

המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל

בשנים 1994–2006

תמונת מצב עכשווית ומבט לעתיד

יובל סיני*

פתיחה

חלק א: המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון — נתונים כמותיים ומאפיינים

א. פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי

1. המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון לפני 1994

2. שימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994–2006

ב. השופטים שנוקקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

2. מאפיינים מרכזיים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי

חלק ב: המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים — נתונים כמותיים ומאפיינים

א. פסקי דין מחוזיים שנוכר בהם המשפט העברי

1. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפני שנת 1994

2. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006

ב. השופטים שנוקקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

2. מאפיינים מרכזיים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי

ג. פשר מגמת הגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים

1. הגורמים

אחרית דבר: תמונת המצב ומבט אל העתיד

* דוקטור יובל סיני הינו מרצה בכיר למשפט עברי ולסדר דין אזרחי וראש המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה, מרצה אורח באוניברסיטת McGill, קנדה (2007–2008), ומורה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לעוזר המחקר היעיל והדייקן עו"ד דניאל חדר על הסיוע באיסוף הנתונים ולחברי עורכי מערכת מאזני משפט על העריכה המעולה. מאמר זה הינו פרק מחיבור מקיף שלי יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין בישראל, תשס"ט). כן הוספו כאן נתונים רבים הנוגעים לפסיקת בתי המשפט המחוזיים (חלק ב) שאינם מובאים בחיבור הנ"ל.

פתיחה

דיונים רבים מתנהלים סביב האופי היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל בכלל, ושל מערכת המשפט בפרט, אך בדרך כלל מדובר בדיונים תיאורטיים שאינם מבוססים על נתונים כמותיים. מטרת המחקר שלפנינו ליתן לנו תמונה מוחשית, שמבוססת על נתונים כמותיים, על מקומם של הערכים היהודיים, ובעיקר הערכים השאובים ממקורות המשפט העברי, במשפט הנוהג כיום במדינתנו היהודית והדמוקרטית. במחקר שלפנינו מוצגים נתונים כמותיים ומאפיינים כלליים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994–2006. באמצעות הנתונים הללו, ננסה לשרטט את תמונת המצב העכשווית מבחינת מקומו של המשפט העברי בפסיקה הישראלית, ואף נוכל לעמוד על המגמות הצפויות בעתיד.

לא כללנו ציטוטים מפסקי הדין שיש בהם שימוש במשפט עברי,¹ ובשני חלקי המחקר, הנוגעים לפסיקת בית המשפט העליון ופסיקת בתי המשפט המחוזיים, מוצגים רק הנתונים הכמותיים והמאפיינים הכלליים, תוך השוואה למצב שהיה לפני 1994. להשלמת התמונה הכללית המוצגת להלן, ראוי לעיין אף בחלק השלישי של חיבורי יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל שעניינו ניתוח פרטני-ביקורתי נרחב של חלק הארי של פסיקת בית המשפט העליון שנעשה בה שימוש איכותי נרחב במקורות המשפט העברי, ולא בדרך אגב, תוך חלוקה לתחומי המשפט.²

חלק א: המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון נתונים כמותיים ומאפיינים

א. פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי

1. המשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון לפני 1994
לפני שנציג את הנתונים הנוגעים לשנים שאנו עוסקים בהן במחקרנו (1994–2006),

1 כפי שנעשה בחיבורו המקיף של נחום רקובר המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (תשמ"ט), שכלל בחיבורו את כלל פסקי הדין של בתי המשפט בישראל עד סוף שנות השמונים של המאה העשרים שהסתייעו במשפט העברי. פסקי הדין שאנו עוסקים בהם, שנכתבו בשנים 1999–2006 מוצגים כיום במלואם באתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/Psika> (נבדק ב-20.1.10).

2 יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (תשס"ט). פסקי דין רבים של הערכאות האחרות – בתי המשפט המחוזיים, בתי משפט השלום, בתי המשפט לענייני ובתי הדין לעבודה – מוצגים ומנותחים בחלק השני של החיבור האמור.

ראוי להביא את הנתונים שהוצגו במחקרים קודמים שעסקו בתקופה שלפני שנת 1994.

מבדיקת הפסיקה שנתפרסמה בכרכים כז–לג (1973–1979) של הפד"י, עולה שהמשפט העברי נזכר בעשרים פסקי דין בממוצע בכל שנה.³ חלוץ העוסקים בתחום זה הוא פרופסור סיני דויטש, שהציג נתונים על שכיחות ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986. במחקרו החלוצי, כלל פרופ' דויטש ניתוח ממצאים כמותיים על סמך הפסיקה שנתפרסמה בפסקי הדין הרשמיים.⁴ עיקרי ממצאיו בעניין פסיקת בית המשפט העליון הם:⁵ בשנת 1980, נתפרסמו כעשרים פסקי דין, כממוצע בשנות השבעים של המאה ה-20. לאחר מכן, בשנים 1981–1982, היה עלייה גדולה במספר פסקי הדין שנוקקו למשפט העברי, למעלה משלושים פסקי דין בכל אחת משתי השנים (31 בשנת 1981 ו-34 בשנת 1982). בשנתיים שלאחריהן, חלה ירידה חדה במספר פסקי הדין שנוקקו למשפט העברי (18 בשנת 1983 ו-19 בשנת 1984), כמספר פסקי הדין בזמן שקדם לחוק יסודות המשפט, תש"ם–1980 (להלן: חוק יסודות המשפט). מגמת הירידה בהיזקקות למשפט העברי הגיעה לשיאה בשנים 1985–1986, 5–7 פסקי דין בלבד בכל שנה. על הסיבות לשינויים המפליגים לעתים בהיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל, עמד יפה פרופ' דויטש, אשר כתב כי:

"מספרים אלו אומרים דרשני. הם מראים, שלמעט תקופה קצרה של שנתיים שבהן השפיעה, כנראה, האווירה האופטימית שבאה בעקבות חוק יסודות המשפט, לא הצליח החוק החדש להביא לשינוי של ממש בשימוש במקורות המשפט העברי. למעשה, יש ירידה קלה במספר לעומת המקובל בשנים שקדמו לחוק יסודות המשפט".⁶

במסגרת מחקרם המקיף של שחר, חריס וגרוס על נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון בשנים 1948–1994,⁷ כללו המחברים נתונים כמותיים של האזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים. המחברים אף הביאו בו את החלק היחסי באזכורים של האזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים באותה שנה, כולל המשפט הישראלי והמשפט הזר לסוגיו. ואולם ראוי להדגיש כי מחקרם מבוסס על כ-40% מפסקי הדין שנתפרסמו בשנים הללו. להלן הנתונים לשנים 1978–1994 שהוצגו במחקרם:⁸

- 3 נתונים אלו מסתמכים על סקירות של "הפסיקה במדינת ישראל על-פי המשפט העברי" דיני ישראל ה-יא, וכבר העיר עליהם פרופ' סיני דויטש במחקרו הנזכר להלן.
- 4 סיני דויטש "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 7–37.
- 5 שם, בע' 15–16.
- 6 שם, שם.
- 7 יורם שחר, רון חריס ומיכאל גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – נתונים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ו) 119–217.
- 8 ראה שם, בע' 152, טבלה מס' 10.

94	93	92	91	90	89	88	87	86	85	84	83	82	81	80	79	78	
13.7	7.6	1.3	1.5	2.8	6.2	4.2	4.4	2.1	2.5	3.5	2.6	1.6	3.1	5.8	5.0	9.9	עברי
9.5	12.1	11.8	8	12.8	5.9	12	13.9	18.5	12.6	10.8	10.7	11.5	15.8	16.0	14.4	14.5	זר

על מקומם של האזכורים מן המשפט העברי בתמונה הכוללת, כותבים המחקרים כי משקלם של אזכורים מן המשפט העברי מכלל האזכורים השתנה מאוד משנה לשנה.⁹ בשנים מסוימות (כגון: 1954, 1968, 1978, 1993), הגיעה תרומתו של המשפט העברי לכדי 10% לערך מכלל האזכורים, ואילו בשנים אחרות (כגון: 1949, 1958, 1960), הייתה תרומתו קרובה לאפס. בין הקצוות האלה, משתנה משקלה של תרומת המשפט העברי למשפט הישראלי במבוזר בלי כל מגמה. עוד כותבים המחקרים כי ממצאי המחקר מראים שבשנת 1980, השנה שנחקק בה חוק יסודות המשפט, אין שינוי של ממש במגמה להסתייע במשפט העברי. בשנתיים הראשונות שלאחר חקיקת החוק, נמשכה מגמת הירידה שהחלה בשנת 1978. רק בשנת 1982 מסתמן גידול מסוים במשקלם של אזכורים אלה. מגמה זו נמשכת בכל שנות השמונים. מיד לאחר מכן, בשנתיים הראשונות של שנות התשעים, מסתמנת שוב ירידה ניכרת במספר האזכורים.¹⁰ שלושת החוקרים מציינים שלא עלה בידם למצוא גורם כלשהו שהשפיע לטווח ארוך על השינויים החריפים במידת ההסתייעות במשפט העברי בעולם האסמכתאות של בית המשפט העליון. לדעתם, אזכורו של המשפט העברי בפסקי הדין של בתי המשפט בישראל מושפע מהעדפותיהם של שופטים יחידים יותר מכל מקור אחר הנזכר בפסקי הדין הללו. כך, למשל, 35% מכלל אזכורי מקורות בפסיקתו של השופט זילברג הם מן המשפט העברי;¹¹ ומעין זה גם בפסקי הדין של השופט קיסטר, הנזקק למשפט העברי ב-29.2% מהם.¹² שופטים אחרים מראשוני שופטי בית המשפט העליון נזקקו פחות מהם למשפט העברי: ש"ז חשין (6.2%), מני (5.8%), ח' כהן (3.8%).

ראוי להדגיש כי שחר, חריס וגרוס לא כללו במחקרם את הנתונים מפסקי הדין של השופט מנחם אלון, שהוא בלא ספק מגדולי הנזקקים למשפט העברי מקרב שופטי בית המשפט העליון, אם לא הגדול שבהם. ואולם ממחקרו של פרופ' דויטש עולה נתון מדהים, ולפיו כתב השופט מנחם אלון את רוב פסקי הדין הנשענים על המשפט

9 שם, בע' 159–161.

10 הם אומרים שניתן לכאורה להצביע על אפשרות של השפעה חיובית באיחור של שנתיים, המכתיבה מגמה מתונה של עלייה בטווח של כשמונה שנים (1982–1990), אך ספק אם יש באפשרות זו ממש. ממוצע משקלם של האזכורים בשנים 1982–1990 (3.3) קטן ממוצע משקלם בשנים 1972–1980 (4.85).

11 שם, בע' 194.

12 שם, בע' 198.

העברי שנכתבו בידי כלל שופטי בית המשפט העליון בשנים 1980–1986, 73 מכלל פסקי הדין של בית המשפט העליון הנשענים על המשפט עברי.¹³

2. שימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1994–2006

1.2. התפלגות הנתונים לפי שנים

תחילה נעמוד על מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שנעשה בהם שימוש במשפט העברי בשנים 1994–2006. בסיס הנתונים שבחרנו לעסוק בו הוא פסקי הדין המצויים במאגר הממוחשב נבו.¹⁴ בסיס נתונים זה רחב בהרבה מן הבסיס שהשתמשו בו החוקרים שבחנו את מידת ההסתייעות במשפט העברי לפני שנת 1994, משום שהם הסתפקו בבדיקה מדגמית בפסיקת בית המשפט העליון שנתפרסמה בלבד.

טבלה מס' 1: פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי – התפלגות הנתונים לפי שנים

השנה							מספר פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי
2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994	
27	33	30	39	39	22	39	
4234	2796	4230	2830	932	1719	2374	מספרם הכולל של פסקי הדין
462	574	472	415	298	238	417	מספר
5.84%	5.74%	6.35%	9.39%	13.08%	9.24%	9.35%	מתוך פסקי דין שאינם החלטות (מעל 4 עמ') להלן: "מלאים". אחוז מ"ע מתוך כלל פסקי הדין המלאים
השנה							מספר פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי
2006	2005	2004	2003	2002	2001	2000	
45	33	35	22	20	23	23	
23,690	28,715	2034	1941	2671	3119	3119	מספרם הכולל של פסקי הדין
1,980	3301	876	884	461	425	425	מספר
2.27%	1%	4%	2.6%	4.33%	5.41%	5.41%	מתוך פסקי הדין המלאים אחוז מ"ע מתוך כלל פסקי הדין המלאים

13 דויטש, לעיל הערה 4, בע' 17.

14 אתר האינטרנט: www.nevo.co.il. בחרנו באתר זה משום שהוא הגדול במאגרי פסקי הדין.

מעיון בטבלה, עולות שלוש תופעות: התופעה האחת, מידת השימוש במשפט עברי רבה יותר ממה שמקובל לחשוב (למשל: 39 פסקי דין בשנת 94; מספר זהה בשנים 96–97; 35 פסקי דין בשנת 2004; 45 פסקי דין בשנת 2006). אמנם לא ניתן להצביע בוודאות על מגמה של עלייה דרמטית לעומת התקופה שבדק פרופ' דויטש (1980–1986) בגלל הבדל בין בסיסי הנתונים במחקרו ובמחקרנו, משום שהוא בדק רק את פסקי הדין שפורסמו בכרכי פד"י, ואילו אנו בדקנו את המאגר הממוחשב נבו, הכולל מאגר רחב הרבה יותר של פסקי הדין.

התופעה השנייה, מידת השפעתם הדרמטית של שופטים אחדים בעלי זיקה מיוחדת למשפט עברי על מספר פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי. לעומת 39 פסקי דין העושים שימוש במשפט עברי בשנת 1994, חלה בשנת 1995 ירידה ניכרת במספרם של פסקי הדין מסוג זה עקב יציאתו לגמלאות של השופט מנחם אֶלוֹן. ואולם הייתה זו ירידה זמנית בלבד, משום שבשנים 1996–1997 שב מספרם של פסקי הדין להיות כבשנת כהונתו האחרונה של השופט אֶלוֹן, 39 פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי, כנראה עקב הצטרפותו של השופט יעקב טירקל בשנת 1996 לבית המשפט העליון והצטרפותו של השופט יצחק אנגלרד בשנת 1997. בשנת 1998, חלה ירידה משמעותית, 30 פסקי דין, כנראה עקב יציאתו לגמלאות של השופט צבי טל. בשנות האלפיים חלה מגמת ירידה שהגיעה לכדי 20 פסקי דין בלבד בשנת 2002. ואולם בשנת 2005, חלה עליה מספר פסקי הדין ל-35 בעקבות מינויו של השופט אליקים רובינשטיין כשופט בבית המשפט העליון. בשנת 2006 מספר פסקי הדין אף הגיע לשיא של 45 פסקי דין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי. מספר זה מרשים במיוחד לנוכח העובדה שקודם לשנה זו פרשו השופטים טירקל ואנגלרד שהרבו להסתייע במשפט העברי, וכעבור זמן לא רב פרש גם השופט מישאל חשין, שאף הוא נמנה עם השופטים שהרבו לצטט מן המקורות. הסיבה לדבר זה היא שחלק הארי של פסקי הדין נכתבו בידי השופט אליקים רובינשטיין, הנוהג להיזקק הרבה למקורות המשפט עברי. בכ-30% מפסקי הדין שלו הוא מתייחס למשפט עברי, וניכרת אצלו מגמה של מוסיף והולך בשנים 2005–2006. על מידת השפעתם של שופטים אחרים, נעמוד בהרחבה בהמשך דברינו. התופעה השלישית, אחוז השימוש במשפט עברי בפסקי דין המשתרעים על פני ארבעה עמודים ויותר, כדי שלא לכלול במחקר החלטות קצרות, שמתבע הדברים כמעט אין בהן מקום לציטוט מן המקורות. בעניין זה, ניכרת מגמה ברורה ועקבית של ירידה מן השיא של 13.08% בשנת 1996 לשפל של 2.6% בשנת 2003 ו-1% בלבד בשנת 2005 מכלל פסקי הדין של בית המשפט העליון שנעשה בהם שימוש באוצרות היהדות. ואולם בשנת 2006, חלה התאוששות קלה והאחוז עלה לכדי 2.27%.

אמנם אין לייחס חשיבות מרובה מדי למדד זה אלא למדד העיקרי, מספרם המוחלט של פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט עברי. אף אין משמעות רבה למגמת הירידה באחוזים, אשר ניתן לתלותה בשני טעמים.

הסיבה המרכזית, מגמת העלייה המתמדת במספר כלל פסקי הדין המשתרעים על פני ארבעה עמודים ויותר שניתנו בידי בית המשפט העליון, מ-238 פסקי דין בשנת 1995 ל-3301 פסקי דין בשנת 2005. לעלייה זו יש השפעה דרמטית על האחוזים. כי אם נשווה למשל בין שנת 1996 לבין שנת 2006 ניווכח לדעת שבשנה האחרונה ניתנו 45 פסקי דין לעומת 39 בשנת 1996, ובכל זאת יש פער עצום באחוזים וביחס הפוך בין השנים הללו, 13.08% בשנת 1996 לעומת 2.27% בשנת 2006. תופעה זו היא תוצאה של העלייה במספר פסקי הדין, 1980 פסקי דין בשנת 2006 לעומת 298 בשנת 1996. שופטים רבים הביאו בפניי את צערם על שאינם מסתייעים הרבה יותר במשפט העברי בפסקי הדין שלהם, משום שאין סיפק בידם לעשות זאת עקב העומס העצום המוטל עליהם והזמן הרב יחסית הנדרש מהם לאיתור אסמכתאות במקורות משפט עברי, ומדובר גם במי שהם בני בית במקורות, ולא רק מי שאינם רגילים להלך בשבילי התלמוד וההלכה היהודית.¹⁵

הסיבה השנייה היא כנראה המגמה המסתמנת בשנים האחרונות להמעיט במשפט משווה בכלל בפסיקה הישראלית ולהרבות בהפנות פנימיות למשפט הישראלי, כעולה מן הטבלאות 2-3.

2.2. ההסתמכות על מקורות משפט משווה

בטבלאות מס' 2-3 מוצגים מדגמים ניהוליים ההסתמכות של בית המשפט העליון על מקורות משפט נוסף על החוק והפסיקה הישראלית: משפט זר (האמריקני, האנגלי ועוד), המשפט העברי והספרות המשפטית הישראלית והזרה. הסקירה כוללת את הפסיקה בין השנים 1994-2004 על פי כרכי פד"י שפורסמו בשנים הללו (מכרך מח (1) ועד כרך נח (6)). בדיקתנו כללה הן את מספר הפניות למקורות הללו (טבלה מס' 2) הן את מספר פסקי הדין שהזכירו את המקורות הללו (טבלה מס' 3). מניתוח הנתונים שבטבלאות 2-3, עולים ממצאים אחדים.

