד ו 237, 241

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אולשן, חשין, אגרנט

התנגדות לצרעל-תנאי מיום ג' בכסלו תשי"ב (2.12.51), המכוון אל המשיבים והדרוש מהם לבוא וליתן טעם, על סמך הנימוקים האמורים בסעיפים 8 ו-9 של הבקשה בלבד, מרע לא הבוטל הסמכת המשיבים מס' 3, 4, 5, כקרנות חופשה; ומרע לא תצווה המשיבה הראשונה למשיבים 2, 3, 4 ו-5, שלא לעשות כל פעולה במסגרת חוק חופשה שנתית וביתוד לא לגבות כספים ממעבידים לקרנות החופשה; ומרע לא יימנעו המשיבים 2, 3, 4 ו-5 מעשיית כל פעולה כזאת. הצרעל-תנאי בוטל.

השופט חשין: קרן חופשה באה לעולם בשתי דרכים, והן האמורות בסעיף 18(א) של החוק. לשון הסעיף הוא: "שר העבודה רשאי להקים קרן חופשה, וכן רשאי הוא להסמיך קרן חופשה בתנאים שימצא לנכון...". הדרך הראשונה – הקמת קרן חופשה – ברורה, ואין להרחיכ עליה את הדיבור. משמעה: שר העבודה, ביזמתו הוא, ובכפיפות לתנאים האמורים בסעיף 37 של החוק, יוצר יצירה חדשה, דבר שלא היה עוד בעולם, בחינת "יש מאין", היינו, הוא מקים "קרן חופשה". לא כל כך ברורה ולא כל כך מובנה היא הדרך השניה שהוחרחה, היינו: "הסמכת קרן חופשה", מחמח אי-בהירות משמעותו של הפועל "להסמיך" אשר בו השתמש המחוקק. הפועל "סמך" (אחי "חמך") במובן סמיכה של מינוי, או בהוראת אשר (א' פחוה) אדם לכהונה או למשרה או לתואר של כבוד, בא תמיד בבנין הקל ואח ההוראה של קבלת הפעולה – סמיכה, מינוי או אישור – מציינים משום כך על ידי בנין הנפעל. כך במקרא:

שער שנים־עשר : פרשנות

"כי סמך משה את ידיו עליו" (דברים לד, ט); "וסמכת את ירך עליו" (במדרב כז, יח). וכך בגמרא (סנהדרין יד ע"א) "שפעם אחת גזרה המלכות גזירה על ישראל שכל סומך ייהרג וכל הנסמך ייהרג ועיר שוומכין בה תיחרב ותחומין שוומכין בהן ייעקרו. מה עשה ר' יהודה בן בבא? הלך וישב לו בין שני הרים גדולים ובין שתי עיירות גדולות ובין שני תחומי שבת בין אושא לשפרעם וסמך שם חמשה זקנים". ההפעיל בהוראת סמיכה של מינוי או אישור לכהונה אינו מצוי כלל בספרותנו העתיקה. בספרות הרבנית, לעומת זה, החלו משתמשים בשודש "סמך" בבנין ההפעל: "הרב המוסמך", כלומר, אשר סמכו ידים עליו, אשר קיבל סמיכה להוראה, ובספרות המשפטית המודרנית נפוץ שימוש הלשון בבנין זה, והיום מרבים לאמר ולכתוב "רשות מוסמכת", "בית משפט מוסמך", "פקיד מוסמך", כלומר: גופים אשר ניתנה להם סמכות לפעול. מכאן גם ההפעיל "הסמך", אשר פירושו: נתינת סמכות למי שהוא...

23. הסתלקות

ע"א 532/74

דקלו נ' מוניץ

פ"ד כט(1) 464, 471

בכית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, מני, קיסטר

לטענת הנתבע יש למחוק את כתב־התביעה של התובעת בתור יורשת, כאשר אינו מגלה עילת תביעה עם הסתלקות התובעת מחלקה בעובון.

השופט קיסטר: יש לציין כי גם בהסכס־הפשרה, גם בתצהיר וגם בבקשה של מנהלי העובון לחיקון צר־העובון לא השתמשו בלשון הסתלקות אלא בלשון ויתור, ושני המושגים אינם חופפים או לפחות אינם בהכרח חופפים. כידוע בזמן שפקודת הירושה עמדה בחקפה, הבדילו בחי־המשפט בין ויתור או הסתלקות, שפירושו שאין הירש רוצה לרשת כלל, לבין ויתור לטובתו של אחר, שפירושו כי הוא נוטל חלק בירושה אלא רוצה להעביד את חלקו לירש אחר (ראה: ע"א 171/54, מנהל מס עובון, מחוז הדרום נגד נחמה גוטליב, בעמ' 357). משמעותו זו של המונח הסתלקות היא כמקובל במשפט העברי (בגמרא כתובות פג ע"א, וכדברי הרמב"ם, הלכות אישות, פרק כג, הלכה ב): "ואם קנו מידו כשהיא ארוסה שאין לו דין ודברים בנכסיה הדי סילק עצמו מגוף הקרקע ואין לו בנכסיה פירות לעולם". וכן בשולחן ערוך, אבן העזר,

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

סימן צב, סעיף ג. המחוקק בישראל קבע בחוק באופן מפורש את האפשרות להסתלק מן העזבון לגמרי, אך יחד עם זאת מצא המחוקק לראוי לכבד את רצונו של היורש כאשר ההסתלקות היא כדי שיהנה בן-זוגו או ילדיו של המוריש; בסעיף 6(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, נקבע: "אין הסתלקות לטובת אדם אחר, אלא לטובת בן-זוגו או ילדיו של המוריש".

24. העביר

ע"א 602/80

אוסטין נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, רחובות

פ"ד לו(2) 530, 534

בית-המשפט העליון בשכתו כביח-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים בייסקי, שינבויים

הערעור נסב על שאלת פירוש המונח "בעל כקרקע", כמשמעו בסעיף 1 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961.

השופט שינבויים: נשאת איפוא שאלה אחת ויחידה, והיא, אם נחקים בה המאמר, שהבעלים הרשום "העביר" לה את הזכויות האמורות. נראה לי, כי משניתן פסק-דין, המחייב את הבעל הרשום להעביר את המקרקעין, יש לראות בכך, כי הוא "העביר" את הזכות כאמור בחוק. פירוש זה נראה לי משלושה טעמים. מבחינה טקסטואלית, מתוך מטרת החוק ומבחינה הגיתית,

א. מבחינה טקסטואלית כיצד?

המלה "העביר" פורשה במילון של אבן-שושן. אחד הפירושים הוא: הולך, גרם שיעבור... "ויוציאני אל החצר החיצנה ויעבירני אל-ארבעת מקצועי החצר" (יחזקאל מו, כא), "ויעבר ישי שבעת-בניו לפני שמואל" (שמואל א טז, י), דהיינו "העביר" אינו דווקא אם העביר דבר בידיים, אלא גם מספיק שהוא גרם כי הדבר יעבור.

אין חולק, כי עם מחן פסק הדין קמה הזכות לזוכה לפי פסק הדין.

25. הפצה (ראה: שיווק ואספקה).

שער שנים־עשר : פרשנות

26. התרשלות

ע"א 341/80

עלי נ' ששון ואח'

פ"ד לר' (3) 281, 289–292

הובא בשער השמיני, דיני חיובים, עמ' 715.

27. ו – (וו החיבור)

ע"א 251/60, 259/60

"מנורה" חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ

נ' קציבואה ואח'

פ"ד טו 619, 629–630

ככית־המשפט העליון בשבתו ככית־משפט לערעורים אורחיים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, כהן

משאית בה נסעה התובעת היחה שייכת לחברת הוכלה שבה היה בעלה עובד, והיתה נהוגה על־די נהגה. בשעה שהמשאית עקפה במקום צר מכבש השייך למדינה היא התדרדרה לתעלה והתהפכה. התובעת נפגעה וכתוצאה מזה שותקה כרוב חלקי גופה. התאונה קרתה בשעות היום כתגאי ראייה טובים כשאפשר היה לראות את המכבש וכל קטע הדרך שלפניו ממרחק ניכר. בית־המשפט המחוזי פסק לתובעת פיצויי נזיקים והייב כתשלום סולידרית את נהג המשאית, החברה לה היתה שייכת וחברת ביטוח בה היתה מבוטחת. כנגד זה נדחתה התביעה נגד נהג המכבש ונגד המדינה. התובעת ובעלה וכן חברת הביטוח עירערו.

השופט זילברג : למען האמת ייאמר : אני כשלעצמי לא הייתי מתנגד לקבלת עקרון ה"שיעבודא דרבי נתן" של המשפט העברי, היוצר יריבות או "כעלות־דברים" בין נושהו של הבעל־חוב לבין החייב שלו (ראה כתובות יט ע"א; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן פו, סעיף א), אך דבר זה יצריך רביזיה יסודית של הריאליה והפרסונליה במשפט הישראלי, ועדיין לא איכשר דרא לכך בלי שתקדם לזה קודיפיקציה כללית של דיני החיובים על־פי עקרונות המשפט העברי.

נצטרך, איפוא, אם נאבה ואם נמאן, לנקוט עמדה כלפי השאלה המכרעת השנויה במחלוקת בין בעלי־הדין העיקריים במשפט זה, והיא, מה פירוש הדיבור "שאינו נוסע המובל עקב תוזה עבודה וכהתאם לר" הסגור בסוגריים

בפיסקא 2, סעיף 1(ב)(3), של הפוליסה הנרונה. גדר הספיקות: מה מוכנה של ה"ויו" הצמודה למלה "בהתאם" – וגם בהתאם, או או בהתאם? והנפקא מינה יהיה, אם ארם הנוסע רק "עקב" ולא "בהתאם", נזקו או מותו נכלל באחריות הפוליסה או לא.

הרעת נותנת והשכל הישר מחייב, כי בבוא חברות האחריות לבטח את כלי-הרכב של לקוחותיהם נגר סיכוני צד שלישי, ישתרלו מנסחי הפוליסה להעלות אותה בקנה אחר עם החובות המוטלות על בעל כלי-הרכב מטעם החוק; שאם לא ינהגו כן, נמצא הם מכשילים את הרבים בעבירה על סעיף 14(1) של הפקודה, ואף יגרמו נזק עצום ליוקרה של החברה. הנחתנו רלעיל מוצאת לה סמוכין בעוכרא, כי הלשון הנקוטה בפוליסה דנן היא משפטי-טכנית ("עקב חוזה עבודה", "בהתאם לו"), רבר המעיד על כך, כי מנסחיה קראו את החוק ויודעים את ההוראות שבו.

והנה לפי סעיף 6(1)(ב)(II) של הפקודה, חייבת תעודת הביטוח של כל כלי-רכב "לכסות" אחריות לנזקים או מוות של נוסע המובל: או עקב (in pursuance) חוזה עבודה, או בהתאם לחוזה עבודה (תרגום בלתי מוצלח של by reason of). כי המחוקק שם מונה את שתי האפשרויות לא בצורה מצטברת, אלא בצורה חילופית (or). מן ההגיון, איפוא, להניח כי גם הפוליסה שלפנינו מכסחת את כלי-הרכב נגר נזקים או מוות הנגרמים לצד שלישי הנוסע רק "עקב" או רק "בהתאם" – ולא גם "עקב" וגם "בהתאם" – לחוזה עבודה. שאם לא כן, לא יהיה כל ביטוח בעל ערך חוקי לפוליסה זו.

טוען בא-כוח החברה, בתוקף ובכל לשון של הדגשה: ועלכזה זו – ה"ויו" העומדת בראש המלה "בהתאם" – מה תהא עליה? כלום אפשר למחוק אותה מן הספר? הן בפוליסה שלנו כתוב:

החברה לא תהא אחראית (למקרה) ... מוות או חבלה גופנית לכל ארם (שאינו נוסע המובל עקב חוזה ובהתאם לו) המוסע בתוך כלי-הרכב וכו'. "ובהתאם" פירושו: גם בהתאם, נמצא כי הפוליסה שלנו סוטה מנוסחו של החוק, ואם כי הבעלים, אפשר, יהיו חייבים בעבירה על סעיף 4 של הפקודה, הרי אין החברה יכולה להיות אחראית למקרה שלא נתחייבה בו.

תשובתי לכך: אי משום הא לא איריא, ולא ב"ויו" זו תלוי יהיה גורל התביעה נגד החברה. בעברית, כידוע לכל, משמשת ה"ויו" לפעמים במובן "או" – למשל, "ומכה אביו ואמו מות יומת" (שמות כא, טו), "או זה או זה" (דש"י, שם); "וכל נפש אשר תאכל נבלה וטרפה וגו' (ויקרא יז, טו); "תושב כהן ושכיר לא יאכל קדש" (ויקרא כב, י); "תושב זה קנוי קנין עולם, שכיר זה קנוי קנין שנים" (יבמות ע"א); "ובת כהן תהיה אלמנה וגרושה ודוע אין לה" וגו' (ויקרא כב, יג) ורבים אחרים זולתם. ומכיון ששורת ההגיון מחייבת לקרב ככל האפשר את חיובי הפוליסה לחובות הביטוח של החוק, מצווים אנו, גלל כן, לייחס אל ה"ויו" אשר במלה "ובהתאם" את המובן של "או", שאף הוא שימוש מותר בלשון העברית כנ"ל.

ע"א 622/75

אבני ואח' נ' יונש

פ"ד (3) 203, 210

כבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים לנדוי, עציוני, שרשבסקי

הערעור נסב על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי המחייב את המערערת לפנות דירת מגורים, בה התגוררה כדיירת מוגנת. שופטי הרוב כבית-המשפט המחוזי קיבלו את טענת הנטישה. טענת בנה של המערערת, כי הוא רכש בדירה מעמר של דייר מוגן, נדחתה.

השופט שרשבסקי: מבחינה מילולית, מובן המונח "זנח", כפי שאנו מוצאים אותו כבר בתנ"ך, הוא: עזב, נטש, הפקיר (ראה, למשל, איכה ב, ז; תהילים מד, י; שם, שם כד; שם, ס, יכ; שם עד, א; שם פט, לט; ראה אבן-שושן, מילון חדש, מהדורה חמישית, "זנח"). הפירוש המילולי איפוא ניתוק כולל ולא מוגבל לענין מיוחד.

30 זקק

ת"א (ת"א) 2408/83, ת"א (ת"א) 60/84

גולן נ' יעבץ

פ"מ תשמ"ה(2) 148, 157

כבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

הצדדים התדיינו ביניהם במספר הליכי בוררות בקשר לסיכסוכים שנתגלעו ביניהם. ההליך הנוכחי החרוך בבקשות הצדדים לאשר או לבטל את: (1) פסק בוררות הזבל"א שניתן בין הצדדים בינוי 1981, (2) החלטת הכיניים של רשם האגודות השיתופיות (להלן – הרשם) בענינם ולהכריע בשאלת תוקפה של הבוררות בפני הבורר שמונה על-ידי הרשם לפי עתירת המבקש בסיכומיו.

סגן הנשיא (חריש): באותו ענין, שעליו נסכו דברי פסק הדין המצוטטים לעיל הוגשה בקשת ביטול על יסוד העילה של חסרון הסכם בוררות בר תוקף על-פי סעיף 124(1) לחוק ונדחתה. משנדחתה כאמור, בא הענין ממילא בגדר

ר"צ 13/58

עירית תל-אביב-יפו נ' לובין

פ"ד יג 118, 131-135

בבית-המשפט העליון
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, גייטיין, ווסמן, לנדוי

השופט ווסמן: הקשיים בהם התלכטנו כמשפט זה נובעים מהוספת המלים "הנועדים למכירה" בסעיף 3 לחוק המסמך, והקושיה היא: על שום מה דאג המחוקק להוסיף מלים אלו, שהרי המדובר בסעיף הנ"ל הוא בכשר או מוצרי אוכל של כשר-חזיר "אשר ההגבלה או האיסור חלים עליהם", היינו, שמכירתם אסורה כשטח הרשות המקומית או מקצתו...

השופט זילברג: הכיטוי "לחול", "חל", "חלים" – בכנין קל – הוא ביטוי עברי מקורי עתיק יומין, שכמעט אי-אפשר לתרגמו, כאותו קיצוד ודיוק, באיזו שהיא מן השפות האירופאיות. הוראתו המרכזית היא: נפול, ירוד על, פגוע, אלא שהוראתו זו נתפצלה לכמה וכמה גוונים. כתנ"ך אנו מוצאים אותו בהקשר עם צדה, אשמה, עונש וכדומה (השווה: הושע יא, ו; שמואל ב ג, כט; ירמיה ל, כג), אך בתקופה התלמודית הורחב גבולו, בעברית ובארמית, והוא "הוחל" על חללותו של מעמד משפטי מסויים, מועד או איסור. ענין לנו כאן לסוג האחרון, ואת שימושנו הנפוץ והמפורסם ביותר במובן זה אנו מוצאים במחלוקת הידועה אם איסור חל על איסור, או לא (יבמות יג ע"ב; שם לב ע"א-לב ע"ב; חולין קא ע"א-ע"ב; קידושין עז ע"ב; כריתות כג ע"א, ועוד). לא אביא כאן in extenso את כל המקורות בהם מופיע הביטוי בהקשר זה, אצטט דק כמה מהם שיש בהם כדי להעמידנו על משמעותה הנכונה של "חלות" זו.

וסבר דבי יוסי איסוד חל האיסור? והא תניא, עבר עבירה שיש בה שתי מיתות נידון בחמורה; רבי יוסי אומר: נידון בזיקה הראשונה הבאה עליו; ותניא, כיצד אמר רבי יוסי נידון בזיקה הראשונה הבאה עליו? חמותו ונעשית אשת איש – נידון בחמותו, אשת איש ונעשית חמותו – נידון באשת איש (יבמות לב ע"א).

האוכל גיד הנשה של נבלה, רבי מאיר מתייב שתיים ... איסור גיד חל משנולדה, וקורם שנתבלה היה גידה אסור וכשרה מותר, וכשנתבלה נאסר אף כשרה... (גמרא ורש"י חולין קא ע"א).

דהא דאין איסוד חל על איסור מפני שכבר הוא מוזהר ועומד ... (תוספות די"ד, קידושין ג ע"ב).

ולבסוף מובאה אתה, אחרונה, המבהירה במידה שאין למעלה הימנה את מהותה של ה"חלות".

רבי שמעון אומר, האוכל נבלה ביום הכפורים פטור (כלומר: פטור מכרת, מפני שאין איסור יום הכפורים חל על איסור נבלה). (קידושין עז ע"ב). נתעוררה השאלה, אם דין זה חל גם על נבלה שנתנבלה בעצם יום הכפורים, ועל זה כתב הריטב"א:

ויש שפירשו דמשום הכי פטור מיום הכפורים ... ולא הוי איסור בת אתה (אם נתנבלה ביום הכפורים), דנבלה שעורה בכזית, ויום הכפורים שעורו בככותבת.

פירוש הדברים: מכיון דנבלה שיעורה ככזית ואכילה ביום הכפורים שעורה בככותבת ("ככותבת הגסה"), שגדלה הוא יותר מכזית (ראה: משנה יומא עג ע"ב, סוגיא דגמרא ורש"י שם, עט ע"א-פ ע"א; והשווה משנה עדיות ד, א) נמצא כי האיש גומר את העבירה על איסור נבלה קודם שהוא עובר את עבירת האכילה ביום הכפורים, ושוב אין לפנינו ענין של "כת אחת" (על המושג "איסור בת אתה" ראה יבמות לג ע"א). אך הריטב"א דוחה שם את הסברא הזאת, בהצביעו על ערכוב המושגים שבה. וכך הוא אומר:

ולא נראה (פירוש זה אינו נראה לי), דאנן לאו לחיובי לאוכל אתינן, אלא לדון באיסורין האיך תלין (אנו כאן לא לחייב את האוכל אנו באים, אלא לדון בכך כיצד חלים האיסורים) (פירוש הריטב"א לקידושין עז ע"ב).

לאמור: מה ענין "עבירה" אצל "חלות", ואין הבדלי הזמן לגבי עבירת העבירות יכולים להשפיע על שאלת חלות האיסורים.

עינינו הרואות, כי חלות האיסור היא דבר שונה בהחלט מן העבירה על האיסור. החלות היא משהו רותני, רעיוני, מופשט: היא יוצרת "זיקה", מכריזה "אזהרה", ומעניקה לדבר מסויים "מעמד" של "דבר האסור": העבירה, לעומת זה, היא המעשה המותשי המחלל את הזיקה, מתעלם מן האזהרה, ופוגע במעמד שהוקנה לדבר על-ידי המחוקק. ותמיד יש פער, ריווח זמן כל שהוא, בין חלות האיסור לבין העבירה עליו.

ואף לגבי החוק שלפנינו כך, מושג החלות שבו זהה בהחלט עם מושגי החלות של האיסורים הדתיים, כי אי-אפשר להכניס תוכן אחר לשם עברי מובהק זה. בהצמידו את החלות ליעוד המכירה – "שנועדו למכירה אשר ההגבלה או האיסור חלים עליהם" – גילה המחוקק את דעתו כי כוונתו היא לאותו מצב ביניים הקיים בין יצירת האיסור לבין העבירה עליו. כי אם המדובר הוא כאן – כטענת בא-כות המשיב – ב"יעוד" שהינו הוא גופו עבירה, שוב אין לפנינו "חלות" אלא עבירה ממש, ועל כגון זה לא ייאמר "אשר ההגבלה או האיסור חלים עליהם". המלה "תלים" משמשת ראייה חותכת לכך, כי הכוונה היתה לא ליעוד שהינו ככיכול הוא גופו אסור, אלא ליעוד הטומן בחובו עבירה עתידה, ושוב על כרחך אתה אומר, כי המחוקק התיר כאן "החרמה בטרם הרשעה", ואף "כטרם עבירה". אין אני חושש כלל

מפני התוצאה, כי – לפי השקפתי – תמנע עצם ההחרמה את הכאת החנווני לרין. סכודני כי "שוט" ההחרמה המיידית הווראית ישמש אמצעי יחודי יעיל לביעור החויד, מאשר עונש הקנס המכסימלי של – 100 לירות, הצפוי לעבריין הממשי על-פי סעיף 7 של חוק-העזר הנרון. וכבר נאמר (ברכות י ע"א) על הפסוק "תמו חטאים מן הארץ" – יתמו "חטאים" ולא "חוטאים".

ואל יאשימו אותי באנאכרוניסמוס משפטי, וכל יטיחו כלפי כי אני בא לפרש חוקים מודרניים על-פי החוספות רי"ד והריטב"א. ידעתי גם ידעתי, כי – בנוסחו של המאמר הידוע (בכא קמא ב ע"ב) – "דברי הכנסת מדברי תודה לא לפינן". מה שהשתדלתי לעשות כאן הוא "גילוי מילתא בעלמא", לגלות את פירוש המלות שהשחמש בהן המחוקק החילוני. כי המונח הנפלא, עשיר התוכן, של ה"חלות", נכנס כמות שהוא, על קרבו ועל "פירושו", לתוך הגומנקלטורה המשפטית העברית המודרנית, וחזקה על המחוקק הישראלי שידע את משמעותו של ביטוי זה.

7. חברי הנכבד, השופט לנדוי, מצא סמוכין לטענת בא-כוח המשיב בשינויי הגירסאות שחלו בין הצעת החוק לבין אישורו. עם כל הכבוד הרב שאני רחש לחברי המלומד נראה לי, כי גם אם נסכים, עקרונית, ללמוד לקח משפטי מניסוחי הצעות ודברי הסכר, עדיין לא נחכם הרבה מן השוני הנ"ל לגבי הבעיה הנדונה. הנסיגה מן הגירסה הראשונה – "הנועדים לאכילה" – מטרתה הייתה בתכלית הפשטות: לבטל את אפשרות ההחרמה אצל הקונה, שלא יהא "טוביה חטא וזיגור מינגר" (טוביה חטא, וזיגור לוקה? ! מתוך סיפור המעשה היפה בשני בני אדם, טוביה וזיגור, המובא במסכת פסחים ק"ג ע"ב). היא לא באה למנוע את החרמת הכשר אצל אותו "טוביה" גופו, טוביה הקצב או טוביה החנווני, המתכוון לחטוא במכירת הכשר.

ואשר לרברי ההסכר בהם הסכיד חבר הכנסת ישעיהו שרעבי את חילופי הגירסאות הנ"ל, הרי גם אלה נכונים הם, אם כי כנראה לא "מוסכדים" כל צדכם. בווד הרב, כי אילו הותרה החרמת הכשר אצל הקונה, הייתה מידת ההתערבות בחיי הפרט הרבה יותר גדולה ופוגעת; כבר מן הטעם "האריחמטי" הפשוט: שמוכר אחד מוכר בשר לקונים מרובים.

נראה לי, איפוא, כי טענת בא-כוח המשיב אינה יכולה להפיק תועלת מרובה, לא מעצם חילופי הגירסאות, ואף לא מדברי ההסכר הנ"ל. אין להגזים בערכם הפרשני של ניסוחי הצעות ודברי הסכר, ולא נכוא לררוש "אכין ורקין" כדי ללמוד מהם את כוונתו האמיתית של המחוקק. ולוואי שהוא (המחוקק) יפקיע את עצמו בניסוחו הסופי של החוק.

33. חלוקה

ע"א 165/79, 245/79

מנהל מס שבח מקרקעין נ' כהן ואח'

פ"ד לר(3) 284, 287

בבית־המשפט העליון בשכתו ככית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני הנשיא (לנדוי), והשופטים אשר, בכור

מנהל מס שבח מקרקעין מערער על החלטות ועדת הערר לפי חוק מס שבח מקרקעין,
תשכ"ג–1963 בענין שומת פעולה של חלוקת מקרקעין בין בעלים משותפים.

השופט אשר : ב. ככל הכבוד לדברי הוועדה המלומדת, לא אוכל להסכים
להחלטתה. לדעתי לא נתקיימו בשני המקרים גם יחד היסודות הדרושים
להפעלת הוראתיו של סעיף 67. סעיף זה, לפי נוסחו, דן במכירה שהיא חלוקת
מקרקעין, ולא במכירה שטבעה החלפת חלקים בלתי מסוימים על־ידי בעליהם
המשותפים של מספר נכסי דלא נידי. בלשון בני אדם מצביע המונח "חלוקה",
שעה שהוא מתיחס לנכס, על פיירוקו או הפרדתו של אותו נכס לחלקים. כבואו
להסביר את המונחים "לחלק" ו"חלוקה" מפנה בעל המילון החדש א' בן־
שושן למקורות כגון:

ויחלקו את הארץ (יהושע יד, ה).

וחולקים אותו לשלושה חלקים (משנה פרה ג, יא).

אתה וציבא תחלקו את השדה (שמואל ב יט, ל).

ללמדך, שהכוונה, בראש ובראשונה, היא לחלוקה פיזית של נכס אחד שלם.

34. חנינה

ד"נ 13/60

היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה

פ"ד טז 430, 463–464

בבית־המשפט העליון

לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זילברג, לנדוי, ברנזון, ח' כהן

אדם הורשע בנסייון לרצח ונידון לשלוש שנות מאסר. הוא שוחרר ממאסר כעבור שישה־עשר
חודש כאשר נשיא המרינה הוציא "כחב הפתחת עונשין" בו נאמר שהנשיא הפחית את עונש

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

הנאשם לשישה-עשר חודש מאסר ממש ולעשרים חודש מאסר-על-חנאי. לאחר מכן הורשע הנאשם שנית בנסיון לרצח ובית-המשפט הטיל עליו עונש של ארבע שנות מאסר וגם הפעיל, כעונש מצטבר, את עשרים חדשי המאסר-על-חנאי. הנאשם עירער ובית-המשפט העלין, כע"פ 185/59, ביטל את חלק גזר-הדין המפעיל את המאסר-על-חנאי. היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה לדין נוסף ובקשתו נחקלה.

השופט ח' כהן: במושג "החנינה" שבלשון העברית טמון היה מקרמת דנא אלמנט של רצון חפשי ובלתי-מסוייג, אפילו של שרירות-לב; הדיבור "וחנתי את אשר אחון וריחמתי את אשר ארחם" (שמות לג, יט), פירש רש"י, אחון אותך פעמים שארצה לחון. והמדרש רואה קשר לשוני בין "החנינה" ובין מתנת "חינם", לאמור: "מי שאין לו, אני עושה לו חינם ונותן לו מזה, שנאמר וחנותי את אשר אחון – למי שאני מבקש לחון" (שמות רבה מה, ו); והתנחומא (בובער), כי תשא, טז, מוסיף וזו לשונו: "אשר נתון אין כתיב, אלא אשר אחון", ופירש ר' שלמה בובר, "אשר נתון – משמע שהוא כבר נתון על-ידי מעשיו הטובים של עצמו, אבל את אשר אחון – פירוש את אשר יכמרו רחמי עליו לשעה ואפילו שאינו כדאי". וכן למדנו בגמרא, ר' מאיר אומר, וחנותי את אשר אחון, אף-על-פי שאינו הגון, וריחמתי את אשר ארחם, אף-על-פי שאינו הגון (ברכות ז ע"א); ומוסיף מדרש "לקח טוב" ואומר: "ואי-אחה רשאי להדהר אחרי מידוחי ולומר, מפני מה יש צדיק וטוב לו, ויש צדיק ורע לו, יש רשע וטוב לו, ויש רשע ורע לו, כי עת לכל חפץ ועל כל המעשה שם (קהלח ג, יז), ללמד לכל באי העולם כי יש דין וחשבון, ולא יתיימש אדם מיום הדין" (לקח טוב, לשמות לג, יט).

35. חקלאי

ע"א 20/60

דגי דאד בע"מ נ' מנהל האדונוה לפיצוי נזקי מלחמה

פ"ד יד 1933, 1936

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים רחוקן, ח' כהן

שומת מנהל האדונוה הקובעת שמלאי דגים כבויכות וחמרי מזון לגידולם אינם כגדר "מלאי חקלאי" ואינם נהנים משיעור מוקטן של ארנונה – משמעותו של המושג "חקלאוח" לפי מקורותיו, במשפט האנגלי ובחתיקה הישראלית.

השופט ח' כהן: אני מסכים.

המלה "חקל" היא מלה ארמית הזהה בשרשיה עם המלה העברית "חלק",

שער שנים-עשר : פרשנות

"חלקה", ומשמעותה שדה. "מקנה השדה והמערה אשר בו", תרגומו: "זכיני חקלא ומצרתא די ביה" (בראשית מט, לב). גם בארמית משמשות המלים "חקל" או "חלק" בערבוביה: "אל תסג גבול עולם וכשדי יתומים אל תבוא", תרגומו: "ובחלקא דיתמי לא תיעול" (משלי כג, י); וכן במקומות אחרים (מיכה ב, ד; דברי הימים א ח, ח, ועוד).

בראשונה לא היה "חקלאי" אלא עובד שדה, אך כבר בתקופת התלמוד הרחיבו את המושג והבחינו בין "בני מחוזא", שהם יושבי הערים, ובין "בני חקליתא", שהם יושבי הכפרים. צורתם וגזירתם של בגדיהם של בני מחוזא מכאן ובני חקליתא מכאן, היו שונות (שבת יב ע"א); וכן נשתנה טעמם במאכלים, שהרי "הריהטא דחקלאי" הצטיין בקמח הרכה, ואילו בני מחוזא לא הרבו קמח אלא דבש (ברכות לז ע"ב). ואמר מי שאמר על החקלאי – הוא בן הכפר – שגם אם מוליכים אותו למלך, לא יוריד סלו מעל ראשו (מגילה ז ע"ב).

מבחינה לשונית נראה על-כן שאם כי לפי משמעותו המקורית, "משק חקלאי" אינו אלא משק לעיבוד אדמה, הרי לפי משמעותו הרחבה יותר, עשוי המונח להקיף כל משק לא-עירוני...

36. חשד

ע"פ 20/61

סהד נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד טו 561, 576

הובא בשער החמישי, ראיות, עמ' 385.

ע"פ 523/72

עוראן נ' מדינת ישראל

פ"ד כח(1) 128, 136

בכיתחמשפט העליון בשבתו ככיתחמשפט לערעורים פלייסי
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, עזיוני

המעורר הטיח עלבון בפני עוכד רשות מקומית והורשע כעבירה על סעיף 144 לפקודת החוק הפלילי. טענתו העיקרת בערעור הינה כי פסקהדין המרשיע הינו בטל כאשר לא הוזמן לשימועו.

השופט ח' כהן: נשאר לי לומר מילה על העלבון שבקריאת כינוי "מטומטם" על מזכיר המועצה המקומית. אם הסניגור המלומד לא חסך מאתנו (כלשון אב" ביתהדין בפסקדינו) גם את הטענה שאין עלבוננו של אדם בטמטום, אין זאת כי אם חשב – אם כי לא אמר – על אברהם אבינו ושרה אמנו עליהם השלום, שמצינו מימרה שנאמרה מפי רבי אמי, שאכרהם ושרה טומטמין היו (יכמות סד ע"א), ואין צריך לומר שלא היה דבר רחוק מרבי אמי מאשר הכוונה להוציא שם רע עליהם. אלא ניתנת אמת להיאמר שטמטום של אברהם ושרה היה בגדר חופעה פיסילוגית (שפרטי סימניה אינם ענין לכאן), ואילו טמטומו של מזכיר המועצה המקומית, כפי שהמעורר דנן הבינו והתכוון אליו, אינו מום שבגוף כי אם מום שבנפש. טמטום שכזה, כך מוצאים אנו במקורותינו, נגרם עלדידי מאכל בכלי מסויים הנקרא בשם כותח ומחמת שיש בו נסיוכי דחלבא (כלומר, חלב חמוץ), הרי הוא מטמטם את הלב (פסחים מב ע"א). טמטום הלב הבא לו לאדם מרוב אכילת מאכלים נכריים (חמוצים) יכול ויהא בגדר אסון, אבל בוודאי אינו בגדר קלון. ואולם לימדונו רבותינו הקדמונים אף גם זאת, שעבירה היא המטמטמת לבו של אדם, שנאמר, אל תשקצו את נפשותיכם בכל השרץ השרוף ולא תיטמאו בהם ונטמאתם בהם (ויקרא יא, מג): אל תקרי ונטמאתם אלא וניטמטם (יומא לט ע"א) – הנה כי כן יכול ואדם יהא מטומטם כאשר עוכר הוא עבירות.

בלשונונו המודרניח משמש התואר "מטומטם" לציון סתימתן של דרכי המחשבה, אם דרך קבע ואם לענין פלוני; ואין נפקא מינה אם סתימה זו באה לו לאדם מטבע כרייתו או מרוע לב או מזלילה וסביאה או (כפי שיש גורסים) מרוב שררה. עלכלפנים עלבון לו לאדם, וגם קלון, שנסחמו דרכי מחשבתו, שהרי מה מותר לו לאדם כזה מן הבהמה. ישומעשהו או התנהגותו או תגובתו של אדם עשויים לעורר רושם כאילו נסחמו דרכי מחשבתו, ולו רק זמנית בלבד; ואז מטבע אנוש הוא להוכיחו בצורה זו או אחרת – וצורת כינויו בתואר "מטומטם" אינו הצורה המנומסת או הלגיטימית שבהן.

שער שנים-עשר: פרשנות

38. ידיעת בשרים – carnal knowledge

ע"פ 229/53

והבה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל

פ"ד ח 271, 272, 273–274

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים חשין, גייטין, ווסמן

השופט חשין: המערער הורשע בעבירה לפי סעיף 152(2)(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונרדף לשתי שנות מאסר. הוא מערער על ההרשעה וטוען: להר"ם; הוא לא עשה מעולם את המעשה אשר ייחסה לו הקטיגוריה, ואף לא היה לו צורך לעשותו, שכן הוא נשוי וילדים לו שלושה... הסעיף 152(2)(א) אומר וזו לשונו: "כל אדם השוכב עם אדם אחר שלא כדרך הטבע ... יאשם בפשע ויהא צפוי לעשר שנות מאסר." במקור האנגלי נוסח סעיף העבירה הנדונה בלשון זו:

Any person who has carnal knowledge of any person against the order of nature is guilty etc.

השאלה הקונקרטית היא, איפוא, אם מעשהו של המערער נכלל במושג "carnal knowledge" האמור בסעיף.

3. פירושו המילולי של הביטוי carnal knowledge הוא: ידיעת בשרים, רדף כשרים, רדף הגוף, ו"היריעה" האמורה כאן היא מלשון "והאדם ידע את חוה אשתו" (בראשית ד, א). הביטוי הנ"ל משמש, איפוא, להגדרת מעשה עריות או לתיאור אקט מיני על רדף הזרוגות. בדרך כלל מוסב הביטוי בלשון יום יום על היחסים המיניים שבין גבר לאשה; אך כאן, בסעיף 152(2)(א), מדובר על הזרוגות בין בני-אדם – ולא דוקא בין גבר לאשה – "שלא כדרך הטבע".

39. יהודי

כג"צ 72/62

רופאיון נ' שר הפנים

פ"ד טו 2428, 2432–2437

הובא בשער הראשון, המשפט העברי במדינת ישראל, עמ' 44.

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

כ"צ 113/84, כשג"צ 175/84, בשג"צ 172/85

בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה ואח'

פ"ד לט(3) 365, 373

בבית-המשפט העליון כשכתו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים וייס, ברק, כץ

אגב תביעה כספית, שהגישה העותרת למשיב 1 כנגד בעלה, המשיב 2, לחלוקת רכושם המשותף, נשאלה העותרת מיחמתו של המשיב 1 על אורחות חייה. מתשובות העותרת הסיק המשיב 1, כי גיורה של העותרת, שנעשה בעבר, בטל ומבוטל. לפיכך נישואי העותרת והמשיב 2 בטלים, ומכאן שאין לעותרת זכויות ברכוש בעלה. מכאן העתירה.

השופט וייס: לא בדורה לי הסיבה, מדוע בית הדין הרבני דאה צורך בשלילת יהדותה של האישה. אמנם, "כלל נקוט בדינו כי אין אנו יושבים כערעור על פסיקתו של בית הדין הרבני ואין אנו בורקים אחריו אם פסיקתו תואמת את הדין העברי. סמכות זו מסורה היא בידי בית הדין הרבני הגדול היושב לערעור על בית הדין הרבני האזורי, ומבחינה זו אין לאחד פסיקתו של בית הדין הרבני הגדול ולא כלום" (בג"צ 323/81 (המ' 533/81), בעמ' 738).

אבל עיון קצר ובלתי מעמיק במקורות ההלכה השונים מראה, ששלילת יהדות של גר שהתגייר אינה פשוטה כלל ועיקר, ולא ברור הדבר לחכמי תורת ישראל, שגד שחזר לסודו הרי הוא כגוי גמור ובנוסף לכך גידורו בטל למפרע (עיין לעניין זה מאמריהם של הרב א' אונטרמן זצ"ל והרב עובדיה יוסף יברל"א – המופיעים בקובץ חורה שבעל פה, יג, תשל"א, עמ' יג-כ, כ-לב. וכן עיין בג"צ 467/75 – חוות-דעתו של הרב זולטי זצ"ל, בעמ' 153). אבל כל דבריי אלו באו רק לרווחא דמילתא, ולא לנו הסמכות להרהר אחד פסיקה זו, אלא עלינו לדון כמה שלנגד עינינו (השווה פרופ' א' שאוה, "טעות" בקביעת היהדות – השוללת סמכות? הפרקליט כה (תשכ"ט-תשל"ל) 617).

40. יעד

כ"צ 163/57

לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו

פ"ד יכ 1041, 1069

הובא בשער זה, עמ' 925.

שער שנים־עשר : פרשנות

41. ישב (ראה: תושב, גור).

42. כאחד

ע"פ 135/59

הד נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יד 1501, 1504–1505

בבית־המשפט העליון כשכתו כבית־משפט לערעורים פליליים לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים ברנזון, ויחקן

הרשעת אם בחטיפת אדם, על שהוציאה את בתה מגבולות המדינה בלי ידיעת בעלה ובניגוד לרצונו.

השופט ברנזון: מכאן שהשאלה האמיתית והעיקרית היא: מי הוא זה שהוא מוסמך, או מי הם אלה שהם מוסמכים, מבחינת החוק האזרחי, לתת הסכמה בשם הילדה? האם האב לבדו, או האם לבדה, או שניהם ביחד? התשובה לשאלה זו תלויה בפירוש שיש לתת לסעיף 3(א) לחוק שיורי זכויות האשה, תשי"א–1951, האומר וזו לשונו:

האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מח אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי.

המלה "כאחד" מובנה, לפי המקורות והמילונים השונים: יחד, ביחד או במשותף; בעת ובעונה אחד; גם יחד או כל אחד מהם ("אינך יודע איזה יכשר, הזה או זה? ואם שניהם כאחד טובים?" – (קהלת יא, ו)).

השאלה היא, באיזו משמעות השחמש בה המחוקק כאן? אומר השופט זילברג בספרו "המעמד האישי בישראל", עמ' 411: "משמעותה כאן, שהאפוטרופסות הטבעית משותפת לשני ההורים; אין אחד מהם עדיף ממשנהו ורק שניהם יחד מייצגים אח הילד ורשאים לפעול בשמו". מר שפירא חולק על פירוש זה וטוען שמטרתו הכללית של החוק בצירוף הערה השוליים של הסעיף "אפוטרופסות שווה", יש ללמוד כי הכוונה היא שכל אחד מההורים הוא אפוטרופוס טבעי על ילדיהם ויכול לפעול בשמם לבדו. איננו מסכימים לכך והרבה טעמים לדבר.

"יחדל" באופן אוטומטי, יחדל מעצמו, ואין הוא משמש עוד כמשרת חבר המועצה, ואילו בסעיף 46 לא נאמר: "ואלה חדלים להיות חברי המועצה". 5. אחרי העיון נראה לנו, שאין אנו יכולים לקבל את טענתו של ב"כ המשיב. "פסולים לכהן", עלינו לפרש פסולים לשמש כמשרה של חבר המועצה. "כהונה" היא משרה, ומקרא מפורש הוא: "ספחני נא אל אחת הכהונות" (שמואל א ב, לו), וכן הוא אומר: "והיתה להם כהונה" (שמות כט, ב); "לקדש אותם לכהן לי" (שם כט, א); "ואת אהרן ואת בניו אקדש לכהן לי" (שם כט, מד). ואף מנסח החוק לתיקון פקודת העיריות משתמש בפועל זה של "כהן" לא במונח של מילוי תפקיד בפועל אלא במונח של מינוי ושירות. בסעיף 9(2)(א) בנוסחתו המתוקנת נאמר: "ליד עיריה בה מכהנת מועצה", וכן סעיף קטן (33) שם: "ליד עיריה בה מכהנת ועדת עיריה". חבר המועצה הנפסל על יסוד סעיף 46 פוסק אפוא מלהימנות במספר חברי המועצה. ההבדל בין סעיף 46 ובין סעיף 49, הוא שאותו סעיף אינו מדבר בחבר הפסול פסול־הגוף, מטעם החוק, כי אם בחוסר פעילות מצד חבר המועצה והוא געדר משיבותיה, ועל כן אם נעדר ברשות המועצה הוא יכול להמשיך בחברותו בה, אבל הפסול לפי סעיף 46 אין הסכמת המועצה מועילה להכשירו. אמנם פסול זה אינו, כמוכח, פסול־עולם, והנפסל כשר להיות מועמד בבחירות הבאות, אבל אין הוא יכול לחזור לכהונתו במועצה זו שהיה חבר בה אחרי שנפסל לכהן בה וחדל מלהיות חברה.

44. כולל

ע"א 263/60

קליינר נ' מנהל מס עזבון

פ"ד יד 2521, 2551–2552

בית־המשפט העליון כשכתו כבית־משפט לערעורים אורחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זוסמן, ברנזון, ויחקון, ח' בהן

נכסי המורש של המערערות, אשר מעולם לא היה תושב ישראל, היו מוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. המוריש נפטר בשנת 1952, ובשנת 1960 שוחררו נכסיו למערערות על־פי בקשתן. הנכסים לא היו מוחזקים על־ידי האפוטרופוס, והוא לא שילם עליהם מס עזבון. היורשות טענו כי נכסים אלה, בהיותם נכסי נפקד, אין לראותם כנכסי עזבון, וכי יש להבחין בין הקניית נכס בדרך של ירושה לבין הקנייתו, אפילו ליורש, בדרך של שחרור על־ידי האפוטרופוס. בית־המשפט המחוזי פסק נגדן, בקבעו כי הן עומדות כנעלי המנוח כירשותיו וכי לא במקרה שוחררו הנכסים להן דוקא. היורשות ערערו. בית־המשפט העליון קיבל את הערעור ברוב דעות.

השופט ח' כהן: מאחר ונכסים שבשעת פטירת הנפטר לא היו בבעלותו, ושאינם נמנים גם עם הנכסים המנויים בפיסקאות (2) עד (5) של סעיף 3(א) אינם כלולים ב"עזובון" שעליו יוטל מס; ומאחר והנכסים הנדונים פה לא היו בשעת פטירת הנפטר בבעלותו ואינם נמנים גם עם הנכסים המנויים בפיסקאות (2) עד (5) כאמור – אין להטיל עליהם מס עזובון.

אני מתחזק במסקנתי זו נוכח הכלל הגדול שאין להטיל מס או תשלום חובה אלא על-פי חיקוק המחייב זאת בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים: Oriental Bank v. Wright (1880) 5 A.C. 842, at p. 856. עצם העובדה שביית-משפט היה רואה בכך אפליה או אי-צדק, שעל עזובון פלוני מטילים מס ואילו עזובון פלמוני יצא פטור ממס, אין בה כדי להצדיק הטלת המס כשלשון החוק אינה מחייבת כך; וכפי שאמר הלורד Cairns:

אם כל חוק מותר לפרש מה שקוראים פירוש שביושר, ודאי אין פירוש כזה מותר לגבי חוק המטיל המס, שלגביו אין לך אלא להידבק במלים של החוק. (Partington v. A.G. (1869) L.R. 4 H.L. 100, at p. 122) מכאן שאילו לא היתה המלה "כולל" מסוגלת, מבחינת הלשון, למשמעות אחרת וזלת זו שהנשיא הנכבד מייחס לה בפסק-דינו, הייתי מודה שעל-אף כל הקושיות והקשיים המתעוררים בפירוש הסעיפים 1, 2 ו-3 של החוק בהקשר אחר, יש לתת למלה "כולל" אותה המשמעות היחידה שהיא כביכול מסוגלת לשאתה, וייתכן שהתוצאה אז היתה זו שהגיע אליה כבוד הנשיא. אך מסתבר שהמשמעות הנכונה של המלה "כלל" היא רוקא לכלול הכל ולא להשאיר דבר בלתי-כלול:

שאלה מטרונה אחת את רבי יוסי. אמרה לו, למה אין כתוב בשני (ביום השני לבריאת העולם) כי טוב? אמר לה, אף-על-פי-כן חזר וכללן כוללן בסוף, שנאמר וירא אלהים את כל אשר עשה והנה טוב מאד (בראשית רבה ד, ח). מצינו את המלה גם לציון הכללת רבר פלוני שלא היה כלול עוד: כולל של מינים ושל רשעים במכניע זדים (ירושלמי ברכות פדק ב, הלכה ד, ה ע"א);

מברכין ברכה ראשונה וכוללין של ירושלים (שם); כולל רברים המותרין עם רברים האסורין (שבועות כג ע"ב). אך בכל המקומות "הכולל" יוצר כלל, והכלל מקיף את הכל, בלא להשאיר שיוד שאינו עוד כלול; וחוששני שתרגום המלה include, במובנה הרבות בלי למצות, במלה "כלל", אינו תואם את הלשון העברית.

ע"פ 247/71

מרינת ישראל נ' בחג'אן ואח'

פ"ד כו"ר (1) 76, 84

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים כרנון, ח' כהן, מני

המדינה מערערת על זיכוי המשיבים מאשמה לפי סעיף 121א לפקודת התוק הפלילי, 1936. לדעת המדינה, נחפס בית-המשפט המחוזי לטעות משפטית בפירוש סעיף זה כשכבר שאין להרשיע לפיו אלא אם הוכח כי הנאשם התכוון לכך שהעד ימסור, כתוצאה מההטרידה, עדות שקר.

