

## מבוא למשפט עברי

### נושאים למבחן:

1. סמכותם של חכמים
2. משפט ומוסר
3. ההלכה בהתפתחותה - פרוזבול
4. שמיטת קרקעות
5. ענישה קולקטיבית
6. עשיית עושר ולא במשפט - זה נהנה וזה לא חסר
7. כופין על מידת סדום - רוקר נ' סלומון
8. דמוקרטיה יהודית
9. מצוות מינוי המלך - רשות או חובה
10. כבוד הבריות
11. הגנת הפרטיות וחופש הביטוי (הכנס)
12. עשיית דין עצמי
13. פשרה
14. אין דוחין נפש מפני נפשות
15. הזכות להורות - פרשת נחמני
16. פדיון שבויים - שחרור מחבלים בתמורה לשבויים

## נושא ראשון: כוחם וסמכותם של חכמים

### תנורו של עכנאי :

**לעצם המחלוקת בין ר' אליעזר וחכמים (רקע) -** סיוס האגדה מקשר את הסיפור כולו עם סוגיית האונאה לתוכה הוא שובץ בבבלי, ואף בירושלמי מועד קטן משובצת האגדה לתוך סוגיית הנידוי. שיבוצים אלו מעוררים את הרושם כאילו רצה העורך להדגיש דווקא את העוול שנעשה לר' אליעזר ואת התוצאה החמורה של מעשה אונאה מסוג זה.

**הנושא המרכזי העומד במרכז של האגדה:** האם יש מקום להתערבות משמים במחלוקת שבין חכמים בדבר פרשנותה ויישומה של הלכה?

**לא בשמיים היא –** יש כאן התמודדות עם הבעייתיות הנובעת מהעדר הוודאות בדבר ההתאמה שבין ההלכה, כפי שהיא נקבעת באמצעות פרשנותם של חכמים, ובין אמת "אובייקטיבית" המשקפת את רצון האל (מחבר הטקסט) או את המשמעות של הטכסט. בעייתיות זו נובעת מהעדר יכולת לחשוף בוודאות את אותה "אמת אובייקטיבית". באגדה זו, כמו גם במקורות נוספים, מתואר מצב שבו ה"אמת האובייקטיבית" אכן התגלתה לחכמים על ידי דבר האל, ועמדה בניגוד להכרעה ההלכתית שלהם. טענתו של בעל האגדה היא, שגם במקרים אלו אין לערער על הכרעתם של חכמים ואין לחשוש מכך שהכרעתם אינה תואמת את ה"אמת האובייקטיבית", שכן תוקף הכרעתם אינו מותנה בהתאמתם לאמת זו, אלא בכך שהיא משקפת את הבנתם הסובייקטיבית.

**ההבחנה בין רבדי האגדה –** דברי ר' ירמיה והסיפור של ר' נתן ואליהו הן תוספות אמוראיות ששולבו בגוף האגדה התנאית. לאגדה התנאית שתי חטיבות: האחת מסתיימת בדברי ר' יהושע, ללא שתקבע עמדה ערכית ברורה ומפורשת בשאלה מי "ניצח" בוויכוח, ואילו החטיבה השנייה עוסקת בתיאור נידויו של ר' אליעזר. האגדה התנאית כמכלול אינה נוגדת עמדה חד-משמעית בעניין דרכו של ר' יהושע שאמר "לא בשמים היא". ואכן, מסוגיות תלמודיות אחרות ניתן להבין שהמחלוקת ביחס למעמדה של הבת-קול לא הוכרעה ועדיין ניתן לה משקל (וראה למשל ביבמות יד ע"א (עמ' 49) את בת-הקול שפסקה כבית הלל, ורק ר' יהושע שם חולק ואומר "אין משגיחין בבת-קול"). ומשמע שגם לאחר המסופר על תנורו של עכנאי נשארה המחלוקת בדבר היחס לבת קול בלתי מוכרעת. לאור הבנה זו של הרובד התנאי בולטת התוספת האמוראית. ר' ירמיה מסלק את העמימות שנשארת בסיפור התנאי (האם ר' יהושע צדק) בכך שהוא מעגן את עמדתו של ר' יהושע בדין האלוהי עצמו (התורה). הדברים מקבלים חיזוק נוסף בסיפור על ר' נתן ואליהו שאומר שהקב"ה חייך ואמר "ניצחוני בני", כאשר אמירה זו מתפרשת יפה כהמשך לדברי ר' ירמיה, כביכול אומר ה': ניצחוני בני בכך שהביאו ראיה נגד דברי מתוך התורה עצמה, מתוך דברי שלי.

**תשובתו של ר' ירמיה –** פרופ' ג'קסון (במאמרו בשנתון המשפט העברי ו-2) מעיר שניתן להבחין בין שתי טענות שונות:

א. "שכבר נתנה תורה מהר סיני אין אנו משגיחין בבת קול" - היינו התורה ניתנה במלואה ואין צורך בהתגלות נוספת כדי לפתור את הספק ההלכתי.

ב. "שכבר כתבת בהר סיני בתורה "אחרי רבים להטות" - כלומר גם לאחר מתן תורה יכול להתעורר ספק הלכתי אשר אין לו תשובה ברורה בתורה, ואולם במקרה כזה סמכות ההכרעה ניתנה לחכמים, ואין מקום להתערבות אלוהית נוספת.

**נצחוני בני** - נושא זה העסיק רבות את התיאולוגים, וידוע שאבות הכנסייה הנוצרית תקפו את התלמוד בין השאר בשל אגדה זו שראו בה כפירה. ויש הרואים ניגוד מעניין בין תגובת הקב"ה על נצחון אנושי זה לבין תגובתו של - להבדיל - האל היווני זאוס על נצחון של פרומתאוס שהצליח להערים עליו ולמסור את האש לידי דור האנוש. כאן - חיוך והודאה בנצחון; שם - זעם ועונש מחריד באכזריותו.

**שלטון החוק** - השופט משה זילברג בספרו "כך דרכו של תלמוד" (עמ' 68) מעיר כי אגדה זו מפורסמת היא וכבר התפעלו מיפיה חכמים וסופרים. אך גם לדעתו יש בה יותר מיופי ספרות בלבד. "כאן באגדה" - הוא אומר - "נגלה עלינו אופיו המיוחד של המשפט העברי. כאן שלטון החוק במובן האבסולוטי של ביטוי זה. שלטון החוק במחוקק והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא... נכנע לפירוש האבתנטי הניתן על ידי המפרשים המוסמכים לכך, לאמור: מקבל עליו את מרות שיפוטו של גוף אוטוריטאטיבי - הרוב - שהוסמך על ידו לשם הכרעת ספק, גם כאשר ספק זה אינו נראה לו כספק כל עיקר. אם הדין הוא אחרי רבים להטות, יש לפסוק על פי דין זה גם אם אחד העומדים לדין תורה הוא נותן התורה עצמו. רעיון שלטון החוק הוא אולי מודרני, אך בהקשר ההלכה הרעיון של "שליטת התורה על נותנה" הוא כדבריו "עצום, עצום מכדי תפיסת השכל הפשוט שלנו".

**פרשנות האגדה** (פרופ' אנגלרד) - מבחינת פתרון בעיית הסתירה בין הכרעת חכמים ובין רצון המחוקק האלוהי ניתן לסווג את הפירושים לשתי קבוצות עיקריות.

**הגישה המוניסטית** - רואה את כל הנורמות הדתיות כמשתייכות למערכת אחת, בתוכה יש לפתור את הסתירה האמורה בתוכן הנורמה. **הגישה הדואליסטית** - פותרת את הניגוד על ידי יצירת שתי מערכות נורמטיביות התקפות כל אחת במישור שונה. **לפי הגישה המוניסטית**, אם המערכת היא אחת, הרי המסקנה ההגיונית חייבת להיות כי אחת הנורמות נדחית מפני האחרת. הדחיה יכולה להתבסס או על נימוק **תוכני** או על נימוק **פורמלי**. ובמילים אחרות, בת הקול יכולה להיות מבחינה תוכנית אמת או שקר, ומבחינה פורמלית מוסמכת או בלתי מוסמכת; והוא הדין לגבי הכרעת החכמים. **לפי השיטה הדואליסטית** "אלו ואלו דברי אלקים חיים". לפי גישה זו שתי ההכרעות נכונות וכל אחת מחייבת, אם כי במישור שונה.

### **האגדה במסכת מנחות כט ע"ב:**

**מצאו להקב"ה שיושב וקושר כתרים לאותיות** - "כגון התגין דספר תורה" (רש"י). מבחינה רעיונית נראה שקשירת הכתרים לאותיות משקפת את ההכרה, שיש בטכסט מימד פתוח שמזמין ומחייב פרשנויות שונות אשר משלימות ומפתחות את הטכסט. באגדה זו בא לידי ביטוי המתח הקיים בין הטקסט (אותו מייצג משה, נותן התורה) לבין הפרשנות של הטקסט (אותה מייצג ר' עקיבא). הרב משה פיינשטיין רואה באגדה זו ביטוי למתיחות שבין משמעות הטקסט ובין כוונת

הכותב. "קשירת כתרים לאותיות" פירושה, לדעתו, "המלכת האותיות" - היינו מתן עצמאות לטקסט, המשחרר את הפרשן מהמחויבות לחשוף את כוונת הקב"ה.

### **חובת הציות לחכמים "לא תסור":**

המחלוקת בין ר' יהושע ור' אליעזר בעניין "לא בשמיים היא" ובעניין הליכה אחר רוב החכמים לא היתה סוף פסוק. בספרות התלמודית מתואר ויכוח נוקב בין אותו ר' יהושע ובין רבן גמליאל, כאשר הפעם דעתו של ר' יהושע היא שנדחיית.

**סיפור הדחתו של רבן גמליאל (ברכות כז ע"ב - כח ע"א):** לדעת ד"ר ח' שפירא (במאמרו "הדחת רבן גמליאל - בין היסטוריה לאגדה", ציון סד, ב (תשנ"ט)) - הפולמוס בין רבן גמליאל לבין רבי אלעזר בן עזריה מתואר כמאבק בין גישה אליטיסטית לבין גישה עממית. הדחתו של רבן גמליאל מגויסת לטובת הגישה העממית ונגד הגישה האליטיסטית. לאור כל זאת, נראה שאיננו רשאים לנתק את הסיפור של פתיחת שערי ביהמ"ד מהקשרו הבבלי, ואי אפשר לראות בו משום עדות היסטורית על ההתרחשויות בדור יבנה.

**יחסי המלך והחכמים (קידושין סה-סו)** – בעיקרון גם המלך כפוף לחכמים ולסנהדרין, אך הדבר עשוי לגרום להתנגשויות ביניהם (בדומה למאבקים בין הכנסייה והקיסרים), כפי שארע במעשה דינאי המלך.

**מקורה וטעמה של חובת הציות לחכמים - "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"** – הרמב"ן - הטעם העיקרי הוא שלא להרבות מחלוקות, ותהיה הלכה אחידה. בעל ספר החינוך – "טוב לסבול טעות אחת ויהיו הכל מסורים תחת דעתם תמיד ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו".

**זקן ממרא (רמב"ם ממרים ג, ד-ה)** – לא מדובר על כופר או על אדם רגיל שאינו שומע לקולם של חכמים, אלא מדובר בחכם המורד למעשה בסמכותם המוסדית של חכמים, ולכן עונשו כבד. השאלה המתבקשת: אם כך, כיצד מתפתחת ההלכה? כיצד דור אחד חולק על קודמו?

**יכולת חכמים לחלוק על קודמיהם** – מסוגיית התלמוד (בבא בתרא קל) עולה כוחו של דיין לפסוק בהתאם לראות עיניו, ומודגש העדר תלותו בתקדימים.

הערת אגב - מכאן ראייה שאין במשפט העברי כפיפות לתקדים המחייב, בניגוד למקובל בשיטות משפט אחרות.

שאלה: ממה נובע ההבדל בין סתירת דין המבוסס על י"ג מידות לבין סתירת הדין המבוסס על גזירה או תקנה? והרי לכאורה דווקא דין היוצא מהתורה מיי"ג מידות מעמדו הנורמטיבי גבוה יותר משל תקנת חכמים!

תשובה: ההיגיון שבדברים ברור: כאשר מדובר בגילוי **האמת** - קטון וגדול שווים. גם תלמיד קטן יכול לפרוך דברי רב גדול, אם מצא הוכחה לדבריו. במדע האובייקטיבי לא הסמכות קובעת, אלא הראיה שנתגלתה והטעם שנודע. בתקנה ובגזירה, לעומת זאת, יש חשיבות **לסמכות** המתקנת ואין לבטלה אלא על ידי סמכות גדולה הימנה.

## נושא שני: דת, משפט ומוסר

בסוגיית היחסים שבין המשפט והמוסר מקובלת ההבחנה, שלא השוני שבמהות ושבתוכן - אלא זה שבנוהל - מבחין בין ההוראה המשפטית לבין הציווי המוסרי. קיומה או אי קיומה של הוראה משפטית הוא בתחום דיונו של בית המשפט והוא כופה עליה; מה שאין כן לעניין ציווי מוסרי שהוא בתחום עניינו של האדם עם עצמו, עם אלהיו ועם מצפונו, ואין האינסטאנציה השיפוטית מתערבת בקיומו או אי-קיומו של ציווי זה, וקל וחומר שאין היא כופה אותו עליו.

### **מהו היחס שבין המשפט ובין המוסר בעולמה של ההלכה?**

מן המפורסמות הוא, שכשם שהתורה שבכתב מצווה ציוויים בעלי אופי משפטי מובהק, כך היא מצווה על ציוויים המקובלים עלינו, שהם מתחום המוסר והמידות. תופעת יסוד זו אין פירושה, כמובן, טשטוש התחומים שבין עולם המשפט ותורת המוסר. לדוגמא: המקורות מלאים ציוויים על היחס המיוחד שיש להתייחס לעני, שחובה לפרנסו ולהיזהר בכבודו, ובוודאי שאיסור חמור הוא "לא תטה משפט אבינך בריבו" (שמות כג, ו), אבל היא קובעת גם שני ציוויים נוספים: "ודל לא תהדר בריבו (שם, ג), "לא תעשו עול במשפט, לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו). וכל כך למה? דרשו חז"ל בספרא: "שלא תאמר עני הוא זה, ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו - אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות; לכך נאמר 'לא תשא פני דל'". בנוסף לכך מבחינה ההלכה בין הוראות נורמטיביות, שבצדן סאנקציות המופעלות על ידי בית-המשפט, לבין הוראות שאין בצדן סאנקציה כזו. לעתים אף מפנה המערכת המשפטית עצמה אל הציווי המוסרי, שאין בצדו כפייה מצד בין הדין. אין בית הדין מנער חוצנו מעניין המובא לפניו, בשעה שאין בו מקום לסעד משפטי שיש בו כפייה. נבחן כמה ביטויים ליחסי דת, משפט ומוסר. נלך מן הכבד (=נורמה המהווה חלק מן הדין המחייב והיא ברת כפיה) אל הקל (=נורמה מוסרית מומלצת בלבד).

### 1. "ועשית הישר והטוב" – "קדושים תהיו"

התורה אינה יכולה לכלול את כל הפרטים, ואופיה הכללי הוא שהיא ולכן יש **נורמות כלליות משלימות**. אותן נורמות כלליות משלימות נתפסות כ"עקרונות על" המהוות חלק מן הדין. עיקרון החקיקה של "ועשית הישר והטוב" היה לכלל הקובע, שלעתים הדין טעון השלמה על ידי הוראות, שהצדק החברתי והכלכלי מחייבם; הוראות משלימות אלה יש שהן נקבעות כדינים בעלי נפקות משפטית מלאה, ויש שאינן אלא הוראות מוסריות בלבד (ניתן לדמות זאת לדיני היושר EQUITY האנגליים). בתקופת האמוראים שימש הכלל של "ועשית הישר והטוב" לעיקרון במדיניות החקיקה במשפט העברי לשם קביעת דינים בעלי נפקות משפטית מלאה. נציין שתי דוגמאות:

א. **דינא דבר מצרא** - תקנה הקובעת, שאם יש לראובן קרקע במצר קרקעו של שמעון, וראובן מכר קרקע זו לאדם שלישי, יכול שמעון לדרוש מן הלוקח את הקרקע ולשלם לו מה ששילם לראובן במחירה משום ועשית הישר והטוב; כי ישר וטוב לתת זכות קדימה לשכן לזכות באדמה זו שהיא סמוכה לאדמתו, במקום שירכוש אותה אדם זר (בבא מציעא קח ע"א). בהקשר לכך יש לציין את סוגיית בבא בתרא יב ע"ב - אח בר מצרא יכול כפות על האחים שיחלקו הנחלה כך שהחלקה שהוא ירש תהיה קרובה לחלקה האחרת שלו משום **כופין על מדת סדום**.

ב. **"שומא הדר"** - תרגום: הערכה של הנכסים כדי להגבותם לבעל חוב חוזרת (ראה בבא מציעא טז ע"ב; לה ע"א). לפי דיני ההוצל"פ במשפט העברי, כשמגיע זמן פרעון החוב, ואין החייב פורעו, בית הדין - לאחר מתן שהות ונוהל מסויים - מעריך את הקרקע שבידי החייב ומגבה אותו לבעל החוב בתשלום החוב. תקנת "שומא הדר" קבעה, שאם לאחר שכבר גבה המלוה את הקרקע בחוב, השיג הלווה כסף לפרעון החוב, זכאי הוא לדרוש מן המלוה את החזרת הקרקע שגבה הימנו, אע"פ שלפי הדין עברה הבעלות על הקרקע למלוה. הטעם: אין זה אלא ישר וטוב שתוחזר האדמה ללוה, משתשיג ידו לפרוע את חובו בכסף, משתשיג ידו לפרוע את חובו בכסף.

## **2.לפנים משורת הדין:**

בתחום הזכות והחובה המשפטית אין, בדרך כלל, במשמעותה של ההוראה שיש לנהוג לפנים משורת הדין משום נורמה, שיש עמה סאנקציה איזו שהיא, ולא באה אלא לומר, שמן הראוי שאדם המקפיד על אורח התנהגותו לא יעמיד את מעשיו על שורת הדין, אלא ינהג לפנים משורת הדין. מתוך סוגיה אחת (בבא מציעא פג ע"א) נתעוררו חילוקי דעות בין חכמי ההלכה אם אמנם אין ההוראה שיש לנהוג לפנים משורת הדין מלווה לעתים גם בסאנקציה משפטית. אחר התלמוד הסיקו רבים מגדולי הראשונים והאחרונים מהסוגיה הנ"ל את העיקרון של "לפנים משורת הדין" ככלל שכופין עליו בתנאים מסויימים (כאשר היכולת בידו לעשות, כגון עשיר). אחרים חולקים וסוברים, שאין כופין על לפנים משורת הדין, אך דעה זו אינה מקובלת על דעת רוב החכמים (וכך פסק הרמ"א בשו"ע, חו"מ, יב, ב), עד שהעיד ר' יואל סירקיס, בתחילת המאה הי"ז: "וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון, ואף על פי שאין הדין כך". לפעמים אף יש חיוב לדון "לפנים משורת הדין", וכפי שכותב ר' יהושע ולק כץ, בעל הדרישה, בפתיחת חו"מ (בעניין כל הדין דין אמת לאמיתו ושתף לקב"ה במעשה בראשית): "שכוונתם במה שאמרו דין אמת לאמתו, רוצה לומר שדין לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמיתו ולאפוקי [=ולהוציא] שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש כי לפעמים שצריך הדין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת - אינו לאמיתו. על דרך שאמרו חז"ל: לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפנים משורת הדין". **עמדת המשפט העברי** בסוגיית הדין ולפנים משורת הדין נדונה בשורה ארוכה של פסקי דין של ביהמ"ש העליון. לדוגמא: פרשת כיתן נ' ווייס - מחלוקת השופטים שמגר ואלון.

**3. פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים:** בדיני נזיקין במשפט העברי נמצא לפעמים, שאין גורם הנזק חייב בדמי הנזק מצד הדין - מחמת היעדר סיבתיות הכרחית בין המעשה שעשה ובין התהוות הנזק, או משום שפעל ברשות או בשל נימוקים אחרים. לגבי שורה ארוכה של מעשי גרימת נזק כאלה נקבע העיקרון ש"העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים".

**מה טיבו של חיוב זה שבדיני שמים?** האם יש לו משמעות אף בדיני אדם? אין לתפוס כי יש רק עונש בדיני שמים, אך אין חיוב בדיני אדם לשלם ממון, אלא עיקר החידוש הוא שיש חיוב ממוני לשלם (קצות החושן). יש פוסקים הסוברים גם שאם תפס הניזק ממנו של המזיק המחוייב בדיני שמים אינו חייב להוציא מידו הממון. יש סוברים שבחיוב בדיני שמים על בית הדין לכוף אותו לשלם לכל הפחות בדברים, אך רוב החכמים חולקים על תפיסה זו (ראה יש"ש בבא קמא, ו, ו),

אבל גם לדעתם זוהי סאנקציה שבית המשפט מודיע עליה, ואין היא מסורה למצפוננו של האדם בלבד. יש הסבור כי אף מי שלא שילם פוגם בכשרות המשפטית שלו להעיד (מאיר).

**4. קבלת "מי שפרע":** צורות שונות של סאנקציות דתיות מוסריות מרובות במשפט העברי; הן משתנות מעניין לעניין בשמותיהן, ובדרך כלל גם במידת תוקפן וחומרתן. אם ניתנו דמי המקח, אך עדיין לא משך הקונה את החפץ לרשותו - ולכן הקניין אינו שלם מבחינה משפטית - בכגון זה הקונה או המוכר שחזר בו מקבל "מי שפרע". **מה טיבו של קבלת "מי שפרע"?** מלשון המשנה משמע כי מדובר רק בעונש שמיימי שצריך להיות בתודעתו של החוזר בו מן המכר. אך בתלמוד נחלקו האמוראים האם בית הדין אומרים לחוזר בו: דע לך שכך וכך עונשו של אדם שאיננו עומד בדיבור, או שמא אומרים לו דברים אלו בצורה של קללה. כלומר יש כאן מעבר לסאנקציה דתית חברתית חריפה יותר.

#### **5. "אין רוח חכמים נוחה הימנו" וצורות נוספות של סנקציות מוסריות-דתיות:**

סנקציה מוסרית-דתית אחרת נקבעה לעניין מי שעושה פעולה מסוימת כשמצד הדין רשאי הוא לנהוג כך, אך למרות זאת אם נהג כן - "אין רוח חכמים נוחה הימנו". נענין בארבע דוגמאות לכך:

- 1) בנא בתרא קלג ע"ב** - מצד הדין רשאי אדם לצוות על רכושו ככל הנראה בעיניו, ובלבד שהצוואה תיעשה בלשון המתאימה ושייתקיימו נסיבות ותנאים מסויימים. אך חכמים ראו בסדר הירושה ע"פ דין תורה, הדרך הנכונה והעדיפה לחלוקת העיזבון, ובירושת הנכסים החומריים מאבות לבנים ראו משום אספקלריה לרעיון הרציפות וההמשכיות מדור לדור. משום כך יש בצוואת הנכסים לאחרים משום פגם מוסרי שאין רוח חכמים נוחה הימנו.
- 2) רמב"ם, מכירה, ז, ח** - לפי הדין דרושה פעולת קניין כדי שהמקח יהא תקף, אך חכמים קבעו כי חובה מוסרית היא לאדם לעמוד בדיבורו ומי שחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו. יש כאן מדרג בהיררכיה של הסנקציות: אם שילם עבור המקח וחזר בו - "מי שפרע", אם עדיין לא שילם והיה דיבור בלבד - "אין רוח חכמים נוחה הימנו". מושג מוסרי נוסף המצוי בדברי הרמב"ם הוא "מחוסר אמנה", שנאמר בתלמוד בהקשר לחובה "שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק".

- 3) בנא קמא צד ע"ב** - המקבל מן הגזלנין שביקשו לשוב בתשובה אין רוח חכמים וכו'. **לסיכום:** ראינו מדרג של נורמות מוסריות מן הכבד (הקרוב לנורמה משפטית מחייבת וברת כפיה) אל הקל (המלצה מוסרית בלבד): ועשית הישר והטוב; כופין על מידת סדום; לפנים משורת הדין; חיוב בדיני שמייים; מי שפרע; אין רוח חכמים נוחה הימנו; מחוסר אמנה.

**נושא שלישי: ההלכה בהתפתחותה (בין מסורת לחידוש)**

רבים טוענים כנגד ההלכה כי היא קפואה ושוקדת על שמריה. דבר זה מתחזק לאור העובדה שבשלוש עשרה העיקרים של הרמב"ם נאמר בעיקר התשיעי, שזאת התורה לא תהא מוחלפת, ולא תהי תורה אחרת מאת הבורא יתברך שמו. הכיצד? האם לא חלים שינויים בהלכה?

נדון בשתי דוגמאות מיני רבות (להרחבה ראו ספרו של י"ד גילת, **פרקים בהשתלשלות ההלכה**).

### **דוגמא א': פרוזבול**

בספר דברים (טו, א-ב) נאמר: "מקץ שבע שנים תעשה שמטה. וזה דבר השמטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו לא יגש את רעהו ואת אחיו, כי קרא שמטה לה". ובהמשך (שם, ט-י): "השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר: קרבה שנת השבע שנת השמטה, ורעה עינך באחיך האביון, ולא תתן לו, וקרא עליך אל ה' והיה בך חטא. נתן נתן לו ולא ירע לבבך בתתך לו, כי בגלל הדבר הזה יברכך ה' אלהיך בכל מעשך ובכל משלח ידך".

**במשנת שביעית י, ג-ד** שנינו... (---אריה תעתיק כאן את לשון המשנה---)

הרקע החברתי והכלכלי לתקנה זו נמסר במשנה גופה. בעלי היכולת לא עמדו באזהרה שהזהירה התורה, שלא להימנע מלהלוות זה את זה בגלל שנת השמיטה, ועל ידי כך סבלו מי שהיו זקוקים לאשראי ולא קיבלוהו. כדי למנוע את העשירים מלעבור על אזהרת התורה שלא להימנע מלהלוות, וכדי להמציא לנצרכים את האשראי הדרוש להם, תיקן הלל את תקנת הפרוזבול, שאם מילאו אחריה, שוב לא שימטה השביעית את החוב. בזמן התנאים היתה מקובלת תקנה זו, ואף חכמים ראו בעין יפה את מי שהחזיר חוב בשביעית (ראה משנה שביעית י, ט --- הבא הציטוט---).

**שאלה: האם הלל ביטל דין תורה? מה החידוש בתקנתו?** ממקורות חז"ל אחרים עולה כי הלל לא עקר דין תורה. בספרי (פרשת ראה, פסקה קיג) משמע כי מדין תורה היתה פרוצדורה של מוסר שטרותיו לבית דין, "ומיכן אמרו התקין הלל פרוסבול". אך לפי מקור זה מה היה **החידוש הגדול** בתקנתו של הלל? יש שלוש אפשרויות.

**א.** יש הסוברים, שגם הדין של המוסר שטרותיו לבית דין הוא מכלל תקנתו של הלל, ורק סמכו את זה אחר כך על הפסוק.

**ב.** אחרים סבורים, שאמנם המוסר שטרותיו לבית דין אינו משמט מדאורייתא ובא הלל ותקן שאף על פי שלא מסר בפועל לבית דין, ואפילו אינן בידו, אם אמר מוסרני לכם נחשב כמי שמסר להם בפועל.

**ג.** בעלי התוספות מסבירים כי אמנם המוסר שטרותיו לבית דין השביעית משמטו מדין תורה, אך הביקורת על הלל היתה ש"מכל מקום לא היה לו לעשות תקנה ללמד לעשות כן, שביטל בכך שמיטת כספים שצותה תורה". היינו, הוא הרחיב את השימוש במוסר שטרותיו לבית דין לכל ההלוואות ובכך נוצר מצב של ביטול שמיטת כספים שצוותה תורה. ובמילים אחרות, כותב זילברג: "ומה עשה הלל? הפעיל את ההלכה הישנה ההיא, ועשאה בית קיבול לקלוט בו את תקנת הפרוזבול". כלומר, אין כאן פיקציה של הדין, אלא של הדין שמשמש בדין מעבר למה שיועד לו בתחילה כדי לשרת מטרות חשובות.



## הפרוזבול בתורת האמוראים

בדור הרביעי לאמוראים (ראה גמ' גיטין לו ע"א) נתעוררה השאלה העקרונית, כיצד היה בידו של הלל לתקן תקנה, העוקרת דין מן התורה ב'קום עשה'? לשאלה זו ניתנו בסוגיה שתי תשובות:

1. **תשובתו של אביי** - שהלל סבר, כפי שגם חכמים אחרים סוברים, שבזמנו, ימי בית שני, כבר לא נהג דין שביעית מדין תורה אלא מדרבנן, ולפיכך היה הלל רשאי להתקין תקנה העוקרת תקנה קודמת של חכמים.

2. **תשובתו של רבא**, מנמקת את תוקפה של תקנת הלל גם לשיטת הסבורים, ששביעית בזמן הזה מדאורייתא, וזאת על סמך העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר".

יש מאמוראי בבל שבכלל חלקו על הפרוסבול (וראה דברי שמואל שם, שאומר כי הפרוסבול הוא "עולבנא דדייני", ואילו היה בכוחו היה מבטלו). בדברי אמוראים אף מצאנו כמה הלכות, המאפשרות עקיפת דין שמיטת כספים והמשמשות כתחליפים לתקנת פרוזבול. **במכות ג ע"ב** מובאת דעתו של שמואל ש"האומר לחברו על מנת שלא תשמטני שביעית (כלומר שלא יחול איסור שביעית אם אקח ממך את החוב אחר השמיטה) - שביעית משמטנו (כי השביעית אינה מסורה בידו להתנות שלא תהא השביעית משמטת, ולפיכך אין כאן תנאי - רש"י). אבל האומר על מנת שלא תשמטני ('אתה') בשביעית (שלא תהא נוהג בחוב זה דין השמטת כספים) - אין שביעית משמטתו".

### **לסיכום - השימוש שבפרוזבול דעך בתקופת האמוראים.**

#### **דוגמא ב - גיל החיוב במצוות - בן שלוש עשרה למצוות?**

מאימתי חייב אדם בישראל במצוות האמורות בתורה? לכאורה אין לך תשובה פשוטה מזו - "בן שלש עשרה למצוות" (ראה **אבות ה, כא**).

"קטן" במקורות תנאיים - מן העיון במקורות התנאיים אנו למדים, כי המונחים "קטן"/"קטנים", הגדרתם אינה אחידה ומשמעותם שונה מפעם לפעם. להלן מספר דוגמאות.

א. משנה חגיגה א, א --- לצטט ---.

ב. משנה סוכה ב, ח ---- לצטט ---

ג. תוספתא כפורים ד, ב ---- לצטט ----

ד. במכילתא דרשב"י דנו ביחס לחיובו של קטן בתפילין מדאורייתא, אך מכח הפסוק "ושמרת את החקה הזאת", פטרו חכמים מחובת תפילין קטן שאינו יודע לשמור על תפיליו בטהרה ובנקיון.

ה. התוספתא בחגיגה א, ב ----לצטט---

### **לסיכום -**

א. אין במקרא, ואף לא בתורתם של התנאים, הגדרה חד-משמעית למונח "קטן", ולא גיל מסוים למעבר מקטנות לגדלות.