הממצא המרכזי נוגע ליחס בין מידת ההסתייעות במשפט העברי לבין מידת ההסתייעות במשפט האמריקני או המשפט האנגלי או בשניהם גם יחד.¹⁶ אין ספק שמידת השימוש במשפט העברי קטנה משמעותית¹⁷ בהשוואה למידת השימוש בשיטות

15 אמנם כפי שנראה בהמשך, בסוף החלק השני, חוות הדעת של מרכז יש"ע אמורה לתת מענה לבעיה מרכזית זו, אך יש שופטים שאינם מגלים נכונות להסתייע במקורות משניים.

16 אם שהנתונים האלו מטעים במידה רבה, משום שחלק נכבד של הספרות המשפטית הישראלית יש בו הסתמכות על המשפט האנגלו-אמריקאי. אם כן, מידת ההשפעה של שיטות משפט אלו רבה ממה שמשקף בנתונים.

17 מסקנה זו מתחזקת לנוכח העובדה שחלק נכבד ביותר של ההפניות למקורות המשפט העברי הוא לפסוקים. בדרך כלל מדובר בהפניות שהן בגדר אמרת אגב בלבד.

משפט אחרות, בעיקר המשפט האנגלו-אמריקני.¹⁸ יחד עם זאת, אחוז ההסתייעות במשפט העברי הגיע לשיעור נכבד למדי, 10–20 אחוזים בממוצע,¹⁹ הן לפי מספר ההפניות הן לפי מספר פסקי הדין. בשנים אחדות, אף עלתה מידת השימוש במשפט העברי על מידת השימוש במשפט האנגלי או במשפט האמריקני. בשנת 1999 אף עלתה מספר השימוש במשפט עברי על מידת השימוש במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני גם יחד. בשנה זו היה מספר ההפניות למקורות המשפט העברי 173, ואילו מספר ההפניות למשפט האנגלי היה רק 71, ולמשפט האמריקאי 100. ואולם ניכרת מגמה של השופטים להסתייע במשפט משווה זר יותר מבמשפט העברי. וראיה לדבר היא העובדה שגם בשנת 1999, שהייתה ברוכת הפניות למקורות המשפט העברי, היה מספר ההפניות לכלל המשפט המשווה הזר (פסיקה וספרות משפטית) 427, ואילו מספר ההפניות למשפט העברי היה כאמור פחות ממחצית ממספר זה, 173 הפניות.

2.3. מהות ההסתייעות במשפט העברי

ניתן למיין את מהות ההסתייעות במקורות המשפט העברי לחמש קבוצות עיקריות:²⁰

- א. אמרת אגב – ציטוט מקורות מן המשפט העברי בדרך אגב בלבד.
- ב. השוואה – הזכרת המשפט העברי לשם השוואה או השראה.
- ג. הסתמכות ישירה על מקורות המשפט העברי, בדרך כלל מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח ההפניה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לערכיה היהודיים של מדינת ישראל.

- ד. דין אישי – פנייה לדין העברי בתורת הדין המחייב בתחום דיני המשפחה.
- ה. אזכור (הפניה) – הפניה לפסקי דין אחרים המזכירים את מקורות המשפט העברי. קבוצות ב–ד משקפות כמובן שימוש איכותי יותר במקורות המשפט העברי בהשוואה לקבוצה א ולקבוצה ה.

החלוקה לחמש הקבוצות האמורות בראש פרקנו עומדת ביסוד טבלה מס' 4, המציגה את התפלגות אופני השימוש במשפט העברי לפי שנים.

18 ממצאים דומים ביחס לשנים שקדמו לשנת 1994 עולים ממחקרו של דויטש, לעיל הערה 4, בע' 15 בהערה 55; וגם ממחקרם של שחר, חריס וגרוס, לעיל הערה 7.

19 לגבי שנים 94–96 [כרכים מח-נ] לא ניתן להסתמך על מפתחות הפד"י בכל הנוגע לספרות משפטית. רק מכרך נא(1) יש התייחסות לספרות משפטית עקב עריכה מחודשת של ד"ר אביעד הכהן. על כן אין משמעות לאחוזים הגבוהים של השימוש במשפט עברי בשנים אלו, ויש להתייחס לשנים 1997 ואילך.

20 אימצתי את הסיווג שנעשה במחקרו של דויטש, לעיל הערה 4, בע' 8, והוספתי רק את הקבוצה החמישית.

טבלה מס' 4: מהות ההסתייעות - התפלגות לאופני שימוש במשפט העברי

מהות ההסתייעות לפי חלוקה לפי שנים	אמת אגב	השוואה	הסתמכות ישירה	דין אישי	אזכור	סה"כ	אחוז לכל שנה (מכלל ההיזקקות למשפט עברי בשנים 1994-2006)
1994	16	16	2	4	1	39	8.6%
1995	11	8	1	0	3	23	5.4%
1996	17	9	3	5	2	36	8.5%
1997	18	19	1	1	0	39	8.6%
1998	24	12	3	1	0	40	9.5%
1999	13	10	7	3	0	33	7.8%
2000	11	13	2	1	0	27	6.4%
2001	10	5	4	1	3	23	5.4%
2002	9	7	3	0	1	20	4.8%
2003	6	11	3	1	1	22	5.2%
2004	4	23	3	1	4	35	8.4%
2005	6	25	0	1	1	33	7.9%
2006	7	21	4	7	10	49	11.6%
סה"כ	152	179	38	26	26	419 ²¹	100%
האחוז מכלל היזקקות למשפט העברי	36.27%	42.72%	9%	6.2%	6.2%	100%	100%

21 סה"כ שבטבלה אינו חופף לנתונים בטבלאות אחרות הן משום שכל טבלה יש בה חתכים אחרים הן משום שלעתים נכתב פסק הדין על ידי יותר משופט אחד, ואחד למשל רואה במשפט העברי מקור להסתמכות ואילו עמיתו מאזכרו רק לתפארת המליצה, ומכאן הפער בין 416 לבין 422.

מן הנתונים שבטבלה מס' 4 עולה כי אופן השימוש השכיח ביותר במשפט העברי, כ-43%, הוא בגדר השוואה או השראה, ופחות הסתמכות ישירה, 9% בלבד. אך ראוי להעיר שקשה מאוד לעתים להכריע אם נעשה בפסק דין מסוים שימוש במשפט העברי לצורך השוואה או לצורך השראה בלבד או שמא מדובר בהסתמכות ישירה על מקורות המשפט העברי שהשפיעה על התוצאה הסופית של פסק הדין. במקרים של ספק, הכרעתי בדרך כלל לחומרה, וכללתי את פסק הדין בקטגוריה של השוואה, והדבר הביא לצמצום מספר פסקי הדין המצוינים בטבלה שנעשתה בהם הסתמכות ישירה.

ברוב פסקי הדין נעשה שימוש איכותי במקורות המשפט העברי – השוואה, הסתמכות ישירה ודין אישי, אך למעלה מ-36% מכלל השימוש במשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון הוא אמרת אגב בלבד. ונדגיש כי מידת השימוש השכיחה מאוד בהשוואה למקורות המשפט העברי ומידת השימוש הרבה יחסית של ציטוט מקורות, בדרך כלל פסוקים, כאמרת אגב אינה בגדר חידוש שהחל בשנים שנבדקו במסגרת מחקרנו (1994–2006). יחס דומה פחות או יותר בין אופני השימוש במשפט העברי עולים גם ממחקרו של פרופ' דויטש,²² המתייחס לשנים 1980–1986, שהוצגו בו הנתונים האלה: מכלל 133 פסקי דין שניתנו בתקופה זו, מהות ההסתייעות ב-59 פסקי דין היא השוואה, ב-14 הסתמכות ישירה (ב-8 מהם, מכוח חוק יסודות המשפט), ב-42 אמרת אגב, וב-18 דין אישי.

2.4. מיון פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט

ממצאים מעניינים עולים מן הנתונים המוצגים בטבלה מס' 5, הכוללת פילוח פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות המשפט העברי לפי תחומי המשפט: המשפט הפרטי, המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני המשפחה.

הנתונים המוצגים בטבלה מס' 5 מפתיעים מאוד במבט ראשון, משום שהדעת נותנת שרוב רובם של פסקי הדין שנזכרו מקורות מן המשפט העברי יהיו מתחום המשפט הפרטי ודיני המשפחה,²³ שהם התחומים הקלסיים שזכו לפיתוח רב בידי חכמי המשפט העברי לדורותיהם.²⁴ אך לא כן עולה מן הנתונים המוצגים לעיל.

למעלה מ-40% מפסקי הדין שנזכרים בהם מקורות במשפט העברי הם מתחום המשפט הציבורי, ושיעור דומה, כ-42%, הם משני התחומים המשפטיים הקלסיים, המשפט הפרטי ודיני המשפחה כאחת. נמצא אפוא שמידת השימוש במשפט עברי בתחומי המשפט הציבורי והמשפט הפלילי עולה על מידת השימוש בתחומי המשפט

22 דויטש, לעיל הערה 4, בע' 16, טבלה מס' 1.

23 השווה לדברי דויטש, שם, בע' 18.

24 חיזוק רב להנחה זו יש למצוא בעובדה ששני החלקים המשפטיים של שולחן ערוך, חושן משפט ואבן העזר, מוקדשים רובם ככולם לתחומי המשפט הפרטי ודיני המשפחה.

הפרטי ודיני המשפחה. לשם השוואה, נציין כי במחקרו של דויטש שעסק בשנים 1980–1986, התפלגות פסקי הדין הייתה אחרת: המשפט הפרטי – 44 ; המשפט הציבורי – 31 ; המשפט הפלילי – 31 ; דיני המשפחה – 27. השוואת ממצאי מחקרנו לממצאי מחקריו של דויטש מלמדת על עלייה ניכרת במידת השימוש במקורות המשפט העברי בתחום המשפט הציבורי לעומת מידת השימוש במקורות אלו בתחום המשפט הפרטי.²⁵ בשנים 1980–1986 השימוש השכיח ביותר במקורות המשפט העברי היה בתחום המשפט הפרטי הקלסי, ואילו בשנים 1994–2006 ניתנה הבכורה למשפט הציבורי. ואולם אין להפריז יתר על המידה בהערכת השימוש הרב שנעשה בתחום המשפט הציבורי, משום שאם מפלחים את הנתונים לאור חמשת אופני השימוש, מתגלה כי בכמחצית מן האזכורים, 72 פסקי דין, של מקורות המשפט העברי בתחום המשפט הציבורי, נעשה הדבר באמרת אגב; ואילו כשמשווים את מידת השימוש האיכותי, השוואה והסתמכות אישית בלבד, במקורות המשפט העברי, הפער לטובת המשפט הציבורי לעומת המשפט הפרטי מצטמצם עד מאוד, 58 פסקי דין במשפט הציבורי לעומת 55 במשפט הפרטי.²⁶

טבלה מס' 5: מיון פסקי הדין לפי תחומי המשפט

סה"כ	משפחה	פלילי	ציבורי	פרטי	הנושא המשפטי
141	10	29	72	30	א. אגב
129	14	24	44	47	ב. השוואה
35	8	5	14	8	ג. הסתמכות ישירה
24	24	0	0	0	דין אישי
16	3	0	10	3	ה. אזכור
345	59	58	140	88	סה"כ
100%	17.1%	16.9%	40.5%	25.5%	אחוזים (אחוז ההיזקקות לענף המשפטי מתוך כלל ההיזקקות למשפט העברי במהלך העשור)

25 אף על פי שגם בשנים 1980–1986, הייתה מידת השימוש במשפט הציבורי ובמשפט הפלילי דומה פחות או יותר למידת השימוש בתחומים ה"קלסיים" של המשפט הפרטי ודיני המשפחה.
 26 ואכן, בחלק השלישי של חיבורי, לעיל הערה 2, מנותחים מבחר מפסקי הדין של בית המשפט שנעשה בהם שימוש במשפט עברי בתחום המשפט הפרטי, ומשם עולה שמדובר בשימוש איכותי, מקורי ומגוון בקשת רחבה של מקורות מן המשפט העברי, שאינו נופל מאיכות השימוש במקורות הנוגעים למשפט הציבורי, ובמידה רבה אף עולה עליו.

ב. השופטים שנוקקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

טבלאות מס' 6–7 מציגות את נתוני השימוש במשפט העברי בבית המשפט העליון בשנים 1994–2006 לפי ההתפלגות לשופטים, תוך הבחנה בין אופני ההיזקקות למשפט העברי: אמרת אגב, השוואה, היזקקות המשפיעה ישירות על התוצאה הסופית של פסק הדין, דין אישי ואזכורי פסיקה (הפניות) העושה שימוש במשפט העברי. טבלה מס' 6 מתייחסת רק לשופטי בית המשפט העליון שנוקקו למקורות המשפט העברי ביותר מארבעה פסקי דין, ואילו טבלה מס' 7 מתייחסת לשופטי בית המשפט העליון שנוקקו למשפט העברי בארבעה מפסקי הדין שכתבו או פחות מכן. מטבלה מס' 6 עולים שלושה ממצאים עיקריים. ראשית, ניכר לעין השימוש הפורה והמבורך במעיינות הנצח של המשפט העברי שעשו כמה משופטי בית המשפט העליון, כשעמסו על גבם את עיקר הנטל של הסתייעות במקורות המשפט העברי.²⁷ שנית, חשוב להדגיש שהטבלה אינה משקפת את פועלו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט מנחם אֶלון, משיירי כנסת הגדולה של הדור הקודם של שופטי בית המשפט העליון, שהוא בלי ספק השופט המזוהה ביותר עם המשפט העברי מכל שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם, משום שרוב פסקי הדין שלו ניתנו לפני שנת 1994, ואילו בשנת 1994, שנת תחילת מחקרנו, כבר היה על סף יציאה לגמלאות, ולכן כתב רק כ-80 החלטות ופסקי דין. כדי להמחיש את גודל פועלו של השופט אֶלון, נציין שבשנתו האחרונה בבית המשפט העליון נזקקו למקורות המשפט העברי בכל פסקי הדין שלו שהשתרעו מעל ארבעה עמודים. הלוא דבר הוא !?

אכן, מחקרנו עוסק בעיקרו בפסיקת בית המשפט העליון בעידן שלאחר יציאתו של השופט אֶלון לגמלאות, והנה מצאנו שגם יורשיו לא טמנו ידם בצלחת וכמה מהם עשו שימוש משמעותי ביותר במקורות המשפט העברי, גם אם לעתים באיכות פחותה משימושו המאלף של אֶלון, שהוא גם פרופ' למשפט עברי, שהגיע להישגים אקדמיים יוצאי דופן בתחום זה ואף זכה לקבל על פועלו את פרס ישראל.

²⁷ פסק דינו של השופט הינו נדבך נוסף הנבנה על סיכומי הצדדים. לפעמים היוזמה באה מצד עורכי הדין של הצדדים אשר העשירו את בית המשפט במקורות משפט עברי. עם זאת, ברור כי החלטת עורכי הדין, לשלב משפט עברי, הושפעה גם מזהותו של היושב על כס השיפוט. כמו כן, שופטי בית המשפט העליון בשבתם כערכאת ערעור, הושפעו מפסקי דין והחלטות של הערכאות הנמוכות יותר. ערעור על פסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי, והכולל התייחסות למשפט עברי, עשוי להביא לידי ביטוי התייחסות למשפט העברי גם בפסיקת בית המשפט העליון.

שלישית, מכלל שופטי בית המשפט העליון בימינו, בולטת תרומתו הרבה של השופט אליקים רובינשטיין, העומד בראש העושים שימוש איכותי במקורות המשפט עברי, נוסף על אמרות אגב ואזכורים, בפסקי הדין שכתב, שהם 27% מסך כל פסקי הדין שעשו שימוש איכותי במקורות המשפט העברי. נתון זה בולט במיוחד לנוכח העובדה שהשופט רובינשטיין התמנה לבית המשפט העליון רק בשנת 2004, ובמחקרנו מוצגים רק פירות פסיקתו של רובינשטיין בשנתיים וחצי הראשונות מיום שהתמנה לתפקידו. ואף על פי כן, ניכר מהם שעשה בתחום זה יותר משעשו שופטים שישבו שנים ארוכות בבית המשפט העליון.

בעשור האחרון ניכרת גם פעולתם של שלושה שופטים אחרים משופטי בית המשפט העליון: השופט יעקב טירקל, שתרם 17.16% מסך כל פסקי הדין שעשו שימוש איכותי במשפט עברי; השופט יצחק אנגלרד, שתרם 10.3% מכלל אלה; והשופט צבי טל, שתרם 8.1% מן השימוש האיכותי במשפט העברי. ויש להדגיש כי לא רק שופטים המוגדרים כדתיים נזקקו למשפט העברי. ראש וראשון להם הוא המשנה לנשיא בית המשפט העליון (לשעבר), השופט מישאל חשין, שתרם 11.15% מפסקי הדין העושים שימוש איכותי במקורות המשפט העברי. אף השופטת דליה דורנר עשתה שימוש משמעותי במקורות המשפט העברי – אם כי במידה פחותה בהרבה מכל השופטים שהזכרתי עד עתה. בעשרה מפסקי הדין שלה, משמש המשפט העברי כמקור להשוואה²⁸ או להסתמכות ישירה.²⁹ הנשיא (לשעבר) אהרן ברק,³⁰ השופטת טובה שטרסברג-כהן, וגם השופטים שכיהנו באופן זמני בבית המשפט העליון, השופטים מנחם אילן וחנוך אריאל, נזקקו אף הם לעתים למשפט עברי. על המאפיינים המרכזיים של ההיזקקות של השופטים רובינשטיין, טירקל, אנגלרד, חשין וטל למשפט העברי, נעמוד בהרחבה בסעיף הבא.

28 ראה בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 842; בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב, פ"ד נו(5) 393, 479; רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, 585; דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 467–468; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1, 8; ע"א 1780/93 Interlego Exin נ' A/S Lines, פ"ד מח(4) 133, 197.

29 ראה בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב(5) 660–662 (כפייה דתית); בג"ץ 1514/10 אריה נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 281–282 (פגיעה ברגשות דתיים).

30 שימוש המשמעותי ביותר של הנשיא במשפט העברי נוגע לאימוץ הכלל המשפטי היהודי, "מצווה לקיים דברי המת" כעקרון על בדיני הירושה הישראלים. לעיון נרחב בסוגיה זו ראה חיבורי, לעיל הערה 2, חלק שלישי, סוף השער השלישי.

