

2. הקבלה:

סוג שני של מקורות הוא - הקבלה, הקבלה היא המסורת שנתקבלה מדורי דורות, לא תמיד על אדני היגיון האנושי. כבר הרמב"ם מבדיל בין המדרש לבין הקבלה במילים הללו: "אחד (=בין) דברים שלמדו אותם מפי השמועה (ששמעו איש מפי איש עד למשה מסיני...) ואחד (=ובין) דברים שלמדום לפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן". כלומר הקבלה, בניגוד למדרש, אין לה עוגן כלל בפסוקי התורה.

הקבלה היא המקור הסטאטי ביותר, היא מבוססת על שמועה ואף אינה "יצירתית" כמו המדרש. ישנו ביטוי חזק באגדות חז"ל לפיהן עולה משה בשעת קבלת התורה מסיני והוא רואה את רבי עקיבא לוקח את "התורה שבכתב" ודורש ממנה "כל תג ותג וכל קוץ וקוץ". כלומר, רבי עקיבא דרשן "יצירתית". משה רואה זאת ונחלשה דעתו. מה זה קשור אליי? שואל עצמו, אילו כוונות "דרשניות" שמו בדבריי? אך לאחר מכן הוא רואה שרבי עקיבא נשאל קושיה על-ידי תלמידיו והוא עונה להם "דבר זה הלכה למשה מסיני" ואז "נתישבה דעתו" של משה.

להלן נעמוד על גישתו הייחודית של הרמב"ם בעניין חוסר המחלוקת כסימן מובהק לקדמות המסורת ועוצם תוקפה.

הקבלה היא המסורת הקדומה מכונה הרבה פעמים: "הלכה למשה מסיני", "גמרא", "מפי השמועה", "הלכתא גמירי לה" ולעיתים סתם "הלכה" (אם כי בהרבה פעמים ההלכה היא נורמה נוהגת מבלי לראות בה מסורת קדומה). דוגמאות ל"הלכה למשה מסיני" הם שיעורי התורה. כלומר, בתורה נאמר שצריך לאכול מצה בפסח, צריך לשבת בסוכה בסוכות, אסור להוציא חפצים מרשות היחיד לרשות הרבים בשבת. אז מהם השיעורים והמידות שממנה נחשבת "אכילה" בפסח? איזה "שיעור" נחשב כהוצאה בשבת? מהו הגודל המינימאלי של הסוכה? כל אלו הן - הלכות למשה מסיני. גם שצבע התפילין הוא שחור ושהוא בנוי מריבועים - הן הלכות למשה מסיני. גם זיהוי "פרי עץ הדר" כאתרוג, עליו עמדנו לעיל, נראה לראשונים, כמו הרמב"ם כ"הלכה למשה מסיני" וזאת בשל הדוחק של הדרשה.

בדרך כלל ה"קבלה" משלימה את הכתוב בתורה בפירוש ואינה סותרת אותה. אבל חכמים מנו שלושה דברים ש"הלכה עוקרת מקרא". ניתן דוגמא אחת: בתורה נאמר שאדם הרוצה לגרש את אשתו צריך לכתוב לה "ספר כריתות" היינו שטר גירושין. אבל המסורת בעל-פה אמרה שניתן לכתוב על כל חפץ שניתן למסור אותו לידי האישה כמו "כתב לה על העֶלָה". ואכן זו ההלכה שהתקבלה, למרות דברי התורה המפורשים.

3. התקנות והגזירות

המקור המשפטי השלישי הוא התקנה או הגזירה. זהו סוג מקור הדומה ביותר לחקיקה. התקנה פירושה חיובית (לתקן = ליישר) והגזירה היא שלילית, לסייג (=ועשו סייג לתורה), להרחיק. אך כל זה סמנטיקה. ישנן תקנות הנושאות ניסוח שלילי, וישנן "גזירות" חיוביות. התקנות והגזירות הן החלק הדינאמי של ההלכה, ניתנים לשינוי ולעיצוב מחדש באמצעות חכמי התורה שבכל דור ודור. לא פלא שפרופ' מנחם אלון שקידש את מחקריו למען החייאת המשפט העברי ראה בפעולות החקיקה של "תקנה וגזירה" כמעט חזות הכול. אין התקנה או הגזירה מבוססת על מסורת קדומה, ומצד שני אין היא זקוקה להתקבל פה אחד. אין צורך לכל עיגון בפסוקי המקרא כפי ש"המדרש" מצריך, ועל-כן תחום התפרסותו הוא מעבר להלכות הכתובות בתורה. על אף הדמיון בין ה"תקנה" או ה"גזירה" שבהלכה היהודית ל"חקיקה הראשית" ו"החקיקה המשנית" שבמשפטים המודרניים קיימים מספר הבדלים משמעותיים:

a. בעוד שהחקיקה הישראלית מופיעה ברשומות בקבצים המסוימים, במועדים הנדרשים וכן בהליכים מסודרים, הרי שהתקנה נעשית באותה דרך שנעשה הלימוד הדרשני – בבית המדרש. הם הרבה פעמים בעל-פה ומתקבלים באופן בלתי פורמאלי. התקנות המכוננות במשנה "שמונה עשרה דבר" שנתקבלו בדעת רוב היו לפי עדות המשנה כך: "ואלה מן ההלכות שאמרו בעליית חנניה בן חזקיהו בן גוריון כשעלו לבקרו, נמנו ורבו בית שמאי על בית הלל, ושמונה עשרה דברים גזרו בו ביום". כלומר ה"מחטף הפרלמנטרי" לא היה במקום ישיבה קבוע ובזמן מסוים, אלא בביקור פרטי בבית פרטי. בתוספתא פירטו על מה שכתוב במשנה וסיפרו כי בית הלל המובסים היו בתחושה קשה מאוד: "והיה אותו היום קשה להם לישראל כיום שנעשה בו העגל".

b. בעוד שהחקיקה המודרנית יש לה שם קבוע והתנסחות קבועה: לא הרי חוק כמו חוק יסוד; ולא זה וזה כהרי תקנה בת פועל תחיקתי, ולא דין תקנה כדינו של צו מנהלי, בהלכה היהודית מצב מעורפל. יש לפעמים שהתקנה נקראת על שם העניין שתוקן "תקנת השבים". יש לעתים שהתקנה נקראת על שם מקום התקבלותה "תקנת אושא". לפעמים קוראים לגזירה "חרם", כמו "חרם דרבנו גרשום" ולתקנה "תנאי בית-דין". ולפעמים לא מזכירים כי הלכה מסוימת זוהי תקנה, אלא הנימוק עליה מבוססת ההלכה מצביעה בעליל כי זו תקנה כמו "אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהן... מפני תיקון העולם". הרבה פעמים בסוגיות תלמודיות נראה כי ההבנה היסודית של עורך הסוגיה בתלמוד הייתה שהלכה מסוימת היא "מדרש" ולאחר פלפול מתברר שזו "הלכה למשה מסיני". באותה מידה הרבה הלכות שעורך הסוגיא חשבן מלכתחילה "מדרש" או "גמרא" התבררו לבסוף כתקנת חכמים.

c. בעוד שהחקיקה המודרנית נעשית ברובה על-ידי גוף נבחר במשמעותו הדמוקרטית. התקנה אינה נעשית על-ידי גוף נבחר, ותוקפם המחייב של התקנות הוא בשל התקבלותן באומה. כלומר לא "הריבון" קובע את תקפות התקנה אלא ה"כריזמה" של חכמי ההלכה. במשך הדורות אנחנו רואים כי תקנות שהנהיגו גדולי ישראל, שהיו עלובים מאוד באורחות חייהם, עניים מרודים של ממש, הפכו ללא כל מנגנון ריבוני של אכיפה, להנהגה מקובלת על העם היהודי על כל שדרותיו, ומנגד, תקנות הרבנות הראשית שהתקבלו בעבר ב"מועצת הרבנות הראשית" – היו הרבה פעמים למושא של לעג והרבה משומרי התורה והמצוות ראו בתקנות אלה "נטע זר".

נביא דוגמאות לתקנות ולגזירות:

היתר מלחמה בשבת

בספר מקבים א, ב, 29 – 37 מובא הסיפור הבא על מלחמות החשמונאים:

אז ירדו רבים מבקשי צדק ומשפט אל המדבר לשבת שם. הם ובניהם ונשיהם ומקניהם כי רבו הרעות עליהם. ויגד לאנשי המלך ולחיל... כי ירדו אנשים אשר עברו על מצות המלך למחבואים במדבר. וירדפו אחריהם וישיגום ויחנו עליהם ויערכו עליהם מלחמה ביום השבת. ויאמרו להם רב לכם צאו ועשו כדבר המלך וחיו. ואמרו לא נצא ולא נעשה דבר במלך לחלל את יום השבת, וימרו לעשות איתם מלחמה ולא ענו להם ולא השליכו עליהם אבן ולא סתמו את המחבואים. באומרם נמות כולנו בתומנו ... וידע מתתיהו ואוהביו ויתאבלו עליהם עד מאד. ויאמרו איש אל רעהו אם נעשה כולנו כאשר עשו אחינו ולא נילחם בגויים על נפשנו ועל תורתנו עתה מהרה ימחו אותנו מעל פני הארץ. ויועצו ביום ההוא לאמור כל אדם אשר יבוא אלינו למלחמה ביום השבת נלחם בו ולא נמות כולנו כאשר מתו אחינו במחבואים.

הנה נראה כי ההלכה הקדומה אסרה מלחמה בשבת ומימי חשמונאים מלחמה בשבת הותרה. והנה מה שכתוב בספר המקבים מוזכר גם במקורות הלכתיים מובהקים **בתוספתא עירובין, פרק ג, הלכה ה - ו** (מהד' ליברמן, 99 - 100):

גויים שבאו על עיירות ישראל, יוצאין עליהן בזיין ומחללין עליהן את השבת. אימתי, בזמן שבאו על עיסקי נפשות, לא באו על עיסקי נפשות, אין יוצאין עליהן בזיין ואין מחללין עליהם את השבת. באו לעיירות הסמוכות לספר, אפילו ליטול את התבן, ואפילו ליטול את הפת, יוצאין עליהן בזיין ומחללין עליהן את השבת. בראשונה היו מניחין זינן בבית הסמוך לחומה. פעם אחת חזרו עליהן והיו נדחקין ליטול את זינן, והרגו זה את זה, התקינו שיהא כל אחד מחזיר לביתו.

הנה שוב יש "התפתחות" בצורה של "התקינו", היינו באמצעות "תקנה".

גזירות "שמונה עשרה דבר"

בתוספתא שבת, פרק א, הלכה טז (מהד' ליברמן, 4) מובאת עדות על הלכות שהתחדשו באמצעות "חקיקה":
 "אלו מן ההלכות שאמרו בעליית חנניא בן חזקיהו בן גרון כשעלו לבקרו, נמנו ורבו בית שמאי על בית הלל, שמונה עשר דבר גזרו בו ביום, והיה אותו היום קשה להם לישראל כיום שנעשה בו העגל."

זהו מעשה מפולפל שנעסוק בו בהמשך, אך לפי מה שמתואר "גזרו", היינו הטילו 18 גזירות על התנהגויות שונות, שבעצם לפי דיני תורה היו מותרות לגמרי.

לא נמנה את ההלכות שברובן עוסקות בענייני טומאה וטהרה שנהגו לפולחן בית המקדש שנהג בימי בית שני. לפי תיארוך ההכרעה משמעה שהגזרות נתקנו ממש לפני חורבן בית שני. משמע שקרוב ל-900 שנה בו היה בית המקדש קיים, לא נהגו לפי ההלכות ההלו. כך נאמר **בבלי שבת, יג, ב - יד, א**:

"מאי ניהו (מה הם) שמונה עשר דבר? והספר והידיים... שנטמאו במשקין. וספר מאי טעמא (=מה הטעם) גזרו ביה רבנן טומאה. אמר רב משרשיא שבתחילה היו מצניעין את אוכלין דתרומה אצל ספר תורה ואמרו האי (זה) קודש והאי קודש. כיוון דקחזו דקאתו לידי פסידא (=כיוון שראו שבאו לידי הפסד) גזרו ביה (בו) רבנן טומאה."

כלומר עד הגזירה בדבר מגע עם ספרים לא פסל את הכהן מלאכול בתרומה לפני שיטבול. ורק מזמן הגזירה ישנה טומאה, לפפי גזירת חכמים, שמי שיגע בספר אסור לו לגעת בתרומה, שאם יגע התרומה תהא טמאה. תרומה טמאה לא ניתנת לאכילה על ידי כוהנים וצריכים לשורפה. יצויין שתרומה טהורה יש מצווה לאכול אותה ואסור להפסיד או להשחית אותה, ומי שמפסיד או משחית אותה נענש בעונש קשה הקרוי: "מיתה בידי שמיים" (שהוא בערך כמו מי שאוכל ביום הכיפורים). אך כאשר חכמים גזרו גזירה על תרומה שכזו, אסור לאוכלה ומותר ומצווה לשורפה. **ורש"י שם, ד"ה לידי פסידא** מבאר הטעם של גזירה זו, בפירושו: עכברים מצויין אצל אוכלין ומפסידים את הספר אבל בחולין לא הוצרכו לגזור דבלאו הכי נמי (גם) לא היו נותנין חול אצל קודש.

פדיון שבויים הברחת שבויים ועסקאות מסחריות עם שבאים

חכמים לא היו פנאטים להצלת חיי אדם, ובייחוד יהודים, בכל מחיר. תמיד שקלו בפלס מאזניים את המחיר הריאלי של ההצלה הפרטנית מול טובת הכלל. כך שעל אף הפסוק "לא תעמוד על דם רעך" "וחי אחיך עמך" שמשמען שיש להציל אחרים משבייה וממוות, ובניגוד לאיסור שבתורה לאבד את שם אלוהים, היינו חפצי קדושה, נאסרו בתנאים מסוימים עסקאות בדבר פדיון שבויים יהודים, הברחתם, או קניית תשמישי קדושה הגזולים מיהודים. **במשנה גיטין, ד, ו** נאמר:

אין פודין את השבויים יותר על כדי דמיהן, מפני תיקון העולם. ואין מבריחין את השבויים מפני תיקון העולם. רבן שמעון בן גמליאל אומר: מפני תקנת השבויין. ואין לוקחים ספרים תפילין ומזוזות מן הגויים יותר על כדי דמיהן, מפני תיקון העולם.

