

מוזכרת בזינה
במבוא למשפט עברי

סמסטר קיץ תשע"ג-2013
פרופ' אהרון קירשנבאום
ד"ר עמוס ישראל-פליסהואור



משפוזת משפט עברי: עדי כ"ץ, רותם סלמה, שני ברוך, הגר פוסטובסקי, סיון היערי וינקי גוטהלף.



מחברת משפט עברי 2013 - תוכן עניינים

יחידה ראשונה סקירה של תולדות הספרות העברית המשפטית-עמ' 10

10	1.1.1 מקרא
	1.1.1.1 תקופת המקרא 10
10	1.1.1.2 מונותיאיזם דתי
11	1.1.1.3 ציונות לחוק מעל ומעבר ליראת העונש
11	1.1.1 החידוש בפילוסופיה של המשפט הפלילי המקראי (שיפוי-פיצוי)
12	1.2 התלמוד
12	1.2.1 תקופת התלמוד
12	1.2.2 התלמוד הוא
12	1.2.3 התקופה הראשונה- הסופרים
12	1.2.4 התקופה השנייה- התנאים
13	1.2.5 התקופה השלישית- האמוראים
13	1.3 ימי הביניים: גאונים, ראשונים, אחרונים
13	1.3.1 הגאונים
13	1.3.1.1 שלושת סוגי ספרי הגאונים
13	1.3.1.2 איגרת רב שרירא הגאון
13	1.3.1.3 דרכי מעבר ליהדות ממקום למקום, תקופת המעבר
14	1.3.1.4 ראשוני ספרד וראשוני אשכנז:
14	1.3.2 הראשונים:
14	1.3.2.1 גדולי הפוסקים בספרד
15	1.3.2.2 גדולי הפוסקים באשכנז
15	1.3.3 תקופת האחרונים
15	1.3.3.1 ספרד
15	1.3.3.2 אשכנז
16	1.3.3.3 ספרות החקיקה והפסיקה בישראל בתקופת ימי הביניים כולה
17	1.4 התקופה המודרנית
18	1.5 פס"ד סקורניק נ' סקורניק
18	1.6 תרשימים
18	1.6.1 ציר זמן
19	1.6.2 חלוקה לתקופות
19	1.7 שאלות לעיון

2. יחידה שנייה - דת ומשפט במשפט העברי- עמ' 22

22	2.1 הנורמה הבסיסית
22	2.1.1 הנורמה הבסיסית של המשפט
22	2.1.2 הנורמה הבסיסית של המשפט העברי
22	2.1.3 שני חלקים לספרות התלמודית
22	2.2 דוקטורינת "תנורו של עכנאי", (חילונו של המשפט הדתי)
22	2.2.1 האגדה והרקע הטרימינולוגי
22	2.2.2 אגדת "תנורו של עכנאי"
23	2.2.3 המחלוקת
24	2.2.4 פירוש האגדה- תיאוקרטיה מול נומוקרטיה
25	2.2.5 משמעויות האגדה
26	2.2.6 רבי יהושע בהשוואה למרטין לותר
27	2.2.7 המשך האגדת תנורו של עכנאי

27	2.3 סמכותם המוחלטת של חכמי ההלכה
27	2.3.1 "תורה מן השמיים" ו"תורה לא משמיים"
27	2.3.2 חוסר סמכות לכוח על אנושי בהכרעת ההלכה
28	2.3.3 סמכותם של חכמי ההלכה בכל דור ודור
28	2.3.4 עקרון "הלכתא כבתראי" (הלכה לפי האחרונים)
29	2.3.4.1 עקרונות בראייה ההיסטורית במשפט העברי
29	2.4 אלמנטים דתיים בתחום המשפט
29	2.5 סיכום חומר הקריאה יחידה 2
29	2.5.1 דניאל סטטמן- אוטונומיה וסמכות מתנורו של עכנאי
30	2.5.2 יונתן יובל- על דיאלוגיות, אתיקת-שיח ומניפולציות פרשניות מתנורו של עכנאי
31	2.5.3 מנחם אלון- עמ' 202-236
35	2.6 פסקי דין יחידה 2-
35	2.6.1 בג"צ אלון נ' ממשלת ישראל
35	2.6.2 בג"צ גוטמן נ' בית הדין הרבני האיזורי ת"א יפו ואח'
36	2.6.3 ע"א כיתן נ' ווייס
36	2.6.4 ע"א בויער נ' שיכון עובדים
37	2.7 מונחים וביטויים
37	2.8 שאלות לעיון יחידה 2

יחידה שלישית - מוסר, צדק ויושר במשפט עברי- עמ' 40

40	3.1 גישור פערים באמצעות חקיקה (יושר)
40	3.1.1 "ועשית הישר והטוב"
40	3.1.2 פירוש "ימין ושמאל"
41	3.1.3 פסקי דין
41	3.1.3.1 מרקוס נ' המר
42	3.1.3.2 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ
42	3.2 צדק ע"י בית המשפט (פשרה)
42	3.2.1 משפט מרי בר איסק
43	3.2.2 סובול נ' גולדמן
45	3.3 "לפנים משורת הדין" - דיני יושר
45	3.4 ארבעת מישורי יושר
45	3.4.1 המישור השיפוטי
45	3.4.2 המישור הפרשני
45	3.4.3 המישור החקיקתי
46	3.4.3.1 דוגמה א : דינאדבר מצרא
46	3.4.3.2 דוגמה ב : תקנת "שומא הדרא לעולם"
46	3.4.3.3 דוגמה ג : "זה נהנה וזה לא חסר"
47	3.4.3.4 הדר בחצר חברו שלא מדעתו
47	3.4.4 המישור המוסרי – אישי
47	3.4.4.1 דוגמא 1: "הני שקולאי"
47	3.4.4.2 דוגמא 2: "נבל ברשות התורה"
48	3.4.4.3 דוגמא 3: "קדש עצמך במותר לך"
48	3.5 מושגים, ביטויים וניבים
50	3.6 סיכום מנחם אלון
53	3.7 שאלה לעיון

4. יחידה רביעית - מקורות המשפט העברי - עמ' 55

55	4.1 שלוש המשמעויות העיקריות של המונח "מקורות המשפט"
55	4.1.1 מקורות רישומיים ספרותיים
55	4.1.2 מקור היסטורי
55	4.1.2.1 תקנות הפרוזבול
55	4.1.3 מקור משפטי
55	4.1.3.1 מקורות משפטיים ראשוניים
56	4.1.3.2 מקורות משפטיים משניים
56	4.1.3.2.1 המדרש (פרשנות)
57	4.1.3.2.2 חקיקת משנה (תקנה)
57	4.1.3.2.3 המנהג (נוהג)
57	4.1.3.2.4 סברא (הגיון משפטי)
57	4.1.3.2.5 מעשה (תקדים)
58	4.2 ההבדל העיוני בין מדרש לבין חקיקת משנה
58	4.3 "פיקוח נפש" מול "חולי שאין בו סכנה"
58	4.4 "בל תוסיף"
58	4.5 "היכן צונו?" ו"לא תסור"
59	4.6 חומרי קריאה
59	4.6.1 רמב"ם
59	4.6.1.1 הלכות ממרים פרק א : א-ג
59	4.6.1.2 הלכות ממרים פרק ב : ד-ט
60	4.6.2 מנחם אלון

5. יחידה חמישית - מוסד הנישואין לדורותיו - עמ' 68

68	5.1 החוק המקראי
68	5.2 ניאוף
69	5.2.1 מעמד האישה
69	5.2.2 חברה פוליגאמית
70	5.2.3 אונס
70	5.2.4 מוסד הנישואין
71	5.2.4.1 השפעת הגיל על מוסד הנישואין
71	5.2.5 "הלכת רודף"
72	5.2.5.1 הלכת רודף, אונס
72	5.2.5.2 הלכת רודף, רצח
72	5.2.6 מוסד המשפחה
73	5.2.6.1 אימוץ ייבום וחליצה
74	5.3 התפתחויות בתר-מקראיות (לאחר המקרא)
74	5.3.1 תקנת הכתובה – תקנה בסדר עריכת הקידושין
75	5.4 גירושין והפקעה
75	5.4.1 העילות לבעל לגירושין
75	5.4.2 עילות לאישה לתביעת גירושין
75	5.4.3 "השאת האב את ביתו"
76	5.4.4 חליצה קודמת לייבום
76	5.4.5 חרם דרבנו גרשום – מונגומיה
77	5.4.6 סוגיית העגונה והממזר

77	5.4.6.1 העגונה
77	5.4.6.1.1 הסיבות שבגללן אישה היא "עגונה"
78	5.4.6.1.2 שלוש דרכי אכיפת הגט על הבעל ומניעת ה"עגונות"
78	5.4.6.1.3 דיני ראיות ל"התרת עגונה"
79	5.4.6.1.4 סנקציות הלכתיות נגד עגונה המתחנת בשנית ללא חופה וקידושין
79	5.4.6.2 ממזר
80	5.5- "תיקון עולם" – רבן גמליאל
81	5.5.1 מחלוקת התנאים בגמרא
81	5.5.1.1 הסברים לגישתו של רבן גמליאל הזקן
82	5.6 "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה"
82	5.6.1 הפקעה וגירושין
83	5.6.1.1 תשובת הגמרא לרשב"ג
84	5.6.1.2 איום בהפקעה
84	5.6.1.3 מעמד האישה
85	5.7 שאלות לעיון

6. יחידה שישית - ההודאה - עמ' 88

88	6.1 סוגי הודאה
88	6.1.1 היחס להרשעה עצמית
88	6.2 דיני נפשות
89	6.3 דיני ממונות
89	6.3.1 עמדת הרדב"ז
90	6.3.2 דיני קנס
90	6.3.3 מודה בקנס ואחר כך באו עדים
91	6.4 עדות
91	6.4.1 הפסולים לעדות
91	6.4.2 פסילת עדות עצמו
91	6.4.2.1 פליגננדיבורא (עדות על עצמו ועל אחר ביחד)

7. יחידה שביעית - ראיות נסיבתיות - עמ' 93

93	7.1 מקורות (טבלה 1)
94	7.2 הלכות (טבלה 2)
95	7.3 תורת הראיה הטובה ביותר
95	7.4 הרמב"ם - חשש המדרון החלקלק
96	7.5 טיבו של משפט התורה
97	7.6 דין התורה אל מול דין מלכות והוראת השעה

8. יחידה שמינית - היחלצות לעזרת הזולת - עמ' 99

99	8.1 מבוא היחלצות לעזרת הזולת במשפט האמריקאי
99	8.1.1 מקרה קיטיגינוביז'
99	8.1.2 השומרונים הטוב בברית החדשה-
100	8.2 היחלצות לעזרת הזולת במשפט העברי
100	8.2.1 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א' הלכה י"ד
101	8.2.2 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א' הלכה ט"ז

101	8.2.3.1 רמב"ם - הלכות חובל ומזיק, פרק ח
102	8.2.3.2 הלכת חובל ומזיק, פרק ח הלכה יד
102	8.2.3.3 הלכות חובל ומזיק, פרק ח', הלכה ט"ו

10. יחידה עשירית - שליחות לדבר עבירה - עמ' 104

104	10.1 הגדרת שליחות - חוק השליחות תשנ"ח 1965
104	10.1.1 מקורות מדברי חז"ל המוכיחים שליחות - "שלוחו של אדם כמותו"
104	10.1.2 גישות לפירוש - "שלוחו של אדם כמותו"
105	10.1.3 איסור שליחות - עפ"י דין ואיסור שליחות במהותה
105	10.1.4 הרחבה - חוק השליחות
105	10.1.5 דבר שליחות - "זכין לאדם שלא בפניו" מול "שליחות לדבר עבירה"
106	10.2 - שליחות לדבר עבירה
106	10.2.1 - מדוע אין שליח לדבר עבירה?
106	10.2.2 - הרחבה - שלוש סברות לגבי "שליחות לדבר עבירה"
107	10.2.3 - החרגים: הלכות בהן יש שליח לדבר עבירה
107	10.3 - תלמוד בבלי, בבא מציעא, דף י', עמ' ב'
107	10.3.1 - מהות הקניין
108	10.3.2 - שלושה סוגי קניין במשפט העברי
108	10.3.3 - המחלוקת - מהו חצר?
109	10.3.3.1 - השוני בין שליח חצר לשליח אדם
109	10.3.3.2 - ההבדל המעשי בין דעת רבינא לדעת הרב סמא
110	10.4 תוספות ד"ה דאמר ישראל
111	10.4.1 - גירוש אישה
113	10.5 - מאמרים
113	10.5.1 סיכום המאמר "עיונים בשליחות לדבר עבירה" - פרו' אהרון קירשנבאום
116	10.5.2 נספח מאמר שילוח לדבר עבירה

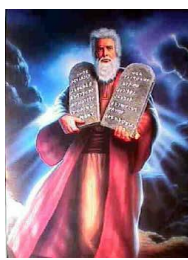
יחידה אחד עשר - תרגול - עמ' 123

123	11.1 - מתי נזקקים למשפט עברי
123	11.2 - התפתחות המשפט העברי והישראלי
124	11.2.1 קשיים בלימוד משפט עברי
124	11.2.2 תכונות המשפט העברי
125	11.3 עשיית עושר ולא במשפט
125	11.3.1 רקע תיאורטי
125	11.3.2 חוק עשיית עושר ולא במשפט
126	11.3.2.1 ע"א שג"מ חניונים
126	11.3.2.2 ע"א רוקר נ' סלומון
126	11.3.3 ניתוח "עשיית עושר ולא במשפט" לפי המקורות היהודים
127	11.4 סדנת משנה
127	11.4.1 מסכת משנה ראשונה
128	11.4.1.1 פירוש קובץ מקורות - המשנה בבא קמא פרק ב'
129	11.4.1.2 סיכום הלכת השור
129	11.4.1.3 הלכת השור בתרשים
130	11.4.1.4 פמ"ר חב' לבנין נ' הבנק הבינ"ל הראשון
130	11.4.1.5 ע"א דרחי נ' כורש,
131	11.4.2 בעל הבית ובעל העלייה - בבא מציעא, פרק י', משנה ג'
132	11.4.2.1 סיכום בתרשים
132	11.4.2.2 פס"ד אטלנטיק נגד דגפרוסט תעשיות דייג
133	11.4.3 - המקיף את חברו - בבא בתרא, פרק א', משנה ב'

134	11.5 - סדנת תלמוד
134	11.5.1 - רקע כללי על התלמוד (תרגול)
135	11.5.2 - בבא קמא פרק 2, ג' - הדר בחצר חברו שלא מדעתו
138	11.6 - סדנת הלכה
138	11.6.1 - רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ג'
138	11.6.2 - רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג' הלכה ו'
139	11.6.3 - הלכה ז'
139	11.6.4 - הלכה ט'
139	11.6.5 - שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס"ג
140	11.6.6 - סעיף ז'
141	11.7 - סדנת שו"ת
141	11.7.1 - שו"ת נודע ביהודה חלק ב', חו"מ, סימן כ"ד
143	11.7.1.1 - טבלה מסכמת - שמעון VS ראובן
143	11.7.1.2 - תשובת הרב לנדאו :
145	11.7.1.3 - סיכום של השו"ת בתרשים
145	11.7.1.4 - פס"ד ת"א נמרוד איתן נ' רויטל אפרת
146	11.8 - סיכום מאמרים
146	11.8.1 - חנוך דגן "דיני עשיית עושר שלא במשפט : בין יהדות לליברליזם"
149	11.9 - תקציר פס"דים

"היינו ילדים, וזה היה מזמן.."

ומואיז הקטן.



וסימון



אני



דבר העורכים

א2+3א' היקרים,

לפני שניגשים לקריאת המחברת מספר עניינים:

- נתחיל מתודה לכל מי שהעביר חומרים וסיכומים- אתם מעולים לזה עזר לנו מאוד!!!
- המחברת **א-ר-ו-כ-ה**. יש בה הרבה חומר. למעשה- **יש בה את כל החומר!** לחלק מכם חלק מהדברים יראו מיותרים אז רצינו להבהיר מראש שבהכנסת חומרים למחברת הלכנו על הגישה המרחיבה מתוך מחשבה שמי שלא מעוניין לקרוא משהו- פשוט ידלג, אבל למי שכן יהיה מעוניין- הרבה יותר קשה ללכת ולמצוא את החומרים. (כמו שמקפאים את הכיתה במבחן כי מי שקר לו יכול לשים סוודר אבל מי שחם לו לא יכול להתפשט).
- למחברת **שני יעודים**- היא מחברת ללימוד ובנוסף מחברת לבחינה עם חומר פתוח. ניסינו לפרט כמה שיותר על החומר לטובת ההבנה בשלב הלמידה ויחד עם זאת גם לסדר ולארגן אותו בצורה נוחה ש"תקפוץ" לכם בעין בזמן המבחן. יש הרבה תרשימים, טבלאות, חלוקה לסעיפים וכו'.
- **מקראה**- לאורך המחברת הפניות לעמודים הרלוונטיים במקראה למי שירצה להעמיק עוד בנושא מסוים(המלצת המערכת- don't).
- **פס"דים, מאמרים, ביטויים**-
 - **פס"דים**- משולבים בתוך הפרקים עצמם. קיים בנוסף קובץ מרוכז של כלל הפס"דים בתיקיית נספחים
 - **מאמרים**- בסוף כל יחידה מופיעים המאמרים הנדרשים לאותה יחידה. קיים בנוסף קובץ מרוכז של כלל המאמרים בתיקיית נספחים.
 - **ביטויים**- הביטויים המופיעים תחת כל נושא בסילבוס ברוב המקרים הם הנושאים של היחידה עצמה, במקומות שראינו שאפשר להוסיף על הכתוב בתוך היחידה עצמה הוספנו הגדרות בסוף היחידה.(ניסיון להכין קובץ מרוכז היה נראה סתם כמו פרקים חלקיים ולא ברור, ירדנו מזה)
- **סיכומי אלון**- הסילבוס מלא בדרישות קריאה מהספר של מנחם אלון, **מה יש במחברת?**
 - **יחידה 1**- לא ניבחנו ישירות על קטעי הקריאה הנדרשים ביחידה זו, הם נדרשים כרקע להבנת שאר החומר. הם בונים על זה שאנחנו יודעים אותם מהבוהן(חח). עיקרי הדברים מובאים ביחידה אחת ולהרחבה מצורף סיכום בתיקיית נספחים.
 - **שאר היחידות**- מצורפים בסוף כל פרק סיכומים מתמצתים של דרישות הקריאה.
- **איורים לאורך המחברת** ☺
 - קודם כל- הכל בהומור אבל חלילה לא לצחוק על אף אחד. חלקם משעשעים יותר, חלקם פחות- תלוי במצב רוח.
 - הם **לא** מאריכים את המחברת, הם שולבו במקומות שהיו ריקים במחברת מלכתחילה.
 - המטרה שלהם היא לעזור לדברים לקפוץ לכם לעין, וגם להעלות חיוך במהלך למידה שיכולה לעיתים להיות קצת מורידת מצב רוח.

המחברת היא "מחברת ירוקה" – ככה שהשוליים והרווחים תוכננו כדי לתת גם נוחות וגם לרחם קצת על העצים, בקשה מאלו שמדפיסים – אם נוח לכם, בבקשה הדפיסו דו"צ (דו-צידי), וכשתסיימו עם המחברת, נשמח אם במקום לזרוק לפח, תשימו במחזור.

משהו קצר ואישי- לקבל שתיים שלוש נקודות יותר או פחות בציון- לא אומר עלייך כלום. זה בולשיט. זה מספר. אבל לעזור למישהו אחר לשפר את הציון שלו אפילו בקצת- לא רק אומר עלייך הרבה אלא עושה אותך בן אדם יותר טוב. יש לכם עוד חומרים? מצאתם טעויות? סיכמתם? תעבירו לחברים, שימו בדרופבוקס. זה עושה אחלה הרגשה וזה מה שחשוב בסוף.

יהי רצון מלפניך ה' אלוהי, שלא יארע דבר תקלה על ידי, ולא אכשל בדבר הלכה, וישמחו בי חברי, ולא אומר על טמא טהור ולא על טהור טמא, ולא אומר על מותר אסור ועל אסור מותר, ולא יכשלו חברי בדבר הלכה ואשמח בהם.

חלאס רשמיות! זאת המחברת- תשתמשו בה בחוכמה!!!
והכי חשוב- המון המון בהצלחה לכולם ☺
בברכת פקטור שלילי,
עדי ינקי וכל צוות מחברת בחינה משפט עברי.

–יחידה ראשונה–

סקירה של תולדות הספרות העברית המשפטית



1-סקירה של תולדות הספרות העברית המשפטית

מבוא- מושגים בסיסיים:

הלכה-מכלול הדינים, המצוות והחוקים האזרחיים והמשפטיים בדת היהודית להם נדרש היהודי לפי המסורת היהודית.

ישנן מס' סוגי הלכות: הלכות שבת, הלכות כשרות, הלכות אבלות והמשפט העברי. **המשפט העברי- ההלכה לא דתית של הדינים המשפטיים**. חלק מההלכה **שנוגע במשפט** (מהוה רק חלק מההלכה) - מכיל בתוכו - דיני חוזים, דיני נזיקין, שליחות, ביטוח, הבאות, דיני משפחה, המשפט החוקתי העברי, המשפט המסחרי העברי וכו'.

חקיקה דתית – נורמה- כלל התנהגות מחייב, חוקים של המחוקק החילוני, אשר בחר לקחת מהדת היהודית ולהכיל אותם על כלל האוכלוסייה, ללא התחשבות באמונת האזרח. חלק מההלכה הנוגע לשאלות דת ומדינה. נורמות דתיות וחובים דתיים שהמחוקק החילוני חקק = משפט ישראלי. לדוגמא: ימי שבת ומועד, שהיא נורמה דתית שהמחוקק החילוני אימץ והחיל על כל האוכלוסייה(כשרות בצבא, תפילת נשים בכותל וכו').



סקירה של הספרות המשפטית:



1.1.1.מקרא

תורת המשפט המקראי היא המקור הספרותי המשפטי הראשון.

1.1.1- תקופת המקרא-1250 לפנה"ס עד שנת 450 לפנה"ס (800 שנה). המשפט העברי התחיל עם **משה** ב-10 הדברות שניתנו לו במעמד הר סיני, ב-1250 לפנה"ס. 2 לוחות הברית (לוח אחד מסמל את החוקים והמצוות בין האדם למקום והשני את החוקים והמצוות בין אדם לחברו). אחרון המשפטיים המקראיים היה **עזרא הסופר**. ***מקרא/התנ"ך-קובץ** ונחתם בערך בשנת 250 לפנה"ס מאחר ונמצא בשנה זו. כמו-כן בשנת 230 לפנה"ס, הוציא נכדו של **בן-סירא** את הספר של **סבנו בן-סירא**, ובו הוא מציין כי קובץ התנ"ך נסגר 20 שנה לפני-כן, ולכן לא ניתן היה להוציא את הספר של **בן-סירא** במקובץ עם התנ"ך.

***חלוקת התנ"ך-התנ"ך** אינו ספר, אלא **'קודקס'** של 24 ספרים הערוך בשלושה חלקים:

- **תורה:** מחולקת לחמישה חלקים ובעיקרה חוק, **סיפורת**, שירה וחוכמה.
- **נביאים:** מחולק לפי שמות הנביאים ובעיקרו סיפורת, היסטוריה, דברי חוק ואמרות נבואיות.
- **כתובים:** עיקרם אמרות שירה, חוכמה וסיפורת (משלים, סיפורים בעלי מוסר השכל וכו').

***מבחינה משפטית- התנ"ך** הוא הקובץ הראשון של המשפט העברי – תשתית ההלכה. כמות החקיקה בתנ"ך מעטה יחסית, וזקוקה לפרשנות, זהו קובץ חוקים מאד מצומצם.

***דמויות משפטיות במקרא -**

משה רבנו – המשפטן הראשון בתולדות ישראל (בגלל עשרת הדברות), חי בשנת 1250 לפנה"ס.

עזרא הסופר – המשפטן האחרון בתנ"ך. חי בשנת 450 שנה לפנה"ס. המקרא הוא יצירת ארץ ישראל.

***במהלך 800 השנה הללו בין משה לעזרא התנהל המשפט העברי בעיקרו בארץ ישראל.**

1.1.2- מונותאיזם דתי-

ההיסטוריונים מציינים כי ההוויה המקראית, תורת המשפט המקראית, **תשתית פילוסופיית המשפט העברי היא ה: מונותאיזם אתי - Ethical Monotheism.**

מונו (אחד) + תיאוס (אל = כוח) = אמונה באל אחד. אתי - Ethical – קוד התנהגות.

מכך יוצא- מערכת יחסים בין בני אדם תלויה באמונה באל אחד. בעמים אחרים יש פוליתאיזם- ריבוי אלוהות:

*המונותאיזם האתי: מכלול נורמות ההתנהגות הנובעות ומבוססות על אמונה באל אחד מכוון, המקור להתנהגות שלי היא האמונה באל אחד. חוקי ומוסרי, בניגוד לריבוי אלוהות שבשיטות אחרות. האמונה באל אחד מולידה קוד התנהגות, מכלול הנורמות הבן-אישיות, האתיות, המוסריות והמשפטיות. הפילוסופיה של המשפט העברי המקראי מבוססת על האמונה בהוראה אחת בלי סתירות, בלי חילוקי דעות, מכך נובע שלעברי יש קוד משפטי אלוהי.

התשתית לשיטה ההלכתית המוסרית מוצגת לפנינו בתפילה: "שמע ישראל ה' אלוהינו ה' אחד".

*אל=כוח- האל כמקור הכוח. פוליתאיזם=ריבוי כוחות עצמאיים כשכל אל הוא כוח עצמאי.

היסוד של המשפט העברי שהוא פרי אל אחד בלבד, הוראה אחת בלבד. המשפט העברי מבוסס על האמונה באל אחד, שממנו מקבלים הוראות ברורות ואין אל שני שישנה זאת.

הנביאים עמדו על דוקטרינת המונותאיזם האתי, ולא הצליחו עד חורבן הבית להחדירה לעם. עזרא הסופר ניסה להחדיר דוקטרינה זו, אך אפילו היום העם היהודי מתקשה לקבל גישה זו.

*מבחינה משפטית-הרעיון בבסיס של תורת המשפט המקראי הוא מונותאיזם אתי. השיטה האתית-משפטית של קבוצה זו היא פונקציה של אמונה באל אחד. לכן המשפט העברי רואה מקורו בכתבי הקודש- בתנ"ך ← "קוד ההתנהגות" (הנורמות) נובעות ממקור אחד - כתבי הקודש. מהם נקבל הוראות עקביות, ובהם יש שיטת משפט - משפט, אתיקה, מוסר. והמקרא הוא הביטוי לרצון האל.

*ההשלכות לקיום אמונה באל אחד :

1. האמונה באל - המעשים כלפיו.
 2. "דרך ארץ קדמה לתורה"- לפי האמונה המקראית, האל מעוניין לא רק בהתנהגותו של האדם כלפי האלוקים, אלא בהתנהגותו של האדם כלפי הזולת.
- *אריסטו- היה המונותאיסט הגדול בפילוסופיה. האמין שלכל דבר בעולם יש סיבה וכל ההבנה הזו נבעה מהגיון. הוא הניח שיש סיבה ראשונה לכל - אלוקים הוא כוח אחד שהתחיל את העולם, אך טען שהאל הזה יותר מדי גדול וחשוב מכדי להתעניין באדם הפשוט (Non Ethical Monotheism). אלוהי המקרא מוצג כיוצר חוק.

1.1.3 - שאלת ה- OBLIGATIO לציות לחוק מעל ומעבר ליראת העונש

*תפיסתו של סוקרטס-חלק מרכזי בהווייתו של אדם הוא הקונטקסט התרבותי אליו הוא שייך ("ההורה השני") והוא מחויב אליו ולחוקיו. יש לציית לחוק כי החוק הוא שמעצב את האדם ואת נפשו.

*הובס, לוק, רוטו (המאה ה-18)- "אני שומר על החוק כי כדאי לי" (כדי שגם אחרים ישמרו - אמנה חברתית).

*התפיסה המקראית-אברבנאל - אלוקים שיחרר את עם ישראל ממצרים, ולכן הפך לאדונו החדש שיש לציית לחוקיו (בדורות הבאים עוברת חובה זו כירושה). ברית סיני הינה הסכמה בין כל דורות ישראל על אף שלא נכחו והסכימו. כל נפשותינו היו בהר סיני.

*מה ההבדל ביניהם? אברבנאל מצמצם- חובת הציות היא על בני ישראל משום שהם נפדו ע"י אלוקים מעבדות, ואילו סוקרטס והוגי האמנה החברתית דגלו במודל אוניברסאלי.

1.1.4 החידוש בפילוסופיה של המשפט הפלילי המקראי (שיפוי-פיצוי)

כללי המשפט הפלילי הקדום (טרום מקראי), פועלים לפי הגיון חומרי בעיקרו ומשתמשים בשני כלים עיקריים כמענה לעבירה (גם במקרים של רצח):

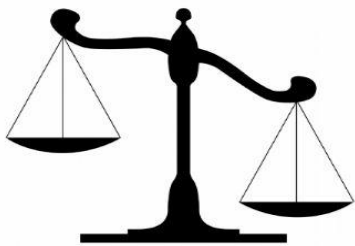
- **שיפוי**- תיקון תוצאת העבירה ע"י החזרת המצב לדומה לקדמותו
- **פיצוי**- כספי

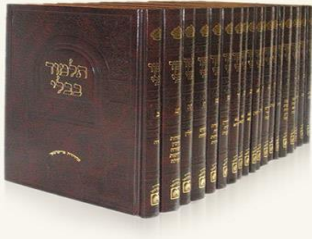
העונש על נזקים חומריים כבדים יכול להיות עונש מוות (במידה ואין ביד העבריין לשלם).

העונש לרצח במזרח העתיק-היה נפש תחת נפש (אם אדם רצח, ירצחו את בנו, ואם אין לו בן ירצחו אותו, אך ניתן להמיר נפש בכסף, שזו העדיפות האחרונה). מאחורי שיטה זו עומדת התפיסה כי הרוצח חיבל ופגע ב**כוח העבודה**, ולכן הפיצוי הוא ע"י לקיחת כוח-עבודה או מתן כ"ע חלופי.

החידוש של תורת ישראל-"לא תיקחו כופר נפש, אלא שופך דם אדם, באדם דמו יישפך".

'האדם' אינו מושג כלכלי, אלא צלם אלוקים ולכן אין תמורה כספית עבור חייו- ומות יומת הרוצח. ההגות הפלילית העברית גורסת כי **ישנו פער עצום בין נפש לנכס** ולא ניתן להשוות ביניהם. אין מתן פיצוי או שיפוי לנפגע. בעוד שבמזרח - ניתן להמית אדם על עבירה כלכלית, עפ"י תורת משה-אין עבירה כלכלית שמשלמים עליה בנפש מתוך חשיבות נפש האדם, בריאתו בצלם אלוקים.





1.2 התלמוד

1.2.1 תקופת התלמוד - משתרעת על כ - 900 שנה - 450 לפנה"ס - 450 לס'.

מחולקת לשלוש תקופות -> תרשים כללי :

1. **תקופת הסופרים** - 450 לפנה"ס - 165 לפנה"ס.
 - המשפט הראשון בתקופה: **עזרא הסופר** - 450 לפנה"ס (גם אחרון משפטי המקרא). נחשב לאבי המסורת התלמודית - אבי הסופרים.
 2. **תקופת התנאים** - 165 לפנה"ס - 200 לספירה.
 3. **תקופת האמוראים** - 200 לספירה - 400 לספירה (בישראל, ירושלים) 500 לספירה (בבבל).
 - התלמוד נחתם בשנת 450 לספירה ע"י הרב אשי (שהיה מעורכי התלמוד).
- *ראשית ימי הביניים - סוף התקופה התלמודית**

1.2.2 התלמוד הוא :

אוסף של פירושים, דיונים על חוקי התורה, מחלוקות, חיפוש עקרונות, תוספות של התפתחות היסטורית על שיטה משפטית. **חשוב להבין (!) התלמוד אינו ספר "חוק ופסיקה"**, אלא ספר של חשיבה משפטית עם כל הכרוך בכך (עירפול, ספקות, מחלוקות) - תהו ובוהו מחשבתי. התלמוד מכיל את התורה שבעל פה. התושב"ע מפרשת את המקרא, מוסיפה חידושים ומתמודדת עם בעיות חדשות. הוא אינו מסודר, כיוון שלא הייתה כוונה שיהיה כך. יותר מכך, בתלמוד המקורי אין אפילו סימני פיסוק.

***חשיבה תלמודית - בית היוצר לחשיבה המשפטית העברית.** אומנם תורת משה קדושה אך הפרשנות התלמודית היא הקובעת - היא הפרשנות המוסמכת לכתבי הקודש. **שינוי לדוגמא:** התלמוד סובר כי "עין תחת עין" אינו הרציונאל המובן מאליו מהתורה, אלא "ממון תחת עין" באופן המדויק ביותר שהשמאים יכולים להעריך. הערך הכלכלי שיש להעניק תחת הפגיעה. **כלומר - הפרשנות המוסמכת לכתבי הקודש.** בתלמוד לא החוק הכתוב הוא הקובע, אלא הפרשנות שניתנת לו בתנ"ך. **בדומה לכך:** צנעת הפרט אינה קיימת בספרות האמריקאית, אך ביהמ"ש קבע שזוהו חוק תקף. פרשנות בית המשפט המוסמך לכך היא הקובעת והמחייבת. פרשנו רחבה **לדוגמא -** לא תבשל גדי בחלב אימו - לפי פרשנות התלמוד - אסור בבישול ובאכילה בשר וחלב. רואים מזה שהפרשנות שבתלמוד **הרחיבה** (בניגוד לעין וממון - שם היה שינוי).

1.2.3 התקופה הראשונה - הסופרים : 450 לפנה"ס - 150 לפנה"ס

תקופת הסופרים מתחילה בסוף התקופה המקראית. מדובר על תקופה פרימטיבית שבה התרבות עוברת מדור לדור שלא במסמכים כתובים ובספרות, אלא **מועברת בע"פ**. התלמוד הוא ערטילאי, מסורת, שיטה משפטית המועברת בע"פ ואיננה כתובה.

הסופרים נקראים **"אנשי הכנסת הגדולה"**, דהיינו - גוף מחוקק של חכמים שהעביר את תורת המקרא לדורות הבאים. הסופרים ועזרא בראשם הניחו את התשתית לסידור התפילה, להגדת פסח, לא-ב העברי. אלו פעלו ע"פ שתי תורות :

1. התורה שבכתב - המקרא.

2. פרשנויות תקופת התלמוד - התורה שבע"פ.

מביניהם :

1. נחמיה.

2. **עזרא הסופר** - שנת 450 לפנה"ס - אבי חכמי ההלכה הנקראים הסופרים. הוא ה"גשר" בין תקופת החוק המקראי ותחילת החוק התלמודי : אחרון אישי התנ"ך והמשפטן הראשון בתלמוד הנחשב לאבי המסורת התלמודית.

1.2.4 - התקופה השנייה - התנאים 150 לפנה"ס - 200 לספירה

רקע: בתקופת 200 לספירה (130 שנה לאחר חורבן בית שני) מתחיל הישוב היהודי בישראל לדעוך. כתוצאה מהסנקציות שהוטלו בכיבוש הרומאים על הישוב באותה תקופה רבים ירדו לבבל.

בעקבות צורך להביא אל הכתב את התורה שבע"פ לוקח רבי יהודה הנשיא את התושב"ע ונותן לה גיבוש רשמי **בכתב**- המסכם את כל הדיונים עד לאותו היום, זוהי **המשנה**.

התנאים- חכמי תקופת המשנה. תקופת התנאים נקראת גם **תקופת השונים** (מקור המילה "תנא" = לשנות/ללמוד – שינון משניות). התנאים עסקו בפיתוח התנ"ך בצורת מדרש - דורשים את המקרא.

מבין התנאים-בית הלל ובית שמאי- התנאים הקדומים, **רבי עקיבא**, **רבי יהודה ורבי מאיר**, **רבי יהודה הנשיא** – **ראש התנאים ואחרון התנאים 200 לספירה**.

ישנם שני סוגי מדרשים :

א. **מדרש אגדה** - פרשנות והרחבה סיפורת- מוסרית - משלים את סיפורי המקרא.

ב. **מדרש הלכה** - מרכז הפרשנות והיצירה החקיקתית (לפי סדר הפסוקים) - ניתן לחלקם לכל מיני צורות.

פיתוח התנ"ך בצורת מדרש נעשה בשתי פרקטיקות: 1. לימוד התורה – הפיכת התורה לרלוונטית - פרשנות לחוק.

2. הסדרים לבעיה משפטית וממשית - כל פסוק ומדרשו הוא.

***המשנה**- בשנת 200 גובשה המשנה, הגיבוש הראשון של התורה שבע"פ בכתב, ע"י יהודה הנשיא- **הרחבה**

בנספחים- אלון יחידה 1

1.2.5- התקופה השלישית- האמוראים : 200-300 לספירה

אמוראים- חכמי הלכה שמלמדים לא רק את התנ"ך אלא גם את המשנה. אחרי רבי יהודה הנשיא הייתה משנה. **האמוראים לימודי את תורת התנאים**. יש את אמוראי ארץ ישראל שנסארו וחכמי ההלכה שלימדו את המשנה

בבבל- אמוראי בבלי, קוראים לתורה שלהם גמרא. המשנה והגמרא יחד הם התלמוד. תלמוד בבלי וירושלמי-

פירוט ראה סיכום אלון.



1.3 ימי הביניים : גאונים, ראשונים, אחרונים

1.3.1- הגאונים: 550-1000 לספירה

ה"הגאונים"- גאון הוא חכם במשפט העברי לאחר חתימת התלמוד. ראשי הישיבות של **בבל** לאחר חתימת התלמוד (ישיבות שנוסדו ע"י האמוראים). חכמי המשפט של התקופה הזו. **המוסדות שהיו בתקופת התלמוד נשארו גם בתקופת הגאונים. אותו תלמוד- אותו משפט עברי**. יש קושי להבדיל בין אחרוני האמוראים לבין ראשוני הגאונים. זאת אומרת שנישמר הרצף ההיסטורי. **בשמירת הרצף ההיסטורי נשמרו גם (1) אתיקה** מקצועית (2) שיטה משפטית (3) תוכן הלימוד.

כל אלה שימשו את גם את האמוראים וגם את הגאונים, וההבחנה ביניהם נעשתה בעצם המיקום הגיאוגרפי **בלבד**. **המשך עבודת הפרשנות**- כמו קודמיהם, עסקו הגאונים בפרשנות. האמוראים פירשו את המשנה, והגאונים פירשו את התלמוד. שכן התלמוד הוא ספר ויכוחים אותו יש צורך לפרש. כל דור מפרש את הדורות הקודמים (אפילו היום ביהמ"ש העליון מפרש את חוקי הכנסת).

1.3.1.1- שלושה סוגי ספרי הגאונים ("שלושה גינרה של הספרות העברית המשפטית") :

(קיימים עד היום)

***פירושי הגאונים / חידושים, פירושים-חידושים**- הגאונים כתבו פירושים לתלמוד. מתוך הפירוש היו לפעמים יוצאים חידושים.

***פסיקת הלכה, פסיקה** -תרגום הדיונים הכוללניים בהלכה לפעולות הלכה למעשה. כלומר לקבוע מה המסקנה ומי מהרבנים בתלמוד צודק.

***שאלות ותשובות (שו"ת)** - בשל ריכוזם של הגאונים בבבל, אל מול פיזור הגיאוגרפי של היהדות באותה תקופה, נשלחו אל הגאונים שאלות משפטיות רבות. כלל השאלות יחד עם תשובותיהן רוכז בספרות מאוגדת.

3.1.2. **אאיגרת רב שרידא הגאון** - זוהי תשובתו של הרב שרידא הגאון לשאלת היסוד של התורה שבע"פ. האיגרת מהווה את היסוד לתולדות התורה שבע"פ והתולדות רשומות באיגרת.

***אגדת ארבעת השבויים** - עוסקת בהעברת שיטות משפט ביהדות ממקום למקום. זאת מפני שהיהדות פזורה בכל מקום ונמצאת בגלות. **הסיפור**- יצאו מגייסי כספים מבבל לשוט על פני מים. התנפלו על אונייתם שודדים שגנבו את המטען שלהם ואותם מכרו לעבדות. המגייסים נמכרו מהשבי והפכו לעבדים. נבדק האם יש יהודים בספינה מפני שמצווה הייתה של רבי"ה בדבר פידין שבויים. מי שבא לקנות השבוי היהודי, גילה כי הוא משיבת בבל והחליט להפכו למורה לתלמוד במקומו.

1.3.1.3 - דרכי מעבר ליהדות ממקום למקום, תקופת המעבר -

בין תקופת הגאונים לראשונים יש חסימה גיאוגרפית. בשל הריחוק הגיאוגרפי חל קושי מסוים שבא לידי ביטוי ביכולת תקשורת, העברת מידע וגילויים חדשים. במקרה כזה נשאלת השאלה: **כיצד שמר המשפט העברי על זהותו כשהוא נעקר גיאוגרפית מקצה אחד לקצה השני? איך מועברת השיטה המשפטית שהומצאה בבבל לשאר הארצות?** אכן קיים קרע גיאוגרפי, אך האחדות המשפטית נשמרה, והמשפט העברי התגבר על בעיית המעבר בדרכים הבאות:

1. **העברת טקסט כתוב** - הטקסטים הועברו עם היהודים. ליהודים באירופה היו המקורות הספרותיים (גמרא, משנה, תלמוד), והספרות ההלכתית נעה איתם למדינות היעד.
2. **הגעת אישים** - מדי פעם הגיעה אישיות משפטית חשובה לחופים החדשים. ראשי ישיבות בבל שלחו נציגים למוקדי ריכוז של הקהילה היהודית במדינות השונות, על-מנת לגייס כספי תמיכה לישיבות. חכמי ההלכה אשר הגיעו לאותם מוקדים ניצלו את שהייתם להעמקת הידע ההלכתי והטמעתו שם.
3. **שו"ת - שאלות ותשובות** - חכמי ספרד (צפון אפריקה) או אשכנז היו מריצים תשובות. ספרות של פרשנות ופסיקה בתוך השו"ת. פסיקת אד-הוק.

1.3.1.4 הראשונים פעלו בשני גושים גיאוגרפיים: ראשוני ספרד וראשוני אשכנז:

***יהדות ספרד** - המייסד של בית המדרש הספרדי הוא רי"ף - רבי יצחק פנס. ניסח את התלמוד ותורת הגאונים בצורה מסכמת ובכך התחילו הספרדים לבסס את לימודם המשפטי. תלמידו רי"י מיגש - רבי יצחק מיגש. בתקופה זו פעלו גם ר' מימון, הרמב"ם, הרמב"ן (רבי משה בן נחמן) והרשב"א (רבי שלמה בן אדרת). חכמים אלו בססו והשתיתו את המשפט העברי לכל הדורות.

***יהדות אשכנז** - מייסד בית המדרש האשכנזי היה רבי גרשון מאור הגולה - הרגמ"ה. רש"י עסק בפירוש כל התלמוד, כתב שאלות ותשובות, ומהווה את העיקר שביהדות אשכנז. לרש"י לא היו בנים, ונכדיו למדו את התלמוד עם פירושו. אותם נכדים, כשנתקלו בסתירות, החלו ליישב סתירות בגמרא בתיקונים רבים, עד שחיברו פירוש עצום לגמרא, ושמו הוא **בעלי התוספות** (ביניהם רבינו תם) הם הכניסו מהפכה בלימוד התרבות. הם הכניסו לפירושים של רש"י חריפות, ונכנסו לעומק המשמעויות בצורה שהייתה לפני כן רק אצל האמוראים. רא"ש היה מאחרוני בעלי התוספות.

1.3.2 - הראשונים: 1000-1450 לספירה



ה"ראשונים" הם - חכמי המשפט העברי באירופה. תקופתם משנת 1000 לספירה עד 1450. זו תקופה בה היישוב היהודי כ"כ מבוסס שהוא מוציא כתובי משפט. הוא כבר קהילה בפני עצמה בעלת יצירות תרבותיות. אירופה אז נחלקת ל-2 גושי יהדות:

1. **יהדות ספרד**: פורטוגל וצפון אפריקה, כלל גם את אגן הים התיכון (מלבד איטליה וישראל).

2. **יהדות אשכנז**: גרמניה, ישראל, צפון צרפת וצפון איטליה.

***גישת ה"ראשונים"** - גישה תרבותית דמוקרטית. ההנחה שלהם היא - **"תורה מונחת בקרן זוית וכל הרוצה ליטול, יבוא ויטול"** - עפ"י אותה גישה כל אדם צריך להיות נגיש לחוק. ***עיסוקם של הראשונים** -

1. **פרשנות** - פרשנות של כל המקורות הקודמים, של הטקסטים הקלאסיים, למשל: **רש"י (רבי שלמה יצחקי)** על התורה והתלמוד.

2. **שאלות ותשובות (שו"ת)** - בתקופה זו מתחילה **רישומית** תקופת השו"ת - ז'אנר ספרותי חדש.

3. **חקיקה** - פסיקה וחקיקה.

1.3.2.1 - גדולי הפוסקים בספרד -

***הרי"ף** - רבי יצחק אלפסי - רבי יצחק פיז. חי במאה ה-11 (1013 - 1103) באלג'יר (צפון אפריקה), נולד בפאס שבמרוקו. נחשב למייסד בית המדרש ההלכתי של יהדות ספרד, ייסד את המשפט העברי באוריינטציה הספרדית.

***הרמב"ם** - רבי משה בן מימון. חי במאה ה-12 (1135-1204) בקהיר שבמצרים ובספרד, פילוסוף אריסטוטלי, רופא שהיה תלמידו של הרי"ף. ניסה לפתור את בעיית ההתמצאות וכתב בגיל 33 ספר חוקים

שיטתי בעברית ברורה, בסגנון בהיר ותמציתי (לשון המשנה – סגנון עברי אחד ויחיד), לפי נושאים ומקצועות ובחלוקה ל-14 (י"ד) ספרים הנקרא: **"משנה תורה" / "היד החזקה"**. הרמב"ם הוא דור רביעי של יהדות ספרד המתחילה ברבי יצחק פייז (אלפסי).

***הרמב"ן** – רבי משה בן נחמן. משפטן דגול. כתב פירושים. הוא פירש התורה פירוש פילוסופי, משפטי, בלשני, תלמודי.

***הרשב"א** – רבי שלמה בן אדרת. חי בברצלונה. כתב פירושים מכל ספרד. ענה על הרבה שאלות (שו"ת). היה מדייק הקהילה ובתפקיד זה כתב שו"ת.

1.3.2.2- גדולי הפוסקים באשכנז-

בערך בשנת 1000, גם באשכנז "זרחה שמש חזקה", לאחר התפתחות של מס' שנים.

***רגמ"ה** – רבנו גרשום מאור הגולה – מייסד בית המדרש של היי"אסכולה האשכנזית, מייסד המשפט העברי באוריינטציה האשכנזית. הוא הדמות המשפטית הראשונה באשכנז שיוצא למרחב: יש לו בית דין ותקנות. הוא הכניס תקנות נגד ביגמיה לחברה היהודית. באשכנז יש חרם על רגמ"ה בגלל תקנותיו שאסרו על ריבוי הנשים.

***רש"י** – רבי שלמה יצחקי – היה אחד מתלמידי תלמידיו של הרגמ"ה (דור שלישי לרגמ"ה). חי בשנים 1040 - 1150. פירש את התלמוד פרשנות יסודית ומדויקת המקובלת עד היום הזה בכל ישראל. הוא ידוע כפרשן התורה והדמות האשכנזית המובילה בכל תורת ישראל. רש"י חולל מהפכה בלימוד התלמוד, פירש את כל התלמוד פרשנות מבריקה עד כדי כך שנכדיו שלמדו עם פירושיו, יכלו לפתח את יסודות ההלכה בחריפות יתרה. לרש"י פירוש עמוק שבכל דור וגיל מבינים אותה אחרת. כל מי שלומד תלמוד לומד תחילה את פירוש רש"י לתלמוד. רש"י הוא העבודה הבסיסית למ' העברי.

***"בעלי התוספות"** – רשב"ם (רבי שול בן מאיר) ור' תם – נכדיו של רש"י. החלו בתהליך של לימוד מעמיק, הרחבה של דברי רש"י. לדברים אלו, יחד עם תלמידי חכמים נוספים, הוסיפו פיתוחים וירדו לרזולוציות וספקולציות נמוכות מאד. לעתים אף סתרו את דבריו של סבם. קבוצה זו נקראת **"בעלי התוספות"**.

***רא"ש** – ר' אשר בן יחיאל – אחרון המוסיפים. נולד באשכנז ועבר לספרד (1250 – 1327), כתב את **"פסקי הרא"ש"** המיוסד על ספרו של הר"ף. פסק בסוגי הספרות.

היום כל מהדורה של התלמוד נלמדת עם רש"י מצד אחד ועם בעלי התוספות מצד שני שהם המשלימים אחד את השני.

שאלה- מה משותף לכל תפוצות ישראל?

תשובה – המשותף לכל תפוצות ישראל היא התשתית המאוחדת: "התלמוד".

מדובר למעשה בשתי אוריינטציות (ספרד ואשכנז) ותשתית אחת – התלמוד – תשתית המשפט העברי.

1.3.3- תקופת האחרונים - 1450- ?

***מתי מסתיימת תקופת האחרונים?** בשל משך הזמן שערך פרק ההתבוללות, לא ניתן לסמן בדיוק את סוף עידן האחרונים, והוא מצוין כתלוי מיקום גיאוגרפי.

"האחרונים" – המשיכו לפרש, לשאול ולחוקק, ולכל אלו נוסף פן חדש – תחום המחקר. כלומר, ספרות היצירה המשפטית בתקופת האחרונים, כמו גם בתקופת הראשונים והגאונים היא עפ"י שלושת סוגי הז'אנרים: פרשנות, שאלות ותשובות, פסיקה וחקיקה, ובנוסף לאלו – מחקר.

***הדעה הסמכותית בתקופתם** – היא "שולחן ערוך" + "מפה".

1.3.3.1- **ספרד** – עקב גרוש ספרד המיקום הגאוגרפי של יהדות ספרד (1942): צפון אפריקה, מצרים, רומא, האימפריה העות'מנית (שכללה את השליטה על: יוגוסלביה, ארמניה, אי"י, יוון, מצרים, בולגריה, רומניה, הונגריה, טורקיה). אלו ארצות שפתחו שעריהם לפליטי ספרד. בתקופת האחרונים הממלכה העות'מנית הייתה אדירה ויהודים התיישבו בה.

***גדולי הפוסקים הספרדים האחרונים** –

***רבי יוסף קארו** – חי בערך בין 1575-1500 בצפת. לפניו היו כל כתבי המשנה, הפירושים למשנה, הגמרא, התלמוד. הוא קרא לסיפרו הקודיפיקטיבי "שולחן ערוך" מבחינה זו שהכל מוכן ואין צורך להוסיף. בספרו הסתמך קארו על- 3 עמודי ההוראה: רי"ף (1050) – מייסד בית המשפט הספרדי, רמב"ם (1200), רא"ש (1300). זאת מכיון שהיו מחלוקות ולכן הוא בדק את דעת שלושת אלו. אם היו חילוקי דעות ביניהם הוא הלך לפי דעת הרוב (2 נגד 1). כתיבת הספר הושלמה בצפת.

1.3.3.2- באשכנז – ארצות היהדות אשכנזית של האחרונים : רוסיה, הונגריה, צפון צרפת, צפון איטליה וגרמניה "בפרופיל" נמוך, ופולין בעיקר. אותם יהודים, אותה לשון (אידיש), אותה מסורת כמו של יהדות אשכנז הראשונה. היהודים נדדו מזרחה לפולין, הונגריה, רוסיה וגליציה (אימפריה אוסטרו הונגרית) היו הגירות מגרמניה למרות שנותרו יהודים בגרמניה.

גדולי הפוסקים האשכנזים האחרונים-

*הרמ"א – רבי משה איסרליש - בחן את "שולחן ערוך", ערך בו שינויים לפי עדת אשכנז, לטענתו השו"ע היה ספרדי מדי. ראייתו של רש"י הייתה חסרה בו. הוא שיפץ את השו"ע, וקרא לשיפוץ "מפה".

*הגאון מוילנה - הגאון היחידי שאינו מתקופת הגאונים.

*גר"א - גאון רבי אליהו - היה בין האחרונים.

1.3.3.3- ספרות החקיקה והפסיקה בישראל בתקופת ימי הביניים כולה

*רי"ף – ר' יצחק אלפסי – רבי יצחק פייז – כתב ספר הלכה על דרך התלמוד הנקרא: "הלכות אלפסי" - "השורות התחתונות" של התלמוד, מסקנות הדיונים שבתלמוד ופסיקה. הבעיה: התמצאות.

*רא"ש – כתב את "פסקי הרא"ש". המיוסד על ספרו של הרי"ף. פסק בסוגי הספרות.

*הרמב"ם - ניסה לפתור את בעיית ההתמצאות וכתב בגיל 33 ספר חוקים שיטתי בעברית ברורה, בסגנון בהיר ותמציתי (לשון המשנה – סגנון עברי אחד ויחיד), לפי נושאים ומקצועות ובחלוקה ל-14 (י"ד) ספרים הנקרא: "משנה תורה" / "היד החזקה".

ההלכה הכלולה בו: סיכום המשפט העברי כולו, יש בו הכרעות, אין הפניות, ללא מקורות וללא מחלוקות. משיגים ומסתייגים מהספר: הראב"ד - רבי אברהם בן דוד (צרפת – 1120 – 1198), והרא"ש (רבי אשר בן יחיאל). הרמב"ם הכיר בצדקתה של השגה אחת והיא: קשה לדעת מהו המקור להלכה מסוימת, בגלל עצם המבנה של "משנה תורה" – לפי פרקים ועניינים, כאשר בפרק אחד מקובצות הלכות ממקורות שונים בספרות חז"ל, ללא ציון מקורותיהם (ההכרה מופיע באגרתו של רבי יוסף ורבי יהודה אבן עקינין).

הרמב"ם הכר בצדקה זו מאחר: וכאשר דיין אחד ביקש לדעת מקורה של הלכה ב"הלכות רוצח" וישמירת הנפש, הרמב"ם התלבט הרבה עד שמצא מקורה של ההלכה מפני שמובאת דרך אגב במסכת יבמות.

הפתרון שהתווה הרמב"ם לבעייתיות שהעלתה השגה זו: חיבור נוסף (בנפרד מהקודקס) שיציין מקורות ודינים – ספר הלכות וספר פסקים. רבי יוסף קארו שכתב את "הבית יוסף" ואת "שולחן ערוך" השתמש בפתרון זה.

שוני בין הרמב"ם ל-2 עמודי ההוראה האחרים (הרי"ף והרא"ש)-

-כשמדברים על "הזמן הזה" – הכוונה כאשר עם ישראל אינו בארצו אלא בגלות. לכן מצוות מסוימות אינן מתקיימות ואינן בהלכה בזמן הזה כי אין בית מקדש, אין חקלאות, אין צבא יהודי, אין מלך בישראל, אין מע' שיפוטית ושלטון יהודי כי זהו זמן של גולה (נמשך 2000 שנה). הרי"ף השמיט הלכות בתקופת "הזמן הזה". הרמב"ם דווקא כן כתב על כל ספרות התורה למרות המצב הקיים. הרמב"ם הקיף את כל האינצ' של תורת היהדות והמ' העברי. הוא הקיף את כל ההלכה היהודית, גם זו שאינה משפטית.

-הלשון- הרי"ף והרא"ש כתבו בשפה רבנית שהיא בלילה ופחות ברורה והרמב"ם כתב ב"עברית צחה".

-סדר- הרמב"ם הלך לפי סדר הגיוני. יסודות התורה, הלכות הגיוניות לפי סדר מופתי. הוא היה גאון ארכיטקטוני.

-הרמב"ם לא נתן לתלמידיו את המקורות כי רצה שתלמידיו יקראו רק את המסקנות. על כך קיימת ביקורת עליו.

- הרמב"ם הדגיש את האוריינטציה הספרדית- הוא היה ספרדי.

*רבי יעקב בן אשר – חי במאה ה-14-13 בספרד (1270 – 1340), (בנו של הרא"ש). כתגובה ישירה לרמב"ם (100 שנה לאחר "משנה תורה") כתב קודיפיקציה של המשפט העברי (ספר חוקים שיטתי) - "ארבעה טורים". רבי יעקב "בעל הטורים" תמצת בספר קולע, בסוף תקופת הראשונים, את תורות הראשונים על כל בעיה הלכתית = דיגסטה = עיבוד לדבריהם של הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש.

ההלכה הכלולה בו: משפט עברי רלוונטי, הלכות הזמן הזה.

סדר: "ארבעה טורים" מסודר לפי נושאים. המיון ב"ארבעה טורים" שונה מהרמב"ם, לשון המקורות, מובאים חילוקי דעות + הערכה.

תוכן: הספר מזכיר מחלוקות ומקורות אך נוהג להכריע כמו אביו, ר' בן אשר, בשיטת אשכנז. מעין תרכובת של ספר הלכות וספר פסקים.

אופי קודיפיקאטיבי: מביא את עצם ההלכה, לאחר מכן בקיצור את מגוון הדעות ופוסק את הדין.

*רבי יוסף קארו - בנו של הרא"ש (1488-1575) יהדות ספרד, חי בצפת, ובשנת 1550 במאה ה-16 עם המצאת הדפוס והשתנות התרבות המערבית (רנסאנס, רפורמה הנצרות) - סוף תקופת האחרונים, חיבר את ספר פסקי ההלכה החשוב ביותר בתולדות המשפט העברי המהווה תקציר ותמצות ל"בית יוסף" (פירוש אנציקלופדי לארבעה

טורים) למסקנות מפורטות יותר. הספר מרכז את כל ההלכה ונכתב בעברית וארמית, קודיפיקציה בשם "שולחן ערוך", בשל היותו ידידותי למשתמש – כשולחן הערוך בפני סועד.

חשיבותו של השו"ע: ספר שהוא ההבחנה בין תקופת הראשונים לבין תקופת האחרונים. אופי קודיפיקאטיבי: לא ציין מקורות, זהו מדריך המבוסס על האנציקלופדיה שנכתבה על "הטור", מאורגן כמו "הטור". כלומר יש כאן אימוץ המבנה של "ארבעה טורים" ואת חלוקת המשנה שלו.

הכרעת ההלכה לפי: שלושת עמודי ההוראה: הרי"ף, הרמב"ם ורבי יעקב בן רא"ש, ודעתם נלקחה בחשבון בספרו, כלומר, במקום שכולם הסכימו – כתב את ההסכמה, ובמקום שלא הייתה הסכמה – כתב את הכרעת הרוב (כתב פירוש על כל אחד מהספרים שלהם). הבעיה: בכל מקום שיש הסכמה של שניים – נשאר בן אשר האשכנזי במיעוט, ונמצא כי המנהגים הספרדיים לא תואמים את המנהגים האשכנזיים – ראה להלן. ההלכה הכלולה בו: הלכה רלוונטית לתקופה (משפט עברי רלוונטי לזמן הזה), ללא מקורות, עם מחלוקות, אך עם הכרעה / העדפה.

*רבי משה איסרליש (רמ"א) החכם המוביל בפולין במאה ה-16. קיבל את "שולחן ערוך" אחרי מותו של רבי יוסף קארו, אך מאחר ו"שולחן ערוך" נכתב באוריינטציה ושיטת פסיקה ספרדית (רי"ף, רמב"ם וטור) – הספר לא התאים למנהגים של האשכנזים. הרמ"א לא יכל לאמץ אותו כמו שהוא, אבל גם לא יכל לוותר עליו, ולכן הכניס לשו"ע תיקונים והוסיף הגהות – תוספות לאשכנזים, כדי שתהיה התאמה למנהגים ולבתי המשפט האשכנזים. הוא לא מחק דבר מ"שולחן ערוך" אלא הוסיף הגהה. וזה נקרא: "מפה" / "הגהות הרמ"א".

שולחן ערוך + מפה = הדעה הסמכותית המאוחדת לספרדים ולאשכנזים.

*סיכום הספרות-

ספר ההלכה במתכונתו המשותפת נקרא "שולחן ערוך" (כולל את הגהות הרמ"א), והוא הקודיפיקציה הסמכותית של ההלכה ומהווה את הספר האוניברסלי ליהודי אשכנז וספרד. עם פרסום זה מתחילה תקופת "האחרונים" הנמשכת עד ימינו. למרות התהפוכות במאתיים שנה האחרונות, גם תקופתנו נקראת תקופת האחרונים – אידיאולוגיה.

*סיום תקופת האחרונים- המהפכה הצרפתית, לקיחת זכויות היהודים- מביא להתבוללות: "גרמנים בני דת משה" (משה מנדלסון). היהדות הפכה לדת והלאומיות נשכחה. תקופת האחרונים הסתיימה בכל אזור גיאוגרפי בתקופה שונה בשל התבוללות- זניחת המשפט העברי וקבלת המשפט האירופי. ברגע שביטלו היהודים את לאומיותם, ביטלו בכך את המשפט העברי.

1.4 התקופה המודרנית-

יהדות קלאסית, היסטורית ומסורתית: תקופתה- עד אחרי המהפכה הצרפתית. אופייה- זוהי היהדות שראתה את בסיסה בטקסטים הקלאסיים: התורה, התנ"ך, התלמוד. זוהי היהדות ההיסטורית, הזרם הגדול של היהדות שראתה עצמה כעם אחד. נקראת גם "יהדות מסורתית" שנמסרת מדור לדור. זוהי תקופה בה היהודים ראו עצמם כעם נבחר.

*שוויונות מול נבחרות: נוכח תחילת התקופה הדמוקרטית, שדוגלת בערכים כמו שוויון, היבט "העם הנבחר" התחיל להידחק לפינה. היהודים ראו עצמם כשווים לשכניהם עם הבדלים שאינם משמעותיים. כך למשל יהודי הגולה דיברו אנגלית ורק למדו בעברית שהיא שפת הקודש. היה שינוי דרסטי בפסיכולוגיה של היהודים- התלבשו כמו הגויים.

*יהדות וולנטריסטית (התנדבותית) מול יהדות נורמטיבית/מחייבת: עתה היהודי רוצה להיות יהודי ורצה להיות יהודי. זאת בשונה מיהודי של ימי הביניים שלא ראה ברירה אחרת מאשר להיות יהודי. בתקופות קודמות יהודים התאבדו כדי לא להתנצר. כמוכן, היהודי בוחר איזה יהודי להיות: דתי, אורתודוקסי, חילוני, רפורמי. פה הרעיון של יהדות משפטית הוא נחלת קבוצה קטנה.

*3 תכונות כלליות של המ' העברי:

(1) עתיקות- שיטה משפטית היא עתיקה (מאז עשרת הדברות- 3250 שנה).

(2) רצף היסטורי- כל המ' העברי מהמקרא דרך התלמוד הוא רצוף וללא ניתוקים. קשר בין התקופות מתבצע בשל העובדה שחכמי תקופה אחת הם תלמידיהם של חכמי תקופה קודמת. אמצעי חשוב הוא השו"ת, הרצף כה מיוחד מפני שמתגבר על נדידת מרכז תרבותי ממקום למקום (translatiostudii).



(3) **אופי לאומי** - ישנה לאומיות של עם יהודי, **קבוצה**. (להלן פס"ד סקורניק נ' סקורניק).



1.5 פס"ד סקורניק נ' סקורניק

***עיקרון המשפט הבינלאומי הפרטי comity**: יש משפט הקובע יחסים בין שתי ארצות. למשל: הלכות מלחמה, זכויות שבויים ושגרירויות. עיקרון המשפט הבינלאומי קובע: מעמדו האישי של אדם (למשל עובדת היותו נשוי) ההולך עמו מארץ לארץ, נתבע ע"י החוק הלאומי של **מקום מגוריו** באותה השעה הרלוונטית - "הדומיסיל" **domicile**.

***עובדות פסה"ד-בשנת 1952** עמדה בעיה בפני ביהמ"ש העליון. מארק סקורניק היה יהודי גרמני שנדרש לשלם מזונות לאשתו ול-2 ילדיו. סנגורו של מארק טען שע"פ העיקרון הבינלאומי הפרטי הם היו צריכים להתחתן ע"פ החוק הפרטי של מקום מגוריהם, אך הם התחתנו ע"פ משפט זר אחר והוא המשפט העברי. ***רקע**: מר סקורניק מצא עצמו ברכבת הנוסעת למזרח (בתקופת השואה), הוא קפץ מן הרכבת והגיע ליער השחור שם פגש בחורה. הם התחתנו ביער חתונה **לפי כללי המשפט העברי**. כשהגיעו לארץ לאחר השואה, עזב את הבית ולא רצה לשלם מזונות.

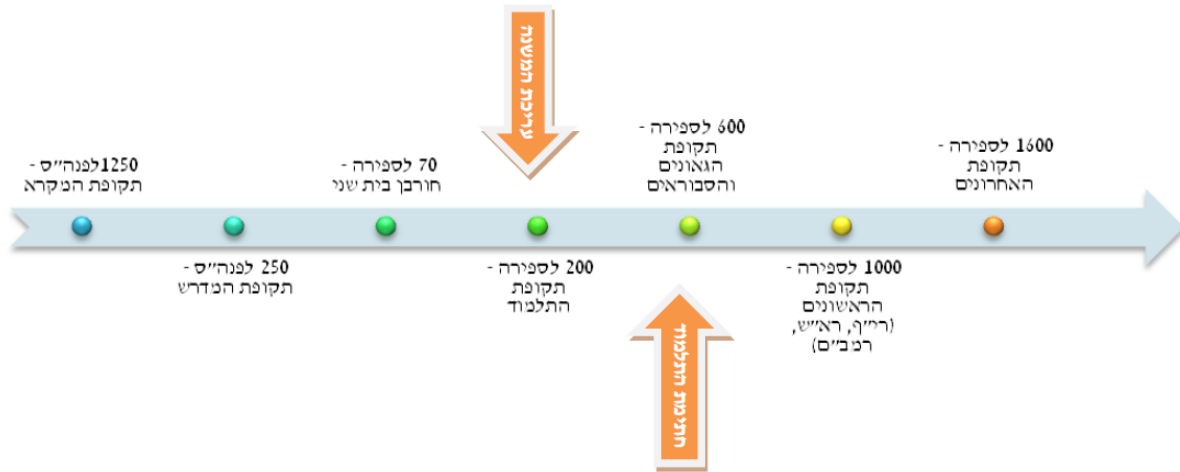
***אלון עמ' 6 הערה 7**: השופט אגרנט מתייחס לשאלת הנישואין של בני הזוג ואומר שלשם המטרה המצומצמת של מתן תוקף לנישואין כאלה, מן הדין להעדיף כאן על פני החוק הלאומי הזר שהיה הדין בשעת הינשואם, את החוק הלאומי האחר שהיה להם אז וממשיך להיות חוקם עד היום והוא החוק העברי. בו ברגע שאנו מודים, כפי שאנו חייבים להודות, בהמשך קיומם של היהודים בכל הארצות כאומה נפרדת, עלינו לתחום את אופיו של המ' העברי ולהכיר בחוק הלאומי העברי של עם ישראל בכל הדורות. האומה היהודית התייחסה אל המ' העברי כאל עניינה המיוחד ולכן הוא תקף בכל זמן ועת, בייחוד בירושלים. ← **השאיפה של גרנט היא להמחיש את אופיו הלאומי של המשפט העברי כמשפט הלאומי של ישראל**.

***מסקורניק אפשר ללמוד על אופיו הלאומי של המשפט העברי**. אחרי המהפכה הצרפתית עם ישראל נטש את התרבות העברית ורצה להיות "קצת דתי" ולא כציוויליזציה שלמה. הקהילה היהודית התעוררה והלאומיות הישראלית התעוררה איתה אז באמת מת המשפט העברי - המשפט העברי זה המשפט של הלאום היהודי.

**** אם המשפט העברי הוא החוק הלאומי של עם ישראל אזי למה במדינת ישראל לא אימצו אותו? מדוע הולכים עפ"י משפט העולם? זוהי מדינה חילונית שרוב אוכלוסייתה ובמיוחד בעת הקמתה וכתבת מגילת העצמאות הם לא שומרי תורה ומצוות ולכן המשפט העברי שהוא דתי לא מתאים לאוכלוסייה המקומי.**
***שאלה למחשבה: טיבעוואופיו הדתי של המשפט העברי? תשובה אחת לכך שהמשפט העברי רואה את מקורו באלוקים. מבקש להראות שהמשפט העברי הוא משפט דתי שלא מתאים לשיח החילוני.**

1.6 - תרשימים

1.5.1 ציר זמן-



1.5.2 - חלוקה לתקופות:

שנים	תקופה	ספרות
מקרא	1250-450 לפנה"ס	תנ"ך
	450-150 לפנה"ס	סופרים
תלמוד	150 לפנה"ס - 200 לס'	משנה
	200-300 לס'	תלמוד בבלי
	300-450 לס'	תלמוד ירושלמי
סבוראים	450-500 לס'	
	500-1000 לס'	גאונים
ימי הביניים	1000-1450	ראשונים
	1450-?	אחרונים
	*התקופה המודרנית	

1.7 שאלות לעיון:

- בעיני הרמב"ם מהו ההבדל הסמכותי של התורה לעומת נביאים וכתובים?** התורה היא מקור ההלכה והדין, הנביאים הכתובים אינם מקורות משפטיים למשפט, כלומר אין נביא רשאי לחדש, הנביא צריך לעודד את העם בשמירת החוק, ודן בשאלות פוליטיות. האם לכרות ברית עם מצרים או עם בבל, הם אינם יכולים לקבוע זאת ולחקוק חוק. כמו כן, נביאים יכולים לפסוק הוראות שעה שתקפים רק בשעתם. כמו כן, הכוונה היא להלכות ממרים, שם כתוב שמה שהתקבל בתורה נחשב לדברי קבלה ואין מחלוקת לגביהם. לגבי שאר הדברים - תיתכן מחלוקת וההכרעה תתקבל עפ"י הרוב. הכתובים והנביאים הם מקור רשמי ומוסמך אחרי התורה שכתב והם משתרעים מבחינת הזמן מהתקף של מתן תורה ועד עזרא הסופר. החומר ההלכתי המשפטי בספרי הכתובים והנביאים אינו רב (להבדיל מהמקרא) והסיבה לכך היא שהנביאים היו עסוקים במלחמות פנימיות וחיזונית (הדבר לא נאמר ישירות ע"י הרמב"ם).
- מה ההבדל בין השימוש בביטוי ה"חוק המקראי" ובין הביטוי "דאורייתא"?** החוק המקראי זה לשון מדעית, מחקרית, בתקופת התנ"ך, תורת משה שאין לערער עליה. "דאורייתא" ביטוי בארמית, שמשמעותו היא פרשנות של חכמים לתורה עפ"י פרשנות מקובלת או מוסכמת (להבדיל מתקנת חכמים שהיא מדרבנן). דאורייתא לא תמיד כתוב בתורה (בדומה לחוקה האמריקאית - אין שם את הביטוי צנעת הפרט ועדיין שופטי בית המשפט העליון משתמשים במונח הזה, כלומר הפרשנים מבינים שזה זכות חוקתית). במשפט העברי יש "דאורייתא" כלומר הוא מדין תורה אבל לא חייב להיות כתוב בתורה בצורה מפורשת, לדוגמא: עין תחת עין

הכוונה היא לממון, כלומר הסמכות התורנית מאחורי הפירוש הזה. "דאורייתא" מעניין משפטנים לעומת הביטוי "חוק מקראי" שמעניין היסטוריונים. למשל: איסור אכילת בשר וחלב – דאורייתא, אבל לא חוק מקראי (חוק מקראי – לא תאכל גדי בחלב אמו). (מדאורייתא- הפרשן מפרש את כוונת החוק המקראי, החוק המקראי- הפרשן מתקין נוהג על בסיס הכתוב במקרא).

3 **מה הפירוש המקורי לראשי התיבות ש"ס ומה משמעותם כביטוי? משמעות הביטוי- שם כולל ל6 סדרי המשנה ומסכתות התלמוד.** רבי יהודה הנשיא חילק את ההלכה לש"ס- שישה סדרים: זרעים (תרומה, מעשר, ביכורים), מועד (שבת חג וכל החגים), נשים, נזיקין (הדין האזרחי, חוזים, פיקדונות, שליחות, נזיקין), קדשים (ענייני בית המקדש, קורבנות), טהרות (כיצד בית המקדש מתכונן להיכנס לבית המקדש). **מה שאינו רלוונטי לזמן הזה:** זרעים, קדשים וטהרות.

4 **מהי המשמעות המשפטית המעשית לחלוקת תולדות ההלכה לתקופות?** (סדר התקופות: מקרא, סופרים, תנאים, אמוראים, סבוראים, גאונים, ראשונים, אחרונים). משמעות של היררכיה, מדרג של סמכות, לא יעלה על הדעת שתנא יערער על התורה. לא ניתן לשנות את התורה, אמורא לא יחלוק על התנאים (האמורא יכול להגיד שתנא מדבר על X ואני מדבר על Y, או שבין התנאים יש חילוקי דעות ואני חולק על חלק מהם ומסכים עם אחדים מהם, או תיובתא – כלומר אתה מופרך כי אתה חולק על התנאים). התוצאה: קונסרבטיביות מוחלטת של השיטה, לא ניתן לחלוק ולכן צעדינו מוגבלים. דורות מאוחרים לא חולקים על הדורות הקודמים. לעיתים מוצאים כי האחרון כותב נגד חלק מהראשונים, רבי יוסף קארו, משפטן מוביל, ראה את הראשונים ולמד אותם היטב, וכתב נגדם לאחר הבנתם היסודית. כלומר יש כלל של "הלכתא כבתראי" (הלכה כאחרונים), אם הם פוסקים נגד הכלל, הם הבינו את התלמוד בצורה אחרת אחרי לימוד יסודי של החומר.

