**דין ויושר במ"ע – מיכאל בריס**

מבחן בספרים סגורים. יש גם שאלות על טקסטים מהמקראה של הקורס. צריך לקלוט את העקרונות המשפטיים מהטקסטים. ציון מיטיב עד 5 נק' על השתתפות פעילה.

Michael.baris@gmail.com

**Equity** (מלטינית) = שוויון, בניגוד לתרגום היווני **Epiekai** – הגינות, בניגוד לחוק המדוקדק.

יש הבדל רעיוני בין שני המושגים. הרעיון של חוק דקדקני במובן של 'דקאיוס' משאיר לפעמים טעם מר בפה של חוסר צדק (כמו שסוגרים לך את הדלת בפרצוף במשרדי ממשלה בשעת הסגירה, או למשל כשצריך לעקל למסכנים את רכושם). לכן, צריכים מימד של גמישות לצד הנוקשות, על מנת שהמערכת תוכל לפעול. יש צורך במנגנון המפעיל את הכללים בצורה גמישה ולא כה אדוקה, על מנת שלא נצא עם תחושה של חוסר הגינות.

דיני היושר, נושא הקורס, מבטאים את ההתמודדות הזו עם הצורך בגמישות, משום שהכללים שנקבעו מראש לא יכולים לבטא את כל הווריאציות בחיים. במקום כלשהו, על מנת לעשות צדק, אי אפשר לדבוק במערכת דקדקנית וחסרת גמישות. השאלה היא, האם החלק הגמיש הוא חלק מהמשפט? אם כן מה קורה למערכת הכללים? מנגד, האם כופים את מערכת המשפט על היושר? האם לעיתים כופים ולעיתים לא? הרי זה גורם לחוסר שוויון.

הרעיון, לפיו יש צורך במנגנון של equity מופיע לאורך ההיסטוריה. באנגליה, למשל, הייתה מע' משפט מיוחדת, שהשתמשה בדיני היושר כבר החל מהמאה ה-13, **כשחלק מדיני היושר התאחדו במאה ה-19. האיחוד לא הוביל למיזוג הומוגני בין האקוויטי למע' המשפט הדקדקנית.**

לדוג' - צו מניעה, המקפיא מצב קיים, לקוח מדיני היושר האנגליים. החוק קובע מהן הזכויות. אולם, הרעיון של הקפאת מצב לשם מתן אפשרות הדיון ומניעת היעלמותו של נשוא הדיון, לקוח מדיני היושר. דיני היושר שונים מהמשפט, הם שונים מהחוק המעניק זכויות (אותן ניתן לדרוש, בלי להגיע בניקיון כפיים). **בדיני היושר אנו מבקשים עשיית צדק שהיא מעבר לחוק, מעין 'טובה'.** הרעיון של יושר כן מתייחס למובן הערכי.

**קטע מס' 1 - אריסטו- אתיקה מהד' ניקומאכוס, ספר ה, י- -**

לפי אריסטו הגינות איננה בהכרח צדק, כי יש בהגינות אפשרות שתעשה את המעשה ההגון, אבל לא בקו ישר עם הכללים. אנו מגדירים צדק כהליכה לפי הכללים והגינות כעשיית הדבר הנכון כשלא בהכרח הולכים לפי הכללים. המשפטן בונה מערכת חוקים, המגדירים כללים שאמורים להביא לצדק, אבל אין זה כך תמיד, ולכן הגישות השונות, ללכת אחרי הכללים או לא ללכת לפיהם, רבות על אותה משבצת של הגעה לצדק. זוהי הדילמה בין מע' כללים, למשהו הגון יותר.

הדילמה של המשפטן היא שהמערכת אמורה לגלם את הצדק, אולם בכל זאת יש תחושה שאם עובדים על פי הכללים לא מגיעים לצדק. **הצדק וההגינות מתחרים על אותה המשבצת**, מערכת כללים לעומת הגינות. למעשה, מדובר בשתי צורות של יישום רעיון אחד. צדק ע"פ הכללים הוא צדק, צדק החורג מהכללים נועד עבור אותה המטרה, שהיא עשיית צדק. לעיתים, הצורה הדווקנית מביאה לצדק ולפעמים הגמישות - המטרה היא אותה מטרה וזהו צדק.

בדיון האריסטוטלי זה מוצג לפי **צדק מול הגינות**. **ר' יצחק ערמאה** מחקה את הדיון האריסטוטלי בתבניות (שפה של יהדות). בעצם, מדובר על שתי צורות של יישום של רעיון אחד. **יישום כללים הם יישום צדק, אבל חריגה מהכללים לפעמים דרושה למען הצדק, לפעמים דווקא ההגמשה מגלמת את הצדק עצמו**. כלומר, **לפי אריסטו, יש צורך בשילוב בין השניים, יש את מע' החוקים, ומע' ההגינות היא חלק משלים למען ההגעה לצדק.**

התפקיד הראשון של היושר הוא תפקיד פונקציונאלי - **יושר מתקן**, יושר שהוא סוג של תלאי (גומי לצינור). מרכיב ראשון של מושג היושר, אם כן, הוא **יושר מתקן** - **יושר שנועד להוביל לצדק במקרים החריגים, תיקון עיוותים.**

הסיבה לכך שהחוק היבש לא תמיד מספק, היא **שהחוק הוא כללי מידי**. אין בחינה של כל מקרה ומקרה באופן ספציפי, אלא בוחנים את המקרה הכללי ביותר. כל מושגי השסתום (כמו תום לב) הם בעצם מנגנון להחדרת המימד הערכי שלא מוגדר בדיוק, ובמידות ספציפיות, אל תוך מערכת החוק. כל חוק הוא כלל, מעניק את אותו הפתרון לבעיה הכללית, לא כל התייחסות לחריגים, ולכן יש צורך במנגנון להגמשת הכלל כללי.

אצל **אריסטו** כתוב: "**וזו טיבה של ההגינות**, להיות תיקונו של אותו ליקוי שנמצא בחוק מחמת כלליותו".

**ההתלבטות הינה בין צדק כללי לצדק קונקרטי.** מע' הכללים, הנקבעת מראש, לא יכולה לקבוע את כל הכללים הספציפיים והקונקרטיים שיופיעו בעתיד ואיתם יהיה להתמודד. **הפס' הראשונה** של אריסטו מדברת על **הגינות כמנגנון מתקן לחוק**. אולן, טרם הגענו לתוכן של מהי הגינות.

**קטע מס' 2 - אריסטו, רטוריקה, א, יג-**

**הפס' השנייה** של אריסטו מוסיפה מושג נוסף ליושר. אריסטו טוען, שכשרוצים לבדוק אם משהו צודק או לא, **הולכים גם לפי החוק הפוזיטיבי וגם לאיזשהן אמות מידה מוסריות**. **הרעיון הוא לא רק לתאם בין הצדק הכללי לפרטי, אלא גם לתאם בין הצדק הפוזיטיבי לערכי מוסר מוחלטים.** הפס' השנייה מדברת על ההגינות, לא רק כמנגנון מתקן, אלא גם על בחינת התוכן בו. יש הטמעה מסוימת של ערכים מוחלטים, הנלקחים ממשפט הטבע.

אריסטו מדבר על כך **שיש להגדיר הגדרות לעבירות ולמושגי העבירות**. גם כשהמשפט מדבר על כללים, כשנסתכל על התכנים של הכללים, **עצם העובדה שיש מימד של מוסר בהגדרת הכללים, זהו ביטוי למימד הערכי**. החוק עצמו חייב לכלול סטנדרטים של הגינות ומוסר טבעי אוניברסאלי. הדרישה של היסוד הנפשי, למשל, מבטאת רצון להכניס הגמשה אל הכללים, לא כמנגנון חיצוני, אלא כחלק מהערכיות של הכלל עצמו. כאן אנו פוגשים אצל אריסטו את **מושג ההגינות כמשהו המנסה להגמיש ולהכניס ערכיות אל תוך הכללים עצמם, ולא כמע' נפרדת.** רעיון היושר מדבר על הטמעה של מע' ערכית בתוך הכלל המתאר את המעשה עצמו. **היסוד הנפשי הוא הכנסת הגינות אל תוך הדין הרגיל.** הבורר רואה מה הגון, והשופט רואה את החוק בלבד. לכן, לפי אריסטו, **עדיפה בוררות על שפיטה**.

הגינות כחריגה מהחוק המדוקדק הספציפי (לא במובן של שוויוניות) - **הפס' הראשונה של אריסטו מדברת על הגינות כמנגנון מתקן**, הבא לשפץ את מע' החוק. **הפס' השנייה דנה בתוכן**, על החוק הבלתי טוב, משפט הטבע המוחלט, 'מה המחוקק התכוון', ולא רק מה הוא אמר. **מה המחוקק היה מחוקק, אם הוא היה חושב על הסיטואציה הספציפית הזו.**

בחנו עד כה את מושג ההגינות בשני מקורות של אריסטו, וראינו **שני מובנים** - מובן של תיקון, סוג של מנגנון מתקן. ראינו את היושר גם כמקור לתוכן.

**מקור מס' 3 - תפקיד המלך** **- רבי יצחק עראמה, ספר עקידת יצחק, השער השלושה וארבעים –**

רבי יצחק עראמה כתב בסוף תקופת יהדות ספרד, ערב גירוש ספרד (1492). מ-1391 עד 1492 יהדות ספרד סבלה מפוגרומים רבים. הדבר המאפיין ערב תקופות של אסון, הוא קיומה של דעיכה רוחנית ואינטלקטואלית הדרגתית. ספר עקדת יצחק הינו סוג של אנציקלופדיה פילוסופית, המלווה בפרשנויות ומקראות רבות.

לקיחת מובנים שונים של צדק, ויישומם בעולם היהדות - עראמה מבצע הלבשה של הפילוסופיה האריסטוטלית על כלים יהודיים, וכן מעביר ביקורת על שופטים, על כך שהם לא משתמשים בכלים העומדים לרשותם ולא מתאימים את הכללים למקרה הקונקרטי. אריסטו הבחין בין שני מושגים – **צדק והגינות**. לרבי יצחק עראמה יש טקסט זה, אך מזמזם לו מונח אחר, במקום הגינות – **חסיד, מלשון חסד**. אין זה אותו דבר, חסד וצדק שונים – עשיית חסד עם מישהו אינה זהה כעשיית צדק. רבי יצחק עראמה לוקח את הדיון האריסטוטלי, על שלל מונחיו, ויוצק אותו למונחים עבריים, יהודיים, יחד עם המטען הנלווה למילה חסד.

מדובר, לדעת עראמה, על **הנגדה שקיימת בין חסד לבין צדק**, **בין הצדיק לחסיד.** עראמה לוקח את הפרק, ומתמצת אותו לעברית. ה-בעיה שעמדה במוקד העימות בין הגינות לצדק, לפי המשוואה האריסטוטלית – החוק תמיד כללי מידי וקבוע מראש. כאשר אנו קובעים כללי צדק מראש, אין לנו אפשרות להקיף את כלל הסיטואציות. הדבר גורם לעימות בין המושגים השונים של הצדק. עראמה מדבר בדיוק על אותו הנושא.

**הצגת הבעיה האריסטוטלית ע"י עראמה מסתכמת ב-3 שורות -** "אמר, כי אחר שהצדיק והחסיד הם אצל סוג אחד מהמעלות והוא הצדק, הנה לא ימנע אם שיהיה הצדיק הטוב שבסוגו, ואם כן לא יהיה החסיד טוב, כיון שהוא יוצא אל היתרון, והוא הפך ממה שנתפרסם משבחו אצל כל האנשים. או שיהיה החסיד הוא הטוב שבסוגו, ואם כן הצדיק אינו טוב, כיון שהוא יצא ממנו אל הפחות, והוא הפך ממה שביארו וקיימו בכל המאמר ההוא". **החסיד והצדיק מתחרים על אותה המשבצת, מה יותר טוב – להיות גמיש, או ללכת אחר הכללים? מה יותר צודק? מה תורם יותר להשגת הצדק?**

**עראמה מנסח את הפתרון האריסטוטלית בצורה יהודית** – "אמנם התיר זה הספק, במה שאמר, שהצדיק הוא השלם אצל הצדק הנמוסי המונח, **שהוא על הרוב צודק בכלליו המונחים בו**, כי הוא השומר אותו ונזהר בו לבלתי סור ממנו ימין ושמאל". **הצדק של המחוקק, שקובע ונותן חוקים לעם, הוא הצדק של הכללים, הוא מוגבל.** יש חוק המעניק כללים, אך תמיד יש צורך בתלאי, מערכת קפיצית, על מנת להסדיר את המקרה הקונקרטית הספציפי.

"אמנם החסיד, הוא אשר ישלים הנמוס הזה, ומישר אותו בכל מה שיבא הצורך לצאת מהצדק ההוא, הכולל לסבה מן הסבות, שהמניח עצמו אילו היה אז נמצא לא היה דן אותו לפי הנמוס הכולל ההוא". **התפקיד של החסיד (אריסטו קרא לזה ההוגן) הוא להשלים את הנוקשות של החוק.** **התפקיד של מערכת דיני היושר, לפי אריסטו (עראמה מצטט) הוא להשלים, לתאם. החוק מדבר באופן כללי, ודיני היושר מדברים על הצדק הפרטי, המקרה הספציפי, התאמת הכללים הכלליים למקרה הספציפי.** התורה קובעת כללים, אך בה בעת היא מסמיכה את בית הדין לחרוג מהכללים על מנת להפיק את האפקט של החסיד, של ההתאמה. **החסיד הוא הגמיש, הוא נמצא במקום ערכי טוב יותר, הוא המושלם יותר.** חידושו הגדול של ערמאה, הוא שקיימת היררכיה, לפיה החסידות טובה מהצדיקות, והיא איננה רק משלימה פנימית, אלא שיפור חיצוני המאפשר להקיף מקרים רבים שהצדיקות הפוזיטיבית איננה מאפשרת לכסות.

**(נימוס** – מן המילה "נומוס" = החוק. נורמה הינה כלל התנהגות. פוזיטיביזם – מה שהמחוקק מניח לפני העם. **חוק** – מן השורש לחקוק, לא ניתן לזוז מימנו).

"**כוונת המחוקק**" – אילו המחוקק היה ניצב כאן, מתמודד עם המקרה הקונקרטי, מה הייתה תשובתו? מינוח זה נמצא בדבריו של אריסטו בפסקה הראשונה – "ולומר את אשר המחוקק עצמו היה אומר אילו היה נמצא באותו מעמד, והיה שׂם לחוק אילו ידע שמקרה כזה עשוי לקרות". עראמה מתרגם רעיון זה לעבריות, כאשר יש צדק מוחלט, אנו נתקלים בכללים הנקבעים מראש, בלי לאפשר חריגים והתאמה. על כן, **יש להעניק סמכות להתמודד ולבחון את כוונת המחוקק – בוחנים מה היה מחליט המחוקק אילו היה עומד לנגד עינוי המקרה הקונקרטי, אילו נתקל בנסיבות המקרה**. **התפקיד העיקרי של דיני היושר (לפי אריסטו, עראמה מצטט) – תיקון הכלל, התאמה בין הצדק הכללי, המוחלט, לצדק הפרטי.**

**הצדיק** הוא הפוזיטיביסט, הקובע כללים מראש – **יישום הצדק הכללי**, **החסיד** מסמל את היכולת לחרוג מהכלל – **יישום הצדק הפרטי**. לפי עראמה, החסיד עדיף. בחיפוש אחר הצדק הקונקרטי, **בוחנים את כוונת המחוקק**. לפי אריסטו ועראמה, המשמעות של כוונת המחוקק הינה בחינת מה היה קובע המחוקק, אילו היו לנגד עינוי נסיבות המקרה הקונקרטי.

דוג' – מקרה (**מקור 52**) בו הדיין משנה את סדרי הדין, הופך את נטל הראיה, בגלל נסיבות קונקרטיות של חוסר צדק, בניגוד לכלל – הנתבע צריך להוכיח את צדקתו, ולא התובע. דוג' נוספת (**מקור 46**) - בתי דין דנים כדין ושלא כדין, לצורך השעה. בית הדין הרבני מוסמך לדון שלא כדין, לצורך השעה. צורך של צדק קונקרטי, יכול להתיר לבית דין לדון שלא כדין.

**המחוקק מוגבל**. הקובע את הכללים הוא מוגבל, שכן הוא כותב את דבריו מראש, והוא אינו יודע מה יקרה בעתיד. ע"י הכללה מראש, אין אפשרות להקיף את כל המקרים הקונקרטיים. על כן, יש צורך בחסיד.

**דוג' לכללים** – "**המוציא מחברו עליו הראיה**". נטל הראיה הוא על התובע, בד"כ. אולם, אם קרה מקרה ואין לך איך להגן על עצמך - אם תלך רק לפי הכללים, לא תצליח להגיע לצדק האמתי. דוג' נוספת - "**אין אדם פורע תוך זמנו**" – אל תדחה למחר מה שאתה יכול לעשות היום (מה קורה, מבחינת הכלל/הצדק הכללי, למי שפורע מבעוד מועד? הוא עדיין חייב. אם נלך באופן מדיוק לפי הכלל, אין זה הגיוני/צודק. חייבים איזושהי מידה של גמישות).

**הממסד** - על מנת לקבוע מנגנון צודק, כדי שבמשפט אנושי יהיה שקלול של הצדק והגמישות, **חייבים להסמיך גורם אנושי, שיהיה מוסמך לחרוג מהכללים עצמם.** מנגנון זה, לפי עראמה, קיים בתורה – "וזה המין מהיושר צוה אותו והקפיד עליו בשיעור נמרץ בפרשת (דברים י"ז) "כי יפלא ממך דבר למשפט וגו' ובאת כל הכהנים וגו' ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך וגו' על פי התורה אשר יורוך וגו' והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע וגו". **כשיש משהו לא ברור, לא סגור, יש לעלות אל בית הדין העליון, בית הדין הגדול. בית הדין הגדול הוא המסמך להעניק גמישות לכללים הנוקשים.** כשיש מקרה קשה, מקרה שקשה לפירוש, או מקרה קונקרטי שהכללים לא מתאימים לו, יש צורך לחרוג מהכללים – **רק בית הדין הגדול, ביהמ"ש לענייני חוקה, הוא הסמכות לומר שהכלל מוגבל, הוא ניתן להגמשה, בכדי להשיג צדק במקרה הקונקרטי – צדק פרטי.**

"אף על פי שיאמרו לך על ימין שמאל או על שמאל ימין, כל שכן שלא יאמרו אלא על ימין ימין ועל שמאל שמאל". **הפרשנות האריסטוטלית של עראמה –** אומרים על ימין שהוא שמאל, אם היינו הולכים לפי הכלל, לא היינו משיגים את הצדק, על כן יש ללכת אחר בית הדין, יש לציית לבית הדין ולא ללכת בדבקות אחר הכלל. **ישנה הסמכה לבית הדין הגדול לסטות ולחרוג מהכלל** – הכלל אומר א', בית הדין מורה ב', ויש לציית לביתה דין. **לבית הדין הגדול יש את היכולת להגמיש ולחרוג מהכלל.**

פלא = מכוסה, כל הדברים הלא-ידועים הם פלא (כמו נס). **כאשר יש סתירה בין הרעיון הכולל לצדק הפרטי, הפתרון – הסמכה של בית הדין הגדול לסטות מהכללים.** "ומזה הורשו בית דין שבכל דור ודור, לדון וליסר ולהעניש כדין ושלא כדין, שהכוונה להם כדין מצד זה הדין החלקי, ושלא כדין מצד הכוללים. וכמו שאמרו (סנהדרין, שם) לא שהדין כך, אלא שהשעה צריכה לכך, כלומר לא שהדין הכולל הוא כך, אלא שזה הפרטי לפי צורך שאלתו הוא כך" (יש צורך להתאים את הצדק במקרה הקונקרטי).

