**קורס מבוא למשפט העברי**

משפט עברי- הופיע לראשונה במחצית השנייה שלמאה ה-19 במזרח אירופה, אנשי משפט ציוניים שביקשו ליצור משפט יהודי חדש, ביקשו להחיות את המשפט היהודי העתיק. הכיוון האידיאולוגי שלהם היה לאפיין את צורת המשפט הזו בצורה אחרת מאיך שהייתה בצורתה העתיקה.

בתוך ההלכה היהודית ישנם חלקים ועניינים שניתן להגדיר אותן כמשפטיים ולא כדתיים. ההלכה היהודית מוגדרת כחלק הנורמטיבי של התורה. ברובה, ההלכה נכללת בתורה שבע"פ, כאשר נורמטיבי אלה כללי ההתנהגות (עשה ואל תעשה). מה שאינו מסדיר כללי התנהגות נקרא אגדה.

ישנם המתנגדים לשיטה זו וטוענים כי ההלכה לא מפרידה בין דתי למשפטי.

אנגלרד נגד אילון: ההבחנה בין משפט ללא משפט היא הבחנה פנימית של ההלכה בין דתי למשפטי וההלכה מכירה בכך, ולכן אנגלרד טועה, ואילון טועה קצת כי ההגדרה של המשפט העברי אינה תלויה בהגדרת שיטות משפט שונות ממדינות זרות.

צריך לצטט את הפרשנות המאוחרת יותר ולא את התורה עצמה, את המקרא. ההבדלה בין חוקים למשפטים.

הגדרה/הבחנה של חז"ל: משפטים- אילולא היו כתובים בתורה, היינו כותבים אותם בעצמנו, היינו ממציאים אותם מהתודעה וההיגיון האנושי ומצרכי החברה... [לדוגמא: לא תרצח, בעיקר דברים בין אדם לחברו שהם רציונאליים והכרחיים לקיום תקין של החברה] להבדיל מחוקים- הלכות מהתורה, מצוות שאלמלא נכתבו, לא היינו ממציאים אותם [לדוגמא: שבת. לא היינו ממציאים את זה וזהו לא הכרח לקיומנו.]

משפטים: הנימוסים (אזרחי/פרטי) והמשטר (ציבורי) – חוקות הקבועים בשכל והנהגה נכונה של צרכי החברה.

המשפט העברי מקביל לשיטות משפט שונות משום- אנושיות, רציונאליות, קיום החברה. נשאלת השאלה, אם זה אנושי והגיוני, מדוע ההלכה צריכה להתעסק בזה?

ממונא- דיני ממונות – אזרחי, פרטי – המשפט האזרחי לא קובע אף איסור או עבירה, אלא נותן לך יכולות וזכויות

איסורא- ציבורי – פלילי – קובע דברים שאסור לעשות אותם. בדרך כלל האיסור גורר אחריו עונש אבל לא כך במשפט העברי. כולל גם את האיסורים ההגיוניים אך גם מצוות דתיות שלא היינו קובעים בעצמנו, מצוות של בין אדם למקום. אך גם הדינים הפליליים כמו לא תרצח הם בעלי אופי דתי. הלא תרצח לא בא להגן על האנשים האחרים, כלפי החברה והקורבנות, אלא בראש ובראשונה לא להפר צו אלוקי.

התראה- אין אפשרות להעניש אדם על ביצוע עבירה ללא שיזהירו אותו שזהו איסור ושיש עליו עונש. ולא זאת בלבד, על העובר על העבירה לענות להם, להבין כי יש עונש על מעשיו והוא ממשיך בהם בכל מקרה. בספרות השו"ת למדים שבדורות קדומים לא נהגו בפועל במשפט עברי.

איך ניתן לא להעניש אנשים על ביצוע עבירות אם לא נתריע בפניהם, כי לא תמיד תהיה לנו האפשרות. הצדק האמיתי מול תקנת/הגנת החברה. על פי הר"ן, המשפט העברי מייצג את הצדק האמיתי, מה היה נהוג בעולם מושלם, אך זה לא מה שנוהגים במציאות. אם ננהג לפי הצדק האמיתי, אף אחד לא ייענש על מעשיו כי אי אפשר באמת להתריע בפני אדם על פי ההלכה. ואז לא תתקיים מטרת הגנת הציבור, כל אחד יוכל לעבור על עבירות מבלי להיענש. מערכת המשפט לא תפקידה להגן על החברה מפני רוצחים וגנבים, אלא, זוהי חובתה של הממשל/מלכות.

מבחינה היסטורית, המשפט העברי הממונא לא היה נהוג. ועל כן, בקום המדינה כאשר שקלו להנהיג את המשפט העברי כדין המדינה, היה ברור שההלכה לא תוכל להיות אחראית על זה.

6/11/14

שיעור שעבר: חילקנו את ההלכה למשפטי ולדתי. המשפט העברי מציין את החלק המשפטי של ההלכה. המשפט העברי יש בו גם ביטויים דתיים שמבטאים את העובדה שהמשפט העברי הוא חלק מההלכה, שהיא כמובן דתייה.

ההבחנה בין איסורא לממונא- ממונא זה משפטי פר אקסלנס, החלק העיקרי של המשפט העברי. איסורא זה גם וגם, גם משפטי וגם דתי. גם לא תגנוב ולא תרצח- בסיסיים ומשפטיים, וגם דברים שהם בין אדם למקום- שבת, מאכלים אסורים.

המשפט הפלילי בהלכה- עפ"י הר"ן, המשפט הפלילי האיסורי בהלכה, הוא בעל אופי דתי. דבר זה מקשה על הבאת הנאשמים לדין, ועל כן קיימים מערכות מקבילות להעמדתם לדין.

דין המלך- הוא אומר שזה מהווה את הצדק האידיאלי, לא משהו שניתן לביצוע וליישום באמת. זהו העניין האלוקי אבל לא מתאים עם תקנת הציבור.

קיימים כלים/גופים אחרים הממונים על הענשת עבריינים. למשפטים של אומות אחרות יש כלים טובים יותר מאשר הדין של התורה, וסביר כי יש להשתמש בהם. מה שחסר בדין שלנו בהגנת החבר, המלך היה צריך להשלים אותם.

המשפט העברי התורני, מטרתו העיקרית היא הסדרת החוקים שבין אדם למקום, ולא במניעת פגיעה בזולת. לדוגמה, מבחינת ההלכה, ביצוע רצח מהווה פגיעה בהיבט הדתי והרוחני באלוקים, בהפרת צו אלוקי, ולא בנטילת חייו של אדם.

מבחינה היסטורית, בתקופות המאוחרות יותר של ימי הביניים, קהילות ישראל ברחבי העולם לא חיו על פי ההלכה הפלילית של הדת, לא השתמשו במשפט העברי, אלא בתקנות. אז ההיבט הרעיוני, שהמשפט העברי אינו מתאים בהיבט הפלילי, מתאים להיבט ההיסטורי עובדתי לפיו לא השתמשו במשפט העברי.

בתוך הפרטים של הדין הפלילי של ההלכה יש דברים שניתן להשתמש בהם גם היום, והם נכונים וישימים. למשל, הגנת הפרטיות, הגנה עצמית.

ממונא

דיני הממונות של המשפט העברי מעניינים אותנו הכי הרבה. מתוך כל האיסורים של ההלכה.

מאפיינים חשובים של דיני הממונות:

1. חופש ההתנאה- הסכמה בניגוד לדין. שני צדדים בעסקה של ממון יכולים להסכים ביניהם על הסדר כלשהו גם בניגוד לדין שכתוב על אותו העניין. דיני הממונות כפופים להסכמה (כלשהי) בין הצדדים. לדוגמה- בעת כריתת הסכם, לא כל התחייבות עתידית מוכרת על פי ההלכה. כאשר רוצים שהחוזה כן יהיה תקף, ושיחול עליו חוק החוזים לדוגמה, יש לעשות התנאה בכדי שזו תתאפשר. כי אם לדוגמה צד אחד יבוא אחר כך ויתבע את השני כי החוזה אינו תקף על פי ההלכה, נותנים לו תוקף משפטי חילוני מטעם חוק החוזים, על ידי התנאה. כך לא יוכל להיתבע בבית דין רבני. זהו עניין מרחיק לכת בדינים אלה כי יש לו השפעה על היבטים משפטיים שונים. חוק שניתן להתנאה נקרא היום חוק (הוראה) דיספוזיטיבי (לעומת חוק קוגנטי- הלכות דתיות). המשמעות היא חופש לכל הצדדים לקבוע איך שירצו. אך, חשוב אפילו יותר, הוא מאפשר גם להתקין תקנות בתחום האלה בדיני ממונות, ודיני ממונות ניתנים לשינוי. האפשרות של חקיקה חדשה (של תקנות, ציבוריות ופרטניות/אישיות) היא רחבה הרבה יותר מאשר באיסורי. (על פי הדין לא צריך לעשות את זה אבל מגיעים להסכמה לעשות כך). במשפט היום, דיני ממונות משתייכים לדין החילוני ונידונים רק בבתי משפט כלליים ולא ברבניים (חוץ מממונות שקשורים באישות איכשהו).
2. רבי שמעון שקופ- חכם מליטא, נפטר ערב השואה. הוא ידוע בשל תפיסתו את הדין הממוני. הוא קבע באופן חורץ את ההבדל בין הממונות לבין ציווי הלכתי. הוא אומר שדיני הממונות בעיקרם אינם עניין דתי בכלל. הם בנויים על יסודות רציונליים ואנושיים והם אינם עניין של ציווי דתי. הוא אומר זאת אל מול גישות שהיו מקובלות בעולם הישיבות שבהן סברו שהבעלות והממונות באים מהציווי של לא תגנוב, שזהו עניין דתי. אז הר"ש שקופ אומר שאיסור גזל נובע מהמושג בעלות, שהוא אינו מושג דתי של אלוקים, אלא עניין משפטי הגיוני. "כל ענייני המשפט של בין אדם לחברו אינם עניינים דתיים". יש מצווה להחזיר את הגזלה, אך זה בא מתוך החיוב המשפטי. כשאנו דנים בבעלות ממונית, אנו בכלל לא דנים בעניינים הלכתיים, אלא זו המציאות.
3. ניתן לטעון כי היחס, הזיקה בין הדתי למשפטי, יכול להיות דו-סתרי. במובנים מסוימים, גם החלק הדתי של ההלכה הוא משפט. ההלכה כולה יכולה להיות בבחינת משפט. (טיעון נגד ההפרדה בין דתי למשפטי). כשאנחנו מדברים על משפט, או על תחומים דומים, אנו מבדילים בין ה"מה" לבין ה"איך". המה מבטא את התוכן, של היצירה. האיך מבטא את דרכי הפעולה, האמצעים והכלים ליצירת היצירה. מבחינת התוכן, יש הבחנה ברורה בין המשפטי לדתי, אבל מבחינת האיך, כל ההלכה היא המשפט. ההלכה כולה עובדת על בסיס של כלים משפטיים. הקורס שלנו ידון ברובו על ה"איך" (כי זה רק מבוא).

ההלכה כולה עובדת כמו על פי שיטות משפטיות אחרות. החלוקה בין המה לאיך קיימת במגוון תחומי יצירה נוספים. דרכי הפעולה=ה"איך".

ראשי פרקים של ספרות ההלכה: (על מה אנחנו נדבר בנושא זה)

(היינו צריכים לקרוא את החלק הזה בספר של אילון אבל במקום זאת המרצה יסביר לנו על זה בכיתה כדי שכולנו נהיה באותה הרמה של רקע).

1. ספרות ההלכה בשני היבטים:

1. תוכן הספרים, הסוגיות השונות שמובאות בספרים.

2. טבלה הכרונולוגית, התקופתית.

בהלכה קיים קשר הדוק בין הדברים. לשניהם יש חשיבות.

הבסיס לכל עולם ספרות ההלכה עד היום הם שני ספרים- המשנה והתלמוד. היום מתייחסים אליהם כאל דבר אחד. המשנה היא החיבור של רבי יהודה הנשיא והיא כוללת את רוב מאמרי ההלכה שהיו מצויים לפניו שהתגבשו בבתי המדרש השונים בארץ, במהלך הדורות. הוא חי בשנות ה-200 לספירה. רוב ההלכות והיצירה התורנית הכלולה במשנה הן יצירות מהתקופה של אחרי החורבן. מה היה לפניו? לא היה קיים ספר של הלכות, לא היה קיים מושג כזה כלל. בכל בית מדרש לימדו את מה שאותם הרבנים לימדו ומה שהיה קיים, אך לא היה ספר אחד מאורגן וכוללני. היו כתבים הלכתיים אבל לא ספר. כתוצאה מכך, נוצרו קבצים שונים של הלכות מבתי מדרש שונים. אז רבי יהודה הנשיא עשה את המהפכה הראשונה בתולדות ההלכה. הוא כינס את רוב החומר שהיה קיים. (ישנם שישה סדרי משנה). הוא ערך, לא חיבר. חלקם אפילו לא שינה, אלא נכנסו כמות שהם לתוך המשנה. נבחן מה היו המטרות שלו, באיזו כלים הוא השתמש, למה הוא שינה דברים מסוימים ואחרים לא? למה הכניס עניינים מסוימים ואחרים לא? ברייתאות (ברייתא) [חוץ] הן משנות והלכות מבחוץ, דברים שלא הוכנסו??

מנקודה זו ואילך התחולל שינוי עצום בכל בתי המדרש כי מאותה הנקודה, כולם התעסקו בספר הזה ועזבו את כל הטקסטים שהיו קיימים לפני כן. מחלוקת האם המשנה נכתבה על ידי רבי יהודה הנשיא או טיפה יותר מאוחר.

התלמוד- עוסק ב................[חסר]

תלמוד בבלי: נוצר בבבל

תלמוד ירושלמי: ארץ ישראל

מרכז התורה שהיה עד לרבי יהודה הנשיא היה בארץ ישראל. זה משתנה לאחר תקופתו כאשר מרכז התורה העיקרי עובר להתקיים בבבל. אז התלמוד הבבלי עולה על הירושלמי מכיוון שהוא המשיך להתפתח עוד לאחר מכן והרבה מן החכמים עברו לבבל. הירושלמי קשה יותר להבנה והוא פחות מפורט. רוב עולם ההלכה של היום בנוי על התלמוד הבבלי.

המשנה מחולקת לפי נושאים ובכל נושא יש מסכתאות, שהן גם מסודרות על פי נושאים, אבל בתוך כך מנשה יכולים להיות קטעים או פרקים לפי סדר הגיוני אחר, שהם היו מחלקים קדומים יותר של התורה שבע"פ.

התלמוד מעמת את המשנה מול מקורות אחרים שהם חיצוניים, כגון מהתלמוד. כך אנו יודעים את רוב הברייתאות. התלמוד מפרש את המשנה ומרחיב אותה הרבה יותר מעבר. התלמוד גדול יותר בכמות ובהיקף מאשר המשנה. התלמוד הבבלי מכסה תקופה ארוכה יותר מאשר המשנה, בערך 300 שנה בסה"כ (התלמוד)

המשנה כתובה בעברית המובנת לנו גם כיום, לעומת התלמוד שנכתב בארמית. יש דברים שפחות מובנים לנו כיום מתוך התלמוד, והוא חידתי יותר, ופחות ידוע לנו איך גיבשו ומי. משום שזו יצירה שהתגלגלה והתגבשה במשך 300 שנה, ובמספר מקמות במקביל. לאחר כמה מאות שנים, מישהו ערך וסידר את הספר התלמוד, אבל יש לו מקורות רבים ומגוונים.

התלמוד מהווה בסיס לשתי דיסציפלינות: בישיבות לומדים בעיקר תלמוד עד היום, והוא התחיל להוות מקור למחקר אודותיו. ההבדל העיקרי בין חקר התלמוד בעולם הישיבות לבין חקר בעולם האקדמי/מחקרי, הוא המתודה, על איזו הנחת בסיס מתחילים.

תלמיד הישיבה רואה את התלמוד כספר אחד, כאילו שמישהו אחד כתב אותו, בצורה מתודולוגית. אז הלימוד הישביתי מתבסס על לימוד הקושיות האלה על מנת לפתור את הקשיים באופן ענייני ונקודתי, על ידי כתיבת סברות. ניסיון ליישב את הבעיות.

המחקר המדעי יוצא מנקודת הנחה הפוכה- התלמוד הוא יצירה שהתחברה מחלקים שונים, התגבש במשך 300 שנה ומשקף כמה וכמה דורות שונים של חכמים. התלמוד זה כמו פאזל שמישהו חיבר. זוהי המחלוקת בין העולם המדעי לבין העולם הדתי. הגישה המחקרית מפרידה בין החלקים/המקורות השונים (גישה ביקורתית).

רוב הסוגיות מורכבות ממאמרים של אמוראים המובאים בשמם של רבנים שונים, תחת שמו של אותו חכם, ולאחר מכן באה פרשנות של התלמוד, אנונימית. התוספת הזאת (הסתמית) היא לא חלק מהמאמר של האמורא, אלא פירוש של מישהו אחר. ניתן להפריד בין המאמר המקורי לבין התוספת הסתמית. (סתמה תלמוד) עד היום לא יודעים מי כתב אותן, מי הוסיף. יש מחלוקות ופרשנויות שונות בעניין. יש מחלוקת גדולה בין החוקרים לבין החכמים/רבנים.

האם יש להפריד בין התוספתאות לבין המאמרים בעת לימוד התלמוד בישיבות?