5 **בסקירה של תולדות הספרות העברית המשפטית (ההלכתית), איפה נופלים חיי ישו? ומה משמעותם ההלכתית – משפטית? איפה נופלים חיי מוחמד? ומהי משמעותם ההלכתית- משפטית? חיי ישו נופלים באמצע התקופה התנאית, ולא הייתה לו השפעה על המשפט העברי, ההשפעה הייתה רק דרך הנצרות. חיי מוחמד, במאה השביעית (622) חי בתקופת הגאונים, ולא הייתה שום השפעה על המשפט העברי.**

6 **מהו המאורע החשוב אשר אירע בין שנות 500-450 לפני הספירה בתולדות המשפט של העולם המערבי? למה מקביל אותו מאורע למה שהיה בתולדות הספרות העברית המשפטית- הלכתית? בשנת 451 לפנה"ס הורכבה ועדה של 10 אנשים שתפקידה היה לקבע את חוקיה של רומי – והם עשו זאת ע"י ניסוח 12 לוחות ופרסומם. זה היווה את הקובץ הראשון של חוקים כתובים. החוקים עסקו בעיקר בענייני עוולות, יחסי שכנים ויחסי ירושה. במשפט העברי – מעבר מתקופת המקרא לתקופת הסופרים – ייסוד מורשת התלמוד ע"י אחרון המחוקקים המקראיים – עזרא הסופר, כלומר בתקופה זו מעלים על הכתב את התושב"ע ומגיעים לשפיטה בדרך של מחלוקות ולבטים, כלומר- אין חוקים יבשים.**

7 **מהו המאורע החשוב אשר אירע בין שנות 500-450 לספירה בתולדות המשפט של העולם המערבי? למה מקביל אותו מאורע למה שהיה בתולדות הספרות העברית המשפטית- הלכתית? מדובר בתקופת חתימת התלמוד ע"י רב אשי, ומעבר לשימוש בתלמוד כמקור סמכות הלכת/משפטי. ב-450 לספירה התרחשה נפילת האמפריה הרומית, תחילת תקופת ימה"ב ותחילת הנצרות.**

-יחזיקה שניה-

דת ומשפט במשפט העברי



2. דת ומשפט במשפט העברי

2.1 הנורמה הבסיסית

2.1.1 הנורמה הבסיסית של המשפט

"מודל קלזן" (בתמונה), עליו מבוסס מודל המשפט העברי לפי אלון – ביסוד כל מערכת משפט קיימת נורמה בסיסית אחת הנותנת תוקף לאחרות. כל מקור משפטי של המערכת המשפטית שואב את תוקפו מערך משפטי עליון.

הנורמה הבסיסית:

- (1) מקור תוקפה של הנורמה הבסיסית אינו מוגדר במושגים משפטיים.
- (2) הנורמה הבסיסית הראשית במונחי יסוד של המשפט הישראלי היא הסמכות המשפטית המחייבת של הגוף המחוקק = ציות לחוקי הכנסת (בארה"ב ← החוקה).

2.1.2 הנורמה הבסיסית של המשפט העברי-התורה שבכתב היא הנורמה הבסיסית "חוקת המשפט העברי":

(1) הנורמה העליונה היא רצון האל, ריבון העולמים.

(2) הנורמה הבסיסית של המשפט העברי: ציות לתורת משה, "התורה שבכתב", מתן התורה שהיא הביטוי לרצון האל. התורה שבכתב היא החוקה הנצחית של המשפט העברי שאינה ניתנת לשינוי, תוספת או גריעה. זהו מקור התוקף של כל מערכת המשפט העברי על כל תקופותיו. התורה היא הנורמה הבסיסית הן לענייני נורמות משפטיות והן לענייני נורמות דתיות מוסריות.

(הרחבה לנושא הנורמה הבסיסית: סיכום אלון - סוף הפרק: מנחם אלון עמ' 236-202)

2.1.3 שני חלקים לספרות התלמודית:

- (1) ההלכה - רוב התלמוד היא הלכה (כ-80% לערך) - נורמות של התנהגות, מצוות, חוקים, משפטים
 - (2) אגדה - דברים מסביב למשפט שאינם מחייבים (בערך 20%). החלק השני איננו עוסק בכללי התנהגות אלא בסיפורים ובפירושי הסיפורים בתורה. זו האגדה התלמודית.
- *למשל: מדוע חוגגים את חנוכה זו האגדה והמצווה להדליק נר היא ההלכה.

2.2 דוקטורינת "תנורו של עכנאי", (חילונו של המשפט הדתי)

2.2.1 האגדה והרקע הטרימינולוגי

ה"אגדה" מהווה נקודת חילון במשפט העברי (החילון במובן היותו של המשפט העברי "לא דתי" בנקודה זו).
*דוגמה
רצח קין את אחיו הבל: נכתב בתורה "קול דמי אחיך..." שואלים בגמרא מה זה "דמי"? למה לא נכתב "דם אחיך".
אפשרויות:
(1) קין לא ידע איך להרוג את הבל ולכן כשהכה אותו, הכה אותו כמה פעמים – מכאן דמים למספר הפעמים.
(2) קין לא רק הרג את הבל, אלא גם הרג את כל הילדים שהבל יכל להוליד אם היה בחיים, רצח אינו השמדה של רק אדם, אלא הריגה של עם, הרג אדם עם מעוף מסויים, מחשבות, וכו'.

2.2.2 אגדת "תנורו של עכנאי"

בספרות התלמודית ישנם צמדי לשון כמו חייב ופטור, טוב ורע, כשר ופסול, נקי ומלוכלך, מוסרי ולא מוסרי. טמא וטהור הם צמד מושגים הנוגעים לפולחן בית המקדש. "טמא" הוא איננו רע או לא מוסרי, ו"טהור" הוא איננו יפה או טוב. טמא הוא אדם שלא יכול להיכנס לבית המקדש ולא יוכל להשתתף בפולחן בית המקדש עד אשר יטהר עצמו. לאחר חורבן הבית, המושגים "טמא" ו"טהור" אינם מהווים עוד אינדיקציה. אולם, בתקופת התלמוד גם לאחר חורבן הבית, היו חכמים שכן הקפידו בנושא הטהרות וטומאה. החכמים החמירו בנושא האוכל למשל.

כלומר, אם אופה המגיע ללוויה ולא עובר תהליך של טיהור לאחריה, האם הוא מכין לחם טמא? **החכמים הקפידו הקפדה יתרה כפי שהיה קיים בימי בית המקדש. אדם בשם "עכנאי", המציא תנור שאינו מקבל טומאה ואינו מעביר טומאה. כלומר, התנור מכשיר נגד טומאה. עכנאי משווק תנור זה מתוך מחשבה שהתנור טהור ולא מייצר מאכלים טמאים (זו ההלכה). מכאן מתחילה האגדה.**

* הרחבה – ישנם כלים המוכשרים לקבל טומאה. כלומר, הם סופגים אליהם טומאה ואותו דבר טמא שספגו הופך עכשיו טהור.

* **עכנאי** – עכנא = נחש בארמית. מדובר בתנור למניעת טומאת מאכלים המכונה עכנאי. בגמרא מפרשים את הסיפור כנחש המקיף את התנור.



השאלה-האם התנור "עכנאי" מציל מטומאה? התנאים מחליטים כי הנחש מטמא ולכן תנור זה אינו מציל מטומאה. תנורו של עכנאי היווה מחלוקת, והחכמים פוסקים כי הסיבוב של הנחש סביב התנור, מטמא את התנור.

2.2.3 - המחלוקת:

ישנה מחלוקת בין רבי יהושע לרבי אליעזר בדבר טהרתו של התנור. רבי אליעזר, משיב תשובות בנושאי טהורה וטומאה, נותן תשובה כי התנור טהור. רבי יהושע הנותן תשובה כי התנור טמא. שני רבנים אלו היו תלמידיו של רבי יוחנן בן זכאי (גדול התנאים).

****תנור עכנאי - סיכום ביניים: רבי אליעזר- התנור טהור, רבי יהושע- טמא****

***טענות החכמים:**

ר' אליעזר הורקנוס - טוען שהתנור טהור. רבי אליעזר היה משפטן גדול, מורהו של רבי עקיבא, המביא טיעונים רבים לטובת טהרת התנור. רבי אליעזר נכשל בשכנוע החכמים ובראשם רבי יהושע. לאחר מכן רבי אליעזר ניסה להוכיח צדקתו בעזרת שימוש בפלאי טבע:

1. עקירת חרוב ממקומו - אליעזר אומר שהתנור טהור וניתן להוכיח זאת ע"י עץ חרוב. הוא אומר כי אם הוא צודק, יעקר ממקומו עץ החרוב העתיק. ואכן, העץ נעקר. **המתנגדים: לא ניתן להביא ראיה מעץ חרוב** כאשר מדובר בתנורים.
2. חזרו המים בתעלה לאחור (בעלייה) - הוא משתמש עכשיו בהוכחה של תעלות מים "אמות המים יוכיחו". **המתנגדים: לא ניתן להביא ראיה מן המים.**
3. הטיית קירות בית המדרש - אומר כי קטלי בית המשפט יוכיחו. קטלי ביהמ"ש מתחילים להתמוטט כפי שרבי אליעזר חזה. רבי יהושע אומר כי קטלי ביהמ"ש נפלו אך לא הזדקפו בשנית לכבודו של רבי אליעזר.

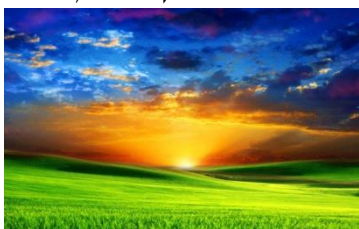
****סיכום ביניים: רבי אליעזר בניסיון להוכיח שהתנור אינו טמא הביא שלוש טענות לחכמים שדחו את כולן אחת אחרי השנייה****

4. "בת קול" (קולו של האל) - בניסיון הרביעי ר' אליעזר טוען שהשמיים יוכיחו את טענתו. ואכן, מן השמיים יצאה בת קול ואמרה "מה לכם אצל רבי אליעזר שכל מקום הלכה כמותו"? בת הקול היא הראייה החשובה והמשכנעת ביותר. השמיים מביאים ראיה לטובת רבי אליעזר. החכמים מאמינים כי השמיים מאשרים את אמונתו של רבי אליעזר אולם, רבי יהושע אומר כתגובה "לא בשמיים היא" (*זהו מרכז הסוגיה בתנורו של עכנאי)

תגובתו של רבי יהושע: "לא בשמיים היא" - (התורה אינה בשמים אלא בידינו ועלינו ליישמה). כלומר, אחרי שכבר ניתנה תורה מהר סיני אנחנו לא מקשיבים לבת קול. הוא האמין כי התורה משמים, אבל לא עוד בשמים היא. מעצם היות החוק מסמך טעון פרשנות - יש מקום להתערבות חכמי המשפט. כאשר יש חילוקי דעות, רוב החכמים קובע - "אחרי רבים להטות". צריך להוכיח את הדברים מהחוקים עצמם.

***המשמעות:**

רבי ירמיהו (אמורא מארץ ישראל)-מפרש את דברי רבי יהושע שטען כי מן השמיים ניתנה תורה ובה נכתב כי "אחרי רבים יערוב". כלומר, כשיש מחלוקת בין רבנים הולכים אחרי הרוב (הרוב קובע). כך לטענתו מסדירים מחלוקת ולא ע"י בת



קול. **רבי יהושע** מגדיר את בת הקול מן השמים **כחריגה מסמכות** - אלוקים חורג מסמכותו. כלומר, במסגרת מתן תורה נאמר כי לא צריך הכרעה ע"י בת קול אלא ע"י הכרעת הרוב. רבי יהושע האמין כי זה דבר השם ועל כן חרג מסמכותו בנושא זה.

אליהו הנביא לפי התנ"ך, עלה בסערה השמימה. לפי היהדות מקובל כי אליהו נע בין שמיים לארץ. **רבי נתן** - אמורא, פוגש את **אליהו הנביא** ושואל אותו מה עשה אלוקים ואיך הגיב לדברי רבי יהושע באומרו כי בת הקול חרגה מסמכות? **אליהו** משיב ואמר שדברי אלוקים היו "**ניצחוני בניי**". הוא מביא כאן תבונה מיוחדת ומשמעותה שהתעלה התלמיד על המורה, הבנים גברו על האל. כלומר, פירוש הדבר שהם צודקים ולא האל – **אין משגיחים מבת קול**.

****סיכום ביניים: ר' יהושע טען שכשיש מחלוקת משפטית היא מוכרעת לפי דעת הרוב של החכמים הדנים בסוגיה. בת הקול מהשמים היא חריגה מסמכות של לא פחות מאלוים. תפקידו הוא לא להכריע בסוגיה המשפטית. לאחר שנתן את התורה- מעתה ואילך זהו תפקידם של הרבנים להיות הפרשנים שלה. דברי האל – ניצחוני בני המובאים ע"י אליהו הנביא מאשרים את עמדתו זו של ר' יהושע.****

***ההלכה: העכנא הוא טמא.** המאכלים הוגדרו כטמאים, ונשרפו (רבי אליעזר הוגדר כטועה).

***החרמת רבי אליעזר:** הוחרם ונודה ע"י התנאים, "ונמנו עליו וברכהו" ("ברכהו" בלשון סגי-נהור, משמעותו חרם). לפי הספרות התלמודית, כאשר יש מחלוקת, אין להחרים את הצד השני. **רבי אליעזר**, היה בין המשפטנים המובילים של ההלכה בדורו. לכן, הייתה בעייתיות בהודעה על החרמתו. נשאלת השאלה מי יודיע לו שהוא מוחרם? **רבי עקיבא** מתנדב ללכת ולהודיע לו בצורה עדינה. רבי עקיבא לובש שחורים (סימן לאבלות) ומתיישב בריחוק של ארבע מאות מטר מרבי אליעזר (בשל היותו מוחרם). רבי עקיבא, שהיה תלמידו, מדבר אליו בנימוס ואומר כי עמיתו "**בדלים**" ממנו. **רבי אליעזר** מבין כי הוא מוחרם, הוא קורע בגדיו, חולץ נעליו ויושב על הקרקע – מתחיל במנהגי אבלות. בתלמוד נפוצים הויכוחים בין דעת רוב למיעוט. אם כן, למה החרים את ר' אליעזר?

בגלל שרצה לשנות את כללי המשפט, רצה לשנות את הדרך של פרשנות המשפט העברי, הוא רצה שהשמים יחליטו כי הכל מידי שמיים.

****סיכום ביניים- עמדתו של ר' אליעזר לא התקבלה והחרים אותו משום שרצה לשנות את שיטת הפרשנות של המשפט העברי- רצה הכרעה ע"י שמים ולא ע"י בני האדם****

2.2.4 פירוש האגדה- תיאוקרטיה מול נומוקרטיה.

המחלוקת בין רבי אליעזר לרבי יהושע לא עסקה בתנור אלא **בגורל המשפט בעברי**. עומדים בפני הכרעה גורלית- מהו המשפט העברי אחרי התנ"ך?

המחלוקת היא למעשה על מהות היהדות / מהות ההלכה כשיטה משפטית. כדי להסביר את המחלוקת, יש לפנות לתורת המדינה ולדון בשני מושגים חשובים:

(1) תיאוקרטיה- שלטון האל. בתורה קיים שלטון האל. **רבי אליעזר** טען כי התיאוקרטיה נמשכת לכל הדורות ולכן בת קול יכולה להכתיב מה לעשות. "**כה אמר השם**" - האל תמיד נותן את עמדתו. ר' אליעזר רצה להמשיך את שלטון האל מהתנ"ך למשפט העברי. **רבי יהושע** טוען כי לאחר התנ"ך אין תיאוקרטיה, אלא יש נומוקרטיה.

(2) נומוקרטיה- (תיאונומיה=חוק אלוהי) שלטון החוק האלוהי. כלומר, שלטון הספר האלוהי, החוק. **רבי יהושע** טוען כי אין לפסוק לפי צו אלוהי כפי שהיה בימי התנ"ך. יש לפסוק לפי מה שכתוב בספר. כלומר, האדם הוא זה שמפרש כפי שכתב במתן תורה- לפי הרוב.

ההבדל בין שני המושגים: שלטון האל מול חוק האל- מצוי בפירוש החוק. **בתיאוקרטיה** אנחנו מקבלים את הצו הישיר. **בתיאונומיה** יש את הכתוב הנאמר **בספר** ובני האדם "בשר ודם" הם המפרשים של החוק. ****טענת רבי יהושע כי אופיו הדתי של המשפט העברי הוא בעל נקודה חילונית – בידי בני האדם ולא בידי האלוים****

מקובלת עד היום.

***הרמב"ם-** אומר כי בכל דור ודור יש דינים המשויכים לאותה תקופה ומצויים בידי ההלכות של חכמי הדורות. הרמב"ם אמר כי אם יקום אדם שיגיד כי האלוים צודק, יהרגו אותו (נביא שקר). הסיבה לכך היא כי דברי האלוים לא עוסקים במשפט אלא דברי חכמים עוסקים בכך – זה המשפט העברי. כלומר, "**אין משגיחים בת קול**" משמעותו שהאדם עוסק ומפרש החלטות הקשורות לחוק האלוהי ולא האל עצמו.

2.2.5 משמעויות האגדה:

שו"ת רבי אטלינגר - לפני 150 שנה, רבי בשם אטלינגר הוציא ספר של שאלות ותשובות בשם בנין ציון. אחת השאלות החשובות שהופנו לרבי אטלינגר:

רקע לשאלה שנשאלה - בשנת 1850, חיו יהודים בגרמניה בכפרים קטנים. הם היו דתיים מאוד ובורים נוראים. הם לא ידעו מה יש בתוך התורה ולכן עשו דברים שטותיים. בכפר הזה ישבו 8 משפחות של סוחרים יהודים. במשך שלוש פעמים בשנה, הם קנו את היבוא של הגויים מסביב (שהיו חקלאים), הם העבירו את היבוא ליריד הגדול במזרח גרמניה שם היו קונים את הייבוא. כל מסע כזה לקח זמן רב (כשלושה שבועות) ובזמן זה משפחותיהם נשארו בבית. במהלך יום אחד, אישה שנשארה בביתה, פתחה את הדלת למקבץ נדבות יהודי והיא מכניסה אותו לביתה. היא מכינה לו לאכול ואז רואה שהוא מבצע מנהג שאינו מוכר לה. הוא נוטל ידיים ומברך על האוכל. (בעלה לא מבצע מנהגים אלו). הוא מוציא ספר ברכות, מקדש על הלחם ועל המזון והיא מבינה שעומד מולה יהודי צדיק. היא מחליטה להלין אותו בביתה בערב שבת מתוך מחשבה כי הוא יוכל להוות דוגמה טובה לילדים. אותו קבצן לומד במהלך השבת מתוך ספר הזוהר – ספר הקבלה. במהלך השבת הוא יורד לטבול בנהר הקפוא על מנת להתנקות לקראת השבת. כך הילדים הפשוטים של אותה משפחה לומדים ורואים מה זה אדם יהודי חכם. אותו אדם עורך שיחה עם אותה בעלת בית ואומר לה שהוא לא באמת קבצן אלא שליח האל. הוא התמנה ע"י האל על מנת לחפש את המשיח. באותה תקופה, גרמניה של שנת 1850, יהודים רבים סבלו מרדיפות והחלום על המשיח היה גדול. אותו קבצן אומר לה שמתוך הבית הזה, בו הוא מתארח יצא המשיח. הוא אומר לה שבעלה אינו ראוי להוליד את המשיח. האישה, אשר מסוחררת מהנאמר, מתרגשת מאוד. היא מבינה כי אותו קבצן הוא שליח אלוקים וכי זו מצווה שהיא תלד את הילד (המשיח). הם שוכבים והיא נכנסת להריון. אותו קבצן נפרד ממנה לשלום ואומר כי המשיח כעת נמצא ברחמה. לפני עזיבתו הוא אומר לה שכעבור שלושה ימים, כאשר היא תפתח את מגרת הבית, יהיה שם אביס יקרות שיעזרו לגדל את הילד בחיי עושר ולא עוני. האישה הנרגשת שולחת מברק לבעלה ומבקשת ממנו לשוב במהרה. היא מבקשת ממנו לפתוח את המגירה אולם לא נמצא שם דבר. היא מספרת לו את הסיפור ומציינת שהמשיח ברחמה. האב מתרגש גם הוא והוא לוקח את אשתו לרב. הרב מבין את הנעשה וחושכות עניו. הוא מבין כי המשפחה הזו מתפרקת. אישה נואפת צריכה להתגרש מבעלה.

אותו רב כותב שאלה לרבי אטלינגר. **התשובה לשאלה** הייתה כי אישה שנאנסת בניאוף לא תגורש ע"י בעלה. אותה אישה גדלה מילדות על ניסים שקרו בסיפורי התנ"ך לא מבינה את ההבדל ולכן הדיבור על המשיח גורם לה לאבד את יישוב הדעת. לכן, היא אינה אשמה.

היהדות היא אינה תיאוקרטיה אלא תיאונומיה. כלומר, **לא מה שאמר האלוקים** (כמו שאמר לה הקבצן שהוא שליח האל) **אלא החוק הוא שקובע**. **רבי אליעזר** רצה להביא את האריטרוקריטיה של התנ"ך לחשיבה של היום יום. הוא רצה להביא לידי מעשה את מה שעשה אותו קבצן.

זה מה **שרבי יהושע** רצה למנוע. הוא לא רצה שישמעו לאנשים הטוענים שהם נציגי אלוקים. אין משגיחים בבת קול- אלא פועלים ע"פ ההלכה. רבי יהושע רוצה **חוקים ברורים**. על המשפט העברי, למרות ששורשיו תיאוקרטיים (שלטון האל), להיות תאונומי (ללכת ע"פ חוק האל ולא שלטון האל) אם אין משגיחים בבת קול= **התורה היום היא בידי המפרשים לא בידי שמיים**.

בכל דיון הלכתי יש להביא הוכחות משפטיות קבילות, ע"פ ההלכה, ואי-אפשר לדבר במושגים של "אלוקים אמר לי...".

מסקנה זו מקורה באגדה "תנורו של עכנאיי" בדבריו של ר' יהושע.

אם כן, מה ההסבר לכך ש"בת קול" דיברה?

בין הראשונים שבספרד (חכמי ההלכה בין 1000-1500, איזור דרום אפריקה) היו ששאלו - **אם ההלכה היא שאין משגיחים מבת-קול**, מדוע האל השמיע את אותו בת קול? (זה נגד החוק, נגד ההלכה).

יש לכך שתי תשובות אפשריות:

1. **"לא היה ולא נברא"** - "בת קול" לא תפעל כנגד החוק, כל הסיפור על תנורו של עכנאי היה סיפור מפוברק, חלום של אותם חכמים. (גישתם של ראשוני ספרד).
2. **ניסיון/ מבחן** - האל העמיד את החכמים בניסיון במטרה לבחון אותם. הוא בחן האם הם יעמדו בפיתוי של בת קול או יעמדו על העקרונות שלהם. האם עומדים החכמים בניסיון ומצליחים למנוע מהתורה להפוך לתיאוקרטיה (שלטון האל)?

שאלת החריגה מסמכות - כיצד חרג האל משלטון החוק?

תשובה: האל חרג מסמכותו בכך ששלח בת קול, והרי **"אין אנו משגיחין בבת קול"**. על המחלוקת היה להיפתר בדרך של: **"אחרי רבים להטות"**. ולכן יש פה חריגה מסמכות.

כיצד יכול היה אלוקים לחרוג מסמכות? מה עומד מאחורי שאלת החרیגה מסמכות? שאלתם של הראשונים - השאלה מניחה שהאל הוא אינו מעל לחוק, אחרת אין מקום לשאלה זו. השאלה מעידה שהחכם השואל הוא חכם המאמין, הוא מניח שכולם מאמינים שהאל הוא מתחת לחוק ופעולתו אינה שרירותית.

כיצד מגיעים למסקנה זו? אצל היוונים, האלילים הם כוחות עצמאיים וכל אחד הולך בדרכו. לכן, אי אפשר לקבל חוק והדרכה מהאלילים היוונים כי לכל אחד מהם דרך משלו. אולם ביהדות, כשיש אל אחד, שואלים את השאלה איך נדע שהאל שומר החוק? השאלה הזו מבוססת על אמונה שהאל שומר חוק. הוא אחד, נותן חוק וגם שומר חוק.

***סוגיה נוספת המדברת על חריגה מסמכות - השמדת סדום ועמורה-מדובר על-כך ששלטון החוק חל גם על אלוקים. גם בתורה, אברהם אבינו מדבר אל האל ואומר לו כי הוא לא יכול להשמיד את סדום כולה כיוון שיש שם כמה צדיקים. אברהם אומר "השופט כל הארץ לא יעשה משפט?". אם כן, אם האל משועבד לחוק, איך יכול להיות שהוא השמיע בת קול כנגד החוק? מכאן למדו הראשונים בספרד שגם אלוקים כפוף לחוק.**

***ההשלכות הפוליטיות - אם האל משועבד לשלטון החוק, והוא אינו יכול לעשות דבר כנגד החוק, אז קל וחומר שמלך משועבד לחוק.**

דוגמאות:

(1) דוד ובת שבע:



דוד המלך חשק באישה נשואה. הוא מקיים עמה יחסי מין ולאחר ששכב איתה היא נכנסת להריון. דוד נמצא במבוכה שכן בעלה (אוריה החיתי) נמצא בחזית הלחימה. לכן, הוא קורא לאוריה החיתי לשוב לביתו מן הקרב במטרה שישכב עם אשתו והילד ייוחס לו. אוריה מסרב לחזור, הוא מחליט להישאר עם חבריו בלחימה (אין זה מוסרי שהוא יהיה עם אשתו בזמן שחבריו נלחמים). דוד שולח אותו לקרב באזור מסוכן במטרה להורגו. נתן הנביא שומע על כך ומספר לדוד את משל כבשת הרש. דוד אומר שיש להרוג את הגזלן ונתן אומר לו שהגזלן זה הוא. דוד מודה בחטאיו בפני הנביא: "חטאתי". אם אלוקים השופט את כל הארץ כפוף לחוק, אז גם המלך.

(2) פרשת נבות היזרעאלי- המלך אחאב ואשתו איזבל. המלך מבקש משכנו למכור לו את נחלתו, זה מסרב משום שהנחלה ירושתו ויש לה ערך רגשי. אשתו של המלך מביימת משפט בו טוענת כי השכן קילל אותה ולכן הורגים אותו. המלך יורש את הכרם כתוצאה מכך. בכרם נגלה לו אליהו הנביא ואומר לו: "הרצחת וגם ירשת?". המלך אמר "תפסתני". אפשר לפנות כך למלך משום שגם הוא כפוף לחוק.

***** סיפורו של עכנאי הוא סיפור חשוב כיוון שהוא שולל את האריסטוקרטיה. הוא מביא את ההלכה החשובה כי יש שילטון חוק וכולם צריכים לציית לה. זו אגדה שיש בה הגות משפטית והגות פוליטית*****

***המסקנות (מוסר השכל):**

(1) האל כפוף לשלטון החוק.

(2) המלך כפוף לשלטון החוק. לפי המשפט העברי, המלך כפוף לחוקה כשאר האזרחים וזה בשונה מהמשפט הרומי שבו המלך פטור מן החוקים - *Princeps Legibus Solutus Est* ומהנאמר במאה ה-18, על ידי מלך בצרפת, לואי ה-14: "המדינה, זה אני" ולכן אני מעל החוק.

2.2.6 רבי יהושע בהשוואה למרטין לותר

רקע - בשנת 1550, התרחשה מהפכה בכנסייה הקתולית בראשות מרטין לותר. מרטין לותר היה נזיר קתולי אשר התחיל לשאול שאלות. הקתולים לטענתו, לא מסתכלים בברית החדשה של ישו אלא פונים ישירות לאפיפיור, לממסד הכנסייתי שהוא המתווך בינם לבין האלוקים. לטענתו, הם מצייתים לממסד הכנסייתי שאומר להם מה הוא רצון האלוקים. מרטין לותר טען שרצון האלוקים נמצא דווקא בברית החדשה. הוא מחליט למחות כנגד המציאות הקתולית (to protest) מכאן מגיעה המילה פרוטסטנטים. הם מביאים את הברית החדשה לקדמה. הם רצו להביא את הברית החדשה ללא מתווך.

***רפורמציה- מעבר מהדת הקתולית לדת הפרוטסטנטית**

***שאלה - האם רבי אליעזר היה פרוטסטנט או קתולי? מבחינה תיאורטית שיטת רבי אליעזר הייתה פרוטסטנטית. הוא טען שלאדם תקשורת ישירה עם אלוקים והוא לא זקוק לתיווך. שיטתו של רבי יהושע מנגד, הייתה שיטה קתולית אשר עמדה ודרשה על עניין התיווך בין האל לבין בני האדם. רבי יהושע גרס כי יש לציית למתווך. בנצרות זהו הממסד הכנסייתי וביהדות אלו הם החכמים.**

2.2.7 הרחבה: ההמשך לאגדת תנורו של עכנאי (מקראה עמ' 10):

חלק שלישי בסיפור: היה כעס גדול באותו היום בעולם, רבי אליעזר נשרף בכל מקום שנתן בו עיניו. למדנו שהדובר של החכמים היה רבי יהושע, אבל באם רוצים להחרים מישהו צריך לגרש גם את הנשיא של החכמים - **רבי גמליאל**. הנשיא הפליג בספינה, בא גל ועמד להטביע אותה כנקמה על החרמת רבי אליעזר. רבי גמליאל עמד וטען שהוא לא החרים את ר' אליעזר מסיבות כמו פגיעה בכבודו או כבוד אביו, אלא לכבוד אלוקים, לשם שמיים - כדי שלא יהיו מחלוקות בישראל. לאחר דבריו הים נח.

חלק רביעי: אמא שלום (שם של אישה), הייתה אשתו של רבי אליעזר ואחותו של רבי גמליאל, היא הייתה משני צדי המחלוקת. בהלכה תפילה בה אדם מבקש רפואה ופירות שלאחר התפילה האדם נופל אפיים (תחנון), משתחוה על הארץ ומתחנן לאלוקים. אמא שלום לא נתנה לבעלה להתחנן, כי אם הוא יבקש רחמים על זה שהוא נפגע היא לא יודעת מה יקרה לאחיה(רבי גמליאל שהיה מהצד השני למחלוקת). יום אחד היא חשבה שזהו ראש חודש(בראש חודש אסור ליפול אפיים) ולכן לא השיחה על בעלה. הסתבר שלא היה זה ראש חודש וברגע אחד כשהיא לא שמה לב - בעלה נפל אפיים. כשהסתכלה עליו וראתה כי עשה זאת, היא אמרה לו: קום אתה הרגת את אחי - את רבי גמליאל. בעלה שאל איך היא ידעה שאחיה מת והיא אמרה לרבי אליעזר שכל השערים ננעלים חוץ משערי הונאה (ביזיון, השפלה). היא אמרה שהיא ידעה שאם הוא יתפלל תחנון הוא בוודאי יביע את הכאב שביזו אותו והחרימו אותו. היא למדה מהוריה שכל השערים יכולים להינעל, שערי שמיים לתפילה, לצדק וכו' - אבל שער אחד נשאר פתוח, שער של אדם שנתבזה לכן היא ידעה שהמרירות מפגיעתו כתוצאה מהחרם של אחיה ימית את אחיה כי הוא ביזה אותו. אמא שלום מגלה לנו **שבשאלות פילוסופיות אין לשכוח את הצד האישי**. בסופו של דבר צער הלב נגרם למרות שהחרימו אותו בצורה יפה. אמא שלום אומרת שכשאדם נפגע, למרות שהגיע לו להיפגע - מדובר באדם, ומגלה שבשאלות גדולות ועקרונות גדולים עדיין אין לשכוח את המחיר **לאדם הפרטי**. את האדם היחיד שעבר השפלה.

2.3 סמכותם המוחלטת של חכמי ההלכה

2.3.1 - "תורה מן השמיים" ו"תורה לא משמיים"

חכמי התלמוד מפרידים בין החלק בתורה שבע"פ אשר יסודו "בקבלה איש מפני איש" עד למשה מפי הגבורה, ובין שאר חלקי התורה שבע"פ שיצירתם ופיתוחם נמסרו לחכמי ההלכה. למשה ניתנו, בנוסף לתורה שבכתב, גם כללים לפירושה ולהבנתה, וע"פ כללים אלה התווספו והתחדשו הלכות חדשות (להתמודד עם מציאות חיים משתנה)

לאתר	התורה	שבכתב
------	-------	-------

"לא בשמים היא" - דמות כפולה של ההלכה באה לידי ביטוי בשתי האמרות :

(1) אמונת היסוד : **"תורה מן השמיים"**.

(2) כלל גדול כי : **"תורה לא בשמים"**.

מקורה של ההלכה מן השמיים, אך מקומה של ההלכה, חייה והתפתחותה - לא בשמיים, כי אם בחיי אדם, בחיי חברה. חכמי ההלכה לא ראו סתירה בין שני הכללים, כיוון שהאמינו שחכם ההלכה הוא המוציא לפועל של חלק נוסף מההתגלות בסיני, שנועד מראש לדורו ולצרכיו הוא.

2.3.2 - חוסר סמכות לכוח על אנושי בהכרעת ההלכה

א. **"אין נביא רשאי לחדש עוד דבר מעתה"** - הנביא, כממלא פונקציה על-אנושית אינו רשאי להשתתף בקביעת הלכה. האמונים על פתרון כל בעיית הלכה שתתעורר הם: **הכהן, הלוי והשופט**. הם הדנים בהלכה לפי חכמתם בלבד ולא לפי "רוח הקודש". לאחר ביטול מוסד הכהן והלוי נמסרו סמכויותיהם לשופט.

ב. **"התורה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה"** (סוגיית ימין ושמאל(פירוט בהרחבה ביחידה 3)) - ספר דברים : **"...לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"** ← חובת ציות מוחלטת לחכמי ההלכה בפרשם את התורה.

***הרמב"ן** : "אפילו תחשוב בלבך שהם (חכמי ההלכה) טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימין לשמאלך - תעשה כמצוותם". משפט ויושר - ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין.

***הר"ן** : משמע, גם אם חכמים טעו בפסיקתם, אין לערער על כך כדי לא לפגוע ביציבות המערכת המשפטית.

***רבי יצחק אברבנאל**: אומר כי יתכן שההלכה תסכים שהחכמים יטעו את העם, ולכן לחכמים בבית דין כן יש את הסמכות לפסוק על ימין ושמאל, ושמאל על ימין. הדגש הוא על כך **שבית הדין מכיר את כל הנסיבות** ובמקרים מסוימים פסיקה מסוימת היא הנכונה.

רעיון הסמכות כפי שמופיע באמרה: "לא בשמים היא", אם-כך, בא לידי ביטוי באופן שבו פרשו תלמידי החכמים את הפסוק: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

- ג. **אגדת "תנורו של עכנאי"** - הדגמת העיקרון הכפול בדבר **סמכותם הגורפת של חכמי ההלכה והיעדר כל השפעה של גורם על-אנושי** ← אגדה בעניין המחלוקת בין ר' אליעזר בן הורקנוס ובין ר' יהושע.
- ד. **דעות חולקות לעניין השפעת כוח על אנושי בקביעת ההלכה - הדעה החולקת**: ייחוס השפעה מסוימת בקביעת ההלכה לכוח על-אנושי (בעיקר לנבואה). הדעה המקובלת: "אין משגיחין בבת קול". (ראה לעיל + **סיכום אלון בסוף הפרק בהרחבה**)
- ה. "אלו ואלו דברי אלוקים חיים – אבל הלכה כבית הלל" - הלכה לפי אחת מהדעות הלגיטימיות.

לסיכום - לא לנביא ולא לכוח על-אנושי אחר הסמכות להכריע בדבר הלכה. סמכות זו ייחודית היא לחכמי ההלכה, הם המוסמכים לפרשה ולהמשיך ביצירתה ובפיתוחה של ההלכה. סמכות זו באה לידי ביטוי **בשת צורות**:

- 1) **חובת העם** - חובת ציות מוחלטת, אפילו אם טעו בפסיקתם ואמרו על ימין שמאל ועל שמאל שהוא ימין.
- 2) **חובת חכמי ההלכה** – ליצור איזון בין יציבות הדין לבין מניעת עוול הצפוי, בנסיבות מיוחדות, מנוקשות של אותו דין מסוים.

חובתם וסמכותם של החכמים – לשלב בין הדין והיושר ולהכריע לפי "השערה שכלית" לפי הזמן והמקום והעניין.

2.3.3- סמכותם של חכמי הלכה בכל דור ודור

- 1) "ובאת אל הכהנים, הלוויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" ← החכמים בדור מסוים הם כחכמים בדור שלפניו.
- 2) המשמעות: רציפותה והמשך חיותה של ההלכה **מחייבים** שחכמי כל דור ודור ישתמשו בסמכות שהוענקה להם לשם המשך יצירתה ופיתוחה של ההלכה.
- 3) **אסור** לחכמים להשתמש בסמכות פיתוח ויצירת ההלכה, ולחלוק על קודמיהם, בשל העובדה ש"האחרונים נופלים בחכמתם מן הראשונים".

2.3.4- עקרון "הלכתא כבתראי" (הלכה לפי האחרונים)

בהיסטוריה של ההלכה מקובל שהמונח "ראשונים" מציין את חכמי ההלכה שפעלו ממחציתה של המאה ה-11 עד המאה ה-16, והמונח "אחרונים" לציין את חכמי ההלכה שפעלו מן המאה ה-16 ואילך. **מערכת ההלכה** מעניקה סמכות יתרה לחכמים בתקופת הראשונים לעומת האחרונים. כלל החלוקה לראשונים ואחרונים נכון להלכה לכל תקופותיה. יחסי הבכורה: תנאים < אמוראים < גאונים < ראשונים < אחרונים יחד עם זאת, קביעת עיקרון "הלכתא כבתראי" (בתקופת הגאונים) - הכרחי לשם מתן סמכות לחכמי הדור האחרונים לקבוע את ההלכה ע"פ הנסיבות והבעיות שמתעוררות בימיהם. נקבע קו גבול (ע"י רב אשי, מגדולי אמוראי בבל במאות ה-4 וה-5) **בתקופה שלפני חכמים אלה קיימת עדיפות לראשונים, בתקופה שאחריהם קיימת עדיפות לאחרונים**. **הפוסקים קבעו**: כי "ההלכה כאחרון" רק אם הוא עוסק בדברי הראשון, דן בהם ומוכיח בראיות המקובלות על בני דורו את נכונות דעתו המנוגדת לדברי הראשון. **הרמ"א**: אם אחרון פסק מבלי לדעת את דברי הראשון אז – "הלכה כראשון", כיוון שיתכן שאם היה יודע את דברו, היה האחרון משנה את דעתו.

2.3.4.1-עקרונות בראייה ההיסטורית במשפט העברי

(1) **כל הקודם – סמכותי יותר** – קרוב יותר להתגלות האל ו/או אנשים במעמד גבוה יותר. כל אדם מקבל על עצמו את מה שנכתב בתקופות הקודמות ורואה זאת כמחייב. הסמכות גדלה ככל שהולכים אחורה בזמן ("שולחן ערוך" הוא החיבור ההלכתי הכי משפיע במשפט העברי).

(2) **אין לחלוק על סמכויות ("אין חולקין על נביאים")** – "ירידת הדורות- התמעטות הלבבות". הכוח להגיע אל האמת נחלש עם ההתרחקות ממעמד "מתן תורה". ברצון לפרש את הכתוב הדור המאוחר יותר יוכל: (1) **ליצור אבחנה בין א' ל-ב.** (2) **להצביע על מחלוקת** בין שני חכמים מאותו הדור [תיובתא-מופרך] ובכך להפריך טענה מסוימת.

*** יש לציין כי "חופש הפרשנות" לא נגמר.

(3) **הלכה לפי המאוחר – "גמז על גבי ענקים"** – המאוחרים יודעים את מה שנאמר לפני כן. כדי להגיע לרמה המעשית, לרמת ההחלטות, צריך יותר חיזיון ויותר ראייה לאחור. כלומר, היום במידה ואנו נתקלים בבעיה, אנו מסתמכים על הפירוש המאוחר יותר. סמכותיות "אד-הוק" היא מחתימת התלמוד והלאה.

(4) **באורתודוקסיה** – התנגדות לעבודה בשיטות חיצוניות ל"מערכת". כחוקרים ומשפטנים – חופש גדול יותר. היווצרות האורתודוקסיה ביהדות היא החלטה של המאה ה-18 – 19 האומרת שלא משנה מה קורה בעולם, היהדות לא משתנה. כלומר, יש משהו באמת האלוהית ששינויים בעולם לא משפיעים עליה.

2.4 אלמנטים דתיים בתחום המשפט

סנקציה "דתית", סנקציה "מוסרית", סנקציה "משפטית" – מופיע בפירוט ביחידה מספר 3+ סיכום אלון לפרק זה

2.5 סיכום חומר הקריאה יחידה 2

ישנם שני חוקרים שקראו את האגדה בעיניים של שנות האלפיים:

2.5.1 דניאל סטטמן- אוטונומיה וסמכות מתנורו של עכנאי:

העמדה האוטונומית: הפירוש הנפוץ והחילוני ביותר לסיפור האגדה הוא העמדה האוטונומית. הביטוי העיקרי של האוטונומיה מצוי בהיעדר הכפיפות לאל, מכיון שהתורה היא "לא בשמים" מהרגע שאלוקים נתן את התורה לבני ישראל. לכן לא מקשיבים לאלוקים לגבי הפרשנות. ביטוי נוסף לאוטונומיה הוא בטענה באת ההלכה בארץ מכריעים על דעת רוב החכמים והפרשנים, בצורה "דמוקרטית". בכך ההלכה פטורה גם מהתערבות של נשיאים, גאונים או גדולי תורה. ההלכה מוכרעת על פי רוב, אפילו אם הרוב פחות חכם או ירא-אלוקים מהמיעוט. מגישה זו נגזר שהתשובה לשאלה לאן נוליד את ההלכה אינה תלויה בסמכויות על-אנושיות, אלא בהבנתנו שלנו, של החברה הנוכחית ובכוחנו לקדם הבנה זו במסגרת החברה. לפי הגישה האוטונומית, תוקפה של ההלכה תלוי אך ורק בתנאים פורמאליים – למשל שנפסקה בדעת הרוב. אם הלכה עומדת בתנאים אלה, היא מחייבת.

הגישה האוטונומית נתפסת כגישה חדשנית ומרדנית כלפי המסורת ההלכתית, מכיוון שלפי גישה זו, לכל דור יש חירות לפרש את המסורת כפי ראות עיניהם ולשנות אותה בהתאם לרוח הזמן. הבנה דומה לזו מצויה אצל הוגים אורתודוקסיים שונים, הסבורים שההלכה יכולה וצריכה להתאים את עצמה לרעיונות מוסריים בני הזמן ובעיקר לאידיאלים של שוויון וחירות. כך למשל, תוכל ההלכה להתמודד עם תופעת השוויון לנשים.

לדוגמה, התיזה המרכזית של קלנר היא שהיהדות לא הייתה תיאולוגית במקורות הקלאסיים וזה חידוש של הרמב"ם. הדגש במקורות הקלאסיים הוא על מה שחובה לעשות ואילו הרמב"ם זה שקבע שיש חובה להאמין, אחרת מדובר בכופר. לדעתו, גישה זו יצרה ריחוק בין יהודים "טובים" (אורתודוקסיים) ל"רעים" (רפורמיים). לכן יש להשתחרר מתפיסת הרמב"ם ולחזור לתפיסת התלמוד ובכך לצמצם את הפערים ביהדות עצמה. לטענת קלנר, "לא בשמיים היא" מבטאת את העובדה שאין אמת אחת, לכן אי אפשר להדביק ליהודי כלשהו תווית של "כופר" בגלל דעותיו הסוטות.

לטענת מלומדים אחרים, הפרשה מדגישה פלורליזם, בכך שלא התקבלה דעת יחיד מוגבלת של רבי אליעזר, אלא היא נדחתה והתקבלה דעה פרשנית, המאפשרת התאמה לריבוי הדעות.

העמדה שנקראת סמוכתנות - (הגישה הנכונה לפי סטטמן)

ההצגה של הסיפור היא מגמתית. הוא טוען שמהיבט התלמודי הסוגיה כולה עוסקת בדין של הוראה- סטיית הדרך. הוא אומר שהסיפור נגמר אצל השופט אלון בכך שה' אומר "נצחוני בני", אוטונומיה על האל. **אך ישנו המשך לסיפור**- ביטול כל פסיקותיו של ר' אליעזר וכתוצאה מכך שליש מתבואת השנה לא ניתנה. כל בית שר' אליעזר הסתכל עליו נשרף. עד כאן ביהמ"ש מפעיל כוח רב כדי להחניק את ר' אליעזר. יש לנו מערכת אוטונומית מול אלוקים ובה אנו מקימים מערכת היררכית שבה מי שיצא נגדנו- **מוקצה**. כמו שר' אליעזר שכנע את ה' בצדקתו (בת קול), הגיע ר' גמליאל ושכנע את ה' שהסמכות המוסדית היא החשובה ביותר. באותו יום ר' גמליאל נענש ומת כלומר למרות צדקתו עקב חוסר הצדק שנעשה לר' אליעזר ר' גמליאל נענש. למרות שברמה העניינית הסכים אלוקים שצריך להחניק את דעת ר' אליעזר עדיין ברמה האישית היה לו, לר' אליעזר, אפשרות להתפלל על העוול שנעשה לו. **סטטמן אומר**: שהסיפור כולו ניתן בהקשר האל שעוזר לאנשים שנעשה להם אי צדק כלומר בעצם אין זו אגדה על פלורליזם משפטי, סובלנות אלא **שבסופו של דבר יותר חשוב מנגנון ההכרעה מאשר הפלורליזם שבדיון**.

אילון טוען: שהאגדה מראה כמה לגיטימיות יש למחלוקת, ואומרת שמתוקף הוצאת האל מתקיים פלורליזם. **אך סטטמן טוען**: שלאחר שהוציאו את האל מהמשחק הוא מוחזר ונעשה מצידו שימוש בכוח רב ובאלימות. כלומר שהמטרה היא בעצם קביעת הלכה וישוב מחלוקות בצורה אלימה. השורה התחתונה בה היא "ואחרי רבים להטות", כלומר ההכרעה היא החשובה. לסיכום, אלה שמאמינים בשיש להתאים את היהדות למציאות המודרנית, פונת לתנורו של עכנאי כדי לשאוב ממנו הצדקה להתאמה זו, לפי הגישה האוטונומית. התורה אינה בשמיים, אלה בידינו ואנחנו יכולים לפרשה ולעצבה.

סטטמן טוען שקריאה זו היא מגמתית ומתעלמת מהחלק השני של הסיפור, העוסק בצעדים שנקטו נגד רבי אליעזר "כדי שלא ירבו מחלוקות בישראל". חלק זה מבסס מסר של סמוכתנות וציות. במישור היחסים בין האדם לאל, האדם הוא עצמאי ומצווה לפעול בהתאם להבנו האוטונומית, במישור היחסים בין היחיד לרבים – היחיד כפוף לרבים ומצווה לבטל דעתו מפני דעתם, זו המשמעות של "אחרי רבים להטות". **הרבים – משמע דעת החכמים, אם זה התלמוד, המשנה, הגמרא וכן הלאה...**

2.5.2 יונתן יובל- על דיאלוגיות, אתיקת- שיח ומניפולציות פרשניות מתנורו של עכנאי

במאמרו המתייחס לאגדת תנורו של עכנאי יונתן יובל מציג גישה הנוספת וחולק על סטטמן ואלון:

לעניין הטענה של סטטמן, על כך שהגישה האוטונומית נותנת לגיטימציה לאדם החילוני לסטות מן ההלכה העתיקה ולשלב בהיים המודרניים, מגיב יובל: "חילוני הפילוסופי", זה שחושב ומנתח, אין אינטרס במידת הפתיחות של ההלכה לשינויים. עמדתו הלא-דתית של האדם החילוני לא נובעת מהרשאה הלכתית ולכן הוא אדיש לשאלה אם ההלכה עשויה להצדיק את עמדתו. לפי יובל, **רבי אליעזר חטא מפני שהוא לא שיחק לפי הכללים הנהוגים**. הכללים הם כללים של **דיאלוג משפטי** ראוי בין בני אדם. רבי אליעזר חרג מהכללים ופנה להצגה כוחנית של כוחו ורצון אלוקים. ראשית ע"י מספר ניסים ולאחר מכן ע"י בת-קול. הוא לא משתמש בהיגיון ומסביר להם שהוא צודק-**אלא כביכול "מוכיח" להם שהוא צודק, בלי ידע**. כתוצאה מכך, חטאו גם רבי יהושע ורובן גמליאל. תגובתם לשבירתו של רבי אליעזר לא הייתה לנסות ולקיימו בתוך קהילת השיח, אלא נהגו כלפיו באלימות תוך גירוש ונידוי. הם נגררים אחר הכוחניות שלו ומנדים אותו מכלל ישראל. הוא חוטא מבחינה מיסטית, והם חוטאים מבחינה מוסדית-חברתית.

לעניין סוף הסיפור, בו לאחר שרבי אליעזר מנודה, רבי גמליאל שנידה אותו שט בספינה וזו עומדת לטבוע, הוא פונה לאלוקים ואומר שהוא לא נידה את רבי אליעזר בשביל עצמו, אלא לכבוד ה', כדי "שלא ירבו מחלוקות בישראל" והים נח מזעפו.

יובל הולך ומפרט על המניפולציה של הטקסט שנעשתה בימי התנאים, בכך שלקחו ביטויים כמו "**אחרי רבים להטות**" ממקור מסוים והשתמשו בהם באופן שהתאים להם, אך לאו דווקא למקור המקראי או התלמודי ממנו הם נלקחו. הוא מציע פרשנויות אחרות, כמו למשל כזו שאין לראות בתיבה "רבים" התייחסות כמותית כלל, אלא איכותית. רבים הנה צורת ריבוי של רב – גדול בערכו. לפיכך הביטוי יכול לומר שיש לנסות אחרי מי שהוא רב. רב בתורה, בחכמה, בצדקה. **לפיכך אין להחליט לפי רוב כמותי, אלא לפי רוב איכותי והסגולה היחסית של הפרשן**. את אותה מניפולציה לשונית מבצעים גם על "**לא בשמים ההיא**". כשהכוונה המקורית הייתה דומה למשמעות בימינו – "זה לא בשמים". כלומר, זה לא כל כך רחוק, זה אפשרי. בהביאו את "הסיפור השלם", במאמרו סטטמן עוצר לאחר הסיפור על הרב גמליאל ומנוחת הים (ואגדה נוספת על "אמא שלום"). מדוע הוא עוצר כאן?

לכאורה, הגמרה עברה אחרי הסיפור לעניין אחר. "**וכי יגור אתך גר בארצכם לא תונו אותו**". הדברים נאמרים מפי "**רבי אליעזר הגדול**". מסתבר לפיכך, שרבי אליעזר לא מנודה מן השיחה ההלכתית אלא שנוסף לשמו התואר

ה"גדול". עורכי התלמוד מתעלמים מעניין הנידוי ו"מחזירים" את רבי אליעזר אל השיח ממנו נודה. הביצועיות של הטקסט סותרת את זו של מועצת החכמים. לא החכמים השיבו את רבי אליעזר, אלא עורכי הטקסט. זו פעולה חתרנית ביחס לסיפור שהם מספרים. לפיכך, לסיפורים אין ראש, אמצע וסוף, מלבד הדרך שבו אנחנו קוראים אותם. העובדה שהקריאה ברצף מצדיקה את התזה שלו אינה יכולה להיות טעם לקריאה ברצף. כך למשל, המשך הקריאה ברצף יכול להוביל למסקנה שרבי אליעזר חזר לשיח ההלכתי, כאמור לעיל.

לסיכום ההבדלים עם סטטמן:

(1) "אחרי רבים להטות" אינו מבסס סמכות פרשנית של היחיד, אלא להיפך, סמכות מוסדית של הרוב כלפי האוטונומיה של הפרשן היחיד או החורג. מנגד, ניתן לטעון שהביטוי מתייחס לסגולת החוכמה של היחיד ואינו מזוהה עם מוסדות פרשניים.

(2) רבי אליעזר כעס בעיקר על הנידוי והפגיעה מכבודו, שלא ראשי הסיעה באו אליו אלא שליח מטעמם. מנגד, ניתן לטעון שכעסו של רבי אליעזר הוא בעיקר על עצם הנידוי ושמעשה הנידוי נעשה במלוא הכבוד.

(3) הנידוי מוצדק לכבוד ה' ולמניעת מחלוקת בישראל. מנגד, ניתן לטעון שהנידוי עצמו הנו חטא ולרבן גמליאל נתנה הזדמנות שנייה לשוב ולהחזיר את רבי אליעזר אל השיחה ההלכתי, אותה הוא לא ניצל.

אם המחלוקת היא לגיטימית בגבולות הכללים הבעיה שנשארת היא: **ניצוד מגיעים להחלטה?**

מספר על ר' מאיר שהיה רב גדול אך לא הלכו לפי דעתו כיוון שלא הצליחו להבין את דבריו. ר' מאיר למד אצל אנשים חולקים וחלוקים ולכן דעותיו כ"כ מורכבות (מנחם פיש מוכיח שבכל המחלוקות בין בית הלל לבית שמאי בתלמוד בית הלל חוזרים בהם ובית שמאי יציבים בדעותיהם). המשפט של התלמוד: "אלו ואלו דברי אלוקים חיים" (שמאי והילל) המחלוקת חשובה ולשני הצדדים יש נקודה אמיתית. אך יש צורך להכריע. "הלכה כבית הלל". הסיבה לבחירת בית הלל היא שהוא היה יותר פתוח ופלורליסטי ובאמת ניסה להתמודד עם המחלוקת בצורה אובייקטיבית ולשמוע את הצד השני. תלמוד בבלי מסכת חגיגה (עמ' 151 - מקראה): אומרת ש"כולם ניתנו מרועה אחד.... הקדוש ברוך הוא", אך מבחינה תרבותית התרבות מקדמת ומברכת מחלוקות. מסכת עדויות (עמ' 152): המשנה במסכת עדויות פותחת ב- 3 מחלוקות בין שמאי להלל. בנושא כמויות ונשאלת השאלה מדוע מובאות כל דעות המיעוט שקשורות למחלוקת ולא רק ההכרעה הסופית? ("למה מזכירין דברי היחיד בין המרובין..."). התשובה: משנה ו': המטרה של שימור דעות היחיד איננה פלורליזם אלא לשרת את הרוב. דעה שנייה אומרת שאולי תהיה לגיטימיות לשנות את המשפט בעתיד לפי דעות המיעוט. המשפט העברי מקדש, תומך, דוחף לפלורליזם ע"י הכרעה תרבותית. אך המשנה טוענת שהריבוי הזה משמש לחיזוק ההגמוניה. המאבק בין הריבוי לאחדות לעולם לא מסתיים. מצד אחד יש ריבוי דעות וחלוקות ומצד שני קיים כוח הדוחף לאחדות. ההלכה רוצה שתהיה ספקנות בראיה לגבי המשפט, היא מרגישה מספיק חזקה כדי להתמודד עם דעות שונות. אילון טוען שאמת משפטית תלויה במתודה. האמת נקבעת ע"פ הכללים שחלים על בית המשפט כלומר לפי הכללים הטכניים.

2.5.3 מנחם אלון - עמ' 236-202

הנורמה הבסיסית והמקורות של המשפט העברי

1. שלושת המשמעויות של המונח "מקורות המשפט":

- א. המקורות הרישומים של המשפט: הללו למעשה **ספרי החוקים** הרשמיים המצויים בכל מערכת משפטית.
- ב. המקורות ההיסטוריים של המשפט: המקורות מהם שאבה אותה מערכת משפטית את הנורמות שלה (כגון: החוק הרומי) וכן השפעה של שיטה אחת על שיטה אחרת, הדבר גם כולל **נורמות חברתיות וכלכליות** של אותה תקופה אשר ביכולתן להסביר את הרציונאל מאחורי החוקים.
- ג. המקורות המשפטיים של המשפט: הם המקורות אשר **דרכם התהוותה אותה מע' משפטית**, כלומר מקור ההתהוות החוקי, האם החוק הגיע **מתקדים** או שמה **ממערכת חוקים** אחרת? מקורות אלו הם הגורם העיקרי להתפתחות של המשפט דרכם יחלו שינויים או חוקים חדשים.

2. הנורמה הבסיסית של המשפט

כאמור המקורות המשפטיים הם הבאר ממנה נשאבת תוקפה של הנורמה המשפטית. **השאלה הנשאלת:** מניין שאבו מקורות אלה את תוקפם וסמכותם ?

לכל מערכת משפט ישנו **ערך עליון** (לפחות אחד) אשר משמש נורמה בסיסית ביותר, ואשר ממנו מוענק הכוח לכל חוק וחוק.

* **חשוב לציין:** יתכן והוראה משפטית מסוימת תשאב את כוחה מתוך נורמה בסיסית מסוימת, ואותה נורמה תשתנה, אין בהכרח כי גם תוכנה של אותה הוראה תשתנה.

* **לדוגמא:** המקור ממנו שאבה המערכת המשפטית של מדינת ישראל את כוחה עם הקמתה בסוף תקופת המנדט הבריטי, שכן כל חוק בארץ ישראל נישען על הנורמה הבסיסית של הפרלמנט הבריטי ועם הקמת המדינה הועברו הסמכויות למועצת העם הזמנית שהנורמות הבסיסיות שלה הובעו במגילת העצמאות, אולם בפועל לא חלו כל שינויים בהוראות, דה פקטו בשטח.

* **מכאן מתבקשת שאלה נוספת:** מי מעניק את הסמכות והתוקף המשפטי העליון לנורמה הבסיסית? התשובה לכך חורגת מתחום המשפט ונכנסת לתחומים אחרים של דת, היסטוריה ואמונות שונות.

2. הנורמה הבסיסית של המשפט העברי

במשפט העברי, הנורמה הבסיסית היא **"כל הכתוב בתורה"** והיא מחייבת את מערכת המשפט העברי. וכמו בכל מערכת משפט, גם כאן ישנה האצלת סמכויות אשר מובילה עד לחיקוק הסופי. **לדוגמא:** התקנה של חכמים כי מטלטלין נקנים רק במשיכה ← כוחה נובע מהתקנה ← כח התקנה הוא מכך שחכמים תקנו אותה ← כוחם של חכמים נובע מהסמכות אשר קיבלו מהתורה לקבוע חוקים ← **נורמה בסיסית היא:**

שכל הכתוב בתורה מחייב.
* **ואילו כוחה של התורה מניין??** זאת, כפי שצויין לעיל, נובע מתוך תחומים אשר מחוץ לעולם המשפט, במשפט העברי זה נובע מאמונה בסיסית ביותר ביהדות של מקורה של התורה, אשר ניתנה ע"י בורא עולם, וכי הכתוב בה הינו ציוויו ורצונו של הקב"ה. ביהדות מהווה התורה מעבר לתחום המוגדר של המשפט, אלא, גם בתחומים אחרים של דת ומוסר, ובעצם כורכת אותם זה בזה **לערך עליון אחיד של רצון ה'**. חכמים הבינו היטב את מהות העניין של ערך עליון ובהתאם לכך פירשו את התורה. **דוג':** איסור אכילת גיד הנשה (איסור שניצווה יעקב אבינו ע"י הקב"ה טרם קבלת התורה ע"י משה) מפרש הרמב"ם על עניין זה, כי אין לנו להסיק כי המקור של האיסור הנ"ל הינו מכך שיעקב אבינו נצטווה על-כך, אלא, שאף איסור זה נכלל בתוך תרי"ג המצוות שקיבל משה במעמד הר סיני, ומכאן נובע כוחו של האיסור.

3. מקורות המשפט העברי (ראו הסבר מפורט ביחידה 4)

* מקורות הרישומיים של המשפט: הלו הם למעשה ספרי החוקים הרשמיים המצויים בכל מערכת משפטית.
* המקורות הרישומיים במשפט העברי: כוללים בתוכם -בנוסף לתורה שבכתב- את המשנה, שני התלמודים, התוספתא, מדרשי ההלכה, השו"ת, וכו' (דנו בהם ביחידה מס' 1).
* המקורות ההיסטוריים: מהווים בעיה, שכן איננו יודעים לבטח את המניעים של בעלי הסמכות אשר תקנו תקנה זו או אחרת (כגון: רקע כלכלי ו/או חברתי).
* המקורות המשפטיים: ע"פ הפסוקים בספר 'דברים', קיבלו חכמים את סמכותם, כאמור, לחוקק חוקים אשר יחייבו את העם. ותקנותיהם אשר היו דברים משפטיים גרידא, קיבלו מכך מעמד של מקור משפטי לכל דבר.
ישנם 6 מקורות משפטיים למשפט העברי:

המקור הראשוני: הנורמה הבסיסית

1. **הקבלה:** המקור המשפטי הראשון אשר הועבר במשך הדורות, ממשה שקיבלה מפי הקב"ה. מקור זה ניבדל ממקורות אחרים בכך שאינו נתון לשינוי ואינו מתפתח, בעוד האחרים באים ע"מ לשפר ולפתח את המשפט העברי.

המקורות המשניים:

2. **המדרש:** האינטרפטציה של התורה שבכתב.
3. **התקנה והגזרה:** חקיקה של גופים ציבוריים המוסמכים הלכתית (החכמים).
4. **המנהג:** כפי שנהגו בקהילות ישראל (הן מנהג והן נוהג).
5. **המעשה:** למידה מתוך מעשיו של חכם במקרה מסויים.
6. **הסברה:** ההיגיון המשפטי-אנושי של חכמי ההלכה.

*** המקורות המשניים משמשים כדרכים מוכרות במשפט העברי לפתרון בעיות משפטיות וחברתיות חדשות והן בכדי לשנות הוראה הקיימת, בשל תמורות במציאות הקיימת.

4. סמכותם של חכמי ההלכה

"תורה מן השמיים" ו"תורה לא בשמיים"

ע"פ הקבלה, אשר כאמור עברה במשך הדורות ממשה, לא ניתנה למשה בסיני התורה כולה, שכן גודלה והיקפה הם עצומים, אלא, רק התורה שבכתב והכללים אשר באמצעותם ניתן ללמוד את התורה לעומק ולהגיע באמצעותם לפרטים ולנורמות אשר מנחות את התורה. הדבר בא ע"מ להבהיר שני דברים:

(1) התורה היא אלוקית, החוקים והכללים הם ממקור על-אנושי, אולם(2) אין היא מנותקת מחיי האדם והחברה בה הוא חי ופועל, וסמכות מלאה ישנה לחכם אשר באמצעות הכללים אשר עימם ניתן ללמוד את התורה, הוא ישכיל להבין את הדרך הנכונה אשר יש לפתור בעיה כאשר היא מתעוררת, ואשר הפתרון יהיה ברוח התורה.

5. חוסר סמכות לכוח על אנושי בהכרעת ההלכה

"אין נביא רשאי לחדש עוד דבר מעתה". ע"פ המקור אשר צויין לעיל מספר דברים, למדים אנו כי במקרה של בעיה ישנם שלושה אישים אשר אליהם יש לפנות הם: **כהן, לוי ושופט**. המאפיין את השלושה, שהם אנשים אשר **תפקידם ללמד את העם את הדרך הנכונה**, והלימוד מתבצע ע"י לימוד ההלכה הקיימת. אולם, **נביא** אשר משמש כפונקציה על-אנושית, המביא ע"י חזון את דבר האל, **אינו יכול להיות אדם אשר יורה הלכה ולימוד**. וזאת מפני שהלימוד צריך לבוא מאנשים אשר השקיעו **מחשבה** ע"מ להגיע אל הפסיקה והשתמשו בכלים אשר ניתנו להם, **ולא** כפי שעושה הנביא אשר דבריו מובאים כחזון הנובע מכוח אחר.

"התורה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה". דבר יסודי הוא כי לחכמי ההלכה ישנה היכולת לפתח ולפרש את ההלכה, ביטוי קיצוני לכך והפרוש שנתנו חכמים לפסוק **"לא תסור ממנו ימין ושמאל"** שהכוונה היא, שגם אם יגידו לך ששמאל הוא ימין וימין שהוא שמאל עליך לשמוע להם. יש לזכור כי פרוש שנותנים חכמים אינו איזו שהיא גחמה רגעית שלהם, אלא דבר הנובע ממחשבה המבוססת על שתי הדרכים שציינו לעיל: הקבלה (ממשה לימנו) וע"י לימוד מתוך המקרא. רבינו ניסים (הר"ן) מוסיף ואומר, כי אפילו אם יקרה מקרה כזה שבו יטעו חכמים, מעדיפה התורה שהעם יטעו, וזאת כדי לא יקרה מצב שבו יהיו מי שיערערו על דברי חכמים והדבר יגרור אי סדר. אולם, ישנם חכמים - כגון **רבי יצחק אברבנאל - אשר סוברים כי לא יעלה על הדעת מצב שהתורה מסכימה לכך שחכמים יטעו את העם**, הסברו לעניין זה הוא, כי ימין ושמאל של הלכה כל שהיא, פרושה שני פרושים **נכונים** אשר אינם סותרים את ההלכה אלא מתכונים לשני מצבים שונים של אותה פעולה, ועל כך ישנו מנדט לחכמים להחליט איזו היא הדרך הנכונה שעל הציבור לנהוג לפיה.

משפט ויושר. ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין. נושא המשפט והיושר סובב בעיקרו סביב הבעיה של תיקונו של יחיד, כלומר מצב של נורמה משפטית מסוימת אשר בנסיבות מסוימות גורמת עוול לאדם יחיד. (בתורת המשפט עניין זה מכונה **Equity**). למי האחריות לכך שלא יגרם אותו עוול לאדם יחיד? זוהי מחלוקת. סברה אחת כי על המחוקק לדאוג לכך, ועל ביה"ד לשפוט ללא שיקול אחר מלבד הדין, ואילו סברה אחרת גורסת כי ביה"ד הוא אשר צריך לדאוג לכך שלא יפגע האדם היחיד כתוצאה מחוק מסוים, וכי החובה של בימ"ש היא עשיית היושר.

מובאים דבריו של **ר' יצחק עראמה** אשר מעלה את העניין של מקרה אשר יש לשפוט אותו מחוץ לחוקים היבשים ולצאת לקראת הפרט, **ר' יצחק טוען כי הסמכות לפסוק כך הינה בידי ביה"ד הגדול**, רק הוא יכול להחליט דבר שבמסגרת החוקים הכוללים הינו 'שמאל' אולם במבט דרך האמת הפרטית זהו 'ימין' וכן שעשייה **לפנים משורת הדין הינה 'שמאל' במונחים כללים אולם כלפי הפרט הנפגע זהו 'ימין'** הרי זהו הפרוש לכך שביה"ד יכול לומר לציבור ששמאל זה ימין וההפך.

מובאים גם דבריו של **ר' יהושע ולק כץ** אשר מפרש את "דין אמת לאמיתו..." כפי שמובא במקרא, שדין אין מספיק שיהיה אמת אלא, אמת לאמיתה, וכי יש אמת שאינה לאמיתה? אלא, שהכוונה היא לכך שהאמת צריכה לכלול גם את **הצדק** אשר מעבר לחוקים הכתובים ובימ"ש צריך לראות את הנסיבות הספציפיות למקרה.

האברבנאל מוסיף כי בעניין זה יתכן גם מקרה הפוך, הוא מביא דוגמה **מדיני רוצח**, שאין הורגים אותו רק אם התרו בו קודם ולא שמע וכי ידע את חומרת מעשהו, וזהו הדין מבחינת החוקים, אולם דבר זה עלול להביא לידי

ריבוי הרוצחים, וחוק זה שאולי טוב לפרט אבל פוגע בציבור גם יש לדון בצורה שחוצה את הגדרות של החוקים, ולבחון עפ"י אמות מידה של יושר. ולכן אשר ביה"ד מגיע למצב כזה, והוא יודע כי אין ביכולתו לעשות לרוצח מאומה, מעלים את העניין לביה"ד הגדול (אשר הוא-כפי שאמרנו, היחיד שיכול לפסוק מחוץ לגדרות החוק) והוא אשר ידון את האדם במקום ב'שמאל' ליימין' וההפך.

דברי ה"כלי יקר" המובאים, באים לחזק את הגישה אשר שנינו, בדבריו הוא מציין כי אין אמת מוחלטת כל דבר ניתן לפרשו לכמה וכמה כיוונים. ה"כלי יקר" מביא דוג' ממסכת חגיגה אשר שם עולה השאלה כיצד יכול אדם לדעת את ההלכה אם ישנם כה רבים אשר אוסרים דבר מה, וכה רבים אשר מתירים אותו. התשובה לכך במקום היא, כי הדרך אשר יש להלך בה היא הדרך **שהרוב פוסק לטובתה**, וכי מחלוקת על עניין מסוים אינה פוגעת בפסיקה זו (דוגמא טובה לכך היא העובדה כי אחד המבחינים אשר חכם עבר ע"מ לזכות ולשבת בסנהדרין היא יכולתו לטהר שרץ לפי דין תורה, כלומר, דעות שונות אינן נפסלות לעולם על הסף). **ולכן בענייננו ההחלטה בין ימין לשמאל אינה הליכה כנגד הזרם אלא פסיקה בהתאם לנסיבות על כיוון הקיים אשר ביה"ד בגדול מחליט עליה.** דוג' נוספת היא מתוך **התלמוד הירושלמי**, שם מובאת בעיה הנוגעת למחלוקת הקבועה בין בית שמאי לבית הלל, חכמים קבעו כי "אלו ואלו דברי אלוקים חיים..". אולם מאחר שראו חכמים כי לא ניתן לעמוד בכך קבעו "אלו ואלו דברי אלוקים חיים - אבל, הלכה כבית הלל". גם במשנתו של **רבי יהודה הנשיא** ישנה תופעה של ריבוי הדעות ואפילו אם ישנה דעת יחיד אשר לא קיבלוה חכמים כדיון, עדיין מוזכרת היא, ה"כלי יקר" **מסביר** שהסיבה לכך היא, אומנם חכמי המשנה פסקו בצורה מסוימת, אולם אם כעבור כמה דורות יחליטו חכמי אותו דור כי ההלכה היא אחרת ודווקא לפי דעת היחיד, **יוכלו לעשות כך.**

תנורו של עכנאי: סיפור זה מבטא את היסמכותם המוחלטת של חכמים מחד ואת העיקרון של הכרעת הדין ע"י חכמים ולא ע"י התערבות כל שהיא של כוח עליון מאידך הסיפור הוא על מחלוקת בין ר' אליעזר לבין ר' יהושע על מעמדו של תנור מסוים אם כשר הוא אם לאו. דעתו של רבי אליעזר לא נתקבלה, רבי אליעזר ע"מ להוכיח את צדקתו נתן סימנים שונים, החל מעץ חרוב שנעקר ממקומו ואמה שהמים זרמו כנגד הכיוון וכותלי בית המדרש אשר נטו, ואפילו בת קול יצאה מן השמיים ואמרה שההלכה היא כר' אליעזר. אבל חכמים קבעו חד משמעית כי כל התערבות של גורם על אנושי אינה קבילה יותר לאחר שניתנה התורה. שהרי עד שניתנה בשמיים הייתה, אולם משניתנה ע"י משה שוב אינה בשמיים וכל ההלכות יפסקו ע"י חכמים בשר ודם לאחר שקלא וטריה.

דעות חולקות לעניין השפעת כוח על אנושי בקביעת ההלכה- הדעה המקובלת: ישנם מעטים מתוך החכמים אשר רואים בהוכחה על אנושית כגורם פסיקה, אולם הרוב המכריע של החכמים רואה בנביא כאדם אשר תפקידו הוא להעביר מסרים לעם על דרכי התנהגותו ומעשיו כאשר הם נבחרים ע"פ אמות המידה של ההלכה המצויה. אין נביא יכול לבוא ולומר, כי מהתגלות שהייתה לו חל איסור על העם לעשות דבר שהיה רגיל לעשות כהיתר או להתיר דבר שהיה אסור. ע"פ דעת **הרמב"ם** דבר כזה הוא סימן מובהק לנביא שקר, שכן אותו אדם עובר על דבר מפורש שכתוב במקרא "לא בשמיים היא..". **הרמב"ם** מוסיף ואומר כי גם אם אלף נביאים ברמה של אליהו הנביא יסברו סברה אחת ומנגד אלף חכמים ועוד חכם יסברו ההפך, ההלכה תיפסק ע"פ החכמים כי הם הרוב, אין משמעות למעמדם של הנביאים כנביאים לעניין פסיקת ההלכה.

6. סמכותם של חכמי ההלכה שבכל דור

עקרון חשוב הוא שבכל דור ודור, אותם דיינים אשר משמשים בדין יהיו הכתובת אליה פונים אותם אנשים באותו דור ע"מ לקבל תשובות, וקביעתם היא מכרעת, ואין יכול לבוא אדם ולומר, כיצד זה שופט ומחליט הרי אינו גדול כפי שהיו קודמיו אשר החליטו אחרת. אלא, שכל שופט בכל דור יושב כלפי אותו דור, באותו מצעד של פוסק כפי שהיו קודמיו. דבר זה הוא חיוני מאוד להמשך פיתוחה של המערכת המשפטית.

2.6 פסקי דין יחידה 2

אלון, גיטמן, כיתן, בויאר



2.6.1 בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל - אמת משפטית ואמת מוחלטת

עובדות המקרה: ארלוזורוב נרצח ביוני 1933.

הנאשמים סטבסקי ורוזנבלט זוכו מאשמת הרצח, אך הטענות והאשמות לפיהן היו השניים שותפים לרצח, פורסמו ברבים בתקופת פסה"ד שלפני. אי לכך החליטה הממשלה להקים ועדת חקירה המבקשת לחקור את הטענות הנ"ל ולהגיש לממשלה את מסקנותיה.

השאלה המשפטית: האם יש בהחלטת הממשלה, להקים ועדת חקירה, משום התערבות בפסקי-דין חלוטים של הרשות השופטת?

עמדת המשפט העברי:

השופט אלון: ועדת חקירה ומסקנותיה לא יכולות לשנות הליך והחלטה שיפוטית. הגבלות סדרי הדין והראיות במשפט לא חלות על ועדות חקירה ולכן יכולות להסתמך על ראיות לא קבילות. המשפט לא יכול לגלות את כל האמת ויש להבדיל בין אמת משפטית לאמת מציאות. בעלי הדין ולא ביהמ"ש מביאים ראיות, ואלה עוברות דרך מסננת ה"קבילות". יש צורך בהכרעה סופית ומיידית ובית המשפט נאלץ לקבוע רק ע"פ הראיות שבפניו באותו רגע.

