**דין ויושר במשפט העברי (99-568-01) – סמסטר א' תשע''ב (הרצאות) / ד"ר מיכאל בריס**

הרכב הציון: 90% - מבחן סופי, 10% - נוכחות + השתתפות פעילה, 5% - ציון מיטיב. אי-מייל: michaelbaris@gmail.com

**הרצאה מס' 1 –** 30.10.11

**1. דיני היושר ובעיית הנוקשות של הדין**

א. סקירה ורקע היסטורי: מבט משווה

עקרונות החירות, הצדק והשלום

**סימן 46 לדבר המלך** דומה ל**סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט** ושימש צינור לקליטת נורמות וכללים משפטיים. דבר זה היה נחוץ לצורך יציבות, בתקופת השלטון המנדטורי, לאחר 400 שנות שלטון תורכי. סימן 46 קבע כי החוק העותומאני ימשיך להתקיים אך הציג סייג אחד וקבע כי החוק הקיים יהיה כפוף לדין האנגלי המהותי. לפיכך, עקרונות היושר (Equity) שהיו נהוגים באנגליה, היו בתוקף גם בישראל, בתקופת המנדט.

גם פקודת סדרי השלטון והמשפט שחוקקה עם הקמת המדינה, ביקשה למנוע זעזוע במערכת המשפטית והשאירה את המשפט האנגלי הקיים על כנו, באמצעות סעיף 11 שקבע כי "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו ע"י מועצת המדינה הזמנית או על פיה...". 32 שנים עברו עד שבוטל סימן 46 לדבר המלך בחוק יסודות המשפט (1980) ובמקומו ביקשו לאמץ את המשפט העברי. אך המשפט האמורפי שדיבר על החלת "עקרונות החירות, הצדק והשלום של מורשת ישראל" הביא לויכוח בין השופט אלון לשופט ברק, בדבר הצורך בהיזקקות למשפט העברי, במקרה של חוסר או לקונה וסופו של הויכוח היה בכך שהניסיון לאמץ את המשפט העברי בכללותו לא צלח מבחינה פוליטית. לפיכך, המשפט העברי לא אומץ בצורה מלאה, אלא רק עקרונות כלליים מתוכו העוסקים ביושר, שלום וצדק. עניין זה מוביל אותנו כמובן לשאלה: מה הם עקרונות היושר של מורשת ישראל?

מושגי היושר

אריסטו מדבר על שני מושגים שונים:

* Epieikai (אפיקאה) = הגינות – צורך לחרוג מחוץ למערכת (לדוגמא: שימוש בתום לב).

העיקרון של עבודה לפי חוקים וכללים נוקשים וודאים, ללא צורך בהפעלת שיקול דעת יוצר וודאות, יציבות ויעילות, אך אנו זקוקים במערכת המשפט גם למידה מסוימת של גמישות. כך לדוגמא, כאשר נהג נתפס על נהיגה במהירות הגבוהה ב-2 קמ"ש מן המותר בחוק, אולי יש לוותר לו ולא להיות דווקנים. כל כלל חייב מידה מסוימת של גמישות, מעין מרווח סטייה המאפשר להכניס שיקולים סובייקטיביים. כמובן שהדבר יוצר מתח מובנה בין הכלל הנוקשה לסטנדרט הגמיש. ביטויים קלאסיים לסטנדרט הם תום לב ותקנת הציבור המאפשרים לבחון דברים בראיה רטרוספקטיבית. אריסטו גרס כי לא ניתן להתקיים בכלל ללא כללים או רק עם כללים וכי מערכת הנורמות הנכונה היא כזו הפועלת עם כללים אבל גם עם "בולמי זעזועים". ההגינות (אפיקאה) שאריסטו עסק בה היא כזאת המאפשרת לצאת אל מחוץ לכללים. אחרת, היצמדות לכללים עשויה להוביל לגרימת עוול במקרה הספציפי. אם כן, דרושה מערכת משפטית בעלת כללים עם מערכת הגינות חוץ-משפטית, שתשמש כמנגנון מתקן.

* Equity = הגינות (מלשון שוויון – Equal). מדובר בהגינות גמישה – חריגה מהדין המדוקדק. שוויון מהותי יותר.

פעמים רבות כשמגיעים לשוויון בפני החוק, מישהו יוצא מקופח. לפיכך, יש צורך בשוויון מתקן. לדוגמא: גיל פרישת חובה שוויוני יכול ליצור אפליה נגד האישה, אם זו הקדישה שנים רבות לגידול ילדים, כיוון שלא תוכל להגיע לוותק ולדרג של גבר. לפיכך, אין להסתפק בשוויון אריתמטי ויש לחפש שוויון מהותי יותר והגון יותר.

אם כן, ניתן לראות כי קיים מתח בין הליכה אחר הכללים הוודאיים לבין היעדר שימוש בכללים. אריסטו מסביר כי: "סיבת הדבר היא בכך, שכל חוק הוא כללי ואילו ישנם עניינים, שאי אפשר לדבר עליהם כדבעי במונחים כליים". במילים אחרות, ישנם כללים המחייבים קיומם של סטנדרטים גמישים יותר.

מהו קריטריון ההגינות? אריסטו טוען כי על השופט לשים עצמו בנעליו של מחוקק צדק. על השופט להניח שהמחוקק לא העלה את המקרה הספציפי הזה על דעתו. אנקדוטה: משוגע קיבל שיעורים מחונך שלימד אותו כיצד להתנהג ולאחר תהליך המשוגע נשא דרשה מעולה. כולם הצטופפו וביקשו לברכו וכאשר השתרך תור ארוך ביציאה, המשוגע בחר לקפוץ מהחלון במקום להמתין. החונך אמר על כך: "על זה לא חשבתי". דבר זה בא ללמדנו כי לא ניתן לצפות את כל האפשרויות והשיגעונות של בני אדם מראש.

יושר

הגדרה פונקציונאלית:

* "כל חוק הוא כללי, ואילו ישנם **עניינים שאי אפשר לדבר עליהם כדבעי במונחים כלליים**".
* החוק נוקט את המקרה השכיח בלא שיתעלם מ**השגיאה הכרוכה בכך**...לא בו השגיאה אלא בטבעו של עניין".
* "המעשה ההגון אמנם צודק הוא, אך איננו מצטמצם במה שצודק לפי החוק אלא הוא בא לתקן את הצדק החוקי...ולומר את אשר המחוקק עצמו היה אומר אילו היה נמצא באותו מעמד" – דהיינו, **הקריטריון לצדק הוא מה המחוקק היה אומר במקרה ספציפי זה**. ייתכן כי המחוקק היה מאמץ את אותו מקרה וכולל אותו בקודקס.
* "להיות **תיקונו של אותו ליקוי** שנמצא בחוק מחמת כלליותו" – החוק יותר כללי ויציב.
* "זאת הסיבה שבגללה לא כל הדברים קבועים בחוק...ו**יש צורך בתקנות**".

הרעיון האריסטוטלי גורס כי בשלב הראשון יש לעמוד על המתח שבין צדק כללי לצדק פרטי. הפיתרון שאריסטו מציע הוא אימוץ מנגנון מתקן, חוץ-משפטי. רעיון נוסף מציע הגמשה, בתוך מערכת הכללים עצמה.

לדעת אריסטו, כוונה פלילית היא מושג ששייך להגינות ולא לכלל, והרי בעבירות פליליות, מבחינה תוצאתית הנזק לחברה נגרם ולכאורה לא אמורה להיות מעניינת השאלה האם העבריין התכוון לגרימת התוצאה או לא. בעצם, מדובר בחדירת המוסר לעבר כללי ההתנהגות. אריסטו מתאר עוד מצבים ומושגים במערכת המשפטית המתארים תהליך זה של אימוץ דיני ההגינות והיושר: "מחילה", הליכת שופטים אחר כוונת המחוקק, העדפת בית המשפט להרשיע בלא להעניש, הטלת סטיגמה על עבריין במקום שליחתו לכלא וכו'. לדידו של אריסטו, יש להעדיף בוררות על פני ההליך המשפטי "כי הבורר רואה את ההגון ואילו השופט רואה את החוק בלבד" – בוררות נותנת מקום להתאמת הכללים לסיטואציה ולהפך.

סיכום משנתו של אריסטו:

1. קיים מתח בין צדק כללי לצדק פרטי.
2. יש צורך במנגנון מתקן חוץ-משפטי.
3. ניתן לראות בתוך המערכת המשפטית חדירה של המימד המוסרי: כוונה פלילית, התאמת הענישה לעבירה וכו'.

צדק ועוול

שני סוגים של מעשי צדק ועוול:

1. כלפי החוק הכתוב (נוקשה וקשוח).
2. כלפי החוק הבלתי-כתוב (צדק או הגינות).

אריסטו אומר כי במסגרת החוק הפוזיטיבי, אסור לנו להתעלם ממימד של צדק אוניברסאלי של משפט הטבע. יש אפשרות במסגרת של יושר לדבר גם על מחילה, חנינה (מקרה קלאסי של יושר) או הקלה בעונש. רעיון הגמישות משתקף לא רק בכללים אלא גם בפרשנות של כללים (לדוגמא: פרשת אפרופים), לא במעשה אלא בטיב הבחירה או הניסיון, בהעדפת בוררות על פני הליך משפטי. הרעיון הוא שעלינו להתחשב לא רק במה שקרה אלא גם במימד המוסרי הנלווה. יש להתאים את הסיטואציה לחוק. רעיון התאמת הסיטואציה לחוק הוא רעיון החיפוש אחר דיני היושר.

**רבי יצחק עראמה – ספר עקידת יצחק (מקור 1)**: "הצדיק הוא השלם אצל הצדק הנימוסי המונח, שהוא על הרוב צודק בכלליו המונחים בו, כי הוא השומר אותו ונזהר בו לבלתי סור ממנו ימין ושמאל. אמנם החסיד, הוא אשר ישלים הנימוס הזה, ומישר אותו בכל מה שיבוא הצורך לצאת מהצדק ההוא, הכולל לסיבה מן הסיבות, שהמניח עצמו אילו היה אז נמצא לא היה דן אותו לפי הנימוס הכולל ההוא". צדיק הולך לפי הכללים. חסיד פועל לפנים משורת הדין. מה יותר טוב? זהו המתח האריסטוטלי. התשובה היא איפשהו באמצע. בדרך כלל, החוק מגלם קרבה לצדק הכללי. החסיד, עם הגמישות שלו, משלים את הפער שבין הנוקשות של החוק לבין האנרכיה ואי-הסדר. הוא מאפשר לצאת "מן הסיבות" (הכללים הקבועים בחוק) ולפנות לעבר כוונת המחוקק. מנגנון התיקון מאפשר למנוע מצבים של חוסר צדק (לדוגמא: במקרה של "האקדח המעשן"). לפי המשפט העברי, דווקא הגמישות של "הוראות השעה" אפשרה להעניש כשהייתה חריגה מנורמות (משהו שאריסטו לא היה בטוח מסכים איתו). לדוגמא: "המוציא מחברו עליו הראיה" – נטל הראייה פועל בדרך כלל לטובת המוחזק. אך מה קורה במקרים שלאדם אבדה הראיה המעידה על כך שהחפץ שלו? זהו מצב שבו אם נלך לפי הכלל הכתוב, לא יהיה זה צודק. לכן, יש לאפשר לשופט לבחון את התיק ולאפשר לו במקרה הצורך להפוך את נטל הראיה ולהגמיש את הכללים הכתובים, לטובת הליכה אחר היושר. על השופט להכריע בין הצדק של המשפט הכולל לבין הצדק של האמת הפרטית. עליו לאזן בין הצדיק (ההולך אחר הכללים) לבין הישר (המתאים את הכללים לעניין הספציפי). הצורך של דיני היושר הוא מחד לקיים את מערכת החוקים (ולא לבטלה), ומאידך גם לכונן מנגנון מתקן שמיישם את עקרונות המוסר והטבע. המנגנון צריך לכלול גם עקרונות של יושר הרלוונטיים למקרה הספציפי וגם להתייחס ליושר של המחוקק עצמו.

לסיכום: תפקידו המרכזי של היושר אצל אריסטו הינו מנגנון מתקן. וזאת משום שהכללים אינם מספקים. בנוסף, ישנו צורך במערכת שיקולים נוספת, כמו: המימד המוסרי, היסוד הנפשי, שיקולים בענישה, התחקות אחר כוונת המחוקק וכדומה. לדעת אריסטו, ישנן שתי מערכות צדק: צדק כללי וצדק פרטי ונדרשת מערכת שתתאם ביניהן. רבי יצחק עראמה הציג את המתח הזה כעימות בין הצדיק לבין החסיד.

**הרצאה מס' 2 –** 6.11.11

וודאות במשפט

בעיית הוודאות נוגעת בשאלה של שוויון. אם לשופט אין קריטריונים מוחלטים, אין וודאות לגבי ההחלטה שיקבל ולכן לא ניתן לדבר על צדק ושוויון בשיפוט. לפי גישה זו, דיני היושר מבטאים החלטות מופרכות, המונעות מגחמות ופוגעות בשוויון. לכן, גם במסגרת המנגנון המתקן יש להציב "גבולות": מתחם סבירות, פרוצדורה, זהות שופטים וכו'.

**רבי יצחק עראמה (מקור 1)**: יש למנות גוף מוסמך שיהיה אחראי לתקן ולפרש את מערכת הכללים הפוזיטיבית, כמו למשל בית הדין הגדול (הסנהדרין). אין זה אפשרי שכל שופט יוכל לעשות זאת (לדוגמא: לקבוע שרק שופטי בית המשפט העליון יכולים לבטל חוקים). אותו גוף יוכל לקבוע שאומנם הצדק הכללי קובע דבר אחד, אך הצדק הפרטי מחייב לפעול בצורה אחרת. עראמה אינו קובע עקרונות וגבולות אך הוא מבהיר בסמכות מי לקחת את החוק ולהתאימו למקרה הפרטי ("ליישר הנימוס"). עראמה אומר כי אומנם זה נראה כי החכמים בבית הדין משבשים את עקרונות הצדק הכללי, אך בכך הם ממששים את עקרונות הצדק הפרטי ומי שלא יציית להם, תוטל עליו סנקציה חמורה. מדובר בסמכות אינהרנטית של בית המשפט, גם כאשר מוסד הסנהדרין הפורמאלי בוטל. יש לו סמכות לפסוק "כדין ושלא כדין". הדין הוא הדין החלק ושלא כדין זהו הצדק הפרטי.

עראמה מסביר כי המשפט איננו רק יישום של כללים, אלא גם יצירת כללים חדשים. כאשר השופט נתקע במצב בו הכללים "לא מספקים את הסחורה" שדורש הצדק, יש ביכולתו ליצור כללים חדשים. בכך, השופט שותף לריבונו של עולם ביצירת כללים חדשים בעולם. עראמה מבקש להעביר ביקורת חברתית וקובע כי אם השופט לא ייצור כללים חדשים בעת הצורך, על מנת להתאים את הצדק למקרה הפרטי, הוא אולי ישפוט אמת, אך לא אמת לאמיתה. כפי שנאמר: "לא חרבה ירושלים אלא מפני שדנו בה דין אמת", כלומר דנו לפי האמת הכוללת, מבלי לפסוק לפנים משורת הדין, גם כשהיה צורך בכך.

הערה היסטורית: מחקרים מוכיחים כי קהילות יהודיות שלא היו מאוימות הרשו לעצמן להגמיש את מערכת הכללים היהודית, בעוד קבוצות יהודיות שחשו איום מפני התבוללות, היו יותר פורמליסטיות ונמנעו מהגמשת הדין הפוזיטיבי.

ב. מקומו של המלך בדיני היושר

באנגליה, במאה ה-13 היה ניסיון מצד הפרלמנט להגביל את הכוח השיפוטי ע"י הגבלת התרופות שבית המשפט הורשה לתת. נוכח האמור החלו להתקבל החלטות חסרות צדק במערכת המשפט ונתינים רבים פנו למלך בבקשה להתערב. כיוון ועל המלך היה יותר מדי עומס, מונה לורד צ'נסלור כדי שייתן פיתרון "מחוק לחוק" לבעיות שצצו במערכת המשפט. עד המאה ה-15 היו אלו אישי כמורה שמונו לצ'נסורי ורק אז התמנה משפטן ראשון לתפקיד – תומס מור. עם הזמן, התגבשו במערכת דיני היושר יותר ויותר כללים משפטיים נוקשים – כללי Equity. בין שתי המערכות התנהל עימות, כאשר מערכת אחת הביאה לעיתים לביטול החלטותיה של המערכת האחרת, עת הגיע אותו מקרה לפתחן של שתיהן (לדוגמא: מתן צו הוצאה מהכלא לעבריין שהוכנס אליו ע"י המערכת המשפטית השנייה).

גם כיום, עדיין קיימים מאפיינים של דיני היושר:

* **צו מניעה זמני** – לא מדובר בתרופה, אלא בסעד הניתן במטרה לאפשר הגעה אל הצדק.
* **בג"צ** – סדר הדין בבג"צ איננו דומה לערכאות שיפוטיות שונות, קיימת הפרדה מוסדית (מורשת מהשלטון הבריטי) ו"כללי משחק שיפוטיים" שונים.

4 מקורות מקראיים בהם רואים שלמלך היו סמכויות שיפוט ייחודיות וכעניין שבשגרה פנו אל המלך כדי לחרוג מן הדין:

* **"**הוֹשִׁעָה הַמֶּלֶךְ**"** **(מקור 2)** – לבקשת יואב בן צרויה מגיעה אישה המעמידה פני אלמנה שבעלה מת ושבנה האחד רב עם אחיהו והרגו וכעת מבקשים בני המשפחה להמית את האח ההורג ולהשאירה ללא בעל, ילדים ושארית על פני האדמה. היא פונה אל המלך, באופן ישיר, ומבקשת ממנו שיחרוג מן הדין (מוות). המלך נשבע לאישה שלא יאונה לבנה כל רע.
* **משפט שלמה (מקור 3)** – שלמה מבקש מאלוהים לב שומע לשפוט את העם ולהבחין בין טוב לרע ומסופר כי אלוהים נותן לו לב חכם ונבון אשר לא היה לפניו ולא יקום אחריו. היישום של החוכמה היתרה שניתנת לשלמה בא לידי ביטוי במשפט שלמה. הפנייה היא אל שלמה כיוון ומדובר במקרה חריג. שתי נשים שילדו בסמיכות ימים מגיעות למלך, כאשר האחת טוענת שכאשר בנה של חברתה מת בלילה, היא החליפה אותו עם בנה, בעוד האחרת טוענת שהבן החי הוא בנה והבן המת הוא של חברתה. שלמה מציע כפשרה לחתוך את הילד לשניים ולתת חצי לכל אם. המעניין הוא שדווקא השימוש בפשרה יוצר את העיוות הגדול ביותר, שכן הילד יומת, אך מדובר ב"תחפושת". שלמה לא באמת התכוון לפשרה הזאת, אלא רק ביקש להעמיד למבחן את הנשים, כדי להגיע אל האמת האמיתית. המבחן עובד והאם האמיתית קופצת מיד להגנת בנה. רחמיה נכמרים והיא מוכנה לוותר עליו לטובת חברתה. אם כן, מדובר בפשרה שאולי אינה מביאה צדק אך כן מאפשרת לחשוף את הצדק האמיתי. כיום דבר כזה אינו בר-ביצוע, שכן יש להשתמש בכללי הראיות וההוכחה הקבועים בחוק.
* **האישה והבן שהחיה אלישע (מקור 4)** – האישה שאלישע החיה את בנה ירדה לארץ פלישתים לגור שם שבע שנים, כמצוות אלישע. כאשר היא חוזרת, היא צועקת אל המלך על ביתה ועל השדה. המלך, רק מתוך עדות שמיעה, מאמין לסיפורה ומצווה על סריס שלו להשיב לה את "אֶת כָּל אֲשֶׁר לָהּ וְאֵת כָּל תְּבוּאֹת הַשָּׂדֶה מִיּוֹם עָזְבָה אֶת הָאָרֶץ וְעַד עָתָּה" (את השדה והרווחים הפוטנציאליים).
* **ימי המצור על שומרון (מקור 5)** – ימים של רעב גדול בשומרון ואישה צועקת למלך: "הוֹשִׁיעָה אֲדֹנִי הַמֶּלֶךְ". המלך שואל "מַה לָּךְ" והיא עונה שהם נאלצים לאכול את הילדים, מרוב שאין מה לאכול. האישה מסבירה כי כרתה הסכם עם חברתה לאכול יום אחד את בנה וביום למחרת את בן חברתה ולאחר שהיא מילאה את חובתה, חברתה החביאה את בנה והיא מבקשת ממנו אכיפה של ההסכם. המלך קורע את בגדיו, במעין עדות לכך שאיבד את השלטון ולכך שהוא לא מסוגל יותר לעמוד במצב הזה. השימוש בסמכות הפניה למלך במצב קיצוני שכזה מבטאת את חורבן ממלכת ישראל והצורך לחרוג מגינוני המלכות ולהגיע לצדק.

