**דין ויושר במשפט העברי- ד"ר בריס מיכאל**

* יש מקראה שצריך להביא לכל השיעורים
* יש ציון מיטיב על נוכחות והשתתפות
* המבחן בחומר סגור. נשאל גם על טקסטים שלמדנו יחד ונמצא במבחן קטעים מהמקראה- הוא ינסה לשאול על עקרונות משפטיים שלמדנו. לא רק שינון
* מייל המרצה: Michael.baris@gmail.com

**21.10.2012**

**מבוא: דיני היושר ובעיית הנוקשות של הדין**

סקירה ורקע היסטורי: מבט משווה

מה זה יושר?

ההתלבטות המובנית בתוך כל מערכת כללים היא האם הסנקציה היא מובנית או לא בתוך מערכת הכללים. כך גם עם היושר

נביא שני מושגים ליושר:

* **יושר במובן של שיוון**- כולם מקבלים את אותה חתיכת הפיצה
* **יושר במובן של הגינות**- שבאה במובן של לא תמיד השיוויון הוא מוחלט, לעיתים הוא בניגוד לחוק המדוקדק.

יש הבדל מהותי בין שני המובנים החוק מעוניין לעגן במשפט ערכים שאותם הוא רואה כחשובים אך לפעמים כשנגיע למקרה הקונקרטי נראה שהחוק המדוקדק מותיר טעם מר בפה של חוסר צדק. ייתכן שהחוק קובע שיש לזרוק את האיש מביתו כיוון שלא שילם משכנתא, אך לנו יש תחושה לא נוחה שנעשה כאן עוול.

לכן יש צורך במימד של גמישות בתוך המערכת, כך שהחוק הנוקשה יתאזן. דיני היושר הם בראש ובראשונה ההתמודדות עם הצורך להגמיש- כיוון שהחוקים שנקבעו מראש לא יכולים לבטא את כל המקרים האפשריים. הצורך להגמיש בא מתוך הרצון לעשות צדק, מפני שלעיתים העמידה בכללים תגרום לעוול.

**השאלה שנשאלת היא האם אותה מערכת גמישה היא חלק מהמשפט או מחוצה לו?**

מבחינה היסטורית, באנגליה למשל, הייתה מערכת נפרדת של משפט שהפעילה את כללי הEQUITY אולם אנחנו כיום לומדים על מערכת משפטית שמפעילה את הכללים הללו בתוכה. איחוד מערכות המשפט האלה יצר מערכת אחת אך לא יצר איחוד הומוגני בין השניים.

דוגמה: ישנו ריב בין שני אנשים על ארטיק. עד שהתהליך המשפטי יסתיים, יש להקפיא אותו. שאם לא כן, עד תום ההליך, כבר לא יישאר שום ארטיק. לעיתים יש צורך להקפיא את המצב. הדבר הזה מגיע מדיני היושר. החוק מורה על הזכויות של כל אחד מהצדדים, אך דיני היושר מורים על הקפאת המצב כדי שיוכלו באמת להשתמש באותו מושא ריב, לאחר שנקבע איך לחלק את הזכויות והחובות עליו.

דיני היושר שונים מהמשפט. במסגרת היושר אנחנו מבקשים הפעלת צדק מעבר לדין, ולכן יש כאן שיקולים נוספים. כלומר, אם אגש לבג"ץ יום לפני תום תקופת ההתיישנות יוכלו לטעון כנגדי שהשתהיתי (והלא זאת זכותי לפי החוק היבש!) הרעיון של יושר מתייחס למימד הערכי, לאידאלים מסויימים- האם זה חלק מהמשפט או לא, זאת נראה כבר בהמשך. המערכת הזאת היא התחבטות של כל משפטן ומשפטן ושל כל מערכת משפטית באשר היא.

נפתח בדבריו של אריסטו מתוך המקראה:

1. **אריסטו,אתיקה מהד' ניקומאכוס, ספר ה, י (תרג' יוסף ליבס, תל-אביב, תשמ"ה)**

[...] עלינו לדון בסוגיית ההגינות והמעשה ההגון, וביחס בין הגינות וצדק, ובין המעשה ההגון והצודק. שכן אגב עיון בסוגיה זו מתברר שהללו אינם זהים לחלוטין, ואף לא שונים לפי מינם. שלעתים משבחים אנחנו את המעשה ההגון ואת האיש העשוי כך (עד שנכנה בתואר זה גם שאר מידות ראויות לשבח וקוראים להן "הגונות" במקום "טובות"), ולעתים אם נשקול את הדבר לפי שורת ההגיון, משונה הוא בעינינו שהמעשה ההגון, אף על פי שנבדל הוא מן הצודק, יהא בכל זאת ראוי לשבח, שאם המעשה הצודק והמעשה ההגון שונים זה מזה, הרי שאחד מהם איננו טוב, ואם שניהם טובים, הנם זהים. אלה הם, פחות או יותר, ההרהורים שגורמים לספיקותינו בעניין ה"הגינות".

אולם מבחינה מסוימת, נכונים כל השיקולים האלה, ואינם מנוגדים זה לזה. שהרי ההגינות, גם אם היא טובה יותר מסוג מסוים של צדק, אף על פי כן צדק היא, ולא בחינת סוג אחר טובה היא מן הצדק [...] הבעיה נוצרת על ידי כך שהמעשה ההגון אמנם צודק הוא, אך איננו מצטמצם במה שצודק לפי החוק, אלא הוא בא לתקן את הצדק החוקי. סיבת הדבר היא בכך, שכל חוק הוא כללי, ואילו ישנם עניינים שאי אפשר לדבר עליהם כדבעי במונחים כלליים. והנה באותם העניינים שצריך לדבר עליהם באופן כללי, אלא שאי אפשר לעשות כן כדבעי, לגביהם נוקט החוק את המקרה השכיח, בלא שיתעלם כלל מהשגיאה המרובה בכך. ואין זה מפחית כל עיקר מצדקתו של החוק, שהרי לא בו השגיאה ולא במחוקק, אלא בטבעו של העניין, באשר זהו טיב החומר שעולם המעשה עשוי ממנו מלכתחילה. כשהחוק מדבר אפוא על תחום מסוים בקביעות כלליות, ולמעשה יקרה דבר-מה החורג מקביעות אלה, אזי נכון יהיה – במקרים שהמחוקק לא לקח אותם בחשבון ושגה בקביעות פשוטות מדי – לתקן את אשר חיסר הלה, ולומר את אשר המחוקק עצמו היה אומר אילו היה נמצא באותו מעמד, והיה שׂם לחוק אילו ידע שמקרה כזה עשוי לקרות (כוונת המחוקק. את אותו הרעיון נמצא גם בהמשך, בטקסט יהודי. כשיש לך צדק מוחלט אתה נתקל בחריגים וכדי ליצור להם התאמה ננסה לחשוב מה הייתה כוונת המחוקק לגבי המקרה הספציפי הזה לו היה פה). המעשה הההגון הוא, אפוא, מעשה של צדק ועולה בטיבו על סוג מסוים של צדק, לא הצדק המוחלט אלא על המשגה שמקורו בהחלטיותה של הקביעה. וזה טיבה של ההגינות: להיות תיקונו של אותו ליקוי שנמצא בחוק מחמת כלליותו. והלא זאת הא גם הסיבה שבגללה אל כל הדברים קבועים בחוק, כלומר שלגבי כמה עניינים אי אפשר לחוקק חוקים, ויש צורך בתקנות, שלגבי עניין שאינו מסוים אף אמת-המידה אינה מסוימת, כאותה אמת-העופרת המשמשת בכיור הלסבי: מה אמה זו מתאמת את עצמה לצורת האבן ואינה נוקשה, כך התקנה מתאמת את עצמה לעובדות.

ברור אפוא מה הוא המעשה ה"הגון", ומתוך זה מתברר טיבו של האיש ה"הגון", שמי שבוחר ועושה מעשים שכך טיבם, ואינו עומד עמידה קשוחה וגרועה על זכותו שעל פי החוק, אלא נוטה לוויתורים, אף כשהחוק עומד לצידו, הרי זה איש הגון, והתכונה הזאת נקראת הגינות. והיא סוג מסוים של צדק ולא תכונה נפרדת.

אצל אריסטו נראה שני צרכים שהיושר הוא הפתרון שלהם.

לאריסטו מציק העניין שהגינות היא לא צדק. הצדק הוא לעשות את הדברים לפי הכללים והגינות היא לעשות את הדבר הנכון גם אם לא תמיד לפי הספר. הקרע והמתח בין שני המושגים זה מה שאריסטו מנסה להסביר. לא ייתכן שהצדק הוא הדבר הנכון כשההגינות היא הדבר הנכון. יש דילמה בין כפיה של מערכת כללים לבין השלטת צדק בעזרתה.

אריסטו אומר כי המטרה העליונה היא הצדק, אין על כך ויכוח, ומדובר פה בשתי צורות יישום לאותו הרעיון. רוצים להגשים את הצדק- פעם ע"י הליכה בכללים, ביישום הדווקני, ופעם בהגמשה של הכללים. יש צדק חוקי, כללי, אך יש צורך לקחת בחשבון את הצדק שיתאים את עצמו בצורה נקודתית.

*נסכם- תפקיד ראשון, פונקציונאלי, של יושר הוא* ***יושר מתקן*** *זה מעין סוג של תלאי, של גומייה.*

אריסטו אומר שהכללים נותנים לנו את המקרה השכיח. אי אפשר מראש לקבוע הכל. יש כללים ויש סטנדרטים. לכן יש מושגי שסתום והם באים לומר שלא מספיק שעשית לפי הכלל היבש, אלא שהיית צריך לעשות זאת גם בתום לב (למשל).

"וזה טיבה של ההגינות: להיות תיקונו של אותו ליקוי שנמצא בחוק מחמת כלליותו" זה **יושר מתקן** כאמור.

המרצה מסכם את כל מה שאמרנו באריסטו כהתמודדות בין שני ערכים: ההתלבטות היא בין צדק כללי לצדק קונקרטי. ניתן לחבר כללים לכלל המקרים אך סביר להניח שיהיו מקרים פרטניים שלא יתאימו לאותם הכללים. ההגדרה של הגינות כצדק מתקן לא נותנת לנו עדיין שום מסגרת לתוכן- מה זה ההגינות, חוץ מזה שהיא מתקנת?

1. **אריסטו, רטוריקה, א, יג (תרג' גבריאל צורן, תל אביב, 2002)**

הבה נמיין עתה את העוולות כולן ואת מעשה הצדקה. ונצא מן ההנחות הבאות: הצדק והעוול הוגדרו ביחס לשני סוגים של חוק וביחס לקורבנות בשני מובנים שונים. בדברי על חוק אני מתכוון לפרטי ולכללי. פרטי הוא זה שכל עם הגדיר לצרכיו שלו, והוא נחלק לחוק כתוב ובלתי כתוב; הכללי הוא זה שעל פי הטבע. שהרי יש [מושגי] צדק ועוול כלליים וטבעיים, שהכול יכולים לנחשם בדרך כלשהי, על אף שאין הדבר מבוסס על כל הידברות ואף לא על הסכם........

[מעשי העוול] שמתייחסים לחוק הבלתי כתוב נחלקים לשני סוגים: האחד מקורו בהקצנה של המידה הטובה או הרעה, ושכרו הוא גנאי או שבח, קלון או כבוד או תגמולים למיניהם, כגון הכרת טובה למיטיב, השבת טובה תחת טובה, מתן עזרה לידידים וכיוצא באלה. ואילו [השני מקורו] במה שנשמט מן החוק הכתוב והייחודי. שהרי ההגון נראה שהוא צודק, אבל ההגינות היא צדק שמעבר לחוק הכתוב. השמטות אלה קורות למחוקקים לעתים בעל כורחם ולעתים שלא בעל כורחם. בעל כורחם, כאשר הדבר נעלם מעיניהם. ושלא בעל כורחם, כאשר אינם יכולים להגדיר [את הדבר במדויק] ואף על פי כן הם חייבים לדבר בצורה כללית, ומצד שני אין בידם להתייחס אלא למרבית המקרים. וכן כאשר יש קושי להגדיר בגלל אינסופיות [האפשרויות הבאות בחשבון], כגון מה אורכו ומה טיבו של כלי ברזל שנועד לפצוע, שהרי חיי אדם לא יספיקו כדי למנות את כל האפשרויות, כיוון שהדברים האלה אינם ניתנים להגדרה, אנוס המחוקק לדבר במונחים כלליים, כך למשל אם הרים אדם יד עדויה בטבעתאו אם הכה בה, על פי החוק הכתוב או אשם ועבר עבירה, אבל על פי האמת לא עבר. זהו אפוא עניין להגינות.

אריסטו אומר שכשרוצים לבדוק אם משהו צודק או לא, הולכים גם לפי החוק הפוזיטיבי וגם לפי איזשהן אמות מידה מוחלטות, לפי משפט הטבע. בעצם, הרעיון המתאם הוא לא לתאם רק בין החוק הפרטי לפוזיטיבי, אלא גם בין החוק לאמות המידה המוסריות.

המשפט עצמו, גם כשהוא מדבר בכללים מנסה להכניס מימד מוסרי, הדבר מראה על ניסיון להכנסה של הגינות למשפט. עצם זה שיש מושג של יסוד נפשי בדרישה לקיום העבירה מראה לנו שיש ניסיון להכניס את ההגינות לתוך המערכת עצמה. כאן אנו פוגשים אצל אריסטו את מושג ההגינות כמשהו שמנסה להגמיש ולהכניס ערכיות אל תוך הכללים עצמם ולא כמערכת נפרדת.

מעשים הראויים למחילה אם עניין להגינות, ודין שגגות ומקרי ביש אינו כדין מעשי עוולה. מקרי ביש הם הדברים המתרחשים באורח בלתי צפוי אך לא מתוך רשעות. שגגות אינן בלתי צפויות, אך גם הן אינן נובעות מרשעות. עוולות אינן בלתי צפויות ומקורן רשעות, כי מה שנעשה מתוך תאווה נעשה מרשעות. ולמחול לאנשים זוהי הגינות, וכך גם להביא בחשבון לא את החוק אלא את המחוקק, ולהתייחס לא למילותיו של המחוקק אלא לכוונותיו, ולא למעשה אלא לטיב הבחירה שגלומה בו, ולא לחלק אלא לשלם, ולא למה שקרה עכשיו אלא למה שקורה תמיד או על פי רוב. ולזכור את הטוב שעשו אתך יותר מאשר את הרע, ואת הטוב שעשו אתך יותר מאשר זה שעשית, ולשאת את העוולות שעשו לך. ולהעדיף הכרעת דין מילולית על פני הכרעה במעשה, ולהעדיף בוררות על פני הליך משפטי, כי הבורר רואה מה הגון ואילו השופט רואה את החוק בלבד, ולשם כך היו ממנים בוררים, כדי שתגבר ההגינות.

חלק מהכללים עצמם הם הטמעה של דיני היושר בתוך הדין הרגיל. כל חריגה מפורמליזם משפטי היא ביטוי של הגינות. יש התייחסות לרוב, או לתמונה הכללית. ההגינות כאן היא לא במובן של שיוויוניות בהכרח כי אם של משהו שחורג מהדקדוק הספציפי.

הביטויים במקור הראשון של אריסטו מבטאים את ההגינות **כמנגנון מתקן**. במקור השני רואים מימד נוסף שעוסק גם בתוכן. לא רק בחוק הכתוב אלא גם בזה הבלתי כתוב, במשפט הטבע. מה שהמחוקק התכוון ולא רק מה שהוא אמר. מה המחוקק היה מחוקק אילו הוא היה כאן והיה רואה את התמונה השלמה. להעדיף בוררות על פני הליך משפטי. ביטוי כזה של הגינות הוא למשל נתינת חנינה למרות שנעברה העבירה. כאן רואים את דיני היושר כ**מנגנון מתאם.**

**28.10.2012**

בגדול, נדבר על יושר או הגינות כמנגנון מתקן ועל איזשהם רעיונות של תוכן ביושר. הזווית היהודית לעניין הזה מגיעה במעין העתק-הדבק לדבריו של אריסטו. בשלב הראשון של הקטע נראה העתקה של רעיונות אריסטוטליים ויציקתם לתוך תבנית יהודית. בהמשך, ניתן תכנים יהודיים לדיני היושר שהם ייחודיים ליהדות.

**3.רבי יצחק עראמה, ספר עקידת יצחק, השער השלושה וארבעים**- הוא כותב בסוף תקופת יהדות ספרד. זהו תור הזהב. ערב גירוש ספרד. יהדות ספרד במצב חמור, פרעות ואינקוויזיציה. הדבר שמאפיין תקופות מסוכנות מעין אלה הוא התרופפות דתית. אנשים מרגישים שהאדמה נשמטת להם מתחת לרגליים. הכותב הוא במעבר שבין המאה ה14 ל15. זהו פירוש לתורה, מעין אנציקלופדיה פילוסופית.

הערמה מתלבט בין סוגים שונים של צדק:

והנה להיותו הוא יתברך הוא הצדק המוחלט... ועל המין השלישי אשר הוא ההצטדק עם הזולת בהחלט אמר "צדיק וישר הוא":......

וזה מאמר נפלא מאד תדעהו כשאזכור לך מה שכתב החוקר (בפרק י"ג מהמאמר הנזכר מספר המידות- זה ספר האתיקה של אריסטו. הוא הולך לפרש פסוק עפ"י הספר של אריסטו) בנתינת ההבדל אשר בין **החסיד** ו**הצדיק** (**צדיק**- הולך לפי הכללים. **חסיד**- הולך לפנים משורת הדין. המינוחים האריסטוטליים מתורגמים לתוך מינוחים יהודיים. מדובר פה על הנגדה שקיימת לדעת המחבר בין צדק לבין חסד). כי שם העיר ספק, זה תארו: בלב העימות בין הצדק לבין ההגינות עמדה השאלה של כאשר קובעים כללי צדק מראש, אין מצב שנצליח לכלול את כל המקרים האפשריים. איך מסתדרים עם זה? וזה בדיוק לב העניין גם כאן

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 (הצדיק והחסיד מתחרים על אותה משבצת. מה יותר טוב וצודק? ללכת לפי הכללים או להתגמש? הניתוח לשאלה היהודית היא כדלהלן:). אמנם התיר זה הספק, במה שאמר, שהצדיק הוא השלם אצל הצדק הנמוסי (נימוס זה מלשון נורמה) המונח (הפוזיטיביזי, כמו שהוא ניתן), שהוא על הרוב צודק בכלליו המונחים בו, כי הוא השומר אותו ונזהר בו לבלתי סור ממנו ימין ושמאל (המושג של חוק בא משורש לחקוק. אתה לא יכול לזוז ממנו). אמנם החסיד, הוא אשר ישלים הנמוס הזה (יש את החוק החקוק והנוקשה, אבל תמיד צריך איזו גמישות. והתפקיד של החסיד הוא להיות הגמיש. הוא ההגינות לפי אריסטו. התפקיד של דיני היושר אם כן, זה להתאים את כל הכללים הכלליים של המשפט הציבורי, למקרה הספציפי. זאת ע"מ ליצור צדק פרטי. לשופט יש סמכות לחרוג מהכלל כדי להתאים אותו לפרט. במשפט יש שק"ד לשופט, אבל במקרה של גדר חשמלית לדוגמה, אנחנו לא משאירים שום מרחב תמרון. מי שעובר את הגבול מתחשמל מיידית), 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 (כוונת המחוקק. אילו המחוקק היה כאן ומתמודד עם המקרה הקונקרטי הזה, מה הוא היה אומר? אם אתה חושב שאתה קולע לדעתו, תוכל לפרש זאת בצורה הזאת). וכגון הא דאמרינן התם (ב"מ ל"ט ע"ב) הכי דיינינן לך ולכל אלמי חברך [=וכגון זה שאמור שם 'כך אנו דנים אותך ולכל האלימים חבריך' <ראו להלן ‎52>] (דוגמה חשובה שנראה בהמשך). וכמו שאמרו (יבמות צ' ע"ב; סנהדרין מו ע"א <ראו להלן: ‎46>) דנין [=דנים] כדין ושלא כדין לצורך השעה (דוגמה: בית הדין מוסמך לדון שלא כדין לצורך השעה, לצורך של צדק קונקרטי). והנה עם זה הצדיק הוא הטוב, אשר אצל הצדק הנמוסי הצודק על הרוב והישר, החסיד הוא טוב ממנו, מצד מה שהוא משלים ומיישר הנמוס, בכל מה שלא היתה יד הנמוס משגת אותו, שאי אפשר לו להקיף כל המקרים החלקיים אשר אין להם תכלית. והיושר ההוא הוא דינו הראוי לעניין ההוא לא זולת (בעברית קלה- המחוקק מוגבל כיוון שהוא כותב את הדברים מראש ובהכללה ואין מצב שנצליח לקחת בחשבון את אינסוף המקרים הקונקרטיים שעוד יקרו. וע"כ חייבים את החסיד):

סיכום ביניים- רבי יצחק ערמה אומר שהחסיד הוא הצדיק המשופר. המושג האריסטוטלי עימת בין הגינות לדין. אצל הרבי זה הצדיק והחסיד. הצדיק הוא הפוזיטיביסט, הצדק הכללי והחסיד הוא הצדק הקונקרטי. לפעמים אין ברירה אלא לחרוג מהכללים. בשני המקורות, הזכרנו את כוונת המחוקק- אילו הוא היה כאן מה הוא היה אומר?

וזה עצמו מה שכוונו המשורר באומרו "וחסיד בכל מעשיו" (תהלים קמ"ה), ירצה, כי עם שהוא צדיק, בהניחו דרכי משפטים צדיקים כוללים להתנהג בהם כאשר יתכן לפי הנושאים אשר ישפטו בהם, אמנם חסיד הוא בכל מעשיו, כי לענין המעשה לא יחפוץ שישמרו תמיד אלו הכללים, רק שישפטו לפי הענין החלקי, כשיודע שהכולל ינגד אל המשפט האמתי, ובזה לא יקבל עול הנמוס, כי אם תשלום והישרה:

והוא עצמו מה שכוונו בכאן באומרו אדון הנביאים (דברים ל"ב) "צדיק וישר הוא" לפי שכבר תקשה למאמר "כי כל דרכיו משפט אל אמונה ואין עול" כשתאמר כי גם במשפטיו ית'[ברך] חוייבו הבלבול והמבוכה בכל מה שינגדו הכוללים אל המקרים הפרטיים, דרך משל, כלל גדול בדיני ממונות (ב"מ ב' ע"ב) המוציא מחבירו עליו הראיה (התביעה צריכה להוכיח את הטענה שלה), או (ב"ב ה' ע"א) חזקה אין אדם פורע תוך זמנו (זוהי חזקה נוספת שלפיה אין אדם משלם את חובו עד שלא הגיע תאריך הפרעון), וכבר יקרה שהתובע תובע דין אמת, ואין לו ראיה, או שהנתבע פרע תוך זמנו ואין רואה, וכיוצא באלו העניינים (נניח שאדם כבר שילם אבל איבד את החשבונית. מה עושים? אם נלך לפי הכללים הרגילים, האדם יצא נפסד. אם נלך רק על כללים, נפספס חלק מהמקרים). ואז לא ימלט אם שישפוט השופט לפי האמת הפרטי, ויעוול אל המשפט הכולל, או שישפוט צדק לפי המשפט הכולל, ויעוול את האמת הפרטי, וכן בכיוצא בזה. ויהיה תשובתך בזה צידק וישר הוא, כי הוא הצדיק המניח הנמוס, והוא החסיד המישיר אותו והמשלימו בכל מה שיבא הצורך, עד שבזה יצדק כי הוא אל אמונה מבלי עול כלל:

(המנגנון, כדי שבני אדם יצליחו לשפוט תוך כדי שקלול של צדק וגמישות, צריך לכלול סמכות לחרוג מן הכללים. צריך שופט עם שיקול דעת. בעל העקידה מראה לנו שדבר כזה 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'".(כאשר יש לך משהו לא ברור, אתה עולה לבית הדין העליון, הגדול, ואז אסור לך לסור מכל אשר יורו לך ימין ושמאל. כשרואים שהשורשים הכוללים, הכלליים, לא מתאימים למקרה הקונקרטי אנחנו פונים לסנהדרין, המהווים את המנגנון המתקן, יש כאן צורך בחריגה מהכללים. זהו מעין בית משפט לענייני חוקה שיכול לפרש את הכללים אחרת כדי להתאים אותם למקרה הקונקרטי) יאמר, כי כשיפלא מהם הדין באי זה מין שיהיה, שזה ההעלם על הרוב יהיה כשיתברר להם שאינם מסכימים השרשים הכוללים אל הענינים הנדונים, ויפלא בעיניהם לדונו בהם, או חוץ להם, כי אז יהיה הדין ההוא נדון על פי בית דין הגדול, כי הוא נותן בידם רשות גמורה ליישר הנמוס ולתקנו, כפי מה שיראה בעיניהם לענין החלקי ההוא, וציווה שלא יסורו מכל אשר יגזרו בו ימין ושמאל, כי אותו דין שיאמרו, אף על פי שיצאו משורת הדין הכולל, הוא האמת העצמי מצד הענין ההוא החלקי. וזהו שאמרו ז"ל (ספרי פ' שופטים) "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 בעל העקידה היא שחייבים לציית לבית הדין הגדול כי הוא שובר את הכלל. יש לסנהדרין את הסמכות לשנות את הכללים, להגמיש אותם לפי מה שהם רואים לנכון. המסקנות שלהם במקרה הזה הן אכן מחוץ לכללים. בגלל זה אנחנו לא מבינים את ההחלטה והיא לא נראית לנו הגיונית. כשיש סתירה בין הרעיון הכולל לצדק הפרטי, בית הדין הגדול שובר את הכללים והולך הפוך לפעמים ממה שאנחנו רגילים. לכן אנחנו חייבים לציית לאותו הכלל). ירצו, כי אף על פי שלפי השרשים הכוללים יראה בתחלה שהם אומרים על ימין שמאל ועל שמאל ימין, הנה לפי הענין הפרטי ההוא לא יאמרו אלא על ימין ימין ועל שמאל שמאל. וכדי ליפות חכם בזה, להסיר מעליהם כל שוטן וטוען מהמשפטים הכתובים, אמר (דברים שם) "והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע וגו' ומת האיש ההוא ובערת הרע מישראל". ומזה הורשו בית דין שבכל דור ודור, לדון וליסר ולהעניש כדין ושלא כדין, (יש לבתי המשפט של כל הדורות את הסמכות הזאת. יש מצבים שיש צורך להתאים את הצדק למקרה הקונקרטי) 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:

בעל העקידה מראה לנו כי הגורם המוסמך על ההגמשה הוא בית הדין הגדול, ולא סתם שופט.