**טבלה מס' 7:
שופטים שהזכירו מקורות מן המשפט העברי בארבעה מפסקי הדין שכתבו או פחות מכן**

דבורה ברלינר	אור	מצא	ריבלין	איגולדברג	שמגר	ביניש	ש' לויין	ד' לויין	י' גולדברג	א' לוי	שם השופט	
											א. אגב	מהות ההדרשות
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	א. אגב	מס' פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי
1	0	1	0	1	0	0	1	2	4	0	ב. השוואה	
0	1	3	0	0	1	0	0	0	0	0	ג. ה. ישירה	
0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	ד. דין אישי	
1	1	0	2	1	0	1	0	0	0	0	ה. אונכור	מס' פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי
2	2	4	2	2	1	1	1	3	4	1	ה. אונכור	
913	3192	2675	2890	728	449	4224	2486	1106	551	2369	מספר פסקי דין בכלל	
143	925	886	834	251	128	1053	582	200	336	621	מספר פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי	
1.39%	0.21%	0.45%	0.27%	0.79%	0.78%	0.09%	0.17%	1.15%	1.19%	0.16%	מספר פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי	

מדרג	ארבל	זמיר	זועבי	גרוניס	נאור	פורקציה	חיות	בך	קרמי	שם השופט	
										א.אב	מהות
-	-	3	1	0	1	0	1	0	0	א.אב	מהות ההדרשות
1	1	1	0	2	0	0	0	0	0	ב.השוואה	
-	-	0	0	0	0	0	0	1	1	ג.ה.ישירה	
-	-	0	0	0	0	1	0	0	0	ד.דין אישי	
-	-	0	0	0	0	1	1	0	0	ה.אונור	מס' פסקי דין
-	1	0	0	1	1	0	0	0	0	העושים שימוש במשפט העברי	העושים שימוש במשפט העברי
1	2	4	1	3	2	1	2	1	1	מספר פסקי דין בכלל	מספר פסקי דין בכלל
6960	3609	2133	322	1717	1555	2213	1142	736	3213	מספר פסקי דין בכלל	
138	646	519	82	433	442	689	380	175	342	מספר	מספר פסקי דין בכלל
0.7%	0.3%	0.77%	1.21%	0.64%	0.22%	0.14%	0.52%	0.57%	0.29%	אחוז משפט עברי מתוך כלל פסקי הדין המלאים	אחוז משפט עברי מתוך כלל פסקי הדין המלאים של השופט

ברם, אין בנקודות האור הבודדות הללו, כדי להאפיל את השימוש המועט, הכמעט אפסי, של רוב שופטי בית המשפט העליון במשפט העברי, כפי שעולה מן העיון בטבלה מס' 7,³¹ שעולה ממנה גם שזו המגמה המסתמנת לעתיד בקרב שופטי הדור הבא בבית המשפט העליון, ובראשם הנשיאה החדשה, השופטת דורית בייניש, שבמהלך השנים הארוכות שהיא מכהנת בבית המשפט העליון, החל משנת 1996, היא נמנעת מלהיזקק למקורות היהדות. זאת ועוד, היא נמנעה במובהק אפילו מלצטט בכל פסקי הדין שכתבה פסוק אחד או ציטטה אחת מדברי חז"ל.³² ונוסיף בצער כי כיום (נכון לקיץ 2009), השופט רובינשטיין הוא נושא הדגל היחיד של המשפט העברי שנותר בבית המשפט העליון לאחר פרישתם של ארבעה שופטים: טירקל, טל, אנגלרד וחשין.

2. מאפיינים מרכזיים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי בפרק שלפנינו נעמוד בקצרה, בלי להיכנס לגופן של הסוגיות המשפטיות ופסקי הדין, על המאפיינים המרכזיים של דרכי השימוש במשפט העברי שעשו חמשת השופטים הבולטים בשעה שזקקו למקורות היהדות: אליקים רובינשטיין, יעקב טירקל, צבי טל, יצחק אנגלרד ומישאל חשין. להשלמת התמונה ראוי לעיין אף במה שכתבתי בחלקו השלישי של חיבורי יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל.

2.1. מאפיינים מרכזיים בשימוש של השופט אליקים רובינשטיין במקורות המשפט העברי

השופט רובינשטיין נוטה כחלק ממדיניות עקרונית, להיזקק למקורות המשפט עברי כמעט בכל סוגיה משפטית,³³ גם אם נראה במבט ראשון שאין לה דבר וחצי דבר עם מקורות המשפט העברי, בכל תחומי המשפט: הציבורי, הפלילי, הפרטי ודיני המשפחה. נראים הדברים שהשופט רובינשטיין סבור שיש חשיבות תרבותית-לאומית-אידיאולוגית להיזקקות למקורות המשפט העברי. לעתים קרובות הוא מסתמך על מקורות המשפט

31 בקרב קבוצה זו, עשו שימוש ראוי לציון במקורות המשפט העברי רק השופטים אליעזר גולדברג ודב לרין.

32 למעט הפניה למאמרים בדיני משפחה בבג"ץ 9834/01 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 913. אפשר שניתן למצוא ביטוי להסתייגותה של בייניש מעצם ההיזקקות לדברי חכמי ההלכה היהודיים בבג"ץ 2957/06 חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת (לא פורסם) (להלן: עניין חסן). פסק הדין נכתב בידי השופט רובינשטיין, שהרחיב כדרכו ודן במקורות ההלכה היהודית הנוגעים לנידון שלפניו, והעירה השופטת בייניש על דבריו במילים אלה: "קראתי את פסק דינו הספוג בדבר תורה של חברי השופט א' רובינשטיין ואין לי אלא להסכים עמו כי בית משפט זה לא יתערב בהכרעה הלכתית בין חלופות אפשריות שונות בשאלת כשרותם של מקוואות. חברי הבקי בדבר הלכה נזהר מלהכניס ראשו במחלוקת פוסקים – כמובן שצדק בכך. אין לנו אלא להשתאות כיצד צלל בית משפט זה לסוגיה זו".

33 מגמה זו, כפי שנראה להלן בטקסט נלווה להערה 80, היתה קיימת עוד בהיותו שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, אולם התגברה מאוד עם מינויו של השופט אליקים רובינשטיין לבית המשפט העליון.

העברי שאינם נוגעים ישירות לסוגיה שהוא דן בה תוך שימוש יצירתי בהיקשים משיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת ומסוגיה משפטית אחת לסוגיה משפטית אחרת. מאפיין בולט אחר הוא, שהשופט רובינשטיין אינו נמנע מלסקור בהרחבה את עמדת המשפט העברי בסוגיה משפטית מסוימת, אף אם אין לכך השפעה על התוצאה הסופית של פסק הדין. גם כאשר הסכים השופט רובינשטיין לדברי יתר חבריו להרכב, הוא לא אחת אינו מסתפק רק באמירת "אני מסכים", אלא פעמים רבות הוא מוסיף בפסק דינו התייחסות שנועדה רק לצורך הצגת עמדת המשפט העברי ולא לשם פתיחת דיון מחודש בסוגיה המשפטית.³⁴

השופט רובינשטיין נזקק למקורות המשפט העברי בעיקר כמקור להשוואה ולהשראה, ב-55 מכלל 77 פסקי הדין שנזקק בהם למשפט העברי, ופחות כמקור להסתמכות ישירה, 8 פסקי דין בלבד.³⁵ למיטב ידיעתי, השופט רובינשטיין לא סמך מעולם פסק דין כלשהו ישירות על פנייה למורשת ישראל אם יש חֶסֶר (לקונה) מכוח חוק יסודות המשפט.

לרוב אין מדובר בציטוט פסוקים או מאמרי חז"ל בלבד. השופט רובינשטיין מרבה לצטט בהרחבה ולהזכיר מגוון רחב ביותר של מקורות ראשוניים, ספרות חז"ל והפוסקים והראשונים, לצד מקורות משניים מודרניים, כגון מאמרים וחיבורים תורניים ומחקריים.³⁶

זאת ועוד. הוא אינו מסתפק בהבאת העקרונות הכלליים, אלא נכנס פעמים רבות אף לפרטי הפרטים ולגופי הדינים היהודיים בסוגיה. במקרים רבים, הבאותיו מן המשפט העברי והדיון בהן נפרסים על פני עמודים רבים מפסק הדין, תוך דיון מעמיק בדיעותיהם של חכמי ההלכה. אחדים מפסקי הדין שלו אף מוקדשים ברובם לניתוח מקיף של מקורות המשפט העברי, והם דומים בתוכנם ובסגנונם למאמרים תורניים או לפסקי דין רבניים.³⁷

34 כך לדוגמה נקט בע"א 9474/30 גדיש נ' בהג'את, תק-על 2006(4) 1811 (נזיקין השבת מצב לקדמותו). וכן בע"א 1769/04 אורן נ' כהן, תק-על 2006(3) 480 (מקרקעין זיקת הנאה). בע"א 9248/05 מתן מערכות נ' מילטל, תק-על 2006(3) 2739 (קניין רוחני) השופטת ברלינר לקחה על עצמה את ההתייחסות למשפט העברי ולכן לא נותר לשופט רובינשטיין אלא רק להסכים.

35 רע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' יעקב (לא פורסם) (פיצוי נפגעי תאונות דרכים); בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (לא פורסם) (להלן: עניין סבג) (עגונות); ע"א 6365/03 ביז'אן טיזאבי נ' קיומס תומס טיזאבי (עייכבון; לא פורסם); רע"א 7537/04 טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (איזון האינטרס בין פינני אדם מביתו ובין זכותו של הנושה; לא פורסם); ע"א 8117/03 ענבר נ' ד"ר אסף יעקב (הפרת זכויות יוצרים; לא פורסם); ע"א 153/04 רובינשטיין נ' רוזנבוים (פסיקת פיצויים על סמך אומדן; לא פורסם); עניין חסן, לעיל הערה 32 (הלכות מקווה); ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא (לא פורסם).

36 וכאן המקום לומר שהשופט רובינשטיין מרבה להפנות למאמרים שהתפרסמו בדפי פרשת השבוע, היוצאים לאור בידי משרד המשפטים.

37 לעניין זה, ראה במיוחד עניין סבג, לעיל הערה 35; שעל יסודו פרסם רובינשטיין את מאמרו

2.2. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט יעקב טירקל במקורות המשפט העברי

השופט יעקב טירקל, כאליקים רובינשטיין, מרבה אף הוא להיזקק למקורות המשפט העברי בכל תחומי המשפט, אם כי במידה פחותה ממנו, ואף אצלו נראה שמדובר בעניין של מדיניות עקרונית. נראים הדברים שהשופט טירקל סבור שיש חשיבות תרבותית-לאומית-אידיאולוגית לעצם ההיזקקות למקורות המשפט העברי,³⁸ ולעתים קרובות ניכר שהוא מביא מדברי חכמים רק כדי להגדיל תורה ולהאדירה.³⁹

בדרך כלל, השופט טירקל מביא תחילה את עמדתו העקרונית של המשפט העברי כפי שהיא עולה מן המקורות ההלכתיים הקלסיים בקצרה בלא להרבות בציטוטים ובאזכורים. ואין הדבר מפתיע, שהרי הוא נוהג לכתוב פסקי דין קצרים וקולעים, בניגוד לכמה מעמיתיו הנוהגים לכתוב פסקי דין ארוכים כאורך הגלות.

אמנם השופט טירקל מרבה להיזקק למשפט העברי כמקור השוואה והשראה, (ב-23 מפסקי הדין שלו), אך בה במידה הוא מרבה להסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי (ב-16 מפסקי הדין שלו).⁴⁰ מעיון בטבלה מס' 6 עולה נתון חשוב: השופט טירקל ניצב בראש השופטים הנוטים לבסס את פסקי הדין שלהם ישירות על המשפט העברי כמקור ישיר ומרכזי המשפיע גם על התוצאה הסופית. וראוי לציין כי

התורני "תקנת עגונות" תחומין כו (תשס"ו) 190-204; עניין חסן, לעיל הערה 32 (הלכות מקווה). וראה בג"ץ 7710/05 חן נ' ראש-ממשלת ישראל (הריסת בתי הכנסת בגוש קטיף).

38 והשווה לדבריו בטקס הפרידה מבית המשפט העליון מחקרי משפט כג (תשס"ז) 5-11, ושם הדגיש את חשיבותו של המשפט העברי כיצירה תרבותית לאומית מן המעלה הראשונה, תוך שציין בצער כי "מספר השופטים הנוזקים לו בפסיקתם הוא קטן, וממילא מספר המובאות מאוצרותיו קטן מאוד", וסיים את דבריו בהבעת משאלה: "עלינו לעשות לתיקונו של מצב זה".

39 ואף השתמש בביטוי זה בע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול, פ"ד נא(5) 337, 353-354 (להלן: עניין דקל), האומר במפורש: "כדי להגדיל תורה ולהאדיר אוסיף קמצוץ מן הטעמים שביסוד הגנת הקניין הרוחני במשפט העברי".

40 עניין דקל, שם; רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, 378 (הליך הוגן); ע"פ 4517/95 מנסור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 549, 563 (להלן: עניין מנסור) (זיכוי מחמת הספק); ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 505, 527-528 (פיצויים עונשיים); ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד נב(5) 797, 811-816 (פרשנות חוק המתנה); בג"ץ 3090/97 כהן נ' הממונה על מחוז הדרום, פ"ד נב(2) 721, 738-739 (להלן: עניין הממונה על מחוז הדרום) (פרשנות המונח "חייב"); ע"א 436/10 רכאב נ' רכאב (גדרי צוואת שכיב מרע; לא פורסם); בג"ץ 4225/10 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד נח(4) 155, 181-182 (פתיחת קבר אחים); ע"פ 9724/02 אביר-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, 95-96 (בדיקת D.N.A.); בג"ץ 03/1993 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' אריאל שרון, פ"ד נז(6) 817, 947-948 (עברות נבחרי ציבור); בג"ץ 6499/99 המפד"ל נ' הרב שלמה בן עזרא, פ"ד נג(5) 606, 625 (נבחרי ציבור); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632 (תקנת השוק); ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 609, 613-615 (חומרת עברת רצח); ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 510 (להלן: עניין כהן) (הגדרת מעשה מגונה); ע"א 5717/95 וינשטיין נ' עו"ד פוקס, פ"ד נד(5) 792.

הסתמכותו הישירה של השופט טירקל על המשפט העברי נעשית כדבר טבעי בלא להכריז עליה בראש חוצות באמצעות כלים חקיקתיים,⁴¹ דוגמת הפנייה למורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט או פנייה לערכיה היהודיים של מדינת ישראל מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מאפיין בולט אחר הוא: בלא מעט מקרים, השופט טירקל מסכים לפסק הדין המרכזי של חבריו, אך מוסיף עליו דברים אחדים שמטרתם לייסד את פסק הדין על אדני המשפט העברי.⁴²

2.3. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט יצחק אנגלרד במקורות המשפט העברי

אף השופט יצחק אנגלרד עשה שימוש נכבד למדי במשפט העברי במגוון תחומי משפט.⁴³ עובדה זו מעניינת מאוד לנוכח הסתייגותו העקרונית והידועה של הפרופ' יצחק אנגלרד, שהביע אותה במאמרים שפרסם בעת שניהן כפרופ' בחוג למשפטים באוניברסיטה העברית, מן השימוש במשפט העברי במערכת המשפט הישראלית החילונית בגלל חששו מ"חילוננו" של הדין הדתי היהודי, ולנוכח מחלוקתו הנוקבת עם פרופ' מנחם אלון בסוגיה זו.⁴⁴ דברים שרואים מהיכל השן של האוניברסיטה אין רואים אותם מהיכל בית המשפט העליון, שהרי בשבתו בבית המשפט העליון, הסתייע השופט אנגלרד הרבה במקורות המשפט העברי. ככלל זה, הסתמך ב-12 מפסקי הדין שלו ישירות על מקורות המשפט העברי, שהוא מקפיד לכנותו בשם "המשפט היהודי" או "ההלכה היהודית",⁴⁵ וביסס עליהם את פסקי דינו.⁴⁶ פעמיים, יותר מכל

41 כפי שנהג בזמנו השופט מנחם אלון פעמים רבות.

42 ראה למשל עניין דקל, לעיל, הערה 39; עניין כהן, לעיל הערה 40; עניין מנסור, לעיל הערה 40; בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, עמ' 78; ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549; ע"א 7700/95 נגולה נ' סמי חזן, פ"ד נ(1) 338, 344.

43 אף כי ניכרת מגמה להשתמש בעיקר בתחומי ההתמחות האקדמיים של פרופ' אנגלרד במשפט הפרטי ובפילוסופיה של המשפט, אם כי גם בתחומי משפט אחרים נזקק השופט לא אחת למשפט עברי.

44 ראה במיוחד יצחק אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" המשפט העברי ומדינת ישראל (יעקב בזק עורך, תשכ"ט) 117–134; יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34–65; מנחם אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח (תשל"ז) 99–137.

45 כפועל יוצא של הסתייגותו מן השימוש במונח "משפט עברי", כמוסבר במחקרו על חקר המשפט העברי (שם, שם).

46 ע"א 8034/95 מאור נ' ג'ון, פ"ד נב(4) 97, 107–109 (ערבות); ע"פ 3004/98 מדינת ישראל נ' שבתאי, פ"ד נה(3) 577, 583 (שיקולי ענישה); בג"ץ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, פ"ד נב(1) 35, 46–48 (להלן: עניין חכים) (הקמת מצבה למתאבד); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (להלן: עניין רוקר) (כופין על מידת סדום); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נג(3) 600, 633–640 (כיתוב לועזי על מצבות); בג"ץ 1/98 ככל

שופט אחר שפעל בבית המשפט העליון בשנים 1994–2006, פסק השופט אנגלרד לאור מקורות מורשת ישראל, מכוח חוק יסודות המשפט,⁴⁷ ואף נהג לאמץ עקרונות מן ההלכה היהודיים מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המפנה לערכיה של מדינה יהודית דמוקרטית.⁴⁸ ונעיר כי דרך זו של אימוץ עקרונות מן המשפט העברי מכוח שני החוקים הללו אופיינית במיוחד לשופט מנחם אלון. תופעה זו מעניינת במיוחד לאור העובדה שאנגלרד הסתייג בראשית כתיבתו האקדמית עקרונית משילוב המשפט העברי במערכת המשפט החילונית האזרחית, וטעמו ונימוקו עמו:

“יחודו של המשפט היהודי אינו דווקא בפתרונות המוצעים על ידו, אלא בהשקפה הדתית העומדת ביסודו. אין זה משפט חילוני בעל קליפה דתית אותה אפשר לקלוף מבלי לפגוע בתוך, כפי שסבורים אחדים. שאלה גדולה בעינינו היא אם קליטה תוך שלילת הדוגמטיקה היא עדיין בעלת משמעות תרבותית באותה מידה חשובה כפי שסבורים החוגים הלאומיים. אנו נוטים לדעה כי לאחר דחייתו של היסוד הדתי אין לדבר עוד על המשך ורציפות במשפט. השוני הוא עמוק מדי.”⁴⁹

וכאן יש מקום לשאול: האם אין בשילוב המשפט העברי בחלק מפסקי הדין של השופט אנגלרד משום דחייה של היסוד הדתי? על כך, ראוי לערוך מחקר נרחב בעניין זה, דבר החורג ממטרת חיבורנו.⁵⁰

על אף השינוי הדרמטי שחל בין דעתו של פרופ' אנגלרד בהיותו באקדמיה לבין דרכו של השופט אנגלרד בפסיקת בית המשפט העליון, איני סבור שזנח לחלוטין את תפיסת עולמו הראשונית המסתייגת משילוב הדין היהודי הדתי במערכת המשפט

נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 271–273 (תורתו אומנותו); ע"פ 5296/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 385, 369–397 (הגדרת אונס); בג"ץ 794/98 שיח' עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 776–777 (יחס לשבויים); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 305–310 (להלן: עניין קל בנין) (פיצויים בגין העדר תום לב); ע"א 7487/00 מנסור נ' חוג'יראת, פ"ד נו(3) 541, 549 (אין חבין לאדם אלא בפניו); אב 11280/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו(4) 1, 65 (הכשרת מועמד שחזר בו מדעה נפסדת).

