

# אכיפת מוסר

---

נושא העבודה

# **אכיפת מוסר**

**העבודה מוגשת בחסות העמותה של**

**נוער שוחר משפט עברי**

## הקדמה אישית

הסיבה שבחרתי באכיפת מוסר בנושא העבודה שלי היא כי המוסר הוא נושא שהעסיק אותי רבות בשנתיים האחרונות, כיום דנים רבות על סוגיות בנושאי מוסר בכל מקום: בבית ספר בשיעורי חברה, רשתות חברתיות, עיתונות, רשויות שידור ועוד. מדברים על סוגיות כמו: הסתה לגזענות ושיווין כבוד ערך האדם, כיוון שסוגיות אלו מעסיקות אותי ביום יום מאוד רציתי לחקור את הנושא, להרחיב את הידע שלי ולהכיר את דרכי האכיפה של המוסר. עוד סיבה שבגללה בחרתי בנושא אכיפת מוסר היא המסע לפולין שבתי הספר בכיתות יא-יב יוצאים אליו מסע לגילוי שורשי מהפכה הציונית ומרד תנועות הנוער- השואה וגבורה. האם אותם גרמנים ופולנים שלא עשו כלום התנהגו באופן מוסרי? או שהתנהגו באופן אנושי לחלוטין?

לכן החלטתי לחקור את נושא אכיפת מוסר ואת מקורו.

## תוכן העניינים

4	מבוא	פרק ראשון
5	על משפט ומוסר	פרק שני
6-8	אכיפת מוסר במשפט העברי	פרק שלישי
9-10	- איסור גילוי עריות	
11-15	אכיפת המוסר במשפט הישראלי	פרק רביעי
16-17	השוואה בין המשפט הישראלי למשפט העברי	פרק חמישי
18	סיכום	פרק שישי
19		ביבליוגרפיה

## מבוא

בעבודה זו נעסוק באכיפת מוסר, כיצד היא מתבטאת כיום וכיצד התבטאה בעבר במשפט הישראלי ובמשפט העברי, ולאחר מכן נשווה ביניהם.

במדינות רבות הגישה כי אין לכפות עמדות מוסריות באמצעות החוק והמשפט. חשוב לזכור כי למשפט השפעה רבה. בהתאם לכך, העדפותיהם של האזרחים אינן נקבעות במנותק מהוראות המשפט, אלא בהתאם לו ולחוקיו.

הסבת המשפט ממסגרת נורמטיבית המעצבת והמכוונת נורמות התנהגות למסגרת המסדירה יחסים חברתיים, עוררה דיון מחודש באכיפת מוסר באמצעות המשפט. דיון זה שב ועולה כל פעם מחדש שיש ניסיון להסדיר נושאים הנתפסים כ"מוסריים" באמצעות המשפט. כל פעם מתקיימים דיונים בכנסת, בבתי המשפט ובתקשורת בסוגיות מוסריות כמו: נישואין בין בני זוג הומוסקסואליים, שימוש בסמים, פונדקאות, שיבוט, הזכות למות בכבוד, ניסויים רפואיים בבני אדם, אימוץ חד הורי ואימוץ ע"י בני זוג מאותו המין.

בחלק הראשון של העבודה, אעסוק באכיפת מוסר במשפט העברי, נבין מה ההלכה מצפה מאתנו בהיבט המוסרי, נבין ונחקור את הנושא "הישר והטוב" ונכנס למקורות המשפט העברי בנושא המוסר ואכיפתו.

בחלק השני של העבודה, אעסוק באכיפת מוסר במשפט הישראלי, נדון בשני החוקים העיקריים הקיימים כיום ביחס לאכיפת מוסר- חוק העונשין, התשל"ז 1997 וחוקי בתי המשפט, התשמ"ד 1984, נחקור ונבחן את הפסיקות השונות המתייחסות לחוקים אלו ונבין מהי הדילמה המוסרית.

בחלק השלישי של העבודה, אערוך השוואה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי בנוגע לאכיפת מוסר ונבחן את השוני והדומה בין שניהם.

## על משפט ומוסר

לפני שנדבר ונעסוק באכיפת מוסר חשוב להבין קודם מהו בעצם מוסר.

מוסר הוא הבחנה של התנהגויות שלפי החברה "טובות" לבין אלה שנחשבות "רעות". זוהי סוג של חשיבה אנושית. מטרת המוסר היא לתת כללים מנחים וערכים להתנהגות בכל תחומי החיים שלנו, שלא בהכרח עולים על הרצונות שלנו. המוסר משפיע על החוק ויש שאומרים שהחוק משפיע על המוסר. קיימת תנועה מתמדת של נורמות מוסריות המקבלות תוקף משפטי וישנן נורמות משפטיות החוזרות להיות מוסריות כמו: ניסיון התאבדות, יחסים הומוסקסואליים והפלות מלאכותיות.

