

יוסף שפירא – השופט המוקיר את המשפט העברי

משה דרורי *

א. הקדמה

1. עורך דין שהפך לשופט

2. ילדות

ב. משפט עברי בפסיקת השופט שפירא – ניצנים והתחלות

1. פריסת היריעה – הדגמה

2. שימוש נרחב בחוות דעת של ישמ"ע

3. האם שימוש בחוות דעת של ישמ"ע הוא לגיטימי בשיטת המשפט הישראלי?

ג. המשפט העברי בפסיקת השופט שפירא – הערכה

1. כמות

2. איכות

ד. לימוד המשפט העברי

ה. המשפט העברי בפסיקת השופט שפירא – סיכום

ו. לקראת התפקיד כמבקר המדינה

* שופט בית המשפט המחוזי בירושלים. מאמר זה הינו נוסח מורחב של דברים שאמרתי בהתכנסות סוף שנת המשפט תשע"ב של שופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, שיוחדה לסיום עבודתו ופרישתו לגימלה מוקדמת של השופט יוסף שפירא ובחירתו לתפקיד מבקר המדינה.

א. הקדמה

1. א. עורך דין שהפך לשופט

יוסף שפירא הגיע לבית המשפט המחוזי – כמוני – ישירות מן השוק האזרחי, בשנת 2003, לאחר שסיים לימודיו בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, בשנת 1971, והוסמך כעורך דין בשנת 1972, קרי: לאחר שלושים ואחת שנות פרקטיקה של עריכת דין. הוא מונה טכנית-פורמאלית כשופט שלום, בחודש יולי 2003, ובו ביום מונה כרשם בית המשפט המחוזי וכשופט בפועל של בית המשפט המחוזי. למעשה, הוא לא כיהן בבית משפט השלום, והיה עמנו בבית המשפט המחוזי בירושלים כשופט, מאז מינויו בחודש יולי 2003 ועד להשבעתו כמבקר המדינה בחודש יולי 2012, דהיינו: תשע שנים תמימות. מבחינה זו, השופט יוסף שפירא נימנה על קבוצת השופטים שמונתה ישירות לבית המשפט המחוזי, שהם מיעוט קטן בבית המשפט המחוזי בירושלים, שכן רובם המכריע של השופטים הגיע לבית המשפט המחוזי לאחר שנות כהונה כשופטים בבית משפט השלום.

את יוסף שפירא, כעורך דין, הכרתי במשך עשרות שנות עבודה בירושלים. מעבר לתיקים, הוא היה פעיל בלשכת עורכי הדין והיינו שנינו, יחד עם אחרים, באותה רשימה (הפע"ם ירושלים – פרקליטים, עורכי דין ומשפטים), בראשותו של עו"ד יעקב רובין ז"ל, שכיהן כיו"ר ועד מחוז ירושלים, ולאחר מכן כראש הלשכה.¹ עו"ד יוסף שפירא נבחר כיו"ר הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, ומילא תפקיד זה בשנים 1995–1999. אין כאן המקום להעריך את מלוא פועלו בתפקיד חשוב זה. לענייננו, אזכיר כי עמד בראש עורכי הדין הירושלמיים בהפגנת הנגד, מול אלו שהפגינו נגד בית המשפט העליון, והפגנת עורכי הדין הירושלמיים שימשה רוח גבית לבית המשפט העליון, כנגד התוקפים אותו. יוסף שפירא שימש כסגן יו"ר בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין, החל משנת 2001 ועד למינויו כשופט בשנת 2003.

יכול הייתי להאריך בדברים על היכרותנו רבת השנים, כעורכי דין וכחברי מוסדות לשכת עורכי הדין. כמו כן, היה בידי לספר על תפקידו כשופט, כולל – ובמיוחד – באותם תיקים בהם ישבנו יחדיו בהרכבים שונים,² וכך, ההיכרות בינינו הייתה קרובה

1 יוסף שפירא היה, בתחילת דרכו, עו"ד שכיר במשרדו של עו"ד יעקב רובין. על יעקב רובין ופועלו, בכלל, ובלשכת עורכי הדין, בפרט, ראו את רשימתי משה דרורי "עורך דינם של עורכי הדין: על עו"ד יעקב רובין ז"ל" הלשכה (גיליון 95, תשע"ב) 4–6.

2 על פי אתר נבו, פורסמו 21 פסקי דין בהם ישבתי בדין יחד עם השופט יוסף שפירא. מתוכם 16 תיקים היינו שנינו "שופטי צד", כאשר אב בית הדין היה השופט – כתוארו אז – יעקב צבן (7 תיקים); השופט משה רביד (7); השופט משה גל והשופט עוני חבש (תיק אחד). כאשר הייתי אב בית הדין, השופטת השלישית הייתה מרים מזרחי (שני תיקים); והשופטים יצחק ענבר, תמר בזק-רפפורט ודוד מינץ (תיק אחד). בדרך זו, למדתי רבות על סגולותיו כשופט.

מאד. אצייץ כי השופט שפירא לא שכח כי היה במשך שלושה עשורים עו"ד שפירא, ועל כן קיים את מאמר הלל הזקן "מה ששנוי עליך לא תעשה לחברך",³ ונהג כבוד רב בעורכי הדין שהופיעו בפניו. ראיתי לנכון להציג ברשימה זו פן אחד וחשוב באישיותו ובפועלו כשופט, שאולי לא ידוע לרבים. מכל מקום, סבור אני, כי מן הראוי להבליטו, ולהציבו כנושא מרכזי בדברי הברכה עם סיום תפקידו כשופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, ולקראת כהונתו כמבקר המדינה. כוונתי, לזיקתו העמוקה של יוסף שפירא למשפט העברי, וההוקרה הרבה שיש לו לתרבות היהודית.

2.א. ילדות

תחילת הדברים, עוד בזמן נעורו ובגרותו.⁴ כאשר היה יוסף שפירא, צעיר לימים, בכתה ה, כמדומני, הלך הוא לפעולה ב"צופים הדתיים". המדריך שאל היכן הוא לומד, והוא השיב שהוא תלמיד בבית ספר ממלכתי. המדריך החליט כי מי שאינו לומד בבית ספר דתי, אינו רשאי להשתתף בתפילות וכן בפעולות תנועת נוער דתית (הצופים הדתיים), ואסר עליו לבוא לפעולות הבאות. הדבר הכאיב, כמובן, ליוסי, אשר אמר, לא אחת, כי גם מדריך בצופים הדתיים לא ישלול ממנו את הזכות ללמוד את היהדות. יוסי שפירא, כישראלי וכיהודי גאה, ראה ביהדות את המקור התרבותי והלאומי של עמנו. אירוע זה, השפיע, כנראה, על כך שכשופט, נתן משקל חשוב למשפט העברי, אף, שכידוע, אין הוא מקפיד על כל תרי"ג המצוות.

ב. משפט עברי בפסיקת השופט שפירא – ניצנים והתחלות

גישתו של השופט יוסף שפירא למשפט העברי באה לידי ביטוי כבר בהחלטותיו הראשונות, כרשם, עת דן בבקשה לפטור מאגרה בבש"א (י"ם) 810/03 שקד נ' גורל,⁵ כאשר, בין יתר נימוקיו, הזכיר את בר"ע (י"ם) 2233/00 בריגת נ' מדינת ישראל,⁶ בו נאמר כי "פטור מאגרה דומה, במידת מה, למתן צדקה מקופת הציבור לתובע הנזקק לה.

3 תרגום הדברים "דעלך סני לחברך לא תעביד", המופיע במסכת שבת, דף לא, עמ' א, על פי הנוסח של פירושו של רבי שמשון רפאל הירש, ספר ויקרא, פרק יט, פסוק יח, ד"ה "ואהבת לרעך כמוך".

4 בדברי תשובתו במסיבת הסיום, שבה אמרתי את עיקרי הדברים, חזר השופט שפירא על הסיפור, בהתרגשות רבה, ובפירוט יתר.

5 החלטה זו שניתנה ביום 3.9.03 הינה אחת מהחלטותיו הראשונות של השופט שפירא, מתוך 2369 החלטות ופסקי דין שנתן ופורסמו באתר "נבו".

6 לא פורסם.

בדיני הצדקה במשפט העברי אנו מוצאים את הכלל כי בטרם יפנה מי שמבקש צדקה לגבאי הקהילה, עליו לפנות לקרוביו, אפילו הוא בגיר⁷. בשלבים הראשונים של עבודתו השיפוטית, ציטט השופט שפירא פסיקה או ספרות בה הוזכר המשפט העברי, בהשוואה או כנגדה. כך, למשל, עת דן בפסיקת הוצאות משפט ושכ"ט עורך דין⁸. השופט שפירא שדן בסוגיות רבות ובענפי משפט שונים, תר אחר השוואה למשפט העברי. הדוגמאות מאלפות ומגוונות ומוכיחות עד כמה ניתן לעשות שימוש, גם לצורך השוואה או השראה, במקורות היהודיים. כך, למשל, באחת מהחלטותיו החשובות, שפורסמה בקובץ "פסקים מחוזיים"⁹, מזכיר הוא את המשפט העברי בשלוש נקודות: אי מחיקה על הסף של תביעה¹⁰; זכות הגישה לערכאות¹¹; "צמצום מירבי של חסינותם של נושאי משרות, החל במלכים ונציגי ציבור אחרים"¹².

- 7 רעיון זה – כולל ההתייחסות למשפט העברי – הוזכר על ידי השופט שפירא בהחלטות רבות נוספות שנתן בנושאים דומים (מעל 20, כעולה מאתר "נבו"). השופט שפירא מזכיר את דיני ההצדקה היהודיים גם בקשר לחובת המזונות, ובמיוחד השתתפות האם במזונות ילדיה, ולעניין זה הוא מזכיר את מאמרו של סגן נשיא בית משפט זה (בדימוס) פרופ' יעקב בזק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על פי המשפט העברי" הפרקליט לב (תשל"ט) 357; ראו בש"א (י"ם) 2417/08 פלונית (קטינה) נ' נ.י. פורסם בנבו (30.7.08), פסקה 6 לפסק הדין.
- 8 ראו ת.א. (י"ם) 447/95 מלונות יונה בע"מ נ' ד"ר לואיס (2003), שם הזכיר את ספרו של פרופ' אליאב שוחטמן סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי: תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (תשמ"ח) 392, 393. לאחרונה, בספרו החדש, הרחיב המחבר את הדיון בסוגיה זו ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לאור מקורות המשפט העברי: תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (כרך ג, תשע"א) 1206.
- 9 בש"א United Nations Truce Supervision Organization 4162/04 נ' סיראגניאן, פסמ"ח תשס"ג(1) 817 (2004). בהחלטתו, דחה הרשם שפירא את הבקשה למחיקה על הסף של תביעת המשיב נגד מוסד של האו"ם לפינוי ממקרקעין ולתשלום דמי שימוש ראויים, בקובעו כי "החסינות הבינלאומית חלה על תחומים שלטוניים בלבד, הקשורים למשפט המינהלי, ואינה חלה על המשפט הפרטי" (שם, בע' 834), וכי שאלת החסינות המיוחדת של האו"ם תידון בתיק העיקרי (שם, שם).
- 10 שם, בע' 825; המקור המוזכר הוא ספרו של שוחטמן, ראו לעיל הערה 8, בע' 164. בספרו החדש, מרחיב המחבר את היריעה במסגרת דיון בסוגיית חובת בית הדין להיזקק לתביעה. שם כרך א, בע' 419 ואילך.
- 11 שם, בע' 826; המקורות המוזכרים הם פניית אברהם לקב"ה, לסנגר על סדום, "השפט פל הארץ לא יעשה משפט" (בראשית, יח, כא-לג). והשופט שפירא מוסיף: "ולמהדרין, עדיפה על דעת אור החיים, שם" (דברי הפרשן "אור החיים", מובאים במלואם בהחלטה שם, בע' 826).
- 12 ההחלטה שם, בע' 832; במקורות מוזכרים ספרו של נחום רקובר שלטון החוק בישראל (תשמ"ט); ספרו של הדיין הרב אברהם שיינפלד נזיקין סדרת חוק לישראל (תשנ"ב); מאמרו של יהושע גרוס "חסינות דיפלומטית" ספר שמגר ב (תשס"ג) 529, וכן הסיפור המקראי של משלחת ששיגר דוד מלך ישראל לחנון בן נחש מלך בני עמון (שמואל ב, י, ד). החלטה זו של השופט שפירא מופיעה במפתח הכולל התייחסות למשפט העברי בפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים, המופיעה בסוף ספרו של פרופ' יובל סיני יישום המשפט העברי ובתי המשפט בישראל (תשס"ט) 591, 600, 604, 623.

דוגמא נוספת להזכרת המשפט העברי היא כאשר דן הוא בתנאי מעצר בית, הזכיר את דברי המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מנחם אלון, על כך שמעצר הינו שלילת חופש התנועה מן הנאשם, אשר מהווה פגיעה חמורה בו, במיוחד בעולמו של המשפט העברי.¹³

הפניות למשפט העברי, לצורכי השוואה, תוך איזכור פסיקה וספרות משפטית, מובאים אף הם בהחלטותיו ובפסקי הדין של השופט יוסף שפירא, וזאת במגוון נושאים: זכות השמיעה או הטיעון בבתי המשפט;¹⁴ דיני מזונות;¹⁵ סייגים לעקרון סופיות הדין;¹⁶ ריבית;¹⁷ עדות נוגע בדבר;¹⁸ שימוש בשמו ובכינויו של אדם;¹⁹ יצירת

13 ב"ש (י"ם) 4173/05 ברונסקי נ' מ"י, פורסם בנבו (14.2.05), שם מצטט השופט יוסף שפירא את דברי המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מנחם אלון, בבש"פ 299/89 אברהם משי זהב נ' מ"י, פ"ד מג(1) 720 (1989). החלטה זו מוזכרת במפתח של סיני שם, בע' 605, 619.

14 ת.א. (י"ם) 5194/03 S.J.R. Associates נ' William Spier, פורסם בנבו (7.3.05) פסקה 21 לפסק הדין, שם מצוטט פסק דין של השופט אליקים רובינשטיין ברע"א 1119/05 גולדסיל בע"מ נ' ביליה רוברט – נכסים ובנין בע"מ תק-על(1)2005, 2253 (2005): "השאפה הבסיסית היא כי יישמע בצד האחר... כך גם – בהיקש – במשפט העברי. אסור לדין לשמוע דברי אחד מבעלי דינין קודם שיבוא חברו, או שלא בפניו (רמב"ם, שופטים, סנהדרין, כ"א, ד)".

15 "החלת דיני היושר של המשפט העברי, המצויים ברמה נורמטיבית גבוהה יותר (מדיני הצדקה) ויש בהם כדי להוות מכשיר לתיקון עיוותים במקרים החריגים בהם דיני המזונות המסורתיים אינם נותנים מענה": בר"ע (י"ם) 771/05 א'מ' נ' א'נ', פורסם בנבו (22.6.05) פסקה 10 לפסק הדין; כמקורות מצוטטים ספרו של מ"מ נשיא בית המשפט העליון, השופט משה זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב); מאמרו של אריאל רוזן צבי "כי המשפט לאלהים הוא: על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5, וספרו של מיכאל קוריאנאלי, דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה (תשס"ד).

16 בר"ע 802/05 (י"ם) פלוני נ' פלונית, פורסם בנבו (29.11.05) (להלן: עניין פלוני) פסקה 8 לפסק הדין. כמקורות מובאות תקנות הדין בבתי הדין הרבניים וספרו הראשון של שוחטמן, לעיל הערה 8, בע' 383. הסוגיה זכתה להרחבה רבה בספרו המאוחר יותר של שוחטמן, לעיל הערה 8, כרך ג, בע' 1185–1194.

17 עניין פלוני, שם, פסקאות 10–12 לפסק הדין. פסק דין זה מוזכר במפתח של סיני, לעיל הערה 12, בע' 595, כמקור ראשון הובא ספרו של אברהם וינרוט, ריבית (תשנ"ח), פסק דיני בת.א. (י"ם) 3104/01 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מ"י תק-מח(3)2004 (2004), ופסק דין של השופט הרב שמחה אסף בע"א 207/51 אגד נ' ברנדס, פ"ד ו 1089, 1103. על ענייני הריבית במשפט העברי, תוך התייחסות לפסקי דין של השופט רובינשטיין הן בבית המשפט העליון והן בשבתו בבית המשפט המחוזי, ראו את פסק דינו של השופט יוסף שפירא בה"פ (י"ם) 8105/09 לשם נ' ליבו נכסים והשקעות בע"מ, פורסם בנבו (21.9.09) פסקה 10 לפסק הדין.

18 ת.א. (י"ם) 5039/03 אלפרוקי נ' טוקאן תק-מח(1)2006, 5797 (2006), פסקה 21 לפסק הדין. כמקורות מובאים דברי הרמב"ם, הלכות עדות, פרק טו, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לו, סעיף א, וכן פסק דיני בת.א. (י"ם) 3064/01 להב נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, תק-מח(1) 2006 (1) 4721 (2006).

19 ת.א. (י"ם) 6157/04 דבש נ' אדלר הומסקי & ורשבסקי, פדאור (06) 25(06) 674 (2006), פסקה 7

מחול; ²⁰ העתקה ושיכפול של ספר; ²¹ זכות מוסרית לכך ששם היצירה ייקרא על שם מחברה; ²² העתקת קטעים של סופרת אחת מספר שכתבה סופרת אחרת; ²³ ענישה

- לפסק הדין. כאשר המקור המרכזי לכך הוא פסק דינה של השופטת דבורה ברלינר, עת כיהנה בבית המשפט העליון, בע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ (2006) וכן פסק דיני בת.א. (י"ם) 1192/99 שדה ראובן נ' עיזבון המנוח סלר ז"ל, פורסם בנבו (24.7.06).
- 20 השופט שפירא דן בשאלה של הגנת זכויות יוצרים על יצירת מחול, כולל השאלה "מי בעל זכות היוצרים בריקוד, הכוריאוגרף או בית הספר למחול, במסגרתו הוא נוצר" וגם שם נזקק הוא למקורות המשפט העברי (פסקי הדין של השופטת ברלינר ופסק דיני הנ"ל, שהוזכרו בהערה הקודמת) ראו: ת.א. (י"ם) 8303/06 מחולה המרכז למחול בע"מ נ' כהן, פורסם בנבו (14.8.08), פסקה 12 לפסק הדין (הקטע המצוטט לעיל הוא הפתיח לפסק הדין, כאשר לפניו, כמותו, מופיע קטע משירו של שלמה ארצי "תרקוד").
- 21 על זכויות יוצרים של מחבר ספר, ששוכפל ונמכר בחדרי הרצאות באוניברסיטה העברית, דן השופט שפירא בפסק דין, שאף בו הזכיר את המשפט העברי – ת.א. (י"ם) 6306/04 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' מפלגת העבודה הישראלית, פורסם בנבו (17.5.07) פסקה 19 לפסק הדין, כאשר המקור המרכזי עליו מתבסס השופט שפירא הוא פסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין בבית המשפט העליון בע"א Krone AG 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365 (2005). על פסק הדין בערעור בבית המשפט העליון, ראו: ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פורסם בנבו (20.6.11).
- 22 בעניין זה, הביא השופט שפירא דברים מפסק דינו של השופט טירקל מבית המשפט העליון, לפיהם "שורשיו של עיקרון חשוב זה שלוחים גם במקורות המשפט העברי, שעמדו על גודל עונו של מי שאינו אומר דבר בשם אומרו"; ראו: ת.א. (י"ם) 9080/07 כהן נ' סולומון סויסה, פורסם בנבו (30.11.09) פסקה 6 לפסק הדין.
- 23 ת.א. (י"ם) 9430/07 שפירו נ' רגן, פורסם בנבו (11.12.11). שם, פסקה 27 מוזכר ומצוטט פסק דינה של השופטת ברלינר (ראו הערה 19 לעיל). בפרק, שכותרתו "משפט עברי ומקורות ההלכה ביחס להפרת זכות יוצרים ונטילת זכויות קניין רוחני", מצטט השופט שפירא (שם, פסקה 67) את דברי ב"כ התובעת, עו"ד גלעד קוריןאלדי, בהתייחסו למשפט העברי בסיכומיו, כדלקמן: "נוכח הסוגיות המשפטיות הניצבות לפתחו של בית משפט נכבד זה – כמו גם העובדה שבעלי הדין הינם שומרי מצוות, מן הראוי להעשיר את בית המשפט הנכבד בעמדתו של המשפט העברי על מקורותיו. להלן תובא סקירה תוך גזירת העקרונות, העולים מן המקורות העשירים בספרות היהודית, ויישומם – הלכה למעשה – לתיק שבפנינו". לאחר מכן כותב השופט שפירא: "לאור הפסקה האמורה להלן על ידי עו"ד קוריןאלדי, בדבר 'כל האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם', אביא את דבריו לעניין גישת המשפט העברי כלשונם". וכאן, לאורך חמישה עמודים, מביא השופט שפירא את סיכומי ב"כ התובעת בעניין המשפט העברי (שם, פסקאות 68–76), תוך התייחסות לנושאים הבאים: "מגנבי דברים"; איסור בדבר ייחוס ספר למי שלא כתבו; גנותה של 'גניבה ספרותית'; ביטויים ייחודיים וחרפים נגד גזולי זכויות קניין רוחני; 'מתעטף בטלית חברו', 'מכבים אור התורה'; כל האומר דבר בשם אומרו – מביא גאולה לעולם; מתלבש 'בתורת חברו' הוא גנב וגזלן גמור; דין פרוטה כדין מאה; גניבת דעת משחיתה את הנפש; דעת גדולי פוסקי זמננו להלכה ולמעשה בעניין הפרת זכויות יוצרים. מסקנת השופט שפירא היא זו: "כעולה מן האמור, הסוגיות שעלו בתיק זה אכן באו לידי ביטוי אף במקורותנו, ונחשבו כמעשה הראוי לגנאי ובכחינת 'גזל'".

בעבירה חדשה; ²⁴ זיהוי כתבי יד; ²⁵ דמי שכירות ראויים; ²⁶ דיני שליחות; ²⁷ שיקולי גמילה ושיקום של עבריין במסגרת מטרות הענישה; ²⁸ טעות בעצה. ²⁹

ב.1. פריסת היריעה – הדגמה

ניתוח רחב, של עמדת המשפט העברי מוצגת על ידי השופט שפירא, בפסק דין מקיף, שבו ייחד את הדיון לשני נושאים מרכזיים בתחום דיני הנזיקין: סיבתיות ואחריות בעלי מקצוע. ³⁰ אשר לנושא הראשון, מזכיר השופט יוסף שפירא כי: "חכמי התלמוד דנו במספר אפשרויות אשר דינם ייגזר בין מידת היחס בין מבצע המעשה ובין הנזק שנגרם, יחס זה יכול להיות בבחינת גרמי או בבחינת גרמא". ³¹ בפסק הדין מוסברות הגישות השונות בספרות התלמודית, כולל הדוגמאות הידועות בדבר דחיפת מטבע לים ואותם מקרים שבהם נקבע כי אדם אחראי רק בדיני שמים ופטור מדיני אדם. פסק הדין אינו

24 ת"פ 343/04 מ"י נ' כהן, פורסם בנבו (25.7.07). במסגרת גזר דין על עבירות על חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, מתייחס השופט שפירא בכך שמדובר בחוק חדש יחסית, בציינו כי "על הכל מקובל כי אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה. כך גם במשפט העברי (ברכות, פרק ראשון, י' ע' א) מובאים דברי ברוריה אשת רבי מאיר, אשר העירה לבעלה כי אל לו לבקש, מתוך רחמים על הרשעים שהציקו לו, שימותו, אלא עליו להתפלל לכליונה של הרשעות, ולא למותו של הרשע, שהרי נאמר 'יִתְמוּ חַטָּאִים מִן הָאָרֶץ' (תהילים קד, לה). לא בכדי לא נקטה, איפוא, אשת רבי מאיר 'יתמו חוטאים', שהרי ביטול החטא הינו מטרה נשגבת יותר מענישת החוטא" (שם, פסקה 23).

