

סיכום הרצאות מבוא למשפט עברי סמסטר ב

י. כוחם וסמכותם של מוסדות השלטון – מבוא

1. חשיבות הפרוצדורה המשפטית להפעלת הדין המהותי

בכל שיטת משפט נוהגת חייב אדם הנזקק לה לשאול עצמו שתי שאלות מקדימות. השאלה האחת: מה אומר אותו דין הנוהג באותה שיטת משפט בסיטואציה עובדתית מסוימת? והשאלה השנייה: כיצד ניתן להפעיל את אותו דין מהותי? באיזו פרוצדורה? באמצעות מה? השאלה השנייה היא נפרדת מקודמתה בכך שאינה עוסקת בדין המהותי אלא בשאלה שלהדיוט נראה טפלה לחלוטין, אך לעורך-דין או למשפטן נראית חשובה יותר אם לא העיקרית: האם הדין המהותי ניתן להפעלה בכלל? מה מחיר הפעלתו? האם המחיר שנתבע צד מעוניין הוא כל כך יקר עד שניתן לומר שהדין המהותי הוא "אות מתה"? הרבה עורכי-דין כשרוצים להלהיב את לקוחותיהם הם מבארים להם יפה יפה שהצדק לצידם, וכי בסוף ההליך הם ישיגו את מלוא מבוקשם. ברם כאשר הלקוחות שומעים על שכר הטרחה שהם נדרשים לשלם לעורכי-דינם הם משתאים לדעת: על מה ולמה? אם הצדק לצידם, מדוע הוא כה יקר? אין זאת אלא שעורך הדין לא פירט להם כמה מסובכת הפרוצדורה, כמה עמל יש להשקיע בסדרי-הדין המסובכים ללא סוף כדי להגיע לעמדה נוחה ממנה ניתן יהא להפעיל את הדין המהותי. עורך-דין הלוקח "ניהול תיק" בעניין משפטי כלשהו חייב אפוא ליתן את הדעת לא רק לתוצאה הסופית אלא בעיקר להתנהלות הלקוח הן בבית המשפט בשעת הדיון והן בשלבים המוקדמים של משא ומתן בין הצדדים, הליכי הגישור והבירור למיניהם, וכמובן בתגובה ובתגובה שכנגד במהלך ההתכתבות המשפטית טרם הגשת כתב בי-דין.

לא רק ביחסי עורך-דין לקוח שאלת הפרוצדורה חשובה, אלא בכל מערכת היחסים שבין אדם לחבירו ובין אדם למדינתו. שיטת משפט הנוהגת במדינה כלשהי מופעלת באמצעות פרוצדורה. אם למשל, אני צריך להגיש דרישה מחברי לפרעון חובו היא צריכה לבוא באמצעות פרוצדורה כלשהי הנקראת "דרישה", "פניה"; ואם אני צריך לשלם מס כלשהו, אני חייב לבצע פעולה מסוימת הנחשבת ל"תשלום מס". אם ניקח את החיים האקדמיים שלנו כמיקרוסמוס של המדינה, הרי לא דיי שנלמד למבחן ונדע את החומר, עלינו לבטא אותו ב"פרוצדורה" מסוימת הנקראת "מבחן". נקל לנבון לדעת שאין פרוצדורה יכולה להתקיים מבלי מוסד מטעם המדינה שבה נוהג המשפט. כך ברור ש"מבחן" זה לא שאלות שהתלמיד שואל את עצמו ועונה עליהן, אלא רק שאלות שהמרצה, ולא אף אחד אחר, שואל במסגרת זמן קצוב. לפי המקובל במוסדות האקדמיים אין המרצה יכול לקבוע כל מבחן שיראה לו אלא רק לפי אישור של "מדור הבחינות" שהוא זרוע של מוסדות הנהלת המכללה. תשלום מס נעשה ל"מס הכנסה" שהוא קיצור לשון למוסדות הגבייה הממונות מטעם המדינה לגבות מס. גם "פניה" "דרישה" על-פי חוק נעשית לרוב באמצעות מוסד שלטוני או בעל "רישיון ממשלתי" למשלוח של פניות ודרישות שיש להן משמעות מחייבת. הווה אומר כי על-מנת להגיע לתוצאה המהותית חייבים להפעיל "מוסדות" שלטוניים הממונים לקיים פרוצדורה מסוימת שרק בעקבותיה ניתן להגיע לתוצאה המהותית הניאותה. בקיצור, כל דין מהותי במדינה מתוקנת מופעל באמצעות מוסדות שלטון מוסמכים. אפילו היחסים שבין המדינות עצמן מופעלות כיום בעיקר על ידי מוסדות "שלטון" בינלאומיים, כמו ארגון האומות המאוחדות.

2. העיקרון בישראל: הפרדת הרשויות או ביזור רשויות?

נהוג אפוא לדבר על ריבוי אופיין של מוסדות השלטון ולכנותן "רשויות". במדינות מודרניות נהוג לדבר על "עקרון הפרדת הרשויות", אך כפי שלמדתם בקורסים אחרים אין "הפרדת רשויות" אמיתית בין רשויות השלטון אלא רק "ביזור סמכויות" לפיה אין כל סמכויות החקיקה מיוחדות רק ל"רשות המחוקקת", ולא כל סמכויות השפיטה נמסרו ל"רשות השופטת" ואפילו סמכויות הביצוע אינן מרוכזות כולן ב"רשות המבצעת". הרשות המחוקקת אומנם מנפיקה חוקים, אך יש לה גם הליכי ביצוע (פעילות הכנסת שאינה חקיקה, הצעה לסדר-היום וכדומה) וגם הליכי שיפוט (הליכי הדחת הנשיא ומבקר המדינה. בעבר, ערעורי בחירות) הרשות המבצעת אומנם ממונה על ביצוע הממשל אך יש בה אלמנטים רבים של חקיקה (תקנות, צווים, חוקי עזר וכדומה) וגם הליכי שפיטה (בתי-דין לעבודה; בתי-דין דתיים; בתי דין לענייני משמעת). הרשות השופטת מוציאה אומנם פסקי דין אך עם זאת יש לה סמכויות חקיקה: הלכה הפסוקה שיוצאת מבית המשפט העליון היא תקדים מחייב את הערכאות הנמוכות ממנה ומהווה "חקיקה שיפוטית" לרשות השופטת גם סמכויות ביצוע. ליד כל בית משפט שלום יש לשכת ההוצאה לפועל שתפקידה לאכוף פסקי-דין על החייבים; ליד כל בית משפט מחוזי יש רשם משכונות. לא זו בלבד, אלא אף ההירארכיה בין מוסדות השלטון עצמם אינה ברורה, ו"מעורפלת" במתכוון. אם נשאל מי בכיר ממי? הכנסת או הממשלה? הנה התשובה ב"מעוף הציפור":

הכנסת אומנם מחוקקת חוקים והממשלה כפופה לחוקי הכנסת. תקנות הממשלה הם רק בהתאם להסמכה שקיבל כל שר בחוק מחוקי הכנסת עם זאת אין הכנסת מבצעת מדיניות אלא רק הממשלה. הכנסת אינה יכולה להורות לממשלה איך לפעול, אלא אם הכנסת אינה מרוצה מן המדיניות רשאית היא להביע אי-אמון ולהפילה. באופן מסורתי בענייני מלחמה ובהסכמי שלום, יחסי החוץ וכדומה לממשלה זכות בלעדית והיא אינה זקוקה לקבל את אישור הכנסת. חתימתו של שר מוסמך בממשלה על אמנה בינלאומית מחייבת כל ממשלה שלאחריה וכן את המוסדות הרשמיים שבמדינת ישראל. אין צורך באשרור האמנה במליאת הכנסת, אך יש נוהג כזה. כיום מדברים על חקיקה שתבסס את מעמד משאל העם. הממשלה יכולה להתקין תקנות לשעת חירום שבמשך שלושה חודשים יכולה לגבור על כל חוק של הכנסת.

ואם נישאל מה ההירארכיה בין הכנסת והממשלה לבין בתי המשפט? הרי התשובה ב"קליפת אגוז" כך: למעשה אפילו בית המשפט העליון כפוף לכל נורמה חקיקתית זוטרה ככל שתהא. כך בערעורים אזרחיים ופליליים שמתבררים בבית המשפט העליון חייב השופט לקחת בחשבון כל צו או דו"ח שיצא מתחת ידו של פקח זוטר בעירייה או אפילו הוראה או תנועה של שוטר, רמזור וכדומה. עם זאת בית המשפט הוא המוסמך לפרש נורמה משפטית החל מחוקי היסוד של הכנסת, חוקים, תקנות, חוקי עזר וכלה בצווים או דו"חות שלטוניים. השופטים בפרשם חוק או תקנה אינם מחויבים לפרש כפי שבאמת חשבו חברי הכנסת בחוקם חוק, אלא לפי מה שנראה לפי רוחב דעתם המטרה הרצויה הגלומה בחוק. זוהי תורת הפרשנות הקלאסית.

זאת ועוד. קיימת ערכאה שיפוטית מיוחדת שתפקידה לפקח על פעולות המינהל - כיום בית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ) ומכוחה יכול אדם לעתור כנגד פעולת מינהל ולבקש מבית המשפט העליון שיורה לבטל תקנה ממשלתית או כל פעולה מנהלתית אם בשל פגיעה בכללי הצדק הטבעי (משוא פנים); חוסר מתן הזדמנות לטיעונים וכדומה) ואם בגלל חריגה מסמכות. לעתים גם בגלל חוסר סבירותו של מעשה המינהל.

לאחר חקיקת חוקי היסוד: חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו ניתן כיום לתקוף בבג"צ אפילו את חקיקת הכנסת אם יש בה לסתור את רוחם של חוקי היסוד. הפסיקה פירשה שניתן לבצע לא רק תקיפה ישירה בבג"צ, אלא גם תקיפה עקיפה, כלומר לתבוע או לדרוש בבתי משפט אזרחיים זכות קניינית או אובליגטורית מסוימת תוך התעלמות מחוק מפלה.

3. מעמדם של חכמי המשפט בישראל בהירארכיה השלטונית בישראל

אך דבר אחד אני רוצה להתעכב עליו ביותר מה מקומם של המלומדים חכמי המשפט שלאורם אתם מתחנכים, את מאמריהם אתם קוראים, ועל הגיגיהם אתם נבחנים? בשיטת המשפט כמו שלנו, התשובה ברורה: אין להם כל מעמד מלבד הכריזמה האישית שלהם, ואף כריזמה זו לא תיבחן אלא רק במידה שהשופטים בבית המשפט (רצוי מן העליון) "יאמצו" את דעתם. (כבר ראיתי בימי חלדי פרופסורים המדגישים את עליונותם על חבריהם על ידי הקשת שמם במקלדת של אחת התוכנות הממוחשבות של פסקי הדין). אם נסכם נאמר שכל שינוי חקיקתי זוטר, של תקנה, צו ממשלתי יכול "להפיל" כל ניתוח אנליטי משפטי מבריק של פרופ' ידוע-שם מופלג בתחומו. הוא-הדין שפסיקת שופט זוטר, ככל שיהיה, יש לה יותר עוצמה מכל חוות דעת מלומדת. הייתי מעז לומר שבדבר שנחלק פרופ' ידוע בעל-שם על עמדה של שופט זוטר, הופכת עמדתו של הפרופסור כמעט ל"קול קורא במדבר" – אם לא לבלתי רלוונטית.

כזהו המצב בשיטת המשפט בישראל ובעצם בכל שיטות המשפט המבוססות על שיטת המשפט האנגלו-אמריקאי, לפיה השופט יוצר את הדין. "ההלכה הפסוקה" היא בעצם לוז השפיטה. השופט הטוב יוצק תכנים משלו לכל דברי החקיקה ודעתו הופכת ל"תקדים" אם מחייב ואם מנחה. במצב עניינים זה אין זה משנה מי הוא השופט, האם הוא פרופסור דגול מן האוניברסיטה בעברו, או פרקליט מן הפרקליטות, או עורך-דין פרטי בעל גישה מעשית, כל המאוחר מחבירו דעתו תקפה יותר. דעתו של השופט המאוחר יותר היא הקובעת לא בגלל נשגבותה, אלא בשל היותה "ההלכה הפסוקה" האחרונה. וכמו שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם מבלי שים-לב להרכב חברי הכנסת; תקנה ממשלתית מאוחרת גוברת על תקנה ממשלתית מוקדמת גם אם השר הראשון היה מ"אבות האומה" והשני "פיוף צפוני"; כך כל שופט מאוחר גובר על שופט קדום בתוקף היותו מאוחר יותר, וכמובן הכרעת בית המשפט העליון גוברת על ההכרעות בערכאות הנמוכות. לא כך היה במשפט הרומאי העתיק. המשפט נוהל על-ידי מגיסטראטים שהיו פקיד-משפט שמונו על-ידי הסנט, מהם היו מכובדים (פטריקים) ומהם מפשוטי העם (פלבאים), אך המשפט הודרך על-ידי חכמי המשפט שעמדו מחוץ למערכת בת-המשפט והיו ממונים על היוריספרודנציה (=חכמת המשפט), היינו לבאר באמצעות חוות דעת משפטיות מה הדין הראוי לחול על המקרה שהובא לפניהם. בתחילה היה פרשן המשפט הכהן הגדול (= *pcentifex maximus*) אך מאוחר יותר התרכזה חוכמת המשפט אצל מספר מלומדים, שהיו כותבים חוות דעת שבאמצעותם היו מבארים לשופטים כיצד להכריע את הדין. חוות הדעת שנכתבה לפי בקשת בעלי הדין או השופט או הפרטור היו יותר מן המלצה בלבד. בימי אגוסטוס קיסר נוצר חוק הקובע את מעמד חכמי המשפט ומעניק להם זכות להשיב תשובות. החוק נקרא: *jus respondendi*. וכך קמה שיטת התשובות בתחום המשפט הרומי. ניתן לומר בהערכה גסה כי אם שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית מתפתחת עד היום בזכות פסיקות בתי המשפט, שיטת המשפט הרומי התפתחה באמצעות כוחם המחייב של חכמי המשפט. אותם חכמי המשפט המציאו "תלמוד" כלומר שיטת פרשנות אסכולות של פירוש לענפי המשפט השונים. מי שרצה ללמוד משפטים ברומי העתיקה לא שימש בסטאז' בבית המשפט אלא למד אצל חכמי המשפט שביארו לתלמידיהם את חוכמת המשפט מתוך מדרש החוקים *interpetatio* ומתוך סברא *disputationes*.

היו הרבה מחכמי המשפט שעסקו במתן תשובות ששמותיהם הפכו לאבן ציון משמעותי בתולדות המשפט הרומי ועד היום משתמשים חכמי המשפט בני זמננו בפרשנותם. שניים מהם הם האחים קאטו: קאטו הגדול וקאטו הקטן. כל אחד מהם כתב חיבור בחוכמת המשפט. בשנת 527 לספירה עלה יוסטיניאנוס לגדולה כקיסר רומי ומטרתו הייתה להחזיר את גדולתה של רומי. לצד מלחמותיו המרובות בשבטים הגרמאניים ושחרורה של איטליה מהם, קיבץ את כל חוכמתם של חכמי המשפט עד אז שנלקחו מקבצים ישנים (קרוב ל-2000 כתבים) והוציאם בצורת מקראה. לאחר מכן הוציא ספר מעובד לתלמידים שנקרא עד היום האינסטיטוציות של יוסטיניאנוס. זה הקובץ העתיק ביותר שידוע לנו בשלמותו מן העת העתיקה. צריך לציין שמלבד זאת שהשופט הרומאי ראה עצמו מחויב לחכמי המשפט, היו הנחיות הקיסר בעניין המשפטים מחייבות ועל השופט היה להדבק בהן.