ולפי זה כבר תכלול התורה כל חלקי האנשים וכל פרטי מעשיהם, כמו שיתכן אל תורה תמימה ונמוס אלהי, הכולל בידיעתו העצומה כל ענייני הנמצאים ומקריהם בכל מיני פרטיותם, כמו שאמר המשורר (תהלים ל"ג) "היוצר יחד לבם המבין אל כל מעשיהם". והוא מה שאמרו ז"ל (שבת י' ע"א) "כל הדן דין אמת לאמתו נעשה שותף להקב"ה במעשה שמים וארץ", כי בזה יתקיימו האנשים על אותו הטבע והאופן שנבראו בו, לפי מה שהם עצמם, ועל זה השתוף נקראו השופטים (שמות כ"א) "אלהים" בכל מקום, והנחש אמר (בראשית י"ג) "והייתם כאלהים יודעי טוב", ואמרו ז"ל (ב"ר פ' י"ט) "יוצרי עולמות". אמנם הדיינים הדנין תמיד לפי ההנחות הכוללות, (הדיינים דנים תמיד לפי החוק הפוזיטיבי, החרוט. ועם כל זאת, יש ביקורת חמורה על כך. שכן הם הלכו לפי האותיות הכתובות, אך בכך יצרו חברה לא צודקת. הם התייחסו לצדק הכולל ולא ידעו ליישר אותו עם הצדק הקונקרטי. הם הלכו ב"יקוב הדין את ההר". הכותב מדבר על תופעה המוכרת לו של משפט פורמלי, דווקני, שאינו זז מהכתוב בספר. אך הדבר יוצר עיוורות כלפי הצדק הקונקרטי והדבר הביא לחורבן ירושלים) עם שהם דנין דין אמת, הנה הם מחריבי עולם, וכמו שאמרו "לא חרבה ירושלם אלא מפני שדנו בה דין אמת" (ב"מ ל"ח ע"ב; ראו להלן מקור ‎24), כלומר לפי האמת הכולל, ובלתי מישירים אותו, אף כי יבא הצורך, אבל [=אלא] אמר יקוב הדין את ההר. ועליהם אמר המשורר (תהלים פ"ב) "לא ידעו ולא יבינו בחשיכה יתהלכו ימוטו כל מוסדי ארץ", והיא הכת היותר חזקת בכל כתות הדינים המקולקלים שהזכיר ראשונה כמו שיתבאר בפירוש ואתה תחזה ב"ה:

קצת היסטוריה:

באופן מסורתי תפקיד ההגמשה היה שייך למלך ולא לרשות השופטת. גם במקרא וגם באנגליה היה למלך תפקיד מרכזי.

באנגליה השיטה המשפטית הייתה פורמליסטית ביותר וכדי למנוע אינסוף תביעות, נקבעו עילות תביעה מוגדרות. הבעיה הייתה שהיו תביעות שלא נכנסו לעילה הספציפית ולא קיבלו מענה. במקרה כזה פנו למלך, וכשזה כרע תחת העומס הוא מינה איש כמורה, את הלורד צ'נסלור, לדון שלא לפי הכללים. הוא היה פוסק לפי הEQUTY ולא לפי הcommon law אלא שגם לאותם כללי היושר מתחילים להווצר כללים משל עצמם. עקרונות של יושר, אתה לא יכול לדרוש צדק כשאתה בעצמך לא נקי כפיים. אצלנו במשפט יש עקרונות של חוק ועקרונות של יושר. כאשר אתה דורש יושר, עלייך להיות ישר בעצמך. זה דורש גם ממך. (בבג"ץ ובעתירות מנהליות).

כיום, עקרונות היושר כבר חדרו למשפט. רק בדאלוור שבארה"ב ישנו בית משפט מיוחד לEQUTY.

השורה התחתונה של מקור **4. דבר המלך במועצתו** היא: כל החוק העותמאני כפוף להוראות החוק הבריטי ולעקרונות היושר של אנגליה. רעיונות הEQUTY הכפיפו את החוק בפלשתין.

הדבר הזה בוטל **בחוק יסודות המשפט** (מקור **5**). שם הוחלט שמשאירים עקרונות של חירות, צדק יושר ושלום של מורשת ישראל. המחוקק רצה להחליף את חוקי היושר האנגליים בכללי יושר משל עצמנו. לקחו את מונח היושר הבריטי ודיללו אותו, במובן זה שאתה לא מפעיל את היושר נגד החוק, אלא שתוכל להפעיל אותו רק כשיש בעיה בחוק ומתוך החוק (דוגמה לכך היא צו המניעה).

**4.11.2012**

מקומו של המלך

באנגליה, כשמערכת המשפט הייתה נוקשה מדי פנו אל המלך. נראה מקורות תנכיים המראים על תפקידו וחשיבותו של המלך בדיני היושר.

בפעם הראשונה בתנ"ך שיש עתירה- זה כשיצחק פונה לה' לבקש שרבקה תלד. כלומר, עתירה היא בקשה. לא דרישה. התפקיד ההיסטורי של דיני היושר היה פנייה למלך. גם לעניין המינוי של איש כמורה יש משמעות, רואים בדינים אלו דבר מוסרי. דיני היושר גם תורגמו ללטינית מכמה סיבות:

* זה נשמע עתיק ומכובד יותר
* זו שפת הכמורה. הדבר בא לחדד את חשיבותו הדתית של היושר

גם בתנך המלך נפגש עם דיני היושר, כשהיה יושב בשער העיר עם הזקנים. שם היה נעשה המשפט כיוון ששם התרחש המסחר. יש בפנינו מקורות ספציפיים:

1. **מקור 6. שמואל ב יד, א-כג- האישה התקועית-** לאחר שאנס את תמר בורח אבשלום לגולן וכשהוא רוצה לחזור הוא פונה ליואב שר צבא דוד כדי שיעזור לו לשכנע את דוד לקבלו. יואב שולח אישה חכמה מתקוע לדוד, בתחפושת של אבלה. האישה כורעת בפני דוד וצועקת "*הושיע המלך*!" היא מספרת שבעלה מת ושבניה רבו בשדה והאחד הרג את האחר. נשאר לה רק בן אחד והיא מבקשת שהמלך יחנון אותו ממשפט גואל הדם. אם ילכו לפי שורת הדין גם בנה הזה ימות. היא פונה אל המלך כיוון שהוא זה שבסמכותו לנהוג שלא לפי הספר. הוא יכול לחרוג מהכלל הכללי ע"מ לעשות צדק פרטי. המלך מתחייב לה לדאוג לעניין באופן אישי ונשבע שלא יהרגו את בנה. היא רומזת לו שאתה פוסק דברים כאלה על בניי אבל תסתכל על בנייך... המלך מבין את הרמז. כשהדין הכללי מביא אי צדק פרטי, הכתובת היא המלך. זוהי התבנית האנגלית של דיני היושר.
2. **מקור 7. מלכים א ג, ג-כח- משפט שלמה-** ה' נגלה לשלמה בגבעון ושלמה מבקש ממנו לב חכם לשפוט את העם. ה מאוד אוהב את הבקשה ונותן לו כרצונו ומוסיף גם את כל מה שלא ביקש, בתנאי שילך בדרכיו. ואז מגיעות שתי נשים זונות למשפט. יש אריכות ברקע כדי לחדד את הקונפליקט, אין איש שיוכל להעיד. ישנו כלל משפטי לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה" אך בגלל הרקע הבעייתי לא יכולה האם להוכיח דבר. זאת הסיבה שהיא פונה אל המלך. שלמה גם מציע פתרון לא שגרתי- לחתוך את התינוק לשניים. חלוקת נשוא הויכוח זה צדק שמחוץ לדין. פתרון של חלוקה הוא פשרה שבאה למזער את אי הצדק. אם זה היה חתיכת בד, זה בטוח לא פתרון נכון, אבל זה הדבר הצודק ביותר שניתן לעשות. הסיפור עצמו הוא כזה שמסגרת משפטית רגילה לא תתאים לו כיוון שהתובעת לא יכולה לעמוד בנטל הראיה, גם הפתרון הוא לא פתרון שבמסגרת הכללים. זהו פתרון של מחוץ לחוק, של פשרה. זוהי תבנית שאנו מצפים לראות במשפט של יושר. אלא ששלמה משתמש כאן בתרגיל שיגרום לחוסר יושר מוחלט. הדבר מקפיץ את האמא האמיתית שמוכנה לוותר על התינוק העיקר שיחיה.

האירוע לפי המשפט הרגיל היה צריך להתנהל לפי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". האישה פונה אל המלך בציפייה שיחרוג מסדר הדין הרגיל. הפתרון של המלך הוא מדיני היושר אלא שפתרון זה הוא הצגה כיוון שאומנם הוא מתאים לדיני היושר אך בלי התאמה למקרה הקונקרטי. הגאונות היא שכך מגיע שלמה בצורה מדוייקת יותר לצדק הקונקרטי. יש כאן חריגה מהכללים בצורה עיוורת, חריגה בתוך חריגה, שבסופו של דבר מגיעה לצדק הקונקרטי.

1. **מקור 8. מלכים ב ח, א-ו- האישה שאלישע החייה את בנה-** יש נספח משפטי לסיפור הזה. אלישע אומר לאישה לרדת מהארץ כיוון שמגיעות שבע שנות רעב. היא הולכת לארץ פלישתים וכשהיא חוזרת הביתה היא מגלה שמישהו תפס לה את הבית. שבע שנים זה זמן התיישנות ואין לה הוכחות. הפתרון לנוקשות כלל ההתיישנות הוא ללכת לצעוק אל המלך. המלך מקשיב לה ושולח סריס שיעזור לה להחזיר את ביתה. העוקץ של הסיפור הוא שהמלך משתכנע בצדקת הסיפור כי הנער בדיוק סיפר למלך על המקרה שלה כ"סיפור חסידי". הבסיס העובדתי הוא גמיש והמלך מסתפק בעדות שמיעה בלבד.
2. **מקור 9. מלכים ב ו, כד - ז, ב- המצור בשומרון-**  סוף מלכות שומרון. ישנו מצור כבד והאוכל עולה הון תועפות. אין אוכל. המלך עובר על החומה לראות מה המצב ואישה צועקת אליו "*הושיעה אדוני המלך*" זוהי קריאה ליושר, מצוקה משפטית. יש שימוש בדיני היושר ע"מ להראות את המצוקה הקשה. האישה מספרת שהיא עשתה עסק עם שכנתה שיום אחד יאכלו את בנה וביום השני יאכלו את בן האישה השנייה. אלא שהאישה מסתירה את בנה ולא מקיימת את החוזה. יש כאן הפעלה של מערכת דיני היושר על מערכת עובדתית שאינה מתאימה, מקברית. המלך קורע את בגדיו כאות אבל וגם כאות לכך שהוא אינו מסוגל להפעיל את הסמכויות המלכותיות שלו בדיני היושר על מקרה כזה.

אנו רואים שהמלך אינו סתם שופט אלא כזה הרשאי לחרוג מכללי המשפט. דווקא ההפעלה של הסמכויות האלה במערכת נסיבתית לא מתאימה, היא זאת שחושפת את העוקץ שבסיפור.

**מקור 10. דרשות הר"ן, דרוש אחד עשר-** הר"ן היה מגדולי חכמי ספרד וקרוב משפחה של הרמב"ם. הוא כותב ספר דרשות שאחת מהן נוגעת בסמכויות הייחודיות של המלך. הוא מביא שני רעיונות:

1. בכל מערכת משפטית יש צורך בסמכות שתפעיל שיקול דעת בהגמשת הכללים הנוקשים (אחרת, אם כל אחד יוכל לעשות זאת, אולי המערכת תתפרק)
2. שהסמכות לחרוג מן הכללים היא עצמה כלל מהתורה ולא רק שזה מן התורה, אלא שחייבת להיות מועדות לכך שכל הסמכות לחרוג נובעת מן התורה עצמה, ולא כתחרות עמה.

ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה כללו נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם 'שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר'. וישראל צריכים לזה כיתר האומות. ומלבד זה צריכין אליהם עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תִלם [...] ואין ספק כי בכל אחד מהצדדים יזדמנו שני עניינים, האחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי אבל [=אלא] יחויב להענישו כפי תיקון סדר מדיני וכפי צורך השעה.

וה' יתברך ייחד כל אחד מהעניינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי והוא אמרו 'ושפטו את העם משפט צדק' (דברים טז, יח), כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו ובמה כחם גדול. ואמר, שתכלית מנויים הוא כדי לשפוט את העם במפשט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עבר ביותר מזה. ומפני שסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים הא ל תיקונו במצות המלך [...]

ונמצא שמנוי המלכות שווה בישראל וביתר האומות שצריכים לסדור מדיני, ומנוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל [...] כלומר שמנוי השופטים ויכלתם הוא שישפטו העם במשפטים צודקים אמיתיים בעצמם.

ולפיכך אני סובר וראוי שנאמין בו, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כל בתקון הסדור המדיני, הם סיבה עצמית קרובה לחוּל השפע הא לוהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאלו הם משותפים בין סבת חוּל הענין הא להי באומתנו ותיקון עניין קיבוצנו. ואפשר שהם היו פונים יותר אל העניין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתיקון קיבוצינו, כי התיקון ההוא המלך אשר נעמיד עלינו ישלים עניינו. אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הידבק עניין הא לוהי בנו, ישלים ממנו לגמרי סידור עניינן ההמוני או לא ישלים. ומפני זה.

ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתיקון הנזכר היה משלימו המלך. אבל יש לנו מעלה גדולה עליהם כי מצד שהם צודקים בעצמם רצה לומר משפט התורה כמו שאמר הכתוב 'ושפטו את העם משפט צדק', ימשך שידבק ויחול השפע האלוהי בנו. ומפני זה היה ראש השופטים ומבחרם עומד במקום אשר היה נראה בו השפע האלוהי, והוא ענין עומד אנשי כנסת הגדולה בלשכת הגזית.

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהיו יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכלל, צווהו שיהיה ס"ת עמו תמיד, כאמרו 'והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו; למען ילמד ליראה את ה' אלהיו לשמור את כל דברי התורה הזאת' (דברים יז, יח-יט). ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצוה לצורך תיקון זמנו לא תהיה כוונתו לעבור על דברי תורה בכלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כוונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכון כדי שחוקי התורה ומצותיה יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על דרך המשל שכשיהרוג הורג נפש בלא עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה. אבל יכוין בעשותו זה כדי שמצות 'לא תרצח' תתקיים יותר ולא יפרצו עליה.

ניתן לראות כאן חלוקת תפקידים שונה. תפקיד בית המשפט הוא לשפוט משפט אמת. תפקיד המלך הוא לחרוג מהכללים לצורך המקום והשעה. *(אם היינו שואלים במבחן על המוסדות שמוסמכים לחרוג מהדין האמיתי- לפי הערמה זה בית הדין הגדול ולפי הרן זה מוסד המלוכה).* יש צורך של השעה והמקום לחרוג מהדינים הרגילים כדי שהחברה תשרוד. לפי הרן, אם יש בית דין הוא מיישם את הדין והמלך הוא החורג ממנו. לפי הציווי המקראי על המלך להסתובב עם ספר תורה. זה בא להראות לנו שהסמכות לחרוג אינה עומדת בפני עצמה, זה לא עומד בנגד לתורה, אלא שהסמכות לחרוג מן הכללים היא גם כלל. בבסיס היכולת לחרוג מן הכללים עומדת ההסמכה של הכללים עצמם. אז כדי שהמלך לא ישכח את עצמו, עליו להסתובב עם התורה.

עולה השאלה מי כפוף למי? המלך הוא עליון על התורה כיוון שהוא חורג ממנה? או שמא התורה היא עליונה כיוון שהיא מאפשרת חריגה עליה כדי שהיא תתקיים טוב יותר?

סיכום השיעור- ראינו את תפקידו של בית הדין כמסוגל לחרוג מהמשפט. היום ראינו את סמכותו זאת של המלך. ראינו שיש להזהר מהפעלת כללי היושר בצורה עיוורת. ראינו אצל הרן את העניין שהמלך צריך להסתובב עם ספר התורה כדי שלא יחשוב שהוא עליון עליה.

**11.11.2012**

דיני היושר היהודיים- הפולמוס סביב הרמב"ם

עדיין לא ראינו שום דבר יהודי ייחודי. ואת זאת נראה במהלך השיעור.

**11. רמב"ם מורה נבוכים ג, לד (מהד' מ' שוורץ)-** הרמב"ם הוא גדול הקודיפיקטורים וגדול הפילוסופים של המשפט העברי.

חייב אתה לדעת גם כן שאין התורה שועה (עונה) אל החריג, ואין הציווי בהתאם למיעוט. אלא בכל דעה, מידה, או מעשׂה מועיל שרוצים להשׂיג, מתכוונים לדברים שעל-פי-רוב, ואין שועים (פונים) לדבר הממעט לקרות או לנזק הפוגע באדם אחד בגלל הקביעה הזאת והנהגת התורה. כי התורה היא ציווי אלוהי. ניתן לראות את הסוגיה שעליה דיברנו במהלך הקורס. את בעיית היושר ניתן להגדיר כבעיית הצדק הכללי מול הצדק הפרטי. גם התורה יודעת ולוקחת בחשבון שכדי לקבוע כללים צריך ללכת לפי הכלל. דוגמה טובה לכך היא "לא תחבול בגד אלמנה". התורה אומרת מראש שאין מצב כזה שיהיה קודקס שיכלול את כל המקרים האפשריים. 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 (יחידים) 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. יש יוצאים מן הכלל.

בהתאם להתבוננות זאת גם אי-אפשר שהמצוות תתייחסנה לשוני מצביהם של בני-אדם פרטיים ולשוני הזמנים בדומה לטיפול הרפואי. כשאתה הולך לרופא הוא מתייחס לנתונים הספציפיים שלך. אולם כאן אין מדובר ברפואה כי אם במערכת משפטית, שעליה להתאים לכולם. 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". אם משאירים את כל המערכת המשפטית באוויר, זה יפגע בחוקים. הכל יהיה נזיל מדי. 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 מביא דוגמה של רופא ההולך לפי נסיבות המקרה הספציפי. מחוקק לא יכול לקחת בחשבון את כל המקרים והנסיבות. הרופא אומנם לומד את כללי הרפואה אבל דרך היישום שלו היא שונה בהתאם לנסיבות. אין הדבר דומה למחוקק שקובע כללים מראש ושאינו משאיר מראש מקום לשום שינוי.

שאלת הטקסט היא הצדק הפרטי מול הצדק הכללי. אך האם הפתרון של הרמב"ם זהה לפתרון של אריסטו? לא. שכן אריסטו אומר שיש צורך בדינים שיתאימו את הצדק הכללי לפרטי, שיש צורך במנגנון מתאם, מרכך. הרמב"ם לעומת זאת, מציג את המתח שבין הכללי לפרטי ומשאיר את זה ככה. לדבריו, אין מה להתפלא אם הצדק לא הושג ברמה הפרטית מפני שהחוק הוא כללי.

הרמב"ם לא לוקח את הצעד קדימה הזה באומרו שהמחוקק לא יכול להתאים את החוק הכללי לכל המצבים אבל זה לא נורא כי יש לדבר פתרון. הוא משאיר את הדילמה כמות שהיא ובכך מבליט את הפער בין החוק למקרה הפרטי. הדבר מפנה זרקור אל גישתו של הרמב"ם לפיה, למערכת המשפט חייב להיות עמוד שדרה. קביעות המערכת היא ערך בפני עצמו.

יש הבדל גדול בין אריסטו לרמב"ם. אריסטו נשאר פילוסוף, הרמב"ם נשאר קבוע בהלכה. אריסטו אומר כי יש להתאים את החוק לצדק. אצל הרמב"ם אין להתפלא אם מטרת החוק אינה מושגת, זאת כיוון שעל הצדק להיות מוחלט וכללי. אין שיפוצים בחוק. ברגע שמשנים את החוק כל פעם, אתה הופך אותו לנזיל וזה "לשים דבריך לשיעורין". במקום להציג מנגנון מתאם, הרמב"ם אומר לנו לא להתפלא.

12. **דברים ו, יח**

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

רש"י אומר שהישר והטוב "זו פשרה, לפנים משורת הדין".

כבר פגשנו את הרעיון הזה בטקסט האריסטוטלי שהציע ללכת לגישור, לפשרה. לפנים משורת הדין, בצורה מטאפורית, משמעותו היא שהצדק הוא בקו ישר והוא חומה ("שור" זה חומה). לפי מטאפורה זו, ללכת לפי הדין יהיה להיכנס ראש בקיר. לנהוג לפנים משורת הדין זה להיות מסוגל לעבור את חומת הדין ע"מ להגיע אל האחר ואל הצדק.

**14. הרמב"ן בפירושו לדברים ו, י"ח**-

(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:

"ועשית הישר והטוב"- יש גבול לכללי ההוראה שאני יכול לתת לך. אבל גם כשאין כללים יש עקרונות שיש לנהוג לפיהם. התורה לא שמה לנו אינספור כללים משפטיים, אלא נותנת לנו את העיקרון של הישר והטוב. אין לראות את מצוות התורה כרשימה סגורה של כללי הפעלה.

הרמב"ן מזהה את העובדה שהחוק מוגבל והוא נותן פתרון של ראיית הכללים כקווים מנחים מלכתחילה. עלייך ללמוד מהם את העיקרון, את הפרנציפ. גם אריסטו דיבר על פשרה וחריגה מהכלל, אבל בגלל שיש פנצ'ר וצריך מנגנון מתאם שיתקן אותו. אצל הרמב"ן אין את התפיסה הזו של המצוקה בין שתי המערכות. אלא שהכללים ניתנו כדי ללמד את העיקרון ולכן ע"י כך שנלך לפנים משורת הדין נעשה את הדבר הנכון. במקום להציג את הכללים כמערכת נוקשה בעלת מנגנון מתאם, הכללים באים ללמד אותנו את העיקרון וחשוב יותר לקיים אותו מאשר את הכללים.

[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"].

אנו רואים פראפרזה שמעמידה את כל גישת הרמב"ן על משפט אחד- "ללמוד רצון השי"ת ממצוות התורה" כי התורה לא רק אומרת לך מה לעשות אלא מלמדת אותך מהם העקרונות לפיהם עלייך לנהוג, מה ה' בכלל רוצה ממך? לכן מובאת גם הדוגמה של לפנים משורת הדין. יש כאן אמירה דתית של לא לראות את הכללים כנוקשים אלא ככאלה שאמורים לחשוף את מה שה' רוצה ממך.

**סיכום:**

* אריסטו הציג את בעיית הצדק הכללי למול הצדק הפרטי וטען שיש צורך במערכת מתקנת
* הרמב"ם מבליט את הפער ולא נותן פתרון
* הרמב"ן מציג את הכללים כמנגנון מדגים המלמד עיקרון

**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): מתווסף כאן מנגנון התיקון. ונאמר לנו "והלכת בדרכיו", אתה אמור ללמוד מדרכיו כי כזה הוא. אם הקב"ה עושה ככה, עלייך לנסות לחקות אותו

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".(*ציטוט חשוב למבחן*...) 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 המידות המעלות שמתנהג עם בריותיו, ויש לנו ללמד ולעשות כל דרכינו בדמיונו: העניין של ההליכה בדרכיו היא לא רק פתרון לבעיה המשפטית, אלא זו נטייה פוזיטיבית. יש פה מימד דתי האומר שהאדם אמור לחקות את האל. יש לכך השלכה משפטית נוספת הנמצאת במקור 16.

1. **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 ההכרעה 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.**

מהמקור אנו למדים שיש ערך מיוחד לחיי אדם, במקרה של גזר דין מוות לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור. לכן, לא גוזרים מוות ברוב רגיל, אלא ברוב של שניים. זה לא רק אקט פרוצדוראלי. התורה יודעת שהעיקרון המשפטי האוניברסלי הוא הרוב, אך היא מורה לנו לחרוג מכך כאקט של "לפנים משורת הדין". החריגה לא באה כדי לתקן אי צדק המובנה במערכת אלא כדי ללמד אותנו. זהו עקרון דתי של הדמות לבורא. כיוון שזהו כלל דתי, אין הוא תיקון. המחוקק עצמו כותב את הכלל הזה. יש בכך משהו אלוהי, שמערכת המשפט צריכה לשאוף למשהו שהוא מעבר לצדק הכללי והפרטי.

