שיעור 4- משפט עברי.

דיברנו בשיעור הקודם על מקורות ההלכה עם דגש על המרכיב של הפרשנות. נוסיף כיוון נוסף- בעצם המקורות של הרמב"ם הם שלושה: פרשנות, תקנה, סברה. המרכזי הוא הפרשנות ונדבר בהמשך.

**פרשנות**- משמעותה היסק ממקור כלשהו.

**התקנה**- היא חקיקה עצמאית שלא נסמכת על מקורות קודמים.

**סברה**- מה מקומה של הסברה? (במיוחד בדיני המשפט והממונות) יש לה מקום מרכזי כי הרבה הלכות במשפט האזרחי מקורם בסברה, בהיגיון הפשוט. כדוגמאות:

1. **זה נהנה וזה אינו חסר**- אומר שאם אני משתמש בנכס של אחר ומפיק ממנו הנאה (דוגמא- כניסה למגורים בדירה של מישהו אחר ללא רשות) ובכך חוסך כסף. יחד עם זאת, לשכנים לא נגרם שום נזק כי הדירה לא עמדה להשכרה- ההלכה אומרת שיש פטור מתשלום עבורה. המקור שלה הוא **סברה** כי אין מקור אחר לכך- היא החלטה ערכית של חז"ל.
2. **כופין על מידת סדום**- הוא הדין בהלכה שלפעמים כופין ומכריחים אדם לוותר על זכויות מסוימות שיש לו למען טובתו של אדם אחר. מתי היא מתרחשת? כאשר הסירוב לוויתור מוגדר כ"מידת סדום" (פירושו- זה נהנה וזה אינו חסר)- במקרה שכזה יש כפייה. למשל- שכן קנה מקרר גדול, והוא לא יכול להכניסה לדירתו כי היא גדולה מדי. הדרך היחידה היא דרך הדירה של אדם אחר. אך יש סכסוך ביניהם והוא לא רוצה לעזור לו בכך. מצד הדין- יש לו בעלות על הקרקע שלו ושליטה בנכס, ועל כן לכאורה מותר לו להתנגד לזה. על כך נאמר- "כופין על מידת סדום". הוא יוותר על זכותו של הבעלות ויכפו אותו לתת לשכן לעבור דרך דירתו. **זוהי הלכה בסברה.**

במשפט הישראלי אין את הדין הזה, אבל יש התקרבות של השיטה החדשה הישראלית לכיוון הרעיון הזה דרך המושג של "תום לב".

**דין "בר מצרא"**- לעומת זאת, בתחום הממון האזרחי יש דוגמא אחרת. יש הלכה שנקראת "דין בר מצרא". (פירושו- בן גבול.)- יש שני אנשים שיש להם גבול משותף. הדין הוא שכאשר אחד מעוניין למכור את שדהו- יש עדיפות לשכן וחובה להציע לו את מכירת השדה. גם אם אין לו רצון אמיתי למכור לשכנו. בין אם הוא רוצה למכור לאדם שקרוב אליו, או משום שיש שנאה בינו ובין שכנו- הדין נשאר אותו דבר! הוא חייב להציע את הנכס לשכנו.

**ההבדל בין דין 'בר מצרא' לדין 'כופין'**: הלכה זו- אין מקורה בסברה, אלא בתקנה. כך הדין מתואר בראשונים. משום שנאמר: "ועשית הישר והטוב". הלכה שמבוססת על סוג של חסד ועשיית הטוב. מדוע דבר זה הוא תקנה ולא סברה?! ההבדל הוא פשוט- הסברה לא מחייבת את דין 'בר מצרא', אלא היא נוגדת את ההיגיון המשפטי הפשוט. התקנה היא נגד ההיגיון המשפטי- הרי אדם רוצה למכור לקרובו או לאדם אחר. התקנה מתערבת במקומות כאלה ומשנה את ההיגיון. בדין כופין אין הדבר כן- כי כאשר מדובר רק בעניין פורמלי ואין הפסד אמיתי.

**פרשנות:**

הפרשנות היא המקור המרכזי והעיקרי שיוצר הלכות לאורך הדורות. כשאנו אומרים פרשנות- אנו מתכוונים בכל שלבי התפתחותה בהלכה. לא רק פרשנות המקרא אלא על כל פרשנות- תלמוד, רמב"ם, פוסקים וכן הלאה.

**שתי דוגמאות לשימוש בפרשנות ההלכתית**:

1) **מצוות מלך**: פסוק בספר דברים: "שום תשים עליך מלך". באה מדרש ההלכה והיא דורשת את המקרא הזה, בספרי, ואומרת : "מלך- ולא מלכה"! הבעיה היא שהרמב"ם בא ועושה מהלך מאד מרחיק לכת. הוא מוסיף שלב בפרשנות ההלכתית ואומר **"לא רק מלך אלא כל משימות וכל מינויים שיש לו סמכות- שיהיה איש ולא אישה".** זוהי פרשנות מרחיקת לכת. והוא הסיק זאת על דרך הפרשנות. מכאן, יוצא שלל של דילמות הלכתיות- מותר מנכ"לית? חברת כנסת? ראש ממשלה? וכו'- שאלות שעולות מפרשנות זאת של הרמב"ם. יש דיונים הלכתיים עד ימינו אנו על הדברים האלה בפוסקים ובהלכה בעקבות הדברים.

2) **מכירת קרקע לגוי**: נאמר בפסוק דברים פרק ז': "לא תכרות להם ברית **ולא תחנם**". הדין הוא לגבי שבעת העממים שישבו בישראל טרם כניסתם לארץ. המושג של לא תחנם הוא קצת עמום. באו חז"ל ודרשו את הפסוק הזה, שלפי פשוטו הוא לתת חן או התייחסות טובה יותר לעמים שישבו כאן. חז"ל דרשו **שאסור לתת להם חניה בקרקע**- אסור למכור קרקע לנוכרי בא"י. מכאן יוצאות מקבץ גדול של שאלות הנובעות מאיסור זה- איך מיישמים? מתי חל? באיזה נסיבות. וכו'... למשל- מה זה מכירה? האם גם שכירות? או מכירה לזמן (לשנה)? מי הגוי שאסור למכור לו- רק עובד ע"ז או כולם? מה כשהמכירה היא לטובתו של ישראל? עוד ועוד שאלות של הדרך ליישם את ההלכה הזו.

השאלה היא אקטואלית, כאשר הפוסקים בני ימינו עוסקים בה, בשני הקשרים:

א) **מכירה בשמיטה**- אחת הבעיות כאשר מוכרים את הקרקע בשנה השביעית, היא המכירה לנוכרי. כיצד אפשר לעשות דבר כזה?! יש פוסקים אחרים שמוציאים את הדרכים להתיר את הדבר.

ב) **החזרת שטחים**- האם מותר לתת שטחים לגויים? הרי אסור לתת קרקעות לנוכרי וזה נגד הפסוק! יש שתי אסכולות בנושא, אך ניתן להגדיר זאת כשאלה הלכתית, כאשר הפתרון כפוף לפרשנות שניתן לה.

כך אנו משיגים כי הפרשנות היא העיקר, ועל ידה נוצרות רוב ההלכות.

**מהי פרשנות?**

כשאנו אומרים פרשנות פירושה מתן פשר/ מובן להוראה מסוימת במשפט או בהלכה. הפרשנות עומדת על שני מרכיבים: 1) פשט. אנו מדברים על פשוטו של מקרא.

2) לשון.

והוא מבוסס על שני הדברים שאמר האבן עזרא- בעבותות הדקדוק נקשר (פרשנות הלשונית) ועיני הדעת יישר (המשמעות העניינית)". הלשון והעניין הם המדריכים אותנו בפרשנות ושני מרכיביה.

**מדוע פרשנות**? העניין שמעסיק את הפילוסופיה של הלשון, היא למה אנו צריכים פרשנות? למה שהחוק לא יהיה כתוב בצורה פשוטה ואז הכול יהיה מובן וברור? לדוגמא- קנייה פשוטה שלאדם אין כסף, וגונב את מה שרצה. מגיע לביהמ"ש והם אומרים שהוא עשה את פעולת הגניבה. השופט לא עשה את פרשנות של החוק אלא עשה יישום מכני של החוק- פשוט יישם אותו. הרי שאין כאן שום פרשנות! הבעיה היא שאנו לא מדברים על זה כשאנו מדברים על פרשנות, אלא אנו מתכוונים למקרים בהם החוק לא ברור והיישום אינו אוטומטי. לכן השאלה חוזרת למקומה- למה צריך פרשנות?!

התשובה ברורה: א) לפי התפיסות המודרניות של הפרשנות, גם השופט שאמר "הייתה גניבה"- גם הוא השתמש בפרשנות. גם אם זה קל או מובן- זה עדיין סוג של פרשנות. ב) אך במקרים יותר מורכבים- א"א לעשות את החוק, שנכתב ע"י בני אדם, מוחלט שלא יצטרך שום פרשנות. כולם מודים שדבר כזה אינו ייתכן, וחייבים לפרש את החוק! האפשרות לוותר על הפרשנות ולעשות את החוק מובן היא בלתי אפשרית.

ועמדו על זה חכמים גם במקורות ההלכה. **המהרש"ל** מעלה שאלה- מדוע משה לא כתב בצורה ברורה ויהיה דרך אחת לפירוש התורה ולא כמה וכמה פנים בתורה? הוא עונה לפי פסוק במשלי "עשות ספרים אין קץ", כי אין קץ ותכלית לעניינו כמשמעו...- אומר המהרש"ל שלא ייתכן לכתוב ספר כזה שתהיה לו משמעות ופירוש אחד.

הצורך בפרשנות נובע משתי עניינים מרכזיים:

1. **הלשון האנושית**- כל ביטוי או הוראה או מושג שמשתמשים בו- אפשר להשתמע ליותר מפן אחד. כל ביטוי אנושי! המרצה מוסיף במיוחד כשמדובר על הוראה מעשית.
2. **משמעות עניינית**- גם היא בעייתית, כי גם בקשר הענייני יכולים להיות הבדלים. (בית- האם גם החצר? גם הגג או פנים הבית?) . גם בהוראות פעולה אפשר להבין זאת על שני פנים. דוגמא- כאדם אומר לבן הצעיר- "תפתח בבקשה את הדלת". במחשבה המעשית יכולה להתפרש אחרת- איזו דלת? כמה לפתוח את הדלת? הרבה או מעט? וכו'...

הפתרון להוראת עשייה יכול לבוא משני מקורות:

1. מכוונת המחוקק/ של מחבר ההוראה. (למה התכוון האב כאשר אמר את מה שאמר).
2. מטרת החוק- מה הייתה מטרת הוראה? באיזה מצב היא באה להתמודד ומה היא באה לפתור? (תכלית/משמעות).

**יש שלוש גישות עיקריות במחקר הפרשנות ביחס בין משמעות הכתוב בטקסט לכוונת המחוקק בו:**

1. המסורתית- פרשנות פירושה להגיע ולהבין את כוונתו של היוצר.
2. המודרנית יותר- המשמעות מנותקת מכוונת המחבר ויש משמעות לטקסט עצמו והוא מדבר בעד עצמו. לא קשור לכוונתו של היוצר! משמעות עצמית לטקסט.
3. פוסט מודרנית- אין בכלל משמעות לכתוב. המשמעות היא רק לאדם שקורא, ולא לכותב. המשמעות נמצאת במוחו של הפרשן ולא בטקסט.

יש שרוצים לטעון שכל שלוש הגישות נמצאות בתוך המקורות היהודיים, אך המרצה לא מסכים איתה. אך אפשר למצוא במקורות את שני הגישות הראשונות.

הפרשנות המשפטית היא ענף גדולה בעולם הפרשנות בכלל, ובפרט את עולם המשפט, כי היא הכלי המרכזי למשמעות המשפט. הפרשנות המשפטית מבחינה/ מבדילה בין שני המרכיבים שהזכרנו- בין מטרת המחוקק לבין תכלית הדין. הכוונה והמטרה הם שני גורמים שונים. הפרשנות המשפטית, לא רק בארץ, זנחה את הגורם של כוונת המחוקק. (כיום במחקר זה חוזר, אך גורם של הכוונה זז הצידה) נותנים הרבה יותר מקום לתכלית החקיקה. לא מדברים על הכוונה משום שהטענה היא שהדבר הוא בלתי אפשרי- אנו לא באמת יודעים את הכוונה של המחוקק. הדבר השני הוא, שהם לא חשבו על דברים מסוימים ועל כן איך נגיע למסקנה של כוונתם?! על כן, אמרו שההתרכזות היא על תכלית החקיקה. מה בא החקיקה לעשות ולהשיג? אם נגיע למטרה זו- יהיה ניתן לאמץ את התוצאה היותר טובה מבחינת השירות שהיא נותנת למטרה של הדין.

**דוגמא מהפסיקה:** ס' 3 בחוק השבת אבידה מדבר על מצב שאבדה נמצאה ברשותו של אדם אחר. [החוק קובע שרק אם נטל את האבדה לרשותו- חייב להשיב, אך אין חובה לקחת- יכול להשאירה במקומה. מה שאין כן בהלכה!] ס' 3 מצא אבידה ברשותו של אדם אחר- צריך למסור לבעל המקום את האבדה, אשר ייחשב כ'מוצא'. הנפקא מינה (ההשלכה/הרווח) שלו הוא שאם לא יימצאו הבעלים- המציאה תישאר אצל המוצא= הבעלים.

אדם בשם הנדלס מצא אבדה בחדר אחד בבנק-שטרי חוב ומסרם לבנק. הוא פנה למשטרה, אשר אמרו שלא נמצאו בעלי האבדה.הנדלס ביקש לקבל חזרה את שטרי החוב אך נאמר לו שהם שייכים לבנק! הנדלס הגיש ערעור שהגיע עד דיון נוסף בשאלה- מה זה 'רשותו של אדם אחר' בהקשר של דיני השבת אבידה?! הבעיה נובעת לא מהלשון אלא מהעניין- ההקשר הענייני בעייתי פה. כאן נחלקו הדעות בפסיקה. כי ההבדל הוא שבבנק אין שליטה על מי נכנס ויוצא ויכול להיות שזה רשות הרבים. וכך היה גם בחדר הזה- וממילא אינו נחשב **רשותו** של אדם אחר, למרות המחשבה שהמקום עצמו היא בבעלותו של אחר.

המחלוקת סבבה סביב השאלה מהי מטרת החוק ופירושו: מהו אינטרס הבעלים בהשבת אבדה?

**השופט ברק**- המטרה היא השבת החפץ והאבדה, בצורה הטובה ביותר, לבעלים. הדרך הכי טובה לכך היא לתת את החפץ למוצא- וזה ישרת יותר טוב את המאבד. הבנק כן נחשב רשותו, והאבדה שלו.

**השופט אלון**- הולך לפי הגדרת המשפט העברי (גם במחוזי ישב שופט דתי שקיבץ חו"ד מרבנים). הדבר שישרת את אינטרס הבעלים יהיה להציע פרס או גמול למוצא האמיתי של החפץ (שהרי למה שלא ייקח את זה לעצמו?! אחת הדרכים ל"דרבן" את המוצא- יהיה לומר לו שיקבל את החפץ במקרה שהבעלים לא יימצאו]. אם כן- הנדלס הוא המוצא וכי הבנק אינו "בעל הרשות".

טענת המרצה היא שלא ניתן לדבר על 'כוונת המחוקק', כי המחוקק בכלל לא חשב על מקרה שכזה.(ישנה לקונה), ועל כן יש להתחשב במטרת החוק דווקא. ללמדנו שהם שני דברים שונים אשר יש הבדל ביניהם.

**שיקול ערכי/מוסרי**- עוד הערה אחת לעניין זה. גורם משמעותי בפרשנות המשפטית היא השיקול הערכי/ המוסרי. ברור שההכרעה המשפטית נובעת משיקול ערכי ותפיסה של הפרשן. הרבה פעמים כאשר עומדות אפשרויות שונות של פרשנות, ההכרעה תהיה ערכית. התוצאה היותר נכונה, איזה ערך אתה מעדיף- במיוחד כאשר יש התנגשות בין שני הצדדים. התופעה של הפרשנות הערכית בולטת מאד כבר בפרשנות הקדומה אצל חז"ל ולא נעצרת שם. החוקרים הצביעו שיש כמה וכמה סוגיות שבהם בולטת הפרשנות הערכית.

**דוגמא לשיקול ערכי**:

**עונש המוות בהלכה**- להלכה יש עונש מוות בלא מעט מקרים, לכאורה. הוא מצוי בכמה סוגים של עבירות- בין אדם למקום (עבודה זרה ועוד) וגם בין אדם לחברו (רצח, ניאוף וכו'). היו שביצעו את עונש המוות והוציאו אדם להורג, אך זה היה נדיר ביותר אפילו אז! אבל העובדה היא- שאין יותר עונש מוות בהלכה והיא לא קיימת. הביטול נעשה בדרך הפרשנות ההלכתית- כאשר מגבילים ע"י "אוקימתות"- העמדה של הכלל על מקרים ספציפיים. עונש המוות בוטל ע"י העמדות חדשות המעמידות את ביצוע העונש בצורה כמעט בלתי אפשרי. העונש עדיין קיים בצורה הפורמלית שלה והוא עדיין כתוב בספר, אך בצורה מעשית לא ניתן לבצעו. הדרך שעשו זאת, הוא ע"י דרישת ההתראה- יש להתראות בעבריין לפני ביצוע העבירה ע"י שני עדים. לא מספיק שהם רק יראו את זה- אלא עליהם לומר לו את האיסור ואת העונש שיחול עליו. כמו כן, העבריין צריך להגיד להם שהוא יודע על זה ובכל זאת יבצע את העבירה.

דוגמא זו היא הבולטת ביותר, אך יש עוד פרשנויות שונות. אין הודאת בעל דין, יש צורך בשני עדים ועוד. חז"ל כבר עשו את זה., וזאת לא "המצאה חדשה". אין ספק שהמטרה העיקרית הייתה לבטל או להקשות את ביצוע עונש המוות ולהביא אותו לבלתי אפשרי מבחינה מעשית. עונש המוות נהפך למשהו רעיוני ותיאולוגי אך לא מעשי.

**בן סורר ומורה-** כמו כן, בדין בן סורר ומורה (אם אב ואם מוצאים את הבן שאיננו שומע בקולם, והוא זולל וסובא, ועל כך כתוב בתורה שסוקלים אותו). מצווה זו גם מעוררת את הקושי הערכי המוסרי. בחז"ל/ בתלמוד מעלים את השאלה הזאת (מסכת סנהדרין). ויש ארבע גישות בהתמודדות הערכית הזאת:

1. **גזירת הכתוב**. אנו לא יודעים את הטעם ואין טעם הגיוני רציונאלי לסיפור הזה. ואין להרהר אחרי הכתוב.
2. **הגישה הפרשנית**- היא דורשת דרישות מוזרות קשות ובלתי אפשריות ליישום ההלכה. ואיתם- ההלכה איננה יכולה להתבצע.
3. **"לא היה"**- ר' שמעון בר יוחאי(רשב"י) מתעמת עם השאלה באופן ישיר (לא בדרך פרשנית)- אלא שואל: האם הגיוני שעל כך שהוא אכל וסבא יוציאו אותו להורג? אלא- בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות, אלא דרוש וקבל שכר. אין כאן הלכה לביצוע מעשי.
4. **"נידון על שם סופו"-** התורה צפתה את מה שעתיד להיות מאותו נער, ובגלל מה שהוא הולך לצאת בעתיד- יש להורגו כבר עכשיו. [אל גישה זו מצטרפת גם הגישה הפרשנית- שכן בשניהם באים לומר שהדין הוא אינו בר ביצוע.]

גישות אלו מציגות גם את היחס בין העמדה המוסרית ולבין הכתוב. כמו כן יש הדרגה מסוימת ביחס לשאלה המוסרית. הגישות של גזירה ו"לא היה"- הן שתי עמדות קיצוניות ביחס לשאלה- או שאין תשובה או שלא היה דבר כזה (וכך גם הגישה הפרשנית). גישת הביניים מחפשת לסדר את העניין המוסרי, וסוברת שהוא נידון על שם סופו- זהו התירוץ שלה לשאלה המוסרית.

**שיקול ערכי בדיני ממונות**- מה שברור לגמרי הוא שהפרשנות הערכית לא נעצרת רק במקרים כאלה, והם לאו דווקא בעונשי מיתה. אפשר לראות אותם גם בדיני ממונות, בסוגיות שגרתיות. אפשר להצביע על מניע ערכי.

**דוגמא**- בדין עשיית עושר ולא במשפט. הדין בא לציין סוגי חיובי ממון שלא נכנסים לקטגוריה של דיני החוזים ולא לדיני נזיקין. למשל- אדם שהכניסו לו כסף לחשבון בטעות. האם יש חיוב משפטי להחזיר את זה? מבחינה מוסרית- וודאי שיש חיוב, אך האם מהבחינה המשפטית יש עליו חיוב?! במשפט הקדום עוד התלבט על זה, כי משפטית הוא לא חייב! לסוג כזה של משפט- הוקם עשיית עושר ולא משפט.

תחת כותרת זו: אדם שפורע את חובו של חברו. האם בעל החוב חייב להחזיר את הכסף?? [משפט אנגלי אומר שאינו חייב, החוק בישראל אומר שכן] בהלכה הדעה שנפסקה היא- שאינו חייב! עם זאת, דעתו של רבינו תם (מבעלי התוספות ונכדו של רש"י) הולך נגד הסוגיה בתלמוד ועושה מהפכה שלמה של פרשנות הסוגיה ומגיע למסקנה כי יש חובה לשלם. הוא עושה זאת מכיוון שהתוצאה הזאת לא נראית לו נכונה ולא מוסרית. ברמב"ם והשו"ע אומרים שאינו זכאי להשבה, אך ר"ת חולק על כך וסובר שזכאי להשבה.

השיקול הערכי הוא שיקול מרכזי בפרשנות, מחז"ל ועד ימינו, ואלו גורמים שעובדים יחד בפרשנות. השיקול המשפטי הפורמלי של כלי המשפט, מול השיקול הערכי. שניהם יחד הם שהופכים את הפרשנות המשפטית למה שהיא. לפעמים נעשה זאת ע"י **שיקול פורמלי** בלבד ולפעמים נעשה זאת ע"י **הפרשנות הערכית** ונמצא את הדרך הפורמלית.

**האמת המשפטית:**

אחת השאלות המעניינות שמשתלשלת מעניין הפרשנות זאת היא שאלת האמת המשפטית. השאלה היא- כל הפרשנות נובעת מכך שכל ביטוי יכול להתפרש לכמה אפשרויות, ואנו צריכים לקבוע מה אנו מקבלים. האם במקרה שכזה- אפשר לדבר על תשובה אחת שהיא הנכונה? האם הגישה האחרת היא טעות? או שמא נאמר שאין תשובה שאינה נכונה, שניהם תשובות שקולות ונכונות אלא שאנו מחליטים לקבוע לפי איזו דרך לקבל?

**פוזיטיביסטית ונון-פוזיטיביסטית**

בתורת המשפט היא שאלה שקשורה לעימות בין שתי אסכולות: הפוזיטיביסטית לבין הנונ-פוזיטיביסטית. אנו מדברים על תורת המשפט המודרני. בראש שתי האסוכולות המודרניות האלה, עומדים הארט (פוזיטיביזם) דוורקין (נון פוזיטיביזם). שתי גישות אלה חלוקות, בין השאר, על שאלת האמת המשפטית. הוויכוח העיקרי ביניהם הוא מה כלול בתחום המשפט? הגישה הפוזיטיביסטית היא גם יותר פורמליסטית והיא מעגנת את המשפט במציאות חברתית, משהו שנוצר מתוך החברה. אבל היא אומרת שמשפט זה רק מה שהתקבל באופן פורמלי ע"י הגופים המוסמכים. כל מה שמחוץ לזה- הרי שהם לא משפט. לעומת זאת, הגישה הנון פוזיטיביסטים אומרת שגם מה שלא פורמלי אלא גם דברים שאינם בחוק כלולים במשפט. מזה משתלשלת השאלה שלנו- דוורקין אומר שלכל שאלה יש רק תשובה אחת נכונה. זאת באופן רעיוני מושגי. אבל, הוא מודה שלא ניתן להוכיח מהי התשובה הנכונה. לעומתו, אומר הארט שאין הבדל מצד שיקול האמת בין שתי התשובות. היישום המשפטית לא חייב להביא למסקנה שרק תשובה אחת נכונה. ואין יתרון לתשובה אחת על חברתה. לא ניתן להגיד שיש טעות באחת מהם.

מאמרים שמקיפים את שתי הגישות- פרופ' עמוס שפירא כתב העת משפטים חלק ב'. עונה לו יוסף רז (הארט) עקרונות משפטיים....

המחלוקת נראית תיאורטית בלבד כי דוורקין אומר שאי אפשר להוכיח מה הטענה הנכונה. אך הוא מנסה להראות שיש משמעות מעשית לגישה שלו, ולא רק פילוסופית. אך לא נראה למרצה ועל כן הוא לא משקיע- יש לקרוא במאמרים.

**בהלכה**

מה קורה בהלכה? השאלה הזו עולה גם בהלכה. לא זו בלבד, כי השאלה היא יותר נוקבת מכיוון שהיא רואה את עצמה כדבר ה' (שנוצר ע"י בני אדם). ההלכה מלאה מחלוקות- ואם כן, האם אחת נכון ואחד לא נכון?! האם אחד טועה?! השאלה הזאת נמצאת במקורות. גם המרצה כתב על זה מאמר.

המקור הראשון שיש לקחת בחשבון הוא סיפור "תנורו של עכנאי". יש מן הפרשנים והחוקרים שטוענים שהסיפור הזה קשור לשאלת האמת ההלכתית. באים ואומרים שהבת קול אמרה שר' אליעזר הוא הצודק. משמע שיש דעה אחת נכונה. לא אמרו שהאמת נמצאת בשניהם, אלא יש רק דעה אחת הצודקת. אטינגר לא מקבל את גישתם, והוא טוען שהסיפור לא קשור לעניינינו. וזאת מכיוון שיש הבחנה בסיסית בין שאלת האמת לבין התוקף ההלכתי. זה שהלכה כפלוני- לא אומר שזאת האמת. השאלה כמו מי הלכה אינה קשורה למי צודק! הבת קול לא אמרה שהאמת כר' אליעזר, אך היא אמרה שהלכה כמותו . ועוד אמרה בכל מקום-האם ייתכן שתמיד האמת תהיה אצל ר' אליעזר?! ועל כן, נראה שיש הבחנה בין האמת לבין התוקף ההלכתי וכמי נפסוק. ולכן מגיע המרצה למסקנה כי תנורו של עכנאי אינו רלוונטי לעניינינו ולשאלת האמת.

**שתי נכון "נכונות"**-

לעומת זאת, יש מאמר חז"ל מוכר שרלוונטי לעניינינו- "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". היא אמירה שמדברת על האמת ההלכתית. המאמר נמצא בתלמוד במסכת עירובין דף יג. לגבי מחלוקות של בית שמאי ובית הלל. אומר אטינגר, שפירושו- שוויון. אין עדיפות לאחת על השנייה. אבל נשים לב להמשך- זה שהם שווים לא סותר את מה שנאמר בהמשך ש"הלכה כבית הלל". יש שוויון בדעה, אך יש לנהוג ע"פ פסיקת הלכה והתוקף המשפטי של כל אחת שונה.

שיעור 5-

**מחלוקות בית שמאי ובית הלל-** אלו שני עניינים נפרדים- שאלת האמת והתוקף המשפטי וההלכתי, וכל אחד לחוד. אנו פוסקים הלכה כבית הלל. סוגיית הגמרא הבינה כך, ונראה ע"פ המשך סוגיית הגמרא. יש להבחין בין מאמר ה**אמורא** לבין סוגיית **התלמוד**. אצלנו, האמורא ר' אבא בן שמואל- הוא אמר את המאמר הזה. המשך הסוגיה של ה**גמרא** (של חכמים יותר מאוחרים) שמפרשים ומסבירים את המאמר. הגמרא שואלת: וכי מאחר שאלו ואלו דברי אלוקים חיים, מפני מה זכו ב"ה שהלכה כמותם? תשובת הגמרא היא: מפני שנוחין וענווים היו והיו שונים דבריהם אחרי דברי בית שמאי. התשובה הזאת אומרת שאין יתרון מהותי לשום צד לעניין. הביטוי "זכו" פירושו "מתנה" או עדיפות, וזאת מכיוון שהיו יותר ענווים. ההדגשה היא מפני שהרבה פרשנים התלבטו שפירוש הגמרא הזאת. הם שאלו- מה הקשר בין ענווה לבין פסיקת הלכה? אך על פי דברינו- אכן, אין לכך קשר. אין יתרון, אלא רק קביעת הלכה. הביטוי "אלו ואלו דברי..." מופיע בעוד מקום בתלמוד הבבלי. הוא מופיע במס' גיטין דף ו, בהקשר שנראה לא מתאים במבט שטחי. אלא שלדעת המרצה, ההופעה שם רק מחזקת את הטענה שלנו.