47 עניין קל בנין, שם; ע"א 2054/98 אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 433, 453 (להלן: עניין אחים רויכמן).

48 לדוגמה בולטת ראה עניין רוקר, לעיל הערה 46.

49 אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", לעיל הערה 44, בע' 131.

50 חומר מעניין למחשבה בעניין זה ניתן לשאוב מדיונונו להלן, שנראה בו כיצד בפסק הדין בעניין קל בנין, לעיל הערה 46, עמד השופט אנגלרד במבוכה לנוכח ההבדלים בין שיטת המשפט היהודית-דתית לבין שיטת המשפט החילונית-מערבית בסוגיית הפיצויים בגין התנהגות בהיעדר תום-לב בשלב הטרם-חזוי, ואף על פי כן לא נמנע מקליטה בעייתית מאוד של הדין היהודי (מכוח חוק יסודות המשפט), המלווה ב"חילוני" ותרגומו לשפה המקובלת בשיטת המשפט הישראלית. על כך עמדתי בהרחבה בחיבורי, לעיל הערה 2, בחלק שלישי, שער רביעי.

החילונית.⁵¹ נראה שאין הוא סבור שיש חשיבות תרבותית-לאומית-אידיאולוגית בעצם ההיזקקות למקורות המשפט העברי, כפי שסוברים למשל השופטים רובינשטיין וטירקל. נראה שהיזקקותו להלכה נובעת בראש ובראשונה מן העובדה שההלכה היהודית וההגות היהודית תופסות מקום חשוב בעולמו,⁵² בהן הוא הוגה ומהן הוא שואב את עולם המושגים המשפטיים שלו. אך אין הוא מרבה בהזכרת מקורות רק כדי להגדיל תורה ולהאדירה ולשם מצוות "שילוב המשפט העברי במדינת ישראל".⁵³

עוד ראוי לומר כי פעמים רבות, יותר מכל שופט אחר, נזקק השופט אנגלרד למקורות המשפט העברי ביחס להגות המשפטית,⁵⁴ והוא אף מרבה לצטט מדברי גדולי הפילוסופים היהודיים.⁵⁵ עניין רב מוצא השופט אנגלרד במקורות המשפט העברי העוסקים ביחס בין המשפט לבין המוסר,⁵⁶ ולעתים הוא אף מבקש להחיל כמה מן הנורמות המוסריות הגבוהות בעולמה של היהדות, כגון "כופין על מידת סדום".⁵⁷

2.4. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט מישאל חשין במקורות המשפט העברי

מן הנתונים המוצגים בטבלה מס' 6, עולה שיש למשנה בדימוס לנשיא בית המשפט העליון, השופט מישאל חשין, חלק נכבד ביותר מכלל התייחסויות השופטים למקורות המשפט העברי בשנים 1994–2006, 27%. ברם, נתון זה מטעה מאוד, משום שאם בוחנים את תרומתו של השופט חשין לשימוש איכותי במקורות הללו, השוואה או

51 ושל א כמשתמע מדברי השופט דרורי בהחלטתו בש"א (י"ם) 2813/05 חברת השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב דניאל ביטון (לא פורסם), שכתב כי השופט אנגלרד מקבל כיום את עמדתו של פרופ' מנחם אלון.

52 ויעידו על כך כמה ממחקריו המעמיקים בפילוסופיה של ההלכה.

53 אף בעניין זה, שונה דרכו במידה רבה מדרכם של השופטים אליקים רובינשטיין יעקב טירקל, וכמובן מנחם אלון.

54 ראה למשל ע"א 1165/01 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 69, 73 (כלליות החוק); עניין אחים רויכמן, לעיל הערה 47 (דיני יושר); ע"א 6909/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי בע"מ, פ"ד נה(4) 83; בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838, 876–877 (עניין הוועד הציבורי); ע"פ 1182/90 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, 85–88; רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום אביזורים, פ"ד נב(4) 289, 439 (השאיפה להפשטה); ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נב(2) 638, 644 (כללי פרשנות). ונעיר גם כי אף חלק נכבד מכתבתו האקדמית של פרופ' אנגלרד נוגעת לפילוסופיה של ההלכה היהודית.

55 חיבה יתרה יש לשופט יצחק אנגלרד לדברי הרמב"ם ב"מורה נבוכים", והוא מצטט מהם.

56 ראה לדוגמה פסקי הדין הנוכחים לעיל בהערה 47. וראה עניין חכים, לעיל הערה 46.

57 כבעניין רוקר, לעיל הערה 46.

הסתמכות ישירה או דין אישי, השיעור פוחת בהרבה ומגיע רק לכדי 11.15% מכלל השימוש האיכותי של השופטים במקורות המשפט העברי.

פשרו של הפער הגדול בין הנתונים הללו מתברר מפילוח אופני היזקקותו למשפט העברי. רוב התייחסויותיו של השופט חשין למקורות המשפט העברי הם בגדר אמרות אגב המצויות במספר שיא של 80 מפסקי הדין שכתב. וראוי להעיר כי בקטיגוריה זו, עשה השופט חשין הרבה יותר מכל חבריו השופטים גם יחד. ואין הדבר מפתיע את כל מי שמכיר את סגנונו המליצי והספרותי של השופט חשין, המרבה לתבל את דבריו בפסוקים מן התורה ובמאמרי חז"ל. לעתים מזומנות הוא אף פותח את פסק דינו בהצגת סיפור דרמטי מן התנ"ך או בסיפור מרתק מספרות חז"ל.⁵⁸ אכן, אמרות אגב אלה מעידות יותר על סגנון כתיבתו ועל עולמו התרבותי ופחות על נכונותו לאמץ את עקרונות המשפט העברי בסוגיה המסוימת העומדת לפניו. יחד עם זאת, לעתים נראה שהפסוקים או מאמרי חז"ל שהביא בהרחבה אינם משמשים רק כדברי מליצה, אלא מבטאים את המדיניות המשפטית הראויה לדעתו בסוגיה זו. עוד נעיר כי קשה היא מאוד מלאכת סיווג אופן השימוש של השופט חשין בפסקי הדין שכתב, ולעתים די קרובות קשה להכריע בשאלה אם הביא את הדברים כאמרת אגב בלבד או שמא כמקור השראה.⁵⁹

השופט חשין אף עושה שימוש איכותי נכבד במקורות המשפט עברי, בכל תחומי המשפט, בעיקר כמקור השוואה, בעשרים מפסקי הדין שלו, ולעתים גם בהסתמכות המשפיעה ישירות על תוצאות פסק הדין.⁶⁰ ואולם השימוש שלו במשפט העברי נושא אופי חילוני-לאומי,⁶¹ וניכר כי אין הדבר נעשה כדי לקיים מצוות החייאת המשפט העברי כמו שעושים עמיתיו השופטים הדתיים.

58 ראה למשל ע"פ 3417/99 הר"שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, 741 (להלן: עניין הר"שפי); בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 678; דבג"ץ 2271/98 דומיה זאד אחמד מחמד עאבד נ' שר הפנים, פ"ד מה(5) 778; בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש עיריית בת ים, פ"ד נט(4) 29.

59 ראה למשל הנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, 398; ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865, 905; ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא, פ"ד מה(3) 327, 335-336; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133. ונדגיש כי בכל מקום של ספק, הכרענו לחומרה, וסיווגנו את השימוש כאמרת אגב. ייתכן שהכרעה אחרת הייתה מביאה לשיעור גדול הרבה יותר של פסקי דין של חשין בקטגוריית השוואה והשראה.

60 ראה למשל בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655 (ענישה קולקטיבית); בג"ץ 1720/96 סאלם נ' האלוף בירן, פ"ד נ(1) 353, 364 (ענישה קולקטיבית); ע"א 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית, פ"ד נו(3) 49, 56 (להלן: עניין סבן) (הגדרת המונח "הארכה"); עניין הוועד הציבורי, לעיל הערה 54, בע' 877-880 (החמרה בעונשו של רוצח).

61 והוא מדגיש לעתים את נקודת המוצא החילונית שלו, כגון בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, תק-על 98(2) 1352, בפסקה 28 של פסק דינו: "ויברא אלוהים את האדם בצלמו בצלם אלוהים ברא אותו" (בראשית א, כז). ועל-כך שנינו מפיו של רבי עקיבא כי 'חביב

מאפיין בולט אחר בפסיקתו הוא ההסתייעות המרובה שלו במקורות היהדות כבואו לפרש ולהגדיר מונחים וביטויים בחוק הישראלי.⁶² לשופט חשין יש נטייה מובהקת ללמוד על נורמות מוסריות-אנושיות רצויות מ"תורת משה"⁶³ ומסיפורי התנ"ך, ובמידה פחותה יותר מאגדות חז"ל ומאמריהם, אך אינו מרבה להתבסס על דברי הפוסקים האחרונים והספרות התורנית והמחקרית של ימינו במשפט עברי.

2.5. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט צבי טל במקורות המשפט העברי

השופט צבי טל נזקק אף הוא הרבה מאוד למקורות המשפט העברי, אך במידה פחותה ובמספר מצומצם יותר של תחומי משפט. רוב פסקי הדין של השופט טל נוגעים לתחומי הדת והמדינה, דיני המשפחה והירושה וענייני משפט ורפואה.⁶⁴ עיקר שימושו של השופט טל במקורות המשפט העברי הוא כמקור השראה (ב-12 פסקי דין), אך ב-5 מפסקי הדין שלו אף הסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי

ומאמינים נדרשים לגזור את כבוד האדם מכבוד הקב"ה, שעל דרך זה מרוממים הם את כבוד האדם אל רום המעלה. ומה יאמרו מי שאינם שומרי-מצוות ואינם מאמינים? אלה יאמרו, מה לנו שנתלה עצמנו בקב"ה להכרה בכבוד האדם כערך נעלה. וכי אין די לנו באדם – באשר הוא – שנידרש להגן על כבודו? שהרי האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. ואל יישכח מאיתנו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד שחרת את כבוד האדם – הן בשמו של החוק הן בתוכנו – והפכו מוסד-מוסד חרות במשפט ישראלי".

62 ראה למשל עניין סבן, לעיל הערה 60; עניין הר"שפי, לעיל הערה 58, 753–754; בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832, 840; בג"ץ 6627/98 נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נד(5) 299, 315–316; בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 364; ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705. לאור זאת, תמוהה הסתייגותו של השופט מישאל חשין בעניין הממונה על מחוז הדרום, לעיל הערה 40, בע' 739–742, מן העובדה שפירש השופט יעקב טירקל את המונח "חייב" לפי המשפט העברי, תוך הזכרת דבריו הידועים של אביו, השופט שניאור זלמן חשין, שאין חובה לפרש מונח עברי הבא בחוק הישראלי על פי משמעו במשפט העברי (והשווה גם למה שכתב השופט מישאל חשין על פירוש מונחים לאור המשפט העברי בבג"ץ 2274/99 שפיר נ' בית הדין הרבני, פ"ד נו(1) 673, 695–696). דומה כי מה שהשופט מישאל חשין דורש מן השופט יעקב טירקל הוא אינו מקיים בעצמו, ויעידו על כך פסקי הדין הרבים הנזכרים לעיל, שפירש בהם מונחים הבאים בחוק על פי מקורות המשפט העברי.

63 על הבעייתיות שבלימוד ישיר מן ההוראות שבמקרא בפסקי הדין של השופט מישאל חשין בעניין ענישה קולקטיבית, ראה מה שכתבתי בחיבורי, לעיל הערה 2, בחלק שלישי, שער ראשון, פרק ראשון. ראוי לציין אף את גישתו העקרונית של מישאל חשין, המגובה במקורות חז"ליים, לפיה צניעות ולשון נקיה גוברת אף על חופש הביטוי כך נקבע בבג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 41. וכן בג"ץ 94/4804 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661.

64 אך הוא השתמש במשפט עברי אף בתחומים אחרים.

לקביעת התוצאה הסופית של פסק הדין.⁶⁵ באחד המקרים הללו, אף סבר שיש לפנות למורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט.⁶⁶ השופט טל נזקק גם למקורות הלכתיים קלסיים של המשפט העברי, כגון ספרות השאלות והתשובות והפוסקים, אך יחד עם זאת, נזכרים בפסקי הדין שלו גם דברי אגדה ומוסר.⁶⁷ עוד יש לציין כי השופט טל עושה שימוש במשפט העברי בדרך אסוציאטיבית, כשסוגיות הלכתיות נזכרות על ידו במנותק מהקשרן.⁶⁸ מבין שופטי בית המשפט העליון דפוס פעולה זה ייחודי לשופט טל, באמצעותו ניתנת התייחסות בפסקי הדין גם לסוגיות הלכתיות טהורות, שאין להן זיקה בולטת למשפט, ואלמלא מדיניות זו סוגיות אלו לא היו נזכרות בפסקי הדין.

חלק ב: המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים

נתונים כמותיים ומאפיינים

א. פסקי דין מחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי

1. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפני שנת 1994, לפני שנציג את הנתונים בשנים שנבדקו במסגרת המחקר שלפנינו (1994–2006),

65 בג"ץ 1031/93 פסרו נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 717–718 (גירור על פי ההלכה); ע"א 4836/90 פמ"ר חברה לבנין ולעבודות ציבוריות בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פ"ד מח(2) 560 (זה נהנה וזה לא חסר); ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 528–531; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (גזענות); ע"א 3953/93 שיפריס נ' שפיר, פ"ד נ(3) 520, 525 (אומד דעת המצווה בירושה).

66 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 710–711. לפרשה זו בהרחבה ראה חיבורי, לעיל הערה 2, חלק שלישי, שער ראשון, פרק שני.

67 ראה למשל ע"א 5664/93 כנען נ' ממשלת ארה"ב, פ"ד נא(1) 114, 128; ע"א 4997/92 צביח נ' צביח, פ"ד נ(2) 524, 528.

68 ראה למשל ע"א 4798/95 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נ(3) 195, 208. שם הוא מצטט את המימרה התלמודית "יש זריז ונפסד" העוסקת בעבודה בערב חג. כביקורת על מדיניות שלטונות הרווחה להזדרז להרחיק ילדים מהוריהם הביולוגיים. וכן המימרה "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" האמור בתלמוד לגבי עד נזכר על ידו בע"א 899/95 ברזל נ' כו"נ בנק צפון אמריקה, פ"ד מט(1) 854, 864. אלא ששם המימרה מוסבת כלפי שופט החשוד כנגוע בדעה קדומה. פעמים רבות הוא נעזר בכלי היסק-לוגי הנזכר בסוגיה הלכתית, לפיתרון שאלה משפטית מתחום אחר. ראה למשל בש"א 219/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד מט(5) 284, 286. שם השופט צבי טל מציין את הכלל "כל המשנה ידו על התחונה". כאשר כלל זה מהווה את ההצדקה לכך שדרש מחברת ישקר להציג את הדו"חות בפני דיסקונט היות ו-30 שנה נהגה כן ואין בידה טעם ראוי המצדיק שינוי ממדיניות זו.

ראוי ששווה את הנתונים הללו לנתונים שהוצגו במחקרים שסקרו את התקופה שלפניה.

אין בידינו מחקרים המציגים באופן מלא את הנתונים הסטטיסטיים של השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1986–1994,⁶⁹ פרט לנתונים שהובאו במחקרו של פרופ' דויטש⁷⁰ שעסק בבחינת הנתונים הכמותיים על השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986, שבסיס הנתונים במחקרו היה פסקי הדין המחוזיים שפורסמו (בכרכי פ"מ). להלן הנתונים על מספר פסקי הדין שנזכר בהם המשפט העברי בפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בשנים הללו: תש"ם – 3; תשמ"א – 6; תשמ"ב – 3; תשמ"ג – 10; תשמ"ד – 10; תשמ"ה – 9; תשמ"ו – 11. וכפי שכבר הדגיש פרופ' דויטש, הנתונים הללו מעידים בבירור על מגמה של עלייה משמעותית במידת ההסתייעות במשפט עברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

להלן פילוח נתוני ההיזקקות למשפט העברי ב-52 מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים לפי מהותה: אִמְרַת אַגַב – 7 פסקי דין; השוואה – 27; הסתמכות ישירה – 12 (מתוכם 4 מכוח חוק יסודות המשפט); הדין האישי – 6. מן הנתונים הללו, הסיק דויטש כי מהות ההיזקקות בתי המשפט המחוזיים למשפט העברי איכותית יותר. כלומר, בהשוואה להיזקקות למשפט העברי בבית המשפט העליון באותה תקופה,⁷¹ ניכר בהם שימוש רב יחסית בהסתמכות ישירה על המשפט העברי ובהשוואה, ופחות באִמְרַת אַגַב.

מיונם של פסקי הדין שנזכרו בהם מקורות מן המשפט העברי לפי תחומי המשפט מעלה את נתונים האלה: פסיקה אזרחית – 18 פסקי דין; פסיקה פלילית – 23; דיני משפחה וירושה – 11.

2. המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006

2.1. ההתפלגות לפי שנים

נציג תחילה את מספר פסקי הדין שנעשה בהם שימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בהתפלגות לפי שנים (1994–2006). בסיס הנתונים זהה לזה שבחרנו בחלק הראשון, פסקי הדין המצויים במאגר הממוחשב "נבו". כאמור, בסיס נתונים זה רחב הרבה יותר מן הבסיס שהשתמשו בו החוקרים שבדקו את השימוש במשפט העברי בפסיקה שלפני שנת 1994, משום שהם בדקו מדגם של הפסיקה שנתפרסמה בלבד.

69 מחקרם המקיף של שחר חריס וגרוס, לעיל הערה 7, נוגע לנוהלי ההסתמכות של בית המשפט העליון בלבד.

70 דויטש, לעיל הערה 4, בע' 22–33.

71 הנתונים הוצגו לעיל בטבלה מס' 5.