קיימים הבדלים בין נורמות משפטיות למוסריות. כאשר מופרת הנורמה המשפטית החברה מפעילה כוח כפייה, כוח שנעדר בהפרת הנורמה המוסרית. מקור הנורמה המשפטית ברור ומובחן בתוך מערכת הירארכית. למרות ההבדלים יש בשנים האחרונות עירוב בין שני תחומים. בתי המשפט מכלילים בהכרעותיהם את חשיבות תום הלב, ההגינות והיושר שלהם יש בסיס מוסרי מובהק.

היות והמוסר מעוגן בתחושתו הסובייקטיבית מסבירה את השוני הקיים בין חברות ותרבויות ביחס לשיפוט כמו גילוי עריות, בחברות מסוימות גילוי עריות לא מקובל כמשהו לא מוסרי. אילו השיפוט המוסרי היה מבוסס על התבונה, הרי שהייתה צריכה להתממש תמימות דעים רחבה והסכמה ביחס לשיפוט המוסרי. עם זאת מתקיימים בבית המשפט דיונים בסוגיות מוסר וצדק במיוחד באותם מקרים בהם אין לחוק אמירה ברורה או שהמחוקק עצמו מפנה את המוסר<sup>1</sup>.

הבנת היחס שבין המוסר והמשפט דורש עיון במהות הדילמה המוסרית ודרכי ההכרעה בה.

---

<sup>1</sup> חיים שיין הפילוסופיה של המשפט- עיון ישראלי פרק ג (הוצאת שערי משפט, תל אביב, תשס"ח).

## אכיפת המוסר במשפט העברי

המשפט העברי נועד על מנת לממש את המוסר- "הישר והטוב". ההלכה מצפה מהאדם להיות מוסרי, דהיינו לנהוג עפ"י אמות מידה הלכתיות, גם כאשר אין הוראה הלכתית ישירה. ציווי זה נכלל תחת הגדרת המוסר במשפט העברי. התורה אומרת: "שְׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם וְעִדְתֵּי וְחֻקֵּי אֲשֶׁר צִוָּה. יח וְעִשִׂיתֶּם הַיֵּשֶׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי יְהוָה, לְמַעַן יִיטֵב לָךְ וּבָאתָ וְיִרְשֶׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטְּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע יְהוָה לְאַבְרָהָם."<sup>2</sup>

לפי הרמב"ן, בנוסף לחובה לשמור על המצוות, את העדות והחוקים, מוטלת על האדם החובה לעשות את "הישר והטוב". כלומר לפעול לפי רוח המוסר.

נהוג לחלק את דין "ועשית הישר והטוב" לשתי תחומים:

1. דינים שב"חובה"- דינים ותקנות שבית הדין כופה מכוח הדין לעשות הישר והטוב.
  2. דינים שב"רשות"- דינים שמצופים מהאדם לנהוג על פיהם, אך בית הדין לא כופה אותם עליו. דינים אלו תלויים בהכרעה האישית של האדם העובר עליהם דינו "מסור לשמיים"- דהיינו: אין בית משפט אנושי כופה אותו לקיימם.
- ההחלטה אם דין הוא "חובה" או "רשות" היא החלטה בידי חכמים. דינים שהם "רשות" לא יגיעו לדיון משפטי משום שבית הדין אינו אחראי עליהם ואינו מוסמך כלפיהם. לעומת זאת דינים שב"חובה" שמבחינת בית הדין יהיו ככל דין במשפט העברי.
- אחד הדינים הנובעים מציווי "ועשית הישר והטוב" הוא "דינא דבר-מצרא". אדם הרוצה למכור שדהו, צריך ראשונה לפנות לשכניו ולתת להם קדימות בקנייה לפני כל לקוח אחר. דין זה נשען על ההבנה כי השכן הוא הלקוח הטבעי לקרקע, ומי שצריך אותה ביותר.

---

<sup>2</sup>דברים ו', יז-יח.

