

נושא ראשון:**לקט מקורות לשיעור בנושא:****חובת הצלה: "לא תעמוד על דם רעך"****א. משפט ישראלי:**

למה צריך חוק כזה? בספרות הישראלית דובר על כך. התשובה היא שיש הבדל בין חובה מוסרית לבין חובה משפטית. יש הבדל בין חוק ונורמה חוקית לבין נורמה מוסרית. אם לא הייתה את החקיקה, חובת ההצלה הייתה נגזרת מחובה/ נורמה מוסרית. אבל יש הבדל בין נורמה מוסרית לבין נורמה חוקית.

1- אחד ההבדלים הבולטים הוא שאם אני מפר נורמה חוקית אז יופעלו נגדי סנקציות. אך אם אני מפר נורמה מוסרית, אין סנקציה. וזהו הבדל מהותי, ולכן המחוקק ראה צורך לקבוע בחוק גם את חובת ההצלה. אלא מה, המחוקק די סירס את המשמעות ההלכתית של החוק עצמו. החוק כמעט ולא דומה לציווי בתורה.

2- עוד לפני חקיקת החוק יש בספר החוקים הישראלי הוראות שלא הוגדרו כחובת הצלה אך הם במשמעות של חובת הצלה. לדוגמה- תאונת דרכים. מי שנקלע למקום תאונה- אסור לו לעזוב את המקום אלא הוא צריך להישאר ולהזעיק עזרה. הנורמה הזאת כשלעצמה הייתה קיימת, ובא המחוקק והחליט שיש צורך גם בחוק ספציפי "לא תעמוד על דם רעך" שהגיונו הוא – הצלת חיים. חיי אדם הם ערך עליון. הפגיעה בחיי אדם היא מעשה שההלכה מתנגדת לו בצורה די תקיפה. ולעניין זה לא משנה אם מדובר בחולה סופני ו אם מדובר במי שהתאכזב מחברתו ורוצה להתאבד.

הנורמה המחייבת הצלה מעוגנת בתפיסת העולם היהודית – ישראלית המקדשת את החיים, ולכן היא מטילה חבות משפטית על אדם להציל את הנקלע למצוקה. יש בכך גם היגיון פנימי. יש כאן עניין של ערבות הדדית.

האם יש חבויים מוגברות? האם יש מערכות יחסים בין בני אדם שיש חבות מוגברת אחד על השני להציל חיים? למשל- הורה וילד. האם יש על ההורה חובה להציל את ילדו? אם כבר לילד יש חובה להציל את ההורה.

1. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998**1. חובת הצלה והושטת עזרה**

(א). חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.

יש כאן לאקונה. או שיש לפרש את החוק או שהולכים למחוקק שיתקן את החוק. הלאקונה היא שהחוק לא מדבר על מצב שבו אדם לא רוצה לקבל עזרה. אם יש לאקונה- סימן שהמחוקק צפה את האפשרות שתהיה מציאות כזאת אבל הוא החליט שהוא מתעלם. כאשר אני נתקל בבעיית פרשנות- קודם כל אלך להצעת החוק.

מה יקרה אם אותו האדם שנקלע למצוקה לא רוצה להינצל? אסור לפגוע באוטונומיה של האדם. אם אציל אותו בעל כורחו אני עלול לקבל תביעה. התשובה היא- בהצעת החוק בס' 2 ב' כתוב שחובת ההצלה חלה גם כשהנפגע מתנגד לפעולת המציל. הרב חנן פורת שהציע את הצעת החוק, חשב על האפשרות שהניצול יתנגד להצלתו. הפסקה הזאת לא מופיעה בחוק, מדובר על הסדר שלילי. מכיוון שהמחוקק השמיט את אותה הפסקה מהצעת החוק, פירושו של דבר שהמחוקק אמר במפורש שאם הניצול מתנגד להצלתו- אין להצילו.

- מה קורה אם מדובר בעובר? לא מדובר באדם.

- מה פירוש הנמצא לנגד עיניו? , אם מתייחסים לתכלית – יש להניח כי לנגד עיניו זה לא רק שניתן לראות בעיניים.

- מה זה אירוע פתאומי? מתמוטט, נפגע בתאונה. ומה אם הדבר קורה בבית חולים?

- תנאי שלישי- סכנה חמורה ומיידית לחייו- מי קובע מהי סכנה חמורה? המציל.

- האם התנאים הם מצטברים? אם המחוקק כותב- כל אלה אז זה ברור. אם הוא לא כותב כמו במקרה שלנו והוא שם פסיק, השאלה למה הוא מתכוון? נראה שלא. שהתנאים לא מצטברים. המחוקק די נטרל את המקור שבמשפט העברי. לכאורה במשפט העברי אין תנאים.

(ב). המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לעניין חוק זה; בסעיף זה, "רשויות" - משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות.

- יש פה חוסר היגיון בין הרציונל שעומד בבסיס החוק לבין הכלתו. אם אני לא מיל מישוהו וכתוצאה מכך הוא מת- מגיע לי להיכנס לבית הסוהר, אך פה ניתן קנס.

2. החזר הוצאות ותשלומי נזק

(א). הוראות סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט - 1979, יחולו גם כאשר המזכה פעל מכוח חובתו על פי הוראות סעיף 1.

(ב). בית המשפט רשאי לחייב את מי שגרם לסכנה שהניצול נקלע אליה, לרכות את הניצול עצמו אם גרם לסכנה זו, לשפות את מי שהושיט עזרה בהתאם לחובתו לפי הוראות סעיף 1 על ההוצאות והתשלומים הסבירים שהוציא. לשפות = להחזיר. יש כאן בעיה. זה מתייחס למי שגרם לסכנה. מה אני אשם שהי נתן לו הקף לב? לכן בא ס' א- שלפי חוק עשיית עושר ולא במשפט- האדם שהזמנתי לו אמבולנס ירוויח על חשבוני.

3. שמירת דינים

בכפוף להוראות סעיף 2(א), אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהוראות כל דין.

4. עונשין

העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה, דינו - קנס.

2.א. הצעת חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ג - 1992 (הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בהצעות חוק 2398 מיום ו' בניסן תשנ"ה (4 באפריל 1995), עמ' 456)

2(ב). "חובת ההצלה חלה גם כשהנפגע מתנגד לפעולת המציל".

דברי הסבר:

הצעת חוק זה באה, איפוא, לעגן הלכה יהודית זו בחוק המדינה, ואף לשתף את המדינה באחריות- על ויישום של עקרונות מוסריים אלה, הן בתחום הממוני - בקביעה כי אם אין לניצול אפשרות לשלם למציל תשא המדינה בהוצאות ההצלה, והן בתחום הענישה - בקביעה כי מי שיימנע בודעין מלהגיש עזרה לנפגע הנמצא בסמוך לו צפוי לעונש של עד שנת מאסר.

אמנם אין מקובל בדרך כלל להעניש על עבירה המתבצעת באופן פסיבי ב"שב ואל תעשה". אך דומה כי "עמידה על הדם" באפס מעשה אינה רק עמידה פסיבית אלא יש בה ביטוי בוטה וחמור להתנכרות וזלזול בחיי אדם, ולפיכך ראויה היא לענישה הולמת במידת הצורך.

3.א. פסיקה

1. חופש הפרט ורצונו הם ערכים חשובים. בד בבד ערך חברתי חשוב הנו קדושת החיים. ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(4), 1, 16

2. במשפט הנוהג אין חובה כללית של הצלה. "חוק השומרוני הטוב" לא קיים (שימו לב: המצב המשפטי השתנה). אך ישנם "איים" של חובות הצלה ... המשותף למקרים שבהם הוטלה חובת הצלה בדין הוא קיומן של נסיבות מיוחדות הקושרות את "המועמד להצלה" עם "המועמד להציל". אלה נסיבות היווצרות "קירבה" במובן המשפטי, קירבה כזו המטילה חובת הצלה. ניתן ללמוד מכך שכאשר ישנה רמת מעורבות הולכת וגדלה בין אדם לחברו, כך גם גוברת הנטייה להטיל עליו חובת הצלה. זו אינה חובת הצלה כללית, אלא כזו הנובעת מהנסיבות.

3. המקיים את חובת ההצלה הקבועה בסעיף 1 לחוק זה עשוי להיות זכאי ל"החזר הוצאות ותשלומי נזק", בתנאים ובגדרים מסוימים, על פי סעיף 2 לחוק. אולם העילה לתשלום על פי חוק זה אינה חלה על המערערים, כפי שקבע בית המשפט המחוזי (פסקה 51 לפסק דינו). **מעשי תרומות הכליה, שבאמצעותם הושיטו המערערים עזרה רבת-חשיבות לקרוביהם, לא נעשו כלפי מי שנמצא "עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו".** קרובי המערערים היו שרויים, אכן, במצב בריאותי קשה, אך יציב בעיקרו; אין מדובר בהושטת עזרה לאדם הנמצא בסכנה חמורה ומיידית לבריאותו עקב אירוע פתאומי; כך קבע במישור העובדתי בית המשפט המחוזי, ולמעשה אין בענין זה מחלוקת
ע"א 8447/06 קופת חולים מאוחדת נ' איתמר היימן, 22/05/2011

ב. משפט עברי

ב.1. לא תעמוד על דם רעך: מהות, מקור והיקף החובה

א. שורש מצוה זו – ידוע, כי כמו שיציל האחד את חברו – כן חברו יציל אותו ויטייב העולם בכך, והאל חפץ בישוב ... ונוהגת בכל מקום ובכל זמן, בזכרים ובנקבות. **הספר בנוי ע"פ תרי"ג מצוות. בהקשר הזה ספר החינוך אומר שהבסיס של המצווה הזאת הוא שכל אחד יציל את השני. המצווה נוהגת בכל מקום.**

ספר החינוך, מצוה רל"ז

ב. מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר, או חיה רעה גוררתו, או ליסטיין באים עליו שהוא **חייב להצילו?** תלמוד לומר: לא תעמוד על דם רעך (ויקרא י"ט, ט"ז). והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אבדת גופו (רש"י: כגון נטבע בנהר מנין שאתה מצווה על השבתו?) מנין? ת"ל (=תלמוד לומר): והשבותו לו (רש"י: קרא יתירא הוא למדרש השב את גופו לעצמו). אי מהתם הוה אמינא ה"מ (=הני מילי) בנפשיה (רש"י: אם זה הרואהו יכול להצילו – יצילהו), אבל מיטרח ומיגר אימא לא? קמ"ל (=קא משמע לך) (רש"י: לא תעמוד על דם רעך, לא תעמוד על עצמך משמע, אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעך). **כלומר, למספר התלמודי ברור שיש חובת הצלה. כל מה שהוא מנסה להבין זה מה מקורה. הוא לא חולק על הגישה שיש חובה להציל, יש לו ספק מה המקור. הוא עונה על השאלה ב"לא תעמוד על דם רעך" – נאמר שם בפסי' שיש חובת הצלה. אסור לי לעמוד מן הצד על דם רעי. שואל התלמוד שאלה- שכדי להבין אותה צריך לדעת שיש עיקרון שהוא נכון גם במשפט הישראלי. המחוקק לרבות המחוקק האלוהי איננו משליך את מילותיו לריק. אין מילה מיותרת בתורה, ולכן התלמוד שואל האם החיוב הזה יוצא מן "לא תעמוד על דם רעך" – נאמר שזה נלמד מ"השבתו לו" – אדם יכול לאבד ממון ולאבד את גופו או חלק מגופו. ע"פ תפיסת ההלכה, מחלה היא אבדת הגוף. יש הלכה שאומרת השבת אבדה. כלומר, אם אדם מאבד חלק מגופו- אז יש להשיב את האבדה. להביא רופא ולטפלו באבידת הגוף. ואם אנו מניחים שהמחוקק לא משמיט את מילותיו לריק למה צריך שני פסוקים? יש כפילות. זה לכאורה מיותר. התלמוד אומר – יש צורך בשני הפסי'. מהפסוק האחד- ככל שהדבר נוגע להשבת אבדה הדרישה היא פיזית. אדם יודע לשחות- צריך לקפוץ ולהציל את האדם בנהר. אדם שיודע להתמודד עם שודדים צריך לעזור לו. אך מה קורה אם משהו שלא יודע לשחות? על זה בא הפסי' השני לענות. אתה צריך להזעיק עזרה, חובת ההצלה ע"פ המקור הזה כוללת שני רכיבים.
1- הצלה פיזית, להציל באופן פיזי את גופו.
2- אם אתה לא יכול לעשות זאת-תזעיק עזרה.**

בבלי, סנהדרין ע"ג, א

ב.3. קדימות בהצלה: שנים מהלכין במדבר

ההצלה-

שושנה חלתה במחלה והטיפול היחיד שלא נוסה הוא השתלת מח עצם. סרקו את הדגימות ונמצא שרחל מתאימה להיות תורמת. אולם רחל מסרבת. היא טוענת שלקחו ממנה דם למאגר ויש לה רתיעה מדקירת מחט. כל נסיונות הישכנוע לא עוזרים. גם העובדה שהיא הסיכוי האחרון להצלת חיה של החולה.
עולות שתי שאלות:

נניח שבאה אלי המשפחה של שושנה לבקש צו שידרוש מרחל לתרום מח עצם. (תרומת מח עצם אינה פעולה מסכנת חיים) כך שהתורם לא בסכנת חיים.

1) האם ביהמ"ש יתן את הסעד המבוקש?
2) נניח לצורך הדיון שלנוכח הסירוב של רחל שושנה נפטרה. האם ניתן להעמיד את רחל לדין על גרימת מוות?

לפי המשפט הישראלי- לא ניתן לכפות על רחל לתרום מח עצם.. אפשר להסביר זאת בשני צידוקים: האוטונומיה של האדם

א) לפי סי' 8 לפסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שקובע: אין פוגעים בגופו של אדם.
ב) חוק זכויות החולה סי' 13-15, שכלל לא ניתן לכפות על אדם טיפול רפואי בהנחה שדקימת מח עצם הי אטיפול רפואי. מה שבטוח הוא שלא ניתן לבצע פעולה פולשנית בגוף אדם ללא הסכמתו. זה כנראה במשפט הישראלי.

לעומת זאת- הדעה של המרצה ההפיך הוא הנכון והוא מתבסס על הדין העברי, יש לאקונה ולכן צריך לפנות למורשת ישראל, קל וחומר שכאשר מדובר בהצלת חיים אין להיצמד לחוק היבש. טענתו מבוססת על המקורים הבאים:

י"ח. ההוא דאתא לקמיה (=שבא לפני) דרבא, אמר ליה: מרי דוראי (רש"י: מושל עירי). אמר לי: זיל קטליה לפלניא (=לך קטול את פלוני), ואי לא - קטלינא לך. - אמר ליה: ליקטלוך ולא תיקטול. **מאי חזית דדמא זידך סומק טפי? דילמא דמא דהוא גברא סומק טפי (רש"י: כלומר: כלום באתה לישאל על כך אלא מפני שאתה יודע שאין מצוה עומדת בפני פיקוח נפש, וסבור אתה שאף זו תדחה מפני פיקוח נפש, אין זו דומה לשאר עבירות, דמכל מקום יש כאן אבוד נפש, והתורה לא התירה לדחות את המצוה אלא מפני חובת נפשו של ישראל, וכאן עבירה נעשית, ונפש אבודה, מי יאמר שנפשך חביבה לפני המקום יותר משל זה, דילמא של זה חביבה טפי עליו, ונמצא עבירה נעשית ונפש אבודה).**
בבלי, פסחים כ"ה, ב

במקור י"ח מובא סיפור עם מוסר השכל: פלוני בא לפני הרבא ושואל אותו שאלה: השאלה היא: "אמר לי משה לעיל, לך להרוג את פלוני ואם לא, אהרוג אותך. כאן בא אדם- מאיים על ראובן שיהרוג את שמעון שאם לא כן, המאיים (האדם השלישי) יהרוג את ראובן. מה צריך לעשות במקרה כזה?

השאלה המשפטית: האם מותר לראובן להרוג את שמעון?
אם ראובן יהרוג את שמעון חייב חשובי יותר, אם ראובן מסרב להרוג את שמעון- ראובן ימות ושמעון ינצל.

השאלה מבחינה משפטית: מה ראובן צריך לעשות? האם הוא צריך להקריב את חייו כדי להציל את חיי חברו או שמה חייך קודמים לחי חברך?

השיב לו הרב- תהרג ולא תקטול (לא תהרוג). הוא אמר לו את זה בצורה פאסיבית. ההגיון הוא שהוא אומר לו: מה ראית? שדמך שלך אדום יותר מדמו של אחר? שמה דמו של החבר סמוק יותר מדמך? כלומר- כאשר על כפות המאזניים אנחנו נדרשים להכריע בין חייו של א' לחייו של ב', אין ביכולתנו של בן אנוש להעדיף חיים. אדם לא יכול להכריע חייו של מי קודמים לחייו של מי.

מה ההגיון מבחינה משפטית?

אם ראובן הורג את שמעון- הוא מבצע מעשה רצח. אם הוא לא מבצע אז הוא ירצח, אבל הוא לא ירצח ע"י יהודי אלא ירצח ע"י גוי. (מושל העיר- הוא גוי). אם הגוי הורג את ראובן- התוצאה תהיה שיש לנו הרוג. אם ראובן התוצאה תהיה שיש לנו גם עברת רצח.

כלומר- באיזון מבחינה הגיונית עומד רצח- כי הוא לא נחשב מבחינת היהדות כרצח, מצד שני לפי היהדות מדובר גם ברצח וגם בביצוע עברה (אם הורגים יהודי). מה שכתוב הוא שאם ראובן הורג את שמעון הוא עושה מעשה אקטיבי. אם ראובן לוקח את האקדח ויורה בשמעון אז הוא עשה מעשה רצח באופן אקטיבי כי הוא זה שגרם למותו של אדם במעשה. לא כתוב שאם ראובן לא יעשה את המעשה ונניח שהקצין יהרוג את שמעון- אז הוא מבחינה משפטית גרם למותו של שמעון (באופן פאסיבי). ההבחנה היא בעצם בין מעשה למחדל.

כדי להרשיע בעברה פלילית התביעה צריכה להוכיח שני ריכבים:

1) עשיית המעשה- אני עושה מעשה

2) כוונה- רציתי להרוג מתוך כוונה

כלומר- יש להבחין בין גרימת מוות במעשה לבין גרימת מוות במחדל. (במחדל צריכה להיות חובה שאני חדלתי שהייתה חובה ולא עשיתי אותה).

המסקנה היא שהרב אומר שלא יעשה כלום- שאתה לא תהרוג, מה שיקרה איתך אלוהים גדול (אולי אלוהים ירחם עליו).

מקור י"ט: כגון שמשליכם אותו על תינוק ונתמעך. כשאדם גדול מאיים על אדם אחר ודוחף אותו למטה, נניח ראובן הג'אבר נמצא על הגג עם לוי ומאיים עליו שאם הוא לא דוחף אותו הוא ירה בו ויהרוג אותו, הוא לא ימות אם ידחוף אותו לוי, אבל גם ראובן וגם לוי יודעים שבמקום הנפילה אם

הוא יפול נמצא תינוק שיטן ואם ראובן יפול על התינוק הוא יהרוג אותו. האם ראובן צריך להקריב את חייו ולא לאפשר להידחף למטה? או שיתן ללוי לדחוף אותו?

י"ט. ורוצח גופיה כי מיחייב למסור עצמו – הני מילי קודם שיהרוג בידים, **אבל היכא דלא עביד (=עושה) מעשה, כגון: שמשליכין אותו על התינוק ונתמעך, מסתברא - שאינו חייב למסור עצמו.** דמצי (=שיכול) אמר: אדרבא מאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי, דילמא דמא דידי סומק טפי? כיון דלא עביד מעשה **תוספות,** סנהדרין ע"ד, ב, ד"ה: "והא"

הספק הוא שראובן איננו עושה מעשה - הוא כמו אבן שלוי יזרוק על התינוק, ראובן כאן הוא פאסיבי.

כאן מגיעים להבחנה נוספת שנקראת: מבחן הכוונה מול מבחן התוצאה:

מבחן התוצאה הוא שהתינוק ימות

האם במבחן הכוונה נגיע לאותה תוצאה? התשובה היא לא. כי דמו של התינוק לא סמוק יותר מדמו של ראובן.

לכן, אם רחל מסרבת לתרום מח עצם, וכתוצאה מסירובה החולה נפטרה, ההיא גרמה למותה במחדל, היא לא עשתה כלום.

מקור כ': כ. ורוצח גופיה כי מיחייב למסור עצמו, הני מילי (=דברים אלה) קודם שיהרג בידים, אבל הכא (=כאן), היכי **דלא עביד מעשה** (=שאינו עושה מעשה), כגון שמשליכין אותו על התינוק ומתמעך, **מסתברא שאין חייב למסור עצמו**, דמצי אמר(=שיכול לומר): מאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי, דילמא דמא דידי סומק טפי כיון דלא עביד מעשה.

תוספות, סנהדרין ע"ד, ב, ד"ה: "והא אסתרי"

איך מסבירים את ההגיון של רבי עקיבא (שנים מהלכים במדבר - חייך עדיפים מחיי חברך), התשובה לכך היא שיש הבדל בין גרימת מוות במעשה או במחדל לבין גרימת מוות תו"כ פעולת הצלה עצמית. כלומר, בעל המימיה אין לו כוונה להרוג את חברו. (כוונה פלילית), הכוונה שלו היא להציל את עצמו, לכן אומר רבי עקיבא - רק במקרה המסויים הזה כאשר אדם מנסה להציל את חייו שלו - הוא לא חייב להציל את חיי חברו. (חייו קודמים). ישנה הבחנה בין גרימת מוות במעשה לבין גרימת מוות במחדל.

בנוגע לדוגמה של רחל - היא עובדתית גרמה למותה של החולה. אבל יש להבחין בין מבחן הכוונה לבמחן התוצאה. מבחינת התוצאה אין בעיה - ברור שהיא גרמה למותה, מבחינת הכוונה האם הייתה לה כוונה להרוג את החולה? התשובה לכך היא לא! האם בזה שאין לה חובה להרוג יש לה חובת הצלה?