ההבדל בין גזירת הפדייה לגזירת ההברחה הוא בשאלה של "ריחוק הנזק". בפדיון שבויים אנו חוששים לטווח ארוך, לפעמים הבאות. בהברחת שבויים, אנו חוששים מאלו השבויים הנוכחיים שלא ברחו עדיין.

החזרת גזילה

האם יש מקום לדרוש מהגנב או הגזלן להשיב בעין או להסתפק בהחזרת השווי. בתורה נאמר כי תנאי לכפרה על חטא הגזילה (שהיא חטא דתי) יש מצווה "והשיב את הגזילה אשר גזל או את העושק אשר עשק" (ויקרא ה, כג). היינו החזרה בעין. אך **בבבלי גיטין, נה, א** הותקנה תקנה לטובת אלו המעוניינים לשוב בתשובה: "תנו רבנן: גזל מריש (קורה) ובנאו בבירה (בנין גדול) – בית שמאי אומרים: מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו. ובית הלל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד מפני תקנת השבין."

עשרה תנאים שהתנה יהושע בן נון - תקנות של התנהלות כלכלית

בבבלי בבא קמא, פ, ב - פא, ב נאמר:

תנו רבנן עשרה תנאים התנה יהושע.... ומעין היוצא בתחילה בני העיר מסתפקין ממנו. ומחכין בימה של טבריא ובלבד שלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה. ונפנין לאחורי הגדר ואפילו בשדה מלאה כרכום. ומהלכים בשבילי הרשות עד שתדד רביעה שניה... ומת מצוה קונה מקומו. דתניא רבי יהודה אומר: בשעת הוצאת זבלים, אדם מוציא זיבלו לרשות הרבים וצוברו כל שלושים יום כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. ... תנאי בית דין הוא שיהא זה יורד לתוך שדה חברו וקוצץ שוכו של חברו להציל נחיל שלו. ותנאי בית דין שיהא זה שופץ יינו ומציל דובשנו של חברו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חברו.. שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ ... עשרה תקנות התקין עזרא: ושיהו רוכלין מחזרין בעיירות ...

תקנות אלה באו לסטות מדיני התורה. לפי דיני תורה לא ברור למי שייך המעיין ואולי היה מקום לתת לפי הנצרכות ולא לפי קרבת העיר; לפי דיני תורה ימה של טבריה שייך רק לשבט נפתלי; כמו כן אסור להשתמש בשדה של הזולת ללא רשות; אדם המוציא זבל לרשות הרבים הוא נחשב בהרבה מובנים כורה בור וחייב לשלם דמי נזק. כמו כן אם אדם הציל ממון רב של חברו, מדעתו, בהתנדבות, ונגרמו לו הפסדים אין לו יכולת לתבוע את ההפסדים. אך יהושע בן נון התקין אלו התקנות. ובעצם התנה תנאי עם חלוקת הארץ. בין אם יהושע בן נון התקין בעצמו ובין אם התקנות הללו "מיוחסות" בשמו – אלו תקנות הסוטות מדיני התורה כפשוטה.

מזונות ילדים קטנים

בתורה לא כתוב בפירוש שהאב חייב לזון את ילדיו. בעוד שחובת האב לזון את אשתו היא כתובה כמעט בפירוש בתורה. לאחר חורבן הבית השני הותקנה תקנה. כך כתוב **בבבלי כתובות, מט, ב**:
אמר ר' אילעא אמר ריש לקיש: משום רבי יהודה בר חנינא: באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים.

שאלה גדולה היא מה קרה עד אז, האיך זה יכול להיות שלא קיימת חובה שכזו בתורה? עד איזה גיל נחשב בן קטן? מה סכום המזונות? האם ניתן לכפות את מי שעובר על התקנה? כל אלה אינם מעניין הקורס לעת עתה.

חרם דרבנו גרשום

מכל דבר מפחד אדם מאמין או כופר, משכיל או בור, מ"חרם", ברוב המקרים הפחד מלעבור על "חרם" הוא יותר מלעבור על חוקי התורה עצמה. הרבה אנשים יחללו שבת, יאכלו לא כשר, יגזלו (=ישלימו ציוד), אך על "חרם"

חס וחלילה. זה מפחיד ביותר. כך קורה באשר למודעות ל"חדר"ג" הוא חרם דרבנו גרשום. מבחינה אנליטית "חרם" זו תקנה כמו כל תקנות חכמים. והנה נוסח **תקנות רבנו גרשום מאור הגולה** (מתוך כתב יד ארחות חיים, חלק ג):

[ג] והחרם ששם רבינו גרשון שלא לישא שתי נשים, אין להתירה רק במאה אנשים מג' קהילות ומג' ארצות, כגון ארגוב ונורדמנדיאה וצרפת, גם הם לא יסכימו עד שיראו טעם מבואר להתיר, וגם בענין שתהיה מבורר [יח] שלא ליתן גט לאשתו בעל כרחה, ותקנו שאין הגט כלום.

לפי דיני התורה מותר לאדם לשאת כמה נשים שהוא רוצה ובלבד שיספק לכל אחת מן "שאר כסות ועונה", אך מאז אמצע ימי הביניים הדבר נאסר ב"חרם". כאמור, ה"חרם", כמו כל תקנה יכול להיות "מותר" במקרים מיוחדים. תנאי להיתר על ה"חרם" לשאת אישה שנייה היא ב"טעם מבואר" – צידוק מספיק, שיקבל היתר מ"מאה אנשים מג' קהילות ומג' ארצות". בפי המון העם נקרא: "היתר מאה רבנים". עוד "חרם" הוא האיסור לגרש אישה נגד רצונה. לפי דיני תורה יכול אדם לגרש אישה בעל כורחה ואפילו בלא ידיעתה. אין צורך לריב ניתן לפטור את האישה ללא אומר וללא דברים. כמובן, שחייב הבעל המגרש לשלם לאישה את כסף כתובתה. והנה בא "חרם" המיוחס לרבנו גרשום שאסור לגרש אישה נגד רצונה. בשאלות הנוספות, על מי חל החרם? האם בימינו המודרניים יש לחרם זה תוקף? האם על כל בגידה באישה יש "חרם"? מתי מתירים את ה"חרם" בישראל? באיזו דרך? וכמובן, מה יקרה אם הבעל יצפץ על החרם ויישא אישה שנייה, או יתיר אשתו ללא רצונה האם מעשיו בטללים או שהוא סתם עבריין? כל אלה אינן לעת עתה במסגרת השיעור.

והנה כמה תקנות מודרניות

הנה תקנה **תקנות הרבנות הראשית לארץ ישראל** (משנת תש"ד):

"כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כוח בית דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי ברור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות...לפרנס את בניו ואת בנותיו עד גיל שש שנים, כך יהא מעתה ואילך כחם יפה...לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה".

זו הרחבה של תקנת אושא. חיוב האב הוא עד גיל 15. בשאלה למה האם לא מחויבת? האם החובה לזון עד גיל 15 היא ממש כמו החובה עד גיל 6, אינה מעניינו של קורס זה.

עוד תקנות מודרניות: **תקנות קבועות לגידוי אישות בישראל** (מכינוס הרבנים הארצי, תש"י):

הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין, נישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה על פי כתב ידם של הרבנות הראשית שבערי א"י. וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים.

הסבר. לפי דיני תורה אין צורך "להירשם לנישואין" כדי לשאת אישה. נשיאת אישה היא טקס פרטי, כאשר ה"קידושין" היא פעולת מקח וממכר בין הבעל לאישה, כפי שביארנו לעיל, והנישואין הם "הבאה לתוך ביתו", כלומר הכנסת האישה לביתו של הבעל. נכון שנאמר במקורות התלמודיים שרק מי שמכיר את דיני הנישואין והגירושין "יהא לו עסק עמהן", אך המימרה מכוונת כלפי רבנים שלא יפסקו הלכות לשואלים בעצתם אם לא למדו היטב "דיני נישואין וגירושין". אדם פרטי יכול לקיים נישואין פרטיים תוך סיכון מרובה שהוא עלול להסתבך בשאלת כשרות פעולותיו. כדי להימנע גזרו כבר מזמן בתפוצות ישראל שיש לערוך טקסי נישואין בפני רב מורה הוראה. באופן מסורתי הפך הרב את מקצוע "סידור חופה וקידושין" לחלק מפרנסתו (בהרבה עיירות הרב היה חי כמעט רק מ"טיפים" שחלקו לו בעלי השמחה, משכורת - אם הייתה לו - זעומה). עם הקמת מדינת ישראל היה צורך לצקת תוכן בהפיכת העם בישראל לקהילה דתית. מאחר שבאו רבנים שונים עם מסורות

שונות החליטה הרבנות הראשית לישראל בשנת 1950, להועיד כנס רבנים מכל העדות שבסיומו הוטל "חרם". ברור ש"חרם" מודרני מפחיד פחות מ"חרם דרבנו גרשום" וישנם גם חרדים שנישאים בנישואין פרטיים מטעמים אידיאולוגיים, ללא רישום ועריכה במשרדי הרבנות.

הפקר בית דין הפקר

אך התקנה החשובה ביותר היא התקנה הכוללנית שבעצם מהווה מסגרת "יישומית" לשאר התקנות. כלומר, לפי דין תורה כל מה שקניתי בכספי שייך לי, ואין לאף אחד אחר רשות להוציא זאת ממני ללא הסכמתי. והנה באים חכמים ומתקינים תקנה שצריך לעשות כך וכך או שצריך להימנע מדבר זה או אחר, כיצד ניתן להעניש את מי שעובר על התקנה או הגזירה? הנה הפיתרון: קיימת תקנת חכמים שיכולה להפקיר את רכוש העבריין, אם לטובת הקהילה או לטובת מישהו אחר. ובאמת איזה כוח יש לחכמים לתקן תקנה "גזלנית" כנגד אדם שטוען שלפי דין תורה הכסף שייך לו? התשובה מצויה באמור **בירושלמי שקלים פרק א, הלכה ב:**

מנין שהבקר (הפקר) בית דין הבקר? כתיב: 'וכל אשר לא יבוא שלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל' (עזרא י, 8).

כלומר מזמנו של עזרא אנו שומעים כי הפקירו את רכוש העבריין שלא נשמע "בעצת השרים והזקנים" ועוד מקור **מבבלי יבמות, פט, ב** במקביל:

"ר' אלעזר אמר ...: 'אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות למטות בני ישראל (יהושע, יט, 51) וכי מה ענין ראשים אצל אבות? אלא לומר לך, מה אבות מנחילין בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו'."

בהמשך נראה, כי "הפקר בית דין הפקר" הוא מכשיר רב עוצמה בביסוס חייה הציבוריים של הקהילות יהודיות הרוצות להתקין תקנות קהילתיות, לחלק את נטל המיסים, לממן בנייה של פרויקטים נצרכים: ביטחון, תפילה וביטוח עסקי. כיצד יכולים לחייב את הפרט אם הוא טוען ש"זה לא כתוב בתורה"? התשובה: "הפקר בית דין הפקר".

4. המנהג

המקור הרביעי הוא המנהג. המנהג בניגוד לחקיקה אינו מותקן בצורה גלויה של החלטה של שינוי ממקור בעל אוטוריטה, אלא הוא מוכרז כהצהרה על משהו שהתקיים מאז תקופה מסוימת באופן רציף, ממושך וקבוע וללא כל התנגדות ועל-כן יש לו תוקף מחייב. הנוהג המוכר לא היה של אדם פרטי, ולא של חוג מצומצם אלא נהג על-ידי קבוצת אנשים גדולה במודע כי הם פועלים לפי נוהג. דוגמאות למנהג נביא מהלכות הפועלים, היינו מתחום היחסים שבין העובדים למעבידים.

מהן "שעות עבודה"?

שאלה זו אינה חוזית בלבד. גם היום התניה חוזית על יום עבודה מעבר להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 אינה תופסת בכמה מובנים. גם בזמן התנאים והאמוראים לא הוסדר דבר זה בחוק אלא הוא תלוי המנהג.

מספר **תהלים, קד, 22 – 23** עולה שיום עבודה נמשך כל שעות האור: תזרח השמש... יצא אדם לפעול ולעבודתו עדי ערב. בהקשר ליחסי עבודה מוסבר בספר **נחמיה, ד, 15** כיצד נבנה בית המקדש: "...ואנחנו עושים במלאכה וחציים מחזיק ברמחים מעלות השחר עד צאת הכוכבים."

והנה עדות המשנה בבא מציעא, ז, א

השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב: מקום שנהגו שלא להשכים ולא להעריב - אינו רשאי לכופן; מקום שנהגו לזון - יזון, לספק במתיקה - יספק; הכל כמנהג המדינה. מעשה ברבי יוחנן בן מתאיא שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות; וכשבא אצל אביו, אמר לו: בני, אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן, שהם בני אברהם יצחק ויעקב. אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם: על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד. רבן שמעון בן גמליאל אומר: לא היה צריך לומר; הכל כמנהג המדינה."

סיפוק צרכי העובד מעבודתו

שאלה זו למרות עתיקותה עולה חדשים לבקרים: מתי מותר לעובד ליהנות בעצמו ממה שהוא מייצר למפעל ללא תמורה? מתי אסור?

בתורה נאמר בספר דברים כג, 25: "כי תבוא בכרם רעיך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן".