(נדלג על מקורות 17-19)

**18.11.12**

**יושר בבית המשפט**

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

**מקור 21 א. שמות יח**

(יג) וַיְהִי מִמָּחֳרָת וַיֵּשֶׁב מֹשֶׁה לִשְׁפֹּט אֶת הָעָם וַיַּעֲמֹד הָעָם עַל מֹשֶׁה מִן הַבֹּקֶר עַד הָעָרֶב: (יד) וַיַּרְא חֹתֵן מֹשֶׁה אֵת כָּל אֲשֶׁר הוּא עֹשֶׂה לָעָם וַיֹּאמֶר מָה הַדָּבָר הַזֶּה אֲשֶׁר אַתָּה עֹשֶׂה לָעָם מַדּוּעַ אַתָּה יוֹשֵׁב לְבַדֶּךָ וְכָל הָעָם נִצָּב עָלֶיךָ מִן בֹּקֶר עַד עָרֶב: (טו) וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה לְחֹתְנוֹ כִּי יָבֹא אֵלַי הָעָם לִדְרֹשׁ אֱלֹהִים: משפט (טז) כִּי יִהְיֶה לָהֶם דָּבָר בָּא אֵלַי וְשָׁפַטְתִּי בֵּין אִישׁ וּבֵין רֵעֵהוּ וְהוֹדַעְתִּי אֶת חֻקֵּי הָאֱלֹהִים וְאֶת תּוֹרֹתָיו: (יז) וַיֹּאמֶר חֹתֵן מֹשֶׁה אֵלָיו לֹא טוֹב הַדָּבָר אֲשֶׁר אַתָּה עֹשֶׂה: (יח) נָבֹל תִּבֹּל גַּם אַתָּה גַּם הָעָם הַזֶּה אֲשֶׁר עִמָּךְ כִּי כָבֵד מִמְּךָ הַדָּבָר לֹא תוּכַל עֲשֹׂהוּ לְבַדֶּךָ: (יט) עַתָּה שְׁמַע בְּקֹלִי אִיעָצְךָ וִיהִי אֱלֹהִים עִמָּךְ הֱיֵה אַתָּה לָעָם מוּל הָאֱלֹהִים וְהֵבֵאתָ אַתָּה אֶת הַדְּבָרִים אֶל הָאֱלֹהִים: אתה צריך להיות המתווך בין העם לאלוקיו**(כ) וְהִזְהַרְתָּה אֶתְהֶם אותם אֶת הַחֻקִּים וְאֶת הַתּוֹרֹת וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם אֶת הַדֶּרֶךְ יֵלְכוּ בָהּ וְאֶת הַמַּעֲשֶׂה אֲשֶׁר יַעֲשׂוּן:** יש כאן הוראות פוזיטיביות של החוק החרוט. ומעבר לכך מצוי משהו שמעבר, יש הוראות כלליות יותר שהן אלו שיורו להם מה לעשות בסופו של דבר, במעשה. הוא מורה להם את הדרך. (כא) וְאַתָּה תֶחֱזֶה מִכָּל הָעָם אַנְשֵׁי חַיִל יִרְאֵי אֱלֹהִים אַנְשֵׁי אֱמֶת שֹׂנְאֵי בָצַע וְשַׂמְתָּ עֲלֵהֶם שָׂרֵי אֲלָפִים שָׂרֵי מֵאוֹת שָׂרֵי חֲמִשִּׁים וְשָׂרֵי עֲשָׂרֹת: (כב) וְשָׁפְטוּ אֶת הָעָם בְּכָל עֵת וְהָיָה כָּל הַדָּבָר הַגָּדֹל יָבִיאוּ אֵלֶיךָ וְכָל הַדָּבָר הַקָּטֹן יִשְׁפְּטוּ הֵם וְהָקֵל מֵעָלֶיךָ וְנָשְׂאוּ אִתָּךְ: (כג) אִם אֶת הַדָּבָר הַזֶּה תַּעֲשֶׂה וְצִוְּךָ אֱלֹהִים וְיָכָלְתָּ עֲמֹד וְגַם כָּל הָעָם הַזֶּה עַל מְקֹמוֹ יָבֹא בְשָׁלוֹם: (כד) וַיִּשְׁמַע מֹשֶׁה לְקוֹל חֹתְנוֹ וַיַּעַשׂ כֹּל אֲשֶׁר אָמָר: (כה) וַיִּבְחַר מֹשֶׁה אַנְשֵׁי חַיִל מִכָּל יִשְׂרָאֵל וַיִּתֵּן אֹתָם רָאשִׁים עַל הָעָם שָׂרֵי אֲלָפִים שָׂרֵי מֵאוֹת שָׂרֵי חֲמִשִּׁים וְשָׂרֵי עֲשָׂרֹת: (כו) וְשָׁפְטוּ אֶת הָעָם בְּכָל עֵת אֶת הַדָּבָר הַקָּשֶׁה יְבִיאוּן אֶל מֹשֶׁה וְכָל הַדָּבָר הַקָּטֹן יִשְׁפּוּטוּ הֵם: (כז) וַיְשַׁלַּח מֹשֶׁה אֶת חֹתְנוֹ וַיֵּלֶךְ לוֹ אֶל אַרְצוֹ:

1. **דברים ו**

(יז) שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת ה' אֱלֹהֵיכֶם וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו אֲשֶׁר צִוָּךְ: **(יח) וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי ה' לְמַעַן יִיטַב לָךְ וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטֹּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לַאֲבֹתֶיךָ:** יש לשמור את המצוות אך גם לקיים את הדרך, שהיא עשיית הישר והטוב.

1. **משלי ב**

(כ) **לְמַעַן תֵּלֵךְ בְּדֶרֶךְ טוֹבִים וְאָרְחוֹת צַדִּיקִים תִּשְׁמֹר**: גם כאן כתוב על שמירת הישר והטוב. אלא שההבדל הוא שכאן זה מופיע במשלי ואילו במקור הקודם, זה מופיע בחומש. יש הבדל בין ציווי של דאורייתא לבין מה שכתוב במשלי.

כאשר רוצים להעביר מסה של חומר בע"פ לדורות הבאים יש לנו שתי אפשרויות:

* לצרף את הבעל פה למה שבכתב- מדרשים
* לערוך את זה כקודקדס- הש"ס

עד היום משתמשים בשתי השיטות. אך השיטה שהוכיחה את עצמה כמועילה ביותר היא השנייה.

נראה כיצד לוקחים את הפסוק שראינו לעיל ונותנים לו שני ניתוחים משפטיים של שני תנאים

#### מכילתא דרבי ישמעאל יתרו - מסכתא דעמלק פרשה ב

"והודעת להם את הדרך ילכו בה", זה תלמוד תורה; "ואת המעשה אשר יעשון", זה מעשה הטוב, דברי ר' יהושע; ר' אלעזר המודעי אומר, "והודעת להם", "הודע להם" בית חייהם ניהול חיים תקינים; "את הדרך", זה בקור חולים; "ילכו", זו קבורת מתים; "בה", זו גמילות חסדים; "ואת המעשה", זו שורת הדין; "אשר יעשון", זה לפנים משורת הדין. יש כאן משהו שהוא מעבר להוראת הדין

ר יהושוע: הדרך- הוראה לצאת ללמוד תורה. המעשה- המעשה הטוב

ר אלעזר המודעי: הוא מפרק את הפסוק הארוך לגורמיו ומחדד את ההוראות הספציפיות שבו- לרבות החובה לנהוג "לפנים משורת הדין". (יש דמיון בין דבריו לבין הפרשנות הניתנת במקור 24)

גם הסמ"ג המייחס לציווי כאל מצווה ספציפית:

23**. ספר מצוות קטן מצוה מט**

לעשות לפנים משורת הדין דכתיב [=שכתוב] (שמות י"ח) "אשר יעשון" יש מצווה לנהוג לפנים משורת הדין. זהו ציווי בעל תוכן נורמטיבי מחייב. ואמר רבי יוחנן "לא נחרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה". אלא דיני דמגיסת לידיינו בה בתמיה [=והגמרא שאלה בתמיהה, וכי ידונו על פי דיני השודדים? ראו להלן במקור הבא], אלא על שהעמידו דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין. חברה המתנהלת לפי חוק בלבד ואין לה את מרחב הנשימה של "לפנים משורת הדין" לא שורדת. זה נתפס לא רק כניתוח נורמטיבי אלא כניתוח מוסרי-ערכי. התורה מצפה מאיתנו לנהוג כך. המשמעות היא ש**לפנים משורת הדין היא מצוות דאורייתא.** זוהי לא רק חובה חברתית כי אם דתית.

נשרטט את קווי המתאר שיעסיקו אותנו:

1. מהו בדיוק המושג של "לפנים משורת הדין"?
2. האם ניתן לאלץ מישהו לנהוג לפנים משורת הדין, לאוכפו? ומהם הגבולות של המושג הזה?
3. האם מותר לדיין לקחת בחשבון את נסיבות המקרה הקונקרטי?

רקע קצר- בספר דברים ישנן מצוות של עזרה הדדית כמו השבת אבידה, הקם תקים עימו וכד'

#### בבא מציעא ל, ע"ב –סבל העצים

|  |  |
| --- | --- |
| רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא פגע ביה ההוא גברא הוה דרי פתכא דאופי אותבינהו וקא מיתפח אמר ליה דלי לי אמר ליה כמה שוין אמר ליה פלגא דזוזא יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה הדר זכה בהו הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה חזייה דהוה קא בעי למיהדר למזכיה בהו אמר ליה לכולי עלמא אפקרנהו ולך לא אפקרנהו ומי הוי הפקר כי האי גוונא והתנן בית שמאי אומרים הפקר לעניים הפקר ובית הלל אומרים אינו הפקר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה אלא רבי ישמעאל ברבי יוסי לכולי עלמא אפקרינהו ובמלתא בעלמא הוא דאוקמיה והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה רבי ישמעאל ברבי יוסי לפנים משורת הדין הוא דעבד דתני רב יוסף (שמות יח, כ) "והודעת להם" זה בית חייהם "את הדרך" זו גמילות חסדים (אשר) "ילכו" זה ביקור חולים "בה" זו קבורה "ואת המעשה" זה הדין אשר יעשון זו לפנים משורת הדין אמר מר (אשר) ילכו זה ביקור חולים היינו גמילות חסדים לא נצרכה אלא לבן גילו דאמר מר בן גילו נוטל אחד מששים בחליו ואפילו הכי מבעי ליה למיזל לגביה בה זו קבורה היינו גמילות חסדים לא נצרכה אלא לזקן ואינו לפי כבודו אשר יעשון זו לפנים משורת הדין דאמר רבי יוחנן לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה אלא דיני דמגיזתא (דינים אלימים של שודדים. לפי הגאונים הפירוש הוא קערת כסף, כלומר מי שמביא את השי היפה הוא הזוכה בדין. דיני שוחד. עוד פירוש אפשרי הוא דיני כישופים) לדיינו אלא אימא שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עבדו לפנים משורת הדין | רבי ישמעאל בן רבי יוסי היה הולך בדרך. פגש אותו איש אחד, שהיה נושא שורות (=משא כבד) של עצים ועצר כדי לנוח. אמר לו: כמה הם שווים? אמר לו חצי זוז. נתן לו (ר"י בר"י) חצי זוז, והפקיר את העצים. חזר האיש וזכה בעצים. שוב נתן לו חצי זוז והפקיר אותם. ראה שרצה אותו אדם לחזור ולזכות בהם, אמר לו: לכולם הם מופקרים חוץ ממך. <בתלמוד כאן יש דיון הלכתי באפשרות המשפטית של יצירת הפקר חלקי, אפשרות זו נדחתה, ומסקנת הגמרא היא שאמר כך רק כדי להניע אותו בדברים>. וכי רבי ישמעאל ברבי יוסי היה חייב לעשות כן? הרי חל עליו הכלל הפוטר אותו בהיותו "זקן ואינה לפי כבודו"? רבי ישמעאל ברבי יוסי נהג לפנים משורת הדין, שכן שנינו בשם רב יוסף: "'והודעת להם' זה בית חייהם; 'את הדרך' זו גמילות חסדים; 'ילכו בה' זה ביקור חולים; 'בה' זו קבורה; 'ואת המעשה' זה הדין; 'אשר יעשון' זו לפנים משורת הדין. אמר מר [=מי שאמר, או: אדוננו]: 'ילכו' זה ביקור חולים. ומה בין זה לגמילות חסדים? לא נצרכה (דרשה זו) אלא לבן גילו (של החולה), שכן אמר מר: בן גילו נוטל אחד מששים בחוליו, ואפילו כך עליו לבקר אותו. 'בה' זו קבורה – גם זו זהה לגמילות חסדים! לא נצרכת הלכה זו אלא לזקן ואינה לפי כבודו. 'אשר יעשון' זו לפנים משורת הדין, שכן אמר רבי יוחנן: לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה. וכי ידונו דיני אלימים?! אלא אומר שהכוונה היא על שהעמידו את דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין. |

מסופר על סבל שסחב עצים והתעייף. ר' יוסי מציע לו עזרה, לקנות ממנו את העצים כדי שלא יסחוב את הכל. הסבל לוקח את הכסף אבל גם את העצים. אז ר' יוסי מוסיף לו עוד כסף והסבל שוב לוקח את העצים ואז בפעם השלישית אומר ר' יוסי שהעצים הם הפקר לכל העולם חוץ מלסבל. עצם הרצון של הר' לעזור לו ולחלופין לפדות את העזרה במזומנים- האם הוא מחוייב לכך?

התלמוד מונה מספר קריטריונים שבהם אין חובה לעזור. לדוגמה: מחיר העזרה, במה היא כרוכה וכד'. הרעיון הוא שאף אחד מהצדדים לא יצא נפסד. "זקן ואינה לפי כבודו" מדובר על אובדן של כבוד. הרב מבוגר ואין זה לכבודו להתחיל לסחוב עצים ובכל זאת הוא מרגיש את עצמו מחוייב לעזור עד כדי כך שהוא פודה את המחוייבות בכסף. מדוע? **לפנים משורת הדין**.

נשאלת השאלה למה היה צריך לנהוג לפנים משורת הדין? האם החוק אינו מוסרי כשלעצמו?! אלא שהחוק הוא כללי והוא לא יכול לחייב אדם להפסיד זמן, כסף ומאמצים כדי לעזור לאדם אחר. זהו מקרה שבו בעזרת דיני היושר אנחנו מתאימים את החוק הכללי למקרה הפרטי.

סיכום הדיון של המקור הראשון- ראינו חובה עקרונית לעזור לזולת. ר' ישמעאל ור' יוסי היו פטורים לפי איזה סעיף של "זקן ולא לפי כבודו". אך ר' יוסי ראה עצמו מחויב לפי עקרון לפנים משורת הדין. ישנו גיבוי של הרעיון לפי הפסוק "והוראתם את הדרך אשר ילכו בה", אסמכתא מהתורה עצמה.

סיפור דומה מדיני הנזיקין- יש מצבים בהם אנשים גורמים אחד לשני נזק ובכל זאת הם פתורים. אם רופא מומחה עושה איזשהו ניתוח וזה לא הצליח לו, אז לא מאשימים אותו כיוון שזה חלק מהסיכון.

בעבר היה מקצוע של חלפני כספים שנהגו לפרוש את המטבעות על שולחן לפניהם ותפקידם היה לקבוע האם הכסף הוא עובר לסוחר או לא. (ככה זה בתקופות שבהן המטבע אינו יציב ודרושה מומחיות ע"מ לדעת איזה כסף הוא שמיש ואיזה לא). בעל מקצוע זה קרוי שולחני. השאלה בסיפור היא האם יש אחראיות לבנקאי כזה שאינו מומחה? כן. אם זהו בנקאי לא מומחה אז ייתכן וניתן להאשימו. אם זה היה בנקאי מומחה והוא לא יכול היה לדעת, אין זו אשמתו. וכך יש סיפור דומה במקור שלפנינו

####  בבא קמא צט, ע"ב – ק, ע"א –חלפן הכספים

|  |  |
| --- | --- |
| איתמר המראה דינר לשולחני ונמצא רע תני חדא אומן פטור הדיוט חייב ותניא אידך בין אומן בין הדיוט חייב אמר רב פפא כי תניא אומן פטור כגון דנכו ואיסור דלא צריכי למיגמר כלל אלא במאי טעו טעו בסיכתא חדתא דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא אמר לה מעליא הוא למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא ולא קא נפיק לי אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש ומאי שנא דנכו ואיסור דפטירי משום דלא צריכי למיגמר רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי רבי חייא לפנים משורת הדין הוא דעבד כדתני רב יוסף (שמות יח, כ) "והודעת להם" זה בית חייהם "את הדרך" זו גמילות חסדים "ילכו" זו ביקור חולים "בה" זו קבורה "את המעשה" זה הדין "אשר יעשו" זו לפנים משורת הדין. | שנינו: המראה דינר לחלפן כספים [=כדי לבדוק אם הוא טוב או לא], ונמצא רע. ברייתא אחת קובעת: שולחני אומן פטור והדיוט חייב; ברייתא אחרת: בין אומן ובין הדיוט חייב! אמר רב פפא: הברייתא הפוטרת את האומן עוסקת בשולחני מומחה ביותר, כדי לא להיות אחראי היית צריך להיות מומחה ברמה כמו של כמו דנכו ואיסור [=שמות של שני מומחים ידועים] שאינם צריכים ללמוד דבר נוסף. (אם כן) במה טעו? בצורת מטבע חדשה. מעשה ואשה הראתה דינר לרבי חייא, שהיה מומחה וידע היטב את החומר ואמר לה שהיא טובה. למחרת באה לפניו ואמרה: אמרו לי שהיא פסולה, לכן הפסדתי כספים ואינה סחירה. אמר רבי חייא לרב [=תלמידו]: לך תחליף לה, הוא מפצה אותה מכספו האישי וכתוב בפנקס שלי 'זה עסק רע'. ומה בין רבי חייא לדנכו ואיסור – גם הוא לא היה צריך ללמוד דבר? למה ר' חייא היה צריך לשלם ושני המומחים האחרים לא? הרי הם היו באותה רמת מומחיות. רבי חייא עשה לפנים משורת הדין, כברייתא של רב יוסף כו'. |

שני המקרים (סבל העצים וחלפן הכספים) הם בעלי אותה תבנית ומראים לנו הגדרה משפטית ברורה בינתיים: חובה כללית ופטור ספציפי שלא נעשה בו שימוש ע"י אדם ההולך לפנים משורת הדין.

#### בבא מציעא כד, ע"ב- השבת אבידה (הארנק והחמורים)

|  |  |
| --- | --- |
| **(א)** רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו אמר ליה הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו אמר ליה חייב להחזיר תרתי אמר ליה לפנים משורת הדין **(א2)** כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא לפנים משורת הדין.**(ב)** רבא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי ואמרי לה בשוקא דרבנן אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו אמר ליה הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו אמר ליה הרי אלו שלו והלא עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים | **(א1)** רב יהודה היה "נוטל והולך" אחר [רבו] שמואל בשוק הדגנים. אמר לו: מצא כאן ארנק, מה הדין? אמר לו: הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בהם סימן מהו? אמר לו: **חייב להחזיר**. זוהי אינה המלצה מוסרית כי אם חובה ונצטרך לתת על כך דין וחשבון שתי ההכרעות גם יחד?! [=הרי הן סותרות זו את זו!]. אמר לו **לפנים משורת הדין**. על פי הדין- מקרה (ב)- אנחנו יודעים שמי שמוצא ארנק במקום הומה מאוד כמו השוק אינו חייב להחזירו. כשהתלמיד שואל את רבו האם יהיה חייב להחזיר במקרה הזה, הרב אומר לו שכן. אז הגמרא שואלת כיצד ייתכן שהוא פוסק לו כך?! אלא שהוא ענה לו תשובה של **לפנים משורת הדין**. לפי הדין הוא לא חייב, אך לפנים משורת הדין הוא חייב. כאן אין חובה להכריז- אבל כן יש חובה להחזיר.ניתן לראות גיבוי לכך בסיפור הבא:**(א2)** כמו אביו של שמואל שמצא חמורים במדבר והחזיר אותם לאחר י"ב חודש, שנה, **לפנים משורת הדין.** מדובר על חמורים שהסתובבו במשך שנה במדבר. כולם היו בטוחים שהם אבודים ובכל זאת הוא מצא והחזיר אותם. במקרה השני, הוא טיפל בחמורים הללו במשך שנה ובכל זאת החזיר אותם. הוא עשה זאת לפנים משורת הדין. (ההתלבטות הפרשנית היא האם החמורים היו באיבוד שנה או שהוא טיפל בהם שנה)**(ב)** רבא היה "נוטל והולך" אחר רב נחמן [רבו] בשוק הרצענים, ויש אומרים בשוק של רבותינו. אמר לו: מצא כאן ארנק מה דינו? אמר לו: הרי אלו שלו. מצאת ארנק באמצע השוק- הוא שלך בא ישראל ונתן בו סימן, מהו? אמר לו הרי אלו שלו. גם אם יש בו איזשהו סימן, זה לא משנה. הרי הוא נאבד במקום הומה אנשים. והרי עומד וצווח? זה כאילו צווח על ביתו שנפל או על ספינתו שטבעה בים. גם אם אדם עומד וצווח זה לא משנה. הארנק עדיין לא שלו. זה כמו לאבד כדור טניס בצונאמי. זה הדין הבסיסי. א1 הוא החריג שהתלמוד מסביר לפי העיקרון של לפנים משורת הדין. |

הכלל הבסיסי בדיני השבת אבידה הוא שאם קיימת זיקה בסיסית בין האבידה לבעליה, יש חיוב להחזירה. ישנם מקרים שבהם גם אם קיימת הזיקה הזאת, החובה אינה חלה. שכן הרעיון של הסימן אינו העניין העיקרי, אלא הזיקה עצמה. הרעיון הוא שאם יש פוטנציאל להחזיר- מכריזים. אם לא צריך להכריז- סימן שגם אין להחזיר.

**25.11.2012**

הנושא הוא מושג ה"לפנים משורת הדין". במוקד הדיון- האם כופים את רעיון ה"לפנים משורת הדין"? האם כל העניין הזה של הליכה מעבר לדין הוא בר כפייה? האם ניתן לאכוף נורמות מוסריות? נראה קצת פסיקה תלמודית וגם ספרות השו"ת. מה שמעניין הוא הבחינה של היכן נגמר המשפט ומתחיל המוסר? שכן אם ניתן לאכוף נורמה מוסרית הצועדת מעבר לחוק, אז מה כבר מבדיל בין החוק לבין המשפט? איפה הגבול, אם גם מוסר הוא בר אכיפה?

נחלק את הדיון לשלבים:

* ראינו פסוקים בתנך המלמדים על הנורמה. נראה גם בפסיקה התלמודית שלעיתים פסוק זה או אחר מובאים כבעלי משמעות משפטית
* ננסה למצוא קוים משותפים לנורמה הזאת
* נראה האם ניתן לאכוף את הנורמה המוסרית

סיימנו בנושא השבת האבידה שם הכלל קובע כי- חובת ההשבה תלויה בזיקה שבין החפץ האבוד לבעליו. אם יש זיקה, קיימת חובת ההשבה אולם ברגע שהתנתקה הזיקה, חובת השבה בטלה.

עד עכשיו חיפשנו לשרטט את דיוקנו של המושג- ראינו במקרים הראשונים שהיה לאדם הספציפי פטור והוא לא השתמש בו. במקרים הבאים אנו רואים שיש לכולם פטור (המקרה של החמורים) ובכל זאת לא משתמשים בו. זה כבר מרחיב את הגבול.

#### כתובות צז, ע"א- ביטול העסקה של רב פפא

|  |  |
| --- | --- |
| איבעיא להו זבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני או לא הדרי זביני תא שמע דההוא גברא דזבין ארעא לרב פפא דאצטריכו ליה זוזי למיזבן תורי לסוף לא איצטריכו ליה ואהדריה ניהליה רב פפא לארעיה רב פפא לפנים משורת הדין הוא דעבד | הסתפקו בדין זה: מכר שדה, ואנחנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה ספציפי אחר, או סחורה מסוימת באותו סכום, והעסקה השניה לא יצאה לפועל. האם המכירה הראשונה בטלה? בוא ולמד מכך שאדם מסוים מכר קרקע לרב פפא משום שנזקק לכסף כדי לקנות שוורים. לבסוף לא יצאה הרכש לפועל ורב פפא החזיר לו את הקרקע. [=אין ללמוד מכך שכן] רב פפא עשה **לפנים משורת הדין**. |

היה מקרה שאדם מכר שדה לרב פפא כי הוא היה צריך כסף לקניית שוורים. בסוף העסקה התבטלה ורב פפא, כצעד של לפנים משורת הדין, החזיר לו את הקרקע בתמורה לכסף. הגמרא אומרת שלא ניתן ללמוד מכך הלכה. אף אחד לא היה חייב לבטל את המקח במקרה שכזה. רב פפא עשה זאת לפנים משורת הדין.

אם נסכם בינתיים את מה שאנחנו יודעים על לפנים משורת הדין אפשר לראות שני קבוצות:

* **מקרים 24-25** הם כאלה שלאדם יש איזושהי חסינות, פטור, והוא אינו משתמש בה/ו. זאת כי "לפנים משורת הדין". האסמכתא לשני המקרים היא הפסוק "והודעתם את אשר יעשון"
* **במקרים 26-27** ראינו כי ישנם מקרים שבהם אנשים החזירו אבידה וביטלו עסקה לפנים משורת הדין. לא כי היה להם סעיף פטור שהם לא מימשו. היה פטור כללי. איש לא היה חייב להחזיר. במקרים הללו אין את הפסוק המשמש כאסמכתא

#### בבא מציעא פג, ע"א: "הנהו שקולאי" – מקרה סבלי היין

|  |  |
| --- | --- |
| רבה בר בר חנן\* תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא שקל לגלימייהו אתו\*\* אמרו לרב\* אמר ליה הב להו גלימייהו אמר ליה דינא הכי אמר ליה אין\*\*\* (משלי ב') למען תלך בדרך טובים יהיב להו גלימייהו אמרו ליה עניי אנן וטרחינן כולה יומא וכפינן ולית לן מידי אמר ליה זיל הב אגרייהו אמר ליה דינא הכי אמר ליה אין\*\*\* (משלי ב') וארחות צדיקים תשמר\* או: רבה בר רב הונא / רבא (Escorial G-I-3); רבה בר רב הונא / רב (Florence II-I-8); רבה בר חנה / רבא (Hamburg 165); רבה בר בר חנה / רב (Munich 95, Vatican 117) (חנא – Vatican 115); רבה בר חנה ורב הם בני דודים כנראה או קרובי משפחה כלשהם\*\* בכתה"י Escorial G-I-3, Hamburg 165, Vatican 117: אתא [=בא].\*\*השוו: 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 (כת"י Escorial G-I-3, וכן הוא בכתה"י:Munich 95; Oxford - Bodl. heb. c. 17). | רבה בר בר חנן היה עשיר גדול והיה לו הרבה חביות יין– שברו לו סבלים חבית של יין. הסבלים הפילו את החביות אז הוא רצה לקחת להם את המעילים כפיצוי נטל את המעילים שלהם מושג המעילים הוא ביטוי לכך שהוא רואה אותם כאחראים לנזק. באו ואמרו לרב הם הלכו להתלונן לרב. אמר לו: **החזר להם את מעיליהם** המעילים הם הביטוי אבל למעשה הרב אומר לו שהפועלים פטורים מאחראיות. אמר לו בעל הבית: **כך הדין?** אמר לו: **כן,** "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב, כ) השאלה היא האם זה הדין? והרב עונה לו נימוק של לפנים משורת הדין. אמרו לו: עניים אנחנו, וטרחנו כל היום ואנחנו רעבים ואין לנו כלום לא רק שהם לא נוטלים באחראיות, אלא הם גם מבקשים את תשלום המשכורת שלהם כי הם רעבים. אמר לו: לך, **תן להם שכרם**. אמר לו: **כך הדין**? אמר לו: **כן**, "וארחות צדיקים תשמור" (שם) ושוב יש כאן נימוק של לפנים משורת הדין. |

במקרה הזה אנו רואים **חובה אקטיבית**. תספוג את הנזקים וגם תשלם משכורת. עוד נקודה מעניינת היא שאנחנו רואים שהנימוק המובא לנו לכאן הוא לא פסוק משפטי מהתורה אלא פסוק מוסרי המגיע ממשלי.