דין זה מופיע בתלמוד ומבהיר את הצעדים שעל הלקוח "הרחוק" לעשות למול ה"בר

מצרא" (=שכן בארמית) בטרם יקנה:

"ועשית הישר והטוב בעיני ה' אתא אימליך ביה אמר ליה איזיל איזבון ואמר ליה זיל זבון

צריך למיקנא מיניה או לא רבינא אמר לא צריך למיקנא מיניה נהרדעי אמרי צריך למיקנא

מיניה טוהלכתא צריך למיקנא מיניה"<sup>3</sup>

התלמוד מתאר מצב שבו הלקוח "הרחוק" שמעוניין לקנות הקרקע מתוך התחשבות ב"בר

מצרא" בא לשאול את רשותו ושואל אותו: האם יכול לקנות את הקרקע על אף היותך "בר

מצרא"? והשן הסכים. משמעות דברי הגמרא- החובה לנהוג בהגינות ובמסירות, מקנה

לאדם ממונית כלשהי "בעלות" חלקית על זכות הראשונה בקניה, עד כדי כך שכאשר קונה

מעוניין לקנות את הקרקע עליו לקנות גם את הזכות מהשכן. "דינא דבר מצרא" מופיע גם

ברמב"ם: ... כל המוכר קרקע שלו לאחר--יש לחברו שהוא בצד המצר שלו ליתן הדמים

ללוקח, ולסלק אותו, וזה הלוקח הרחוק, כאילו הוא שליח של בן המצר: בין שמכר הוא,

בין שמכר שלוחו, בין שמכרו בית דין, בין שמכר שלוחן--יש בו דין בן המצר.

אפילו היה הלוקח תלמיד חכמים ושכן וקרוב למוכר, ובן המצר עם הארץ רחוק--בן המצר

קודם, ומסלק את הלוקח. ודבר זה משום שנאמר "ועשית הישר והטוב"<sup>4</sup> אמרו חכמים,

הואיל והמכר אחד הוא--טוב וישר הוא שיקנה מקום זה בן המצר, יתר מן הרחוק.<sup>5</sup>

הרמב"ם פוסק כי השכן קודם לכל, גם אם הלקוח הרחוק הוא לקוח נשוא פנים, קרוב

משפחה או חבר קרוב. השכן יכול לסלק את הלקוח הרחוק ולכפות עליו למכור את

השדה. להבדיל מהציווי "ועשית הישר והטוב" שהוא דין המצווה לחתור להוגנות בדין

ובביצועו, הציווי "לעשות לפניך משורת הדין" דורש מהאדם להיות וותרן במידת מה, ולא

לכפות את שורת הדין גם כאשר הצדק איתו.

---

<sup>3</sup> בבא מציעא, קח, ע"א.

<sup>4</sup> דברים ו', יח.

<sup>5</sup> הלכות שכנים, יב, ה.



התורה מצווה: "וְהִזְהַרְתָּ אֹתָהֶם, אֶת-הַחֲקִים וְאֶת-הַתּוֹרָה; וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם, אֶת-הַדֶּרֶךְ יִלְכוּ בָּהּ, וְאֶת-הַמַּעֲשֵׂה, אֲשֶׁר יַעֲשׂוּן."<sup>6</sup>

מציווי זה נובעים דינים ספורים, הוא יותר ציווי אישי מציווי משפטי ולמרות שיש לו השלכות בבית הדין עיקר קיומו מחוץ לכותלי בית המשפט ברצון להגיע לפשרה ולהיטיב עם הזולת.

לעיתים מוגבלת מערכת המשפט מול המוסר. ישנם מקרים שבהם לפי המשפט העברי מבחינה משפטית אי אפשר לחייב אדם בתשלום הנזק על אף שברורה אחריותו של המזיק. במקרים אלה: "פשוט מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים". כלומר בדיני אדם דין המשפט המזיק פטור מאחריות ולא ניתן לכפות עליו לשלם על הנזק, אך מבחינת השמיים-הוא בהחלט חייב. ההוראה המופיעה במשנה: "השולח את הבעירה ביד חרש, שוטה וקטן - פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים."<sup>7</sup>

לפי המשנה אם שם אדם לפיד בוער בידי מי שאינו בעל אחריות משפטית כגון: חרש, שוטה או קטן והוא העביר איתו רכוש, הרי שמוסר הלפיד אינו חייב "בדיני הדם" כיוון שלא ביצע את המעשה. אך מוסר הלפיד חייב "בדיני שמיים". דין זה מראה הבדל בין מערכת משפט הממוני ששמה דגש על שאלות של אחריות וזרות המזיק, לבין אישורי המערכת המוסרית- "השמיים" שלגביה השאלה האם אדם פעל בצורה מוסרית ונכונה? "תניא אמר ר' יהושע ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואלו הן הפורץ גדר בפני בהמת חבירו והכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה והשוכר עדי שקר להעיד והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו."<sup>8</sup>

התלמוד מציג ארבעה מקרים שאם ביצע אותם האדם לא ניתן לחייב אותו "בדיני אדם" אך חייב "בדיני שמיים":

---

<sup>6</sup> שמות, י"ח, כ.