האם אני צריך כוונה במחדל כדי לגרום למוות. האם היא לא הייתה צריכה לעשות משהו?

יש מצב שבו אדם גורם למוות של הזולת באחת משתי האפשרויות:

או במעשה או במחדל - לא עשיתי כלום אבל כתוצאה מכך מישוהו מת.

איך אני מחליט אם בכלל להעמיד לדין או לא להעמיד לדין? האם היא עברה על ההלכה או לא עברה על ההלכה?

יש לכך שתי גישות:

1) רצח הוא רצח - מה שמעניין אותי הוא מבחן התוצאה. יש לפני גופפה מה זה משנה איך גרמתי למוות.

2) יש גישה שאומרת שאני לא בודק את התוצאה כי היא ברורה - אני בודק את הכוונה. רבי עקיבא אומר להציל את עצמך. יש לכך שתי משמעויות: מה ההגיון של: חייך קודמים. בן פטורא אומר שיש אפשרות תיאורטית אם שניהם ינצלו. רבי עקיבא אומר שעדיף שאחד יחה בוודאות. המחלוקת בין רבי עקיבא לבן פטורא: האם עדיף הסיכוי להציל אחד ואחד ימות בוודאות - או לקחת את הסיכון. (ואז או ששניהם ינצלו או ימותו). ההלכה היא לפי רבי עקיבא -

ההגיון הוא מבחן הכוונה. אותו אדם שנופל על אדם אחר הוא בעצם כמו אבן - או כלי. אם ידחפו אותו הוא לא צריך להקריב את חייו, אם הוא יקפוץ לבד הוא כן יואשם ברצח.

כ"ג. תני: סיעות בני אדם שהיו מהלכין בדרך ופגעו להן גוים ואמרו: **תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותו** ואם לאו הרי אנו הורגין את כולכם, אפילו כולן נהרגין - לא ימסרו נפש אחת מישראל. **ייחדו להן אחד** כגון, שבע בן בכרי - **ימסרו אותו ולא ייהרגו**. אמר רבי שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי.

ירושלמי, תרומות פרק ח, הלכה ד

כלומר, יש סיטואציה בה מהלכת קבוצת אנשים, תוקפים אותם שודדים או אחרים והם מאיימים עליהם, או שתיתנו לנו אחד מכם או שנהרוג את כולכם.

המסקנה שהתלמוד נותן: אסור להסגיר אחד המקבוצה אפילו אם כולם ייהרגו. התשובה היא: כל אחד מהקבוצה יכול לטעון כלפי חברו, מי אמר שדמך סמוק מדמי - כל אחד מתוך הקבוצה. כל אחד

ואחד יכול לפנות לחברו ולומר לו תסגיר אתה את עצמך, למה אני צריך להסגיר את עצמי. אם כל אחד מול השני אף אחד לא יכול לטעון שדמו סמוק יותר. אבל אם מציגים כאחד מול חמישה? אבל אם נקבו בשמו של אחד מהם, כגון: שבע בן בכרי, ימסרו אותו ולא יהרגו.

יש כאן מחלוקת בין רבי יוחנן ור' לקיש- האם די בכך שנקבו בשמו של אחד מהם? שבע בן בכרי מרד במלך דוד- דוד נתן הוראה לתפוס ולהרוג אותו. אז הוא ברח לעיר אחרת ודוד המלך צר על העיר הזאת ואמר להם שאם הם לא יסגירו את שבע בן בכרי הוא יהרוג את כולם. הייתה אישה חכמה שתפסה את שבע בן בכרי והרגה אותו והשליכה אותו ודוד הסר את המצור.

1) לפי גישה אחת- שבע בן בכרי זה לנקוב בשם אדם.

2) שבע בן בכרי היה חייב מיתה בכל מקרי- זה דין מורד.

לפי רבי יוחנן מספיק להסגיר על ידי נקיבת שם.

לפי ר' לקיש- צריך גם לנקוב בשם וגם שיהיה חייב מיתה.

ההשלכה לימינו יכולה להיות שנגיח שנקבו בשמו של אחד מהם אבל הוא לא פצוע אנוש שלא יכול לשרוד, האם אפשר להסגיר את הפצוע האנוש שלא יוכל לשרוד? או שאני אומר שהוא לא ישרוד אז נסגיר אותו.

כ"ג. תנני: סיעות בני אדם שהיו מהלכין בדרך ופגעו להן גוים ואמרו: **תנו לנו אחד מכס ונהרוג אותו** ואם לאו הרי אנו הורגין את כולכם, אפילו כולן נהרגין - לא ימסרו נפש אחת מישראל. **ייחדו להן אחד** כגון, שבע בן בכרי - **ימסרו אותו ולא יהרגו**. אמר רבי שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי.

ירושלמי, תרומות פרק ח, הלכה ד

כשאני אומר לך או שאתה אומר או שאתה נהרג, אפשר להגיד דמו של מי סמוק יותר. אבל אם זה אחד מול חמישה זו שאלה אחרת...

הכלל הזה עובד כאשר כל אחד ואחד מחברי הקבוצה יכול לטעון כלפי חברו: מי אמר שדמך סמוק יותר משלי? כל פעם זה אחד מול אחד. זה רק כאשר לא נקבו בשם ספציפי. אולם, אם נקבו בשם, יש מחלוקת:

1) יש דעה שאומרת שאם נקבו בשם זה מספיק. (אם לא יתנו את האדם הספציפי יהרגו את כולם) כדי להציל את האחרים- לפי ר' לקיש

2) יש דעה שאומרת שלא מספיק השם אלא שהוא יהיה חייב מיתה כמו שבע בן בכרי. שבע בן בכרי זה לא שם סתמי אלא אדם ספציפי שבכל מקרה היה הולך למות. השאלה כמה היה לוקח איתו לקבר... רבי יוחנן-אומר שלא! כי לא נקטו בשם סתמי אלא מדובר כאן באדם שבכל מקרה לא ישרוד את האירוע.

הוא דורש שני תנאים כדי להסגיר:

א) שינקבו בשם

ב) חייב מיתה

3) אם יש מקרה שאומרים תנו לנו אחד מכס בלי שם יש מחלוקת לא מוסרים אף אחד. (למרות שמבחינה לוגית עדיף לתת אחד מאשר שכולם יהרגו).

כ"ה. ואפשר לומר... שמה שאמרו, דשפיכות דמים 'סברא הוא' – אינו עיקר הטעם, דקבלה היתה בידם, דשפיכות דמים יהרג ואל יעבור, אלא שנתנו טעם מסברא להיכא דשייך, אבל אין הכי נמי, **דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא – הוי דינא הכי, דיהרג ואל יעבור.**

כסף משנה, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, י"ד

איפה שאתה יכול להשתמש בסברה של מי אמר שדמך סמוק מדמך תשמש אבל אם אתה לא יכול להשתמש אסור לך להקריב את חברך כדי להציל את חייך.

כ"ו. ואין צריך לומר בסיעה של בני אדם והיה ביניהם **טריפה** - שימסרוהו ואל יהרגו שהרי ההורג פטור.

בית הבחירה, סנהדרין ע"ד, ב

רבי מנחם המאירי: טריפה זה מושאל מחיה מבהמה. (שחיטה). יש בהמות שלא יכולות לשרוד אם יש להן מחלות מסויימות, אותו דבר אדם. דעתו היא שאם הוא לא יכול לשרוד (אדם חולה) אפשר להקריב אותו מתוך הקבוצה שנפלה בשבי. השאלה שלא התבהרה מהגישה שלו היא: נניח שיש 4 אנשים

א) מקרה שבו אומרים תביאו לי אחד מכס- לא יקריבו אף אחד.

ב) נקבו בשם- נניח ראובן:

1) ר' לקיש- ימסרו

2) ר' יוחנן רק אם נקבו בשמו של ראובן והוא חייב מיתה.

השאלה היא: עפ"י מנחם המאירי, אם יש טריפה ביהנם אפשר להסגיר. הכוונה לאדם שלא יוכל לשרוד. מותר להקריב אותו.

מה קורה אם נקבו בשמו של ראובן,, אבל שמעון הוא הטריפה? האם יסגירו את ראובן לפי ר' לקיש או שמותר לשמעון להתנדב כי הוא מימלא לא יחיה? – אין לכך תשובה. הסברה היא אם מותר להביא את שמעון במקום.

מצד אחד אפשר לטעון שהוא גם ככה עמד למות אז אם לשובים לא איכפת למה שלא יתנו לו להתנגב (במקום שיהרגו 4). בהצלת חיים אין הבדל בין הצלה של אחד או שניים או שלושה. (ההגיון אומר שאסור להקריב חיים בשביל להציל חיים).

ל. לכדתינא: שנים שהיו מהלכין **בדרך**, **וביד אחד מהן** קיתון של מים, אם שותין שניהם – מתים (רש"י: בצמא, שאין מספיק מים לשניהם), ואם שותה אחד מהן – מגיע לישוב (רש"י: וימצא מים). דרש בן פטורא: **מוטב** שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. **עז שבא** רבי עקיבא ולימד: וְחֵי אַחִיד עִמָּךְ - חייך קודמים לחיי חבריך.

בבא מציעא, ס"ב, א

השאלה המתעוררת היא האם בגג שבאופן מקרי אלד מהם מחזיק את המים זה מהווה לו קדימה בזכות ההצלה? לא כתוב במקור של מי קיתון המים. עולה השאלה אם הקיתון של ילד ומי שמחזיק בו הוא הדוד שלו, של מי הקיתון? למי זכות הקדימה במקרה כזה?

אם שניהם שותים שניהם מתים. אם אחד שותה הוא יגיע לישוב. -המים לא מספיקים לכולם אלא לאחד מהם. זה מסכת עובדתית ואלו הם הנתונים.

עכשיו השאלה היא כזאת:

א) הכוונה במילה מוטב- הוא המלצה (בן פתורא) ששניהם ישתו ואף אחד לא יראה את מות השני (ב) מוטב=הוראה, הנחייה.

מה ההגיון של בן פתורא? אם שניהם שותים, סביר להניח שהם ישרדו זמן מסויים ואולי בזמן הזה תבוא ההצלה. ואז הארכתי חיי שעה- כלומר חיים זמניים.

עד שבא רביא עקיבא: הפירוש הוא שההלכה הקדומה לפני רבי עקיבא הוא ששניהם שותים. עד שרבי עקיבא בא והפך זאת. רבי עקיבא אמר: חייך קודמים לחיי חברך ואמר: וחי אחיך איתך.

ל"א. וחי אחיך עמך'. זו דרש בן פטורי: שנים שהיו מהלכין **במדבר**, ואין ביד אחד אלא קיתון של מים, אם שותהו אחד - מגיע לישוב ואם שותים אותו שנים – שניהם מתים. דרש בן פטורי: ישתו שניהם וימותו, ושנאמר: **וחי אחיך עמך**. אמר לו רבי עקיבא: וחי אחיך עמך - חייך קודמים לחיי חבריך.

ספרא, בהר, פרשה ה

ראשית, יש הבדל בין דרך למדבר- מדבר יותר שכיח והסיכוי להצלה נמוך יותר.

בן פטורא דרש ששניהם ישתו וימותו " וחי אחיך עמך"- רבי עקיבא אמר לו "וחי אחיך עמך" כחייך קודמים לחיי חברך. במקור הראשון בן פטורא לא מביא רעיה – לא מביא פסוק והוא מסתמך על טענה מוסרית. במקרה השני הוא טוען טענה משפטית פורמאלית. שניהם מביאים פסוק.

המחלוקת היא בשאלה של קדימויות:

האם עדיפים חיי שעה- כלומר חיים זמניים של שני אנשים שאם ינצלו ישארו שניים בחיים או אם ימותו שניים ימותו- זוהי הגירסה של **בן פטורא**. הוא העדיף את הסיכוי ששניהם ינצלו.

או- שמה עדיפה שיטתו של **רבי עקיבא** שאומר: יש לי ציפור אחת ביד כלומר, אדם אחד בוודאי ינצל אבל השני בוודאי ימות, מה עדיף? **ספק ששנים או וודאות של אחד?**

ל"ה. דהא גבי משה דרשינן (סנהדרין דף ל"ו): אתך - בדומין לך. וי"ל (=ויש לומר): דדרשינן ה"י (=הכי נמי) **אתך שיהו טפלין לך**, כדרשינן (בב"מ דף ס"ב): וחי אחיך עמך, חייך קודמין לחיי חבריך ובבראשית רבה דריש: והיה לך ולהם לאכלה הם **טפלים לך** ואי אתה טפל להם.

תוספות, עבודה זרה ו, א, ד"ה: "השתא"

אני מחזיק את הקיתון לכן חיי חשובים יותר מחייך- ישאר איתך בחיים הכוונה.

אני מחזיק את הקיתון לכן חיי חשובים יותר מחייך.

הלכה פסוקה לפי רבי עקיבא

ל"ו. והכי דריש ליה בן פטורא לקרא וחי אחיך עמך, **כלומר, עמך יחיה**, שאם יוכל לחיות עמך – הרי טוב, ואם לאו – מוטב שימותו שניהם.

חידושי הריטב"א, בבא מציעא, שם, ד"ה: "מוטב"

אם הברירה היא אחד מכס- עדיף שתחיה מאשר שנים מתים

בן פטורא זה כלל מוסרי- אולם רבי עקיבא פועל לפי חוק.

נורמה מוסרית אם אתה עובר עליה- לא עברת על החוק.

בסופו של דבר ההלכה כיום היא לפי רבי עקיבא. הוא היה הומניסט גדול והיה אומר: ואהבת לרעך כמוך, אז איך יכול להיות שהוא יגיד חייך קודמים לחיי חברך?! אם הוא אמר קודם "ואהבת לרעך כמוך".

התשובה היא כזאת: יש הבדל כאשר אדם פועל להציל את חייו, ואגב כך תו"כ פעולת ההצלה העצמית הוא גורם למותו של חברו- זה הכלל החריג היחיד לפי שיטתו של ר' עקיבא. יש חריג לכלל שאומר שגם אם אתה גורם למותו של הזולת, אם אתה מציל את חיידך זה לא נחשב כהריגת הזולת אלא כהצלה עצמית. לכן, כשבעל הקיתון שותה את המים הוא הציל את עצמו ובדיעבד הורג את זולתו.

המבחן הוא מבחן הכוונה כאן.

*זה משלב עם כך שאני גורם למותו של הזולת במחדל- כלומר לא הצלתי אותו, לפי רבי עקיבא התשובה היא לא. כי הצלת את עצמך.

0.א) שניים הולכים במדבר, אמצעי ההצלה – המימייה הוא בידי אחד מהם, מה קורה כאשר אמצעי ההצלה בידי צד שלישי? לדוגמה: לחדר מיון מגיעים שני חולים ויש מיטה אחת. מנהל הטיפול הנמרץ יחליט למי לתת את המיטה, אמצעי ההצלה הוא בידי צד ג' שהוא מנהל המיון.

כאשר אמצעי ההצלה נמצא בידי צד שלישי, יש שתי דעות:

1) הוא יחלק את המים בין שניהם- מה ההגיון? אם אחד יקבל את המים הוא מימלא יצטרך להתחלק עם חברו.

2) יתן למי שסיכויי הצלתו טובים יותר- לפי מקור נ"ב. כלומר, אם אני צריך להחליט למי צריך לתת את המים אתן למי שסיכוייו להינצל טובים יותר.

ב) על שלוש עברות מחייבות מיתה- יהרג ובל יעבור: גילוי עריות, שפיכת דמים, עבודה זרה. כל היתר יעבור ועל יהרג. כלומר יש איסור למסור את נפשו. מה יהיה הדין כאשר שנים מהלכים במדבר, הגיעו למצב שצריך להחליט מי ישתה ומי שמחזיק במימיה וחברו מתנפל עליו, חוטף לו את המימייה מהיד שותה את המים וניצל, חברו מת. מה יהיה דינו? לפי מקור נ"ו. חייו מידי שמים. אלוהים יתחשב איתו בבוא העת.

ג) האויב ירה טיל, אם הטיל צפוי ליפול במקום א', האם אני יכול להסית את הטיל ואם אני מסית את הטיל יהרגו חברים שלך? לגבי השאלה הזאת יש לעניין במקור כ"ט. כלומר- זוהי פעולת הצלה.

נ"א. ונראה דאם יש לאחד מים ולפניו שני צמאים, נמי תלוי בפלוגתא דלבן פטורא יתן לשניהם וימותו שניהם, דהא אף אם יתן לאחד יתחייב לחלוק עם חברו. ואם אחד מהם קודם לחבירו כגוטן כהן ואינדך דתנן בהוריות י"ג הקודם זוכה. ואם שניהם שוין – נותן למי שירצה, ולבן פטורא אין נפקותא בכהן אלא במקום דלא שייך חיי שעה לשניהם, כגון פדיון שבויים והצלה מן הנהר, אבל בקיתון של מים – נותן לשניהם
חזון איש, בבא מציעא, ליקוטים סימן כ

נ"א.1. נראה, דראובן שיש לו קיתון של מים ושמעון ולוי צמאים, לכולי עלמא נותן לשניהם, שאם יתן לשמעון הרי לוי מת עכשיו ושמעון שומר מים למחר, ועכשיו אפשר להחיות שניהם, ולהכי צריך קרא דחייך קודמין אף לכהאי גוונא, וכמו דחייך קודמין אף שהוא הדיוט וחבירו חכם וכהי גוונא".
חזון איש, השגות על 'חידושי רבינו חיים הלוי' על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה ה, א.

לסיכום, סוגיית ההצלה כפי שהיא מצויה בדין העברי היא רחבה יותר ומקיפה מזו שמתמצאת בחוק: לא תעמוד על דם רעך.

חובת ההצלה באישה הנוטה ללדת: נעסוק בשאלת הקדימות.

האם כאשר הרופא נדרש להכריע את מי להציל, את האם או את הילוד, מהם הקרטריונים להחלטה?

במשפט הישראלי אין חוק הפסקת הריון. כל הנושא הוא חלק מדיני העונשין.

ס' 313 והלאה. הפסקת הריון על פניו נחשבת למעשה לא חוקי עם הפרצודורה מתבצעת בניגוד למה שכתוב בחוק.

יש חוק שקובע שלאישה יש זכות על גופה. – חוק שווי זכויות האישה ס' 6 א רבתי.

נושא שני: איסור הפסקת הריון
לקט מקורות (חלקי)

א. חקיקה

1.א. חוק העונשין תשל"ז – 1977:

313. איסור הפסקת הריון

מי שהפסיק ביודעין הריונה של אשה, בין בטיפול רפואי ובין בדרך אחרת, דינו - מאסר חמש שנים או קנס חמישים אלף לירות. כלומר- זה מלמד שאסור להפסק הריון באופן שרירותי, ביודעין.

314. הפסקת הריון באישור

לא ישא רופא נשים באחריות פלילית בשל הפסקת הריונה של אשה אם נתקיימו כל אלה:

(1). הפסקת ההריון נעשתה במוסד רפואי מוכר.

(2). ניתן מראש אישור בהתאם לסעיף 316. החוק הישראלי מתיר להפסיק הריון בשני תנאים.

316. אישור (תיקון: תש"ס) הוא קובע את התנאים הבאים:

(א). הוועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת

ההריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה: לוועדה יש שיקול דעת. ישנן 4 עילות

להפסקת הריון:

(1). האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה.

(2). ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין.

(3). הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי.

(4). המשך ההריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי.

(ב). לענין סעיף זה, "הסכמה מודעת" של אשה להפסקת הריונה - הסכמתה בכתב לאחר שהוסברו

לה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההריון; לענין זה הסכמתה של קטינה אינה

טעונה אישור נציגה. אסור ליידע את ההורים, אין צורך באישור הורים.

פירוש הסכמה חופשית-

1- התנאי הראשון הוא הסכמה חופשית,

2- והתנאי השני הוא שניתנה על סמך מודע- לאחר שקיבלה מידע.

317. הפסקת הריון במקרים מיוחדים.

לא ישא רופא מוסמך באחריות פלילית בשל הפסקת הריונה של אשה אם נתקיימה אחת מאלה,

ובלבד שניתנה על כך למנהל הכללי של משרד הבריאות הודעה מנומקת בכתב תוך חמישה ימים

לאחר המעשה:

(1). היה צריך להפסיק את ההריון מיד, לשם הצלת חייה של האשה או כדי למנוע ממנה נזק חמור

שאינו לתקנו. נשאלת השאלה- האם ניתן לכפות על אישה לבצע הפסקת הריון? ההריון מסכן ולא

התינוק. ההריון עצמו. לכאורה יש סתירה, החוק שותק לגבי אישה שמסרבת להפסיק את הריונה

אם העובר מסכן את היולדת, וחוק "לא תעמוד על דם רעך" אומר שאם הניצול מסרב- לא מצילים

את חייו. הסדר שלילי. זה הזוי. הדין העברי פותר את הבעיה.

(2). הפסקת ההריון היתה תוך טיפול רפואי אחר בגופה של האשה ודבר ההריון לא היה ידוע לרופא

קודם לכן והפסקתו היתה דרושה לאותו טיפול רפואי.

318. הסתייגות מטעמי מצפון או שיקול דעת רפואי

אין במתן אישור לפי סימן זה כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אשה אם הדבר הוא בניגוד

למצפונה או לשיקול דעתו הרפואי. אם הרופא מבחינה מצפונית או דתית- חושב שאין לעשות

הפסקת הריון, אז שתלך לרופא אחר. לא ניתן לכפות על אדם לפעול בניגוד למצפונה.

308. אדם - מאימתי

משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם,

בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת.

2. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962

1. כשרות לזכויות ולחובות

כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר-לידתו ועד מותו. גמר לידתו- עובר לא נחשב לאדם, אבל אפשר

למנות אפוטרופוס לעובר. העובר הוא בכל זאת איזושהי אישיות משפטית.