**הביקורת החברתית של עראמה על השופטים** –" אמנם הדיינים הדנין תמיד לפי ההנחות הכוללות, עם שהם דנין דין אמת, הנה הם מחריבי עולם, וכמו שאמרו "לא חרבה ירושלם אלא מפני שדנו בה דין אמת", **השופטים לא יודעים מתי לחרוג מהכללים, הם חושבים שהם עושים צדק, אך בפועל הם יוצרים חברה לא צודקת. הם לוקחים בחשבון רק מרכיב אחד של הצדק – הצדק הכולל, ללא כל התייחסות לצדק הפרטי.** אין מדובר בביקורת תיאורטית של עראמה, אלא הוא מדבר על דיינים ספציפיים. הוא מתייחס לשופטים הדוגלים בגישה דווקנית, פורמלית, הם בבחינת מחריבי עולם.

**מקומו של המלך בדיני היושר –**

**מי הגורם המוסמך להגמיש?** לפי עראמה, הגורם המשפטי המוסמך הוא השופט, בית הדין הגדול, הסנהדרין. אולם, האופן מסורתי, תפקיד זה היה שייך למלך, ולא לרשות השופטת.

גם באנגליה וגם במקרא **למלך היה תפקיד מאוד מרכזי.** ככל שהזמן חלף, המקרים היו מופנים אל המלך. בשלב מסוים, כשהחלו להיערם מקרים רבים, המלך מינה אדם, שקיבל את התואר - הלורד צ'לסלור, והוסמך לדון שלא לפי הכללים. הצ'נסלור לא היה פוסק לפי הקומון לו, אלא לפי דיני האקוויטי. עד המאה ה-15 היו אלו **אנשי כמורה** (עניין של חסד ומוסר, צדק) 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. גם כיום, עדיין קיימים מאפיינים ומוסדות שמקורן בדיני 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.

**בסימן 46 לדבר המלך ומועצתו** נקבע כי החוק שהיה בתוקף מלפני מלחמת העולם הראשונה יישאר בתוקף. אולם, החוק הע'ותמני יהיה כפוף לחוק הבריטי ולעקרונות היושר באנגליה. הבריטים הכפיפו את החוק לעקרונות היושר. דוג' למוסד שהשתמר מדיני היושר – בג"ץ**. בחוק יסודות המשפט** המונח יושר השתמר, יחד עם היושר יש חירות, צדק, שלום, מורשת ישראל. **יושר – כל מה שלא נכנס לחוק**. המחוקק הישראלי רצה לשמור על דיני היושר בצורה שונה, רצה למצוא תחליף לאקוויטי הבריטי, לצקת תוכן ייחודי, שלנו. המטרה – **במקום לאפשר חריגה מהחוק בכל מקרה קונקרטי (כשהתוצאה לא הוגנת), יש לפנות ליושר רק כשאין תשובה בחוק, במצב של לאקונה.**

מוסד היושר אצל מלכי ישראל - פרשיות בהן למלך תפקיד מרכזי בשפיטה (למלך סמכויות שיפוט ייחודיות) -

1. מקור מס' 6 - שמואל ב יד, א-כג – אמנון אונס את תמר. אבשלום דואג להרוג את אמנון (אחיו), הוא בורח לגולן. אבשלום רואה ששום דבר לא קורה, על מנת שיחזור לביתו, ועל כן הוא משכנע את יואב שהגיע הזמן לשדל את דוד שיתיר לו לחזור הביתה.

יואב אומר לאישה מתקועה, ומורה לה להתחפש לאישה אבלה. בנוסף, הוא מורה לה מה לומר למלך – " הוֹשִׁעָה הַמֶּלֶךְ", מעין קוד, הצילו, פניה לעזרת המלך. האישה טוענת כי בעלה מת, ואחד מבניה הרג את בנה השני. במוסד המקראי יש מוסד הנקרא נקמת דם, כלל משפטי. אם נלך לפי שורת הדין, היא תישאר ללא הבן השני. אם נלך לפי הדין הרגיל, בלי להתחשב בנסיות הספציפיות, היא תישאר לבד. **האישה פונה אל המלך, משום שהוא הכתובת, הוא זה שבסמכותו לפסוק שלא לפי הדין, הוא מוסמך לסטות מהדין הכללי, על מנת ליישם צדק פרטי.**

לבקשת יואב 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.

האישה לוחצת על המלך, על מנת שיציג לה פתרון למצב, פתרון מפורש. דוג' זו דומה למקרה של אבשלום. האישה רוצה לחרוג מהדין של "גואל אדם". **האישה רומזת לו על בניו, על מקרה אבשלום.** ניתן לראות עם איזה סוג של עתירות מגיעים למלך – **כשהדין הכללי גורם לאי-צדק במקרה הפרטי, המלך הוא הכתובת, שכן הוא מוסמך לחרוג מהדין הכללי.**

* סמכות מסמכויותיו של המל, שנותרה בימנו – מתן חנינה (נתונה בידי הנשיא).
1. מקור מס' 7 - משפט שלמה – מלכים א', ג', ג'-כח' – שלמה מבקש חכמה לשפוט את העם, ולא כסף / עושר. **שלמה מבקש מאלוהים לב שומע, לשפוט את העם ולהבין בין טוב לרע (אינדיקציה לתפקיד השיפוטי של המלך)**. מסופר 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. הסיבה לאריכות בפירוט ובהסבר המקצוע של הנשים – לא ניתן לדעת של מי הילד, אין גבר, אין זר איתן בבית (בעיה של נטל הראיה). יש כלל די ברור לגבי מצב בו האחד מחזיק והאחר לא – כלל נטל הראיה.

שלמה מציע כפשרה לחתוך את הילד לשניים ולתת חצי לכל אם - חלוקה. פתרון זה, של "חצי-חצי", איננו פתרון של המשפט, אלא היה עלינו ללכת אחר הכלל של נטל הראיה – **המוציא מחברו עליו הראיה**. בשל המצב שנוצר, במסגרתו הכלל המשפטי הרגיל, אין לתובעת סיכוי לזכות בתביעתה (להוכיח שהילד הוא אכן בנה), היא פונה אל המלך, בצפייה שיחרוג מסדר הדין. **הפתרון של שלמה הינו כזה החורג ממסגרת הדין (ע"פ הקריטריונים האריסטוטליים), פתרון מדיני היושר, זהו סוג של פשרה, הבא למזער את האי-צדק – תשובה מתבקשת, אלמלא היה מדובר בילד, אלא בדבר הניתן לחלוקה.** זהו פתרון של חלוקה, ולא הכרעה, זוהי תבנית שאנו מצפים לראות, כשפועלים לפי דיני היושר. **המעניין הוא,** **שדווקא השימוש בפשרה יוצר את העיוות הגדול ביותר, שכן הילד יומת, אך מדובר ב"תחפושת".**

אולם, שלמה לא באמת התכוון לפשרה הזאת, אלא רק ביקש להעמיד למבחן את הנשים, כדי להגיע אל האמת האמתית. **זהו תרגיל של יושר, בתוך יושר, שלמה מגיע לצדק הקונקרטי, משום שהצליח לזהות מי האמא.** יש כאן הצגה של יושר, שבעצם, תפקידו ליישם יושר – חריגה מהכללים בצורה עיוורת, שבסופו של דבר מגיעה ליעד של השגת צדק קונקרטי בצורה הטובה ביותר (**חריגה בתוך חריגה –** במקום שימוש בכלל נטל הראיה, חורגים אל היושר – שלמה מורה על פשרה, חלוקה, אך שלמה משתמש ביושר בצורה לא נכונה, בצורה עיוורת – שלמה חורג מהדין הכללי בצורה לא נכונה, על מנת להגיע אל הצדק הקונקרטי. לא היה זה מתאים להפעיל את דיני היושר על הילד). המבחן עובד והאם האמתית קופצת מיד להגנת בנה. רחמיה נכמרים והיא מוכנה לוותר עליו לטובת חברתה. אם כן, **מדובר בפשרה שאולי לא תואמת את הצדק הכללי, אך מאפשרת לחשוף את הצדק האמתי, הקונקרטי.** כיום דבר כזה אינו בר-ביצוע, שכן יש להשתמש בכללי הראיות וההוכחה הקבועים בחוק.

1. מקור מס' 8 - מלכים ב', ח', א'-ו' – 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. מישהו גר בביתה ומעבד את הקרקע, תפסו לה את הנכסים, 7 שנים מהווה זמן התיישנות. יש כאן בעיה משפטית גדולה, אין לאישה הוכחות. **הפתרון למצב הבעייתי – פנייה אל המלך, שיחרוג מכלל ההתיישנות.** המלך (**רק מתוך עדות שמיעה**) מאמין לסיפורה ומצווה על הסריס שלו להשיב לה את "אֶת כָּל אֲשֶׁר לָהּ וְאֵת כָּל תְּבוּאֹת הַשָּׂדֶה מִיּוֹם עָזְבָה אֶת הָאָרֶץ וְעַד עָתָּה" (את השדה והרווחים הפוטנציאליים). היחיד שיכול היה לפתור את בעייתה של האישה הוא המלך, ע"י חריגה מהכלל.
2. מקור מס' 9 – ימי המצור על שומרון - מלכים ב', ו', כד' , ז',ב' – מדובר בימים של רעב גדול בשומרון ואישה צועקת למלך: "**הוֹשִׁיעָה אֲדֹנִי הַמֶּלֶךְ**" (שם קוד לבקשת עזרה מהמלך, למשפט ע"פ דיני היושר בעת מצוקה משפטית – חריגה מהדין הכללי). המחבר משתמש בדיני היושר, על מנת להמחיש את המצוקה בה נמצאים בני ישראל. 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. לאחר שהיא מילאה את חובתה, חברתה החביאה את בנה והיא מבקשת ממנו אכיפה של ההסכם – אין ראיות, ישנה בקשה לחרוג מכללי הדין. שימוש במערכת דיני היושר במקרה זה הוא העוקץ הספרותי – יש לשים לב על מה בדיוק מפעילים את דיני היושר.

המלך קורע את בגדיו, במעין עדות לכך שאיבד את השלטון ולכך שהוא לא מסוגל יותר לעמוד במצב הזה. **השימוש בסמכות הפניה למלך במצב כה קיצוני, מבטאת את חורבן ממלכת ישראל והצורך לחרוג מגינוני המלכות ולהגיע לצדק**.

עד כה ראינו, **שהמלך איננו רק שופט, אלא הוא שופט עם סמכויות לחרוג מכללי המשפט**. הפעלת החריגות במקרים אלו, לכאורה, אינה מתאימה, אך היא זו החושפת את העוקץ הספרותי (במקרה האחרון – חורבן ממלכת ישראל). תפקיד המלך – לחרוג מהכללים, לשם הגעה לצדק קונקרטי.

**מקור 10 – דרשות הר"ן, דרוש אחד עשר**

הר"ן כתב ספר דרשות, שאחת מהן נוגעת בסמכויות הייחודיות של המלך לחרוג מכללי המשפט. כל קבוצת אנשים חייבת מערכת של כללים משפטיים. יש שני רעיונות של משפט המתחרים זה עם זה. בין שני המנגנונים המתחרים אחד עם השני יש חלוקת תפקידים. **תפקיד ביהמ"ש** – לשפוט משפט אמת. **תפקיד המל**ך – לחרוג מהכללים, על מנת להתאים אותם לצורכי המקום והשעה. **לפי הר"ן המוסד שמוסמך לחרוג מהדין האמתי הוא המלך (לפי עראמה – בית הדין הגדול).**

**יש צורך של השעה והמקום לעשות צדק, להגיע לתוצאות שחורגות מהדין, על מנת שהחברה תשרוד. מי שמופקד על עשיית הצדק הקונקרטי, ומוסמך לחרוג מהכללים, לפי ניתוחו של הר"ן הוא המלך.**

בית הדין מיישם את הדין, בעוד שהמלך חורג מימנו. בציווי המקראי, מלך מסתובב עם ספר תורה, מדוע? סימבולית, הדבר מלמד **שהסמכות לחרוג לא עומדת בפני עצמה, ההצדקה לחריגה הינה אך ורק לשימור החוק. אין מדובר במערכת שמתנגדת לכללים,** **הסמכות לחרוג מהכללים היא בעצמה כלל.** בבסיס היכולת לחרוג מהכללים, עומדת ההסמכה של הכללים עצמה. על המלך לזכור מהיכן צמח, מה העוגן שלו.

בית המשפט קובע את הכללים. המלך רשאי לחרוג מהכללים, בעודו מסתובב עם ספר החוקים. מי כפוף למי? המלך מעל לתורה, שכן הוא חורג מהכללים, או שמא התורה היא זו שהסמיכה את המלך לחרוג, על מנת שהיא תתקיים יותר? השופט יכול לחרוג מהכלל, על מנת להגיע לצדק. הסמכות לחרוג מהכלל מקורה בתורה. על מנת שהמלך יזכור שהוא גם כפוף לכללים הוא צריך ללכת עם ספר התורה כדי לזכור מאיפה בא. אם המלך יבטל חוק מהתורה, כדי להתאים למקרה ולזמן הקונקרטי, כל מה שעושה ומוריד הוא כדי לשמור על הדינים של התורה.

**הערך המוגן – חיי אדם. אם נשמור תמיד על כללי הפרוצדורה העברית הנוקשים, נזלזל בחיי אדם.** לפי הדינים הנוקשים, יש צורך, למשל, ב-2 עדים בגירים, זכרים, דתיים, שמתרים בנאשם – אם תבצע את הרצח, אתה צפוי לגזר דין מוות (הוא יכול להתעלם מכך). על מנת להתגבר על מצב זה, פונים אל המלך, שיחרוג מהכללים. כמו שראינו אצל אריסטו, כאשר חורגים מהכללים, עושים זאת כדי להגיע לצדק קונקרטי. כנ"ל – המלך יכול לחרוג מהחוקים, בגלל שהערך המוגן הוא חיי הקורבן, ולכן הוא לא עצמאי לתורה אלא כפוף לה.

**מקור מס' 11 - רמב"ם מורה נבוכים ג, לד (מהד' מ' שוורץ) –**

"חייב אתה לדעת גם כן שאין התורה שועה אל החריג, ואין הציווי בהתאם למיעוט. אלא בכל דעה, מידה, או מעשׂה מועיל שרוצים להשׂיג, 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.

בהתאם להתבוננות זאת אל תתפלא גם כן שכוונת התורה אינה מושׂגת בכל פרט ופרט. אלא מתחייב בהכרח שיימצאו פרטים שהנהגה זאת של התורה לא תביא אותם לידי שלמות, כי לא כל מה שמתחייב מן הצורות הטבעיות של המינים מושׂג בכל פרט ופרט, כי הכול מאלוה אחד ומפועל אחד: נִתְּנוּ מרֹעה אחד (קהלת י"ב, 11). מה ששונה מזאת - נמנע. וכבר הבהרנו שלנמנע טבע קבוע שאינו משתנה לעולם.

בהתאם להתבוננות זאת גם אי-אפשר שהמצוות תתייחסנה לשוני מצביהם של בני-אדם פרטיים ולשוני הזמנים בדומה לטיפול הרפואי. שכּן הטיפול הרפואי מיוחד לכל פרט בהתאם למזגו הנוכחי. אלא ראוי שהנהגת התורה תהיה מוחלטת, מיועדת לכולם, אפילו אם זה מתאים לאנשים מסוימים, ולא מתאים לאחרים. כי לוּ היה זה בהתאם ל(אנשים כ)פרטים, היה נגרם קלקול לכול ו"נתת דבריך לשיעורין". משום כך לא ראוי לקשור את הדברים שהתורה מתכוונת אליהם כוונה ראשונה לא בזמן ולא במקום, אלא הדינים יהיו מוחלטים וכוללים, כמו שאמר יתעלה: הַקָּהָל, חֻקָּה אחת לכם (במדבר ט"ו, 15). אבל יובאו בחשבון התועלות הכלליות המועילות לרוב הציבור, כמו שהבהרנו."

הרמב"ם הינו גדול הקודיפיקטורים והפילוסופים של המשפט העברי. כתב את הספר "משנה תורה". בשל היותו פילוסוף כה דגול, הרמב"ם נחשב לפילוסוף אשר מושפע מאוד מכתביו של אריסטו, הוא נחשב אפילו פילוסוף אריסטוטלי - איסלאמי.

מדבריו לעיל עולה כי **התורה אינה פונה אל החריג, והחוקים אינם עבור המיעוט, אלא ע"פ רוב**. התורה קובעת כללים כללים מראש. המחוקק האלוהי יודע מראש שהוא לא לוקח את המקרה הפרטני בחשבון, אלא הוא קובע כללים כלליים אשר לא מתחשבים בשונה ובחריג. הרמב"ם מצביע על הבעיה שאיתה פתחנו את הקורס בדברי אריסטו, במסגרתה ניתן לקבוע כללים כלליים בלבד. לכן, מנוגד הצדק הכללי אל הצדק הפרטי. המחוקק אינו יכול לקחת בחשבון את כל המקרים הספציפיים ולכן הוא מחוקק חוקים כלליים ולא ע"פ המקרה הפרטני. גם התורה מודעת לכך, שכדי לקבוע כללים, יש ללכת לפי הכלל הכללי, ולא לפי המקרים הספציפיים.

דוג' טובה היא "לא תחבול בגד אלמנה" – אסור לקחת ערבון להלוואה, שהוא בגד של אישה אלמנה. האסוציאציה ראשונה שעולה היא, שהאלמנה היא מסכנה, ורוב הסיכויים שאם היא רוצה למשכן את הבגדים שלה, אזי השיא במצב כה קשה שיש להתחשב בה. התורה קובעת מראש, שאין מצב כזה שיהיה קודקס שיכלול את כל המקרים האפשריים. **כשהתורה נתנה את הכללים והציווים, היא התחשבה רק בעקרונות הכלליים, מבלי להתחשב בשונה. הרמב"ם קובע, שהכלליות היא מובנית, אין מצב לתת קודקס שיכלול את כל האפשרויות האנושיות.** אין להתפלא אם התורה לא משיגה את כוונתה לעניין כל פרט ופרט, הרעיון הוא שיש יוצאים מן הכלל ואין מה לעשות עם זה.