**הרצאה מס' 3 –** 13.11.11

ג. פולמוס סביב דברי הרמב"ם במורה נבוכים

הרמב"ם נותן מקבץ ארוך של פרקים בספר מורה נבוכים, בהם הוא מבקש לבאר את המצוות ולתת להן טעם. חלק גדול מרעיונותיו של הרמב"ם "הקפיצו" הוגי דעות רבים מרגע שהספר תורגם מערבית וספריו הוחרמו ונשרפו. דבריו מהווים מבוא להבנה מדוע יש לשמור על המצוות, כאשר ניתן להסתכל על הרציונאל לשמירת המצוות ולתהות כיצד יש להתייחס כיום לאותן מצוות.

אפשרויות שונות להתייחסות למצווה / חקיקה, כאשר הטעם לקיומה בטל:

1. לטעון כי הטעם אינו רלוונטי, אך יש להמשיך לדבוק במצווה / בחקיקה, בשל קושי לשנותה.
2. לטעון כי הטעם למצווה / לחקיקה עודנו רלוונטי, רק שלא שמים לב לכך.
3. לנסות באמצעות פרשנות להפוך את המצווה / החקיקה לרלוונטית.
4. לא לשמור על החקיקה (אופציה משפטית, אך לא אופציה דתית).

**רמב"ם, מורה נבוכים (מקור 6)**: "חייב אתה לדעת גם כן שאין התורה שועה אל החריג, ואין הציווי בהתאם למיעוט. אלא בכל דעה, מידה, או מעשה מועיל שרוצים להשיג, מתכוונים לדברים שעל פי רוב, ואין שועים לדבר הממעט לקרות או לנזק הפוגע באדם אחד בגלל הקביעה הזאת והנהגת התורה. כי התורה היא ציווי אלוהי. תוכל להתבונן בדברים הטבעיים שמאותן תועלות לכלל הנמצאות בהם – מתחייבים נזקים לפרטים, כמו שהתברר מדברינו ומדברי זולתנו" – הציווי הכולל מתייחס למקרה שקורה על פי רוב. לכן, קיים מתח בין הוראות החוק הכלליות לבין הצורך של המקרה הספציפי. לא ניתן להתייחס בכללים לכל מקרה ומקרה. חייבים להיות מודעים לכך שהכלל לא יצליח להקיף את כל המקרים האופציונאליים הקיימים. התורה לא מתייחסת למקרה החריג, הפרטי. התורה נועדה לשם תכלית – להכווין התנהגות חברתית וליצור סדר חברתי-חינוכי, אך היא לא יכולה להקיף כל מקרה ספציפי, וייתכן שאף קיימים מקרים בהם התחקות אחר מצוות התורה תוביל למצבים שליליים או למעשה "סרק". לכן, ההסתכלות על מצוות התורה צריכה להיות במבט כוללני. לדוגמא: "אל תחבול בגד אלמנה" – מצווה זו נועדה על מנת להגן על האלמנה אשר בדרך כלל הופכת להיות ענייה ומסכנה, לאחר מות בעלה. אך כמובן שעשויים להיות מקרים חריגים ובהם כלל לא יהיה צורך לדאוג לאלמנה.

"בהתאם להתבוננות זאת אל תתפלא גם כן שכוונת התורה אינה מושגת בכל פרט ופרט, אלא מתחייב בהכרח שיימצאו פרטים שהנהגה זאת של התורה לא תביא אותם לידי שלמות" – לא ניתן לממש את כל התכליות שיש בעולם, באמצעות הכללים. אי אפשר להגיע ל-100% שלמות. לדוגמא: במטרה לנסות ולהבטיח משפט צודק, אין הסתפקות בהודאה ויש דרישה לעדות מסייעת. אולם גם העדות אינה מבטיחה הגעה לאמת ב-100%. עם זאת, היא מהווה מנגנון המקרב את ההרשעות להיות צודקות יותר.

"בהתאם להתבוננות זאת גם אי אפשר שהמצוות תתייחסנה לשוני מצביהם של בני אדם פרטיים ולשוני הזמנים בדומה לטיפול הרפואי" – רפואה דורשת התאמה וגם יכולת יצירתיות. לא ניתן להיות כבולים לספר ויש להפעיל שיקול דעת. לדוגמא: גרון אדום יכול להעיד על מחלה, אך ייתכן גם שאותו אדם אכל לפני כן קרטיב בטרם פטל.

שתי גישות עקרוניות לפרשנות דבריו של הרמב"ם:

1. מתן רציונלים להוראות חוק כלליות אומנם אינו נותן מענה לכל מקרה פרטי, אך עצם הרציונאל או הלוגיקה של הכלל נותנים אפשרות להגמיש את הכלל, נוכח מקרים פרטיים שלא הולמים אותו. גישה זו דומה למקרה האריסטוטלי.
2. הרמב"ם מביא את הרציונאלים להוראות החוק כדי לתת הסבר למרבית המקרים. נכון שיש מקרים בהם הכלל אינו נותן מענה או מביא לתוצאה שלילית, אך בסה"כ הכלל מקדם את החברה ומביא להשגת התכליות אשר לשמן הוא נועד וגם ללא הכללים וללא החוקים, לא יהיה לחברה בסיס ו"עמוד שדרה". לפיכך, "ראוי שהנהגת התורה תהיה מוחלטת, מיועדת לכולם, אפילו אם זה מתאים לאנשים מסוימים, ולא מתאים לאחרים". כפי שלא ניתן לבוא בטענות לחוקי הטבע, על פיהם החזק שורד, אין לבוא בטענות לצדק הכללי הנותן מענה רק לרוב המקרים. אם כן, על אף שהרמב"ם מציף את הבעייתיות ברציונאלים הכלליים שאינם נותנים מענה לכל מקרה ומקרה, הוא אינו מאפשר להגמיש את הכללים אלא להפך. הרמב"ם גורס כי אין להגמיש את החוק כך שיתאים לכולם, כיוון ואז זה יפורר את המערכת והבסיס של החברה (הדבר יכול להיתפס כביקורת על מושגי שסתום, הקיימים בחקיקה כיום).

ד. ערך הקדושה ודיני היושר "היהודיים"

ייתכן וקיים מימד של יושר במשפט העברי שאינו קיים במערכות משפט אחרות.

**דברים, ו, י"ח** **(מקור 7)**: "ועשית הישר והטוב בעיני ה' למען ייטב לך ובאת וירשת את הארץ הטובה אשר נשבע ה' לאבותיך".

**רש"י** **(מקור 8)**: "הישר והטוב" – זו פשרה, לפנים משורת הדין.

אריסטו דיבר על שני מושגים של יושר: 1. יושר מתקן למערכת הכללית (נלווה למערכת). 2. יושר כפשרה או בוררות (מחוץ למערכת).

רש"י מרחיב ומדבר על יושר כ"לפנים משורת הדין". שורת הדין: שור = חומה. חומה מגינה על החוק והחוק מגן על האוכלוסייה. כאשר נתקלים בחומה, ניתן ללכת מסביב לה ולהיכנס פנימה ולכך הכוונה במושג לפנים משורת הדין.

**רמב"ן (מקור 9)**: "הישר והטוב" – האדם הסביר. לא ניתן למנות את כל ההתנהגויות שצריך לנהוג בהן. התורה נותנת הוראות חוק לא כמשהו דווקני שרק בהן יש לדבוק. הוראות התורה הן בגדר קווים כלליים בלבד, אותם יש להרחיב. הרמב"ן כמו אומר לאדם, אל תסתפק בחוק. הוא מהווה לך רק קריאת כיוון להיות מוסרי. יש פה תופעה ייחודית לפיה החוק רק נותן קריאה כללית המכתיבה עקרונות לדרך התנהלות. בעוד אריסטו אומר שהחוק מוגבל ולכן יש לפנות למערכת היושר שאיננה חוק, כאן מדובר בסעיף בחוק שמפנה בעצמו לעקרונות היושר החיצוניים לחוק.

**רבי אלעזר אזכרי, מחבר ספר חרדים (פירוש לרמב"ן)**: "ועשית הישר והטוב" משמעו ללמוד מה שהשם רוצה, מתוך מצוות התורה.

**ספר החינוך (מקור 10)**: מצווה ללכת ולהידמות בדרכי השם יתברך – "שנצטווינו לעשות כל מעשינו בדרך הישר והטוב בכל כוחנו, ולהטות כל דברינו אשר בינינו ובין זולתנו, על דרך החסד והרחמים" – על האדם "להגדיל ראש". לפעמים על האדם להטות דרכו ולפנות לדרך שלפנים משורת הדין.

הישר והטוב האריסטוטלי בא לתקן את הדין, בעוד הישר והטוב של הרמב"ם מבהיר כי בתוך הדין יש "הוראות סל" המיישרות התנהגות. המימד היהודי הנוסף מבהיר כי היושר אינו סותר את החוק, אלא מאפשר לנו לסגל לעצמנו את דרכי האל. לא רק שהפיתרון אינו מספק מענה רק לבעיה הקיימת "כאן ועכשיו", אלא שמדובר במימד נוסף המעלה אותנו ומקרב אותנו להידמות לבורא עולם ולעשיית רצונו. עשיית היושר והטוב מסגלת לנו תכונות אלוהיות.

**ספר החינוך (מקור 11)**: "שלא לנטות אחרי רבים בדיני נפשות בשביל אחד" – הכלל הוא שכדי להגיע לגזר דין מוות במשפט העברי, לא רק שצריך הרכב של 23 דיינים, אלא גם צריך שהרוב לא יהיה על חודו של קול, אלא לפחות בפער של שניים (מה שהופך את הפער למינימום שלוש, כי הרכב השופטים אי-זוגי). משורשי מצווה זו ניתן למנות את הצורך להידמות במעשינו למידות הקב"ה שהוא רב חסד, הדן לפנים משורת הדין. יש פה רעיון של הטמעת ערכים שבא ללמדנו כי חיי אדם הינם קדושים ולכן יש לקחת טווח ביטחון ומלכתחילה לנהוג לפנים משורת הדין, על מנת שלא להוציא אדם להורג לחינם. מדובר במימד נוסף בדין אשר בעצמו לוקח מרחב ביטחון.

**רמב"ם, הלכות דעות (מקור 14)**: "הדרך הישרה היא מידה בינונית...והיא הדעה שהיא רחוקה משתי הקצוות ריחוק שווה ואינה קרובה לא לזו ולא לזו... וזהו לפנים משורת הדין, ומצווין אנו ללכת בדרכים האלו הבינוניים והם הדרכים הטובים והישרים שנאמר והלכת בדרכיו". הרמב"ם קובע כי "לפנים משורת הדין" יש לו מימד אתי, בהתנהלות האדם בינו לבין חבריו, אך גם בפן של התנהלותו בנינו לבין עצמו – בחיקוי ההתנהלות של הבורא בכבודו ובעצמו ("והלכת בדרכיו") וזו מצווה של קדושה, המקבלת מימד יהודי ייחודי ולא רק מימד מוסרי אריסטוטלי.

**ברכות ז, ע"א (מקור 15)**: בספר ישעיהו נכתב "והביאותים אל הר קדשי ושמחתים בבית תפילתי" (ולא בית תפילתם). מכאן ניתן להסיק שאלוהים הוא שמתפלל. על מה הוא מתפלל? "שיכבשו רחמי את כעסי ויגולו רחמי על מידותיי ואתנהג עם בני במידת רחמים ואכנס להם לפנים משורת הדין". הרעיון הינו שלפנים משורת הדין הינה תכונה אלוהית. אלוהים מתפלל (שואף) שהאנושות תנהג לפנים משורת הדין. הרעיון העומד מאחורי זה הינו שלפנים משורת הדין הינו ערך שניתן ללמוד לא רק מהמשפט אלא גם מהתורה.

**הרצאה מס' 4 –** 20.11.11

**2. יושר בבית המשפט**

א. "לפנים משורת הדין": הגדרתו ושאלת הכפייה על דיני היושר

משפט הוא כוח ומכאן עולה השאלה: האם גם "לפנים משורת הדין" הינו בגדר כוח המאפשר לכפותו?

**לקט מקראות (מקור 16)**: התקופה היא לאחר יציאת מצרים ויתרו, חותן משה מגיע לבקרו. הוא רואה כי משה שופט את העם העולה אליו "לִדְרֹשׁ אֱלֹהִים", מבוקר ועד ערב. יתרו רואה את הדברים הללו ואומר למשה "לֹא טוֹב הַדָּבָר אֲשֶׁר אַתָּה עֹשֶׂה". במקום זאת הוא מציע לו להקים מערכת שיפוטית אשר תשפוט את העם, כאשר רק המקרים הקשים והמורכבים יובאו בפניו, אך הוא זה שיעביר להם את דבר האלוהים. "וְהִזְהַרְתָּה אֶתְהֶם אֶת הַחֻקִּים וְאֶת הַתּוֹרֹת וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם אֶת הַדֶּרֶךְ יֵלְכוּ בָהּ וְאֶת הַמַּעֲשֶׂה אֲשֶׁר יַעֲשׂוּן" – משה לא חייב לשמוע את החוקים ולהעבירם הלאה. הוא יכול לשמוע את התורות ולהעביר את הדרך הנכונה, בה יש לנהוג.

**דרשת חז"ל (מקור 17)**: חז"ל ייחסו משמעות לכל מילה בפסוק שצוין מעלה: "את הדרך" = ביקור חולים (דאגה לצרכי החולה), "ילכו" = קבורת מתים, "בה" = גמילות חסדים, "המעשה" = שורת הדין, "אשר יעשון" = לפנים משורת הדין.

אם כן, למדים אנו שרעיון ההליכה לפנים משורת הדין נלמד מתוך הפסוקים עצמם ("והודעת להם את הדרך ילכו בה" = תלמוד תורה, "ואת המעשה אשר יעשון" = מעשה הטוב) וכי משה צריך להוביל את העם גם בתחום זה.

נדמה כי ישנה מעין "תחרות" על הפסוק ממנו אנו יונקים את "לפנים משורת הדין" – "ועשית הישר והטוב" (רש"י, מקור 8) או "המעשה אשר יעשון".

**ספר מצוות קטן מצווה מ"ט (מקור 18)**: מונה את "לפנים משורת הדין" בתור אחת מתרי"ג מצוות. רבי יוחנן הסביר כי ירושלים חרבה משום שדנו בה דין אמת ולא עשו לפנים משורת הדין. האנשים התעקשו על הזכויות המשפטיות שלהם והדבר הביא לשנאת חינם ולפירוק המרקם החברתי. פרשנים ופוסקים הסיקו כי לפנים משורת הדין היא מצווה מדאורייתא שכן אם הסנקציה בגין אי-מילויה הביאה לחורבן, סימן שהיא אחד מדיני התורה.

דוגמאות להליכה לפנים משורת הדין

נראה מקרים המיישמים את ההליכה לפנים משורת הדין, אשר "מככב" בהם הפסוק "וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם אֶת הַדֶּרֶךְ יֵלְכוּ בָהּ וְאֶת הַמַּעֲשֶׂה אֲשֶׁר יַעֲשׂוּן" ולאחר מכן מקרים היונקים את הביסוס מפסוק אחר או שאינם מביאים פסוק כאסמכתא כלל:

1. **מקרה סבל העצים (מקור 19)**: רבי ישמעאל ברבי יוסי הלך ופגש בדרך איש שסחב ערימה של עצים ועצר כדי לנוח. יש מצווה בתורה לעזור לאדם לסחוב את מטענו. כיון ורבי ישמעאל ברבי יוסי לא רצה לסייע, שילם לסבל חצי זוז בעבור סחורתו והשאירה במקומה. כיוון ור"י בר"י לא לקח את הסחורה היא הפכה להפקר והסבל לקח אותה שוב. כעת הוא ביקש שוב פעם חצי זוז ורי"י בר"י נתן לו. ראה שהסבל שוב פעם עומד לבקש על הסחורה כסף, החליט שכעת הוא מפקיר את העצים לכולם מלבד לאותו סבל. הגמרא שואלת מדוע מלכתחילה שילם רבי ישמעאל ברבי יוסי לסבל כדי שיסחב במקומו את העצים והרי הוא קשיש שהכלל "וזקן ואינה לפי כבודו" היה אמור לספק לו פטור מלסייע לסבל. רבי יוחנן מסביר כי ר"י בר"י ראה לנכון לפעול לפנים משורת הדין בשל היותה חובה דתית / מצווה מדאורייתא, בהסתמך על הפסוק "והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון".
2. **מקרה עצת השולחני (מקור 20)**: אישה באה לשולחני (חלפן כספים) כדי לשמוע עצתו אם מטבע שהגיע לידה אמיתי או מזויף. השולחני קבע כי המטבע סחיר, אך למחרת היא חזרה אליו והסבירה שאמרו לה בשוק שהמטבע פסול ולא סחיר. המומחה החליט להחליף לאישה את המטבע, על חשבונו. באופן עקרוני, מומחה פטור מאחריות על עצה שנתן ("שולחני אומן פטור והדיוט חייב"), אך השולחני החליט לפצותה לפנים משורת הדין, כאשר האסמכתא המקראית זהה ("והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון").
3. **מקרי השבת אבידה (מקור 21):**א. רבא הלך אחרי רב נחמן בשוק הרצענים. שאל אותו: אם נמצא ארנק בשוק, מה דינו? ע"פ המשפט העברי, כאשר חפץ הולך לאיבוד במקום סואן, גם אם יש בו סימן ניתקת זכאות בעליו כלפי החפץ ולכן לא חלה חובה להחזיר את החפץ. בתשובה לשאלת רבא, עונה רב נחמן כי יש להחזיר את הארנק, גם אם אין סימן.