<sup>7</sup> בבא קמא ו, ד.

<sup>8</sup> בבא קמא, נה, ע"ב.

1. אדם הפורץ גדר וכך נותן לבהמת חברו לברוח- לא ניתן לחייב "בדיני אדם" כיוון שלא גרם לבהמה לברוח אך חייב "בדיני שמיים" כי אפשר לבהמה לברוח.
2. מי שמכופף עץ ששייך לחברו לעבר הדלקה וגורם להצתתו- לא ניתן לחייב אותו "בדיני אדם" כי לא היה אחראי על הבערת השריפה מלכתחילה אך חייב "בדיני שמיים" כיוון שהאיץ את התפשטות השריפה לחלקה של חברו.
3. מי ששוכר עדי שקר להעיד- לא ניתן לחייבו "בדיני אדם" משום שהוא לא העיד עדות שקר אך חייב "בדיני שמיים" מכיוון שגרם לכך שתימסר עדות שקר.
4. מי שיודע דבר בעניין משפטו של חברו ולא מעיד באותו עניין- לא ניתן לחייב את אותו אדם "בדיני אדם" אך חייב "בדיני שמיים" מכיוון שהימנעותו מהדין יכולה להוביל לעיוות הדין.

### איסור גילוי עריות

האיסור לקיים יחסים מיניים עם אח/אחות מוקדש ל"חוקי האישות והעריות"<sup>9</sup>. בתחילת הפרק נאמר שאיסורי עריות נקבעו כניגוד למצב בארץ מצרים, שממנה בא עם ישראל ובארץ כנען שאליה הוא מיועד להגיע<sup>10</sup>. במצרים לא היה איסור עריות ויש שהתחתנו אחים עם אחיות בקרב המלוכה המצרית ומשם "זלגה" התופעה לחברה המצרית כולה. והנה אחד מאיסורי עריות הנזכרים בתורה הוא איסור גילוי ערוות האחות: "עֲרוֹת אַחוֹתָךְ בֵּת-אָבִיךָ, או בֵּת-אִמְךָ, מוֹלְדֵת בֵּית, או מוֹלְדֵת חוּץ--לֹא תִגְלֶהָ, עֲרוֹתָן."<sup>11</sup> האיסור במסגרתו הרחבה כולל עפ"י המפרשים והפוסקים גם אחים למחצה, גם מקרים שהאב והאם לא נשואים זו לזו וגם כשיש איסור להמשך קשר בין ההורים<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> ויקרא, פרק יח.

<sup>10</sup> רש"י, ויקרא, יח, ג.

<sup>11</sup> ויקרא, יח, ט.

<sup>12</sup> רמב"ם, הלכות איסור ביאה, פרק ב, הלכות ב-ד; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' תלח, ערך אחות.

בעיני חז"ל, איסור גילוי עריות בין אחים הוא דוגמה בולטת לאיסור ידוע ומוכר לכל, וכשהתלמוד הבבלי מבקש לתת דוגמה לצורך פסיקת הלכה רק כשהדין ברור ואין בו פקפוק, הוא מצטט את הפסוק: "אָמַר לְחַכְמָה, אַחֲתֵי אֶת".<sup>13</sup>

ההפרדה בין קביעת איסורי העריות ובין העונשים עליהם, היא אחד הביטויים לכלל התלמוד הידוע "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". איסור גילוי עריות נחשב במשפט העברי לחמור כל כך עד שהוא נמנה עם שלוש העברות החמורות ביותר שחל עליהן הכלל: "ייהרג ואל יעבור".<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>משלי ז, ד.

<sup>14</sup>רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה', הלכות א-ב.

## אכיפת המוסר במשפט הישראלי

נורמות משפטיות רבות בעיקר בתחום הפלילי מקורם במוסר, בדת וגם בתרבות.

במסגרת חוקי העונשין בישראל בוטלו ושונו סעיפי חוק העוסקים באיסור יחסים הומוסקסואליים, איסור התאבדות, איסורי הפלות, איסור הזנות, שימוש בסמים, צריכת אלכוהול, הימורם, איסור פרסום ומסירת מידע בדבר זנות של קטין, שידול וסיוע למעשה בלתי מוסרי, גבר בלבוש אישה, עבירות שיש עמן קלון, אשפוז בכפייה וצער בעלי חיים<sup>15</sup>.