יא. כוחם וסמכותם של מוסדות השלטון בדיני התורה

ומה באשר למשפט העברי? ברצוני לפתוח בהערה דידקטית מקדימה. כרגיל, איננו עוסקים בריאליה של המקרא וימי בית שני. כמו כן איננו עוסקים בחקר המקרא וספרות ימי בית שני (ספרים חיצוניים, ספרות התלמודים לשעצמה) כל מטרתנו ללמוד מתוך נקודת מבט פנימית של ההלכה היהודית כפי שהיא רואה את עצמה. ייתכן שיהיו אלו שיבחינו בהרצאותי בתופעה המוכרת בספרות המחקר ההיסטורי הטהור "אנכרוניזם" (=ייחוס תובנות שהתגבשו בתקופה מאוחרת יותר לתקופה קודמת), אך "ההטעיה" הזו היא מכוונת ובאה ללמד על המשפט העברי מתוכו, וכדרך הדוגמטיקנים יש בכתביהם טכניקה רבה של אנכרוניזם.

1. אין עקרון של "הפרדת רשויות"

אכן לפי ההלכה עצמה אין מושג כזה שנקרא "הפרדת רשויות" ואף לא "ביזור רשויות" כבשיטות משפט מודרניות, אלא "ריכוז סמכויות", אך למרבה הפלא ריכוז הסמכויות הוא אצל חכמי ההלכה, הם חכמי המשפט העברי ולא בגופי שלטון ומשפט אחרים.

יתר על-כן, אם בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאית, וגם בישראל חכמי המשפט, קרי הפרופסורים למשפטים, איש איש בתחומו, הם בתחתית הריבוד של עולם המשפט, כך שדעתו של שופט תעבורה בפסיקתו מחייבת יותר מפרופ' גדול בדיני התחבורה; ואם דעתו של המחוקק הזוטר ביותר המובעת בחקיקה, קרי השוטר המכוון את התנועה בידיו, משמעותית יותר מזו של שופט נכבד יותר (למעט התערבות מכוחם של חוקי יסוד או חקיקה גבוהה יותר הסותרת דבר חקיקה נמוך זה); במשפט העברי הכל הפוך. הפירמידה היא הפוכה לגמרי. חכמי ההלכה הם השולטים בכיפה, לא המלך ואף לא הנביא וברור שלא השופטים. אף המוסד העליון של חכמי ההלכה בימי בית שני שנקרא סנהדרין או בית הדין הגדול, לא היה אלא סניף לחכמתם של חכמי ההלכה. הא עובדה שלא תמיד הייתה הסנהדרין מקובלת בימי בית שני. בסנהדרין ישבו חכמי הצדוקים ממשפחת הכהנים, ולעתים פסקו לפי ההלכה הצדוקית. כאשר התהפך הגלגל ונתהווה רוב לחכמי הפרושים היו עושים "פסטיבל", "יום-טוב" בלשון חכמים, על כך ש"תבנא לדינא" (=כלומר, שחזרנו לדין הנכון). עד היום לא ברור כמה באמת השפיעה הסנהדרין כמוסד על התפתחות ההלכה, העדויות המועטות מצביעות על מאבקים חריפים (נתאר לעצמנו שברבנות הראשית לישראל, שמעמדה במשך כל שנות קיומה אינו חזק בקרב היהדות הנאמנה, יהיה לפתע ייצוג לרפורמיים ולקונסרוטיביים), אך ברור שלאחר חורבן בית שני שכשהיה בית דין ביבנה, ולאחר מכן

בגליל לא המעמד הקנה את הסמכות אלא הכריזמה של גדולי החכמים כמו ר' יוחנן בן זכאי, שושלת הנשיאים, רבן גמליאל, רבי שמעון בן גמליאל, רבי יהודה הנשיא. אך גם הנשיאים לא זכו ב"שלטון" וכבר למדנו על המאבק בין רבן גמליאל לחכמי ההלכה שהדיחו אותו מכהונתו ומינו חכם הלכה אחר שלא מושלת הנשיאות לעמוד בראש בית הדין. חכמי ההלכה הם אלה שמחמתם שופטים את העם, הם מחוקקים "תקנות וגזירות" והם אלו שנותנים הוראות ביצוע במישור הפרטי (אכיפה) ובמישור הציבורי כהוראות מחייבות למלך או לכל נושא משרה.

נתעכב על שני מוסדות המוכרים לכם מידיעת ההיסטוריה ומשיעורי התנ"ך – המלוכה והנבואה. משום מה שני מוסדות אלה נראים לאדם המודרני כ"פסגת" הריבונות היהודית האידיאלית. כולנו מתפללים לבואו של "מלך המשיח" והרבה סבורים כי אילו היה לנו נבואה היינו יכולים לפתור הרבה מבעיותינו, כמו שאלת: מה יהיה? אפילו דויד בן-גוריון שתיעב כל דבר רבני ערג ל"בית השלישי" וראה עצמו יותר מאשר ראש ממשלה נבחר על קולות עסקנים ממפלגות שונות, וכן ל"מוסר הנביאים". (בניגוד לבגין שהעריך את מוסד בית המשפט בגלל משפטיותו, בן-גוריון ראה בבית המשפט העליון לא יותר מכלי שרת של מטרותיו הפוליטיות שלו – השלטת "מוסר הנביאים"). ואילו המשפט העברי כפי שמשקף בספרות התלמודית מגמד את מוסד המלוכה והנבואה ורואה בו "כלי שרת" לחכמת התורה.

2. סמכות המלך מול סמכותם של חכמי התורה

הנה המלך דויד שמלכותו מהווה "דגם קלאסי" של מלוכה בישראל ומלכותו נחשבת נצחית כמו זו של "מלך המשיח" בעתיד, מופיע בתנ"ך כאיש מהיר חמה, מדון ותככים "חצרוניים". ברם חכמים ראו בו "אחד משלהם", היינו חכם התורה. כך מסופר שהיה דויד מתעורר בחצות הלילה "עומד ועוסק בתורה עד שעלה עמוד השחר". כיוון שעלה עמוד השחר – נכנסו חכמי ישראל אצלו: אמרו לו: אדוננו המלך, עמך ישראל צריכים פרנסה! אמר להם: ילכו ויתפרנסו זה מזה! (כלכלה מודרנית). אמרו לו: 'אין הקומץ משביע את הארי ואין הבור מתמלא מחוליתו' אמר להם לכו ופשטו ידיכם בגדוד". מיד יועצים באחיתופל (מועצה לבטחון לאומי) ונמלכים בסנהדרין (מקום מושבם של חכמי התורה) ושואלים באורים ותמים (כהן גדול) ויוצאים למלחמה...". הנה תמצית תפקידה של המלוכה אצל חז"ל. "חכמי ישראל" הם שרי ממשלתו, הם המניעים את המלך להגיע להחלטה ההחלטת של דויד לצאת למלחמה היא לא בשל עניין לאומי או של "מרחב מחיה" אלא רק "לעשות קופה". גם החלטתו היא אינה בת-ביצוע מיד, אלא רק מתן הרשאה אם צריך, והשאר נעשה מאליו על-ידי חכמי התורה (גם אחיתופל הוא חכם תורה מופלג) ויוצאים לפשיטה ולמלחמה. בנוסף, דויד המלך אינו עושה משתאות וריקודים סלוניים, כמנהג מלכים, אלא מנגן "בנבל וכינור" ואומר שירות ותשבחות (=פרקי תהלים, לפי המסורת). מסופר שפעם התגאה בכך ואמר: "ריבוננו של עולם, יש ברייה שבראת בעולמך שאומרת שירות ותשבחות יותר ממני? (שימו לב: אין דויד מתגאה במלחמותיו ובכיבושיו) מיד נזדמנה לו צפרדע אחת, אמרה לו: דויד, אל תזוח דעתך עליך, שאני אומרת שירות ותשבחות יותר ממך".

אף שדויד נחשב כמלך שעסק במלחמות מרובות: ממלחמת הישרדות מול המלך שאול, המשך בהישרדותו מפני אבשלום בנו, ובעיקר מלחמות כיבוש, זקוק דויד, לפי חז"ל, ל"הכשר" להצדק חוקי, מפי חכמים כדי לכבוש. כך נשנה במדרשי חז"ל אצל דוד במלחמותיו עם האומות השכנות. דויד הולך להילחם עם פלשתים, והפלשתים "מנפנים" כנגדו ב"אמנה" בו נשבע אברהם אבינו לאבימלך מלך פלשתים שלא יכבוש את ארצו. אין דוד מזלזל בטענה זו, אלא שולח אותה להתדיינות בסנהדרין. הסנהדרין משיבה לו כי ההסכם של אברהם היה עם אבימלך

שהיה מלך פלשתים המקורי שנקראו עוים. ואילו הכיבוש של דוד עומד להיות מפלשתים האחר שנקראו כפתורים. וכך מבארים הם את ההיתר של דוד לכבוש את ארץ פלשתים בכוונה "משפטית" של אלוהים. "...אמר הקב"ה: ליתו כפתורים לִיפקו מעוים (=יבואו כפתורים ויוציאו מן העוים), וליתו ישראל לִיפקו מכפתורים (=יבואו ישראל ויוציאו מידי כפתורים)". כלומר, מכאן שאילולא ההכרה בחוקיות הכיבוש והסיפוח שעשו הכפתורים בשטחם של העוים, לא היה אלוהים מתיר לבני ישראל לספח שטח בניגוד לאמנה עתיקת-יומין שבין אברהם לאבימלך על הסדרי הגבולות שביניהם.

אפילו שדויד המלך נמצא בקרב עם פלשתים אינו עושה הכל מדעתו אלא מקבל "ייעוץ משפטי" על כל צעד ושעל מן הסנהדרין. מסופר בתנ"ך שדויד צמא ואומר: "מי ישקני מבור בית לחם אשר בשער ויבקעו שלשת הגיבורים במחנה פלשתים וישאבו מים מבור בית לחם אשר בשער". אך חז"ל לא הניחו לרגע אחד את המקרא כפשוטו, והניחו שהסיפור לא היה קפריזיוני, של "מים לדוד המלך" דווקא מהבור בבית לחם, ו"שלשת הגיבורים" לא היו חברי להקת הגשש החיזור. לדעתם, בשעת הקרב התעוררה שאלה משפטית נכבדה שלא היה לה תקדים ודויד היה "צמא" ל"מים" היינו לפסק הלכה של הסנהדרין שבבית לחם (מרכז הממלכה עד כיבוש ירושלים) ו"שלשת הגיבורים" היו פרקליטים ממולחים שהולכים לשאול שאלה משפטית את הסנהדרין כדי לקבל הנחיה ברורה כיצד להמשיך בקרב. השאלה המשפטית ששאל דויד היא מסובכת ולא נרד לפרטיה, אך באופן כללי היא שאלה מתחום המשפט הקונסטיטוציוני של זכויות הקניין. האם המלך במלחמתו יכול להבעיר אש בשדות פרטיים של יהודים, נתיני ממלכתו, כדי להגיע במהירות לקו הראשון עם האויב? שאלה זו מעוררת בעיות גם היום. תשובת הסנהדרין הייתה: "מלך פורץ גדר ואין מוחין בידו", היינו, מותר למלך להפקיע ולהשחית רכוש של פרטים נתיני ממלכתו. אף-על-פי-כן מסופר שדויד "לא אבה לשתותם" את המים, היינו לא רצה לסמוך על ההיתר הזה.

ההפרזה בהשפעת חכמי ההלכה על המלכים בכלל ודויד בפרט אולי אנכרוניסטית, אך אנו לא נבהלים מכך כי מטרתנו היא ידיעת המשפט העברי מתוכו. הרמב"ם בהלכותיו כותב שהמלך חייב להילחם ראשית "מלחמת מצווה", היינו כיבוש הארץ מ"שבעה עממין". אך "אחר-כך נלחם מלחמת רשות כדי להרחיב את גבול ישראל". במלחמת מצווה יוצא המלך לפי הצורך ואינו זקוק לקבל היתר מן הסנהדרין, אך במלחמת רשות "אינו מוציא את העם אלא על-פי בית דין של שבעים ואחד", כלומר, סנהדרין גדולה.

אך לא רק המלך כפוף לסנהדרין גם שרי צבאו. בתנ"ך מסופר על יואב, שר צבא דויד שהיה גיבור גדול שואף נקם, ובקנאתו הרג את אבנר בן נר שר הצבא של שאול המלך. לדויד המלך חרה מאוד ההרג הבלתי מוצדק ולפני מותו ציווה על בנו שלמה להרוג את יואב. כפי שכתוב, יואב נס "אל אוהל ה' ויחזק בקרנות המזבח". שלמה לוקחו מעם המזבח והורגו. בספרות האגדה של חז"ל יואב מתואר באופן שונה. הוא אינו גנרל מדושן עונג ומהיר שליפה, אלא גיבור ותלמיד-חכם, ולא זו בלבד הוא יושב בראש הסנהדרין ומכונה בשם "תחכמוני". שלמה, לפי המסופר באגדה, שואל את יואב למה הרג את אבנר בן נר, ויואב משיב לשלמה שבעצם הוא הרג את אבנר בן-נר מאחר שהיה "גואל הדם" של אחיו עשהאל שנהרג על-ידי אבנר בן-נר. שואל שלמה את יואב, הרי בדין הרג אבנר את עשהאל, שהרי עשהאל התקיף אותך, את אבנר, כדין "הבא להרגך, השכם להרגו". עונה יואב לשלמה: אומנם עשהאל רדף אחרי אבנר להרגו, אך אבנר יכול היה להציל עצמו מפני עשהאל אילו פגע רק באחד מאבריו של עשהאל ולא היה מוכרח אפוא להרגו. כך נמשך המשא-ומתן בין שלמה העומד להרוג את יואב לבין יואב המנסה להתחמק מן העונש, והמשא-ומתן מתנהל ביניהם בנחת, משל היו שניהם שני פרופסורים באוניברסיטה. אפילו מנוסתו של יואב לאוהל מועד והחזקתו בקרנות המזבח בניגוד לצו התורה:

"וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה, מעם מזבחי תקחנו למות", התפרשה אצל חז"ל לא כאיבוד עשתונות מצד יואב או בגין אי ידיעת התורה, אלא בשל העובדה שיואב נידון למוות פעמיים: פעם בשל "לא תרצח" על רציחתו את אבנר, ופעם בשל מרידתו בדויד המלך - "מורד במלכות" מחויב מיתה. רק על עבירת רצח נאמר בתורה שאין המזבח משמש מקלט, לא על עבירת המרידה במלכות. חפצו של יואב היה למות רק בשל עבירת הרצח ולא בשל מרידה במלכות, שהרי נכסיו של המורד במלכות מופקעים למלך, ואילו נכסי הרוצח לאחר מותו, ליורשיו.

גם מקרה דויד ובת שבע מתפרש באופן מפולפל יותר וטהור יותר ממה שעולה מן המקרא כפשוטו. ואין כאן המקום להאריך.

3. מעמד הנביא מול מעמדו של חכם התורה

גרסת ינקות שלנו כי הנביא בא בעיקרו להגיד עתידות, ונלווה לו עיסוק נוסף בלתי נפרד - עשיית נסים. באשר לחוקים מצאנו שהנביאים מוכיחים את העם על אי-עשיית צדק ומשפט על גנבה, גזלה, השגת גבול, חילול שבת, ניאוף, עבודה זרה, אך לא ברור מה כוחם בהלכה.

והנה מתברר שלפי ההלכה הצרופה אין תפקיד הנביא לחדש דבר אלא רק להזהיר על הקיים, לשמור מצוות קיימות, ועל הנסים והמופתים יש לתת את הדעת היטב מתי להשתמש בהם.

כך כותב הרמב"ם: "I...הא למדת שכל דברי התורה מצווין אנו לעשותן עד עולם. ונאמר: 'לא בשמים היא', הא למדת שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה. לפיכך אם יעמוד איש בין מן האומות בין מישראל ויעשה אות ומופת ויאמר שד' שלחו להוסיף מצוה או לגרוע מצוה או לפרש במצוה מן המצוות פירוש שלא שמענו ממשה, או שאותן המצוות שנצטוו בהן ישראל אינן לעולם ולדורי דורות אלא מצוות לפי זמן היו, הרי זה נביא שקר שהרי בא להכחיש נבואתו של משה.