בהתבססו על אגדת "תנורו של עכנאי" ופרשנותה, מצביע השופט אלון על-כך שקיימת יותר מאמת אחת. האמת המופשטת היא כדעת היחיד (או דעת שמייך), והאמת המשפטית (הלכתית) היא כדעת הרוב. מאחר ו"לא בשמים היא" חכמי ההלכה הם שפוסקים (השופטים לכאורה), ולהם הסמכות הייחודית והשלטון המוחלט לקבוע על החוק. למרות שלא הגיעו לאמת המוחטת לפי דרכך האלוקים, הוא מסכים לה – "נצחונו בניי".

דוגמה נוספת לכך שיש יותר מאמת אחת, ניתן לראות מהמחלוקת בין בית הלל לבית שמאי "אלו ואלו דברי אלוקים חיים", כלומר, ישנן שתי אמיתות, אך ההכרעה ההלכתית (התוקף המשפטי), כדעת בית הלל.

המסקנה – האמת המשפטית משתנה מעניין לעניין ונקבעת לפי הכלים המשפטיים הנתונים. גם אם תקבל ועדת החקירה עובדות ותקבע מסקנות אחרות מביהמ"ש, אין בזה משום פגיעה כלשהי בקביעת האמת המשפטית וסופיותה.

2.6.2 בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית הדין הרבני האיזורי, ת"א יפו ואח'

הבדל בין הבחנה משפטית להבחנה דתית מוסרית במשפט העברי

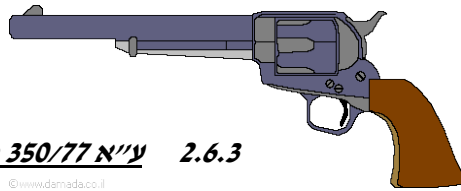
עובדות המקרה: בתביעה לגירושין והסדרת ענייני רכוש בין בני זוג, שהתנהלה לפני בית הדין הרבני, פסק בית הדין כי רצוי שהבעל ייתן גט לאישה. מאחר והבעל התחמק מניהול מו"מ, פסק כי על בני הזוג לחלק שווה בשווה את דירתם ותחולתה. הבעל עתר לביטול פסק-הדין של בית-הדין הרבני, בטענה כי לא היה מוסמך לדון בענייני חלוקת רכוש עד שניתן פסק גירושין מחייב.

השאלה המשפטית: האם, היות שע"פ לשון פסק-הדין נאמר "רצוי שהבעל יתן גט...", בסמכותו של ביה"ד לדון בעניין רכושם של בני הזוג, אף אם לא פסק באופן מוחלט על גירושין?

עמדת המשפט העברי:

במשפט העברי, שונה ההבדלה בין הבחינה המשפטית לבין הבחינה הדתית או המוסרית, לעומת מערכות משפט אחרות. נהוג במשפט העברי לעשות שימוש בלשון "מצווה" כחיוב. בין אם נאמר כי יש לכפות או לחייב, ובין שנאמר כי מצווה או רצוי, כל אלה צורות שונות הן של ביטוי בפסק הגירושין ע"פ המשפט העברי. ביה"ד כופה גט על גוטמן. ולכן מותר היה גם לביה"ד לדון בענייני חלוקת הרכוש. העתירה נדחת.





2.6.3 ע"א 350/77 כיתן נ' וויס

©www.damad.co.il

עובדות המקרה: חיים אסולין רצח את עורך דינו, שמואל וייס, באקדח שהגיע לרשותו עקב עבודתו כשומר במפעל "כיתן" בבית-שאן. האקדח הועמד לרשותו ולרשות יתר השומרים לצורך ביצוע תפקידם בשעות הלילה. מחוץ לשעות השמירה, היה האקדח מוחזק בקופסה נעולה במשרד של המפעל כשלשומרים (ולחיים) הייתה גישה למפתח. שניים מילדיו של חיים מתו ממחלות, וילד שלישי נהרג בתאונת דרכים. מאז אותה תאונה טראגית, החל חיים לשתות משקאות חריפים ונכנס אף למצוקה כלכלית. זה היה הרקע לכך שחיים האשים את עורך-דינו בכך שקיבל מעט מדי כספי פיצויים מחברת הביטוח. יש לציין כי מהעדויות עולה כי חיים נהג לשתות במקום מרכזי בעיר, וכן כי האחראי על חיים במפעל ידע על מצוקתו הנפשית והכלכלית לאחר האסון שפקד אותו. החברה הציעה להעניק להם פיצוי כספי כלשהו לפני משורת הדין.

השאלה המשפטית: האם למערער ("כיתן") אחריות בנוזיקין בגלל שעובד המועסק על ידה השתמש בנשק שהייתה לו גישה אליו במסגרת עבודתו, ורצח את עוה"ד, בעלה ואביהם של המשיבים?

האם המערער הייתה צריכה להבחין בנסיבות בהן היה נתון חיים, ולהסיק שלא התאים לשאת נשק? **החלטה:** על אף קיומה של רשלנות, נוכח היעדר הקשר הסיבתי הדרוש בין הרשלנות לבין הרצח ביהמ"ש קיבל את הערעור, ולא חייב את החברה לשלם פיצויים



עמדת המשפט העברי:

לדעת **השופט אלון**, בצידה של שורת הדין (החוק הפורמאלי), מצויה גם החובה לנהוג **לפנים משורת הדין**, מעבר לחיוב הפורמאלי. "**פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים**" – יש חיוב מוסרי או דתי ולא משפטי, שמקורו לא בכפייה אלא ברצון הטוב של החייב. לכל נזק יש סיבה. הטלת חיוב על אדם דורשת קשר סיבתי (יחס של עילה ועלול) בין המעשה לנזק. מתקיים קשר סיבתי אם התוצאה נראית טבעית למעשה. אם התווספו גורמים אחרים ומתנתק הקשר הסיבתי נותרת רק חובה בדיני שמיים, חובה מוסרית. בהתפתחות העיקרון "לפנים משורת הדין", לפי חכמים מסוימים, בנסיבות מסוימות "כופין על הצדקה", גם כשמבחינה משפטית לא קיימת חובה.

במערכת המשפט הישראלית לא כופים על אדם לנהוג לפני משורת הדין, והדבר מסור ליוזמתו של בעל הדין. אך לדעת אלון יש בידי השופט את הכוח להכריע לפעמים על פי מוסר. כאן לא מחייב אך **מקווה** שתפעל החברה ע"פ העיקרון "לפנים..", שמקורו הליכה בדרכי צדיקים.

הש' שמגר חשש שמא משתמע מדברי אלון כי יש פה **שיטה של המלצה** למתן פיצויים. אלון מדגיש שאין שיטה אלא משאלת לב בלתי מחייבת.

2.6.4 ע"א 216/80 בוואר נ' שיכון עובדים

עובדות המקרה: בשנת 1943 חתם המערער (ועוד חברי ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל) חוזה עם חברת שיכון לשכונות עובדים (כיום חברת שיכון עובדים), לפיו ישלם לה סכום אותו תעביר לקק"ל על מנת שתרכוש קרקע, עליו חברת השיכון תבנה בית, בעבור אותם עובדים. עפ"י ההסכם שילם המערער לקק"ל 60 לירות א"י וקיבל על כך אישור. בשנת 1998 נתבקש המערער לבטל ההסכם, אך הוא סירב ועתר לביהמ"ש ותבע את מימושו. לחילופין דרש את שווי החלקה והדירה באותו זמן. התביעה נדחתה וזה הערעור

השאלה המשפטית: האם חלה התיישנות על המקרה?

השופט אלון – בנסיבות העניין לא ניתן להוציא צו ביצוע, אך זכאי לתביעת פיצויים הפיצויים חלה התיישנות (בשונה ממקרקעין). בנוסף, בגלל שלא נקבע מיקום הדירה לטענת הפיצוי להידחות. הכסף היה בידי קק"ל כל השנים.

עמדת המשפט העברי:

השופט אלון – מקרה קלאסי שבו מן הראוי לנהוג לפני משורת הדין ולשלם למערער של אותם ימים. בהתחשב בכך שקק"ל הפיקה הנאה מכסף שאינו שלה (לא מזכירי במשפט), ביהמ"ש המליץ ולא חייב את קק"ל שתפצה בצורה הולמת וראויה את שהמערער לא יישא בהוצאות המשיבות בערעור זה.



קרן קימת לישראל
K K L - J N F

2.7- מונחים וביטויים

***פסקה הנבואה בישראל** - לאחר שפסקה הנבואה בישראל, קווי התקשורת בין השמיים לארץ היו ע"י בת קול, הם האמינו באמונה שלמה שיש קול מן השמיים שמגיע לחכמים ומודיע להם דברים לפי המסורת היהודית פסקה נבואה מעם ישראל עם פטירת אחרוני הנביאים חגי זכריה ומלאכי[10], ב-40 שנה לבית המקדש השני[11], כלומר, בשנת ג'תמ"ח (312 לפנה"ס) - בדיוק אלף שנה אחרי יציאת מצרים. ועתידה לחזור בעתיד. במקביל להפסקת הנבואה אומרים חז"ל שבטל יצר עבודה זרה.

***בת קול** - הינה הד שמיים. לאחר שפסקה הנבואה בישראל, קווי התקשורת בין השמיים לארץ היו ע"י בת קול. ניתן להבין את המושג גם כתיאור של הצורה שבה עובר המסר האלוהי, כמין הד, ולא תיאור של מהות. בת הקול מופיעה במקורות בהקשרים שונים ולצורך מטרת שונות, ללא חוקיות ברורה. מעמד בת הקול מבחינת איכות העברת המידע האלוהי ותוקפו נחשב פחות מנבואה ומרוח הקודש. בת הקול המשיכה להתקיים אף לאחר הפסקת הנבואה ותחילת הגלות (בבלי יומא ט, ב), ולפי כמה מאמרי חז"ל היא קיימת אף כיום, והיא מהווה את דרך הקישור הסטנדרטית בין האל לאדם.

2.8- שאלות לעיון יחידה 2

א. מהו אופיו הדתי של המשפט העברי?

היהודי בשנת 1850 הפך עצמו מבן לאום, ליהודי המאמין בדת מסוימת. היהדות הפכה מלאום לישות דתית, ברגע שמאשרים את התכונה הלאומית של עם ישראל, אז אין מקום לחוק אחר. כלומר, ליהודי יש חוק לאומי עברי שהוא החוק הלאומי של היהודים, במידה ויהודי בוחר לנהוג ע"פ חוק זה הוא יוכר בירושלים. המשפט העברי לא אומץ במדינת ישראל הואיל ושיטת המשפט העברי היא דתית ביסודה, ורוב אוכלוסיית מדינת ישראל חילונית-חוסר התאמה.

*** דוגמא : פס"ד סקורניק.

ב. **יש ראשונים המקשים על האגדה של "תנורו של עכנאי": אם אכן כתוב בתורה: אחרי רבים להטות, איך זה שהקב"ה התערב במחלוקת בין רבי אליעזר ובין רבי יהושע? במקום לענות על הקושיה הזאת, נסה להסביר את האמונה שעליה היא מושתתת. מהי חשיבותה של אמונה כזאת לתורת המדינה היהודית?**

האמונה שעליה מושתתת השאלה היא האמונה שה' הוא שומר חוק ולכן זה נראה להם מוזר שהוא סותר את החוק. עוד דוגמא לכך שה' הוא לא מעל החוק ניתן לראות בדברי אברהם לה' כאשר רצה לסגור על סדום ועמורה- "השופט כל הארץ לא יעשה משפט?". חשיבותה של האמונה לתורת המדינה היהודית היא שאם ה' הוא מעל החוק אז כך גם המלך/השליט.

ג. מה יחסה של תורת המדינה ההלכתית לכלל- PRICEPS LEGIBUS SOLUTUS EST?

הכלל הזה אומר שהמלך הוא מעל החוק והוא היה תקף באימפריה הרומית. הראשונים, בעקבות הדיון התלמודי באגדה של תנורו של עכנאי, שאלו איזה רשות הייתה לה' להשמיע בת קול למרות שהוא ידע ש"לא בשמיים היא". מהשאלה הזאת ניתן ללמוד שה' הוא לא מעל החוק. אם האל הוא לא מעל החוק, אז גם המלך/השליט הם לא מעל החוק. דוגמא: הנביא הוכיח את דוד על חטאו בסיפור דוד ובת-שבע, אליהו הוכיח את אחאב על חטאו בסיפור של כרם נבות.

ד. **תרגמי את האגדה של "תנורו של עכנאי" לשאלה של התנגשות מצפוניו של אדם עם החוק. היש נפקות אם המחוקק הוא אלוהי או אנושי?**

לפי המשפט העברי השיטה היא שיטה של שלטון החוק. המסקנה מכך אומרת שגם חוק אלוהי וגם חוק אנושי הם בעלי נפקות במשפט העברי (למרות שבמדינת ישראל יש נפקות רק לשלטון החוק בינתיים, שלעיתים מתבסס על חוק אלוהי). האגדה עוסקת במחלוקת בין דברי אלוקים (בת קול) לבין חוק אלוהי (אחרי רבים להטות). הקביעה הייתה כי החוק האלוהי הוא שגובר מפני ש"לא בשמיים היא". בנוסף, עפ"י ספר דברים: "... לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" - חובת ציות מוחלט לחכמי ההלכה בפרשם את התורה. גם טעותם של אנשי הלכה-הלכה היא.

ה. מה היה סלע המחלוקת אשר הביא לידי הרפורמציה במאה ה-16 באירופה הנוצרית? האם אתה יכול להצביע על מחלוקת עקרונית דומה במקורות היהדות?

תנועת הרפורמציה מרדה בכנסייה הקתולית המושחתת, הפרוטסטנטים טענו כי אלוקים גילה את עצמו בתקופת הברית הישנה והחדשה, ואילו עתה כל אדם צריך ויכול לפרש את חוק האל בעצמו ללא צורך בתיווך הכנסייה. הקתולים האמינו כי יש צורך בכנסייה כגוף מתווך בין דבר האל לעם, האדם לא רשאי לפרש את דבר האל כרצונו. מחלוקת דומה במקורות היהדות היא האגדה על תנורו של עכנאי. רבי אליעזר מייצג את הפרוטסטנטים כי הוא מפרש כרצונו את "בת הקול" האלוהית ואילו רבי יהודה והחכמים אומרים שהמצפון הפנימי של האדם אינו מכריע אלא התורה לפי הפירוש של חכמי ישראל ולכן הם כמו הקתולים.

-יחזיקה שלישיית-
מוסר, צדק ויושר במשפט עברי



יחידה 3 - מוסר, צדק ויושר במשפט עברי

3.1 גישור פערים באמצעות חקיקה (יושר)

(ס' 1+2 : "בר מצרא" + "שומא הדרה" - מפורט בהמשך בפרק ד - "ארבעת מישורי היושר")

המחוקק צריך לחוקק ע"פ "ועשיית הישר והטוב". הפוסקים צריכים לפסוק לפי "לפנים משורת הדין":

3.1.1 - "ועשיית הישר והטוב" (דברים ו י"ח) - אחד הכללים החשובים ביהדות להתנהגות שבין אדם לחברו. לעיתים על פי ההלכה אמנם צריך לחייב את איש פלוני לשלם לאלמוני את כל מה שהוא חייב לו. אבל, באו חכמים ואמרו שיש מידה חשובה הקובעת כללי התנהגות של "לפנים משורת הדין" (ראה במושגים להלן), היינו לעשות מעשים בצורה יותר ידידותית ויותר מתחשבת בזולת, ועל זה נאמר "ועשיית הישר והטוב" כדי לאפשר לחברך לשלם את חובו ביתר קלות. יושר במשפט העברי הוא בעל משמעות מיוחדת. (*שימו לב כי מתקשר לנושא - 4' מישורי היושר' בדבר חקיקה - המופיע בהמשך).

3.1.2 - פירוש פס' יא: "ימין ושמאל"

הקדמה: דברים י"ז - פס' ח-יא - "בשער עיר ישב ביהמ"ש, וזאת משום שזה היה ליד השוק. המקום אשר יבחר השם-ירושלים".

***פס' יא -** "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך וימין ושמאל".



עפ"י חז"ל - הספרות התלמודית, **שתי המילים פורשו:** אפילו אם מורים לך על ימין כי הוא שמאל ועל שמאל כי הוא ימין - תשמע להם. (הסבר: גם אם בדין נקבע כי ימין שמאל ושמאל ימין - מה שאומרים לך תעשה).

***הבעיה שמתעוררת:** פירוש "ימין ושמאל" שמוביל לגישור פערים. נראה כי יש כאן הוראה של **ציות עיוור** אחרי דברי בית הדין. **עפ"י הראשונים (ראשוני ספרד) - ישנם שלושה פרושים לבעיה:**

(1) הרמב"ן - (ר' משה בן נחמן) - אומר כי זה לא ציות עיוור. כשכתוב על ימין שהוא שמאל הכוונה לימין שאתה חושב (כנראה אתה טועה) שהוא ימין. הם מלומדים, מנוסים, תלמידי חכמים, כדאי שתשמע להם כי אתה טועה (מתייחס לתפיסה הסובייקטיבית של אדם).

(2) הר"ן (ר' נסים בן ראובן גרנדי) - חלק על הרמב"ן. אמר כי חז"ל מתכוונים לטעות אובייקטיבית. ביה"ד וחז"ל אומרים שאפילו בשגיאה אובייקטיבית יש לשמוע להם. אומר כי יש **ציות עיוור**, אך מסביר כי אם יערערו על ביה"ד, כל היציבות החברתית הנובעת מסמכות ביהמ"ש תתערער, ולכן יש להישמע לפסיקת הסנהדרין על-מנת לשמר יציבות חברתית.

(3) - הפירוש העיקרי-ר' יצחק עראמהודון יצחק אברבנל(גדולי חכמי ספרד) -(*קראו קודם לכן את: **בבא מציעא לט ע"ב - משפט מרי בר איסק -** המובא בהמשך הפרק). בתורה ישנו כלל "המוציא מחברו עליו הראיה" - כלומר

נטל ההוכחה על התובע(להלן: חזקה*). הגמרא טוענת כי "זה כלל גדול בדין". ישנו כלל נוסף הגורס כי "ממון המוטל בספק, יחלוקו. כאשר אדם נכנס לביה"ד ורואה שהשופט הופך את הדין "אומר על ימין שהוא שמאל" (כפי שנראה בהמשך בהלכת ה'ר' חיסדא*) יש לשמוע להם, כיוון שהאדם יודע את הכלל, אבל השופטים יודעים את הפרטים, הנסיבות הספציפיות של המקרה. הם למעשה לא מקבלים את הרמב"ן (התפיסה הסובייקטיבית) אלא הם מדברים על הפיכה של הדין. הם לא מקבלים את הר"ן אשר אומר שביה"ד יכול לטעות. **הם טוענים שיש הפיכת דין אך לא מתוך טעות אלא מתוך יושר.**

*חזקה - הנחה משפטית שהמשפט מכיר בה וניתן לפעול על פיה. Presumption iuris. חזקה כי כל מה שנמצא בידי אדם, שלו הוא, אך לפעמים ישנם חריגים. כשטוענים נגד החזקה, נטל ההוכחה הוא על הטוען.

3.1.3 - פסקי דין לפרק זה: מרקוס, אמסטרדמר:

3.1.3.1 - ע"א 417/79 מרקוס נ' המר ואח', פ"ד לז(2) 347

העובדות - המר היה שוכר של חנויות בבעלותו של המערער (מרקוס), וניהל בהן בית חרושת של סוככי שמש. לאחר 15 שנה העביר המר את העסק לניהול חברה משפחתית שהקים. מרקוס המערער תובע לפנות את המושכר (החנויות) מפני שמבחינתו הוא השכיר את המקום למשיב והמשיב העביר את המושכר לאחרים מבלי להודיע למערער ובלי לקבל את הסכמתו, וזאת בניגוד לחוזה השכירות.



השאלה המשפטית - האם קיימת עילת פינוי, ואם כן האם יש מקום ליתן למשיב מהחנות - לנהוג עימו לפנים משורת הדין (בהתאם לחוק הגנת הדייר - שמעגן נוהג זה)?

עמדת המשפט העברי :

1. **הליכה לפנים משורת הדין** היא חלק מן הדין – במצב בו מעוגן דין זה בחקיקה ראשית (חוק הגנת הדייר).
2. כשמבקש בעל הדין מביהמ"ש לנהוג עימו 'לפנים משורת הדין' - אחד השיקולים העומדים בפני ביהמ"ש הם מהו גודל "החטא", טיבו ואופיו של בעל הדין. שכן הפרת חוזה שכירות, והתנהגות בצורה חמורה שלא מתום-לב דורשת מביהמ"ש לשקול במשנה זהירות אם אכן ראוי הוא בעל הדין לקבל סעד בצרתו מטעמים של צדק ולפנים משורת הדין. בהוראה 132 לחוק הגנת הדייר קבע המחוקק כי אם בנסיבות הקיימות לא יהא זה צודק לנהוג עם הדייר לפי שורת הדין ולפנותו מהמושכר, רשאי הוא לנהוג לפנים משורת הדין לפי אמרת המשפט העברי.

החלטה: על המשיב נגזר לפנות את החנות או לשלם למערער סכום כסף.



3.1.3.2 - ע"א 355/71 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ, פ"ד כו(!) 793

העובדות - המשיב הרביעי פשט רגל ומשכן חלקה לבנק אגודת ישראל בסכום 100,000 ל"י. מאחר וחוב המשכנתא לא נפרע פתח הבנק בהליכי הוצאה לפועל, וראש ההוצאה לפועל הורה לערוך מכירת המקרקעין בתחרות. ההצעה הגבוהה ביותר ע"ס 130,000 ל"י הייתה של משיב מס' 1- מוסקוביץ'. מאחר ומוסקוביץ' תושב חוץ היה עליו להמיר חלק מהכסף, ולכן נעתר ראש ההוצאה לפועל והרשה לכונסי הנכסים לקבל את יתרת המחיר בעת ההעברה. לפני מועד ההעברה, ביקשה המערערת שהיא אשתו של החייב, ושלא השתתפה בתחרות, לבטל את המכירה, והציעה לשלם את המשכנתא או לחילופין לרכוש את הקרקע במחיר 143,000 ל"י.

ראש ההוצאה לפועל ביטל את המכירה, ערך מכרז חדש ובו זכתה המערערת.

המשיב ערער וזכה במחוזי, ולפנינו ערעור המערערת בעליון. השאלה המשפטית-האם רשאי ראש ההוצאה לפועל לבטל החלטתו בדבר זכיית הקונה, ולפתוח את המכרז מחדש, באם הוצע לאחר מתן ההחלטה מחיר גבוה יותר על זה שהציע הזוכה בתחרות עמדת המשפט העברי: "שומא הדרה לעולם" - שהשומא (חובה) חוזרת לבעלים לעולם. שנאמר, "ועשית הישר והטוב", הישר לנושה (מי שחייבים לו) - שהוא מקבל את כל כספו, הטוב - למוכר, שהקרקע חזרה אליו. כלומר, אדם אשר לא פרע את חובו בזמן הפרעון, נכסו יעבור ללווה, אך ברגע שהחייב משיג את הכסף הוא רשאי לקבל את הנכס בחזרה כל עוד הנכס לא נמכר לצד שלישי. (לדוגמא: נגיד שלבעל בית מעקלים את הבית וכונס הנכסים מחפש קונה לבית. במידה ויהיה באפשרותו של בעל הבית לשלם את החוב, יעדיפו למכור לו את הבית מאשר למישהו אחר שרוצה לקנות את ביתו).

החלטה - פסקו לטובת המשיב (מוסקוביץ').

3.2 צדק ע"י בית המשפט (פשרה)



3.2.1 - בבא מציעא לט ע"ב - משפט מרי בר איסק. (עמ' 64 במקראה)

מרי היה מאפיונר ידוע בעיר, אביו נפטר והוא קיבל ירושה. הגיע אליו אח מעיר אחרת וביקש כי יחלוק עמו את הירושה, מרי טען שהוא לא מכיר אותו. האח תבע אותו לפני דבי חיסדא - ר' חיסדא אמר כי הטענה של מרי יכולה להיות נכונה ויש לכך תקדים בתורה - סיפור יוסף. הדיין ביקש מהתובע שיביא עדים לכך שהוא אחיו של מרי. התובע טען שהעדים מפחדים ממרי משום שהוא אלים וחזק. השופט, שהכיר את מריידע שזו האמת (הייתה לו ידיעה משפטית). לכן, אמר הדיין למרי שיביא עדים שתובע אינו אחיו(הפך את נטל ההוכחה). מרי טען שזה לא הדין, אך הדיין אמר שכך הוא הדין לגביו ולגבי חבריו האלימים- בשל נסיבות העניין נטל ההוכחה עבר אל הנתבע וכעת על מרי להביא את הראיה כי התובע הוא לא אחיו.

שאלה- איך יכול דיין להפוך הלכה מפורשת?

תשובה- ע"י דיני יושר (Equity). משמע, הכלל הזה בא לשרת את הצדק: אמנם החזקה היא שמה שנמצא בידי אדם הוא שלו, אך רב חיסדא החליט שכדי לשרת את הצדק- יש לפסוק בניגוד לדין וזה יושר בלשון משפטית. הרב חיסדא מביא את היושר לתוך המישור השיפוטי. הוא רואה שהכלל המשפטי שהוא טוב בד"כ לא מתאים למקרה הזה. הוא מסתמך על כך שהחוק הוא לא שחור או לבן, ובעצם מגיע לפשרה.

(*ראה לעיל את הלכת "יימין ושמאל"- הפירוש השלישי והעיקרי שלר' יצחק עראמהודון יצחק אברבנל)

אריסטו- יושר הוא המכאניזם הפנימי של כל שיטה משפטית לפיו היא מתקנת את עצמה מפני אי צדק,

סילופים ועיוותים הנובעים מכלליותו של החוק. לפי אריסטו, כלליותו של החוק היא תפארתו של החוק, אך מפעם לפעם יכולה כלליות זו להיות בעוכריו. במצב זה היושר "מתקן" את החוק למניעת אי צדק. הדין הוא דין צדק אך במקרים חריגים ומיוחדים הופכים את הדין - וזהו יושר. לשופט כוח אינהרנטי להפעיל יושר.

3.2.2 - ע"א 807/77 סובול ואח' נ' גולדמן ואח', פ"ד לג(1) 789

עובדות - הערעור נסב סביב פסק דינו של בית המשפט המחוזי בו נדחתה על הסף עתירתה של המערערת לצו מניעה המכוון לבית הדין הרבני. כעת פנתה המערערת לבג"ץ כנגד בית הדין הרבני - אשר ערך "פשרה ולא דין".



הבקשות אשר בעתירה הן:

הוצאת צו המכוון לבית הדין הרבני בעניין ירושה.
הצהרה שהחלטות בית הדין בעניין, בטלות מעיקרן.

שאלה: האם פסיקתו של בית הדין הרבני הייתה על פי פשרה בדין?

השופט אלון: סעיף 155 (ב') לחוק הירושה, מסמיך את בית הדין הרבני לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו, אך אינו מחייבו בכך, ועל כן אין מקום להתערבות בג"ץ בפסיקתו על פי סעיף זה. עשיית "פשרה" ע"י בית הדין הרבני אינה בניגוד או מחוץ למערכת הדין הדתי הנוהג בה, אלא חלק מהותי ממערכת גופה זו. מסקנה: (עמ' 120 במקרה [ס'7]) **בית הדין היה מוסמך לתת פסיקה זו. פסיקת ביה"ד הרבני ע"פ פשרה היא פסיקה ע"פ הדין הדתי הנוהג בבית הדין, במובן סעיף 155(ב) בחוק הירושה.** פשרה זו היא קרובה לדין או ליתר דיוק למגמה המצויה במשפט העברי בדבר מתן זכות ירושה לבת. בג"ץ לא התערב (הפשרה פשוט מאוד קרובה לדין או למשפט העברי הקיימים ולכן אין פה שינוי גדול מאוד של ההלכה). הערעור נדחה.

עמדת המשפט העברי (בצורה מנומקת מהרגיל) - עמ' 118 במקראה

הש' אלון מצטט מספרות התלמוד 3 דעות בעניין ה"פשרה", ומסכם בפסיקתו של הרמב"ם על הדעה המקובלת ביותר מבין השלוש:)

(1) דעתו של רבי יהושע בן קרחה: מצווה היא לפשר – "שנאמר אמת ומשפט שלום שיפטו בשעריכם". פשרה היא דבר טוב, שכן משפט אמת שיש בו שלום וצדקה יושג בפשרה. זוהי הדעה שנתקבלה בעולם ההלכה [למטה דיון הרמב"ם].

(2) הדעה הנוגדת של רבי אליעזר: אסור לפשר - "וכל המפשר הרי הוא חוטא". תמיכה ב"יקוב הדין את ההר" (ללא פשרות), שכן כל משפט הוא לאלוקים.

(3) דעתו של רבי שמעון בן מנסיא: פשרה היא רשות - אין בפשרה לא משום מצווה ולא משום איסור. הרמב"ם (הלכות סנהדרין):

הדעה הראשונה (ר' יהושע) היא שנתקבלה בעולם ההלכה - מצווה היא לפשר - וכך פסק הרמב"ם: "מצווה לאמר בעלי דין בתחילה: בדין אתם רוצים או בפשרה? אם רצו בפשרה עושין ביניהם פשרה וכל בית דין שעושין פשרה תמיד – הרי זה משובח ועליו נאמר: "משפט שלום שיפטו בשעריכם".
ואז ממשיך אלון...

הפשרה במשפט העברי- במשפט העברי נתנו לפשרה, למהותה ולדרך עשייתה, סממנים משפטיים מובהקים. כך נקבע שהפשרה אינה עניין של החלטה שרירותית, אלא צריך שתעשה לאחר שיקול רציני "אף פשרה צריכה הכרעת דעת".

ב"ארבעה טורים" וב"שולחן ערוך"- הוקדש סימן מיוחד לדיני פשרה (חושן משפט, סימן יב).

בשולחן ערוך- מצויים מסימן זה 19 סעיפים, ובהם פירוש מפורט כיצד נעשית פשרה, מאימתי היא תקפה וכו'. מתוך הוראות אלה מתגבשת הפשרה כמוסד בעל אופי משפטי מובהק.

מספר הוראות עקרוניות שבסימן זה בשולחן ערוך :
- כשם שיש הזהרה לא להטות דין, כך מוזהר שלא תטה פשרה לאחד יותר מחברו.
-יש לדקדק בפשרה כמו בדין.
-גם בפשרה, כשם שבדין, יש לשמוע את כל הטענות.
-אם רבים הם הפרשנים - יש אומרים שאין הולכים אחר רוב אלא צריך שיסכימו כולם. (בגלל חוסר הנחיות ברורות בדבר קביעת פשרה נקבעו הוראות חמורות מאשר בקבלת החלטה ע"פ מידת הדין).
ואז ממשיך אלון...

רבי מאיר הלוי אבולעפיא:

ויקרא יט: "בצדק תשפוט את עמיתך" מופנה לשפיטה ע"פ הדין.
דברים טז: "צדק צדק תרדוף" מופנה להחלטה המתקבלת ע"י הפשרה.

מדוע אם כן המילה "צדק" מופיעה ע"פ דין פעם אחת ולגבי פשרה פעמיים?

בפסיקה ע"פ דין לא צריך עיון וצלילות כה מיוחדים. בפשרה צריך עיון וצלילות מרובים. עיון לפי שיקול דעת אשר יצביע מי אומר את האמת ומי ראוי שיחמירו איתו יותר.
מסקנה בפס"ד סובול- (עמ' 120 במקרה [ס'7]) בית הדין היה מוסמך לתת פסיקה זו. פסיקת ביה"ד הרבני ע"פ פשרה היא פסיקה ע"פ הדין הדתי הנוהג בבית הדין, במובן סעיף 155(ב) בחוק הירושה. ביה"ד דן ארוכות ועמוקות בעניין שלפניו בטרם הגיע להחלטה שפסק על פיה. פשרה זו היא קרובה לדין או ליתר דיוק למגמה המצויה במשפט העברי בדבר מתן זכות ירושה לבת. בג"ץ לא התערב. **הערעור נדחה.**



3.3 "לפנים משורת הדין" - דיני יושר.

שורת הדין - מה שפורמלי, מה שכתוב בדין בצורה יבשה.
לפנים משורת הדין - מעל לחוק הפורמלי, חסד שהפך להיות נורמה מחייבת.

יושר - EQUITY

1. נטישת החוק הפורמאלי, עזיבת החוק הכללי ופסיקה ספציפית "להציל" את החוק מסילוף ואי צדק.
2. הפיכת הדין כדי לשמור על ערכים נוספים של הדין עצמו.

במשפט העברי - ישנם דברים שהם "**לפנים משורת הדין**" בעולם, אך בהלכה היהודית הם **דין**.

למשל: המוצא ארנק. במשפט העברי חובה על המוצא לקחת את הארנק ולהחזירו, במשפט הזר אין חובה למוצא לקחת את הארנק והוא יכול להשאירו במקומו כך שלא יאלץ לעמוד ע"מ להחזירו.
דוגמה נוספת: עפ"י המשפט העברי חובה על מי שיש לו כסף להלוות למי שמבקש (וכמובן שעל המלווה להחזיר). זאת כי עפ"י המשפט העברי הלוואה=**גמילות חסד**. ועוד: במשפט העברי קיים איסור על הלוואה בריבית בין יהודי ליהודי. איסור זה הוא לפנים משורת הדין הכללי (הלא יהודי).

(***"הני שקולאי" + "נבל ברשות התורה" - מפורט בסעיף הבא (המישור המוסרי - אישי)***)

3.4 ארבעת מישורי יושר

3.4.1 המישור השיפוטי

א. **יושר"אד-הוק"** (בפועל) - כל מקרה לגופו. (גישת רב חסדא - פסיקה 'אד הוק', ניתן לשנות החוק).
ב. **יוצא דופן - "הפשרה"** - (תיקון המצב ע"י כך שכל צד ירוויח ויפסיד בו זמנית). במשפט העברי יש כוח בידי הדיין לדרוש **פשרה** מהצדדים ופשרה היא חלק מהמשפט הישראלי. יכול להיות מצב בו "יקוב הדין אתההר" (יש לקיים את הדין ללא פשרות) אך הדבר יביא לאי צדק. יושר מכניס גמישות במשפט.
ג. כמו כן, המשפט העברי יכול להגיד כי היושר מחייב. זהו היושר הרווח ביותר. **דוגמא**: בתאונת דרכים הדורס נתבע כי גרם לנזקים לתובע - הנדרס שכעת דורש 100,000 ש. הדורס טוען כי הוא לא אשם כי אם הנדרס חצה את הכביש באור אדום - במצב שכזה אין צדק מוחלט. זהו לא מצב של שחור או לבן ולכן יש צורך למצוא **פשרה** שתיטיב עם שני הצדדים. יושר דורש לא לעמוד על זכויותיך המלאות אלא לוותר מעט.

3.4.2 המישור הפרשני

כאשר יש חוק והפירוש המילולי שלו מניב שני פירושים, שתי תוצאות שונות: אחת הגורמת לקשיים והשניה יותר נוחה, יש **לבחור בפרשנות הנוחה**. חז"ל אמרו כי "תורת ישראל, דרכיה הן דרכי נועם ונתיבותיה שלום" ולכן יש **לנקוט בפרשנות המקלה והנוחה ולא בפרשנות המכבידה על הצדדים**.

3.4.3 המישור החקיקתי

(דינאד"ברמצרא", "שומא הדרה לעולם", "זה נהנה וזה לא חסר", "הדר בחצר חברו שלא מדעתו..")

המחוקק - חכמי ישראל, המשפטנים בתקופת התלמוד.

"ועשית הישר והטוב בעיני ה'" (דברים ו, יח): משפט זה נותן למחוקק לגיטימציה לחוקק לפנים משורת הדין על מנת למנוע עיוות צדק.



3.4.3.1 - דוגמה א : דינאד"בר מצרא"

תרגום המושג מארמית הוא – הדין של 'שכן הגובל בגדרשל אחר'.

המהות: לפי שורת הדין (תורה) רשאי ראובן למכור את השדה למישהוא חפץ, אבל אם הוא רוצה להיות כמי שעושה "הישר והטוב" נקבעת הלכה שבר המצרא (בן הגבול) שלו, דהיינו השכן הקרוב שלו-יש לו זכות קודמתברכישת אותה חלקת שדה. למוכר יש אינטרס להעלות לשכנו את המחיר ולהציע מחיר נמוך יותר לשאר הקונים הפוטנציאליים לכן כל מי שקונה את החלקה, למעשה קונה את החלקה עבור השכן. זוהי שליחות קונסטרוקטיבית (הכוונה לשליחות שהחוק מקנה. כי החוק כאילו ממנה את השליח ב"דינא דבר מצרא". כל מי שקונה את השדה על הגבול, הוא השליח ע"פ חוק של בר-מצרא. "שלוחו של אדם כמותו"- השליח יכול לפעול במקומי ולקנות לי את השדה). במקרה ובו אדם קונה מאדם שאינו שכנו חלקה, לקונה יש פיצוי מלא על הכסף שהוציא עבור השכן בר מצרא. (כי המוכר מכר בעבור איזה מחיר שרצה וצריך להחזיר לקונה את כל הסכום). לפי דין תורה- חופש הבעלות אשר כולל את חופש המכירה אומר כי כל בעל נכס רשאי למכור את הנכס למי שירצה ובכל מחיר שירצה. במקרה כללי, דין התורה הוא טוב. אבל במקרה הזה: הוא יכול להביא לידי ניצול ועיוות. זוהי דוגמא לתקנה שבאה כדי להגשים את ערכי "הישר והטוב" - אף אחד לא מפסיד, מישוהו מרוויח. זהו מצב בו דיני יושר מתקנים את חוקי התורה כדי למנוע עיוות.

3.4.3.2 - דוגמה ב : תקנת "שומא הדרא לעולם"

ישנו אדם בעל חובות רבים לנושה. הנושה לוקח את הלווה (בעל החובות) לביתהמשפט. מטעם בית המשפט מזמינים שמאים שיעשו שומא והם מעריכים אותו בדיוק בגובה החוב. על כן, בית המשפט מחליט שעל הלווה למכור את הבית ולהחזיר את החוב לנושה.

המהות: נניח ולאחר כמה שנים קיבל הלווה (בעל החובות) סכום כסף רב והוא רוצה לקנות את ביתו שוב. הוא מגיע לנושה אך הנושה אינו מוכן למכור את הבית היות ולטענתו יש עניין של סופיות המכירה – אי אפשר לבטל מכירות. במקרה כזה בית הדין יתקן את המצב. המשפט העברי שואל האם הייתה לנושה זכות על הבית? התשובה היא לא, זכותו הייתה על הכסף. היות והוא (1) לא מכר את הבית לאדם שלישי או (2) השקיע תיקונים בבית (שני התנאים החייבים להתקיים) וזכותו מלכתחילה לא הייתה לבית, אלא לכסף – היושר העברי ("ועשית הישר והטוב") דורש ששומא הדרא לעולם. הכסף שעשו השמאות כדי להעריך את הבית חוזר תמיד. כל עוד שהקונה לא השקיע השקעות או מכר לאדם שלישי – יכול הלווה לקבל את הרכוש בחזרה אם הוא משלם (גם אם עבר זמן).



3.4.3.3 - דוגמה ג: "זה נהנה וזה לא חסר"

ישנו חקלאי עשיר עם שני בנים שהולכים בדרכו וקונים שדות ליד השדה של האב. בן א' קונה בצמוד לשדה של האב. האב נפטר והבנים באים לידי חלוקת העיזבון. מזמינים שמאי שקובע שהחלקים של השדה של האב שווים. האחים לא הצליחו להסכים ביניהם איזה חלק מהשדה יקח כל אחד. במקרה זה מפילים גורל. אח א' מעדיף את החלק הצמוד לו מהשדה של האב ואילו אח ב' אינו מוכן לוותר על הזכות שלו להגרלה. לאח ב' במצב כזה קוראים "נבזה" (זוהי מידת סדום).

במשפט העברי בא היושר ואומר שיש זכות משפטית אמנם, אבל היושר צריך לתקן את זה. היושר אומר "כופין על מידת סדום" – הוא כופה על אח ב' לא להיות נבזה, וכך כופה עליו לוותר על הזכות המשפטית שלו. ההלכה מאפשרת לכפות על אדם לעשות מעשה שאינו חייב בו, באם אין לו שום נזק מהמעשה, ולחברו יש תועלת ממנו.

*מהי מידת סדום? אחת מארבע המידות המתארת בינוניות: "שלי שלי, שלך שלך". **קטנוניות מסוימת.**
עמידה על זכות משפטית, שלכאורה תגרום פגיעה לאחר.

3.4.3.4 "הדר בחצר חברו שלא מדעתו, בחצר שאינה עומדת להשכרה או מכירה, פטור על מה שגר שם"

(גם זו מידה של זה נהנה וזה לא חסר). אם חסר בית גר בחלקה או מבנה שלא ידע של מי הוא, ואותה חלקה או מבנה אינם מיועדים להשכרה, אזי פטור אותו חסר בית מתשלום שכר דירה לבעל המקום על הלינה שהייתה בעבר, במקרה ויבוא אותו בעלים וידרוש שכ"ד בדיעבד מחסר הבית. כלומר- בעל הבית יכול רק לדרוש שכ"ד על הלנה בעתיד ולא על העבר.

זאת בגלל היושר- לפנים משורת הדין מתוך "ועשית הישר והטוב".

3.4.4-המישור המוסרי – אישי

"הני שקולאי", "נבל ברשות התורה", "קדש עצמך במותר לך", צדקה במשפט העברי).



התנהגות "לפנים משורת הדין"

3.4.4.1- דוגמא 1: "הני שקולאי"

(שקולאי=סבלים) פועלים שנשכרו ע"י רבא בר חנן (אמוראי) שברו חבית יין תוך כדי העברתה. בשל חוסר יכולתם לפצותו בתשלום, לקח בר חנן את גלימותיהם, כפיצוי. אותם פועלים פנו לרב (רב ששמו אינו מצוין בתלמוד – הינו מאמוראי בבל –אבא אריכא) בטענה לקבל חזרה את גלימותיהם. הרב הנחה את בר חנן להשיב לפועלים את גלימותיהם, "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב,כ). הפועלים באו בדרישה נוספת לקבלת מזון לאור עבודתם המאומצת, עייפותם ורעבונם. הרב הנחה את בר חנן גם לשלם להם את משכורתם, בטיעון "ואורחות צדיקים תשמור" (המשך הפסוק ממשלי). הרב אומר שאין כאן הלכה או חוק - יש כאן אצילות מחייבת. זה דין אישי. הכוונה היא שהרבא בר חנן הוא אמורא ואינו יכול להסתפק בחוק היבש שאומר שהוא יכול לדרוש פיצוי ולא לשלם לסבלים - יש דין פרסונאלי לגביו.

רש"י אומר שהרב התכוון בפסיקותיו –"לפנים משורת הדין". קרי- גם אם אינך מחויב מבחינת החוק, לאור היותך צדיק, או לאור רצונך להיות כזה, לא תעשה כל העולה על רוחך גם אם הדבר מעוגן בחוק.

3.4.4.2- דוגמא 2: "נבל ברשות התורה" –

רמב"ן - אין לחוק היכולת למצות את כל התנהגות בני האדם. "קדושים תהיו כי קדוש אני ה' אלוהיכם" (ויקרא יט,ב). הרי אדם יכול להתנהג בנבזות גם באופן לגיטימי אל מול החוק היבש- "נבל ברשות התורה". היה ואדם מכבד עצמו, אל לו לנצל פרצות בחוק על מנת להתנהג בנבזות. עליו להישמע ליושר. לא כל המותר ע"פ חוק הוא ראוי.

***רמב"ן נותן 2 דוגמאות ל"נבל ברשות התורה":**

א. קיום יחסי אישות מרובים- החוק מתיר לעשות זאת, אך אינו מוסרי. הייתה תקופה בישראל שאדם לא יכול היה לגעת באישה עד החתונה. הגיבור של הסיפור, יוצא עם בחורה זמן מה ואז הם מתחתנים ומתחילים חיי

אישות. הזוג מקיים הרבה יחסי מיניומם וליל. **והרמב"ן** אומר שהם לא עברו על החוק, אך עם זאת הגיבור הוא נבל ברשות התורה.

ב. **אכילה מופרזת** - זהיר בבשורות המאכלות. הגיבור מגיע למסעדה כשרה למהדרין ומזמין את כל התפריט. מגישים לו את האוכל והוא מתחיל **לאכול כמו חזיר**. בתורה אין פסוק שקובע כי אין לאכול בצורה מופרזת ברשות



הרבים, אלא רק לשמור על כשרות. אך עם זאת המוסר היהודי קובע נימוסים ולכן צריך לשמורעליהם.

3.4.4.3 - דוגמא 3: "קדש עצמך במותר לך"

פירושו שאתה לא נבחן בקדושתך ובקיומך את מה שאסור ובהיזהרותך ממנו, אלא בחיידך בקדושה במה שמותר. **המותר הוא המקום שבו אתה נבחן.**



3.5 מושגים, ביטויים וניבים:

מוסר - מוסר אינו מחייב ונעשה מתוך מצפון לעומת חוק שנעשה בכפייה ולא מתוך בחירה. דוג' - לפני משורת הדין, רבא בר חמא. (*הרחבה לעיל - פרק א)

צדק - נקבע כעקרון על במשפט העברי (*הרחבה לעיל פרק א)

יושר - דברים י"ז - עפ"י התורה אשר יורוך... לא תסור ימין ושמאל. ימין = הכלל, החוק, שמאל = מה שדורש מקרה ספציפי. יושר מתיימר לא להיות יותר טוב מהחוק מחד, אך הוא מתיימר לייצג את רוח המשפט. יושר מתקן את החוק בשם החוק ולשם מטרת החוק. אריסטו - יושר הוא המכאניזם הפנימי של כל שיטה משפטית. הדין הוא דין צדק אך במקרים חריגים ומיוחדים הופכים את הדין - זהו דין יושר.

שורת הדין - החוק היבש, הפורמלי

לפני משורת הדין - נטישת החוק הפורמלי, עזיבת החוק הכללי ופסיקה ספציפית "להציל" את החוק מסילוף ואי צדק.

ועשית הישר והטוב בעיניך' (דברים ו' י"ח) - מפס' זה נלמדת סמכותם של חכמים לפסוק לפני משורת הדין ולשנות חוקים, ראה גם פס"ד אמסטרדמר

דינה דבר מצרא - תקנות חכמים. עדיפות מי שיש לו צורך מיוחד. שליחות קונסטרוקטיבית.

שומא הדרא - פדיון משכנתא. החזרת נכסי המקרקעין של החייב, שנגבו לתשלום החוב, אל החייב.

שומא הדרא לעולם - נושה יהיה חייב להחזיר את הרכוש שנשא על אף סופיות המכירה - אי אפשר לחזור בך לאחר שמכרת. זכותו של הנושה היא לא לבית אלא לחובות (לכסף). אם הוא מכר זאת לאדם שלישי, לו יש זכות לבית. הנושה יקבל את כל מה שמגיע לו.

מידת סדום - נבזות כאשר אדם מנצל את החוק לנבזות ההלכה היא שכופין עליו מידת סדום.

כופין על מידת סדום - ממידות היושר. זוהי תקנה שאומרת שאפשר לאכוף התנהגות מוסרית, לתבוע אדם לדין ולכפות עליו שלא ינהג לפי מידת סדום כלומר - יהיה נבזה. הדבר נלמד בהקשר של מוסר, צדק ויושר במשפט העברי, כאשר הכלל של "ועשית הישר והטוב" מהווה בסיס לדיני היושר. "כופין על מידת סדום" הוא המישור החקיקתי של היושר (לדוגמא: בר מצרא).

זה נהנה וזה לא חסר - יושר במישור החקיקתי. אדם נהנה מרכוש חברו וחברו לא מפסיד מכך דבר.

למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר(משליב'כ) - לשמור את דרכי הצדיקים, ללכת בדרך הישר. חובת

אצילות מוסרית

נבל ברשות התורה-מקרים בהם התורה מאפשרת לאדם להיות נבל.(=מצב בו אין איסור בתורה אבל ההתנהגות

היא למשל: לא מנומסת)

קדש עצמך במותר לך - בכל נושא יש דבר המותר על פי חוק אבל לא ייעשה כן מבחינה מוסרית – ישנם הרבה

תחומים בהם ישנן צורות שונות של מוסר. דוגמא: בהיסטוריה של העם היהודי אסור היה לאדם לגעת באישה עד

החתונה. כשמדברים על יושר זה יכול להיות משהו שהחוק מתיר בצורה פורמלית אך המוסר איננו תקין.

3.6 - סיכום מנחם אלון עמ' 171-125

משפט ומוסר במשפט העברי

בפרק זה מספר אלון על זמר ועמוס שהם בעצם אחים תאומים שהופרדו בלידתם. אלון מתאר את הקשר בין המוסר לחוקים במשפט העברי.

יחסי הגומלין בין המשפט ובין המוסר

כל מערכת משפטית מביאה לידי ביטוי בצורה שונה את הקשר בין ההוראה המשפטית לציווי המוסרי. התורה היא מקור משותף ל:

(1) ציוויים בעלי אופי משפטי.

(2) ציוויים בתחום המוסר.

העובדה שהתורה מהווה מקור משותף גרמה לתופעה מהותית בעולם ההלכה - המערכת המשפטית בעצמה מפנה אל הציווי המוסרי שאין בצידו כפייה (תוקף ואכיפה) מצד בית הדין.

פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים:

בדיני המשפט העברי מתקיים חיוב בידי שמים בכל מקום בו לא ניתן להוכיח את אשמתו של אחד בדין. אז, יוצא בית הדין בהכרזה "פטור מדיני אדם, ודינו מסור לשמים". דין שמים היא חובה מוסרית או דתית שמוטלת על החייב והוא אינו חייב למלאה. יחד עם זאת, ההכרזה חשובה כדי שבן אדם הגון, ירצה לרצות את חברו ולצאת נקי בעיני שמים. (כלומר, אם אי אפשר להרשיע אותו שאלוקים יעניש אותו..).

סנקציות מוסריות דתיות

סנקציות דתיות מוסריות כפי שהוזכרו לעיל (דין שמים) מרובות במשפט העברי. הן משתנות מעניין לעניין בשמותיהן ובדרך כלל גם במידת תוקפן וחומרתן. אלון מביא דוגמאות שונות לסנקציות אלו ("מי שפרע", "אין רוח חכמים נוחה הימנו", "מחוסר אמנה").

כאמור, חובות מוסריות דתיות אלו מוגדרות ומדורגות היטב, לפי טיב העניין וחומרתו, וחכמים שקלו בהן כשם שדנו בסנקציות שביצוען בידי אדם על ידי כפייה משפטית.

לעיתים קורה שנורמה שהייתה במקורה סנקציה מוסרית דתית בלבד, הפכה במרוצת הזמן, בנסיבות מסוימות לנורמה משפטית מלאה ("לפנים משורת הדין"). גם תופעת מעבר זו קשורה במידה ניכרת בעובדה שהתורה משמשת מקור משותף להוראות משפטיות וציוויים מוסריים, כמו גם במציאות המיוחדת של נהיגת המערכת המשפטית העברית בפזורות (על מנת להגביר את המשמעת הפנימית למערכת המשפט העברי) ובפיתוחן של נורמות משפטיות חדשות.

התורה הסמיכה את החכמים לקבוע פעם בפעם - בהתחשב עם הנהגת האדם המתחלפת לפי המאזן והאישים - דינים שונים, שרעיונם היסודי הוא לעשות את הטוב והישר. יש שנתנו חכמים לדינים אלו תוקף של נורמה משפטית שלמה ויש שלא קבעוה אלא כנורמה שיש לנהוג לפיה מלכתחילה ובדרך חסידות. אלה ואלה מדבריהם של חכמים ומהווים חלק מהותי מכלל עולמה של תורה שבע"פ, ומשום כך החכם והדיין עצמם - בהוראתם ובפסיקתם - מצווים ומפנים לנורמה המוסרית, כאשר אין בעניין הנדון בפניהם מקום לכפייה המתלווה לנורמה משפטית.

"לפנים משורת הדין"

צורה אחרת של סנקציה מוסרית דתית שעברה עליה התפתחות מתחום המוסר לתחום הכפייה המשפטית מצויה בכלל של "לפנים משורת הדין" (הווה אומר, לא להיות טקסטואלי).

לפעמים, צריך הדיין לפסוק לפני משורת הדין, לפי הזמן והעניין. וכשהדיין אינו פוסק כך, פסק דינו אמת, אך אינו אמת לאמיתה של הדין.

עמדת המשפט העברי בסוגיית הדין ולפנים משורת הדין נדונה בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון. ויקיפדיה- לעשות מעבר לחובתו של האדם כלפי חברו, ולנהוג עימו במידת החסד. היפוכה של מידה זו היא ההתנהגות לפי שורת הדין ולפי ההלכה בלבד, ללא התחשבות בטובתו של הזולת.

אלון מביא כדוגמא את פס"ד **כיתן** - התובעים הם אם וילדיה שאביהם נרצח. במקרה דנו בשאלת אחריותה של חברת כיתן, שעובד שהועסק על ידה כשומר לקח כלי יריה שהגיע אליו מתוקף עבודתו ורצח את בעלה ואביהם של התובעים (התובעים פיצויים מן החברה). לא הוכח הקשר הסיבתי הדרוש בין רשלנותה של כיתן לבין רציחתו של המנוח (כנראה התובעים טענו שכיתן העסיקו מישהו מסוכן לציבור עם נשק...). לכן, נדחתה תביעתה של האלמנה וילדיהם לפיצויים מן החברה.

השופט אלון אמר בפסק הדין שאכן הדין עם החברה, אך הוא מרוצה מכך שהחברה הציעה לפצות את האלמנה בכל זאת, לפני משורת הדין.

שמגר לעומתו אומר שנכון שבמהלך המשפט החברה הציעה לתובעים פיצויים לפני משורת הדין, אך התובעים דחו הצעה זו. יותר מכך הוא יוצא חוצץ כנגד מה שהוא מבין, חתירתו של אלון לקיבוע נוהג "לפנים משורת הדין" בדיני נזיקין.

מקרה נוסף שמביא אלון הוא **בויאר נ' שיכון עובדים**. בית המשפט העליון דחה את תביעת המערער (האזרח הקטן) בטענה להתיישנות. יחד עם זאת, אמר הנשיא שמגר (אותו אחד שהתנגד קודם) שיהיה זה ראוי מצד קק"ל לפצות את המערער למרות שאין יסוד חוקי לתביעותיו לפני משורת הדין.

במקרים מסוימים מעניקה המערכת החקיקתית עצמה מעמד של דין להוראה שמשמעותה היסודית והמקורית היא הליכה לפני משורת הדין. לסוג זה שייכות כל אותן הוראות שבהן מעניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת לנהוג במקרים מסוימים שלא לפי מידת הדין הפורמלית אלא "**ככל שיראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון**". לדוגמא חוק הגנת הדייר – סעיף 132 – "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתיתו".

משפט, צדק ויושר

שתי משמעויות יסודיות למושג צדק במשפט העברי, כפי שמצויות הן במשנתם של חכמים : בצדק תשפוט עמיתך – המשמעות האחת של עשיית צדק במשפט הינה בדרך השיפוט ובאופן הפעלת החוק. הצדק במשמעותו זו מטרתו לשלול כל הפליה ודיין צדק הוא הדיין שיחסו לכל אחד מבעלי הדין שווה באותה מידה. צדק כמשלים את הדין – משמעות שונה למושג צדק שאין עניינה רק באופן הפעלת הדין אלא בעצם קביעתו של הדין מצאו חלק מחכמי ההלכה בפסוק "צדק צדק תרדוף". שתי פרשנויות עיקריות ניתנו לעשיית הצדק עפ"י פסוק זה :

במקרה שאין אפשרות לדון לפי הדין – היינו, כאשר הנסיבות שוות ואין לאחד נזק יותר מהשני – יבוא הסכסוך על פתרונו בדרך של פשרה.

כפיית הפשרה על בעלי הדין למרות שבדרי"כ לא עושים כך, וזאת על מנת שהדיין יעשה צדק אותו ירדפו.

עקרונות-על של צדק

חכמים קבעו את עקרונות הצדק והיושר שבמשפט העברי כעקרונות על, הקובעים את מהותה של ההכרעה השיפוטית העקרונית אשר להם כפופה כל הוראה אחרת, אף אם בעלת תוקף היא מבחינת הדין.

משפט ויושר (Equity)

מה קורה במקרה שדין המכוון לעשיית צדק עם הכלל פוגע ביחיד? יש הסוברים כי רק בסמכותו של המחוקק לתקן את העוול ויש הטוענים כנגדם כי בסמכותו של שופט למנוע גרימת עוול במקרה מסוים של פרט. המשפט העברי תומך במתן החופש לשופט שלא לפסוק תמיד על פי דין תורה אלא על פי שיקול דעתו.

תום לב

אלון מסיים את דיונו בסוגיית היחסים בין משפט ומוסר במשפט העברי בביאור המושג "תום לב". המושג "תום לב" מופיע בחוקים שונים של מדינת ישראל וגרם להעלאת שאלות בבתי המשפט. כיצד מתייחסים למושג זה? אלון כמובן אומר שכדי להבין מה המשמעות של מושג זה עלינו ללכת למקרא, שם נזכר מושג זה בחמישה מקומות שונים. כדי לאשש את טענתו מביא אלון פסקי דין בהם כדי לפרש את המושג תום לב נלקחו אזכורים מהמשפט העברי. במשפט העברי נתפס המונח "תום לב" קודם כל כמידה מוסרית, ולא ככלל משפטי שהפרתו מזכה את הצד הנפגע בסעדים משפטיים.

סיכום

פרשת יחסי משפט ומוסר, יושר וצדק, דין ולפנים משורת הדין – סוגיות גדולות ונכבדות הן משפט העברי, וכן בכל מערכת משפטית. לסוגיה זו חשיבות רבה באם נסבור – כפי שכך סוברים חכמי ההלכה והוגי המשפט העברי – שהוראות המערכת המשפטית משקפות את עולם הערכים של החברה בעלת אותה מערכת, ושהוראות אלה באות הן לבטא את השקפות היסוד התרבותיות והרוחניות של אותה חברה. גם לדעתם של אלה הסוברים שמערכת המשפט אינה אלא "דיסציפלינה טכנית" בלבד שתפקידה לשמש כמכשיר להשגת מטרות חברתיות פרקטיות, לעיצוב הליכות יום יום והענקת יציבות בדרכי המשא והמתן, חייבת המערכת המשפטית ליתן דעתה על בעיות של מוסר, יושר וצדק, שכל חברה בת תרבות ערה ורגישה להן. נקודות מוצא שונות אלה בראיית מהותה של המערכת המשפטית, השלכה מרובה להן על גישות שונות וראייה שונה בסוגיה של משפט ומוסר, של תום לב וצדק. משום כך ראינו עניין רב בהדגמת מקצת נושאים של סוגיה זו, כפי שמצויים הם במערכות משפט אחרות וכפי שמיושמים הם, להלכה ולמעשה, בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל.

מוסר

סנקציות מוסריות דתיות- מבוא:

סנקציות דתיות מוסריות כפי שהוזכרו לעיל(דין שמים) מרובות במשפט העברי. הן משתנות מעניין לעניין בשמותיהן ובדרך כלל גם במידת תוקפן וחומרתן. אלון מביא דוגמאות שונות לסנקציות אלו ("מי שפרע", "אין רוח חכמים נוחה הימנו", "מחוסר אמנה").

כאמור, חובות מוסריות דתיות אלו מוגדרות ומדורגות היטב, לפי טיב העניין וחומרתו, וחכמים שקלו בהן כשם שדנו בסנקציות שביצוען בידי אדם על ידי כפיה משפטית.

לעיתים קורה שנורמה שהייתה במקורה סנקציה מוסרית דתית בלבד, הפכה במרוצת הזמן, בנסיבות מסוימות לנורמה משפטית מלאה ("לפנים משורת הדין"). גם תופעת מעבר זו קשורה במידה ניכרת בעובדה שהתורה משמשת מקור משותף להוראות משפטיות וציוויים מוסריים, כמו גם במציאות המיוחדת של נהיגת המערכת המשפטית העברית בפזורות(על מנת להגביר את המשמעת הפנימית למערכת המשפט העברי) ובפיתוחן של נורמות משפטיות חדשות.

התורה הסמיכה את החכמים לקבוע פעם בפעם בהתחשב עם הנהגת האדם המתחלפת לפי המאזן דינים שונים,

שרעיונם היסודי הוא לעשות את הטוב והישר. יש שנתנו חכמים לדינים אלו תוקף של נורמה משפטית שלמה ויש שלא קבעוה אלא כנורמה שיש לנהוג לפיה לכתחילה ובדרך חסידות. אלה ואלה מדבריהם של חכמים ומהווים חלק מהותי מכלל עולמה של תורה שבע"פ, ומשום כך החכם והדיין עצמם בהוראתם – ובפסיקתם מצווים ומפנים לנורמה המוסרית, כאשר אין בעניין הנדון בפניהם מקום לכפייה המתלווה לנורמה – משפטית.

היחס שבין המשפט ובין המוסר בעולמה של ההלכה (126)

זיקת הגומלין שבין המשפט ובין המוסר – הפניה מן המערכת המשפטית אל הציווי המוסרי.

מגיעים מן החוקים הכתובים – עשרת הדברות – מקור משותף.

מערכת ההלכה מבחינה בין הוראות נורמטיביות שבידן סנקציות של ביהמ"ש לבין שאין בהן סנקציה שכזו.

"פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים" – אין עונש (כופין) בבימ"ש אך הוא חייב בדיני שמיים ז"א דין מוסרי – כדי

לא למנוע מאנשים שטבעי שיטעו מלהימנע בלעסוק במקצועות מסוימים מחשש לטעות.

קבלת "מי שפרע" – צורות של סנקציות דתיות מוסריות המשתנות מעת לעת.

"לצאת ידי שמיים" – סנקציה מוסרית דתית – המלמדת על הדירוג שבהיררכיה המוסרית (132).

"אין רוח חכמים נוחה עמנו" – דברים שמן הדין אין איסור לעשותם, אך אין חכמים מרוצים ממי שעושה אותם.

נקבע לעניין מי שעושה פעולה מסוימת כשמצד הדין הוא רשאי לנהוג כך אך "אין רוח חכמים נוחה עמנו".

וצורות נוספות של סנקציות מוסריות-דתיות (133)

(1) צוואה

(2) נושא ונותן בדברים בלבד.

3.7 שאלה לעיון:

מי מוסמך לנהוג, לפסוק, להכריע על פי יושר? מה מקור סמכותו?

הדיין, לפנים משורת הדין. המחוקק (חכמי ישראל), מצוות "עשית הישר והטוב" מעורבת עם "ימין ושמאל". המחוקק צריך לחוקק ע"פ "ועשית הישר והטוב". הפוסקים צריכים לפסוק לפי "לפנים משורת הדין". "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח): משפט זה נותן למחוקק לגיטימציה לחוקק לפנים משורת הדין על מנת למנוע עיוות צדק.

- יחידה רביעית -
מקורות המשפט העברי



4. מקורות המשפט העברי

****מונחים וביטויים ליחידה זו מוגדרים בהקשרם הרלוונטי לאורך היחידה****

לנוחיותך רשימת מונחים:

מקור משפטי, דאורייתא- מן התורה, דרבנן- מדברי הסופרים, ספק דאורייתא ספק לחומרא, ספק דרבנן לקולא, פיקוח נפש, חולי שאין בו סכנה, מדרש יוצר, מדרש מבסס, "היכן ציוונו", לא תסור, פרוזבול, שמיטת כספים, פרשנות- מרחיבה, מצמצמת, מקובלת, מוסמכת, "לא תבשל גדי בחלב אימו", "בל תוסיף"

4.1- שלוש המשמעויות העיקריות של המונח "מקורות המשפט":

4.1.1- מקורות רישומיים ספרותיים

מקורות רשמיים ה"מאכסנים" את הוראות המערכת המשפטית. (כלומר, באיזה ספר למצוא את החוק). **במשפט העברי** מדובר על ספר החוקים שהם:

- (1) יד חזקה/משנה תורה של הרמב"ם- ספר החוקים הראשון. מתחרה בשולחן ערוך וקדום לו.
- (2) אחריו הספר שולחן ערוך של קארו- עדכני יותר ומחייב יותר.
- (3) ארבעה טורים

***אינם מהווים ספרי חוקים:** התורה שבכתב, המשנה, מדרשי ההלכה, התוספתא, שני התלמודים, ספרות הפירושים והחידושים, שו"ת, ספרי ההלכות והפסקים. **הסיבה לכך היא שיש בהם מחלוקת ואין קביעת הלכה חד משמעית.**



במשפט הישראלי המקורות הם: ספרי החוקים, רשומות, פסקי דין, תקנות של רשויות.

4.1.2- מקור היסטורי

כל הגורמים ההיסטוריים (כלכליים, חברתיים, מוסריים) שהביאו ליצירת נורמה או חוק מסוים (המשפט הרומי). זוהי התפתחות עקיפה של מערכת המשפט. **לדוגמא**, ליו"ר הכנסת יש הכוח לפסול הצעת חוק מטעם גזענות. האירוע ההיסטורי שהוביל לזה היה פס"ד כהנא. גם במשפט העברי ישנם מקורות היסטוריים. **דוגמא למקור היסטורי של המשפט העברי:**

4.1.2.1-תקנות הפרוזבול- רקע: חוק **שמיטת כספים** (כל 7 שנים). לדין השמיטה שני סעיפים: אסור לעבוד את האדמה לתקופה מסוימת וכעבור שבע שנים כל החובות נמחקים.

*מדוע נוצרת בעיה? כיוון שבשנה השישית איש לא ייתן לאדם הלוואה. (יוחזר לו הכסף שנה לאחר מכן והוא לא יזדקק להלוואה). הלל החכם ראה שעשירים לא מלווים כסף גם כיוון שידעו שהחוב אליהם יתבטל כעבור 7 שנים ולכן תיקן דין תורה זה וקבע כי האיסור לגבות כספים אחרי 7 שנים חל על היחיד, אך לבית דין מותר לגבות חובות אחרי 7 שנים. זה הרקע להבין מדוע הלל החכם ביטל את הדין. דבר זה נקרא "**פרוזבול**" = מסירת שטרות לבית דין מביאה לידי ביטול שמיטת כספים).

4.1.3- מקור משפטי-

תהליך שעל פיו אנו מתפתחים, על פיו נוצרות נורמות חדשות משפטיות מחייבות. **נורמה** (= כלל התנהגות). נוצרת במדינה המודרנית ע"י: חקיקת הכנסת, פסיקה, התקנת תקנונים.

4.1.3.1- מקורות משפטיים ראשוניים:

הנורמה הבסיסית = המקור המשפטי הראשון.

(1) **במשפט הישראלי:** ציות לחוקי הכנסת. יש נורמה משפטית ונורמה מוסרית. קיימות הרבה נורמות, אך יש נורמה בסיסית: חייב אדם לציית לחוקי הכנסת. מה מקור הסמכות של הכנסת לאור האמור? הפוליטיקה? המשפט הדמוקרטי? פילוסופיה? דת? אידיאולוגיה? כל תשובה אפשרית מלבד מקור משפטי- כיוון שאין שום מקור משפטי שמחייב אדם לציית לחוקי הכנסת חוץ מחוקי הכנסת. כך חוזרים לשאלה הראשונית- מהו מקור הסמכות של הכנסת? בארה"ב המצב שונה: חוקי הקונגרס יכולים להיפסל ע"י בית

המשפט העליון אם הם לא חוקתיים. הנורמה היא שחייבים לחוקק לחוקי החוקה ולאן דווקא לחוקי הקונגרס.

(2) **במשפט העברי: מתן תורה.** ובכן, **הנורמה הבסיסית של המשפט העברי היא לציית לתורת משה.** תורת זו בהלכה נקראת "דאורייתא" (=דין של התורה, מן התורה).



4.1.3.2-4 מקורות משפטיים משניים: (במקראה בעמ' 183).

מקורות משפטיים משניים הם התהליך שלפיו נוצרות הלכות שלא ידענו עליהם, ב-5 דרכים:

4.1.3.2.1-4 המדרש (פרשנות) - בהלכה המילה "פרשנות" שוות ערך למילה מדרש. לדרוש פסוק=לפרש פסוק.

מדרש מאשר/ יוצר	פרשנות מרחיבה/ מצמצמת	פרשנות מוסמכת/ מקובלת
<p><u>מדרש מאשר/ מבסס</u>- לפני שהיו מחוקקים חוקים חדשים היו מקדישים זמן רב לפרשנות החוק. הפרשנות לא באה לשנות, אלא לאשר ולפרש. החוק היה לפני הפירוש- כלומר, הפרשנות מגלה מה שהחכמים כבר ידעו. יש הרבה הלכות שהן עתיקות והמפרשים רוצים לדעת היכן למצוא זאת בטקסט התורה. כשקוראים את התלמוד, יש תחושה שהפרשנות באה לאשר הלכה שהייתה. הרעיון הוא גילוי כוונת המחוקק המקורי וזוהי פרשנות מסורתית. מאז ומעולם מקובלת במסורת היהודית.</p>	<p><u>פרשנות מרחיבה</u>- נותנת את ההרחבה למה שכתוב בתורה. למשל לאיסור "לא תבשל גדי בחלב אימו" (שמות לד, כו) הפרשנות תרחיב את האיסור גם ללא תאכל גדי בחלב אמו ולא רק גדי לא תאכל, אלא גם פרה ואת כל סוגי הבשר, לא רק את חלב אימו אלא את כל סוגי החלב. אין איש שמערער על פרשנות זו. באנגלית נקרא: Liberal construction</p>	<p><u>פרשנות מקובלת- הרמב"ם</u> אומר כלל בדבר פרשנות ההלכה: הלכה שלא נפלה בה מחלוקת היא פרשנות מקובלת. טען שבכל דף בגמרא יש מחלוקת בין אמוראים או בין תנאים- המון חילוקי דעות והנה יש כמה חוקים שלא נפלה בהן מחלוקת. למרות שיש סיבה למחלוקת. איך הדברי יתכן? דבר זה מראה שזו פרשנות אותנטית מפי משה. כולם מסכימים עליה. רמב"ם אומר שכמעט ולא קורה שבמשפט העברי אין מחלוקת.</p>
<p><u>מדרש יוצר</u>- לא ידענו את מה שידענו לפני שהחכמים פירשו. מבררת דברים חדשים. לא פרשנות שנתקבלה מתורת משה אלא מדרך פרשנות ע"י פוסקים שונים. <u>יצירת</u> נורמה חדשה. <u>דוג': "כי ייקח איש... לא תמצא חן... ושלחה מביתו"</u>. מהן עילות הגירושין? קיימת מחלוקת- <u>בית שמאי</u>: העילה היחידה המצדיקה גירוש אישה היא אם מצאו בה "ערוה" (פריצות מינית). מבחינתם, גרושה היא אישה "גמורה", אין לה סיכויים להתחתן שוב. <u>בית הלל</u> מפרשים ש"ערוה" זה סמל לרשלנות בתוך הבית, הייתה רעיה לא ראויה. מבחינתם לאישה גרושה יהיה קשה להתחתן שוב אך לא בלתי אפשרי (מקלים קצת). <u>רביעקיבא</u> מפרש שאפילו אם מצא אישה יפה ממנה יכול לגרש. מבחינתו לאישה גרושה יש אפשרות להתחתן שוב, אין שום פגם בה.</p>	<p><u>פרשנות מצמצמת</u>- היו חכמים שדווקא רצו לצמצם את הכתוב. המשפט "לא תבשל גדי בחלב אימו" - מבחינת הכתיבה, כתוב "לא תבשל" - אך לא כתוב לא תאכל, כתוב "גדי" - אך לא כתוב כל בשר אחר, כתוב "בחלב אימו" - אך לא כל חלב אחר.</p>	<p><u>פרשנות מוסמכת</u>- הלכה שנויה במחלוקת. היא לא מסיני אלא מהתפתחות מאוחרת יותר. כלומר: במהלך השנים התעוררה השאלה מהן הסיבות שבעקבותיהן יכול אדם לגרש את אישתו וכל אחד קיבל את הדעה שהתאימה לו. ניתן לראות זו בהופעת וויכוח ולאחריה מסקנה של פירוש החוק לאור הוויכוח.</p>

*פרשנות מקובלת = מאז ומעולם מקובלת במסורת היהודית (דוגמא: "עין תחת עין").





* פרשנות מוסמכת = לא פרשנות שנתקבלה מתורת משה רבנו אלא נוצרה בדרך של פרשנות באמצעות פוסקים שונים (דוגמא: "כי יקח איש... לא תמצא חן... ושלחה מביתו").

4.1.3.2.2- חקיקת משנה (תקנה)-

החכמים מתקנים תקנות (תקנות חז"ל). התורה אמרה דבר אחד וחכמים מאוחרים יותר קובעים אחרת. החקיקה לא נשענת על דאורייתא אלא על דרבנן- מדברי סופרים- המחוקק משנה את החוק- הוא לא מגלה את מטרת החוק אלא ממציא חוק חדש. דוגמא: התקנה המיידית שהחכמים תיקנו היא כי בכה' בכסלו יש מצווה להדליק נרות חנוכה. זו "תקנת חכמים". מבחינת המשפט, המקור המשפטי של חנוכה היא חקיקה. בדומה לכך: המקורות המשפטיים של המשפט הישראלי הם פסיקה (פרשנות ביהמ"ש העליון) או חקיקה (של הכנסת) או הוראה של רשות מנהלית (זהו למעשה התהליך אשר על-פיו נוצרת נורמה חדשה).

4.1.3.2.3- המנהג (נוהג)-

מנהג אבותינו בידנו. למשל – חבישת כיפה אינה מופיעה בתורה. נקבע כי מנהגים הם מחייבים. [ברוב שנותיו, האדם לא חוקק חוקים. המקור המשפטי של האדם בימי הביניים הוא מנהג. הפסיכולוגיה של האדם העתיק היא "אני גדלתי עם זה, כך עשו אבותיי". במשפט הרומי יש משפט שאומר "מנהגי אבותינו/ הזקנים" (Mos Maiorem)].