25 ת"פ (י"ם) 264/03 מדינת ישראל נ' חוגי, פורסם בנבו (25.12.06). כמקור לדברים מתבסס השופט על מאמרם של אודי וולף, ינה גרבר ורחל גבאי-פרידסון "גמר חתימה טובה" דף פרשת שבוע, וזאת הברכה גליון 181 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, תשס"ה).

26 ת.א. (י"ם) 4031/02 טוקר נ' שלומוב, פורסם בנבו (23.8.07), שם מוזכר בפסקה 4 לפסק הדין פסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין רע"א 7899/06 גרוס נ' עמידר החברה הלאומית לשיקום בישראל בע"מ, תק"על 2007(2), 871 (2007). בעניין עמדת המשפט העברי בסוגיית מי שגר בחצר חבירו שלא מדעתו, ודיני "זה נהנה וזה לא חסר".

27 ת.א. (י"ם) 8037/06 תמימי נ' קוקאין, פורסם בנבו (19.9.07) שפירא הביא (שם, פסקה 16), לצד ציטוטים מספרו של פרופ' אהרן ברק חוק השליחות (תשנ"ו), ציטוט מספרו של שמשון אטינגר פרקי שליחות במשפט העברי (תשמ"ט) 86-88.

28 ת"פ (י"ם) 3161/07 מ"י נ' בוזגלו, פורסם בנבו (27.10.08). כמקורות לכך מובאים דברי הרמב"ם בהלכות תשובה, פסקי דין של השופט מנחם אלון, שופט בית המשפט העליון וכן שני פסקי דין שלי, וספרו של פרופ' נחום רקובר תקנת השבים – מעמדו של עבריין שריצה את עונשו (תשס"ז).

29 ה"פ (י"ם) 7326/08 מירב עמר נ' תום חביב, פורסם בנבו (27.10.08); בפסקה 23 לפסק הדין מובא פסק-דינו של השופט אליקים רובינשטיין בע"מ 4870/06 פלונית נ' עזובן המנוח פלוני, פורסם בנבו (24.3.08), בו יש התייחסות למשפט העברי הקובע, כי "הסוחרת האומנית [בעלי מלאכה] והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומת".

30 ת.א. (י"ם) 3128/01 סלובר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פורסם בנבו (31.3.2005), (להלן: עניין סלובר) החל מפסקה 38 ואילך.

31 שם, פסקה 39. מוזכר במפתח של סיני, לעיל הערה 12, בע' 612.

מסתפק רק בספרות התלמודית אלא מביא גם את פסיקת הרמב"ם ועד "קצות החושן", ואף מצטט את האנציקלופדיה התלמודית בעניין זה.³² ובהמשך, תחת הכותרת "יישום הדין העברי למקרה דנן", כותב השופט שפירא:

"דעתי היא, כי לא התקיימו שני התנאים המצטברים אשר עליהם מסכימים רוב הראשונים והאחרונים אשר מבדילים בין גרמי ובין גרמא. התנאים קובעים, כי כאשר הנזק לא נעשה ע"י המזיק בעצמו (או ע"י ממונו) ואין וודאות לקרות הנזק, אזי הנזק יכנס לגדר הגרמא. במקרה דנן, הבנק לא גרם באופן ישיר את נזקיהן של החברות התובעות, אלא כתוצאה מהחלטתו לגבי המשך יחסיו עם חברת ארליך ניזוקו גם התובעות. לאור זאת, אין צורך לבחון האם במעשה הנתבעים היה כדי להביא לידי הנזק באופן וודאי ויש לקבוע כי נזק זה הינו נכנס בגדר דין גרמא בניזיקין ולכן אין לחייב את הנתבעים בגין עילה זו".³³

בפרק בדבר אחריות בעלי מקצוע, מתחיל השופט יוסף שפירא את הדיון בדברי המשנה בדבר אחריות בנאי הסותר את הכותל, ומתרגם את הדברים לטרמינולוגיה מודרנית:

"הרי שישנה חלוקה בין שני מצבים: אם האבנים נפלו עקב מצבו הרעוע של הכותל, ללא קשר למכותיו של הבנאי, הרי שלא חלה על הבנאי אחריות לנזק זה; אולם אם ישנו קשר ישיר בין הנזק לפעולתו, הרי שגם במצב כזה יחוב בנזק".³⁴

לאחר הבאת פסק דינו של השולחן ערוך, מיישם השופט שפירא בדרך היקש מעניינת את העקרונות הללו לעניין שבפניו:

"במקרה דנן, טענו התובעות לחבותם של הבקרים והבנק לאור מעמדם כדירקטורים בחברה. לפי המשפט העברי איש המקצוע אשר הזיק חייב לשלם את הנזק, ואין ההלכה מכירה בגישה של החברה המודרנית אשר מצמצמת את חבות המנהלים ע"י יצירת אישיות משפטית נפרדת לחברה. קובעת ההלכה, כי יש לבחון מהו מקור הנזק, אם מקורו הוא פעולתו של בעל המלאכה הרי שחייב המזיק בתיקון או בתשלום הנזק. אולם אם לא כך, הרי שלא תחול עליו חובה זו. בעניינינו, נראה לי כי לא ניתן לומר כי מקורו של הנזק הינו פעולותיהם של הבנק ושל הבקרים אלא יותר נכון יהיה לומר כי

32 שם, פסקאות 39–40.

33 שם, פסקה 41.

34 שם, פסקה 42.

מצבה של חב' ארליך היה ככותל רעוע. לאור כך, נראה בעיני כי גם על פי הדין העברי אין לחייב את הבנק והבנקרים בנזקיהן של התובעות".³⁵

ב.2 שימוש נרחב בחוות דעת של ישמ"ע

בשלב מאוחר יותר, החל משנת 2005, היזקקותו של השופט יוסף שפירא למשפט העברי התבססה, בעיקרה, על חוות דעת מפורטות שהוכנו על ידי המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה, בראשותו ובניהולו של ד"ר (כיום פרופ') יובל סיני.

בשנת 1978, הוקם שירות משפט עברי (שמ"ע) באוניברסיטת בר אילן, שפעל עד שנת 1990, בראשותו ובניהולו של פרופ' סיני דויטש. בראשית שנת 2005, הוקם, ביוזמתו של סגן הנשיא ודיקן בית הספר למשפטים של מכללת נתניה, פרופ' סיני דויטש, מרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), ובראשו, מאז הקמתו, עומד פרופ' יובל סיני. כלשון האתר של ישמ"ע,³⁶ "מטרתו של מרכז ישמ"ע היא לקדם בדרכים שונות את השימוש במשפט העברי במשפט המדינה. המרכז שם דגש מיוחד על דרכי התמודדותו של המשפט העברי עם בעיות מרכזיות ואקטואליות המעסיקות את עולם המשפט הישראלי". לשם השגת יעדים אלה, הוקם "שירות חוות דעת במשפט עברי", במסגרת ישמ"ע, "שהינו מרכז אקדמי עצמאי, מספק שירות למתן חוות דעת המציגות את עמדת המשפט העברי ביחס לעניינים הנדונים בבתי המשפט. שירות זה ניתן לשופטים (ללא כל תשלום!), והוא נעשה בשיתוף פעולה עם הנהלת בתי המשפט ובברכתו של מנהל בתי המשפט, כב' השופט משה גל", כנאמר באתר האמור.

עיון בפסקי הדין של השופט שפירא מגלה כי כחמש עשרה חוות דעת של מרכז ישמ"ע, בתחומים שונים ומגוונים, ניתנו לבקשתו, והן באו לידי ביטוי בפסקי דינו. לנוחיות המעיין, אציג, תחילה, את חוות הדעת שפורסמו במלואן בספר שהוציא פרופ' יובל סיני,³⁷ ולאחר מכן, את חוות הדעת המצויות באתר של ישמ"ע.³⁸ החלק השני של הספר, שכותרתו "פרקי משפט עברי – יישומי חוות הדעת של

35 שם, פסקה 43, תחת הכותרת "יישום הדין העברי למקרה דגן".

36 ראו: <http://www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/Pages/default.aspx>.

37 סיני, לעיל הערה 12. ספר מקיף זה כולל מספר חלקים: יישום המשפט העברי בפסיקה בתי המשפט (העליון והמחוזיים) בשנים 1994–2006 – לדברים שנכתבו שם אתייחס בנפרד להלן; יישום חוות דעת של ישמ"ע בפסיקה – נושא שבו אדון עתה; שימוש במשפט העברי בפסיקה בית המשפט העליון – נושא החורג ממסגרת רשימה זו.

38 כנאמר באתר המרכז, לעיל הערה 36, עד שנת 2009 היו 170 פניות לקבלת חוות דעת משופטים בכל הערכאות. באתר מרוכזות חוות הדעת על פי ענפי משפט שונים, כדלקמן: דיני חיובים – חוזים ועשיית עושר (17 חוות דעת); דיני נזיקין (25 חוות דעת); דיני עונשין (43); רפואה משפט והלכה (13); סדרי דין וראיות (21); דיני הוצל"פ (7); דיני עבודה (7); משפט ציבורי (9); משפט מסחרי (3), וכן חוות דעת בעניין הגנת הצרכן וחוות דעת בענייני קניין.

מרכז ישמ"ע ופסקי הדין שהסתייעו בהן", שבכתיבתו השתתפו גם יוסי שרעבי ומשה בארי, בנוסף לפרופ' יובל סיני, מתחלק למספר שיערים, ובכולם מצויות חוות דעת, שנכתבו לבקשתו של השופט יוסף שפירא, ואשר שובצו בפסקי דינו.

בשער הראשון – "רפואה ומשפט" – חוות הדעת הראשונה עוסקת בהפריה חוץ גופית לרווקה מאיש נשוי.³⁹ חוות הדעת מפורטת שניתנה על ידי הרב יוסף שרעבי, הרב משה בארי וד"ר יובל סיני מיום 7.7.05, עוסקת בהיבטים שונים של הפריה חוץ גופית, מתרומת זרע של תורם זר שזהותו אינה ידועה, וכן מתרומת זרע של יהודי שזהותו ידועה, ומנתחת את השאלות הנוגעות לתורם ולייחוס הוולד אליו, תוך התייחסות לשיקולים הלכתיים (ייבום, ייחוס לכהונה, ירושה, ועוד), ושיקולים מוסריים כלליים (מוסריותה של ההפריה, מוסריות האישה, מוסד המשפחה וטובת הילד, הפריה לרווקה, שלום בית).

השופט יוסף שפירא, נזקק לחוות דעת זו, לצורך הכרעה בעתירת אישה יהודיה, רווקה בת 43, שפנתה למשרד הבריאות וביקשה לאפשר לה הפריה חוץ גופית של ביציות, שיוצאו מגופה, ויופרו מזרעו של איש יהודי נשוי, שזהותו ידועה.⁴⁰ הדיון בהחלטה רחב וכולל התייחסות לספרות ופסיקה ממקורות שונים, ובין היתר, מזכיר השופט שפירא את עמדת המשפט העברי, כפי שהסיק אותה מחוות הדעת האמורה:

"לדעת חלק מהפוסקים במשפט העברי, ולד הנולד מהפריה מלאכותית מתרומת זרע שמקורה לא ידוע (כגון מבנק הזרע) נחשב ל'שתוקי'. לדעת חלק אחר של הפוסקים אין מעמדו של הוולד בשתוקי, אלא כשר הוא לכל דבר. נפרט מעט לגבי מעמדו של השתוקי".⁴¹

השופט שפירא, מציין כי "הסיטואציה הקלאסית עוסקת במי שנולד לאשה שהתעברה מאדם שזהותו אינה ידועה לה, על כן יש חשש שהוא ממזר".⁴² לאור זאת, ממשיך השופט יוסף שפירא, וכותב את הדברים הבאים:

"מעמדו של ספק ממזר, גרוע יותר ממעמדו של ממזר וודאי, שכן מי שמוגדר ספק ממזר אסור לו להינשא הן עם ישראלית כשרה, שמא הוא אכן ממזר, והן עם ממזרת ודאית, שמא הוא באמת ישראל כשר, והן עם ספק ממזר. התוצאה היא שספק ממזר יכול להתחתן רק עם גיורת, זאת בשונה מממזר ודאי שיכול להתחתן גם עם ממזרת ודאית (ראו פרסום המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה ע"ר, הרב יוסף שרעבי, הרב יוסף בארי וד"ר יובל סיני מיום 7.7.05 (להלן: שרעבי-בארי-סיני)).

39 סיני, לעיל הערה 12, בע' 61 ואילך. חוות הדעת במלואה מובאת בע' 62–72; התייחסות לפסק דינו של השופט שפירא, שיובא להלן, הינה בע' 72–74.

40 ה"פ (י"ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פסמ"ח תשס"ד (1) 625 (2005).

41 שם, בע' 631–632.

42 שם, בע' 632.

חשש נוסף במקרה של תורם זר נוגע לאפשרות עתידית של נישואי אח ואחות. לגבי תורם זר שאינו יהודי, כל הפוסקים גורסים כי, מלכתחילה, אין להשתמש בזרעו בהיות מעשה זה מכוער (בג"ץ 2458/01, משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 473).

לסיכום נקודה זו, לדעת חלק מן הפוסקים מעמדו של הוולד הוא שתוקי, ולדעת חלק אחר של הפוסקים יש להתיר לו לבוא בקהל ישראל, אף אם הזרע נלקח מבנק הזרע, אך לא נמצא מי שמתיר מפורשות ליטול תרומת זרע מבנק זרע לאישה פנויה (ראו שרעבי-בארי-סיני). אם זהות התורם ידועה, וכשרותו אינה נתונה בספק, הרי שעל-פי רוב הדעות, אין חשש לפגם בכשרות הוולד.⁴³

בסיכום, מסקנתו של השופט יוסף שפירא היא, כי יש ליתן את הסעד המבוקש, ולאפשר למבקשת לקבל טיפול הפריה חוץ גופנית, מתרומת זרע של גבר נשוי שזהותו של הגבר ידועה למבקשת, שכן בדרך זו:

"קטין שיגדל כאשר אביו נמצא בעולמו, שיוכל לממש את זכותו לקבל ממנו תמיכה נפשית ופיסית, יתפתח מן הבחינה הנפשית באופן בריא יותר, לעומת קטין שאביו נעדר מעולמו, ושזהותו אינה ידועה לו. אף מנקודת מבטו של המשפט העברי עולה, כאמור, כי מעמדו של ילד שזהות אביו ידועה טוב יותר, לעומת ילד שזהות אביו אינה ידועה. במקרה האחרון, לפי חלק מהדעות, מעמדו הוא כשתוקי, ואסור לו להינשא בקהל ישראל."⁴⁴

תיק נוסף נידון בפני השופט שפירא, בסיטואציה קרובה אבל שונה. המבקשת הייתה פנויה, וביקשה לאפשר לה טיפול הפריה חוץ גופנית מתורם זרע, גבר נשוי, שזהותו ידועה למבקשת, והוא מתגורר עם אשתו, ולטענת המבקשת, היא והתורם הינם ידועים בציבור.⁴⁵ גם שם מתבסס השופט שפירא על אותה חוות דעת של מרכז ישמ"ע.⁴⁶ מסקנת השופט שפירא, באיזון הכולל, הייתה להיענות לבקשה, ולהעדיף את האינטרס של המבקשת ושל הילד שיוולד, תוך הדגשה כי "זכות הילד שלא להיות 'שתוקי', זכותו לקיום וזכויותיהם של המבקשת והתורם הינן רובן ככולן זכויות חוקתיות".⁴⁷ הוא מוסיף, במסגרת הערת אגב:

"כי במקרים בהם זכות השוויון בעניין זכות ההולדה תגרום לכך כי הילד הנולד הוא ממזר, ברי כי באיזון הזכויות, זכותו של הילד תגבר על זכות האם, מאחר

43 שם, שם.

44 שם, בע' 635.

45 ה"פ 06/5222 (י"ם) פלוגית נ' שר הבריאות והסתדרות מדיציניית הדסה, פורסם בנבו (26.7.06).

46 שם, פסקה 12.

47 שם, פסקה 19.

שממזרות הינה בגדר 'מַעֲוָה' לא יִכָּל לְתַקֵּן וְחִסְרוֹן לא יִכָּל לְהַמְנוֹת' (קהלת, פרק א, פסוק טו), לא כך ביחס לזכויות האם.⁴⁸

במסגרת השער של "רפואה ומשפט", מצויה חוות דעת נוספת של ישמ"ע, של עמדת המשפט העברי, שניתנה לבקשת השופט שפירא. כוונתי לשאלה הערכית האם זכאים תורמי כליה לפיצוי על תרומת האיבר שתרמו, או שמא יש בכך "סחר באיברים".⁴⁹ חוות הדעת פותחת במילים אלה: "למיטב ידיעתנו, שאלת הזכות לפיצוי על תרומת איבר אינה נדונה בספרות ההלכתית, אף על פי שבשנים האחרונות נדונו בה בהרחבה סוגיות רבות בעניין השתלת איברים, כגון: נטילת איברים מן המת, החובה להציל את הזולת בתרומת איבר מן החי, ובעת האחרונה אף שאלת הסחר באיברים. לפיכך, ניאלץ להסתפק בדיוננו זה רק בניסיון למצוא כיווני חשיבה הלכתיים בשאלות המתעוררות בעניין זה. ודאי לא נוכל לפסוק הלכה או לקבוע מסמרות בעניינים שהסמכות להכריע בהם נתונה רק לחכמי ההלכה".⁵⁰ בחוות הדעת יש אנלוגיות בתחומים משפטיים שונים, ובהם, דיני הנזיקין ועשיית עושר ולא במשפט, כאשר בנושא האחרון יש פירוט והתייחסות לשלושה גדרים בהלכה היהודית: חסכון בהוצאות ("משתרשי ליה"); "נהנה", תוך חלוקה בין זה נהנה וזה חסר לבין זה נהנה וזה לא חסר; פורע חובו של חברו שלא מדעתו.⁵¹

פסק הדין של השופט יוסף שפירא הוא מקיף ועוסק בשאלות ערכיות חדשות,

48 ראוי לציין כי פרופ' סיני, לעיל הערה 12, בע' 74, מעיר על פסק הדין האחרון את הדברים הבאים: "ואף כאן התייר בית המשפט למבקשת לבצע את ההפריה המלאכותית. ברם, יש להדגיש שיש הבדל ניכר בין המקרים. בעוד שב'פרשת פלונית הראשונה', הצהירה המבקשת בבית המשפט שאשת התורם יודעת על הבקשה ומסכימה לה, הרי שב'פרשה השנייה', העידה המבקשת שאשת התורם אינה יודעת דבר על כוונת בעלה לתרום מזרעו, ואף אינה יודעת כלל על הקשר שבינו לבין המבקשת זה שנתיים וחצי. ואף על פי ששינוי הנסיבות אין בו כדי להשפיע על קבלת מעמדו [של] האישי של הנולד, הרי שאין כל ספק שהתחשבות בשיקולים הכלליים הנוכחים בחוות הדעת היא מביא, קרוב לוודאי, לאסור את קיום ההפריה בנסיבות האמורות ב'פרשה השנייה'. זאת, משום שבעולמו של המשפט העברי, יש חשיבות יתרה לתא המשפחתי, ואין כל ספק שהיעתרות לבקשת הרווקה להפרותה מזרעו של איש נשוי בלא ידיעת אשתו והסכמתה לתרומת הזרע של בעלה, תפגע פגיעה קשה ביותר באשת התורם ובילדיו, ובמוסד המשפחה בכלל, והוא אף מעורר בעיות מוסריות ואף מעודד קיום יחסי אישות אסורים". אולם, כידוע, כאשר יצירה ספרותית יוצאת מתחת ידי המחבר, אין הוא שליט עליה. לפיכך, גם אם כותב חוות הדעת, פרופ' יובל סיני, מביע את עמדתו הערכית, עדיין זכאי השופט שפירא לפסוק לפי שיקול דעתו השיפוטי, תוך שימוש בחוות הדעת, ולהביא לידי ביטוי את השקפתו הערכית, כפי שצוטט בטקסט וכן בניתוח המפורט בגוף פסק הדין, תחת הכותרת "מאזן הזכויות" (פסקה 18 ואילך). ואין כאן המקום להאריך.

49 סיני, לעיל הערה 12, בע' 83 ואילך.

50 שם, בע' 84.

51 הנוסח המלא של חוות הדעת מובא שם, בע' 84-96.

מנקודות מבט מגוונות ושונות. הפרק העשירי בפסק הדין מציג את עמדת המשפט העברי, תוך התבססות על חוות הדעת של ישמ"ע, כדלקמן:⁵²

"רוב הפוסקים בימינו בדיעה, כי אין איסור הלכתי לקבלת תמורה עבור תרומת אברים. עמדה זו נובעת מתוך הנחה, הניתנת לסתירה, כי השיקול המרכזי העומד בבסיס החלטתו של התורם, הוא הרצון להטיב עם הזולת, ולא השיקול הכלכלי. (ראו פרסום המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה ע"ר, הרב יוסף שרעבי וד"ר יובל סיני מיום 5.8.05...). הדברים יפים, גם כאשר נכרת חוזה בין התורם לנתרם, אשר ככל הנראה לוקח בחשבון את הוצאותיו ונזקו של התורם, כולל תקופת האשפוז, צערו וסיכונו. אך גם כאשר לא נכרת חוזה, נראה שתקום עילת תביעה נגד הנתרם בגין הנזק והחיסרון שנגרם לתורם (שם, שם).

העילות בגינן ניתן לבסס חובת פיצוי הן: האחת, חיוב נזקי. השנייה, נובעת מכוח דיני עשיית עושר. לפי העילה הנזיקית, ביצוע חבלה גופנית ביוזמת הנתרם מקימה חובת פיצוי כלפי התורם, וכל עוד התורם לא ויתר על תשלום נזקיו, חייב הנתרם בפיצוי זה. (שם, עמ' 3). מחד גיסא, לאור האיסור שהטילה המדינה על קבלת פיצוי זה מטעמים של תקנת הציבור, ניתן לומר שהתורם לא יוכל לתבוע נזק זה מהמדינה (שם, עמ' 4). מאידך גיסא, כאשר מדובר בהחזר הוצאות טיפול רפואי, יתכן שיש מקום להטיל חיוב על קופות החולים, מתוך רצון לעודד תרומת אברים (שם, עמ' 5). לדעתם של שרעבי וסיני, ניתן אולי באופן תיאורטי לבסס עילת תביעה של התורם נגד המדינה, הנובעת מן המניעה החוקית השוללת מתן תמורה או פיצוי מן הנתרם. יחד עם זאת, הנושא עדיין מצריך עיון לאור חילוקי הדעות בין הפוסקים ולאור השיקולים הכלליים השונים (שם, שם).