II. אם כן למה נאמר בתורה 'נביא אקים להם מקרב אחיהם כמון?' לא לעשות דת הוא בא אלא לצוות על דברי התורה ולהזהיר את העם שלא יעברו עליה.

III. משה רבנו לא האמינו בו ישראל מפני האותות שעשה. שהמאמין על פי האותות יש בליבו דופי."

מדברי הרמב"ם הנחרצים ניתן ללמוד את הדברים הבאים:

א. הנביא יכול להיות גם מי שאינו יהודי או ישראלי. כנראה, נביא מאומות העולם יכול לנבא לישראל.

ב. אין הנביא אלא רק מי שה' שלחו "נביא שקר" הוא אדם הבודה דברים מליבו אף-על-פי שדבריו נכונים.

ג. כאשר הנביא מנבא יש מקום לשאול ממנו סימן "אות או מופת" שהוא נביא אמת. ה"אות או מופת" הם סימן של תופעה שאינה מגיעה לפי סדרי הטבע.

ד. כאשר הנביא בא להוסיף על מצווה, לבטלה או לצמצמה, ואפילו לפרשה בניגוד למסורת המקובלת - אפריורית הוא נביא שקר. הנביא אינו יכול בכוח נבואתו לחדש דבר להלכה. אפילו להכריע במחלוקת הלכתית מכוח נבואתו. נביאותו היא שקר אף שה"אות או המופת" מתקיימים.

ה. האמונה במשה רבנו לא הייתה בגלל האותות "שהמאמין על-פי האותות יש בלבו דופי".

לעומת הנביא, חכמי התורה חופשיים מכל מיני סימני אמת, כמו כן יכולים הם לפרש את ההלכה, להתקין תקנות ולגזור גזירות (אף שלפעמים יש בהן סטייה מההלכה המקורית). כך נאמר בספר דברים: "ועשית על פי

הדבר אשר יגידו לך, מן המקום שהוא אשר יבחר ד' ושמרת לעשות ככל אשר יורוך על פי התורה אשר יאמרו לך תעשה. לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ובספרי על ספר דברים, שופטים, דורשים פסוק זה: " ...ימין ושמאל' אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל, ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם". כלומר, יש ללכת אחריהם אף שהוא מנוגד לשכל הישר.

אכן חז"ל עמדו על מעלתם היתרה של החכמים מול הנביאים. משלו משל: "נביא זקן (=חכם) למה הם דומים? למלך ששלח שני שליחים למדינה. על אחד מהם כתב: אם אינו מראה לכם כתב ידי וחותמי – אל תאמינו לו. ועל השני כתב, אף-על-פי שאינו מראה לכם כתב ידי וחותמי – האמינוהו". הנמשל ברור ואינו צריך ביאור.

יב. החובה לציית לדעתם של חכמי התורה

אך כאשר מדובר בזקנים, היינו חכמי התורה יש לשאול עוד שתי שאלות: האחת, על סמך מה יכריעו כאשר הם החכמים חלוקים בדעותיהם? שנית, אם חכמתם של החכמים אינה נבואה אלא היגיון, מדוע יש לציית באופן "עיוור"?

1. עקרונות ההכרעה ההלכתית

על השאלה הראשונה אין הוראת מקרא ברורה, אך חכמים פרשו את הפסוק המדבר על הליכה בדעת הרוב בענייני שפיטה, גם לגבי הליכי חקיקה ובצוע. על הפסוק בספר שמות "לא תענה על ריב לנטות, אחרי רבים להטות" פירשו חכמים גם לגבי ענייני חקיקה. כך נאמר באגדת תנורו של עכנאי (בבא מציעא, (מספר האגדה של ביאליק רבניצקי): "...חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - מן השמים יוכיחו! יצאה בת קול ואמרה להם: מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום! עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: 'לא בשמים היא' - אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בתורה בהר סיני: 'אחרי רבים להטות'. מצאו רבי נתן לאליהו, אמר לו: מה עשה הקדוש ברוך הוא באותה שעה? אמר לו: שחק ואמר נצחוני בני, נצחוני בני!".

ההכרעה על-דעת הרוב היא בעצם ההכרעה הדמוקרטית, לפי תודעת בעל האגדה כביכול, אלוהים אף הוא, חייב להישמע לדעת הרוב.

המעניין הוא כשבאים לבאר את פשר ההכרעות במחלוקות חכמים אחרות, כמו בין בית שמאי לבין בית הלל מסתמך בעל האגדה שההלכה כדברי בית הלל על "בת קול" ואף נותן נימוק רציונלי להכרעת "בת קול". כך מובא בבבלי ערובין: "אמר ר' אבא אמר שמואל: שלוש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים: הלכה כמותנו, והללו אומרים: הלכה כמותנו. יצאה בת קול ואמרה להם: אלו ואלו דברי אלוהים חיים הם, והלכה כדברי בית הלל. וכי מאחר שאלו ואלו דברי אלוהים חיים, - מפני מה זכו בית לקבוע הלכה כמותם? - מפני שנוחים ועלובים היו, ושונים דבריהם ודברי בית שמאי; ולא עוד, אלא שמקדימין דברי בית שמאי לדבריהם. ללמדך שכל המשפיל עצמו - הקדוש ברוך הוא מגביהו, וכל המגביה עצמו - הקדוש ברוך הוא משפילו". אך עיון במשנה שבת מעלה שלפעמים הכריעו כמו בית שמאי. כך נאמר: "אלו מן ההלכות שאמרו בעליית חנניה בן חזקיהו בן גריון כשעלו לבקרו. נמנו ורבו בית שמאי על בית הלל, ושמונה עשר דברים גזרו בו ביום". הוזה אומר, ההלכה כבית הלל הייתה בעיקרה לא בגלל שהיו "נוחים ועלובים" אלא בגלל שהיו רוב. וכשבאו חכמים להכריע בשאלות מסוימות ונמצא רוב לבית שמאי, הפכה ההלכה להיות כבית שמאי.

אם הכרעת ההלכה היא כדעת הרוב מדוע מצויים חילוקי דעות רבים בתלמודים ובספרות הפוסקים. הבבלי בסנהדרין נותן סיבה מוסרית מדוע רבו מחלוקות בין בעיית שמאי לבין בית הלל: "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שימשו כל צרכם - רבו מחלוקות בישראל ונעשית תורה כשתי תורות." אך הרמב"ם מביא נימוק רציונאלי יותר – לא היה מוסד שיכריע ביניהם. ההלכה כסדרה היא ההלכה המוכרעת בבית הדין הגדול, משבטל – רבתה המחלוקת.

"כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל...הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואלין. אם היה הדבר שנולד בו הספק לכל, ידוע אצל בית הדין הגדול בין מפי הקבלה בין מפי המידה שדנו בה אומרים מיד. אם לא היה הדבר ברור אצל בית הדין הגדול, דנין בו בשעתן ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים: כך הלכה, והולכין להם. משבטל בית הדין הגדול רבתה מחלוקת בישראל, זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו."

והרמב"ם מביא גם כלל מעשי, התקף מאוד בימינו כיצד נוהגים אם אין ההלכה מוכרעת בבית הדין הגדול? "שני חכמים או שני בתי דינים שנחלקו שלא בזמן הסנהדרין...אחד מטהר ואחד מטמא, אחד אוסר ואחד מטמא, אם אינך יודע להיכן הדין נוטה - בשל תורה - הלך אחר המחמיר, בשל סופרים הלך אחר המיקל."

דעת הרוב בתודעת הרמב"ם היא הסדר הראוי והנכון. כל הלכה שיש בה חילוקי דעות צריכה להיות מוכרעת בדעת הרוב. כאשר אין הכרעה כזו נוהגים להכריע בדבר שהוא "מדאורייתא" לחומרא ובדבר שהוא "דרבנן" לקולא. ההכרעה היא לא רק בין שתי דעות כתובות או מסורות מדור לדור, אלא גם במחלוקת בין שני רבנים חיים החולקים אחד על רעהו. כיצד אדם השומר תורה ומצוות חייב לנהוג? במחלוקת על דברי תורה כמו מי שמחמיר ביניהם, ובדבר שהוא "דרבנן" כמו מי שמקל ביניהם.

2. מדוע יש לציית באופן מוחלט לחכמי התורה?

בשאלה האחרת מדוע יש לציית לחכמי התורה באופן "עיוור", היינו "אפילו אומרים לך על ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין – שמע להם" ישנם ביאורים שונים:

בעל **ספר החינוך** מביא נימוק חינוכי תועלתני "וטוב לסבול טעות אחת, ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטובה תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו, שבזה יהיה חורבן הדת וחילוק לב העם והפסד האומה לגמרי. ומפני ענינים אלה נמסרה כוונת התורה אל חכמי ישראל." הרמב"ן כמקובל מביא נימוק מיסטי, בפירוש לספר דברים: "וכל שכן שיש לך לחשוב שהם אומרים על ימין שהוא ימין, כי רוח ה' על משרתי מקדשו, ולא יעזוב את חסידיו, לעולם נשמרו מן הטעות ומן המכשול."

שני הנימוקים הללו מניחים כי חובת הציות נובעת מחכמת חכמי התורה היודעים לכוון דעתם לאמיתה של תורה. ברם החכמים הבאים משערים מראש כי ייתכן שחכמתם של חכמי התורה אינה מספיקה לכוון ל"דעת עליון" וכי למעשה ישנם "שתי אמיתויות" אלא שציווי אלוהים היה שהתורה תימסר לבני אנוש לפי הכרעת שכלם. כך מסביר **רבנו ניסים** אחד מחכמי הראשונים מדוע בפרשת תנורו של עכנאי (שהבאנו לעיל) היה הקב"ה מחויב להסכים לדעת הרוב ("נצחוני בני") "... כי עם היותם שספק טהור על דרך האמת, היו אומרים טמא, שמאחר שהכרעת התורה נמסרה להם בחייהם, ושכלם היה מחייב לטמא, היה מן הראוי שיהיה טמא, אף על פי

שהוא הפך מן האמת, שכן מחייב השכל האנושי". באופן מושכל מסביר חכם מובהק, בעל ספר "קצות החושן" מדוע ההלכה היהודית מקדשת את חכמתם של החכמים ואת הכרעתם, ואלו דבריו: "לא ניתנה תורה למלאכי השרת, אלא אל האדם ניתנה, אשר לו השכל האנושי... גם כי אינו אמת בערך השכלים הנפרדים... הקב"ה בחר בנו ונתן לנו את התורה כפי הכרעת השכל האנושי, אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור. רק שיהיה אמת בהכרעת השכל". ואילו חכם מובהק בן-דורנו, ר' משה פיינשטיין, מגדיר באופן חד: " האמת להוראה, שמחויב החכם להורות, וגם מקבל שכר הוא כפי שסובר החכם אחרי עיונו בכל כוחו, אף שהאמת ממש ("האמת האמיתית" אשר "גליא כלפי שמיא") אינה כן".

3. עולמם של חכמים – חוסר פורמאליות

אכן חכמי ההלכה נראים מעין מלכות מפוארת. כוחם של חכמים רב להם בחקיקה בשפיטה וגם בהוראות לביצוע. המימרה המפורסמת: "מאן מלכי? רבנן" (=מיהם המלכים? חכמים). ראינו כיצד הם "מגמדים" את דמות המלך והופכים אותו לאסקופא הנדרסת בפני הסנהדרין וכיצד הם מצמצמים את כוחם של הנביאים. כל זה עומד בסתירה מוחלטת לעליבותם היום-יומית, לקשייהם וביחוד לרוחב הלב של חכמי ההלכה כלפי הזולת. נתחיל מן הנקודה שחכמי ההלכה לא שמשו במשרה של "רבנות" ולא לקחו שכר עבור לימוד התורה. למחייבתם הם עבדו במקצועות מגוונים. חלק מהם היו סוחרים ובעלי קרקעות, אך היו אנשים שהיו בעלי מלאכה, כמו ר' יהושע שהיה פחמי, והיו אף שנקראו על שם מלאכתם: "יוחנן הסנדלר" "חוני המעגל" "יצחק נפחא". היו ביניהם שכירי יום והיו שפשוט היו רעבים והסתפקו "בקב חרובים מערב שבת לערב שבת". מתורתם "לא עשו קרדום לחפור בה". לדעתם, היה איסור לקחת שכר טירחה או משכורת; בוודאי ובוודאי שהיה אסור לקחת שכר עבור ישיבתם בדין. כל שהתירו בקושי הוא "שכר בטלה" שהוא סכום השווה לשכרו של פועל בשוק. המקומות שבהם ישבו הם בתי המדרש או "בעלייה" וההכרעות לא היו בבית רשמי אלא לעתים מזדמנות. אם עבדו ביום מתי למדו? בלילה, וכך אומר אמורא אחד: "לא נבראה לבנה – אלא לתלמוד".

יג. גבולות כוחם של חכמי ההלכה

השאלה היא במישור החקיקה. עד כמה יכולים חכמים "לחוקק" על-פי ההלכה. ומה כוחם של "חוקים" אלה לעומת הקבלה והתורה שבכתב. כפי שאמרנו לעיל, "חקיקת" חכמים היא בדרך של "מדרש הלכה" תקנה וגזירה" ובמובן מסוים "המעשה", היינו התקדים.

1. מדרש הלכה; מדרש התורה

כבר בתורה, ספר דברים ישנו תיאור נורמטיבי כיצד מכריעים הלכה: "כי יפלא ממך דבר למשפט, בין דם לדם ובין דין לדין ובין נגע לנגע, דברי ריב'ת בשעריך, וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם, ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה', ושמרת לעשות ככל אשר ירוך. לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין או שמאל"

והנה התיאור נוסח המשנה בסנהדרין: "שלשה בתי דינין היו שם: אחד יושב על פתח הר הבית, ואחד יושב על פתח העזרה, ואחד יושב בלשכת הגזית. באים לזה שעל פתח הר הבית, ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי, כל למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו אומרין להם; ואם לאו, באין להם לאותן שעל פתח העזרה, ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי, כך למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו, אומרים להם; ואם לאו, אלו ואלו באים לבית דין הגדול שבלשכת הגזית, שממנו יוצאת תורה לכל ישראל."

אכן לפי הרמב"ם בהלכותיו, זה עיקר האמונה לשמוע בקול החכמים ולקבל את פרשנותם כדברי התורה עצמה. אין מעמד להיגד מן התורה שבכתב או מה שמשמע מתוכו אם חכמים בדרשנותם מפרשים אותו בפנים שונות. מי שמתנגד לחכמים בפרשנות המצווה ועושה אחרת עובר על איסור מן התורה "לא תסור". גם ר' משה בן נחמן, סבור כך.

סמכותם של חכמים לדרוש היא "באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן". יש בהן מידות הקשורות להיגיון, (כמו בנין אב, קל-וחומר) וישנם ללא היגיון (גזירה שווה). על האחרונים נאמר "שאינן אדם דן גזירה שווה מעצמו" היינו ללא מסורת קדומה.

2. תקנה וגזרה

לדעת הרמב"ם גם תקנה וגזירה כמו מדרש הלכה מחייבים כל אדם מישראל ממש כמו התורה עצמה. על המסרב לקיים תקנה או גזירה חלה אותה עבירה של "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". הנה לשונו: "בית הדין הגדול שבירושלים הם עיקר התורה שבעל-פה והם עמודי ההוראה ומהם חוק ומשפט יוצא לכל ישראל. ועליהן הבטיחה תורה שנאמר: 'על-פי התורה אשר ירוך' – זו מצוות עשה. וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולישען עליהן.