בפרק שנקבע חוק העונשין, התשל"ז 1997-שעניינו "עברות נגד המוסר" כמו זנות ותועבה, אף גוברות על הערך של חופש הביטוי שהוכר זה כבר כזכות חוקתית. כמו בע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221, שדן בית המשפט העליון בסוגיית הסתה לגזענות כשרב ומורה הלכה בכולל שליד מערת המכפלה בחברון, הורשע ע"י בית המשפט המחוזי בחמישה אישומים. הראשון עניינו מאמר בנושא "בירור הלכות הריגת גוי", שחובר והופץ ע"י המערער ובעטיו הואשם המערער בפרסום הסתה לגזענות, בניגוד לסעיף 144ב(א) לחוק העונשין תשל"ז-1997, ובעידוד לאלימות בניגוד לסעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948. על המערער נגזרו ארבע שנות מאסר, שנתיים מתוכן מאסר בפועל. לאיש כדוגמת המערער, רב ומורה שעברו נקי מכל דופי, נשוי ואב לשלושה ילדים, אין זה עונש קל. בבצעו עבירה פגע המערער בערכים יסודיים: שוויון האדם באשר הוא וזכותו להגנה על חיו, על גופו וכבודו. התופעה של הסתה גזענית פוגעת בדמותה של המדינה כמדינה. תגובת בית המשפט על עבירת הסתה לגזענות:

היזמה לקבוע איסורים פליליים מפורשים על ביטוייה השונים של הגזענות נולדה על רקע צמיחות הכהניזם בחברתנו.. מדינת ישראל קמה בצלה של השואה. עם הקמתה חרתה המדינה על הדגל את לקחה הנורא של השנאה הגזענית.. מדינת ישראל, כמדינה מתוקנת המושתתת על ערכי מוסר

---

<sup>15</sup> חיים שיין הפילוסופיה של המשפט-עיון ישראלי 96 (הוצאת שערי משפט, תל אביב, תשס"ח).

יהודים וכלליים אינה יכולה ואינה רשאית למען שלומה ולמען עתידה להתייחס בסלחנות לתופעות עכורות של הסתה וגזענות...<sup>16</sup>.

בנוסף בע"פ 2910/94 ארנסט יפת ו-8 אח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 221, הואשמו עפ"י כתב האישום בעבירה על סעיף 14 ב(א) לפקודת הבנקאות 1941, או על סעיף 424(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1997, הזזה לסעיף זה ביסודותיו והמתייחס למנהלי תאגידים שאינם בנקים, וזאת בניגוד הפעלת מנגנוני הייעוץ בבנקים לשיווק מניותיהם, תוך הצגת שערי אותן מניות כמבטאים ערכים ורווחים ריאליים, הואשמו המנהלים ועובד בכיר של אחד הבנקים בצד הבנקים וחברת האחזקות בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות- עבירה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, בתרמית בקשר לניירות ערך. בפסק דין זה מדגיש בית המשפט:

אין חברה אנושית מתוקנת יכולה להתקיים מבלי לנקוט בסנקציות עונשיות כנגד אלה שפוגעים

בציפור הנפש של תפיסתנו הערכית והמוסרית ומסכנים את שלומנו וגם את ביטחוננו האישי.

אלא שלא כל המעשים נמצאים במרכז הגרעין הקשה של העבריינות. החיים אינם צבועים

בשחור לבן וכך גם החוקים המסדירים אותם. לא רק מעשים הנוגדים ערכי מוסר בסיסיים

שפגיעתם המיידית קשה, בולטת ושקופה ראויים לסנקציות פליליות<sup>17</sup>.

דברי השופטים בשני פסקי הדין האלו מבטאים את הזיקה הקיימת בין המוסר, הערכים והמשפט

הפלילי.

הנורמות המוסריות שיאכפו באמצעות המשפט הן נורמות של מוסר נוהג ומוסר ביקורתי. המוסר

הנוהג מתייחס לכללי התנהגות מקובלים בנסיבות הזמן והמקום. המוסר הביקורתי מתייחס

לעקרונות מוסר כלליים שבאמצעותם מבקרים מוסדות, חברות ופרטים. ההתלבטות ביחס לאכיפת

---

<sup>16</sup>ראו ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 252-253.

<sup>17</sup>ראו ע"פ 2910/94 ארנסט יפת ו-8 אח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 477-478.

הנורמות מתחום המוסר באמצעות החור התעצמה במחצית השנייה של המאה ה-19 ובמאה ה-20.