33. אימתי יתמנה אפוטרופוס (תיקון: תשמ"ג)

(א). בית-המשפט רשאי למנות אפוטרופוס -

(6). לעובר.

ב. פסיקה

1. זכותה של האישה, בנסיבות מסוימות, להפיל הריון, מוכרת בשיטתנו המשפטית, אף שבענין

העילות המצדיקות הפלה נטוש ויכוח ציבורי, אשר מוצא את ביטויו בחוק (ראה פרק י' סימן ב'

לחוק העונשין, תשל"ז-1977). מימוש זכות זו עלול לפגוע באינטרס של בן הזוג, ולמרות זאת נקבע

שאינו צורך בהסכמתו, ואף אין לו כלל מעמד ב"ועדת ההפלות" לפי סעיף 316(א) לחוק העונשין

דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פד"י נ (4) 661, 708

2. השאלה הראשונה, הניצבת לפנינו לאור החלטתו של בית-משפט קמא, היא, אם יש לאב מעמד על-פי חוק, עת נדונה בקשה להפסקת היריון. כללי האסור והמותר בעניין הפסקת היריון מרכזים בסימן ב' לפרק י' מחוק העונשין, המשלב אל תוך החוק האמור את הוראותיו של החוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), תשל"ז-1977. סימן ב' האמור קובע את האיסור הפלילי בדבר הפסקת היריון (סעיף 313) ואת הנסיבות, בהן מותרת הפסקת היריון (סעיפים 314 ו-317); לצורך דיון והכרעה במתן אישור להפסקת היריון מכונן החוק ועדה של שלושה. כפי שקובע סעיף 316(א) לחוק, לא יינתן אישור על-ידי הוועדה, אלא לאחר שנתקבלה לכך הסכמתה המודעת של האישה, והוועדה לא תסרב לתת אישור, בטרם ניתנה לאישה הזדמנות להופיע לפניו ולמסור לוועדה את נימוקיה (סעיף 316(ג)). הסכמה מודעת משמעה לעניין זה הסכמה בכתב, לאחר שהוסברו לאישה הסיכונים הגופניים והנפשיים, הכרוכים בהפסקת ההיריון. (ב) מנוסחו של החוק עולה אפוא, כי נכללה בו הוראה מפורשת בעניין מעמדה של האישה, ובו בזמן שהסכמתה המודעת אף נקבעה בו כתנאי מוקדם למתן האישור, אין בו, מאידך גיסא, התייחסות כלשהי למעמדו של האב, הסכמתו או שמיעת דעתו. במלים אחרות, לא רק שנעדרת הוראה בקשר למעמדו של האב, דבר אשר ממנו כשלעצמו ניתן היה להסיק מסקנה שלילית לצורך השאלה שלפנינו, אלא מן ההן, המפורש ככל שהדבר נוגע לאם, משתמע ביתר שאת הלאו בקשר לשאלה, אם הסכמת האב היא בגדר תנאי מוקדם למתן האישור. משמע, החוק שלנו אינו מקנה לבעל זכות וטו או זכות אחרת, מכוחה יוכל לדרוש הימנעות ממתן החלטה בקשר להפסקת היריון.

ע"א 80/413 פלונית נ' פלוני, פד"י ל"ה (3), 57, 62

הרעיון המרכזי במשפט העברי- הדין העברי שולל הפסקת היריון, למעט מקרים שיש בהם הצדקה רפואית: הדין מתנגד לנישואין שהילד שעלול להיוולד יולד נפגע. נקודת המוצא היא שלילה של הפסקת היריון, כי כל הרעיון של קיום העולם הוא שהעולם יהיה מיושב.

ג. ספרות מלומדים

"הדגש העיקרי על זכותה של אשה לשלוט על גופה הביא לשלילת מעמדו של הגבר בהחלטות על הפסקת היריון. כך נפסק בישראל, בעקבות פסיקה מקבילה בארצות הברית ובבריטניה, שאין הגבר רשאי למנוע מן האשה להפסיק את הריונה, כשם שאינו רשאי לדרוש ממנה להפיל, אם היא מבקשת להמשיך בהריון. החלטת האישה להפסיק את הריונה עלולה לפגוע בציפיותיו של הגבר להיות אב, כלומר להולדת ילד שמקורו במטען הגנטי של שניהם, ושיצירתו היתה, אולי, פרי החלטתם המשותפת. אם היה הגבר נשוי לאשה, החלטת האשה על הפלה עלולה להיות בגדר הפרה של ציפיות לגיטימיות שנוצרו עם הנישואין, הנתפשים כמסגרת שאחת ממטרותיה היא הבאת ילדים לעולם. עם זאת, שיקולים אלה אינם נותנים ביד הגבר, אפילו היה נשוי לאשה, זכות שווה לשלה בקבלת ההחלטה על הפסקת היריון. עדיפותה של האשה נובעת מן האינטרסים שלה בשליטה על גופה. אינטרסים אלה מקנים לה שיקול דעת מוחלט אם ליזום הפסקת היריון, אם לאו".

פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (ירושלים), כרך ב', 213.

נקודת המוצא של הדין העברי היא שללידת אדם יש ייעוד, הייעוד הוא לקיים את העולם, המשכיות. נקודת המוצא השנייה היא, שלחיי אדם אין ערך מוגדר אלא החיים של כולם שווים, אין העדפות מבחינת הדין העברי. ולכן, כאשר יוצא הילוד לאוויר העולם, למרות שהוא ילוד בן יומו, וחלילה יכול להיות לו מצב שבו וא יזדקק לסיוע, חיינו שווים לחיינו של אדם בוגר. הדין העברי איננו אוהב, מבחין את המונח "איכות חיים". ברגע שאנחנו מעריכים חיי אדם, התוצאה הבלתי נמנעת היא מה שקרה בשואה. לכן ברמת העיקרון הדין העברי שולל הפסקת היריון ושואף להציל חיים ללא קשר לאיכותם. אין זאת אומרת שהדין העברי מחייב ללדת בכל מחיר, או שהדין העברי מחייב להאריך חיים בכל מחיר. מדובר בשאלה של איזון, ובימ"ש העליון קובע זאת באמצעות מושגים כמו- "מידתיות", "סבירות".

ג. האשה שהיא מקשה לילד, מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים, **מפני שחיה קודמין לחייו**. יצא **רובו** – אין נוגעין בו, **שאין דוחין נפש מפני נפש**. אישה הגיעה ללידה, ויש לה קושי גדול, עדיפות היא לחיי האם על פני חיי העובר. זאת בגלל שהאם היא ישות משפטית מצויה בעולם, והעובר עדיין ברחם, איננו ישות משפטית ואין לו נפש ולכן באיזון בין הקיים לבין הפוטנציאל העדיפות היא לקיים. יצא רובו- לא נוגעים בו, כי אין דוחין נפש מפני נפש. מכיוון שהעובר כבר אישיות משפטית, והרופא יחליט לפי המצב הרפואי. אין עדיפות לחייו של הולד על פני האם, וגם אין עדיפות לחיי האם על חייו של היילוד.

- מדובר במצב מוגדר. האישה הגיעה למצב של לידה. מה קורה כאשר היא לא הגיעה ללידה? למשל סיבה רפואית מחייבת אותה להפסיק את ההריון? האם יש עדיפות לחיי האם? לכאורה, אם מדובר בהריון ולא בלידה, אז מדובר באי סימטריה – העדיפות היא לאם. מה קורה אם האמא מתנגדת? לפי הדין העברי, כאשר יש חובת הצלה, אנחנו לא שומעים לניצול אם רוצה להינצל או לא אלא יש חובה להציל את חייו. מכיוון שיש פה מציאות שבה חיי האם ניצבים בסכנה, והמחיר שצריך לשלם כדי להצילה הוא פגיעה בעובר, ומכיוון שאין סימטריה בין האם לעובר, הכף נוטה לטובת האם, גם אם האם מתנגדת להצלתה.
 - מצד שני- הרציונל של הפסקות ההריון בדין העברי הוא כדי ליישב את העולם, נתפלל שהאם תינצל ושיולד ילד בריא. לכן יש לקבל את החלטת האם ולהציל את חיי העובר, אבל יש כאן עוד שחקן. העובר כשלעצמו- מי מייצג את העובר? הרי ניתן למנות אפוטרופוס. השאלה היא האם לעובר יש זכות להיוולד? לפי הטיעון של יישוב העלם- לעובר יש זכות להיוולד. האם זכות זו היא בכל מחיר? זה מוביל למצב אבסורדי.
- אהלות, פרק ז, משנה ו

ד. איתביה רב חסדא רב הונא: יצא ראשו - אין נוגעין בו, לפי שאין דוחין נפש מפני נפש. ואמאי, רודף הוא? שאני התם, דמשמיא קא רדפי לה (רש"י: לאמיה). לפי בבלי סנהדרין- יצא רובו = יצא ראשו.

בבלי, סנהדרין ע"ב, ב הוא מכניס לכאן אלמנט של רודף. דין רודף במנותק מן ההקשר הפוליטי, דין רודף מההלכה- כאשר א' רואה שב' רודף אחרי ג' להורגו, מותר לא' לפגוע ברודף, בב'. אם אין ברירה מותר לו גם להרוג אותו. אם אני מקיש את דין רודף לסיטואציה של העובר, אז השואל מניח הנחה, שהסיבוך של הלידה נגרם בגלל העובר, ואז העובר נקרא רודף. למה צריך את הלימוד של "אין דוחין נפש מפני נפש"? אם העובר הוא הגורם שמונע את התקדמות הלידה, או הוא זה שרודף אחרי אימו- מותר להרוג אותו. על כך הוא משיב, שזה לא אותו דבר. בתהליך הלידה מובנה סיכון טבעי ללא רצון העובר או האם. אלא מדובר בסיכון טבעי.

ה. רב חסדא בעי: מהו להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן? התיב רבי ירמיה ולא מתניתא היא? יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש. רבי יוסי בי רבי בון בשם רב חסדא שנייא: היא תמן שאין יודע מי הורג את מי מעשה.

ירושלמי, שבת י"ד, הלכה ד הוא שואל- מהו להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן? כלומר- הוא מניח הנחה, שאם יש לנו גדול- אדם מבוגר ויילוד- קטן- הנטייה הטבעית היא להציל את הגדול על חשבון הקטן. כלומר- להציל את נפש האם ע"י פגיעה בעובר. הוא משיב תשובה אחרת- שאין אני יודע מי הורג את מי- תהליך הלידה יכול להסתבך או בשל בעיה אימהית או בשל בעיה עוברית או בשל משהו אובייקטיבי. אין טעם להציל נפשו של גדול כי לא יודעים מי מסכן את מי.

ו. דכל זמן שלא יצא לאויר העולם, לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו – אבל יצא ראשו – אין נוגעין בו להורגו, דהווה ליה כילוד, ואין דוחין נפש מפני נפש. רש"י, סנהדרין ע"ב, ב, ד"ה: "יצא ראשו".

ח. האשה שהיא יוצאה ליהרג, אין ממתינין לה עד שתלד. האשה שישיבה על המשבר ממתינין לה עד שתלד.

ערכין, פרק א, משנה ד אישה בהריון, הואשמה בעבירת רצח נניח והועמדה לדין ונגזר דינה למוות- וכאן מתעוררת השאלה, מי לבצע את גזר הדין. האם לאחר שהעובר יולד או לא? המשנה אומרת שלא ממתינים לה עד שתלד- יש לבצע זאת סמוך ככל האפשר לפס"ד. יש עניין של לא לענות את הדין. "עינוי הדין"- אם אני מחזיק אותו חודשים על חודשים, המתח אי הוודאות יכולה לגרום לנוק בנוסף על העונש הרגיל. אני מענה אותו. הרחיבו את המושג הזה היום לגבי חקירות. יש חקירות שנמשכות שנים. אך אם האישה כבר התחילה ללדת, אז מחכים עד שהיא תלד.

י"א. אף זו מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך, הורו חכמים שהעובר שהיא מקשה לילד, מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להורגה. ואם משהוציא ראשו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש, וזה טבעו של עולם.

רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט אישה בהריון שמקשה ללדת- מותר להוציא את התינוק. אם יצא ראשו- לא נוגעים בו, "כי אין דוחים נפש מפני נפש". אם נשווה בין מקור ג' למקור י"א, מה היא ההנחה? למה חיי האם קודמים? קודמים כי אין סימטריה בין האם לעובר. (שיטת הרמב"ן). חיי האם קודמים כי העובר אינו נפש.

שאלה ראשונה: אם ההסבר הזה נכון, אז מדוע הרמב"ם לא מסתפק בטיעון הזה ומוביל אותנו לכיוון רודף? למה יש צורך בפירוש נוסף?

לפי שיטת הרמב"ם- העובר הוא נפש מהרג שהוא נוצר. הוא לא יכול לפגוע בהלכה שבס' ג כי זו הלכה מפורשת בלתמוד- לשיטת הרמב"ם העובר הוא נפש, ומדוע יש עדיפות לחיי האם- כי העובר רודף. ישנה הבחנה בין התלמוד לבין הרמב"ם. לפי התלמוד- העובר איננו נפש לענין מסוים ולענין מסוים הוא כן נפש. כשיש מתח בינו לבין אימו אינו נחשב לנפש. לפי הרמב"ם- העובר הוא ישות קיימת מהרגע שהוא נוצר ולכן איך ניתן העדפה לאם- לפי דין רודף. לפי הרמב"ם- אפשר יהיה לבצע הפסקת הריון, באותו הרגע כאשר ההרופאים מגדירים את העובר כרודף, ואם הרופאים לא מגדירים אותו כרודף- אין להפסיק את ההריון. שאלה שנייה- יש לשים לב לשני חלקי ההלכה. הרמב"ם אומר שכל עוד לא יצא ראשו- העובר רודף. אבל אם הוציא התינוק את ראשו- לא נוגעים בו. אם הוציא את ראשו הוא כבר לא רודף? למה הרמב"ם לא החליט? לא מחפשים את התשובה אלא את החשיבה... השאלה השלישית- איך אפשר ליחס רדיפה לעובר? הרי לעובר אין כוונה להרוג.. איזו כוונה יש לילד? לא מחפשים כוונה אצל ילוד. זו לא אותה כוונה כשאתה רוצה להשיג הרשעה. לא ניתן לדרוש כוונה מיילוד.

י"ב. פסק הרמב"ם ז"ל: מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעובר שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה, ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש זהו טבעו של עולם (הלכות רוצח פ"א ה' ט'). והנה מעכ"ת הרה"ג הפוסק טובינא דחכימי, העיר ע"ד הרמב"ם שנראים סתראי דאם יצא ראשו אינו כרודף משום דמשמיה קא רדפי ליה, הוא הדין בלא יצא ראשו אינו כרודף מטעם זה עצמו. וכן ראיתי בספר אבן האזל (לגאון שבדורנו, כמוהר"ר איסר זלמן מלצר שליט"א) שתמה ע"ז, ותרץ: דבאמת גם ביצא ראשו הוא כרודף, אלא דכיון דזהו טבעו של עולם הוין שניהם רודפים זה את זה, דהאשה נמי סותמת פתח הרחם בפני העובר, לכן אם יצא ראשו שהוא כילוד אין דוחין נפש מפני נפש, אבל לא יצא ראשו הוי העובר לבדו רודף. (אבל/אבן/ האזל ח"ב ד' ס"ו). וידידי ועמיתי הרה"ג הפוסק יצ"ו תרץ: דקודם שיצא ראשו כיון שהוא בחיות אמו נקרא רודף, לפי שאין לומר בזה: מאי חזית דדמא דידך סומק טפי, דהרי האשה יש לה זכות חיות מעצמה, והעובר כשלא יצא לאויר העולם אין לו זכות עצמית של חיות, הלכך חיי האשה קודמין, אבל ביצא ראשו שכבר היה בו זכות חיות אסור להציל עצמו בהריגת חברו, דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי, את"ד, ודבריהם אינם הולמים דברי הרמב"ם כפשוטם ... אולם ביצא ראשו חדל העובר להיות רודף, שאדרבה לפי שרוצה הוא לצאת לגמרי כדי לשאוף לו חיים חדשים ולהמלט מחנק, שכך הטביע יוצר העולם בכל יצוריו רגש אינסטינקטיבי למצוא להם רוח חיים, ולהמלט מכל דבר הגורם להם מות, וטבע זה נמצא גם בעובר, הלכך כשאמו מקשה ללדת אחרי שהולד הוציא ראשו, מתברר הדבר שאין העובר הוא הגורם לקשי הלידה אלא סבות טבעיות שאינן תלויות בו הן גורמות ומכיון שאין כאן רודף ונרדף, אין דוחין נפש מפני נפש.

שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נ"א שות עוזיאל- מדוע הרמב"ם לא נשאר נאמן לנימוק של רודף גם כאשר הוציא את ראשו? הוא חוזר לנימוק של "אין דוחין נפש מפני נפש". הרב עוזיאל אומר- כאשר העובר הוציא את ראשו "המטרה שלו" איננה לרדוף את אימו או לסבך אותה בלידה אלא כל מטרתו היא להציל את חייו שלו עצמו, ולכן לשיטתו של הרב עוזיאל- הרמב"ם אינו מנמק את השוויון בין האם לעובר, מכיוון שכאשר העובר מוציא את ראשו- טבעו של עולם שהוא רוצה לחיות, וזה בכלל לא קשור למלחמה" באימו, הוא ינו רודף אחרי אימו אלא אחרי אוויר כדי להציל עצמו, ולכן כאשר המתח הוא בין האם לעובר שהוציא את ראשו, לא ניתן לנמק זאת ברדיפה אלא בנימוק של "אין דוחין נפש מפני נפש".

הפסקת הריון:
הפסקת הריון
ד. משפט עברי

ג. האשה שהיא מקשה לילד, מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים, מפני שחייה קודמין לחייו. יצא **רובו** – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש.

אהלות, פרק ז, משנה ו

ד. איתיביה רב חסדא לרב הונא: יצא ראשו - אין נוגעין בו, לפי שאין דוחין נפש מפני נפש. ואמאי, רודף הוא? שאני התם, דמשמיה קא רדפי לה (רש"י: לאמיה).
בבלי, סנהדרין ע"ב, ב

הסיבוך של הלידה נגרם בגלל העובר. מי שמונע את ההתפתחות של הלידה זה העובר. (זה לא בהכרח נכון). יש פיתוח של הסוגיה הזאת: מדוע הרי רודף הוא? הוא מכניס לכאן אלמנט: דין רודף הוא

דין מנותק מההקשר הפוליטי שלו- כאשר א' רואה שב' רודף אחרי ג' להרוג אותו מותר לא' לפגוע ברודף בבי'. אם אין ברירה מותר לו גם להרוג אותו. (מותר לא' להציל את ג' גם במחיר חייו של ב'). הוא אומר למה צריך בכלל את הנימוק של "אין דוחים נפש בפני נפש" כי אם העובר הוא הגורם שמונע את התקדמות הלידה או הוא זה "שרודף" אחרי אימו מותר להרוג אותו. על כך הוא משיב: שזה לא אותו דבר, בתהליך הלידה מובנה סיכון טבעי- זה לא שהעובר מתכוון לפגוע באם, יש סיכון טבעי בכל לידה.

ה. רב חסדא בעי: **מהו להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן?** התיב רבי ירמיה ולא מתניתא היא? יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש. רבי יוסי בי רבי בון בשם רב חסדא שנייא: היא תמן **שאינ את יודע מי הורג את מי מעשה.**
ירושלמי, שבת י"ד, הלכה ד

במקור ה' הוא שואל: מהו להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן- זוהי שאלה מאוד קשה וידועה. הוא מניח הכחה שאם יש לנו גדול אדם מבוגר וילוד אדם קטן- הנטייה הטבעית היא להציל את הגדול על חשבון הקטן. להציל את האם ע"י פגיעה בעובר. הוא אומר שתהליך הלידה יכול להסתבך או בשל בעיה אימהית או בשל בעיה עוברית או בשל משהו אובייקטיבי. מכיוון שהידע הרפואי לא היה יכול להצביע על מי גורם לסיבוך. היום באמצעות האולטרסאונד למשל מראה על התפתחותו של העובר- אנחנו יכולים לדעת היום מי הורג את מי. – במקור ה' לא ידוע מי הרודף, לכן החלטה רפואית במקום.

ו. **דכל זמן שלא יצא לאויר העולם, לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו** – אבל יצא ראשו – אין נוגעין בו להורגו, דהווה ליה כילוד, ואין דוחין נפש מפני נפש.
רש"י, סנהדרין ע"ב, ב, ד"ה: "יצא ראשו".

י"א. אף זו מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. **לפיכך, הורו חכמים שהעובר שהיא מקשה לילד, מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להורגה. ואם משהוציא ראשו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש, וזה טבעו של עולם.**
רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ט

אני חייב להציל את הנרדף אפילו בנפשו של הרודף. יש להורות לאישה בהריון שמתקשה בלידתה מותר לחתוך את העובר ממנה בסם אבל אם הוא הוציא ראשו לא נוגעים בו כי לא מאבדים נפש. יש שתי שאלות העולות מכך:

אם נשווה את מקור ג' למקור י"א- לדברי הרמב"ם- למה חיי האם קודמים? הם קודמים מכיוון שאין סימטריה בין האמא לבין העובר. מדוע ממקור ג' שזה הבסיס לשיטת הרמב"ם חיי האם קודמים? כי העובר לא נפש האמא נפש והצלת הקיים עדיפה על הצלת הפוטנציאל. אם ההכלה הזאת נכונה- וזה נכון (לפי המרצה), מדוע הרמב"ם לא מסתפק בטיעון הזה ומוליך אותנו לכיוון רודף? מה היה לא טוב בין אי הסימטריה בין האם לעובר?