טבלה מס' 8: המשפט העברי בפסקי הדין המחוזיים - ההתפלגות לפי השנים

השנה	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
מס' פסקי הדין שנוקדו בהם למשפט העברי	16	14	9	4	13	13	13
מספרם הכולל של פסקי הדין	434	572	897	704	2371	2688	3367
מכלל פסקי הדין המלאים	214	289	367	309	1153	1322	1696
מספר אחוז משפט עברי מתוך כלל פסקי הדין המלאים	7.47%	4.84%	2.45%	1.29%	1.12%	0.98%	0.7%

השנה	2001	2002	2003	2004	2005	2006
מס' פסקי דין העושים שימוש במשפט העברי	16	27	12	46	46	43
מספר פסקי דין בכלל	4088	5672	6272	7738	9477	9881
מתוך פסקי הדין המלאים	1774	2361	2848	4362	6586	6699
אחוז משפט עברי מתוך כלל פסקי הדין המלאים	0.9%	1.14%	0.42%	1.05%	0.69%	0.64%

מן הנתונים שבטבלה מס' 8, עולים כמה ממצאים חשובים. אך לפני שנעיין בנתונים הללו, ראוי שנזכיר את הנתונים שהציג פרופ' סיני דויטש במחקרו, שעסק בשנים 1980–1986, שעולה מהם, כפי שראינו לעיל, מגמה של עלייה משמעותית במידת השימוש במשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.

מגמת העלייה בשימוש במשפט העברי נמשכת, ואף ביתר שאת, גם בשנים שנבדקו במחקרנו (1994–2006). הנתונים שהוצגו בטבלה מס' 8 גבוהים משמעותית מן הממוצע בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בתקופה שנבדקה במחקרו של דויטש, ונראה שאין הדבר נובע אך ורק מן העובדה שכללנו במחקרנו גם פסקי דין שלא נתפרסמו. בשנים 1994–1995, היה מספרם הממוצע של פסקי הדין 15, ועל אף הירידה שחלה בשנים 1996–1997, חלה בשנים 1998–2000 התייצבות על 13 פסקי דין בכל שנה. בשנת 2001 חלה עלייה מתונה במספרם, והם הגיעו לכדי 16 פסקי דין, ובשנת 2002 מספרם עלה משמעותית ליותר מ-27. בשנת 2003, הייתה ירידה חריגה במספרם, אך בשנים 2004–2005, חל זינוק במספרם והם הגיעו למספר שיא של 46 פסקי דין בכל שנה. וגם בשנת 2006 יש מספר דומה, 43 פסקי דין. נמצא שיש לפנינו עלייה דרמטית ביותר האומרת דרשני. נדון בממצאים הללו להלן, בפרק השלישי.

ומאליה עולה שאלת היחס בין הנתונים בדבר מידת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בהשוואה לזו של בית המשפט העליון.⁷² וכאן ראוי להבחין בין שתי תקופות: השנים 1994–2001 והשנים 2002–2006. בשנים 1994–2001, נזקקו בתי המשפט המחוזיים למשפט העברי פחות מבית המשפט העליון, הן מבחינת מספר פסקי הדין הן מבחינת אחוז ההיזקקות מכלל פסקי הדין המחזיקים יותר מארבעה עמודים. נעיר כי דבר זה הוא טבעי ביותר לאור ההבדל המהותי בין שתי הערכאות: פסקי הדין של בית המשפט העליון מהווים תקדים מחייב, ושופטיו מרבים יותר משופטי בתי המשפט המחוזיים לעסוק בשאלות משפטיות עקרוניות וכלליות תוך הסתמכות על מקורות משפטיים משווים רבים. על רקע זה, מעניין לבדוק מה אירע בשנים 2002–2006. בשנים אלו, לא זו בלבד שהצטמצם הפער בין בתי המשפט המחוזיים לבית המשפט העליון מבחינה זו, אלא שבשלוש שנים (2002, 2004, 2005) היה מספר פסקי הדין המחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי גדול ממספר פסקי הדין מסוג זה שניתנו בבית המשפט העליון בשנים הללו.⁷³ תופעה זו מפתיעה היא לנוכח ההבדל המהותי בין בית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי בעניין ההסתמכות על מקורות השוואתיים בכלל, המקובלת הרבה יותר בבית המשפט העליון. לאור זאת, היינו מצפים לשמירת הפער הגדול לטובת בית המשפט העליון, כפי שהיה עד שנת 2001. על הגורמים להגברת השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים, נעמוד להלן בפרק השלישי.

72 לעיל טבלה מס' 1.

73 אף על פי שאחוז פסקי הדין הללו מכלל פסקי הדין הוא פחות. אך כבר הראיתי לעיל בחלק א, פרק ראשון, סעיף 2.1, שאין לייחס חשיבות רבה לאחוז.

2.2. הסתמכות על מקורות משפט משווה בטבלאות מס' 9–10, בדקנו מדגמית את נוהלי ההסתמכות של בתי המשפט המחוזיים על מקורות משפט אחרים נוסף על החקיקה הישראלית והפסיקה: המשפט הזר (האמריקני, האנגלי ועוד), המשפט העברי והספרות המשפטית הישראלית (לא כולל החקיקה והפסיקה). לצורך הבדיקה המדגמית, בחרנו בשנים 1994, 1995, 1998. בסיס הנתונים של מחקרנו היה כלל פסקי הדין המחוזיים שפורסמו באותן שנים. בבדיקתנו נעשתה הן לפי מספר הפניות למקורות השונים (טבלה מס' 9) הן לפי מספר פסקי הדין שהזכירו את המקורות העבריים (טבלה מס' 10). מן הטבלאות מס' 9–10, עולה שהשיעור היחסי של ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בהשוואה לכלל ההתייחסויות למשפט משווה היא גבוהה למדי. במיוחד הדברים אמורים בשנים 1994–1995. בשנת 1994 כ-27% מכלל פסקי הדין המחוזיים שהתייחסו למשפט משווה נזקקו למשפט העברי. בשנת 1995, שיעור זה אף עלה והגיע לכדי 40%, ומספר ההפניות בשנה זו למשפט האמריקני ולמשפט האנגלי גם יחד לא עלה על מספר ההיזקקות למשפט העברי. יחד עם זאת, חלה בשנת 1998 ירידה בשיעור ההיזקקות למשפט העברי. השוואה בין הנתונים שבטבלאות מס' 9–10 בהשוואה לאלה שהוצגו בחלק הראשון בטבלאות מס' 2–3, מעלה שבשנים 1994–1995 היה אחוז ההיזקקות למשפט העברי ביחס לכלל ההיזקקות למשפט משווה גבוה יותר בבתי המשפט המחוזיים מבבית המשפט העליון, פרט לשנת 1998, שבה היה אחוז גבוה יותר בבית המשפט העליון.

2.3. מהות ההיזקקות למשפט העברי בדומה למה שנעשה בחלק הראשון, אף בחלק זה מייננו את מהות ההיזקקות למקורות המשפט העברי לחמש קבוצות עיקריות: אמרת אגב, השוואה, הסתמכות ישירה, הדין האישי ואזכור פסיקה. החלוקה לחמש הקבוצות משתקפת בטבלה מס' 11, המציגה את התפלגות אופני ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לפי שנים.

טבלה מס' 10: הסתמכות על משפט משווה - לפי מספר פסקי הדין

מספר אומרים השנה	מס' פסקי הדין		הזיקות למקורות משפט אחרים* (מלבד פסקי דין וחקיקה ישראלית)	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות זרה אחרת	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות זרה אחרת	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	מספר פסקי הדין העשים שימוש בספרות ישראלית	
	מס' פסקי הדין	מס' פסקי הדין																		
1994	מס' פסקי הדין	56																		
	מס' פסקי הדין	1 ת"א																		
	מס' פסקי הדין	16 ב"ש																		
	מס' פסקי הדין	16 חפ"ה																		
	מס' פסקי הדין	10 נצרת																		
1995	מס' פסקי הדין	56 תר"ב																		
	מס' פסקי הדין	2 ת"א																		
	מס' פסקי הדין	22 ב"ש																		
	מס' פסקי הדין	17 חפ"ה																		
	מס' פסקי הדין	3 נצרת																		
1998	מס' פסקי הדין	60 תר"ב																		
	מס' פסקי הדין	0 ת"א																		
	מס' פסקי הדין	11 ב"ש																		
	מס' פסקי הדין	6 חפ"ה																		
	מס' פסקי הדין	11 נצרת																		
סה"כ פסקי הדין עולה על 100% (165)	מס' פסקי הדין	40 תר"ב																		
	מס' פסקי הדין	4 ת"א																		
	מס' פסקי הדין	9 ב"ש																		
	מס' פסקי הדין	4 חפ"ה																		
	מס' פסקי הדין	31 נצרת																		
סה"כ פסקי הדין עולה על 100% (165)	מס' פסקי הדין	36 תר"ב																		
מס' פסקי הדין	4 ת"א																			
מס' פסקי הדין	31 ב"ש																			
מס' פסקי הדין	4 חפ"ה																			
מס' פסקי הדין	17 נצרת																			
מס' פסקי הדין	36 תר"ב																			

* סה"כ פסקי הדין עולה על 100% (165) היות ופעמים רבות פסק דין אחד עוסק במשפט משווה ממדינות שונות.

טבלה מס' 11: מהות ההיזקקות – התפלגות אופני השימוש במשפט העברי

מהות ההיזקקות חלוקה לשנים	אמרת אגב	השוואה	הסתמכות ישירה	הדין האישי	אזכור	סה"כ ⁷⁵	אחוז לכל שנה (מכלל ההיזקקות למשפט עברי בין ינו' 49 – דצמבר '60)
1994	3	4	2	2	2	13	4.9%
1995	1	8	2	1	1	13	4.9%
1996	2	6	2	0	0	10	3.8%
1997	0	1	1	1	1	4	1.5%
1998	2	5	1	2	1	11	4.1%
1999	2	7	0	0	3	12	4.5%
2000	2	7	0	1	1	11	4.1%
2001	2	13	0	0	2	17	6.4%
2002	1	17	0	1	7	26	0.8%
2003	0	8	2	0	0	10	3.8%
2004	3	29	9	3	5	49	18.5%
2005	10	12	8	6	10	46	17.3%
2006	4	17	5	5	6	43	16.2%
סה"כ	32	413	32	22	45	265	100%
אחוז (מכלל ההיזקקות למע"מ)	12.07%	50.56%	12.07%	8.3%	17%	100%	

⁷⁵ סה"כ כאן אינו חופף לאמור בטבלאות אחרות. הן משום שכל טבלה יש בה חתכים אחרים הן משום שלעיתים שני שופטים או יותר כתבו פסק דין אחד, ואחד מהם רואה במשפט העברי מקור להסתמך עליו והאחר משתמש בו רק לתפארת המליצה. המאגר מחזיק 265 פסקי דין והחלטות, אך לצורך חתכים מסוימים, ניתן לראות בפסק דין אחד יותר מיחידה אחת (כלומר, שופטי הרכב העושים שימוש שונה כנ"ל). לפיכך המספר נע בין 261 לבין 265.

מן הטבלה מס' 11, עולה הנתון הבא: שופטי בתי המשפט המחוזיים עושים שימוש איכותי יותר במשפט העברי משופטי העליון, שהרי הם ממעיטים באמרות אגב (12% אמרות אגב במחוזי לעומת 36.2% בעליון), אך נדרשים הרבה יותר למשפט העברי כמקור השוואה (כ-50% במחוזי לעומת כ-42% בעליון) ולהסתמכות ישירה (12% במחוזי לעומת 9% בעליון). תמונה דומה עולה גם ממחקרו של פרופ' דויטש, שבדק את אזכורי המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בשנים 1980–1986. אף הוא העלה שהשימוש של בתי המשפט המחוזיים במשפט העברי איכותי יותר מזה של בית המשפט העליון.⁷⁶

2.4. מיון פסקי הדין שנוכר בהם המשפט העברי לפי תחומי המשפט בטבלה מס' 12, נכלל פילוח פסקי הדין המחוזיים שנוכר בהם המשפט העברי לתחומי המשפט: המשפט הפרטי, המשפט הציבורי, המשפט הפלילי ודיני המשפחה.

טבלה מס' 12: מיון פסקי הדין לפי תחומי המשפט

הנושא המשפטי	הפרטי	הציבורי ⁷⁷	הפלילי	המעמד האישי	סה"כ
אופי ההיזקקות למ"ע	א. אמרות אגב	11	12	6	35
	ב. השוואה	62	39	10	137
	ג. ה. ישירה	12	8	5	31
	ד. הדין האישי	1	1	1	21
	ה. אזכור	17	4	8	37
סה"כ	103	64	46	48	⁷⁸ 261
אחוזים (אחוז ההיזקקות לתחום המשפטי מכלל ההיזקקות למשפט העברי בשנים 1994–2006)	39.46%	24.52%	17.62%	18.39%	100%

⁷⁶ דויטש, לעיל הערה 4, בע' 22–23.

⁷⁷ כולל סדרי דין מול הרשויות.

⁷⁸ פסקי דין והחלטות שניתן לאפיינם לפי נושאים משפטיים מובהקים. לאור העובדה שחלק מפסקי הדין עוסקים ביותר מנושא אחד, מנהלי ופרטי וכיו"ב, ובהתחשב בעובדה שלעתים ההיזקקות למשפט העברי עשויה להיות הן השוואה הן אמרת אגב, מספר הפרטים במאגר נע בין 261 לבין 265.

מעיון בטבלה מס' 12, המציגה את ההתפלגות לפי תחומי המשפט, עולה ששופטי בתי המשפט המחוזיים נזקקים הרבה למשפט העברי בפסקי הדין במשפט הפרטי – כ-40% לעומת כ-25% בעליון – ופחות במשפט הציבורי, במשפט הפלילי ובמעמד האישי. אף בהשוואה לנתוני פסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים 1980–1986, שבמחקרו של דויטש,⁷⁹ ניכרת מגמת עלייה מובהקת של היזקקות למשפט העברי במשפט הפרטי בשנים 1994–2006 לעומת השנים 1980–1986. ואין להתפלא על דבר זה, לאור העובדה שחלק נכבד מאוד של דברי חכמי המשפט העברי, אם לא רובם, התייחסו לדין הפרטי, התופס את חלק הארי בחושן משפט שבשולחן ערוך. וכבר אמרו חז"ל: "הרוצה להחכים – יעסוק בדיני ממונות". ואכן, פסקי הדין של רבים מן השופטים המחוזיים בתחום המשפט הפרטי, ככתחומים אחרים, מחכימים ביותר, וחבל שאין כאן מקום לדון בהם במסגרת מחקרנו זה.

ב. השופטים שנוקו למשפט העברי

1. ניתוח הממצאים הכמותיים

1.1. ההתפלגות לפי שופטים

טבלאות 13–14 מציגות את נתוני ההיזקקות במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים לפי שופטים תוך הבחנה בין אופני ההיזקקות למשפט העברי: אמרת אגב, השוואה, היזקקות המשפיעה ישירות על התוצאה הסופית של פסק הדין, הדין האישי ואזכורי פסיקה המסתייעת במשפט העברי. טבלה מס' 13 מתייחסת אך ורק לשופטי בתי המשפט המחוזיים שהסתייעו במקורות המשפט העברי בשנים 1994–2006 בלמעלה משלושה מפסקי הדין שכתבו.

מן הנתונים בטבלה מס' 13 עולה כי 16 מכלל השופטים המחוזיים נזקו למקורות המשפט העברי ביותר משלושה פסקי דין. זאת ועוד, מדובר במספר נכבד למדי של השופטים המחוזיים העושים שימוש משמעותי במשפט עברי הדומה למספר שופטי בית המשפט העליון שעשו שימוש דומה (ראה טבלאות 6–7).

⁷⁹ ראה לעיל טקסט נלווה להערה 70.

טבלה מס' 13 : שופטים שהסתהייעו במשפט העברי בלמעלה משלושה מפסקי הדין שכתבו

שם השופט/ת	משה דרורי (י-ם)	ניל הנדל (כ"ש)	יעקב-שוורלי (חופה)	אהרן פרקש (י-ם)	רון שפירא (חופה)	יוסף שפירא (י-ם)	אליקים רובינשטיין (י-ם) לשעבר	יהודית שטופמן (ת"א)
מרות הריוקקות	א. אגב	2	10	0	0	3	0	0
	ב. השוואה	28	6	3	6	7	4	0
	ג. ה. ישירה	3	0	0	0	2	2	0
מס' פסקי דין שונעה בהם שימוש במשפט העברי	ד. דין אישי	1	2	0	0	4	0	1
	ה. אומך	0	0	0	0	2	0	2
		31	0	0	0	1	0	0
מספר פסקי דין והחלטות בכלל	1994-2004	664	294	4	405	351	81	611
	2005-2006	253	---	240	445	403	---	255
	2004 עד 2004	310	218	4	295	256	28	388
מספר פסקי דין מלאים	181	200	---	177	409	363	---	243
	76/347	34/510	8.25%	3/181	7/704	18/619	21.42%	3/631
	21.9%	6.66%		1.65%	0.99%	2.9%		0.47

שופטים שאזכרו משפט עברי בלמעלה משלושה מפסקי הדין שכתבו (המשך)

שם השופט/ת	משה גל (י-ם)	משה רביד (י-ם)	דרורה פלפל (ת"א)	אמנונה אהרון (נצרת)	ברוך אוליא (כ"ש)	ל"ר עזרד מורדיק (ת"א)	יהוישע פלפל (כ"ש)	רות שטרנברג – אליעז (ת"א)
מהות ההלכה/שורת	א. אגב	0	0	0	1	2	1	1
	ב. השוואה	4	3	3	2	0	4	1
ג. ת. ישירה	0	0	0	0	0	0	0	1
	ד. דין אישי	0	0	0	0	0	0	0
ה. אכזר	2	1	2	0	0	3	0	0
	מט' פסקי דין שנוזכר בהם משפט עברי							
מספר פסקי הדין וההלכות בכלל	700	648	407	231	195	332	282	375
	138	234	150	131	95	94	105	43
	1994-2004							
	2005-דצמבר 2006							
מכלל פסקי הדין המליאים	עד 2004	350	269	165	137	180	177	262
	06-2005	108	147	141	89	80	83	42
מכלל פסקי הדין המליאים	אחרי נ"ע מתוך כלל פסקי הדין המליאים	6/503	4/497	5/410	3/277	5/260	5/260	3/304
		1.19%	0.8%	1.21%	1.08%	0.88%	1.92%	0.98%