השופט ח' כהן: ברם, נראה לי שגם כוונת "ההכשלה" של העדות אינה חייבת להיות כוונה שהעדות תיכשל כשלוף גמור, אם על-ידי שתידחה כעדות-שקר, ואם על-ידי שלא תינתן כלל: די בכוונה לשים מכשול כלשהו בדרך העד למסור עדותו כפי שהתכוון למסרה. בדרך כלל משמש הפעיל "הכשל" להכשלת בני-אדם ולא להכשלת מעשיהם; ורק פעם אחת מצינו במקרא "הכשיל כוחי" (איכה א, יד). אבל גם הכוח שכשל (תהילים לא, יא; נחמיה ד, ד), גם הברכיים הכושלות (ישעיה לה, ג; תהילים קט, כד), עודם קיימים על-אף כל "כשלונם" – הם רק רפו ונחלשו, ואינם עומדים לבעליהם כעת צרה די הצורך. והוא הדין באמת שכשלה (ישעיה נט, יד): רק כרוכב גכוחה לא תוכל לבוא, אבל מרחוק תעמוד תמיד. אף לכשלוף העדות כן: אפילו יודע המטריד שהעדות תינתן, ואפילו יודע הוא שתינתן העדות שהעד התכוון לתיחה, די בכוונה שהעדות תהא "כושלת", מגומגמת, הססנית או כשפה רפה. וככך אמנם מקבילה כוונת "ההכשלה" לכוונת הפגימה במהימנותו של העד.

קולל:

זהו כלל המורה על „אמנם“ ופירושו: „במקום שבו נאמר „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.“

זהו כלל המורה על „אמנם“ ופירושו: „במקום שבו נאמר „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.“

למשל:

זהו כלל המורה על „אמנם“ ופירושו: „במקום שבו נאמר „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.“

המשפט „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.

המשפט „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.

המשפט „אמנם“ מורה על סתירה או על ניגוד.

מ.מ. 178' 13

מ.מ. 178' 13

מ.מ. 178' 13

97' אמנם

מ.מ. 178' 13

המ' 89/51

מיטובה כע"מ נ' קזם

פ"ד 1, 4, 6, 8, 9-10, 11-16

בכיתחמשפט העליון כשבתו ככיתחמשפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים חשין, זילברג, שרשבסקי

חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, סעיפים 1(א), 22(א)(3), 31, 6(א)(ב) – חוק הפירושים, 1945, סעיף 34 – דבר המלך במרעצה, 1922, סימן 46 – המונח "מוחזקת" או "ראויה" בסעיף 1(א) הנ"ל – הביטויים "מוחזק" ו"ראוי" הם מונחים משפטיים, לקוחים ממקורו המשפט העברי, והם מציינים את תכנם המשפטי של המונחים האנגליים *chose in possession* ו"*chose in action*" – פירוש המונחים העבריים הנ"ל כדיני ישראל – חוב המגיע לאדם מחכרו הוא, לכל הדעות, "ראוי" כמוכן המשפט העברי, ו"*chose in action*" כמוכן המשפטי האנגלי – "מניה" ו"אוכליגציה" מה הן: "ראוי" או "מוחזק", *chose in action* או *chose in possession* – דמיון מפתיע בין פסק-דינו של השופט פריי וחשוכתו של ה"נורע ביהודה" – משמעותו של סעיף 6(א)(ב) לחוק נכסי נפקדים – המסקנה: חוב המגיע לנפקד הוא "נכס נפקד" לגבי כל הוראות החוק הנ"ל.

השופט זילברג: גורלה של בקשת רשיון הערעור דנו – אשר הפכה, בהסכמת הצדדים, ערעור ממש – תלוי וייחרץ בחשוכה לשאלה, אם חוב המגיע לאדם נפקד הוא "נכס" במובן חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950. גדר הספקות הוא, אם חלה עליו ההגדרה האמורה בסעיף 1(א) של החוק...

3. נראה לי, כי יש לקבל את הערעור. בא-כוח המערערת ניתח לפנינו בכשרון רב כמה וכמה מסעיפי החוק. מהם יוצא בעקיפין, כי כוונת המחוקק היתה לכלול גם את החוב בכלל ה"נכס", אך לדעתי אין צורך בכל הראיות הללו, ולשואו הביא ממרחק לחמו. את פתרון השאלה יש לחפש ולמצוא בעצם ההגדרה האמורה בסעיף 1(א), וטעותו של השופט המלומד היתה בסברו, כי "המלים הבאות בחשכון לגבי מקרה זה הן 'כספים' וזכות 'בנכס'". השופט המלומד לא שפל לסופו של פסוק, והתעלם מן המלים הבאות אתריהן. הלא כה הם דברי הסעיף הנ"ל:

1. בחוק זה –

(א) "נכס" כולל מקרקעים ומטלטלים, כספים, זכות בנכס, מוחזקת או

ראויה, מוניטין, וכל זכות בחבר בני אדם או בניהולו.

הביטויים "מוחזק" ו"ראוי", בתורת זה-לעומת-זה, אינם שגורים בפי סתם בני אדם; אלה הם מונחים משפטיים, והמחוקק "שאל" אותם, כנראה בעליל, ממקורות המשפט העברי כאן נחן המחוקק הישראלי לברוש עברי מובהק לתכנם המשפטי של המונחים המקובלים: 1) *Choses in possession*, 2) *Choses in action*, כפי שיתבאר להלן.

המקור המשפטי הראשון למונחים העבריים הנ"ל הוא כמשנה ככמה מקומות. ביניהם משנה בכורות נא ע"כ:
הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב... ואינו נוטל כשבת, ולא בראוי כבמותוק (עיי'ן שם במשנה ובגמרא ער סוף הסוגיא).
והטעם הוא, כפי שמפרש התלמוד (שם נב ע"א), מפני שכחוב כתורה (דברים כא, יז): "לתת לו פי שנים ככל אשר ימצא לו". זאת אומרת: ימצא לו, לאב, בחייו.

ובמסכת בבא בתרא קכה ע"ב, אנו קוראים:
אמר רב פפא: הילכתא אין הבעל וכו', ואין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמותוק, ואין הבכור נוטל פי שנים במוה, כין שגבו (היורשין) קרקע בין שגבו מעות וכו'.

ועל כך אומד הרשב"ם שם, ד"ה ואין:
ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה... בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, דלאו האי קרקע ולא הגי מעות שבק להון אכוהון, והוי ליה ראוי וכו'.
וזה לשון הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק ג, הלכה א:
אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבוא לאחר מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקין לאכיו; שבו או לרשותו, שנאמר: ככל אשר ימצא לו...

4. העולה לנו מן העיון ברברי המקודות הנ"ל, כי הנה לעומת זה אשר בדארי ומוחזק הוא: "מוחזק" פירושו: נכסים שכבר באו לרשותו של האיש, והוא מחזיק בהם: "דארי" פירושו: נכסים שיש לו צפייה להם או זכות עליהם (ולדעת יש אומרים: גם נכסים שיש לו זכות בהם), אך עדיין לא הגיעו לרשותו, ועדיין אינו נהנה מתחזקתם. בלי להיכנס כאן לכל פרטיהם ודקדוקיהם של המונחים הללו, הרי דבר אחד ברור: כי חוב המגיע לאדם מחברו נקרא "דארי" – לפחות: במובנו הרגיל של כיטוי זה (עיי'ן תוספות בכדות שם, נא ע"ב, ד"ה ולא; והשווה לעומתם את דברי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן יב, ורוק היטב) – ולמעשה, זו היא הדוגמה השכיחה והחשובה ביותר למונח זה...

וכאן המקום להביא לשם השוואה – השוואה מפתיעה ומעניינת עד למאד – אח מה שפסק "הנודע ביהודה", כאחת מתשובותיו, לגבי אותה שאלה ממש, מבחינת המונחים התלמודיים "דארי" ו"מוחזק". השאלה הייתה, אם אוכליגציה היא "דארי" או "מוחזק" לגבי ירושת הבכור, והדי מה שנאמר שם: והנה מה שנסתפק (הרב השואל) בקאמר אוכליגציה ** אי מקרי דארי או מוחזק לגבי בכור, לא ידעתי מקום ספק, ובודאי ראוי מקרי, וכי יש לחלק בין חוב לחוב?... כיון שמחוסר גוביינא מקדי ראוי... " (נודע ביהודה, מהדורה קמא, חלק חושן משפט, סימן לר).

* ... שלא קרקע זו ולא מעות אלו הניח להם אביהם והן בחינת "דארי".

** נייר ערך ממשלתי ידוע בימים ההם, כפי שיצא מרברי התשובה.

עינינו הראות: אותה ארגומנטציה ממש, אשר הביאה את השופט פריי אל מסקנתו, כי מניה היא chose in action במובן התוק האנגלי, הביאה את הנודע ביהודה אל מסקנתו הוא, כי אוכליגציה היא "ראוי" במובן ההלכה התלמודית. גם הוא שואל: מה נשתנה טוב זה מתוב אחר, וגם הוא מדגיש את הרעיון המכריע, כי מכיון שתוב זה "מחוסר גובייגא", כלומר: בעל האוכליגציה (כמו בעל המניה שם) עדיין לא קיבל בפועל ממש את כספו, לכן היא, האוכליגציה גופה, נתשבת כ"ראוי" ולא כ"מוחזק", ולכן אין הבכור נוטל פי שנים, אלא רק חלק אחד, כיוורש פשוט, באוכליגציות שהניח אביו. הרמיון בין הפסק האנגלי והתשובה הרבנית הוא מפתיע, ואלמלא המרחק הרב, בחומר ובדוח, בין עולמו של ר' יחזקאל לנדא ועולמו של השופט פריי, השיאני לבי לומר, כי השופט פריי ראה לפניו את דברי הנודע ביהודה.

6. העולה מכל האמור – וזה פושט בתכלית את כל הבעיה דנן – כי שני זוגות המונחים: chose in action ו־chose in possession במשפט האנגלי, ו"ראוי" ו"מוחזק" במשפט העברי, הם – לאחר ניכוי כל ההבדלים הנובעים או נאצלים מן השוני הרב שבין שתי שיטות־משפט אלו בכלל – כמעט זהים, או: מאד דומים זה לזה (כסדרם), וכי על כל פנים – וכזה ראי אין ספק, כפי שראינו – המונח העברי "ראוי", כמו חברו המונח האנגלי chose in action, כולל גם רבעי יקר: חוב המגיע לאדם מחברו. ומכיון שבסעיף 1 (א) לתוק נכסי נפקדים כתוב: "זכות בנכס, מוחזקת או דא ויה", הרי שהחוב המגיע – אם מגיע – למשיב מאת המערערת דנן, הוא "נכס נפקד" גם לגבי הוראת סעיף 31 של החוק...

השופט חשיך: אני מסכים עם חברי הנכבד השופט זילכרג, כי יש לקבל את הערעור, ומטעמו. משנתו סדורה ומסקנותיו אינן צריכות חיזוק. ולא להוסיף על דבריו באתי, אלא – ככל הכבוד – לגרוע מהם, ולא מדבריו לגוף הענין, אלא כעקרונות כלליים.

2. הדרך בה הלך השופט זילכרג לבקש פתרון לבעיה שנחעזרה כאן – ודרך זו נכבדה היא לאין ערוך – עשויה לשמש פתיחה לפרק חשוב, ארוך ומסובך, בהלכות הפרשנות של חוקים עבריים מקוריים אשר החוק למיום הכרזת עצמאותנו, ויוחקו בעתיד. על ידי הסמכות המחוקקת של המדינה. בידוע, שראשיתו של כל חוק בבית המחוקקים. שם הוא נולד, שם הוא מקבל צורה ותוכן, ושם נופחים בו נשמת חיים ומוציאים אותו לאויר העולם. אולם במקום בו נשלמת מלאכת החקיקה שם מתחילה מלאכת הפרשנות. בתקופת המנדט בארצנו לא היתה מלאכה זו נתקלת בקושי מיוחד, ואפילו לגבי השופט היהודי שקרא את החוק בתרגומו העברי וכתב את דבריו עברית, משום שהשפה האנגלית שלטה אז כגבירה, ושתי השפות האחרות – העברית והערבית – שימשו לה שפות עזר בלבד, והחוק קבע בפירוש, כי "במקרה של סתירה... בין הנוסח האנגלי של החוק... ובין הנוסחים הערבי או העברי... יכריע הנוסח האנגלי" (סעיף 34 לפקודת הפירושים, מט' 9 לשנת 1945). קביעה זו, בצירוף

העקרון שהונח ביסודו של הסימן 46 לדבר-המלך-במועצה, 1922, פתחו לפני המפרש פתח רחב אל היוריקטורה האנגלית העשירה, והוא יכול היה לשאוב ממנה חומר משפטי מלאו-דליוו ככל הנוגע לפירושי מלים וניבים, שהשתמש בהם המחוקק בנוסחו האנגלי, המקורי, של החוק, ואף הלכות-פירוש וכללי-פירוש.

3. משהוקמה המדינה באה גאולה גם ללשון העברית; השפה האנגלית הוסרה מהיות גבירה, והשפה העברית שוחררה מכבלי התרגום, בהם היתה נתונה משך כל ימי המנדט, ונעשתה ללשון המקור של חוקים, תקנות וצווים. וכאן נחקל המחוקק בקושי אחד גדול, קושי אשר נבע "מתוך הקמת המדינה ודשיוותיה": מצד אחד לא השתחרר – ומטבעם של דברים שלא יכול היה להשתחרר בן לילה – מרוב רובו של עומס החוקים אשר השאיר אחריו השלטון היוצא; מצד שני, נולד הצורך להביא תיקונים ושינויים באותם חוקים גופם, וגם לחוקק חוקים חדשים לצרכיה של המדינה שקמה לחתיה. המחשבה המשפטית של המחוקק ושל נסחי החוק, ואף של מפרשי החוק לסוגיהם, הוסיפה – והיא חוסיף עוד עת רבה – לינוק מתחומי המשפט האנגלי. אך את החוק גופו – בין אם הוא חוק חדש לתלוטין ובין אם הוא תיקון חדש של חוק ישן – דרוש היה להלכיש "מחלצות" עבריות מקוריות, כלומר: לתח לו ביטוי עברי יסודי ואורגני, ולא להסתפק בתרגום מלולי בן-חלוף של מחשבת זרים. אין חימה, איפוא, בדבר, שבהשלמה לתהליך חידוש חיינו המדיניים העתיקים נוצרה השאיפה לחדש גם את צורות הכיטוי העברי המקורי. לצורך כך פנה המחוקק אל אוצרות תרבותנו העתיקה, ובראש וראשונה אל המשנה והתלמוד, ולקט משם דפוסי כיטוי עתיקי יומין, כדי לצקת בהם רעיונות חדשים. והרי דומה הדבר לקנקן ישן מלא חדש. אך מטבע הדברים, שלא תמיד מתאים הדפוס לחומר אשר הוצק לתוכו. יש שהמחוקק – או מנסת החוקים – ערכב מין בשאינו מינו; לפעמים לא מצא דפוס מדוייק, ובשעת הדחק בחר לו את הקרוב והמתאים ביותר, לדעתו, לחומר שעשה בו אותה שעה. חובה מוטלת, איפוא, על פרשני החוק להזהר משנה זהירות, בכואם לעשות מלאכתם הם. חתה זו טעות גדולה לפרש, למשל, כל מונח וכל ניב אשר בחוקים שלנו, לפי הדבק-הדברים ותוכן-הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים, אם כי ברור הדבר כשמשמם בצהרים שאותו מונח ואותו ניב לוקחו מאותו מקור. כך, למשל, אין עלינו לפרש את המונחים שטר חוב, מלוה, שעבוד, שותפות, נכסים נטושים ונכסים רטושים וכיוצא בהם מונחים וניבים משפטיים, כשם שפורשו או הוגדרו כמשפט העברי, אם גם אין חולק על כך, שהם לקוחים מאוצרות המחשבה המשפטית העברית העתיקה. הכלים שאולים ממקום אחד, ואילו החוכן, החומר שהושם בהם, הוא מקורי או לקוח ממקום אחר. אינני מסופק בכך, כי יום יבוא וחכמי המשפט יעניקו לנו ספר מלים משפטי, אשר תרטבע עליו הגושפנקה הרשמית של המחוקק, וספר זה, או לפחות חוק פרשנות רחב ומוסמך אשר יקדם לו, יקל על המפרש את דרכו הקשה. לפי שעה, כך נראה לי, יש לנקוט כלל פרשנות זה: בכל מקום שכיח המשפט נדרש לפרש

מונח משפטי אשר בכל חוק שהוחק לאחר קום המדינה, ואותו מונח מצוי גם במקורות ספרותנו העתיקה או נשאל מהם, מותר לו, לכיח-המשפט, לפנות לאותם מקורות לשם הכהרת פירושו וקביעת המושג הצפון בחפו, 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, כמונח אשר "שאל" מאותו מקור. 4. לאור כלל זה, הבה נראה עכשיו היאך לפתור את השאלה השנויה במחלוקת במשפט הקונקרטי שלפנינו. השאלה היא, מה פירושו המדויק של המלים "מוחזקת או ראויה" האמורות כסעיף 1(א) לחוק נכסי נפקדים, תש"ו-1950 (ספר החוקים 37), או – ביתר צמצום וביתר דיוק – אם הביטוי "זכות בנכס" האמור בסעיף הנ"ל, והמוגדר במלים "מוחזקת או ראויה", כולל גם חוב שיש לו לאחד על השני.

5. חברי השופט זילברג, כיד בקיאותו הטובה עליו, השכיל להראות כי המחוקק לא שאב את המלים "מוחזקת או ראויה" מתוך אוצר המלים השגור בפי סתם-כני-אדם, אלא עקרו מתוך המשנה והתלמוד והעבירו, כשהן מחוברות וצמודות זו לזו, אל חוק נכסי נפקדים. אין חולק על כך, כי החוב המשמש נשוא התביעה שהביא המשיב על המערערת הוא בגדר chose in action הידוע לנו מהמשפט האנגלי. השאלה היא רק, אם במלה "ראויה" – אשר בצירוף הלשון "מוחזקת או ראויה" – התכוון המחוקק למה שהמשפט האנגלי מבנה chose in action. פתרון שאלה זו תלוי, כמוכן, בתשובה אשר יש להשיב על שאלה אחרת, קודמת לה, היינו: מה היתה כוונתו של המחוקק במלה "ראויה" שבה השתמש, כלומר, מה בין ה"ראויה" שבחוק לבין ה"ראוי" שבמשפט העברי.

6. אתר המקומות בתלמוד אשר בו מופיעות המלים הנדונות הוא המאמר במסכת בבא בתרא נה ע"א: "אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק". לוי במילונו לתלמוד ולמדרשים (ערך "חזק") מתרגם מאמר זה ומפרשו בזה הלשון: Der Erstgeborene erhaelt night (das doppelte Erbe, Dt. 21, 17) von dem Vermoegen, das erst einkommen soll (z.B. einzukassierende Schulden u. dgl.). wie von dem, was bereits im Besitze vorhanden ist (מצא, das.).

ועל הביטוי "ראוי לבא" (ערך "ראה") הוא אומר:

Vermoegen, das eintreffen soll, eig. in Aussicht gestellt, Ges. מוחזק das Schonvorhandene.

יסטורב במילונו (ערך "חזק") מתרגם את המושג "מוחזק" held in possession. ואת המאמר (משנה בכורות ח, ט): "הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב... ולא בראוי כבמוחזק" הוא מתרגם בזה הלשון:

Nor does he take a double share of what is coming due to the estate as he does of what is held in possession.

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

7. מכל הדברים האמורים ברור, כי המונח "מוחזק" הוא היפוכו של המונח "ראוי", וכי שני המונחים כשהם כאים בסמוך זה לזה, מציינים כמשפט העברי כל נכסיו של אדם. כלומר, נכסים המצויים בידו, ונכסים אשר יבואו לרשותו בעתיד.

8. נפנה עכשיו ונבדוק, מתוך השוואה, מה מושגים עולים מן הביטויים chose in action ו־chose in possession המצויים במשפט האנגלי. סטורד במילתו המשפטי (הוצאה שניה) עמ' 308, מגדיר את הביטוי chose in action בזה הלשון:

Chose in Action is the antithesis of Chose in Possession.

במילון המשפטי של Bouvier (הרצאה 1928), על הערך chose in action נאמר:

A right to receive or recover a debt, or money, or damages for breach of contract, or for a tort connected with contract, but which can not be enforced without action.

ואתו מחבר מגדיר את הערך chose in possession כך:

A thing in Possession as distinguished from a thing in action. Taxes and customs, if paid are a chose in possession, if unpaid a chose in action (2 BI. Comm. 408.)

9. נמצינו למדים, כי אף כמשפט האנגלי נכסיו של אדם הם או chose in action או chose in possession, כי האחד הוא היפוכו של השני, וכי כמקום ששניהם מצטרפים זה לזה, הם משלימים זה את זה.

10. נשאר עכשיו השאלה, אם ה־chose in action האנגלי הוא – כלא חסר ובלא יתר – ה"ראוי" העברי העתיק.

11. על המשנה הנ"ל "הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם... ולא בראוי כבמוחזק" אומרת הגמרא (במסכת בכורות נב ע"ב): "לאיתויי נכסי ראבי אבא". רש"י, שם, מפרש דיבור אחדון זה ואומד: "אם היה אבי אביהם חי בשעת מיתת אביהם והיו נכסין ראויין ליפול להם כשימות, אע"ג דראוי עתידים ליפול להם, ואפילו יש לו בן אחר, יטלו אלו חלק אביהם וכו'".

הרמב"ם, הלכות נחלות, פרק ג, הלכה א, מנסח דין זה בזה הלשון: אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבוא לאחד מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו, שנאמר: ככל אשר ימצא לו. כיצד? אחר ממודישי אביו שמת לאחר מיתת אביו, הבכור והפשוט יורשין כאחד.

והוא הדין בזכותו של הבעל בירושת אשתו, שכן:

הבעל יורש את אשתו... כר"א? במוחזק, אבל לא בראוי, כגון: ירושה שראויה לירש ומתה בחיי מורישה אינו עומד במקומה לירש (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צ, סעיף א).

12. היוצא מכל האמור, כי נכסים "ראויים", לפי המשפט העברי, הם נכסים

אשר אינם מצויים בידו של אדם בהווה אלא יהיו לו לאחד זמן, והם כוללים גם

נכסים השייכים לו, וטרם באו לרשותו, כגון, מלוה שיש לו ביד אחרים, וגם נכסים אשר יפלו לו בירושה לעתיד לבוא, אם כי לפי שעה מורישו עורנו בחיים, ייתכן אפילו כי מוריש זה יעביר את נכסיו לאתר ולא ישאיר אחריו מאומה. אני מסופק מאד, אם נכסים מסוג שני זה הם בגדר chose in action לפי המשפט האנגלי.

13. קיצודו של דבר: ה"ראוי" העברי העתיק רחב יותר מה"chose in action" האנגלי, וכולל גם את זה – כגון, שטר חוב ומלוה (ראה דמב"ס, הלכות נחלות, פרק ג, הלכה ה) – וגם נכסים אחרים הראויים לבוא לאחד זמן – כגון, מה שעתידי ליפול לו לאדם בירושה לאחר פטירת מורישו – אשר לפי המשפט האנגלי אינם בגדר chose in action.

14. ובענינו אנו: אין להעלות על הדעת, כי המחוקק התכוון לכלול בהגדרת המונח "נכס" שבחוק נכסי נפקדים נכסים "ראויים" לפי מובנם הרחב שבמשפט העברי, כלומר: גם נכסים אשר ייתכן ויפלו לו לאדם בירושה בעתיד, שעה שמורישו, בעל אותם נכסים, עורנו כחיים. נכון יותר לומר, כי במלים "זכות ראויה בנכס" התכוון המחוקק רק לסוג אחד של "נכסים ראויים" אשר במשפט העברי, כלומר, לסוג הנכסים המקביל ל"chose in action", שהוא מצומצם מ"הראוי" העברי העתיק וכולל בו. וכיון שכך, הרי שחוב מסוג החוב אשר המשיב תובע מאת המערערת הוא "נכס" לפי הגדרת החוק, ודין נכסי נפקדים חל עליו.

15. בפתח דברי כבר אמרתי, שכגופו של ענין אני מצרף דעתי לדעתו של חברי השופט זילברג, כי יש לקבל את הערעור.

השופט שרשבסקי: אני מסכים לתוצאה וגם לדרך בה הגיע אליה השופט ד"ר זילברג. אולם בעקבות פסק־דינו של השופט ר"ר חשין נדמה לי, שיש להגביל במפורש את ההחלטה לשאלה העומדת לדיון לפנינו, דהיינו: אם המושג "זכות ראויה בנכס" לפי מובן הסעיף 1(א) לחוק נכסי נפקדים, תש"י–1950, כולל את הזכות לקבלת תשלום של סכום ששולם לאחר, על יסוד הסכם למכר מטלטלין שבוטל עקב הפרתו על ירי המוכר.

ההגבלה המפורשת הנ"ל הכרחית, מפני שיש רק דמיון ואין זהות בין המושג "ראוי" בריני ישראל מצד אחד ו"ראוי" בחוק הנ"ל ו"chose in action" בחוק האנגלי, מצד שני.

ראשית כל, יש לציין, שהמושג "ראוי" אינו מופיע בריני ישראל אלא בהלכות נחלות או בהלכות יחסים משפטיים אחרים הנובעים ממותו של אדם (ראה המשנה בבכורות נב ע"א) וגם שם בעיקר רק לגבי זכות הירושה של הבעל בנכסי אשתו ולגבי זכות הירושה המיוחדת של הבכור בעזבון אביו לעומת זכותם של הבנים הפשוטים בירושת אביהם מבלי שמובן המושג תמיד אחר (ראה תוספות בבא בתרא קכה ע"ב, ד"ה ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה). לגבי היחסים המשפטיים שבין חייב ונושה שאינם נוגעים לדיני נחלות אין משתמשים בכלל בדיני ישראל במושג "ראוי", אלא מדברים רק על "חוב" או

על "דבר העומד להיגבות". מסיבה זו עצמה עלינו להדגיש שהמושג "ראוי" בסעיף 1(א) של החוק, באשר הוא כללי בלי כל הגבלה כנ"ל, הוא רק דומה למושג הנ"ל בדיני ישראל.

שנית, "ראוי" בדיני ישראל הוא מושג שמתד גיסא הוא רחב מ־chose in action בחוק האנגלי ומאידך גיסא הוא צר ממנו. רחב הוא בזה, שכוללים בו את כל הנכסים שיהיו לאדם אם בכלל יהיו לו, רק כעבור זמן ולא הגיעו לידו ביום המכרע, ובה כלולים למשל סיכוייו של המוריש לנכסים שלא היו לו בשעת מותו אלא שיפלו לו אחרי מותו, אם בכלל יפלו לו, כפי שזכר בדברי השופט ד"ר חשין בפסקא 12 לפסק-דינו, כלומר סיכוייו בנכסים, שבהווה אין למוריש בהם זכות כלשהי (ראה רשב"ם בבא בתרא קכה ע"א, ד"ה ועד האמר מר). ברור שסיכויים גרידא כאלה, אע"פ שהם כבחינת "ראוי" בדיני ישראל אינם chose in action בחוק האנגלי. מאידך גיסא ב"ראוי" בדיני ישראל אינה כלולה כל זכות לקבלת נכסים מאחרים, הכלולה במושג האנגלי chose in action. למשל זכותו של המפקיד לקבל בתזדה את התפץ המופקד מהנפקד אינה בבחינת "ראוי" בדיני ישראל אלא בבחינת "מוחזק", כי פקדון "כל היכא דאיתיה ברשותיה – דמרי איתיה" * (כתובות פד ע"א, רש"י ד"ה אבל פקדון; ראה פתחי תשובה לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רעה, סעיף קטן ד). אין צורך להעמיק כאן בשאלה הזאת לצרכי הענין העומד לפנינו, מפני שהחוק כולל בהגדרת "נכס" בסעיף 1(א) גם נכס שבראוי וגם שבמוחזק, אולם מצאחי לנכון להעיר את ההערות הנ"ל בעקבות דברי השופט ד"ר חשין, כדי להראות כמה גדולה צריכה להיות הזהירות שיש לגקוט, אם רוצים להשתמש במושגים משפטיים של דיני ישראל לשם פירוש ביטויים המופיעים בדברי המחוקק הישראלי הוהים אמנם לגבי הקנקן אבל לא לגבי מה שיש בו.

על אף הערותי הנ"ל אין לי ספק, שכפי שהראה השופט ד"ר זילברג, כוונת המחוקק כמה שהיא קורא "ראוי" היתה לחרגם את הביטוי האנגלי chose in action ושכונגע לשאלה העומדת לדיון כאן דומה היסוד של המושג "ראוי" בדיני ישראל למושג chose in action בחוק האנגלי, ושכוונתו הנ"ל של המחוקק באה לביטוי מספיק בסעיף 1(א) של החוק כדי לקבוע כי חוב מסוג החוב שהמשיב תובע במשפט זה כלול במושג "ראוי" המופיע בסעיף 1(א) הנ"ל.

לכן, כאמור בראשית דברי, אני מצטרף לשני פסקי-הדין של חברי השופטים.

* פקדון, באשר הוא ברשות בעליו הוא.

שער שנים-עשר: פרשנות

48. מורה הוראה

בג"צ 29/55

דיין נ' שר-הדתות ואח'

פ"ד ט 997, 1002-1004

הובא בשער השלישי, סדרי חברה ומינהל, עמ' 160.

49. מושב

בג"צ 421/77

ניד ואח' נ' המועצה המקומית באד"יעקב ואח'

פ"ד לב(2) 253, 262-263

בבית-המשפט העליון שבכתרו ככית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (ווסמן), והשופטים עציוני, אלון

העותרים, חברי האגודה השיחופית להתיישבות חקלאית "תלמי מנשה", המתגוררים בתחום שיפוטה המוניציפלי של המועצה המקומית באד"יעקב, קובלים על סירוב המועצה המקומית לתת אישור ללימודי חוץ לילדיהם.

השופט אלון: אם ננתק את המושג "מושב" שבסעיף 1 לחוק לימוד חובה מההגדרה המקובלת של מושב עובדים (או מושב שיחופי) המהווים ישוב נפרד ויחידה מוניציפלית מוגדרת (ראה צו המרעצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958, סעיף 1, ותקנות האגודות השיחופיות (חברות), חשל"ג-1973, תקנה 1) ונכלול בתוכו כל אגודה שיחופית אשר לה מטרות חקלאיות וקודפורטיביות – ולו הנשגבות ביותר – ואף היא "מושב" תיקרא, נימצא פותחים פתח לריבוי רשויות חינוך מקומיות, ולא דוקא חקלאיות. שהרי המושג "מושב" כשהוא עומד בפני עצמו, משמעויות שונות לו, וביניהם "קיבוץ אנשים היושבים יחד" (על פי תהילים א, א: "במושב לצים לא ישב", ותהילים קז, לב: "במושב זקנים יהללוהו"), או "אנשים הדרים במקום אחד" (על פי שמואל ב ט, יב: "וכל מושב בית ציבא עבדים למפיבשת") – כאמור וכמפורט בערך "מושב" במילונו של אליעזר בן יהודה. מעתה כל קבוצת אנשים, אשר לה אורח חיים משותף, או מטרות חינוכיות ומדעיות משותפות, רשות חינוך מקומית תיקרא? על כגון דא אמרו חכמים: לא תתגודדו – לא תעשו אגודות אגודות (יבמות יד ע"א), ולענינו – לא תעשו רשויות רשויות.

בג"צ 586/85

פלונים נ' אלמוני

פ"ד מ(1) 483, 489-490

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני השופטים אלון, כץ, גולדברג

שלושת שופטי בית הדין הצבאי לערעורים נחלקו בדעותיהם בדבר מידת העונש, שיש להשיח על העותרים שהורשעו כדין. השופט האחר גזר עונש מאסר כפועל של 3 חודשים; משנהו – עונש מאסר כפועל של 45 יום, והאחר – עונש של מאסר־על־תנאי. על־פי האמור בסעיף 392 לחוק השיפוט הצבאי, חשט"ו–1955, רואים שופט, שהציע את סוג העונש או את מידת העונש החמורים ביותר, כאילו הצטרף לדעתו של שופט שהציע את ההצעה הקרובה ביותר להצעתו. לטענת העותרים, גזר הדין הקרוב ביותר, מבחינת חומרתו, להצעת השופט, שגזר שלושה חודשים מאסר כפועל, הוא של השופט, שגזר שלושה חודשי מאסר־על־תנאי, ואשר־על־כן העונש הראוי להיגזר על העותרים הוא עונש של שלושה חודשים מאסר־על־תנאי.

השופט אלון: בית המשפט הטיל סוג אחד של עונש, והוא מאסר, ורשאי הוא להורות, שהפעלת סוג עונש זה תהא, כולה או חלקה, על־תנאי. הוראה זו בדבר שיקול הדעת להפעלת עונש מאסר כפועל או עונש מאסר־על־תנאי עניין למידת העונש היא; לשון אחר, סוג עונש המאסר, כשם שיכול שיופעל במידה של חודש, במידה של שישה חודשים, במידה של שנה וכיוצא בזה – הכול במסגרת התקופה המאקסימאלית הקבועה בחוק לעניין עבירה פלונית – כך יכול שיופעל מיד ויכול שיופעל על־תנאי, ואף זאת במסגרת המאקסימאלית הקבועה בחוק. וזאת לדעת, כי המונח "מידה" כלשון העברית אין פירושו רק מידה קצובה של אורך, גובה וכיוצא באלה, אלא משמעותה של מידה גם דרך ואופן ("אמר לו בן עזאי, אינה היא המידה, אלא מפרישין מהן שכר האומנן וכדו") – משנה שקלים ד, ו; "העוסק במקרא מידה שאינה מידה; העוסק במשנה – מידה שנוטלין ממנה שכר; העוסק בחלמוד – אין לך מידה גדולה מזו" – ירושלמי שבת, פריק טז, הלכה א; ומבאן מידת הדין ומידת הרחמים, שפירושה דרך הדין ודרך הרחמים; וכן מצינו "מידה כנגד מידה" (גדרים לב ע"א) שפירושו גמול לפי המעשה, ובדומה לו – "במדה שאדם מודד בה, מודדין לו" (משנה סוטה א, ז; וראה במפורט במילונו של בן יהודה, ובמילונו של א' אבן־שושן, המלון החדש, ערכים "מדד", "מדה").

צ"א 489/79, 505/79

אליהו, חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה צאיג ואח'

פ"ד לה (2) 123-124, 137-138

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים לפני מ"מ הנשיא (ח' כהן), והשופטים בן-פורת, ברק

אשתו של המשיב 2 בע"א 489/79 נפטרה כתוצאה מהתנגשות של מכוניתו – בעת שהייתה נהוגה על-ידי – כרמזוד, המשיבים – עזבון האשה והתלויים – תבעו שלושה חודשים לאחר מכן את חברת הביטוח (המצרעת), שביטחה את השימוש במכונית. שתי השאלות העיקריות, שהתעוררו בבית המשפט המחוזי, היו: 1. האם ניתן כתביעה לפי חוק פיצויים לנפגעי חאונות דרכים, תשל"ה-1975, לתבוע את חברת הביטוח של הנוהג בלי לצרף את הנוהג עצמו? 2. האם יש לנכות מדמי הפיצויים הנפסקים לתלויים כגין מות רעייה ואם, את הכספים, שנחסכו במותה? בית המשפט המחוזי השיב על השאלה הראשונה בחיוב ועל השנייה בשלילה. מכאן הערעורים.

מ"מ הנשיא (ח' כהן): גם מבחינת הלשון העברית רחב המונח "ממון" די והותר לכלול בו כל דבר גשמי אף שאינו ניתן לביטוי כמעות. והפלוגתאורת בין חכמי החלמוד, אם טובת הנאה בגדר ממון היא אם לאו (פסחים מו ע"ב; נדרים פה ע"א; קידושין נח ע"א-ע"ב; בבא מציעא יא ע"ב), אם דבר הגורם לממון כממון דמי (כתובות לר ע"א, בבא קמא עא ע"ב; שם צח ע"ב; שם קה ע"ב; שבועות לב ע"א-לג ע"א), או אם נזקי גוף נכללים בנזקי ממון (בבא קמא ד ע"א; שם בג ע"א; שם לא ע"א ועוד) וריפוי נפש ריפוי ממון הוא (עבודה זרה סז ע"א; נדרים מא ע"ב) – יוכיחו: לעניין זה אין נפקא מינה אם נפסקה הלכה שטובת הנאה היא בגדר ממון או איננה בגדר ממון – הקובע הוא לענייננו שהמושג "ממון" מסוגל, מן הבחינה הלשונית, לשאת גם משמעות של טובת הנאה. והסברו, כי דבר הגורם לממון כממון דמי, עשויה לשמש לנו אחיזה ואסמכתה להנחה – שתהא מונחת ביסוד אומדן אותו ההפסד הגשמי הנגרם במותו של מי שלא הכניס מעות לקופת המשפחה – שאין לך אדם אשר עצם היותו והימצאו אינם מקור בכוח של ממון, ועצם מותו והיעדרו אינם הפסד בכוח של ממון.

בג"צ 461/81

דויד נ' בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין בישראל

פ"ד לו(1) 779, 783

כבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק
לפני השופטים שמגר, אלון, נתניהו

החלטת בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, שניתנה בהעדר העותר, נשלחה אליו ביד שליח. משסייב העותר לפתוח את הדלת לשליח, הצמיד השליח את ההתלטה לדלת. העותר החזיר את ההתלטה בלא שפתח את המעטפה. העתירה נסבה על השאלה, אם ההתלטה נמסרה לידיו של העותר כמצוות כלל 77 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב–1962.

השופט אלון: לדעתי, המלים המצאה "במסירה לידיו" שבכלל 77 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) משמען לא רק מסירה ליד במובן הפיסי של אכר זה שכגופו של האדם אלא מסירה ליד במובן התוכני של מושג זה, היינו, לרשותו של אדם ולשליטתו. למסקנה זו אני בא הן מתוך המשמעות הפשוטה והמקובלת של המונח "יד", כשהיא מובאת בהקשר ענייני כגון זה שלפנינו, והן מתוך הגיונם של דברים. מן המפורסמות הוא, כי למונח יד – בנוסף למשמעותו הפיסי של אחד משני הגפיים העליונים שבגופו של אדם – משמעות רבות מאד, ממש כיד המלך, ומשמעות אלה משתנות הן כלאחד יד, הכול לפי הקשר הענייני והמלים, שבו מובא מונח זה. ואחת המשמעות המקובלות והשכיחות היא – רשות, פיקוח ושליטה. ואצא ידי חובה בציוט פסוקים כגון: "ויתנם ה' ביד ישראל" (יהושע יא, ח), וכן – "והממלכה נכונה ביד שלמה" (מלכים א ב, מו) ורבים כיוצא בהם. וכך הוא בלשון חכמים: "האומר לחברו דין ודברים אין לי על שדה זו, ואין לי עסק בה, וידי מסולקת הימנה" (כתובות פג ע"א); וכן – "אדם שיש בידו עבידה ומתודה ואינו חודר בה" (תענית טז ע"א), וכיוצא באלה. וסוגיה ערוכה בירינו: בספר דברים כד, א נאמר: "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה", ופירשו חכמים, שמונח זה כולל גם נחיתת הגט בביתה של האישה, ולא דווקא בידה ממש (גיטין עז ע"א). וכל כך למה? "חני ר' ישמעאל: ויקח את כל ארצו מידו עד אדנן (במדרב כא, כו) – וכי מידו לקח? אלא מהו מידו? מדרשות" (ירושלמי גיטין, פרק ח, הלכה א, מט ע"ב). משבאים אנו איפוא לפרש פשוטם של דברים שבכלל 77 האמור, לפי הקשר ענייני, נמצאנו אומרים, שהמצאת המסמך צריך שתהיה במסירה לרשותו של המקבל, ובלבד שבעל הרשות יודע, כי המסמך נמסר לו והגיע אליו, כפי שכך עולה מתוך הקשר ענייני של הסעיף, שבא לוודא, כי אכן

הגיע המסמך לידיעתו של המקבל. וכך גם עולה מהגיונו של דבר. וכי יעלה על הדעת, שאם המסמך הונח על השולחן, שליחו מסב המקבל, לא חוהא בכך משום מסירה "לידיו", גם כאשר המקבל רואה כמו עיניו הנתחו של המסמך בפניו? והוא הוא אשר אירע בעניין שלפנינו.

53. מעשה זנות

ע"פ 236/65

אל-כנא נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יט(2) 463, 459

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייסי
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים לנדוי, מני

המערער-הנאשם הואשם בחיים על רוחחיה של זונה וכשירדול אשתו לקיים מעשה זנות עם העד מ' בנאי שעל-פי עדותו בלבד הוא הורשע ונידון לשישה חודשי מאסר. יש לציין שהמגע המיני של העד עם האשה לא התקיים עקב התנגדותה, וכי הנאשם קיבל אמנם את האתנן וקנה בעדו אוכל, אבל המעשה היה פעם אחת בלבד. כן לא הוכח כי האשה היתה זונה או היתה זונה בתקופת אכילת הסעודה ששולמה בכספי האתנן.

מ"מ הנשיא (זילברג): "מי שמקבל ביודעין מה שניתן בעד מעשה זנות של אשה וכו'".

... המתוקק דייק בלשונו ואמר: "מה שניתן בעד מעשה זנות", ולא "מה שנתקבל בעד מעשה זנות". הווה אומר: לא מטרת הקבלה היא עיקר, אלא מטרת הניתנה. המטרה שלמענה נתן העד את עשר הלידות, היה מעשה זנות עתיד של ירדנה. על אף האמור לעיל כי לא הוכח שירדנה "זונה" היתה, הרי המעשה שנותן הכסף רצה שיעשה תמורת הכסף על-ידה, היה "מעשה זנות". לא כל "מעשה זנות" הוא מעשה של זונה, כשם שלא כל "מעשה שטות" הוא מעשה של שוטה. גם פיקת עושה לפעמים מעשה שטות – והא ראייה, מאמר המדרש: "קודם שפיקת היה, מה ראה לשטות זו" (במדבר רבה י"ז, ז) – וגם אשה שאיננה זונה, אם היא נבעלת למישהו בעד אתנן, היא עושה מעשה זנות; ועל אחת כמה וכמה במקרה דנן בו המדובר הוא באשה נשואה החיה עם בעלה. ירדנה, אמנם, לא נבעלה על-ידי העד, אבל את הכסף הוא נתן "בעד מעשה זנות" – כדי שתיבעל; הנאשם קיבל מאשתו את עשר הלידות בידעו בעד מה הן ניתנו. נמצא שנתקיימו כאן כל חנאי סעיף 1(א)(2) של החוק, ועלינו להרשיע את המערער בעבירה זו.

54. מצוקה

ע"א 719/78

איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ

פ"ד לד(4) 685, 673

הובא בשער השישי, דיני עונשין, עמ' 498.

55. נדרש

ע"א 835/79

בקאל נ' מדינת ישראל

פ"ד לד(4) 551, 549, 548

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני מ"מ הנשיא (ח' כהן), והשופטים י' כהן, אלון

מ"מ הנשיא (ח' כהן): המערער הורשע בבית-משפט השלום בירושלים כשש
עשרה עבירות לפי סעיף 117(ב) לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, באשר לא
הגיש במועדם שישה עשר דו"חות תקופתיים כאמור בסעיף 67 לחוק, מתוך
כוונה להתחמק מתשלום מס. בית-המשפט המחוזי דחה ערעורו על הרשעה זו;
ומשנטל רשות ערעור מכבוד הנשיא, מביא המערער עתה ערעורו לפנינו.
... תמים דעים אני עם אותם השופטים המלומדים בבית-המשפט המחודיים
שגרסו כי מסוגלת היא המלה "נדרש" לכלול במשמעה גם את הנדרש מפי
החוק, להבדילו מן הנדרש מפי דורש בשר ודם. הוא שאמר הנביא: "נדרשתי
ללא שאלו" (ישעיה סה, א), כלומר נדרשתי מבלי שדרשוני (ראה פירוש
הרד"ק, שם). אבל בעצם האפשרות של משמעות שכזאת לא סגי: חייבים אנו
לבדוק לשון המחוקק במעשה חקיקתו מיוחד זה ולראות מה משמעות הועיד
הוא למונח זה בהקשרו המיוחד שבמעשה חקיקה זה. (ורק אם בדיקה זו לא
תעלה פיתרון, מן הראוי יהיה להסתכל במעשי חקיקה על נושאים דומים
וקרובים ולחפש בהם).

ע"פ 398/82

שטרית נ' מדינת ישראל

פ"ד לז(1) 668, 669-670, 671

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים לוי, חלימה, אור

השופט ד' לוי: 1. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים בהחזקת נשק שלא כדין – עבירה לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977...

3. סעיף 144(א) לחוק העונשין קובע לאמור: "המחזיק נשק ואין בידו להוכיח רשות על פי דין להחזקתו, דינו – מאסר שבע שנים. אולם אם היה הנשק חלק, אבזר או תחמושה כאמור בסעיף קטן (ג)1 או (2), דינו – מאסר שלוש שנים".

סעיף זה, המגדיר מהות העבירה של החזקת נשק שלא כדין, מצריך – לענייננו – הבהרת שני מושגים הכלולים בו, והם, מה ייחשב ל"נשק" ואיזהו "נשק", המחייב רשות על-פי דין להחזקתו.

"נשק" מוגדר בסעיף 144(ג) לחוק העונשין. לענייננו חשובה פסקה (2) שבו, הקובעת לאמור: "כלי שסוגל לפלוט חומר הנועד להזיק לאדם, לרבות חלק, אבזר ותחמושת לכלי כאמור ולרבות מכל המכיל או שסוגל להכיל חומר" (ההדגשות, החשובות להמשך, הן שלי – ד' ל.).

כלי, העונה על ההגדרה כנ"ל, הינו "כלי ירייה", שהחזקתו ונשיאתו מותנות ברישיון או בתעודת הרשאה, שכן כך הוגדר כלי ירייה בחוק כלי היריה בסעיף 1: "כלי ירייה" – פירושו כלי בעל קנה העשוי לירות כדור, קלע, פגז, פצצה או כיצא באלה, שבכוחם להמית אדם, וכולל חלק, אביזר ותחמושת של כלי כזה, וכן כלי נשק שסוגל לפלוט חומר הנועד להזיק לאדם, לרבות חלק, אביזר ותחמושת לכלי נשק כאמור ולרבות מכל המכיל או שסוגל להכיל חומר כאמור" (ההדגשות שלי – ד' ל.).

סעיף 4 לחוק כלי היריה הנ"ל הוא הקובע, ש"לא ישא ולא יוביל אדם כלי ירייה, אלא על פי רשיון, או על פי תעודת הרשאה...", ואילו סעיף 5(א) לחוק כלי היריה הנ"ל הוא הקובע, כי "לא יחזיק אדם כלי ירייה, אלא על פי רשיון".

4. לאור ההוראות וההגדרות שבדין, שנסקרו לעיל, מצטמצמת המחלוקת שבין בעלי הדין ומתמקדת בסוגיה, אם מיכל הגז, שנחגלה בהחזקתו של המערער, הוא "מיכל שסוגל לפלוט חומר הנועד להזיק לאדם"... ב. את משמעות המושג "נזק" בהקשר הנוגע לענייננו אין לנו לחפש דווקא

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

במילונים להגדרת מושג השפה העברית או בכתובים, כפי שמציע הפרקליט המלומד, המפנה למושג "נזק" במגילת אסתר ז, ד, שם נאמר: "כי נמכרנו... כי אין הצר שזה כנזק המלך", שעל-פי פירוש כשיטת קסוטו "הנזק" משמעו: דוגז, צעד (א' ש' הרטום, מגילת אסתר ז, ד).

57. נכסים משועבדים

בר"ע 178/70

בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחידות בע"מ ואח'

פ"ד כה (2) 121, 125-126

הובא בשער החשיעי, ריני קניין וקניין רוחני, עמ' 770.

58. עברי

בג"צ 18/72

שליט בשמו ובשם בנו תומר שליט נ' שר הפנים ואח'

פ"ד כו (1) 334, 336

בכית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים ברנזון, קיסטר, י" כהן

העותר, אשר שני ילדיו נרשמו על-פי החלטת בית-המשפט הגבוה לצדק ככני הלאום היהודי, מבקש לרשום את ילדו השלישי במרשם האוכלוסין כיהודי, ולחלופין, כבן הלאום העברי. בקשתו נדחתה על-ידי משרד הפנים, נוכח הוראת סעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין.