**פילגש בגבעה**- הגמרא שם מספרת סיפור על ספר שופטים פרק י"ט –פילגש בגבעה. (...) הפרק פותח במשפט אחד- "ותזנה עליו פילגשו". והאמוראים חלוקים מה היה שם. בפשוטם של דברים לשון זנות- קשור ביחסי אישות בין הצדדים. אבל יש מי שמפרש מלשון "מזון"- הייתה בעיה באוכל שהיא הגישה לו וכו'... זוהי מחלוקת עובדתית- היסטורית! הגמרא ממשיכה בסיפור שר' אביתר פגש את אליהו הנביא, שאל את אליהו- במה עוסק הקב"ה? אמר לו- שהוא עוסק בפרשת פילגש בגבעה. ומה הוא עוסק שם? אמר אליהו- הוא אומר את שני דברי האמוראים- חוזר על שתי הדעות! שואל ר' אביתר- מה? הקב"ה לא יודע את האמת? למה הוא חוזר על הוויכוח הזה? אמר לו אליהו- "אלו ואלו דברי אלוקים חיים הם". כי שניהם נכונים! היו את שתי הבעיות, גם מזון וגם זנות.

הסיפור הזה קשור לעניינינו בכך שהוא מביע שאין אמת. הוא מחזק את התיזה והפרשנות שהפירוש הוא שוויון. המרצה טוען, שזה כנראה ביטוי מושאל ממסכת עירובין. הסיפור לקח בהשאלה את הביטוי ממחלוקת על הלכה, והשתמש בו במונח של עובדה והיסטוריה.

זה אומר, **לכאורה**, שההלכה נקטה בשיטתו של הארט, שאין דעה אחת נכונה, אלא ששתי הדעות נכונות. (זאת לא תהיה המסקנה שלנו).

**יש דעה אחת נכונה- שמאל וימין**-

מאמר חז"ל חשוב אחר משנה את התמונה. המאמר הוא מה-"ספרי" (ספר מדרש הלכה לבמדבר ודברים), והוא מתייחס לספר דברים פרק י"ז, פסוק א' **"לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".** הפרק הזה הוא מפתח לכל התורה כי היא מדברת על סמכותם של חכמי הדורות לאחר זמן התורה. יש התייחסות ברורה לפרשנות המאוחרת של חכמים. התורה אומרת שכשיש ספק בעתיד- יש ללכת לשופט לברר את הבעיה וכו'... על הפסוק הנ"ל יש דרשה ב"ספרי":"אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם". האדם חושב שהם טועים! גם אם אדם חושב אחרת, לחכמים יש את הסמכות לקבוע הלכה. משמע מזה, שיש שמאל ואת ימין! יש אמת ויש שקר, כך משתמע מהמאמר. לפי התפיסה הזאת, אין שוויון.

**הסתייגות**- אלא להסיק חד משמעיות הוא בעיה. כי הנוסח הזה הוא נוסח מצומצם ובעייתי. כי כתוב- מה שנראה **לך. האדם חושב שיש ימין ושמאל!** רק בעיניך יש אמת ושקר...

**ובכל זאת**- אבל המאמר הזה מופיע גם בניסוחים אחרים. (רש"י מצטט אותו אחרת). בהם לא מופיע מראים בעינייך. אלא- "אפילו אומרים לך על שמאל שהוא ימין ועל ימין שהוא שמאל". כלומר- יש תשובה נכונה, ותשובה שאיננה נכונה! יש אמת ויש שקר. אם זה כך- הרי שיש סתירה למאמר של "אלו ואלו".

**פירוש הרמב"ן**- מה שחשוב לאטינגר זה לא דברי ה"ספרי" עצמם, אלא הצורה שהובנו דבריו לאחר התלמוד. גדולי הפרשנים, ובראשם הרמב"ן המייצג אסכולה רחבה, הבינו בצורה מעניינת את המאמר הנ"ל. בפירושו לתורה הוא כותב: "ועל משמעות דעתם נתן לי התורה ואפילו ייטעו". הרמב"ן מעלה את בעיית הפרשנות , ואם לא נלך ע"פ דעת חכמים- התורה תיעשה כמו כמה תורות. הרמב"ן מפרש את הטקסט שיש אמת ושקר/ נכון וטעות. הוא אומר שחייבים לשמוע לקולם של חכמים, גם בהנחה והם טועים. אטינגר שואל- למה אפילו יטעו? הרי צריך לצאת מנקודת הנחה שאין טעות-שאין נכון/לא נכון! אם כן- אין להם אפשרות שתהיה טעות, למה אם כן הרמב"ן כותב שחכמים טועים?!

אטינגר רוצה להציע תשובה. הפתרון הוא שדיברנו על הפרשנות, הקדמנו ששאלת המפתח בתורת הפרשנות היא שאלת כוונת המחבר. מה מקום הפרשנות? אמרנו שיש שלוש גישות: הגישה המסורתית- צריך לחתור למה שהמחבר התכוון אליו. הגישה היותר מודרנית מתעלמת מכוונת המחבר, אלא שלטקסט יש משמעות עצמאית ללא קשר למחבר. ניתוק הכתוב מהמחבר. הפוסט מודרנית אומרת שמשמעות נמצאת אצל הקורא והוא נותן לו משמעות. ואם כן- גם לכתוב אין משמעות.

**דעת המרצה**- התיזה השלישית אינה נמצאת במקורות. אך יש אחיזה לשתי הגישות הראשונות. הביטוי "אלו ואלו" והמאמר "שמאל וימין" אינם חולקים אלא מייצגים שתי גישות ומישורים אלה. בשאלה- מה משמעות של טקסט ומה קובע את המשמעות? "אלו ואלו" מדבר על כוונת המחוקק! מצד **נותן התורה** וכותב הטקסט- שתי הדעות שוות ואין הפרש ביניהם, אלא הם שווים. אך המושג "ימין ושמאל" אינו מדבר על המחוקק, אלא מדבר על משמעות הכתוב מצד עצמו. ועל פי משמעות הכתוב- יש תשובה אחת שהיא הנכונה. כשחכמים באים לפרש ולהגיע להלכה- הרי שגם אם הם טועים על כוונת הכתוב(!) אנו עדיין נצטרך ללכת על פיהם. עם זאת, אין כאן טעות ב"כוונת המחוקק".

ניתן להשוות זאת למשפט בישראל. אם נשאל את המחוקק על שאלות פרשנות על חוקים- לא בהכרח שיהיה אכפת לו הפסיקה הספציפית. אך כשאנו בודקים את הטקסט- הרי שכנראה יש משהו נכון, ועל זה ניתן להתווכח. כך גם בתורה. אלו ואלו- זה בעיני הקב"ה, אך לכתוב עצמו יש משמעות שניתן להתווכח עליו.

אטינגר טוען, שזאת הגישה המקובלת אצל רוב חכמי ישראל! ניתן לראות שחכמי ישראל חושבים שיש אמת בכתוב, ומדברים על פירושים נכונים ופירושים לא נכונים. וחתירה לאמת וכו'... ויש אפשרות לטעות! ועל כן, אמרו חז"ל- על שמאל שהוא ימין ועל ימין או שמאל.

**סיכום:** במבט ראשון יש סתירה בין שני מאמרי חז"ל: "אלו ואלו דברי אלוקים חיים"- האומר כי אין אמת אחת, ואין אמת ושקר. לבין המאמר: "אפילו אומרים לך על ימין שהוא שמאל"- המגלה כי יש אמת ושקר, יש נכון ויש לא נכון. [הרמב"ן ואסכולה שלמה אחריו מפרשת ככה את המאמר] אם כן, נראה כי יש סתירה או לפחות מחלוקת בין שני מאמרי חז"ל על שאלת האמת בתורה. אטינגר רוצה לתרץ שאין זה נכון. כל אחד מהמאמרים מתייחס למישור אחר של שאלת האמת. שאלת האמת נשאלת בשני מישורים- א. כוונת המחוקק. ב. משמעות הכתוב. המאמר "אלו ואלו" מתייחס אל כוונת המחוקק- כותב התורה התכוון שאין זה משנה כמי ההלכה, ושניהם תוצאות טובות! אך בשאלת כוונת הכתוב בעצמו- הרי שיש דין אחד! אמת אחת! כוונה אחת! ועל כך אפשר לחלוק ולטעות- ועל כך נאמר "ימין ושמאל". ואם חכמים ומפרשי ההלכה ופוסקיו טועים- הרי שכאן מגיע הפסוק וכותב- שצריך ללכת על פיהם. (ע"פ זה- יסתדר עם דוורקין- ויש אמת אחת ותשובה אחת! חשוב להבין שהארט ודוורקין לא דיברו בכלל על כוונת המחוקק! אלא דיברו רק על משמעות הכתוב בעצמו).

**דברי הריטב"א**: בעקבות המאמר "אלו ואלו", יש קטע של אחד מגדולי הראשונים אחרי הרמב"ן, ששמו הריטב"א. הוא היה תלמיד תלמידיו של הרמב"ן, והוא מביא פה אמירה מעניינת בעקבות המדרש של חז"ל. הוא שואל כך: "שאלו רבני צרפת, איך אפשר שיהיו שניהם דברי אלוקים חיים, אם זה אוסר וזה מתיר?". הוא מבין את הביטוי בצורת שוויון בין הדעות, ולכן הוא שואל. "והם השיבו כשעלה משה רבינו לקבל את התורה, הראה לו על כל דבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר". הראו לו בשמים את כל האופציות הפרשניות האפשרויות גם אם הן סותרות. ומשה שואל את הקב"ה- אז מה עושים עם תורה יכולה להתפרש לשני כיוונים? עונה הקב"ה- אני נותן בכוונה את התורה בצורה כזו, בשביל שהשלב הבא יהיה- שאתם תחליטו מה יהיה. התורה ניתנה בכוונה בצורה כזו- על מנת שאנו, בני האדם והחכמים בדור, נפרש איך שנראה לנו ואנו נכריע בדבר. הוא רצה לתת לנו את האפשרות ליישם את התורה על פי ההבנה האנושית. כל זאת נעשה בכוונה תחילה. הרעיון הזה הוא כבר בתחילת דרך התורה, וזהו בדיוק הרעיון של "אלו ואלו"!

אומרים חלק מהחוקרים שהמאמר הזה של הריטב"א סותר את דברי הרמב"ן. ואטינגר סובר, שזו טעות מוחלטת! כי הריטב"א מדבר על נותן התורה- ושם "אלו ואלו"- והדברים שקולים. אך הרמב"ן מדבר על ההבנה האנושית, ושם יש אמת ושקר, כפי שאמרנו עד עכשיו.

נשלים את התמונה, ונמשיך הלאה. לפי מה שאמרנו בעקבות הרמב"ן והספרי- שאלת האמת אינה רלוונטית. טעות יכולה להיות, אך היא לא רלוונטית להלכה. אך יש מאמרי חז"ל הפוכים! ישנם מאמרים שאומרים כי האמת היא זו שקובעת- ויש ללכת עם האמת ולא עם פסיקת ההלכה וההכרעה. כיצד יכולה להיות סתירה כזו?! הרי זה דבר קריטי ויסודי... יש התייחסות של רבים מהמחברים על שאלה זו.

**סתירות ממשנה בהוריות**: דוגמא לסתירה על "ימין ושמאל" וסמכות חכמי ההלכה. הסתירה נובעת משתי מקורות ממסכת הוריות (מלשון הוראה!). קודם כל, במשנה- שם נאמר "הורו בי"ד, וידע אחד מהם שטעו, או תלמיד שהוא ראוי להוראה- והלך ועשה על פיהם- הרי זה חייב (קרבן חטאת- מביאים על עבירה שנעשתה בשוגג)". במילים אחרות- אם אחד מבי"ד יודע שיש טעות- **אסור** לו לשמוע בקולם. וזה פלא! שהרי זה סותר לחלוטין את דברי הרמב"ן.

**סתירה מברייתא בהוריות**: המקור השני: ברייתא המובאת בתלמוד הירושלמי במסכת הוריות. היא מתייחסת לאותו מאמר של "ימין שמאל" אך בדיוק הפוך! "יכול שאם אמרו לך על שמאל שהוא ימין, תשמע להם? תלמוד לומר... עד שיאמרו לך על ימין שהוא ימין ועל שמאל שהוא שמאל"! יוצא מהירושלמי- שרק אם אומרים את האמת ואת הדבר הנכון יש להקשיב לדברי החכמים, אך אם הם אומרים דבר הפוך מהאמת- לא חייבים לשמוע לקולם!...

יש על זה מאמר של יעקב בלידשטיין, "אפילו אומר לך על ימין שהוא שמאל..."!- יש לקרוא אותו עד סוף סימן ו'! הוא מביא שם שורה של תשובות, אך על התשובה הנכונה- הוא לא עמד.

**פתרון של אטינגר**: לאמיתו של דבר, אין סתירה. המקורות מדברים על סיטואציות ומצבים שונים. הספרי ובעקבותיו הרמב"ן- דיברו על שאלת הפרשנות. המשנה בהוריות המדברת על טעות בידיעה, ואינה מדברת על מחלוקת פרשנית או על הבנת הכתוב וההלכה. שם נאמר "וידע אדם מהם שטעו". לא נאמר סבר או חשב- אלא "ידע". ועל כן נראה שלא מדובר על פרשנות, אלא מדובר על הלכה ספציפית שנעלמה מעיני בית הדין. מדובר על כך שהם "טעו בדבר משנה"= נתעלמה מבית הדין הלכה מפורשת שהם שכחו להביא אותה. יש שאלה עובדתית בעצם, בין בית הדין לבין אותו תלמיד. ואם ידוע שבית הדין טעה בידיעת הלכה מסוימת מפורשת- הרי שאסור ללכת על פיהם. ואמרו את זה כבר אחרונים שונים.

והוא הדין על דברי הברייתא בירושלמי, אין מדובר על מחלוקת פרשנית, אלא על חוסר ידיעה של הלכה מפורשת. אם נפתח את התלמוד בהוריות- גם היא הבינה כך. נראה שמדובר שם על הלכות מפורשות שנתעלמו מעיני בית הדין.

ואם כן- פתרנו את הסתירה בין דברי הספרי והרמב"ן לבין המשנה והברייתא במסכת הוריות.

**מח' רמב"ם ורמב"ן על י"ג מידות**: נחזור לנושא שלמדנו כבר בקצרה, ונקשר את זה לעניין האמת המשפטית. בעניין שיטתו של הרמב"ם על דברים שנלמדו באחת מי"ג מידות בהם התורה נדרשת ופרשנות התורה. לרמב"ם יש גישה ייחודית, וזה קשור לאחת מדרכי המדרש שחכמים למדו את התורה. הרמב"ם אומר הוא שדברים שאינם מפורשים בתורה, אלא חכמים הסיקו אותם מתוך הכתובים באחת מדרכי המדרש- מעמדה המשפטי הוא "דרבנן" ולא דין תורה. יש יוצאים מהכלל, לדעתו, כאשר חז"ל אמרו במפורש שזה דין תורה- מפני שהייתה להם מסורת כזאת. אך אם לא- יש לזה תוקף מדרבנן. וזו עמדה מהפכנית בין חכמי ההלכה, והיא מאד לא מקובלת. גדול החולקים על הרמב"ם הוא הרמב"ן, יש עימות חריף בין שניהם. הרמב"ם כותב את זה במפורש בספר המצוות (ספר שכתב לפני שכתב את "משנה תורה") לרמב"ן יש השגות על ספר המצוות של הרמב"ם, והוא מאריך שם לסתור את דברי הרמב"ם. הוא מסיים את דבריו בכך שכל הספר יפה ומצוין- חוץ מהדבר הזה. מדוע הוא לא נכון? מההיבט הלוגי, ומצד מקורות התלמוד.

**הטיעון הלוגי נ' הרמב"ם**: הטיעון הלוגי הוא שהמידות שהתורה נדרשת בהם, זה מה שאנו קוראים בשם פרשנות. והיא לא יכולה להיות מנותקת מהמקור. פרשנות= דבר המתייחס למה שקודם. אם כן- כיצד ניתן לחלק ולנתק בין השניים?! הטקסט יהיה תורה, אך הפרשנות תהיה דרבנן?!

**תשובת הרמב"ם**: לרמב"ם יש תשובה על זה. הוא כותב בדבריו, שיש שני סוגי פרשנות. (לא נאמר במדויק כך)- יש פרשנות במובן המצומצם. כאשר היא פרשנות על מונח בתורה. לדוגומא- בתורה כתוב :"לא תעשה כל מלאכה". כשחז"ל באים לפרש מה הוא "מלאכה"- הרי שיהיה לזה תוקף מהתורה. אך כשאנו מדברים על דרשות הכתוב, יש עוד סוג של דרשות- לא פרשנות של "מה זה x". ישנם מקרים חדשים ומסקנות חדשות שמסיקים מתוך הכתוב. הרמב"ם קורא לזה הענפים היוצאים מתוך הגזע. הם יוצאים מתוך הגזע, אך הם אינם הגזע! הם אינם הפרשנות הקלאסית הפשוטה, אלא אלה הוצאות חדשות ודברים חדשים שיוצאים מתוך הגזע- ועל כן יש להם תוקף דרבנן, ולא דאורייתא. דוגמא דמיונית: נגיד שהחוק מדבר על גן ציבורי שיש כמה כללים וחוקי עזר החלים על הגן משחקים. ניתן לשאול- "מה זה גן משחקים?". השופט מגדיר ומיישם את החוק. אך יכול להיות גם מהלך אחר- המקרה לפניך הוא לא מדבר על גן משחקים, אלא מגרש של בית ספר, ואינו גן ציבורי. עושים קל וחומר! אם בגן ציבורי הדין הוא כזה- ברור שגם במגרש! על מסקנה חדשה- לדעת הרמב"ם יהיה לזה תוקף מדרבנן כי הוא רק "ענף מהגזע", ואינה בגדר פרשנות אלא היקש חדש.

נגד זה יוצא הרמב"ן, בעיקר מתוך סוגיות הגמרא. הרמב"ן מוכיח שהגמרא לא הולכת בכיוון הזה של הרמב"ם. הן בד"כ מתייחסות לכל הדרשות כאל דין תורה. הוא מביא הרבה ראיות נגד הרמב"ם, ושהעמדה שכל הדרשות האלה יש להם תוקף של דאורייתא.

**בעיה בקידושי כסף**: דבר זה העסיק מאד את הפרשנים והחוקרים במשך כל הדורות. וזאת מכיוון, שהרמב"ם מיישם את הכלל הזה והוא בא לידי ביטוי בקידושי כסף. (אישה מתקדשת בין השאר ע"י כסף/טבעת, וזה עוד מתקופה קדומה). הרמב"ם אומר שהיא מתקדשת בכסף מדרבנן! הרי יוצא שהיא לא אשת איש מהתורה, אלא רק מדרבנן. וזה מנוגד לכל הסוגיות שנראה כי היא אשת איש לכל דבר- מהתורה. הטריד את הפרשנים השאלה איך זה יכול להיות?!

תשובה קדומה של אחד הראשונים מהמאה ה14, שאומרת ש"דברי סופרים" (שהרמב"ם משתמש בו בדיני קידושין) הם לא מדרבנן אלא דאורייתא. המרצה לא מקבל את התשובה הזאת. מכיוון שאפשר לראות בכל המקומות שהרמב"ם משתמש במונח זה כדרבנן. דבר שני, יש תשובה של הרמב"ם עצמו אחרי ששאלו אותו- למה כתבת על קידושי כסף שזה דברי סופרים. והרמב"ם עונה ואומר שהוא כתב זאת מכיוון שבספר המצוות הוא כבר כתב שדברים שנלמדו באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהם- זה מדרבנן!

**הסיבה- מחלוקת בהלכה**: אך השאלה היא- מה דחף את הרמב"ם לפינה הזאת?! להגיד דבר כזה שנראה שזה נגד סוגיות התלמוד. התשובה היא, המחלוקת בהלכה! מה שהיה קשה לרמב"ם לעכל זאת העובדה שבכל דבר יש מחלוקת. ולפי הרמב"ם מחלוקת פירושה טעות. הרמב"ם במובן הזה הוא כמו הרמב"ן. הרמב"ם סובר שבעבר לא היו מחלוקות, אבל בעקבות ירידת הדורות ועוד כל מיני סיבות- הייתה ירידה גם בידע וההבנה ונוצרה המחלוקת. המחלוקת היא עניין שלילי לדעתו. ואם המחלוקת היא תוצאה של רפיון וליקוי בהבנה, סימן שאחד טועה. הרמב"ם לא מוכל להשלים שיש טעות בדין תורה. לכן הוא יוצר את החלוקה הזאת בין מידות התורה נדרשת בהם- שהם מדרבנן. הוא עושה מאמץ אדיר להסיר את המחלוקת בדברי התורה.

**משותף לשניהם**: יש דבר משותף בין הרמב"ם ולרמב"ן- והיא העמדה לגבי הטעות בהלכה. יש טעות! יכולה להיות טעות בין ובתוך חכמי ההלכה. בתפיסת האמת ההלכתית יש הסכמה ביניהם, והמחלוקת מגלמת את אפשרות לטעות.

**השונה**: הם חלוקים ולא דומים ביחס אל **משמעות טעות**- הרמב"ן לא נבהל מאפשרות הטעות והוא מקבל אותה כמות שהיא. והתורה ניתנה גם אם יש טעות. הרמב"ם לא מוכן להשלים עם תופעת הטעות במה שהוא דין תורה.

שיעור 6-

**מושג "קים לי" (מחזיק בדעה)**: עוד עניין בהקשר לשאלה של האמת המשפטית. יש מושג בהלכה בעייתי ביותר וקשה והוא "קים לי". שפירושו- אני מחזיק/מסתמך/ דוגל בדעה מסוימת. הטענה שאדם מסתמך על x עולה במסגרת ההלכה בקשר לדיני ממונות שם יש מחלוקות רבות, ואעפ"כ באו חכמי ההלכה ואמרו **שנתבע**, כאשר יש מחלוקת שנוגעת לחיוב שלו- יכול להגיד שאני מחזיק בדעה פלונית. יש לכך תוקף אפילו נגד דעתו של הדיין. הטענה של הנתבע תופסת, והדיין לא יכול להיות נגדה ולהגיד ההפך.

דוג' לעניין- יש מח' כשאדם פרע את החוב של חברו- האם ניתן לתבוע את הכסף שלו חזרה מהחבר? רוב הפוסקים סוברים שאין חובת השבה, אך יש דעות שסוברות שהוא כן חייב לפרוע. אם אנו נגיע לדין, ויהיה וויכוח על העניין- יכול הנתבע לומר שהוא פוסק וסובר כדעות הפוסקים האומרים שאין לו חובה להשיב...

**מודלים להסבר המושג**: נכתב מאמר תיאורטי, חנינה בן מנחם, שמבקש להסביר את המושג הזה במושגים ומונחים של תורת המשפט. (זוהי דוגמא למתודה ודרך גישה וניתוח של חשיבה משפטית על עניינים שבהלכה) לדעתו, יש שני מודלים תיאורטיים להסברת המושג:

* מודל הספק- העובדה ששני חכמים חלוקים בדין, יוצר מצב שקול ומאוזן שאנו מגדירים אותו כ"ספק". זהו ספק משפטי, ויש להדגיש זאת שהוא לא ספק עובדתי. ספק עובדתי הוא ששני עדים מעידים על סיפור מסוים ושניים אחרים מעידים בדיוק הפוך. אך כאן אנו מדברים על ספק אחר- יש דעות חלוקות לגבי **הדין**. נדרש מהתובע להרים את נטל ההוכחה גם מבחינה משפטית. המודל אומר שהתובע סובר כדעה מסוימת בהלכה, גם אם יהיה הפוך מהדיין. ובמקרים של ספק- אנו הולכים לטובת הנתבע.
* מודל ההסדרים הכפולים- כיוון שיש מחלוקת בפוסקים, זה אומר שיש שני הסדרים אפשריים במצב המשפטי הזה, ושניהם נכונים באותה מידה. ההלכה מציגה שתי אופציות לפסיקה- ויש שני דרכים אפשריות. לכן כשהנתבע אומר שהוא מחזיק בדרך מסוימת- לא ניתן לסתור אותה כי שני הדרכים טובות ונכונות ולא ניתן להתעלם ממנה.

**השלכה לשאלת האמת**: בן מנחם סובר שיש הבדל בין שני המודלים מבחינת עקרון האמת. המודל הראשון, הספק, סובר שיש תשובה נכונה אחת בלבד, אך אין לנו את הנוסחה ואת הכלים להוכיח מהי התשובה הנכונה. ולכן- ייתכן כי דעת הדיין היא ה"לא נכונה" ולכן אפשר לטעון ל-"קים לי". אך לפי המודל ההסדרים כפולים ייתכן ששתי התשובות נכונות, ואין תשובה אחת נכונה= אין עדיפות לאחת הדרכים. ואם שני הדרכים נכונות- ניתן להחזיק בדעה אחת וללכת על פיה. מתוך כך- אפשר לטעון את "קים לי"- הדעה שלי נכונה באותה רמה כמו הדעה של הדיין.

**דעת אטינגר**: לדעת אטינגר המתודה לא נכונה. יש קושי בשני המודלים גם יחד. מודל הספק הוא בעייתי (למרות שרוב הפרשנים הולכים לפיו) ויש בו קושי עיוני. אם המודל בנוי על התפיסה שמחלוקת פירושה ספק משפטי, מה זה משנה מה הנתבע סובר? הרי גם ללא דברי הנתבע- עצם העובדה שיש מחלוקת בין שני דרכי הפרשנות היא זו שגורמת לספק! וכבר אז הדיין לא יכול להכריע.

מודל ההסדרים הכפולים אפילו יותר קשה- ההסדר הזה מניח ששתי התשובות נכונות, מדוע לא ניתן לדיין את הסמכות להכריע?! הרי שתי התשובות אמת, מדוע נמנע את ההחלטה מהדיין?

אך יש קושי אחר. דווקא מודל הספק, המניח שיש רק תשובה אחת נכונה, מנוגד למה שראינו אצל הרמב"ן שאמר שהאמת לא קובעת את ההלכה אלא הרבנים ופרשנות חז"ל הם הקובעים. שאלת האמת לא קובעת את ההכרעה ההלכתית, ועל כן כיצד המודל הזה מתייחס ומדגיש את העניין הבסיסי של האמת! הרי הרב הוא זה שאמור להכריע, ומה אכפת לי אם לא אמר נכון?!

**תוקף הלכתי ע"פ סמכות**: הדבר הזה מוביל לנושא הבא- מה קובע את התוקף ההלכתי?! אם לא הולכים לפי האמת והשקר, לפי מה הולכים ומחליטים? התשובה לכך היא: סמכות הלכתית. התוקף ההלכתי לא נקבע לפי האמת אלא תוקף הסמכות. שואלים- האם הדעה של גורם מסוים היא בעל סמכות או לא?!

**קביעת הסמכות- הסכמה ציבורית**- ועכשיו נשאל- איך נקבעת סמכות בהלכה?? התשובה לכך היא- ע"פ קבלת הציבור. הקבלה החברתית, הציבורית היא שיוצרת וקובעת את הסמכות ההלכתית. אחרי שהציבור קיבל אותו ורואה בו בעל סמכות מחייבת- רק אז הוא יכול לקבוע את ההלכה ולתת תוקף הלכתי. הדבר הזה לא כ"כ פשוט, כי הרבה מתלבטים בשאלה הזאת- גם חכמים וגם חוקרים. יש דעות שיוצרות כל מיני מודלים, אך אטינגר לא מקבל זאת וסובר שרק ההסמכה הציבורית קובעת את הסמכות.

**כישורים?!**: נקודת התורפה בעניין הזה היא לגבי שאלת ה"יכולת" והכישורים של בעלי הסמכות. יש מי שרוצה לטעון שהסמכות נקבעת על פי היכולת והכישורים של אותו אדם, אך זו לא התפיסה הנכונה. הסמכות לא נקבעת ע"פ יכולת וכישורים, אלא רק עניין של ההסכמה והקבלה הציבורית. האסמכתאות לעניין זה הן רבות.

**אסמכתא לעניין**- חז"ל ייחסו באופן ברור את עניין ההסכמה והקבלה כבר לתורה שבכתב. זה מאמר חז"ל ידוע במסכת שבת דף פח: "מלמד שכפה הקב"ה עליהם הר כגיגית". מה שנאמר כאן הוא שהתורה נתנה לישראל בעל כורחם! על מאמר זה אומר חכם אחר ומקשה קושיה עצומה- אם התורה ניתנה על ישראל בכפייה, מדוע הוא מחייב? "מכאן מודעא רבה לאורייתא"= התחייבות שנעשתה מתוך אילוץ, אפשר לצאת ממנה ולהשתחרר מהחיוב עליה. ואם כך- ניתן לצאת גם מקבלת התורה כי היא לא הייתה ברצון.

רש"י שם מסביר שאם הקב"ה ירצה להעניש אותנו על כך שישראל לא קיימו את התורה, עם ישראל יוכל להגיד שקבלת התורה הייתה בכפייה ועל כן אין להעניש אותנו על כך. התשובה בגמרא שם היא: "הדור קיבלוה בימי אחשוורוש", העם קיבל מעצמו את התורה בתקופת מגילת אסתר. ישראל הוסיפו על עצמם מצווה- הרי שזה מעיד שכבר קיבלו את המצוות שקדמו לה. הרעיון במדרש זה הוא חד משמעי- חז"ל חותרים למסקנה **שהתורה ניתנה בהסכמה!** אל לנו להישאר בתפיסה שקיבלנו את התורה בכפייה, אלא שהייתה הסכמה בשלב מסוים. הרב קוק מדגיש את זה במפורש בכתבים שלו.