אך מן המשנה בבא מציעא, שם, עולה שלא רק הפועל ממש "העומד ליד המכונה" אלא גם אנשים אחרים. זכאותם לא מדין תורה אלא מ"הלכות מדינה", היינו נוהג כללי. כך נאמר:

ואלו אוכלין מן התורה: העושה במחובר לקרקע בשעת גמר מלאכה; ובתלוש מן הקרקע עד שלא נגמרה מלאכתו; בדבר שגידולו מן הארץ. ואלו שאינן אוכלין: העושה במחובר בקרקע בשעה שאינה גמר מלאכה... שומרי פירות אוכלין מהלכות מדינה.

פיצויי פיטורין

פיצויי פיטורין היו שנים רבות בישראל "נוהג מוסכם ומחייב" ללא הוראת חוק מפורשת. רק בשנת 1963 נחקק חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963 שעיגן את הנוהג בחוק. נעיין במשפט העברי. בתורה יש חובה לתת "מענק" רק לעבד עברי, אותו אדם שנמכר לעבדות שעובד את אדונו במשך 6 שנים (ללא זכות שביתה וחופשות). עם צאתו בשנה השביעית נאמר בספר דברים, טו, 12 - 14:

כי ימכר לך אחיך העברי או העבריה ועבדך שש שנים ובשנה השביעית תשלחנו חופשי מעמך. וכי תשלחנו חופשי מעמך לא תשלחנו ריקם. העניק תעניק לו מצאנך מגורנך ומיקבך אשר ברכך ה' אלוהיך.

ומה עם השכיר? בהנחה שעבד עברי לא נוהג היום ולא נהג אפילו בימי בית שני? מה זכותו של אדם שהיה אריס, חוכר או סתם פועל או שומר. בתורה לא נאמר דבר. לא נתקנה כל תקנה בעניין בזמן התנאים או האמוראים, אך הנה החכם הספרדי בעל ספר החינוך, מצוה תפב כותב:

ונוהגת מצוה זו בזמן הבית, שאין דיני עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג...ומכל מקום אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח שאם שכר מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השי"ת"

אם נשים לב, אין הבדל אם השכיר פוטר או התפטר מעצמו. גם היום בישראל כשחוק פיצויי פיטורין מחייב פיצויים רק על פיטורין (או אף על התפטרות הנחשבות פיטורין) קיים נוהג, לא כתוב בחוק ולא בפסיקה, נוהג שהוא כמעט מחייב לפצות גם את המתפטר (בסכום מופחת).

5. התקדים

בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית מקובלת מאוד שיטת התקדים. העיקרון הנעלה ביותר של המשפט המקובל האנגלי מימים ימימה הוא *stare decisis* (=הידבק בפסקים). מאז כיבוש אנגליה על ידי ויליאם הכובש במאה ה-11 עד סוף המאה ה-19 התנהל המשפט האנגלי בעיקר באמצעות פסיקות דומות. כלומר, אם נפסקה פעם לבעלי דין מסוימים הלכה משפטית בעניינם, גם לבעלי דין אחרים המתדיינים בסוגיה משפטית דומה יפסקו

בצורה זהה. הרעיון הגדול הוא שהתקדים מחייב וכי ניתן לסטות מן התקדים רק באמצעות אבחון ו"חילוק" מהממצאים של התקדים לממצאים של התיק שבדיון.

שני רעיונות גדולים טמונים בהלכת התקדים:

עיקרון השוויון: התקדים מונע כי שופט יפעל באופן שונה מחברו לאותה אינסטנציה, שהוא עצמו ינהג באופן שונה ממקרה למקרה על-אף זהות הבעיה המשפטית.

יציבות: צדדים לסכסוך, יועצים משפטיים יכולים לנהוג בבטחה מסוית בהסתמך על תקדימים.

אכן מאז המאה ה-14 פסקי הדין האנגליים מפורסמים בסדרות מיוחדות וכמעט שלא היו דברי חקיקה עד סוף המאה ה-19. ההלכה היא שתקדים מחייב את כל הערכאות כולל את אותה אינסטנציה. גם בית הלורדים כפוף לתקדימו.

לא כל דבר משמש תקדים: לא שמות הצדדים ושמות עורכי-הדין המייצגים, לא מספר ההליך והפרוצדורות שבו. גם התוצאות המעשיות אינן מהוות תקדים, אלא רק ההלכה הנובעת מפסק הדין. ההלכה הזו היא הרציונאל שלפיו הגיע השופט לתוצאה זו. התוצאה יכול שתהיה מפרשנות דבר חקיקה (חוק, תקנה, הוראת מינהל) ויכול שתבוא מסברא, מהיקש וכדומה. ההלכה שבית המשפט מכוון לה מהווה תקדים, ומכונה בשם: "הלכה פסוקה".

לא כל הלכה מהווה "הלכה פסוקה" אלא רק ה-*ratio decidendi* ולא ה-*obiter dictum* (בשפת הקיצור: רק "הרציו" ולא ה"אוביטר"). כלומר, רק ההיגיון שמביא לתוצאה המשפטית הוא מהווה תקדים. אך כאשר המסקנה נובעת מכמה הנמקות ניתן לומר שלמעט הנמקה אחת אין ההנמקות מהוות תקדים. ההנמקות הובאו כאמרת אגב ואין לקחתן בחשבון בסכסוך דומה בעתיד בין צדדים אחרים.

בישראל נתקבל רעיון התקדים במשפט הנוהג: "ההלכה שנפסקה בבית משפט עליון מחייבת אותו וכל בית משפט אחר זולת אם ראה בית המשפט העליון לסטות ממנה למען עשיית צדק".

חסרונה של שיטת התקדים היא שהיא גורמת לסטגנציה וחוסר דינאמיקה במשפט. יכול שתוצאה צודקת בעבר תהיה לא צודקת בהווה ואלי לא תצדק בעתיד. גם בהיסטוריה המשפטית הקצרה של בית המשפט העליון ידועים מקרים שבית המשפט העליון חזר בו ממסקנותיו הקודמות. (כך פסיקותיו של אגרנט באשר לחופש הביטוי, וכך בשאלת היותו של בעל שאשתו עזבה אותו "דייר מוגן" לפי החוק).

בכל אופן את השפעת התקדים ניתן לפתור בהרשאה לסטייה ממנו בגלוי. וניתן לעשות זאת באבחון, שהיא סטייה בסתר באמירה כביכול, שהעובדות אינן זהות וכי שוני זה מביא לתוצאות שונות. לפעמים האבחון הוא אמיתי ולפעמים מלאכותי מאוד. האבחון דורש מאמץ אינטלקטואלי רב עד כדי "לוליינות" לשמה. המשפט הרומי, ובעקבותיו שיטות המשפט הקונטיננטלית, שללו את תוקפם של התקדימים כמחייבים.

עמדת המשפט העברי בנושא זה היא מורכבת. מצד אחד מצאנו כי למדו ממעשים שאירעו בבתי המדרש של חכמים ונהגו בהם בדרך מסוימת כ"תקדים מחייב". כך עובדת הגיור שצריך להיות בבית דין בשלושה דיינים, וכן שאין מגיירים בלילה וכן מי שמל ולא טבל אינו נחשב יהודי עד שיטבול – נלמד בבבלי יבמות, מו, ב "עובדה הוי בי ר' חייא בר אביי" כלומר מאירוע שאירע ולא מפסק דין מנומק ומסודר. כך מסר החכם רבה:

"עובדא הוי בי ר' חייא בר רבי (= מעשה היה בבית מדרשו של ר' חייא בן רבי)... ר' אושעיא בר רבי... ר' אושעיא בר חייא, דאתא לקמיה, גר שמל ולא טבל (= שבא לפניו גר שמל ולא טבל במקווה); אמרו ליה: שהי כאן עד מחר ונטבלינך (= שהה כאן עד למחר ואז נטביל אותך). שמע מיניה תלת (= למדנו מכאן שלושה עניינים): שמע מיניה גר צריך שלשה; ושמע מיניה: אינו גר עד שימול ויטבול; ושמע מיניה אין מטבילין גר בלילה. ...ונימא, שמע מינה נמי בעינן מומחים? דילמא דאינקלעו"

אך מצד שני מופיע בבבלי **בבא בתרא, קל, ב - קלא, א** העדות באה:

אמר להו (=להם) רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע: כי אתא פסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא (=כשיבוא פסק דין שלי לפניכם ואתם רואים שהוא מופרך), לא תקרעוהו עד דאתיתו קמאי (=לא תקרעוהו עד שתבואו לפניי), אי אית ליה טעמא - אמינא לכו, ואי לא הדרנא בי (=אם יש לי נימוק - אומר לכם, ואם לא אחזור בי).

לאחר מיתה (=אם יבוא פסק דין משלי לאחר מותי, ותמצאו בו פירכא) – לא מיקרע תיקרעוהו ומיגמר נמי לא תגמרוהו מיניה (= לא תקרעוהו, ואף לא תלמדו ממנו): לא מיקרע תיקרעיניה - דאי הואי התם, דילמא הוינא לכו טעמא } =לא תקרעוהו - שאם הייתי שם אומר לכם טעם, והיה זה מתרץ את קושייתכם); מיגמר נמי לא תגמרו מיניה (= ואל תלמדו ממנו לדינכם) - דאין לדיין אלא מה שענינו רואות. הסבר **הרשב"ם, שם**: ואל תגמרו לדון מיניה אלא כפי שדעתכם נוטה, דאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות... לדבר התלוי בסברא, דאין לו אלא מה שליבו רואהו.

פירוש: אומר רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע, שהיו מתלמידיו, כי כשיבוא פסק דין שלי (שהוא רבא כתב) ואתם רואים שהוא מופרך, אל תקרעוהו עד שתבואו לפני. אם יהיה לי נימוק להגן על פסק הדין אומר לכם; ואם לא – אני אחזור בי. אבל אם יבוא פסק דין שלי לאחר מותי אל תקרעוהו – שמא מה שאמרתי נכון, אך אינכם חייבים לפסוק לפיו אך אתם פטורים ללמוד ממנו "דאין לדיין אלא מה שענינו רואות". הנה נראה בעליל הפרש גדול בין גישת התקדים של ההלכה התלמודית לבין הגישה כיום במשפט הנוהג בישראל.

6. הסברא

כשאנו מעמידים את המקור המשפטי של הסברא הוא ההיגיון, אין כוונתנו לומר ש"המדרש" אינו הגיוני או ש"הקבלה" אינה מתקבלת על הדעת. גם התקנות והגזירות יש בהן הרבה שכל וניסיון אנושיים. אלא שהסברא היא מיוחדת שהיא מבוססת רק על היגיון, ללא צורך בפסוק מן המקרא, במסורת קדומה, במוסד מחוקק ושופט.

נביא שתי דוגמאות להלכות המבוססות על הסברא:

המוציא מחבירו עליו הראיה: זהו כלל יסודי במשפט העברי שכאשר יש טיעונים בין שני צדדים על זכות משפטית מסוימת, כמו קניין או חיוב, זה שמחזיק בקניין, זה שהזכות נמצאת ברשותו אינו צריך להרים את "נטל ההוכחה" כי החפץ שלו, כי "יד המוחזק על העליונה", אלא בעל-הדין שכנגד הרוצה להוציא את הזכות הקניינית או האובליגטורית מרשותו של הראשון.

מה ההגיון העומד מאחורי סברא זו? אומר רב אשי סברא היא: "מי שכואב לו כאב הוא הולך לבית הרופא" בתרגום חופשי נראה כי כוונת רב אשי לומר, כי ניסיון החיים מכתוב כי מי שמחזיק בנכס הוא בדרך כלל הבעלים החוקי. אחרת, כיצד חפץ זה עומד בהחזקתו? על-כן מי שמפקפק בדבר וטוען שהמחזיק אינו הבעלים, הוא "חשוד" וצריך להביא הוכחה לטענתו. יצוין שכלל זה שהתקבל כבר בימי האמוראים על כולם, ובעקבותיהם עד לחכמי ההלכה בדורנו, לא היה מקובל על כל התנאים, וחכם בשם סומכוס סבר כי "ממון המוטל בספק חולקין". גם בשיטות משפט אחרות, כמו שיטת המשפט בישראל, אינן מקדשות תמיד את הכלל הזה ויש סטיות לעתים רחוקות מן הכלל הזה.

ייהרג ואל יעבור: כלל גדול הוא שאם אדם נאנס לעבור על מצוות ה', ואפילו הן חמורות שעונשן הוא מיתה בידי אדם – אין צורך לעבור על המצוות וליהרג על כך אלא "יעבור ולא ייהרג". יוצאים מן הכלל הם שלוש עבירות שבהן "נמנו וגמרו (חכמי ישראל) בעלית בית נתזה בלוד" ש"ייהרג ואל יעבור" והם עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים". את הסיבה מדוע שלוש עבירות אלה מיוחסות פירוטו בצורה "דיפרנציאלית". את הסיבה לשפיכות דמים הסמיכו למימרת רב שבא אליו יהודי וסיפר שאדון העיר רוצה שירצח את פלוני היהודי, אם לא יירצח הוא בעצמו" והשיב לו רבא: "יהרגוך ולא תיהרג. מי אמר שדמך סמוק יותר מדם חבירך? אולי דמו סמוק מדמך?

נספח לסברא:

על ההגיון המחייב בהלכה היהודית ועל השלכותיו בדיני נפשות

1. **בבלי סנהדרין, עד, א:** אמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יהוצדק: נמנו וגמרו בעלית בית נתזה בלוד, כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם 'עבור ואל תהרג' - יעבור ואל ייהרג, חוץ מעבודה זרה, וגילוי עריות, ושפיכות דמים.

רוצח גופא - מינא לן (= רוצח עצמו מניין לנו)? סברא הוא, דהוא דאתא לקמיה דרבא, אמר ליה (= שבא אחד לפני רבא ואמר לו): אמר לי מרי דוראי (= אדון העיר) זיל קטליה לפלניא, ואי לא - קטילנא לך (= לך הרוג את פלוני, ואם לא אהרוג אותך. אמר ליה (רבא): ליקטלוך ולא תיקטול (=יהרגוך ולא תהרוג); מי יימר דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמא דהוא גברא סומק טפי (=מי יאמר שדמך אדום יותר, שמא דמו של פלוני אדום יותר).