השופט ברנזון: העותר אינו טוען כי האם היא יהודיה – ומבג"צ 58/68, אנו יודעים שהיא אינה יהודיה – והוא גם אינו טוען כי הילד גזירי. משמע, שהסירוב לרשמו על-פי הלאום כיהודי הוא כריץ. ולדעתנו, הוא הדין לגבי דישומו כבן לאום "עברי". רישום כזה היה בו משום עקיפת התוק, שכן להלכה ולמעשה אין הבדל בין הלאום היהודי והלאום העברי, ושני השמות הללו, לרבות עם ישראל, אינם אלא שמות נרדפים והשימוש בהם הוא ללא הבחנה מהותית, לא במקורות ולא בשפה המדוברת.

אבי האומה, אברהם אבינו, נקרא בתורה "אברם העברי" (בראשית יד, יג), וכפי שמסביר בן יהודה במילון הלשון העברית משמש השם הזה במקרא בעיקר כדי להבדיל בין ישראל לנוכרי, ובאופן כללי המונח "עברי" פירושו "אדם שהוא מבני ישראל". אף מצינו בפסוק אחד במקרא שימוש כזה אחר זה בשני המונחים, עברי ויהודי, במשמעות זהה, כפי שנאמר בירמיהו לד, ט: "לשלח איש את עבדו ואיש אח שפחתו העברי והעבריה חפשים לבלתי עבד במ ביהודי אחיהו איש". גם המילון החדש של אבן־שושן מראה שעבדי יהודי היינו הך. "יהודי" מפורש כ"עברי, בן ישראל, בן לעם ישראל", ו"עברי" – כ"ישדאלי, יהודי, אדם מזרע אברהם יצחק ויעקב".

כשנשאל העותר מי היא קבוצת האנשים המהווים את הלאום העברי, שאליו הוא רוצה לשייך את בנו, לא ידע מה להשיב. הוא רק טען שאותם האנשים, שבגלל ההגדרה שבחוק אינם יכולים להירשם כ"יהודים", יש לפחות לרשום אותם כ"עברים", בתורח האנשים המזדהים בלאומיותם עם האומה העברית, אף שאינם מאמינים בדת היהודית ואינם עומדים במבחנים הקבועים בחוק לגבי "יהודי" שיסודם בדת היהודית. כאמור, פתרון כזה הוא רק דרך לעקוף את החוק בנוגע לרישום אדם על־פי הלאום היהודי, וברור שבית־משפט זה לא יוכל לתת את ידו לכך.

59. עובד בשכר ושכר בטלה

בג"צ 172/52

פסחוביץ נ' יו"ר מועצת בתים ואח'

פ"ד ו 934, 936–937, 938

הובא בשער זה, עמ' 895.

60. עושק (ראה: מצוקה)

ע"פ 245/62

מטלובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה

פ"ד יז 2114, 2116, 2127

בבית-המשפט העליון בככתו כבית-משפט לערעורים פיליים
לפני מ"מ הנשיא (אגרנט), והשופטים זוסמן, הלוי

מ"מ הנשיא (אגרנט): בבית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, הורשע המערער בעבירת תיווך בשוחד, בניגוד לסעיף 6(א), בקשר לסעיף 1(א), לחוק לחיקוק דיני העונשין (עבירות שוחד), תשי"ב-1952, בכך שבקיץ 1959 קיבל מאחד, ישראל זכרוני, "סך - 150. ל"י על-מנת שיניע פקיד בלתי ידוע במשרד הרישוי בתל-אביב למשוא פנים, ויאפשר למר זכרוני לגשת למבחן לרשיון לנהיגת אוטובוס במועד שזכרוני לא היה זכאי לכך". בשל העבירה הזאת, נידון למאסר שנה אחת ולקנס בסך אלף לירות או מאסר שלושה חודשים נוספים תמורתו. הערעור מופנה נגד ההרשעה וחומרת העונש גם יחד.

השופט הלוי: במקורות הלשון והמשפט העברי יש אומנם תנאי בלשון "על-מנת ש...", המכוון למצב דברים כפי שהוא קיים בעת ההסכם, כגון: "התקדשי לי על-מנת שאני עשיר, ונמצא עני, עני - ונמצא עשיר, על-מנת שאני כהן, ונמצא לוי, לוי - ונמצא כהן" (משנה קידושין ב, ב); "המקדש את האשה על-מנת שאין עליה נדרים, ונמצאו עליה נדרים, על-מנת שאין בה מומין, ונמצאו בה מומין" (שם ב, ה). אכל שימוש זה אינו שכיח בימינו, ושימוש הלשון בסעיף 6, "על-מנת שיתן", "על-מנת שיניע" מתאים דוקא לתנאי המכוון לדברים שיעשו בעתיד, כגון: "הרי את מקודשת לי על-מנת שאתן לך מאתים זוז" (שם ג, ב), "הרי זה גיטיך על-מנת שתשמשי את אבא, על-מנת שתניקי את בני" (משנה גיטין ז, ו).

לפיכך, על-פי לשון הסעיף 6(א) בלבד לא הייתי מגיע למסקנה כי "המקבל כסף על-מנת שיתן שוחד" או "על-מנת שיניע" וכו' כולל אדם המקבל כסף "כעד" או "תמורת" פעולה שכבר נעשתה על-ידיו, היינו מתן השוחד לפקיד או הנעתו למשוא-פנים או להפליה. מבחינת דיני ממונות ייתכן מאד כי אין הבדל בין תשלום הכסף לפני או אחרי הפעולה, אבל מבחינת דיני העונשין הכל תלוי בניסוח הסעיפים הנוגעים בדבר.

ע"א 197/77

שפאר, תוסיה־כהן ושות' נ' עירית ירושלים ואח'

פ"ד לב(1) 505, 506, 507

בבית־המשפט העליון כשכחו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, עציוני, אשר

השופט ח' כהן: המערערת, שותפות של עורכי־דין, נדרשה לשלם מס עסקים לעירית ירושלים, על־פי פריט 103(ב) לחוק־עזר לירושלים (מס עסקים עירוני), תשל"ב–1972 (להלן – חוק־העזר), הקובע לאמור: אם הפדיון, למעט מסים ואגרות ששולמו על חשבון לקוחות עלה על 80,000 ל"י, לכל 10,000 ל"י מהפדיון או חלק מהן: 100 ל"י. "פדיון" מוגדר בסעיף 1 לחוק־העזר בלשון זו: הפדיון השנתי הכולל שפדה העוסק בשנה הקודמת, בין על חשבוננו הוא ובין כסוכן, כמתווך או כמורשה על חשבון אדם אחר. הגדרה זו נתפרשה בידי המשיבים, ובעקבותם גם בידי השופט המלומד בבית־המשפט המחוזי, לאמור שהפדיון של עורך־דין לענין פריט 103(ב) הנ"ל הוא סך כל הכספים שעברו דרך ידיו של עורך־הדין, כולל פקדונות וכספי נאמנות למיניהם האסורים בהנאתו. ... לעומת זאת ראיתי ממש כטענת המערערת שאין להביא בחשבון "הפדיון" לענין פריט 103(ב) הנ"ל את הסכומים שנתקבלו בידי עורך־דין בנאמנות. ... השורש "פדה", ושם־העצם "פדיון" הנגזר ממנו, זכו רק בספרות המאוחרת למשמעות הנוספת של השגת כסף תמורת ממכר או כאשראי (המקור המוקדם ביותר המובא במילוננו של כנ"הודה לשימוש המלה במשמעות זו, הוא ספר פתחי תשובה, לר' אברהם צבי הירש אייזנשטט, שחי רק במאה התשע־עשרה, בפירושו על חושן משפט, סימן קעו, סעיף קטן ו). משמעותם המקורית היתה, כידוע, כופר הכסף לשחרור משעבוד – כמו בפדיון שבויים, פדיון הבן, פדיון פטר חמור, פדיון הנפש, או פדיון המשכון. אבל גם במשמעותה המאוחרת והמורדנית דבק עוד במלה הזאת מובן של הרווחה והישג – כאילו הסחורה שמכרת נפדתה כידך, והפדיון שקיבלת תמורתה בא לידך במקומה.

63. פדיון (ראה: פדה)

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

64. פיזור והפצה (ראה: שיווק והפצה)

65. פסול (ראה: כהונה)

66. פקע

בג"צ 301/63

שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח'

פ"ד יח 598, 623-624

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני הנשיא (אולשן), והשופטים זילברג, זוסמן, כהן, מני

העותרת נישאה ברומניה, בשנת 1925, למשיב מס' 5 בנישואין אזרחיים. בשנת 1949 עלתה המשפחה לישראל. כחמש שנים לאחר מכן עזב הבעל את אשתו והגיש תביעת גירושין נגדה. בית-הדין הרבני לא ראה להיעתר לתביעה, ומשסירבה האשה לקבל את גטה מרצונה, זנח הבעל את התביעה. כעבור שנתיים נתן בית-הדין הרבני פסק-דין "זמני", בו הוייב הבעל לשלם מזונות לאשתו. הביעה האשה, כעבור זמן, להגדלת המזונות נדחתה על-ידי בית-הדין הרבני, הואיל והבעל טען, כי נשא את העותרת בנישואין אזרחיים בלבד, והאשה הודתה, כי "אינה נשואה לנתבע לפי דיני ישראל ושאלן לה כתובה כדן...". לעחירת הבעל ביטל בית-הדין הרבני את פסק-דינו הקודם למזונות האשה, ובית-הדין הרבני לערעורים אישר פסק-דין זה. ענין מזונותיה של העותרת בא על חיקונו משהגישה את תביעתה לבית-המשפט המחוזי, ובית-המשפט העליון, בשבתו לערעור, על החלטת-בית-דין, פסק לעותרת מזונות בהסכמת הבעל. בשנת 1961 חזר הבעל והגיש לבית-הדין הרבני תביעת גירושין. בית-הדין פסק שעל העותרת לקבל את גטה, ואם המאן – ידון בית-הדין בעחירת הבעל לתת לו היתר נישואין. טרם הגיע ערעורה של העותרת על פסק-דין זה לדין, נתן בית-הדין הרבני לבעל היתר "לישא אשה כדת משה וישראל כרצונו", בכפוף לאישור מטעם הרב הראשי לישראל. על פסק-דין זה עידרו הבעל, וטרונותיו היתה שבית-הדין לא נאות לכפות על העותרת קבלת גט. בית-הדין הרבני לערעורים דחה את שני הערעורים גם יחד. לעחירת העותרת הוצא צו-על-תנאי נגד המשיבים.

השופט זילברג: ועתה הבה נדאה, מה היא השפעת הגומלין שבין סעיף זה וסעיף 3 של החוק. בסעיף 3 נאמר:

מי שהיה נשוי הוא בחזקת נשוי, לענין סעיף 2, כל עוד לא הוכיח שנישואין הקודמים בוטלו או הופקעו, בין על-ידי מות בן-הזוג ובין על-פי פסק-דין סופי של בית-המשפט או של בית-הדין המוסמך או על-פי דין התורה בדרך שאושרה על-ידי בית-הדין המוסמך, ואין רואים אותו כפנוי אלא משעת המוות או משעה שניתן פסק-הדין או האישור כאמור.

סעיף זה הסתום מרובה בו על המפורש, אך לצורך פסק־דיני זה לא אנסה ליישר את כל ההדרוין שבו, ואצטמצם בשאלה: מה פירוש המלה "הופקעו" – מכאן ולהבא או למפרע? לכאורה ועל־פי מושכל ראשון נראה, כי הכוונה היא לביטול למפרע, שכן נאמר בגיטין לג ע"א: "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", הפקעו חכמים את הקידושין ממנו, הכוונה היא שם לביטול הקידושין למפרע, כפי שיראה המעיין בגמרא ורש"י שם (רש"י, ד"ה חניח, וד"ה שויה רבנן).

ברם לאחר עיון יותר מעמיק מחחילים להתעורר בלבנו ספקות. נראה הרבר כי המונח "להפקיע" יכול לחול גם על הביטול, הפועל מכאן ולהבא. אדרבא, שימוש הלשון במלה הנ"ל במובן של מכאן ולהבא, הוא דווקא היותר שכיח והיותר רגיל:

פקעו ממנה קידושין (ירושלמי יבמות, פרק א, הלכה א, ב ע"ג).

דכיוון דמרדה פקעה קדושחיה (חולין קלט ע"א).

הקדש, חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד (גיטין מ ע"ב).

אין קנין לנכרי בארץ־ישראל להפקיע מידי מעשר שני (גיטין מז ע"א). שמיטת כספים, כמו כן, מופקעים (הכספים) ממלווה ללווה (תוספות קידושין לה ע"ב, ד"ה השמטת כספים).

זכותו מופקעת (ביטוי רגיל ונפוץ בכל הספרות הרבנית).

בכל המקומות הנ"ל ורבים אחרים זולתם, הפועל "פקע" בבנין קל, הפעיל והפעל, פירושו: פקיעה מכאן ולהבא. גם בנומקלטורה המשפטית המודרנית משתמשים במונח הפקעה במובן – או גם במובן – ביטול זכות או מעמד מכאן ולהבא. למשל, המחרגם העברי של דבר־המלך מכנה את הדיבור האנגלי decree of dissolution of marriage פסק הפקעת־נישואין (ראה את הנוסח העברי של דבר־המלך־במועצה (תיקון), 1935, עתון רשמי מס' 496). מכיון שכן, אין אני מוכן לומר כי הביטוי "הופקעו" בסעיף 3 של החוק פירושו הופקעו למפרע. היפוכו של דבר: מכיון שלכל הפחות קיים ספק בנוגע למשמעותו של מונח זה; ומכיון שהמדובר הוא בחוק פלילי – הרי יש לפרש אותו לטובת העברייני, וטובתו של זה דורשת כי המונח יפורש במובן של מכאן ולהבא. כי אם המלה "הופקעו" בסעיף 3 פירושה יאה: הופקעו מכאן ולהבא, הרי הוראת הסיפא של הסעיף:

ואין רואים אותו כפנוי אלא משעת המוות או משעה שניתן פסק־הדין או האישור כאמור,

אף היא תחול רק על ביטול מכאן ולהבא, ולא על ביטול למפרע, יען כי בהפקעה מעין זו אין הכתוב מדבר; והתוצאה תהיה כי אם הופקעו קידושי האיש למפרע, הוא ייצא פטור אפילו אם ההפקעה נעשתה על־ידי בית־הדין או בית־המשפט לאחר שנשא את השניה. ודוק היטב.

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

ע"א 419/64

פרסקו נ' מטוילה

פ"ד יט(1) 513, 515-516

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ברנזון, מני

בית-המשפט המחוזי חייב את המערער בתשלום מזונות זמניים למשיבה, ברחותו את הטענה כי לפי החוק החרות אין חתן חייב לפרנס את חותנתו כאשר אשתו איננה עור בחיים. הוגש ערעור.

מ"מ הנשיא (זילברג): מסכים אני עם חברי המלומד, השופט מני, כי יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק-דינו של השופט המלומד. סעיף 15(ב) של החוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, אומר:

זכות למזונות הנובעת מקירבת נישואין פוקעת עם פקיעת הנישואין בין בני-הזוג.

במקרה שלפנינו החותנת איפוא אינה "חותנת" עוד, כי פקעו יחסי הנישואין שבין חתנה ובתה המנורח, וממילא פקעה גם חובת המזונות של החתן לשעבר כלפי חותנתו לשעבר מכוח סעיף 14(1) של החוק הנ"ל.

וכיצד יכול היה השופט המלומד להגיע למסקנה הפוכה – כלום סבור היה כי אלמן עדיין "נשוי" הוא לאשתו המנוחה? חס ושלום, לא ולא! השופט המלומד מעולם לא הגה רעיון אבסורדי שכזה. אלא מאי? דעתו היתה – כך נראה לי – כי המונח "פקיעת נישואין" חל רק על ביטול נישואין שהוא תוצאה של פעולה, אם פעולה משפטית (כגון: גט יהודי), ואם פעולה שיפוטית (כגון: פסק גירושין שניתן על-ידי בית-משפט), אך לא על ביטול הבא מאליו כתוצאה ממאורע פיסי (כמו מות אחד מבני הזוג) המבטל – מאין נושא (סובייקט) – את קיום יחסי הנישואין.

כך, כנראה, סבור היה השופט המלומד, ולא היא! בטרמינולוגיה המשפטית העברית שהמחוקק הישראלי ללא ספק – ובצדק – מושפע הימנה, הוראת המלה "פקע" כוללת גם ביטול מעמד או זכות עקב מותו וחדלונו של בעל המעמד או הזכות.

ואין שטר מקנה לאחר מיתה, דהא פקעה ליה רשותא דנותן (גמרא ודש"י גיטין ט ע"ב, ד"ה ואין שטר).

ראיה חותכת ומפורשת לכך מוצאים אנו בקצות החושן, לשולתן ערוך, חושן משפט, סימן קפכ, סעיף ב, סעיף קטן ב, המחיל את השם "פקיעה" על ביטול נישואין כתוצאה ממותו של הבעל. ואין צורך לומר כי כנודן זה אין כל הבדל בין מות הבעל ומות האשה.

כג"צ 436/66

בן אהרן ואח' נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה

פ"ד כא(1) 561, 564-565

כבית־המשפט העליון כשכתו ככית־משפט גבוה לצדק
לפני השופטים לנדוי, ח' כהן, הלוי

המשיב שלח הודעות לעותרים, בהתאם לסעיף 105(א) לצו המועצות המקומיות (א),
תשי"א-1950, כהן הודיע שהוא פוסלם מכהונתם כחברי המועצה, לאחר שהורשעו על־פי
הודאתם בעבירה לפי חוק לשון הרע, תשכ"ה-1965. בפנייתם לבית־המשפט טענו העותרים, כי
בעבירה האמורה אין משום קלון, וביקשו לבטל את הודעת הפסלות.

השופט ח' כהן: לדעתי צריכה השאלה רק להישאל, כדי שהתשובה השלילית
תחכקש מאליה. הקלון האמור כאן הוא פגם מוסרי (moral turpitude בלע"ז)
המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים, וממילא אין הוא ראוי
לשאת באחריות ציבורית להחלטות ולמעשים אשר עניני הכלל ושלום הציבור
תלויים בהם. "קלון" זה פוסל שופטים (סעיף 22(א)(3) לחוק השופטים,
תשי"ג-1953), ועורכי־דין (סעיף 44(1) לחוק לשכת עורכי־הדין,
תשכ"א-1961), וכיוצא באלה נאמני הציבור, מפני שקלונם וכבודם אינם
יכולים לדור בכפיפה אחת. ו"קלון" זה צריך אמנם שיהא דבק באדם בגלל
חטאו, גם לאחר המעשה והעונש: כמו שכתוב, "נגע וקלון ימצא וחרפתו לא
תימחה" (משלי ו, לג).

הקלון גורם, בנוהג שבעולם, להתרחקות בני האדם מן הנקלה: אם לא
יתחברו אליו, דין הוא שלא יבחרו בו כנבחרים. זאת היא ההנחה המונחת ביסוד
ההוראה שהקלון פוסל לכהונה של חבר מועצה מקומית: ומכלל לאו אתה
שומע הן, שמקום ואיש לא היה מעלה על הדעת שלא לבחור במועמד פלוני,
מתמת עבירה שהורשע בה, ממילא לא נדבק בו קלון הפוסל אותו. קנה המידה
אשר על בית־המשפט למדוד בו בכגון דא, הוא טעמו וגישתו של הבוחר
"הסביר", אשר דעתו נתונה לייצוגו היעיל והנאמן כמועצה המקומית – ולא
טעמם של מתקני עולם או שיקול דעתם של שופטים נאורים. השימוש בלשון
גסה ומעליבה (ומה גם השימוש החד פעמי!) אין בו כדי לגרוע כל עיקר לא
מנאמנותו בכוח ולא מיעילותו בכוח של הנבחר כחבר המועצה המקומית,
ובגלל כך בלבד שום בוחר סביר לא היה מונע מאתו את קולו – סימן וראיה
שאמנם לא נקלה הוא ולא שום קלון דבק בו.

מסכים אני עם חברי, השופט לנדוי, שיש ובית־המשפט יכול, בדרך פרשנות
החוק, למלא תפקיד חינוכי ולעשות למען הרמת רמת ההתנהגות הפרטית
והציבורית – ומסכים אני שמקום ובית־המשפט יכול לעשות כן, מצווה הוא

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

לעשות כן. אבל שום פרשנות סבירה ולגיטימית אינה יכולה להכניס אל תוך המונח "קלון" מה שאין בו: ואין בו שמץ דבר מן התגובה הרגילה והמקובלת על ריב דברים, ולו גם בלשון גסה וחריפה, בין יריבים פוליטיים תוך כדי התעצמות פוליטית. כדאיתא בגמרא, הכא תקלה איפא, קלון ליפא (סנהדרין נה ע"א).

בג"צ 178/81

ג'אפר נ' עודה ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה ואח'

פ"ד לו(1) 40, 49

בבית-המשפט העליון בשבחו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני מ"מ הנשיא (י' כהן), והשופטים לוין, שילה

העותר, שהגו חבר במועצה מקומית, הורשע בהתנהגות בלתי אדיבה כלפי נוסע, אותו הסיע כמוניחו, ובהסעתו מעבר ליעד בניגוד לחקנות התעבורה, תשכ"א-1961. כן הורשע בכליאת שווא של הנוסע. המשיב 1 הודיע לעותר על החפנות מקומו במועצה עקב הרשעתו בעבירות הנ"ל, שיש בהן קלון. העתירה נסכה על השאלה, אם בעבירות שעבר העותר יש קלון.

השופט ד' לוין: מצרף אני בכל הכבוד את דעתי לדעתו של כבוד השופט ח' כהן (כתוארו אז) בבג"צ 436/66, בעמ' 564, לאמור:
הקלון האמור כאן הוא פגם מוסרי (Moral turpitude כלע"ז) המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים, וממילא אין הוא ראוי לשאת באחריות ציבורית להחלטות ולמעשים אשר עניני הכלל ושלום הציבור תלויים בהם... "קלון" זה צריך אמנם שיהא דבק באדם בגלל חטאו, גם לאחר המעשה והעונש; כמו שכתוב, "נגע וקלון ימצא וחרפתו לא תימחה" (משלי ו, לג).

68. ראוי (ראה: מחזק).

ריבית חוזית המשתלמת עבור מלווה ביחסים בין לווה ומלווה, ואין היא כוללת ריבית שנפסקה על־ידי בית־המשפט לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א–1961, בתביעות נזיקין, כאשר ריבית כזו היא בבחינת פיצויים או דמי נזק...

ברור, שכרוב המקרים ריבית קשורה למושג של הלוואה, ובוודאי כך הוא במקורות המשפט העברי, שדנים באיסורי ריבית בקשר להלוואה, אך אין בכך ראייה, שמושג זה אינו משתרע על תחום יותר רחב ואינו כולל ריבית שפסק אותה בית־המשפט. על־כל־פנים ההגדרה הקלסית של ריבית במשפט העברי מפי רב נחמן "כללא דרביתא: כל אגר נטר ליה אסור" (בבא מציעא סג ע"ב), לפיה ריבית היא "שכר המתנה" (ע"א 248/53, בעמ' 548), איננה שוללת את הכללת הריבית הפסוקה, שגם היא במהותה "שכר המתנה" שמשלם אותו הנתבע על שערכת אצלו את כספי התובע.

71. רכב

ע"א 680/80

פריימן נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ ואח'

פ"ד לו(2) 578, 580, 586

בבית־המשפט העליון שכבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים לפני הנשיא (לנדוי), והשופטים שמגר, י' כהן

השופט שמגר: 1. ערעור ברשות על החלטתו של בית־המשפט המחוזי בכא"ר שבע, לפיה נתקבל ערעור המשיבים על החלטת הרשם הנכבד של בית־המשפט האמור, בה הותר תיקון כתב־תביעה, שהוגש על־ידי המערערים, כדי שתיכלל בחיקון האמור הטענה, כי ספינה, שגרמה למות המנוח צבי פריימן ז"ל, היא כלי רכב לעניין חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975 (להלן – חוק הפיצויים).

ערעור זה נסב על השאלה, אם כלי שיט הוא אכן "רכב מנועי" או "רכב", כמשמעותם לפי חוק הפיצויים, ואם התאונה, בה קיפח המנוח צבי פריימן את חייו, הייתה בגדר "תאונת דרכים" כמובנו לפי חוק הפיצויים...

8. (א) אינני רואה מקום וצורך להתוות כאן תתומיה של הגדרה ממצה, החובקת כל מרכיביו האפשריים של המונח "רכב" לצורכי חוק הפיצויים, כי לעניין זה מקובלת עלי הגישה, שמצאה ביטויה בע"א 133/79, 863 הנ"ל, בעמ' 68, ובדברי הנשיא הנכבד בע"א 498/80. משמע, כוונתי להתייחס לשאלה המוגבלת שלפנינו מבלי להשעין את הפתרון על ניסיון להגדיר מראש

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

את כל שיכול להיכלל אי פעם בתחומי המונח "רכב" או "רכב מנועי".
(ב) ראשית לשאלה, מהי המשמעות הלשונית הרגילה והמקובלת (ע"פ 121/53 וראה גם ע"א 245/54, בעמ' 358 מול האות ג) של המונח "רכב", "כלי-רכב" או "רכב מנועי". המובן הפשוט והרגיל של המונח "כלי-רכב" – כביטוי המילוני – הוגדר על-ידי אבן-שושן כדלהלן:

שם כולל לכל מכשירי-התחבורה היבשתיים הנעים על אופנים, כגון: עגלות, אופניים, מכוניות, אופנועים, טנקים (ההדגשה שלי – מ' ש').
משמע, המדובר בכלי, הנע על גבי היבשה, וכך גם מובן לאור מקורו המקראי של המונח רכב – כשם כולל למרכבות מלחמה (שמות יד, ו-ז; שופטים ד, ז ועוד. ראה גם: א' בן-יהודה, מלון הלשון העברית, כרך יג ו-י, גור, מלון עברי, בערך "רכב"). י' כנעני כותב באוצר הלשון העברית, כרך ז, בערך "כלי-רכב" –

כלי-רכב – כינוי לעגלה, מכונית, אופנים וכדומה המשמשים אמצעי תחבורה ותעבורה בדרכים.

לעניין זה ראה גם ד"ר פ' גולדשטיין, ביטוח נפגעי תאונות דרכים (דיני הביטוח בישראל, תשל"ח) 46, 53 (אם כי שם מרשם הדגש על הנושא של "מקום התאונה").

על יסוד כל אלה גם התפתח השימוש במונח כלי-רכב או רכב בלשון העברית המדוברת: בלשון בני-אדם היית אומר, כי פלוני נסע ברכב מעיר פלונית לעיירה פלמונית, אך אין נוסעים ברכב מנמל אשדוד לנמל ניר-יודק.

72. רצון

ע"פ (ת"א) 152/82

דן בע"מ נ' מדינת ישראל

פ"מ תשמ"ג(1) 150, 158–159

כבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

האגודה השיחופית לתחבורה "דן" ואחד מנהגיה הובאו לדין בבית-המשפט השלום ברמלה, בעון זיהום אוויר על-ידי פליטת עשן מאוטובוס. על יסוד המעשה הזה יוחסו לשני הנאשמים שלוש עבירות והן: א. זיהום אוויר לפי סעיף 53 ו-54 לפקודת בריאות העם. ב. זיהום אוויר, לפי סעיף 222 לחוק העונשין. ג. נהיגה ברכב המפריש גוים, ועישון מעל למידת המותרת, לפי תקנה 155 לתקנות התעבורה. הנאשמים והמדינה מערערים.

שער שנים-עשר: פרשנות

השופט אילן: המונח "לרצונו" בעברית מתאים לפרשנות שבפסק-הדין הנ"ל יותר מהמונח "על דעת עצמו". ראה במקורותינו:

וכי תזבחו זבח שלמים לה'; לרצונכם תזבחו (ויקרא יט, ה).
הפרשנות לפסוק זה לפי הפשט היא "לרצונכם – בהתנדבות ולא בכפייה",
כי מדובר בקרבנות נדר ונדבה (ראה פירושו של הרטום) וכן ראה בחלמוד
בבלי, סנהדרין ט ע"ב; אמר רב יוסף:

אמר רב יוסף:
(העיד) פלוני רבעו לאונסו, הוא ואחר מצטרפין להורגו, לרצונו – רשע הוא,
והתורה אמרה אל תשת, רשע עד, רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם
משים עצמו רשע.

וכן ראה יבמות כה ע"א, שם מובאים דברי רבי יוסף כשדברי העד בלשון
מדבר:

אמר רב יוסף: פלוני רבעני לאונסי – הוא ואחר מצטרפין להרגו;
לרצוני – רשע הוא וכו'.

הבעיה שעמדה בפני הגמרא היא, אם פלוני שנעברה עבירה בגופו כשר
להעיד על-כך. רב יוסף מבחין בין זה שנאנס לבין זה שנעברה בו עבירה
"לרצונו". כאשר הביטוי לרצונו, או לרצוני, הוא ההפך מן האנוס. וכן פוסק
השולחן ערוך, חושן משפט, בהלכות עדות, סימן לד סעיף כו:
לזה שהעיד על המלוה שהלוה לו ברבית ויש עד אחד עמו מצטרפין לפוסלו,
ואף-על-פי שעושה עצמו רשע, פלגינן דיבורא ומאמינים אותו לגבי אחר,
ולא לגבי עצמו, וכן אם העיד שפלוני רבעו, אפילו לרצונו.
ואמנם, נכון שבהקשר המוכאות הנ"ל יתכן שיש גם הסכמה, ואפילו כוונה
פלילית אבל מבחינת הלשון העברית הביטוי "לרצונו" מופיע כניגוד של
"לאונסו".

73. רשות, רשות הרבים

ע"פ 471/77

מרינת ישראל נ' גזנג ואח'

פ"ד לב(1) 39, 40, 43

בבית-המשפט העליון בשכחו ככית-משפט לערעורים פליליים
לפני השופטים ח' כהן, עציוני, שמגר

השופט ח' כהן: מעשה שהיה כך היה, שבאחד הימים בשעה 6 בבוקר,
כשרצה המשיב ללכת לו לבית-תפילתו, באו לדירתו – כנראה על-פי מידע

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

שהיה כבירהם – אנשי משטרה וערכו חיפושים אחר מטבע-חרץ. שעתיים של חיפושים לא העלו ולא כלום; רק משהגיע, בשעה 8 לערך, הער ספיר, אשד נחון – לרברי השופט המלומר בבית-המשפט המחוזי – בחושים מחודרים לגילוי מטמוני כסף, נתגלו במקומות מחבואים שטרי-כסף ושיקים כסום כולל של 17,910 דולדים של ארצות הברית, וכן סכום כסף כמטבע ישראלי. תחילה אמר המשיב לשוטרים שאין לו ברשותו כל מטבע-חרץ; ומשנתגלה המטמון, אמר שאלה הם כספי החייר שנמסרו לו למשמרת.

המשיב הואשם כעבירה על-פי תקנה 3, באשר "קיבל לרשותו" מטבע-חרץ שלא מירי סוחר מוסמך; וכן כעבירה לפי תקנה 6, באשר לא הציע את מטבע-החרץ שברשותו לאוצר.

... משמעות המונח "רשות" כביטוי לכוח ולשליטה ללא שום זכות קניין, כבר מצויה במקורותינו, ואף בהחייסוח מפורשת אל השומר: יש שומר גנב הגונב מרשות בעלים, כלומר בשעה שהחפץ נמצא בשליטת בעלים, ויש שומר גנב הגונב מרשותו, כלומר בשעה שהחפץ שנמסר לו לשמירה נמצא בשליטתו, והוא משלשל אותו לכיסו וטוען שנגנב ממנו (בבא קמא קיח ע"ב; וכן ברמכ"ס, הלכות גנבה, פרק ד, הלכה י: "שומר שגנב מרשותו"). וכן נחלקו חכמים אם דין הגזילה שלא נתייאשו ממנה בעליה ושנשארה קניין הבעלים, שונה הוא אם נמצאה ברשות יורשי הגזולן או ברשות הקונה מן הגזולן, כלומר בשליטתם הפיסית: זה אומר, רשות יורש כרשות לוקח, וזה אומר, רשות יורש לאו כרשות לוקח (בבא קמא קיא ע"ב). או בלשון המדרש: הרשעים ברשות לבם, אבל הצדיקים לבם ברשותם – כלומר, אלה לבם שולט עליהם, ואלה שולטים על לבם (בראשית דבה סז, ח). ואפשר להוסיף כהנה וכהנה.

ע"א 546/78

בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח'

פ"ד (לד) 57, 66-67, 71, 81-83

הובא בשער החשיעי, דיני קניין וקניין רוחני, עמ' 793.

ע"פ 54/81

רוזן ואח' נ' מדינת ישראל

פ"ד לה(2) 821, 833

הובא בשער זה, עמ' 914.

המ' (ת"א) 633/76, 634/76
ה"א (ת"א) 448/68

גולדמן ואח' נ' הרמן ואח'

פ"מ תשל"ח(1) 400, 401, 405-406

בכית"המשפט המחוזי תל-אביב-יפו

המעצרים הגישו ביום 17.11.1975 למשיב מס' 1, הנאמן בפשיטת רגל, שתי הוכחות חוב מכלי שפירוט, פרט לפריט אחד, את המוצדק בו קמה להם עילת התביעה כגינן. הנאמן דחה את הוכחות החוב בנימוק כי לאור הכרזת החייב לפושט רגל ביום 28.1.1968, חלות על הוכחות אלו הוראות חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

השופט חריש: ערעור זה, שהוא ערעורם של שני נושים, איש ואשתו, על דחיית הוכחה בפשיטת רגל, מצריך הכרעה בשתי שאלות יסוד שאין לגביהן הלכה פסוקה בפשיטת רגל. ואלו הן:

א. היש תחולה לדיני ההתיישנות בפשיטת רגל?

ב. בהנחה כי אכן תופסים דיני ההתיישנות גם כפש"ר, האם הנאמן בתזקת "רשות שיפוטית", שכידה לתת לדינים תחולה ולפסוק כי חוב מסוים עשוי להיתבע מחמת שחלפה עליו תקופת ההתיישנות הקצובה בחוק.

... אף על פי כן דומה כי גם לפי הנוסח כהווייתו בחוק חייבים אנו שנאמר כי גם נאמן בפשיטת רגל היה במשמע כשננקט הביטוי "רשות שיפוטית" (אגב, דומה כי כולי עלמא לא פליגי כי כמובן אתד, שונה וניכדל של הדיבור "רשות", היינו כמובן של דלות ואבינונת הנאמן בפשיטת רגל הוא בהחלט רשות...). אין זה נכון לגרוס כי רשות היא דווקא רשות שנתכוננה כדין, המשמשת בתפקידה ככתר ובמלאכות, ובגינוני שררה. אכן המונח "רשות" מוגדר כשלטון וכסמכות רישמית, ולכאורה נדחית מתוך הגדרה זו, ומתוך המרכאות שהוכאו להמתשתה ("הו זיהירם ברשות", משנה אבות ב, ג; "אל תתודע לרשות", שם א, י) ועוד, הסבדה כי גם רשות מעין נאמן שבפשיטת רגל כלולה במשמע של הדיבור "רשות" בסעיף 1 דנן. אך הגדרה זו שבמילון איננה ממצה את כל הרקויות ואת כל גוני המשמעות של ביטוי זה. "רשות" אומר בן יהודה במילונו כולל גם authority. נושא סמכות. דוק: נושא סמכות, ולא דווקא בעל משדה, או נושא שררה. ומשל הוא מביא לדבריו, בין השאר, מתוספתא קידושין א, יא לאמור – "שאי שסיפק בידו לעשות, והאשה אין סיפק בידה לעשות, מפני שדשות בעלה עליה". ועוד הוא מביא: "ושלא יהיו המינים אומרים – הרבה רשויות בשמים" (משנה סנהדרין ד, ה). אמור מעתה כי לפי שימוש הלשון הדוות במקורות, כולל המושג דשות גם כל מי שדייו נתמלאו בסמכות, מכל שכן בסמכות כדין. מכאן מתחייב שנאמן הוא בתזקת רשות מכוח מינויו עלידי בית-המשפט.

ח"א (ת"א) 276/46
גרשט נ' וילדנברג
המשפט חש"ט 15-16

בבית־המשפט המחוזי בתל־אביב

הובא בשער זה, עמ' 907.

76. שיווק ואספקה

ע"א 285/57
מרצפיה בע"מ נ' ראש העיר תל־אביב־יפו ואח'
פ"ד יב 1590, 1591-1592, 1594

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים
לפני מ"מ הנשיא (חשין), והשופטים ברנזון, ויתקון

השופט ויתקון: המערערת נדרשה לשלם למשיבה מס עסקים לפי פריט 11 לתוק־עזר לתל־אביב־יפו (מס עסקים עירוני), השי"ד-1954, חוספת ראשונה, חלק א. העסק שלה – תעשיית מרצפות, שיש וכו' – מתנהל בבית־החרושת שלה שמחוץ לתל־אביב, דהיינו, בתחום שיפוטה של פתח־תקוה, בתל־אביב גופה אין למערערת אלא משרד בן שני חדרים. שם נמצאים אחד המנהלים ושני פקידים. במשרד זה מקבלת המערערת הזמנות להספקת סחודתה, ולשם כך היא מחזיקה שם דוגמאות, וכן מתנהלים שם חשבונות ועבודות משרדיות אחרות. נכון הוא גם שמשרדה הרשום של המערערת נמצא בתל־אביב וכי ישיבות ההנהלה מתקיימות אף הן בעיר זו, אך לא במשרד הנ"ל אלא במשרדו של רואה־חשבון.

טענת המשיבה היא שהמערערת עוסקת במשרדה ב"אספקה או שיווק" כמשמעותם בפריט 11 הנ"ל, ואילו המערערת טוענת כי אותו משרד אינו אלא במסגרת הפריט 76 המטיל מס – בשיעור נמוך יותר – על "משרד או מחסן שבו מחלקים סחודות או מקבלים הזמנות של בית־חרושת או של בית־מלאכה או של עסק אתר הגמצא מחוץ לתל־אביב־יפו..."

מ"מ הנשיא (חשין) : "שיווק ואספקה" – דוגמת "פיזור והפצה" – הם מונחים המורים על הוצאה ממקום אחד, מרכזי, למקום אחר, מחוצה לו, כגון לשוק, ללקוחות מסויימים ובלתי מסויימים או למרחב, בהיפך מ"ריכוז וצבירה", שמשמעם – דוגמת "קיבוץ ואיסוף" – כינוס ואגירה למקום אחד ממקומות פזורה שונים. וכשם שבריכוז וצבירה יש צורך בשני גורמים, היינו, מרחב ופעולה של כינוס מן המרחב למקום אחד, למרכז, כך אין שיווק ואספקה אלא משקיימים שני גורמים אלה אך בפעולה ככיוון מהופך: פעולת השיווק והאספקה נעשית ממקום אחד, מן המרכז, בכיוון למרחב. אם אין מרכז – שיווק ואספקה מגין?

לדוגמה : "והפיץ ה' אתכם בעמים" (דברים ד, כז) ; ו"תפוציץ הצאן" (זכריה יג, ז) ; "יפוצו מעינותיך חוצה" (משלי ה, טז) ; וכן "ישנו עם אחד מפוזר ומפורד בין העמים" (אסתר ג, ח) ; "צדקה עשה הקב"ה לישראל שפיוזן לבין האומות" (פסחים פז ע"ב). ולהיפך "ויקבצו את כל אוכל השנים הטובות... ויצברו בר" (בראשית מא, לה) ; "ויקבצו מכל העמים" (דברים ל, ג) ; "ויקבצתים מירכתי ארץ" (ירמיה לא, ז) ; וכן "ונאספו שמה כל העדרים" (בראשית כט, ג) ; "ויאספו לבן את כל אנשי המקום" (בראשית כט, כב).

במקרה דנן משמש המשרד בתל-אביב מקום שבו מקבלים הזמנות. הסחורה אינה נקבצת במשרד ואינה עוברת דרכו. לקוחות אינם באים למשרד לקבלה, והיא אף אינה נשלחת לבתייהם או למקומות עסקם בלא הזמנה. אני מוכן אפילו להניח, כי המשרד עוסק גם בחלוקת הסחורה – עיסוק שאף הוא בא בתחומי הפריט 76 – אך "חלוקה" אינה זהה בשום פנים עם "שיווק ואספקה". החלוקה באה לאחר הזמנת הסחורה, או לאחר ייעודה לאנשים מסויימים. שיווק ואספקה פירושה הפצה ומכירה שלא בדרך הזמנה והועדת הסחורה ללקוחות מסויימים בלבד. האדם המכיר לדירתנו את בקוקי החלב מדי בוקר אינו משווק את החלב ואינו מספקו. הוא רק מחלקו.

77. שוק

ד"ר 6/62

איחוד המדגירים ומשקי השבחה, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' ראש העיר תל-אביביפו ואח'

פ"ד טז 2220, 2222-2223, 2224, 2225-2226

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים זילברג, זוסמן, ברנזון, ויתקון, כהן

תפקידה של המערער, האגודה השיתופית האמורה, שחבריה מדגירי אפרוחים, הוא לחוץ בין חברה המדגירים לבין קוני האפרוחים. שירות זה ניתן לחברים שלא על מנת להפיק ריווח ולשם

פירוש מונחים, כיטויים ומלים

כך יש לאגודה משרד כחל-אביב. טענת האגודה היא, שהיא עוסקת בתיווך ומשום כך מגיע ממנה מס נמוך יותר מזה המוטל על עסק שיווק. בית-הדין למס-עסקים פסק, כי המערערת עוסקת כשיווק וקביעה זו אושרה כערעורה בבית-המשפט המחוזי. בבית-המשפט העליון, שרן כערעור נוסף, נחלקו הדעות ונזכר חילוקי הדעות ביקשה המערערת דיון נוסף בהחלטת הרוב שעיסקה היא עסק שיווק. גם כדיון הנוסף חידש בא-יכוח המערערת את מאמציו להכניס את עסקה לגדר של תיווך.

השופט זילברג: תשובתי לשאלה דנן, היא כתשובתו של רב נחמן לרב חנן בר רב קטינא (חולין יט ע"א):

אנא לא חילק ידענא ולא בילק ידענא – אנא שמעתא ידענא!
אף אני – את חוקי-העזר, תל-אביב-יפו, אני יודע, וברו משתמש המחוקק העירוני במונח "שיווק"; "לשווק" הוא פועל יוצא מבנין פיעל, שהוראתו היא: לשלוח סחורה לשוק; "שוק" הוא: מקום שהסחורה נמכרת בו – נמכרת ממש, ולא מקום שם מכינים או מכשירים אותה לכך. וכן אתה מוצא: רואים אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק (בבא קמא פג ע"ב). אבל עושה כלים, יוצא ומוכר בתוך השוק (בבא בתרא כ ע"ב). נחתום שהוא עושה למכור בשוק (משנה חלה ב, ז).

ואחרון אחרון:

נקוט (נקטי) להרשווקא; מכריוזין שלא יהא אדם רשאי למכור עד שימכרו הם (גמרא ורש"י בבא מציעא סה ע"א).

כאן מסמנת המלה "שוק" – בארמית: שוקא – את עצם המושג "מכירה": מחזיקים את השוק – מעכבים את המכירה שבו.

היוצא, אפוא, כי המערערת דנן אינה עוסקת ב"שיווק" כלל, כי היא אינה מוכרת, ואינה יכולה למכור – עד שלא הורשתה – את רכוש זולתה. היא דק מראה-מקום ומליץ יושד על אפרוחי הביצים שנתבקעו אצל המדגירים. כלשון מקצועית: מתווכת בין הקונים והמוכרים העתידיים. על עסק כגון זה חל לא הפריט 11, אלא הפריט 87, כפי שפסק חברי הנכבד, השופט ברנזון.

2. הגעתי למסקנה הנ"ל לאחר בדיקת משמעותה של המלה "שיווק" בשפה העברית. עשיתי כן משום שסבור אני, כי מחוקק ישראלי מקורי חייב להשמיע דברו עברית, ולא ב"לשון סורסית". לא ייתכן, כי העברית שלו תהא מובנת רק – לרוברי אנגלית! כפרט וכפרט, כאשר המדובר הוא לא במונח משפטי מובהק, שמוכנו ידוע למשפטנים בלבד, אלא במונח-של-שוק שאדם דש בעקביו בחיי יום-יום. כלום נחייב את האזרח לשאול בעצתו של עורך-דין, מה פידוש המלה "שולחן" או "כסא" שהשתמש בה המחוקק הישראלי העברי באחד התוקים המקוריים שלו!

... ענינו הדואות, כי שימוש הלשון האנגלי במונח marketing, חרף בהחלט את שימוש הלשון העברי במונח "לשווק", ולכן כשר גם למהדרין מן המהדרין הפידוש שנתתי למונח זה לעיל.

3. ולבסוף הערה אחת קצרה לרברי-הטעם שהשמיע חברי המלומד, השופט ויתקן, בנגעו כשאלה החשובה של "הרקת היין החדש לתוך הקנקן הישן".

שאלה זו נכבדה מדי, מכרי שנדון בה דרך האספקלריא העלובה של "שוק" ו"שיווק". אומר רק אחת: כל נלאה יתר על המידה את שלוש אותיות השורש של שם־הפועל העברי, וכל נעמים עליהן פעולות ותפקידים מרובים. עדיין לא ניצלנו אף את חלק המאה מאוצר המלים העצום הטמון בספרותנו העתיקה, ואם ניגע אנתנו, ולא ניגע מספר מצומצם של מלים ידועות ונדושות, נמצא ביטוי עברי, נאה והולם, כמעט לכל פעילות מודרנית חדשה הבאה בעקבות התפתחותה של התברה האנושית. אילו נהגו חדשנינו כך, ייתכן והיו מוצאים פורקן גם ליצר ה"שיווק" שפעם בלבם...

השופט ויתקון: ולבסוף הערה על דרך הפרשנות שחברי הנכבד השופט זילברג נקט בה. הוא גילה לנו, כיד בקיאותו הטובה עליו, מה פירושו של המונח "שוק" בגמרא, דהיינו, מקום בו מבוצע מיקת וממכר; ומכיון שהמלה "שיווק" גזורה מהשורש "שוק", הכרח הוא – כך סבור חברי – שאף היא פירושה "מכירה". נראה לי, עם כל הכבוד, שאפשר להניח שהרעיון של מכירה טמון במונחים "שוק" ו"שיווק", בלי שהנחה זו תתייב את המסקנה, שכל מי שידו בשיווק מוכרת להיות, הוא בעצמו, המוכר. בתנאי המסחר המודרניים כה מרובות ומסועפות הן הפעולות המביאות בסופן לחלוקת המצרכים ולהפצתם בין ציבור הצרכנים, שתפקיד השיווק, אירגונו והסדרתו, יכול להיות עסק בפני עצמו ובנפרד מפעולות המכירה.

לא זו אף זו. מלות השפה מתפתחות עם תמורות הזמן, ומונח, שבחברה הפרימיטיבית ציין דבר מוחשי, למשל אתר או מועד בהם בוצעה פעולה מסוימת, יכול לקבל במרוצת הזמן משמעות מופשטת, המגלמת עדיין את הרעיון המקורי, אך הפטורה מכל אביוזי המושג המקודי ומכל צורות תופעותיו. זוהי תעודתה של המלה בשפה תיה שיש לה חלק בהתפתחות התברה ובהתקדמותה החמרית והרוחנית. בדרך זו, שהיא דרך ההשאלה, נשחמר במלה הרעיון המקורי – או אולי רק עיקרו או אחד מעיקריו – אך רעיון זה יכול להתגשם בצורה, שאין בינה ובין הצורה המקורית ולא כלום. הנה המלה "שוק". אין ספק שבימי קדם ועד לימינו אנו משמעותה המוחשית המקורית היתה והינה מקום ומועד המיועדים לסחר במצרכים. אך המונח לא שקט על שמריו, ובחורת הכלכלה המודרנית מציין הוא את מה שראו כתכנו הרעיוני העיקרי, דהיינו, מפגש בין היצע וביקוש. במונח "שוק" עתיק־היומין, אמורים דברים; במונח "שיווק", שכולו פרי המחשבה המודרנית, על אחת במה וכמה. מונח זה ודאי הוא פועל־יוצא מתכנו הרעיוני של המונח "שוק" כפי שאנו מבינים אותו בתפיסתנו המודרנית, ויהא זה איפוא משום אנכרוניזם לפרשו לפי השקפות חקופה, שאורח חייה היה אתר לגמרי.