ב. רב יהודה הלך אחרי רבו שמואל בשוק הדגנים. שאל אותו: אם נמצא כאן ארנק, מה הדין? אמר לו רב שמואל שחובה להחזיר את הארנק (על אף שהזיקה האובייקטיבית התנתקה) וסיפר לו כי גם אביו שמצא חמורים במדבר החזיר אותם אחרי שנה שלמה, תוך שעשה זאת לפנים משורת הדין (אף שלא היה חייב). הגמרא מסבירה שרב שמואל הלך לפנים משורת הדין, אך היא אינה נותנת אסמכתא מקראית לתשובתו זו של שמואל, הן לגבי מקרה השבת הארנק והן לגבי השבת החמורים.

1. **מקרה סבלי היין (מקור 24)**: סבליו של רבה בר בר חנן שברו לו חבית של יין ובתגובה הוא נטל את מעיליהם כמשכון, עד שיחזירו לו את הכסף עבור החבית. הסבלים פנו לרב וזה אמר לרבה בר בר חנן להחזיר להם את המעילים. רבה שאל את רב בפליאה האם זה הדין ורב השיב לו בחיוב, תוך שהוא מביא את האסמכתא הבאה: "למען תלך בדרך טובים" (משלי). אחר כך אמרו הסבלים לרב: "עניים אנחנו, וטרחנו כל היום ואנחנו רעבים ואין לנו כלום" ורב הורה לרבה בר בר חנן לתת להם את שכרם. גם כעת שאל רבה אם זה הדין ונענה ע"י רב בחיוב, תוך שהוא מסביר: "אורחות צדיקים תשמור" (המשך הפסוק מספר משלי). רב בעצם גם פטר את הסבלים מהחוב על הנזק, גם דאג שיקבלו את שכרם, גם הסביר שכך הדין, תוך שהוא מביא אסמכתאות שאינן מהתורה וגם לא השתמש באסמכתא "לפנים משורת הדין". כאן גם המקום להזכיר כי התורה קובעת "ודל לא תהדר בריבו" (אין לפסוק לטובת העני רק משום שהוא עני).
שני דברים שונים מתקיימים במקרה זה:
2. מחייבים את רבה בר בר חנן לפעול לפנים משורת הדין.
3. הביסוס למעשה אינו מגיע מהתורה. בעוד הפסוק "והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון" לקוח מהתורה (ספר שמות), כאן הפסוק שניתן הינו מספר משלי ב' שהינו ספר תוכחה ונורמות מוסריות ולא ספר של נורמות משפטיות. לפיכך, בעוד החיוב חזק יותר, הפסוק עליו מתבססים "חלש" יותר.

רש"י מסביר כי "למען תלך בדרך טובים" זהה ל"לפנים משורת הדין" ומכאן ניתן להסיק כי אין להבחין בין כלל המקרים המפורטים מעלה. אך בעלי התוספות פירשו את המונח אחרת. "ומפרש הר"י מאורליינ"ש דלא שייך לפנים משורת הדין אלא בדבר שאחרים חייבין וזה פטור". במקרה של רבי ישמעאל ברבי יוסי וסבל העצים, במקרה של עצת השולחני ובמקרים של השבת האבידה, היה לאותם אנשים פטור וכל הדרישה מהם הייתה שלא להפעיל את הפטור לו היו זכאים ולהיות כמו כולם. לעומת זאת, במקרה של סבלי היין, כולם היו צריכים להיות פטורים מלשלם משכורת ורבה בר בר חנן נדרש לעשות דבר שכולם פטורים ממנו. לכן, ניתנים שני פסוקים שונים לביסוס הפעולה. "לפנים משורת הדין" מובא כאשר כולם חייבים ואתה פטור ו"אורחות צדיקים" כאשר כולם פטורים ואתה חייב. בנוסף, המחיר במקרה של "אורחות צדיקים" הינו הרבה יותר גבוה. בעוד במקרה של סבל העצים דובר על חצי זוז, במקרה של השולחני בדינר בודד ובמקרה של החמורים הם כלל לא היו של אביו של הרב שמואל, במקרה של סבלי היין מדובר במספר משכורות. האם יש להתחשב בכך?

**הרצאה מס' 5 –** 27.11.11

גישות שונות להליכה לפנים משורת הדין

* **רש"י**: דין או לפנים משורת הדין. אין קטגוריות נוספות.
* **רבינו יוסף**: "דלא שייך לפנים משורת הדין אלא בדבר שאחרים חייבין וזה פטור". במקרה של סבלי היין, כולם רשאים לתבוע על הנזקים שנגרמו להם ולכן יש צורך לגייס פסוק נוסף ומרחיב לכת כמו הפסוק ממשלי כדי ליצור את החובה.

גישות שונות של בעלי התוספות להליכה לפנים משורת הדין:

* **חבות משפטית** – מקרים בהם יש ללכת לפנים משורת הדין על פי הדין – פטורים (לדוגמא: זקן ואינה לפי כבודו), חסינות (לדוגמא: מומחה מוסמך) שמזכים באותם מקרים ספציפיים, אף על פי שעל פי החוק יש חבות ואותו אדם נדרש רק לוותר על הפטור או החסינות שלו (כפי שעשו רבי ישמעאל ברבי יוסי עם סבל העצים והשולחני עם האישה) ולהיות כמו כולם. לדוגמא: אומנם אתה זכאי לפטור כי אתה קשיש או אומנם אתה זכאי לפטור כי אתה מומחה, אבל תוותר על הפטור שלך ותנהג כפי שהיה נוהג אדם מן היישוב.
* **דרישה מוסרית נוספת** – כאשר הדרישה היא גבוהה יותר, כמו במצב שבו העיקרון המשפטי פועל לטובת אדם ובכל זאת הוא נדרש לפעול לפנים משורת הדין, יש צורך להזדקק לאסמכתא נוספת שאינה נובעת מהתורה כמו "למען תלך בדרך טובים" או "ואורחות צדיקים תשמור". במקרה של סבלי היין, העיקרון המשפטי פועל לטובת מעסיקם שיכול לתבוע אותם כמו כל אדם, אך הוא נדרש לוותר על זכותו ולפעול ברמת מוסריות גבוהה יותר. לא מדובר רק על ויתור על פטור והתנהגות כמו כל אדם רגיל, אלא ויתור על זכות משפטית והקרבה גדולה יותר, כמו מעסיק הסבלים שלא רק שלא תבע אותם אלא אף נדרש לשלם להם משכורתם, למרות שבמקרה רגיל מעסיק פטור מלשלם לעובדיו שלא עשו עבודתם.

מדרג המוסר: העובדה שהתלמוד מביא אסמכתאות שונות מצביעה על כך שגם כאשר מדברים על מוסריות, ישנן רמות שונות – יש מוסריות גדולה ויש מוסריות גדולה עוד יותר. בניגוד לרש"י המציב שתי אפשרויות: דין או לפנים משורת הדין, בעלי התוספות עומדים בעצם על כך שיש 4 מקרים שונים:

1. מקרים בהם הולכים לפי הדין.
2. מצבים בהם פועלים לפנים משורת הדין והתלמוד לא מביא אסמכתא (לדוגמא: מקרי השבת האבידה).
3. מקרים בהם פועלים לפנים משורת הדין והתלמוד מביא אסמכתא מהתורה "והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון" (לדוגמא: מקרה סבל העצים ומקרה השולחני).
4. מקרים בהם פועלים לפנים משורת הדין והתלמוד מביא אסמכתא נוספת של "למען תלך בדרך טובים" ו"אורחות צדיקים תשמור" (מקרה סבלי היין), כיוון ודרישת המוסריות גבוהה יותר.

מבחן עוצמת הנזק: בעלי התוספות מסכימים לרעיון שיש מדרגים שונים לרמות המוסר, אך לדידם המבחן איננו פורמאלי: האם יש לאדם פטור או אין לו פטור? השאלה הקובעת למעבר מדרגת מוסר אחת לאחרת היא מה היא עוצמת הנזק. אם כן, ההבחנה אינה פורמאלית ותלויה בעוצמת הנזק והפשיעה של אותו אדם שרוצים להיטיב לו והדבר יהיה תלוי בשיקול דעתו של הדיין.

3 גישות ליישוב הטקסטים:

1. **רש"י**: אין הבדל מושגי. יש או דין או לפנים משורת הדין ואין צורך בדיין כדי להבין היכן אנו נמצאים.
2. **בעלי התוספות**: רמות שונות לחבות מוסרית (ומכאן אסמכתאות שונות), כאשר המבחן הינו פורמאלי:
	* אם העיקרון המשפטי מחייב את האדם והוא רק נדרש לוותר על חסינות / פטור – מדובר ברמה בסיסית הקרובה למושג של חיוב.
	* אם העיקרון המשפטי פועל לטובת האדם והוא זכאי לא רק מכוח חיסיון / פטור – יש צורך באסמכתא נוספת.
3. **בעלי התוספות**: רמות שונות לחבות מוסרית, כאשר המבחן הינו מידת הנזק ומידת הפשיעה. כאשר מדובר במידות נמוכות, קל יותר לחייב את האדם ללכת לפנים משורת הדין, כיוון והסכום שאנו מבקשים ממנו להוציא מכיסו נמוך. את ההבחנה הזאת יכול לבצע רק דיין. יכול להיות שמדובר באדם דל ועני שעבורו הבגד הוא כל עולמו או מנהיג שפשע וממנו אנחנו מצפים לנורמות מוסריות גבוהות יותר ובשל מגוון המקרים האפשריים, דרושה הכרעה שיפוטית.

האם זה לגיטימי להתחשב בפער הסוציו אקונומי בתוך המושג של לפנים משורת הדין?

**שמות כ"ג, ג' (מקור 16)**: "ודל לא תהדר בריבו".

**רמב"ם, ספר המצוות (מקור 32)**: "והמצווה הרע"ז (277) היא שהזהיר הדיין מחמול על עני...ודל לא תהדר בריבו...ולשון ספרא שלא תאמר עני הוא זה והואיל ואני העשיר הזה חייבים לפרנסו אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות תלמוד לומר לא תשא פני דל".

האם בכלל המושג לפנים משורת הדין יוצר חובה משפטית או רק חובה מוסרית?

**תלמוד ירושלמי (מקור 25)**: לימד רבי נחמיה: אדם מסר קדריו לבן אדם וזה שבר אותם. נטל את גלימתו. בא אותו אדם אל רבי יוסי בר חנינה להתייעץ וזה אמר לו להגיד לאדם שנטל את גלימתו: "למען תלך בדרך טובים". אותו אדם החזיר לו את הגלימה. ואז הרב שואל את האדם: "תגיד, הוא גם שילם לך"? אומר לו לא. אמר לו הרב: תגיד לו: "וארחות צדיקים תשמור". הלך ואמר לו וזה נתן לו את שכרו. מפה אפשר ללמוד שמדובר בחובה מוסרית, אך לא חובה משפטית. רבי יוסי בר חנינה "עשה מצפון" לאותו אדם, אך לא חייב אותו מבחינה משפטית. אם אין מדובר בחובה משפטית, הדבר מייתר את השאלה אם יש להכניס שיקול סוציו אקונומי, כיוון וזה לא עובר דרך הדין.

**הרא"ש (מקור 26)**: "ואת המעשה" = הדין. "אשר יעשו" = לפנים משורת הדין. "ולאו דכייפינן ליה דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין" – ולא שאנו כופים לעשות לפנים משורת הדין. לפי הרא"ש, הרעיון של לפנים משורת הדין הוא רעיון מוסרי ולא משפטי. גם אם מדובר בחובה דתית (כמו ציצית), היא אינה יכולה להביא לידי הפעלת הוצאה לפועל לשם הוצאת כסף מאדם.

**הרב מרדכי (מקור 27)**: וכיוון שאנו רואים שהיו כופים אותך כך (במקרה של סבלי היין), גם אנו כופים לעשות לפנים משורת הדין אם היכולת בידם לעשות כן – הרב אומר שיש להכריח לעשות לפנים משורת הדין. מאיפה הוא הסיק על קיומה של חובה משפטית ולא רק מוסרית? לפי הרטוריקה של הוראת הדיין במקרה של סבלי היין כאשר הרב אומר שזה הדין ולפיכך מדובר בחובה משפטית.

אז מדוע הרב מרדכי מסייג את ההליכה לפנים משורת הדין? זאת משום שאם מחייבים לפעול לפנים משורת הדין כל שעושים בכך הוא להרחיב את הדין. לכן, כדי להבחין בין הדין להליכה לפנים משורת הדין, הרב מרדכי מבדיל בין חובה מוחלטת (הדין) לבין חובה שיש לה סייגים שיש להתחשב בהם (לפנים משורת הדין). חובה אוניברסאלית היא דין בעוד חובה התלויה בנסיבות ובשיקול דעת היא לפנים משורת הדין. מחד, ניתן לכפות אותה על אדם ומאידך, יש סייגים לתחולתה (לדוגמא: כאשר מדובר בעניים).

ההבחנה בין הרא"ש לרב מרדכי היא כי הרא"ש מבדיל בין חובה משפטית שהינה אכיפה לחובה מוסרית שאינה אכיפה, בעוד הרב מרדכי מבדיל בין הדין שהינו בגדר חובה מוחלטת לבין לפנים משורת הדין התלוי בשיקול דעת (אך בכל זאת "יש לו שיניים").

**חושן משפט (מקור 28)**: רבינו ירוחם בשם הרא"ש תמה על מה שכתב הרב מרדכי שאנו כופים לעשות לפנים משורת הדין. הוא גורס כי אין כופים לעשות לפנים משורת הדין ומציין כי לא מוזכרת כפייה במקרים המצוינים, אלא שרק נאמר כי כך הדין. רבינו ירוחם מסביר כי דין אינו משמעו כפייה ולכן אין "לתפור בגד שלם בגלל כפתור".

**שולחן ערוך (מקור 35)**: "ואין בית דין יכולים לכפוף להיכנס לפנים משורת הדין אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי (בשם רבינו ירוחם ובשם הרא"ש) ויש חולקים (הרב מרדכי)".

האם הקו המבחין בין המשפט והמוסר הוא שאלת החובה, הכפייה או שאלת הכלליות (האוניברסאליות)? לפי הגישה שאומרת שלא כופים לפנים משורת הדין השאלה היא שאלת הכפייה – כופים על דין ולא כופים על מוסר. לפי הגישה שיש לכפות את לפנים משורת הדין יש הקשרים שבהם כופים גם על מוסר, אבל השאלה איננה האם כופים או לא – אלא האם כופים על כולם או שכופים רק במקרים פרטיקולאריים.

**הרצאה מס' 6 –** 4.12.11

האם זה לגיטימי להתחשב בפער הסוציו אקונומי בתוך המושג של לפנים משורת הדין?

**רבי יואל סירקיס, בית חדש (מקור 29)**: אם רבה בר בר חנן לא היה חייב לשלם לסבלי היין לפנים משורת הדין, מדוע אמר לו רב שכך הדין? אם רב יהודה לא היה חייב להחזיר את הארנק שמצא בשוק, מדוע אמר לו רב שמואל שהוא חייב להחזיר? מדוע מתנסחים בשפה המשפטית הזאת? הרב מרדכי פסק כי כופים על אדם לפעול לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות שכן הוא עשיר וכן ראב"ן וראבי"ה פסקו שכופים על אדם להחזיר היכן שהמוצא הוא עשיר. אם כן, לפנים משורת הדין מוטל בהתאם ליכולת הכלכלית של אדם.

**שו"ת צמח צדק (ר' מנחם מנדל), תלמידו של רבי יואל סירקיס (מקור 30)**: אם אבדו ארנקים במקום שרוב גויים מצויים בו, אין חובה להחזירו גם אם ניתנו בהם סימנים. אבל מכל מקום, אם זה שמצא את הארנקים אינו עני צריך להחזיר את הארנקים עם המעות (הכסף שבתוך הארנק) לפנים משורת הדין. לפיכך, מספיק שהמוצא לא יהיה עני (אפילו אם הוא לא עשיר) כדי שנכפה עליו להחזיר את הארנק, לפנים משורת הדין.

מנחם מנדל עורך אבחנה בין צורות כפיה שונות: כפיה פיזית מול מימוש כספי (הורדת נכסים). הוא מסביר כי אומנם הרא"ש יצא כנגד כפייה, אך הוא בעצם התנגד לכפיה אלימה ולא לגביית כספים וגם אם לא התכוון להורדת נכסים, לבטח היה מסכים לסנקציה החברתית של נידוי. בכך, הוא מנסה לתת לגיטימציה לסוג מסוים של כפיה של לפנים משורת הדין, כך שתהיה מקובלת על דעת כל הרבנים, כולל אלו שהתבטאו כנגד כפית לפנים משורת הדין.

**שו"ת שבות יעקב (מקור 31)**: נידוי הוא גם סוג של כפיה והוא חמור אף יותר ממכות. דבריו מובנים בהתחשב בכך שנידוי חברתי מצער לפעמים הרבה יותר מהסבל הפיזי שנגרם ממכות.

לסיכום:

1. **הויכוח הראשון הוא האם מה שמאפיין את הדין הוא כלליות הדין או היותו כופה** – הגישה המגובשת ע"י פוסקי אשכנז (המרדכי, ראב"ן, צמח צדיק, בית חדש וכו') היא כי הקו התוחם בין המשפט למוסר הוא במידת היותו כללי (דין) לבין מידת התחשבותו בנסיבות ומיהות העומדים לדין, כמו עשיר או עני (לפנים משורת הדין). למולם, עומדת גישתם של הרא"ש ובית יוסף הטוענת כי קו הגבול בין המשפט למוסר עובר בין כללי ללא כללי ובין כפייה ללא כפיה. סימן ההיכר של המשפט, לדידם הוא היותו מחייב וכופה.
2. **הויכוח השני הוא בשאלה איזו סנקציה של כפיה יותר קשה ובאיזו סנקציה יש להשתמש לחיוב לפנים משורת הדין** – על פי מנחם מנדל, מעל הנידוי נמצאת גביית הכספים ומעל גביית הכספים נמצאת הכפייה הפיזית. הוא גם גורס כי הרא"ש אינו מסכים לכפיה פיזית, אך כן לגביית כספים או נידוי ולא רק ל"עשיית מצפון מוסרי" שהינו בגדר הסנקציה הקלה ביותר. עם זאת, בעוד מנחם מנדל סבור שנידוי יותר קל מענישה פיזית, שו"ת שבות יעקב גורס כי נידוי חמור יותר ממכות. לסיכום, המדרג על פי מנחם מנדל (צמח צדק) מהסנקציה הקלה לקשה: 1. מצפון מוסרי. 2. גביית כספים. 3. נידוי. 4. כפיה פיזית (מכות).

האם זה לגיטימי להתחשב בפער הסוציו אקונומי בתוך המושג של לפנים משורת הדין?

**הרמב"ם, ספר המצוות (מקור 32)**: לא תהדר דל בריבו ולא תשא פני דל, במשפט. אך איך גישה זו מתיישבת עם התומכים בהתחשבות במיהות העומדים לדין?