2. **רש"י, שם, ד"ה סברא:** סברא הוא שלא תידחה נפש חבירו - דאיכא תרתי (=שיש שני דברים), איבוד נשמה ועבירה - מפני נפשו, דליכא אלא חדא (=שאינן אלא אחת), איבוד נשמה והוא לא יעבור; דכי אמר רחמנא (= כי התורה אמרה) לעבור על המצוות - משום 'וחי בהם', משום דיקרה בעיניו נשמה של ישראל; והכא (=וכאן) גבי רוצח, כיוון דסוף סוף איכא (=יש) איבוד נשמה, למה יהא מותר לעבור? מי יודע, שנפשו חביבה ליוצרו יותר מנפש חבירו?

3. **טור שולחן ערוך, יורה דעה סימן קנז:** דווקא כשאומרים לו להרוג בידיים. אבל אם אומרים לו: הנח לזרוק עצמך על התינוק ויתמעך אינו חייב למסור את עצמו.

4. **חידושי ר' חיים סולוביצ'יק מבריסק על הרמב"ם, ע"ב:** ...איהו לא הוי רוצח כלל ולא עבר על שפיכות דמים, דהא לא הוי רק כאבן ועץ ביד הרוצח שמשליך אותו, דמי שמשליך אותו הוא הרוצח, ולהכי לא חייב למסור את עצמו ...

5. **בבלי סנהדרין עב, ע"ב:** "איתביה (=הקשה) רב חסדא לרב הונא: 'יצא ראשו ורובו - אין נוגעין בו' ואמאי? רודף הוא! – שאני התם דמשמיא קא רדפי לה (=שונה [הדבר] שם שמן השמיים רודפים אותה).

6. **בבלי בבא מציעא, סב, ע"א:** שניים שהיו מהלכים בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים. אם שותין – שניהם מתים; ואם שותה אחד מהם מגיע למקום ישוב. דרש בן פטורי: מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה אחד במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד 'וחי אחיך עמך' – חייך קודמים לחיי חבירך.

7. **משנה תרומות, ח, יב:** נשים שאמרו להם עובדי כוכבים ומזלות: 'תנו לנו אחת מכן ונטמאה, ואם לאו אנו מטמאים את כולכן', יטמאו את כולן ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל.

8. **תוספתא תרומות, פרק ז, הלכה כג:** סיעה של בני אדם שאמרו להם גויים: 'תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותנו, ואם לאו הרי אנו נהרוג את כולם', יִהרגו כולם ולא ימסרו נפש אחת מישראל. ואם ייחדוהו להם, כגון שייחדוהו לשבע בן בכרי, יתנוהו להם ואל יִהרגו כולם.
9. **ספר שמואל, פרק כ, א:** ושם נקרא איש בליעל ושמו שבע בן בכרי איש ימיני. ויתרע בשופר ויאמר 'אין לנו חלק בדוד ולא נחלה לנו בבן ישי איש לאהליו ישראל'
10. **שם, שם, כ-כא:** ויען יואב ויאמר חלילה לי אם אבלע ואם אשחית. לא כן הדבר כי איש מהר אפרים שבע בן בכרי שמו נשא ידו במלך דוד תנו אותו לבדו ואלכה מעל העיר. ותאמר האישה הנה ראשו מושלך אליך בעד החומה...
11. **ירושלמי תרומות, פרק ח, הלכה ד:** אמר רבי שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי. ורבי יוחנן אמר: אף-על-פי שאינו חייב מיתה כשבע בן בכרי.
12. **ר' יוסף קארו בעל כסף משנה על הרמב"ם הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ה:** (בשם הרמ"ך)... [בתרגום] איני יודע מהו הטעם (האמור בתוספתא) שהרי התלמוד הסיק שמשום כך אומרים בשפיכות דמים ייהרג ואל יעבור שהרי סברא היא 'מדם חברך, ואילו כאן אין לסברא זו מקום שהרי כולם ייהרגו והוא עצמו (הכוונה למי שהגויים ייחדוהו למיתה) ומוטב שייהרג הוא עצמו ואל ייהרגו כולם ואני אומר שאין טענתו (של הרמ"ך) טענה שהרי שם בסיפא מדובר שייחדו אדם מסוים ואמרו לאחר קטול אותו... אבל ברישא שלא ייחדוהו שלא אמרו אלא תנו אחד מכם ונהרוג אותו בכל אחד מהם שירצו למסור אותו, יש לטוען לטעון: מה ראיתם למסור את זה תמסרו אחד מכם ותצילו את זה... ועל-פי טענה זו אי אפשר להם למסור אף אחד מהם...
13. **מנחת חינוך, מצוה רצ"ו:** ודבריו (של ר' יוסף קארו) צריכים עיון: כיוון שחבירו אינו ניצל, ואם כן כל אחד יכול להציל עצמו מפני פיקוח נפש והיה ראוי להיות כל דאלים גבר. שהרי כל אחד למה ימסור את נפשו בחינם בלא הצלת חבירו
14. **טורי זהב על שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנז, א:** [תרגום] נראה שלכך ציינו (התלמוד והפוסקים) 'כשבע בן בכרי' אף-על-פי שלפי דין תורה לא היה חייב מיתה אלא מצד חוק מלכות שמרד בדוד, מכל מקום מוסרים אותו אם ייחדוהו. ומכאן נלמד לזמננו, מי שפושע ומורד במלכות שלו מוסרים אותו. והוא הדין בשאר עבירות שאחד מוחזק בהם, כגון שעוסק בזיופים או שאר דברים שיש בהם סכנה, פשוט הדבר שמוסרים אותו ומן הראוי למסור אותו אפילו אם לא ייחדוהו כיון שהוא כמו 'רודף' לשאר ישראל על-ידי מעשיו הרעים שעושה בפשיעה.
15. **חזון אי"ש (לר' אברהם ישעיה קרליץ) סנהדרין, סימן כה:** ויש לעיין באחד שרואה חץ הולך להרוג אנשים רבים ויכול להטותו לצד אחר, ואלו שבצד זה יצולו ואם לא יעשה כלום ייהרגו הרבים והאחד יישאר בחיים. ואפשר שאין זה דומה למוסרים אחד להריגה, שהרי שם (בתלמוד) המסירה היא פעולה אכזרית של הריגת נפש ובפעולה זו (של המסירה) אין הצלה לאחרים בטבע של הפעולה, אלא המקרה גרם עכשיו הצלה לאחרים. ועוד דבר גם הצלת האחרים קשורה במה שמוסרים להריגת נפש מישראל. אך בהטיית החץ מצד זה לצד אחר היא בעיקרה פעולה של הצלה ואינה קשורה כלל בהריגת יחיד שבצד אחר, רק עכשיו, במקרה נמצא אחר נפש מישראל ואחרי שבצד זה ייהרגו נפשות רבות, ובזה האחד, אפשר שיש עלינו להשתדל למעט אבדת ישראל כל כמה שאפשר.

ח. היחס שבין התורה שבכתב לתורה שבעל-פה

1. מה מההלכה היהודית בא מאלוהים ומה מחכמי התורה?

דיברנו על המקורות המשפטיים של התורה שבעל-פה, אך עתה ניגש לעיקר העיקרים מה היחס בין המקורות המשפטיים של התורה שבעל-פה לתורה שבכתב. אין ספק כי זו השאלה המרתקת ביותר מאחר שהיא אינה שאלה משפטית-הלכתית טהורה אלא, בעיקרה, תיאולוגית. למה מכוון אחד מאמונות היסוד של היהדות כי "תורה מן השמיים"? או שהתורה "ניתנה במעמד הר סיני"? האם הכוונה לתורה שבכתב בלבד כששאר הפירושים המהווים חלק מן התורה שבעל-פה הם התפתחות מאוחרת יותר מעשה ידי חכמים? או שמא הכל ניתן מן השמיים גם התורה שבעל-פה ו"כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש בסוף כל הדורות" כבר ניתן למשה בהר סיני מן השמיים? האם גם התקנות, הגזירות והמנהגים כולם הורתם במעמד הר סיני? לא נתייחס כאן לממד ההיסטורי הריאלי, האם התורה באמת ניתנה מן השמיים? האם באמת משה קיבל תורה מסיני? זו שאלה נכבדה ראויה להידון, אך לא במסגרת קורס זה. אנחנו עוסקים בשאלות אלה מבחינה דוקטרינרית יהודית אורתודוקסית, האיך הגישה האורתודוקסית מבארת את המושג "תורה מן השמים"? כיצד ההלכה היהודית משקיפה על קדמותה של התורה שבעל-פה? כיצד היא מקבלת את התקנות הגזירות והמנהגות, האם כאקוויוולנטיים למדרשי התורה? האם כשלב מאוחר?

אכן כפי שאמרנו, התורה עצמה מעידה כי התורה מן השמים. בספר שמות מסופר כי משה יורד מהר סיני בכלות מעמד הר סיני וארבעים הימים שלאחריהם בהם משה שוהה עם האלוהים "ארבעים יום וארבעים לילה" ומקבל את התורה "ויתן ככלותו לדבר עימו שני לוחות העדות (הם לוחות הברית) לוחות אבן כתובים באצבע אלוהים". יתר על-כן בתורה מוצאים את התערבותו של אלוהים במעשי האדם, חלק מן ההוראות הן הוראת שעה, (כמו קריאת אלוהים לאדם המסתתר עם חוה בגן עדן: "אייכה"? כמו קריאת אלוהים למשה בשעה שיצאו ממצרים וחנו על ים סוף כשהמצרים רודפים אחריהם: "מה תצעק אלי דבר אל בני ישראל ויסעו. ואתה הרם את מטך ונטה את ידך על הים ובקעהו..."; "פנו וסעו לכם ובאו הר האמורי ואל כל שכניו...") וחלק הן הוראות לדורי דורות (כמו, "ואל בני ישראל תדבר לאמור איש כי ימות וכן אין לו... והייתה זאת לכם לחוקת עולם"). אבל האמונה הייתה שלא רק עשרת הדברות הכתובים על "לוחות הברית" הם מן השמים, ולא רק הציוויים האלוהיים במקרא, אלא כל התורה - סיפורי המקרא המכילים תיאורים על מעללי פרעה, על תלונות בני ישראל וחסאייהם, על שיחות ודברים שנאמרו מפי אנשים לאנשים אחרים, ציוויים ואזהרות שנאמרו מפי משה, אהרן ובעלי שררה אחרים - כל אלו נכתבו בספר התורה על ידי משה שקיבלם מפי אלוהים. כל כך חזקה הייתה האמונה שכל התורה מ"בראשית ברא" עד סיומה, שבו מתוארת מיתתו של משה, כולה נאמרה על-ידי אלוהים, ונכתבה על ידי משה. ועל האבסורד כיצד משה כותב על מיתתו בשעה שהיה עדיין חי, כבר נאמר ש"משה כותב בדמע", כלומר הוא כותב מפי האלוהים את סופו העתידי (המהרש"א סבור שב"דמע" זה כתב סתרים שאינו נראה, ורק לאחר מות משה הפך סיפור המיתה לשחור. אחרים מפרשים ששמונת הפסוקים ניתנו ב"תפזורת" של אותיות ורק לאחר מות משה נהפכו האותיות לקבוצות מילים). מיתתו הריאלית של משה היא אפוא "שחזור" של הכתוב בתורה.

אבל חכמים הוסיפו עוד נדבך, שלא רק התורה הכתובה בחמישה חומשים ניתנה מפי הגבורה (כינוי תלמודי לאלוהים, לצד ביטוי רווח אחר: הקדוש ברוך הוא = הקב"ה), אלא גם כללי פרשנותה. ועל הפסוק שהבאנו שמשוה יורד מהר סיני עם התורה, תמה המדרש "וכי כל התורה למד משה? הרי התורה היא "ארוכה מארץ

מידה ורחבה מני ים' – ולארבעים יום למדה משה? והתשובה: "אלא כללים למדהו הקב"ה למשה". הווה אומר שלפי אמונת חכמים לא רק התורה הכתובה נמסרה למשה בהר סיני, אלא גם כללי הפרשנות ודרשנות הפסוקים, כמו המידות שהתורה נדרשת בהן, ניתנו כבר למשה בהר סיני.

אבל ממדרש אחר משמע שלא רק כללי פרשנות ניתנו למשה בהר סיני, אלא הרבה יותר מזה. ועל הפסוק המסיים את חומש ויקרא (חומש העוסק בהלכות קורבנות, עבודת המשכן, טומאה וטהרה, שמיטה ויובל ומצוות שבין אדם לחבירו): "אלה החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל בהר סיני ביד משה" נדרש על ידי חכמים כך: "החוקים" – אילו המדרשות; "המשפטים" – אילו הדינים; "התורות" – מלמד ששתי תורות ניתנו להם לישראל אחד בכתב ואחד בעל פה; "בהר סיני ביד משה" – מלמד שניתנה התורה הלכותיה ודקדוקיה ופירושה על-ידי משה מסיני".

ואכן גם הרמב"ם מגדולי חכמי הראשונים שלאחר התלמוד שניסח את "שלוש-עשרה עיקרים" הן אמונות היסוד (=הדוגמות) של היהדות המאמינה, כותב: "והיסוד השמיני הוא 'תורה מן השמים' והוא שנאמין שכל התורה הזו הנמצאת בידינו היום היא התורה שניתנה למשה, ושהיא כולה מפי הגבורה, כלומר שהגיעה אליו כולה מאת ה'...וכן פירושה המקובל גם הוא מפי הגבורה. וזה שאנו עושים היום צורת הסוכה, והלולב והשופר, והציצית, והתפילים וזולתם – היא עצמה הצורה שאמר ה' למשה ואמר לנו. והוא (משה) רק מוביל שליחות נאמן במה שהביא".