בבואנו לחדש את שפתנו העתיקה, תמיד ביקשנו להחיות את האוצר הגנוז הזה ולמלא יין חדש בקנקן ישן. מי שמלאכתו במשימה זו אינו יכול להיות דבק במשמעות המלה על כל תופעותיה החיצוניות שבעבר; עליו לגלות את הרעיון העיקרי שבמלה ולגזור ממנה שימושים חדשים בהתאם לרוח הזמן ולצרכי

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

השעה. זהו הנוהג בכל לשון חיה, ואם המונח marketing נגזר מן המלה market על אף העובדה, שהוא התרחק ממשמעותה המקורית של מלה זו, כלום נבצר מאתנו ללכת באותה דרך ולגזור את המונח האקביבלנטי בשפה העברית "שיווק" מן השורש העתיק "שוק"? האם מוטב היה להשתמש בברבריוזם כגון "מירקוט", שמא נמצא המונח "שיווק" צר מכדי להביע את מלוא המושג הלועזי? בעיה זו אינה חדשה עמנו, וכבר עמדו עליה במקום זה בענין מיטובה בע"מ נגד קזס, המרצה 89/51, ובהרבה תקדימים אחרים (המקובצים יפה במאמרו של א. ידין על פירוש חוקי הכנסת בספד יובל לפנחס רוזן, עמ' 125). הפדשנות הבלשנית כבודה במקומו מונח, ומי כמו חברי בד"סמכא לחדש ולהעשיר בה את השפה, אך מעדיף אני להימנע ממנה, כשהיא עשויה, כמו במקרה דנן, להדביק למונחים חדשים משמעות שזמנה עבר, וסופה להיות לרועץ להתפחחות שפתנו החדשה.

78. שיטפון

המ' 119/62

נסים נ' בנין, חברה לביטוח בע"מ ואח'

פ"ד יז 683, 684, 687, 688-689

בית-המשפט העליון בשכחו כבית-משפט לערעורים אורחיים לפני הנשיא (אולשן), והשופטים ברנזון, כהן

חברות ביטוח (המשיבות מס' 1 ומס' 2) שילמו למבוטחת סכומים מסוימים בעד נזקים שנגרמו לה עקב שיטפון שבא כתוצאה מחירית מים לחנותה מרירותו של המערער. בית-משפט השלום פסק לטובת החברות והניל בתביעתן מכוח הסוכרוגציה נגד המערער ובתו (המשיבה מס' 3), להחזרת הסכומים ששולמו כנ"ל. בית-המשפט המחוזי דחה את ערעורו של המערער וקיבל את ערעורה של המשיבה מס' 3 וביטל את חיובה; כמרכן נדחה ערעורן הנגדי של המשיבות. שני הצדדים עירערו.

השופט ח' כהן: אשר לפוליסת-הביטוח, מתברר שהפוליסה של המשיבה מס' 1 (מוצג ת/2), שהיא פוליסה לביטוח מפני אש, מכילה תוספת אחת אשר בה נוסף הסיכון של "שיטפון", ועוד תוספת שניה בה נוסף גם הסיכון של "שיטפון" וגם הסיכון של חדירת מים על-ידי דליפה או התפוצצות צינורות וכדומה; ואילו הפוליסה של המשיבה מס' 2 (מוצג ת/3) – גם היא פוליסה לביטוח מפני אש – מכילה רק תוספת אחת המוסיפה את הסיכון של שיטפון בלבד. טוען המערער – ואם כי אין הוא אומר זאת, הרי טענתו זו יכולה להיות

שער שנים-עשר : פרשנות

מכוונת רק נגד חיובו כלפי המשיבה מס' 2 בלבד – שמאחר ולא היה כאן שיטפון, כי אם חדרת מים או דליפתם או התפוצצות צינורות וכדומה, לא היתה המשיבה מס' 2 אחראית לנזק שנגרם למבוטח, וממילא אין הוא אחראי כלפיה; שאם היא שילמה למבוטח את נזקו, לא היתה אלא כמתנכרת... הפוליסה הנדונה נכתבה עברית, ועל-כן אין לנו להיזקק לפירושים שפירושו האנגלים את המונח המקביל "flood". ואם כי במקורותינו שלנו בא שם הפועל "שטף" על-פי רוב בהקשר של נהרות ונחלים, הרי מצינוהו גם בהקשר של מים סתם: כזרם מים כבירים שוטפים (ישעיה כח, ב); היה גשם שוטף (יחזקאל יג, יא); לשטף מים רבים (תהלים לב, ו); אזי המים שטפוני (תהלים קכד, ד) ועוד. ולענין דיני הנזיקין מצינו שאם "ראה מים שהן שוטפין והולכין, חייב לגרדן" (תוספתא בבא מציעא ב, כח). משמע ש"השיטפון" יכול ויגרם גם בעקבות דליפה, ולאור דוקא רק על-ידי נהר העובר על גדותיו.

79. שיפוי

ע"א 639/77

"ספייים" (1972) בע"מ ואח' נ' "ינאי", חברה לביטוח השקעות בע"מ

פ"ד לג" (3) 533, 535, 538–539

בכ"ת-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
לפני השופטים ח' כהן, בן-פורת, אלון

המערערת חובעת אכיפתה של פוליסת ביטוח שלפיה כיטחה המשיבה את המיכלית "סירניה" מפני נזקי מלחמה.

השופט ח' כהן: טוענת המשיבה כי אין היא חבה אלא בשיפוי המערערת מן ההוצאות שהוציאה בפועל למש לשם תיקון "נזק מלחמה", למעט הוצאות שלא הוציאה כפועל ממש, אם לתיקונים, אם לבדיקות ואם להשטה לשם תיקונים או בדיקות...

8. ואשר ללשון העברית, ניתנת האמת להיאמר שמילת "שיפוי" במשמעותה המשפטית טכנית אינה אלא יצור מודרני – אך כמו לרוב יצורי המשפט המודרניים, מצינן גם לו רמזים קדומים במורשתנו המשפטית. וכבר אמר רבא, "תדע שכך כותב לו מוכר ללקוח: אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין, אינון ועמליהון ושבחיהון..." (אני אקום ואשפה ואטהר ואמרק מכירות אלו, אוהן והכנסותיהן ושבחיהן) – (בכא מציעא טו ע"א): "שיפוי" המכירה – הוא

פירוש מונחים, ביטויים ומלים

שיעשה את המכירה "שקטה" (כפירוש רש"י, שם) ובטוחה מכל ערעור. וכיצא בזה מצינן מימרא דרב אשי, "חזינן גברא דמשפו נכסיה" – בשביל לנהל נכסי יתומים נחפש לנו אדם שנכסיו שלו שקטים ובטוחים – משופים – בידיו (כבא מצינא ע"א). ואפוטרופסים על יתומים אינם רשאים לקנות שדות עבורם, "דילמא לא משפיין" (גיטין נב ע"א), ומפרש רש"י: שמא "לא יהו משוקטות אצלו, שמא יצא עליו ערעור". שיפוי של ממש, כמעט במשמעותו המודרנית, מצינן במעשה שהיה במוכר קרקע שקיבל על עצמו כלפי הלוקח, אחריות "כל אונסא דמתיליד", כלומר אונס שיביא לידי פגם בממכר; לימים העביר המלך בקרקע ההיא תעלת מים, ובעלי הדין באו לפני רבינא. אמר לו למוכר, "זול שפי ליה, דהא קבילת עלך כל אונסא דמתיליד" – לך וחשפה אותו, שהרי קיבלת עצמך כל אונס שיוולד (גיטין עג ע"א).

הצד השווה שבכל הלשונות הללו שההשקטה המדוברת בה אינה תלויה, לתוקפה המשפטי ולאפשרות אכיפתה, בהפסד כיס על-ידי הוצאת ממון בפועל תחילה, אלא די בכל נזק או תבות שאחירותם על המשפה.

80. תושב

בג"צ 129/63

מטלון נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח'

פ"ד יז 1640, 1644, 1646–1647

בבית-המשפט העליון בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק
לפני השופטים זילברג, כהן, מני

המבקשת והמשיב מס' 2 נישאו במצרים בשנת 1946, והם כעת הורים לשלושה ילדים. כשנת 1953 כדחו בני-הזוג לאיטליה וקבעו שם את מקום מושבם התמידי. בשלהי שנת 1962, משהחלו סכסוכים ביניהם, פנתה המבקשת לבית-המשפט במילנו וקיבלה צו-פירוד זמני מבעלה. אז עזב המשיב מס' 2 את איטליה, כא ארצה, התיישב כאן ורכש את האזרחות הישראלית. אשתו (המבקשת) לא נכללה בתעודת האזרחות, והיא עודנה לא-ישראלית. המשיב מס' 2 הגיש חביעה נגד אשתו לבית-הדין הרבני, וביקש לחייבה בקבלת גט, או להתיר לו לישא אשה אחרת. המבקשת כופרת בסמכות בית-הדין לדון בחביעה זו, ולבקשתה הוצא צו-על-תנאי נגד המשיבים.

השופט זילברג: סעיף 1 של חוק שיפוט בתי-דין רבניים אומר:
עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו
בשיפוטם הייחודי של בתי-דין רבניים.
"תושב" פירושו תושב קבוע, domiciled כלע"ז. זו היא הוראתה העברית
הנכונה של מלה זו. וכן הוא אומר: "גד ותושב אנכי עמכם" (בראשית כג, ד);

מ"מ הנשיא (זילברג): וכאן מן הצורך לערוך טיול קצר בנבכי מקורותיו של הביטוי העברי "תלוי ב-". חברי השופט כהן, חקר בדבר בע"א 82/60, פר"י, כרך יר, עמ' 1366, בעמ' 1369, והעלה כי:

דבר שהוא תלוי כולו בדבר אחר ובלעדיו הוא נופל ואין לו קיום, הרי הוא – ברוב המקורות – תלוי "עליו" ולא "בו": תלוי על עץ, על בלימה; ואילו דבר שהוא קשור בדבר אחר וכרוך אחריו, אך יש לו קיום עצמאי משלו אף בלעדי הדבר האחר, הרי הוא – ברוב המקורות – תלוי "בו" דוקא: מצווה התלויה בארץ, אהבה התלויה בדבר.

בכל רחשי הכבוד ויקר שאני רוחש לחברי המלומד, נראה לי כי אין הדבר כן. והמונחים "אהבה התלויה בדבר", "מצווה התלויה בארץ", הם עצמם יוכיחו! המונח הראשון מקורו במשנה אבות ה, טז, בה נאמר:

כל אהבה התלויה בדבר, בטל דבר בטלה אהבה... איוו היא אהבה התלויה בדבר? זו אהבת אמנון ותמר וכו'.

נאמר: בטל דבר – בטלה אהבה! הרי שאת השם "תלוי בדבר" אנו קוראים על "תלוי" שה"דבר" משמש לו תנאי בלעדיו אין – דבר שאלמלא הוא – התלוי מתמוטט או שאינו נולד כלל.

וזהו בדיוק מה שקרה אצל אהבת אמנון ותמר. הרבר, שאהבת אמנון לתמר תלויה היתה בו, היה: היותה מוכנת להיזקק לו מרצון. והנה אנו רואים כי כאשר שמע מפיה את הדברים: "אל תעשה את הנבלה הזאת... ואתה תהיה כאחד הנבלים בישראל" (שמואל ב יג, יב-יג), והיא סירבה להתמסר לו, והוא משום כך, הוצרך לאנסה, נהפכה אהבתו אליה לשנאה עזה – שנאה שגרלה בעיווזה ולהטה מן האהבה הישנה שכבתה ואיננה (שם, טז) כי כל שהיא (האהבה) תלויה בדבר, בטל "דבר", בטלה "התלוי".

והוא הדין למונח השני "מצווה התלויה בארץ". שנוי במשנה (קידושין לו ע"ב):

כל מצווה התלויה בארץ – אינה נוהגת אלא בארץ. "תלויה בארץ" פירושה שהיא לא חובת הגוף, אלא חובת קרקע, היינו חובה שמוטלת על הקרקע או גידוליו כגון תרומות ומעשרות, חלה, לקט שיכחה ופאה, שביעית, חדש, ערלה, כלאיים (רש"י, שם לו ע"א, ר"ה חובת). אם אין ארץ (קרקע) ואין גידולים, אין כל אפשרות לקיים את המצוות הנ"ל. הווה אומר: "הארץ" היא תנאי בלעדיו אין לקיום אחת המצוות ההן. ומשום כך, בדיוק משום כך, היא נקראת מצווה התלויה בארץ.

כזה וכזה הוא שימוש הלשון של "תלוי ב-" בשפה העברית, וכך – במובן האכסכולוגיבינות של התלות – יש לפרש את המונח מדי הופיעו במעשה חקיקה עברי, ישראלי מקורי. יכולים אנו לתאר לעצמנו תלות אכסכולוגיבית של מקור הכנסות האשה במקור הכנסות הבעל אצל זוג עורכי-דין כאשר הוא, למשל, עוסק בתביעות, והיא – בפעולות הוצאה לפועל. אך במקרה שלפנינו, כנראה בעליל, לא היתה תלות כזאת. יכלה אשת המשיב לשרת יפה את לקוחותיה גם בלעדי הקליינטורה של בעלה, ואף אילו לא היה עורך-דין כל עיקר. משום כך

יש לראות, לדעתי, את מקור הכנסותיה־היא כבלתי תלוי במקור הכנסות בעלה, ויש לערוך לה חישוב נפרד, כפי שפסק בית־המשפט המחוזי...

השופט ויתקון : אילו היו בני־הזוג מקפידים בהפרדת הכנסותיהם, במקום לערבבם בקופה משותפת אחת, ייחכן שלא הייתי רואה את מקורות הכנסותיהם כתלויים זה בזה, על אף המשרד המשותף. "שיתוף משרדי" מקובל למדי במקצוע ערכת־הדין, כלי שתיווצר בהכרח וכשל כך בלבד שותפות או תלות אחרת בין עורכי־הדין. אך כששתי ההכנסות מתמזגות להכנסה אחת, והיא מתחלקת מן הסתם בין השניים (ולא היתה אפילו עקיבות בקביעת יחס החלוקה מדי שנה בשנה), כיצד אפשר לומר כי שני העסקים אין התייחסות או שייכות ביניהם, או, כלשון אבן שושן (עמ' 1797), כי אינם כרוכים או קשורים זה בזה. בנסיבות אלו מתקיים הדיבור "תלוי ב־" אפילו כשמעווחו הדווקנית והמחמירה ביותר, שבה דוגל חברי, השופט זילברג, בהסתמכו על השימושים "מצווה התלויה בארץ" ו"אהבה התלויה בדבר", דהיינו שכאין זה, אין קיום אף לזה (ראה רשימתו של ב' שכביץ בהפרקליט, כב, 33). הנחתי היא, כמובן, שהמקור "התלוי" יכול להיות רק העסק או משלה־הידי בכללותו, על כל הכרוך בו, ולא התקבולים הגלמיים המתקבלים מהלקוחות. התקבולים לכשעצמם לעולם לא יהיו "תלויים" זה בזה, אפילו כשכולם נובעים מעסק אחד בלבד.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

מפתח פסקי הדין

מפתח שמות השופטים

מפתח העניינים

אוטונומיה שיטוטית כגולה	אברהם
מסיים 888	הוצאות שומר אברה 720 719
משפט מנהלי 190-194 200	חובת ההשבה 9 796 795
משפט פלילי 333	חצר המשחמרת ושאינה משחמרת 12 8 7
אומדנא (ראה גם: אגן סהדי)	798 793
כיטוח, הערכת כוונת המכטח 874	טיפול באברה 720 719
בעל ואישה, הערכת כוונות הצדדים 94	יאוש בעלים 9 796 800
גילוי דעת ואומדנא דמוכח 912 913	מכירתה, אימהי 720
דיני נפשות 361	מציאת פועל, למי 710
הערכת כוונת אדם 291 292 728 729	מציאתה בחנות 12 797 798
הערכת כוונת המתחייב 893	מציאתה ברשות היחיד 797
מכר 912 647	סמינים 796 9
מסיים, בסיס לגבייה 249	שמירתה 714
משמעות המושג 912 913	תחולת ידני אברה על חפץ גנוב 63
מתנה 782 781 635	אבהות
מתנת שכיב מרע 635	הוכחתה, בהודאת בעל דין 397 398
נדוניה 691	הוכחתה, על ידי דמיון קלסטר הפנים 437
עונשין, בסיס להרשעה 350 417 422	438
פריזן שכריים, הערכת כוונת הנודב 898	הוכחתה, על פי טביעות עין 410
פרשנות על סמך אומדנא 682	אגדה
צוואה, הוכחת טעות סופר 904	לימוד הלכה מאגדה 438
צוואה, הערכת כוונת המצווה 898 913	מאמר בעל אופי אגדי 45
ראיות, הערכת מהימנות עדים 362	אגודה שיהופית
שטרות, הוכחת טעות סופר 904	סילוק חבר ועד, הצורך בעילה מוצדקת
שטרות, הערכת כוונת עושה השטר 901	172
תקנות, הערכת כוונת המתקנים 896	רוכ ומיעוט 172
אונאה (ראה גם: הונאה)	אדם חשוב
מכר, עסקה של ציבור 192	אישור הסכם היוצר מונופולין 160
מקרקעין 679 787	אישור תקנות 674
אונאת הגר	גדרו 674
איסורה 181 211	אהבת חברות
אוגס (אילרין)	ואהבת לרעך כמוך 224 529 544 550 569
אונסא דנפשיה 662	570
איום בהלשנה 652 653	כיצד 224-227
איום בענינות 651-654 657 658 659	משנת הרב קוק 224 225 227
אימים 300	אודיחא (ראה: הוראה, הודאת בעל דין;
בבויית חוב 299	קניין)

מפתח העניינים

בנירושין 655	אין רוח חכמים נוחה הימנו
בויתור על מזונות 661-651	מחוסר אמנה 644
בחווה והתחייבות 662-650 299	המקבל מגולן וממלווה בריבית שהחזירו
במחילה 658-652	530
במכר 657-651 500 299	אין שליח לדבר עברה 555 554 472
מסירת מודעה וביטולה 658-651 299	איסורי הנאה
במתנה 657-652 299	קבר 496
בעבודה וזה 459	איסורי קידושין
ערים על האונס 659 658 655 654	גרופה לכהן 631
בעתשין 464 459	איסורים
עשיית דין עצמית לסילוק האונס 562 561	אין איסור תל על איסור 942 941
בפשרה 658 656 655 653 652	אישה
אונס (אישה)	בזיונה קשה מבזיונו של האיש 335
על ידי בעלה 482-479	השוואתה לאיש לכל דינין שבתורה 335
שלא כדרכה 483 482	לימוד תורה 239-236
אונס (כוח עליון)	מאמרים בשבחן של גשים 237
אונס רחמנא פטריה 686	מעצרה 335
בהתחייבות 687 686	אלמים
מכת מדינה 759	שינוי בכללי נטל הראיה 564
בנדר 686	אלמנה
בזויקין 579 578 574 572 459	אינה יורשת 873
בעונשין 484	הפקעת זכויות האלמנה על ידי מתנת האב
בשבועה 686	לילדי 781
בשותפות 818	אמת משפטית ואמת עובדתית 277 275
שכחה, האם דינה כאונס 717	אנן סהדי (ראה גם: אומדנא)
בשכירות 759	קבלת נוהג כחנאי מכללא 865
אורח חיים דתי	רצינות הכוונה בדבר הנעשה בכית דין 687
הגדרתו 916-914	בשליחות 704
אזרחות	אסמכתא
חקיקה רטרואקטיבית, תחולתה על מת 92	אסמכתא לא קניא 687 630
אי התייצבות לדין	בכית דין חשוב 687 628
דין שלא בפני בעל דין 273	גדרה 630
הוצאת כתב סירוב 304-302	"דלא באסמכתא" 628
של דיין, פסלותו לדון 304 164	דרכים לריפוי הפגם 687 628
אי חוקיות	מניעת הפגם על ידי עשיית שטר 630
הסתמכות הנתבע 678	מתן תוקף לחיוב הנגזר בפגם 291 290
חווה 673 669-664 160 159	מתן תוקף לחיוב, מכוח דינא דמלכותא
איבוד לדעת	102
מאונס 484	סעיף פיצויים 628
איסורו 484 122	בערבות 701 631 630
תוצאות ממנויות 484	כציבור 191
אימים (ראה גם: אונס (אילון?))	אפוטרופוס (ראה גם: הורים חלדים)
כהוכחה לביצוע המעשה 433	בית דין אביהם של יתומים 234
כהוכחה לכוונה 462	בית הדין כאפוטרופוס 280
אימון	הבתנה בין המשפט העברי ומשפט המדינה
שיקול דעת השופט 281	230
אין אדם משים עצמו רשע 420-418	זכותו להשחרר מתפקידו 166
634 512 431-425	חובותיו כלפי הקטין 234 233

מפתח העניינים

איסור הטיית דין דל ואכיון 284	חובתו למסור דין וחשבון 289
כאפוטרופוס 280	מינרו 288 280
כזיון בית הדין 303-306	סילוקו מחמת חשד 706 707
הפקד בית דין הפקר 289 290 687 688	סמכותו להסכים לפשרה 319
הרכב בית הדין (ראה: הרכב בית הדין)	סמכותו להשקיף את כספי הקטין 705 706
306 305	סמכותו למכור לעצמו ולפעול עבור עצמו
חובה להכריע סכסוך משפטי בבית דין 561	705-707
חובתו כדין מדומה 125 414	אפותיקי
חובתו לדון דין אמת לאמתו 125 278 328	אגב קרקע 769
599 330	דין קדימה בנבייה מהנכס המשותב 769
חובתו להגיע לאמת העובדת 277 278	כמיטלטלין 768 769
חובתו להיות בקי ביישובו של עולם 599	מכירת הנכס המשותב, על ידי החייב 769
חובתו להיות מתון כדין 341 344	תקנת השוק 769
חובתו להכריע את הדין 270 292	ארץ ישראל
חובתו למנוע תקלות המסכנות את הציבור	זיקה לקרקע 679
671	יחס לנכרי 217 225 226
חובתו לעשות משפט צדק 685 688	מצוות התלויות בארץ 995
חובתו לפסוק לפי האמת המשפטית 275	אשראי
277	פרשנות המושג 50 51
חובתו לשמור על כבוד הברית 418 422	אתגן זונה
509	לדבר מצווה 669
טעות כדין 81 186 193 229 723	לקרבן 669
טעות במכירת נכסי יחומים 786	תביעה למילוי ההתחייבות 669
כבוד ביח הדין 302-306	בריקות פראיות
כשירות לדיינות 150	סמכות בית הדין לצוות עליהן 542 543
כשירותו לדיינות של נוגע ברבר 183 184	בוררות
מומחה לביח דין שטעה 722	זבל"א 292 293
מומחה לרבים 748	חובת כל בורר להפק בוכות כל בעלי הדין
מכירה על ידי בית דין, הגנה על קונה בתום	150
לב 706	כשרות אוהב 292 293
מעמדו כשליח הציבור 288	רוב ומיעוט, הצורך ברובו מחוץ כולו 196
מעשה בית דין פגום, בטלותו 723	בחירה חופשית 458
מצווה שכל מעשיו יהיו לשם שמים 418	בחירות
509 422	פסילת רשימה השוללת את קיום המרינה
משא ומתן הדיינים 196-198	218
הנטל שכר, דיניו בטלים 896	שלילת הזכות לבחור ולהיבחר 222
סמכות ההפקעה 687 688	ביגמיה
סמכות להאריך מועדים מטעמים שבצדק 5	החמרה עם העברין 523
סמכות ענישה שלא מן הדין 48 269 337	כיוון שלילה בית דין
סמכות שפיטה וסמכות חקיקה 81 269	חיוב מכת מרדות 305
452 337	ביטוח
סמכותו במפקיד וכרוזתו, ואירע אונס 686	אומדנא על דעת המבטח 874
סמכותו להיזקק לסדרה מדעית 282	גביית חובות מדמי ביטוח 874 875
סמכותו לוותר על ממון יחומים, לטובתם	ירושת הזכות 874 875
319 287	בית דין (ראה גם: בית דין חשוב; בתי
סמכותו לטעון לבעל דין 271 279 280	הדין הרבניים בישראל; סנהדרין)
סמכותו לנמנע אי צדק על יסוד הכלל:	אכיהם של יחומים 234 288 289
הפקד בית דין הפקר 290	אומדן דעת הדיין 411
סמכותו למנות אפוטרופוס 288	

מפתח העניינים

חובת הבעל בכבוד האישה 481	סמכותו לפסוק יחר ממה שתבע החובע 322 321
חובת הבעל לשמח את אשתו 482	סמכותו לפקח על ניהול נכסי עיזבון 708-705
חיובי הבעל בעקבות הנישואין 779 778	סמכותו לצוות על בריקה רפואית 543 542
חסכוניות האישה 868	פסלות דיין המסרב להופיע לדין 304 164
טענת "מאיס עלי" 480	פסלות לדין, הכשרת הפסול 951
ירושת האישה 961	פעילות פוליטית של דיין 159 158
ירושת האישה, הסתלקות הבעל 748	פעילות דיין כרב 159 158
הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא 898	ראות עיני בית הדין 126 125 110
לחיים ניתנה ולא לצער 481	רוב ומיעוט, הצורך ברוכז מתוך כולו 198-196
מורדת, גדרה 480	שודא דרייני 321 291
מורדת, הכרזה 481	שכר הדיינים, היחד שכר בטלה 896
מורדת, סאנקציות 481	שליח בית דין, איסור לכוחותו 305
מנהג המדינה 80 79	שליח בית דין, תוכת גלות 486
מנהגים ביהסי ממון 871 94	שליח בית דין, נאמנותו 305
מעשה ידיה לבעלה 869 868 79	בית דין חשוב
מעשה ידיה לעצמה, על פי מנהג 871	לריפו פגם האסמכתא 687 628
מתנות הבעל לאישה, זכות הבעל בזמן הגירושין 652	בית המשפט הגבוה לצדק
נויקין בין בני הזוג 554-552	ביקורת על כתי הדין הרבניים 80 72-70
נכסי מלוג, ביטול המוסד במשפט הישראלי 871 78-73	ניקיון כפיים כתנאי לנגישות 132
נכסי מלוג, דינם של פיצויי פיטורין 871	בית משותף
נכסי מלוג, זכות האישה 871 76 74	הוצאות דיני, זכות השיפוי 704
נכסי מלוג, זכות הבעל 652 553 74 73	כל תשוחית 137
נכסי צאן ברזל, זכות האישה 871	בני העיר
עונה, התנאה 480	סמכותם להתקין תקנות 725
עונה, חובות הבעל והאישה 482-479	סמכותם לשנות מטרות צדקה 898
עונה, כדרכה ושלא כדרכה 483	כני נוח
פדיית האישה, ויתור על חובת הבעל 679	דינים 513
פיצויי פיטורין לאישה, דינם כמעשה ידיה 872-868	הפללה עצמית 513
פיצויי פיטורין לאישה, דינם כנכסי מלוג 871	הריגת עובר 488
שיתוף נכסים 811 102 95-93	שבע מצוות בני נוח, כתנאי לקבלת גר תושב 226
תנאי בעניין מעשה ידיה 871	שפיכות דמים 223
תנאי על פטור הבעל מחיוב במוזנות אלמנה 780 779	בעילה אטורה 478
תנאי על פטור ממצוות עונה 480	גדרה 478
תנאים, חופש ההתנאה 93 94	העראה 478
בעלי דין (ראה גם: נאמנות בעל דין) 339 325	בעל ואישה (ראה גם: כתובה; נדוניה) 94
זיהוי בעל דין 311 310	אומדנא ביהסי ממון 482-479
בר מצוה	הברחת נכסים 782-778
משמעות הביטוי 507	הלוואה לאישה, חובת הבעל להחזיר 729
בררת הדין 395	העדפה על ידי הדחק 871 868
בשר חזיר	חובת האישה כעבודות הבית 481
איסורו 928-925	חובת האישה לעבוד לפרנסת המשפחה 79

מפתח העניינים

עשיית דין עצמית להשכה או למניעת גולה 564-561	מיאוסו כחודעת העם היהודי 926 סתורה 927 928
פסלות הגולן לערות 500 630	כתי הדין הרבניים בישראל
מציבור, חומיתה 514	כיקורת בג"ץ 70-72 80 81 82 315 318 949
קניין בשניו 739	דינם רק לפי דין תורה 106
קרקע אינה נגולת 679 754 765	היקף סמכותם מדין תורה 79
שבת והוצאות, למי 765 766	התעלמותם מהוראות תוק המכוון אליהם 83
שואל שלא מרעת הבעלים 206	התעלמותם מחוקי המדינה 80
תקנת השבים 530 766	חובת ההנמקה של פסקי דין 297 298
גזענות	סמכותם בעניין חינוך ילדים 229-239
וגיור 55	סמכותם להוציא את סירוב 302
ותורת ישראל 225	סמכותם להתקין תקנות ולפרשן 79
גיל	פסיקותם ביחס למערכת המשפט הכללית במדינה 102 104
דקון גיל, בקשה לרישון מחודש 329-331	פסיקותם בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי 70 71
גירושין	פסיקותם בניגוד לעיקרי הצדק הטבעי 70 72
אונס (אילוצין) הבעל 655	פסיקותם כתקדים מחייב ביחס לכתי המשפט 78-82
גט מקושר 631	שימוש במנהג במסגרת הפסיקה 103
הסכם גירושין 651	תקדים מתייב 110
זכות האישה לפיצויים 871 95	תקנות הדין 187
כהן המגרש, איסור להתזיר גרושתו 631	כתי המשפט האזרחיים
כפית הבעל, בטענת "מאוס עלי" 480	דיני ישראל, האם דינם כדין זר 367 479
על ידי שליח, הצורך למנות שליח מסוים 709	דיני ישראל, הבחנה בין דין מהותי ודין דיני 394
הצורך ברצון חופשי של הצדדים 628 629	הלכה שנפסקה בבית דין רבני, אם מחייבת אותם 78-82
גלות	גוסס
בהורים וילדים 486 487	איסור לקרב את מיתתו 490
כרב ותלמידו 486 487	גזלה (ראה גם: גנבה)
בשליח בית דין 486	אבק גול 206
גמילות חסדים	איסור הונאה 790
מצווה להלוות לנוקק 247	גדרה 500 819 920
גנבה (ראה גם: גזלה)	וגנבה, ההבחנה ביניהן 918 919
וגזלה, ההבחנה ביניהן 918 919	דבר שאין אדם מקפיד בו 525
לצורכי צדקה, האם מהווה הגנה 471	השתמשות ממם 250
מכירת החפץ הגנוב, זכות הקונה להתור המחיר ששילם 783 784	חובת ההשבה 527 530 739 765 766
שלילה זמנית של חפץ 497 498	יאווש בעלים 985
תחולת דיני אבדה על חפץ גנוב 63	ירושת החפץ הגזול 985
תקנת השוק 783 784	כל הגולנים משלמים כשעת הגולה 766
תשלומי כפל, בגונב לצורכי צדקה 471	מכירת החפץ הגזול 765 766
גנבת רצת	משחק בקוביא 630
איסורה 181 649 788-791	ועושה, היחס ביניהם 500
היעדר הפסד ממוני 790	עיצוב כספים 827 829
של נכרי, איסורה 181	
גרות	
איסור הונאת הגר 181 211	
וגזענות 55	
גישה ליבראליה ביחס למוצא 55	
גר שתור לסורו, שלילח יהדותו 949	

מפתח העניינים

דין מרומה 361	גר שנתגייר כקטן שנולד רמי 60
חובות הדין 125	גרים מפורסמים 55
חובת בית הדין לפסוק על פי העדות	כדרך ההצטרפות לעם ישראל 54
שלפניו 414	השוואת מעמדו לבני אברהם יצחק ויעקב
דינא דמלכותא דינא (ראה גם: דין זר)	212 211
גולונותא דמלכותא 206	חלק הגרים בעם ישראל 54
הכרה בחוקי המדינה 104 102	טעמים מדיניים כנימוק לגיור 55
מלך שמתבעו יוצא 206	יחס לגר 181 211 212 226
פסיקת בתי הדין הרבניים 104 102	כנות, חנאי לקבלת גרים 54 55
שינוי ערך המטבע 834 835	מעמד הגר 60 211 212
דיני ישראל (ראה גם: משפט עברי; תורת ישראל)	נישואין, נימוק לגיור 55
בבתי המשפט, האם נחשבים כרין זר 367	קבלת גרים 226
479	קבלת מצוות 53
בבתי המשפט, הבחנה בין דין מהותי ודין דיני 394	קטין, אופן הגיור ודין חזרתו 53
דיני מלחמה (ראה: צבא ומלחמה)	רשום גר כתעודת הזהות 212 211
דיני ממונות	גר תושב
וריני נפשות, היחס כיניהם 341 344 374	גדרו 226
527	היחס כלפיו 226
מנהג 94 102 575	דבר הגורם לממון
סיווגם 870	האם נחשב לממון 966
דיני נפשות	דבר שאין בו ממש
אוהרת ערים ואיום עליהם 374 603	במכר 725
ביטולם כזמן החורבן 419 420	דבר שאינו ברשות
וריני ממונות, היחס כיניהם 341 344 374	במכר 725
527	דבר שלא בא לעולם
הלנת הדין 341 344	הקדש 748
הסתמכות על אומדנא 361	הקנאת גוף לפרותיו 399 795
כזמן הזה 419 420	הקנאת זכות שכירות, כשהנסכ מושכר
טיפול רפואי שיש בו סכנה 119	לאחר 752
ספק נפשות להקל 456	חזוה והתחייבות 33 399 634 673
עינוי הדין 343 344	744-747
פיטורי עובד 170	מכר 634 725 746 747
פסילת שופט 163	מתנה 634
דיני עבודה (ראה גם: עובד ציבור)	צוואה 744
אומן, אחריותו בנידוקין 571-580 693	בעיבור, הצורך בקניין 191 192
אומן קונה בשבח כלי 739 740	דברים שבלב
בטיחות העובר, חובת המעביד 854-856	אינם דברים 636-639 686
ביטוח משפחת העובר לאחר מותו 873	בנדר 686
הלנת שכר, איסורה 691 859	דומיסיל
הענקה 867 869	קביעתו כשיש שני מקומות מגורים קבועים
הפסקת עבודה על ידי המעביד 867	292
הפסקת עבודה על ידי העובד 851 852	דין פלילי
867	סטייה מן הכללים לצורך שעה 417 418
הרעה כתנאי העבודה 857	419 421 422 431 452
התפטרות, חוקפה כשלא נעשה מחוץ	דין המלך (ראה: מלך)
כזונה לכך 639	דין זר (ראה גם: דיני ישראל; חוקות הגויים)
	השבעת עדים 370 375 376
	קליטתו כמשפט העברי 35 642

מפתח העניינים

הגבלת חופש העיסוק	זכות עובד למכור זכותו לעבודה לאחר
עבריון שריצה את עונשו 534 533	862
הגות יהודית	חובת זהירות של המעביד לעובדיו 589
גישות שונות 219	חובה קבלנות 691-693
הגנה על החזקה והבעלות (ראה: עשיית	טובות הנאה לעובד 858 859
דין עצמית)	יחסי עובד ומעביד בין אב ובנו 866 867
הגנה עצמית 464-471	מנהגים ביחסי עבודה 168 858 861 865
הגנת הדייר	מציאת פועל, למי 710
חוקי הגנת הדייר כחקנת קהל למיגדר	ניצול שררה על ידי המעביד, איסורה 202
מילהא 104	856
חוקי הגנת הדייר, תוקפם ההלכתי	עבודה פרך 856 857
101-105	עושה שכר שכיר, איסורו 499
הגנת הסביבה (ראה: נזקי שכנים)	עיקול שכר עבודה 870
הגנת הצרכן (ראה: גנבת רעת; תחרות לא	פיטוריו שופט 162-165
הוגנת; מסחר הוגן)	פיטורין, דינם כדיני נפשות 170
הדלפות מדיוני ועדה	פיטורין, זכות העובד להישמע 167 170
מניעתן 262	פיטורין, חובת הזהירות 165 185 202
הודאה, הודאת בעל דין	פיטורין, הצורך בעילה מוצדקת 168-172
אודיחא 398 741-743 745	861 862
בבית דין ומחוץ לבית דין 397 398 430	פיצויי הלנת שכר 859
431	פיצויי פיטורין, האם דינם כשכר עבודה
בפני שני עדים 191	868-872
גדרה וסוגיה 397 398	פיצויי פיטורין, כבן העובד אצל אביו 866
דרישות פורמאליות, באיזה סוג של הודאה	867
398 399	פיצויי פיטורין, גדרם כחוב, צדקה או
הפללה עצמית 418-420 425-431 512	הענקה 870
634	פיצויי פיטורין, מקורם במנהג 103 865
כחוב 398 401 634	867 869
כחולה נפש 428	פיצויים לירושי עובד 872 873
חורה 400 745	הצורך בקניין ביחסי עובד ומעביד 191
חורה בטענת משטה הייתי כך 192	שכירות וקבלנות, ההבחנה ביניהן 851 852
כוחה כדיני ישראל 745	שכר, דינו כנכס של העובד 870
כוחה לברוא יש מאין 400	דיני שמים
כמאה עדים דמי 395 399-401 403 412	אחריות בנויקין 582 611 613
745 744 602	דמוקרטיה
מטעם קניין ומטעם נאמנות 398	וגזענות 227
כמתן עדות שקר 600-602	מסלה רשימה לכנסת 218-228
נגד עדות סותרת 401	שלטון החוק 222
602	דרכי נועם 550
בצוואה, להוכחת הצוואה 411	בגר תושב 226
בצוואה, להכשר הצוואה 744	הבטחת נישואין
בקנט 603	הפרה 668 669 688 689
ברשות ציבורית, תוקפה המחייב 191 192	לאישה נשואה 669
שחיקה כחודאה דמיא 401 402	הברחת נכסים
הונאה (ראה גם: אונאה; מרמה)	אין אדם מדיר עצמו מנכסיו ונרתן לאחר
בכלל איסור גולה 790	779
גדרה 493	זכות המקבל 779
דרמאות 725	שטר מברחת 779

מפתח העניינים

הכרזה במכירת מקרקעין	הוצאות משפט
על ידי בית דין, הגנה על קונה בתום לב	אימתי יש לחייב 604
786	הוראה
על פי מנהג 771	משמעות המושג 161
הלבנת פנים	הורים וילדים (ראה גם: החוקת ילדים;
איטורה 132 131	מזונות ילדים)
דינה כשפיכות דמים 207	אפטרופסות משוחפת של שני ההורים
הלוואה (חוב)	950 232
האומר לא לזוית כאומר לא פרעתי 403	כן הסמוך על שולחן אביו 867
איחור בפירעון, חיוב בפיצויים 827	הסכמה להתדיין בשם הילדים 660
אין אדם פורע חובו תוך זמנו 404	השפעת האם בחינוך הילד 58
איטור נגישה 300	התחייבות הורים למזונות לילדיהם 866
בעל חוב גובה מכינות 127 772--774	התרמת מח עצמות מילדה לאחותה 120
גבייה מדמי כופר 874 875	ויתור האם על זכות הילד למזונות מאביו
גבייה מהענקה לבעד 869	661--651
גבייה מיורשי החייב 413 414	זכות הילד לרעת מיהו אביו 544
גבייה מנכסים משועבדים 634 773	חובת גלות 487 486
גבייה, עשיית דין עצמית 299 559 562	חובת האב ללמד בנו אומנות 231
הברחת נכסי החייב 780	חובת האב ללמד בנו שחייה 231
הוכחתו, בהודאת החייב 401 634	חובת האב ללמד בנו תורה 240
הוכחתו, בשתיקת החייב 402	חובת האב ללמד בנו אומנות 872
הוצאה לפועל 299--301	חובת האב ללמד בתו תורה 236--239
זמן הפירעון, תחולת איטור הלנת שכר 692	חובת הילדים במזונות הוריהם 245 246
חוב, אם דינו כראוי או כמחזק 957 958	חינוך, הזכות לקבוע את בית חספו 240
טענת להדי'ם של החייב 403	חינוך, חובת האב 229--239
טענת קיוויו 825	חינוך, שיוויון בין האב והאם 234 235
מניעה השתמטות מפירעון חובות 301	טובת הילד 232 233 298 660
מסדרין לבעל חוב 300 301	יחסי עובד ומעביד בין אב ובנו 866 867
מצוות הלוואה לזנוק, אימתי 247	ייצוג קטין על ידי הוריו 232
על פי המלצה, ונבצר מהמלווה לגבות את החוב 576 577	מצוות האב בבניו 231
ריבוי נושים, דין קרימה 769	מתנה אב לבניו, כוחה להפקיע זכות האלמנה 781
ריבוי נושים, חלוקת החוב ביניהם 843	עובר, זיקה טבעית של ההורים לגורלו 178
שבועת "אין לי" 301	עונשין 485--487 243 242
שומא הדרא לעולם 776 775	החזקת ילדים 232 233
שטר חוב (ראה: שטר חוב)	הזכות והחובה לחנך כגורם מרכזי 235
שינוי ערך המטבע 833 835	טובת הילד 232 233 298
שעבוד הגוף של החייב 755	יריבות 232
שעבוד נכסים (ראה: שעבוד נכסים)	כללי ההלכה 235
תנאי על מאסר החייב אם לא יפרע חובו 332	החמצת דין 342 343
הלכה (ראה גם: כללי פסיקה, שיקולי פסיקה; משפט עברי)	הטיית דין
אלו ואלו דברי אלקים חיים 220 221 277	איטורה 317 319
אמת משפטית ואמת עובדתית 276 277	ברל ואביון, איטורה 284
בסיס יחיד לפסיקת בתי הדין 106	בעבריו, איטורה 285
בת קול כקובעת הלכה 276	הטעיה 492 493
גורמים היסטוריים וכלכליים 830	נאמנות הטוען שהטעה את חברו 634
	היתר עיסקא 113
	הכאה (ראה: חקיה)

מפתח העניינים

הסגת גבול מסחרית	725	הוראה, משמעות המושג	161
הגנה מפני עסק מחחרה	846	הוראה של תלמיד בפני רבו	305 304
עני המהפך בחררה	725	הלכה ואגדה	438 45
קבלת משרה המוחזקת על ידי אחר	169	הלכה ואין מורין כן	161
הערמה		השפעת המציאות החברתית	379 370
היתר עיסקא	113	ההפתחות בדיני עונשין ובריון פלילי	269
במסים	112-115		337
על החוק, גדרה	112 113	לא בשמים היא	276
על החוק, מתי מועילה	112	לא ניתנה תורה למלאכי השרת	276
פרוובול	113	מורכבות משפטית, חציו עבר וחציו בן חורין	117
כריכות	112 113	מחלוקת, סילוקה בזמן הסנהדרין	156
בתרומות ומעשרות	112-115	מחלוקת, קיום לדעת המיעוט	220
הפסקת היריון		סמכות חכמים	109 110 276
איסורו	488	סמכות הנביא	223
מעמד הבעל בקבלת החלטתה	178	סמכות הפסיקה, בידי מי	80-82
	490-487	קוואיסיטקה	111
הענקה (ראה: עבד עברי)		ריבוי דעות	220 221
הפליה דתית		שאלות ותשובות, אבחון חקדימים	111
אי חלוקה שווה של תקציבים לבני כל הדתות	180	שינויים חברתיים-אידיאולוגיים	237
מנוגדת לעקרונות היהדות	179-182	שינויים חברתיים וכלכליים	94 113
הפללה עצמית (ראה: הודאה)		שינויים חברתיים ומוסריים	452
הפקעה לצורכי ציבור		שינויים, הסמכות לבצעם	82
חובת פיצויים	204 205	תנורו של עבנאי	275 276
הפקר בית דין הפקר	5 687 688	הלנת דין	340-344
כבסים לסמכות בית הדין למנוע אי צדק		משך ההלנה	341
	290	משמעותה	341
כמקור לסמכות בית הדין	289	הלנת שכר	
פיצויים על עיכוב כספים	827 828	איסורה והחייב כפיצויים	691 859
הפדרת רשויות	110 269 337	המחאה חיובים	
איסור פעילות פוליטית של דיין	159	דרך עשייתה	399
הצלת נפש (ראה גם: פיקוח נפש)		כשיר הנמחה מנכסי	575 576
אין דוחין נפש מפני נפש	488	מנהג	103
הבא להרגך השכם להרגו	468	מעמד שלושתן	399 743
דין רודף	467 504	קניין אגב	744 745
הצלת הרבים על ידי הפקרת היחיד	464	הסגרה	
התנגדות הניצול	121-123	אי הסגרה כעילה למלתמה	476
וחי אחיך עמך	465	אי הסגרת שונגים וחסים מפשע	476
חובה למנוע סכנה	670	מטרתה, שלילת האפשרות להימלט מן הדין	476
חובות הרופא	590	עבר שברת מאדוניו	476
חובת ההצלה	120 467 471	צידוק להסגרה	476
חובת המציל להסתכן	120 670	הסגת גבול	
כל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים עולם מלא	468	אחריות בעל הקרקע בנויקן	581-584
כפייה להציל	120	הפליה לרעה של מסיג גבול שניזוק	566
לא תעמוד על דם רעך	62 120 122 467		567
	504 470	עקירת עצי פרי	591
מידת הכוח המותרת	467-471	עשיית דין עצמית	560 562

מפתח העניינים

התחרות לא הוגנת (ראה: תחרות לא הוגנת)	הקשר (ראה גם: צדקה)	ספק סכנה	120
התיישנות	כדבר שלא בא לעולם	748	
אינטרסים מנוגדים	יסודו בפסק דין של דן יחיד	264	309
הטעמים לעיקרון	עשייתו באמירה בלבד	749	308 309
כיסוד לתזקה בקרקע	רישומי, בקשה לביטול הרישום	264	738
ואהכת לרעך כמוך	רישומי, ראייתו או מהותי	264	550 544 224
כמקור לעולות הרשלנות בניזקין	הריגה (ראה גם: רצח)		570 569
תחולת העיקרון על עבריינים שהורשעו	אונס	461	529
	חזרת ההורג למשדתו	175	
ועדה למינוי דיינים (ראה גם: מינוי דיינים)	חיוב בפצויים ליורשי הנהרג	872 873	
הצעת מועמדים	יסוד הכוונה	460	262 263
מניעה הרלפות	רשלנות, רשלנות פושעת	461	262
ועדות ציבוריות	כשוגג, חיוב גלות	582 583	
סודיות הדיונים	כשוגג, הצורך בתשובה ובכפרה	570	262
ועשית הישר הטוב	הרכב בית הדין		774 127
גביית חובות	בית דין שקול	297	
עקרונות מוסריים ועקרונות משפטיים	הרכב חסר, בהסכמת הצדדים	297	644-646
	מומחה רביעם	264 748	
שומא הדרא לעולם	הצורך בשלישה	264 297 748	775 776
תום לב בהתקשרות חוזית של ציבור	הרשאה (ראה גם: עורך דין)		189
זה נהנה וזה לא חסר	מינוי מורשה	709	
כופין על מידת סרום	הרשעת עבריינים (ראה גם: עונשין)		721
פטור	אומדנא כבסיס להרשעה	350 417 422	724
זיהוי על ידי קול	ביטולה בשל עיניו הדין	345	436 435
זיכוי נאשם	הפלה עצמית	418-418 420-425	
מחמת הספק	התחשבות בעברו של הנאשם	515	425 424 417
מחמת פגם פורמאלי	חשש לאפשרות רחוקה	416 417 424 425	349
מעשה בית דין	טוב לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד	417 430	350 349
זכות חפצא וזכות גברא כשכירות	על פי שני עדים בלבד	417 431 512	751
זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו	צורך להליך את הדין	341-344	873 823 704
	ראיות נסיבותיות	415-423	
חבלה גופנית (ראה: תקיפה)	השכלה		
חזרה (ראה גם: דיני עבודה; התחייבות; מכר; מתנה; נדניה; ערבות; קניין; חיווך)	יכולתה להציל מטעות ומדעות נפסדות	30	
אונס (אילויק)	התחייבות (ראה גם: חוזה)		662-650
אחיד	אודיות	742	409
אסמכתא (ראה: אסמכתא)	אומדנא להערכת כוונת המחייב	893	
לא תוקי או לא מוסרי, דינו	אונס (אילויק)	299	160 159
	אונס (כוח עליון)	686 687	673 669-664
לא תוקי, הסתמכות צד לחוזה המבקש לבטלו	כדבר שאינו חייב בו	742 743	
לא מוסרי ונוגד את תקנת הציבור, איזהו	כדבר שלא בא לעולם	33 33 673 744-747	631
	הארכת מועד למילויה מטעמים שבצדק	5	36-29 27 26
	חובה לקיים ההחייבות	159	
גמירת הדעת	לזון בת אשתו	873	627 626
דבר שאין בו ממש	לזון, תוקפה	104 866	690
דבר שאין לו קצבה	הצורך בקניין	742	634
דבר שלא בא לעולם	קיומה לפנים משורת הדין	746	634 399 634
דבר שלא בא לרשותו			634