**רבי סעדיה גאון, ספר הפיקדון (מקור 33)**: כשהדיין, במקרה של סבלי היין אמר "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור" הוא לא התכוון לתת פסק דין, אלא רק לקבוע שכך קובעת החובה המוסרית. לא בכדי הוא הביא פסוק מספר משלי ולא פסוק מהתורה. רבי סעדיה גאון קובע שעל הדיין לפעול לפי הדין, בלי לגרוע ממנו, להוסיף לו או לעוות אותו. רבי סעדיה גאון בעצם נותן הצדקה לרב במקרה סבלי היין שנימק את החיוב המוסרי בציטוט שאינו מן התורה ובכך לא הוסיף לדין הקיים, אלא הפנה למקור אחר שיוצר חובה מוסרית (אך לא משפטית). דעתו של רבי סעדיה גאון קרובה אם כן לדעת התלמוד הירושלמי.

**הראי"ה קוק (מקור 34)**: אין כוונת הכתוב "ולא תהדר דל בריבו" לסלק לגמרי מידת הרחמים מהשפעת הדין, אלא שלא להרבות בשיעורה כך שתקלקל את מידת היושר של המשפט. במילים אחרות, מותר לדיין להכניס שיקולים של רחמים לתוך פסיקתו השיפוטית (ממש כשם שהמחוקק יכול להכניס שיקולי רחמים לחקיקה), אך יש לעשות זאת בפרופורציות הנכונות. אם כן, בעוד רבי סעדיה גאון קבע כי שיקולים כאלו יכולים להיכנס רק במסגרת המוסר, הראי"ה קוק מסביר כי שיקולים אלו יכולים להיכנס במסגרת הדין אך יש לעשות זאת בפרופורציות הנכונות. הוא מסביר כי קביעת הדיין במסגרת מקרה סבלי היין הייתה פסיקה מן הדין ולא פסיקה מוסרית בלבד. לדידו, מותר להכניס שיקולי התחשבות בעני ובמסכן במסגרת הפסיקה, רק לא להרבות בכך פן הדבר יקלקל את מידת היושר במשפט.

לסיכום: רבי סעדיה גאון עשה הבחנה בין הדיין לבין הדין. לדידו, לדיין מותר להגיד לאדם שיש לו חובה מוסרית מכיוון שבכך הוא ממשיך לשמור על קו הגבול בין הדין הטהור ללפנים משורת הדין. לעומתו, הראי"ה קוק מתיר לדיין להכניס לתוך הדין שיקולי רחמים, אך אסור לו לזנוח את הכלים המשפטיים וללכת רק לפי מידת הרחמים.

**תלמוד ירושלמי (מקור 23)**: רבי שמעון בן שטח היה סוחר בפשתן. הציעו לו תלמידיו למכור עבורו ולקנות לו חמור, כדי להקל את טרחתו. הלכו וקנו לו חמור שהיה לו תכשיט תלוי על אוזנו. שאל אותם אם הגוי שמכר להם את החמור ידע על התכשיט והם אמרו שלא. רצה להחזיר לו ואמרו לו תלמידיו: גם אם גזל גוי אסור, אבידתו מותרת. אמר להם: מה אתם חושבים שאני ברברי? מעדיף אני לשמוע "ברוך אלוהיהם של היהודים יותר מאשר כל שכר ורווח ממון שבעולם". וממי למד זאת? מהמעשה שסיפר רבי חנינא שזקנים לקחו ערימת חטים מאנשי צבא ומצאו בה צרור של דינרים והחזירו להם ושיבחו אותם ואנשי הצבא אמרו: "ברוך אלוהיהם של היהודים".

רבי אבא אושעיא איש טרייא, שהיה כובס מצא תכשיטים של המלכה שאיבדה אותם עת באה לרחוץ בנהר ובא והחזיר לה אותם. המלכה אמרה לו שהם שלו והוא השיב לה: יש לי טובים יותר ועשה זאת שכן בתורה כתוב להחזיר אבידה. המלכה השיבה: "ברוך אלוהיהם של היהודים".

רבי שמואל בן סוסרטיי עלה לרומא ומצא תכשיטים שאיבדה המלכה. כרוז יצא ואמר שמי שיחזיר את האבידה תוך 30 יום יקבל שכר ומי שיחזירם לאחר 30 יום ייערף ראשו. רבי שמואל החזיר אותם לאחר 30 יום. שאלה אותו המלכה מדוע לא החזיר את התכשיטים לפני תום 30 הימים, אם שמע את הכרוז, והוא ענה: "כדי שלא יאמרו שמיראתכם אני משיב, אלא מיראת הקב"ה". אמרה לו: "ברוך אלוהיהם של היהודים".

אם כן, אם החזרת אבידה לגוי תביא לקידוש השם – יש חובה מוסרית להחזיר את האבידה. יש בכך "צעידה" נוספת של "לפנים משורת הדין". אין מדובר רק בתיקון עוול פרטני, גילום ערכים מוסריים בסיסיים או עשיית צדק, אלא במצווה דתית.

ב. "לפנים משורת הדין": הגמשת סדרי הדין (1) – ידיעה אישית של השופט

מהם מקורות הידע של הדיין?

**"בת רב חסדא" (מקור 36)**: אישה אחת התחייבה שבועה (נתנה תצהיר) בבית דינו של רבא. אשתו של רבא (ביתו של רב חכם – רב חסדא) אמרה לרבא (הדיין): אני מכירה אותה שהיא חשודה להישבע לשקר. הפך רבא את השבועה על הצד שכנגד (הוא מעביר את נטל הבאת הראייה לצד השני – כעת הצד השני צריך לתת שבועה). מדובר פה במקרה שבו הדיין לא מוכן לקבל שבועה, רק כי אשתו אמרה לו שלא כדאי לו להאמין לאישה המעידה בבית הדין. זוהי בעצם התערבות בשיקול הדעת השיפוטי.

הערה: ההלכה מטילה לעיתים חובת שבועה בדין. כאשר אדם מבקש לטעון טענת הגנה כלשהי (לדוגמא: הוא שמר על צאן וכבש אחד נגנב אך לא הוא לקח אותו) ומבקש שיאמינו לו שלא הוא אשם, עליו להישבע. כך גם במקרה שאתה מבקש לגבות מאדם שחייב לך ובמקרים נוספים. השבועה מעידה על מי רובץ נטל הבאת הראיה. לשבועה יש מימד דתי והיא מרתיעה מפני דבר שקר.

ישבו רב פפא (אחד מגדולי האמוראים) ורב אדא לפני רבא. הביאו בפניו לדין שטר כדי לגבות בו. אמר לו רב פפא: אני מכיר את השטר הזה כשטר שנפרע. אמר לו: האם יש מישהו נוסף איתך כדי שתוכל להעיד בדבר? אמר לו: לא. אמר לו: למרות שאתה אומר נמצא כאן עד אחד אינו כלום. אמר לו רב אדא: ולא יהיה רב פפא כביתו של רב חסדא? (אם מה שאומרת בתו של רב חסדא מספיק, לא מספיק מה שאומר רב פפא, כדי להשפיע על שיקול הדעת?). אמר לו: ביתו של רב חסדא אני בקי בה, אדוני אינני בקי בו (אינני יכול לסמוך עליך כפי שאני סומך עליה מתוך היכרותי איתה). אמר לו רב פפא: עכשיו ש"בקי בו" הוא שיקול משמעותי – אוכל לקרוע שטר על פיו. שאלת הגמרא: היעלה על דעתך לקרוע שטר על פיו? אלא הכוונה היא להרע שטר על פיו.

הגמרא בעצם אומרת שגורמים מחוץ לאולם בית המשפט יכולים לחדור לתוך ההליך המשפטי. אך היא מסייגת זאת ואומרת שלא כל אחד יכול ולא לכל דבר ועניין. הדבר יכול לגרום לפקפוק באמינות של אדם / שטר, אך לא להביא לביטולו או פסיקה כנגדו.

**"שב מרגניתא" (מקור 37)**: אדם הפקיד שבעה פנינים בביתו של רבי מיאשה. כאשר נפטר רבי מיאשה הוא לא התיר צוואה. בא לפני רבי אמי אדם ואמר לו שהוא מכיר את רבי מיאשה ומדובר באדם שלא היה לו כסף בשביל להחזיק בפנינים. בנוסף, הוא ציין כי המפקיד נתן סימנים ועל אף שהמפקיד לא היה מבקר תכופות אצל רבי מיאשה, הרי שמישהו מטעמו הפקיד את הפנינים אצל רבי מיאשה והוא ראה את האירוע. בעצם מדובר במקרה בו החזירו את הפנינים למפקיד, על סמך עדויות שלא היינו מצפים שיהיו קבילות בבית משפט (ידיעה אישית של השופט שהנפטר היה עני, המסתמכת על עדות אישית שקיבל).

 **הרצאה מס' 7 –** 11.12.11

מסקנה מהאירועים של ביתו של רב חסדא ומקרה שבעת הפנינים: לדיין יש יכולת "לחתוך" את הכבלים שיוצרת הפרוצדורה, להגמיש את סדר הדין ולהשתמש בכלים שיעזרו לו להגיע לאמת במקרה הקונקרטי. דיני היושר מאפשרים זאת על מנת להגיע לצדק הספציפי.

**רמב"ם (מקור 38)**: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בליבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בוודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כי מה שיודע" – הרמב"ם בעצם מערער את דיני הראיות בתחום של דיני ממונות ומתיר לדיין לפסוק לפי נטיית ליבו וידיעתו. כל דיני הראיות הם "קו הגנה" שני. אם הדיין מרגיש בצורה חזקה מהי האמת – הוא יכול לפסוק בהתאם. רק אם הדיין לא יודע (מרגיש בליבו) מהי האמת – עליו להשתמש בדיני הראיות כתחליף לידיעתו. כאשר יש ידיעה ברורה, היושר מחייב שהפרוצדורה תהיה כפופה ליכולת להגיע לצדק הקונקרטי.

כיצד? "הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו...אפילו הייתה אישה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בליבו סומך עליו ודין, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד..." – הדיין רק הופך את נטל הבאת הראייה ולא משנה את כל פסיקתו, נוכח זה שהוא סומך על אומדן דעתו או על עדות שקיבל מחוץ לאולם בית המשפט.

**רמב"ם (מקור 39)**: "אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה, אפילו ראוהו העדים רודף אחר חברו והתרו בו והעלימו עיניהם או שנכנסו אחריו לחורבה ונכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסייף מנטף דם ביד ההורג הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו אין בית דין הורגין בעדות זו ועל זה וכיוצא בו נאמר ונקי וצדיק אל תהרוג" – משיקולים של מדיניות משפטית, התורה אוסרת הליכה אחר ליבו של הדיין בתחום של דיני נפשות. הסכנה היא כמובן ממדרון חלקלק, שיוביל למותם של חפים מפשע.

**הרמב"ם, ספר המצוות (מקור 40)**: "והמצווה הר"צ (מצווה 290) היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת (לא לפסוק לפי אומד דעת) החזק ואפילו היה קרוב אל האמת...ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאוד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאוד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאוד שאפשר שיהיה קרוב מן המחויב המציאות כגון זה שהמשלנו היינו חותכים הגדר במה שהוא רחוק מזה מעט ובמה שהוא יותר רחוק גם כן עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו. ולכן סגר יתעלה (ה') את הפתח הזה ואמר שלא ייחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים שהם ידעו בוודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאוד הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא (הדבר הכי גרוע שיקרה זה שנפטור מעונש את החוטא) וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד הנה פעמים נהרוג נקי יום (אם כן נתחשב בדמיון של השופט – יכול להיות מצב בו נביא להטלת עונש מוות על חף מפשע). ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד – הסברו זה של הרמב"ם נותן לנו להבין מדוע אסרה התורה לפסוק לפי אומד הדעת של הדיין בדיני נפשות, גם אם ההתחשבות בשיקולי אומד הדעת הוא גדול, בינוני או קטן. זאת משום שהתורה מעדיפה מצב שבו עבריין יזוכה מעונש בגלל הפרוצדורה מאשר מצב בו אדם שלא פשע יומת, על לא עוול בכפו. לכן, בהקשר של דיני נפשות, יש לפסוק רק לפי כללי הפרוצדורה ולא להגמיש את הפרוצדורה לטובת הצדק במקרה הפרטי. במקרה הזה, דווקא הליכה לפי כללי הפרוצדורה, תביא לצדק טוב יותר, בעוד הגמשת סדרי הדין לטובת הגעה לצדק במקרה הקונקרטי, עשויה להביא גם למקרים נוראיים שאין לאפשרם.

לסיכום:

* המקרים בהם דנו מהווים התמודדות של המשפט העברי עם כללי הראיות הנוקשים של סדר הדין וזאת במטרה לאפשר הגעה לצדק הקונקרטי.
* הרמב"ם נותן הצהרה גורפת לפיה בתחום דיני הממונות אם לדיין יש שכנוע מלא, הוא יכול לפסוק לפי אומדן דעתו ("מה שחזק בליבו") ואז דיני הראיות הופכים ל"קו הגנה שני", אשר נעשה בו שימוש רק כשהדיין לא יודע את האמת. לפי דעתו, לב העניין והצדק הקונקרטי יותר חשובים מהפרוצדורה.
* הרמב"ם מתאר את ההקשחה של דיני הראיות בדיני נפשות אשר נועדה להגן דווקא על המקרה החריג והפרטי. לפי הקשחה זו, על הדיין לפסוק רק לפי הפרוצדורה, כדי שלא להביא להרשעת חף מפשע.
* ייתכן והקייסים אינם מספיק תומכים בהצהרה הגלובלית של הרמב"ם וזאת משום שהמקרים מדברים על שינוי נטל הראיה ולא בהכרח מהווים אמירה גורפת שניתן לאפשר לוותר באופן כללי על כל דיני הראיות במשפט העברי, במקרה שהדיין משוכנע באמת.

**סנהדרין (מקור 41)**: "שמעתי (קיבלתי במסורת) שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה...כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאו לבית דין וסקלוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאו לבין דין והלקוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך" – קבעו גזר דין מוות על מי שחילל שבת או על מי שמקיים יחסי מין בפרהסיה וזאת על אף שהתורה לא חייבה בכך. עונש המוות במקרים אלו נובע מחריגה מעקרונות משפטיים של התורה והתאמתם למקרים הפרטיים, כדי לשמור על אופייה של החברה וערכיה ומתוך צורך שהשעה מכתיבה.

**רמב"ם סנהדרין (מקור 42)**: "יש לבית דין (יכולת) להלקות מי שאינו מחויב מלקות ולהרוג מי שאינו מחויב מיתה...(כדי) לעשות סייג לתורה".

אם כן, הגמשת הכללים והפרוצדורה לטובת המקרה הפרטי, פועלת לא רק לטובת הנידון לדין, אלא גם לרעתו. רבי יצחק עראמה אומר שגם זה כלול בדיני היושר, כי יש חריגה מהצדק הכולל לטובת המקרה הקונקרטי – בין אם זה לטובת הצד למשפט או לרעתו ("כדין ושלא כדין לצורך השעה").

ג. "לפנים משורת הדין": הגמשת סדרי הדין (2) – חששותיו של הדיין – "דין מרומה"

**שבועות (מקור 43)**: "מנין לדיין שלא יעשה סניגרון לדבריו תלמוד לומר: 'מדבר שקר תרחק' (שמות, כ"ג). ומנין לדיין שלא ישב תלמיד בור לפניו (אשר יוכל לשבש את פסיקתו)...מנין לדיין שיודע לחברו שהוא גזלן וכן עד שיודע בחברו שהוא גזלן..." – על הדיין להגיע לתוכן הנכון ולהשתמש בכללים. לצד לדין אסור לצרף עד שיעיד לטובתו אשר אינו בקיא בפרטים, גם אם דבריו דברי אמת, כי אז הפרוצדורה שקרית. לפעמים דווקא פגיעה בפרוצדורה נתפסת כשקר, כי תפקידה של הפרוצדורה הוא להגיע למסקנות בדרכים הנכונות. יש הבלטה של הרעיון שחייבים להגיע לאמת גם בדרך הנכונה ואין להגיע לאמת בדרך שקרית, הסוטה מהפרוצדורה ומדיני הראיות. מדובר בעצם בניסיון "לרמות" את דיני הפרוצדורה, כשהכוונה לכאורה תמימה – אך הדבר אסור, כי לאמת יש להגיע בדרך הנכונה והישרה.

**סנהדרין (מקור 44)**: "בצדק תשפוט עמיתך". כיצד? "כאן בדין מרומה כאן בדין שאין מרומה" – יש להבחין בין דין מרומה לדין שאינו מרומה. כשהכל "חלק" – מספיק להכריע לפי הצדק. כשמשהו "מריח לא טוב" – והדיין פועל לפי כללי הראיות – זה לא צדק. יש להשתמש בראיה נוקבת יותר, שקולעת לצדק האמיתי, שאינו מסתמך על צדק פרוצדוראלי. בדין מרומה, אי אפשר להסתמך על הפרוצדורה.

**רמב"ם סנהדרין (מקור 45)**: "ומנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצווארי העדים, תלמוד לומר מדברי שקר תרחק" – להסתמך על הפרוצדורה וכללי הראיות, גם כשיודעים שזה יוביל לתוצאה לא נכונה – זה שקר. "כיצד יעשה – ידרוש בו ויחקור הרבה בדרישה ובחקירה של דיני נפשות" (בדיני נפשות, דרישות החקירה גבוהות יותר, בשל התוצאות האפשריות הקשות של המשפט). אם הדיין מריח "דין מרומה" – עליו לחקור חקירה יותר עמוקה. "אם נראה לו לפי דעתו (שאין בו רמאות חותך את הדין על פי העדות אבל אם היה ליבו נוקפו) שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אף על פי שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל עורמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותו הדין אלא יסלק עצמו מדין זה ודיננו מי שליבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב הכתוב אומר כי המשפט לאלוהים הוא" – יש פה חריגה מדיני הראיות הכוללים, לפיה אם ליבו של הדיין לא מאמין לעדות כלשהי, גם אחרי שחקר חקירה עמוקה, אל לו לפסוק בדין לפי הפרוצדורה. עליו לפרוש מהדין ולהעבירו לדיין שיוכל לפסוק בלב מלא.

**רא"ש סנהדרין (מקור 46)**: "כשהתובע טוען ברמאות אז יסתלק הדיין ולא ישמע טענותיו. וכאן מדובר שהנתבע טוען ברמאות אין יכול הדיין להסתלק שלא ישתכר הרמאי ברמאותו אלא ידרוש ויחקור יפה לבטל רמאותו" – אם התובע (המבקש להוציא כספים מהנתבע) רמאי – עיכוב הדין (נוכח שינוי הרכב הדיינים שוב ושוב) אינו נורא. אך אם הנתבע רמאי והמשפט מתארך – הדבר גורם לעוול כבד לתובע שאינו זוכה לממון המגיע לו. לפיכך, אם הדיין חושב שהנתבע רמאי, הוא אינו יכול להעביר את הקייס לשיפוטו של דיין אחר ועליו לחקור עוד ועוד עד שיגיע למצב בו ליבו שלם עליו והוא יכול להכריע במקרה. זאת בעוד אם הדיין חושב שהתובע רמאי – הוא יכול להסתלק מהדין ולהעבירו לדיין אחר. יש פה בעצם חוסר סימטריה בין תובע לנתבע.