כלומר לא רק פירושי המילים הקשות קיבל עם ישראל בהר סיני "במתן תורה" עם התורה הכתובה אלא יחד עימה "תורה שבעל-פה". "התורה שבעל-פה" היא ה"פירוש המקובל" הכוונה, הפירוש המחייב אותנו בגלל קדושתו "מקובל" = קבלה, והוא בעצם מכיל גם מסורת אוטונומית שאין לה כל סימוכין בתורה. כפי שכתבנו לעיל, צורת התפילין, הסוכה והלולב, השופר, שיעורי המידות של מצוות התורה – אין להן סימוכין בכתוב בתורה, אבל הן "הלכה למשה מסיני".

אבל האם אמונת הרמב"ם היא שכל התורה שבעל-פה המוכרת לנו היא כולה מן השמים? מתברר שאף הרמב"ם עושה חלוקה בין הרבדים השונים ביצירה המוכרת לנו כ"תורה שבעל-פה" ומבדיל בין כמה וכמה רבדים. לדעתו כמה רבדים הם ממש ניתנו למשה בהר סיני עם רדתו מן ההר, ומאז הם מושרשים עמוק עם התורה שבכתב ואינם משתנים כלל, וחלק אחר – הם התפתחות מאוחרת לאחר מעמד הר סיני, במשך הדורות ויכולים אפוא להשתנות מדור לדור. החלק הראשון הוא החלק "הסטאטי" והשני – הוא "דינאמי". נפרט את הרבדים: הרמב"ם לוקח את "כל הדינים הקבועים בתורה" – "תורה שבעל-פה" - ומחלקם לחמישה חלקים. החלק השני שהם הדינים שעליהם נאמר "הלכה למשה מסיני" ואין להם כל ראייה מן הכתוב בתורה שבכתב – זהו החלק הסטאטי המובהק ביותר.

מנגד, החלק הרביעי, הם הדינים המכונים "גזרות", והחמישי הם הדינים המכונים "תקנות ומנהגות" הם החלקים הדינאמיים שלא ניתנו למשה מהר סיני אלא התחדשו במרוצת הזמן.

מהו קו המידה המפריד בין החלק הסטאטי לחלק הדינאמי, הרמב"ם מבדיל בין החלק השני הסטאטי "שאינו בו שום מחלוקת" לבין החלק הרביעי ש"גם בהם יש שתהיה מחלוקת". לדעת הרמב"ם הלכה שאין בה מחלוקת היא הוכחה לקדמותה. הלכה או דין שיש בהם מחלוקת מצביעה כמאה עדים על חדשנותה, שכן אם ניתנה למשה מסיני, האיך יש בה מחלוקת. אין זאת אומרת ש"התקנות והמנהגות" אינם מחייבים את היהודי לדבוק בהן. היהודי מחויב בקיום החלקים הדינאמיים משום ש"הסכימה עליהם כל האומה".

לפי הדברים שאמרנו, נבין את חלוקת הרמב"ם בין החלק הראשון לחלק השלישי. שני החלקים הללו עוסקים בפירושי התורה שבכתב, או ליתר דיוק בדרשנותם, באחת מן המידות "שהתורה נדרשת בהן", אלא שיש דרשנות שהיא סטאטית ויש שהיא דינאמית. ההבדל בין הדינים הנובעים מדרשנות סטאטית ונחשבים שניתנו למשה בהר סיני עם רדתו מן ההר, היא כהגדרת הרמב"ם "שיש להם רמז בכתוב או שאפשר ללמדם באחת מן

המידות וזה אין בו מחלוקת כלל, אלא כל זמן שיאמר אדם קיבלתי כך וכך – מסתלק כל ויכוח". לעומת זאת "הדינים שנלמדו באחת מן המידות, ובהם נופלת מחלוקת...ונפסק הדין כדעת הרוב" – לא ניתנו למשה ממש מהר סיני והם מאוחרים יותר. ושוב חוזר הרמב"ם על ההסבר שמחלוקת בדרשה מסוימת מעידה כי הדרשה אינה קדומה, אלא מאוחרת.

יצוין כהערת-אגב כי ההיגיון של הרמב"ם אינו עומד במבחן המציאות. חכם בשם ר' יאיר חיים בכרך, מונה למעלה ממאה וחמישים הלכות המכונות "הלכה למשה מסיני" שיש בהן מחלוקת.

2. מה המשמעות "מדאורייתא" "מדרבנן" ומה ביניהם?

נחזור לעיקר, מה המשמעות המעשית לחלוקה בין החלקים הדינאמיים של התורה שבעל-פה לחלקים הסטאטיים? לדעת חכמי ההלכה המשמעות היא לא בעצם שאלת החיוב האם לקיימו או לא, אלא בתוקף החיוב ובהיקפו. וזה הסבר הדברים:

בתורה נאמר: "ודרשת והגידו לך את דבר המשפט ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא (סנהדרין היושבת בלשכת הגזית) ושמרת לעשות ככל אשר ירוך". כלומר, יש מצווה לקיים לא רק את החלקים הסטאטיים אלא כל מה שמורים חכמים לעשות. כמו כן קיים איסור של "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ומי שכן סר מהוראת סנהדרין נאמר "והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמע את הכהן...או אל השופט ומת האיש ההוא ובערת הרע מקרבך". כלומר אותו איש הוא ממרה ויש לדונו למוות. ומה הוא ממרה? על כך אומר הרמב"ם: "אחד (=בין) דברים שלמדו מפי השמועה (=קבלה) והם תורה שבעל-פה; ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא; ואחד דברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזירות והתקנות והמנהגות". כלומר החובה לקיים את התורה אינה רק מה שנמסר ממש למשה מהר סיני אלא כל מה שהסנהדרין, המורכבת מחכמי ישראל מורים לעשות "מדעתם" – היינו לפי עומק שכלם. ואין הדבר נובע אלא ממצוות התורה לשמוע בקול הכהן או השופט.

אך אם עצם החיוב לקיים את דברי החכמים – פירושיהם, תקנותיהם וגזירותיהם – הוא מן ציווי התורה ויש איסור מן התורה להמרות את פיהם, עדיין יש הבדל עצום בין ההלכות הסטאטיות שהן, לדעת חכמים באמת נמסרו למשה עם התורה שבכתב, המכונה בעגה התלמודית "מדאורייתא (=משל תורה) לבין החלק שהתחדש אצל חכמים, המכונה בעגה התלמודית "מדרבנן" (=משל חכמים). נביא שני הבדלים עיקריים:

בעוד שהעונשים הכתובים בתורה הם רק למי שמפר מצווה מדאורייתא, הרי שמי שמפר מצווה מדרבנן פטור מן העונשים הללו, ולפעמים לוקה בעונש שהוא "מדרבנן". כך למשל, אומרים שמי שעושה מלאכה בשבת חייב מיתה – סקילה, אך אם עושה אותה בשינוי "כלאחר יד" – אינו חייב מיתה מן התורה.

הכלל הוא ש"ספק דאורייתא לחומרא" ואילו "ספק דרבנן להקל". כלומר כל ספק אם עשיתי דבר בצורה הנכונה, כל חשש שאם אעשה אעבור על מצוות התורה – אני צריך לנהוג ב"חומרא" (=להחמיר) לעשות שנית אם צריך או להימנע לחלוטין. לעומת זאת אם הספק הוא על מצווה מדרבנן אני צריך לנהוג "לקולא" (=להקל).

אך מהו דאורייתא ומהו דרבנן? נראה שהדבר לא פשוט כלל. קיימת מסורת עוד מזמן האמוראים בתלמוד שישנם תרי"ג מצוות (=613), מהן רמ"ח מצוות עשה (=248) ושס"ה מצוות לא-תעשה (=365). והנה לאחר התלמוד התעוררו כמה חכמים למנות את המצוות הללו, ואף קמה לה ספרות עניפה של "מוני המצוות". מתברר שישנן מחלוקות מרובות מהן המצוות. אנחנו לא ניכנס לדבר, אך נביא כמה מכלליו של הרמב"ם איזו מצווה ראוי למנות אותה כמצווה שבין תרי"ג המצוות? הרמב"ם מביא ב"הקדמה לספר המצוות" שלו כי הוא אינו מונה מצוות זמניות. למשל, את הציווים של הקמת המשכן, הציווים של אלוהים שיסעו ממקום למקום,

שיכבשו את סיחון או שלא לאכול מעץ הדעת. כל אלו המצוות היו לשעתן ולא לדורות. עוד דבר לא מונים אלא רק מצוות מדאורייתא ולא מצוות מדרבנן. למשל, מצוות הדלקת נרות חנוכה, מצוות קריאת המגילה ומשלוח מנות בפורים הן מצוות מדרבנן. אך לא רק הן, שמעצם ברייתן באו לאחר חתימת התורה, אלא גם מצוות שהן כביכול נדרשות באחת משלוש עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן, לא בהכרח הן מדאורייתא. נאמן לשיטתו, מבדיל הרמב"ם בין מצוות הבנויות על "דרשות" סטאטיות שבהן "לא נפלה כל מחלוקת" לבין מצוות הבנויות על מדרשי הלכה דינאמיים שיש בהן מחלוקת. הרמב"ם כותב שבמצוות הנלמדות מדרשות רק "אם פירשו הם בעצמם ואמרו שזה גוף תורה או שזה מדאורייתא – הרי זה ראוי למנותו". ר' משה בן נחמן, חלוק עליו וסבור "שכל דבר הנדרש בתלמוד באחת מכל י"ג מידות הוא מדאורייתא – עד שנשמע אותם (=את חכמים) שיאמרו שהוא אסמכתא". (=דרשה נחזית).

גם היחס המספרי בין המצוות שהן "מדאורייתא" למצוות שהן "מדרבנן" הוא שונה ממה שנחזה להיות. החכם ר' יאיר חיים בכרך מחכמי אשכנז במאה ה-16 כותב כי "פירושי המקראות ודברים הנידונים במידות שהתורה נדרשת בהן הם חלק פחות ממאה מן הדינים הנזכרים במשנה ובגמרא". כלומר למעלה מ-99% של לימוד התורה המסורתי בישיבות, בבתי המדרש ושל כל יהודי בינו לבין עצמו הוא בכלל לא במה שהוא "מן התורה" אלא בעיקר בחלק הדינאמי של מה שמכונה "של חכמים".

אם נעמיק נראה שההבחנה בין "מדאורייתא" לבין "מדרבנן" אף הוא עצמו קביעה של חכמים. גם מה שנחשב מן התורה ממש הוא לפי ייחוסם של חכמים, ולא בשל כך שהמקרא עצמו מעיד שהוא מן התורה. לדוגמא, בתורה נזכר שהבעל מחויב לזון את אשתו, ואף על פי כן חלק מן החכמים קבעו שחיוב המזונות של הבעל הוא "מדרבנן". בתורה נזכר כי ישנה חובה של שמיטת קרקעות וחלק מן החכמים מצמצמים את תחולתה רק לזמן קיומו של בית המקדש.

אך לא זו בלבד, חכמי ישראל הם שקובעים את קדושת ספרי המקרא. כלומר תהליך הקנוניזציה הוא תהליך מודע של חכמים הקובעים מהו ספר קודש שבגלל קדושתו גזרו חכמים בעליית בית נתזה בלוד ש"כתבי הקודש מטמאין את הידיים" מאחר ש"לפי חיבתן קדושתן" (כדי שהעם יימנע מלהניח אוכל ליד ספרי קודש ועכברים יכרסמו את כתבי הקודש גזרו חכמים טומאה על מי שנגע בספר קודש שאסור לו בשל-כך לאכול תרומה) לעומת "ספרי המירס (=הומרס) שאינן חביבין אין מטמאין את הידיים". שאלה שהתעוררה האם מגילות שיר השירים וקהלת "מטמאות את הידיים". כידוע, ספר שיר השירים דומה כשירי עגבים וספר קהלת יש פקפוק בו לכאורה בתובנות של הישארות הנפש, שכר ועונש. הדבר הזה היה במחלוקת כל ימי בית שני, כולל בימי הלל ושמאי ובתי המדרשות שלהם, עד שבתקופת חכמי יבנה, בדור שלאחר חורבן הבית, "ביום שהושיבו את רבי אלעזר בן עזריה בישיבה, ששיר השירים וקהלת מטמאות את הידיים" – היינו הם ספרים קדושים. את ספר שיר השירים פירשו כאלגוריה ליחסים בין הקב"ה – הזכר לבין "כנסת ישראל" – הנקבה וכל ביטויי החשק כמו "שני שדיין" – "זה משה ואהרן", ואלו את ספר קהלת תירצו בכמה אופנים ודרשום. על ספר משלי היה הפקפוק אם ראוי להיות ספר קודש משום שהיו אומרים: "משלות ואינן מן הכתובין" ולבסוף הכריעו לקבלו. גם על מגילת אסתר (עליה דיברנו בפרק הראשון) היו פקפוקים עד לתקופת האמוראים בבבל והיו שסברו שמגילת אסתר "אינה מטמאה את הידיים". על ספר יחזקאל כתבו בתלמוד שחכמים חשבו לגנוז, משום שיש בו הלכות הסותרות לכאורה את דברי התורה. למשל, לפי הכתוב בתורה אסור לכל אדם מישראל לאכול נבילה וטריפה ואילו בספר יחזקאל נאמר: "כל נבלה וטרפה לא יאכלו הכהנים" (יחזקאל, מד, לא) ואף על פי כן לבסוף יישבו הסתירות וספר יחזקאל נשאר "ספר קודש".