לפיכך, בוודאות יהיו יחידים שלא ימצאו את הפתרון למקרה הקונקרטי שלהם בתורה - יש יוצאים מהכלל. גם בנוגע למצוות, אין אפשרות שהן יתייחסו פרטנית למצבם הספציפי של האנשים. אם התורה הייתה חלה על הפרטים כפרטים, אי אפשר היה לצאת מזה. על כן, הדינים כוללניים ומוחלטים לכולם.

הרמב"ם נותן דוגמא - רופא מתייחס לנסיבות ולא לכללים. מחוקק שמקבך קודקס, לא יכול לקחת בחשבון מה יהיה בעוד 500 שנה ובהתאם לכך לחוקק. ההבדל בין רופא למחוקק - הרופא מטפל במקרה הקונקרטי, דרך היישום שלו מתייחסת לתכונות הספציפיות של כל פרט ופרט (אם יעניק לכולם את אותו הטיפול, חלק מהחולים יבריאו, אך חלק עלולים להינזק). המחוקק, מנגד, קובע כללים מראש. הוא אינו משאיר מקום לשום שינוי, לא בזמנים ולא במקום. הרופא אמור ללכת לפי הנסיבות הספציפיות של הפציינט שבא לפניו, לעומתו, מחוקק לא יכול לחוקק מראש כל מיני שינויי נסיבות שעלולים לקרות בעוד שנים רבות מהיום.

**אם שאלת הרמב"ם היא הצדק הכללי מול הצדק הפרטי, האם הפתרון שלו זהה לפתרון של אריסטו?**

**לפי הרמב"ם**, בהתאם לכך שהחוק הוא עבור כולם ומוחלט עבור הרוב, אין להתפלא אם היעד לא ממומש לכל פרט ופרט. אולם, הרמב"ם לא מציין דרך לתקן את המצב הזה! לפי הרמב"ם, התורה קובעת את הכללים מראש. הרמב"ם מציין, שאין להתפלא אם היעד אינו ממושש בכל פרט ופרט. הרמב"ם טוען, שיש מצבים שכוונת התורה לא תתממש, מצבים שבהם יש פער בין הצדק בכללי לצדק הספציפי. הוא אינו מכיר במנגנון מתקן, בכדי להתחשב במקרים חריגים. **כוונת המחוקק היא חשובה ואין לסור ממנה על ידי מנגנון מתקן.**

אם היעד לא ממומש אז הוא לא ממומש - הוא לא מראה לנו דרך לפתרון. לפי הרמב"ם יש פער בין הצדק הכללי לספציפי, ולכן אין להתפלא אם כוונת התורה/המחוקק לא מושגת לכל פרט ופרט. **הצגת הבעיה ע"י הרמב"ם זהה להצגת הבעיה של אריסטו, אולם לפי הרמב"ם אין פתרון, זהו המצב.** "נתת דבריך לשיעורין"- הפיכת התורה למשהו יחסי ונזיל, זה המצב ההפוך למערכת שהיא בעלת עמוד שדרה. אי אפשר לתת למערכת להיות גמישה.

מנגד, **אריסטו**, שהתמודד עם אותה השאלה של המחוקק הקובע כללים כלליים, וטען שיש לעיתים לחרוג מן הכללים. אריסטו מכיר במנגנון מתקן, אשר עוזר לפתור מקרים בהם החריג לא מתאים אל הכלל. אריסטו, מדבר על תלאי להתאמת החוק הכללי למקרה הספציפי.

**נק' מוצא לדיון מהמאמר של רוזנטל** - יש הבדל גדול בין אריסטו לרמב"ם. **אריסטו** נשאר פילוסוף, **הרמב"ם** נשאר קבוע בהלכה. אריסטו, כשהבוא מדבר על הצדק והיושר, נשאר פילוסוף כשהוא מדבר על החוק וקובע כי יש להתאים את החוק לצדק. לעומת הרמב"ם, אומנם מכיר בצדק, אבל לגישתו החוק הוא החוק, ויש להקשיב ולציית לחוק הכללי. לפי הרמב"ם אין להתפלא אם מטרת החוק אינה מושגת בכל פרט ופרט, וכן אם החוק אינו מתאים לכל אחד ואחד. אבל, אין ברירה - הצדק חייב להיות מוחלט וכללי.

ישנם שלושה צמתים -

1. התורה קובעת כללים.
2. אין להתפלא, אם כוונת המחוקק לא משיגה פתרון בעניינו של כל פרט ופרט.
3. אין להתפלא שהתורה לא משתנה, בשל הנסיבות האינדיווידואליות ובשל שינוי הזמנים והמקום. המחיר של הדאגה, שמטרת המחוקק תמיד תמושש, הוא שאין חוק כי כל הזמן יהיה צריך להתאים אותו לאדם הספציפי ולזמן המסוים. הטקסט של הרמב"ם הוא בבחינת ראש בקיר מבחינת השוני בכללים.

**הרמב"ם מודע לבעיה, אך טוען שאין אפשרות ליישם את הכללים למקרים פרטיים, אין להתאים את התורה לכל מקרה ומקרה, אלא יש להתאים את עצמך לפי כללי התורה.** הרמב"ם לא מציג מנגנון מתקן, אלא מורה שלא להתפלא שאין התאמה ושינוי של הכללים לפי הנסיבות והזמן (להפך מדבריו של אריסטו).

מקור מס' 12 - דברים ו, יח -

וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי ה' לְמַעַן יִיטַב לָךְ וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטֹּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לַאֲבֹתֶיךָ:

מקור מס' 13 - רש"י, שם -

הישר והטוב - זו פשרה, לפנים משורת הדין:

לפי **רש"י**, הישר והטוב הוא פשרה, זהו ציווי תורני לעשות פשרה. לפנים משורת הדין- המטאפורה היא בעצם קו שהוא הדין, ויש ללכת לפניו. משמעותו הוא, שהצדק הוא בקו ישר (שור=חומה), לפנים - לא לעצור איפה שהדין עצר/חסם אותך, אלא לדלג מעל החומה הבלתי נראית של החוק ולהגיע לצדק. דבר שכזה ניתן לעשות רק ע"י הגמשה של החיץ הנוקשה של חומת הדין.

**מקור מס' 14 - רמב"ן דברים ו, יח -**

"(יח) ועשית הישר והטוב בעיני ה' - על דרך הפשט יאמר תשמרו מצות השם ועדותיו וחקותיו ותכוין בעשייתן לעשות הטוב והישר בעיניו בלבד. ולמען ייטב לך - הבטחה, יאמר כי בעשותך הטוב בעיניו ייטב לך, כי השם מטיב לטובים ולישרים בלבותם. ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר:

וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כלם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא יט טז), לא תקום ולא תטור (שם פסוק יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם פסוק טז), לא תקלל חרש (שם פסוק יד), מפני שיבה תקום (שם פסוק לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא (ב"מ קח א), ואפילו מה שאמרו (יומא פו א) פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל ענין תם וישר:

[רבי אלעזר אזכרי, המחבר של ספר חרדים (צפת מאה ט"ז) מביא את המובאה הנ"ל בתארו את "מעלת המצוות" "ואת התנאים לקיום המצוות בשלימות" תחת הכותרת: "י. ללמוד רצון השי"ת (=השם יתברך) ממצוות התורה"]."

מדבריו של הרמב"ן עולה פירוש נוסף ל"**ועשית הישר והטוב**" - על דרך המדרש, הרמב"ן נותן לנו עומק פרשני. ניתן להכין רשימה של כללי פעולה, רשימה סגורה. **לעניין המקרה שאינו מכוסה, לא ניתנים בו כללים, אלא עקרונות**. יש גבול לכמות הדיוק שניתן לתת ע"י הוראות, שהרי לא על כל דבר אפשר לחשוב. **התורה מכילה גם הוראות הפעלה, אך היא מצווה על עקרון משפטי - ישר וטוב.** **כוון שכל מעשייך יהיו טובים בעיני האל.**

איך עוברים מהכלל המשפטי לפתרון האריסטוטלי? (בעיית הכלל הכללי, הצדק הכללי שבלתי ניתנת למניעה). **הרמב"ן** סובר כי אין לראות את מצוות התורה כרשימה סגורה. יש להתמודד עם סוגית היושר האריסטוטלי ע"י פתרון של ראיית הכלל כקווים מנחים מלכתחילה - אלו הם שמדגימים את ההוראות, עד שתיכנס הפשרה ע"י "לפנים משורת הדין". זו בדיוק הזווית היהודית. גם **אריסטו** דיבר על הפשרה והחריגה מהכלל, אבל במובן שכשיש תקלה, ויש צורך להכיר במנגנון מתאם. אלא שלעומתו, אצל **הרמב"ן** התפיסה אורגנית. **אין כללים נוקשים מלכתחילה**, הכללים הנוקשים מהווים רק הדגמה והכוונה, ואין חריגה מעקרונות אחרים בשביל "לתקן". **חשוב יותר ליישם את העיקרון מאשר ללכת לפי הכלל.**

אין לראות את מצוות התורה כרשימה סגורה של הוראות הפעלה. הדרך להתמודד עם סוגיית היושר האריסטוטלית שונה מהקטע המיימוני וגם מהקטע האריסטוטלי עצמו. הוא מזהה את הבעיה, החוק מוגבל בכל ההכללות שלו, **הפתרון של הרמב"ן הו לראות את הכללים כקווים מנחים מלכתחילה**. יש ללמוד מהכללים את העיקרון, וזאת יש לעשות עד שיגיעו לפשרה ולקטע של לפנים משורת הדין.

אריסטו דיבר על חריגה מהכלל בגלל שיש "פנצ'ר", יש מצבים שזה לא יתאים ויש להכיר במנגנון מתאם, למרות שיש מתח בין הכלל למקרה הספציפי. הרמב"ן, מנגד, טוען שכשהולכים לפנים משורת הדין אנו ממששים את העיקרון הכללי של התורה. כלומר, ניתן להגיע למצב הרצוי ע"י העקרונות של הכללים עצמם, ודרך כך יש ללכת על פי הכללים. במידה והם לא מתאימים למקרה הספציפי, ניתן להשתמש בכלי הפשרה או בכלי של לפנים משורת הדין. **במקום להציג את כללי התורה כמערכת נוקשה עם מנגנון מתקן, הכללים האלה נתפסים אצל הרמב"ן כמכוויני עיקרון.**

* קטע ייחודי של **רבי אלעזר אזכרי** - מחבר את ספר חרדים, שמשמעו ספר של דבקות בריבונו של עולם ואת הציטוט "את התנאים לקיום המצוות בשלמות" הוא מציב תחת הכותרת "י. ללמוד רצון השם יתברך ממצוות התורה". למה הכוונה? **תפקיד המצוות הוא להוות אשנב לתודעה האלוהית, ולא רק לקבוע את הכלל.** התורה לא רק אומרת מה לעשות, אלא **חושפת את העקרונות לפיהן מצווה עלינו ה', את העקרונות והכללים שה' רוצה שנלך לפיהם כאשר מגיעים למקרה שאינו נכנס בגדר ההוראות הכלליות בתורה.**

לכן, ההדגמה היא "**לפנים משורת הדין**"- שהיא דווקא אנטי-כללית, אין פשרה בתור החריג כשהדין לא הכללי אינו מתאים, אלא **יש רצון להכווין להתנהלות יפה, נכונה**. כלומר מעבר לאמירה המשפטית, יש כאן **אמירה דתית - תפקיד הכלל הוא לא להוות משהו שאין לחרוג ממנו, אלא מה מצופה ממך.**

שלושת הגישות והפתרונות שדנו בהם עד כה לבעיית הצדק הכללי מול הפרטי -

1. אריסטו - מע' קבועה עם צורך במנגנון מתאם / מתקן (מלך, למשל).
2. הרמב"ם - כללים בלבד. שאין להתפלא אם לא נשיג את המטרה בכל המקרים הפרטניים.
3. הרמב"ן – מדובר במערכת כללים, המהווה כולה הדגמה לעקרון המנחה, אין מדובר בכללים נוקשים.

**מקור מס' 15 - ספר החינוך – מצוה תריא**

"תריא. מצוה ללכת ולהדמות בדרכי השם יתברך:

שנצטוינו לעשות כל מעשינו בדרך הישר והטוב בכל כחנו, ולהטות כל דברינו אשר בינינו ובין זולתנו, על דרך החסד והרחמים, כאשר ידענו מתורתנו שזהו דרך השם וזה חפצו מבריותיו, למען יזכו לטוב כי חפץ חסד הוא, ועל זה נאמר (דברים כח ט) והלכת בדרכיו, ונכפלה המצוה עוד במקום אחר, שנאמר ללכת בכל דרכיו (דברים י, יב. יא, כב):

ואמרו זכרונם לברכה (בספרי עקב יא כב) בפרוש זאת המצוה: "מה הקדוש ברוך הוא נקרא רחום, אף אתה היה רחום, מה הקדוש ברוך הוא נקרא חנון, אף אתה היה חנון, מה הקדוש ברוך הוא נקרא צדיק, אף אתה היה צדיק, מה הקדוש ברוך הוא נקרא קדוש, אף אתה היה קדוש". והעניין כולו לומר שנלַמד נפשנו ללכת בפעולות טובות כאלו ומדות נכבדות אשר יספר בהם יתברך על דרך משל לומר שמתנהג במידות טובות אלו עם בריותיו. והוא ברוך הוא יתעלה על כל עילוי גדול, שאין בנו כוח ודעה להשיג גדל מעלתו ורב טובו ולא בכל הנבראים, ועל הדרך הזה שאמרנו (רמב"ם דעות פ"א ה"ו) יקראו הנביאים לאל ברוך הוא כל הכינויים צדיק ישר תמים גבור חזק רב חסד ארך אפים, כי באמרם ארך אפים אין העניין חלילה שיהיה כעס לפניו לעולם, כי אשר בידו להמית ולהחיות, למחות עולם ולבראת, ואין אומר לו מה תעשה למה יכעס, גם כי הכעס איננו שלמות בכועס, ואליו ברוך הוא כל השלמות. אבל הענין באמת על הדרך שזכרנו, כלומר שהן המדות המעלות שמתנהג עם בריותיו, ויש לנו ללמד ולעשות כל דרכינו בדמיונו:"

יש תיאור של המצווה – מצווה שהאוריינטציה כלפי הזולת לא צריכה להיות של "ראש בקיר", על דרך הדין, אלא **המטרה היא ללכת בדרכו של השם, יש ללכת לפי דרך החסד והרחמים**. התובנה היא שאתה דומה ולומד מדרכיו של בורא עולם. ציטוט מפורסם: "מה הקדוש ברוך הוא...ויש ללמוד לעשות כל דרכינו בדמיונו" - כלומר, יש חובה שעניינה לא רק לפתור את הבעיה המשפטית, כדי לסתום "פרצות". **יש כאן נטייה פוזיטיבית של הידמות לבורא עולם, ע"י עשיית הישר והטוב, כמו שהאל רוצה שנעשה.** יש כאן תובנה יהודית, שבאה ואומרת שה' עושה כך ואנו כבני אדם צריכים לרצות לחקות את האל.

יש פה מימד דתי קיצוני, לפיו האדם צריך לחקות את האל בסעיף המשפטי של הישר והטוב, יש להיות ישר וטוב כמו האל. ההשלכה המשפטית הנוספת של הדברים הללו מצויה במקור מס' 16.

**מקור מס' 16 - ספר החינוך מצוה עו -**

"שלא לנטות אחרי רבים בדיני נפשות בשביל אחד

שלא ילך הדיין אחר דעת הרוב בדיני נפשות כשיהיה התוספת איש אחד לבד. וביאור זה כי כשתהיה מחלוקת בין הדיינין בדין אדם אחד ויאמרו קצתם שהוא חייב מיתה וקצתם שאינו חייב, והיו המחייבין יותר על המזכין אחד, שלא יעשה הדיין בחוטא כדברי המחייבין, שנאמר (שמות כג, ב) "לא תהיה אחרי רבים לרעות", כלומר לא תלך אחר הרוב שיזדמן לחתוך משפט מות, וזהו לשון הכתוב שאמר לרעות, כלומר לחיוב מיתה, וזה כשיהיה רוב מצומצם, כלומר שההכרע אינו אלא מחמת איש אחד, אבל כשיהיה ההכרע בשנים אפילו לרעות מטין על פיהם, ובמכילתא הטייתך לטובה על פי עד אחד, ולרעה על פי שנים.

משרשי מצוה זו, לפי שנצטוינו להדמות במעשינו למדות השם ברוך הוא, וממדותיו שהוא רב חסד כלומר שעושה עם בני אדם לפנים משורת הדין, וגם אנחנו נצטוינו בכך שיהיה הזכות בדיני נפשות יותר על החיוב, לפי שהוא דבר שאין לו תשלומין."

בסדר הדין הפלילי, כשהורגים מישהו ויש ויכוח בין דייני ביהמ"ש, לא מכריעים ע"פ הרוב, אלא חובה שיהיה רוב מיוחד לפחות של שניים. כלומר **לא מכריעים על "חודו של קול"**.

"משורשי מצווה זו לפי שנצטווינו..." - נראה כסעיף הגנה לזכויות הנאשם, אך מדובר באקט דתי, כי כך היה פועל ה'. "וממדותיו שהוא רב... לפי שהוא דבר שאין לו תשלומין"- יש דברים שזה לא עובד כך, יש להיות זהיר כלפי חיי אדם, מעבר לזהירות הפרוצדורלית. **הכוונה הינה, שיש לפעול לפנים משורת הדין, כי התורה יודעת שהעיקרון המשפטי האוניברסלי הוא רוב, אבל במקומות הללו יש לפעול כך.** התורה יודעת שהיא חורגת מהעקרונות האוניברסליים שהיא קבעה, על מנת שיאמצו בני האדם את תכונתו בורא העולם – ללכת לפנים משורת הדין. כלומר, **יושר הוא רחב יותר ממנגנון מתקן. המחוקק עצמו מכניס את היושר, הוא יודע שהוא חורג מהחוק. זאת, כדי שהכפופים לחוק יאמצו את העיקרון החורג.**

המושג היושר הוא הרבה יותר עשיר ממנגנון מתקן, וזאת מפני שהמחוקק עצמו מכניס את היושר בגדר הדין. המחוקק עצמו חורג מהחוק, מפני שהוא מודה למחיר, והוא רוצה שאנו כבני אדם נאמץ עקרון שנקרא לפנים משורת הדין.

**שוב, הרעיון של לפנים משורת הדין מוצג כאן כעקרון דתי, להידמות לבורא, זהו כלל ולא מנגנון מתקן. הרעיון מוצג כעיקרון דתי, ולא ככזה החורג מן החוק או מהווה תיקון לו, הוא החוק בעצמו!**

**"לפנים משורת הדין" - הגדרתו ושאלת הכפייה על דיני היושר**

לפנים משורת הדין פירושו עשייה מעבר לכתוב בחוק. חובה זאת נלמדת גם מעקרון "עשית הישר והטוב", אך ניתן ללמוד אותה גם מתוך שמות י"ח, כ – **המעשה** הוא לנהוג לפנים משורת הדין.