התלמוד הופך להיות הבסיס בעולם ההלכה, ורוב העיסוק הוא סביב התלמוד (בבלי, בעיקר). התלמוד כולל בתוכו סוגיות מהמשנה, ולכן הוא מקיף מספיק. הספרות שלאחר התלמוד נוצרה כפירוש לו.

מתחלקת לשלושה חלקים:

1. פירושים: השלב הראשוני להבנת התלמוד, הוא ספר קשה להבנה. הפירוש העיקרי והמקיף ביותר לתלמוד הוא רש"י שמפרש את התלמוד בצורה שיטתית, מסודרת ומקיפה. (רש"י חי בצרפת במאה ה-11, אך הוא למד באשכנז (גרמניה) וזה היה מרכז עולם התורה באותה התקופה).
2. פוסקים: בעקבות התלמוד נוצרה ספרות של פוסקי הלכה. היא נוצרה משום שהתלמוד הפך להיות הספר המחייב, ובעל תוקף בענייני הלכה. אך אין לה שורה תחתונה, היא לא פוסקת שום דבר, אלא רק מו"מים וויכוחים. משום כך, נוצרה ספרות הפסיקה, על מנת שנדע כיצד להתנהל ומה עלינו לעשות. הפוסק החשוב ביותר והמהפכני ביותר הוא הרמב"ם- רבי משה בן מימון. חוץ ממנו, חשובים נוספים היו הרי"ף- רבי יצחק אלפסי. הרי"ף הולך לפי סדר הגמרא ולפי לשון הגמרא ועל כן מתאים יותר ללמדנים ולא לאדם הפשוט, לא נגיש או קריא. אז הרמב"ם הנגיש את הרמב"ם חי במאה ה-12, רוב שנותיו במצרים. בגיל צעיר עזב את ספרד, הגיע לארץ ומשם למצרים, שם נכתבה מרבית מיצירותיו. (הרמב"ם הוא המהפכה השנייה בתולדות ההלכה). ספר הפסיקה של הרמב"ם נקרא משנה תורה. שם הספר משקף את המהפכה שנוצרה. הרמב"ם כותב כי קרא לספרו כך משום שאדם קורא את התנ"ך, התורה בכתב, ואז פונה לספרי ואינו צריך עוד ספר נוסף. למה זה היה מהפכה? כי בפעם הראשונה בתולדות ההיסטוריה, בא אדם וכולל את כל ההלכה בע"פ לתוך ספר אחד קריא, בעברית, מסודר לפי נושאים, כמו המשנה (לא כמו במשנה). הרמב"ם לא טוען כי הוא המקור למה שמופיע בספר, אבל הוא כן אומר שהרמב"ם התכוון שספרו ישמש במקום התלמוד. הרבנים הגדולים חולקים על זה ואומרים שלא ניתן לומר על חכם כמו הרמב"ם שהוא בא להחליף את התלמוד. זו נקודה בעייתית משום שזה מאוד רדיקלי. אך זאת האמת. מה שמחזק את המסקנה הזאת הוא טיב הספר, הדרך שבה הוא כתוב. הרמב"ם אינו מצטט אף מקור והוא לא מסודר על פי התלמוד. הוא ספר עצמאי. העובדה הזאת, שהספר מנותק מהתלמוד, היא העילה העיקרית לביקורת שנמתחה עליו מצד החכמים האחרים, מתקופתו ואילך. המקורות/חיבורים העיקריים שיש לנו מהרמב"ם הן אגרות שרשם לתלמידיו ובהן פסקי הלכה. לתלמידיו הקרובים ביותר הוא רושם באגרות שאין להם ללמוד את התלמוד. מבחינת הרמב"ם, קריאת כתבים נוספים כגון התלמוד, מהווה בזבוז זמן שאינו צריך משום שיש את ספרו. רק אם יש סתירה בינו לבין דברי הרי"ף, ניתן לעיין שם, וזה רק משום שהוא כיבד מאוד את הרי"ף.

המאירי: "לא הסכימו חכמי ההלכה לעזוב את התלמוד".

**----**

ממשיכים את הסקירה של ספרות ההלכה.

הרמב"ם- (תזכורת: הגענו לרמב"ם לאחר שלמדנו על התלמוד, ואמרנו שהתלמוד יוצא לשלושה ענפים: 1. פירושים, 2. פוסקים, 3. השו"ת.

החשוב ביותר מבין הפוסקים הוא הרמב"ם בספרו משנה תורה. הוא מרכז באופן שיטתי ובצורה מלאה את כל ההלכה. הוא "מנגיש" את ההלכה, כי התלמוד הוא ספר קשה ואין בו את ההלכה למעשה. מהפכה בתולדות ההלכה, כינוס כל ההלכות. מצד אחד הרמב"ם לא ראה עצמו מקור הסמכות, הוא מודה כי לא המציא את הפסיקות וההלכות, אך, מצד שני, הוא סובר כי ספרו עושה את התלמוד למיותר. ספרו, לפיו, מגיע שני לתורה ולא צריך אף ספר נוסף מעבר לו. הרמב"ם אף אומר לתלמידו הקרוב ביותר שאין לו לבזבז זמנו על עיון בספרים נוספים, חוץ מזה שלו. על פי הרמב"ם, התלמוד טוב רק כדי להתאמן ולהתרגל בדרכי החשיבה. החכמים לא מקבלים את תפיסתו של הרמב"ם, ולכן זו לא המציאות של היום. משנה תורה לא החליף את התלמוד. אחד המאפיינים המרכזיים של הספר הוא שאין חיבור בינו לבין התלמוד, הוא עומד באופן עצמאי, עובדה זו היא שעוררה את מרבית ההתנגדות כלפי ספרו של הרמב"ם. באופן ספציפי יותר, היו נקודות נוספות נגד הספר. המתנגד הראשון היה הראב"ד (רבי אברהם בן דוד-בפרובאנס, דרום צרפת, קרבה לספרד. היה מבוגר מהרמב"ם, אך בן דורו. מכנים אותו הראב"ד בעל ההשגות, כדי להבדיל בינו לבין חכמים נוספים בעלי שם זהה). הוא התנגד לספרו של הרמב"ם על פי השגות-התנגדות, הסתייגויות, הוא פרסם אלה בלשון חריפה מאוד. ההשגה הראשונה של הראב"ד מביעה חוסר הסכמה לקבלת הסמכות של הרמב"ם על הפסיקה וההלכה. למה שהוא יקשיב לרמב"ם, הוא לא הביא עובדות מספיקות ונימוקים. זו השגה שמביעה כפירה בסמכות.

כמה דורות לאחר מכן, אנו מוצאים התנגדות שונה- הרא"ש (תחילת המאה ה-14, התחיל באשכנז ועבר לספרד, בטולדו). עד לדורו, הספר החל להתקבל ולהתפשט ברחבי העולם ההלכתי במאה השנים לערך מאז תקופת הרמב"ם. הרא"ש טוען כי כיוון שהרמב"ם לא כתב את המקורות, ואדם רוצה ללכת על פי פסיקות אלה, אדם רגיל יטעה בהבנת כוונתו של הרמב"ם, משום שאינו מבין את מקורם. (לא ניתן להבין את דברי הרמב"ם בצורה נכונה משום שלא ידעו את מקורותיהם). "כל המורים הלכה על פי הרמב"ם טועים", כך, על פי הרא"ש. המעמד העצמאי של הספר הוא שהופך אותו ללא קביל. (בשוה מהראב"ד- ערעור על הסמכות).

לא רק שהרמב"ם לא העפיל על התלמוד, ולא החליף אותו, אלא אף הגביר את הלימוד בו ואת חשיבותו. פרדוקס- הדבר הראשון שעושה כל אחד שלומד הוא לבדוק את המקורות. אז אפילו שהספר של הרמב"ם התפשט, הדבר הראשון שעושה מי שקורה בו, הוא לבדוק, עד כמה שניתן את המקורות (לא תמיד יודעים מה היו מקורותיו של הרמב"ם).

לבסוף, נוצר צמד של התלמוד ושל ספרו של הרמב"ם, גם בהיבט העיוני, וגם בפסיקת ההלכה. החוקרים חשפו כי חכמים לאורך הדורות, לא השתמשו בשם משנה תורה לספרו של הרמב"ם, אלא בשמות רמב"ם, ואף המציאו שם חדש יד החזקה. יד- 14, משום שהספר מחולק ל-14 חלקים. צמד המילים "יד החזקה" לקוח מהפסוק האחרון בתורה- "לכל האותות והמופתים ולכל היד החזקה שעשה משה לעיני כל ישראל"... משה רבינו, אבל גם לרמב"ם קוראים משה.

הספר של הרמב"ם יצר מהפכה משמעותית והוא הספר החשוב ביותר שנכתב עד היום, לאחר התלמוד. מצד שני, הספר מלא קשיים, הוא לא ספר קל, מכיוון שהוא מעורר קשיים- 1. סתירות פנימיות בין ההלכות השונות בספר (נשנות, הרבה סתירות, לא פעם ב-). הסתירות קורות משום שישנם עניינים מקבילים. 2. העדר התאמה בין הרמב"ם לבין המקור בתלמוד. בודקים לכתחילה את המקור בתלמוד ואז באים לספרו של הרמב"ם וקיימים סתירות בין שני הנוסחים. לכן, קיימת ספרות רחבה אודות הרמב"ם ואודות ספרו משום קיום הקשיים האלה.

כיצד ניתן לפתור קשיים/סתירות אלה?

הרמב"ם הוא ספר/פוסק עיקרי בלימוד התורה, ברחבי הדורות. ההבדל בין עולם הישיבות לבין המחקר האקדמי בעניין הרמב"ם- הלימוד הישיבתי הוא בד"כ נקודתי- אם קיימת סתירה, מנסים ליישב אותה באותו המקום. המחקר האקדמי מחפש יותר את השיטה, הוא פחות מעוניין בנקודה שלפנינו, אלה רוצה להבין את כל הקשיים באופן גורף, שיטתי, את הדרך.

(בעולם הישיבות, בשנים האחרונות, פחות מדגישים את הנקודה) שהעובדה שהרמב"ם חזר בו ושינה את דעתו בהרבה מאוד מהלכותיו במהלך השנים בהן חי, לאחר שסיים כתיבת ספרו. בכתבי העת השונים שהתפרסמו על ידי הרמב"ם בזמנו, רואים שהם לא שווים, לא אותו הדבר. מכיוון שכך, הוא לא יכל היה לתקן את כתביו במקומות/העתקים שונים, משום שהכל היה כתוב בכתב יד, לא היתה מדפסת עדיין (הומצאה ב-1450). המחקר של היום מצא כי הרמב"ם שינה את דעתו 3 פעמים- מגישה א', ל-ב' וחזרה ל-א'. יש לזה משמעות ספרותית-לימודית, ויש גם השלכות מעשיות, כאשר אדם לומד את פסיקת הרמב"ם ואינו יודע כיצד עליו לפעול. היום יש בפנינו את כל כתבי היד העתיקים ואנו יכולים לעבור על כולם ולהבין את רצף האירועים שהתרחש. תלמידי הישיבות אינם מקבלים את הסברה כי הרמב"ם שינה דעתו, על אף שזו עובדה היסטורית. קיימים לכך עדויות, גם מפי בנו, אלא, תופעה זו משתקפת בכתב יד של הרמב"ם עצמו, בספר בשם פירוש המשנה (נכתב בערבית יהודית-דיאלקט מיוחד. ספרו היחיד של הרמב"ם שנכתב בעברית הוא משנה תורה, השאר ורוב האיגרות היו בערבית). זהו ספרו הראשון של הרמב"ם. הרב קאפ"ח (תימן) תרגם את ספרו זה של הרמב"ם לעברית. פירוש המשנה נכתב בצעירותו של הרמב"ם, והוא פחות בחשיבותו ממשנה תורה. אך, רואים שהוא שינה וחזר בו ותיקן בכל רחבי פירוש המשנה. הרב קאפ"ח בתרגומו מעיר על כך. אם הוא עשה כך בפירוש למשנה, אז ברור שעשה זאת גם במשנה תורה. הרמב"ם עבר על כתביו שוב ושוב ותיקן ושינה.

כיצד מיישבים את הסתירה בין הרמב"ם לבין התלמוד? בעיה של נוסח/טקסט. לפעמים הטקסט לא נכון או משובש משום טעות בהעתקת כתבי היד. שנית, יכול להיות שטקסט התלמוד שהרמב"ם הכיר הוא לא הטקסט שבפנינו היום. אך, השיטה המתודולוגית, המהותית היא שניתן להסביר מדוע מסקנת הרמב"ם היתה כך או אחרת. עוברים על כל הטקסט ומבינים את צורת מחשבתו ודרך פעולתו של הרמב"ם, ומכאן מבינים את גישתו. ניתן לומר גם שייתכן כי הרמב"ם טעה בהבנת התלמוד, בפירושו, ועל כן יש לקחת אותו בזהירות.

הרמב"ם כתב ספר חשוב נוסף (השני בחשיבותו) – מורה נבוכים. ספר פילוסופיה, חשוב ביותר שהמחקר לא מפסיק ללמוד אותו. הרמב"ם ביקש לשלב בין הפילוסופיה היוונית לבין התפיסה היהודית ההלכתית. הדעה המקובלת היא שהרמב"ם כתב אותו בצורה איזוטורית, כלומר, בכמה שכבות/שלבים. היו לו דעות נסתרות שהוא ביקש להסתיר בתוך הספר, ועד היום מנסים לחשוף את דעתו האמיתית של הרמב"ם. אם זה נכון, הרי שמשנה תורה נכתב להמונים, ואילו מורה נבוכים נכתב עם סודות כמוסים בתוכו. ייתכן פה פיצול אישיות של הרמב"ם- אחד מקובל, והשני בעל תפיסות רדיקליות. תפיסה שנייה היא שאין סתירות, אין שני רבנים, אלא הדברים מתיישבים זה עם זה ולא צריך להגיע למסקנות מרחיקות לכת.

לרמב"ם היו גישות מאוד מרחיקו לכת אך הווא הסתיר אותן.מנגד, השיטה השמרנית יותר גורסת כי לא צריך לומר כי הוא רדיקלי. העימות נובע משום שהדעות לא כתובות באופן ברור. השיטה המקובלת כיום לרוב היא הגישה השמרנית יותר.

לעניינינו- יש הרבה קשרים בין משנה תורה ומורה נבוכים, עניינים הנוגעים אחד לשני. בנוסף, מורה נבוכים נכתב בערבית ועל כן יכול להיות קיימת בעיה של תרגום ועל כן הדברים אינם בהכרח חד משמעיים. התרגום המקובל הוא עתיק ונכתב בזמנו של הרמב"ם (קלאסי). תרגום חדש הוא של פרופ' מיכאל שוורץ.

במשנה תורה עצמו יש דעות רדיקליות, עמדות לא שגרתיות ודי מהפכניות של הרמב"ם, ולא רק במורה נבוכים. צריך לדעת איך לקרוא ולשים לב לביטויים של הרמב"ם.

ארבעה טורים- ספר הטור, השלב הבא בספרות הפוסקים, לאחר הרמב"ם. ספר הטור חובר בתחילת המאה ה-14 (200 שנה לאחר הרמב"ם, הפרש משמעותי). חובר על ידי רבי יעקב, בנו של הרא"ש. ספר זה שונה משל הרמב"ם משום שהוא מבי מגוון דעות לכל הלכה, (גם של הרמב"ם) ופוסק ביניהן. משום שספר זה נכתב לאחר הרבה זמן, עומדים לרשותו מגוון רחב יותר של דעות שנכתבו לאחר תקופתו של הרמב"ם. הטור חשוב בעיקר משום שהוא מהווה גשר למעבר מן הרמב"ם אל השולחן ערוך (בהסתכלות היסטורית).

השולחן ערוך- רבי יוסף קארו. מאה ב-16, בצפת. שוב 200 שנה לאחר ארבעה טורים. צפת היתה אז מרכז גדול ליצירה היהודית. המעבר בין הטור לשולחן ערוך נעשה בשני שלבים- ספרו הראשון של רבי יוסף קארו נקרא הבית יוסף, שהוא מעין פירוש על ספר הטור. בבית יוסף, הוא מביא את כל המקורות סביב הטור, מכיוון שהטור לא מזכיר את המקורות מהגמרא, אלא רק דעות של פוסקים דוגמת הרי"ף. אז הוא קודם כל מביא את המקור בגמרא ואז מביא דעות/מקורות נוספים. שיטת הפסיקה שלו היא ללכת על פי הרוב בין שלושת הפוסקים אותם מביא.

השולחן ערוך דומה לרמב"ם ומהווה ספר תמציתי של הלכות, לפי נושאים, ספר מסכם. אילון טוען בספרו שרבי יוסף קארו תכנן זאת מלכתחילה, לכתוב את שני הסופרים, ויש חוקרים שטוענים שלא חשב כך מראש, שיצא ככה מאוחר יותר. במבט לאחור, לשולחן ערוך חשיבות גבוהה יותר בשבילינו היום, מעמד הלכתי גבוהה יותר.

אחרי השולחן ערוך, לא התחבר ספר נוסף ברמה הזאת, בשיטה הזאת ובהיקף הזה. הספר התפשט והתקבל בציבור ובין החכמים. הסכמה מלמטה שזה הספר העיקרי. בהתחלה הוא התקבל בהסתייגות ובקושי, ולא כולם קיבלו אותו בתחילה. הספר התקבל בתחילה על ידי חכמי המזרח, כי הוא היה ספרדי, והוא זכה לאריכות ימים. בצפת היה המרכז הקבליסטי הגדול בראשות האר"י. רבי יוסף קארו נחשב לאחד מתלמידיו של האר"י. בסופו של דבר, השולחן ערוך התקבל והפך לספר ההלכה המרכזי. רוב השולחן ערוך הוא הלכות של הרמב"ם. בד"כ החדש דוחק הצידה את הישן, ועל כן השולחן ערוך תפס את מקומו של הרמב"ם, זו התרבות.