בהתאם לעילה הנובעת מדיני עשיית עושר, אדם שהרוויח ממעשי הזולת, חייב לשפות את האדם שגרם לו את הרווח. עילה זו אינה תלויה בנזק שנגרם למזכה (שם, שם). לגישת המשפט העברי, העובדה שתורם פעל מיוזמתו אין בה, כשלעצמה, נימוק מספיק כדי לשלול ממנו זכות לפיצוי (שם, עמ' 6). לאור העובדה שקופת החולים לא יזמה את הזכייה ותורם הכליה לא התכוון בתרומתו למנוע מקופת החולים הוצאות, ניתן לכאורה לחייב את קופת החולים בגין הנאתה הסובייקטיבית, והיא גובה ההוצאות שנחסכו ממנה בניכוי ההוצאות שנוספו לה עקב הצורך לטפל בנתרם כמושתל כליה (שם, עמ' 7). לצורך כך, יש לבחון האם המקרה דגן נכנס בגדר 'זה נהנה וזה חסר'. לדעת רבים מן הפוסקים, כאשר אין בזכייה רווח, הזוכה יהיה פטור מתשלום, משום

52 ת.א. (י"ם) 4298/02 ווידן נ' מ"י, פורסם בנבו (06.7.31) (להלן: עניין ווידן) פסקאות 54–55 לפסק הדין. פסק דין זה מוזכר במפתח של סיני, לעיל הערה 12, בע' 620.

שהקשר בין הזכייה לחיסרון ניתק ודינה של זכייה זו, כזכייה שאינה כרוכה בחיסרון המזכה. טוענים שרעבי וסיני, כי לאור העובדה שהתועלת שתצמח לקופת החולים לא היוותה שיקול בהחלטת התורם לתרום, אין לחייב את קופת החולים בתשלום (שם, עמ' 7–8). לדעת שרעבי וסיני, ספק אם ניתן להטיל חיוב על קופת החולים, בשל פער הזמנים שבין היווצרות החיסרון לתורם לבין ההנאה העתידית של קופת החולים מחסכון ההוצאות שייגרם לה (שם, עמ' 8–9). בנוסף, קשה לומר שהתורם פעל שלא ברשות, ולכן לכאורה אין מקום לשלול ממנו את הזכות לפיצוי. מן הצד השני ניתן לומר, הואיל וטובתה של קופת החולים לא עמדה לנגד עיניו, יתכן שיש מקום לטענה שקופת החולים יכולה הייתה להימנע מתשלום ההוצאות בדרך אחרת (שם, עמ' 9).⁵³

בשער השלישי של הספר, המיוחד לדיני הנזיקין, הפרק הראשון דן בסוגיה "פיצויים נזיקיים בגין התעללות הבעל באשתו".⁵⁴ בחוות הדעת⁵⁵ מובאים המקורות והיסודות של חובת בעל לכבד את אשתו והאיסור להתעלל בה ומוצגת מדיניות ההחמרה של המשפט העברי בענישת בעל המתעלל באשתו, הן בתחום הפלילי והן בחיובו לשלם פיצויים נזיקיים, בין כאשר מדובר בהתעללות הגורמת לחבלה פיזית, ובין בהתעללות נפשית מילולית ("בושת דברים"). השופט יוסף שפירא, שישב בערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כב' השופטת — כתוארה אז — נילי מימון), אשר חייב בעל בפיצויים לאשתו בגין תקיפתה,⁵⁶ פתח את פסק דינו,⁵⁷ במוטו מדברי הגמרא: "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו".⁵⁸ פסק הדין דחה את ערעור הבעל, תוך שהוא מרחיב את היריעה ביחס לנושאים רבים.⁵⁹ לענייננו, קובע השופט שפירא — ובכך מסכים הוא לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה — כי ביצוע מעשה מכוון או זדוני נכלל בעוולת הרשלנות ומחייב אחריות בנזיקין;⁶⁰ במיוחד מוצדק הוא

53 סיני, לעיל הערה 12, בע' 96–98, לאחר שהתייחס לפסק הדין של השופט שפירא, מסיים פרק זה בספרו במילים אלה: "הכרעת פסק הדין עולה אפוא בקנה אחד עם המלצתנו בסוף חוות הדעתנו, להסדיר את העניין בחקיקה, ועם הקשיים לבסס את התביעה על גרי העילות שבמשפט העברי".

54 שם, בע' 179 ואילך.

55 שם, בע' 181–190; הכתוב בספר הינו בגדר "עיקרי הדברים"; שכן (כנאמר בהערה 1 בע' 179), נוסח רחב ומפורט של הנושא מצוי במאמרם של יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש — דרכי התמודדות עם התעללות כבן זוג בדיני הנזיקין, בדין הפלילי ובדיני המשפחה — הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט ו (תשס"ז) 273.

56 תמ"ש (י"ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ, פ"ד תשסד (3) 201 (2004).

57 ע"מ (י"ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית, פורסם בנבו (24.2.2005) (להלן: עניין אלמונית).

58 תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא, דף נט, עמ' א, דברי רבי חלבו.

59 חלק מפסק הדין עוסק בשאלת היקף התערבות בית המשפט לערעורים בפסק דין שניתן על דרך הפשרה; ראו עניין אלמונית, לעיל הערה 57, פסקאות 4–6. כן יש דיון בנושא הפרוצדוראלי: "פסיקת בית משפט בעילה שלא נטענה" (שם, פסקאות 7–8 לפסק הדין).

60 שם, פסקאות 11–13.

להפעיל דוקטרינות אלה ביחסים בתוך המשפחה כדי להגן על האישה או הילדים מפני השפלה או ביזוי או כל פגיעה אחרת בהם או באוטונומיה שלהם.⁶¹ בהקשר זה, מייחד השופט שפירא דיון לעמדת המשפט העברי, ואלה דבריו:

"בדין העברי הבעל חייב בכבודה של אישתו, והמכה אישתו עובר עבירה. בהגהות הרמ"א, שולחן ערוך, אבן העזר, סי' קנד סע' ג' נפסק כי לא זו בלבד שעבירה היא, אלא שבית דין רשאי לייסרו ולהחרימו ולהלקותו. בשו"ת בנימין זאב, סימן פח נאמר שאפשר אף לעונשו בעונש ממוני ב'קנס חמור בין בגופו ובין בממונו'.

במשנה בבא קמא, פרק ח' משנה א' נאמר: 'החובל בחברו חייב עליו משום חמישה דברים בנזק בצער בריפוי בשבת ובבושת' (לעניין מרכיבי הנזק ראו: א' שיינפלד, חוק לישראל: נזיקין, ירושלים, תש"ם (בעריכת נ' רקובר), שם, 307).

אשר לנזק הנפשי 'בושת דברים', הרי שבמשך דורות נקבעו דרכים להתמודד עם מעשים חמורים אלה.

בפסקי דין רבניים חלק ה' ע' שכ"ב, ד"ה נקבע כי תקנת הגאונים היא 'דהמבייש חברו בדברים מנדין אותו עד שמפייסנו כראוי', ויש לדון 'דיש כוח לביה"ד גם להטיל על המבייש תשלום כסף לפי ראות עיני ביה"ד לפי הענין והזמן ולפי המבייש והמתבייש' (עמדת המשפט העברי מובעת בחוות דעתם של ד"ר יובל סיני, הרב משה בארי והרב יוסף שרעבי, המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה, ינואר 2005).⁶²

לאחר דיון, במשפט הישראלי ובמשפט המשווה, בסוגיית "פיצויים עונשיים – פיצויים מוגברים",⁶³ מסכם השופט יוסף שפירא את עמדתו ואת התוצאה, במילים אלה:

"על כן, מסכים אני עם בית המשפט קמא, כי המקרה שלפנינו הוא מסוג המקרים בהם חומרת התנהגותו הזדונית של המערער הגבירה בצורה ניכרת את סבלה וכאבה של המשיבה ומן הראוי לפצותה בגין כך. כפי שציינן בית המשפט קמא, התקיפה, ההשפלה וההתעללות שבוצעו על ידי הנתבע אוצרים בתוכם התנהגות מעולת במשנה תוקף שכן המעשים נעשו, כאמור לעיל, במישור היחסים הרגשיים שבין בעל ואישה וניצול היותם תחת קורת גג אחת, ומטופלים בילדים. לפיכך, בהערכת הנזק יש להתחשב בהשפעת התנהגותו הבלתי ראויה של המערער בפסיקת פיצויים מוגברים בגין הנזק שנגרם למשיבה, מעבר

61 שם, פסקאות 14–17.

62 שם, פסקה 18.

63 שם, פסקאות 19–21.

לסכום הפיצוי בגין הנכות הנפשית שנקבע על פי חוות הדעת המקצועית. בנסיבות העניין, הסכום שנפסק אינו גבוה כלל ועיקר, ואין אף מקום להתערב בשיעור הפיצוי שנפסק".⁶⁴

חוות הדעת במשפט העברי, שניתנות על ידי ישמ"ע עוסקות גם בנושאים "מודרניים", שלכאורה, לא היו ישימים בתקופת הזוהר של המשפט העברי. אולם, עיון במקורות המשפט העברי לדורותיו מגלה כי גם נושא "חדש", יש לו בסיס ותשתית בדברי חכמים בתקופת המשנה והתלמוד. כך, במסגרת הספר האמור, בשער הרביעי, שעניינו משפט מסחרי, מוקדש הפרק הראשון לחוות דעת בתחום "הגבלים עסקיים ותחרות מסחרית" לבקשת השופט יוסף שפירא.⁶⁵ בחוות דעת זו נבחנת הסוגיה, תוך התייחסות לזכויות המוכר ויתר חנוונים או מוכרים, ומולם הגנת הציבור משיקולי הגנת הצרכן. נמצאת למד, כי גם הסדר כובל ומניעת מונופולין מצויים במקורותינו. בגזר דין רחב יריעה,⁶⁶ פרס השופט יוסף שפירא את שיקולי הענישה בעבירות של הסדר כובל בענף המעטפות, תוך הבאת הפסיקה ומגמותיה. במסגרת זו, מייחד הוא מקום להצגת המשפט העברי:

"עמדת המשפט העברי בסוגיית ההסדר הכובל נבחנה על ידי מרכז ישמ"ע אשר במכללת נתניה ולהלן עיקרי הדברים. הדין העברי אינו שולל על הסף יצירתו של הסדר כובל ואף במרוצת הדורות ניתן חופש מסוים לנציגי הציבור לקבוע תקנות אף אם יש בהן משום הסכם כובל או הענקת מונופול (תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא ח' ע"ב; תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה כג). בנוסף, בתקנות אלה יכולה להיקבע סמכות כפיה וענישה. לא זו אף זו, אף נציגי האיגודים המקצועיים של יצרנים, ספקים או נותני שירותים יכלו ליצור הסדר בינם ובין עצמם. על אף זאת, סמכות זו לא הייתה בלתי מוגבלת, אלא על מנת לקיימה היה צורך באישור סמכות ציבורית מקומית, המוגדרת בלשון התלמוד 'אדם חשוב'. הצורך בהסכמתו של אדם חשוב בהסדר כובל שכזה, מוסבר בכמה מקורות בצורך להגן על הלקוחות מפני התייקרות, ואפילו התייקרות איננה מיידית (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא, שם. כן ראה חידושי הריטב"א וחידושי הר"ן, בבא בתרא, שם). לדעת המאירי במקום שיתכן הפסד לתושבי אותו מקום אין תוקף לשום תקנה בלא רשותם, וייתכן שאפילו הסכמתו של אדם חשוב אין בה כדי ליתן תוקף לכך (בית הבחירה, בבא בתרא, שם). באשר לזהותו של אותו 'אדם חשוב', יש הסוברים כי הכוונה לבעל תפקיד ציבורי – ממונה על הציבור' (חידושי הרשב"א והר"ן בשם הר"י מיגאש,

64 שם, פסקה 21.

65 סיני, לעיל הערה 12, בע' 243–256.

66 ת.פ. (י"ם) 377/04 מדינת ישראל נ' ירון וול (3.7.2007). גזר הדין מכיל 49 עמודים.

בבא בתרא, שם; מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא). יש הסוברים כי הכוונה לתלמיד חכם (שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה), ויש הסוברים כי יש צורך באדם הממלא את שתי הפונקציות הללו (יד רמה, בבא בתרא, שם, סימן קג; מ' אלון, 'למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי', מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל, ירושלים תשכ"ד, עמ' 38–39, הערות 110–111).

במקרים רבים הותר הסכם כובל, אף שיש בו הגבלת מתחרים אחרים. כך למשל בהסכם בין יצרנים לספקים לגבי קניית חומר גלם רק מאותם ספקים (שו"ת דברי חיים, חלק א, חושן משפט, סימן כ), או בהסכם בין בעלי מקצוע מסויים שבו סעיף המטיל קנס על בעל מקצוע שחורג מההסכם אם בהורדת מחירים או בהתקשרות עם מזמין שלא אמור להזמין אצלו על פי ההסכם (שו"ת סמיכה לחיים, חושן משפט, סימן טו). למרות האמור, אין ביד צדדים להסדר כובל לכוף צד שלישי להצטרף להסדר. כמו כן, ניתן לומר באופן כללי כי יש לבטל הסדר כובל העומד בניגוד להגיון, לשכל הישר ולמידת הדין (שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קנא).

הדין העברי אינו דן בשאלות אלו בראי הדין הפלילי אלא רק בפן האישי. ייתכן והסיבה לכך נעוצה בהבחנה שבין כלכלת מדינה ריבונית כמדינת ישראל לבין כלכלת קהילה יהודית בגלות. בעניין זה ניתן להזכיר את דברי החתם סופר העומד על ההבחנה בדיני התחרות העסקית בין מצב של גלות לבין מצב בו 'ישראל שרויין על אדמתן וארמון על משפטו ישב' (שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן עט). על פי הדין העברי, ככל שבהסכם כובל או במונופול יש פגיעה במתחרה ולא בציבור הצרכנים תהיה נטיה לאשרו, ע"פ הגבלות בדיני הסגת גבול הקשורים לתחרות עסקית.⁶⁷

תחת השער החמישי של הספר (דיני חיובים), עוסק הפרק הראשון ב"מחילת חוב", שבו חוות הדעת ניתנה על פי בקשת השופט שפירא.⁶⁸ בפסק הדין, שבו התעוררה בפניו שאלת מחילת חוב,⁶⁹ החל הוא את הניתוח מראשיתו, האם מוסד זה קיים בכלל במשפט הישראלי, או שמא מדובר בלאקונה המחייבת השלמה. לצורך כך בחן תחילה השופט את המשמעות הלשונית של המחילה.⁷⁰ במסגרת עיון בפסיקה הישראלית הביא השופט שפירא את עמדותיהם של השופטים — שלימים מונה כל אחד מהם, במועדו, כממלא מקום נשיא בית המשפט העליון — משה זילברג וחיים כהן על הקשר בין מחילה

67 שם, פסקה 22 לפסק הדין.

68 סיני, לעיל הערה 12, בע' 274–278.

69 ה"פ (י"ם) 1172/02 חברת ענבל, מפעלי תיירות בע"מ נ' מלון אשכולות חברון בע"מ, פורסם בנבו (19.6.2006) (להלן: עניין ענבל).

70 שם, פסקאות 26–27.

ופשרה במשפט העברי, כאשר, כלשון השולחן ערוך, "פשרה דינה כמכר ומחילה דינה כמתנה"⁷¹. וכך מסביר השופט שפירא כיצד לפתור סוגיה חדשה כמו מחילה:

"עם חקיקת חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, בוטל סעיף 46 לדבר המלך במועצתו, וסעיף 1 קובע מקורות משפט משלימים. זו לשונו: 'ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'. לפיכך, בהנחה שיש חסר בחקיקה לפעולת המחילה, נחפש את הפתרון בשלבים. המחבר אהרן ברק, בספרו שופט בחברה דמוקרטית... מציין: 'אנו נוהגים כמו כל שיטות המשפט האחרות אשר ממלאות חסר בחקיקה באמצעותו של ההיקש, והממעטות לפנות למקור המשלים הבא אחריו שעניינו עקרונות היסוד של שיטת המשפט' ... לפיכך נבדוק אם ניתן להגיע למסקנה בנושא המחילה בדרך של היקש"⁷².

לאחר השוואות לדינים החלים על ויתור על חוב מכוח שטר וכן על ויתור על חזרה ממתנה, מסקנת השופט שפירא היא כי "מן המקובץ עולה שניתן ללמוד על דרך ההיקש כי מחילת חוב צריכה להיעשות בכתב"⁷³. בשלב זה, מפנה השופט שפירא לדון בעמדת המשפט העברי:

"גם אם טעיתי במסקנתי הנ"ל בדבר דרך ההיקש, נבדוק סוגיה זו במקור הבא, הוא עקרונות מורשת ישראל. במשפט העברי, ככלל, המחילה יכולה להתבצע ללא צורך במסמך כתוב דהיינו: 'מחילה בפה', אולם אף לענין זה יש מחלוקת בין המהרש"ל לבין בעל קצות החושן (שם, יב, ח'). אולם כאשר החוב נכתב עלי שטר, הדעה הרווחת הינה כי מחילה על חוב זה נדרשת להעשות בשטר. (ראו מ' אילן, 'מחילת אשה על מזונות', תחומין, ג (תשמ"ב), 123, 153; ב' כהנא, שומרים, ירושלים, תשכ"ט, 1374; סמ"ע חו"מ, סימן יב). כך גם במקרה שיש ספק אם היתה מחילה, קובע הרדב"ז כי אף שברגיל המוציא מחברו – ידו על התחתונה, הרי בספק מחילה יד הנתבע על התחתונה (תשובת הרדב"ז, א, שמד). ומסביר הרדב"ז: 'לא אמרין דמספיקא לא מפקינן ממונא, שכיוון שהחוב מבורר צריך שלשון המחילה ג"כ יהא מבורר... ושמור כלל זה שהוא עיקר גדול בדיני ממונות' (שם, שם). המקורות במשפט העברי מובאים בחיבורם של הרב משה

71 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה, סעיף ג; דברי השופטים מובאים בהרחבה בע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז(1) 318 (1962).

72 עניין ענבל, לעיל הערה 69, פסקה 29 לפסק הדין.

73 שם, פסקה 30.

בארי וד"ר יובל סיני, 'מחילת חוב', המרכז ליישומי משפט עברי, המכללה האקדמית נתניה, (2006) (להלן: 'ישמ"ע').⁷⁴

השופט שפירא איננו רק נאה דורש, אלא גם נאה מקיים. לפיכך, מעבר לניתוח הכולל של דיני מחילה במשפט העברי, בפרק הסיום של פסק הדין, שכותרתו "מין הכלל אל הפרט", הוא מגיע למסקנה האופרטיבית תוך התבססות על המשפט העברי, הן על פי מה שמופיע בסקירה של ישמ"ע והן על פי ספרות משפטית של דוריננו:⁷⁵

"כעולה מחומר הראיות שלפני, המבקשת לא נקטה במשך שנים אחדות בפעולת גביה של החוב. אמנם טענת ההתיישנות שהעלתה המשיבה נדחתה לאור הוראת סעיף 20 לחוק ההתיישנות תשי"ח-1958, ואולם אין אנו פטורים מלדון האם חלוף הזמן, כשלעצמו, אינו מהווה מחילה? כאשר בעל חוב משתהה בנקיטת הליכים במשך שנים, ניתן להניח שמא התייאש מגבייתו, כדברי הנשיא א' ברק, בפרשת הורוביץ דלעיל, באומרו: 'נדרש איפוא, שילוב רצונות, הבא ללמד כי שני הצדדים לחוב זנחו את הסיכוי ואת הרצון לפורעו'. (שם, שם). אלא, שעה שמדובר בחוב המובטח בשיעבוד רשום, ניתן להניח, באותה המידה, שלא אצה לבעל החוב הדרך לגבייתו, שכן השעבודים הרובצים על כלל נכסי החייב, ודאי יביאוהו לפדות את חובו או לבקש הסרת השיעבודים, או אז יתעורר אף בעל החוב משנתו.

אולם הנחות לחוד ועובדות לחוד. במקרה דנן, לא הובאה כל ראיה שהמבקשת התייאשה מגביית החוב. נהפוך הוא, הוכח אף מפי עד ההגנה מר דן תיכון כי דובר על הקפאת החוב ולא על מחילה או ויתור, ועל רקע זה היה פסק זמן בהליכי גבייה ונקיטת הליכים משפטיים כנגד המשיבה.

מצינו בשולחן ערוך, חושן משפט, צח, א': 'סדר גבית החוב כך הוא, כשהמלוה מוציא שטר חוב שקויים, אומרים ללוה שלם, אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו אין או מרים מחל לו, כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו, ואפי' שמענו שנתיאש וכו' ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו אם החייב מודה'.

גם אם תובעים שטר לאחר זמן רב, יכול שהוא מעורר חשד שמא הוא נפרע או זויף (דברי הרמ"א המבוססים על תשובת הרא"ש), ואולם הרב משה בארי וד"ר יובל סיני, המביאים את המקורות הנ"ל, בדעה כי: 'באופן זה נפסק אף בבית הדין הרבני, שאין להתבסס על חוסר תביעת החוב במשך זמן רב ולהניח שהתובע מחל על החוב. (פסקי דין רבניים, כרך י' עמ' סג). שטר זה אמנם מעורר חשד מדוע חלף זמן רב ללא דרישה לפרעונו, אך נראה שבמקרה שבו

74 שם, פסקה 31, שכותרתה היא "מחילה במשפט העברי".

75 שם, פסקה 32.