**הרצאה מס' 8 –** 18.12.11

ד. "לפנים משורת הדין": הגמשת סדרי הדין (3) – "מרי בר איסק" – בעל הדין האלים

**בבא מציעא (מקור 47)**: הגיע אדם למרי בר איסק, טען שהוא אחיו ודרש חלק בירושת אבותם. השיב לו מרי בר איסק: "אינני מכיר אותך". בא האדם לדין לפני רב חסדא ורב חסדא אמר לו: יכול להיות שאח שלא גדל עם אחיו לא יכיר את אחיו כיוון וחלפו שנים רבות והוא השתנה (כפי שאחיו של יוסף לא הכירו אותו, כיוון וגידל זקן ברבות השנים). תביא עדים שאתה אחיו (עליך נטל הראיה). האח אמר לרב חסדא: יש לי עדים, אבל הם מפחדים להעיד כי מדובר באדם אלים. אמר רב חסדא למרי בר איסק: תביא עדים שזה לא אחיך. רב חסדא בעצם הפך את נטל הבאת הראיה (יש לשים לב שמדובר בהעברת נטל הראיות מצד לצד ולא בהעברת נטל השכנוע). בתגובה שאל מרי בר איסק: "כך הדין? (הרי) המוציא מחברו – עליו הראיה". אמר לו רב חסדא: "כך אני דן לך ולכל האלימים שכמותך". ענה לו מרי בר איסק: (אם העדים מפחדים ממני), אזי גם כשיבואו להעיד (אם אני אהיה זה שיביא אותם, הם) ישתקו ולא יעידו (כי הם מפחדים ממני). השיב לו רב חסדא: שתי רעות לא יעשו.

אפשרויות להתמודדות עם המצב בו עדים מפחדים להעיד נוכח קיומו של בעל דין אלים:

1. הפיכת נטל הבאת הראיות – לדוגמא במקרה זה: על מרי בר איסק להביא את העדים.
2. הפיכת נטל השכנוע – לדוגמא במקרה זה: על מרי בר איסק לשכנע שהאדם שהגיע אינו אחיו (אפשרות קיצונית יותר).

חשוב להבין כי קיים הבדל משמעותי בין שתי האפשרויות. במידה ורק נטל הבאת הראיה עובר, אם מרי בר איסק יצליח להביא את העדים של התובע אך העדים לא יצליחו לשכנע את השופט שהתובע הינו אחיו של מרי בר איסק – התובע יפסיד. אך אם נטל השכנוע עובר והשופט לא משתכנע מהעדויות – מרי בר איסק יפסיד.

**רש"י**: על מרי בר איסק להביא עדים שיעידו שהאדם התובע איננו אחיו – בין אם יהיו אלו אותם עדים שיש לתובע ובין אם עדים אחרים. רש"י אינו חושש שהעדים ישתקו מיראתו של מרי בר איסק, שכן שתי רעות (גם לשתוק וגם לא להעיד אמת) הם לא יעשו. רש"י מתכוון בעצם שהוא מעביר את נטל השכנוע למרי בר איסק ואם העדים ישתקו או לא יעידו – מרי בר איסק יפסיד במשפט.

**תוספות (מקור 48)**: אז מה, מעתה כל אדם אלים יצטרך להביא עדים שאין התובע אחיו? לא. המקרה של מרי בר איסק שונה שכן אמר אותו אדם שיש לו עדים אך יראים הם מלהעיד. במילים אחרות, התובע מציין שמם של עדים שמפחדים להעיד וכל מה שעובר לנתבע הוא נטל הבאת הראיה (הוא זה שנדרש להביא את אותם עדים). בעלי התוספות מבקשים להבהיר בעצם כי הפיכת נטל השכנוע אינה לגיטימית, אך הפיכת נטל הבאת הראיות כן הגיונית. הם חוששים מהפיכת נטל השכנוע שכן לדידם תהיה בכך פגיעה קשה מדי בעשירים האלימים, אך מסכימים להעברת נטל הבאת הראיות. אז מרי ברי איסק אמר לו: שעכשיו גם יעידו שקר מיראתו ויאמרו שאינו אחיו או שיאמרו שאינם יודעים, למרות שהם יודעים. רב חסדא תירץ: שתי רעות העדים לא יעשו: גם לשתוק מלהעיד וגם שישקרו ויאמרו שאינם יודעים או שיגידו שאינך אחיו.

**חידושי הרשב"א (מקור 49)**: על הדין להיות שכאשר אדם טוען שהוא אחיו של אחר, הוא יידרש להביא את אותם העדים שאמר שיש לו ולא שהאדם האלים יצטרך להביא עדים (אחרים) שזה לא אחיו (והרי כתוב "לך הבא אותם" ולא "לך הבא עדים"). אחרת, כל אחד יוכל לטעון נגד אדם אלים והוא יצטרך להביא ראיה ואם לא ימצא תמיד יפסיד. הרשב"א מביא בחשבון בפסיקתו שיקולים של מדיניות משפטית (שאם כן לא השארת חיים לכל האנשים האלימים). עם זאת, הרשב"א מסביר כי פירושו זה שמדבר על העברת נטל הראיה לא נמצא בפירושו של רש"י (שכן רש"י טען שיש להעביר את נטל השכנוע).

**רמב"ם (מקור 50)**: אם בית הדין יודע שהנתבע אלים והתובע טוען שיש לו עדים שמפחדים להעיד כנגד הנתבע, על בית הדין לכפות את הנתבע להביא בעצמו עדים וכן כיוצא בזאת. הרמב"ם טוען כי במקרה של בעל דין אלים, על בית הדין להעביר את נטל הבאת הראיה.

**רבי יוסף קארו, כסף משנה (מקור 51)**: התוספות כתבו שמדובר במקרה זה על אדם שהעדים שלו אמרו שהם מפחדים מהנתבע שכן הוא אלים ולכן הדיין אמר לנתבע להביא עדים שיעידו שהתובע אינו בן אביו. אז ענה התובע לדיין: אם העדים פוחדים ממני, אז גם עכשיו כשאביא אותם הם יעידו שקר – שאיני אחיו או שאין הם יודעים. ענה לו הדיין: שתי רעות (גם לשתוק מלהעיד וגם להגיד שאין אתה אחיו) לא יעשו.

אם העדים יגידו "אין אנו יודעים" – מרי בר איסק יהיה פטור, שאם לא כן, לא השארת חיים לכל אדם. אחרת, אם אדם יגיד על חברו שהוא אלים והחבר האלים לא יצליח להביא עדים – הוא יפסיד.

אבל מדברי רש"י ניתן להבין כי גם אם עדיו של מרי בר איסק היו אומרים שאינם יודעים, היה חייב להביא אותם. שכן, גם אם הם טוענים שאינם יודעים כי הם מפחדים ממנו, כאשר יגיעו לדין לא יעידו שקר פעם שנייה ("מיראתך יעשו אחת שישתקו אבל שתים לא יעשו לא דיין שישתקו ולא יעידו האמת אלא גם שיעידו שקר"). לכן, מרי בר איסק לא היה פטור עד שהעידו העדים כדבריו. רבי יוסף קארו מסביר כי על פי רש"י כאשר אדם טוען על חברו שהוא אלים ועדיו מפחדים להעיד, יש לדרוש מהאדם האלים להביא עדים שיעידו כדבריו כדי שיצא זכאי.

רבי יוסף קארו מסביר כי אומנם התוספות הקשו ואמרו שאם נפעל לפי פסיקת רש"י לא יישארו חיים האלימים (והנטל שיוטל עליהם יהיה כבד מאוד), אך אין הדבר מסור לטענת בעל הדין לבד ולבית הדין יש שיקול דעת לקבוע האם מדובר באדם אלים שלגיטימי שהעדים של התובע יפחדו ממנו או שלא. יתרה מכך, כיוון שאלימים הם עשויים הם להפסיד כל אשר להם, ובאופן זה דנים אותם עד שישובו בתשובה ויהיו כשאר האדם ואז ידונו אותם כשאר האנשים.

במילים אחרות, רבי יוסף קארו טוען גם כי בית הדין יכול להעביר את נטל השכנוע אל כתפיו של הנתבע האלים וזאת כי האופציה להעביר את נטל השכנוע תוכל לשמש ככלי שיפוטי שיאפשר לחנך את האנשים האלימים ולהרתיע אותם, במידה ובית המשפט יחליט שהם אכן אלימים, על מנת שיחזרו לדרך הישר.

לסיכום: התובע טען כי הוא אחיו של מרי בר איסק וביקש לקבל חלק מירושת אבותם. הוא הסביר כי יש לו עדים, אך הם מפחדים להעיד כנגד מרי בר איסק כיוון והוא אלים. רב חסדא הסכים להעביר את הנטל ליד הנתבע והשאלה היא האם מדובר בהעברת נטל הראיה או השכנוע:

1. בעלי התוספות, הרשב"א והרמב"ם טענו שלבית הדין יש סמכות להפוך את נטל הבאת הראיה כך שהנתבע יצטרך להביא את העדים שהתובע הצביע עליהם. זאת לשם מימוש עקרונות הצדק והיושר ועזרה לתובע שמתקשה להוכיח את גרסתו. לדידם, יש להסתפק בהפיכת נטל הבאת הראיה וזאת משיקולי צדק כלפי האדם האלים – למנוע מצב בו תובעים אותו ללא בסיס והנטל המוטל עליו כבד מנשוא (הם חוששים מהעברת נטל השכנוע שתהווה פגיעה קשה מדי בעשירים האלימים). כיוון ומדובר רק בהפיכת נטל הבאת הראיה, אם העדים יגיעו אך ישתקו – התובע יפסיד.
2. רש"י ועוד יותר רבי יוסף קארו טוענים שלבית הדין יש סמכות להעביר את נטל השכנוע. הם גורסים כי על הנתבע האלים להביא עדים כלשהם ואם העדים ישתקו – הנתבע האלים יפסיד. הרציונאל של רש"י הוא שאין סיכוי שהעדים יעשו שתי רעות (גם ישתקו וגם יעידו שקר) ולפיכך ברגע שהעדים יגיעו למשפט ברור שיעידו אמת. הרציונאל של רבי יוסף קארו הוא שיקול חברתי כללי (החזרת האלימים לדרך הישר). אולי במקרה הקונקרטי – חקר האמת והצדק עשוי להיפגע, אך בהיבט הכולל – כדי לשפר את הסדר החברתי ולהביא לצודק כולל – יש לשנות את "כללי המשחק".

ה. אמת לאמיתו

**מכילתא דרבי ישמעאל יתרו (מקור 52)**: נאמר על משה שישב לשפוט את העם, ממחרת יום הכיפורים, מהבוקר ועד הערב. אף שדיינים דנים רק עד זמן סעודה. אך הכתוב ביקש להראות שמי שמוציא דין אמת לאמיתו, כאילו היה שותף לקב"ה במעשה בראשית. לפיכך, נכתב "מן הבוקר עד הערב" כפי שבמעשה בראשית נכתב "ויהי ערב ויהי בוקר". כאשר יוצר משהו חדש – צריך יצירתיות. אי אפשר להיצמד לכללים, באופן מוחלט. אין להסתפק באמת הפרוצדוראלית ויש להגיע לאמת התכליתית.

**סנהדרין (מקור 53)**: יש הבדל בין דין מרומה לדין לא מרומה. לפעמים הדבר הנכון להגיע אליו היא פשרה. לדוגמא: שתי ספינות עוברות בנהר ונפגשו זו בזו. אם שתיהן עוברות ביחד – שתיהן טובעות. אם שתיהן עוברות אחת אחרי השנייה – שתיהן עוברות. לכן, צריך לקבוע מי נכנס קודם. אין באמת למישהו זכות קדימה, אבל צריך לקבוע כללים כדי שיהיה ברור מי רשאי לעשות קודם. לא מדובר בצדק אמיתי, אלא בעקרונות שנועדו ליצור סדר (כפי שיש כללי תנועה, שמקנים זכות קדימה, שלא על פי צדק, אלא רק בשביל הסדר).

**שו"ת הרשב"א, חלק א (מקור 54)**: הגיע שטר לפני בית דין וידעו כי השטר מזויף והעדים החתומים עליו הם עדי שקר. בית הדין סמך על ידיעתו וקרע השטר. אין הכוונה שקרעו פיזית את השטר, אלא שלא קיבלו אותו.

אם בית הדין ידוע, מוחזק בכשרות, ירא שמים וחשוב – יש לו זכות לקרוע שטר, כהוראת שעה. אד הוק, למקרה הקונקרטי הזה. כי זה דין אמת לאמיתו. זהו מעשה מרי בר איסק, כפי שרב חסדא הפך את הדין לפי שעה כדי להוציא את הדין לאמיתו. אולי בעצם זה אומר שבמקרה של מרי בר איסק, הרשב"א התכוון שאפשר להפוך את נטל השכנוע. עם זאת, על בית הדין לא להרבות לפעול בצורה זו ולדרוש ולחקור היטב לפני שיקרע שטרות.

האירוע הזה של בעל הדין האלים מצטרף למקרים שראינו עד עכשיו שבהם שינו כללים בתוך בית הדין פנימה. לפי התשובה של הרשב"א ולפי העדות שהביא בשם רבו הרמב"ן – לבית הדין הסמכות לשנות נטלי שכנוע ולקרוע שטרות (כמובן שלאחר סייגים: אחרי שבדקת, שבית הדין ירא שמיים וכו'). לא צריך להיות "עבד" של הפרוצדורה. על אף האמור במקור 36, מותר לבית הדין לא ללכת בצמוד לפרוצדורה (ואף לקרוע שטר) כאשר הוא משוכנע שהעדות היא שקר וזאת כאשר השעה מחייבת וכאשר רוצים להגיע לאמת לאמיתו. אומנם אין לכך מקור תלמודי שמאשר זאת, אך הרשב"א מסביר כי במציאות רבו עשה כך ("ושמעתי כי מעשה היה בפני מורנו הרב רבינו משה בר' נחמן ז"ל וקרעו בידיו"). הוא רק דואג לסייג זאת על ידי כמה סייגים לפני שעושים זאת ("והכל לפי הבדיקות ולפי כוונת שמיים וירא אלוהים"). בעצם הרשב"א אומר שהמציאות החיה (מה שהרב שלו עשה) יותר חזקה ממה שקיים במקורות התלמודיים.

**שו"ת הרשב"א, חלק ב (מקור 55)**: אל לו לדיין לומר: איני חותך אלא מתוך העדים והראיה ו(מקרה) מרי בר איסק יוכיח. יש לחתוך לפי האמת, לפי האמת לאמיתו. אמת וצדק חורגים מהפרוצדורה וגוברים עליה.

**שו"ת רדב"ז (מקור 56)**: גם מביא את מקרה מרי בר איסק. כמו שבמרי בר איסק הטלנו עליו להביא את העדים, אפשר היה להגיד לו שלא יביא את העדים, ושהשני יביא את העדים והוא יחכה בחוץ בזמן שהם מעידים. אם משנים את הכללים אפשר לשנות את הפרוצדורה בצורה מזערית.

**יצחק אברבנאל (מקור 59)**: יכול להיות מצב שבו התובע תובע דין אמת ואין לו ראיה או שפרע תוך זמן המיועד לו אך אין לו ראיה ואז עשוי להיגרם לו עוול. שפיטה בהתאם לכללים אומנם תשרת את המשפט הכולל אך תגרום לעוול באמת הפרטית. לכן, אם השופטים משוכנעים לעניין מסוים שלפי צורך השעה והמקום יש לפסוק בשונה מהכללים המוגבלים, עליהם להעלות את המקרה לסנהדרין, אשר הקב"ה נתן בידם הרשות והיכולת לשנות את הכללים ולפסוק לפי שנראה בעיניהם באותו עניין ספציפי. אף על פי שיפעלו לפנים משורת הדין, אין בכך כדי לסור מהדרך הנכונה. החוכמה האלוהית כוללת את כל חלקי האנשים וכל פרטי מעשיהם.

**הרצאה מס' 9 –** 1.1.12

ו. מידת סדום

רעיון מידת הסדום נכנס לתוך מערכת המשפט הישראלית, במקומות שונים. אולי כיוון וניתן לשייכו לעקרונות החירות, הצדק והיושר שנקבעו בחקיקה כרלוונטיים לשימוש במקרה של לקונה.

**לקט מקראות (מקור 60)**:

* בראשית יג, ח'-יד – אברהם מבקש מלוט שלא תהיה מריבה ביניהם ובין רועי הצאן שלהם, ע"י כך שכל אחד מהם ילך לאיזור שונה ("אִם הַשְּׂמֹאל וְאֵימִנָה וְאִם הַיָּמִין וְאַשְׂמְאִילָה"). בכל אחד מהאיזורים האלו של הארץ, יש מטובה של הארץ כולל ים, הרים, חוף וכו'. אך לוט אינו מסכים לחלוקה של צפון ודרום ומבקש שהחלוקה תהיה מזרח ומערב, כך שהוא יקבל את כל בקעת הירדן. בחירה לא שוויונית זו של לוט מתאימה לפסוק האחרון: "וְאַנְשֵׁי סְדֹם רָעִים וְחַטָּאִים לַה' מְאֹד".
* בראשית יט, א-טו – באים שני שליחים בערב לסדום ולוט אשר יושב בשער העיר סדום מציע לארח אותם יפה, אך הם אומרים שילונו ברחוב. הוא מפציר בהם והם מסכימים לבוא לביתו והוא עורך להם משתה. באים לפתע כל אנשי סדום, שואלים את לוט מי אלו ומבקשים ממנו להוציאם לפניו כדי שיכירו אותם. לוט מסרב ואינו רוצה שיעשו להם רע. לפיכך, הוא סוגר עליהם את הדלת. במקום, הוא מציע להם את שתי בנותיו. אך, אנשי העיר סירבו, פרצו את הדלת ואנסו את האורחים.
* יחזקאל טז, מד-נ – הנביא יחזקאל מנבא רעות לממלכת יהודה, ערב החורבן. יש כאן יניקה מהתרבות הכנענית שרווחה בארץ כנען לפני כניסת בני ישראל. הנביא מאשים את ממלכת יהודה על כך שספגה את התרבות של הממלכות הפושעות השכנות – שומרון וסדום – שגם אותן החריב אלוהים. החטא של סדום אינו רק אונס קבוצתי, אלא יחס רע באופן כללי לזר, לעני ולאביון וזאת למרות הטוב, השפע והעושר שהיה לסדום ("הִנֵּה זֶה הָיָה עֲוֹן סְדֹם אֲחוֹתֵךְ גָּאוֹן שִׂבְעַת לֶחֶם וְשַׁלְוַת הַשְׁקֵט הָיָה לָהּ וְלִבְנוֹתֶיהָ וְיַד עָנִי וְאֶבְיוֹן לֹא הֶחֱזִיקָה").