מקור מס' 21 –

* **שמות, פרק יח'** –

אנו מצויים לאחר יציאת מצרים. יתרו בא לבקר את חתנו, משה. לדרוש אלוהים = משפט. התפיסה של לעשות שלום ולהתדיין איננה רק עניין של עשיית סדר חברתי כערך מוגן, אלא זהו גם אקט דתי – כיצד ה' רוצה שננהג, זהו משהו בעל מימד דתי. תפקידו של משה – ללמד את הדברים הקשים, הדרושים התערבות אלוקית (את המקרים הפשוטים ישפטו אנשי חיל שימונו ע"י משה).

יתרו מבחין כי משה שופט את העם העולה אליו "לִדְרֹשׁ אֱלֹהִים", מבוקר ועד ערב, ואומר - "לֹא טוֹב הַדָּבָר אֲשֶׁר אַתָּה עֹשֶׂה". יתרו מייעץ למשה כיצד לנהל את מערכת המשפט. הוא מציע להקים מערכת שיפוטית שתשפוט את העם, כאשר רק המקרים הקשים והמורכבים יובאו בפניו, 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. ישנן הוראות חוק, אך לאחר ההוראות הפוזיטיביות של החוק החרוט, יש משהו נוסף, דרך. משפט זה תואם את עמדתו של הרמב"ן.

* **דברים, פרק ו', פסוק יז' - יח'** – "וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי ה' לְמַעַן יִיטַב לָךְ וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטֹּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לַאֲבֹתֶיךָ".
* **משלי ב – "**לְמַעַן תֵּלֵךְ בְּדֶרֶךְ טוֹבִים וְאָרְחוֹת צַדִּיקִים תִּשְׁמֹר". זוהי אמירה כללית, אין מדובר בנורמה משפטית. ישנו הבדל קל בין ספר שמות לספר משלי – ספר שמות הינו חלק מספרי התורה, מדובר בנורמה מחייבת. מנגד, משלי הוא ספר תוכחה, עוסק בהתנהגות טובה, אך לא למדים ממדנו מערכת חוקים ונורמות הלכתיות, מדובר בנורמה מדרגה נמוכה יותר.

מקור מס' 22 – מכילתא דרבי ישמעאל יתרו - מסכתא דעמלק פרשה ב

מדרש חז"ל במכילתא הינו אחד ממדרשי חז"ל על התורה. כשיש מסה שלמה של תורה שבעל פה, אותה רוצים להעביר הלאה, ישנן שתי אסטרטגיות/דרכים –

1. לצרף את הקובץ בעל פה לטקסט שכבר חדש.
2. לערוך קודקס חדש, לפי נושאים

בסופו של דבר, ההיסטוריה הוכיחה, כי עם ישראל הלך לפי השיטה השנייה. אולם, עד היום משתמשים גם בשיטה הראשונה (לדוג' - דפי פרשת השבוע עדכנית). "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. מדובר באיזושהי הוראה – לצאת וללמוד תורה, על מנת לדעת את הדרך. יש כאן משהו מעבר להוראת הדין, ה' מצפה - לא רק הדין, אלא גם לפנים משורת הדין.

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

מקור מס' 23 – ספר מצוות קטן מצוה מט

מדובר ברשימה של תרי"ג מצוות. אחת המצוות (מס' 49) – לעשות לפנים משורת הדין. לדעת הכותב, מדובר במצווה, יש כאן תוכן נורמטיבי מחייב. המקור הראשון הינו הדרשה – " המעשה אשר יעשון". בנוסף, ישנו מדרש חז"ל המעגן את "לפנים משרות הדין". הביסוס העיקרי מצוי במקור מס' 23 – "לא נחרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה".

"אלא דיני דמגיסת לידיינו בה בתמיה, אלא על שהעמידו דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין". ידונו לפי דיני שודדים?! מה ידונו? על פי ילכו? לפי רבי יוחנן, **חברה המתנהגת רק לפי החוק, ואין לה את מרחב הנשימה של לפנים משורת הדין לא תשרוד**. אין זה אך ניתוח סוציולוגי, אלא מדובר גם בניתוח ערכי (חורבן ירושלים) – אם ירושלים חרבה, הרי שמדובר בצפייה מהתורה שזה יקרה. חברה נוקשה, הדבקה במשפטיזציה, לא תאריך ימים.

**רבי יצחק מקורבל** סוחט מהפסוקים, קודם כל, משמעות דתית. אם ירושלים חרבה בשל היעדר התייחסות ל-לפנים משורת הדין (לא הלכו מעבר למה שהחוק מורה ולא הגמישו), הרי שמדובר בציפייה של התורה, ועל כן **הוא ממקם זאת בתרי"ג מצוות, זוהי מצווה מדאורייתא (אחרת, לא היו מחריבים את ירושלים. אי-קיום המצווה הינה עילה לחורבן ירושלים)**. לפנים משורת הדין היא מצווה מדאורייתא שכן אם הסנקציה בגין אי-מילויה הביאה לחורבן, סימן שהיא אחד מדיני התורה.

דוגמאות להליכה אחר "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. האם ניתן לאכוף את הכלל של לפנים משורת הדין? ואם כן, היכן מתחיל ונגמר המשפט? מה כלול בתוך המושג הזה שנקרא "משפט"? **האם ניתן לאכוף נורמות מוסריות/רעיונות מוסריים שלא נמצאים בחוק?** אם ניתן לאכוף נורמה מוסרית, שהיא מעבר לחוק, מה נותר תחת "המשפט", היכן הגבול? האם מותר לדיין לקחת בחשבון את הנסיבות האישיות של בעלי הדין? זוהי שאלה חברתית (נק' המוצא של התורה – "ודל לא תהדר בליבו", אנו לא מעדיפים את הדל על פני בעל הדין השני). הדוגמאות –

1. מקור מס' 24 – סבל העצים – 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 "זקן ואינה לפי כבודו" היה אמור לספק לו פטור מלסייע לסבל -** ישנם אנשים שאנו לא מחייבים אותם לפגוע בעצמם, על מנת לעזות לזולת, אין להשפילם. 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" (שמות, יח').** מדובר באדם ולו פטור, אך הוא לוקח על עצמו את המצווה, לפנים משורת הדין.

רבי ישמעאל יכול היה להתחמק מהעזרה, מבלי לשלם לסבל וכו', משום שיש לו פטור מתוקף "זקן ואינה לפי כבודו"- ישמעאל היה חכם בסנהדרין ולכן לא היה פטור מלעזור. הגמרא – **רבי ישמעאל היה יכול להפטר מהסבל מתוקף הפטור, אך לא עשה זאת מטעמים של לפנים משורת הדין. ע"פ דין הוא לא היה חייב לסייע לאותו סבל, אולם הוא לא רצה לנצל את הפטור שלו, אלא לפעול לפנים משורת הדין, לנהוג כאחד האדם (סייע לסבל ע"י רכישה). רבי ישמעאל ראה עצמו מחויב, מכוח לפנים משורת הדין. התבנית - עזרה לזולת, יש סעיף פטור אישי, אך אדם רואה עצמו מחויב לעזור (לא מנצל את הפטור), מכוח לפנים משורת הדין.**

1. מקור מס' 25 – עצת השולחני – המקרה עוסק בשולחני - חלפן כספים, שבין היתר היה מעריך (נותן חוות דעת) וממיר את שווים של מטבעות. הכלל הוא, **שאדם הנותן חוות דעת רשלנית, חייב לפצות את האדם כלפיו הוא התרשל**. עם זאת, **אם מדובר במומחה גדול, לא סביר שהוא יטעה, מדובר באונס ולכן הוא לא חייב בנזיקין על רשלנותו**.

אישה באה לשולחני (חלפן כספים) כדי לשמוע עצתו, האם מטבע שהגיע לידה אמתי 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").

הגמרא-רבי חייא **פעל לפנים משורת הדין**. ע"פ דין הוא לא חייב היה לפצות אותה, שכן היה מומחה, אך בחר לעשות זאת, לפנים משורת הדין.

בשני המקרים לעיל יש הוראות חוק, **חובה כללית**, אך, בד ובד, יש **סעיפי פטור ספציפיים** (מכוח כבוד/מומחיות). אולם, שני "השחקנים הראשיים" בוחרים לקחת על עצמם חבות פיזית/כספית, **לפנים משורת הדין**, הם לא מעוניינים ליהנות מהפטור שלהם ולהסתתר מאחוריו.

1. מקור מס' 26 – דיני השבת אבידה – **לפי מצוות השבת אבדה – אם אדם מצא מציאה, הוא לא רשאי להתעלם מימנה, יש חובה להשיב את האבדה**. **הכלל – כל עוד קיימת זיקת בעלות בין החפץ לבעליו המקורי, חלה חובת השבה**. זוהי מצווה, לפיה אסור לקחת את הממצא וגם אסור להתעלם. מנגד, כאשר הזיקה מתנתקת, אין חובת השבה. מתי קמה על האדם חובה להשיב אבדה? המבחן הקובע הוא **מבחן הייאוש (מבחן אובייקטיבי!)** – **אם אנו מניחים שאדם רגיל/סביר בנסיבות העניין מתייאש מהאבדה, זהו הפקר, ואם מדובר בהפקר, המוצא רשאי לקחת אותו לעצמו.** **לעומת זאת, אם מניחים שהמאבד לא התייאש, הוא לא וויתר על הבעלות שלו, המוצא לא רשאי לקחת את המציאה לעצמו וקיימת חובה להשיב את האבדה.** **הבעלות לעולם לא תעבור לבעלותו של המוצא.** איך יודעים אם התייאש המאבד או לא?
* היעדר סימן - הבעלים יתייאש, למשל, כאשר אין שום סימן על האבדה (דוג' – שטר של 100 שקל/קילו סוכר – לא ניתן להצביע על סימנים המעידים שהאבדה שייכת לאדם מסוים). לעומת זאת, בנסיבות שיש סימן, נניח שהבעלים לא יתייאש.
* שווי פעוט של האבדה - דוג' נוספת – אם שווי החפץ שנמצא הוא פחות מפרוטה, סביר להניח שהמאבד יתייאש. הערך של האבדה פעוט, והעליות במציאת העט גדולות יותר. במקרה כזה, המוצא רשאי לקחת את האבדה לרשותו, שכן סביר להניח שהמאבד יתייאש.
* אבדה במקום בו הרוב אינו יהודי - כאשר החפץ נאבד במקום בו רוב המצויים בו אינם יהודים, האדם מתייאש. מדוע? משום שמי שאינו יהודי אינו חייב במצוות התורה, וחובת השבת אבדה אינה חלה עליו, הוא רשאי בכל מקרה לקחת את החפץ לרשותו.

**ב**. 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 (בשל המקרה האובייקטיבי, ישנו מצב של ייאוש – איבוד בשוק הומה), ולכן לא חלה חובה להחזיר את החפץ.

**א 1**. הרב יהודה הלך עם רבו שמואל (דור אמוראים) לשוק של חיטין. בשוק זה רוב המצויים אינם יהודים, אלא גויים. הרב יהודה שואל את רבו שמואל שאלה - אם אדם מצא ארנק בשוק, מה יהיה הדין? (ארנק נתפס כדבר עם סימנים). מצד אחד – יש סימנים (לא יתייאש המאבד), מצד שני – המקום לא של יהודים (הבעלים יתייאש). הרב שמואל אומר, שניתן לקחת לעצמו. אולם, אם יבוא אדם שמזהה את ארנקו, חייבים להחזיר לו אותו. **הסתירה** - לפי שמואל, מצד אחד, לא חייבים להחזיר, והארנק הוא שלו (ההנחה היא שהבעלים התייאש), אך מצד שני, אם יתגלה מישהו המזהה את החפץ, חייבים להחזיר לו.

הגמרא - **לפנים משורת הדין. על פי דין, מאחר והארנק נמצא במקום בו הרוב אינו יהודי, וההנחה היא שהבעלים התייאש, לא חייבים להשיב. אולם, אם אדם הגיע ונתן סימן, קיימת החובה להחזיר, לפנים משורת הדין** (על פי הדין היבש, אין חובה להחזיר, יש פטור – לאור מקרה ב', המלמד את הדין הבסיסי במקרה של איבוד נכס במקום הומה במיוחד). **רעיון הבסיס** – אם יש פוטנציאל להחזיר (מקרה קונקרטי של אדם הבא עם סימנים, למשל), מכריזים. אם לא מכריזים, ככל הנראה שאין חובה להחזיר.

**א 2.** שמואל ממשיך בכך את שנעשה לפניו. אביו של שמואל מצא חמורים, ולאחר למעלה מ- 12 חודשים בהם שמר על החמורים, הוא החזיר אותם לבעלים המקורי (הוא שמר על החמור יותר מאשר היה עליו לעשות כן – למעלה מ-12 חודשים). **אביו של שמואל המשיך וטיפל בחמורים על פי נהיגה לפנים משורת הדין, למרות שהיה יכול לקנות אותם לעצמו, או למכור אותם.** שמואל, שדרש התנהגות של לפנים משורת הדין, למד זאת מאביו שגם כן התנהג לפנים משורת הדין בעת מציאת אבדה.

**האם מקרה הארנק תואם את התבנית של שני המקרים הראשונים?** בשני המקרים הראשונים, היה מדובר באנשים שהיה להם פטור פרטי/חסינות ייחודית, אך הם ויתרו עליו ונהגו לפנים משורת הדין. מנגד, **במקרה השלישי, יש פטור לכולם!**

1. מקור מס' 27 – מקרה התנאי הנסתר – רב פאפא החזיר את הכסף, לפנים משורת הדין. מה הדין הרגיל? לרב פאפא לא היה פטור ייחודי, אלא כולם לא היו חייבים לבטל את המקח. אם רב פאפא החזיר את המקח, בכל זאת, על אף הפטור, הרי שהוא עשה זאת לפנים משורת הדין.

ניתן לתאר שתי קטגוריות, שתי קבוצות של פסיקה –

**24-25** – מקרים בהם לאדם יש איזושהי חסינות, סעיף פטור אישי, שהוא איננו מפעיל, הוא אינו חוסה בצילו. מדוע לא הפעיל את הפטור? לפנים משורת הדין. האסמכתא – שמות יח'. יש פטור אישי.

**26-27** – מקור 26 – יכול להיות, בנסיבות מסוימות, שאדם לא יהא מחויב להחזיר אבידה. מקור 27 – יכול להיות, בנסיבות מסוימות, שאדם לא יהא מחויב לבטל עסקה. בשני המקרים אנשים החזירו אבידה וביטלו עסקה, למרות שכולם היו פטורים מלעשות כן. במקרים אלה לא מופיע הפסוק המדובר. יש פטור כללי.

מקור 29 - מקרה הסבלים –

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. "תחזיר" – אסור היה לו לעשות זאת, מבחינה משפטית, הם פטורים. רבה שאל את רב בפליאה האם זה הדין ורב השיב לו בחיוב ("אין"), תוך שהוא מביא את האסמכתא הבאה - "**למען תלך בדרך טובים**" (משלי). ישנה ספיגה של נזק, כאשר הפסוק לעיל הופך את זה לדין, להלכה. לאחר מיכן, אמרו הסבלים לרב - "עניים אנחנו, טרחנו כל היום, אנחנו רעבים ואין לנו דבר", ורב הורה לרבה בר בר חנן לתת להם את שכרם. גם כעת שאל רבה אם זה הדין ונענה ע"י רב בחיוב – "אין", תוך שהוא מסביר - "**אורחות צדיקים תשמור**" (המשך הפסוק מספר משלי). **רב, בעצם, גם פטר את הסבלים מהחוב על הנזק, גם דאג שיקבלו את שכרם, וגם הסביר שכך הדין, תוך שהוא מביא אסמכתאות שאינן מהתורה וגם לא השתמש באסמכתא "לפנים משורת הדין".**

שני דברים שונים מתקיימים במקרה זה, ביחס למקרים האחרים –

1. **מחייבים** את רבה בר בר חנן **לפעול לפנים משורת הדין**, כופים עליו.
2. **הביסוס לחיוב אינו 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**. רש"י – דין או לפנים משורת הדין, אין קטגוריה אחרת.

**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 ובמקרה של עצת השולחני היה לאותם אנשים פטור אישי (האחרים חייבים וזה 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, יש צורך בפסוק אחר. במקרה של סבלי היין, כולם רשאים לתבוע על הנזקים שנגרמו להם, ולכן יש צורך לגייס פסוק נוסף ומרחיק לכת כמו הפסוק ממשלי, כדי ליצור את החובה.

**"לפנים משורת הדין" מובא רק כאשר כולם חייבים ואתה בוחר שלא לנצל פטור אישי, ו"למען תלך בדרך טובים" מובא כאשר כולם פטורים ואתה חייב, היינו אין פטור אישי.** למרות זאת, אנו ראינו שימוש ב"לפנים משורת הדין" כבר במקורות 26-27, בהם לא היה פטור אישי, אלא פטור כללי, לפנים משורת הדין רחב יותר, הוא לא מצומצם אך למקרים בהם ישנו פטור אישי.

מהו התירוץ האחר? התלמוד צעד צעד נוסף, בעזרת פסוק אחר, פסוק מסוג אחר (מספר משלי) - במקרי סבלי הנזק, ישנה חובה אקטיבי לפעול, וכן ישנה חובה לספוג נזקים – דרישה איכותית יותר, חזקה יותר.

במקרה דנן, יש חובה אקטיבית, יש לוותר על הנזקים, לספוג אותם, ואף לשלם משכורת. יש כאן עשייה מעבר. האם, באמת, יש דין שכזה? מה המשמעות המשפטית של דין שכזה, לפיה יש חובה להחזיר את המשכורת ולמנוע את התביעה?

**המשמעות המשפטית של הטלת החובה להחזיר את הכסף** – ההשלכה של החובה המשפטית, לעומת החובה המוסרית/חברתית – אם לא נקיים את החובה, יש סנקציות. המשפט הוא מוסד "אלים", מפעיל כוח. למדינה מונופול על תחומים שונים של אלימות, על מנת למנוע אלימות מסוגים אחרים, להגן על אינטרס מסוים. ברור הוא, כי המשפט משתמש באלימות, על מנת לאכוף נורמות משפטיות. האם, במקרה דנן, הנורמה "למען תלך בדרך טובים, ואורחות צדיקים תשמור", היא נורמה שניתן לאכוף אותה בכלים שהמשפט משתמש בהם, או לא? מחד, נראה כי יש כאן הפעלה של הדין ("האם זהו הדין?", "כן, כך הדין"). מאידך, מדובר בפסוק מוסרי מספר משלי.

**הטקסט השלישי** – "אמ' ליה דינא הכי אמ' ליה למען תלך בדרך טובים יהב להו גלימייהו אמרו ליה עניי אנן וטרחינן כוליה יומא וכפינן ולית לן מידי אמ' ליה זיל הב להו אגרייהו אמ' ליה דינא הכי אמ' ליה וארחות צדיקים תשמר". המילה כן לא מופיעה, **אין אישור לכך שזהו הדין**. לפי משפחה זו של כתבי עת, לא נאמר כי זהו הדין, בניגוד למשפחת כתבי העת הראשונה.