השולחן ערוך ברובו מתבסס על חכמי ספרד ורבניים מזרחיים. לכן, זה לא מחייב את החכמים האשכנזיים. הרמ"א- רבי משה איסרליש, חכם פולני מקרקוב, מגדולי חכמי האשכנזים בפולין, בתקופה שבה המרכז באשכנז (סביבות גרמניה) נחלש ופולין עלתה (המאה ה-16). הרמ"א מוסיף על השולחן ערוך. הרמ"א חיבר שני חיבורים, כמו רבי יוסף קארו- אחד על הטור ואחד על השולחן ערוך. הוא הוסיף את הדעות ואת המנהגים האשכנזיים על השולחן ערוך. (אומרים שהוא רצה לכתוב חיבור משלו אך החליט שלא כאשר התקבל השולחן ערוך). כיום יש לנו את הספר המקורי בתוספות ההגהות האשכנזיות של הרמ"א. כך הספר קיבל הכשר אשכנזי וכעת הוא מתאים לכולם. קיבל אישור, הסכמה של הרמ"א, האשכנזים. בעבר הספר היה ספר ההלכה המחייב של כל היהודים. המצב השתנה וכיום הספר אינו עומד לבדו באופן בלעדי, אלא הוספו אליו חיבורים משלימים. הוסיפו פירושים נוספים ומנהגים שהתקבלו מאז המאה ה-16 ועד היום.

בשנים האחרונות קיים מאבק על מעמדו של השולחן ערוך בהלכה כיום. בראשות הרב עובדיה יוסף שעשה שני שינויים- פוליטי, הקים מפלגה, והלכתי- חזרה לשולחן ערוך. להחזיר עטרה ליושנה, הכוונה לשולחן ערוך. שבמרוצת השנים סטו ממה שכתוב בשולחן ערוך, בייחוד אצל הספרדים. קיבלו עליהם מנהגים ופירושים שהתווספו מאז. הוא טען שהשולחן ערוך היה הרב של ארץ ישראל, מרא דאתרא- הרב של המקום. הוא גם האמין שעל האשכנזים לחזור למקורות אלה אך הוא לא נילחם ברבנים האשכנזיים. הרב עובדיה כתב הרבה ספרות נוספת, שניתן לראותה כשלב הבא בספרות ההלכה, לאחר השולחן ערוך, אך הם לא מערערים את מקומו של השולחן ערוך. ורוב האשכנזים לא מקבלים את פסיקותיו של הרב עובדיה יוסוא לא הצליח להחזיר את השולחן ערוך עד הסוף.

השולחן ערוך לא מחייב באופן גורף היום. הוא מאוד חשוב ומשמעותי וכל פוסק מתייחס אליו, אך לפעמים ההלכה סוטה מהפסיקות של השולחן ערוך.

השו"ת – שאלות ותשובות

פסיקה הלכה למעשה שניתנת על מקרים ספציפיים. התשובה לרוב מבוססת על מקרה אמיתי שקרה בעיירה מסוימת, ורב אותו המקום שולח את השאלה לרב בכיר יותר, וזה עונה לו. הוא משיב על סמך הפוסקים ומהם מסיק את המסקנות. יישום ההלכה במקרים קונקרטיים, מקביל לפסקי הדין של ימינו. רוב החכמים הגדולים במהלך הדורות חיברו ספרי שו"תים משלהם, ולכן יש אלפים. השו"תים חשובים גם לידיעת ההלכה וגם לידיעת תולדות ישראל, הרקע ההיסטורי, העובדתי והריאלי. רוב האנשים לא יכולים להקיף את כל השו"תים הקיימים. היום היתה התפתחות טכנולוגית אדירה משום שספרות השו"ת היא נגישה דרך המחשב. (פרויקט השו"ת). גם השו"ת מסתמך קצת על התלמוד.

במקביל לחלוקה שין שלושת הענפים, יש לבצע חלוקה לתקופות גם כן.

משנה- חכמי המשנה נקראים בשם תנאים וזהו גם שמה של התקופה (עד שנת 200)

תלמוד- אמוראים, גם החכמים וגם התקופה נקראים כך. השפה המדוברת היא ארמית. אמור- דיבור, פירוש. התלמוד הבבלי נכתב בערך בשנת 500 (ירושלמי בערך 100 שנה לפני כן).

גאונים חכמי ההלכה בבבל שבאו אחרי תקופת התלמוד. היוו מינוי, תואר רשמי שקיבלו חלק מראשי הישיבות. חשיבותם העיקרית היא ביחס לתלמוד. הגאונים הם שנותנים לתלמוד הבבלי את המעמד שלו- הם פוסקים על פיו, מפרשים אותו. הגאונים לא התחשבו בלמוד הירשולמי משום שהיו מבבל. בהלכה עצמה פחות מתחשבים בספרות הגאונים, יותר עוסקים בה באוניברסיטה ובאקדמיה.

ראשונים ואחרונים אלה התקופות שהכי חשובות לנו.

ראשונים- בערך מהמאה ה-11, עד אמצע המאה ה-16, עד השולחן ערוך.

אחרונים- מזמן חיבור השולחן ערוך, רבי יוסף קארו נחשב כבר מהאחרונים.

יש הבדל והבחנה ברורים בין סוגי הכתיבה בתקופות השונות. בגישה ההלכתית הפורמאלית, ההלכה נותנת תוקף לתקופות הקודמות, יותר מאשר לתקופות המאוחרות. הנחת היסוד היא "ירידת הדורות". לכן אי אפשר לחלוק על מי שבא בתקופות שלפני.

כיום, כאשר יש לנו את עולם המדע המפותח, אנו יודעים שההלכה חייבת להתאים למדע והיום אני יודעים הרבה יותר מהדורות הקודמים, בגלל שיש הצטברות של ידע. כך גם בעולם המדע וגם בעולם ההלכה.

ההבדל בין ה"מה" לבין ה"איך"-

מצד התוכן של ההלכה, אנו מבדילים בין החלק המשפטי לחלק הדתי. שני החלקים מתמזגים ביניהם גם. במובן של האיך, כל ההלכה היא משפט. כל ההלכה פועלת כמערכת משפטית, על כל חלקיה. ההלכה כמשפט. הכלים המשפטיים בהם משתמשת ההלכה. ואם אין נוהג מקובל בין הצדדים, הולכים אל הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג. כל התהליך הזה מטרתו לכוון אל כוונת תהצדדים, מתחילים בהכי קרוב ומתרחקים בכל פעם.

השאלה היא מהם חוזים מאותו סוג. זו שאלה מורכבת שניתנת לשיקול דעתו של ביהמ"ש. ומהו אחוז החוזים שמייצג את הנוהג בשוק?

**-----**

בשיעור שעבר דיברנו על ההבחנה בין המה לאיך. מבדילים בין התכנים לבין דרכי הפעולה של הנורמות. מצד התוכן מבחינים בין ההלכה למשפט. באיך, דרכי הפעולה, כל ההלכה היא משפט.

מקורות ההלכה- איך נוצרות הלכות? מערכת ההלכות היא מורכבת ורחבה, איך היא נוצרה. הרמב"ם מפרט את מקורות ההלכה במשנה תורה ובהרחבה יותר באחת ההקדמות שלו בפירוש המשנה. הרמב"ם מונה 3 מקורות-

1. פירושים
2. דרשות מתוך הכתובים
3. תקנות ומנהגות – חז"ל הוסיפו על דעתם חוקים נוספים

האם רשימה זו ממצה? השניים הראשונים נלמדים מתוך התורה, והשלישי נוסף על ידי חז"ל. מה שקשור לתורה (השניים הראשונים) מהווים אחוז קטן ביותר של ההלכות, והשאר באמת נכתב על ידי חז"ל, אז איך זה יכול להיות, לא מייצגים נכון את ההלכות. הרמבב"ם רצה רק להציג לנו את הקשר בין ההלכות לבין התורה שבע"פ. רוב ההלכות אכן באיות מהמקור השלישי. לאו דוקקא מופיע תחת שם זה. המקור העיקרי ממנו נוצרו הלכות נקרא בשם "פרשנות". הפרשנות ההלכתית היא קודם כל פירושי המקרא, אך רובה היא תוצאה של פרשנות למקורות נוספים. הפרשנות היא לא המקור היחיד אבל, יש עוד שני מקורות- תקנות וסברה.

תקנה היא חקיקה, אין עליה פרשנות, היא פשוט מחייבת, יצירה חדשה. חז"ל מחוקקים כדי להתמודד עם צרכים חברתיים שונים שעולים, אך לפעמים גם

פרשנות היא הישג ממקור קודם, שמגיעים למסקנות חדשות על בסיסה.

סברה- הגיון. הלכות שנוצרו על פי ההגיון של חז"ל, כך חשבו שצריך וראוי להיות. חלק אחוז מאוד מתוך ההלכה נוצרו מכוח הסברה. לדוג', ההלכות שבת- לא כתוב בתוררה בדיוק מה מותר ומה אסור, אלא חז"ל החליטו מה הגיוני להם.

זה הכול חלק מה"איך". איך נוצרות ההלכת.

"כופין על מידת סדום"- כופין- כאשר בן אדם מסרב לעשות משהו, ואנו מחייבים אותו לעשות כך. למה אנו כופים עליו, כי אנו חושביים שהוא מתנהג בצורה שאינה ראויה, כמו שהתנהגו בסדום. מידת סדום היא ביטוי בהלכה למעשים של רשעים, בעיקר בבן אדם לחברו.

"דין בין המיצר"- מיצר=גבול. שני שכנים שקרקעותיהם צמודות אחת לשניה, גבול משותף. אם אחד השכנים רוצה למכור את הקרקע שלו, יש זכות קדימה לשכנו, לפני כל קונה אחר. בהנחה שאין הפסד כספי, כמובן. זוהי תקנה שנוצרה משיקול מוסרי (סברה שהיא מחייבת משפטית). אנו נותנים עדיפות ליתרונות הכלכליים הברורים של השכן, על פני שאר האנשים.

למה סדום היא סברה ודין בין המיצר היא תקנה. כי בדין בין המיצר, ההגיון אינו חד משמעי, לא כולם היו מגיעים למסקנה הזאת, כי אנו מגבילים את המוכר.

אין דוגמאות לשיטות/תקנות כאלה בשיטות המשפט השונות ברחבי העולם. חלק גדול בהלה, בעיקר בדיני הממונות, מקורה בסברה.

הפרשנות מתחילה בתורה ומתגלגלת לאור כל התקופות ושלבי ההלכה.

איך שלוש הדברים מתפתחים יחד? תבורה, דברים כ"ח יש את מצוות השבת אבידה. למה כתוב שמלה, הרי זה נכנס בתוך כל חפץ, יש עליו סימנים ויש לו בעלים שיבואו לחפש אותו (תובע). נלמדו בדרך הפירוש. מהמושג תובע, למדו את המושג ייאוש- האם הבעלים יתייאשו מהאבידה או לא? זה הפך להיות הגורם הקובע. על פי זה יוכל המוצא להחליט האם לקחת את זה לעצמו או לא. פסוק- מדרש מביא סימנים – פרשנות- מביאים הלכות חדשות הנלמדות מכך. כך נוצרות ההלכות. במהלך הדורות הסטאטוס של חלק מהדברים האלה משתנה.

סימני שאלה פרשניים- המציאות היא דינמית, ולכן חייבים לפרש חוקים כי המחוקק לא היה יכול לצפות שינויים מראש. אך, בעיקר- כל ביטוי לשוני יכול להתרש ביותר מדרך אחת, ועל כן יש צורך בפרשנות. פרשנות של הגדרות בחוק שאינ מובנות לכול בצורה זהה. המשמעות בהקשר החוק תשתנה. גם הוראות פעולה יכולות להתבצע בכל מיני מובנים, לא חד משמעיים.

תורת הפרשנות- לכל דבר בעולם יש פרשנות. קיימת ספרות עצומה על תות הפרשנות בכלל והפרשנות המשפטית בפרט. שאלת המפתח – מה היחס בין הכוונה של הכותב לבין משמעותה של היצירה? מה משקלו של כוונת הכותב? זו שאלת הפרשנות.

הגישה המסורתית- כוונת הכותב היא זו שקובעת את הפרשנות.

הגישה המודרנית- הפרדה בין הכוונה לבין היצירה עצמה. לטקסט יש משמעות עצמאית, ללא קשר לכוונה.

הגישה הפוסט מודרנית- לא לטקסט ולא לכוונת המחבר יש משמעות, אלא רק מה שהקורא מבין.

המציאות מביאה לפירושים שונים- המציאות המשתנה והמציאות הכתובה.

בפרשנות המשפטית אנו מדברים על פרשנות החוק- כוונת המחוקק, ועל תקדימים/פסיקות, חוזים שונים. בעבר היה מקובל שהפרשנות המשטית חותרת לכוונת המחוקק. בעשרות השנים האחרונות, מדברים פחות על כך, והתקבלה גישה של פרשנות תכליתית- מטרת החוק. השופט ברק התחיל במגמה זו. למה שונתה הגישה? 1. קשה לחשוף באמת את כוונת המחוקק. גם אם נלך על מטרת החוק, עדיין יכולות להיות מחלוקות בפרשנות השונה.

הפרשנות המשפטית נסמכת על הלשון ועל ההקשר (תכלית). אלה הגורמים היסודיים המרכיבים את הפרשנות.

פשט- לשון הכתוב

דרש- פרשנות שלא משתמעת מהכתוב

ר, אבן עזרא- ספר הישר.

תפיסת עולמו של השופט משפיעה על פרשנותו ועל פסיקתו. אמת המוסר של השופט היא סובייקטיבית.

שאלת האמת המשפטית – האם קיימת רק תשובה אחת נכונה? או מלכתחילה אין תשובה אחת נכונה, אין עדיפות לאחת על פני אחרות.

2 אסכולות עיקריות בתורת המשפט:

פוזיטיביסטית/פוזיטיבזם משפטי- וויליאם הארט, המשפט הוא מה שנקבע על פי המוסדות הפורמליים. אין בהכרח תשובה אחת נכונה. יוסף רז, ישראלי היה/הוא ממשיך דרכו של הארט.

נון-פוזיטיביסטית- רונלד דוורקין, המשפט כולל בתוכו גם את העקרונות לש החברה, ערכים, מוסר, הרבה יותר רחב מאשר רק היצירה הפורמלית. עמוס שפירא- תלמידו של דוורקין.

שאלת האמת המשפטית-

פרשנות: במצב של ספק, אנו לא בטוחים האם לקבל פירוש אחד, או אחר. האם יש לצאת מנקודת הנחה כי קיימת רק תשובה אחת נכונה? מהבחינה המשפטית, אין עדיפות בשיקול האמת לתשובה מסוימת, לאמת אחת, על פני אחרות במידה והן תוכלנה לחול גם כן.

הגישה הלא-פוזיטיביסטית – דוורקין: יש רק אמת אחת?

הארט: אין בהכרח תשובה אחת נכונה, אין עדיפות על אחת על פני חברתה.

ההלכה- היא יצירה אנושית, אבל האתוס שלה היא שהיא מייצגת את דבר האלוקים, אז האם יש תשובה אחת נכונה? האם ניתן להשתמש במונח טעות בהלכה? ההלכה מלאה במחלוקות, ישנן מספר גישות בכל עניין. האם ניתן לקבוע כי ההלכה מייצגת את הפירוש הנכון לדבר אלוקים? אם כן, כיצד ניתן להסביר את המחלוקות?

לפי מאמרו של המרצה אטינגר- כל המאמרים/מחקרים שנכתבו עד היום אינם נכונים...

תנורו של עכנאי:

בבא מציעא, ר' אליעזר ור' יהושע וחכמים מצד שני. אומרים שר' אליעזר היה מתלמידי בית שמאי. תקופת יבנה, אחרי החורבן. הויכוח סובב סביב תנורו של איש בשם עכנאי, (נחש בארמית-דרש) האם התנור מקבל טומאה או לא. ר' אליעזר גרס שהוא טהור וכל השאר חשבו ההיפך. [אילון עמוד 231] כל צד הביא את טיעוניו ואז ביקש ר' אליעזר סיוע אלוקי, על טבעיים על מנת להוכיח כי הוא צודק, מעשי ניסים. אם הלכה כמותי, חרוב זה יוכיח, והוא הצליח להזיז את העץ, וחכמים אמרו שהם לא מאמינים. ואז הוא הצליח לשנות את כיוון זרימת המים, ושוב דחו אותם...ואז הוא אמר להם שהשמיים יוכיחו ויצאה בת קול ואמרה שהדק איתו ושאין להם מה להתווכח עם ר' אליעזר, כי הלכה כמותו בכל מקום. לא בשמיים היא- הרוב סובר משהו מסוים, ואיך זה ייתכן שנלך לפי מישהו אחד אם זה לא מה שהרוב גורסים. ר' נתן פגש את אליהו הנביא, מה עשה אלוקים בשעת המחלוקת הזאת, הוא חייך ואמר ניצחוני בניי. הוא ניסה להתערב ולא קיבלו את דבר אלוקים במקרה זה.