* 1. **רש"י, שם**

**בדרך טובים** – לפנים משורת הדין – רש"י אינו עושה הבחנה מושגית בין המקרים שבהם היה פטור שלא השתמשו בו לבין המקרים בהם הייתה חובה אקטיבית.

* 1. **תוספות בבא קמא ק, ע"א** מה שמטריד את התוספות זה שהטקסט של "והודעת אותם" אינו מופיע במקרה הזה כי אם הטקסט "בדרך טובים".

**לפנים משורת הדין עבד** – כדתני [כפי שלימד רב יוסף] והודעת להם וגו' והך ברייתא מייתי נמי [=ברייתא זו מובאת גם כן] בפרק אלו מציאות (ב"מ דף ל) גבי זקן ואינו לפי כבודו, ורבי ישמעאל בר' יוסי לפנים משורת הדין עבד [=עשה] כדתני כו' [= כפי שלמדנו לעיל מקור ‎24] אבל בסוף פרק האומנים (שם דף פג; מקרה סבלי היין) גבי רבה בר רב הונא דשקלינהו לגלימייהו דהנהו שקולאי [=שלקח את גלימותיהם של סבלי חביות היין] לא מייתי לה אלא מייתי למען תלך בדרך טובים [=לא מובאת ברייתא זו, אלא מובא הפסוק "למען תלך בדרך טובים"] **ומפרש הר"י מאורליינ"ש דלא [**=שלא**] שייך לפנים משורת הדין אלא בדבר שאחרים חייבין וזה פטור-** השאלה היא מדוע במקרה סבל העצים וחלפן הכספים הבאנו פסוק מהתורה ואילו במקרה של סבלי היין הסתפקנו במושג מהכתובים? הר"י מאורליאנס עונה שלפנים משורת הדין זה רק כשיש לאדם פטור אישי והוא בוחר לא להשתמש בו ואילו "למען תלך בדרך טובים" הוא אינו מושג של לפנים משורת הדין כיוון שאין כאן פטור אישי. כמו רבי חייא דהכא [=כאן] ור' ישמעאל ברבי יוסי באלו מציאות (בבא מציעא ל; מקור ‎24 הנ"ל) אבל בההיא דרבה בר רב הונא (סבלי היין) אין חילוק בינו לבין אחרים.

ואין נראה דבפרק אלו מציאות (שם דף כד; לעיל מקור ‎26) בעלי התוספות אינם מסכימים עם הר"י מאורליאנס בטענה שראינו את מושג ה"לפנים משורת הדין" גם במקרים שבהם היה פטור כללי. כמו המקרים של הארנק ושל החמורים אמר דעבד [=שעשה] לפנים משורת הדין גבי הא [דאבוה] דשמואל אשכחינהו להנך חמרי במדברא אהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא ובההיא פטרי כולי עלמא [=במקרה המובא שם בבבא מציעא, לגבי אביו של שמואל שהחזיר את החמורים לאחר שנה, גם האחרים היו פטורים מחובת השבה, ועם זאת התלמוד השתמש בנימוק של "לפנים משורת הדין"].

**וי"ל [**=ויש לומר (מטבע לשון של תשובה בדברי התוספות)**] דבהנהו שקולאי לא שייך לפנים משורת הדין כיון שעשו לו היזק גדול בפשיעה ששיברו לו חבית של יין.** התלמוד צעד צעד נוסף במושג ה"לפנים משורת הדין" ואף מביא פסוק מסוג אחר, כשהוא קובע כי לצורך ה"לפנים משורת הדין" יש לספוג נזקים ולשלם על עבודה שלא נעשתה.

ב**מקור 29ג** בעלי התוספות נותנים לנו פריסה של שלושת המקרים בתלמוד כאשר ישנה קפיצה איכותית ממקרה למקרה:

* **מקרים 24-25** הם כאלה שאדם יכול היה להשתמש בפטור ולא עשה זאת. על כך יש פסוק שמראה לנו על ציפיית התורה לנהוג כך "למען יורו להם את התורה אשר יעשו ואת הדרך אשר ילכו".
* ב **מקורות 26-27** אנחנו ממשיכים למקרים בהם אין חובה להחזיר את האבידה ובכל זאת מחזירים אותה. אין כאן ספיגת נזק, אלא מניעת רווח.
* **מקור 29** הוא הקפיצה האיכותית השלישית שהיא הדרישה לספוג נזק ובנוסף לשלם. זה כבר מעל ומעבר למושג ה"לפנים משורת הדין".
	1. **תוספות בבא מציעא כד, ע"ב**

"לפנים משורת הדין" מ"אשר יעשון" נפקא לן לקמן בפרקין [=לומדים זאת להלן בפרק שלנו מהפסוק "אשר יעשון"](דף ל). תימה [=הדבר תמוה, מתקשים בו (זו צורה קלאסית של הצגת שאלה בדברי התוספות)] דלא מייתי קרא הכא כדמייתי לקמן [=שלא מביאים שום הפסוק כאן (כבסיס לדין זה) כפי שהביאו להלן] בעובדא דר' ישמעאל [=עובדה, מעשה של רבי ישמעאל (עם סבל העצים), לעיל מקור ‎24] ובהגוזל קמא (ב"ק דף ק ושם ד"ה לפנים) בעובדא דרבי חייא [=ובמעשה עם רבי חייא] במראה דינר לשולחני ונמצא רע [=לעיל מקור ‎25], ולקמן בסוף פרק האומנין (דף פג) מייתי קרא אחרינא [=ולעמות זאת, להלן בארוע של סבלי חביות היין, מקור ‎29, הביאו פסוק אחר] "למען תלך בדרך טובים" שהוא מדברי קבלה [=לא מן התורה עצמה אלא מחלקים אחרים של התנ"ך (ספר משלי הוא מן ה"כתובים" ואל בחמשה חומשי התורה)] ושביק קרא [=וזנחו את הפסוק, המקרא של-] ד'אשר יעשון' שהוא מדברי תורה.

וי"ל [=ויש לומר] דלא מייתי קרא דאשר יעשון [=שאין התלמוד מביא את הפסוק של 'אשר יעשון' כמקור] אלא במקום שאחרים חייבין והוא פטור, כמו במראה דינר דאחרים דבעו למילף [=שאחרים שצריכים ללמוד] חייבים ור' חייא דלא בעי למילף [=שלא היה צריך ללמוד] פטור ולפנים משורת הדין שילם כמו אחרים, וכן בעובדא דרבי ישמעאל דזקן ואינו לפי כבודו הוה [=שהיה פטור מן העזרה לזולת, כמו שהיה פטור אילו היה מדובר בהשבת אבידה, משום שהוא היא "זקן" והדבר לא היה לפי כבודו] ועשה לפנים משורת הדין כמו אחרים [=שהיו חייבים על פי הדין] והכא בשמעתין [=וכאן בסוגייתנו] דהדרינהו בתר תריסר ירחי שתא [=שהחזיר את החמורים לאחר י"ב חודש, שנה] כולי עלמא [=כל העולם (כולם]] פטורים, לכך לא מייתי קרא הכא [=ולכן לא הביאו את הפסוק (הנ"ל) כאן] ומכל מקום משום 'לפנים משורת הדין' בעי ליה לאהדורי [=הוא רצה להחזיר] כיון שאינו מתחסר ממונא [=מכיון שאינו מפסיד ממון משום כך] אבל בסוף [=פרק] 'האומנין' (בבא מציעא, שם) בהנהו שקולאי [=במקרה של סבלי חביות היין] ששברו לו החבית ועשו לו הפסד גדול, משום לפנים משורת הדין אין לו להפסיד – לכך מייתי קרא [=ולכן הביא את הפסוק של] 'למען תלך בדרך טובים'.-

סיכום הפסיקה עד כאן- שלוש קבוצות של מקרים:

1. ויתור על חסינו ייחודית
2. הפטור הוא גורף לכולם ובכל זאת, מי שרצה החזיר (ואולי ת"ח גדול כן מחוייב למרות זאת)
3. הפסד גדול שנעשה לו בפשיעה. הוא סופג את הנזק ומשלם את משכורת- לכך הבאנו פסוק חדש ומסוג שונה. השאלה המתבקשת היא איך ייתכן שהחיוב מרחיק לכת יותר- ואילו האסמכתא היא פחותה?!

זוהי השאלה- **האם קיימת סמכות כפייה על חיוב אדם לספוג נזק ולשלם בנוסף לכל, על סמך פסוק "חלש" יותר?**

**2.12.12**

נתמקד בשאלת הכפייה של "לפנים משורת הדין":

בניתוח מעמיק יותר של מקרה סבלי היין נוכל לראות שיש משמעות לשינויי הגרסאות: **לרבה בר חנן** שברו את חביות היין שלו. כפיצוי הוא לוקח את מעיליהם של הסבלים. הם פנו ל**רב** שאמר לרבה בר חנן להחזיר להם את הגלימות, לוותר על התביעה. **רבה בר חנן** מתקומם- האם זאת ההלכה?? עונה לו ה**רב** שכן. הוא מסתמך על "למען תלך בדרך טובים" ממשלי. הפועלים אומרים שהם עניים וטרחו כל היום הם רעבים ורוצים את המשכורת. **רבה בר חנה** שואל האם זה הדין? לשלם להם? עונה לו ה**רב** כן. על סמך "וארחות צדיקים תשמור" ממשלי.

ההשלכה של חובה משפטית היא שיש לה סנקציה. אם אני חייבת לשלם משכורת ולא שילמתי, יוכל בית המשפט להטיל עליי סנקציה. משפט משתמש באלימות כדי לאכוף נורמות משפטיות. הפסוק, המקור המשפטי שמובא כאן, אינו נראה ככזה המפעיל סנקציה. הדין שניתן הוא "כן" האם זוהי נורמה שניתן לאכוף? היה על זה ויכוח.

יש טקסט מכתבי היד שם ניתן לראות שהרב לא אומר "כן" אלא מביא ישר את הפסוק. ניתן לראות אפילו בטקסט שתי גישות. משפחה אחת של כתבי יד אומרת את הכן ומשפחה אחרת לא. בטקס עצמו מצויים שני ענפים מושגיים ולא רק טקסטואליים. השאלה הייתה האם הדין מחייב אותי לוותר על התביעה ואפילו לשלם משכורת?

* ענף אחד אומר שכן ומכך מטיל חובה משפטית שאולי אף נגזרת ממנה סנקציה.
* הענף השני לא שם את הפסיקה החד משמעית אלא אומר מה הציפייה, איך מצפים מהאדם לנהוג.

יש כאן שתי נוסחאות, האחת דין והשנייה מוסר.

#### ניתן לראות סיפור כמעט זהה: 30. ירושלמי, בבא מציעא פרק ו הלכה ו

המעביר חבית ממקום למקום כו'. תני [=לימד] רבי נחמיה: קדר מסר קדרוי לבר נש, תברין [=אדם מסר קדריו לבן אדם, וזה שבר אותם] ארים גולתיה [=נטל את גלימתו] אתא גבי רבי יוסי בר חנינה [=בא אצל רבי יוסי בר חנינה (להתלונן, להתייעץ)] אמר ליה איזיל אמור ליה 'למען תלך בדרך טובים' [=אמר לו: לך אמור לו (את הפסוק) 'למען תלך בדרך טובים'] אזל ואמר ליה ויהב גולתיה [=הלך, ואמר לו, והחזיר לו את גלימתו] אמר ליה יהב לך אגרך [=אמר לו (שאל אותו הרב): הוא נתן לך את שכרך?] אמר ליה [=אמר לו]: לא. אמר ליה זיל ואמור ליה [=אמר לו: לך אמור לו] 'וארחות צדיקים תשמור' אזל ואמר ליה ויהב ליה אגריה [=הלך ואמר לו וזה נתן לו את שכרו]. ההתייחסות של הירושלמי לאותו מקרה היא מוסרית בלבד. אין כאן את אלמנט הדין- לא מזמנים את הצדדים לבית המשפט בכלל.

**31. רא"ש- בבא מציעא פרק ב סימן ז**

"ואת המעשה" זה הדין. "אשר יעשו" – לפנים משורת הדין. ולאו דכייפינן ליה [=ולא שאנו כופים אותו] דאין [=שאין] כופין לעשות לפנים משורת הדין.- לפי הרא"ש אין דבר כזה לכפות "לפנים משורת הדין" משום שזה לא הדין. גם אם מוסר הוא נורמה בת אכיפה אז היכן עובר הגבול בין מוסר לדין?! אם ניתן לאכוף מוסר, הרי ש"הזזנו" את קו הגבול.

**32. מרדכי, בבא מציעא סימן רנז-** באותו הדור של הרא"ש, מורדכי בן הלל כותב כך

וכיון דחזינן דהוו כייפי להו הכי כדאיתא סוף פרק האומנין גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות [=וכיון שאנו רואים שהיו כופים אותם כך, כמו שמובא בבא מציעא פג ע"א, גם אנו כופים לעשות לפנים משורת הדין אם היכולת בידם לעשות כן] דתני [=ששנה] רב יוסף: "והודעת להם את הדרך וגו'", "ואמר רבי יוחנן לא נחרבה ירושלים אלא בשביל שהעמידו דבריהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין", וכן פסק הראב"ד ואבי"ה דכייפינן להו [=שאנו כופים אותם] לעשות לפנים משורת הדין.- כופים על לפנים משורת הדין, כאשר הדבר אפשרי.

"נעשה כצווח על ביתו וכו'" [=ראו לעיל מקור ‎26]. נראה לראבי"ה הא דלא כייפין התם [=זה שאין אנו כופים אותו שם] לעשות לפנים משורת הדין אפשר שהמוציא היה עני ובעל אבידה היה עשיר. במקור 26 לא כפו עליו להחזיר את הארנק, ייתכן מפני שבעל האבידה היה עשיר והמוצא עני וזה לא הגיוני לבקש ממנו דבר כזה. כלומר, השאלה היא לא האם יש חובה לעשות כן, אלא האם הנסיבות מאפשרות כפיית "לפנים משורת הדין".

מבחינת ההבדל בין חוק למוסר, הצגנו קודם רק את מימד הכפייה, יכולת האכיפה. יש עוד הבדל אפשרי- כללי ולא כללי. יש חובה החלה על כולם ויש חובה אחרת שתחול רק על אנשים מסויימים. החוק חייב להיות כללי. אולם אם נקבע נורמה החלה על אדם ספציפי, זה יהיה לפנים משורת הדין. יכול להיות שאבן הבוחן, ההבדל, בין חוק למוסר הוא האם הוא כללי או ספציפי.

(אולי שאלה במבחן- בהתבסס על מקורות שלמדנו, איפה הקו המבדיל בין יושר למוסר? אפשרות אחת היא שיושר כופים ומוסר לא כופים. זאת לפי הרא"ש. חוק הוא נורמה כללית אם יש לי נסיבות ייחודיות, הן תהיינה רלוונטיות למצבים של לפנים משורת הדין, אבל זה לא מטשטש את ההבדל בין יושר למוסר...??)

לצורך חידוד- יש לנו במקור חביות היין אפשרויות שונות לשמות. מה שאנחנו רואים כאן זה שרבה בר חנה ורב הם קרובי משפחה. אב לא יכול להיות דיין או שופט של בנו. ברור שבאים לאבא/ רב/ בן דוד לא בשביל סנקציה משפטית אלא בשביל סנקציה מוסרית. יש שני ענפים פרשניים:

1. **מדבר על חובה מוסרית**- הדיין הוא קרוב משפחה לפי אחת הנוסחאות. יכול להיות שבכלל בתור תשובה לשאלה האם זה הדין? הוא שולף תשובה מספר מוסרי, משלי. יכול להיות, לפי הירושלמי שבכלל לא הייתה העמדה לדין כי אם ייעוץ ללכת ולהגיד לאדם שמעשיו לא יפים. לפי גרסה זאת- יש פה נורמה מוסרית והקו המבדיל בין מוסר לחוק הוא האם יש או אין כפייה. גם אם לא ניתן לאכוף עושים רגשי, מצפון.

**הקו המבדיל בין מוסר לחוק הוא שאלת הכפייה. התשובה היא שלא אוכפים מוסר אלא פונים אל הרגש, המצפון.**

1. **מתייחס לחובה כמשפטית**- אומרים לו "כן". זה הדין. אם אוכפים את המוסר אז איפה עובר הקו בין דין למוסר? הקו עובר בין נורמה כללית לבין דין הלוקח גם נסיבות של המקרה בחשבון. בין חוק המתייחס למצב הקונקרטי.

**מהתבוננות בטקסט, ללא הירושלמי, התלמוד הבבלי מורה לשלם כי כך הדין, משמע כופים לנהוג כך. כלומר, הקו בין מוסר למשפט יהיה שהקו עובר בין נורמה כללית לנורמה שלוקחת בחשבון גם נסיבות אישיות!**

**40. שולחן ערוך, חושן המשפט, סימן יב** השו"ע מביא בפנינו את המחלוקת בין שני הרבנים

ואין בית דין יכולים לכוף ליכנס לפנים משורת הדין אף על פי שנראה להם שהוא מן הראו (נ"י בשם ר"י ובשם הרא"ש) ויש חולקים (מרדכי פרק ב' דמציעא)

* אין בית דין יכולים לכוף לפנים משורת הדין- הרא"ש מצוטט.
* לעומת זאת יש חולקים- בי"ד יכול לכפות "לפנים משורת הדין" מדובר על המרדכי.

**21ד. שמות כג**

(ב) לֹא תִהְיֶה אַחֲרֵי רַבִּים לְרָעֹת וְלֹא תַעֲנֶה עַל רִב לִנְטֹת אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטֹּת: (ג) **וְדָל לֹא תֶהְדַּר בְּרִיבוֹ**: כלומר מדובר על אדם עני. בהתייחס למקור 32-המרדכי- אם המוצא היה עשיר היינו מכריחים אותו לשלם. כלומר אלו נסיבות שיש להתחשב בהן.

**34. בית חדש, רבי יואל סירקיס** מגביל את רעיון הכפיה לפנים משורת הדין

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 [=וצא וראה כיצד העם נוהג (בזה)]... מדובר על הפרקטיקה. ישנם מעשים שבהם אנחנו אוכפים את עקרון "לפנים משורת הדין", אולם רק בנסיבות של "כופים את העשיר" לשלם לעני. (הדבר מעורר בעייתיות- יהיה עלינו למצוא קו תוחם, אחרת כל נורמה מוסרית תהפוך לחוק).

מובאת אמירה מפורשת לפיה מרחמים על הדל ומטים את החובה המשפטית לטובתו. זאת בניגוד לציווי המפורש "ודל לא תהדר בריבו". כיצד ניתן במסגרת בית הדין להטות את הדין כלפי העני? התירוץ שניתן לכך הוא שהחובה הזאת היא כללית ובנוסף לכך זוהי חובה מוסרית ולא משפטית וע"כ אין זה נורא אם בית הדין עובר עליה. (בהמשך נראה את תשובותיהם של הרס"ג והרב קוק המיישבים את הקושי באומרם כי יתכן וכאשר יודעים להבחין בין השיקול המשפטי לבין השיקול המוסרי, ושומרים על טהרת הנורמה כשלעצמה, הרי שהדבר יהיה מותר)

**35. שו"ת צמח צדק [ר' מנחם מנדל ב"ר אברהם קרוכמל, תלמיד הב"ח], סימן פט**

[מעשה] באחד שאבד ממנו על הדרך ארנקי [=ארנק] ומעות בתוכו במקום שרוב גויים מצויים שם שהיו נוסעים מן היריד הרבה גוים וגם מקצת יהודים היו נוסעים ומְצָאוֹ ישראל ונודע אחר כך שמצאו ישראל בא זה ותובעו שיחזיר לו אבידתו ונותן סימן בארנקי וגם נתן סימן במנין המעות שבתוכו וזה טוען שמצאו במקום שרוב גוים מצויים ואינו חייב להחזיר. חזר זה וטען שמצאו קודם שנתייאש שהרי היה עומד וצווח ורודף אחר אבידתו וחוזר לאחוריו הוא וכמה אנשים עמו שהיו מחפשים על הדרך והיו חוקרים מן כל העוברים אחריהם מהעיר אם לא מצאו הארנקי וכל היום ההוא היה חוקר ודורש אחר אבידתו כידוע לכל אם כן מצאו זה קודם שנתייאש וצריך להחזיר:

אבל מכל מקום נראה אם זה שמצא הארנקי אינו עני צריך להחזיר לזה הארנקי עם המעות משום לפנים משורת הדין וכייפינן [=כופים אנו על-] אלפנים [=על לפנים] משורת הדין דהכי [=שכך] כתב המרדכי אהא דאמר [=על זה שאמר; לעיל מקור ‎26, עיי"ש ובמקור ‎32] מעשה באחד שאבד לו ארנק במקום הומה מאוד- ההלכה היא שאין חובה להכריז (ולהחזיר) במקום שרוב גויים מצויים בו. אבל אם זה שמצא הארנק אינו עני, הוא יחויב להחזיר לבעל האבידה את ארנקו משום "לפנים משורת הדין". אנחנו כופים את עקרון לפנים משורת הדין, בהתחשב בפרמטר של המצב הסוציו אקונומי.

ואף על גב דהרא"ש [=שהרא"ש, לעיל מקור ‎31] כתב הך דרב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל וכו' [=זאת אומרת, שהרא"ש הסתמך על מקור ‎26] ומייתי הא [=ומביא את זה ש-] דאמר רב יוסף והודעת להם זה בית חייהם את הדרך זו גמילות חסדים וכו' אשר יעשו זו לפנים משורת הדין וכו' וכתב וז"ל לאו דכייפי ליה דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל **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]

בשאלת הכפייה ניתן לשים לב לסוגי הכפייה השונים העומדים לרשות בית הדין:

1. **אין כופין בשוטים-** עונש פיזי- למשל, לא מכניסים לבית הסוהר.
2. **כן כופין בהורדת נכסים**- כפיה כספית מותרת. כלומר הוא מבחין בין חובה ממונית לחובה כללית (בריס מתלבט האם כופים בהורדת נכסים). מחלוקת
3. **ניתן לכפות בנידוי, חרם-** משהו שהוא סוציולוגי**.** לפעמים הטלת חרם גרועה יותר מעונש פיזי. מחלוקת

גם כשאנחנו מגדירים שניתן לכפות לפנים משורת הדין- כל הפוסקים שסוברים כך סייגו את הנסיבות בראש ובראשונה! בפסיקה, אנו מנסים לבחון האם יש גם אבחנה בין צורות שונות של כפיה: אולי לא ניתן לכפות עונש פיזי, אך כן ניתן לכפות עונש כלכלי.

**36. שו"ת שבות יעקב חלק א סימן קסח**

...לא כפינן אלא בדברים בעלמא ולא בשמתא דחמיר מנגידא [=אין אנו כופים כאן אלא בדברים בלבד, במלים, ולא בנידוי שהוא חמור אף ממכות]. כי כפיה של חרם היא קשה לא פחות, דברים בעלמא= מצפונית. "איך את לא מתביישת לא לשלם? איך את יכולה לישון בלילה..."

**16.12.12**

**37. ספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה רעז**

והמצוה הרע"ז היא שהזהיר הדיין מֵחמול על עני בדין, אבל [=אלא] ידין לו הדין באמתו לא על צד החמלה עליו אבל ישוה בין העשיר והעני להכריחו לפרוע מה שהוא חייב. והוא אמרו יתעלה (שמות כג) "ודל לא תהדר בריבו". וכבר נכפלה האזהרה בזה הענין בלשון אחר ואמר (ויקרא יט) "לא תשא פני דל". ולשון ספרא "שלא תאמר עני הוא זה והואיל ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות תלמוד לומר 'לא תשא פני דל'":

כשמגיעים בעלי דין שאחד מהם עשיר והשני עני, לכאורה זהו מצב הקורא לצדק חלוקתי. היינו יכולים לנטות להעדיף את העני כאקט של צדקה, אך התורה אומרת לא! "ודל לא תהדר בריבו"

עשינו הבחנה בין משפט למוסר:

* **צורת הכפייה**- משפט הוא אלים. מוסר עובד במנגנוני כפייה אחרים בעיקר כפייה במילים, עשיית "רגשי". כפייה מוסרית. כפייה/ לא כפייה
* **נסיבות המקרה-** רק כאשר בעל הדין הוא עני, כאשר הנתבע הוא עשיר. כשקיים פער חריף בין הצדדים נכפה על העשיר לשלם לעני. כלליות/ התחשבות בנסיבות סוציו-אקונומיות.

הבעיה היא שהתורה אוסרת שימוש בליטיגציה במשפט כדי להשיג צדק חלוקתי.

האם מותר לדיין לקחת בחשבון את נסיבות המקרה הקונקרטי?

מקור 37 מעורר לנו שאלה- כיצד ליישב את "לפנים משורת הדין" עם "ודל לא תהדר בריבו"? אם אני מחייב את הנתבע העשיר לשלם תוך התחייבות בשיקולים הסוציו-אקונומיים הדבר מתנגש עם מצוות התורה של "ודל לא תהדר בריבו" ו"לא תישא פני דל".