**ישנם שני ענפים מושגיים, שתי גישות מושגיות**. השאלה – האם הדין מחייב אותי לוותר על התביעה ואפילו לשלם את המשכורת? לפי **ענף אחד** – כן, זהו הדין, ויכול להיות שאף קיימת חובה משפטית. **הענף השני** – לא נאמר כי זהו הדין, אלא אך כי אתה אמור לפעול לפי "למען תלך בדרך טובים, ואורחות צדיקים תשמור", זו הציפייה. מגולמות כאן שתי נוסחות שונות, שתי גישות טקסטואליות שונות. **לפי הענף הראשון, זהו הדין. לפי הענף השני, לא מדובר במוסר, אלא מדובר בחובה מוסרית.**

מקור 30 – ירושלמי, בבא מציעא, פרק ו', הלכה ו' - **האם המושג לפנים משורת הדין יוצר חובה משפטית, או רק חובה מוסרית?** סבל שבר קדירות לקדר וזה גבה ממנו את בגדיו כערובה, 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. מכאן ניתן 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. **לפי המקור דנן, מדובר אך בחובה מוסרית.**

**הרא"ש** - מקור 31 - "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 32 - וכיוון שאנו רואים שהיו כופים אותך כך (במקרה של סבלי היין, למשל), **גם אנו כופים לעשות לפנים משורת הדין אם היכולת בידם לעשות כן** – הרב קובע, 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 קובע כי זהו הדין ולפיכך מדובר בחובה משפטית.

המבדיל בין חוק ומוסר הוא ממד אחד – **סנקציה**, יכולת אכיפה. אפשרות נוספת להבחנה – **כללי, אל מול לא-כללי** (כולם חייבים נורמה X. יש גם נורמה Y, שהיא חובה, אך לא תמיד נפעיל אותה). ההבדל בין חוק למוסר יכול להסתכם בהבחנה בין כללי, או לא-כללי, היינו תלוי נסיבות.

**מדוע הרב מרדכי מסייג את ההליכה לפנים משורת הדין?** זאת, משום שאם מחייבים לפעול לפנים משורת הדין – אנו מרחיבים 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).** ישנה חובה אוניברסאלית, היא הדין, בעוד שהחובה התלויה בנסיבות ובשיקול דעת היא לפנים משורת הדין. מחד, ניתן לכפות אותה על אדם ומאידך, יש סייגים לתחולתה (למשל, כאשר מדובר בעניים).

ההבחנה בין הרא"ש לרב מרדכי - **הרא"ש** **מבדיל בין חובה משפטית שהיא אכיפה, לחובה מוסרית שאינה אכיפה (אין כופין על לפנים משורת הדין).** דין הוא דבר שנכפה, בעוד שאין כופים מוסר (יש חובה מוסרית, איך אין כפייה). מנגד, **הרב מרדכי מבדיל בין הדין שהוא בגדר חובה מוחלטת, לבין לפנים משורת הדין התלוי, הנתון לשיקול דעת** – **כלליות ההוראה, לוקחים בחשבון את הנסיבות** (אך בכל זאת "יש לו שיניים"). החוק הוא נורמה כללית, אך אם יש נסיבות ייחודיות, הן יהיו רלוונטיות לעניין המוסר, כמו לפנים משורת הדין.

* הסיפא של מקור 29 – גרסאות שונות לשמות. **מקור 38** – יש ציטוט של הסיפור – האם אבא יכול להיות דיין בסכסוך שבנו מעורב בו? ברור שלא. אם הגרסה היא, שהבן הוא זה ששברו לו את החביות, והדיין הוא האבא, הרי שאין מדובר בעמידה לדין, אין מדובר בסנקציה משפטית, אלא מוסרית. 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 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.

**ענף אחד** מדבר על חובה מוסרית. הדיין הוא קרוב משפחה, לפי אחת הנוסחאות. אין מענה לשאלה – "האם כך הדין", אלא תשובה מספר משלי. יכול להיות שאין התייצבות לדין. כלומר, אין כפייה על הנורמה של לפנים משורת הדין, זהו כוון חשיבה אחד – **מדובר בנורמה מוסרית, שאינה ניתנת לאכיפה. הקו המבדיל בין מוסר לחוק – יש כפייה, או לא.**

**ענף שני**, גישה השנייה – יש מענה של "כן, כך הדין". מכאן ניתן ללמוד**, שיש כפייה של לפנים משורת הדין.** מה נשאר מהדין עצמו? איפה יעבור הקו בן משפט למוסר, אם אוכפים מוסר? **הקו המבדיל בין חוק למוסר עובר בין נורמה כללית, לנורמה הלוקחת בחשבון גם נסיבות אישיות.**

מקור 33 – בית יוסף חושן משפט סימן יב – מתיישב עם עמדת הרא"ש

רבינו ירוחם בשם הרא"ש תמה על פסיקתו של המרדכי, לפיו יש לכפות לנהוג 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". בית יוסף מעדיף את דעת הרא"ש, ומנסה לחלק בין חובה מוסרית, שיש להנחות את הציבור לנהוג בה, לבין דרגה גבוהה יותר של כפייה, אותה אין לנהוג כנורמה מחייבת. הב"י קורא את הסיפורים שראינו כהנחיות של רבנים לתלמידיהם והנהגות מעולות, אך **לא כחובה שיש לכפות.**

מקור 40 – שולחן ערוך, חושן המשפט, סימן יב' -

"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, לפיה לא כופים לפנים משורת הדין, השאלה היא שאלת הכפייה – כופים על דין, ולא כופים על מוסר. לפי הגישה, לפיה יש 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, לאור הנסיבות.

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

**שמות כ"ג, ג' (מקור 21 ד') - "ודל לא תהדר בריבו".** אין לפסוק לטובת העני, רק משום שהוא עני. **רמב"ם, ספר המצוות** - "והמצווה הרע"ז 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". **לביהמ"ש אסור לקחת בחשבון את הפער הסוציו-אקונומי בין התובע לנתבע.** נראה, לאור האמור לעיל, כי עמדתו של המרדכי אינה מתקבלת. לפי המרדכי, במקרה הארנק, לא כופים, בגלל שמדובר היה בעני (אם בעל האבידה היה עני, או המוצא היה עשיר – היה הכרח לשלם).

מקור 34 – ב"ח [=בית חדש, רבי יואל סירקיס, (שכ"א(1561)-ת'(1640))] –

הב"ח הולך בכוון של חובה משפטית - "**וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואף על פי שאין הדין כך ואפשר דהר"ר ירוחם בשם הרא"ש נמי לא קאמר אלא באינו עשיר... ופוק חזי מאי עמא דבר**". הב"ח מדבר על כפיית הכלל של לפנים משורת הדין - זוהי פרקטיקה, כך נוהגים, אבל רק בנסיבות של עשיר מול עני – **מטים את החובה המשפטית, לטובת העני**. כיצד ניתן להטות את הדין לטובת העני? העובדה שמדובר בחובה מוסרית אמורה לפתור את הבעיה.

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.**

מקור 35 – שו"ת צמח צדק [ר' מנחם מנדל ב"ר אברהם קרוכמל, תלמיד הב"ח, ש"ס], סימן פט –

אם אבדו ארנקים במקום שרוב גויים מצויים בו, אין חובה להחזירו, גם אם ניתנו בהם סימנים. אבל, מכל מקום, **אם מי שמצא את הארנקים אינו עני, צריך להחזיר את הארנקים עם המעות (הכסף שבתוך הארנק). כלומר, ישנה כפייה לפעול לפנים משורת הדין על אדם שאינו עני.** 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 – היינו **הבחנה בין סוגי הסנקציות / סוגי כפיות** –

"נראה לי כתב כן אלא דאין כופין בשוטין [=שאין כפייה גופנית בשוטים] אבל בהורדת נכסים [=גביית ממון] מודה דכייפינן [=מודה שאנו כופים] כיון דנקט [=שתפס] לשון "חייב להחזיר", וכיון דמצינו נמי [=מצאנו גם כן] בסוף פרק דהאומנין ברבה בר רב חנן דתברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא וכו' דא"ל רב הב להו גלימייהו א"ל דינא הכי א"ל אין למען תלך בדרך טובים וכו' הרי קאמר ליה דדינא הכי [=זאת אומרת, גם במקור ‎29 גם השיב לו רב: "כך הדין"] משמע דלפנים משורת הדין הוי נמי [=הוא גם כן] דין וכיון דקרי ליה דין [=ומכיון שמכנה אותו 'דין'] ודאי דכייפינן עליה [=ודאי שכופים עליו, על לפנים משורת הדין] אלא דאין כופין בשוטין [=אלא שאין כופים בשוטים] אבל בהורדות נכסים כייפינן [=כופים אותו] אפשר דאפילו בהורדות נכסים לא כייפינן אבל בשמתא כייפינן [=יתכן ואין כפייה בנכסים אלא שכופים באמצעות נידוי, חרם חברתי ודתי]".

לרשות בית הדין יש **סוגים שונים של אפשרויות כפייה** – לא נותנים מכות, אך ניתן להוריד נכסים, **יש הבחנה בין חובה ממונית לחובה כללית.** **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, כמו 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, כמו הרא"ש.

המחלוקת היא על רמת הכפייה שנוהגים - לפי הדעה המקלה, נכפה בשוטין ובדברי כיבושין, ואילו לדעת השיטה המחמירה, רק נרד לנכסיו או לכל היותר ננדה את מי שמסרב לנהוג לפנים משורת הדין. **ייתכן שסוג הסנקציה עשויה ללמד על סוג החובה המשפטית.** כפייה בשוטין הופכת זאת לחובה מוסרית, אך כפייה חמורה יותר של ירידה בנכסים, או חרם אם נרצה להחמיר יותר, הופכת זאת לחובה משפטית.

מקור 36 – שו"ת שבות יעקב חלק א סימן קסח –

**הסתייגות מכפייה על דרך נידוי** - נידוי הוא גם סוג של כפיה, והוא חמור אף יותר ממכות. אלו הם דבריו מובנים, בהתחשב בכך שנידוי חברתי מצער לפעמים הרבה יותר מהסבל הפיזי שנגרם ממכות.

לפי גישה זו, גם כשאנו מגדירים שניתן לכפות על נורמה מוסרית של לפנים משורת הדין, יש לסייג את הנסיבות (עשיר מול עני). אולם, בפסיקה אנו מבחינים בין צורות שונות של כפייה. יכול להיות, שבמקום אכיפה משפטית רגילה, נעסוק בכפייה כלכלית. כלומר, יש להבחין בין כפייה משפטית לכפייה כלכלית (מקור 35), ולבין כפייה חברתית (מקור 36).

לסיכום -

1. **הוויכוח הראשון הוא האם מה שמאפיין את הדין הוא כלליות הדין, או היותו נכפה** – 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). מנגד, 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.

**לפי הגישה של הרא"ש**, קל להבחין בין מוסר למשפט, לפנים משורת הדין היא **חובה מוסרית** ושורת הדין היא **חובה משפטית**. הפער ביניהן כנורמה מחייבת ולא מחייבת חופף לאבחנה שבין מוסר בלתי מחייב למשפט מחייב. האבחנה היא **ביכולת האכיפה**, **ובצורת הכפייה.**

**לפי גישת המרדכי**, הגבול אינו עובר בשאלת החבות המשפטית, משום שלעיתים שורת הדין מהווה חובה משפטית. השאלה היא **שאלת הכלליות** - האם זו חובה גורפת או חובה שצומחת מתוך נסיבות האירוע שלא ניתן להכליל כנורמה כללית. לפי גישה זו, לא ניתן בקלות להפריד בין חובה משפטית לחובה מוסרית. נורמה שניתן לכפות תמיד היא דין אבל נורמה שניתן לכפות רק לפי הנסיבות תיקרא לפנים משורת הדין אולם היא איננה בעל מעמד נורמטיבי נמוך יותר!

יש לשים לב לכך **שהב"ח** מדגיש שהחובה המשפטית תצמח מתוך מעמדו של מוצא האבידה, אם עשיר הוא או עני שלא ראוי שימחל על זכותו. הוא מסכם בכך, שלמעשה נוהגים כל הדיינים לכפות על עשירים להתפשר ונוהגים לטובת העניים (זאת למרות שהסיפורים בתלמוד עוסקים דווקא במסכנות של נשוא החובה לנהוג לפנים משורת הדין).

1. **הוויכוח 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 שסנקציית הנידוי קלה יותר מענישה פיזית, שו"ת שבות יעקב גורס, כי הנידוי חמור יותר ממכות. המדרג ע"פ מנחם מנדל (צמח צדק) מהסנקציה הקלה לקשה - מצפון מוסרי, גביית כספים, נידוי, כפיה פיזית (מכות).

**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. לדוג' - 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** - מקרים בהם הולכים לפי הדין, מצבים בהם פועלים לפנים משורת הדין והתלמוד לא מביא אסמכתא (לדוג' - מקרי השבת האבידה), מקרים בהם פועלים לפנים משורת הדין והתלמוד מביא אסמכתא מהתורה "והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון" (לדוג' - מקרה סבל העצים ומקרה השולחני) ומקרים 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**.

**מקור 29 ג'** – בעלי התוספות מעניקים לנו את הפרישה של שלוש קבוצות המקרה –

1. "לפנים משורת הדין" - מקורות 24-25 – לאדם יש פטור אישי, אך הוא ויתר על החסינות הייחודית.
2. רעיון "לפנים משורת הדין", ללא גיבוי בפסוק - מקורות 26-27 – יש פטור כללי, גורף, אך אין ויתור על חסינות אישית. מנגד, אין החלה של חובה אקטיבית.
3. מקרה סבלי היין – החלת חובה אקטיבית וחובה לספוג נזקים (על אף שנגרמו בפשיעה).

**שתי המדרגות הראשונות כלולות במושג לפנים משורת הדין, בעוד שהמקרה השלישי לא. לעניין המקרה השלישי, מדובר בפסוק אחר, פסוק מסוג אחר, שמקורו בספר משלי – "**למען תלך בדרך טובים". פסוק זה לא מחייב מבחינה הלכתית. החיוב מרחיק לכת יותר, מטיל חובה אקטיבית, אך המקור, האסמכתא, חלשה יותר. **בעוד החיוב חזק יותר,** **הפסוק עליו מתבססים "חלש" יותר.**

אם העיקרון המשפטי מחייב את האדם והוא רק נדרש לוותר על חסינות / פטור – מדובר ברמה בסיסית הקרובה למושג של חיוב. מנגד, אם העיקרון המשפטי פועל לטובת האדם והוא זכאי לא רק מכוח חיסיון / פטור – יש צורך באסמכתא נוספת. **ישנן 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 ישנה אפשרות לקחת בחשבון את המצב הסוציו-אקונומי במסגרת הליך המשפטי?**

מקור 37 – ספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה רעז -

מדובר בשימוש **בצדק חלוקתי** במסגרת ההתדיינות – יש להתחשב בצד החלש. על העשיר לפרנס את העני, לתקן את המצב החברתי הקיים. יש להשתמש בכלי ההתדיינות על מנת למלא את מצוות הצדקה. לפי התורה – "**לא תשא פני דל**", התורה שוללת את גישת הצדק החלוקתי.

* **אבחנה בין משפט למוסר** – **כפייה**, או לא כפייה. קו גבול נוסף – **כלליות**, או התחשבות בנסיבות (סוציו-אקונומיות, בעיקר).

אולם, **התורה אוסרת התחשבות במצב הסוציו-אקונומי של הצדדים, על מנת להשיג צדק חלוקתי.** השאלה הינה – האם ניתן לכפות לפעול לפנים משורת הדין, כאשר בעל הדין הוא עני? האם ניתן לחייב את בעל הדין לשלם כסף, תוך שלוקחים בחשבון את הפער הסוציו-אקונומי בין הצדדים? כיצד ניתן ליישב את הסתירה?

מקור 38 – רבי סעדיה גאון, ספר הפקדון

הדיון מתנהל בפני האב של בעל הבית. הפרשנות של המקרה (הטקסט מצד שמאל למטה) – הדיין פוסק, אך הדיין מדבר על חובה שלא מוטלת על הדיין, אלא על האיש – הכוונה הינה, כי **גם כאשר הוא דיבר על כפייה, הוא דיבר על החובה המוסרית, ולא על הפעלת הכלים המשפטיים**. "זה הדין" – אין זה הדין המשפטית, אלא החובה המוסרית של האדם. ברגע שאני מודע לכך שאינני מדבר משפט, אלא מוסר, יצרתי תיחום ברור בין המשפט למוסר בתודעה. **העובדה כי אני יושב על כס המשפט, אינה פוסלת אותי מלומר דברי מוסר ותוכחה, וכאן יש ביכולתי לקחת בחשבון את המצב הסוציו-אקונומי של הצדדים.** **יש כפייה, אך הכפייה הינה תוך הטלת חובה מוסרית, ולא משפטית.** אין עיוות של המשפט – המשפט פוטר מחובה לשלם, אך יש כפייה מכוח החובה המוסרית. יש לדיין סמכות לכפות חריגה, כל עוד הוא מודיע שהיא חריגה, ושהיא איננה מצטרפת לדין הקיים.

**גישה אחת** – אין כפייה על לפנים משורת הדין. **הגישה השנייה** – יש כפייה, ולוקחים בחשבון את המצב הסוציו-אקונומי. אולם, אין אנו משנים את הדין, אלא להיפך – אנו משמרים את הדין, כופים לפי החובה המוסרית, תוך שמירה על הטוהר של מערכת הדין. **אנו מבדילים בין הדין ליושר.**

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 מעניק 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.

מקור 39 – הראי"ה קוק, אגרת לא"ז רבינוביץ (אז"ר), י' אדר שני תרפ"ז

האם מותר למחוקק לבצע אבחנה בין עשיר לעני? כן. על כן, אם מערכת החקיקה לוקחת בחשבון את הפער הסוציו-אקונומי, הרי שישנם מצבים בהם יהא מותר גם לדיין לקחת בחשבון את האבחנה בין עני לעשיר. אולם, יש לשמור על פרופורציות.

לעיתים, לפי הרב קוק, יש חובה לדון לפנים משורת הדין. כאחד הפרמטרים של שיקול הדעת השיפוטי, הדבר אפשרי. בסופו של דבר, מדובר באותו הרעיון של הרב סעדיה הגאון – **אם רעיון היושר הינו מנגנון מתקן, לא ניתן לטשטש בין הגבולות, אלא כאשר אנו יודעים מהו העיקר, ישנה אפשרות לעבור על הציווי התורני ("לא תהדר דל בריבו), ולהתחשב בפער הסוציו-אקונומי במסגרת הדין.**

**המכנה המשותף לשני הפוסקים** – יש מצבים, בהם לדיין מותר להתחשב במצב הסוציו-אקונומי של בעלי הדין. **הרב קוק** – הדיין, במסגרת פסק הדין, רשאי לפסוק לטובת הדין, אם הדבר מצטרף לשיקולים אחרים. הרב קוק מרחיק לכת, כמו שהמחוקק לוקח בחשבון, כך גם מיישם החוק רשאי לקחת בחשון את הפער הסוציו-אקונומי. **סעדיה הגאון** – התיחום ברור יותר, יש לומר כי אין זה הדין, ולמרות זאת ניתן להטיל חובה על בעל הדין, אך משיקולי מוסר. המכנה המשותף לשני הפוסקים – **מותר לכפות, אך חשוב לבדל בין הדין והיושר. כלומר, להחזיק את היושר כמנגנון מתקן.**

רבי סעדיה גאון עשה הבחנה בין הדיין לבין הדין. לדידו, לדיין מותר לומר 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.