היו פרשנים שאמרו שלפי הפשט, לא קיבלו את דבר אלוקים (לא בשמיים היא) וכי ההלכה היא לפי חכמים, ויש שגורסים ההיפך, שלא ניתן לומר שדחו את דברי אלוקים וכי ההלכה היא לפי ר' אליעזר. [קיים המשך לסיפור שלא מעניין אותנו]

פירוש- ניצחון- לא מלשון לדחות, אלא מלשון נצח- הופכים את ההלכה למשהו קיומי ונצחי, משום שהסמכות היא לא בשמיים. כיצד ייתכן שאלוקים כותב משהו אחד בתורה ואז אומר שהלכה היא לפי מישהו אחר? [טענה שניתן לטעון]

מה הסיפור הזה אומר לגבי שאלת האמת? האם יש תשובה אחת נכונה או שיש יותר? האמת ההלכתית.

לדעתו של המרצה, הסיפור הזה אינו נוגע כלל לשאלת האמת, מכיוון שבת הקול לא התייחסה לשאלת האמת, אלא לתוקף המשפטי. הלכה כמותו, לא האמת כמותו. לא נית לקבוע כי תמיד הצדק יהיה איתו. התקפות ההלכתית אינה קשורה לשאלת האמת.

ישנם מאמרים אחרים הנוגעים לשאלת האמת המשפטית-

אלו ואלו דברי אלוקים חיים.

מסכת עירובין, דף נ"ג. אמר ר' אבא בשם ר' שמואל. 3 שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, כל אחד אמר שההלכה כמותו. יצאה בת קול ואמרה אלו ואלו דברי אלוקים חיים הם, והלכה כבית הלל. הגמרא שואלת מה זה אומר? שיוויון, הדעות שקולות. לא ניתן לומר שדעה אחת יותר טובה או נכונה מהשנייה. זה כולל גם את שאלת האמת, אין עדיפות לאמת אחת על פני השנייה. אך, בכל זאת יש הכרעה הלכתי, מחייבת, של מה שנעשה בסופו של דבר. שואלים למה קיבלו בית הלל את היתרון של תוקף הלכתי, כי אמרנו שהכל שווה. היתרון הוא לא לעניין ההלכה, אלא שהם היו בעלי מידות. לעניין ההלכה הם שווים.

מסכת גיטין, מופיע שוב הביטוי אלו ואלו דברי אלוקים חיים, בהקשר שונה לגמרי. הוא קשור לעניינו משום שהוא מחזק את רעיון השיוויון. מדובר על פרשה של פילגש בגבעה- ספר שופטים. ותזנה עליו פילגשו- האם בגדה בו? הפרשנים מתחלקים ביניהם, אולי היתה בעייה של אוכל-מזון. מדרש כי ר' אביתר, אחד החכמים, פגש את אליהו הנביא ושאל אותו מה אלוקים עושה, והוא אמר לו שהוא עוסק בפרשת פילגש בגבעה, והוא מצטט את חכמים. חכם אחד אומר מלשון זנות, ואחר מזון. האם אלוקים לא יודע את האמת? אנחנו משערים כי אנחנו באמת לא יודעים, אבל אלוקים יודע.. אז הוא עונה לו- אלו ואלו דברי אלוקים חיים, שני הדברים קרו. לכאורה, הויכוח הוא עובדתי, היסטורי, אז כיצד ניתן לטעון כי אלו ואלו דברי אלוקים חיים? אז שוב, שיוויון, שני הדברים נכונים מבחינה עובדתית.

המאמר המקורי היה בסיפור הראשון, אבל השתמשו בו גם במקרה השני, משתמשים בביטוי במקום נוסף. בגטין זה מושאל, כדי לבטא את רעיון השיוויון.

מאמרים נוספים שעוסקים בשאלת האמת-

בפרשנות ההלכתית יש משהו שקוראים לו מדרש הלכה- הלכות שנלמדות מתוך (פררשנות של) הכתובים. חלק מן ההלכות מופיעות אצלנו כהלכות שנלמדו מתוך הכתובים. ספרי- כוללים מדרשי הלכה של הכתובים, בשונה מן המשנה שבה רוב ההלכות הן לא מבוססות על פרשנות הכתובים, אלא הן הלכות עצמאיות.

ספר דברים

התורה אומרת שכאשר יש ספקות, אז החכם/שופט יפסוק את הדין. "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל. אומר מדרש, למה מדגישים ימין ושמאל, ולא אומרים רק תעשה מה שאומרים לך. חכמים אומרים שאפילו שאומרים לך ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין, יש להקשיב אם אומרים לך על שקר שהוא אמת ועל אמת שהוא שקר, יש להקשיב אליהם. החידוש במאמר זה הוא שמקשיבים, גם אם זה לא הגיוני.

אבל, אם אלו ואלו פירושו שיוויון, וזה נכון בכל מחלוקת של חכמים, אז מה זה ימין ושמאל? לא מתיישב, שאחד טועה, שניתן לטעות. התשובה היא שלך זה נראה טעות, וזה לא אומר שזה באמת טעות, אלא זה סובייקטיבי, וכך בהיבט האובייקטיבי, השיוויון נשמר.

רש"י- לא מסכים, לפי הנוסח הכתוב, אז יש באמת נכון ולא נכון בהלכה. אפילו אם הם באמת אומרים משהו לא נכון, הולכים לפי מה שאומרים לך.

איך הפרשנים הראשונים גרסו בעניין זה? הרמב"ן- חי באמצע המאה ה-13, גדול חכמי ישראל מספרד לאחר הרמב"ם, אך הוא היה מקטלוניה (ברצלונה). הרמב"ן מפרש את הימין ושמאל כך: (עמדה נחרצת ומקורית על האמת ההלכתית)

במאמר יש בעייה של נוסח, אין משהו חד משמעי.

לא צריך להניח שיש טעות, שימין הוא שמאל וששמאל הוא ימין. יש להניח שיש יותר מאמת אחת, ועל כן יש לעשות מה שאומרים לנו.

הגישה הקודמת, מבינים את הטקסט מתוך כוננת המחבר

הגישה המודרנית נותנת משמעות עצמאית לטקסט, לא תלויה בכוונות המחבר

הגישה הפוסט מודרנית- ההבנה של הטקסט היא סובייקטיבית, אין משמעות אחת לטקסט, אלא כל קורא מבין זאת.

המרצה גורס כי אלו ואלו וימין ושמאל מדברים על דברים שונים לגמרי.. אלו ואלו מתייחס לכוונת המחוקק/היוצר (אלוקים), שניהם שווים. ימין ושמאל מדבר על הטקסט, פרשנות הכתוב.

דוורקין והרמב"ם אומרים שיש רק תשובה אחת נכונה, רק אמת אחת, כי זו שאלה של פרשנות.. הבחנה בין המישורים בהם "המחוקק" דן. הארט ודוורקין נחלקים ביניהם, הם לא דני בכוונת המחוקק, אלא בפרשנות/משמעות של הטקסט/החוק הכתוב.

הריטב"א- שאלו רבני צרפת, בעלי התוספות: איך אפשר שיהיו שניהם דברי אלוקים חיים כששני הדברים מנוגדים אחד לשני. "כי כשעלה משה למרום, הראו לו על כל דבר מ"ט פנים להיתר, מ"ט פנים לאיסור". (49 זה מטפורי, לא באמת). משה שאל את אלוקים על זה, איך ייתכן שיש כל כך הרבה אמיתות? תשובה- שיהיה דבר זה מסור לחכמי ישראל בכל דור ודור ותהיה בידם ההכרעה, הלכה כמותם. סופרי אומרים כי זה סותר את דברי הרמב"ן, אך הם טועים. כי הריטב"א מדבר על המישור האלוקי. התורה ניתנה מראש בצורה הרב-משמעית.

ספרי, הרמב"ן- התורה ניתנה על שם חכמי ישראל, אפילו יטעו. גורם האמת אינו קובע (להלכה). יש מאמרי חז"ל שאומרים בדיוק הפוך. אדם צריך לשמוע בקולם רק אם הם דוברים אמת. מאמר הספרי סותר מקורות אחרים.

ברייטא שאומרת בדיוק הפוך מהספרי, על אותו לשון של ימין ושמאל. "יכול אם יאמרו לך ... תשמע להם? אלא ללכת ימין או שמאל שיאמרו לך על ימין שהוא ימין ועל שמאל שהוא שמאל." אסור לשמוע בקולם עד שיגידו לך אמת. זה בדיוק ההיפך מהרמב"ן.

הוריות- "הורה ביה"ד הוראה מסויימת ואחד מהם יודע שהם טעו, והלך ועשה על פיהם, הרי זה חייב. אסור היה לו לשמוע כי זה לא נכון. שוב, זה הפוך מדברי הרמב"ן.

בספרות קיימות עשרות תשובות לסתירה זאת- [לקרוא מאמר בשם: אפילו אומר לך על ימין שהוא שמאל- פרופ' יעקב בלידשטיין. הוא יגיד לנו בדיוק מה לקרוא] הוא מחלק את הגישות השונות בעניין.

המרצה- אין פה שום סתירה, היא מדומה. הם מדברים על סיטואציות שונות לגמרי. הספרי והרמב"ן מדברים על פרשנות הטקסט.

בספרות האחרת לא מדובר במחלוקת של יישום ההלכה, אלא על הלכה שנתעלמה מבית הדין, הוא שכח הלכה מפורשת, סעיף כתוב. ידע שהם טעו- הוא לא חולק על הפרשנות של ביה"ד, אלא ידע שיש סעיף בחוק שהשופטים התעלמו ממנו או שכחו אותו.

הגמרא מביאה דוגמאות שתומכות בדעתו של המרצה.

**4.12.14**

**שאלת האמת המשפטית**

סתירה בין מאמרים שונים בדברי חז"ל. אלו ואלו / אפילו אומרים לך ימין שהוא שמאל

לפי הרמב"ן ורוב הפרשנים, סביר כי הם טועים, שזה סותר את אלו אלו שלפיו יש שיוויון. אלו ואלו דברי.. זה כוונת המחוקק, אין לו עמדה בנושא הפרשנות. הימין והשמאל מדבר על משמעות הטקסט. משמעות הטקסט לחוד וכוונת המחבר לחוד. זו התפיסה המודרנית של הפרשנות.

הריטב"א- משה עלה להר סיני והראו לו מ"ט פנים לכל הלכה, וחכמי ישראל יחליטו מה הפרשנות.

טעות- ישנם מאמרים שאומרים במפורש כי כאשר יש טעות, יש ללכת על פיה, כי כך נאמר. בתלמוד הירושלמי נאמר כי יש לשמוע בקולם רק כשיאמרו לך את הדבר הנכון. במשנה נאמר שאם ביה"ד כי אם הם מורים משהו ויש חכם שיודע שהם טעו, זו עבירה מצידו ללכת על פיהם. יעקב בלידשטיין- לקרוא עד סעיף ו' כולל.

המרצה- לא קיימת סתירה משום שמדובר על שני מצבים שונים, הספרי והרמב"ן מדברים על הפרשנות, על הבנת הטקסט, אפילו אם הם טועים, יש לשמוע בקולם. במשנה לא מדובר על כך, אלא על טעות בעצם קיומה של ההלכה, טעות עובדתית, האם קיימת הלכה כזו או לא? האם מותר או אסור? ולכן, אם חד מהם יודע שיש טעות, "נתעלמה מהם הלכה", אסור לשמוע בקולם כי אתה יודע שזה אסור.

סיכום – מחלוקת משפטית- חייבים לשמוע בקולם (רמב"ן) מחלוקת עובדתית- אסור לשמוע בקולם (ברייטא, תלמוד ירושלמי). ביה"ד לא ידע הלכה מפורשת, זה הדין. מצב זה אינו שכיח, אך קורא כאשר השופט משמיט שלא במתכוון סעיף בחוק, או לא מכיר עניין מסוים.

רמב"ן ורמב"ם הם העיקריים בתקופת הראשונים. בשאלת האמת ההלכתית- הרמב"ם סבור כי יש מקום לטעות בהבנת ההלכה ובפירושה. משתמע בבירור מכתביו בשאלת המחלוקת בהלכה. הוא אומר במפורש בהקדמתו למשנה, שמחלוקת בהלכה היא תוצאה של מוגבלות ההבנה של ההלכה. לא כל החכמים מפרשים הכל כמו שצריך, הם טועים. בשלב מסוים רבו מספר התלמידים (בית שמאי) הם לא למדו והבינו כמו שצריך, לא היה קשר מספיק טוב והם לא למדו מספיק, יכולת ההבנה ירדה (לא שימשו כל צרכם) ולכן, רבו מחלוקות בישראל.

מחלוקת עקרונית בין הרמב"ן לרמב"ם- מבחינת האמת והטעות, הם שווים, אך המחלוקת המשתמעת ביניהם היא מובנת מדברי הרמב"ם בעניין

הרמב"ם – מקורות הלכתיים: 1. פירושים מקובלים: תורה למשה מסיני, 2. י"ג מידות (היקש): החכמים הבינו מתוך המקורות והטקסט (הוצאת מסקנות חדשות מתוך הכתובים), 3. תקנות ומנהגות:

הרמב"ם אומר במפורש (בכמה מקומות) שמקור 2, שהדברים שחכמים הסיקו הם דרבנן ולא דאורייתא. הם אינם נחשבים לדין תורה. ההלכה מבדילה בין דברים שיש להם תוקף מן התורה (דאורייתא), שהם בעלי משקל חמור יותר, לבין הלכות שקבעו חז"ל (דרבנן), דברים שנלמדו מתוך הכתובים, יש להם תוקף פחות, כמו זה של 3 (הם שווים, זה לא דין תורה וזה גם לא). עמדה זו של הרמב"ם מעוררת פולמוס גדול כי כל שאר החכמים בכל הדורות חולקים עליו. לפי החכמים, כיצד ניתן לומר שזו לא ההלכה, כי מבינים את זה מתוך הכתובים. יש ספרות עצומה סביב הנושא הזה. עמדתו של הרמב"ם לא מקובלת. החולק הגדול ביותר עליו בנקודה זו זה הרמב"ן- מתייחס לנושא זה באריכות רבה ושולל אותה בתוקף.הרמב"ן מוכיח כי סוגיות הגמרא מציגות מציאות הפוכה לזו שמציג הרמב"ם. עמדה אחת- מוציאים את דברי הרמב"ם מהקשרם, כי הרמב"ם לא התכוון לכך- שוללים את עמדה זו לגמרי, הרמב"ם התכוון לכך... משום שהרמב"ם חוזר שוב על עמדה זו. עמדה זו באה משום שדבריו הם רדיקליים ובעייתיים מאוד, על כן היה צורך להסביר אותם.

מדוע סבר כך הרמב"ם? מה הביא אותו לתפיסה זו? על פי המחקר בעניין זה, הרמב"ם הגיע לתפיסה זו משום תופעת המחלוקת, ריבוי המחלוקת בהלכה.הרמב"ם רואה את המחלוקת כתופעה שלילית שנובעת מירידת הדורות, היחלשות ההבנה וההשגה, לא ידעו ליישם את הדברים מתוך ההלכה. אם כך, לפי הרמב"ם, לא ניתן שיהיו מחלוקות על דין התורה? לפיו, דברי התורה חייבים להיות אמת, הוא לא מוכן לקבל זאת. לכן, הוא מוצא שיש רבה מחלוקות בעניין המקורות בסעיף 2, ומחלוקת פירושה טעות, ולא ניתן שיש טעות בדין תורה, ועל כן חייב שמדרבנן יש. בדברי אנשים חיים יכולה להתקיים מחלוקת.

אז, השווה בין הרמב"ן לרמב"ם הוא: קיימים טעויות בפירוש ההלכה. המחלוקת היא: הרמב"ן אומר שהתורה ניתנה על דעתם של חכמי ישראל, אפילו אם הם טועים, והרמב"ם לא מסוגל לקבל טעות בדברי התורה, מדאורייתא, אלא רק בדברי חז"ל שהסיקו מתוך הכתובים.

סיכום: לפי שניהם, יש מצב לטעות בהלכה. לא האמת קובעת את ההלכה למעשה, היא לא תלויה בשאלת האמת כלל. אז מה קובע את התוקף המשפטי, מה מחייב אותנו בסופו של דבר? הסמכות. כאשר קיימ תמחלוקת, הגורם הקובע הוא הסמכות, לא האמת. מי שהוא בעל הסמכות, יש להקשיב לו. איך קובעים למי יש סמכות? קבלה- במובן של הסכמה, מה שהציבור קיבל על עצמו.