**אסמכתא לתורה שבעל פה**- אך הדברים אמורים גם ביחס לדברי חכמים והתורה שבעל פה. כאן הדברים יותר מפורשים בכמה וכמה מקומות. המקור העיקרי בהלכה, שממנו הרעיון הזה מתפשט למרחבים גדולים יותר, הוא במסכת עבודה זרה דף לו. הסוגיה שם מדברת על תקנות וגזירות שחכמים תיקנו, ונאמר שם שהתקנה והגזירה כוחה יפה והיא קיימת **רק אם התפשטה והתקבלה ברוב ישראל. אם לא כך- הוא לא מחייב ודינו להתבטל**. ההלכה תלויה בהסכמת הציבור! זה משליך גם על שאלת הסמכות, ומזה כנראה הרעיון מתגלגל ומשליך על עניינינו.

**סמכות התלמוד הבבלי**: ביטוי חשוב אנו מוצאים אצל הרמב"ם בקשר לתלמוד. בספרות ההלכה, כל בניין ההלכה עומד על התלמוד הבבלי. השאלה המתבקשת- מי עשה אותו כמקור מחייב? הרמב"ם משיב על השאלה הזאת בהקדמה למשנה תורה. שם הוא מדבר על כל השתלשלות ההלכה עד לתקופתו. כאשר הוא מגיע לתלמוד הוא מעמיד אותו מול מקורות אחרים. למשל- דברי הגאונים, שאינם מחייבים. כל הדברים שבתלמוד הבבלי "חייבים כל ישראל ללכת בהם וכופין כל עיר ועיר וכל מדינה ומדינה לנהוג בכל המנהגים... ולנהוג בתקנתם". הוא מחייב את כולם, ומנמק את הקביעה הזאת **בכך שכל ישראל קיבלו את התלמוד כדבר מחייב**. הסכמת הציבור הוא זו שנותנת תוקף מחייב לתלמוד. קרוב לוודאי שהמקור העיקרי של הרמב"ם הוא המקור של עבודה זרה שראינו לעיל. הרמב"ם מרחיב את הסוגיה שם לשאלת הסמכות בכללה, ולא רק על תקנות חכמים.

**אמוראים לא חולקים על תנאים**: ר' יוסף קארו בעל ה"כסף משנה" (ההוא שכתב את ה"שולחן ערוך"), כנראה מסתמך על דברי הרמב"ם האלה למקום אחר. דיברנו על כך שיש משמעות סמכותית לחלוקת התקופות בהלכה. לפי התפיסה הפורמלית- חכמים מאוחרים יותר לא יכולים לחלוק על חכמים מוקדמים יותר (חכמי התלמוד לא יכולים לחלוק על התנאים מתקופת המשנה). בפירושו של ר' יוסף קארו שואל למה אמוראים לא יכולים לחלוק על המשנה והתנאים? הרי לפי העקרונות של הרמב"ם צריך להיות מותר. והוא עונה- שמיום חתימת המשנה קיימו וקיבלו שהדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים. מה שיוצר את הבדלי הסמכות והגובה הוא הסמכות וההסכמה. הדבר אינו פורמלי אלא עממי, והוא ההסכמה של החכמים שלא יחלקו על קודמיהם. כל ההיררכיה הזאת נובעת בגלל ההסכמה שיוצרת את סמכות והתוקף ההלכתי.

**תפישה שונה של ה'חזון איש'**: אמרנו שיש כאן בעיה ולא כולם מסכימים עם תפיסה זו, והחזון איש מציג תפיסה שונה. הוא אומר שכשה"כסף משנה" כתב על עניין ההסכמה, זה לא היה "סתם הסכמה", אלא נבע מכך שהכירו את הבדלי המעמד והכישרון בין הדורות. ההסכמה בלבד לא מספקת, אלא יש שיקולים אובייקטיבים של ידע וגדולה בתורה שיוצרים את הסמכות. אך, זו לא התפיסה המקובלת! רואים את **ההסכמה בלבד** כמקור הסמכות. יכולים להיות שיקולים אחרים שיובילו לאותה הסכמה, אך היא לא חייבת להיות מתוך כישרון.

ניתן לראות את הספר של הרמב"ם, השולחן ערוך ועוד- הם נהפכו לספרים מחייבים רק בגלל ההסכמה שעם ישראל נתן לו. הקבלה של העם יצר את הסמכות שלהם.

**המצב כיום**: אם נרצה להמשיך זאת להיום- זאת הסיבה למצב הטרגי של ההלכה היום. אין היום גורם אחד שיש עליו הסכמה שייתן סמכות! אין מישהו ומשהו מקובל על כולם. היעדר הסמכות היא בגלל היעדר הסכמה. לכן אין לבוא אל הרבנים בטענות, אלא הבעיה היא ממקור אחר.

**שינוי סמכות התלמוד**: נחדד את הדברים. יש מחלוקת בין חכמי ההלכה בדור האחרון. אחד החכמים הדגיש את עניין קבלת הסמכות ואמר שיוצא דבר מאד מפחיד ורדיקלי- מה יקרה אם חכמי ישראל יסכימו **נגד** התלמוד?! חכמי הדעות החרדים- לא מוכנים לקבל שהתלמוד לא יהיה מחייב יותר. דבר זה יצר פולמוס גדול האם התלמוד מחוסן שלא ניתן לשנותו או לא. התשובה היא פשוטה (של אטינגר)- אכן כן, אם תשתנה הסכמה- תשתנה איתה הסמכות של התלמוד. נחשוב רגע, אם כל הציבור שומר ההלכה, כולל הרבנים ואת הציבור עצמו, יסכימו על משהו אחר וינהגו באופן אחר- הרי שזה לא יהיה מחייב יותר! אם כולם ינהגו אחרת ויעשו אחרת- כיצד זה יהיה מחייב?! בפועל- לא ינהגו ככה.

**דוגמא היסטורית לעניין-פרושים וצדוקים**: בתקופת בית שני היו אסכולות שונות וזרמים שונים בהלכה, במיוחד הפרושים והצדוקים. לאחר חורבן הבית, הצדוקים נעלמו מכיוון שהם שאבו את המעמד שלהם מהמקדש. מי שהמשיך היו דווקא הפרושים, וזאת התפיסה עד היום. באופן תיאורטי ניתן להעלות על הדעת שהיה יכול להיות ההפך. שהצדוקים היו משתלטים ונשארים- וכך היינו ממשיכים להיות צדוקים עד היום. הדבר הוא פשוט עניין חברתי- מי המשיך ואיזו תפיסה נשארה במציאות. ולכן באופן תיאורטי, התפיסה ההלכתית הייתה יכולה להיות שונה.

מי שהזכיר את עניין הקבלה/הסכמה הוא הרב קוק, והוא הדגיש מאד, שלא כמו החזון איש, שהסמכות לא תלויה בגדולתם של חכמים. זה נכון שהם כן היו כאלה, אך התוקף לא נובע בעקבות גדולתם. יסוד הדבר הוא "**הקבלה של האומה לדורותיה בדרכי חייה".**

**במשפט המודרני**: תופעה מעניינת היא שמושג ה"קבלה" הוא מושג ששייך גם למשפט המודרני. מושג הקבלה מודגש בתפיסה הפוזיטיביסטית לדורותיה. [בראשה עמד הארט, ונחלקו עם התפיסה הנון-פוזיטיביסטית. היא מעמידה את המשפט על החברה, ומעגנת את המשפט בתופעות חברתיות. המשפט הוא מערכת של כללי התנהגות, אבל מושג המפתח הוא הכלל החברתי]. לפי הארט, יש שלושה תנאים בשביל שיחשבו כללים חברתיים:

1. **התנהגות שמקובלת בחברה**-העובדה שהחברה מתנהגת כך.
2. **הביקורת/ הסנקציה**- לא רק בצורת ההתנהגות, אלא גם אם מישהו סוטה מהכלל, יש על כך ביקורת חברתית על כך. [נניח שבאנגליה הולכים לשתות בפאב, והיא צורת התנהגות- אך אין סנקציה למי שלא עושה את זה.]
3. **ההצדקה לביקורת**- עצם קיומו של הכלל זה מספיק בשביל הביקורת, אין צורך להביא תירוצים והסברים לביקורת!

**כלל הזיהוי**: הארט אומר שכללי המשפט הם גם חלק מכללים חברתיים. אם כן מה מבדיל ביניהם? מה יהיה כלל משפטי ומה לא יהיה כזה? תשובה- יש כלל חברתי מיוחד, מוגדר בפני עצמו, שמגדיר מה נכלל בכלל משפטי ומה לא. הכלל הזה נקרא "כלל הזיהוי"- הוא כלל חברתי שקובע מה נחשב למשפטי. כלל זה בעצמו הוא כלל חברתי ומשקף התנהגות של החברה. אבל בניגוד לכללים אחרים- הוא לא חל על התנהגות אלא רק מסווג את שאר הכללים. הוא אומר שצריך להסתכל איך הדברים עובדים ואיך מתנהלים ולפי זה נראה מה הוא משפט. וצריך להבין שכל הדברים האלה מתחילים מלמטה- מן ההסכמה החברתית. לא בא להסביר מדוע ומאיפה הדברים מגיעים, אלא פשוט מסתכל על מה שיש. על מה החברה קיבלה על עצמה- והוא שקובע מה נחשב משפט ומה לא. במילים אחרות, המשפט כולו בנוי על ההסכמה החברתית, והוא שקובע מה משפט ומה לא משפט. דבר זה לא צריך להפליא אותנו שכך גם בהלכה.

דברי הארט האלה חשובים ועושים בהם שימוש. דוגמא אחת לזה- ניתן להסביר את כל הגישה ההלכתית- של ההלכה ולהלכה. ניתן לענות על חקירת ההלכה, בכך שלא חוקרים את כללי הפסיקה הרפורמית. בגלל שיש לרפורמים שיטה אחרת- "כלל זיהוי" אחר לחלוטין ולכן לא תמיד צריך להתייחס ולתרץ את גישתם להלכה.

**שני נושאים בהקשר לפרשנות**:

**הפרשנות המקרא- ההבחנה הידועה בין הפשט לבין הדרש**: דיברנו עד כה על הפרשנות ההלכתית. אך אחת התופעות המיוחדות והסתומות בהלכה היא ההבחנה בין פשט לדרש. הדרש היא פרשנות שאיננה פרשנות. הן מסקנות שנובעות מהכתוב אך לא מהפשט אלא מדרישת הפסוקים.

יש שני סוגים של 'דרש'.

1. ייתור- יש סוג אחד שבא מכל מיני דברים שנחשבים מיותרים בתורה שבכתב. אם יש אות מיוחדת או מילה- יש דרישה עליה.
2. פרשנות- אך אנו מדברים על דרשות שיותר קרובות לפרשנות, שמדברות על מסקנות מתוך הפסוקים. 'פירוש' הוא פירוש כשהוא פשט, והוא לא 'פירוש' כשהוא דרש. ע"פ האבן עזרא אנו נגדיר פשט כדבר שמעוגן בלשון והדקדוק, וההקשר הענייני שלו. פירוש שלא עומד בשני הקריטריונים האלה הוא לא בגדר פשט אלא דרש. אם הוא לא עונה על משמעות הלשונית ולא מתאים בהקשר והקונטקס שלו- הוא ייחשב דרש. [אנו מוצאים מאות כאלה בהלכה.]

**סיבה לדרש**: מדוע נוצרו הלכות בדרך הדרש? אין לזה תשובה חד משמעית. התפיסה המסורתית רואים את הדרש כפירוש שהתקבל במסורת- ממשה רבינו. בין החוקרים יש הסוברים שהדרש הוא סוג של התפתחות משפטית. רצו לשנות הלכות וזאת הדרך ששינו אותם, אך כך יהיה קשה להבין מדוע זה קרה ולמה לא הסתמכו על הפשט בלבד.

**סוגי דרש**: בין הפירושים בדרך הדרש אנו מוצאים שני סוגים:

* פירושים שלא סותרים באופן מעשי את הפשט. אלה לא מהווים בעיה כי הם מעין תוספת על פשט הכתוב.
* כאשר פירוש הדרש סותר את הפשט. פה מתחילה בעיה יותר קשה, כאשר הדרש מבטל באופן מעשי את הפשט. החידוש ההלכתי אומר שפירוש של הדרש גובר על הפירוש של הפשט. על התופעה הזאת של הסתירה- עמדו חז"ל ואמרו כלל גדול: "אין מקרא יוצא מידי פשוטו". ההסבר והמשמעות של ביטוי זה הוא- במקום שאפשר לקיים את שניהם, ואין סתירה ביניהם- מקיימים את שניהם. אבל במקום שדבר זה בלתי אפשרי והם כן סותרים אחד את השני- הרי **שהדרש גובר**.

**דוגמא לכך**: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומת". לפי הפשט- הכוונה היא שאדם ימות בגלל חטאו. לא מענישים את האב בגלל הבנים ולא את הבן על מעשי אביו. אך חז"ל דרשו את הפסוק וחידשו "בעדות בנים", מכאן שקרובים פסולים לעדות. אב לא יכול להעיד על בנו ובן לא יכול להעיד על האב. במקרה כזה- ניתן לקיים את שני הפירושים, ולכן נעמיד את שניהם. גם עניין העדות, וגם מות אחד בגלל חטאיו של השני. על מקרים כאלה נאמר "אין מקרא יוצא מידי פשוטו".

**מדוע נכתב כך?**: אם הכלל הוא שהדרש גובר, נשאלת השאלה- מדוע נכתב הפשט בצורה כזו?! יש על כך ספרות גדולה ורחבה. לפעמים יש משמעות לחשיבות הפשט גם כשהוא נדחה באופן מעשי. יכולות להיות נפקות. יש לדעת- שהמחקר לא ישאל את השאלה הזאת מכיוון שהתפיסה שלה היא שהדרש הוא סוג של התפתחות.

**הרמב"ם בנידון**: הרמב"ם ב"משנה תורה" באופן שיטתי מביא את הפסוקים שהם המקורות של ההלכה. הזכרנו שהוא לא מביא את המקורות שלו מהתלמוד אך כן מזכיר את המקורות מהפסוקים. נשים לב, כשהוא מביא את ההלכה בעקבות הפסוק הוא מביא את זה בטרמינולוגיות שונות. את הקשר בין ההלכה לפסוק הוא מבטא בשלוש צורות שונות:

1. עם פסוק: יכול להביא הלכה **עם הפסוק**. הלכה מסוימת... שנאמר כך וכך. לדוגמא: מצווה על האב ללמד את בנו תורה **שנאמר**: "ולמדתם אותם את בניכם".
2. **עם תוספת מסויימת**: הרמב"ם מביא את הפסוק, אך **עם תוספת מסוימת** ולא מסתפק רק בפסוק. הוא מוסיף הסבר! דוג'- בהלכות תענית, כאשר חכמים קובעים ומתקנים יום תענית ותפילה, "מצוות עשה מן התורה לזעוק ולהריע בחצוצרות על כל צרה שתבוא על הציבור שנאמר:" על הצר הצורר אתכם והרעותם בחצוצרות". **כלומר** כל דבר שייצר לכם כגון דבר ובצורת וכיוצא בהן- זעקו עליהם והריעו". הרמב"ם לא מסתפק בפסוק בלבד אלא מוסיף הסבר...
3. **מפי השמועה**: כפי שראינו בדוגמא של העדות. הרמב"ם כותב: "הקרובים פסולים לעדות מהתורה שנאמר: "לא יומתו אבות על בנים" **מפי השמועה למדו** שבכלל לאו זה שלא יומתו אבות על בנים".

הדרך הראשונה- אין הסבר כי זה **הפשט הפשוט** ולא צריך להוסיף דבר וחצי דבר. זה ברור וכל אחד מבין את זה בעצמו.

הדרך השנייה- על ה"צר הצורר אתכם"- הפשט הוא אויב, ואומר הרמב"ם **שניתן להסביר את הכתוב בצורה אחרת** ולהוסיף את כל צרה. המשמעות המילולית היא אויב, אך ניתן להרחיבה ולראות בכל דוגמא לכל צרה. הדבר לא ברור לעין וזוהי פרשנות- על כן הרמב"ם חייב לתת הסבר וכותב: "כלומר".

הדרך השלישית- בדיני עדות- הוא לא אומר את זה כי **לא ניתן לפרש את הפסוק** כך! זה חייב להיות דרש שנלמד במסורת, לכן כותב "מפי השמועה למדו".

**מחלוקת האם מדובר בפשט או דרש**: בצד כל המקרים האלה, ישנם מחלוקות בין הפרשנים והפוסקים לגבי פרשנויות של הפסוקים, ולא רק הדרש. לפעמים המחלוקת קשורה לשאלה האם זהו פשט או דרש? שתי דוגמאות למחלוקות כאלה:

1. **גנב בא במחתרת- מח' רמב"ם/ ראב"ד**: יש פרשה בתורה בספר שמות פרק כ"ב על גנב שבא במחתרת. "בא במחתרת" משמעותה- בחשאי. עמידה ופעולה עצמית מול גנב שמסתיימת במותו של הגנב. עד כמה אדם רשאי להתגונן מול גנב במחיר חייו או פגיעה בגופו של הגנב. שם נאמר:" אם במחתרת יימצא הגנב והוכה ומת- אין לו דמים". אם בעל הבית רוצח אותו, אין עוון רציחה, ולא ניתן להעניש את בעל הבית. נשים לב לפסוק הבא: "אם זרחה השמש עליו, דמים לו". אם השמש זרחה- אסור להרוג אותו. מה זה "אם זרחה השמש עליו"?! חז"ל דרשו , ולדעת אטינגר פירשו את הכתב בדרך המטאפורה והמשל. הם אמרו **שאין הכוונה "השמש" ממש**, אלא הכוונה היא לנסיבות הגניבה. אם הנסיבות הן כאלה שרואים שאין כוונת הגנב להרוג- אין היתר להרוג אותו.

**הרמב"ם** בהלכות גניבה: "היה הדבר ברור לבעל הבית שאין הגנב רוצה להורגו ואינו בא אלא על עניין ממון, אסור להורגו ואם הרגו הרי זה הורג נפש שנאמר:" אם זרחה עליו השמש" אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עימך- אל תהרגהו". הרמב"ם לא רואה דבר זה כדרש, אלא פשט- וזאת ניתן להוכיח מכך שלא כתב "מפי השמועה למדנו...". ההסבר של הרמב"ם מראה שהוא הבין שזו **פרשנות**.

**הראב"ד** חולק לפירוש ולעמדה זו של הרמב"ם. הוא אומר כך: "איני נמנע לכתוב את דעתי שנראה לי אע"פ שדרשו חכמים אם זרחה השמש עליו בדרך משל, אעפ"כ אינו יוצא מידי פשוטו. אם בא ביום- אינו רשאי להורגו". הוא סובר שגם הפשט יכול להתקיים, **והוא רואה את הפירוש של חז"ל כ"דרש".** גם הפשט יכול להתקיים ולכן נקיים את שניהם.

הרמב"ם מבין שהמהלך הפרשני הזה של חז"ל הוא פשט וזו רק פרשנות, והראב"ד סובר שזהו דרש.

1. **לפני עיוור**: פסוק בתורה כתוב: "לא תקלל חרש ולפני עיוור לא תיתן מכשול ויראת מאלוקיך אני ה'". שאלה בפרשנות- מה זה הביטוי "לפני עוור לא תיתן מכשול"? לפי הפרשנות המילולית הדברים פשוטים- אסור לפגוע במישהו שהוא עיוור. אבל חז"ל הוציאו את הדברים מפשוטם ופירשו את הביטוי למשמעות אחרת. אומר רש"י: "לפני העיוור **בדבר**". לא מדובר על אדם שלא רואה, אלא מדובר שוב על משל. אסור להכשיל אדם שאיננו יודע ואינו בקיא! הוא עיוור בדבר- במובן המטאפורי ולא במובן הפיזי. חז"ל העמיקו והרחיבו את ההבנה. יש מחלוקת בין הפוסקים מה קורה בפרשנות הזאת- האם יש כאן פשט ודרש או לא. אם יש כאן גם פשט וגם דרש (פיזי ומטאפורי)- חל הכלל של "אין מקרא יוצא מידי פשוטו" ואנו צריכים להכיל את שני הדברים ושניהם נכונים. אסור מכשול לפני עוור וגם עצה לא טובה. אך יש פרשנים שאומרים שלא מדובר על עוור פיזי, אלא כוונת הפסוק היא **רק** על אדם עוור בנושא= שאינו מתמצה.

**הרמב"ם** בהלכות רוצח: "כל המכשיל עוור בדבר והשיאו עצה שאינה הוגנת או שחיזק ידי עוברי עבירה... הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר: "ולפני עוור לא תיתן מכשול"- הבא ליטול ממך עצה תן לו עצה הוגנת". אנו רואים **שזה הפשט לפי הרמב"ם**. שוב הוא לא מזכיר את השמועה, ולא מביא את העיוור הפיזי בשום מקום אחר.

**"עין תחת עין"- פשט ודרש**: דבר זה מוביל אותנו לפרשה הבאה והיא אחת הקשות בתורה. מדובר על דרכי הענישה ביחס למי שפגע פגיעה גופנית באדם אחר בביטוי "עין תחת עין"- ישנה שאלה גדולה בפרשנות מה הפשט ומה הדרש. ידוע שחז"ל אמרו שאין מדובר על עין תחת עין, אלא הכוונה היא שיש לפצות בממון. זהו חידוש גדול של חז"ל! האם יש כאן פשט של עין ממש , וגם דרש של ממון?! או שמא הפשט האמתי של הכתוב והכוונה המקורית של הכתוב היה פיצוי. הכתוב אף פעם לא התכוון להוצאת עין. עד היום החוקרים והפרשנים חלוקים בדבר.

שיעור 7/5/2013

נאמר בתורה "כאשר עשה כן ייעשה לו". נמצא בשני מקורות בתורה בפרשת משפטים, בספר שמות פרק כ"א ובספר ויקרא סוף פרק כ"ד שם נאמר יותר במפורש: "ואיש כי יתן מום בעמיתו, כאשר עשה כן ייעשה לו. שבר תחת שבר...עין תחת עין... כאשר יתן מום באדם כן יינתן בו". חז"ל פירשו שהכוונה היא תשלום ממון ולא ענישה פיזית כפי שמשמע מהכתוב עצמו. דרכי הערכה של הנזק תלוי בהרבה גורמים (כמה נמכר בשוק כעבד וכו'), אך הרעיון הוא דווקא בממון. מהמקרא עד היום לא פסקו הדיונים על מה התורה התכוונה באמת. האם התורה התכוונה למה שחז"ל פירשו או שמא יש כאן התפתחות ושינוי של תפיסה ושל הדין (חז"ל הם אלו **ששינו** את הדין ע"פ הפרשנות והדרש)?

גם הפרשנות המסורתית וגם המחקר התלבטו בשאלה הזאת- מה המשמעות המקורית ומה עשו חז"ל? במקרה לפנינו ניתן להעריך למה חז"ל עשו שינוי כזה בהלכה(אם אכן יש שינוי), כפי שעשו עם עונש המיתה, כי הם חשבו שיותר צודק ענישה ממונית ולא פיזית.

עוד הערה משכילה שאנחנו לא הולכים לסכם אותה כי היא לא רלוונטית לעניינינו!.........

**מחלוקת בין הצדוקים והפרושים**: בזמן בית המקדש הייתה שרשרת של התמודדות בין שתי אסכולות גדולות: צדוקים(פירשו לרוב ע"פ לשון הכתוב) ופרושים(היו מפרשים לפי הדרש). המחלוקת הייתה ביסודה ושיקפה מאבק חברתי ומעמדי. הצדוקים ייצגו את המעמדות הגבוהים, והיו פחות במספרם היחסי= מיעוט. הם התרכזו בירושלים סביב המקדש, אשר המרכז שלהם היו כוהנים וזאת מפני ששליטה במקדש הייתה גם שליטה בחברה. הכהן הגדול הוא גם ראש הקהל היהודי, המהווה פונקציה שלטונית. הפרושים, לעומתם, ייצגו את המון העם שישב בכל א"י. העימות ביסודו חברתי אך מעניין אותנו לעימות הלכתי והנוהג הדתי. ישנה שרשרת של מחלוקת ביניהם על נושאים רבים. חלק מהם נוגעים לדרכי העבודה במקדש, אך יש גם נושאים אחרים. לדוגמא- מחלוקת על דרכי הענישה- את מי ואיך מענישים בדין הפלילי. אחד המקורות לכך הוא יוסף בן מתתיהו אשר כותב שהצדוקים היו יותר מחמירים בדין הפלילי מאשר הפרושים. אחת המחלוקת, ככל הנראה, היה בנושא של "עין תחת עין". הצדוקים פירשו את הפסוק כענישה פיזית, והפרושים חלקו עליהם בנושא הזה ואמרו ממון ופיצוי. העובדה הזאת לא חד משמעית מפני שאנו יודעים על המחלוקת ביניהם גם ממקורות חז"ל במשנה ובתלמוד, ולא רק מיוסף בן מתתיהו. במקרה הזה- אין לנו ציון מפורש באף אחד מהמקורות הללו. יש לנו מקור אחד שמזכיר לנו את זה הנקרא "מגילת תענית". זהו ספר קטן, שמנה שורה של ימים טובים ומועדים שנקבעו בתקופת הבית לזכר מאורעות. למגילה הזאת יש תופסת יותר מאוחרת הנקראת "סכוליון"- אשר ביוונית נקרא תוספת, אשר מתאר את הניצחון של הפרושים על הצדוקים בעניין הזה. זהו המקור היחיד על מחלוקת זו! א"כ, ייתכן כי הייתה מחלוקת בעניין של "עין תחת עין" עוד בתקופת הבית.

יוסף בן מתתיהו מזכיר את הנושא, ואומר ש"עין תחת עין", תלוי בנפגע. הנפגע צריך להחליט אם לקבל תשלום כספי או לדרוש ענישה פיזית על הפוגע. לא יודעים מדוע ועל מסתמך בפירוש זה.

**עמדת הרמב"ם בנושא(יש דף מקורות שאטינגר חילק)**: עמדתו של הרמב"ם בעניין הזה מעניינת. משנה תורה הלכות חובל ומזיק פרק ראשון, והוא מאריך בנושא הזה כ5 הלכות. הלכה א- מדבר על עצם הקביעה שצריך לשלם פיצוי. הלכה ב- מדברת על הדרך להעריך את הנזק שחייבים לשלם (עבד שנמכר בשוק).ומביא הרמב"ם את הפסוק "עין תחת עין". הלכה ג- מדבר על הפסוק "כן ייעשה לו"- ואומר כי כוונת הפסוק היא לשלם ממון, כמו שהיה ראוי(!!) להוציא לו עין... הלכה ה'- אומר שכוונת "עין תחת עין" הכוונה היא תשלומין ולומד זאת מפסוק אחר לפניו שנאמר "חבורה תחת חבורה"....הלכה ו'- מביא את המסורת שבדבר- הלכה למשה בסיני.

לפי הרמב"ם- האם זהו פשט או דרש? הוא כותב בהלכה ב'- "מפי השמועה למדנו" ולכן הוא רואה בלימוד הזה 'דרש' ולא פשט. עובדה מעניינת היא שהרמב"ם לא מסיים בהלכה ב את הדיון אלא הוא טורח לנסות גם את הדרך הפרשנית. הוא מוכיח את זה מהכתובים (בעזרת פרשיות הסמוכות- רוצח וחובל בחברו), אלא שכנראה הוא לא ראה בהם הוכחה מספקת. בהלכה ו' הוא חוזר ומדגיש שאפשר לראות בכתוב את הפירוש הזה וניתן לבסס אותם שם, אך הוא מדגיש את עניין ה**מסורת**- את ההלכה למשה מסיני. סוגר מעגל- פותח ב"מפי השמועה למדנו" ומסיים ב"הלכה למשה מסיני".

הרמב"ם נותן גם היבט חשוב על השאלה למה לא נאמר במפורש "ממון"? למה כתוב "עין תחת עין"? הוא מסביר כי היה ראוי להוציא לאדם עין, זה מה שנכון מוסרית והצורה הראויה, אלא שאנו לא עושים כן בפועל. ישנה אמירה מוסרית, ערכית ופרשנית, אך הפירוש שגובר עליו-הרי הוא הדרש- הוא הדין הנכון לקיום.

**לסיכום**: הרמב"ם רואה פה את פירוש הפשט(הוצאת עין)- שהוא הדרך המוסרית והנכונה, ואת הפירוש של הדרש(תשלום ממון)- שהוא נכון בפועל.