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.

**לפנים משורת הדין - הגמשת סדרי הדין – ידיעה אישית של השופט**

במקרים רבים, על מנת להוציא כסף מאדם, יש צורך בפעולות רבות. אולם, ישנם מקרים, בהם הפרוצדורה מתכופפת בפני המהות.

מקור 41 – כתובות פה, ע"א: "בת רב חסדא"

אישה אחת התחייבה בשבועה (נתנה תצהיר) בבית דינו של רבא. אשתו של רבא (ביתו של רב חכם – רב חסדא) אמרה לרבא (הדיין) - אני מכירה אותה, היא 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 במקרה, בו **הדיין לא מוכן לקבל שבועה, רק כי אשתו אמרה לו שלא כדאי לו להאמין לאישה המעידה בבית הדין**. זוהי בעצם **התערבות בשיקול הדעת השיפוטי.**

* 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 שהוא לא אשם, עליו להישבע. כך גם במקרה, שאדם 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. הם 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 (יש צורך ב-2 עדים כשירים)? אמר לו - לא. אמר לו – לא אוכל לקבל זאת, שכן מדובר בעד יחיד. 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 בקיא בה, אדוני אינני בקיא 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 קובעת, שגורמים מחוץ לאולם בית המשפט יכולים לחדור לתוך ההליך המשפטי. אך היא מסייגת זאת, וקובעת שלא כל אחד יכול, ולא לכל דבר ועניין. הדבר יכול לגרום לפקפוק באמינות של אדם / שטר, אך לא להביא לביטולו או פסיקה כנגדו. יש מצבים, בהם הדיין רשאי לסמוך על עמדת אישתו, ולפיה להפוך את נטל הראיה. זהו מצב של הגמשת סדרי דין. זהו מקרה מרחיק לכת – הגמשה, בחינת משקל ראיות, ולא קבילות. יש כללים נוקשים, צדק כללי, הכללים שואפים להשגת צדק כללי, אך יש מקרה צדק קונקרטי, בו אם נלך אחר הדין הכללי, נטעה (כך, לדעת אישתו של הדיין).

מקור 42 (מקור שבעת הפנינים - "שב מרגניתא") –

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. אין ראיות, אך היורש טוען כי זה שלו, והמפקיד טוען שזה שלו. הכלל – נטל הראיה הינו על התובע. היורש מחזיק בנכס. מדובר במקרה, בו **החזירו את הפנינים למפקיד, על סמך עדויות שלא היינו מצפים שיהיו קבילות במשפט רגיל** (ידיעה אישית של השופט, שהנפטר היה עני, המסתמכת על עדות אישית שקיבל). **הדיין מקבל את הראיות הלא-קבילות כהוכחה.** יכול להיות כי מדובר בסטייה נקודתית, לשם השגת הצדק במקרה הקונקרטי.

**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**.

מקור 43 – רמב"ם סנהדרין כד, א –

הרמב"ם הופך את כל דיני הראיות של המשפט העברי **מכללים לשכנוע**. עד כה, סברנו שנקודת המוצא הינה, כי יש כללים. לדעת הרמב"ם, **הבסיס של דיני הראיות הוא יושר.** קודם כל, **יש ללכת אחר המשקל של הראיות, אחר השכנוע.**

"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 מערער את דיני הראיות בתחום של דיני ממונות, ומתיר לדיין לפסוק לפי נטיית ליבו וידיעתו.**

למה נועדו כללי הראיות של המשפט העברי? **הכללים מהווים קו הגנה שני (כשאין שכנוע פנימי עמוק).** אם אין לדיין שכנוע מספיק, הוא יפעל לפי הכללים. אולם, באופן כללי, הגמישות גוברת על הכלל. 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. **כשיש ידיעה ברורה, היושר מחייב שהפרוצדורה תהא 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.**

ראינו שני מקרים, בהם שכנוע פנימי של דיין גבר על הדין הכללי, על כללי הראיות. שתי אפשרויות להסבר -

1. **דוג' נוספת לדיני היושר** – יש כלל, הצדק הכללי הוא נוקשה, הוא עשוי להביט לאי-צדק במקרה הקונקרטי. במצב שכזה, רשאי הדיין לסטות מדיני הראיות.
2. **התוספת של הרמב"ם** – החריג לכלל הוא בעם הכלל. **הכלל הוא לחתור למצב של אמת**, להשגת צדק במקרה הקונקרטי. **הקובע הוא השכנוע הפנימי של הדיין**. הכללים, הם קווי ההגנה שניים. מערכת הכללים תופעל, אך ורק כאשר לדיין אין שכנוע פנימי מספיק. הכללים הם מעין תיקון לברירת המחדל, שהיא השכנוע הפנימי של הדיין, ולא להיפך. הכלל הבסיסי הוא השכנוע, הצדק המהותי. לעיתים, הכללים יהיו המנגנון המתקן, אלא התורמים להשגת היושר.

**בד"כ, הגמיש יהא התיקון של הנוקשה, הוא יהווה מעין מנגנון התאמה**. אולם, **לפי הרמב"ם**, הכלל הוא המהות, השאיפה היא להגיע למצב, בו הדיין ישתכנע (בכל דרך שהיא). כלומר, **הכללים נועדו לספק תחליף למהות הקונקרטית הגמישה.** כל זאת, במשפט האזרחי.

מקור 44 – רמב"ם סנהדרין כ, א -

**במבט ראשון, במשפט הפלילי, מנגד, ישנה התעקשות על כללים נושקים לגמרי.** "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. **הרציונל להסתמכות אך על הכללים הנושקים בדיני העונשין -** הסכנה היא, כמובן, **ממדרון חלקלק**, שיוביל למותם של חפים מפשע.

מקור 45 – ספר המצוות לרמב"ם, מצות לא תעשה רצ

הכרעה לפי שכנוע פנימי עשויה להוביל למדרון חלקלק - ל"אפשר" רוחב גדול מאוד, הטווח האמצעי רחב מאוד. במקרה הגרוע ביותר – ייצא פושע אחד לחופשי. מאידך, יכול ונהרוג אדם זכאי. " ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד".

עד כה עסקנו ביושר, כדבר המגמיש את הכללים, כעושה צדק במקרה הקונקרטי – כדבר טוב. גם כאן הוא מציל חיים, אנו מגנים על פושעים, אנו חורגים מהכללים, אך לא מהכללים של החוק עצמו, אלא החוק הוא הנוקשה, הוא מורה לנו להשתמש בעדות נושקה, ולא ללכת אחר אומד הדעת. אולם, **המחוקק סוטה מהכלל** המשפטי. הכלל המשפטי המתבקש מעמדת הרמב"ם – שכנוע פנימי, החריגה היא ההליכה אחר הכללים הנוקשים. **החריגה הופכת לכלל בדיני נפשות, משיקולי מדיניות – "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד".**

הסברו של הרמב"ם גורם 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.

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. **ישנם מצבים, לפי פרשנותו של הרמב"ם, שהבסיס הוא הגמישות, והכלל הוא הבחירה השנייה (השימוש בכללים בדיני הממונות יהא כשאין שכנוע פנימי).**

**מתי נשתמש בכללים בדיני הנפשות? תמיד, בשל הסכנה ממדרון חלקלק.** 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.

**כלומר, בשני המצבים כללי הראיות, שנתפסים בד"כ כדבר הנוקשה ביותר, הם המערכת המתקנת. דווקא שכנוע הלב הוא העיקרון המשפטי הנכון. בשני התחומים נלך אחר הכללים, אך בשל שיקולי מדיניות (דווקא הנוקשות היא מערכת מתקנת, כלל משני המוציא את העוקץ מהעיקרון המשפטי של שכנוע הלב).**

מקור 46 – סנהדרין מו, ע"א –

"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. וזאת, כהוראת שעה. **עונש המוות במקרים אלו נובע מחריגה מעקרונות משפטיים של התורה והתאמתם למקרים הפרטיים, כדי לשמור על אופייה של החברה וערכיה ומתוך הוראת שעה.** בעת צורך, ניתן להפעיל דיני נפשות לפי הוראת השעה, לסטות מהדין ולהעניש. בשעת הצורך, יש ללכת אחר הנזילות, לסטות מהכללים.

מקור 47 – רמב"ם סנהדרין כד -

"יש לבית דין (יכולת) להלקות מי שאינו מחויב מלקות ולהרוג מי שאינו מחויב מיתה...(כדי) לעשות סייג לתורה".

הגמשת הכללים והפרוצדורה לטובת המקרה הפרטי, פועלת לא רק לטובת הנידון לדין, אלא **גם לרעתו**. רבי יצחק עראמה טוען, 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"). היושר יכול ויהא חריגה מהכלל, עשיית צדק גמולי, לרעת בעל הדין – לעיתים, לפי ההגמשה, יש להרחיב את מתחם הענישה (בעוד שלפי הדין אין מקום להעניש). לעיתים, נעניש אדם, לאור ההגמשה, למרות שלפי הדין אין מקום להעניש.

**הגמשת סדרי הדין - חששותיו של הדיין – "דין מרומה"**

מקור 48 – שבועות ל, ע"ב – לא, ע"א –

"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, לפיו **חייבים 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. **אם הדיין יודע בדין שהוא מרומה, הוא לא רשאי להסתתר ולהסתמך על העדים, אשר אינם יכולים לפעול בניגוד למה שהדיין יודע.**

מקור 49 – סנהדרין לב, ע"ב –

"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.** כשהדיין יודע שהכל בסדר מבחינה פרוצדורלית, אך חושד שמשהו לא תקין, הוא רשאי לסטות מהדין.

מקור 50 – רמב"ם סנהדרין כד, ג -

"ומנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצווארי העדים, תלמוד לומר מדברי שקר תרחק" – יש 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 כאן חריגה מדיני הראיות הכלליים, לפיהם 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.

מבחינה תבניתית, ישנן **שלוש שכבות** –

**המקור הבסיסי של דיני הראיות – שכנוע הלב**.

**דיני הממונות** – ישנה מערכת נוקשה של כללים, למצבים בהם אין שכנוע בלב. יש עיקרון של שכנוע פנימי, יש מערכת של כללים למצבי בינים. אולם, גם כאשר קיימתי את דרישות המערכת הנוקשה, אם המצב מרומה – חורגים מהכללים, הצדק הקונקרטי גובר.

**דיני נפשות** – העיקרון המשפטי הוא, כאמור, שכנוע הלב. משיקולי מדיניות, מורידים את עקרון שכנוע הלב והולכים אחר הכללים (חשש ממדרון חלקלק). אולם, עדין יש מצבים, בהם רשאי הדיין לפסוק כהוראת שעה לפי צדק קונקרטי – צדק גומל.

**העיקרון גמיש (שכנוע לב), הפתרון נוקשה (כללי ראיות). אולם, בסופו של דבר, בעת דין מרומה, או כהוראת שעה, אנו חוזרים לתפקיד המקורי של היושר, כמערכת מתקנת.**

**כופין על מידת סדום –**

עד כה, ראינו מקרים בהם מוסד היושר היה מוסד שיפוטי. בסוגיה הנוכחית, המחוקק עצמו יודע שהוא סוטה מכללי החוק, אך אנו מעניקים לביהמ"ש לסטות מהדין עצמו. 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.

מקור מס' 65 – לקט מקראות –

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".

* **מקור מס' 67** – "ארבע מדות באדם **האומר שלי שלי ושלך שלך זו מדה בינונית ויש אומרים זו מדת סדום** שלי שלך ושלך שלי עם הארץ שלי שלך ושלך שלך חסיד שלי שלי ושלך שלי רשע". מידה = תכונה, דבר שבאמצעותו מודדים את האדם. "שלי שלי ושלך שלך" הינה מידה בינונית, לא רשעי ולא נחמד. הכרה בזכויות הקניין של כל אחד. **המשנה מעניקה פרשנות אפשרית נוספת – זוהי מידת סדום.** מה רע בכך? מי שעומד בצורה מלאה ודווקנית על מושגי ה"מגיע לי זכויות", החברה מתפרקת. הרעיון הוא, שניתן להתעקש על תפיסת עולם של עמידה על זכויות משפטיות, ולהיות לסדום ועמורה, החברה מתפרקת. **חברה שבה מתייחסים בנוקשות והחלטיות לזכויות ולחובות משפטיות, תוך היעדר התייחסות לצרכי הזולת ומידת רחמים, סופה להירקב מבפנים.**

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 (רוצים לבצע בהם אונס קבוצתי של משכב זכר – "ונדעה 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 (אין מדובר בעניין יצרי, אלא מעניין אותם היחס העוין והאלים כלפי האורחים), פרצו את הדלת (הם שוברים את הדלת, המנגנון המפריד בין הבפנים לבחוץ) ואנסו את האורחים.

מהו לב הסיפור? אין אנו יודעים. אולם, התנ"ך עצמו מתאר בספר יחזקאל את החטא של בדום ועמורה.

יחזקאל טז, מד-נ –

הנביא מדמה את ירושלים לשומרון וסדום. 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, ירשה את התרבות הכנענית שקדמה לה. **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"). בסדום יש מקום טוב ופורה, אך אין מחשבה על הזולת, **סדום התבצרה בזכות הקניין שלה**. בלב העניין עומדת הזכות המשפטית, הזכות לקניין.

מקור מס' 66 – סנהדרין קט, ע"א - ע"ב -

מדרשי חז"ל ידועים על אנשים סדום ועמורה - ניתן לראות הבעת ביקורת חברתית נוקבת לדור שלהם (שימוש בסדום ועמורה כסוג של דרשנות). **יש כאן שני סוגים של מדרשים. סוג אחד ממחיש את האנוכיות של אנשי סדום. סוג אחר של מדרשים יצביע על ריקבון של מערכות משפט פוזיטיביסטיות – ביקורת חברתית על מערכות משפט רקובות. באמצעות הסיפורים נמחיש את הרעיון הכפול – ביקורת חברתית כנגד האנוכיות ושיטות משפט מושחתות שמנציחות את האנוכיות.**

"תנו רבנן [=שנו רבותינו] אנשי סדום לא נתגאו אלא בשביל טובה שהשפיע להם הקדוש ברוך הוא, ומה כתיב בהם (איוב כח) "ארץ ממנה יצא לחם ותחתיה נהפך כמו אש מקום ספיר אבניה ועפרת זהב לו נתיב לא ידעו עיט ולא שזפתו עין איה לא הדריכוהו בני שחץ לא עדה עליו שחל". אמרו: וכי מאחר שארץ ממנה יצא לחם ועפרת זהב לו, למה לנו עוברי דרכים שאין באים אלינו אלא לחסרינו [מממוננו]? בואו ונשכח תורת רגל מארצנו! שנאמר (איוב כח) "פרץ נחל מעם גר הנשכחים מני רגל דלו מאנוש נעו".

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. אנו בארץ מאוד עשירה, יש לנו – בואו נשריין את מה שיש לנו, ונמנע מאנשים אחרים לחלוק איתנו את העושר. יש לנו זכות קניין, אין צורך באורחים שיגיעו ויקחו חלק מהעושר. **זהו רעיון האנוכיות**. "שלי שלי, שלך שלך" – **לא רק מידה בינונית, אלא יכולה להיות מידת סדום, ע"י התבצרות בזכות הקניינית**.

התלמוד מוסיף על הסיפור הזה שחיתות משפטית נוספת. המדרשים הבאים בעמוד 37 מבטאים רעיון דומה. 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. לדוג' – כשאישה הפילה, הם הציעו לעבר אותה בחזרה. דוג' נוספת - כשאדם היה תולש את אוזן חמורו של חברו, היו אומרים לנפגע לתת את החמור לפוגע עד שהאוזן תצמח בחזרה.

במקרא סדום ועמורה מתוארים כאנשים רעים, בצעו מעשים נוראים לאורחים שהגיעו – אונס קבוצתו של משכב זכר. הסב-טקסט הוא של אלימות, ולא של יצר מיני. ישנה תפיסה של "מה ששלי, שלי", שנאת זרים, עמידה דווקנית על הזכות הקניינית.

סיכום מאפייני סדום -

1. **אנשים רעים ואלימים** – לדוג' - אונס קבוצתי של אורחי לוט, שוד ופריצות כספות.
2. חוקיות המאפשרות לבצע פעולות הנוגדות את המוסר, **חקיקה עוינת כלפי הזולת** - תקנות דוגמת "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**.

מקור מס' 68 – בבא בתרא יב, ע"ב –

**ניסיון לתרגם את רעיון מידת סדום למושגים משפטיים**. מהו מעשה סדום במישור המשפטי?

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. הגדרה משפטית מדויקת לכופין מידת סדום היא "מה איכפת לך שאקח חלק זה, אני בין כה וכה כבר פה". מידת סדום היא עמידה על הפרנציפ. **רב יוסף התנגד** - האחים יכולים לומר שאותה חלקה שמבקש האח היא אדמה יקרה יותר. הם רשאים להתנגד לבקשה, ולא נדביק עליהם מעשה סדום. **ההלכה כרב יוסף.**

**במקרה של שני שדות על שתי גדות עם שתי תעלות השקיה** - **לפי רבה** – זוהי מידה מובהקת למצב בו כופים על מידת סדום (**כופין על מידת סדום - כופין על האדם להימנע מלהתנהג כמו 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, מקור מים אחד לשתי החלקות (כשלא יכול להיות 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**. **יש דרישה לשוויון נסיבות** – אם יש נימוק רציונלי ל"העדפת X על פני Y", אין זו הסיטואציה בה כופין על מידת סדום.

**מה נדרש על מנת שיתקיימו נסיבות, בהן נפעיל את הכלל של כופין על מידת סדום?** כשאין לאדם שום עניין בסוגיה, אלא הוא פועל מתוך "פרנציפ".

מקור מס' 74 – **רמב"ם**, שכנים יב, א ג –

ניסוח של הרמב"ם להלכה לעיל.

אחים או שותפים באו לחלוק שדה וליטול כל אחד את חלקו – **והיו החלקות שוות ואין שום מקום טוב ושום מקום רע**. הכלל הבסיסי – חלוקה שווה. אולם, 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** – "עיכוב בדבר זה מדת סדום היא".

מאידך, **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**". זוהי הנוסחה של כופין על מידת סדום, לפי הרמב"ם. **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.**  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".

מקור מס' 71, **רש"י** – **על מדת סדום** - **זה נהנה וזה לא חסר**.רש"י אינו מצליח למצוא מילים אחרות מאשר לתאר את עיקרון מידת סדום באמצעות העיקרון זה נהנה וזה לא חסר. שני המשפטים המודגשים לעיל, של רש"י והרמב"ם, הם שווי ערך. רש"י, למעשה, מסרב להבחנה שמבצעים בעלי התוספות (עליה נרחיב כעת).

סיכום –

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, לעניין 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. **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)**.