שתי תשובות לדבר:

* **מקור 38- ספר הפקדון- רב סעדיה גאון**: עונה על השאלה איך לוקחים בחשבון את העושר והעוני. "רבא בר רב" בא לדין לפני רב כלומר יש כאן דין בפני קרוב משפחתו. בירושלמי ראינו שהסבלים התלוננו בפני הדיין והוא הפנה אותם להגיד לבעל הבית פסוקים יפים שיעשו לו רגשי. יש כאן דבר מעין זה אם כי בהבדל מסויים. הדיין, גם כשהוא דיבר על כפייה מודע לכך שהוא לא מדבר משפט אלא מדבר מוסר ובכך נוצר תיחום ברור בתודעה שלנו. התיחום הזה גורם לכך שגם אם אני יושב בכיסא המשפטי אני עדיין רשאי לומר דברי מוסר. השופט יודע מה המשפט אומר והוא לא מטשטש בין ערכי המוסר למשפט, הוא גם יכול לפסוק פסיקה מוסרית או משפטית כרצונו, אך הוא עדיין יכול להגיד שאף על פי שהמשפט פוטר אותך מכך, המוסר מחייב אותך.

יש לדיין סמכות לכפות חריגה מהמשפט כל עוד הוא מודיע שזוהי חריגה. מנגנון מתקן חייב להיות נבדל ונפרד מהמערכת אותה הוא מתקן שאם לא כן, הוא יעוות את המשפט.

* ב**מקור 39- הרב קוק-** אנו עדים לגישה מהפכנית אחרת. הרב אומר שברגע שהכרנו בכך שלמחוקק מותר לבדיל בין עשירים לעניים, אז אנחנו מכירים בכך שיש רגעים שבהם מותר גם לשופט לעשות את ההבדלה הזאת. אין לאבד פרופורציות, אך ניתן לעשות זאת משיקולי שמירת הדין.

העקרונות האריסטוטליים מציירים לנו את דיני היושר כמנגנון מתקן אשר במסגרתם יש אפשרות להתחשבות במצב הסוציו-אקונומי. גם הרס"ג וגם הרב קוק מסכימים על כך שיש מצבים שבהם מותר לדיין להתחשב: **הרס"ג** אומר כי אותה התחשבות צריכה להיות תחומה בבירור- הדיין יכול לחייב אך עליו לומר כי זהו חיוב מוסרי, מטעם דיני היושר. **הרב קוק** אומר שמותר לדיין להתחשב בהצטרף קריטריונים נוספים כמו שמירת הדין.

המרצה מדגיש כי חשוב להבדיל בין הדין לבין היושר ויש לחזק את מעמד דיני היושר כמנגנון מתקן.

הגמשת סדרי הדין: ידיעה אישית של השופט

בהלכה היהודית דיני העדות הם מאוד נוקשים. תחת החופה צריך עדים גברים, דתיים שמקפידים על מספר מצוות מסויימות, אסור שיהיו קרובי משפחה וכו'. יוצא מכך שכי להוציא מאדם כסף, עלייך לעבוד קשה מאוד. נראה את הסיפור הבא:

1. **כתובות פה, ע"א: "בת רב חסדא"**

|  |  |
| --- | --- |
| ההיא איתתא דאיחייבא שבועה בי דינא דרבא אמרה ליה בת רב חסדא ידענא בה דחשודה אשבועה אפכה רבא לשבועה אשכנגדה. זימנין הוו יתבי קמיה רב פפא ורב אדא בר מתנא אייתו ההוא שטרא גביה א"ל רב פפא ידענא ביה דשטרא פריעא הוא א"ל איכא איניש אחרינא בהדי' דמר א"ל לא א"ל אע"ג דאיכא מר עד אחד לאו כלום הוא א"ל רב אדא בר מתנא ולא יהא רב פפא כבת רב חסדא בת רב חסדא קים לי בגווה מר לא קים לי בגוויה אמר רב פפא השתא דאמר מר קים לי בגוויה מילתא היא כגון אבא מר ברי דקים לי בגוויה קרענא שטרא אפומיה קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומיה. | אשה אחת התחייבה שבועה בבית דינו של רבא. אמרה לו בתו של רב חסדא (שהיתה אשתו של רבא) לרבא: אני מכירה אותה שהיא חשודה להשבע לשקר. הפך רבא את השבועה על הצד שכנגד. האישה התחייבה לתת שבועה בבית הדין אך אשתו של רבא אמרה לו לא לסמוך עליה והדבר גרם לכך שהוא שינה את כל סדרי הדין. לא משנה מה זה בדיוק אומר, אך הייתה לכך משמעות כספית. רבא לקח בחשבון את דברי אשתו וזה דבר בלתי ראוי כמובן, שכן זה נוגד את כל דיני הראיות (היא אישה, יחידה וכו'...) איזה כוח ראייתי יש לאשתו של הדיין כנגד כל הכללים?? הזדמן שישבו רב פפא ורב אדא בר (=בנו של) מתנא לפני רבא. סיפור דומה קרה גם לרב פפא ורב אדא בר הביאו בפניו (=לדין) שטר (כדי לגבות בו). אמר לו רב פפא (לרבא): אני מכיר את השטר הזה שהוא כבר נפרע. אמר לו: האם יש מישהו נוסף אתך כדי שתוכל להעיד בדבר? אמר לו רב פפא: לא. אמר לו רב אדא בר: למרות שאתה אומר כך נמצא שאתה עד אחד, ועד אחד אינו כלום. אמר לו רב אדא בר מתנא: ולא יהיה רב פפא כבתו של רב חסדא? אמר לו: בתו של רב חסדא אני בקי בה, אני מכיר אותה היטב. אדוני אינני בקי בו. אמר רב פפא: עכשיו ש"בקי בו" הוא שיקול משמעותי, כגון בני 'אבא מר', שאני בקי בו – אוכל לקרוע שטר על פיו. (שואלת הגמרא:) היעלה על דעתך לקרוע שטר על פיו? אלא הכוונה היא להרע שטר על פיו [=לפגוע באמינות של השטר].  |

מדובר פה במצבים העוסקים לא בעדות ישירה אלא בעדות על עדות:

* מגיעה אישה שאמורה להעיד עדות בעלת נפקות ממונית וכיוון שאשתו של הדיין מעידה שהיא שקרנית, סדרי הדין מתהפכים.
* מגיע שטר שהיה אמור להפרע ואפילו תלמיד חכם גדול לא מצליח לפגוע באמינות השטר.

עצם הטלת הספק באמינות התצהיר שלא לפי הכללים הוא חריג. גם רב פפא לא מצליח לסתור את אמינותו של השטר. אולם יש מצבים שבהם ניתן להגמיש סדרי דין כי הדיין האמין לאשתו יותר. עצם בדיקת האמינות שלא לפי הכללים הנוקשים זה דבר מפתיע.

1. **כתובות פה, ע"ב: "שב מרגניתא"-** סיפור שבע הפנינים

|  |  |
| --- | --- |
| ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא בי רבי מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי שכיב ר' מיאשא ולא פקיד אתו לקמיה דר' אמי א"ל חדא דידענא ביה בר' מיאשא בר בריה דר' יהושע בן לוי דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא ולא אמרן אלא דלא רגיל דעייל ונפיק להתם אבל רגיל דעייל ונפיק להתם אימא איניש אחרינא אפקיד ואיהו מיחזא חזא. | אדם אחד הפקיד שבעה פנינים צרורים בסדין בביתו של רבי מיאשה בן בנו של רבי יהושע בן לוי. אדם השאיר צרור פנינים אצל רב שנפטר. בא המפקיד ואומר "שלי", היורש אומר "שלי". הכלל הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, כלומר בינתיים המפקיד צריך להוכיח את טענתו. רבי מיאשה נפטר ללא צוואה. באו לפני רבי אמי. אמר לו: אחד, אני מכיר בו ברבי מיאשה בן בנו של רבי יהושע בן לוי שאינו אמיד (=מילולית: שאין אומדן שהיו אצלו פנינים כאלה). ועוד, הרי המפקיד נותן סימנים! ולא אמרנו (דברינו) אלא כשאין המפקיד רגיל להיכנס ולצאת לשם (לביתו של הנפקד), אבל ברגיל להיכנס ולצאת ניתן לומר שמישהו אחר הפקיד, והוא ראה את הארוע [=ולכן לא ניתן במקרה כזה לסמוך על הסימנים שהוא נתן]. באו לרבי אמי והוא קיבל ראיות שמתאימות יותר להשבת אבידה ולא לדיני ממונות. הוא מקבל ראיות שאינן לפי הכללים הנוקשים.  |

לפעמים ההרגשה היא שהליכה לפי הכללים הפרוצדוראליים תביא לאי צדק.

הרמב"ם לוקח את הדבר שלב אחד הלאה והופך את כל דיני הראיות של המשפט העברי מכללים לשכנוע

**מקור 43- רמב"ם סנהדרין כד, א**

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בוודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. הבסיס של דיני הראיות הוא יושר. קודם כל יש כאן משקל, שכנוע. כיצד הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו זה צריך להיות דבר ממש חזק מישהו שהוא ממש סומך עליו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב: "זה פרוע הוא", אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה, וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צוואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד אומדן להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר. אם אנחנו מדברים על משטר ראייתי של שכנוע ולא של כללים, אז למה הצריכה התורה משטר של שני עדים? כדי שבמקרה ואין שכנוע, יהיו את העדים. מערכת הכללים הנוקשים קיימת כקו הגנה משני ומשמשת רק כאשר אין לשופט שכנוע פנימי.

ראינו שני מקרים בהם שכנוע פנימי של הדיין גבר על כללי הראיות והצגנו שתי אפשרויות להתבונן במקרים האלה:

* *התבוננות בדיני היושר*- יש כלל אבל יש גם מקרים שבהם לא צודק יהיה לנהוג לפיו ולכן מגמישים את הכללים.
* *ההוספה של הרמב"ם*- מה שאתם קולטים כחריג לכלל הוא הכלל עצמו. הכלל הוא לחתור לאמת ולכן מה שקובע הוא השכנוע הפנימי של הדיין. הצדק הכללי אומר שאתה הדיין חייב להשתכנע. *המנגנון המתקן* שניתן לו הוא שכשאין לו שכנוע פנימי הוא יפנה *לכללי העדות*. בעוד שהנטייה הראשונה לראות את המקרים הללו כחריגים, הרמב"ם נותן לנו לראות שהכלל הבסיסי הוא השכנוע ולפעמים הכללים הם מנגנון מתקן.
* **תובנה חדשה של המרצה:** כשיש מנגנון גמיש ונוקשה יש נטייה לומר שהמנגנון הגמיש הוא התיקון. הגומייה בכיור מאפשרת את התיקון של הצינור. הרמב"ם אומר שהכלל הוא המהות, השאיפה שהדיין ישתכנע. הכללים נועדו לספק תחליף למהות הקונקרטית הגמישה. רשת הביטחון הנוקשה שאינה מתייחסת למקרה הקונקרטי היא המאפשרת תיקון כאשר אין שכנוע פנימי.

**44**. **רמב"ם סנהדרין כ, א**

במקור זה נמצא התעקשות על כללים נוקשים. זאת לעומת מה שראינו במקור הקודם שאומר שהכלל הוא שכנוע פנימי. שני המקורות שייכים לרמב"ם אך ההבדל הוא שבמקור הקודם מדובר היה בדיני ממונות ואילו כאן מדובר בענישה.

הרמב"ם מדבר על מדרון חלקלק. שכנוע פנימי הוא דבר שקשה לכמת והתוצאות שעשויות להיות לכך בדיני נפשות הן הרות אסון- אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה, אפילו ראוהו העדים רודף אחר חבירו 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, וכן אם העידו עליו שנים שעבד עבודה זרה (שזה גם עונש מוות) זה ראהו שעבד את החמה והתרה בו וזה ראהו שעבד את הלבנה והתרה בו אין מצטרפין, שנאמר "ונקי וצדיק אל תהרוג", הואיל ויש שם צד לנקותו ולהיותו צדיק אל תהרגוהו. יש כאן סיכוי כלשהו שהוא לא אשם ולכן לא הורגים אותו.

יש לכך רציונאל המובא **במקור 45. ספר המצוות לרמב"ם, מצות לא תעשה רצ**

והמצוה הר"צ היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת... ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין. כי הדברים האפשריים מהם קרובי האפשרות מאד ומהם רחוקי האפשרות ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאד שאפשר שיהיה קרוב מן המחוייב המציאות כגון זה שהמשלנו היינו חותכים הגדר במה שהוא רחוק מזה מעט ובמה שהוא יותר רחוק גם כן עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדיין ומחשבתו. ולכן סגר יתעלה את הפתח הזה ואמר שלא ייחתך גדר העונש אלא כשיהיו העדים מעידים שהם ידעו בודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאד הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד הנה פעמים נהרוג נקי יום אחד. ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד.- אין להגיד דברים חתוכים בדיני נפשות, אין להשתמש באומד הדעת. היינו עשויים להתפלא שכן זה שונה מההלכה של דיני ממונות. אך בדיני נפשות אם התורה הייתה מאפשרת את "שיטת הסלאמי" לפיה מספיק שהראיות יהיו כמעט חתוכות, עשויים בעקבות זאת להתרחק כל הזמן מהאמת עם ראיות נסיבתיות. לא מקבלים "נדמה לי" ו"אני משוכנע".

הדבר הכי גרוע שיקרה אם נחליט לא לקבל ראיות נסיבתיות יהיה שישתחרר פושע. אך נעדיף זאת על פני המתת חף מפשע שהופלל על סמך אותן ראיות נסיבתיות.

עד עכשיו דיברנו על יושר כמגמיש הכללים ועושה צדק במקרה הקונקרטי. היושר הוא נעים וטוב ואף מציל חיים. אנחנו חורגים מן הכללים, אך לא מהכללים של החוק עצמו שכן הוא עצמו אומר לנו לא לחרוג מהכללים ולא לסמוך על אומד הדעת. במקור זה המחוקק, ה', סוטה מהכלל המשפטי המתבקש לגישתו של הרמב"ם- שכנוע. כל ההסתתרות מאחורי הכללים היא חריגה לפי הרמב"ם אך בדיני נפשות, משיקולי מדיניות, היא הופכת לכלל. המדיניות היא "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד". יש מצבים אשר לפרשנות הרמב"ם הכלל הוא הגמישות והאופציה השנייה היא הכללים הנוקשים. מבחינת המודל המשפטי הטהור היה צריך שבית הדין יוכל להרוג אדם לפי שכנוע פנימי עמוק. אך כאן המחוקק סוטה מהמודל כדי למנוע עיוות דין והריגת אדם בטעות.

התבוננות אחרת במערכת המשפטית יוצרת את ההבנה שגם בממונות, לפעמים, וגם בעונשין, תמיד, נלך לפי הכללים הנוקשים משיקולי מדיניות.

עד עכשיו הצגנו דווקא את הנוקשות כקו שני, מתקן ולא כקו עיקרי. סוג של כלל משני שבא להסיט את הדברים מהכלל העיקרי שהוא שכנוע הלב. זה לא עונה על דפוסי החשיבה שלנו של מהם דיני היושר. נראה שני סוגי מקרים בהם במסגרת הענישה והממונות יש בכל זאת סטייה מהדין הנוקשה, אם כי לא לצורך עקרונות היושר הפעם- אלא לצורך השעה. התיקון שנעשה פה הוא לא לצורך התאמת הדין הכללי למקרה הקונקרטי כי אם לצורך עקרונות חיצוניים אחרים.

**46. סנהדרין מו, ע"א**

תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה שכב איתה ברחוב והביאוהו לבית דין והלקוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.

**47. רמב"ם סנהדרין כד, ד**

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות, מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן, ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

בדיני נפשות העיקרון המשפטי האידאלי הוא השכנוע הפנימי. התורה חסמה את הכלל המשפטי הזה וקבעה שדיני הנפשות ילכו רק לפי הראיות. באה הלכה נוספת ואומרת שהוראת השעה גוברת על דיני הראיות לעיתים. לא ברור האם הייתה כאן חקיקה מקדימה, אנחנו נתייחס לכך לצורך הדיון ביושר כחריגה מן הכללים הקיימת בדיני העונשין. בדיני העונשין הלכנו על נוקשות כדי שלא להאשים אדם חף מפשע אך לצורך השעה אנו חורגים מאותם הכללים הנוקשים כדי להאשים אדם שלא ממש כדין, רק כיוון שזהו צורך השעה.

חריגה לא תמיד היא נעימה. חריגה מכללים היא לצורך עשיית צדק ולעיתים הכוונה היא לצדק גמולי שהוא גם לא נעים. אנחנו מרחיבים את העבירה כיוון שיש מכת מדינה של זנות או התייוונות.

הגמשת סדרי הדין (2): חששותיו של הדיין – "דין מרומה"

את המתח המצוי בין הרצון להגיע לאמת ובין הרצון לשמירה על הכללים הפורמאליים ניתן לראות גם במקרים בהם יש חשש ל"דין מרומה"

**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 שחייבים להגיע לאמת גם בדרך הנכונה ואין להגיע לאמת בדרך שקרית, הסוטה מהפרוצדורה ומדיני הראיות. מדובר בעצם בניסיון "לרמות" את דיני הפרוצדורה, כשהכוונה לכאורה תמימה – אך הדבר אסור, כי יש להגיע לאמת בדרך הנכונה והישרה.

**49. סנהדרין לב, ע"ב**

" ריש לקיש רמי [=מקשה] כתיב (ויקרא יט) "בצדק תשפט עמיתך" וכתיב (דברים טז) "צדק צדק תרדף". הא 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. "צדק" לעומת "צדק צדק"- הבאנו את זה בתחילת הקורס כדוגמה לכך שיש גם צדק כללי וגם פרטי. על הדיין לעשות ככל יכולתו ע"מ לשפוט בצדק.

בדין מרומה, אי אפשר להסתמך על הפרוצדורה.

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

המקור הבסיסי של **דיני הראיות**- הוא שכנוע הלב. אך היישום שלו הוא שונה בשני התחומים:

**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 הוא מצב מרומה חורגים מאותם הכללים, והצדק 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.

מבחינה תבניתית קיימות שלוש שכבות:

**1. עיקרון הגמישות (שכנוע לב)** הקיים גם בממונות וגם בנפשות

**2. הפתרון הנוקשה (כללי ראיות).** אולם, בסופו של דבר,

**3.** בעת דין מרומה, או כהוראת שעה, אנו **חוזרים לתפקיד המקורי של היושר, ומגמישים את הכללים, כמערכת מתקנת.**

**30.12.12**

עד עתה ראינו מקרים בהם הכוח שניתן במסגרת דיני היושר היה כזה שאפשר לשופט לעשות שינויים בדין. דיברנו על היושר במסגרת של בית המשפט, עכשיו נעבור למקרים בהם המחוקק עצמו יודע שהוא סוטה מהכללים ובכל זאת מחליט לחוקק זאת כך ולהעניק את הכוח הזה. בראש ובראשונה- כופים על מיטת סדום.

"מידת סדום"

אנשי סדום מובאים **במקור 65** **בראשית יג, ח-יד**

 וַיֹּאמֶר אַבְרָם אֶל לוֹט אַל נָא תְהִי מְרִיבָה בֵּינִי וּבֵינֶיךָ וּבֵין רֹעַי וּבֵין רֹעֶיךָ כִּי אֲנָשִׁים אַחִים אֲנָחְנוּ: הֲלֹא כָל הָאָרֶץ לְפָנֶיךָ הִפָּרֶד נָא מֵעָלָי אִם הַשְּׂמֹאל וְאֵימִנָה וְאִם הַיָּמִין וְאַשְׂמְאִילָה: וַיִּשָּׂא לוֹט אֶת עֵינָיו וַיַּרְא אֶת כָּל כִּכַּר הַיַּרְדֵּן כִּי כֻלָּהּ מַשְׁקֶה לִפְנֵי שַׁחֵת ה' אֶת סְדֹם וְאֶת עֲמֹרָה כְּגַן ה' כְּאֶרֶץ מִצְרַיִם בֹּאֲכָה צֹעַר: וַיִּבְחַר לוֹ לוֹט אֵת כָּל כִּכַּר הַיַּרְדֵּן וַיִּסַּע לוֹט מִקֶּדֶם וַיִּפָּרְדוּ אִישׁ מֵעַל אָחִיו: אַבְרָם יָשַׁב בְּאֶרֶץ כְּנָעַן וְלוֹט יָשַׁב בְּעָרֵי הַכִּכָּר וַיֶּאֱהַל עַד סְדֹם: וְאַנְשֵׁי סְדֹם רָעִים וְחַטָּאִים לַה' מְאֹד:

אברהם ולוט רבים על הארץ ואברהם מציע לחלק את הארץ לצפון ודרום. חלוקה כזאת מאפשרת את הגיוון הטופוגרפי של הארץ לכל אחד. לוט מחליט לקחת את המזרח, למרות שזה לא כל כך הוגן. לוט לוקח את כל כיכר הירדן ואנשי סדום המצויים שם רעים וחטאים מאוד.

#### מקור 67- משנה, אבות ה, י

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. מידת הסדום המתוארת כאן היא שלי שלי ושלך שלי. המידה הבינונית מתוארת כמידת סדום, שכן מי שעומד בצורה מלאה ודווקנית על המגיע לו ועל זכויותיו בלבד יגרום להתפרקות החברה (כמו שראינו שלא נחרבה ירושלים אלא בגלל שדנו בה דין תורה). אפשר להתעקש על תפיסת עולם של עמידה על זכויות חברתיות ובכל זאת להיות כמו אנשי סדום.

נחזור ללוט שיושב בשער העיר **בראשית יט, א-טו**

 וַיָּבֹאוּ שְׁנֵי הַמַּלְאָכִים סְדֹמָה בָּעֶרֶב וְלוֹט יֹשֵׁב בְּשַׁעַר סְדֹם (ישיבה בשער משמעותה שפיטה. דוד המלך שופט בשער העיר) וַיַּרְא לוֹט וַיָּקָם לִקְרָאתָם וַיִּשְׁתַּחוּ אַפַּיִם אָרְצָה: וַיֹּאמֶר הִנֶּה נָּא אֲדֹנַי סוּרוּ נָא אֶל בֵּית עַבְדְּכֶם וְלִינוּ וְרַחֲצוּ רַגְלֵיכֶם וְהִשְׁכַּמְתֶּם וַהֲלַכְתֶּם לְדַרְכְּכֶם וַיֹּאמְרוּ לֹּא כִּי בָרְחוֹב נָלִין: מגיעים אליו מלאכים והוא מציע להם להתארח אצלו. הם מסרבים והוא מפציר בהם מאוד. וַיִּפְצַר בָּם מְאֹד וַיָּסֻרוּ אֵלָיו וַיָּבֹאוּ אֶל בֵּיתוֹ וַיַּעַשׂ לָהֶם מִשְׁתֶּה וּמַצּוֹת אָפָה וַיֹּאכֵלוּ: טֶרֶם יִשְׁכָּבוּ וְאַנְשֵׁי הָעִיר אַנְשֵׁי סְדֹם נָסַבּוּ עַל הַבַּיִת מִנַּעַר וְעַד זָקֵן כָּל הָעָם מִקָּצֶה: וַיִּקְרְאוּ אֶל לוֹט וַיֹּאמְרוּ לוֹ אַיֵּה הָאֲנָשִׁים אֲשֶׁר בָּאוּ אֵלֶיךָ הַלָּיְלָה הוֹצִיאֵם אֵלֵינוּ וְנֵדְעָה אֹתָם: הוא מארח אותם אצלו אך לפני שהם הולכים לישון כל אנשי סדום הגברים מתגודדים מנער ועד זקן, כל קצות החברה, ודורשים מלוט להוציא אליהם את האורחים ע"מ ש"ידעו אותם"- במובן של מעשים מיניים. הם למעשה מתכננים לעשות בהם אונס קבוצתי. זאת הייתה התפיסה של הכנסת אורחים בחברה הכנענית. תופעה מעניינת שניתן לשים לב אליה היא שאונס אינו נובע מדחף מיני כי אם מאלימות (רק מוכיח לנו שזה תמיד היה ככה...) וַיֵּצֵא אֲלֵהֶם לוֹט הַפֶּתְחָה וְהַדֶּלֶת סָגַר אַחֲרָיו: וַיֹּאמַר אַל נָא אַחַי תָּרֵעוּ: הִנֵּה נָא לִי שְׁתֵּי בָנוֹת אֲשֶׁר לֹא יָדְעוּ אִישׁ אוֹצִיאָה נָּא אֶתְהֶן אֲלֵיכֶם וַעֲשׂוּ לָהֶן כַּטּוֹב בְּעֵינֵיכֶם רַק לָאֲנָשִׁים הָאֵל אַל תַּעֲשׂוּ דָבָר כִּי עַל כֵּן בָּאוּ בְּצֵל קֹרָתִי: וַיֹּאמְרוּ גֶּשׁ הָלְאָה וַיֹּאמְרוּ הָאֶחָד בָּא לָגוּר וַיִּשְׁפֹּט שָׁפוֹט עַתָּה נָרַע לְךָ מֵהֶם וַיִּפְצְרוּ בָאִישׁ בְּלוֹט מְאֹד וַיִּגְּשׁוּ לִשְׁבֹּר הַדָּלֶת: לוט מציע להם את בנותיו הבתולות אך הקהל מסרב. לוט לא רוצה לתת אותם כיוון שהם אורחים שלו אז אנשי סדום מתרעמים עליו ואומרים לו שגם הוא בכלל אורח שהפך לשופט בעיר. הם מסרבים לקבל את הבנות כיוון שהם רוצים לבטא את היחס האלים שלהם לאורחים. הם רוצים לשבור את הדלת שהיא הסמל לחיץ שבין רשות היחיד לרשות הרבים. וַיִּשְׁלְחוּ הָאֲנָשִׁים אֶת יָדָם וַיָּבִיאוּ אֶת לוֹט אֲלֵיהֶם הַבָּיְתָה וְאֶת הַדֶּלֶת סָגָרוּ: וְאֶת הָאֲנָשִׁים אֲשֶׁר פֶּתַח הַבַּיִת הִכּוּ בַּסַּנְוֵרִים מִקָּטֹן וְעַד גָּדוֹל וַיִּלְאוּ לִמְצֹא הַפָּתַח: וַיֹּאמְרוּ הָאֲנָשִׁים אֶל לוֹט עֹד מִי לְךָ פֹה חָתָן וּבָנֶיךָ וּבְנֹתֶיךָ וְכֹל אֲשֶׁר לְךָ בָּעִיר הוֹצֵא מִן הַמָּקוֹם: כִּי מַשְׁחִתִים אֲנַחְנוּ אֶת הַמָּקוֹם הַזֶּה כִּי גָדְלָה צַעֲקָתָם אֶת פְּנֵי ה' וַיְשַׁלְּחֵנוּ ה' לְשַׁחֲתָהּ: וַיֵּצֵא לוֹט וַיְדַבֵּר אֶל חֲתָנָיו לֹקְחֵי בְנֹתָיו וַיֹּאמֶר קוּמוּ צְּאוּ מִן הַמָּקוֹם הַזֶּה כִּי מַשְׁחִית ה' אֶת הָעִיר וַיְהִי כִמְצַחֵק בְּעֵינֵי חֲתָנָיו: וּכְמוֹ הַשַּׁחַר עָלָה וַיָּאִיצוּ הַמַּלְאָכִים בְּלוֹט לֵאמֹר קוּם קַח אֶת אִשְׁתְּךָ וְאֶת שְׁתֵּי בְנֹתֶיךָ הַנִּמְצָאֹת פֶּן תִּסָּפֶה בַּעֲוֹן הָעִיר:

לב הסיפור אינו ברור אך התנ"ך עצמו מתאר ביחזקאל את אותו החטא בדיוק: **יחזקאל טז, מד-נ**

הִנֵּה כָּל הַמֹּשֵׁל עָלַיִךְ יִמְשֹׁל לֵאמֹר כְּאִמָּה בִּתָּהּ: בַּת אִמֵּךְ אַתְּ גֹּעֶלֶת אִישָׁהּ וּבָנֶיהָ וַאֲחוֹת אֲחוֹתֵךְ אַתְּ אֲשֶׁר גָּעֲלוּ אַנְשֵׁיהֶן וּבְנֵיהֶן אִמְּכֶן חִתִּית וַאֲבִיכֶן אֱמֹרִי: וַאֲחוֹתֵךְ הַגְּדוֹלָה שֹׁמְרוֹן הִיא וּבְנוֹתֶיהָ הַיּוֹשֶׁבֶת עַל שְׂמֹאולֵךְ וַאֲחוֹתֵךְ הַקְּטַנָּה מִמֵּךְ הַיּוֹשֶׁבֶת מִימִינֵךְ סְדֹם וּבְנוֹתֶיהָ: יחזקאל מדמה את ירושלים, שומרון וסדום לאחיות. הוא אומר לירושלים שהיא מתנהגת בצורה פגאנית וגם אחותך הקטנה ממך היושבת מימינך (סדום). ירושלים את בדיוק כמו שומרון וסדום. וְלֹא בְדַרְכֵיהֶן הָלַכְתְּ וּכְתוֹעֲבוֹתֵיהֶן עָשִׂית כִּמְעַט קָט וַתַּשְׁחִתִי מֵהֵן בְּכָל דְּרָכָיִךְ: חַי אָנִי נְאֻם אֲדֹנָי ה' אִם עָשְׂתָה סְדֹם אֲחוֹתֵךְ הִיא וּבְנוֹתֶיהָ כַּאֲשֶׁר עָשִׂית אַתְּ וּבְנוֹתָיִךְ: הִנֵּה זֶה הָיָה עֲוֹן סְדֹם אֲחוֹתֵךְ גָּאוֹן שִׂבְעַת לֶחֶם וְשַׁלְוַת הַשְׁקֵט הָיָה לָהּ וְלִבְנוֹתֶיהָ וְיַד עָנִי וְאֶבְיוֹן לֹא הֶחֱזִיקָה: מתואר שם שסדום היא עיר פורייה ומלאה כל טוב. כל כך טוב לאנשים שם עד שהם לא דואגים לאחרים. סדום התבצרה בזכות הקניינית שלה. וַתִּגְבְּהֶינָה וַתַּעֲשֶׂינָה תוֹעֵבָה לְפָנָי וָאָסִיר אֶתְהֶן כַּאֲשֶׁר רָאִיתִי:

מפשוטו של מקרא אנחנו מבינים כי לא רק שאנשי סדום לא היו מוכנים לארח בעצמם, אלא שהייתה להם עויינות גדולה כל כך כלפי כל מי שמגיע ולוקח מהם משהו, אפילו אם הוא אורח, עד שהם היו עורכים בכל אדם כזה אונס קבוצתי! בלב העניין עומדת תפיסת הזכות המשפטית של הקניין.

חז"ל נתנו נופך ועומק לדבר הזה **במקור 66**- נראה שני מוקדים של דרשות חז"ל אשר משתמשים בסיפור סדום כמשל:

1. סוג אחד של סיפורים ימחיש את האנוכיות של אנשי סדום.
2. סוג אחר של מדרשים יהיה ביקורת חברתית על ריקבון המערכות המשפטיות. ייתכן שאותן המערכות הן המנציחות את האנוכיות.

תנו רבנן [=שנו רבותינו] אנשי סדום לא נתגאו אלא בשביל טובה שהשפיע להם הקדוש ברוך הוא, הם היו בארץ שכולה משקה. לא היה שם מחסור במים 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]? אנשי סדום היו בגישה שהעושר שלהם צריך להשאר אצלם. אין לקבל אורחים שהרי הם באים לקחת מאיתנו את מה שיש לנו. בואו ונשכח תורת רגל מארצנו! שנאמר (איוב כח) "פרץ נחל מעם גר הנשכחים מני רגל דלו מאנוש נעו".

המקור הזה ממחיש כבר את כל מה שראינו. כשאתה מתבצר בזכויות המשפטיות שלך ואינך חייב כלום לזולת, אתה יכול להגיע למידת סדום של "שלי שלי ושלך שלך"

חלק מריקבון החברה ניתן לראות בהמשך המקור- דרש רבא: מאי דכתיב (איוב כד) "חתר בחשך בתים יומם חתמו למו לא [ידעו] אור"? מלמד שהיו נותנים עיניהם בבעלי ממון, ומפקידים אצלו אפרסמון [=עם ריח חזק] ומניחים אותו בבית גנזיהם. לערב באים ומריחין אותו ככלב שנאמר (תהלים נט) "ישובו לערב יהמו ככלב ויסובבו עיר", ובאים וחותרים שם ונוטלין אותו ממון (איוב כד) "ערום הלכו מבלי לבוש ואין כסות בקרה חמור יתומים ינהגו יחבלו שור אלמנה גבלות ישיגו עדר גזלו וירעו". (איוב כא) "והוא לקברות יובל ועל גדיש ישקוד". הייתה להם שיטה מיוחדת לפרוץ ולגנוב מבתים.

דרש רבי יוסי בציפורי [=את הסיפור הנ"ל על התחבולה עם שמן האפרסמון] אחתרין ההיא ליליא תלת מאה מחתרתא בציפורי [=באותו לילה נחתרו שלוש מאות מחתרות בציפורי (לשם גניבה)] אתו וקא מצערי ליה אמרו ליה יהבית אורחיה לגנבי [=באו וציערו את רבי יוסי, ואמרו לו: לימדת דרכי גניבה לגנבים!] אמר להו [=השיב להם:] מי הוה ידענא דאתון גנבי [=וכי העליתי על דעתי שאתם גנבים?] כי קא נח נפשיה דרבי יוסי שפעי מרזבי דציפורי דמא [=כאשר נפטר רבי יוסי, זרמו מרזבי ציפורי בדם]. כדי להמחיש שזאת ביקורת חברתית אנו רואים שכשבא רבי יוסי לציפורי, עיר מתבוללת, היו 300 פריצות בטכניקה הזאת.

בהמשך המקור מסופר על כך שהיה להם מערכת משפט קצת הזויה ומובאים מקרים הממחישים זאת.

השורה התחתונה של סיפורי סדום ועמורה: אנשי סדום רצו לעשות לאורחים דברים נוראיים, לעשות בהם אונס קבוצתי של משכב זכר. יש כאן אלימות ולא יצר מיני. "מידת סדום" היא תפיסה אינדיווידואליסטית של עמידה על זכויות. בעצם העובדה שאתה אורח ולוקח ממני, אתה פוגע בחברה שלי. יש כאן שנאת זרים עזה שאף מתקבלת בחקיקה.

ננסה לתרגם את הרעיון של מידת סדום למושגים משפטיים ובכך לתת נופך משפטי. אחת הסוגיות הקלאסיות עוסקת בדיני ירושה ומופיעה **במקור 68** **בבא בתרא יב, ע"ב**

|  |  |
| --- | --- |
| ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיה כי קא פלגו א"ל פליגו לי אמצראי אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום מתקיף לה רב יוסף אמרי ליה אחי מעלינן ליה עלויא כי נכסי דבי בר מריון והלכתא כרב יוסף תרי ארעתא אתרי נגרי אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום מתקיף לה רב יוסף זמנין דהאי מדויל והאי לא מדויל והלכתא כרב יוסף תרתי אחד נגרא א"ר יוסף כגון זה כופין על מדת סדום מתקיף לה אביי מצי אמר בעינא דאפיש אריסי והלכתא כרב יוסף אפושי לאו מילתא היא | מעשה באדם שרכש אדמה על גבול נחלת אביו (או: חמיו; בכל מקרה מורישו). כאשר חילקו את הנחלה, בקש לנחול בחלקה הסמוכה לשדה שלו. הייתה חלוקה של שדה ואחד היורשים ביקש שיתנו לו את החלקה הקרובה לשלו כי זה יהיה לו יותר נוח רבה אמר: זהו מקרה שכופים על [=כדי לשלול את] מידת סדום. מידת סדום היא "מה אכפת לך"?! מה אכפת לך לתת לי את החלקה הזאת?! מה אכפת לך שיש לו אורחים?! רבה אמר שבמקרה כזה ההתעקשות שלא לתת לאדם את הנחלה הנוחה לו תהווה דווקנות ומידת סדום רב יוסף התנגד: האחים יכול לומר לו שמבחינתם זו אדמה יקרה במיוחד (כנכסי בר-מריון). הלכה כרב יוסף. רב יוסף התנגד להגדרת המקרה כמידת סדום מפני שייתכן שיש סיבה אמיתית לסירוב (האדמה יקרה להם) ולא דווקנות גרידא. במקרה של שתי שדות על גדות שתי תעלות השקייה, לפי רבה: כאן כופים על מידת סדום; רב יוסף התנגד: לעתים האחת מתייבשת והאחרת לא. כופים מידת סדום משמעות הדבר- כופים אדם להמנע מלהתנהג במידת סדום. במקרה הזה יש כאן שני שדות ושני ברזי השקייה. רבה אומר שכאן צריך לכפות את מידת סדום אך רב יוסף מתנגד כיוון שלטענתו אין שיוויון בכך שיש שני ברזים שכן אחד המעיינות עשוי להתייבש. אם היה מדובר על אותו הנחל זה היה מידת סדום. נכפה על נטילת החלקה הסמוכה רק כאשר הצד השני לא מפסיד מכך דבר. שתי שדות על תעלה אחת – אמר רב יוסף: זהו מקרה בו כופים על מידת סדום. אביי התנגד: יכול הוא לומר שהוא רוצה להרבות באריסים. והלכה כרב יוסף: להרבות באריסים אינה טענה. |

**מקור 74. רמב"ם, שכנים יב, א ג**

האחין או השותפין שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו אם היתה כולה שוה ואין שם מקום טוב ומקום רע אלא הכל אחד חולקין לפי המדה בלבד, ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחת שומעין לו וכופה אותו על זה שעיכוב בדבר זה מדת סדום היא, אם יש שדה שרוצים לחלק בין השכנים והכל אותו הדבר, מחלקם שווה בשווה. אם אחד השכנים מבקש שיתנו לו חלקה מסויימת שכן זה קרוב לו כבר לשדה שלו, יש לתת לו זאת שאם לא כן זאת תהיה מידת סדום. אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר או קרוב לדרך ושמו אותה היפה כנגד הרע ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה אין שומעין לו אלא נוטל בגורל, ברגע שנכנסים מושגים של שמאות או של שיקולים נוספים זאת כבר לא תהיה מידת סדום. אמר להם תנו לי (בשומא שלי מצד זה) חצי מדתה מן הצד הרע בלא שומא וטול אתה מן הצד הטוב כדי שיהיה חלקי סמוך לשדה שלי הורו מקצת הגאונים ששומעין לו, ולזה דעתי נוטה וכן ראוי לדון. [...] מידת סדום היא כאשר מונעים מאדם משהו סתם מתוך פרינציפ. אם האדם מביא את החלוקה למצב כזה שנתינת החלקה הקרובה אליו לא תגרום להפסד של אחרים אז צריך לתת לו.

ארץ מרובעת שהיה הנהר מקיף לה מזרח וצפון והדרך דרום ומערב חולקין אותה באלכסון כדי שיגיע לזה נהר ודרך ולזה נהר ודרך, ואם אמר תנו לי החצי שמצד זה שהוא בצד שדי שומעין לו, הרמב"ם מסכם באומרו **כללו של דבר כל דבר שהוא טוב לזה ואין על חבירו הפסד כלל כופין אותו לעשות.**

**71. רש"י, שם**

על מדת סדום - זה נהנה וזה לא חסר. שני המושגים הללו הם שווי ערך. הכוונה היא לכך שמידת סדום היא התעקשות על זכויות למרות ש"זה נהנה וזה לא חסר" (כך למיטב הבנתי)

*(אנו לא נכנסים למקורות 72-73 לא הספקנו אותם והם לא למבחן)*

ישנה סוגיה תלמודית מפורסמת העוסקת ב"זה נהנה וזה לא חסר" והמסקנה שם היא שונה- שלא כופים. הסיפור מובא **במקור 75. בבא קמא כ, ע"א**

|  |  |
| --- | --- |
| א"ל רב חסדא לרמי בר חמא לא הוית גבן באורתא בתחומא דאיבעיא לן מילי מעלייתא אמר מאי מילי מעלייתא א"ל הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך היכי דמי אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר זה לא נהנה וזה לא חסר אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר זה נהנה וזה חסר לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי אמר ליה מאי חסרתיך או דלמא מצי אמר הא איתהנית א"ל מתניתין היא הי מתניתין א"ל לכי תשמש לי שקל סודריה כרך ליה א"ל אם נהנית משלמת מה שנהנית אמר רבא כמה לא חלי ולא מרגיש גברא דמריה סייעיה דאע"ג דלא דמי למתניתין קבלה מיניה האי זה נהנה וזה חסר והאי זה נהנה וזה לא חסר הוא ורמי בר חמא סתם פירות ברשות הרבים אפקורי מפקר להו תנן המקיף חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו הא רביעית מחייבין אותו ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב שאני התם דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא ת"ש א"ר יוסי אם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור שאני התם דאמר ליה לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא ת"ש הבית והעלייה של שנים שנפלו אמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלייה בונה בית ויושב בה עד שיתן לו יציאותיו יציאותיו הוא דמחייב ליה בעל הבית הא שכרו לא ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור שאני התם דביתא לעלייה משתעבד ת"ש רבי יהודה אומר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא שלחוה בי רבי אמי אמר וכי מה עשה לו ומה חסרו ומה הזיקו רבי חייא בר אבא אמר נתיישב בדבר הדר שלחוה קמיה דרבי חייא בר אבא אמר כוליה האי שלחו לי ואזלי אילו אשכחי בה טעמא לא שלחנא להו אתמר רב כהנא א"ר יוחנן אינו צריך להעלות לו שכר רבי אבהו אמר רבי יוחנן צריך להעלות לו שכר אמר רב פפא הא דרבי אבהו לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר דתנן נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל בנאה לתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה ואמר שמואל והוא שהניחה על פי ארובה ויתיב רבי אבהו קמיה דר' יוחנן וקאמר משמיה דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ושתק ליה איהו סבר מדשתיק מודה ליה ולא היא אשגוחי לא אשגח ביה כדרבה דאמר רבה הקדש שלא מדעת שלח ליה רבי אבא בר זבדא למרי בר מר בעי מיניה מרב הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או לא אדהכי נח נפשיה דרב הונא א"ל רבה בר רב הונא הכי אמר אבא מרי משמיה דרב אינו צריך להעלות לו שכר והשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון שמעון מאי עבידתיה הכי קאמר נמצא הבית של שמעון מעלה לו שכר תרתי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא אתמר נמי א"ר חייא בר אבין אמר רב ואמרי לה אמר ר' חייא בר אבין אמר רב הונא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר והשוכר בית מבני העיר מעלה שכר לבעלים בעלים מאי עבידתייהו הכי קאמר נמצאו לו בעלים מעלין להן שכר תרתי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר משום שנאמר (ישעיהו כד) "ושאיה יוכת שער" אמר מר בר רב אשי לדידי חזי ליה ומנגח כי תורא רב יוסף אמר ביתא מיתבא יתיב מאי בינייהו איכא בינייהו דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא ההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי אגביה רב נחמן לאפדניה מיניה לימא קסבר רב נחמן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ההוא מעיקרא קרמנאי הוו דיירי ביה ויהבי להו ליתמי דבר מועט א"ל זיל פייסינהו ליתמי ולא אשגח אגביה רב נחמן לאפדניה מיניה. | אמר רב חסדא לרמי בר חמא: לא היית אצלנו בערב בבית המדרש שנשאלה שם שאלה יפה. אמר לו מה השאלה היפה? אמר לו: מי שדר (=גר) בחצר חבירו שלא מדעתו, האם צריך להעלות לו שכר (=לשלם לו דמי שכירות) או לא. במה מדובר? אם בחצר שאינה עומדת להשכרה, ואדם שלא עשוי לשכור – זה לא נהנה וזה לא חסר. אלא מדובר בחצר העומדת להשכרה ואדם העשוי לשכור – זה נהנה וזה חסר! אלא מדובר בחצר שאינה עומדת להשכרה ואדם שצריך לשכור. האם יכול לומר לו "מה החסרתי לך" או שמא יכול לומר לו: "הרי נהנית!" אמר לו: אשיב לך לאחר שתשמש אותי (תשרת אותי בתור תלמידי). נטל את בגדו וקפל לו. אמר לו: "אם נהנית משלמת מה שנהנית..." [=בהמה שאכלה פירות שהיו ברשות הרבים, הבעלים פטורים מדמי הנזק, אבל חייבים לשלם את "דמי ההנאה", זאת אומרת, את דמי המזון שהבעלים חסך בכך שהבהמה אכלה אוכל שלא שלהם]. אמר רבא: "איזה מזל יש לאדם שריבונו של עולם מסייע לו. הרי אין זה דומה למשנתנו – שכן זה נהנה וזה חסר, לעומת מקרה של זה נהנה וזה לא חסר. **תוספות בבא קמא כ ע"א, ד"ה זה נהנה**זה אין נהנה וזה אין חסר הוא אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר [=בחצר שעומדת להשכרה ואדם שאינו עשוי לשכור] הוה מצי למימר דפטור [=אפשר היה לומר שפטור] כיון שלא נהנה אע"פ שגרם הפסד לחבירו דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא.**תוספות בבא קמא כ ע"ב, ד"ה הא אתהנית**אפילו למאן דאמר [=לזה שסבור] בפרק קמא דבבא בתרא (יב ע"ב, לעיל מקור ‎68), כופין אותו על מידת סדום ויהבינן ליה אחד מצרא [=ונותנים לו (ליורש) חלקה על מיצר אחד] שאני הכא [=שונה הדין כאן] שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו. ולמאן דאמר התם [=למי שסבור שם] "מעלינן ליה כנכסי דבר מורין" [=מחייבים אותו לשלם לאחים כאילו היו נכסים של "בני מוריין"] משום דדמי [=שהדבר דומה ל-] למונע חבירו מתחילה לדור בביתו, אבל הכא [=כאן] כבר דר.**הגהות אשר"י**וגם מתחלה יכול לעכב על ידו שלא ליכנס בביתו, אע"פ שאינו חסר כלום ואין בזה משום מדת סדום אלא במה שכבר דר אין צריך להעלות לו שכר אע"פ שדר שם בעל כרחו.**ספר חסידים (מרגליות) סימן אלף נ** הדר בחצר חבירו שלא מדעתו ויש בתים וחדרים שם ואין צריך להם לשום דבר כגון שהם ריקים ואין דרים שם ואיש טוב דר בהם זה נהנה וזה אינו חסר שאינו צריך מהם להשכיר לאחרים להיות שם אם מקבל איש עני וטוב שם לא יתכן שיקח ממנו שכר כיון שאינו מזיקו ואינו מחסרו ויהיה לו זכות. וכן שבט יהודה קבלו שבט שמעון לשבת בעריהם עד שמלך דוד והוצרכו לארץ והוציאום וקודם לכך לא נתנו להם כלום.**ספר חסידים (ויסטינצקי) סימן תתתתרצט**ועשית הישר והטוב בעיני ה' (דברים ו, יא). הטוב, מה שנראה בעיני הכל טוב. והישר, זהו לפנים משורת הדין. דבר אחר הישר – שאין ידוע לכל אלא לחכמים. אחד שאל לחכמים פלוני מבקש ממני שאכניסנו בביתי. אמר לו יש לך חדרים שאינך צריך להם. אמר כן. ואם הוא אינו הגון כבר אמר בן סירא "לא את הכל תביא בביתך" ואם הוא עוסק בתורה כל היום ואינו רע עין והוא כך הגון שלא יגיד מה שיעשו בבית, הרי טוב תעשה שתקבלהו וכיון שבעבורו לא תרבה עצים ולא שום דבר אל תקבל ממנו שכירות. הוא נהנה ואינך חסר, למה תקח ממנו שכירות שידור אצלך.**ספר אור זרוע ח"ג פסקי בבא קמא סימן קכב** ויש אומרים דכפינן ליה [=שכופים אנחנו את] לבעל החצר שיניח את זה לדור בו דכיון דלא קיימא לאגרא [=שמכיון שהדירה אינה עומדת להשכרה] כגון זה כופין אותו על מדת סדום כדאמרינן [=כמו שאמרנו בפרק קמא (ראשון) דב"ב של בבא בתרא; מקור ‎68] גבי תרתי ארעתא שיש להם לחלוק על חד נגרא [=במקרה של שתי שדות על תעלת השקייה אחת] ואחד מהם קנה קרקעות אצל האחת. כגון זה כופין על מדת סדום דכיון דאחד ניגרא נינהו [=שמכיון ששניהם על תעלה אחת] שתיהן שוות וכפינן [=ואנו כופים] את זה שיניח ויתן לו הקרקע שאצל הקרקע שקנה. הכא נמי כפינן [=כאן גם אנו כופים] לבעל החצר שיניח לדור בחצירו לזה הראשון שבא לדור בתוכו: |

בחלק הראשון מסופר על מקרה של פלישה לבית נטוש ונשאלת השאלה האם יש צורך לשלם על הפלישה או לא? בעל הבית לא מפסיד מכך כלום והפולש מרוויח. היה על כך דיון שלם והמסקנה הייתה שאם זה נהנה וזה לא חסר- פטור!

הסוגיה הזאת הזכירה ולו ברמז את המושג של מידת סדום. זה נהנה וזה לא חסר זו ההגדרה של כופין עליו מידת סדום. היה מתבקש שיהיה איזה קישור בין שני הדברים אך כלום.

יש הבדל בין בקשה להסדרת הזכויות בצורה שאני ארוויח ואתה לא תפסיד לבין בקשה למחוק את הזכות הקניינית שלך ע"מ שאני ארוויח. כאשר כופין על אדם שלא לנהוג במידת סדום, לא מוחקים את השווי של הזכות הקניינית שלו. ההגדרה הבסיסית של מידת סדום איננה מבטלת את הזכות הקניינית אלא אומרת שאין להשתמש בזכויות משפטיות לרעה. ההלכה לא מבטלת את הזכות הקניינית. יש שלי ויש שלך אך יש גם מצבים שבהם התעקשות מיותרת היא מידת סדום. אם אתה מבקש מראש שכר דירה, זה לגיטימי. אך אם האדם כבר גר בדירה שלך וגם ככה לא תכננת להשכיר אותה וזה לא פגע לך בדירה- למה תבקש תשלום רטרואקטיבי?

יש לנו שני מצבים:

* **מצב א**'- **מידת סדום-** כשרוצים להסדיר יחסים משפטיים מכאן ולהבא מבלי לפגוע בזכות הקיימת יש לעשות זאת תוך רגישות לזולת. למשל כשאני רוצה לחלק את הנכס שלי, זאת זכותי, אך אם יש בו דייר עליי לעשות זאת תוך התחשבות בו. חוסר רגישות לזולת הוא מאפיין לא מוסרי של סדום ועמורה. אם נתעקש על זכות פורמאלית מבלי להתייחס לרצון או לכאב הזולת זו מידת סדום
* **מצב ב'**- **זה נהנה וזה לא חסר**- דן במצב אחרי שיש כבר זכות קניינית. כשיש לי כבר זכות קניינית בבית מותר לי מראש למנוע כניסה כשם שמותר לי מראש לקחת שכר דירה. הדיון אינו עוסק במידת סדום כיוון שזה לא מידת סדום לאסור ממישהו להכנס. הדיון הוא כאשר מדובר על לאחר מעשה. כאשר מישהו כבר השתמש בדירה בלי רשות, האם זה יהיה הוגן לדרוש שכר דירה לאחר מעשה?

ההבדל של לכתחילה או בדיעבד זה ההבדל בין "מידת סדום" לבין "זה נהנה וזה לא חסר".