מכל העניינים נראה כי ההכרעה מה הם הספרים המהווים את "כתבי הקודש" היינו המקורות העתיקים הרשומים של עם ישראל, נפלה על-ידי חכמים שתורתם היא התורה שבעל-פה. הווה אומר ההכרעה לגבי מהותה של הקנוניזציה – היא בידי חכמים ולא שאלה היסטורית לגמרי. אכן חכמים במודע הפרידו בין הספרים

שחשבום ספרי קודש לבין הספרים "החיצוניים" ותבעו את גניזתם. רבי עקיבא קבע: "שכל המכניס בתוך ביתו יותר מכ"ד ספרים, כגון בן סירא וספר בן תגלא – מהומה הוא מכניס בביתו". חכמים קבעו למשל, לא לקרוא בספר בן סירא, למרות שכמה פעמים מצוטטים ממכתמיו של ספר זה. נראה אפוא כי החשש מספרים "חיצוניים" נבע מהכתות שייצרו "כתבי קודש" נוספים, כמו, מאוחר יותר, ספרי הבשורה הנוצריים.

אך לא רק מספר ספרי הקודש הוא בשל הכרעת חכמים, אלא גם נוסחם. ישנו סיפור בתלמודים שבזמן הסופרים מצאו שלושה ספרים בעזרה שעל הר הבית: ספר "מעון"; ספר "זעטוטי" וספר "היא". והמדרש מסביר שהיו שלושה ספרים בשניים מהם היה כתוב הפסוק, (כפי שכתוב בספרי התורה בימינו) "מעונה אלוהי קדם" ובאחד "מעון אלוהי קדם" ואז קבלו ה"סופרים" (אלו מן החכמים שהיו ממונים על קביעת הנוסח המדויק) כי הנוסח הנכון יהא "מעונה" ולא "מעון". ועוד, בשניים מן ספרי התורה היה כתוב "ואל אצילי בני ישראל לא שלח את ידו" ובספר תורה אחד במקום "אצילי" הופיעה המילה "זעטוטי" ואז קיימו הסופרים, (כפי שנהוג עד היום) את גירסת "רוב" ספרי התורה שבעזרה ודחו את גירסת ה"מיעוט" של ספר התורה האחד. אם נשיל את הקליפה האגדתית נראה שיש פה בעצם אמירה חריפה שקדושת הנוסח של התורה שבכתב היא הכרעתם של חכמי התורה שבע-פה. אנחנו מוצאים בתלמודים עדויות על גרסאות שונות דחיות. מסופר כי "בתורתו של רבי מאיר מצאו כתוב 'והנה טוב מאוד' – והנה טוב המוות". היינו במקום הנוסח המקובל של "טוב מאוד" יש נוסח שונה. ההכרעה הייתה כנראה עלפי דעת הרוב. גם לפי המסופר אצלנו שאלוהים הלביש את אדם וחווה "כתנות עור" היה כתוב בתורת רבי מאיר "כתנות אור".

עניין שינוי הנוסחאות העסיק מאוד את חז"ל. לצד הנוסחה שהתקדשה ונחשבת לנוסח "המסורה", יש גירסה אגדתית כיצד תרגמו שבעים מחכמי ישראל את התורה ליוונית ושינו בו כמה שינויים מכוונים. תרגום זה כונה "ספטואגינטה", שעד היום בשינויים מועטים מקובל על הכנסייה היוונית האורתודוקסית. ברור שספר תורה שיש בו שינוי אחד מן השינויים בספטואגינטה, הוא נחשב פסול ואסור לקרוא בו. הכנסייה הקתולית מסתמכת על תרגום ה"וולגטה" שייסדו הירונימוס אחד מאבות הכנסייה, שלפי הידוע גר בבית לחם למד עברית ותרגם מתוך המסורה. הכנסייה הסורית המזרחית מסתמכת על תרגום יהודי לתנ"ך בשפה הארמית שנקרא "פשיטתא" ואילו הכנסייה הפרוטסטנטית מסתמכת על תרגומו של מרתין לותר והיה הספר הנדפס הראשון בעולם. התרגום הלותרני הסתמך על כתבי התנ"ך היהודים האורגינליים בשפה העברית ועל כן השתבחו הפרוטסטנטים בתרגומם וטענו לבכירותו מעל תרגום הוולגטה שאומץ על-ידי הכנסייה הקתולית.

לא רק הנוסח של המקרא, אלא גם התייחסות כלפיו בתור "ספר הספרים" נקבע על ידי חכמי התורה שבעל-פה. כל מנהגי הקריאה והלימוד, קדושת ספר התורה – הכל נקבע על-ידי חכמי ההלכה. להלכה ולמעשה ה"תורה שבכתב" אצל היהודים סמוכה על שולחנה של "התורה שבעל-פה". אז אם התכנים הכתובים בתורה שבכתב מתפרשים בצורה מחייבת על ידי ה"תורה שבעל-פה"; ואם הצורה וההלכות האופפות את התורה שבכתב נקבעות על-ידי התורה שבעל-פה, בשביל מה ללמוד את התורה שבכתב? התשובה הפשוטה של היהודי המאמין היא כך ציוו עלי חכמי ההלכה לקרוא פעם בפעם בסדר מסוים. כלומר אנחנו כיהודים חיים את התנ"ך רק מפיה של התורה שבעל-פה. יצוין שדבר זה היה מאוד מוקשה על המשכילים היהודים הראשונים, על "אחד העם" וגם על דויד בן גוריון, שניסו להפוך את היהדות על-פיה ולהעמידה בראש ובראשונה על "מוסר הנביאים". הם נלחמו בתורה שבעל-פה וניסו להמעיט בחשיבותה כ"תוצר גלותי". ברור שהמשפט העברי רואה ב"מוסר הנביאים" רקע בלבד להלכות המגוונות של התורה שבעל-פה.

ט. דת ומשפט במקורות ההלכה

1. הצגת השאלה: עד כמה מחויבים אנו לקיים את מצוות התורה?

עד כה אמרנו שישנן נורמות הלכתיות רבות. חלק מן הנורמות הן "מדאורייתא" – כלומר, סטאטיות – הלכה קדומה, וחלק הן "מדרבנן" – כלומר, דינאמיות – מקורן לאחר מתן תורה, או ליתר דיוק לאחר חתימת המקרא. במובלע הנחנו כי על כל אדם מישראל מוטלת החובה לקיים התורה ולשמור מצוותיה, בין אלו שהן בצו עשה, כלומר הדורשות אקט של מצווה, ובין אלו שהן ב'לא תעשה' היינו הדורשות להימנע מאקט של עבירה. אך האם באמת מחויבים אנו בני האנוש לקיים את כל הנורמות ההלכתיות – מדאורייתא ומדרבנן – ולדקדק בהן קלה כבחמורה? ברור שדיוננו לא יעסוק בשני עניינים החשובים בפני עצמם: אנחנו איננו דנים בנורמות דתיות שאינן משפטיות, היינו שלא ניתן לאוכפן. נורמה דתית, כמו "יתגבר כארי לעמוד בבוקר..." אינה בת אכיפה ועל-כן אין זו נורמה משפטית כפי שקבענו לעיל באשר ל"מחלליה (=את השבת) מות יומת". נורמות דתיות שאינן בנות אכיפה ניתן לעסוק בהן בצדדים התיאולוגים או בחקר התופעות הסוציולוגיות של הדת. כמו כן איננו מתכוונים לשאול עד כמה בכלל יש לקיים נורמות הלכתיות מנקודת מבט חיצונית לדת. איננו מתכוונים לשכנע את מי שאינו רואה עצמו מחויב לשמירת הדת, ובוודאי שלא לשכנע את מי שאינו מעוניין לקיימן מתוך מרידה בהלכה. כלומר איננו עוסקים בקורס זה ב"שכנוע" או ב"הטפה" ולא ב"חזרה בתשובה". כפי שראינו כמה מאנשי ה"משפט העברי" אינם דתיים, אינם שומרי מצוות באורחות חייהם, אבל הם תומכים נלהבים בהחייאתו של המשפט התלמודי הצץ ועולה מתוך מקורות ההלכה המגוונים. הדבר דומה למקצועות אחרים של מדעי היהדות והדת. פרופ' גרשם שלום שייסד את מחקר הקבלה לא היה "מקובל" בעצמו ובוודאי לא שומר מצוות וסביר להניח שאף לא האמין בתכניה של הקבלה במובן האורתודוקסי. גם פרופ' דויד פלוסר מן האוניברסיטה העברית, שהיה עצמו שומר תורה ומצוות, עסק הרבה בחקר הנצרות ומקורותיה בבית השני, והיה מייצע לחכמי הדת הקתולית בוותיקן בענייני דתם ומשתתף נוכח בכינוסים הרבים שלהם. שאלתנו: האם מחויבים בני אנוש לקיים את כל הנורמות ההלכתיות, נובעת מנקודת מבט הלכתית פנימית, האם לפי ההלכה הדתית עצמה מחויבים כל בני אנוש לקיים את כל המצוות? התשובה היא כמובן – לא. ישנם "שוליים רחבים" לנורמות עצמן, כך שלא בכל מצב ולא כל אדם מחויב בקיום הנורמה, ויתירה מזאת ישנן הרבה נורמות שאסור לכל יהודי לקיימן, אף אם הוא רוצה ל"התנדב" להן. נמנה את הסיבות בראשי פרקים.

2. נשואי הנורמות ההלכתיות

כל שיטת משפט מתעניינת בנשואי הנורמה שלה, כלומר מי חייב לעשות מה? מי פטור ממנה? בשיטת המשפט המודרנית מקובל כי כל בני האדם שווים בזכויותיהם ובחובותיהם, משום כך הנורמות המשפטיות באופן עקרוני חלות על כולם בשווה. נכון כי בפועל קיים אי שוויון בין בני האדם הכפופים לשיטת המשפט, אך ההבדל הוא פונקציונאלי בלבד. הנה למשל, אינם דומים חובותיהם של עורכי-דין לשאר בני האדם. ההבדל לא נובע מהיותם של עורכי-הדין "מיוחסים", אלא בגלל פונקציה "הייצוג" של הלקוחות. טול את חובת "הייצוג" של עורך-הדין והפכתו לשאר האדם. כידוע על עורך דין חלה חובת ההתנהגות האתית בפנייתו לקולגה שלו מעבר לסתם "נימוסים והליכות"; הוא מחויב בשמירת "סודיות" על ענייני לקוחו מעבר ל"שמירת פרטיות" של הזולת החלה על כל בני האדם, וכמובן חלה עליו חובת ה"חיסיון" על עניינים שנמסרו לו על-ידי לקוחו מפני חקירה בבית המשפט, דבר שאינו קיים בשאר בני האדם (ישנן "חסינונות" מקצועיים אחרים לרופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי, איש דת שגם הם "פונקציונליים" לתפקידם). גם חובותיהם וזכויותיהם של אנשי שירותי הביטחון, של חברי כנסת, של שרים בממשלה, של שופטים, נשיא המדינה ושל דירקטור בחברה ציבורית שונים מאשר שאר בני האדם, ואף הם נובעים מפונקציה תפקידם.

לעומת אלה ההלכה היהודית מחילה את הנורמות בנות האכיפה באופן דיפרנציאלי, ואין ההבדל בין חובותיו של אדם אחד מול אדם שני עניין "פונקציונלי" בלבד, אלא "מעמדי". אכן אם ניקח את ההירארכיה הדתית נראה שבראש הפירמידה של קיום המצוות עומד "הכהן הגדול" המחויב כמעט בכל המצוות, מצוות הדת הרגילות, הלכות קורבנות ועבודה יחד עם כל אחיו הכוהנים ובנוסף עבודת (=פולחן) יום הכיפורים, כולל כניסה לקודש הקודשים שרק הוא, הכהן הגדול מבצע אותה. מנגד חלים עליו איסורים רבים שצריך הוא להיזהר מהם. הוא צריך להיות טהור רוב שעות היום, אסור לו להינשא אלא רק ל"אישה בתולה".

מתחתיו עומד "הכהן ההדיוט" שיכול להקריב קורבנות, אך לא כולם ולא בכל זמן, מנגד חייב הוא לשמור על חוקי הדת הרגילים ומעבר לכך על טהרה רק בזמן שהוא "בא אל הקודש", כלומר כאשר בא לעבוד בבית המקדש. מותר לו להינשא גם "לאלמנה" ולא רק ל"אישה בתולה". כמובן שאסור לכהן הדיוט לעשות את אותן מצוות המוטלות על כהן גדול דווקא, ואם למשל עשה דבר שנועד להיעשות על-ידי כהן גדול, עבר אותו כהן הדיוט בחטא חמור שעונשו כרת או מיתה בידי שמיים (אקוויוולנטי למי שאוכל ביום הכיפורים). מתחתיהם עומד בן ישראל שאינו כהן. הוא מחויב בכל המצוות המוטלות עליו, אך כל מצוות של הקרבת הקורבנות ועבודות אחרות בבית המקדש הכשרים רק בכהונה – אם עשה אותם מתוך התנדבות מחויב בכרת או במיתה בידי שמיים. מנגד, אין בן ישראל מחויב להיות "טהור" אלא רק במועדים מיוחדים שחייב להיות בבית המקדש. כך למשל כתוב ש"חייב אדם לטהר עצמו ברגל" הכוונה לכל אחד משלשת החגים (הקרויים במקורות – רגלים) שאז כל יהודי זכר "חייב להיראות את פני ה'" הכוונה "לעלות ברגל". בן ישראל יכול לשאת כל ישראלית כשרה, בין אם נולדה יהודיה ובין אם התגיירה, בין אם היא בתולה, גרושה או אלמנה. מתחת בן ישראל עומד מי שאינו ישראל, המכונה במקורות "בן-נח" (על שם נח שניצל מהמבול). בעוד שבן ישראל מחויב בכל המצוות הרגילות שמירת שבת ומועדי ישראל, הינזרות ממאכלות אסורות ומקיום יחסי אישות ממי שאינה אשתו שנישא לה כדת, בן-נח פטור מכל המצוות, אינו חייב לשמור שבת, מותר לו לאכול חמץ בפסח ולאכול ביום הכיפורים ומותר לו, לפי חוקי התורה, לקיים יחסי אישות כמעט עם כל אישה שאינה נשואה לאחר. בן-נח מחויב רק ב"שבע מצוות בני-נח" שבעיקרן הן מצוות "שכליות", כלומר מקובלות כאורח חיים הגון. מצוות אלה: איסור גזל, רצח (= "שפיכות דמים"), עבודה זרה, "גילוי עריות" (הסברנו לעיל) איסור לאכול אבר של בהמה שנתלש ממנה בעודה חיה, והקמת מערכת שיפוט "דינים". אין הגוי מחויב ללכת בדין המהותי וסדרי-הדין לפי חוקי ההלכה ולהישפט על-פיהם, שכן אין ההלכה היהודית פונה אל הנוכרי, אלא הוא מחויב לנהוג לפי אורחות החיים ההוגנים המקובלים על סביבתו. הקמת בתי דין של גויים והישפוטות שם - זו היא המצווה.