עמדתו של הארט- תורת המשפט הפוזיטיביסטית (הגישה המודרנית): הקבלה וההסכמה של העם יש לה משמעות מכרעת. הוא משהו שמעוגן בתפיסות חברתיות, בנוי על יסודות חברתיים. המשפט הוא מערכת של כללים, אבל כללים אלה הם חלק מהכללים הקיימים בחברה. מהו כלל חברתי, על פי הארט? משהו מוגדר שעונה על תנאים מסוימים. כללים לכלל חברתי: 1. חייב לבטא התנהגות מקובלת בחברה. 2. התנהגות שמי שסותה ממנה צפוי לביקורת מצד החברה ולהסתייגות, משהו שיש לגביו אכיפה, משהו מחייב. מי שסותה מזה צפוי אפילו לסנקציה. 3. עצם קיומו של הכלל הוא עילת הביקורת. לא חשוב למה אסור לעשות מעשה מסוים, אלא זה שיש חוק או נוהג נגד מעשה זה. במדינה שלנו, אין כל כך הרבה כללים חברתיים כאלה. כלל חברתי ישראלי- עמידה בצפירה ביום הזיכרון. לא כל כלל חברתי הוא משפטי? על פי הארט, יש כלל חברתי מיוחד, "כלל הזיהוי", הקובע לאילו נורמות חברתיות יש תוקף משפטי (Rule of Recognition). אבל כלל הזיהוי הוא עצמו כלל חברתי, הוא אומר לנו למה יש תוקף משפטי, וזה נובע על הסכמה חברתית, ולא מהחלטה פורמאלית. בתי המשפט קובעים מהו כלל משפטי, על פי התנהגות החברה, כיצד החברה מקבלת חוקים ונורמות. זה הכלל גם בהלכה, הולכים על פי מה שהציבור עושה ומקבל על עצמו, זה לא דבר פורמאלי שנחקק. חוזרים לשאלת הסמכות, המבוססת על כלל הזיהוי. מאיפה לומדים את זה? מקורות- 1. אגדה: מסכת שבת, חמישה חומשי תורה- "ויתייצבו בתחתית ההר" במעמד הר סיני. "כפה עליהם ... את ההר כגיגית". לפי זה, התורה ניתנה לעם ישראל בכפייה, אחרת תהיה מפולת אבנים והעם ייקבר חי תחת ההר. אם כך, כל העסק לא עובד, לא מסתדר שיכפו זאת על העם. קיים מושג בהלכה, מודעא- מושג משפטי לפיו, אם מישהו כופה עלייך הסכם תחת איום, הסכם זה אינו תקף. במקרה זה ניתן למסור מודעא, מעין תצהיר, לפיו ההסכם נכפה עליו נגד רצונו. פרוצדורה משפטית שמבטלת הסכם שנחתם ללא רצונו של האדם. לוקחים זאת לביהמ"ש והם מבטלים את תוקפו. ואם נישאל לאחר מכן למה לא קיימנו משהו, נוכל לומר שעשינו זאת עקב כפייה, ולא מרצון. למדים זאת מימי אחשוורוש (מגילת אסתר), הוא מגיע מהר סיני לשושן הבירה, שם כתוב היהודים קיבלו על עצמם כמה חיובים חדשים. במגילת אסתר מסופר שנוספו כמה מצוות חדשות (כמו מתנות לאביונים, חג פורים..). מכאן למדים שהם קיבלו על עצמם גם את המצוות הקודמות, שאר התורה, וזו קבלה לשאר הדורות את מה שהיה בעם באופן רטרואקטיבי, לכן התורה לא נתקבלה בכפייה, משום שבזמן פורים קיבלו על עצמם את כל התורה.

רבא- בעייה: התורה ניתנה בכפייה, ועל כן אינה מחייבת. פתרון: בסופו של דבר קיבלו על עצמם את התורה ולכן זה נתקבל והוא מחייב. (חיפשו תירוץ ליישוב שאלת הכפייה בקבלת התורה). זה מגלה לנו שכן היתה הסכמה, ולא כפייה.

הליכה לפי החוק והמשפט, היא תוצאה, זה שנמנעים מעבירות משום שיש להן תוצאות, סנקציות, היא לא הסיבה בגינה יש להימנע מהן. אלא, קודם כל יש הסבר הגיוני לסיבה לפיה הולכים על פי הכללים.

התלמוד: המלבי"ם- ההלכה כולה עומדת על התלמוד (בעיקר על הבבלי). למה התלמוד מחייב? הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה, סוקר באריכות את השתלשלות ההלכה עד לימיו, כדי להדגיש את מקורות הסמכות, שהן לקוחות מהספרות שבאה לפניו. הוא מדגיש מאוד את מעמדו המחייב של התלמוד על פני מקורות אחרים, "לדוגמה כתביהם של תקופת הגאונים. כל מה שבתלמוד הבבלי חייבים כל ישראל ללכת על פיהם, הואיל וכל אותם הדברים בגמרא הסכימו עליהם כל ישראל". לא התקיימה הצבעה בעניין זה ולא החלטה פורמאלית, אלא הסכמה חברתית, ויישום "תקנות הציבור" בפועל על ידי חכמים. סביר כי הרמב"ם קיבל דעה זו מסוגיות בגמרא שחכמים תיקנו מתוקף הסכמה כללית בעניינן. דברים שחכמים תיקנו תלויים בהסכמת הציבור.

בסיס לתוקף המשפטי: גישת "ירידת הדורות". תנאים – אמוראים – גאונים – ראשונים – אחרונים: היררכיה, כל דור אינו יכול לחלוק על הקודמים לו. גישה זו אינה מדוייקת. זה הגורם או המניע, אך זהו לא הכלל ולא הגורם הקובע את הסמכות. הגורם המשמעותי להבחנה בין התקופות היא הקבלה, ההסכמה. ההיררכיה, ירידת הדורות היא המניע לכך שאנו מקבלים על עצמנו את סמכות הדור שלפנינו. כל דור קיבל שלא לחלוק על החלטות הדור(ות) שלפניהם.

ר' יוסף קארו- "כסף משנה"- פירוש משנה תורה של הרמב"ם. ר' יוסף קארו שואל מזוע האמוראים לא חולקים על התנאים, חכמי המשנה? משום שאם בית דין קבע משהו משום שכך הבין, אז בית דין אחר, מאוחר יותר, יכול לשנות פסיקה זו. יש אפשרות לשינוי פסיקה ופרשנות, אך לא הלכה כתובה מפורשת בתורה. אז אם באופן עקרוני כן ניתן לחלוק על אחרים, אז למה לא חולקים על דורות קודמים? מיום חתימת המשנה (והגמרא), קיבלו שלא ניתן לחלוק עליהם. זוהי הסכמה ללכת על פיה (Acceptance). תשובתו מתבססת במשתמע על דברי הרמב"ם. עובדה היסטורית היא כי הספר משנה תורה התפשט בעיקר בארצות המזרח ולכן הפך למחייב, פוסקים על פיו משום שהציבור המקומי קיבלו על עצמו. כך גם לגבי השולחן הערוך, אשר מעמדו הולך ופוחת משום שמתקבלים הלכות חדשות בציבור. הסכמת הציבור יכולה להשתנות במהלך הדורות.

הפרושים מול הצדוקים. הצדוקים היו ממעמד גבוה יותר. הכהן הגדול בראש ובראשונה היה מנהיג פוליטי, ראש החברה היהודית. (היתה גם כת שלישית, האיסיים). מבחינה יהסטורית, לאחר החורבן נעלמו הצדוקים כליל, כי מרכזם היה בירושלים, וההלכה שלהם כמעט לא קיימת בחברה היהודית של אז. מה היה קורה אילו המציאות היתה ההיפך? אם הפרושים היו נעלמים, אז כל ההלכה שלנו כיום היתה צדוקית. המסקנה היא שכיום אין הסכמה רחבה של כלל ישראל, כמו שההיה פעם, אפילו מתוך החברה ששומרת את ההלכה. הרבנות הראשית היתה אמורה להיות בעלת הסמכות ההלכתית המקובלת על כולם. בעבר הסמכות היתה באה מתוך הקבלה וההסכמה, אבל משום שהיום, אפילו בתוך החברה המקבלת על עצמה את ההלכה, אין סמכות כלל.

היו שהדגישו את המעלה האישית של החכמים כמגדירת הסמכות ההלכתית שלהם, התורה שבע"פ. אך, לא זו היא שקובעת את הסמכות. אך רק קבלת העם לדורותיהם, במציאות הקיימת היא זו שקובעת את סמכות ההלכה שבע"פ. [סוף הפרק הראשון בקורס שלנו. אנחנו דיברנו עד עכשיו על האיך, על הכלים, דרכי הפעולה, כיצד דומה ההלכה למערכת המשפט. שאלת האמת המשפטית, על כל היבטיה, מסקנתינו היתה כי היא לא קובעת את התוקף ההלכתי משום שיכולה להיות טעות. שאלת הסמכות, אם האמת לא מכריעה, אז מאיפה מתקבלת תוקף מחייב? וכיצד קובעים סמכות, על פי קבלת העם.]

שאלת הפרשנות-שאלת הטעם, טעם הדין. מקומו של טעם (תכלית) הדין בפסיקה ההלכתית. במדינה שלנו, שאלה התכלית המשפטית היא בעלת משמעות גדולה. יש מחלוקת בין כוונת המחבר לבין תכלית החוק. בארץ יש משקל גדול יותר לתכלית החוק. מטרת החוק=טעם, נימוק. מה קורה בהלכה? האם גם בהלכה התכלית היא החשובה, המכרעת? בהלכה הכללים אינם חד משמעיים, קיימת חוסר בהירות לגביהם. השאלה הזו מושפעת מהמושג "טעמא דקרא"= טעם הכתוב. התפיסה המקובלת בהלכה היא כי "לא דורשים את טעמי המקרא"- לא מפרשים את המטרה והתכלית. מאיפה הגיע הכלל הזה שאין לדרוש? יש הלכה בתורה שאומרת "לא תחבול בגד אלמנה" [ספר דברים]- אם אדם מלווה כסף לאלמנה, אסור לקחת ממנה בגד כעירבון, משכון. המשנה בבא מצציעא אומרת דעה אחת, חד משמעית, לפיה אין ממשכנים אלמנה בכלל, כי כך כתוב בתורה, לא משנה אם היא ענייה או עשירה. יש מחלוקת על זה בגמרא. רשב"י- חולק על הלכה זו ואומר, עשירה ממשכנים, וענייה לא, הוא אינו מסכים עם מה שכתוב בתורה. כיצד הוא יכול לפסוק כך, לפרש כך את מה שכתוב במפורש בתורה. מדוע, משום שלענייה אין מספיק בגדים, וייתכן שהיא צריכה את הבגדים, ואז צריך להחזיר לה את הבגד בסוף כל יום, וגבר שבא אליה בלילה נראה לא טוב בעיניי השכנים. לעשירה אפשר להחזיר בסוף החודש. רשב"י מפרש לפי הטעם, למה שיהיה אסור, ולא לפי מה שכתוב במפורש, פרשנות מתקדמת ויצירתית. לפי סוגיית התלמוד, יש כאן מחלוקת פרשנית עקרונית. האם דורשים את טעם המקרא, האם יש לו משמעות או לא. בסופו של דבר לא דורשים את טעם המקרא, אלא הולכים לפי מה שכתוב.

11.12.14

טעמי ההלכות-

מה מקורו של טעם הדין בפרשנות ההלכתית, תכלית הדין?

במשפט הישראלי, תכלית החקיקה הוא גורם מרכזי בפרשנות. במשפט העברי קיימת חוסר בהירות בעניין זה. הנושא הזה קשור לטעם המקרא (המצוות, הכתוב)- טעמא דקרא. האם דורשים אותן לדין או לא? האם משתמשים בטעם כבסיס לפרשנות בדין? מחלוקת בין התנאים ר' שמעון ור' יהודה, בעניין "לא תחבול בגד אלמנה". ר' שמעון הולך לפי הטעם, הוא מביא ספוקלציה, פרשנות לגבי צו זה. דעתו היא רדיקלית משום שהוא מבצע הבחנה בין אלמנה ענייה לבין עשירה, מה שלא כתוב במפורש במקרא. על פי רוב, לא דורשים את הטעם, אלא הולכים לפי הכתוב כמות שהוא (כמובן שיש חריגים).

הבחנה בין טעמי מצוות לטעמי הלכות-

טעמא דקרא. רוב ההלכות מקורן אינן במקרא. כשמדובר בפרטי ההלכות השונים, אנחנו נדרוש את הטעם משום שזה בא מהתורה שבע"פ, ולא מהמקרא. על פי משנה תורה של הרמב"ם, כמעט בכל הלכה, הרמב"ם מביא את הטעם להלכה. הרמב"ם כמעט לא מביא נימוקים למצוות התורה. בשונה מספרו מורה נבוכים, בו הרמב"ם כן מביא טעמים למצוות. דוגמה- הלכות גניבה, פרק א', הלכה ט'- עבד שגנב פטור מתשלומי כפל, כמו גם האדון, אאף על פי שהעבד הוא רכושו של האדון. מפני שלעבד יש דעת משלו והאדון לא יכול לשמור עליו בצורה מוחלטת. ואם כך היה הדין, אז העבד היה גונב הרבה על מנת לגרום לאדון להפסדים רבים. זהו לא טעמא דקרא, מכיוון שזה הלכה ובמקרה זה בדקנו מדוע אנו עושים את זה..

ההלכה עושה הבחנה בין דאורייתא לבין דרבנן, זוהי קביעה פרשנית, ולפעמים במשתמע. טעמים/מטרות/תכליות שונות בהלכה- טעם פנימי וטעם חיצוני.

טעם חיצוני- הדין בא להשיג מטרה חיצונית- כלכלית, חברתית. על פי רשב"י, הטעם הוא חיצוני, באים להגן על איזושהי בעייה, מוסרית, וכו', שעל ידי חוק זה, ניתן יהיה להתמודד איתה. לא דורשים את טעם הדין עבור הפרשנות.

טעם פנימי- הבעייה היא בתוך הדין, מה שהחוק בא לגן עליו הוא חלק מהותי של החוק. במקרה זה, יש לפרש את הדין כי זה חלק מהותי ממנו. –דוגמה: מצוות הענקה לעבד, מענק שחרור לעבדים. מה קורה כאשר נפטר עבד ששוחרר, בלי שקיבל את המענק, האם היורשים יכולים לקבל את הכסף? השאלה היא, מהו הגדר המשפטי של המענק בעת השחרור. שיטה אחת- זה חלק מהשכר של העבד, ועל כן היורשים זכאים לו. שיטה אחרת- זה לא נכלל בשכרו של העבד, אלא זה מתנה מיוחדת, לא נכלל בזכויותיו בעבודה, ועל כן ליורשים אין זכות לקבל אותו. ושוב, המקור הוא, כיצד מגדירים מבחינה משפטית את המענק.

דוגמה- רשימה של פסולי עדות, עדותם איננה קבילה, והם מחולקים לקטגוריות. חלוקה לפי הטעם המשפטי- מבדילה בין פסולים שנחשבים לבלתי מהימנים לבין גזירת הכתוב.

מהימנות- ההלכה רואה קבוצה מסוימת כבלתי מהימנים, לא ניתן לסמוך עליהם שהם דוברים אמת. – נוגע בדבר- יש לו הנאה מהעניין, יש לו אינטרס לתוצאה מסויימת לפסק הדין, חושדים בו כי יעיד לטובתו האישית.

גזירת הכתוב- פסולים שאין טעם הגיוני להיות עדותם בלתי קבילה. זה לא שהם נפסלים משום שהם לא מהימנים, הם כן, אבל הכתוב החליט שהם לא יכולים, קביעה של התורה שאין לה טעם, תשובה. קרובים- היינו מבחינה הגיונית חושבים שקרובי משפחה הם בלתי מהימנים, על פי ההלכה, הם כן מהימנים, אבל אסור להם, פשוט כי כך כתוב.

יש בעייה בשאלות הלכתיות מסובכות יותר, שלא כולם מסכימים עליהן. עבריין, על פי ההלכה, פסול לעדות. אדם שמבצע עבירות, גם בן אדם למקום וגם בן אדם לחברו, אז האם הוא באמת לא יכול להעיד. הרב הרצוג בשאלה זו בשנות ה-50, קבע שבימינו זה לא נחשב, זה מאוד רדיקלי ולא כולם הסכימו עימו. הרב הרצוג מבסס את זה משום שלפיו, עבריינים נכנסים לקטגורייה של מהימנות, ולא גזירת הכתוב. היום אין בעייה לחוסר מהימנות אצל אדם שאינו שומר שבת, כי כיום רוב הציבור אינו כך, אבל בעבר זה היה חשוד ולא רווח שאנשים לא שמרו על אורח חיים דתי- תפיסה מודרנית. לכן, אם הדיין מתרשם שהעדות היא מהימנה, אין סיבה לפסול אותה. השאלה שוב, היא כיצד מגדירים את השאלה המשפטית (במקרה שלנו, לאיזו קטגוריה הוא נכנס). הטעם הפנימי הוא פה, לא החיצוני, כי זה לא בא להתמודד עם בעיה חיצונית, אלא השאלה היא מדוע מתוך ההלכה.

הגישה המקובלת על רוב הפוסקים היא שבדרך כלל לא דורשים את טעמי המקרא. חריגים: מצוות שילוח הקן- מה טעם המצווה? צער בעלי חיים- רחמנות על החיות, וזה הטעם המקובל. הרמב"ם במורה נבוכים- הטעם הוא כדי שננהג במידת רחמים כלפי החיות, ואנחנו צריכים לחוס עליהם. הרמב"ן- חולק, ואומר שזה לא בגלל זה, כי במקרים אחרים אנחנו לא חסים על בעלי חיים, אלא כדי שאנחנו נתחנך לרחמים, לא עבור החיות, אלא בשביל הנפש שלנו. שניהם מסכימים כי טעם המצווה הוא מידת הרחמים. שאלה של הפוסקים- איך מבצעים את מצוות שילוח הקן בפועל? אם אדם אינו רוצה את הביצים, אז האם הוא חייב לשלח את האם? האם זו מצווה, חיוב משלו? לפי פשוטם של הדברים, אין מצווה כזו. יש שיטה גדולה שיש מצווה לשלח את האם, מצווה נפרדת לגמרי. העמדה הזאת מושפעת מהקבלה, יש טעמים נסתרים עליוניים לעניין זה, זה מעורר רחמים בעולמות העליונים. כמעט כל הפוסקים מתפלפלים בסוגיות הגמרא, שמתבססים על ניתוח המקורות. המחלוקת הזאת מעוררת את שאלת הטעם. לכל הדעות, טעם המצווה הוא רחמי, אבל לשלח את האם סתם, זה משום אכזריות. כמעט כל הפוסקים לא העלו בכלל את שאלת הטעם, אלא רק שאלו האם אפשר לקבוע כך או כך, דיון פורמליסטי. היוצא מן הכלל הוא- החת"ם סופר (רבי משה סופר, גרמניה, הונגריה, נפטר בתחילת המאה ה-19) – הוא בד"כ לא דורש את טעמא דקרא, אבל במקרה זה הוא כן מעלה את הטעם. הוא אומר שלפי הרמב"ם, זו אכזריות לגרש את האם אם לא צריך את הביצים. הוא אומר שאסור אפילו, וכך הוא מכריע, וזו דעת רוב הפוסקים, אבל הוא היחיד שהתבסס על טעם המצווה, כטיעון מרכזי. יש פעמים שהטעם הוא חלק מהדין.

