



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

כ"ב טבת, תשפ"ג

15 ינואר, 2023

סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני

ערכאות שיפוטיות:

מבט מן המשפט העברי

פרופ' בני פורת¹

לאחרונה פורסמה הצעת חוק שעניינה שינוי תפקיד היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה (הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיות)), התשפ"ג – 2023). על פי ההצעה, תפקיד היועמ"ש ישתנה, ומעתה תפקידו יהיה לייצג, משרתו תוגדר משרת אמון, עצותיו לא יחייבו את השר, ולכן הוא לא יוכל להטיל וטו על החלטה שמקדם השר אף אם הוא סבור שקיימת בעיה משפטית בהחלטה. הטעם להצעה זו, כך על פי שר המשפטים, "לא עוד כפיפות של הממשלה לדרג לא נבחר. היועצים המשפטיים כשמים כן הם, יועצים ולא מחליטים. כשהם מייצגים את המדינה, הם צריכים לייצג את הממשלה ולא את הפרקליטות". ביסוד הצעה זו עומדת ההנחה כי תפקיד הממשלה למשול כפי הבנתה, ולפיכך היא לא צריכה לקבל אישור מוקדם לעמדותיה מגורם שיפוטי חיצוני לה. אם יש מי שבעתיד יהיה סבור שהוא נפגע מהחלטות הממשלה, או שהיא פועלת באופן בלתי חוקי, הוא יוכל בדיעבד לעתור נגדה לבג"ץ.

בחוות דעת קצרה זו אסביר מדוע הצעה זו שגויה ואף בלתי-ראויה מנקודת מבט של המסורת המשפטית היהודית. בקליפת אגוז: פוסקי המשפט העברי עמדו על קיומו של חשש מתמיד כי החלטות מנהיגות הקהילה היהודית עלולות לעמוד בניגוד לחוק או בניגוד לטובת הכלל. כדי למנוע זאת מראש, הם הציבו דרישה משפטית כי תוקפן של החלטות מנהיגי הקהל יותנה בכך שתקבלנה אישור מוקדם של גורם משפטי רגולטורי, "אדם חשוב" כלשונו של המשפט העברי, שיוודא כי החלטות תואמות את דרישות החוק והן

¹ ראש המכון לחקר המשפט העברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה.

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עו"ד ליאת אהרונוסון

אלי גרוני

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי

ד"ר חן ליכטנשטיין

מזל מעולם

שגיר לשעבר שלי מרידור

פרופ' מאיה נאסר אבו-אלהג'א

עו"ד אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי יקוצ'יק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופט רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

אליזא אברמס, ארה"ב

שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב

או אפלבוואם, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגזנו, בריטניה

השופט דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריי, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקושיץ, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

ברט ספטנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

ד"ר ישי [אס] פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן [אורח]

פרופ' עמיחי כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' דניאל סטמון

פרופ' בני פורת

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמיניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמון

מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ [1920-2021]



אכן לטובת הכלל. המשפט העברי הדגיש כי חייב להיות גורם המלווה את מנהיגות הקהילה, ובוחן מראש את חוקיות החלטותיה.

בעקבות סוגיית התלמוד הבבלי (בבא בתרא ט ע"א), קבעו פוסקי ההלכה המרכזיים, כי תוקפן של החלטות מנהיגי הקהילה מותנית בכך שיקבלו את אישורו של אדם חשוב. כך פסק למשל רבי שלמה בן אדרת (הרשב"א, המאה הי"ג, ספרד): "דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגזור ולתקן ולעשות הסכמות כפי מה שיראה בעיניהם... ובלבד שיהיה בהסכמות אלו תלמיד חכם שבעיר... או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר; שאם יש תלמיד חכם או פרנס שנתמנה על הציבור ועשו שלא מדעתם – אין הסכמתם הסכמה".² וכן פסק רבנו אשר (המאה הי"ג-י"ד, אשכנז-ספרד): "ואפילו כל בני העיר לא כל כמינייהו [=אין בכוחם] להתנות אם לא מדעת אדם חשוב".³ הלכה זו מופיעה בספרי ההלכה המרכזיים.⁴ יודגש, כי מדברי הפוסקים עולה, כי לא רק שיש דרישה מלכתחילה כי תקנות הקהילה יובאו לאישורו של "אדם חשוב", אלא אם הדבר לא נעשה כן, התקנה תהיה חסרת תוקף.