ב. ההלכה הקדומה ראתה את הילד מיום לידתו, או מיום שבו יש לו היכולת הפיסית לקיים מצווה, כמי שמצווה מדאורייתא על קיומה של אותה מצווה.

**הגיל למצוות בעלות משמעות משפטית** - יש להבדיל בין מצוות שעיקרן העשייה הפיסית (כגון: סוכה, עליה לרגל ותפילין), אשר גם לילד היכולת הפיסית לעשותן, לבין פעוליות בעלות משמעות משפטית הלכתית (למשל, קידושין, נדרים והקדשות), המחייבות בגרות שכלית, שיקול דעת, או בגרות פיסיוולוגית-מינית. בסוף תקופת התנאים עדיין היו הדעות חלוקות בדבר. אמנם היה ברור להם, שהגילים יא-יג הם זמן ההתבגרות השכלית, ובו חל המעבר מקטנות לגדלות לגבי נדרים, הקדשות והתחייבויות כספיות. אולם עדיין רווחו דעות שונות באשר לגיל הבגרות המדויק של הבן ושל הבת.

**הגיל למעמד האישי** - בנוגע למעמד האישי הדעה הרווחת בתקופת התנאים היתה, שהבגרות הפיסיוולוגית-מינית, היא ורק היא, יכולה לשמש אמת מידה בין קטן לגדול.

**הגיל לבגרות ציבורית** - במקרא נקוב גיל עשרים כגיל קובע לעניינים שיש בהם משום ביטוי להשתייכות לעדה ולקבלת אחריות ותפקידים ציבוריים (כגון: עבודת המקדש, יציאה לצבא, תשלום חיובים כספיים). גם העונש על דור המדבר הוטל על בני 20 ומעלה (במדבר יד, ט).

**מגמת הסטנדרטיזציה** - בימים ראשונים היה קיים מצב מיוחד ומוזר: גיל המעבר מקטנות לגדלות היה נתון לשינויים, בהתאם לסוג המצווה הנידונה, ובהתאם לאישיותו של הילד. מצב מיוחד כזה מכביד מאוד על כל מערכת משפטית-הלכתית, השואפת לנורמות וכללים אחידים, ומעוניינת בשיעורים ברורים ושווים לכל. ההבדלים הרבים בדרכי התפתחותם ובמועדי התבגרותם של בני אדם, הניעו את החכמים לצמצם את מרווח הזמן של גיל הכניסה למצוות השונות, ולחתור, עד כמה שאפשר, לקביעת גיל אחיד לחיוב כל המצוות האמורות בתורה.

### **כללים בפסיקת ההלכה**

**"הילכתא כבתראי"**: בתקופה שאחר התלמוד התקבל עיקרון מהותי בדרך פסיקתה של ההלכה - "הילכתא כבתראי" (הלכה כאחרונים).

מערכת ההלכה ייחסה תמיד לחכמי ההלכה הראשונים משקל וסמכות גדולים יותר מלחכמי ההלכה שבאו אחריהם. ר' יוחנן, מגדולי אמוראי א"י במאה השלישית לסה"נ, אומר: "ליבן של ראשונים כפתחו של אולם, ושל אחרונים כפתחו של היכל, ואנחנו כמלוא נקב מחט סידקית" (עירובין נג ע"א). הערצה גדולה זו לדברי הראשונים לא מנעה מן ההלכה לקבוע כלל שהינו לכאורה מנוגד למגמה האמורה, אך היה הכרחי לשם מתן סמכות לחכמי הדור האחרונים לקבוע את ההלכה ע"פ הנסיבות ובעיות המתעוררות בימיהם. הכלל של הלכתא כבתראי מצוי בידינו למן תקופת הגאונים, שקבעו כי במחלוקת בין אמוראים מהמאה הרביעית ואילך (מאביי ורבא), וכן בחילוקי דעות שבין חכמי הלכה לאחר חתימת התלמוד - ההלכה כאחרונים. העיקרון האמור חל אפילו ב"תלמיד כנגד רבי" וב"יחיד נגד רבים".

**טעמו של הכלל – הרא"ש** מבאר שהטעם לכלל הוא ש"אנו תופסין דברי האחרונים עיקר כיון דידעו סברת הראשונים וסברתן והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר". **פרופ' מנחם אלון** הפליג בחשיבות כלל זה אותו הוא כינה "עקרון הפסיקה הגדול שבמשפט העברי", וראה בו גורם מרכזי לפיתוחה של ההלכה. לדעת **פרופ' תא-שמע** אין להפריז בהשפעת הכלל, שכן הוא התקבל רק באשכנז מהמאה הי"ד, אך בספרד הוא לא היה מקובל (כפי שראינו אצל הבית יוסף).

### **נושא רביעי: שמיטת קרקעות**

**מטרה:** בחינת דרכי התמודדות ההלכה עם המציאות המודרנית של השמיטה בארץ ישראל במאות השנים האחרונות

### **מהותה של שביעית:**

**א. הפן החברתי:** "והשביעית תשמטנה ונטשתה ואכלו אביוני עמך ויתרם תאכל חית השדה" (שמות כג, יא)

**ב. הפן הרוחני:** "ושבתה הארץ שבת לה... שבת שבתון יהיה לארץ שבת לה" (ויקרא כה, א-ז)

### **הקושי שבקיום מצוות השמיטה:**

- "וכי תאמרו מה נאכל בשנה השביעית הן לא נזרע ולא נאסוף את תבואתנו" (ויקרא כ"ה, כ')
- "וצויתי את בירכתי לכם בשנה השישית ועשתה את התבואה לשלוש שנים" (ויקרא כ"ה, כ"א)

### **טעמי השמיטה:**

1. **בין אדם למקום:** אמונה בבריאת העולם ובטחון בה' (ספר החינוך)
2. **בין אדם לעצמו:** הפסקה עבור פיתוח הרוחניות (הרב קלישר), עזיבת החומריות ומתוך כך הכרת העצמיות הלאומית (הרב קוק), תיקון המידות (החינוך)
3. **בין אדם לחברו:** עזרה לעניים (רמב"ם), שוויון (הרב ניסנבוים) ואחדות (שפת אמת)
4. **בין אדם לארצו:** טעם חקלאי-מנוחה לקרקע (רמב"ם)

### **סוגי הפתרונות השונים לשמיטה:**

1. אוצר בית דין
2. היתר מכירה
3. גידולי נוכרי
4. חממות ומצע מנותק

## אוצר בית דין: מקורות בסיסיים

**התוספתא שביעית (ח, א)** היא המקור הראשון המזכיר את אוצר בית דין כדך לטפל בשדה בשנת השמיטה. לדברי התוספתא, בית הדין היה שולח שליחים בשמיטה אל השדות שבבעלותו, כדי שיקטפו את הפירות ויטפלו בשדה כפי הנדרש. לאחר מכן, בית הדין חילק פירות אלו לכל אנשי העיר, איש כפי צרכיו.

לדברי **החזון איש** איסור הקצירה הקיים בשביעית הוא רק ביחס לבעלים, ולכן פעולות אלו מותרות באמצעות שליחים של בית הדין. אם הקצירה נעשית על ידי בית הדין, הרי שפעולות אלו אינן מבטאות בעלות.

## התחדשות אוצר בית דין בימינו:

שנים רבות נותרה התוספתא ללא מימוש מעשי. בשנת תר"ע, במהלך המחלוקת הגדולה ביחס להיתר המכירה, הציע **הרב קוק** לתקן ביחד עם היתר המכירה גם אוצר בית דין. בשנת השמיטה תש"ה החייה **החזון איש** מערכת זו מחדש.

השימוש באוצר בי"ד פותר את הבעיות הכרוכות בתהליך הקנייה. הכסף המתקבל כשתשלום כנגד הפירות אינו תמורה לפירות השביעית אלא דמי שכירות הפועלים שעבדו בשביל בית דין. למעשה אין כאן מכירת פירות אלא חלוקת פירות, והתשלום הוא על העבודה (ללא קשר להצלחת שיווק הפירות).

## היתר מכירה:

אחד הפתרונות הכוללים והמקיפים לבעיות הקיימות בשנת השמיטה הוא היתר המכירה. בשדות הנוהגים על פי היתר המכירה, מוכרים את הקרקע לגוי, ולאחר מכן חלק מהמלאכות נעשות על ידי גויים וחלקם על ידי יהודים.

החל מהמאה השש עשרה, ניתן למצוא בדברי הפוסקים התייחסויות להיתר המכירה, אם כי באופן מקומי ולא כפתרון גורף. עם השנים, שינויי המציאות הובילו לכך שהצורך בפתרון זה התגבר.

## 2. היתר מכירה: יסודותיו

### **היתר המכירה מבוסס ההנחות הבאות:**

- א. אין קדושת שביעית בקרקע של נכרי
- ב. שביעית בזמן הזה דרבנן, וקניין של גוי יכול להפקיע קדושה מדרבנן.
- ג. כשם שאין קדושת שביעית בפירוש שגדלו בקרקע של גוי. כך אין גם איסור מלאכה בקרקע של גוי.

## **נימוקי החולקים על היתר המכירה:**

א. היתר המכירה יוצר בעיה הלכתית של איסור "לא תחנם".

ב. תוקף משפטי – להיתר המכירה אין תוקף משפטי.

ג. גמירות דעת – החותמים אינם מתכוונים באמת למכירה.

## **הפולמוס סביב היתר המכירה**

במשך תקופה ארוכה לא התמודד עם ישראל באופן משמעותי עם מצוות השמיטה, זאת משום שעיקר היישוב היהודי לא היה בארץ ישראל, וגם בקרב יושבי הארץ לא היתה החקלאות ענף מרכזי. עם זאת, כבר לפני מאות שנים בקע באופן מקומי היתר המכירה.

התייחסות להיתר המכירה מן המאה ה-16 אפשר למצוא בדברי המבי"ט. תשובה ארוכה ומרשימה כתב רבי מרדכי רוביין, רבה של חברון, לפני למעלה ממאתיים וחמישים שנה. מלשון התשובה ניכר שאחד השיקולים המרכזיים להתיר היה הצורך בהיתר המכירה לשם קיום היישוב היהודי בארץ.

לפני כמאה ועשרים שנה, באו באי כוחו של הברון רוטשילד אל הרב אלחנן ספקטור, רבה של קובנה, בשאלת היתר המכירה. הרב מקובנה ורבנים נוספים החליטו לתקן היתר מכירה לאור המציאות הקשה של החקלאות בארץ.

## **הפולמוס סביב היתר המכירה: הרב קוק**

בשמיטה הבאה (תר"ע) ניסו רבני ירושלים לקיים את מצוות השמיטה ללא היתר מכירה, כיוון שהם חשבו שהמצב מאפשר זאת. באותה תקופה פרסם הרב קוק שהיה רבה של יפו, את ספרו "שבת הארץ", שבו הוא מפרט את היסודות ההלכתיים של היתר המכירה. הרב קוק היה בטוב בעצם ההיתר. עם זאת, היה ברור לו שההיתר הוא רק הוראת שעה, ולכן צריך למעט מלהשתמש בו עד כמה שניתן. **פרופ' אריה אדרעי** רואה בפסיקת הרב קוק נקודת מעבר – מהלכה אורתודוקסית **להלכה ציוניות דתית**. המאפיינים:

א. פיתוח ההלכה לצורך התמודדותה עם המציאות החדשה

ב. ניסיון למציאת פתרון הלכתי לכלל ישראל – קהל היעד אינו רק ציבור שומרי תורה ומצוות.

ג. גישה חיובית לחילונים החלוצים – מקיימי מצות יישוב א"י (ובכך שונים מחילונים בחו"ל).

## **היתר מכירה בימינו: שיקולים ציבוריים**

לאורך הדורות תלו הפוסקים את השימוש בהיתר המכירה בכך שבלי היתר זה לא הייתה אפשרות קיום לחקלאים בארץ. משום כך, יש לבחון את המצב בכל תקופה, ולבדוק האם הצורך בהיתר מכירה עדיין תקף. נראה שגם בימינו נצרכים אנו להפעיל את היתר המכירה, וכך לשמור ולחזק את החקלאות היהודית בארץ ישראל.

עם זאת, כפי שכתב הרב קוק, צריכים אנו לחפש בעל העת פתרונות מהודרים יותר מאשר היתר המכירה, שכן בסופו של דבר, היתר המכירה היא ביטול של מצוות השמיטה, ואילו פתרון כדוגמת אוצר ב"ד מהווה קיום של מצוות השמיטה.

**סיכום:** דרכי ההתמודדות של חכמי הדורות האחרונים עם קיום מצוות השמיטה בארץ ישראל מלמדים על אופני התפתחותה של ההלכה ודרכי התאמתה למציאות המודרנית.

### נושא חמישי: ענישה קולקטיבית

#### א. בפסיקת בג"ץ - "איש בחטאו יומת".

בג"צ 2006/97 ג'נימת ואח נ' אלוף פיקוד המרכז עוזי דיין- השופט חשין (מיעוט) הציג את עמדתו העקרונית השוללת ענישה קולקטיבית מבוסס בעיקר על הכתוב "בתורת משה". וכותב- " על הקושי שבהפעלת הסמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה עמדתי כמה וכמה פעמים... בכל פסקי הדין האלה נטעתי עצמי בעיקרון יסוד במשפט וממנו –כך אמרתי- לא אנוע לא הימין ולא השמאל. וכדבר הנביא: הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ולא ישא בעוון הבן צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת רשע(קרי: הרשע) עליו תהיה" (יחזקאל, יח, כ) אין עונשין אלא אם כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים ב, יד, ו).

בהמשך דבריו קובע השופט חשין כי הערכים היהודיים של מדינת ישראל מורים כי אין להעניש את אשת המחבל וילדיו שלא חטאו: "במעשהזה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומו. מאז קום המדינה בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- נקרא אל תוך הוראה תקנה 119 לתקנת ההגנה נקרא בה, נשקיע בה, ערכים שהם ערכינו ערכים של מדינה יהודית חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו וימינו אלה באותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל אדם האוכל בוסר שיניו תקהינה".

בג"צ 2722/92 מוחמד אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה- יישום נוסף של העיקרון הנזכר, "איש בחטאו יומת", נעשה בידי השופט חשין וכך הוא כתב: "דבר חוק לעצמו נראה כעצמות היבשות של יחזקאל הנביא: " ותקרבו עצמות עצם אל עצמו וראיתי והנה עליהם גידים ובשר עלה ויקרם עליהם עור מלמעלה ורוח אין בהם". (יחזקאל לז, ז-ח). ורק עם בוא הרוח – רוח אלוהית רוח האדם – נדע מה דרך נלך בה ומה פירוש ניתן לחוק: "ונתתי רוחי בכם וחייתם..." (יחזקאל לו, יד). וזו רוח האדם, רוח היהודי אשר על כנפיה נישאנו כל הדורות, ואותה ינקנו עם חלב אימנו: " לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו". כך לימדנו ספר דברים (כד, טז) וכך למדנו במלכים ב' והיא תורת משה: בעת מלוך מלך יהואש מלך יהודה קמו עליו עבדיו, יוזבד בן שימעת ויהוזבד בן שומר והרגוהו(מלכים ב' יב, כא-כב). אחריו מלך ביהודה אמציהו. וכך מספר הכתוב: "ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית. ככתוב בספר תורת משה, אשר ציווה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות" (מלכים ב, יד ה-ו). זו הרוח וכך נעשה: "בימים ההם לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה כי אם איש

בעוונת ימות כל האדם אשר אוכל בוסר תקהינה שיניו". (ירמיהו לא, כח-כט) לא עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה, ואיש בעוונת יומת".

בג"צ 7015/02 כיפאת מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית- שלילת הענישה הקולקטיבית מכח ערכיה היהודיים של מדינת ישראל מופיעה לא רק בפסקי דין שנכתבו בידי השופט חשין אלא אנו מוצאים גם אצל נשיא בית המשפט אהרון ברק אשר נסמך אף על ערכיה היהודיים והדמוקרטיים. ממורשתנו היהודית למדנו כי " לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו" "איש בעוונתו יישא ואיש בחטאו יומת" מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חוש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו במעשיו שלו הוא סכנה לביטחון המדינה.

### **ב. מקורות ששוללים ענישה קולקטיבית:**

1. **בראשית יח, כה:** " חלילה לך מלעשות כדבר הזה. להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע: הלילה לך, השופט כל הארץ לא יעשה משפט?!"
2. **פירוש רש"י הירש לדברים כד, טז:** " לא יומתו אבות על בנים"- "הכתוב שלנו לא בא למנוע את הזוועה המשפטית שבית דין יענישו בנים בעוון אבות, שהרי אין להעלות על הדעת שרשות משפטית כלשהי תנהג כן. אלא הכתוב בא ללמדנו שגם מבחינה מדינית וחברתית אין להעניש אדם על חטא קרובו".
3. **תשובות מהר"ם פדאובה, סימן סט:** מתייחס לאירוע בו " רב יצא מן העיר ונדה כל הקהל. ודור אחרון אחר שנפטרו הראשונים לבו נוקפו מן העונש". בתשובתו מרגיע המחבר את שואליו: " איך יעלה על דעתכם שלחלוחית של אותו עוון יהיה קיים לדור אחרון לאותם שלא היו ידיהם במעגל, ולא תפסו מעשה אבותיהם בידיהם. על כיוצא בזה ודאי נאמר " בנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומת".
4. **שו"ת הריב"ש החדשות, סימן ט:** " שנים או שלושה יהודים שהיו ממונים על בית המטבע של המלך ונמצא אחריהם פסול במטבע. ויקצוף המלך מאוד וחמתו בערה בו לגרש את כל היהודים אשר בממלכתו. ואחר העמל והטורח התפשרו עם המלך לבלתי שלחם מזה בכך וכך אלפי זהובים. ועל כיוצא בו אמר אברהם אבינו ע"ה לקב"ה "חלילה לך לעשות כדבר הזה" ומשה רבינו ע"ה – "האיש יחאט ועל כל העדה תקצוף"... אם כן זו הקצבה של גזל גמור".

### **ג. מקורות מקראיים שמאפשרים ענישה קולקטיבית:**

1. **שמות כד:** נאמר העשרת הדברות כי האל " פוקד עוון אבות על בנים, על שלשים ועל רבעים".
2. **במדבר טז, כז-לג:** בפרשות אחרות מצאנו לכאורה ענישה של בני המשפחה בעוון אבותיהם החוטאים : כגון במחלוקת כורח ועדתו, שנשמדו לא רק החוטאים עצמם אלא גם נשיהם, בניהם, טפם ובתיהם.
3. **ויקרא כ, ה:** ביחס לפרשת חטא המולך, שהינו פולחן אלילי של הקרבת ילדים באש, נאמר "וישמתי פני באיש ההוא ובמשפחתו, והכרתי אותו ואת כל הזונים אחריו" מדרש ההלכה התנאי, הספרא, "תורת כהנים", מבקש להסביר את תופעת הענישה

הקולקטיבית: " אמר רבי שמעון וכי מה חטאה המשפחה? אלא ללמדך שאין לך משפחה שיש בה מוכסן (גובה מכס שלא כדין) שאין בה כלל מוכסים: שיש בה ליסטים (שודדים) שאין כולה ליסטים, מפני שמחפים עליו". לפי תפיסה זו ה"חיפוי" על העברין הוא כשותפות בפשע, ומכאן הצדקת הענישה אף על בני המשפחה. למותר לומר שגישה זו תעמוד בעינה רק אם נקבל לא בקלות את ההנחה העומדת ביסודה ( שכל בני המשפחה אכן ידעו על מעשה העבירה וחיפו עליו) כ"חזקה משפטית" שאין לערער אותה ואין להרהר אחריה. ומכל מקום יש להדגיש שגם במקרה זה ענישת המשפחה מסורה רק ל"שמים" ( "ונתתי אני את פני באיש ההוא ובמשפחתו") לא לבית דין של מטה.

**4. בראשית לד מעשה שכם:** הרגו שמעון ולוי את אנשי שכם בגלל חטאם של יחידים "שטמאו את דינה אחותם". הרמב"ן, רבי משה בן נחמן (ספרד, המאה הטי"ו), מקשה: "רבים ישאלו: ואיך עשו בני יעקב הצדיקים את המעשה הזה לשפוך דם נקי"? לדעתו (שאינו לה בסיס בפשוטו של מקרא) העונש הושת על כלל תושבי שכם בגלל מעשיהם הרעים ולא בגלל חטאם של מנהיגים. גם הרמב"ם, בחיבורו "משנה תורה", מתייחס למעשה זה, והוא מנמק את העונש הנורא שהושת על כל תושבי העיר בכך שלא השליטו את שלטון החוק בעירם: נח מצווים על הדינים, והוא להושיב דיינים בכך פלך ופלך (מחוז) לדון.... ופמני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה, הרי שכם גזל, והם ראו וידעו ולא דנוהו (הלכות מלכים ט, יד).

**5. דברים יג, טז-יז:** פרשת עיר הנדחת, שרוב תושביה עבדו עבודה זרה, ובעניינה מצווה התורה עונש קולקטיבי הנוגע אף לאלו שלא חטאו: " הכה תכה את יושבי העירה היא לפי חרב. ואת כל שללה תקבוץ אל תוך רחובה, ושרפתבאש העיר ואת כל שללה כליל" הענשת הצדיקים נובעת מתביעה מוסרית דתית כלפיהם – היה להם להתרחק ולהתנתק מעוברי העבירה, כדברי התוספתא (סנהדרין יד, א): " אמר רבי שמעון – מפני מה אמרו נכסי צדיקים שבתוכה אובדין? מפני שגרמו לצדיקים לדור בין רשעים".

**6. שופטים כא, י:** הענשת אנשי יבש גלעד שלא באו להילחם עם בני שבט בנימין אחר מעשה פילגש בגבעה, והכתוב מספר על הצווי " לכו והכיתם את יושבי יבש גלעד לפי חרב והנשים והטף".

#### **ד. מקורות תלמודיים שמאפשרים ענישה קולקטיבית:**

- 1. סוכה נו ע"ב:** תנו רבנן: מעשה במרים בת בילגה, שהמירה דתה, והלכה ונשאת לסרדיוט אחד ממלכי יוונים להיכל, הייתה מבעטת בסנדלה על גבי המזבח ואמרה: לוקוס לוקוס (זאב זאב), עד מתי אתה מכלה ממוגן של ישראל, ואי אתה עומד עליהם בשעת הדחק. וכששמעו חכמים בדבר קבעו את טבעתה, וסתמו את חלונה.
- 2. שבת נד ע"ב:** כל מי שאפשר לו למחות באנשי ביתו, ולא מיחה – נתפס על אנשי ביתו באנשי עירו – נתפס על אנשי עירו: בכל העולם כולו נתפס על כל העולם כולו אמר רב פפא: והני דבי ריש גלותא נתפסו על כולי עלמא, כי הא דאמר רבי חנינא (ואנשי בית ראש הגולה נתפסו בעוון העולם כולו, כמו שאמר רבי חנינא), מאי דכתיב: " ה' "



במשפט יבוא עם זקני עמו ושריו". (ישעיהו ג, יד) אם שרים חטאו, זקנים מה חטאו אלא אימא (אמור) על זקנים שלא מיחו בשרים.

#### ה. מקורות בתר תלמודיים שמאפשרים ענישה קולקטיבית:

1. **תשובות הגאונים, שערי צדק חלק ד, שער ה, סימן יד רב פלטוי גאון:** שמתא היא נדוי שמנדין אותו וכותבים עליו פתיחא לאחר שמנדין אותו ל' יום ואין חוזר במה שהיה בידו כותבין עליו חרם ומוציאין אותו מכלל ישראל. ומהאחרמתא כך כותבין: פלוני בן פלוני, לחכמם וראשי כניסיות וזקנים ולבררין ופרנסי כניסיות שלומכם ירבה מודיעין אנו אתכם פלוני בן פלוני יש עליו ממון מפלוני וחתכנו עליו את הדין ולא קבל או עבר עבירה פלונית ונדינו אותו ל' יום ולא חזר ולא תבע להתירו מן הנדוי צוינו והחרמנו אותו על פתח בית דין אף אתם כשמיניען אצלכם פתחא ואחרמתא דא תחרימו ונדו אותו כל יום תמיד והכריזו עליו שפתו פת כותיים ויינו יין נסך ופירותיו טבלים וספריו ספרי קוסמים וחתכו ציצית שלו ועקרו מזוזותיו ואל תתפללו עמו ואל תמולו לו בן ואל ילמדו את בניו בבתי הכניסיות ואל תקברו למותו ואל תכניסו אותו לא בחבורת מצווה ולא לחבורת רשות ושטפו כוח אחריו ונהגו בו מנהג בזיון ומנהג גויים. ואמרו חכמים ( מ"ק דף ט"ו) מנודה שונה ושונין לו נשכר ונשכרים לו, מוחרם לא שונה ולא שונין לו לא נשכר ולא נשכרין.
  2. **פירוש הנצי"ב מוואלוזין העמר דבר בראשת טו:** על הפסוק " ומיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם ". ומסביר הנצי"ב " פירוש הקדוש ברוך הוא: אימתי האדם נענש? בשעה שראוי לנהוג באחיה. מה שאין כן בשעת מלחמה ועת לשנוא אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל כי כך נוסד העולם".
  3. **פירוש רבינו בחיי על התורה שמות יד ז:** " ובאור הדבר כי בשעת מלחמה בלבד נוא שמותר להרוג כי מאחר שהוא נלחם עמך ובא כנגדך להרגך אף אתה השכם להורגו. שלא בשעת מלחמה אסור".
- ו. **מאמרים תורניים מודרניים:** בנושא הענישה הקולקטיבית נכתבו מאמרים תורניים מודרניים רבים בידי רבים וחוקרים ויש להצטער על כך שבית המשפט העליון המדגיש כי עמדתו משקפת את ערכי היהדות לא נזקק לאותם מאמרים מאירי עיניים.
- הרב מאיר בטיסט** - מגיע לכלל מסקנה כי אומנם העיקרון הוא שאין להעניש אדם בעוון זולתו אבל מצויים במקורות גם מקרים אחדים שבהם הוטל עונש גופני כלפי בני אדם שלא בצעו את העבירה ובהתאם לחומרת העבירה. התנאים לכך הינם: חילול ה' (כפרשת הגבעונים): הנענשים נשאו באחריות פאסיבית(כבפרשת עכן): חיפוי על עבריינים (כמו בדין מעביר בניו למולד): הימנעות מאכיפת מערכת חוקים בסיסית (במעשה שכם). עוד מסיק הרב בטיסט מן המקורות כי לפעמים יש מקום להפעלת סנקציה חברתית או הטלת קנס ממוני גם על סביבת החוטאים וזאת כאשר התמלאו התנאים האמורים: למטרת הרתעה, להרחקת בני אדם ישרים מלהתגורר בקרבת חטאים או משום הערך החברתי חינוכי שבענישה. עוד מדגיש כי לשעת מלחמה יש דין אחר ביחס לנושא.

**הרב יעזר אריאל** - הראה כי ליחיד אין זכות להעניש את האוכלוסייה הנוכרית בגלל חטא היחידים. עם זאת לדעת המהר"ל רשאי המלך בשעת מלחמה להעניש אוכלוסייה נוכרית בגלל חטא היחיד ואילו לדעת רבינו בחיי גם בשעת מלחמה אין להרוג רק נכרים המשתתפים או המסייעים למלחמה. עוד מדגיש הרב אריאל כי לא מצאנו היתר להרוג בכוונה תחילה נשים וילידים במלחמה אלא כשאין ברירה אחרת.

תמונה מדויקת יותר של היחס בין הגישות השונות של שופטי בית המשפט העליון בעניין הענישה הקולקטיבית לבין העולה מהמקורות היהודיים **מציג ד"ר אביעד הכהן באמרו**: " עיוננו במקורות המשפט העברי העלה כי לשתי הגישות שקיבלו ביטוי בפסיקה הישראלית יש שורשים עמוקים במורשת ישראל. מצד אחד קיימת גישה הגורסת כדעת הרוב בבית המשפט שיי מקרים ומצבים שניתן לענוש אפילו ב"בית דין של מטה", לא רק את החוטא אלא גם את השותפים לו- במעשה או בעידוד, בצורה פעילה או סבילה. קל וחומר כשמדובר במצב של "מלחמה" או מעין מלחמה". מנגד יש את המדגישים של העיקרון הגדול "לא יומתו אבות על בנים ובנים על אבותיהם" איש בחטאו יומת".

### **נושא שישי: דיני עשיית עושר ולא במשפט: "זה נהנה וזה לא חסר"**

**סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט** - "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה.

**סעיף 2** - מסמיך את ביהמ"ש לפטור את הזוכה מחובת ההשבה, "אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה". **החוק נחוץ כאשר אין למזכה עילה חוזית קנינית או נזיקית. זו עילה נפרדת - "עשיית עושר ולא במשפט".**

**היסוד משפטי של חובת ההשבה לפי חוק עשיית עושר :**

1. מכח הלכות הצדק הטבעי (לורד מנספילד).
2. דוקטרינת "מעין חוזה".
3. פס"ד אדרס: דעת הרוב- היסוד המשפטי של חוק עשיית עושר הוא מכח היושר. ברק כותב: "יש להורות על השבה, מקום שתחושת המצפון והיושר מחייבת השבה...אמת המבחן המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל".

### **המשפט העברי - מבחין בין שלוש קטיגוריות יסוד של זכויות:**

1. נכס בעין אשר הגיע לידי הזוכה, כגון סחורה שסופקה בטעות.
2. טובת הנאה שאינה החזקת נכס המזכה, אך יש בה רווח לזוכה, היינו הנאה המגדילה באופן ממשי את רכושו של הזוכה. כגון ששופצה מכוניתו בטעות, והשיפוץ העלה את ערכה. חסכון של הוצאה ודאית = רווח ממשי.

3. הנאה שאין בה משום רווח לזוכה (אינה מגדילה את רכוש), כגון החניית מכונית במגרשו של אחר.

### **העילות העומדות למזכה לפי כל אחת מהקטגוריות:**

1. נכס בעין - עילה קניינית - "ממוני גבד".
2. הנאה שיש עמה רווח – 1. כאשר הרווחים שזכה בהם הזוכה הופקו מרכושו של המזכה בלבד, כגון שהשכיר הזוכה את מכוניתו של חברו, שהיתה מופקדת אצלו. חובת השבת הרווחים מכח - "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו". ויש מקרים שחייב מדין הרחבה של הדין הקנייני - "ממוני גבד". כגון: 2. כאשר בעקבות הזכיה, נמנע מן הזוכה הפסד ודאי (כשהחרימו השלטונות בטעות את מכונית חברו, שהיתה מופקדת אצלו); 3. המזכה השביח את נכסי הזולת שלא מדעתו בשינוי פיזי הניכר בגוף הנכסים (שיפוץ הדירה ע"י אחר).
3. ג. הנאה שאין עמה רווח - הנאה שקיבל אדם בחנם, ושאינו ודאות שהיה מוציא עליה הוצאות, אינה נחשבת לרווח המגדיל את רכוש. כגון: הדר בביתו של המזכה. ואין לדמות זאת למניעת הפסד ודאי שדינו כדין רווח ממשי. בשתי הקטגוריות הראשונות חייב להשיב למזכה. בקטגוריה השלישית נדון בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר".

### **עיון בסוגיה בבא קמא כ"א-ע"ב**

ארבע קטגוריות: - להדגיש קאזואליסטיות -

א. זה לא נהנה וזה לא חסר - פטור.