העובדה שהרמב"ם ראה את הדברים בשני מישורים ושתי דרגות, והיא מתאשרת בדבריו ב"מורה נבוכים". [אם יש מקורות שלכאורה סותרים בין הספרים- זאת אחת הפתרונות. אחד בפשט והשני בדרש וכו'] בחלק השלישי של הספר, הרמב"ם מאריך מאד בטעמי המצוות, ומנמק את סוגי המצוות והסיבות שלהם. הוא אומר שם שחלק מהמצוות שהרמב"ם נותן להם את הטעמים מצד הפשט ולא ע"פ הדרש של חז"ל. למרות פירוש חז"ל על דרך הדרש, הרמב"ם הולך לפי הפשט. אחד מהם הוא "עין תחת עין"! ודבר זה מעסיק ומעלה תמיהה למפרשי הרמב"ם. הרמב"ם שם אומר לא לשאול אותו מדוע הוא נותן את ההסבר ע"פ הפשט מפני שהוא בא לתת את הטעם לתורה ולא לתלמוד.

מה שניתן לראות מתוך דברי הרמב"ם שם, הוא שיש כאן שתי תופעות- הפשט והדרש.

**טעם הדין/ ההלכה:**

כשדברנו על הפרשנות המשפטית המודרנית, הדגשנו שהיא עושה הבחנה בין כוונת המחוקק לבין תכלית החקיקה. לא מתייחסים כ"כ לכוונת המחוקק, אלא מהי תכליתו וטעמו של הדין. זה מה שמנחה אותנו בפרשנות. ראינו את העניין הזה בפס"ד הנדלס סעיף 3 לחוק השבת-אבידה. נראה לעיל את הדין והדיון בנושא- על המחלוקת בין אלון לברק שסובר שטעם הדין הוא הגורם המשמעותי.

מה קורה, א"כ, בהלכה? האם תכלית החקיקה וטעם הדין קובעים את הפרשנות? או שמא אין הם רלוונטיים לפרשנות התורה? האם הלכה מתפרשת לפי הטעם שלה?.... יש הרבה אי בהירות בנושא, גם בפרשני ההלכה וגם במחקר. הבעיה נובעת מכך שיש גורם אחד שמשפיע מאד על הנושא והוא- טעמי המצוות. הבעיה בהלכה היא שאנו מדברים ,בין השאר, על מצוות שהם בגדר 'התורה'. בהלכה מתחילים בפירוש המצוות והכתובים, והתפיסה המקובלת אומרת שבפרשנות המצוות- הטעם לא קובע! לא מפרשים את ההלכה לפי טעמה. התפיסה הזאת משפיעה על כל הפרשנות ההלכתית.

**"טעמא דקרא"**: מהו המקור לכך שלא מפרשים את ההלכה לפי טעמה?! הביטוי ההלכתי הוא, לפי הגמרא: "לא דורשין טעמא דקרא". הכלל התלמודי אומר שלא דורשים את טעם המקרא. יוצא מסוגיית הגמרא שיש מחלוקת תנאים בעניין- האם המצווה מתפרשת לפי טעמה או לא תלויה בטעם.

**מקור המחלוקת בנושא-"לא תחבול בגד אלמנה"**: הנושא שהמחלוקת נאמרה: בתורה יש איסור **"לא תחבול בגד אלמנה"**, אדם שמלווה כסף לאישה אלמנה ענייה אסור לקחת ממנה משכון בגד. על פני הדברים הנימוק הוא מוסרי-סוציאלי (אין לה הרבה בגדים, לא לקחת דבר שהיא צריכה לו). אבל הטעם שחכמים נתנו לאיסור הוא קצת שונה. בבא מציעא פרק תשיעי דף קטו- המחלוקת כאן היא האם האיסור הזה חל רק על אלמנה שהיא עניה או גם על עשירה?! **המשנה אומרת שזה לא משנה אם היא עניה או עשירה**, שהרי כתוב "אלמנה" והתורה לא עשתה הבדל ביניהן, ולכן אין לחלק ביניהן. אך לפי סוגיית הגמרא, יש מחלוקת בין התנאים.

הגמרא מביאה ברייתא שבה:

**דעת רבי שמעון**- האיסור נאמר רק על אלמנה ענייה. הטעם לכך הוא מפני שאין לה מספיק בגדים, ויהיה צורך להגיע אליה הביתה להשיב לה את הבגד. הדבר יוביל לכך ש"השכנים ידברו" ויוציא עליה שם רע. הטעם הוא לא סוציאלי אלא מוסרי. נשים לב שיש כאן פרשנות רדיקאלית- לאור הטעם הזה שהוא בסברא וההיגיון- אנו נפרש את ההלכה לפי זה. בתורה נאמר שאין הבדל בין האלמנות, ובא רבי שמעון ומפרש על פי הטעם שיש הבדל והבחנה.[יש לזכור כי הטעם הוא משוער!]

**דעת רבי יהודה**- אין הבדל, כפי פשט התורה.

הגמרא מפרשת את המחלוקת ביניהם- האם מפרשים לפי הטעם או לא לפי הטעם. ואם דעתו של ר' שמעון לא התקבלה- משמע שגם טעמו לא התקבל, ולא דורשים את טעמי המקראות.

עם זאת, הכלל הזה שהשתרש גורם לאי בהירות וחוסר הבנה מסוימת לכל הנושא כולו. הרבה פעמים משתמשים במונח הזה של "דורשין טעמא דקרא" שלא במקומו.

**הבחנות נוספות נצרכות**: כדי להציג את התמונה בצורה יותר ברורה מתבקשות כמה הבחנות נוספות:

1. **טעמי המצוות (אין דורשין) וטעמי ההלכות(ניתן לדרוש)-**

טעמי ההלכות אינן זהים לטעמי המצוות. הכוונה היא- פרטי ההלכות אשר לא חייבות להיות קשורות ישירות למצווה. כאשר אנו מדברים על הלכה ולא ישירות על המצוות, ההלכה מתפרשת לפי טעמה.

**דוגמא לטעם הלכה-אין שליח לדבר עבירה**: כאשר אנו אומרים טעמי הלכות אנו מתכוונים ל... יש כלל בהלכה שאומר "אין שליח לדבר עבירה".זה אחד מדיני השליחות, שאומר שאדם לא יכול למנות אדם אחר לעשות בשבילו עבירה. הדין המשפטי יחול על עושה העבירה ולא על השולח, והשולח לא ייחשב העבריין. ההלכה חוקרת את הטעם של דין זה- מדוע השולח לא ייחשב כעבריין כמו בשאר דיני השליחות? ישנם טעמים שונים לדבר. דבר זה קשור ל"טעמי המצוות"?! ממש לא! זאת לא מצווה שכתובה בתורה אלא על הלכה ספציפית ועל זה ניתן לבדוק ולחקור את הטעם לדבר. לא חל על הלכה זו "אין דורשין טעמא דקרא". הטעמים השונים יכולים להשפיע מאד על הדין ויישומו. אם נקבל טעם מסוים- זה יכול לשנות ושיהיו נפקיות לדבר בצורה מעשית.

**דוגמא מכיוון אחר לא משפטי-מחיצה בבית הכנסת**: מחיצה בבית הכנסת בין גברים לנשים- האם צריך מחיצה או לא?! השאלה המטרידה את הפוסקים המודרניים-כמה גבוהה היא צריכה להיות? האם היא יכולה להיות נמוכה? הדיון מתחיל בבירור הטעם- מדוע ההלכה אומרת שצריך לעשות מחיצה?? יכולות להיות שתי תשובות- א. צריכה להיות הפרדה בין גברים לנשים. איזשהו סימון בין המינים. ואם כך- המחיצה יכולה להיות נמוכה יותר. ב. יכולה להיות סיבה אחרת, שבנוסף לטעם של הפרדה יש גם בעיה של "ראייה" ואת זה אנחנו רוצים למנוע. אם כך- פשוט שמחיצה צריכה להיות גבוה יותר- שלא יראו אחד את השנייה.

אנו יודעים שפוסק בודק את הטעם של הלכה.

**אצל הרמב"ם-דורש טעם הלכה- עבד שגנב:** ניתן לראות את ההבחנה הזאת אצל הרמב"ם. הזכרנו שאת החלק השלישי של מורה נבוכים מוקדש לטעמי המצוות. לעומת זאת, במשנה תורה שהוא ספר ההלכות של הרמב"ם, כמעט **ואין טעמי מצוות**. לעומת זאת, הרמב"ם מביא באופן קבוע את **טעמי ההלכות**. לדוגמא: בהלכות גניבה פרק ראשון אומר הרמב"ם :"העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורים גם הם. שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהם ממונו. מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשומרן שאם יכעיסו רבו ילך וידליק גדיש באלף דינר". העבד הוא בן דעת ואין האדון יכול לשלוט בו באופן פיזי, ואם יכעיס אותו רבו- הוא ילך בכוונה ויחייב את האדון באלפי שקלים. במילים אחרות, הרמב"ם נותן הסבר לדין ואין לזה שום קשר לטעמי המצוות.

1. **פנימי וחיצוני**:

גם בקשר של מצוות ולא רק הלכות, צריך להבחין בין שני סוגים של טעם ותכלית. יש להבחין בין טעם פנימי וטעם חיצוני. טעם חיצוני פירושו "תכלית החקיקה"- מטרה מסוימת שהדין נועד להגשים אותה. המטרה הזאת יכולה להיות מטרה חברתית, כלכלית, מוסרית וכדו'. הוא חיצוני לעצם הדין עצמו!

**דוגמא לחיצוני- משכון אלמנה**: דוגמא לטעם כזה הוא איסור משכון עם אלמנה. באים להגן על האלמנה שלא יוציאו עליה שם רע, ולכן אנו מונעים את המשכון ממנה. באים להגן על החלש- זהו טעם חיצוני. אך יש סוג טעם אחר, שלא בא להגשים מטרה חיצוני אלא הוא ההגדרה הפנימית והעקרונית של הדין. התפיסה העקרונית שהדין בנוי עליה. כאשר הטעם הוא פנימי- בוודאי שהוא קובע את הדין (גם בדיני תורה ומצוות).

**שתי דוגמאות לגדר פנימי**:

1. מצוות הענקה-שכר או צדקה?: ישנו דין בתורה בספר דברים פרק ט"ו. שעבד שמשחררים אותו לחופשי יש לתת לו "מענק שחרור". נאמר: "הענק תעניק לו"- יש להעניק לו מתנה כשיוצא לחופשי. ישנה מחלוקת בהלכה, כאשר העבד הזה נפטר ולא הספיק לקבל את המענק, וכעת היורשים שלו תובעים את המענק. האם הם רשאים לקבל את המענק או לא? מחלוקת! יש אומרים שהם זכאים, ויש אומרים שרק העבד יכול לקבל אך לא היורשים. השאלה הזו תלויה בהגדרת הזכות של הענקה, כיצד נגדיר אותה? יש שתי אפשריות לכך. אפשר לפרש את המענק כחלק מהשכר שמגיע לעבד. הוא היה זכאי לשכר מסוים והמענק הוא חלק מהשכר שלו. אך ניתן להגדירה אחרת- שהיא סוג של צדקה שהוא מעבר לחובה של האדון.

אם זה חלק מהשכר-הרי שהיורשים זכאים לקבל את המענק. אך אם נגדיר אותו כצדקה- היורשים לא יהיו זכאים לקבלה. זאת שאלה של גדר פנימי של המצווה, ולטעם יש נפקויות משמעותיות. הטעם הפנימי הזה קובע את הפרשנות של הדינים השונים. וזה תלוי בגדר המצווה-בגדרה המשפטי. הטעם החיצוני של הענקה הוא לסייע לעבד בדרכו החדשה, אך השאלה של הגדר הפנימי עדיין לא ברורה.

1. (דוגמא יותר גבולית) פסולי עדות: ההלכה קובעת רשימה של אנשים שהם פסולים לעדות. וניתן לחלקם לקבוצות שונות וסוגים שונים, אך יש חלוקה אחת שהיא מאד משמעותית במסגרת ההלכה- לפי הטעם המשפטי של הפסול. ההלכה מבחינה בתוך הפסולים בין שתי קטגוריות לפי הטעם המשפטי של הפסול. קבוצה ראשונה שהיא מובנת ורציונאלית שהם מטעם של **'חוסר נאמנות'**- אנו חושדים בעדותם. אך יש קבוצה אחרת שההלכה אומרת שהם לא נחשבים בלתי נאמנים, אלא שזו **"גזירת הכתוב".** פירוש הדבר הוא **פסול פורמלי** כללי מוחלט שלא קשור לטעם נאמנות. להבחנה זו יש השלכות הלכתיות משמעותיות, ויש שוני אם נסווג מישהו לאחת הקבוצות. הדוגמא המובהקת לגזירת הכתוב הוא "קרוב". אדם לא יכול להעיד על מישהו שקרוב אליו. הסיבה היא לא כי הוא לא נאמן אלא כי זהו "גזירת הכתוב". (למרות האינטואיציה). ההשלכה היא- שהקרוב לא יכול להעיד גם לחובת קרובו. אם הטעם היה רק מטעם מהימנות, הרי שהדין היה חל רק לטובת הקרוב, אך מדוע שלא יהיה נאמן לחובתו? התשובה היא שזו "גזירת הכתוב" ולא מטעם מהימנות.

**ניתן לדרוש טעם פנימי**: הפסול של מהימנות, למשל, זה "נוגע בעדות"- מי שיש לו אינטרס (לדוגמא- אדם שיש לו מניות בחברה, אינו יכול להעיד עליה). לפי **רוב** הפרשנים, "נוגע בעדות" זהו פסול מהימנות. אך לפי זה, אם האדם ירצה להעיד נגד האינטרס שלו- הרי שיהיה מותר ויוכל להעיד לחובה. ונקשה- הרי פסולי העדות הם דין תורה ולא מדברי חכמים, ואנו רואים שפוסקים לפי "הטעם" של מהימנות. כיצד ניתן לעשות זאת, הרי אמרנו שאסור לפרש על פי הטעם?! התשובה היא שזהו הגדר הפנימי של הדין ולכן בוודאי זה קובע את הדין ויהיה מותר לעשות כן. אומר אטינגר שסיבת מהימנות הוא טעם פנימי של המצווה!

**עדות של מחלל שבת=עבריין**: יש שאלה גדולה בפסיקה של ימינו- מה דינו של עבריין בעניינים של בן אדם למקום- האם הוא פסול להעיד? ההלכה אומרת שאדם שאינו שומר שבת- פסול לעדות, מפני שהוא נחשב "עבריין". ואדם שכזה- פסול לעדות. רבני זמנינו מתלבטים האם מחלל שבת יהיה אסור לעדות? על פני הדברים התשובה היא כן. אבל לא מעט פוסקים אומרים שיהיה כשר. אם אנו ניכנס לשאלת הטעם- ניתן להגיע למסקנה שיהיה כשר. עבריין נכלל בקטגוריה של מהימנות ולא של גזירת הכתוב. אדם שמחלל שבת- הוא לא מהימן. אומר הרב הרצוג- שבנסיבות של זמנינו, אדם שאינו שומר שבת, לא הופך אותו ללא מהימן. בעבר, מחלל שבת היה חריג. אך כיום שיש ציבור גדול- חילול שבת הוא לא סימן לחוסר מהימנות.

**עדות אישה בימינו**: אומר אטינגר שנלך עוד צעד קדימה. כמו שאנו יודעים גם אישה לא כשרה לעדות! הרבנים מתלבטים מה הדין של אישה כיום? ונראה כי השאלה היא אותה שאלה וצריך לבדוק איפה אנחנו מקטלגים את הפסול? האם זהו עניין של מהימנות או של גזירת הכתוב? לפי רוב הפוסקים, כרמב"ם, האישה פסולה בגלל חוסר מהימנות. ואומר אטינגר שאם כך- כמו שהרב הרצוג עשה לגבי עבריין, ניתן לעשות כלפי אישה. בנסיבות ימינו, ניתן לומר שהאישה כן מהימנה היום, ולכן תהיה כשרה לעדות. ניתן לטעון כי זהו טעם פנימי ולכן מותר לדרוש את טעם המצווה.

**דרישה אף בטעמי המצוות**: האמת היא שגם לגבי טעמי המקראות והמצוות עצמם, המצב לא ברור וחד משמעי. הגבולות לא ברורים ולא חתוכים. בניגוד לתפיסה הכללית שאין דורשים, יש מקרים ודוגמאות שגם הם נדרשים לפרשנות ההלכה. אין נוסחה מדויקת לבדוק מתי כן נדרוש, אבל ברור שיש מקרים יוצאים מן הכלל.

**דוגמא שממחישה את שתי הגישות**: (שלא דורשים את טעם המצווה וגם את הגישה ההפוכה)

* **שילוח הקן**(טעם מוסרי בתורה): יש מצווה בתורה שהכינוי שלה הוא שילוח הקן, אך הכוונה היא לשילוח הציפור המקננת בקן. מקור המצווה בדברים פרק כ"ב שם נאמר: "כי יקרא קן ציפור לפנייך בדרך או על הארץ אפרוחים או ביצים והאם רובצת על האפרוחים או על הביצים, לא תיקח האם על הבנים. שלח תשלח את האם ואת הבנים תיקח לך למען ייטב לך והארכת ימים". אסור לקחת את כולם יחד, ובמיוחד לקחת את הגוזלים מול עיני האם. צריך לשלח את האם ורק אחרי זה לקחת את הגוזלים. כבר בתלמוד יש התלבטות על הטעם של המצווה. ישנה מחלוקת בגמרא במסכת ראש השנה. בסופו של דבר הטעם המקובל הוא **"מידת הרחמים"** (ע"פ רוב הפרשנים). אלא שיש כאן שתי וריאציות:

**לפי הרמב"ם**- ה' מרחם על הבריה הזאת, וצריך לרחם על הציפור. התורה חסה על **צערם של בעלי החיים**.

**הרמב"ן**, לעומתו, סובר שהתורה רצתה לחנך **אותנו** למידת הרחמים, שאנחנו נהיה אנשים יותר רחמנים בעולם. בכל מקרה- הטעם שהתקבל הוא "מידת הרחמים".

**לשלח האם ללא רצון לגוזלים**: ניתן להבין שאם אדם רוצה לקחת את הגוזלים- ברור שצריך לשלח את האם ולרחם עליה. אך האם יש מצווה לכתחילה, שגם אם אדם לא רוצה את הבנים- האם צריך לשלח את האם?! כמובן שהתשובה היא...מחלוקת!! מי שאומר שיש מצווה כזו- הם אומרים שיש נימוק קבלי-עמוק לזה. על מחלוקת זו שנידונה בפוסקים- לא הועלתה שאלת הטעם. וזה מוזר, כי שאלת טעם המצווה מתבקשת. הם דנו בסוגיות הגמרא ופירושן בלבד, ולא העלו בשיקולים את טעם המצווה. זו דוגמא מובהקת לגישה פורמליסטית ל"אין דורשין". זה רוב הפוסקים!

אך **ה"חתם סופר"**(אחד מגדולי הפוסקים האחרונים) מעלה את הדיון על הטעם של המצווה. הוא אומר שכולם מתעלמים משאלת הטעם, ומצטט את הרמב"ם. ומעלה את טענה שלפי הטעם של "רחמים", הרי שאם לא צריך את הגוזלים-הרי שיוצא דווקא אכזריות אם נשלח את האם, שהוא הפך מטעם המצווה. הוא היחיד מבין הפוסקים שמעלה את הטעם, ולא מזכיר את בעיית "טעמא דקרא".

אפשר לראות דוגמא של שתי הגישות גם יחד. זהו דיון בשאלה הלכתי שטעם המצווה מתבקש, שלא נכנס לכאן באופן מלאכותי. אעפ"כ רוב הפוסקים לא התייחסו לטעם ודנו בו בצורה פורמלית, אך החתם סופר לא ראה דרך להתעלם מהטעם.

* **דוגמא נוספת- כתיבת ספר תורה**: דוגמא נוספת רלוונטית שגם בה מדובר על מצווה מהתורה, ושייך הדיון על "טעמי המצוות". יש מצווה שנחשבת כמצווה מן התורה שכל אדם חייב לכתוב ספר תורה לעצמו. האם מצווה זו חלה גם בימינו וכל אדם צריך לכתוב לעצמו ספר תורה שיהיה בביתו? התשובה נמצאת בפוסקים. הרא"ש קבע הלכה חדשה, והוא אומר שמצוות כתיבת ספר תורה היא לשם לימוד תורה. בעבר, בתקופות הקדומות, היו כותבים ספר תורה כדי ללמוד בו, וזאת הייתה המטרה. אך היום אנו לא לומדים תורה מתוך ספר תורה, אלא שמים אותו בבית הכנסת. אנו לומדים תורה מתוך ספרים (בזמנו- כתבי יד). על כן, המצווה השתנתה, ואין מצווה לכתוב ספר תורה, אלא יש מצווה לקנות ספרי לימוד כדי שתהיה אפשרות ללמוד. לכאורה, נראה כי הרא"ש דורש את טעם המצווה, והוא הולך בשני שלבים: הוא שואל על תכלית והסיבה שיש לכתוב ספר תורה, ועונה שהמטרה היא ללמוד ממנה. השלב השני- שהיום זה לא מתקיים ולכן אין מצווה שכזו. לפי פשוטם של דברים יש כאן דרישת טעמא דקרא.

אטינגר מעלה שאולי יש פה **טעם פנימי.** הסיבה ללמוד יכולה להיות גדר המצווה. בנושא הקודם של שילוח הקן, אין ספק שהוא טעם חיצוני מובהק (לחנך למידת הרחמים), אך במקרה של ספר תורה- ייתכן כי הטעם הפנימי והעיקרון הבסיסי הוא ללמוד תורה. יש ללמוד מזה- כי ההבחנה לא ברורה תמיד ויכולים להיות ספקות בדבר. ועל כן, לא פלא שהיו פוסקים יותר מאוחרים שהתנגדו לדברי הרא"ש, ואמרו שלא ייתכן לשנות את המצווה הזאת במהלך הדורות.

שיעור 8- 21/5/13

**אמת משפטית- פיקציה**

בחלק השני בקורס, נזכיר כלי חשיבה ויישום חשובים של ההלכה. אנו נדגיש את ה"איך" של ההלכה, אשר דומה לשיטות משפט אחרות. השאלה הנציג היא- שאלת האמת המשפטית, אך לא במובן הקודם, אלא במובן אחר. קודם דיברנו בהקשר לשאלה האם יש תשובה אחת בפרשנות או לא. עכשיו נדבר על האמת המשפטית במובן של משהו שמנוגדת לאמת האובייקטיבית הראלית- עובדתית. אנו רגילים לדבר בכל שיטת משפט על אמת משפטית= המשפט קובע לעצמו אמיתות משלו, הוא קובע עובדות. המשפט יגיד כי המציאות היא כזאת וכזאת, אך לפעמים המציאות היא לא לגמרי ככה, אלא המציאות האמיתית היא שונה. בהקשר זה אנו מדברים על "פיקציה"- הדין קובע אמיתות משלו שהן לא נכונות מחוץ למשפט. אין שיטת משפט שאינה קובעת פיקציות- הנחות עובדתיות מדומות שהמשפט רואה אותם כעובדות, אך אין דבר כך באמת. יש כאלה שמרבים מהם ויש שמצמצמים.

**אישיות משפטית**: הפיקציה המשפטית הכי ידועה במשפט המודרנית היא של "האישיות המשפטית". חברה יכולה להיות אישיות משפטית, ויש לה זכויות וחובות- ויש לה "אישיות" בפני עצמה. היא נבדלת מהאנשים שעומדים מאחוריה ומי שמפעיל ושולט בה. קשה לעכל דבר כזה- שחברה והאדם מאחוריו הם לא אותו דבר, אלא שני דברים שונים לחלוטין. הדבר הזה הוא פיקציה משפטית! הפיקציות האלה מאד בולטות במשפט העברי.

[**מח' השופט אלון ואטינגר בחלוקה בין אמת משפטית ולאמת עובדתית**: במאמר מוסגר- יש טעות נפוצה בהקשר הזה, במשפט הפלילי... מנחם בגין הקים ועדה לחקירת רצח ארלוזורוב. הוגש בג"ץ נגד המדינה על הועדה הזאת- אלון נ' מד"י. טען שיש כלל במדינה שעניין שנדון והוכרע בו לא ניתן לחזור ולדון בו שוב. יש את כלל הסופיות הדיון. השופט מנחם אלון טוען שוועדת חקירה ובימ"ש הם שני דברים נפרדים והם אינם חותרים לאותה אמת. ועדת חקירה מחפשת את האמת העובדתית- היסטורית. ביהמ"ש מחפשים אמת אחרת לחלוטין- האמת המשפטית. עובדה שהמשפט לא מקבל כל טענה וכל ראיה, אלא יש דברים שמקבלים ואינם מקבלים. אומר אלון, שביהמ"ש מחפש את האמת שלהם לפי הכללים הספציפיים של המשפט**. הוא העמיד פה קביעה שיש שוני בין האמת העובדתית ובין האמת המשפטית**. אטינגר סובר שאלון טועה. האמת המשפטית במשפט הפלילי חותר לאותה אמת ההיסטורית-עובדתית. אלא שלדין הפלילי יש שיקולים אחרים שלפעמים מוכן לא לקבל את העובדה כמות שהיא, מטעמים של מדיניות. לכן דורשים מידת הוכחה גבוהה מאד, מפני שרוצים להיות זהירים מאד לא להגיע למסקנות מוטעות. אך אין הכוונה שאין לנו רצון וכוונה להגיע לאמת עובדתית- ריאלית. המשפט יכול להגיד שאדם לא "אשם", אך אין הכוונה היא שהאדם לא עשה את המעשה]

**דוגמאות לפיקציה בהלכה**: בדיני ממונות במשפט העברי אנו מכירים הרהב מקרים שאנו מדברים על פיקציה משפטית. ניתן דוגמאות מתוך ההלכה לדבר זה:

* **תורת הזיהוי בשליח ("ידא אריכתא דמי")**: דיברנו על הכלל של "שלוחו של אדם כמותו". הוא גם בהלכה וגם במשפט. פירוש הדבר- שאדם יכול לעשות פעולות מסוימות ע"י שליח שיעשה במקומי את הפעולה. השליח יכול לקנות מכונית, א' שולח את השליח= התוצאה היא שהשולח עשה את הפעולה ומחייבת ומזכה אותו. אך המשפט שואל שאלה נוספת, שאלת התיאוריה של השליחות- איך יכול להיות דבר כזה? איך ב' עושה פעולה שמחייב את א'?! אם א' לא עשה את הפעולה בפועל- איך זה מחייב אותו? אחת הפרשנויות אומרת ש-"ב' הוא בעצם א'". אנו רואים את השלוח כאילו הוא האדם השולח. דבר זה נקרא **"תורת הזיהוי"**. מבחינת הדין אנו רואים את ב' כידו הארוכה של א'. אם כך- הרי ברור למה הדבר יחייב את א', מפני שזה כאילו הוא עשה את הפעולה. דבר זה נכלל כ"פיקציה משפטית". אנו הופכים את שני האנשים לכאילו אדם אחד שעושה פעולה. התפיסה המודרנית לא כ"כ אוהבת את התפיסה הזאת (ברק, מפתיע?!) וכתב ספר, שכולל את תפיסתו בעניין. אך תפיסת הזיהוי די רווחת ותופסת בעולם ההלכה, על אף שיש עוד תיאוריות שונות. זאת דוגמא של פיקציה משפטית. דבר זה חשוב כי יש לה השלכות פרשניות ויישום הדין- הלכה למעשה.
* **"הודאת בעל דין כמאה עדים":** הודאה= אמירה של אדם שמחייבת את עצמו. היא יכולה להתקבל במשפט הפלילי, אך היא לא קבילה במשפט העברי בנוגע לפלילים. לעומת זאת, בדיני ממונות הודאת בעל דין היא ראשונה במעלה. אם אדם מודה שהוא חייב כסף- זה מחייב אותו, והיא ההוכחה הכי טובה. אבל הפרשנים התלבטו איך להגדיר את ההודאה. בפשוטם של דברים, ההודאה עובדת **כראייה** והיא גורם ראייתי. **היא מוכיחה** את העובדות- אם אדם מודה- אז כנראה שהוא חייב. אך יש תפיסות אחרות שמגדירות את זה אחרת. יש פרשנים שמגדירים את ההודאה שהיא לא פועלת כראייה ולא מוכיחה שום דבר, אלא היא זו **שיוצרת את החיוב**. אם אדם אומר שהוא חייב- הרי שהוא הופך להיות חייב מכוח ההודאה, ולא מוכיחה על מה היה בעבר. **אטינגר טוען** שהשיטה האומרת שהיא יוצרת חיוב- זו פיקציה משפטית. משום שהמודה עצמו לא מתכוון לייצור התחייבות חדשה אלא מתכוון לספר את האירוע שהיה בעבר. ועל כן, זאת פיקציה שהדין(!) אומר שעכשיו הוא מתחייב חיוב חדש. חלק מהראיות שמביאים הפרשנית והפוסקים מהמקורות- לא רלוונטיות, וזאת מכיוון שלא הבינו ולא סיווגו שמדובר אצלנו בפיקציה.

אנו רוצים להגיע לאיזושהי תוצאה משפטית, לפעמים נוח וקל לקבוע את העובדה. פיקציה הוא מכשיר נוח להגיע לתוצאה משפטית רצויה. לכן ההלכה מרבה להשתמש במכשיר הזה של הפיקציה המשפטית.