טבלה מס' 14 – שופטים שנוקדו למושפט העברי כפחות משלושה פסקי דין

סו"ח משפטי מקרב היבול המשפטי של השופט (מסל 4 עמודים)	פסיקות כלליות שניתנו על ידו		אופי ההודרשות למושפט העברי						השופט/ת	תמחון		
	יבול משפטי מעל 4 עמודים	יבול משפטי מעל 04 ע"ד	פסקי דין בכלל	סו"ח	אסור	נשפחה	הסתכנות	השוואה			אבי	
0.26%=1/374	209	165	252	236	1	0	1	0	0	0	שרה דותן	ת"א (רק) השופטים שהתוידחו למושפט עברי
0.57%=1/173	69	104	69	119	1	0	0	0	1	0	אורי גורן	
0.71%=1/140	60	80	82	114	1	1	0	0	0	0	גורל קרא	
3.7%=2/54	0	54	0	119	2	1	1	0	0	0	חיים פורת	
0.8%=1/125	29	96	30	121	1	0	0	1	0	0	שרה סירוטה	
0.49%=1/201	92	99	102	137	1	0	1	0	0	0	סבינה רוסלוי	
0.33%=1/295	99	196	105	249	1	1	0	0	0	0	אורי שותם	
0.75%=1/133	0	133	0	364	1	1	0	0	0	0	דוד בר-אופיר	
0.40%=2/495	191	304	268	473	2	1	0	1	0	0	זאב המר	
66.6%=2/3	0	3	0	3	2	0	0	2	0	0	אדמונד לוי	
0.32%=1/311	217	94	226	132	1	1	0	0	0	0	מנחם אילן	
0.18%=1/556	270	286	381	568	1	1	0	0	0	0	יהודה זפט	
0.39%=2/508	134	374	153	551	2	1	0	0	1	0	יהושע גרוס	
0.66%=1/300	232	68	245	83	2	0	1	0	0	0	ישעיהו שגלר	
7.14%=1/14	0	14	0	22	1	0	0	1	0	0	משה טלגם	
0.9%=1/111	48	63	49	73	1	0	0	1	0	0	עמוס זמיר	
4.76%=2/42	0	42	0	57	2	0	0	0	2	0	אביגדור משאלי	
0.54%=1/154	183	0	213	0	1	1	0	0	0	0	שמואל ברור	
1.75%=1/57	0	57	0	67	1	1	0	0	0	0	דן ארבל	
0.36%=2/554	287	267	334	419	2	1	0	0	1	0	ברוך ציפורה	
3.03%=1/33	0	33	0	44	1	0	0	0	0	1	רחל שלן	

0.60%	4633	ממוצע למחוז	28	11	3	5	7	2	סיכום ביניים למחוז (לא כולל שטופמן, אליעז מורדוקי ופלפל)	י-ם (רק) השופטים שנוקדו למשפט עברי)
העילאת האחרון הממוצע על ידי 3 השופטים	+ 1605	ממוצע למחוז	+ 16	+ 7	+ 1	+ 1	+ 4	+ 3	סיכום ביניים עם השיומש שוגעשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (בתוספת שטופמן, אליעז, מורדוקי פלפל)	
0.70%	6238	ממוצע למחוז	44	18	4	6	11	5	סיכום למחוז	
44/6238	145	766	206	1447	2	0	2	0	מיכאלה	
0.21%=2/911	0	7	0	12	0	0	2	-	שירדלובסקי-אור	
28.57%=2/7	0	7	0	12	0	0	2	0	יעקב בוק	
0.25%=1/400	31	369	150	640	1	0	0	0	יהונתן עדיאל	
0.26%=1/390	17	373	17	689	0	0	0	1	עזרא קמא	
0.56%=2/352	34	318	36	644	0	0	2	0	יפה הכט	
0.23%=1/432	203	229	230	362	0	0	1	0	יעקב צבן	
0.31%=1/323	98	225	119	347	0	0	0	1	דוד חשין	
1.36%=2/147	0	147	0	315	0	1	0	0	דודי זילר	
2.43%=1/41	0	41	0	71	0	0	1	0	שלום ברנר	
0.20%=1/486	189	297	232	503	0	0	0	1	צבי זילברטל	
0.72%=1/137	99	38	112	44	1	0	0	0	רפאל כרמל	
16/3626	4133	ממוצע למחוז	16	2	1	2	8	3	סיכום ביניים למחוז (לא כולל דודי, שפירא רובינשטיין, פריקש ורביץ)	
0.44%										

המחוז	השופט/ת	אופי ההיירדשות למשפט העברי					סה"כ	פסקי דין פסקי דין בב"ל	יובל משפטי יובל 4 עמודים				סה"כ משפטי מקרב היובל המשפטי של השופט (מעל 4 עמודים)	
		אב	השואר	הסתמכות	משפחה	אוכר			06 עד 04	04 עד 06	06 עד 04	04 עד 06		
באר-	אליעזר ריבלין	0	1	0	0	0	1	147	44	0	44	0	2.20% = 1/44	
	יעקב טירקל	1	0	0	0	0	1	50	0	5	5	0	20% = 1/5	
	יוסף אלון	1	1	0	0	0	2	324	297	221	214	214	0.46% = 2/435	
	סיכום ביניים למחוז (ללא הנגל ופלפל)	2	2	0	0	0	4	754	754	736	736	736	0.82% = 4/484	
שבע	סיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (חוספת הנגל ופלפל)	3	30	3	1	0	37	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	העלאת האוזן הממוצעת על ידי 2 השופטים	
	סה"כ במחוז	5	32	3	1	0	41	1490	1490	1490	1490	1490	= 41/1490 2.75%	
ד"ר	מיכה לינגנשטראוס	0	1	0	0	0	1	274	37	168	33	168	0.50% = 1/201	
	יצחק כהן	0	1	0	0	1	2	45	376	38	273	38	0.64% = 2/311	
	יצחק דר	0	0	0	0	1	1	672	111	446	82	446	0.19% = 1/528	
	חיים פזים	0	0	1	0	1	2	315	53	167	46	167	0.95% = 2/213	
	יעל וילנר	0	0	0	0	1	1	59	523	11	162	11	0.57% = 1/173	
	יצחק עמית	0	1	0	0	0	1	226	330	195	216	195	0.24% = 1/411	
	ראק גרלג'ורה	0	0	0	0	1	1	403	332	252	190	252	0.22% = 1/442	
	עורד גרשון	1	0	0	0	0	1	1032	233	718	173	718	0.11% = 1/891	
	שולמית וטרקרוג	0	1	0	0	0	1	459	238	291	164	291	0.22% = 1/455	
	מנחם נאמן	0	0	1	0	0	1	296	172	200	147	200	0.28% = 1/347	
	ד"ר	סיכום ביניים למחוז (ללא יעקבי-שוויילי וטפירא)	1	4	2	0	5	12	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	ממוצע למחוז	= 12/3972 0.302%
		סה"כ במחוז	1	4	2	0	5	12	3701	3701	3701	3701	3701	

העלאת אהון הממוצע על ידי תוספת שני השופטים	+	922	ממוצע למחזור	+	25	6	1	2	2	0	2	16	11	10	+	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת יעקב-שוורץ ושיפירא)																															
																		4623	ממוצע למחזור	37	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	טיכום ביניים למחזור (ללא הש' אמינוף)															
																																		138	309	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)	
0.38% = 1/258	0	391	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)																																
0.34% = 1/294	0	294	ממוצע למחזור	1	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)																																
= 2/800 0.25%	+	800	ממוצע למחזור	+	2	0	0	1	0	0	0	1	0	0	+	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)																															
277																		3	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)																		
7/1077 0.64%		1077	ממוצע למחזור		7	0	5	0	0	0	2	0	0	0	+	טיכום ביניים עם השימוש שנועשה על ידי השופטים בטבלה דלעיל (תוספת הש' אמינוף)																															
נצרת (רק) השופטים שהתחזקו למשפט עברי)																																															

בדומה למה שראינו ביחס לפסיקת בית המשפט העליון, משתקפת אף כאן ההיזקקות הרבה של שופטים אחדים למקורות המשפט העברי. בולטת במיוחד בעניין זה, תרומתו הרבה של השופט משה דרורי, שנוקק למקורות המשפט העברי ב-77 מפסקי הדין שכתב, שהם כ-22% מסך כל פסקי הדין וההחלטות (מעל 4 עמודים) שהוא נתן. נתון זה בולט במיוחד לנוכח העובדה שנתמנה לבית המשפט המחוזי בירושלים רק בשנת 2002, ואף על פי כן הרבה בשימוש איכותי במשפט העברי יותר משופטים ותיקים ממנו בבתי המשפט המחוזיים. ניתן לדמות את תרומתו המכרעת להיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לזו של השופט אליקים רובינשטיין בבית המשפט העליון.

שופטים אחרים הראויים לציון בעניין זה הם: השופט ניל הנדל, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, שמקורות המשפט העברי נזכרים ב-34 מפסקי הדין שכתב (כ-7% מכלל פסקי הדין); והשופט יעקבי-שווילי, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, שנוקק למקורות המשפט העברי בכ-8% מכלל פסקי הדין שנתן. אך לא רק שופטים "דתיים" נוהגים להיזקק למקורות המשפט העברי בפסיקתם. השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, נזקק למקורות המשפט העברי (משנת 2004 ועד עתה) ב-18 מפסקי הדין שכתב. אף השופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה, נזקק למקורות המשפט העברי ב-7 מפסקי הדין שכתב. וכפי שנראה להלן, בפרק השלישי, שני שופטים אלו הרבו להסתייע בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע.

בדיוננו על פסיקת בתי המשפט המחוזיים ראוי לציין גם את פעולתו של השופט אליקים רובינשטיין, המכהן היום בבית המשפט העליון, שניצני השימוש העשיר והמגוון במקורות המשפט העברי בפסיקתו, שנידון בהרחבה בחלק הקודם, במסגרת הדיון על נתוני הפסיקה בבית המשפט העליון, ניכרים יפה במהלך כהונתו הקצרה בבית המשפט המחוזי בשנים 1995–1996.⁸⁰

שופטים מחוזיים אחרים שנוקקו למקורות המשפט העברי הם: אהרן פרקש (ירושלים), יהודית שטופמן (תל-אביב), משה גל (ירושלים), משה רביד (ירושלים), ד"ר דרורה פלפל (תל-אביב), ברוך אזולאי (באר שבע), יהושע פלפל (באר-שבע), ד"ר עודד מודריק (תל-אביב), אהרן אמינוף (נצרת) ורות שטרנברג-אליעז (תל-אביב). להלן (סעיף 2) נעמוד בהרחבה על המאפיינים המרכזיים של השימוש במקורות המשפט העברי של ארבעת השופטים שיש להם חלק הארי בשימוש במקורות המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: דרורי, הנדל, יוסף שפירא ויעקבי-שווילי.

80 ראה לעיל הערה 33.

1.2. ההתפלגות לפי המחוזות

נעיין בטבלה האחרונה בפרקנו, טבלה מס' 15, המציגה את התפלגות השימוש במשפט העברי לפי חמשת בתי המשפט המחוזיים: ירושלים, תל-אביב, חיפה, נצרת ובאר-שבע. הטבלה כוללת גם חתך של אופי ההיזקקות למשפט עברי.

מן הטבלה עולה שבית המשפט המחוזי בירושלים תרם כ-50% מכלל ההיזקקות למקורות המשפט העברי. במילים אחרות: שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים נזקקו למקורות המשפט העברי ב-130 מפסקי הדין שניתנו בהם, מספר דומה למספר פסקי הדין שנוקקו בהם למקורות המשפט העברי כל השופטים בארבעת בתי המשפט המחוזיים האחרים. תופעה זו אינה רק תוצאה של אווירה המחכים של עיר הקודש בירושלים, אלא היא פועל יוצא של העובדה שבבית המשפט המחוזי בירושלים מכהנים כמה מהשופטים המרבים ביותר להסתייע במקורות המשפט העברי, דוגמת השופטים משה דרורי, יוסף שפירא, אליקים רובינשטיין (כשהיה במחוזי) ואהרן פרקש.

אף השימוש שנעשה בבתי המשפט המחוזיים בחיפה (14.5% מכלל ההיזקקות למשפט העברי) ובבאר שבע (17.5%) נעשה בעיקר בידי שופטים המרבים להיזקק למשפט העברי, דוגמת השופטים הנדל, יעקבי-שווילי ורון שפירא.

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב מספר פסקי דין (43) המסתייעים במקורות מן המשפט העברי דומה לזה של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (46) ויותר מזה של בית המשפט המחוזי בחיפה (38). נתון זה מעניין לנוכח העובדה שבבית המשפט המחוזי בתל-אביב אין שופטים שנוקקו הרבה למשפט העברי, דוגמת בתי המשפט המחוזיים בירושלים, בבאר-שבע ובחיפה, ואף על פי כן הדבר אינו ניכר במספר פסקי הדין שנוכר בהם המשפט העברי בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, והוא דומה פחות או יותר למספר פסקי הדין שניתנו בבתי המשפט בבאר-שבע ובחיפה, משום שבתל-אביב יש מספר גדול מאוד של שופטים שנוקקו למקורות המשפט העברי בפסקי דין אחדים.⁸¹

שימוש זניח ביותר במקורות המשפט העברי עשו שופטי בית המשפט המחוזי בנצרת, 5 פסקי דין, 3 מהם נכתבו על ידי השופט אמינוף.

81 לכך יש להוסיף כמוכח גם את העובדה שבבית המשפט המחוזי בתל-אביב יש מספר רב יותר של שופטים במחוזות האחרים.

טבלה מס' 15 : ההתפלגות לפי המחוזות

באר-שבע		נצרת		חיפה		ירושלים		תל-אביב		המחוז	
אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	מס' אחוז מכלל הדיוקנות למשפט עברי	א. אגב	ב. השוואה
2.3%	6	0%	0	4.2%	11	4.2%	11	1.9%	5	אופי הדיוקנות למשפט עברי	
13.8%	36	0.4%	1	6.1%	16	26%	68	4.2%	11	הדיוקנות למשפט עברי	
1.1%	3	0%	0	0.8%	2	8.4%	22	2.3%	6	ה. דין אישי	
0.4%	1	1.5%	4	1.1%	3	3%	8	1.1%	3	ה. אומר	
0%	0	0%	0	2.3%	6	8%	21	6.9%	18	סה"כ	
17.5%	46	1.9%	5	14.5%	38	49.6%	130	16.4%	43		

2. מאפיינים מרכזיים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי

בסימן זה נעמוד בקצרה, מבלי להיכנס לגופם של הסוגיות המשפטיות ושל פסקי הדין, על המאפיינים המרכזיים של דרכי השימוש במשפט העברי שעשו ארבעת השופטים המחוזיים הבולטים בהיזקקותם למקורות היהדות: משה דרורי, ניל הנדל, יוסף שפירא ויצחק יעקבי-שווילי.

2.1. מאפיינים מרכזיים בשימוש של השופט משה דרורי במקורות המשפט העברי

השופט משה דרורי, שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, נוטה כעניין של מדיניות עקרונית להיזקק למקורות המשפט העברי כמעט בכל סוגיה משפטית. כחריף ובקי בהלכה היהודית, הוא עושה זאת בכל תחומי המשפט שהוא דן בהם: המשפט הפרטי, דיני משפחה, והמשפט הציבורי. השופט דרורי מרבה לצטט בהרחבה מגוון מקורות ראשוניים: ספרות חז"ל, הפוסקים, ראשונים ואחרונים; לצד מקורות משניים, כגון: מאמרים, חיבורים תורניים ומחקריים מודרניים. לא אחת נוהג השופט דרורי להסתמך על מקורות של המשפט העברי שאינם נוגעים ישירות לסוגיה שהוא דן בה, תוך שהוא עושה שימוש מאלף ביותר בהיקשים יצירתיים משיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת ומסוגיה משפטית אחת לסוגיה משפטית אחרת.⁸²

השופט דרורי אינו מסתפק בהבאת העקרונות הכלליים, אלא נכנס בדרך כלל אף לגופי ההלכות שבסוגיה. במקרים רבים, הקטעים הנוגעים למשפט העברי נפרסים על פני עמודים רבים של פסק הדין, ודעות חכמי ההלכה נסקרות בהרחבה יתרה. לעתים דיונו המקיף והמעמיק בדברי חכמים נפרס על פני רובו של פסק הדין.

מאפיין אחר בפסיקתו של השופט דרורי הוא מנהגו היפה, שאינו מקובל כל כך אצל שופטים אחרים, הן בבית המשפט העליון הן בבית המשפט המחוזי, להרבות בהזכרת פסקי דין של בתי המשפט מכל הערכאות במדינת ישראל הנדרשים לעקרונות המשפט העברי.⁸³ מנהג זה ראוי לכל שבח, וראוי שילכו גם שופטים אחרים בעקבותיו, משום שהוא מציג בחלון הראווה של המשפט הישראלי את השימוש שנעשה במשפט העברי במסגרת הפסיקה הנוהגת בבתי המשפט בישראל, ועדיף לעשות כן במקום להיזקק לספרות משפטית ותורנית.

השופט דרורי נזקק למקורות המשפט העברי בעיקר כמקור להשוואה ולהשראה

82 לדוגמה מאלפת של היקש יצירתי במיוחד, ראה ת"א (י"ם) 164/93 פרי נ' דמט בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין רמט).

83 לדוגמה מאלפת, ראה בש"א (י"ם) 2813/05 חברת השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון (לא פורסם) (להלן: עניין ביטון). בהחלטה זו, סוקר השופט משה דרורי בהרחבה יתרה, תוך הבאת הציטוטים המלאים מפסקי הדין, את השימוש שנעשה בעיקרון של "כופין על מידת סדום", כמו גם בעיקרון של "ועשית הישר והטוב" בכל הערכאות האזרחיות בישראל, כולל בתי המשפט השלום ובתי הדין לעבודה.