ב. זה נהנה וזה חסר - חייב.

ג. זה נהנה וזה לא חסר - בעיית הגמרא. צדדי הספק: "מאי חסרתיד" לעומת "הרי נהנית".

זה לא נהנה וזה חסר - לא מבואר בגמרא. הראשונים נחלקו בכך.

### **נקודות להדגשה (לפי שלבי הסוגיה):**

**שלב 3** - אף מניעת רווח צפוי=חסרון. קנה המידה סובייקטיבי. אך להלכה נקבעה החזקה: "סתם בתים בזמן הזה חשובים כעומדים להשכרה, אע"פ שעדיין לא השכירום מעולם, שהרי הכל נוהגים שמי שיש לו בית שאינו צריך לו לדירה משכירו לאחרים" (רמ"א, שס"ג, ו).

**שלב 8** - קשה: מה הנחת המוצא?

**שלבים 9-10** - האם הקפה יתירה דומה לשאר החסרונות? זהו מצב אובייקטיבי שלא נגרם כתוצאה מפעולת הניקף שהינו פאסיבי!

**שלב 11** – שאלת תוספות שם: מדוע כשהקיף הניקף מחייבים אותו? התשובה: נהנה שגילה דעתו שהוא מוכן לשלם שכר, ולכן חייב.

**שלב 16** – שאלה: בהנאה הכרוכה בחסרון מועט של המהנה. כמה ישלם המהנה?

**דעת הרוב - משלם לו כל מה שנהנה.**

**שלב 17** - טעם הדעה הפוטרת של ר' אמי: "וכי מה עשה לו ומה חסרו ומה הזיקו?".

**שלב 22** - מהנה המוחה בנהנה - חייב הנהנה.

**שלבים 29-30** - מגמה חדשה: הגבלת הפטור למקום שהנהנה מהנה.

### **היסוד המשפטי לפטור ב"זה נהנה וזה לא חסר"**

**א.** "לא חסרו ולא הזיקו" - אין נזק או חסרון ולכן יש לפטור. אין עילה לתבוע את הנהנה. הפטור נובע מהעדר יסוד החיוב. פשט דברי ר' אמי (שלב 17).

**ב.** מניחים שהמזכה מחל לזוכה.

**ג.** תנאי מכללא.

**ד.** שיקולי צדק - כופין על מידת סדום. לכאורה כפיה על מידת סדום היא בהטלת חובה לכתחילה, וזה נהנה וזה לא חסר בדיעבד.

### **פיתוח הלכת "זה נהנה וזה לא חסר" (תשובת "הנדוע ביהודה")**

השאלה:

**שלב 1** - העובדות מפורטות בשאלה.

טענות הצדדים:

טענת ראובן (המחבר) - שמעון נהנה מסידור האותיות בחנם, ויש לחייבו כדין "המקיף את חברו".

טענת שמעון (המדפיס) - האותיות הם שלו.

התשובה:

**שלב 2** - אם ניתן תשלום "גלובאלי" על כל דף, והמדפיס הוא זה ששלם למסדרים - פטור המדפיס.

**שלב 3** - אם פרטו התשלום עבור המסדרים, הנייר, סידור האותיות וכיו"ב - ראובן (המחבר) הוא המשלם למסדרים. במקרה זה יש לדון בטענות הצדדים.

**שלב 4** - באשר לטענת ראובן (לעיל, שלב 1) - אין להקיש מדין "המקיף את חברו". במקיף את חברו יסוד החיוב של הניקף בהשבה הוא בכך שגרם למקיף "הקפה יתירא", וממילא נחשב "זה נהנה וזה חסר". במקרה דנן - התשלום עבור סידור האותיות הינו "אחיד" (ללא קשר למספר

ההדפסות שמבצעים), ולכן אין לקבל את טיעונו של ראובן, ושמעון פטור מתשלום - "זה נהנה וזה לא חסר".

**שלב 5 -** למסקנה: חייב שמעון בתשלום, מכח סברא אחרת. כאשר יש למהנה חסרון אפילו מועט - חייב הנהנה בתשלום מלא עבור הנאתו. כאן נגרם לראובן נזק רב - שמעון ימכור שני סדרים (ללא הפירוש), ויפגע במכירותיו של ראובן, שהרי ההיצע יגדל והמחירים יוזלו וכו'.

### **הערות על התשובה (הערות ב'-ג' מובאות בשלב 6 - הגהות ר' ברוך פרנקל):**

1. יש בתשובה חידוש ופיתוח של הלכת "זה נהנה וזה לא חסר" - הלכה זו קיימת אף כאשר ההנאה כרוכה בחסרונו של המהנה בנכס אחר, שלא גרם להיווצרות ההנאה. דהיינו, הנכס שגרם להנאה - האותיות, הנכס שנחסר ע"י הנהנה - מכירותיו של ראובן המהנה.
2. לראובן אין, לכאורה, זכות קניינית בדף במסודר אחר שסיימו את הדפסת ספריו!;
3. אין כל סיבה למנוע משמעון להדפיס בדף המסודר, השייך למעשה לו. ואין לדמות זאת לדר בבית חבירו ומשחיר את כתלי הבית. משל למה הדבר דומה? "ראובן שצריך לשלוח סחורתו לאיזה מקום והשוה עמו שמעון שיעשה עגלה חדשה וגם יקנה סוסים להוליך בשכר סחורתו של ראובן למקום פלוני, היעלה על הדעת שאם שמעון מניח באותו עגלה גם סחורה של עצמו יצטרך ליתן לראובן שיעור הנאתו?".

### **נושא שביעי: שימוש לרעה בזכות - "כופין על מידת סדום"**

רע"א 6339/97 **משה רוקר ואח' נ' משה סלומון ו-3 אח'** תק-על-99 (4) 1, עמ' 6 בבית המשפט העליון.

שכנים בבית משותף קיבלו היתר בניה לבניית מחסנים על הרכוש המשותף, ובנו את המחסנים מבלי שקיבלו אישור לכך מאת שכניהם. עקב כך, פנו השכנים לבית המשפט בדרישה להרוס את המבנים שהוקמו. בקשתם התקבלה בבית המשפט המחוזי, ועל כך הערעור. בין השאר נדונה בערעור שאלת השימוש לרעה בזכות. השופטים אנגלרד וטירקל פונים שניהם למקורות המשפט העברי, אך מגיעים למסקנות הפוכות. פסק הדין ניתן בי"ד בטבת תש"ס (23.12.99).

### **השופט יצחק אנגלרד:**

19. העולה מן האמור, כי מכוח העיקרון הכללי הגלום בהוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין נתון לבית המשפט שיקול דעת באשר למתן הסעד של הריסת מבנה שנבנה שלא כדין על קרקע הזולת...

21. אולם, לשם מציאת מקור למניעת שימוש-לרעה בזכות, אין לנו, בעצם, צורך לרעות בשדות זרים. במסורת המשפט היהודי מצא רעיון זה ביטוי מובהק בעיקרון המפורסם הקובע כי "כופין על מידת סדום" (בבלי כתובות, קג, א; עירובין, מט, א; בבא בתרא, יב, ב, נט, א, קסת, א). צירוף זה של מידה וכפייה הוא מיוחד לתפיסת היהדות בדבר תפקידי המדינה; אלה אינם מצטמצמים בתחום הבין-אישי - כפי שגורסת הגישה המדינית הליברלית - למניעת נזק מן הזולת. אלא, כפי

**שהגדיר זאת הרמב"ם**, תורת משה מכוונת להביא את האדם הן לשלמות המידות הן לשלמות השכלית, כשהאחרונה היא עיקר ייעודו של האדם. (מורה נבוכים, חלק ג, פרק נד). עם זאת, אם נישאר בתחום שלמות המידות, גם היהדות הייתה מודעת לבעייתיות במובן הקנטיאני של כפייה בעניין מוסרי. **בעיני קאנט**, המשפט כמערכת נורמטיבית בעלת כפייה חיצונית עומד בניגוד למוסר כמערכת נורמטיבית שהציות לה חייב לבוא מתוך הכרת חובה פנימית. גם חז"ל גרסו כי כפיית מידה על היחיד רחוקה משלמות המידות. על רקע המתח הזה בין כפייה לשלמות המידות האישית, יש להבין את חילוקי הדעות הרבים בהלכה בדבר גדרי הכפייה המשפטית של "מידת סדום".

22. כפי שציין הרב אהרון ליכטנשטיין במאמרו המעמיק והמאלף "לבירור 'כופין על מידת סדום'", הגות עברית באמריקה א (תשל"ב) 362, בעמ' 363, לא נמצא, למיטב ידיעתו, בדברי חז"ל מקור המתאר מידה זו במונחים מופשטים ואוניברסאליים. מקום חשוב שבו יש התייחסות לאופיה הכללי של מידת סדום כתכונת אנוש היא המשנה באבות פ"ה, מ"י:

ארבע מידות באדם: האומר שלי שלי ושליך שליך, זו מדה בינונית ויש אומרים זו מדת סדום; שלי שליך ושליך שלי, עם הארץ; שלי שליך ושליך שליך, חסיד; שלי שלי ושלי שלי, רשע.

לכאורה, לפנינו מחלוקת תנאים בדבר מידתו של האומר "שלי שלי ושליך שליך"; האם זו מידה בינונית או שמא מידת סדום? חכמים רבים טרחו להבהיר את היחס בין שתי הדעות והנטייה השלטת היא להשלמה ביניהן. המידה של "שלי שלי ושליך שליך" היא ביסודה מידת המשפט, שהיא בהכרח המידה הבינונית, משום שמטרתה לשמור על ה"שלו" של כל אחד ואחד. אפשר כי רש"י בפירושו על אתר בפרקי אבות מצביע על כך באומרו ד"ה: "זו מדה בינונית": "שכן מצינו בשמואל הרמתי שנאמר בו 'ותשובתו הרמתה כי שם ביתו' (שמואל א, ז, יז)". דומה כי כוונתו של רש"י להמשך הפסוק: "ושם שפט את ישראל". כלומר, ידיו נקיות, משום שהקפיד לא ליהנות מאחרים, כעדותו שלו ושל כל עם ישראל: "לא מצאתם בידי מאומה ויאמר עדי" (שמואל א, יב, ד). זוהי אם כן מידתו הראויה של המשפט: לשמור על זכויותיו של אדם מפגיעתו הרעה של הזולת. על אף השאיפה להשגת שלמות המידות, אין היהדות כופה על אדם את מידת החסידות של "שלי שליך ושליך שליך". אולם בנסיבות מיוחדות, המידה הבינונית של "שלי שלי ושליך שליך" עשויה ליהפך - כפי שגורסים ה"ויש אומרים" - למידת סדום ממש. זה יקרה כאשר בעל מידה זו שם את הדגש על ה"שלי שלי", תוך התעלמות מוחלטת מענייניו של הזולת. דוגמה בולטת למצב דברים זה היא מניעת הנאה מן הזולת בנסיבות של "זה נהנה וזה לא חסר". ראה רש"י, עירובין, מט, א, ד"ה: "מידת סדום": "שלי שלי".

23. ואמנם, על פי השקפת ה"ראשונים", במרכזן של הסוגיות התלמודיות העוסקות בכלל "כופין על מידת סדום", עומד המצב העובדתי - שהפך בעצמו לעקרון משפטי - של "זה נהנה וזה לא חסר". התפיסה היא כי כאשר אדם מונע מן הזולת הנאה, מבלי שהנאה זו גורעת במאומה מנכסיו שלו, התנהגותו היא בבחינת מידת סדום והמשפט יכפה עליו לחדול ממנה. לגבי פרטי הדין קיימות מחלוקות רבות וממושכות בין חכמי התלמוד ופוסקי ההלכה שלא כאן המקום לעסוק בהן. לגבי בירור הסוגיה בספרות העכשווית ראה מלבד מאמרו של הרב א' ליכטנשטיין הנוכח, גם נ' רקובר, עושר ולא במשפט (ירושלים תשמ"ח) 38--17; א' וינרוט, "שימוש לרעה בזכות במשפט

העברי ("כופין על מידת סדום"), דיני ישראל יח (תשנ"ה-תשנ"ו) נג; S. Shilo, "Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights", 15 Is.L.Rev. 49 (1980).

24. מתברר כי היקף תחולתו של דין "כופין על מידת סדום" במסגרת העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר" עשוי להיות רחב יותר מאשר זה של הדוקטרינה המקובלת של שימוש-לרעה בזכות. אמנם, קיימים חילוקי דעות רבים בין חכמי ההלכה בשאלת קיום החסר אצל בעל הנכס, אך דומה כי במקרים אחדים מעמדו של ה"נהנה" בהלכה היהודית עדיף מזה של האדם המסתמך על הדוקטרינה של שימוש-לרעה בזכות ברוב שיטות המשפט, אם לא בכולן. עם זאת, אפשר גם מצב הפוך שבו איזון האינטרסים על פי מבחן תועלתני אינו תואם את עקרון העדר החסר לפי מבחן ההלכה. במצב זה התוצאה עשויה להיות כי מעמדו של "הנהנה" עדיף דווקא במסגרת הדוקטרינה של שימוש-לרעה בזכות.

25. לצורך ענייננו כאן אסתפק בדוגמה אחת מתוך ההלכה היהודית על פיה מתירים לאדם לפלוש לתחום קניינו של אחר, וזאת על יסוד העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר", כביטוי לכלל כי "כופין על מדת סדום". כוונתי להלכה שנפסקה בשולחן ערוך על פי הרמב"ם - וזאת על פני הסתייגותו של רבנו יעקב בעל הטורים - בעניין "המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כותלו בתוך חצר חבירו או בתוך שדהו". בעל הקניין אינו יכול למנוע את בעל הסולם מלהעמיד את הסולם לשימושו של האחרון, כל עוד אין בכך משום נזק לראשון. עיין רמב"ם, הלכות שכנים, פ"ח, ה"ד: "אבל אם העמיד [סולם] קטן אינו יכול למנועו שהרי אומר לו אין לך בזה הפסד כל זמן שתראה תבטלו";

ראה מגיד משנה, על אתר: זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל נזכר בגמרא בהרבה דינים שכל שזה נהנה וזה לא חסר כופין אותו על מדת סדום.....

ראה לעומת זאת, טור חשן משפט, קנג המוסיף לאחר ההבאה מתוך הרמב"ם: "ואינו נראה דהיאך ישתמש בשל חבירו בעל כורחו?!". השגתו של בעל הטורים נדחית על ידי נושאי כליו, הב"ח והבית יוסף, על אתר; הב"ח מעיר כי "דלית ביה היזק ראייה וליכא קפידיא אלא בדריסת הרגל בלחוד ובזו כופין על מדת סדום".

עיין עוד טור חשן משפט, קעג, והב"ח, על אתר, ס"ק (ג). ראה להלכה, שו"ע, חשן משפט, קנג, יג, ונושאי הכלים, על אתר.

26. מן הראוי כי המשפט היהודי ישמש מקור הראיה בפרשנותו של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין, ולא דווקא משום שלשונה של זו סתומה ומגומגמת. נראה לי כי המגמה המוסרית המובהקת, המצויה במסורת המשפטית היהודית לגבי מושג הבעלות, ואשר מטרתה להגביל את שלטונו של אדם על נכסיו, תימצא ביטוי במשפט של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי מעבר למימד המוסרי-האינדיבידואלי של העיקרון "כופין על מידת סדום", מצוי בו גם, ואולי הוא עיקר, מימד חברתי חשוב. כי הלוא בשל חסרונו של מימד חברתי זה נחתם גזר דינם של אנשי סדום, שעל מידתם הרעה נקרא העיקרון. ראה בבלי סנהדרין, קט, א; יחזקאל, טז, מט:

"הנה זה היה עון סדם אחותך גאון שבעת לחם ושלות השקט היה לה ולבנותיה ויד עני ואביון לא החזיקה".

27. מכל האמור עולה אפוא כי במשפטנו יש מהלכים לדוקטרינה של שימוש- לרעה בזכות במקרקעין ובמסגרתה גם לעיקרון שכופין על מידת סדום.

### השופט יעקב טירקל:

האמנם "כופין על מידת סדום"?

22. על עמדתו של המשפט העברי אעמוד בקיצור נמרץ, רק כדי להעמיד הלכה - או מה שלעניות דעתי היא ההלכה - על מכונה, בבחינת "להגדיל תורה ולהאדיר". הכלל של "כופין על מידת סדום" (משנה, אבות, פ"ה מ"י. בבא בתרא, י"ב ע"ב; י"ג ע"א; נ"ט, ע"א. כתובות, ק"ג ע"א. עירובין, מ"ט ע"א. רמב"ם, הלכות שכנים פרק ז', הלכה ח'; פרק י"ב, הלכות א'-ד') - שפירושו: כופים אדם שלא ינהג כאנשי סדום - הוא כלל חשוב שטבעו חז"ל בדיני היושר שבמשפט העברי. אולם, אין בכלל זה כוח כדי לעקור מצוות לא תעשה שבתורה. הלא מקרא מפורש הוא: "לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים בנחלתך אשר תנחל בארץ וכו'" (דברים י"ט, י"ד). **ופירש רש"י**: לא תסיג גבול, לשון: נסוגו אחר (ישעיה מב יז), שמחזיר סימן חלוקת הקרקע לאחור לתוך שדה חבירו למען הרחיב את שלו. והלא כבר נאמר: לא תגזול (ויקרא יט ג), מה תלמוד לומר: לא תסיג, למד על העוקר תחום חבירו שעובר בשני לאוין. יכול אף בחוצה לארץ, תלמוד לומר: בנחלתך אשר תנחל וגו', בארץ ישראל עובר בשני לאוין, בחוצה לארץ אינו עובר אלא משום לא תגזול. ונאמר ציווי זה גם במעמד הברכה והקללה על הר גריזים והר עיבל: "ארור מסיג גבול רעהו וכו'" (דברים כ"ז, י"ז).

**ופירש רש"י שם**: "מסיג גבול, מחזירו לאחוריו וגונב את הקרקע, לשון: והוסג אחר (ישעיה נט יד)". מכאן, שאין אוחזים בכלל של "כופין על מידת סדום" כדי להכשיר מעשה של עקירת גבול וגזילת קרקע. לא זאת בלבד. לכאורה מראה העיון במקורות שלא נעשה שימוש בכלל זה באופן הפוגע בזכויות בעלות במקרקעין. דומה שהמקרה היחיד - שאולי ניתן לראות בו בדוחק פגיעה בזכויות קניין - הוא כפיית אדם בכוח הכלל שלא לפתוח חלון בקיר ביתו המשקיף אל חצר שכנים (בבא בתרא נ"ט, ע"א; רמב"ם, שם). ראוי לציין כי על פסקו של הרמב"ם בעניין זה נמתחה בקורת על ידי גדולי הפוסקים, שטרחו לאבחן ולסייג את ההלכה. כך או כך נראה לי כי בסופו של דיון מותר לקבוע שעמדת הפוסקים היא כי, בדרך כלל, אי אפשר לכפות אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים ליהנות מנכסיו, אפילו אין הדבר גורע ממנו תועלת כלכלית כלשהי. אולם, גם לשיטתם של הסוברים שיש מקרים שבהם אפשר לכפות, הרי בכל הנוגע לזכויות קנייניות ממש - אין כופין על מידת סדום (עיינו במאמרו המעניין של אברהם ויינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)" דיני ישראל י"ח (תשנ"ה-תשנ"ו), נג, במקורות שם; וכן בעוד מקורות. כן עיינו בע"א 538/80 הנ"ל, שבו שלל בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט א' שיינבוים, את השימוש בכלל במקרה דומה).



מכאן, שאין הכלל של "כופין על מידת סדום" עומד למערערים, אשר, כאמור בראש פסק דין זה, בנו מה שבנו בלא צדק ובלא משפט.

### נושא שמיני: דמוקרטיה יהודית

יהודית ודמוקרטית? האם יהדות מנוגדת לדמוקרטיה?

היבטים של דמוקרטיה יהודית:

א. בין מלוכה ובין דמוקרטיה. האם היהדות שוללת דמוקרטיה?

ב. הפרדת רשויות (מלך, כהן וסנהדרין).

ג. יסודות דמוקרטיים במוסד המלוכה היהודי.

ד. שלושה טיפוסים של משטרים דמוקרטיים יהודיים: תקנות הקהל, דינא דמלכותא דינא ומשפט המלך.

### **1. מעמדה ההלכתי של מצוות מינוי המלך - בין מלוכה לדמוקרטיה**

**השאלה: מינוי המלך – מצווה או רשות (חובה או אופציה)?**

#### מקורות מקראיים:

דברים יז, יד-כ: " (יד) כי תבא אל הארץ אשר ה' אלהיך נתן לך וירשתה וישבתה בה ואמרתי אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבתי: (טו) שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' אלהיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך לא תוכל לתת עליך איש נכרי אשר לא אחיך הוא: (טז) רק לא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרִימה למען הרבות סוס וְה' אָמַר לְכֶם לֹא תִסְפוּן לְשׁוּב בְּדָרְךָ הַזֶּה עוֹד: (יז) וְלֹא יִרְבֶּה לוֹ נָשִׁים וְלֹא יִסּוּר לְבָבוֹ וְכֶסֶף וְזָהָב לֹא יִרְבֶּה לוֹ מְאֹד: (יח) וְהָיָה כְּשֶׁבָתוֹ עַל כֶּסֶף מִמְּלַכְתּוֹ וְכִתְבֵּי לוֹ אֵת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר מְלִפְנֵי הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם: (יט) וְהָיְתָה עִמּוֹ וְקָרָא בּוֹ כָּל יְמֵי חַיָּיו לְמַעַן לִירְאֶה אֵת ה' אֱלֹהָיו לְשֹׁמֵר אֵת כָּל דְּבָרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֵת הַחֻקִּים הָאֵלֶּה לַעֲשׂוֹתָם: (כ) לְבַלְתִּי רוּם לְבָבוֹ מֵאַחֵיו וּלְבַלְתִּי סוּר מִן הַמִּצְוָה יְמִין וּשְׂמֹאל לְמַעַן יֵאָרֵךְ יָמָיו עַל מִמְּלַכְתּוֹ הוּא וּבְנָיו בְּקֶרֶב יִשְׂרָאֵל".

**מינוי המלך – מצווה או רשות?**

#### במקורות המקראיים

- יש סתירה בין התיאור על מינוי מלך בספר דברים (דבר חיובי וכנראה גם מצווה) לעומת התיאור שבספר שמואל (המלך הוא דבר שלילי ולכל היותר יש רשות למנותו).
- לא ברור האם הטכסט בדברים מצווה על מינוי מלך או רק נותן רשות למנותו. ואם יש ציווי למנות מלך לא ברור מדוע שמואל והאל ראו בשלילה את בקשת ישראל למנות מלך.

## מקורות תלמודיים

- יש מחלוקת בין החכמים סביב שאלה זו.
  - מכמה מקורות עולה ביקורת נוקבת של המלוכה.
  - חז"ל הציגו דעות שונות בהקשר לשאלות הבאות:
1. האם סמכויות המלך המתוארות בספר שמואל הן אכן משפט נורמטיבי הלכה למעשה או רק רטוריקה?
  2. אם יש ציווי למנות מלך מה החטא של ישראל שביקשו מלך בימי שמואל?
  3. מדוע ביקשו ישראל מלך? מה המניע?

## מקורות בתר-תלמודיים

1. הרמב"ם סבר שיש מצווה למנות מלך והוא כתב הלכות מלכים.
2. אברבנאל סבר שהמלוכה אינה המשטר הרצוי. הוא תמך ברפובליקה.
3. הנצי"ב מוולוז'ין פרש את הטקסט המקראי בהתאם לאמונתו שהמשטר צריך להיקבע בידי האזרחים לפי צרכיהם. הוא סבר שהמלוכה היא אופציה אחת ולא ציווי החלטי.

## **הפרדת רשויות – משפט המלך כמשלים דין תורה**

ר' ניסים גירונדי (הר"ן) מציג תיאוריה ימי בניימית של הפרדת רשויות בין הממד הפוליטי לממד הדתי. דברי הר"ן מבטאים מסורת המציבה את הפוליטיקה מחוץ לחוק הדתי. מסורת זו מוגדרת כחילון הפוליטיקה. תרומתו של הר"ן למסורת החילון של הפוליטיקה מתבטאת בתיאוריה שהוא מציג. הפוליטיקה האנושית מוצדקת בשל מגבלות החוק הדתי. הפוליטיקה מתחילה היכן שהחוק הדתי מסתיים. הבעיה העיקרית עם התיאוריה שלו: כיצד ניתן באופן מעשי להגביל את כוחו של המלך?

## **מלוכה כצורת שלטון בדיעבד**

- על פי גישה אחרת (אשר יש לומר כי אינה משקפת את מסורת פסיקת ההלכה), נקודת המבט הדתית היא המובילה לדחיית המלוכה מלכתחילה ולקבלתה בדיעבד בלבד.
- מרטין בובר סבר כי המשטר היהודי האותנטי הוא דווקא זה העולה מספר שופטים: שלטון רופף וארעי של שופטים המאפשר "להקים חברה שלא תהיה כפופה לשלטון אלא לשלטונו של אלוהים בלבד... חברה על יסוד התנדבות של חירות מוחלטת". קו חשיבה זה הוביל כמה הוגים לטענה שהשיטה הדמוקרטית מגשימה טוב יותר מן המלוכה את רעיון "מלכות האלוהים".

## יסודות דמוקרטיים במוסד המלוכה היהודי

- ישנם כמובן הבדלים משמעותיים בין משטר דמוקרטי ומשטר מלוכני. עם זאת, הבסיס ההלכתי לשני סוגי משטר אלו הוא זהה: בשניהם, הדגש הוא על השלטון העצמי של האזרחים ועל העצמאות הפוליטית שלהם
- מאלף להשוות את השקפת הרמב"ם ש"דין המלך דין הוא" רק כאשר "הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדונייהם" לתיאוריה היותר מודרנית של האמנה החברתית (מיסודם של תומס הובס, ג'ון לוק ואחרים).
- הרב אברהם הכהן קוק קבע כי אותם סמכויות מיוחדות שההלכה מעניק למלך – "משפטי המלוכה" – מוענקות לכל מי שיש לו את כוח השלטון, גם כאשר הוא אינו מלך במובן הרגיל של המילה.
- הטעם לכך הוא שהמקור של אותם כוחות של המלך הוא ריבונותם של האזרחים על עצמם, ולא הריבונות של המלך על האזרחים. ממילא האזרחים רשאים להעביר סמכות השלטון – "משפטי המלוכה" – לידי מי שעומד בראשם. לאור זאת, ניתן להכיל תפיסה זו גם על ממשלה יהודית שנבחרה באופן דמוקרטי שגם לה כוח של מלך על פי תפיסת הרב קוק.

## שלושה טיפוסים הלכתיים של משטר דמוקרטי יהודי

מדינת ישראל עודנה מתחבטת בינה לבין עצמה אם אכן הפנימה כראוי את השיטה הדמוקרטית. גם אם עולות תהיות שונות על טיבם הדמוקרטי של מבנים שלטוניים אחדים ושל תהליכים פוליטיים אלה ואחרים, דומה שאין עוררין על היות השיטה הדמוקרטית שיטת המשטר הראויה כיום בישראל. ואולם יש הבדל בין הציבור הציוני-חילוני, שבעברו המערכת הדמוקרטית היא בית טבעי, לבין ציבור ציוני-דתי, שמקיים מערכת יחסים מורכבת עם השיטה הדמוקרטית. אחת הדרמות המרתקות והחשובות בעולם ההלכה של המאה העשרים הוא סיפור תולדותיה של יצירת "הלכות מדינה", ובכלל זה "הלכות דמוקרטיה". כאן נפגשות, לעתים מתעמתות, תפיסות אידיולוגיות עם צרכים פרגמטיים.

## הלכות דמוקרטיה לפי ההלכה

במהלך ההיסטוריה הכירה ההלכה בתוקפן המחייב של מגוון צורות משטר: מלוכה, שופטים, נשיאות, מלכות נכרית, ראשות הגולה, טובי הקהל ועוד. מטבע הדברים, המשטר הדמוקרטי המדינתי אינו נמנה עם צורות משטר אלו. לפיכך גדול האתגר שעמד לפני פוסקי המאה העשרים, בייחוד לפני פוסקי הציונות הדתית, בבקשם להכיר בתוקפו ההלכתי של המשפט הדמוקרטי בישראל. תכונת הרציפות שבהלכה הדריכה את הפוסקים לשבץ את המשטר הדמוקרטי בתוך אחת התבניות ההלכתיות המוכרות מימים ימימה. בחירת המודל ההלכתי שעמו תזוהה הדמוקרטיה הישראלית עשויה להשפיע השפעה עמוקה על היחס כלפיה הן מבחינה תיאורטית הן מבחינה מעשית. לפנינו פרושים אפוא מהלכים הלכתיים דרמטיים, שבהם הפוסקים מרחיבים דפוסיים הלכתיים עתיקים בני מאות ואלפי שנים ומחילים אותם בשינויים המתחייבים על

המשטר הדמוקרטי המודרני.

### **שלושה טיפוסים הלכתיים של דמוקרטיה יהודית**

בשלושה נתיבים הלכתיים נעו הפוסקים כדי להכיר בריבונותו של העם לבחור את מנהיגותו המדינית, וכך עלו בידיהם שלושה טיפוסים הלכתיים של המשטר הדמוקרטי היהודי:

• (א) **תקנות הקהל וטובי העיר**

• (ב) **דינא דמלכותא דינא**

• (ג) **מלכות ישראל**

מושגים אלו משקפים את יחסו העקרוני של הפוסק או ההוגה למשטר הדמוקרטי הישראלי על גוון התופעות והבעיות המאפיינות אותו. ואין דין האחד כדין רעהו, למשל לא הרי גישה הרואה בדמוקרטיה הישראלית הרחבה של המשטר הקהילתי היהודי בימי הביניים כהרי גישה הרואה בה את החיאתה.

### **הדמוקרטיה הישראלית על פי תקנות הקהל וטובי העיר**

אחד מנתיבי ההלכה המובילים להכרה בתוקפו של המשפט הדמוקרטי בישראל הוא דימויו לצורת השלטון שהייתה נהוגה בקהילה היהודית הימי-ביניימית מדורי דורות. ההלכה מכירה בתוקפן המחייב של החלטותיהם, תקנותיהם וקביעותיהם של "שבעת טובי העיר" – מנהיגי הפוליטיים של הקהילה (להבדיל ממנהיגי הרבניים). אם אכן קביעותיהם של מנהיגי הקהילה תקפות ומחייבות מבחינה הלכתית, מדוע לא יהא דין דומה להחלטות מנהיגותו הנבחרת של העם היושב בציון? האמנם יש שוני של ממש בין המסים הפנימיים שהטילה הקהילה על חבריה לצורך בניית מקווה, דרך משל, לבין המסים שמטילה המדינה על אזרחיה למימון שירותי חינוך ובריאות?

### **הנתיב של תקנות הקהל – יתרונות**

על פי קו חשיבה זה, ההבדל הכמותי בין קהילה ימי-ביניימית המונה אלפי חברים לבין אוכלוסיית מדינת ישראל המונה מיליוני אזרחים אינו יוצר הבדל מהותי. כך מוענק תוקף הלכתי להחלטות הכנסת והממשלה, בדומה להחלטות טובי העיר ומנהיגי הקהל בימי הביניים. אחד מיתרונותיה המרכזיים של גישה הלכתית זו שהיא צועדת בנתיב סלול זה מכבר. תוקפן של תקנות הקהל ומעמדם של טובי העיר הוכרו בהלכה עוד מקדמת דנא. אך צעד קטן הוא להרחיב תכנית הלכתית זו כדי שתכיל גם את המשטר הדמוקרטי במדינה המודרנית.