150 שנה בהן התחוללו שינויים מפליגים בהשקפות ואמונות ביחס לתוכן הנורמות המוסריות שמן הראוי לנהוג על פיהן.<sup>18</sup>

את הדילמה המוסרית אפשר לראות בוויכוח החריף שבין דבלין והארט, זהו וויכוח שהתפתח באנגליה לקראת סוף שנות ה-50 של המאה ה-20 בעקבות פרסום דו"ח הועדה המלכותית בראשות הלורד וולפנדן. הועדה שהוקמה בשנת 1954 התבקשה לבחון בחינה מחודשת את העבירות ההומוסקסואליות והזנות במשפט הפלילי האנגלי, חברי הועדה הבחינו בין המוסר הפרטי שבו אין התערבות של החוק לבין המוסר הציבורי שבו יש מקום למעורבות של החוק ובלבד שהמעשה הלא מוסרי פוגע בזולת. נקודת המוצא של הועדה הייתה שהחוק אינו מכשיר לאכיפת נורמות מוסריות, ורבות מהעבירות בתחום המין הן ביטוי לתפיסות מוסריות ולא הגנה על החברה ויחידה מפני נזק אפשרי. הועדה המליצה ברוב ניכר כי יחסים הומוסקסואליים אין מקומם בדין הפלילי. יחסים שכאלה בין בגירים לא יחשבו לעבירה. בעניין הזנות הוחלט לאמץ את העמדה שהזנות כשלעצמה אין עבירה, העבירה היא בשידול, בחיים על רווחי זנות וקיום מטרד ברשות הרבים. עמדת הועדה הייתה שתפקיד החוק הפלילי הנו לשמור על הסדר הציבורי להגן על חולשתם הגופנית או נפשית ותלותם הכלכלית.<sup>19</sup> הדילמה המוסרית בע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד (1) 441 כשהמערערת הורשעה בסרסרות למעשי זנות ובהחזקת מקום לשם כך, עבירות לפי סעיפים 199 ו-204 לחוק העונשין, תשל"ז-1997, משהוברר כי החזיקה מכון עיסוי בו נתנו העובדות שירותי מין ללקוחות תמורת תשלום. בית המשפט המחוזי השית על המערערת עונש מאסר לתקופה של כ-18 חודשים 6 חודשים מהם לריצוי בפועל ויתרם על תנאי וקנס כספי. עונש המאסר בפועל יבוצע בדרך של עבודות שירות. עיקר הערעור עניינו חומרת העונש.

---

<sup>18</sup> ה.ל.א. הארט חוק, חירות ומוסר 51-60 (אליה גילדין מתרגם, הוצאת רם, תל אביב, 2006).

<sup>19</sup> רות גביזון "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות" עיון, רבעון פילוסופי כ"ז (תשל"ו-תשל"ז).

כותב השופט חסין בפסק הדין:

אני מסכים כי מקום ש"עבירת מוסר" נעברת בנסיבות של ניצול מצוקה, במקום שיש יחסי תלות, שעה שהנאשם מפעיל השפעה בלתי ראויה על קורבנו, ראוי שהמשפט יאמר דברו צלול וברור. אולם לעניין אכיפת "מוסר מקובל" באמצעות החוק הפלילי, הדעה אינה אחת ושאלה גדולה היא באשר לאכיפת המוסר באמצעות החוק הפלילי כך ככלל ולא כל שכן בחברה המתירנית של

ימינו<sup>20</sup>.

בעקבות השינויים שהתחוללו באנגליה ובארה"ב גם בישראל החלו שינויים אלו להיכנס לתוקף ולמודעות הציבור. כל מי שיבחן את השינויים במעמד המשפטי של ההומוסקסואליים והלסביות בישראל מאז 1988 יעמוד נפעם לנוכח השינוי העצום. בשנת 1988 תיקנה הכנסת את חוק העונשין, וביטלה את העבירה של משכב זכר. תיקון זה ביטא את השינוי בתפיסת החוק והחברה בישראל, הרואה בהומוסקסואליות נטייה מינית ולא סטייה. ב-1933 תוקנה פקודת המטכ"ל בעניין שירות הומוסקסואליים בצה"ל, בוטלה החובה לשלוח חייל הומוסקסואל לבדיקת קצין בריאות הנפש, בוטל האיסור על שירותם של חיילים הומוסקסואליים בתפקיד סוד מועדף, בקהילת המודיעין או בתפקידי הצפנה ופענוח ובנוסף בוטלה ההוראה שקבעה כי יהיו במעקב בטחוני במהלך שירותם. לאחר התיקון נשאר בפקודה סעיף אחד מפלה המחייב כל חייל שהוא הומוסקסואל לעבור תחקיר בטחון שדה. ב-1992 תוקן חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ונקבע בו איסור הפליה בתנאי פרישה (לרבות פנסיה). כמו כן קובע תיקון זה כי בתביעה בגין הפליה בשל נטייה מינית במקום העבודה, יש לתובע זכות לבקש את קיום הדיון בדלתיים סגורות, בעצם בוטל עקרון "פומביות הדיון" שנדחה לשם "הגנה על המוסר".