**משנה (מקור 62)**: ארבע מידות באדם:

* אדם האומר: שלי שלי ושלך שלך – זו מידה בינונית. לא רשעי ולא נחמד. הכרה בזכויות הקניין של כל אחד. אך יש אומרים ש"זו מידת סדום". חברה שבה מתייחסים בנוקשות והחלטיות לזכויות ולחובות משפטיות, תוך היעדר התייחסות לצרכי הזולת ומידת רחמים, סופה להירקב מבפנים.
* אדם האומר: שלי שלך ושלך שלי עם הארץ – אם אדם לא מכבד את זכות הקניין של אחר, הוא בעצם משפיל אותו.
* אדם האומר: שלי שלך ושלך שלך – חסיד.
* אדם האומר: שלי שלי ושלך שלי – רשע.

**סנהדרין (מקור 61)**: אנשי סדום אין להם חלק לעולם הבא כי רעים וחטאים לה' מאוד. מדובר ברשע מובנה גם ביחסים בין אדם לחברו וגם ביחסים בין אדם לאלוהים שאנשי העיר מבצעים. בספר איוב יש רמיזות לכך שסדום היא עיר מלאת עושר ושפע וכדי לחסום מזרים ליהנות מהשפע הזה ולהחסיר מהם, הם כמו "נועלים" את העיר ואת הלב ביחסם הרע לזרים המבקרים בעיר. התלמוד מוסיף על הסיפור הזה שחיתות משפטית נוספת. התלמוד מתאר את דרשן ציפורי המבקר את תושבי העיר על פריצת כספות, כאשר באותו היום הם פורצים מאות כספות. בכך הוא מנסה להשליך את המקרה כאילו הוא מתאים גם לתיאור המציאות החברתית המכוערת בסדום. התלמוד גם מתאר כי ארבעה דיינים היו בסדום ואלו שמותיהם: "שקרן", "שקרורי", "זייפני" ו"מטה הדין". הם היו מעוותים את הדין ופוסקים באופן נורא. לדוגמא: 1. כשאישה הפילה, הם הציעו לעבר אותה בחזרה. 2. כשאדם היה תולש את אוזן חמורו של חברו, היו אומרים לנפגע לתת את החמור לפוגע עד שהאוזן תצמח בחזרה.

סיכום מאפייני סדום:

1. **אנשים רעים ואלימים** (לדוגמא: אונס קבוצתי של אורחי לוט, שוד ופריצות כספות).
2. **חוקיות המאפשרות לבצע פעולות הנוגדות את המוסר** (תקנות בדוגמת "הרצחת וגם ירשת", בדומה לפסיקות הדיינים בסדום. לדוגמא: א. מי שעובר במעבורת ישלם ארבעה, ומי שעבר ברגליו ישלם כפול. ב. אדם שנחבל ע"י חברו, ישלם לחובל דמי הקזת הדם).
3. "שלי שלי ושלך שלך". **ההתעקשות על התיחום לפי זכויות משפטיות** יכולה להיות חיובית ("מידה בינונית" המאזנת בין החסיד לרשע), אך יכולה להיות גם שלילית ("ויש אומרים זו מידת סדום"). מצד אחד, אי אפשר לקיים חברה בלי זכויות, אך מצד שני יש הקשרים שבהם התעקשות על זכויות יכולה להניב תוצאות שליליות. לכן, כנראה לעיתים מדובר במידה בינונית ולעיתים במידת סדום.

**בבא בתרא (מקור 63)**:

* מעשה באדם שרכש אדמה על גבול נחלת אביו. כאשר חילקו את הנחלה (בהגרלה בין האחים), ביקש האדם לקבל את החלקה הסמוכה לשדה שלו. השאלה היא האם מדובר בבקשה או שמדובר בדרישה שיכולה לקבל עיגון משפטי. רבה אמר: זהו מקרה שכופים על האחים, כדי לשלול את מידת סדום. במילים אחרות, ניתן להשתמש בכפייה משפטית על האחים כדי להימנע מלהיות כאנשי סדום. רב יוסף התנגד: האחים יכולים לומר שאותה חלקה שמבקש האח היא אדמה יקרה יותר. ההלכה כרב יוסף.
* במקרה של שני שדות על גדות שתי תעלות השקיה, לפי רבה: כאן כופים על מידת סדום. רב יוסף מתנגד ואומר: עדיין יכול להיות שהאחת מתייבשת והאחרת לא. לכן, אי אפשר לתת אישור לכפייה על מידת סדום, באופן אוטומטי ויש לבדוק כל מקרה לגופו.
* במקרה של שתי שדות על תעלה אחת (כשלא יכול להיות מקרה של הבדל בין החלקות), אמר רבי יוסף: זה מקרה בו כופים על מידת סדום. לפיכך, אם מנטרלים את העניין של חלקה יקרה יותר או שווה יותר מהאחרות, נדמה שיש כאן היתר משפטי מצד הרבנים, כדי להימנע מלנהוג כמידת סדום. במילים אחרות, כאשר אין פגיעה באדם אחר, אין שום סיבה שלא להיטיב עם אדם אחר.

**רמב"ם (מקור 69)**: אחים או שותפים באו לחלוק שדה וליטול כל אחד את חלקו – והיו החלקות שוות ואין שום מקום טוב ושום מקום רע. במקרה כזה, אם אחד מבקש חלק מסוים כי הוא סמוך יותר לשדה שלו וכך שני השדות שלו יהיו כחלקה משותפת אחת, יש לכפות זאת, כדי להימנע מלנהוג לפי מידת סדום.

אבל אם היה חלק אחד טוב יותר או קרוב לנהר או קרב לדרך ומבחינה כלכלית הוא יותר שווה, אם יבקש אחד האחים / השותפים את החלק הספציפי שנחשב לטוב יותר – לא יכפו את מידת סדום. "אין שומעין לו אלא נוטל בגורל" (לפי הגרלה). אין לדרוש מאדם לוותר על טענותיו (שהחלקה שהאח מבקש היא יותר שווה וזה לא הוגן לתת לו אותה) רק כדי שלא יהיה רשע. אך אם האח / השותף יבקש לקבל את החלק הספציפי שנחשב לפחות טוב, כדי שהחלקות שלו יהיו רצופות – הרמב"ם טוען שיש לשמוע לו ("הורו מקצת הגאונים ששומעין לו, ולזה דעתי נוטה"). זאת משום שבכך אין שום פגיעה בצד השני. הוא אפילו מרוויח מכך ולכן לא אמורה להיות לו שום סיבה להתנגד לדרישת האח / השותף.

ארץ מרובעת שניתן לחלק את חלקות השדה, כך שלכל אחד יהיה מן הנהר, ואחד אומר תנו לי חצי ספציפי – "כללו של דבר כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חברו הפסד כלל כופין אותו לעשות". במילים אחרות, אם אח / שותף מבקש חלק בשדה והדבר אינו גורם לאח / השותף השני לקבל שטח פחות טוב – יש לכפות את ההסדר הזה, כי אין בכך הפסד לאח / השותף השני.

**רמב"ם (מקור 64)**: היה לאדם טחנת קמח והוא השכיר אותה לאחר, אשר במקום לשלם לו את השכירות, הוא מספק לו טחינת קמח במידה מסוימת. כעת אותו אדם מתעשר, הוא רוכש טחנת קמח לעצמו ואינו נדרש עוד לשירותי הטחינה מחברו השוכר. אם

אין לשוכר לקוחות אחרים – זה בסדר שהוא לא ישלם שכירות, כי הוא מרוויח רק מהאדם המשכיר לו את הטחנה. אך אם יש לו לקוחות אחרים והוא נהנה מהטחנה, ניתן לתבוע ממנו שינוי של ההסכם החוזי כך שמעתה הוא יתחיל לשלם כסף עבור השימוש בטחנת הקמח, אחרת זו תהיה מידת סדום. במילים אחרות, התעקשות על המשך קיום חוזה, לפי נסיבות לא צודקות, רק משום שכך כתוב בחוזה – זוהי מידת סדום. המשפט העברי בעצם מאשר לשופט לשנות את תנאי החוזה, כך שלא תיווצר מידת סדום.

בין הפרשנים התעורר ויכוח קל האם לצורך דחיית הכפייה על מידת סדום נדרשת סיבה אובייקטיבית או סובייקטיבית:

**רש"י (מקור 66)**: סיבה אפשרית להתנגדות האחים היא כי כאשר קיימת עמימות האם יש חלקה אחת שטובה יותר מהאחרות ("פעמים שזו מתברכת משאר השדות").

**רבינו תם**: גם התעקשות סובייקטיבית (לדוגמא: "לנו החלקה הזאת נראית טובה יותר") מספיקה כדי שלא תהיה כפיה משפטית.

לסיכום:

ראינו את הסיפור הנוראי של ניסיון לאונס קבוצתי של האורחים. ראינו את שלושת האפיונים של סדום: שחיתות כללית, שחיתות בתוך מערכת המשפט והתעקשות על התא האינדיבידואלי בתוך החברה כגורם שהתנ"ך (בספר יחזקאל) והמשפט העברי מבקר אותו. אם יש חשש שאדם נגוע בהשחתה של מידת סדום – כופים על מידת סדום. היה ויכוח בתלמוד בין רבה לרבי יוסף איזה מצב נחשב כמידת סדום, כרוע של אדם כלפי חבריו, כאשר הוא אינו מוכן לתת לו את שהוא מבקש. כאשר ניתן להצביע על הבדלים באיכויות הרכוש – אין מדובר במידת סדום. כך גם קיים התלבטות האם מספיק להצביע על הבדל סובייקטיבי (רבינו תם) או שיש לדרוש הבדל אובייקטיבי (רש"י) בין החלקות. אך אם מנטרלים את כל ההבדלים, ואדם מתעקש סתם – למרות שיש לו זכות לדבר הזה, ההלכה קובעת שהתעקשות על הזכות בנסיבות האלו דומה להתעקשות של אנשי סדום הנועלים את הדלת בפני הזולת – ולכן יש לכפות על מידת סדום (הרמב"ם). הרעיון של מידת סדום אינו נכון רק במקרים של קניין, אלא גם במקרים של חוזים. כאשר החוזה יוצר מערכת מעוותת ונוצר עיוות עת תנאי החוזה כבר אינם משקפים את המציאות, ההלכה מאפשרת לדיין לפתוח את החוזה, לשנות את התניות ולמנוע מצב של מידת סדום (מקור 64).

**הרצאה מס' 10 –** 8.1.12

ז. זה נהנה וזה לא חסר

המשנה מדברת על מצב שבו בהמה אכלה ברשות רבים. במצב כזה, לא ניתן לבוא בטענות לבעל הבהמה והוא פטור. עם זאת, אם בגלל הארוחה שאכלה הבהמה נחסך לבעליה הצורך לספק ארוחה לבהמה שלו – הוא נדרש לשלם לבעלי החצר.

**בבא קמא (מקור 70)**: רב חסדא מספר לרמי בר חמא על שאלה יפה שנשאלה בבית המדרש: אדם שגר בחצר חברו, כאשר חברו לא ידע על כך, האם הוא צריך לתת לו שכר על כך או לא? ניתן להקביל את המקרה לימינו, עת אנשים פולשים לדירות רפאים, שאיש לא גר בהן, אף שהן שייכות לאדם ספציפי.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **החצר עומדת להשכרה?** | **האדם מחפש שכירות?** | **הכלל** | **תשלום** |
| החצר לא להשכרה  | האדם לא מחפש שכירות | זה לא נהנה וזה לא חסר | לא |
| החצר להשכרה | האדם מחפש שכירות  | זה נהנה וזה חסר  | כן |
| החצר לא להשכרה | האדם מחפש שכירות  | זה נהנה וזה לא חסר | לא |

הגמרא מבחינה בין מצב בו האדם הפולש נהנה מהדירה מבחינה כספית, בכך שהוא חוסך לעצמו תשלום שכר דירה לבין אדם שיש לו איפה לגור והיה יכול לישון במקום אחר. רק במצב בו הפולש חסך כסף – הוא עשוי להידרש לשלם. הגמרא גם מסתכלת בצורה שונה על מצב בו בעל החצר מעמיד את הדירה לשכירות לבין מצב בו הוא אינו מחפש שוכרים. רק אם בעל החצר מחפש להשכיר את הדירה – במקרה שפולש לן בדירה, הוא בעצם גרם לו נזק. לפיכך, הגמרא קובעת כי במצב בו הפולש מחפש שכירות והחצר עומדת להשכרה, עת גם נגרם נזק לבעלי החצר וגם הפולש נהנה מכך (זה נהנה וזה חסר) – על הפולש לשלם על הלינה אצל חברו. אם החצר אינה עומדת להשכרה – בעל החצר אינו חסר ואם הפולש אינו מחפש שכירות – הוא אינו נהנה.

מצב בו "זה נהנה (האדם מחפש שכירות) וזה לא חסר" (החצר לא עומדת להשכרה) מזכיר לנו את העיקרון של "כופין על מידת סדום". לפיכך, הדבר המתבקש הוא שיתקיים "דו-שיח" בין שתי הסוגיות. לפי העיקרון התלמודי של מידת סדום, מכריחים אדם לוותר על זכויות ממוניות / קנייניות (לדוגמא במקרה של חלוקת ירושה) כדי למנוע התנהגות כמו אנשי סדום ועמורה (ע"י שימוש לרעה בזכות משפטית). אז למה לפי העיקרון של זה נהנה וזה אינו חסר, בעל החצר אינו מוותר על זכותו? למה אין התאמה בין שני העקרונות הללו?

תוספות בבא קמא: בחצר שעומדת להשכרה ואדם שאינו עשוי לשכור, אפשר היה לומר שפטור הוא כיוון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד לחברו. עם זאת, צריכה להיות הבחנה מושגית בין שני מצבים: 1. מצב בו יש דיון לפני מעשה (אדם יכול לוותר על הזכות המשפטית לקבל חלק מסוים בירושה מראש). 2. מצב בו הדיון הוא לאחר מעשה (אדם נדרש לוותר על התשלום, אחרי שכבר גרו אצלו בדירה). לפי העיקרון של כופים לפי מידת סדום, מחייבים אדם מראש שהאופן בו תחולק זכות הקניין שלו תהיה שונה בעוד לפי העיקרון של זה נהנה וזה אינו חסר, הפגיעה כבר נעשתה ומדובר בפגיעה בזכות קניינית שהיא חמורה יותר מרק חלוקת משאבים בצורה שונה. בעצם, כיוון והפגיעה נעשתה כבר – מן הראוי שהאדם ישלם על הנאתו, וזאת בשונה מכופין על מידת סדום אז הפגיעה עוד טרם נעשתה.

בעלי התוספות מניחים מראש כי מותר לאדם לא לאפשר לכל אדם ללון בביתו. זוהי הגנה על זכותו הקניינית, שמותרת ולגיטימית, גם אם לא תהיה בכך פגיעה בזכותו לפרטיות של האדם או כל גרימה של הוצאה כספית.

הגהות אשר"י: בעל החצר יכול למנוע מהאדם הפולש מלהיכנס לביתו, אף על פי שאינו מפסיד מכך ואין בזה משום מידת סדום. אבל אם הפולש כבר דר בחצר, אין לגבות ממנו כסף. לסיכום, בעל חצר יכול למנוע מאדם מללון בביתו, גם אם אינו מפסיד מכך, אך אם האדם כבר דר בחצר, לא הוגן לבקש ממנו כעת שכר דירה והוא יהיה פטור.

סיכום:

* **מצב א'**: עיקרון "כופין על מידת סדום" עוסק במצב של חלוקת משאבים. מותר לחייב אדם לחלוקת משאבים בצורה שונה, כדי לתת לאדם לקבל נחלה הקרובה לנחלתו, כאשר אין טענה לכך שאחד הצדדים מרוויח מכך.
* **מצב ג'**: אדם רשאי למנוע כניסה לביתו גם אם לא יפסיד דבר מכך ולא יהיה בכך מידת סדום.
* **מצב ב'**: עיקרון "זה נהנה וזה לא חסר" – אם אדם דר כבר בחצר של אדם אחר שלא עמדה להשכרה ומבלי ידיעתו, הוא יהיה פטור מתשלום שכ"ד. זאת משום שבעל החצר לא נפגע מכך.

ספר חסידים (מרגליות) – לקט הוראות מוסריות משפטיות של חוג חסידי אשכנז:

* אם אדם דר בחצר חברו, מבלי שחברו יודע על כך, ומדובר בבית גדול עם חדרים ריקים שאינם מושכרים – זה נהנה וזה אינו חסר.
* אם מקבל איש עני וטוב לדור בהם – לא ייתכן שייקח ממנו שכר שכן אין הדייר מזיק ואין בעל החצר חסר. מדובר במצב בו בעל הדירה מקבל מראש את הדירה ולא בפלישה. עם זאת, נאמר "לא ייתכן" ומכאן ניתן להסיק שמדובר בהוראה מוסרית ולא בהוראה משפטית. זוהי דרישה מוסרית גבוהה מאוד של אותו חוג חסידים. כך לדוגמא שבט יהודה קיבל את שבט שמעון (שהיה חסר נחלה) לשבת בעריהם ולא קיבל על כך כסף מבני שבט שמעון.

ספר חסידים (ויסטינצקי): אדם אחד שאל חכם מה לעשות אם פלוני מבקש ממנו להכניסו בביתו. שאל אותו החכם: יש לך חדרים שאינך צריך? ענה לו: כן. אמר החכם: אם הוא אינו הגון – אינך חייב להכניסו ("לא את הכל תביא בביתך") ואם הוא הגון ("עוסק בתורה כל היום ואינו רע עין") – טוב תעשה אם תקבל אותו וכיוון ואין לך צורך להתאמץ בשביל לארחו ("לא תרבה עצים ולא שום דבר") – אין צורך לקבל ממנו שכירות. הוא נהנה ואתה אינך חסר. חוג חסידי אשכנז הרחיקו כאן בעצם לכת וקבעו כי אומנם מותר לא להכניס אדם לבית וכן ניתן לגבות ממנו שכר דירה, אך אם האדם הגון ואין בכך בגדר גרימת השקעה עבור בעל הדירה – מן הראוי להכניס את האדם ולא לקחת ממנו שכר. עם זאת, יש לשים לב כי מדובר במעין הדרכה אישית מחכמים, שאינה בגדר הוראה משפטית.

ספר אור זרוע (הושפע מחוג חסידי אשכנז): יש אומרים שכופים על בעל חצר לתת לאדם לדור בביתו. הוא מרחיק לכת עוד יותר ואינו מתיר לאדם למנוע מאדם אחר להיכנס לביתו. בכך הוא מרחיב לא רק את המושג "זה נהנה וזה אינו חסר" אלא גם את מושג הבסיס של מידת סדום. אם הדירה אינה עומדת להשכרה ומישהו מבקש ללון בה – אתה חייב לתת לו ללון בה.

בעוד עד כה הבחנו בין המושג של "מידת סדום" המתייחס למצב של לפני מעשה ובין המושג "זה נהנה וזה אינו חסר" שמתייחס למצב של לאחר מעשה, ספר אור זרוע מטשטש בין המושגים "מידת סדום" ו"זה נהנה וזה אינו חסר".