שאלה נוספת היא: הרמב"ם אומר שכל עוד אל הוציא את ראשו חיי האם קודמים כי העובר רודף. אבל, אם מישוהו הוציא תא ראשו הוא גם ימשיך לרדוף? (הרמב"ם אומר שמי שלא הוציא את ראשו כי העובר גורם לסיבוך אצל האם- אבל אם הוא הוציא את ראשו גם מסכן את האם- איך הוא מפסיק להיות רודף?) הרמב"ם אמר שהוא לא מקבל את זה- ברגע שהעובר נוצר יש ישות קיימת היא חיה וקיימת. לכן הרמב"ם יוצא מתוך הנחה שיש שתי נפשות שוות האם ועובריה. איך בכל זאת ניתן עדיפות לאם? נגיד שהעובר הוא הרודף. העובר הוא נפש מאז שהוא קיים. התשובה היא שבאמת לשיטת הרמב"ם העובר הוא נפש- יש עדיפות לחיי האם כי העובר הוא רודף. יש הבחנה בין התלמוד לבין הרמב"ם. לפי התלמוד העובר איננו נפש- לעניין מסויים הוא נפש ולעניין מסויים הוא לא נפש- כשיש מתח בינו לבין אימו הוא לא נחשב יישות קיימת. אבל, לפי הרמב"ם- העובר הוא ישות קיימת ברגע שהוא נוצר- לכן איך ניתן העדפה לאם – לפי דין רודף. הנפקות היא לגבי מועד ביצוע ההפלה- לפי הרמב"ם אפשר לבצע הפסקת הריון אבל באותו רגע שהקביעה הרפואית מגדירה את העובר כרודף. אם העובר איננו רודף- אין הצדקה להפסיק את ההריון.

זוהי השאלה הראשונה למה הוא שינה לדין רודף: כי לפי הרמב"ם העובר הוא ישות קיימת. השאלה השניה: אם מי שהוציא ראשו אין נוגעים בו ... הרמב"ם תולה את הסיבוך בלידה ברודף- בעובר, לא מתקבל על הדעת שכל עוד לא הוציא את ראשו הוא רודף וכשהוציא את ראשו לא רודף. השאלה היא למה הרמב"ם לא החמיר?
השאלה השלישית: איך אפשר לייחס רדיפה לעובר ללא כוונה? איזו כוונה יש לילד? לא מחפשים כוונה אצל אצל ילוד. זו לא אותה כוונה שאנחנו מתכוונים מבחינה משפטית. זה טיבו של עולם. ככלומר, אתה לא יכול לדרוש כוונה שאתה עושה מעשה וחפץ בתוצאה- בוודאי שהילוד לא רוצה להרוג את אמו. איך מייחסים כוונה לילד?

י"ב. פסק הרמב"ם ז"ל: מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעובר שהיה מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה, ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם (הלכות רוצח פ"א ה' ט'). והנה מעכ"ת הרה"ג הפוסק טובינא דחכימי, העיר ע"ד הרמב"ם שנראים סתראי דאם יצא ראשו אינו כרודף משום דמשמא קא רדפי ליה, הוא הדין בלא יצא ראשו אינו כרודף מטעם זה עצמו. וכן ראיתי בספר אבן האזל (לגאון שבדורנו, כמוהר"ר איסר זלמן מלצר שליט"א) שתמה ע"ז, ותרץ: דבאמת גם ביצא ראשו הוא כרודף, אלא דכיון דזהו טבעו של עולם הוין שניהם רודפים זה את זה, דהאשה נמי סותמת פתח הרחם בפני העובר, לכן אם יצא ראשו שהוא כילוד אין דוחין נפש מפני נפש, אבל לא יצא ראשו הוי העובר לבדו רודף. (אבל /אבן האזל ח"ב ד' ס"ו). וידידי ועמיתי הרה"ג הפוסק יצ"ו תרץ: דקודם שיצא ראשו כיון שהוא בחיות אמו נקרא רודף, לפי שאין לומר בזה: מאי חזית דדמא דידך סומק טפי, דהרי האשה יש לה זכות חיות מעצמה, והעובר כשלא יצא לאויר העולם אין לו זכות עצמית של חיות, הלכך חיי האשה קודמין, אבל ביצא ראשו שכבר היה בו זכות חיות אסור להציל עצמו בהריגת חברו, דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי, את"ד, ודבריהם אינם הולמים דברי הרמב"ם כפשוטם ... אולם ביצא ראשו חדל העובר להיות רודף, שאדרבה לפי שרוצה הוא לצאת לגמרי כדי לשאוף לו חיים חדשים ולהמלט מתנק, שכך הטביע יוצר העולם בכל יצוריו רגש אינסטינקטיבי למצוא להם רוח חיים, ולהמלט מכל דבר הגורם להם מות, וטבע זה נמצא גם בעובר, הלכך כשאמו מקשה ללדת אחרי שהולד הוציא ראשו, מתברר הדבר שאין העובר הוא הגורם לקשי הלידה אלא סבות טבעיות שאינן תלויות בו הן גורמות ומכיון שאין כאן רודף ונרדף, אין דוחין נפש מפני נפש.

שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נ"א

הרב אוזיאל מתמודד עם השאלה מדוע הרמב"ם לא נשאר נאמן לנימוק של רודף גם כשהוציא את ראשו ואז חוזרים לנימוק של אין דוחים נפש מפני נפש. אומר הרב עוזיאל- כאשר העובר הוציא את ראשו, "המטרה שלו" איננה לרדוף את אימו או לסבך אותה בלידה אלא כל מטרתו היא להציל את חייו שלו. לכן, לשיטתו של הרב עוזיאל, הרמב"ם אינו מנמק את השוויון בין האם לעובר שהוציא את ראשו בדין רודף אלא בשוויון בין העובר לאימו מכיוון שכשהעובר מוציא את ראשו, טבעו של עולם הוא שהוא רוצה לחיות וזה כלל לא קשור "למלחמה באמו"- הוא לא רודף אחרי אימו אלא אחרי אוויר כדי להציל את חייו. לכן כאשר המתח בין העובר לאימו -אי אפשר להסביר לפי דין רדיפה אלא לפי: "אין דוחין נפש מפני נפש". טיבו של העולם הוא הרצון של העובר לחיות.

ח. האשה שהיא יוצאה ליהרג, אין ממתניין לה עד שתלד. האשה שישבה על המשבר ממתניין לה עד שתלד.

ערכין, פרק א, משנה ד

מדובר באישה בהריון שהיאשמה בעברת רצח נניח הועמדה לדין ונגזר דינה למוות. כאן מתעוררת השאלה- מתי לבצע את גזר הדין. האישה בהריון, המשנה אומרת שאין להמתין עד שתלד יש כלל שצריך להוציא להורג כמה שיותר סמוך לגזר הדין כדי לא לענות את דינה. פירוש הדבר הוא שאם אני אומר למישהו שנגזר עליו גזר דין מוות אם אני חזיק אותו חודשים אני מענה את דינו ויכול לגזור לו נזק בלתי הפיך בלתי רגיל- לקחו את המושג הזה גם לגבי חקירות היום. חקירה כזאת של המשטרה שנמשכת שנים נחשבת לעינוי דין. אם האישה התחילה כבר את הלידה אז כבר יחכו עד שתלד.

י"ח. ועל דבר שאלתך: אשת איש שהרה לזנונים ... י"ח - הלכה אל החכם ושאלה לו אם רשאית לגמוע דבר מאבקת רוכל לשלשל זרע המקולל אשר בקרבה ... היה היתר גמור ... מדין תורה לולי המנהג הפשוט בנינו וביניהם מפני גדר פריצות ... האמנם כתבו התוספות ... מכל מקום לא שרי ... הטעם משום שראוי להיות נוצר (עובר) מכל טיפה.

שו"ת חוות יאיר, סימן ל"א

אשת איש שהרתה מחוץ לנישואין, הלכה לחכם ושאלה האם מותר לה להשתמש באמצעי שיגרום ל הפסקת ההריון? לאחר מעשה. הוא כותב בין השאר היה היתר גמור. לכאורה אין שום מניעה. כלומר, יש הבחנה בין החוק יבש לבין מקרים חריגים הנקראים הוראות שעה" שלמרות שמבחינה חוקית זה אפשרי, המדיניות המשפטית שלנו אומרת לאסור. למרות שהיה היתר, כדי לא לעודד נשים לבגוד בבעליהן, הפסקת ההריון נאסרת. לא משום שההכלה איננה מתירה את הפסקתו אלא בגלל שיקולי דמניו. כדי למנוע או להימנע מעידוד נשים (או גברים) לפנות נשים מחוץ לנישואין. מכל מקום, הדבר איננו מותר. בהנחה שמאותם יחסים צפוי או עשוי להתפתח עובר, וכעיקרון אסור לפי הדין העברי להפזיק הריון- הוא איננו מותר להפסיק הריון גם כשאין ממזר. **כאשר עושים את האיזונים בין המטרה הסופית לדרך להגיע אליה- גם אם הדבר מותר, יש שיקול לאסור. לכן הוא איננו מותר הפסקת הריון.**

י"ט. ... באשת איש שזינתה ... וגם בעובר כשר היה **צד להקל לצורך גדול כל כמה דלא עקר**, אפילו אינו משום פיקוח נפש אמו, אלא להציל לה מרעתו וגורם לה כאב. וצ"ע. שו"ת **שאלת יעבץ**, סימן מ"ג

כלומר יעקב איננו מכריע בשאלה, מפני שלכאורה במקרים חריגים היה מקום להקל (כמו למשל ממזר- מה הוא חטא), אבל מצד שני, אם אין פגם פיזי או נפשי בעובר אין שם סיבה להפסיק את הריונו- לכן הוא נשאר בצריך עיון. אבל, כשמעיינים בשתובה מוצאים ששני תנאים שאפשר להשליך מתוכם לגבי מקרים נוספים:

1) הייתה אפשרות להקל, כלומר להפסיק את ההריון לצורך גדול- המילים "צורך גדול"- הוא מונח רחב. קיפפוח נפש? חילול שבת? מחלת מפש? ביהמ"ש יכוללמלא זאת בתוכן אבל כל עוד העובר לא התחיל את תהליך הלידה.

2) להצמיל לה מרעתו- גורם לה כאב. כלומר, כשלידתו של הילד עלול לגרום לאמו כאב או פגיעה נפשית. החוק הישראלי לא מחדש שום דבר מהבחינה הזאת רבי יעקב המדין?- הוא לא מכריע ומשאיר בצריך עיון. כך גם לגבי: רבי יוסף חי-

כ. אשת איש שזינתה ונתעברה בזנות, אם מותרת לשתות דבר שתפיל העובר אחר שכבר הוכר ונגמר בבטנה שיש לו חמישה חדשים בבטנה ... בדבר הזה איני רוצה להשיב בדרך הוראה לא לאיסור ולא להיתר ורק אעתיק מה שמצאתי בתשובות האחרונים שדברו בזה, והוא כי הגאון בעל חוות יאיר ז"ל בסימן ל"א ... נראה דעתו דאין להתיר לכתחילה בדבר הזה ... וראיתי להגאון היעב"ץ ... **ודעתו להתיר בממזר מאשת איש להשחיתו** ... ועוד שא עיניך וראה מ"ש המהרימ"ט ח"א, סימן צ"ט באשה ישראלית מותר להתעסק עמה ברפואות כדי שתפיל אם יש בזה לצורך האם ... ונראה, דיש פתחון פה לבעל דין לומר היכא דאיכא פגם משפחה ובזיון וחילול השם, אם ישאר העובר ולא תפיל אותו, **חשיב זה צורך גדול**. שו"ת **רב פעלים**, סימן ד

הוא לא מכריע, בדומה למקור י"ט. הוא נותן לנו דוגמה למושג: צורך גדול. הדומה: פגם במשפחה או בזיון או חילול השם. יכול להיות לשיטתו עילה להפזיק את ההריון כי זה נחשב לצורך גדול. ילד נניח שנולד במשפחה חרדית מחוץ לנישואון, אב שוכב עם ביתו למשל, במקרים כאלה מותר לשיטתו להפסיק את ההריון.

יש כאן 3 דעות אפשריות:

1) לכאורה בדין תורה אין מניעה אבל משיקולי מדיניות לא מאפשרית- לפי רבי בכר במקור י"ח
2) גישה שניה== לצורך גדול עד שהעובר לא התחיל את תהליך הלידה ולא מגדיר מהו צורך גדול
3) מגדירה מהו צורך גדול: פגם במשפחה, בזיון לילד או למשפחה, או חילול השם. - זה מאוד מתאים לדין הישראלי שעלול להיוולד מהריון שיגרום נזק לאמא).

המחלקות לגבי הפסקת ההריון- האם היא מותרת או אסורה, גוררת בעקבותיה מחלקות עם שאלה משנית: האם לבצע בדיקות מעקב אחרי ההריון? למשל בדיקת מי שפיר על מנת לגלות האם ידש פגם בעובר המתפתח?

מי שסבור שאיסור הפסקת הריון הוא איסור מוחלט – בכל תנאי לא מפסיקים הריון הוא לא יתיר לעשות את הבדיקה. - זה מקור כ"ג

כ"ג. הלכה ברורה על פי רבותינו הראשונים, המפרשים והפוסקים ממש, **שאסור בדין רציחה ממש כל עובר, בין כשר ובין ממזר, בין סתם עוברים ובין הידועים לחולי תיי סקס, שכולן אסורים מדינא ממש.**

שו"ת **אגרות משה**, חושן משפט, חלק ד, סימן ס"ט

הוא אומר שבדיקת הריון יכולה לגרום אולי לעוגמת נפש כי בכל מקרה אין להפסיק הריון. אליעזר ולדינברג- **כ"ב**. אשר על כן, כאשר גיליתי דעתי מראש, נלפע"ד **דיש להתיר לכגון**

נידוננו (=הפסקת התפתחותו של עובר חולה במחלת תיי זקס – י"ג) לסדר הפסקת הריון מיד עם היוודע המבחן הברור והוודאי שאכן יולד ילוד כזה, אפילו עד שבעה חדשים להריונה, ובאופן שסידור הפסקת ההריון תתבצע בצורה כזאת שלא יהא כרוך בה כל סכנה לאם.

שו"ת **ציץ אליעזר**, חלק י"ג, סימן פ"ג

הוא נשאל שאלה לגבי חולה במחלת תיי זקס- הילוד לא מגיע לגיל 4- הוא בדעה שמותר, זה מקרים חריגים בהם יש להתיר את התפסקת ההריון. הוא משתמש במונח "כגון נידונינו" מה קורה מקרים חמורים? הם זוהי רשימה סגורה או שהיא רשימה פתוחה, האם כשיש רשימת מקרים בחוק האם נותנים פרשנות מצמצמת או שאומרים שיש רשימה שהיא לא סגורה ויש מקרים שאפשר להקיש מהם למקרים אחרים? השאלה איך אתה מקיש או מסיק מדוגמה אחת לאחרת. יש פס"ד של המחוזי בחיפה- שנתן פיצוי לילד נמוך קומה (האמא רצתה להפיל את הילד היא אמרה שלא רצתה אותו). השאלה היא איך את המסתכל על הדברים האלה. עד כאן הפסקת הריון

נושא שלישי:
לקט מקורות

מוסר למול החוק

א. דין ולפנים משורת הדין: משפט ישראלי

מה היחס בין הדין לבין לפנים משורת הדין? האם הלפנים משורת הדין היא חלק מהדין? האם התנהגות שהיא לפנים משורת הדין היא חלק מהדין או שאיננה חלק מהדין? הנפקות היא לגבי אמצעי כפייה- אכיפה. אם אדם הולך לביהמ"ש וביהמ"ש פוסק והאדם אינו רוצה לקיים את הפס"ד יש שורה של הליכים שמאפשרים לכפות על אותו אדם לבצע את הדין. אם לפנים משורת הדין היא חלק מהדין, ניתן לכפות על אדם להתנהג לפנים משורת הדין. אבל אם ההתנהגות לפנים משורת הדין היא מחוץ לשורת הדין- אי אפשר לכפות על אדם להתנהג בצורה מסויימת. פס"ד כיתן שופט אילון קבע כי הוא ממליץ לבעל המפעל לפצות לפחות בסכום סימלי את התובע לפנים משורת הדין. על זה כותב השופט שמגר: שזה לא מתקבל על הדעת, תפקידו של ביהמ"ש להכריע על פי דין ואם יתחילו להורות לפצות לפנים משורת הדין לא יהיה לזה סוף.

-האם ניתן לכפות על אדם מכח הדין להתנהג לפנים משורת הדין? לפי הדין הישראלי אין אפשרות.

לפי הדין העברי יש מחלוקת בסוגיה ויש חכמי הלכה שסוברים שיש מקום לחייב אדם להתנהג מפנים משורת הדין- כלומר לשלוקול שיוילים מוסריים כדי לקיים חברה מוסרית יותר וערכית יותר (לא הכל נמדד בכסף).

השווה והשווה בין שני התלמודים

הבדלי הגירסאות בין שני התלמודים מראה שלעיתים חסרים פרטים בסיפור וההשלמה תבוא מהתלמוד הבבלי, אחד החלקים היפים בתלמוד זה שאפשר לעשות השוואות באלוהים שמופיעים בשני התלמודים רואים איך אחד מתנגד לשני, יש לציין שהטבלה הזאת מראה את עמדת הרוב נגד המיעוט יש לציין כי דעת המיעוט היא כביכול הנכונה כי אלוהים טוען אותה.

ירושלמי, מועד קטן ג, א	בבלי, בבא מציעא נ"ט, ב
<p><u>ביקשו לנדות את ר' ליעזר (קרנן העדה): בן הורקנוס על שחלק עם רוב החכמים בדבר הלכה.</u></p>	
<p>אמרין: מאן אזל מודע ליה (מי ילך להודיעו)? אמר ר' עקיבה: אנא אזל מודע ליה. אתא (=בא) לגביה, אמר ליה: רבי רבי, חביריך מנדין לך. נסתיה <u>(קרנן העדה)</u>: לקחו ר' לעזר לר"ע ויצא עמו לחוץ וראו אילן חרוב עומד, נפק ליה לברא</p>	
<p>אמר: חרוביתא חרוביתא <u>אין הלכה כדבריהם איתעוקרין - ולא איתעקר</u>. <u>אין הלכה כדבריהם איתעוקרין - ואיתעקרת</u>. <u>אין הלכה כדבריהם חוזרין - ולא חזרת</u>. <u>אין הלכה כדבריי חוזרין - וחזרת (תרגום)</u>: אמר (=רבי אליעזר): חרוב חרוב, אם הלכה כדבריהם (=של חכמים) העקר, ולא נעקר. אם הלכה כדברי העקר, ונעקר. אם הלכה כדבריהם חזור, ולא חזר. אם הלכה כדברי חזור, חזור, וחזר] אין = כן בעברית, אם ההלכה כדברי החכמים, כדעת הרוב, החרוב יעקר ממקומו ואומר התלמוד החרוב לא נעקר, אם ההלכה כדברי חרוב יעקר והחרוב נעקר. במקרה הראשון החרוב לא נעקר ובמקרה השני הוא כן נעקר.</p> <p>ההבדל בין שני התלמודים ב ישנו תנאי ותנאי מפסיק וישנו גם תנאי כפול במונחים משפטיים. תנאי כפול = שאתה אומר מה יהיה ומה לא יהיה.</p>	<p>תנן התם... רבי אליעזר מטהר וחכמים מטמאין... וזה הוא תנור של עכנאי... תנא: באותו היום השיב רבי אליעזר כל תשובות שבעולם ולא קיבלו הימנו. אמר להם: <u>אם הלכה כמותי - חרוב זה יוכיח. נעקר חרוב ממקומו מאה אמה, ואמרי לה: ארבע מאות אמה: אמרו לו: אין מביאין ראייה מן החרוב. חזר ואמר להם: <u>אם הלכה כמותי - אמת המים יוכיחו. חזרו אמת המים לאחוריהם</u>. אמרו לו: אין מביאין ראייה מאמת המים. חזר ואמר להם: <u>אם הלכה כמותי - כותלי בית המדרש יוכיחו. הטו כותלי בית המדרש ליפול</u>. גער בהם רבי יהושע, אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה - אתם מה טיבכם? לא נפלו מפני כבודו של רבי יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של רבי אליעזר, ועדיין מטין ועומדין.</u></p>

<p>לפי התלמוד הירושלמי ההלכה היא מוחלטת ומכיוון שרבי אליעזר במקרה שלנו "הלכה כמותו" אבל ישנו כלל "שלא בשמים היא" כלומר ההלכה לא נקבעת בשמים אלא ע"י בן האדם אז אמר רבי אליעזר כי הוא צריך להתפשר ולקיים את דעת הרוב.</p> <p>אז המסר הוא שגם אם ההלכה היא כדעת היחיד (פירושה הרוב טועה) אם הלכה כרבי אליעזר שהוא דעת מיעוט ואנחנו אחר רבים להטות אזי בהכרח הדעה אחר הרבים היא מוטעת ולמרות שהיא מוטעת אנחנו כפופים כולל האל לכלל של הרבים להטות (דעת הרוב). הרציונל הוא, שמוטב שנקיים פסק דין אחד שגוי ולא נאפשר הררכיה שכל אחד יבוא ויגיד זה שגוי ואני לא רוצה לקיים אותו. כלומר כדי למנוע הררכיה אנו מעדיפים לקבל פס"ד שהוא שגוי כדי לשמור על הסדר החברתי כי אלמלא זה כל אחד יחליט מה הוא מקיים ומה הוא לא אנחנו נרגיע להיררכיה.</p>	<p>יש פה הוכחה כי חרוב לא נעקר ממותו, יש לשים לב לניסוח. לפי התלמוד החרוב יעקר (הלכה כמותו כי חרובים לא נעקרים)</p>
	<p>חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - מן השמים יוכיחו. יצתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום! עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא (דברים ל). מאי לא בשמים היא? אמר רבי ירמיה: שכבר נתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: אחרי רבים להטות (שמות כ"ג).</p>
<p>נצחוני בני- הוכרעה ההלכה כרבי יהושע וחכמים - במילים אחרות, כאשר יש מתח בין האמת לבין הפרוצדורה (סדר הדין), מה שגובר הוא סדר הדין. אם השכל/ההגיון של פוסק ההלכה ששל בית הדין הוא שצריך לפסוק כך, אם הההוא יפסק אחרת כדי ליישר את ההדורים- הוא חוטא לאמת. אסור לו לעשות את זה.</p>	<p>"אשכחיה (=מצא) רבי נתן לאליהו, אמר ליה: מאי עביד (=עשה) קודשא בריך הוא בההיא שעתא? אמר ליה: קא חייד ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני.</p> <p>אם יש וויכוח בין שני אנשים אז מי המנצח? אומר האל נכון, אתם ניצחתם אותי, הוכרעה ההלכה כי רבי יהושע והחכמים, כאשר יש מתח בין האמת לבין הפרוצדורה וסדר הדין, מה גובר? סדר הדין. יתרה מזאת, אם השכל ההגיון פסק ההלכה של בית הדין אומר שצריך לפסוק כך, אם הוא יפסק אחרת כדי ליישר את ההדורים או כדי לפסוק פסק דין פה אחד הוא חוטא לאמת (אסור לו לעשות את זה). מה עשו אחרי זה? המעורבים לקחו את כל מה שטיהרו</p>
	<p>אמרו: אותו היום הביאו כל טהרות שטיהר רבי אליעזר ושרפום באש, ונמנו עליו וברכוהו, ואמרו: מי ילך ויודיענו? אמר להם רבי עקיבא: אני אלך, שמא ילך אדם שאינוהגון ויודיעו ונמצא מחריב את כל העולם כולו. מה עשה רבי עקיבא? לבש שחורים, ונתעטף שחורים וישב לפניו בריחוק ארבע אמות. אמר לו רבי אליעזר: עקיבא, מה יום מיומיים? -אמר לו: רבי, כמדומה לי שחברך בדלים ממך. אף הוא קרע בגדיו, וחלץ מנעלו, ונשמט וישב על גבי קרקע. זלגו עיניו דמעות. לקה העולם שליש בזיתים ושלש בחיטים ושלש בשעורים, ויש אומרים: אף בצק שבידי אשה תפח"</p>

בתום הויכוח, לקחו את כל הטהרות שטיהר רבי אליעזר - כל מה שבושל בתנור ושרפו את זה - כי המסקנה הייתה כדעת רבי יהושע שהתנור טמא. עשו הצבעה (ברכיכהו) - החרימו אותו. חרם שמוטל על אדם יש כל מיני תוצאות. עולה השאלה מה החרימו אותו? מכיוון שהוא לא היה מוכן להישמע להחלטת הרוב. מכיוון שרבי אליעזר לא היה אדם מהררוב, התלמוד מספר בהמשך שכל מה שהוא עשה גרם לנזק. (כל מה שהוא עשה נגרם בגינו נזק) אתה יודע שאם אתה לא נשמע לפסק הרוב אתה תישא בתוצאות, אטו מדוע? התשובה למטה

כל הדין שבחא ולית הלכה (= כל שבחים אלה ואין הלכה) כר' אליעזר? אמר ר' חנינא (קרבן העדה: אין הלכה כר"ל דמשניתנה התורה, לכך ניתנה שההלכה כאשר יסכימו רוב החכמים שבדור): משניתנה לא ניתנה אלא אחרי רבים להטות.