כל מי שאינו עושה כהוראתן עובר בלא תעשה שנאמר: 'לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל... שכל חכם שמורה על דבריהם מיתתו בחנק, שנאמר: 'זהאיש אשר יעשה בזדון... 'אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורה שבעל-פה, ואחד דברים שלמדום מפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן, ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא. ואחד דברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות והתקנות והמנהגות..."

לדעת הרמב"ן האיסור של "לא תסור" חל רק על הסיורב לקיים מסורת קדומה שבעל-פה (=קבלה) ומדרש הלכה. אך תקנות וגזירות אין איסור מפורש מן התורה אלא רק רמז או רעיון מספר דברים: "שאל אביך ויגדך, זקניך ויאמרו לך". המקור הכפייתי דל והוא מצביע על נימוק אחר המבוסס על מסורת ותרבות יותר ממצווה דתית.

כבר בימי האמוראים נחלקו חכמים, מדוע מברכים על נר חנוכה, שהיא תקנה מדרבנן. ומחלוקתם זהה למחלוקת הרמב"ם והרמב"ן. "מאי מברך? אשר קדשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר של חנוכה'. והיכן ציוונו? רב אוויא אמר: מ'לא תסור'. רב נחמיה אמר: 'שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך'."

אך השאלה האקוטית היא האם יכולים חכמים לתקן תקנה או לגזור גזירה ללא גבול? דומה שהתגבשה במרוצת הדורות, החל מזמן האמוראים, דוקטרינה שלמה שעיקריה הם:

כלל ראשון: יש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה "בשב-ואל-תעשה". כלומר יכולים חכמים להימנע מלקיים מצווה, כאשר אין צורך במעשה. דוגמה: תקיעת שופר בראש השנה היא מצווה מן התורה, אך אם חל

ראש השנה בשבת גזרו חכמים לא לתקוע. הכיצד? שב ואל תעשה. לדעת חכמי התלמוד "שב ואל תעשה – לא מיעקר הוא"

כלל שני: יש כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אפילו ב'קום ועשה' אבל רק באופן זמני "הוראת שעה" ו"מגדר מילתא", היינו כדי לגדור ולסתום פרצה בתחום החיים הדתיים. דוגמה: לפי דין תורה אסור להקריב קורבנות מחוץ לירושלים. והנה אליהו בשעה שהתמודד עם נביאי הבעל הקריב קורבנות בהר הכרמל. הכיצד? הוא הקריב כהוראת שעה להוכיח כי "ה' הוא האלוהים". הנה כך דרשו חכמים: 'אליו תשמעון' – אפילו אומר לך עבור על אחת מכל מצוות שבתורה כגון אליהו בהר הכרמל, הכל לפי שעה שמע לו – מיגדר מילתא שאני". עוד דוגמה לכלל זה, משפטי יותר: "אמר רבי אלעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. ומעשה באדם אחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. ושוב מעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת התאנה והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. מיגדר מילתא שאני". הן האדם הרוכב על סוס לא עבר על "מלאכה" בשבת ולא נאף עם אשה אחרת ולא אנס, חלילה, את אשתו ואף-על-פי-כן נענשו כהוראת שעה. אם בשביל למנוע מראית עין של חילול שבת בפרהסיא בשבת ואם בשביל לתחום גדרי צניעות במקום פתוח.

כלל שלישי: חכמים יכולים לעקור דבר מן התורה, 'לדורות', (היינו, לא רק כהוראת שעה) ב'קום ועשה' בדבר שבממון. משום שבממון ישנו כלל 'הפקר בית דין הפקר' כלומר, חכמים מפקיעים ממון מן הזולת ועושים אותו הפקר, כך שכל אדם אחר יכול לבוא ולזכות בו. לעתים יכולים להפקיע ולתת לאדם שהם חפצים ביקרו. (אדם שלא עקר את הכלאים משדהו, בית דין היו מפקיעים את השדה ממנו).

3. דוגמאות להחלת הכללים

תקנת פרוזבול

תלמוד בבלי מסכת גיטין דף לו עמוד א

הלל התקין פרוזבול וכו'. תנן התם: פרוזבול אינו משמט, זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, שראה את העם שנמנעו מלהלוות זה את זה ועברו על מה שכתוב בתורה (דברים ט"ו) 'השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעלי וגוי', עמד והתקין פרוזבול; וזה הוא גופו של פרוזבול: 'מוסרני לכם פלוני דיינין שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי אצל פלוני שאגבנו כל זמן שארצה', והדיינים חותמים למטה או העדים.

ומי איכא מידי, דמדאורייתא משמטא שביעית, והתקין הלל דלא משמטא? (=האם יתכן, שמן התורה בשנה השביעית החוב נשמט בגלל שמיטת הכספים והלל יתקין תקנה של פרוזבול כדי שהחוב לא יישמט בשביעית?)

אמר אביי: בשביעית בזמן הזה, ורבי היא; דתניא, רבי אומר: (דברים ט"ו): 'וזה דבר השמיטה שמוטי' - בשתי שמיטות הכתוב מדבר, אחת שמיטת קרקע ואחת שמיטת כספים, בזמן שאתה משמט קרקע - אתה משמט כספים, בזמן שאי אתה משמט קרקע - אי אתה משמט כספים; תקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית. ראה הלל שנמנעו העם מלהלוות זה את זה, עמד והתקין פרוזבול.

ומי איכא מידי, דמדאורייתא לא משמטא שביעית, ותקינו רבנן דתשמט? (=והאם ייתכן כי מן התורה החוב אינו נשמט בגלל שאין שמיטת כספים בזמן הזה והלווה

חייב מן התורה לפרוע החוב ויבואו חכמים ויתקינו תקנה שהחוב יישמט ואין הלווה
 (מחויב לפרוע החוב?)
 אמר אביי: שב ואל תעשה הוא.
 רבא אמר: הפקר ב"ד היה הפקר,

דוגמה לכלל זו היא תקנת פרוזבול: לפי דין תורה, כל שבע שנים ישנה "שמיטת כספים". היינו שמיטת חובות. התורה מזהירה "השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמור: קרבה שנת השבע שנת השמיטה, ורעה עינך באחיק האביון ולא תתן לו. וקרא עליך אל ה' והיה בך חטא...נתן תתן לו ולא ירע לבבך בתתך לו, כי בגלל הדבר הזה יברכך ה' אלהיך בכל מעשך ובכל משלח ידך". שמיטת כספים אינה התיישנות אלא מועד מסוים (לפי רוב השיטות מוצאי שנת שמיטת הקרקעות, כמו השנה כ"ט באלול תשס"ח). לפי העולה מן התורה אין עצה ואין תבונה כנגד "שמיטת הכספים", אך הנה בא הלל שראה ש"העם נמנעו מלהלוות" ועל-כן תקן פרוזבול שכתבתו על-ידי המלווה גורמת שזכותו להחזר כספי ההלוואה לא יישמטו. הלל בעצם אימץ נוהג קדום שבו מלווה שמסר את שטרותיו לבית דין לגבות את חובותיו לפני השמיטה החוב נחשב גבוי ברגע המסירה, או שבית הדין הוא גוף שאין מצוות שמיטה חלה עליו שהרי כתוב "את אחיק תשמט ידך" ובית דין אינו "אחיק". הלל התקין שגם אם המלווה לא מסר בפועל לבית הדין אלא רק כתב שטר שבו הוא מודיע בפני עדים שהוא מוסר את חובותיו (אפילו שהחובות עצמם נעשו בעל-פה) לבית הדין, או שהוא מינה בית דין "אד הוק" של שלשה מחבריו וכתב להם שטר כי הוא מוסר להם את חובותיו (אפילו שנערכו בעל פה) הוא נחשב כבר "מסר שטרותיו". יצוין כי גביית החוב בפועל לאחר עבור מועד שמיטת הכספים תיעשה על ידי המלווה, אך הוא, המלווה, יגבה בתורת "שליח בית דין" לגבות את החוב. כמובן, את הכסף שיגבה ישלשל לעצמו שהרי בית הדין מטרתו היא לגבות החוב עבור המלווה.

אך כיצד עקר הלל מצווה של שמיטת כספים מן התורה על ידי תקנת פרוזבול?

הבאנו בשיעור את שיטתו של אביי, הסבור כדעת ר' יהודה הנשיא (הוא החכם המכונה: רבי) ששמיטת כספים בזמן הזה הוא מדרבנן, שהרי מן התורה אין שמיטת כספים נוהגת אלא רק בזמן שקיימת שמיטת קרקעות מן התורה, ואין שמיטת קרקעות אלא רק כשכל עם ישראל חי בארץ ישראל. מאחר שכך לא הייתה צריכה להיות שמיטת כספים כלל והחובות לא נשמטים. אלא חכמים תקנו שמיטת כספים כדי שלא תישכח תורת השמיטה מישראל, והא הלל ותיקן פרוזבול כדי לעקוף את תקנת החכמים הקודמת, ("אתי דרבנן ועקר דרבנן") הלל אפוא רק עקר בתקנת הפרוזבול שלו, תקנת חכמים קדומה. על זה שואלת הגמרא: כיצד תקנו חכמים ששמיטה תשמט מדרבנן וכיצד הם אומרים ללווה יהודי שלא לפרוע את חובו למלווה, הרי לפי דין תורה, אין שמיטת כספים נוהגת היום, ואם כן יש חובה על הלווה לפרוע חובו למלווה, ואם לא יפרע ללווה עבר עבירת גזל מן התורה? התשובה: חכמים שתקנו ששמיטת כספים תנהג היום, למרות שלפי דין ותרה אינה קיימת בטלו את דין התורה שלוה חייב לפרוע את החוב ושאם לא יפרע הוא גזלן בטכניקה של הכלל הראשון שמנינו בסימן הקודם: שב ואל תעשה.

אולם לדעת רבא באמת שמיטת כספים נוהגת היום אף ששמיטת קרקעות לא, ואין קשר הלכתי בין אי קיומה כיום של שמיטת קרקעות לבין חלוקת המלאה של שמיטת כספים, אם כן חוזרת השאלה איך הלל תיקן פרוזבול ועקר את מצוות שמיטת הכספים, הרי הוא בעצם מורה ללווה לפרוע את ההלוואה למלווה שכתב

פרוזבול ב"קום ועשה"? התשובה: הלל עקר דבר מן התורה לפי הכלל השלישי שהזכרנו ב"הפקר בית-דין הפקר". היינו בעניינים ממוניים רשאים חכמים להתקין כי ממון של לווה שהיה חייב לפרוע חוב למלווה, אלא שבא מועד שמיטת הכספים – יהא הפקר וינתן למלווה שכתב פרוזבול.

הפקעת קידושין

תלמוד בבלי מסכת גיטין פרק ד - השולח [דף לב עמוד א]

ת"ר: בטלו - מבוטל, דברי רבי; רשב"ג אומר: אינו יכול לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו, שא"כ, מה כח ב"ד יפה. ומי איכא מידי דמדאורייתא בטל גיטא, ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן אשת איש לעלמא? אין, כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. אמר ליה רבינא לרב אשי: תינח דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר? שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות.

לפי דין תורה אישה אינה יכולה להתגרש מבעלה רק על ידי מתן גט-אשה מרצונו של הבעל. הרצון צריך להיות בשעת מסירת הגט לאישה. ומה יהא אם הבעל והאישה אינם חיים ביחד והבעל שלח גט ולאחר מכן התחרט, הגט שנמסר לאישה פסול, האישה ממשיכה להיות אשת-איש ואם זינתה דינה כדין נואפת ואם ילדה מקיום יחסים עם אחר זולת בעלה – הילדס מזרים. והנה קרו מקרים שהבעל "אולץ" לתת גט לאישה ממקום רחוק, ולאחר שנמסר הגט לשליח, והשליח הלך לדרכו למסור הגט לאישה, חזר הבעל מהסכמתו וביטל שלא בפני השליח. בא רבן גמליאל ותיקן תקנה שיש לבטל גט רק בפני שליח מפני "תיקון העולם".

אך מה יהא אם הבעל עבר על תקנת חכמים וביטל שלא בפני שליח? אין צורך לומר מה תהא התוצאה החמורה. האישה הסבורה בצדק, כי היא גרושה תינשא לאחר ואז לפי דין תורה היא עברה בשוגג על חטא דתי חמור ולאחר שנודע לה תהא אסורה לבעלה השני. יתר על-כן ילדיה שלא מבעלה הראשון יהיו ממזרים. לפי דעת רבן שמעון בן גמליאל אם הבעל ביטל גט שלא בפני שליח – הגט אינו מבוטל. הכיצד? הרי לפי דין תורה היא אשת איש, שהרי גט שניתן לאישה לא ברצון הבעל פסול וכיצד מכשירו רבן שמעון בן גמליאל? התשובה היא שהיות שהבעל אומר בשעת הקידושין: "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל", כלומר על דעתם של חכמי ההלכה, באים חכמים מפקיעים את כסף הקידושין של הבעל הראשון רטרואקטיבית והופכים את הכסף הזה כמתנה. ממילא לא הייתה האישה נשואה מעולם לבעלה הראשון, ועל-כן אינה זקוקה לגט ממנו.

ממשיכה הגמרא ושואלת: מילא לגבי כסף קידושין, אך מה יהא כאשר הבעל קידש ב"ביאה", מתרצת הגמרא: אכן כן, "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי ממנו ושויה רבנן לבעילתו בעילת זנות". כלומר, כשאדם נושא אישה הוא אומר לאישה: "הרי את מקודשת לי... כדת משה וישראל". הוא מתנה את קיום הקידושין בחכמי ישראל, ועל-כן כאשר הבעל מבטל גט שלא בפני שליח, חכמים בתור קנס שוללים את קידושיו למפרע, וכל משכבי האישות היו סתם כך "זנות" בלשון חכמים (לא בלשון ימינו).

על כך שואלים בעלי התוספות, אם-כך יש מקום לטהר ממזרים? שהרי אם יש אישה שזינתה וילדה, נוכל לבקש מבעלה הראשון שיגרשה ויבטלה שלא בפני שליח ואז קידושיה עמה יהיו בטלין למפרע? תוספות שם עונים שמכיוון שהשימוש בהיתר זה עלול לגרום למתירנות, יש להימנע מלהשתמש בהיתר זה שימוש רחב. אך הרמב"ן כותב "דהא (=שהרי) לא איכפת לן אם יכולין ממזרים ליטהר, ולוואי שייטהרו!"

בתחילת המאה העשרים רצה חכם הלכה מובהק בגליציה (אוסטרו-הונגריה) בשם ר' שלום מרדכי שוודרון, להשתמש בהיתר זה במקרה טראגי בו אישה שבעלה הפליג בספינה ונשארה עגונה במשך 12 שנה, לאחר מכן באו עדים והעידו שהבעל מת. לאחר הותרה להינשא לאחר, נישאה וילדה ממנו ילדים. לימים נודע שבעלה הראשון חי. הדרכון שלו, היה בידי אדם אחר שמת.

יד. סמכות חקיקה לפי דיני התורה בימינו

הזכרנו את עקרונות המשפט העברי: חקיקה, שפיטה וביצוע שהיו נעשים בתחילה בבית הדין הגדול בירושלים, הסנהדרין הגדולה, בימי בית ראשון ובימי בית שני. השאלה היא האם ניתן להפעיל סמכויות חקיקה ושפיטה גם לאחר חורבן הבית? האם ניתן להפעיל אותם גם בימינו? אם נשווה לשיטת משפט אזרחית בת ימינו, האם היא תוקף לחוקי סין אם מדינה זו תתבטל? ברור שלא. כל חוק ומשפט מבוסס על טריטוריה. הזכרתי את סין בכוונה שלא להזכיר שיטה אחרת המוכרת לנו ואנו כל יום חוששים לקיום ריבונותה של המדינה המחזיקה בשיטה זו. האם הדבר הזה חל גם על המשפט העברי? נדון כעת בסמכות חקיקה ובפרקים הבאים בסמכויות שפיטה.