4.1.3.2.4- סברא (הגיון משפטי)-

לפעמים החכמים מוציאים את הפרשנות דרך ההגיון שלהם. לדוגמא: "שלוחו של אדם כמותו" - אני ממנה שליח ומייפה את כוחו והשליח עושה פעולה בשבילי. הכלל של משפט זה הוא שכל מה שעושה השליח נזקף לטובתו, לזכותו ולחובתו של השולח. במידה ומדובר בשליחות לשם הריגה – החוק אומר לא תרצח והשולח אומר "הרוג". במקרה כזה השליח היה צריך להקשיב לחוק והיות והוא לא הקשיב, הוא האחראי. אין שליח לדבר עבירה. היגיון משפטי אומר: שליחות לדבר עבירה – לא קיימת.

4.1.3.2.5- מעשה (תקדים)-למידה מתוך מעשה של חכם במקרה מסוים.

4.2- ההבדל העיוני בין מדרש [פרשנות]- לבין חקיקת משנה [התקנה]:

(1) מדרש=כשהתלמוד מפרש את כוונת התורה ["פרשנות מוסמכת"], דין מהתורה. נקרא גם: "מ"דאורייתא". דוגמאות: "עין תחת עין", "לא יבשל גדי בחלב אימו".

(2) חקיקת משנה=תיקון וחינוך בחוק ולא חידוש בתורה, נעשה מ"דברי הסופרים". נקרא גם: "מ"דרבנן".

**מה עושים כשמתעורר ספק לגבי נושא מסוים?

ספיקא דדינא- לא יודעים מה הדין.

ספיקא דעובדא- לא יודעים מה הנסיבות/העובדות.

כלל: ספק דאורייתא לחומרא, וספק דרבנן לקולא".

לגבי ספק ב"דאורייתא" (דברי התורה) צריך להחמיר, ולגבי ספק ב"דרבנן" (דברי הסופרים) אפשר להקל.

לדוגמא: פסח/שבועות (דאורייתא) היא מצווה הכתובה בתורה ולכן צריך להחמיר. פורים (דרבנן) ניתן להקל.

4.3- "פיקוח נפש" מול "חולי שאין בו סכנה"

(1) פיקוח נפש-הצלת החיים דוחה את כל המצוות. אפילו אלו שבתורה. לדוגמא: ביום כיפור אסור לאכול, אך אם הרופא אומר לאדם הקשיש שהצום יכול להוות עבורו סכנה- אדם זה פטור מצום. על פי ההלכה אסור לו לצום - זאת עבירה בידו כיוון שפיקוח נפשו דוחה את החובה לצום. יתר על כן: פיקוח נפש דוחה שבת.

(2) חולי שאין בו סכנה-חולי שאינו דוחה את המצוות [לא כמו פיקוח נפש]. במקרה זה, ביום כיפור (שהוא דאורייתא) מחמירים ולא מאפשרים לדחות המצוות. לעומת זאת, בצום תשעה באב (שהוא דרבנן) מקלים ואפשר שלא לצום.

4.4- "בל תוסיף"

(דברים ד, ב): שיטת הרמב"ם (הלכות ממרים, פרק ב' הלכה ט') היא שכל מצווה, איסור או דין שאדם מוסיף על המצוות הכתובות בתורה, בין על המצוות שבתורה שבכתב ובין על המצוות שבתורה שבעל פה- **עובר באיסור זה**- כלומר אסור לו לעשות זאת.

רוב המפרשים חולקים עליו וסוברים שאיסור זה הוא רק במצוות "עשה". מאמינים כי מי שעושה את אותה מצווה כמה פעמים (כגון תוקע בשופר כמה פעמים או נוטל ארבעת המינים כמה פעמים) אינו עובר על איסור זה מכיוון שלא הוסיף על המצווה אלא רק קיים אותה מספר פעמים.

***טעם האיסור**: האל ציווה לנו תורה שלמה ללא חיסרון ומי שחושב שניתן להוסיף על המצוות ובכך להשלים את התורה, מראה שיש בה חיסרון והיא לא שלמה. מחשבה זו היא פגם באמונה ולכן אסר האל בתורתו להוסיף עליה.

4.5- "היכן צווננו?" ו"לא תסור"-

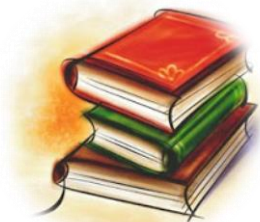
המשפט העברי מבוסס על התלמוד, שהוא הפרשנות המוסמכת לתורה.

השאלה: "היכן צווננו?" היא **שאלה המעלה ספק** האם לשמוע לחכמים, האם להדליק נרות בחנוכה, שכן אין זה כתוב בתורה (וגם לא יכול להיות כתוב כי תקופת החשמונאים המהווה את הבסיס לחנוכה, מאוחרת מהתנ"ך).

התשובה: ספר דברים פרק יז' פסוקים ח' ו-יא': "אשר ירוך והמשפט אשר יורו לך תעשה. לא תסור מן הדבר שיגידו לך ימין או שמאל". התשובה היא ש"צווננו" בתורה לשמוע לחכמים שיבואו אחריה.

***הבעיה ב"לא תסור" (משמעות ביקורת שיפוטית):**

ביהמ"ש העליון מפרש את החוק ושואל האם הוא תקף. "לא תסור" היא נורמה בסיסית ועל כל נורמה בסיסית ניתן לערער. **כוונת "לא תסור"** כנראה הייתה רק בדרך של מקרה פרטי של יישוב סכסוכים, אך הפרשנות אומרת שהכוונה של הפסוק היא גם לשמוע לחכמים בכל נושא ועניין. **יש כאן פרדוקס**-כשאני שואל מדוע אני צריך לציית לחכמים - מפנים אותי לפסוק בתנ"ך אשר אותו מפרשים החכמים כך שאני צריך להקשיב להם.



4.6- חומרי קריאה

4.6.1- רמב"ם- (מקרה בעמ' 179-178)

4.6.1.1- הלכות ממרים פרק א: א-ג

א ← בית דין הגדול שבירושלים--הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמוד ההוראה, ומהם חוק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהם הבטיחה תורה: שנאמר "על פי התורה אשר ירוך, ועל המשפט אשר יאמרו לך--תעשה" (דברים יז, יא), זו מצות עשה. וכל המאמין במשה רבנו ובתורתו--חייב לסמוך מעשה הדת אליהם, ולהישען עליהן.

ב ← כל מי שאינו עושה בהוראתן--עובר בלא תעשה, שנאמר "לא תסור, מכל הדבר אשר יגידו לך" (ראה דברים יז, יא). ואין לוקין על לאו זה, מפני שניתן לאזהרת מיתת בית דין: שכל חכם שמורה על דבריהם--מיתתו בחנק, שנאמר "והאיש אשר יעשה בזדון, לבלתי שמוע...". (דברים יז, יב).

ג ← אחד דברים שלמדו אותן מפי שמועה, והם תורה שבעל פה, ואחד דברים שלמדו אותן מפי דעתן באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שהדין בדבר זה כך הוא, ואחד דברים שעשו אותן סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה, והם הגזירות והתקנות והמנהגים--בכל אחד ואחד משלושה דברים אלו, מצות עשה לשמוע להן, והעובר על כל אחת מהן, עובר בלא תעשה.

4.6.1.2- הלכות ממרים פרק ב: ד-ט(נכון ש-ב' ו-ג' לא רשום, אבל אלה אנחנו. לפנק לפנק לפנק!)

ב ← בית דין שגזרו גזירה, או התקינו תקנה, והנהיגו מנהג, ופשט כל הדבר בכל ישראל, ועמד אחריהם בית דין אחר, וביקש לבטל דברי הראשונים ולעקור אותה התקנה ואותה הגזירה ואותו המנהג--אינו יכול, עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמניין.

ג ← היה גדול בחכמה אבל לא במניין, במניין אבל לא בחכמה--אינו יכול לבטל את דבריו; אפילו בטל טעם שבגללו גזרו הראשונים או התקינו--אין האחרונים יכולים לבטל, עד שיהיו גדולים מהם.

ד ← והיאך יהיו גדולים במניין, הואיל וכל בית דין ובית דין של שבעים ואחד הוא--זה מניין חכמי הדור שהסכימו וקיבלו הדבר שאמרו בית דין הגדול, ולא חלקו בו.

ה ← [ג] במה דברים אמורים, בדברים שלא אסרו אותן כדי לעשות סייג, אלא בשאר דיני תורה. אבל דברים שראו בית דין לגזור או לאסור אותן, לעשות סייג--אם פשט איסורן בכל ישראל--אין בית דין הגדול אחר יכול לעקור ולהתירן, אפילו היה גדול מן הראשונים.

ו ← [ד] ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו לפי שעה, אף על פי שהוא קטן מן הראשונים--שלא יהיו גזירות אלו חמורין מדברי תורה עצמה: שאפילו דברי תורה--יש לכל בית דין לעקור אותן, הוראת שעה.

ז ← כיצד: בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג, כדי שלא יעברו העם על התורה--מכין שלא כדין, ועונשין שלא כדין; אבל אין קובעין הדבר לדורות, ואומרין שהלכה כך היא.

ח ← וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה, או לעבור על מצות לא תעשה, כדי להחזיר רבים לדת, או להציל רבים מישראל מלהיכשל בדברים אחרים--עושין לפי מה שהשעה צריכה.

ט ← כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה, כדי שיחיה כולו: כך בית דין מורין בזמן מן הזמנים לעבור על מקצת מצוות לפי שעה, כדי שיתקיימו כולן--כדרך שאמרו חכמים הראשונים, חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה.



4.6.2-מנחם אלון (המשפט העברי- ע"מ 250-254)

1.מדרש התורה- מהותו ותפקידו של המדרש

הלכות משפטיות שונות מחמת מדרש שונה-

המדרש הינו אמצעי בידי חכמים ע"מ לפתור בעיה הלכתית או לקבוע עיקרון הלכתי מסוים. להלן **שתי דוגמאות לשימוש של חכמים בדרכי פרשנות:**

(1) **עילות לגירושין:** "והיה אם לא מצאה חן בעיניו כי מצא בה ערוות דבר, וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושילחה מביתו."

המחלוקת בפרשנות:

בית שמאי מסיקים **ישר מתוך הפסוק** "מצא בה ערוות דבר"=זנות, פריצות: אם זנתה, מגורשת.

בית הלל לומדים מתוך הפסוק מהמילים "ערוות דבר", אך לא מפרשים אותם כפשוטם, אלא מסתמכים על מקור אחר מהתורה. הסתמכותם היא **באנלוגיה** מול דיני מלחמה, בהם כתוב כי העם היוצא למלחמה חייב להקפיד גם במצב זה על היגיינה וסדרי ניקיון ראויים ומצוין: "והיה מחנך קדוש ולא יראה בך ערוות דבר..." כלומר ערוות דבר היא **לכל עניין של ביזיון**, דבר לא מכובד. מכאן בית הלל קובעים שגם בעניין גירוש אישה מספיק מקרה של ביזיון ע"מ לגרשה. (בית הלל מציינים שאפילו שרפה לו את האוכל יכול לגרשה).

רבי עקיבא גם הולך לפי פשט הפסוק, אך מפריד בין **העיקר והטפל לדעתו**. ר' עקיבא לומד מהפסוק כי מספיק שיראה אחת אחרת אשר יפה ממנה, ככתוב: "אם לא מצאה חן בעיניו".

אלו הן דוגמאות לפירוש שונה ע"י חכמים שונים. האחד הלך לפי הפשט (שמאי), שני ע"פ אנלוגיה (הילל) ושלישי ע"פ הפרדה בין עיקר לטפל בגוף הפסוק (ר' עקיבא).

(2) **דיני לווה ואלמנה**: ע"פ ההלכה, רשאי מלווה לקחת משכון ע"מ להבטיח את החזרת ההלוואה. עם זאת, התורה קבעה כללים לכך: במקרה שהלווה אדם עני, יש להשיב אליו את המשכון כל ערב. לרוב, המשכון היה בגד, הדבר נעשה כדי שיהיה לעני בגד כלשהוא לישון איתו (בתקופה זו מצב העוני היה חמור מאוד) - למחרת היה העני מחזיר את המשכון למלווה. בהמשך מצינת התורה כי: **בגד של אלמנה - אין ממשכנים** [אין לוקחים משכון מאלמנה]. **לפי המשנה**: לא לוקחים משכון מאלמנה, בין אם עשירה או עניה. המחלוקת בפרשנות [בגמרא]:

רבי יהודה - אין ממשכנים כלל.

ר' שמעון - אם עשירה - לוקחים משכון. אם עניה - לא לוקחים. הטעם לכך: מכיוון וכל ערב צריך להשיב לענייה את המשכון, לא יהיה מכובד לראות כל ערב אדם המגיע לבית אלמנה. מצד שני, אם היא עשירה - אין צורך להשיב כל ערב את המשכון.

ההבדל: מדרש מילולי - ר' יהודה מפרש את הפסוק לפי מובנו המילולי [אלמנה היא אלמנה ולא משנה מה מצבה הכספית]. **מדרש ההיגיון** - ר' שמעון מחפש את הנימוק: כוונת התורה לשמור על כבודה של האישה ולכן קבעה כי אין לקחת מהענייה משכון כלל (מחשש להשפלתה) ומהעשירה ניתן לקחת (לא תושפל כי לא יוחזר לה המשכון כל ערב).

עמ' 270-278

2. י"ג המידות

ר' ישמעאל קבע י"ג מידות - לפיהן יש לדרוש את הפירושים לתורה. מידות אלו נחלקות לשני סוגים כלליים:

(1) **המדרש המבאר** -

עוסק בהסברם וביאורם של פסוקי התורה ופרשותיה. כולל את **עשר המידות האחרונות**, ומחולק ל-4 קבוצות:

1. כלל ופרט (מידות ד-ז).

2. דבר שהיה בכלל ויצא מן הכלל (ח-יא).

3. דבר למד מעניינו ודבר הלמד מסופו (יב).

4. שני כתובים המכחישים זה את זה (יג).

(2) **המדרש המקיש** -

האנלוגי, המקיש מעניין לעניין לשם הרחבתו של המשפט העברי ולשם פתרון בעיות חדשות [כמו בית הילל בעילת הגירושין]. **כולל את שלוש המידות הראשונות**: קל וחומר, גזירה שווה ובניין אב. כולל גם את מידת "ההיקש" שאינה כלולה ב"יג המידות, אולם נחשבת למידה מיוחדת בתלמוד.

(3) **מדרש ההיגיון** - הסוג השלישי הנוסף קיים גם הוא, אך אינו נימנה עם י"ג המידות.

3. המדרש המבאר

מדרש זה בא כדי לתת הסבר מידי לכתוב בפסוק. **ניתן לחלקו לשניים**:

א. **מדרש המבאר מונחים ומושגים** -

(1) **הלכות שמיטה**:

לגבי שחרור עבד עברי נכתב בספר שמות: "שש שנים יעבוד, ובשביעית יצא לחופשי חנם". **נשאלת השאלה** - מה הכוונה ב"שביעית"? האם הכוונה לשנת העבודה השביעית, או לשנת השמיטה? [המשמעות היא שהעבד ישתחרר בשנת השמיטה, גם אם עברה רק שנת עבודת אחת]

הפירוש: הסתכלות בתחילת הפסוק מראה שכתוב "שש שנים יעבוד": כלומר מניין השנים הוא לפי עבודתו, ולא לפי שנת השמיטה. במקרה זה אין מחלוקת.

(2) **פרשיית "שמע ישראל"**:

על קריאת שמע נאמר: "ושיננתם לבניך ודיברתה בם... בשכבך ובקומך". **השאלה היא כיצד מפרשים את "בשכבך ובקומך"**, כלומר איך נעשית קריאת שמע?

בית שמאי יפרשו מילולית שהכוונה היא שבערב אנשים ישכבו ויאמרו את הקריאה ובבוקר יעמדו ויגידו אותה. **בית הלל** אומרים שהכוונה היא להגדרת מצב כללי: "בשכבך" - הכוונה כשאנשים שוכבים לישון, כלומר בלילה, "ובקומך" - הכוונה היא כשאנשים לרוב קמים, כלומר בבוקר. צריך לומר גם וגם.

ב. מדרש המבאר את תוכנה והיקפה של הוראה הלכתית משפטית [לשון חיבור וחילוק, לשון זכר ונקבה] -

ביאור ע"י פירוש **האותיות והמילים**, או עפ"י שיוך לזכר ונקבה.

(1) האות ו' מחברת - וגם, או מחלקת - או": כתוב "איש אשר יקלל את אביו ואת אימו, מות יומת, אביו ואימו קילל, דמיו בו".

נשאלת השאלה: האם תפקידה של ה-ו' הוא חיבור או "חלופה" [כמו המילה "או"]? אם קילל את אביו ואת אימו שניהם ברור העניין, אולם במקרה למשל של אב חורג ?

ר' יאשיה סובר שהאות ו' היא לחיבור בלבד, ואם רוצים להפריד יכתבו "או".

ר' יוחנן סובר שהאות ו' היא גם לחיבור וגם להפרדה, ואילו המילה "או" היא לדבר אחר לגמרי.

(2) לשון זכר ונקבה: התורה נכתבה בלשון זכר, אולם, היא מכוונת גם לנשים, במידה והתורה רוצה לפנות לגברים ספציפית היא כותבת **"איש"**.

(3) כללופרט: המידות באות כדילבאר מצביסבה שנההוראה הנוגעת לכלל מסוים אך מופיעים בפורטים נוספי סוכן עונה על השאלה הפוכה: איך עלינו להתייחס לכלל אחד מהחלקים בהוראה במצבה הפוך של פרטים אשר בסופם נכתב כלל.

- **כלל ופרט**: **"כלל ופרט - אין אתה דן אלא מה שבפרט"**. כלומר: אם כתוב כלל ולאחריו מפורטים פרטים - אז הפרטים הם הקובעים [הם מפרשים את הכלל].

לדוגמא: **"אדם כי יקריב מכם קרבן לה', מן בהמה, מן הבקר ומן הצאן תקריבו..."** בתחילת הפסוק קובעת "מן בהמה" שזה הגדרה כוללת גם לחיות, בהמשך כתוב **"מן הבקר ומן הצאן"** כלומר, מן בהמה הכוונה רק לבהמות הכשרות. **הכלל- מן בהמה, הפרט- ומן הבקר ומן הצאן**.

- **פרט וכלל**: **"פרט וכלל - נעשה כלל מוסיף על הפרט"**. כלומר, אם יש פרטים שבסופם כלל- למדים כי הפרטים הם דוגמאות בלבד, וכי הכלל הוא שקובע את ההוראה.

לדוגמא: בספר שמות פרק כ"ב מדובר על שומר אשר הרכוש עליו שמר ניגנב או ניטרף (ע"י בע"ח): **"כי ייתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור..."** - מכאן למדים כי הפרטים הם דוגמאות בלבד, והמקרא מתכוון למעשה לכל סוג של בהמה באשר היא. **הפרט-חמור או שור או שה, הכלל- כל בהמה**.

- **כלל ופרט וכלל**: **"כלל ופרט וכלל - אין אתה דן אלא כעין הפרט"**. חיבור בין שתי הצורות הנ"ל. ניתן ללכת לפי "כלל ופרט", ואפשר לפי "פרט וכלל". **חכמים עשו מעין ממוצע בין שתי המידות. אין הולכים ע"פ הכלל אך גם לא לפי הפרט אלא לדבר שהוא כ"עין הפרט"**.

לדוגמא: התורה קובעת כי גנב או שומר שטוען כי נגנב החפץ, אם נמצא כי הוא זה שגנב, חייב בתשלומי כפל. מה הם הדברים עליהם חייבים תשלומי כפל? "על כל דבר פשע, על שור, על חמור, על שה של שלמה, על כל אבידה... ישלם שניים לרעהו". בתחילה זהו כלל "על כל דבר פשע" בהמשך זהו פרט "על שור על חמור..." ובסוף שוב כלל "על כל אבידה...". **מכאן למדו חכמים כי תשלומי כפל הם**: רק במקרים שהם דומים לפרטים שבפסוק והם מטלטלין בעלי ערך כספי [ואין הדבר חל על קרקעות, עבדים או שטרות].

היחס שבין מידות "כלל ופרט" לבין מידות אחרות: נשאלת השאלה: מדוע נכתבו הדברים בצורה של כלל ופרט אם חצי מהכתוב מיותר? [ניתן גם ללמוד ע"י קל וחומר או בניין אב].

תשובה: בא הכתוב ללמדנו כי יש ללמוד מהמיקום של ההוראה בגוף הפסוק. יש לעשות אינטרפרטציה, פרשנות, לאותו פסוק לפני שהולכים להשוותו לפסוקים אחרים.

עמ' 283

"דבר הלמד מעניינו" -

במידה ויש ספק לגבי תוכנה של הוראה, יש לברר אותה מתוך הקשר הענייני בו מצויה.

דוג': בעשרת הדיברות כתוב **"לא תגנוב"**. על איזו סוג של גניבה מדובר [רכוש/ נפשות]?

דבר הלמד מעניינו הוא כי: בעשרת הדיברות רואים לפני "לא תגנוב" גם "לא תרצח" ו "לא תנאף", עבירות שדין מיתה [דיני נפשות], מכאן גם 'לא תגנוב' דן בדיני נפשות והכוונה בו לאיסור גניבת נפשות. מבררים מההקשר. דוג' נוספת: ניתן ללמוד מהפסוק: "לא תגנובו ולא תכחשו ולא תשקרו איש לעמיתו" כי מכיוון ונושא הקטע הוא דיני ממונות, הכוונה היא לגניבת רכוש.

עמ' 286-302

4. מדרש ההיגיון

- פירוש הכתוב בדרך ההיגיון.
- נחשב לחלק חשוב במדרש במשפט העברי, למרות שלא נכלל בייג המידות של ר' ישמעאל.
- דומה במגמתו למדרש המבאר שכמוהו בא ע"מ לפרש את הכתוב בדרך הגיונית וכך לעיתים יוצר הלכות ועקרונות משפטיים חדשים יותר מבמדרש המבאר. דוגמאות:

א. בספר דברים: אדם אשר שכב עם נערה מאורסת בשדה (מחוץ לעיר).

התורה קובעת: כי רק הגבר אשם וחייב מיתה ולא הנערה, וזאת משום שהדבר קרה בשדה. **חכמים דרשו:** כי עניין הפטור שמקבלת הנערה נובע מהתנגדותה. דהיינו- הנערה התנגדה, ביקשה עזרה, אך לא היה מי שיעזור לה. הואיל וכך, העובדה כי הדבר קרה בשדה אינה הכרחית לפטור את הנערה, אלא דוגמא בלבד, כי עזרה בד"כ לא תגיע במקום בודד, כמו- בשדה. **יוצא אפוא:** שלא המיקום הגיאוגרפי, אלא התנגדותה או אי-התנגדותה של הנערה היא הקובעת את פטורה [באם זה אונס] או חיובה [באם זו זנות].

ב. הלכות 'לווה ומלווה'.

התורה קובעת: אסור לקחת כמשכון אבני רחיים, כי הם דרושים לקיומו המינימאלי של אדם. **חכמים דרשו:** מכך שהגיונית אין הכוונה דווקא לאבני הרחיים ספציפית, אלא לכל דבר אשר הוא חיוני ביותר לקיומו הבסיסי של האדם.

ג. בספר שמות: "כי פתח..או..יכרה איש בור ולא יכסנו, ונפל שמה שור..בעל הבור ישלם כסף.. והמת יהיה לו"- מה פרוש "והמת יהיה לו"- למי? ניתן לומר שהמת שייך לבעל הבור, שהרי שילם לבעל החיה את כל הכסף - אבל אז למה זה רשום? [הרי זה ברור] ?

חכמים דרשו: מכאן למדים שהמת נישאר ברשות בעל החיה, ואילו בעל הבור משלם את ההפרש בין בע"ח חי למת. זוהי מסקנה מבחינה מעמיקה של הפסוק.

ד. קורבן פסח: "ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל בין הערביים...". האם יתכן שבאמת כל העם יחד מתקהל ושוחטים כל אחד את הקרבן?

דרשו חכמים: אדם אחד שוחט ומוציא ידי חובה את שאר הקהל [שליח]. זהו המקור למעשה לעיקרון של "שלוחו של אדם כמותו". המדרש הסתמך על הגיון הנובע מכורח [אלף איש לא ישחטו ביחד קורבן-זה לא הגיוני].

5. המדרש המקיש

לעיתים בעקבות התפתחות החיים נדרשו החכמים לבעיות שפתרונם לא נימצא ע"י שימוש במדרש המבאר וההיגיון וכך עלתה שיטת ה**היקש**- שהניבה פתרון לבעיות ע"י אנלוגיה של עניין מסוים עם עניין דומה במקור אחר.

ההיקש כולל מידה אחת שלא נכללה בייג המידות:

א. **ההיקש הכתוב**-היקש זה נחלק לשניים:

(1) **היקש מפורש:** בכתוב נאמר- אונס של נערה מאורסת דומה לאדם אשר קם לרצוח אדם אחר.

מתוך הדמיון (ההיקש) בין שני העניינים נלמד כי:

- כמו שמותר לפגוע באנס ע"מ להציל את הנערה, כך גם מותר לפגוע ברוצח אשר רודף אחר אדם לרוצחו.
- "ייהרג ובל יעבור"- הרי ידוע כי אם אומרים לאדם לרצוח, עליו לסרב גם אם זה יעלה לו בחייו, אותו הדין לעניין אדם אשר נאמר לו לפגוע באותה נערה.

(2) **היקש מכללא**: בהגדרת תפקיד הכהנים נאמר- "ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע": כוהנים הם הפוסקים בדיני ממונות (ריבים) ובענייני נגעים (טהרות).

יש בכך מכללא, שכן זהו היקש בין שני עניינים. אנו למדים על עניינים אלו זה מזה:

- נגעים מותר לבחון רק ביום - אז גם משפט נעשה רק ביום.
- בדין אסור לשופט לשפוט בעניין של קרוב - כך גם כהן אינו שופט בעניין נגע של קרובו.

חריגה: בנוגע לבחינת נגע בשלושה, הכתוב מכריע ופוסק בעניין ובכך מונע היקש: "והובא אל אהרון הכהן או אל אחד מבניו הכהנים" אחד ולא יותר.

ואת 3 המידות הראשונות של י"ג המידות:

א. קל וחומר-

- היקש על בסיס ההיגיון.
- **על מידה זו למדים מהתורה מס' פעמים**- משה במעמד הסנה הבווער אשר טוען "הן בני ישראל לא שמעו אלי, ואיך ישמעני פרעה".
- **קל וחומר הוא דו כיווני** - לימוד הקל מהחומר ← → לימוד החומר מהקל.

(1) לימוד החומר מהקל כדי להחמיר- בעניין "שומרים" נאמר 'בשומר שכר' כי במקרה שבו הבהמה נגנבה או אבדה, אז השומר חייב בנזק, אך במידה והבהמה נטרפה או מתה מיתה טבעית, השומר פטור. ולעניין אדם השואל את הבהמה ללא נתינת תמורה לבעלים, מהדינו? עונה התורה: אם מתה או נטרפה - חייב. ומה לעניין נגנבה, האם חייב? כאן אנולמדים שאם הוא חייב במצב שהבהמה מתה מיתה טבעית או נטרפה קל וחומר שיהיה חייב בגניבה או אבדן ה (גניבה זה חמור יותר).

(2) לימוד הקל מן החומר כדי להקל- בית שמאי ובית הלל נחלקו- האם מותר לאדם להקריב קרבן בחגים. בית הלל התירו ופרשו זאת כך: בשבת, שהיא חמורה יותר מכל החגים אסור לבשל, אפילו לא ע"מ לאכול, אך עדיין מקריבים קורבנות. אם כך- קל וחומר שבחג בו מותר לבשל לצורכי אכילה, יוכל כל אדם להקריב קרבן (חג זה קל יותר).

(3) דין הבא מן הדין להיות כנדון- הכלל קובע שהדין הנלמד אינו יכול להיות חמור יותר מן הדין במקור שממנו הוא נלמד. בשני המקרים הנ"ל ישנו "הנדון" [המקור ממנו למדים] וחלק "הבא מן הדין" [העניין אותו אנו למדים]. מספיק שההלכה אותה אנו רוצים ללמוד מה חמור יותר- תהיה חמורה כמותו ולא יותר, גם אם מתבקש שתהיה חמורה יותר. על מידה זו חל גם כלל הבא להגביל את העברת הדין.

ב. גזירה שווה-

- נותנת פתרונות הלכתיים ע"י מציאת זהות לשונית (צורנית) בין מילים או ביטויים ממקומות שונים, אף אם אין כל קשר בין השניים בתוכנם. על בסיס הדמיון הצורני.
- חכמים נחלקו: מתי ניתן להשתמש במידה זו? יש הסוברים תמיד, יש הסוברים רק במידה ואותה מילה/ביטוי **מיותר** (שהתוכן אינו משתנה בלעדיו) באחד מהמקורות בגזירה השווה.

יש לציין: דרך זו של לימוד מתוך גזירה שווה עלול להביא את הלומד להסקת **מסקנות מוטעות**, מפני שעושים הסקה בין נושאים בצורה לא ראויה בהכרח תמיד. לכן **תיקנו חכמים**: אין אדם רשאי לעשות לעצמו גזירה שווה, אלא רק אם קיבל אותה כמסורת. דוגמאות:

(1) בעניין "שומר שכר" ו-"שואל": נאמר כי הלה חייב במקרה של מוות או טריפה, ושואלים: **מניין למדים עליו לגבי שביה (שבי)?**

ע"י גזירה שווה: **בין שואל לבין שומר שכר**- בשני המקרים נכתב במקום תיאור מצב מוות או טריפה בלשון "ונישבר או מת", ואילו בשומר שכר הוסיפו גם את הכתוב "מת ונישבר או נישבה".

התוספת של המילה: "נישבה" בסמוך לביטוי המשותף מלמדת כי: **מקרה של שביה חל גם בשואל אך ניתן לסתור זאת**: הביטוי בשומר שכר בא ע"מ לפטור אותו מאחריות למקרים אלו, ואילו בשואל חיפשנו לחייב אותו.

(2) בעניין "ממזר" כתוב: "לא יבוא בקהל ה', גם דור עשירי" ובמקרה של אנשים מואביים או עמונים "לא יבוא בקהל ה', גם דור עשירי...עד עולם", למה נכתב "דור עשירי" לגבי העמים האחרים, בנוסף ל"עד עולם", הרי אם לא רשאים להיכלל בעם "עד עולם" ברור שגם דור עשירי לא יכול? למה התוספת?

חכמים: המילה "דור עשירי" מיותרת כאן ולכן עושים גזירה שווה לעניין ממזר, אשר בו מוזכר גם הביטוי "דור עשירי", דהיינו - כמו שמואבי ועמוני אינם יכולים להיכלל לעולם בבני ישראל, כך גם ממזר אינו יכול, עד עולם.

ג. בניין אב-

- מקישים על מסקנה מסוימת מתוך עניין אחד או מתוך כמה עניינים ע"פ הדמיון שביניהם.
- ר' ישמעאל הביא שני סוגים של בניין אב: (1) בניין אב מכתוב אחד (2) בניין אב משני כתובים.

אולם, ידוע גם על בניין אב משלושה כתובים ובניין אב מארבעה כתובים.

- המילה שמתארת במפורש היא ה"אב" ממנה ניתן ללמוד במדויק.

- מה שניתן ללמוד/להסיק מזה הוא ה"בניין". דוגמאות:

(1) בניין אב מכתוב אחד (ממילה אחת) - כתוב לגבי "דיני עדות": "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת... על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר".

שואלים: מדוע כתוב "עד אחד"? הרי ברור שעד הוא רק אחד.

עונים: התורה הוסיפה "אחד" כיוון שבכל מקום שרשום "עד" הכוונה היא ליחידת עדות (שהיא לפחות שניים). אם רוצים להדגיש שזהו עד אחד בלבד, התורה מציינת זאת במפורש. המילה "אחד" בעניין זה היא ה"אב" ממנו אנו למדים לעניינו, ומה שלמדנו כאמור הוא ה"בניין".

(2) בניין אב משני כתובים- לעניין "עבדים" מוזכר כי: במידה ואדם גורם מוס לעבדו ע"י פגיעה בעינו או בשיניו, חייב בעליו לשחררו.

שואלים: מדוע רק שני חלקים אלו בגוף הוזכרו, וכן מדוע לא הסתפקו באחד ללמד על השאר? **עונים:** [במסכת סנהדרין] לא ניתן ללמוד מאיבר אחד לשני, אולם משניהם ניתן ללמוד שהם מומים קבועים, גלויים וראשי-איברים (קצות איברים, כגון אף, אצבעות) לכן במקרה של פגיעה בכל אחד מהאיברים העונים לקריטריונים הללו, יש חובה לשחרר את העבד.

(3) בניין אב משלושה כתובים- התורה מביאה שלושה כלי רצח העשויים מחומרים שונים: עץ, אבן וברזל וקובעת שגרימת מוות ע"י אחד מהם- דינה מיתה שכן זהו רצח.

שואלים: מה דינו של זה שרצח ולא ע"י כלים אלו?

עונים: מכיוון ואין דין כלי מחומר מסוים כדין כלי מחומר אחר, ומכיוון וניתנו כל החומרים לחוד, אנו למדים כי לא סוג החומר הוא שקובע, אלא מטרתו של הכלי ויהא החומר אשר יהא, ובלבד שמטרתו היא רצח.

(4) בניין אב מארבעה כתובים- ישנם ארבעה מצבים המופיעים במקרא, בהם אדם מזיק ע"י ממונו: כריית בור, שור שנוגח, אש ובהמה שאוכלת בשדה אחר.

אומרים חכמים: הוצרכנו לכתוב את כל הסוגים הללו ולא להסתפק באחד, משום שכל אחד מנזיקין אלו שונה במהותו ממשנהו, אולם המשותף לכולם הוא שהם יוצרים נזק, ומתוך המכנה המשותף הוא: שאדם אשר באחריותו דבר העלול להזיק בכל דרך שהיא, חייב בנזק הנגרם.

סדר העדיפויות במידות ההיקש-

עדיפות 1: ההיקש הכתוב. שהרי זה כמו שכתוב בתורה בפירוש.

עדיפות 2: הגזירה השווה אשר הועברה במסורת.

עדיפות 3: מידת "קל וחומר" אשר כפי שמצאנו יסודה מהתורה עצמה.

עדיפות 4: מידת בניין אב.

6. מדרש התורה בתקופת האמוראים

לא השתמשו כמעט במדרש המבאר/המקיש. מדוע? המשנה צמצמה את הצורך לפירוש פסוקים ישירות מהמקרא. למרות שהאמוראים ראו עצמם מוסמכים לדרוש בתורה, הרי אחרי שנכתבה המשנה ע"י רבי יהודה הנשיא- הלימוד נעשה מתוך המשנה, ולא השתמשו כמעט במדרש מבאר או המדרש המקיש. המשנה הפכה ל"ספר החוקים", אך התורה עדיין עליונה, מנביעה הלכות.

עמ' 805-815

7. הסברא [הגיון משפטי]

1. הגדרת הסברא כמקור משפטי

- הסברא היא למעשה ההיגיון אשר עומד מאחורי מחשבת החכמים.
- בוחנת בצורה שכלית את מהות העקרונות המשפטיים [לפי אמות מידה חברתיים ותואמי מציאות]. לכל פעולה מדרשית קודמים הסברא וההיגיון שמסתמכים על מציאות וצרכים.
- כל חכם מבסס את דבריו על הסברא, אולם אין הסברא אלא כלי ליווי למקור המשפטי הישיר[שהוא המדרש, החקיקה והמנהג].
- את הסברא, כמקור משפטי מובהק ועיקרי, נמצא רק במקרים שאותה הלכה מסוימת קיימת רק בזכות הסברא וההיגיון בלבד.
- הסברא הינה בעלת מעמד מיוחד, שכן בניגוד למנהגים או תקנות אשר נכללות בגדר "דרבנן", הלכה שמקורה מסברא מסווגת כהלכה "דאורייתא"-זאת מתוך העיקרון הבסיסי שהתורה ניתנה על דעת חכמים. כשחכמים לוקחים סמכות - הרי חוקיהם "דרבנן" וכאשר חכמים יוצרים - הרי זה מ"דאורייתא".

2. הסברא כמקור ליצירת הלכות שונות

עיקרון של "ייהרג ובל יעבור" נוגע - ע"פ מסכת סנהדרין- לשלושה מצבים: עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים. בתורה קיימים מקורות לכלל זה לגבי עבודה זרה וגילוי עריות, אולם לגבי שפיכות דמים אין מקור מהמקרא ← המקור לכך נובע מסברא.

מקור הסברא "ייהרג ובל יעבור" נובע מדברי רבא שפנה אליו אדם וטען כי נצטווה ע"י המושל הנוכרי להרוג אדם אחר ולא, ייהרג בעצמו. רבא פסק כי אסור לו להרוג, גם במחיר חייו שלו שכן אם יהרוג את האדם השני, הרי גם עבר עבירה וגם אבדה נפש מישראל. ההיגיון: בשאר המצוות מותר לעבור עבירה ע"מ שלא יקרה כלום לנפש, ואז ישנה עבירה אבל האדם נשאר חי, בסיטואציה שלנו גם נעברת עבירה וגם אובדת נפש מישראל. עדיף שיקרה רק דבר אחד מביניהם.

3. הסברא כמקור ליצירת עקרונות משפטיים כלליים

כמו בכל מערכת משפטית, גם בהלכה ישנם כללים שמהווים מעין שלד למערכת המשפטית. כללים אלו בהלכה נהגו ע"י הסברא, ירידה לעומקם של דברים והעלאת הפן האנושי של העניין.

להלן כמה כללים משפטיים שנבעו מסברא:

(1) המוציא מחברו עליו הראיה: חכמים למדו זאת מהפסוק "מי בעל דברים ייגש אליהם", שאמר משה לישראל לפני עלותו להר סיני, והפנה את העם לפתרון בעיות לאהרון. כלומר מי שיש לו בעיה יביא ראיה אליהם. רבאשי מקשה: הרי ברור שאם יש לאדם בעיה, כמו מחלה למשל, ברור שהוא צריך ללכת לרופא, ולא הרופא צריך לחפש אותו, מדוע צריך להביא זאת מפסוק?

כאן למעשה הגיעו לאותו כלל בשתי דרכים שונות: (1) ע"פ היגיון פשוט; (2) סברא אשר משתמשת בפסוק כאסמכתא בלבד, כמדרש מקיים ולא יוצר.

(2) הפה שאסר הוא הפה שהתיר: דוגמא- ראובן אמר לשמעון שהשדה שברשותו (רשות ראובן) היה שייך פעם לאביו של שמעון וכי הוא, ראובן, קנה אותו ממנו (אביו של שמעון). בהנחה שלשמעון אין כל הוכחה כי השדה אכן היה של אביו, הרי אנו נאמין לראובן בכך שאמר והודה כי השדה אכן היה של אביו של שמעון, זאת מכיוון, שכאשר בעל דין מודה בדבר שעלול להחמיר איתו, דומה הודאתו למאה עדים שאמרו כך. לכן מאמינים לו שהשדה היה של אביו של שמעון, אבל אין מאמינים לו שהוא אכן קנה אותו ממנו, ועל כך עליו להביא הוכחות (עדים/שטר). אלא

שכאן מביאה המשנה את הכלל הנ"ל, אשר נותן גב גם לטענתו של ראובן כי הוא קנה את השדה, **משום שבמו פיו ראובן יצר לעצמו איסור (=החמיר עם עצמו), והרי יכל לשתוק ושמעון לא היה יודע דבר, לכן פיו של ראובן נאמן גם לקבוע שהוא אכן קנה את השדה. אבל:** אם לשמעון יש עדים לכך שהשדה היה של אביו, אין ראובן יכול להסתפק בדיבורו בלבד אלא עליו להמציא עדים/שטר. **דוגמא נוספת:** אותה הלכה חלה גם בדיני איסור והיתר ולא רק ממונות, כגון אישה שאמרה "אשת איש הייתי וגרושה אני". כאשר חכמים באו למצוא את הבסיס לכלל במקרא, היו שטענו כי אין צורך בכך שהרי הגיוני הוא שדבר אשר נאמן (במקרה שאין הוכחות נוספות) לאסור על עצמו דבר, נאמן גם להתיר.

(3) חזקה (הנחה משפטית): ענייני "החזקות" (כהשערה משפטית) נובעים מסברא. **לדוגמא:** חזקת חי - כלומר אדם ללא ילדים חולה או זקן שולח גט לאשתו ע"י שליח, כאשר השליח מגיע אל אשתו **יוצאים מנקודת הנחה (חזקה) כי הבעל עדיין חי (למרות מצבו הקשה), וכי הגט תקף.**

(4) הליכה עפ"י רוב: ישנו הפסוק "אחרי רבים להטות" - **אולם ישנו גם רוב אחר(!), רוב שאיננו מול העיניים,** ואשר אנו סוברים כך מתוך **ההיגיון. לדוג':** אישה נשואה ששכבה עם גבר אחר, וכתוצאה מכך נולד ילד, ע"פ ההלכה הוא ממזר - אך חכמים, ביודעם את המשמעות החמורה של ממזר בישראל, **יוצאים מנק' הנחה שהילד הוא מאביו החוקי, שכן, המעשה עם הגבר האחר היה חד"פ ולכן הגיונית לרשום לזכות בעלה את רוב הפעמים ששכבו,** ויתכן שהילד ממנו.

–יחידה זמישית–
מוסד הנשואין לדורותינו



5. מוסד הנישואין לדורותינו

**** המונחים והביטויים ליחידה זו מופיעים בהגדרתם בהקשרם במהלך היחידה****

לנוחיותך רשימת המושגים:

מונוגמיה, ביגמיה, פוליגמיה, פוליגניה, פוליאנדריה, אירוסין, קידושין, נישואין, חופה, גט, נישואי בוסר, קטן, גדול, נערה, גדולה, בוגרת, patria potestas, רשות האב, ייבוס, חליצה, אין קידושין תופסין.

! בתלמוד – "מסכת קידושין" עוסקת בנישואין, ו"מסכת גיטין" עוסקת בגירושין.

***המשפט הישראלי איננו זהה למשפט העברי בתחום הנישואין, אולם המשפט הישראלי הושפע רבות מהעברי. מוסד הנישואין נחלק לשני חלקים:**



- דין תורה המקורי – החוק המקראי
- המקורות המשפטיים – כיצד נוצרו נורמות חדשות לאחר דין תורה, עליו ונגדו.

5.1- החוק המקראי

דברים כד' א' - ד' - "ייקה איש אישה ובעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו..... נותן לך נחלה".(עמ' 204 במקראה)

***אדם לא ייקח את גרושתו בשנית**

במשפט העברי ההלכה אומרת: אסור להחזיר את הגרושה לאחר שנישאה לאחר והתגרשה ממנו. כלומר, כשאדם לוקח לו אישה ומוצא בה פגם רציני המהווה עילה לגירושין - הוא כותב לה גט, נותן הגט בידה, ומשלח אותה מביתו. לאחר מכן היא מתחתנת עם איש שני וגם האיש השני מגרש אותה, בעלה הראשון לא יוכל לקחת אותה שוב לאישה "כי תועבה היא ולא תחטיא את הארץ".

****מדוע שלא ייקח אותה לאישה בשנית?**

הרמב"ן - התורה מצדדת ב"לא תנאף" במוסד הנישואים (קיימות חמש עשרה גישות נוספות לשאלה זו).

במשפט המוסלמי אם אדם מגרש אישה הוא לא יכול לקחת אותה חזרה אלא אם כן נישאה לשני והוא גירש אותה. במשפט המוסלמי ניתן לגרש אישה בקלות - יש לומר שלוש פעמים "צאיי" וכדי לבלום את הכוח הזה של גירושין קלים, נאמר לבעל שהוא לא יוכל להתחרט ולהתחתן עמה שוב, אלא אם כן התחתנה לשני והתגרשה ממנו.

5.2-ניאוף

דברים כ"ב פסוק כ"ב- "כי ימצא איש השוכב עם אשה בעולת בעל ומתו גם שניהם ובערת הרע מישראל"

העונש - לפי פסוק זה העונש לנואף ונואפת הוא משפט מוות. מדובר במשפט פלילי.

ניאוף-קיום יחסי מין עם אשת איש (בעולת בעל).

לעומת זאת, לא חשוב מעמדו של הגבר, אדם נשוי המקיים יחסי מין עם אישה פנויה- זה לא ניאוף אלא זנות! הגורם המשנה הוא מעמד האישה- הוא הקובע האם מדובר בניאוף או לאו. אין זה אומר שאדם נשוי רשאי לקיים יחסים עם אישה שהיא איננה אשתו, אולם זה אינו ניאוף.



5.2.1-מעמד האישה

ראשית הפמיניזם בישראל, טמון בפסוק הזה.

גורלה של אישה נשואה הנואפת במשפט של המזרח הקרוב (אשור, בבל ומסופוטמיה), אינו בהכרח מוות.

הדבר תלוי בדעת אביה ובדעת בעלה. האב והבעל מחליטים יחד האם לוותר לאישה הנואפת או לא לוותר ואז להרוג אותה (הם מחליטים על גזר דינה). לאישה במזרח הקרוב אין מעמד משפטי ולכן, היא שייכת לבעל ולאב ונתונה בידי החלטותיהם וגורלה תלוי בהם.

לפי הפסוק בספר דברים – **”ומתו גם שניהם”** – לאישה יש מעמד משפטי והחלטת המיתה אינו נתון בידי הבעל או האב. ההחלטה נתונה בידי בית המשפט. יש כאן **הענקת מעמד משפטי לאישה** בישראל לפי הפסוק של ספר דברים.

הפסוק קובע **שהניאוף תלוי במעמד האישה**. עובדה זו משקפת חברה בעלת סטנדרטים חלוקים. הגבר אינו מוגבל בנשיאת נשים ואילו האישה כן. גבר נשוי הבוגד בה עם אישה נוספת, לא יחשב נואף כיוון שלפי החוק יוכל להינשא גם לה, ואילו האישה, אינה יכולה להינשא ליותר מבעל אחד. כלומר, אישה מוגבלת לנישואין לאדם אחד ואילו הגבר לא.



5.2.2-חברה פוליגאמית

פוליגמיה – ריבוי נישואין, פוליגיניה – ריבוי נשים, פוליאנדריה – ריבוי גברים, מונוגמיה – בעל אחד.

לפי הפסוק, מדובר על **חברה פוליגאמית**. בזמן תקופת התנ”ך, החברה הייתה ברובה חברה פוליגמית (מעל 80%). כמו כן הרוב המכריע היה פוליגיניה (75%) לעומת פוליאנדריה שהייתה נדירה (פחות מ-5%).

נשאלת השאלה מדוע הפוליגמיה הייתה הצורה השכיחה בתקופה זו? מדוע רשאי גבר לקחת כמה נשים ואילו האישה מנועה מלקחת יותר מבעל אחד? מדוע הסטנדרטים הללו חלוקים?

יש לכך כמה סיבות:

- (א) הבדל פיזי – הגבר הוא שרירי וחזק יותר – עובדה ביולוגית. מעצם היותו חזק הוא כובש את הנשים.
- (ב) היה ריבוי מלחמות וצייד בהם הגברים היו נהרגים – נוצר מצב של מיעוט גברים.
- (ג) הפוליגיניה מקדמת ילודה. גבר הנשוי לכמה נשים יכול להביא מספר ילדים מדי שנה לעומת ילד אחד כאשר הוא נשוי לאישה אחת.

מבחינה מסוימת יש אי שוויון ביולוגי בין הזכר לנקבה. כל אישה היולדת, יודעת כי הילד שלה הוא בנה ואילו גבר שמוליד, לא יכול להיות בטוח בוודאות כי זה הילד שלו. לשם כך, נוסד מוסד הנישואין - על מנת שהגבר ידע מי הוא הילד שלו. האישה אינה זקוקה לנישואין על מנת לדעת מי הילד שלה להבדיל מהגבר.

ההנחה ע”פ מוסד הנישואין היא כי ילד שנולד לאישה נשואה הוא ילד ששייך לבעלה ומגיע ממנו. מוסד הנישואין מכאן, נועד בשביל הגבר. הגבר במוסד הנישואין מקדש את האישה והוא נותן לה את הטבעת. זהו דין תורה מקורי. **לפי דין תורה אדם יכול לגרש את אשתו בעל כורחה**. גט בעל כורחו של הבעל לפי דין התורה הוא אסור – זהו גט פסול. אולם, אישה המתגרשת בעל כורחה זה מותר. **הנישואין נועדו בשביל הגבר** - כדי שידע מי הילד שלו. בשל סיבה זו, גט בעל כורחו של הבעל- פסול הוא, אלא רק בעל כורחה של אישה הגט לגיטימי. **אי השוויון הביולוגי הופך להיות אי השוויון בגט.**

דברים כ"ב פסוק כ"ג – כ"ז:

"כג כי יהיה נער בתולה, מארשה לאיש; ומצאה איש בעיר, ושכב עמה. כד והוצאתם את-שניהם אל-שער העיר ההוא, וסקלתם אתם באבנים ומתו--את-הנער על-דבר אשר לא-צעקה בעיר, ואת-האיש על-דבר אשר-ענה את-אשת רעהו; ובערת הרע, מקרבך. (ס) {כה ואם-בשדה ומצא האיש, את-הנער המארשה, והחזיק-בה האיש, ושכב עמה: ומת, האיש אשר-שכב עמה--לבדו. כו ולנער לא-תעשה דבר, אין לנער חטא מות: כי כאשר יקום איש על-רעהו, ורצחו נפש--כו, הדבר הזה. כז כי בשדה, מצאה; צעקה, הנער המארשה, ואין מושיע, לה."

פסוק כ"ג – מדובר במשפט של נערה שעוברת ניאוף אולם לא צועקת בעיר – כלומר ניתן לפרש שהיא הסכימה לכך. מוצג כאן הבדל בין פיתוי לבין אינוס. **פיתוי** מהווה עבירת **ניאוף** לשני הצדדים אולם אם הגבר **אנס** אותה הוא הנואף והיא החפה מפשע. מדובר כאן על פיתוי בעיר אולם האונס התבצע בשדה. (עיר משולה למקום הומה בו אם תצעק הנערה ישמעו אותה ויוכלו לעזור לה, לעומת שדה כמקום מבודד בו אם תצעק לא ישמעו אותה).

מה בדבר אישה נשואה המקיימת יחסי מין מרצונה בשדה? או מה דינה של אישה נשואה שנאנסה בעיר?

חז"ל אומרים ש"עיר" ו"שדה" הם דוגמאות.

5.2.4-מוסד הנישואין

פסוק כ"ג מתאר נערה בתולה המאורסת לאיש. איך היא יכולה להיות אשת רעהו אם היא בתולה (איך הם נשואים ולא שכבו?) ואיך היא אשתו אם היא רק מאורסת. יש כאן סתירה. התשובה לכך היא שהאירוסים כפי שאנחנו מכירים אינם עולים בקנה אחד עם אירוסין של התורה. בדין העברי הקדום, חז"ל קראו לאירוסין – קידושין. קידושין משמעותו אקט פורמאלי (משפטי), אדם הנושא טבעת, ואומר לאישה שהיא מקודשת לו כדת משה וישראל ולאחר נתינת הטבעת היא מקודשת.



(1) התוצאה המשפטית מן הקידושין

- יחסי המין – אינם נחשבים לזנות. היא מקודשת ולכן עולה כאן גם נושא הניאוף.
- בשביל להתנתק מהקידושין, יש לבקש גט.

מטרת החתונה מראש היא בשביל לבנות בית ולהקים משפחה. כלומר, לאחר הקידושין, יש נישואין. מטרת הנישואין היא שונה.



(2) התוצאה המשפטית של נישואין

- יחסי אישות – בניית בית ומשפחה משותפים.
- קיום יחידה כלכלית עצמאית.

בתהליך החתונה, יש תוצאות **לקידושין** (שהן שליליות – ניאוף וגט) אולם מטרת החתונה והרצון להתחתן נמצאים **בנישואין**.

לפי התנ"ך, הגבר והאישה מתארסים –**קידושין** ואז הם נפרדים למשך 12 חודשים. בתקופה זו הבעל בונה את הבית והאישה הולכת לביתה על מנת ללמוד לבשל וללמוד את מטלות עקרת הבית. לאחר 12 חודשים, השניים **נישאים** תחת חופה. חופה משמעותה בית סמלי – זה מדמה קורת בית שכן מעתה הם יגורו יחדיו.

בתקופת התנ"ך הנורמה הייתה להתחתן לפני גיל הבגרות, לפני קבלת הווסת והיכולת להיכנס להריון. הפרידה של 12 החודשים, מאפשרת לאותה נערה לסיים את תקופת ההתבגרות. לכן לפני הנישואין, באירוסין, הנערה עדיין בתולה. את היחסים מקיימים רק לאחר החופה. ניתן לשער כי יכולות לעלות בעיות רבות בזמן תקופת ההמתנה. יכול להיות שבתקופה זו האישה תתפתה ותבגוד, תיאנס או תפגע.

5.2.4.1-השפעת הגיל על מוסד הנישואין

בעבר הייתה לכך חשיבות מאוד גדולה. ישנו הבדל בין גיל הגבר לגיל האישה. נשאלת השאלה מהו ההבדל המשפטי בין בגיר לקטין. התשובה לכך היא שקטין אינו משועבד לחוק ואילו בגיר כן. (כאשר אדם חוצה את גיל 18 הוא חייב בחוק מדינת ישראל). בגיר הוא אדם המשועבד לחוק. גיל בר המצווה משמעותו – משועבד לחוק.

(1) לפי החוק העברי

זכר - הינו קטין עד גיל 13 שנה. זוהי גישה כרונולוגית. בנוסף יש דרישה לתנאים פיזיולוגיים (למשל גידול שפם). אם הוא אינו עומד בשתי הדרישות של כרונולוגי ופיזיולוגי, הוא אינו בגיר אלא קטין.

אישה – מצב יותר מורכב. אצל אישה ישנם כמה סטאטוסים: נערה ובוגרת.

- **נערה** - אישה היא קטינה עד גיל 12 שנה. גם כאן הדרישה היא כרונולוגית מבחינת הגיל ודרישה פיזיולוגית כמו קבלת ווסת. ללא שתי דרישות אלו, היא אינה נערה אלא קטינה.
- **בוגרת** - משמעותה אישה שהינה בת 12 ועוד שישה חודשים.

בעבר הייתה חשיבות רבה להשיא את הנערות עוד בטרם הבגרות. היא צריכה להיות נשואה כאשר היא מתבגרת על מנת שלא תישאר בתולה זמן רב.

(2) לפי המשפט הרומי

לפי המשפט הרומי, כל ילד וכל ילדה רומית, בדומה לעבדים שלהם, היו ברשות האבא. כלומר, ילדה בת 20 שאינה נשואה היא ברשות אביה. לפיכך, מעשייה יהיו מוטלים על האב, הוא נושא את האחריות המלאה עלייה.

*** לפי המשפט העברי, האישה גם נמצאת ברשות אביה, ולכן אם היא נואפת בבעלה, האב יכול לבחור להמית אותה. למעשה, אין לה מעמד משפטי – היא ברשות אביה.

במשפט הרומי ישנו מושג חשוב – **patria potestas** - כלומר, ברשות האב. הכוח בידי האב והוא נמצא בידו למשך כל ימי חייו. כל זמן שהוא חיי, ילדיו ברשותו.

במשפט העברי יש הבדל גדול כיוון שהבן איננו ברשות האב. עד גיל 13 הילד הוא ללא מעמד משפטי ולאחר מכן הוא משועבד לחוק. האב ישמש האפוטרופוס לבן עד גיל 13 אולם, האב אינו potestas שלו. אצל הנקבה, כאשר היא קטינה ונערה, היא ברשות אביה כלומר עד גיל 12 ועוד שישה חודשים. לאחר מכן, היא בוגרת ולכן לאב אין יותר שליטה עלייה והיא עוברת לידי בעלה. ולכן, בזמן החתונה, כאשר היא עדיין נערה, הטבעת של הנישואין עוברת להיות בבעלות אביה.

במסורת היהודית, חתונה משמעותה איחוד שתי משפחות.



5.2.5- "הלכת רודף"

פסוק כ"ה - "אם בשדה ימצא איש את האישה המאורסה, ימות האיש לבדו" התורה חוזרת על הרעיון לפיו הנערה שנאנסה אינה נושאת באחריות פלילית. פסוקים כ"ו וכ"ז לא מוסיפים על כך כלום. אין המחוקק שופך דיו חינם. חז"ל קובעים שיש דברים רבים ללמוד מפסוקים אלו: חז"ל אומרים כי המחוקק מוכר כאן אנלוגיה. הוא מציד את האנלוגיה בין הרצח והאונס. הוא משווה ביניהם. האנלוגיה הזו מלמדת אותנו כמה דברים חשובים:

1. על האונס
2. על הרצח

5.2.5.1 - אונס

פס"ד לכל אזרח - אם היה מי שיושיע את הנערה, היינו מצפים שהוא יושיע אותה. נשאלת השאלה, מה קורה כאשר לא ניתן להושיע אותה אלא אם כן הורגים את האונס? בפסוק כתוב "אין מושיע לה" ללא מגבלות כלומר, ניתן לפרש זאת שיש להושיע אותה גם אם זה בא על חשבון חיי האונס. כמו כן, התורה מדברת על כל אזרח. כלומר, לא רק איש חוק צריך להושיע אותה אלא גם אזרח – אזרח יכול להרוג אדם שני לפי חוק כיוון שהוא בא לאונס.

"לפני ביצוע" - דבר שני, התורה דוגלת בשלטון החוק – אתה לא לוקח את החוק לידייך. יש כאן בעיה כיוון שמדובר בהרג אדם לפני ביצוע מעשיו – האונס.

זוהי **הלכת רודף**. הרודף אחרי הנערה לאונס אותה, יש להושיע אותה בחיי האונס עוד בטרם מעשיו. זהו משפט נדיר האומר כי כל אזרח חייב לפעול ללא תנאים כאשר אין לו זמן להזעיק את המשטרה. כמו כן, יש לבצע זאת לפני שהעבירה מתבצעת.

כלומר, הלכת רודף אומרת כי "הרודף אחרי נערה המאורסת, מציל אותה בנפש הרודף". יש כאן שתי הלכות. (א) כל אזרח עושה זאת ולא הממסד המשפטי. (ב) עושים זאת לפני העשייה של העבירה, האונס. זהו חידוש של שלטון החוק.

5.2.5.2 - רצח

האנלוגיה למעשה מאפשרת להעביר את דין "רודף" מהאונס לרצח.

נשאלת השאלה נפשו של מי קודמת במצב של סכנת חיים. האם זה של הרוצח או של הנרצח. ברצח אומרים כי הואיל ותלך לאיבוד נפשו של אדם אחד ולא ניתן להחליט נפשו של מי חשובה אז הדין הוא "ייהרג ואל יעבור". כלומר, בתורה אומרים שפיקוח נפש דוחה את המצוות. ישנו חריג – לגבי לא תרצח בשליחות דמים זה לא תופס.

יש כאן למעשה אנלוגיה הפוכה. כלומר, משליכים זאת מהרצח על האיננס.

לסיכום, יש כאן אנלוגיה זו כיוונית מאונס לרצח ומרצח לאונס.

5.2.6 - מוסד המשפחה



דברים כ"ה פסוק ה – פסוק י'

"ה כִּי-יָשְׁבוּ אֲחִים יַחְדָּו, וּמֵת אֶחָד מֵהֶם וּבֶן אֵין-לוֹ--לֹא-תִהְיֶה אִשֶׁת-הַמֵּת הַחוּצָה, לְאִישׁ זָר: ִבְמָה יָבֵא עָלֶיךָ, וּלְקַחָהּ לוֹ לְאִשָּׁה וַיְבַמָּהּ. וְהָיָה, הַבְּכוֹר אֲשֶׁר תִּלְד--יָקוּם, עַל-שֵׁם אֲחִיו הַמֵּת; וְלֹא-יִמָּחַ שְׁמוֹ, מִיִּשְׂרָאֵל. ז וְאִם-לֹא יִחְפֹּץ הָאִישׁ, לְקַחַת אֶת-יְבַמָּתוֹ; וְעָלְתָה יְבַמָּתוֹ הַשְּׂעֵרָה אֶל-הַזְּקֵנִים, וְאָמְרָה מֵאֵן יְבַמִּי לְהַקִּים לְאֲחִיו שֵׁם בְּיִשְׂרָאֵל-- לֹא אָבָה, יְבַמִּי. ח וְקָרְאוּ-לוֹ זְקֵנֵי-עִירוֹ, וְדָבְרוּ אֵלָיו; וְעָמַד וְאָמַר, לֹא חִפַּצְתִּי לְקַחְתָּהּ. ט וַיִּנְגְּשָׁה יְבַמָּתוֹ אֵלָיו, לְעֵינֵי הַזְּקֵנִים, וְחָלְצָה נַעֲלוּ מֵעַל רַגְלוֹ, וַיִּרְקַח בְּפָנָיו; וְעָנְתָה, וְאָמְרָה, כִּכָּה יַעֲשֶׂה לְאִישׁ, אֲשֶׁר לֹא-יְבַנֶּה אֶת-בֵּית אֲחִיו. י וַיִּקְרָא שְׁמוֹ, בְּיִשְׂרָאֵל: ִבֵּית, חֲלוּץ הַנֶּעֱל." .

כאשר אנשים בעולם המודרני רוצים להתחתן, הם מבצעים פעולה **משפטית**. כלומר, גם נישואים וגם משפחה הם מושגים משפטיים שנתונים ברשויות השלטון. **ביהדות המצב שונה**. החיבור ביניהם אינו קשר משפטי, החיבור ביניהם אינו אף ורק ביניהם. במשפט העברי אין ילד לא חוקי כיוון שהחוק אינו זה שקובע. בהלכה הילד הוא פרי הוריו. יש כאן שני עולמות שונים:

- עולם מודרני – נישואים הוא אקט המשטר והילד הוא ילד על פי חוק.
- בישראל (בהלכה) – החיבור הוא בין שני אנשים והילד הוא שלהם והוא לגיטימי.

במצב של ערירות, גישת העולם המודרני היא טובה כיוון שהחוק יכול לסדר לעירי ילד והמשכיות.

אם המשפחה היא לפי חוק, המדינה מחתנת אותם והם נשואים כחוק – יש להם ילדים. אם אינם נשואים כחוק, אין להם ילדים.

1.6.2-5-אימוץ ייבום וחליצה

א. ייבום

ייבום הוא האימוץ המקראי. הרעיון הוא לתת לאדם יורש. בימי הביניים לא היו מאמצים ילדים לטובת הילד אלא לטובת המאמצים. אימוץ משמעותו, לאימוץ זרע מהגיס (אח האב). כלומר, מתגברים על הערירות **בדרך ביולוגית ולא בדרך משפטית.** האישה האלמנה מתחתנת עם אחי הנפטרה (אח בעלה), והילד הראשון הנולד מזיווג זה, יקרא על שם הנפטר ובכך מתגברת ההלכה על בעיית הערירות ומביאה לעולם דור המשך ויורש מדמו של האדם שנפטר.

דברים כ"ה פסוק ו' - וְהָיָה, הַבְּכוֹר אֲשֶׁר תֵּלֵד--יָקוּם, עַל-שֵׁם אָחִיו הַמֵּת; וְלֹא-יִמָּחַח שְׁמוֹ, מִיִּשְׂרָאֵל.

דברים כ"ה פסוק ה' - כִּי-יָשָׁבוּ אֲחִים יַחְדָּו, וַיִּמָּת אֶחָד מֵהֶם וַיֵּבֶן אִין-לוֹ--לֹא-תִהְיֶה אִשְׁתּוֹ-הַחַוְצָה, לְאִישׁ זָר: יִבְמָה יָבֵא עֲלֶיהָ, וְלָקַחָהּ לוֹ לְאִשָּׁה וַיִּבְמָה.

כי ישבו אחים יחדיו ומת אחד מהם, ובן אין לו (לאו דווקא בן, יכול להיות בת, נכד, נין וכו', אין לו שום זרע), לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר (מחוץ למשפחת הבעל, אלמנה מאדם שנפטר ללא ילדים לא יכולה להתחתן מחוץ למשפחה), יבמה (גיס) יבוא עליה ולקחה לו לאישה ויבמה" (ימלא חובת היבם – חיתון של גיס את גיסתו אם אחיו נפטר ללא זרע).

חשיבות הגבר מול האישה בבחינת הערירות

ההתעסקות היא עם גבר שנפטר בלי ילד. אין סידור לאישה הנפטרת ללא ילד. המקרא מתייחס לערירות רק מצד אחד, ואחד הסימנים שהגבר היה יותר חשוב במקרא מאשר האישה הוא בהתעסקות בבעיית הערירות רק מצד הגבר.

ייבום לעומת אימוץ, משתדל "להמציא" ילד ביולוגי לאביו שנפטר ולא זכה להוליד אותו. אדם שנפטר, מקבל את דור המשכו רק לאחר מותו ע"י ייבום. ייבום נכנס לפעולה רק אחרי מות האדם.

ב. חליצה

אדם המסרב לקחת את אלמנת אחיו - הוא לא רק לא מעמיד יורש לאחיו, אלא גם **כובל את האלמנה.**

לחליצה שני תפקידים: (1) ביזוי חברתי. (2) שחרור משפטי – אחרי החליצה האישה מותרת לכל אחד.

***שלבי החליצה:**

דברים כ"ה פסוק ז' - וְאִם-לֹא יִחַפֵּץ הָאִישׁ, לְקַחַת אֶת-יְבָמָתוֹ; וְעָלְתָה יְבָמָתוֹ הַשְּׂעֵרָה אֶל-הַזְּקֵנִים, וְאָמְרָה מֵאֵן יְבָמִי לְהִקִּים לְאָחִיו שֵׁם בְּיִשְׂרָאֵל--לֹא אָבָה, יְבָמִי. ח וְקָרָאוּ-לוֹ זְקֵנֵי-עִירוֹ, וְדָבְרוּ אֵלָיו; וְעָמַד וְאָמַר, לֹא חִפְצָתִי לְקַחְתָּהּ. ט וְנָגְשָׁה יְבָמָתוֹ אֵלָיו, לְעֵינֵי הַזְּקֵנִים, וְחָלְצָה נַעֲלָהּ מֵעַל רַגְלוֹ, וַיִּרְקַח בְּפָנָיו; וְעָנְתָה, וְאָמְרָה, כִּכָּה יַעֲשֶׂה לְאִישׁ, אֲשֶׁר לֹא-יִבְנֶה אֶת-בֵּית אָחִיו. י וְנִקְרָא שְׁמוֹ, בְּיִשְׂרָאֵל: בֵּית, חֲלוּץ הַנַּעֲל.

(1) האלמנה ניגשת לבית הדין ומתלווננת על היבם (אחי הבעל שנפטר).

(2) הזקנים קוראים לו, והוא מצהיר בבית הדין שהוא לא רוצה לקחת אותה.

(3) מתחיל טקס ביוש לאותו אדם ע"י האלמנה - אדם שסירב להקים זרע לאחיו יש לבזות אותו בציבור, היא חולצת נעלו ויורקת בפניו ומצהירה: **"ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אחיו"**.

(4) הוא נקרא "בית חלוץ הנעל".

***** נשאלת השאלה בין אימוץ לבין ייבום? מה הדומה ומה השונה?**

- **דומה** – שניהם באים לתת ילד לאדם עררי.
- **השונה** – ילד מאומץ מבחינה גנטית ומבחינת הדם, ילד מאומץ הוא ילד אחר ואינו דומה להורים שאימצו אותו. לעומת זאת, ילד מייבום, הוא ילד שנולד לאמו ולדודו. מבחינה גנטית, האדם הקרוב אליו ביותר גנטית הוא האח.

5.3- התפתחויות בתר-מקראיות (לאחר המקרא)

5.3.1- תקנה כתובה – תקנה בסדר עריכת הקידושין

אחת התקנות העתיקות ביותר שיש בהיסטוריה המשפטית – בערך בשנת 165 לפנה"ס – כ – 1000 שנה אחרי מתן תורה. התקין אותה **רבי שמעון בן שטח**.

החכמים בזמן תקופת החשמונאים אמרו כי אישה צריכה להתחתן בלב שלם ולכן יש לבלום את כוח הבעל לגרש את האישה בשרירות. הם החליטו, שגירוש האישה יעלה לבעל בכסף. זה מה שנקרא כתובה. שם נקבע כי כל אדם שיגרש את אשתו יחויב בתשלום של 200 זוז.

זוז הוא מטבע עתיק ששימש בארץ ישראל ובסביבתה מן התקופה ההלניסטית ועד שלהי העת העתיקה. ערכו של הזוז בתקופת המשנה היה רבע השקל, כשווי של יום עבודה.

***הסיבה לתקנה:**

- גירושין בעל כורחה של האישה.
- החכמים אמרו שיש לתת לאישה יותר ביטחון ותמיכה.
- "כדי שלא תהיה קלה בעינינו לגרשה"

כלומר, תוקנה תקנה מתוך שאיפה לשמר את זכויות הבעל לפי התורה, אך למנוע גירושין שרירותיים, ולכן, אדם העומד לגרש את אשתו [בין מרצונה ובין אם לא], מחויב לשלם לה סכום שיפרנס אותה לשנה (200 זוז) למרות שהיא חוזרת להוריה, וזאת כדי "שלא תהיה קלה בעינינו לגרשה". הבעל יכול לגרש את האישה אך זה יעלה לו - זו הייתה תקנה עתיקה, החכמים מתקנים דבר שלא היה בתורה. בפרשנות חז"ל לתורה נקבע כי אדם הרוצה לגרש את אשתו, צריך לציין עילה. כלומר, חייבת להיות סיבה לגירוש ואסור שזה יהיה שרירותי. נקבע כי יש עילות מסוימות שניתן להביא אותם על מנת שגירוש האישה יהיה מוצדק. הוסיפו לכך גם את האלמנה.

***זהו ראשית השינוי של הגירושין בתורה.**

כתובה היא אינה חוזה נישואים. כתובה הם התנאים הכלכליים שהנישואים מחילים ע"י בני הזוג, בייחוד על הבעל. כתובה הם דרישות של נישואים כלכליים.



5.4-גירושין והפקעה

5.4.1-העילות לבעל לגירושין (מקראה בעמ' 182-181)

המחלוקת: כל אחד מפרש אחרת את הפסוק.

- **בית שמאי** - "לא יגרש אדם את אשתו, אלא אם כן מצא בה ערוות דבר", שנאמר כי מצא בה ערוות דבר. "ערוות דבר" – עניני מוסר, פריצות. צריך להיות פגם לפריצות. **בית שמאי מגן על האישה** - אין עילה אלא ממש פריצות. אישה גרושה לפי בית שמאי היא "גמורה", אף אחד לא ייקח אותה בשנית.
- **בית הלל** - "**אפילו הקדיחה תבשילו**" - כלומר, אפילו אם שרפה תבשילו, ארוחתו. פגם בניהול הבית. ערוות דבר זה **סמלי לעילה רצינית**. לפי בית הלל, בדומה לבית שמאי, לאישה גרושה יהיה קשה להתחתן שנית.
- **רבי עקיבא** - "**אפילו מצא אחרת נאה ממנה**" - כלומר "והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערוות דבר". לפי רבי עקיבא, אישה גרושה היא בסדר ויש לה אפשרות להתחתן שוב. כלומר **אפילו אם מצא מישהי יפה יותר ממנה רשאי לגרשה**.

רבי עקיבא מפרש את המילה "**כי**" כ"או", או שלא תמצא חן בעיניו סתם או שמה מצא בה ערוות דבר. **בית הלל** ו**בית שמאי** מפרשים את המילה "**כי**" כנימוק, הנימוק לכך שלא מצא חן בעיניו, היא צריכה להיות בעלת פגם רציני.

ישנה מחלוקת תנאים על עילות גירושין :

ההלכה היא בדרך כלל לפי בית הלל. הפרשנות המוסמכת "ערוות דבר" היא עילה רצינית ביותר. זו אינה פרשנות מקובלת, שאם הייתה כזאת, לא הייתה מחלוקת. זו פרשנות מוסמכת - פרשנים היו חלוקים ביניהם ולאחר דיון ביניהם נוצרה הפרשנות הנ"ל ולכן היא מוסמכת.
פרשנות מוסמכת - בהתפתחות השיטה המשפטית התעוררו בעיות חדשות ובאו לפתרון בפרשנות מסוימת.
בפרשנות מקובלת אין מחלוקת. דבר מוסמך הוא פרי עיון, פרי מחלוקת.



5.4.2-עילות לאישה לתביעת גירושין

חכמי הגמרא חידשו את עילות גירושין לאישה וקבעו שישנם מצבים בהם האישה רשאית לקבוע גט. חז"ל נתנו לה את הזכות לתבוע גט אם יש לה עילות. שתי העילות החשובות ביותר הן :

- (1) **הבעל מגעיל את האישה מבחינה פיזית** - הוא מאוס עליה. אדם שעובד במקצוע מסוים, מחלה מסוימת המעוררת גועל. **הרמב"ם** אומר שבעניינים אלה כופים את הבעל לגרש אשתו כי "**אין אישה מתחתנת כשהיא שבוית חרב**"- האישה יכולה לעתור לבית דין ולומר שהיא רוצה שבעלה יגרש אותה. דוגמא לכך היא אדם שהינו בורסקאי – עבדן, מעבד עורות. זה מקצוע שבו לוקחים עור של בהמה ומעבדים אותו במים במשך זמן רב. הוא עובד בעבודה שגורמת לו להסריח.
- (2) **ערירות** - אישה יכולה לטעון שהיא רוצה ילדים ואם הבעל לא נותן, זו עילה לגירושין.

5.4.3-ביטול "השאת האב את ביתו"

patriapotestas - כוחו של האב להשיא את ביתו הקטינה. חז"ל תיקנו זאת ואמרו שאסור לו. לטענתם, הוא אינו יכול להשיא את ביתו בקטנותה כיוון שהיא רשאית לבחור עם מי היא רוצה לחיות. כלומר, עליו לחכות זמן עד שהיא תתבגר על מנת שתוכל להחליט על הבחירות בעצמה.

התקנה משנת 200 לספירה קובעת שהאב לא ינצל את כוח ההשאה בקטנותה של ביתו. כלומר, הבת תגדל ותהיה בת 12 וחצי לפחות, ותאמר: "בפלוגי אני רוצה".