היה פה ביזוי - חכמים יכלו להגיד שזהו אסור להשתמש בתנור וזוהו, החכמים ביזו אותו בכך ששרפו בפניו בנוכחות כל הקהל ואמרו להם, תראו ההלכה שהתנור הזה טמא, רבי אליעזר לא מקבל את זה ולכן אנחנו שורפים. אשר להגיד שהם ביזו - לאדם כזה שיש לו השפעה על הציבור - צריך לעשות משהו דומיננטי וחזק כדי להשפיע על הציבור. יש כאן הכרעה ברורה וחד משמעית - יש אחד בעל השפעה על הציבור שמתוקם מנגד, לכן ביזו אותו כדי להראות לציבור. הרוב יחליט בניגוד להחלטת המיעוט למרות שברור שהחלטת הרוב היא לא נכונה. כדי שנוכח לקיים מערכת מסודרת שלא כל אחד יעשה מה שהוא רוצה, גם אם אנחנו סבורים שהפס"ד שגוי נקיים אותו, אבל כל עוד הגורם המוסמך שהוא בין הדין קבע את מה שקבע - אנחנו מחוייבים לו. זה חמור כי רבי אליעזר יודע את מה שהרוב יודע אבל החליט אחרת. הדין צריך לפסוק לפי מה שהשכל מחייב.

ולית ר' אלעזר ידע שאחרי רבים להטות? **לא הקפיד אלא על ידי ששרפו טהרותיו בפניו.** מדוע בכל זאת לקחו הולכי התלמוד הירושלמי והתלמוד ללמד אותנו שאחרי רבים להטות זה לא חדש, יש שלושה הסברים שבהם חכמי דורנו ניסו להסביר את המחלוקת ע"י יישומה למציאות של ימנו. (1) ממלא מקום נשיא ביהמ"ש העליון בשנותיה הראשונות של המדינה הש' משה זילברג, הוא כתב כסף בשם "כך דרכו של תלמוד" ושם הוא מנתח את הסיפור הזה, הוא אומר שהלקח שהוא למד מהסיפור תנורו של חכייני. הוא אומר שמה שאנו למדים מהסיפור זה מה שאנו קוראים בימנו שלטון החוק או במונים של כבוד הש': שלטון החוק במחוקק כלומר, אם המחוקק חוקק חוק מסוים החוק הזה מחייב גם את המחוקק. לכן אומר זילברג שהתשובה שרבי יהושע "לא בשמים היא" כלומר, מהרגע שנותן התורה (המחוקק האלוהי) קבע את החוק והחוק נכנס לתוקף ע"י שמה קיבל תורה מסיני וכו' מאותו רגע החוק מחייב גם את המחוקק (גם את האל כביכול) יש פה האנשה של האל, ולכן ההתערבות של האל לטובת רבי אליעזר חסרת משמעות כיוון שהיא נוגדת את הקביעה שהחוק שנכנס לתוקף גם את המחוקק האלוהי (לזכור את דוגמאת הכנסת). זילברג אומר ששלטון החוק אומר שכולם שווים בפני החוק ולכן זה מחייב גם את המחוקק. (2) גישה נוספת, הש' אילון אומר, שהיסוד במחלוקת הוא, הוא נתלה בפרק הניסים שהתרחשו הרי תפקיד הניסים היה להוכיח את צדקתו ואת טענותיו של רבי אליעזר, בשביל מה הוא עשה את הנס עם החרוב וכו' כדי להוכיח את טענתו "הנה מהשמים מוכחים שאני צודק" אומר הש' אילון שכאשר מתנהל דיון משפטי אנחנו איננו יכולים להסתמך על ראיות נשיאות מעל הטבע, אנחנו יכולים

להסתמך אך ורק על ראיות טבעיות, מוכחות. למשל: עד שלא פענחו את הגן האנושי ולא הוכיחו את אמינותן של בדיקתו דנ"א אי אפשר להסתמך על בדיקת דנ"א כראיה כי זה מעל הטבע וזה לא דבר שאנו מבינים בו. היום כשאנו יודעים בדיוק מה המשמעות של הדנ"א אפשר להסתמך על זה כראיה. הש' אילון כשבימנו מנהלים משפט בסיפור הנדון אנו למדים שאין להזדקק על ראיה על טבעית, ראיה ניסית.

3) פרופ' גילת, הוא בא ואומר שהמחלוקת בין רבי אליעזר לרבי יהושוע היא למעשה מחלוקת בין ההלכה הקומה והמסורתית והשמרנית לבין ההלכה המתפתחת והדינמית, הפתיחות והנכונות לקבל הסברים חדשים והוא מסיק את זה מהאישיות של שני המתווכחים. רבי אליעזר מעיד על עצמו שמעולם לא אמר דבר שלא שמע מאבותיו כלומר, רבי אליעזר מייצג את הגישה השמרנית והמסודרת, הוא לא מוכן ללמד דברים חדשים, מה שלימדו אותו הוא מלמד הלאה (העברה מדור לדור). רבי יהושוע ב' יש בו פתיחות ונכונות לקבל, הוא היה ראש הישיבה בתקופתו של רבי אליעזר ויום אחד הוא לא בא לישיבה וכשהוא פגש אחה"צ את תלמידיו אז הוא שאל אותם מה למדתם ומה התחדש לכם בישיבה? הם השיבו לו שהם לא למדו דבר כי מפיו הם לומדים הכל ובגלל שהוא לא היה היום הם לא למדו דבר. אמר להם רבי יהושוע פתגם ידוע "אין בית מדרש בלי חידוש" אין מושג כזה שאם יושבים שני אנשים או יותר ודנים בסוגיה מסוימת לא יכול להיות שלא יתחדש להם משהו ולא תהיה להם הבנה חדשה ואחרת. בעצם רבי יהושוע מייצג את הפתיחות ואת הנכונות לחדש. יישום: הפרייה חוץ גופית, בהליך ההפרייה החוץ גופית אפשר ליצור הריון שלא כדרך הטבע שואבים ביצית או ביציות מהאישה נותנים זרע מבני הזוג מפגישים אותם בין בני הזוג מחדירים לרחם האישה ואת הביציות העודפות מקפיאים ואז אפשר להשלים אותם למחזור טיפולים חדש. חוק הירושה של מד"י קובע, שאדם שעוצם את עיניו, עזבונו עובר בירושה, הירושים יכולים להיות בן/בת הזוג או בין ילדיו או בין ילדיו למי שהחליט לתת. הירושים עפ"י דין הם ילדיו. ילדים באים לעולם בדרך הטבע ואם יש קשר דם הם יורשים רבי אליעזר יגיד ואם אין קשר דם אין לנו סיבה לתת להם. רבי יהושוע אומר לא ב' המציאות השתנתה, יש לנו בן איך אנחנו נחליט אם יחשב בנו של המנוח או לא? הוא לא יזרוק אותנו מהמדרגות הוא ידון בשאלה אם בן זה מי שגידל אותו או בן זה לא ככה אבל צריך להחליט הוא לא יזרוק אותו מהמדרגות. דוגמא שניה היא: שהכלל בדיני הירושה יורש הוא מי שהיה בחיים במות המוריש. יש לזה חריג, שמי שנולד תוך 300 יום מיום המוריש כלומר כשהמוריש נפטר האישה הייתה בהריון והעובר עדין היה ברחם אימו, אם הוא נולד

<p>300 יום ממות המוריש אז הוא יחשב לבנו והוא יורש את המנוח. טכנולוגית ההפריה החוץ גופית מאפשר להקפיא את הביציות המופרות לתקופה העולה על 300 יום ז"א יכול להיות מצב שאישה התחילה טיפולים, הרתה ונולד ילד תוך 300 יום והילד ירש אבל אם היא התאלמנה במהלך הטיפולים והילד נולד תוך 600 יום האש הוא ירש או לא ? הבעיה המשפטית היא שיש מתח בין שני עקרונות מתנגשים מצד אחד יש קשר דם גם הוא נולד אחרי 600 יום אז לכאורה הוא צריך לרשת ומצד שני החוק אומר שרק מי שנולד אחרי 300 יום.</p> <p>רבי אליעזר = היה זורק אותנו מכל המדרגות. רבי יהושע = הוא היה אומר בו נדון מה גובר. מה שאותנו מעניין זה שרבי יהושע היה מוכן לדון כי הוא פתוח לשינויים מול רבי אליעזר שהוא שמרן ולא ידון.</p> <p>אלה למעשה שלושת הגישות הבולטות שמייוחדות לסיפור של תנורו של עכראי. זילבר – שלטון החוק במחוקק איילון – אין להביא ראייה מעל הטבע גילת – מתח בין ההלכה השמרנית המיוצגת ע"י רבי אליעזר לבין ההלכה הפתוחה המיוצגת ע"י רבי יהושע.</p>	
<p>תמן תנין: חיתכו חוליות ונתן חול בין חולייא לחולייא – ר' ליעזר מטהר, וחכמים מטמין, זה תנורו של חכיני.</p>	
<p>אמר רבי ירמיה: הַפֶּךְ גְּדוֹל נעשה באותו היום (קרבן העדה: מכה גדולה). כל מקום שהיתה עינו של ר' ליעזר מבטת היה נשרף, ולא עוד אלא אפילו חיטה אחת חציה נשרף וחציה לא נשרף.</p>	<p>תנא: אֶךְ גְּדוֹל (רש"י: מכה גדולה) היה באותו היום, שבכל מקום שנתן בו עינו רבי אליעזר-נשרף.</p>
<p>והיו עמודי בית הוועד מרופפים. אמר להם רבי יהושע: אם חברים מתלחמים, אתם מה איכפת לכם? ויצאה בת קול ואמרה: הלכה כאליעזר בני. אמר ר' יהושע: לא בשמים היא.</p>	<p>ואף רבן גמליאל היה בא בספינה, עמד עליו נחשול לטבעו. אמר: כמדומה לי שאין זה אלא בשביל רבי אליעזר בן הורקנוס. עמד על רגליו ואמר: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי, ולא לכבוד בית אבא עשיתי, אלא לכבודך, שלא ירבו מחלוקות בישראל. נח הים מזעפו</p>
	<p>אימא שלום דביתהו, דר"א אחתיה דר"ג... מקובלני מבית אבי אבא: כל השערים ננעלים חוץ משערי אונאה (רש"י: לפי שצער הלב היא וקרוב להוריד דמעות)</p>

5.ב. ושמרת לעשות ככל אשר יורוך (דברים י"ז, י"א): חובת הציות

י"ח. בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהן הבטיחה תורה שנאמר על פי התורה אשר יורוך זו מצות עשה, **וכל המאמין**

במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולישען עליהן... כל מי שאינו עושה כהוראתן עובר בלא תעשה שנאמר לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל, ואין לוקין על לאו זה מפני שניתן לאזהרת מיתת בית דין, שכל חכם שמורה על דבריהם מיתתו בחנק שנאמר והאיש אשר יעשה בזדון וגו', **אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורה שבעל פה, ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד דברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות והתקנות והמנהגות, כל אחד ואחד מאלו השלשה דברים, הן מצות עשה שיש לשמוע להן, והעובר על כל אחד מהן עובר בלא תעשה, הרי הוא אומר על פי התורה אשר יורוך אלו התקנות והגזירות והמנהגות שיורו בהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם, ועל המשפט אשר יאמרו אלו דברים שילמדו אותן מן הדין באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן, מכל הדבר אשר יגידו לך זו הקבלה שקבלו איש מפי איש.**
רמב"ם, ממרים א, א - ב

י"ט. משרשי המצוה, לפי שדעות בני האדם חלוקין זה מזה לא ישתוו לעולם הרבה דעות בדברים, ויודע אדון הכל ברוך הוא שאילו תהיה כוונת כתובי התורה מסורה בידי כל אחד ואחד מבני אדם איש איש כפי שכלו, יפרש כל אחד מהם דברי התורה כפי סברתו וירבה המחלוקת בישראל במשמעות המצוות, ותעשה התורה ככמה תורות. וכענין שכתבתי במצות אחרי רבים להטות בכסף תלוה בסימן ס"ז [מצוה ע"ח], על כן אלהינו שהוא אדון כל החכמות השלים תורתנו תורת אמת עם המצוה הזאת שצונו להתנהג בה על פי הפירוש האמיתי המקובל לחכמינו הקדמונים עליהם השלום. ובכל דור ודור גם כן שנשמע אל החכמים הנמצאים שקבלו דבריהם ושתו מים מספריהם ויגעו כמה יגיעות בימים ובלילות להבין עומק מליהם ופליאות דעותיהם, ועם ההסכמה הזאת נכוין אל דרך האמת בידיעת התורה, וזולת זה אם נתפתה אחר מחשבותינו ועניות דעתנו לא נצלח לכל. ועל דרך האמת והשבח הגדול בזאת המצוה אמרו זכרונם לברכה [ספרי כאן] לא תסור ממנו ימין ושמאל, אפילו יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין לא תסור ממצוותם, כלומר שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים אין ראוי לנו לחלוק עליהם אבל נעשה כטעותם, וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבוזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי. ואפילו אם יאמרו לך טעות בולטת, לא תסור ממצוותם, אפילו אם הם טועים בדבר אנחנו לא נחלוק עליהם. מכיוון שעדיף, אם כל אחד ואטאחד יחליט איזה חלק הוא מקיים אנחנו נגיע לאנרכיה, ככדי שלא נגיע לאנרכיה (וספר החינוך מודע שיכולות להיות פרשנויות שגויות- זה מה שנקרא איזון אינטרסים)- עדיף לסבול טעות אחת ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו. שכל אחד יעשה "שבת לעצמו". מצד אחד הסדר החברתי, מצד שני ההכרעה של כל אחד ואחד מין הצד השני. זה השיקוף המרכזי. הסדר החברתי עומד מול האמת המוחלטת. מפני עניינים אלה נמסרה כוונת התורה אל חכמי ישראל, ונצטוו גם כן שיהיו לעולם כת מועטת מן החכמים כפופה לכת המרובין מן השורש הזה, וכמו שכתבתי שם במצות להטות אחרי רבים.

ספר החינוך מצוה תצ"ו

כלומר, אם כל אחד ואחד יחליט איך לפרש את החוק (התורות=חוק), תעשה התורה ככמה תורות, כלל אחד יעשה את החוק כמה שנוח לו- המשמעות תהיה אנרכיה.

כ. וזה הענין צריך עיון, איך נאמר ששתי כתות המחלוקת נאמרו למשה מפי הגבורה, הנה שמאי והלל נחלקו... באמת שאחד משני הדעות הוא דעת אמיתית והשני הפכו ואיך נאמר שיצא מפי השם דבר בלתי אמיתי? אבל הענין כן הוא, שדבר ידוע שכל התורה שבכתב ובעל פה נמסרה למשה, כמו שאמר במגילה: אמר רבי חייא בר אבא, אמר ר' יוחנן: מאי דכתיב ועליהם ככל הדברים? מלמד שהראהו הקב"ה למשה דקדוקי תורה ודקדוקי סופרים ומה שסופרים עתידיים לחדש. ומאי ניהו? מקרא מגילה. דקדוקי סופרים, הם המחלוקת וחילוקי הסברות שבין חכמי ישראל, וכולן למדן משה מפי הגבורה בלא הכרעה כל מחלוקת ומחלוקת בפרט. אבל מסר לו כלל אשר בו יודע האמת, והוא: אחרי רבים להטות, וכן לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך. וכשרבו המחלוקות בין החכמים, אם היה יחיד אצל רבים - היו קובעים כדברי המרובים. ואם רבים אצל רבים או יחיד אצל

יחיד - כפי הנראה לחכמי הדור ההוא, שכבר נמסרה ההכרעה להם, כאומרו: ובאת אל הכהנים הלויים או אל השופט אשר יהיה בימים ההם, וכן לא תסור וגו', הרי שניתן רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקת החכמים כפי הנראה להם, ואף אם יהיו הקדומים גדולים מהם ורבים מהם... וזהו ענין רבי אליעזר הגדול ומחלוקתו... הנה ראו כולם שר' אליעזר היה מסכים אל האמת יותר מהם, וכי אותותיו כולם אמיתיים, צודקים, והכריעו מן השמים כדבריו. ואף על פי כן, עשו מעשה כהסכמתם. שאחר ששכלם נוטה לטמא, אף על פי שהיו יודעים שהיו מסכימים הפך מן האמת לא רצו לטהר, והיו עוברים על דברי תורה אם היו מטהרים, כיון ששכלם נוטה לטמא, שההכרעה נמסרה לחכמי הדורות ואשר יסכימו הם - הוא אשר ציווהו ה'". כלומר מודים שהגישה של רבי אליעזר היא הגישה הנכונה וכי היא האמת. אומרים שא) כולם מודים שהצדק וההלכה וההגיון הוא כרבי אליעזר. (בעל אף זאת, השכל של הרוב קבע אחרת ממה שקבע רבי

אליעזר. יתרה מזאת, קביעתם עומדת בסתירה לאמת והרוב יודע זאת ואך על פי כן, אם היו מתיישרים לפי רבי אליעזר הם היו חוטאים בתפקידם. יש פיקציה- כוונת המחוקק היא משהו אובייקטיבי אבל אם הרוב מפרש אותה ואפילו לא נכון, קיימת פיקציה הנחה שלזה התכוון המחוקק במילים אחרות,,, כדי לשמר את הסדר החברתי, כדי לכבד את בתי המשפט ולשמור על קיום החוק, אנחנו מצווים לקיים גם פס"ד שגויים, הפוכים מין האמת (במקרים הקיצוניים), כיוון שקיימת חזקה שהחלטת הרוב היא החלטה המחייבת. היא החלטה שאליה התכוון המחוקק.

דרשות הר"נ, דרושים ג-ה.

כ"א. אמנם לזאת יחד איש פן ידבר בתורה בדברים אשר לא כן, ושכל האנושי לואה (=עייף) להשיג האמת ... אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי ונתן לנו הקב"ה התורה ברוב רחמיו וחסדיו כפי הכרעת השכל האנושי גם כי אינו אמת בערך השכלים הנבדלים ... אבל הקב"ה בחר בנו ונתן לנו את התורה כפי הכרעת שכל האנושי אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור, רק שיהיה אמת בהכרעת השכל האנושי ... שתעלה אמת מן הארץ והאמת יהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי ...".

הקדמה לקצות החושן על שולחן ערוך, חושן משפט. המבחן הוא לא מבחן ערטילאי.

המכללה אקדמית נתניה

בית הספר למשפטים

משפט עברי

משפט ומוסר

לקט מקורות

א. דין ולפנים משורת הדין: משפט ישראלי א. דין ולפנים משורת הדין: משפט ישראלי
האם ניתן לכפות על אדם שיתנהל לפנים שורת הדין? המאפיין את הדין הוא אמצעי הכפייה. אם יש חוק או גזר דין, אז יש סנקציה. אם נכפה על אדם להתנהג לפנים משורת הדין- והוא יסרב- נכפה עליו ונטיל עליו סנקציות?