ידוע מדוע עבר זמן רב (מצב בטחוני), אין השטר מעורר חשד, ואין מקום לטענת מחילה. יש לראות זאת כהרחבת זמן הפירעון. ... בתקופת התלמוד לא הכיר המשפט העברי בהתיישנות חוב (פרט לתביעת כתובה ומזונות אלמנה מן העזבון), והעקרון היה 'בעל חוב גובה לעולם' (ירושלמי כתובות, פ"ב, ה"ה), כפי שמציין מנחם אלון בספרו – המשפט העברי... ומוסיף פרופ' אלון: 'מתחילת המאה השבע-עשרה, כאשר גבר הצורך לקבוע הוראה משפטית ברורה בעניין התקופה שהנתבע צפוי בה להגשת תביעה, נתקבל במשפט העברי, בדרך התקנה והמנהג, העיקרון, שעובדת ההתיישנות בלבד פוסלת את מהימנותן של הוכחות התביעה גם ללא חקירה ודרישה מיוחדת מצד בית-הדין, והנתבע, המכחיש את קיום החוב, נשבע על אמיתות טענתו ונפטר. גם בתקופה זו נשמר העיקרון, שאין בהתיישנות משום ביטול הזכות גופה, ולכן נתבע, שלא הכחיש את קיום החוב, וכל שכן אם הודה בו, היה חייב לפרעו, אף אם התביעה התיישנה. אורכה של תקופת ההתיישנות נקבע, בדרך כלל, לשלוש שנים, ובמקרים מסוימים לשש שנים' (שם, 1452). ומשנחקק חוק ההתיישנות תשי"ח-1958, לא התקבלה מלוא עמדת המשפט העברי כפי שהובעה, ועל כך מוסיף פרופ' אלון: 'הפועל היוצא הוא, איפוא, שהנתבע יכול לבוא ולומר, שאמנם מודה הוא בקיומו של החוב ושאמנם טרם פרע אותו, אך אין הוא מוכן לשלם, משום שהתביעה התיישנה. גישה זו נוגדת באופן מהותי את עמדת המשפט העברי, ולא אחת פונה בית המשפט לבעל הדין לנהוג לפני משורת הדין ולשלם לתובע את אשר מגיע לו' (שם, 1453).⁷⁶

המשפט העברי עוסק לא רק בדין המהותי אלא גם בסדרי הדין של דיני הראיות. במסגרת השער השמיני בספרו של פרופ' יובל סיני, הפרק הראשון עוסק בסוגייה שהיא לחם חוקו של שופט דבר יום ביומו, "נטל ההוכחה והכרעה בין גרסאות".⁷⁷ בחוות הדעת יש התייחסות לכללי הראיות, על פי כללי הערכת הטענות רגילים, תוך

⁷⁶ לאור זאת, נקבעה התוצאה שם, פסקה 33 של פסק הדין, כדלקמן: "במקרה דנן, אין מדובר בבעלי דין שאינם מעורים בעסקים, אלא מצד אחד בחברה ממשלתית, ומצד שני בחברה עסקית ש'גילגלה' מיליוני ש"ח, לפחות בעסקה נשוא תובענה זו, ואשר שעבדה את כל נכסיה לצורך כך, ואף מקושרת היא עם אנשי צמרת. אם אכן סברה כי וועדה כה מכובדת כמו ועדת הכספים בכנסת הורתה על מחיקת חובה, היה עליה לתעד מחילה זו, שהרי אין מדובר כאן ב'מילתא זוטרתא', דהיינו בענין קל ערך, אלא בשיעבודים בגין סכומים אדירים... ועוד, עדי המבקשת לא נחקרו אם החוב נרשם בספרי החפ"ת כחוב אבוד... ואף המשיבה לא הציגה את ספרי החשבונות שלה על מנת שניתן יהא לראות כיצד נרשמה 'המחילה' בספריה. לפיכך, אני מקבל את גירסת המבקשת ואת בקשתה כברישה התובענה". על מחילה במשפט העברי, בהתבסס על חוות הדעת הנ"ל של מרכז ישמ"ע, ראו גם פסק דין נוסף של השופט שפירא, ת.א. (י"ם) 2260/08 ה.כ.נ' א.פ. פורסם בנבו (29.10.2008) פסקה 45 לפסק הדין.

⁷⁷ סיני, לעיל הערה 12, בע' 417 ואילך.

הצבעה על חריגים במשפט העברי שמהפכים את נטל הראיה (חנווני על פנקסו או שכיר נשבע ונוטל),⁷⁸ ומידת התאמתם למציאות בדורינו. חלק מחוות הדעת מתייחס לכך שלדיין יש סמכות להכריע לפי אומדן דעתו, כאשר בעניין זה מובאים הדברים המפורסמים של הרמב"ם:⁷⁹

"יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שיודע.
כיצד?

הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין, ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו, שזה האיש חשוד על השבועה – יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו, וישבע ויטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה. אפילו הייתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו – סומך עליו ודן. ואין צריך לומר, אם ידע הוא עצמו שזה חשוד. וכן אם יצא שטר חוב לפניו, ואמר לו אדם שסמך עליו, אפילו אשה או קרוב: 'זה פרוע הוא', אם סמכה דעתו על דבריו – יש לו לומר לזה: 'לא תפרע אלא בשבועה'. או אם היה עליו שטר חוב לאחר – יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל, ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד, או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה. וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה, ונתן סימנין מובהקין, ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת – מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן, למה הצריכה תורה שני עדים?

שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים – ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

כל אלו הדברים הן עיקר הדין. אבל, משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה – הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה. ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינין, ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט: 'לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה'. וכן, אין מוציאים מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען. ואף על פי כן, אם העיד אדם נאמן בדבר

78 שם, בע' 419–420.

79 רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכות א"ב. הדברים מופיעים בחוות הדעת, שם, בע' 423–424. דברי הרמב"ם הללו צוטטו רבות בפסיקתו של השופט שפירא ושופטים רבים אחרים.

מכל הדברים, ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר – ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינין, עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.⁸⁰

השופט שפירא עשה שימוש בחוות דעת זו מספר פעמים. בפעם הראשונה, שבגינה התבקשה חוות הדעת ממרכז ישמ"ע, נשוא הדיון הייתה תביעת רשלנות רפואית בתחום רפואת המשפחה,⁸¹ כאשר לצורך הכרעה בשאלה היה צריך לקבוע, בין היתר, למי להאמין, לתובעים או לרופאה, בשאלה האם בביקור אצל הרופאה היה התובע או רק אשתו. לאחר הבאת גרסאות הצדדים בצורה מפורטת, כותב השופט שפירא כדלקמן:⁸²

"אוסף ואומר, כי אכן שתי הגירסאות נוגדות לחלוטין, ופרט לאמור בכתובים, עלי להחליט אם להאמין לתובעת או לרופאה בנקודה זו. אני מקבל את גירסת הרופאה בנושא זה אף מן הטעמים הבאים: א. אילו היה התובע מתייצב ב-16.2.01 במרפאת ד"ר גאנדין, חזקה עליה שהייתה בודקת אותו אז, בהיותו חולה חדש לחלוטין, ורושמת הממצאים בכרטיס החולה. זו אף ההלכה שנפסקה בשולחן ערוך חושן משפט, סימן 3א, סעיף ה: 'יש לדון על פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו ואפילו להוציא מיתומים הקטנים היכא דיש רגלים לגבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת'. (כן ראו א' שוחטמן, סדר הדין, ספרית המשפט העברי, תשמ"ח, 219–249–256).

ב. מכח טענת 'מיגו', דהיינו – 'מתוך' זה שהיה בידה להעלות לטובתה טענה טובה יותר ולא העלתה, יש 'להאמינה' על הטענה שהעלתה בפועל. (ראו שוחטמן, שם, 25–4–256); (עמדת המשפט העברי, כאמור לעיל, לעניין זה, מובעת על ידי ד"ר יובל סיני בחוות דעת בנושא 'גרסאות נוגדות', המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה). לפיכך, אני מקבל את גירסת ד"ר גאנדין כי ביום 16.2.01 הייתה רק התובעת במרפאתה.⁸³

80 ומסקנת חוות הדעת על פי דברי הרמב"ם הללו היא, לשון המודרנית, "שהסמכות לדון על פי אומדן דעתו של שופט מוגבלת, ושהשופט חייב להסתמך על ראייה ברורה, אך עדיין יש מקום לנטיית דעתו של השופט המאפשרת לו להשתות את הדין או לעשות פשרה בין הצדדים, וכיוצא בזה". (שם, סעיף 5 לחוות הדעת, בע' 425).

81 ת.א. (י"ם) 4177/02 אשכנזי נ' ד"ר לודמילה, פורסם בנבו (8.2.05) (להלן: עניין אשכנזי).

82 שם, פסקאות 5–6.

83 בפסק דין שניתן על ידי (ת.א. (י"ם) 3248/01 יונסי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, (29.8.0505), לאחר עניין אשכנזי הנ"ל, התבססתי על חוות הדעת של ישמ"ע ועל פסק דינו של השופט שפירא בעניין אשכנזי, וכתבתי את הדברים הבאים (פסקה 83 לפסק דיני): "בפרשת אשכנזי (שם פסקאות 5–6), התעוררה בעיה דומה בפני עמיתי השופט 'שפירא, שבה היה עליו להכריע בין גירסת מטופל ואשתו לבין גירסת הרופא על ביקור שהיה או לא היה,

במקרה נוסף, אף הוא בתחום הרשלנות הרפואית, נזקק השופט שפירא לעניין זה, שוב, תוך התבססות על חוות הדעת האמורה:

בנוכחות המטופל או רק בנוכחות אשתו. באותה פרשה, קיבל השופט שפירא את גירסת הרופאה, בהתבססו, בין היתר, על דברי השולחן ערוך, חושן משפט, סימן צא, סעיף ה: 'יש לדון על פי פנקס של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו, ואפילו להוציא מיתומים הקטנים, היכא [=כאשר] דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס – הוא אמת'. כמו כן, מזכיר השופט שפירא כי עמדת המשפט העברי בסוגיה זו של 'גירסאות נוגדות', כלולה בחוות דעת של ד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה (השופט שפירא מתבסס גם על דיני המיגו, על פי הנסיבות בחיק שלפניו, דבר שאינו רלוונטי לעובדות שבפנינו). עיינתי בחוות דעת זו, ומקובל עליי האמור בה, בקווים כלליים. נקודת המוצא בשקילת ראיות, כאשר מדובר בעדויות סותרות או בגירסאות סותרות היא כי יש לבית הדין, על פי המשפט העברי, שיקול דעת רחב כיצד לקבוע ממצאים עובדתיים, כאשר יש משקל רב ומכריע לעדות שני עדים, ככתוב בפרשת השבוע הבא, פרשת שפטים, 'לא יקום עד אחד באיש לְכָל עֹון וְלְכָל חַטָּאת בְּכָל חֹטֵא אֲשֶׁר יַחֲטֵא עַל פִּי שְׁנֵי עֵדִים אוּ עַל פִּי שְׁלֹשָׁה עֵדִים יִקוּם דְּבָרִי' (דבר ים, פרק יט, פסוק טו). וכך מתאר הרמב"ם את היקף שיקול הדעת השיפוטי בהכרעות עובדתיות (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה א): 'יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שיודע ... וכן מי שבא וטען שיש לו פיקדון אצל פלוני שמת בלא צוואה, ונתן סימנין מובהקין, ולא היה זה הטוען רגיל להיכנס בבית זה האיש שמת. אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה, וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת, מוציא מן הירושין ונותנו לזה האמור בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין, לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר'. אך בהמשך, בהלכה ב, מסייג הרמב"ם את דבריו, בשל המצב החברתי ורמתם של הדיינים. וכך הוא אומר: 'כל אלו הדברים הן עיקר הדין. אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבעה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין, ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בדיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט: לבי מאמין לדברי זה, ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען. ואף על פי כן, אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים, ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין'. אין כאן המקום להאריך באותם שיקולים של בית הדין, המדריכים אותם בשאלה למי להאמין, ודי אם נציין את הכללים מבוססים בחלקם על ההגיון ובחלקם על ניסיון החיים, ובהם: אומדנא ואמתלה; חזקה; מיגו; הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ועוד (וראה תמצית הדין בכללים אלה בספרו של פרופ' אליאב שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (ירושלים, תשמ"ח) 249–256). באותה חוות דעת, יש התייחסות לסוגיה מיוחדת במשפט העברי, שבה ניתן אימון לשכיר כנגד המעביד. בניגוד לכלל הראיות הבסיסי, המוציא מחברו עליו הראיה, קובע דין המשנה כך (משנה, מסכת שבעות, פרק ז, משנה א): 'השכיר כיצד? אמר לו [הפועל התובע]: 'תן לי שכרי שיש לי בידך'. הוא [המעביד הנתבע] אומר: 'נתתי', והלה אומר: 'לא נטלתי'. הוא [הפועל התובע] נשבע ונוטל'. במקרה שלנו, העידו התובע ואימו, אף כי לא נשבעו (שכן כיום עדים רק מוזהרים ואינם נשבעים; ראה: תקנה 162 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984. מקור הדברים הוא בתיקון התקנות על פי עקרונות המשפט העברי בסוגיה זו, כפי שבאר בהרחבה, השופט מנחם אלון, כתוארו אז, בבג"ץ 172/78 בקר נ' השופט חיים אילה, פ"ד לב(3)

"יש בפנינו אפוא גירסאות נוגדות. זו של התובעים אל מול זו של ד"ר כסיף. דברי ד"ר כסיף בעניין זה הינם בגדר 'שמא', שהרי הם יותר הנחה מאשר עדות ברורה, לעומת טענת 'ברי' של התובעת, אותה אני מעדיף. על עמדת המשפט העברי בסוגיה זו של 'גירסאות נוגדות' עמד ד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה. בעניין זה, חברי כב' השופט מ' דרורי, בדעה כי נקודת המוצא בשקילת ראיות, כאשר מדובר בעדויות סותרות או בגירסאות סותרות היא כי יש לבית הדין, על פי המשפט העברי, שיקול דעת רחב כיצד לקבוע ממצאים עובדתיים, כאשר יש משקל רב ומכריע לעדות שני עדים, ככתוב בפרשת משפטים, 'לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר' (דברים, פרק יט, פסוק טו). (ת.א. י"ם) 3248/01 י.א. נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק"מח 2005(3), 4307). כן מביא הוא, שם, מדברי הרמב"ם לגבי היקף שיקול הדעת השיפוטי בהכרעות עובדתיות (רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כד, הלכה א), ומוסיף: "אין כאן המקום להאריך באותם שיקולים של בית דין, המדריכים אותם בשאלה למי להאמין, ודי אם נציין את הכללים מבוססים בחלקם על ההגיון ובחלקם על ניסיון החיים, ובהם: אומדנא ואמתלה; חזקה; מיגו; הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ועוד (וראה תמצית הדיון בכללים אלה בספרו של פרופ' אליאב שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנת הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל (ירושלים, תשמ"ח), עמ' 249–256). (שם, 4338). הואיל ובמקרה דנן ד"ר כסיף אינו זוכר את השיחה הספציפית שהייתה בינו לבין התובעת, ואילו התובעת העידה בבהירות מה נאמר בה, נראה לי כי גישת המשפט העברי לסוגיה, כעולה מדברי ד"ר יובל סיני, משולה לזו לפיה ניתן אמון לשכיר ולא למעבידו, בניגוד לכלל הבסיסי של המוציא מח ברו עליו הראיה: 'השכיר כיצד? אמר לו [הפועל התובע]: 'תן לי שכרי שיש לי בדרך'.

370 במיוחד בע' 378 ואילך). על כל פנים, גם אם היה מוסד השבועה נוהג, לא הייתי מורה להם להישבע, שכן טענתם בדבר מספר הביקורים אינה ברורה גם להם, ולא ניתן להשביע על טענה או עובדה שאינה חדה וחותרת. מכל מקום, לענין קביעת תחולת דוקטרינת הנזק הראייתי, די באי רישום גם של מספר ביקורים נמוך יותר מאלו שעליהם העידו התובע ואמו, ואותם ביקורים שלא נרשמו, הוכחו, כאמור, מדברי הרופאים המטפלים עצמם. אוסיף ואומר, כי מקובלת עלי גישתו של ד"ר יובל סיני בחוות הדעת האמורה, כי הדין ששכיר נשבע ונוטל, אינו כלל ראייה חדש ורחב, אלא הוא תקנה מתוחמת ומצומצמת בדיני עבודה, וזאת בשל העובדה כי 'בעל הבית טרוד בפועלים הוא' (תלמוד בבלי, מסכת שבועות, דף מה, עמ' א; בבא מציעא, דף קיב, עמ' ב) והתקנה נועדה לטובתו של השכיר, 'משום כדי חייו דשכיר' (וראה בהרחבה את הסבריו של פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח), עמ' 504–510). על פני הדברים, ראוי להשאיר תקנה זו לתחומה, ולא ראיתי לנכון להרחיבה, בדרך היקש או אנלוגיה של יחסי חזק חלש, גם לתביעות בגין רשלנות רפואית.

הוא [המעביד הנתבע] אומר: 'נתתי', והלה אומר: 'לא נטלתי'. הוא [הפועל התובע] נשבע ונוטל". (משנה, מסכת שבועות, פרק ז', משנה א). וממשיך השופט דרורי, בציינו: 'אוסף ואומר, כי מקובלת עלי גישתו של ד"ר יובל סיני בחוות הדעת האמורה, כי הדין ששכיר נשבע ונוטל, אינו כלל ראייה חדש ורחב, אלא הוא תקנה מתוחמת ומצומצמת כדיני עבודה, וזאת בשל העובדה כי 'בעל הבית טרוד בפועלים הוא' (תלמוד בבלי, מסכת שבועות, דף מה, עמ' א; בבא מציעא, דף קיב, עמ' ב) והתקנה נועדה לטובתו של השכיר, 'משום כדי חייו דשכיר' (וראה בהרחבה את הסבריו של פרופ' מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח), עמ' 504–510). על פני הדברים, ראוי להשאיר תקנה זו לתחומה, ולא ראיתי לנכון להרחיבה, בדרך היקש או אנלוגיה של יחסי חזק חלש, גם לתביעות בגין רשלנות רפואית'. (שם, 4339).

מנגד, ניתן לומר כי דבריו הנ"ל של ד"ר כסיף מלמדים כי אין בהם כל מענה לשאלת הייעוץ הגנטי, שכן כרופא המתמחה בתחום הנדון, היה עליו לדעת שבדיקת האולטרסאונד לא היוותה תחליף, כפי שעולה מדברי המומחה מטעמו".⁸⁴

בתיק שלישי⁸⁵ שבו הייתה מחלוקת כספית בין שני תאגידים, בגין אי פירעון חשבונות התובעת עבור מתן שירותיה לנתבעות והפרת הסכם למתן שירותים ותביעת הנתבעות להשבת כספים שנגבו על ידי התובעת ביתר במהלך תקופת מתן השירותים, עלו, כמקובל במקרים כאלה, שאלות רבות בתחום דיני הראיות, ובמסגרת זו נכתב בפסק הדין כדלקמן:

"לסיום פרק זה, אביא את עמדת המשפט העברי בסוגיה זו של 'גירסאות נוגדות', עליה עמד ד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע), המכללה האקדמית נתניה, ואליה התייחס אף חברי כב' השופט מ' דרורי בת"א (מחוזי יר') 3248/01 י' א' נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-מח 2005(3), 4307, 4338 (2005). כשם שנאמר בחוות הדעת של ד"ר סיני, כך גם כב' השופט דרורי אוחז בדעה כי על פי המשפט העברי נקודת המוצא בשקילת ראיות, כאשר מדובר בעדויות סותרות או בגרסאות סותרות היא שיש לבית הדין שיקול דעת רחב כיצד לקבוע ממצאים עובדתיים, כאשר יש משקל רב ומכריע לעדות שני עדים, ככתוב בפרשת משפטים: 'לא יקום עד אחד באיש

84 ת.א. (י"ם) 7482/05 פלוני נ' ד"ר כסיף, פורסם בנבו (25.1.07) (להלן: עניין כסיף), פסקה 34 לפסק הדין.

85 ת.א. (י"ם) 8439/06 ימית א. ביטחון (1998) בע"מ נ' התחנה המרכזית בירושלים ניהול 1966 בע"מ, פורסם בנבו (14.2.08).

לכל עוון ולכל חטאת בכל חטא אשר חטא על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר" (דברים, פרק יט, פסוק טו).⁸⁶

חוות דעת נוספת של יש"מ⁸⁷, בנושא הסודיות הרפואית, מובאת בפסק דין⁸⁷ שניתן על ידי השופט שפירא בתביעת נזיקין בגין הולדה בעוולה כאשר לטענת התובעים הנוק שנגרם להם הוא עקב פגיעה בחופש הבחירה שלהם, לאור הפרת חובת הסודיות הרפואית על ידי הנתבעת. הסיטואציה העובדתית הייתה זו: התובעת, בהיותה תלמידת תיכון ניהלה קשר רומנטי ארוך וקבוע עם חבר, ובמסגרת זו גרה איתו ביחידת דיור בקומת הקרקע בבית הוריו. כאשר התעורר בה החשד כי נכנסה להיריון היא פנתה בסיוע החבר לרופאה הנתבעת, שהייתה רופאת הילדים של החבר ומשפחתו. הרופאה סיפרה לאם החבר על ההיריון, עוד בטרם סיפרה על כך לתובעת. פרץ ויכוח בין ההורים של התובעת והחבר לעניין ביצוע הפלה או חתונה. השאלה המשפטית שעמדה במחלוקת הייתה, "האם הפרת חובת הסודיות הרפואית [של הנתבעת] שללה את זכות הבחירה של התובעת שרצתה להפסיק את ההיריון".⁸⁸ פסק הדין עוסק בשאלות משפטיות רבות שאין כאן המקום להאריך בהן. במסגרת פסק הדין יש התייחסות לחובת הסודיות הרפואית, תוך סקירה היסטורית של שבועת הרופא, הידועה בשם שבועת היפוקרטס.⁸⁹ מובאת גם נוסח שבועת הרופא העברי.⁹⁰ לאחר דיון בערך המוגן של חובת שמירת הסודיות של הרופא במשפט הישראלי,⁹¹ מביא הוא את תמצית חוות דעת של יש"מ⁸⁷ בעניין סודיות רפואית של רופא במשפט העברי, כדלקמן:

- 86 שם, פסקה 15.
 87 ת.א. (י"ם) 8432/06 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית וד"ר וינר, פורסם בנבו (13.2.08).
 88 שם, פסקה 2. ראוי לציין כי המוטו של פסק הדין הוא זה: "הולך רכיל מגלה-סוד ונאמן-רוח מכסה דבר" (משלי, י"א, י"ג).
 89 נוסח השבועה מופיע שם, פסקה 22: "אני מתחייב לשמור את כל המידע שהגיע לאוזני לגבי החולים בסוד, ולא לעשות בו שימוש זדוני או להפיצו ברבים מתוך כוונה רעה".
 90 שם, שם: "אתם ניצבים היום כולכם לפני מוריתם בדרכי הרפואה וחוקותיה לעברכם כברית הרפואה למען תקיימו את תורתה בכל מאודכם בשום שכל וכיושר לבב ולמען קום דור רופאים דרוכי מעש ואמוני יעוד לעזרת האדם הדווי. וזאת הברית אשר אנוכי כורת אתכם היום לאמור: על משמרתכם הופקדתם יומם ולילה לעמוד לימין החולה במצוקתו בכל עת ובכל שעה. ושמרתם עד מאוד חיי האדם מרחם אמו והיה שלומו ראש חרדתכם כל הימים. ועזרתם לאדם החולה באשר הוא חולה אם גר אם נכרי ואם אזרח אם נקלה ואם נכבד. והשכלתם להבין לנפש החולה לשובב את רוחו בדרכי תבונות ובאהבת אנוש. אל תמהרו להוציא משפט ושקלתם את עצתכם במאזני החכמה הצרופה הכור הניסיון. שמרו אמונים לאדם שהאמין בכם אל תגלו סודו ואל תלכו רכיל. יחכם לבכם גם לבריאות הרבים להעלות ארוכה למדווי העם. תנו כבוד ויקר לרבותיכם שנחלצו להנחותכם במעגלי הרפואה. תרבו חכמה ואל תרפו כי היא חייכם וממנה תוצאות חיים. היזהרו בכבוד חבריכם כי בכבודם הם תכובדו גם אתם. דברי הברית האלה קרובים אליכם מאוד בפיהם ובלבבכם לעשותם ועניתם כלכם אמן".
 91 שם, פסקה 23 לפסק הדין, כאשר השופט שפירא מתבסס על כללי האתיקה של הרופאים וספרו של השופט אמנון כרמי בריאות ומשפט (2003).