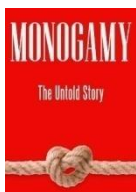
התוצאה המשפטית לתקנה זו: פעולת הקידושין מועברת מהאבא לבת. כלומר, ברגע שהיא בוגרת האב לא יכול לקבל את הקידושין אלא הבת.

5.4.4-חליצה קודמת לייבום

היום בעדה **האשכנזית** לא נוטים ל"ייבום". יחסי מין בין אדם לאשת אחיו בחייו ובמותו זה **גילוי עריות** ולכן חז"ל אומרים ש**חליצה קודמת לייבום** ובכך משחררים את האישה.

5.4.5-חרם דרבנו גרשם – חדר"ג-מונוגומיה

התקנה החשובה ביותר. מדובר בתקופה שלאחר תקופת הגמרא והגאונים: בערך בשנת 1000 לספירה באשכנז. ר' גרשון מאור הגולה- אחד מהמייסדים של המשפט העברי באשכנז [גרמניה, מגנצה].



התקנה: התקנה נקראת **חדר"ג (חרם דרבנו גרשם)** - על פי תקנה זו:

(1) אסור לאדם לגרש את אשתו בעל כורחה.

(2) אסור לבעל לקחת אישה שניה על אשתו הראשונה. → **בחיבור שני הסעיפים נוצרת: מונוגומיה.**

נפקות משפטית:

ר' גרשון ביטל את **הפולגיניה** והכניס מונוגומיה לחברה בישראל. החברה היהודית עפ"י חוק הייתה **פוליגאמית** עד תקופה מאוחרת יחסית. נכון – **אידיאולוגיה היא לא פוליגאמית**, ומלבד מלכים, אין דוגמאות לפולגיניה בישראל. אך **בחוק הפורמלי** היה ניתן לעשות כן עד לחדר"ג.

מהו משמעות החרם?

חרם בימי הביניים זה סוף החיים, לא מדברים אליך, לא סוחרים איתך, לא מצרפים אותך למניין, אתה מנודה ולא מצורף לשום מחנה אחר.

****תוקפן המשפטי של כל התקנות הנ"ל:**

אדם המגרש את אשתו בעל כורחה = **מנודה**, אך אשתו היא **גרשה**. אם אדם עבר על התקנה והשיא בתו בקטנותה, היא נשואה, אם גרש אשתו בעל כורחה, היא גרושה, אם לקח אישה שניה על אשתו הראשונה – היא אשתו. **חכמים לא רואים עצמם מוכשרים לעקור דבר מהתורה, אלא בדיני ממונות. תקנות אינן עוקרות דין תורה, אלא עוקפות או משתדלות לעקוף.**

ביטול הפולגיניה בשלושת גושי היהדות:

- **אשכנזי** - ביטלו פולגיניה ע"י חרם [חדר"ג]
- **ספרדי** - ביטלו פולגיניה ע"י חוזה פרטי [כתובה].
- **מזרחי** - לא ביטלו את הפולגיניה.



5.4.6-סוגיית העגונה והממזר

5.4.6.1-העגונה

העגונה היא הבעיה הגדולה של המשפט העברי - סוגיה שעדיין לא באה על פתרונה המלא: אישה שהיא אלמנה חיה = מצד אחד היא אלמנה כי אין לה בעל, ומצד שני היא חיה כי הבעל לא מת.

חתונה בתרבות המערבית - בני זוג לא באמת מתחתנים. באמריקה לדוגמא בני זוג לא מתחתנים אלא הבעל ממלא טופס, האישה חותמת על טופס, הוא מביע הסכמתו והיא מביעה הסכמתה אך הם אינם נשואים, אלא המדינה משיאה אותם. רשם הנישואין/כומר/רב אמריקאי אומר כי על פי הסמכות שהוענקה לו ע"י מדינת ניו-יורק, הרי הוא מצהיר עליהם כאיש ואישה. הממסד המשפטי מחתן את בני הזוג.

חתונה בישראל - האיש מקדש את האישה, האישה מתקדשת לאיש **ובל יתערב זר** - המדינה אינה מתערבת, אך יש צורך בשני עדים וטבעת. הרב לא מחתן את בני הזוג מבחינה משפטית אלא מסדר את הקידושין, הוא היועץ המשפטי תחת החופה, כדי לדעת אם הגיל נכון, הרצון, הכוונה והטבעת. יועץ משפטי איננו עושה פעולה משפטית אלא נותן יעוץ ולכן הרב נקרא בלשון ההלכה "**מסדר קידושין**". הוא מסדר את הקידושין אך לא המקדש. כלומר, החתן מקדש את האישה.

במשפט האמריקאי והצרפתי האדם לא נושא את אישה אלא המדינה. אם כל התנאים נמצאים, הרשם מכריז עלייהם כנשואים. אולם, אם רק האיש מקדש את האישה והאישה היא המקודשת, **ובל יתערב זר**, הרי שכך, רק האיש יכול לגרש את אשתו ורק האישה מתגרשת מבעלה והמדינה לא יכולה להתערב גם אם יש בכך צורך.

כלומר, פס"ד גירושין כמו שיש בניו יורק אינו יכול להתקיים במשפט העברי. בחוק הישראלי היום, "גט מאוסה" פסול, שכן אם ביה"ד רבני פוסק שלאישה מגיע גט, והבעל מסרב, מוסמך ביה"ד להתלונן על הבעל בפני היועמ"ש לממשלה, ואם כעבור שישה חודשים הבעל לא נענה, יש בידי היועמ"ש לממשלה לאסור אותו, אפשר לפסול את רישיון הנהיגה שלו ולעכל לו את חשבון הבנק.

במשפט העברי ישנה בעיה מסוימת כיוון שחייבת להיות הסכמה של שני הצדדים – **אחרת אין גירושין**. אם האישה לא מקבלת את הגט היא לא גרושה. אם הבעל לא נותן את הגט היא לא מתגרשת. זה נושא בעייתי משום שרוב בני הזוג מתגרשים מתוך שנאה, קינאה, ויצר הנקמה מתעורר. ולכן בעל יכול לומר כי הוא לא מוכן לתת גט לאשתו על אף רצונה לעשות כן ולהפך.

5.4.6.1.1-הסיבות שבגללן אישה היא "עגונה":

היעלמות (1)

אם אחד מבני הזוג איננו כאן אז אין גירושין (חייל שנחטף למשל). כאמור, צריכים את שני הצדדים לשם גירושין. **במשפט האמריקאי**, אם אדם נעלם ואחרי מספר שנים לא נודעו עקבותיו, ישנו פס"ד גירושין. במשפט העברי זה לא קיים.

מה קורה **אם האישה נעלמת**? אילו היינו מגלים את גופתה, אז האדם לא צריך לגרשה אלא הוא היה אלמן אוטומטית. במקרה שאין לנו הוכחה משפטית באשר למיתת אחד מבני הזוג, יש צורך בגט.

בעבר, תקנת היתר **100 רבנים** - גבר צריך לקבל הסכמה של 100 רבנים לכל הפחות כדי להתגרש מאישה שנעלמה.

היום, היתר מהרבנות הראשית מתיר את חרם דרבנו גרשם (הבעל רשאי להתחתן בלא לתת גט לאשתו הראשונה).

אם הבעל נעדר, התורה אומרת שלא ניתן לתת לאישה היתר, כיוון שבמידה והבעל חי יחשב הדבר כניאוף. במשפט העברי הרבנות לא יכולה לגרש את האישה, רק הבעל יכול. כל הנישואין היו

ביניהם. על פי התורה, הבעל מקדש ולכן הבעל מגרש. היתר 100 רבנים לא יועיל במקרה זה ולכן האישה הופכת לעגונה.

(2) אי-שפיות

אדם שאינו שפוי איבד את כשרותו המשפטית ולכן לא יכול לתת גט. גירושין היא פעולה משפטית ולכן צדדים צריכים להיות כשירים מבחינה מנטאלית ושכלית. אם אחד הצדדים אינו שפוי ואינו יכול להשתתף באקט המשפטי, אין גירושין.

אם הבעל לא שפוי, ישנה אותה בעיה כמו בפעם הקודמת, הוא לא מסוגל לתת לה גט מבחינה הלכתית משפטית. האישה הופכת לעגונה. *** הערה, היום אם אדם לוקח כדורי הרגעה, וכתוצאה מכך הוא שפוי וייתן גט בזמן זה, הגט נחשב חוקי.

אם האישה לא שפויה, בית הדין ידרוש לדעת מה יקרה לאישה החולה, מי יטפל בה, ישגיח, יממן אך בסופו של דבר ישנו פתרון - היתר 100 רבנים.

(3) סחטנות/סרבנות

מצב בו אחד מהצדדים מסרב או, בתמורה לגירושין הם מבקשים תנאים מסוימים - **סחיטה**.

אם הבעל מסרב, ניתן ללחוץ עליו ולדרוש ממנו לגרש אותה. **בעבר**, היו מלקים את הבעל. **היום**, ביה"ד הרבני מדווח על כך ליועמ"ש וניתן להטיל סנקציות. במצב זה האישה לא גרושה עדיין, אך תחת איומים הבעל ישחרר את אשתו. אולם, עד שיאשר את הגט האישה עגונה.

אם האישה מסרבת, ביה"ד אומר לה שהוא זכאי לגט. באם עדיין לא תסכים, יינתן לו היתר 100 רבנים. במקומות שאין מנוס חוזרים לפוליגיניה כשאפשר, אך אצל אישה לא ניתן לעשות כן על פי דין תורה.

5.4.6.1.2- שלושדרכי אכיפת הגט על הבעל ומניעת ה"עגינות":

1. באשר לאנשים הנעדרים

לפי המשפט העברי ההלכה מתירה: **עד אחד** [במקום שני עדים], **אפילו שהעד יהיה אישה**, וגם מקבלים **ראיות נסיבתיות**. הכל בשביל הוכחת מותו של אדם, והכשרת האישה לנישואין שניים כ"אלמנה".

2. באשר לאנשים לא שפויים

בעיה זו הוקלה בדור האחרון. ישנן **תרופות** הרגעה ובמידה וניתן למצוא את האדם במצב של שפיות, ניתן לתת לה גט.

3. באשר לסחטנות

זו הבעיה הגדולה. בארץ נחקק חוק חדש בארץ לפיו אדם המסרב לתת גט לאשתו, לא מחדשים לו רישיון נהיגה, הבנק מנוע מלהמשיך להפעיל את חשבון הבנק שלו ויש סנקציות נוספות.

5.4.6.1.3- דיני ראיות ל"התרת עגונה":

- אם אישה רוצה להוכיח שהיא נשואה, היא צריכה להביא שני עדים כשרים = עדי הכתובה.
- אם אישה רוצה להוכיח שהיא גרושה, היא צריכה להביא שני עדים כשרים.
- ע"פ דיני ראיות: **עד אחד למל"מ, וראיות נסיבתיות אינן קבילות.**



5.4.6.1.4- סנקציות הלכתיות נגד אישה עגונה המתחנת בשנית ללא חופה וקידושין:

"אין קידושין תופסין באשת איש" – אישה שהיא נשואה המתחנת פעם שניה [היינו- עגונה], וגם אם הרב עושה "סידור קידושין" הרי מבחינה מהותית האישה רק "סידרה" את הרב, ואין קידושים השניים תופסים.

אישה שנאפת – "אסור מיתת בית דין" – נחשבת כ"ניאוף" וניאוף מחייב מיתת בית דין. בדין הפלילי העברי של התורה נואפת = דינה מוות.

אשת איש הנואפת – "אסורה לבעלה"

אם היא מחליטה שהיא לא רוצה גירושין מבעלה, אלא רוצה להתפייס עם בעלה הראשון = בעלה אסור עליה. מכיוון שאם היא מקיימת יחסי מין עם אדם אחר, כנואפת, היא אסורה לבעל. אפילו אם בעלה מוכן לתת לה גט היא אסורה לבעלה. זאת מכיוון שאם היא מקיימת יחסי מין עם אדם אחר כנואפת, היא אסורה לאדם הזה כל ימי חייה – היא אסורה לבעל [מי שהיא נאפה איתו].

מפסידה כתובתה – היא מאבדת את כל זכויותיה הכלכליות, אין לה זכות לכתובה.

ממזר – הילד שיוולד מאישה עגונה = הוא ממזר [היינו- בגלל שהוא מחוץ לנישואין].

מה ביסוד בעיית עגונה? הואיל ונישואין לפי ההלכה היא יצירת שני הצדדים ולא של המדינה, אזי שהניתוק גם הוא תלוי בשני הצדדים. הנישואין הוא במסגרת סגורה של הבעל והאישה- זר לא יתערב בכך. דבר זה עלול ליצור בעיות רבות- אם אחד לא שפוי, מנוול או רוצה לסחוט כסף, למשל, הרי שאף אחד אחר לא יכול להתערב. אישה לא יכולה לזוז, לא תמשיך לחיות עם בעלה וגם לא יכולה לחיות עם אדם אחר.

מה ביסוד בעיית העגון? למה ניתן לומר שהבעיה היא רק עם נשים עגונות ולא גברים? האם יש גם גברים עגונים? מה אם האישה מסרבת לתת את הגט?

ר' גרשון נותן היתר לקחת אישה שנייה על אף שהבעל עוד נשוי. בית הדין אומר שאם הגבר במצב כזה וימציא אישור של 100 רבנים בשלוש קהילות, יתירו לו לקחת אישה שנייה. (**היתר מאה רבנים**) זוהי ביגמיה מאוד מוגבלת ומבוקרת. למשל אם האישה במצב נפשי או רפואי לא תקין. הרבנים טוענים כי אם האדם ימציא אישור (הבטחה שיפרנס את האישה האומללה- ערובות) לרבנים יוכל לקבל "היתר מהרבנים" ללקיחת אישה שנייה. לעומת זאת, תשובת בית הדין עבור אישה הנמצאת באותו המצב – האישה מנועה בגין דין תורה. התורה קובעת כי אישה איננה יכולה לשאת שני בעלים – ועל כן אין "היתר רבנים". ולכן הבעיה נקראית עגונה ולא עגון משום שעגון ניתן להתיר לעומת עגונה שאין פיתרון.

5.4.6.2- ממזר

ממזר בהלכה הוא ילד שנולד בגילוי עריות- לא רק בין משפחה אלא גם שלא מתוך נישואין.

מי הוא הממזר?



(3) הבן של אביו הביולוגי.

(4) ילד שנולד מאיסור ניאוף או גילוי עריות.

(5) **ממזר אינו ילד בלתי חוקי** – כאמור אין כזה דבר ילד בלתי חוקי במשפט העברי- שכן מדובר במשפחה הביולוגית.

(6) הממזר הוא **חוקי לנואף**. הוא הילד של הנואף ומקבל את שם הנואף.

(7) **ירושה**: הממזר יורש את [אביו הביולוגי] כל עוד האב מכיר בו.

דינו הוא שאינו יכול להתחתן עם יהודייה, אך גם אסור עליו להתחתן עם לא יהודייה- משמע הוא לא יכול להתחתן כלל. הוא אינו יכול להתחתן עם יהודייה-הוא ילד יהודי לכל דבר, שומר מצוות אך אינו יכול להתחתן עם בת

ישראל. וכמובן בגלל שהוא יהודי הוא לא יכול להתחתן גם עם לא יהודים – מה שכן, ישנו היתר לאותו ממזר לשאת גיורת.

כלומר, **אסור** לממזר להתחתן עם בת ישראל (יהודייה) או נישואי תערובת. **מותר** לו להינשא רק לממזרת או לגיורת.

בתלמוד אומרים חז"ל: שהסנקציה הזו אינה הוגנת, זוהי בעיה חברתית ומוסרית גדולה (מדוע הבן ישלם על מעשי הוריו?), אך זו ההלכה, זה דין תורה.

במצב בו האישה מחליטה להתגרש מהגבר בגלל סיבות שונות, וכשעוד לא קיבלה ממנו גט היא מקיימת יחסי מין עם גבר אחר, עלייה להיענש. כנראה שהתורה ניסתה למנוע מצב בו האישה נוהגת כך ע"י איום בענישת הילד כיוון שידוע שהאם רגישה לגבי ילדיה.

שאלה: מה מקל על החומרה של ממזרות? **תשובה**: הקושי הגדול להוכיח "ממזרות"! בתקופת המשפט העברי הקושי הגדול היה להוכיח מיהו "ממזר".

הסיבות לקושי:

(א) **אישה נשואה** - הנחה מובנת כל ילד הנולד לאישה נשואה הוא של הבעל.

(ב) **אשת איש יולדת** - צריך להיות בטוחים שהבעל חי. בסיטואציה שהוא נעדר האישה היא ספק עגונה וישנו ספק אם הילד הוא ממזר.

(ג) **בעל סרבן למתן גט** - קשה להוכיח משום שאם אישה נשואה, והבעל הוא סרבן, ביה"ד אומר כי הוא לא יודע שהילד הזה נולד מאדם אחר. אז לילד שנולד מטילים ספק בממזרותו.

(ד) **"אין אדם משים עצמו רשע"**, אדם לא יכול להרשיע את עצמו, לא יכול להודות בעבירה. כלומר, האישה לא יכולה להודות שהיא קיימה יחסי מין עם אדם שאינו בעלה למשל.

(ה) **גם אי אפשר להכריז על ילד כממזר עפ"י הצהרת הבעל (לא הבעל)**.

כלומר, נדיר מאוד שמצליחים להוכיח שילד הוא ממזר, אבל אם אכן הוכח – ביה"ד מרכיז את ראשו והילד הוא ממזר, על כל המשתמע מכך. יש לציין כי כיום מדיניות ביה"ד היא שאין מרבים בהכרזה על ממזרים.



5.5 - "תיקון עולם" – רבן גמליאל (עמ' 206-207 במקראה)

משנה, מסכת גיטין, פרק ד':

"שלוחו של אדם כמותו" - אדם עצמו לא חייב לתת את הגט, הוא יכול למנות שליח והשליח מוסר את הגט. זה תיקון משמעותי כמדובר בבעיה של ארצות מרוחקות.

משנה א' - קטע א'-ג' - עוסקת בשלושה קטעים: אדם השולח גט לאשתו והוא רוצה לבטל זאת. הוא יכול לעשות זאת בשלוש דרכים: (א) הראשונה להודיע לשליח שיבטל את הגט או לשלוח שליח שני שידביק את הראשון. (ב) לפגוש את האישה ולהגיד לה שהוא מבטל את הגט שהיא עתידה לקבל (ג) לשלוח שליח לאישה שיגיד לה שהגט שהיא עתידה לקבל בטל.

*** במידה והאיש אינו הספיק להגיע לאישה והיא מקבלת את הגט, היא מגורשת ולא ניתן לבטלו.

משנה ב' - קטע ד' - "בראשונה היה עושה בית דין במקום אחר ומבטלו"

לביטול גט מספיק בית דין מאולתר (3 אנשים) אשר יעידו כי הוא מבטל את הגט. ניתן להקים בית דין מאולתר משום שהתפקיד שלהם הוא רק להודיע. **היתרון** בשיטה זו היא שאנחנו לא מעוניינים שאדם יגרש את אשתו ולכן על אף שאינו הספיק אם אינו רוצה בגט, יש באפשרותו להשיב שלושה עדים ולבטל את הגט. **החיסרון** שבסידור זה הוא שהאישה לא יודעת שהגט בטל. האישה שמקבלת את מכתב הגט לא יודעת שהגט מתבטל. כך היא יכולה להתחתן בשנית מתום לב תוך כדי שהיא עדיין נשואה (יכולים להיווצר ילדים ממזרים).

משנה ב' – קטע ה' – "התיקון רבן גמליאל הזקן (לפני חורבן הבית) שלא עושים כן מפני תיקון העולם"

מדוע רבן גמליאל תיקן תקנה זו? מפני תיקון העולם. התיקון יכול להתפרש בשתי דרכים: **האחת**, שלא ייוולדו ממזרים. **השנייה**, אישה המקבלת גט דרך שליח תדע לא להתחתן (אישה שומרת חוק) מהחשש שהבעל ביטל את הגט ולא הודיע לה.

ולכן רבן גמליאל תיקן תקנה ואמר כי אסור לבטל גט ללא הודעה לשליח או לאישה.

כלומר, "תיקון העולם" משמעותו:

תיקון ממזרים = שלא יהיו ממזרים בישראל.

תיקון עגונות = שלא יימצאו נשים שנמצאות במרחקים שיפחדו להתחתן שמא הבעל שינה את דעתו.

ללא התקנה ישנה אפשרות שהאישה מקבלת גט ע"י שליח והיא עדיין אשתו משום שהוא שינה את דעתו.

5.5.1-מחלוקת התנאים בגמרא (מקראה בעמ' 220)

אירוע: הבעל מבקש לבטל את הגט ששלח. מדובר במוצ"ש וביה"ד סגור ולכן הוא מזמן שלושה אנשים (בי"ד מאולתר) ומבטל את הגט. התקנה אמנם לא לעשות אך תמיד ישנו זה הסוטה מהתקנה האמורה. המחלוקת נפתחת במילה **"ביטלו"**. הגמרא שואלת ביטלו – הכוונה אם הבעל ביטל את הגט מבלי להודיע, הוא עובר על התקנה. המחלוקת היא של התנאים:

(א) רב"י (רבי יהודה הנשיא): הגט אכן מבוטל.

ביטלו משמעותו אם הוא ביטל את הגט, אז **הגט מבוטל**. כלומר, ניתן להעניש אותו אולם בשורה התחתונה הוא ביטל את הגט בפני שלושה גברים (ולא הודיע). אם אדם עובר על התקנה, מה כוח התקנה שרבן גמליאל תיקן? לפי רבי יהודה הנשיא אין מה לעשות עם זה. הוא מתייחס למה שנאמר בתורה וזה מה שקובע – כלומר הגט מבוטל. הגמרא מקבלת את נושא הגט מבלי לערער.

התורה אמרה שאדם יכול להיות מנוול ולעבור על חוק התקנה ← הוא **"נבל ברשות התורה"**. **רב"י אומר כי חכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה.**

(ב) הרשב"ג (רבן שמעון בן גמליאל): הגט אינו מבוטל.

דעה שנייה, **אין הגט מבוטל**. כאן לטענתו הגמרא שואלת. התורה אומרת שהגט מבוטל אולם רבן גמליאל אומר שאין זה כך. כלומר, **הגט הוא גט** והאישה שקיבלה את הגט, הרי היא גרושה, והגט אינו מבוטל.

הגמרא אומרת **"כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיעינהו רבנן לקדושין מיניה"** – כל מי שמקדש אישה, על דעת החכמים הוא מקדש והחכמים הפקיעו את זה ממנו.

5.5.1.1-הסברים לגישתו של רבן גמליאל הזקן (אלון עמוד 518)

אמוראי ישראל-בתנאים מסוימים ניתן להתקין תקנות גם אם יש בכך משום עקירת דבר מן התורה. לפי הנמקה זו- הקידושין בטלים מכאן ואילך ולא למפרע.

אמוראי בבל- מכיוון שכל קידושין נערכים על דעתם ["כל דמקדש אדעתא..."], רצונם והסכמתם של חכמי ההלכה, לפיכך הם רשאים כמו כל צד בעיסקה, לומר שבתנאים אלו אין הם מסכימים ואז הקידושין מופקעים למפרע – כי שלא תפסו מעולם.

רשב"ג אומר- שבי"ד יכול להתערב. הגמרא שואלת הכיצד ניתן לעשות כן.

הגמרא שואלת את הרשב"ג: "האם ישנו דבר בדין תורה (מדאורייתא) שהגט בטל? מה כוח ביי"ד יפה"?

פירוש: אין שיניים לתקנה. מתקנים תקנה, אדם עובר עליה ולא עושים דבר.

אומרת הגמרא- האם בשביל הכוח של ביי"ד מתירים לאשת איש להתחתן, כיצד ניתן לעקור דבר מן התורה. לפי דין תורה היא אשת איש, הלא הבעל ביטל את הגט.

במשפט העברי אף כוח לא יכול לגרש אישה של בעל אלא הבעל עצמו. זו מסגרת הרמטית בין המקדש והמתקדשת ובל יתערב זר.

מבחינה פורמלית רשב"ג מאוד חלש, הפורמליזם של החוק לא נותן ומאפשר את קיומה של התקנה.

(משפט התנאים - מעמידים שני עדים ומקדש את האישה בתנאים שמעמידים שני הצדדים, אם שני בני אדם רוצים להתחתן אך הדבר תלוי ברצון האב, לדעתם, הרי הם מתחתנים ומציבים תנאי - "על מנת שירצה אבא" - לדוגמא - ואז אם האב לא רוצה, הקידושין אינם קידושין והם מבטלים את הקידושין ברגע שהם עושים אותם, כלומר, יש ביטול בפוטנציה).

תשובת הגמרא: "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה".

הסבר: בעצם, עולה לכאורה בעיה - איך תיקן רבן גמליאל תקנה העוקרת דבר מחוקי התורה?

1. כי בתנאים מסוימים חכמים יכולים להתקין תקנות גם אם זה סותר את דין תורה. [אמוראי ישראל]. ← לפי הנמקה זו הקידושין מתנתקים מכאן ואילך בלבד [לא מופקעים].
2. בגלל שהקידושין נעשים על דעתם של החכמים - הם יכולים לבטל אותה ["כל דעתא..."] ← לפי גישה זו הם יכולים להפקיע את הקידושין. [הגמרא]

5.6 - "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה"

הסבר- הפקעת הקידושין לא מבוססת על סמכות החקיקה של החכמים, אלא על הרעיון, שהקידושין נערכים על דעתם של החכמים ותלויים בהסכמתם, ולפעמים אֵין הם מסכימים לקידושין- ולכן מכוח תורת התנאים הכללית שבמשפט העברי הקידושין מופקעים. [527, אלון]

לפי הכתוב-

"כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש .." ← כל המקדש אישה, מקדש אותה על דעת החכמים.

"..ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה" ← הפקיעו החכמים את הקידושין ממנו.

יש ניתוק קידושין והפקעה [עקירת קידושין].

5.6.1- הפקעה וגירושין

מה ההבדל בין ניתוק קידושין לעקירת קידושין?

- גט - מנתק [מפסיק מאיפה שנגמר].
- הפקעה - עוקרת [מפסיקה מהשורש, רטרואקטיבית].



יש שתי דרכים לנתק את הקשר בין איש לאישה. הראשון הוא גירושין שנעשה ע"י גט. ספר כריתות הוא הכורת את הקשר בינו לבניה. אולם ישנו דרך נוספת לנתק קידושין וזה נעשה ע"י הפקעה. הפקעה משמעותה ביטול הקידושין מלכתחילה. כלומר, הוא מראש לא התכוון להתחתן אתה (avoid). אין כאן חוזה כי מעולם לא חלו הקידושין.

כאן ההפקעה נעשתה ע"י החכמים. כלומר, המשמעות היא שהמסד המשפטי (החכמים) אומרים שאדם שאינו עומד בתקנה, ההלכה אומרת לו שהאישה אינה צריכה את הגט כיוון שהוא אינו מתנהג כשורה ולכן מלכתחילה הקידושין לא התקיימו. הפסיקה היא שמעולם הם לא היו נשואים.

5.6.1.1-תשובת הגמרא לרשב"ג -

פירושה משפט- כל שמקדש על דעת חכמינו מקדש. ואם חכמינו אינם מרוצים?

אז מובהר הדבר **למפרע** שהקידושין לא היו קידושין, ולמעשה הבחורה לא צריכה את הגט בשביל הגירושין. כי היא הופכת אוטומטית לפנויה.

ניתן לראות זאת לפי השבועה בקידושין - "דת משה" - דין תורה, "וישראל" - משמע לפי תקנת החכמים. הכוונה לשלטונות החוק.

***** תזכורת -** הקשר הנישואי בישראל הינו בין אישה לאיש ואיש לאישה ולכן **"בל יתערב זר"**. כלומר הזר אינו יכול להתערב. לעומת זאת, במדינות אחרות, המדינה היא זו שמחנתת ולכן יש באפשרותה להתערב. במשפט העברי, המדינה לא מתערבת ולכן אם הם אינם רוצים לתת גט, האישה נחשבת עגונה. החכמים פוסקים כי ניתן לבצע הפקעה כנגד זה שלא עומד בתקנון אולם נשאלת השאלה כיצד הם יכולים להתערב ולהיכנס בין האיש והאישה כי הרי כתוב **"בל יתערב זר"**? ההלכה מוצאת דרך לפרוץ את המסגרת הזו של איש ואישה פנימה - כלומר פורצים את "בל יתערב זר". כמו שהאב מתערב בזמן מתן הטבעת בנישואין, כך הוא יוכל להתערב בגירושין. כלומר, במקום ה"אבא" ניתן להכניס רבן - כלומר, החכמים יוכלו להתערב ולקבוע הפקעה. כל אדם המתחתן, עושה זאת על מנת שהמשטר החברתי, המוסדי והמשפטי יכיר בהם. אותם איש ואישה שהתחתנו עושים זאת על מנת שיכירו בהן וזה מחזק את העובדה שאותם חכמים (מי שמסדיר את מוסד הנישואין ומכיר בהם) יוכלו גם הם באותה מידה להתערב ולקבוע הפקעה.

בעצם יש כאן שיטה לפרוץ לתוך המסגרת הפרטית של בני הזוג-

הרשב"ג אומר כי אדם צריך לדעת שאם הוא רוצה לגרש אישה וכותב לה גט ושולח את הגט ומבטל את הגט ולא מודיע לה, החכמים לא יאשרו את הקידושין והם בטלים. ← **החכמים אומרים**: כל מי שמקדש אישה מקדשה על מנת שירצו חכמים, ועכשיו למעשה החכמים הפקיעו את הקידושין ממנו. החכמים אומרים: אם תשלח גט, ותבטל אותו מבלי להודיע לאישה או לשליח, **נגד תקנת רבי גמליאל**, הרי אנו עכשיו אומרים שמופקעים הקידושין למפרע.

כלומר, מכיוון שאתה קידשת אותה על דעתנו, אבל היום אתה עושה פעולה שלפיה אין רוחנו נוחה מזה כי אתה עובר על התקנה של ר' גמליאל, ולכן אנו מפעילים את דרכנו **רטרואקטיבית [עקירה-שמעולם לא היו קידושין]**. האישה לא צריכה בגט שלך, כי אנחנו מפקיעים את הקידושין ולמפרע מתברר, שהיא מעולם לא הייתה אשתך.

נשאלת השאלה לגבי מעמד הילדים? הם אינם ממזרים כי אף אחד מהם לא היה נשוי לאחר. הם אינם נחשבים לא חוקיים כי אין בתורה משמעות למעמד של ילד לא חוקי. הם למעשה חסרי מעמד, הם פשוט ילדים שנולדו לאישה ואיש.

נשאלת השאלה מדוע לא נוקטים באותה שיטה כלפי אישה עגונה?
"הרי את מקודשת לי כדת משה וישראל" - המשמעות של ישראל היא שהקידושים והפעולה נעשתה על פי דיני ישראל, על פי דיני החכמים. ישראל הוא רמז לכך שהדברים נעשים על דעת החכמים. כל המקדש נישואין בישראל - על דעת החכמים הוא מקדש ולכן ניתן אפשרות לחדור לתוך המסגרת של איש אישה (ולכאורה ניתן היה גם לתקן את נושא האישה העגונה).
יש פה יצירה משפטית המביאה לתיקון מצב העגונות והממזרים- דרך תקנת עגונות וממזרים [של ר' גמליאל] החכמים מנסים לתקן את המצב, ולתת לאישה מעמד כשר. החכמים למעשה אומרים כי לדעתם החתונה לא הייתה קיימת, ולכן אין צורך בגט והאישה היא פנויה. הרעיון הוא לערוב את שלטונות החוק. אומנם הבעל והאישה יצרו את הגירושין, אך ברגע שהחכמים כנסיים זה על מנת לתקן את העניין הזה.

- **הפקעה** - קובעת שמעולם לא נקשרו, רטרואקטיבית מעולם לא נקשרו ולכן אינה צריכה את הגט.
- **גירושין [ניתוק]** - עד הרגע הזה היה קשר חוקי בין איש ואישה והגירושין **מנתקים** את הקשר.

הפקעת קידושין הופכת את האישה לפנויה. כפי שניתן לפרוץ את הסוגיה ההרמטית בין איש ואישה במעמד הנישואין, כך ניתן לפתור גם את מעמד העגונות בדרך זו. כך גם ניתן להסדיר את נושא הילדים. למעשה פתרנו את השאלה העיקרית של תיקון מצב העגונה ואפשרות ההתערבות החיצונית בחיי הנישואין.

5.6.1.2- איום בהפקעה

יש מפרשים ואומרים שאין צורך להפקיע את הקידושין. **מדוע?**

במצב בו אדם השולח גט לאשתו ומתחרט אולם אינו מצליח לשלוח שליח את האישה ולהודיע לה בזמן, משתמש הוא בעדים ומבטל את הגט. הוא למעשה **עובר על התקנות** ועושה מעשה אסור (הוא אינו מעדכן את האישה). **החכמים**, מכוח זה שהאיש נתן להם את אפשרות **ההתערבות במסגרת הנישואין**, יכולים לבצע הפקעה. אותה אישה שמקבלת גט אינה יודעת כי הוא אינו תקף והיא עלולה להתחתן ולהוליד ילדים ממזרים.

למעשה, מבחינה הגיונית, לא כדאי לאותו אדם לשבת ולהביא עדים ולבטל את הגט. הוא אינו מרוויח מכך דבר. הוא גם עובר עבירה – עובר על התקנה של רבן גמליאל. הוא אינו מצליח לשמור את האישה (כיוון שהיא אינה יודעת על ביטול הגט) ולכן הוא גם עבריין וגם לא מועיל על המצב בו הוא נמצא. אותו אדם **יוכל לחזור בו מביטול הגט**. כלומר, גם לאחר שהושיב עדים, עבר עברה, וראה שאינה מועילה, הוא יכול לבטל את הביטול.

אם הבעל עומד לבטל את הגט והחכמים אומרים לו כי הם יפקיעו את הקידושין, אז הבעל יעדיף לבטל את הביטול. האישה למעשה, אינה צריכה את הגט של הבעל שכן היא תהא פנויה בכל מקרה ולכן, הבעל יירתע מהביטול.

כלומר, יש כאן איום הפקעה שגורם לבעל לבטל את עניין ביטול הגט ולהביא לגירושין.

הפירוש יעשה ע"י **שינוי הפקעת הקידושין לאיום בהפקעת הקידושין**. כלומר, האיום יאפשר לאדם לחזור בו מביטול הגט.



5.6.1.3-מעמד האישה

מה יהיה ההבדל במעמד האישה בין מצב של הפקעה לבין מצב של איום בהפקעה?

מעמד האישה לאחר קבלת הגט – לפי **המצב הראשון**, אם יש הפקעה, הבעל ביטל את הגירושין, את הגט ואז יש הפקעה של הקידושין המקוריים ולכן מעמדה הוא רווקה. לפי **המצב השני**, כאשר אין הפקעה, יש רק איום הפקעה והבעל מחליט לא לעבור על תקנת רבן גמליאל, האישה מקבלת גט והיא הופכת לגרושה. לפי **המצב הראשון** היא רווקה ולפי **המצב השני** היא מגורשת. בשני המצבים האלו היא הופכת לפנויה והיא יכולה להתחתן בשנית.

ההבדל הוא כי אדם אשר הינו כהן, אינו יכול להתחתן עם אישה גרושה. בנוסף, לפי הגמרא, יש עידוד לחתן אדם עם בת אחותו. חז"ל אהבו את השידוך הזה כיוון שהם ידעו שהחברה שלהם היא חברה שובניסטית. הם חיפשו דרך לחזק את מעמד האישה בכל דרך אפשרית. בדרך זו חתונה עם בת אחותי, מאפשר הגנה על האישה דרך אם האישה. כלומר, האישה תוכל להתלונן לאמה שהיא אחות החתן.

*"מזנה תחתני" = ניאוף. יחסים מתוך ניאוף יוצרים ילד ממזר. נישואין לבת אחותו יכולים גם לעזור בממזרות. האחות יכולה לבקש מאחיה שיעזור לה כי היא אינה רוצה נכד ממזר. החכמים מצאו פרצה בחוק. לפי ההלכה, יש לשלוח לאישה גט ולפני שהשליח מגיע עם הגט לאישה עליו לבטל זאת ע"י 3 עדים – כלומר, לעבור על תקנת רבן גמליאל (עובר על ההלכה) ובכך ליצור בכוונה מצב בו תהיה הפקעה מכוונת. החכמים יפקיעו את הקידושין המקוריים של בני הזוג, ומעמד האישה הנואפת אינו מעמד של נואפת. כך בזמן הלידה האישה אינה נשואה ומעולם לא הייתה נשואה – היא רווקה ולכן הילד שיוולד לא יהיה ממזר.

נשאלת השאלה האם הפקעה מכוונת זו היא משהו שהחוק ייתן לו יד?

במצב השני בו אין הפקעה אלא יש רק איום להפקעה, הגט הוא גט. במצב הזה, האישה עד הגט הייתה נשואה. כלומר בשעת העבירה היא אישה נשואה ולא ניתן לטהר את הממזר. מצב זה אינו מועיל כלל.

5.7 שאלות לעיון:

-מה הם הגורמים אשר הביאו לעובדה שהרוב המכריע של האומות, העמים, התרבויות והשבטים בעולם היו פוליגניות? תאר את דו-הפרצופיות של החברה של בני ישראל כפי שהיא באה לידי ביטוי בתנ"ך באשר למונוגמיה-פוליגמיה? גורמים לפוליגניות: 1. חוסר שוויון פיזי בין גבר לאשה הביא לעליונות הגבר, האשה היא כמו נכס והגבר שאף לריבוי נכסים. אריכוואולוגים מצביעים על כך שהאישה בויה ממדים קטנים יותר 2. גבר יכול להפרות מסי נשים בו זמנית ואילו אשה יכולה להיות מופרית רק פעם אחת- רצו כמה שיותר ילדים. 3. כל אשה יודעת מי הצאצא שלה, ואילו גבר לא יכול לדעת בוודאות מיהו בנו. בפולגנייה זהות הילדים יותר ברורה. 4. היו יותר נשים, וזה עניין של היצע וביקוש – התמותה של תינוקות זכרים גבוהה יותר ובנוסף הגברים מתים במלחמות ובציד. החברה המקראית הייתה פוליגנית אבל האידיאולוגיה המקראית הייתה מונוגמית. דוגמאות: 1. סיפור בריאת האשה 2. לאברהם הייתה אשה אחת 3. יעקב היו מסי נשים אבל הוא אהב רק את רחל. 4. אצל המלכים הייתה פולגנייה אבל זה היה מסיבות של מעמד ורצון לכרות בריתות עם מלכים אחרים.

-מה פירוש הביטוי "אין קידושין תופסין"? תן 3 דוגמאות של התקשרות מינית שאין קידושין תופסין

בהן. אין קידושין תופסין- מלכתחילה הקידושין לא יכולים להתקיים – לא קיים מעמד משפטי. אם יתחתנו זה כאילו לא עשו כלום. (יכול להיות שאם קיימו יחסי מין התחייבו במיתה משמיים). דוג- נישואים בין אישה לעבד. המקדש אחות אשתו, גוי שקידש יהודיה, המקדש אשת אחיו, המקדש שומרת יבם (אלמנה העומדת בפני יבום- לא ביצעה חליצה). קידוש עגונה- במידה ומודעים לעגנותה. "דין ע"מ שאבא ירצה"- במידה ואב החתן שנעדר אינו מסכים לקידושין. כל מי שמקדש עפ"י דעת חכמים, מבלי שהם יהיו נוכחים. דוגמא אחרונה- כאשר הקידושין לא התבצע עפ"י ההלכה היהודית: מתן טבעת, הבאת עדים. (אישה נשואה מקיימת יחסי מין עם גבר אחר, יחסי מין בין אדם רגיל ממזרה, כאשר אחד הצדדים לא יהודי).

קידושים אסורים - קידושין שאסורים ע"פ ההלכה כמו גרושה וכהן, אך אם עבר על האיסור הקידושין מתקיימים. בית דין יכריח אותו לתת גט ולהתגרש. דוג' נוספות- כהן וזונה, גויה לישראל, ממזרת/ לבןבת ישראל.

-יגאל עמיר רצח את ראש הממשלה בטענה שחל עליו דין רודף. א. הסבר את טענותיו ב. מהי הטעות או הטעויות

בחשיבתו ההלכתית? יגאל עמיר טען שבשל חתימת הסכם אוסלו חל על יצחק רבין "דין רודף" מאחר ולטענתו ההסכם יביא לרצח יהודים. הטעות היא שמותר לרצוח אדם בשל "דין רודף" רק אם תופסים אותו בשעת מעשה ולא אם קיים חשד שהוא עומד לרצוח. עפ"י השופט אדמונד לוי: 1. דין רודף לא חל בימינו. ב. דין רודף לא חל על ההנהגה הנבחרת – יש אמצעים אחרים. כל הפסיקות של פסקי דין מוות לא חלות מארבעים שנה לפני חורבן הבית. על רבין לא חל דין רודף מאחר ומסירת שטחי א"י הוא לא רצח ולא אונס. דין רודף לא חל בסכנות עתידיות וחל רק אם אין אמצעי אחר חוץ מלהרוג.

-מהו ההבדל העיקרי בין פילגש למאהבת? מהי עמדת היהדות ליחסי מין מחוץ למסגרת של חופה וקידושין?

פילגש- אשה המייחדת עצמה לגבר ללא קשר של נישואין(הרמבם אומר שאחרי מתן תורה הפילגש הייתה מותרת רק למלך). מאהבת הינו מושג דומה, המתייחס לאישה המקיימת זאת בסתר. לגברים מותר לקיים יחסי מין עם נשים אחרות שאינן נשואות. לאשה נשואה אסור לקיים יחסי מין עם גבר שהוא לא בעלה. היהודית מתנגדת לקיום יחסי מין לפני החופה בטענה שזה גורם לחילול הנפש והגוף.

פרש paterfamilias, patria potestas, matrimonium

Matrimonium – מסגרת הנישואים. אם בני הזוג לא נישאו אך הביאו ילד לעולם, הילד אינו חוקי כי החוק לא הכיר בשום מסגרת. במשפט הרומי: נישואין חוקיים.

Patria potestas – כוח האב במשפט העברי. הבת ברשות אביה עד בגרות (12.5), הבן לא בכוח האב אף פעם. במשפט העברי, עד הגיעה לבגרות הבת יכולה להינשא רק ע"י אביה. מן המשפט הרומי: כל בן וכל בת נמצאים ברשות האב

כל עוד הוא בחיים.

Paterfamilias – במשפט הרומי - ראש המשפחה, האב, ולו הכוח של Patria potestas.

-יהודי הנושא נוכריה בחו"ל ונוכרי הנושא יהודייה בחו"ל מוכרים כנשואים ע"פ המשפט הישראלי מכוח עקרון המשפט הבינלאומי הפרטי – ולא על ידי בית הדין הרבני בישראל. האם רשאים להסיק שאין ביה"ד הרבני גורס אותו עיקרון? באר. בית הדין הרבני פועל על פי דין תורה ותקנת חכמים. עקרונות המשפט הבינלאומי לא חלים עליו. כל עוד הנישואין נערכו כהלכה, בית הדין יכיר בנישואין אולם בית הדין הרבני לא יכיר בנישואי תערובת – שכן עפ"י היהדות נישואי יהודיה לגוי לא תופסין, ונישואי יהודי לגויה אסורים, מאחר והם מביאים להתבוללות. זה נובע מאופי המש' העברי = חוק לאומי שני של כל יהודי, בכל מקום, במשך כל הדורות.

-השווה "בעיית העגונים" ל"בעיית העגונות". מה הם הפתרונות האפשריים לראשונה שאינם אפשריים לשניה? הסבר. 1. עפ"י התורה מותר לגבר להתחתן עם כמה נשים ולאישה אסור להתחתן עם כמה גברים (ניאוף). אולם, רגמ"א פסק שלגבר אסור להתחתן עם יותר מאישה אחת. 2. במקרים בהם העגון הוא גבר ונקבע שסרבנות האשה לקבל גט אינה מוצדקת, לא מופעלים אמצעי כפייה על האשה אלא נותנים היתר לעגון לשאת אשה אחרת. 3. כאשר אשה נעלמת או מסיבה אחרת אינה יכולה לקבל גט, הרבנים אינם קובעים שהאשה מתה, אלא מתירים לבעל לשאת אשה נוספת. נהוג לתת אישור לשאת אישה נוספת בניגוד לחרם דרבנו גרשום בחתימת מאה רבנים משלוש מדינות על מנת למנוע מתן היתרים רבים מדי. 4. קידושי אישה שנייה תופסין, אולם קידושי גבר שני לאישה נשואה אינם תקפים. 5. גבר עגון שיקח עוד אישה, ילדיו יהיו "כשרים" ועגונה שתקח גבר אחר ילדיה יהיו "ממזרים" (לא פתרון אבל הבדל). 6. בעל יכול לגרש אישה לא שפויה, אישה לא יכולה לגרש בעל לא שפוי.

-יחידה שלישית-
ההודאה



6. ההודאה

6.1-סוגי הודאה

- **הרשעה עצמית** – שם כולל לכלל ההודאות. שהן:
- **הודאה פלילית** – אדם שמגיע מיוזמתו (בהקבלה לימינו - לא נפתחה נגדו חקירה במשטרה ולא הוגש כתב אישום) ומתוודה על דבר שעשה.
- **הודאה באשמה** – הודאה המגיעה כתגובה להאשמה (במהלך חקירה/בבית המשפט).
- **הפללה עצמית** – אדם שמודה בעקיפין (תוך כדי עדות על חברו הוא מודה גם על מעשה שלו)

6.1.1-היחס להרשעה עצמית

במשפט האנגלי – יחס חיובי מאוד בתולדות המשפט מכונה ההודאה "מלכת הראיות".
בחוקה האמריקאית - ישנו סעיף של חיסיון בפני הרשעה עצמית – אדם אינו מחויב להעיד במידה ועדותו עלולה להפליל את עצמו.

היחס במשפט העברי:

יהושע ועכן בן כרמי: יהושע היה המצביא של ישראל כשנכנסו לארץ כנען. כמצביא דתי הוא נותן את העיר הראשונה שהוא כובש לאלוקים – המשמעות הינה שלעם אסור לקחת שלל מהעיר שנכבשה – כל השלל עובר לצרכים דתיים. חייל בשם עכן בן כרמי לקח מהשלל, אלוקים אמר ליהושע כי לקחו מהשלל (והפרו את החרם), אך יהושע אינו יודע מי לקח מהשלל.

יהושע עורך גורל (הגרלה) והגורל נפל על שבט יהודה. כך המשיכו להפיל גורל עד שנפל על אדם ספציפי – עכן בן כרמי למטה יהודה. עכן בן כרמי מודה שהוא לקח מן החרם. יהושע שואל אותו היכן השלל והוא מראה היכן הסתיר את השלל, יהושע חורץ לו משפט מוות, על סמך ההודאה בנוסף לראייה נסיבתית (הוא ידע בדיוק איפה השלל). לא הספיקה ההודאה בלבד. **במקרה של עכן מדובר בהודאה באשמה.**
(גורל הינו "מבחן אלוקים" ordeal)

דוד והנער העמלקי: מתקיימת מלחמה בין צבא הפלשתים לצבא ממלכת ישראל בראשותו של שאול המלך. הייתה מפלה קשה לישראל, ושאול ראה שהאויב מתקרב ועוד מעט יתפסו אותו חי, יתעללו בו ויבזו את המלוכה ואת שם ממלכת ישראל בכלל. שאול מבקש מנושאי כליו להרוג אותו, כדי שהאויב לא ילכוד אותו בחיים, אך אחד מנושאי כליו אינו מוכן להרוג אותו – מכיוון שהוא מלך. לאור זאת שאול נופל על חרבו כדי לא להיתפס בחיים. בזמן הזה דוד לא היה מעורב בהתרחשות ולא מעורב בקרבות בשל טינה שרחש שאול המלך לדוד, נער עמלקי שהיה נספח למחנה שאול – מגיע לדוד עם הבשורה ששאול מת. הוא הביא גם הוכחה – צמיד מלכותי. הנער שחשב שדוד יתן לו פרס על כך שמנע את ביזוי המלוכה, שיקר ואמר כי הוא זה שהרג את שאול. תשובתו של דוד הינה: "נִיֵאמָר אֲלֵינוּ דָוִד, דַּמִּיךָ (דְּמִיךָ) עַל-לֵאשֶׁךָ: כִּי פִיךָ, עָנָה בְּךָ לְאֹמֶר, אֲנֹכִי מִתְּנִי, אֶת-מְשִׁיחַ ה' " **דמך על ראשך – אתה חייב בגזר דין מוות (רצח) - כי פיך ענה בך - על פי ההודאה שלך. במקרה של דוד והנער העמלקי מדובר בהפללה עצמית.**

6.2-דיני נפשות (משפט פלילי – עונש מוות או פגיעה גופנית)

משילוב שני הסיפורים עולה כי במידה וישנה הרשעה עצמית שמלווה בראייה מסייעת ישנה אפשרות להרשיע את הנאשם.
אך דבר זה סותר את שנאמר בספר דברים (י"ז, ו'): "עַל-פִּי שְׁנַיִם עֵדִים, או שְׁלֹשָׁה עֵדִים--יֹדֵעַת הַמֵּת", אם כן אנחנו נמצאים בסתירה בין הסיפורים לבין הפסוק בדברים.

ההסבר ההגיוני (והלא נכון – כפי שיוסבר בהמשך) הינו שאלו תנאים חילופיים, ישנן לבית המשפט שתי חלופות באמצעותן הוא יכול להרשיע את הנאשם במידה ויש שני עדים ירשיע על פי עדותם, ובמידה ואין – יוכל להרשיע בהסתמך על הודאה במידה והיא נתמכת על ידי ראיה מסייעת.

הסבר זה היה יכול להיות נכון – אם הוא היה תואם להלכה הרמב"ם (בהלכות סנהדרין פרק י"ח הלכה ו') אומר כי:

"אין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו, אלא על פי שניים עדים"
דבריו של הרמב"ם נשענים על הכלל התלמודי של *"אין אדם משים עצמו רשע"*

משמעות דבריו של הרמב"ם הינה שאין שום אפשרות משפטית במשפט העברי להרשיע אדם באמצעות הודאה – גם אם ישנה ראיה מסייעת.

אם כך – איך גזרו יהושע ודוד גזר דין מוות על עכן ועל הנער העמלקי?
הרמב"ם עונה על השאלה הזו:

"וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי בהודאת פיהם - הוראת שעה הייתה או דין מלכות היה."
ישנן שתי אפשרויות מדוע הם הסתמכו על ההודאה:

1. הוראת שעה – לבית הדין יש סמכות לקבוע הוראות שעה (מקבילה ל"יתקנות לשעת חירום" שאנו מכירים במשפט הישראלי), ומכיוון שהיה מדובר בהוראת שעה בשני המקרים הללו – הרגו גם על פי הודאה.
2. דין מלכות – במשפט העברי ישנה מערכת מקבילה לדין התורה – "דין המלכות" – החלטה של המלך על פי צרכי המלכות, ומכיוון שיהושע ודוד נחשבו שניהם כמלכים הייתה להם את האפשרות להסתפק בהודאה בצירוף עם ראיה מסייעת.

מדוע המשפט העברי לא מקבל את "מלכת הראיות" [Regina Probatum]?
הרמב"ם ממשיך ונותן תשובה גם לזה:

"שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות, שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג"

ההסבר לפי הרמב"ם הוא החשש שאנשים שמעוניינים להתאבד – ינצלו את המערכת המשפטית כדי להתאבד, כשיעידו שרצחו אדם.

אך מסיים הרמב"ם את דבריו:
"וכללו של דבר: גזירת מלך היא"

גם אם יהיה עוד עד חוץ ממנו, גם אם יהיו מספר ראיות מסייעות, וגם יהיו מספר רב של עדים פסולים – לא נרשיע על סמך הודעתו. מדוע? מכיוון שמדובר בחוק אלוהי מסוג גזירת הכתוב, ובמקרים כאלה – לא קיים רציונל, אלא רק הלכה סופית.



6.3-דיני ממונות (משפט אזרחי)

בתלמוד (מסכת קידושין, דף ס"ה עמוד ב') נכתב הכלל: *"הודאת בעל דין כמאה עדים דמי"*, שפירושה – בדיני ממונות – כאשר הנתבע מודה כי הוא אכן חייב, הודאתו היא אכן "מלכת הראיות" – גם אם יהיו עדים שיעידו כי הוא לא חייב, עדיין נחייב אותו, מכיוון שהוא הבעלים של הכסף, ואם הוא מחליט שהוא רוצה להעביר אותו לתובע, אנחנו לא נתנגד לכך.

6.3.1-עמדת הרדב"ז (הסבר על דיני נפשות עפ"י דיני ממונות):

הרמב"ם (בנוגע למישור הפלילי – עונש מוות) דיבר על הסבר חילוני – רציונלי – החשש מכך שמדובר בהודאה כוזבת, הרדב"ז לעומתו נוקט בגישה תיאולוגית-פילוסופית:

"ואפשר לתת קצת טעם לפי שאין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקב"ה שנאמר הנפשות לי הנה (יחזקאל י"ח) הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו... ומה שהוזה אמרין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו אין אדם רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה לפי שאין נפשו קניינו"

הרדב"ז אומר כי בדיני ממונות (משפט אזרחי), הודאתו של אדם תקפה, משום שהוא מעיד על רכושו שלו, ולכן יכול לעשות בו כרצונו, מכיוון שנפשו של אדם לא שייכת לו, אלא שייכת לקב"ה, וכשם שאינו רשאי לקחת את נפשו בכפו – להתאבד מכיוון שהוא פוגע ברכוש שאינו שלו, כך גם כשמודה בדבר שעלול לגרום עונש מוות, הוא מודה בדבר שאינו שלו – ולכן אנו לא מקבלים את הודאתו.



6.3.2-דיני קנס (מישור פלילי – עונש ממוני)

ראינו מה קורה במקרה פלילי שהעונש עליו הוא פגיעה גופנית (מוות או מלקות), ומה קורה במקרה של דין אזרחי, עכשיו נדון במקרה של סנקציה ממונית במשפט הפלילי (קנס).
בתלמוד בבלי (מסכת בבא קמא, דף ע"ה עמוד א') מפורש על פי הפסוק:
"על כל דבר פשע על שור על חמור על ששה על שלמה על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבוא דבר שניהם, אשר ירשיעון אלהים ישלם שניים לרעהו", אשר ירשיעון אלהים - פרט למרשיע את עצמו."
ומכאן הכלל – "מודה בקנס – פטור"
מה הסיבה לשוני בין הדין האזרחי (ממונות) לבין הדין הפלילי – ממוני (קנס)?
בעוד שבדין האזרחי, כשאדם מודה הוא בעצם מסכים להעביר סכום כסף שלו לאדם אחר, ומכיוון שהכסף בבעלותו, בית הדין לא יתערב ביכולתו הקניינית לעשות בכספו כרצונו, לעומת זאת בקנס, מדובר בהחלטה של בית הדין להוציא כסף מאדם מסוים בכח – כסנקציה, ולפי הרמב"ם אין לבית הדין את היכולת לפעול ללא שני עדים, ולכן לא יוכלו להוציא ממנו את כספו.

6.3.3-מודה בקנס ואחר כך באו עדים

לאחר שהבנו את ההבדל בין דיני ממונות לדין קנס, ובנוסף אנו יודעים שמודה בקנס פטור, עולה השאלה האם כאשר האדם הודה בקנס ולכן לא חויב ולאחר מכן הגיעו שני עדים והעידו שהוא אכן חייב בקנס – האם העובדה שהוא הודה לפני שהעידו העדים פוטרת אותו מתשלום גם לאחר שהעדים העידו?
התלמוד הבבלי (מסכת בבא קמא, דף ע"ה עמוד א') דן בשאלה זו, ולמעשה ישנן שתי דעות בנושא:
לדעת האמורא רב: פטור
לדעת האמורא שמואל: חייב
וההלכה נפסקה כדעת האמורא רב – מודה בקנס ואחר כך באו עדים – **פטור**
הסיבה לכך היא שהמשפט העברי רוצה לעודד **שיקום** של עבריינים, ובכך שמוותרים להם על הקנס במידה והם מודים, יודו יותר, והודאה היא דבר שמעודד שיקום.
צריך להבין את המושג "פטור" במשפט העברי – למעשה ישנם שני הסברים למילה פטור:
פטור - לא חייב (כמו במקרה בו אדם יודה על רצח שביצע)
פטור – פטור לחלוטין (כמו במקרה בו אדם מודה בקנס)
ההבדל ביניהם הוא חומרת העבירה, בעבירת חמורות יותר, שהעונש עליהם הוא מוות המשפט העברי לא יתן לכל אדם שרוצה להתחמק מהעונש את האפשרות להודות – ולא להיענש.
בעבירות פחות חמורות (העלבת איש חשוב/קנס על גניבה) – המשפט העברי יעודד שיקומם של עבריינים דרך עידוד הודאה.

6.4-עדות

6.4.1-הפסולים לעדות

הרמב"ם מונה רשימה של עשרה סוגים של אנשים שפסולים לעדות:

- קטנים
- עבדים
- נשים
- סומים (=עיוורים)
- חרשים
- רשעים (=עבריין מורשע)
- בזויים (= אנשים שמבזים את עצמם בעיני אחרים – בכוונה)
- שוטים
- קרובים לעדות (=קרובי משפחה של אחד הצדדים)
- ונוגעים בדבר (=מי שיושפע כתוצאה מההחלטה במשפט)



6.4.2 פסילת עדות עצמו

התלמוד פוסק כי **"אין אדם משים עצמו רשע"** – משמעות הביטוי היא כי בכל מקרה (גם בדיני ממונות – כשאדם מעיד על עצמו שגנב מאחר וחייב לשלם על סמך עדותו) בו אדם העיד על עצמו כי עבר עבירה, הוא אינו נחשב כ"רשע" לעניין עדות, ולכן עדותו מתקבלת.

6.4.2.1 פלגין דיבורא (עדות על עצמו ועל אחר ביחד)

מה קורה במקרה בו באותה עדות אדם מעיד ומפליל גם את עצמו וגם אחר?
בתלמוד (מסכת סנהדרין דף ט' עמוד ב'):

"ואמר רב יוסף פלוני רבעו לאונסו הוא ואחר מצטרפין להרגו לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע"
כדי להבין זאת יש להקדים שני דברים:

1) "רבעני" – קיים עמי יחסי מין אסורים.

2) במשפט העברי – קיום יחסי מין הומוסקסואלים (כשיש עדים והתראה) היא עבירה שיש לצדה עונש מוות. גישת ר' יוסף: כאשר אדם מעיד שאדם אחר **אנס** ("רבעו לאונסו") אותו וקיים עמו יחסי מין הומוסקסואליים בכפייה – עדותו של הנאנס ושל עד נוסף שראה זאת יכולות להצטרף יחד ולהוות עדות של שני עדים שעל פיהם ירשיעו אותו, ויענש בעונש מוות.

לעומת זאת כשאדם מעיד שהוא קיים עם אדם אחר יחסי מין הומוסקסואליים **בהסכמה** ("רבעני לרצוני") הוא מעיד בעצם בעדות אחת גם על פלוני וגם על עצמו (שקיים עם אחר יחסי מין הומוסקסואליים), ומכיוון שבעדותו הוא מוכיח שהוא רשע (עבריין שקיים יחסי מין הומוסקסואליים) – לא ניתן לקבל את עדותו.

גישת **רבא**: במקרה שמעיד על אונס רבא מסכים עם ר' יוסף.

במקרה שמעיד על יחסי מין בהסכמה אומר רבא שני דברים:

1) אדם קרוב אצל עצמו - עדות של קרובי משפחה פסולה, ואדם קרוב כלפי עצמו יותר מבני משפחה אחרים. ולכן עדות של אדם על עצמו – לא מתקבלת.

2) אין אדם משים עצמו רשע - מכיוון שיש את הכלל של "אין אדם משים עצמו רשע" – ולכן, גם אם אמר שקיים יחסי מין עם אחר בהסכמה – אין בכח עדותו כדי להפוך את עצמו ל"רשע", ולכן עדותו מתקבלת.

לפי **רבא** מופעל כאן גם כלל נוסף – **"פלגין דיבורא"** אנחנו מחלקים את עדותו לשניים – החלק שהוא מעיד על חברו (רבעני) – יתקבל כי הוא עד לכל דבר. ו"אין אדם משים עצמו רשע" – כך שעדותו לא נפסלת.

החלק שהוא מעיד על עצמו – יפסל. אבל לא משום שהוא רשע, אלא בגלל ש"אדם קרוב אצל עצמו" – ועדות של קרובים – פסולה.

ההלכה נקבעה כדעתו של רבא.

שני יתרונות יוצאים מההלכה עפ"י רבא:


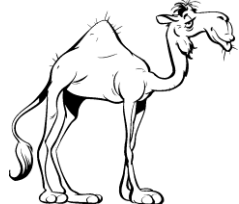

1. יצירת חוסר אמון בין שותפים לפשע – במידה ויש עד אחד (שאינו שותף), כל אחד מהשותפים לפשע חושש ששותפו יצטרף לעד האחד, ירשיע את השני והוא עצמו לא ייענש מכח עדותו.

2. "מרוויחים" עד – מכיוון שללא ההלכה של רבא – אי אפשר לקבל את עדותו.

3. המשפט מעודד עדים להעיד – כשהם יודעים שהעדות שלהם לא תוכל לפגוע בהם.

-יחידה שביעית-
ראיות נסיבתיות

7.1- מקורות- טבלה 1

<p>המקור:</p>	<p>מעשה רבי בנאה (ב' בבא בתרא נח ע"א)</p> 	<p>פס"ד רבי אחא (ב' שבועות לד ע"ב)</p> 	<p>הלכת רבי שמעון בן שטח (ב' שבועות לד ע"ב)</p> 
<p>סיפור המעשה (עובדות)</p> <p>שיחה שגרתית בין אמא ובת- האמא מבקשת מהבת שאת שעשועיה עם גברים תעשה בדיסקרטיות. בשיחה האם מספרת לבת שהיא ילדה 10 בנים לאבא שלה ורק אחד מהם הוא ממנו אבל עשתה זאת בדיסקרטיות. מה שלא ידעה האם [מוזיקה דרמטית]- שאב נמצא בחדר הסמוך ושמע ה-כ-ל(O)! עכשיו לבעל יש בעיה- הוא לא רוצה להשאיר בצוואתו את רכושו לילדים של אנשים אחרים- ממזרים (=ילד שנולד לאישה נשואה מגבר שאיננו בעלה)...כעבור תקופה...הבעל מת. פתחו את הצוואה וראו שכתב: "הרני משאיר את נכסי לבני האחד" כשהוא לא מציין מי הוא הבן. בניו הולכים לרבי בנאה ומתלוננים על הצוואה המעורפלת. הם החליטו ללכת לקבר האב ולהכות בו במקלות כדי "להעיר אותו" ולשאול לכוונתו. אחד הבנים- לא הלך איתם. הוא אמר שאם חלקו בירושה תלוי במעשה כה חצוף הוא לא רוצה בו. אמר רבי בנאה- הוא הבן האותנטי וכל היתר ממזרים</p>	<p>מעשה בגמל. בעבר סוחר העיר השתמשו בגמלים שהיו חיה יקרה וחיונית לעבודה. כשהגמלים לא בתפקיד בייביסיטר הגמלים(להלן): רועה) לוקח אותם למרעה. במהלך היום הרועה ראה את אחד הגמלים משתולל כשאי אפשר להשתלט עליו. כשאסף את הגמלים בסוף היום מצא הרועה גמל אחד מת. התעלומה הייתה מי הרג את הגמל? וחשוב מכך- אצל יהודים כמו אצל יהודים- מי משלם על זה? הביאו את השאלה לרבי אחא- מי צריך עבור הגמל שנהרג? הוא קבע כי בעל הגמל ההורג. הבעיה שהרואה לא ראה מי הגמל שהרג את הגמל. מה שהוא כן ראה- זה גמל משתולל.</p>	<p>רבי שמעון בן שטח היה תנא שטייל עם האסיסטנט שלו. לנגד עיניו רץ אדם ובורח כשאחריו רודף אדם אחר עם סכין בידו ואומר: אני אהרוג אותך, מקלל ומגדף אותך(להלן: יוצא עליו). השניים נכנסו לחורבה(חורבה=מקום שאין אדם נמצא בו). שמעון בן שטח רץ אחריהם וכשהגיע מצא את המחזה הבא: הנרדף שוכב על הקרקע שותת דם כשהרודף עומד מעליו בעודו מחזיק בסכין מטפטפת דם. אומר רבי שמעון בן שטח לרודף: רשע שכמותך- מי הרג אותך? או אני או אתה. אבל מה אעשה? כי אין דמך מסור לי. הוא לא ראה במו עיניו את מעשה הרצח. הסוף הטוב: לא זזו משם עד שיצא נחש והרג את הרודף. זה לא החלק המעניין בסיפור- מה שמעניין הוא השיקול של רבי שמעון.</p>	
<p>השאלה</p>	<p>כיצד קבע רבי בנאה מיהו הבן האמיתי?</p>	<p>מי יהיה חייב במות הגמל?</p>	<p>האם רבי שמעון יכול להגיד נגד הרודף?</p>
<p>ראיה נסיבתית</p>	<p>ממזרים הם עזי מצח וחצופים- הייתה ידיעה בחברה הזו שממזר הוא חצוף. ילד שנולד מאיסור כזה ישנה השפעה של היצירתו על אופיו- הוא עז מצח.</p>	<p>ראיה נסיבתית מצביעה על גמל מסוים שהשתולל כל היום- אם הרועה לא ראה מי הגמל שנגח בגמל המת אבל ראה גמל משתולל הנסיבות מעידות על כך שהוא הרג אותו</p>	<p>אחד נמלט, השני רודף אחריו עם סכין ומגדף אותו- נכנסים לחורבה ומוצאים שכל הנסיבות מראות שהרודף הרג אותו</p>
<p>קביעת הרב</p>	<p>רבי בנא הכריע את המקרה תוך שימוש בראיה נסיבתית-קבע שהבן שלא הכה בקבר אינו חצוף ובשל העובדה שממזרים הם חצופים הוא אינו ממזר.</p>	<p>רבי אחא הכריע את המקרה תוך שימוש בראיה הנסיבתית- גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל אחד מת וידוע שהאוחז הרג אותו. בעל הגמל שהשתולל כל היום צריך לשלם על הגמל המת.</p>	<p>רבי שמעון בן שטח- מה אעשה כי אין דמך מסור לי? קובע כי הוא לא יכול לתבוע את הרודף ולא יכול להעיד נגדו בבית משפט משום שהוא לא ראה את הדקירה במו עיניו. פסק כי לא ניתן לתת עדות נסיבתית גם כשהראיות הנסיבתיות הן חזקות ביותר.</p>
<p>מעמד ההלכה</p>	<p>ההלכה אינה כרבי בנא!</p>	<p>ההלכה אינה כרבי אחא!</p>	<p>ההלכה כרבי שמעון בן שטח.</p>

7.3 - תורת הראיה הטובה ביותר.

הסתירה בין התנאים לאמוראים (בין ההלכה לשימוש בחזקות- ראה טבלה 1 ולאחר מכן טבלה 2):
הסתירה לא יושבה ע"י הגאונים והראשונים אלא ע"י אחד מראשי האחרונים: רבי יואל סירקיס (המאה ה-17,
מחבר פירוש הטור "בית חדש", מכנים אותו בשם הב"ח).

מהי תורת הראיה הטובה ביותר? ראיות נסיבתיות פסולות אבל אם הן הראייה הטובה ביותר (בדרך כלל בעבירות מין או כדי לדעת קרבה משפחתית) מקבלים אותן. קיים מדרג בין חוזקן של ראיות. במישור הפלילי: ברצח לדוגמה- העדות הטובה ביותר היא עדות ראיה. כשהמחוקק אמר כי הרוצח נפש מות יומת, ההנחה הייתה שהעדים יבואו ויעידו שראו את עצמם ההריגה. קיימים איסורים בהם זהו לא המצב- מראש לא קיימת אפשרות לעדות ראיה: למשל איסור יחסי מין. במצבים אלו הראיה הטובה ביותר היא הראיה הנסיבתית וכזוה המצב ניתן להשתמש בה. חוקים אלו שנכתבו מראש תוך צפייה כי לא תיתכן ראיה טובה יותר מהנסיבתית. הסבר:

*עבירות ניאוף: כשכתב המחוקק כי אסור לקיים גילוי עריות, או ניאוף- כיצד הוא חשב שירשעו באיסור זה? הרי עדים לא יכולים בפועל לראות את הזכר חודר אל הנקבה ברוב המוחלט של המקרים. הב"ח אומר כי המחוקק כשקבע את החור כבר ידע כי העדים לא ממש יראו את האקט אלא את כל הנסיבות מסביב והניח מראש כי העדים יוכלו להעיד רק על הנסיבות. כהלכת הרמב"ם (טבלה 2 הלכה 4): חזקה שצורת שני אנשים אלה היא צורה של התנהגות כמו סתם בועלים. בכך נפתרת הסתירה. !חשוב- הגישה המשפטית כאן היא מאוד מתוחכמת- לא נאמר שאם אי אפשר לראות אי אפשר להוכיח. המשפט יודע שהמחוקק לא אסר על משהו שלא ניתן לראות ולכן בעצם האיסור יש הנחה שההוכחה תהיה ראיה נסיבתית.

*הוכחת אח ואחות: לפי כללי המשפט העברי(דרישת שני עדים כשרים) לא ניתן להוכיח אח ואחות בעדות ראיה(ראה הלכה טבלה 2). לכן במקרה זה הראיה הטובה ביותר היא לא ראית הלידה אלא ראית המשפחה- ראיה

נסיבתית.



7.4 - הרמב"ם - חשש המדרון החלקלק

(ספר מצוות מצוות לא תעשה סימן רצ).



אסור לפסוק דין על פי הערכה, אומדן (הוכחה נסיבתית - מתוך הנסיבות אני משער מה קרה): "והמצווה היא שהזהירו לא לחתוך (לפסוק) הגדרים (האיסורים) באומדן (הערכה) הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת". חשש המדרון החלקלק מביא את הרציונאל שמאחורי ההלכה המחמירה שלא לקבל ראיות נסיבתיות(רבי שמעון בן שטח- ראה טבלה 1) מתוך תפיסת המשפט העברי כפי שמובאת ע"י הרמב"ם: החשש שאם אנחנו מסתמכים על ראיות נסיבתיות משכנעות ביותר ככל שיהיו(הסיפור בהלכת רבי שמעון בן שטח- ראה טבלה 1) אנו פותחים צוהר למצב שנכריע ע"ס ראיות נסיבתיות לא משכנעות בעתיד. תפיסת הרמב"ם שממנה נובע הרציונאל: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד". אמת שאם נדחה ראיות נסיבתיות אנו עלולים לזכות עברייני, אך אם נלך במדרון החלקלק ונקבל את הראיות הנסיבתיות אנו עלולים להרשיע אדם חף מפשע. הרמב"ם אומר שיותר ראוי שנשחרר אלף עבריינים מאשר שחלילה שהשיטה המשפטית תאפשר הריגת חף מפשע אי פעם. ההתורה מוכנה לשחרר עבריינים ובלבד שנישאר נאמנים לשיטת דחיית הראיות הנסיבתיות כדי לא לתת אפשרות שיום מן הימים נרשיע אדם חף מפשע במשפט מוות.

מהו המדרון החלקלק? החשבון שהרמב"ם עושה הוא שאם ביום אחד מקבלים את העדות שרבי שמעון בן שטח לא רצה בה: עדות על רצח שהתקיים בחורבה(מקום בו אין אדם), ביום שני אנחנו נקבל עדות לא רק מחורבה, אלא מבית(שיתכן והיה בו אדם). וביום שלישי תהיינה נסיבות פחות מעידות- נניח רק נראה אנשים רודפים אחרי

מישהו, נמצאו טביעות אצבע של אדם על סכין ועוד אפשרויות שונות שמונה הרמב"ם. החשש הוא ממצב כמו שקורה היום- אדם לפני שנים כתב מכתב לאדם אחר שהוא שונא אותו, אמר לחבר אחר שהוא רוצה לרצוח אותו- על סמך דבר כזה כיום בבית משפט ישראלי ניתן להרשיע ברצח. כשמדובר בדין מיתה לאדם חף מפשע לקיחת נפשו היא טרגדיה אנושית. התפיסה במשפט העברי שמציג הרמב"ם היא תפיסה שנמצאת במחלוקת בשיטות משפט עד היום- מידת החמרה והקלה בהרשעה כפועל יוצא של תפיסה זו: האשמת זכאים וזיכוי אשמים



7.5- טיבו של משפט התורה (הכללים בנוגע להרשעת אדם)

- א. על פי שניים עדים - צריך שני עדים כדי להוכיח אשמה.
- ב. ספק נפשות להקל חזקת כשרות (חפות) - אדם הוא נקי עד שתיווכח אשמתו.
- ג. 23 דיינים - בדין נפשות יש 23 דיינים שהם אנשי מקצוע וצריך לשכנע את רובם ולא את כולם.
- ד. המאשימים - העדים שראו את המעשה.
- ה. סדר הדין אצל שופטים - נשיא ביהמ"ש שואל מי מוכן ללמד על הזכות? (על טובתו של הנאשם). יש כלל לפיו אם אין מי שיעיד לטובת הנאשם וכל 23 הדיינים חושבים שהוא חייב- הוא פטור. (זאת הועיל ואין עורכי דין, משטרה וכד' וחובה לתת לנאשם הגנה). *קול תלוי לזיכוי מספיק הפרש של קול אחד. לדוגמא: 12 דיינים אומרים זכאי ו- 11 דיינים אומרים אשם. אולם לחייב צריך מינימום רוב של 3.

ו. סיכון כפול DOUBLE JEOPARDY - אם הנאשם יצא זכאי ומגלים ראיות חדשות זה מאוחר מידי. אי אפשר לשפוט אותו בשנית על אותו עניין. אולם אם אדם יצא חייב והובאו ראיות מאוחר יותר לחפותו - פותחים את התיק מחדש.

ז. דין שדיבר לטובת הנאשם לא יכול לדבר נגד הנאשם. דוגמא: אם הוא הביע את דעתו שהנאשם פטור הוא לא יכול להביע את דעתו נגד. אולם דין שדיבר לרעת הנאשם יכול לחזור בו ולדבר לטובת הנאשם.