בסעיף 68(ב)(3) לחוק בתי המשפט התשמ"ד 1984, קובע שלמרות עקרון היסוד ולפיו הצדק צריך

---

<sup>20</sup>ראו ע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד מז(1) 466.

להיראות ולא רק להיעשות, בית המשפט רשאי לדון בעניין מסוים בדלתיים סגורות "לשם הגנה על המוסר"<sup>21</sup> ב-1944 פסק בג"צ, בעניין תביעתו של יונתן דנילוביץ' דייל ב"אל על"<sup>22</sup>, אשר פנה לחברה כדי להכיר בשותפו לחיים כ"בן זוג" לעניין זכאות בכרטיסי טיסה, כמקובל ביחס לשאר העובדים בחברה. הוא הבהיר שהוא מקיים עם בן זוגו מערכת יחסים יציבה ומתמשכת הכוללת ניהול משק בית ומגורים משותפים. החברה נענתה לבקשתו "לפנים משורת הדין" ו"באופן חד-פעמי", וסירבה לבקשות דומות.

ההכרעה המשפטית: התביעה התקבלה ובית הדין האזורי לעבודה פסק שמדובר בהפליה אסורה עפ"י חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר קובע מפורשות כי אסורה הפליה בגין נטייה מינית. נקבע כי הוראות ההסדר הקיבוצי, המעניקה טובת הנאה לידיעים בציבור- אך שוללת את אותה טובת הנאה מבני זוג מאותו מין- היא בגדר אפליה פסולה.

---

<sup>21</sup>אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (תשס"ב).

<sup>22</sup>ראו בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ' פ"ד מה(5) 749.



## השוואה בין המשפט הישראלי למשפט העברי

לאחר בחינה של שתי שיטות המשפט הישראלי והעברי בנושא אכיפת מוסר, ניתן להבין ששתייהן שמות דגש על המוסר ואכיפתו. הן המשפט הישראלי כשמשנתנים חוקים בעקבות הבנה לגבי מקומו של המוסר, והן במשפט העברי כשההלכה מבקשת מהאדם להתנהג באופן "מוסרי" גם כאשר אין הוראה ישירה או ציווי.

במשפט העברי אם אדם עשה עבירה בעקיפין ולא באופן ישיר, "הוא חייב בדיני שמיים ולא בדיני אדם", דהיינו אין חוק אשר מעניש את אותו אדם, וככל הנראה יענש בעתיד בידי ה'. לעומת זאת במשפט הישראלי, מתייחס לעברות אשר נעשו בעקיפין לפי חוק העונשין התשל"ז-1977 שעניינו "עבירות נגד המוסר", עבירות כמו עידוד לאלימות, אשר הן לא באות באופן ישיר כי לא נעשה כביכול מקרה אלים, הן עבירות אשר יש עליהן עונש חמור בחוק.

במשפט העברי נאמר: 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' גישה זו שונה מהמשפט הישראלי שבה אי ידיעת החוק אינה פותרת מאחריות פלילית ומדגישה רק את העונש, כגון: העושה מעשה- דינו כך וכך שנות מאסר, ואינה מפרשת בפירוט את עצם איסור המעשה. רקעו של הבדל זה נובע מן השוני שבמקורות שתי שיטות המשפט. הדין הפלילי בישראל מבוסס על תפיסה פוזיטיביסטית, וחובת הציות לחוק נובעת מכוח הדין והעונש בלבד והאיסור הערכי לעבירות השונות שאיסורן מובן מאליו, אינו נוגע באופן ישיר לתחום המשפט.

הרעיון הגלום בתפיסה זו הוא שאין למחוקק סמכות לאסור דבר. סמכותו מתמצית במניעת התנהגות מסוימת, להרתיע עבריינים פוטנציאליים ולשמור על הסדר החברתי. הקביעה שדבר מסוים "אסור" היא קביעה מוסרית-ערכית, לא משפטית. לא כך היא דרכה של תורת ישראל, כשיטת משפט דתית-תיאולוגית הבאה מכוח צו הבורא, יש בכוחה לקבוע את גבולות ה"מותר" וה"אסור". לפי תפיסה זו, בורא העולם קבע את כללי ההתנהגות שיש לראותם כהתנהגות "ראויה". לצד הנורמות יש עונשים,

אולם העונש אינו הסיבה היחידה לחובת הציות, אלא הוא מעין גמול על הפגיעה באיסור הערכי.