"עמדת המשפט העברי בסוגייה זו נבחנה על ידי הרב י' שרעבי ממרכז ישמ"ע אשר במכללה האקדמית נתניה ולהלן עיקרי הדברים.

המשפט העברי אינו מייחס חובה ספציפית לשמירת הסודיות הרפואית אלא חובה זו נגזרת מאיסורים רחבים בעניין שמירת סוד הזולת.

חכמי ישראל ייחסו חומרה רבה לפגיעה באדם ע"י גילוי סודו ולהשלכות העוללות להיגרם עקב כך. בספר בן סירא (בן סירא כב, כו (בתרגום י' פרנקל, כתובים אחרונים (וורשא תרמ"ה)) הוגדר גילוי סוד כעיוות שאינו ניתן לתיקון: 'כל מעוות לתקן, זולתי לעג וקלון גלות סוד ומרמה'. ב'מדרש גדול וגדולה', בית המדרש, כרך א, חלק ג (א' ילינק עורך, מהדורה ג', ירושלים תשכ"ז), הושווה גילוי סוד הזולת לשפיכת דמו: 'לא תלך רכיל בעמך... לא תעמוד על דם רעך. שכל המגלה סוד חברו, כאילו שופך דמים. גדול כסוי הסוד, שכל המגלה סוד חברו, כאילו שופך דמים, שנאמר (ויקרא יט, טז): 'לא תלך רכיל וגו'. גדול המכסה סוד חברו, שהוא מקיים מחשבות חברו. ואם אינו מכסהו, הוא מפר מחשבתו, ולא יתקיים הדבר מפני שהוא מגלהו' (שם, ע' 126).

האיסור לגילוי סוד נסמך על מספר איסורים, כאשר הראשון בהם הינו איסור הרכילות. הרב ח' גריינמן בספרו, חידושים ובאורים, פאה, סימן א, אות טז, עומד על מהות האיסור בגילוי סוד הזולת על אף שאין בגילוי אמירת דבר רע על בעל הסוד: 'להוציא את הרשות היחיד של האדם לרשות אחרים, ואפילו בדברים שאין בהן גנות, וכל אדם מקפיד בדבר.... והיינו נמי דכתיב 'הולך רכיל מגלה סוד', שזהו עיקר הרכילות, לגלות דברים שבסוד אצל אחרים, והיינו כל דברים שאין אדם חפץ לעשותם או לדבר בהם בפני אחרים. וכל אדם יצטער לשמוע את חברו מספר לחבירו עליו, כי הוא אמר לביתו כך, ולבניו כך, ועשה כך, אף שאין בדברים אלו גנאי או רע'. (ראה גם שו"ת הלכות קטנות (לר' יעקב חאגיז, ירושלים המאה הי"ז), חלק א, סימן רעו).

מדברים אלו עולה שהעיקרון המרכזי באיסור הרכילות הוא פריצת רשותו של הפרט וחיפיתתה לרשות אחרים, אפילו אם אין פגיעה בו או גרימת תוצאה שלילית ע"י גילוי הסוד.

הרב שרעבי מפנה למקורות נוספים לאיסור זה, שהינם איסור גילוי סוד (על פי התלמוד הבבלי, יומא, דף ד ע"ב), איסור הפרת האמון (ראו: רבנו יונה [ספרד, המאה הי"ג], שערי תשובה, שער ג, אות רכה) ועקרון העל 'דעלך סני לחברך לא תעביד' [=מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך] (תלמוד בבלי, שבת, דף לא ע"א). יסוד נוסף עליו מושתת איסור זה הינו איסור גניבת הדעת, עליו נאמר: 'ראשון שבגנבים – גונב דעת הבריות' (תוספתא, בבא קמא, פרק ז, הלכה ג). לבסוף, מציינים הכותבים כי באחד מהנוסחים של חרם דרבינו גרשום, המובא בשו"ת מהר"ם ב"ב, דפוס פראג, סימן תרכב (ראו גם: אנציקלופדיה תלמודית, שם, נספח, אות נט), הוטל חרם גם על המגלה סוד, 'ולא יגלה שום סתר'.

ביחס למעמדה ההלכתי של שבועת הרופאים נחלקו הדעות, אולם רבים מהפוסקים סוברים שהשבועה תקפה, ומכאן שמוטלת על הרופא חובה לשמור על סודיות רפואית אף מכח שבועתו (ראו: הרב ב' רקובר, 'המותר לרופא להעיד על חולה שלא בהסכמתו?' נועם ב (תשי"ט), עמ' קפח; הרב אלישיב (הובא אצל נ' רקובר, ההגנה על צנעת הפרט (ירושלים תשס"ו), בעמ' 202); הרב ש' גורן, תורת הרפואה, שם); הרב ולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פא). מנגד, יש הסוברים כי אין גדרה של שבועת הרופא כשבועה במובנה ההלכתי אלא כעין קבלה עצמית או הבטחה (הרב ש' רפאל, אסיא, שם, בעמ' 14–15; דעת הרב י' אריאל, שו"ת באהלה של תורה, חלק א, סימן פג).

חומרת איסור זה מתבטאת בעיקר ביחס לענישה כלפי הפוגע (חרם, העברת מתפקיד ציבורי או סנקציה בידי שמים על הפרת שבועה) ולא ביחס לפיצוי לנפגע. בעניין פיצוי הנפגע, לא נראה כי קיים מקור לחייב בתשלומי נזיקין את המפר חובת סודיות, שכן הנזק הוא עקיף בדרך כלל (גרמא), וגם סיווגו הוא כנזק שאינו מוחשי, שכעיקרון פטור מתשלומים. על אף זאת גם לגבי גרמא, בית הדין רשאי לעיתים להטיל נידוי על המזיק עד שיפייס את חברו בממון, בדומה לאמור להלן בעניין חיובו של המבייש בדיבור (ראו: רמ"א, חושן משפט, סימן שפו, סעיף ג; מ' דרורי, 'חיוב על נזק בגרמא ועל מניעת רווח', תחומין כו (תשס"ו), עמ' 341–349). יש להעיר כי במקרים מסויימים מצאנו, בנזק שנגרם כתוצאה מדיבור, שבית הדין מטיל נידוי על הפוגע עד שישלם לנפגע סכום כסף שיהיה בו כדי לרצותו על נזקו, כמו למשל בבושת דברים ובמוציא שם רע (ראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכ, סעיף לח; כן ראו: חוות דעת של מרכז ישמ"ע בעניין סעיף 25א(ב) לחוק איסור לשון הרע".⁹²

סוגייה נוספת בתחום המשיק למשפט ולרפואה מובאת בפסק דין נוסף שניתן על ידי השופט יוסף שפירא,⁹³ וגם בו מתבסס הוא על המשפט העברי כפי שמרוכז בחוות הדעת של ישמ"ע. השאלה שהוצבה בפתח פסק הדין החלקי, הייתה זו: "האם סירוב בית חולים לטפל בחולה מהווה רשלנות רפואית? האם יש קשר סיבתי בין הנזק שנגרם לתובעת לבין הסירוב לקבלת אמה של התובעת לבית החולים עת כרעה ללדת?".⁹⁴ במסגרת ההכרעה בעניין זה, תחת הכותרת, "האם אי קבלת תובעת 2 על ידי בית החולים 'סהר האדום' מהווה רשלנות?",⁹⁴ דן הוא בשאלה המשפטית בדבר חובת בית

92 שם, פסקה 24 לפסק הדין.

93 ת.א. (י"ם) 7513/05 ד. מ. (קטינה) נ' בית חולים ה"סהר האדום", פורסם בנבו (30.4.08) (להלן: עניין הקטינה).

94 שם, פסקה 13 ואילך.

חולים ליתן טיפול לחולה, אותה הוא בוחן על פי המשפט הישראלי,⁹⁵ והדין האמריקאי והמשפט המקובל.⁹⁶ אשר למשפט העברי, נכתב בפסק דינו של השופט שפירא, כך:

"עמדת המשפט העברי בסוגיה זו הינה שונה במקצת. עמדה זו פורטה בהרחבה בחיבורו של עו"ד הרב יוסף שרעבי מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה ..., ואביא את עיקרי הדברים.

טרם קביעה כי קמה לניזוק, מסורב הטיפול, זכות לפיצוי מידי המזיק – הרופא, יש לבחון האם ככלל חלה חובת מתן טיפול רפואי על פי המשפט העברי, ולו חלה – מה היקפה.

לענין חובת מתן הטיפול הרפואי נקבע בשולחן ערוך (יורה דעה, סימן שלו, סעיף א), כדלקמן: 'נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. ומצווה היא. ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים, ואפילו יש לו [=לחולה] מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם זוכה להתרפאות'.

מקורה של הלכה זו שנוי במחלוקת, יש אשר סמכו אדניה על מצוות השבת אבידה (פירוש המשניות לרמב"ם (מהדורת הרב קאפח), נדרים, פרק ד, משנה ד), ויש אשר הצביעו על חובת הצלת חיי הזולת, כשחלקם נסמכים על הפסוק 'לא תעמוד על דם רעך' (ויקרא יט, טז) (ראו: תלמוד בבלי, סנהדרין, דף עג ע"א, רש"י ויקרא יט, טז ד"ה קא משמע לן), וחלקם על הפסוק, 'וחי אחיך עמך' (ויקרא כה, לו), שגבולו הוא עד פיקוח נפשו של המציל (הנצי"ב, העמק שאלה, שם). כך, יש מי שלמד את חובת ההצלה מהפסוק 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא יח, ה), ובתוך כך הגשת עזרה רפואית לזולת (שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן לז).

חובת מתן הטיפול הרפואי מוטלת אף לפתחו של המוסד הרפואי, וכאשר יש לבית החולים את הצוות הרפואי בעל המומחיות המקצועית הנדרשת והרישיונות הדרושים, חייב הוא להעניק את הטיפול הרפואי הדרוש לבא בשעריו".⁹⁷

לכאורה, די היה בכך לצורך התיק שבפניו, אולם, השופט שפירא מוסיף וכותב: "ההתעמקות בסוגיה זו במשפט העברי מרתקת, ואוסיף עוד התייחסויות מספר".⁹⁸ מאחר והדברים שכתב בהמשך פסק הדין יש בהם עניין רב ככל שמדובר באימוץ המשפט העברי בסוגיות של דיני רפואה ודיני נזיקין, ראוי להביא את הדברים במלואם:

95 שם, פסקה 14, תוך התייחסות מיוחדת לבית החולים במזרח ירושלים והרישיונות שקיבל, כמפורט שם, פסקה 15 לפסק הדין. שם, פסקה 16 יש התייחסות לחקיקה ולפסיקה הישראלית בעניין זה.

96 שם, פסקאות 17–18.

97 שם, פסקה 19.

98 שם, שם.

"לאחר שקמה חובת מתן הטיפול הרפואי יש לבחון מהו היקפה של חובה זו. כאמור, לשיטת הרמב"ם מקורה של חובה זו הינה דיני השבת אבידה על כן, לשיטתו, אין להבחין בין חולה המצוי בסכנת חיים ובין חולה שאין סכנה לחייו (ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מ). לסוברים כי החובה נלמדת מדיני הצלת נפשות ופיקוח נפש, יש מקום לומר שהחובה קיימת רק במקרה של חולה שקיימת סכנה לחייו (ראה א"א סופר, נשמת אברהם, חלק יורה דעה, עמ' רכו; הרב ש' דיכובסקי, 'פתיחת מרפאת שיניים בבית מגורים' תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 266–271). על אף זאת, יש מהפוסקים אשר סמכו הלכה זו על דיני הצלת נפשות ופיקוח נפש שסוברים שהמצוה לרפא חלה בכל מקרה (ראו: ט"ז, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, ס"ק א). לסוברים שמקורה של ההלכה בפסוקים 'לא תעמוד על דם רעך' ו'ואהבת לרעך כמוך', יש מקום לומר שחובת הריפוי רחבה אף היא ונוגעת לכל סוגי החולי (ראה הרב ג"א רבינוביץ', רפואה והלכה ב (ירושלים תשמ"ג), עמ' קלב–קלט; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, סימן כג).

באשר לזכות לפיזיו, בסוגיה זו דיני הנזיקין במשפט העברי נבדלים מדיני הנזיקין בשיטת המשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות, בכמה עניינים עקרוניים (ראה הרב א' שיינפלד, נזיקין (סדרת חוק לישראל, נ' רקובר עורך, ירושלים תשנ"ב). שניים מהם, חשובים להבנת היקף האחריות בנזיקין במשפט העברי. מחד גיסא, היקף האחריות בנזיקין במשפט העברי רחב יותר בכל הקשור ל"יסוד הנפשי" של המזיק, קרי אחריות המזיק משתרעת גם על מעשי נזק בשוגג ובאונס, ולא רק במקרים של זדון או רשלנות (בבא קמא, דף כו ע"א-ע"ב; סנהדרין, דף עב ע"א; רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ו, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכא, סעיף ג). מאידך גיסא, כעיקרון, אחריות המזיק מצומצמת למקרים שתוצאת הנזק נובעת במישרין ממעשה פיזי שעשה. כאשר הקשר הסיבתי העובדתי בין המעשה לתוצאה מרוחק (=גרמא) או כאשר התוצאה אינה קשורה למעשה של המזיק, אלא למחדל או דיבור, בדרך כלל לא תקום לניזוק עילת תביעה לפיזיו. הבעיה שבהטלת אחריות על רופא גם במקרי רשלנות נדונה בספרי הפוסקים, ונקבעו מספר סייגים להטלתה:

- א. תקנת הציבור (תוספתא (ליברמן), גיטין, פרק ג, הלכה ח).
- ב. העוסק במצווה פטור מאחריות בנזיקין (רמב"ן, תורת האדם, שם, עמ' מא; חידושי רבי דוד בונפיל, סנהדרין, דף פד ע"א, ד"ה מכה אדם).
- ג. שגגת הרופא נחשבת אונס (חידושי הר"ן, סנהדרין, דף פד ע"ב, ד"ה ומכה אדם. ראה גם הרב יא"ה הרצוג, פסקים וכתבים, חלק ה (ירושלים תש"נ), סימן קיג).

ד. מחילה מראש של החולה (א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, עמ' 269).

העולה מן האמור, כי רופא שעשה את כל הדרוש לאבחן את המחלה, נהג בדרך סבירה, העניק טיפול רפואי ע"פ הפרקטיקה המקובלת, ולא יכול היה להתייעץ עם רופא מומחה ממנו, או שנסיבות המקרה לא העלו צורך כזה, פטור אם טעה בשיקול הדעת ועקב כך הזיק לחולה, ועל כך נאמר: 'שגגת הרופא כוונת הבורא' (ראה פרישה, יורה דעה, סימן שלו, אות ז).

במקרה דנן מדובר בעיקר באי מתן טיפול על דרך המחדל, וכלל הוא על פי עקרונות דיני הנזיקין במשפט העברי, כי במחדל אין מקום לחיוב. על אף זאת, לכלל זה קיימים חריגים, והם כאשר קיימת התחייבות מוקדמת בין המזיק לניזוק, או כאשר הניזוק הסתמך בדרך כלשהיא על המזיק, שאז חייב מדינא דגרמי (תלמוד בבלי, בבא קמא, צט ע"ב – ק' ע"א; איתמר ורהפטיג, ההתחייבות – תוקפה, אופיה וסוגיה (ירושלים תשס"א), עמ' 419–445). גם פוסקי דורנו נחלקו בשאלה זו, כאשר הרב אוריבך סבור כי רופא תורן בבית חולים שהתרשל ולא ניגש בלילה לחולה שקרא לו בבקשה שיטפל בו, חייב בנזיקין. גם הרב אלישיב סבור שחולה שבא לרופא מסויים שהתרשל במחדל, יכול החולה לתובעו מכח עיקרון ההסתמכות הנזכר (דבריהם הובאו בנשמת אברהם, חלק ה, יורה דעה, סימן שלו (ירושלים, תשנ"ז), בעמ' צב). אולם, הרב וולדנברג חולק על כך, וסובר שלא ניתן לחייב בגין נזק שנגרם כתוצאה ממחדל, כגון: בהימנעות מהצלת הזולת (שו"ת ציץ אליעזר, חלק יט, סימן סג. דבריו הובאו בנשמת אברהם, שם, עמ' צא–צב).

במאמרו 'ולא על ידי שר"פ?' – שירותי רפואה פרטיים: מבט יהודי, במעגלי צדק 13 (יוני 2007) משקיף ד"ר אביעד הכהן על הסוגיה מהיבט נוסף, לפיו נקודת מוצא חשובה בעולמה של יהדות היא שבמישור הרעיוני-מהותי, מקצוע הרפואה, בדומה למלמד תורה, דיין, אינו רק מקצוע שתכליתו היא הבאת פרנסה לבעליו, אלא אף שליחות ומצווה.⁹⁹

לכן, מסקנת השופט שפירא באותו תיק היא זו: "על פי כל שיטות המשפט הנ"ל, אין ספק כי בכוא מקרה דחוף חלה על בית החולים חובת מתן הטיפול הרפואי".¹⁰⁰ בפרשה אחרת עלתה שאלה "קרובה": "האם המדינה (משרד הבריאות) ובית חולים אליו פונה אישה לקבל טיפול של הפריה חוץ גופית מזרעו של תורם ידוע נשוי, רשאים לסרב ליתן טיפול זה? האם בהליך שכזה ישנה נחיצות לקבל את

99 שם, פסקאות 20–22.

100 שם, פסקה 23.

עמדת אשת התורם? מהו הערך המוגן בסוגיה זו, טובת היילוד או זכויות הצדדים השלישיים?¹⁰¹

לאחר שהשופט שפירא הציג את עמדת המשפט העברי,¹⁰² כפי שהובאה לעיל,¹⁰³ הוא מיישמה לנתוני התיק שבפניו, באומרו את הדברים הבאים:¹⁰⁴ "העולה מן המורם הוא, כי בית החולים הינו נתבע נחוץ בתביעה שלפני, ואין בית החולים יכול להתנות מתן הטיפול המבוקש אלא בקיום הסכמה מדעת של החולה (המבקשת) עצמו לכך. לא נטען על ידי בית החולים כי ישנה מניעה טכנית או אחרת להליך המבוקש. התובעת מילאה אחר כל התנאים הנדרשים על ידי בית החולים, והיא והתורם חתמו על כל המסמכים שנדרשו. ניתן אף לראות בהליך המבוקש כטיפול דחוף, שכן השעון הביולוגי של התובעת מתקדם, ויפה שעה אחת קודם".

בפרשה אחרת, עמדה להכרעה בפני השופט יוסף שפירא השאלה הבאה: "הוטל עיקול על נכס שרשום על שם פלוני, והוחל בהליך מימושו. צד שלישי טוען שפלוגי רכש הנכס בנאמנות עבורו, אולם לא נרשמה הערת אזהרה בדבר הנאמנות. זכותו של מי גוברת?".¹⁰⁵ לאחר דיונים מפורטים בסוגיית הנאמנות במשפט הישראלי,¹⁰⁶ מתייחס השופט שפירא לעמדת המשפט העברי בשאלות שבפניו:

"נפנה עתה מבט אל המשפט העברי ונבחן את גישתו במסגרת הנאמנות. רבים התייחסו לסוגיית הנאמנות במשפט העברי (ראו משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, שם 136–137; ירון אונגר 'על הנאמן ואישיותו המשפטית של ההקדש' – גיליון פרשת השבוע, מס' 113; ירון אונגר 'על ניגוד ענינים בדיני נאמנות', פרשת השבוע, גיליון 268; אונגר וא' מילר, חוק הנאמנות, התשל"ט–1979, טיוטת מחקר במסגרת סדרת 'חוקה לישראל' בעריכת נ' רקובר...^[107] בימים אלה נדונה סוגיה זו בחיבורם של הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני 'עיקול נכסי נאמנות בגין חוב אישי של הנאמן', המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) המכללה האקדמית נתניה, 2009....

בחיבורם, האריכו חקר שרעבי וסיני בניתוח הזכויות המהותיות הנובעות ממעמד הרישום בפנקס המקרקעין, על פי הדין העברי ובשאלת הבעלות של הנאמן בנכסי הנאמנות (שם, חלק ב'). בהמשך דנו אימתי תתקיים הנאמנות

101 לשון הפתיח של פסק הדין בה"פ (י"ם) 11–04–25340 פלוגי נ' מ"י – שר הבריאות, פורסם בנבו (6.6.07) (להלן: עניין פלוגי).

102 שם, פסקאות 18–20.

103 שם, פסקאות 19–22.

104 שם, פסקה 20.

105 פתיחת ההחלטה בבש"א (י"ם) 3783/08 (פש"ר 4044/07) לייזן הופמן נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ירושלים, פורסם בנבו (24.6.09).

106 שם, פסקה 9 ואילך.

107 לאחר כתיבת פסק הדין יצא הספר לאור; ראו ירון אונגר נאמנות בנכסים סדרת חוק לישראל (נחום רקובר עורך, ירושלים, תש"ע).

בידי הנאמן (שם, חלק ג'). בבואם לדון בשאלה העומדת לפניי, בחנו האם יש להעניק הגנה לנושה של הנאמן בשל אי פרסום הסכם הנאמנות, מכוח תקנת השוק, שהינו המוסד המשפטי במשפט העברי שמטרתו לתת מענה לחוסר המידע של צד לעסקה אודות מעמד הנכס בעת ביצוע העסקה. שרעבי וסיני מפרטים את מהותו של מוסד תקנה השוק ואימתי יחול, כדלקמן: 'במשפט העברי ניתנת הגנה טובה לרוכש תם לב של נכס שמתברר לאחר זמן שאינו של המוכר שיסודה בהכרה בחשיבות פעילותם התקינה של חיי המסחר. הגנה זו מוכרת בשמה 'תקנת השוק' ועיקרה במקרה של עסקת מכר של נכס מיטלטלין גנוב לרוכש תם לב שכעיקרון אינו נדרש להשיב את החפץ לנגנב כלל או שהוא נדרש להשיבו אך זכאי לתמורה המלאה ששילם עבורו. הגנה נוספת קיימת לרוכש מקרקעין מפני נושה של המוכר בעקבות הלוואה שניתנה לאחרון בעל פה, אף אם נכסים אלו נמכרו לאחר מתן הלוואה. דין דומה, המגן על קונים הוא כאשר חייב משעבד נכסי מיטלטלין אגב מקרקעין להבטחת תשלום חובו. הנושה לא יוכל לגבות את חובו מנכסים אלו לאחר שנמכרו, ניתנו במתנה או מושכנו, בנימוק שאין לגרום הפסד למחזיקים בנכס עקב אי ידיעתם אודות מעמד נכסי המוכר בעת ביצוע העסקה.' (שם, פסקה ד(1) וראו ההפניות (שם). בבוחנם את שאלת תחולתה של תקנת השוק על המקרה דנן, ציינו תחילה כי הגנה זו פחותה עת מדובר בנכסי מקרקעין. לדבריהם, עניין מוסכם הוא שתקנת השוק בגניבה אינה חלה על נכסי מקרקעין (ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג), סימן תסא; ערוך השולחן, סימן שנו, סעיף ה; ז' ורהפטיג, שם, עמ' 151–152. כן ראה בבא מציעא, דף יד, ע"ב, בעניין המוכר שדה שאינה שלו) שהרי קרקע אינה נגזלת וברוך כלל גזילת קרקע היא עניין מפורסם ואין מקום לאבחנות בעניין זה (סוכה, דף ל ע"ב. למעט תקנת רבי בסיקריקון (משנה, גיטין, פרק ה, משנה ו); שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, שם). גם כאשר לשעבוד קרקעות בשטר חוב ההנחה היא שיש לחוב זה פרסום ועל כן רוכש קרקע לא יוכל לבא בטענות כנגד נושה שבא לממש את הנכס המשועבד. לעומת זאת, בהלוואה בעל פה שאין לה פרסום בדרך כלל, תהיה לרוכש הגנה והוא יהיה רשאי להמשיך ולהחזיק בקרקע.