ח. הדין בין השופטים לאחר גביית העדויות חייב לפתוח לטובת הנאשם.

ט. ישנם פסולי עדות - נשים, קרובים ועבריינים. בלי עדים אין משפט והממשלה לא יכולה להביא האשמה. העדים הם המאשימים. אם אנו אומרים שהנשים פסולות עדות - מאגר העדים המאשימים קטן. האנשים שיכולים לראות את העבירה הם קרובים או עבריינים אך אין הם אינם יכולים להעיד.

י. אין הודאה פלילית.

יא. אין קבלה של ראיות נסיבתיות.

יב. על פי שניים עדים - יומת המת. העדים צריכים להעיד על: (1) מעשה העבירה - ACTUS REUS. (2) כוונה

זדונית - MENS REA כדי להוכיח כוונה זדונית יש דרישה מיוחדת להתראה - צריך להזהיר אותו.. מוודאים זאת על ידי כך, שאחד העדים צריך להעיד שרגע לפני שהנאשם עשה מה שעשה, הוא (אחד העדים) הזהיר אותו, והוא פעל למרות ההתרעה. ההתרעה צריכה להיות שיהיה ליוג הטוילה רריכול. השיטה היא בעיתית.



7.6- דין התורה אל מול דין מלכות והוראת השעה

רמב"ם הלכות סנהדרין פרק י"ח הלכה ו': "אין בית דין מכיר בעונשין אדם עפ"י הודאת פיו אלא עפ"י שניים עדים שראו" אמר הרמב"ם עפ"י דין מלכות או הוראת שעה.

*הסבר: הודאה לא כבילה- אין בית דין ממיתים ואין מלקין אדם ע"פ הודאת פיו, אלא אומר הרמב"ם: לפי הוראת שעה, או דין מלכות. ניתן אם כן לומר שכשראו שדין תורה אינו ישים, בתי המשפט לא פסקו על פי התורה אלא פסקו לפי הוראת שעה. כתוב בהלכה שבמקרה של מלך או הוראת שעה ניתן לקבל הודאה ללא שני עדים כשרים.

ניתן לחייב את האדם שלא לפי דין משפט התורה.

***יש בהלכה מערכות שיפוט מקבילות-**

א. דין המלכות- למלך בישראל יש מערכת שיפוטית שמבטלת חלק מהלכות נגד הרשעה. למשל, מלך בישראל לא צריך שני עדי ראיה, הוא יכול להרוג עפ"י הודאה. **דוגמא:** הסנהדרין יכולים לזכות אדם [לפי ההלכה], אך המלך יכול להרשיע אותו - במידה והוא חושב אחרת.

ב. הוראת שעה- אם אין מלך, הסנהדרין [ביה"ד] יוכל לקבוע שמדובר בהוראת שעה [תקנת חירום] - ולהרשיע.

***מה עומד מאחורי זה?**

- הר"ן אומר: אם ההלכה היהודית לא יכולה לספק חוק וסדר - **דין המלכות** יוכל לעשות זאת. אם אין מלך, בית הדין יכול להגיד **הוראת שעה ולהרשיע**.

- ר' אליעזר בן יעקב: "שמעתי שבית דין מכים ועונשים שלא מן התורה" **השופטים מסייגים על התורה מתוך**

הגנה על התורה. הם נותנים **שתי דוגמאות להוראות שעה מחייבות:**

(1) מעשה באחד ב"ימי יוונים" שרכב על סוס בשבת, זה איסור **זרבנון** זה לא איסור **דאורייתא** (אין עונש מוות) אבל בכל מקרה שפטו אותו לסקילה. לא משום שהדין הוא כך אלא משום **שהשעה** צריכה לכך. בימי יוונים היו הרבה מתיוונים שרצו לבטל את המסורת היהודית, הוא לא חילל שבת אך הוא ירק בפני הקהילה היהודית ולכן הענישו אותו עונש מקסימלי.

(2) אדם שהטיח את (שכב עם) אשתו תחת התאנה, אמנם היא אשתו החוקית אך לשכב בפומבי זה לא נאות. העניין שלא מדובר באיסור מבחינת החוק. בכל מקרה הילקוהו, לא משום שהדין הוא כך אלא **שהשעה** צריכה כך.

***אם יש מערכות מקבילות אז למה צריך דין תורה? למה צריך את משפט התורה אם הוא לא ישים?**

המשפט העברי של דין תורה הוא אחר לגמרי, **המשפט של התורה הוא תוכנית חינוכית הרבה יותר מאשר משפטי. יש בו עקרונות חשובים ביותר** כגון קדושת החיים, היותו של אדם חף מפשע עד שהוכחה חפותו ועוד. התורה אומרת דברים שאליהם צריכים לשאוף דין המלכות והוראות השעה

-יחידה שמינית-
היחלצות לעזרת הזולת

8. היחלצות לעזרת הזולת



8.1 מבוא - היחלצות לעזרת הזולת במשפט האמריקאי

8.1.1 מקרה קיטי ג'נוביז' -

ב1965 נכנס ביטוי חדש לעולם המשפט, הוא מקרה קיטי ז'נוביז': קיטי ז'נוביז' הייתה מלצרית במסעדה שפתוחה כל הלילה. היא נכנסה לעבודה ב8 בערב וסיימה בסביבות 3 בלילה. יום אחד, בסיום העבודה, נסעה באוטובוס לביתה, וכשירדה מהאוטובוס בשכונת מגוריה, תקף אותה אלמוני. היא צעקה בקול רם והתעלפה. כעבור כחצי שעה, היא התאוששה וזחלה לקראת דירתה. האלמוני חזר ותקף אותה שנית. היא צעקה בשנית, ואת שתי הצעקות שמעו 38 שכנים. כל השכנים ירדו מהמיטה, פתחו חלון, ובין אם ראו או לא, התעלמו וחזרו לישון. למחרת בבוקר מצאו את גופתה ברחוב. מפכ"ל המשטרה הופיע בטלויזיה לאחר המקרה בזעם. הוא ביקר את החברה, ושאל מה קרה לאדם המודרני ואיזו אדישות גילו השכנים ליחס בין אדם וחברו. אף שכן לא טרח להזעיק את המשטרה או לעשות משהו בנדון, והמקרה הכה גלים בארה"ב. ב1966 יזמה הפקולטה למשפטים בשיקגו כנס בנושא "השומרונים הטוב והחוק".



8.1.2 השומרונים הטוב בברית החדשה -

ישו היה יהודי שומר מצוות ודורש דרשות. בברית החדשה מובאת הדרשה על ההר שלו. דרשה ניתנת ע"י הבאת פסוק, שאילת שאלה על הפסוק, פיתוח התשובה והגעה למסקנה. ישו פותח את הדרשה בברית החדשה בציטוט הפסוק מהתורה: "ואהבת לרעך כמוך". נשאלת השאלה מיהו הרע שאנו מצווים לאהוב? הוא ממשיך משל לפיו הדבר דומה לאדם שהלך בכביש בין יריחו לירושלים, והתנפלו עליו שודדים, הכו אותו והשאירו אותו חבול וגוסס בצד הכביש. עבר כהן וחצה את הכביש תוך התעלמות ממנו. עבר לוי וגם הוא התעלם והמשיך ללכת. לאחר מכן עבר שומרונים (שומרונים נחשבו לאוכלוסייה המבוזת בעיני היהודים) והתכופף וראה שהוא חי אך פצוע. הלך השומרונים והביא מים לעוררו ושמן למשוח ולחבוש את פצעיו והרימו והביאו לפונדק הקרוב ודיבר על הפונדקאי ואמר לו שיתן לו לינה אוכל ושתייה על חשבוננו, ועזב. מכאן הרע שאנו מצווים לאהוב, כולל את הגויים, הנחותים וכו'. השומרונים הטוב נתפס מאז כאדם שנחלץ למען הזולת ומצילו.

ב1967 בוורגינייה התקיים כנס ארצי לפסיכולוגים של ארה"ב בנוגע ליחס האדם המודרני לשכנו הנתון בסכנה. ראטקליף שחיבר את כל ההרצאות שניתנו לספר, מביא את הרצאת הדיקן של בית הספר למשפטים, בו הוא מסכם את דין השומרונים הטוב בחוק:

א. אין כל חובה משפטית לבוא לעזרת הזולת - דוגמאות לכך:

- תינוק טובע באמבטיה והמבוגר לא עושה כלום - אין כל תגובה משפטית נגדו.
- עיוור הולך ומגיע לקצה צוק, אדם שרואה אותו לא עושה כלום בנדון - אין תגובה משפטית נגדו.
- אדם נכנס עם נר לחדר עם אבק שריפה ואדם שרואה אותו לא עשה כלום ע"מ למונעו - אין תגובה משפטית נגדו.

ב. אם אדם, מטוב לבו, מתנדב ללא חובה משפטית להציל מישהו, עליו להיזהר מאוד בהצללתו.

- שיכור שנופל ופניו נופלים לשלולית, ואדם הרואה זאת מטוב לבו מנסה להרימו, וקורע תוך הרמתו את הגיקט שלו. לפי המשפט האמריקאי האנגלי, המציל חשוף לתביעת נזיקין.

ג. חריגים (שנוספו בחוק האמריקאי מאוחר יותר) אנשים שכן חייבים להציל על פי חוק:

- הורה לילדו
- מורה
- רופא שנמצא במקום בו אדם בסכנה
- שוטרים
- מכבי אש
- מי שמעורב בתאונת דרכים - תיקון מאוחר לחוק קבע, כי מי שמעורב בתאונת דרכים חייב להתערב.

לסיכום, המשפט האמריקאי עד פרשת קיטי ז'נוביז' אינו מחייב התערבות להצלה בחוק ואף משאיר את המציל חשוף בפני תביעת נזיקין. הוא רואה התערבות בהצלה כפעולה התנדבותית ולא מחייבת, ואף מזהיר את המציל שלא להרע את המצב כדי לא לעמוד על כך לדין. מאז חלו בו שינויים רבים.



8.2-היחלצות לעזרת הזולת במשפט העברי **8.2.1-רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א' הלכה י"ד**

כל היכול להציל, ולא הציל--עובר על "לא תעמוד על דם רעהו" (ויקרא יט, טז). גם הרואה את חברו טובע בים, או ליסטים באים עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו, או שישכור אחרים להצילו, ולא הציל, או ששמע גויים, או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנין לו פח, ולא גילה אוזן חברו והודיעו, או שידע בגוי או באנס שהוא קובל על חברו, ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה בליבו ולא פייסו, וכל כיוצא בדברים אלו--העושה אותם- עובר על "לא תעמוד על דם רעהו".

הרמב"ם שחי 750 שנה לפני מקרה קיטי ז'נוביז' מביא את דברי המשנה מתקופת התנאים על פסוק שמקורו מלפני הספירה, והוא מסכם את ההלכה ומאיר הערות והארות:

הפסוק הוא "לא תעמוד על דם רעהו" במילים "לא תעמוד" הכוונה לא תעמוד **מהצד**.
אומר הרמב"ם- כל היכול להציל, ולא הציל- הוא עבריין ועבר על מצוות התורה לא תעמוד על דם רעהו.
בעוד המשפט האמריקאי מגדיר חובה להציל על ידי קביעת 6 סוגים של אנשים שמחויבים כאמור לעיל לעזור, הקריטריון אותו מגדיר הרמב"ם כמחייב להציל הוא: **יכולת**. אם אתה **יכול** להציל אך לא עושה זאת, אתה עבריין במשפט העברי. הוא מביא 5 דוגמאות למצבי יכולת. 3 הדוגמאות הראשונות הן של התנאים וה2 האחרונות הן של הרמב"ם עצמו:



1. הרואה את חברו טובע בים
2. או ליסטים באים עליו (גנבים)
3. או חיה רעה באה עליו

יש 2 סוגי יכולות: או יכולת עצמית להציל את האדם, או לשכור אחרים להצילו- במידה ולאדם אין אמצעים, עליו לשכור עזרה של אחר. נשאלת השאלה מדוע יש חובה לשכור אחר אם גם על האחר מוטלת חובת ההצלה והוא יכול להציל בעצמו וללא שישכרוהו לכך? התשובה היא בשל הסכנה שהאחר לא יבצע בעצמו את החובה כי אינו יהודי או כי הוא קטין ולכן לא מוטלת עליו החובה. החיוב אינו רק של אדם פרסונאלי אלא גם של כסו.

ההבדל בין השומרונים הטוב של ישו לבין ההלכה הני"ל, היא שלשומרונים הטוב לא הייתה נשקפת כל סכנה בהושטת יד לפצוע, ואולם בדוגמאות של המשפט העברי, נראה שנשקפת למציל סכנה.

(1) או ששמע גויים או מוסרים (מלשינים) מחשבים עליו רעה ולא גילה אוזן חברו וידיעו - החידוש המיוחד הוא בכך שאין כאן עדיין פעולת סכנה והצלה, והמציל למעשה רק **מגלה** לאדם שנשקפת לו סכנה ונותן לו את היכולת להציל את עצמו. אין כאן הצלה ממשית אלא בעקיפין.

(2) או שידע בגוי או באנס שהוא קובל על חברו (מתלונן עליו) ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה בלבו ולא פייסו-אדם שיכול להתערב בין שניים כי הוא בעל השפעה בריב, חייב לעשות זאת ולהצילם מהסכנה.

כל אלו- העושה אותם- עובר על לא תעמוד על דם רעהו.

החידוש של הרמב"ם הוא בכך שהיכולת אינה רק מחייבת הצלה אלא גם מגדירה את צורת ההצלה. אם לא ניתן להציל, אך ניתן להגיד משהו שיביא את האדם להציל את עצמו, או להביא לפיוס שימנע סכנה, יש חובה לעשות זאת ולהציל בעקיפין. דבריו של הרמב"ם אמורים כביכול כלפי מפכ"ל המשטרה בנושא קיטי ז'נוביז'- הוא לא ציפה שאנשים יצאו ויצילו את קיטי ז'נוביז' אך הוא ציפה שיעשו מה שב**יכולתם**- יתקשרו למשטרה ויזעיקו עזרה.



8.2.2-רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א' הלכה ט"ז

[טז] "אף על פי שאין לוקין על לאוין אלו, מפני שאין בהן מעשה, חמורים הם: שכל המאבד נפש אחת מישראל, כאילו איבד כל העולם כולו; וכל המקיים נפש אחת מישראל, כאילו קיים כל העולם כולו".

במדע המשפט הפלילי יש כלל לפיו אדם חייב ונענש על עבירה פעילה, אקטיבית. נשאלת השאלה כיצד עוברים על "לא תעמוד על דם רעד" בחיבוק ידיים- באי עשייה?

אומר הרמב"ם שאף על פי שלא נענשים על אי עשייה של איסורים אלו מפני שאינם מחייבים מעשה, הם חמורים ולא ניתן לזלזל בהם. זאת כיוון שכל המאבד נפש אחת בישראל כאילו איבד כל העולם כולו ולכל המקיים נפש אחת בישראל, כאילו קיים עולם כולו.

ניתן ללמוד רעיון זה מתפישת סיפור בראשית בצורה פשטנית. כשאלוקים ברא את האדם, לפני שברא את האישה, היה אדם אחד בעולם, ולכן כל המאבד אדם אחד- כאילו איבד את כל העולם. יש גרסאות של הרמב"ם שהושמטה בהן המילה "בישראל" מתוך הלכות הרמב"ם, ויש מחלוקת גרסאות בנושא. ההבדל בין הגרסאות הוא בשאלה, האם אמירה זו מתייחסת לעם ישראל או שהיא אמירה אוניברסאלית? המקור להלכה הוא האדם הראשון, והאדם הראשון לא היה יהודי, ועל כן ניתן לומר שההלכה אוניברסאלית.

אם אין עונש על ההלכה הנ"ל ניתן לראותה כחובה מוסרית ולא משפטית. ההבדל הוא בכך שלחובה משפטית יש התייחסות של החוק ויש בצידה עונש. חובה מוסרית היא עניין אישי שבין אדם לעצמו. על כן יש למצוא דרך לקבוע שאף על פי שאין עונש, ההלכה הנ"ל משפטית ומחייבת ואינה חובה מוסרית:

הכלל בנזיקין הוא שאדם אחראי לנזק שהוא גורם בין אם זה ברצון, בין באונס, בין בשוגג ובין במזיד. לכן, אדם שעשה נזק לרכוש, גם אם הנזק נגרם כחלק מהצלה של אדם אחר, חייב לפצות על הנזק. זוהי ההלכה במשפט הישראלי והאמריקאי ומקורה במשפט העברי, אך ההלכה זו יש תיקון:

8.2.3-רמב"ם- הלכות חובל ומזיק, פרק ח:

יב וכן כל המצר לציבור ומצער אותן, מותר למוסרו ביד גויים להכותו ולאוסרו ולקונסו; אבל מפני צער יחיד, אסור למוסרו. ואסור לאבד ממנו של מוסר, ואף על פי שמותר לאבד גופו, שהרי ממנו ראוי ליורשיו.

יג [יב] רודף שהיה רודף אחר חברו להורגו, או לדבר עבירה, ושיבר את הכלים, בין של נרדף בין של כל אדם--פטור מן התשלומין, מפני שהוא מתחייב בנפשו: שכיון שרדף, התיר עצמו למיתה.

יד [יג] נרדף ששיבר כלים של רודף, פטור: לא יהא ממנו חביב מגופו. ואם שיבר כלי אחרים, חייב--שהמציל עצמו בממון חברו, חייב.

טו [יד] מי שרדף אחר הרודף להושיע הנרדף, ושיבר את הכלים בין של רודף בין של כל אדם--פטור: ולא מן הדין, אלא תקנה היא שלא יימנע מלהציל, או יתמהמה, ויעיין בעת שירדוף.

טז [טו] ספינה שחישבה להישבר מכובד המשאוי, ועמד אחד מהן והקל ממשאה, והשליך בים--פטור: שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להורגם, ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם.

**ההלכות אשר אינן מפורטות לא נלמדו **

8.2.3.1-הלכת חובל ומזיק, פרק ח הלכה יד:

ההלכה מעניקה פטור מחיוב בנזיקין למי שמציל. הפטור איננו נובע מדין תורה, שכן גם ע"פ הגמרא, וגם ע"פ דין תורה, האדם שמציל חייב בנזיקין, אך התקנה הני"ל פוטרת את המציל מכך, על מנת לבטל את התמריץ השלילי שלא לפעול ולמנוע את החשש של המצילים מתביעתם.



זהו למעשה חוק השומרוני הטוב בדין העברי-

- א. חובה משפטית להציל.
- ב. מי שמתחייב בנזיקין בדרך הצלתו חסין מלשלם כדי לעודד אנשים להציל.

בכך הופך החוק מחובה מוסרית (שנוגעת לאדם עצמו) לחובה משפטית שניתן לחייב עליה בדין- אם אדם היה מציל מחובה מוסרית, היה חייב גם בנזיקין, ואילו עצם קיום הפטור המשפטי מנזיקין הופך את החובה לחובה משפטית.

לסיכום, במשפט העברי קיים חוק השומרוני הטוב כפי הוצג לעיל. במשפט האנגלו אמריקאי, אדם שמציל ופוגע תוך כך בנזיקין היה חייב, ולאחר מקרה קיטי ז'נוביז' מדינות רבות חוקקו את חוק השומרוני הטוב הפוטר את המציל מחיוב, כפי שקובע המשפט העברי. באירופה יש סעיף שלישי לחוק השומרוני הטוב- חוץ מחובה משפטית להציל ופטור מעונש, יש גם עונש פלילי לאדם שלא הציל.

במחקר שנערך בארה"ב נבחנה השאלה מה גורם לאנשים להציל? תוצאות המחקר הראו, שכשאנשים ראו שישנם אנשים אחרים שיכולים להציל, הם נמנעו מלהציל וזרקו את האחריות על שאר האנשים. כשאנשים לא ראו את יתר האנשים וחשבו שהם היחידים שיכולים להציל, יצאו רבים להציל בשל תחושת האחריות שהרגישו. אדם שרואה את הזולת נתון בסכנה ורואה שאחרים רואים, מצדיק את עצמו באי עשייה בהנחה שאחר יטפל.



8.2.3.2-הלכות חובל ומזיק, פרק ח', הלכה ט"ו:

אם מנסים להציל אדם, אך לא יודעים לשחות והוא נמצא במים, מה עושים? שוכרים סירה ומצילים אותו. האם אוכל לתבוע אותו על הכסף שהוצאתי כדי להצילו? אם היה מדובר רק בחובה מוסרית- לא ניתן, אך במשפט העברי- ניתן לדרוש פיצוי כי מדובר על קיום חובה משפטית.

אדם הטובע בים וידוע כי הוא עני מרוד- אם אשכור סירה להצילו, אני אהיה חייב לשלם כי לו אין כסף. עדיין אהיה חייב להציל אותו. יש כאן פרדוקס: מצד אחד, אני יכול לקבל פיצוי כי קיימתי חובה משפטית, מצד שני, אם הוא לא יכול לפצות, עדיין אהיה חייבת להציל אותו. **חייבים להציל בין אם הוא יפצה ובין אם לא, אך אם הוא יכול לפצות, הוא צריך לעשות זאת.** מקרה זה מדגיש שזו חובה משפטית ולא מוסרית.

יש שני משפטים אמריקאים- לפני מקרה קיטי ג'נוביז' ואחריה. לפני המשפט האמריקאי לא דיבר על חובה משפטית ולאחר מכן המשפט האמריקאי התקרב למשפט העברי. גם הרמב"ם וגם המשפט האמריקאי מסכימים שלא לתת עונש למחדל. החוק דורש התערבות להציל, אך הרעיון של סנקציה הוא בעייתי לאדם שלא מציל. בכך המשפטים הללו שונים מהמשפט היבשתי האירופי שמטיל עונש על מחדל.

המשפט הישראלי מאז 1948 ועד 1999 היה כמו המשפט האמריקאי שלפני קיטי ג'נוביז' ואחרי המקרה, בעקבות השפעות של המשפט העברי והתלבטויות, המחוקק הישראלי קבע את חוק לא תעמוד על דם רעך:

- חובה להציל
- חסינות בפני תביעת נזיקין
- עונש מינימלי של קנס לחיזוק

–יחידה עשירית–
שליחות לדבר עבירה



10. שליחות לדבר עבירה

10.1- הגדרת שליחות- חוק השליחות תשנ"ח 1965

א. שליחות היא ייפוי כוחו של שליח לעשות בשמו/במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי.

ב. (1) מדובר בהסדר משפטי לפיו השליח פועל בשמו של השולח ובמקומו. כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או ע"פ דין יש לבצעה בצורה אישית.

(2) **שלוחו של אדם כמותו** = פעולת השליח לרבות ידיעתו והבנתו מחייבת ומזכה לפי העניין את השולח. כל תוצאות העסקה (החובות והזכויות) חלות על השולח ולא על השליח. החוק מאפשר לאדם לפעול, לסחור, ולעשות עוד פעולות ע"י אדם אחר. האדם הסוחר, אינו יכול להגיע למקום הקנייה מסיבות שונות, ולכן יכול למנות שליח שיעשה את הקנייה במקומו. מתקיים כאן חידוש כאשר "**שלוחו של אדם כמותו**". המחוקק לקח את חוק השליחות מהמ' העברי. במ' העברי מדובר על 3 אנשים: שולח, שליח וצד ג'.

*פיקציה – ב"שלוחו של אדם כמותו", החוק למעשה יוצר פיקציה משפטית, דבר שאינו קיים. כל הזכויות והחובות שנוצרו מהעסקה הן של הקונה המקורי. שליחות היא פיקציה- יצירה משפטית של החוק כמו אימוץ. **במשפט הישראלי, קיים חוק השליחות מ-1965** המסדיר ומעגן פיקציה זו כדבר מקובל.

10.1.1- מקורות מדברי חז"ל המוכיחים שליחות- "שלוחו של אדם כמותו":

(1) **גירוש אישה-** (מסכת קידושין תמ"א ע"ב): "כי אם יקח אישה..והיה שלא תמצא חן בעיניו... ונתן בידיה גט ושילחה מביתו". המשמעות היא שכאשר אישה מקבלת גט משולחו של בעלה, היא כבר גרושתו וכבר מגורשת מביתה. **התושב"ע מוסיפה את ביטוי השליחות** ואומרת כי איש יכול לגרש את אשתו בידי שליח. אם לשניהם יש שליח והשליחים מוסרים את הגט אחד לשני, הם מגורשים כי "שלוחו של אדם כמותו".

(2) **מעשר כהן**-קיימת מצווה על כל יהודי חקלאי לתרום תרומה של יבול לכהן, אחרת היבול לא כשר. מדובר כאן בתחום דתי. ככתוב בתורה: "וכן תרימו גם אתם". "שולחו של אדם כמותו"- **הכוונה כאן שגם שליח יכול לתרום במקומו**.

(3) **פסח-** (ספר שמות פרק יב'): לוקחים שה "ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל". כשבאים לדרוש/לפרש פסוק זה רואים שלא ניתן כי שישים רבבות (שש-מאות אלף איש) ישחטו שה אחד. **לכן- הקהל יכול למנות שליח** שישחט בשמם ובמקומם [מדרש ההיגיון].



10.1.2 גישות לפירוש- "שלוחו של אדם כמותו":

(1) השליח נכנס לנעלי השולח והוא כמו היד הארוכה שלן. אדם נולד עם שתי ידיים והשליח הוא מעין יד שלישית על פי החוק.

(2) השליח איננו השולח, אלא שהשולח מייפה את כוחו של השליח לפעול בשמו ובמקומו. האדם מעביר את הכוח לאדם אחר, כדי שיעשה את הדברים בשמו.

* **מחלוקת- האם התורה נותנת לי "יד שלישית" או נותנת לי הכוח לייפות כוחי בידי נציג?** ברמת הרעיון, התורה אומרת שלא רק אני יכול להפריש תרומה, אלא ניתן ש"יד שלישית" תעשה זאת וניתן להעביר את הכוח וכך לתרום בידי שליח כי "שלוחו של אדם כמותו". התורה נותנת כוח ליצור נציג.

דוגמא: כאשר המגרש הופך לא שפוי בעת שהשליח גירש את האישה? האם הגט תקף? אדם ש"עתיים שטיא ועתיים חלים"- שלעיתים לא שפוי ולעתיים בריא, רוצה לגרש את אשתו. הוא יכול להזמין אדם שיהיה השליח שלו לגירוש

אשתו. כשהוא ממנה את השליח, על בית דין לעמוד על שפיותו (כיוון שזוהי פעולה משפטית). השליח מגיע אל האישה ונותן לה את הגט, וכשהוא שב אל הבעל להודיע שנתן את הגט, הוא מוצא שהבעל אינו שפוי ונכנס למצב שטות. ע"פ הגישה הראשונה של ייצוג, הגט בטל כיוון שידו הארוכה של האדם הייתה ידו בשעה שהיה שוטה. זוהי דעת הטור. מאידך, לפי הרמב"ם, מדאורייתא, הגט כשר. זאת כיוון שהרמב"ם דוגל בגישה השנייה של ייפוי כוח, לפיה בשעה שנתן השליח את הגט לאישה, מי שנתן לה את הגט הוא השליח, והוא מיופה כוח, ע"י כוחו של הבעל שהיה שפוי.

לסיכום: הטור אומר- הגט בטל, זאת כי השליח הוא "ידו הארוכה" שלא השולח - ולכן נתייחס לשליח כלא שפוי. הרמב"ם אומר- הגט תקף. השליחות היא רק "ייצוג" של אדם. השליח (השפוי) הוא מיופה כוח.



10.1.3- איסור שליחות - עפ"י דין ואיסור שליחות במהותה:

לעיתים שליחות היא אסורה עפ"י דין ולעיתים אסורה במהותה, למשל:

- (1) **שליחות לשם גיוס** - עפ"י דין, חובה לבצע גיוס בצורה אישית, למרות שבמהות ניתן לגייס שליח. במדינת ישראל אין אפשרות לגייס שליח במקומך - זה ניתן ע"י מהותה אבל לא ניתן מבחינת חוק.
- (2) **לגבי ישיבה במאסר** - זהו דבר שבמהותו חייב להתבצע אישית ואסור למנות שליח לעניין זה.
- (3) **מינוי שליח לקידושין ולנישואין** - במהותה צריך להתבצע בצורה אישית. הקידושין הוא דבר רציונאלי. *ישנן פעולות הניתנות לשליחות עפ"י חוק - כמו טסט לאוטו.

10.1.4- הרחבה - חוק השליחות - סעיפים רלוונטיים:

(1) **סעיף 3 א'**: השליחות מוקנית בהרשאה (השולח מייפה כוחו של השליח) שבכתב או שבע"פ מאת השולח לשליח, או בהודעה עליה מאת השולח צד שלישי, או ע"י התנהגות השולח כלפי אחד מהם. **לדוגמא**: "זכין לאדם שלא בפניו" - שפירושו: שאפשר לעשות פעולה עבור מישהו על ידי אדם אחר - ללא ידיעתו של אותו אדם עבורו נעשית הפעולה, במקרה שהשלכות הפעולה הן טובות עבור האדם שעבורו נעשית הפעולה. כלומר - אם ביצעת דבר מה לטובת מישהו, למרות שלא מינה אותי, הכלל הוא **שבהתנהגותי הייתי השליח שלו**.

(2) **סעיף 3 ב'**: נדרש אדם להזדקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה בפניו הרשאה בכתב, ולא נמסר לו העתק ממנה. **לדוגמא**: אם אני ממנה שליח לקנות לי דירה, מוכר הדירה (צד ג') רשאי לומר "תן לי עדים שאתה אכן ממונה לשליח הקונה". כלומר - **מינוי שליח לא מחייב את צד ג' להאמין** לכך שהשליח שלי כשר.

(3) **ס' 4 ד'**: כל אדם כשר להיות שלוח לפעולה שהוא עצמו בר דעת לעשותה, אך לעניין זכויותיו וחובותיו יחולו דיני הכשרות הכללים והמשפטיים.



10.1.5- דבר שליחות - "זכין לאדם שלא בפניו" מול "שליחות לדבר עבירה"

סיטואציית הסטודנטיות -

א. האם מותר לשליח לבצע משהו בשביל השלוח שלא בידעתו? אין שום סימן של מינוי בע"פ, או בהתנהגות. למשל, סטודנטית רשמה נוכחות של חברתה בלי שהיא בקשה ממנה (הסטודנטית נכחה בשיעור) - לכאורה אין כאן שליחות כי היא לא נתבקשה במישרין או בעקיפין. אבל כן יש שליחות, כי "זכין לאדם שלא בפניו" אני עושה פעולת זכות לאדם שלא בפניו, לא במינויו, לא בידעתו. אבל מעצם ההנאה של

הסטודנטית נוצרת השליחות. אבל אם למשל לקחתי עבור חבר חוברת ובסופו של דבר לא נתתי לו את החוברת - זוהי גזלנות.

ב. חברתה בכלל לא הגיעה לשיעור והיא רוצה לחפות עליה והיא רושמת נוכחות בשמה - יש כאן **עבירה**. אם אני אומר ש"זכין לאדם שלא בפניו" (זכייה יוצרת שליחות), מה שעשה השלוח נחשב לפעולת השולח, ולכן מדובר פה ב"שליחות לדבר עבירה". מי עשה את העבירה? השולח או השלוח??

10.2 - שליחות לדבר עבירה

לפי: "שלוחו של אדם כמותו" = מה שעשה השליח נזקף לזכותו ולחובתו של השולח.
מה קורה כאשר שליח רצח בשליחות של מישהו ← מי הרוצח העיקרי?
במשפט הישראלי = זה ששלח הוא הרוצח העיקרי. **במשפט העברי** = אומרת הגמרא: "אין שליח לדבר עבירה". לפי המשפט העברי השליח נושא באחריות. התורה לא מכירה קשר שילוחי בין העבריין לבין השולח. בשליחות רגילה (גט, קניית בית וכו') השליח נעלם לאחר ביצוע השליחות. במצב בו השליח מבצע עבירה שהשולח שלחו לעשות - השליח גם יבקש להיעלם לאחר ביצוע המעשה כיוון שביצע אותו כשליח, אך חז"ל קובעים "אין שליח לדבר עבירה" - השליח לא יוכל לפטור את עצמו בגלל היותו שליח.

10.2.1 - מדוע אין שליח לדבר עבירה?

הסבר: דרך מדרש (פרשנות פסוקים): "דברי הרב, דברי התלמיד, דברי מי שומעים?" ← כשיש סתירה בין דברי הרב ודברי התלמיד, **שומעים לדברי הרב**. הרב (או המחוקק), הוא זה שאומר: "לא תרצח". התלמיד (או השולח) אומר "תרצח!" (אומר ההפך). במצב זה צריך להקשיב לדברי הרב שהוא המחוקק ואסור לתלמיד להקשיב לשולח. אם השליח שרצח בא לבית המשפט ואומר שמישהו שלח אותו, אומרת ההלכה- המחוקק אמר לך "לא לרצוח", ואילו השולח אמר לך "לרצוח". לכן **היית חייב להקשיב לדברי הרב**, כלומר- "לא לרצוח".
בנוסף, חז"ל מסתכלים על המצב בעיני השולח, השולח יגיד שלא ציפה שהשליח באמת ילך לבצע את המעשה, שהרי ידוע שהמעשה אסור! מצב זה שוב יפטור את השולח מאחריות פלילית כלפי המעשה ויחייב את השליח בעבירה. מצב זה מביא לפטירת השולח מאחריות אם השליחות לא הייתה רצינית ולא האמין שהשליח יפעל כדבריו.
עפ"י קירשנבאום - העיקרון הוא ברור: אחריות האדם למעשיו היא דבר יסוד בתורת ישראל, אדם אינו יכול להיפטר מאחריותו בטענה כי הוא עשה מעשיו בשליחות, לא משנה כמה חשוב יהא אותו האדם - גם מלך לא יחמוק מאחריות.

10.2.2 - הרחבה - שלוש סברות(ההיגיון) לגבי "שליחות לדבר עבירה"

- (1) לחייב את השליח** - כשאדם פועל בשליחות, השליחות לא מקשרת אותו לעבירה, כי עליו היה להקשיב למחוקק ולא לשולח.
- (2) לפטור את השולח** - במצב דברים זה אנו **פוטרם את השולח** - כי השולח יכול לטעון שהוא לא האמין שהשליח יבצע את שליחותו.
- (3) השליחות כפיקציה של החוק** - מעבר למה שהגמרא אומרת, יש להבין שאין שליח לדבר עבירה כי ברגע שיש עבירה- אין שליחות. החוק לא נותן את היד השלישית לבצע עבירה, אלא הפיקציה המשפטית תקפה רק לעניינים חוקיים. מעצם היות השליחות "יצירה משפטית", יצירה של החוק ← אז אנו אומרים **שהחוק אינו יוצר את הפטנט של שליחות כדי לבצע עבירה (רק שליחות לעניינים חוקיים)**.

*במשפט העברי, כמו במשפט הרומי, פטור השולח מעונש אם השליח ביצע עבירה, אך בשונה מהמשפט הרומי – במשפט העברי קיימים "דיני שמיים" – סנקציה דתית. ישנם שני סוגי דיני שמיים: רובם בדיני ממונות (עבירות נזיקיות-אזרחיות) ומקצתם בעבירות איסור והיתר קלות. בדיני שמים נחשב השולח כחלק מגורמי העבירה ודינו הינו ע"י שמיים ולא בביהמ"ש- משמע, לא ידון אותו ביהמ"ש למיתה אך עפ"י ההלכה נידון הוא למיתה משמיים.

10.2.3- החריגים: הלכות בהן יש שליח לדבר עבירה

- (1) מעילה – במעשי מעילה חייב השולח בעבירה. מעשי המעילה מושווים הם למעשי תרומה וכפי ששולחו של אדם במעשי תרומה כך שולחו של אדם במעשי מעילה.
- (2) שליחות יד – שומר האומר לאחר לשלוח יד בפיקדון עליו הוא שומר חייב הוא באחריות המעשה.
- (3) טביחה ומכירה – אדם אשר גנב שור ואומר לאחר למכור אותו חייב הוא בתשלומי הגניבה.
- (4) חצר – יפורט בהמשך.
- (5) קטן ונכר – השולח קטן/ נכר לדבר עבירה חייב הוא בעבירה עצמה – קטן לא יואשם בעבירה אלא אם קטן שלח קטן אחר לביצוע העבירה.
- (6) שליח הפועל בשוגג.
- (7) שליח אשר הוחזק לעבור את העבירה.
- (8) עשיית צלמים – אדם אשר ביצע בנה פסל, על אף שלא ביצע אליו כל עבודת אלילים, חייב הוא בשליחות לדבר עבירה.
- (9) שותפים שגנבו – שני השותפים חייבים בכפל דין רגיל.
- (10) דין מלכות, הוראת שעה, תקנת העולם.



10.3 - תלמוד בבלי, בבא מציעא, דף י', עמ' ב' (מקראה 247-248)

10.3.1- מהות הקניין:

הגמרא מתחילה בעניין של קניין, בעברית קניין = רכוש. **משפט הישראלי** - היא פעולה משפטית של רכישה. מרגע זה לא יכול הקונה לחזור בו. המוכר יכול להחליט כי אין הוא מסכים לחרטה. לקניין במ' הישראלי 2 משמעויות: (1) רכישה ו-(2) אי יכולת חרטה ללא רשות המוכר. **במשפט העברי** - קניין הוא דבר שונה לחלוטין ומתייחס **לפעולה חיצונית (אובייקטיבית) המפגינה גמירות דעת פנימית (סובייקטיבית)**, זהו יסוד העסקה. הצדדים גומרים בלבם החלטה מסוימת. המשפט העברי דורש קניין כפעולה חיצונית חפצית שמדגימה ומשקפת את גמירות הדעת שנעשית בלבו של אדם. כדי לדעת שאדם באמת מוכר, והאחר באמת קונה, יש לבצע פעולה פיסית שמוכיחה זאת. ולכן הומצאה פעולת הקניין – פעולה חיצונית, מוחשית, המפגינה את גמירות הדעת של הצדדים. ישנן דרכים שונות לקנייה ורכישה. דוג' אחת היא קניין בקידושים: טבעת העוברת מחתן לכלה תוך אמירת "הרי את מקודשת לי". דוגמא נוספת: אם אני רוצה למכור ספר – ברגע שאני מוסר את הספר והאדם שומע ומקבל, הרי שיש כאן **פעולה חיצונית** (מסירת החפץ) ואז צריך את **גמירות דעת** (ההסכמה) – זהו עיקר העסקה. אם ההסכמה הייתה על ספר באנגלית והתקבל ספר בעברית בגמירות דעת – דהיינו לא הייתה גמירות דעת. ההסכמה החיצונית לא תאמה לגמירות הדעת. הפעולה החיצונית צריכה להפגין את גמירות הדעת של הלבבות. **בקיצור-פעולה חיצונית(מסירה)+פעולה סובייקטיבית(הסמכה, גמירות דעת)-קניין**.

10.3.2 - שלושה סוגי קניין במשפט העברי

(1) **קניין ד' אמות** (ברדיוס של חצי מטר) - הנחת חפץ בד' אמות אומרת כי הוא נקנה.

(2) **קניין יד** - הקניין הפשוט ביותר, נקרא, **קניין יד**, ברגע שהמוצר נמצא ביד של הקונה, הוא שייך לו. יד רחבה פירושה - כשהמוצר לא ניתן ספציפית לידו של הקונה, אלא לדוג' שמים לו בכיס או בחצר. הרמת/הגבהת חפץ אומרת כי הוא נקנה.

(3) **קניין חצר** - אדם הרוצה במשהו, שנמצא חופשי (איזושהי חיה לדוג') והוא סוגר את הדבר בחצר שלו, הדבר נחשב לשלו. כלומר, במידה ויש לאדם בית והחפץ שגנב נמצא בביתו אך לא בידו - זה גם ייחשב - כל גניבה שתהיה בשטחו תיחשב. כאשר חפץ (כמו הצבי) נכנס לחצרי/לרחבת ביתי ניתן לומר שהוא נקנה על ידי.

***דוגמא - גט לקטינות:** בעבר אבות היו משיאים בנותיהן (מחתנים). אב יכול להשיא ביתו הקטינה, אך **אין מגרשים קטינה?** התורה מוצאת פתרון למצב זה ואומרת: אומנם לקטינה אין כשרות משפטית, אך התורה מעניקה לה כשרות רק לעניין אחד מסוים והוא: **קבלת גט**. לפנינו מצב בו הקטינה אינה ברשות אביה (כי התחתנה) ולכן אי אפשר לגרש באמצעות האב, אז למרות ה"קטינות" התורה מאפשרת לגרש קטינה. **"ונתנה בידו ושילחה לביתו"**



10.3.3 - המחלוקת - מהו חצר?

הגמרא בבבא מציעא שואלת, במידה ותימצא הגניבה בידו (של אדם), **מה קורה אם תופסים גנב שהחפץ נמצא בחצר שלו?** למשל, אם נכנס צב לחצר דרך פתח בחצר, האם הצבי נגנב ובעלה הופך לגנב?

(1) **רבי יוחנן** - "כי חצר משום יד" החצר היא היד המורחבת של האדם, ולכן בעל החצר אשם בגניבת הצבי אם הוא סוגר את דלת החצר. לא יכולה להיות שליחות בדבר עבירה, ולכן חצר לא תהא כזו.

(2) **ריש לקיש** - החצר היא **קונסטרוקציה של שליח** חצרו של אדם היא אינה ידו, חצרו של האדם קונה לו, כי החצר היא השליח שלו, ולא ידו המורחבת ולכן הוא לא אשם.

הסבר -

ר' יוחנן אומר שהחצר היא הרחבה של קניין יד, וכמו שלקטינה יש יד לקבל גט לפי החוק, כך גם קניין חצר, ולכן היא יכולה לקבל את הגט.

ר' לביש אומר שהחצר היא "שליח" - ובגלל שקטינה לא כשרה משפטית למנות שליח - היא לא יכולה לקבל את הגט בקניין חצר.

ע"פ הגמרא - מהברייטא אנו למדים שאדם נהפך להיות גנב אם נמצאה הגניבה בחצירו, שחצירו "קנתה" ("רכישה גניבתית") לו את הגניבה, **חצירו ביצעה לו את עבירת הגניבה**. וכעת ר' לביש, טוען כי "חצר" היא מעין שליח, ישנה התנפלות על ריש לקיש כיוון שנלמד מהתנאים, **"אם תימצא הגניבה בידו"** - ידו יכולה להיות גם חצרו. החצר הפכה אותו לגנב וכיוון שסגר את הגניבה בחצר, ושאיך שליח לדבר עבירה, לא יכול להיות כאן שליח. איך ייתכן שריש לקיש (אמורא דגול) אמר דבר כזה? להגנתו של ר' לביש ולתזה שלו (שקניין חצר הוא מטעם שליחות) יש תשובה פשוטה והיא: **שונה שליח-חצר משליח-בן-אדם**. כלומר- יש הבחנה בין שליח בשר ודם לבין שליח דומם בלשון המשפטית.

אצל שליח-בן-אדם : אין שליחות לדבר עבירה כי נגד שליח-בן-אדם שייכת הטענה: "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים?"
אצל שליח-חצר : יש שליח לדבר עבירה כי הטענה של "דברי הרב..." איננה שייכת.

כל אדם יודע שיש הבדל בין חצר שליחה, לבין אדם שליח, כיוון שאת החצר – דומם – לא ניתן להעמיד לדין. החוק: אין שליח לדבר עבירה, נאמר על אדם, אבל כשהשליח חצר, אולי כן יש שליחות לדבר **עבירה?**



10.3.3.1- השוני בין שליח חצר לשליח אדם- שני אמוראים עסקו בנושא: רבינא ורב סמא.

(1) **רבינא** – נותן הסבר משפטי: אדם הוא בר מצווה, בר חיובא, החוק מדבר אליו שהוא חייב. חצר איננה בר חיובא, ולכן ייתכן שחצר תהיה שליח לדבר עבירה. עם זאת, יש לזכור שאדם שעזב את החוק ועשה את דברי השולח שלו, מתקיים רק בבן אדם, ובחצר עניין זה לא מתקיים. לכן באדם אין שליח לדבר עבירה, ובחצר יש שליח לדבר עבירה.

(2) **רב סמא** – לאדם יש בחירה חופשית, רוצה- עושה, לא רוצה- לא עושה. אפשר לחייב אדם בעניין דברי הרב למול דברי התלמיד. לעומת זאת החצר אינה בת חיובה. החצר פועלת כמו רובוט, אין לה בחירה חופשית, ולכן יכולה להיות שליח לדבר עבירה. לכן באדם אין שליח לדבר עבירה ובחצר יש.

2 דעות אמוראים בגללן יש "שליחות לדבר עבירה" כשזה מגיע לחצר-

(2) ע"פ רבינא כי החצר אינה בר חיובא [אי אפשר לחייבה בדין]

(3) ע"פ רב סמא כי החצר אינה ברת בחירה [אין לה בחירה חופשית כמו לאדם]

10.3.3.2- ההבדל המעשי בין דעת רבינא לדעת הרב סמא?

שניהם מסכימים שקניין חצר יכול להפוך אדם לעבריין ולכן חצר יכולה להיות שליחה לדבר עבירה. ההבדל המעשי הוא דק מאוד, הגמרא נותנת 2 דוגמאות רחוקות ודחוקות אך שמבחינה לוגית מראות את ההבדל ביניהם:

מצב 1 – בתורה כתוב שלכהן אסור להתחתן עם גרושה, זה לא בגנותה של הגרושה, אלא החמרת הקדושה לכהן. במידה והכהן בכל זאת ממנה אדם מישראל כדי לקדש גרושה- מה יהיה גורל הקידושין? וגורל הכהן?

- **לדעת רבינא** – האדם מישראל לא יהיה בר חיובא, כיוון שאין מקום שכתוב בתורה בו אסור לישראל לקדש גרושה, ולכן עפ"י שורת הדין ישראל, האדם מישראל יהיה משול לחצר. מכאן שנוצר שליח לדבר עבירה- יש עבירה (חתונה של כהן וגרושה) אך לא ניתן לחייב את השליח. הכהן בעצמו ייענש כי יודע שאסור לו לקדש גרושה.

- **לדעת רב סמא** – אדם אינו יכול להיות שליח לדבר עבירה, כיוון שהוא אדם, אינו רובוט, ואינו כמו החצר. מצד אחד לא יוכלו להאשים אותו, כי אין איסור ומצד שני לא יוכלו להאשים את הכהן, כי אין שליח לדבר עבירה, כלומר הוא אינו שולח. לפי רב סמא מתקיימת כאן מציאות מוזרה, עבירה ללא עבריין.

מצב 2 – בתורה כתוב: "לא תקיף פאת ראשך" (הקפת הראש, כשיש שיער רק על החלק העליון של הראש), החסידים מגזימים, ולא מספרים כלל את פאות ראשם. **הרמב"ם** אומר שמנהג עובדי עבודה זרה היה להקיף, לגלח כל שיער הפאות. כל איסור שמופיע בתורה, ומופיעה בו המילה ראש, איש ואישה שווים באיסור, חוץ מאיסור הקפת הראש. הורה הרוצה לספר את ילדו בהקפת ראש, נותן לאשתו לספר את הילד, כיוון שהאישה אינה ברת חיובא. כלומר ניתן לשלוח ספרית לעשות זאת וזו לא תהיה עבירה.

- **לדעת רבינא** – יש שליח לדבר עבירה, אך האישה אינה ברת חיובא, כי אין לה איסור לנושא. יכו את הבעל, כי האישה היא כמו החצר, ביצעה את העבירה, בשליחותו של הבעל (יש שליחות לדבר עבירה). בדיוק כמו האיש מישראל שינסה להשיא גרושה וכהן, שלא יחויב לדעת רבינא, אלא מי שיקבל את העונש הוא הכהן.
- **לדעת הרב סמא** – האישה היא בעלת בחירה, ולכן היא לא כמו חצר/רובוט, היא אדם, ולכן אין שליח לדבר עבירה. בדיוק כמו שהאדם מישראל שינסה להשיא בין הגרושה לכהן הוא בעל בחירה חופשית, ולא יוכלו להאשים אותו (אין שליחות לדבר עבירה), עם זאת עדיין מתקיימת עבירה.

מצבים אלו יוצרים מצב של עבירה ללא עבריון. נעשתה עבירה אך לא ניתן להעניש אף אחד. נוצר קוריוז משפטי בו נעשית עבירה ולא ניתן להצביע על האשם.

רבינא = בר חיובא. אם אינו בר חיובא [משועבד לחוק] אז **"יש שליח לדבר עבירה"** = העבירה **עוברת לשלח.**
רב סמא = בר בחירה. אם ברת בחירה [רצון חופשי] **"אין שליח לדבר עבירה"** = העבירה **נשארת אצל השליח.**

***נשאלת השאלה למה הגמרא הביאה 2 דוגמאות?** ההבדל הוא שבדוגמה השנייה אין מקום לתירוץ ב' – זאת כיוון שהגבר שלח את האישה להקיף את הפאה, לא משנה אם יש שליחות או אין שליחות, הפאה עצמה מקוצצת מוחשית, ולכן השאלה אינה האם יש שליח או אין שליח, אלא אם יש עבירה ומי האשם. בסוגיית הקידוש ניתן לדון האם מבחינה משפטית האישה מקודשת או לא, בעוד בסוגיית הפאות אין לכך היבט משפטי והפאות קוצצו מבחינה תוצאתית. הגמרא מביאה 2 דוגמאות ע"מ להמחיש את ההבדל בין הסוגיות הנ"ל.

10.4 תוספות ד"ה דאמר ישראל

בבא מציעא דף י' ע"ב – דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה - וא"ת ואפי' אמר לכהן נמי וי"ל דכהן מקרי בר חיובא הואיל ואם מקדשה לעצמו חייב אבל ישראל אע"ג דעובר משום לפני עור לא תתן מכשול כשמקדשה לכהן כיון דאי מקדשה לעצמו לא מיחייב לא מקרי בר חיובא וא"ת מאי נ"מ בין למ"ד אי בעי עביד ובין למ"ד שליח בר חיובא לא לקי על הקדושין לרבא דאמר בעשרה יוחסין (קדושין דף עח.) קידש אינו לוקה בעל לוקה וי"ל דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין כדמוכח בריש תמורה (דף ה. ושם) אי"נ י"ל דאף לרבא נפקא מינה דאי יש שליחות חלין הקדושין ואי אין שליחות אין חלין הקדושין.

פירוש:

לבעלי התוספות יש קושי בפירוש הגמרא הזו, הם מצאו הלכה פסוקה בגמרא אחרת (מסכת קידושין):

"כהן המקדש גרושה, איננו לוקה עד שישא אותה".



יש 2 חלקים בחתונה, **קידושין**- ניתנת טבעת, לאחר 12 חודשים מתקיים השלב השני, ה**נישואים**- הזוג עובר לחיות ביחד. ע"פ ההלכה, אין כהן חוטא כל עוד רק קידש אותה. אם נשא אותה (לאחר 12 חודש)- רק אז עבר על החוק.

*דעת **רבינא** (ראה לעיל) לכאורה סותרת את ההלכה הפסוקה ובגלל שאין הכהן לוקה, שואלים בעלי התוספות, **מה ההבדל בין דעותיהם של רבינא ורב סמא?**

תירוץ ראשון של הבדלים והשלכות בין הגישות

• **לפי רבינא**- כשהכהן יישא את האישה ויחיה איתה הוא יהיה חייב בשתי מלקות- עונש כפול- אחד בשביל הנישואין ואחד בשביל הקידושין כי יש שליח לדבר עבירה.

• **לפי רב סמא**- לכשהכהן יישא את האישה יענישו אותו פעם אחת, רק על הנישואין וזאת כיוון שאין שליח לדבר עבירה.

תירוץ 2 – לדעת התוספות, השאלה היא בכלל האם יש קידושין?

- **לדעת רבינא**, לפי התוספות, אם יש שליח לדבר עבירה, יש קידושין.
- **לדעת הרב סמא**, לפי התוספות, אם אין שליח לדבר עבירה, ומי שקידש אותה לא היה שליח כיוון שהוא בר בחירה ויכול היה לבחור בדרך הנכונה, אין קידושין.

ההבדל בין התירוץ

תירוץ 1, השאלה היא שאלה פלילית, באמירה אם אין/יש שליח לדבר עבירה, הכוונה לעונש, אם אין שליח, משמע אין עונש. התירוץ מדבר על העונש: **האישה מקודשת, אבל מי יענש?**

תירוץ 2, השאלה היא בנוגע לתורת השליחות, באמירה אם אין/יש שליח לדבר עבירה, הכוונה האם בכלל קיים שליח לדבר עבירה? ואם אין שליחות, לא רק העונש מושפע מכך אלא גם עצם קידושה של האישה. תירוץ זה מדבר על הקידושין: **האם האישה מקודשת או לא?**

לפי תירוץ התוספות, יש שני עולמות: הראשון הוא דיני עונשין (שכר ועונש). השני בדין האזרחי (תורת השליחות). מתוך התוספות ניתן ללמוד על אופי הסוגיה: האם היא סוגיה של פשע עונש וקשורה בדיני עונשין, או שזוהי סוגיית שליחות וקשורה בדין האזרחי?



10.4.1- גירוש אישה

מדרבנן, על פי חרם רבי גרשום אין מגרשים אישה ללא רצונה, ולכן שליח המגרש אישה שלא לרצונה, מהווה שליח לדבר עבירה. יכול להיות שהגט יהיה תקף, אך זוהי עבירה. בשאלה זו נחלקו הדעות בשתי הגישות הנ"ל:

לפי התירוץ ה-1 - יש שליח לדבר עבירה, האישה מגורשת. הבעל גירש אותה ולכן עליו לשאת בעונש.

לפי התירוץ ה-2 – אין שליח לדבר עבירה, לכן השאלה האם בכלל נתגרשה?

במצב של התנגשות בין גישות, הפתרון במשפט העברי הוא המוציא מחברו עליו הראייה- על האישה המבקשת לקבל מזונות מבעלה, לאחר שהתגרשה ע"י שליח, חובה להוכיח שהיא גרושה בשביל לקבל את המזונות להוכיח שתירוץ ב' נכון, אך היא לא מצליחה להכריע בין שתי התוספות וכך גם בית הדין. בית הדין לא יכול לתת לה מזונות אם אין הכרעה בשולחן ערוך.

הסיפור:

דובר על אישה, שהגיעה לבית הדין של הנודע ביהודה - ר' יחזקאל לנדאו להתייעץ עימו בעניין השליח שהגיע אליה לתת גט, הוא קבע כי אין מחלוקת, אין שליח לדבר עבירה- זהו הכלל. השליחות לדבר עבירה המדוברת, היא חריגה. החוק יצר שליח רק כשאדם רוצה לפעול על פי המשפט, לפי החוק, אבל כמדובר בעבירה, אין שליח לדבר עבירה, **עבירה שוללת שליחות**. הוא קובע כי אין שליח לדבר עבירה ע"פ הגישה השנייה, כיוון שהשליחים הם בני אדם ויכלו לבחור, והחוק לא יוצר שליחות לרעה ע"מ לקדם עבירה. בעת הפעולה באמצעות שליחות לנושא של עבירה, השליחות בטלה. בנוגע לתירוץ הראשון אומר שאינו שייך לנושא ועניינו הוא סוגיה ספציפית של קידוש אישה ע"י שליח בשם כהן, זאת כיוון שלפיו עדיין לא התגבשה העבירה והכלל הוא עבירה מנטרלת שליחות אך אין פה עבירה. גירושי אישה בעל כורחה היא עבירה שמתקיימת ושוללת את השליחות.

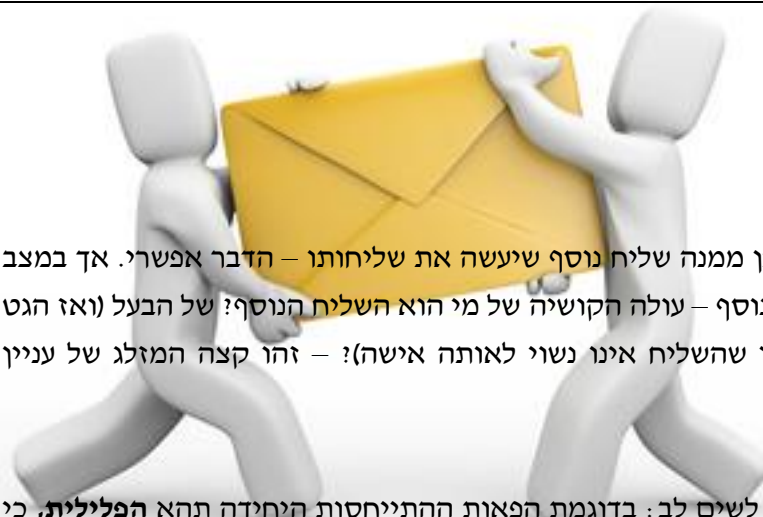
***שתי האפשרויות של התוספות:**

- (1) ישראל המקדש אישה בשביל הכהן, עדיין לא מבצע עבירה, כיוון שהעבירה מתבצעת רק כשהם נשואים, ולכן כאן יש שליחות.
- (2) השליח שמגרש אישה בעל כורחה מבצע עבירה, העבירה מבטלת שליחות, מכאן שהאישה לא גרושה.

שאלה מבחינה: תארו ביצוע עבירה ללא עבריין.

תשובה: ע"פ רב סמא אם העבריין הוא שליח בר-בחירה אז השליח בן-אדם ואז אין שליח לדבר עבירה. כך למשל במצב של ישראל המקדש גרושה, ישראל הוא בר בחירה, ואף על פי שנשלח ע"י הכהן, הכהן לא מתחייב כי ישראל הוא בר בחירה. השליח ישראל אף הוא אינו אשם כי עליו לא חל האיסור לקדש גרושה (האיסור חל רק על הכהן). **הגמרא** אמרה שיש הבדל בין רב סמא לרבינא. ע"פ רבינא אם העבריין הוא שליח שאינו בר-חיובא, אז השולח מתחייב (יש שליח לדבר עבירה). יש עבריין והוא השולח. ע"פ רב סמא יכולה להיות עבירה ללא עבריין וע"פ רבינא אין עבירה ללא עבריין כי השולח מתחייב.

התוספות (שהוסיפו דברים על רש"י) אומרים שהגמרא לא צודקת ולמעשה אין הבדל. הם אומרים שגם ע"פ רבינא השולח לא מתחייב וגם ע"פ רב סמא השולח אינו מתחייב. התוספות מביאים דוגמה: כאשר כהן מקדש גרושה אך לא נשא אותה עדיין- אין מענישים אותו כיון שעדיין אינו חי עימה באותו בית.



***לפיכך, 2 תנאים לשליחות חוקית:**

- מינוי כדין של השליח
- השליח פעל לפי השליחות

***הרחבה 1-** במצב שבו השליח חולה מאוד, ולכן ממנה שליח נוסף שיעשה את שליחותו – הדבר אפשרי. אך במצב שהשליח אמור למסור גט לאישה וממנה שליח נוסף – עולה הקושיה של מי הוא השליח הנוסף? של הבעל (ואז הגט קיים)? או של השליח (ואז הגט מתבטל, כיוון שהשליח אינו נשוי לאותה אישה)? – זהו קצה המזלג של עניין השליחות – לא קיימת תשובה.

***הרחבה 2- מה בנוגע לדוגמה עם הפאות?** יש לשים לב: בדוגמת הפאות ההתייחסות היחידה תהא הפלילית, כי קיימת עובדה בשטח [שהיא התספורת]. אין התייחסות ל"תקפות" כי לא מדובר בדבר שניתן לתת לו תוקף, הוא שריר וקיים בין כה וכה.

פירוש 1: העונש- ע"פ רבינא - האישה אינה בר חיובא ולכן השולח אשם. ע"פ רב סמא - אין אשמים כי אין שליחות לדבר עבירה ולכן אין לתת מלקות לשולח.

פירוש 2: התוקף- ע"פ רבינא - נתקיימה שליחות והשליח אשם ויהיה חייב. ע"פ רב סמא- אין שליחות ואין לתת מלקות לשליח ← אבל הפאות קצוצות, אז מה עושים?

10.5 - מאמרים:

10.5.1 סיכום המאמר "עיונים בשליחות לדבר עבירה" - פרו' אהרון קירשנבאום

(עמ' 55-77)

א. סקירה.

שליחות לדבר עבירה מוזכרת בגמרא (קידושין מב,ב) ומפורש ע"י רש"י ל-2 עקרונות:

1. השליח חייב בעבירה.

2. השולח פטור מן העבירה.

הרמ"א מציין שהפטור הוא לכל עבירה פלילית נזיקית או אזרחית.

המקורות לכלל:

1. סברה- דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים: דברי הרב (המחוקק- אלוקים) אל מול דברי

התלמיד (השולח – אדם) ברור שתשמע לרב. ואתה השליח תישא באחריות

השולח פטור: 1. לא האמין שיקיים עבירה 2. השליחות עצמה כלל לא קיימת

2. כלל פרשני: שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדים – ישנם 2 מקורות בתורה בהם היא מורה אותנו

שנש שליחות לדבר עבירה מכאן מסיקים שבשאר המקומות כלומר באופן כללי – אין.

3. תז"ל לגבי עבירות מסוימות מציינים "הוא חייב – ולא שלוחו". מכאן שבאופן רגיל שלוחו חייב.

העיקרון הוא, שאין אדם מתחמק מעונש למעשיו בתואנה שאחר (אפילו מלך) שלח אותו.

האם השולח פטור לגמרי?

במשפט הרומי, אדם המסייע לעבירה ניתן לתבוע אותו על עבירה זו. סעיף זה נתון רק למסייע ממשי ולא

למשדל או מסית. אכן סיוע מחייב בעבירה, אך לא נאמר מפורשות לעניין שליחות.

הדבר הקרוב ביותר לשליחות במשפט הרומי הוא **חוזה המנדטום**: שליחות (מנדטום) שהוא לדבר רע

(גניבה נזיקין) אין בה משום התחייבות חוזית, ויואשם השליח.

במשפט האנגלו אמריקאי, לעומת זאת, המייעץ והמשפיע או המשדל, יכול להיות שיואשמו באותה עבירה

כמו המבצע. כמו כן השולח את חברו – מתחייב במלוא האחריות הפלילית.

המשפט הישראלי, הדומה למשפט האנגלו אמריקאי – המייעץ והמשדל יכולים לעמוד לדין בגין העבירה

בעוד השולח מחויב במלוא האחריות הפלילית.

אנו רואים שלגבי המשדל והמייעץ ישנה מחלוקת בעוד לגבי השליח ישנו קונצנזוס.

ב. דיני שמיים.

למרות שנראה שישנה חפיפה בין המשפט העברי והרומי לגבי חפות השולח, ניתן לראות כי במשפט העברי

מעניקים לו את "החובה בדיני שמיים".

לענייננו ישנו הבדל משמעותי בין ענישת שמיים לבין דיני שמיים. בעוד שענישת שמיים נוגעת לסנקציות

לעבירות איסור והיתר - עבירות פליליות חמורות (כרת על עבירת הרצח לדוגמא), דיני שמיים נוגעים לעבירות אזרחיות נזיקיות, או עבירות איסור והיתר קלות.

בגמרא לעניין שולח להרוג את הנפש:

בית שמאי – בדיני שמיים יש שליחות לדבר עבירה ולכן יחויב המבצע.

חכמים (הלכה כמותם) – השולח מואשם רק כגורם – מסית – והוא מסור בידי שמיים (ניתן להאשימו בגין "בפני עיוור לא תיתן מכשול")

ישנן דוגמאות המציגות מקרים בהם השולח לדבר עבירה פטור גם מדיני שמים!

אולם מסביר הש"ך שרק עבירות נזיקיות, שבהם השליח פיצה את הניזק פטור השולח, אך בכל שאר המקרים איננו פטור מדיני שמיים.

לסיכום: המשפט העברי בניגוד לאנגלו-אמריקאי, מזכה את השולח

המשפט העברי בניגוד לרומי – אינו מזכה לחלוטין את השולח (דיני שמיים)

ג. חריגים – יש שליחות לדבר עבירה

1. מעילה – אדם השולח חברו למעול בנכסי הקודש – חייב. מקור: גזירה שווה מתרומה
2. שליחות יד – השולח אדם לגנוב מפקדון שנתון לו (לשולח) – חייב. מקור: מדרש.
3. טביחה ומכירה – אדם הגונב בהמה, ושולח אדם אחר לטבוח או למכור בשבילו אותה, מתחייב השולח. מקור: מחלוקת – רשימת מדרשים בהם ישנה שליחות לדבר זה.
4. חצר – (נמצא בחומר) – נכנסה בהמה לחצר של אדם והוא נעלה שם. מתחייב בגניבה שהרי החצר היא שליח לדבר עבירה.
- רבינא – חצר היא לא אדם שניתן להגיד לו: "דברי הרב ודברי התלמיד" שכן היא לא בר חיובא ולכן השולח (הגונב) חייב.
- רב סמא – שליח הוא רק אם הוא בר בחירה. חצר היא איננה ברת בחירה.

מהות ההבדל – 1. כהן האומר לישראל צא קדש לי גרושה

רבינא – ישראל אינו אסור בעבירה ולכן יש שליח ומאשימים את הכהן

רב סמא – ישראל איננו רובוט (חצר) ולכן חייב ישראל.

2. איש האומר לאשה הקיפי ראש הילד

רבינא – האשה איננה ברת חיובא ולכן יש שליחות ומאשימים את הגבר.

רב סמא – האשה איננה רובוט ולכן חייבת.

● כהן אמר לכהן צא קדש לי גרושה:

תוספות – כהן באופן כללי מוזהר בקידושי גרושה ולכן יהיה חייב

רמב"ן – הכהן הספציפי לא מוזהר על לקדש לאחר, אלא רק לעצמו ולכן יהיה פטור.

5. קטן ונכרי – קטן שאינו יודע הבדל בין עבירה למעשה אחר וכן נכרי – שולחם מחויב

6. טעות במצב דברים – השליח איננו יודע שזוהי עבירה – מחויב השולח (למרות המחלוקת)

7. הוחזק כעברייין – השליח מוחזק, כלומר יודע השולח שהוא מועד לאותה עבירה – מתחייב השולח (ויש חולקין)

8. עשיית צלמים – השולח אדם אחר לעשות צלמים לעבודה זרה - מתחייב השולח

9. שותפים – אחד שגנב על דעתו של אחר – שניהם מחויבים.

10. דין מלכות והוראת שעה – השולח אדם לעבירה שנגזרה מהמלכות או הוראת שעה מחכמים ישנה שליחות לעבירה.

ד. מידת השליחות

בתוספות לגבי כהן ששלח ישראל לקדש גרושה, מופיעות 2 משמעויות לביטוי "אין שליחות" וישנן מחלוקות לגבי 2 פירושים אלו:

1. שטמ"ק – לפי אלו הסוברים שזוהי סנקציה פלילית – הרי שהמחלוקת בין רבינא לרב סמא היא רק בעניין מי יקבל את העונש. אך אם זוהי מחלוקת בדבר דיני השליחות, לפי רבינא – יש קידושין ולפי רב סמא – אין קידושין.

2. נתיבות המשפט – האבחנה בתוספות היא רק במקרים שאפשר לעשות אבחנה זו. ברוב המקרים ישנה מציאות של מעשה (רצח, הקפת הראש) והחלטה היא רק סנקציה פלילית.

3. שו"ת נודע ביהודה – לעולם אין שליחות לדבר עבירה. לעולם היא לא תיצור מחויבות משפטית (קידושין) ולעולם לא סנקציה פלילית (השליח תמיד יחויב) – חוץ מאשר במקרים יוצאי הדופן. במקרה שלנו, ישנו עוד מקרה מיוחד, בו כשקידש ישראל לא הייתה בעיה כיוון שרק הבעילה היא העבירה.

4. רבי עקיבא איגר – אם ישנה שליחות - לפי התירוץ הראשון מדובר על מי מחויב ולפי התירוץ השני מדובר על עצם קיום הקידושין. אך אם אין שליחות – לא התקיימו הקידושין ולא מחויב השולח.

נראה, שישנו הבדל משמעותי בין שליחות רגילה לשליחות לדבר עבירה. בעוד שבשליחות רגילה האדם השולח מודע לחובות המשפטיים העולים ממנה. ומסכים להם ומקבלם. אך בשליחות לדבר עבירה, השולח מודע לחובות המשפטיים אך לא מעוניין בהם.

רב סמא – השליחות היא הגשמה משפטית של רצונו של השולח, לכן לפי רוב הפירושים אין העבירה מתבצעת (רק במקרים שבהם השליח הוא רובוט)

רבינא – השליחות היא הכרה משפטית בזהות בין השולח לשליח. מוסד השליחות מתקיים גם לדבר עבירה – אם השליח בר חיובא ניתן להגיד לו דברי הרב ודברי התלמיד – ולכן יחויב הוא. אך במקרה שהשליח איננו בר חיובא – אין האחריות מוטלת עליו, ואין כל מניעה שימש אמצעי לביצוע העבירה – השולח יישא באחריות.

היבטים שונים של שליחות לדבר עבירה במשפט העברי
(עם התמקדות מיוחדת בסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא דף י' ע"ב (עמ' 232-233 במקראה)).

דברי מברא

(א) כלל גדול בתורת ישראל הוא שאין שליחות לדבר עבירה, שהרי שליחות – היכולת של אדם (השולח) למנות אדם שני (השליח) לפעול ולעשות פעולות משפטיות בשבילו, בשמו ובמקומו -- באה לאפשר לאדם לעשות פעולות על ידי אחרים ובזה היא מקילה ומייעלת את פעילותו. שליחות היא פיקציה, יצירת החוק, והחוק איננו יוצר אותה כדי לאפשר לאדם לעבור עבירות! זהו הנימוק התיאורטי של הכלל הגדול הזה. חז"ל נתנו נימוק רציונלי, במונחים פיליליים לכלל הגדול הזה. הם השתמשו במשל, לאמר: "דברי הרב (המורה) ודברי התלמוד, דברי מי שומעים?" כלומר "דברי המחוקק (הנמשל ל"רב", למורה) הם לא לעבור עבירה, ובניגוד להם ישנם דברי השולח (הנמשל ל"תלמיד") הם לעבור את העבירה, דברי מי שומעים? השאלה היא שאלה רטורית, כי כמובן שצוויו של המחוקק עדיף על הוראת השולח. ואם "השליח" אכן התעלם מדברי המחוקק, הוא צריך לשאת באחריות, הוא אשם, הוא עצמו חייב; ואין הוא יכול להעזר בכלל של שליחות רגילה על פיו כאשר שליח עושה את שליחות כרצון שולחו כל התוצאות של המעשה חלות על ראש השולח – הן הזכויות והן החובות. כמו כן, "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים" הם גם טענה בפני השולח, לאמר: לא האמנתי שהשליח ישמע לי, שהלא המחוקק אומר אחרת; לכן, השולח טוען שדבריו אל השליח לא היו רציניים ויש לפטור אותו מאחריות על מעשה העבירה. פירוש הכלל ש"אין שליחות לדבר עבירה" הוא שאם הפעולה לשמה נשלח השליח לבצע היא פעולת עבירה, אין שליחות, אין המבצע נחשב לשליח של זה ששלחו, החוק אינו מכיר בקשר ביניהם.

(ב) המונח "קניין". במשפט העברי פעולה משפטית (כמו רכישת בעלות על איזה חפץ או מעשה גניבה) איננה נגמרת על ידי תשלום כסף או על ידי חתימת חוזה. דווקא פעולה חפצית – כמו קבלת הדבר לידו – היא זאת המהווה את הפעולה המשפטית לפני מעשה הקניין העיסקה לא נגמרה ולכן אדם יכול לחזור בו; אחרי מעשה הקניין אין הוא יכול לחזור בו. קבלת דבר לידו היא הפעולה הקניינית הבסיסית

ביותר, הפרימיטיבית ביותר. יש עוד דרך "לקנות" (לעשות פעולה קניינית) והיא דרך חצירו: "חצירו של אדם קונה לו". למשל, פרתו של חברו נכנסה לחצירו, והוא, בעל החצר, ממהר לנעול את שער החצר כדי שהיא לא תוכל לצאת דרכו. על ידי כך הוא "קנה" את הפרה (הפעם, רכישת גניבה).

ביאורו של הדין התלמודי

הניתוח התיאורטי של "קניין חצר" שנוי במחלוקת. רבי יוחנן האמורא בדעה ש"חצר" היא הרחבת המושג "יד", וכשם שידו של אדם קונה לו הוא הדין חצירו של אדם קונה לו. ריש לקיש, אמורא חשוב שהיא בר-פלוגתא של רבי יוחנן, חולק; הוא סבור ש"חצר" הוא מעין שלוחו של אדם.

נגד ריש לקיש מביאה הגמרא דברי תנאים. יש פסוק בתורה המלמד שהעונש החל על גנב הוא תשלומי כפל, כלומר: גנב הנתפס חייב להחזיר את החפץ הגנוב (ואם איננו, אז חייב להחזיר את תמורתו) ונוסף על כך הוא נקנס, הוא צריך לשלם לבעלי החפץ קנס השווה לחפץ הגנוב. לשון הכתוב היא:

אם המצא תמצא בידו הגנבה – משור עד חמור עד שה חיים –
שנים ישלם (שמות כב:ג).

יש ברייתא (דברי תנאים שאינם במשנה) המפרשת את הפסוק כך: לא זו בלבד שנמצאה הגנבה "בידו" של הגנב; אפילו נמצאה בחצירו מתחייב הגנב תשלומי כפל. במילים אחרות, הגנב נתפס כגנב אף אם נמצאה הגנבה בחצירו ולא דווקא בידו.

מגייסת הגמרא את דברי הברייתא ומקשה על ריש לקיש: מהברייתא אנו למדים שאדם נהפך להיות גנב אם נמצאה הגנבה בחצירו, שחצירו "קנתה" (רכישה גניבתית) לו את הגניבה, חצירו ביצעה לו את עבירת הגניבה. ואם אתה, ריש לקיש, טוען כי "חצר" היא

מעין שליח, התוצאה כאן היא שיש שליחות לדבר עבירה! והלא למדנו שאין שליח לדבר עבירה?!