אכן יש סמכויות חקיקה לאחר חורבן הבית עד לימינו הן בדרך של "מדרש הלכה" והן בדרך של "תקנה וגזירה".

1. תקנה וגזירה

גם לאחר חורבן בית שני נמשכו הליכי החקיקה והתקנה לפי דיני תורה בהרבה מובנים תקופה זו נמשכה עד לתקופת האמנציפציה בתחילת המאה ה-19. במובן מסוים גם היום קיימות תקנות חלקן גלויות וחלקן סמויות. נביא את החשובות שבהן:

א. לאחר חורבן הבית שרר עוני גדול והיו אבות שנמנעו מלפרנס את בניהם. חובת הזנת הילדים על ידי האבות לא יצאה ממצווה דתית של "צדקה" לפיו האב חייב לתת רק אם יש לו. והנה מעיד התלמוד הבבלי בכתובות: "באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים.

ב. עד זמן הגאונים היה אדם נושא אישה בשני טקסים מצטברים: בשלב הראשון הוא היה "מקדש" את האישה, היינו "קונה" אותה: בכסף, בשטר או בביאה. טקס זה נקרא "אירוסין" (האירוסין במובנם היום כונו אז 'שידוכין'). בשלב זה הייתה האישה "אשת איש" אך לא גרה עם מי שקידשה והוא לא היה מחויב במזונותיה ולא בשאר חיובי כתובה. רק כעבור שנה היה הבעל נושא את האישה: הבעל קורא לאשתו ומכניסה לביתו, לפני שמכניסה היה כותב "כתובה" ובה מפרט את חובותיו כלפי אשתו, לזונה, לכלכלה ואת גובה דמי כתובתה עם התוספות, והוא נקרא טקס "נישואין". מצב זה של פיצול הטקסים נמשך כל ימי התלמוד. בתקופת הגאונים התקינו "לקדש אשה בשעת כתיבת הכתובה" – היינו לאחד את שני הטקסים. ואפילו הטילו סנקציה שם "שכל מי שלא ינהג כך קידושיו יהיו מופקעים".

ג. עד זמן ימי הביניים האמצעיים היה מותר לכל אדם מישראל לשאת כמה נשים שירצה ובלבד שיספק לכל אחת מהן "שארה כסותה וענתה". האישה, כידוע אינה חיבת לעבוד ולהרוויח, אך בעלה חייב לפרנס אותו "לפי כבודו, ולפי כבודו" - הגבוה מביניהם. בנוסף יכול אדם לגרש את אשתו ללא כל עילה "אפילו מצא אחרת נאה הימנה", בכפוף לתשלום כתובתה. והנה בימי הביניים מצאנו תקנות רבנו גרשם מאור הגולה המכונה "חרם": "... [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 [לח] בין שהבעל בעיר ואשתו שואלת מזונות, או אינו בעיר, יטילו חרם על היודע משלו, ואפילו פיקדון, ויפסקו לה מזונות על אלו....".

ד. עם כינונה של הרבנות הראשית לארץ ישראל בזמן המנדט חשו שני הרבנים הראשיים דאז: הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג והראשון לציון, הרב בן-ציון חי מאיר עוזיאל לעשות שינויים חשובים בתחום שהופקד בסמכותם: ענייני המעמד האישי. הם הגביהו את "תקנת אושא" בעניין מזונות הילדים הקטנים, הזכורה לטוב וקבעה על לגיל חמש-עשרה שנה. וזו לשון **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 בנין ואת בנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה".

ה. גם עניין רישום הנישואין עבר תהליכי התקנה. לפי דין תורה אדם יכול לקדש אשה ללא רב, ללא רישום מוסדי, ואם קידש נישואיו תקפים. הרבנים הראשיים לישראל רצו למנוע תופעה מבישה זו וקבעו **תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל שנתקבלו פה אחד בכינוס הרבנים הארצי בירושלים, יח - כא שבט תש"י**, וזה הלשון: "ברשות קודשא בריך הוא ושכינתיה וברשות בית דין של מעלה ובית דין של מטה, וברשות רבנן קדמאי מרי ארעא דישראל ובהסכמת הגאונים הגדולים חברי מועצת הרבנות המורחבת של הרבנות הראשית לישראל גוזרים ומתקנים בתוקף תורתנו הקדושה ככל תקנות ישראל שנעשו בישראל לקהילותיהם ולדורות עולם: א. אסור לכל איש ואישה מישראל לקדש ולארס שלא בשעת חופה ובעשרה אחרי הרשמת הנישואין במשרדי לשכות הרבנות שבכל מקום.

ב. איסור זה רובץ בחרם חמור על כל איש מישראל... כל איש שאירס לו אישה שלא בשעת חופה וקידושין כנ"ל, חייב לגרש ארוסתו זאת בגט כריתות כדת משה וישראל.

ג. 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".

2. מדרש הלכה

למרבה הפלא לא רק תקנות גלויות נעשו לאחר חורבן הבית, אלא גם "חקיקה" בדרך של "מדרש התורה". נביא כמה דוגמאות:

א. **בספר דברים** נאמר: "כי ישבו אחים יחדו ומת אחד מהם ובן אין לו, לא תהיה אשת המת חוצה יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה" זוהי מצוות יבום שבו מחויבת כל אישה שבעלה מת ואין לו צאצאים, אח המת מיבם אותה בקיום יחסי אישות והיא אשתו. אם הוא אינו חפץ בה, כתוב בתורה שהיא עוברת במקום יבום

טקס חליצה. בארצות אירופה קבעו כבר מימי הביניים שלא ניתן ליבם אלא רק לחלוץ. ומה קורה כאשר אח המת אינו קיים, האם אשת המת תהא עגונה? הדבר הפריע כאשר אחי המת המיר דתו (תופענה נפוצה בימי הביניים) התנצר, והתכחש למחויבותו ר' ישראל איסרליין אחד מאחרוני הראשונים דרש דרשה: "... דהתורה אמרה: ... מי קאמר (=האם נאמר) 'במה' אפילו מומר, והרי כתיב 'דרכיה דרכי נעם'? אלא מקיש ישיבת אחים להדדי (=באופן הדדי), ומה 'מת אחד' ביהדות, אף 'במה יבא עליה' ביהדות." הדרשה באה לפטור את זיקתה של אשת המת לאח שהתנצר.

ב. חכם מופלא אחד בתחילת המאה ה-20 ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק חידש שתי הלכות כתוצאה מן הדרישה של פסוקי התורה.

בשאלה אם אדם מחויב להסתכן למען הצלת הזולת, שאין לו פיתרון בתלמודים ואינו מוכרע בפוסקים, למד מהפסוק שבו אלוהים מצווה את משה: "לך שוב מצרימה כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך" – "מוכח דאם היו חיים המבקשים את נפשו לא היה צריך לילך להוציא בני ישראל ממצרים. אף-על-פי שכל ישראל צריכים אליו אינו צריך להכניס עצמו בסכנה..."

ג. **בספר דברים** מובאת מצווה שאינה מובנת מאליה לאדם המודרני "מצוות יפת תואר". כך נאמר: "כי תצא למלחמה על אויבך ונתנו ה' אלהיך בידך ושבית שבינו. וראית בשביה אשת יפת תאר וחשקת בה והיתה לך לאשה." מתוך מחשבה עמוקה של חשש ל"חילול השם" דרש אותו חכם דרשה שלא נמצאה עד ימיו ובה אמר כך: "נראה דהוא תנאי בהיתר יפת תואר, שדווקא אם ה' נותן את האויב ביד ישראל, אבל כדרך המלחמות שאלו שובין מהם, והאויב שובה מהם, והדרך כשעושים שלום או בתוך המלחמה מחליפים שבוים שאינם נאותים עוד למלחמה, אם-כן ייתכן, כי עבור היפת תואר שמגיירה ונושאה לאישה בעל כורחה יעכבו ישראל חשוב".

טו. סמכות שפיטה פלילית לפי דיני תורה בימינו, האומנם?

בניגוד לסמכויות החקיקה שנמשכות בעיקרו עד להיום, ביחס לסמכויות שפיטה חל פיחות משמעותי מאז חורבן בית שני או אפילו קצת לפניו.

נתחיל מן הנקודה ההיסטורית: בעוד שהתנ"ך והמקורות של ימי בית שני מלאים בסיפורי עלילות דברים, מעשי חקיקה וצווי מלך לרוב, כמעט שאין כל סיפור על משפט פלילי שנערך כדת וכדין, כהליך מסודר. דומה כי אין כל עדות ששפטו וענשו לפי דין תורה מי שחילל שבת, מי שרצח, מי שאנס. הענישה המוזכרת בסיפורי התנ"ך היא לרוב שלא לפי ההליך המסודר והראוי כפי שחכמי התנאים והאמוראים העמידו בתלמודים או כפי שסיכם הרמב"ם בהלכותיו.

1. אפסותו של "משפט שלמה" בעיני חכמי התלמוד

נפתח במשפט המפורסם המדווח בתנ"ך הוא "משפט שלמה". משפט זה שערך אותו שלמה המלך שעליו מעיד הכתוב "ויחכם מכל אדם" ומובא בספר מלכים כהמחשה לחכמתו הרבה כפי שמעיד מחבר ספר מלכים: "וישמעו ישראל את המשפט אשר שפט המלך ויראו מפני המלך כי ראו כי חכמת אלוקים בקרבו לעשות משפט" לא עשה "רושם" רב על חכמי ההלכה וראו בו סטייה מן ההליך הראוי עד כדי עיוות דין. באותו משפט הופיעו

"שתיים נשים זונות" שכל אחת מהן ילדה בן, ואיתרע המזל ובן אחד מת. האחת טענה: "לא כי בני החי ובנך המת" והשניה טענה: "לא כי בנך המת ובני החי". ואז המלך מצווה "קחו לי חרב" ואז "גזרו את הילד החי לשנים ותנו את החצי לאחת ואת החצי לאחת". אישה אחת מבין שתי הנשים צעקה "בי אדוני, תנו לה הילוד החי והמת אל תמיתוהו" והשניה אמרה: "גם לי גם לך לא יהיה. גזור". שלמה המלך מכריע כי האם האמיתית היא זו ש"ויתרה" על "גזירת" התינוק לשניים. והנה חכם אחד בשם ר' יהודה בר אילעאי מתבטא בחריפות כנגד שלמה ואומר: "אילו הייתי שם פוקרין הייתי מניח על צוארו (=הייתי חונק אותו למוות – יצ"ג) ולמה? הנה נימוקו: "כשהוא אומר 'קחו לי חרב אילולא שנתמלאת עליו רחמים כבר נהרג, ועל אותה שעה הוא אומר 'אי לך ארץ שמלכך נער". ומה "חטאו" של שלמה? קראתי פעם מה שכתב פרופסור דגול לחכמת המשפט על "משפט שלמה" שהוא משפט פרימיטיבי, שהרי לא ניתן לחזור על ה"חוכמה" שלו. בפעם הבאה תדע האם "המזויפת" כיצד לחמוק מ"שנינותו" של שלמה. דומה שגם חכמי התלמוד התכוונו להוקיע את שלמה בגלל יומרנותו "לדון דינין שבלב שלא בעדים ושלא בהתראה" ועל-כך מסופר: "יצתה בת-קול ואמרה לו 'וכתוב יושר דברי אמת' – 'על-פי שנים עדים...'. כלומר, אם התורה מצווה שכל דיון יהיה בהוכחות של עדים ושיעידו על הכוונה "בהתראה" אסור היה לשלמה לפסוק ב"קיצור דרך" על פי אינטואיציה שיפוטית.

2. ההליכים הפליליים בתלמודים קוריוזיים בלבד

גם בספרות התלמודית אין תיאור מסודר של הליכים פליליים. התיאורים היחידים של משפטים פליליים הם יוצאים מן הכלל, כפי שמעיד חכם אחד בברייתא: "שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה... כדי לעשות סייג לתורה" כמו "מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו (=פירוש רש"י: בא עליה) תחת התאנה (=רש"י: מקום גלוי) והביאוהו לבית-דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך". גם הסיפור במשנה על שמעון בן שטח, מגדולי חכמי בית שני שתלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד (על עבירות כישוף למיניהם) לא היה לפי הליך תקין אלא כ"הוראת שעה". שהרי אין לתלות אלא רק אדם אחד ביום ולא יותר.

3. חוסר ההתאמה בין סיפור משפטו של ישו ומותו לבין דיני התורה העונשיים

אפילו המשפט המפורסם ביותר בספרות הקנונית הוא משפטו של ישו, שבגיננו נרצחו רבבות יהודים במשך כל ההיסטוריה של העת העתיקה ושל ימי הביניים, הוא מעורפל מבחינת הפרוצדורה הפלילית שנהגה בו. ראשית נעיר, כי אין כל עדות היסטורית ריאלית או היסטורית אובייקטיבית למשפטו של ישו מעבר לספרי האוונגליונים ועוד שתי עדויות חיצוניות שמקורותם מוטלת על-ידי חוקרי ההיסטוריה בספק (כמו כתבי יוספוס פלאוויוס). אך לא האמת ההיסטורית עומדת נגד עיננו, אלא השאלה המשפטית, האם משפטו של ישו הוא דוגמה להליך שיפוט פלילי לפי דיני התורה? פרופ' חיים כהן חיבר את ספרו המפורסם "משפטו ומותו של ישו הנוצרי" שיצא בכמה מהדורות ובשפות שונות. פרופ' חיים כהן, שכידוע ידיו רב לו בספרות התלמודית, בחכמת המשפט ובכתבי המלומדים חוקרי הברית החדשה הגרמניים, האנגליים והאמריקניים, פיתח תזה לפיה גם אם כל האמור בספרי הבשורה הם אמת לאמיתה (והוא מצביע על סתירות מרובות הקיימות בין הספרים השונים) עדיין אין בכך להצביע על הליך פלילי הנערך לפי דין תורה. נסכם את דבריו בראשי מילין:

א. בברית החדשה מסופר שישו נידון בערב פסח או בפסח עצמו, לפי ההלכה היהודית לא דנים דיני נפשות בחגים ובערבי חגים.

- ב. לפי המסופר דן הכהן הגדול את ישו בלילה וערך לו אז בירור הדין. לפי ההלכה היהודית אין דנים דיני נפשות בלילה.
- ג. בברית החדשה מסופר שהכהן הגדול ערך את המשפט בביתו והרי דיני נפשות דנים רק בלשכת הגזית שהוא בפירוש אינו מעונו של הכהן הגדול.
- ד. לפי הברית החדשה חטאו של ישו היה שהכריז על עצמו מלך המשיח. אין עבירה כזו לפי ההלכה היהודית. יכול אדם להכריז על עצמו כמלך המשיח ועדיין לא יומת (רק ינודה).
- ה. לפי הברית החדשה הודה ישו בגידוף השם. לפי ההלכה היהודית אין דנים אדם על סמך "הודאת עצמו". רק "על-פי שנים עדים... יומת המת".
- ו. לפי הברית החדשה נענש ישו על גידוף השם, לפי ההלכה היהודית אין גידוף אלא בפורמולה המכונה "יכה יוסי את יוסי"
- ז. לפי המסופר בברית החדשה ישו נצלב. אין עונש כזה בדיני התורה.
- ח. אבל, עיקר העיקרים, לפי המקובל במסורת ישראל ארבעים שנה קודם חורבן בית שני הפסיקה הסנהדרין לדון דיני נפשות. הבבלי קושר זאת ברצונה של הסנהדרין לגלות ממקום מושבה הראוי בלשכת הגזית ל"חנניות". ומה הטעם? מסביר הבבלי מכיוון שראו חברי הסנהדרין שמתרבים הרוצחים, אמרו 'מוטב שנגלה ממקום למקום כדי שלא נחייב רוצחים. להזכיר, משפטו של ישו נערך שנים ספורות לפני חורבן הבית.