סוגיה נוספת הרלוונטית לענייננו הינה היחס לנושה אשר גבה חובו מנכס גנוב. ביחס לכך נקבע כי נושה שגבה את חובו ע"י קבלת החפץ הגנוב חייב להשיב את החפץ לנגנב ללא כל תמורה, ויחזור למעמדו הקודם כנושה של הגנב (שולחן ערוך, שם, סעיף ו). הנימוק שניתן לכך בתלמוד הוא שההלוואה לא ניתנה לגנב בהסתמך על הנכס הגנוב (בבא קמא, דף קטו ע"א). דברים אלו הולמים את עניינו של הנושה הכספי אשר לא הוכיח כי בעת העמדת האשראי הסתמך על מצג כוזב לפיו הנכס הנדון הינו חלק ממסת נכסיו של הלווה. מאותו הנימוק, סוברים רוב הפוסקים שאין להעניק הגנה זו בעסקת מתנה

(ראה ש"ך, שם, סימן שנו, ס"ק ד; שו"ת מהר"ם אלשיך, שם; ז' ורהפטיג, שם, בעמ' 148). היות והמקבל לא שינה את מצבו לרעה ממצבו טרם קבלת המתנה.

בהמשך, למדו שרעבי וסיני את יחסיות זכות הבעלות, מדינה של אשה נשואה בעלת נכסים משל עצמה, אשר ניתנה לה נאמנות לפעול בנכסי הבעל (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סב). בעניינה של אישה זו נפסק שטענה כנגדה שאין הנכסים הללו באמת שלה אלא של הבעל עקב נאמנות, לא תתקבל. מכאן, נראה שניתן להסיק שאם האשה טוענת כנגד נושה שלה שהנכסים הם של הבעל, דהיינו שאלו נכסי נאמנות, היא תהיה נאמנת ואין בעצם רישום השטרות והנכסים על שמה כדי לפגוע בנהנים של נכסים אלו. בסכמם סוגיה זו, מציינים שרעבי וסיני כך: 'נוכחנו לדעת אפוא, שאף שיש חשיבות רבה לפומביות מצב הנכסים, במסגרת ההגנה הניתנת לצדדים שלישיים שנקשרו בעיסקה עם צד חייב או שנכסיו משועבדים, הרי שבמקרה של נכס מקרקעין או שמדובר בהענקת הגנה לנושה ההלכה נוקטת גישה מצמצמת.' (שם, סוף פסקה ד). בין מסקנותיהם, נמנו המסקנות הבאות: 'אף שיש לראות ברישום בפנקס המקרקעין ראייה לכאורה לגבי הבעלות בנכס משקלה יהיה נמוך לדעת הסוברים שאין היא תנאי להעברת הזכות הקניינית. אף לדעה הרואה ברישום פעולה קניינית עדיין דינו של שטר המכר כהתחייבות תקפה, ויש לפעול על פיו. גם אם היינו קובעים שלנאמן בעלות מלאה בנכסי הנאמנות, הרי שההתחייבות כלפי הנהנים ע"פ הסכם הנאמנות קודמת להתחייבות לנושה. כמה מהאחרונים סוברים מדובר בשלב מוקדם בו קיימת רק תביעה לעיקול בגין חוב וכנגדה קיימת תביעת בעלות מוקדמת, החייב יהיה נאמן לטעון שהמקרקעין אינם שלו, אף שכפי שהדברים נראים הוא מוחזק בהם כבעלים. כאשר אין דבר ההכרחי מוכח מהנסיבות אין להניח שהחייב העביר את הנכסים כדי להתחמק מתשלום חובותיו. תקנת השוק בגניבה אינה חלה על נכסי מקרקעין. תקנת השוק אינה חלה לשם הגנה על נושה. אף אם הנושה היה מעקל בפועל את הנכס היה עליו להשיבו לבעלים המקורי. הצגת הסכם נאמנות עשויה להוות תמיכה טובה בטענת הנאמן שאין הנכס שלו, למרות הרישום הסותר.' (שם, פסקה ו')¹⁰⁸.

כפרשה אחרת עלתה השאלה האם ניתן לחייב את המעביד (בית חולים הדסה) בנזק שנגרם לעובדת, שנחשפה לחומרים כימיים מסוכנים בהם השתמשו במעבדה הגניטלית בה עבדה, עקב היעדר אורור תקין ומתקני בטיחות. השופט יוסף שפירא חייב את בית החולים בסכום של כמיליון ש"ח.¹⁰⁹ במסגרת הדיון על היקף האחריות של המעביד לבטיחות של עובדיו, והאם הדבר נכנס לגדרי התרשלות או הפרת חובה

108 שם, פסקאות 30–35.

109 ת.א. (י"ם) 7078/05 ח.ל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פורסם בנבו (13.8.09).

חקוקה על פי המשפט הישראלי,¹¹⁰ מייחד השופט שפירא – כדרכו – פרק לעמדת המשפט העברי, אשר בו מתבסס הוא על חוות דעת של ישמ"ע, וכך הוא כותב:

"הגם שההלכה מכירה בכך שעבודה טומנת בחובה סיכונים, אין בכך כדי להפחית מחובתו של המעביד והעובד לצמצמם. הרב מיכאל אדרעי וד"ר יובל סיני בחיבורים, חיוב מעביד בנזקים שנגרמו לעובדיו, ... [הם] מציגים את הדעות השונות במקורות ליסוד חיוב המעביד, כפי שנאמר בהגהות הרמ"א, שולחן ערוך חושן משפט: 'מי ששולח חבירו בעסקו ונתפס, יש האומרים דאם הלך בשבילו בחנם חייב לפדותו, דהוי ליה עליו כשואל שחייב אונסין ויש חולקין' (שם, סימן קעו, סעיף מח). הדעה הראשונה (מכח חובת השמירה של המעביד) הינה שיטת המרדכי בבבא מציעא, הסובר כי על המעביד ישנה חובת שמירה ביחס לגופו של העובד. אם העבודה נעשתה בחינם חלים על המעביד חיובי שואל, ואם בשכר יחולו עליו חיובים של שוכר הפטור מן האונס וחובתו פחותה. על דעה זו ישנן הגבלות. הדעה השניה (מכח פיצויי הסתמכות), הפוטר, הינה מדעת הרשב"א (שו"ת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן סימן כ') כדלקמן:

'שאלה: מי שהגיע לו הזיק בממון שלו, מחמת שליחות שולחו, או שהעלילו עליו מחמת השליחות, והפסידוהו ממון. אם על המשלח לשלם לו נזק, אם לא...תשובה: אין המשלח חייב בתשלומי נזק השליח. שלא מצינו תשלומי נזק, אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו, האי כדנייה. ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן. כלומר: לפי שפשע בנזקו בשמירת ממונו. אבל בנזק שהגיע לשליח, מה הזיק המשלח, ומה הגיע לו מחמת פשיעתו?'

כן מפנים אדרעי וסיני לשו"ת מבי"ט חלק ג' סימן קנו שנשאל: 'שאלה: ראובן שלח את שמעון שיקנה לו בית ידוע מגוי והלך שמעון ונתפטר בסך מעות ובין כך וכך נתחרט ראובן מלקנותו והגוי הוליד את שמעון לערכאות... ועתה תובע השליח ההפסד שהגיע לו מראובן. וענה:

'נראה לי כי מה שכתב הרשב"א שאין המשלח חייב בתשלומי נזק השליח היינו כשהזק שלא מחמת המשלח ולא מסבתו... וכן נראה מלשון הרשב"א שכתב אבל בנזק שהגיע לשליח מה הזיק המשלח והיינו בנזק שהיה אפשר להגיע גם כן לשליח אעפ"י שלא היה שלוחו אבל בנזק והפסק שהגיע לשליח בסבתו כי הני גווי יהיה חייב שהוא כמו פושע לשליח'. (שם, 6). דהיינו המעביד חייב אם הנזק נגרם בפשיעתו. אולם מתשובה אחרת של המבי"ט ניתן ללמד כי אין החיוב מבוסס על פשיעתו של המעביד, אלא מעצם

110 ראו במיוחד שם, פסקאות 17-19 (התרשלות), פסקאות 20-22 (הפרת חובה חקוקה).

העובדה שהנזק נגרם מן העבודה, דהיינו מקור החיוב היינו דיני הערכות – פיצויי הסתמכות.

אדרעי וסיני מציינים כי כמה מן האחרונים חלקו על חידוש של המב"ט (הש"ך בחושן משפט, שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא – אורח חיים סימן לד). בנסיון ליישם בין הדברים מציינים אדרעי וסיני כדלקמן: 'אין כאן הסתמכות כלל וכלל, ואדרבה: ההיפך הוא הנכון, שהרי העובד יודע כי המעביד מכניס אותו לסיכון, ועל דעת כך הוא עובד וכיצד יטען לנזקי הסתמכות. כך גם בתשובת הנודע ביהודה אין כל מקום לנזקי הסתמות, שהרי המקרה בו דן הוא כדלהלן: על דבר שאלתו על הסיבה ומקרה שקרה לו שישיש אחד בקש ממנו שיתן לו סחורות ללכת אל מקום קרוב ואשתו מחתה ביד הזקן כי הוא כח זקן והדרך הוא משובש בגייסות, והוא הפציר וביקש מאוד שיתנו לו הסחורה ועפ"י הפצרת הזקן נתן לו הסחורה והלך ונהרג בדרך ובא לשאול אם צריך תשובה וכפרה. גם במקרה זה לא זו בלבד שהסכנה הייתה ידועה לעובד, אלא שהעובד הוא זה שהיה מעוניין בנטילת הסיכון, וכיצד הוא יכול לטעון שהסתמך על דברי המעביד. ואולם במקרה בו העובד יכול היה להניח כי המעביד פועל ע"פ חוק, הרי שיוכל לטעון כי סמך על דבריו ולדרוש פיצויי הסתמכות כדברי המב"ט. כמובן שחובתו של המעביד לשמור על סביבת עבודה בטוחה, היא חובה חוקית והלכתית, ומעוגנת במצוות התורה 'ולא תשים דמים בביתך'. חובה זו אינה ניתנת להתניה ואינה נתונה למשא ומתן בין הצדדים. אף על פי כן אם העובד ידע כי המעביד אינו פועל ע"פ חוק ודין, לא יוכל לדרוש פיצויי הסתמכות ממעבידו"¹¹¹.

לאחר תשתית זו, מציג השופט שפירא את עמדת המשפט העברי ביחס לחיוב על פי דיני הנזיקין, באופן הבא:¹¹²

"הרב רצון ערוסי, תחומין כרך כ"ו, 3281, נוטה לחייב בעילת חיובי מזיק משני טעמים:

א. אם המעביד הורה ישירות לעובדו להיכנס לתוך הסכנה הרי שנזק זה אינו מוגדר כגרמא אלא כגרמי.

ב. אם העובד ניזוק ע"י חומרים של המעביד, הרי שניתן לחייב את המעביד מדין 'ממונו שהזיק' או מדין בור או מדיני אש, כל מקרה לגופו.

אולם שיעור החיוב במקור זה בפועל היינו מצומצם, שכן ראש נזק זה הינו זניח, וכן מן הטעם בזמן הזה שאין דיינים סמוכים, לא נהוג כלל לחייב על נזק אלא רק ריפוי ושבת (ראו שולחן ערוך חושן משפט סימן א').

111 שם, פסקה 45 לפסק הדין.

112 שם, פסקאות 46-47.

'כאשר אדם מזיק בגופו אדם אחר הוא מתחייב בחמשה ראשי נזק: נזק, [ירידת הערך של האדם, 'רואים כמה עבד נמכר בשוק'] צער, ריפוי, שבת ובושת. חוץ מחיובי 'נזק' שאר החיובים [צער ריפוי שבת ובושת] הם יחודיים לאדם שהזיק לאדם'.

אם נגדיר את החומרים המזהמים כבור או אש, אין לכך שום משמעות מבחינה מעשית. גם אם נחייב אם המעסיק מדין 'אדם המזיק', כאשר הנזק הינו נזק ב'גרמי' ולא ב'גרמא', נתקל בבעיה זהה שכן לדעת רבים מן הפוסקים גם דינא דגרמי מחייב רק בנזק ולא בד' דברים.

אדרעי וסיני סבורים כי דבריו של הרב ערוסי נראים כמפורשים בדברי הגמרא, וטענותיו כי ניתן לחייב את המעביד מדין 'ממון המזיק' או 'גרמי' גם הם מפורשות. אולם טענתם הינה כי החיוב מוגבל מפורש גם הוא. הגמרא דנה באדם שהעמיס על סבל יותר מן הראוי והסבל הוזק, הדין הוא שהמעביד חייב על כך. שואלת הגמרא, מדוע חייב המעביד הרי הסבל הוא בן דעת ויכול היה לראות שהמשקל כבד מדי? ומתרץ הרב אשי שיתכן שהסבל לא הבין שהמשא כבד ותלה את הכובד בחולשה זמנית שתקפה אותו. משמע שהמעביד חייב על כך שואלים הראשונים מדוע לחייב והרי אין כאן נזק בידים, ואין זה אלא נזקי גרמא?

וכתב הריטב"א על אתר: 'ואם תאמר מכל מקום הוא הטעה את עצמו ולמה יהא חייב זה עליו? יש לומר מפני שהוא גרם לו הטעות שהיה סבור שאמר לו אמת, וכיון שעל פיו ועל סמך שלו ניזוק הרי זה גיריה כמראה דינר לשלחני ואמר לו שהוא יפה ונמצא שאינו יפה וכן כל כיוצא בזה'.

כלומר, דעת הריטב"א שיש חיוב מדינא דגרמי, ממש כדברי הרב ערוסי, ואשר לחיוב מדין ממון המזיק, מבואר בדברי האור שמח: 'הרמב"ן הקשה, תמיהני וכי שומר הוא על גופו שמשלם לו כו', וא"ת שנזקי אדם הן, תימה הוא, דהא לאו מכחו אתי ליה נזק, ואפילו הטעינו הוא, ולא אדע קושייתו, הא ממונו הוי, והוי כאבנו סכינו ומשאו דלא אפקרינהו דבין לרב ובין לשמואל חייב'. (הלכות שכירות, פרק ד' הלכה ז').

אם כן נראה כי לדעת הריטב"א ניתן לחייב מדין 'גרמי', ולאור שמח מדי 'ממון המזיק'. לדעת אדרעי וסיני המשמעות המעשית של הדברים מצומצמת למדי. על דברי הגמרא כתב הטור בשם הרמ"ה: 'ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה בידים'.

האחרונים על השולחן ערוך ביארו שהסיבה לאי חיוב ד' דברים הוא מכיון שמקור החיוב הוא בדינא דגרמי או בממון המזיק וזה כדברינו שאמנם יש חיוב מדין ממון המזיק אולם לחיוב זה אין הרבה משמעות ממשית. הדברים מסוכמים על ידי המחברים, בזו הלשון: א'. לא ניתן לחייב מעביד מדין שומר.

ב. אם הייתה הסתמכות של העובד, כלומר שיכול היה להניח כי המעביד שומר על תיקני הבטיחות הראויים, יש לחייב המעביד לשלם פיצוי הסתמכות [מדין ערב].

ג. יש מקום לחיוב נזיקי מכח 'ממון המזיק' או 'דינא דגרמי' אולם האפשרות לחיוב נזיקי בהיקף גדול הוא מוגבל למדי' (שם, 9)."

בפרשה אנושית וכאובה של גורלם של נעדרי קרב "סולטן יעקב" במלחמת לבנון, ראה לנכון השופט שפירא להתבסס בפסק דינו¹¹³ על המשפט העברי, בשתי נקודות חשובות. תחילה, הועלתה השאלה האם רשאי היה הרב הצבאי הראשי לקבל החלטה לאחר שהתייעץ עם אחרים, ולטענת התובעים, הקים בית דין ללא הסמכה בחוק. תשובת הנתבעים הייתה, כי ההחלטה המחייבת היא של הרב הצבאי הראשי וכי אין מדובר בבית דין במשמעותו המשפטית אלא בהתייעצות מותרת. בעניין זה, כותב השופט שפירא כדלקמן:

"מעבר לכך, במאמר שהתפרסם לאחרונה בבטאון 'עורך הדין' של לשכת עורכי הדין בישראל, גליון 4 יולי 2009, שנושאו 'זכות ההיוועצות של היושבים בדין', סוקר דוד חשין (להלן: 'חשין') סוגיה זו.

המחבר מציין, כי בעוד שלדברי פרופ' קארל לוולין האמריקאי בספרו The Common Law Tradition: Deciding Appeals..., בדומה למלכים ונשיאים, כך גם שופטים מצאו צורך תמידי להיוועץ בגורמים חיצוניים, בארץ הפסיקה שונה ...

יחד עם זאת יש לבדוק את מהות הנושאים ומיהות המייעצים. חשין מתייחס, בין היתר, לעמדת המשפט העברי בציינו: 'המשפט העברי מטיל חובה על דיני המותב לקיים התייעצות ביניהם (משנה, סנהדרין ד, א; ה, ח). ההתייעצות על-פי המשפט העברי נושאת אופי של מעין משא ומתן תלמודי, שבמהלכו מציגים כל הדיינים את דעותיהם ואת נימוקיהם על דרך השקלא וטריא, והתוצאה נקבעת לפי דעת הרוב. יתר על כן, המשפט העברי מחייב את הדיינים בהתייעצות לא רק בתוך המותב כי אם גם מחוצה לו, כפי שניתן ללמוד מהמובאה הבאה מתוך ערוך השולחן, חו"מ, יג, יא: 'אם הוצרכו הדיינים לשאול שאלה בדין זה שיושבים יכולים לשאול באיזה מקום שירצו ואין צריך דעת הבעלי דין בזה והמשיב ישיב להדיינים ולא להבעלי דינים דבעינן (שצריכים – ד' ח') שיהיו הבעלי דין עומדים וטוענים לפני הדיינים שפוסקין הדין ולפני המשיב הלא לא טענו ... אלא שהדיינים מסתפקים (מתלבטים בספקות – ד' ח') ושואלים לחכם גדול מהם הדין או היושר אם כן מה להם להבעלי דין עם זה החכם הנשאל ... דומה, כי גישתו של המשפט העברי לשאלה של התייעצות שופט,

113 ת.א. (י"ם) 8036/06 כץ נ' מ"י, פורסם בנבו (14.9.09) (להלן: עניין כץ).

הקרובה בפיו 'הוראה', היא המרחיבה ביותר וגם הקיצונית ביותר, כי לא זו בלבד שהיא מתירה את היועצות השופט בגורם חיצוני אלא מחייבת אותה; ולא עוד, אלא דיין שאינו מתייעץ ברבו או בחכם גדול ממנו, ובוחר במקום זאת להסיר ספקותיו על ידי הסתמכותו על הלכה פסוקה, הריהו בבחינת 'תוקע עצמו לדבר הלכה' (יבמות קט, ב), שעליו נאמר שהוא 'כלל הרשעים שלכם גם בהוראה' (הרמב"ם, סנהדרין, כ', ח). ברם, יש לשים לב, כי הדברים אמורים רק לגבי התייעצות עם רבו של הדיין או עם חכם הלכה הגדול ממנו בתורה. (שם, 40).

מטבע הדברים, ובהינתן שהסמכות הוקנתה לקצין ולא לשופט, ובמקרה דנן הרב הצבאי הראשי, מחליט הקצין, בין היתר, על פי ההלכה (ראו להלן). חשין מבחין בין התייעצות בשאלה משפטית לבין התייעצות בשאלה שהיא כולה בסמכותו של השופט: 'שאלה פתוחה היא, במשפט הישראלי, אם רשאי השופט להתייעץ ('מאחורי הקלעים') עם מלומד בתחום המשפט, בשאלה משפטית צרופה. דומה כי גם אלה הגורסים כי התייעצות כזו מותרת, אינם מרחיקים לכת עד כדי התרת התייעצות בשאלות המסורות לשיקול דעתו השיפוטי של השופט'. (שם, 41).

ומהו הטעם המונע שופט מלהתייעץ בגורמים חיצוניים למשפט שלפניו? מבלי להיזקק לשאלה, באיזה היקף ובאילו תחומים נועץ הרבצ"ר בחבריו הרבנים, הטעם הינו שבשיטתנו אין לקבל דעה חיצונית עקב העובדה כי לא היה בידי הצדדים לבקרה. ובעניינינו, ההרכב ניצב כולו בגלוי. לא היו התייעצויות סתר. ממילא כפי שציינו לעיל, קיימת חובה במשפט העברי להיוועץ ברבנים גדולים ממך, וודאי שאין פסול בהיוועצות ברבנים אחרים.¹¹⁴

לאחר הבאת מקורות מן המשפט הישראלי, לפיהם רשאי שופט להתייעץ עם עוזריו,¹¹⁵

114 שם, פסקה 10 לפסק הדין.

115 וכך כותב השופט שפירא, שם, שם, ביחס לעמדת המשפט הישראלי בעניין זה: "כן נפסק כבר בשיטתנו כי יוכל שופט להיוועץ בעוזרו המשפטי וכן במתמחה אף בעניינים הנוגעים לתיקים שלפניו, ולהכרעה בכל סוגיה בתיק שלפניו. וכדברי הנשיא (בדימוס) א' ברק...: 'לרבים מהשופטים יש מתמחים. הם כלי עזר לשופט. הוא נותן בהם אמון. הם מקיימים את האמון שניתן בהם. מותר לו, לשופט, לשוחח על המשפט שבפניו עם המתמחה (כמו גם עם חבריו השופטים), ולגלות לו את עמדותיו הלכאוריות. לעתים המתמחה משמש כאוזן קשבת, וכמעין תיבת תהודה (sounding board) לרעיונותיו של השופט. לא פעם נחשף המתמחה לרעיונות 'אפויים למחצה' ולתוצרים הגולמיים של ההליך השיפוטי. על המתמחה לסייע לשופט. על המתמחה לשמור את שנודע לו בלשכת השופט טמון בליבו פנימה. אסור לו להוציא מידע זה מחוץ לכתלי הלשכה. אלה הם יחסי האמון בין שופט למתמחה'. ...דברים דומים נאמרו על ידי אהרן ברק בספר 'עושה הכובעים'... הן בקשר להתייעצות בין שופטים לבין עמיתיהם וכן בהסתייעות במתמחים. בהשיבו לשאלה זו, ציין: 'זוהי דרכה של יצירה אנושית' ... ובהמשך: 'לפעמים המתמחה היה מכין תזכיר, שעזר לי לכתוב את פסק הדין'...".