### **הנתיב של תקנות הקהל – יתרונות**

השוואה הלכתית בין הדמוקרטיה הישראלית לבין הנהגת הקהילה היהודית תורמת להצגת הדמוקרטיה באור הלכתי חיובי ורצוי. זהו שלטון יהודי עצמי, 'שלנו', אשר דווקא בהיותו כזה

מקבל את תוקפו ההלכתי. עם זאת, הדמוקרטיה הישראלית מוצבת על ציר ההיסטוריה היהודית עם החיים היהודיים בגלות ימי הביניים. עוד יצוין כי דימוי מערכת השלטון במדינת ישראל למבנה הנהגת הקהילה הימי-ביניימית אפשר לפוסקים לאשר את שילובים של מי שאינם יהודים במערכת הדמוקרטית בתור בוחרים ובתור נבחרים. מבחינה משפטית הקהילה נתפסת כשותפות רחבה שבה השותפים קובעים את עתידם; באשר אין מניעה הלכתית ליצור שותפויות בין יהודים לנכרים ואף להפקיד בידי נכרים את הנהגת השותפות, גם אין מניעה להכיל בשותפות המדינית את מי שאינם יהודים ולהכיר בזכותם לבחור ולהיבחר.

### **הנתיב של תקנות הקהל – קשיים וחסרונות**

הקושי העיקרי שמעלה גישה זו הוא ההיקף המצומצם של סמכויות הניתנות במסגרתה לשלטון המדיני. מתברר כי הסמכויות המתאימות למנהיגיה של קהילה בימי הביניים אין בהן די לקברניטיה של מדינה מודרנית. יתירה מזו: ההלכה מטילה כמה מגבלות משמעותיות על תוקפן של החלטות מנהיגי הקהילה היהודית כדי להבטיח שיעלו בקנה אחד עם רוח ההלכה ודרישותיה וכדי להגן על קבוצות מיעוט בקהילה.

- (1) יש הגורסים כי החלטות טובי העיר מחייבות רק אם התקבלו במעמד כל חברי ההנהגה.
- (2) יש הסבורים כי מחייבות רק ההחלטות שזכו להסכמתו של 'אדם חשוב', הוא האישיות התורנית המרכזית באותה קהילה.
- (3) ויש אף הטוענים כי החלטותיה של הקהילה מחייבות אם התקבלו פה אחד, אך לא אם יש מיעוט המתנגד להן.

### **הדמוקרטיה הישראלית על פי 'דינא דמלכותא דינא'**

נתיב הלכתי חלופי, המותיר אותנו בחוג המחשבה המדינית-הלכתית של ימי הביניים, מדמה את מעמד השלטון בישראל למעמד השלטון הנכרי שבו חיה ותפקדה הקהילה היהודית.

כלל הלכתי עתיק יומין, שקבעו האמורא שמואל עוד בתלמוד הבבלי תחת השלטון הפרסי הסאסני, אומר: 'דינא דמלכותא דינא', כלומר דין המלכות תקף ומחייב מבחינה הלכתית.

מכוח כלל זה ניתן תוקף הלכתי להחלטות השלטון הזר שהיהודים היו נתונים בו – בייחוד בימי הביניים, ובעיקר בנושא מסים ומקרקעין.

### **הדמוקרטיה הישראלית על פי 'דינא דמלכותא דינא'**

אף הצועד בנתיב זה ימצא לפניו דרך סלולה יחסית, שאינה זקוקה לחידושים מפליגים. אם מכוח הכלל 'דינא דמלכותא דינא' היהודי האמריקאי חייב לשלם את המסים שמטיל הממשל, והיהודי האנגלי חייב לציית לחוקי התעבורה שקובע השלטון הבריטי, ואם יש הכרה הלכתית במטבע האירו שמנפק האיחוד האירופי, מדוע לא יהיה מעמד דומה להחלטות רשויות השלטון בישראל? למען האמת, אין הדברים כה פשוטים.

## האם דינא דמלכותא דינא חל בשלטון יהודי בארץ ישראל?

עוד בימי הביניים נחלקו הפוסקים בשאלה, התאורטית למדי באותו הזמן, אם 'דינא דמלכותא דינא' חל גם על שלטון יהודי בארץ ישראל? אלו אשר ביססו כלל זה על הכוח שיכול השליט להפעיל על נתיניו, ובעיקר על זכותו לגרש אותם מארצו, טענו שאין הוא חל על שלטון יהודי בארץ ישראל – שהרי הארץ אינה נחלתו הפרטית של השלטון, והכוח שבידו להפעיל על נתיניו מוגבל. כדי להחיל את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' על הדמוקרטיה הישראלית נחוץ היה לאמץ את גישת הפוסקים החולקים, אשר סברו כי הכלל מושתת על הסכרמת הנתינים לקבל עליהם את עולה המלכות, ולפיכך הוא חל אף על שלטון יהודי בארץ ישראל.

### הנתיב של דינא דמלכותא דינא – יתרונות

- סיווג השלטון בישראל כ'דינא דמלכותא' עשוי לפתור כמה קשיים שמעוררת הגישה הקודמת, המתבססת על 'תקנות הקהל'.
- אכן, נראה שהשימוש בכלל 'דינא דמלכותא דינא' תואם יותר את צרכיו של השלטון המדיני, השונה מן השלטון הקהילתי-מוניציפלי.
- הכלל 'דינא דמלכותא דינא' אף משפיע על מעמדם האזרחי של תושבי ישראל הלא יהודיים. אם כלל זה מחייב יהודים לצייט להחלטות שלטון נכרי, ודאי שאין הוא מונע את שותפותם של לא יהודים – בוחרים ונבחרים – במסגרת השלטון הישראלי.
- כמו הגישה המסתמכת על 'תקנות הקהל', גם הגישה המסתמכת על הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מעמידה את הדמוקרטיה הישראלית ברצף אחד עם החיים היהודיים בכאלפיים השנים האחרונות.

### הנתיב של דינא דמלכותא דינא – חסרונות

- על אף יתרונותיה של הגישה המסתמכת על הכלל 'דינא דמלכותא דינא', היא יוצרת בעיה לא פשוטה.
- הקבלת השלטון הישראלי לשלטון הנכרים אינה תורמת לדימוי החיובי של השלטון הישראלי בקרב שומרי ההלכה.
- מבחינה היסטורית יסודו של כלל זה באילוץ, בצורך להסתגל לתנאי הקיום שנגזרו על הקהילה היהודית בסביבה זרה לה. לכאורה, החלת כלל זה על החיים האזרחיים במדינת ישראל אינה מקדמת את ההזדהות עם המשטר ועם השלטון ואינה תורמת למעורבות הציבור בעיצוב פניהם.
- האם אנו מעוניינים בכפיפות מחייבת אך ניטרלית מבחינה ערכית? האם נרצה כי המוטיבציה של הבחור הישראלי לשרת בצה"ל תהיה דומה לזו של הבחור היהודי אשר קיבל צו גיוס מן הצבא הפולני?

### הדמוקרטיה הישראלית על פי 'מלכות ישראל'

בצד הפניות למודלים שלטוניים שנהגו בימי הביניים, אם במעגל היהודי הפנים-קהילתי ואם במעגל הנכרי החוץ-קהילתי, אפשר לפנות למודל השלטון המקורי המקראי – מלכות ישראל. בדרך הלכתית חדשנית היו מי שטענו, בעיקר בחוגי ישיבת מרכז הרב, כי תוקף החלטות השלטון הישראלי מבוסס על תוקפם של צווי מלך ישראל. ישנם כמובן הבדלי מהות בין השלטון הדמוקרטי לבין השלטון המלוכני; ואולם בסיסם ההלכתי של שני סוגי השלטון זהה: בשניהם הדגש על שלטונו העצמי של העם, על עצמאותו, על השחרור מ'שעבוד מלכויות'. הנוקטים גישה זו של ביסוס הדמוקרטיה הישראלית על מלכות ישראל הסתמכו על חידושו של הראי"ה קוק, שקבע כי הסמכויות שמקנה ההלכה למלך – 'משפטי המלוכה' – ניתנות לכל מי שמחזיק ברסן השלטון, גם אם אינו מלך. כך, למשל, לשופטים בימי התנ"ך וכן למנהיגות החשמונאית (אף קודם שנטלה לעצמה כתר מלוכה) מוענקות סמכויות המלך הקבועות בהלכה, אף על פי שאינם מוגדרים מלכים. הטעם לכך ש'משפטי המלוכה' ניתנים לכל מי שמחזיק ברסן השלטון, גם אם אינו מלך במלוא מובן המילה, הוא שהמקור לסמכויות אלו הוא ריבונותו העצמית של העם ולא ריבונות המלך עליו, והעם רשאי להעבירן לידי כל מי שעומד בראשו. אם כך הם פני הדברים, טענו תלמידיו ותלמידי תלמידיו של הרב קוק, מדוע לא נמשיך בקו חשיבה זה ונעניק את סמכויות המלך אף לממשלה יהודית הנבחרת בדרך דמוקרטית?

#### **הנתיב של מלכות ישראל – יתרונות**

- מובן שבדרך זו תיהנה ממשלת ישראל מהכרה הלכתית נרחבת בסמכויותיה. זו לא תוגבל לפי המידות הדרושות להנהגת קהילה, אלא תורחב לפי המידות הדרושות לניהול ממלכה. מגבלות כמו הסכמתו של 'אדם חשוב' והסכמה המתקבלת פה אחד לא תחולנה על אופן התנהלותה של ממשלת ישראל.
- לא רק סמכויות השלטון עשויות להתרחב בעקבות הקניית מעמד המלכות, גם חובות האזרח כלפי הרשויות עשויות להתרחב בהתאם.
- ראיית השלטון במדינת ישראל כגילום של מלכות ישראל מעניקה לו משמעות היסטורית חדשה, ואף מהפכנית. מן הבחינה ההלכתית, השלטון הישראלי אינו נתפס כממשיך באופן כלשהו את צורות השלטון שהיו נוהגות בימי הביניים, אלא כדולג על גביהן ומגשים בדרכו שלו את הצורה העתיקה והמקורית של השלטון היהודי.
- אין ספק שמכל הגישות ההלכתיות שנמנו עד עתה גישה זו היא המחזקת יורת מכול את מחויבותו של האזרח למוסדות השלטון בישראל ומעצבת זיקה חיובית כלפיהם.

#### **הנתיב של מלכות ישראל – חסרונות**

- גישה זו, הטבולה בדפוסי חשיבה מלוכניים, אם לא תדע לעמוד נאמנה על הבדלי המהות שבין מלוכה לבין דמוקרטיה, עלולה להחמיץ את האופי המיוחד של מערכת היחסים המתקמת בין האזרח לבין השלטון בסביבה דמוקרטית.
- אחת הבעיות שגישה זו עלולה ליצור – עקב הפער בין הרצון לבסס הלכתית את השלטון הישראלי על רעיון מלכות ישראל לבין אופיו הדמוקרטי של השלטון – היא עניין מעמדו הפוליטי של הנכרי.

- הלכה ידועה היא ש"אין מעמידין מלך... עד שתהא אמו מישראל... ולא למלכות בלבד אלא לכל שררות שבישראל" (רמב"ם, הלכות מלכים א, ד). הלכה זו, אם אכן תוחל נושאי משרה בדמוקרטיה הישראלית, עלולה על פי פרשנויות מסוימות לכרסם בלגיטימציה של השיטה, המאפשרת בחירת נכרים לתפקידי שלטון בכירים.
- כמה טיעונים הלכתיים הועלו כדי להצדיק בכל זאת את שיתופם של לא-יהודיים בהנהגת המדינה. אחד מהם הוא לאמץ גם את הגישה הראשונה שנסקרה: ראיית הדמוקרטיה הישראלית כמעין 'תקנות הקהל'.



## מעמדה ההלכתי של מצוות מינוי המלך – בין מלוכה לדמוקרטיה

### 1. מינוי המלך – מצווה או רשות?

#### מקורות במקרא

1. דברים יז, יד-כ: "(יד) כי תבא אל הארץ אשר ה' אלהיך נתן לך וירשתה וישבתה בה ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבתי: (טו) שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' אלהיך בו מקרב אחיך תשים עליך מלך לא תוכל לתת עליך איש נכרי אשר לא אחיך הוא: (טז) רק לא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה למען הרבות סוס ויהי אמר לכם לא תספון לשוב בדרך הזה עוד: (יז) ולא ירבה לו נשים ולא יסור לבבו וכסף וזהב לא ירבה לו מאד: (יח) והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת על ספר מלפני הכהנים הלויים: (יט) והיתה עמו וקרא בו כל מי חזיו למען ילמד ליראה את ה' אלהיו לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החקים האלה לעשותם: (כ) לבלתי רום לבבו מאחיו ולבלתי סור מן המצוה זמין ושמאול למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל".
2. שמואל א פרק ח: (א) ויהי כאשר זקן שמואל וישם את בניו שפטים לישראל: (ב) ויהי שם בנו הבכור יואל ושם משנהו אביה שפטים בבאר שבע: (ג) ולא הלכו בניו בדרכו בדרךיו ונטו אחרי הבצע ויקחו שחד ונטו משפט: (ד) ויתקבצו כל זקני ישראל ויבאו אל שמואל הרמתה: (ה) ויאמרו אליו הנה אתה זקנת ובניך לא הלכו בדרךך עתה שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים: (ו) וירע הדבר בעיני שמואל כאשר אמרו תנה לנו מלך לשפטנו ויתפלל שמואל אל ה': (ז) ויאמר ה' אל שמואל שמע בקול העם לכל אשר יאמרו אליך כי לא אתך מאסו כי אתי מאסו ממלך עליהם: (ח) ככל המעשים אשר עשו מיום העלתי אתם ממצרים ועד היום הזה ויעזבני ויעבדו אלהים אחרים כן הפה עשים גם לך: (ט) ועתה שמע בקולם אך כי העד תעיד בהם והגדת להם משפט המלך אשר ימלך עליהם: (י) ויאמר שמואל את כל דברי ה' אל העם השאלים מאתו מלך: (יא) ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלך עליכם את בניכם יקח ושם לו במרכבתו ובפרשיו ורצו לפני מרכבתו: (יב) ולשום לו שרי אלפים ושרי חמשים ולחרש חרישו ולקצור קצירו ולעשות כלי מלחמתו וכלי רכבו: (יג) ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאפות: (יד) ואת שדותיכם ואת פרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו: (טו) וזרעיכם וכרמיכם יעשר ונתן לסריסיו ולעבדיו: (טז) ואת עבדיכם ואת שפחותיכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו: (יז) צאנכם יעשר ואתם תהיו לו לעבדים: (יח) וזעקתם ביום ההוא מלפני מלככם אשר בחרתם לכם ולא יענה ה' אתכם ביום ההוא: (יט) וימאנו העם לשמע בקול שמואל ויאמרו לא כי אם מלך יהיה עלינו: (כ) והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלפנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמתנו: (כא) וישמע שמואל את כל דברי העם וידברם באזני ה': (כב) ויאמר ה' אל שמואל שמע בקולם והמלכת להם מלך ויאמר שמואל אל אנשי ישראל לכו איש לעירו".

3. מדרש ספרי לדברים יז, יד, פיסקא קנו: "ואמרת אשימה עלי מלך, רבי נהוריי אומר הרי זה דבר גניי לישראל שנאמר כי לא אותך מאסו כי אותי מאסו ממלוך עליהם אמר רבי יהודה והלא מצוה מן התורה לשאול להם מלך שנאמר שום תשים עליך מלך, למה נענשו בימי שמואל לפי שהקדימו על ידם. ככל הגוים אשר סביבותי, רבי נהוריי אומר לא בקשו להם מלך אלא להעבידם עבודה זרה שנאמר (שם) והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמתינו".

4. תוספתא סנהדרין (צוקרמאנדל), פרק ד, הלכה ה: "רי יוסי אומר כל האמור בפרשת המלך מותר בה. ר' יהודה אומר לא נאמרה פרשה זו אלא בשביל לאיים עליהם שנאמר 'שום תשים עליך מלך'. וכן היה ר' יהודה אומר שלש מצוות נצטוו ישראל בביאתן לארץ נצטוו למנות להן מלך ולבנות להן בית הבחירה ולהכרית זרעו של עמלק. אם כן למה נענשו בימי שמואל? אלא לפי שהקדימו עליהן. ר' נהוראי אומר לא נאמרה פרשה זו אלא מפני התרעומות שנאמר 'ואמרת אשימה עלי מלך'. ר' אלעזר בר' יוסי אומר זקנים שאלו כהלכה שנאמר 'תנה לנו מלך לשפטינו', אבל עמי הארץ חזרו וקילקלו שנאמר 'והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם וגו'".

5. תלמוד בבלי, סנהדרין כ"ב: "רבי יוסי אומר: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו, רבי יהודה אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם, שנאמר שום תשים עליך מלך - שתהא אימתו עליך. וכן היה רבי יהודה אומר: שלש מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק, ולבנות להם בית הבחירה. רבי נהוראי אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כנגד תרעומתן, שנאמר (דברים י"ז) 'ואמרת אשימה עלי מלך וגו'. תניא, רבי אליעזר אומר: זקנים שבדור - כהוגן שאלו, שנאמר (שמואל א' ח') 'תנה לנו מלך לשפטינו', אבל עמי הארץ שבהן קלקלו, שנאמר (שמואל א' ח') 'והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו'. תניא, רבי יוסי אומר: שלש מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק, ולבנות להם בית הבחירה, ואיני יודע איזה מהן תחילה? כשהוא אומר (שמות י"ז) 'כי יד על כס יה מלחמה לה' בעמלק', הוי אומר: להעמיד להם מלך תחילה, ואין כסא אלא מלך, שנאמר (דברי הימים א' כ"ט) 'וישב שלמה על כסא ה' למלך'".

#### שיטות ראשונים ואחרונים

6. רמב"ם, הלכות מלכים, פרק א, הלכות א-ב: "שלש מצוות נצטוו ישראל בשעת כניסתן לארץ, למנות להם מלך שנאמר 'שום תשים עליך מלך', ולהכרית זרעו של עמלק שנאמר 'תמחה את זכר עמלק', ולבנות בית הבחירה שנאמר 'לשכנו תדרשו ובאת שמה'. מינוי מלך קודם למלחמת עמלק, שנאמר 'אותי שלח ה' למשחך למלך עתה לך והכיתה את עמלק', והכרתת זרע עמלק קודמת לבנין הבית, שנאמר 'ויהי כי ישב המלך בביתו וה' הניח לו מסביב מכל אויביו ויאמר המלך אל נתן הנביא אנכי יושב בבית ארזים וגו'. מאחר שהקמת מלך מצוה למה לא רצה הקב"ה כששאלו מלך משמואל? לפי ששאלו בתרעומת, ולא שאלו לקיים המצוה אלא מפני שקצו בשמואל הנביא, שנאמר 'כי לא אותך מאסו כי אותי מאסו וגו'".

7. רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ד, הלכה א: "רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להברית מן המכס, שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממונו או יהרג שנאמר ואתם תהיו לו לעבדים, ולהלן הוא אומר יהיו לך למס ועבדוך, מכאן שנותן מס וקוצב מכס ודיניו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין, שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו".

8. רמב"ם הלכות מלכים פרק ד, הלכה י: "ובכל אלו הדברים דינו דין, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה', שאין ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות, שנאמר ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמותינו".

9. דרשות הר"ן הדרוש האחד עשר: "קטע א – חלוקת תפקידים בין מלכים לשופטים) והשם יתברך ייחד כל אחד מהעניינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי, והוא אמרו ושפטו את העם משפט צדק, כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו, ובמה כוחם גדול. ואמר שתכלית מינויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עובר ביותר מזה. ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים האל תיקונו במצות המלך...

קטע ב – בין ישראל לאומות העולם) נמצא שמינוי המלך שוה בישראל וביתר אומות שצריכים לסידור מדיני, ומינוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל, וכמו שהזכיר עוד ואמר (דברים טז יח) ושפטו את העם משפט צדק, כלומר שמינוי השופטים ויכלתם, הוא שישפטו העם במשפטים צודקים אמיתיים בעצמם. ואני מבאר עוד זה, ואומר שכמו שנתיחדה תורתנו מבין נימוסי אומות העולם במצות וחוקים, אין ענינם תיקון מדיני כלל, אבל הנמשך מהם הוא חול השפע האלהי באומתנו והידבקו עמנו, בין שיראה הענין ההוא לענינו כעניני הקרבנות וכל הנעשה במקדש, בין שלא יראה כיתר החוקים שלא נתגלה טעמם, מכל מקום אין ספק שהשפע האלהי היה נדבק בנו, וחל בפעלים ההם, עם היותם רחוקים מן הקש השכל. ואין בזה פלא, כי כמו שנשכל הרבה מסיבות ההויות הטבעיות, ועם כל זה יתאמת מציאותם, כל שכן שראוי שנשכל סיבות חול השפע האלהי והידבקו בנו. וזה שנתיחדה בו תורתנו הקדושה מנימוסי האומות הנ"ל, שאין להם עסק בזה כלל, כי אם בתיקון ענין קיבוצם.

קטע ג – המלך והשופט משלימים זה את זה) ולפיכך אני סובר וראוי שיאמן, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתיקון הסידור המדיני, והם סיבה עצמית קרובה לחול השפע האלהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאילו הם משותפים בין סיבת חול הענין האלהי באומתנו ותיקון ענין קיבוצנו. ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתיקון קיבוצנו, כי התיקון ההוא, המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו, אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הידבק ענין האלהי בנו, יושלם ממנו לגמרי סידור ענין ההמוני או לא יושלם. ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות הנ"ל, מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסידור המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתיקון הנזכר, היה משלימו המלך. אבל היתה לנו מעלה גדולה עליהם, כי מצד שהם צודקים בעצמם, רוצה לומר משפט התורה, כמו שאמר הכתוב ושפטו את העם משפט צדק, ימשך שידבק השפע האלהי בנו...

קטע ד - חטאם של ישראל בתקופת שמואל) אפשר עוד לומר שכל מה שנמשך למצות התורה, בין שהוא כפי (הפשט) [המשפט] הצודק, בין שהוא כפי צורך השעה, נמסר לבית דין, כאמרו ושפטו את העם משפט צדק, אבל תיקונם ביותר מזה, נמסר למלך, לא לשופט. והעולה מזה, שהשופטים נתמנו לשפוט את העם משפט צדק, ויהיו נמשכים מזה שתי תועלויות, האחד שלם לגמרי, והוא שיחול השפע האלהי וידבק בהם, השני לתקן סידורם, ואם יחסר מזה דבר כפי צורך השעה, ישלימנו המלך. נמצא ענין המשפט מסור רובו ועיקרו לסנהדרין, ומיעוטו אל המלך.

וזה היה חטאם של ישראל בדבר המלוכה אשר שאלו, והוא ענין נתקשו בו הרבה מן הראשונים, כי אחרי שהיו מצווים להקים עליהם מלך, כמו שנאמר (דברים יז יד) כי תבא אל הארץ וגו' ואמרת אשימה עלי מלך, ואמרו רבותינו ז"ל (סנהדרין כ ב) שהיא אחת משלש מצות שנצטוו ישראל בכניסתן לארץ, אם כן מה פשעם ומה חטאתם כששאלוהו.

אבל על דעתי הוא כך, שהם רצו שעיקר המשפט במה שבין אדם לחבירו יהיה נמשך מצד המלכות, והוא אומרו (ש"א ח ד - ה) ויתקבצו כל זקני ישראל ויבואו אל שמואל הרמתה ויאמרו אליו הנה אתה זקנת ובניך לא הלכו בדרכיך עתה שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים, ופירושו אצלי הוא כך, שהם ראו שמה שצריך לסידור המדיני, יהיה מתוקן כשימשך מצד המלכות, משימשך מצד השופט, ולכן אמרו הנה זקנת ולא תוכל לשפוט עוד, ובניך אינם ראויים שיחול בנו השפע האלהי על ידיהם, כי אינם הולכים בדרכיך, ולכן ראוי שיהיה לנו מלך, ושיהיה משפטנו על פיו, והוא אמרם שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים".

10. אברבנאל, בפירושו לדברים, שם: "הנה התבאר ששאלת המלך לא היתה נכללת במצות לא תעשה אבל היה דבר הרשות, והיה עם זה דבר מזיק מאוד ועצה רעה לשואלים אותו ללא הכרח".

11. ר' נפתלי צבי יהודה ברלין מוואלזין, בפירושו העמק דבר, דברים יז, יד: "כי תבוא אל הארץ אשר ה' אלהיך נתן לך וירשתה וישבתה בה, ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבותי - לפי לשון זה היה במשמע שאין זה מצוה במוחלט למנות מלך אלא רשות, כמו 'ואמרת אוכלה בשר וגו'. והרי ידוע בדברי חז"ל במצוה למנות מלך, ואם כן למאי כתיב [למה כתוב] 'ואמרת וגו'?"

ונראה דמשום דהנהגת המדינה משתנה אם מתנהג על פי דעת מלוכה או על פי דעת העם ונבחרים. ויש מדינה שבלא מלך הרי היא כספינה בלי קברניט. ודבר זה אי אפשר לעשות על פי הכרח מצוות עשה, שהרי בענין השייך להנהגת הכלל נוגע לסכנת נפשות שדוחה מצוות עשה, משום הכי [כך] לא אפשר לצוות בהחלט למנות מלך כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך על פי שרואים מדינות אשר סביבותיהם מתנהגים בסדר יותר נכון. או אז מצוות עשה לסנהדרין למנות מלך... אלא על כורחך מצוה הוא, ומכל מקום אין סנהדרין מצווין עד שיאמרו העם שרוצים בהנהגת מלך. ומשום הכי [כך] כל משך שלוש מאות שנה שהיה המשכן נבחר בשילה לא היה מלך, והיינו משום שלא היה בזה הסכמת העם".

## 2. מלוכה כצורת שלטון בדיעבד

על פי גישה אחרת (אשר יש לומר כי אינה משקפת את מסורת פסיקת ההלכה), נקודת המבט הדתית היא המובילה לדחיית המלוכה מלכתחילה ולקבלתה בדיעבד בלבד.

1. שופטים ח, כב-כג: "ויאמרו אישר ישראל אל גדעון משל בנו גם אתה גם בנך גם בן בנך כי הושעתנו מיד מדין. ויאמר אלהם גדעון לא אמשול אני בכם ולא ימשול בני בכם ה' ימשול בכם".

2. מרטין בובר (בספרו מלכות שמים: עיונים בספרי שופטים ושמואל) סבר כי המשטר היהודי האותנטי הוא דווקא זה העולה מספר שופטים: שלטון רופף וארעי של שופטים המאפשר "להקים חברה שלא תהיה כפופה לשלטון אלא לשלטונו של אלוהים בלבד... חברה על יסוד התנדבות של חירות מוחלטת". קו חשיבה זה הוביל כמה הוגים לטענה שהשיטה הדמוקרטית מגשימה טוב יותר מן המלוכה את רעיון "מלכות האלוהים".

## 3. יסודות דמוקרטיים במוסד המלוכה היהודי

1. מדרש שמואל (מהדורת בובר), פרשה כג, יב: "אמרה לו [=אביגיל לדוד] וכי מלך אתה? אמר לה: ולא משחני שמואל? אמרה לו: אף על פי שמשחך שמואל עדיין מטבעו של שאול קיים, ולא יצא מטבעך לעולם".

2. רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכות יא-יח: "דין המלך דין הוא... בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל... כללו של דבר כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל... במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר".

3. הראי"ה קוק, שו"ת משפט כהן, סימן קמד: "נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה... מכל מקום הסברא קימת, דלענין משפט המלוכה, שנוגע להנהגת הכלל, ודאי גם שופטים מוסכמים ונשיאים כלליים במקום מלך הם עומדים".

4. חידושי הריטב"א, בבא בתרא נה ע"א: "והסכים הר"י ובעלי התוספות והרמב"ן שאין אומרים דינא דמלכותא אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים וידועים, אבל אם המלך קובע ועשה דין חדש לאו דינא הוא עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו, ולהכי [ולכן] לא אמר שמואל דינא דמלכא דינא אלא דינא דמלכותא, ומצינו בדשמואל שפירש לנו חוקי המלך שדותיהם יקח (שמואל א' ח'), והוא האמור בסנהדרין (כ' ב') כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו, וכן לכל מלך חוקים קבועים, הילכך כל שנטל המלך ממון יהודי שלא בחוקי המלך הקבועים חמסנותא הוא, וישראל שלקח ממנו לא זכה ובגזל הוא אצלו וכן פירשו רבותי".

**נושא עשירי: בין "כבוד האדם וחירותו" לבין "גדול כבוד הבריות"**

**הבדלים בין "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" לבין העקרון של "גדול כבוד הבריות":**

<u>כבוד הבריות</u>	<u>כבוד האדם וחירותו</u>	
האל	האדם	א. מי במרכז?
שיח חובות	שיח זכויות	ב. שיח זכויות וחובות
דגש על הכלל	דגש על הפרט	ג. הפרט מול הרבים
עיקרון חשוב אך יש לו סייגים	עיקרון על שהכל נדחה מפניו	ד. מעמד העיקרון

**1. תלמוד בבלי, ברכות יט ע"ב:**

(א) אמר רב יהודה אמר רב המוצא כלאים בבגדו פושטן אפילו בשוק מאי טעמא? (משלי כא, ל) "אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'" כל מקום שיש חלול השם אין חולקין כבוד לרב.

(ב) מתיבי קברו את המת וחזרו ולפניהם ב' דרכים אחת טהורה ואחת טמאה בא בטהורה באין עמו בטהורה בא בטמאה באין עמו בטמאה משום כבודו. אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה לנגד ה'? תרגמה רבי אבא בבית הפרס דרבנן דאמר רב יהודה אמר שמואל מנפח אדם בית הפרס והולך ואמר רב יהודה בר אשי משמיה דרב בית הפרס שנדש טהור

(ג) תא שמע דאמר ר' אלעזר בר צדוק מדלגין היינו על גבי ארונות של מתים לקראת מלכי ישראל ולא לקראת מלכי ישראל בלבד אמרו אלא אפי' לקראת מלכי עכו"ם שאם יזכה יבחין בין מלכי ישראל למלכי עכו"ם. אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'? כדרבא דאמר רבא דבר תורה אהל כל שיש בו חלל טפח חוצץ בפני הטומאה ושאין בו חלל טפח אינו חוצץ בפני הטומאה ורוב ארונות יש בהן חלל טפח וגזרו על שיש בהן משום שאין בהן ומשום כבוד מלכים לא גזרו בהו רבנן

(ד) תא שמע גדול כבוד הבריות שדוחה [את] לא תעשה שבתורה ואמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'? תרגמה רב בר שבא קמיה דרב כהנא בלאו (דברים יז, יא) דלא תסור. אחיכו עליה לאו דלא תסור דאורייתא היא? אמר רב כהנא גברא רבה אמר מילתא לא תחיכו עליה כל מילי דרבנן אסמכינהו על לאו דלא תסור ומשום כבודו שרו רבנן

(ה) תא שמע (דברים כב, א) והתעלמת מהם פעמים שאתה מתעלם מהם ופעמים שאין אתה מתעלם מהם הא כיצד אם היה כהן והיא בבית הקברות או היה זקן ואינה לפי כבודו או שהיתה מלאכתו מרובה משל חברו לכך נאמר והתעלמת. אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'? שאני התם דכתיב והתעלמת מהם וליגמר מינה איסורא מממונא לא ילפינן

(ו) תא שמע (במדבר ו, ז) ולאחותו מה תלמוד לומר הרי שהיה הולך לשחוט את פסחו ולמול את בנו ושמע שמת לו מת יכול יחזור ויטמא אמרת לא יטמא יכול כשם שאינו מטמא להם כך אינו מטמא למת מצוה ת"ל ולאחותו לאחותו הוא דאינו מטמא אבל מטמא למת

מצוה. אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה נגד ה' שאני התם דכתיב ולאחותו.