לסיכום:

* בעלי התוספות ביקשו להבחין בין המושג "מידת סדום" למושג "זה נהנה וזה אינו חסר". "מידת סדום" לא עסקה בפגיעה בזכות, אלא בדרך חלוקת זכות, בעוד "זה נהנה וזה אינו חוסר" עסק בסוגיה של זכות שנפגעה ובשאלה האם ניתן לאחר מעשה לדרוש שכר ראוי.
* בעלי התוספות עצרו שם וקבעו כי לא ניתן לדרוש מראש מאדם לוותר על זכות קניינית שלו. המצב של זה נהנה וזה אינו חסר מתייחס רק למצב שבו הפגיעה כבר נעשתה.
* חסידי אשכנז התקדמו הלאה ואמרו כי מבחינה מוסרית ניתן לבקש מאדם לוותר על זכות הקניין שלו, על ידי כך שיכניס אדם לביתו ולא יקבל על כך כסף.
* ספר אור זרוע טען כי את הצעד הנוסף הזה ניתן לגבות גם מבחינה משפטית. כאשר זה נהנה וזה אינו חסר – ניתן לוותר מראש על זכות הקניין. ניתן לכפות על אדם לקבל דייר אליו הביתה, מבלי שיקבל תשלום (במידה ולא נגרם לו נזק מכך).

**רש"י (מקור 66)**: על מידת סדום – זה נהנה וזה לא חסר. רש"י בעצם אינו מצליח למצוא מילים אחרות מאשר לתאר את עיקרון מידת סדום באמצעות העיקרון זה נהנה וזה לא חסר.

**רמב"ם (מקור 69)**: כאשר הרמב"ם מבקש לסכם את עניין "כופין על מידת סדום" הוא פוסק כי "כללו של דבר כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חברו הפסד כלל כופין אותו לעשות. במילים אחרות, כאשר זה נהנה וזה אינו חסר – כופין על אדם לעשות (כופין על מידת סדום).

כפי שרש"י לא השכיל לעשות את ההבחנה בין "ללכת בדרך טובים" ולפנים "משורת הדין", כן הרמב"ם אינו מצליח להבדיל בין "כופין על מידת סדום" ל"זה נהנה וזה אינו חסר". רש"י בעצם מסרב להבחנה שמבצעים בעלי התוספות.

לסיכום:

* גישה פרשנית אחת (בעלי התוספות) אומרת שמדובר בשני מושגים נפרדים, הנמצאים ברמות היררכיות שונות, כאשר דרישת "זה נהנה וזה אינו חסר" היא דרישה מוסרית גבוהה יותר מ"כופין על מידת סדום".
* גישה מושגית אחרת (אור זרוע, רש"י, הרמב"ם) מטשטשת את הגבולות בין שתי הקטגוריות האלו ומסבירה את האחת באמצעות השנייה.

**חוק עשיית עושר ולא במשפט (מקור 71)**: 1. חובת ההשבה – "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה" – אם אדם נהנה, הוא חייב לשלם. 2. פטור מהשבה – "בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת השבה, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחיסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – המחוקק הישראלי התיר לבית המשפט שיקול דעת לזכות נהנה מתשלום, אם המזכה לא חסר. בית המשפט יכול לבדוק את הנסיבות. כך לדוגמא ניתן לבחון האם מדובר בפולש סדרתי או בפולש עני שעשה זאת פעם אחת. המחוקק בעצים התיר לשופט "לתפור" את דיני היושר לפי הצדק המקומי ולא קבע לו כללים קבועים ומוגדרים מראש, שיכולים למנוע הגעה לצדק הפרטי. ייתכן וגם אור זרוע, רש"י והרמב"ם ביקשו לטשטש את ההבחנה בין הסוגיות, כדי לאפשר את שקילת הנסיבות (כפי שעשה המחוקק).

אם כן, בעוד כופין על מידת סדום הוא חובה, זה נהנה וזה לא חסר הוא דבר הנתון לקביעה ע"פ הנסיבות.

**הרצאה מס' 11 –** 15.1.12

**4. יושר בחקיקה**

עד כה ראינו מימד של פרשנות ופשרה בה נוקט בית הדין כדי להגיע ליושר וצדק במקרים קונקרטיים ובמטרה להתאים את הדין הכללי למקרה הספציפי. כעת נעסוק במקרים בהם המחוקק קובע שעל פי העקרונות המשפטיים המוחלטים ולפי עקרונות החברה, יש לפעול על פי מידות של יושר. במקרים בהם נעסוק, היושר נכנס לתוך החקיקה ומוביל לסטייה מעקרונות המשפט "הרגילים", לשם קביעת מידת דין ראויה חדשה. הדבר יכול אולי להזכיר את דיני היושר של ה-Equity באנגליה. היושר הופך במצבים שכאלו לנוקשה וקבוע ולא לגמיש, וולונטרי ומשתנה. אנו ניגע בעיקר בדינים הנוגעים לתחום המסחרי.

1. יושר בעולם המסחר – עני המהפך בחררה

**קידושין (מקור 80)**: הלך רבין חסידא לקדש אישה לבנו (הוא היה אמור לקדש מישהי כאישה לבנו, ללא נוכחותו) ובמקום לקדשה לבנו, קידשה עבור עצמו. אמרה הגמרא: כאשר השולח לא פועל על פי צו השליחות, מה שעשה תקף משפטית, אבל מדובר במנהג רמאות. האבא היה לפחות אמור להודיע על כך לבנו ומשלא עשה זאת, הוא מעל באמון בנו.

הדבר דומה למקרה בו אדם נתן כסף לאחר כדי שיקנה עבורו קרקע מסוימת ולבסוף אותו אדם רכש אותה עבור עצמו. את הנעשה אי אפשר להשיב ("מה שעשה עשוי"), אך מדובר במעשה רמאות ("נהג בו מנהג רמאות").

את הפגם המוסרי ניתן לנטרל בשתי דרכים:

1. שהשליח ישתחרר מהשליחות ויודיע שלא יעמוד בה.
2. כאשר זה שעושים עימו את העסקה (לדוגמא: האישה המקודשת, מוכר הקרקע) לא מוכן לבצע את העסקה עם השולח. במקרה כזה, השליח עדיין נדרש להודיע על כך לשולח, אך אם אין לו אפשרות (לדוגמא: עשוי לפספס את העסקה) הוא פטור מלהודיעו.

רב גידל בחן קרקע לרכישה והנה פתאום הלך רבי אבא ורכש אותה. רב גידל קבל עליו אצל רבי זירא ורבי זירא העלה זאת בפני רבי יצחק הנפח. כאשר רבי אבא עלה לרגל, מצא אותו רבי יצחק הנפח ושאל אותו: עני מהפך בחררה (מחפש שאריות מעוגה שנאפתה על גחלים) ובא אחר ונוטל אותה ממנו, מה דינו? ענה לו רבי אבא: "נקרא רשע". שאל אותו רבי יצחק הנפח: אז מדוע עשית כך? ענה לו רבי אבא: לא ידעתי שהוא בחן את הקרקע הנ"ל. ניתן מכך להבין שאם היה יודע, לא היה עושה זאת. אמר לו רבי יצחק: אז עכשיו תחזיר לו (תמכור לו) את הקרקע. אמר רבי אבא: זה לא מביא מזל טוב למכור את הרכש הראשון שלי. במקום זאת, אני מוכן לתת לו את הקרקע כמתנה. אך הנה רב גידל לא הסכים לקבל את הקרקע כמתנה מהסיבה של "שונא מתנות יחיה" ורבי אבא לא הסכים ליהנות מהקרקע, כדי לא לפגוע ברבי גידל וכך יצא ששניהם לא ירדו לנכס והוא הפך להיות "קרקע הרבנים".

המושג "עני המהפך בחררה" משתרע לא רק על התחום החברתי, כי אם גם על התחום העסקי והוא מבקש לשלול "חטיפת עסקאות" (לדוגמא: מצב בו בעל עוסק "גונב" מחברו לקוח פוטנציאלי). על אף שהביטוי כולל את המילה "עני", הוא אינו מתייחס רק למקרים בהם צד אחד מגיע מרקע סוציו-אקונומי נמוך.

**רש"י (מקור 81)**: עני המהפך בחררה – מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית. עיקרון "עני המהפך בחררה" צריך לחול במקרים של "זכייה מן ההפקר" – אדם המוצא מציאה ואחר "חוטף" לו אותה.

**תוספות (מקור 82)**: רבינו תם מסביר כי האיסור המוסרי ליטול מאותו "עני שמהפך בחררה" לא שייך אלא דווקא כשרוצה העני להרוויח בשכירות או כשרוצה הוא לקנות דבר וחברו מקדים אותו. הדבר דומה למקרה של רב גידל ורבי אבא, עת רב גידל טרח לגבי עסקה ורבי אבא הקדים אותו וביצע את העסקה במקומו. רבי אבא היה יכול ללכת ולהשתכר (לבצע עסקה) במקום אחר. אך אם החררה הייתה של הפקר, לא היה קיים עיקרון "עני שמהפך בחררה" שכן אם לא היה זוכה בה, לא היה מוצא אחרת.

רבינו תם סותר את דעתו של רש"י וקובע כי העיקרון "עני המהפך בחררה" לא שייך למקרים של "זכייה מן ההפקר" אלא במקרים בתחום המסחרי. בתחום החברתי, מציאה שאדם מצא היא חד-פעמית ואינה ניתנת למציאה במקום אחר. אדם שיש לו הזדמנות חד-פעמית הוא "עני" מול אותה ההזדמנות. אם לא יזכה בה – לא ימצא אחרת. לכן, במקרים כאלו התחרות צריכה להיות חופשית ואין להפעיל את עיקרון "עני המהפך בחררה". אך בתחום המסחרי, אם אדם לא יממש הזדמנות עסקית אחת מול לקוח ספציפי הוא יוכל לממש את ההזדמנות מול לקוחות אחרים ולכן ניתן להחיל את עיקרון "עני המהפך בחררה".

הרב רבי יצחק אומר שאסור למלמד (מורה פרטי) להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו, כל זמן שהמלמד שבביתו ייאלץ בגלל זה ללכת ולהשתכר במקום אחר. אבל אם שכר בעל הבית מלמד אחד, יכול בעל בית אחר לשכור את אותו מלמד עצמו. בעל הבית הראשון לא יוכל לומר לבעל הבית השני ללכת ולשכור מלמד אחר, כי אם לאותו בעל בית חשוב שאותו מלמד ילמד את בנו, כי הוא מלמד טוב, אז הדרישה לגיטימית.

התוספות בעצם מבקשים להאיר את עינינו שדרישת "עני מהפך בחררה" איננה סימטרית. בעוד נאסר על מלמד לפתות את בעל הבית לזרוק מלמד אחר כדי שהוא יעבוד במקומו, בעל בית זכאי להתחרות על ליבו של מלמד מיומן, כדי שילמד את בנו ולא את בנו של בעל בית אחר. האופציה הראשונה דומה לתחום המסחרי. המלמד יכול להשתכר אצל בעל בית אחר ולכן עיקרון "עני מהפך בחררה" חל כאן כדי למנוע פגם מוסרי. דבר זה דומה לעיקרון "זה נהנה וזה אינו חסר". לעומת זאת, באופציה השנייה יש חשיבות עבור בעל הבית שמלמד ספציפי הוא שילמד את בנו שכן מיומנותם של מלמדים שונים אינה זהה. לכן, במקרה זה יש לו זכות להתחרות על ליבו.

2. יושר בעולם המסחר – היורד לאומנות חברו

**סנהדרין (מקור 83)**: דרש רב אחא ברבי חנינא מה זה שכתוב בספר יחזקאל, פרק י"ח: "ואת אשת רעהו לא טמא". הכוונה היא לא ירד לאומנות חברו. אם אדם פותח עסק (לדוגמא: פיצרייה) ומצליח, אל תפתח בדיוק לידו את אותו עסק כדי לגרוף רווחים בעצמך ובכך תגזול ממנו רווח.

**בבא בתרא (מקור 84)**: אדם מעמיד אבני ריחיים (לטחינת קמח) והנה בא אחר ומעמיד לידו ריחיים אחרות. בעל אבני הריחיים הראשון יכול לבקש צו עיכוב כנגדו בטענה שהוא פוגע ברווחיו. התמיכה לכך היא ש"מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלוא ריצת הדג...עד פרסה". במילים אחרות, אם דייג פרש רשת לידך, אל תפרוש את רשתך לידו.

רבי הונא (כמו רבי יהודה) אומר כי אסור לחנווני לחזר אחר ילדים באמצעות אגוזים, כדי למשוך אותם לקנות אצלו ולא אצל חנווני אחר. לעומתו, החכמים מתירים זאת וקובעים: אם החנווני האחד מחלק אגוזים – יכול רעהו לחלק שסקים. מדובר בתחרות לגיטימית על ליבו של הקונה. עם זאת, גם החכמים מודים, כי כאשר יש כבר לבעל עסק מאגר לקוחות קבוע (כמו במקרה של בעל אבני הריחיים), הקמת עסק מתחרה לידו אינה לגיטימית ויכול בעל העסק הראשון לטעון שבעל העסק השני מקצר את מחייתו. נעשית פה הבחנה בין מקרה בו בעל עסק "גונב" לאחר מאגר לקוחות קיים (לדוגמא: סנדלר שכונתי שבא סנדלר חדש ומקים עסק לידו) אז יש להחיל את עיקרון "היורד לאומנות חברו", לבין מצב בו בעלי העסק מתחרים על קהל לקוחות משתנה (לדוגמא: בעל דוכן פירות בשוק, שבא בעל דוכן פירות חדש ומקים עסק לידו) ואז לא יחול עיקרון "היורד לאומנות חברו".

כעת, רב אחר ששמו רב הונא בנו של רבינו יהושע מקשה ושואל: בן מבואה (מרכז מסחרי) יכול לעכב הקמתו של עסק של בן מבואה אחרת, אך אם מדובר בבן אותה המבואה, שמשלם מיסים, מדוע שיהיו לראשון זכויות יתר? אם כן, בעוד רב הונא גורס כי ניתן להוציא צו מניעה בכל מקרה של תחרות, רבינו יהושע טוען כי יש לבחון מיהו הפוגע. אם הוא זר – יחול עיקרון "היורד לאומנות חברו" וניתן יהיה להטיל כנגדו צו עיכוב. אם הוא בן המקום – לא ניתן יהיה לעכב הקמת עסקו המתחרה. השאלה שנותרת ללא תשובה היא מה קורה כאשר העסק המתחרה מוקם ע"י בן מבואה אחרת. שאלה זו עומדת ללא הכרעה.

בעצם, אחרי שרב הונא פוסק שבן מבוי יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן אותו מבוי, רב הונא בנו של רבי יהושע פוסק כי:

* בן עיר יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן עיר אחרת, אלא אם בן העיר האחרת משלם מיסים.
* בן מבוי אינו יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן אותו מבוי.

לגבי השאלה האם בן מבוי יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן מבוי אחר – לא ניתנה תשובה.

ניתן להבין כי רבי הונא בנו של רבי שמואל סותר את גירסתו של רב הונא ואומר כי בן מבוי אינו יכול לעכב עסק מתחרה של בן אותו מבוי. הטלת צו עיכוב על בן עיר אחרת היא לגיטימית לפי בנו של רבי יהושע (אם אותו אדם לא משלם מיסים), אבל צו עיכוב לבן אותו מבוי אינה מותרת.

**שולחן ערוך (מקור 86)**: "היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהייתה שם מרחץ או חנות או רחים (ריחיים לטחינת קמח) ובא חברו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו: אתה פוסק חיי. ואפילו היה מבני מבוי אחר, אינם יכולים למונעו, שהרי יש ביניהם אותה אומנות".

שולחן ערוך קובע כי בן מבואה אינו יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן מבואה אחרת. השולחן הבין שמדובר בשתי עמדות חלוקות ופסק להלכה לפי רב הונא בנו של רבי יהושע כי אם בן מבוי מלין על בן אותו מבוי הוא לא יכול לעכב. בנוסף הוא קובע כי גם אם בן מבוי מלין על בן מבוי אחר הוא לא יכול לעכב את הקמת עסקו. זה שאדם זר למבוי, לא אומר שאסור לו להקים עסק מתחרה. אין סיבה לפגוע בפרנסה שלו. עם זאת, הוא קובע כי אם בן עיר אחרת מקים עסק מתחרה ניתן למנוע ממנו, אלא אם כן הוא משלם מיסים.

סיכום עמדת שולחן ערוך:

* בן מבוי לא יכול לעכב בן אותו מבוי.
* בן מבוי לא יכול לעכב בן מבוי אחר.
* בן עיר יכול לעכב בן עיר אחרת, אלא אם הוא משלם מיסים.

אם כן, קיימות שתי גישות פרשניות בתלמוד לסוגיה:

1. **בדיקת מידת הפגיעה** – רב הונא גורס כי יש לבחון את מידת הפגיעה בבעל העסק הראשון. אם בעל העסק המתחרה פוגע ברווחיו של בעל העסק הראשון, ניתן להטיל צו עיכוב על העסק המתחרה והנסיבות (זהות הפוגע) לא משנות.
2. **בדיקת זהות הפוגע** – רב הונא בנו של רבי יהושע טוען כי יש לבחון מיהו האדם הפוגע. אם מדובר בזר (בן עיר אחרת) – ניתן להתגונן מפניו (אם הוא לא משלם מיסים). אך אם מדובר בבן המקום – לא ניתן להטיל צו עיכוב כנגד עסקו. יש לו זכות להקים עסק ממש כמו בן המקום שהקדים אותו. זוהי גם הגישה שנפסקה ע"י שולחן ערוך, שטוען כי אין להגן על בעל העסק הראשון במקרה שכזה.

**הרמ"א** פירש את הסוגיה בצורה שונה: "ורבים האומרים שבני החצר או המבוי יכולים למחות, אלא שבעל האומנות אינו יכול למחות ולומר: אתה פוסק חיי".

"ורבים האומרים שאפילו שמשלם מס המלך אין לו רשות להיכנס למבוי שיש שם בעלי אומנות, שבעל האומנות יכול לעכב עליו שלא להיכנס למבוי שלו, הואיל והוא מעיר אחרת, אבל במבוי אחר אינו יכול למחות". רב הונא בנו של רבי יהושע טען כי בן עיר אינו יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן עיר אחרת, אם זה שותף בתשלום המיסים שכן אז הוא נושא בעול הכלכלי כמוהו. עם זאת, הרמ"א טוען כי אפילו אם אותו אדם מעיר אחרת משלם מיסים, ניתן למנוע ממנו להקים עסק במבוי שיש בו בן אומנות זהה. במקרה של בני אותה העיר, שניהם שותפים לאותה העיר וזהו המקום שלהם להתפרנס, אך במקרה של בן עיר אחרת, הוא כמו "פולש" לטריטוריה של העיר וניתן למנוע ממנו להקים עסק אם יש כבר בעל עסק דומה במבוי של אותה העיר, כי ה"פולש" יכול להתפרנס בעיר שלו או במבוי אחר בעיר אליה "פלש".

הרמ"א עורך הבחנה מושגית בתוך הסוגיה בין שני רעיונות שונים:

1. ההגנה על פרנסת בעל העסק הראשון.
2. ההגבלות שניתן להחיל על הקמת עסק.