**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.

מקור מס' 75 – בבא קמא כ, ע"א –

אנו מתבייתים על מקרה, בו זה נהנה וזה לא חסר. 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. הגמרא מתלבטת, **המסקנה של הפוסקים – זה נהנה וזה לא חסר, פטור.**

סוגיה זו מזכירה את המושג של "מידת סדום" – זה נהנה וזה לא חסר. אם בחצר שאינה עומדת להשכרה, ואדם שלא עשוי לשכור – זה לא נהנה וזה לא חסר. זוהי ההגדרה של כופין על מידת סדום, היה מתבקש, לפחות לעשות השלכה מסוגיה תלמודית זו לאחרת.

**יש כאן הבחנה בסיסית שרלוונטית לרעיון שאנו רוצים לתחום את כופין על מידת סדום** - **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 כשהפולש 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. מנגד, אם החצר אינה עומדת להשכרה – בעל החצר אינו חסר ואם הפולש אינו מחפש שכירות – הוא אינו נהנה. אם בחצר שאינה עומדת להשכרה, ואדם שלא עשוי לשכור – זה לא נהנה וזה לא חסר.

כופין על מידת סדום לא באה למחוק את הזכות הקניינית. מותר לי לא לאפשר לאחר להתארח בביתי. **אין ביטול של הזכות הקניינית, אלא הרעיון הוא, כי אין להשמתש בזכויות משפטיות לרעה, שימוש לרעה בזכות משפטית היא סדום – צרות עין, אך זכות לגיטימי (לדרוש מראש שלא לפלוש לקניין – לגיטימי). ההלכה לא מחייבת ולא ביטלה את הזכות הקניינית, יש שלי ויש שלך, אך יש מצבים שההתעקשות "סתם" מהווה סדום.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **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 |

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 (במקרה של חלוקת ירושה, למשל) 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?

ישנם שני מצבים –

1. הסוגיה הראשונה – **חלוקת היחסים** / המשאבים. אני מעוניין לחלק נכס (לא לפגוע בזכות קיימת, אלא לקבוע את היחסים מכאן ולהבא), חלוקת זכויות שתהיינה קנייניות – חלוקה שלא פוגעת בזכויות קיימות. יש צורך ברגישות לזולת. העידר רגישות לזולת הינה בבחינת סדום ועמורה.
2. **"זה נהנה וזה לא חסר"** – לאחר שיש זכות קניינית, אני לא יכול לחייב אותך להכניס אורח, מבחינה משפטית. לא ניתן להטיל חובה לוותר על הזכות הקניינית, וניתן למנוע מראש כניסה, כשם שניתן לקחת מראש שכר דירה. הדיון התלמודי אינו עוסק במידת סדום, משום שהיא לא רלוונטית. הדיון הוא, לאחר מעשה **– לאחר שמישהו חדר לנכס, מבלי שהתנת את הכניסה בשכר – האם צודק הוא לדרוש לאחר מעשה?** לפי בעלי התוספת, זהו ההבדל בין זה נהנה וזה לא חסר (לאחר מעשה), לבין השאלה של דמי כניסה (יכולתי למנוע כניסה לדירה שלי – לגיטימי ומוסרי). **הדרישה לאחר מעשה נראית לא צודקת.**

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. **כיוון והפגיעה נעשתה כבר – ראוי 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, למרות 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 ב'** - אדם רשאי למנוע כניסה לביתו, גם אם לא יפסיד דבר מכך ולא יהיה בכך מידת סדום.

* **מצב ג'** - 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.

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 ש"**זה נהנה וזה אינו חוסר**" עסק בסוגיה של זכות שנפגעה ובשאלה האם ניתן לאחר מעשה לדרוש שכר ראוי. נקבע, 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.**

סיכום הגישות הפרשניות –

לפי גישה פרשנית אחת (**בעלי התוספות**), מדובר 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 –

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, למשל, 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 (בדומה למחוקק).

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

**יושר בעולם המסחר (1) עני המהפך בחררה –**

קיימת הבחנה בהלכה בין קביעות מוסרים לאמצעיים משפטיים. עד כה, ראינו מימד של פרשנות ופשרה בה נוקט בית הדין, כדי להגיע ליושר ולצדק 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**. היושר הופך במצבים שכאלו לנוקשה וקבוע ולא לגמיש, וולונטרי ומשתנה.

מקור מס' 86 – קידושין נט, ע"א –

**מקרה מס' 1** – האב מונה לשליח, למצוא אישה לבנו ולקדשה לו. 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 (מבצע עבור עצמו, ולא עבור השליח), מה שעשה תקף מבחינה משפטית, אבל מדובר במנהג רמאות – קביעה מוסרית וערכית.** האבא היה אמור, לפחות, להודיע על כך לבנו, ומשלא עשה זאת, הוא מעל באמון בנו – נהג במנהג רמאות.

רבין חסידא – איך יכול להיות שחסיד זה מבצע פעולה שכזו? מכיוון שהכל מדובר סביב הרצון של האישה, לא הוסכם למסור את האישה עבור הבן. אם הקידושין היו אל הבן, הדבר לא היה יוצא אל לפעול, שכן הדבר תלוי ברצון של הצד שכנגד – האישה ומשפחתה. על כן, האב לא יכול היה לבצע את פעולת הקידושין בשליחות, ועל כן עשה את אשר עשה. על כן, הגמרא קובעת כי גם במישור הערכי מוסרי העסקה בסדר.

אנו רואים את ההבחנה בין **השאלה המשפטית** (אדם שפועל עבור עצמו ולא עבור השליחות – תקף מבחינה משפטית), לבין **השאלה המוסרית** (נהג בו מנהג רמאות, או לא?).

**מקרה מס' 2** – המקרה הראשון 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"). הגמרא קובעת, כי המעשה ארע בשכונה אלימה – הבעלים לא היה מוכר את הקרקע לרבה בר חנה. מנגד, היה כבוד לרב, התורה שלו דיברה בעד עצמה. זהו סיפור דומה לסיפור הקידושין – **העסקה לא הייתה יוצאה לפועל, ולכן אין טענה מוסרית, ועל כן רב קנה זאת עבור עצמו.** במקרה דנן, לא היה זמן להודיע על ביטול השליחות, היה חשש שמישהו אחר יקנה.

**את הפגם המוסרי ניתן לנטרל בשתי דרכים** –

1. השליח ישתחרר מהשליחות ויודיע שלא יעמוד בה – יש ציפייה מוסרית מהשליח להודיע על כך שהוא לא פועל עוד כשליח.
2. כאשר זה שעושים עמו את העסקה (לדוג' - 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 (לדוג' - עשוי לפספס את העסקה) הוא פטור מלהודיעו.

**סיכום הסיפורים** – בשני הסיפורים הגמרא בוחנת לא רק את הפן המשפטית של העסקה, אלא גם את הפן המוסרי שלה. בשני המקרים יש פגם, לכאורה, בהיבט המוסרי, למרות שלא קיים כל פגם בהיבט המשפטי. בשני המקרים, הגמרא מיישבת את המעשה – נמצא תירוץ **ומיישבים גם את הפן המוסרי**. מדובר בשליחים, שקיבלו על עצמם שליחות לבצע עסקה עבור השולח, אך **הם בצעו זאת עבור עצמם, מפני שבנסיבות הספציפיות לא יכלו להשלים את העסקה ולא יכלו להודיע על כך שאין הם פועלים בגדר השליחות.**

**מקרה מס' 3** – רב גידל בחן קרקע לרכישה והנה פתאום הלך רבי אבא ורכש אותה עבור עצמו (חטף את העסקה "מתחת לאף" של חברו)– **המעשה תקף מבחינה משפטית, אך יש בעיה מבחינה מוסרית, "נהג בו מנהג רמאות" – "תקף אבל מסריח"**. 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, מדובר בטעות. יש כאן בחינה ערכית, אך היא נגזרת מהמצב הנפשי – היעדר ידיעה. ניתן מכך להבין, שאילו היה יודע, לא היה מבצע את מחטף העסקה. אמר לו רבי יצחק: אז עכשיו, תמכור לו בחזרה 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".**

**מושג נוסף הבוחן את הרכיב המוסרי, ולא המשפטי - "עני המהפך בחררה" – התערבות בעסקה של אחר.** הביטוי הינו לא רק במובן הפיזי של "עני",אלא היישום הוא על כל התערבות בעסקה של חברה. **ההתערבות יכולה להיות תקפה ועדין לא ייחסכו מהרוכש את הביקורת המוסרית – הוא ייקרא רשע. המושג "עני המהפך בחררה" משתרע לא רק על התחום החברתי, כי אם גם על התחום העסקי והוא מבקש לשלול "חטיפת עסקאות"**. למרות שהביטוי כולל "עני", הוא אינו מתייחס רק למקרים בהם צד אחד מגיע מרקע סוציו-אקונומי נמוך. המתערב בעסקה של חברו, לפי המושג של עני המהפך בחררה, ייקרא **רשע**.

מקור מס' 87 – רש"י –

**"עני המהפך בחררה** מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית". העיקרון של "עני המהפך בחררה" צריך לחול גם במקרים של "זכייה מן ההפקר" – אדם המוצא מציאה ואחר "חוטף" לו אותה. **מדובר בחררה של הפקר.** לפי רש"י –יש לבחון את מי שחיפש ראשון, שיוצא אומלל – **הראשון מסכן, ודי בכך על מנת לקרוא לשני רשע.**

מקור מס' 88 – תוספות –

**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 וקונה.** הדבר דומה למקרה של רב גידל ורבי אבא (הקשר מסחרי, ולא של מציאות), 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 בלבד**. 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. באותה מידה שהעני עשה מאמץ לזכות בהפקר, כך גם אדם אחר עושה. לא ניתן לומר לו "לך לחפש במקום אחר", כי אין מקום כזה. לכן, במקרים כאלו **התחרות צריכה להיות חופשית ואין להפעיל את עיקרון "עני המהפך בחררה".** **אם הייתה חררה של הפקר – אין איסור.**

אולם, 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". יש שיקול של רשעות, כשיש חלופה ואתה מתעלק על אחר, במקום להתאמץ בחליפה שלך. **יש לבחון את המצב, ביחס לחלופות העומדות לאדם השני, יש לבחון את החלופות העומדות בפני השני – בניגוד לרש"י, המסכנות אינה רלוונטית.** אם יש חלופה אחרת לשני, אך הוא בכל זאת מתערב בעסקיו של השני – זוהי רשעות. מנגד, אם מדובר בהזדמנות חד-פעמית, ואין חלופה אחרת, אותה אדם יהא "עני" אל מול אותה הזדמנות – אין להפעיל את העיקרון "עני מהפך בחררה".

**מקרה ראשון** (פגיעה בעובד) – הרב רבי יצחק אומר שאסור למלמד (מורה פרטי) להציע עצמו והשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו, כל זמן שהמלמד שבביתו ייאלץ בגלל זה ללכת ולהשתכר במקום אחר – פגיעה ביחסים קיימים, ויש לו חלופות אחרות – יכול ללמד במקום אחר. אולם, אם החלטה היא של בעל הבית (לא מרוצה מהראשון), אין כל בעיה. אסור לנו לפגוע במחייה של המלמד הראשון.

**המקרה ההפוך** (פגיעה במעביד, ולא בעובד) – 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 (חושב שהוא מלמד טוב) אז הדרישה לגיטימית. **אין סימטריה, המעביד יכול לגנוב מלמד של אחר.**

**תחרות למעביד** – לגיטימית. **תחרות מול העובד** – לא לגיטימית, ועל כן האדם ייקרא רשע.

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.**

**יושר בעולם המסחר (2): היורד לאומנות חבירו –**

מקור מס' 89 – סנהדרין פא, ע"א –

"דרש רב אחא ברבי חנינא: מאי דכתיב [=מהו זה שכתוב]... "ואת אשת רעהו לא טמא"? (יחזקאל י"ח) שלא ירד לאומנות חבירו". הכוונה היא **לא ירד לאומנות חברו**. אין להתערב ביחסים האינטימיים שבין אדם לאומנותו. אם אדם פותח עסק (לדוגמא: פיצרייה) ומצליח, אל תפתח בדיוק לידו את אותו עסק כדי לגרוף רווחים בעצמך ובכך תגזול ממנו רווח.

מקור מס' 90 – בבא בתרא כא, ע"ב -

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) קובע כי אסור לחנווני לחזר אחר ילדים באמצעות אגוזים, כדי למשוך אותם לקנות אצלו ולא אצל חנווני אחר. כשמדבור בהתערבות עסקית – **אסור לפתוח חנות זהה לחנות קיימת, בשל התערבות במחייה של האחר, מדובר בקטיעה של המחייה.**

**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 הבחנה בין מקרה בו בעל עסק "גונב" לאחר מאגר לקוחות קיים – יש להחיל את עיקרון "היורד לאומנות חברו", לבין מצב בו בעלי העסק מתחרים על קהל לקוחות משתנה – לא יחול עיקרון "היורד לאומנות חברו".**

**רב הונא, בנו של רבינו יהושע**, מקשה ומעניק מבחן שונה, הוא שואל: בן מבואה (מרכז מסחרי, בן עיר) 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. **לאחר שרב הונא פסק שבן מבוי יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן אותו מבוי, רב הונא בנו של רבי יהושע פוסק כי:**

הפסקה הרביעית - בן עיר יכול לעכב הקמת עסק מתחרה של בן עיר אחרת, אלא אם בן העיר האחרת משלם מיסים (ניתן למנוע מימנו מלפתוח את העסק). אם הוא משלם את המס המקומי, לא ניתן לעכב אותו, גם אם הוא מבחוץ – תושבות כלכלית, ולא טכנית. 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 (אותה עיר, אך בשכונה אחרת) – השאלה עומדת וקיימת.

יש כאן **שתי תפיסות** לגבי הרעיון של ההתערבות (מניעת פגיעה בפרנסה) –

1. לפי **רב הונא**, ניתן למנוע כל התערבות בפרנסה שלי.
2. לפי **בנו של רבינו יהושע**, ניתן למנוע התערבות בפרנסה שלי רק מאדם שמבחוץ רק מאדם שמבחוץ. אולם, אם שנינו תושבים – לשני יש זכויות לתחרות חופשית.

בשתי הפסקאות הבאות נמצא את **החריגים** –

1. "קנאת סופרים תרבה חוכמה" – לא ניתן לעכב **מורה**, גם אם הוא מעיר אחרת – הוספת חוכמה ע"י תחרות במפעלים חינוכיים. "עזרא תיקן להם לישראל שיהו מושיבין סופר בצד סופר".
2. רוכלים המחזרים בעיירות – לא ניתן לעכב, על מנת שיהיו תכשיטים לבנות ישראל. "עזרא תיקן להם לישראל שיהו רוכלין מחזרין בעיירות כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל".

סוגיה זו מזכירה את הסוגיה של עני מתהפך בחררה. עני מתהפך בחררה – התערבות ביחסים עסקיים (במיוחד לדעת בעלי התוספות) – אין השלכה משפטית, אלא מוסרית. גם במקרה דנן יש גניבה עסקית, גניבה של לקוחות – הסוגיה השנייה עסקה רק בהקשר המשפטי. **מתי השאלה תהא מוסרית ומתי משפטית?**

עני המהפך בחררה – שאלה מוסרית

**טענה מוסרית**. ההתערבות יכולה להיות תקפה ועדין לא ייחסכו מהרוכש את הביקורת המוסרית – הוא ייקרא רשע (אך יש תוקף משפטי למעשה). היו **שתי גישות**, ניסחנו את ההבדל לפי ההדגשים המוסריים השונים – **לפי הגישה הראשונה (רש"י)**, עני המהפך בחררה – מסכן, דלפון – גרמת עוגמת נפש לאחר, ככל שהוא יותר מסכן, יש כאן פגם מוסרי גדול יותר. הוא מסכן בהקשר הספציפי הזה. **ישנה הדגשה אחרות (בעלי התוספות, רבנו תם)** - לא הדגיש את המסכנות של המפסיד, אלא את האפשרות של האחר, שהתערב, לעשות זאת במקום אחר. יש נפקות מעשית, יש הבדל מעשי.

**לפי הגישה הראשונה**, גם אם לא יכולת במקום אחר, בכל זאת פגעת – מתמקדים בעני, במסכן, ולא בוחנים את החלופות שעמדו בפני זה שהתערב. מבחינה מוסרית, "הכמעט" של העני הינו בעל משמעות. **לפי הגישה השנייה**, מכיוון שהדגש הוא על החלופות העומדות בפני כמי שמתערב בעסקה, בוחנים כמה אנו מסכן, כמה חלופות פתוחות בפני, ולא רק כמה האחר מסכן.

עני המהפך בחררה

טענה מוסרית

הפגיעה בזולת ("עני") - רש"י

התנהגות יחסית (הפוגע יכול להרוויח במקום אחר) – רבינו תם

רק בהשתכרות ולא בנטל מן ההפקר

גם בהנטל מן ההפקר

היורד לאומנות חבירו – טענה משפטית. נראה בסוגיה שתי גישות – באילו נסיבות אני יכול להוציא צו מניעה שימנע מנבחרי לפגוע בפרנסה שלי ע"י כך שהוא פותח בתחרות קרובה מידי לחנות שלי, לאומנות שלי?

1. **הרב הונא** – תמיד ניתן להוציא צו מניעה שכזה. חריג ידוע מאוד – מורה, מי שמלמד ילדים (לא ניתן להוציא צו מניעה).
2. **רב הונא ברבי יהושוע** – לא תמיד ניתן להוציא צו מניעה. נעשה הבחנה בין תושבים מקומיים לתושבי חוץ, ואולי הבחנה בין תושבים מאותה מבואה (שכונה), לבין שכונה אחרת. אם מדובר בתושב של אותה מבואה – לא ניתן להוציא צו מניעה כנגדו. אם הוא אזרח של מדינה אחרת – ניתן לעכב ולהוציא צו מדינה. החריג – רוכלים המחזרים בעיירות, באים מבית לבית, מגיעים מבחוץ – יש לדאוג לאישה

מדובר **בעקרון משפטי** ולא מוסרי, דן בשאלה של הוצאת צו מניעה – מעכב.

היורד לאומנות חבירו

רב הונא

רב הונא ברבי יהושוע

מעכב רק על משהו "מבחוץ"

מעכב על חבירו : "פוגע במחייתי"

חריג: מורה (תקנת עזרא)

חריג: רוכלים (תקנת עזרא)

מדובר בשתי סוגיות. סוגיה אחת עסקה בקטע המוסרי. הסוגיה האחרת עסקה בקטע המשפטי. אולם, **הנסיבות דומות מאוד**. **עני המהפך בחררה** - מישהו מתערב בהשתכרות שלו, מישהו יורד לפרנסה של האחר, הרוצה להרוויח. **היורד לאומנות חבירו** - אני רוצה להרוויח, ומישהו בא ולוקח לי לקוחות. הרעיון העסקי דומה מאוד. **מה ההבדל, בעצם, בין הטענה המשפטית למוסרית?** מה ההבדל בין הנסיבות?

**היורד לאומנות חבירו – מה הנזק שנגרם לאותו חבר?** בדיני נזיקין, בהלכה היהודית, אנו דורשים קש"ס מאוד ישיר. יש כאן הרחבה של המושג נזק, אך בכל זאת ההלכה והמשפט העניקו הזדמנות למנוע מראש, למרות שאין מדובר בדבר שלי. מה יכולות להיות הסיבות?