מפתח הצניינים

חופש הדת והמצפון	דברים שבלב אינם דברים 636-638
הוראה על ידי רב בענייני הלכה 155	דברים שבלב המפרשים את מה שנאמר 638
פטור משירות צבאי 213-215	דברים שבלב שאינם סותרים מה שנאמר 637 638
חוק יסודות המשפט (ראה: חקיקה ישראלית)	דרישות פורמאליות 628 629 631
חוקות הגויים	הסכם גירושין, תיקפו 628 629
איסור ללכת בתוקותיהם 370 376	הסכם שכר עם רופא, תוקפו 696
חזיר (ראה: בשר חזיר)	הפרה, בהיעדר קניין 677
חזקה (השערה משפטית) (ראה גם: אומדנא; אגן סהדי)	הפרה, ביצוע בעין 678 679
אין אדם מדיד עצמו מנכסיו ונותן לאחר 779	הפרה, הטלת "מי שפרע" 629 677 678
אין אדם מוחל על ראשי אברים 671	חובה לקיים התחייבויות 673
אין אדם משים עצמו רשע 418-420	חופש החוזים 34 673
אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות 405-407	טעות 636-638
אין אדם פורע חובו חוץ זמנו 404	כוננת הצדדים 636-638 683
אין העדים חותמים על שטר אלא אם כן הוברר להם שנעשה בגדול 821	כתיבתו במעמד צד אחד 823
כסיס לענישה 406 407	לטובת צד שלישי 873
החומס על שטר יורע את חוכנו 408 409	לשון החזרה 628
חזקת זכאי 203	מועדים, הארכתם לשם עשיית צדק 688
חזקת כשרות 339 349 350 363	מחוסר תוקף, קיומו משיקולי צדק 290 291
חזקת כשרות של עברייני שריצה עונשו 533	נגד את תקנת הציבור 159 160 672 746
לא שבק איניש היתרא ואכיל איסורא 406	סעיף פטור מאחריות לנזק, תוקפו 27-29
לא שדי איניש וזוי בכדי 682	סעיף קנס, זנות החייב לוותר על פסלומו 677 676
מבוססת על ניסיון החיים 283	על נזקי גוף 670 671
המקנה דבר שלא בא לעולם ויודע שאין לכך תוקף, חזקה שקיבל על עצמו ההתחייבות 634	פרשנות (ראה גם: פרשנות מסמכים) 772 773
כנזקי שכנים, חזקה שאין אדם מוחל על נזק קבוע 545	הצורך בקניין 628 629 633
על ניאוף 407 478	קדושת התורה ועקרונ קדושת החיים 28
על נישואין כדון 406	בשבת, דינו 665
על עדות שקר 428	שטר, כנותן תוקף להתחייבות בלא קניין ובלא חמורה 633 634
על קרבה 407	שינויו על ידי בית דין למען הצדק 685-688
עשוי אדם לאיים לעשות ואינו עושה 433	שכירות, אופיו 751 755
462	תם לב 34-36 189 190 640-647
רוב בעילות אחר הבעל 23	תוקפו על יסוד מנהג 103
שאינה ניחנת לסתירה 23	חמורה 633 634
שטר בעדים יש לו קול 770	תנאי, אי הכללתו אם מלמד על ויתור 320
שטר היוצר שעבוד מקרקעין יש לו קול 769	תנאי מכללא 685-689
שטרך בירי מאי בעי 819	חול המועד
חזקת שלוש שנים	היתר דבר האבד 725
אימתי משמשת יסוד לזכות בקרקע 738	היתר הלוואה 725
	חומרה (ראה: כללי פסיקה)
	חופש הדעה והביטוי 218-228
	הוראה על ידי רב בענייני הלכה 155
	שלילתה, אימתי 221-228

מפתח העניינים

חוקה שאין עמה טענה אינה חוקה 737	חכמי הדור
738	חובתם לסכל כוונה להפקיע תקנת חכמים
	780
	חגיגה
532 531	תחולתה על צו הריסה
	חסינות
148	מלך לא רן ולא דגין אותו
	חקיקה ישראלית
78-73	ביטול חוקתן של הלכות דתיות
105-101	הכרה הלכתית
23-18 14 11	חוק יסודות המשפט ויישומו
919 812 339 121 118	מקורותיה במשפט העברי
373 372	פרשנותה על פי המשפט העברי
25-6	מחוסר אמנה
65-63 40-37 61 49-45	"מי שפרע" על החוזר בו מדיבורו
718-715 691 674-672 294 233-229	746 678
963-956 812 800-793	משא ומתן באמונה
	במשנת הרב קוק
	פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים
	פיצויי פיתורין
	פיצויים ליורשי נהרג
	קביעת ערכי המוסר, כיצד
	של עובדי ציבור ונבחריו
	חייבים סוציאליים
	כפייתם
	חילול השם
	כנשיא שחטא
	חינוך (ראה גם: הורים וילדים)
	אהריות מלמד בניזקין
	אמצעי רייהי חמודים
	גורם מרכזי בשאלת החזקת הילד
	בהיעדר אב, על ידי אפוטרופוס
	העברת מורה אכזרי מתפקידו
	זכויות האזרח
	חובת גלות במלמד
	חובת הציבור
	חושך שבטו שונא בנו
	לא הקפדן מלמד
	עונשין
	פיטורי מורים
	שינויים חברתיים-אידיאולוגיים,
	השפעתם על ההלכה
	לשרש תרבות רעה
	תקנות יהושע בן גמלא
	חיפון
	הימנעות מכך

מפתח העניינים

יראת שמים	מעצר תשודים 348 339-337 232
כמשנת הרב קוק 225	סגיגה בכבוד אדם משום חשד 210
חינוך ילדים 234	ראייה לצורך מעצר תשוד 333
ירושלם ועזובן	טובי הקהל (ראה : נבחרו ציבור)
בכור, אינו נוטל פי שניים בראי ככמוחק	טובת הנאה
960 958 957 38	אם נתשבת לממון 966 763
בבעל ואישה 961 873	טומאה וטהרה
בכחי המשפט האזרחיים, תחולת המשפט	במחבר לקרקע 679
העברי 874 25 24	טעות
גבייה מיורשים, הצורך בשבועה 414 413	בדין ובפסק דין 723 722 295 193 186 81
דבר שלא בא לעולם 747 746 673	בדין, וטעות בעובדה 635
דמי ביטוח 875 874	טעות סופר במסמך 905-903
דמי כופר 875 874	מתילה בטעות 653 322
הוראת יורש 412 411 395	מעשה שנעשה מתוך טעות, חוקפו 786
הסתלקות יורש 935 934	במתנה 635
הענקה לעבד 870 869	בעונשין 459
הרצחת וגם ירשת 522	פשרה בטעות 656 653
יתור על זכות היורשה 748	בשוריו של נכס 787
חובות המוריש, גבייתם מהיורשים 413	טענות בעלי הדין (ראה גם : נאמנות בעל דין)
414	בדיקת הטענות על ידי בית הדין 353 352
חלוקה, כופין על מידת סדום 815 134	בית הדין בטוען לבעלי הדין 280 279 271
חלוקה, לפי מידה ולפי גורל 815 134	הזכות להישמע 327-323 317 178 170
טוענים ליורש 271	352
ירשת הבת 318	הצורך בנוכחות הצד שכנגד 273 272
מומר 49-47	יודעה כציבור
מנהל עיובון, סילוקו מתמת חשד 707	חוקה על נישואין 406
ניהול העיובון בביקוח בית דין 708-705	יהדות (ראה גם : מי יהודי ; עם ישראל)
ניסיון להתקנת תקנות בישראל 318	מושג לאומי ורח"י 60 56 54 52
ראייה, בדיקת דם 543 542	יחסין
תקנות קהל 318	אבהות, אם היא מענייני המעמד האישי 23
תשלומים לצורך חינוך היורשים 234	אבהות, הדין החל 23
יריבות	אבהות, קביעתה על סמך בדיקת דם 542
בין נושהו של בעל תוב לבין התייב שלו	543
698	בכור 488
יתומים (ראה גם : אפוטרופוס ; ירושה	בני אנוסה 481
ועיובון ; קטיין)	בני נכרייה 59 58 56
בית דין אביהם של יתומים 288 280 234	התייחסות הילד אתרי אמו 59 58 56 52
290	זכות הילד לדעת מיהו אביו 544
יתור על ממונם, שלא מן הדין 319	ממורות, רוב בעילות אתרי הבעל 23
כפיית פשרה כדי למנוע מדיבות 287	נאמנות האב בכשרות הילדים 23
מכירת נכסיהם על ידי בית דין, טעות בשווי	יום הכיפורים
המכר 787	עברות שבין אדם לחברו 532
מכירת נכסיהם, הצורך בהכרזה 723	ירוד לאומנות חבדו (ראה גם : הטנת גבול
נכסי יתומים, סמכות האפוטרופוס להחפשי	מסתירות) 725 169
319	יכום והליצה
כבוד הבריות (ראה גם : הלכנת פנים ; לשון	יכס מומר 47 46
הרע) 277	ימות המשיח
אריב 224	מהותם 227

מפתח העניינים

ספק נפשות להקל	456	גדרו	210 209
חקדים מחייב	110-107	דוחה לא תעשה של לא תסור	209
כשרות מאכלים	162	הגנה על כבודו ושמו הטוב של אדם	207
כתב סירוב		הענשה על ידי בית הדין	422 418
דרכים לביטולו	164	חביב אדם שנכרא בצלם	223
היעדר הוראה בתקנות הדין	303	חוקן לעציר בעל כרחו	543 210-208
מהותו	302	כבוד העברייני היחיד לעומת כבוד הציבור	509
משמעותו	304 164	מידה טובה למרוד בה סבירות חקנה	208
נגד רב או דיין	303 302	מעשים שיש בהם פגיעה בכבוד הברית	210 209
נוסחו	302	ניחות גוריות	491
סמכות בית הדין הרבני	302	עברייני שנידון למיתה	529
כתב תביעה		עונש מאסר	509 510 516 517 529
תיקון סכום התביעה	321 322	בתקנות קהל	418
כתובה		בכבוד המת	
איסור לשהות בלא כתובה	553	איסור המצבה בהנאה	496
גבייתה, הצורך בשכועה	413	ניחות גוריות	491
זכות האישה	871	פגיעה במצבה	496
מהות החיוב	779	בחן	
מחילה מכללא	309	אינו יכול להחזיר גרושתו	631
לא כשמים היא	276	כוונה	
לא תסור		בנויקין	459 723
נדחה מפני כבוד הבריות	209	בעונשין	434 455 459-463 502
לארם ולאומיות		כופין על מידת סדרם	
גדרם	52	הצלת נפשות	120
לפני עיוור לא חיתן מכשול	550	זה נהנה וזה לא חסר	721
לפנים משורת הדין		חלוקת עיבוק	134 815
השבת כסף לפי ערכו הריאלי גם כשהדין		חלוקת שרפתות	134 565 815
אינו מחייב	128 129	מצרנות ירחסי שנים	133
חובת הדיין	125 126 127	כופר	
חובת הציבור וגופים ציבוריים	129	ירושת הזכות	874 875
חיוב פיצויים	610-614	כללי פסיקה, שיקולי פסיקה (ראה גם: הלכה)	
יחיד הציבור	194	אין מוציאים ממון מספק	456
כפייה	611 612 646	אין מקום לחומרה הגורמת הפסד לאחרים	267
מקור העיקרון	612 613	גמישות	489
בנויקין	572	רימוי דבר לרבר	646
בעונשין	525	דעה המובאת בשולחן ערוך כשם יש	369
עיקרון מוסרי	644 645	אומרים	369
פשרה	319	הלכתא ככתראי	109 110
קיום התחייבות	746	חומרה וקולה	489
לשון הרע (ראה גם: כבוד הבריות; מתאי שם רע; רכילות)		כוחא דהיתרא	661
אבק לשון הרע, משמעות המושג	910	נהגו להתמיד (כאיסור ריבית) במחלוקת	
אם רינה כעברה שיש עמה קלון	978 979	הפוסקים	48
אמת בפרסום	592	ספק בדין, שואר דדייני	291 292
היתר, הצורך לדייק בפרטים	593	ספק מחמת מחלוקת הפוסקים	270
חומרת האיסור	594		
מאבק לתיקון טוהר המידות	594		
מאבד עצמו לדעת (ראה: איבור לדעת)			

מפתח העניינים

סמכויותיה ותפקידיה 157 158 164	מאסר (ראה גם: מעצר)
מוציא שם רע (ראה גם: לשון הרע)	אישה, מעמדה כאסירה 335
גררו 592	אמצעי כפייה 658
מוקדמין 420	אמצעי ענישה 517
מורה הוראה	עונש לא נאות על גזילת דבר שאין אדם
משמעות המושג 161	מקפיד בו 525
מזונות	מבטל כיסו של חבר
התחייבות לזון, תוקפה 866	תרעומת 827
חובת ילדים כמזונות הוריהם 245 246	מבלי עולם
מזונות אישה	בכללם: בעל דין המטעים רכרד לדין
אישה שיש לה משלה 77	קודם שיבוא חברו 273
אישה שעזבה את הבית בגלל הבעל 325	מגדר מליתא (ראה גם: צורך שעה)
גבייה מנכסים משועבדים 781 782	אימתי 526
חובת הבעל 872	התקנת חקנות 104
מקור החיוב 779	כנימוק להגבלת חופש הציטוק של עבריין
נישואין שאינם, מוכרים בהלכה 68	שריצה עונשו 534
מזונות אלמנה	מגילת העצמאות
בעל כורחם של היורשים 97-99	אופיה היהודי של המדינה 222
הברחת נכסים להפקעת החיוב 778-782	וזוק יסודות המשפט 218
זכות היורשים לסלקה בפירעון הכתובה 97-99	יישום עקרונותיה 222
מהות החיוב 778 779 780	שויון זכויות לנכרי 217 222
מנהג 98	מדינת ישראל
מקור החיוב 779	אופיה היהודי 222
צוואת הבעל שלא לזונה 97 99 778	ייעודה 227
מזונות ילדים	מדינת חוק ולא מדינת התורה 151 260
התחייבות לזון 634	מודעה (ראה: אונס (אילוץ))
התחייבות לזון את כת אשתו 866 873	מומחים
יחור מצד האם – מחילה או פשרה 652	חודת דעת, אימתי נדרשת 410 411
יחור מצד האב כשהבן אינו אצלו 651-661	ממר
חווה שיפוי, הדין החל 651 659	אם דינו כיהודי 45-49 51 55 56 57
תחה שיפוי, הצורך בחמורה 657	דין צאצאיו 56
כופין על הצדקה 612	בייבוס ובחליצה 46 47
מדין צדקה 242	בירושה 47-49
מזונות הבת, גבייה מנכסים משועבדים	ישראל אף על פי שחטא ישראל הוא 55 45
781	57 56
מניעת מזונות כאמצעי רדייה 242 243	צירופו למניין 47
נולד מן הפניה 397 398	קידושי 45 46 55
מחילה	כריכות 47-49
אונס (אילוץ) 652-658	רישומי כיהודי 44-49 57
גדרה 656	מזונות
דברים הניתנים למחילה 73	הצורך באישור אדם חשוב 160 674
דינה כמכר, אימתי 656 659	מועדים
דינה כמתנה, לעניין אונס 652 654 655	הארכה מנימוקי צדק 5 291 688
657	מועצת הרבנות הראשית (ראה גם:
טעות 653	הרכנות הראשית לישראל)
בירושה 748	חבר מועצה, התכונות הנדרשות 259
	כינוגה וייסודה 156 157
	מיניה, הצורך להימלך כציבור 151 152

מפתח העניינים

מכללא 320 309	מכללא, אם שיהיו בחביעה מעיד על מחילה 824
מכר, כדרך לחזרה מן ההסכם 753	על נזק 671 670 545 544 541 29 28
על נזקי שכנים 545	בשכירות, כדרך לחזרה מההסכם 753
שתיקה כמחילה 545	תובע שחבע פחות מן המגיע לו 322
מטבע	
דינא דמלכותא דינא 834	הבחנה בין מטבע לסחורה 833
העיקרון הנומינליסטי 834 835 838	שינוי ערך המטבע 833-838
מטרות הענישה	
ביטול החטא ומניעתו 520	הבטחה שלא יחזור הפושע על פשעיו 509
הגנה על החברה 511 509	הרחעה 525 509 451
וביערת הרע מקרבך 349 334	לגדור פרצה 421
שלא יהא חוטא נשכר 522	ותיקון העברייני ושיקומו 509
חשיבת העברייני, בענישה על תנאי 521	522
מי שפרע	
על החודר בו מדיבורו 678 677 629	746
מיגו	
משמעוהו 412	נאמנות מקבל מתנה 412
צוואת שכיב מרע, הוכחתה 412 411	
מידת ושיעורים	
טפח 586	מידת ההקפדה 125 124
שיקולי צדק 135	מידת חסידות 644 645 646
גזילה דבר שאין אדם מקפיד בו 525	הסתכנות לצורך הצלת נפשות 120
צילה לפסילה עצמית של דיין 267	
מי יהודי	
פרשנות המונח יהודי 949 60-51 49-45	972 971
מיטלטלין	
אפוחיקי 769 768	קניין בשינוי 740 739
שכירות, רוכי קניין 752	שכירות, זכות השוכר להשכיר 753-755

מינוי דיינים (ראה גם: עררה למינוי דיינים)	
הגוף הממנה 260	
דין שאינו הגון 260	
סולם עדיפויות 262 260	
הצורך ביריעת התורה 260	
התכונות הנדרשות 263 260	
מכר	
אומדנא 912 647	
אונס (אילוץ) 651-657 500 299	
אונסא דנפשיה 662	
איין אדם פורע חובו תוך זמנו 404	
איסור הונאה, רמאות וגנבת דעת 649	
791-788	
אשראי, לפי המלצת אחר ונכבד מן המוכר	
לגבות את החוב 578 577	
גדרו, הוצאת דבר מרשות לרשות 707	
דבר שאין בו ממש 725	
דבר שאינו ברשותו 746 747 725	
דבר שאינו של המוכר 765	
דבר שלא בא לעולם 747 746 725 634	
דברים שבלב אינם דברים 638	
הכרזה, הגנה על קונה בתום לב 786	
הכרזה, על פי מנהג 771	
חזרה מכר 692	
טעות בזהות הנמכר, תוקף ההסכם 637	
טעות בשווי, אימתי בטל 787	
כתיבת שטר שלא במעמד הקונה 823	
מה נכלל במכר 111	
מום, חובת המוכר להודיע לקונה 789	
מועד התשלום, איסור הלנת שכר 692	
מחילה, כדרך לחזרה מן המכר 753	
מתמת מצוקה, אם דינו כאונס 662	
מנהג 890 725 111	
מקח שנעשה באיסור 665	
במקרקעין, דין התהום והרקיע 762	
במקרקעין, מה כלול במכר 890 762	
משא ומתן שלא הסתיים, חובות מוסריים 644	
בניגוד לשבועה, דינו 666	
בנכס מושכר, על ידי המשכיר 753	
על ידי בית דין, הגנה על קונה בתום לב 787	
עקרון תום הלב 647	
פרשנות, הליכה אחר לשון בני אדם 890	
בציבור, הצורך בקניין 192	
של קטין 750	
כשבת, דינו 666 665	
כשם אחר, להעומה 780	

מפתח העניינים

בזיוקין 574 575	דיווך למכר 693 694
סיטומחא 101 628	תנאי, חופש ההתנאה 757
בענייני משא ומתן 890	תנאי מכללא 762
בעת קיבוץ גלויות 98	תקנת השוק 783 784
בפיטורי עובדים 168 861	מכר
פיצויי פיטורין 103 865 869	פסילת הצעה בשל פגם שהפוסל נגזע בו
בפיקדון, דרכי שמירה נאותות 716	188
בפסיקת בתי הדין הרבניים 103	מלחמה (ראה: צבא ומלחמה)
פרשנות לפי מנהג 96 893 894	מלך
קליטתו 102	לא דן ולא דנים אותו 148
כשותפות, זכות שותף לריפוי מכספי	סמכות הטלת מסים 206
השותפות 818	סמכות הפקעה 204–206
תוקף עסקה של ציבור שנעשתה בלא קניין	סמכות ענישה 512
191	מלקות
תחליף שבועה בארור וכזורה 369	אין לוקין על לאו שאין בו מעשה 467 470
בתקנות, קבלתן כריבוי שלא מחוץ כולו 197	התאמת העונש לעברייני 515 516
מגויג (ראה גם: נבחרו ציבור)	מכת מרדות 305 455 502 670
הצורך שיהיה סובל כל אחד לפי השקפת	מלשינות
עולמו 221	איום בהלשנה כלחץ לפשרה, בטלות
מניעות 400 401 745	הפשרה 652 653
מסחר הרגן (ראה גם: גנבת רעח; תחרות לא	מעצר חשוד בהלשנה 333 338 339 347
הוגנת)	ממזר
איסור רמאות, גנבת דעת והגואה 788–791	מצבו הטראגי של הילד 437
מסים	רוכ בעילות אחר הבעל 23
אוימדא כבסיס לגבייה 249	מנהג
דו"ח הנישום כבסיס לגבייה 249 250	ארץ ישראל, כבסיס למנהג אחר 98
הערמה 112–115	אשכנזים וספרדים 98 99
השתמטות, רינה בגזל 250	ביטוח משפחת עובד לאחר פטירתו 873
השתמטות, פסלות לעדות של המשתמט	בבעל ואישה 94 871
250	בדיני ממונות 94 102 575
התחמקות והשתמטות 112 115	דיני קניין וחובים 725 103
חיוב בחשלוש שיש בו משום גזל 206	הכרזה על מכר 771
כפל מס 888	הכשרת דיין הנוגע בדבר 183 265
מס גולגולת 248	הלכות מדינה 858
סמכות המלך 206	השבעת עד 370 375 376 379
פרשנות בדיני מסים 887–889	ביחסי עבודה 103 168 858 861 865 867
רכוש הנמצא בקהילה אחרת 888 889	869
שבועת הנישום 249	כמוזנות אלמנה 98
שומה כבסיס לגבייה 249	במכר 111
שיטת השומה, סמכות הציבור 249 250	במכרע במקום ספק 96
שיפוט על ידי דיין הנוגע בדבר 183 184	מנהג בתי הדין 99
מסמך כראיה	מנהג המדינה 79 80 94 893
פנקסו של מת 413	מנהג ונוהג 864 865
מעילה באימון	מנהג מבטל הלכה 94 102 575 865
ררגות כתומרת העברה 514	מנהג קבוע 99
מעמד אישי	מניעת פשיטת רגל של החייב 844 845
אבהות, האם היא מענייני המעמד האישי	מקורו במנהג הסוחרים 845
23	כנונייה, הליכה אחר המנהג 690

מפתח העניינים

התערבות בג"ץ 315	בבתי המשפט האזרחיים 66-83
זכות עיקול, נכסיים לקביעתו 314	החוק הדתי כחלק ממשפט המדינה 67
מקום נכסיו של הנתבע 314	ספק בטסטאוס, חובת ההכרעה של הדיין 270
הביעה למוזנות זמניים 314	פסק הדין, חוקפו ביחס למי שלא היה צד למשפט 296 295
התובע הולך אחר הנתבע 313-315	קבלת עדות בפני בעל דין 296
מקרקעין	מעמד שלשחן 399, 745
אדמת ארץ ישראל 679	מעצר (ראה גם: מאסר) 335
אונאה 679 787	אישה 335
הכרזה על מכר 771	חובה, באשמת רצח 336-339 347
הפקעה לצורכי ציבור, חובת פיצויים 204	חשוד לעונש גוף 333 334
205	חשוד הצפוי לעונשי ממון 333 334
תזקה (ראה: תזקת שלוש שנים)	נימוקים למעצר 334 335
טעות במכר 787	עקרון חרות הפרט 332 333 338 348
כדוברת פרוזכול על גבי קרקע 679	527 526 452
מחוברים לקרקע, בטומאה וטהרה 679	צורך שעה 452
מכר, אימתי נכלל התחום והרקיע 762	ראיות לצורך מעצר חשוד 333
מכר, מה כלול בו כשלא פורש הדבר 890	שחרור בערבות 333 334 347
נכסים שיש להם אחריות 679	שיקולים להוצאת צו מעצר 336 337 347
עשיית דין עצמית למניעת השגת גבול 560	348
563 562	מעקה
קניין אגב, שיעור הקרקע 679	היקף המצווה 583
קרקע אינה נגולת 679	חובת מעקה, על מי 586 587
קרקע היא דבר השווה כל כסף 679	שיעורו 586-588
רישום, על יסוד דינא דמלכותא 102	מעורפא 725
רישום, על יסוד מנהג 103	מעשה בית דין (ראה גם: סופיות הדין; סותרת הדין)
שכירות, דרכי קניין 752	ברין הפלילי, כיבדו על ידי כל הנוגעים בדבר 350
שכירות, זכות השוכר להשכיר 753-755	יכוי נאשם 349 350
מרמה (ראה גם: הונאה)	עקרון רס יודיקאטה 600 601
במידות ובמשקלות 514	תחולת העקרונות האנגליים בארץ 329
במכר 649 788-791	מעשה הבא בעברה 664-668
עסקה מתוך כוונת חרמית, דינה 780-782	מעשה סרום
משומד (ראה: מומר)	גדרו, האם מתייחס גם לאישה 482 483
משחק בקובייה	מצוות
דין אסמכתא 630	כופין על המצוות 120
פסילתו לעדות 630	מצוקה
משכב בהמה	משמעות המושג 498 499
דינה 483	מצרונות
משכב זכר	ועשית הישר הטוב 644 645
דינו 482 483	כופין על מידת סרום 133 134
משכך	מצדן כשלית המוכר, האם יכול למכור לעצמו 705
אבדן המשכון 775	מקום השיפוט
בעל כורחו של החייב, איסורו 559 562	בית הדין המקומי 312
גבייה מהמשכון לפירעון החוב 775	גמישות הכללים 314
זכותו הקניינית של הנושה 740	
קירושין על ידי הנושה 740	
משכנתא	
שומא הדרא לעולם 775-777	

מפתח העניינים

נאמנים (ראה גם: נבחרו ציבור)	משפט בינלאומי פרטי
האצלת סמכויות 200 201	התנגשות עם המשפט העברי 68 70
מעמדם כשלוחי הקהל 201	פסיקה כחי הדין הרבניים 70 71
נבחרו ציבור (ראה גם: נאמנים; עובר ציבור)	משפט השוואתי
אינם רשאים לפעול בשירות לב 171	מטרתו בתהליך השפיטה 7 8
איסור שוחד 494 495	משפט מוסלמי
כדורים 658	מקודתיו במשפט העברי 758
דין חברי הכנסת כשבעה טובי העיר 104	משפט מנהלי (ראה: נאמנים; נבחרו ציבור; עיקר הצדק הטבעי; ציבור)
האצלת סמכויות 199–201	משפט עברי (ראה גם: דיני ישראל; הלכה; חקיקה ישראלית; תורת ישראל)
זכותם להתפטר 305	אופיו האוניברסאלי 68
תובנותיהם במילוי תפקידם 149	אם דינו כחוק וד לעניין הוכחתו 8 795
חיובים מוסריים 154	כבסיס לפיתרון בעיות משפטיות ולמילוי לאקנות 5–25
כשרותם של נוגעים בדבר 183 184	דרכו לא להכליל הכללות 674
מוקדמין 333	דרכי התפתחותו 666
מינויים והתובה להימלך בציבור 151 261	חזות דעת מומחים, המצאתן לבית המשפט 795 798 799
מעמדם כדיונים 149 150 182 183 266	פניית חובה ופנייה לצורך השראה 14–16
305	שיטת המשפט הלאומי של עם ישראל 16
מעמדם כשלוחי הקהל 193	מת (ראה גם: כבוד המת; גירוש גוריות) הענקת מעמד למת מכה החוק 92
סמכויות שיפוט 305	מתנה
סמכותם להתקין תקנות 103	אומדנא 635
שעברו עברה שיש עמה קלון 978 979	אונס (אילרין) 299 652–657
פיטורין, העילות לכך 150	דבר שלא בא לעולם 634
פסולותו של נוגע בדבר מלדון ולהצביע 266	דברים שבלב 781
פסולותם של מקבלי שוחד 495	להברחת נכסים, זכות המקבל 779 780
נבל ברשות התורה 190 645 646	בטעות 635
נדרוגיה	יסוד הכוונה 779–781
אומדנא 691	כתיבת השטר שלא כמעמד המקבל 823
תיובי הנדרוגיה, חוקפם המשפטי 690 691	נסתרת, בטלותה 654
מהות החיוב ותוקפו 892 893	בציבור, הצורך בקניין 191
מנהג 690 893	כשבת, דינה 665
נכסי מלוג 73–78 553 652 871	של קטין, במטלטלין 750
נכסי צאן ברזל 871	מתנת שכיב מרע
נדר	אומדנא 635
דברים שבלב 686	נאמנות בעל דין (ראה גם: הודאה) בעל דין כעד 382
כוונת הנודר 889 898	כטענה שהטעה את חברו 634
נרדי אונסין 686	כשנמצא ששיקר בעבר ונתן אמתלה לדבריו 363 364
נרדי שגגות 889	נאמנות מקבל מתנה
לצדקה, האם מותר לשנות לצדקה אחרת 899	כמיגו 412
תנאי מכללא 686 687	נאמנות שליש
נזיקין (ראה גם: נזקי שכנים)	הבחנה בין השלישות בידי ובין אינה בידו 412
אברן כושר השתכרות 565 566	
אדם מועד לעולם 459 590	
אונס (כוח עליון) 459 572 574 578 579	
אחריות מיתלטת 459	
אילן המויק לבני רשות הרבים 591	
אין שלית לדבר עברה 354 555	

מפתח העניינים

פיצויים כנתבע שהוא עבריון 285	ארבעה אבות נזיקין 567
פיצויים ליורשי נהרג 523	אש 567 568
פיצויים, ערך ההאצה 610	בור, כרשות היחיד וכרשות הרבים 583
פשיעה 567 557 556	854
פשיעה בפיקדון 718 716	בור, נפילה העשויה לגרום למוות 856
קשר סיבתי 549-546	בעל חיים שהזיק 558 581 582 559 606
רופא, אחריותו 590	724
רופא, אחריותו להולדתוולד בעל מום 595	בעל חיים שהרג, חיוב כופר 874
596	גרימת הרצאות מיוחדות ברין 604
רשלנות 460 459	גרמא בניזקין 722 597
רשלנות מסייעת של הניזק 557-555	גרמי 572 573 574 600 602
שומת הנזק 566	דיכור כעילת נזיקין 573
שיכור, אחריותו 459	רמי בושת, שיעורם 615
שניים שהזיקו כאחד 557 556	הודאת המזיק 602
תביעה בין בני זוג 552-554	הכאה וחבלה (ראה: תקיפה)
תחילתו בפשיעה וסופו כאונס 549-546	הקטנת הנזק 608 609
תקיפה (ראה: תקיפה)	התראה כמזיק 559
תשלומי חמישה רבדים 565 486	חובה להציל חברו מהפסד ונזק 267
תשלומי נזק 566 565	חובת זהירות 556 568 569 570 670
נדקי שכנים	חיוב ברניי שמים 611 613
אבק 545 551	חיוב לפנים משרות הדין 572 610-614
גרימת נזק בעקיפין 550 551	יסוד הכוונה 459 723
חובת המזיק להרחיק את עצמו 545 550	כל המשנה ובא אחר ושינה כו פטור 556
חובת הניזק להרחיק את עצמו 550 551	לפני עיוור לא תיתן מכשול 589
חזקה בנוק 551 545	מחילה על נזק 28 29 541 544 545 670
מים הזורמים מן העלייה אל הבית 550 551	671
נדנדוד קרקע 545 551	מלמר, אחריותו 486 487
נטל ההוכחה 551 545	ממון המזיק, אחריותו הבעלים 549 567
עשן 545 551	568
ריח רע 545 551	מנהג כיסוד לחיוב 574 575
נטל ההוכחה	מניעת נזק (ראה גם: מעקה) 588 992
כאלם 564	מסיגי גבול ומוזמנים, אחריות בניזקין
בגביית חוב מורשי החייב 414	כלפיהם 566 567 581-584
הטוען נגר חזקה עליו הראיה 478	מעביר, אחריותו כלפי עובדיו 589
המרוצא מחברו עליו הראיה 414 564 606	מצג שהוא ברשלנות 571-580
בניזקין 598 606	מראה דינר לשולחני ונמצא רע 571-580
כנוקי שכנים 551	נזק מתוך שינה 459
כשטרות, יד בעל השטר על התחונה 820 901	נזק שנגרם כתוצאה מברשות הרבים 556 557
ניאוף	נזק שנגרם כתוצאה מעשיית דין עצמית 563
הוכחתו, כיצר 477 478	נזקי גוף, האם נכללים בנזקי ממון 966
חזקה על ניאוף 407 478	נטל ההוכחה 598 606
קבלת ערות בפני בעל דין 296	סילוק הרבר המזיק 583 589
ניתוח גוויות	סעיף פטור בחובה, חוקפו 27-29
כירוד סיבת המוות 491	עדות שקר 600-603
זכויות בגוויה 491	עשיית דין עצמית לשיפוי הנזק 558-565
כבוד המת וכבוד החיים 491	פגיעה נפשית 597 598

מפתח העניינים

חובלנית	28	כבדי	
הכישורים הררושים	282 283	איסור לגנוב דעתו	181
מלחמת רשות, הצורך באישורה	195	יחס לכבדי בארץ ישראל	225
סמכותה להכריע בספקות	156	בעונשין	508
ספק (ראה: כללי פסיקה, שיקולי פסיקה)		שוויון זכויות ומניעת אפליה	179-182
סתירת הדין (ראה גם: סופיות הדין)			217
בדין הפלילי	349-353 600 601	נעדרים	
טעות בפסק הדין, יזמת בית הדין	295 322	גדרו של נעדר	817
	328 331	נכסי נעדרים	817
ראיות חדרות	329-331 601	נכסי שותף שנעדר	817
עבד		סמכות בית הדין בנכסיהם	288
איסור הסגרה לאדונו	476	נשיא שטמא אין מחזירין אותו	175
עבד עברי		נשיא המדינה	
העניקה ודיניה	867 869 870	חסינותו	148
עבודה זרה		סדרי דין (ראה: איה התייצבות לדין; בית דין;	
אונס (אילוף)	459	דין פלילי; דין מרומה; דיני נפשות;	
מסית, היחוד להכמין לו עדים	473	הוצאות משפט; התמצת הדין; הטיית הדין;	
עבד איניש דינא לנפשיה (ראה: עשיית		הלנת הדין; הרכב בית הדין; הרשאה;	
דין עצמית)		התיישנות; חקירת בעל דין; חקירת עדים;	
עגונה		ידיבות; כתב סידוב; כתב חביעה; מועדים;	
הוכחת מות הבעל	432 433	הדין; סידוב להתריין; סתירת הדין; ערות;	
הסכם מחשש לעגינות, חוקפו	651-654	עיכוב יציאה מן הארץ; עינוי רין; עיקול;	
	661	ערעור; פטילת דיין; פסק דין; פרוטוקול;	
הקלות שהקלו חכמים	433 661	פתח פיך לאילם; ראיות; שבועת בעל דין;	
עדות (ראה גם: עדות שקר; עדים זוממים;		שפיר)	
ראיות)		סובלנות דתית	180
אוהרת העדים	369 372 374 377 379	סופיות הדין (ראה גם: סתירת הדין)	
	603		328-331
אישה כעד, בעונשין	418 419	בדין הפלילי	349-353
בעל דין כעד	382	המלל נגד סיכון כפול	350 351
גביית עדות בפני בעל דין	170 273 296	סיכון כפול (ראה: סופיות הדין)	
גולף כעד	500 630	סימן 46 לרבר המלך במרעצתו	
דרישות סיוע	393 414 431	אי החולתו בשל סעיף על עצמאות החוק	
הכחשה	602	קליטת עיקרון שמקורו במשפט העברי	32 35 642 691
הכמנה	473		427 429
הערכת העדות	414	סירוב להתריין (ראה גם: כתב סידוב)	
חובה למסור עדות	599 600 601	דיין סרכן, פסילתו מלרון	164
חובת בית הדין לפסוק על פי העדות	414	סכנת נפשות (ראה גם: הצלח נפשות)	
חוות דעת מומחה	410	מצרות מעקה	583
חולה נפש כעד	385 428	סילוק גורם הסכנה	583
חזרת עד מעדותו	391 601 602	סמיכה	
חזרת עד מעדותו, מפרש רברו הראשוני		חידושה בצפת	197 198
	390	חידושה, הצורך ברכוב מחוך כולו	197 198
חזרת עד מעדותו, נותן טעם לחזרתו	392	סמכות מקומית (ראה: מקום השיפוט)	
ייהוד עדים	398	סנהדרין	
מכוונת	388	זקן מרוא	220
משחמט ממם כעד	250		
בניאוף, על מה צריכים להעיד	477 478		

מפתח העניינים

פיטוריו לאחר שסרת, החזרתו לתפקיד 176-174	סחורות בין ערים 387-390 עברייין כעד 384 עד אחד, הסתמכות על עדותו כחוד סניף 904
עובר הריגת עובר 487-490 מעמדו המשפטי 488 עונש מוות בעילה אסורה 478 ברור לו מיתה יפה 529 הימנעות מעונש מוות 477	עד אחד, כוחו לחייב שבעה 382 עד מדינה 511 עד מפי עד 421 עדות שאי אתה יכול להזימה 393 עדי קיום ועדי בירור 394 395 בעונשין, הצורך בעדים והתראה 458 463 פלגינן דיבורא 984 פסולי עדות, תשובתם 951 לצורך מעצר חשודים 333 קטין עד, בעונשין 418 419 קטין כעד, הצורך בכדיקה 396 קרבן לעברה כעד 984 קרוב, עד בעונשין 418 419 422 427 רשע כעד 382 383 384 שבעות עד (ראה: שבעות עד) שותף לעברה כעד 984 שטר גביית עדות 391 עדות שקר (ראה גם: עדים זוממים) 388 390
זכות הנידון ללמד זכות על עצמו 352 353 בזמן הזה 62 421 משכב זכר ומשכב בהמה 483 עינוי הדין 343 על סמך ראיות נסיבתיות 350 קירוב מיתחו של גוסס, פטור מעונש 490 עונשין (ראה גם: גלות; דיני נפשות; קנס) אונס (אילוצין) 459 464 אחריות כלפי מסיג גבול 581-584 אחריות מוחלטת 458-460 אין דוחין נפש מפני נפש 464 אין עונשין אלא אם כן מזהירין 323 325 450 451	אחריות בנוזקין 600 גדרה 386 502 הודאת העד 600 601 602 חומרת האיסור 373-376 599 חזקה על עדות שקר 428 חשש לעדות שקר 331 383 599 מניעת עדות שקר ועדות שאינה מדויקת 599 עד שאינו מעיד מיריעה אישית 386 502 עונשין 600 602 עדים זוממים (ראה גם: עדות שקר) גורם 600 עונשין 600 602 603 עובר ציבור (ראה גם: נבחרי ציבור) איסור התחשבות בשיקולים אישיים 185 202
אין עונשין מן הדין 447-450 בא לכלל עונשין 508 בושה לנאשם ומשפחתו, כשיקול בקביעת העונש 529 בר עונשין, משמעות הביטוי 506 507 דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין 472 דרגות בחומרת העברה 514 520 הגנה פרטית 464-471 הגנת צורך 62 הרחה לעברה 472 הטיית דינו של עברייין, איסורה 285 286 287 הפרשת אדם מאיסור 210 הרגל שיש לשרשו כנימוק להחמרה בעונש 523 הרחקה מעברה, הצורך להזהר שלא ייעשה הגדר יותר מהעיקר 153 הרשעה (ראה: הרשעת עבריינים) התאמת העונש למעשה העברה ולעברייין 127 514-516 525 זכוי נאשם (ראה: זכוי נאשם) חובת הזהירות של בית הדין כרי להיסנע מטעויות 512 חזקה כבסיס לענישה 406 407 חלות האיסור, להבריל ממעשה העברה 942	איסור קבלת שוחד 173 השעיה לתקופה קצרה, כססרח 176 חובתו במילוי חפקידו 167 חובתו למנוע לזוח שפתיים 153 חובתו לנהוג כוהירות כלפי התלויים בו 185 חיובים מוסריים 153 פיטוריו, אימתי 167 פיטוריו, חובת הזהירות 168 185

מפתח העניינים

עיכוב יציאה מן הארץ	891 456 450-447	חזרה פרשנותה
סמכות בית הדין 315		חשד בעברה (ראה: חשד בעברה)
עיכוב כספים	943	טוביה חטא וזיגור מינגד
איסור גזל 829 827		טעות 459
חיוב בפסידא רשוקא 828 827		ייהרג ואל יעבור 464
חיוב על פי מנהג 829 828 827		יסוד הכוונה 502 463-459 434
פיצויים, איסור ריבית 829-827 842		יסוד הרציה 459 458 452
עינוי דין		לפנים משורת הדין 525
איסורו 348-340 338 328		מבחן הצפיות 461 460
ברתי נפשות 344 343		מטרות הענישה (ראה: מטרות הענישה)
משמעויות שונות 343		מלך כנאשם 148
סאנקציות 345		מלקות (ראה: מלקות)
עיקול		מניעת פשעים, החובה לכך 504 503
זכות עיקול, ככטיס לקביעת מקום השיפוט		מעשה הכא בעברה 665
314		ניסיון שנועד לכישלון 455 454
שיקול דעת בית הדין 315		נכרי 508
עיקר הצדק הטבעי		עבר פלילי, אם מותר לשאול עברייני לעברו
דחיני האישות 69		286
הזכרת להישמע 489 327-323 178		עברה שיש עמה קלון 979 978
פסילת אדם מלדון בעניינו הוא 326 184		עברה שנעברה עקב הכשלה 473
פסיקת בתי הדין הרבניים 72 70		עונש מוות (ראה: עונש מוות)
תוקף למפרע של חקיקה פלילית 450		ענישה על כוונה פלילית 502
עם ישראל		ענישה שלא מן הדין, לצורך שעה 305 269
אין אומתנו תורה אלא כחורתה 54		337 417-422 452 526
ברית בין ה' לעמו 56		עסקות טיעון והשפעתן על הענישה 510-
הבטחת ייחודו הלאומי 59		513
עני המהפך בהררה 725		קשירת קשר 454 453
ערכות		רשלנות ורשלנות פושעת 461
אסמכתא 701 631 630		שיקול דעת בית הדין בקביעת העונש 305
הסכם ערכות-קבלנות 700		529-523 516 510-508 306
זכות הגבייה מן הערב תחילה 700		שכיחות העבריינות בתפוצות 422
טענות הערב נגד ביצוע החיוב 702 701		שכר ועונש 516
לשון קבלת הערכות 700 576 575		שלא יהא חוטא נשכר 362
ערב סחם וערב קבלן, ההבחנה ביניהם 700		שליח לדבר עברה 472
701		חקנות קהל 419 418
בציבור, הצורך בקניין 191		עורך דין (דאה גם: הרשאה)
ערכות בנקאית		שאינו יודע לטעון 271
על יסוד דינא דמלכותא 102		התלשחות עם דיינים שלא במעמד הצד
על יסוד מנהג 103		שכנגד 273
ערי מקלט (ראה: גלות)		חובתו לנקוט לשון מנומסת 307 306
ערכאות של נכרים		עושה סחורה בפרתו של חברו 127
דין בתי המשפט של המדינה 106		128
ערעור (ראה גם: סופיות הדין; סדרת הדין)		ערשק
בעושים, על קולת העונש 351		גולה, יהיה ביניהם 500
עשיית דין עצמית		משמעויות וגורו 500-498
אחריות כנוקדין של העושה דין לעצמו 563		עירות דין 343 328
אמצעים מותרים 562		אי שהיית הדין 345
לגביית חוב 562 599 299		איסורו 339

מפתח העניינים

שבועת הנפקד	371	הבחנה בין יש הפסד לאין הפסק	560 563
שמירתו	64 65 715-718	בהסגת גבול במקרקעין	560 562 563
תחילתו בפשיעה וסופו באונס	547 549	הצלה ומניעה נזק	559
פיקוח נפש (ראה גם: הצלת נפש)		השבת גולה או מניעתה	561-564
דברים הרוחים פיקוח נפש	596	חיוב להקטנת הנזק	563
זחי בהם	218	במיטלטלין	560 563
חיך קודמין לחיי חבדך	224	שימוש בכוח	562 563
כל הזריז הדי זה משובח	244	לשיפוי נזק	558-565
קדושת החיים	28	בשעת מעשה אונס ולאחריו	561 562
פיקציה		הפיסה	559
מוגבלת לעניין מסוים	115 116	עשיית עושר ולא במשפט (ראה גם: זה נהנה וזה לא חסר; עושה סחורה בפרחו של חברו; עיכוב כספים)	
פסול דין (ראה גם: קטיף)		האומר: "בוא אכול עמי", חובת האוכל בשכר	728
התנהגות המשפחה עמו	287 288	האומר: "דור בחצורי", חובת הדר בשכר	729
נכסיו, סמכות בית הדין	288	דבר שנחקבל על סמך פסק דין מוטעה	722-726
פסילת דין		הרצאות טיפול רפואי, חובת המטופל להחזיר למשלם	244
אוהב או שונא לבעל דין	267 286 292	הנאה ממלאכת חברו, חיוב הנהגה	790
היכרות עם בעל דין	268	חיוב בשווי ההנאה	724-726
הקדמת שלום או אי הקדמת שלום לבעל דין	268	שיפוי מתנזר שהשביח נכסי אחר	727
חשד בעלמא	267	פורמאליזם	
יזמת הצדדים ויזמת הדיין	266 267	כדיני הראיות	384
מידת חסדיות	267	דרישות פורמאליות במסמכים	628 630
נוגע בדבר	265 267 326		631
סירוב דיין להתייצב לדין	304	פדיון הבן	488
פסק דין		פדיון שביים	
איסור עיני הדין	343 344	אומדנא להערכת כוונת הנודב	898
אפשרות ביקורת	187	גבייה, כשמתו השכירים קודם שניפדו	898
רעת יחיד, החשיבות שבפרסומה	294	ויתור על חובת הפדיון	674
החובה לפסוק מיד אחר שיתברר לדין	344	קדימות אישה לאיש	335
חובת ההנמקה	186 187 297 298	פיצויים	
טעות בפסק הדין	193 295 322 722 723	הלנת שכר	859
משא ומתן הדיינים	297 341	הפקעה לצורכי ציבור	204 205
הנוטל שכר לדין, דיניו בטלים	896	הפרת הבטחת נישואין	669
תוקפו ביחס למי שלא היה צד למשפט	295	זכות אישה בעת הגירושין	95 871
	296	יורשי עובר	872 873
תוקפו, כשניתן על ידי יחיד מומחה	264	סעיף פצויים ובעיית אסמכתא	628
פרוטוקול		עיכוב כספים	827-829 842
רישום משא ומתן הדיינים	341	פיצויי פיטורין	865-872 103
פרנס (ראה גם: נבחר ציבור)		פיקדון (ראה גם: שומרים)	
מינויו, הצורך להימלך בציבור	261	אין אדם פרע חובו חוץ זמנו	404
פרשנות חוקים ותקנות (ראה גם: פרשנות מונחים)		גדרו של נפקד	713 714
אומדנא	896	זכות המפקיד כפיקדון, מהותה	963
אין המחוקק משתית מילים לריק	22	מכירתו, זכות הנפקד לקנותו לעצמו	706
דווקנית	447-450 456		
היקש	14		
הליכה אחר העניין ולא אחר משמעות הדיבור	896		