* **דין "שומע כעונה"-מחלוקת רש"י ותוספות**: ביהדות יש ברכות ותפילות וכו'- ההלכה אומרת שלא צריך לומר את המילים בעצמך, אלא יכול לשמוע מאדם אחר- אם אני עונה "אמן"- הרי שהאדם לא צריך לברך בעצמו אלא הוא כאילו אמר את הדברים בעצמו. יש מחלוקת בהלכה.. אדם מתפלל באמצע שמונה עשרה, אסור להפסיק ולדבר על דברים אחרים (גם להגיד אמן על ברכה אחרת).אם אדם עומד שמונה עשרה, והציבור והחזן אומרים "קדושה" (דבר שלרוב הציבור כן עונה וכן צריך להגיד בעצמו) אך מכיוון שהוא באמצע התפילה של עצמו- אסור לו לענות. מה יעשה? רש"י אומר שהוא לא צריך לענות, אלא יכול להקשיב ולפי הכלל של "שומע כעונה"- הרי שהאדם יכול לצאת ידי חובה של מצוות "קדושה". לעומתו, אומרים 'בעלי התוספות' שאין הדבר נכון. כי הכלל של "שומע כעונה"- פירוש הדבר שהשמיעה היא כדיבור, ואם כן- הרי שיש "הפסק" ודיבור תוך כדי שמונה עשרה, אשר אסור, ולכן אין להפסיק ולהקשיב אלא להמשיך בתפילתו כרגיל!

המחלוקת היא- רש"י הבין שמספיק להקשיב ולא צריך להגיד ממש. אך 'תוספות' הבינו שמדובר **בפיקציה** **וההקשבה היא כאילו דיבור**, במובן המשפטי. ואם כן- הדבר נחשב שהאדם ממש דיבר ואמר את המילים.

**הערמה מול פיקציה**: אנשים מסוימים ברוסיה שמעו שכדאי לעלות לישראל כי נותנים הטבות לעולים. אם אדם נשוי ליהודייה- מקבלים את כל ההטבות. הגויים היו מתחתנים עם איזה פקידה שרצתה לעלות לארץ. היו עושים "נישואים פיקטיביים"- הסכם שנישאים ליהודייה רק לצורך קבלת ההטבות, ואחרי כן נפרדים. ונשאלת השאלה- נישואים פיקטיביים זה פיקציה משפטית?! התשובה היא לא! מפני שהדין לא קובע עובדות חדשות משלו. (פיקציה יוצרת עובדות מדומות משלו- האדם מת, האדם דיבר וכו') ועל כן, הדבר אינו נחשב פיקציה משפטית. בהגדרה המשפטית קוראים לפעולה שכזאת- "הערמה". מכיוון שיש כאן פעולה ע"פ המשפט, במובן הפורמלי, תוך **עקיפה** של המטרה של הדין. כשהדין קבע שאדם שנשוי ליהודייה יקבל הטבות הוא לא התכוון לנישואין כאלה. הוא התכוון לבעל ואישה שחיים משותפים יחד כזוג.

אנו גם מכירים את הדבר הזה בנושא הקניין ובעלות על נכס. העברת בעלות יכולה להיעשות בצורה פיקטיבית- כי בדרך כלל בעל של נכס יש לו רווחים ועושה אתו מעשים. אפשר להעביר בעלות רק באופן פורמלי בלי כל הביטויים מסביב. ואם הדבר נעשה כך- מדובר בהעברת בעלות פיקטיבית. בעבר היה דבר כזה- מס ירושה, אשר התבטל כבר. אדם שלא רצה שהילדים שלו יצטרכו לשלם את מס הירושה, היה רושם את הנכסים שלו על שם ילדיו עוד בחייו. ניתן להגדיר זאת כ"העברה פיקטיבית" מפני שהאדם עדיין גר בדירה ועושה איתה פעולות של בעלים, אך הדבר רק רשום על שם מישהו אחר. "העברה מלאכותית"- היא "הערמה", ולא פיקציה משפטית.

שוב יש להדגיש כי "פיקציה" היא לא "הערמה". ואעפ"כ כשאנו מדברים על בעלות ונישואין פיקטיביים- הביטוי הזה הוא נכון. בגלל שאנו מדברים על עובדות שונות מהעובדות המקובלות.

**הערמה בהלכה**:

בהלכה הרעיון הזה של "הערמה" מאד מקובל. יש הרבה מאד מקרים שבהם משתמשים בהערמה. וההלכה עצמה מזכירה ומשתמשת בה. ויש פה פרדוקס- מצד אחד הרעיון של הערמה הוא לעקוף, אך ההלכה עצמה משתמשת בה בשביל לעקוף את עצמה.

הערמה מעלה שתי שאלות:

* שאלת התוקף- האם **אפשר** להשיג את התוצאה הזאת?
* שאלת הלגיטימיות- גם בהלכה שאפשר להגיע למסקנה הזאת ולהשתמש בהערמה, השאלה היא האם זה **לגיטימי ורצוי** להשתמש בה?

לגבי שאלת התוקף- בדר"כ פעולת הערמה היא תקפה. ישנם חריגים, שההלכה קבעה התייחסות נקודתית. אין אמירה בהלכה שהערמה איננה תקפה, אלא ההפך- לעשות דבר שהוא בניגוד למטרת הדין- הפעולה תהיה תקפה.

שאלת הלגיטימיות- האם זה נכון ובסדר לעשות דבר כזה? שאלה זו היא שאלה ערכית מטיבה. גם כאן, מהמקורות יוצא שיש לגיטימיות לעשות כן. (לא תמיד אך בחלק ניכר). ניתן לראות את זה במקורות שכותבות במפורש שניתן להערים. אפילו המשנה אומרת את זה במפורש, וניתן להבין את זה כלגיטימי. שאלה הקשה היא איך דבר כזה יכול להיות? הרי ההערמה היא "בניגוד לדין" (הרמב"ם קורא לזה "תחבולה"), ולכוונה והמטרה של הדין. והאיך אנו מגדירים את התופעה הזאת המוכרת במסגרת ההלכתית?

**תשובת החוקרים**: החוקרים עסקו גם הם בשאלה, והדיעה המקובלת היא- "גישה היסטורית". כלומר, הם טוענים שההערמות באו לעולם כתוצאה ממציאות מסוימת שדרשה התייחסות. יש הקשר היסטורי שבאה לפתור בעיה מסוימת. **לדעת אטינגר**, ההסבר הוא נכון בחלק מהמקרים, אך לא נכון ולא מספיק לתאר את התופעה בשלמותה.

**דוגמא להערמה- מצוות מעשר שני**: דוגמא בולטת היא במצווה ידועה שקשורה למצווה של הפרשת מעשר שני. זו אחת מהמצוות התלויות בארץ- מצווה הקשורה בגידולי הקרקע. יש מצוות האומרות שיש להפריש חלק מהיבול החקלאי לכל מיני מטרות (כהן לוי וכו'..), ומעשר שני אומר שמפרישים מעשר מסוים. הוא לא נותן את זה לאדם (לא לכהן או לוי) אלא שומר את זה לעצמו וחייב להעלותו לירושלים לאוכלו שם. זו מצווה שקשה לקיים, כי לא ניתן להחזיק פירות לתקופה ארוכה. לכן, יש פתרון והוא- שניתן לחלל את המעשר על כסף= להעביר את הקדושה של הפירות לכסף ואותם להעלות לירושלים, לקנות שם פירות- ואותם לאכול בחומות ירושלים. התורה אומרת שאם אדם מחלל את הפירות האלה לכסף- יש להוסיף חמישית לערך של הפירות[[1]](#footnote-1). המשנה במעשר שני פותחת ואומרת (פרק ד' משנה א') : מערימין על מעשר שני". יש הכרזה רשמית לכך שמותר להערים. הכוונה היא שניתן לעשות תחבולה כדי לא להוסיף את החומש (חמישית הכסף). בעבר אנשים חיו מהיד לפה, ולהוסיף חומש היה יקר ולא נוח. באה המשנה ואומרת שלא צריך להוסיף את החומש. כיצד? ניתן להעביר את הפירות לזמן קצר למישהו אחר- וכך להיפטר מהחמישית! מפני שתופסת החומש היא רק כאשר הפירות **שלך אישית**, אך אם אדם מחלל פירות של אדם אחר- הרי שלא צריך להוסיף את החומש. לכן אם אדם יעביר את הפירות שלו לאדם אחר והוא יחלל אותם- הרי שיהיה פטור מהחומש. ישר לאחר מכן הוא יחזיר את הפירות. זאת ע"י ניצול ההגדרה המשפטית של "בעלות".

נשאלת השאלה- למה הדבר הזה הוא בסדר? הרי זה תחבולה שלא כמטרת הדין. תשובת החוקרים היא שיש איזה גורם היסטורי ברקע שהביא את חכמי ההלכה להתיר את ההערמה. למשל- ניתן להגיד שהיה חולשה בקיום המצווה הזאת. חכמים רצו להקל כדי לדרבן את הציבור לקיים את המצווה, ועל כן אמרו שניתן הקלה ולא להוסיף חומש. יש כאן אלמנט של "תקנה", ולא נולד ב"חלל ריק"- אלא הייתה סיבה (דתית במקרה הזה).

הערמה דומה היא על מצווה מפורשת בתורה של "בכור בהמה"- בכור של בהמה טהורה, לפי דין תורה צריך לתת אותו לכהן. כפי שראינו על מעשר שני כך המשנה כותבת על בכור בהמה- ניתן לעשות פעולות שתפטור אותי מלתת אותו לכהן. (יש לקרוא מאמר של שמואל שילה "הערמה בתלמוד"..., לא את כולו- רק את ההקדמה+ 322-326).

**תקנת הפרוזבול של הלל הזקן**:

נעבור לסוגיה שיש לה השלכה על הנושא הנ"ל. סוגיה שיש לה גם השלכה עצומה על תולדות ההלכה עד ימינו- "תקנת הפרוזבול של הלל הזקן". הלל היה אחד מראשוני התנאים שהיה אחד הגדולים בתקופת הבית, בתקופתו של הורדוס. הדבר אומר כמאה שנים לפני החורבן. מיוחסות לו כמה וכמה הלכות חשובות, אשר חידש בעולם ההלכה. התקנה המפורסמת שלו נקראת "תקנת הפרוזבול" (מילה יוונית. כנראה כי הכוונה היא סוג של שטר מכר)- מהות התקנה קשורה למצוות השמיטה, אשר מתקיימת כל שבע שנים. מצוות השמיטה כוללת שתי מצוות:

1. שמיטת קרקעות- יש איסור לעבוד את הקרקע בשנה ההיא.
2. שמיטת כספים- פירוש הדבר שחובות שמקורן בהלוואה, נשמטים בשנת השמיטה. כאשר מסתיימת השנה השביעית, פוקע החוב ואין חובה להחזיר יותר (הדגשה- רק כלווה, ולא מדובר על חובה מכוח נזק וכדו').

מטבע הדברים, כולם יודעים שבמציאות- כאשר מתקרבת השנה השביעית, הרי שאדם לא מלווה. בפועל "נמנעו העם מלהלוות"- מפני שלא רצו שהחוב יישמט להם ויפסידו את כספם. הלל ראה שזה המצב, והוא תיקן תקנה אשר מאפשרת למלווה לתבוע את החוב ויהיה חייב לשלם את החוב גם אחרי השנה השביעית. השלכת התקנה היא שהחוב לא יישמט בשנה השביעית. המשמעות של תקנה זו היא רדיקלית מאד- כי למעשה בוטלה מצווה מפורשת בתורה! ונשאלת השאלה המתבקשת- איך אפשר לעשות דבר כזה? הרי הוא לא יכול להגיד שאין מצוות שמיטה יותר. אז איך הוא עושה דבר שהתוצאה היא שהשמיטה לא תחול?

**אופי הרעיון של התקנה**: יש דעות שונות כיצד, מבחינה משפטית, הדבר עובד. נראה שתי גישות במקורות ההלכה בעצמה. במקורות יש ביטוי לאופי לרעיון של תקנת הפרוזבול:

הספרי-ביסוס "מוסר שטרותיו לבי"ד"- הספרי, שהוא מדרש הלכה, על ספר דברים התקנה של הלל התבססה על הלכה קיימת. הוא לא חידש הלכה חדשה, אלא השתמש בהלכה שהייתה קיימת בחוק. הלל "ניצל" הלכה שקשורה בדיני השמיטה, לקח את ההלכה לצורך הפתרון של בעיית החוב בשמיטה. בסימן קיג נאמר: "ואשר יהיה לך את אחיך- **ולא של אחיך בידך**, מיכן אמרו אתה אומר המלווה על המשכון אין משמט. את אחיך תשמט **ידך**- **ולא המוסר שטרותיו לבי"ד**, מיכן אמרו התקין הלל פרוזבול". פירוש הדבר, בית הדין לא מוגבל לשנת השמיטה- ולכן מותר לבית הדין לגבות את חוב. לכן, מי שמוסר את השטרות שלו בית הדין- הרי שלא חלה עליו שנת השמיטה. על סמך הדין הזה- הלל אמר לעם שכולם יעבירו את השטרות שלהם לבית הדין וכך החובות לא ישמטו. הרי לפי הספרי, הלל הסתמך על ההלכה הזאת של מסירת השטרות לבית הדין. זהו הרעיון המשפטי של הלל בתקנתו.

המשנה- פרוזבול שונה ממוסר שטרותיו- לעומת זאת, התקנה של הלל נזכרת גם במשנה, מסכת שביעית פרק י' משניות ב'- ג': "המלווה על המשכון והמוסר שטרותיו לבית הדין- אינן משמטין... פרוזבול אינו משמט. זה אחד הדברים שהתקין הלל הזקן. כשראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה ועוברין על מה שכתוב....- התקין הלל פרוזבול".

ניתן לראות כי המשנה מביאה את ההלכה של הספרי, אך אינה מביאה את הפסוק עליו היא צריכה להסתמך. (ראינו את הרעיון בהקדמה בקורס, על ההבדל בין המשנה למדרשי ההלכה).

ניתן לראות על פי הפסוק כי התורה ידעה שאנשים לא ירצו להלוות, ולכן התורה הזהירה על זה. הדבר עדיין לא עזר, ואנשים נמנעו מלהלוות, ועל כן באה תקנת הלל. הדבר שונה מן הספרי, כי מהמשנה יוצא שהמסור שטרותיו לבית הדין ו"פרוזבול" הם שני דברים **נפרדים** והם בכלל מחולקים לשתי משניות שונות.

**קשיים וקושיות על הגישות**:

לפי הספרי- (תקנה על דבר קיים?!): התקנה מאד מובנת כי הלל השתמש ב"סעיף בחוק" שכבר קיים, ורק יישם אותו. אך יש קושי אחר- שאם כך, אין מדובר ב"תקנה" שפירושה חקיקה וחידוש בתוך ההלכה. אך אם הלל משתמש בסעיף שכבר 'קיים'- לא ניתן להגדירה כתקנה.

לפי המשנה- (תקנה מבטלת תורה?!): הקושי גדול יותר- אם אין קשר לדין הקודם של המוסר שטרותיו, איך הלל יכול להתקין תקנה שמבטלת מצווה מן התורה?!

התלמוד שואלת את השאלה הזו. **תשובת התלמוד** היא שבזמן הלל השמיטה נהגה לא מדין תורה אלא מדין חכמים (פחות חמור). המצווה לא נהגה מדין תורה מכיוון שיש פרשנות מעניינת שאומרת שמצוות השמיטה קשורה למצוות היובל (מצווה שנוהגת כל 50 שנה...). וכבר בימיהם דין יובל לא נהג- ולכן גם מצוות השמיטה לא נהגה מדברי תורה אלא רק מ"דרבנן". כך שיוצא- כי הלל לא ביטל מצווה מהתורה אלא יצר תקנה מדרבנן שמבטל את מצוות השמיטה שגם היא הייתה מדרבנן.

הפרשנים ה'ראשונים', למרות דברי הגמרא, מתקשים- מה בכלל השאלה על הלל?! הרי לפי הספרי, הוא השתמש בלימוד ממדרש הלכה מהתורה. הרי לפי הספרי הוא השתמש בסעיף שכבר היה קיים! אם כך- מה הקושיה על הלל?

פה יש שתי תשובות:

* תוספות- מדובר ב'הערמה'- הם אומרים שנכון שהלל עשה לפי הדין, אבל "מכל מקום לא היה לו לעשות תקנה ללמד לעשות כן, שביטל בכך השמטת כספים שציוותה התורה". נכון שהלל פעל לפי הדין, אעפ"כ הגמרא מתקשה לקבל את הפעולה הזאת משום שלא היה לו ללמד את הציבור לעשות דבר כזה, כי ע"י הפרסום הזה מתבטלת מצווה שהתורה ציוותה עליה. הבעיה לפי זה- "הערמה"! הגמרא שאלה על דרך **ההערמה** שהלל התווה.
* ראשונים אחרים-מדובר ב'פיקציה משפטית'- מהות התקנה לא הייתה הערמה, אלא הייתה בעיה אחרת. אחדים מן הראשונים אומרים- "ויש לומר שאם מסר שטרותיו ממש מהתורה היא, אבל בא הלל ותיקן שאע"פ שלא מסר ואין השטרות בידו, אם אמר "מוסרני לכם"- דומה למי שמסר להם". לפי התורה צריך למסור בפועל את השטרות, אך הלל התקין שלא צריך מסירה ממשית, אלא מספיק לומר לבית הדין שהוא מוסר להם- הרי שזה דומה למי שמסר ממש. הרי שיש כאן **פיקציה משפטית**. אדם לא באמת מסר, והלל הפך את המציאות כאילו הוא באמת מסר. זאת הייתה מהות התקנה של הלל. ולאחר מכן, האדם היה יכול לגבות את החוב שלו, אך הוא היה נחשב שליח של ביה"ד, ולא גובה חוב עצמאי...

התקנה של הלל היא תוצאה רדיקאלית, מפני שהיא מבטלת מצווה מהתורה. הדבר הוא מרחיק לכת! יש כאן גם פאן היסטורי- המשנה בעצמה כותבת שעם נמנע מלהלוות, וזאת הסיבה שהוא תיקן את הפרוזבול. מבחינה היסטורית יש לתקנה זו השפעה לכל דורות ההלכה עד היום. היא כאם דוגמא שמהלכת לאורך הדורות והיא משפיעה על תופעות ויצירות חדשות בהלכה גם בהקשרים אחרים. אנו מכירים בעידן המודרני, מאות השנים האחרונות, כמה הערמות חדשות שבאו לעולם, ואין ספק שיש השפעה משמעותית מתקנת הלל למרות שלא נאמר במפורש. יש לדוגמאות החדשות משמעויות יותר מרחיקות לכת. ההערמה הידועה ביותר היא "מכירת חמץ".

**הערמת מכירת חמץ**:

**רקע והיסטוריה**: המכירה של החמץ לא מתחיל היום, אלא התחיל יותר מוקדם בהיסטוריה ויש לדעת מהיכן ההלכה הזאת נובעת. היא מתבססת על דין מסוים הכתובה בהלכה. הדין הוא: אסור להחזיק את החמץ ברשות שלך, לא רק אכילה אלא גם החזקה של חמץ בבית. בעבר הרחוק- אדם שהיה לו חמץ בפסח היה מוכר את החמץ לנוכרי, ומוסר לו את החמץ= מכירה אמיתית! אבל כבר בשלבים מוקדמים נוצרו קשיים, ולא תמיד היה קל, נוח ומשתלם להוציא בצורה ממשית את החמץ מביתו. היו יהודים שהיו מתפרנסים מהחמץ, והיה צריך את הסחורה אחרי פסח. השלב הראשון היה- שימכור לנוכרי את החמץ, אך יש הסכם שהוא יחזיר את הסחורה לאחר פסח. חלק מהפוסקים קוראים, אפילו לעניין זה, הערמה. במשך הזמן הדבר הלך והסתבך. מפני שהתחיל להיות מדובר על חנויות וכמויות גדולות של חמץ. טכנית היה קושי להוציא את החמץ מהמקום. דבר שני- נותרה בעיה של תשלום. אם מדובר על כמות גדולה של חמץ, הרי שצריך לקחת הרבה מאד כסף... כך שהגיעו לפתרונות שאפשר להשאיר את חמץ במקומו, וכן שהתשלום יהיה חלקי ולא על כל החמץ. בימינו אנו- מוכרים את החמץ של כל המדינה לגוי אחד שמשלם סכום סמלי.

הדבר נחשב כהערמה כי הוא לא מקבל את החמץ באופן ממשי, ולא משלם את כל הכסף. אנו רואים את הדרך המשפטית להגיע להגדרה של מכירה. וניתן לראות את ההיבט המיוחד של התקנה. בהקשר הזה החוקרים צודקים ויש כאן תקנה ההערמה משתמשת מכשיר לביצוע תקנה, כמו שעשה הלל. הרבנים לגבי מכירת חמץ, עשו תקנה מאד דומה למה שהלל עשה לעניין הפרוזבול. בגלל שהלכה של הוצאת החמץ היא מאד קשה לביצוע- הרי שהיה קושי בקיום ההלכה והיה צריך למצוא תקנה שתעקוף את ההלכה- בצורת "הערמה".

שיעור 9- 28/5/13

**מכירת הקרקע בשנת השמיטה**:

הסיפור הזה, להבדיל ממכירת החמץ, עדיין לא הסתיים. שנת השמיטה כוללת שתי מצוות: שמיטת כספים ושמיטת קרקעות. כבר דיברנו על שמיטת הכספים וראינו שתקנת הלל העבירה את זה מן העולם, אך יש עוד עניין בעניין הקרקעות. היא אומרת שאסור לעבד את הקרקע בשנה השביעית ואסור למכור את הפירות ולעשות בהן סחורה בשנה הזאת. זהו עניין מאד קשה לעמוד בו. אלו קשיים היו ידועים כבר בזמן הבית ואנו מוצאים את זה במקורות ההלכה. לא תמיד היא הייתה ניתנת לביצוע מסיבות כלכליות. למשל- היו תקופות שהשלטונות הנוכריים לא הכירו בשנה השביעית ולא הסכימו להתחשב באותה שנה. המיסים המשיכו להתגלגל גם לשנה זו, דבר שגרם לחקלאי להיות חייב לעבוד את האדמה. עם זאת, חייבים להודות שהמצווה המשיכה להתקיים בפועל באופן כללי, עם חריגות פה ושם, במרוצת השנים והיא נשמרה. גם אם היו הקלות וזמנים יותר קשים- בסך הכול המצווה נשמרה.

**בעיית העת החדשה ופתרון "היתר מכירה"**: הבעיה נוצרה בעת החדשה, בתקופת הציונות, כשהתחילה ההתיישבות החדשה בישראל, החלו הבעיות לצוף. לפני כן היו עובדי אדמה בהיקף הרבה יותר קטן- ופתרו את הבעיה באופן פרטני. כשהתחילו להיווסד המושבות הראשונות בארץ ישראל החלו הבעיות עם עניין השמיטה, והם נכנסו למצוקה. בנוסף ללחצים הכלכליים הטבעיים, היו גם לחצים בירוקרטיים- כגון הפקידים של הברון ששלט באדמה לא הסכימו שלא יעבדו את האדמה. ז"א- גם כאשר החקלאים רצו להפסיק את העבודה- הרי שגם היו לחצים מבחוץ שלא אפשרו את הפסקת העבודה. אז הלכו לרבנים ועלה לעולם "היתר המכירה". בעבר ההיתר היה פרטני, אך, כעת, הפך להיות פומבי. היה וויכוח ציבורי גדול בעניין בתשמ"ט, ובעקבות כך נוצר ההיתר הזה לאותה שנה שדנו בה בלבד. הרעיון שלו הוא לא מהפכני (מההיבט המשפטי), כי אנו מכירים עניינים דומים מהעבר (מכירת חמץ), אלא שבאים ליישם אותו בעניין של מכירת אדמה בא"י. מה שעושים זה- שמוכרים את האדמה לנוכרי, ואם הקרקע הוא של הגוי- הרי שאפשר להמשיך את העבודה באדמה באותה שנה. ההיתר בנוי על ההלכה שקרקע של נוכרי לא כפופה לשנת השמיטה.

הרעיון לא התקבל לחלוטין, ועד היום כל פעם שיש שנת שמיטה- יש וויכוחים ועימותים על הרעיון של מכירת הקרקעות. זאת מפני שהדבר בכלל לא התקבל באופן גורף אלא בתנאי לאותה שנה עם הסתייגויות.

**שאלת היחס להערמות אחרות**: יש להעלות את השאלה- למה הערמות אחרות התקבלו, כולל מכירת החמץ, ובעניין השמיטה- הספקות והוויכוחים לא הסתיימו והעסק לא התקבל?! מדוע הדיון עולה כל פעם מחדש?

התשובה לא פשוטה ומורכבת מכמה סעיפים. יש סיבות פנימיות- פורמליות הלכתיות, ויש סיבות שהן בהיבטים יותר רחבים של העניין.

**ביטול חלקי/מלא**: יש הבדל בין הערמה של הקרקעות להערמות אחרות. ההבדל הוא בהיקף, במשמעות, במשקל שיש להערמה הזאת. מדובר על ביטול מצווה שלמה מן התורה. נניח, בחמץ- לא ביטלו את איסור האכילה של החמץ, אלא רק את האיסור של ההחזקה. אלא שפה התוצאה היא יותר מרחיקת לכת כי היא מבטלת את המצווה לחלוטין.

**גודל ורמת היקף ההערמה**: נקודה שניה היא מידת הקיצוניות של ההערמה- בתדמית שלה. באופן פורמלי זה לא משנה אם אני מוכר שק פירות של מעשר שני או שמוכרים את הקרקעות של א"י- זו אותה פעולה ואותו רעיון. אך למראה העיניים לאדם העומד מן הצד זה נראה דבר מאד לא הגיוני- למכור את כל הקרקעות של א"י??? העניין הוא שזה לא רק התדמית של העניין, אלא אנו גם מוצאים בפוסקים שמתחשבים בגודל וברמת ההיקף של ההערמה הזאת. יש מקרים שהפוסקים אומרים שעדיף לעשות מעשה א ולא ב' כי זה פחות נראה כמו ההערמה. ז"א- שיש שיקול הלכתי לאיך הדברים נראים כלפי חוץ! ואין ספק שהערמה של מכירת הקרקעות ואדמות א"י- זה נראה כמו הערמה קיצונית ולא הגיונית.

**שאלות הלכתיות פרטניות**: נוסף לזה, יש שאלות הלכתיות יותר פרטניות, טכניות.

* דיעה האומרת כי קרקע של גוי אינה פוטרת משנת שמיטה.
* איסור מכירה לגוי: כמו כן, יש בעיה והוא האיסור של מכירת הקרקע לנוכרי בא"י. כתוב בתורה במפורש "לא תחנם"= שאסור לתת להם חנייה בארץ, הווה אומר שאסור למכור לאדם שאינו יהודי קרקע בא"י. הפוסקים עושים דבר גדול מאד על העניין הזה.
* רישום בעלות הקרקע: אחת הטענות החשובות והמרכזיות היא צורת המכירה. לפי דין השלטון- המקומי, כבר בתקופת התורכים, קרקע נמכרת ונרשמת בטאבו. וכאן אנו לא מוכרים ומעבירים את הקרקע על שמו של הנוכרי. לפי רוב הפוסקים, מבחינה הלכתית משפטית- יש לקבל את הדין המקומי בעניין רישום קרקעות, ולהעביר את זה בטאבו. אם לא נעשה דבר כזה- **אין מכירה**! נכון שלפי ההלכה זה אמור לתפוס רק ע"י שטר, אך יש גם דין של "דינא דמלכותא דינא"- יש לפעול לפי הדין של השלטון המקומי באותה עת.

[יש להזכיר כי ההערמה בנויה על הרעיון שאם הדברים לא נעשו לגמרי תקין מהבחינה המשפטית- הרי שהוא לא תופס]. הרי מה ניתן לענות על הטענה הגדולה הזאת?! התשובה היא פשוטה- לפי כמה שנים הרב דרוקמן העביר את "חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה) תשל"ט 1979"- בו נאמר ששר הפנים ושר הדתות יכולים להעביר תקנות לעניין עסקאות במקרקעין לעניין שנת השמיטה וע"פ החוק הזה אכן הותקנו תקנות שאומרים: "עסקה במקרקעין.. שנעשתה באישור הרבנות... תקנה על אף האמור בחוק המקרקעין ותהיה נגמרת אף בלי רישום"- המכירה יכולה להיות תקפה למרות האמור בחוק המקרקעין והיא תקפה גם בלי רישום הקרקע. כך נפלה הטענה המרכזית נגד מכירת הקרקעות.

שמיטה בזמן הזה- מדרבנן: אחד הדברים המבדילים בין החמץ למכירת המקרקעין הוא דווקא לטובת המקרקעין. וזאת מהצד של התוקף: איסור החמץ הוא איסור מהתורה ("בל יראה ובל ימצא"), לעומת זאת ההיתר המכירה של השמיטה מבוסס על ההנחה המקובלת ששמיטה בזמן הזה הוא מדרבנן ולא מדאורייתא. וזה נלמד מדרשה ידועה ששנת השמיטה צמודה לדין היובל- בזמן שאין יובל הרי שגם דין השמיטה לא נוהג מהתורה. דבר זה נותן היבט יותר קל לעניין המכירה של הקרקעות, מפני שיותר קל להקל בדינים שיש להם תוקף מדרבנן (דבר שיותר קשה לעשות בדינים שהם מהתורה).