במובלע עולה כי אין הדת היהודית מנסה לגייר גויים ולהכניסם תחת כנפי השכינה ולהפך, הרבנים מערימים קשיים על גויים המעוניינים להתגייר, מתוך הכרה שאין הדבר הזה נצרך ואף לא יעיל. חכמי ישראל מודעים לקושי בקיום מצוות התורה ועל-כן הם פונים אל כל גוי שבא להתגייר ושואלים אותו: "מה ראית?" ורק ב"דלית ברירה" שהגוי מתעקש מגיירים אותו בתנאי שישמור על כל חוקי התורה הנוקשים. ההימנעות מגיור המוני והזהירות בקבלת "יהודים חדשים" אפיינה את הרוח הליברלית של היהדות כלפי הדתות המונותאיסטיות האחרות כמו הנצרות והאיסלם, ששאפו להטיל את דתם בכפייה. גם היום שמדובר ב"כפייה דתית" בישראל, אין הכוונה שאנשי הדת רוצים לכפות את דתם על כל תושבי המדינה, אלא רק על מי שלפי חוקי הדת מחויב בה. תעמולת ה"חזרה בתשובה" אף היא מכוונת כלפי היהודים (לפי ההלכה) ולא כלפי מי שאינו יהודי. רק אצל הפוליטיקאים של היום נתערבבו הדת בלאום ורואים הם בסירוב לגייר גזענות מתועבת.

ההירארכיה שמנינו אינה פונקציונאלית. אין הכהן שאינו עובד עבודה בבית המקדש רשאי לשאת אישה גרושה, ואין בן ישראל יכול לעשות מצוות של כהן. ההבדל הוא "מעמדי". ברם ה"מעמד" אינו "סטאטוס חברתי" אלא עניין דתי לחלוטין. הנה המימרה הידועה ש"ממזר תלמיד-חכם עדיף מכהן גדול עם-הארץ". הממזר הוא מי

שנולד לגבר ואישה שיחסייהם אסורים באיסור חמור של "מיתה בידי אדם" "מיתה בידי שמים" "כרת". הממזר אסור "לבוא בקהל", כלומר אסור לו להינשא עם אישה ישראלית כשרה (הממזר יכול להינשא לגויה דבר שאסור על ישראל כשר). אך ההגבלות הנישואין, לפי השקפת חז"ל, אינה "פגם מוסרי מולד" אלא "תאונת עבודה", ולהפך יש לקרבו לחיי החברה. ואם אותו ממזר הוא תלמיד חכם יש להעדיפו על "כהן גדול עם הארץ". התלמוד שואל במה מתבטאת ה"קדימה"? והתשובה "לפדות ולהחיות". לאמור, אם יש פציעה המונית למי אני חייב לגשת ראשון ולבצע בו החייאה? לממזר תלמיד חכם או לכהן גדול עם הארץ? התשובה הברורה - לממזר. אם יש לי מעט כסף לפדיון שבויים, אני מחויב להעדיף את תלמיד החכם אף על פי שהוא ממזר. בכלל חכמים הדגישו את מעמד התורה על פני מעמד שלטוני אחר. ישנה מימרה: "חכם קודם למלך. מת חכם - אין לנו כיוצא בו; מת מלך - כל ישראל ראוין למלכות". על מגמתם של חכמים לזלזל במעמד המלוכה נעמוד בהמשך.

3. אי הרלוונטיות של חלק מן הנורמות ההלכתיות

חלק מן הנורמות ההלכתיות אינן חלות בזמננו, ואף אסור לנו לקיים אותם מאחר שהם אינם קיימים במצבנו כיום. כדי לבאר נאמר שחלק מן הנורמות פונות אל כל יהודי ויהודי כפרט, וחלק לכל עם ישראל כאומה. הפרט באותן מצוות ציבוריות מחויב לקיימן מכוח שייכותו לעם, לאומה. מאז סוף ימי בית שני אין אנחנו עם במובן הדתי אלא אוסף של פרטים. מכאן שכל המצוות שאינן פונות אל הפרט, אלא מוטלות על הציבור כאומה ולא כאוסף של פרטים - אין מקום לקיומן. כך מצוות כיבוש ארץ ישראל, בניית בית המקדש והלכת מלך בישראל אין להם קיום כיום. גם מצוות עליה לרגל בחגים, מצוות "הקהל" יש פטור מלא מחלק של מתנות הכהונה ומצוות שמיטת קרקעות ושמיטת כספים אינן חלות היום כצו מן התורה (אלא רק כתקנות של חכמים) מאחר שמצוות אלה במקורן ניתנו לכל עם ישראל כאומה ולא כאוסף של פרטים. אפילו ענף נכבד של דיני העונשין לפי דיני תורה אינו חל אלא רק כאשר "סנהדרין אצל מזבח" היינו שיש בית דין מיוחד שיושב בלשכת הגזית, שהוא סמל האומה הישראלית בהשקפתם של חכמים. מאחר שבית המקדש חרב ובעקבותיה "גלתה סנהדרין לחנויות" - נמחק זהותו של עם ישראל כאומה והפך להיות אוסף של פרטים. אשר על - כן אין מקום להפעיל את הדין הפלילי התורני.

4. מצוות קיומיות ומצוות חיוביות

זוהי חלוקה מאוד רווחת וחיביבה על לומדי התורה בישיבות "לפרק" כל מצווה ולבחון כל רכיב מרכיביה: האם יש חובה להשתדל לקיימה בכל עת או רק אם הזדמנה לי האפשרות לקיימה אז אני מחויב בה, אך לכתחילה אין חובה להשתדל לעשותה. למשל, לשאת אישה כדת משה וישראל זו מצווה, אך גם לגרש אישה זו מצווה ככל המצוות. אך יש הבדל גדול: אדם מחויב להשתדל לשאת אישה מכמה טעמים (ולאו דווקא בשל מצוות 'פרו ורבו'); אך אינו חייב להשתדל לגרש אישה, אלא אם רוצה הוא לגרשה מחויב הוא לעשות בדרך של "וכתב לה ספר כריתות ושלחה מביתו". עוד דוגמא: אדם מחויב להשתדל לתת צדקה מממונו, אך לגבי מצוות הפרשת לקט שכחה ופאה אין אדם מחויב להשתדל לרכוש שדה כדי לקיים מצוות אלה, וגם אם לא יעשה זאת לעולם - לא היה שום פגם בהתנהגותו.

מכל המצוות עשה הכתובות בתורה - 248 במספר מונה הרמב"ם רק 60 מצוות חיוביות שבהם חייב כל אדם להיתקל בהן. הרמב"ם אומר שהוא מדבר על אדם מן הישוב ולא בנזיר מתבודד, וכלשונו: "...שיהיה עניינו כשאר בני אדם ויאכל המאכלים הידועים למזון האדם, דגים ובשר, ויעשה סחורה עם בני אדם וישא אישה ויוליד..."

מתוך 60 מצוות אלה האישה מחויבת רק ב-46 מצוות. הפטור מן המצוות של האישה לא נובעת מן מהשקפה כי סטאטוס הנשים נמוך יותר, אלא שהן פטורות מהרבה מצוות ריטואליות של תקיעת שופר, ישיבה בסוכה, תלמוד תורה והנחת תפילין. המצוות הן עול, למי שמחויב בהן הנקרא בלשון המקורות "מצווה ועושה"; והנשים רשאיות לעשות מרבית מהן "בכיף" בבחינת "אינה מצווה ועושה". למעט הנחת תפילין, היום נשים דתיות רבות מקיימות אותן מצוות (ובכמה מצוות אפילו יותר מן הגברים). אך גם במשך ההיסטוריה היהודית מצאנו נשים ששוחטות ומוהלות, ראשי ישיבות ולמדניות. עם זאת יש להזכיר כי בכלל האיסורים שווים האישה והאיש וכן בחלק מן המצוות הריטואליות כמו אכילת מצה בפסח, אכילת קרבן פסח "צלי אש על מרורים".

5. התחמקות ליגלית מן החיוב הדתי

לפעמים מן התורה אנחנו מחויבים בקיום מצווה או להימנע מלעבור עבירה ומצווה זו היא חיובית, ואף על פי כן איננו מקיימים החיוב ב"הערמה" על החוק. זו לא השתמטות, אלא יצירת "פטור" מן המצווה באמצעים הלכתיים. נביא כמה דוגמאות:

לפי דין תורה לא רק שאסור לאכול חמץ בפסח אלא אסור שישהה חמץ השייך לנו ברשותנו... כך נאמר: "ולא יראה לך חמץ ולא יראה לך שאור בכל גבולך" והנה באו חכמים ודרשו: "שלך אי אתה רואה, אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה (=הקדש=מוקופה)". והנה הרבה יהודים שיש להם וויסקי, אטריות ושאר מוצרי חמץ משאירים את החמץ ברשותם, על-ידי מכירתם לגוי. החמץ נמכר לגוי בערב הפסח תוך התניה שאם לא ישלם תמורת החמץ תוך שבעה ימים, תיפקע המכירה שעה לאחר צאת החג האחרון. המכירה אומנם וולונטרית, אך בקהילות אירופה הפך העניין ממוסד בני העיר היו ממנים את רב הקהילה לשליח והוא מכר לגוי את חמצם של כל היהודים בעיר בתור שליחם. ברור ששליחות זו לא הייתה רק לשם מצווה, אלא גם לשם הפרנסה. בקהילות ישראל לא מועטות לא שילמו לרב משכורת והוא חי מהכנסות כאלו של "מכירת חמץ". גם ממשלת ישראל מוכרת באמצעות הרבנים הראשיים את החמץ לעו"ד שאינו יהודי תמורת סכום אסטרונומי. גם מצווה אחרת של שמיטת קרקעות, שלפיה אסור ליהודי לעבד את אדמתו בשנה השביעית ולמכור את היבול שצמח בה ואת "הספיחים" אותם צמחים שעלו ממילא, עוקפים כיום בחוגים דתיים רחבים על-ידי "היתר מכירת קרקעות" בו מוכרים את הקרקע לגוי ואז היהודי אינו מעבד אדמתו אלא אדמה של נכרי. גם מצוות "שמיטת כספים" שנלמד בהמשך, עוקפים באמצעות כתיבת "פרוזבול" ואיסור לקיחת ריבית עוקפים היום באמצעות "היתר עיסקא" בו אין מדובר בהלוואה אלא ב"שותפות עסקית" עם סיכון.

דוגמא נוספת ל"הערמה" הוא הדבר הבא. לפי דין תורה אסור להוציא חפץ מרשות היחיד לרחוב העיר זוהי "מלאכה" האסורה בשבת. כמו כן אסור לטלטל ד' אמות (בערך 2 מ') ברשות הרבים. והנה רואים אנו הרבה יהודים שומרי שבת שמוציאים חפצים מביתם ומטלטלים אותם ברחוב. התשובה טמונה במונח עירוב. על ידי הקפת כל העיר, הישוב בחוט באופן מסוים שבו יעבור מכלונסאה לכלונסאה ויהפכה לצורת הפתח, ועל-ידי עשיית מקום אוכל משותף באופן מלאכותי, הופכים את כל העיר לרשות היחיד האחת, היינו לבית פרטי אחד. ענייני העירובין מסובכים עד למאוד ויש הטוענים כי בכלל לא ניתן לעשות עירוב בישראל מאחר שלא כולם "מודים בעירוב", היינו מאמינים במצווה זו.