מציב השופט שפירא את הבעיה באופן הבא: ¹¹⁶ "האם קיים הבדל בין התייעצות שופט עם עמיתו או עם מתמחה לבין היוועצות הרבצ"ר עם חבריו 'הדיינים'? מבחינה עיונית, יכלה להיווצר בעיה, אם הייתה מתקבלת החלטה לחלוט את מעמדו של יהודה כחלל ברוב קולות כאשר דעת המיעוט הייתה זו של הרבצ"ר, היינו אם היה מעניק הרבצ"ר לדיינים סמכות להכריע בסוגייה הגדולה מסמכותו שלו, אולם מצב זה שונה מהמצב שלפנינו. בעניינינו, הסביר הרבצ"ר כי לא היה מותב זה בית דין כמשמעותו ברגיל, אלא מותב בו יכל להיוועץ טרם קבלת החלטה". לאחר שמובאים בגוף פסק הדין דברי הרב הראשי הצבאי, הרב וייס, בחקירתו הנגדית – שלא ראיתי צורך לצטטם כאן (והרוצה ימצאם בגוף פסק הדין) – מסקנת השופט שפירא הינה זו:

"מהטעמים הללו אני סבור, כי אין פסול בהקמת מה שמכונה בית הדין 'רכס הרים', שכן אין הוא בית דין כמשמעותו בדין. משכך אין פסול בהתייעצויות שקיים הרבצ"ר עם חבריו, המותרות לפי ההלכה, ואינן אסורות לפי הדין המינהלי. מסקנתי הינה כי קביעת הרבצ"ר כי יהודה נפל חלל נובעת מכוח סמכותו ומכוחו בלבד. היוועצותו ב'הרכב' הרבני אינה מקעקעת את סמכותו להכריע בסוגיית מעמדו של יהודה. טענת חוסר הסמכות נדחית אפוא."¹¹⁷

הנושא המרכזי בפרשה זו היה כיצד ניתן להוכיח מותו של אדם, בכלל, ובאירוע של קרב, בפרט. השופט שפירא, שראה, כך מסתבר, בתיק זה עניין רב חשיבות, פנה לישמ"ע וביקש חוות דעת מעבר לחומר הרב, כעולה מפסק הדין, שהוגש בפניו. בפסק הדין, תחת הכותרת "גישת המשפט העברי", מובאת בהרחבת מה חוות דעת זו, תוך השוואתה לחומר שעל פיו פסק הרב הראשי, הרב וייס, את מה שפסק. וכך נכתב בפסק הדין:

"מבלי לגרוע מכבודו וכן מקביעתו של הרבצ"ר, המבוססת על ההלכה, כאמור לעיל, נפנה אף לדעתם של המלומדים הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני ... בעקבות פנייתי למרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) ... מרביתו של הדיון ההלכתי ברף הראיתי הנדרש לקביעה כי פלוני הינו חלל נערך בהקשר של התרת עגונות. הכלל המנחה בסוגיה הוגדר ע"י הרמב"ם כך: '...שואלין אותו היאך ראית ובמה ידעת שמת, אם העיד ברור נאמן, ואם העיד בדברים שרובן למיתה אין משיאין את אשתו, שאין מעידים על האדם שמת אלא בשראוהו שמת ודאי ואין בו ספק.' (משנה תורה, גירושין, פרק יג, הלכה טו). דהיינו, לא די בכך שרוב הסיכויים מצביעים על כך כי פלוני מת, אלא שדרוש כי הראיות יעידו כי פלוני מת בוודאות. ישנה חשיבות יתרה לקביעה באם פלוני נשוי, היות ואין רוצים להתיר לנישואין אשה שבעלה חי. עם זאת, רף ראיתי

116 עניין כן, לעיל הערה 113, פסקה 10.

117 שם, פסקה 10.

גבוה מדי, עלול, מחמת הספק שבעליהן בחיים, להשאיר נשים רבות עגונות. פתרון ההלכה בהקשר של דיני עגונות, מחמיר מחד גיסא את רף ההוכחה הנדרש, כפי שנאמר לעיל, ומאידך גיסא, מקל מבחינת קבילות הראיות. ראיות שאינן קבילות לצרכים אחרים, קבילות לצורך ההכרעה כי פלוני אינו בחיים. הפסיקה ההלכתית מכילה את הרף הראייתי האמור, גם בתחומים שכלל ניתן היה להסתפק ברף נמוך יותר, לדוגמא דיני אבלות. כך למשל, אשה עגונה תתאבל על בעלה, רק בהתמלא הרף הראייתי היא להתייר (ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שעה, סעיף ז). עם זאת, כאמור, הלכה היא, כי לעניין הנטל הראייתי קיימת הרמוניה, דהיינו: בהינתן כי ניתן להרים נטל ראייתי סטטיסטי כי נעדר אינו בחיים, אך עם זאת ההוכחות לא עומדות בנטל המחמיר עליו מדובר בהקשר של עגונות, לא תתאבל אשה על בעלה ולא תותר לנישואין, אלא שהנטל הראייתי, גם בהתייחס לדיני אבלות, יוחמר. 'וזה הכלל, כל עדות שמשאיין האשה על פיו קרובים מתאבלין עליו' (רמב"ן, תורת האדם, שער האבל, ענין שמועה וליקוט עצמות, אות צז). ...

במקרה דנן, עסקינן בנעדר רווק. האם במקרה כגון זה שלפנינו יש סיבה להותיר על כנו את הרף הראייתי המחמיר? הפוסקים חלוקים. ישנם רבים הסוברים, כי במקרה שכזה ניתן לנהוג על פי אבלות, אם, על פי עדות, ניתן היה להניח שהנעדר החזיר נשמתו לבורא, על פי הסתברות סטטיסטית גרידא. כלשון הרב צבי הירש אשכנזי: 'אבל בשאיין לו אשה כלל כשהדברים קרובים למיתה קרוביו מתאבלים דבכל התורה אזלינן בתר רובא לבד מאשת איש דאחמור בה רבנן לכתחלה' (שו"ת חכם צבי, סימן כא). ...

אם כן, ישנו בסיס הלכתי לקביעת מוות על פי נטל ראייתי שאינו מוחלט. בהקשר זה יש לציין כי ההלכה מתייחסת לאפשרות כי ההרוג לכאורה, 'יבוא ברגליו' לאחר שנפסק אף בהתאם לרף ההלכתי, כי הלה חלל (ע"פ בבלי, בבא קמא עד, ע"ב, וכן שולחן ערוך, סעיפים נו – נח). מכאן ניתן להסיק, כי הנטל, אותו יש להרים בכדי לקבוע כי נעדר הינו חלל, אינו ראיות שאין ספק בהן.

הקביעה כי יהודה מצא את מותו לפני עשרים שנים, נסמכת על כמה ראיות נסיבתיות, דוגמת הראייה כי באם יהודה היה בחיים זמן רב כל כך, היה יוצר קשר, אם יכול היה, ואם היה מחזיק בו ארגון טרור, היה זה יוצר קשר בכדי לקבל תמורה בעבורו. גם בהיבט זה חלוקים הפוסקים ההלכתיים. יש לציין כי הדעה הסוברת כי בחלוף זמן יש להקטין את הנטל הראייתי (דעת ר' אליעזר מורדון, ראה מרדכי, יבמות, פרק האשה בתרא, סימן צב), נדחתה בהלכה. אך עם זאת, בעת האחרונה, התייחסו לחזקה לפיה הנעדר ייצור קשר בכובד ראש. שימוש בסברה זו, למשל, נמצא בהיתרי העגונות באסון מגדלי הסחר העולמי שפקד את העיר ניו-יורק (ראה את דברי הרב זלמן נחמיה גולדברג, וכן את

דברי הרב עובדיה יוסף 'היתר עגונות מ'מגדלי התאומים' בניו יורק' תחומין כז (תשס"ג) 97–110).

כן בהקשר זה, יש לציין את דעת הרב גורן העומד על כך שבמלחמות בעת החדשה השימוש בשבויי מלחמה הוא לשם מיקוח, כאמור, ומכאן כי חלוף זמן מעיד על מותו של הנעדר, ומסקנתו היא כי מדין תורה יש להתיר את אשת הנעדר (הרב גורן, משיב מלחמה, עמ' כב–כג). ...

בהקשר לקביעת מוות בהעדר גופה, והסתמכות על עדותו כגון זו של העד המרכזי על מצבו של יהודה בטנק, יהודה קפלן, ישנה התייחסות במקורות, כדלקמן: 'עד אחד אמר: ראיתי שמת במלחמה או במפולת או שנטבע בים הגדול ומת, וכיוצא בדברים אלו שרובם למיתה, אם אמר: קברתי, נאמן ותינשא על פיו. ואם לא אמר: קברתי, לא תנשא, ואם נשאת לא תצא.' (שולחן ערוך, סעיף לג).

דהיינו, כי אין לקבל עדות של עד אלא אם כן קבר את הנעדר באדמה (שאו אין ספק כי דמיונו אינו מתעתע בו), אך עם זאת, ישנם הסוברים כי עד שהיה לוחם בעת האירוע אין לפקפק בעדותו, שכן מאחר שאינו רשאי לעזוב את המקום הוא מתבונן כראוי בהרוג (שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ט)... ובעניינינו, כפי שציינתי לעיל, קפלן התנהג בצורה אחראית ושקולה אף באופן יחסי לחייל מן המניין, וזאת על אף המתח והחרדה בהם ודאי שהיה מצוי. אנו רואים, אם כן, כי אף בפן ההלכתי, פסיקתו של הרב וייס נשענת על יסודות מוצקים, ולכל הפחות מצויה היא במתחם הסבירות, ואין לסבור כי הרב וייס פסק 'יש מאין'." ¹¹⁸

בפסק דין שעסק, בין היתר, בעניין פיצויי נזיקין, כתב השופט שפירא, בין היתר, כדלקמן:

"בערבו של ראש השנה, אציין כי גם על פי עמדת המשפט העברי חייב המזיק בתשלום פיצוי בגין צערו של חברו. ה'צער' הינו אחד מחמשת ראשי הנזק שנדרש אדם שחבל בחברו לשלם, כאמור במשנה: 'החובל בחברו חייב עליו משום חמשה דברים: בנזק, בצער, ברפוי, בשבת ובבשת.' (משנה, בבא קמא, פרק ח, משנה א). על אף זאת, שיטת החישוב של הערך הכלכלי של ה'צער', שונה בתכלית משיטת החישוב המקובלת במשפט הישראלי.

בחוות דעת בעניין דרך חישוב הפיצויים על ראש נזק של כאב וסבל, שפרסם המרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית נתניה, דנו הרב עו"ד ירון אונגר וד"ר יובל סיני בשוני זה. מסקנתם הינה, שעל פי המשפט העברי הערכת השווי הכלכלי של הכאב והסבל נעשית בהתאם להערכת הסכום שהיה הניזק

118 שם, פסקאות 32–35.

מוכן לשלם על מנת למנוע את הסבל או לחילופין, על מנת להסיר מעליו את הסבל, כאשר הערכתה זו נעשית בהתאם למדדים אובייקטיביים בלבד. כמו כן, הפיצוי בגין הצער ניתן אך ורק בגין סבל פיזי, ולא סבל נפשי (אלא אם כן מדובר ב'בושת') ובקביעתו יש לקחת בחשבון גם את הסבל העתידי. יחד עם זאת, יש לתת משקל גם לעצמת הכאב ולפגיעה האסתטית הכרוכה בחבלה.¹¹⁹

בפני השופט שפירא התעוררה שאלה של קביעת אחוזי נכות מדוייקים של נכה צה"ל והאם ניתן "לעגל" את אחוזי הנכות, ובלשונו: "כיצד יש לעגל את שיעור הנכות המשוקללת כאשר היא כוללת חלקי אחוזים?"¹²⁰ גם בעניין זה פנה השופט שפירא לישמ"ע וקיבל מהם חוות דעת, ועל פיה הציג את "עמדת המשפט העברי בשאלת עיגול אחוזים",¹²¹ כדלקמן:¹²²

"האופן בו נדרש המשפט להתייחס לקביעות מספריות שאינן שלמות, איננה סוגיה חדשה ועיון במספר סוגיות במשפט העברי מעלה כי שאלת עיגול האחוזים מוכרעת לא רק על פי הכללים החשבונאיים אלא גם מתוך ראייה ערכית של מהות הסכסוך והצדדים לו.

מתוך חוות דעתם של הרב עו"ד ירון אונגר וד"ר יובל סיני, מהמרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית נתניה, בנושא 'עיגול סכומים במשפט העברי' (להלן: 'חוות דעת ישמ"ע'), למדים אנו כי כאשר נדרשו חכמי ישראל להכריע בסוגיה העוסקת ביחסים שבין האדם לקונו, קביעת השיעורים לקיומה של חובה דתית, הועדפה הדרך המחמירה.

דוגמא לכך הינה הקביעה ההלכתית בעניין שיעורם של חמשת השקלים המשמשים לפדיונו של הבן הבכור. בעניין זה ציינו אונגר וסיני כך: 'השווי המדויק של חמשת הסלעים הוא תשעים וששה גרם כסף, וחמש עשרה מאיות הגרם (שיעורי תורה (נאה) עמוד פב). למרות זאת, הלכה למעשה, רבים מן הפוסקים קבעו שיש לפדות את הבן ב – 100 גרם כסף צרוף דווקא, וזאת מחשש שמא אם יחושב ערכם המדויק של חמשת הסלעים, מאחר שהמספר אינו שלם, עלולים אנשים להתבלבל בחשבון, ותצא תקלה מתחת ידם (ראו שו"ת יחוה דעת חלק ד, סימן נד). (שם, ע' 2).

דוגמה נוספת היא ההלכה בעניין איסור הקפת פאות הראש, ראו שם.

מנגד, כאשר מדובר על סכסוך עסקי או אישי בין אדם לחברו, אזי נקבע כי גם חלקי השלם מהוים זכות שאין לפגוע בה. כך סיכמו אונגר וסיני בחוות

119 ת.א. 5324/03 א.ס.נ' ד"ר מן, פורסם בנבו (7.9.10), פסקה 203 לפסק הדין.

120 דברי הפתיחה בפסק הדין בתיק ע"ו (י"ם) 10-10-62364 ירחי נ' קצין התגמולים, פורסם בנבו (3.3.11).

121 שם, הכותרת לפני פסקה 17 לפסק הדין.

122 פסקאות 17-18 של פסק הדין הנ"ל.

דעת ישמ"ע, את הדיון בשאלת הדין בסוגיית השיעורים בדיני האונאה: 'אפשר שהסיבה לכך שרבים מן הפוסקים מסתייגים מהצעתו של המגיד משנה היא, שבניגוד לעיקרון 'לחומרא לא דק', כאשר אנו דנים בעסקה דו צדדית, עיגול הסכום עלול לפגוע באחד מן הצדדים. אם נקבע ששיעור האונאה הוא 10 שקלים, ייצא שבמקרה ששולם עבור הנכס מחיר הגבוה או נמוך משוויו ב-9 שקלים בלבד, לא ניתן יהיה לבטל את העסקה או לדרוש השבת הפער שבין המחיר ששולם לשווי הנכס. אם הסבר זה נכון, נוכל להסיק עיקרון כללי ולפיו, בתביעה אזרחית, אין לעגל סכומים משום שבכך פוגעים בהכרח בזכויותיו של אחד מן הצדדים.' (שם, ע' 3).

באם נידרש להשליך מקביעות אלו ביחס לסוגיה דנן, אני סבור כי קבלת הטבות וזכויות מקופת המדינה בגין נזק אשר נגרם לנפגע בעת ששירת את המדינה, דומה יותר לקביעת ההלכה ביחס לפן האזרחי, ויש לקבוע כי אין לעגל כלל. אולם אם ישנו צורך מנהלי לעגל את הנכות, אזי אין לפגוע בזכותו של הנפגע ואין להפחית אפילו חלק קטן של השלם משיעור נכותו.

3. ב. האם שימוש בחוות דעת של ישמ"ע הוא לגיטימי בשיטת המשפט הישראלי?

כפי שניתן לראות, השופט יוסף שפירא, כאשר חפץ הוא להביא את מקורות המשפט העברי, מתבסס, לא אחת, על חוות הדעת שביקש וקיבל מישמ"ע. באחד מפסקי הדין, עורר אחד הצדדים את הטענה, כי יש בכך פגם, והדבר אינו תקין.¹²³ על כך השיב השופט שפירא, בכותבו את הדברים הבאים:¹²⁴

"טענת המערערים בדבר היזקקות בית המשפט קמא לחוות דעת של מרכז ישמ"ע (הרב משה בארי וד"ר יובל סיני), דינה להידחות. אנמק. בית המשפט קמא בדונו בשאלה האם המורד זכאי לפירות נכסי אשתו ולמעשה ידיה, כתב: 'בחלק זה בפסה"ד, הסתמכתי בין היתר, על חוות דעת מאת הרב משה בארי והד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) שבמכללה האקדמית נתניה, ותודתי נתונה להם על כך' (שם, פסקה 32). ראשית יאמר, כי אין מדובר במינוי מומחה שהגיש לבית המשפט חוות דעת, או אז ייעשה הדבר לאחר מתן החלטה של בית המשפט. תקנה 258 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984 (להלן: התקנות), המצויה בפרק הדין בתובענות בענייני משפחה, קובעת: 'בית המשפט רשאי, אף שלא בהסכמת בעלי הדין למנות מומחה מטעמו, שיגיש לו חוות דעת בכל עניין הנוגע לענייני המשפחה'.

123 ע"מ (י"ם) 755/05 פלונית נ' פלוני, פורסם בנבו (6.12.05).

124 שם, פסקה 8.

עפ"י תקנת משנה (ב) רשאי בעל דין בתוך 7 ימים מיום המינוי להביא בפני המומחה מסמכים הנוגעים לענין.

כפי שעולה, הן מהמובאות עליהן הסתמך בית משפט קמא, והן מ'חוות הדעת' גופה, הרי שאין מדובר ב'חוות דעת' בענין הנוגע 'לענייני משפחה', אלא בקבלת אסמכתאות, דעת מלומדים והפנייה לפסיקה ומקורות משפטיים! פניה למקורות: סוגיות ה'מורדת', 'מעין מורדת', 'מורד' וכן ה'מעין מורד', נדונו בעיקר בבתי הדין הרבניים, ולרוב בהקשר של תביעות גירושין. מקורן הוא בדין העברי...

הפניה, איפוא, לפסקי דין רבניים (בקבצי פד"ר), ולמקורות המשפט העברי, אך טבעית היא. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 קובע: 'ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש, יכריע בהן לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'. יש הסוברים כי יש להגביר השימוש במקורות אלה. המחבר אהרן ברק בספרו 'שופט בחברה דמוקרטית'...מציין...כדלקמן: 'תורת החסר ... לא פותחה דיה בעבר. יש להגביר את השימוש בה ובאמצעים להשלמת החסר (היקש, מורשת ישראל). ... מקומו של המשפט העברי יתרחב אם המשפט העברי יילמד'. ...

לצורך פסיקתו, פונה איפוא בית המשפט למקורות שונים, ולרבות לספרות המשפטית, הן במקומותינו והן במרחקים, לצורך משפט משווה. אותן 'חוות דעת' הנכתבות על ידי מרכז ישמ"ע, הן ככל מקור משפטי, המקל על המבקש להתמצא בדין העברי, המלא כרימון, אף אם מביעים הם, את דעתם הם, בנסמך. (כך גם 'פרויקט השו"ת', של אוניברסיטת בר-אילן, החשוב אף הוא בהקשר זה). על כל פנים, במקרה שלפנינו, הדין העברי אינו בגדר מקור השראה או מקור להשלמת החסר, אלא הוא-הוא הדין המחייב במדינת ישראל. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, קובע כי יחול הדין האישי על מזונות בני זוג. וכפי שעילת החיוב מקורה בדין העברי, כך טענות ההגנה של הבעל (כגון: הכנסות האישה) תבוררנה על פי המשפט העברי, וכך גם תשובתה של האישה כי אין הוא זכאי לניכוי בגין מעשה ידיה עקב היותו מעין מורד, צריכה אף היא ביסוס על פי הדין האישי, קרי: המשפט העברי. 'חוות הדעת' של המרכז ניתנות לכל דורש, הן נגישות לכל מתעניין, ויש בהן עזר רב. לאור האמור, טענת המערערים בנושא זה נדחית בזאת.¹²⁵

125 לא למותר להזכיר, כי פרופ' סיני, בספרו, יישום המשפט העברי, שבמרכזו עומדות חוות הדעת של ישמ"ע, מביא, בהרחבה, את פסק דינו האמור של השופט שפירא (שם, בע' 52-54) וכותב לאחר מכן את הדברים הבאים: "הנה כי כן, פסק הדין החשוב של השופט יוסף שפירא מדגים את תרומתן של חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, ככל מקור משפטי, המקל על המבקש להתמצא בדין העברי, המלא כרימון". אין ספק כי כיום, לאחר פרסום חוות הדעת והעלאתן ברשת

ג. המשפט העברי בפסיקת השופט שפירא – הערכה

לאחר הצגת תוכנם של פסקי הדין והחלטות, בהן הביא השופט יוסף שפירא את מכמני המשפט העברי, ראוי להתחיל במיון כמותי ולאחר מכן בהצגת האיכות, המטרות, ובעיקר – התרומה לעולם המשפט.

ג.1. כמות

על פי דרכי המיון המדוקדקות של פרופ' יובל סיני, בספרו הנ"ל, נכון לעת כתיבת הספר (2009), נזקק השופט יוסף שפירא למשפט העברי בשמונה עשר פסקי דין¹²⁶ (מתוכם: שלושה כאיזכור אגב; שבעה כהשוואה; שניים הסתמכות ישירה; ארבעה דין אישי; שניים כאיזכור),¹²⁷ וזאת בכמות דומה לשופט יעקב-שווילי מחיפה. בכך הציב עצמו השופט שפירא, על פי הטבלה האמורה, כשופט השלישי-רביעי בארץ מבין השופטים המחוזיים, הנזקק למשפט העברי.¹²⁸ ככל שמדובר בשופט יוסף שפירא, מדגיש המחבר בספרו הנ"ל כי בית המשפט המחוזי בירושלים הוא הפורה ביותר (50%) מבחינת היזקקות למשפט העברי, וכי "השופט יוסף שפירא, תרם גם הוא תרומה נכבדה" [ההדגשה שלי – מ"ד].¹²⁹ המחבר, פרופ' יובל סיני, מוסיף ואומר, בפרק העוסק בשימוש בחוות הדעת של מרכז ישמ"ע, את הדברים הבאים:

"מתברר כי למעלה מ-43% מן השימוש האיכותי במשפט העברי בשנים הללו (2005–2007) 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 אחרים, ובראשם השופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים, שהתבסס על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע ברוב פסקי הדין שעשה בהם (נכון לסוף 2006) שימוש איכותי במקורות המשפט העברי (שמונה מתוך שלושה עשר פסקי דין)".¹³⁰ [ההדגשה שלי – מ"ד]

מחבר הספר מסיים את דבריו, ומזכיר כי מדובר במרכז שנוסד לפני ארבע שנים

האינטרנט, אכן תהיינה חוות [הדעת] של המרכז נגישות לכל מתעניין, שופט או משפטן וכל אדם משכיל, ויש לקוות שהן אף תהיינה ל'עזר רב', כדברי בית המשפט המחוזי.