במשפט העברי יש מקום גדול יותר למוסר מאשר שיטות משפט חילוניות.

ההלכה עוסקת בציווים שבין אדם במקום לציווים שבין אדם לחברו, הרשות השופטת היא לא רק

בידי ביה"ד אלא גם האל והאל יכול לבדוק אם אתה משקר או לא לעומת ביה"ד.

אפילו הפסיקה הישראלית עסקה פעם באבחנה זו שבין התפיסה הדתית של המשפט האזרחי לבין

התפיסה החילונית של המשפט האזרחי.

## סיכום

לסיכום, בעבודה זאת ראינו כי אכיפת מוסר קיימת בשתי גישות המשפט- העברי והישראלי, ובשניהם מעניקים לו יחס ותשומת לב.

בעבודתי הצגתי כמה חשובה אכיפת המוסר בחברה שלנו ובתקופה הקדומה, הוצגה גם השוואה בין שתי תקופות אלו והתייחסותם למוסר. ניתן היה לראות שעוד מהמקרא והתנ"ך הייתה חשיבות למוסר, ההלכה ביקשה מהאדם שהתנהג באופן מוסרי אפילו כאשר אין ציווי או הוראה מפורשת. הדבר בא גם לידי ביטוי בחקיקה ופסקי דין של בתי המשפט כאשר ערך המוסר בא לעזור לזולת, בשנים האחרונות שונו המון חוקים המתייחסים למוסר ולאכיפתו זאת כי מערכת המשפט מתחילה להשתנות ולהבין שיש לשים את המוסר כמאזן וגורם משפיע על חוקי וכללי מדינת ישראל.

סוגיית היחס שבין המוסר למשפט ובין חוק לערכים בשיטת המשפט הישראלי טרם הוכרעה. בית המשפט מעדיף כיום את השימוש בתקנת הציבור על פני מחויבות לעמדות מוסריות. בית המשפט העליון דן בערכים ומאזן ביניהם אך מתרחק מהדיון בעצם בחירתו בערכים אלה על פני אחרים.

אולם, מתוך מתון מגוון הקהילות הנמצאות בחברה הישראלית, קשה לראות כיצד ניתן לאתר ציבור נאור וטהור, ידוע ומוסכם על הכול המהווה את נקודת האיזון שבין ערכים "יהודיים" לבין ערכים "דמוקרטיים". רק כאשר תהליך ההיתוך בחברה הישראלית יגיע לנקודת רתיחה, בה יתגבשו הסכמות יסודיות ועקרוניות בין הקבילות המרכיבות את החברה הישראלית, רק אז יהיה ניתן ליצוק תוכן לציבור "הנאור" וליישמו להלכה למעשה.

# ביבליוגרפיה

## חקיקה

חוק העונשין תשל"ז-1997.

חוק בתי המשפט תשמ"ד-1984.

## פסיקה

בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ פ"ד מה(5) 749.

ע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד מז(1) 441.

ע"פ 2910/94 ארנסט יפת ו-8 אח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 221.

ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221.

## ספרות מחקר

### ספרים

ה.ל.א הארט חוק, חירות ומוסר 51-60 (אליה גילדין מתרגם, הוצאת רם, תל אביב, 2006).  
חיים שיין הפילוסופיה של המשפט- עיון ישראלי פרק ג', ד' (הוצאת שערי משפט, תל אביב, תשס"ח).

### מאמרים

רות גביזון 'אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות' "עיון", רבעון פילוסופי כ"ז (תשל"ו-תשל"ז).  
אלון הראל 'עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית' המשפט ז 195 (תשס"ב).

### משפט עברי

### ספרות הפסיקה

רמב"ם, הלכות איסור ביאה, פרק ב, הלכות ב-ד; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' תלח, ערך אחות.

רמב"ם הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכות א-ב.

### אינטרנט

נבו- [/https://www.nevo.co.il](https://www.nevo.co.il)

פדאור- <https://www.pador.co.il/PadorGSA/PadorGoogleSearch/SearchResults.aspx>

דעת- [/http://www.daat.ac.il](http://www.daat.ac.il)

אתר הכנסת- <https://main.knesset.gov.il/pages/default.aspx>

איגי- [/http://www.igy.org.il](http://www.igy.org.il)