להגנתו של ריש לקיש ולתיזה שלו (שקניין חצר הוא מטעם שליחות) יש תשובה פשוטה והיא: שונה שליח-חצר משליח-בן-אדם. אצל שליח-בן-אדם אין שליחות לדבר עבירה כי נגד שליח-בן-אדם שייכת הטענה: "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים?" אצל שליח-חצר יש שליח לדבר עבירה כי הטענה של "דברי הרב..." איננה שייכת.

מהו האופי של בן אדם המבדיל אותו מחצר? לתשובת שאלה זו ניתנו שתי תשובות על ידי אמוראים מאוחרים.

רבינא אומר: אדם הוא **בר-חיובא** (לשון הדומה ל"בר מצוה"), כלומר: הוא משועבד לחוק, ולכן שייכת נגדו טענת "דברי הרב", ולכן אצלו "אין" שליח לדבר עבירה. מאידך, "חצר" איננה בת חיובה, היא דוממת, לא שייכת נגדה טענת "דברי הרב", ולכן אצלה "יש" שליח לדבר עבירה.

רב סמא אף הוא מפרש את השוני בין שליח-בן-אדם לבין שליח-חצר: אדם הוא **בר-בחירה** (יש לו בחירה חופשית), אם הוא רוצה הוא עושה, אם איננו רוצה אין הוא עושה, ולכן שייכת נגדו טענת "דברי הרב", ולכן אצלו "אין" שליח לדבר עבירה. מאידך, "חצר" איננה בת בחירה, היא דומה לרובוט, לא שייכת נגדה טענת "דברי הרב", ולכן אצלה "יש" שליח לדבר עבירה.

(כמובן יש הרבה הבדלים נוספים בין שליח-בן-אדם לבין שליח-חצר: חצר אינה נושמת, לחצר יש גדר, וכד'. רבינא ורב סמא בחרו בהבדלים משמעותיים, ולכן...)

שואלת הגמרא: אכן, שני הפירושים הם בעלי משמעות. ברם, מהי הנפקות המעשית בין שני הפירושים? מכיון ששני הפירושים קולעים לא בקלות ימצא הבדל ממשי ביניהם במובן פראקטי.

מעלה הגמרא שתי דוגמאות די דחוקות אבל בכל זאת יש בהן נפקות מעשית.

דוגמא אחת: לכהן בגלל קדושתו ומשום שהוא מוקדש לעבודת בית המקדש יש מגבלות מחמירות שאינן חלות על סתם אזרח בישראל. על פי הכתוב בויקרא כא:ז, אסור לו להתחתן עם גרושה. והנה, מר כהן מתאהב בגרושה. אם יקדש אותה הוא עובר על איסור תורה וחשוף יהיה לשלושים ותשע מלקות. הוא נזקק ל"פטנט" לעקוף את החוק: הוא ממנה את חבירו ישראל (לא-כהן) לקדש אותה בשמו ובמקומו. **לפי רב סמא**, ה"פטנט" מוצלח. הואיל ושלוחו הוא "בר בחירה", אם הוא רוצה הוא פועל ואם הוא לא רוצה הוא אינו פועל, הרי אין הוא דומה לחצר, אין הוא רבובט. במקרה זה "אין" שליח לדבר עבירה. לא יוכלו להלקות אותו על האיסור, כי אם אין שליח לדבר עבירה אין העבירה מתייחסת אליו, היא איננה נחשבת לעבירתו. שמא נרצה להלקות את הישראל אשר קידש אותה, ישיב לנו הישראל: איפה כתוב בתורה שאסור לי לקדש גרושה? אני לא עברתי על כל איסור! (אגב, יש כאן תופעה נדירה ומיוחדת: עבירה – קידושי גרושה לכהן – ללא עבריין: אין הישראל לוקה משום שאין קידושי גרושה אסורים עליו; ואין הכהן לוקה כי הואיל ואין שליח לדבר עבירה, אין העברה מתייחסת אליו.) עד כאן לפי רב סמא. אבל לפי רבינא אינו כן.

לפי רבינא הכהן כן ילקה. מדוע? משום שלפי רבא התכונה המאפיינת חצר היא אי-היותה בת חיובה. והלא גם הישראל המקדש את הגרושה לטובת הכהן אף הוא איננו בר-חיובה. החוק התורני מעולם לא ציווה עליו איסור קידושי גרושה. ממילא, שליח-בן-אדם זה אכן דומה לשליח-חצר, וכשם שאצל חצר אנו אומרים: "יש" שליח לדבר עבירה, הוא הדין בקידושי הישראל כשלוחו של הכהן אנו אומרים "יש" שליח לדבר עבירה, הישראל פעל כשלוחו החוקי של הכהן. אם הוא שלוחו של הכהן, מעשה השליח נחשב למעשה שולחו – והוא לוקה.

דוגמא שניה לנפקות מעשית בין רבינא ("בר חיובא") לבין רב סמא ("בר בחירה") – אמנם אף היא דחוקה, אבל כמו הדוגמא הראשונה נאמנת היא להגיון התלמודי – היא

מבוססת על איסור הקפת הראש. ב-ויקרא יט:כז כתוב: **לא תקפו פאת ראשכם** -- אסור להשחית, לגלח את שער הצדעיים (=שערות שתי הרקות, שני צידי המצח לצד האוזן), את "הפאות". לפי הרמב"ם פעולה כזאת היתה נהוגה אצל עובדי עבודה זרה ולכן נאסרה על עם ישראל. והנה, הכלל הוא שבאשר לכל איסור שאין הזמן גרמא, איסור שהוא תמידי ואינו לפרקים (כמו לא תרצח, לא תנאף, לא תגנב וכד'), איסור כזה חל על גברים ועל נשים כאחד. איסור "בל תקיף", למרות זאת שהוא איסור שאין הזמן גרמא, איסור תמידי, אין הוא חל על נשים; הוא חל רק על זכרים. בזה, אם כן, איסור זה הוא יוצא דופן.

לפלוני יש בן קטן. והוא רוצה לעגל את שערות ראשו של הילד מסביב לראשו. כדי לעשות את זאת הוא צריך להקיף את ראש הקטין. הספר לא יסכים לעשות את זאת בשבילו, כי העושה כן -- כמו כל אחד העובר על מצוות "לא תעשה בתורה" -- חשוף לל"ט מלקות. גם כאן מגלה פלוני "פטנט": הוא מבקש מאשה להשחית את פאות ראשו של הקטין. היא עושה כן בתורת שליח של פלוני -- בשבילו, בשמו ובמקומו. **לפי רב סמא**, ה"פטנט" מוצלח. הואיל ושלוחתו היא "בת בחירה", אם היא רוצה היא פועלת ואם היא לא רוצה היא אינה פועלת, הרי אין היא דומה לחצר, אין היא רובוט. במקרה זה "אין" שליח לדבר עבירה. לא יוכלו להלקות את פלוני על האיסור, כי אם אין שליח לדבר עבירה אין העבירה מתייחסת אליו, היא איננה נחשבת לעבירתו. שמא נרצה להלקות את האשה אשר הקיפה את פאות ראשו של הקטין, תשיב לנו האשה: איפה כתוב בתורה שאסור לי להקיף ראש? אני לא עברתי על כל איסור! (אגב, שוב יש כאן תופעה נדירה ומיוחדת: עבירה -- הקפת ראש של זכר -- ללא עברייני: אין האשה לוקה משום שאין הקפת ראש אסורה עליה; ואין פלוני לוקה כי הואיל ואין שליח לדבר עבירה, אין העברה מתייחסת אליו.)

לפי רבינא פלוני כן ילקה. מדוע? משום שלפי רבינא התכונה המאפיינת חצר היא אי-היותה בת חיובה. והלא גם האשה המקיפה את ראש הקטין לטובת פלוני אף היא איננה בת-חיובה. החוק התורני מעולם לא ציווה עליה איסור הקפת הראש. ממילא, שליח-בן-אדם זה אכן דומה לשליח-חצר, וכשם שאצל חצר אנו אומרים: "יש" שליח לדבר עבירה, הוא הדין בהקפת הראש כשלוחתו של פלוני אנו אומרים "יש" שליח לדבר עבירה האשה

פעלה כשלוחתו החוקי של פלוני. אם היא השליח של פלוני, מעשה השליח נחשב למעשה שולחו – והוא לוקה.

(שאלת בונוס [שתתבהר בהמשך]: למה נצרכה הגמרא לשתי דוגמאות לנפקות מעשית בין רבינא ורב סמא? מה מוסיפה הדוגמא השניה על הדוגמא הראשונה? עייין-עייני להלן.)

-יחידה אזור עשר-
תרנ"ו

11. מבוא למשפט עברי- תרגול- ד"ר עמוס ישראל

****הערת סופר: חוקים ופסקי דין מובאים במסגרות תחת הנושא והקשר אליו הם שייכים בסילבוס, טבלה מסכמת שלהם נמצאת בסוף הקובץ****



התרגול מתמקד ברכישת מיומנויות לשימוש ומחקר המשפט העברי. בקורס ישמשו שתי פרקטיקות מרכזיות- משפט משווה ומשפט ותרבות.

11.1-מתי נזקקים למשפט עברי-

- א. כשצריך. נושאים שמשלבים הלכה ודת- דיני מעמד אישי, אפטרופסות, נישואין וכד'.
- ב. לכאורה משתמשים במשפט העברי בפרקטיקה וחוק יסודות המשפט (1980) מסדיר את הפנייה למורשת ישראל במקומות בהם יש לקונה בחוק. נוסח החוק:
ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.
השופט אילון ז"ל מפרש את החוק והמושג "מורשת ישראל" מלשון החוק, כדלת ראשית שנתחת בעת צורך לפנות למשפט העברי. פרופ' ברק מפרש את החוק והמושג מורשת כמושג רחב הרבה יותר ממשפט עברי שכולל בתוכו תחומים רבים שאינם רק ההלכה הדתית.
- ג. משפט משווה-המשפט המשווה נתפס כלא רצוי בקרב שופטים רבים (למשל השופט האמריקאי סקאליה) בטענה שהוא מופנה כלפי העם של אותה שיטת משפט ומושפע מאופיו(חשין למשל תומך במשפט משווה). המשפט הישראלי משתמש באופן עקבי במשפט משווה עם מקומות רבים בעולם אך לא משווים למשפט העברי על אף שהמחוקק ממליץ לעשות זאת.
- ד. חקיקה-בהכנת חלק מהחוקים, יש הזדקקות למשפט עברי - כמקור השראה מלא או חלקי, כמקור השוואה או כנקודת התייחסות. עובדה זו יכולה להשפיע עלינו כשנזדקק לדברי ההסבר לחוק או בעבודת החקיקה עצמה. בנוסף, כשליש מחברי הכנסת מושפעים מדעה דתית כזו או אחרת ומביאים אותה בחשבון בחקיקה.
- ה. מחקר- בין אם כמשפט משווה לניתוח חברתי של המציאות היהודית ובין אם כמחקר של המשפט העברי בפני עצמו.

11.2- התפתחות היסטורית של המשפט הישראלי ומעמד המשפט העברי בישראל

בסוף מלחמת הדת של אירופה מושג שלום ווסטפליה ב- 1648, שמוביל לחלק מתהליך הקדמה והנאורות. הוא מהווה את ההתחלה של המדינות הלאומיות המודרניות (כחלק מהשינוי שמכניסה המהפכה הצרפתית). על מנת לחשוב בצורה רציונלית, ליצור מדע ולהוביל לשלום נצחי יש להתנתק ממיתוסים, אתוס ודת. המבחן האולטימטיבי של מדינות הלאום הנאורות של אירופה הוא קביעה בשאלה האם ניתן לתת אזרחות ליהודים? כמה המדינה התנתקה מעברה המיתולוגי? אירופה מעניקה ליהודים את האמנציפציה. מהלך זה יוצר ליהודים באירופה חלופה חילונית של נאורות, אזרחות והשכלה ורבים מהם עוזבים את הקהילה היהודית. העוזבים מתחלקים ל3 קבוצות:

- הלאומיות המודרנית-אלו שנטמעו בחברה האירופית בה הם חיים.
- קבוצה קוסמופוליטית- מכירה בסבל שעבר על היהודים בשל הלאומיות ולכן לא רוצה לקחת בה חלק. מצטרפים לארגונים נגדיים- התנועה הקומוניסטית והמהפכה הבולשוויקית.
- הציונים- קבוצה קטנה שמכירה בחשיבות הלאומיות אך לא רוצה להיות חלק מלאומיות גרמנית/ פולנית. רוצים להיות יהודים שאינם דתיים.

נשאלת השאלה מהי תרבותם של אותה קבוצה יהודית לא דתית. ע"פ אחד העם, תרבות אינה חייבת לבטא את מוסר ההלכה בלבד. הציונים שואלים מהי שיטת המשפט הראויה במדינה הציונית שרוצים להקים ופוסלים את ההלכה וכן את המשפט המקומי (פולני/ גרמני). על כן הם לוקחים מהמשפט העברי את הכללים הראויים בעיניהם ללא מחויבות דתית ויוצרים בכך שיטת משפט ישראלית ציונית וחילונית. תפיסה זו באה מהרעיון לפיו אין משפט אחד נכון באופן אובייקטיבי, ולכל אחד שיטה ראויה משלו.

השלב הבא, מכונה לפי פרופ' אסף לחובסקי ה"תאונה ההיסטורית של שנת 48". לפיו, אילו הייתה לציונים הצעה מלאה למשפט חילוני שמבוסס על הלכה, ייתכן מאוד שהאסיפה המכוננת הייתה מקבלת אותו וקובעת זאת כחוקיה של מדינת ישראל.

הרעיון של לימוד המשפט העברי בלימודי משפטים מגיע מבסיסו של המשפט המקובל- לפיו המשפט מגיע מלמטה למעלה. לפי רעיון זה, עורכי הדין והמשפטים שיתקלו בבעיה משפטית יוכלו לפנות למשפט העברי ולקחת ממנו פתרונות טובים, ובכך ליצור משפט עברי, חילוני עדכני מודרני.

המשפט העברי כיום מושפע מכך שמי שמלמד אותו אינם ציונים שלמדו תורה וכפרו בחיי הדת, אלא הדתיים שלמדו תורה ומשפטים ומנסים על כן להפוך את המשפט לדתי יותר. משום כך לימודי המשפט העברי מצטמצמים והשימוש בו מועט.

- ד"ר אביעד הכהן רואה במשפט העברי פרויקט שנכשל.
- פרופ' שחר ועמיתיו מפרסמים מחקר שמציג שימוש נמוך מאוד במשפט העברי בפסיקה.
- פרופ' יובל סיני טוען שממצאיהם של פרופ' שחר ועמיתיו במחקרם מוטים ולא מדויקים ועוד הוא טוען שככל שיוורדים בערכאה, השימוש במשפט עברי עולה.
- ידידיה שטרן, אומר שככל שמשתמשים במשפט העברי כמשפט משווה השימוש בו גובר וככל שמשתמשים בו כמשפט הלכתי דתי בפני עצמו השימוש מעורר התנגדות עמוקה יותר.



11.2.1 - קשיים בלימוד משפט עברי-

- עכבות- התרבות זרה לחילונים, השפה עתיקה והכתב קשה לקריאה.
- הנושא נתפס ככפייה דתית.
- פיזור וקושי להתמצא- היקף מקורות עצום.
- טרמינולוגיה זרה- קושי להשתמש במושגים.

הפתרון הוא חיפוש מתוך הספרות המודרנית אחורה של מקורות מהמשפט העברי המאזכרים במאמרים המודרניים.

סטון במאמרה מ-93 שואלת מדוע עוסק המשפט האמריקאי במשפט העברי בכתביו ובפסיקתו בצורה כה רבה, ועונה על כך שמשפט משווה צריך להיעשות עם שיטה שהיא מספיק שונה כדי שניתן יהיה להתנגד אליה ומספיק דומה כדי שניתן יהיה להשתמש בה. השיטה האמריקאית מבוססת על יוון, נצרות ויהדות, וכיוון שלאילו אין שיטת משפט היסטורית משתמשים האמריקאים בשיטה העברית. Miranda Rights למשל ("יש לך את הזכות לשמור על שתיקה כל דבר שתגיד יכול וישמש נגדך בבית משפט...") מקורן ברמב"ם.

סטון טוענת שב-1980 ישנה הצטברות מסה קריטית של מחקר עברי בעברית וקמים מאגרי מידע שמנגישים מאמרים אלו. על כן המאמרים האמריקאים מסתמכים על מאמרים שמפנים לחכמי התורה. דפוס זה מראה שיש עניין יסודי במשפט העברי ופתאום גם יש יכולת.

11.2.2 - תכונות המשפט העברי

- א. כל הקודם סמכותי יותר- הכתיבה הישנה קרובה יותר להתגלות האל (בניגוד לאפיפיור לדוגמה שהוא המחליף המודרני של האל).
- ב. אין לחלוק על סמכויות (טקסטים ואנשים) מתקופות קודמות, ניתן רק לפרש.
- ג. הלכה לפי המאוחר- "גמד על גבי ענק"- המאוחרים יודעים את מה שנאמר לפני כן ומוסיפים על כך. כאנשי משפט יש לדעת את הטיעונים הקודמים וגם לדעת לדחות אותם. על כן ניתן כבוד למתודה אך איננו כפופים לה.



11.3 - עשיית עושר ולא במשפט

11.3.1 - רקע תיאורטי

סיבות להעברת רכוש ע"י ביהמ"ש :

- (1) **נזיקין** (פיצוי, השבת המצב לקדמותו, תיקון עולם)
- (2) **חוזים** (רצון, הסכמה, גמירות דעת). חוזה הוא כלי ליצירת ודאות למציאות רצויה שתשפר את מצבם של שני הצדדים. המוסד המשפטי קובע שבעזרת מילים ניתן לברוא מציאות זו. בית המשפט, באכיפת דיני חוזים, אוכף על השחקנים את המציאות שיצרו מרצונם.

***דוגמת הסרגל והרווח בשיעור** : (*לחברינו שלא היו בשיעור- עמוס לקח מרותם סרגל, השלים קו בסרטוט שהיה חסר לו. הוא הלך ומכר את הסרטוט הזה בהמון כסף. האם לרותם מגיע חלק מהכסף כי היא השאילה לו את הסרגל?) **גישה אחת** טוענת שאם אין חוזה בין אנשים, ואין נזק לאחד מהם בעקבות עשיית העושר של השני, אין בסיס לתביעת נזיקין. **גישה נגדית** טוענת כי אם אדם עשה עושר ע"י רכוש של מישהו אחר, עליו לפצותו בעושר זה.

במשפט האנגלי, בכל מקום שבו א' נהנה מרכושו של ב' בלי חוזה ובלי נזק, המשפט האנגלי מפעיל אשליה משפטית של חוזה ומכריע לפי דיני החוזים (quasi contracts). ההלכה האנגלית הני"ל נכנסה למשפט הישראלי דרך סעיף 46 לפקודת המעבר לפיו- עד תום המנדט ופקודת המדינה, ימשיך לחול המשפט הקודם בארץ. הנושא היה אמור להיות זמני אך נטמע. השופט חשין (האב), טוען שאין סיבה להשתמש במשפט האנגלי כבסיס לנושא, וניתן להשתמש **במשפט העברי** לצורך כך. הוא מטביע את הביטוי "**עשיית עושר ולא במשפט**" **ספר ירמיהו, יז, יא**. הנביא ירמיהו משתמש בביטוי בעזרת משל על חוגלות שלוקחות ביצים של ציפור אחרת, וכשהגוזל גדל ומגלה שאינו שייך למשפחה ואינו יכול להתרבות הוא עוזב. המשל נועד להמחיש את העיקרון לפיו כסף שעשו עשירי ירושלים לא במשפט, יעזוב אותם בסוף, וזה מה שראוי שיקרה. חשין מאמץ עיקרון זה כעברות של הביטוי **unjust enrichment**. הביטוי באנגלית במקור מגדיר שאין לעשות עושר לא בצדק, וההפיכה לעברית משנה את הביטוי לכך שאין לעשות עושר שלא במשפט.

11.3.2 - חוק עשיית עושר ולא במשפט-

נחקק ב- 1977. היו שטענו שהתרגום לעברית והשינוי שחל בניסוח הוא סממן של מעבר בין תרבויות: בתרבות האנגלית יש חשיבות לשאלה האם נעשה צדק? ולא לבחינה האם הצדק נעשה בגדרי המשפט, ובמדינת ישראל יש חשיבות למשפט ולחוק ולא לעיקרון הצדק. על כן ניתן לראות את שם החוק כתרגום מכוון המשקף את ההבדל בין התרבויות.

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979, סעיפים 1-4:

חובת ההשבה

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - **הזוכה**) שבאו לו מאדם אחר (להלן - **המזכה**), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

פטור מהשבה

2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

ניכוי הוצאות

3. (בעת השבת הכסף) הזוכה רשאי לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכייה.

דין הפרוע חוב הזולת

4. מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפירעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב.

11.3.2.1 - ע"א 290/80, שג"מ חניונים בע"מ נ' מזינת ישראל, פד"ל(2), עמ' 646-633:

עובדות - המערערת היא חברה שרכשה מנתיבי איילון את הזכות להפעיל שטח של חניון לתקופה של שנה. במהלך תקופת החוזה פרצה מלחמת יום הכיפורים. אחת מיחידות הצבא התמקמה בקרבת המגרש, והאחראים ביחידה השתמשו בחניון של העותרת לצרכי החניית כלי רכב צבאיים תוך תיחום השטח בחבלים וללא הוצאת צו ע"פ חוק להסדר תפיסת מקרקעין. השימוש בחניון לא מנע ולא הקטין את החניית כלי הרכב האזרחיים. המערערת תובעת את המדינה לתשלום עבור השימוש בחניון.

שאלה משפטית - האם עומדת למערערת עילת תביעה להשבה ע"פ דיני עשיית עושר ולא במשפט?

השופט אור - החניית כלי רכב הצבאיים עלתה כדי הסגת גבול. היעדר נזק לתובע לא שולל תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט. מהות העילה היא להשיב על טובת ההנאה ממנה נהנתה המדינה על חשבוננו של התובע, כשהתובע לא ניאות לתת טובה זו בחינם. אין חשיבות לשאלה האם נגרם נזק לתובע (במקרה זה לא נגרם) ומקורו בעיקרון של המשפט העברי: "זה נהנה וזה לא חסר". העתירה מתקבלת.

השופט בד (דעת מיעוט) - לא ניתן לראות במקרה הנ"ל הסגת גבול כיוון שהחניון אינו בבעלות פרטית. כלי הרכב הצבאיים לא גרמו שום נזק ולא נוצר קושי בקליטת רכבים אזרחיים. ניהול חניון הוא דוגמה אופיינית של "הצעה



לציבור" שנתפסת כחוזה מכוח התנהגות - בו גם ההצעה וגם קבלתה מתבצעים מכוח התנהגות הצדדים.

11.3.2.2 - ע"א 6339/97, רוקר נ' סלומון, פד"ל(1), 199 (עובדות המקרה + השופט אנגלרד, סעיף 21 ואילך)

עובדות - המבקשים והמשיבים הם שכנים בבית משותף. המבקשים, שהם בעלי הדירה בקומה הראשונה, שחלקה היה על עמודים וחלקה על מקלט, סגרו את חלל העמודים, חיברו אליו חלק מן המקלט והוסיפו תוספת בצד הבניין בשטח חדש. הכול, לאחר קבלת היתר בנייה, אולם ללא הסכמת שכניהם וללא קבלת החלטת האספה הכללית של הדיירים, כנדרש בחוק המקרקעין. תמורת חלק מן המקלט בנו המבקשים - לדרישת הוועדה המקומית - שני מחסנים לשימוש המשיבים במקום השטח שהיה בשימושם במקלט הקיים. ביהמ"ש השלום הוציא, ע"פ בקשתם של המשיבים, צו המחייב את המבקשים להשיב את המצב לקדמותו ולפצותם בשל עוגמת נפש ושליטת ההנאה מן הרכוש המשותף. המבקשים ערערו על החלטה זו.

השופט אגרנט (דעת מיעוט) - אגרנט קובע שאין לעשות שימוש לרעה בעיקרון הזה נהנה וזה לא חסר, ושימוש לרעה הופך את המידה למידת סדום (לשיקול דעת שלילי). השימוש לרעה הוא כאשר בעל המידה שם את הדגש על "שלי שלי", תוך התעלמות מוחלטת מענייניו של הזולת: **זה נהנה וזה חסר**: התפיסה היא כי כאשר אדם מונע מן הזולת הנאה, בלי שהנאה זו גורעת במאומה מנכסיו שלו, התנהגותו היא בבחינת מידת סדום, והמשפט יכפה עליו לחדול ממנה. אין לכפות הריסה על הבניין של המבקשים רק בשל העיקרון עליו עומדים המשיבים, כשלא נגרם להם שום נזק. כפייה כזו היא בעצם ניצול לרעה של העיקרון זה נהנה וזה חסר.

11.3.3 - ניתוח "עשיית עושר ולא במשפט" לפי המקורות היהודים:

(1) **המקרא** - המקרא הוא המקור המכונן אליו יש לפנות ולהתייחס ראשון. יש להתייחס לעולה ממנו ולפרשנויות מרכזיות שלו. במקרה הנ"ל, אין התייחסות ופרשנויות לפסוק "עשיית עושר ולא במשפט" כיוון שהחכמים לא ראו בפסוק בספר ירמיהו פסוק המסדיר את הסוגיה שלפנינו, והוא אינו הכרחי להתפתחות ההלכה העברית בנושא. על כן במקרה זה, ניתן לדלג על הפסוק במקרא ולהמשיך הלאה למקור הבא.

(2) **המשנה** - יצירה של רבי יהודה הנשיא בה הוא ריכז את התורה שבעל פה מתוך הבנה שללא כינוסה לקובץ אחד מרוכז, המשפט העברי ילך לאיבוד, ולכן יש צורך בטקסט מרכזי של כל הדעות במשפט העברי. רבי יהודה הנשיא מעצב אותה בצורה מסוימת הראויה לפי דעתו לשימור. הוא מביא בעיקר מחלוקות ולא רק דעה מכריעה. הוא לא מביא נימוקים, מקורות או הכרעה. ספר המשנה מיועד ללימוד ועל כן המטרה היא לחקור לבד. המשנה מצליחה לשנות את הדרך בה לומדים משפט עברי, והפרקטיקה מתחלפת מתקופה של לימוד התנ"ך לפרקטיקה חדשה של לימוד המשנה, כך גם הפך המשנה לספר אליו פונים היהודים ע"מ להכריע בשאלותיהם.

מאפיינים(*הרחבה בנושא ביחידה 1+ "נספח מאמרים אלון יחידה 1"):

- א. כתיבה **עברית**.
- ב. כתיבה **קזואיסטית** - מציג מקרה ספציפי כדוגמה, ואת הדין. רבי יהודה הנשיא החליט לא להציג רק את הדין שלדעתו הוא הנכון אלא את המחלוקת בין החכמים. בכך הוא משקף את התרבות הפלורליסטית של היהדות. הוא השמיט את המקורות ואת ההנמקות ללא הכרעה פורמלית (זאת על אף שהוא מציג את דעתו בדרכים טכניות כגון הבאת הדעה הנכונה לטעמו בצורה אנונימית).
- ג. הספר **מחולק לפי נושאים** - המשנה מחולקת לשישה ספרים ע"פ נושאים כגון נזיקין, קודשים וטהרות, חקלאות, משפחה וכד'. הספרים נקראים סדרים.

ד. כל סדר מחולק **למסכתות** (יחידות נושאיות), כל מסכת מחולקת **לפרקים**, וכל פרק מחולק **למשניות**. המסכתות מסודרות בתוך כל סדר לפי גודלן לפי סדר יורד. המסכת הראשונה בסדר נזיקין הייתה מסכת ענקית שנקראה "נזיקין" המכילה כשלושים פרקים. סדר גודל זה יצר קושי להתמצא בכמות החומר, ולכן חולקה המסכת לשלושה חלקים משניים טכניים: בבא קמא, בבא מציעא ובבא בתרא (זו חלוקה מאוחרת והיא כתובה בארמית ומשמעותה: חלק ראשון אמצעי ואחרון). מכיוון שהנושא שאנו לומדים אינו מרוכז, המסכתות הרלוונטיות נמצאות בשלושת הבבות.



11.4 סדנת משנה

11.4.1 - מסכת משנה ראשונה – מסכת דיני נזיקין, בבא קמא, פרק ב' (משנה השור):

דיני הנזיקין במשנה סובבים סביב נזקי השור. חכמי המשנה החליטו שיש להבחין בין שלושה סוגים אפשריים של נזקי השור:

- (1) **נזקי השן** - סוג של נזק מסוג נמוך בחומרתו - אכילת השור מעץ השכן. זהו נזק קל מאחר והשור לא מבדיל בין האוכל של בעליו לבין אוכל של אחר.
- (2) **נזקי הרגל** - נזקים טבעיים - נזק שנגרם כתוצאה מהליכת השור ורמיסתו את השדה. שאלת האחריות ויכולת מניעת הנזק שונה מאשר במקרה של שור שאוכל בשיניו (בטעות) או נוגח בקרניו (בכוונה). החכמים מבחינים בין הרשויות: פגיעה על ידי שור בשטח בעלי השור (המזיק), בשטח בעלי האדם שנפגע (הניזק) ובשטח ניטרלי.
- (3) **נזקי הקרן** - סוג של נזק שיש בו כוונה - הנגיחה. רוב הנזקים שעליהם מדברים הם נזקי הקרן, אלא שכל הקונספציות המפותחות על הקרן, מושלכות גם על נזקי השן והרגל. כאן לבעלים יש חובה מוחלטת לשמור על השור ולמנוע את הנזק.

בניזקי הקרן מבחינים החכמים בין שני סוגים של שוורים: שור תמים ושור מועד (לפורענות):

- א. **שור תם** - לרוב השור נחשב תם. הנזק לא צפוי. רוב השוורים לא נוגחים ולכן אין צורך לנסות למנוע נגיחות. שור אינו תם ברגע שתקף בעבר 3 פעמים. המשמעות - בעל השור צריך לשלם חצי מהנזק. במידה ושור תם הסב נזק מדובר למעשה במעשה שהוא מעין כוח עליון והמשפט העברי החליט כהכרעה שכשלא ניתן לצפות את הנזק, שני הצדדים יתחלקו בהוצאות חצי חצי. (אין הסבר לשאלה למה חצי ולא שלושת רבע או חלוקה אחרת).
- ב. **שור מועד** - שור שתקף בעבר 3 פעמים. המשמעות - רק בעל השור נושא בנזק כולו ומאחר והוא ידע שהשור מועד לפורענות, היה צריך לקשור אותו. משלא קשר אותו עליו לשאת בכל האחריות (הייתה לו מחויבות גבוהה לשמור על השור).

הרעיון** בחלוקה הנ"ל הוא בכך שחיוב של כל בעלי השוורים התמימים לשלם נזק שלם היה מביא את כל הבעלים להתייחס לכל השוורים החיים כשוורים מועדים. במצב כזה, החברה תצטרך לשלם עלות מאוד גבוהה להגן מפני סכנה שלא בהכרח תקרה. לכן, ההלכה קבעה כי בעל שור תמים ישלם חצי מהנזק שנגרם. *חזרה בקצרה: שור מועד = נושא בכל הנזק, שור תם = נושא בחצי מהנזק.****

לסיכום, העקרונות בדיני הנזיקין מחולקים למספר מצבים שנועדו לקבוע את מידת הצפיות של בעל השור למניעת הנזק:



- א. באיזה נזק מדובר? קרן, רגל ושן.
- ב. באיזה רשות מדובר? רשות הניזוק, המזיק או רשות הרבים (מקום ציבורי).
- ג. האם השור תם או מועד? פעל בתמימות או שתקף כבר בעבר ולכן מועד לפורענות.

11.4.1.1 - פירוש קובץ מקורות – המשנה בבא קמא פרק ב' :

בבא קמא פרק ב
 ר' עובדיה מברסטרוא
 אלפי דמנחי כסות
 וכלים כרביד לפי ששה,
 וכיו קרין כרביד ומיני:
 משלם מה שנהנית.
 ללו תמלעין מעלייתא,
 אלפי אס אלפי דבר
 שדמי יקריס וזאוס
 אופו כאלו סן ששורים,
ואם נהנית – משלם מה שנהנית; כיצד
משלם מה שנהנית? אכלה מתוך הרחבה
– משלם מה שנהנית; מצדי הרחבה –
משלם מה שהזיקה. מפתח החנות –
משלם מה שנהנית; מתוך החנות –
משלם מה שהזיקה.

בבא קמא פרק ב
 ר' עובדיה מברסטרוא
 ב כיצד השן
 מועדת. כלזה דבר
 היל מועדת. ומני,
 לאכול את הראוי לה;
 משלם חצי נזק.
 ומשום כול: כרא
 ובר. חלילה פירות
 או ירקות קלו, דכריד
 כב
 משנה ב
כיצד השן מועדת לאכול את הראוי
לה? הבהמה מועדת לאכול פרות
וירקות; אכלה כסות, או כלים – משלם
חצי נזק. כמה דברים אמורים? ברשות
הנזק; אבל ברשות הרבים – פטור;

המחוקק שואל על מי הכי יעיל להטיל את מניעת הנזק. הטלת מניעת הנזק על יותר מאדם אחד מעלה את הסיכון שאף אחד מהצדדים לא ימנע את הנזק במחשבה שהצד האחר יעשה כן. בדיני הניזוקין, לא מטילים את חובת הנזק על יותר אנשים מהדרוש ע"מ למנועו. כלומר, אם הנזק צפוי, המשפט העברי יטיל את האחריות על אדם אחד. הנימוק להטלת הנזק על בעל הבסטה ולא בעל השור הפוגע הוא נימוק חברתי כלכלי: מכיוון שמדובר בנזק צפוי שגם בעל השור וגם בעל הבסטה יכולים לצפות אותו, חובת הנשיאה בנזק מוטלת על הניזוק ולא על הניזק, כדי לא לחייב את בעל השור לדאוג באופן תמידי לשור שלו.

כאשר מדובר בפירות וירקות, מדובר בנזק שניתן לצפות אותו (בעל הבסטה ובעל השור) ולכן השור מועד לפורענות. לכן, הטלת הנזק על בעל הבסטה שהייתה עליו חובה לפעול ולמנוע את הזנק פוטרת לגמרי את בעל השור. בכסות וכלים הצפיות משתנה. אין סיבה לצפות ששור שהולך מאחורי יאכל לי לפתע את החולצה. אולם אדם שמסתובב עם שק פתוח מלא באוכל, צריך לצפות את האפשרות שהשור יתפתה ויאכל מהשק.

מה ההיגיון אם כן במתן פטור לבעל הנזק מחיוב במקרה של אכילת כסות וכלים?

מבחינה טקסטואלית זוהי אמנם הפרשנות הנכונה, אך מבחינה משפטית תיאורטית אין היגיון בחיוב הניזוק על אכילת דברים ששור לא נוהג לאכול. כאשר הטקסט המשפטי מוביל לנורמה אחת וההיגיון המשפטי מוביל לנורמה אחרת, יש צורך בפרשנות. לפי השופט ברק, ישנו צורך בפרשנות תכליתית שמשמעותה הולמת את ההיגיון המשפטי. לדעת חשין, רק הטקסט קובע ויש לתת פרשנות טקסטואלית. לאחר הבנת הטקסט, יש לנסות וליישב בין הפרשנות התכליתית המתבקשת לבין הפרשנות הטקסטואלית ע"י פנייה לעקרונות השור שהוצגו לעיל: **אכילה מועדת בשן**: השור מועד לאכול פירות וירקות << אכילת כסות וכלים אינה כלולה ביעודו >> לכן, השורה העוסקת בחיוב בעלי השור על חצי נזק באכילת כסות או כלים היא סוגריים בטקסט ולאחר מכן באמירה "במה דברים אמורים", המשנה חוזרת להתייחסות אך ורק לפירות וירקות << מכך יוצא שיש פטור לבעל השור לגבי אכילת פירות וירקות, אך לא לגבי אכילת כסות וכלים.

הפטור אינו על דברים מהם נהנה הבעלים של השור: הניזוקין לא באים לפצות על הנזק של הניזוק אלא על ההנאה של הבעלים מכך שהוא לא צריך להאכיל את השור (שאכל מפרותיו של אחר). זוהי מדידה כלכלית אובייקטיבית. בכך אומרת המשנה שבאופן עקרוני, גם אם השכן לא ניזוק, אך הצד השני חסך לעצמו כסף ובכך נהנה והרוויח, על הצד השני לשלם. בכך בא לידי ביטוי עיקרון עשיית עושר ולא במשפט.

הדוגמאות לגבי חנות, רחבה וצידי הרחבה היא דרכן של המשניות להדגים בצורה קוואיסיטית(דרך דוגמה ספציפית ולא רעיון תיאורטי) מה המשמעות של רשות הרבים ורשות היחיד (הניזוק). החלוקה בין רשות הניזק לרשות הרבים אינה ע"פ השאלה בבעלות מי השטח אלא ע"פ הבדיקה האם דרכם של שוורים ללכת בשטח. המשנה נותנת 4 דוגמאות למצבים אפשריים דרכם ניתן להבחין בין רשות הרבים לרשות הניזוק:



- (1) השור אכל מתוך הרחבה <<בעל השור ישלם את שנהנה.
- (2) השור אכל מצדי הרחבה <<בעל השור ישלם את שהזיקה.
- (3) השור אכל מפתח החנות <<בעל השור ישלם את שנהנה.
- (4) השור אכל מתוך החנות <<בעל השור ישלם את שהזיקה.

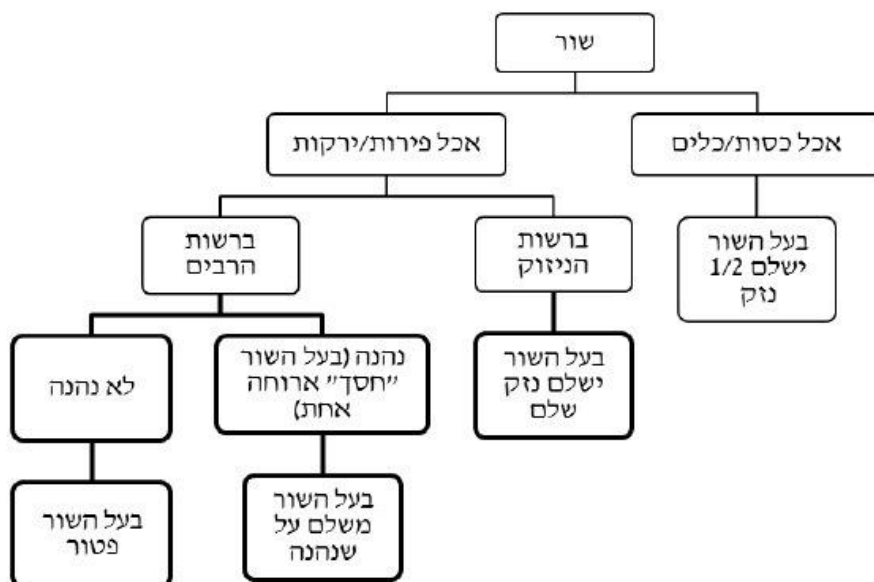
המשנה מוסיפה ומלמדת גם ע"פ קריטריון של הנאה- אם הבהמה אוכלת פירות וירקות (שזה נזק צפוי ומתבצע ברשות הרבים), והיא אינה נהנית מזה (נניח שהיא מקיאה ונאלצת לאכול שוב), מבחינת דיני הניזוקין יש פטור מפיוצי לבעלי הבהמה. אולם אם אכלה ארוחה שחסכה לבעליה כסף על ארוחה נוספת, עליו לשלם על ההנאה. לסיכום, על פי המשנה, גם אם אין חוזה ואין נזק- אם נהנית עליך לשלם.

**** אם השור אכל פירות וירקות ברשות הרבים, במישור העובדתי, נראה שיש מצב של "זה נהנה וזה חסר" ולכן היה ראוי לשלם גם על הנזק ולא רק על ההנאה. אולם במישור המשפטי, זה למעשה מצב של "זה נהנה וזה לא חסר" משום שהפירות והירקות היו ברשות הרבים. לכן בפועל משלמים רק על ההנאה.**

11.4.1.2 - סיכום הלכת השור:

- אם מדובר בכסות או כלים ישנו חצי נזק – תם.
- אם מדובר בפירות וירקות, הנזק צפוי ויש לבחון איפה הוא קורה:
 - אם הוא קורה ברשות הניזוק – על בעל השור לשלם על נזק מלא.
 - אולם אם זה קורה ברשות הרבים, (כל מה שקורה בסביבת החנות ובתוכה) יש לבחון הנאה:
 - (1) אם לא נהנית מהנזק – בעל השור פטור.
 - (2) אם נהנית – משלם עבור ההנאה.

11.4.1.3 - הלכת השור בתרשים:



****עקרונות חשובים שעולים מהניתוח הנ"ל:**

- (1) מהו משפט קזואיסטי- הלכה שמובאת ע"י דוגמה ספציפית ולא כמקרה תיאורטי. כך כתובה המשנה.
- (2) הסקת מידע חסר, פרשנות מילולית ותכליתית ויישוב קונפליקט פרשני.
- (3) המשנה בדיני נזיקין. למרות שברשות הרבים יש פטור לבעל השור, אם נהנה עליו לשלם על ההנאה.

11.4.1.4 - פמ"ר חב' לבנין ולעבודות ציבוריות ואח' נ' הבנק הבינ"ל הראשון בע"מ ואח', פד"י מח(2), 560-572

עובדות- ע"פ הסכם שנכרת בית הצדדים קיבלה חברת פמ"ר מהבנק אשראי למימון עסקיה. שועבדו פיקדונות בתוכנית חיסכון כבטוחה לחברה, מנהלי החברה נתנו ערבויות אישיות לבנק, ולא נקבעה תקרה לאשראי שהחברה יכולה לקבל. החברה משכה כספים רבים וחובה כלפי הבנק גדל, עד שהבנק הודיע לחברה שהוא מבטל את זכותה למשיכת יתר נוספת ושעליה לשלם את החובות. בין החברה לבנק נתגלו חילוקי דעות באשר לגובה החוב. החברה טוענת כי בינה לבין הבנק נכרת הסכם לפיו מסגרת האשראי תשווה בכל עת לגובה הפיקדונות שבתוכנית החיסכון, וכי בריבית חריגה יחייב הבנק את החברה רק על יתרות חובה שיחרגו ממסגרת זו.

השאלה המשפטית- האם צריך היה הבנק לפעול מיוזמתו ולקזז את החוב מהחסכונות ללא בקשה מפורשת מהלקוח, מתוך ההנחה שפעולה כזו תהיה לטובתו? האם בכך שלא השתמש בזכותו עשה הבנק עושר שלא במשפט? **השופט מצא (דעת רוב)-** לא הייתה חובה על הבנק לקזז את גובה החוב מחסכונות החברה מיוזמתו. פעולה כזו הייתה עלולה לפגוע בזכותו של אדם לנהל את חשבונותיו בעצמו.

השופט טל (דעת מיעוט)- על הבנק היה לפעול בתום לב ולקזז את חוב החברה מחסכונותיה ובכך להקטין את נזקה כמה שאפשר. השיקול שבהקטנת הנזק לא היה פוגע בבנק או באינטרס שלו אלא להפך. כיוון שזה נהנה וזה לא חסר, כי אז כופין על מיטת סדום= הבנק לא פעל כשורה ועשה עושר שלא במשפט.

11.4.1.5 - ע"א 538/80, דרחי נ' כורש, פד"י לו(3), 498-502

עובדות- המערערים (דרחלי) והמשיבים (כורש) שכנים בבית דו קומתי. המערערים הכינו תוכנית להרחבת דירתם ע"י הוספת חדר שלישי שיתבצע על חשבון חלק אחורי של חצר משותפת, ועל חשבון עקירת אחד העצים בחצר וגינת הוורדים. המשיבים ידעו על התוכנית כשרכשו את דירתם ואף פנו לארכיטקט שיכין גם להם תוכנית להרחבת דירתם. המשיבים ביקשו להחתים את המערערים על תוכנית זו אך נתקלו בסירובם לחתום ובכך מנעו מהם את הבניה. המשיבים ביקשו כתוצאה מהסירוב צו מניעה שיאסור על המערערת לבנות את החדר השלישי, בטענה שהם מתנגדים להשמדת העץ וגינת הוורדים, וביהמ"ש סירב בנימוק שאינו מקבל טענה זו ולא ייתן צו מניעה רק בשל עיקרון "גם לי גם לך לא יהיה"- בגלל סירוב השכנים לחתום על התוכנית. במחוזי, נהפך פסק הדין, ונקבע שיש לתת את הצו. הערעור הוא על החלטה זו.

השאלה המשפטית- האם סירובו של המשיב לבנייה הינו מבחינת מידת סדום (נבזות) והאם יגרם נזק וחסר למשיבים בשל הבניה?

השופט שינבויים- השטח הוא רכוש המשיב ע"פ חוק, ולכן יש לו זכות מלאה עליו. בדין התלמודי כופין על מיטת סדום רק כאשר זה נהנה וזה לא חסר, ואילו במקרה שלפנינו גלוי וידוע כי המשיב חסר, הן בשל הגינה שתאבד והן בשביל הדרך שיאלץ לסלול לביתו. הערעור נדחה כיוון שלא מתקיים בעניינינו זה נהנה וזה לא חסר.



11.4.2 - בעל הבית ובעל העלייה-בבא מציעא, פרק י', משנה ג'

בבא מציעא פרק י'

ר' עובדיה מברטנורא סתם, שאלו בית זה לא היה לו מקום לדור שם. וקסבר ז"ל סתם זה אינו חסר, תיב: אלא כונה את הכל, ומקרה את העלייה. למעלה וכל האריך לה: וישוב בבית. התחנן, דכיון ליה זה לא נסה, שהרי עלייתו

קמ"ד

שָׂכַר; אֵלָא בְּעַל הָעֲלִיָּה בּוֹנֵה אֶת הַבַּיִת וְאֶת הָעֲלִיָּה, וּמְקַרְהָ אֶת הָעֲלִיָּה, וְיוֹשֵׁב בְּבַיִת עַד שִׁיתָן לוֹ אֶת יְצִיאֹתָיו.

קמ"ג

ר' עובדיה מברטנורא רבי יוסף סקר מעינים אשוויי טמות היל, ולאשוויי טמות על העליון לאשוויי. ורענן סברי מעינים אחזקי תקרה היל, ואחזקי תקרה התחנן בעל לאחזקי. והלכה כחכמים:

ג הבית והעליה של

שנים. בית של זה ועלייה של זה: אמר בעל עליה לבעל הבית לבנות. החומס והתקרה התחננה המוטלן עליו לבנות: בונה בית. ותקרה התחננה שגלי, וישב בבית עד שיתן לו יציאותיו. ואמר כך יולא ממנו ונונה עלייתו: אמר רבי יודנה את זה דר בתוך של חבירה. אם כן הוא, בעל העלייה זו סבא מחזיר לו יציאותיו נמלא שדר כל הימים הללו בתוך של חבירו. ואף על פי שזה איש הקר דהא בלאו הכי לא הוי בני לה, מכל מקום זה

הרקע: מדובר בבעל בית ובעל עליה שגרים זה מעל זה. שני הבתים קורסים, ובעל העלייה צריך לבקש מבעל הבית שישנה מחדש את ביתו כדי שיוכל הוא לבנות עליו את העלייה. בעל הבית מסרב לבנות את ביתו. **הבעיה המשפטית:** בעל העלייה הוא בעל זכות קניינית לבנות את ביתו שבקומה השנייה אולם בעל הבית אינו מוכן לבנות את ביתו ובכך מונע מבעל העלייה לבנות את העלייה.

הפתרונות המוצעים:

(1) **אנונימי/ תנא קמא/ דעת חכמים-** "הרי בעל העלייה בונה את הבית ודר בתוכו, עד שיתן לו יציאותיו": בעל העלייה בונה את הבית מחדש וגר בתוכו (בקומה התחתונה) עד שבעל הקומה התחתונה ישלם לו על הוצאות הבניה אם ירצה את ביתו בחזרה. בעל העלייה משמש בכך מעין הוצאה לפועל. ברגע שישלם בעל הבית את ההוצאות, יחזור המצב לקדמותו.

מחד אופציה זו היא קהילתנית ומעודדת ערבות הדדית ובניה לגובה. בשל כך, היא חוסכת את הצורך בחוזים. מאידך, היא מהווה פגיעה בקניין. זה נהנה וזה לא חסר, פטור. ** הדעה הראשונה במשנה נקראת תמיד "תנא קמא", הוא השונה הראשון. זוהי דעה אנונימית, ורבי יהודה הנשיא מביא אותה בצורה כזו על מנת ליצור הזדהות והרגשה שדעה זו היא הדעה הכללית הרווחת. זוהי דרכו של רבי יהודה הנשיא להכריע בדעה שהוא רואה כנכונה.

(2) **רבי יהודה- (בר אילני)-** רואה בפתרון של תנא קמא פגיעה בזכות הקניין של בעל הבית. זאת כיוון שבעל העלייה ייהנה ממגורים על חשבון בעל הבית, ועל כן עליו לשלם לו. רבי יהודה מציע 2 אופציות לפיהן, זה נהנה וזה לא חסר- **חייב:**

- "רבי יהודה אומר: אף זה דר בתוך של חבירו צריך להעלות לו שכר"- בעל העלייה בונה רק את הבית, גר בו ומשלם שכר דירה עד שבעל הבית מחזיר לו את ההוצאות. במקרה זה: זה נהנה (לבעל העלייה יש מגורים) וזה לא חסר (בעל הבית מרוויח שכ"ד). הבעייתיות באפשרות זו, היא שאינה מעודדת בניה לגובה. בעל העלייה לא ירצה לבנות כיוון שידע שיקוזז לו שכ"ד מעלויות הבניה. בעל הבית מבחינתו יחכה מספיק זמן עד ששכר הדירה יתקזז עם הסכום שעליו לשלם על הוצאות הבניה, ואז יגרש את בעל העלייה ללא תשלום בטענה ששכר הדירה והוצאות הבניה התקזזו. למעשה הסדרה זו גורמת לבעל הבית לתמריץ המתנה.

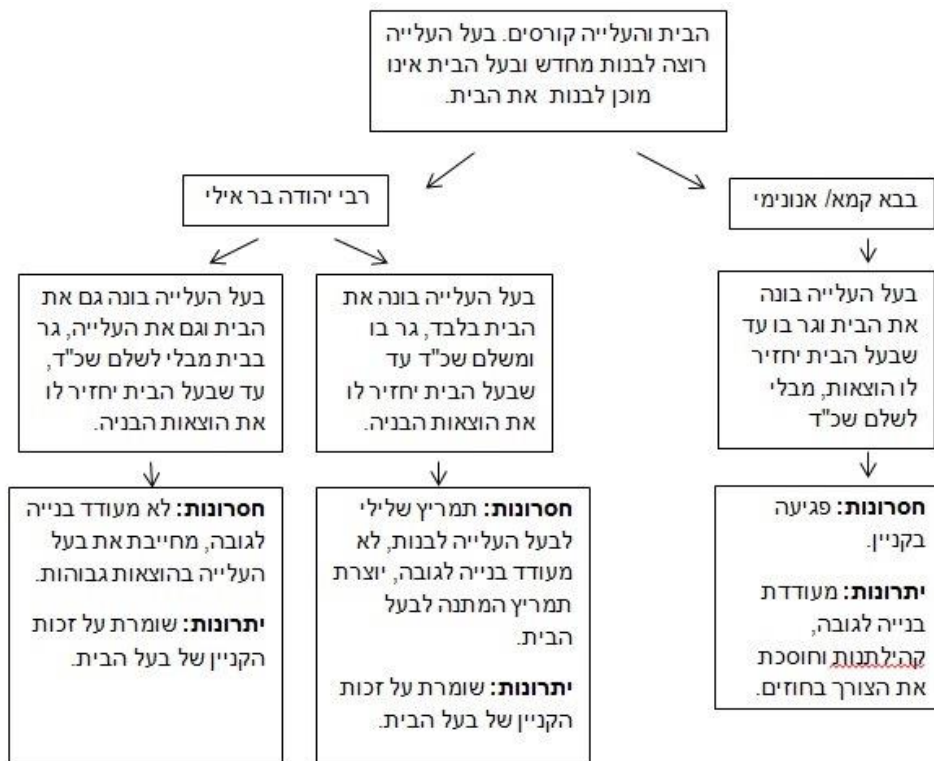
- "אלא בעל העלייה בונה את הבית ואת העלייה, ומקרה את העלייה, ויושב בבית עד שיתן לו את יציאותיו"- בעל העלייה בונה גם את הבית וגם את העלייה, ואז גר בבית ולא משלם שכר דירה, עד שבעל הבית מחזיר לו את ההוצאות. במקרה זה לא מקוזזים שכ"ד כיוון שההנאה נמדדת במונחים של עלות אלטרנטיבית- בעל העלייה גר בבית ולא בעלייה שבנה מחוסר ברירה ורק עד שבעל הבית יחזיר לו את הוצאות הבניה ויש לו אלטרנטיבה למגורים. זה לא נהנה (בעל העלייה) וזה לא חסר (בעל הבית) ולכן לא חייב. אופציה זו בעייתית גם היא משום שאינה מעודדת בניה לגובה, ובנוסף מחייבת את בעל העלייה בהוצאות רבות שיהיה עליו להוציא בבניית שתי קומות לבדו.

פתרונותיו של רבי יהודה בעייתיים כיוון שהם מייצרים תמריץ לשחקנים, טרם התרחשות הבעיה עצמה, להתנהג בצורה שאינה רצויה לחברה. פתרון זה בעצם מעודד קיומם של חוזים שיכללו בתוכם דרישות לערובה או ביטוח בכל הקשור לנכס. לפי רבי יהודה, תוצאות פסיקות תנא קמא הן שלא רק שבעל העלייה פגע בזכות הקניין של בעל הבית (בנה ללא רשותו), הוא גם נהנה על חשבוננו. רבי יהודה רואה את הצעת תנא

קמא ככה שערורייתית, עד שהוא מוכן להציע שני פתרונות "גרועים", ובלבד שלא תתקבל פסיקתו של תנא קמא. ניתן לדעת שהפתרונות גרועים לדעתו מעצם העובדה שהוא מציע שניים ולא אחד נחרץ וטוב. רבי יהודה מתייחס בחומרה רבה לדיני עשיית עושר ולא במשפט ותומך בהסדרה פרטית שלהם.



11.4.2.1 - סיכום בתרשים :



11.4.2.2 - אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נגדדגפרוסט תעשיות דייג (1984) בע"מ ומאיר עזרא ובנו (1980) בע"מ, פד"י נ(4), 471 (בייחוד השופט טל)

העובדות - המערערת הינה חברה בפירוק, שעסקה בדיג במרחקים באמצעות ספינות רשומות בישראל, וייבאה דגים לישראל. יבוא זה היה פטור ממכס. המשיבה, הינה חברת דייג הרשומה בישראל וניתן לה רישיון לייבא, ללא תשלום מכס.

טענת המערערת - חברת דג פרוסט הפרה את תנאי רישיון היבוא, מאחר ומכרה יותר ממה שהותר לה במחירי היצף וגרמה לאטלנטיק נזקים כספיים שהובילו לפירוקה.

השאלה המשפטית - האם עובדות אלה מעמידות לאטלנטיק עילה, לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט? **השופט טל** - סעיף 1 לחוק, מחולק לשלושה יסודות: התעשרות, על חשבונו של רעו ושלא כדין. נבחן את שלושתם במקרה זה: הייתה התעשרות. האם הייתה ההתעשרות על חשבונו של רעהו? כבר נקבע בבית המשפט, שגם התעשרות הבאה לזוכה, מלקוחות המזוכה, בשוק שפותח על ידו, תיחשב כאילו באה ישירות לזוכה מהמזוכה ונקבע, שהתעשרות מלקוחות, כהתעשרות מי שפעל באותו שוק ופעולתו נמנעה ממנו, הינה שלא כדין. וליסוד השלישי: מדובר בשוק ייחודי, בו כל השנים פעלה אטלנטיק לבדה. ביהמ"ש רואה התעשרות שלא כדין, כהתעשרות לא צודקת. המערערת השקיעה, תוך צפייה שמנכ"ל משרד החקלאות יגביל את כמויות הדגה המתחרה. המנכ"ל הציב תנאים למשיבה והמערערת ציפתה שהמשיבה תעמוד בהם. לפגיעה בציפייתה של אטלנטיק, נוספה התנהגות פסולה ובלתי הוגנת מצד דג פרוסט. **יש בכך כדי להעמיד עילה של התעשרות שלא כדין**. חוק עשיית עושר ולא במשפט יונק ממקורות ההלכה היהודית. בה"ח נאמר, שהחוק מאמץ את גישת המשפט העברי ומזכה בהשבחה, את המשביח נכסי חברו ומאמץ את העיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר", כשיקול לפטור את הנהנה מהשבחה. יצוין, כי קיימת מחלוקת במשפט העברי, לגבי חופש התחרות, אולם התירו תחרות, ע"י הורדת מחיר. למרות זאת, הגנו על אדם, שקנה לו חוג לקוחות קבוע במקומו, מפני אדם זר, שבא לקפח את פרנסתו. אטלנטיק השקיעה הון בפיתוח השוק והרחבתו והייתה בו יחידה במשך שנים, ולכן על פי דין תורה, יש לה עילה נגד דג פרוסט למניעת תחרות ואולי, להשבת הרווח שבא לדג פרוסט מהתחרות הזו.

תוצאות - החזרה לבית המשפט המחוזי.



11.4.3 - המקיף את חברו - בבא בתרא, פרק א', משנה ב'



ט

בבא בתרא פרק א

עמד וגדר את הרביעית - מגלגלין עליו את הכל.

משנה ד

בתל חצר שגפלה - מחיבין אותו לבנותו

לדיו קני לי כמחילה על קניס ולי חפשי בליאס על גדר אגניס: מגלגלין עליו את הכל. מחילת ילוחתיו כפי מה שנדר. וסינו דליכא בין תנא קמא לרבי יוסי. והלכה כרבי יוסי. ולפי לרין לומר אם הניקף הוא שגדר רוח רביעית. דגלי דעתיה דניחא ליה כמה שגדר חבירו. שמגלגלין עליו את הכל ומסלס למכירו חיי ילוחתיו:

ד בותל חצר. של שותפין: עד ארבע אמות. דנכסי פני ליה לדיק ראי: בחוקת

גדר בין שלוש שדותיו לשרה חברו, תמצאת שדה חברו מוקפת גדר משלוש רוחותיה, אין מחיבין אותו - את חברו המוקף להשתתף בהוצאת הגדר, לפי שאין לו תועלת מהגידור, מאחר שעדיין שדהו פתוחה מהרוח הרביעית.

בבא בתרא פרק א

משנה ג

המקיף את חברו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית - אין מחיבין אותו. רבי יוסי אומר: אם

מפרש בגמרה: שטח

ראש הותל כמה כפיד

לד חבירו. ולא לד

שטח יתוח גם

חבירו מן הצד שלו,

ולומר שהותל של

שניהם הוא. אבל כשעה לד חבירו וליט עת לתוך שלו, הוי סימן שהותל שלו. ואם יקלפו

חבירו, קלופה מידע ידע: רעושין חזית מכאן ומכאן. להודיע ששניהם עשו אותו:

ג אין מחיבין אותו. דכא לא אהני ליה מיד. שעדיין קרקע שלו פתוחה. אבל אם גדר

רקע: מדובר באדם ששדהו מוקף מ-3 צדדים ע"י גדר של שדות סמוכים. במצב כזה, בו הוא מוקף משלושת צדדיו לא מחייבים אותו כיוון ששדהו עדיין פרוץ מהצד הרביעי ולכן אינו נהנה. נשאלת השאלה מה קורה אם הוא עומד וגודר לעצמו את הצלע הרביעית של השדה, ובכך זוכה להקפה שלמה שנבנתה רובה לא מכספו?

הדעות השונות:

תנא קמא - "המקיף את חברו משלוש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית - אין מחייבים אותו" - אם האדם מוקף ב-3 צדדים בלבד הרי שהוא פטור כיוון שאין לו תועלת מהגידור ואינו נהנה. אם הוא גודר את הצלע הרביעית, מחייבים אותו על מחצית דמי גדר של קניס (הגדר הפשוטה והזולה ביותר), כיוון שהוא נהנה, אך יכול לטעון לכך שמבחינתו היה מסתפק בגידור זול ולכן מחייבים אותו לפי האופציה הזולה ביותר.

רבי יוסי - "רבי יוסי אומר: אם עמד וגדר את הרביעית - מגלגלין עליו את הכל" - אם המוקף גודר את הגדר הרביעית, עליו לשלם חצי מעלות כל 3 הגדרות הקודמות יחד. מדובר במעין חוזה בהתנהגות לפיו המקיף מציע למוקף להשביח את ערך השדות ע"י גידורם. בכך שהמוקף בונה את הגדר הרביעית, הוא בעצם מקבל את הצעת המקיף ונהנה משטח מגודר, ולכן חייב בתשלום חצי מכלל הגדרות המקיפות את שדהו. ניתן לפרש משנה זו בשתי דרכים: או כחוזה בהתנהגות כאמור לעיל, או כמקרה בו אדם נהנה מבלי ששיתף פעולה והמשנה קובעת שהוא חייב לשלם מכוח העיקרון לפיו על הנאות משלמים. השאלה שבמחלוקת בין תנא קמא לרבי יוסי היא לפי איזה ערך גדר על המגודר לשלם? יקרה או פשוטה? רבי יוסי קובע שעל המוקף לשלם חצי מההוצאות לפי הערך הריאלי של הגדר שנבנתה ("מגלגלין עליו את הכל").

הטקסט מעלה שאלה פרשנית של כפל משמעויות - את הביטוי "וגדר את הרביעית" אפשר לייחס גם לבעל השדה המגודר מ-3 צדדיו וגם לשכן המגדר אותו. לדעת רבי יוסי, אם השכן המקיף גדר גם את הרביעית, אין לחייב על כך את המגודר כיוון שהוא יכול לטעון שכלל לא רצה בכך. אולם אם המגודר עצמו מגדר את הרביעית יש בכך מעין הסכמה לגידור ולכך שהוא אכן רוצה בו ונהנה ממנו כאמור לעיל.

הסקת מידע חסר - המשנה קובעת כי המקיף את חברו משלוש רוחותיו פטור. איך מבינים מהמשנה שהכוונה לכך שאדם המגודר בארבעת כיווניו חייב? ניתן להבין זאת מהטקסט עצמו: בשל העובדה שהמשנה מפרטת את מספר הגדרות - "וגדר את הראשונה, והשנייה והשלישית". אם הכוונה במשנה הייתה לכך שגם בגידור ארבע גדרות המגודר פטור, לא היה ניתן פירוט כזה של כל גדר וגדר.

לסיכום, ההלכה כרבי יוסף, והמשנה קובעת ככלל שאם נהנית, עליך לשלם.

****קריאה מפרק זה:** סיכום מאמר של חנוך דגן "דיני עשיית עושר שלא במשפט: בין יהדות לליברליזם" ויכוח על מעמדו של המשפט העברי - **נמצא בסוף הקובץ**



11.5 - סדנת תלמוד

11.5.1 - רקע כללי על התלמוד (*בהקשר התרגול. הרחבה בנושא התלמוד נמצאת ביחידה 1)

- ניתוח התלמוד מעלה קושי של שפה, שמהווה חלק מהעכבות בשימוש במשפט העברי. אנו עובדים עם מהדורת שטיינזלץ של התלמוד הבבלי, שהיא אחת משתי המהדורות הקיימות בעברית.
- התלמוד בנוי בצורה של וויכוח, ולא ניתן לומר דעה מבלי לתת נימוק או הוכחה שמקורה בחומרים מאוחרים יותר. הצדדים מתנגחים זה בזה, וכל אחד אומר את דעתו רק לאחר שהפריך את דעת קודמו.
- התלמוד הבבלי עבר עריכות רבות, ועורכי התלמוד כללו בו רק את הנושאים הרלוונטיים ביותר תוך הצגת כל היבטי הדיון בו, על דרך של הוכחה ודחייתה. נשאלת השאלה מדוע לשמר את תהליך ההוכחה ודחייתה אם מתברר בסוף שההלכה אינה נכונה? התשובה היא כיוון שלומדי התלמוד יש מה להפיק מהדיון והדחייה. כל מהלך תלמודי שנראה מיותר מלמד על חשיבה משפטית או תרבותית חשובה.
- בסוף קריאת כל מהלך של הוכחה << דעה >> ודחיית ההוכחה, יש לחשוב מה הרציונל מאחורי דבריו של זה שניסה להוכיח, ומה הרציונל מאחורי דבריו של מפריך הדעה.
- הבנה חיצונית של דפי התלמוד:
 - יש בתלמוד שני עמודים- מסורתי וחידוש שלו, מפנים לשניהם.
 - עיונים- חלק מועתק מספרי הלכה (רמב"ם/ שולחן ערוך). זה אינו כלי להבנת דעת המשפט העברי אולם זהו כלי עזר להגעה למקורות העבריים.
 - מסורת הש"ס- מפנה למקור בו מופיע הביטוי המוצג בתלמוד.
 - כל יתר השוליים החיצוניים- מוקדשים להבנת התרבות העברית ומשלבים היסטוריה, גיאוגרפיה וכד'.
 - תרגום שטיינזלץ - שטיינזלץ מכניס את המקור לטקסט של התרגום שלו, ומשתמש בפונטים שונים ע"מ להבחין בין פרשנות לבין התרגום המילולי.

דלגו לעמוד הבא



11.5.2 - בבא קמ"א פרק 2, ג' - הדר בחצר חברו שלא מדעתו

בקשר להלכה זו במשנה, שאם נהנית משלם מה שנהנית (כפי שיבואר להלן) מספרים: אמר ליה (גון) פעם רב חסדא לרמי בר חמא: לא הוית גבן באורחא בחומא (לא היית טימנו בערב בחוף החומים) דאיבעיא לן מילי מעלייתא (שכן נשארו לנו זכרים חסודים). אמר לו רמי בר חמא: מאי מילי מעלייתא (מהם אותם זכרים מעלייתם) ששקטת בהם? אמר ליה (גון): השאלה הייתה: הדר בחצר חברו שלא מדעתו (שלא מרצונו), האם צריך להעלות לו (לשלם) שכר עבור מה שדר בחצירו או אין צורך? ומברר: היכי דימי (כיצד בדיוק היה הדבר)? אילימא (ואם נאמר) שמדובר בחצר שלא קיימא לאגרא (עומדת להשכרה) ואם לא היה אדם זה גר שם היה בעליה משאירה ריקה, וגברא דלא עביד למיגר (והאדם הגר בחצר הוא גם כן אדם שלא קיימא עשוי לשכור חצר) שיש לו אפשרויות אחרות של מגורים בחינם, אם כן הרי זה מקרה של זה (הידיד) לא נהנה וזה (הבעלים) לא חסר, ובמקרה זה ודאי שאין לו לשלם. אלא האמר שמדובר בחצר דקיימא לאגרא (העומדת להשכרה) וגברא רעביד למיגר (והאדם ששמוי לשכור חצר) אם כן זה הידיד נהנה, וזה בעל החצר חסר, ובמקרה זה ודאי חייב לשלם! ומשיבים: לא צריכא (נצרכה) שאלה זו אלא בחצר שלא קיימא לאגרא (עומדת להשכרה) כדרך כלל וגברא רעביד למיגר (ואדם העשוי צורך היה לשכור). מאי (מה) הוית דינו? וצדיד השאלה: האם מצי אמר ליה (יכול לומר) הידיד לבעל החצר: מה חסרתך ומה הפסדת בכך? הרי אתה לא הפסדת דבר, כיון שלא הייתה חצר עומדת להשכרה. או דלמא מצי אמר (שטא יכול לומר) בעל החצר לדייר: כקשר להלכה זו במשנה, שאם נהנית משלם מה שנהנית (כפי שיבואר להלן) מספרים: אמר ליה (גון) פעם רב חסדא לרמי בר חמא: לא הוית גבן באורחא בחומא (לא היית טימנו בערב בחוף החומים) דאיבעיא לן מילי מעלייתא (שכן נשארו לנו זכרים חסודים). אמר לו רמי בר חמא: מאי מילי מעלייתא (מהם אותם זכרים מעלייתם) ששקטת בהם? אמר ליה (גון): השאלה הייתה: הדר בחצר חברו שלא מדעתו (שלא מרצונו), האם צריך להעלות לו (לשלם) שכר עבור מה שדר בחצירו או אין צורך? ומברר: היכי דימי (כיצד בדיוק היה הדבר)? אילימא (ואם נאמר) שמדובר בחצר שלא קיימא לאגרא (עומדת להשכרה) ואם לא היה אדם זה גר שם היה בעליה משאירה ריקה, וגברא דלא עביד למיגר (והאדם הגר בחצר הוא גם כן אדם שלא קיימא עשוי לשכור חצר) שיש לו אפשרויות אחרות של מגורים בחינם, אם כן הרי זה מקרה של זה (הידיד) לא נהנה וזה (הבעלים) לא חסר, ובמקרה זה ודאי שאין לו לשלם. אלא האמר שמדובר בחצר דקיימא לאגרא (העומדת להשכרה) וגברא רעביד למיגר (והאדם ששמוי לשכור חצר) אם כן זה הידיד נהנה, וזה בעל החצר חסר, ובמקרה זה ודאי חייב לשלם! ומשיבים: לא צריכא (נצרכה) שאלה זו אלא בחצר שלא קיימא לאגרא (עומדת להשכרה) כדרך כלל וגברא רעביד למיגר (ואדם העשוי צורך היה לשכור). מאי (מה) הוית דינו? וצדיד השאלה: האם מצי אמר ליה (יכול לומר) הידיד לבעל החצר: מה חסרתך ומה הפסדת בכך? הרי אתה לא הפסדת דבר, כיון שלא הייתה חצר עומדת להשכרה. או דלמא מצי אמר (שטא יכול לומר) בעל החצר לדייר:

הנהגה
↓

86 ביצד הרגל פרק שני בבא קמא ב ע"ב

הא איתנהיגת (הר נהנית) מרכושי שהרווחה על ידי כך את מה שהיית צריך לשלם עבור שכירת הצרף: אמר ליה (גון) רמי בר חמא: בעיה זו אינה בעיה חדשה, אלא מתניתין (משנתנו) היא, שבמשנה יש כבר תשובה לשאלה זו. שאל אותו רב חסדא: הוי מתניתין (אינו משנה), היכן במשנתנו היא נמצאת? אמר ליה (גון) רמי בר חמא: לכי תשמע לי (כאשר חשבת אותן) במשנה, אמר לך היכן נמצא הדבר במשנה. שקל סודריה כרך ליה (למה רב חסדא את סודרו של רמי בר חמא וכך אותו) שיהא זה כדרך שימוש. אמר ליה (גון) רמי בר חמא, זו היא המשנה (משנתנו): אם נהנית משלמת מה שנהנית, משמע שבעל הבהמה משלם עבור הנאתה בכל מקרה. ואף הדר בחצר עליי לשלם על הנאתו. אמר רבא: כמה לא חלי (חושש) ולא מרגיש גברא דמריה סייעיה (אדם שאדוניו הקרוש ברוך הוא, מסייע לך שיתקבלו דבריו). דאף על גב דלא דמי למתניתין קבלה מיניה (שאף על פי שאין השאלה דומה למשנתנו קבלה רב חסדא חננו מרמי בר חמא). כי האי (זה) במשנתנו הוא מקרה של זה נהנה וזה חסר, שהרי כאשר אונלת הבהמה את הפירות מחסרת היא מן הפירות, ואילו האי (זה) הדר בחצר שאינה עומדת להשכרה זה נהנה וזה לא חסר הוא. ושואלים: הרמי בר חמא עצמו, כיצד השווה דברים שאינם דומים? ומסבירים: לדעתו סתם פירות המתחיים ביניהם הרבים אפקורי מפקר להו (מפקיר אותם בעליהם ואינו סבור שיוכל עוד ליהנות מהם, ולכן כאשר אכלתם בהמה אף זה נחשב לו כמי שחסר, ועל כן אפשר לדמות זאת לבעיית זה נהנה וזה

הא איתנהיגת — דאי ללו מנר לדיד הוא אהני אמריה. לכי תשמע לי קיפל לו סודר חדשה, אלא מתניתין (משנתנו) היא, שבמשנה יש כבר תשובה לשאלה זו. שאל אותו רב חסדא: הוי מתניתין (אינו משנה), היכן במשנתנו היא נמצאת? אמר ליה (גון) רמי בר חמא: לכי תשמע לי (כאשר חשבת אותן) במשנה, אמר לך היכן נמצא הדבר במשנה. שקל סודריה כרך ליה (למה רב חסדא את סודרו של רמי בר חמא וכך אותו) שיהא זה כדרך שימוש. אמר ליה (גון) רמי בר חמא, זו היא המשנה (משנתנו): אם נהנית משלמת מה שנהנית, משמע שבעל הבהמה משלם עבור הנאתה בכל מקרה. ואף הדר בחצר עליי לשלם על הנאתו. אמר רבא: כמה לא חלי (חושש) ולא מרגיש גברא דמריה סייעיה (אדם שאדוניו הקרוש ברוך הוא, מסייע לך שיתקבלו דבריו). דאף על גב דלא דמי למתניתין קבלה מיניה (שאף על פי שאין השאלה דומה למשנתנו קבלה רב חסדא חננו מרמי בר חמא). כי האי (זה) במשנתנו הוא מקרה של זה נהנה וזה חסר, שהרי כאשר אונלת הבהמה את הפירות מחסרת היא מן הפירות, ואילו האי (זה) הדר בחצר שאינה עומדת להשכרה זה נהנה וזה לא חסר הוא. ושואלים: הרמי בר חמא עצמו, כיצד השווה דברים שאינם דומים? ומסבירים: לדעתו סתם פירות המתחיים ביניהם הרבים אפקורי מפקר להו (מפקיר אותם בעליהם ואינו סבור שיוכל עוד ליהנות מהם, ולכן כאשר אכלתם בהמה אף זה נחשב לו כמי שחסר, ועל כן אפשר לדמות זאת לבעיית זה נהנה וזה

הא איתנהיגת (הר נהנית) מרכושי שהרווחה על ידי כך את מה שהיית צריך לשלם עבור שכירת הצרף: אמר ליה (גון) רמי בר חמא: בעיה זו אינה בעיה חדשה, אלא מתניתין (משנתנו) היא, שבמשנה יש כבר תשובה לשאלה זו. שאל אותו רב חסדא: הוי מתניתין (אינו משנה), היכן במשנתנו היא נמצאת? אמר ליה (גון) רמי בר חמא: לכי תשמע לי (כאשר חשבת אותן) במשנה, אמר לך היכן נמצא הדבר במשנה. שקל סודריה כרך ליה (למה רב חסדא את סודרו של רמי בר חמא וכך אותו) שיהא זה כדרך שימוש. אמר ליה (גון) רמי בר חמא, זו היא המשנה (משנתנו): אם נהנית משלמת מה שנהנית, משמע שבעל הבהמה משלם עבור הנאתה בכל מקרה. ואף הדר בחצר עליי לשלם על הנאתו. אמר רבא: כמה לא חלי (חושש) ולא מרגיש גברא דמריה סייעיה (אדם שאדוניו הקרוש ברוך הוא, מסייע לך שיתקבלו דבריו). דאף על גב דלא דמי למתניתין קבלה מיניה (שאף על פי שאין השאלה דומה למשנתנו קבלה רב חסדא חננו מרמי בר חמא). כי האי (זה) במשנתנו הוא מקרה של זה נהנה וזה חסר, שהרי כאשר אונלת הבהמה את הפירות מחסרת היא מן הפירות, ואילו האי (זה) הדר בחצר שאינה עומדת להשכרה זה נהנה וזה לא חסר הוא. ושואלים: הרמי בר חמא עצמו, כיצד השווה דברים שאינם דומים? ומסבירים: לדעתו סתם פירות המתחיים ביניהם הרבים אפקורי מפקר להו (מפקיר אותם בעליהם ואינו סבור שיוכל עוד ליהנות מהם, ולכן כאשר אכלתם בהמה אף זה נחשב לו כמי שחסר, ועל כן אפשר לדמות זאת לבעיית זה נהנה וזה

מסורת הש"ס
א. תבטוחו יומא כ"ב, יקיש ב"ד קמא
ב. ב"ב ד"ב
ג. ב"ב קמא.
גרסות
מתניתין היא יש ככתיבה
מתניתין איבעיא לכו
אפקורי מפקר להו יש ככתיבה
אפקורי מפקר להו, ומתניתין זה נהנה וזה לא חסר.
הא שקיל סודר יש ככתיבה
הא גבר מפקר סודר.
לשון
סודרית
מקור המלה הוא ככתיבה
סודרית (סודרית) או
בטינית (סודרית) שמשמע
— עבוד, ספית, בלשון תייל
הסודר הוא כנראה פסח
אריג פשוטה ששימשה
לנרכים רבים, וכן כעטיפה
לחולצ או ככיסוי לראש
(ואנשים מסוימים), כספר
או כמצע.