וליגמאר מינה? שב ואל תעשה שאני.

2. מכילתא דר' ישמעאל, משפטים, פרשה יג:

חמשה בקר ישלם, ארבעה והוא. וארבע צאן, שלשה והוא. אמר רבי מאיר, בא וראה כמה חביבה מלאכה לפני מי שאמר והיה העולם, שור שיש לו מלאכה משלם חמשה, שה שאין לו מלאכה משלם ארבעה. רבי יוחנן בן זכאי אומר הקב"ה חס על כבודן של בריות, שור לפי שהוא הולך ברגליו משלם חמשה, שה לפי שהוא טוענו על כתפו משלם ארבעה.

3. רמב"ן בראשית א, כו:

אמר בצלמנו כדמותנו כי ידמה לשניהם, במתכונת גופו לארץ אשר לוקח ממנה, וידמה ברוח לעליונים, שאינה גוף ולאתמות. ואמר בכתוב השני בצלם אלהים ברא אותו, לספר הפלא אשר נפלא בו מ שאר הנבראים... ופירושו "צלם כמו תאר", ו"דמות" הוא דמיון בצורה ובמעשה, כי הקרובים בענין יקראו דומים זה לזה:

והנה האדם דומה לתחתונים ולעליונים בתאר והדר, כדכתיב (תהלים ח, ו)

וכבוד והדר תעטרהו, והוא מגמת פניו בחכמה ובדעת וכשרון המעשה, ובדמות ממש, שידמה גופו

לעפר ונפשו לעליונים:

4. בראשית רבה, פרשה כד:

"ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח) רבי עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: "זה ספר תולדות אדם" (בראשית ה, א), זה כלל גדול מזה. שלא תאמר: הואיל ונתבזיתי, יתבזה חברי עמי; הואיל ונתקללתי, יתקלל חברי עמי. אמר רבי תנחומא: אם עשית כן, דע למי אתה מבזה, "בדמות אלהים עשה אותו".

5. הרא"ה קוק, עין איה, שבת לא, א:

דרך הענוה האמיתית היא לכבד גם כן את עצמו במידה הראויה, כי יסוד הענוה היא הכרת האמת לאמתתה, בלא שום עורון וערבוביא של דמיון, שברוב האנשים האהבה הנפרזת לעמצם, מסמאת את עיניהם מלראות בחסרון הנמצא בעצמם, וממילא גם בטובת ריעיהם וביתרונם. אבל הענוה רואה את עצמו מכובד מצד צלם אלהים אשר בו, מצד החכמה והטוב הנקנה בנפשו, ומוכן לראות גם כן את חסרונותיו בלא משוי פנים. וכן רואה הוא ביתרון חבריו מצד צלם אלהים וסגולת הנפש. על כן, בהיותו מכבד את עצמו, יתכוין שיהיה בכבודו מכבד לאחרים, שיותר ניכר הוא כבוד הבריות כשמכובד מכבד אותם משיכבדם בזוי. על כן, מצא לנדרש שיהיו מתעטף, שזהו רגש הכבוד, שמתחש לעצמו בהיותו הדור בלבשו מעוטף בנימוס. להורות שאין הענוה באה מחסרון ההכרה של רגש הכבוד, כי אם דוקא מהכרתו והכרעתו לטוב ובמדה הוגנת. ויצא לקראתו כשהוא עטוף, כדי שיהיה הבא אצלו מתכבד בכבודו.

6. רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה יא, יז :

ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפניו משורת הדין מחזיר את האבדה בכל מקום ואע"פ שאינה לפי כבודו.

7. רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן כא : שכיון שפטרה תורה את הזקן, שאין לו לזלזל בכבודו, איסור הוא לגבי דידיה, שמזלזל בכבוד תורה במקום שאין חייב.

8. מהר"ל דרך חיים :

ואמר... ,אי זה מכובד המכבד את הבריות... שאין לומר שיקרא, מכובד,, מי שמכבדן אותו הבריות, הרי אין ראוי שיהיה בשביל זה נקרא 'מכובד', שדבר זה אינו בעצמו של המתואר, שהרי הכבוד הוא ביד אחרים המכבדים אותו. ובשביל שאחרים מכבדים אותו, אין מעלת הכבוד נמצא באדם עצמו. וראוי שיהיה המעלה באדם עצמו. ולכן אמר, איזה מכובד המכבד את הבריות,, וזה יחשב מכובד כאשר עמו הכבוד. שכאשר מכבד את הבריות, הנה הכבוד אתו.

9. רשב"א שבת צד ע"ב :

שלא התירו כבוד הבריות אלא בדבר שעיקרו מדברי סופרים, כגון כרמלית, אבל לרשות הרבים לא... ואפילו אמירה לגוי, שהיא שבות, שאין בה מעשה, לא התירו. דכל שיש בה חלול שבת באבות מלאכות... גנאי הוא למת, ואין ההיתר משום כבודו.

10. שו"ת חוות יאיר, סימן צה :

ואני קוהה מאד אפילו במידי דרבנן, לומר דנדחה מפני כבוד הבריות בדברים שלא נזכרו בש"ס, כיון דחזינן שאסור להוציא המת לרשות הרבים...

11. הרב יוסף דב סולוביצ'יק, דברי השקפה :

אם נבחן היטב את עניין כבוד הבריות, נמצא שהוא מצריך זהירות יתירה, עם שהוא מושג נעלה וחשוב ביהדות, עניינים חשובים בהלכה מושפעים על ידי נימוקים של כבוד הבריות. ואם כך הוא הדבר, הרי יכול יהודי להגיע חלילה למסקנה, שהרבה עיקרי יהדות אף הם יהיו כפופים לשיקולים של "כבוד הבריות". הנה, בימינו אלה אין זה למשל באופנה כלל להיות יהודי שמור תורה ומצוות. וייתכן שיעלה על דעתו של מישהו, כי קיום מצווה הוא כביכול בסתירה ל'כבוד הבריות'. הן ייתכן להעלות על הדעת, כי סירוב לחלל שבת הוא לפעמים מעשה של פגיעה ב'כבוד הבריות'. והוא הדבר לגבי שליחת ילדים ללמוד בישיבות דווקא. או לעזוב מסיבה כדי להתפלל מנחה. בהרבה דברים שאנו מצווים עליהם אפשר לראות, בראייה שטחית ונחפזת, פגיעה בכבוד הבריות. צריך אפוא להבחין כל הזמן במשמעותו האמיתית של מושג זה.

12. פירוש רא"ה לברכות שם – פירוש פושטו [את הבגד] בשוק בפני כל אדם ואינו חושש לכבודם.



13. פירוש מאירי לברכות שם – כבוד הבריות חבב עד מאד אין לך מדה חביבה ממנה. כלל גדול אמרו גדול כבוד הבריות שדוחה כל לא תעשה שהוא מדברי סופרים לעבור עליה בקום עשה מכבוד הבריות. לפיכך קברו את המת וחזרו והיה האבל כהן, והיו שם שני דרכים אחת ארוכה וטהורה וחת קצרה וטמאה, אלא שאין בה טומאה מן התורה אלא מדברי סופרים, כגון בית הפרס והוא שדה שהיה שם קבר ונחרש ונתדקדקו העצמות עד שלא נשאר שם עצם המטמא באהל, וחכמים אסרו לעבור בו מחשש שמא נשאר שם עצם כשעורה המטמא במגע ויגע בו כמו שיתברר במקומו, והיה הצבור חוזר דרך אותה שביל, אף האבל בא עמהם מפני כבוד הצבור שלא להטריחם. וגרסת הספרים לשטה זו באים באוטמהאה בא עמהם. ומכל מקום יש גורסים בא בטמאה באין עמו, כלומר שאף אם האבל בא לו בטמאה ויש בתוך הצבור כהנים שהצבור באים עמו משום כבודו. ואין הדברים נראין שאין כבוד רבים נדחה מפני יחיד או יחידים... ונראה לומר שאפילו היו הכהנים מועטים אין להלם לילך בטמאה אלא אם כן התחילו הצבור בכך ושיהיו נמשכים אחריהם לכבודם.

14. ירושלמי, כלאים, פרק ט, הלכה א: הרי שהיה מהלך בשוק ונמצא לבוש כלאיים. [א]חד אמר אסור וחרנה [=ואחר] אמר מותר. מאן דאמר אסור, דבר תורה. ומאן דאמר מותר, כההיא דאמר ר' זעירא: גדול כבוד הרבים שהוא דוחה את המצוה בלא תעשה שעה אחת.

#### **נושא אחד עשר: חופש הביטוי – הכנס**

#### **השופטת דליה דורנר – הרצאה מכללת נתניה - תמלול**

איזונים, התנגשות של זכויות אדם עם שלום הציבור אם מכירים בזכויות אדם צריך להכיר בשיטת איזונים.

שיטת האיזונים התפתחה בארה"ב מפני שלמעשה החוקה הוותיקה ביותר היא חוקקה בארה"ב ומטבע הדברים התפתחה אותה שיטה של איזונים קונסטיטוציוניים. צריך לזכור שדברים משתנים. הכרזת העצמאותת האמריקאית – כל בני האדם נבראו שווים. ג'פרסון שהיה מהמנסחים היו לו עבדים. האדם היה גבר, לבן בעל נכסים. החוקה תוקנה 27 פעמים והיום אובמה אדם שחור ונשיא ארה"ב בעיות לא נפתרו ועדיין יש בעיות של שיוויון בין אישה לגבר בין לבן לשחור אבל יש עיקרון. במדינת ישראל שמענו שחוק יסוד כ.האדם וחרותו מונה את הזכות לפרטיות, אינו מונה שיוויון, אינו מונה חופש הביטוח חופש המצפון והדת. וגם חופש המצפון והדת אמרתי זאת ככה. הוא מונה את הקניין ולפי דעתי היא זכות פחותה מחופש הדת וחופש הביטוי וכו'. אבל יש לנו כבוד האדם ובית המשפט העליון פירש את שפירש. צמחה שיטת האיזונים. אני חוזרת לארה"ב מטבע הדברים שיש אפשרות של זכויות או אינטרסים שהם שווים / שווי ערך ולכן הם נסוגים כל אחד במקצת ואפשרות אחרת שאינטרס או זכות גוברת על הזכות השניה או האינטרס השני. אצלנו הוביל את הפיתוח התיאורטי אהרון ברק גם בספריו וגם בפסקי הדין שלו והבחין בין איזון אנכי לאיזון אופקי, כאשר האנכי הוא בין אינטרס לזכות והוא משתכלל על פי נוסחאת האיזון הקיימת דוגמא: נניח שיש חופש הביטוי והוא פוגע באינטרס ציבורי בשלום הציבור, שלום הציבור יגבר רק אם הפגיעה בו היא ברמה של וודאות קרובה – קרוב לוודאי או עניינים אחרים אפשרות סבירה הפגיעה תהיה ברמת חומרה. נוסחאות האיזון משתלבות בפסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו ונאמר שלא יהיה אפילו לחוק תוקף

שלא נדבר על החלטה מנהלית תוקף, שפוגעת בהחלטה וחוק הפוגעים בזכות אדם, אלא אם הפגיעה היא בחוק והחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל – ערכים יהודים ודמוקרטיים לתכלית ראויה והפגיעה היא מידתית. על הטכניקה הזו היתה ביקורת בספרות המשפטית, כתב על כך יצחק זמיר שופט בית המשפט העליון ואמר שאנחנו גם כאשר מדובר באינטרס כנגד זכות, משתדלים ככל האפשר לשמור גם על האינטרס וגם על הזכות, וכשמדובר בשתי זכויות אי אפשר לשמור על שניהם אז זכות אחת נסוגה מפני השניה, שמעתם מאמר שהזכות לחופש הביטוי נסוגה מפני הזכות לפרטיות אז מה עשינו? ההבחנה הזו תיאורטית ואין לה משמעות מעשית. אוסיף שבפסיקה התגבשה שיטה של איזון אנכי ואופקי, אהיה מוכנה ללכת בשיטה זו. לדידי ההבדל הוא במטרת האיזון. כשאנו מכירים בזכויות אדם או בחברה מוכנים לשלם מחיר חברתי. ברגע שזכות מתנגשת באינטרס אחר, או אומרים שזכות האדם הופכת להכרזה חסרת ערך. אני נותנת דוגמה לזכות החרות ויחד עם זאת אנו שולחים אנשים לבית הסוהר. אבל עדיין אנו קובעים כללים שמקשים על השליחה לבית הסוהר. בחוק המעצרים אנו לא נעצור אדם אם יש דרך אחרת לשמור כנגד המסוכנות שבגללה צריך לעצור אותו. לזה אנו קוראים מידתיות. תמיד לזכות אדם יש מחיר חברתי. לכן כשמדובר בזכות כנגד אינטרס אנו משתדלים למזער את הפגיעה בזכות אדם ככל האפשר. כשמדובר בשתי זכויות מתנגשות אנו משתדלים למזער הפגיעה בשתי הזכויות כדי לשמור על עיקרון זכות אדם. כשאני אומרת זכות אדם זו לא כותרת. אני מסתכלת מה האינטרס הספציפי. מה המקרה הקונקרטי כדי לבחון את המשקל של הזכות ולא לצאת מתוך סולם שאומר שחופש הביטוי חשוב יותר מזכות פלונית, אם כי נראה לי שיש זכויות שלעצמן פחותות מהזכויות המרכזיות כגון קניין וחופש העיסוק אבל זו רק הערת שוליים. אני רוצה לדבר על פסק דין גור אריה ששם נשארתי במיעוט אבל איך אומרים אני אומר דעתי נותרה בעינה ואני תומכת בה. אספר לכם על פסק הדין. תזכרו שדעתי דעת המיעוט והרוב קובע. אך כעת מותר להתייחס לכך בביקורת לדעת הרוב. העובדות: בסופו של דבר העובדות הן העיקר, גם בבג"צ וגם במשפט האזרחי וגם הפלילי. נראה איך אפשר לאחר ניתוח העובדות להגיע למסקנות שונות. יישוב בבנימינה של חברה צעירים מצפה הכרמים" אידיאליסטים שהתיישבו ביישוב, יהודים שומרי מצוות ברמה עקרונית ורב המקום הוא אבינר" אדם חשוב, פנו אליהם הרשות השניה, שם יש רצועה ציבורית, כולם מתפרנסים שם מהפרסומות, אמרו שיש להם כל מיני שיקולים כלכליים ולפי הזיכיון חייבים לשדר למען הציבור. אמרו להם אנו רוצים להכין עליכם סרט אמפטי להביא את דבריכם לציבור הרחב. אלה הסכימו. התכנית הזו שמה "תיבת תהודה" ומשדרים אותה בשבת. אך לא אמרו זאת לצעירים ואמרו רק שמשדרים במסגרת תיבת תהודה. שלחו מפיקים במאים וצלמים בוגרי בית ספר מעלה (לתקשורת דתית) וצילמו סרט של 24 דקות. ומתוך הערת אגב ביום האחרון הבינו הצעירים שישודר בשבת. הם היו במצוקה, ביקשו לא לעשות זאת והבטיחו להם להשתדל אך בסוף אמרו שאי אפשר. ואזי הגישו עתירה. אמרו להם – תיראו רבים אנשים שומרי מצוות שאנו משדרים גם פוליטיקאים אנו משדרים ראיונות איתם בשבת ואנו כותבים גם בכתב וגם בעל פה שצולם ביום חול. כולנו מכירים בכך. הרב אמר לא! ישבו בבית המשפט העליון וניסו לעשות פשרה. אין דבר טוב כמו פשרה לפי המשפט העברי והישראלי. קראו לרב. בא הרב ללשכת נשיא בית המשפט העליון וזה אמר שכל העניין עם צולם ביום חול זו תחבולה. ולא יעשה כדבר. ואם יראו סרט ששם לא מצולמים באקראי והם הסרט זה יגרום לחילול השבת ולא יעשה כדבר. זה הרקע העובדתי. יש פסק דין של הרוב שאליו הצטרף שלמה לויין שנכתב על ידי אהרון ברק. ופסק דין שלי. המחלוקת העיונית בינינו היתה מה בעצם נפגע? אני

אמרתי שחופש הדת שלהם נפגע. ברק אמר לא רגשות דתיים נפגעו. ומה ההבדל העיוני? העיוני אפשר בעצם תלוי איך אתה או את ממיינים זאת. אפשר לומר שזה לא רגשות דתיים. אם את לא אומרת שזה חופש הדת אז זה כבוד האדם. אבל רגשות דתיים הגדיר השופט ברק – אינטרס ציבורי של חיים וסובלנות וחשוב לא לפגוע ברגשות דתיים אבל כשיש איזון בינם לבין חופש הביטוי והזכות לקניין וכו' במקרה כזה ייגברו הרגשות הדתיים רק אם הפגיעה בהם תהיה קשה מאוד ופה הפגיעה היא לא קשה מאוד. למה?

כי לא הם משדרים זאת אלא מחללי השבת הם המקרינים את הסרט, לא עוד הם גם מתנגדים לזה ויגידו שצולם ביום חול. זו לא יכולה להיות פגיעה תמורה שלא נגיד שזו לא פגיעה וחילול שבת, אף אחד לא הכריח אותם לחלל שבת. המסקנה שגוברת הרשות השניה. חשש אהרון ברק גם בשיחות וגם בביטוי פה שאחרת לאן נגיע? לא תהיה לנו טלויזיה בשבת. הרי ידוע שלפי פסיקת בית המשפט העליון והמציאות יש במסגרת האיזונים במדינת ישראל – טלויזיה משדרת בשבת והם משדרים שם גם שידורים שאנשים דתיים משתתפים בהם תחת הכותרת "צולם ביום חול" פסיבים הפגנה ואקטיבים של פוליטיקאים. מחר יאסרו קריאה בספר שנכתב בשבת למרות שלא כותבים וכו' ואנו נגיע לכך שאם נכיר בפעילות כזו של צילום של אדם שומר מצוות נגיע לכך שלחלוטין לא תהיה טלויזיה.

אני ראיתי זאת לגמרי אחרת. אולי ארצה להתפאר בפניכם ולספר סוף מעשה. אני אספר מה כתבתי וכפי שאמרתי אני חושבת שפסק הדין לא היה נכון משפטית ויותר ממשפטית מבחינת ההתייחסות הכללית של הפוליטיקה (לא פוליטיקה יום יומית) אלא פוליטיקה שצריך להחיל על פעילות כזו. אני רוצה להתפאר שיום אחד הוזמנו לארוחת צהרים של השופט חיים כהן שאני לא הכרתי אך חברי התמחו בבית המשפט העליון (עמיתים שלי) אני ממקור הצבא ולא התמחית בבית המשפט העליון. לא הצטיינתי בלימודים. הלכתי עם שמואל. ישב שם זמיר ועוד וכל הארוחה הוא שיבח פסקי דין מיעוט שלי (גור אריה). אני אמרתי לפי דעתי העניין הוא בחופש הדת. למה? אני כשופטת לא יכולה לפרש אם זה חופש הדת או לא. נכון שאם במסגרת היהדות אני אדרש להתייחס ברמה של חופש דת לפעולות שבעיני היהודי הדתי פוגעות בו בבחינת ישראל ערבים זה לזה והוא אוסר עלי להפר מצווה דתית אומר לו שלא. חופש הדת לא מוגדר בחוק. אנו יכולים ללכת להכרזה אוניברסלית של האומות המאוחדות לכל באי העולם ויש הגדרה לאפשר לאיש מצוות דתו. יש גבול מסויים שאנו כשופטים לא יכולים תחת המנטרה הזו לפסול מעשים שעושים אחרים מישום שלפי הדת המסויימת יש פגיעה. בהחלט אנו לא יכולים לבוא ולהגיד לבחור שומר המצוות שהרב שלו שאמר לו שאם יראו אותו בסרט הוא יחשב כמי שחילל את השבת להגיד לא – לא עשית כלום. הבאתי לכך אסמכתאות. הסוד הוא שהשופט כותב מה שהוא חושב אך לא רוצה להראות שהוא המציא הכלל. יש אסמכתאות רציניות מאוד בעולם וגם שלנו ומופיעות בפסק הדין שאנחנו השופטים לא קובעים לאדם מה הן מצוות דתו. היהדות אין לנו אפיפיור אנחנו דת דצנתרליסטית. עשה לך רב והימנע מהספק. אם הרב אבינר אומר לחברה הצעירים אתם יראו אתכם 24 דקות בשבת תחשבו כמחללי שבת, כולנו יהודים ומכירים מצוות אך בעניינים אלה אין סיבה שאומר שכיוון שלא אתה אישית מפר את זה אלא מצלמים אותך ויש אחרים שמסתפקים בצולם ביום של חול לא נכיר בזה. נכון שיש דעות יותר ליברליות של רבנים שהכירו באפשרות של צילום פסיבי עם הערה שצולם ביום של חול. אך אלה לא הרבנים במקרה

שלנו. הם ידעו אומר הנשיא אמרו להם תיבת תהודה ותיבת תהודה זה בשבת. צריך להבין שמדובר באנשים צעירים שלא מסתכלים בטלוויזיה ולא מתמצאים בתכניות ובשבת בוודאי שלא ראו טלוויזיה ולא אמרו להם ועל כך אין מקום לתפוס אותם. ההשקפה הזו של הרב אבינר אינה של איזוטריה של רב שרחוק מהמציאות ואי אפשר להכיר בדעה כל כך קיצונית. מצאתי אסמכתאות שמאשרות ומאפשרות ומראות השקפות דומות. מצאה: כתבתי פה – עמדתו של הרב אבינר אינה איזוטריה ויש לה צידוקים רבים, ראו למשל הרב אויירבך שידור רדיו חוזר בשבת, הרב ד"ר רבינוביץ החשמל והלכה. אם כן דעה מכובדת. בית המשפט במחילה מכבודו לא הוא יקבע לצעירים אלה מה הדת שלהם מחייבת. מה המסקנה? הגענו לא רגשות דתיים אלא חופש הדת. גם חופש הדת לא מוחלט. גם פה כיוון שאנו במדינה דמוקרטית ליברלית, חופש המצפון והדת זה אחד מזכויות האדם שיכול להתנגש בזכויות אחרות וזכויות אחרות יכולות לגבור. בדקתי והגעתי לאותו איזון שאהרון ברק כתב עליו – האיזון האופקי. אנו משתדלים לקיים את שתי הזכויות כשכל זכות נסוגה במקצת. לאן יכלו הצעירים שלא רצו שישדרו את הסרט עליהם כאשר הם מככבים פה בשבת? לשום מקום! לקיר! שבת זו שבת, אין להם לאן לסגת. אבל הרשות השניה – חופש הביטוי לא יפגע בצורה בינונית אלא קלה אם ישדרו זאת ביום ראשון. נכון זה מסובך – הם גם אמרו זה יכול לעלות כסף – לא בטוח אבל יעלה. הרשות השניה היא רגולטור היא מפקחת היא יכולה להגיד קרה מעשה, לא עשינו חוזה, לא הסברנו להם נעבור נעשה זאת ביום ראשון. מה יקרה? שום דבר לא יקרה! הפגיעה היא כל כך מינימלית שאני לא יכולה להעלות על דעתי שהגענו לאן שהגענו. הדבר שהטריד ביותר את שופטי הרוב בבית המשפט העליון לדעתי הוא המדרון החלקלק – אתה לא יודע לאן תגיע. לדעתי לא נגיע לשום מקום! היינו מגיעים לאותו המקום כי יהיו תמיד חילוניים ופוליטיקאים עם השקפות דתיות עם רב אחר שיתנו אישור על כך בכפיפות לכך שיופיע עם כיתוב שצולם ביום של חול ולהופיע בטלוויזיה. באותם ימים נהגתי לחפש אחד המתמחים שלי שיהיה בחור בוגר ישיבה זה נחמד וטוב. היה לי באותה התקופה אחד מהמתמחים שלי אמיר חנשינסקי שהגיע מבר אילן אלי. שאלתי איך זה עולה בדעת הרוב? הוא אמר לי יש אמירה יפה במקורותינו אם את מוכנה להביא אותה. אמרתי נהדר – יותר טוב מאשר רבותינו ביטאו אני לא מסוגלת לבטא. האמירה במקורותינו בדבר החשש לבדיקת חמץ בפסח: "אין חוששין שגררה חולדה מבית לבית ומקום למקום ואם כן מחצר לחצר ועיר לעיר ואין לכך סוף. אין חוששין מדבר רחוק. אנחנו מכינים את הבית לפסח שלא יהיה חמץ ומה יהיה אם תבוא חולדה ואיך אפשר לדעת? אומרים אין חוששין מדבר רחוק. בכך נגמר העניין והסרט שודר בשבת. מבחינה משפטית הרוב קובע.

פס"ד של סולברג- לקחתי מה שנראה לי קשור למשפט עברי 55. "מן המפורסמות, כי חופש הביטוי עומד בבסיס שיטת משטרנו הדמוקרטי והוא אחד מהעוגנים היסודיים של החברה שבה אנו חיים. חשיבותו של חופש הביטוי מקבלת משנה תוקף בחברה הישראלית המאופיינת בחילוקי-דעות מהותיים, אף קוטביים, בנוגע לסוגיות היורדות לשורש הקיום האנושי. המשפט הישראלי נושא בקרבו מסורת יהודית ארוכת שונים המעודדת שיח דיאלוגי, אשר תמציתו בביטוי: "אלו ואלו דברי א-לוהים חיים" (בבלי, עירובין יג, ב). ההתייחסות אל חופש הביטוי כאל זכות "עילאית" (בג"ץ

73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953) (להלן: עניין קול העם))  
וכאל "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מד"י נ' אברהם בן משה פ"ד כב (2) 427,  
435 (1968)) נטועה הן במציאות החיים הישראלית, הן בעולם האמונות והדעות, העומד  
בבסיס הגדרתה היהודית של מדינת ישראל.

56. במובן זה, משמש חופש הביטוי עוגן תרבותי שרגלו האחת נטועה ביסוד הדמוקרטי  
של מדינת ישראל – "הדמוקרטיה מהווה בראש וראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של  
משטר המתקיים בכוח האגרופ. התהליך הדמוקרטי הוא איפוא תהליך של בחירת המטרות  
המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הבירור והשקלא והטריא המילולית, הווה אומר, על  
ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה  
חופשית" (עניין קול העם לעיל, בעמוד 876); ורגלו השנייה של חופש הביטוי נטועה ביסוד  
היהודי של המדינה – "וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין  
דבר לאשורו, דברי אלוקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה; ואדרבה, זאת היא תפארת  
תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר היא כשהקולות  
משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות" (ערוך השלחן, חושן משפט, הקדמה). "כשם שאין  
פרצופיהן דומין זה לזה, כך אין דעתן שווין זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו...  
שכן משה מבקש מן הקדוש ברוך הוא, בשעת מיתתו אמר לפניו: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך  
דעתן של כל אחד ואחד, ואין דעתן של בניך דומין זה לזה. כשאני מסתלק מהן, בבקשה ממך, מנה  
עליהם מנהיג שיהא סובלם לכל אחד ואחד לפי דעתו" (במדבר רבה (וילנא), פינחס, פרשה  
כא; להרחבה ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת  
הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 294-297 (1985); אביעד הכהן,  
"חירות הביטוי, סובלנות ופלורליזם במשפט העברי" מנחה למנחם 45 (חנה עמית, אביעד  
הכהן וחיים באר עורכים, 2007).

57. אמור מעתה: על שני אדנים עומד חופש הביטוי הישראלי, על היסוד היהודי ועל היסוד  
הדמוקרטי (ראו דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות  
השידור פ"ד נג (3) 817 (1999) (להלן: עניין סנש)).

חופש הביטוי פורש את מצודתו אף על הביטוי האמנותי. צורת ביטוי זו היא בעלת מאפיינים  
יחודיים הדורשים הגנה מיוחדת. חשיבותה של האמנות בפיתוח התרבות האנושית וכאמצעי  
להבעת מאווייו הכמוסים של האדם והוצאתם מן הכוח אל הפועל, היא המעניקה לה את מעמדה  
הייחודי. בפעולתו כיוצר, נפרצים גבולותיו הפרטיים של האמן ומעמידים את חופש היצירה, כערך  
חברתי. "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור ליבו, להניף כנף וליתן דרור  
למחשבתו" (בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 433 (1987)).  
באשר להיקפו של חופש היצירה נפסק כך: "חופש זה אינו רק החופש להביע דעות מקובלות. זהו  
גם החופש להביע דעות חורגות, אשר הרוב סולד מהן. זהו החופש לא רק לשבח את השלטון, זהו  
גם החופש לבקר את השלטון. זהו החופש ליצור כל יצירה, בין בעלת ערך אמנותי נשגב ובין ללא  
כל ערך אמנותי, ואפילו יש בה - כדעת המועצה - משום 'ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה

וסטיות מכל סוגי" (שם; על היצירה במשפט העברי ראו: אלכסנדר רון "על היצירה האומנותית וחופש היצירה" פרשת השבוע 63 (פרשת תרומה, התשס"ב)).

82. התורה מתארת את הפרהסיה שבה ניתנו לוחות הברית הראשונים, ואת השבר; ואת הלוחות השניים שניתנו למשה רבינו לבדו, והיו לפאר היצירה. הלוחות הראשונים ניתנו "בתשואות וקולות וקהלה" (רש"י, שמות לד, ג), במעמד הר סיני לעיני עם ישראל כולו. הלוחות השניים ניתנו למשה רבינו בדממה דקה: "ואיש לא יעלה עמך וגם איש אל ירא בכל ההר, גם הצאן והבקר אל ירעו אל מול ההר ההוא" (שמות לד, ג). נאמר על כך במדרש תנחומא ((ורשא) כי תשא, סימן לא): "הלוחות ראשונות על שנתנו בפומבי, לפיכך שלטה בהם עין הרע ונשתברו, וכאן אמר לו הקב"ה אין לך יפה מן הצניעות". עינינו הרואות, כי הצניעות והמרחב הפרטי עשויים להצמיח יצירה גדולה. היצירה אינה בהכרח תולדה של חופש הביטוי. דווקא הצמצום, הפרטיות, הצניעות, עשויים להיות כר פורה לצמיחה ולהתחדשות. סוד-השיח והמעשה שנעשה בין בני-זוג, יוכיח. אין צריך לומר, שהאדם, נזר הבריאה, הוא-הוא תוצאה של המגע האינטימי ביותר. ללמדנו, שחשיפה עד בלי די, אינה תמיד ערובה ליצירה; אדרבה, ישנם תחומים הסמויים מן העין, שעלינו לשמור עליהם מכל משמר ככאלה, לא רק כהגנה מפני פגיעה, אלא על מנת להבטיח הפריה, יצירה והגשמה. "וכתיב 'ואת צנועים חכמה' (משלי יא, ב), כי החכמה מחברת ב' דברים, והוא ההיולי כנודע, ועל-ידו נעשה השתנות מדבר זה לדבר אחר, והוא 'את צנועים חכמה'. ולכך כשרוצים לזרוע גרעין, ורוצים שישתנה מהויותו, מצניעין אותו ומכניסים אותו בקרקע, כדי שיוכל לבוא אל היולי שהיא חכמה כנוכר" (תורת המגיד, תורה, פרשת בלק).