**מתנגדי המכירה**: בין המתנגדים למכירה, במאה ה19, היה הנצי"ב (נפתלי צבי יהודה ברלין), ראש ישיבת וולוז'ין ואחד מגדולי הדור באותה תקופה, בליטא. הוא אהד מאד את ההתיישבות בא"י בכל נפשו, שמח על כך מאד- היה ציוני מאד במושגים של אז. אך עם זאת, הוא התנגד למכירה כי ראה בכך סתירה אידאולוגית. אמר שאם אנו חוזרים חזרה לא"י ולאדמה של העם היהודי, הרי שלא ייתכן שאנו נמכור את הקרקעות לנוכרי ונבטל את המצוות שלא ניתן לקיים בחו"ל. הוא הבין, כמובן, שהטענה היא לא חזקה בגלל מה שהעלנו את התוקף של רבנן של המצווה. ממילא הסתירה איננה כ"כ חזקה, ולכן טען הנצי"ב ששמיטה בזמן הזה היא מהתורה, בניגוד לרוב הפוסקים. הבסיס העיקרי שלו הוא על הרמב"ם. הוא פירש את הרמב"ם בצורה מסוימת מפני שהנוסח שהיה לפניו היה נוסח מוטעה! יש הלכה ארוכה בהלכות הרמב"ם שבדפוסים החדשים המדפיסים תמצתו את ההלכה ויצא להם, לפי נוסח זה, אפשרות לפרש שלפי הרמב"ם זה מהתורה. היום אנו יודעים שיש פה טעות- והמדפיסים שינו את הטקסט המקורי והרחב, אשר כתוב בו במפורש שדיני השמיטה בזמן הזה הוא מדרבנן.

**העלאת שאלת 'הערמה' בנושא מכירת קרקעות**: נחזור לעניין ההערמה. אמרנו שנושא המכירה קיים עדיין בדיון ער וסוער בין הפוסקים. בעיית ההערמה נכנסת בצורה מעניינת. רוב הפוסקים שדנו בכך- לא העלו כלל את שאלת ההערמה- האם מותר והאם זה מוצדק. אחד היחידים שהעלה זאת היה הרב קוק (שהיה גדול תומכי המכירה), ושאל את השאלה הערכית של המכירה. הוא דן על כך באריכות. מי שלא העלה את השאלה היה החזון איש אשר היה גדול המתנגדים של המכירה (היה מנהיג העדה החרדית). הוא לא מזכיר את בעיית ההערמה בכלל, אלא נתפס לבעיות אחרות (לדוג'- את בעיית המכירה לגוי) ודרכם מתנגד.

**היבט עקרוני בנוסף להיסטורי**: הדבר הזה מחזיר אותנו לשאלה הראשונה שהעלנו- לעצם פשר תופעת ההערמה בהלכה. אמרנו שגישת החוקרים היא היסטורית ואומרים שהערמות הלכתיות באו על רקע היסטורי. אטינגר טוען שיש גם היבט אחר, ויש כאן מחלוקת עקרונית איך תופסים את ההלכה בכללה. וזה מה שעומד ביסודה של תופעת ההערמה בהלכה, ואין מדובר רק על היבט היסטורי. ודבר זה בא לידי ביטוי בעובדה שאפשר למצוא מחלוקות עקרוניות על השאלה האם זה נכון לכתחילה להערים או לא. העימותים האלה, משקפים תפיסות שונות במהות ההלכה.

**דוגמא**: ישנו סיפור בתלמוד הירושלמי שמוזכר גם בבלי בניסוח שונה על עימות בין רבי יהודה הנשיא לבין חכמים אחרים. לפי המסופר רבי עשה פעולה של הערמה כדי להיפטר לגמרי מחובת המעשר (ולא רק חומש). חכם אחר אמר לו שרבי יהודה ואנשיו(תודה לפירוש של יעל...) עושים פטנטים להיפטר ממעשר. בניגוד אליכם רבי עקיבא היה קונה שלושה מינים בפרוטה כדי לעשר מכל אחד ואחד. אטינגר טוען שיש כאן ויכוח עקרוני על תפיסת ההלכה. רבי יהודה הנשיא רצה להדגים את העיקרון. הוא לא דאג על הכסף שלו שהרי היה עשיר גדול, אלא רצה לומר שמותר להערים ולהיות פטור. דווקא כדי להצביע על האופציה הזאת. לעומתו החכם השני מצביע על רבי עקיבא שאומר בדיוק ההפך. הוויכוח הוא בין תפיסה פורמליסטית של ההלכה לבין תפיסה ערכית, במובן הדתית שלה.

**תפיסה פורמליסטית ותפיסה ערכית**:

התפיסה הפורמליסטית אומרת שהתורה כולה היא גזירת הבורא, נותן התורה. ו"הפה שאסר הוא הפה שהתיר"- מי שאמר על דבר מסוים שהוא אסור, הוא יכול להגיד על דבר שהוא מותר. התפיסה הזאת היא בדיוק תפיסה דתית ולא מתנגדת אליה. כל מה שנאמר בתורה הם גזירות האל, וכל דבר שכתוב בתורה שמותר- זה לגיטימי, כי אם האל היה רוצה שלא יהיה בסדר- הרי שהיה אוסר את זה. זה מה שרצה להדגים רבי יהודה הנשיא-שאם יש אפשרות כזו- מותר לנצל את זה כי החוק כותב שמותר. לעומתו רבי עקיבא מציג גישה ערכית(במובן הדתי) שצריך לחפש את המצוות ולא להיפטר מהן. אדם לא צריך לחפש להיות חייב יותר ולקיים יותר את המצוות, לא פחות. וזהו הוויכוח העקרוני ביניהם.

לדעת אטינגר זה גם מסביר את תופעת ההערמה- היא מביעה דעה פורמליסטית.

זה יכול להסביר גם את מחלוקת הרב קוק והחזון איש. החזון איש הוא איש של התפיסה הפורמליסטית- אם ההלכה מאפשרת את זה, אז זה מותר. לכן הוא נתפס דווקא לשאלה **האם אפשר או לא**, ולא מתמודד עם שאלת הערמה- שהרי פשוט שזה לגיטימי ומותר.

לעומתו הרב קוק הוא איש של התפיסה העקרונית- ולכן הוא שואל את השאלה **האם זה ראוי ושייך**?... היה קשה עליו עצם הפעולה הזאת של מכירת הקרקעות שמשמעותה- הערמה.

יחד עם זה יש להגדיש את ההיבט השני, של החוקרים- לפעמים ההערמה היא בעצם התקנה. לפעמים התקנה לובשת צורה משפטית של הערמה. התקנות הציבוריות, כמו מכירת חמץ ומכירת שביעית, מדובר בתקנה- בזה צודקים החוקרים. זה לא "טריקים ומשחקים" , אלא חכמים מתמודדים עם מציאות קשה- שהמצווה לא ניתנת לקיום במובן הרחב. לכן מכירת הקרקעות בשביעית היא תקנה מאד רדיקאלית. רוב הרבנים לא מסכימים עם ההגדרה של אטינגר שהיא: התקנה באה לבטל את המצווה, אשר לא רואה איתה בעיה. רבנים של היום לא יכולים לבוא לבטל מצווה באופן חקיקה, אלא צריכים לבטל אותו בצורה מעשית, ע"י פרשנות של המצווה- שהופכת לתקנה.

**מעבר מגישות פורמליסטיות לערכיות**

נעבור לנושא אחר שקשור אבל בכיוון קצת שונה. התפיסה הפורמליסטית בתורה ובהלכה. היום יש מחקרים וכתיבה על התפתחות בין תפיסות פורמליסטיות לתפיסות ערכיות. למה אנו קוראים גישה פורמליסטית של המשפט? פורמליזם יכול לבוא לידי ביטוי גם בחקיקה וגם בפסיקה ובפרשנות. החוקרים בתורת המשפט נותנים הגדרות שונות ומרכיבים שונים לגבי ההגדרה של פורמליזם משפטי. הנקודה העקרונית, התנאי הבסיסי הוא שהמשפט פועל לפי כלים פנימיים של המערכת עצמה. המשפט פירושו- יישום של הכללים האלה והפעלתם. המשמעות העיקרית מהתפיסה היא שהמשפט מנותק מן המשמעות הערכית שלו. אנו מפעילים את הכללים בלי להתחשב בתוצאה- האם היא נכונה או צודקת. השאלות האלה של צדק אינן נשאלות. זהו הגורם המרכזי בפורמליסטיקה. הדבר גם אומר שהמשפט הוא פחות מחדש חידושים ואין יצירה חדשה. המחקר מראה שהשיטות המשפט החדשות מתנתקות מהחשיבה הזאת והן נוטות יותר לתפיסה הערכית- כלומר, מפרשים את החוק לפי התוצאה שלו. חותרים לתוצאה יותר טובה ויותר צודקת. יש ספר טוב של פרופ' האוטנר, כתב ספר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים המשפט הישראלי", הוא מראה פעם חיפשו את ההגדרות הפורמליות וכיום כבר לא נכנסים לתוך ההגדרות אלא חותרים יותר לתוצאה ולמסקנה האחרונה שתהיה יותר נכונה ויותר צודקת.

**שימוש בפורמליות להשגת המטרה**: לכל זה בערבון מוגבל, וזאת מכיוון שיש פה פרדוקס. דווקא כשחותרים לתוצאה מסוימת- ניתן לפעמים להיות פורמליסט ולא מוכן לתת פירוש חדש- וזאת מכיוון שזה מביא את השופט לתוצאה שהוא רוצה. דוג'- היה וויכוח לא קל בתביעת לשון הרע על הסרט "ג'נין ג'נין". השופטים שלא רצו לקבל את התביעה אמרו שהחוק "לשון הרע" מדבר רק על אדם פרטי ולא על גוף ציבורי. זוהי גישה פורמליסטית מובהקת! יכולים להיות שיקולים פורמליסטים בשביל לשרת את המטרה והרעיון.

**פורמליסטיקה במשפט העברי:** המשפט העברי היא גישה פורמליסטית במהותה, לא באופן מוחלט. אפשר להביא דוגמאות לא מעטות לגישה זו. מדוע אנו מוצאים גישה כזו בהלכה? תשובה אחת אומרת- כי כל שיטות המשפט בעבר היו כאלה. **אטינגר** טוען כי במקרים מסוימים יש השפעה של התחום הדתי של ההלכה. כל הדינים של "בין אדם למקום", ובחשיבה הזאת של האיסורים האלה (שבת, עבודה זרה וכו')- פשוט שהגישה תהיה פורמליסטית מעצם טבעה. אטינגר טוען שהגישה הזאת מחלחלת גם לתחום המשפטי, מכיוון שנושאי ההלכה קשורים אחד לשני.

**פורמליות במשפט המודרני- ייאוש בהשבת אבדה**: אטינגר סובר שהגישה הפורמליסטית לא נותנת לנו ליישם אותה במשפט המודרני של מדינת ישראל. דוגמא אחת לחשיבה פורמליסטית: השבת אבידה- יש מצווה להשיב אבידה לבעליה. בהלכה מושג המפתח הוא "ייאוש"- זהו קריטריון מתי יש להשיב את האבדה לבעלים. אם יש הנחה סבירה שהבעלים לא התייאש וחושב שהוא הולך לקבל חזרה את האבדה- יש להשיבה. אך אם יש הנחה שהבעלים התייאשו מהחפץ- במקרה כזה החפץ שייך למוצא, גם אם הוא יודע של מי הוא. הרעיון הוא שברגע שהבעלים התייאש- הוא התנתק מהחפץ וכאילו ניתק את עצמו מבעלות החפץ. הדבר הופך את המוצא לבעל האבדה, זאת אם הוא מוצא את זה אחרי הייאוש. מדוע? אטינגר אומר שזה בגלל פורמליסטיקה. למרות שאני יודע מי בעלי החפץ הרי שהוא שלי מפני שההלכה אומרת שהוא התנתק מהחפץ! אותו דבר להפך, אם אדם מוצא את החפץ לפני הייאוש- החפץ לא יהפוך להיות שלך **לעולם**, גם אם הבעלים יתייאשו לאחר מכן. זוהי חשיבה פורמליסטית! ברור שיש כאן תוצאה לא צודקת בשני המקרים. גדולי החכמים שאלו את השאלות האלו, למשל- המהר"ל מפראג, ונותן תשובה משלו. התשובה של אטינגר היא "פורמליסטיקה".

**עימותים וחילוקי דעות בין הגישות במשנה ובתלמוד**:

במשנה במסכת בבא מציעא פרק ג' משנה ב' יש מחלוקת תנאים- "השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה".

שלב א'- אדם שכר פרה מחברו לשימוש בה ומשלם דמי שכירות לבעלים.

שלב ב'- על דעת עצמו, השוכר מסר את הפרה לאדם אחר בהשאלה (שימוש ללא תשלום).

יש הבדל במידת האחריות בין השוכר לשואל. שומר חינם שעושה טובה ושומר ללא כסף- אחריותו פחותה. שומר שכר- אחריות קצת יותר גבוהה(אינו חייב אם הפרה מתה בצורה טבעית= "כדרכה"), ושואל- יש לו את מידת האחריות הגבוהה ביותר(עושים לו טובה- תהיה לו אחריות מרבית ויהיה חייב אם הפרה מתה "כדרכה").

מה שקורה במקרה שלנו הוא שאדם בעל דרגת אחריות נמוכה יותר מסר לאדם שיש לו אחריות גבוהה יותר. אם הפרה מתה כדרכה- הרי שהשואל יהיה חייב באחריות על מיתה כזו, לעומת זאת- השוכר יהיה פטור על מיתה כזו מול הבעלים. למי ישלם השואל את דמי הפרה? לשוכר או לבעלים?

**התנא הראשון** במשנה אומר שהוא ישלם לשוכר! השואל חייב לשלם, אך ישלם לשוכר והוא זה שירוויח את הכסף. הבעלים יפסיד כי הפרה מתה בצורה טבעית והשוכר פטור על כך. הרעיון הוא בשאלה המשפטית- השוכר יש לו זכות קניינית על הפרה בתקופת השכירות, והיא כאילו שלו באותה תקופה. כיוון שכך, הוא זה שהעביר את הפרה לשאול והשאול ישלם לשוכר על כך. התוצאה לא צודקת!

**ר' יוסי** מקשה את זה במשנה. איך יכול להיות שהשוכר ירוויח על חשבון הבעלים?! "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו"- איך השוכר עושה רווח מנכס שלא שלו. אלא דעת רבי יוסי היא שהשואל יצטרך לשלם לבעלים!

המחלוקת היא בין תפיסה פורמליסטית לבין תפיסה ערכית. הפורמליסטית אומרת שהבעלים לא השאיל, אלא השכיר- ויש לשוכר זכות קניינית ואשר על כן הוא יכול להרוויח. זה הכלל ואותו אנו נפעיל. לעומת זאת ר' יוסי מקשה את השאלה הערכית- התוצאה לא סבירה. איך ייתכן לעשות רווח על חשבון נכס של אחר?! **ההלכה נקבעה כר' יוסי**!

**תשובה לגישה הפורמליסטית- הפיקציה**: מעניין הוא שחלק מהפרשנים התקשו בתוצאה הזו של ר' יוסי. מי שאמון על הגישה הפורמליסטית מתקשה- כי אם יש זכות קניינית לשוכר איך הבעלים יקבל את הכסף? אחת התשובות אומרת שהשוכר נחשב כשלוח של הבעלים- ולכן זה כאילו הבעלים הוא זה שהשאיל את הפרה. זוהי פיקציה שרואים את השוכר כאילו הוא שליח של הבעלים.

**אספקט שני של הפומליסטיקה- מידות ושיעורים**

העיריה רוצה לאסור פעולות מסוימות מסוכנות שיכולות לגרום לסכנה בגנים ציבוריים. יש שתי אפשרויות להגדיר את האיסור: 1. להוציא חוק: **כל פעולה** שגורמת הפרעה או נזק או סכנה- אסורה". (הגדרה עניינית). 2. **רשימה** של הפעולות האסורות (פורמליסטית).

היתרון בגישה הפורמליסטית הוא שאם קובעים רשימה- הדבר יהיה חד משמעי וברור. מצד שני שזו רשימה סגורה שמה שלא נכלל בה- יהיה מותר.

היתרון בגישה העניינית- היא שזה כולל הרבה יותר דברים. אך מצד שני- יש חוסר בהירות, ויהיו הרבה יותר חילוקי דעות על מה כלול בה! יהיה צורך גדול יותר ללכת לשופט.

הדבר בא לידי ביטוי גם בעניינים מספריים ומידות. קביעות מספריות מדויקות במצבים מסוימים. כל מחוקק מתלבט במצבים מסוימים. כלומר יש שני אפשרויות- או לקבוע הגדרות כלליות מהותיות-ענייניות, או שיעורים מדויקים ע"י מספרים.

**דוגמא מהחוק הישראלי**- **"הרחקת פולש".** השאלה שמתלבטים בה היא האם מותר לאדם, בכוחות עצמו, לפנות אדם שפלש אליו לשטח. בהלכה זה נקרא "דין לעצמו". בחוק העותמאני אסר את זה באופן מוחלט. בא חוק המקרקעין ב69 ואמר, בסעיף 18: מותר להשתמש בכוח סביר כדי לפנות את הפולש ובלבד שעשה כן **מנסיבות העניין תוך זמן סביר**". כך אמר החוק המקורי- מותר לפנות בכוח את הפולש, אלא שיש הגבלה מאד רחבה ולא ברורה. יש כאן הגדרה לא פורמליסטית באופן בולט. כיום החוק השתנה, ונכתב כי מותר לפנות את הפולש **תוך 30 יום** מיום הפלישה. יש מעבר מהגדרה רחבה לא פורמליסטית לקביעה מדויקת מספרית.

מצד אחד ההגדרה המרחיבה היא יותר עניינית, והיא תלויה בנסיבות. אך ישנה בעיה של פרשנות- מתי מוצדק? מה זה נסיבות העניין? מה זה זמן סביר? וכו'... לעומת זאת אם אנו קובעים 30 יום- זהו משהו חד משמעי וברור, אלא שתמיד יהיה בקביעה כזו חוסר צדק. מדוע דווקא 30 יום? הרי אין הבדל אמיתי בין 30 ל31. הגדרה פורמליסטית היא בהכרח שרירותית ולא יכולה להיות צודקת תמיד.

קביעות פורמליסטיות במשפט העברי: ההלכה באופן חד משמעי מרבה **בקביעות מדויקות** בהרבה מאד מקרים, גם בתחום הדתי וגם המשפטי. אטינגר סובר שהיא נובעת מהתפיסה הדתית, כי מעשה דתי מעצם טבעו דורש הגדרה מדויקת ומידתיות. אך, החשיבה הדתית גולשת ומשפיעה גם לחשיבה המשפטית. אך גם בהלכה אנו מוצאים עימות בין הגישות השונות.

**דוגמא לעימות**: במשנה מסכת בבא קמא פרק ו. יש מחלוקת על אחריות בנזיקין, לגבי אדם שהדליק מדורה בתוך השטח שלו. בניגוד לרצונו- האש התפשטה לשדות של השכנים. השאלה היא מתי בעל השטח והמבעיר יהיה חייב בנזיקין ומתי לא? מתי נקבע שהדלקה הייתה לא סבירה מבחינת הצפיות של האירוע? איזה שטח צריך להרחיק מהשכן כדי להיות חייב או פטור? ר' אליעזר אומר- 16 אמות (8-9 מטר) כמו שטח שנחשב רשות הרבים, ואם עשה כן- פטור. ר' עקיבא אומר- 50 אמות (25-28) מטר. ר' שמעון אומר- הכול לפי הדליקה. פירוש דבר- "בנסיבות העניין מרחק סביר". אין קביעה של מרחק מדויק אלא ממש תלוי בנסיבות של המקרה, וכל אחד לגופו.

שיעור 4/6/2013

השיקולים בעניין זה מאד ברורים. מצד אחד, מידתיות מדויקת היא ברורה וקבועה. יש לנו מקור עם מידה מפורשת, שאין מחלוקת על פירושה. הבעיה בגישה של חוסר דיוק- הרי שזה תלוי בעיקר להחלטות השופט, ואין ברירות וכו'.מצד שני, מידתיות המדויקת יכולה ליצור חוסר צדק, וצריך להיות יותר דינמיים על כך. אנו מוצאים חילוקי דעות על השאלה העקרונית הזאת- האם יש ללכת על הרעיון הגדול והמטרה או ללכת על מידה מדויקת.

**הסיבה לפורמליסטיקה בשיעורים- ההלכה מכוונת לאדם ולא לשופט**: על הפורמליסטיקה בכלל קשה לתת הסבר בטוח למה המידה היא כזו, ולמה ההלכה הולכת לכיוון הזה. לעומת זאת, לגבי המידות והשיעורים אנו מבינים למה ההלכה הולכת לכיוון של הפורמליות. עמד על כך, השופט זילברג בספר שכתב "כך דרכו של תלמוד". הוא אומר שהמשפט העברי הוא משפט ללא שופטים- ההלכה מכוונת אל האדם ולא אל השופט. ההלכה תפקידה להורות התנהגות ולא להורות לשופטים איך לשפוט!

בעולם המשפט יש מחלוקת דעות על מטרת המשפט. יש הגורסים כי המשפט בעיקרו מכוון אל השופטים- שידעו איך לנתח את המקרה וכיצד לפסוק בו. יש גישות אחרות שגורסות שהמשפט מדבר גם אל האדם הפרטי ואל הציבור. אך לגבי המשפט העברי- זילברג צודק שההלכה מדברת אל האדם בפני עצמו, אשר מחויב להלכה ואל המשפט. האדם מצווה לא לפגוע באחרים ולעשות צדק וכו'. זה לא רק לביהמ"ש לפסוק במקרים שכן קורים בעיות. הבהירות בגישה הפורמליסטית היא הסיבה שההלכה קובעת מידות ושיעורים מדויקים. זאת מכיוון שההלכה מדברת אל האדם- הוא צריך לדעת כמה להרחיק כאשר מדליק אש בחצרו. (אנו מייתרים את ביהמ"ש ולא צריך להגיע לביהמ"ש אם יש לנו מידה מדויקת).

**גבולות ההלכה**

השאלה של גבולות ההלכה מתחלקת לשני כיוונים:

1. שאלת השפיטות- פירושה, האם יש נושאים ותחומים מסוימים שהם מחוץ לעניינו של המשפט, אשר המשפט לא מתערב בהם ולא ניתן לדון בהם בצורה משפטית?
2. הלכה ומוסר- מה היחס המדויק והגבולות בין הלכה לבין מוסר? האם יש משהו שהוא מוסרי ואיננו הלכתי?..

**שאלת השפיטות-**

יש כאן שאלה של גבולות המשפט- מה נמצא בתוך המסגרת יכולת השפיטות ומה מחוצה לה? האם כל נושא הוא תחת יד המשפט וניתן לשפוט בו או האם יש נושאים שהמשפט לא מתערב בהם? שאלה זו נשאלת באופן שווה גם ביחס להלכה וגם ביחס למשפט בכלל, גם בישראל. השאלה הזו מעסיקה את חכמי המשפט בארץ, בעקבות שאלת סמכותו של ביהמ"ש העליון- בג"ץ. ישנה מחלוקת בין טובי המשפטנים. השאלה נשאלת על בג"ץ מפני שע"פ חוק יסודות המשפט סמכות ביהמ"ש העליון כבג"ץ היא סמכות רחבה. השאלה עלתה, האם יכול לדון בכל דבר או שאינו יכול?! אנו בעצם שואלים את זה על המשפט- האם הכול תחת המשפט או לא? בעבר הייתה מקובלת תפיסה קצת שטחית שאמרה כי ביהמ"ש לא מתערב בכל דבר כי לא הכול שפיט. לא היה בזה דיון מעמיק. מי שנתן לזה נופח נוסף היה השופט ברק, אשר דן בנושא ביסודיות. זאת מפני שהוויכוח נעשה יותר חריף והשאלות שעלו היו יותר קשות. הוא תרם תרומה עיונית גדולה לדיון. זאת אחת הדוגמאות שאנו יכולים לעשות שימוש בכלים של המשפט הכללי לגבי המשפט העברי.

**הבחנת ברק בנושא השפיטות**: ברק הבחין בין שני מושגים של שפיטות:

* **שפיטות הנורמטיבית**- שפיטות עקרונית/ ערכית- השאלה היא האם יש דבר שבאופן עקרוני הם לא שפיט? שלפי תוכנו ועניינו המשפט לא יכול להתערב בו, ואינו יכול להיכנס תחת המשפט.
* **שפיטות המוסדית**- היא שואלת האם כדאי ורצוי שהמשפט יתערב בשאלה מסוים? האם זה יעיל ונכון שהמשפט יכניס את עצמו? יש כאן שאלה האם הוא רוצה להתערב או שישאיר את זה למישהו אחר שיטפל בזה?

התשובות שברק נותן לכל השאלות- היא שונה. כידוע, ברק סובר שהכול שפיט, וזאת רק במובן ה**נורמטיבי**. המשפט יכול להתערב בכל דבר, מבחינה המהותית העקרונית. פירוש הדבר- המשפט לא יכול להתערב בכוחות הטבע, אלא שכל פעולה אנושית יכולה להיכנס תחת סמכותו של המשפט. לעומת זאת, מבחינה מוסדית לא הכול שפיט. לא על כל דבר אנו נרצה שהמשפט יתערב וייקח על עצמו את הסמכות, כי זה לא יעיל ולא כדאי. (לדוגמא- האם לפתוח שגרירות במקום מסוים או על עניינים ביטחוניים- לא כדאי שביהמ"ש יתערב על עניינים כאלה...). הרבה חולקים על ברק, אשר הבר פלוגתא הגדול שלו היה אלון, אשר אמר שלא הכול שפיט. אלון התייחס אל זה בזלזול מסוים באומרו- האם המשפט אומר לי "כמה פרסות לחם מותר לי לאכול בבוקר?!" וכו'... הבעיה היא שהוא לא הבהיר האם הוא מדבר על שפיטות נורמטיבית או מוסדית, ולכן קשה להגדיר את המחלוקת בניהם, אך נראה כי הוא כנראה התייחס לשאלת השפיטות **הנורמטיבית**- שאין למשפט יכולת להתערב בעניינים אלה.

ברק אומר שאם המשפט לא אוסר עלי לעשות מעשה מסוים- כנראה שהוא מתיר לי עליו. לא צריך להיות אמירה מפורשת אלא ניתן שיהיה במשתמע. ברק אומר שהמשפט מתערב בכל דבר- או אוסר או מתיר.

**אטינגר** סובר כמו ברק, אשר מהבחינה הנורמטיבית הכל שפיט. המשפט לא מנוע או חסום מלהתערב אם הוא רוצה. אלא שברק קצת פספס בהגדרה ובמינוח, והוא הלך קצת רחוק מדי בטרמינולוגיה. לא נשמע טוב לומר שהמשפט **מתיר לי** לגור במקום מסוים או לאכול בבוקר. ניתן לנסח זאת בצורה שהמשפט **נותן לי חופש** לעשות מעשה כזה או אחר.

**בעניין ההלכה- 2 דעות**: באופן טבעי, השאלה נשאלת גם על ההלכה- האם כל נתון תחת ההלכה?! האם יש דברים שהם מחוץ לתחום ההלכה? הרבנים והוגי דעות חולקים בעניין הזה. ניתן לראות שתי דעות בולטות ברבנים. יש דעה שאומרת שהכול הוא הלכה ואין דבר כזה שאלה שהיא לא הלכתית. לפעמים, הם אומרים שגם אם זו לא שאלה ישירה בהלכה- הרי שהיא קשורה לעניין הלכתי וזה כן נכנס למסגרת ההלכה באופף עקיף. יש עמדה אחרת בין הרבנים, שאומרת שלא הכול הלכה ויש שאלות שהן לא הלכתיות. יש מצבים שאינן נתונים למסגרת ההלכה. לדעתם**, גם שאלות שאינן הלכתיות באופן מובהק וברור, יש סמכות לחכמי ההלכה להתערב בהם ואנו מחויבים לדעתם**. זה מושג ידוע שהתפתח בשנים האחרונות שנקרא **"דעת תורה".** הוא בעל חשיבות עצומה מבחינה חברתית- הלכתית, ואנו כפופים לדברי הרבנים בכל עניין.

השאלה העיקרית היא האם הכול הלכה או לא? הבעיה היא שרבנים לא אמרו האם הם מדברים על שפיטות נורמטיבית או מוסדית, אלא אומרים שהכול נמצא בתוך ההלכה. לכן הדיון לוקה בחסר כי אנו לא יודעים על מה בדיוק הם מדברים.