לצורך באישורו של "אדם חשוב" הועלו מספר טעמים, העיקריים שבהם הם כדי לוודא שהתקנה שהקהילה מבקשת לתקן לא סותרת כללים אחרים במשפט העברי, כלומר כדי לוודא את חוקיותה, וכן כדי לוודא כי היא לא פוגעת באופן לא ראוי באינטרסים של קבוצות מסוימות בתוך הקהילה. וכלשון רבי יוסף טוב בן אברהם אשבילי (הריטב"א, המאה הי"ג-י"ד, ספרד): "כדי שיראה [=האדם החשוב] שיעשו כראוי ושאין בו הפסד לבני העיר".⁵ וכך ניסח את הדבר אחד מחוקרי המשפט העברי החשובים בדורנו, פרופ' מנחם אלון: "המעשה המכריע והקובע בשילוב תקנות הקהל בכלל מערכת המשפט העברי היתה מסירת סמכות הפיקוח לחכמי ההלכה, פיקוח שמגמתו להבטיח שלא יחרגו תקנות

² שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה.

³ פסקי הרא"ש, בבא בתרא א, לג.

⁴ טור חושן משפט סימן רלא; שולחן ערוך חושן משפט רלא, כח. יצוין כי מיעוט מבין הפוסקים סברו כי הצורך באישור "אדם חשוב" חל רק כאשר התקנה היא של איגודים מקצועיים, שאינם מייצגים את הציבור כולו. לדעתם, מנהיגות הקהילה לא זקוקה לאישור "אדם חשוב". ראו למשל שו"ת הריב"ש סימן שצט. ברם, השדרה המרכזית של פוסקי ההלכה סברו כי גם תקנות מנהיגות הקהילה מותנות באישור "אדם חשוב".

⁵ חידושי הריטב"א, בבא בתרא ט, א ד"ה 'הנהו'.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הקהל – אם נאמר בלשונה של מערכת משפטית הנהוגה כיום – מעקרונות הצדק והיחוסר הכלליים שבמשפט העברי.⁶

ההיסטוריה היהודית מלמדת על מקרים חוזרים ונשנים של קהילות שביקשו להשתחרר מדרישה זו, ולתקן תקנות ללא צורך בקבלת אישורו של "אדם חשוב". במילים אחרות, הן ביקשו את האפשרות למשול באופן חופשי ללא רגולטור משפטי מחייב אשר יבחן את חוקיות החלטותיהן. פוסקי ההלכה עשו כל שביכולתם כדי להיאבק בכך, ולהכפיף את מנהיגות הקהל לצורך בבדיקת חוקיות תקנותיהם. כך למשל כתב רבי לוי בן חביב (המאה ה"ט", ירושלים) לאחת הקהילות שהתעלמה מן הצורך לאשר את תקנותיה על ידי "אדם חשוב": "וקודם כל דבר ראינו להודיעכם, שראוי לכם להשתדל בכל התקנות וההסכמות כלליות שתתקנו לענין תיקון הקהלות, שיסכים עמכם החכם השלם הר' בנימין, כי בלא הסכמתו כמעט נאמר שאינם כללי".⁷ וכן כתב רבי יואל סירקיס (המאה ה"ז-י"ז, פולין): "ואם באנו לדון על גוף התקנות בחרמות יש להרהר מי התיר לכם להחרים על הכלל כולו בלי הסכמת גדולי החכמים! ואף על פי שאתם נבררים ונשלחים מכל הקהלות שבמלכות, מכל מקום אפשר שאין ממש כמעט בכל מה שהחרמתם".⁸

עניין מיוחד יש באחד החריגים שנקבעו לדרישה לקבל אישורו של "אדם חשוב". הפוסקים הדגישו כי צורך זה חל כאשר החלטות מנהיגות הקהילה עלולות לפגוע באינטרסים מסוימים של חלק מחברי הקהילה, אז נדרש אישורו של "אדם חשוב" כדי לוודא שפגיעה זו חוקית ומוצדקת. אולם אם החלטות מנהיגות הקהילה צפויות להיטיב עם כל חברי הקהילה בשווה, אז אין צורך בקבלת אישורו של "אדם חשוב".⁹ חריג זה מבליט את טעמו של הכלל ואת חשיבותו, שנועד לוודא כי יש צורך בגורם חיצוני בלתי-

⁶ מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך א, עמ' 614. ראו גם דברי פרופ' אליאב שוחטמן: "טעמה של דרישה זו הוא, שיש צורך בפיקוח הלכתי שימנע פגיעה לא מוצדקת בחלק מן הציבור, או שנבחר הציבור עלולים לתקן תקנה בעניין שאינו בסמכותם מבחינת ההלכה, או שהיא בניגוד לדין ולא באה לתקן כלל אלא לקלקל, ולפיכך נחוץ פיקוח של חכמי הלכה מוסמכים על מעשה החקיקה שלהם" (אליאב שוחטמן, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417, 476).

⁷ שו"ת מהרלב"ח, סימן צט.

⁸ שו"ת הב"ח החדשות, סימן מג.

⁹ בית יוסף, חושן משפט סימן רלא; הגהת הרמ"א, חושן משפט רלא, כח.