83. הרב קוק (אורות הקודש ג, שער שני, סדר שלישי, סימן ה) עומד על האיזון הנדרש בין היזקקותו של אדם להתבודד לבין צרכו להתחבר עם הציבור: "מתוך אלה שני המשפטים, המתנגדים זה לזה, צריך החושב האציל להיות עומד באמצעיתן של שתי הנטיות – ההתבדלות וההתקרבות – שבה יעלה בידו הזוך הרעיוני מצד אחד, והאיתנות הטבעית שיש בהתום והרעננות הפשוטה מצד שני". ועוד אמר הרב קוק בלשונו הזהב במאמרו "עת לחשות ועת לדבר" (אורות הקודש, שער שני, סדר שלישי, סימן ח): "הירוס גדול בא במערכי הרוח, כשמופיע האור הפנימי של עת לחשות, והאילמות הקדושה העליונה בכל הוד כבודה ובכבוד משאה היא ממלאה את כל הנשמה. אם ימרוד בה האדם, ויפרוץ לדבר, מרידה זו במלכות הדומיה מחרבת את כל בנינו, כל האוצר של התום ושל היושר, של העומק ושל ההתקשרות העליונה, הכל מתרוסס. והוא צריך אחר כך, אם ירצה לבנות את הריסותיו, לכוון הכל מחדש, והמשכיל בעת היא ידום. אמנם כאשר יתן להדומיה את כבודה בעת הופעתה, אז תנהיג היא את משטרה, תכוון את אולמיה, תחדור בעמקיה ותבוא עד נבכי תהומיה, ומתוכה תוציא פארות וענפים נאדרים בכח צומח גדול ורענן, השיחים ימלאו כת, ויבוא ניב שפתיים. אז תחל העת לדבר, בהדר כבודה, ורוח הדומיה יהיה המיטטרון, הפועל על שיטפת הדיבור, אשר יזל כנחלים ברוב עושר וכל חמדה. בורא ניב שפתיים שלום שלום לרחוק ולקרוב אמר ד' ורפאתיו. והיה פרוי למאכל ועלהו לתרופה, להתיר פה אלמים".

134. מורשתנו העברית – הזכות לפרטיות מבצבצת מבין חרכי הספרות רחבת ההיקף של המשפט העברי. איסורי לשון הרע, רכילות, חרם דרבנו גרשום, היזק ראייה, מהווים רק מעט מזעיר מופעיה הרבים של הזכות לפרטיות במשפט העברי (ראו למשל: נחום רקובר ההגנה על צנעת הפרט (2006); איתמר ורהפטיג צנעת אדם - הזכות לפרטיות לאור ההלכה (2009)). לא נוכל במסגרת זו לפרוט ולמנות את מופעיה השונים, ונסתפק אפוא בעיון קל בסוגיה הקרובה לענייננו – איסור 'בל יאמר'. כך מוגדר איסור זה בתלמוד (בבלי, יומא ד, ב): "מניין לאומר דבר לחבירו שהוא בבל יאמר עד שיאמר לו לך אמור שנאמר: 'יודבר ה' אליו מאוהל מועד לאמר'". איסור זה התפרש בתשובותיו של ר' חיים פאלאג'י (שו"ת חקקי לב, חלק א, יורה דעה, סימן מט (להלן: שו"ת חקקי לב)): "ועוד נראה לעניות דעתי לומר דאפילו בשולח אדם אגרת לחבירו, אסור לחבירו שבא לו האגרת לגלות דברי האגרת לאחרים. דאפילו בסתם, דליכא שום סוד ודבר מגונה ונזק להכותב האגרת, איכא איסור לגלות, כמו שאמרו בגמרא, כל האומר דבר לחבירו הרי הוא בבל תאמר, עד שיאמר. וכל שכן בדאיכא גנאי או סוד, ויוצא נזק כשמגלהו". אכן, אסור לו לאדם, במשפט העברי, לגלות את סודו של חברו, לא רק מטעמי רכילות, אלא לשם מניעת נזק. כדברי ר' יונה גירונדי: "וחייב אדם להסתיר הסוד אשר יגלה אליו חברו דרך סתר, אף על פי שאין בגילוי הסוד ההוא ענין רכילות, כי יש בגילוי הסוד נזק לבעליו וסיבה להפר מחשבתו... כי מגלה הסוד אך יצא יצא מדרך הצניעות, והנה הוא מעביר על דעת בעל הסוד" (שערי תשובה שער ג, סימן רכה). הנה כי כן, גילוי סוד איננו רק מעילה באמון, אלא חדירה בוטה למרחב הפרטי של בעל הסוד ו"הפרת מחשבתו", קרי – פגיעה בחירותו. דעה אחרת הביע ר' חיים פאלאג'י, ולפיה המגלה סודו של חברו, גונב את קניינו של חברו על הסוד שסיפר לו: "גונב דעתו ממש, שהוא במצפוני לבו" (שו"ת חקקי לב לעיל, שם).

135. הצינור הפורמלי להיזקקותנו אל המשפט העברי, [סעיף 1 לחוק יסודות המשפט](#), התש"ם – 1980, קובע לאמר: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) היתווה [בסעיף 2](#) את מטרתו, לעגן "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". דומה כי אין צורך להתפלמס על מידת מחויבותו של המשפט העברי בשיטת המשפט הישראלית. זכות היא לנו שמסורת המשפט הישראלי איננה מתחילה בשנת תש"ח, עם קום המדינה, אלא יסודה במסורת בת אלפי שנים. מדיניות משפטית ישראלית ראויה, היא זו אשר עושה אוזנה כאפרכסת ומאזינה לרחשי הלב של המשפט העברי, ומעניקה מקום של כבוד לשמירה על פרטיותו של האדם. כדברי הנשיא א' ברק: "הפנייה לערכי היסוד של המשפט העברי אינה פנייה אל משפט משווה. זו פנייה אל משפט ישראל. זו פנייה חובה" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 290 (2004)).

136. העמדה הראויה אפוא בהתנגשות בין הזכויות הנדונות – דומני כי המציאות מחייבת – הריהי בחינת כל עניין לגופו, ללא הכרעה עקרונית בדבר עדיפותה של זכות אחת על פני חברתה. פגיעה קשה בחופש הביטוי תגבר על פגיעה קלה ובינונית בזכות לפרטיות; פגיעה קשה בליבת הפרטיות תגבר על פגיעה קלה ובינונית בחופש הביטוי. כלל זה יש לפרוט

לפרוטות, הלכה למעשה, כל אימת שהזכויות מתנגשות זו בזו. לא עלינו המלאכה לגמור, אך אין אנו בני חורין להיבטל ממנה.

פס"ד גור אריה – דורנר

ה. (דעת מיצוט – השופטות ד' דורנר):

- (1) היסוד המפריד את חופש הדת מפגיעה ברגשות דתיים הוא כי הפעולה הפוגעת תהיה אסורה על המאמינים או מחויבת עליהם לפי מצוות דתם. תוכן ציוויי הדת נקבע על-ידי מורי ההלכה הדתיים (280ה – 1)
- (2) במקרה הנדון נפסק על-ידי רב המקום של העותרים כי כהופעתם בסרט המשודר ביום שבת הם יפרו בעצמם את מצוות דדת, גם אם השידור יתבצע על-ידי אחרים. לכן,

פסקי-דין, כרך נה, חלק רביעי, תשס"א/תשס"ב 2001

268

לאור העקרונות המקובלים ביהדות, והמעניקים מעמד קובע לקביעת רב המקום, שידור התכנית יגרום לעותרים לחלל שבת וכך לעבור על מצוות דתם (281ה – ז, 282ה).

(3) יסודה של ההבחנה בין איזון אנכי לבין איזון אופקי של ערכים אינו בתוצאת האיזון במובן של ויתור הדדי כנגד העדפת ערך אחד על פני האחר, אלא במטרתו, שממנה נגזרות אמות-המידה לאיזון. האיזון האנכי – המיושם בהתנגשות שבין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי – נועד למזער, ככל הניתן, את הפגיעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה. ואילו האיזון האופקי – המיושם בהתנגשות בין זכויות אדם לבין עומד נועד להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בשתי הזכויות גם יחד (284א – ב).

(4) תכליתה של פסקת ההגבלה, שעם יסודותיה נמנה עקרון המידתיות, היא להגן על זכויות האדם על-ידי מזעור הפגיעה בהן בהתנגשות באינטרס ציבורי. אל תוך עקרון המידתיות משתלבות היום גם נוסחות איזון, כגון מבחן "הוודאות הקרובה" ומבחן "האפשרות הסבירה", שגובשו בפסיקה עוד בטרם נקלט עקרון המידתיות במשפטנו, וזאת לצורך קביעת חוקיותן של החלטות של רשויות המינהל הפוגעות בזכויות אדם. נוסחות אלה מתחשבות כמשקלם הסגולי של הזכות ושל האינטרס הציבורי שלמענו מתבקשת פגיעה בזכות (284ה – ה).

(5) אמות-המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות אדם. מטרתו של האיזון האופקי היא להפחית את הפגיעה בשתי הזכויות, וזאת, כאמור, על-ידי ויתור הדדי המאפשר הגשמת השניים כאחת, אם כי לא בהיקף מלא. אך אם אין אפשרות לקיום בצוותא של שתי הזכויות המתחרות, תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט היא תמורה יותר (285).

(6) במקרה הנדון זכויות האדם המתחרות – חופש הדת של העותרים, מצד אחד, וחופש הביטוי וזכות הקניין (שמשקלה קל יותר) של המשיבים, מצד אחר – הן שוות משקל, אלא שויתור הדדי ביניהן אינו אפשרי (285).

(7) בנסיבות הקיימות לזכות לחופש הדת אין מרחב נסיגה ואף הפגיעה בה היא מהותית, שכן כאמור לעיל, על העותרים נכפה – לגישתם ולגישת רבם – חילול שבת. לעומת זאת נסיבות המקרה מאפשרות למשיבים לוותר על מקצת זכויותיהם על-ידי שידור הסרט ביום חול במקום בשבת. ויתור זה פוגע אך בשולי הזכויות (285 – ז).

(8) אין יסוד לטענת המשיבים כי שידור הסרט ביום חול אינו אפשרי משום שיש בידי המשיבה סמכויות חוקיות ואמצעים מעשיים שונים המאפשרים לה להסיט – אגב קיום שיח ושיג עם הזכיינים – את מועד שידור התכנית ליום חול. אכן, הדבר כרוך במאמץ מסוים, וייתכן שאף בעלות כספית – אך אלו הם אמצעים שיש לנקוט על-מנת להגן על חופש הדת של העותרים מפני הפגיעה המהותית שתיגרם אם תשודר התכנית בשבת (286ה – ז).



צר לי, אך איני יכולה להצטרף לפסק-דינו של חברי הנשיא ברק. אכן, מקובלת עליי דעתו של חברי כי בפגיעה ברגשות העותרים כשלעצמה אין כדי להצדיק כנסיבות המקרה היעדרות לעתירתם. עם זאת לו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את העתירה ופוסקים כי שידור בשבת של סרט הטלוויזיה המתעד את מהלך חייהם של העותרים, יהודים שומרי מצוות – לרבות ראיונות שנערכו עמם (להלן – הסרט) – אינו אך פוגע ברגשותיהם, אלא גם מפר שלא כדין את זכותם לחופש הדת.

ד

להלן נימוקיי.

ה

העובדות

1. הפקת הסרט, שאורכו כ-24 דקות, הוזמנה מן המשיבים 2-4 (להלן ביחד – המפיקים) על-ידי המשיבה 1 (להלן – הרשות השנייה). זאת, בכוונה לשדרו כיום השבת, ברצועת שידור של מחצית השעה, שהיא רצועת השידור היחידה שהועמדה לרשות הרשות השנייה לצורך שידור בנושאים שבהם עניין מיוחד לציבור. המפיקים ידעו זאת. ברם הכוונה לשדר את הסרט בשבת במסגרת התכנית "תיבת תעודה" העוסקת במתח שבין יהדות לבין ישראליות, לא הובאה לידיעת העותרים. זאת, על יסוד הנחה המבוססת על ניסיון הרשות השנייה בשידורים בשבתות של ראיונות עם שומרי מצוות, לרבות בתכנית "תיבת תעודה" עצמה, שלפיו יצאה ידי חובתה על-ידי ליווי המשדר בכתובית "צולם ביום חול".

ו

ז

ואילו כדעת העותרים, אנשים צעירים, נעדרי ניסיון ומגע עם התקשורת, לא עלתה האפשרות שהסרט יועד לשידור ביום השבת. הנושא הועלה באקראי על-ידי העותרים ביום השלמת הצילומים, והמפיקים הבזיחו להם לטפל בעניין. אלא שבהמשך הובהר לעותרים על-ידי המפיקים כי הסרט ישודר בשבת. אף פנייתם בכתב של העותרים אל הרשות השנייה לא הועילה. הרשות השנייה התנצלה בפני העותרים על הפגיעה ברגשותיהם, אך הסבירה כי אין בידיה אפשרות לשרר את הסרט ביום חול. בצר להם, פנו העותרים לרבם, הרב שלמה אבינר, כדי למצוא פתרון הילכתי שלא יהפוך אותם למחללי שבת. הרב אבינר פסק באופן חד-משמעי ונחרץ כי שידור הסרט בשבת כרוך בחילול שבת המוני בהשתתפות העותרים, כי הקרנת הסרט בצירוף הכתובית "צולם ביום חול" עלולה להצטייר כתחבולה ואף להעלות לכלל שחיתות מוסרית, וכי לדידו אין פתרון הילכתי שיתיר את שידור הסרט ביום השבת. הרב אבינר חזר על עמדתו זו במהלך הדיון שנערך בגדר העתירה שבפנינו לצורך השגת הסדר מוסכם.

השאלות

על רקע עובדתי זה מתעוררות שלוש שאלות: ראשית, אם שידור ביום השבת של הסרט, ש"שחקניו" יהודים שומרי מצוות, פוגע בזכותם לחופש הדת, כלומר בזכותם למלא את מצוות דתם, להברילה מפגיעה ברגשותיהם כתוצאה מהפרת מצוות הדת על-ידי יהודים אחרים. שנית, מהו האיזון הוואוי בין זכותם של העותרים לחופש הדת לבין זכויות המשיבים לחופש הביטוי ולקניין. שלישית, כיצד משליכה ההסכמה בין העותרים לבין המפיקים בדבר השתתפות הראשונים בסרט, שהושגה ללא התייחסות לשאלת שידור הסרט בשבת, על זכויות הצדדים.

אדון בשאלות אלה כסדרן.

זכות העותרים

2. היסוד המפריד את חופש הוית מפגיעה ברגשות דתיים הוא כי הפעולה הפוגעת תהיה אסורה על המאמינים או מחויבת עליהם לפי מצוות דתם. תוכן ציווי הדת נקבע על-ידי מורי ההלכה הדתיים. הסביר זאת חיים כהן:

"חופש הדת' פירושו חופש לעשות לא כל מה שהדת מתירה, אלא רק כל מה שהדת מחייבת... לשון אחר: זוזכות לחופש הדת היא הזכות לקיים את כל המצוות שדתו של אדם מטילה עליו, ובלבד שלא יעבור על החוק...

השאלה מהי 'מצווה' שהדת מחייבת לעשותה היא שאלה דתית, לא משפטית: כל דת ודת ומצוותיה-שלה וכל דת קובעת מהי מידת החיוב שבקיום מצווה זו או אחרת" (ח' ה' כהן המשפט [43], בעמ' 525).

א

גישה דומה מצויה גם במשפט המשווה. כך נכתב בפסק-דין של בית-המשפט העליון האמריקני, שניתן מפי נשיאו השופט ברגר (*Burger*):

"It is not within 'the judicial function and judicial competence,'... to determine whether [the Amish] or the Government has the proper interpretation of the Amish faith; '[c]ourts are not arbiters of scriptural interpretation'" (*United States v. Lee* (1982) [36], at p. 257 citing *Thomas v. Review Bd., Ind. Empl. Sec. Div.* (1981) [37], at p. 716).

ב

בפסק-דין אחר של אותו בית-משפט כתב השופט מארשל (*Marshall*):

"It is not within the judicial ken to question the centrality of particular beliefs or practices to a faith, or the validity of particular litigants' interpretations of those creeds" (*Hernandez v. Commissioner* (1989) [38], at p. 699).

ד

ביהדות, שאינה מונוליתית אלא דה-צנטרליסטית, אדם מאמין או ציבור של מאמינים בוחר לו את רבו, והרב הוא זה שקובע עבורו את חיובי דתו. כאמור במקורותינו: "...עשה לך רב, והסתלק מן הספק..." (משנה, אבות, א, טז [א]; אבות דרבי נתן, כב, א [ב]).

ה

בעניין זה כתב השופט אנגלרד:

"...אין כל מקום שבית-משפט זה יניח ברבר תוכנה של ההלכה הנחה שונה מאשר זו שנפסקה על-ידי הראשון לציון ועל-ידי המרא דאתרא של ראשון-לציון... עיקרון גדול בהלכה הוא כי הציבור מחויב על-ידי פסק ההלכה היוצא מפי המרא דאתרא..." (ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ [26], בעמ' 643-644).

ו

ז

במקרה שלפנינו פסק הרב אבינר, הוא המרא דאתרא (רב המקום) של העותרים, כי בהופעתם בסרט המשודר ביום השבת יפרו העותרים עצמם את מצוות הדת, גם אם השידור יתבצע על-ידי אחרים.

א

אכן, קיימות גם גישות אחרות, מקלות יותר מגישתו של הרב אבינר. ראו, למשל, פסק הלכה שהתיר למפיק סרטים שומר מצוות למכור את סרטיו לרשות השידור בידיעה שישודרו בשבת (הרב ד' סתו "צולם ביום חול, שודר בשבת" [ג], בעמ' 52-53). אך עמדתו של הרב אבינר אינה אזוטריה, ויש לה תימוכין רבים. ראו, למשל: הרב ש' ז' אורבך "שידור רדיו חוזר בשבת" [ד]; הרב ד"ר ג' א' רבינוביץ' החשמל בהלכה (חלק ב) [ה], בעמ' 270; הרב ד"ר ג' א' רבינוביץ' "שואל כעניין" [ו].

ב

3. עם זאת עלינו להציב קו גבול בין פגיעה בחופש הדת לבין פגיעה ברגשות דתיים. כך לא תינתן הגנה חוקתית לגישה קיצונית הרואה בכל פגיעה ברגשות דתיים בשל הפרת מצוות על-ידי יהודים משום פגיעה בחופש הדת של המאמין, בבחינת "...כל ישראל ערבים זה בזה" (שבועות, לט, א [ז]).

ג

מנגד, המבחן גם אינו בהכרח זהות עושה הפעולה האסורה, אלא אם הפעולה האסורה נכפית על שומרי מצוות או שזמא נמנע מהם קיום חיוב דתי. הכפייה אינה חייבת להיות פיזית דווקא. כך, למשל, הפעלת מפעל בשבת מכוח צו חירום, כאשר הדת של בעליו אוסרת עליהם כי רכושם יהיה מעורב בחילול שבת, עשויה לפגוע בזכותם לחופש הדת. בדומה, נפסק בגרמניה בשנת 1973, כי הנחת צלב על דוכן השופט בבית המשפט פוגעת בחופש הדת של עורך-הדין היהודי המופיע בפני בית-המשפט, ולכן היא אסורה. ראו [39] BVerfGE 35 [35]. בפרשה מאוחרת יותר, משנת 1995, נפסק כי תליית צלב בכיתות לימוד בבית הספר פוגעת בחופש הדת של התלמידים שאינם נוצרים ועל-כן היא אסורה, והחוק המנחה לפעול כך בטל. ראו [40] BVerfGE 1 [93].

ד

ה

בענייננו שידור הסרט בשבת פוגע בעותרים לא בגלל פעולה של אחרים, גם לא בשם ערכות הדדית מטאפורית הקושרת את כלל ישראל. העותרים נפגעים ישירות כיוון שהם עצמם מופיעים בטלוויזיה ביום שבת. בכך הופכים הם גופם לשותפים בחילול שבת ועוברים בעת השידור, בניגוד לרצונם, על מצוות דתם.

ו

כותב חברי, כי "טענתם [של העותרים] היא למעשה, כי פעולתם של אחרים (המשיבים) בניגוד למצוות הדת מהווה פגיעה בחופש הדת של העותרים" (בפיסקה 11 לפסק-דינו). לדעתי, אין הדבר כך. לעותרים אין טענה כנגד שידורי טלוויזיה בשבת. אין להם גם טרזניה כנגד שידור התכנית "תיבת תעודה" בשבת. עתירתם ובקשתם היא אך כנגד שידור בשבת של הסרט הספציפי שנעשה עליהם ובהשתתפותם.

ז

בשידור כזה תהיה פגיעה בחופש הדת, שהוא מתן אפשרות לפרט לקיים את מצוות דתו ללא התערבות שלטונית. חופש הדת הוא "...מחירויות היסוד המוכרות לפי שיטתנו המשפטית ומהוות חלק ממנה" (הנשיא שמגר בבג"ץ 650/88 הנ"ל [22], בעמ' 381), והובטח לכל אזרחי המדינה בהכרזת העצמאות שאת "...עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה" (השופט זוסמן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמדיהו [27], בעמ' 2116). חופש הדת נמנה עם החירויות שעליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי. ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 292/83 נאמני הר הבית. עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים [28], בעמ' 454.

א  
ב

ברם ככל זכות, גם חופש הדת אינו זכות מוחלטת, ויש לאזן בינו לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים.

ג איזון בין זכויות הצדדים

4. במקרה שלפנינו כנגד זכות העותרים לחופש הדת עומדות זכויות המשיבים לחופש הביטוי ולקניין, שאף הן זכויות יסוד. בעניין זה הבחינה הפסיקה בין ערכים הגוברים זה על זה, שאז האיזון שיערך ביניהם הוא "אנכי", לבין ערכים השווים במשקלם, המוותרים זה לזה, כדי לאפשר את התקיימותם בצוותא, שאז האיזון הוא "אופקי". הסביר זאת המשנה לנשיא ברק:

ד

"באיזון 'האנכי', ידו של ערך אחד – המתנגש עם ערך אחר – על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה. כך, למשל, האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת 'ודאות קרובה' כי ייגרם נזק מעשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל... באיזון 'האופקי' שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. נוסחת האיזון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות" (בג"ץ 2481/93 הנ"ל [17], בעמ' 475-476).

ה  
ו

בספרות המשפטית הוצבע על קשיים בהבחנה בין שני סוגי האיזונים. צוין, כי ראוי הוא לשאוף לקיום בצוותא של ערכים, גם אם אינם שווים במשקלם, ואולם, אם לא ניתן לקיים את שני הערכים גם יחד, העדפת הערך האחד על פני האחר היא בלתי נמנעת, גם אם השניים הם שווי משקל. ראו י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" [49], בעמ' 214-215.

5. לדעתי, יסודה של ההבחנה בין שני סוגי האיזון אינו כתוצאה האיזון כמובן של ויתור הדדי כנגד העדפת ערך אחז' על פני האחר, אלא במטרתו, שממנה נגזרות אמות-המידה לאיזון. האיזון האנכי – המיושם בהתנגשות שבין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי – נועד למזער, ככל הניתן, את הזפיגעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה. ואילו האיזון האופקי – המיושם בהתנגשות בין זכויות אדם בינן לבין עצמן, נועד להפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בשרי הזכויות גם יחד. ראו והשוו א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" [50], בעמ' 263-264.

לזכות יסוד, מעצם מהותה, מחיר חברתי. מחיר זה מוצא את ביטויו באמות-המידה לכיבוד זכויות אדם שנקבעו בסעיף 8 לזוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן – פסקת ההגבלה). פסקת ההגבלה הוחלה גם על פגיעות של רשויות מינהליות (ולא של הכנסת בלבד) בזכויות יסוד של האדם (לרבות זכויות שאינן קבועות בחוק יסוד). ראו, למשל: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון [31], בעמ' 138; דנג"ץ 4466/94 נוטייבה נ' שר האוצר [32], בעמ' 86-87; בג"ץ חורב [8], בעמ' 41-42.

עם זאת תכליתה של פסקת ההגבלה, שעם יסודותיה נמנה עקרון המידתיות, היא להגן על זכויות האדם על-ידי מזעור הפגיעה בהן בהתנגשן באינטרס ציבורי. כך, בגדר עקרון המידתיות נדרשת הרשות לנקוט מבין האמצעים החלופיים העשויים לקדם את הגשמת האינטרס הציבורי (התכליתי) את האמצעי שפגיעתו בזכות היא הפחותה. אל תוך עקרון המידתיות משתלבות היום גם נוסחות איזון, כגון מבחן "הוודאות הקרובה" ומבחן "האפשרות הסבירה", שגובשו בפסיקה עוד בטרם נקלט עקרון המידתיות במשפטנו, וזאת לצורך קביעת חוקיותן של החלטות של רשויות המינהל הפוגעות בזכויות אדם. נוסחות אלה מתחשבות במשקלם הסגולי של הזכות ושל האינטרס הציבורי שלמענו מתבקשת פגיעה בזכות.

מבחן הפגיעה הפחותה ונוסחות האיזון משקפים אפוא את המחיר הציבורי שחברה דמוקרטית מוכנה לשלם לשם הגנה על זכויות האדם. עמדתי על כך בפרשה אחרת המתייחסת לאיזון שבין זכות האדם לחירות ממעצר לבין ההגנה על שלום הציבור:

א "מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקורבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד. ללא הכרה בזכויותיו של הנאשם, אין קיום לזכויותיהם של הקורבנות הפוטנציאליים, העלולים למצוא עצמם, בנסיבות אחרות, כנאשמים. השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה.

ב אכן, אפשר כי מעצר מניעתי של אדם שעדיין לא ביצע עבירה, ביטולה של חוקת החפות והחלפת מידת ההוכחה המחמירה הנהוגה במשפט הפלילי במידה המקובלת במשפטים האזרחיים היו מקטינים את ממדי העבריינות ותורמים תרומה ניכרת להגנה על שלום הציבור. אך במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור" (ד"ר 9 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [33], בעמ' 645).

6. אמות-המידה שבפיסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, אינן הולמות איזון בין שתי זכויות אדם. מטרתו של האיזון האופקי היא להפחית את הפגיעה בשתי הזכויות, וזאת, כאמור, על-ידי ויתור הדדי המאפשר הגשמת השתיים כאחת, אם כי לא בהיקף מלא. אך אם אין אפשרות לקיום בצוותא של שתי הזכויות המתחרות, תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט היא חמורה יותר. החומרה תיקבע, ראשית, על-פי מהותה של הזכות הנדונה. בעניין זה יש להבחין בין זכויות כבוד משקל, הצומחות ישירות מן הלכה של כבוד האדם והשמירה על צלמו, לבין זכויות קלות משקל יותר, המרוחקות מלכה זאת. עם זאת אין להתייחס אך לכותרתה של זכות היסוד, אלא גם לאינטרסים שעומדים ביסודה במקרה הקונקרטי הנדון ולערכים המסוימים המוגנים בהקשר הרלוונטי. ראו והשוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [34], בעמ' 423-422; בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה [35], בעמ' 452. שנית, יש להתחשב במידת הפגיעה בזכות ובהיקפה ולבחון אם הגשמת הזכות המתחרה פוגעת במוקד הזכות הנדונה או בשוליה.

ז בענייננו אני סבורה כי זכויות האדם המתחרות – חופש הדת של העותרים, מצד אחד, וחופש הביטוי וזכות הקניין (שמשקלה קל יותר) של המשיבים, מצד אחר – הן שוות משקל. אלא שוויחור הדדי ביניהן אינו אפשרי. בנסיבות הקיימות לזכות לחופש הדת אין מרחב נסיגה ואף הפגיעה בה היא מהותית. שכן, כאמור לעיל, על העותרים נכפה – לגישתם ולגישת רבם – חילול שבת.

לעומת זאת נסיבות המקרה מאפשרו למשיבים לוותר על מקצת זכויותיהם על-ידי שידור הסרט ביום חול במקום בשבת. ויתור זה פוגע אך בשולי הזכויות.

א

7. המשיבים טוענים כי "אין לרשות כל מועד אחר לשדר תוכנית מסוג זה", וכי פסילת הסרט מלהיות משודר בשבת משמעותה היא פסילתו מלהיות משודר בכלל, שכמוה כצנזורה ופגיעה חמורה בחופש הביטוי ובזכות לקניין.

ב

טענה זו אינה סבירה. אכן, לרשות השנייה רצועת שידור בשבת. ברם העברה של תכנית מיום שבת ליום אחר אינה בלתי אפשרית. המחוקק הפקיד בידי הרשות השנייה את שיקול-הדעת ליטול פרקי זמן מיחידת שידור של בעל זיכיון לצורך מתן שידורים מטעמה, ובלבד שהודעה על כך תינתן זמן סביר מראש. ראו סעיף 48 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

ג

8. הדעת נותנת כי יהיה ניתן לפתור את הקושי לא רק על-ידי "נטילה" כפויה. גם הרשות השנייה עצמה כתבה בתגובתה כך:

ד

"הואיל ומשבצת השידור היחידה של הרשות השנייה הינה ביום שבת, מימושו של הפתרון המוצע הצריך פניה אל מי מבעלי הזכויות בבקשה שיסכים להקצות, בהתראה קצרה, מועד לשידור התוכנית במסגרת שידוריו. בהתחשב בעובדה כי לוחות השידורים של בעלי הזיכיונות נקבעים סופית מספר חודשים לפני יום השידור, ובכך שסרטי תעודה מסוגה של התוכנית אינם מושכים צפיה רבה ולפיכך קשה מאוד לשבץ במסגרתם פרסומות, הרי ששעת השידור שניתן היה לבקש מבעלי הזיכיונות לצורך זה היא בשעות הלילה המאוחרות (בסביבות 1:00 בלילה)".

ה

במסגרת הקשר שבין הזכייניות המשדרות באמצע השבוע בינן לבין עצמן וביניהן לבין הרשות השנייה היו בעבר חריגות מלוח המשדרים ורצועות השידור עקב נסיבות שונות. לוח השידורים אינו "מקודש" ובלתי ניתן לשינוי, אלא, בעת הצורך, מתגמש בהתאם לצרכים והנסיבות. זאת ועוד, שידור הסרט עוכב בהסכמה למשך חודשים מספר, כך ששוב הטענה בדבר ההתראה הקצרה אינה עומדת עוד.

ו

שידור הסרט ביום חול אינו בלתי אפשרי, אף שהוא כרוך במידה של מאמץ, וייתכן שאף במתן שיפוי כספי לאחד הזכייניות משיקולים של אחוזי צפייה (מן הסתם תוך התחשבות בתוספת צופים דתיים, שאינם צופים בטלוויזיה בשבת). משכך, העברת התכנית משבת פירושה פגיעה מינימלית בלבד בחופש הביטוי ובזכות הקניין של המשיבים.