**6.1.2013**

יושר בעולם המשפט: עני המהפך בחררה

נראה שתי סוגיות אשר לכאורה לא מדברות אחת עם השנייה ואנו ננסה לגשר ביניהן. אלו הן שתי סוגיות הנוגעות לעולם המסחרי. הסוגיה היא של "היורד לאומנות חברו" וכדי להגיע לסוגיה הראשונה נעבור דרך הסוגיה הבאה:

אנחנו הולכים לראות בסוגיה הראשונה, "עני המהפך בחררה", שקיימת הבחנה בהלכה בין הרמה המשפטית לבין מה שיש להלכה כלומר ברמה המוסרית. המונח "חררה" משמעותו עוגת רצפים. זוהי מעין פיתה הנעשית על טבון. זה בצק ששמים ישירות על הגחלים והעניים היו מחטטים בערימות הגחלים כדי למצוא את השאריות. אם נתרגם את זה למושגים של ימינו הכוונה היא ל"עני המחפש בצפרדע של הזבל".

**86. קידושין נט, ע"א**

הסיפור הראשון- רבין חסידא [=רבין החסיד] אזיל לקדושי ליה איתתא לבריה קידשה לנפשיה [=הלך לקדש אשה לבנו, וקדשה לעצמו] במקרה שלנו אבא מינה שליח למצוא ולקדש אישה עבור בנו, אך השליח קידש את האישה לעצמו. כמו כל פעולה משפטית קניינית אפשר לקדש ע"י שליח. (כמו שאפשר לגרש ע"י שליח). והתניא **"מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות"!** שליח שמקבל תפקיד ומנצל את התפקיד עבור עצמו זה תקף אבל מסריח. כאן אנו פוגשים את המפגש בין השאלה המוסרית לשאלה המשפטית. איך יכול להיות שהחסיד הזה עושה פעולה כזאת?! כיוון שהקידושין תלויים ברצון של האישה הוא הרגיש בסדר לעשות זאת. האישה לא רצתה להתחתן עם השולח אבל הסכימה להתחתן עם השליח לא יהבוה ניהליה [=לא נתנו אותה לו עבור הבן] איבעי ליה לאודועי [=היה צריך להודיע לבנו!] טענת האב כלפי השליח הייתה שגם אם עשית את הדבר הזה, המינימום היה שתודיע על המעשה! סבר אדהכי והכי אתא איניש אחרינא מקדש לה [=היה סבור שבינתיים מישהו אחר יקדש אותה]. השליח ענה שאם היה מתעכב ומחכה עד שההודעה תגיע אל הבן, מישהו אחר יתחתן איתה. לו היה מחכה ה"עסקה" הייתה בורחת.

עולים מכאן שני דברים:

* אדם הפועל עבור הזולת חייב לשולחו חובת נאמנות. יכול להיות מצב שחריגה מהשליחות תהיה תקפה אבל אז מתעוררת השאלה המוסרית והוא נקרא רשע. הגמרא עמלה למציאת הסיבות שיהפכו את המעשה לכזה שאין בו פגם מוסרי.
* השאלה המוסרית- הגמרא מתארת את המצב כך שלא הייתה ברירה אחרת לרבי חסידא אלא לנהוג כפי שנהג. יש הבחנה בין השאלה המשפטית לשאלה המוסרית.

הסיפור השני- רבה בר בר חנה יהיב ליה זוזי לרב אמר זבנה ניהלי להאי ארעא אזל זבנה לנפשיה [=רבה בר בר חנה נתן לו מעות כדי שיקנה עבורו קרקע מסוימת, וקנה אותה עבור עצמו]. רב הולך לקנות עבור רבה בר בר חנה אדמה ובסוף במקום לקנות עבור השולח את הקרקע הוא קונה אותה עבור עצמו. גם כאן והתניא "**מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות"!** באגא דאלימי הוה ליה לרב נהגי ביה כבוד לרבה בר בר חנה לא נהגי ביה כבוד [=בקעה מלאה בשדות של אנשים אלימים היו, ורק בו נהגו כבוד למכור לו]. הדבר עשוי אך זהו מנהג רמאות. מסתבר הקרקע הייתה בשכונה מאוד אלימה ולא היו נותנים לרבה בר בר חנה לגור שם. אבל כלפי רב היה להם כבוד. הם לא הסכימו למכור לשולח אבל הסכימו למכור לשליח. זה אותו מצב כמו הסיפור הקודם: העסקה לא הייתה קמה בנסיבות הרגילות ולכן, כיוון שהעסקה הייתה נאבדת אם לא היו עושים אותה, אז רב חתם את העסקה לעצמו איבעי ליה לאודועי [=היה צריך להודיעו!] סבר אדהכי והכי אתא איניש אחרינא זבין לה [=היה סבור שבינתיים מישהו אחר ירכוש]. גם כאן נטענת כלפיו הטענה שהיה עליו להודיע! והוא עונה שלא היה לו זמן שאם לא כן, מישהו אחר היה קונה את הקרקע.

בשני המקרים מדובר על שליחים שקיבלו שליחות לבצע עבור שולח ובסוף ביצעו זאת עבור עצמם כיוון שלא יכלו לעשות את העסקה עבור השולח וגם לא יכלו להודיע על כך.

בשני המקרים הם מקרים בהם הגמרא בוחנת לא רק את הפן המשפטי של עסקה אלא גם את זה המוסרי. בשניהם נמצא בהתחלה פגם מוסרי למרות שאין פגם משפטי. בסופו של דבר הגמרא מוצאת תירוץ ומצליחה ליישב את הפן המוסרי.

הסיפור השלישי- רב גידל (זה השם שלו) הוה מהפיך בההיא ארעא [=היה בוחן קרקע לרכישה] הוא אדם שהוא בעל מקצוע בבחינת ורכישת קרקעות אזל רבי אבא זבנה [=הלך רבי אבא ורכש אותה]. רבי אבא הלך וקנה את הקרקע שרצה רב גידל לקנות. הוא עשה זאת ממש מתחת לאף שלו! אזל רב גידל קבליה לרבי זירא [=הלך רב גידל וקָבל על רבי אבא בפני רבי זירא] אזל רבי זירא וקבליה לרב יצחק נפחא [=הלך רבי זירא וקבל בפני רבי יצחק הנפח] הלך רב גידל והתלונן אצל הרב נפחא על אותו רבי אבא. הרב הבטיח לו שהוא יבדוק את העניין בעת העלייה לרגל, כשרבי אבא יבוא לבקר אותו בחג אמר ליה [=לו] המתן עד שיעלה אצלנו לרגל. כי סליק אשכחיה [=כאשר עלה (לרגל) מצאו] אמר ליה עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו מאי הרב נפחא נותן לרבי אבא משל: מה דינו של אדם שחטף מהעני המחטט בחררה? אז הוא עונה לו: רשע! אמר ליה נקרא רשע ואלא מר מאי טעמא עבד הכי א"ל לא הוה ידענא [=מדוע עשית כך? לא ידעתי]. אז הוא ממשיך ושואל: אז למה עשית זאת בעצמך?! וענה לא אבא: לא ידעתי. טעות. השתא נמי ניתבה ניהליה [=תחזירוֹ לו] מר א"ל זבוני לא מזבנינא לה דארעא קמייתא היא ולא מסמנא מילתא [=לא מביא מזל טוב למכור את הרכש הראשון שלי] כדי לתקן את המעוות מבקשים מאבא להחזיר את הקרקע לגידל. אבא לא מסכים למכור לו אלא רק לתת לו במתנה. גידל לא הסכים לקבל מתנות וככה יצא שאף אחד לא השתמש בחלקה אי בעי במתנה נישקליה רב גידל לא נחית לה דכתיב [=שכתוב] (משלי טו) ושונא מתנות יחיה [=תן לו? הוא לא יקח בגלל "שונא מתנות יחיה"] רבי אבא לא נחית לה משום דהפיך בה רב גידל לא מר נחית לה ולא מר נחית לה ומיתקריא ארעא דרבנן [=שניהם לא ירדו לנכס – ונקרא עד היום "קרקע הרבנים"].

למדנו עוד מושג. עני המהפך בחררה משמעו לא רק בצורה הפיזית של מישהו שאין לו מה לאכול אלא זה מיושם בידי חז"ל על אדם המתערב בעסקה שאינה לו. חז"ל לא חוסכים את שבט הביקורת המוסרית מאותו אדם. התנהגות שלו כשרה אבל לא מוסרית יש לה סנקציה שאינה משפטית פורמאלית- אלא אחרת כמו לא לתת לו לעלות לתורה או לא להעיד או לא לדבר איתו וכד'

המושג "עני המהפך בחררה" משמעו התערבות בעסקה. תכף נראה איזו עסקה. התלמוד עד כדי כך סולד מצורת התנהגות זו שהוא קורא לאותו אדם "רשע"(!). במקורות 87-88 ישנה מחלוקת לגבי ההגדרה המדויקת של המושג:

1. **רש"י, שם**

**עני המהפך בחררה** מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית.

לפי רש"י עני המחפש בחררה מנסה לזכות בעוגה מההפקר או שמנסה שיתנו לו אותה בחינם. הרעיון של רשע הוא של אדם הלוקח משהו מעני.

**88. תוספות, שם ד"ה עני**

פי' בקונטרס [=**רש"י**] דמיירי [=שמדובר, המקרה עוסק ב-] **בחררה של הפקר**...

ואומר ר"ת [=**רבינו תם**] דאיסור דמהפך דנקט הכא [=שהאיסור של "עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה נקרא רשע" שנקט בו כאן] לא שייך אלא דוקא **כשרוצה העני להרויח בשכירות או כשרוצה לקנות דבר אחד וחבירו מקדים וקונה** והוי דומיא [=דומה] דרב גידל ומשום הכי קאמר דנקרא רשע [=ומשום כך אמר שנקרא רשע] כי למה מחזר על זאת שטרח בה חבירו ילך וישתכר במקום אחר אבל אם היתה החררה דהפקר ליכא [=אין] איסור שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת.

אומר רבינו תם שהאיסור של עני המהפך בחררה לא שייך אלא רק כשעני רוצה להשיג משהו בשכירות ומישהו לוקח לו את זה- כמו רבי גידל- אבל לא כשמדובר בהפקר. רשע הוא לא אדם שלוקח למישהו משהו מההפקר אלא זה המתערב באמצע העסקה. ההקשר הוא הקשר מסחרי ולא הקשר של מציאות.

מתי יש שיקול של רשעות? כשיש לך חלופה ואתה לוקח את האופציה לאדם אחר במקום לפנות לחלופה. כשיש עסקה פתוחה אחת, או כשמחלקים משהו חינם, באותה מידה שעני עשה מאמץ לזכות מן ההפקר ככה גם אותו אדם עושה את המאמץ. אי אפשר לומר לו ללכת לחפש למקום אחר, כי אין. הרעיון של רשע, לפי מקור זה, לא נמדד ביחס למצב של האדם שמולו, העני, אלא מודדים אותו ביחס לחלופות שיש לו עצמו. אין לרבנו תם ביקורת על מצב של הפקר אלא על מצב שבו אדם השקיע עבודה קשה ואז באת וחטפת לו את מה שהוא ניסה להשיג.

**סיכום:** לפי רש"י למה נקרא רשע? השני מסכן ולכן מי שלוקח למסכן הוא רשע. הפוקוס הוא על זה שחיפש ראשון ושיוצא בסופו של דבר אומלל. לפי רבינו תם יש להסתכל על החלופות העומדות בפני השני. המסכנות איננה קטגוריה.

דוגמה: ...ומכאן נראה למהר"ר [=למורינו הרב רבי] יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו שמאחר שהוא שכיר שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם אם לא שיאמר בעה"ב [=בעל הבית] דאין [=שאין] רצונו לעכב [=את] המלמד שלו אבל אם שכר בעה"ב מלמד אחד יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו ואינו יכול לומר לו הבעל הבית לך ושכור מלמד אחר דנימא ליה [=שיאמר לו] אין רצוני אלא לזה שהרי כמדומה לי שזה ילמוד בני יפה ממלמד אחר. כשאתה בא ומציע את עצמך לבעל בית שכבר יש לו מלמד אתה מתערב ביחסים הקיימים שיש לו עם המלמד הראשון. זה לא בסדר. זה כן יהיה בסדר כשבעל הבית עצמו מחליט שהוא רוצה להחליף מלמד. המקרה ההפוך הוא כשבעל בית מחליט לשכור את העובד שעובד אצל מישהו אחר.

אסור לעובד להתחרות באחר ולקחת לו את מקום העבודה (במיוחד אם הוא יכול להשיג עבודה במקום אחר) אבל כמעביד מותר לי לקחת עובד של מישהו אחר. יש כאן הטיה לטובת העובד. (אנו משאירים בצ"ע את השאלה האם עני המהפך בחררה הוא בהכרח דלפון או לא?)

יושר בעולם המסחר: היורד לאומנות חברו

זוהי הסוגיה השנייה, אליה אנחנו מגיעים מתוך סוגיית העני המהפך בחררה.

1. **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. הדימוי של "אשת רעהו" זה ביטוי מאוד אינטימי כדי להראות לנו עד כמה מקצועו של האדם זה דבר אינטימי ומשמעותי. הכוונה כאן היא שאדם לא צריך להתערב ביחסים שבין אדם לאומנתו.

נתייחס ל**מקור 90. בבא בתרא כא, ע"ב** מצודת הדגים

אמר רב הונא האי בר מבואה דאוקי ריחיא ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה דינא הוא דמעכב עילויה דא"ל קא פסקת ליה לחיותי [=בר מבוי שהעמיד ריחיים, ובא בן מבוי חבירו והעמיד לידו ריחיים אחרות, דין הוא שיכול לעכב עליו – מפני שטוען: אתה מקצר את (פוגע ב-) מחייתי] לימא מסייע ליה [=שמא יש תמיכה בכך ש-:] "מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג וכמה אמר רבה בר רב הונא עד פרסה" שאני דגים דיהבי סייארא [=נותנים (שולחים לפניהם) סיירות]. מובא מקרה של אדם, בן אותו מקום, הפותח עסק הזהה לעסק של חברו ממש ידו. רב הונא אומר שהדין הוא שזה פוגע לו בפרנסתו. מדמים זאת לכך שאדם לא יכול לשים את רשתות הדיג שלו ליד הרשתות של חברו. אסור לשים מלכודת ליד מלכודת וכך גם לא עסק ליד עסק. בדגים יש לכך רגישות מיוחדת כיוון שהדגים יראו את המלכודת שלך ולא יגיעו למלכודת שלי. הדין הוא שאסור לפתוח חנות אחת ליד חנות אחרת כיוון שבכך אתה קוטע את מחייתי- עמדת רב הונא.

 (דילגנו על שתי הפסקאות הבאות)

אמר רב הונא בריה דרב יהושע: פשיטא לי [=פשוט לי (הדבר) ש-] בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב [=בן **עיר** על בן **עיר** אחרת יכול לעכב] ואי שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב [=אם משלם מסים כאן אינו יכול לעכב] בר מבואה אבר מבואה דנפשיה לא מצי מעכב [= בן מבואה אינו יכול לעכב על בן מבואה שלו עצמו] בעי [=הציג שאלה] רב הונא בריה דרב יהושע בר מבואה אבר מבואה אחרינא מאי [=מה הדין לגבי בן מבוי – האם יוכל לעכב על בן מבוי אחר]? תיקו [=השאלה תעמוד (ללא הכרעה)]. רב הונא אומר שברור לו שעיר יכולה למנוע מבן עיר אחרת לבוא ולפתוח עסק זהה באותה עיר כדי לא לפגוע בתושביה. המצב שונה כאשר מדובר בשני אנשים הגרים באותו רחוב- אי אפשר למנוע כיוון שלשניהם זכויות זהות

יש פה שתי תפיסות לגבי הרעיון של התערבות:

* תפיסה ראשונה- לפיה ניתן למנוע כל התערבות בפרנסתו של אדם. יש זכות משפטית למניעת ההתערבות.
* תפיסה שנייה- לפיה ניתן למנוע מאדם זר, שבא מבחוץ, מלפגוע בפרנסת בני העיר. אך לא ניתן למנוע מאדם שמשל מיסים כמוני, שהוא באותה רמה כשלי, לפתוח את העסק שלו גם אם זה פוגע בי. הזכות המשפטית תלויה בשאלת המגורים של המתחרה.

בשאלת "היורד לאומנות חברו", כמו בסוגיית "עני המהפך בחררה" ישנה התערבות בפרנסה, אך שתי הסוגיות אינן מדברות זו עם זו. בסוגיית ה"עני" ישנה התערבות ביחסים עסקיים פוטנציאליים- חטיפת ההזדמנות ממש מתחת לאפו של האדם, עוד בטרם הוא הצליח להשיג זאת. במקרה של "היורד לאומנות חברו" ישנה התערבות ביחסים עסקיים קיימים- האדם גונב לחברו את לקוחותיו ע"י כך שהוא פותח לידו עסק זהה. הסוגיה הראשונה מתייחסת לשאלה המוסרית ויש לה סנקציה שאינה משפטית, בעוד הסוגיה השנייה היא בעלת עניין משפטי שכן "דין הוא".

השאלה היא מתי נגיד שהשאלה היא מוסרית ומתי נגיד שהשאלה היא משפטית? בכל מקרה, מובאים שני יוצאי דופן שתיקן עזרא בשיבת ציון:

* + - 1. אמר רב יוסף ומודי רב הונא במקרי דרדקי דלא מצי מעכב [=ומודה רב הונא במלמד תינוקות (ילדי בית ספר) שאין הוא יכול לעכב עליו] דאמר מר [=שאמר האדון] (עזרא תיקן להן לישראל שיהו מושיבין סופר בצד סופר וניחוש דילמא אתי לאיתרשולי [=נחשוש שמא יתרשלו] אמר לו "קנאת סופרים תרבה חכמה". במקרה של מלמד, מותר יהיה לו להתמודד על המקום של מלמד אחר (למרות שראינו שבדרך כלל אסור להתערב ולקחת לעובד את מקום עבודתו. וזאת מפני ש"קנאת סופרים תרבה חוכמה")
			2. אמר רב נחמן בר יצחק ומודה רב הונא בריה דרב יהושע ברוכלין המחזירין בעיירות דלא מצי מעכב [=שאין אפשרות לעכב בעדם] דאמר מר עזרא תקן להן לישראל שיהו רוכלין מחזירין בעיירות כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל והני מילי לאהדורי [=ואלו הדברים (נאמרו, נתקנו) לגבי לחזר בעיירות] אבל לאקבועי לא [=לא לקבוע מקום] ואי צורבא מרבנן הוא [=תלמיד חכמים] אפילו לאקבועי נמי [=מותר לו גם לקבוע מקום לפר נסתו]. לגבי רוכלים המוכרים תמרוקי נשים, תיקן עזרא שלא ניתן יהיה למנוע מהם לנוע מעיר לעיר למרות שהם גוזלים את פרנסת תושבי העיר וזאת מפני חשיבות המסחר והחשיבות לתמרוקי הנשים.

**13.1.13**

יושר במסחר- "עני המהפך בחררה" ו"היורד לאומנות חברו"

נחזור על המושגים הללו בצורה סכמטית וניישר קו עם הפרשנות המסויימת שנתנו השנה. המרצה ממליץ לקראת המבחן לכתוב ליד כל טקסט בקצרה מה הוא רוצה לומר. ככה נראה שהבנו אותו.

ראינו שני מושגים:

* **עני המהפך בחררה-** דיברנו עליו בתור טענה מוסרית. אין זה חוזה לא חוקי. ניסחנו את שתי הגישות לפי ההדגשים השונים. בודקים:
1. **הפגיעה בזולת- עני.** גרמת עוגמת נפש לאחר וכמה שהוא יותר מסכן כך הפגם המוסרי גדול יותר. התחשבות במסכנותו של האדם **(רש"י)**🡨 **גם בנוטל מן ההפקר-** לפי הגישה הזאת מבחינה מעשית, אין זה משנה אם לא היה לך מקום אחר לקחת ממנו, אתה פגעת באותו עני ולכן זה פגום. מבחינה משפטית לא לקחת מהעני שום דבר. הוא רק כמעט השיג את אותו הדבר- ועדיין אתה לקחת לו את מה שכמעט היה לו.
2. **התנהגות יחסית- הפוגע יכול להרוויח במקום אחר**. יש כאן הדגשה לא של המסכנות אלא של האופציה הנוספת שהייתה לפוגע. זה נשמע כהבדל סמנטי אך יש פה הבדל מעשי. **(רבינו תם)** 🡨 **רק בהשתכרות.** **לא בנוטל מן ההפקר** השאלה היא לא רק כמה מסכן השני אלא כמה אפשרויות פתוחות בפניי.

(**שאלה שיכלה להיות במבחן**- **עני המהפך בחררה זו שאלה מוסרית או משפטית?** מוסרית. **מהן שתי הגישות?** 1) התמקדות בנפגע ואין זה משנה אם יש חלופות לפוגע. 2) ההתייחסות היא לאפשרויות הנוספות שהיו או לא היו לפוגע. אם לא היה לו משהו אחר, זה לגיטימי כי שניהם התחרו על אותו הדבר ושניהם נפגעו)

* **היורד לאומנות חברו-** בסוגיה נראה שתי גישות. זוהי כבר טענה משפטית עליה יש ויכוח לגבי הנסיבות- מתי אוכל להוציא צו מניעה שימנע ממתחרה לפגוע בפרנסתי ע"י כך שהוא פותח בתחרות קרובה מדי? שתי גישות:
1. **רב הונא- מעכב על חברו: "פוגע במחייתי"**- אפשר לטעון זאת על כל אדם כל הזמן. תמיד אפשר להוציא צו מניעה. **החריג: מורה**. (תקנה זו מיוחסת לעזרא הסופר אשר בזמנו, שיבת ציון המדינה הייתה הרוסה וצריך היה להקים חינוך מחדש. זאת ניתן לעשות ע"י תחרות בשוק המורים.) בעניין המורה לעולם לא ניתן יהיה להוציא צו מניעה.
2. **רב הונא ב"ר יהושוע- מעכב רק על מישהו "מבחוץ"-** הגישה אומרת שלא תמיד אפשר לטעון זאת והיא עושה הבחנה בין תושב המקום לתושב זר. אם זהו תושב של אותו מבואה אז לא ניתן יהיה לעכב בעדו ואם הוא תושב מדינה אחרת שלא משלם מיסים אז אפשר לעכבו. **חריג: רוכלים.** מדובר היה ברוכלים שהסתובבו בשווקים ומכרו תמרוקי נשים. (תקנה זו גם מיוחסת לעזרא כיוון שכשמקימים מדינה צריך לטפח גם את הנשים)

מדובר על עיקרון משפטי המאפשר הוצאת צו מניעה שיעכב את פתיחת העסק, זו כבר לא טענה מוסרית בלבד. הויכוח הוא לא על השאלה האם בכלל אפשר אלא מתי אפשר?

יש לשים לב שאלו הן שתי סוגיות. האחת עוסקת בפן המוסרי והשנייה במשפטי, כאשר הנסיבות נורא דומות! עני המהפך בחררה ומישהו בא ולוקח לו את פרנסתו. הרעיון העסקי בשני המקרים הוא נורא דומה. שבוע שעבר נשארנו בשאלה **מה ההבדל?!** השאלה מתחדדת במיוחד כאשר שמים לב לכך שרבינו תם אומר שלא מדובר בעני המהפך בחררה מן ההפקר, זוהי רק מטאפורה. מדובר בפרנסה של האדם. במושג של היורד לאומנות חברו זה קפץ מדרגה מסוגיה מוסרית לסוגיה משפטית.

בדיני הנזיקין של ההלכה היהודית אנחנו דורשים קש"ס ישיר. במקרה שלנו הקש"ס אינו ישיר במיוחד. הטענה היא שפתחתי את החנות והאנשים לא באו- אז מה?? הלקוחות לא חייבים למוכר שום דבר. כאן נכנסים דיני היושר ונותנים לנו כמה אפשרויות. את ההבדל בין "עני המהפך" לבין "היורד" ניתן לראות לפי שתי שאלות:

(אלו הם שני תירוצים שונים בדברי התוספות, הסברים מקבילים, כנראה חלוקים)

1. **חד פעמי/ מצב קבוע**- יש הבדל בין מצבים חד פעמיים לקבועים. פגיעה של "עני" היא חד"פ בעוד "היורד" פוגע פגיעה קבועה. נוכל לראות את עומק הפגיעה הבאה לידי ביטוי בקריטריונים הבאים:
* **אומנות**- היהדות נותנת למקצועו של אדם משמעות רבה ואף משווה אותה ליחסים האינטימיים עם אשתו. זה מרכז החיים שלו הפרנסה שלו.
* **בסיס לקוחות**- אומנם הלקוחות לא שייכים לו אך רשימת לקוחות זה נכס וזה יוצר הסתמכות. גם במשפט המודרני זהו נכס מוגן וע"י פתיחת עסק זהה לוקח האדם לחברו את לקוחותיו.
* **קשר מתמשך**- אם מדובר בקשר קבוע שהוא מעין קנייני, הסתמכות על לקוחות, זו שבירת מטה לחמו של אותו אדם. אם זה היה קשר לא מתמשך וחד פעמי היינו משבצים את זה כעני המהפך בחררה כיוון שאלו החיים. יש תחרות בשוק.
1. **התנהגות יחסית**- לא שמים את הפוקוס על הפגיעה של הנפגע אלא על ההתנהגות של הפוגע ואם היו לו אופציות אחרות אז ההתנהגות שלו היא פגומה מבחינה מוסרית ואם היא ממש פגומה אז זה כבר הופך לפגם משפטי.

ההבדל בין מי שבא מבחוץ למי שבא מבפנים הוא שמי שמשלם מיסים והוא כמוני- אני לא יכול להגיד לו מה לעשות. הוא אומנם פגע בי אך ההתנהגות שלו היא לגיטימית ויש לו את אותם זכויות כמוני. מי שאינו כמוני אני כן יכול לדרוש ממנו ללכת כי מה שהוא עושה אינו הוגן.

ישנו ביטוי בשולחן ערוך: "מערופיאה". לא ברור מה זה בדיוק אבל בגדול הרעיון הוא שמערופיאה היה סוג של ריטיינר- מעין היחס שבין מלווה בריבית ללווה שלו. בארצות בהם עסקו היהודים בהלוואה בריבית התפתחה לעיתים קרובות מערכת יחסים שבין המלווה היהודי ללווה הגוי אשר היה בא כל פעם ללוות רק ממנו, נוצרו ביניהם יחסי אמון. ההלכה דנה בשאלה בנוגע להתערבות ביחסי האמון הכלכליים שביניהם.