**הרמב"ם חולק על הגישה שהכול כלול**: עם העמדה שהכול נמצא בתוך ההלכה, אטינגר רוצה להתווכח. הוא מביא את דברי הרמב"ם בנושא שחולק על הדברים. הרמב"ם מדבר על שאלת גבולות ההלכה ועל שאלת השפיטות בשתי מקומות. (דף שחילק בכיתה מ"הקדמה למשנה"-הרמב"ם כתב פירוש על כל המשנה כולה וכתב הקדמה פירושו). **מקור ראשון- הקדמה למשנה (בדין נביא יכול להתערב בדברים שאינם מוגדרים 'תורה')**: הוא מדבר על גבולות ההלכה בהקשר של סמכותו של הנביא, מתי אנו מצווים לשמוע לקולו של נביא. יש מצווה לשמוע בקולו של נביא אמת ואנו צריכים לדעת מתי הוא נביא אמת ומתי שקר. דעת הרמב"ם היא שנביא לא רשאי להתערב בדברי ההלכה ותורה, בתור תפקידו כנביא. (ייתכן שהנביא יהיה גם חכם ואז יכול להתערב בתור תלמיד חכם...) הנביא, כנביא- אינו יכול להגיד בשם ה' משהו נגד התורה ואינו רשאי להתערב. לעומת זאת, הנביא כן רשאי להתערב בכך שהוא מזרז את העם לקיים את המצוות, וכן יכול לצוות בציווים ש"אינם מן התורה". הרמב"ם מביא דוגמאות ביטחוניות וכדו' ומגדירם שאינם מן התורה, מפני שהנביא אינו יכול להתערב אם זה היה מהתורה. נראה שהרמב"ם סובר שיש דברים שהם מחוץ לתחום של "תורה והלכה".

**המקור השני- משנה תורה לרמב"ם**: בהלכות יסודי התורה פרק ח הלכה ט, בהקשר של התערבות הנביא אומר הרמב"ם: "וכן ציוונו **בדברי הרשות**..." יש תחום שהוא לא חובה מן התורה ואין בו ציווי מהתורה, ואין היא מתערבת בהם. במקומות כאלה- רשאי הנביא להתערב. במילים אחרות אומר הרמב"ם שהוא מחוץ לתחום ההלכה אלא הם "דברי הרשות".

על כן, קשה לאטינגר כשאומרים בשם ההלכה להיכנס לקואליציה או לא.... (דיון מעניין על כמה ש"ס טיפשים...).

(???) היה בין החוקרים שציטט את הרמב"ם הזה, אך להביא רק את הרמב"ם לא מספיק מפני שלאור כל זאת השאלה היא- לאיזה שפיטות מדבר הרמב"ם? נורמטיבית או מוסדית? ונראה שהרמב"ם סובר שזה רק מוסדית- ההלכה משאירה לנו חופש פעולה בתחומים מסוימים כי היא לא רוצה להתערב, לא מפני שהיא לא מסוגלת. (???)

אמרנו שלפי הרמב"ם יש תחום שנקרא דברי הרשות, ולא הכול בתוך ההלכה. לפי אטינגר הרמב"ם התכוון לשפיטות המוסדית, והיא פשוט לא מעוניינת להתערב ומשאירה חופש- אשר אלו נקראים "דברי הרשות".

**כיצד לסווג דברי רשות וחובה?**: השאלה הבאה היא- כיצד אנו יודעים אם זה דברי הרשות או דברי התורה? לא תמיד אנו יודעים, אך יש מבחן אחד מאד פשוט והוא ברור- אם יש הוראה מפורשת בחוק או בהלכה. במקרה כזה, פשוט שאנו מדברים על דבר שהוא בתוך המשפט ולא מחוצה לו. אם אין הוראה מפורשת- הרי שיכול להיות מקום של וויכוח וחוסר בהירות.

**דין מסירת שטחים**: מה קורה עם מסירת שטחים והסכם שלום על בסיס חלוקת חלקים מהארץ? האם עניין זה הוא דברי הרשות או חובה? יש וויכוח בעניין. **לדעת אטינגר**, ברור שזו שאלה הלכתית שהרי כתוב "לא תחנם"- שאסור למסור להם שטחים בחינם, ולכן פשוט שזו שאלה הלכתית! אין הכוונה שאסור או מותר למסור- אלא רק שמדובר על שאלה הלכתית שיש לדון בה בכלים הלכתיים. ויש צדדים לכאן או לכאן אשר נתונות לפרשנות של החוק, וניתן להעלות טענות שונות להכרעה, אך פשוט שיש סמכות לרבנים ואף חובתם לדון בשאלה זו.

**עמדת "דעת תורה"**: העמדה השנייה היא שלא הכול כלול בהלכה אך אנו מחויבים לדברי הרבנים בדברים שהם בגדר "רשות" (אינם הלכתיים) מכוח- "דעת תורה". ויש להעיר על המושג הנ"ל כמה מילים. הביטוי הזה בולט מאד בשנים האחרונות. יש כתיבה רבה על הנושא הזה. הוא התפתח בשנים האחרונות עד כדי כך שה"מרן" יפסוק האם להתחתן/ להיכנס לקואליציה/ למי להצביע וכו'. ישנו ממד של פרדוקס בכך שמצד אחד זו לא הלכה, אך מצד שני אנחנו מחויבים לציית לדעת התורה הזאת.

יש מאמר טוב על כל, של בני בראון בספר שיצא לכבודו של אליעזר שביד בשם: "דעת תורה".

התפיסה של דעת תורה לא מבוססת בהלכה, אלא היא תאולוגית, ואינה עניין הלכתי משפטי. לרעיון שיש סמכות הלכתית על דברים שאינם הלכתיים- אין בסיס ומקור בתוך עולם המשפט. הרמב"ם אמר דברי הרשות שהולך לשני כיוונים: אומר שבגלל שזה לא הלכה, הנביא יכול להתערב. אך מצד שני גם אומר שבגלל שזה לא הלכה- הרי שהפוסק לא יכול ולא צריך, כסמכותו כפוסק, להתערב בדברים אלה.

**שאלת המוסר**:

שאלת הגבול בין ההלכה לבין המוסר. הנושא הוא אחד המרכזיים בתורת המשפט הכללית, שיש עליה כתיבה רבה. [היום זאת לא שאלה כ"כ כי במחקר ובהוראה מדברים על משפט בהקשר של הרבה דברים- משפט ואומנות, ספרות וכו'... אך משפט ומוסר זה לא אותו דבר אלא עימות אחר לגמרי! ולכן עוסקים בכך הרבה] זה מעסיק את המשפט, מפני שמשפט וספרות וכו' זה מין ואינו מינו- שני עניינים שונים מאד, למרות שיש ביניהם דימיון. לעומת זאת לגבי מוסר- הרי שמדובר על שתי מערכות נורמטיביות מקבילות אשר מכתיבות לנו כללי התנהגות. אם אנו נמצאים תחת שני הגורמים האלה ומקורות החיוב- אז מה ההבדל ביניהם? מה זה משפט ומהו מוסר? איך זה עובד ביניהם? גם ההלכה מתעסקת בזה, ואינה מנועה מדיבור על כך.

ההבדל בין משפט למוסר: השאלה הראשונה היא- מה ההבדל בין משפט ומוסר?

1. סנקציה וגופי אכיפה- תשובה אחת מקובלת אצל המשפטנים. היא אומרת שההבדל הוא באופי הסנקציה ודרך האכיפה. המשפט נאכף ע"י גופים מוסדיים מוסדרים, אשר המשפט עצמו מקים את הגופים האלה. למוסר אין גופים כאלה (יש אומרים שהמוסר אינו נאכף כלל- אין זה נכון.).
2. תוכן הנורמה- זה לא מספק, ונראה כי ההבחנה הפשוטה היא על פי תוכן הנורמה. מוסרי מבחינת התוכן זה מה שאנו רואים כ**מחייב לפי ההשקפה ועולם הערכים שלנו**= מוסרי= מחייב מצד עצמו! לעומת זאת יש הרבה נורמות שאינן רלוונטיות מוסרית- לדוגמא- לא מעניין את המוסר כיצד כותבים חוזה או באיזה צד של הכביש נוסעים. דברים אלה הם לא מוסריים, אלא דברים שהמשפט יכריע בהם. (גם הוא אדיש לגביהם, אך עדיין חייב לתת מענה לשאלות אלו). אם כן, יש הבדל תוכני בין מוסר למשפט.

**מוסר אישי ומוסר חברתי**: הבחנה אחת, שמבחינים בעולם המוסר והסוציולוגי הוא בין מוסר אישי לחברתי. מה שמקובל בחברה כנורמה- הרי הוא מוסר חברתי. אך יש גם מושג של מוסר אישי, וזו הבעיה בחברה כיום. יש נורמות שלא כל החברה שותפה להם אלא רק לבודדים או לחלקים קטנים של החברה. המוסר החברתי מול המוסר האישי גורם למתיחויות ובעיות. בדר"כ כשאנו מדברים על המוסר- אנו מתייחסים למוסר החברתי.

**חפיפה בין מוסר ומשפט**: מצב היחסים היום בין מוסר למשפט הוא שיש שני מעגלים נורמטיביים שקובעים נורמות. יש חלקים נפרדים- אשר המוסר הם לא משפטיים (אינם נאכפים),יש חלקים משפטיים שהם לא עניינים מוסריים, ויש חלק גדול שהוא משותף. למה יש דברים שהם גם מוסריים וגם משפטיים? מכיוון שהמשפט אימץ הרבה נורמות מוסריות והפך אותם למשפטיות, כאשר החיל עליו סנקציה. אך הדבר לא גרם לכך שהנורמה איבדה את הצד המוסרי שלה ואת משמעותה המוסרי.

**מחלוקת פוזיטיביסטים (מה שלא בחוק- אינו משפט) ונון-פוזיטיביסטים (גם שיקולים מוסריים בתוך המשפט)**: שאלת המוסר והמשפט נמצאת במחלוקת גדולה בין הפוזיטיביסטים לבין הנון- פוזיטיביסטיים. התפיסה הפוזיטיביסטים מבדילה בין משפט לבין מוסר. הם אומרים שמשפט זה רק מה שנקבע בגופים המוסמכים ע"י חקיקה או פסיקה וכו'. כל מה שלא שם- הרי הוא מחוץ למשפט. מה שמאפיין את הנון-פוזיטיביסטיים זה שאין הפרדה בין משפט למוסר. הלא פוזיטיביסטית רואה את הנורמות הבסיסיות של החברה והתפיסות הערכיות הן חלק מהמשפט. (ברק מדבר על כללי החברה= כמו דווארקין). הארט לא אומר שהשופט מתחשב רק בחוק ואינו פונה אף פעם החוצה. הוא יודע שהם שוקלים שיקולים מחוץ למשפט, ואינו פוסל את זה, אך חשוב להבין שזה מחוץ למשפט. לעומתו, דווארקין סובר שזה פנייה לתוך עניין בתוך המשפט.

**משפט הטבע תומך בנון-פוזיטיביסטים**: אחת השאלות בפילוסופיה קשורה במושג של **משפט הטבע**- יש כללי יסוד שהם בטבע ששום משפט אינו יכול לסתור אותם, ואם סותר- הרי הוא לא תקף- זו תפיסה שתומכת בנון- פוזיטיביסטיים.

**תפיסת היהדות בשאלת היחס**: לפי תפיסת היהדות, השאלה שראוי לדון בה היא **האם ההלכה מכירה בכלל במשמעות המחייבת של המוסר?** אולי לפי תפיסה מסוימת, יש הטוענים, כי לפי התפיסה היהודית רק המוסר האלוקי הוא המחייב. אם הקב"ה לא ציווה על כך- הרי שזה לא מחייב. יש איסור לרצוח רק כי זה מופיע בתורה וה' אמר אותה. יש תפיסות אחרות שאומרות שזה לא נכון, גם אם זה לא היה כתוב- הרי שזה היה מחייב כי יש למוסר תוקף מצד עצמו.

[יש שאלה אחרת **בפילוסופיה שאנו לא דנים בה**: האם הקב"ה ציווה לא תרצח מכיוון שזה דבר פסול מצד עצמו, או שזה דבר רע לרצוח בכיוון שהקב"ה ציווה על כך?]

נניח שזה דבר רע מצד עצמו- מדוע בכל מקרה אסור לעשות זאת? האיש הדתי יגיד שזה אסור מצד זה שאלוקים ציווה על כך, והאיש המוסרי יגיד שזה אסור מכיוון שזה רע מצד עצמו ולא מוסרי. כיצד באים לבדוק את השאלה הזאת? אנו צריכים לחפש את התשובה בסיפורי המקרא שמשקפים את המציאות האנושית לפני מתן תורה והתגלות בהר סיני. יש להפריד את השאלה לשתי תקופות היסטוריות :

* לפני מתן תורה.
* אחרי מתן תורה.

**לפני מתן תורה-**

יש לבחון מה היה נכון **לפני מתן תורה** והאם יש ביקורת על אנשים שעושים דברים לא מוסריים. התורה מספרת סיפורים על דברים שאנשים עושים דברים מוסריים רעים והם נענשים על כך. קין נענש על הרצח לפי שהיה ציווי על כך. קין נתבע על עבירה מוסרית לפני שהיה ציווי על כך, ואינו מעלה את הטיעון "לא ידעתי". אח"כ מוצאים על דור המבול אשר נמחקים בגלל עבירות מוסריות. אברהם מלמד סנגוריה על סדום, ומעלה טענות מוסריות "האף תספה צדיק עם רשע". כלומר, יש מוסר בעולם וזה עומד- בני אדם נתבעים עליו ומקבלים עונשים על כך.

**ר' סעדיה גאון והרמב"ן(מוסר אוטונומי?!)**: זה מביא את המפרשים המסורתיים לטעון שיש ביהדות "מצווה שכלית"- מצווה המחייבת בגלל המוסר האנושי. הראשון שבהם היה הרב סעדיה גאון ואחריו היו עוד רבנים גדולים אחרים. יש מצוות המחייבות מצד השכל ולא בגלל הציווי האלוקי. כאשר **הרמב"ן** מדבר על דור המבול שהקב"ה מחה את כל פני האדם על עבירות מוסריות- "כי מלאה הארץ חמס מפניהם", הוא מדגיש את דברי חז"ל שאמרו שהם נענשו על עבירת הגזל. לא היה צריך לשלוח נביא לצוות עליה, אלא הדעת האנושית מורה עלינו לא לגזול- ועל כך אפשר להיענש. זה מביא את החוקרים לטעון שלפי השקפת היהדות המוסר מחייב מכוח עצמו ואינו כפוף לצו האלוקי. לפיהם, המוסר היהודי הוא **"מוסר אוטונומי"**(ביטוי של קאנט)- מחייב מצד עצמו.

**הבנה אחרת של אטינגר(מוסר הטרונומי)**: אטינגר טוען שזה לא נכון! התפיסה היהודית היא הפוכה, ע"פ רוב ההוגים. לא לזה התכוון רב סעדיה גאון ולא הרמב"ן, אלא מתכוונים למשהו אחר. הם רואים את הצו האלוקי כמחייב, ומחויב רק מתוך כך. הטענה שלהם היא שהצו האלוקי לא צריך להיות מפורש בתורה, אלא אפשר להעביר את המצווה בצורה שכלית, אפשר לסמוך על השכל של האדם שזה ברור מאליו. לפי זה יוצא שרוב ההוגים סוברים שהוא מוסר "הטרונומי"- מצווים על המוסר מכוח ציווי אלוקי.

שתי הערות בעניין:

1. **רמב"ן אינו סובר "שבע מצוות בני נוח" ניתנו לאדם הראשון**: התפיסה הזאת של הרמב"ן שמדברים על מצווה שכלית, היא מנוגדת לתפיסת חז"ל שהציגו תפיסה אחרת. הם כנראה התקשו באותה קושיה על קין, ונתנו תשובה אחרת. הם אמרו שהייתה התגלות בעולם לאדם הראשון אשר נאמר לו לא לרצוח. זה המושג "שבע מצוות בני נח". הביטוי קצת מטעה, כי חושבים שנוח צווה, אלא חז"ל אומרים שכבר אדם הראשון צווה על כך. אלה שבע מצוות שכל בני האדם מצווים בהם, אשר רובם הם מצוות מוסריות ואחת מהם היא 'לא תרצח'. כך, שקין נענש כי כבר הייתה התגלות לאדם הראשון. הרמב"ן עומד על ההבדל בינו לבין חז"ל במפורש בדרשותיו (לא בפירושו לתורה).
2. **רמב"ם- אבחנה בין "מושכלות" ל"מפורסמות"- קבלת פירושם של חז"ל**: עמדתו של הרמב"ם בשאלה זו, לא מקבל את תפיסתם של הרב סעדיה גאון והרמב"ן לגבי "מצווה שכלית". זאת מכיוון שיש לו תפיסה פילוסופית מאד מעניינת וקשה אשר עושה הבחנה בין מושגים שכליים למושגים שאינם שכליים/רציונאליים. ההבחנה שלו עושה הבחנה בין **"מושכלות"** לבין **"מפורסמות".** מושכלות אלו דברים שאדם משיג בשכלו מטבע בריאתו אשר טבועות בתוך שכלו. הם אמיתות ריאליות ומתמטיות (1+1, השלם גדול מהחלק...) כל **הציוויים המוסריים** נמצאים בתוך ה'**מפורסמות'**, אשר הם הסכמה חברתית. לא תרצח היא לא פונקציה שכלית, אלא מוסכמה חברתית ותודעה חברתית. לכן הרמב"ם לא מסכים עם ההגדרה של הרמב"ן בעניין המצווה השכלית. הרמב"ם אומר את זה בהקשר אחד (בעייתי), בפרק שני בחלק הראשון של "מורה נבוכים". שם הוא נשאל- מה קרה אחרי חטא אדם הראשון? הרי לפני החטא לא ידעו להבחין בין טוב ורע, ולאחריו הוא כן מבחין?! כיצד ייתכן שלאחר החטא האדם יעלה בדרגה?! תשובתו של הרמב"ם שיש טעות בהגדרה. אדם הראשון ידע להבחין בין אמת לשקר, אך לא ידע להבחין בין טוב ורע- כי זה מה'מפורסמות'. הוא חי בעולם השכלי- ואשר על כך ידע להבחין בין הדברים השכליים- בין אמת לשקר. וא"כ- הצווים המוסריים הם לא מצוות שכליות. בעקבות כך, הוא קיבל את התפיסה של חז"ל על "שבע מצוות בני נח".

**לאחר מתן תורה**:

**מה יחס הלכה ומוסר לאחר מתן תורה?**: לאחר מתן תורה ה' מתגלה לעם ישראל ובמעמד הר סיני יש התגלות שבעקבותיה יש תורה ויש הלכה. זהו דבר שלא היה קודם, ולפניו כמעט ולא נאמרו תביעות מהאדם. בהר סיני מתרחש מעמד שמשנה את המציאות- שאלוקים אומר מה מותר ומה אסור. עכשיו השאלה חוזרת והיא שאלה חדשה- האם יש משהו שהוא מחוץ לתורה ולהלכה? **האם הלכה מכירה במשהו שהוא מחוצה לה?** הרי היא כללים שחלים כמעט על כל דבר וכל נושא, האם יש משהו שלא כלולה בה?!

מה קרה לאחר מתן תורה מבחינת מעמדו של ההלכה והמוסר?

**תשובת הרמב"ן**: הרמב"ן נותן לכך תשובה, ומביע דעה ברורה אשר מקובלת על רבים מחכמי ישראל, על מעמדו של המוסר לאחר מתן תורה. בספר דברים בפירושו לתורה, שם נאמר: "ועשית הישר והטוב בעיני ה' אלוקיך". מה זה נחשב לעשות הישר והטוב??

**(פשט)**- אומר הרמב"ן שעל דרך הפשט מדובר על כל מצוות התורה= שיש לעשות את הדברים הכתובים בה אשר הם הטוב והישר בעולם.

**(מדרש)-** אך הוא מביא מדרש, אשר חשוב לעניינינו: "גם באשר לא צווך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו- כי הוא אוהב הטוב והישר". לפי הרמב"ן הפסוק לא מתייחס למצוות המפורשות, אלא גם על דברים שה' לא ציווה אותנו שאין הוראה מפורשת- יש לעשות את הדבר הנכון. מה שהתחדש לאחר מתן תורה הוא שיש ציווי מפורש על המוסר, מה שלא היה לפני מתן תורה. יש ציווי להיות אדם מוסרי, וזוהי הוראה כללית. כלומר, היא לא מתייחסת למעשה או נקודה אחת אלא זה ציווי כללי על כלל ההתנהגות של האדם בעולם- להיות מוסרי. זהו ההבדל בין מה שהיה לפני מתן תורה, אשר שם לא היה ציווי על המוסר- זהו השינוי התיאולוגי. עם זאת, אין ציווי על עניינים קונקרטיים, וציווי מה לעשות במקרה של סכסוך עם שכן- על זה התורה לא מצווה. אנו נצטרך ללמוד זאת מהמוסר הפנימי אשר האדם קובע בעצמו. האדם והמוסר שלו הוא זה שקובע את ההוראה הנקודתית על המקרה ונסיבותיו. הרמב"ן מדגיש כי יש כיוון כללי של התורה על מה מוסר (יש המון ציווים אחרים בתורה המראים את התפיסה הכללית של מה התורה מצפה מהאדם), אך אין הוראה ספציפית.

**על אף הבעייתיות- אדם צריך לקבל החלטות מוסריות**: ההוראה הקונקרטית והאדם צריך להחליט בעצמו מה הדבר הנכון והמוסרי- יכול להיות שנוי במחלוקת ובעייתי. הרי יש ערכים שסותרים אחד את השני, ויש לכל אחד מוסר שונה ורואה את הדברים אחרת. יש מקרים שהם בעייתיים, שההכרעה לא ברורה ויש הכרעות קשות בכל מיני מקרים אחרים (המתות חסד, לדוגמא). עם זאת, האדם צריך לקבל על עצמו החלטות שיהיו החלטות נכונות וטובות= שיהיו מוסריות.

הרמב"ן נותן להחלטה המוסרית של האדם מעמד בולט וחזק, אע"פ שיש ציווי כללי של "ועשית הישר והטוב".

**משל החוק והתמרור (החלה של הנורמה)**: משל למה הדבר דומה? מעולם המשפט, בפס"ד רונן שעוסק בתמרורי חנייה. הדבר קשור לחובת פרסום של תקנות מסוימות. תקנה (בת פועל תחיקתי....)אשר יש לפרסמה ברשומות צריכה להיות בעלת שני מאפיינים: 1. משנה את המצב המשפטי. 2. שהתקנה תהיה מכוונת למספר בלתי תלוי מסוים של אנשים. עו"ד רונן חנה במקום אסור וקיבל דוח. אמר העו"ד, שהתמרור חולל שינוי במצב המשפטי, והוא מכוון למספר לא מסוים של אנשים- ועל כן יש לפרסמו ברשומות, דבר שלא נעשה. אמר ביהמ"ש העליון- התמרור איננו תקנה או נורמה. הנורמה המשפטית נמצאת בחוק- שם נאמר שמקום שיש תמרור בצבע כזה- זה אומר כך וכך. התמרור הוא לא הנורמה, אלא היישום של הנורמה. התמרור מראה איפה חלה אותה התקנה.

זה מה שאומר הרמב"ן. הנורמה חלה בתורה- ועשית הישר והטוב- אז איפה מיישמים את הנורמה הזאת? האדם מחליט את זה בעצמו, איפה מחילים את הנורמה הזאת, ומתי. "האדם מציב את התמרורים של הנורמה".

**"ועשית הישר והטוב"- מחייב משפטית?**: אך פה עולה קושי מושגי מסוים. מה המשמעות ההלכתית של ההוראה של "ועשית הישר והטוב"? האם זוהי הלכה? אם נניח שהיא הוראה משפטית, והוא חלק מהחוק והדין- הרי נעלמה ההבחנה בין מוסר והלכה. יוצא שכל דבר הוא הלכה.

**חכמי התורה לא ראוה כמחייבת. ההוכחה-"לפנים משורת הדין"**: העובדה היא שחכמי ההלכה עצמם לא ראו בציווי הזה ציווי משפטי ולא ראו אותה כנורמה הלכתית רגילה. וזאת, כי יש מושג אחד שהוא מושג מפתח שהרמב"ן מזכיר אותו והוא- **לפנים משורת הדין**. ניתן לראות שההלכה מבדילה בין מה שבתוך הדין ומה שמחוצה לה, והיא אומרת שלא הכול נמצא בתוך ההלכה. לדין יש תחום מסוים עם גבולות, וניתן לראות הוראות שהם מחוץ לדין, אשר להן משמעות מוסרית ולא הכול דין. א"כ, ההלכה לא רואה את ציווי התורה של ועשית הישר והטוב כציווי משפטי. הווה אומר, שגם לאחר שיש תורה- לא הכול כלול בהלכה.

**הגדרת "לפנים שורת הדין"**: השאלה היא מהי ההגדרה כאשר אנו אומרים "שורת הדין"? האם כל דבר שאיננו בדין, ויש לו משמעות מוסרית, נקרא לפנים משורת הדין או שמא אנו מדברים על משהו יותר מוגדר אשר אפשר להבדיל אותו מדברים אחרים? התשובה היא שזהו כן מושג מוגדר שיש לו גבולות. לא כל פעולה שלא בדין נחשבת לפנים משורת הדין. יש להגדיר את המסגרת המצומצמת הזאת. אלא שפה אין הגדרה מהו "לפנים משורת הדין". התלמוד מדבר על מקרים מסוימים אשר הוא אומר שהם לפנים משורת הדין, אך אין הגדרה מדויקת עם גבולותיה. גם הפוסקים לא אומרים במפורש. אנו צריכים ללכת מהפרט אל הכלל, ועלינו ללכת מתוך המקרים שהתלמוד מביא, אנו צריכים לחלץ את ההגדרה הכללית העקרונית (דומה לפרשנות התקדים- ממקרה אחד אנו רוצים להסיק את הכלל וההלכה הכללית-מהותית).

**מקרה 1- "השבת אבדה" בעיר שרובה נוכרים**: יש כמה מקרים בתלמוד שעליהם נאמר "לפנים משורת הדין". המקרה העיקרי והבולט ביותר שעליו מדובר, מדבר על השבת אבידה. העיקרון הקובע הוא "ייאוש", אם יש ראייה חזקה שהמאבד התייאש מהחפץ- הרי שהחפץ שייך למוצא. אך אם אנו מניחים שהוא לא התייאש- יש להחזיר לבעליו. לכן אומרת ההלכה- שאם חפץ הלך לאיבוד במקום שרובו גויים, גם אם יש בו סימנים- הוא שייך למוצא. זאת, מכיוון שאנו מניחים שהבעלים התייאש! לא בגלל אפליה בין גויים ליהודים, אלא מכיוון שאנו מניחים שהגויים לא משיבים אבדה ואין להם נורמה כזו- לכן מסתבר שהבעלים התייאשו ממנו.

התלמוד במסכת בבא מציעא דף כד מספרת שרב יהודה היה מהלך בשוק (שוק גדול בבבל) אחרי שמואל.

שאל **רב יהודה**- מה הדין אם אדם מוצא כאן ארנק?

עונה לו **שמואל**- שהוא שייך למוצא.

המשיך ושאל אותו **רב יהודה**- מה יהיה אם יבוא אדם מישראל ויתבע את הארנק ויגיד את הסמנים?

ענה לו **שמואל**-חייב להחזיר.

אומר לו **רב יהודה**- שני הפסקים סותרים אחד את השני!

אמר לו **שמואל**- "לפנים משורת הדין". (שמואל לא התכוון שזה הדין, אלא הפסק הראשון הוא הדין= שייך למוצא! מפני שיש חזקה שהבעלים התייאשו... אך לפנים משורת הדין הוא כן יהיה חייב להחזיר).

ניתן לראות דוגמא שקובעת את הנורמה והמושג של "לפנים משורת הדין". יש כאן סתירה בין הדין ובין האינטואיציה המוסרית של האדם. נשים לב ששמואל משתמש בביטוי- "חייב להחזיר"- מראה על חובה, למרות שזה לא חובה הלכתית, אלא חובה מוסרית.

**מקרה 2- סחיבת עצים**: הגמרא מספרת שאחד החכמים, ר' ישמעאל, הלך בדרך וראה אדם זקן סוחב על גבו עצים להסקה לאיזה לקוח. הזקן פונה לר' ישמעאל בבקשה שיעזור לו לסחוב, כי קשה לו. ר' ישמעאל שאל אותו כמה זה עולה? אמר לו הזקן- חצי זוז. ר' ישמעאל מוציא את הכסף, שילם לו והפקיר את העצים. הזקן תופס שוב את החבילה ואמר לו תעזור לי. ושוב שילם לו, ושילם לו.... וכו'... עד שר' ישמעאל אמר שהוא מפקיר את זה לכל העולם חוץ ממנו.

בכל אופן, ר' ישמעאל היה פטור מלעזור לאותו זקן, מפני שאדם מכובד, חכם- אינו חייב לבזות את עצמו, ולא היה צריך לעזור לו לסחוב. א"כ- מדוע לא אמר זאת?! מדוע עזר לו (שילם לו כסף בעד העצים)?? עונה הגמרא- "לפנים משורת הדין."

אטינגר אמר שהמקרה הראשון הוא חשוב יותר, מכיוון שבסיפור הראשון הביטוי "לפנים משורת הדין" נאמר ע"י האמורא בעצמו, ולא הגמרא מתרצת בשבילו, כמו במקרה השני.