יש שתי מערכות דינים בדין העברי זה נקרא מערכת הדין, ולפנים משורת הדין. באזרחי זה נקרא חוק ומוסר/ אתיקה. נשאלת השאלה מה היחס ביניהם באמצעי הכפייה? האם ניתן לכפות על אדם להתנהג לפנים משורת הדין.

א. "ניתן לומר שהרעיון הבסיסי המונח ביסודות ההצעה הוא הכלל שביסוד דיני היושר במשפט העברי - 'ועשית הישר והטוב' בין אדם לחברו. ההצעה דנה בסוגיות שהעסיקו את חכמי המשפט העברי מדורי דורות; מצד אחד - 'זה נהנה וזה לא חסר - כופין על מידת סדום', ומצד שני - 'כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?' מצד אחד - הקפדה על אכיפת הדין, ומצד שני - הנחיה להתנהג במקרים מסוימים לפנים משורת הדין, או כפי שהיינו אומרים היום - לפי הצדק והיושר" זוהי פשרה. נניח שראובן לקח משמעון 100 ₪ ושמעון קיבל את 100 ₪ במזומן ולא לקח פתק. שמעון נוכל והגיש נגדו תביעה שהוא לא פרע את ההלוואה. בימ"ש אומר לעשות פשרה. פשרה זה בד"כ 40, 50, 60.

שר המשפטים בקריאה ראשונה, להצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ח - 1978 ד"כ 83 (תשל"ח), 3917. צוטטו הדברים ע"א 6126/92 אטלנטיק נ. דג פרוסט, פד"י (4), 471, 483

ב. דין ולפנים משורת הדין: משפט עברי

ט. רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא, פגע ביה ההוא גברא, הוה דרי פתכא דאופי (רש"י: משאוי של עצים), אבותינהו וקא מיתפח (רש"י: עומד לפוש). אמר ליה: דלי לי. אמר ליה: כמה שוין? - אמר ליה: פלגא דזוזא. יהיב ליה פלגא דזוזא, ואפקרה. הדר זכה בהו (רש"י: חזר האיש ההוא והחזיק בהן מן ההפקר), הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה. חזייה דהוה קא בעי למיהדר למזכיה בהו, אמר ליה: לכולי עלמא אפקרנהו ולך לא אפקרנהו... והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה! - רבי ישמעאל ברבי יוסי לפני משורת הדין הוא דעבד. דתני רב יוסף: (שמות י"ח, כ) והודעת להם - זה בית חייהם (רש"י: ללמוד להם אומנות להתפרנס בו, חוקות ותורות כתיבי ברישיה דקרא), את הדרך - זו גמילות חסדים, (אשר) ילכו - זה ביקור חולים, בה - זו קבורה, ואת המעשה - זה הדין, אשר יעשון - זו לפני משורת הדין... **אשר יעשון - זו לפני משורת הדין.** דאמר רבי יוחנן: **לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה.** - אלא דיני דמגזיתא לדיינו? - אלא אימא: **שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפני משורת הדין.** היה מהלך ברגל. פגש בדרכו סבל שנשא על גבו עצים. ישב הסבל לנוח, ואז הוא פנה לרבי ישמעאל ואמר לו עזור לי לשים את העצים על הגב שלי. שואל אותו רבי ישמעאל - כמה שווים העצים האלו? הוא אמר לו חצי זוז. רבי ישמעאל אמרו לו שהוא משלם לו את הסכום ותלך לדרכך ואני מפקיר את העצים. הוא לא רצה להתעסק איתו. כנראה שהסבל היה חכם ואמר שהוא סוחר מחדש ואם זה הפקר כל אחד יכול לזכות. עכשו העצים שלי תעזור לי להטעין אותם על הגב. רבי ישמעאל אמר לו אמר לו קח עוד חצי זוז. ואני מפקיר לכולם חוץ ממך.

יש כלל בדין העברי שנקרא: זקן = אדם חכם. זה שקנה חוכמה בעינה לפי כבודו. יש מלאכות מסוימות (אבידות מסוימות), שזקן פטור מתלתעסק איתם. למרות שזאת אבדה, יש אבידות שאין לדרוש אותן מן אדם מכובד. זה לא מכובד שרבי ישמעאל ילך להתעסק עם סבל וחבילת עצים, זה לא לפי כבודו. שואל התלמוד - מדוע רבי ישמעאל התעסק עם הסבל ונתן לו את החצי זוז והפקיר וכו'? אומר התלמוד, שרבי ישמעאל נהג לפני משורת הדין. אכן רבי ישמעאל לא היה צריך להתעסק עם הסבל הזה, אבל הוא לא היה צריך לפתור את עצמו, ולכן הוא עשה את כל ההליך שהוא עשה. שואל התלמוד - מה פירוש לפני משורת הדין? אם הוא פטור אז הוא פטור. מה הוא בא ללמד אותנו? התשובה היא, שהעמידו עימהם על דין תורה ולא עבדו לפני משורת הדין = לא חרבה ירושלים = לא ראוי שבמקום שיש לנהוג לפני משורת הדין, יקפידו על הדין וינהגו לפי הדין בבחינת "ייקוב הדין את ההר" - חותך את ההר שאני לא יכול לעלות עליו. יש מצבים שבהם לא כדי לחתוך את ההר. אנחנו למדים מן הסיפור שהייתה לו זכות, פרבילגיה. כשאתה מוותר על זכות שמגיעה לך = לפני משורת הדין. רבי ישמעאל לא היה צריך בכלל לעזור לאיש הזה. היה לו פטור, ובכל זאת הוא וויתר על הזכות כדי לעשות חסד. אנו למדים שיש כל מיני מקרים של וויתור על זכות:

- 1- וויתור שלא מריע לי - לא קורה לי כלום. אם לא לקחתי את השטר שעל הרצפה..
- 2- יש וויתור שאני צריך לתת משהו מעצמי = להכניס את היד לכיס. דרגה גבוהה יותר של וויתור על זכות. המדרגה הגבוהה יותר היא שאתה צריך לשלם על משהו. מהי התנהגות לפני משורת הדין?
א- וויתור על זכות/ פטור
ב- מדרגה גבוהה יותר של פטור היא כאשר הוויתור כרוך בתשלום.
זכות זה אינטרס, ומכיוון שהחברה מחליטה על מה היא מגינה ולא מגינה, הזכות יכולה להשתנות.
המסקנה האחרונה - לפעמים אין זה ראוי להעמיד כל סכסוך על הדין. לא צריך ישר להיכנס עם הראש בקיר.

בבלי, בבא מציעא ל, ב

י"ב. איתמר: המראה דינר לשולחני ונמצא רע, תני חדא: אומן - פטור, הדיוט - חייב, ותניא אידך: בין אומן בין הדיוט - חייב! אמר רב פפא: כי תניא אומן פטור - כגון דנכו ואיסור, דלא צריכי למיגמר כלל. אלא במאי טעו? טעו בסיכתא חדתא, דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא. ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא, אמר לה: מעליא הוא. למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה: אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא, ולא קא נפיק לי, אמר ליה לרב: זיל חלפיה ניהלה, וכתוב אפנקסי דין עסק ביש. ומאי שנא דנכו ואיסור דפטרין? משום דלא צריכי למיגמר, רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי! **רבי חייא לפני משורת הדין הוא דעבד.** יש מושג שנקרא שולחני = חלפן כספים. רבי היא מתפרנס מהיותו שולחני. יום אחד הגיעה אליו אישה, והראתה לו מטבע יקר ואמרה לו שהיא מתכוונת לעשות עסקה ולשלם במטבע הזה ואם העסקה תצליח היא תרוויח הרבה כסף. רבי חייא בחן את המטבע ואמר לה שהמטבע זה מטבע לא מזויף. למחרת, הגיעה האישה ואמרה שהיא רוצה לבצע את העסקה ולשלם במטבע ואמרו לי שהמטבע מזויף. ובגלל שלא היה לי מטבע אחר כי סמכתי עלייך, אז הפסדתי את העסקה והפסדתי את הרווחים. אמר לה רבי חייא, תלכי למנהל חשבונות שלי ואמר לו לשלם לה את הפסדי הרווחים שהיא הייתה אמורה להפיק מן העסקה. ואכן האיש נתן לה את הפיצוי ההולם. גם כאן שואל התלמוד - יש לנו כלל שאומר שמומחה במקצועו (אומן) - אם הוא

טועה הוא חסין מפני פגיעה. יש כלל ביהדות שאומן פטור. ואם הוא פטור- אז למה הוא אמר למנהל חשבונות שלו לפצות אותה? הוא נהג לפני משורת הדין. יש התנהגות ע"פ דין ויש התנהגות שהיא לפני משורת הדין. מי יכול לוותר על זכות? זקן חכם וגם אומן. אין לנו עדיין תשובה האם ניתן לכפות על אדם להתנהג לפני משורת הדין?

בבלי, בבא קמא צ"ט, ב

י"ג. רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי (רש"י: נושאי משאות, ותברו ליה שלא במקום מדרון, ובפשיעה) חביתא דחמרא. שקל לגלימיהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה: הב להו גלימיהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין, (משלי ב') למען תלך בדרך טובים (רש"י: לפני משורת הדין). יהיב להו גלימיהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידי. אמר ליה: זיל הב אגרייהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין, (משלי ב') וארחות צדיקים תשמר (רש"י: סיפא דקרא הוא). רבה בר בר חנן שכו פועלים שיעבירו לו חביות עם יין ממקום א' למקום ב'. רש"י אומר שנושאי משאות= סבלים, ושברו שלא במקום ירידה אלא במישור- שברו את החביות. הייתה כאן רשלנות. מה היינו מצפים מרבה בר בר חנן? לתבוע אותם.

לקח גלימות, הבגדים שלהם. הוא לקח את זה כעיקבון. עד שישלמו לו על הנזק. מדובר על התנהגות רשלנית. הסבלים הגיעו לרב. אמר לו הרב לרבה רב רב חנן- השב להם את גלימותיהם. אמר לרב- זה הדין? האם הדין אומר שאני חייב להשיב להם את הגזלות? זה לא בתום לב. אמרו לו- כן. כדי שתלך בדרך טובים= התנהגות של לפני משורת הדין. כנראה שהסבלים לא היה טיפשים, והם המשיכו לטעון ואמרו שאני עם בניו ואנחנו רעבים ואין לנו מה לאכול. ראו הפועלים שיש סיכון לטעון אצל רב. רב אמר לרבה רב בר חנן- הטענה שלהם שהם צריכים אוכל היא צודקת, לך תשלם להם. הוא שואל האם זה הדין? השכל הישר אומר לא לשלם. "ואורחות צדיקים תשמור"- יש התנהגות שהיא לפני משורת הדין, שהיא במדרגה של דרך טובים.

יש מדרגה גבוהה יותר של התנהגות של צדיקים. אורחות צדיקים תשמור= להתנהג כמו הצדיקים, דהיינו גם לשלם מהכיס כדי להגיע למדרגה של צדיקים. מה שמאפיין את הסיפור הזה זה שלכאורה, יש פה הליך משפטי כלשהו. יש פה רב שהוא הדיין יש פה שני צדדים שטוענים, יש פה הכרעת דין ויש פה בעל דין שמבצע את מה שנדרש ממנו, חרף העובדה שכל אחד היה אומר שפס"ד שגוי. אני מקיים את פס"ד כי אני רוח להימנע מאנרכיה, וכי אני מכבד את בית הדין. הנימוק למה הוא אומר לו לעשות זאת- בגלל שהוא צריך להתנהג בדרך טובים. פה לא מדובר על וויתור על זכות. **בבלי**, בבא מציעא פ"ג, א

י"ד. תני רבי נחמיה: קדר מסר קדרוי לברנש תברין ארים גולתיה. אתא גבי רבי יוסי בר חנינה אמר ליה: איזיל? אמור ליה למען תלך בדרך טובים. אזל ואמר ליה ויהב גולתיה. אמר ליה: יהב לך אגרך. אמר ליה: לא אמר ליה זיל ואמור ליה וארחות צדיקים תשמור? אזל ואמר ליה ויהב ליה אגריה. מדובר על קדר, שעשה כדים כדי שישמור עליהם. והשומר התרשל. הלך לרבי יוסי בר חנינה ואמרו לו לען תלך בדרך טובים. הוא גם לקח לשומר את הגלימות. רבי יוסי אמר לו להגיד לקדר שיש פסוי במשלי למען תלך בדרך טובים, והוא יבין מה צריך לעשות. הלך והחזיר לו את הגלימות. הוא חזר ואמר לו מה אם משכורת? א ני שמרתי- אמר לו לך תגיד לו וארחות צדיקים תשמור. אז הוא שילם לו את השכר עבור העבודה. יש כאן אמירה המושתתת על מערכת יחסים בין אנשים. ולכן מה שברור פה בניגוד לתלמוד הבבלי, שפה בוודאי והסודאי אין כפייה על התנהגות של לפני משורת הדין. ברור שאין אמצעי כפייה. ההתנהגות של התנהגות לפני משורת הדין מבוססת על כבוד ואמון. לפי הירושלמי התנהגות לפני משורת הדין מושתתת על אמון. ולא על מערכת יחסים פורמאלית. אם אנחנו מגיעים לבימי"ש אז מתעוררת השאלה האם התנהגות לפני משורת הדין ניתנת לכפייה? **ירושלמי**, בבא מציעא פרק ו, הלכה ח

ל. וכיון דחזינן דהוו כייפי להו הכי, כדאיתא סוף פרק האומנין, גם אנו כייפינן למיעבד לפני משורת הדין, אם היכולת בידו לעשות, דתני רב יוסף: והודעת להם את הדרך וגוי, ואמר ר' יוחנן לא נחרבה ירושלים אלא בשביל שהעמידו דבריהם על דין תורה ולא עשו לפני משורת הדין. וכן פסק הראב"ן ואבי"ה, דכייפינן להו לעשות לפני משורת הדין.

ספר המודכי, בבא מציעא, פרק ב, סימן רנ"ז

הוא סבור כי גם אנו כופים להתנהג מלפני משורת הדין, בתנאי שיש ביכולתו יכולת לעשות זאת. אם מדובר באדם שיש לו יכולת כלכלית או אפשרות אחרת להתנהל לפני משורת הדין- אז כופים עליו. זאת גישה אחת.

ל"א. "משמע דרב היה כייף ליה לרבה בר בר חנא דאם לא כן מאי קאמר ליה דינא הכי אם לא בא לכופו. ואע"ג דהתוספות פרק הגוזל קמא ופרק אלו מציאות, פירשו דמשום לפני משורת הדין לא היה ליה להפסיד אלא מקרא דלמען בדרך טובים, מכל מקום בעל כרחך, שמעינן דכופין על דבר שאינו חייב בו מן הדין. "... כופים על דבר שאינו חייב מן הדין. לומד זאת מהסיפור של בא בא בר חננא. זאת הגישה השנייה. אנחנו מניחים שהיה פה הליך פורמאלי, אחרת לא ניתן להניח זאת.

ב"ח, טור חו"מ סימן י"ב ס"ק ד'

ל"ב. כתב רבינו ירוחם (מישרים, נתיב א ח"ד ט:): בשם הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' ז): אין כופין על לפני משורת הדין, ופשוט הוא בעיני. ותמנהי על מה שכתב המרדכי, בפרק שני דמציעא (סי' רנז), דכייפינן למעבד לפני משורת הדין, ומהנך עובדי (ב"ק ק"ח, ב"מ כד: פג.) דמייתי ראייה מינייהו, לא נזכר בהם כפיה. דעת שלישיית- רבי יוסף קארו: אין כופים על לפני משורת הדין! זה כל כך פשוט כי זה לא חלק מהדין. איך אני יכול לכפות על אדם שלא לפני משורת הדין?

בית יוסף, חושן משפט, סימן י"ב

ל"ג. ואין בית דין יכולין לכופו ליכנס לפני משורת הדין, אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי (ב"י בשם ר"י ובשם הרא"ש). ויש חולקים (מרדכי פרק ב' דמציעא).

הגהת הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן י"ב, סעיף ב

בית הדין לא יכולים לכפות על אדם להתנהג לפני משורת הדין, גם אם נראה להם שניתן וראוי לכפות. פ"ד וייס נ' קיטן- שם היה ברור שלפני משורת הדין למפעל יש כ"ס עמוק והוא יכול לשלם.

ל"ד. ואפילו בשופטים פרטיים ג"כ אין זה כלל גמור, שלא להתחשב עם המצב של הנונים, שהרי מעשה רב שמענו בבבא מציעא פג' א' שחייבו רב לרבה בב"ח להחזיר את הגלימא שלקחו מהשקולאי ולשלם להם ג"כ את שכרם מצד טענתם שטענו עניי אן וטרחנין כולי יומא וכפינן ולית לן מידי מטעם 'ואורחות צדיקים תשמור'. וגם עיקר של לפני משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים' ולא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עשו לפני משורת הדין בבא מציעא ל'. מכל זה אנו מוכרחים לומר שהכתוב שאומר' ודל לא תהדר בריבו' הוא נאמר דוקא בזמן שהדין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל, אבל בזמן שיש משקל לזה ג"כ מצד צורת המשפט ויסודי הדין, יש רשות לדין לפעמים לצרף לזה ג"כ מידת הרחמים והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים."...

מכתב הראי"ה קוק לסופר אז"ר, התפרסם בספר זכרון לאברהם שפיגלמן, ת"א, תשל"ט, 67-68

יש עוד עיקרון אחד שהטעם שלו-

אדם גר בקוטג' דו משפחתי, שתי חלקות צמודות. ראובן חלקה א' שמעון חלקה ב'. ראובן מעצבן את שמעון עד כדי כך שהוא לא יכול לגור בצמוד אליו יותר והוא מציע את דירתו למכירה. הוא מפרסם בעיתון פרטים- מחיר וכו... הוא מציע את הדירה בשני מליון דולר. בא שמעון ובא לוי האח הבכור שניהם מוכנים לשלם את הסכום המבוקש. למי למכור? למי יש זכות קדימה? בתקופת התלמוד שהוסיגה עלתה הייתה האוכלוסייה חקלאית בעיקר, אנשים התפרנסו מחקלאות. תוצאות הייצור של 2 חלקות צמודות היו זולות יותר מאשר 2 חלקות מרוחקות. הרמבם אומר שמכיוון שלמוכר לא משנה מי ישלם לו, אבל שמעון שחלקתו גוברת בחלקת ראובן, שהוצאת הייצור שלו רק יפחתו- "זה ייחנה וזה לא חסר". לפי דיני קניין מותר לאדם לעשות כרצונו בחלקה שלו. יש התנגשות בין 2 ערכים:

הבעלות עצמה- היא חלק מהדין. יש ערך מחוץ לדין- "זה נהנה וזה לא חסר", אם אני צריך למכור מה אכפת לי ממי לקבל את הכסף.

כ"ב. אמר רב יהודה אמר רב: האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי - חציפא הוי, סילוקי - לא מסלקינן ליה. ורב נחמן אמר: נמי מסלקינן, ואי משום דינא דבר מצרא - לא מסלקינן ליה. נהרדעי אמרי: אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה, משום שנאמר: ועשית הישר והטוב בעיני ה' (רש"י): דבר שאי אתה נחסר כל כך, שתמצא קרקעות במקום אחר, ולא תטריח על בן המצר להיות נכסיו חלוקין).

בבלי, בבא מציעא ק"ח, א

זה שאחד יוצא בהפסד והשני ירוויח- דין בין המצר (מצר=גדר).

ל"ד. ואפילו בשופטים פרטיים ג"כ אין זה כלל גמור, שלא להתחשב עם המצב של הנונים, שהרי מעשה רב שמענו בבבא מציעא פג' א' שחייבו רב לרבה בב"ח להחזיר את הגלימא שלקחו מהשקולאי ולשלם להם ג"כ את שכרם מצד טענתם שטענו עניי אן וטרחנין כולי יומא וכפינן ולית לן מידי מטעם 'ואורחות צדיקים תשמור'. וגם עיקר של לפני משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים' ולא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עשו לפני משורת הדין בבא מציעא ל'. מכל זה אנו מוכרחים לומר שהכתוב שאומר' ודל לא תהדר בריבו' הוא נאמר דוקא בזמן שהדין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל, אבל בזמן שיש משקל לזה ג"כ מצד צורת המשפט ויסודי הדין, יש רשות לדין לפעמים לצרף לזה ג"כ מידת הרחמים והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים."...

כשיש גדר משותפת הדין הוא שלבעל הגדר המשותפת יש זכות קדימה, לקנות את הנכס כי הרעיון הוא "זה נהנה וזה לא חסר". אין הפסד לא למוכר ולא לקונה, הקונה מרוויח וגם המוכר. גם הקונה שלא קיבל את הדירה יכול לקנות במקום אחר אין לו מחיבות למקום הזה. העיקרון מושתת על עיקרון המופיע בספר דברים ועשית הטוב והישר בעיני ה'.

כ"ד. ולא עוד אלא המוכר קרקע שלו לאחר יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו וזה הלוקח הרחוק כאילו הוא שליח של בן המצר, בין שמכר הוא בין שמכר שלוחו בין שמכרו ב"ד יש בו דין בן המצר, אפילו היה הלוקח ת"ח ושכן וקרוב למוכר ובן המצר ע"ה רחוק בן המצר קודם ומסלק את הלוקח, ודבר זה משום שנאמר ועשית הישר והטוב **אמרו חכמים: הואיל והמכר אחד הוא, טוב וישר הוא שיקנה מקום זה בן המצר יותר מן הרחוק.**

רמב"ם הלכות שכנים, פרק י"ב, הלכה ה

דין 1- שמקורו עשיית הישר והטוב- זה סוג של התנהגות לפני משורת הדין. אתה כבעלים לא חייב למכור את הנכס שלך לשכן שלך, אתה יכול למכור למי שתראה אבל הוגן וישר בעיני ה' שתמכור לשכן שלך בתנאי שלא תפסיד.