יש הרבה שעדיין מקיימים את מצוות שילוח הקן, גם אם אין להם צורך בביצים, משום שהם גורסים שזו מצווה בקבלה.

מצוות כתיבת ספר תורה- כל אדם מצווה לכתוב לעצמו ספר תורה (לא כתוב באופן חד משמעי, אלא כך פירשו חכמים). אבל ספר תורה זה יקר, ורוב האנשים אינם מסוגלים בכל מקרה. אז כיום, ביטלו את המצווה הזו (רוב החכמים גורסים כך), המצווה הזאת השתנתה במהלך הדורות. כיצד ניתן לבטל או לשנות מצווה מהתורה? על דרך הפרשנות, שינו את משמעות המצווה. הראשון היה הרא"ש (רבינו אשר בן יחיאל- אביו של הטור) – היתה מצווה בעבר לכתוב ספר תורה כי היו לומדים ממנה, אבל היום לא לומדים מתוך ספר התורה, אלא מתוך ספרים, ואילו ספר התורה נמצא בבית הכנסת. אז מה טעם המצווה? טעם המצווה היה לימוד, וכיום התכלית הזאת לא מושגת, לא מתממשת. ולכן, היום המצווה היא לקנות ספרי תורה וללמוד בהם. הבית יוסף (פירוש על הטור), רבי יוסף קארו- התקשה לקבל את הדברים של הטור. הוא מפרש אותם בצורה הרבה יותר מצומצמת. למה ההלכה השתנתה, כי כיום לא למדים בספר תורה, היה צריך לומר (מסקנה אחרת) שכן יקנו ספר תורה וילמדו בו, לא לבטל את המצווה, אלא לדרוש שכן יקיימו את המצווה.הוא אומר שהמסקנה מדברי הטור שהמצווה השתנתה באופן חלקי- יש מצווה לכתוב ספר תורה וללמוד בו, ובנוסף יוצאים ידי חובה בקניית ספרים וללמוד מהם. סיכום: עמדת הרא"ש- המצווה מבוטלת לגמרי. ר' יוסף קארו- המצווה השתנתה היום. בעל הדרישה חולק על הבית יוסף- המצווה היום שונה, לכן המצווה היום היא לקנות ספרים אחרים, משום הטעם ללמוד תורה. שילוח הקן הוא בטוח טעם חיצוני, אבל במצוות ספר תורה, האם זה פנימי או חיצוני? [חיצוני זה יהיה כדי להשיג מטרת לימוד תורה..] המהר"ל מפראג לעומתם, חושש מלתת טעם למצוות, כי זה יכול להביא לפרשנות מרחיקת לכת, משום שהמציאות משתנה תמיד, הטעמים לא תמיד רלוונטיים [הרא"ש מדבר על לחפש את הטעם במקרה זה, משום שכתוב בפירוש במקרא, זה לא פירוש על פרשנות של דבריי חכמים. במצוות אחרות לא נוהגים כך כי זה יכול להוביל למקומות קיצוניים]. העמדה של הרא"ש התקבלה, וכיום לא נוהגים הרוב לכתוב ספר תורה.

יש כלל שלא דורשים טעמא דקרא, אך חריגים- הבחנה בין טעם המקרא לטעם ההלכות, הבחנה בין טעם פנימי לטעם חיצוני טעמא דקרא הוא בעניין טעם חיצוני (יש חריגים), טעם פנימי, חייבים לברר את הטעם.

מה היה לנו עד עכשיו?- סיימנו את הפרק- פרשנות בהלכה. שאלת ההיבט המשפטי (תשובה אחת נכונה או לא). הרמב"ם- הסמכות בהלכה. שאלת הטעם בפרשנות ההלכתית.

שאלת האמת המשפטית בהקשר האמת העובדתית.

לפעמים המשפט קובע לעצמו אמיתות, קביעות עובדתיות, שאינן בהרבה מן המקרים עובדות ריאליות בעולם האמיתי. בעולם המשפט הן עובדות אמיתיות, אך הן סותרות את העולם האמיתי. הבדיון המשפטי נפוץ מאוד במשפט העברי. ה"איך"- כלי משפטי של קביעת עובדות פיקטיביות, עובדות שהדין מקבל אותן, אך הן לא אמיתיות. אילון דן בעניין זה בפס"ד 152/82 אלון נ' מדינת ישראל- רה"מ בגין החליט על הקמת ועדת חקירה בעניין רצח ארלוזורוב. השופט אלון החליט שזה לא חוקי לפתוח את הנושא מחדש משום שכבר דנו בו בעבר מספר (2) פעמים. אילון טען כי יש אמת משפטית ואמת עובדתית. בבג"ץ חותרים לאמת המשפטית, ועדת חקירה עוסקת באמת העובדתית, ולא בזו המשפטית. מכיוון ששתי הקבוצות לא חותרות אל האמת על ידי אותם כלים, אין מניעה לאפשר לוועדת החקירה לחקור, משום שהיא חותרת אל אמת אחרת, על אף שיש איסור לדון באותו המקרה שוב. המרצה חולק- המשפט הפלילי חותר אל האמת העובדתית, לא אל האמת המשפטית. נכון למשפט יש כלים משלו, שהוא קובע, ולפעמים הם מביאים למסקנות אחרות, אך אין סתירה ביחס לאמת הסופית. המשפט קובע עובדות משלו כי הוא משתמש בכלים משלו, שלא קיימים בעולם האמיתי- "פיקציה משפטית". לדוגמה: קביעה משפטית שמי שנעלם ל-20 שנה, מגדירים אותו כמת, זהו לא אמיתי משום שיש סיכוי שהוא חי. המשפט העברי משתמש הרבה בפיקציה המשפטית. דוגמה: "דופן עקומה"- כאשר חלק מהסכך אינו כשר, רואים בו כאילו הוא חלק מהדופן של הסוכה, ולכן הסוכה כשר. כמובן במציאות זה לא חלק מהקירות של הסוכה, אלא חלק מהסכך. ההלכה יכלה לומר שסכך פסול שנמצא בקצה הוא כשר, אבל היא לא הסתפקה באמירה משפטית נורמטיבית, אלא בנימוק הקובע עובדות פיקטיביות.

הודאה בע"ד (בעל דין)- אדם שאומר בחובתו, בחיוב ממוני. נחשבת כמשקל של יותר ממאה עדים. יש פוסקים שאומרים שזו ראייה, כי למה שאדם יאמר שהוא חייב אם הוא לא? ויש שאומרים שזה מחייב מרגע זה, אבל היא לא מראה כלום על העבר. ההודאה היא לא דקלרטיבית, אלא קונסטיטוטיבית. אם אדם אומר שהוא חייב, אז הוא מקבל על עצמו את החיוב מרגע זה. מרצה- הדעה השנייה היא פיקציה. איך המשפט יכול ל קבוע שמשהו שקרה או לא קרה בעבר, מבחינה עובדתית, לא קיימת עד שלא הודה בעל דין? בנוסף, בעל הדין בא להודות על העבר, אי המשפט יכול להתעלם מכך?

----

בשיעור שעבר דיברנו על ההבחנה בין המה לאיך. מבדילים בין התכנים לבין דרכי הפעולה של הנורמות. מצד התוכן מבחינים בין ההלכה למשפט. באיך, דרכי הפעולה, כל ההלכה היא משפט.

מקורות ההלכה- איך נוצרות הלכות? מערכת ההלכות היא מורכבת ורחבה, איך היא נוצרה. הרמב"ם מפרט את מקורות ההלכה במשנה תורה ובהרחבה יותר באחת ההקדמות שלו בפירוש המשנה. הרמב"ם מונה 3 מקורות-

1. פירושים
2. דרשות מתוך הכתובים
3. תקנות ומנהגות – חז"ל הוסיפו על דעתם חוקים נוספים

האם רשימה זו ממצה? השניים הראשונים נלמדים מתוך התורה, והשלישי נוסף על ידי חז"ל. מה שקשור לתורה (השניים הראשונים) מהווים אחוז קטן ביותר של ההלכות, והשאר באמת נכתב על ידי חז"ל, אז איך זה יכול להיות, לא מייצגים נכון את ההלכות. הרמבב"ם רצה רק להציג לנו את הקשר בין ההלכות לבין התורה שבע"פ. רוב ההלכות אכן באיות מהמקור השלישי. לאו דוקקא מופיע תחת שם זה. המקור העיקרי ממנו נוצרו הלכות נקרא בשם "פרשנות". הפרשנות ההלכתית היא קודם כל פירושי המקרא, אך רובה היא תוצאה של פרשנות למקורות נוספים. הפרשנות היא לא המקור היחיד אבל, יש עוד שני מקורות- תקנות וסברה.

תקנה היא חקיקה, אין עליה פרשנות, היא פשוט מחייבת, יצירה חדשה. חז"ל מחוקקים כדי להתמודד עם צרכים חברתיים שונים שעולים, אך לפעמים גם

פרשנות היא הישג ממקור קודם, שמגיעים למסקנות חדשות על בסיסה.

סברה- הגיון. הלכות שנוצרו על פי ההגיון של חז"ל, כך חשבו שצריך וראוי להיות. חלק אחוז מאוד מתוך ההלכה נוצרו מכוח הסברה. לדוג', ההלכות שבת- לא כתוב בתוררה בדיוק מה מותר ומה אסור, אלא חז"ל החליטו מה הגיוני להם.

זה הכול חלק מה"איך". איך נוצרות ההלכת.

"כופין על מידת סדום"- כופין- כאשר בן אדם מסרב לעשות משהו, ואנו מחייבים אותו לעשות כך. למה אנו כופים עליו, כי אנו חושביים שהוא מתנהג בצורה שאינה ראויה, כמו שהתנהגו בסדום. מידת סדום היא ביטוי בהלכה למעשים של רשעים, בעיקר בבן אדם לחברו.

"דין בין המיצר"- מיצר=גבול. שני שכנים שקרקעותיהם צמודות אחת לשניה, גבול משותף. אם אחד השכנים רוצה למכור את הקרקע שלו, יש זכות קדימה לשכנו, לפני כל קונה אחר. בהנחה שאין הפסד כספי, כמובן. זוהי תקנה שנוצרה משיקול מוסרי (סברה שהיא מחייבת משפטית). אנו נותנים עדיפות ליתרונות הכלכליים הברורים של השכן, על פני שאר האנשים.

למה סדום היא סברה ודין בין המיצר היא תקנה. כי בדין בין המיצר, ההגיון אינו חד משמעי, לא כולם היו מגיעים למסקנה הזאת, כי אנו מגבילים את המוכר.

אין דוגמאות לשיטות/תקנות כאלה בשיטות המשפט השונות ברחבי העולם. חלק גדול בהלה, בעיקר בדיני הממונות, מקורה בסברה.

הפרשנות מתחילה בתורה ומתגלגלת לאור כל התקופות ושלבי ההלכה.

איך שלוש הדברים מתפתחים יחד? תבורה, דברים כ"ח יש את מצוות השבת אבידה. למה כתוב שמלה, הרי זה נכנס בתוך כל חפץ, יש עליו סימנים ויש לו בעלים שיבואו לחפש אותו (תובע). נלמדו בדרך הפירוש. מהמושג תובע, למדו את המושג ייאוש- האם הבעלים יתייאשו מהאבידה או לא? זה הפך להיות הגורם הקובע. על פי זה יוכל המוצא להחליט האם לקחת את זה לעצמו או לא. פסוק- מדרש מביא סימנים – פרשנות- מביאים הלכות חדשות הנלמדות מכך. כך נוצרות ההלכות. במהלך הדורות הסטאטוס של חלק מהדברים האלה משתנה.

סימני שאלה פרשניים- המציאות היא דינמית, ולכן חייבים לפרש חוקים כי המחוקק לא היה יכול לצפות שינויים מראש. אך, בעיקר- כל ביטוי לשוני יכול להתרש ביותר מדרך אחת, ועל כן יש צורך בפרשנות. פרשנות של הגדרות בחוק שאינ מובנות לכול בצורה זהה. המשמעות בהקשר החוק תשתנה. גם הוראות פעולה יכולות להתבצע בכל מיני מובנים, לא חד משמעיים.

תורת הפרשנות- לכל דבר בעולם יש פרשנות. קיימת ספרות עצומה על תות הפרשנות בכלל והפרשנות המשפטית בפרט. שאלת המפתח – מה היחס בין הכוונה של הכותב לבין משמעותה של היצירה? מה משקלו של כוונת הכותב? זו שאלת הפרשנות.

הגישה המסורתית- כוונת הכותב היא זו שקובעת את הפרשנות.

הגישה המודרנית- הפרדה בין הכוונה לבין היצירה עצמה. לטקסט יש משמעות עצמאית, ללא קשר לכוונה.

הגישה הפוסט מודרנית- לא לטקסט ולא לכוונת המחבר יש משמעות, אלא רק מה שהקורא מבין.

המציאות מביאה לפירושים שונים- המציאות המשתנה והמציאות הכתובה.

בפרשנות המשפטית אנו מדברים על פרשנות החוק- כוונת המחוקק, ועל תקדימים/פסיקות, חוזים שונים. בעבר היה מקובל שהפרשנות המשטית חותרת לכוונת המחוקק. בעשרות השנים האחרונות, מדברים פחות על כך, והתקבלה גישה של פרשנות תכליתית- מטרת החוק. השופט ברק התחיל במגמה זו. למה שונתה הגישה? 1. קשה לחשוף באמת את כוונת המחוקק. גם אם נלך על מטרת החוק, עדיין יכולות להיות מחלוקות בפרשנות השונה.

הפרשנות המשפטית נסמכת על הלשון ועל ההקשר (תכלית). אלה הגורמים היסודיים המרכיבים את הפרשנות.

פשט- לשון הכתוב

דרש- פרשנות שלא משתמעת מהכתוב

ר, אבן עזרא- ספר הישר.

תפיסת עולמו של השופט משפיעה על פרשנותו ועל פסיקתו. אמת המוסר של השופט היא סובייקטיבית.

שאלת האמת המשפטית – האם קיימת רק תשובה אחת נכונה? או מלכתחילה אין תשובה אחת נכונה, אין עדיפות לאחת על פני אחרות.

2 אסכולות עיקריות בתורת המשפט:

פוזיטיביסטית/פוזיטיבזם משפטי- וויליאם הארט, המשפט הוא מה שנקבע על פי המוסדות הפורמליים. אין בהכרח תשובה אחת נכונה. יוסף רז, ישראלי היה/הוא ממשיך דרכו של הארט.

נון-פוזיטיביסטית- רונלד דוורקין, המשפט כולל בתוכו גם את העקרונות לש החברה, ערכים, מוסר, הרבה יותר רחב מאשר רק היצירה הפורמלית. עמוס שפירא- תלמידו של דוורקין.

שאלת הפרשנות-שאלת הטעם, טעם הדין. מקומו של טעם (תכלית) הדין בפסיקה ההלכתית. במדינה שלנו, שאלה התכלית המשפטית היא בעלת משמעות גדולה. יש מחלוקת בין כוונת המחבר לבין תכלית החוק. בארץ יש משקל גדול יותר לתכלית החוק. מטרת החוק=טעם, נימוק. מה קורה בהלכה? האם גם בהלכה התכלית היא החשובה, המכרעת? בהלכה הכללים אינם חד משמעיים, קיימת חוסר בהירות לגביהם. השאלה הזו מושפעת מהמושג "טעמא דקרא"= טעם הכתוב. התפיסה המקובלת בהלכה היא כי "לא דורשים את טעמי המקרא"- לא מפרשים את המטרה והתכלית. מאיפה הגיע הכלל הזה שאין לדרוש? יש הלכה בתורה שאומרת "לא תחבול בגד אלמנה" [ספר דברים]- אם אדם מלווה כסף לאלמנה, אסור לקחת ממנה בגד כעירבון, משכון. המשנה בבא מצציעא אומרת דעה אחת, חד משמעית, לפיה אין ממשכנים אלמנה בכלל, כי כך כתוב בתורה, לא משנה אם היא ענייה או עשירה. יש מחלוקת על זה בגמרא. רשב"י- חולק על הלכה זו ואומר, עשירה ממשכנים, וענייה לא, הוא אינו מסכים עם מה שכתוב בתורה. כיצד הוא יכול לפסוק כך, לפרש כך את מה שכתוב במפורש בתורה. מדוע, משום שלענייה אין מספיק בגדים, וייתכן שהיא צריכה את הבגדים, ואז צריך להחזיר לה את הבגד בסוף כל יום, וגבר שבא אליה בלילה נראה לא טוב בעיניי השכנים. לעשירה אפשר להחזיר בסוף החודש. רשב"י מפרש לפי הטעם, למה שיהיה אסור, ולא לפי מה שכתוב במפורש, פרשנות מתקדמת ויצירתית. לפי סוגיית התלמוד, יש כאן מחלוקת פרשנית עקרונית. האם דורשים את טעם המקרא, האם יש לו משמעות או לא. בסופו של דבר לא דורשים את טעם המקרא, אלא הולכים לפי מה שכתוב.