הרמ"א מסביר כי רעיון ההגנה על הפרנסה של בעל העסק הראשון שמוצג ע"י רב הונא הוא רעיון מוסכם, אך מסביר כי יש להביא בחשבון לא רק את החשיבות של הגנה על הפרנסה, אלא גם שיקולים של שותפות עירונית ולבחון מאיפה מגיע הפוגע. לפיכך, אם בן עיר אחרת מבקש להקים עסק במבוי של עיר שבה יש כבר בעל עסק דומה, יש לבעל העסק הראשון אפשרות להגיש צו עיכוב כנגדו, אפילו הוא משלם מיסים.

העקרונות "עני המהפך בחררה", היורד לאומנות חברו" ו"זה נהנה וזה אינו חסר" מביאים אותנו להסתכל לא רק על הפעולה שאדם עושה, אלא גם על החלופות שהיו בידיו:

* "עני המהפך בחררה" – אדם הסוגר עסקה שאחר כבר טרח לגביה, יכול היה להתפרנס מעסקה אחרת.
* "היורד לאומנות חברו" – אדם מעיר אחרת המגיע לעיר ומקים שם עסק יכול להתפרנס בעיר שלו.
* "זה נהנה וזה אינו חסר" – אדם שלא משכיר את דירתו יכול לתת לאדם ללון בה, מבלי לגבות ממנו כסף.

ההסתכלות על החלופות שעומדות בפני אותו אדם ולאו דווקא על מעשיו שלו מכניסה לתוך הדין לא שיקולים משפטיים טהורים אלא שיקולים מוסריים, שיקולים של צדק ויושר.

עם זאת, בעוד עיקרון "עני המהפך בחררה" מביא להתערבות באירועים חד-פעמיים, עיקרון "היורד לאומנות חברו" עוסק במערכת יחסים קבועה. לכן, בהתערבות במקרים של "עני המהפך בחררה" המענה הוא מוסרי ואדם ה"מתערב" בעסקה של חברו נקרא רשע, אולם במקרים של "היורד לאומנות חברו", ניתן כבר מענה משפטי בדמות של צו עיכוב כנגד מקים העסק המתחרה.

סיכום:

* **פרשנות א'**: מחלוקת חזיתית (בשאלה האם בן מבוי יכול לעכב הקמת עסק של בן אותו מבוי) – הכרעה כרב הונא בנו של רב יהושע.

שולחן ערוך: "אינו יכול למנעו לומר לו: אתה פוסק חי" – דחיית העיקרון של "היורד לאומנות חברו".

* **פרשנות ב'**: מחלוקת לגבי היקף העיקרון.

רמ"ה: בעל אומנות אינו יכול מול בן המבוי שלו או מול בן עיר אחרת שמשלם מיסים. אבל כן יכול למנוע מלהיכנס למבוי שלו.

חריגים לעיקרון "היורד לאומנות חברו":

* "קנאת סופרים תרבה חוכמה" – "עזרא תיקן להם לישראל שיהו מושיבין סופר בצד סופר".
* תכשיטים – "עזרא תיקן להם לישראל שיהו רוכלין מחזרין בעיירות כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל".

שיקולים חברתיים נוספים:

**שולחן ערוך**:

* אפשר לעכב סוחרים בני עיר אחרת ממכירה קמעונית בעיר (לדוגמא בחנות).
* אולם אסור למנוע מבני עיר אחרת מכירה ביום השוק, כאשר השוק פתוח.

**רמ"א**:

* זה שבני העיר יכולים למחות בבני עיר אחרת, היינו דווקא כאשר אין הפסד ללקוחות, שמוכרים כשאר העיר וגם סחורתם אינה טובה יותר משל בני העיר, אבל אם נותנים יותר בזול או שהיא יותר טובה, שאז נהנים הלקוחות, אין מוכרי הסחורות יכולים למחות (דעת הרא"ש) – מוצגת כאן בעצם הלכה שיוצרת איזון של כל רעיון ההגנה על הסוחר מול כוחות שוק והגנה על הלקוחות. אם הסחורה של העסק המתחרה טובה יותר או זולה יותר, לא יוכל למחות בעל העסק הראשון.
* בני העיר שברחו ליישוב מפני חשש סכנה אין בני העיר יכולים לעכב בידם מלהרוויח כשיעור חיותם עד יעבור זעם – אם בני עיר אחרת הגיעו לעיר כיוון וברחו מפני סכנה בעיר שלהם (לדוגמא: פוגרומים), לא ניתן לעכב בעדם מלהקים עסק ולהרוויח, אך רק עד יעבור זעם בעירם.
* אם רוצים לדור בעיר ולתת מס: יש אומרים שהרשות בידם, שיכול אדם לדור בכל מקום שירצה, ואין הראשונים קונים העיר בחזרה. ויש אומרים שיכולים, בפרט בזמן הזה שדרים תחת האומות ויש לחוש שאם יתווספו הדיורים (היהודים) שיבוא לידי קלקול מן הגויים ולכן הבא לדור הוא כרודף" – יש הטוענים כי אם יהודים רוצים לעבור לעיר אחרת ומוכנים לשלם שם מיסים, הם יכולים שכן הראשונים להתגורר בעיר אינם "בעלים" שלה. אולם יש האומרים שאין לקבלם כי זה יכול לסכן את הקהילה היהודית הקיימת ולהביאה לידי קלקול.

**הרצאה מס' 12 –** 22.1.12

**5. יושר בקהילה**

מצוות הצדקה נתפסת כבעלת אלמנט דתי. וודאי לא מדובר בעניין משפטי. הרי אם מדובר בחובה משפטית, זה לא צדקה. לפיכך, מס הכנסה אינו יכול להיתפס כצדקה. אך ניתן לראות בצדקה לא רק כעניין דתי אלא גם בהיבט של דיני היושר בחקיקה. עם זאת, המשפט העברי לוקח ומחוקק את הצדקה במישור המשפטי ולא משאירה רק כערך דתי בלבד.

א. חיוב צדקה וכפייה למתן צדקה

**בבא בתרא ח', ע"ב (מקור 89)**: כאשר מסתובבים עם קופת צדקה צריכים לעשות זאת שני אנשים וכאשר מחלקים את הכסף שנאסף צריכים לעשות זאת בפורום של שלושה אנשים. מי מקבל את הכסף מקופת הצדקה זו שאלה שבדין ועל הפורום שמחליט לכלול שלושה אנשים. הגמרא מבחינה בין קופה לתמחוי. קופה שמתחלקת פעם בשבוע לעניי העיר היא צורה של סבסוד והחזקה של עניי העיר ("מעין ערכת הישרדות"). היא מחולקת בימי שישי וכוללת צרכים בסיסיים לשבוע. תמחוי הוא מעין מטבח חינם שניתן ליהנות מהאוכל המוצע בו באופן יומיומי. בנוסף, כל אחד יכול ליהנות משירותי התמחוי, בניגוד לקופה.

סמכויות הקהילה לחוקק חוקי עזר:

1. בני העיר יכולים להתנות על שערי החליפין.
2. בני העיר יכולים להתנות על המידות (להשפיע על מחירי המוצרים).
3. בני העיר יכולים להתנות על שכר הפועלים (שכר המינימום).
4. בני העיר יכולים להטיל סנקציות על מי שמפר את החוקים.

נאמר כי בגביית הצדקה צריכים להשתתף שני אנשים ("אין עושין שררות על הציבור פחות משניים"). רב נחמן הסביר את מקור הדברים בפסוק: "והם ייקחו את הזהב" ("הם" ולא "הוא"). שררה היא ביטוי של סנקציה. הגמרא שואלת: אפשר לכפות על הצדקה? והרי ה' העניש גבאי צדקה שהכריחו אנשים לשלם את הצדקה. התשובה: יש להבחין בין אדם לא אמיד שאין להכריחו לשלם צדקה לבין אדם אמיד (שלפי האומדן הוא יכול לעמוד בתשלום הצדקה) שניתן להכריחו לשלם את הצדקה. הדבר דומה למקרים של "לפנים משורת הדין" שניתן לכפות על אדם אמיד. כן מסופר על רב נתן בר אמי, אשר רבא כפה עליו לתת את הצדקה ונטל ממנו **400** זוזים לצדקה.

**תוספות (מקור 90)**: לבית דין יש סמכות גם לכפייה דתית. אך אם התורה כתבה את השכר הראוי עבור אותה מצווה (לדוגמא: למען יאריכון ימייך במקרה של כיבוד הורים), זה כבר אינו תפקידו של בית הדין להכריח את האדם לקיים המצווה. אם האדם לא רוצה לקיים את המצווה – זה בעיה שלו. הוא יודע מה יהיה עונשו. על בית הדין לכפות את ביצוע המצווה, רק כאשר שכרה אינו מופיע בצידה (לדוגמא: קיום מצוות לולב, הקמת סוכה וכו'). הרציונאל העומד מאחורי זה הוא שבית הדין יעודד אנשים לקיים את המצוות גם כאשר השכר בצידם אינו מופיע בתורה.

התוספות מציפים שאלה ערכית. אם התורה כתבה כי מצווה ששכרה בצידה, בית הדין אינו אמור לכפות ביצועה, מדוע מצוות צדקה שמתן שכרה בצידה, כן מצווה בית הדין לאכוף אותה?

להלן תשובות אפשריות לשאלה:

1. **רבינו תם**: לא מדובר בכפייה משפטית, אלא בהפעלת לחץ מוסרי ורגשי בלבד.
2. **רבינו תם**: מדובר בכפייה אך היא לגיטימית, שכן הקהל קיבל על עצמו את סמכות הגבאים לכפות את הצדקה, באופן חריג.
3. **ר"י (רבינו יצחק)**: הכלל שבית הדין אינו צריך להתערב במקרה שמדובר במצווה ששכרה בצידה אינו תקף לעניינו שכן הוא מתייחס רק למצוות עשה (לדוגמא: להקים סוכה, ליטול לולב) ובצדקה מדובר גם במצוות אל תעשה, שיש בה איסור. מי שלא נותן צדקה עובר גם על איסור ולכן הכלל לא תקף.
4. **ריצב"א (רבי יצחק בן אברהם)**: הכלל לא בא לומר שאסור לבית הדין לכפות במקרה של מצוות ששכרן בצידן, אלא רק שבית הדין אינו חייב לכפות במקרה של מצוות ששכרן בצידן. מצוות ששכרן לא בצידן – אם בית הדין לא יאכוף אותן הוא ייענש. מצוות ששכרן בצידן – אם בית הדין לא יכפה אותן הוא לא ייענש ולכן הוא רשאי לעשות זאת, אבל לא חייב.
5. **בשמו של רבינו תם (מקור 91)**: הסתכלות אחרת על מצוות הצדקה – צדקה אינה מצוות דתית בלבד. אם הצדקה הייתה רק מצווה דתית, לא היה מקום לכפייתה שכן שכרה בצידה. אבל ההבדל הבסיסי בין מצוות צדקה למצוות דתיות אחרות, הוא שיש לה נמען. מישהו אמור לקבל ממך משהו ואתה לא יכול לחמוק מהמצווה הזאת שהתורה החילה עליך. גם אם בית הדין לא אחראי עליך בהיבט הדתי, הוא אחראי על ההשלכות החברתיות של קיום המצווה הזו. לא כי הוא דואג שתגיע לעולם הבא, אלא כי הוא לא רוצה שהאדם העני יגווע ברעב. בית הדין מוסמך לכפות מיסים ולדאוג לרווחה של הקהילה. במישור הדתי, בית הדין אינו רשאי לכפות את קיום המצווה, אך במישור החברתי הוא רשאי. מדובר בחקיקה שחורגת מדיני הקניין הרגילים ונכנסת לתחום דיני היושר. אם כן, בסולם הערכים החברתי, דיני הקניין אינם עומדים בראש סולם העדיפויות גם בהיבט הדתי וגם בהיבט החברתי וניתן להוציא כסף מאדם בכפייה.

**חושן משפט (מקור 92)**: בצדקה קיים שעבוד נכסים לטובת העניים. כשיש כסף שמגיע לצדקה, זה כאילו לעניים יש שעבוד על כספי העשיר, שהתורה מטילה. כאשר בית הדין כופה את הצדקה, הוא כמו מאפשר לעניים לממש את השעבוד שלטובתם ולהחזיר להם את מה שהעשירים חייבים להם. מצוות הצדקה מטילה שעבוד ממש על נכסי העשירים, לא רק כחובה דתית אלא גם כחובה משפטית. הצדקה בעצם לא רק מגיעה לעני במובן מוסרי, אלא גם במובן משפטי ולעשיר יש בעצם חוב כספי שהוא חייב לעני. המחוקק של המשפט העברי מטיל עיקול על נכסי העשיר שלא לפי הדין, אלא כדי לקדם צדק חברתי וצמצום פערים חברתיים. בית הדין רק מממש את העיקול.

**בבא בתרא ז', ע"ב (מקור 87)**: בני העיר כופין אדם להשתתף בבניית החומה לעיר או לבנות בית שער ודלת לחצר. אדם שקנה דירה משלם גם מיסי ביטחון מקומיים. אדם שרק שוכר דירה, הופך אחרי שנה לדייר המקום ונדרש לשלם כמו כולם.

**בבא בתרא ח', ע"א (מקור 88)**: ממתי מתחילים לגבות מאדם כסף לצדקה?

* לאחר חודש – נדרש להשתתף במיסים הנגבים לתמחוי.
* לאחר 3 חודשים – נדרש להשתתף בכספים לקופה.
* לאחר 6 חודשים – נדרש לתרום לכסות (בגדים לעניים).
* לאחר 9 חודשים - נדרש לתת תרומה לקבורה.
* לאחר 12 חודשים – נדרש לתרום לבניית המסילות (פסי העיר).

**הרב שאול ישראל (מקור 93)**: למצוות הצדקה שתי פנים: כחובת הציבור (שהחייב מתחייב בו מכוח היותו חלק מהציבור הזה) וכחובת היחיד (שכל אחד מישראל חייב בו לפי ערכו). ההצמדה של סוגי הצדקה לזמן השהייה ו"מידת התושבות" של האדם בעיר מעידה שהמצוות האלו הן סוג של מיסוי. הכפייה נגזרת מ"מידת התושבות" כי היא נגזרת מהרכיב החברתי-מיסי של המצוות האלו. יש צדקות שרק אם אתה תושב קבע אתה נדרש בהן ויש מקרי ביניים. ככל שאתה יותר תושב – אתה יותר חייב. לא כי דואגים לך שתגיע לעולם הבא, אלא כי דואגים לעניים של העיר. אם כן, למצוות הצדקה יש שני מרכיבים: 1. מרכיב דתי. 2. מרכיב חברתי.

בסעיפים 94-96 מופיעות מספר מצוות ויש לסווגן האם הן בהיבט הדתי או החברתי.
94: (א) – דתי, (ב) – דתי, (ג) – חברתי, (ד) – חברתי, (ה) – דתי, (ו) – חברתי, (ז) – דתי / חברתי.

95: (א) – חברתי, (ב) – חברתי, (ג) – חברתי, (ד) – דתי.

96: (א) – דתי, (טו): דתי.

ב. צדקה כממון עניים: נטל הראייה לטובת העניים

**ויקרא (מקור 97)**: מצוות לקט – כשאתה עושה קציר או בציר, אל תהיה יסודי. יש להשאיר את מה שנופל לעניים, כדי שיוכלו ללקט את השאריות שהותירו הקוצרים.

**ויקרא (מקור 98)**: מצוות פאה – אל תכלה פאת שדך כשאתה קוצר.

**משנה (מקור 99)**: דיון על מקרים שבהם מתעורר ספק לגבי הלקט. במקרים שכאלה, היינו מצפים שממון בעל הבית יהיה כמחדל ("המוציא מחברו עליו הראיה"). אך המקרא הופך את הכלל וקובע כי נטל הראיה יהיה דווקא על בית הבית, במישור המשפטי. למה? הלקט הוא כמו של העני, בהתאם למצוות הלקט ולכן אם בעל הבית מעוניין בלקט הוא זה שצריך להביא ראייה כדי שהלקט יעבור אליו. דיני היושר בעצם מביאים לכך שנטל הראיה יפעל לטובת העני.

**תוספות (מקור 100)**: "ספק לקט לקט".

**ספרא קדושים (מקור 101)**: "מנין שספק לקט לקט, ספק שכחה שכחה, ספק פאה פאה".

**שמות (מקור 103)**:

* אלוהים אומר לא להונות גר ולא לענות יתום ואלמנות וכי אם הם יצעקו אליו הוא ישמע צעקתם.
* אם אדם לוקח משכון מעני בדמות כסות / שמלה – עליו להחזיר לו אותה עם ערב, שכן איתה הוא שוכב וישן. אם לא יעשה זאת והעני יצעק לאלוהים – אלוהים ישמע כי הוא חנון ("ושמעתי כי חנון אני").

ג. צדקה בחקיקה המקראית

**רשב"ם (מקור 106)**: אף על פי שלעשיר יש משכון מן הדין ואינו חייב להחזירו – עליו לעשות זאת לפנים משורת הדין. התורה אומרת – אני עכשיו מחוקקת וקובעת מוסד של לפנים משורת הדין שהוא חובה. אם תעבור על זה – לא עברת עבירה על עקרונות המשפט, אבל אלוהים ישמע. בעצם, לפנים משורת הדין חייבים לבצע זאת "כי חנון אני" (אלוהים חנון).

סיכום הקורס

בקורס עברנו מהמושג של יושר כמושג אריסטוטלי שקיים בכל שיטת משפט בו מנסים להתאים את הצדק הכללי לצדק הקונקרטי למושג של צדק שקשור למושג של קדושה (ניסיון להידמות לבורא) אשר ייחודי למשפט העברי. המתח בין שני המושגים האלה ליווה אותנו לאורך כל הדרך. "כופין על לפנים משורת הדין", כופין על מידת סדום" – עד כמה אנחנו לוקחים את הרעיונות האלה של צדק חברתי ומכניסים אותם גם לתוך החקיקה ולא משאירים אותם רק לשיקול הדעת של השופט (לדוגמא: במקרה של החזרת המשכון לעני בערב – עליך לעשות זאת כי אלוהים חנון). מצוות הצדקה הופכת לחובה משפטית אפילו עד כדי עיקול ושינוי הנטל. המשותף לכל הניסיונות האלו ללכת מעבר לדין הינו ניסיון להתמודד עם שאלת הקיום של האדם וניסיון להקים חברה ששואפת מעל ומעבר לצרכים הקיומים והצרכים האריסטוטליים ולהגיע לחברה ששואפת לתקן עולם.

מבנה המבחן הסופי:

* המבחן יהיה בחומר סגור.
* 20-30 נקודות על מושגים. לדוגמא: מצוות לקט, יורד לאומנות חברו, דין מרומה.
* יהיו שאלות על בסיס הטקסטים במקראה. חשוב להבין את הטקסטים + משמעותם.
* יש להכיר גישות שונות לטקסטים מתוך המקורות, אבל לא צריך לזכור מי אמר כל גישה.
* תהיה שאלת חשיבה על טקסט שלא למדנו. יהיה צורך להשתמש בכלים שרכשנו בקורס על הטקסט החדש.
* לעשות הצלבות פנימיות בחומר. לפעמים יש רעיון מרכזי שרלוונטי לכמה סוגיות ביחד. לדוגמא: זה נהנה וזה אינו חסר, מידת סדום ויורד לאומנות חברו.