אחד הביטויים והצורות של התנהגות ישרה וטובה, זה אם אתה לא מפסיד ואתה יכול לתת בעדיפות לשכן שלך ולא לאחר כדי שגם הוא ירוויח.

דין 2- אם אני רוצה לקנות נכס, אני הולך לבנק ולוקח הלוואה. מנהל הבנק מסכים רק בתנאי בטוחה כלשהי, מקרקעין הוא שעבוד טוב, למשל מביא את הנכס של אבא שלי. יום אחד אני נתקע ואין לי כסף יותר לשלם את התשלומים החדשים. אני מקבל התראה. אם אני לא משלם הבנק מחלט את השעבוד, כלומר לוקח את המקרקעין המשוועבד כדי לממש את הערבות ולשלם את החוב. הנכס עובר לבעלות הבנק- והוא הבעלים כעת של הנכס המשוועבד. שבוע אחרי שעבר הנכס לבעלות הבנק, זכיתי בלוטו, אני רץ לבנק.

אומר הדין העברי הנכס יחזור לבעליו והבעלים ישלם וישא בתוצאות שעלו בכל העת שהיה בבעלות הבנק. בעיקרון הבנק לא מפסיד ולכן זה נקרא עשיית ישר וטוב, זה דין שנקרא שומא והדר (צריך להחזיר).

כ. אמרי נהרדעי: שומא הדר עד תריסר ירחי שתא. ואמר אממר: אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי שומא הדר לעולם. **והלכתא: שומא הדר לעולם.** משום שנאמר: ועשית הישר והטוב (דברים ו', י"ח).

בבלי, בבא מציעא ל"ה, א

שומא מלשון לחזור. צריך להחזיר את הנכס כל עוד הנכס אצל הבנק. התנהגות לפני משורת הדין היא מגבילה את הבעלות גם כשהבנק צריך להחזיר לי את הנכס המשוועבד זה בניגוד לכללי הבעלות. כי הנכס עבר מרישום בטאבו שלי לרשות הבנק. מהצד מה אכפת לבנק להחזיר לי את זה?

שומא הדר לעולם = הנכס המשוועבד שהערכנו אותו לפירעון החוב הוא תמיד יחזור אבל בתנאים. יש לנו סוג של התנהגות לפני משורת הדין, אבל מתוך ההתנהגות ישרה של עשיית הישר והטוב זה נהנה וזה לא חסר.

יש לנו כמה כללים: אחד מהם הוא במקור כ"ח

כ"ח. ועשית הישר והטוב בעיני ה' - על דרך הפשט יאמר תשמרו מצות השם ועדותיו וחוקותיו ותכוין בעשייתן לעשות הטוב והישר בעיני בלבד. ולמען ייטב לך - הבטחה, יאמר כי בעשותך הטוב בעיניו ייטב לך, כי השם מטיב לטובים ולישרים בלבותם. ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. **וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כלם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא י"ט ט"ז), לא תקום ולא תטור (שם פסוק י"ח), ולא תעמוד על דם רעך (שם פסוק ט"ז), לא תקלל חרש (שם פסוק יד), מפני שיבה תקום (שם פסוק לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא (ב"מ ק"ח א), ואפילו מה שאמרו (יומא פ"ו א) פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל ענין תם וישר."**

רמב"ן, דברים ו', י"ח

← הרמבם כותב את הדברים מלפני 700 שנה זו אחת מיסודות דרך החקיקה. המחוקק איננו יכול לצפות את כל האפשרויות, הוא לא יורד לרזולוציה של פרטים אלא קובע עקרונות. הוא אומר שי אפשר להזכיר בתורה, אפילו בתורה יש מרחב פעולה, ה' לא מזכיר את כל האפשרויות, אלא הוא נותן אפשרויות סל. לא תקלל חרש, לא תעמוד על דם רעך, וכיו' הוא נותן עקרונות כללים. בית הדין ממלא אותם בתוכן. אז הוא אומר שלפני בית הדין ממלא אותו בתוכן, יש כלל גדול ← ועשית הישר

בעיני ה'. ההתנהגות הישרה היא גם לפני משורת הדין ומתבטאת באופנים שונים.

כ"ט. שתורתינו התמימה נתנה בתיקון מידות האדם ובהנהגתו בעולם כללים, באמירת קדושים תהיו (ויקרא י"ט, ב). והכוונה, כמו שאמרו ז"ל (יבמות כ, א): קדש עצמך במותר לך, שלא יהא שטוף אחר התאוות. **וכן אמר ועשית הישר והטוב, והכוונה, שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני**

האדם. ולא היה ראוי בכל זה לצוות הפרטים, לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל ענין, ובהכרח חייב לעשות כן, ומידות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים.

מגיד משנה על הרמב"ם, הלכות שכנים, פרק י"ד, הלכה ה
אחד מפרשני הרמבם אומר כי יש כללים איך אדם צריך להתנהג, עשית ישר והטוב הכוונה היא שהתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני האדם.
מצד אחד יש את הכלל שחייבים לנהוג ביושר, ומצד שני המציאות משתנה.

על אותו עיקרון דובר במקור ט"ז :

ט"ז. "שכוונתם במה שאמרו דין אמת לאמתו, שדן לפי המקום והזמן בעניין שיהא לאמיתו ולאפקי (להוציא) 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 לאמתו. ועל דרך שאמרו חז"ל (בבא מציעא, ל, ב), "לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא לפנים משורת הדין".

דרישה, טור, חו"מ, א, ס"ק ב.

על אותו עיקרון אומר אחד מפרשני השולחן הערוך- כאן הוא נותן לנו יסוד נוסף בשפיטה. יש מושג בדין העברי ששופט שדן דין אמת לאמיתו, נעשה שותף של הקדוש ברוך הוא. מתעוררת השאלה מהו כפל הלשון? מה זה אמת ומה זה לאמיתו? אומר אחד מהפרשנים : דן לפי המקום והזמן בעניין שיהיה לאמיתו ולהוציא שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש כי לפעמים צריך לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והעניין. ואם הוא לא עושה כן, הוא לא עושה לאמיתו.
יש 2 פסקי דין : (1) פס"ד אמת- על פי החוק היבש הפורמלי, תואם לגמרי ללשון החוק.
(2) דין שהוא אמת לאמיתו- הוא הופך לכזה כשהוא לא תמיד לפי דין תורה, אלא לפי הזמן והעניין. לפעמים צריך לפעול לפנים משורת הדין, למשל עונשין עבירת התקיפה-

נושא רביעי :

פדיון שבויים בדין העברי

לקט מקורות

א. משפט ישראלי

במשפט הישראלי, אין הסדר חוקי בנוגע לפדיון שבויים. יש כרגע הצעת חוק שמונחת על שולחן הכנסת- הצעת חוק עקרונות לפדיון שבויים ונעדרים, תשע"ה. בס' 2 להצעת החוק- " לא ישוחרר יותר ממחבל אחד לרבות מחבל שהורשע ברצח תמורת החזרת חטוף אחד..." אחד מול אחד. הרעיון הוא, להגביל את היכולת של הממשלה לשחרר אסירים בכמויות. לעומת זאת, בימ"ש העליון עסק בסוגיה הזאת בפרשת עובד נ' שר הביטחון . בחלק מן החלטות הממשלה נכנס גם הפאן העברי.

כרגע אין הסדר בארץ.

מבחינת הדין העברי- יש שם כללים. יש הסדר. אמנם, ההסדר שמובא בתלמוד ובמקורות האחרים מתייחס לשבויים אזרחיים. אך נכון יותר לומר- לחטיפות של אזרחים עבור תשלומי כופר. על דרך ההיקש ניתן גם ללמוד לגבי שבויים- אנשי צבא. חשוב לזכור בנוסף, שהכללים הללו הראשוניים – שהמקורות הללו התייחסו לא רק לגבי שבויים אזרחיים אלא גם בתרופה שלאדם יש ערך כלכלי. ניתן להעריך את שווי הכלכלי של האדם. את התועלת שניתן להפיק מפעולותיו ומכישוריו.

מרכיב מסויים של התפיסה הזו קיים בדיני הנוזיקין.

הסוגיה הזאת התעוררה בדין העברי, כאשר תפיסת העולם הבסיסית בדין העברי היא שליפול בשבי והעינויים בשבי והסיכון שקיים לשבוי, הם הדרגה החמורה ביותר, ולכן יש חשיבות רבה למצוות פדיון שבויים.

1. ישאל השואל: **וכי זכאים הם העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים? חברים הם בארגוני טרור שההומניות מהם והלאה ושפגיעות באנשים חפים מפשע הן לחם חוקם.** האם ראויים העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים, שעה שחיילים ואזרחים ישראלים מוחזקים בידי ארגונים שאליהם משתייכים העותרים, ואלה אינם שוקלים כלל שיקולים הומניטריים ומסרבים למסור כל מידע על אנשינו המוחזקים בידם? **על שאלות אלה תשובתנו היא זו: מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים.** שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; **שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבנו** (השוו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד ל"ה(3), 113, 132). מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו - כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרוננו שלנו. יפים לכאן דברים שנאמרו במקום אחר: **"מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור.** חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ"ג(4), 817, 845).

יש לקרוא פס"ד זה. בג"צ 794 /98 שיח' עבדאל כארים עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ה (5) 769, 774

2. **ברצוני להוסיף הערות מספר מתוך השקפת היהדות, כפי שבאה לידי ביטוי במסורת ההילכתית.** נפסק להלכה בשו"ע, יו"ד, רנב, א כי "אין מצווה גדולה כפדיון שבויים", וכי: "המעלים עיניו מפדיון שבויים, עובר על לא תאמץ את לבבך (דברים טו, ז, ועל לא תקפוץ את ירך (דברים טו, ז). ועל לא תעמוד על דם רעך (ויקרא יט, טז) ועל לא ירדנו בפרך לעיניך (ויקרא כה, נג). ובטל מצות פתוח תפתח את ירך לו (דברים טו, ח). ומצות וחי אחיך עמך (ויקרא כה, לו). ואהבת לרעך כמוך (ויקרא יט, יח). והצל לקוחים למות (משלי כד, יא). והרבה דברים כאלו" (שם, סעיף ב). כן נפסק כי "כל רגע שמאחר לפדות השבויים, היכא דאפשר להקדים, הוי כאילו שופך דמים" (שם, סעיף ג). **עם כל החשיבות העצומה של מצוות פדיון שבויים, ההלכה היהודית קבעה סייגים לגבי מהות הדרכים של שחרור השבויים.** כך נפסק (בעקבות התנא קמא במשנה, גיטין, ד, ו); גיטין, מה, א; רמב"ם, הלכות מתנות עניים, ח, י"ב), כי "אין מבריחין השבויים, מפני תיקון העולם, שלא יהיו האויבים מכבידים עולם עליהם ומרבים בשמירתם" (שו"ע, שם, סעיף ה). כלומר, בבחירת הדרך לשחרור השבוי עלינו לשקול גם שיקולים רחבים יותר, כגון ההשפעה של מעשה השחרור על שבויים עתידיים שייפלו בידי אנשי הרשע (השווה גם שו"ע, שם, סעיף ד); ועל הסוגיה ראה עוד: ירושלמי, גיטין, ד, ו; המאירי בית הבחירה על מסכת גיטין [ו], בעמ' 188; בית יוסף, טור, יו"ד, רנב, ה [ז]. **בימינו אנו גם השמירה על הכללים ההומניטריים, שלהם אנו רואים את עצמנו מחויבים, היא בבחינת תיקון העולם במובן הרחב. ואין צורך להרחיב על כך.** בנסיבות המיוחדות של המקרה לפנינו נראה כי לעת הזאת, שיקול זה מחייב מתן רשות לביקור הצלב האדום אצל העותרים. **לכן מצטרף אני למסקנתו של חברי הנשיא ברק.**

בגצ 794 / 98, שם, עמ' 776 (השופט אנגלרד)

3. בית-משפט זה, בהיזקו לטענות אלה בעבר (ראה גם עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מ"א(2), 508, 513), דחה אותן. בעמ"מ [...] קבע הנשיא שמגר, **כי פדיון שבויים והחזרת נעדרים הם טעמים של ביטחון המדינה, כמשמעם בסעיף 2 לחוק המעצרים.** לפיכך, משהוכח כי המשך החזקת המעוררים במעצר תורם לשחרורם של הנעדרים, הרי שמתקיים האיזון הראוי שבמסגרת החוק, ומעצרו של המעורר תקף. כך גם בעמ"מ [...] הועלתה השאלה שוב. **כבוד השופט טל קבע, כי החזרת שבויים ונעדרים הינה חלק אינטגרלי מביטחון המדינה וכי ממלאת היא תפקיד חשוב בכל הקשור במורל הצבא ובערכיו.** לפיכך, קבע השופט טל, כי החזקת העצורים במקרה זה נופלת לגדר טעמי ביטחון המדינה, ומשהוכח כי שחרורם יפגע במאמצים לשחרור את השבויים והנעדרים, ניתן **תוקף לצו המעצר.** השופט טל הוסיף, כי מעמדם של העצורים הינו אנלוגי למעמדם של שבויי

מלחמה במובן זה, שישנה הצדקה מוסרית להחזיקם במעצר ובשבי, עד להחלפתם בחיילנו אנו. כך הדבר, אליבא דשופט טל, בייחוד בשעה שבה נעדרנו ושבוינו לא זוכים לכל זכות של שבוי מלחמה. אישור לגישה זו ניתן גם בפסק-דינו של בית-משפט זה, ב[...].

עמ"מ 94 / 10 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ג(1), 97, 106

4. הדוגמא האחרונה של "יבוא" דוקטרינה משפטית, מתחום אחר לסוגיית סוד מקצועי (=האם מותר למשטרה להאזין לשיחה בין עו"ד ללקוח), הייתה, בשבועות האחרונים, לצער כולנו, חלק מן השיח הציבורי של חינו. אביא את הדוגמא, ופירכתי, בלשונו של רקובר (ני רקובר, ההגנה על צנעת הפרט (ספרות המשפט העברי, ירושלים, תשס"ו-2006), 169): **"דרך אחרת שהוצעה לפתרון שאלה זו, היא היקש לתקנה שתיקנו חכמים בעניין פדיון שבויים, הנמנית עם התקנות שהותקנו מפני תיקון העולם: 'אין פודין את השבויים יותר על כדי דמיהם, מפני תיקון העולם' [משנה, מסכת גיטין, פרק ד, משנה ו]. נמצא שדוחין את טובתו של הפרט מפני תיקון העולם, והוא הדין בעניין גילוי סוד, ראוי שייזנק הפרט בגלל האינטרס הציבורי שיש בגילוי. אבל, ההלכה שאין פודים את השבויים יותר מכדי דמיהם, אינה מצד הדין, אלא יסודה בתקנה. ואכן, ודאי שההלכה העברית מכירה בכוחו של הציבור לתקן תקנות מפני תיקון העולם, אף במחיר פגיעה בזכויות הפרט. במקורות המשפט העברי, יש כלים המאפשרים את קיפוח זכויותיו של הפרט כדי להגן על אינטרס ציבורי חשוב. וכך פתרונה של שאלתנו עשוי להימצא בדרך שהתמודדו חכמים בעת התנגשות האינטרס הציבורי עם האינטרס של הפרט".** אך, לאחר דברים אלה, כותב פרופ' רקובר את הקטע הבא (שם, בעמ' 169): **"אולם, כל עוד לא הוכר מעמדו של 'סוד מקצועי' כמעמד מועדף על פני חיובים אחרים, ולא הותקנה תקנה בדבר, שמא תידון כל שאלה לפי אמות המידה הרגילות באמירת לשון הרע לתועלת, שהן חלות גם על גילוי סוד רגיל".**

ב"ש 4301 / 08 ליאורה ברקו נ' מדינת ישראל [פדאור (לא פורסם) 08 (25) 346], עמוד 64

ב. משפט עברי

ב.1 חשיבות המצווה

א. **פדיון שבויים מצוה רבה היא.** אמר ליה רבא לרבה בר מרי: מנא הא מילתא דאמור רבנן דפדיון שבויים מצוה רבה היא? א"ל, דכתיב: והיה כי יאמרו אליך אנה נצא ואמרת אליהם כה אמר ה' אשר למות למות ואשר לחרב לחרב ואשר לרעב לרעב ואשר לשבי לשבי (ירמיהו ט"ו). ואמר רבי יוחנן: כל המאוחר בפסוק זה קשה מחבירו. חרב קשה ממוות ... רעב קשה מחרב ... **שבי [=קשה מכולם] דכולהו איתנהו ביה. יש כאן מדרג מהקל לחמור. הכי פשוט שיהרגו אותך ואז לא תסבול. הדבר החמור ביותר הוא השבי.**

בבלי, בבא בתרא, ח, ב

ב. פדיון שבויים מצוה רבה - והא דאמר בפרק בני העיר (מגילה כ"ז, א) אין מוכרין ס"ת אלא ללמוד תורה ולישא אשה ולא קתני פדיון שבויים, **שמא מילתא דפשיטא היא ולא איצטרין למיתני.** **שואלים התוספות - אם אומרים שפדיון שבויים זאת מצווה כ"כ חשובה, מדוע כאשר לאדם אין מספיק כסף, אז אומרים שאסור למכור ספר תורה אלא לשני מטרות:**

1- ללמוד תורה

2- לשאת אישה. אם אדם רוצה לשאת אישה - מותר לו למכור ספר תורה בתמורה לנשיאת האישה. אם מצוות פדיון שבויים היא ככ חשובה, מדוע אסור למכור ספר תורה כדי לקיים

את מצווה זו? תשובת התוספות- אין צורך לכתוב את זה, מצוות פדיון שבויים היא כל כך מובנת מאליה, שלא צריך לכתוב זאת.

תוספות, בבא בתרא ח, ב, ד"ה: "פדיון"

ג. **פדיון שבויים קודם לפרנסת עניים ולכסותם, ואין מצוה רבה כמו פדיון שבויים**, שהשבוי הרי הוא בכלל הרעבים והצמאים והערומים ועומד בסכנת נפשות. והמעלים עינו מפדיונו הרי זה עובר על לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך (דברים ט"ז, ז), ועל לא תעמוד על דם רעך (ויקרא י"ט, ט"ז), ועל לא ירדנו בפרך לעיניך (ויקרא כ"ה, ג). ובטל מצות עשה פתח תפתח את ירך (דברים ט"ו, ח), ומצות וחי אחיך עמך (ויקרא כ"ה ל"ו), ואהבת לרעך כמוך (ויקרא י"ט, י"ח), והרבה דברים כאלו, **ואין לך מצוה רבה כפדיון שבויים.**

אם אין לי כסף לשתי מטרות- או לפדות שבו או לתת כסף לעניים- הרמב"ם אומר שאם יש לך כסף למטרה אחת, אז פדיון שבויים קודם.

רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ח, הלכה י

ד. כל רגע שמאחר לפדות השבויים, **היכא דאפשר להקדים**, הוי כשופך דמים. **שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנ"ב, סעיף ג**

2.ב מקור התקנה

ה. אין פודין את השבויין **יתר על כדי דמיהן**, מפני תיקון העולם; **ואין מבריחין את השבויין**, מפני תיקון העולם; רשב"ג אומר: מפני תקנת השבויין. איבעיא להו: האי מפני תיקון העולם - משום **דוחקא דצבורא** הוא (רש"י: אין לנו לדחוק הציבור ולהביאו לידי עניות בשביל אלו), או דילמא משום **דלא לגרבו ולייתו טפי** (רש"י: דלא ימסרו עובדי כוכבים נפשיהו וליגרבו ולייתו טפי מפני שמוכרין אותן ביוקר, ונפקא מינה אם יש לו אב עשיר או קרוב שרוצה לפדותו בדמים הרבה ולא יפילהו על הציבור)? ת"ש: דלוי בר דרגא פרקא לברתיה בתליסר אלפי דינרי זהב (רש"י: אלמא משום דוחקא דצבורא הוא). אמר אביי: ומאן לימא לן דברצון חכמים עבד? דילמא שלא ברצון חכמים עבד. ואין מבריחין את השבויין, **מפני תיקון העולם**; רשב"ג אומר: **מפני תקנת שבויין**. מאי בינייהו? איכא בינייהו, דליכא אלא חד.

ישנו כלל- אין פודים, אסור לפדות את השבויים יותר ממה שהם שווים, יותר מהכסף שלהם מפני תיקון העולם. זאת תקנת הציבור במילים פשוטות. עוד כלל- אם יש לך אפשרות לחלץ שבויים, אינך רשאי מפני תיקון העולם. יש לנו שלושה עקרונות:

א'- אין פודים יותר מכדי דמיהן

ב'- אין מבריחין את השבויים מפני תיקון העולם

ג'- אין מבריחין את השבויים מפני תקנת השבויים

שואל התלמוד- מה זה תיקון העולם? יש שתי פרשנויות:

1- דוחקא דצבורא- בתקופתם, היו חיים בקנתונים, באזורי מגורים תחת שלטון זר והם היו משלמים מיסים והיה להם תקציב סגור. הוא מיועד לחינוך, דיור וכו'. אם יקחו מהתקציב הזה סכום נכבד כדי לפדות שבויי, יהיה חסר לדברים אחרים. למה אסור לפדות את השבוי יותר מכדי דמיו- כדי לא להכביד על התקציב הציבורי. שיקול כלכלי- ציבורי.

2- כדי שלא לעודד חטיפות נוספות- אם הכלל אומר- אין פודין את השבוי מפני תיקון העולם- הפירוש השני הוא לא לעודד חטיפות נוספות. אם נשלם את הכופר, מחר יחטפו עוד אחד. למה יש צורך בשני נימוקים? יש צורך בכך במקרה שלהורים יש כסף- האם תשלם מכספה אם יש לה כסף. הנימוק השני מונע מצב זה- אין לעודד חטיפות. הנפקות היא לגבי מצב שבו להורים של השבוי נניח, יש אמצעים. אם הנימוק הוא שלא להכביד על התקציב הציבורי- גם אם ישלם שני מליארד שקל הוא לא יכביד על הקופה. אם הולכים לפי הנימוק השני- זה לא משנה אם יש לו או אין לו.