1. ההלכה היהודית **מתייחסת לאומנות בצורה אחרת**, למקצועו של האדם בצורה אחרת (זהו מרכז החיים של האדם). יכול להיות שבסיס הלקוחות הקבוע יוצר הסתמכות מסוימת, למרות שלא קניתי אותם. **אינטרס ההסתמכות על בסיס הלקוחות איננו נכס, אך די בכך על מנות לאכוף את הפגיעה באמצעים משפטיים**.
2. **קשר מתמשך ולא חד פעמי** - עני המהפך בחררה הוא אירוע חד פעמי, הקשר החד פעמי יוצר פחות הסתמכות, פחות תלות, ויכולת להיות שברמה כזו של פגיעה מוסרית, יש להותיר את הפגיעה ברובד המוסרי גרידא. מנגד, אם מדובר בקשר קבוע, כמו במצב של היורד לאומנות חבירו – שוברים את מטה לחמו של אדם, הסתמכות על לקוחות, הרי שמדובר בפגיעה יותר חשובה, אין מדובר בפגיעה חד-פעמית. **יש הבדל, אם מדובר בהתערבות חד-עמית, או קבועה – אם הפגימות המוסרית כה גדולה, יכול להיות שניתן להוציא צו מניעה.**
3. **ההתנהגות היחסית** – אם אני אזרח כמוך, לא תוכל לומר לי לפתוח חנות בעיר אחרת, כי אני גר פה – מדובר באזרח כמוני, הוא משלם מיסים כמוני, ועל כן אני לא יכול להתערב. מנגד, אם מדובר באדם הבא מבחוץ, שלא משלם מיסים, ניתן להוציא צו מניעה. **מעכבים כנגד מי שבא מבחוץ, ולא כנגד מי שבא מבפנים.**

**עני המהפך בחררה עוסק באירוע חד פעמי של מחטף ואילו זה היורד לאומנות חברו גורם לפגיעה מתמשכת. לכן הסנקציה במקרה הראשון היא מוסרית בלבד, ואילו במקרה השני מותר לעכב בעדו ומדובר במגבלה הלכתית ולא מוסרית בלבד.**

**"מערופיה**" – ככל הנראה, הכוונה הינה לסוג של ריטיינר בימי הבינים, בהקשר להלוואות בריבית. לכל יהודי היה את הגוי שלו, לו היה מלווה את הכסף, הדבר היה מצריך יחסי אמון – מדובר יחסי אמון כלכליים מתמשכים. **יש התייחסות האוסרת התערבות ביחסי מערופיה בין יהודי לנוכרי.**

* מקורות מס' 90/89 – איזה רעיון מסתתר מאחורי המטאפורה של "אומנות חבירו" כ"אשת חבירו"? **איך הדימוי של בגידה מתקשר לדימוי בתום המסחרי?** אין מדובר באירוע חד פעמי, אלא יש יחסים אינטימיים ומתמשכים – קשר ארוך טווח ואינטימי (כמו הקשר עם בסיס הלקוחות). יש בסיס של הסתמכות ויחסי אמון – אדם כרוך באומנות באותן שעות איכות עם אשתו.

מקור מס' 91 – תוספות

אדם שפורס מצודה, וחבר בא ופורס מצודת דגים לידו. לגבי עני המהפך בחררה, אם מדובר בהפקר, אין כל בעיה. בעלי התוספות אוני בשתי תשובות –

1. היה עליך לפרוס במקום אחר, מדוע דווקא לידי? הרעיון – הכוונה היה **להתנהגות היחסית**, מעבר לפגיעה. הבחירה לפרוס דווקא ליד האחר, היא הסיבה להוצאת צו המניעה.
2. **אומנותו בכך** – מדובר על פגיעה באומנות, בדבר **קבוע ומתמשך** (בשונה מעני המהפך בחררה).

מקור מס' 92 – שו"ע, חו"מ קנו

"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". **הפסיקה של השולחן הארוך זהה לדעה השנייה.**

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.**

"אדם שיש לו עובד כוכבים מערופיא יש מקומות שדנין שאסור לאחרים לירד לחיותו ולעסוק עם העובד כוכבים ההוא, ויש מקומות שאין דנין". **יש כאן התלבטות** – אומנות היא דבר המגדיר אותי. חוזה ארוך טווח יכול להיות מאוד דומה, אך יכול להיות שמדובר בדבר אחר, אין זה האמונות שלי. יש התלבטות לעניין הריטיינר (לקוח קבוע, יחסים קבועים). אם האומנות יוצרת יחסים קבועים, הרי שיש מקום לאסור. מנגד, **יכול להיות שחוזה ארוך טווח עם אדם ספציפי שונה מהתערבות עם בסיס הלקוחות, אין זה אותו דבר במדויק. רעיון היורד לאומנות חבירו הוא משהו קבוע, אינטימי – יוצר בסיס לא רק מוסרי, אלא גם משפטי.**

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.

סיכום הגישות –

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. יש לבחון את החלופות שעמדו בפני בעל העסק השני.

**מצוות צדקה – צדקה כממון עניים: נטל הראיה לטובת העניים**

למצוות צדקה יש קונוטציות של חסד ורחמים, אך אין לכך ולמשפט כלום. בתחילת השנה ראינו מקרים בהם יש תחושה של אי-צדק. במקרים אלה, המשפט פינה את דרכו ונתן סמכות לשופט/למלך/לביהמ"ש הגדול לחרוג מהכללים, סמכות, בגלל איזשהו תחושה של אי-צדק במקרה הקונקרטי, של חמלה. לעיתים, התחושות היו כה חזקות, עד שלא השאירו זאת לשיקול הדעת של השופט הספציפי, אלא יש מצבים שאי-הצדק היו סיבות לחוקק ולקבוע ככלל משפטי את רעיונות החמלה.

מקור מס' 103 – ויקרא יט, ט-י

ּבְקֻצְרְכֶם אֶת קְצִיר אַרְצְכֶם לֹא תְכַלֶּה פְּאַת שָׂדְךָ לִקְצֹר וְלֶקֶט קְצִירְךָ לֹא תְלַקֵּט: וְכַרְמְךָ לֹא תְעוֹלֵל וּפֶרֶט כַּרְמְךָ לֹא תְלַקֵּט לֶעָנִי וְלַגֵּר תַּעֲזֹב אֹתָם אֲנִי ה' אֱלֹהֵיכֶם:

אנו פוגשים מושג שבא לידי ביטוי בצורות שונות של קציר ובציר, אך לא מכלים את פאת השדה (פינת השה, קצה). משאירים פאה לעניים. מצווה נוספת – לא ללקט את הקציר שנפל. רות הלכה אחרי הקוצרים, על מנת להרים את מה שנופל – היא מלקטת אחר הקוצרים. בנוסף – היו מותירים את העוללות לעניים ולגר.

מקור מס' 104 – ויקרא כג, כב

וּבְקֻצְרְכֶם אֶת קְצִיר אַרְצְכֶם לֹא תְכַלֶּה פְּאַת שָׂדְךָ בְּקֻצְרֶךָ וְלֶקֶט קְצִירְךָ לֹא תְלַקֵּט לֶעָנִי וְלַגֵּר תַּעֲזֹב אֹתָם אֲנִי ה' אֱלֹהֵיכֶם: **הכללים כאן של צדקה יורדים לרזולוציות משפטיות.**

מקור מס' 105 – משנה, פאה ד, א

* קמה – השדה שעדין לא קצרו אותה.

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

"**ספק לקט לקט**" – מה הכלל החולש בד"כ על ספקות בענייני ממון? המוציא מחברו עליו הראיה – נטל הראיה מוטל על התובע. זוהי ברירת המחדל. ברירת המחדל פועלת לטובת בעל הזכות הממונית. כאן, נטל הראיה פועל לטובת החלש – הפכנו, על דרך החקיקה האלוהית, את נטל הראיה. כשמתרגמים את המצווה **התורה מגדירה את החלש כבעל זכות, בצורה כזו שנטל הראיה פועל לטובתו – יש כאן היפוך של נטל הראיה.** בחקיקה, מנסים את מימד היושר לתוך החוקים, לא רק כגורם אריסטוטלי, אלא כמשהו מובנה במערכת, הפועל לטובת החלש, לטובת עשיית החסד, כנגד הכללים האוניברסאליים. דיני היושר בעצם מביאים לכך שנטל הראיה יפעל לטובת העני.

מקור מס' 106 – תוספתא, פאה ב, טו –

יש ספק עובדתי. נטל הראיה בכל סוגיה ממונית הייתה פועלת לטובת בעל הבית, אך המחוקק קבע כי במקרה דנן נטל הראיה פועל לטובת העני, לטובת החלש. המחוקק עצמו מכניס את היושר, אין מדובר במנגנון מתאם.

מקור מס' 107 – ספרא קדושים פרשה א – **הכלל המשפטי משתנה**

"מנין שספק לקט לקט, ספק שכחה שכחה, ספק פיאה פיאה".

לפי הכללים האוניברסאליים – נטל הראיה לא הולך לעני. לפי דיני היושר – הולכים לטובת העני. אם יש ספק אם חלה מצוות לקט על השיבולים, **הופכים את נטל הראיה – ספק לקט/פאה/שכחה? גם הוא שכחה/פאה/לקט.**

פועלים לטובת העני, למרות שיש כאן פגיעה בקניין של העשיר. מכניסים את דיני היושר לתוך המארג של הזכויות הקנייניות. **מגדירים את הלקט/פאה/שכחה כקניין של העניים, הענקנו זכויות קנייניות משפטיות לעניים, על חשבון העשירים.**

מקור 108 – ספרי דברים פיסקא רפג – **הקניין השתנה, ולא הכלל המשפטי**

נטל הראיה פועל לטובת מי שהזכות שלו, זה מקור לכך שהזכות פועל לטובת בעל הזכות, בד"כ. מה המקור לכך? המוציא מחברו עליו הראיה. נדמה לך שנטל הראיה פועל כאן כנגד הכללים האוניברסאליים של בעל הזכות. אי-הצדק הוא כה חזק, עד **שהענקנו זכויות ממוניות לעניים בתוך רכושו של העשיר** – דוג' לכך שנטל הראיה פועל לטובת מי שהזכות שלו, לעניים זכות ברכוש העשיר. מושג היושר כה חזק, עד שהוא על סף הסוציאליסטי – התורה קובעת כי מעניקים אחוזים ברכוש העשירים לעניים, בשם הצדק החברתי, יש להם זכויות. **הספק פועל לטובתם, כי הענקנו להם זכויות.**

**דרך פרשנית אחת** – הפכנו את נטל הראיה לטובת העניים, על חשבון העשירים. כלומר, הכלל המשפטי משתנה. **דרך פרשנית שנייה** - לא שיננו את כללי נטל הראיה, אלא הקננו זכויות לעניים ברכוש העשירים. "יהיה" – **התורה מקנה זכויות קנייניות ברכוש העשירים, לטובת העני – נטל הראיה לא משתנה, הכלל המשפטי לא משתנה , אלא הקניין משתה (שינוי כבד עוד יותר).**

* ההבדל הוא רק אנליטי. התוצאה היא אותה תוצאה.

מקור 109 – שמות כב, כ-כו

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").

העינוי הוא כפול, הצעקה כפולה – לא רק על הפגיעה, אלא גם על הבדידות שבפגיעה. על כן לה' יש קשב מיוחד – אתם לא לבד, אני שומע וגם שומע במקומו של מי שאמור היה להיות האוזן הקשבת במסלול הראשון. בד"כ, כשאדם נותן הלוואה, מותר לקחת משכון. זה הגיוני ולגיטימי. אולם**, יש דברים שלא לוקחים כמשכון** – את הבגדים, את הפיג'מה של האדם.

**לפי העקרונות האוניברסאליים וההיגיון דיני ההלוואה** – האם צריכה להיות מניעה למשכן אובייקטים מסוימים במסגרת מתן הלוואה? לא. ההיגיון העסקי – אני צריך ערובות, בטחונות. עצם העובדה כי מגבילים את הביטחונות, בניגוד לעקרונות האוניברסאליים של הבטוחה, הינה הוכחה להכנסת צדק חברתי – **זהו יושר מובנה בחוק, שלא נתון לשיקול דעת – יושר המצמצם את עקרונות הבטוחות, רעיון היושר המגביל את דיני ההלוואה הקלאסיים הרגילים.**

* **הכללים לעיל לא גורעים מהיותו של היושר כמנגנון מתקן** – סמכות לעשות צדק במקרה הקונקרטי. במקרים לעיל, המחוקק מחוקק ככלל כללי משהו שאילן היוחסין שלו לא נגזר מהמשפט אלא מעקרונות של חסד.

מקור מס' 111 – בבא מציעא פב, ע"א

התורה קובעת כי זו צדקה – מחזירים את המשכון. לפי המשפט, אתה, ברגע שלקחת משכון, יש לך זכות להחזיק במשכון, זוהי זכויות קנייניות – הוא קונה משכון, זה שלא עד לפריעת החוב. **ההחזרה מוגדרת כצדקה – וויתור על הזכות הקניינית.**

מקור מס 112 – רשב"ם, שמות כב, כו

**אף על פי שלעשיר יש משכון מן הדין ואינו חייב להחזירו – עליו לעשות זאת לפנים משורת הדין**. **יש צפייה להחזיר, לא כעניין של שיקול דעת, אלא יכולים מצווים לקיים את מצוות הצדקה, למרות שהדבר נוגד את ההיגיון הכלכלי ואת דיני המשכון**. **על אף שהוא מחזיק בזכויות הקנייניות, עליו להחזירה, זוהי המצווה.**

* הכנסנו, ככלל מחייב, מגבלות, שאילן היחסים שלהן איננו מעקרונות המשפט, אלא מהמיזוג עם מידת הרחמים ועם דיני היושר.

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).

הצגנו שני מושגים של יושר –

1. י**ושר כמנגנון מתאם/מתקן, כמנגנון שבו אני חורג מכלל קיים במקרה פרטני** (הדיין מפעיל שיקול דעת, והולך כנגד הכללים המשפטים)– אריסטו והרמ"א דיברו על הצד הכולל והצדק הקונקרטי. נוח להציג זאת בצורה דיאכרונית (ההפך מסינכרוני) – לא באותו הזמן, אלא **במשך זמן**. קודם היה כלל, לאחר מיכן התעורר צורך, ואז קם פתרון מקומי.
2. **דוג' שמושג הצדק כה חזק, הכאב של האי-צדק כה חזק, שהשיקול של היושר הפך להיות חלק מהכלל עצמו**, כמו הדוגמה לעיל (המחוקק, בו זמנית, קובע) – הכלל המשפטי לא מסייג את לקיחת המשכון, אין מדובר במקרה קונקרטי, אלא מדובר בכלל משפטי שמחילים אותו. אין רצף זמנים, אלא ירדו מהשמיים יחד – אם מפרקים זאת לגורמים מושגיים, ניתן לראות את המרכיב המשפטי (שימוש בעקרונות משפטיים מוחלטים) ואת המרכיב של היושר (התחשבות בדבר אחר, השייך לעולם הרחמים והיושר). נפרק את הגורמים של הדין לחוד, ואת הגורמים של היושר.

**חיוב צדקה וכפייה למתן צדקה –**

מקור מס' 93 – בבא בתרא ז, ע"ב

המקור מלמד אותנו רעיון דומה בהלכות צדקה – יש רשימה של כל מיני חובות שבני העיר מחייבת אחד את השני לעשות. זוהי נשיאה שווה בנטל, בצרכים. אם אתה תושב במשך שנה, ניתן להטיל עלייך כל מיני חובות כספיים שמטילים על בני העיר.

מקור מס' 94 – בבא בתרא ח, ע"א

"שלשים יום לתמחוי שלשה חדשים לקופה ששה לכסות תשעה לקבורה שנים עשר לפסי העיר"! אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן כי תנן נמי מתניתין שנים עשר חדש לפסי העיר תנן".

המקור קצת יותר מפורט מבחינת החובות המוטלים. הרשימה הרבה יותר מדורגת (לא 12 חודשים). לאחר חודש, יש מצווה לתת לתמחוי, לאחר חצי שנה – יש לתת לקופת העיר, לאחר 9 חודשים – יש לתת למצוות הקבוה. אם עבר שנה – יש לתת לתשתיות ולתחזוקה של העיר.

**מידת התשלומים שאדם משלם לצדקה, עומק המחויבות שלו לשאת בנטל הצדקה, היא פרופורציונית למידת התושבות שלו. חצי שנה – יותר קבוע בעיר, מידת המחויבות שלו עמוקה יותר בדיני צדקה.**

בעצם, לא **מדובר פה רק על צדקה כמצווה, אלא כסוג של מס, של מס רווחה**. זהו מקור תלמודי לכך שדיני הצדקה הופכים מלהיות מצווה פרסונלית למחויבות קהילתית. מפעילים גם כוח כדי לכפות את הדבר – "אמר רב נחמן...שממשכנים על הצדקה ואפילו בערב שבת..." **הקהילה יכולה לגבות, או לקחת ערובות לשם גבייה של כספי צדקה, אין זה מעשה וולונטרי, אלא הקהילה יכולה לחייב אדם לשלם צדקה במישור זה. הצדקה מגדירה יחסים של מחויבות לזולת, ולא רק דבר וולונטרי.** פוגעים בזכות הקניינית באמצעות מושג החמלה.

**היבט נוסף של יושר – היבט דתי –**

מקור 28 – תלמוד ירושלמי

אבידה של נוכרי לא חייבים להחזיר – במשפט הרומי, לא חייבים להחזיר אבידות. זה עניין של ערך דתי – רצון לשמוע את קידוש השם הבוקע מהמעשה. יש התנהלות של קידוש השם, של החזרת אבידות לאחרים. **יש תפיסה של יושר במישור אחר, לא במישור חברתי או של צדק, אלא יושר במישור דתי.**

**אם נחזור לתחילת הרעיון של לפנים משורת הדין – מקור מס' 20.** ההגשמה, ההאנשה היא בוטה – "אומר לאדם, תברך אותי". בבסיס המדרש עומדת תפיסה, לפיה "ראה שאין העולם מתקיים..את מדית הרחמים"

בני אדם הם לא אובייקטים בעולם פיזיקלי. חוקי הטבע לא ניתנים להפרה. אם אתה לא לוקח בחשבון הכללים שלך את הממד האנושי – בחירה חופשית. אתה בראת עולם, שחררת אותו למימד של בחירה חופשית. אם עובדים רק לפי דין, לא מדברים על העולם שנברא. ה' לא מעוניין להיכנס בנו בדין. **הרחמים הינו מושג דתי, הוא מובנה בעצם הרעיון של בחירה חופשית.**

עומק הרעיון והתפיסה הינה בדיוק הרעיון שהעולם לא ייצור מכאני, אלא מדובר בעולם עם בחירה חופשית, עם רצונות – ה' לא יעשה את העובדה עבור בני האדם. בשל הבחירה החופשית, ה' קובע מה הוא מצפה – רעיון הרחמים מובנה ברעיון הבחירה החופשית.