מבוא למשפט עברי- 11.12.14

טעמי ההלכות-

מה מקורו של טעם הדין בפרשנות ההלכתית, תכלית הדין?

במשפט הישראלי, תכלית החקיקה הוא גורם מרכזי בפרשנות. במשפט העברי קיימת חוסר בהירות בעניין זה. הנושא הזה קשור לטעם המקרא (המצוות, הכתוב)- טעמא דקרא. האם דורשים אותן לדין או לא? האם משתמשים בטעם כבסיס לפרשנות בדין? מחלוקת בין התנאים ר' שמעון ור' יהודה, בעניין "לא תחבול בגד אלמנה". ר' שמעון הולך לפי הטעם, הוא מביא ספוקלציה, פרשנות לגבי צו זה. דעתו היא רדיקלית משום שהוא מבצע הבחנה בין אלמנה ענייה לבין עשירה, מה שלא כתוב במפורש במקרא. על פי רוב, לא דורשים את הטעם, אלא הולכים לפי הכתוב כמות שהוא (כמובן שיש חריגים).

הבחנה בין טעמי מצוות לטעמי הלכות-

טעמא דקרא. רוב ההלכות מקורן אינן במקרא. כשמדובר בפרטי ההלכות השונים, אנחנו נדרוש את הטעם משום שזה בא מהתורה שבע"פ, ולא מהמקרא. על פי משנה תורה של הרמב"ם, כמעט בכל הלכה, הרמב"ם מביא את הטעם להלכה. הרמב"ם כמעט לא מביא נימוקים למצוות התורה. בשונה מספרו מורה נבוכים, בו הרמב"ם כן מביא טעמים למצוות. דוגמה- הלכות גניבה, פרק א', הלכה ט'- עבד שגנב פטור מתשלומי כפל, כמו גם האדון, אאף על פי שהעבד הוא רכושו של האדון. מפני שלעבד יש דעת משלו והאדון לא יכול לשמור עליו בצורה מוחלטת. ואם כך היה הדין, אז העבד היה גונב הרבה על מנת לגרום לאדון להפסדים רבים. זהו לא טעמא דקרא, מכיוון שזה הלכה ובמקרה זה בדקנו מדוע אנו עושים את זה..

ההלכה עושה הבחנה בין דאורייתא לבין דרבנן, זוהי קביעה פרשנית, ולפעמים במשתמע. טעמים/מטרות/תכליות שונות בהלכה- טעם פנימי וטעם חיצוני.

טעם חיצוני- הדין בא להשיג מטרה חיצונית- כלכלית, חברתית. על פי רשב"י, הטעם הוא חיצוני, באים להגן על איזושהי בעייה, מוסרית, וכו', שעל ידי חוק זה, ניתן יהיה להתמודד איתה. לא דורשים את טעם הדין עבור הפרשנות.

טעם פנימי- הבעייה היא בתוך הדין, מה שהחוק בא לגן עליו הוא חלק מהותי של החוק. במקרה זה, יש לפרש את הדין כי זה חלק מהותי ממנו. –דוגמה: מצוות הענקה לעבד, מענק שחרור לעבדים. מה קורה כאשר נפטר עבד ששוחרר, בלי שקיבל את המענק, האם היורשים יכולים לקבל את הכסף? השאלה היא, מהו הגדר המשפטי של המענק בעת השחרור. שיטה אחת- זה חלק מהשכר של העבד, ועל כן היורשים זכאים לו. שיטה אחרת- זה לא נכלל בשכרו של העבד, אלא זה מתנה מיוחדת, לא נכלל בזכויותיו בעבודה, ועל כן ליורשים אין זכות לקבל אותו. ושוב, המקור הוא, כיצד מגדירים מבחינה משפטית את המענק.

דוגמה- רשימה של פסולי עדות, עדותם איננה קבילה, והם מחולקים לקטגוריות. חלוקה לפי הטעם המשפטי- מבדילה בין פסולים שנחשבים לבלתי מהימנים לבין גזירת הכתוב.

מהימנות- ההלכה רואה קבוצה מסוימת כבלתי מהימנים, לא ניתן לסמוך עליהם שהם דוברים אמת. – נוגע בדבר- יש לו הנאה מהעניין, יש לו אינטרס לתוצאה מסויימת לפסק הדין, חושדים בו כי יעיד לטובתו האישית.

גזירת הכתוב- פסולים שאין טעם הגיוני להיות עדותם בלתי קבילה. זה לא שהם נפסלים משום שהם לא מהימנים, הם כן, אבל הכתוב החליט שהם לא יכולים, קביעה של התורה שאין לה טעם, תשובה. קרובים- היינו מבחינה הגיונית חושבים שקרובי משפחה הם בלתי מהימנים, על פי ההלכה, הם כן מהימנים, אבל אסור להם, פשוט כי כך כתוב.

יש בעייה בשאלות הלכתיות מסובכות יותר, שלא כולם מסכימים עליהן. עבריין, על פי ההלכה, פסול לעדות. אדם שמבצע עבירות, גם בן אדם למקום וגם בן אדם לחברו, אז האם הוא באמת לא יכול להעיד. הרב הרצוג בשאלה זו בשנות ה-50, קבע שבימינו זה לא נחשב, זה מאוד רדיקלי ולא כולם הסכימו עימו. הרב הרצוג מבסס את זה משום שלפיו, עבריינים נכנסים לקטגורייה של מהימנות, ולא גזירת הכתוב. היום אין בעייה לחוסר מהימנות אצל אדם שאינו שומר שבת, כי כיום רוב הציבור אינו כך, אבל בעבר זה היה חשוד ולא רווח שאנשים לא שמרו על אורח חיים דתי- תפיסה מודרנית. לכן, אם הדיין מתרשם שהעדות היא מהימנה, אין סיבה לפסול אותה. השאלה שוב, היא כיצד מגדירים את השאלה המשפטית (במקרה שלנו, לאיזו קטגוריה הוא נכנס). הטעם הפנימי הוא פה, לא החיצוני, כי זה לא בא להתמודד עם בעיה חיצונית, אלא השאלה היא מדוע מתוך ההלכה.

הגישה המקובלת על רוב הפוסקים היא שבדרך כלל לא דורשים את טעמי המקרא. חריגים: מצוות שילוח הקן- מה טעם המצווה? צער בעלי חיים- רחמנות על החיות, וזה הטעם המקובל. הרמב"ם במורה נבוכים- הטעם הוא כדי שננהג במידת רחמים כלפי החיות, ואנחנו צריכים לחוס עליהם. הרמב"ן- חולק, ואומר שזה לא בגלל זה, כי במקרים אחרים אנחנו לא חסים על בעלי חיים, אלא כדי שאנחנו נתחנך לרחמים, לא עבור החיות, אלא בשביל הנפש שלנו. שניהם מסכימים כי טעם המצווה הוא מידת הרחמים. שאלה של הפוסקים- איך מבצעים את מצוות שילוח הקן בפועל? אם אדם אינו רוצה את הביצים, אז האם הוא חייב לשלח את האם? האם זו מצווה, חיוב משלו? לפי פשוטם של הדברים, אין מצווה כזו. יש שיטה גדולה שיש מצווה לשלח את האם, מצווה נפרדת לגמרי. העמדה הזאת מושפעת מהקבלה, יש טעמים נסתרים עליוניים לעניין זה, זה מעורר רחמים בעולמות העליונים. כמעט כל הפוסקים מתפלפלים בסוגיות הגמרא, שמתבססים על ניתוח המקורות. המחלוקת הזאת מעוררת את שאלת הטעם. לכל הדעות, טעם המצווה הוא רחמי, אבל לשלח את האם סתם, זה משום אכזריות. כמעט כל הפוסקים לא העלו בכלל את שאלת הטעם, אלא רק שאלו האם אפשר לקבוע כך או כך, דיון פורמליסטי. היוצא מן הכלל הוא- החת"ם סופר (רבי משה סופר, גרמניה, הונגריה, נפטר בתחילת המאה ה-19) – הוא בד"כ לא דורש את טעמא דקרא, אבל במקרה זה הוא כן מעלה את הטעם. הוא אומר שלפי הרמב"ם, זו אכזריות לגרש את האם אם לא צריך את הביצים. הוא אומר שאסור אפילו, וכך הוא מכריע, וזו דעת רוב הפוסקים, אבל הוא היחיד שהתבסס על טעם המצווה, כטיעון מרכזי. יש פעמים שהטעם הוא חלק מהדין.

יש הרבה שעדיין מקיימים את מצוות שילוח הקן, גם אם אין להם צורך בביצים, משום שהם גורסים שזו מצווה בקבלה.

מצוות כתיבת ספר תורה- כל אדם מצווה לכתוב לעצמו ספר תורה (לא כתוב באופן חד משמעי, אלא כך פירשו חכמים). אבל ספר תורה זה יקר, ורוב האנשים אינם מסוגלים בכל מקרה. אז כיום, ביטלו את המצווה הזו (רוב החכמים גורסים כך), המצווה הזאת השתנתה במהלך הדורות. כיצד ניתן לבטל או לשנות מצווה מהתורה? על דרך הפרשנות, שינו את משמעות המצווה. הראשון היה הרא"ש (רבינו אשר בן יחיאל- אביו של הטור) – היתה מצווה בעבר לכתוב ספר תורה כי היו לומדים ממנה, אבל היום לא לומדים מתוך ספר התורה, אלא מתוך ספרים, ואילו ספר התורה נמצא בבית הכנסת. אז מה טעם המצווה? טעם המצווה היה לימוד, וכיום התכלית הזאת לא מושגת, לא מתממשת. ולכן, היום המצווה היא לקנות ספרי תורה וללמוד בהם. הבית יוסף (פירוש על הטור), רבי יוסף קארו- התקשה לקבל את הדברים של הטור. הוא מפרש אותם בצורה הרבה יותר מצומצמת. למה ההלכה השתנתה, כי כיום לא למדים בספר תורה, היה צריך לומר (מסקנה אחרת) שכן יקנו ספר תורה וילמדו בו, לא לבטל את המצווה, אלא לדרוש שכן יקיימו את המצווה. הוא אומר שהמסקנה מדברי הטור שהמצווה השתנתה באופן חלקי- יש מצווה לכתוב ספר תורה וללמוד בו, ובנוסף יוצאים ידי חובה בקניית ספרים וללמוד מהם. סיכום: עמדת הרא"ש- המצווה מבוטלת לגמרי. ר' יוסף קארו- המצווה השתנתה היום. בעל הדרישה חולק על הבית יוסף- המצווה היום שונה, לכן המצווה היום היא לקנות ספרים אחרים, משום הטעם ללמוד תורה. שילוח הקן הוא בטוח טעם חיצוני, אבל במצוות ספר תורה, האם זה פנימי או חיצוני? [חיצוני זה יהיה כדי להשיג מטרת לימוד תורה..] המהר"ל מפראג לעומתם, חושש מלתת טעם למצוות, כי זה יכול להביא לפרשנות מרחיקת לכת, משום שהמציאות משתנה תמיד, הטעמים לא תמיד רלוונטיים [הרא"ש מדבר על לחפש את הטעם במקרה זה, משום שכתוב בפירוש במקרא, זה לא פירוש על פרשנות של דבריי חכמים. במצוות אחרות לא נוהגים כך כי זה יכול להוביל למקומות קיצוניים]. העמדה של הרא"ש התקבלה, וכיום לא נוהגים הרוב לכתוב ספר תורה.

יש כלל שלא דורשים טעמא דקרא, אך חריגים- הבחנה בין טעם המקרא לטעם ההלכות, הבחנה בין טעם פנימי לטעם חיצוני טעמא דקרא הוא בעניין טעם חיצוני (יש חריגים), טעם פנימי, חייבים לברר את הטעם.

מה היה לנו עד עכשיו?- סיימנו את הפרק- פרשנות בהלכה. שאלת ההיבט המשפטי (תשובה אחת נכונה או לא). הרמב"ם- הסמכות בהלכה. שאלת הטעם בפרשנות ההלכתית.

שאלת האמת המשפטית בהקשר האמת העובדתית.

לפעמים המשפט קובע לעצמו אמיתות, קביעות עובדתיות, שאינן בהרבה מן המקרים עובדות ריאליות בעולם האמיתי. בעולם המשפט הן עובדות אמיתיות, אך הן סותרות את העולם האמיתי. הבדיון המשפטי נפוץ מאוד במשפט העברי. ה"איך"- כלי משפטי של קביעת עובדות פיקטיביות, עובדות שהדין מקבל אותן, אך הן לא אמיתיות. אילון דן בעניין זה בפס"ד 152/82 אלון נ' מדינת ישראל- רה"מ בגין החליט על הקמת ועדת חקירה בעניין רצח ארלוזורוב. השופט אלון החליט שזה לא חוקי לפתוח את הנושא מחדש משום שכבר דנו בו בעבר מספר (2) פעמים. אילון טען כי יש אמת משפטית ואמת עובדתית. בבג"ץ חותרים לאמת המשפטית, ועדת חקירה עוסקת באמת העובדתית, ולא בזו המשפטית. מכיוון ששתי הקבוצות לא חותרות אל האמת על ידי אותם כלים, אין מניעה לאפשר לוועדת החקירה לחקור, משום שהיא חותרת אל אמת אחרת, על אף שיש איסור לדון באותו המקרה שוב. המרצה חולק- המשפט הפלילי חותר אל האמת העובדתית, לא אל האמת המשפטית. נכון למשפט יש כלים משלו, שהוא קובע, ולפעמים הם מביאים למסקנות אחרות, אך אין סתירה ביחס לאמת הסופית. המשפט קובע עובדות משלו כי הוא משתמש בכלים משלו, שלא קיימים בעולם האמיתי- "פיקציה משפטית". לדוגמה: קביעה משפטית שמי שנעלם ל-20 שנה, מגדירים אותו כמת, זהו לא אמיתי משום שיש סיכוי שהוא חי. המשפט העברי משתמש הרבה בפיקציה המשפטית. דוגמה: "דופן עקומה"- כאשר חלק מהסכך אינו כשר, רואים בו כאילו הוא חלק מהדופן של הסוכה, ולכן הסוכה כשר. כמובן במציאות זה לא חלק מהקירות של הסוכה, אלא חלק מהסכך. ההלכה יכלה לומר שסכך פסול שנמצא בקצה הוא כשר, אבל היא לא הסתפקה באמירה משפטית נורמטיבית, אלא בנימוק הקובע עובדות פיקטיביות.

הודאה בע"ד (בעל דין)- אדם שאומר בחובתו, בחיוב ממוני. נחשבת כמשקל של יותר ממאה עדים. יש פוסקים שאומרים שזו ראייה, כי למה שאדם יאמר שהוא חייב אם הוא לא? ויש שאומרים שזה מחייב מרגע זה, אבל היא לא מראה כלום על העבר. ההודאה היא לא דקלרטיבית, אלא קונסטיטוטיבית. אם אדם אומר שהוא חייב, אז הוא מקבל על עצמו את החיוב מרגע זה. מרצה- הדעה השנייה היא פיקציה. איך המשפט יכול ל קבוע שמשהו שקרה או לא קרה בעבר, מבחינה עובדתית, לא קיימת עד שלא הודה בעל דין? בנוסף, בעל הדין בא להודות על העבר, אי המשפט יכול להתעלם מכך?

**18.12**

האמת המשפטית כאשר היא מנוגדת לאמת המציאותית (פיקציה משפטית)

הדין קובע לעצמו עובדות אשר אינן קיימות בעולם האמיתי, מומצאות. כל שיטות המשפט משתמשות בכלי זה (דרך פעולה=איך). בהלכה זהו מכשיר נפוץ, דוגמאות-

1. סוכה: דופן עקומה, במקום לומר שדופן שקרוב לגג הסוכה הוא כשר, אך במקום זאת, רשמה שעושים כאילו דופן זה הוא חלק מהסכך- פיקציה, המצאה.
2. שומע כעונה: אדם יוצא ידי חובה בשמיעה ולא בדיבור, ויש פרשנים שאומרים שהשמיעה היא כאילו דיבור, במקום לומר שמי ששומע יוצא ידי חובה.
3. שליחות: "שלוחו של אדם כמותו"- לשון זו אומצה על ידי חוק השליחות הישראלי. פירוש הכלל הוא ששלוח עושה פעולה משפטית עם צד ג' אך היא נעשתה עבור השולח, והאחרון הוא שאחראי על כך. מדוע זה כך? מדוע נקבע כי השולח הוא זה שאחראי כאשר השלוח ביצע את הפעולה? - השלוח והשולח נחשבים לאיש אחד מבחינה משפטית ("ידו הארוכה"-תורת הזיהוי, "הרי הוא כגופו"-מתמזגים לגוף אחד). יש שיטות משפט שאינן מסכימות עם קביעה זו. לפירש במשמעות זאת ישנן השלכות לעניין קביעת הדין.

נישואין למטרת קבלת אזרחות זרה (במקרה של ישראל זהו מוקף חוק השבות- דוגמא לרוסים). נישואין על הנייר, כאשר הזוג מתגרש מיד לאחר קבלת ההטבות, נקראת חתונה פיקטיבית. השאלה היא, האם זוהי פיקציה משפטית. זו לא במקרה זזה, כי המשפט לא קבע אף עובדה חדשה, פיקציה משפטית היא כאשר הדין ממציא עובדות מדומיינות משלו. במקרה זה, נישואין היא הגדרה משפטית, שחלה במקרה זה משום שהזוג רשומים כנשואין מתוקף הדין. אבל הדין לא המציא אף עובדה. במקרה שלנו קוראים לזה "הערמה" ולא פיקציה משפטית.