ז



א יוצא אפוא כי האיזון המתבקש אשר יאפשר "חיים בצוותא" ו"דו-קיום" של הזכויות מחייב לקבל את בקשת העותרים. לעותרים אין לאן "לסגת אחור". רבם הופיע לפני בית-המשפט ולא השכיל למצוא כל פתרון הילכתי. שידור הסרט בשבת פירושו עבירה כפויה של העותרים על מצוות דתם ופגיעה בחופש הדת שלהם. למשיבים, לעומתם, יש מרחב תמרון. מניעת שידור הסרט בשבת תוך אפשרות שידורו ביום אחר פירושו, כאמור, מידה מינימלית של פגיעה בחופש הביטוי ובזכות הקניין של המשיבים לצד שמירת חופש הדת של העותרים.

#### טענת השיהוי

ב 9. המשיבים טוענים כי העתירה לוקה בשיהוי, שכן, עבורם עניין שבשיגרה הוא לשרד בשבת תכניות בהשתתפות אנשים דתיים בצירוף הכתובית "צולם ביום חול", וכי לא היה להם יסוד להניח כי העותרים יעוררו התנגדות לשידור הסרט בשבת רק לאחר שנסתיימה הכנתו.

ג חוס-לכם של המשיבים אינו גורע מתוס-לכם של העותרים, שאינם נוהגים לצפות בטלוויזיה בשבת, ולא ידעו על הפרקטיקה האמורה. למעשה טוענים העותרים, כי לא העלו בדעתם אפשרות שישדרו את התכנית עליהם בשבת, וכי אף הוטעו להאמין כך. במצב זה אין מקום לקבל את טענת השיהוי, שכן משנודע לעותרים על השידור המתוכנן בשבת פנו הם אל הרשות השנייה וניסו למונעו.

ד עם זאת עיקר בעיניי הוא שהרשות השנייה, אשר הזמינה סרט על מהלך חייהם של שומרי מצוות ובהשתתפותם מתוך כוונה לשרדו בשבת – ולטענתה אף בידיעה על היעדר אפשרות לשרדו ביום חול – אינה רשאית להסתמך על הפרקטיקה הנוהגת של הצבת הכתובית של "צולם ביום חול". שכן, היה מוטל עליה בנסיבות העניין להציג בפני העותרים את כוונתה לשרד את הסרט בשבת. גם אם בחיי המעשה, לנוכח הפרקטיקה האמורה המבוססת ככל הנראה על גישות הילכתיות מקלות יותר, נוהגת הרשות השנייה להימנע מקבלת הסכמה מראש במקרים דומים, היא מסתכנת בכך שתיאלץ לוותר על השידור בשבת אם תתעורר התנגדות.

ה כללם של דברים, ראוי הוא להטיל על הרשות השנייה ועל אלו מטעמה היוזמים את השידור בשבת ואף מנוסים בהתקשרויות עם מצולמים לצורך הכנת תכניות עליהם, את תובת הגילוי הנאות, כאשר אפשרי שהצד המצולם ייפגע.

א 10. חברי הנשיא חושש כי בעקבות החלטה המונעת את השידור בשבת "רב הסיכוי כי הטלוויזיה תכבה בשבת, ובעקבותיה יבוא גם הרדיו". איני שותפה לחששות אלה.

ב ישנם לבטח אנשים רבים שיסכימו להשתתף בתכניות המשודרות בשבת, בתוכם חילונים, לא יהודים, ואף, כטענת המשיבים, יהודים דתיים המסכימים לשידור בצירוף הכתובית "צולם ביום חול".

ג זאת ועוד, הזכות לחופש הדת אינו גוברת בכל מקרה, אלא רק כאשר הנפגעים עומדים במוקד התכנית שבה מדובר. כאשר זה המצב, פעולתם הטכנית של המשדרים היא פעולתם המהותית גם של המשודרים. משכך, עוצמת השיוך של המשודרים לתכנית, כמו גם הפגיעה בהם, גוברות על זכות המשדרים לחופש הביטוי ולקניינם. לא ניתן להקיש מעניין זה לעניינם של מצולמים אקראיים בקרב קהל, וגם לא לאישי ציבור או כותבי ספרים המופיעים תדיר בטלוויזיה בשבת. ניתן וצריך להסיק מכאן רק לגבי מקרים דומים. יפים לכך דברים שנאמרו במקורותינו בקשר לחשש מדבר רחוק בעניין בדיקת חמץ:

"אין חוששין שמא גררה חלדה מביית לביית וממקום למקום, דאם כן, מחצר לחצר ומעיר לעיר, אין לדבר סוף" (משנה, פסחים, א, ב [ח]).

ד אשר על-כן לו נשמעה דעתי, היינו זופכים את הצר-על-תנאי למוחלט.

## נושא שתיים עשר: מקורות בנושא עשיית דין עצמית

1. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא כז ע"ב – כח ע"א רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה [=אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו], רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא [=כשיש הפסד] – כולי עלמא לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי - היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא [=כיון שאין הפסד ילך לפני הדיין]; רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח [=כיון שעושה כדין אין להטריחו]. מתיב רב הונא: בן בג בג אומר: אל תיכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו ואמור לו: שלי אני נוטל... תא שמע מנין לנרצע (עבד עברי שמשועבד לאחר שש שנים) שכלו לו ימיו (הגיעה שנת היובל) ורבו מסרהב (מפציר בעבד להשתחרר בשנת היובל) בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור? תלמוד לומר... רב נחמן בר יצחק אמר: בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירה והשתא איסורא (רש"י) – והשתא שהוא בן חורין איסורא ורשאי להלקותו ולהפרישו, דהאי דינא לאו לנפשיה הוא.
2. שאלות, בראשית, שאילתא ב (בתרגום): מי שיש לו דין עם חבירו, אסור לו לנהוג עמו באלימות, אלא עליו ללכת לדיין שיפסוק להם דין תורה, ויקבלו עליהם את הדין; שעל האמת מתקיים העולם, כפי ששינו (אבות א, יח) על שלשה דברים העולם קיים – על הדין ועל האמת ועל השלום.
3. רמב"ם הלכות סנהדרין פרק ב, הלכה יב: יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.
4. נימוקי יוסף בבא קמא כז ע"ב: ודוקא נמי היכא דאית ליה [=גם כאשר יש לו] ראייה למציל דממונא דידיה הוא, אי נמי דמודה ליה בעל דיניה בהכין [=בזה]; אבל היכא דליתיה ראייה ולא מודה ליה, אי עבד דינא לנפשיה על ידי הכאה וכיוצא בה, מיחייב לשלומי לניזק דמי חבלה. דעל כרחך לא קאמר רב נחמן אלא היכא דעביד דינא, דאי נמי לא הוה עביד איהו [=שגם אם לא היה הוא עושה], לא עבדי ליה בי דינא בציר מהכי [=לא היו עושים לו בית דין פחות מכך].
5. אור זרוע בבא קמא כז ע"ב, סימן קמה: ודוקא בדבר ידוע שזה גזלו... אית ליה רשותא למיעבד דינא לנפשיה. אבל בדבר שאין ידוע אי גזל אותו אי לא, לית ליה רשותא [=אין לו רשות]... דאם כן כל אחד ואחד יאמר לחברו: האי דידי ומגזל גזלת ממני ויכה אותו או יחטוף מידו, ונימא עבידנא [=ויאמר עשיתי] דינא לנפשיה, אם כן לא שבקת חיים לכל בריה.
6. המאירי, בית הבחירה, בבא קמא כז ע"א: כל שאונס דבר לחברו, וחברו האנוס שם ורואה באנוסו, ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו ענין אונס אצלו (=היינו שברור שהנכס נלקח ממנו שלא כדין), יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה, אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנוע בלא כך, הואיל והוא שם בעוד שזה אונסו – עושה דין לעצמו ומכהו עד שידחה מעליו **הא כל שעבר**

**האונס**, כגון שכבר גזלו או גנב לו, או שכבר הלוחו ואינו רוצה לפרעו, אינו בדין זה; לא אמר זה אלא **בעוד שהוא אונסו**.

7. פסקי הרא"ש, בבא קמא פ"ג, סי' ג: כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר. אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציאו ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי. ודוקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי. אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו לית ליה רשותא.

8. שו"ת מהרי"ק, סימן קסא: לא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות חבירו או להזיקו שישלם הממון... דבשלמא [=מובן הדבר] להכות חבירו או להזיקו בממונו בידיים או על ידי גוי, שייך למימר ביה: עביד איניש דינא לנפשיה או לא עביד דינא, דהא נמי כמו דינא, שהרי הדיין יש לו כח לרדוף ולכוף בין בדוף בין בממון עד שיקבל הלה עליו את הדין, והיינו דפליגי הדיין רב יהודה ורב נחמן אי עביד אי לא עביד.

9. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 24(3): בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם... השתמש במידה סבירה של כוח כדי להגן על החזקתו במיטלטלין שהוא זכאי להחזיק בהם, או כדי להשיבם מידי התובע שלקח אותם ממנו, או עיכב אותם בידו, שלא כדין; ואולם אם לקח התובע, או ניסה לקחת, את המיטלטלין שלא בכוח, תנאי הוא להגנה שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא לקחת אותם, או להחזירם לו לאחר שלקחם, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום.

10. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 18: (א) המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין. (ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

11.

### **נושא שלוש עשרה חלק א: הפשרה במשפט העברי וגבולותיה**

1. **תלמוד בבלי, סנהדרין ו ע"ב**: "משה היה אומר: יקוב הדין את ההר. אבל אהרן, אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחברו, שנאמר: 'תורת אמת היתה בפיהו, ועולה לא נמצא בשפתיו, בשלום ובמישור הלך אתי' (מלאכי ב, ו)".

2. **משנה אבות, פרק א, משנה יח**: "רבן שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם עומד. על האמת, על הדין ועל השלום, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז)".

3. **תוספתא סנהדרין פרק א [על פי כתב יד וינה]**: ר' אליעזר בנו של ר' יוסי הגלילי אומר כל המבצע הרי זה חוטא. המברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום על זה נאמר "ובוצע ברך נאץ ה'" (תהילים ז). אלא יקוב הדין את ההר, שכן משה אמר יקוב הדין את ההר. אבל אהרן הוא עושה שלום בין אדם לחבירו שנאמר "בשלום ובמישור הלך אתי וגו'" (מלאכי ב) רבי יהושע בן קרחה אומר: מצווה לבצוע, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז) והלא במקום שיש משפט אמת אין שלום וכל מקום שיש שלום אין משפט אמת? אלא איזהו משפט שיש בו שלום? הווי אומר זה ביצוע. וכן הוא אומר "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו" (שמואל ב, ח) רבי שמעון בן מנסיא אומר: פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע. כיצד? שניים שבאו אצל אחד לדין עד שלא שמע דבריהן ואם משמע דבריהן ואין ידוע להיכן הדין הוא נוטה, רשיי שיאמר להן: צאו וביצעו, כגון שהוא אומר "פוטר מים ראשית מדון" [משלי יז] עד שלא נתגלה הדין רשיי אתה לנתשו משתגלה הדין אין רשיי לנטשו.

4. **תלמוד בבלי, סנהדרין וע"ב:** אמר רב: הלכה כרבי יהושע בן קרחה. – איני? והא רב הונא תלמידיה דרב הוה, כי הוה אתו לקמיה דרב הונא, אמר להו: אי דינא דעיתו אי פשרה בעיתו. – מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה, מצוה למימרא להו: אי דינא דעיתו, אי פשרה בעיתו [תרגום: לאחר שראינו שרב פסק הלכה כר' יהושע בן קרחה, מקשה הבבלי כיצד ייתכן הדבר והרי רב הונא, תלמידו של רב, כאשר באו לפניו לדין לא היה בוצע אלא היה אומר לבעלי הדין 'אם דין אתם רוצים אם פשרה אתם רוצים' התירוץ הוא, שגם ר' יהושע בן קרחה שאמר מצוה לבצוע, ואשר הלכה כמותו, לא התכוון שמצוה לאכוף את הפשרה, אלא לומר להם האם דין אתם רוצים או פשרה אתם רוצים]. "משה היה אומר: יקוב הדין את ההר. אבל אהרן, אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחברו, שנאמר: 'תורת אמת היתה בפיך, ועולה לא נמצא בשפתי, בשלום ובמישור הלך אתי' (מלאכי ב, ו)".

5. **ספרי דברים יז (על פי גירסת הגניזה):** "לא תגורו מפני איש", שאם באים שנים לפניך עד שלא תשמע לדבריהם אתה רשיי לשתוק, משתשמע לדבריהם אי אתה רשיי לשתוק. וכן הוא אומר (משלי יז, יד) "פטר מים ראשית מדון ולפני התגלע הריב נטוש", עד שלא נתגלה הדין אתה רשיי לשתוק משנתגלה הדין אי אתה רשיי לשתוק. שמעת את הדין ואין אתה יודע לזכות את הזכאי ולחייב את החייב אתה חייב לבצוע, שנאמר "ואלה הדברים אשר תעשו דברו אמת איש את רעהו אמת משפט ושלום" (זכריה ח, טז). איזה משפט שיש בו שלום הוא אומר זה בצוע. רבן שמעון בן גמליאל אומר המעלה את הקטן למקום גדול והגדול למקום קטן זה ביצוע, וחכמים אומרים כל המבצע הרי זה חוטא שנאמר "ובצוע ברכך ניאץ ה'". נמצא זה משבח את הדין ומנאץ ליוצרו.

6. **בבלי, סנהדרין, שם:** "תנו רבנן: ... נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע. רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: אסור לבצוע וכל הבצוע הרי זה חוטא... אלא יקוב הדין את ההר, שנאמר: "כי המשפט לאלוקים הוא" (דברים א, יז) וכו'. רבי יהושע בן קרחה אומר: מצווה לבצוע, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה ח, טז) והלא במקום שיש משפט אין שלום ובמקום שיש שלום אין משפט? אלא איזהו משפט שיש בו שלום? הווי אומר זה ביצוע. רבי שמעון בן מנסיא אומר: שניים שבאו לפניך לדין, עד שלא תשמע דבריהן, או משתשמע דבריהן ואי אתה יודע להיכן הדין נוטה, אתה רשאי לומר להן: צאו ובצעו. משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה, אין אתה רשאי לומר להן צאו ובצעו".

7. **ברכיהו ליפשיץ, פשרה, עמ' 91:** "הסכמה שהדיון לא יתנהל מכוח הדין, דין תורה, אלא שהוא יתנהל – מכוח הסכמתם של הצדדים – במסלול שונה ממנו: המסלול של הדין שמחוץ לדין".

8. **סנהדרין שם:** היכי דמי גמר דין? .. איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי.

9. **תוספות סנהדרין שם, ד"ה נגמר הדין:** "דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין.

10. **שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט סימן קטז:** נוראות נפלאתי לפי דעתו איך מצא ידיו ורגליו לקנין פשרה דמה נפשך הדין עם אחד מהם ונמצא שנטל קנין בטעות שאם היה יודע שהדין כותיה לא היה נוטל קנין דלאו בשופטני עסקינן דמאבדין ממונן לדעת.

11. **תשובת הרי"ף, סימן קמה:** מי שתבע חבירו בממונן וחייבוהו בית דין שבועה חמורה ועשו פשרה ביניהם משום השבועה ואחר כך חזר בו בית דין ואמרו שזו הוראה בטעות היתה שאין נתבע זה מתחייב אלא חרם סתם היש לחזור באותה פשרה או לא? תשובה: יש לו להחזיר באותה פשרה שאילו היה יודע שאין עליו שבועה לא היה עושה פשרה והוה לי קנין בטעות וחוזר על פי מה שאמר במעשה דההוא גנאי.

12. **פסקי ריא"ז פרק א אות נג, עמ' כ:** אבל אם הם מודיעים להם טיב הפשרה ומפייסים אותם עד שהם מתרצים בדבר למחול אחד לחברו או לתת אחד לחבורי דבר ידוע אפילו אחר גמר דין ראוי לעשות כן, ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים וזו מצוה גדולה היא והיא הבאת שלום שבין אדם לחבירו וכך היה עניינו של אהרן שהיה אוהב שלום ורודף שלום ומפייס בעלי דינין עד שמתרצים בדבר.

13. **בית יוסף, חושן משפט, יב:** מצאתי כתוב בשם ספר אגודה דאדם שאינו דיין יכול לעשות פשרה אפילו לאחר גמר דין. ובתשובות הרשב"א סימן אלף קי"ג כתוב בשם רבינו האי שאם אחר שפסקו הדין הלך החייב ונתלה בשלטון כדי שלא לפרוע עומדים אחרים ופושרים ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט.

14. **תוספות סנהדרין שם:** ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה שרי למימר להו (מותר לומר להם) לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה.

15. **סנהדרין שם:** מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה, מצוה למימרא להו: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו.

16. **רמב"ם, הלכות סנהדרין כב, ה-ו:** מצוה לומר לבעלי דינים בתחלה בדין אתם רוצים או בפשרה, אם רצו בפשרה עושין ביניהם פשרה, וכל בית דין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח, ועליו נאמר משפט שלום שפטו בשעריכם איזה הוא משפט שיש עמו שלום הוי אומר זה בצוע וכן בדוד הוא אומר ויהי דוד עשה משפט וצדקה בכל עמו... הוי אומר זה בצוע והיא הפשרה.

17. **רמב"ם, הקדמות הרמב"ם למשנה, מהדורת שילת, ירושלים תשנ"ב, עמ' מח:** צריך, אפוא, השופט להתחנך בכל מה שכוללת אותו מסכת אבות, מן המתנות בדינים, ומעוט חריצתם מהר, לפי שאם ימהר לחרץ – אפשר שיהיה באותו הדין דבר נסתר, כמו שיאמרו עליהם השלום: 'דין מרומה'. ולא יאריך הדין... וזה הוא אשר יקרא: 'ענוי הדין'. וירבה לחקור העדים, ויזהר בעת החקירה... ולא ילמד הטענות לבעלי הדין, וזה יקרא: 'עורכי הדין'... וילך ברב דיניו בדרך הפשרה. ואם יוכל השופט שלא לפסוק דין כלל אף פעם, אלא לפשר בין בעלי הדין – הנה מה טוב. ואם לא יוכל לפשר – אזי יפסוק הדין.

18. **מ' רוטנברג, יסודות דין הפשרה, עמ' 112:** בעוד שחז"ל ראו בו הליך שיש בו יתרונות חברתיים, מפני השלום והצדקה הכרוכים בו, רואה בו הרמב"ם הליך שיתרונותיו העיקריים נובעים מחסרונה של מערכת המשפט... הדין מוצג כאן כדבר שיש להמנע ממנו. נדמה לי, שאין זה מיותר לומר, שאף בנקודה זו סטה הרמב"ם מהכיוון של חז"ל, כפי שהוצג בפרקים הקודמים. לא תנא קמא, לא ר' שמעון בן מנסיא, ואף לא ר' יהושע בן קרחה, לא רמזו שמערכת המשפט לוקה בחסרונות כלשהן. התנאים הללו רק הצביעו על היתרונות הנוספים הגלומים בדרך הפשרה, אך ללא שלילת המשפט. על כן לא ניסחו את דבריהם באופן המבכר פשרה על פני הדין, מחמת חסרונו של האחרון, אלא רק משום מעלתה של האפשרות הראשונה. לעומתם, הרמב"ם מצביע על חסרונו של הדין, ומייחל למצב שבו לא יהיה צורך בכל מערכת המשפט העניפה, על הלכותיה ודייניה.

19. **טור חושן משפט יב:** ומצוה לדיין להתחיל להם בפשרה שיאמר במה אתם רוצים יותר בפשרה או בדין.

20. **ר' צבי הירש קאלישר, מאזניים למשפט ומשנה אחרונה, יב, ב:** שבזמן שיש צד עשיית הישר וטוב נגד הדין תורה מצוה רבה לרדוף אחר פשרה ועל זה אמרו לא חרבה ירושלים... אבל כשאין שום צד לזכות המתחייב אף לפני משורת הדין אז יש עול בפשרה שנוזק לזה חנם. על כן בתחלה עד שלא שמע דבריהם שיכול להיות שיהיה מן הסוג שיש עול בפשרה על כן יהיו שקולין כדעת מהר"ל רק שיפתח בשאלה, ואחר שמעו דבריהם ויראה הדיין שיש צד זכות לזה שמתחייב, מפאת הישר וטוב, אז יתאמץ בפשרה כסמ"ע.

21. **שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, סימן יב, סעיף ב:** "מצוה לומר לבעלי דינים בתחלה: הדין אתם רוצים או הפשרה; אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח. במה דברים אמורים, קודם גמר דין, אף על פי ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע. אבל אחר שגמר הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם. אבל אחר, שאינו דיין, רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב דין הקבוע למשפט. ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה".

22. שלטי גיבורים (ר' יהושע בועז ב"ר שמעון לבית ברוך, ספרד-איטליה המאה הט"ו), סנהדרין, דף א ע"ב מדפי הרי"ף, אות א: בספר "שלטי גיבורים" נאמר, שמגבלת בית הדין להביא לפשרה היא דווקא ביושבו כגוף שיפוטי שבסמכותו לכפות דין או פשרה. אך לא כן הדבר אם הוא מביא ליישוב הסכסוך בלא הפעלת כל לחץ על מי מהצדדים לו, "ובלבד שלא יהא שום צד הכרח בדבר אלא פיוסים ופיתויים, וזו היא מצוה גדולה והבאת שלום שבין אדם לחבירו וכך היה עניינו של אהרן, אוהב שלום וכו'".

23. שו"ת מהר"ש מוהליבר, ירושלים תש"מ, חו"מ, סי' ט, דף שכח ע"א: "המנהג פשוט בכל בית דין שבישראל, שאם רואים לאחר הפסק שיוכלו לבוא מזה לידי קטטה ומריבה, ואפשר גם לסירוב וביטול הפסק דין בכללו... מפייסים את הבעל דין שיוותר מה לבעל דינו וכל אישר על מקומו יבוא בשלום".

24. אבות דרבי נתן יב, ג-ד: "אוהב שלום" כיצד? ... שני בני אדם שעשו מריבה זה עם זה. הלך אהרן וישב אצל אחד מהם. אמר לו: בני, ראה חברך מהו עושה: מטרף את לבו וקורע את בגדיו. אומר: אוי לי, היאך אשא את עיני ואראה את חברי? בושתי הימנו, שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו. והולך אהרן ויושב אצל האחר, ואומר לו: בני, ראה חברך מהו עושה: מטרף את לבו וקורע את בגדיו. אומר: אוי לי, היאך אשא את עיני ואראה את חברי? בושתי הימנו, שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו. וכשנפגשו זה בזה, גפפו ונשקו זה לזה. לכך נאמר: "ויבכו את אהרן שלושים יום כל בית ישראל" (במדבר כ, כט). מפני מה בכו ישראל את אהרן שלושים יום, אנשים ונשים? מפני שדן אהרן דין אמת לאמתו, מימיו לא אמר לאיש: "סרחתי", ולא אמר לאשה: "סרחתי". לכך נאמר: "ויבכו את אהרן שלושים יום" (שם).

25. הבאת שלום בין איש לאשתו – גישור במשפחה: תמ"ש (הקריות) 10780/05 ח"ע נ' היועהמ"ש (לא פורסם):

"הפניתי את הצדדים ליחידת הסיוע, כאשר התסקיר והודעת המדינה הועברו לעיונה של עו"ס יחידת הסיוע. עו"ס יחידת הסיוע נפגשה עם בני הזוג ודיווחה "שניהם נחושים בדעתם לבצע את הבדיקה כדי שהאמת תצא לאור, כל אחד על פי תפיסתו". בדיון שקיימתי ניסיתי לדבר על לב הצדדים ולהניאם מבירור תביעתם, אך המבקש עמד על תביעתו ואליו הצטרפה המבקשת, אם כי, בלשון רפה. על חשיבות הליכי גישור במשפחה נעזרתי במאמרם של הרב עו"ד יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני "הגישור במשפט ובדיני המשפחה במקורות המשפט העברי": -

"... בסידורי התפילה מובאים דברי המשנה בנוסח הבא: "...והבאת שלום בין אדם לחברו ובין איש לאשתו". אין ספק כי המשימה להביא שלום בין איש לאשתו הינה בעלת מעמד מועדף, כשהקב"ה כביכול מוותר מכבודו. במיוחד נאמר הדבר במקרים של משבר בקשר הזוגי על רקע חשדות לקשר רומנטי של בן הזוג עם אחר... גם בעניין זה, נמצא מדרש המתאר את הישגיו של אהרן הכהן בגישור משפחתי: "כמה אלפים היו בישראל שנקראו שמם אהרן, שאלמלא אהרן לא בא זה [צ"ל לא באו] לעולם, שהיה משים שלום בין איש לאשתו ומזדווגין זה עם זה והיו קורין שם הילוד על שמו".

מתוך פרק ה' לחווה"ד, והאסמכתאות המובאות שם, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע)".

26. נוהל הצעת הפשרה בבתי הדין הרבניים בישראל – תקנה 13 לכללי אתיקה לדיינים, התשס"ח-2008:

(א) דיון המציע פשרה או העברה של ההליך לגישור או לבוררות, לא יכפה דעתו על בעלי הדין, ויוודא שבעלי הדין יודעים כי אי-קבלת הצעתו לא תשפיע על הליכי הדיון שלפניו; אין באמור כדי למנוע מבית הדין לפסוק בדרך של פשרה בהתאם לכללי ההלכה.

(ב) בהתנהל שיג-ושיח לפשרה יסייע דיין בידי בעלי הדין, ובלבד שהדבר ייעשה תוך שמירת כבודו של בית הדין.

(ג) כדי להביא לפשרה, רשאי דיין בהסכמת בעלי הדין ובהסכמת מורשיהם, להיוועד בבית הדין עם כל בעלי דין בנפרד, ובלבד שבעל הדין שכנגד נמצא ככל האפשר בסמיכות מקום לאולם הדיונים והתוועדות דומה תיערך גם עמו, וכן שבעת ההתוועדות לא יישמעו טענות שדין להתברר במעמד שני בעלי הדין.

## חלק ב: גבולות הפשרה במקורות המשפט העברי

### א. מקרים בהם סטיה מן הדין אינה ראויה

**1. רבי יוסף אישקאפה [איזמיר, המאה ה-17] ספר ראש יוסף, הלכות דיינים, יב, יד-טו:** וכל דיין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח – כיוון שעושה פשרה והוא היה חייב מנה ואינו פורע אלא חמשים הרי משפט שפורע וצדקה שנשארו לו חמשים אחרים. אבל קשה דאי הוי צדקה לזה שמרויח, לחברו שמפסיד הויא צעקה ואם כן נהפך לו משפט למספח. ויש לומר דגם לזה הויא [=הרי הוא] משפט וצדקה דאי לא יעשה פשרה זה שאומר שאינו חייב לו כלום ילך לו, ויפסיד המלוה כל ממונו. ואם כן הוי משפט שפרע מחובו והויא צדקה דאי לאו הפשרה לא היו נותנים לו כלום... אבל נראה דאיכא למידק [=שיש לדייק] קצת דאיך קאמר דכל דיין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח דאני אומר דאף מכשיל את העם דכל מי שיהיה לו דין עם חברו יעשה לבקש טענות ותואנות וצדדים כדי שיעשו לו פשרה כדי שישתכר החצי או יותר ממה שלוה ונמצא הפשרה היא שיעשה לזה שיגזול לחברו. ואולי כיון דפשרה תלויה גם כן בבעלי הדין אם ירצו בה לא שייך לומר מה שאמרת. ואינו נח לי דזה דחברו מכחישו יתיירא מלהפסיד הכל וכמו שכתבתי ויעשה פשרה... וגם איכא לדקדק כיון דבעשיית הפשרה לעולם יש בה גזל ודאי דאם אדם טען על חברו מנה הלוייתך והוא כופר הכל או מקצת ובא הדיין לעשות פשרה בהכרח חד גזול לחברו ואם יעשה את הדין כדינו אפשר שיעשה מה שהוא אמת... אבל הפשרה לעולם חד נוטל ממון חברו שלא כדין ואולי דהוי כמו שכתבתי לעיל... דכיון שעושה פשרה ודאי מחיל ואין כאן אם כן גזל.

**2. רבי מלכיאל טננבוים [פולין, המאה ה-19] שו"ת דברי מלכיאל חלק ב סימן קלג:** דהנה ידוע דרך הדיינים שמצדדים תמיד לפשר בכל דבר אשר יבוא לפניהם. והנה כשיבוא אחד לפני בית דין ויתבע את אחד שגנב אצלו או גזלו בפרהסיא והדבר ידוע שאמת אתו, ורוצה שישלב לו את גזילתו. והדיין יאמר לעשות פשרה ביניהם הלא כל השומע יצחק לו באמרו כי לא די שאין קונסין אותו בעד גניבתו ועל שציער את חברו עוד רוצה הדיין שישאר מן הגזילה תחת ידו ויהא חוטא נשכר. ופשרה שייכת רק היכא [=כאשר] שכל אחד מהם חושב שהצדק אתו ואינו רוצה כלל לגזול את חברו בזה יש מקום לפשר ביניהם... במי שעושה פשרה בין גזלו גמור לנגדו הרי זה מורה שגזילה אינו עול גדול בעיני הפשרן אחרי שנותן במקצת צדק לפעלו ועל ידי זה הוא מנאץ ומרבה גזלנים.

**3. סנהדרין ו ע"ב:** נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע. על פי פירוש רש"י – שהדיין כבר אמר 'אישר פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי'.

**4. אור זרוע, חלק ד, פסקי סנהדרין ו ע"ב:** מיהו מה שפרש"י זצ"ל... לא נהירא [=לא ברור] אף על גב דלשון התלמוד מוכיח כן. מכל מקום לא מסתבר למימר הכי [=לומר כך] דכיון שנתגלה להם לגמרי איך יגזלו את ממונו.

**5. תיק 925/לג פסקי דין רבניים, חלק י, עמ' פה:** ואין לתמוה שבתור פשרה מקבלים אנו את הצעת האשה מבלי להתקרב להצעת הבעל כלל, שכבר בארתי בספרי דיני ממונות... שמהותה של פשרה היא לא סתם לפסוק בין טענות התובע והנתבע, אלא לעמוד על הדין להיכן שורת הדין נוטה, ולפעמים יש לפסוק לגמרי כתביעת התובע או הנתבע.



6. מאירי לסנהדרין ז ע"א: אף על פי שהפשרה נבחרת לעניין דיני ממונות. לעניין איסור אינו כל... הוא שאמרו לא נאמר מקרא זה ר"ל ובוצע ברך נאף ה' אלא כנגד אהרן... מוב שאעשה להם העגל ואפשר שיהא להם תקנה בתשובה.

7. רמב"ם, הלכות חובל ומזיק ג, ו: מעשים אצלנו תמיד בכך בספרד ויש תלמידי חכמים שהיו מוחלים על זה וכך נאה להם. ויש שתובע ועושין פשרה ביניהם. אבל הדיינים היו אומרים למבייש חייב אתה ליתן לו ליטרא זהב.