מפתח העניינים

העברת זכויות 935	בהתאם למשמעות הנדרשת לשם עשיית צדק 940
הפקעה, במשמעות של ביטול למפרע או מכאן ולהכא 976	התנגשות בין כוונת המחוקק ולשון החוק 896 889 888
זונה 938	חקיקה ישראלית, פרשנותה לפי המשפט העברי 26-65 496 498 499 506 627
זנה 939	641-646 674-672 691 715-718
חוב, האם רינו כנכס 956-963	חקיקה ישראלית, קודם הקמת המדינה ולאחר מכן 38 39
הל (לחול, תלוח) 941-943	מכלל לאו אתה שומע הן 906 907
חלוקה, התייחסות לנכס פזוי 944	מצמצמת, אימתי 491
חנינה 945	מתוכו ומתוכנו של החוק 14 17 35 36 40
טמטום 947	נוסח דר משמעי 888
ד, במוכן של רשות 967 968	סיג בחוק, אין לפרשו בדרך מורחבת 894
ידיעת בשרים 948	895
יהודי 45-49 51-60 949 971 972	סדרות בין נוסח תקנות שונות 888
ימים, הכוונה לשניים 902	על פי כוונת המחוקק 11 17 889 896
כאתר 950	על פי לשון בני אדם 891 918 938 989
כהונה 951 952	על פי לשון בני אדם שבאותו מקום וכאוהו לשון וכאוהו זמן 911
כולל, במשמע מקיף את הכל 953	על פי לשון החוק 10 887-889
כלי רכב, האם כולל רכב ימי 982 983	על פי מטרת החוק 7 10 14 17 18
מכלי משים, האם הפירוש הוא: בעל כורחו 955	פרשנות מונחים וביטויים
מגורים, האם כולל גם מגודי קבע 929	אבק 910
מגורים, האם מתייחס לאדם רווקא 928	אבק לשון הרע 910
929	אבק ריבית 910
מושב 964	אימדי, אומדנה 912 913
מידה 965	אירוהו 913 914
ממון 966	אורח חיים דתי 914-916
מסירה ליר במשמע מסירה לרשות 967	אחר 916 917
מעשה זנות 968	אלימות 917-920
משמורת חוקית 891 892	אשראי 920 921
משק חקלאי, אם אינו אלא משק לעיבוד ארמה 945 946	בין ובין 921 922
נדרש במשמע נדרש מפי החוק 969	בנים, האם כולל בנות 922 923
נוצדים 928	בניין 41 42
נוק 970 971	בניין, האם כולל מערה 923 924
נכס, האם כולל זכות 37-40	בשר חזיר 925-928
עברי 971 972	גידול בעלי חיים, אם הוראתו ער הזיוחם גדולים דווקא 929
על מנת ש... 973	גמירת דעת 60
פדיון, במשמע השגת כסף תמורת ממכר או באשראי 974	גים, אם הוראתו שלילית דווקא 930 931
פסלות, האם הכוונה לפסלות לעולם 951	דך, אם הוראתו דרך יבשתית דווקא 931
952	932
פקיעה, במשמע ביטול מעמד או זכות עקב מוות 977	היך ציבורי 932
977	חוקקות 939 940
קלון 978 979	הכשלה, פגיעה ולא רק כישלון גמור 954
ראוי ומוחזק 37 38 956-963	הסמכה, במוכן של מינוי 933 934
ריבית, האם משמעותה גם ריבית פסוקה 981 982	הסתלקות מזכויות 934 935
981 982	
רצון (לרצונו) 984	

מפתח העניינים

818	בשוחפות	984	רשות, במשמע שלילה בלא זכות קנין
717	שכחה האם דינה כפשיעה או כאונס	985	
	פשרה	986	רשות, במשמע נושא סמכות
658 656 655 653 652	אונס (אילוץ)	800-793	רשותו של אדם
317	אופיה המשפטי	21-7	רשותו של אדם אחר
319 317	איסור להטות פשרה	908	שכרעה, הכוונה לשכרעה באלוהים
656	גדרה	909	
321	דייני חצצתא	991-988 44-42	שיווק (שוק)
655-651	דינה כמכר לעניין אונס	988 987	שיווק ואספקה, להבריל מחלוקה
317	הזכות לטעון	992 991	שיטפון
319	חובת בית הדין להציע פשרה	993 992	שיפו
321 320	חלוקה שווה על פי רוב	36-34	תום לב
318	חלק מהוחי מן הדין	994 993	תושב
656 653	טעות	996-994	תלוי ב...
321 319 316	יסוד השלום	36-31	תקנת ציבור
287	ביתומים, כפייתה כדי למנוע מריבות		פרשנות מסמכים
319 287	כפיית פשרה	901	אומדנא
657 656	לפני הדין ואחר הדין	901	"אחר הפסה", בלא לפרש איזה פסח
319	לפנים משורת הדין	770 682	אחריות טעות סופר
316	מצווה, איסור או רשות	903 901	הליכה אחר הכוונה
645	מקור החיוב כיועשיה הישר והטוב		הליכה אחר לשון שרגילים לכתוב בשטרות
647	בספק ברין	925 628	
653	קניין באונס	937 936	ר"ו החיבור, במובן: או
321 318	קרובה לדין	866	התחייבות למוזנות, משך ההסכם
318	רוב ומיעוט	904 903	טעות בסכום
272 271	פתח פיך לאילם	904	טעות בשם החייב
	צבא ומלחמה	905-903 682	טעות סופר
137	איסור השחתת עצי פרי	820 682 681	יד בעל השטר על התחתונה
216 215	גיוס נשים	902 901	
215 195	מלחמת רשות ומלחמת מצווה	908	מלה ארמית
215-213	פטור משורת צבאי		מלה עברית, פרשנותה על פי מובנה
	צדק ויושר (ראה גם: חיובים מוסריים; עיקרי הצדק הטבעי)	908	המסורתי
181	אי הפליה בין יהודי לנכרי	901	ספק בלשון השטר
318	כדין ובכפרה	903	סודרה, הליכה אחר לשון אחרון
339 325	השוואת בעלי הדין	905	סודרה כהוכחה לטעות סופר
193 191	בהתחייבויות של רשות ציבורית	923 890 111	על פי לשון בני אדם
	חובת הציבור לנהוג על פי דיני היושר	894 893 890 96	על פי מנהג
171 169	בפיטורי עובדים	902-900	פרשנות מקיימת
128	חובת גוף ציבורי	908	שכרעה, הכוונה לשכרעה באלוהים
557	חלוקת הנזק בין שניים שהזיקו כאחד	909	
135	מידות ושיעורים	682	תפוט לשון אחרון
349	מניעת הרשעה חפים מפשע		פשיטת רגל
642 641 5	כמסורת היהודית	845 844	מניעתה על יסוד מנהג הסוחרים
325	מצוות עשה לשפוט בצדק		פירעון החובות לכלל היורשים באופן יחסי
36 15	משמעות המושג "צדק" ופרשנותו	844 843	
643 190			פשיעה
688 685	משפט צדק	590 567 557 556	בנויקין
		718-715 548 547 65	בפיקדון

מפתח העניינים

הוכחה 411 412	"נקי כפיים ובר לבב", תנאי לכב"ץ 132
ויתור על הצורך בקניין 897 898	סעד מן הצדק בשכירות 761
כוונת המצווה, הוכחה 898	עיקרן שמקורו בכלל "יעשית הישר הטוב" 646
צורך שעה (ראה גם: מגדר מילתא; תיקון העולם)	עשיית צדק, כשהדין מחייב לפסוק אחרת 291 5
דיני נפשות בזמן הזה 420	פירעון חובות מחייב באופן יחסי לכל הנושים 843
השבעת עד 379	ברשויות ציבוריות, העמדת אדם בתוקת זכאי 203
מעצר 269 337 452	שומא הדרא לעולם 777
סטייה מסדרי דין וראיית 417-422 431	צדקה (ראה גם: הקדש) 244
452	ארגון הצדקה הציבורית 244
עגישה שלא מן הדין 269 305 337 417-	גכאי צדקה, מעמדם בשניו מטרות הצדקה 898 899
526 512 509 422	הענקה מרץ צדקה 870
עסקות טיעון ועד מדינה 512	חובת היחיד וחובת הציבור 244
פסיקה למען האמת והשלום 565	חובת העני להתחייב כשהעשיר 246
ציבור (ראה גם: נבחר ציבור; עובד ציבור; תקנות קהל)	חלוקת צדקה 244 245
אין ממנים פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכים בציבור 151 261	כופין על הצדקה 611 870
גול הריבס, תמור מגול היחיד 514	מי זכאי 244-246
דעת הציבור, חילוקי דעות 27	מכירת נכסיו ומקום מגוריו של הנוזק 246
הגנה על שלום הציבור 277 509	שניו מטרות 898 899
השפעה שלילית על הציבור, כגורם ברעיו עונשין 526	צוואה
חובה לנהוג על פי דיני היישר בפטיורי עובדים 169 171	אומדנא להערכת כוונת המצווה 913
לפנים משורת הדין 129 194	אומדנא על טעות סופר 904
מניעת נזק מהציבור על ידי עובדים שקלקלו 170	אי פתיחת פה לשטן 320
סדר ציבורי 28 30 33 330 672	גמירת הדעת, יסודה 821 822
סמכות להתקין תקנות (ראה גם: תקנות הקהל) 103 725	דבר שלא בא לעולם 744
סמכות לשנות מטרות צדקה 898 899	דרישות פורמאליות 625
ענין ציבורי, חוזה הפוגע בו ככל 674	הודאת המצווה 399 400
עסקה משפטית, ויתור על הצורך בקניין 191	חוקה על כשרותה 821 822
הצורך בהסכמתו להטלת חרם ונידוי 303	טעות סופר 682 903-905
שלום הציבור, בקשר לעשיית דין עצמית 560 561 563 564	הכרח כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא 898
תקנת הציבור 15 26 27 31-36 62 160	מצווה לקיים דברי המת 822 897
183 184 190 266 299 473 590 601 641	נוסח 822
672 674-746	עדות על מצבו הנפשי של המצווה 821
קדרשת החיים 122 123 227 570 595 596	פרשנות, יד בעל השטר על החתונה 681
854 670	682
קהל (ראה: ציבור; תקנות קהל)	פרשנות, של סתירה פנימית 681 682
קול (ראה: ראיית)	הצורך בעדי בידור 394 395
קטין (ראה גם: יתומים)	הצורך בקניין 399 400 897
גיור, כיצד 53	צוואת שכיב מרע
	אומדנא להערכת כוונת המצווה 898
	דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו 412 898

מפתח העניינים

קנט	חיבור במצוות 120
אין משלם על פי עצמו 603	טובת הילד 232-234 289 290 298
לא קנסינן היתרא אטו איסורא 666	ייצוגו על ידי הוריו 232
סמכות בית הדין או חכמים 48	לאו כר עונשין 508
בעדים זוממים 603	ממכרו 750
ראיות (ראה גם: אומנא; אנן סהדי; עדות)	מתנתו 750
אומדן רעת הדיין 411	עד בעונשין 418 419
איזמים, כראיה לביצוע המעשה 433	עד, הצורך בבדיקה 396
אמתלה 431 364	קטן מבחין 750
דין מרומה 361	קידושין ונישואין
הוראה (ראה: הוראת בעל דין)	ביאה 406
היוקקות לספרות מדעית 282	הפקעת קידושין 47 976
הסתמכות על חזקות 283	הפרת הבטחה נישואין 26 27
זכות להבאת ראיות 310 311 324	הפרת הבטחת נישואין, הדין החל 669
חזקות (ראה: חזקה (השערה משפטית))	חזקה על הנישואין 406
טביעות עין 410	ידועה בציבור 405-407
טביעות עין של הקול 435	כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש 47
מסמך כראיה 413	מומר 45 46 47 55
נטל ההוכחה (ראה: נטל ההוכחה)	במשכון, על ידי הנושה 740
נסיבות 350 415-423 478 782	נישואי תערובת 55 56 58 59 68 69
לסדירת הדין 329-331	נישואין אזרחיים 67-72
בעונשין, חשש לאפשרות נדירה 417 416	נישואין פרטיים 270
424 425	ספק קידושין 270
בעונשין, הצורך בראיה ישירה 416	בפסולי עדות 383 384
קול 333 391 435 436	קול על קידושין 391
קלא דלא פסיק 421 422	שטר עדות על קידושין 391
רגליים לדבר 414 422	קניא רבא 387
רב	קניין
הוצאה כתב סירוב נגדו 303 304	אגב 399 400 679 744
חובתו להשיב בענייני הלכה 155	אודיאתא 398 400 741-745
מורה הוראה, משמעות המושג 161	דבר שאין בו ממש 725
מינויו בעזרת שוחד, בטלות המינוי 494	דבר שלא בא לעולם 725
495	בהתחייבות 742
מינויו, הצורך בהסכמת הציבור 151 152	חזקה 752
סמכויותו 157	חצר 798
סמכותו לפסול שוחט 162-165	יסור גמירת הדעת 625 626 821
פסלותו, כשהורה ליתן שוחד לשם מינויו	כסף 752
495	כתיבה ומסירה 399
תלמיד המורה הוראה בפני רבו 304 305	מעמר שלושתן 399 745
רב ראשי	סדר 399 745
באימפריה העותמאנית 156	עסקה משפטית של ציבור 191 192
בחירתו, הצורך ברובו מתוך כולו 197	כפשרה, כשהיה אונס 653
הימלכות בציבור כמינויו 261	קניין בשינוי 739 740
כשרותו לתפקיד כשהוא נוגע בדבר 184	קניין פירות וקניין הגוף 74-76
סמכויות ותפקידים 157 158	ריפו פגם אסמכתא 687
התכונות הנדרשות 259	בשבח, דינו 665
הרכבות הראשית לישראל (ראה גם: מוצעת הרבנות הראשית)	שטר 752
	בשכירות 752

מפחח העניינים

רמאות (ראה: הונאה; מרמה)	גורם חינוכי 152 261
רמב"ם	ועדת הבחירות, הרכבה 259–261
יישום תורתו בחיים המודרניים 301	רוב ומיעוט
רפואה	כאגודה שיתופית 172
אחריות רופא בנויקין 590	אחרי רבים להטות 276
אחריות רופא להולדת וולד בעל מום 595	דעת יחיד, החשיבות שבפרסומה 294
596	הזכרת דעת המיעוט 18
בדיקות רפואיות בהוראת בית הדין 542	ייצוג למיעוט ברשויות ציבוריות 182
543	בפשרה 318
המתח חסר 490	קיום לדעת המיעוט 220
הקוט דם, ההיתר לכך 544	רובו מתוך כולו 196 198
התנגדות החולה לטיפול, כפיית הטיפול 123–121	רודף (ראה גם: הצלת נפש)
התרמת מה עצמות מילדה בריאה לאחותה	היתר להגרר להצלת הנרדף 467 504
120	רטרואקטיביות בחקיקה
חובת הקרובים לשאת בהוצאות 244	תחולתה על מת 92
חובת הרופא לרפא 590	ריבית
חובת זהירות של רופא 590	אבק ריבית 831 832
חזות דעת רפואית 490	אבק ריבית, משמעות המושג 810
טיפול רפואי שיש בו סיכון 118 119	גדרה 830 831 839 841 842 982
ניסויים רפואיים בבני אדם 118 119	דמי גוביינא 839 840
ריפוי נפש, האם הוא ריפוי ממון 966	היקף תחולת האיסור 665 833
רפואה ציבורית 696	היתר עסקא 113
שכרו של רופא, אם מותר 695 696	הלוואת דינר בדינר 831 832 836
רצח (ראה גם: הריגה)	הלוואת מטבע במטבע 836
אינס (אילרץ) 464	הלוואת סאה בסאה 832 836
הגדרתו 488	הצרמה 112 113
המתח חסר 490	חובת ההשבה 530 665
הרצחת נגס ירשת 522	חומרת האיסור 830
הרשעה על פי ראיות נסיביות 417 419	טבעא ופירי 832 833 836
422	במומר 47–49
חובת מעצר נאשם ברצח 336–339 347	במכירת דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו 747
336	במכר 831
יסוד הכוונה 434 462 463	המשתלמת על ידי צד שלישי או לצד שלישי 841 842
יסודות העברה 415 416	נשך וחרבית 840
המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד עולם מלא 467	על חוב הנובע מפסק דין 827–829
המתכוון להרוג את זה והרג את זה 463	עקיפת האיסור 831
עדים והתראה 463	פיצויים על עיכוב כספים 827 842
הצורך במציאת הגופה או כראיה שמת הקרבן 416	פסיקה על ידי בית המשפט 981 982
שתורר הנאשם בערבות 336–338 347	ריבית קצוצה 831
רשות ציבורית (ראה גם: נבחר ציבור; עובד ציבור; ציבור; תקנות קהל)	שינוי ערך המטבע 834–838 839 840
איסור לנהוג כשירות לב 182	תביעה לתשלום ריבית 665
דרישת תשלום שיש כה משום גזל האוצה 206	תקנות 836 837 838
206	רכילות (ראה גם: לשון הרע)
האצלת סמכיות 199–201	גדרה 592
	הדלפות מריוני ועדה 194 195 262
	במסגרת מאבק על טוהר המידות 594

מפתח העניינים

שבת	191	הודאה מטעם רשות, חקפה המחייב
איסורים דאורייתא ודרבנן	915	192
הלכות שבת הרי הן כהררים התלויים		התחייבות, מילויין ברצינות כיושר
בשערה	915 914	191
חילול שבת בפרהסיא	915	זכות הטיעון, בריקת הטענות אם יש בהן
חילול שבת בשניים	915	ממש
עסקאות אסורות, חוקפן החוקי	666 665	182
רשות היחיד, עולה עד לרקיע	763	177-179 484
שורא דרייני	291 292	203
שוחד		חובת ההנמקה
האם יכול המקבל לטעון שלא היטה את		186
הדין	173	חובת הסודיות
חומרת האיסור	173 494	194 193
בעובדי ציבור ונבחריו	173 494 495	194
פסלות למינוי ציבורי	494	מעמדה כנאמן הציבור
שוחד דברים	494	רשלנות (ראה: פשיעה)
שוחט		שאלה
כשיריות	162	זכות השואל להשאל
סמכות רב לפוסלו	162-165	753 754
פסילתו, העילות לכך	162 163	206
שנפסל, החזרתו אימתי	163 164	שאלות ותשובות
שומא הדרא לעולם	775 776	אבחון תקדימים
שומרים (ראה גם: פיקדון)		111
ארבעה שומרים ודיניהם	64 715 716	שבועה (ראה גם: שבועת בעל דין; שבועת העדות; שבועת השומרים; שבועת ער)
הגדרתם	713 714	אונס (כוח עליון)
פשיעה בשומרים	715-718	686
שבועת השומרים	371	כוונת הנשבע
שכחה, דינה	717	889 898
שוחפות		376
אונס (כוח עליון)	818	נשבע שלא למכור ועבר ומכר
אחד השוחפים שנעדר, סמכות השוחף		369-371 380
האחר	817	שבועת שקר
בית משוחף	704	368-370 376 380
בעל ואישה כשוחפים ברכושם	811	שבועת בעל דין
הוצאות שוחף, זכות השיפו	704	אופן השבועה
זכות שוחף לריפוי מכספי השוחפות	818	909 368
חלוקה בדרך של גור או אגוד	812 813 104	בכית הדין ומחוץ לבית הדין
חלוקה בשווה, כשלא הותנה אחרת	809-811	בגבייה מיתומים
חלוקה, כופין על מידת סדום	134 815	413 414
חלוקה, לפי מידה	815	להכחשת עד אחד
חלוקה, עילוי דמים	812-814	387
חלוקה על פי גודל	134 815	על דעת בית דין
חלוקת זכויות במקרקעין משוחפים	811	שבועה לצורך ושלא לצורך
מנהג	818	368
פירוק שוחפות בנכסים, דרכי חלוקה	564	שבועת אין לי
	565	301
		שבועת אלמנה הגובה כתובתה
		413
		שבועת שווא
		368
		תחליף שבועה כארור ובגורה
		369
		תיקנו לבטלה
		369
		שבועת העדות
		משמעותה
		373
		שבועת השומרים
		371
		שבועת עד
		האם היא מנוגדת לדין
		365-380
		דינה כשבועה שאינה צריכה
		370 376
		דינה כשבועת שווא
		370
		מנהג להשביע עד
		370 375 376 379
		צורך שעה
		379

מפתח העניינים

דבר שלא בא לעולם 752	פשיעת שותף 818
דרכי הקניין 752	שטרות (ראה גם: שטר חוב; שטר מברחת)
הגנת הדייר 760 761	חזקה שהחזתם ידע את תוכנו 408 409
העברת השכירות לאחר, זכות השוכר 754	חזרת עד מערות שבשטר 391
755	פרשנות (ראה: פרשנות מסמכים)
השכרת המושכר על ידי המשכיר 752	קיום שטרות 391
זכות הפצא וזכות גברא 751	שני שטרות בעסקה אחת, אימתי מבטל
זכות השכירות, ריאליזת או אוכליגטורית	השני את הראשון 823 824
751-755	שטר חוב
תופש ההתנאה 757	אוחז בשטר נחשב כאוחז כשורה 819 820
טעות בזהות המושכר, תקף ההסכם 636	חזקה אין העדים חותמים על השטר אלא
מחילה כדרך לחזרה מהסכם השכירות 753	אם הוברר להם שנעשה בגדול 821
מיטלטלין, זכות השוכר להשכיר 753 754	טעות כשם החייב 904
755	טעות סופר 904
מכירת המושכר על ידי המשכיר לאחר 753	טענת קיזו כנגד שטר 825
משותפת, זכות שותף להכניס דייר אחר	כדבבת, שלא במעמד הנושה 823
כמקומו 757 758	מכירתו, שעבוד נכסי הקונה 575
משותפת, תנאי מכללא בשכירות 758	עדות עדי השטר על טעות סופר 904
סיכול, כתוצאה ממכת מרינה 758 759	שטר בעדים יש לו קול 770 771
פינוי השוכר, כשקשה להשיג רירה 760	שטרך בידי מאי בעי 819
פינוי השוכר, מניעתו משיקולי צדק 290	שהיו, האם מוכיח על מחילה 824
שכירות משנה, זכות השוכר להשכיר	שטר מברחת
753-757	תקפו 779
שלטון החוק 222	שידוכין (ראה גם: דיווך)
שליח בית דין (ראה: בית דין)	הפרת הבטחת נישואין 26 27 669
שליחות	שהיו
אין תבין לאדם שלא בפניו 704	כהוכחה למחילה 309 824
אין שליח לרבר עברה 472 554 555	שיווי זכויות האישה 73-78
חוכת נאמנות השליח 710 711	שיווק
לטובת השליח ולא לרעתו 703	פרשנות המונח 42-44
טעות השליח 193	שכור
טענת לחקוני שררתך ולא לעויתי 703	אחירותו בנדקין 459
כוח השליח אינו יכול להיתר דתור מכוח	שינוי ערך המטבע
712	דינא דמלכותא דינא 834 835
מות השליח 854 855	ריבית 839 840
מדי דממילא 454	תקנות לפיזור הנזק 836 837 838
מילי לא מימסרן לשליח 201	שיקום עבריינים (ראה גם: תקנת השבים;
למכירת נכס, זכות השליח למכור לעצמו	תשובת העבריין)
705	הערכת התנהגות העבריין 280 281
ניגוד אינטרסים בפעולות השליח	שכחה
705-708	דינה כפשעה, או כאונס 717
צר שלישי שהסחמן על השליחות 703	בדיני שומרים 717
שלוחו של אדם כמותו 710 712	שכירות
שליחות משנה 201	האומר לחברו "דור בחצרי", חובת הדר
שלישות	בדמי שכירות 729
נאמנות שליח 412	אוגס (כוח עליון), חובת השוכר ברמי
שמיטת כספים	שכירות 759
פרתכול 113 679	אך אדם פורע חובו תוך זמנו 404

מפחת העניינים

שיעבוד נכסים (ראה גם: אפוהיקי; משכון; משכנתא)	770 682	חיקון העולם (ראה גם: צורך שעה)	782 781
אחריות טעות סופר	771 770	אין גובין מנכסים משועבדים למזונות	
אי רישום השעבוד בשטר	773 770	האישה והבנות	773
אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין	776 775	בעל חוב גובה מכינונית	672
גבייה, דין שומא הדרא לעולם	782 781	גדרו	590
גבייה, למזונות האישה והבנות	770 634	צמצום אחריות וטפא בנויקין	
הכחנה בין מלווה על פה למלווה בשטר	755	תלמד תורה	
במכירת שטר חוב	769	זכויות וחובות האב בכנו	240 230
שטר היוצר שעבוד יש לו קול	770	חובות האב והאם	236 235
שעבודא דאורייתא	938 698	לנשים	239-236
שעבודא דר' נתן		על ידי מלמד	236 235
שקר		שקלה כנגד כל המצוות	230
מדבר שקר תרחק, מה כלול		חלמיד חכם	
174		חוקה ביחס להתחייבותיו	634
שתיקה כהוראה דמיא	402 401	תנאי	
תוכחה		דברים שבלב אינם דברים	638-636
בעריין	132 131	בחזה	689-685
תום לב		כל תנאי שבממון קיים	757 629 93
גדרו	785 784	לשון על מנח	973
הגנה על קונה כחום לב	786	מכללא	762 758 689-685 628
הודעת שווא בתום לב, אחריות בנויקין	578 577	במכר	762 757
התקשרויות חוזיות של ציבור	194-189	נגד הדין	332 102 93
כחוזים	647-640	בגדר	687 686
חלק מהציקרון י'עשיח הישר והטוב"	646	פרשנות, הליכה אחר הכוונה	903
כיסוד לפדשנות תנאים במכר	788	הצורך בפירוט החיוב השלילה	907
כיסוד לצורך בהגנה של תקנת השוק	783-785	בשכירות	758 757
785		תנאי אחיד בהורה	409
במכר	647	תנאי בני גד ובני ראובן	907 628
נפקויות מוסריות ומשפטיות	646	תגורו של עכנאי	276 275
פרשנות המושג	190 189 15	תקדים	
בקונה מן הגולן	765	אבחון	890
שם נרדף לישר לב	644	תקדים מחייב	110-107
תורת ישראל (ראה גם: הלכה; משפט עברי)		אימתי יש לטעות מהלכה פסוקה	109
אופי אוניברסאלי	60	תקיפה (ראה גם: גויקין)	
המושג דת, היחס ביניהם	54	אחריות החובל בחברו	590
תורה שבכתב ותורה שבעל פה	367	איסור לחבול בעצמו	670 484
תחרות לא תוגנת		איסורה	670 543
סאנקציות	647	הגנה עצמית	542 468
תקנות בני העיר	725	הורה את ילדיו	487-485
תיחך		הסכמת המוחקף	545 544
דמי תיווך, מאימתי קמה הזכות	694 693	חובה להציל את המוחקף	468
הבחנה בין תיווך במכר לתיווך בשידוכין	694 693	מורה את תלמידו	487-485
694 693		פגיעה נפשית	598 597
חזרה תיווך (שדכנות)	694 693	שניים שחבלו זה כזה	542
		תקנות בעלי אומנות	
		הצורך באישור אדם חשוב	674 160
		תקנות הגאונים	
		שכועת אין לי	301

מפתח העניינים

סמכות להתקין תקנות 103 725	תקנות הדין כבתי הדין הרבניים
עונשין 418 419	היעדר הוראה בעניין כתב סירוב 303
פרשנות (ראה: פרשנות חוקים ותקנות)	תקנות ועד ארבע ארצות
צורך ברובו מתוך כולו 197 198	חיוב על עיכוב כספים 827-829
שינוי ערך המטבע 836-838	פירעון חובותיו של בורח 844
וצקפן, כשחלק מהקהל עזבו או נפטרו 198	תקנות חכמים
תקנות רבנו תם	אתר התלמוד, תוקפן 79
בחרם ונידוי, הצורך בהסכמת הרב הציבורי	בעל חוב גובה מבינונית 127 772 773
303	גט מקושר 631
תקנת אושא	הבו דלא לוסוף עלה 836
בנכסי מלוג 74	הגנה מפני חיפזון 631
תקנת הציבור (ראה: ציבור)	החלפת שבועה בארור ובגזירה 369
תקנת השכים (ראה גם: שיקום העברין)	לטובתו של אדם, זכותו לוותר על התקנה
530	677
בגולה 766	ביחסי ממן בין בעל ואישה 94
תקנת השוק	כדי שלא לנצל דלת בפני לורין 773
באפוודיקי 769	לא פלוג 769
זכות הקונה חפץ גנוב להחזיר המחיר	המבקש להפיקע תקנה, הזוכה לבטל
ששילם 783 784	כוונתו 780
תרומות ומעשרות	למניעת קטטה אויבה 563
הערמה 112-115	מפני דרכי שלום 563
טובת הנאה במתן תרומה לכוהן פלוני 763	מפני הרמאים 371
תרעומת	שבועת היסט שהנפקד צריך להישבע 371
ביחסי שכירות 754	תקנות יהושע בן גמלא
מכטל כיסו של תכרו 827	בחינוך 240 241
חשובת העברין	תקנות כנסת ישראל
איסור להזכיר מעשיו הראשונים 174	מטרחן 158
גורם בהקלה בעונש 527 528	תקפן החוקי 157
דרכי תשובה 174 175 521 522 528 534	תקנות קהל
855 854 600 583 570	איסור והיתר 103 106
ירדוי 527	בסיס להכרה במסורת המשפט של מדינת
יום הכיפורים 532	ישראל 104
מעמד עברין שריצה את עונשו 532-534	הכשרת דיין הנוגע כדבר 183 265
משלקה הרי הוא כאחין 529 533	חוקי הגנת הדיין בתקנות קהל 101-105
עובר ציבור שסרח 174-176	חלק מהותי של ההלכה העברית 418
עידוד עברין לשוב בתשובה 530	יחסי ממון בין בני זוג 94 95
הנאי לביטול פסולתו לרין ולהעיד 951	ירושה 318
תקנת השבים 530 766	מגור מילתא 197
תשובה כמעשה ותשובה שבלב 527	מסים 888

מפתח המקורות

983	יד, ר-ז	מקרא
224	יד, כ	בראשית א, כז 223
980	טו, ט	ב, כב 924 42
158	יח, טז	ב, כז 994 553
311 199	יח, כב	ג, ט 324
599	יט, ד	ג, יא 327 324
56	יט, ה-ו	ג, טז 922
373	כ, ז	ד, א 948
373	כ, יג	ד, ט 327
928	כא, ח-ט	ד, י 374
479	כא, י	ד, כה 917
476	כא, יד	ה, א 224
937	כא, טז	ו, יא 932
332	כא, יח-יט	ט, ו 223
334	כא, יט	יד, יג 972
558	כב, ד	יח, ז-ח 367
366	כב, ט-י	יח, יח-יט 56
344	כב, כב	יט, ה 482
840 300	כב, כד	כ 785
273	כג, א	כ, ה 785
276	כג, ב	כ, ה-ו 644
284	כג, ג	כ, ו 785
285 284	כג, ו	כא, כג 908 366
494	כג, ח	כא, לא 908
225 212 181	כג, ט	כא, לד 929
952	כט, א	כג, ד 993
952	כט, ב	כד, ג 366
932	כט, מד	כד, ט 366
248	ל, יג	כו, כז 436
945	לג, יט	כט, ג 988
58	לד, טז	כט, יט 917
261 151	לה, ל	כט, כב 988
601 600	י"קרא ה, א	לא, כג 981
499	ה, כא	לח, טז 938
766 499	ה, כג	מא, לה 988
926	יא, ז-ח	מט, לב 946
947	יא, מג	שמות יב, מט 181

מפתח המקורות

י, ט 212	טו, יג-יד 869 867	טו, טז 311	טו, יח 869	טז, ב 318	טז, יג 865	טז, יח 685	טז, יט 494	יז, ט 223 79	יז, יא 208 81	יט, יא 463	יט, טו 373	יט, יט 602	כ, א-ט 213	כ, ב 720	כ, יט 137	כא, יז 957 38	כב, א-ג 795	כב, א-ד 719	כב, ב 120	כב, ה 216	כב, ח 589 586	כב, יא 210	כג, ח 225	כג, טז 476	כג, יז 226	כג, כ 840	כג, כה-כז 858	כד, א 967	כד, ו-יג 300	כד, י-יג 562	כד, יא 773 127	כד, יד-טו 692 499	כד, טו 859	כה, ב-ג 515	כה, יב 467	כו, יג 114	ל, ג 988	ל, יב-יד 643 36	ל, יט 231	לד, ט 934	יהושע ב, ז 981	ט, טו 908	ט, יח 908	יא, ח 967	יד, ה 944	יט, נא 289	שופטים ד, ז 983	ז, טו 937	ז, ה 596 218 122 28	זח, כט 478	יט, ב 366	יט, ה 984	יט, יג 859 692 500 499	יט, יד 550	יט, טו 343 339 318 284 203	יט, טז 467 120	יט, יח 570 550 544 529 224	יט, יט 504	יט, ל 225	כ, יג 483	כ, טו 483	כב, י 937	כב, יג 937	כב, כ 225	כג, ט 225	כד, ככ 217 181	כה, יד 493	כה, לה 247	כה, לה-לו 840	כה, מ 869	כו, יב 921	כז, יד 921	כז, לא 114	כמזכר ז, ו-יג 148	ט, יד 225 211	יד, לה 928	טו, לב ואילך 332	טו, לה 451	כא, כז 967	כז, יח 934	ל, ג 375	לב, ככ 186 153	לב, כט 907	לב, ל 907	לה, טז-יח 434	דברים א, טז 489 342 326 181 178	א, יז 316	ד, כז 988	ה, א-ג 56	ה, יא 373	ה, יז 373	ו, א-ב 56	ו, יח 776 774 644 319 189 127	ז, ג 58	ז, ד 58 52
----------	-------------------	------------	------------	-----------	------------	------------	------------	--------------	---------------	------------	------------	------------	------------	----------	-----------	---------------	-------------	-------------	-----------	-----------	---------------	------------	-----------	------------	------------	-----------	---------------	-----------	--------------	--------------	----------------	-------------------	------------	-------------	------------	------------	----------	-----------------	-----------	-----------	----------------	-----------	-----------	-----------	-----------	------------	-----------------	-----------	---------------------	------------	-----------	-----------	------------------------	------------	----------------------------	----------------	----------------------------	------------	-----------	-----------	-----------	-----------	------------	-----------	-----------	----------------	------------	------------	---------------	-----------	------------	------------	------------	-------------------	---------------	------------	------------------	------------	------------	------------	----------	----------------	------------	-----------	---------------	---------------------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-------------------------------	---------	------------

מפתח המקורות

טו, יז 925	ד, טז 981
ירמיה כ, כ 938	ז, ג 214
ה, ז 908 938	יא, ב 917
ז, ו 499	טו, י 476
יב, טז 908	טו, יב 476
כב, יג 685	טו, יג 476
ל, כג 941	כ, יג 476
לא, ו 988	כ, יד 476
לד, ט 972	שמואל א ב, לו 952
לח, י-יג 855	טז, ו 459
מז, ז 928	טז, ז 281
יחזקאל יג, א 992	טז, י 935
טז, לג 938	כא, י 917
יח, ט 28	ל, כד 811
מז, י 148	שמואל ב ג, כט 941
מז, כא 935	ח, טו 317
הושע יא, ו 941	ט, יב 964
יב, ח 499	יג, יב-יג 995
עמוס ד, א 499	יג, טו 995
ח, יד 908	יח, כ 917
ט, א 316	יט, ל 944
מיכה ב, ד 946	כ, י 981
ד, ג 28	מלכים א א, יג 908
ד, ה 211 226	א, יז 908
צפניה א, טו 498	ב, מז 967
זכריה ז, י 499	ג, ט 282
ח, טז 316 317	ג, כב 342
ח, יט 172	ה, לב 42 924
יג, ז 988	ח, ה 928
מלאכי ג, ה 499	ט, ב 644
חזקיהו א, א 964	יד, יג 515
כד, ג-ד 132	כא, ח-יג 599
כו, יג 599	ישעיה א, יז 342
לא, יא 954	ב, ד 28
לב, ו 992	ה 639
לד, יג 28	ו, י 282
מז, י 939	יא, ג 599
מד, כד 939	יא, ו 929
מז, ד 52	יא, ט 227
נב, ד 932	כג, טז 938
נה, ד 932	כח, ב 992
ס, יב 939	לה, ג 954
סא, ה 929	מג, טז 931 932
עד, א 939	נא, ד 52
עת, עב 644	נד, יז 28
פב, ב-ד 284	נו, ג-ז 211 225
פט, לט 939	נט, יד 954
קא, ב 644	סה, א 969

מפתח המקורות

עזרא ט, ב 58	קז, א 224
ט, ט 58	קז, ו 498
ט, יב 58	קז, לב 964
י, ג 52	קט, כד 954
י, ח 289	קיט, נד 929
נחמיה א, ז 597	קכד, ד 992
ד, ד 954	משלי א, ר 512
י, לג-לר 248	א, ח 235
דברי הימים א ח, ח 946	ב, כ 612 613 869
כח, ג 28	ג, יז 550
דברי הימים ב ה, ו 928	ג, כח 500
כ, כא-כב 224	ד, ד 28
לב, כז 914	ה, טז 988
לב, כח 914	ו, לג 978 979
	יא, י 374
מקורות חיצוניים	יג, כד 485
תשמונאים א, ג, נה 214	יד, לא 498
תרגום השבעים, עזרא י, מד 52	ית, יז 272
	כא, ל 209
משנה	כב, טו 485
ברכות ט, ה 511	כב, טז 498
פאה ח 244	כג, י 946
מעשר שני ד, ד 114	כד, כד 52
ד, ד-ה 114	כח, ל 498
ד, ה 112 114	כט, יז 485
תלה ב, ז 989	אדב, ד, כ 955
שבת י, ה 915	ת, ג 685
עירובין ז, יא 704	טו, כד 662
שקלים ד, ו 965	כט, טז 342
יומא ת, ט 600	שיר השירים ג, ו 910
יבמות י, א 478	רוח א, טו 57
גדרים ג, ג 686	א, טז-יז 54
סוטה א, ז 965	א, יח 54
ג, ד 236 273	איכה א, יד 954
ח, ב-ז 214	ב, ז 939
ח, ה 214	קהלת ג, יז 945
גיטין א, ו 704	ד, א 437
ה, ב 770	ט, יז 306
ה, ג 782	ט, יח 515
ה, ה 766	י, יז 615
ה, ח 563	יא, ו 950
ו, ו-ז 709	אסתר ג, ח 988 52
קדושין ב, ב 973	ז, ד 971
ב, ה 973	דניאל ד, א 908
ג, ב 973	ד, ד 908
ד, ב 544	ד, טו 908
ז, ו 973	ד, לא 908
	ד, לר 908

מפתח המקורות

ח, ט 960	כבא קמא א, א 567
כלים ה, י 275	ב, ב 724
יא, ב 679	ח, א 597
יז, א 598	ח, ו 615 591
כה, ב-ד 922	ט, א 766
אהלות ב, א 924 42	בבא מציעא ב, ד 796
ז, ו 488	ג, יא 716 64
פיה ג, יא 944	ד, ב 746 677 629
	ד, יב 789
תוספתא	ה, א 840
ברכות ז, ה 221	ח, ו 760
תירומות א, י 233	ט, ב 759
גדרים ו, ז 746	ט, ו 759
סוטה ז, יח-כז 214	בבא בתרא ג, ג 271
ז, כד 214	י, ה 686
גיטין ג, יג 590	י, ו 309
קידושין א, יא 986 231	י, ח 700
ג, ז-ח 93	סנהדרין א, א 297
בבא קמא ו, ו 590	ב, א 197 148
ט, ג 590	ד, א 341
ט, לב 671	ד, ד 599
י, יד 514	ד, ה 986 912 603 208
בבא מציעא א, י 412	ה, א 396
ב, כח 992	ו, א 352
ג, י 746	ו, ו 350
ד, ג 831	יא, ב 220
יא, כג 103	יא, ד 343
בבא בתרא ת, יד 233	מכות א, א 610
סנהדרין א, ב-ג 316	א, י 477 416
שבועות ג, ב 600	ב, ב 460
עבודה זרה א, יד 910	ג, טו 533 529
עדויות א, ד 18 220 294	שבועות ח, א 715 64
כלים, בבא קמא ד, יז 237	עדויות א, ד 294 277 18
בבא מציעא א, ו 237	א, ה 294 220 18
	ד, א 942
מדרשי הלכה	ה, ו 220
מכילתא, בוא יח 231	אבות א, א 342
בשלח (ויסע) א 644	א, ח 279
משפטים ו 334 333	א, י 986
יח 347 344 338 212	א, טז 912
כ 494 284 173	א, יח 561 560
מכילתא דרשב"י, שמות כג, ו 286	ב, ג 986
ספרא, ויקרא יג, א 766	ג, יח 223
מצרוע (זבים) ה, ה 902	ד, כב 596
קדושים ב, ד 470	ה, ח 347
ב, ת 470	ה, ט 345 338
ד, ג 284	ה, טז 995
	בכורות ד, ד 722

מפתח המקורות

תלמוד ירושלמי	ד, ח 120
ברכות א, ד 277 220	ד, י 224
ב, ד 953	ד, יב 180
ג, ג 925	ד, יג 459
פאה ז, ה 96	ט, ז 930
ז, ו 893	בהר ז, ב 857
מעשר שני ה, ב 96	ספרי, במדבר קיד 333
ה, ג 894	ספרי, דברים טו 311
שבת טו, א 965	יו 316 260
שקלים ג, ב 153	ק"ט 869
מועד קטן ג, א 275	קכד 81 70
חגיגה ב, ב 417	קצ 214
יבמות א, א 976	קצב-קצו 214
א, ו 277 220	רכא 417
ד, יב 113 112	רכג 467
כתובות ט, ד 563	רכו 216
נדרים ה, ו 112	רעו 562
נויר ד, ו 161	
סוטה ג, ד 237	מדרשי אגדה
גיטין ח, א 967	אבות דר' נתן א, ז 894
קידושין א, ז 231	בראשית רבה ד, ח 953
ד, י 406	יח, ה 553
בבא קמא ב, ז 459	יח, ז 968
ג, א 560	יט, ג 895 153
ג, ח 582	יט, ד 894
ח, ח 671	כז, ז 224
בבא מציעא ה, א 831	ג, ה 482
ה, ח 830	נח, ו 994
ז, א 865 102 94	סז, ח 985
ח, ט 753	שמות רבה מה, ו 945
ט, ג 827	ויקרא רבה ו, ג 380 369
סנהדרין א, א 317 316	לב, ח 437
ד, א 388	במדבר רבה כא, ב 221
ז, ח 333	תנחומא, פנחס י 221
תלמוד בבלי	מטות א 380 368
ברכות ד, א 668 270	תנחומא (כובעור), כי חשא טו 945
ה, ב 385	מדרש עשרת הדיברות, מהד' ילינק, חדר
ז, א 945	ראשון עמ' 72 380 369
י, א 943 520	לקח טוב שמות לג, יט 945
יט, ב 209	
לא, ב 203	תרגומים
לז, ב 946	תרגום אונקלוס, בראשית כ, ה-ו 644
מג, ב 926	תרגום יונתן בן עוזיאל, ויקרא יט, יח 570
נה, א 929 830 261 151	מלכים א ט, ב 644
נח, א 221	תהלים עח, עב 644
שבת ג, א 915	קא, ב 644

מפתח המקורות

899 ב כה	763 א ז
563 חגיגה כב, א	278 125 א י
941 יבמות יג, ב	946 א יב
964 172 א יד	940 ב יב
60 א כב	305 א יט
984 א כה	386 א כג
431 420 ב כה	644 570 208 180 124 א לא
941 א לב	347 345 338 א לג
941 א-לג, ב	296 א נא
942 א לג	209 א-ב פא
76 ב לו	915 ב צב
59 ב מה	209 ב צד
59 ב מז	915 א קז
45 ב מז	154 א קיד
478 א נד	385 ב קיח
478 ב נד	267 א קיט
938 ב סא	241 א קכב
947 א סד	203 ב קכו
937 א ע	926 ב קכט
402 ב פז	92 ב קנא
661 א פח	595 277 220 ב עירובין יג
452 421 417 337 269 ב צ	209 ב מא
746 א צג	278 ב נד
60 ב צז	480 ב ק
296 ב קה	116 ב פסודים ו
53 כתובות יא, א	464 ב כה
391 ב יח	947 א מב
936 698 596 28 א יט	966 763 ב מז
364 א כב	480 ב מט
919 564 ב כז	926 ב עו
217 א לג	988 ב פז
333 ב לג	920 א קיג
966 א לד	943 334 ב קיג
271 א לו	109 80 ב ראש השנה כה
563 א מז	74 א-ב לא
612 ב מט	385 ב יומא יט
243 א נ	154 ב כב
674 311 94 א נו	153 א לח
563 ב נח	947 א לט
481 א סא	942 ב עג
493 א סה	942 א-פ, א עט
406 א עג	596 532 218 122 28 ב פה
779 א-ב-עט, א עת	499 ב סוכה כט
161 א עט	765 א לא
76 א-ב עט	967 931 527 א תענית טז
782 ב עט	946 ב מגילה ז
967 934 677 73 א פג	224 ב י
311 א-ב פג	278 ב טו

מפתח המקורות

320 א יח,	901 ב פג,
435 א כג,	755 292 ב פה,
661 ב כו,	120 א-ב טו,
976 661 א לג,	746 א צא,
413 ב לד,	311 א צג,
370 א לה,	810 א-ב צג,
113 א-ב לר,	311 א צה,
289 ב לו,	193 ב צט,
679 288 234 א לו,	723 ב ק,
406 271 ב לו,	866 ב קב,
976 ב מ,	721 325 א קג,
117 47 א מא,	309 125 א קד,
976 א מע,	896 א קה,
76 א-ב-מח,	494 268 267 173 ב קה,
773 127 א מח,	283 א קי,
773 ב מט,	907 א נדרים יא,
993 233 א נב,	907 ב יג,
766 א נה,	638 א כ,
55 ב נו,	483 ב כב,
161 א נח,	210 א כב,
993 א עג,	387 א כה,
967 א עו,	686 א כז,
677 ב עז,	687 ב כז,
114 א פא,	686 102 א כת,
270 א-ב קידושין ה,	965 א לב,
865 א-ב יו,	931 א מ,
928 א-ב-יט,	966 ב מא,
712 ב כג,	112 א מח,
679 א כו,	891 ב נא,
679 א-ב כז,	966 א פה,
236 231 א כט,	502 454 א נזיר כג,
236 ב כט,	508 ב כז,
488 231 178 א ל,	235 ב כת,
995 ב לו,	161 ב כט,
514 א-ב מ,	216 א גט,
355 472 288 א מב,	907 א סוטה יז,
739 ב מח,	273 237 ב כא,
638 637 636 א מט,	507 ב כו,
637 636 א נ,	59 א מא,
966 א-ב נח,	214 ב מד,
907 א סא,	273 ב מז,
563 א סג,	661 א גישין ג,
58 ב סו,	977 ב ט,
58 52 ב סח,	102 ב י,
544 א ע,	897 ב יד,
942 941 א-ב עז,	977 ב ט,
502 ב פא,	102 ב י,
923 ב פב,	897 ב יד,