6. מצווה של רשות

ואף אלו קיימות. מצוות שלא חייבים בכלל לקיימן בשונה מהסימן הקודם שהמצווה מחויבת אלא "מערימים" וחומקים ממנה, כאן המצווה נתונה לשיקול הדעת: אם ירצו יקיימו אותה ואם ירצו לא יקיימו. דוגמאות:

מצוות מינוי מלך בספר דברים נאמר: "כי תבא אל הארץ אשר ה' אלהיך נותן לך וירשתה וישבת בה ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבותי. שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' אלהיך בו..." כלומר מצווה למנות מלך לאחר כיבוש הארץ. לאחר מכן מפרטת התורה מי ראוי להיות מלך. בספר שמואל משתמע כי בקשת מינוי המלך, לא זו בלבד שאינה מצווה אלא חטא לפני האלוהים. שם מתואר שבאו זקני ישראל לפני שמואל ואמרו לו "אתה זקנת ובניך לא הלכו בדרכיך. עתה שימה לנו מלך לשופטנו ככל הגויים. וירע הדבר בעיני שמואל כאשר אמרו תנה לנו מלך לשפטנו". לא רק שמואל ראה בזאת בקשה חצופה אלא גם אלוהים אליו פונה שמואל לטקס עצה, ואלוהים מצווה לשמואל: "שמע בקול העם לכל אשר יאמרו אליך, כי לא אותך מאסו כי אם אותי מאסו ממלוך עליהם". לפי דברי אלוהים יש ברצון למנות מלך משום עבודה זרה. אלוהים מצווה לשמואל לקרוא בפני העם את "משפט המלך", היינו את הפריווילגיות העומדות למלך העלולות להיות לרועץ לעם: "את בניכם יקח ושם לו במרכבתו ובפרשיו ורצו לפני מרכבתו, ולשום לו שרי אלפים ושרי חמישים ולחרוש חרישו ולקצור קצירו ולעשות כלי מלחמתו וכלי רכבו. ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאופות, ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו. וזרעיכם וכרמכם יעשור ונתן לסריסיו ולעבדיו. ועבדיכם ואת שפחותכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו. צאנכם יעשור ואתם תהיו לו לעבדים." סוף דבר מתנבא שמואל הנביא: "וזעקתם ביום ההוא מפני מלככם אשר בחרתם ולא יענה ה' אתכם ביום ההוא". עונש נורא לחטא נורא, אלא שהדבר לא מרתיע את העם האומר נחרצות: "ויאמרו לא, כי אם מלך יהיה עלינו. והיינו אנחנו ככל הגויים ושפטנו מלכנו, ויצא לפנינו ונלחם את מלחמתנו". והנה בחז"ל מוצאים מחלוקת בין התנאים מהי מצוות מינוי המלך. דעתו של רבי יהודה היא כי "ג" (=שלושה) מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להמיד להם מלך... ולבנות להם בית הבחירה (=המקדש). לדבריו כשם שחובה לכבוש את הארץ, כך יש מצווה של חובה למנות מלך. לעומתו סבור רבי נהוראי (=מאיר, בארמית) ש"לא נאמרה פרשה זו אלא כנגד תרעומתן, שנאמר: 'ואמרת, אשימה עלי מלך'. כלומר, מצווה של רשות. המחלוקת בין התנאים כה עזה עד שרבי אלעזר נזקק לבאר את פשר ההתנגדות של אלוהים ושל שמואל למלוכה, בניגוד למצווה מפורשת בתורה. וכך אומר: "זקנים שבדור כהוגן שאלו: 'תנה לנו מלך לשפטנו'. אבל עמי הארץ שבהן קלקלו שנאמר: 'והיינו גם אנחנו כל הגויים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו'. כלומר, הזקנים רצו "מלך" משפטי "פילוסוף" ואילו עמי הארץ רצו מלך ריכוזי שהוא גם מחוקק, גם שופט וגם מבצע – מעין ריכוז סמכויות.

מצוות גואל הדם: בתורה נאמר שמי שהורג במזיד - הורגים אותו, ואין מרחמים עליו. מיתתו של הרוצח במזיד היא כפרה, כפי שנאמר: "ולארץ לא יכפר כי אם בדם שפכו". ואילו ההורג בשגגה נס אל אחת מערי המקלט ויושב בה "עד מות הכהן הגדול". עיר המקלט, אינה בית סוהר, אלא מקום מבטחים, שכן אם יצא הרוצח בשוגג מעיר מקלטו "ומצא אותו גואל הדם מחוץ לגבול עיר מקלטו, ורצח גואל הדם את הרוצח – אין לו דם". כלומר גואל הדם – אינו נענש.

אך השאלה מה יקרה אם הרוצח בשגגה יצא מעיר המקלט, האם יש חובה לגואל הדם לרוצח את ההרג בשגגה? האם יש עליו חובה להימנע? או שמא רשות בידו? האם גואל הדם מוגבלת רק ליורשיו, או כל מתנדב? רבי יוסי הגלילי ש"גואל הדם, מצווה הוא להרוג; שאר כל העם – רשות. ורבי עקיבא אומר: "רשות ביד גואל הדם, כל אדם – חייב".

"קנאין פוגעין בר": גם זו רשות לאדם המקנא לכבוד אלוהים, אך חז"ל קבעו "הלכה ואין מורין כן".

7. התנאה על הנורמה המשפטית

השאלה אם החוק הוא כופה, *jus cogens* או שהוא דיספוזיטיבי *jus dispositivum*, היינו שניתן להתנות עליו, היא שאלה המנסרת בעולמו של המשפטן השכם והערב. במשפט הישראלי מעטים הם החוקים המצהירים על עצמם כקוגנטיים (דוגמת חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1983, סעיף 5; חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 30) או כדיספוזיטיביים (דוגמת חוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 4; חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיפים 45, 46, ועוד). רוב החוקים נזקקים "לחוש המומחיות של המשפטן" בכדי לקבוע אם החוק קוגנטי או דיספוזיטיבי. נהוג לומר שהחוקים הפליליים והציבוריים לא ניתן להתנות עליהם, שכן הם בפלנטה ציבורית שהמחוקק מצריך הסכמת הציבור ולא של פרט זה או אחר המוותר על זכות של הציבור.

מכאן נעבור לעיקר, היא עמדת המשפטן העברי. לפי ההלכה היהודית צריך לסווג את המצוות, בין אלה ש"בין אדם למקום", היינו נורמות דתיות שאין רשות לאף אחד מן החייבים בהן להתנות עליהן "כנגד מה שכתוב בתורה", לבין מצוות ש"בין אדם לחבירו". שאז ניתן לאדם להתנות עליהם "כנגד מה שכתוב בתורה". והנה אנחנו רואים במשנה בבא מציעא כלל: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל" והתלמוד בבבא בתרא מבאר שהכוונה שאם אדם אומר הריני מוריש על-מנת שבני הבכור לא יירש 'פי שנים' (כפי שכתוב בתורה שהבן הבכור נוטל פי שניים מן הבן הפשוט) – התנאי בטל. והרי לכאורה ירושה זו מצווה שבין אדם לחבירו? מנגד מצאנו בברייתא מחלוקת בין חכמים (סתם חכמים הם רבי מאיר) לבין רבי יהודה: "האומר לאשה 'הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה' – הרי זו מקודשת ותנאו בטל; רבי יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים". הרי שבענייני ממון שבין אדם לחבירו סבור רבי יהודה שהתנאי קיים? ועוד דבר מדוע אין אדם יכול להתנות עם אשתו "על מנת שאין לך עלי עונה" (=קיום יחסי אישות) הרי מצוות הבעל לקיים עונה עם אשתו היא מצווה "שבין אדם לחבירו" בלבד?

נראה אפוא כי אבן הבוחן אינה אם המצווה היא "בדבר שבממון" "בין אדם לחבירו" או אם היא "בין אדם למקום" ושאינה "ממונית", אלא השאלה היא מה אומדן הדעת של אלו שמתנים עימם "על מה שכתוב בתורה". הנחת היסוד היא שכל אדם הקיימת לו זכות מן התורה אין בדעתו לוותר עליה ולאבד את זכותו מן התורה אלא רק אם הדבר הכרחי ביותר וניתן לאמוד את דעתו במבחן הסבירות כי הסכים לכך. על-כן כאשר אדם מתנה עם אשתו שהוא מוכן לשאת אותה לאישה בתנאי "שאיין לה עליו עונה", גם אם היא אומרת 'מסכימה אני' – אין זו הסכמה, שכן מהיכן תמצא פורקנה? ביהדות קיום יחסי אישות מחוץ לנישואין היא עבירה חמורה והיא עצמה עילה לסיום היחסים בגירושין כפויים. הינזרות בכלל מחיי מין, לדעת חכמים אינו אפשרי ועל-כן קשה לאמוד את דעת האישה כי באמת וויתרה על זכותה. סביר להניח שסברה שלא לוותר על הזכות הבסיסית ביותר של הנישואין. ברם כאשר אדם מתנה עם אשתו "על מנת שאין לך עלי שאר (=מזונות) וכסות" התנאי קיים מאחר שחובת הבעל לספק מזונות לאשתו אינה חובה כה בסיסית של הנישואין, אלא אופציונאלית. האישה הנשואה עצמה יכולה להחליט, במשך חיי נישואיה, לפי בחירתה הבלעדית, להפסיק להיות ניוזנית מבעלה ותמורת זאת שלא לשעבד את רווחיה מעבודתה תמורתם. כך נאמר: "יכולה אישה שתאמר לבעלה: 'איני ניוזנית ואיני עושה'" מאחר שכך יכול הבעל טרום הנישואין להתנות עימה "על-מנת שאין לך עלי שאר וכסות", שכן מטרת התנאי להעמיד את האישה במצב של חירות כלכלית ממנו. בתוספתא כתובות מצאנו שהבעל יכול להתנות עם אשתו תנאים נועזים יותר: "נושא אדם אישה על מנת שלא לזון, על מנת שלא לפרנס, ולא עוד אלא שפוסק עימה שתהא זנתו ומפרנסתו ומלמדתו תורה". ומובא שם סיפור על תנאי שכזה שאותו

התנה רבי יהושע בן עקיבא עם אשתו. גם הבן הבכור אינו מוותר על זכותו לירש את אביו המוקנית לו מן התורה, שכן בין אם האב ירצה ובין אם לא ירצה, תמיד יירש את אביו. (אופציית הצוואה בהלכה אינה קיימת אלא כ"מתנה מחיים").

תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא פרק ד -

איתמר, האומר לחבירו: על מנת שאין לך עלי אונאה, רב אמר: יש לו עליו אונאה, ושמואל אמר: אין לו עליו אונאה. לימא רב דאמר כרבי מאיר, ושמואל דאמר כרבי יהודה. דתניא: האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה - הרי זו מקודשת, ותנאו בטל, דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים. - אמר לך רב: אנא דאמרי - אפילו לרבי יהודה; עד כאן לא קאמר רבי יהודה התם - אלא דידיעה וקא מחלה, אבל הכא - מי ידע דמחיל? - ושמואל אמר: אנא דאמרי אפילו לרבי מאיר; עד כאן לא קאמר רבי מאיר התם - אלא דודאי קא עקר, אבל הכא - מי ימר דקא עקר מידי? - אמר רב ענן, לדידי מפרשא לי מיניה דמר שמואל: האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה, על מנת שאין בו אונאה - הרי יש בו אונאה. - מיתביבי: הנושא והנותן באמנה, והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה. - לרב דאמר: אנא דאמרי אפילו לרבי יהודה, הא מני? - אמר אביי: מחוורתא רב אמר כרבי מאיר, ושמואל דאמר כרבי יהודה. - רבא אמר: לא קשיא; כאן - בסתם, כאן - במפרש. דתניא: במה דברים אמורים - בסתם, אבל במפרש, מוכר שאמר ללוקח: חפץ זה שאני מוכר לך במאתים, יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה, על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה. וכן לוקח שאמר למוכר: חפץ זה שאני לוקח ממך במנה, יודע אני בו ששוה מאתים, על מנת שאין לך עלי אונאה - אין לו עליו אונאה.

התלמודים ממשיכים בדיון האם יכול אדם להתנות עם חברו "על מנת שאין לך עלי אונאה". ביאור הדברים: בניגוד לסעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 "טעות בכדאיות העסקה" במשפט העברי היא טעות ורשאים שני הצדדים, הן זה שהטעות לרעתו, והן זה שהטעות לטובתו לחזור בהם מן ההסכם. זה שלרעתו – מובן, הוא אינו רוצה להיחשב טיפש ותם, אך גם זה שהטעות לטובתו רשאי לחזור בו, כיוון שלא רוצה שיצא עליו שם של רמאי. הלכה זו נקראת במקורות "אונאה" ומתמקדת בטעות במחיר בלבד. הכלל הוא שטעות במחיר עד "שתות" – עד שיטית מן המחיר לא נחשב איסור כי בני אדם מוותרים בדרך כלל על סכומים שכאלה, מעל שתות – אינם מוותרים. איסור האונאה הוא נחשב מדאורייתא ומבוסס על פרשנות חכמים את הפסוק "לא תונו איש את אחיו". אך השאלה היא, היכול המוכר להתנות עם אדם שמעוניין לקנות ממנו, כי על עסקת המכר לא יחול איסור האונאה. ישנה מחלוקת בין רב הסובר שלא ניתן לבין שמואל שאומר שניתן. האם המחלוקת בין האומר לאישה: על מנת שאין לך עלי שאר כסות" לבין האומר לחבירו: "על מנת שאין לך עלי אונאה" – זהות? לאמור, האם רב סובר כרבי מאיר ושמואל - כרבי יהודה? באוקימתא (=פוזיציה=העמדה) הראשונה סבר התלמוד שאכן יש זהות במחלוקות, לאחר מכן באוקימתא השניה באו החילוקים בין המקרים. ייתכן, כך נטען כי דברי רב אינם מתואמים רק עם דעת רבי מאיר אלא גם כדעת רבי יהודה, שכן אישה שאדם החפץ לשאתה מתנה ואומר "על מנת שאין לך עלי שאר וכסות" הקלפים גלויים ועל כן וויתורה אמיתי, אך אדם שאומרים לו "על מנת שאין לך עלי אונאה" הוא אינו משוכנע שהטעות במחיר לרעתו וכי ייתכן כי "ערפל" המחירים יהיה לטובתו, על כן גם וויתורו אינו פן אלא נעשה מתוך תקווה להצליח. מנגד יכול שדעתו של שמואל להתקבל גם על דעתו של רבי מאיר, שכן אדם אינו מוותר על זכות מעוגנת וזכותה של האישה למזונות מהנושא אותה לאישה מעוגנת כל עוד היא מעוניינת בכך, אז גם אם הסכימה לתנאי הבעל טרם הנישואין – לא

וויתרה. אך כאשר אדם לא בטוח כי הוא מאבד זכות, אלא רק לוקח סיכון שהמחיר יהיה מוטעה לרעתו, הוא מוותר בקלות יותר.

אמורא בבלי בשם רב ענן אמר כי מתוך דברי שמואל משתמע כי אם אדם אמר לחבירו: "על מנת שאין בו אונאה" והייתה אונאה, היינו טעות במחיר – התנאי בטל. ושני פירושים עיקריים לדברי רב ענן: רש"י מפרש ש"על מנת שאין בו אונאה" זו הצהרה ולא תנאי, ולכן אם התברר שיש אונאה "הווי כמו מקח טעות". בעלי התוספות סבורים שביאור רש"י אינו עולה יפה עם הבבלי במסכת מכות המשווה בין התנאי: "על מנת שאין בו שביעית" לבין "על מנת שאין בו אונאה". ועל-כן מבארים את הסיבה: "על מנת שאין בו אונאה" הוא בא להתנות ממש "כנגד מה שכתוב בתורה".