4. מדוע התחמקו חכמים מעשיית דין פלילי לפי דיני התורה?

- כאמור, אנחנו לא ניכנס לבעיות תיאולוגיות, היסטוריות ופילולוגיות בקורס קצר בשם "מבוא למשפט העברי" וחלילה לנו לחרוץ דין אם היהודים הרגו את ישו או לא, אנחנו רק נשאל מה באמת הגיונה של הימנעות חכמים מלדון דיני נפשות בגלל שהתרבו הרציחות. לו היה הדבר תלוי בנו היינו אומרים, להיפך כשמסתובבים רוצחים חייבים "להגדיל את מספר התקנים" של שופטים, שוטרים, פרקליטים ואפילו של הסנגוריה הציבורית. פה אנחנו צריכים להתעכב על כמה הבדלים משמעותיים בין הפרוצדורה הפלילית בת-זמננו, לבין ההליכים הפליליים שלפי דיני התורה:
- במשפט הנוהג בימינו לא כל חשוד בביצוע עבירה עומד לדין, בראש ובראשונה הדבר מסור לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (באמצעות פרקליט המדינה, פרקליטי המחוזות), האם להעמידו לדין. בהרבה מקרים "נסגרים" תיקים בתואנה של "חוסר ענין לציבור", כלומר, מעבר לשאלת כמות ההוכחה המצויה להוכיח את קיומה של ביצוע העבירה. גם שאלת כמות ההוכחות בתיק היא שאלה של "מדיניות" הפרקליטות שלא להעמיד לדין חשודים ש"תיקיהם" אינם "תפורים 100%". הרבה קיתונות של ביקורת נשפכו לאחרונה על ראשה של פרקליטת המדינה שאינה שוקלת כראוי את העמדתם של "נבחרי הציבור" לדין וממהרת להעמידם לדין אף שבסוף ההליך "נבחר הציבור" יוצא זכאי ולו רק מחמת הספק.
 - אף שאדם עומד כבר לדין בבית המשפט אין זה בהכרח שהוא יורשע. השופט עצמו יכול בסוף ההליך - בנפרד מהקביעה הפסקנית כי פלוני אלמוני הנאשם ביצע את העבירה - להשית על הנאשם "מבחן ללא הרשעה" וכמובן יכול להרשיע ולקבוע "מאסר על-תנאי" "שירות לתועלת הציבור". אך גם אם השופט מרשיע וחורץ דינו של נאשם לחובה, העונש המוטל בספר החוקים היא לרוב "תעריף מקסימלי" שמחומרתו יכול השופט רק לרדת, לפי שיקול דעת מירבי. מאחר ש"ישראל רחמנים בני

רחמנים" אנו רואים כי רוצחים ואנסים "יוצאים בזול" לעיתים די קרובות. גם העונש "מאסר עולם חובה" מתפרש כיום כנתון לשיקול דעת השופט להפחית מחומרתו "במקרים צודקים" (די נדיר).

■ עוד אינסטנציה העומדת בין הנאשם לבין עונשו המיוחל הוא מוסד החנינה המופעל על-ידי נשיא המדינה (בחתימת קיום של שר המשפטים). החנינה באה להקל מעונשם של מורשעים שוודאות ביצוע העבירה החמורה אינו מוטל בספק. שלא לדבר על "וועדת שלישי" הפועלת ללא ליאות הן לגבי עבירות רגילות שעונשן פחות מ"מאסר עולם חובה" והן בעבירות שעונשם "מאסר עולם חובה" לאחר שהנשיא "קצב את עונשם" (כלומר, הקל בעונשם והעמידו על מספר מסוים שאז ניתן להתחיל ב"ניכוי שלישי").

■ העונשים היום הם עונשים הדירים. עונש מוות ניתן רק בעבירות של פשע עם, בגידה ועריקה מול פני אויב, עונש מלקות – נאסר. שאר העונשים המותרים הם הדירים. מאסר הוא הדיר וכמובן הקנסות למיניהם. רוצח סדרתי, אנס קבוצתי, פדופיל – אינם בכלל עונשי מוות.

■ נהוג לומר שהמשטרה חוקרת בכדי "לשבור" את הנאשם ולגבות ממנו הודעה שתשמש, במגבלות מסוימות, "הודאה" שהיא המעולה שבראיות. עדים חפצים ומסמכים נדרשים רק בלית ברירה, כשאינן "הודאה". אפילו בשעת "גזר הדין" מתחשבים אם הנאשם "שיתף פעולה" והודה או אם הכחיש מכל וכל את מעורבותו.

כל אלה אינם בנמצא במשפט העברי

ראשית, עונשם של העבירות הפליליות לפי דין תורה הוא קבוע ולא ניתן לשינוי. העונשים ברוב רובם הם בלתי הדירים – מוות או מלקות. הרבה עבירות עונשם – מוות, המתת העבריין, שהוא עונש מקסימליסטי, כמעט טוטאלי.

שנית, אין לשופטים כל שיקול דעת להפחית את העונש, "עונש על תנאי" "מבחן ללא הרשעה" אין בכלל תפקיד של "יועץ משפטי" שבסמכותו שלא לפתוח בהליך פלילי. ברגע שבאים שני עדים לבית-דין ומעידים על פלוני כי חילל שבת, רצח, שתה דם וכדומה מחויבים הדיינים לחרוץ את דינו למוות ו"להוליכו לבית הסקילה". אין צורך לומר, שאין שום יכולת למלך, לנשיא, אפילו לא למשה רבנו (ואולי אף לבת-קול מן השמים) להעניק חנינה.

שלישית, ההעמדה לדין כמו השפיטה אינם עניין של "שיקולי מדיניות" אלא מצווה דתית של "ובערת הרע מקרבך" "ובערת הרע מישראל". כדרך כל המצוות "כל המרבה בהן – הרי זה משובח".

אך החובה האמורה בתורה להעניש את החוטא העובר על חוקי התורה, לעתים עד כדי המתתו, הבאה לידי ביטוי בפסוקים: "ובערת הרע מישראל" (דב' יז ו ועוד) "ובערת הרע מקרבך" (דב' יג ו ועוד), נתפרשה על ידי חז"ל באופן כזה שהגביל מאוד את המוסדות המופקדים על ביצוע צווי ענישה.

מגבלות-מוסרות אלו התנסחו בתוספתא סנהדרין (פי"א) ובבלי שם (ח, ע"ב) כדלהלן: "כל חייבי מיתות שבתורה, אין ממיתין אותם אלא בעדה ועדים והתראה". כלומר חכמים פירשו את פסוקי התורה לא כפשוטם אלא באופן שיכביד מאוד על הפרוצדורה הפלילית, ובכך כמעט "ינטרל" את ההליך הפלילי וזו כוונת הדברים :

אין להעניש עבריו, על פי דין תורה, אלא על יסוד פסק דין שניתן בעדה, בבית דין סמוך. בתורה אין רמז כמה דיינים צריכים להיות, אך חכמים קבעו על סמך דרשות הפוסקים, שלא כפשטם, שעונשי מיתה נידונים בסנהדרין קטנה, היינו, בסנהדרין של עשרים ושלושה זקנים, ועונשי מלקות – בבית דין של שלושה. בהרבה עבירות חמורות וציבוריות יש צורך בסנהדרין של שבעים ואחד זקנים אך לא זו בלבד אלא שאת הפסוק הפשוט "וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה מעם מזבחי תקחנו למות" המזהיר לפי פשוטו על עונשו של רוצח שלא ניתן לו לחמוק במנוסה למזבח, דרשו חכמים: "...נמצינו למדין שסנהדרין בצד המזבח". כלומר, לא ניתן לערוך דין פלילי אלא רק כאשר בית המקדש קיים, וישנו מזבח וסנהדרין לידה פועלת. והנה גם כשבית המקדש קיים לא דנו דין פלילי כפי שכתוב בבלי סנהדרין: מ' (40) שנה עד שלא חרב הבית גלתה סנהדרין וישבה לה בחנות... שלא דנו דיני נפשות. {תרגום} מה הטעם? כיוון שראו שהרוצחים מתרבים ולא יכלו לדון, אמרו, מוטב שנגלה ממקום למקום כדי שלא יתחייבו (הרוצחים) ככתוב: 'ועשית על-פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא' (דברים, יז 10) – מלמד שהמקום גורם. נמצינו למדים שההגליה העצמית של הסנהדרין לא נבעה מ"לחץ חיצוני" אלא מהפעלתה של "מדיניות ענישה", מאחר שרבו רוצחים רצו להימנע מהפעלת דיני התורה, ועל ידי "גלותם" ל"חננויות" היו פטורים מלדון דיני התורה. אך כדרך "מדיניות" אומרים בעלי התוספות "דמכל מקום כשהיו רואין צורך שעה היו חוזרין אל הלשכה ודנין שם".

אין להעניש אדם על פי הודאת עצמו, ורק על פי עדותם של שני עדים, הכשרים להעיד, יקום דבר. עניין העדים נאמר בפירוש בתורה "והגד לך ושמעת, ודרשת היטב והנה אמת ונכון הדבר נעשתה התועבה הזאת בישראל ... על-פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על-פי עד אחד", כלומר אין אפשרות להעניש אדם על-פי עד אחד אלא על-פי שניים או שלשה עדים. ברם "שניים או שלשה" עדים אינם מהווים בהלכה אוסף של יחדים אלא "כת עדים". כלומר, חכמים פירשו שכל אדם הבא להעיד עם חבריו הוא "כת עדים" ועל-כן כמו שאם יש שני עדים שאחד מהם נפסל, גם חבריו, בלית ברירה נפסל, כך גם כאשר ישנם שלשה או יותר עדים ואחד מהם נפסל, לא אומרים עדיין יש הרבה עדים כשרים, אלא "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". בנוסף, קבעו חכמים את דרך הבדיקה באופן דווקני. במשנה בסנהדרין מובא סדר חקירות העדים. יש שם רשימה של "שבע חקירות": "היו בודקין אותן בשבע חקירות: באיזה שבוע? (=הכוונה באיזו שמיטה; כל שבע שנים הוותה יחידה של "שבוע") באיזה שנה? באיזה חודש? בכמה בחודש? באיזה יום? באיזה שעה? באיזה מקום? ... העובד עבודה זרה: את מי עבד ובמה עבד?". חקירות העדים הם שלב הכרחי כאשר מדובר בשיטת משפט אינקוויזיטורית שאינה מנוהלת על-ידי בעלי-הדין עצמם. אין משמעות אפוא ל"חקירה שכנגד" אלא לשלב התשובות הזהות. כלומר אם באה כת עדים שניים, שלשה, מאה או יותר חייבים כל עדי הכת להשיב תשובה פוזיטיבית אחידה. ואם אחד מהם הכחיש את חבריו לכת, ואפילו טען ש"אינו זוכר" נפסלו כל עדי הכת. אך מלבד החקירות הקבועות היה ניתן לעשות לעדים "בדיקות", כלומר לשאול אותם כל מיני שאלות בנוגע לאירוע העבירה. "הבדיקות" בניגוד ל"חקירות" אינן שאלות חובה אלא פרווילגיה של בית-הדין לשאול ולהרבות ולשאול. והמשנה אומרת ש"כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח". ומדוע? המשנה ממשיכה ומביאה "מעשה ובדק בן-עזאי בעוקצי תאנים. (=כלומר, שאל את העדים האם עוקצי פירות התאנה שמתחתיה בוצעה העבירה) היו שחורים או לבנים. ומה בין חקירות לבדיקות? חקירות אחד אומר איני יודע, עדותן בטלה; בדיקות – אחד אומר: איני יודע, ואפילו שנים אומרים: אין אנו יודעין – עדותן קיימת. אחד חקירות ואחד בדיקות, בזמן שמכחישין זה את זה עדותן בטלה".

כלומר, סיבת הימשכות השאלות ודקדוק בפרטים שנראים "לא רלוונטיים" הייתה מתוך מטרה "למסמס" את הענישה החמורה. כך יצא מצב עליו מעידה המשנה שההליך הפלילי היה נדיר ביותר: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע, נקראת חבלנית, רבי אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". והבבלי על המקום מבאר: היכי הווי עבדי (=האיך היו עושים)?...ראיתם טריפה הרג? שלם הרג? אם תמצא לומר שלם הווי, דילמא (=אולי) במקום סייף נקב הווי? בבוועל את הערווה: ...ראיתם מכחול בשפופרת?... מובן מאליו שלא כולם הסכימו לדבר ושנינו במשנה כי "רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הם מרבים שופכי דמים בישראל". היינו, מרוב להיטות שלא להעניש יוכלו עבריינים מועדים להמשיך ולשפוך דם נקי.

כהערת אגב נעיר כי חיוניותם של העדים במשפט העונשין העברי... היא מעבר למשפט הכללי שבה "הודאת" הנאשם היא המעולה שבראיות, במשפט העברי היא, כלשון הרמב"ם, "גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית-דין ולא מלקין את האדם אלא על-פי שנים עדים...שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר גזירת מלך היא. אחד ממפרשי הרמב"ם מביא בלשונו נימוק רציונלי כלשהו: "ואפשר לתת קצת טעם לפי שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר 'הנפשות לי הנה' (יחזקאל, יח) הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו ומלקות פלגו דמיתה הוא (=חלק של מיתה הוא) אבל ממונו הוא שלו ומשום הכי אמרינן: 'הודאת בעל-דין כמאה עדים דמי'. וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, כן אין רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה לפי שאין נפשו קנינו...".

אך ה"מוסרה" הרצינית ביותר שבשמה כמעט שאי-אפשר היה להעניש לפי דין תורה הייתה דרישת "ההתראה". היינו, אין להעניש אדם על עברה, מבלי שתוכח בצורה מוחלטת כוונתו הפלילית של העבריין. הכוונה הפלילית חייבת להיות מוכחת על פי עדים, המעידים שהעבריין הותרה בפניהם, עובר לביצוע המעשה האסור.

חובת ההתראה בעיני חז"ל איננה רק אזהרה (warning) לעבריין הפוטנציאלי, כפי שמקובל הדבר בשיטות משפט מודרניות, אלא היא גם דורשת שהעבריין יקבל את ההתראה לפני עשיית העברה שיתיר עצמו למיתה ('והוא שיאמר בפירוש יודע אני שכך הוא, ועל מנת כן אני עושה'). כן נדרש, שהעברה תיעשה בתכיפות, "תוך כדי דיבור" של התראה.

נקל להבין, שלנוכח תנאיה המיוחדים של ההתראה, לא במהרה ימצא עבריין בר-עונשין, שיתיר עצמו למיתה ויעבור על הציווי תכופ לקבלת האזהרה-ההתראה.

תנאים ואמוראים התאמצו למצוא סימוכין לחובת ההתראה בכתובים שבתורה. כך, למשל, נמסר בירושלמי סנהדרין (פ"ה ה"א): "מניין להתרייה... תני ר' שמעון בן יוחאי 'על פי שני עדים או שלשה עדים יומת המת' (דב' יז ו), המת מת, אלא להודיעו באיזו מיתה מת" (דיומת המת כתיב, וכי המת מת? אלא ללמדך שצריך להתרות בו ולהודיע באיזה מיתה הוא מת אם יעבור ויעשה זאת" – פירוש פני משה). ובבבלי סנהדרין (מא ע"א) משיב רבא על שאלת התלמוד, מניין שאין העבריין חייב, אלא אם כן התיר עצמו למיתה: "אמר קרא 'יומת המת' עד שיתיר עצמו למיתה" (ורש"י מבאר: "משמע כבר הוא כמת קודם שבא לבית דין, שחייב עצמו מיתה בפיו"). וראה בבבלי ובירושלמי שם דרשות נוספות מכתובים אחרים.