126 סיני, לעיל הערה 12, בע' 45, בטבלה מס' 13, טור 6.

127 למשמעות הסיווג והחלוקה האמורה, ראו: שם, בע' 12–13.

128 "לפני" שני שופטים אלה, בטבלה האמורה, מופיע השופט ניל הנדל, עת כיהן בבית המשפט המחוזי בבאר שבע ואנוכי השופט דרורי.

129 סיני, לעיל הערה 12, בע' 49.

130 שם, בע' 51.

בלבד.¹³¹ ראוי לשוב ולבחון את נתוני ההיזקקות למשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בעוד שנים אחדות ולראות אם המגמה להגברה בשימוש במקורות המשפט העברי, בסיוע חוות הדעת של מרכז ישמ"ע נמשכת, אם לאו.¹³² מאחר והספר נכתב בשנת 2009, אך כולל חומר עד שנת 2006 בלבד, בדקתי אני את המצב באתר נבו, והגעתי למסקנות הכמותיות הבאות: השופט יוסף שפירא מזכיר את המשפט העברי בלמעלה משמונים פסקי דין והחלטות. מתוכן, הוא עשה שימוש במשפט העברי בהתבססו על חוות הדעת של ישמ"ע בארבעה עשר פסקי דין.

2.ג איכות

פרופ' יובל סיני התייחס לאיכות המשפט העברי בפסיקה, במאמר שהודפס בשנת תש"ע (2000),¹³³ ואשר יש בו היבטים נוספים, שראוי להזכירם, על בסיס הנתונים שכבר הובאו לעיל. המחבר, ראה לנכון להקדיש במאמר פרק שלם, שכותרתו היא:¹³⁴ "מאפיינים מרכזיים של השימוש שעשו שופטים אחדים במשפט העברי". וכך נכתב בתת הפרק הנושא את השם: "מאפיינים מרכזיים בשימוש של השופט יוסף שפירא במקורות המשפט העברי":¹³⁵

"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.^[136] מכאן יש להניח שמדובר רק בתחילתו של שימוש פורה ומעניין במקורות המשפט העברי ושהוא יהיה בבחינת מוסיף והולך^[137] בשנים הבאות. היזקקותו למקורות המשפט העברי מתמצה בעיקר בהשוואה והשראה (שבעה פסקי דין), אך, בשני פסקי דין, הסתמך ישירות על מקורות המשפט העברי,^[138]

131 שם, בע' 52.

132 שם, שם. בטוחני, כי במחקר הבא, התוצאות – לפחות ככל שהן נוגעות לכתיבת השופט יוסף שפירא – יוכיחו כי אכן הוגבר השימוש במקורות המשפט העברי, בהתבסס על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע.

133 יובל סיני "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנת 1994–2000: תמונת מצב עכשווית ומבט לעתיד" מאזני משפט ז (תש"ע) 355.

134 שם, בע' 399 ואילך.

135 שם, בע' 402–403.

136 אליבא דאמת, השופט שפירא מונה לתפקידו בחודש יולי 2003.

137 זו מטבע לשון מן המקורות, שיסודה במחלוקת בית שמאי ובית הלל ביחס לנרות חנוכה, שם התקבלה גישתו של בית הלל, לפיה ביום הראשון מדליק נר אחד, בשני – שניים, וכך עד היום האחרון – 8 נרות, כפי שאנו נוהגים היום; ראו: תלמוד בבלי, מסכת שבת, דף כא, עמ' ב.

138 הכוונה לפסק הדין בעניין סלובר, לעיל הערה 30.

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.^[139] מאפיין בולט בפסיקתו הוא העובדה שבשמונה מפסקי הדין שלו, שהם למעשה רוב פסקי הדין שעשה בהם שימוש איכותי במשפט העברי (שלושה עשר פסקי דין), הסתייע על חוות הדעת של מרכז ישמ"ע, המרכז ליישומי משפט עברי, שהציגו בהרחבה את העולה מדברי חכמי ההלכה בסוגיה שדן בה... 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,^[140] שיפוי על הוצאות הכרוכות על תרומת כליה,^[141] פיצויים נזיקיים על התעללות בעל באשתו^[142] ועוד. ואף כאן הסתייע בדרך כלל בחוות דעת של מרכז ישמע. 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.¹⁴³

ואכן, ניבוי של פרופ' יובל סיני כי השופט יוסף שפירא, הוא בבחינת "מוסיף והולך", בקטע שציטט לעיל, הגשים את עצמו. בעוד שבעת כתיבת הספר ובמאמר עשה השופט שפירא שימוש במשפט העברי בשמונה עשר פסקי דין/החלטות, הרי ביום פרישתו לכהונת מבקר המדינה, לאחר תשע שנות שיפוט (יולי 2003 – יולי 2012), על פי האתר נבו, פסקי הדין בהם הזכיר השופט שפירא את המשפט העברי מגיעים לכדי שמונים. על פי ספירתי הוא ציטט או הביא ארבע עשרה חוות דעת של ישמ"ע. מבחינה זו, קשה יותר לדעת, האם הפרה (מרכז ישמ"ע) רוצה יותר להניק, או העגל (השופט יוסף שפירא) רוצה יותר לינוק.

אם נשוב לסיפור ילדותו של חברנו יוסי שפירא, הסיפא נראית נכונה. להיטות של ממש של השופט יוסף שפירא ללימוד מקורות המשפט העברי, הביאה אותו, לראות את הנושא כ"פתוח". דווקא העדר רקע מסודר של לימוד דקדקני, איפשר לו "לפרוס כנפיים" ולפנות למרכז ישמ"ע גם בנושאים, שאולי הבקיאים במשפט העברי, היו אומרים: "הרי אין מקורות". פניותיו של השופט שפירא חייבו את מרכז ישמ"ע למאמץ אינטלקטואלי ולבדיקה מקיפה של נושאים משפטיים מעשיים. השופט שפירא, מצידו, נרתם לבדיקת המקורות והעקרונות המשפטיים, וללא היסוס יישם אותם, בנושאים מגוונים.

כאשר עלו על שולחנו כשופט נושאים לא שגרתיים כהפריה מלאכותית, זכות האדם לקבלת טיפול רפואי, קביעת המוות ועוד, הוא ראה במקורות המשפט העברי,

139 עניין ענבל, לעיל הערה 69.

140 עניין פלוגית, לעיל הערה 40.

141 עניין ווידן, לעיל הערה 52.

142 עניין אלמונית, לעיל הערה 57.

143 עניין אשכנזי, לעיל הערה 81; עניין כסיף, לעיל הערה 84, פסקה 34 לפסק הדין.

מורשתנו התרבותית והלאומית, מקור לגיטימי וחשוב לפתור בעיות מעשיות במאה ה-21.

גם סוגיות משפטיות מובהקות, כמו: אחריות דירקטורים, נפתרה תוך יישום דיני המשפט העברי על אחריות בעלי מלאכה (בנאי). נושאים שנראים חדשים, מקרוב באו, כגון: הסדר כובל או קרטל, מצא השופט שפירא כי שורשם עוד במשנה ובתלמוד. מצודתו הייתה פרוסה על פני כל ענפי המשפט, וכאמור, לא הייתה לו מגבלה פנימית מה ליישם מן המשפט העברי. כך הביא מקורות בענייני רפואה ומשפט, דיני תשובה כחלק מהענישה הפלילית, "עיוול" אחוזי נכות על בסיס אנלוגיה לעיוול סכומים במשפט העברי. באחת: השמיים הם הגבול (תרתי משמע).

ד. לימוד המשפט העברי

השופט יוסף שפירא לא הסתפק בקבלת חוות דעת ממרכז ישמ"ע. הוא יזם והצטרף, בשמחה וברצון, לשיעור שלימדתי, אשר נערך בבית המשפט כל יום ראשון אחה"צ במסכת סנהדרין, ולמד בשקיקה. זכיתי לכך, כי יום ראשון אחד, סיפר לי השופט יוסף שפירא, בנצנוץ גאוה בעיניו, כי בשבת היה אורח בסעודה רבת משתתפים, בה העלה אחד הסועדים את שאלת החינוך השוויוני מול חינוך אליטיסטי, והזכיר את האירוע שבו רבן גמליאל הטיל שררה, וקבע כי רק תלמידים מעטים ילמדו, ואז בוצעה "הפיכה", ובא ר' אלעזר בן עזריה ופתח את בית המדרש, והוספו ספסלים רבים.¹⁴⁴ השופט שפירא נטל חלק בשיחה, והביע את עמדתו, תוך התייחסות לסיפור התלמודי. לי אמר: "ראה, אם לא הייתי משתתף בשיעור, לא הייתי יודע על מה הם מדברים. כמה חסר לי הרקע התרבותי שלנו בתלמוד, משנה ומקורות יהודים נוספים. כמה טוב, שגם בגיל כזה ניתן להוסיף וללמוד. זו הוכחה נוספת, כמה חשוב להעמיק ולדעת את מקורות תרבותנו היהודית". מאז, עשה ועושה יוסי מאמץ לתלמוד עוד ועוד, ללא לאות, הן במשפט עברי והן בתורת הניהול, וזאת, במקביל, לכך שהוא מרצה מן החוץ במכללה ובאוניברסיטה.

ה. המשפט העברי בפסיקת השופט שפירא – סיכום

כולם יודעים על חריצותו, מסירותו ויעילותו של השופט יוסף שפירא. והנה, על אף העומס, הוא מספיק הכל, כולל: הבאת מקורות המשפט העברי, ניתוחם

144 400 או 700, לפי שתי הדעות בגמרא. תמצית הדברים הובאה ברש"י, מסכת סנהדרין, דף יא עמ' ב, ד"ה תקיפי קמאי. בשיעור, הרחבתי את הדיבור, וסיפרתי על האמור במסכת ברכות, דף כז, עמ' ב – דף כה, עמ' א.

ויישומם בפסיקותיו, כפי שהדגמתי, בהרחבת־מה לעיל. בכך, הוא מקיים את האימרה האמריקאית, לפיה רק על איש עסוק ניתן להטיל משימות נוספות. לעניין זה, חלים על השופט יוסף שפירא, דברים שכתב השופט אליקים רובינשטיין, במענה לאותם ה"תירוצים" או ה"אמתלאות" לאי יישום המשפט העברי, בפסיקה:

"וכאן עולה ומתייצבת המשוכה השלישית – הזמן, המשאב היקר ביותר. שופט ועו"ד בישראל עמוסים בדרך כלל לעייפה. לפתחו של שופט מוטלים תיקים רבים ביותר, ומשימתו היא לסיימם במועד ראוי. לשם כך יש צורך להשקיע עבודה רבה, והוא הדין לעורכי הדין. המשפט העברי הוא בבחינת 'נשמה יתרה', ומחייב, בדרך כלל, השקעת זמן שאיננו בנמצא. ואולם, הואיל ושילובו של המשפט העברי ביצירה המשפטית והשיפוטית, הוא חוויה תרבותית ומקצועית ואתגר שיש בו משום התחברות לאלפי שנות יצירה יהודית, הרי אם ישנם נכונות רעיונית ורצון, יימצא גם הזמן הדרוש".¹⁴⁵

ואכן, חברינו יוסף שפירא ניחן באותה נשמה יתרה, אותה הוא מציג לכל, בחיוך ובמאור פנים, ובכך זכה הוא להתחבר ליצירתנו היהודית התרבותית בת אלפי השנים, והוכיח לאותו מדריך בצופים הדתיים, כי יוסי חזק ועיקש ממנו. הברייתא¹⁴⁶ מסבירה כי כל אדם חייב בתלמוד תורה, ולא יוכל להסתתר תחת תירוף זה או אחר. לאחר סיפורם של אנשים שונים, מסיימת הגמרא, במילים אלה: "נמצא, הלל מחייב את העניים, ר' אלעזר בן חרסום מחייב את העשירים...". יוסף שפירא שלנו, "מחייב" כל אחד מבין השופטים לאמץ את המשפט העברי; התירוצים: "אינני יודע מספיק", "אין לי רקע", או "אני עסוק", שבכולם יכול היה יוסי לעשות שימוש (וייתכן כי היה בהם ממש, ואף יש שיאמרו כי ניתן אפילו לאמץ אותם), לא יתקבלו, ונמצא כי השופט יוסף שפירא "מחייב" את כל השופטים להביא ממקורות המשפט העברי בפסקי דינם.

ו. לקראת התפקיד כמבקר המדינה

ערב תחילת כהונתו כמבקר המדינה, בנאום השבעתו בכנסת, התייחס יוסף שפירא למקורות המשפט העברי. מיד לאחר דברי הברכות, הוא אמר: "ביקורת המדינה אינה יציר המאה ה-21, אלא מקדמת דנא. בפרשת פקודי שנינו כי מי שמתמנה על כספי

¹⁴⁵ ראו אליקים רובינשטיין "המשפט העברי – מורשת הקוראת לנו" הקדמה לספר של פרופ' נחום רקובר לשילובו של המשפט העברי (תשנ"ט) 11, 12–13; הדברים צוטטו על ידי, לאחרונה, ברשימתי, משה דרורי "הנגישות למשנה תורה לרמב"ם, בדורנו" עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל גליון מס' 19 (יוני 2012) 17, בהערה 105.

¹⁴⁶ תלמוד בבלי, מסכת יומא, דף לה, עמ' ב.

ציבור מן הראוי שיתן דין וחשבון על מעשיו". כוונתו של המבקר הייתה, כך מסתבר, לדברי המדרש:

"אלה פקודי המשכן, משכן העדות אשר פוקד על פי משה' (שמות, לח, כא). משנגמרה מלאכת המשכן, אמר [משה רבנו] להם [לעם ישראל]: 'בואו ואעשה לכם חשבון'... ולמה עשה עימהם חשבון, והקדוש ברוך הוא היה מאמינו, שנאמר: 'לא כן עבדי משה בכל ביתי נאמן' (במדבר, יב, ז), ומשה נתן חשבון? ! אלא מפני ששמע [משה את] ליצני הדור, שהיו משיחין אחריו, שנאמר: 'והיה בצאת משה... יקומו כל העם ונצבו איש פתח אהלו והביטו אחרי משה' (שמות, לג, ח). ומה היו אומרים? היו מסתכלין מאחוריו ואומר אחד לחברו: 'ראה צוארו! ראה שוקיו! אוכל משלנו, שותה משלנו!'. וחברו משיבו: 'ריקה! אדם שנתמנה על מלאכת המשכן, על ככרי כסף ועל ככרי זהב, שאין לו חקר ולא משקל ולא מנין – מה אתה רוצה שלא יהא עשיר?'. כששמע כן, אמר [משה]: 'חייכם, משנגמרה מלאכת המשכן, אני נותן להם חשבון'. כיון שנגמרה, אמר להם: 'אלה פקודי המשכן'".¹⁴⁷

וראו על כך גם את דבריה של פרופ' נחמה ליבוביץ:¹⁴⁸

"האדם – צאן מרעיתו של הקב"ה – קטנוני הוא, חשדני הוא, רואה כל גדול בקטנוניותו הוא, מוציא דיבה, משחיר את הזוהר. היש להתחשב ברינון? דברי חז"ל באים ללמד שיש לשים לב, לטהר אווירה, לעקור חשדים, למנוע התפשטותם. ועל רקע זה של תלונות תמידיות, של רינונים ושל חשדות הם מסבירים גם את תחילת פרשת פקודי, אותה רשימה של הכנסות והוצאות, אשר לכאורה מקומה בדר"ח המוגש למבקר המדינה ולא בתורה הבאה ללמדנו אורחות חיים".¹⁴⁹

147 מדרש תנחומא, פרשת פקודי, ח.

148 נחמה ליבוביץ עיונים חדשים בספר שמות (מהדורה רביעית, ירושלים, תשל"ה) 479. וראו גם את דברי השופט מנחם רניאל החובה לתת דין וחשבון, דף פרשת שבוע, פרשת ויקהל-פקודי, תשס"א, גיליון 19 (בהוצאת משרד המשפטים).

149 ואכן, הדיווח הביא בעקבותיו בדיקה מדויקת יותר של השימוש שנעשה בכסף שנאסף. ראו, לעניין זה, במפורט את הטענות ששם המדרש בפי השר קונטרקוס, אשר ערך חשבון מדויק, לשיטתו, וגילה פערים, ולכן, שאל את רבן יוחנן בן זכאי, בסגנון לא כל כך מנומס, את השאלה הבאה: "משה רבכם, גנב היה או קוביוסטוס היה, או אינו בקיא בחשבונות? נתן מחצה ונטל מחצה, ומחצה שלם לא החזיר?!" ועל כך השיב לו יוחנן בן זכאי: "משה רבינו גזבר נאמן היה, ובקיא בחשבונות היה", ובהמשך, הסביר לו כי בתקופה ההיא, "מנה של קודש כפול היה", ולכן, אין כל פערים בין הכסף הנאסף לבין הכסף ששימש לבניית המשכן ואביוויו (ראו: תלמוד בבלי, מסכת בכורות, דף ה, עמ' א; פירושו של ר' שמשון רפאל הירש לספר שמות, פרק לח, פסוקים כד-לא; ובסגנון מודרני למשפטנים, פורט הדבר ברשימתו של עו"ד יעקב פוטשבוצקי, ביקורת הדר"ח של משה, דף פרשת שבוע הנ"ל).

פרופ' נחום רקובר, מיישם עקרונות ביקורת אלה, לדורנו:¹⁵⁰

"מכאן למדו בתקופה מאוחרת יותר, שכל מי שנתמנה על כספי ציבור מן הראוי שייתן דין וחשבון על מעשיו. וזה לשון הטור [יורה דעה, סימן רנז, סעיף ד]: 'גבאי צדקה הכשרים אין מדקדקין אחריהם; ומכל מקום, כדי שיהיו נקיים מה' ומישראל, טוב להם שיתנו חשבון'. ועל כך מעיר הב"ח, ר' יואל סירקיש, מנושאי הכלים של הטור: 'זה לא נמצא בפוסקים. אולי למדו ממשא רבינו עליו השלום, שנתן חשבון בנדבת המשכן, כי מי כמוהו נאמן ביתו ונתן חשבון, כדי שיהיה נקי מהשם ומישראל'."

וכך נאמר בערוך השולחן:¹⁵¹

"דכדי שיהיו נקיים מה' ומישראל, טוב להם [לגבאי צדקה] ליתן חשבון. ומי לנו גדול ממשא רבינו ונתן חשבון על המשכן, ככתוב בפרשת פקודי."¹⁵²

בפרשת מטות, מצויים שני סיפורים, שאם היו מתרחשים בדורינו, היו הם לחם חוקן של מבקר המדינה, וייתכן כי היו אף מצדיקים דו"ח ביקורת מיוחד. הראשון,¹⁵³ עוסק בחלוקת השלל של מלחמת מדין, בין הלוחמים (מחצית), יתרת העם (מחצית), כאשר לפני כן היה צורך להפריש מס, הקרוי "מכס" או "תרומה" לה', שהיא 1/500 מתוך חלק הלוחמים ו-1/50 ("אחד אחוז מן החמישים"), ממחצית בני ישראל. התרומה ניתנת ללווים. לא ברור, האם אז הקפידו על חלוקה מדויקת לחלוטין, שכן הנתונים המספריים התורה הם בסכומים "עגולים".¹⁵⁴ רק ההפרשים עד "העיגול",¹⁵⁵ מצדיקים, לבדם, ביקורת, כדי לבדוק מי המעגל ולטובת מי.

150 נחום רקובר, לעיל הערה 12, בע' 89 מביא את הסיפור האמור.

151 יורה דעה, סימן רנז, סעיף יב.

152 בעקבות דברים אלה וסעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי מטרת חוק היסוד היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד זה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (וראו גם את הנוסח הדומה בסעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק), כתבתי בפסק דיני בעת"מ (י"ם) 454/02 חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' משרד התחבורה, פורסם בנבו (20.5.04), פסקה 67, את הדברים הבאים: "המסורת היהודית בדבר חובת הדיווח על ביקורת פנימית יסודה, אומנם, בפרשנות של סיפור מקראי, אך מעוגנת היא גם בקודקסים ההלכתיים – טור שולחן ערוך, שולחן ערוך, וערוך השולחן. רשאים אנו, ולמעשה, חייבים אנו, לאמץ גישה זו של המקורות של המשפט העברי, ובכך אנו מקנים למדינתנו ערכים של מדינה יהודית, בה קיימת ביקורת ותוצאותיה גלויות ומפורסמות. ראוי להזכיר כי את דו"ח הביקורת של משה, קוראים אנו מדי שנה, במסגרת פרשת השבוע, ולדברים הכלולים בו יש חשיבות רבה, מעצם הכללתם בחמשת חומשי תורה. מכאן, שבתוך עולמה של היהדות, אין לך פרסום גדול מזה לדו"ח הביקורת."

153 ספר במדבר, פרק לא, פסוקים כו–נד.

154 על פי המקרא, השלל כלל 675,000 צאן, 72,000 בקר, 61,000 חמורים, 32,000 שוביים.

155 לעניין "עיגול" סכומים ואחוזי נכות, ראו לעיל הערה 120.

הסיפור השני,¹⁵⁶ הוא ההסכם שנערך בין השבטים ראובן, גד וחתני שבט המנשה, לבין משה רבינו, בדבר רצונם לקבל כנחלה את עבר הירדן המזרחי, ולכך הסכים משה כנגד התחייבותם להשתתף במלחמת השחרור של ארץ ישראל, בצידו המערבי של נהר הירדן. אין כאן המקום לדון בניסוח ההסכם,¹⁵⁷ ואף לא במוטיבציה של הצדדים. ראיתי לנכון להזכיר כאן, בהקשר אקטואלי את דברי משה לשבט ראובן ולשבט גד: "האחיכם יבואו למלחמה, ואתם תשבו פה?!"¹⁵⁸ השיוויון בנטל, הינו אחד ממשימותיו של יוסף שפירא, המבקר, שאמר, בין היתר, בנאום השבעתו בכנסת, כי "ביקורת המדינה מחייבת מאבק חסר פשרות בכל גילוי של ... אפליה, העדפה פסולה ופגיעה בזכויות המיעוט". עם המטען של שופט בית המשפט המחוזי בירושלים והאהבה ששולחים אנו לך כל חבריך, ומצויד בתרמיל מלא וגדוש של המשפט העברי ומורשת ישראל ותרבותו, בטוחני כי תצלח דרכך, למען כולנו, וכי תישמע תפילתך לריבונו של עולם, כפי שסיימת את דבריך בכנסת: "ידעתי כי לא תביישני, כי לתקן שלחוני ולא לקלקל".

156 ספר במדבר, פרק לב.

157 על כך דיברתי לפני מספר שנים, באותה פרשה, עת חגגנו את פרישתה לגימלאות של חברתינו השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור.

158 ספר במדבר, שם, פסוק ו. דברים אלה צוטטו, לאחרונה, בפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין, בעניין גיוסם של בחורי ישיבה לצה"ל; ראו בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פורסם בנבו (21.2.12), פסקה יד לפסק הדין.