**מקור 89** לפתע מקבל משמעות אחרת של אומנות חברו= לאשת חברו. איך הדימוי (הבגידה) קשור לתוכן המסחרי? גם האישה וגם המקצוע של האדם הם פגיעה ביחסים האינטימיים וארוכי הטווח. בהסתמכות ובאמון שיש לאדם עם אשתו או עם אומנותו. הקשר שמשקיעים בו שעות על גבי שעות הוא דבר חשוב וזה לא מוסרי- עד לא משפטי- לפגוע בו.

**מקור 90**- מדובר על בן מבוא שפוגע לבן מבוא אחר בפרנסתו. אמר רב הונא שפשיטא הוא שבן עיר יכול לעכב על בן עיר אחרת. אם אדם הוא בן אותה מבואה ומשלם מיסים לאותה עיר, יש לו שייכות כלכלית ולכן לא ניתן למנוע ממנו (השאלה שעומדת עדיין היא מה עושים עם בן אותה עיר אבל משכונה אחרת?)

בשתי הפסקאות הבאות של הטקסט נמצאים החריגים- על איסור עיכוב מורה בגלל האינטרס של "קנאת סופרים תרבה חוכמה". ואיסור עיכוב הרוכלים המחזרים בעיירות כדי לאפשר תמרוקי נשים. שני החריגים יוצאים מתקנת עזרא בשיבת ציון.

**מקור 91- התוספות-** המדברים על מצודת הדגים- כאשר אדם בא לצוד דגים ברשת ואדם אחר מגיע עם הרשתות שלו לידו, לכאורה זה בסדר כי הדגים הפקר. התוספות עונים שתי תשובות:

1. *אתה יכול לפרוס את הרשת שלך במקום אחר*- למה דווקא ליד השני?! יש כאן התייחסות להתנהגות היחסית. היית יכול לעשות את אותו הדבר בכל מקום אחר אבל בחרת לעשות את זה כאן. ע"כ נוציא נגדך צו מניעה
2. *יש כאן פגיעה באומנות*- הפגיעה היא בדבר קבוע, באומנות של האדם, שאליה יש לו קשר אינטימי וכו'..

**השולחן ערוך** מסכם את מה שלמדנו ב**מקור 92**- כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסי ולא אחד מבעלי אומניות. אך אם היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו: אתה פוסק **(קוטע)** חיי; ואפילו היה מבני מבוי אחר, אינם יכולים למונעו, שהרי יש ביניהם אותה אומנות.(**השו"ע פוסק כמו הדעה של רב הונא ב"ר יהושוע)** אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה, או מרחץ בצד מרחצו של זה, יש להם למונעו. ואם היה נותן עמהם מנת המלך (משלם מיסים), אינם יכולים למנעו

**20.1.13**

צדקה כממון עניים: נטל הראיה לטובת העניים

ראינו בתחילת השנה שבמצבים בהם היה אי צדק במקרה הקונקרטי, המשפט אפשר את התערבות המלך/ בית הדין הגדול כדי שיפעילו שיקול דעת וישנו את הכללים כדי להתאים את החוק למקרה הפרטני. לעיתים תחושת אי הצדק הייתה כל כך חזקה עד שהדבר הוביל לחקיקה. התיקון נוצר מתוך החקיקה ולא מפנייה למנגנון חיצוני מתקן.

**103. ויקרא יט, ט-י**

וּבְקֻצְרְכֶם 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: יש כאן צורת התנהגות הלוקחת בחשבון את ערכי הצדקה. אנו רואים שלא מכלים את פיאת השדה, את הקצה של השדה משאירים לעניים. לקט משמע שהקוצרים לא מרימים את מה שנפל להם מהאלומה ומאפשרים לעניים ללקט אחריהם. אותו הדבר לגבי הכרם- את העוללות, את מה שנשאר לא חוזרים לאסוף כדי שיישאר לעניים.

הכללים של הצדקה יורדים לרזולוציות משפטיות וזהו כבר ממש ציווי **104. ויקרא כג, כב**

וּבְקֻצְרְכֶם אֶת קְצִיר אַרְצְכֶם לֹא תְכַלֶּה פְּאַת שָׂדְךָ בְּקֻצְרֶךָ וְלֶקֶט קְצִירְךָ לֹא תְלַקֵּט לֶעָנִי וְלַגֵּר תַּעֲזֹב אֹתָם אֲנִי ה' אֱלֹהֵיכֶם:

במקורות הבאים 105-108 נראה כיצד מכניסים את היושר לתוך החקיקה ומפעילים את הכללים כחלק מהמערכת:

**105. משנה, פאה ד, א** חורי הנמלים

חורי הנמלים שבתוך הקמה הרי הן של בעל הבית שלאחר הקוצרים העליונים לעניים והתחתונים של בעל הבית רבי מאיר אומר הכל לעניים **שספק לקט לקט**:. נמלים אוספות חיטה ומחביאות באדמה. למי זה שייך? לבעל הבית. יש כאן רזולוציה שיש לדון בה בחברה החקלאית- והיא: מה כלול בלקט? במצוות הלקט נאמר לנו שספק לקט- הוא לקט!

זהו יוצא מהכלל שכן הכלל החולש בד"כ על ספקות הוא לקולא. המוציא מחברו עליו הראיה- נטל הראיה הוא על התובע. התורה במקרה שלנו מהפכת את נטל הראיה ומפעילה אותו לטובת החלש. יש כאן ניסיון להכניס את מימד היושר לתוך החוקים לא רק כצדק אריסטוטלי אלא כחוקים שיתנו עדיפות לחלשים, מתוך המערכת.

**106. תוספתא, פאה ב, טו**

שבולת שבקמה הרי היא של בעל הבית שבקציר הרי היא של עניים חציה בקמה וחציה בקציר נוטלה ומשליכה לאחוריו **שספק לקט לקט**: ישנה התלבטות עובדתית- האם השיבולים כאן הם לקט כי כבר עברתי כאן או לא כי עוד לא? המחוקק קבע שהספק פועל לטובת החלש. ספק לקט- לקט. גם אם אתה לא בטוח אם היית כאן, עזוב, תשאיר לעני. יש כאן מודל יותר חזק מאשר הגומייה שבאה לתקן את הצינור של הכיור. זה לא רק מתאם. יש מצבים בהם מושגי היושר הם כל כך חזקים עד שהם כבר נכנסים לתוך החקיקה.

היו עוד מצבים בהם ראינו שהיושר נכנס לתוך המשפט:

* "היורד למלאכת חברו"- יש הכרה בפגיעה המוסרית וניתנת לה נפקות משפטית בדמות צו מניעה שניתן להוציא.
* "מידת סדום"- לא יפה שאדם יעמוד בצורה דווקנית על זכויותיו ולכן במקרה ואין סיבה אמיתית להתעקשותו, וזה יעזור לשני אם ניתן לו את החלקה המסויימת הזאת (לדוגמה) ניתן לכפות עליו.
* "חוקי הראיות"- אפשרנו שינוי של הכללים והעדפנו שחרור של פושעים על פני המתת אדם אחד על לא עוול בכפו

יש כאן חוקי יושר המוכנסים לתוך המערכת עצמה ולא מופעלים רק על ידי המלך, בית הדין או כל גורם חיצוני אחר.

**107. ספרא קדושים פרשה א**

**מנין שספק לקט לקט, ספק שכחה שכחה, ספק פיאה פיאה**, תלמוד לומר לעני ולגר תעזוב אותם, אני ה' אלהיכם אני איני גובה מכם אלא נפשות שנאמר אל תגזול דל כי דל הוא ואל תדכא עני בשער, וכן הוא אומר כי ה' יריב ריבם וקבע את קובעיהם נפש. לפי הדינים הרגילים, במקרה של ספק לקט/שכחה/פיאה, היינו צריכים לפסוק שזה לא כלול. לפי הכללים האוניברסליים זה לא הולך לעני אלא לבעלים, שהרי זהו רכושו, אך לפי החקיקה של דיני היושר זה כן. כאשר ספק אם חלה מצוות הלקט על השיבולים, אנחנו הופכים את נטל הראיה ובמקום להשאיר את הזכות אצל הבעלים עצמו, אנחנו מטילים עליו את נטל הראיה. למעשה יש כאן פגיעה בזכותו הקניינית של הבעלים, מתוך התפיסה של דיני היושר של העדפת החלש.

במקור **108. ספרי דברים פיסקא רפג** אנחנו כבר עולים מדרגה

לא תשוב לקחתו, מיכן אמר רבי ישמעאל שבולת שבקציר וראשה מגיע לקמה אם נקצרת עם הקמה הרי היא של בעל הבית ואם לאו הרי היא של עניים **בעל הבית המוציא מעניים עליו להביא הראיה- שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומנין שספק לקט לקט ספק שכחה שכחה ספק פיאה פיאה** תלמוד לומר לגר ליתום ולאלמנה יהיה. בעל הבית צריך להביא ראיה כשיש לו ספק מפני שהכלל המשפטי הוא "המוציא מחברו עליו הראיה". הדבר נראה לנו כהיפוך נטל הראיה. נדמה שנטל הראיה פועל כאן נגד הכללים האוניברסליים של בעל הזכות, אך הצדק כאן כל כך חזק עד שהענקנו זכויות לעניים מתוך הרכוש של הבעלים. מושג היושר הוא כל כך חזק עד שהוא על גבול הסוציאליסטי. התורה מעניקה אחוזים מרכושו של העשיר לעניים. זוהי כבר לא צדקה אלא מעין צדק חברתי. אפשר לומר שהקנינו זכויות לעניים ברכוש העשירים (זה יותר חזק אפילו מלהגיד שהפכנו את נטל הראיה לטובת החלש). יש כאן פגיעה ברשות התורה ברכוש, בזכות הקניינית של הבעלים.

נטל הראיה לא משתנה- הזכות הקניינית משתנה! מקנים לעניים זכויות קנייניות ברכוש העשיר כדי ליצור צדק חברתי.

הצגנו את המהלך בשני שלבים:

* היפוך נטל הראיה. שינוי הכללים המשפטיים מתוך תפיסה של יושר
* השינוי אינו בכלל המשפטי כי אם בזכות עצמה. זה כבר הרבה יותר חזק

עד עכשיו נטינו לחשוב שמצוות צדקה היא לתת משלך לעניים. **מקור 108** מראה לנו שהעניים לא מקבלים כי אתה טוב לב אליהם אלא כי זה מגיע להם. יש להם זכויות ברכוש שלך.

**109. שמות כב, כ-כו**

וְגֵר לֹא תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ כִּי גֵרִים הֱיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם: כָּל אַלְמָנָה וְיָתוֹם לֹא תְעַנּוּן: אִם עַנֵּה תְעַנֶּה אֹתוֹ כִּי אִם צָעֹק יִצְעַק אֵלַי שָׁמֹעַ אֶשְׁמַע צַעֲקָתוֹ: וְחָרָה אַפִּי וְהָרַגְתִּי אֶתְכֶם בֶּחָרֶב וְהָיוּ נְשֵׁיכֶם אַלְמָנוֹת וּבְנֵיכֶם יְתֹמִים: מי שמתעסק עם גרים אלמנות ויתומים, ה' יעשה לו אותו הדבר ויגרום לו להגיע לאותו מצב. צעקתם של החלשים הללו היא כפולה- גם זעקת הכאב וגם זעקת הבדידות. לכן ה' כל כך רגיש אליהם.

אִם כֶּסֶף תַּלְוֶה אֶת עַמִּי אֶת הֶעָנִי עִמָּךְ לֹא תִהְיֶה לוֹ כְּנֹשֶׁה לֹא תְשִׂימוּן עָלָיו נֶשֶׁךְ: אִם חָבֹל תַּחְבֹּל שַׂלְמַת רֵעֶךָ עַד בֹּא הַשֶּׁמֶשׁ תְּשִׁיבֶנּוּ לוֹ: כִּי הִוא כְסוּתוֹ לְבַדָּהּ הִוא שִׂמְלָתוֹ לְעֹרוֹ בַּמֶּה יִשְׁכָּב וְהָיָה כִּי יִצְעַק אֵלַי וְשָׁמַעְתִּי כִּי חַנּוּן אָנִי: בד"כ כשאדם נותן הלוואה מותר לו לקחת משכון אבל יש דברים שאתה לא יכול לקחת מאדם. אם אתה לוקח לאדם את הפיז'מה שלו אתה צריך להחזיר לו אותה בערב כי אין לו משהו אחר. לפי עקרונות אוניברסליים לא אמורה להיות בעיה למשכן מה שזה לא יהיה כי אני צריך בטוחה. הכנסנו צדק חברתי כמגבלה על העקרונות האוניברסליים. זהו לא צדק של שיקול דעת, אלא הוא מובנה בחקיקה עצמה וכך מכניס אליה את דיני היושר.

הכללים המבנים את היושר בחקיקה לא באו לגרוע ממושג היושר כמושג של שיקול דעת. הסמכות להפעיל שק"ד ולעשות צדק במקרה הקונקרטי עדיין נתונה למלך/ לשופט. אלא שיש מצבים שבהם רואה המחוקק שיש מקום להכניס כללי יושר בצורה מובנית בחקיקה.

צדקה בחקיקה המקראית

**111. בבא מציעא פב, ע"א**

...דאמר רבי יצחק: "מנין לבעל חוב שקונה משכון? שנאמר 'ולך תהיה צדקה' (דברים כ"ד) אם אינו קונה משכון, צדקה מנא ליה [=מנין לו]? מכאן לבעל חוב שקונה משכון". זה הגיוני, ניתנת לגיטימציה לקחת משכון בעת מתן הלוואה.

**112. רשב"ם, שמות כב, כו**

ושמעתי כי חנון אני - אע"פ שמן הדין יש לו משכון ואינו חייב להחזירו אלא לפנים משורת הדין ולא היה לי לשמוע צעקתו אם לא מפני שרחום וחנון אני. אבל למעלה אצל אלמנה ויתום לא תענון שכת' שמוע אשמע צעקתו, הואיל ומן הדין שומע הק' [=הקדוש ברוך הוא] צעקתו, לפיכך לא כתב שם כי חנון אני: מצד הדין זה שלך. ה' שומע את צעקתו לפנים משורת הדין. זה בסדר מצידך שלקחת משכון אבל היינו מצפים ממך ליותר. למרות שזה נוגד את ההיגיון הכלכלי, אנחנו מצפים ממך לקחת בחשבון גם שיקולים שביושר.

לאורך הסמסטר הצגנו שני מושגים של יושר:

* **יושר כמנגנון מתאם**- שבו חורגים מכלל קיים במקרה פרטני (הצדק הכולל מול הפרטי) ראינו את זה במקרים של הגמשה שאז נוח מאוד להציג את זה בצורה דיאכרונית=למשך זמן. אפשר לתאר את זה כ:קודם היה כלל, אחר כך התעורר צורך, אחר כך הבאנו פתרון שיפתור את הצורך הפרטי. זהו יושר של שיקול דעת.
* **יושר כמנגנון מתקן**- פגשנו גם דוגמאות שבהן מושג הצדק הוא כל כך חזק שהשיקול של היושר הפך להיות חלק מהכלל עצמו. כמו במקרה שלנו- הכלל המשפטי לא מסייג את לקיחת המשכון. זה הפך להיות כלל משפטי שמפעילים אותו. אין כאן התייחסות לרבדים המשפטיים שבאו זה לאחר זה, אלא רואים את הכלל כמקשה אחת. הכלל מורכב ביחד מעקרונות משפטיים ומעקרונות של יושר. ראינו זאת גם כשדיברנו על השיקול של יושר בדיני נפשות- זה הדין. זה לא היסטוריה שפעם הרגו מישהו ואז קבעו את הכלל. זאת אנליזה של הצדק הכולל ביחד עם העיקרון המשפטי.

**93. בבא בתרא ז, ע"ב** המקור אמור ללמד אותנו רעיון דומה מהלכות צדקה(עיגון המושג המוסרי כנורמה משפטית)

מתני' [=משנה]. כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר רבן שמעון בן גמליאל אומר לא כל החצרות ראויות לבית שער כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח רשב"ג אומר לא כל העיירות ראויות לחומה כמה יהא [=יהיה] בעיר ויהא [=ויהיה] כאנשי העיר? י"ב חדש. קנה בה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד. מובאים חובות שבני העיר כופים זה על זה לעשות. דורשים נשיאה שווה בנטל מבחינת צרכי העיר. אם אתה תושב במשך שנה ניתן להטיל עלייך חובות כספיים כמו על שאר בני העיר

 **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 [=כאשר שנינו במשנתנו (י"ב חודש), הכוונה היתה לשם מימון פסי העיר]. אתה צריך לגור 30 יום בלבד בשביל להתחיל לתת לתמחוי. שלושה חודשים ואתה מחוייב לתת צדקה בקופת הצדקה של העיר וכו' עולה השאלה- איך זה ייתכן? והלוא אמרנו שכדי להיות מחויב בהשתתפות בתשתיות העיר צריך לגור בה שנה. אז אכן, כשנאמר 12 חודש הכוונה הייתה שלצורך פסי העיר ספציפית צריך לגור בעיר שנה. אבל בשביל הדברים האחרים מספיק לגור גם פחות.

מידת התשלומים שאדם משלם לצדקה, עומק המחוייבות שלו לעניינים של צדקה היא פרופורציונית למידת השייכות שלו. ככל שהוא גר יותר זמן כך הוא יותר מחוייב. הוא גר כבר 9 חודשים, כזמן יצירת החיים ולכן הוא אחראי על צדקה לצורך סילוק החיים. הצדקה מוצגת כאן כחובה, כמס רווחה ואפילו מפעילים כוח כדי לאכוף אותה.

 **95. בבא בתרא ח, ע"ב**

....מאי שררותא? [=מה שררה יש כאן?] דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה לפי שממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת. אנחנו רואים שיש לקהילה אפשרות למשכן את רכושו של האדם לצורך הצדקה וניתן לעשות זאת אפילו בערב שבת. זוהי לא מצווה וולונטרית אלא אתה מחוייב לה. הצדקה היא מחוייבות חברתית המאפשרת פגיעה בכללים ובעקרונות של זכות הקניין לצורך מימושה.

אנחנו לוקחים את מושג החמלה, מחוקקים אותו ופוגעים בעזרתו בזכות הקניינית- וזה דבר יפה ואדיר, לדברי המרצה.

שני הרכיבים קיימים במצוות הצדקה- גם המובן של הצדקה הוולונטרית וגם הצדקה שמחייבים עליה, מס ההכנסה. אנחנו גובים ומחייבים על הצדקה לצורך החמלה. ולא ראינו ולא שמענו על קהילה שאין בה רכיב של מיסוי לצורך החמלה, כך אומר הרמב"ם במתנות עניים (**מקור 101**- לא במבחן)

**למבחן**:

במבנה הקורס השתמשנו במקראה. המבחן מבוסס על המקורות הללו. אין צורך לזכור את כל החומר בע"פ אך מה שכדאי לעשות זה לדעת מה אומרים הטקסטים לפי מה שלמדנו. ייתכן שנישאל על מושגים מהטקסט ואז נשאל על הרעיון היוצא מהמושגים הללו. יש טקסט- צריך להבין אותו קודם כל ברמה הפשוטה, מבחינת המושגים שבו. את הדיונים המרכזיים עליהם דיברנו המרצה ריכז ושם עליהם שאלות. המבחן באורך של שלוש שעות

ראינו מושג של יושר מבחינת התאמה בצרכים הנקודתיים וגם יושר המוכנס לתוך המערכת. שיקולים של יושר וחמלה שמוכנסים לתוך המערכת החקיקתית. בסוף השיעור הוספנו גם יושר כערך דתי. (**מקור 28**)

**בונוס:**

אם דיברנו על שני מושגים של יושר- גם **יושר מתקן** שנכנס לחקיקה ולא רק **כמנגנון מתאם**. נראה עכשיו יושר במובן אחר:

**28. תלמוד ירושלמי מסכת בבא מציעא פרק ב [דף ח טור א]**

רבי שמעון בן שטח היה לו מסחר בפשתן מסוים. אמרו לו תלמידיו: רבינו, תניח מזה, ואנחנו נמכור עבורך ואנחנו נקנה לך חמור אחד, ולא תצטרך לטרוח. הלכו וקנו לו חמור מסירקאי אחד, והיתה תלויה בו מרגלית אחת. באו לפניו ואמרו לו: מעכשיו לא תצטרך שוב לטרוח. אמר להם: האם ידע בה [=במרגלית] בעליו? אמרו לו: לא. אמר להם: אלך להחזיר לו בחזרה. [השיבו לו]: לא כך אמר רב חונא ביבי בר גוזלון בשם רב לפני רבי – שאפילו למי שסבור שגזל הגוי אסור, אבידתו מותרת? אמר להם: מה אתם חושבים, ששמעון בן שטח ברברי הוא? רוצה שמעון בן שטח לשמוע **'ברוך אלוהיהם של היהודים'** יותר מאשר כל שכר וריווח ממון שבעולם. ר' שמעון בן שטח היה סוחר פשתן. תלמידיו רצו לקנות לו חמור כדי שלא יסחב את הפשתן. הייתה על החמור מרגלית. שמחו תלמידיו ואמרו לו שעכשיו הוא יוכל ללמוד תורה כל היום. הרב שאל האם המוכרים התכוונו שהמרגלית תנתן לו? אמר לו תלמידיו שלא אבל כיוון שאין חובה להחזיר לגוי הוא יכול לשמור את זה לעצמו. אומר הרב שהוא לא ברברי ובנוסף, שהוא רוצה לשמוע את קידוש ה' שבוקע ועולה מהמעשה הזה של החזרת המרגלית. יש כאן יושר לצורך ערך דתי.

וממי למד כן שמעון בן שטח? מן המעשה שסיפר רבי חנינא, שהזקנים לקחו ערימת חטים מאלו אנשי הצבא ומצאו בו צרור של דינרים, והחזירו להם ושיבחו אותם ואמרו: **ברוך אלוהיהם של היהודים**. רבי אבא אושעיא איש טרייא [הפרשנים מוסיפים על פי המדרש: כובס היה ובאה המלכה לרחוץ בנהר ואבדה תכשיטים שלה ומצאם והחזיר לה] אמרה: הרי אלו שלכם, שזכיתם בהם. השיב לה: אילו, מה הם חשובים בעיני, יש לי הרבה יותר טובים, ובתורה כתוב להחזיר אבידה. אמרה: **ברוך אלוהיהם של היהודים**. רבי שמואל בן סוסרטיי עלה לרומא. המלכה איבדה תכשיטים והוא מצאם. יצא כרוז: מי שמחזיר תוך שלושים יום יקבל שכר, ומי שמחזיר לאחר שלושים יום ייערף ראשו. החזיר אותם לאחר שלושים יום. שאלה אותו: לא שמעת את הכרוז. אמר: כן. ומה אמר? אמר לה בדיוק. אם כן, מדוע לא החזרת לפני תום שלושים הימים? כדי שלא יאמרו שמיראתכם אני משיב, אלא מיראת הקב"ה. אמרה לו: **ברוך אלוהיהם של היהודים**. מאיפה לומדים זאת? מהמקרה של הכובס שהחזיר את תכשיטי המלכה. יצא כרוז שאמר שמי שמחזיר תוך חודש יקבל שכר ומי שיחזיר אחרי יכרת ראשו. הוא החזיר בכוונה אחרי החודש ועשה זאת כדי שלא יגידו שהוא מחזיר את האבידה מפחד אלא מרצון להחזיר.

יש כאן תפיסה של יושר במישור אחר. לא חברתי ולא במישור של צדק אלא במישור הדתי.

אם נחזור לתחילת הרעיון של "לפנים משורת הדין" **20. ברכות ז, ע"א**

אמר רבי יוחנן משום רבי יוסי מנין שהקדוש ברוך הוא מתפלל שנאמר (ישעיהו נ"ו) "והביאותים אל הר קדשי ושמחתים בבית תפלתי" – 'תפלתם' לא נאמר אלא 'תפלתי', מכאן שהקדוש ברוך הוא מתפלל. מאי מצלי [=מה הוא מתפלל?] אמר רב זוטרא בר טוביה אמר רב יהי רצון מלפני שיכבשו רחמי את כעסי ויגולו רחמי על מדותי ואתנהג עם בני במידת רחמים ואכנס להם לפנים משורת הדין. תניא [=למדנו] אמר רבי ישמעאל בן אלישע: פעם אחת נכנסתי להקטיר קטורת לפני ולפנים וראיתי אכתריאל יה ה' צבאות שהוא יושב על כסא רם ונשא, ואמר לי: ישמעאל בני ברכני. אמרתי לו: יהי רצון מלפניך שיכבשו רחמיך את כעסך ויגולו רחמיך על מידותיך ותתנהג עם בניך במדת הרחמים ותכנס להם לפנים משורת הדין, ונענע לי בראשו. וקמשמע לן [=והדבר מלמד אתנו] שלא תהא [=תהיה] ברכת הדיוט קלה בעיניך. הגמרא מתארת את הכהן הגדול שנכנס להקטיר קטורת ושם הוא מבקש כל מיני. ההגשמה של אלוקים היא בוטה, הוא מבקש מהאדם לברך אותו.

בבסיס המדרש עומדת תפיסה מהמדרש שאומרת שביקש הקב"ה לברוא את העולם במידת הדין וכשראה שזה לא מתקיים עמד ושיתף עמה את מידת הדין. אנשים הם לא אובייקטים בעולם פיזיקאלי. אם אתה לא לוקח בחשבון את המימד האנושי, מידת הרחמים, אין כאן עולם אמיתי. ה' לא מעוניין להכנס בנו בדין. מידת הרחמים היא דבר מובנה בעולם. עומק התפיסה הוא הרעיון שהעולם הוא לא מכני אלא שמדובר על בחירה חופשית לאנשים יש מאוויים ורצונות וה' לא יעשה בשבילם הכל אלא הם יצטרכו לעשות זאת. רעיון הרחמים הוא דבר מובנה בעולם כפי שהוא נברא.