מפתח המקורות

פס, א-צ, א 76	בכא קמא ב, א 549
צ, ב 615	ב, ב 41 943
צב, א 29 544	ד, א 966
צג, א 671	ח, א 773
צג, ב 739	ח, ב 311 677
צד, א 766	ט, ב 549
צד, ב 530	י, ב 609
צוה, א 530	יד, ב 679
צור, א 766	טו, א 335
צח, ב 693 966	טז, ב 385
צח,ב-צט, ב 739	יט, ב 724
צט, ב 571	כא, ב 549 556
ק, א 572	כג, א 966
ק, ב 693	כד, ב 556
קה, ב 966	כו, א 459
קיא, ב 985	כז, ב 459
קיב, ב 273	כז, א 637
קיג, א-ב 102	כז, ב 560 588
קיד, ב-קטו, א 783	כז, ב ורא"ל 562
קטו, א 784	כח, א 563 560
קיצ, ב 985	ל, ב 161
בכא מציעא ג, א 371	לא, א 966
ה, ב 376	לב, א 556
י, א 563 852	לג, א 581
י, ב 507	לה, א 981
יא, ב 966	לה, א 234 288
יב, ב 563	מו, ב 313
יד, א 311 682	ג, ב 856
יד, ב 765	נג, א 557
טו, א 992	נה, ב 613
טו, ב 765	נה, ב-נו, א 194
טז, א 633 746 747	נו, א 549
כו, כ 797	גו, ב 714
כח, ב 593 720	נז, א 919
ל, א 9 796	סח, ב 471
ל, ב 125 127 129 525 720	ע, א 800
לא, ב 720 940	ע, א-ב 665
לה, א 718 776	עא, ב 966
לה, ב 129 776	עב, ב 384
לו, ב 548 549	עד, ב 416
לה, ב 817	עט, א-ב 752
לט, ב 564 919	עט, ב 919 929
מב, א 547 549 718	סא, ב 120 467
מו, ב-מה, א 832	פב, ב 929 926
מה, ב-מו, א 112	פג, ב 217 565 989
מט, א 644	פז, ב 597
מט, ב 192	פח, ב 74
מט, ב-נא, א 493	פט, א 74

מפתח המקורות

קטו, א 562	נו, א 679
קז, א 551	נו, ב 751
בבא כזרא ה, א-ב 404	נו, ב-נח, א 493
ח, כ 104	נח, כ 174
ח, כ-ט, א 103	נט, א-ב 110
ט, א 674 160 101	נט, ב 275 212 211
יב, ב 815 133 120	ס, א-ב 725
יג, א 813 105	ס, ב 840
טו, ב 188	ס, ב ואילך 113
זו, א ואילך 725	סא, א 833 665
כ, ב 989	סא, ב 831 665
כא, א 241 240	סב, א 465 224
כא, ב 846	סב, ב 112
כב, א 920 485	סג, ב 982 842 839 831
כב, ב 551	סה, א 989
כג, א 545	סה, ב-סו, ב 831
כג, ב 135 124	סט, א 186
כה, ב 551	סט, ב 841 831
כח, ב 283	ע, א 993
כט, א 309	עד, א 103
ל, ב 572	עדה, ב 833
מ, א-ב 658	עז, א 861 851
מא, א 738	פ, ב 714
מג, א 184 73	פא, ב-פג, א 714
מו, א 493	פב, ב 714
מוז, ב 662 655	פג, א 613 194 129
מוז, א 656	פג, א-ב 865
מט, א 73	פז, א 161
מט, ב 677	פז, א 438
נ, א-ב 76	פז, ב-פח, א 114
נד, ב 102	צא, א 478
נה, א 960 102	צג, א 714
סג, ב 762	צג, ב 549
ע, א 819	צד, א 507
פח, א 206	צט, א-ב 752
פח, ב 514	קא, א 727
קיש, ב 237	קא, ב 753 562
קבה, ב 957 38	קג, ב 759
קלא, ב 898	קד, א 905
קלב, ב 635	קה, ב 759
קמז, א 635	קז, ב 188
קמט, א 743 742 400 398	קח, א 679 645
קס, א 631	קט, א 168
קסה, ב 682	קט, א-ב 175 169
קסו, א 901	קיא, א 692 500 499
קסז, א 901	קיב, א 739 692 691
קע, כ 308	קיב, ב 324
קעג, ב 631	קיג, א 562

מפתח המקורות

544 ב פד,	699 א קעד,
543 א פה,	770 ב קעה,
220 ב פו,	297 ב סנהדרין ג,
507 ב פח,	161 א ה,
227 ב צא,	599 316 282 281 125 ו, ב
854 א צה,	278 125 ז, א
55 ב צו,	342 ז, ב
227 א צט,	984 463 427 ט, ב
278 ב קיא,	934 יד, א
343 א קיב,	304 יח, א
392 75 א מכות ג,	164 יח, ב
507 א ה,	148 יט, א
448 ב ה,	598 כד, א
478 477 424 416 28 ז, א	951 כד, ב
487 486 460 ח, א	534 384 175 כה, א
533 174 א כג,	951 כה, ב
953 שבועות כג, ב	600 כז, א
386 א ל,	742 472 374 192 כט, א
373 ל, א ואילך	398 ל, ב
325 ל, א-ב	314 186 לא, ב
328 ל, ב	722 295 לג, א
174 ל, ב-לא, א	351 350 לג, ב
502 א לא,	341 ליה, א
966 לב, א-לג, א	374 לו, א
907 לו, א	423 לד, ב
909 לח, ב	343 לח, א
382 א מ,	390 מא, א
403 ב מא,	490 353 מג, א
462 433 מו, א	56 45 מד, א
901 עבודה זרה ט, א	392 מד, ב
966 א סז,	529 מה, א
210 209 מנחות לז, ב	526 452 421 417 337 269 מו, א
926 ב סד,	491 מו, ב-מוז
176 א קט,	448 נד, א
406 חולין ד, א	979 נה, א
202 185 163 יח, א	226 נו, א
989 42 א יט,	488 נז, ב
941 א קא,	553 נח, א
941 א-ב קא,	930 סו, א
194 א קלד,	473 סז, א
976 א קלט,	504 470 467 עג, א
722 בכורות כת, ב	981 א-עד, א
45 ב ל,	120 עג, ב
488 ב מד,	467 עד, א
957 38 נא, ב	448 עו, א
962 957 38 נב, א	490 עח, א
961 ב נב,	333 עח, ב
343 ערכין ו, א	463 עט, א

מפתח המקורות

כח, א 563	טז, א 911
לז, א 288	כו, ב 76
בבא מציעא קא, ב 562	תמורה ב, ב 508
קיב, א 691	ד, ב 664
סנהדרין לה, א 341 345	לג, א 922
הגהות אשרי, בבא קמא, פרק ד, סי' ד 523	כריתות יג, ב 161
הגהות מימוניות, הל' רוצח א, יג 470	כג, א 941
א, יד 120	כד, א 416
זכרון יהודה, שו"ת, סי' נח 420	נידה יג, א 507
סי' עב 388	כ, ב 931
סי' עט 422 420 305	לא, א 178
חובות הלבבות, שער אהבת ה', פרק ו 369	
380	מסכתות קטנות
סי' החינוך, לו 599	גרים ג, ג 266
שלו 679	
תו 586	גאונים
חלא 212	אוצר הגאונים, יבמות כב, א 47
חפכ 867 869	כתובות, חלק התשובות חלד 232
חצה 79	גאוניקה (גינצבורג), חלק ב', עמ' 119 486
חצו 79	הלכות גדולות (מהר"א ש טרויב) פז, ב 561
תקב 214	(מהר" ר"ע הילדסהיימר, ברלין תר"ן) 347
תקל 137	561
תקמו 589	(מהר" ר"ע הילדסהיימר, ירושלים תשמ"מ) 561
חקעו 858	561 320
סי' חסידיים (מרגליות), סי' רלב 543	שאלתות ררב אחאי גאון, שאלתא ב 560
טור אר"ה, קנו 380 369	שאלתות דרב אחאי גאון (מהר" מירסקי) שאלתא ב, הערת המהר"ר 561
רמ 480	תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער א, סי' יד 302
אהע"ז, כ 478	כ 9
כה 481 480 483	כו 796
מד 45	
קנו 46	ראשונים
יז"ד, קנט 47 49	אבן עזרא, פירוש לתנ"ך, בראשית כ, כד 553
קס 841 831	יט, ה 482
קסב 832	קהלת ט, יז 306
רלג 508	אור זרוע, בבא קמא, פרק ג, סי' קמוה 562
רנג 244	564
רנו 244	פרק ג, סי' קנט 556
שלו 696	אור זרוע, שו"ת, חלק א, סי' חרה 47
חז"מ, ב 421 422	כית הבתירה, יבמות כב, א 46
ד 563 562 560 299	כתובות נא, ב 282
יכ, ב 317	נויר כה, ב 235
יד, ד 186	קידושין טו, א 870
יז, י 317	בבא קמא ב, א 567
יז, יח 343	כז, ב 561
כא, א 686	
כה, יד 388	
לח, ר-ה 603	
מג ג 634	

מפתח המקורות

מהר"ם בר' ברוך, שו"ת (דפי פראג), סי' לח	634 ט-י
191	פז, לה 369
סי' תעז 691	קעא, ה 813
סי' תחסא 412	קעז, א 134 815
סי' תתע 412	קעה, ל 705
סי' תתקנ 562	קפה, ג 707
מהר"ם בר' ברוך, שו"ת (דפי קרימונה),	דה, יב 655
סי' קב 562	ריא, א 746
מהר"ם בר' ברוך, תשובות פסקים ומנהגים	ריד, ה 763
(מהד' כהנא), חלק ב, פסקים ומנהגים, סי'	רכז, א 790
רא 899	רכת, ה 790
מרדכי, יבמות, פרק ד, סי' כט 56	רס, ד-ה 797
כתובות, פרק יא, סי' רנד 637	רפה, ד 817
קידושין, פרק א, סי' תצב 49	רצ, טו 707
פרק ב, סי' תקיט 637	רצ, ל 166
בבא קמא, פרק ג, סי' ל 562	שד, ה 609
פרק ג, סי' לו 563	שו, ו 573
פרק ג, סי' לח 468	שטז, ב 758
פרק י, סי' קצג 562	שלז 858
פרק י, סי' קצז 469	שנט, ח 500
בבא מציעא, פרק ו, סי' שנו 754	שנט, ט 500
פרק ו, סי' תנז-תנח 191	שעח, ט 557
סנהדרין, פרק א, סי' תרעז 723	שפט, ה 582
שבועות, הגהות, סי' תשפד 664	תכא, י 584
נימוקי יוסף על הר"ף	תכא, יח 541
בבא מציעא, פרק רביעי (כו, ב) 832	תכה, א-ג 421
פרק חמישי (לו, א) 665	יד רמה (ראה: רמ"ה)
פרק חמישי (מ, ב) 187	י' ריוחם (ראה: חולדות ארם וחזה)
פרק שמיני (נט, א) 752	סי' הישר לרבינו תם (שלונינג), סי' תרב 562
פרק תשיעי (סח, ב-ע, א) 562	המאירי (ראה: בית הבחירה)
בבא בתרא, פרק תשיעי (סז, א) 707	מגיד משנה, ה'ל' גזילה ואבידה יג, יט 720
ספורנו, פירוש לתורה, בראשית ב, כד 553	ה'ל' שכנים א, ב 105
כג, ר 994	יה, ה 645
י' עובדיה מברטנורא, פירוש למשנה	ה'ל' שכירות ט, ד 691
יבמות ת, ב 478	ה'ל' מלווה ולווה ה, יד 831
נדרים ג, ג, 686	ה'ל' נחלות י, ה 166
בבא מציעא ד, ב, 677 629	מהר"י ברונא, שו"ת, סי' קפח 303
אבות ה, ט 343	סי' רסה 873
בכורות ד, ד, 722	מהר"י וייל, שו"ת, סי' פ 575
ראב"ד, בעלי הנפש (קאפח), שער הקדושה	סי' קכה 872 855
עמ' קכב-קכז 481	מהר"ק, שו"ת, שורש א 197
ראב"ד, השגות, ה'ל' אישות א, ד 938	שורש כא 313 267
ה'ל' אישות כא, יז 236	שורש קיח 657
ה'ל' רוצח ד, א 463	שורש קנט 559
ראב"ד, חידושים, בבא קמא ק, א 573	שורש קפ 198
ראב"ד, פירוש המשנה, עדריות א, ה 18 294	שורש קפז 657
ראב"ן, בבא קמא נה, ב 613	מהר"ם בר' ברוך, שו"ת (דפי לבוב), סי' קמח
בבא מציעא קא, א 562	562

מפתח המקורות

סי' רכח 200	ראב"ע (ראה: אבן עזרא)
סי' רלד 431 420	רא"ש, פירושים, נדרים כ, ב 483
סי' רלד-רלט 333	רא"ש, פסקים, כתובות, פרק ד, סי' ה 824
סי' רלו 347 338 336 333	פרק ו, סי' ו 746
סי' רנא 419 175	פרק ו, סי' כג 750
סי' שעא 821	בבא קמא, פרק א, סי' ג 271
סי' חסא 249	פרק ג, סי' א 556
סי' חעו 192 191	פרק ג, סי' ג 563 562 560
סי' חפ 408	פרק ט, סי' ג 766
סי' תצא 343	פרק ט, סי' טז 573
סי' תקו 753	בבא מציעא, פרק ב, סי' י 798
רי"ד, חוספוח, כתובות צג, ב 811 810	בבא בתרא, פרק ח, סי' יב 957
קידושין נ, ב 941	סנהדרין, פרק ג, סי' לא 388
ריטב"א, חידושים, כתובות ק, ב 786	פרק ד, סי' ו 109 107
קג, א 325	רא"ש, שו"ת, כלל א, סי' ב 758
קידושין ג, א 638	כלל ו, סי' ה 198
עז, ב 942	כלל ו, סי' יט 191
בבא מציעא ק"א, א 500	כלל ו, סי' כא 191
בבא בתרא ט, א 674 160	כלל ז, סי' ד 664
קמד, ב 707	כלל יג, סי' יד 898
ריטב"א, שו"ת, סי' פה 196	כלל יח, סי' טז 786
סי' קסז 911	כלל מג, סי' יט 303
רי"ף' מיגאש, שו"ת, סי' קכב 658	כלל נה, סי' ג 723
רי"ף, ביצה, פרק חמישי (כ, ב) 665	כלל נח, סי' ד 176
כתובות, פרק רביעי (טו, ב-טז, א) 824	כלל נח, סי' ו 602 600
בבא קמא, פרק שלישי (יב, ב) 560	כלל נח, סי' ז 184
פרק תשיעי (לה, ב) 573	כלל סח, סי' יד 900 820
בבא מציעא, פרק רביעי (כו, ב) 832	כלל סח, סי' כ 362
רלב"ג, פירוש לנ"ך, משלי יח, יז 273	כלל עח, סי' א 780
רמב"ם, די החזקה	כלל עח, סי' ג 780 646
יסודי התורה ה, ד 459	כלל פג, סי' ד 411
ה, ה 464	כלל פה, סי' ב 243
דעות ב, ו 481	כלל פו, סי' א 272
ו, ד 212	כלל קא, סי' ג 563
ו, ז 131	כלל קא, סי' ה 557
ו, ח 132	כלל קז, סי' ו 362
ז, ב 592	כלל קח, סי' י 551
ז, ו 592	רא"ש, שו"ת, כתב יד פריס 901
תלמוד תורה, א, א 236	רבנו יונה, אגרת התשובה, אות עב 235
א, יג 237	רבנו יונה, שערי תשובה, שער ג, סי' ס 185
ב, א 241 240	856 202
ב, ב 240 485	רגמ"ה, שו"ת (מהר"א איידלברג), סי' סז 796 9
ב, ה 240	רד"ק, פירוש לנ"ך, ישעיה סה, א 969
ב, ו 240	ר"ח, פירוש, בבא קמא כז, ב 560
עמודת כוכבים י, ב 226	ריב"ש, שו"ת, סי' ו 46
יב, ה 216	סי' קע 564 375
תשובה ב, א 521	סי' קעג 303
ב, ב 528 525	סי' קעז 834

מפתח המקורות

898 נדרים ת, ח	521 ב, ד
911 ט, א	525 ב, ה
911 ט, יג	600 ב, ט
502 455 יב, יח	525 514 ג, א
210 כלאים י, כט	525 515 ג, כ
335 מתנות עניים ה, טו	515 ג, ג
244 ט	515 ג, ד
113 שמיטה ויובל ט, טו	457 ה, א
168 כלי המקדש ד, כא	463 שבת א, י
175 ד, כב	915 א, טו-טז
176 ביאת המקדש ט, יג-יד	763 יד, ג
549 נזקי ממון ב, טו	209 כו, כג
581 י, יא-יב	564 מגילה וחנוכה ד, יד
919 גניבה א, ג	45 אישות ד, טו
985 ד, י	94 ה, ט-י
783 ה, ב	364 ט, לא
484 ה, ב-ג	94 יכ, ו
514 ז, יב	480 יד, ח
508 ט, י	480 יד, ט
919 גזילה ואבידה א, ג	480 יד, יא-יב
500 א, ג-ד	480 טו, יז
739 ב, א	481 טו, יט
766 ב, ב	413 טז, ד
739 ב, יא-יב	563 בא, ט
206 ה, יח	236 כא, יז
765 ח, יד	934 כג, ב
591 ט, א	893 690 כג, יא-יב
765 ט, ה-ז	94 כג, יב
727 י, ד	433 גירושין יג, כא
720 יב, ג	478 407 איסורי ביאה א, יט
796 9 יג, י	407 א, כ
720 יג, טו	226 ג, טו
720 יג, יט	59 יג, א
798 797 טז, ד	59 יג, ד
797 טז, ה	59 יג, ו
798 יז, ח	53 יג, ז
566 חובל ומזיק א, ב	226 יד, ו
459 א, יא	58 טו, ד
554 א, יג	483 כא, ט
597 ב, ז	926 מאכלות אסורות ב, כ
554 ד, טו	926 ד, יח
553 ד, טז-יח	926 ד, יט
670 484 ה, א	926 ד, כא
543 ה, ג	373 שבועות א, יכ
600 ה, ט	686 ג, א
541 ה, י	373 ט ואילך
29 ה, יא	368 יא, א
459 ה, א	909 368 יא, ח-ט

מפתח המקורות

815 134 יב, א	591 יג ז
645 יב, ה	336 רוצח א, ד
857 עבדים א, ו	467 א, ו-טז
869 ג, טו	504 470 א, יג
714 שניירות ג, ב	504 470 120 א, יד
549 ג, ט-י	484 ב, כ
753 ה, ה	419 ב, ד-ה
761 760 167 ו, ז	463 ד, א
562 ז, ז	336 ד, ט
691 ט, ד	461 ה, ג
851 ט, ז	582 ו, יא
710 ט, יא	175 ז, יד
714 י, א	670 583 יא, א-ד
714 י, ג	586 יא, ד
739 693 י, ד	670 יא, ה
573 י, ה	744 מכירה ו, ז
175 169 168 י, ז	677 629 ז, א-ב
692 יא, א	656 655 י, א-ג
499 יא, ב	659 י, ב
692 יא, ג	652 י, ג
858 יב, א	654 י, ד
549 547 שאלה ופקדון ד, ו	638 יא, ט
300 מלווה ולווה א, ז	687 יא, יג-יד
301 ב, ד	743 יא, טו
936 698 ב, ו	790 יב, א
665 ד, ב	493 יב-יד
831 ה, ו	679 יג, א
831 ה, ח	787 י, יג
841 831 ה, יד	790 789 788 649 493 יח, א
112 ה, טו	789 יט, א
723 יב, י	746 כב, א
404 יד, א	746 כב, ה
773 127 יט, א	745 399 כב, ט
773 127 יט, ב	749 746 כב, טו
324 כב, ב-ג	749 כב, טז
776 775 כב, טז	752 745 399 כג, א
776 כב, יז	754 כג, ח
821 כד, ה	762 כד, טו
699 כה, ה	890 111 כה-כז
702 כו, ב	890 111 כז, ז-ח
682 כז, יד	665 ל, ז
901 כז, טו	779 וכייה ומתנה ו, יב
382 טוען ונטען א, א	923 ו, יד
382 ג, ו	813 105 שבנים א, ב
403 ו, ג	704 ה, א
742 ו, ו	550 י, ה-ו
961 957 38 נחלות ג, א	545 יא, ד
962 ג, ה	511 יא, ד-ז

מפתח המקורות

600 ב, ב	48 יב, ו
209 81 ממרים א, ב	233 ט, יא
156 א, ד	282 סנהדרין ב, א
204 מלכים ד, ו	286 148 ב, ה
215 ה, א	262 ב, ח
195 ה, א-ב	563 560 ב, יב
137 ו, ז-ח	260 ג, ח
214 ז	263 ג, י
226 211 ח, י	723 722 ה, א
488 ט, ד	723 ה, ג
53 י, ג	312 186 ה, ו
226 י, יב	601 ה, ו
227 יב, ב	353 ז, ו ואילך
227 יב, ד-ה	331 ז, ח
523 רמב"ם, מורה נבוכים ג, מא	686 ז, י
368 רמב"ם, ספר המצוות, עשה ז	351 י, ט
858 עשה רא	341 יא, ד
285 לא תעשה רעז	374 227 יב, ג
512 430 422 416 350 לא תעשה רצ	601 353 יג, א
468 לא תעשה רצג	599 יד, ג
223 רמב"ם, פירוש המשנה, הקדמה	515 יז, א
516 הקדמה לפרק חלק	533 יז, ז
343 אבות ה, ט	175 יז, ח
175 168 רמב"ם, שו"ת (מהר"ב לאור), סי' קיא	175 יז, ט
212 סי' רצג	512 430 428 426 420 יח, ו
211 סי' תמת	361 כ, א
211 רמב"ם, שו"ת (מהר" פריימן), סי' שסט	343 כ, ו
226	342 כ, ז
רמב"ן, השגות על הרמב"ם, ספר המצוות,	339 כא, א
עשה ז	325 א-ג
368	342 כא, ט
289 רמב"ן, חידושים, גיטין נב, א	316 כב, ד
674 160 בבא כזא ט, א	286 267 כג, ו
553 רמב"ן, פירוש לתורה, בראשית ב, כד	411 כד, ב
994 כג, ד	362 361 כד, ג
226 לד, יג	305 כד, ד ואילך
645 190 ויקרא יט, ב	687 290 כד, ו
224 יט, יח	529 509 418 כד, י
645 319 דברים ו, יח	392 ערות ג, ה
645 יב, כח	564 ג, יב
600 רמב"ן, קונטרס דינא דגרמי	428 ט, ט
רמב"ן, תורת האדם, שעד המיתוש, ענין	410 ט, י
הסכנה 695 590 544	383 י, ד
רמב"ן, שו"ת המיוחסות לרמב"ן (ראה:	534 יב, ט
רשב"א)	374 יו, ב
רמ"ה, יד רמ"ה, סנהדרין לב, ב	502 יו, ה
346 342 לה, א	602 יח, א-ב
ר"ן על הרי"ן, כתובות, פרק חשיעי	603 יח, ח
(מד, א-ב) 755	

מפתח המקורות

כה, ב, ד"ה מאי חזית 464	קידושין, פרק ראשון (א, ב-ב, א) 270
תענית טז, א, ד"ה ואינו חוזר בו 527	פרק שני (כא, א) 638 637
תגיגה כ, א, ד"ה איוהו קטן 235	ר"ן, חידושים, בבא בתרא ט, א 160 674
כתובות יא, א ד"ה יכולין 53	סנהדרין נו, א 333
מד, א 824	ר"ן, פירושים, נודים כז, ב ד"ה והוא דקנו
נו, א 674	688 687 291
עט, א, ד"ה מורה הוראה 161	עג, ב 120
פג, א, ד"ה ידו 73	ר"ש משאנץ, פידוש המשנה, עדויות, ה 18
פר, א, ד"ה אבל פקדון 963	294 277 220
פה, ב, ד"ה שורא דדייני 292 291	רשב"א, חידושים, בבא קמא ק, א 573
סוטה כא, ב, ד"ה שמטעים 273	בבא מציעא עד, א 103
כו, כ, ד"ה ובת כהן 507	רשב"א, שו"ת, חלק א, סי' שא 927
ד"ה שתוף 507	סי' תתצג 771
מא, א, ד"ה אחינו אתה 59	סי' תתצד 771
מד, ב, ד"ה אבל 215	סי' אלף כח 752
מו, א, ד"ה אלא שהשעה 269	חלק ג, סי' רצא 898
מו, ב, ד"ה לוחשי לחישות 273	סי' שצג 418
גיטין ט, ב, ד"ה ואין שטר 977	חלק ד, סי' שיא 418 419 431
לג, א, ד"ה תינח 976	חלק ה, סי' קסו 716
ד"ה שויה רבנן 976	סי' דלת 510
לו, א, ד"ה אביהן 288	סי' רפכ 888
נב, א, ד"ה דילמא 993	חלק ו, סי' קנא 891 911
עז, ב, ד"ה שומעין 677	חלק ז, סי' רצב 48
פא, א, ד"ה דרך טרקסמן 114	רשב"א, שו"ת המיוחסות לרמב"ן, סי' לח
קידושין כו, א, ד"ה שיש להם 679	235 232
כט, א, ד"ה אף להשיטו 231	סי' רכז 48
ד"ה כאילו 231	סי' רעט 418 422
ל, ב, ד"ה עיסקא 231	רשב"ם
לו, א, ד"ה חובת 995	בבא בתרא מג, א, ד"ה וידי 74
מב, ב, ד"ה אין שליח 555	מו, ב, ד"ה כל דמזבן 655
מז, ב, ד"ה והכא 740	מט, א, ד"ה לא אמר 73
סח, ב, ד"ה כי יסיר 58	ע, א, ד"ה או דלמא 819
ד"ה ואין כנך 58	ד"ה וליטעמך 819
ד"ה בנך מישראלית 58	פח, ב, ד"ה אפשר ליה 514
בבא קמא יד, ב, ד"ה דבר השוה 679	קכה, א, ד"ה ועד האמר 963
כו, ב, ד"ה לא עביד 560	קכה, ב, ד"ה ואין 38 957
ד"ה במקום 560	קלא, ב, ד"ה לא עשאה 898
ל, ב, ד"ה בהלכה 161	קס, א, ד"ה ומגרשי 631
פח, ב, ד"ה באושא 74	קסח, א, ד"ה אסמכתא 687
פט, א, ד"ה והרי היא 74	קעג, ב, ד"ה ר' יהודה 631
צג, ב, ד"ה משלם 739	קעד, א, ד"ה תן לו 700
צט, ב, ד"ה טעו 572	רשב"ש, שו"ת, סי' רפח 637
ד"ה רב 572	סי' שנד 894 96
ק, ב, ד"ה והקריחו זרה 693	סי' תקסו 192
קטו, א, ד"ה תקנת השוק 784	רש"י, פירוש לחלמוד
בבא מציעא ג, ב, ד"ה אינו 401	שכת לג, א, ד"ה עיניו הדין 343
י, ב, ד"ה בר חיובא 507	עירובין י, ב, ד"ה עלובין 277 220
יד, א, ד"ה אתרוית 682	פסתים ו, ב, ד"ה ברשותי 116

מפתח המקורות

785 ה, כ	טו, א, ד"ה ואשפי 993
994 כג, ד	כו, ב, ד"ה בין התיבה 797
438 כה, יט	לו, ב, ד"ה פשע כה 547
938 לה, טז	מד, ב, ד"ה אי אמרת 832
שמות כא, טו 937	מה, ב, ד"ה אומר 114
לג, יט 945	ס, ב, ד"ה איוהו נשך 840
רקרא ה, כא 499	ד"ה המרבה בפירות 840
כה, מג 857	טה, א, ד"ה נקטי להו 989
במדבר לד, יח 288	עז, א, ד"ה שאני 691 852
דברים ו, יח 319	פז, א, ד"ה פני הבית 114
כב, א-ד 720 719	צו, א, ד"ה עבד 507
ישעיה יא, ג 599	קה, ב, ד"ה אינו מנכה 759
מג, טז 932	קה, ב, ד"ה מהו 759
קהלת ט, יז 306	קייב, א, ד"ה אומן 740
רש"י, שו"ת, סי' קצה 48	קייב, א, ד"ה קבלנות 691
שיטה מקובצת	כבא בתרא טו, ב, ד"ה ששופט 188
כתובות יא, א, ד"ה גמרא גר קטן 53	כב, א, ד"ה אית לן 920 51
ד"ה והרשב"א ז"ל 53	כב, א, ד"ה ער רעקיתו 920 51
כבא מציעא כו, ב, ד"ה מתניחין מצא	כג, ב, ד"ה ועל דא 125
בתנח 798	סנהדרין ו, ב, ד"ה דאין לו לדיין 599
ט, ב, ד"ה וזה לשון הראב"ד 833	ו, ב, ד"ה אלא 599 125
ר' שמואל הנגיד, מבוא התלמוד 161	ז, ב, ד"ה שמרע 273
שערי תשובה (ראה: רבנו יונה)	ט, כ, ד"ה רבא אמר 427
תולדות אדם וחוה, סי' ארס, נתיב יט 246	כג, א, ד"ה יצא דין 150
סי' חוה, נתיב כג, חלק ג 235	כז, ב, ד"ה אסמכתא 630
נתיב כג, חלק י 903	לב, א, ד"ה דיני נפשות 341
תוספות, שבת ו, ב, ד"ה כאן בזמן 915	לה, א, ד"ה ליבא דאינשי 341
ערוכין פכ, א, ד"ה קטן 235	לה, א, ד"ה ליריינו 343
תענית כו, א, ד"ה אי 47	מג, א, ד"ה מעיקרא 353
כתובות מז, ב, ד"ה זימנין 674 74	מד, א, ד"ה חטא ישראל 56
נד, ב, ד"ה אף על פי 752	מו, א, ד"ה אלא שהשעה 526 452 337
ע, א, ד"ה אבל 750	עז, א, ד"ה ויכול 467
עט, א, ד"ה עשאוּם 780	ב, ד"ה ואהבת 544
פה, ב, ד"ה שודא דדייני 292	מכות ג, ג, ד"ה מוסר שטרותיו 113
צא, ב, ד"ה דובנא 746	ה, א, ד"ה גברא 507
צז, א, ד"ה זבין 636	ז, א, ד"ה אף 416
קו, ב, ד"ה חנן 727	ד"ה ראיחם 477
קידושין ח, כ, ד"ה מנה 658	שבועות ל, א, ד"ה הוי דן 203
לח, ב, ד"ה השמטת כספים 976	ל, ב, ד"ה לא יעשה 328
מג, כ, ד"ה השתא 373	מא, ב, ד"ה כאומר 403
כבא קמא כג, א, ד"ה וליחייב 670	מו, א, ד"ה דגוים 462
כז, ב, ד"ה אמאי 556	תולין יח, א, ד"ה שליחותיה 163
ד"ה ושמואל 459	קא, א, ד"ה דבאיסור כולל 941
לב, א, ד"ה תרויהו 556	בכורות נב, ב, ד"ה לאיתויי נכסי 961
לב, ב, ד"ה חייב 583	ערכין טז, א, ד"ה בא לידי 911
פכ, ב, ד"ה לא יגדל 927	תמורה לג, א, ד"ה בין טוב 922
צו, א, ד"ה כל זכות 766	רש"י, פירוש לתנ"ך, כראשית ב, כד 553
ק, א, ד"ה אחוי דינר 573	יט, ה 482

מפתח המקורות

אורים ותומים, חו"מ, אודים, סי' כח, ס"ק י 379	בבא מציעא מו, א, ד"ה ונקנינהו 398
תומים, סי' ז, ס"ק ט 286	כ, ב, ד"ה ולא 831
אור שמח על הרמב"ם, הלי' נזקי ממון, ט, יא 874	בבא בתרא ח, כ, ד"ה דין אמת 278
איחן האזרחי, שו"ת, סי' מג-מד 421	יג, א, ד"ה אית 814
סי' מה 421	מד, ב, ד"ה דלא 745 400 398
ד' אליהו מזרחי, שו"ת, סי' מז 46	נ, ב, ד"ה וספק 456
אנציקלופדיה תלמודית, ערך אגלאי מילחא 912	קכה, ב, ד"ה ואין הבכור 962
למפרע 912	קמח, א, ד"ה שכיב מרע 744
ערך אַלם 918	קס, א, ד"ה חקנו 631
ערך בן 923	סנהדרין ב, ב, ד"ה מה לי 598
ערך דברים שכלב 639	מכות ז, א, ד"ה דילמא 416
ערך הצלת נפשות 120	שבועות כג, א, ד"ה דילמא 638
ערך חינוך 233	מנחות קט, א, ד"ה לא ישמשו 47
באר הגולה, חו"מ, סי' ריב, אות ע 749	בכחות נא, ב, ד"ה ולא 957
סי' רפג, אות ת 49	ס' התרומות, שער מו, חלק א 48
סי' שיב, אות ג 753	תרומת הדשן, שו"ת, סי' שה 314
סי' שסו, אות א 753	סי' שט 740
סי' תג, אות ד 609	סי' שלג 716
באר היטב, יו"ד, רנג, ס"ק ו 246	סי' שמג 249
חו"מ, ב, ס"ק ג 305	סי' שמד 150
ט, ס"ק ג 268	תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' נר 836
מב, ס"ק טז 904	סי' סד 314
צט, ס"ק יט 782	סי' קטב 319
קפה, ס"ק ה 705	סי' רו 904
רב, ס"ק יא 745 400	סי' רח 468
שיב, ס"ק כג 759	סי' ריד 182 149
בגרי כהונה, שו"ת, סי' ג 752	תשב"ץ, שו"ת, חלק ב, סי' קצב 574
ב"ח על הטור, תו"מ יב, ד 611	חלק ג, סי' יג 376
יז, יב 322	סי' טו 376 370
קכט, ג 701	סי' עו 237
קעה, ל 706 705	סי' פב 590
בית אפרים, שו"ת, חו"מ, סי' ד 835	תשב"ץ קטן, סי' קסו 725
בית דוד, שו"ת, יו"ד, סי' פ 835	תשובות מימוניות, נזיקין, סי' יד 562
בית הלל, יו"ד, סי' קע 827 828	סי' כא 562
בית יוסף על הטור, אהע"ז כה 483	
יו"ד קסב 832	
קסה 835	
רלג 508	
חו"מ יג, ט 196	
יר, ג 314	
כה, א-ב 723	
לד, מג 175	
מב, י 904	
סא, ית 903	
קפה, ג 706	
רב, א, 745 400	
	כבא מציעא מו, א, ד"ה ונקנינהו 398
	כ, ב, ד"ה ולא 831
	בבא בתרא ח, כ, ד"ה דין אמת 278
	יג, א, ד"ה אית 814
	מד, ב, ד"ה דלא 745 400 398
	נ, ב, ד"ה וספק 456
	קכה, ב, ד"ה ואין הבכור 962
	קמח, א, ד"ה שכיב מרע 744
	קס, א, ד"ה חקנו 631
	סנהדרין ב, ב, ד"ה מה לי 598
	מכות ז, א, ד"ה דילמא 416
	שבועות כג, א, ד"ה דילמא 638
	מנחות קט, א, ד"ה לא ישמשו 47
	בכחות נא, ב, ד"ה ולא 957
	ס' התרומות, שער מו, חלק א 48
	תרומת הדשן, שו"ת, סי' שה 314
	סי' שט 740
	סי' שלג 716
	סי' שמג 249
	סי' שמד 150
	תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סי' נר 836
	סי' סד 314
	סי' קטב 319
	סי' רו 904
	סי' רח 468
	סי' ריד 182 149
	תשב"ץ, שו"ת, חלק ב, סי' קצב 574
	חלק ג, סי' יג 376
	סי' טו 376 370
	סי' עו 237
	סי' פב 590
	תשב"ץ קטן, סי' קסו 725
	תשובות מימוניות, נזיקין, סי' יד 562
	סי' כא 562
	אחרונים
	אבן האזל על הרמב"ם, הלי' שכירות, ז, י 169
	171
	אבני נזר, שו"ת, חו"מ, סי' נב 691
	אגלי טל, חלק א, חורש, ס' ג 915
	אגרות משה, שו"ת, חו"מ, סי' עו 169
	סי' עו 169
	אגרות קודש מאת גדולי הדור (ר"י קנייבסקי) 480
	אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, חלק ב, עמ' קפת ואילך 798
	מכות, עמ' ק 610

מפתח המקורות

חיי אדם, כלל כב, ס' כ 235	רה, יכ 654
חכם צבי, שו"ת, ס' טז 398	רצ, טו 707
חלקת מחוקק, אהע"ז, יא, ס"ק יא 296	רצ, ל 166
פג, ס"ק ו 553	רצא, טו 716
תפץ חיים, אהבת חסד, חלק א, פרק א, ס' ט 247	בית יעקב, שו"ת, ס' לג 164 304
חלק ב, פרק כא 247	ס' צ 752
פרק כד 247	בנימין זאב, שו"ת, ס' תו 47
תפץ חיים, ליקוטי הלכות, סוטה כא 237	בקש שלמה, שו"ת, ס' כ 169
תפץ חיים, שמירת הלשון, פתחה 203	גנת ורדים, שו"ת, אהע"ז, כלל ד, ס' כא 98
מצוות עשין, ס' ג 203	חוי"מ, כלל ד, ס' א 837
הלי איסורי לשון הרע, כלל ב, ס' יא 195	הגר"א, ביאורים לשו"ע, חוי"מ, רה, ס"ק כח 656 655
262	פירוש לתנ"ך, ישעיה א, יז 599
כלל י, ס' יד 593	משלי ו, כד 125 278
חקקי לב, שו"ת, חוי"מ, ס' ה, 517	כב, יב 599
חקרי לב, שו"ת, חוי"מ, ס' קנד 836	דבר אברהם, שו"ת, חלק ב, ס' לר 346
חכם סופר, שו"ת	דברי חיים, מועדים, שבועות 30
יור"ד, ס' קח 927	דברי מלכאל, שו"ת, חלק ג, ס' קנו 790
ס' רלט 245	דרישה, חוי"מ, א, ב, 125 278
ס' שלה 496	שטז, א 754
חוי"מ, ס' יט 152 261	דרכי יוסף, חוי"מ, ס' יב, אות יד 845
ס' נח 835	דרכי משה, טור, יור"ד, קנט, ס"ק ב 48
ס' קס 495	חוי"מ, יט, ס"ק א 302
ס' קסב 370 373	קסג, ס"ק א 241
ס' קצח 827	דרכי נועם, שו"ת, יור"ד ס' כד 833 836
ס' רו 370	הליכות ישראל, שו"ת, ס' ה-ו 693
ט"ו, אהע"ז, נ, ס"ק ה-ז 689	הלכה פטוקה, חוי"מ, ו, יב עמ' 148 183 266
יור"ד, חסד, ס"ק א 496	העמק שאלה, שאלתא ב, אות א 561
חוי"מ, רת, א 666	ראמר יצחק, שו"ת, חוי"מ, ס' קנד 835
רפג, ב 48	ריכוח מים חיים, הקדמה 220 221
ים של שלמה (ראה גם: רש"ל) ביצה, פרק ב, ס' ו 717	זרע יעקב, שו"ת, ס' עד 836
כתיבות, פרק ד, ס' בח 781	חוות יאיר, שב"ח, ס' ר 781
בבא קמא, פרק ג, ס' ה 564	השטות 187
ס' ט 468	חוט השני, שו"ת, ס' לט 905
ס' כ 556	חוקי החיים (פאלאג'י), חלק ב, ס' ק 867
ס' כח 582	חוקת משפט, הלי מכירה ל, ו 747
פרק ט, ס' כד 577	חזון איש, בבא קמא, ס' כג, ס"ק ב 167 170
ישא ברכה, שו"ת, אהע"ז, ס' יד 98	בבא בתרא, ס' ה, ס"ק טו 205
ישכיל עבדי, שו"ת, חלק ב, קונטרס אחרון, אהע"ז, ס' כ 236	ס' ה, ס"ק א 150
חלק ו, חוי"מ, ס' ח 104	סנהדרין, ס' טו, ס"ק ד 106
כלי יקר, פירוש התורה, דברים יז, א 277	אז"ח, ס' נו, ס"ק ד 511
כנסת הגדולה, חוי"מ, מב, הגה"ט לג 904	אהע"ז, ס' סג, ס"ק ז 79
כסף משנה, הלי יסודי התורה, ה, ד 459	ס' סח, ס"ק ב-ג 79
הלי מכירה יא, טו 743	ס' ע, ס"ק ה-ו 79
הלי סנהדרין יז, ט 175	חוי"מ, ס' טו, ס"ק ט 836
כרם חמר (ראה: קבצי תקנות, תקנות פאס)	ס' כב 821 625
	ליקוטים, ס' יח, ס"ק ה 588
	ס' יח, ס"ק ו 587

מפתח המקורות

845 ס"ח	לחם משנה, הלי דעות ו, ז 237
563 ס"כ	הלי בכורות ו, ח 664
מהרש"ם, שו"ת, חלק ב, ס"ר 927	הלי סנהדרין ג, ח 260
ס"ר 156	לחם רב, שו"ת, ס"פ 317
חלק ג, ס"ה 843	ספר מאירת עיניים (ראה: סמ"ע)
חלק ד, ס"ז 79	המבי"ט, שו"ת, חלק א, ס"ר 197 198
מוצל מאש, שו"ת, חלק ב, ס"א 647	ס"י רצה 98
מור וקציעה, שו"ת, ס"ש 121	ס"י ש"ב 98
מחנה אפרים, הלי מלוה ולוה, ס"כ 836	ס"י שמג 314
מים חיים, שו"ח, חו"מ, ס"ו 129	ס"י שמו 752
מים עמוקים, שו"ת, תשובות הרא"ח, ס"ס 193 191	חלק ב, ס"ט 232
מנחת אלעזר, שו"ת, חלק א, ס"ו 495	ס"י קכד 98
מנחת ירושלים, סידור, עמ' 892 586	חלק ג, ס"מ 98
מסילת ישרים, פרק יא 162	ס"י קטו 656 657
מערכת אברהם 487	ס"י קפה 98
מקוה המים, שו"ת, יו"ד, ס"כא 238	ס"י רכח 191
מקור ישראל 98	מגדל עזר, הלי אישות ד, טו 45
המקנה, קידושין ל, ב 872	מגן אברהם, שו"ע או"ח, קנו, ס"ק ב 120
ר' משה רוטנברג, שו"ת, חו"מ, ס"ה 384	תרג 872 855
משיב דבר, שו"ת, חלק ב, ס"ח 163	מהר"י בי רב, שו"ת, ס"ל 56
ס"ט 163	מהר"ט, שו"ת, חלק א, ס"ק 563
משנה ברורה, או"ח, נג, ס"ק ב 170	ס"י קלח 270
חרג, ס"ק ד 855	חו"מ, ס"כג 634
משנה למלך, הלי גירושין ג, יט 664	ס"י סט 634
הלי מכירה א, ח 752	ס"י צח 657 656
משפטי עזיאל, שו"ח, אהע"ז, ס"זא 232	מהר"ט צהלון, שו"ת, ס"לג 832 836
236	ס"י פט 752
חו"מ, ס"א 156 298	ס"י קמז 115
ס"י יג 370 374	מהר"ם אלשיך, שו"ת, ס"ע 666
נהר מצרים קצו, א 98	מהר"ם גלנטי, שו"ת, ס"קבא 98
נודע ביהודה, שו"ת, מהד' קמא, חו"מ, ס"כ 182 149	מהר"ם מלובלין, שו"ת, ס"מג 583
ס"ל 398	ס"י קלח 421
ס"לד 957	מהר"ץ חיות, כל ספרי, כרך א, עמ' שעב ואילך 79
מהד' תניינא, אהע"ז, ס"קכט 664	מהר"ש הלוי, שו"ח, חו"מ, ס"ד 740
יו"ד, ס"קמח 658	מהרש"ם, שו"ת, אהע"ז, ס"כא 391
חו"מ, ס"כד 724 790	ס"י קכג 232
ס"ל 694	יו"ד, ס"קנא 198
ס"מ 249	ס"י רכד 836
נחלת צבי, שו"ע, חו"מ, שלט, י 827	חו"מ, ס"מר 656
נשמת כל חי, ס"י יז 867	ס"י סו 904
נתיבות המשפט, ס"ד, ביאורים, א 563	ס"י עא 769
ביאורים, ג 559	ס"י שסו 904
ס"ר, חידושים, יא 654	ס"י שפ 102
ס"רצא, ביאורים, י 718	ס"י תטו 752
סמ"ע, חו"מ, יד ס"ק יא 314	ס"י תמב 249
ס"ק כו 187	מהרש"ך, שו"ת, חלק א, ס"עב 836
	חלק ג, ס"א 384

מפתח המקורות

סט, ס"ק ג-ד 819	יד, ס"ק טו 342
קז, ס"ק ב 787	ס"ק טז 342
קעו, ס"ק ו 974	כה, ס"ק יד 723
רעזח, ס"ק ד 963	טו, ס"ק נה 755
שלג, ס"ק ג 129	פו, ס"ק כ 870
צור יעקב, שו"ת, סי' קצה 171 169	קח, ס"ק כז 414
ציץ אליעזר, שו"ת, חלק ד, סי' יד 491	קט, ס"ק ו 787
חלק ז, סי' מח 543	קעה, ס"ק כו 706
צמח צדק (קרוכמל), שו"ת, סי' ב 564	רה, ס"ק ט 655
סי' מד 896	רח, ס"ק ג 666
צדור החיים 486	ריב, ס"ק יט 749
קול מבשר, שו"ת, חלק ב, סי' מב	רכז, ס"ק א 791
קצות החושן, חו"מ, הקדמה 277	רלא, ס"ק לד 514
כח, ס"ק א 523	רצא, ס"ק יב 718
מ, ס"ק א 743	שנו, ס"ק ה 784 783
טו, ס"ק כז 755	שנט, ס"ק ר 525
צט, ס"ק ו 782	ר עקיבא איגור, שו"ת, מהד' קמא, סי' קכט 677
קפב, ס"ק א 454	סי' קמו 749
ס"ק ב 977	מהד' תניינא, סי' ג 855
רה, ס"ק ב 656	ערוך השולחן, אהע"ז, ג, כ 689
שו, ס"ק ד 740	חו"מ, הקדמה 221
תי, ס"ק ר 523	קר, ח 843
קריית חנה, שו"ת, סי' כב 487	קכט, ג 576
ראג"ח (ראה: מים צמוקים)	קפב, ח 201
רא"ם (ראה: ר' אליהו מזרחי)	רא, ג 72
רב פעלים, שו"ת, חלק ג, חו"מ, סי' ו 169	רצ, ל 233
חלק ד, אהע"ז, סי' ז 825	שו, יג 573
רדב"ז על הרמב"ם, הלי' סנהדרין יח, ו 512	שו, יד 578
הלי' עדות יז, ב 374	שצא, ח 726 724
רדב"ז, שו"ת, חלק א, סי' פד 610	ערוך לנר, סוכה ב, ב 235
סי' קכג 232	ערך להם, אהע"ז, סי' צג 98
סי' רסג 234	עשה לך רב, שו"ת, חלק ב, סי' נב 239
סי' שס 234	פחד יצחק, ערך אונס 890 111
סי' תכט 235	פירוש על אבן עזרא, כראשית כג, ד 994
חלק ב, סי' רנא 55	פני משה על הירושלמי, סנהדרין ב, א 175
חלק ג, סי' תנה 98	ז, ח 333
סי' תקנו 696	פדס מאירות, שו"ת, חלק א, סי' לר 666
סי' אלף מט 603	פרישה, אהע"ז, מד, ס"ק כב 46
סי' אלף נב 120	חו"מ, קעה, ל 706
חלק ד, סי' אלף רסא 871	שטז, א 754
חלק ו, סי' אלפים עח 175	תכא, י 584
רדב"ז, שו"ת החדשות, סי' צב 98	פתחי חשוכה, אהע"ז, ע, ס"ק א 871
סי' תקא 98	פב, ס"ק ד-ז 232
רד"ך, שו"ת, בית לב 896	י"ד, ס"ק י, ס"ק ג 496
ר"י פערלא על סי' המצוות לרס"ג, עשה פב 212	חו"מ, כ, ס"ק א 526
רמ"א, הגהות לשו"ע, אהע"ז, יא, ד 296	יד, ס"ק י 187
כה, ב 483	לד, ס"ק יד 384