המעייין במקורות התלמודיים יראה, שאין דעה אחידה בין החכמים בדבר מקורה של חובת ההתראה במקרא. הפסוקים שמהם למדו חכמים את חובת ההתראה נדרשים בתלמודים גם באופנים אחרים ולעניינים אחרים. והמקראות שמהם לומדים חכמי התלמוד על חובת ההתראה אינם עוסקים כלל, לפי פשוטם, בחובה זו.

יתר על כן, מהספרות התלמודית עולה, שלא בכל העברות קיימת חובה להתרות בעבריו. ישנן עברות, כגון זקן ממרא, גואל הדם ועדים זוממים, שבהן אין כל צורך בהתראת העבריו כתנאי להענשתו. בדרך כלל אין חז"ל מבארים את הנימוקים "לפטורם" של עבריינים אלה מחובת ההתראה. יוצאים מן הכלל עדים זוממים, שבהם יש דיון נרחב בתלמוד, המשתדל לנמק את ה"פטור". אולם גם בזה אין דעה אחת מוסכמת על הכל.

מהו אם כן היסוד לחובת ההתראה? ומדוע בעברות מסוימות אין כלל צורך בהתראת העבריו לשם הענשתו? נראה, שלפי דין תורה הכתובים "ובערת הרע מקרבך" ו"בערת הרע מישראל" הם ציווים מוחלטים. אין בהם כל מקום לשיקול דעת הדיינים באשר לחובת הפעלתם. כלומר, אם יבואו שני עדים כשרים ויעידו בפני הסנהדרין תהיה חייבת להמית את העבריו. אין הסנהדרין רשאית לשקול את הפחתת העונש המקסימלי הכתוב בתורה, וכל שכן שאין היא מוסמכת להחליט על אי העמדת העבריו לדין וביטול משפטו.

בניגוד לדין תורה, בשיטות משפט בנות זמננו מקובל, כי ערכאת השיפוט המוסמכת לדון יכולה היא לשקול ברוב המקרים הטלת עונש, שהוא פחות מן העונש המקסימלי, הנקוב בספר החוקים, ובכל מקרה יכולה המדינה לחון את העבריינים ולהקל בעונשם. כמו כן המדינה סוברנית להחליט באמצעות פקידה או מוסדותיה, שלא להעמיד עבריו לדין. כל האמצעים הללו הם יסוד מוסד של שלטון החוק בזמננו, ואין עליו עוררין. אולם, כאמור, זרים הם לדיני התורה.

בעקבות העובדה שאין הסנהדרין רשאית להתחשב בנסיבות מיוחדות כדי להקל בעונשו של העבריו או להימנע מלהעמידו לדין לפי שיקול דעתה, קבעו חכמים את חובת ההתראה על תנאיה המכבידים, שישמש מעצור בפני הענשה נרחבת ולצמצם ככל שניתן את עונש המיתה, עד למינימום האפשרי.

אלא שבמקרים מסוימים סברו חכמים, שאין לדאוג להצלתו של העבריו – ששני עדים מעידים על אשמתו – מעונש מיתה המגיע לו, ולא החילו עליהם את חובת ההתראה.

נבחר את הדבר בעזרת שתי עבירות "זקן ממרא" ו"נביא שקר".

זקן ממרא, הממרה את פי בית דין הגדול שבירושלים ומורה לאחרים כדעתו, אין צורך להתרות בו כדי להענישו. ואילו נביא שקר, "המתנבא מה שלא שמע ומה שלא נאמר לו" (משנה סנהדרין, יא, ה), או המתנבא בשם עבודת כוכבים, אין מענישים אותו ללא התראה כדת וכדין.

מה ההפרש בין הזקן הממרא לבין נביא השקר, הרי שניהם עבריינים חמורים, המסיתים ומדיחים את העם? על כורחנו נמצאנו למדים, כי לא על חומר המעשה תקום או תיפול חובת ההתראה, אלא על מידת השפעתו. הזקן הממרא הוא המופלא שבבית דין, שהוסמך להורות לעם הלכות ודינים. אם הוא חוזר למקומו ומורה בניגוד להכרעות בית הדין הגדול שבירושלים, רבים ישמעו בקולו וילמדו ממעשיו. לכן חכמים נמנעו מלהתנות את עונשו בהתראה על כל דקדוקיה, שהרי השפעתו מרובה וסכנתו גדולה. ואם יקבעו לו חובת התראה לפרטיה ודיוקיה כתנאי להרשעתו בדין, עלול הוא להינצל מדין ומעונש, וימשיך לעמוד במריו, ורבים מישראל יתעו וילכו בעקבותיו. ואילו נביא המתנבא לשקר, איננו חכם היושב בדין, איננו משמש בהוראה, אין בסמכותו לחדש הלכה ואין סכנתו מרובה כסכנת הזקן הממרה. משום כך דנו אותו חז"ל ככל עבריו, והחילו עליו חובת התראה, עד שיקבל עליו ויתיר עצמו למיתה.

5. צמצום דיני הענישה התורתיים והרחבת דיני ענישה אלטרנטיביים

מדוע לא "חששו" חכמים מאיונם של דיני העונשין לפי דיני התורה? שתי תשובות בדבר: האחת, הייתה להם אמונה עמוקה בהשגחת אלוקים. כך שאם עבריו נחלץ בעור שיניו ממתת בית-דין הוא יקבל עונשו מן השמיים ישירות. ביטוי מובהק הוא המדרש על הפסוק: "ואשר לא צדה והאלהים אנה לידו ושמתי לך מקום אשר ינוס שמה." "...כאשר יאמר משל הקדמוני 'מרשעים יצא רשע' במה הכתוב מדבר? בשני

בני אדם שהרגו את הנפש אחד הרג בשוגג ואחד הרג במזיד, לזה אין עדים ולזה אין עדים, הקב"ה מזמין לפונדק אחד. זה שהרג במזיד יושב תחת הסולם, וזה שהרג בשוגג יורד בסולם ונפל עליו והרגו. זה שהרג במזיד – נהרג, וזה שהרג בשוגג – גולה."

השנית, חכמים לא "וויתרו" על הענשת הפושע הפלילי, אלא בעצם חפצו להענישו שלא לפי דיני תורה. כך למשל, אדם שלא נמצאו עדים להרשתו, או שלא התרו בו כדת וכדין היו מענישים אותו בעונש עקיף. כך נאמר: "מתרין בו ושותק, מתרין בו ומרכין בראשו (כלומר, אינו מתיר עצמו למיתה), מתרין בו פעם ראשונה ושנייה ובשלישית כונסין אותו לכיפה. אבא שאול אומר: אף בשלישית מתרין בו וברביעית כונסין אותו למיתה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ." ההענשה שלא לפי דיני תורה היה בה כבר מקום ל"שיקול הדעת" והיה ניתן להפעילה רק במקום שהייתה נצרכת. על-כן חכמים שקדו במקביל לבטל את ההענשה לפי דיני התורה שאין בה כל מקום ל"מדיניות ענישה", שאין בהם כל שיקול דעת שלא "לפתוח בהליכים", ומנגד לאמץ ענישה מושכלת שיש מקום לפתח בה "מדיניות ענישה".

טז. סמכויות השפיטה בתחום המשפט האזרחי בימינו

1. דיני הממונות – חי הנושא את עצמו

על דיני הממונות, בניגוד לדיני נפשות יש תיעוד רב בספרות התלמודית והרבנית. הרבה מסוגיות התלמוד הם "עדות חיה" של משא-ומתן הלכתי מסביב להתדיינות משפטית מעשית. כבר אמרנו שאין חלוקה בתולדות המשפט העברי בין "בית הדין" לבין "בית המדרש" ועל-כן התדיינותיהם של התלמידים ורבותיהם נסבה על כל מיני אירועים שקרו להם, קרו להם בעבר, קרו לחכמים בשכנותם, וכדומה. בתלמודים מובאות הפסיקות באופן מעורב ולא דידקטי, אך בספרות הרבנית שלאחר התלמוד קיימת ספרות "השאלות והתשובות" שהיא בעצם כתיבה עצמית של ההתדיינות על-ידי הרב החכם הנותן את תשובתו המנומקת. בכלל היהודים נחשבו בכל תקופת ימי הביניים כיצורים "דימוניים" של סכולסטיקה משפטית, של "שכל עקום", של אנשים העומדים על "קוצו של יוד". עד היום עורכי דין מפורסמים בעולם מתגאים להציג את היותם "יהודים" ולא בגלל הקפדתם על שמירת המצוות, או האמונה ב"נצח ישראל", אלא יותר כ"מותג" של שכלתנות ושום שכל.

גם בישראל קיימות ערכאות שיפוט הפועלות לפי דיני התורה: בתי הדין הרבנים הממלכתיים, בתי הדין הפרטיים בירושלים ובבני-ברק ובכל מקום שיש בו ציבור ניכר של יהודים החפצים בכך. על פעולותיהם על-פי החוק בישראל נעמוד בהמשך, אך כעת נדון בשאלה נשוא דיוננו: האם השפיטה בענייני "ממונות", היינו במשפט האזרחי, דומים, זהים או שונים מההליכים המתקיימים בבתי משפט אזרחיים?

2. ההבדלים בין הפרוצדורה האזרחית בישראל לבין הפרוצדורה הממונית בדיני התורה

נראה שאף שיש סמכות לדון בענייני ממונות לפי דיני התורה בישראל יש הבדלים מושגיים בין ההליכים ה"אזרחיים", בערכאות שיפוט אזרחיות, לבין התדיינות "ממונית" לפי דיני התורה.

1. בעוד שבתי המשפט האזרחיים אין התובע יכול לבחור לו את ערכאת השיפוט ולא את הדיין שישב בדן ובוודאי שאין הנתבע יכול לומר לתובע כי הוא מעוניין בבית משפט אחר או בהרכב אחר, הסמכויות הן אכיפתיות על שני הצדדים, בדיני תורה הכלל הוא "הלך התובע אחר הנתבע". כלומר, הנתבע יכול לסרב להתדיין בערכאה בה בחר התובע עבורו, אלא אומר אני מעוניין בדיין פלוני דווקא.

2. בעוד שבבית משפט אזרחי הערכאה קבועה השופטים קבועים והם בעלי מומחיות משפטית. ברוב המקומות יש צורך במשפטן מומחה. וגם כאשר יש "נציג ציבור" אין זה מינוי אינדוידואלי אלא מעין "מומחה קבוע", וברור שלא תישמע טענה שאני מעוניין להתדיין בהרכב מסוים; ב"דיני תורה" ההרכב האידיאלי הוא זבל"א (= זה בורר לו אחד). כלומר כל צד בורר לו אדם שהוא מחשיבו כנאמן, ושני "הבוררים" ממנים להם עוד מומחה על שניהם. זוהי לא רק אלטרנטיבה כ"בוררות" אזרחית, אלא זהו "דין-תורה" בטהרתו. יכולים הצדדים לברור להם גם אנשים שאינם מומחים כמו "רועי בקר" או אנשים "מוטים" כמו "נאמן עלי אבא ואביך".
3. בהלכה היהודית הדיונים אינקוויזיטוריים ולא אדברסריים. משמע שעורך הדין למעשה אינו מנהל הדיון, אלא הדיין. ולא זו בלבד, אלא שעצם נוכחותו מפריע לדיינים לחקור את בעלי הדין, שהרי כיצד ניתן להפעיל את הכלל: "חזקה אין אישה מעיזה בפני בעלה" או "כל דאלים גבר" אם עורך הדין טוען בשם האישה ועורך הדין שכנגד מפריע לטיעון שאומר שהוא עוד לא חקר "חקירה שכנגד"? יתר על-כן לפעמים בתי הדין הרבניים יכולים להוסיף עילה אף שלא נכתבה בכתבי הטענות. ההקפדה על מסמכים בכתב דווקא אינה נחלת בית הדין הרבני.
4. מאחר שהשיטה אינקוויזיטורית, אין משמעות לכללי החקירה הראשית חקירה נגדית אלא לכל צד מותר לשאול בכל עת ובכל שעה. גם לקליינט מותר להתפרץ והדיינים למדים על כך יותר מאשר הטענות "המלוקקות" של עורכי הדין. האיום שעורכי דין מסוימים משמיעים ש"יתפטרו מן התיק" אם לא יתנו להם לחקור בשקט "כפי שצריך" אינה אפקטיבית. הדיינים רק מחכים לכך.
5. ההלכה היהודית אינה מכירה ב"סופיות הדיון" וכל עת שבא לאיזה צד לטעון טענה חדשה או להביא ראיה חדשה, יכול גם יכול ובתנאי שהראיה החדשה לא תהא נראית "כבושה" או שבאה "זה מקרוב".
6. כפי שלבטח הנכם יודעים בית הדין הרבני הגדול היא המצאה יהודית משנות העשרים של המאה ה-20. בהלכה היהודית אין מקום לערער על פסק הלכה, מאחר שאין "סופיות הדיון". ואם דיין טעה בדין ופסק נגדי שלא כהלכה אני פשוט יכול לתבוע אותו על רשלנות בחריצת הדין. הדיין בהלכה היהודית אינו יותר מאשר, עד מומחה, של ההלכה היהודית, וגילוי פנים שלא כהלכה היא רשלנות. רק כאשר היתנה הנציב העליון את הסכמתו להקמת "עדה יהודית" והכרה באוטונומיה שיפוטית של בתי הדין הרבניים, בכך שיוקמו מוסדות ערעור, המציאו את מתן פסק הדין בבית הדין הרבני "על תנאי" שיאושר על ידי בית הדין הרבני הגדול. אישור פסקי דין לשם הוצאתם לפועל הייתה מקובלת בקהילות היהודיות באירופה אבל נעשתה על ידי פרנסי הקהל שלא התעטפו ב"אצטלא דרבנן" ומהם היו רחוקים מריחה של תורה. זו הסיבה שבית הדין בשונה מבית המשפט העליון, שולח בהרבה מקרים את התיק שערעורו נתקבל ל"דיון מחודש" בבית הדין הרבני האזורי ולא מכריע בעצמו.
7. עוד דבר הנובע מחוסר הפורמאליות הוא שהדיין כמו מומחה יכול להגיע להכרעה שאינו יודע את האמת ולכן הוא מסלק עצמו מן הדיון. הדבר מנוגד לתפיסה הקלאסית של המשפט האזרחי שהשופט דן לפי חומר הראיות שהובא בפניו ו"למד לשונך לומר איני יודע" - אינה מימרה המופנית אל השופט".
8. עניין אחר המוזר לכשעצמו, הוא שלמעשה אין הדיין יכול להכריע את הדין אלא במידה שהדין מוכרע. כלומר, בעוד שבמשפט האנגלי מקובל לחשוב ש"השופט יוצר את הדין" במשפט העברי הוא רק מגלה. אז אם יש בהלכה הכרעה ברורה, ברור שהדיין יוכל להכריע. אך אם יש מחלוקת הפוסקים ואין הכרעה אין הדיין יכול להכריע אם בעל הדין יאמר שהוא סובר כמו הפוסקים שתומכים בעמדתו. זה נקרא "קים לי" (= קיים לי). הבעיה שהרבה שנים כבר אין הכרעה מוסמכת אלא יש מסורות של פסיקה והדבר תלוי בהסכמת הצדדים. הדיינים לרוב אינם כותבים ומבארים את פסקי דיניהם. אך אם תעינו במה שכבר פורסם תראו כמה ענווה קיימת אצלם כלפי הפוסקים החלוקים בדעותיהם וכמה נמנעים להכריע כמו מי ההלכה ביניהם. הסיבה היא שבעוד שבמערכת המשפט האזרחית מתקיים הפסוק "כי לכלב החי טוב מן הארי המת", בהלכה היהודית אין

הדבר כך. למעשה כוחם וגדולתם של הדיינים אינו בחידושי ההלכה שלהם אלא בגילוי ההלכה במקרה המובא בפניהם. איני אומר שאין ביניהם בין הדיינים כיום גדולי תורה, אבל זהו "ערך מוסף". גדולי התורה מעמדם לא בא מתפקידם אלא מסגולתם האישית וכך דעתו של החזון אי"ש, אדם שלא תפס מעולם עמדה רשמית של רב, דיין, או ראש ישיבה, והתפרנס מעבודת אשתו בחנות המכולת היא משמעותית יותר מפסיקתם של הרבנים הראשיים בהווה ובעבר.