א

ב

רקע: מדובר במקרה, בו אדם נכנס לגור בחצרו של אדם אחר, ללא התדיינות עמו - **דר בחצר חברו שלא מדעתו**. זהו מקרה כללי המייצג את כלל המקרים בהם זה נהנה וזה לא חסר והתלמוד מנסה לברר ע"י מקרה זה מהו הדין במקרים של עשיית עושר ולא במשפט.

- יש להבחין, האם אותו אדם נהנה(אין לו אלטרנטיבה) או לא נהנה (יש לו אלטרנטיבה).

- יש להבחין, האם החצר עומדת להשכרה, ואז אותו בעל בית חסר, או שהיא ללא שימוש, ואז הוא לא חסר.

אם בעל הבית חסר, יש צורך בפיצוי, בין אם השני נהנה או לא.

אם בעל הבית לא חסר והשני לא נהנה, הרי שאין צורך בפיצוי.

אם השני נהנה, זהו המקרה המעניין, בו זה נהנה וזה לא חסר.

ניתן להציג את ארבע האפשרויות בטבלה:

לא נהנה (לא עשוי לשכור)	נהנה (עשוי לשכור)	
לא נהנה (לא עשוי לשכור)	משלם- מובן מאליו	חסר (החצר עומדת להשכרה)
?- התלמוד לא מפרט מה קורה במקרה כזה	על כך הדיון המשפטי: האם הדייר לא חייב כי בעל החצר לא חסר משום שאינה עומדת להשכרה/ או שהדייר חייב כיוון שהוא נהנה וחוסך לעצמו את הכסף שהיה משלם על שכירות במקום אחר?	לא חסר (החצר לא עומדת להשכרה)

ראיה מס' 1:

- מה מוכיחים: **רמי בר חמא**. זה נהנה וזה לא חסר, אך עדיין זה משלם מה שנהנה - חייב. אדם צריך לשלם על הנאתו.
- מקור: משנה בבא קמא פרק ב' משנה ב', בהמה שאוכלת פירות שלא של בעליה: "השור הרעב".
- הוכחה: בעל הבהמה נהנה, מכיוון שהוא לא צריך להאכיל את בהמתו. בעל הפירות שברשות הרבים לא חסר, מכיוון שהוא אחראי לאובדן הפירות שלו שנמצאים ברשות הרבים. אך הדין: "אם נהנית משלם מה שנהנית", בעל הבהמה משלם.
- דחייה: ע"י **רבא**. המשנה שמביא בר חמא, לא דומה למקרה לפנינו, כיוון שבעל הפירות באמת חסר במציאות (גם אם אין לו עילת תביעה) כי לפני כן היו לו פירות וכעת אין, בעוד בעל הבית לא באמת חסר. זהו ההבדל בין אמת משפטית, לאמת עובדתית. חוסר ההתאמה של המשנה למקרה מונע את האפשרות להשתמש בתקדים.
- הוכחה חוזרת: **רבא** מציל את כבודו של בר חמא ואומר, שכנראה לדעת בר חמא, מכיוון שהפירות ברשות הרבים, הרי שבעליהם הפקיר אותם, הוא לא צריך אותם. אם כך, מבחינה משפטית, גם בעל הפירות לא חסר, ולכן ניתן להקביל בין שני המקרים.

ננסה לחשוב, מה יכולה להיות המחלוקת בין רבא לרמי בר חמא - האם הדיון המשפטי הוא קטגורי, כללי, או שיש להיכנס לתוך פרטי המקרה. השאלה היא, האם המציאות ויחסי הכוחות בין הצדדים יכריעו בפסיקה, או שהפתרון יהיה כללי ומותאם מראש. בנוסף, מדוע מספרים לנו את הסיפור הזה? מדוע לא לתת לנו את החוק בצורה ישירה יותר? נדמה, שמה שיש לומר הוא, שגישתו של בר חמא לחיים ולא רק למקרה הנתון היא - נהנית? שילמת.

****סיכום ביניים**** - דנו בדיון תלמודי, המנסה להפיק מסקנה בנושא "עשיית עושר ולא במשפט" - זה נהנה וזה לא חסר. הדוגמא הקלאסית שמביא הרב האלמוני, היא על אדם שדר בחצר חברו שלא מדעתו. אם נשים את הסיפור בצד, **רמי בר חמא** מנסה להביא הוכחה ומקביל את הסיפור לבהמה שאוכלת מהפירות בשוק, ברשות הרבים. אנו מנסים לחשוב: האם עומדת לבעל הרכוש עילת תשלום בגין ההנאה, מאחר שלא הפסיד כלום? דוגמתו של בר חמא נפסלת, מכיוון שבמקרה הבהמה, **בעל הפירות נפגע, הוא חסר**, אך בשל העובדה שהדבר היה ברשות הרבים, **לא עומדת לו עילה לתביעת נזיקין**. אך אותו בעל חצר בה דרים, באמת לא מפסיד ואינו חסר. תוך כדי קריאה, ניתן להבחין בכך שיש סיפור בתוך סיפור. בר חמא לא היה בשיעור, רב חסדא שואל אותו איפה היה ואומר לו שהם דנו בשיעור בבעיה מעניינת. בר חמא אומר לו, שהנושא לא מעניין, מכיוון שכבר דנו בו בעבר. רב חסדא מבקש ממנו לספר לו על המקום בו כבר דנו בנושא זה, ובר חמא מסכים בתנאי שרב חסדי ייתן לו את הסודר שלו. כך, בר חמא מקיים את משנתו בפועל: על אף שהוא לא חסר מכך שהוא יגלה לרב חסדא איפה דנו כבר בסוגיה, הוא דורש ממנו לשלם בעבור ההנאה שלו. בר חמא מציג בכך את האידאולוגיה שלו בנושא לפיה אין ארוחות חנם. הוא דורש מחיר עבור מידע על אף שזה אינו עולה לא. זו הגישה שמאפיינת גם את פסיקתנו בנושא ולפיה הוא חי. רב חסדא, יוצא "מושפל" מהסיפור, גם כיוון שלא הכיר את המקום בו כבר דנו בסוגיה, וגם בכך שהסכים לשלם בסודר שלו עבור ההוכחה מבלי לבדוק את נכונותה והיא מתבררת כהוכחה לא טובה.

ראיה מס' 2:

- מה מוכיחים: זה נהנה וזה לא חסר, אך עדיין זה משלם מה שנהנה - חייב.
- מקור: משנה - "המקיף את חברו".
- הוכחה: אם בעל שדה, ששלושת שדותיו מקיפים את שדה חברו, מגדר את הגבול ביניהם, אותו בעל שדה פנימי לא צריך לשלם, כי הוא לא נהנה, שדהו עדיין פרוץ ובעל השדה החיצוני לא חסר, הוא גם ככה גידר שדותיו. אך אם בעל השדה החיצוני, מקיף את שדה חברו מארבעה כיוונים, ולכן מגדר את שדהו לחלוטין, בעל השדה הפנימי חייב, מכיוון שהוא נהנה, אף שבעל השדה החיצוני לכאורה לא חסר.
- דחייה: בעל השדה החיצוני משקיע יותר בגידור, ויש לו הוצאות יתרות, בשל העובדה שבעל השדה הפנימי מגדיל את השטח הכללי שעליו לגדר. לכן, אי אפשר להקיש למקרה המקורי של הדר בחצר חברו שלא מדעתו שזה נהנה וזה לא חסר - חייב. אנו למדים, שבמקום שבו הנהנה גורם להוצאות יתרות למהנה, הוא חייב, אף שלכאורה המהנה לא חסר. דוגמה זו מלמדת אותנו על שיקול נוסף שיש להביא בחשבון של הוצאות יתרות.

ראיה מס' 3:

- מה מוכיחים: זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה פטור.
- מקור: רבי יוסי במשנה - "המקיף את חברו".
- הוכחה: רבי יוסי אומר, שאם המוקף מביע רצון להקפה משלושה כיוונים - מקיף בגדר רביעית, הרי שהוא חייב, מכיוון שהוא מביע את רצונו להנאה בביצוע המהלך. מכאן הסיקו הלומדים, שאם המקיף, מקיף מארבעה כיוונים, המוקף לא חייב, מכיוון שהוא נהנה אך השני לא חסר, הוא עשה זאת לטובת עצמו.
- דחייה: ההסקה של הלומדים היא הסקה שגויה מבחינה לוגית, שכן לא ניתן להגיד בהכרח שאם X גודר מגלגלין עליו את הכל, ואם X לא גודר אז הוא פטור. ברמה הלוגית, ההנחה אם X אז Y ואם לא X אז לא Y היא הנחה שגויה. טיעון אפשרי למשל הוא תשלום חצי מעלות הגדר המינימאלית ולא פטור מלא. כיוון שבין שתי האפשרויות (של פטור או חייב הכל), קיימות אופציות נוספות, כמו תשלום חצי מהגדר המינימאלית, לא ניתן להסיק שאם המקיף גידר ארבעה צדדים, המוקף פטור, ניתן רק להסיק בוודאות שהוא לא חייב הכל. בעזרת לוגיקה משפטית, ניתן לראות שראיה זו נופלת. מעצם ההשארה של הוכחה זו בתלמוד, התלמוד מנחיל לקוראים את שיטת העבודה הלוגית.

ראיה מס' 4:

- מה מוכיחים: זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה פטור.
- מקור: משנה "הבית והעלייה".
- הוכחה: ישנו בעל בית ובעל עליית גג של אותו הבית והבית קרס. כעת, בעל הבית לא רוצה לבנות את הבית מחדש, אך בעל העלייה רוצה. בעל העלייה, בונה מחדש את הבית כקומה אחת וגר בתוכו, עד שבעל הבית המקורי ישלם לו את הוצאות הבנייה, ואז הוא יבנה את עליית הגג ויחזור לגור בה כמו במצב המקורי. הוא פטור מתשלום שכ"ד על התקופה בה גר בבית, מכיוון שהוא אמנם נהנה באותה תקופה, אך השני לא חסר.
- דחייה: אכן, דייר עליית הגג נהנה ודייר הבית המקורי לא חסר, אך יכול להיות שחכמים אומרים לו פטור, מסיבה אחרת. בעל הבית הוא זה שיצר את הבעיה, אז המשנה מרשה לבעל העלייה לגור ולהיות פטור מתשלום שכירות. אך בכל תסריט אחר, הדבר לא נכון, למשל כשמדובר בשני אנשים זרים שאינם שכנים, לא ניתן לטעון שאחד יכול לגור בביתו של השני אם השני לא חסר. כלומר, המסקנה נובעת משעבוד, או מדיני בתים משותפים ויחסי התלות בין השניים (נסיבות פרטניות של המקרה) ולא מעמדה עקרונית של המשנה. דיני עשיית עושר תלויי הקשר ספציפי.

ראיה מס' 5:

- מה מוכיחים: זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה חייב.
- מקור: רבי יהודה בר אילי מביא הוכחה מהמשך אותה משנה.
- הוכחה: אף זה הגר בתוך חצרו של חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר. כלומר, זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה חייב. אותו דייר עליית גג, צריך לשלם לבעל הבית שכר דירה, גם על התקופה בה הוא נהנה מהבית, אף שבעל הבית לא היה חסר, מכיוון שלא רצה לגור שם.
- דחייה: לא מדובר במצב בו זה נהנה וזה לא חסר, מכיוון שבעל עליית הגג השתמש בביתו של בעל הבית וכך, גרם לבלאי (למשל השחרת הקירות). הרי, בעל הבית משלם על בית חדש (לבעל העלייה) ומקבל בית משומש. לכן, לא מדובר במצב בו זה נהנה וזה לא חסר, אלא במצב בו זה נהנה וזה חסר. אנו מסיקים שזק קטן מחייב בתשלום מלוא הרווח. (זאת לעומת דין הנזיקין הישראלי המחייב רק בהחזרת המצב לקדמותו).

*אחרית דבר

שאלה זו לא נפתרה, ולכן נשלחה לרבי אמי, שאמר, שאם זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה פטור, ולא נימק מדוע. שלחו את הבעיה לרבי חייא בר אבא כדי שיהרהר בדבר, הוא ענה שהוא לא יודע ואין לו פתרון.

רב כהנא בשם רב יוחנן קבע שלא צריך להעלות לו שכר (פטור). **רב אבהו בשם רב יוחנן** קבע שכן צריך להעלות לו שכר (חייב). מסכם התלמוד, שנחלקו בדבר שני אמוראים, ר' אבהו ור' כהנא, שניהם בשם ר' יוחנן. הראשון אמר, שהנהנה חייב והשני אמר, שהנהנה פטור. כיצד ניתן לפתור את המחלוקת?

רב פפא, לא יודע מה אמר ר' יוחנן אבהו, אבל יודע שהיוחנן השני(אבהו) שמע את קביעתו של הראשון ולאחר מכן קבע שפטור, לעומת יוחנן הראשון (כהנא) שלא שמע דעות קודמות והסיק לבדו שחייב, ולכן רבי פפא קובע אתה הכרעה לפי רבי יוחנן אבהו, לפיה אם זה נהנה וזה לא חסר, הנהנה פטור, וזוהי עמדת התלמוד.

בניתוח זה ראינו סיכום מתודולוגי לסוג העבודה בתלמוד שטיינזלץ, ראינו את הרווח התיאורטי ממהלכי הסוגיה (למשל, הבאת דעתו של רבי בר אבא לפיה אין לו פיתרון ע"מ להמחיש כמה הסוגיה מסובכת), למדנו את חשיבות הבנת החומר התנאי (המשנה) לצורך ההתמודדות עם התלמוד. כלומר, בהגעה לסוגיה תלמודית בעתיד, על מנת להבינה, יש לזהות את המשניות בהם משתמשים, ללמוד אותן ואז לחזור לתלמוד.

11.6 - סדנת הלכה

400 שנים לאחר התלמוד, עוסקים כותבי ההלכה באותה סוגיה של זה נהנה וזה לא חסר. הרמב"ם מנסה לתת פתרון פרקטי לסוגיה.



11.6.1 - רמב"ם, הלכות שכנים, פרק ג'

"מי שהיה לו חורבה בין חורבות חברו ועמד חברו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית עד שנמצאת חורבה זו משלש רוחותיה גדורה, אין מחייבין אותו ליתן לו ההוצאה כלום שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לרשות הרבים כשהייתה, לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר, מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם".

***פירוש:** הרמב"ם קובע למעשה שגם במקרה בו המקיף הקיף את המוקף מכל ארבעת צדדיו, וגם אם למוקף אין ערך או צורך בכך והוא לא הביע רצון בגידור, המוקף חייב לשלם למקיף. הרמב"ם סותר למעשה את ההלכה התלמודית לפיה "זה נהנה וזה לא חסר = פטור".

(ע"פ פרשניו של הרמב"ם, ההבדל נובע מסוגיות של ניהול שטח עירוני בעת העתיקה. אלה גורמים לרמב"ם לקבוע כי החזקה המשפטית במקרה זה היא כי המגודר רוצה בגידור, ואם אותו המוקף לא רוצה את הגדר אז עליו לכרות חוזה לפיו הוא לא מעוניין בגידור זה). נשאלת השאלה האם זוהי דעתו הכללית של הרמב"ם במקרים של זה נהנה וזה לא חסר? לשם כך יש לבדוק את דבריו במקומות נוספים:



11.6.2 - רמב"ם, הלכות גזלה ואבדה, פרק ג' הלכה ו'

"הגוזל בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש בה או דש בה וכיוצא בזה, והחזירה לבעליה אע"פ שעבר ב'לא תעשה' אינו חייב לשלם כלום שהרי לא הפסידה ולא הכחישה, ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשוק או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם קונסין אותו ואפילו בחוצה לארץ, ושמן השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל".

פירוש: אדם שגזל בהמה מאחר ועשה בה שימוש, אך החזירה ללא נזק אינו חייב כלום, בתנאי שעשה זאת רק פעם אחת. אם מדובר באדם שכבר "ניצל" כלל זה לטובתו בעבר, עליו לשלם. הרמב"ם למעשה קובע שלמרות שמדובר בגזל, האדם פטור. הרעיון מאחורי קביעה זו הוא רעיון קהילתני המקיים אינטרס לשמור על קהילה קהילתנית שמפרגנת לחבריה, ומצד שני, לא לאפשר קיומם של פרזיטים שחיים על חשבונה, על-ידי מתן עונש למי שמתמשש בקהילתנות לניצול. הרמב"ם מפחד להשתמש בעיקרון "זה נהנה וזה לא חסר = פטור" באופן גורף, מהפחד שאנשים יסתמכו רק על כלל זה גם כשאיינו מתאים לסיטואציה. לכן זה אינו תקדים מחייב.

חונך דגן טוען שהלכה זו היא אחת ההוכחות לכך שמקור הדין לזה נהנה וזה לא חסר במשפט העברי הוא מקור סוציאלי. לפי נימוקיו של דגן, הסיבה לפטור היא הצורך הרגעי. אולם האם כאשר אין צורך רגעי, הדין המקורי הוא דיני הקניין ישמשו להסדרת הדין? לפי הכתוב הדבר אינו כך, ובמקרה בו אין צורך רגעי, מוטל על המנצל קנס. למעשה הוא פטור אך חייב בקנס. זה אינו שינוי הלכה אלא שימוש משפטי שונה. התביעה הנעשית היא תביעה חברתית של חברה קהילתנית המעודדת שיתוף ומנסה לשמור על כך.

11.6.3- הלכה ז'

"התוקף עבדו של חברו ועשה בו מלאכה ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור שנוח לו לאדם שלא יבטל עבדו, ואם ביטלו ממלאכה אחרת משלם לו בפועל.."

פירוש: אדם הזורש מעבדו של אחר שסיים עבודתו לעבוד עבורו במקום לנוח פטור מלשלם לאדונו. זאת כיוון שלבעל העבד יש אינטרס שהעבד שלו יעבוד כמה שיותר כדי שלא יתרגל להתבטל ולנוח, ולכן הוא נהנה. גם האדם המעביד את העבד נהנה כי הוא מבצע את עבודתו בשבילו. הדין בהלכה הוא כי זה נהנה וזה נהנה- פטור. הסעיף מבטא את מהות העבדות המקבלת לגיטימציה בהלכה. עם זאת, הרמב"ם בסוף הלכות עבדים מנסה לעדן את העבדות.

11.6.4- הלכה ט'

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר, ואם החצר עשויה לשכר אע"פ שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממוך".

פירוש: זוהי הלכת האב-טיפוס לזה נהנה וזה לא חסר. במקרה שהדירה מוצעת להשכרה, זה שגר בה צריך לשלם שכירות לבעליה. במידה ואיננה- הגר בה פטור. הרמב"ם למעשה תומך פה בעמדת התלמוד הבבלי לפיה זה נהנה וזה לא חסר- פטור. ניתן לראות כביכול סתירה בדבריו של הרמב"ם בין הלכות שכנים לבין הלכות גזילה ואבידה. במקרה כזה יכול להיות שאחת ההלכות נועדה על מנת להרות שההפך הוא הנכון או שהיא מובאת במקרה של מצב יוצא דופן. ע"מ לזהות איזו הלכה היא ההלכה הכללית ואיזו היא יוצאת הדופן יש לקרוא בין השורות של ההלכות. ניתן לראות שהרמב"ם משתמש בציטוט מדויק ממקורות קודמים פעמיים בהלכה זו: הדר בחצר חברו שלא מדעתו, וזה נהנה וזה לא חסר. השימוש בציטוט מדויק שעושה הרמב"ם מחבר את הקוראים שמכירים את התלמוד והמשנה לדוגמה הקלאסית מהתלמוד. בכך הופך הרמב"ם את הלכה ט' להלכה הקלאסית של עשיית עושר ולא במשפט. יש חזקה על בעל ההלכה, שבמקום בו נמצאת ההלכה העקרונית הוא ינסח אותה בצורה כללית יותר, ודומה יותר למקורות כפי שעושה הרמב"ם בהלכה זו.

ניתן אם כן לומר שלפי הרמב"ם זה נהנה וזה לא חסר- פטור אלא אם כן יש מציאות דומה לזו בהלכות שכנים של ניצול וניסיון לטרמפיסט חופשי ואז הולכים לפי ההלכה הלכה זו וקונסים את הנצלן.

11.6.5- שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס"ג

"הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו: צא ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר. (ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כורחו מן הבית והוא דר בו [מרדכי]. ואפילו היה רגיל להשכיר, רק שעכשיו לא עומד להשכיר, אחר אותה שעה הולכים) [נימוקי יוסף]. אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר".

פירוש: שולחן ערוך מצטט את הנושאים העקרוניים מדעתו של הרמב"ם בלשונו כשהוא מסכים איתו. כל שאר הפסוק שאינו מצוטט מהרמב"ם (מה שלא מודגש) מהווה את השינויים והתוספות שבאו אחרי הרמב"ם, וכך ניתן לבחון איך השולחן ערוך הוסיף ושינה.

המונח "שלא מדעתו" הוא מונח עמום והוא לא מאפשר להבין מדברי הרמב"ם האם מדובר באי הסכמה מראש של בעל הנכס או באי הסכמה לאחר שהמתגורר כבר גר. שולחן ערוך מבהיר זאת וקובע שהדין חל לאחר המקרה, ולפיכך, אם בעל הנכס אומר למתגורר לצאת, זה נהנה וזה לא חסר- חייב. אם בעל הנכס לא אומר לו לצאת ואין הנחיה ממנו אז זה נהנה וזה לא חסר- פטור נשאר בתוקף.

*לאחר מכן מגיעים שני נימוקים נוספים:

המרדכי- אומר כי ניתן לטעון לפטור לגר בבית גם אם הוא הוציא את בעל הבית מביתו בעל כורחו, כל עוד לא ביקש ממנו בעל הבית לצאת. (לא חשוב למבחן)

נימוקי יוסף- מוסיף ואומר שלמרות שהדירה לכאורה עומדת להשכרה, החוב אינו עניין תיאורטי אלא מעשי ויש להוכיח שבעל הבית אכן חסר. צורך השעה קובע. (כן חשוב למבחן)!

הגה- מיוחס לדברי רבי משה איסרליש (הרמ"א)

"ודוקא כשכבר גר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אע"פ שכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר..."

פירוש: הרמ"א מעלה אפשרות שניתן יהיה לכפות על בעל הבית לתת למשתמש ליהנות אם סירובו של בעל הבית היה בגדר מידת סדום = סירוב שאינו מוצדק. זו גישה המעודדת חסכנות ושיתופיות. הלכת זה נהנה וזה לא חסר = פטור עוסקת באירוע שכבר קרה. הרמ"א למעשה מעלה אפשרות לפיה דין זה צריך לחול גם מלכתחילה. אך מצב כזה לעולם לא יקרה: ניקח לדוגמה מצב בו אדם מנסה להשכיר את דירתו, לא מצליח ונוסע לחו"ל לשנה תוך שדירתו עומדת להשכרה. במהלך שנה זו בא מישהו ומתגורר בדירתו ללא ידיעתו ונהנה מכך. בעצם כך, הדירה למעשה איננה פנויה להשכרה, ואם מישהו ירצה לשכור אותה, בעל הקניין יהיה חסר. כך גם אם ירצה לחזור בעל הקניין מחו"ל לביקור ויגלה שביתו תפוס. אך אם אף אחד לא יתעניין בדירה ולבעל הדירה לא יהיה שימוש בה, יכול להיות שהוא לא יהיה חסר במשך כל התקופה וכך יהיה מצב בו זה נהנה וזה לא חסר = פטור. לכן בתיאוריה הרעיון יכול לעבוד. אך בפועל, ניתן לדעת האם בעל הדירה נפגע והיה חסר רק בדיעבד, והכפיה מראש ברוב המקרים תגביל אותו בקניינו ולכן לא ניתן לכפות עליו מלכתחילה. אם ההנאה טרם התרחשה, המשפט העברי משמר את זכויותיו של בעל הקניין ופועל לטובתו בשל הלכה זו. אם ההנאה כבר קרתה ולא היה חסר, המשפט העברי ייטה לטובת הנהנה. הסיבה לכך שלא ניתן להחיל את הכלל מראש היא בתפיסת הקניין: ישנה תפיסה ליברטנית לפיה הקניין הוא אישי ובלעדו, ותפיסה אחרת לפיה קניין בא עם זכויות וחובות ובעלות על קניין מחייבת את הבעלים בהתנהגות מסוימת. סעיף זה חשוב כיוון שהוא מוסיף את אלמנט הזמן לסוגיה.

תפיסתו של גיון לוק את הקניין היא תפיסה לפיה הקניין הוא זכות טבעית שנקנית בעמל ותפקיד המדינה להגן עליו. תפיסתו של הובס היא כי הקניין הוא זכות שיוצרת החברה (ולא עמל) ולכן היא גם יכולה לקחת אותה. תפיסתו של הרמ"א דומה יותר לתפיסתו של הובס, לפיה החברה יכולה לקחת את הקניין כשיש הצדקה לכך. זוהי גם תפיסה דתית של הקניין שאינו רק של האדם אלא גם של האל.

המציאות במאה ה-16 בצפת היא שבית הוא לא נכס שמקלים בו ראש ואנשים מוציאים אותו ממעגל השיתוף הציבורי. ברירה אחת היא שינוי ההלכה אך ברירה אחרת היא לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה בכך שישאיר השוע את הכלל כפי שהוא, וישתמש בחזקה מדיני הראיות לפיה בתים ריקים עומדים להשכרה ובכך יפתור את בעיית הבתים. הבעייתיות היא בשאלה מה הדין בקניין שאינו בית? הרעיון הוא שיש דברים שעומדים בכלל זה ויש דברים שלא. בהינתן שני סלים אלו עולה שאלה משפטית חשובה: מהו תפקיד ביהמ"ש? גישה אחת אומרת שעל ביהמ"ש לראות מה הנורמה הקיימת וליישם אותה, וגישה אחרת אומרת שעל ביהמ"ש להכתיב נורמה רצויה ובכך לעצב את החברה. כל אחת מהגישות תביא לפסיקה שונה במקרים שונים ואין הלכה ברורה.

11.6.6- סעיף ז'

"יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד שאותו שחרורית אלא מועט...., מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה. (ואם כן אם אין דרך זה לשכור, פטור, דהא לא נהנה ויש חולקים) – ר' ירוחם".

פירוש: אם אדם שעשה שימוש בנכס ונהנה גרם לו אפילו שריטה קטנה, עליו לשלם כל מה שנהנה- משמע לא רק על הנזק שעשה אלא את כל השכירות בגין כל הזמן שגר. בניגוד לעיקרון בדיני הנזיקין לפיו מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו פה הפיצוי צריך להיות בדיעבד על כל השימוש. הסיבה לכך היא למנוע זלזול ברכוש הזולת ולשמש התרעה לאלו המשתמשים ברכוש חברים ע"מ שישמרו עליו ויכבדו אותו יותר ממה שהם מכבדים את רכושם שלהם. חנוך דגן רואה בפסוק הצדקה לטענתו לפיה המשפט העברי הוא סוציאלי אך עמוס טוען שמטרת הפסוק היא הרתעה כאמור לעיל.



11.7 - סדנת שו"ת

11.7.1 - שו"ת נודע ביהודה חלק ב', חו"מ, סימן כ"ד

התשובה היא של רבי יחזקאל בן יהודה לנדא, הוא בעל הנודע ביהודה, נולד בשנת 1713 בפולין, שם למד ואף כיהן ברבנות. בשנת 1743 נקרא לשמש רב לקהילת פראג והאזור. ישיבתו בפראג הייתה למרכז תורה גדול, ומכל קצוות אירופה פנו אליו בשאלות הלכה. תשובותיו הרבות פורסמו בספרו נודע ביהודה (שני חלקים), כן כתב חידושים לש"ס ופירוש לשולחן ערוך. נפטר בשנת 1793.

חשוב להבין: מאיפה באה השאלה? מה עומד מאחוריה? מהו הרקע התקופתי והעובדתי? מה קרה במקרה הנדון? האם יש הסכמה על העובדות עצמן? מה טענות הצדדים?

כתיבת תשובה (גם במבחן): צריכה להתייחס לעובדות המקרה, שיוך לקטגוריות משפטיות, טענות הצדדים, מקורות נוספים, שיקולי מדיניות (מעבר לסוגיה עצמה, האם יש שיקולי על שיש להתחשב בהם?), ההחלטה.

השאלה

"ראובן חיבר פירוש על סדר נזיקין וקדשים והלך אצל שמעון המדפיס ונתפשר עמו בסך ידוע, בעד כל דף שידיפיס לו אלו השני סדרים עם פירוש רש"י ותוספות ופירוש של המחבר הנ"ל למטה. והנה דרך המדפיסים, אחר גמרם כל דף ודף סותרים סידור האותיות, לסדר מהם דף אחר וזה המדפיס יש לו הרבה אותיות, לכן לא קלקל הסידור והניחו כמות שהוא, רק הסיר מלמטה הפירוש החדש והדפיס לעצמו שני סדרים הנ"ל עם פירש"י ותוס', שיהיו מוכנים בידו בעת הפנאי, שישלים להדפיס כל הש"ס. וטען ראובן המחבר הנ"ל, יען שתשלומי שכירות המסדרים האותיות הוא היה משלם ועתה, למה יהנה שמעון מסידור אותיות חנם ויחזיר לו חלקו מסידור האותיות כדין כל הנהנה ממלאכת חברו כדין, מעין המשקה שדות והמקיף את חברו משלש רוחותיו. ושמעון טען, מאחר שהאותיות הם שלו, יכול להשתמש בהם כרצונו ואין כוח ביד ראובן לקלקל את הסידור וכולי" יורנו רבינו הדין עם מי. עד כאן לשון השואל.



השתלשלות האירועים והבנת הסוגיה:

1. לשמעון יש בית דפוס גדול.
2. ראובן פירש את התלמוד הבבלי.
3. ראובן מגיע לשמעון כדי שידיפיס את התלמוד הבבלי יחד עם הפירוש שלו.
4. הכינו גלופה מסודרת.
5. באופן כללי, המדפיסים, לאחר שסיימו להדפיס, מפרקים את הגלופה (פותחים את השורות), ע"מ שהאותיות יוכלו לשמש לגלופות לעמוד חדש. תהליך החלפת האותיות הוא תהליך יקר.
6. במקרה הספציפי, מדובר, כנראה, בבית דפוס עשיר שיש לו הרבה אותיות ולכן פירקו רק את אותיות הפירוש של ראובן. כך נותרו לו גלופות של תלמוד בבלי (ללא פירוש) וללא זכויות יוצרים.
7. שמעון ביצע את העבודה לראובן כפי שהתחייב לעשות.
8. ראובן משלם כסף לשמעון על עבודתו ומנסה למכור את הספרים שלו.
9. שמעון הדפיס עותקים רבים של התלמוד ללא הפירוש, בעזרת הגלופה שפירק לאחר ההדפסה לראובן.
10. לא ברור אם הוא מחכה שמישהו יבוא ואז הוא יוכל לתת לו, או שהוא רוצה למכור את העותקים כך.

טענות הצדדים

- (1) ראובן טוען ששמעון חסך לעצמו תשלום עבור המסדרים, בעוד שהוא זה ששילם עבורם. הוא שואל למה הוא נהנה מסידור האותיות חנם ולא ישלם לו את חלקו? זוהי עשיית עושר ולא במשפט.
- (2) שמעון טוען, שהגלופות שלו ושהוא יכול לעשות בהן כרצונו.

השאלה המשפטית- מה עמדת המשפט העברי בסוגיה?

היבטים:

1. "זה נהנה וזה נהנה" - ראובן נהנה, משום שעבודתו בוצעה כהלכה. שמעון נהנה, משום שהוא מדפיס את התלמוד הבבלי בחינם (ומקבל כסף תמורת העבודה מראובן).
2. מאידך, לולא ראובן היה מבקש את ביצוע העבודה מלכתחילה, לא היה שמעון יכול ליהנות מהדפסת התלמוד.
3. מדובר ברכוש שמעון - ולכן רשאי הוא לעשות את העולה על דעתו, החל מהרגע שקיים את התחייבויותיו.
4. שתי המהדורות לא מתחרות זו בזו (בשוק, ניתן לראותן כמוצרים חלופיים) ולכן שניהם נהנים.
5. ראובן לא הסכים לכך - לא נתן את דעתו לכך ששמעון ייהנה מהעבודה עליה שילם. אין פה חוזה בהסכמה כפי שיש בסוגיית הגודר את חברו, כשהמגודר גודר את הגדר הרביעית.
6. מאידך - שמעון לא ביקש את רשותו של ראובן לעשות שימוש בעבודה עליה שילם ראובן.
7. מכיוון שראובן טוען לקשר קנייני לעבודה, צומחת פה הנאה של שמעון מקניין של ראובן.
8. זה נהנה (שמעון) וזה לא חסר (ראובן) - פטור.
9. השאלה היא, אם שמעון תכנן מראש ליהנות ומתוך כך לקיים "זה נהנה וזה לא חסר", ואז הוא חייב.
10. יש למעשה, שימוש חוזר בגלופה - "תופעת הטרמפיסט".
11. שמעון יצא מאוד מרווח, ולכן ראובן דורש ממנו כסף.
12. ניתן לטעון, שראובן חסר בשל היצע וביקוש. קודם היו X מוצרים ועתה יש $Y+X$ עותקים.
13. יש צורך בניתוח כלכלי, הבוחן האם תלמוד עם פירוש ותלמוד בלי פירוש שייכים לאותו שוק כלכלי.
14. מופיעה כאן טענה, של "זה נהנה וזה חסר" - צריך להכריע בשאלה זו מהבחינה הכלכלית.
15. שמעון חוסך לעצמו את סידור האותיות מחדש - ניתן להשוות ל"שור הנהנה" ולכן על בעליו לשלם על ההנאה.
16. האם בכלל סידור האותיות הוא של ראובן? ובכן, ראובן קנה את התלמוד המודפס, כפי שהזמין אותו - הוא לא קנה את סידור האותיות.
17. אם מדובר פה בקניין מפורט של סידור האותיות, שמעון יכול לטעון כי זה נהנה וזה חסר.



על מנת שהטבלה תהיה בעמוד אחד העברנו אותה לדף הבא

11.7.1.1 - טבלה מסכמת- שמעון VS ראובן

בעד ראובן (מתי שמעון יהיה חייב)	בעד שמעון (מתי שמעון לא חייב)
ראובן טוען שסידור האותיות הוא שלו- הוא שילם עבורו.	שמעון טוען שהגלופות הן קניינו והוא יכול לעשות בהן כרצונו. אם מדובר בחוזה בו ראובן משלם על המוצר הסופי, הוא כלל לא קנה את סידור האותיות ולכן הקטגוריה המשפטית של זה נהנה וזה לא חסר לא מתקיימת כאן. השאלה היא : האם מדובר בהסכם קבלנות או בהסכם קניין מפורט.
זה נהנה וזה לא חסר – חייב (לפי פרשת השור ורבי בר חמא) מדובר ב: שימוש חוזר – תופעת הטרמפיסטים. כאמור, עליה נקנסים.	זה נהנה וזה לא חסר – פטור (לפי הרמב"ם ושו"ע).
ראובן חסר בשל שינויי היצע וביקוש. הוא רוצה למכור תלמוד ובכך שמעון מוכר תלמוד הוא יוצר תחרות ופוגע לו בהכנסות.	לא מדובר באותו שוק. ראובן מוכר תלמוד עם פירושים שלו ושמעון מוכר תלמוד רגיל ללא פירושים. המכירה לא יוצרת תחרות לראובן והוא לא חסר.
השקעתו של שמעון בהדפסה והעובדה שהוא מפרקה חלקית על מנת להשתמש בה נתפשת כגילוי דעתו שהוא רוצה ליהנות. כמו גילוי הדעת של המוקף שבונה את הגדר הרביעית. על הנאות משלמים.	המקרה של המקיף את חברו אמנם דומה אך בו יש למקיף הוצאות יתרות ובמקרה זה לראובן אין הוצאות יתרות.
נשאלת השאלה מי יזם את כל העסקה? ראובן יזם ולכן אלמלא היה יוזם, לשמעון לא היה את התלמוד ולא היה נהנה.	ניתן לטעון שזה לא משנה מי יזם את העסקה. אם ראובן לא היה מדפיס פה הוא היה מדפיס במקום אחר.
דמיון לפרשת השור- שם משלמים על ההנאה.	בפרשת השור בעל הפירות בפועל חסר ופה ראובן לא חסר.

11.7.1.2 תשובת הרב לנדאן:

א. הרב לנדאן פותח בבירור הסוגיות המשפטיות הרלוונטיות. כיוון שחסר לו מידע עובדתי, הוא מחלק את המקרה לשתי מציאויות אפשריות:

מציאות 1- התשלום חושב לפי דפים ולא לפי סידור האותיות ע"י שמעון- "קבלנות". כל עוד ראובן לא קנה את סידור האותיות, אין לו על מה לתבוע. שמעון משלם למסדרי האותיות והוא יכול לטעון שכלל לא ידע בעת קביעת התשלום שהוא עצמו יינה מהסידור. שמעון הוא שחקן חוזר, וכל עוד ראובן משלם לו על המוצר הסופי בלבד, הוא לא חייב לו כלום מלבד סיפוק המוצר הסופי בהתאם לדרישות. שמעון צודק, ולא חייב.

מציאות 2- במידה וחישובו את התשלום בחוזה מפורט לרמת הפריטים הבודדים: נייר, מסדי אותיות, דיו וכו'. ראובן הוא זה שמשלם למסדרים ולא שמעון ולכן יש לראובן טענה של עשיית עושר ולא במשפט. המשך הדיון בתשובה נובע מההנחה שבאמת מדובר בהסכם מפורט. בשל המרחק האדיר בין השואל לבין הרב, הרב כולל בתשובתו ענפי משפט רבים תוך ניסיון לכלול בתשובה את כל האפשרויות.

ב. הרב טוען שטענת ראובן לפיה שמעון חייב לשלם לו בהתאם לדין העולה ממשנת "המקיף את חברו" היא טענה פסולה כיוון ששני המקרים לא דומים. בשלב זה הוא מבחין בשאלה האם אנו נמצאים לפני ההנאה או אחרי?
לפני ההנאה- הדין עם ראובן, כשם שכופין על מידת סדום. ("כופין על מידת סדום" = מצב בו מונעים מאדם לעשות שימוש לרעה בזכות משפטית שבידו). במצב זה, יכול להיות שימנעו משמעון להשתמש וליהנות מהגלופה.

אחרי ההנאה- נוצר מצב שלזה נהנה וזה לא חסר- פטור ואז הדין עם שמעון.
הרב לנדאן קובע כי כל הסוגיה נעשית לאחרי ההדפסה וההנאה. הרב מוסיף ואומר שגם כשמתקיים מצב כאמור לעיל בו ניתן למנוע משמעון ליהנות מדין "כופין על מידת סדום", כפייה במצב כזה היא מקרה נדיר, ולא בטוח שזו תהיה הדרך שבה יבחרו משום שהיא שנויה במחלוקת (זוהי דעתו של הרמ"א בלבד).

ג. הרב בוחן את ההשוואה לסוגיית המקיף את חברו וקובע שלא ניתן להשוות לתקדים שניתן שם לפיו האדם המקיף את הצלע הרביעית חייב, כיוון ששם למקיף יש הוצאות יתרות ובמקרה זה אין לראובן הוצאה יתרה ולכן שמעון לא חייב.

** לכאורה נראה שכאן פסק הרב את תשובתו, אך התשובה ממשיכה. זאת כיוון שלרוב בשו"תים נטענות כל הטענות האפשריות ולא רק אלו הקשורות לטענות שעלו בפועל. כך גם, מעלה הרב טענות בשביל הצדדים גם אם הם לא טענו אותן כיוון שבמשפט העברי לבית הדין מותר לטעון טענה טובה אם הצד לא טוען אותה בעצמו. (מקביל לייצוג לא טוב, או לייצוג עצמי של אדם דל אמצעים). כמו כן, זוהי הזדמנות לכותב השו"ת להקיף את הסוגייה מכל צדדיה, ובכך להבהיר לבית הדין את הז'אנר הספרותי של עשיית עושר ולא במשפט.

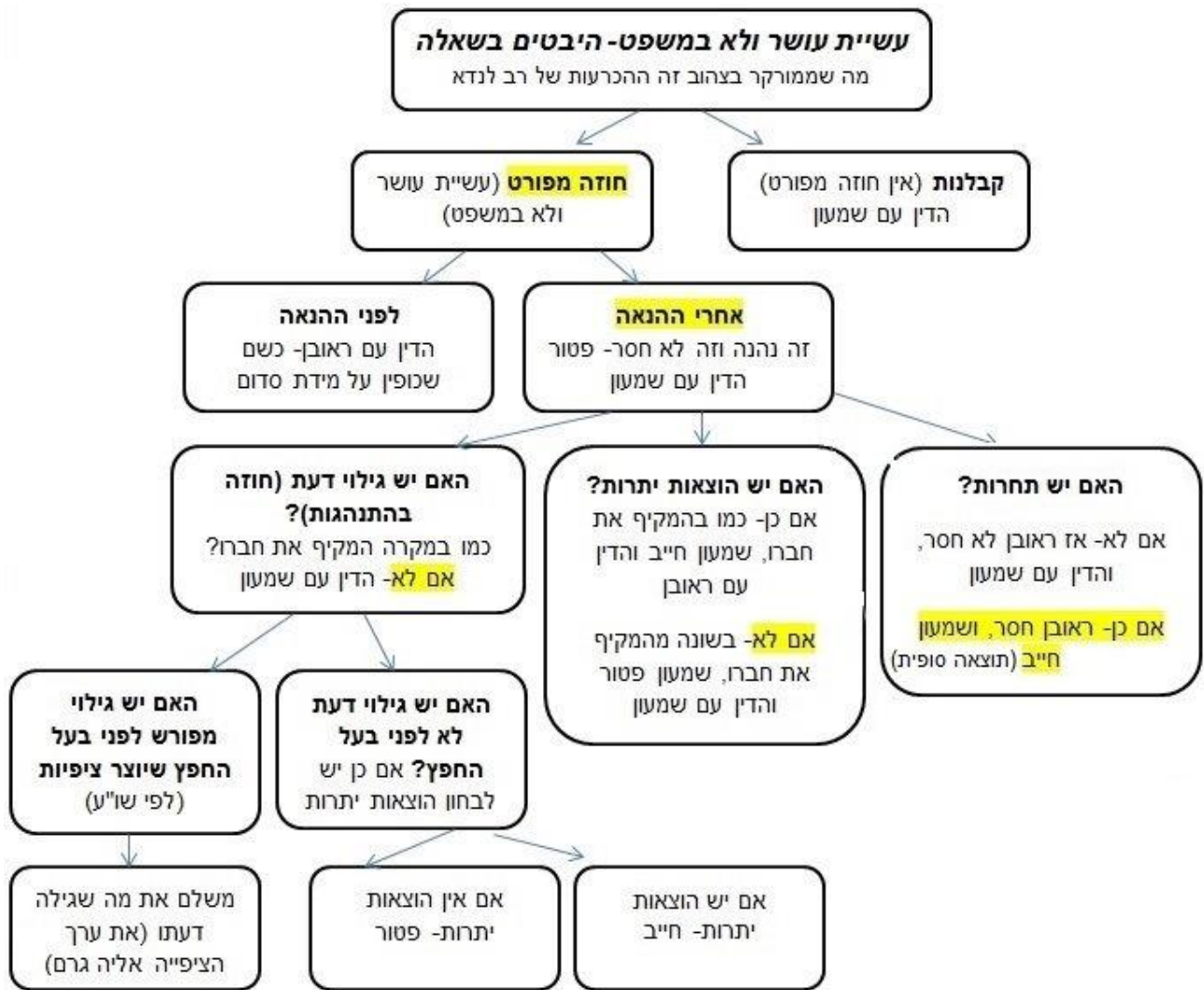
ד. טענת החוזה בהתנהגות, לפיה על שמעון לשלם כי גילה רצונו ליהנות בכך שהדפיס עותקים נוספים - הרב לנדא פוסל טענה זו כיוון שבשביל לחייב בגילוי דעת לפי משנת המקיף חברו, נדרשות גם הוצאות יתרות וכאמור אין במקרה זה הוצאות יתרות. כמו כן הוא טוען גם שכלל לא התקיים לדעתו גילוי דעת. יש לפיו שני סוגים של גילוי רצון שבגינם צריך לשלם: גילוי דעת בהסכמה (חוזה בהתנהגות) בשילוב עם הוצאות יתרות או גילוי דעת שמעורר ציפייה (ציפייה של ראובן ששמעון ישלם לו כמו במשנת "הדר בחצר חברו"). שני הדברים לא התקיימו, ולכן אנו חוזרים לנורמה לפיה זה נהנה וזה לא חסר - פטור.

ה. ניתוח כלכלי של המשפט - לאחר שמסיים הרב את התשובה ונראה לכאורה ששמעון פטור, הוא מוסיף כמו ב.נ.ב הערה של הרגע האחרון: הוא קובע כי אם מדובר במצב של תחרות על אותו שוק, הרי שזה נהנה וזה חסר, כיוון ששמעון מרוויח מלקוחותיו הפוטנציאלים של ראובן לקניית התלמוד. כך משתנה התוצאה, ושמעון מחויב לשלם לראובן על הפסדיו.

** מדוע הנימוק המכריע מופיע רק בסוף הסוגיה, ולמה השאיר הרב לנדא את כל ההתחלה אם איננה רלוונטית? זאת כיוון שהניתוח המשפטי שעשה לפני כן הוא ניתוח נכון שמלמד על סוגיית עשיית עושר ולא במשפט באופן כללי.

מתודולוגיה-ע"מ להבין את תשובת כותב השו"ת, יש להכיר את המשנה והתלמוד והסוגיות הרלוונטיות. כותב השו"ת מכוון את תשובתו לבתי הדין ומסתמך על כך שהם מכירים את הרקע ההלכתי. לכן, כדי להבין שו"ת, יש לפנות לכל המקורות המנויים בו, לפי הסדר הכרונולוגי, ולזהות בהם את הטענות המרכזיות. יש לשים לב גם ליחס של כותב השו"ת למקורות ולאופן השימוש שלו בהם.

11.7.1.3 - סיכום של השו"ת בתרשים:



11.7.1.4 - ת"א 2905/95 נ' רויטל אפרת

העובדות: בתאריך 15 בדצמבר 94, התקשרה השדרנית לרויטל אפרת (להלן "הנתבעת") במסגרת תוכניתה ברדיו. הנתבעת, במסגרת המשחק, עלתה בכריזה, בבקשה להביא אליה את עיתון "ידיעות אחרונות". נמרוד איתן (להלן "התובע") הגיע אליה עם העיתון. הנתבעת זכתה בכל הפרסים בחידון הרדיו (טלפון אלחוטי, מאה פוגים, רכב חדש מסוג אופל אסטרט וסך של 28,500 ש"ח במזומן), בסיועו של התובע ועובדת נוספת.

טענות התובע: טרם מסר את העיתון לידי הנתבעת, שאל אותה האם היא מוכנה להתחלק עימו בפרס "חצי חצי", לטענתו השיבה הנתבעת לשאלה זו בחיוב. עצם סירובה לחלוק עימו את הפרס, מהווה הפרת חוזה שנכרת ביניהם. בזכייתה (הנובעת, בין היתר, מהעיתון שנתן לה), עשתה עושר שלא במשפט.

השאלות המשפטיות: א. האם נכרת חוזה מחייב בין הצדדים, לפיו התחייבה הנתבעת לשלם לתובע מחצית מדמי הזכייה כתמורה לשימוש בעיתון? ב. האם הפרה הנתבעת חובה חקוקה, לרבות בכך שעשתה עושר ולא במשפט? עמדת המשפט העברי כפי שמתבטאת בפס"ד: אין די בהתעשרות, כדי לבסס את הזכות להשבה והמשפט העברי קבע, כי "זה נהנה וזה לא חסר - פטור". התובע לא סבל כל נזק ממון בהעבירו את העיתון לידי הנתבעת. קטגוריה של מקרים שכאלה, מעוררת קושי הנעוץ בהשקפה, לפיה ההתעשרות היא בלתי נסבלת, אם היא כרוכה בהפסד של הזולת, אך אם הייתה התעשרות ללא הפסד מצד התובע מה לו כי ילין? האין זו צרות עין לדרוש רווחיו של אדם אחר, אם התובע לא ניזוק ולא הפסיד דבר?

השופטת דודקוביץ': לגבי השאלה הראשונה: אינה מקבלת את גרסתו של התובע, לאמור, קיום השיחה שבו הוא מציע לחלוק עימו את הפרס. קביעתה, מסתמכת על הקלטת שידור הרדיו. מרבית העדים, עליהם הסתמך התובע, אינם אמינים. הנתבעת לא הביעה את דעתה לעניין החוזה ומכאן, שלא היה "גימור דעת". התובע לא הביע את רצונו למימוש ההסכם למחרת היום, בו התקשר לנתבעת ומסר את ברכתיו לזכייתה. לגבי השאלה השנייה: מאחר וזכייתה של הנתבעת לא הייתה כרוכה בחסרונו של התובע, מוצאת השופטת לנכון, שיש לפטור את הנתבעת מחובת ההשבה (כפי שמצוין בחוק "עשיית עושר ולא במשפט").

11.8.1 - חנוך דגן "דיני עשיית עושר שלא במשפט : בין יהדות לליברליזם" ויכוח על מעמדו של המשפט העברי

כיום, מרבית הקהילה המשפטית, בפרט רוב המשפטנים החילוניים, מנסים למזער את "הפרצות" דרכן המשפט העברי מטפף הלכות, ומעדיפים לפנות למשפט האנגלי והאמריקאי כמקור השוואה והשראה. מחבר המאמר מנסה להראות ששיטות משפט שונות מייצגות ערכים חברתיים מהותיים שונים, ולכן מעצבות את אופי החברה במדינה ומשליכות עליו. המאמר דן בהשפעת המשפט העברי על המשפט הישראלי ומציג זרמים המצדדים בהשפעת המשפט העברי, לעומת הזרם המרכזי, המצדד בהשפעת המשפט האנגלו-אמריקני. דוגמה להעדפת המשפט האנגלו-אמריקני: "דיני עשיית עושר", דרך הסוגיה של "זה נהנה וזה לא חסר". קיימת התאמה, בין התפיסה החברתית ובין הדוקטרינה הנבחרת, בסוגיית "חייב או פטור" בדיני עשיית עושר:

1. המשפט העברי - פוטר את הנהנה.

2. המשפט האנגלו-אמריקני - מחייב את הנהנה.

לכן, ההכרעה בין הגישה הליברלית, העומדת ביסוד המשפט האנגלו-אמריקני, לבין הגישה הקהילתית, העומדת ביסוד המשפט העברי, פירושה הכרעה על עיצוב אופייה של החברה. לדעת המחבר, המשפט העברי צריך להיות מקור השוואה לשיטתנו, שכן הוא מהווה חלופה ערכית נורמטיבית אמיתית, בעוד המשפט האנגלו-אמריקני דומה בערכיו ולא מאפשר בחינה אמיתית של ערכי החברה. בהעדר אלטרנטיבה נורמטיבית, שולט המשפט על החברה ולא להפך.

התשתית האידיאולוגית שבבסיס דיני עשיית העושר

כדי לחשוף את הקשר שבין דיני עשיית עושר לבין תפיסות היסוד של צדק חלוקתי, בוחן המחבר מקרה, בו א' נוטל אינטרס של ב' ביחס למשאב שלו, מבלי שקיבל הסכמה ומפיק באמצעותו רווח. ב' תובע את א' ומבקש סעד כספי, כנגד רווחי א', שהופקו לטענתו, "שלא ע"פ זכות שבדין". ב' מוחה כנגד זכותו של א' לרווחים, שעולים בהרבה על הנזקים שנגרמו לו מהנטילה ואפילו על שווי השוק של המשאב. א' הוא הזוכה / ב' המזכה.

הסעדים הכספיים, המתאיחים לקשר בין דיני עשיית עושר ואימוץ ערכים חברתיים בדבר צדק חלוקתי.

נזק קורה, כאשר הנטילה, פגעה במצבו הכספי של המזכה.

- דמי נזק: ערך הפגיעה שנגרמה למזכה (בעל הנכס, התובע), עקב הנטילה. דמי הנזק הללו, כוללים פגיעה בערך הנכס, רווחים ממשיים אפשריים שאבדו.
- רווח: הסעד אותו תובע המזכה, הכולל את שווי ההנאה שהפיק המשתמש בנכס (הזוכה, הנתבע), מהשימוש בו. משמע, התקבולים שהפיק הזוכה, מהשימוש באינטרס, בניכוי ההוצאות שהוציא. רווח הוא התעשרות הזוכה ולא נזק המזכה.
- שווי השוק: שווי ההנאה, כפי שניתן להעריך אותה בעסקה שגרתית (לא שווי ההנאה בפועל). בחינה אובייקטיבית, עפ"י שווי השוק וקביעת הסעד - מקנה לבעלים שליטה על משאביהם, מרתיעה והופכת כל שימוש בנכס שלא בהסכמה, ללא כדאי, כיוון שהרווח יוחזר ממילא. "שווי שוק" של האינטרס שניטל, מודד את "שווי הזכייה" של הנתבע במחירי השוק.

הערכים המתחרים

הבחירה המשפטית בין הסעדים הכספיים השונים: "דמי נזק", "שווי שוק", או "רווח", מייצגת ערכים חברתיים שונים ותפיסות שונות, של יחס אדם לחברו.

סעד ה"רווח": מגן על ענייני המזכה. מקנה לבעלי המשאבים שליטה על משאביהם ומרתיע נוטלים בכוח. **סעד "שווי השוק":** גם הוא מגן על ענייני המזכה. מגן על האינטרסים החומריים של הפרט ועל רווחתם הכלכלית, מתוך תפיסה שכל פגיעה ברווחתו הכלכלית של הפרט, פוגעת ב"אושרו" ויש לפצות את המזכה ולהחזיר לו את שווי השוק, של המשאב שנלקח ממנו. שואף להחזיר את המצב לקדמותו ומצמצם את חירותו השלילית של האדם, ע"י הכפפת הפיתוי לשווי השוק. כלומר, מגן על זכותו, שלא יעשו שימוש ברכושו, ללא רשותו. החירות השלילית, הנה ערך חשוב בתפיסה הליברלית. תפיסה זו, נקראת ליברטאנית.

סעד "דמי הנזק": מתמקד, גם באינטרסים של בני אדם אחרים בחברת המזכה. כאן, יש לקיחה מקניין הפרט וחלוקה לאחרים. זהו כלל של "אלטרואיזם ממוסד" (העדפת תועלת הזולת ובייחוד תועלת הציבור), שמדגיש את חשיבות האחר. מאפשר לאנשים, ליהנות בחינם, מנכס שלא בבעלותם ומחייבת אנשים, לחשוב ולפעול למען אחרים. המצדדים בגישה זו, אומרים כי היא באה לעורר את ממד האלטרואיזם בנפש האדם, הקיים שם ממילא. לצד זאת, היא שומרת על הצד האגואיסטי, בכך שהיא קובעת שמצב זה יקרה במקרים מסוימים, בהם לא נדרש

המזכה לפעולה מסוימת ולא נלקח ממנו רווח ממשי. מה עוד, שהוא מקבל פיצוי על נזק - אם נגרם לו. יש קשר, בין הטעמים העומדים ביסוד הכלל, המגביל את סעד המזכה לדמי נזק, לבין הטעמים, העומדים מאחורי תכנית חלוקתית, של "סיפוק צרכים חיוניים" ו"שוויון" (כשלאדם אין אפשרות ולאחר יש אפשרות לעזור לו).

סעד	ערך	משאב חברתי
"רווח"	שליטה	חרות שלילית (בעל המשאב אדון לעצמו ושולט על המשאב, מפני התערבות אחרים)
"שווי שוק"	רווחה כלכלית	בטחון בשימור רווחה כלכלית
"דמי נזק"	שיתוף	אחריות חברתית

מחלוקת: איזו מידת עזרה יש לספק לחלשים?

- הגרסה "החזקה": יש לספק צרכים חיוניים, מתוך רגישות לסבלם של אחרים.
 - הגרסה "החלשה": יש לספק צרכים מינימאליים, הנחוצים להפעלת הרצון החופשי.
- שוויון חברתי, המוזכר רבות בהקשרים אלו, מצדד למעשה, בהעדפת ושיפור תנאיו של החלש, על פני החזק.

דיני עשיית עושר ו"צדק חלוקתי"

דיני עשיית עושר, צריכים לקבוע אילו נטילות של משאבים הן "בלתי צודקות" ומחייבות תיקון ואילו מתחרות ולגיטימיות. לגבי נטילות אסורות, יש לקבוע גם, מה מידת הסעד המתאימה. המחבר טוען, שצריכה להיות התאמה בין הערכים החברתיים שהחברה רוצה לקדם, לבין עקרונות המשפט. לא יתכן מצב, שבמערכת משפט אחת, יהיו ערכים חלוקתיים סותרים, כמו: משפט פרטי ליברטאני (התערבות מינימאלית של המדינה) ומשפט ציבורי שוויוני.

המחבר מראה, כי בבסיס דיני עשיית עושר, יש אידיאולוגיה מכוונת בדבר עיצוב "תוכנית חלוקתית", העוסקת בהקצאת יתרונות בין אנשים עפ"י אמת מידה וקריטריון כלשהו. דיני עשיית עושר, הינם תוכנית חלוקתית, שכן הם קובעים איזה שימוש בנכס אינו חוקי ואיזה סעד יש לתת. שוויון, יבוא תמיד על חשבון החירות. החלוקה אינה עוסקת אך ורק במוצרים המוגמרים, אלא גם בעקרונות וערכים, כגון חירות שלילית, שוויון וכד'. בחירה בדוקטרינה מסוימת והעדפת ערך אחד, תבוא בהכרח על חשבון ערך אחר. צידוד בשליטה על נכסים, יהיה נפוץ בחברות ליברטאניות, בעוד שהכרה בטענתו של הזוכה תהיה נפוצה בחברות בעלות נטייה סוציאלית יותר. יש הטוענים, כי אין קשר מחייב, בין היחס לשליטה פרטית בנכסים, לבין הגישה החברתית. שכן, קיימת "חלוקת עבודה" בין המשפט הציבורי, העוסק ב"תוכנית חלוקה" ובין המשפט הפרטי, המסדיר את זכויות הפרט מול חברו. לדידו של המחבר, לא ניתן לעשות הבחנה שכזו. משמע, לא ניתן להחיל ערכים אלטרואיסטים על פן אחד של המשפט וערכים אגואיסטים על פן אחר שלו. יש לטפח מוסר אחד בחברה ולא מוסר כפול. אין חובה לקיים אותה רמת מחויבות בשני השדות המשפטיים, אך על סמך ההנחה כי המשפט גם מחנך ומעצב את החברה, לא ניתן להפריד ביניהם לגמרי. אין לצפות, כי אדם הפועל באגואיזם בחייו הפרטיים, יתמוך באלטרואיזם במישור הציבורי.

"זה נהנה וזה לא חסר" - משמעות הרתיעה מן המשפט העברי

המחבר רוצה לבסס את הטיעון, שלדחיית כללי המשפט העברי ולהעדפת המשפט האנגלו-אמריקני, יש משמעות חלוקתית מכרעת. הבחירה בין השניים, עשויה (עלולה) להשפיע על המבנה הסוציו-אקונומי של החברה הישראלית. בדחיית גישתו של המשפט העברי והעדפת המשפט האנגלו-אמריקני, יש משום קביעה חברתית: העדפת ערכים אינדיווידואליסטים.

התוכנית החלוקתית של המורשת היהודית:

המשפט העברי, מנסה לאזן בין עצמאות היחיד ובין טובת הקהילה. תפיסת יסוד ביהדות: מחד, מדגישה את חשיבות הפרט, רואה חשיבות עליונה בכל אדם, הנברא בצלם, את חירותו ורווחתו. מאידך, רואה את היותו חלק בלתי נפרד מהקהילה (קולקטיביזם). המסורת היהודית, מנסה למצוא את נקודת האיזון בין שני יסודות אלו. המטרה היא, ליצור מבנה חברתי, שיישם את הכלל של "ואהבה לרעך". כלומר, הדגשת אחריות חברתית ועזרה הדדית, תוך אי דרישת הקרבה עצמית. היהדות מכירה בזכות ובחשיבות הקניין הפרטי, אך לא מקדשת אותה ולא רואה בה זכות מוחלטת. נהפוך הוא: העיקרון המרכזי הוא, שכל הקניינים שייכים לה' והם ניתנים לפרטים כנאמנים בלבד. מכאן, נובעת ההגבלה על זכות הקניין. אותו הדין שמגן על זכויות הפרט וקניינו, גם מגביל זכויות

אלה ומכיר בטענות הקהילה והפרטים ביחס למשאבים. מכאן, תפיסת הצדקה לא כזכות, או ביטוי של רחמים, אלא מילוי חובה חברתית-משפטית, לתת למי שאין, מקניינו של מי שיש, ע"י מערכת מיסוי - מימוש זכותם של החלשים בחברה. למרות זאת, היהדות איננה דורשת הקרבה עצמית ומודה בעדיפותו של "האני", על ה"אחר". החובה לספק צרכי הנזקקים, מוגבלת לאמצעים. התכנית החלוקתית של המורשת היהודית, היא צדקה ומבוססת על הבנה, שבעלי הקניין, כנאמנים, עליהם לחלוק עם הנזקקים, שהם המותבים של הנאמנות.

משפט עברי

התכנית החלוקתית של המורשת היהודית, הינה סיפוק צרכים חיוניים, ע"י מוסד הצדקה בכללי המשפט העברי - זוהי דוקטרינת "עשיית עושר ולא במשפט". המחבר, מפרט הכללים לגבי "זה נהנה וזה לא חסר", ע"י שימוש בדוגמה וניתוח הסוגיה התלמודית: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו". האם יש להעלות לו שכר, או לא? השאלה המעניינת היא, במצב שבו החצר לא עמדה להשכרה ולזוכה שדר בה, לא היה היכן לגור. כלומר: זה נהנה וזה לא חסר - חייב או פטור? התלמוד לא הגיע להכרעה ברורה. אך דעת מרבית האמוראים, שאומצה מאוחר יותר ע"י הרמב"ם ו"שולחן ערוך" ומשמשת אבן פינה לדוקטרינת המשפט העברי, הינה: ה"דר" פטור = "כלל הפטור". אחד מהעוגנים של הכלל, הוא של "כופין על מידת סדום", שקובע, כי אם לפלוני יש זכות משפטית, אשר הפרתה אינה גורמת לו נזק ובאותה עת מאפשרת לאלמוני להפיק רווח, כי אז מותר לו לנצל את זכותו של פלוני. במקרים מסוימים, אף יכפו על פלוני לאפשר לו זאת. כלל זה, מציג את הגישה הכללית, כי מניעת רווח של אדם, כאשר בעל הזכות לא נפגע, היא פסולה. כלל "כופין" ו"הפטור", מהווים נקודת מוצא לבחינת סוגיות אלו.

סייגים ל"כלל הפטור", או הנסיבות המיוחדות שבגדרן לא חל כלל הפטור

משמע, מתי לא יהיה פטור מתשלום? מתי לא יכפו על "מידת סדום"?

בהיגרם נזק למזכה - מרבית הראשונים קבעו, כי אם הוכיח המזכה נזק כלשהוא, חייב "הזוכה" להשיב למזכה את כל ההנאה, גם אם עולה על מידת הנזק שגרם. הפך להלכה ע"י "שולחן ערוך". לכאורה, נוגד את הדוקטרינה של המשפט העברי, המכירה בלגיטימיות של זר לשיתוף במשאב הקניין. אך ההיגיון המתנייב מאחורי קביעה זו של תשתית "כופין" הוא, שמרגע שנגרם נזק, המזכה חסר. קביעה זו, מבקשת להרתיע מפני פגיעה וגרימת נזק, תוך כדי ניצול הנכס. במקרה של פגיעה בנכס שהביאה לירידה בערכו, או אי יכולת למימוש רווחים, שהמזכה יכול ורצה לממש, עמידה על זכות הקניין של המזכה הניזוק, כבר איננה "מידת סדום". בנוסף, הדבר נועד ע"מ להרתיע פולשים בכוח, מלבצע פלישות מזיקות. כאשר הפלישה מאיימת להפחית באופן ממשי מערך נכסי המזכה, הדבר חורג מתכנית החלוקה, כיוון שפוגע בפרט. הסייג בא לשים גבול ברור, למידת החדירה המותרת, לתחומו של אדם אחר. הסייג תוחם, בין הדרישה לשיתוף הנכסים ובין הקרבה ממשית של בעל הנכס. כשהמזכה הביע את מחאתו - בין אם עמדה החצר להשכרה ובין אם לא. מאותו רגע, הפולש או הזוכה, חייב במלוא דמי השכירות. לכאורה, לא נגרם למזכה נזק, אך יש כאן פגיעה בחרות המזכה, כיוון שפגיעת שליטתו במשאב שלו. סייג זה, תואם את התכנית החלוקתית ומקנה למזכה, אפשרות לשמור על זכותו הקניינית.

כשהזוכה מפיק רווחים "חיוביים" מהשימוש - הזוכה חב בהנאתו, אף אם לא הזיק. הסייג עוסק בשני מקרים:

1. "עושה סחורה בפרת חברו" - מפיק רווח של ממש, מנכס לא לו - חב כמידת הנאתו. תואם את התכנית החלוקתית, כיוון שלא מדובר בסיפוק צרכים חיוניים. הזוכה התעשר בפועל ואין לו צורך אמיתי.
2. הזוכה מונע מעצמו, בזכות השימוש, הפסד, או הוצאה ודאיים, השקולים ע"פ המשפט העברי, לרווח של ממש. אמנם, מניעת הפסד אינה מעידה על מצב כלכלי, אך כאן מתמקדים במזכה ולא בזוכה. הרי, במקרה זה, הזוכה היה מותר על הנטילה אם היה צריך לשלם עבורה ולפיכך, יש למזכה הפסד ממשי של רווח.

כשהזוכה הביע נכונות לשלם עבור הנאתו. שני הסברים לסייג:

1. מתייחס למזכה - הזוכה מוכן לשלם, ולכן יש הפסד ממשי (נזק) למזכה. אם יש נזק, לפי הסייג הראשון, הזוכה לא פטור. במקרה כזה, הנאת הזוכה שקולה ל"הקרבה כפויה" של המזכה, תוך אי התאמה לתכנית החלוקתית.

2. מתייחס לזוכה - מרגע שהתברר שהזוכה מוכן לשלם, אך לא עושה זאת, זו לא הנאה סתם, נכנסים לסייג השלישי של רווחים חיוביים ואין פטור. כלומר, הידיעה שהזוכה לא היה מותר על ההנאה, לו נדרש לשלם עבורה, מראה שאין לו קושי כלכלי, שיצדיק פגיעה באינטרס הקנייני של המזכה. הוא משלם כפי שהביע נכונות, כיוון שמעבר לכך, מניחים כי הוא חסר אותו, ולכן אינו חייב בו. מהי מידת הסעד במקרה בו הביע הזוכה נכונות לשלם? נזקו של המזכה.

תפקידו של המשפט העברי במשפט החדש - סיכום

בבואנו לבדוק את התייחסות המשפט העברי ל"שאלת עשיית עושר שלא במשפט", אנו רואים שהדין עומד על כך, ששיתוף כפוי לא יהפוך להקרבה כפויה, ולכן אם נגרם נזק לקניין המזכה, מחייב הדין השבת שווי ההנאה. התכנית החלוקתית של מורשת ישראל, אינה דוגלת בהשוואת העושר בחברה, אלא בסיפוק הצרכים החיוניים של הנזקקים. לפיכך, כלל הפטור חל, רק כאשר הזוכה נזקק באמת לשימוש במשאב אליו פלש. נורמה זו, עומדת בסתירה למשפט האנגלו-אמריקני, שדוגל בהגנה על רווחתו הכלכלית של המזכה ועל שליטו במשאביו. לבחירת המשפט הישראלי בין שתי התכניות החלוקתיות, יש השפעה על עיצוב החברה גם בעתיד. המחבר מציג את המשפט העברי, בכלל ואת ההלכה הנדונה, בפרט, כאלטרנטיבה נורמטיבית למשפט הישראלי, תוך חזרה על הדוקטרינה החברתית העומדת בבסיס ההלכה זו. הוא מדגיש את הניסיון לשלב ולאזן בין אינטרסים וערכים שונים וכיצד הסייגים משרתים מטרה זו. המחבר טוען, כי השאלה המרכזית בנוגע למשפט העברי, אינה האם התכוון המחוקק להכניסו למערכת החוקית הישראלית, אלא האם עלינו לאמץ גישות ומערכת נורמטיבית ממנו, בשל נכונותו וההיגיון שבהן, מתוך שלל החלופות הקיימות.

11.9 - תקציר פס"דים

סיכום פס"דים - תרגול עברי	
הצבא נהנה (החנה בחיפון ללא תשלום במלחמה), שג"מ לא חסר (אזרחים עדיין יכלו לחנות). הכרעה: חייב.	שג"מ חינוכים
דעת מיעוט של אנגלרד: רוקר נהנים (כי הרחיבו את הדירה), סלומון לא חסרים (כי יינתן שטח חלופי). בשל מידת סדום של סלומון, יש לכפות עליהם ולפסוק פטור. על בסיס: שולחן ערוך ורמב"ם, הדר בחצר חבר.	רוקר נ' סולומון
דעת מיעוט של טל: יכול היה להיות מצב, בו פמ"ר ייהנו (הבנק היה גובה מהם את החוב ומתחשבן על הפרש) והבנק לא יהיה חסר (כי חוב החברה כלפי ישראל). כך צריך היה למקוט. אולם, לא עשה זאת ונהג במידת סדום, עליה יש לכפות. יציין כי כעקרון על מידת סדום כופים מראש ולא בדיעבד, כפי שמציע טל. החזרה למחוז.	פמ"ר חברה לבניין
לא מתקיים זה נהנה וזה לא חסר, כיוון שדרחי נהנית (מרחיבה את דירתה) ואילו כורש חסרים (ההרחבה מעשית ע"ח רכוש משותף). חייב. מחלוקת בין בימ"ש קמא לבימ"ש מכחי, האם כורש מתנהגים במידת סדום, כיוון שהסיבה היחידה בשלה משט את אישורם להרחבה של דרחי, היא כי האחרונה התנגדה להרחבה שלהם.	דרחי נ' כורש
חוק ע"ע, בנוי על שלושה יסודות: התעשרות, ע"ח אחר, שלא כדין, אשר התמלאו ולכן, דג פרוסט נהנים, אולם אטלנטיק חסרים. החזרה למחוז.	אטלנטיק חברה לדייג
רויטל נהנית (זכתה בפרס בחידון ברדיו), בעוד נמרוד לא חסר (כולה הביא לה עיתון) ולכן, היא פטורה. בנוסף, רויטל הציעה לפצות את נמרוד, לפני משורת הדין.	נמרוד איתן נ' רויטל
<ul style="list-style-type: none"> • ויכוח על מעמדו של המשפט העברי: גישה קהילתנית, מול גישה ליברלית. "זה נהנה וזה לא חסר". המשפט האנגלו אמריקאי מחייב, בעוד המשפט העברי פוטר. • הסעדים הכספיים- הקשר בין ע"ע וערכים חברתיים: <ul style="list-style-type: none"> א. דמי מק: ערך הפגיעה למזכה. ב. רווח: שווי ההנאה בפועל, התעשרות הזוכה. ג. שווי השוק: שווי הזכיה של הנתבע, במחירי שוק. • הערכים החברתיים: <ul style="list-style-type: none"> א. רווח: מגן על המזכה ועל חירותו השלילית, מקנה לו שליטה בנכסיו ומרתיע נטלים בכוח. 	חנוך דגן- דיני עשיית עושר שלא במשפט