(ב-39 פסקי דין מכלל 78 פסקי הדין שכתב), אך הוא מרבה מאוד גם להסתמך ישירות על המשפט העברי (ב-18 פסקי דין).⁸⁴ וכאן המקום להדגיש כי השופט דרורי הוא גדול הנוקקים ישירות, הן בקרב כלל שופטי בתי המשפט המחוזיים הן בקרב שופטי בית המשפט העליון בשנים 1994–2006, על המשפט העברי אם מכוח הפנייה למורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט אם מכוח הפנייה לערכיה של מדינה יהודית לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בלא פחות מ-12 מפסקי הדין שלו, התבסס השופט דרורי ישירות על מקורות המשפט העברי מכוח המקורות החקיקתיים האמורים לעיל,⁸⁵ תוך שהוא מאמץ למעשה את גישתו העקרונית של השופט מנחם אֶלון, שנדמה היה שנדחתה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון, הן לעניין הפנייה לעקרונות מורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט לא רק במקרים של לאקונה, הן לעניין העדיפות שהוא נותן לפנייה למקורות המשפט העברי מכוח ערכיה של המדינה היהודית לאור מה שנקבע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸⁶ השופט דרורי אף נוהג לערוך דיונים ארוכים ביותר בדבר האפשרות להסתייע במקורות המשפט העברי מכוח הוראות החקיקה הישראלית.⁸⁷

- 84 ראה עניין ביטון, שם; ת"א (י"ם) 1496/79 בנק ירושלים בע"מ נ' עזבון לוי קלרה (לא פורסם) (להלן: עניין קלרה) (סדר קדימויות בגבייה מערב); בר"ע (י"ם) 562/03 גרגורי סוחמן נ' מרינה סקורר (לא פורסם) (חוק השומרים); עניין רמט, לעיל הערה 82 (היעדר יריבות); ת"א (י"ם) 1335/98 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (נטל הראיה בנוזיקין); בר"ע (י"ם) 305/04 סברי נ' ענאני, (לא פורסם) (משפט חוזר בדין האזרחי); בר"ע (י"ם) 188/04 תיווך משכן נכסים בע"מ נ' פולורין סיסטם ישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין פולורין) (גילוי מסמכים); ע"מ (י"ם) 621/40 ד' י' נ' ד' י' (לא פורסם) (להלן: עניין ד' י') (טובת הילד); ב"ש (י"ם) 6808/04 פיימשיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: עניין פיימשיין) (שיקולי תשובה); ת"א (י"ם) 3169/01 עזבון המנוח שמואל בורנשטיין ז"ל נ' המרכז הרפואי ע"ש רבין (לא פורסם) (להלן: עניין בורנשטיין) (פיצוי בגין נזק לא ממוני); ת"א (י"ם) 1569/98 ג'נימאת נ' עובד שירות הביטחון הכללי (לא פורסם) (להלן: עניין ג'נימאת) (כאב וסבל); בר"ע (י"ם) 436/04 עצמון נ' נבון (לא פורסם) (להלן: עניין עצמון) (ערך החיים); ת"א (י"ם) 1484/99 זבולון נ' קיבוץ קליה (לא פורסם); ע"מ (י"ם) 729/05 ד"ר סובול נ' לויטין (לא פורסם) (הסדרים דיוניים); בש"א (י"ם) 1692/05 מזרחי נ' חסיד (לא פורסם) (הוצאות משפט); ת"א (י"ם) 3348/01 טובול נ' גרינברג (לא פורסם) (להלן: עניין טובול) (הבאת שלום); ב"ש (י"ם) 4124/05 מדינת ישראל נ' רוזנשטיין (לא פורסם) (להלן: עניין רוזנשטיין) (עקרון השוויון); ת"א (י"ם) 2220/00 מפעלי תאורה א. הכט בע"מ נ' רשות הדואר (לא פורסם) (להלן: עניין הכט) (גרמא בנוזיקין).
- 85 ראה פסקי הדין: עניין רמט, לעיל הערה 82; עניין ד' י', שם; עניין פיימשיין, שם; עניין בורנשטיין, שם; עניין ג'נימאת, שם; עניין עצמון, שם; עניין טובול, שם; עניין ביטון, לעיל הערה 83; עניין פולורין, שם; עניין קלרה, שם; עניין הכט, שם; עניין רוזנשטיין, שם.
- 86 במקור חקיקתי זה הוא מוצא חיזוק משמעותי לגישתו של מנחם אֶלון, אף על פי שהוא מודע בהחלט לעובדה שעמדת הנשיא ברק הייתה אחרת. לדוגמה יפה לניתוח נרחב שעושה השופט משה דרורי לחילוקי הדעות בין אהרון ברק לבין מנחם אֶלון והכרעתו לטובת ההיזקקות למקורות המשפט העברי בסוגיה המסוימת, ראה עניין רמט, לעיל הערה 82, פסקאות 48–49.
- 87 לדוגמה יפה ואופיינית, ראה ההחלטה בעניין ביטון, לעיל הערה 83.

אכן, ניתן לומר במידה רבה שהשופט דרורי הולך בדרכו של השופט אֶלון, הן ביחס לאידיאולוגיה ולמתודולוגיה של ההיזקקות למשפט העברי בכלל⁸⁸ הן ביחס לסוגיות משפטיות מסוימות שהוא מרבה לאמץ את דבריו של השופט אֶלון בעניין שהוא דן בו.⁸⁹

2.2. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט ניל הנדל במקורות המשפט העברי

השופט ניל הנדל, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, נזקק אף הוא הרבה למשפט העברי ב־34 מפסקי הדין שלו, אך פחות בהרבה מן השופט דרורי. עיקר היזקקותו של השופט הנדל למשפט העברי, נוגע לתחום הפלילי, אך לא אחת הוא התבסס על המשפט העברי אף בתחום האזרחי.⁹⁰

השופט הנדל נזקק למקורות המשפט העברי בעיקר כמקור להשוואה ולהשראה ב־28 מתוך 34 פסקי הדין שנזקק בהם למשפט עברי, אך בלפחות שלושה מהם אף הסתמך ישירות על עקרונות המשפט העברי.⁹¹ וכאן המקום להדגיש במיוחד את עמדתו הנחרצת והעקיבה של השופט הנדל נגד השימוש בהודאת הנאשם לצורך הרשעתו על סמך העיקרון היהודי: "אין אדם משים עצמו רשע". בגלל עמדתו זו, היה השופט הנדל בדעת מיעוט בפרשת רצח חנית קיקוס, כשביקש לזכות את סלימאן אלעביד, משום שסבר שאין להסתמך על הודאתו ברצח.⁹²

היזקקותו של השופט הנדל למשפט העברי היא בדרך כלל עניינית וקצרה, לכל היותר שני עמודים, והוא נסמך בעיקר על דברי התלמוד והפוסקים. לעתים הוא מביא

88 ביחס להיבט זה יש לראות בשופט משה דרורי כ"יורשו" של השופט מנחם אֶלון עוד יותר משופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין, שכפי שציינתי בסוף החלק הקודם, אינו נוהג להסתמך ישירות על המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו, כדרכו של מנחם אֶלון.

89 בדרך כלל, השופט משה דרורי מרבה מאוד להביא מדברי אֶלון יותר מדברי כל מלומד אחר.
90 ראה למשל פסק הדין בר"ע (ב"ש) 573/04 רחמני נ' בנק עצמאות למשכנתאות ולפיתוח בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין רחמני); בר"ע (ב"ש) 736/04 לוסקי נ' דקר (לא פורסם) (להלן: עניין לוסקי), וכן את פסקי הדין האזרחיים הנזכרים בהערות הבאות. במקרים אחדים הוא נזקק למשפט העברי אף בתחום הדין האישי. ראה למשל ע"מ (ב"ש) 109/05 כהן נ' צוברי (לא פורסם); ע"מ 121/99 בוהדנא נ' פלונית (לא פורסם).

91 ראה עניין רחמני, שם (ירידה לנכסי ערב); ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אלעביד (לא פורסם) (להלן: עניין אלעביד) (הודאת נאשם בפלילים); פ"ח (ב"ש) 1002/02 מדינת ישראל נ' יבגני (לא פורסם) (הודאת נאשם בפלילים). בפסק דין אחד, הסתפקתי אם מדובר בהסתמכות ישירה או בהשראה בלבד, והוא ע"פ (ב"ש) 7332/00 מדינת ישראל נ' דניאל (לא פורסם) (חובת שמירה על כלב).

92 ראה פסק הדין בעניין אלעביד, שם.

מדברי גדולי הלמדנים והרבנים הליטאיים בדור הקודם,⁹³ וחביבים עליו במיוחד דברי הרב סולובייצ'יק, והוא מביא לעתים ציטוטים נרחבים מדבריו.⁹⁴ בדרך כלל, השופט הנדל נוטה יותר ללמוד מן המשפט העברי עקרונות ורציונלים משפטיים,⁹⁵ תוך שהוא משתמש לעתים בהיקשים מאלפים ויצירתיים מסוגיה לסוגיה ומשיטת משפט לרעותה,⁹⁶ והוא נדרש פחות למשפט העברי כמקור ישיר לפרשנות החוק הישראלי.⁹⁷ מאפיין אחר הוא: השופט הנדל נוהג בדרך כלל להציג את המשפט העברי כמשפט משווה לצד שיטות משפט אחרות,⁹⁸ אף כי בפסק דין אחד הוא מציין שהוא מסתמך על המשפט העברי מכוח ערכיה היהודיים של מדינת ישראל לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁹

2.3. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט יוסף שפירא במקורות המשפט העברי

השופט יוסף שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, עשה שימוש עשיר ומעניין במקורות המשפט העברי בתחומי המשפט הפרטי ודיני המשפחה ב-18 מפסקי הדין שלו, מספר נכבד ביותר בהתחשב בעובדה שנתמנה לשופט בבית המשפט המחוזי רק בשנת 2004. מכאן יש להניח שמדובר רק בתחילתו של שימוש פורה ומעניין במקורות המשפט העברי ושהוא יהיה בבחינת מוסיף והולך בשנים הבאות.

- 93 ראה למשל פסקי הדין הנזכרים לעיל בהערה 91. וראה: בר"ע (ב"ש) 768/02 מדינת ישראל נ' אבו מידעם (לא פורסם); ע"א (ב"ש) 121/94 זכריה נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ד (3) 462.
- 94 ראה למשל פסקי הדין בעניין אלעביד, לעיל הערה 91 ובעניין רחמני, לעיל הערה 90. וראה בר"ע (ב"ש) 587/03 בנק המזרחי המאוחד נ' פייכמן יצחק (לא פורסם). אף דברי חתנו של הרב סולובייצ'יק, הרב אהרן ליכטנשטיין, חביבים על השופט הנדל. ראה למשל: עניין אלעביד, שם; ע"א (ב"ש) 1171/00 כהן נ' בית חולים קפלן (לא פורסם).
- 95 דומה כי אופן שימוש זה במשפט העברי הוא טבעי ביחס לדין הפלילי, שהוא עיקר עניינו של הנדל, משום שיש הבדל רב בין דיני העונשין הנהוגים במדינת ישראל לבין אלו שבמשפט העברי. לפיכך ניתן לשאוב מן המשפט העברי רק את העקרונות והרציונלים המשפטיים, וקשה הרבה יותר לדבר על אימוץ מלא של ההלכות לפרטיהן. ואמנם מצאנו כי בתחום האזרחי, השופט ניל הנדל נזקק למשפט העברי ביחס לפרשנות חוק השומרים בע"א (ב"ש) 11290/01 גד נ' שחר (לא פורסם).
- 96 לדוגמה אופיינית, ראה דיונו המאלף על ההסתמכות על בדיקת D.N.A. בת"פ (ב"ש) 73/95 מדינת ישראל נ' מאיר בן מכלוף כהן (לא פורסם).
- 97 ראה למשל פסק הדין בעניין לוסקי, לעיל הערה 90; פ"ח (ב"ש) 952/03 מדינת ישראל נ' איתן (לא פורסם).
- 98 ראה למשל ה"פ (ב"ש) 2062/02 ההתאחדות לתרבות גופנית הפועל ב"ש נ' בניון (לא פורסם); עניין אלעביד, לעיל הערה 91; ע"א (ב"ש) 1177/99 עיזבון המנוח מרדכי שמעוני ז"ל נ' זילברשטיין (לא פורסם); ת"פ (ב"ש) 933/97 מדינת ישראל נ' עוקב (לא פורסם); ת"א (ב"ש) 46/95 עיני נ' אקטרינה גוטמן (לא פורסם).
- 99 ת"פ (ב"ש) 7336/97 מדינת ישראל נ' אבוקסיס (לא פורסם).

היזקקותו למקורות המשפט העברי מתמצה בעיקר בהשוואה והשראה (7 פסקי דין), אך בשני פסקי דין, הסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי,¹⁰⁰ ובאחד מהם אף כתב פסק דין תקדימי בעניין גדרי מחילת חוב המיוסד על אדני המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט עקב קיומה של לאקונה בסוגיה זו.¹⁰¹ מאפיין בולט בפסיקתו הוא העובדה שב-8 מפסקי הדין שלו, שהם למעשה רוב פסקי הדין שעשה בהם שימוש איכותי במשפט העברי (13 פסקי דין), הסתייע על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי,¹⁰² שהציגו בהרחבה את העולה מדברי חכמי ההלכה בסוגיה שדן בה. ועוד נדבר על עניין זה בהרחבה להלן, בפרק השלישי.

מאפיין מובהק אחר הוא שהוא מרבה להיזקק למקורות המשפט העברי בסוגיות תקדימיות מתחום המשפט והרפואה ובתחום דיני המשפחה, כגון: הפריה לרווקה מזרע של גבר נשוי, שיפוי על הוצאות הכרוכות על תרומת כליה, פיצויים נזיקיים על התעללות בעל באשתו ועוד. ואף כאן הסתייע בדרך כלל בחוות דעת של מרכז ישמ"ע. בשני פסקי דין, אף קבע קביעות עובדתיות לאיזו גרסה משתי גרסאות סותרות יש להאמין ועל מי יש להטיל את נטל ההוכחה לאור חוות דעת שניתנה לו בעניין זה.

2.4. מאפיינים מרכזיים בשימושו של השופט יצחק יעקבי-שווילי במקורות המשפט העברי

השופט יצחק יעקבי-שווילי, לשעבר סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, נזקק בשנים 1994–2006 למקורות המשפט העברי ב-18 מפסקי הדין שלו, רובם בגדר אמרת אגב (10 פסקי דין), אך השתמש גם לא מעט במשפט העברי כמקור להשוואה (6 פסקי דין),¹⁰³ בעיקר בתחום המשפט הפרטי, אך גם בתחום הדין האישי (2 פסקי דין).¹⁰⁴ ואולם הוא לא הסתמך על המשפט העברי כמקור להסתמכות ישירה ואף לא פנה למקורות מורשת ישראל מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח ערכיה היהודיים של

100 ת"א (י"ם) 3128/01 סלובר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (נוק עקיף; לא פורסם); ה"פ (י"ם) 1172/02 חברת ענבל נ' מלון אשכולות חברון, תק-מח 2006(2) 8219 (להלן: עניין חברת ענבל) (מחילת חוב).

101 עניין חברת ענבל, שם.

102 לפירוט פסקי הדין המחוזיים, ובכלל זה של השופט יוסף שפירא, שהסתמכו על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, ראה להלן הערה 112.

103 ת"א (חי) 456/00 אביסרור נ' פולק (לא פורסם) (להלן: עניין אביסרור); ת"א (חי) 461/02 גרינבוים נ' אורן (לא פורסם); ע"א (חי) 2327/01 אלי בר בטחון בע"מ נ' גובידיאת (לא פורסם) (להלן: עניין בר בטחון); ת"א (חי) 11274/97 קרלו נ' משרד הבטחון (לא פורסם) (להלן: עניין קרלו); ה"פ (חי) 105/00 בנק לאומי לישראל נ' דוד (לא פורסם); ה"פ (חי) 138/98 אביב נ' עמרם (לא פורסם).

104 מ"א (חי) 663/92 פלוני נ' פלוני, פ"מ תשנ"ה(1) 37; ע"מ (חי) 106/02 בר נ' עזבון המנוח אורי בר ז"ל (לא פורסם).

מדינת ישראל לאור חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. יחד עם זאת, בפסק דין אחד, פירש השופט יעקבי-שווילי את חוק השומרים לאור המשפט העברי.¹⁰⁵ היזקקותו למקורות המשפט העברי היא בדרך כלל קצרה ועניינית, תוך הפניה למקורות הנוגעים לעניין. עוד ראוי לציון מנהגו של השופט יעקבי-שווילי להרכות בצייטוטים מן הספר ניבי תלמוד¹⁰⁶ כבואו לפרש מונחים תלמודיים. כך נהג ברוב פסקי הדין שלו שנזקק בהם למשפט העברי (ב-12 מ-18 פסקי דין),¹⁰⁷ ובעיקר כשנזקק למשפט העברי באמרת אגב בלבד.

ג. פשר מגמת הגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים

1. הגורמים

1.1. רקע כללי

מן הנתונים שהצגנו לעיל, עולה מגמה ברורה של הגברת ההיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בישראל בשנים 1994–2006 בכלל, ובשנים 2004–2006 במיוחד, שחלה בהם עלייה דרמטית ביותר, כאשר בכל שנה נזכר המשפט העברי בלמעלה מארבעים מפסקי הדין המחוזיים. מגמת הגברת השימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בולטת עוד יותר על רקע ההשוואה לנעשה בבית המשפט העליון בתקופה המקבילה, כמפורט בחלק הראשון.

ראינו כי בכמה מן השנים הללו, היה מספר פסקי הדין המחוזיים שנזכר בהם המשפט העברי גדול ממספר פסקי הדין שניתנו באותה תקופה בבית המשפט העליון. עוד ראינו כי שופטי בתי המשפט המחוזיים עושים שימוש איכותי יותר במשפט העברי משופטי בית המשפט העליון, כשהם ממעטים באמרות אגב ונזקקים לו יותר כמקור להשוואה ולהסתמכות ישירה, והם אף מרבים יותר לפנות למשפט עברי מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח ערכיה של מדינת ישראל לאור חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו. שופטי בתי המשפט המחוזיים אף עושים שימוש ניכר ביותר בהשוואה לזה של שופטי בית המשפט העליון במקורות הקלסיים של המשפט העברי בתחום

105 פסק הדין בעניין בר בטחון, לעיל הערה 103.

106 נחום רקובר בהשתתפות רפי יעקבי ניבי תלמוד (תשנ"א). החיבור נכתב בידי פרופ' נחום רקובר ובהשתתפות בנו של השופט יעקבי-שווילי, רפי יעקבי, וניכר כי חביבה תורת הבן על האב.

107 ראה עניין קרלו, לעיל הערה 103; עניין אביסרור, לעיל הערה 103; ת"א (חי') 367/96 אלכסנדר נ' הדר (לא פורסם); ת"א (חי') 180/03 עזאני נ' חמד (לא פורסם); ת"א (חי') 963/00 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם); ה"פ (חי') 247/10 יעקב נ' קרן קיימת לישראל (לא פורסם); בר"ע (חי') 1310/02 אבינועם נ' נוריס (לא פורסם); ע"מ (חי') 334/10 עזבון המנוח לייב ינקו ז"ל נ' מנהל העזבון אפרים גלסברג (לא פורסם); ע"מ (חי') 200/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); ע"א (חי') 4892/98 שלום נ' דהן (לא פורסם); בר"ע (חי') 1626/98 רז נ' רז (לא פורסם); מ"א (חי') 1389/95 ב"ש 3052/95 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם).

המשפט הפרטי, ופחות בתחומי המשפט הציבורי והמשפט הפלילי, כמקובל בבית המשפט העליון.

כיצד ניתן להסביר את מגמת השימוש המוגבר במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים? ועוד יש לשאול: מה הסיבה לעלייה הדרמטית במידת השימוש במשפט העברי ובאיכות השימוש בו בשנים 2004–2006?

גם במחקרו של פרופ' סיני דויטש על המצב בשנים 1980–1986, נמצאו הבדלים בין בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים במידת השימוש במשפט העברי ובאיכותו, והוא הצביע על שני גורמים להבדלים הללו:¹⁰⁸ מספר השופטים שנוקקו למשפט העברי בכל הערכאות והגישה השונה למקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיות אחדות. ואף אנו מצאנו הבדלים דומים בין הערכאות בתקופה שנבדקה במחקרנו, ובמידה רבה הם אף הוחרפו. לפיכך, יש לבחון אם השפיעו שני הגורמים האמורים על היווצרות מגמת ההעמקה בשימוש במשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 1994–2006 ועד כמה השפיעו.