מפתח המקורות

422 חכה, א	740 כח, טו
רמ"א, שו"ת, סי' מז 904	ע, יב 325
סי' מח 904 749	צ, יז 74
סי' קח 489 325 178 170	יו"ד, קיט, טו 534
רשד"ם (ראה: מהרשד"ם)	קיט, יח 534
רש"ך (ראה: מהרש"ך)	קנט, ב 48
רש"ל (ראה גם: ים של שלמה), שו"ת, סי' כט	קסב, א 836
237	רנו, ב 172
שובת יעקב, שו"ת, מהר" קמא, חלק ב, סי'	שסד, א 496
קמח 717 321	חור"מ, ב, א 422 305
סי' קסז 564	ד, א 563
סי' קעה 836 835	יג, א 293
חלק ג, סי' עה 118	יד, א 313
סי' קמ 486	יד, ד 187 186
מהר" תניינא, חלק ד, סי' קכב 829 827	יז, יב 322
שואל ומשיב, שו"ת, מהר" תניינא, חלק ב, סי'	כה, ג 723
עז 170	כח, ב 377
סי' פז 163	לב, ב 502
שולחן ערוך, אור"ח, נג, כז 172	לד, לב 175
קנג, א 669	לז, כב 149 150 182 183 266
קנו, א 644 380	מט, ב 682
קנו, א 369	עג, י 314
שמה, ז 915	עז, א 404
אהע"ז, יא ד 296	עט, א 401
יו, כד 433	פא, א 192
כה, ב 480	קכט, ב 576
נ, ג-ד 689	קכט, ח 701
סו, יא 94	קכט, יח 700
סט, א-ב 778	קסג, ג 241
ע, יב 325	קסג, ו 191
עא, ד 397	קעא, ו 105
פכ, ז 232	קפט, א 753
פה, ב 652	ר, א 280
פה, ז 652	רב, ז 745 400
פה, ח 652	ריא, א 747 746
פט, ה 674	ריב, ז 749
צ, א 961	רמו, יז 728
צ, יז 74	רסד, ד 728
צב, ג 935	רפג, ב 49
צב, ז 748	רצ, ח 707 705
צג, ג 97	רצ, כג 166
קיר 873 866	שיב, יז 759
קק, ז 709	שלא, א 99
קמא, יט 709	שלב, ג 867
קמה, ח 320	שלה, א 861
קנז, ד 46	שנו, ב-ג 783
יו"ד, פא, א 926	שסג, י 729
קנט, ב 49 47	שעה, א-ב 460

מפתח המקורות

ל, ה-ר 398	קס, ז 831
לד, כו 984	קט, יג 841
לד, כט-לה 534	קטכ, א 832
לד, לד 175	קפכ, ה 216
לז, כ 752	רמ, ה 772
לח, א 601 600	רמה, ז 241
לט 823	רמה, י 485
לט, א 771 682	רמה, טו 240
מ, א 743 633 398	רמז, ו 237
מכ, ה 682	רנג 244
מכ, ט 902	רנג, ב 244
מכ, טו 905 628	רנגז, 898
מה, ה 903	רנו 244
נד, א 309	רסח, ז 53
ס, א 769	שלו, א 590
ס, ב-ו 866	שלו, ג 696
ס, ו 747	שמה, א 484
סא, יג 408	שמה, ג 484
סו 745 399	שסד, א 496
סט, כ 819	חז"מ, כ, א 422 305
עב 714	ג, א-ב 297
עכ, כ 775	ג, ב 748 264
עג, י 315	ד, א 563 560 559 299
עט, א 403	ד, ה 559
פא, א 742	ז, ו 287
פא, ז 402	ז, יב 265 184 183
פו, א 936 698	ח, ג 330
פו, א 382	ח, ד 305
פו, טו 909	ח, ה 305
פו, יט 369	ט 896
צא, ה 414	י, א 342
צח, א 824	יכ 317
צח, ד-ה 325	יב, ב 317
צט, ו 780	יב, ג 319 287
קג, ד 400	יב, יא 656 653
קג, ט 776	יכ, יח 318
קג, י 776	יד, א 312
קד, א 771	יד, ה 604
קד, ב 787 771	טו, ג 414 362
קז, יכ 413	טו, ד 362
קט, ג 787 723	טז, א 325
קיא 771	זי, ז 342
קיא, ה 771	זי, ח 328
קיג, א 769	זי, יא 344 343
קיג, ד 745	כ, א 601 353 329
קיו, ג 769	כא, א 686
קיו, ד 769	כח, ז 377 374
קכו 745 399	כט, ב 601

מפתח המקורות

רצ, כג 166	קכט, ט 702
רצא, א 65 716	קכט, יז 700
רצא, ז 718	קל, ב 700
רצא, ט 549	קל, ד 700
רצא, יג 716	קמו, ט 738
רצא, יג-יד 65	קמו, יג 738
רצא, יד 716	קנה, לו ואילך 545
רצב, יט 706	קעא, ו 813 105
רד 714	קעד, א 815 134
רד, ה 609	קעו, ה 810
רדו 175 714	קעו, מח 818
רד, ב 739	קעז, ב-ג 818
רד, ו 573	קפב, ד 703
רד, ח 169	קפה, ב 706
רד, ה-ו 753	קצה, יא 665
רד, י 760	רא, א-ב 103
רד, יג 753	רג, ט 745 744 399
רד, יז 759	רד, ט 191
רד, כ 757	רד, א 659 651
רד, א 756	רד, ג 651
רד, א 754	רד, ב-ג 652
רד, ב 757	רד, ג 656 655
רד, א 562	רד, טו 687
רד, א-ב 865	רד, א 665
רד, ג-ד 851	רד, א 747
רד, א 861	רד, ב 747
רד, שלד 858	רד, ז 749
רד, א 692	רד, ח 890 111
רד, ו 692	רד, א 682
רד, ג 919	רד, רכז-רכח 493
רד, כ 784	רד, א 791
רד, כ-ג 783	רד, כט 679
רד, א 525	רד, ו 791 493
רד, ז 919	רד, יט 514
רד, ז-ח 500	רד, רלה, כח 665
רד, ט 500	רד, רלח 823
רד, ה 739	רד, ג 823
רד, א 591 765	רד, א-ב 824
רד, א 765	רד, א 655
רד, א 727	רד, י 654
רד, ג-ד 727	רד, ה 797
רד, ט 557	רד, ז 696
רד, יב 549	רד, ז 720
רד, א 549	רד, טו 796 9
רד, ב 559	רד, ב 48
רד, ב 609	רד, ד 817
רד, ג 584	רד, יא 711
רד, א 161	רד, טו 233

מפתח המקורות

שטרות, ר"י הכרזלוני (האלברשטאם), שטר	תכ, א ואילך 544
כב 742	תכא, יב 29
	תכא, יג 542 469
קבצי תקנות	תכו, א 120
פנקס ועד ארבע ארצות (היילפרין) תק' קיח	תכו, ז 586
844	שו"ע הרב מלאדי, הל' מכירה, ס' טו 706
תקנות הדיון ככתי הרין הרבניים, חש"ך,	הל' נוקי גוף, ס' ז 120
תק' ז 313	הל' תלמוד תורה, פרק א, ס' ו 243
תק' טז 313	שיעורי המצוות (ר"י קנייבסקי) 586
תק' יז 313	ש"ך, יו"ד, פא, ס"ק א 926
תק' צו-צח 303	רנו, ס"ק ד 172
תק' קג 298	חור"מ, כה, ס"ק ב 523
תק' קד 187 298	לד, ס"ק ג 384
תק' קה 298	ס, ס"ק ד 769
תק' קטז 331	ס, ס"ק ח 769
תק' קיז 331	סא, ס"ק יח 409
מקורות, עמ' 32 314	עח, ס"ק ח-יב 404
תקנות הרבנות הראשית, חש"ד 79	פו, ס"ק ג 870
תש"י 79	צט, ס"ק טו 782
תקנות פאס, כרם חמר, ח"ב, תק' פט 837	קכט, ס"ק כג 702
	רח, ס"ק כ 666
	רס, ס"ק יח 798
פסקי דין רבניים	שטג, ס"ק יג 729
כרך א, עמ' 113 94	שעג, ס"ק ז 766
עמ' 117 94	שלי"ה, שער האותיות, אות דרך ארץ 235
עמ' 171 194	שלטי הגיבורים על הדי"ף, בבא קמא, פרק
עמ' 276 725	חמישי (כ, ב) 825
עמ' 333 103	שם הגרולים (חיד"א), ערך רבנית 237
עמ' 355 80	שמן רוקח, שו"ת, אהע"ז, סי' ס 664
כרך ב, עמ' 38 80	שערי עוזיאל, מבוא עמ' 8 234
עמ' 285 80	חלק א, עמ' ד 234
כרך ג, עמ' 91 ואילך 169	עמ' קו 234
עמ' 95-96 129	עמ' קכו 232
עמ' 286-287 103	עמ' קעג-קעד 234
עמ' 336 725	שו"ת הלאום, שו"ת, סי' א 904
כרך ד, עמ' 9 725	תומים (ראה: אורים ותומים)
עמ' 75 ואילך 103	תספורת יום טוב, פירוש המשנה, בבא קמא א,
עמ' 81 103	א 567
עמ' 208 862	תספורת כפשוטה, קידושין א, יא 231
עמ' 214 862	תורה שלמה, כרך יח, עמ' 206 568
עמ' 216 862	תורה חמימה, דברים יא, אות מח 237
עמ' 239 725	תורת אמת, שו"ת, סי' קיט 691
עמ' 288 103	תפארת ישראל, פירוש המשנה, גיטין ה, ג
עמ' 349 103	782
כרך ה, עמ' 132 600	סנהדרין ו, ו 350
עמ' 151 129	
עמ' 264 102	קבצי שטרות
עמ' 264-270 103	גלאק, אוצר השטרות עמ' 226-227 700

מפתח פסקי הדין

אל בנא נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 968 938 236/65	אבו גזאלה ואח' נ' אבו טאעה ואח' ע"א 760 687/69
אלבראנס נ' שמטרלינג ע"א (י-ם) 2/48 758 675	אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' בני"צ 195 302/72
אלון נ' ממשלת ישראל בני"צ 152/82 275	אבו יונס ואח' נ' זבידאח ואח' ע"א 505/64 403
אליאס נ' מדינת ישראל ע"פ 330/73 930	אביגדורי, מנהלת עזכון המנוח אביגדורי נ' אביגדורי ואח' ע"א 922 629/79
אליהו, חברה לביטוח בע"מ נ' עזבן המנוחה צאיג ואח' ע"א 966 489/79	אבידן ואח' נ' הלפרין ואח' ע"א 524/80 610
אליצור ואח' נ' רשות השדרור ואח' בני"צ 856 80/70	אבני ואח' נ' יונס ע"א 939 622/75
אל נכארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 435 87/53	אבראהים נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 521 395/65
אלפרוביץ נ' מזרחי ואח' ע"א 315/79 900 683	"אגד", אגודה שיחופית בע"מ ואח' נ' ברנס ואח' ע"א 826 207/51
אלקו, חרושת אלקטרו-מכנית ישראלית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' בני"צ 899 639 566/76	אגוראני נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ע"פ 913 429/53
אלתגר נ' ראש העירייה ועיריית רמת גן בני"צ 273 177 168 290/65	אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב נ' תעשיית משקאות חריפים גולר ובניו ת"א (ת"א) 792 789 648 749/56
אמסטרדמר נ' מוטקוביץ ואח' ע"א 555/71 776	אגורשביץ ואח' נ' פוטרמן ע"א 47/48 860 851
אמפא בע"מ נ' שפר ת"א (ב"ש) 386/73 626	אוטו בלה, שותפות למסחר בכלי רכב ואח' נ' לקי דרייב בע"מ ואח' ע"א 784 448/74
אמריקן סיאנמיר קומפני ניו יורק, ארה"ב נ' ס.פ.א. מילנו, איטליה ואח' ע"א 245/60 107	אולמי הנשיאים בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו ואח' בני"צ 249 14/66
אנגלמאיר נ' לינדרמן ע"א 90/51 756	אוסטין נ' מנהל מס הכנסה וקנן פיצויים, רחובות ע"א 935 602/80
אסולין נ' קצין התגמולים ע"א (ת"א) 493/79 282	אוצר לאשראי של הפועל המזרחי בת"א, אגודה הודרית בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 841 839 98/65
אסנין נ' ירושכסקי ואח' ת"א (ת"א) 1317/62 320	אוזגי נ' אווגי ע"א 93 2/77
אסנין ואח' נ' מועצה מקומית עפולה כנ"צ' 248 34/50	איודמיר נ' מדינת ישראל ע"פ 434 288/78
[ה]אפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עובד ע"א 775 123 138/62	איחוד המדגרים ומשקי השבחה, אגודה שיחופית תקלאית בע"מ נ' ראש העיר תל אביב יפו ואח' ר"צ 988 42 6/62
אפלשטיין ואח' נ' אהרוני ע"א 479/60 552	איליט בע"מ ואח' נ' אלקו בע"מ ע"א 969 663 605 498 719/78
אפג'ר נ' מדינת ישראל ע"פ 89/78 466 61	
אפרת נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו ע"א 910 892 680 534/79	
ארבילי נ' ספן בע"מ ע"א 196/68 589	

מפתח פסקי הדין

ארטן נ' 4 נגרים, שותפות רשומה ע"א (ת"א)	366 216/65
אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ע"פ 53/54 932	
כרש נ' שרה ע"א 174/65 668	
בויאר נ' שיכון עובדים בע"מ ואח' ע"א 216/80 128	
בוכבזה נ' בוכבזה ואח' ע"א 588/66 130 694	
852 860 852	
בוקר נ' חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח' בר"ע 178/70 770 825	
971	
בורגובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח' די"נ 10/69 82	
בודשטיין נ' גרומסקי ע"א 366/73 710	
בחמוצקי נ' מדינת ישראל ע"פ 532/71 427	
510	
"בחן", חברה לכיטוח בע"מ, חיפה נ' רוזנצויג די"נ 13/67 629 699	
כטון מוכן "תוריר" בע"מ נ' ראש עיריית פתח תקוה בני"צ 182/75 545	
ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה ואח' בני"צ 7/83 297	
בילט ואח' נ' הרב גורן, הרב הראשי לישראל ואח' בני"צ 291/74 155	
בירמן נ' מדינת ישראל ע"פ 522/78 980	
בישור בע"מ נ' טאובה ואח' ע"א 557/76 530	
764	
בית ינאי, אגודה תקלאית שיחופית בע"מ נ' הולנר ע"א 488/69 401 405	
בלבן נ' בלבן ע"א 313/59 77	
בלגה ואח' נ' עובון טפט ואח' ת"א (ב"ש) 182/73 554	
בלילי נ' מדינת ישראל ע"פ 209/76 434 477	
בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי בקשה (ת"א) 288/57 274 319	
681 899 900 903	
בלין נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי די"נ 23/60 681 684	
במאיר נ' תאטרון קומדיה ע"א 131/71 774	
בן אהרן ואח' נ' ראש המועצה המקומית פררסה בני"צ 436/66 978	
בן גוריון נ' אפלבוים ואח' ת"א (ת"א) 113/56	
594 501 130	
בן משה נ' בן משה ע"א 293/73 100 130 868	
בן נתן נ' נגבי ע"א 453/80 649 791	
בן סימון ואח' נ' מדינת ישראל ע"ת (ב"ש) 327 31/81	
בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 224/63 482	
בנק הפועל המזרחי נ' וזור ע"א 58/68 841	
בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה ואח' בני"צ 113/84 949	
בנק קופת עם נ' הנדלס ואח' ע"א 546/78 62 6	
985 793	
בן שחר נ' מחלב די"נ 22/73 290 5 685	
בן שטרית נ' בן שטרית ע"א 57/71 408 819	
בצלאל נ' סימנטוב ע"א 403/73 762	
בקאל נ' מדינת ישראל ע"א 835/79 969	
כקר נ' השופט אילת ואח' בני"צ 172/78 272	
372	
בירגר נ' הוועדה המחוזית לחכונן ולבניה, מחוז חיפה, ואח' בני"צ 392/72 181 228	
ברוך ואח' נגד מדינת ישראל ע"פ 176/71 496	
ברזני נ' שר הבטחון ואח' בני"צ 456/71 215	
בריטיש אנד קולוניאל איסטיטס בע"מ נ' טרבלוס ע"א 4/67 890 892	
810	
בריקר נ' בריקר ע"א 253/65 810	
כרמן ואח' נ' שר הפנים בני"צ 3/58 177 323	
ברקוביץ נ' זיוניץ ואח' ע"א 673/66 584	
כר שירה ואח' נ' רניקוב ואח' ת"א (ת"א) 809 705 430/51	
כר ששת נ' האשאש ואח' ע"א 237/80 565	
בשקין נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח' בני"צ 192/68 171 179	
גאלי נ' מדינת ישראל ע"פ 877/84 919	
ג'אפר נ' עודה, ראש המועצה המקומית גילגוליה ואח' בני"צ 178/81 154 979	
גבאי נ' ראש עיריית ירושלים ואח' בני"צ 218/65 166	
גבארה ואח' נ' בית המשפט המחוזי בחל אביב יפו ואח' בני"צ 91/74 326	
גולד נ' שר הפנים בני"צ 94/62 203	
גולדברג נ' שרמן, ראש מועצת דמת השרון בני"צ 702/79 200	
גולדמן נ' גולדמן ע"א 8/59 783	
גולדמן ואח' נ' הרמן ואח' המ' (ת"א) 634/76 986	
גולדנברג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' בני"צ 361/67 304	
גולדשטיין נ' מדינת ישראל ע"פ 90/81 394	
423	
גולן נ' יעבץ ת"א (ת"א) 2408/83 939	
גולן ואח' נ' פרקש ואח' ע"א 409/78 284	
גורנשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח' בני"צ 103/65 929	

מפתח פסקי הדין

הבהב נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ע"פ 948 229/53	737 411 310 213/76	פאנוס ע"א 310/76	737 411 310
וולפסון נ' חברת ספינס בע"מ ע"א 25/50	100 25/50	גייקובס נ' קרטו ע"א 110/53	664
[ה]ועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' פלוני על"ע 10/81	306 10/81	קטינה באמצעות אמה	457/61
וותר ואח' נ' שר האוצר ואח' בניצ 200/83	217	אפטרופסה הטבעית גרין ואח' ע"א 650	650
ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ ואח'	829 216/74	גרנד הוטל ותיאודור הרצל בע"מ נ' דקלו	404 158/76
וילרוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח' בניצ 323/81	814 767 761 101 95 91 323/81	גרין נ' דג'אני ואח' ע"א 434/79	295
וילקומירסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 447 41/52	447 41/52	גרשט נ' וילדנברג ת"א (ת"א) 276/46	371 276/46
ועדיה נ' מנהל מס שבת מקרקעים ע"א 34/61	250 112	דגי דאר בע"מ נ' מנהל הארנונה לפיצוי נזקי מלחמה ע"א 20/60	945 20/60
ועדת השומה שלידי עיריית חיפה נ' טכניקום, רשת בתי ספר לטכנאים ובתי ספר תיכון ערב בע"מ ע"א 229/64	928 229/64	דדן נ' אברהם ע"א 166/77	693
ורטהים נ' מדינת ישראל ע"פ 188/77	340 274 188/77	דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ, תל אביב, ואח' ע"א 158/54	308
	346	דורק נ' לאלו 99/49	676
ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל בניצ 474 147 65/51	474 147 65/51	דויד נ' בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין בישראל בניצ 461/81	967 461/81
זולברג נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 713 27/56	713 27/56	דיין נ' שר הדתות ואח' בניצ 29/55	964 160 29/55
זייצוב ואח' נ' כץ ואח' ע"א 518/82	595 518/82	דיקין נ' מוך ע"א 566/77	672 159 31 566/77
זיקית, מפעלי צביעה, הדפסה ואשפחה בע"מ נ' סריגי אלדיט בע"מ ע"א 368/77	691 24 368/77	דן בע"מ נ' מדינת ישראל ע"פ (ת"א) 152/82	152/82
	859	983	983
זלוצובר נ' ביעומי ואח' ע"א 349/59	606 349/59	דן בע"מ נ' מגדלברום ע"א 3/51	555 3/51
זנדבנק ואח' נ' דנציגר ואח' ע"א 440/75	61 440/75	דנדן נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 19/50	19/50
	930 627	436 432	436 432
חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מנהל מס עזבן בניצ 333/78	887 250 333/78	דסלר נ' מדינת ישראל ע"פ 480/70	247 480/70
חברת הגבעה האדומה 5000 בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ע"א 65/76	205 65/76	דקוטיאן נ' מדינת ישראל ע"פ 445/75	387 445/75
חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הרצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' דיין 9/77	207 9/77	501	501
חברת חלקה 677 בנוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח' ע"א 338/73	788 640 338/73	דקלו נ' מוניץ ע"א 532/74	934 532/74
חברת מ' בורוכוביץ בע"מ נ' עיריית רמת גן ע"א 361 646/78	361 646/78	דרחי נ' כורש ואח' ע"א 538/80	721 538/80
חברת מגדלי פרייזו בע"מ נ' הנאמן על נכסי פאול שטראוס בפשיטת רגל ע"א 689/68	689 689/68		
	768	הד נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 135/59	135/59
חי נ' כהן ואח' ע"א 570/70	635 570/70	950	950
		הוצאת ספרים "החיים" נ' רשות השידור ואח' ע"א 7/79	592 500 7/79
		הלקוביץ ואח' נ' אלויס בע"מ ע"א 328/76	328/76
		647	647
		הנדלס נ' בנק קופת עם ואח' רייג 13/80	37 9 13/80
		800 294 63	800 294 63
		הסתדרות העובדים הלאומית בא"י ואח' נ' שרת העבודה ואח' בניצ 282/51	933 282/51
		הפנר ואח' נ' ברכה ואח' ע"א 387/61	955 387/61
		הקר ואח' נ' ברש ואח' ע"א 208/51	768 751 208/51
		הראל נ' השופט גלערי ואח' בניצ 224/73	224/73
		452 423 349	452 423 349
		הרשברג נ' שמרלינג ואח' ב"ש (ת"א) 362/59	362/59
		786	786

מפתח פסקי הדין

892 690 680 93 405/68 ע"א ארון ג' כלאות	ח"כ יאיר צבן ג' השר לענייני דתות; ככור
39/66 כלו ג' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ	הריון הרב עובדיה יוסף בג"צ 732/84 158
364 285 268	חליחל ג' מדינת ישראל ע"פ 424 112/69
כ"ץ-כהן ג' היועץ המשפטי לממשלה	חרבון ג' מדינת ישראל ע"פ 436 234/81
392 389 3/48 ע"פ	
818 536/65 ע"א בע"מ ע"א 471 515/75	טביב ואח' ג' שר הבטחון ואח' בג"צ 202/81 137
כץ ג' מדינת ישראל ע"פ	טריבש ואח' ג' היועץ המשפטי לממשלה
	ע"פ 739 497 141/59
614 603 180/71 ע"א התגמולים ע"א	וסימוף ג' היועץ המשפטי לממשלה
748 264 27/49 ע"א אלמליח ע"א	ע"פ 66 112/50
לגיל טרמפולין, צידד ספורט ישראל בע"מ	יוסף ג' יוסף ד"ר 23/69 78
ג' נחמיאס ואח' ע"א 285/73 542 670	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' כן, שופט
811 255/82 ע"א (כ"ש) להב ג' להב	שלום, חיפה בג"צ 170/54 916
לובין ג' עיריית תל אביב יפו בג"צ 163/57 40	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' בן יאיר ואח'
949 925	ע"פ 497 231/61
לוגסי ואח' ג' שר התקשורת ואח' בג"צ 376/81 376/81	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' ברקוביץ
646 189	ע"א 584 566 360/59
לר ג' ביה"ד הרבני האזורי תל אביב יפו ואח'	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' גרינוולד
בג"צ 324 10/59	ע"פ 464 119 232/55
לוי ג' מדינת ישראל ע"פ 774/78 427 385	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' הס ואח'
לוי ג' נחול ואח' ע"א 217/75 787	ח"ע (ח"א) 897 2818/75
לוי ואח' ג' Kludi Armaturen Paul Schffer	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' מוזן ע"א 211/65
ע"א (ח"א) 773 771 127 862/79	330 274
לויטל ג' מרכז קופת תולים של ההסתדרות	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' מחאנה
הכללית של העובדים העבריים בא"י	ד"ר 944 13/60
ע"א 590 552/66	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' פלוגי ואלמוני
ליברמן ג' היועץ המשפטי לממשלה	ע"פ 925 924 506 222/60
ע"פ 492 224/57	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ופלוגית ג' פרופ'
לנגל ג' לנגל ע"א 328/72 728	צידידאלי ואח' חמ"א (י-ם) 119 26/82
"לפידות", חברה מחפשי נפט לישראל בע"מ	[ה]יועץ המשפטי לממשלה ג' שיינברגר
ואח' ג' שליטר ואח' ע"א 111/68 872 130	ח"פ (י-ם) 513 505 364 305 5/48
	יתזקאל ג' קלפר ואח' ע"א 211/63 400
מאור-מזרחי ג' היועץ המשפטי לממשלה	יעקובוביץ ג' היועץ המשפטי לממשלה
ע"פ 558 458 24 17/59	ע"פ 518 125/50
מאיר ג' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י	יעקובסון ג' גו ואח' ע"א 242/66 309
ע"א 285 711/72	יקוחיאל ג' ברנמן ע"א 682/74 745 671 31
מדינת ישראל ג' אבוקסיס ב"ש 71/78 332	דימציץ ג' מעייני ע"א 238/58 331
340	ישראל ג' "הסנה", חברה ישראלית לביטוח
מדינת ישראל ג' ארדי ח"פ (ח"א) 909/82 454	בע"מ ע"א 697 523/65
מדינת ישראל ג' אלפרוק ח"פ (י-ם) 191/76	
863 801 710	כהן ובוטליק ג' היועץ המשפטי לממשלה
מדינת ישראל ג' אמיר ח"פ (י-ם) 392/82 763	ע"א 391 383 270 238/53
מדינת ישראל ג' אפנג'ר ע"פ 360/80 472	כהן ג' כהן ואח' ע"א 451/62 684 628 245
מדינת ישראל ג' אפרתי ח"פ (ח"א) 764/82	כהן ג' מדינת ישראל ע"פ 479 91/80
526 452	כורי ג' קש ואח' ע"א 564/66 567
מדינת ישראל ג' בחג'אן ע"פ 247/71 954	כיתן בע"מ ג' רייס ואח' ע"א 350/77 610 124
מדינת ישראל ג' בן ליאור ב"ש 862/85 338	
מדינת ישראל ג' בונג ואח' ע"פ 471/77 984	
מדינת ישראל ג' גרוסקן ע"פ 884/80 895 152	

מפתח פסקי הדין

מלכה נ' לוי ואח' בניצ 24/66	148	מדינת ישראל נ' גרצין ואח' תפ"ח (ת"א)	869/81
מלמד נ' הווארד ע"א 199/69	813	מדינת ישראל נ' דרון ת"פ (ב"ש) 85/540	396
מנדלברוט נ' הידעץ המשפטי לממשלה		מדינת ישראל נ' הלמן ת"פ (ת"א) 75/555	490
ע"פ 118/53	457	מדינת ישראל נ' לאופר ת"פ (ת"א) 79/537	126
מנהל מס שבח מקרקעין נ' כהן ואח'		מדינת ישראל נ' לובניוב כ"ש 81/172	335
ע"א 165/79	944	מדינת ישראל נ' לירון תאח' ע"א 84/693	347
"מנורה", חברה לאחירות ולביטוח משנה		מדינת ישראל נ' משעלי ע"פ 78/384	351
בע"מ נ' קציבואה ואח' ע"א 251/60	697	מדינת ישראל נ' סגל ואח' ע"פ 81/334	212
936		516	
מנזר סנט וינסנט דה פאול נ' מועצת עיריח		מדינת ישראל נ' סוויסה ר"ג 83/583	891
ת"א יפו ואח' בניצ 29/52	132	מדינת ישראל נ' עזובן פלוני בפשיטת רגל	
מנשה נ' הירעץ המשפטי לממשלה ע"א 70/60	362	המ' (ת"א) 58/4756	100
מעין ואח' נ' המנהל הכללי של מסד		מדינת ישראל נ' פסלר ע"א 61/384	405
הבריאות, פרופ' ברוך מרון בניצ 30/81	118	מדינת ישראל נ' פרסמן ת"פ (ת"א) 79/683	429
מערכי נ' כנשר ואח' ע"א 344/78	311	מדינת ישראל נ' צור ב"ש 86/15	339
מפ"י בע"מ ואח' נ' משק אשכנזי ושות'		מדינת ישראל נ' קורטאם ואח' ת"פ (חי')	121
ע"א 607 605 550	302/67	מדינת ישראל נ' שגור ת"פ (ת"א) 81/501	472
מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים,		מוכרמן נ' סגל ע"א 77/604	24
תל אביב ע"א 265/67	113	מועד נ' מדינת ישראל ע"פ 82/115	277
מפעלי זיפוף סוכריר נ' דובנברג המ' 386/60	292	מושיוב נ' פוגז, חברה לשיווק בע"מ	862 860 80/71
[ה]מפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט		מזרחי נ' ועדת המינויים למינוי דינים לבית	
בית המשפט כרמלה, ביור ואח'		הדין הרבני הגדול בניצ 264/70	194
בניצ 66/81	491	מזרחי נ' דריר ע"א 76/536	407
מרציאנו נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית		מזרחי נ' שר העבודה ואח' בניצ 63/327	268
בניצ 182 148 133	311/65	מחאמיר נ' מדינת ישראל ע"פ 73/596	523
מרצפות פי' פי' בע"מ ואח' נ' אלפטי		מטלובסקי נ' הידעץ המשפטי לממשלה	
ע"א 365 269/64	365	ע"פ 973 245/62	
מרצפיה בע"מ נ' ראש העיר תל אביב יפו		מטלון נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו	
ואח' ע"א 987 285/57	987	ואח' ע"א 993 129/63	
מרקוס נ' מדינת ישראל ע"א 190/82	281	מיארה נ' מדינת ישראל ע"פ 81/705	528
משיעל ואח' נ' שר התניוך והתרבות ואח'		מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח'	
בניצ 1/67	240	בניצ 188 632/81	
משכיל לאיתן, קטין באמצעות אמו, משכיל		מיטובה בע"מ נ' קום המ' 89/51	37
לאיתן נ' משכיל לאיתן ע"א 425/68	242	מילר נ' שר הפנים ואח' בניצ 86/230	211
משעול הכרך בע"מ ואח' נ' גרובנר ואח'		מימון נ' מדינת ישראל ע"פ 71/421	392
ע"א 823 816 704 640	242/70	מינצר נ' הוועדה המקומית לבנין ובנין עדים	
משצ'נסקי נ' מיכאליץ ע"א 64/50	816	תל אביב בניצ 28/50	531
[ה]נאמנים לנכסי רפיה, פושט רגל ואח'		מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין	
נ' מדינת ישראל ואח' ע"א 283/67	843	בישראל ואח' בניצ 81/702	124
נגר נ' הידעץ המשפטי לממשלה ואח'		מיקולינסקי נ' בית א.ב.ג. בע"מ המ' 65/258	266
חמ"א (ת"א) 342/81	105	מלכה נ' הידעץ המשפטי לממשלה ע"פ 56/47	
נגר ואח' נ' מדינת ישראל ע"פ 79/543	394	546	
451 428 415			
נגר נ' נגר ב"מ 1/81	229		

מפתח פסקי הדין

סלע נ' מדינת ישראל ע"א 2/73 605 558 615	ניידורפר נ' נוסבאום מ"א (ת"א) 1584/63 709 נטר ואח' נ' חר ע"א 227/51 816
סעדיה נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 207/62 393	ניימן ואח' נ' יו"ר תרות הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה ע"ב 2/84 218 216
"ספיר" (1972) כע"נ נ' "ינאי", חברה לביטוח השקעות בע"מ ע"א 639/77 992	נילי נ' שלומי ע"א 41/75 382
ספיר נ' אשר, עו"ד, אפוטרופוס על החסויה ספיר ע"א 14/74 287	ניר ואח' נ' המועצה המקומית באר יעקב ואח' בג"צ 421/77 964
סקורניק נ' סקורניק ע"א 191/51 67	נס ואח' נ' גולרה ואח' ע"א 842/79 552 124 678 613
סרבי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, ירושלים בג"צ 326/65 764 204	נסים נ' בנין, חברה לביטוח בע"מ ואח' המ' 119/62 991
עברדי נ' שר התרות ואח' ד"נ 21/60 154 151 296 259 196 165	נעים ואח' נ' ברדה ואח' ע"א 357/80 615
עזבון בת ארצי נ' מינסקי ואח' בר"מ 1/51 288	סאלם נ' שר הפנים ואח' בג"צ 312/66 149 סאסי ואח' נ' קיקאן ע"א 403/80 662
עזבון גרליץ ואח' נ' אהרן ע"א 634/76 271	סהר נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 20/61 946 385
עזבון הופמן ח"י (ת"א) 354/64 246 243	סובל ואח' נ' גולדמן ואח' המ' 427/78 302 316
עזבון מילר נ' מילר ע"א 100/49 100 97	סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 97/68 462 433
עזבון מרגוליס נ' לינר ע"א 268/71 857	סולומונוב נ' אברהם ע"א 216/73 299
עזבון רייכמן אפוט. 23/62 750 364	סולטאן נ' ביה"ד הרבני האזורי, טבריה ואח' בג"צ 99/62 313
עזבון שלמה ת"ב (ת"א) 327/57 522 433	סולימן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 106/53 387
עזרא נ' מנהל משרד הרישוי בג"צ 301/66 532	סולימני נ' סולימני המ"א (ת"א) 2254/80 279
עזראן נ' מדינת ישראל ע"פ 523/72 947	סורה נ' מדינת ישראל ב"ש 691/82 336
עיריית בת ים נ' פקיד השומה חל אביב 5 די"נ 5/69 858	סחה, המכונה "בוסי" נ' המפקח הכללי למשטרת ישראל בג"צ 245/66 533
עיריית תל אביב יפו נ' אבר דאיה ע"א 216/66 764 205	טושי ואח' נ' מדינת ישראל ואח' ת"א (ת"א) 1593/60 484
עיריית תל אביב יפו נ' לובין די"נ 13/58 941 41	טדיס נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' בג"צ 202/57 72
עיריית תל אביב יפו נ' סוכנות לאמנים בע"מ, חברה פרטית ע"א 322/70 312	טילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 1/48 450 348 91
עלי ואח' נ' מדינת ישראל ע"פ 556/80 430	סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' עיריית פתח תקוה ואח' בג"צ 531/79 449
עלי נ' ששון ואח' ע"א 341/80 718 715 64 936	סלוצקי נ' "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ ע"א 252/60 822
עלי צלאח יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 282/61 923 41	סלימן נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 381/62 708 453
עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן ע"א 86/76 571 6	סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' בג"צ 380/74 199
עמינח נ' טרנסורלד מטרס קומפני בע"מ ואח' ת"א (ת"א) 1399/85 846	סלמה נ' המפקח על התעבורה ואח' בג"צ 147/72 530
עמל בע"מ נ' שינדלר ע"א 130/50 897 636 899	סלמן נ' האגיד לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ע"א 422/78 906
עמרני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' ע"א 395/60 329	
פדווה ואח' נ' פרידמן ואח' ע"א 260/57 727	
פוגל נ' לוינגר ואח' בג"צ 371/67 303 162	
פונק שלדינגר נ' שר הפנים בג"צ 143/62 68	

מפתח פסקי הדין

פטרודמיליו נ' מדינת ישראל ע"פ 707/83	918
פיכיש נ' מדינת ישראל ע"פ 419/81	515
פינט נ' בן עמירה ואח' ע"א 411/70	557
פינקלשטיין נ' פרשטייר ואח' ע"א 459/59	741 413
פלאימפורט נ' ציבה – גייגי לטד ואח' ע"א 280/73	722 609
פלג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"א 99/63	394
פלדמר נ' שטיין ע"א 417/67	790 648
פלזני נ' היועץ המשפטי לממשלה על"ע 1/68	534 174 167
פלזני נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 290/59	425
פלזני נ' היועץ המשפטי לממשלה עש"מ 3/71	495 176 173
פלזני נ' מדינת ישראל ע"פ 496/73	503 466
פלזני נ' מדינת ישראל ע"פ 212/79	508
פלזני נ' מדינת ישראל ע"פ 291/81	524 514
פלזני נ' מדינת ישראל עש"מ 2/73	185 173
	857 202
פלזני נ' פלזני חמ"א (ת"א) 1554/84	22
פלזני ופלזני נ' מדינת ישראל ע"א 568/80	281
פלזני נ' אלמוני בג"צ 586/85	965
פלזני נ' אלמוני ע"א 407/60	437 410
פלזני נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים ואח' בג"צ 228/64	293
פלזני נ' פלזני ע"א 413/80	487 326 177
פלנטקס בע"מ ואח' נ' The Wellcome Foundation Ltd ע"א 244/72	792 695
פלנר נ' כור מתכת בע"מ – מפעל סימת ואח' בג"צ 419/81	859
פנקס נ' מדינת ישראל ע"פ 478/72	569 129
	854
פסתרוביץ נ' יו"ר מוצע בת"ם ואח' בג"צ 172/52	972 895
פסחוביץ נ' מדינת ישראל ע"פ 308/75	475
פסטיבל למוסיקה אברג'וש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות ואח' בג"צ 175/71	179
פקיד השומה למפעלים גדולים נ' כלל, חברה להשקעות בישראל בע"מ ע"א 635/68	921
פקיד השומה, חל אכיב 4 נ' פורת, עורך דין ע"א 135/67	994
פקיד השומה, חל אכיב 5 נ' עיריית בת"ם ע"א 343/68	241
פריד נ' פריד ע"א 682/81	110
פרידמן נ' סגל, עו"ד ע"א 30/72	592 500
פריימן ואח' נ' חברת קר צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ ואח' ע"א 680/80	982 931
פרלמוטר ואח' נ' מס שבח מקרקעין ע"א (ח"א) 237/80	726
פרסקו נ' מטחלה ע"א 419/64	977
פרץ נ' הלמוט ע"א 4/66	29
צדקה נ' מרשקט ואח' ע"א 279/79	117
צוקרמן נ' מדינת ישראל ע"פ 88/86	529
צור נ' מדינת ישראל ע"פ 395/75	527
ציגלמן נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני בת"א ואח' בג"צ 98/53	92
צים, חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר ע"א 461/62	27 542 670
צימרמן נ' פקיד השומה, חל אכיב ע"א 230/72	981 842
צרי, חברה פרמצבטיה וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' בג"צ 254/73	860
קבלה ואח' נ' בסיוק ואח' המ' (ת"א) 2859/59	171
קדש נ' מדינת ישראל ע"פ 80/81	280
"קרר", תעשית כלי חרס בע"מ נ' מפעלים כימיים מזרחיים, "עדיף" בע"מ ע"א 61/47	608
קובי נ' מדינת ישראל ר"ג 30/75	455 425
קובץ נ' קובץ המ' 3/52	315
קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח' בג"צ 320/80	352
קוט נ' קוט, באמצעות אמו אקנין ואח' ע"א 255/81	701
קוטיק נ' וולפסון ע"א 26/51	741 397
קונראדס ואח' נ' האפטרופסים והמוציאים לפועל של צוואת המנוח לוי ע"א 168/55	749 744 741 737 399
קורטאם נ' מדינת ישראל ע"פ 480/85	122
קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח' בג"צ 355/79	91 208 456 518
קטן ואח' נ' עיריית חולון ואח' בג"צ 442/77	905 893 681 96 95
קינסלי נ' רשום האגודות השיתופית ואח' בג"צ 20/59	267

מפתח פסקי הדין

רייזמן ואח' נ' חיות ואח' ת"א (ת"א) 1690/62 49	קציס נ' שפרשניק ואח' ע"א 551/69 823 קליין נ' פרידמן ע"א 209/67 812
רייזמן ואח' נ' חיות ואח' ע"א 227/63 920 50	קליינר נ' מנהל מס עובדן ע"א 263/60 952
רייך נ' המועצה המקומית קרית מוצקין ואח' ע"א 462/68 703	קמיניצקי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות בג"צ 201/68 135
רמת חולון בע"מ ואח' נ' בנימיני ע"א 439/73 760	קניג נ' כהן ד"ר 40/80 21
רפפורט נ' בן עמי ראש עיריית נתניה ואח' בג"צ 59/52 951	קנר ואח' נ' גורורנאי ת"צ 643/62 289
[ה]רשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים תשי"ז-1957 נ' אנגל ע"א 328/76 940 597	קעטבי, חבר המועצה המקומית קרית עקרון ואח' נ' יו"ר המועצה המקומית קרית עקרון ואח' בג"צ 21/66 150 183 265
רשות הנמלים בישראל נ' ארט, חברה לביטוח בע"מ ואח' ד"ר 39/75 108	קפטה נ' לטקובסקי ע"א 676/72 591 614
רשות הפיתוח נ' אמת, חברה לבנין על חלקה 199 בנוש 1067, חיפה בע"מ 828	קראוס נ' מדינת ישראל כ"ש 22/83 269 337 451
The Russian Ecclesiastical Mission in Jerwjalqm נ' הירעץ המשפטי לממשלה ואח' ע"א 811/75 326 310	קרים נ' מדינת ישראל ע"פ (ת"א) 135/75 460
	קרית נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 242/63 426
	Campary International Ltd נ' "גים" – יבוא מוצרי ספורט ת"א (ת"א) 1424/80 825
	ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 57/53 597 485 243
שוואלב נ' רשיש ואח' בג"צ 4/51 291	רובינשטיין ואח' נ' ועדת הבחירות למועצת הרבנות הראשית בג"צ 291/72 184 266
שווק מוצרי אוטוקרס בע"מ ואח' נ' מרגיליס, עו"ד, אורן, ברודא, כונסי נכסים של אוטוקרס בע"מ וחברות אחרות ואח' ע"א 635/71 279 290	רחן נ' ביאלי ע"א 88/49 381
שוורץ נ' מדינת ישראל ע"א 222/66 321 278	רחן ואח' נ' מדינת ישראל ע"פ 54/81 906 985 933 914
שוחפות האחים ליטווינסקי, בעניין המי (ת"א) 309/59 133 814	רחנבאום נ' גנר ע"א 248/53 101 830
[ה]שוחפות "בשריבסקי ואח' נ' בנק לסחר חוץ בע"מ ואח' ע"א 691/69 844	רחנבלית נ' רשם הקרקעות דרום וסביבות ת"א ואח' בג"צ 382/67 115
שטרייט נ' הרב הראשי לישראל בג"צ 301/63 975 70	רחנברג ואח' נ' חזן ע"א 431/80 295
שטרייט נ' מדינת ישראל ע"פ 398/82 970	רחנברג נ' קליןה"א (חי) 289/60 283
שיין ואח' נ' שר הבטחון ואח' בג"צ 734/83 213	רחנברג נ' קרמר' ואח' ע"א 88/57 401 411
שליט, בשמו ובשם בנו תומר שליט נ' שר הפנים ואח' בג"צ 18/72 971	רחנשטיין ואח' נ' סולומון ע"א 756/80 559
שליט, בשמו ובשם ילדיו אורן וגליה שליט נ' שר הפנים ואח' בג"צ 58/68 51	רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ ע"א 148/77 641 34
שמואל נ' ישראל ע"א 99/60 301 633 772	רוטגר נ' מדינת ישראל ה"פ (ת"א) 933/79 63 801
שמך, תעשיות בע"מ נ' א.סי.אל. – חברה לשירותי תעשייה בע"מ ע"א 573/73 699	רוטנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"פ 35/52 581 495
שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ ע"א 626/70 677 671 629	רויטמן, עו"ד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' ע"א 572/74 31 263 353 503 598 672 604
שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד בע"מ ת"א (כ"ש) 364/75 408	רזן נ' חזן ע"א 743/75 688
שניר נ' מדינת ישראל ע"פ 406/72 463	רוס נ' מדינת ישראל ע"פ 205/73 448
	רופאיון נ' שר הפנים בג"צ 72/62 44 948
	רונפלד נ' יעקובסון ע"א 337/62 26
	רויני נ' צדקי ואח' ע"א 335/59 541

מפתח פסקי הדין

800 721 719 46/53	שפירא נ' פחננסקי ע"א	שפאר, תוסיה-בהן ושרת' נ' עיריית ירושלים
542 437 548/78	שרון ואח' נ' לוי ע"א	ואח' ע"א 197/77 974
493 71/83	שרון ואח' נ' מדינת ישראל ע"פ	שפי ואח' נ' שפיץ ע"א 22/55 778 632
625 409 250/70	שרעבי ואח' נ' סוברי ע"א	שפיר ואח' נ' שפיר ע"א 576/72 894
930 821		שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים כג"צ 142/70 299 186

מפתח פסקי הדין

כרך ט, עמ' 259	235	עמ' 267-270	102
עמ' 331	543	כרך ו, עמ' 203	103
כרך י, עמ' 288-289	102 103	עמ' 216	103
אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ		עמ' 252	102
ישראל (ז' ודהפטיג), עמ' מג	873	עמ' 281 ואילך	296
עמ' פג	95	עמ' 382-380	102
עמ' פד	628	עמ' 383-382	103
עמ' פט	628	כרך ז, עמ' 17	236
עמ' ק	873	עמ' 336	103
		כרך ח, עמ' 129 ואילך	861

מפתח שמות השופטים

259 165 160 151 113 112 92 77 73 71	496 464 457 205 56	אגרנט, שמעון
324 323 313 308 291 270 268 265 264	77	אולשן, יצחק
413 403 399 397 393 391 385 383 381	984 429	אילן, מנחם
506 497 492 458 453 447 437 435 424	96 93 62 34 32 24 22 13 8 6	אלון, מנחם
681 679 676 664 636 630 546 531 519	211 200 189 188 178 159 128 124 101	
751 748 744 741 739 727 719 713 697	294 281 280 277 275 269 229 218 213	
936 907 864 851 841 839 830 813 783	340 339 338 337 336 332 316 306 302	
995 993 989 977 975 968 956 941 938	489 472 466 451 430 415 372 351 347	
450 348 147 132	593 571 559 542 529 516 514 509 498	זמורה, משה
986 939 773 300 127	706 702 693 691 672 641 615 613 611	חריש, יוסף
948 933 916 411 248 38	964 919 914 910 900 893 891 887 795	חשין, שניאור זלמן
988 958	980 967 963	
491 408 296 295 217 152 117	555 485 432 389 387 315 97	אסף, שמחה
895 662 649 626 554	951 895 827 816 757 756 581	
763 120	944 31	אשר, שלמה
726	710	בוק, יעקב
179 135 108 107 83 79 70 10 5	297 123	ביטק, משה
284 272 271 267 208 205 203 196 184	122	בן, גבריאל
361 352 326 312 310 304 293 292 290	479	בכור, דוד
428 410 405 404 401 394 392 383 362	811	בנאי, יצחק
501 482 477 475 463 455 449 448 434	490	בנטל, חיים
557 552 550 541 532 527 523 507 503	487	בן עזר, הרסה
633 629 628 606 601 597 593 591 589	918 595 392	בן פורת, מרים
704 703 699 690 685 677 651 650 635	971 950 685 639 329 199 181	כרנון, צבי
823 822 776 775 772 764 762 746 722	793 595 491 227 21 18 7	כרק, אהרן
966 954 953 947 945 930 928 906 892	932 913, 778	גויטיין, דוד
992 991 984 978 974 969	158	גולדברג, אליעזר
980 922 859 842 787 283 80 31	925 923 846 279	גרום, יהושע
981	608	דתקלבלום, מנחם
289	828 818 758 426 400 305 51	הלוי, בנימין
979 970 596 494	973 929 920 839	
18	288	וולדינברג, הרב אליעזר יהודה
814 366 133	949	רים, יהודה
932 425 331 207 110 19	918	וינוגרד, אליהו
327	996 990 566 43 26	יתקון, אלפרד
63	121	זחבי, יוסף
365	955	זוסמן, יואל
23	68 66 51 45 42 41 40 37 27	זילברג, משה

מפתח שמות השופטים

786 774 770 768 760 750 746 728 723	נתניהו, שושנה	118
829 821 819 812 810 809 790 789 788	עציוני, משה	592
866 862 861 858 857 856 854 844 843	פורת, חיים	282 106
934 921 903 894 890 873 872 868	פלפל, יהושע	396
526 524 473 454	צלטנר, זאב	594 130 49
שטרומן, אורי	קיסטר, יצחק	150 149 115 111 79 53 29
825	שטרנברג-אליעז, רוח	182 180 174 173 171 168 167 162 155
897 565 515 436 423 154 137	שילה, יצחק	241 240 215 204 202 195 186 185 183
912	שינבריס, אלישע	285 280 266 262 249 247 245 243 242
935 721 715 610 460 64	שמגר, מאיר	328 322 320 319 309 304 299 287 286
982 931 627 392 243 61	שרשבסקי, בן ציון	530 522 521 511 484 462 353 349 330
820 784 737 689 471 40	962 939	604 598 590 584 569 567 558 545 533
		711 709 705 695 670 668 647 640 625