שואל התלמוד: יש חכם דלוי בר דרגא שפדה את ביתו תמורת הרבה כסף. חכמים לא הגיבו על כך.

למה אסור לפדות מהסיבה של תקנת השבויים? שני פירושים:

1- נניח שנפלו בשבי חמישה שבויים. ויש באפשרות שכירי חרב לחלץ שלושה. לחלץ או לא לחלץ? התלמוד אומר שלא מפני תיקון העולם. כדי שלא יתאכזרו לשניים שיישארו. זה תיקון העולם.

2- לא פודים מעל דמם- כדי למנוע התעללות של שבויים עתידיים. לא דואג רק לשבוי הנוכחי, אלא דואג לשבויים עתידיים. מה יקרה אם חלילה יקחו עוד אנשים בשבי?
בבלי, גיטין מה, א

ו. נשבית חייב לפדותה, ואם אמר הרי גיטה וכתובתה תפדה את עצמה - אינו רשאי.

משנה, כתובות פרק ד, משנה ט

ז. נשבית - חייב לפדותה וכו'. **תנו רבנן: נשבית, והיו מבקשין ממנו עד עשרה בדמיה - פעם ראשונה פודה, מכאן ואילך, רצה - פודה, רצה - אינו פודה (רש"י):** דלא תקינו בה רבנן אלא חד פדיון). רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין פודין את השבויין יותר על כדי דמיהם, מפני תקון העולם (רש"י: שלא ירגילו להעלות על דמיהן). **הא בכדי דמיהן - פודין**, אע"ג דפרקונה יותר על כתובתה. **אם אישה נפלה בשבי-**

אדם נתבע לשלם כופר עבור אשתו שנפלה בשבי- והחוטפים רוצים פי 10 מדמיה, התלמוד אומר שאם זה היה מקרה ראשון- הוא חייב לפדות אותה. (זה חלק מתנאי הכתובה). ההגיון מוסבר במקור טי- אישתי כגופו. יש זהות משפטית בין בעל לאשתו. ומכיוון שלפי ההלכה אדם יכול לפדות את עצמו בכל סכום אם יש לו, אין עליו מגבלה אלא רק על הציבור. כי כתוב- עור בעד עור.. (איוב). כלומר- אם אדם נפל בשבי, והוא רוצה לפדות את עצמו ולשלם את הכופר מכיסו, אין מניעה. ומכיוון שאשתו כגופו- אז גם את אשתו הוא חייב לפדות גם אם דורשים יותר מדמיה. מה ההגיון? לכאורה זה מעורר קושי. הרי אם אומרים שהנימוק הוא למשל לא לעודד חטיפות, איך מותר לאדם לפדות את עצמו בכל סכום? התשובה היא- מבחינת חייו של האדם, הם קודמים לכל דבר.

בבלי, כתובות נ"ב, ב

ח. ת"ר: נשבית והיו מבקשין עד עשרה בדמיה, פעם ראשונה - פודה מכאן ואילך רצה - פודה, רצה - אינו פודה. רשב"ג אומר: אין פודים השבויים יתר על דמיהם מפני תיקון העולם. **וכן הלכה**. ת"ר: נשבית והיו מבקשין עד עשרה בכתובתה, פעם ראשונה - פודה מכאן ואילך רצה - פודה, רצה - אינו פודה, דברי רבי. רשב"ג אומר: אם היה פרקונה כנגד כתובתה פודה, ואם לאו אינו פודה. **והלכה כרבי**.

רי"ף, כתובות י"ט, א, ד"ה: "תנו רבנן"

ט. ת"ר: נשבית והיו מבקשין ממנה עד עשרה בדמיה, פעם ראשונה - פודה, מכאן ואילך רצה - פודה רצה - אין פודה [דף נב ע"ב]. רשב"ג אומר: אין פודין השבויים יתר על כדי דמיהם מפני תיקון העולם. פסק רב אלפס ז"ל הלכה כרשב"ג משום דקתני סתמא דמתני' בגיטין (דף מה א) אין פודין את השבויים יתר על כדי דמיהם מפני תקון העולם, ומשמע - **כל שבויין אפילו אשתו נמי**. והר"ר מאיר הלוי ז"ל פסק כתנא קמא דהלכה כרבים, **ומתני' דגיטין איירי בשאר שבויין, אבל אשתו כגופו, וכמו שאדם יכול לפדות עצמו בכל ממונו אשתו נמי, כיון דחייב לפדותה בתנאי כתובה כמו שיש לה ממון דמי וכן מסתבר**. ת"ר: נשבית והיו מבקשין ממנה עד עשרה בכתובתה, פעם ראשונה - פודה, מכאן ואילך רצה - פודה, רצה אינו פודה דברי רבי. רשב"ג אומר: אם היה פרקונה כנגד כתובתה - פודה ואם לאו - אינו פודה. הא דקאמר רצה אינו פודה, פירש רש"י אינו פודה כלל דלא תקינו לאשה אלא פדיון אחד, וי"מ ביתר מכדי כתובה. **ומסתבר כפי' רש"י**, דמאי שנא פדיון שני מפדיון ראשון אם חייבוהו חכמים בפרקונה לעולם, כי היכי דבפדיון ראשון עבדי טפל חמור מן

העיקר הי"ה בפדיון שני. ופסק רב אלפס ז"ל הלכה כרבי ואע"ג דקי"ל הלכה כרבי מחבירו ורשב"ג אביו היה, הכא מתני' דייקא כרבי דקתני סתם נשבית חייב לפדותה בכל מקום שנשבית אפי' ביותר מכתובתה. והרמב"ם ז"ל כתב (פי"ד מהל' אישות ה' יט) אם נשבית פעם שנייה ורצה לגרשה הרי זה מגרשה ותפדה את עצמה בכתובתה.

רא"ש, כתובות פרק ד סימן כ"ב, ד"ה: תנו רבנן"

י. והיו מבקשין ממנה עד עשרה בדמיה, פעם ראשונה פודה. וא"ת: והא דבעי בפ' השולח (גיטין דף מה. ושם) אהא דתנן אין פודין את השבויין יותר מכדי דמיהן מפני תיקון העולם אי משום דוחקא דציבורא הוא או משום דלא ליגרו בהו טפי? תפשוט מהכא: דמשום דוחקא דציבורא דקתני דפודה עד עשרה בדמיה? וי"ל: **דאפי' לטעמא דלא ליגרו וליתו טפי לא תקינו שלא יוכל לפדות אדם את עצמו יותר מכדי דמיו שהרי עור בעד עור וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו (איוב ב, ד) והכא אשתו כגופו והא דבעי התם למיפשט מהא דלוי פרקיה לברתיה עד תליסר אלפי דינרי היינו משום דאין בתו כגופו.**

תוספות, כתובות נ"ב, א, ד"ה: "והיו מבקשין"

י"א. ורבינו תם ז"ל תירץ, דמהא לא מצי למפשטי, **דלעולם אימא לך דלרבנן טעמא משום דלא ליגי בהו**, ואפילו הכי כל לגבי נפשה דמפרק בממונא לא חיישין להכי, ופריק נפשיה, כי 'עור בעד עור', וכל אשר לאיש יתן לנפשו' (איוב ב, ד), ואשתו כגופו הוא. **ולרשב"ג דלמא טעמא דהתם משום דוחקא דציבורא.** והכא כי קאמר **שאינו חייב** לפדותה, דחיישין לדוחקא דבעל, כי היכי דאין פודין צבור השבויים יותר מכדי דמיהן משום דוחקא דציבורא.

חידושי הריטב"א, כתובות, שם

י"ב. ויש אומרים, דאפילו הכי איפשטא, מדתניא בפרק נערה שנתפתתה: נשבית והיו מבקשין ממנה עד עשרה בדמיה, פעם ראשונה פודה ... רשב"ג אומר: אין פודין את השבויים יותר על כדי דמיהן מפני תיקון העולם. אלמא לרשב"ג אף על גב דליכא דוחקא דציבורא כי תם דבעל חייב לפדותה, אין פודין כי היכי דלא ניגרו בהו. ופסק שם הרי"ף ז"ל כרשב"ג ... וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ח מהלכות מתנות עניים: אין פודין את השבויים ביותר על דמיהן מפני תיקון העולם, שלא יהיו האויבים רודפים אחריהם לשבותן ... **ולי נראה דבעיין מהתם לא מפשט, דכיון דחיישין לדוחקא דציבורא, כל שכן דאיכא למיחש לדוחקא דבעל שלא לחייבו בתקנת חכמים לפדותה יותר מכדי דמיה, ואם איתא דהוה מפשטא מההיא ברייתא, הוה להו בגמרא לאתויי הכא. אבל נראה שדעת הראשונים ז"ל היא, דכיון דלא מפשטא, ואיכא למיחש לתקלה, אין פודין, דשב ואל תעשה שאני. ועוד, דכיון דבגמרא פשט לה מההיא דלוי בר דרגא, לא שבקינן פשטין דתלמודא משום ספיקא דאביי דאמר: מאן לימא לן.**

ר"נ על הרי"ף, גטין כ"ג, א, ד"ה: "ויש אומרים".

י"ג. אין פודין את השבויים ביתר מכדי דמיהן מפני תיקון העולם, שאם יראו שיהו קופצים לפדותם בייתר מדמיהם, אף הם משתדלים לגנוב מהם ולשבותם. **ומעתה, אף אם היו לו קרובים עשירים שאין רוצים להפילו על הציבור, אף על פי כן מונעין מהם שלא לפדות אלא בדמיהם, ואין צריך לומר במי שמפיל עצמו על הציבור.**

בית הבחירה, גטין מ"ה, א, ד"ה: "וכבר ביארנו".

י"ד. אין פודין את השבויים ביתר על דמיהן מפני תקון העולם, שלא יהיו האויבים רודפין אחריהם לשבותם, ואין מבריחין את השבויים מפני תקון העולם שלא יהיו האויבים מכבידין עליהן את העול ומרבים בשמירתן. לא פודים את השבויים ביותר מדמיהן- מפני תיקון עולם- שלא יהיו חטיפות נוספות. ההלכה היא לפי הרמב"ן- לא בגלל העומס על התקציב הציבורי, אלא כדי לא לעודד חטיפות נוספות. אין מבריחין את השבויים ביותר מדמיהן- כדי שהחוטפים לא יכבידו מאוד על החטופים.

רמב"ם הלכות מתנות עניים ה, י"ב

ט"ו. המעלים עיניו מפדיון שבויים עובר על לא תאמץ את לבבך ועל לא תקפוץ את ירך ועל לא תעמוד על דם רעך ועל לא ירדנו בפרך לעיניך ובטל מצות פתוח תפתח את ירך לו ומצות וחי אחיך עמך ואהבת לרעך כמוך והצל לקוחים למות והרבה דברים כאלו:
שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנ"ב, סעיף ב

ט"ז. אין מבריחין השבויים מפני תיקון העולם שלא יהיו האויבים מכבידים עולם עליהם ומרבים בשמירתם. כלומר, החשש הוא מפני השבויים העתידיים, אבל התשובה לא חד משמעית.
שם, סעיף ה:

4. ב. הַצֶּדֶק לַפְדְּיוֹן שְׂבוֹי יֵתֵר עַל כַּדֵּי דַמְיוֹ (=הַחֲרִיג לְכַלֵּל)

י"ז. ת"ר: מעשה ברבי יהושע בן חנניה שהלך לכרך גדול שברומי, אמרו לו: תינוק אחד יש בבית האסורים, יפה עינים וטוב רואי וקווצותיו: סדורות לו תלתלים. הלך ועמד על פתח בית האסורים, אמר: מי נתן למשיסה יעקב וישראל לבוזזים (ישעיהו מ"ב, כ"ד)? ענה אותו תינוק ואמר: הלא ה' זו חטאנו לו ולא אבו בדרכיו הלך ולא שמעו בתורתו. אמר: מובטחני בו שמורה הוראה בישראל, העבודה! שאיני זז מכאן עד שאפדנו בכל ממון שפוסקין עליו. אמרו: לא זז משם עד שפדאו בממון הרבה, ולא היו ימים מועטין עד שהורה הוראה בישראל. ומנו: רבי ישמעאל בן אלישע.

רבי יהושע בן חנניה- אמרו לו בבית הסוהר שיש ילד יפה שם בשבי. אמר – מי פגע בעמ"י? ענה אותו התינוק- את המשך הפסוק. הוא עשה לילד בוחן. אז הוא אמר- כנראה שיש לילד פוטנציאל להתפתח. מהסיפור אנחנו מבינים שרבי יהושע בין חנניה פדה את הילד בממון הרבה. נשאלת השאלה: איך זה? הרי אמרנו שאסור לפדות את השבוי יותר מכדי דמיו. לא רק שפדה את השבוי יותר מכדי דמיו, אלא פדה ילד אמנם בעל פוטנציאל להיות אחד מן הגדולים. מה אנו למדים- שחכם שווה יותר מן אדם מהשורה? בא מקור י"ז ומספר סיפור על רבי יהושע, שפדה את רבי ישמעאל בן אלישע כשהיה צעיר- כשהיה פוטנציאל בהרבה ממה שהוא שווה- השאלה היא: האם נכון יהיה לומר שחכם או פוטנציאל להיות חכם גדול, מצדיק לפדות מעבר לדמיו. האם כל ישראל שווים, או שיש שווים יותר?

בבלי, גיטין נ"ח, א

י"ח. מעשה בי רבי יהושע שעלה לרומי אמרו על תינוק אחד ירושלמי שהיה אדמוני עם יפה עינים וטוב רואי וקווצותיו מסודרות לו תלתלתלים והוא עומד בקלון, והלך רבי יהושע לבדוקו. כיון שהגיע לפתחו נענה ר' יהושע ואמר לו: מי נתן למשיסי יעקב וישראל לבוזזים הלא ה'! נענה התינוק ואמר לו: זו חטאנו לו ולא אבו בדרכיו הלך ולא שמעו בתורתו. מיד זלגו עיניו דמעות ואמר: מעיד אני עלי את השמים ואת הארץ שאיני זז מיכן עד שאפדנו ופדאו בממון הרבה ושילחו לארץ ישר' וקרא עליו הפסוק הזה בני ציון היקרים וגו'.

ירושלמי, הוריות פרק ג הלכה ד

י"ט. כל ממון שפוסקין עליו. **כי איכא סכנת נפשות, פודין שבויין יותר על כדי דמיהן** כדאמרין בפרק השולח (לעיל דף מ"ד) גבי מוכר עצמו ואת בניו לגוים כל שכן הכא דאיכא קטלא. אי נמי : משום דמופלג בחכמה היה.

תוספות, גטין נ"ח, א, ד"ה : "כל ממון"

כ. דלא ליגרבו ולייתו ... ור' יהושע בו חנניא דפרקיה לההוא תינוקא בממון הרבה בהניזקין (לקמן דף נ"ח) **לפי שהיה מופלג בחכמה**. אי נמי : **בשעת חורבן הבית לא שייך דלא ליגרבו**.

תוספות, גטין מ"ה, א, ד"ה : "דלא ליגרבו"

כ"א. ומסתברא, תלמיד חכם פודין אותו בכל ממון שבעולם, וליכא משום דוחקא ולא משום איגרויי. שאם אבדו ישראל ממון או מתו משונאיהם (לשון סגי נהור) הרבה יש לנו כיוצא בהם, ותלמיד חכם אין לנו כיוצא בו, וקודם לפדות למלך, כדאיתא במסכת הוריות (י"ג, א). הלכך, אין לחמוד כסף וזהב עליו. ור' יהושע משום שהכיר בו בוודאי שהוא לתמיד וותיק, פדאו בהרבה ממון. **חידושי הרמב"ן**, גטין מ"ה, א

כ"ב. והאידינא אנשי גומלי חסדים בארץ תוגרמא והסמוכים להם **פודים השבויים יותר ויותר מכדי דמיהם**, והיינו דמוותרים על דוחקיהו דציבורא שלהם, ה' **יוסף על שכרם, ופעולתם לפני ה' צפון בעולם הבא**, גם בעוונותינו הרבים לעת עתה נתמעטו ישראל בגולה, ויש לחוס על יתר הפליטה שלא תכבה גחלת ישראל, וגם לעת הזאת מכבידים על ישראל יסורים וענויים, לכופס לעבור על הדת, ולעשות מלאכה בשבת שלא לצורך. **גם אם לא יפדו אותם איכא למיחש לרוע לבם, שלא יהרגו אותם, ובסכנת נפשות פודין יותר מכדי דמיהן**, עיין לקמן בסימן ע"א, על כן נדבה לבם בגופם ובממונם לפדות השבויים, וסייעתא דשמיא עמהם.

ים של שלמה, גטין פרק ד, סימן ס"ו

כ"ג. שמעתי על מהר"ם מרוטנברג זכרונו לברכה, שהיה תפוס במגדול אייגזהם כמה שנים, והשר תבע מן הקהילות סך גדול, והקהילות היו רוצים לפדותו ולא הניח, כי אמר אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהם. **ותמה אני, מאחר שהיה תלמיד חכם מופלג ולא היה כמותו בכל דורו בתורה ובחסידות, ושרי לפדותו בכל ממון שבעולם**, ואם מרוב ענוותנותו לא רצה להחזיק עצמו כתלמיד חכם מופלג, מכל מקום היה לו לחוש על ביטול תורה, כאשר כתב הוא בעצמו, שהוא היה יושב בחושך וצלמוות, בלי תורה ואורה, והיה מקונן שלא היו אצלו ספרי הפוסקים והתוספות, ואיך לא היה חש לעוון ביטול התורה, מאחר שרבים צריכים לו? **ובודאי דעתו היה, שאם יפדו אותו, אם כן למיחש שלא יעשו כן כל השרים לתלמיד חכם המופלג שבדור, בעבור רוב הממון, עד שלא יספיק ממון הגולה לפדותם, ותשתכח התורה מישראל**. כי גם שמעתי שהיה בדעת אותו הצורך לתפוס גם הרא"ש תלמידו, ונודע לו וברח לטוליטילא, וניצול ברחמיו וברוב חסדיו. **ומשום הכי אמר החסיד, מוטב שתאבד מעט חכמה היתרת מישראל, ממה שתאבד חכמת התורה עיקר**, וזה האות שאז פסקה אותו הדבר והשמד לתפוס חכמי הגולה.

ים של שלמה, גטין פרק ד, סימן ס"ו

כ"ד. לענין אין פודין את השבויים ביותר מכדי שוויים הנ"מ איניש דעלמא, **אבל ת"ח פודין אותו בכל ממון שבעולם** וכההוא עובדא דרבי יהושע בן חנניה בההוא ינוקא דאמר מי נתן למשיסה יעקב וכו' ... ותו **דעיקר טעמא דאין פודין את השבויים יותר מכדי שוויים הוי משום דלא ימסרו עצמן עליהם** והכא כיון דידע דלפי שהוא ת"ח נותנין בו ערך זה לא שייך האי טעמא דלאו בכל אתר שכחי ת"ח וגם השבאים בעצמם אינם מכירים מי הוא ת"ח **ולפי טעם זה כשפודין ת"ח יותר מכדי שווי מודיעין לשבאי שמפני שהוא ת"ח נותנין בו כל כד**.

שו"ת רדב"ז, חלק א סימן תצ"ח

5.ב פדיון חייל שבוי

כ"ה. ייתכן שבמקרה של שבויי מלחמה של חיילים שנשבו תוך מילוי שליחות של המדינה ששלחה אותם למשימות המלחמה, מוטלת חובה קדושה לעשות הכל לשחרורם, ואין עליהם כלל המגבלות של המשנה "אין פודין את השבויים יתר על כדי דמיהם", משום שחיילינו נפלו בשבי במילוי שליחות המדינה, ייתכן שעל המדינה מוטלת החובה הבלתי מעורערת לפדותם ולהוציא אותם מסכנה הקלה ביותר, ואין עליהם שום מגבלות של פדיון שבויים דעלמא, משום שהאחריות על חייהם מוטלת על המדינה ששלחה אותם לקרב ממנו לא חזרו... לכן ייתכן שחייבים היינו לשחררם גם בתמורת שחרור של מאות מרצחים, אע"פ ששחרורם של המחבלים עלול לסכן את המדינה ביתר שאת וביתר עוז מאשר לפני השחרור, כי אין מחיר לחייהם של חיילינו שנפלו בשבי בשליחותנו ובמילוי תפקידיהם הלאומי והצבאי.

הרב ש' גורן, "פדיון שבויים תמורת שחרור מחבלים", בתוך: תורת המדינה, 424

כ"ו. כיון שאלה [חיילנו] יצאו למלחמה בשליחות המדינה ומטעמה, להגנת העם היושב בציון, הרי קיימת ועומדת התחייבות בלתי כתובה, אבל מובנת מאליה, שכל טצדקי [=אמצעים] שיש בידי המדינה עליה לעשות (בגבולות סבירים שאינן פוגעים בביטחונה הכללי) כדי לפדותם במקרה שיפלו בשבי. וכשם שקיימת התחייבות במקרה של היפגעים חס ושלום במלחמה, הן לא נופל מזה החיוב לנקוט כל פעולה שהיא לשם הוצאתם מן השבי, "דכולהו איתנהו בה". וכיון שמה שהמדינה יכולה לעשות בזה הוא מכוח החיוב שקיבלה על עצמה תמורת השירות שלהם, הרי אין זה אלא כאילו הם פודים את עצמם, שבזה כמבואר לעיל לא קיימת שום הגבלה, ולא שינד בזה התקנה ש"אין פודין את השבויים יתר על דמיהם".

הרב ש' ישראלי, "היש להיענות לסחטנות בפדיון שבויים ובני ערובה?", תורה שבעל פה י"ז, עמ' ס"ט