1.2. תרומתם של שופטים שנוקקו הרבה למשפט העברי נפתח בגורם הראשון, מספר השופטים שנוקקו למשפט עברי בכל הערכאות. כאן יש הבדל בין התקופה שנבדקה במחקרו של דויטש לבין התקופה שבמחקרנו. בשנים 1980–1986, ניכר הבדל בולט, שהצביע עליו דויטש, בין פסקי בית המשפט העליון המסתמכים על משפט עברי שנכתבו ברובם הגדול בידי שופט יחיד, השופט מנחם אֶלון, ואילו בבתי המשפט המחוזיים נזקקו עשרות שופטים למשפט העברי. אך לא ניתן להצביע על הבדלים דרמטיים כאלו בין הערכאות בשנים 1994–2006. אדרבה: אם נבדוק את מספר השופטים בכל הערכאות הנזקקים למשפט העברי בלפחות משלושה מפסקי הדין שלהם, נגלה שיש שוויון בין בית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים, שיש בכל אחד מהם 16 שופטים. אף תפרוסת השימוש במשפט עברי בין שופטי בית המשפט העליון הייתה סבירה למדי בשנים 1994–2006. בתקופה זו, ניתן להצביע על חמישה שופטים שנוקקו הרבה למשפט העברי.¹⁰⁹ כפי שראינו, אף בבתי המשפט המחוזיים, חלק הארי של פסקי הדין נכתב בידי ארבעה שופטים. נמצא שמספר השופטים המחוזיים שנוקקו למשפט העברי אינו מהווה גורם מרכזי בהגברת ההיזקקות לו בשנים האחרונות, אם כי הייתה לו בוודאי תרומה מסוימת. לי נראה שהעלייה הדרמטית בהיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים בשנים 2004–2006 נובעת בין השאר ממינויים של שופטים שהרבו להיזקק למשפט העברי. תרומה משמעותית בעניין זה יש למינויים שנעשו בבית המשפט המחוזי

108 דויטש, לעיל הערה 4, בע' 33–37.

109 אם כי בשנתיים האחרונות, עם פרישתם של השופטים יעקב טירקל, יצחק אנגלרד, מישאל חשין וצבי טל, ניתן חלק הארי של פסקי הדין הנזקקים למשפט עברי בידי השופט אליקים רובינשטיין.

בירושלים, שכאמור היה בית המשפט המחוזי הפורה ביותר (כ-50%) מבחינת ההיזקקות למשפט העברי. בשנת 2002, מונה השופט דרורי לבית המשפט המחוזי בירושלים, והוא תרם תרומה מכרעת ביותר, הן כמותית הן איכותית להיזקקות למשפט העברי בבתי המשפט המחוזיים. בשנים שלאחר מכן, הצטרף אליו השופט יוסף שפירא, שתרם גם הוא תרומה נכבדה. גם שופטים אחרים, הספיקו להיזקק לא מעט למשפט העברי בפרק הזמן הקצר שהם מכהנים כשופטים מחוזיים, כגון השופטים פרקש וסולברג.

אף במחוזות אחרים, ניתן להצביע על שופטים הבולטים בתחום זה, אף שמדובר בשופטים ותיקים האחראים לחלק ניכר של השימוש במשפט העברי במחוז שלהם, ובראשם השופט הנדל בבאר-שבע (שמונה לאחרונה לבית המשפט העליון, וכבר הספיק לכתוב פסקי דין אחדים שיש בהם שימוש מאלף במקורות המשפט העברי) והשופט יעקבי-שווילי בחיפה.

הרי לנו גורם אחד למגמת הגברת השימוש במשפט עברי בבתי המשפט המחוזיים, אך יש בלי ספק גורם מכריע אחר שנעמוד על טיבו בסעיף הבא.

1.3. הגברת השימוש במקורות משניים

גורם מרכזי אחר המסביר את השינוי שחל במיוחד בשנים 2004–2006 נעוץ בהגברת היזקקותם של שופטי בתי המשפט המחוזיים במקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיות אחדות. בהקשר זה, יש לציין במיוחד שני כלים חדשים שהוכחו כיעילים ביותר והשופטים מרבים לצטט מהם: דפי פרשת השבוע היוצאים לאור בידי משרד המשפטים (בשיתוף עם מכללת שערי משפט) החל משנת תשס"א, וחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי, הניתנות החל משנת 2005 לכל שופט הפונה למרכז לצורך בירור עמדת המשפט העברי בסוגיות שונות.¹¹⁰ הן חוות הדעת והן דפי פרשת השבוע מופצים באופן שוטף בקרב השופטים בישראל. כלים חדשים אלו מצטרפים כמובן לספרים ולמאמרים במשפט עברי המתפרסמים חדשות לבקרים.

כאן המקום להתייחס לנתונים הנוגעים לפעילות מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי העשויים לשפוך אור על המגמה המתחוללת בשנים האחרונות בבתי המשפט המחוזיים. מאז הקמת מרכז ישמ"ע בתחילת 2005 ועד סוף 2007, התבססו לא פחות מ־30 פסקי דין מחוזיים על חוות דעת של מרכז ישמ"ע (מתוך למעלה מ־70 פסקי דין בכל הערכאות בישראל).¹¹¹ ברוב פסקי הדין, השופטים אף ציינו את הדבר

110 חוות הדעת של המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) מפורסמות הן באתר המכללה האקדמית נתניה: www.netanya.ac.il, והן באתר תקדינט בכתובת: <http://www.takdinet.co.il/search/takdin.html>

111 המוצגות ברובן בחלק השני של חיבורי, לעיל הערה 2.

במפורש בגוף פסק הדין.¹¹² הנתונים מדברים בעד עצמם: למעלה מ-25% מכלל פסקי הדין המחוזיים שנעשה בהם שימוש במקורות המשפט העברי בשנים 2005–2006 (89 פסקי דין), נשענו על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע. מידת התרומה של חוות הדעת

112 להלן רשימה חלקית של פסקי הדין (2005–2007) לפי נושאים: חסינות לגבי הוצאת דיבה במהלך הליך משפטי – ע"א (ת"א) 1506/02 עודד נ' פואד (לא פורסם), מפי השופט יהושע גרוס, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בפסקה 6 של פסק דינו; אחריות בנוזקין על התעללות בבת זוג – ע"מ (י"ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 18 של פסק דינו; חובת נאמן לנהוג בתום לב – ת"א (י"ם) 6233/04 ציקבאשווילי נ' שלמה (לא פורסם), מפי השופט אהרן פרקש מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 25 של פסק דינו; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (י"ם) 4177/02 אליהו נ' ד"ר גאנדין לודמילה (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 6 של פסק הדין; גדרי עד מומחה – ת"א (חיפה) 732/01 תולי נ' חיפה כימיקלים בע"מ (לא פורסם), מפי השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (י"ם) 3248/10 יונסי נ' קופת חולים (לא פורסם), מפי השופט משה דרורי מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 83 של פסק דינו; שיקולי ענישה באדם שנענש בידי שמים – ת"פ (י"ם) 1057/05 מדינת ישראל נ' חרד (לא פורסם), מפי השופט אהרן פרקש מבית המשפט המחוזי בירושלים; מתן תרומות על ידי מורשע כעילה להקלה בעונשו – ת"פ (חיפה) 257/02 מדינת ישראל נ' פייסל (לא פורסם), מפי השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה; הכרעה בין גרסאות סותרות – ת"א (י"ם) 7482/05 פלוני נ' ד"ר רם כסיף (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 34 של פסק דינו; מחילת חוב – עניין חברת ענבל, לעיל הערה 100, מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, פסקאות 32–33 לפסק הדין; הגנת הצורך – פ"ח (י"ם) 861/05 מדינת ישראל נ' ויזגן (לא פורסם), מפי השופט אהרן פרקש מבית המשפט המחוזי בירושלים; הפריית רווקה מגבר נשוי בלא ידיעת אשתו – ה"פ (י"ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; פרשנות חוזה – ת"א (י"ם) 3090/01 אברבוך נ' אשכנזי (לא פורסם), מפי השופטת חנה בן-עמי מבית המשפט המחוזי בירושלים, בפסקה 23 לפסק הדין; זכות פיצוי לתורם כליה על חיסכון בהוצאות טיפול רפואי לקופת חולים – ת"א (י"ם) 4298/02 אליהו נ' מדינת ישראל (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; מעין מורד – ע"מ (י"ם) 755/05 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; הגנת שכרות בדיני העונשין – ת"פ (י"ם) 2146/06 מדינת ישראל נ' פרנק (לא פורסם), מפי השופט אהרון פרקש מבית המשפט המחוזי בירושלים; גרסאות נוגדות – ת"א (י"ם) 8439/06 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' התחנה המרכזית בירושלים ניהול 1966 בע"מ (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; סודיות רפואית – ת"א (י"ם) 8432/06 פלוני (קטיין) נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם), מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; זכות קיום משמרת מחאה מול ביתו הפרטי של אדם נגד עיסוקו – ת"א (ת"א) 1558/06 המכללה האקדמית תל אביב-יפו נ' מקיטון (לא פורסם), מפי השופט ד"ר עודד מודריק מבית המשפט המחוזי בתל אביב; הסדר כובל במשפט העברי – ת"פ (י"ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול (לא פורסם) מפי השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים; ענישה המכוונת להגנת החברה – ת"פ (חיפה) 6011/07 מדינת ישראל נ' יוסף (לא פורסם), מפי השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה; הפריית רווקה מגבר נשוי ללא ידיעת אשתו – ה"פ (י"ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (טרם פורסם), מפי השופט יוסף שפירא, בית המשפט המחוזי בירושלים.

של מרכז ישמ"ע ניכרת במיוחד אם לוקחים בחשבון רק את 53 פסקי הדין המחוזיים שנעשה בהם שימוש איכותי במקורות המשפט העברי בשנים 2005–2006. במקרה זה, מתברר כי למעלה מ-43% מן השימוש האיכותי במשפט העברי בשנים הללו יסודו במקורות המשפט העברי שהוצגו בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע. השימוש המרובה בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע נעשה בעיקר על ידי שופטים מחוזיים אחדים, ובראשם השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, שהתבסס על חוות דעת של מרכז ישמ"ע ברוב פסקי הדין שעשה בהם (נכון לסוף 2006) שימוש איכותי במקורות המשפט העברי (8 מתוך 13 פסקי דין). שופטים אחרים שהרבו להסתייע בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע הם: השופט אהרן פרקש, שופט בית המשפט המחוזי בירושלים (ב-3 פסקי דין), והשופט רון שפירא, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה (ב-3 פסקי דין). אף יש לציין את סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט יהושע גרוס, את חברו השופט ד"ר עודד מודריק מבית המשפט המחוזי בתל-אביב, ואת שני שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, השופטים חנה בן עמי ומשה דרורי, וכן שופטים מחוזיים אחרים, שהסתייעו בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע לפחות בפסק דין אחד. מספר הפניות של שופטים מחוזיים למרכז ישמ"ע לקבל חוות דעת, בדומה לשופטי הערכאות הנמוכות, בית משפט השלום ובית הדין לענייני משפחה, גדול בהרבה ממספר הפניות של שופטי בית המשפט העליון, ויש בו כדי ללמדנו על מוכנות גבוהה ביותר של השופטים המחוזיים להיעזר במקורות משניים המסכמים את עמדת המשפט העברי בסוגיה שהם דנים בה. לא מצאנו מוכנות זו אצל שופטי בית המשפט העליון, אך אין כאן מקום להאריך בעניין זה.¹¹³

יחד עם זאת, אנו חייבים לסייג את דברינו ולהדגיש כי עדיין קשה להעריך נכונה את תרומתן של חוות הדעת של מרכז ישמ"ע להגברת ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים,¹¹⁴ משום שמדובר במרכז שנוסד לפני ארבע

113 וראה לעניין זה דבריו המסתברים של דויטש, לעיל הערה 4, בע' 33–37, שחלקם נותרו רלוונטיים אף לתקופה הנבדקת במחקרנו.

114 על תרומת שירות חוות הדעת של מרכז ישמ"ע לפסיקת בתי המשפט בישראל, עמד לא מכבר (ביום 5 לדצמבר 2005) בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי כב' השופט יוסף שפירא) בפסק דין מרתק ע"מ (י"ם) 755/05 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), שהוא ערעור על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה תמ"ש (י"ם) 16810/02 ע' ו-3 אחרים נ' פ' (בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, מפי כב' השופט שלמה אלבוז), העוסק בדיני מורד ומעין מורד. בית המשפט לענייני משפחה הסתייע בפסק דינו בחוות דעת של מרכז ישמ"ע שעיקריה מפורסמים באינטרנט, לעיל הערה 110. בערעור לבית המשפט המחוזי, טענו המערערים בין השאר נגד היזקקותו של בית משפט קמא לחוות הדעת של מרכז ישמ"ע. טענת המערערים נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי (פסקאות 8–9), בהדגישו את תרומת חוות הדעת של מרכז ישמ"ע "ככל מקור משפטי, המקל על המבקש להתמצא בדין העברי, המלא כרימון". בסוף דיונו בעניין חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, הדגיש בית המשפט המחוזי בירושלים, ש"חוות הדעת של המרכז ניתנות לכל דורש, הן נגישות לכל מתעניין, ויש בהן עזר רב". אין ספק כי כיום, לאחר פרסום חוות הדעת והעלאתן על גבי האינטרנט (ולאחר פרסום חיבורי הנזכר, לעיל הערה 2), אכן תהיינה חוות הדעת של המרכז

שנים בלבד, וראוי לשוב ולבחון את נתוני ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בעוד שנים אחדות ולראות אם מגמת הגברת השימוש במקורות המשפט העברי בסיוע חוות הדעת של מרכז ישמ"ע נמשכת אם לאו.

אחרית דבר: תמונת המצב ומבט אל העתיד

אם נבקש לסכם את תמונת המצב העכשווית, כפי שהיא מצטיירת משני חלקי המאמר, נהיה חייבים לומר שמידת ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט הישראלי מועטה למדי, והיא אינה ממצה את קצה קצהו של הפוטנציאל האדיר להסתייע באוצרות אלו. למעשה, ניתן לומר כי רוב השופטים, גם אלו שהם שומרי תורה ומצוות, ממעטים להיזקק למשפט עברי. מאידך גיסא, ניתן גם לציין שופטים אחדים המרבים להסתייע במקורות המשפט העברי אגב דיונם בסוגיות משפטיות.¹¹⁵

כיצד נסביר את מיעוט ההיזקקות למשפט העברי? דומה שאין להסביר את הרתיעה מן ההסתייעות במקורות המשפט העברי בחשש מהפיכתה של מדינת ישראל למדינת הלכה, שהרי ברוב סוגיות המשפט העברי לא מתעוררות שאלות דתיות. וכבר עמד פרופ' דויטש¹¹⁶ על שלושה גורמים עיקריים למיעוט ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל. ואלה הם: בעיית המינוח (הטרמינולוגיה); בעיית איתור המקורות; והקושי להבין אותם. נראה כי מידת ההשפעה של המשפט העברי על פסיקת בתי המשפט בישראל הייתה, ועודנה, קטנה מהשפעתה על החקיקה,¹¹⁷

"נגישות לכל מתעניין", שופט או משפטן וכל אדם משכיל, ויש לקוות שהן אף תהיינה ל"עזר רב", כדברי בית המשפט המחוזי.

115 לכך יש להוסיף כי ממחקר שפרסם לאחרונה רונן פרי "דירוג כתבי עת משפטיים עבריים – יסודות עיוניים ומחקר אמפירי ראשון" דין ודברים א (תשס"ה) 401–448, עולה כי אף מידת ההיזקקות של שופטי ישראל למחקרים הרבים והחשובים בתחום המשפט העברי שפורסמו בכתב העת שנתון המשפט העברי ובכתב העת דיני ישראל היא כמעט אפסית. מבחינה זו, הם מדורגים בתחתית סולם כתבי העת המשפטיים בישראל. נתון מדאיג זה מצטרף לתמונת המצב העגומה של אי-היזקקות למשפט העברי.

116 סיני דויטש "פרויקט שמ"ע – שירות משפט עברי" דיני ישראל יב (תשמ"ד–תשמ"ה) רע.

117 כיצד ניתן להסביר את התופעה הזאת? נראים הדברים שבמהלך החקיקה האינטנסיבית במשפט הישראלי, בעיקר משנות החמישים ועד סוף שנות השמונים של המאה העשרים, הציגה מחלקת המשפט העברי במשרד המשפטים את עמדת המשפט העברי כמעט בכל תחום, בזכות פעילותם הברוכה של פרופ' נחום רקובר ושל ד"ר שילם ורהפטיג, והיא אומצה לעתים בחקיקה הישראלית. לכך יש להוסיף פעילות נמרצת של כמה מראשי ועדות החקיקה בכנסת וחבריהן, ובראשם ד"ר זרח ורהפטיג ז"ל. אך במשך שנים רבות לא פעל גוף מקביל שיציג בפני השופטים את עמדת המשפט העברי בסוגיות העומדות על הפרק. על השינוי שחל בעניין לאחרונה עמדנו לעיל בסוף החלק השני של המאמר.

שגם היא אינה רבה מדיי,¹¹⁸ במיוחד בשנים האחרונות, כשחלה נסיגה אף בתחום החקיקה.¹¹⁹

כך נוצר מצב של נסיגה דרמטית עוד יותר במידת ההשפעה של המשפט העברי על משפט המדינה, משום שפעמים הרבה "הישגי" החקיקה שמשולב בה המשפט העברי, נמחקים כלא היו כשבוחנים את פסיקת בתי המשפט. גם כשנזקק המחוקק לעקרונות ומונחים הלקוחים מן המשפט העברי, נטו בתי המשפט לפרשם בדומה לעקרונות הדין האנגלי או האמריקני או הקונטיננטלי וכלליהם, ולא בהתאם למקורם ההיסטורי בדין העברי.

יחד עם זאת, כפי שראינו, ניתן להצביע על ניצנים של מגמה חיובית של הגברת ההיזקקות למקורות המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, המתאפיינת בהסתייעות במקורות משניים, כגון חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ודפי פרשת השבוע, ובריבוי ההסתמכות הישירה על המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט או מכוח ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לקוות שמגמה זו תלך ותגבר בשנים הקרובות, ואף תהיה נחלתם של רוב שופטי בית המשפט העליון ושאר בתי המשפט בישראל.

118 על השפעת המשפט העברי על החקיקה, ראה נחום רקובר המשפט העברי בחקיקת הכנסת (תשמ"ט).

119 דוגמה אופיינית היא הקודקס האזרחי החדש המצוי בשלבי הכנה סופיים, אשר למרות שמו הזמני, חוק דיני ממונות, נעדרים ממנו לחלוטין דיני הממונות העבריים. לשם המחשה, נציין כי בספרו של פרופ' מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (תשס"ה) המחזיק 567 עמודים, שהוא החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה והרוח החיה מאחורי הליכי חקיקת הקודקס האזרחי החדש, לא צוינו אף לא הלכה אחת או פסוק אחד מן המקרא.