תלוי שיפקח על תקנות הקהילה כך שלא יפגעו שלא כדין באינטרסים של קבוצות בתוך הקהילה. נמצא אפוא, כי כדי לוודא שהחלטות מנהיגות הקהילה תעמודנה בדרישת החוקיות ולא תפגענה שלא כדין באינטרסים של קבוצות בתוך הקהילה, דרש המשפט העברי כי ההחלטות תובאנה לעיונו של גוף רגולטורי חיצוני שיאשר את תוקפן, זאת במחיר של הגבלה מסוימת של חופש ההחלטות של המנהיגות הקהילתית.

מיהו אותו "אדם חשוב" שאישורו נדרש לתקנות הקהילה? בעולמה של הקהילה היהודית בימי הביניים אך היה זה טבעי שהגוף הרגולטורי יהיה הסמכות הרבנות המקומית, שהיא דמות המכירה את דרישות החוק (המשפט העברי) על בוריין וכן היא **בלתי תלויה** במנהיגות הקהילה ולכן בכוחה לבדוק את צדקת החלטותיה. אכן, הפוסקים הדגישו כי "אדם חשוב" הוא הסמכות הרבנית הרשמית באותה עיר. כך לדוגמה, לדעת הרמב"ם "אדם חשוב" הוא: "חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה".¹⁰ לדעת רבי יעקב בן אשר הוא: "חכם ומנהיג",¹¹ ולדעת רבי יוסף קארו הוא: "חכם חשוב ממונה על הצבור".¹²

למותר לציין כי במדינת ישראל, שהיא אינה מדינת הלכה, החלטות הממשלה לא מובאות לאישורם של הרבנים הראשיים לישראל.¹³ השאלה שמדינת ישראל צריכה לשאול עצמה אינה מהו היישום ההלכתי לדרישת "אדם חשוב" בחיים הציבוריים בישראל, אלא מהי הפרשנות הישראלית הראויה לדרישה זו. "האדם החשוב", באינטרפרטציה הישראלית, צריך לענות על כמה קריטריונים: **עליו להכיר היטב את דרישות החוק** ואת המצב המשפטי כדי לוודא את חוקיות החלטות השרים; **עליו להיות עצמאי ובלתי-תלוי** בממשלה; ועליו להיות בעל ראייה רחבה של מכלול צרכי החברה הישראלית, **כדי לוודא שהחלטות הממשלה (אשר משקפות את דעת הרוב) לא תפגענה שלא כראוי באינטרסים של קבוצות בתוך החברה הישראלית**. ניתן לחשוב על אופנים שונים ליישומה של דרישה זו. דומה, כי הצבת יועצים משפטיים בלתי תלויים, המלווים את משרדי הממשלה

¹⁰ רמב"ם, הלכות מכירה פרק יד, הלכה יא.

¹¹ טור חושן משפט סימן רלא.

¹² שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח.

¹³ על כך ראו מאמריהם של הרבנים אברהם שפירא, עובדיה יוסף ודב ליאור, שכונסו בכרך ג של כתב העת תחומין (תשמ"ב). להרחבה ראו אליאב שוחטמן, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), 417.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

בהחלטותיהם, היא אפשרות ראויה מאין כמותה לגילום ישראלי מודרני של הדרישה ההלכתית עתיקת היומין להתניית החלטות הקהילה בקבלת אישורו של "אדם חשוב".

הרפורמה שהציג שר המשפטים, אשר מבקשת להקנות לממשלה משילות מקסימלית ללא צורך בקבלת אישור של היעוץ המשפטי, פועלת בכיוון הפוך לעקרונות שהתוו חכמי המשפט העברי. היא פועלת כדי לאפשר לממשלה לפעול כרצונה תוך שהיא מבטלת את מנגנוני הבקרה הפנימיים—דבר שפוסקי ההלכה לדורותיהם כה חששו מפניו ופעלו לסיכולו. על כך מן הראוי לקרוא את דברי הביקורת של רבי יואל סירקיס שראינו לעיל שנכתבו לקהילה שביקשה להשתחרר מדרישה הלכתית זו: "מי התיר לכם להחרים על הכלל כולו בלי הסכמת גדולי החכמים?! ואף על פי שאתם נבררים ונשלחים מכל הקהילות שבמלכות, מכל מקום אפשר שאין ממש כמעט בכל מה שהחרמתם". הותרת היועצים המשפטיים כגופים המלווים את פעילות משרדי הממשלה ומוודאים את חוקיות החלטותיה, היא הדרך הראויה שבה מדינת ישראל תהווה חוליית המשך למסורת המשפטית היהודית עתיקת-היומין, ובכך תיתן ביטוי ראוי לרעיון המדינה היהודית והדמוקרטית.