מכל הדברים שאמרנו עולה שהדיינים אינם נחפזים להכריע הלכתית בין צדדים הטוענים "קים לי" ובייחוד אינם ממהרים לכפות על הבעל לתת גט אם אין הכרעה ברורה אצל פוסקי ההלכה, אלא מנסים להגיע להסכמה. הדבר לוקח זמן ומכאן דחיית הדיונים. שלא לדבר שהמסורת היא להחמיר מאוד בכפיית הבעל לתת גט רק בעילות ברורות ומוכחות כדת וכדין.

8. לא רק סדרי הדין משונים בבתי הדין הרבניים, אלא גם דיני הראיות. אין העדות אלא על ידי עדים כשרים ואין עדים כשרים אלא אנשים שנאמנותם נתונה מראש. הנשים פסולות לעדות ברוב המקרים, אך ישנם כמה עניינים שעדות אשה להתיר עגונה נאמנת, הקרובים מדרגות רחוקות פסולים, השונאים פסולים; האוהבים פסולים (אני זוכר שפעם דיין בבית הדין הרבני שישב לדין פסל עצמו לאחר שהובאו בפניו ראיות מרובות לאחר ש"נזכר" שחותנו של בעל הדין מתפלל באותו בית כנסת שהדיין מכהן כרב). גם מחללי שבת פסולים לעדות ובכלל, כל מיני "עבריינים", למשל אוכל פת בשוק וכדומה. אבל אין זאת אומרת שדבריהם של הפסולים אינם נשמעים. לעיתים בית הדין הרבני מבאר לאדם שבא להעיד שהוא אינו עד לפי ההלכה אלא מתחשבים "בטענותיו" כלומר הוא לא מעיד אלא טוען. כך שהחטא במסירת עדות שקר בבית דין רבני הוא אינו חטא דתי אלא רק עבירה פלילית לפי חוק העונשין הישראלי.

העדים הם לעיתים "עדי קיום" ולא תועיל כל הודאה של בעל דין במקומם. למשל לא ניתן לישא אשה ללא עדים; לא ניתן לגרש אשה ללא עדים כשרים; לא ניתן לאסור אישה על בעלה באמצעות צילומי וידיאו, אם הבעל מסרב להאמין בדבר. וגם אם האמין אין האישה מפסידה אם החליט לגרשה. ברור גם ברור שאין כל משקל ראוי לצילומים שנעשו בליל שבת קודש.

ועוד דבר. אין העדות אלא בעל פה. לפי ההלכה אין תצהירים. גם סדרי הדין הרבניים לא מכילים הגשת תצהירים. כמה מעורכי הדין הדתיים משיבים לדיינים שהם נאלצים לפנות בתביעת מזונות לאזרחי כדי לדעת בבירור כמה כסף מרוויח הבעל.

9. לעיתים שתי הערכאות, האזרחית והדתית, מחילים את הדין האישי כלפי בעל-הדין שהוא בהרבה מקרים "דין תורה". כך למשל אישה התובעת מזונות מבעלה היהודי, זכאית במצוות המחוקק לקבל לפי "הדין האישי" הוא הדין הדתי של בעלה. תביעה זו יכולה להגיש הן בבית-דין רבני והן בבית המשפט לענייני משפחה. אלא ששונה ה"דין האישי" המוחל בבית הדין הרבני ל"דין האישי" המוחל בבית משפט אזרחי. הדין האישי בבית הדין הרבני מבוסס על הכרעתו של ההרכב. מאחר שהתקדים אינו מחייב, עולה שאין כל מניעה שבדין אחר בהרכב אחר התוצאה תשתנה. פסיקת בית הדין הרבני הגדול אינה מחייבת, ויכול שבית הדין האזורי יעמוד במריו אם יסבור כי בית הדין הרבני הגדול "סטה" מן ההלכה היהודית השורשית. הפיתרון שבית הדין הרבני הגדול מצווה על הרכב אחר לדון בעניין. לא כן בביהמ"ש האזרחי, הדין הדתי "כפי תוקפו במדינה". מתפרש כמו שמתפרש חוק של הכנסת. וכשם שפסיקת בית המשפט העליון המפרשת את החוק מהווה תקדים מחייב כך הלכה דתית בענייני המעמד האישי שנתפרשה בבית המשפט העליון מחייבת את הערכאות האזרחיות הנמוכות. למשל, אם ישנה מחלוקת בין הרמב"ם ובעל השולחן ערוך. יכול השופט בבית משפט אזרחי להכריע ביניהם לפי הבנתו, אף אם מעולם לא למד בחייו בישיבה שהרי ה"דין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה". אפילו אם לכאורה מסורת הפסיקה מזה מאות שנים היא כמו בעל השולחן ערוך. יתירה מזו, אם בית המשפט העליון קבע שההלכה כרמב"ם הכרעתו היא מהווה תקדים מחייב, ואין לשופט בבית המשפט לענייני משפחה להכריע אחרת

בעניין זה אפילו אם למיטב ידיעתו פסיקת בית המשפט העליון סותרת את המסורת המקובלת בעולם ההלכה היהודי.

לפי כל הסימנים נראה שההליך ההלכתי בדיני ממונות הוא פורמלי פחות מאשר בשיטת המשפט האזרחית בישראל. הזכרנו גם את חוסר הפורמליות במקום הדין. מקומו של השופט הוא באולמו או בלשכתו. לעתים נדירות יוצא השופט מחדריו אלו ומקיים ישיבה מחוץ לאולם בית המשפט. ואילו "דיני תורה" נערכו לרוב במקום ששם אנשים למדו תורה. והתלמידים השתתפו באופן פעיל בדין, הציעו הצעות, מתחו ביקורת ולא ראו בהתדיינות הזאת "זילות". נאמר עוד הבדל שבבתי הדין הרבניים אין סדר ואיפוק כבבתי משפט אזרחיים. הצדדים מתכתשים מילולית ביניהם ונראה שהדיינים "נהנים" מן האווירה "החמה". בבית משפט אזרחי יש רק דרך אחת בה הלקוח מתבטא והיא - עורך דינו. את גירסתו הוא מוסר כעדות, כמו כל עד אחר.

3. סיבת ייחודם של ההליכים הממוניים בדיני התורה

את ההבדלים ניתן להסביר בשני אופנים:

פרופ' אשר גולאק ממיסדי המקצוע "המשפט העברי" באוניברסיטה העברית בירושלים נותן הסבר היסטורי: מאחר שרוב רובו של העם היהודי לדורותיו לא היה ריבון לעצמו לא הייתה יכולת אכיפה כמו בבתי משפט אזרחיים. החתירה להגיע ל"הסכמת הצדדים" נבעה מן הפחד שההליך יעבור לערכאות נכרים שיכפו דין שרירותי. על-כן ההליך הוא פחות פורמאלי, פחות רוצים להכריע ויותר "לפשר" "לגשר", מנסים שלא לגרום מראית עין של פסלות כמו פסול "אוהב" או "שונא" יותר מערכאה אזרחית רגילה וכן הדין רשאי להסתלק אם אינו משוכנע שהגיע לחקר האמת.

אך אנחנו נביא פיתרון אחר, דוגמאטי, לסיבת חוסר הפורמליות של ההתדיינות המשפטיות. הסבר זה כתב פרופ' שלום אלבק מאוניברסיטת בר-אילן בספריו. הדברים קצת מורכבים ואנחנו נלקט במקצת למה ששייך לענייננו.

כדי לבאר היטב נזדקק לכמה הנחות יסוד:

ראשית התורה הקדושה ניתנה לכל עם ישראל ולא רק לשופטים או לחכמי הדור. בניגוד לדעת ההמונים אין אדם מישראל זקוק ל"מתווך" או ל"מדיה" "רב" כדי להבין את ההלכה. כל אחד רשאי ללכת לארון הספרים ולהבין את דברי התורה בעצמו לפי מיטב הבנתו.

שנית, מאחר שהתורה ניתנה לכל עם ישראל בכלל ולכל יהודי בפרט, כל אחד מחויב לשמור את התורה בכל מאודו. אדם שלא קיים מצוות עשה - עבר עבירה דתית וזקוק לכפרה, ומנגד אדם שעבר על מצוות לא-תעשה, גנב, גזל, הלן שכר שכיר, כמו שלא צם ביום הכיפורים, עבר ועשה מלאכה בשבת - יקבל את עונשו.

שלישית, ההקפדה במצוות התורה אין משמעה רק קריאת פסוק בתורה. חובה על כל יהודי (ויהודי בלבד) לקיים יחד עם התורה שבכתב גם את התורה שבעל-פה. כפי שהסברנו בסמסטר הראשון, מצוות התורה היא רק לפי פירושם על-ידי חכמים. כמו כן יש חובה דתית לשמוע בקול דברי חכמים, תקנותיהם וגזרותיהם ממש כמו על מצוות התורה.

רביעית, החובה לשמור על התורה אינה רק בתחום האינדוידואלי אלא גם בתחום הקהילתי. למעשה קיים חובה דתית על כל יהודי למנוע מזולתו היהודי מלעבור עבירה. חובה זו של הפרשת כל אדם מאיסור פנים רבות

לה ויש לה כמה מקורות כמו: "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תישא עליו חטא (ויקרא), ערבות, "לפני עוור לא תתן מכשול". בניגוד לשיטות משפט אנגלו אמריקניות וקונטיננטליות אין האכיפה עצמה מסורה רק לשופטים, לרשויות הביצוע, כמו משטרה, הוצאה לפועל, אלא על כל יהודי ויהודי.

חמישית, גם גזל הוא איסור מן התורה כמו שמירת שבת וצום ביום-הכיפורים, ואם אני רואה שחברי גזל, גנב, "השלים ציוד" אני חייב למנוע ממנו מלעבור עבירה, אחרת אני עצמי אעבור עבירה דתית שלא מנעתי את חברי.

שישית, אם אני מרגיש כי חברי גזל ממני, לקח שלא ברשות חפץ השייך לי, בניגוד לשיטת המשפט בישראל שאני חייב לפנות לבית המשפט ולבקש סעד, לפי המשפט העברי אני רשאי ללכת ולעשות דין לעצמי. זוהי הממרה המפורסמת של בן-גבג (תנא שחי בתקופת הלל הזקן ולפי שמו היה בבלי שהתגייר) "אל תיכנס לחצר חברך שלא ברשות שמא תיראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו, ואמור לו: שלי אני נוטל".

שביעית, מאחר שדיני התורה מסועפים ומפותחים ומאחר שיש לשמור לא רק על חוקי התורה "מדאורייתא" אלא גם גזירות ותקנות "מדרבנן", אני עלול להיכשל, שמא אולי טעיתי בדין ושבירתי שיניו של אדם שזכאי להחזיק ברכושי, ונמצא שאני עבריין, על-כן אני הולך לחכם התורה משום שעליו אני סומך שבחוכמתו יאיר את עיני ויגלה לי מה הוא הדין האמיתי.

שמינית, אז אם אני כבר יודע מה הוא רכושי ומה הזכויות שלי בחפץ מסוים שחברי מחזיק בו, שלא כדין, עדיין אין אני יודע מה דינו של חפץ ששני בני-אדם מתדיינים עליו. פרעון הלוואה היא גם מצווה ואם אשמע שחברי מסרב להחזיר הלוואה הוא עבר עבירה דתית ויש לי מצווה דתית לאלצו לפרוע את הלוואתו. אך מאחר שלחברי יש טענות שהוא טוען לזכות אי-הפרעון, אני בעצם לא יודע כיצד להחליט, ייתכן שחברי צודק, ואז אם אכפה עליו שלא כדין לפרוע הלוואה שהוא פטור מלפרועה, נמצא שאני גזלתי ממנו רכוש ואני עברתי עבירה דתית, ואני צריך לפצות אותו. על-כן, אני הולך לחכם התורה, היודע את ההלכה על בוריה, הוא יידע לנתח את הסיטואציה מבחינת ההלכה והוא יקבע לי האם באמת יש פה כשלון של פרעון בניגוד להלכה. נמצאנו למדים שההזדקקות שלי לדיין, אינה בגלל מינויו כשופט, אלא בגלל חכמתו יודע להורות לי מה שאני איני יודע.

תשיעית, כאשר אני מתדיין עם חברי על אי קיום חוזה שערכת עימו, על חפץ ששייך לי והוא מסרב לתת לי, אני בעצם יכול לכפות עליו לתת לי. אך מאחר שחברי חזק ממני והחפץ שלו ואצלו, איני יכול להשתמש בכוח הזרוע. מה עוד שחברי מנמק את סירובו בטעמים הלכתיים ועובדתיים. הכלל הוא ש"המוציא מחברו עליו הראיה" על-כן עלי לשכנעו שהוא פועל בניגוד לדין. כיצד אשכנעו? על-ידי שאבקש ממנו להתדיין אצל חכם התורה. מאחר שהוא המוחזק בחפץ אני חייב ללכת ולהתדיין אצל חכם תורה שהוא מקובל עליו וזה שורש הכלל: "הלך התובע אחר הנתבע".

עשירית, כאשר יש ביננו התדיינות ואיננו מוצאים שפה משותפת אפילו על זהות החכם, הפרקטיקה היא "זבל"א", כלומר, אנחנו יוצרים טכניקה של מציאת חכם תורה שיוסכם על דעת שיניו שיגלה לנו מה אומרת התורה.

האחת-עשרה, מאחר שחכם התורה "מגלה" מה אומרת התורה, הוא דומה יותר לרופא "המגלה" מחלה, מאשר לשופט ה"יוצר את הדין". על-כן כשם שרופא המתרשל בתפקידו ולא בדק את סממני המחלה לעומק יכול להיתבע ברשלנות נזקית, כך גם חכם התורה אם יפשע במלאכתו ולא יעמיק בדיני התורה ניתן לתבוע את הדיין עצמו שיפצה על הנזק שגרם.

השתיים-עשרה: כשם שרופא יכול לומר בסוף הבדיקה שהוא אינו מסוגל לתת דיאגנוזה ממצה לבדו, וכי הוא מוותר על שכרו ומסתלק מן האבחון, כך גם דיין בהלכה להסתלק מן הדיון אם הוא מרגיש שהראיות "מרומות" שהוא אינו יודע את הדין, או שיש לו ידידות עם אחד מבעלי הדין. כל אלה הפסולים אינם מקובלים על שופט ממלכתי בישראל שאינו יכול להסתלק מן הדיון אלא רק בנסיבות נדירות.

השלוש-עשרה הדיין הוא המגלה את הדין ואינו כופה את ההלכה. כאשר רופא מגלה את המחלה ללקוחו, יכול הוא לסרב להאמין וללכת לרופא אחר, או להכחיש מחלתו. כאשר הדיין מגלה את אוזנו של הנתבע כי יש מחלוקת הפוסקים בעניינו, למשל, הרמב"ם אומר כך, והרשב"א אומר אחרת, יכול הוא לטעון "קים לי" אני סבור כמו החכם התומך בי. למעשה לא ניתן להכריח נגד רצונו של מתדיין, אלא רק לשכנעו. טכניקה ידועה כדי למנוע טענת "קים לי" לבקש מהמתדיינים להסכים להתדיין "לפי דין פשרה" בו החכם חופשי יותר להכריע לפי שיקול דעתו.

הארבע-עשרה: מאחר שהדיין כמוהו כרופא אין מקום לטענות "סופיות הדיון" "התיישנות" "מעשה בי-דין" כמו שאדם לא יכול לטעון לפני רופא מומחה מבית חולים שעליו להתחשב במומחיותו של רופא המשפחה.