ב. פשרה בינרית במשפט הישראלי ובמשפט העברי [1/0]

8. ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה, פ"ד נג(1) 337, 346-347 (מפי השופט אילן):

**הבעיה:** עם חקיקתו של סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), תשנ"ב-1992, הוסמך בית-המשפט הדין בעניין אזרחי לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה, ובלבד שקיבל את הסכמתם של בעלי-הדין. האם מוסמך בית-המשפט הדין "על דרך הפשרה" לפסוק "בין לדין ובין לפשרה", כאמור במקורותינו? זו השאלה הניצבת בערעור שלפנינו. במילים אחרות: האם בית-המשפט שבעלי-הדין מסרו לו את ההכרעה במחלוקת שביניהם "על דרך הפשרה", כאמור בסעיף 79א הנ"ל, רשאי לפסוק במקום שהדבר נראה לו צודק, לפי הדין?

**השאלה העקרונית:** (א) האם עומדת בפני ערכאה שיפוטית הדנה "בדרך של פשרה" האפשרות לפסוק גם לפי הדין המהותי, או שמא נשללת אפשרות זו מניה וביה ובכל מקרה התוצאה צריכה להיות פשרה כלשהי בין עמדות בעלי-הדין? (ב) אפילו תאמר שקיימת אפשרות לפסוק על-פי הדין בדרך-כלל, אפשרות זאת לא קיימת כאשר התוצאה על-פי הדין היא שבעל-דין אחד יצא כש"מלוא תאוותו בידיו", ואילו בעל-הדין שכנגד יצא ו"ידיו על ראשו". במילים אחרות, האם בפסק-דין על דרך הפשרה לא ייתכן שתתקבל התביעה כולה או שתידחה התביעה כולה?

**התשובה:**

יש שפסיקה על דרך הפשרה מבוססת כל כולה על "כללי צדק טבעי" (הנשקלים במאזני המשפט), כגון פשרה המביאה בחשבון שיקולים מוסריים טהורים כמו גם עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלוש (ראה: דני"א 2401/93 נחמני נ' נחמני [4]), במיוחד בעמ' 694-697 בפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן ובעמ' 713-716 בפסק-דינה של השופטת דורנר וכן: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית [5], בעמ' 182), ויש ופשרה חופפת במלואה את הדין המהותי הנוהג.

**טיעון א:** פשרה מכאנית המבוססת תמיד על חלוקת מושא התביעה בין בעלי-הדין באופן של "מחצה על מחצה" – פסולה, משום שהיא שרירותית ובלתי סבירה, ומשום שאינה מביאה בחשבון את כל יסודות הסכסוך שבין בעלי-הדין.

**טיעון ב:** זאת ועוד: פסיקה בדרך של פשרה אינה מתייחסת אך לפן המהותי והיא יכולה להתייחס כל כולה למישור הפרוצדורלי ולדיני הראיות. ההסדר הקבוע בסעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] נועד "...להחיש את פתרון הסכסוך מחד, ולהקל מעומס ההתדיינות שבבתי המשפט,

מאידך" (ראה דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), תשנ"א 1991- , בעמ' 322). צדדים המפקידים את ענייניהם בידי בית-המשפט על-מנת שיפסוק בהם על דרך הפשרה, מבקשים לקצר את משך ההתדיינות ביניהם ומשום כך גם לא נקבעו סדרי דין ודיני ראיות להליך הפשרה (בניגוד להליך הפישור והבוררות). רוצה לומר, גם התדיינות שאינה מצריכה ניהול מסכת שלמה של הוכחות והבאת ראיות (כפי שהיה במקרה דנן), ואפילו כל כולה על-פי הדין המהותי, הינה בגדרה של פסיקה בדרך של פשרה.

### הישענות על המשפט העברי:

רעיון דומה לזה מצאתי במכמני המשפט העברי בתשובתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק (1865-1935), מייסד הרבנות הראשית ורבה הראשי האשכנזי הראשון של ארץ-ישראל. נקדים ונסביר כי על-פי הדין אין הדיינים יכולים לפסוק על דרך הפשרה אלא אם בעלי-הדין הסמיכו אותם לכך במפורש (ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן יא, ד"ה נראה [א] וכן: שו"ת מנחת יצחק, חלק ו, סימן קנח, ד"ה אמנם הבורר [ב]). כדי להתגבר על מצב זה וכדי שהדיינים יוכלו לפסוק גם פשרה במקום שהדבר נראה צודק נהגו למסור את הסכסוך לדיינים "בין לדין ובין לפשרה". כך נמנעה האפשרות לטעון נגד בית-הדין שעשה פשרה במקום לפסוק על-פי הדין. פעם התעוררה שאלה הפוכה, הסכסוך נמסר "בין לדין ובין לפשרה" והדיינים פסקו על-פי הדין. בתשובתו מתייחס הרב לטענתו של אחד "הפשרנים", הקובל על כך שהדיינים אשר שימשו כבוררים בסכסוך שהובא בפניהם פסקו על-פי דין תורה ולא "נטו אל דרך הפשרה". טענתו הייתה שהכוונה הייתה למעשה לפשרה. הרב השיב שהנוסחה "בין לדין ובין לפשרה" מסמיכה מפורשות לפסוק על-פי הדין, אך אפילו אם תאמר שבעלי-הדין ציפו לפשרה הרי:

"...מ"מ [מכל מקום – מ' א'] י"ל דכוונת בין לדין בין לפשרה היא שידונו הדיינים על שני האופנים, דהיינו שיבררו להם דרך הדין, ויראו אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב העניין, אז ישאירו הדין, ואם יראה להם שלערך הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם, אז יעשו פשרה..." (שו"ת אורח משפט, חו"מ, סימן א, ד"ה והנה בעניין [ג]).

אם לתרגם את הדברים ללשון בת-זמננו, הרעיון הוא, שבמקום שהדרך של "יקוב הדין את ההר" נראית נוקשה מדי בנסיבותיו של המקרה הנדון יש לפסוק על דרך הפשרה, אך בשום אופן אין לפסול פתרון צודק רק משום שהוא חופף את הדין המהותי. נראה לי שברוח זו יש לפרש את הנוסחה "על דרך הפשרה" שבסעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. פירושו של דבר הוא כי בית-משפט אשר בעלי-הדין מסרו לו הכרעה בסכסוך "על דרך הפשרה", אינו חייב לפסול את הפסיקה הנראית לו צודקת בנסיבות העניין רק משום שהיא "נגועה" בחיסרון שהיא חופפת את הדין המהותי. דברי השופט טירקל שם: ראה בית המשפט לטוב לפניו, ישקול רק – או, בעיקר – שיקולים שבדין; ראה לטוב לפניו, ישקול רק – או, בעיקר – אותם שיקולים נוספים. בתהליך ההכרעה רשאי הוא לאחוז באלה כמו באלה, במידה היפה בעיניו.

8. שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קמד: פשוט דהפשר בתקפו עומד דהא להדיא איתר בסנהדרין דף לב צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשר ופירש"י צדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף

את אחד יותר מחבירו. הרי דעיקר הפשרה תלוי בראות עיני הדיין לפי מראה עיניו ישפוט ואומדנא דלבו... אף אנו בנדון שלפנינו הדיינים יכולים לתרץ דבריהם שלדעתם וכפי ראות עיניהם היה לפני המדומה יותר צדק בדינו שמעון מראובן כדון שראו בטענותיהם שראובן אי אפשר לו לישבע על דבריו עד שצריך פדיון הרבה... ודבר המסור ללב הדיינים נאמר בו ויראת מאלהיך... הרי כל כמה דליכא [שאיין] בירור הטעות לא כל כמיניה [=אין בכוחו] לסתור כח הפשר.

**9. שו"ת מהרש"ל, סוף סימן לו:** ואפילו אם תמצוי לומר [=אפילו אם תוכל לומר] שקבלו עליהם בין לדין בין לפשרה מכל מקום פשרה זאת אינה פשרה דומה לפוטר מים טרם התגלע ריב אלא גובר מים והיא כגודא דגמלא להרבות מחלוקות בישראל, וכי לעשות פשרה לחייבו ולא לזכותו בלא שום צד שבעולם, פשרה כזאת גערה היא ועל זה נאמר בוצע ברך ניאץ ה' וכולי עלמא מודים לזה ועוד הלא לשון פשרה ממי יודע פשר הדבר כמו שדרשו רבותינו בברכות והיינו למצוא דבר הממוצע לפשר המחלוקת או הריבה.

**10. שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חושן משפט, סימן צח:** ועוד נראה שהדיינים שהובררו לדיינים עוותו הרבה ולא צדקו את דינם לשני הצדדים בשוה אלא נתנו כל תביעת האיש כאלו היא בגדה ושקה בו ואדרבא הוא נתן אצבע בין שיניה... ואף על פי שהדיינים לא קבלו עליהם לדון דין תורה אלא בפשרה מה שיראה בעיניהם. מכל מקום צריך לצדק את שני הצדדים ולא לחוב את הצד האחר לגמרי. וכדאמרין בפרק אחד דיני ממונות צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה ופרש"י ז"ל צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף את האחד יותר מחבירו... וכאן לא די שזה הוא שקלקל אלא שתשלם היא כל הקנס אם כן מה פשרה היא זו אילפו אם היתה היא החוזרת בה והיה מן הדין לשלם לא היתה חייבת יותר.

**11. שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קמה:** סתם פשר הוא מלשון פושרין לא קר ולא חס וכדאמרין דייני חצתא פרש"י דייני פשרה שחולקין הדבר והוא מלשון מחצה כן הוא על פי הרוב מכל מקום יש רשות בידי הפשרן לעשות לפי מהות הדברים לפשר ביניהם כפי ראות עיני הדיין רק שלא יצדד הדבר אחר אחד מהן יותר מחבירו בענין שיעשה שלום בין הצדדים וכדאיתא להדיא בפ"ק דסנהדרין דעיקר הפשרה אינו רק לעשות שלום בין בעלי הדיינים.

### **חלק ג: תוכן הפשרה ויחסה לדין המהותי**

**1. תוספתא בבא קמא ב, י:** "חמורים שרגליו של אחד מהם רעות אינן רשאי לעבור עליו נפל רשאי לעבור עליו היה אחד מהן טעון ואחד רכוב [מעבירין את טעון מפני הרכוב אחד טעון] ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הטעון אחד רכוב ואחד ריקן מעבירין את הריקן מפני הרכוב היו שניהן טעונין שניהן רכובין שניהן ריקנין עושיין פשרה ביניהן. וכן שתי ספינות שהיו באות זו כנגד זו אחת פרוקה ואחת טעונה מעבירין את הפרוקה מפני הטעונה שתיהם פרוקות ושתיהן טעונות עושות פשרה ביניהן".

**2. רבנו מנחם המאירי, בית הבחירה סנהדרין ה ע"ב:** קובע כי הפשרה מבוססת על סברתו של הדיין, "ואפילו הייתה אותה סברא רחוקה מן דין".

**3. שו"ת הרא"ש קז, ו:** לדבריו, לדיין "אין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו-במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות- פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה הדיין- בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה".

4. **תוספות הרא"ש סנהדרין ו,א ד"ה והכא :** את הפשרה 'עושיין בלא דין כל אשר יישר בעיניהם'.

5. **שו"ת מהר"י באסן, סי' קו :** "אין בפשרה טעות כלל, לומר [ש]אם טעה הפשרן ועשה הפשרה רחוקה מן הדין שיהא [הדין] חוזר, דסתם פשרה אפילו רחוקה מן הדין משמע... אלא ודאי אין לדיין (המפשר) עסק כלל עם הדין אלא לפי ראות עיניו".

6. **שו"ת חכמי פרובינציה ב, יד :** כאשר מבצעים פשרה "יש לנו לדעת היאך שורת הדין נוטה והיאך סוברים רוב הפוסקים, ולפי זה לראות אם יש עוד סברות אחרות מכריעות להוציא ממון בדרך פשרה".

7. **הרב שמעון זובער אנאליק, אורח משפט כה :** השאלה: "אם צריך לעשות הפשרה לפי הדין תורה ולמי שנוטה הדין תורה יותר, או יכול לעשות פשרה לפי דעתו, שרואה שיתקיים הפשר ויהיי שלום ביניהם", ומסקנתו היא, ש"ודאי עיקר מצות פשרה שיהא קרוב לדין תורה... אלא אם אי אפשר לפי העניין, יפשר כפי מה שיכול לפשר גם כן".

8. **הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אגרות ראי"ה א, קעו :** " כל חוק ומשפט שבעולם לא ימלא את כל הדרישות של כל הפרטים. חוקי דת ודין כמו חוקי הטבע הנם כוללים, החמה תצא בגבורתה ואם תקפח לפעמים על ראש איזה חיה או איש לא תחדל בשביל כך את אורה וחומה לכל. [אבל], כשם שאנו ממתיקים את מרירותם של חוקי הטבע... לא על ידי העברתם מהעולם כי אם על ידי תיקונים מלאכותיים... כן אנו משתדלים בכל עת צורך להיכנס בפשרה על פי רצונם של בעלי הדין, בייחוד שמדת המשפט חריפה לאיזה צד".<sup>1</sup>

9. **הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שו"ת אורח משפט חושן משפט סימן א :** "אמנם מה שטוען הבעל חוב המוקדם, שלא נטו הדיינים אחר פשרה, אע"פ שלכאורה אין בדבריו ממש, כיון שקבלו קנין בין לדין בין לפשרה אם כן הרשות ביד הדיינים גם לדין, מכל מקום יש לומר דכונת בין לדין בין לפשרה היא שידונו הדיינים על שני האופנים, דהיינו שיבררו להם דרך הדין, ויראו אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב העניין, אז ישאירו הדין, ואם יראה להם שלערך הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם, אז יעשו פשרה.

אם כן אין הקנין קיים כי אם כשעסקו הדיינים בענין פשרה, וראו בשכלם שאין כאן צורך לרדוף פשרה כי אם דין, אבל אם הדיינים לא עסקו כלל בענין הפשרה, יוכל המוחזק לטעון שהכונה היתה באמרו בין לדין בין לפשרה, שיעיינו הדיינים בשני הצדדים, דבאמת מקום הנטיה מהדין אל הפשרה תלוי או אם הדין מסופק לדיינים, דראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמיעצים לפשרה וביצוע במקום ספק, או מפני שאין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי אי אפשר יהיה להוציא אל הפועל, ויש לומר דזה גם כן נכלל בדין שאינו יכול להוציא את הדין חלוק מתחת ידו דסי' י"ב ס"ה.

והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב העניין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה, ואם כן הבעל דין המוחזק יכול לטעון שכונתו בקנין בין לדין בין לפשרה היתה על דרך האחרון, וזה אינו מתקיים רק אם הדיינים עסקו בענין הפשרה, והוסכם אצלם לבור כאן דרך הדין, אבל אם לא עסקו כלל בפשרה, יכול הטוען לטעון, אם הוא מוחזק על כל פנים, בביטול הדין.

מיהו אם עסקו בהערכת הפשרה, והסכימו שאין הפשרה דרושה כאן, והיינו ע"פ הכרעת שכלם, ואולי הדבר תלוי בדין שודא דדיינו, דלהסוברים דשו"ד הוא רצון הדיינים בלא י"ל דה"ה כשנאמר בין לדין בין לפשרה היינו ע"פ רצונם, א"כ א"צ כלל, אם ירצו, לעיין באיכות הפשרה, אבל אם נפרש שודא דדיינו בשקול דעת הדיינים, אם כן ישל לומר דהכי נמי היינו בשקול דעתם איך הדבר יותר נכון כאן הדין או הפשרה, אם כן צריך שיעיינו בצד הפשרה גם כן, ואם לא עיינו בפשרה, יש לומר שיכול לטעון ביטול הדין, והרי לפי דין השו"ע /חו"מ/ בסי' רנ"ג קיי"ל בשו"ד כד' רש"י והרמב"ם, אף שהגר"א בביאוריו צדד לקיים דברי תוס' ורא"ש וש"פ =ושאר פוסקים =

דפ"י דהיינו כפי מה שירצו, אי"כ י"ל דה"נ תלוי ברצונם, מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל כרש"י ור"מ ופסק השו"ע. ועוד די"ל דגם להרצון עצמו צריך שיהי' ידוע להם ערך הפשרה, דשמא אם הי' ידוע להם ערך הפשרה היו רוצים בה. על כל פנים אם עיינו הדיינים והסכימה דעתם לגמור ע"פ דין נראה שדינם קיים.

## נושא ארבע עשרה: אין דוחין נפש מפני נפש

### דחיית נפש מפני נפשות – האם עדיפים הרבים על היחיד? (יובל סיני)

#### א. השאלה: האם מותר לגרום למות האחד כדי להציל את הרבים?

ההלכה אוסרת הריגת אדם אחד כדי להציל אדם אחר (חוץ ממקרה של רודף). איסור זה מבוסס על הסברא של רבא: "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא דחברך סומק טפי [=מה ראית לאמור שדמך אדום יותר שמא דם חברך אדום יותר]". הרב קוק, שו"ת משפט כהן, סימן שיב, הכיר במגבלות של סברת רבא במקרה של הצלת רבים. הוא כתב: "שהרי ביחיד לגבי רבים השכל נותן דלא היתה ראויה להיות עומדת הסברא דמאי חזית, דודאי הרבים יותר חשובים מיחיד". וכן: "אבל עדיין לא נדע אם הדין כן ביחיד נגד רבים, כיוון דסברת מאי חזית ליכא [=אינה] כאן".

#### ב. הסגרה - המקורות הונלמודיים

1. משנה תרומות, פרק ח, משנה יב: נשים שאמרו להם עובדי כוכבים תנו אחת מכם ונטמא ואם לאו הרי אנו מטמאים את כולכם יטמאו את כולן ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל.
2. תוספתא תרומות (ליברמן), פרק ז, הלכה כ: סיעה של בני אדם שאמרו להם גוים תנו לנו אחד מכם ונהרגו ואם לאו הרי אנו הורגין את כולכם יהרגו כולן ואל ימסרו להן נפש אחת מישראל. אבל אם ייתדוהו להם כגון שייחדו לשבע בן בכרי יתנו להן ואל יהרגו כולן. אמר ר' יהודה במה דברים אמורים בזמן שהוא מבפנים והן מבחוץ אבל בזמן שהוא מבפנים והן מבפנים הואיל והוא נהרג והן נהרגין יתנוהו להן ואל יהרגו כולן. וכן הוא אומר 'ותבא האשה אל כל העם בחכמתה' וגו' אמרה להן הואיל והוא נהרג ואתם נהרגין תנוהו להם ואל תהרגו כולכם. ר' שמעון אומר כך אמרה להם כל המורד במלכות בית דוד חייב מיתה.
3. תלמוד ירושלמי תרומות, פרק ח, הלכה י [דף מה טור א]: תני סיעות בני אדם שהיו מהלכין בדרך ופגעו להן גוים ואמרו תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותנו ואם לאו הרי אנו הורגין את כולכם אפילו כולן נהרגין לא ימסרו נפש אחת מישראל. ייתדו להן אחד כגון שבע בן בכרי ימסרו אותנו ולא ייהרגו. אמר רבי שמעון בן לקיש והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי. ורבי יוחנן אמר אף על פי שאינו חייב מיתה כשבע בן בכרי. עולא בר קושב תבעתיה מלכותא ערק ואזל ליה [=היה מבוקש בידי המלכות הלך וברח] ללוד גבי רבי יושוע בן לוי אתון ואקפון מדינתא [=באו החיילים והקיפו העיר] אמרו להן אין לית אתון יהבין ליה לן אנן מחרבין מדינתא [=אמרו להם אם אינכם מסגירים אותנו אנו נחריב את העיר] סלק גביה רבי יהושע בן לוי ופייסיה ויהביה לון [=ר' יהושע גרם להסגרתו] והוה אליהו זכור לטוב יליף מיתגלי עלוי ולא איתגלי [=אליהו היה רגיל להתגלות אל ר' יהושע והפסיק להתגלות אליו] וצם כמה צומין ואיתגלי עלוי [=לאחר שצם כמה צומות חזר אליהו להתגלות אליו] אמר ליה ולמסורות אני נגלה? אמר ליה ולא משנה עשיתי? אמר ליה וזו משנת החסידים.

#### ג. הסגרה - שיטת הרמב"ם

4. רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה הלכה ה: נשים שאמרו להם עובדי כוכבים תנו לנו אחת מכן ונטמא אותה ואם לאו נטמא את כולכן יטמאו כולן ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל, וכן אם

**משפט ורפואה: הזכות להורות (פרשת נחמני)**

הערעור בבית המשפט העליון בפרשת נחמני

השופטת טובה שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין המרכזי המקובל על דעת הרוב, תמכה יתדותיה במקורות המשפט העברי.<sup>1</sup> ראשית היא דנה בעניין זכותו של הבעל לחזור בו מהסכמתו לביצוע ההפרייה מזרעו. בהקשר לכך היא מדגישה כי "גישת המשפט העברי לענין ההסכמה איננה אחידה. בעוד אשר בעבר לא היתה התייחסות ישירה לנושא ההסכמה בנסיבות שבפנינו יש התייחסות כזו בתקופתנו". וכאן מציגה השופטת את עמדתו של הרב שאול ישראלי, שהיה חבר במועצת הרבנות הראשית וחבר בית הדין הגדול, ואשר כתב חוות דעת "על הסכמה וחזרה בהריון ולידה דרך הפרייה במעבדה".<sup>2</sup> הרב ישראלי סבר, שיש לבעל אפשרות לחזור בו מהסכמתו. הרב ישראלי מבקש להחיל את הסיטואציה של פרשת נחמני את דיני פירוק השותפות. וכך הוא כותב:

"ומזה אני בא לדון גם על המקרה שלפנינו. שאם אמנם בהסכמת האיש והאשה למסור החומר המוצא מהם (הזרע של הגבר, והביצית של האשה) למבחנה לשם הפרייה ולשם המשך – להביא לידי הווצרות ולד, שיאמצוהו לשם גידול משותף, ע"י התקשרות עם איזה פונדקאית שתקבל על עצמה את המשימה הזאת... מאחר שהקמת השותפות הזאת בין האיש והאשה נעשתה בתנאים מסויימים, היינו שתיו בשלום ובשלום כאיש ואשה נשואים, שהוברר להם שזוהי הדרך היחידה שניתן להם לקבל ילד שהם הוריו הביולוגיים. משום זה נכנסו שניהם לתכנית זו שהיא רבת שלבים, וכרוכה בטרחה והוצאות מרובות, שהיו מוכנים לכל זה בגלל המטרה המשותפת".<sup>3</sup>

לאור זאת קובע הרב ישראלי כי בנסיבות המיוחדות של פרשת נחמני לא ניתן למנוע מהבעל מלחזור בו מהסכמתו:

"מעתה כשהאיש נפרד מהאשה והילד כשילוד (אם אכן יולד) שוב לא יגדל תחת קורת גג משותפת של האיש והאשה, ניתנת להיות מובנת התנגדותו למסירת החומר המופרה לפונדקאית על מנת שילוד מזה ילד כמתוכנן. ומכיון שחל שינוי מוחלט ממה שהיה בזמן קבלת ההתחייבות ההדדית, יש לראות זה "כאונס" כשטוען, שבכגון זה אין ההתחייבות יכולה עכשיו לחייבו, שלא על מנת כן התחייב. ואין לחייבו להסכים למסור החומר המוקפא להמשך התפתחותו, כרצון האשה, שטוענת שאצלה זוהי ההזדמנות היחידה והאחרונה שעל ידה יכולה לזכות לילד, שיהיה בנה מבחינה ביולוגית. דאם אמנם עמדה זו מצד האשה ניתן להבינה אך נראה לעניות דעתי

שמבחינת ההלכה אין לכופ את הבעל שהוא השותף השני, שגם לו חלק ובעלות בחומר המופרה - להסכים למבוקש מטעם האשה.<sup>4</sup>

השופטת שטרסברג כהן הסתייעה אף בדעתו של הרב שלמה שלוש, אב"ד הרבני האזורי בחיפה, שבפני הרכב הדיינים שבראשותו, נידונה תביעת גברת נחמני לשלום בית. בהציגו את השאלה בדבר עתירתו של הבעל לתת צו האוסר השתלת הביציות המופרות בזרעו, באם פונדקאית, קבע הרב שלוש כי יש למנוע הפריה זו ולהענות לעתירת הבעל, וכי אין במניעת הפריה כזו משום איסור הריגת עובר.<sup>5</sup>

במסגרת פסק דינה נזקקת השופטת שטרסברג-כהן לעמדת המשפט העברי לא רק כתמיכה לעמדתה העקרונית לפיה יש להענות לעתירת הבעל, אלא אף לעניין השאלה התקדימית – המעמד המשפטי של ביצית מופרית. וכך היא כותבת:

"במקורות המשפט העברי הקדומים, לא נידונה ולא יכלה להידון סיטואציה של הפריה חוץ-גופית. ניתן להקיש על מעמד ביצית מופרית ממעמד העובר. קיימת אבחנה בין המועד שממנו והלאה הפוגע בעובר כמוהו כפוגע באדם, והמועד שעדיו אין הדבר כך. בהלכה מוצאים אנו הפרדה בין קביעת זמן 'כניסת הנשמה מבחינה תאולוגית' לבין איסור הפלה מבחינה הלכתית. רבי מאיר אבולעפיה, מראשוני ספרד במאה השלוש עשרה כותב מחד שהנשמה נכנסת לגוף בזמן ההזרעה (יד רמה, סנהדרין, צא ב ד"ה שאליה אנטונינוס לרבי). בענין הפלת עובר המהווה סכנה לחיי אימו סובר הוא שהעובר לאו נפש הוא עד שיצא לאויר העולם (יד רמה שם עב ב, ד"ה אמר רב הונה: "אבל כל זמן שהוא בפנים, לאו נפש הוא ולא חסה עליו תורה" (וכן גם ברש"י, שם)). רב חסדא אומר כי עד ארבעים יום להריון העובר הוא "מיא בעלמא" (יבמות ס"ט ב). לדעת רוב הפוסקים בני זמננו, אין ביצית מופרית מצויה בשלב בו חל איסור "הפלה". גם לדעת מיעוט הפוסקים הסוברים שאיסור הפלה חל גם על שלב מוקדם של ההריון, ספק אם כולל איסור זה איסור השמדת ביצית מופרית בטרם הושתלה לרחם אשה. (לענין איסור הפלה ראה ד' סינקלר, "איסור הפלה" שנתון המשפט העברי ה' 177; א. שטיינברג "הפלה מלאכותית לאור ההלכה" אסיא

אי, 107, וכן מאמרו של הרב עובדיה יוסף המופיע שם בעמ' 78.<sup>6</sup>



מקור	הדעה	תוכן	הערות
<b>פדיון שבויים</b>			
<b>חשיבות פדיון שבויים</b>			
בבלי, בבא בתרא, ח"ב.	הכי קשה במדרג העינייים.	מצוות פדיון שבויים מצווה גדולה וחשובה לומדים את זה מירמיהו ט"ו השבי הוא הכי קשה במדרג לפי הפסוק ולכן יש לפדות שבו.	אשר "למוות..לחרב..לרעב..לשבי
תוספות, בבא בתרא, ח' ב', ד"ה "פדיון".	מובן מאליו כי מצוות פדיון שבויים חשובה.	לא היה צורך כי מובן מאליו שמצוות פדיון שבו היא מצווה גדולה וחשוב יותר מנשיאת אישה ולימוד תורה.	התוספת מעלה שאלה: ידוע כי מותר למכור ספר תורה רק במקרה שיש צורך לכסף לנידוניה או לימוד תורה. אם מצוות פדיון שבו היא כל כך חשובה למה לא הוזכרה בעניין זה?
רמב"ם, הלכות מתנות עניים, ח' י"ב.	מצווה חשוב מבחינה מוסרית וערכית.	הרמב"ם מוסיף כי אם עומדת האופציה לבחור בין לממן עני או לפדות שבו יש לפדות את השבוי.	המסקנה – מצוות פדיון שבויים היא חשובה הן מבחינה מוסרית והן מבחינה ערכית.
שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנ"ב, ג.	שווה ערך לשפיכת דמים	אסור להתמהמה בפדיון השבוי. אם מתמהמהים אזי כאילו שפכנו דמים.	
<b>האם מותר לפדות שבו בכל מחיר? / בכל תנאי?</b>			
בבלי, גיטין, מה, א.		א. "אין משלמין יתר על המידה מפני אין לשלם על שבו יותר משנהוג לשלם, מפני תיקון עולם", הכוונה: 1. נימוק כלכלי – כדי לא לגרום נטל על החברה ולהשפיע על הציבור. 2. נימוק בטחוני – כדי שלא ניתן המקור מביא את המקרה של לוי בר דרבא שפדה את אשתו יותר מהנהוג כי היה לו כסף וזה לא היווה טורח על הציבור. חכמים הסכימו עם זאת ולכן <b>ביקורת</b> : רב איב"י – אומר כי מדובר במקרה ספציפי ולכן לא ניתן לאמור כי ב. "ולא מבריחין שבויים מכוח תיקון יש שתי גישות לעניין הברחת שבויים: 1. הברייתא – לא מחליפים/מבריחים שבויים אלא בצורה מסודרת כדי שלא לפגוע בשבויים עתידיים בכך שהשובים מנגד, הרמב"ם אין להתחשב בשבויים עתידיים אלא בשבויים שישארו 2. רשב"ג - לא מחליפים/מבריחים שבויים בגלל תקנת שבויים, משמע בגלל שיעשו כך יפגעו בשבויים האחרים נפקות להבחנה בין 2 הנימוקים: <b>אם מדובר בשבו אחד:</b> הברייתא - לא נותיר את ההברחה כי עדיין הדבר יפגע בשבויים עתידיים. רשב"ג - לא עולה בעיה כי השובים ממילא לא יכולים לפגוע בשבויים אחרים כי יש רק אחד.	בכל מקרה יש לציין כי אם השובים מבקשים מחיר ראלי, חייבים לשלם את המחיר הזה, כי חיי אדם קודמים לכל.
רמב"ם הלכות מתנות עניים ח' י"ב+שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנ"ב, ס' ב'			
<b>האם אפשר להבחין בין שבו אחד לאחר בנוגע לפיצוי שנשלם עליו?</b>			
בשיעור	חיילים	יש לציין כי חייל שיוצא למלחמה הוא יודע שאם יקרה לו משהו יעשו הכול לשחרר אותו. לכן לגבי חיילים ההנחה היא כי המחיר הוא בלתי מוגבל.	חיילים הם בשרות המדינה ולכן הדבר נחשב כאילו המדינה פודה את עצמה- המדינה יכולה לשלם כל הון כמו שאדם יכול לשלם עבור עצמו כל הון
בבלי, גיטין, נ"ח, א'.	תלמיד חכם שווה יותר.	ניתן לראות כי כשמדובר בשבו שיש לו פוטנציאל להיות תלמיד חכם יש לשלם עליו יותר מן הרגיל.	"דמו של תלמיד חכם סמוק יותר מדמו של אחר".
ירושלמי, הורות, פרק הלכה ד'.	שבו שעבר התעללות (מינית) שהיא בגדר קלון	אם מדובר בשבו שעבר התעללות שהיא בגדר קלון, משלמים יותר מן הנוהג ואין נפקות אם מדובר בתלמיד חכם אם לאו.	
רא"ש, כתובות פרק ד סימן כ"ב, ד"ה: תנו רבנן	אשת איש מותר לשלם עליה יותר	אשת איש נחשבת כחלק ממנון "כי אשתו כגופו" ולכן ניתן לפדותה בעבור כל הון כמו שאותה יכול לפדות את עצמו באותו הון.	