**לפנים משורת הדין/ מידת חסידות**: מדוע לא כל דבר הוא מחוץ להלכה נכלל ב"לפנים משורת הדין"? מפני שהתלמוד עצמו לפעמים משתמש במושג אחר, ולא בהגדרה הזאת. למשל- הביטוי "מידת חסידות"- מעשים מחוץ לדין, בשטח המוסרי, שהתלמוד לא קורא להם לפנים משורת הדין. האם זה אותו דבר?! מה היחס בין שני המושגים? יש בין הפרשנים והחוקרים שאומרים שאין הבדל ביניהם. אך אטינגר אומר שזה לא נכון, אלא יש הבדל ומדובר בהגדרות שונות. כל אחד מהם מגדיר מצב אחר. וההבחנה הזאת חשובה להבין את כל הנושא של היחס בין הלכה ומוסר.

**מקרה מידת חסידות**: הסיפור הבא הוא חשוב. מסכת בבא מציעא- יש מושג בתלמוד שנקרא "שולחני"= חלפן כספים, אך בהיסטוריה הוא לא היה רק חלפן אלא הפונקציה העיקרית שלנו הייתה המומחיות- ההבנה בערך המטבע- כמה כל אחד שווה. המשנה שם אומרת- מה קורה כאשר אדם מקבל מטבעות ורוצה לדעת כמה הם שווים. מתברר שמטבע אחת לא שווה הרבה. ההלכה אומרת שבמצב כזה- אתה רשאי להחזיר את זה למי שקנה. שואלת המשנה- עד מתי מותר לו להחזיר? עונה המשנה- נותנים לו זמן קצר עד שיראה את זה לשולחני/ המומחה. אך נוסף במשנה עוד משפט: אבל אם הנותן מכיר שזה המטבע שהוא נתן ומזהה אותה- מותר להחזיר אפילו אחרי שנה.

הגמרא שואלת שיש כאן סתירה! הרי אמרת שיש יום אחד, למה צריך לתת לו אפילו אחרי שנה? עונה הגמרא שזה **"מידת חסידות"**. לא מדובר כאן על הדין. השאלה היא- האם במקום המושג "מידת חסידות" היה ניתן להשתמש בביטוי "לפנים משורת הדין"?

אומר **אטינגר**, ששני המקרים מלמדים שההגדרות אינן זהות. מהו ההבדל בין המקרים? מכיוון שבמקרה של המטבע- אין הצדקה לקבל לאחר שנה. הרי היה יכול לבוא מיד- למה בא לאחר שנה?! הרי ההתנהגות של המקבל היא לא סבירה.. התביעה נגד זה שנתן את המטבע- איננה צודקת שהרי המקבל פעל בצורה לא הוגנת ונכונה (היה צריך לבוא ביום הנתינה או ימים ספורים אחרי). לכן הגמרא משתמשת דווקא במושג "מידת חסידות". אנו מסיקים מכאן מסקנה חשובה- כשאנחנו נמצאים מחוץ למסגרת הדין, הנורמות המוסריות אינן שוות במשקלן. יש הבדל במידת המחויבות של כל נורמה לעומת האחרת. יש יותר מחויבות ויש יותר- ישנה הדרגה בתוקף המחייב של הנורמה. התוקף של "לפנים משורת הדין"- הרבה יותר מחייב מאשר מידת חסידות. במקרה הראשון של האבדה- הרי זה החפץ של המאבד, יש תוקף מחייב יותר גבוה להחזיר לו את החפץ. מה שאין כן במקרה של המטבע.

ניתן לתאר את ההבדל ביניהם באופן גרפי.... (לא, אני לא הולך לצייר את הקו הישר הזה שמראה את המרחק לנקודת הדין). לא כל אדם הולך במידת חסידות אלא מדברים על אנשים יחידים שהולכים יותר ממה שהם צריכים.

**עוד דוגמא למידת חסידות- עני זמני-** בתלמוד והיא- כאשר אדם נמצא מחוץ לביתו לזמן רב ונגמר לו הכסף, ואין לו ממה להתקיים. אומרת ההלכה שהוא רשאי לקחת מקופת הצדקה שמיועדת לעניים, וכן את המתנות בשדה. האיש הזה, במצב הנוכחי, הוא כמו עני. אבל כשהוא בא לביתו- הוא מחזיר את כל מה שלקח. אומרת הגמרא שהסיבה שהוא מחזיר היא- מידת חסידות! באותו זמן שהוא לקח הוא היה בגדר עני ולכן היה מותר לו לקחת. כמו כן, הוא לא לקח מאדם ספציפי. בנוסף, הוא מחזיר את זה במקום שלו- לא מהמקום שהוא לקח מזה.

**הגדרת "לפנים משורת הדין"**- ההגדרה שאטינגר מציע לפנים משורת הדין דורשת שני תנאים/ מרכיבים:

1. **יריבות**- תובע ונתבע. במקום שאין מי שתובע- הרי שזה לא יהיה בגדר "לפנים משורת הדין", אלא ייתכן ויהיה "מידת חסידות". (במקרה של האבדה- הרי שיש תובע שרוצה את החפץ שלו חזרה. כמו גם עם הזקן שרוצה שיעזרו לו...)
2. **הצדקה**- התביעה צריכה להיות צודקת מבחינה הגיונית ומוסרית. אם אין הצדקה כזה- הרי שזה לא ייכלל בלפנים משורת הדין אלא אולי במידת חסידות. אין הצדקה לתבוע מאדם לקבל חזרה את המטבע אחרי שנה, ולא אחרי יומיים!

יש לקיים את שני התנאים על מנת שהדבר ייכלל ב"לפנים משורת הדין" (שנמצא קרוב מאד להיכלל בדין). אם חסר אחד התנאים- הרי שאנו עוברים להגדרה של "מידת חסידות" (יותר רחוק מהדין...).גם אם זה לא מופיע במפורש בהגדרה הזאת.

שיעור 18/06/2013

**סיפור מהגמרא- "הנהו שקולאי"**- יש ללכת צעד נוסף בעניין ולהשלים את התמונה. יש עוד סיפור בתלמוד, בנוסף למה שראינו עד כה, במסכת בבא מציעא דף פג עמוד א שהעסיק את הפרשנים והחוקרים. זאת, מכיוון שהוא חשוב להבנת הנושא בכללו, ובעקבות התפתחות בהלכה בהקשר לסיפור זה. הסיפור ידוע בכינוי הארמי: "הנהו שקולאי" (סבלים), והוא מספר על סבלים עניים שהיו צריכים להעביר חביות של יין בשביל רבה בר חנה, ושברו לו את החביות תוך התרשלות בעבודה. תפס רבה בר חנה את גלימותיהם (הוא הבין שיש לו תביעה כלפיהם, באשר הם גרמו לו נזק, והוא תפס את הגלימות כפיצוי על כך). הם באו לפני רב, והוא אמר שרבה בר חנה צריך להחזיר להם את הגלימות. שאל רבה בר חנה- כך הדין? מדוע אני צריך להחזיר להם את הגלימות? אמר רב- כן, משום שנאמר במשלי- "למען תלך בדרך טובים"- זאת הסיבה שצריך להחזיר. וכך עשה. הסבלים לא הסתפקו בזה, ואמרו לרב שהם עניים והם טרחו כל היום ועבדו קשה להובלת החביות. הם טענו שהם רעבים ואין להם מה לאכול. אמר רב לרבה בר חנה-שהוא אפילו צריך לשלם שכר על העבודה שלהם. ושוב שואל אותו רבה בר חנה- האם כך הדין? ושוב אומר רב- כן, משום שנאמר בהמשך הפסוק- "ואורחות צדיקים תשמור".

על הרישא של הפסוק הוא חייב אותו להחזיר להם את הגלימות ולא יכול להחזיק אותם בשביל תביעתו, ומהסיפא הוא חייב אותו לשלם להם את שכר עבודתם.

**הוראה מוסרית ולא דין**: הפרשנים והחוקרים מתלבטים על הסיפור כאן- האם זה דין? האם זו רק עצה טובה? האם יש פה הוראה מסוג אחר? דעת **אטינגר**, שלא בדעת יחיד, פשר הדברים הוא שברור שלא היה כאן דין ופסיקת הלכה. ניתן לראות זאת קודם מן העובדות, שהרי הסבלים התרשלו לעבודה (אחרת לא היה בסיס לסיפור). השני- עובדה שהוא הביא לו פסוק ממשלי! אם היה חיוב לשלם לפי דיני החוזים, הרי שלא צריך ראיה והסתמכות על פסוק ממשלי. הייתה כאן **הוראה מוסרית** מעין "ועשית הישר והטוב", אלא שהביא פסוק אחר. (איננו יודעים למה לא הביא לו את הפסוק מהתורה).

**אין מדובר ב-"לפנים משורת הדין"**: ואם כך- עולה השאלה, אז מה כן היה פה? האם זה לפנים משורת הדין או שמא משהו אחר שאיננו לפנים משורת הדין? אולי זוהי קטגוריה אחרת? נראה שזה לא "לפנים משורת הדין" שהרי הם גרמו לו נזק, ואין כאן את המרכיב של "הצדקה" לעניין. מה עניין התביעה שלהם כלפיו?! **אין הצדקה** ולפנים משורת הדין שרבה צריך לשלם להם. כך מפרשים גם בעלי התוספות- שלא מדובר בנורמה שניתן לראותה שהיא לפנים משורת הדין. ואם כבר, מדובר במשהו יותר רחוק מהדין ויותר קרוב ל"מידת חסידות" וכדומה, וזאת הסיבה שהביא דווקא את הפסוק ממשלי. וכאן מתחולל מהפך, ובאמת יש פה פרדוקס, והתפתחות הלכתית מאלפת.

**מחלוקת פרשני ספרד(מוסרית) ואשכנז(מחייבת)**: בניגוד למה שאמרנו עכשיו (שלא מדובר ב-לפנים משורת הדין) באים **חלק מן הראשונים** ואומרים שפה הייתה **פסיקה מחייבת,** וזאת לא הוראה מוסרית. אין כאן ייעוץ בלבד, אלא שאם היה מסרב לשלם להם- הרי שהיה ניתן לחייבו על כך ולאכוף את זה. **הפרשנים הספרדים** לא מסכימים בשום פנים עם המסקנה הזאת, ואומרים שזו **הוראה מוסרית**, לעומתם אומרים **חכמי אשכנז** שיש כאן **הוראה מחייבת**.

**פער סובייקטיבי- עשיר ועניים**: מה מביא את הפרשנים להגיע למסקנה שמדובר על הוראה מחייבת? התשובה לכך הוא- הפער הסובייקטיבי בין הצדדים. בגלל שלא מדובר בצדדים שווים, אלא יש כאן עניים. דבר זה נותן את היכולת והאפשרות להפוך את זה לדין ולמחייב. אם כן, שאם נבחן את המקרה בצורה סובייקטיבית- במקרה של חוסר צדק, הרי שניתן לחייבו. אך בצורה אובייקטיבי- הוא פטור לגמרי, ואפילו מידת חסידות לא היה צריך להיות פה. אך ברגע שמדובר בעני מול עשיר- הרי שהנורמה שהיא "מידת חסידות" נהפכת למחייבת ולדין עצמו.

**הפיכת "ועשית" להוראה מחייבת**: נחדד זאת. על מה הם מסתמכים? נדמה שניתן להוסיף פרשנות. הרקע של המקרה הזה, שלא נאמר במפורש במקורות, עומדת ההוראה הכללית של "ועשית הישר והטוב". מכאן עומדת המקור של ההוראה להפוך הוראות של "מידת חסידות" או כל נורמה אחרת לדין. מכוח המקרה המיוחד והחריג והמצב הלא צודק, ביה"ד יכול להפוך את "ועשית" לנורמה משפטית מחייבת. מה שקורה כאן זו **תפיסה לא פוזיטיביסטית** של ההלכה. ניתן להביא הרבה דוגמאות הפוכות, אך כאן בית הדין אימץ תפיסה לא פוזיטיביסטית ומיישם אותה. ניתן לראות שיש טשטוש בין ההגדרות של דין ולא דין, וניתן לפעמים להפוך את מה ש"אינו דין" לתוך עולם ההלכה והחיוב.

אמרנו שהמחלוקת בין הגישות היא ביחס לשאלה מה נקרא משפט ומה לא. פוזיטיביסטי רואה רק את מה שנקבע שהוא משפט. התפיסה הלא פוזיטיביסטית אומרת שלא רק נורמות קבועות הם משפט, אלא כל העקרונות המוסר של החברה הם גם משפט. **במקרה שלנו**, נוטים לתפיסה הלא פוזיטיביסטית- שהרי אנו לוקחים נורמה שלא משפטית מובהקת, לא ציווי הלכתי קלאסית, והופכים את זה כחלק מהדין. וביהמ"ש יכול, במקרים מסוימים, להפוך את זה לדין מחייב. לפי תפיסה זו- ועשית הישר והטוב- אין לה גבולות, והיא יכולה להתפשט לכל המקרים שבית הדין יחליט שנכון להפעילו.

**בין מצוות "ועשית הישר והטוב" לבין איסור "עיוות הדין"**- המסקנה יותר חריפה ויש התפתחות יותר רדיקאלית, מפני שהאפשרות לחייב אדם כאשר הוא פטור כאשר הצד השני הוא עני, מתנגש עם מצוות אחרות בתורה. הרי התורה מצווה שאסור לעוות את הדין גם כאשר מדובר בעני- "ודל לא תהדר בריבו"- אסור לאדם לחייב את העשיר, מפני שממילא צריך לפרנס את העני וכו'... התורה אוסרת לשנות את הדין ולהצדיק את העני רק מפני שהוא במצב כלכלי נחות יותר. אך נדמה שזה מה שקורה במקרה שלפנינו. הרי רבה בר חנה לא באמת חייב משהו, אך מפני שהם עניים- רב חייב אותו.

**שתי תשובות בעניין:**

* **היבט פורמלי**- כשהתורה אוסרת לשאת פני דל, ולא לחייב את העשיר מפני שהוא עשיר- זה כאשר את מעוות את הדין. פירוש הדבר, השופט לא מנמק, או מעוות את הסיבות רק בשביל לחייב את העשיר. אך כאשר לא מדובר בעיוות דין, כמו במקרה שלנו, אלא אומרים לו את האמת- ניתן לחרוג. רב לא עיוות את הדין אלא אמר לו את האמת- שלפי דיני חוזים ועבודה הוא היה פטור, אך אני מחייב אותך משום "ועשית הישר והטוב". כי גם הוראות כאלה יכולות להיות מחייבות במקרים מסוימים.
* **היבט המהותי**- אכן יש כאן סטייה מהרעיון של "לא תישא פני דל", ומהנורמה שאומרת לא לסטות. לפעמים אנו כן נסטה בשביל להגיע לתוצאה יותר מוצדקת. יש פסיקה אחרת מהדין הרגיל, ומתחשבים בצדדים הסובייקטיביים לפנינו, משום שאנו רוצים להגיע לתוצאה יותר נכונה.

יש לזכור שהפוסקים הספרדים ממש לא מקבלים את הרעיון הזה, וזה בדיוק הוויכוח בין הגישות הפוזיטיביסטיות והלא פוזיטיביסטית.

**עוד ראיה לאופי הלא מחייב** של הסיפור, לפי פשוטו, ניתן לראות **בתלמוד הירושלמי**. שם מובא סיפור מאד דומה, אך שם ניתן לראות במדויק שמדובר בעצה טובה ולא דין מחייב.

בשורה התחתונה- יש אופציה ויש אפשרות לבית הדין לפסוק הלכה גם לפי הנורמות שלכאורה לא מחייבים באופן רגיל. זה לא מעשה שנעשה הרבה ובאופן תדיר, אך זה אפשרי...

**פס"ד כיתן נ' וייס**: ישנה פסיקה מודרנית במשפט הישראלי- פס"ד כיתן נ' וייס של השופט אלון: מדובר בשומר של חברת כיתן שלקח את הנשק מטעם העבודה ורצח את העו"ד שלו, שלא הצליח במשפט. תבעו את המפעל באחריות שלוחית, ובכל הערכאות התברר שהמפעל אינו אחראי בנזיקין. זאת, למרות שהתגלה איזשהו רשלנות של המפעל, אבל כזה שלא חייב אותם בשום ערכאה. השופט אלון השתמש באופציה הזאת שמצאנו בהלכה לחייב גם במקרים שהם צריכים להיות פטור. אלון לא היה יכול לחייב כהיותו שופט, אך הביא את המקורות והפוסקים שניתן לחייב גם במקרים של "לפנים משורת הדין" , ועל כן הוא המליץ למפעל לשלם פיצויים. לעומתו, שמגר אפילו להמליץ לא היה יכול. זו דוגמא טובה להדגים את הרעיון שדיברנו עד עכשיו בהלכה. גם במקרה שאין חיוב על המפעל, וגם כאשר לא היה מדובר בסכום גדול על המפעל- במקרים שכאלה, ניתן להגיד למפעל שיתחייב עקב מידת חסידות ולפנים משורת הדין. במקרה שהתוצאה היא לא הגיונית ובלתי נסבלת- אפשר לחייב לפי הגישה הלא פוזיטיביסטית.

**בעיית היושר**

נושא זה מתקשר לנושא הקודם. אין מדובר פה להיות ישר, אלא במינוח המשפטי זה equity. במשפט האנגלי אנו מבדילים בין המשפט המקובל ובין דיני היושר. בעקבות הבעיה שאנו נדבר עליה נוצרו שני מערכות אלה.

בעיית היושר היא בעיית היחיד מול הכלל המשפטי, או בעיית המיעוט מול הרוב. הבעיה נוצרת בכל שיטת משפט, מכיוון שהדין הוא בעל אופי כללי (גם חל על כולם, וגם במטרה והטעם). הדין נקבע ע"פ המכנה המשותף של הרוב, ומה שנכון וצודק בשבילו. מטבע הדברים, יהיו יוצאים מן הכלל. השאלה היא באיזו מידה הדין יוכל לטפל במקרים היוצאים מן הכלל? זו היא בעיית היושר. הפרט יכול לסבול בגלל שהרוב צריך משהו אחר. בעיית היושר היא תוצאה של הדיון הכללי.

**אריסטו- יש למצוא פתרון משפטי**: הראשון שעסק בתופעה הזאת הוא **אריסטו**, אשר מעלה את השאלה שהדין לא מתאים לתופעות החריגות. לפיו, צריך למצוא לזה תיקון (כנראה מתכוון לשופט) ופתרון לבעיה זו, ולשנות את הדין בהתאם.

**הרמב"ם במורה נבוכים**: גם כן, יש לנו פרק על זה **ברמב"ם בספרו "מורה נבוכים"** בחלק ג' פרק ל"ד. הוא מעלה את הנושא הזה לדיון בפרק שהוא הקדמה לנושא של טעמי המצוות. האם הדין יכול להשתנות בשביל תופעה של חריג כזה או אחר?!

אומר הרמב"ם שהדין כללי לא משתנה בשביל החריג, וזו עמדה נחרצת. הוא אומר שהתורה ניתנה על פי רוב בני האדם ומה שנכון בשבילם, והתורה איננה יכולה להתחשב במיעוט ולהשתנות בשבילם.

**שתי משלים להמחשת הרעיון**:

* **דברים טבעיים(כמו התורה)**- הוא מפנה אותנו לחוקי הטבע ולתופעות הטבע. אם נתבונן בטבע ונראה שהם פועלים ע"פ הרוב. הן מקיימים את היקום והעולם, אך ידוע שיש אנשים שסובלים מכוח התופעות האלה. אך אלה מקרים חריגים. דוגמא זו היא על דרך החיוב. יש להבין מה הקשר בין חוקי הטבע לבין חוקי ההלכה והמשפט?! התשובה היא ששני הדברים נובעים מאלוקים ובורא עולם. הוא רואה אותם כברי השוואה כי שניהם נבראו על ידי האל. וניתן לראות ששניהם עובדים על אותו עקרון- של "על פי הרוב".
* **רפואה(מנוגד לתורה)**- הוא מפנה אותנו לעוד מקום כמהלך מנוגד לתפיסה של הרוב- ברפואה. הוא מביא שרופא לא פועל לפי הכללים בלבד, אלא ע"פ המצב המיוחד של האדם לפניו ("לפי מזגו הנוכחי"). הרופא לא נותן אוטומטי את התרופה שיכולה להועיל, אלא בודק האם זה מתאים לאדם שעומד לפניו. **אך עם זאת, אומר הרמב"ם שהתורה אינה יכולה להיות כמו הרפואה**. לא ייתכן שהמצוות תינתנה לפי מה שטוב לכל אדם בנפרד, שלא כמו הרפואה. היא חייבת להיות כללית ומיועדת לכולם כאחד, גם אם זה לא מתאים לאחד. התורה כמערכת מצוות ומשפט לא יכולה להשתנות כי אחרת הכול יקרוס ("נתת דבריך לשיעורין").

**אליעזר רוזנטל- הרמב"ם כניגוד לאריסטו**: מי שהעלה את הנושא הזה לדיון לפני עשרות שנים הוא אליעזר שמשון רוזנטל. הוא פרסם מאמר על הנושא הזה, והוא טוען שהרמב"ם לא הלך בתפיסת אריסטו. הוא הציף את אותה שאלה, אך היא שונה מאריסטו. אריסטו אומר שהשופט צריך להתחשב בחריג ולמצוא לו פתרון, לעומת הרמב"ם שאומר שאין מקום להתחשב בחריג הנ"ל.

**אטינגר- חילוק ברמב"ם בהגדרת "חריג"**: בעקבות רוזנטל, נכתבו מאמרים על הנושא הזה מזוויות וגישות שונות. הם קובצו בספר שנקרא "דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם". בקובץ זה יש מאמר של אטינגר(...). הוא טוען במאמר שהרמב"ם מתייחס לשני דברים שהם מבחינת "חריג". אם נדייק בלשונו של הרמב"ם, ניתן להבחין ולהבדיל בין שתי תופעות של "חריג". יש להבחין בין מקרה חריג ובין אדם חריג- שני דברים שונים לגמרי:

* **מקרה חריג**- מתייחס לצירוף נסיבות יוצא דופן שהמחוקק לא ראה לנגד עיניו ולא התחשב בו.
* **אדם חריג**- מה שמטריד את הרמב"ם הוא יותר האדם החריג- אדם שלפי תכונותיו האישיות, הוא שונה מן הרוב! והאדם בא ואומר שהדין לא מתאים לו, הוא רוצה לשנות את ההלכה בגלל האופי השונה שלו. דבר זה מטריד את הרמב"ם וזה עיקר ההתייחסות שלו.

**רמב"ם כאריסטו (במקרה החריג)**: עוד טוען אטינגר, ביחס למקרה החריג, גם הרמב"ם סובר שיש פתרונות וניתן למצוא אותם בתוך הדין. זה מה שמחזיר אותנו לפרשנות! זה בדיוק נועד לזה- לפרש את החוק כדי שלא יחול על המקרה החריג. זו הפרשנות, שהרמב"ם היה מודע אליו וקיבל את זה. אך האדם החריג הרמב"ם בא ואומר שאין פתרון לכך- אנו לא נשנה את ההלכה בגלל האישיות השונה והחריגה. וזאת מכיוון שהדין הוא כללי וחל על כולם, גם אם יגרם נזק לאדם מסוים. אטינגר ממשיך לטעון שאריסטו כלל לא דיבר על האדם החריג אלא על המקרה החריג. ואם כן- השופט יכול לפרש את הדין ולא חייב להחיל את הדין על אותו אדם החריג. זאת, מכיוון שהוא לא מתייחס למשפט הדתי- דבר שלא מתייחס, לרוב, על נפש של האדם, אלא יותר על מקרים שונים ומגוונים. ועם זה הרמב"ם יסכים! אלא שהרמב"ם מדבר על המשפט הדתי אשר ניתן להעלות את הטענה שדין זה או אחר לא מתאים לנפש ולאדם חריג.

**ראיה- רפואה**: ניתן לראות זאת ע"פ הדוגמא שהרמב"ם מביא- רפואה. הרי שם מדובר על אדם ספציפי- מה מתאים לאדם כזה שלא מתאים לאחר. במקרה כזה, הרופא צריך להחליט לתת דין שונה ותרופה שונה לכל אחד. על זה אומר הרמב"ם שהתורה **לא** כמו הרפואה! בתורה לא ייתכן להתייחס לאופי ולאישיות חריגה של אדם ספציפי.

אם אנו מפרשים ככה- הרי שהרמב"ם אינו חולק על אריסטו.

**הדגמה מתשובת הרמב"ם**: נדגים את זה בדבריו של הרמב"ם עצמו. רוזנטל מפנה אותנו לתשובה של הרמב"ם, בו שאלו אותו שאלה. שאלו את הרמב"ם האם מותר לשמוע שירי זמר- ניגונים ושירות וכו'? הרמב"ם, באופן מפתיע, אומר שאסור לשמוע, בין אם יש בהם מילים ובין אם אין מילים. זה קשור לעצם הנגינה, ששמיעת כלי הזמר היא אסורה. [יש קושי הלכתי של שמיעת הזמר- הנושא נזכר בתלמוד, ששם מדובר על חורבן בית המקדש והאבלות על הבית. הרמב"ם לא מזכיר את האבלות, אלא נותן סיבה אחרת. הוא נותן נימוק רפואי-פסיכולוגי. לדעתו, השירה מביאה את האדם ל"אקסטזה" שמשפיעה על נפש האדם. הוא טוען שהשירה יכולה להביא את האדם להשפעה לא טובה בתחום התאווה המינית]. הרמב"ם מעלה את השאלה שאולי אדם יגיד שהזמר יביא אותו לדברים טובים. הרמב"ם לא אומר שזה טיעון לא נכון, אלא סובר שהתורה לא מתחשבת באדם החריג שהציווי לא מתאים לו.

**שיטת הרמב"ם במקרה ה'סבלים'**: לאור זה, ניתן לבדוק את הנושא הקודם שדיברנו עליו. מה יגיד הרמב"ם על המקרה של הסבלים העניים? **דעת אטינגר**, הרמב"ם לא היה משנה את הדין במקרה שלנו. הוא לא היה מסכים לשינוי הדין בשביל אדם עני, ואין כאן פטור אישי. המחוקק התכוון שאם חייב- אז חייב, והמקרה של עני הוא לא מקרה חריג! לכן סביר להניח שהדין לא היה משתנה בשביל יחיד- והיה מפרש את הדין כחכמי ספרד.

**דוגמא מתוך התלמוד:**

אחד האחרונים שעסקו בעניין הזה מביא דוגמא מהתלמוד- סיפור ידוע בבא מציעא דף לט, על מרי בר איסק שירש ירושה, כעבור זמן בא אדם מבבל ואמר שהוא אח שלו ומגיע לו חצי מהנכסים. אמר מרי בר איסק שהוא לא מכיר אותו ולא מגיע לו כלום. באו לפני רב חסדא, הוא אמר שמרי בר איסק צודק. ואם הוא לא ראה אותך כ"כ הרבה שנים הוא לא זיהה אותו (כמו במקרה של יוסף-איך האחים לא הכירו אותו, הרי הוא אחיהם? אלא שכעבור שנים נוטים לא לזהות...) אמר רב חסדא לתובע שיביא עדים שהוא אחיו. אמר התובע- יש לי עדים ואני יכול להוכיח, אך העדים מפחדים לבוא להעיד כי מרי בר איסק הוא אלים וחוששים להעיד נגדו. אמר רב חסדא- אם כך, מרי בר איסק צריך להביא עדים שהוא לא אחיו. הוא העביר את נטל ההוכחה על הנתבע. אלא שמר בר איסק מעלה את הטענה ש"המוציא מחברו עליו הראיה". אמר רב חסדא- שכך הדין לגבי אנשים אלימים כמוך. וכך רב חסדא דן בכל מקרה שהנתבע אלים.

אומרים המפרשים שהנה זאת דוגמא לשינוי הדין בגלל החריג, שלכאורה מנוגד לרמב"ם. הדין אמור להיות המוציא מחברו הראיה, ואנחנו משנים את ההלכה והדין. אלא שיש לומר שזהו מקרה חריג ולא אדם חריג! העדים חוששים לבוא בגלל הנתבע, ולא שהדין לא מתאים לאדם בגלל הנטיות הנפשיות שלו. הרמב"ם מביא את ההלכה הזאת במשנה תורה וכותב בהלכות עדות סוף פרק שלישי. ניתן לראות מדבריו שהרמב"ם מבין את הסיפור לא כשינוי הדין אלא זו דרך פרשנות. ושינוי של הדין בדרך של פרשנות- היא לא בגדר שינוי מהותי. במקרה שבעל הדין הוא זה שמונע את הבאת העדים- הרי שנטל ההוכחה נהפך. וממילא אפשר לראות את זה כחריג במקרה ובנסיבות, ולא מקרה של האדם החריג. וטענת אטינגר על כך שהרמב"ם לא חולק על אריסטו-יכולה להתיישב.

עד כאן הקורס!!!

1. כך שיהיה חמישית אחרי ההוספה. לדוגמא: אם הפירות שוות 100 שקל. הרי שיש להוסיף חמישית ולשלם 125. [כן, אני יודע שעכשיו מרימים גבה ואומרים- זה לא חמישית!! אך הכוונה היא להוסיף חמישית מהמחיר הסופי, שהוא רבע מהמחיר הנקוב. ז"א, חמישית מ125 זה 25- וזה מה שצריך להוסיף, שזה רבע מ 100. עזבו. מי שלא הבין לא כזה חשוב! [↑](#footnote-ref-1)