הערמה- פעולה משפטית חוקית, כאשר יש עקיפה של מטרת הדין. סטייה בפן של הכוונה לביצוע פעולה משפטית. חוק השבות במקרה שלנו לא התכוון לנישואין כמו במקרה שלנו, אלא לנישואין מתוך אהבה, לא נישואין למטרת קבלת זכויות משפטיות. כאשר הדין הגדיר בן זוג, הוא לא התכוון לנישואין פיקטיביים. שיטות המשפט נלחמות בשיטות ההערמה האלה, משום שמטרתן היא לסטות מכוונת החוק ובכל זאת להשיג את המטרה הסופית.

קיים קשר ברור בין הערמה לבין פיקציה. יש להיזהר לא לבלבל ביניהן. בהערמה יש מימד פיקטיבי, וזהו המשותף ביניהם, אבל בהגדרה, הם שונים. פיקציה- הדין קובע עובדות חדשות, הערמה- שימוש בדין שלא למטרה שלשמה נועד-עקיפה. (הערמה יש לה קונוטציה שלילית).

תופעת ההערמה בהלכה היא רווחת מאוד. המסקנה מכך היא שזהו מכשיר שההלכה משתמשת בו הרבה, ועל כך נרחיב בהמשך.

דוגמה נוספת להערמה- העברת בעלות על נכסים/כספים של אדם בטרם פטירתו על מנת שלא ישלם מס עיזבון (שהיה קיים בארץ, המדינה מקבלת 25% מעושרו של אדם כאשר נפטר). אנשים היו מעבירים את נכסיהם לבעלות של ילדיהם על מנת שהמדינה לא תקבל רבע מהכספים. פעולה משפטי זו של העברה היא חוקית, אך המטרה שלשמה נעשתה אינה תואמת את מטרת החוק ואינה כל כך לגיטימית. הערמה- המחוקק לא התכוון לכך.

הערמה בהלכה- מופיעה בהרבה מאוד מצבים. דוגמאות-

מעשר שני: בהלכה קיימת חובה של הפרשת תרומות ומעשרות מהתפוקה החקלאית. מעשר שני מופרש פעמיים במשך כל 6 שנים שבין שתי שנות שמיטה. החקלאים מפרישים מעשרים ואוכל אותם בירושלים, בין החומות כי יש בהן משום קדושה. ההלכה אמרה שמי שאינו מסוגל לבצע זאת, אפשר לפדות את הפירות בכסף, ואת הכסף ניתן להעלות לירושלים בכל שלב ולהשתמש בהם שם. פירות אי אפשר לאכסן, אך כסף כן ניתן לחכות עד להזדמנות הראשונה. כיצד ההלכה מאפשרת זאת? יש להוסיף חמישית לערך המעשר (חשבון מוזר של ההלכה). המשנה אומרת "מערימין על מעשר שני"—ההלכה מאפשרת ביצוע פעולת הערמה על מנת שלא נצטרך להוסיף חמישית, על אף שכתוב במפורש בתורה שחייבים. יש אפשרות להעביר את הפירות לאדם אחר כמתנה, ומכיוון שזה כבר לא שייך לאותו האדם, אז הוא לא חייב עליהן חמישית, רק את המעשר ואז אפשר גם לקחת אותן חזרה. האדם לא לוקח על הפירות מעשר על ההתחלה, כדי שלא תהיה בהן קדושה. מכייון שהפירות לא שייכים לאותו האדם, הוא לא חייב לשלם חמישית, אלא רק מעשר. החוקרים מתלבטים כיצד יש להסביר הלכות אלה. פעולות מהסוג הזה מעלות 2 שאלות-

1. שאלת התוקף- האם פעולת הערמה היא תקפה? האם היא יעילה ומשיגה את מטרתה? (מטרת העקיפה)
2. שאלת הלגיטימיות- האם ראוי ונכון לפעול כך לכתחילה? או שמא הפעולה היא פסולה.

בדרך כלל זה כן תקף, חוץ מחריגים שחכמים פסלו באופן ספציפי. אין תשובה חד משמעית לשאלת הלגיטימיות, ולפעמים אינה אפילו ודאית.

גישה מקובלת במחקר היא "הגישה ההיסטורית"- טוענים כי ההערמות באו לעולם על רקע מסוים, לא במקרה, היתה סיבה/צורך. נוצרו כדי להתמודד עם מצבים מסוימים בחברה היהודית. בעבר לא הקפידו על מצווה זו משום הקושי בביצועה, ועל כן חז"ל ניסו להתמודד עימה ועל כן תיקנו תקנה זו כדי לעודד את קיומה. חכמים לא זלזלו במצווה, אלא להיפך.

גישה אחת- על פי החכמים, הערמה יש בה משום תקנה (תקנה- חקיקה חדשה שבאה להתמודד עם מצבים בעייתיים). גישתו של המרצה- יביא את הסברו מאוחר יותר, אך אינו מסכים במאה אחוז עם הגישה ההיסטורית.

דוגמא נוספות- בכור בהמה: יש לתת את הבכור של הבהמה לכהן. גם במקרה זה המשנה קובעת כי יש להערים על חוק זה, על אף שהיא כתובה במפורש בתורהה. זוהי מצווה שקשה לקיים אותה, בייחוד כאשר בעל הבהמה אינו עשיר. המשנה מגדירה פעולות שניתן לבצע על מנת שלא לקיים את מצוות בכור בהמה, ולא קובעת כי ניתן להערים אך הדבר הוא פסול. החוקרים אומרים כי זה היה קושי בהיסטוריה, וכי פתרון זה נועד לפתור אותו בתקופה זו. (חוקר חשוב- פרופ' אורבך).

לקרוא מאמר- פרופ' שמואל שילה, "הערמה בתלמוד", שנתון המשפט העברי כרך ח'- לקרוא את ההקדמה למאמר + עמ' 322-330.

[קיימות גישות נוספות לתופעת ההערמה במשנה, נגיע אליהן בשלב מאוחר יותר.]

הערמות גדולות שהתחדשו בדורות האחרונים- לכל ההערמות האלה, ולאחרות, יש תקדים (מאוד מעניין) בההלכה- זו תקנה שתיקן הלל הזקן- "תקנת הפרוזבול"- סוג של שטר שהיה נהוג בתקופה הקדומה.

1. מכירת החמץ בערב פסח-
2. מכירת קרקעות בשנת השמיטה- בשנת השמיטה יש שמיטת קרקעות ושמיטת כספים. אסור לעבוד את האדמה ואסור לסחור בפירות. אך, יש גם איסור לסחור בכספים, ולכן כל הלוואה כספית נעלמת, חוב שמקורו בהלוואה, נשמט, לא ניתן לקבל את הכסף שלווה לאחר, עד לסוף השנה השביעית (אסור לתבוע, ואם כן, הוא בכל מקרה לא יקבל). תקנת הפרוזבול ביטלה את שמיטת הכספים. תקנת הלל הזקן מאפשרת תביעת החוב גם לאחר שנת השמיטה, וזהו רדיקלי משום שזו מצווה מפורשת בתורה. השאלה היא, איך ניתן לבטל מצווה בתורה על פי תקנת חכמים? כיום אין מקיימים את מצוות שמיטת תהכספים, משום שאו שהחייב משלם בכל מקרה משום שהוא מרגיש שלא בנוח, אאו שהנושה מוציא שטר פרוזבול המחייב את הלווה להחזיר את הכסף.
3. היתר עסקה בקשר לאיסור הריבית בהלוואות-

איך אפשר לבטל מצווה בתורה? ומהי הפרוצדורה המשפטית שעל פיה ביטל הלל את החיוב?

קיימות שתי גישות סותרות בהלכה ליישוב שאלה זאת: (דברי התנאים)

1. "מדרש הלכה"- הלכה שנלמדת מתוך הכתובים (מחקר, פירוש של הכתוב). הפרוזבול נזבר בספר ספרי- מדרש הלכה לבמדבר ולדברים. בהתחלה נלמדו ההלכות הישר מתוך הכתוב בתורה. במשך הדורות, התחילו ללמוד את ההלכות מתוך המשנה, הן אינן נובעות מהכתובים אלא עצמאיות. מחבר בין הפרוזבול לבין תקנות חכמים. קטע מתוך ספרי- "את אחיך תשמט ידך, ולא המוסר שטרותיו לבית דין"- הספרי דורש את המילה "ידך" ולא "בית דין"- אתה, האדם הפרטי, אל תתבע את החוב, הפסוק פונה לאדם. מזה הסיק המדרש, זה לא ביה"ד- גוף ציבורי, כמו בית דין, כן יכול לגבות את החוב. מכאן אמרו שהלל תיקן את הפרוזבול, על ההלכה הזאת הספציפית. הלל לא ביטל מצווה, אלא פירש אותה באופן אחר, מתוך הכתובים (מבחינה מעשית המצווה מבוטלת על ידי הפרוזבול, אך באופן פורמלי, ההלכה לא התבטלה, היא מפורשת מתוך הכתובים ממש). הקושי שמתעורר מכך הוא, שאם כך, זו לא תקנה, כי הוא לא חוקק משהו חדש, אלא הסתמך על הכתוב.
2. במשנה, נזכר באופן קצת שונה- המשנה לא דורשת את הכתובים, המשנה לא מבססת את התקנה/פרוזבול על הפסוק של השטרות מהמקור הקודם, והמשנה נותנת לנו את הרקע ההיסטורי לתקנה. על פי המשנה, העם נמנעו מלהלוות בסמוך לשנת השמיטה משום שפחדו שלא יקבלו את הכסף שלהם בחזרה. (הגיוני וסביר, אבל העניים צריכים כסף עדיין).. הלל תיקן תקנה חדשה שבאה להתמודד עם מצב זה. אך, התורה ציפתה במפורש בעיה זו והזהירה מראש שאין להתנהג כך, אין שלא להלוות משום ששנת השמיטה מתקרבת. אך, זהה התרחש על אף שנכתב בתורה לא לפעול כך. על רקע זה באה תקנת הלל. בפרק עשירי במסכת שביעית נכתב- במפורש ששטר שניתן לבית דין אינו מתבטל, ונאמר על תקנת הפרוזבול של הלל שגם עליה אין משמטים. המשנה מפרידה בין ביה"ד- פסוק מהתורה, לבין הפרוזבול- תקנה של הלל. (בספרי זה דבר אחד, משום שהלל הסתמך על הפסוק מהתורה, ואילו במשנה, הם שני עניינים נפרדים). אם כך, ניתן להבין מדוע הפרוזבול נקרא תקנה (לפי המשנה) – כי זה באמת חידוש, זה לא מבוסס על המצווה המפורשת בתורה. אך, אם כך, אם זו תקנה חדשה, כיצד ניתן לבטל מצווה מפורשת בתורה על ידי תקנה? הגמרא מעלה שאלה זאת, ותשובתה היא שניתן. לפי הגמרא במסכת גיטין, כבר בתקופתו של הלל, מצוות השמיטה לא היתה מן התורה, כבר לא נהגו בה באופן מחייב מדאורייתא, אלא היתה רק תקנת חכמים- מדרבנן. זוהי פרשנות הלכתית, משום חידושו של רבי יהודה הנשיא על דרך המדרש, שמצוות השמיטה שורה גם למצוות היובל, והיובל לא התקיים מעולם, ובבית שני כבר לא נהגו בה. רבי יהודה הנשיא קישר ביניהן מתוקף פירוש, ואמר שהאחת לא יכולה להתקיים בלי השנייה, ועל כן, אם השמיטה נשמרת, זה רק מדברי חכמים. לפי הגמרא, הלל כבר ידע על חידוש/פירוש זה, אפילו שנעשה הרבה אחרי זמנו, ועל כן הוא הסתמך על כך ולא ביטל מצווה מהתורה, אלא מחכמים, והוא בעצמו נכלל בחכמים.

הפרוזבול מהווה נקודת מפנה משמעותית בהלכה, חוללה שינוי בתולדות ההלכה למשך כל השנים שיבואו, עד היום. היא מרחיקה לכת משום שהיא ביטלה מצוות מפורשות מהתורה.

אחדים מן הפרשנים הראשונים לא הבחינו בין הספרי לבין המשנה. הם פירשו גם את המשנה לפי הספרי, כלומר, שהתקנה מבוססת על מסירת השטרות לביה"ד. אם התקנה מבוססת כך, אז אין מקום לשאלת הגמרא (של תיקון/ביטול מצווה מהתורה). התוספות שואלים למה הגמרא מקשים על הלל? הרי טענתו מבוססת על מדרש/פירוש ההלכה. התשובה של התוספות היא שהתקנה של הלל היתה ללמד את העם כיצד לעשות את זה, כיצד למלא את המצווה של התורה בשטרות, הוא פירש אותה עבור העם. הוא נתן להם את העצה כיצד להשתמש את בחוק, הוא ביטל את המצווה משום שהוא לימד את כולם כיצד לעקוף את המצווה. הביטול היתה תוצאה, ולכן לא היה עליו לפעול כך. הלל ביצע הערמה, משום שהוא גרם לכולם לעקוף את המצווה וזו לא היתה מטרת/תכלית החוק, אלא היה אמור לשמש לחריג. התשובה של הגמרא לקושי זה של ביטול המצווה היא שהמצווה היתה מדרבנן, אך כבר אמרנו שלפי הכתוב, לא היה כך.

**25.12**

-המשך פרוזול: תקנת הלל-

חלק מהחכמים גורסים כי הלל הלך על פי הדין, משום שכתוב בתור שניתן למסור את השטרות לבית הדין. אך, התורה התכוונה כי פיזית יש להעביר את השטרות לבית הדין. אך הלל שינה את הלכה זו כי זה לא פשוט לביצוע מעשי, ועל כן החליט כי אין צורך למסור. הלל קבע כי ניתן לעשות כאילו מוסרים, פשוט לדבר עם כמה אנשים ולעשות כאילו הוא מוסר להם, במקום לבית דין. על פי פירוש זה, תקנת הלל היתה פיקציה משפטית (על פי הפירוש של התוספות, היא היתה הערמה).

נקודה נוספת שחשובה בתקנת הלל- הרקע ההיסטורי שקדמה לתקנה ושהביאה לה. מדוע הלל תיקן את תקנת הפרוזבול? "משום שנמנעו העם מלהלוות"- בניגוד למצווה המפורשת בתורה, העם הפסיקו להלוות כסף אחד לשני, משום שבני האדם לא רצו להפסיד כסף וזוהי מצווה לא פשוטה. היה צורך לתקן מצב זה, ועל כן תיקן הלל תקנה זו. בעקבות זאת, החוקרים הגיעו למסקנה כי כל ההערמות באו על רקע מצב היסטורי כמו זה. הם באו על מנת לתת מענה לאיזהשהו צורך חברתי, לתקן בעיה שהיתה קיימת בעם. כלל זה נכון גם לגבי הדוגמאות האחרות- כמו המעשר של הפירות. המרצה מקבל גישה זו בצורה חלקית- ההסבר ההיסטורי על הרקע שקדם להערמה, ושרואה אותה כתקנה, נכון רק בחלק מן המקרים.

התקנות העיקריות של הדורות האחרונים (הערמות) שהפכו להיות מקובלות בעולם ההלכה- מכירת החמץ, מכירת הקרקעות, והיתר עסקה- לא נמצאים במקורות הקדומים, את אלה צריך לראות כתקנות רדיקליות, מרחיקות לכת. הערמות שבאו לבטל מצווה או להגבילה (צמצום ההיקף של החיוב/איסור באמצעות כלים משפטיים). התקנות האלה באו לעולם על רקע היסטורי-כלכלי-חברתי מסוים, המציאות המסחרית.

הסיבה הנוספת לתיקון תקנות (על פי המרצה)- גורם נוסף לתופעת ההערמה בהלכה: ההסבר ההיסטורי היא לרוב השערה, אין הוכחה כי היתה מציאות מסויימת שבגינה היה צורך להתקין תקנה (לדוגמה- לא ניתן לקבוע כי העם באמת נמנעו מלתת חומש או לקיים את מצוות המעשר, ועל כן היה צורך בתיקון תקנה).

בנוסף, בכמה מקורות יש לפעמים מחלוקת על לגיטימיות תופעת ההערמה- האם יש להערמה תוקף- כן. האם היא לגיטימית- האם נכון לכתחילה לנהוג כך? קיימת מחלוקת על כך. דוגמה- בהלכה כתוב שהיו מכניסים פירות מהשוק דרך החלון, ולא דרך הדלת, משום שהמצווה של מעשר היא על פירות שמכניסים דרך הדלת של הבית, וכך היו עוקפים את קיום המצווה. על פי סיפור זה, למדים שר' יהודה הנשיא ועוד רב היו מכניסים את הפירות דרך הגג של ביתו על מנת להיות פטור ממצוות המעשר. ראו אותם שני חכמים נוספים (ר' עילאי?), ואמרו להם שר' עקיבא היה נוהג בדיוק הפוך, היה בכוונה קונה מספר מיני פירות על מנת להפריש מעשר מכל אחד מהם. ר' יהודה הנשיא ביקש באופן שיטתי לצמצם את החובות/מצוות התלויות בארץ, על מנת להקל על החקלאים. זוהי שיטתו באופן עיקבי, וכך הוא מראה לעניים כיצד ניתן לעקוף חיוב זה של מעשרות. על פי סיפור זה, המרצה מאמין כי זה נותן לתופעת ההערמה לגיטימיות, זו אמירה עקרונית לפיה ניתן לבצע הערמות. הרב שכעס על ר' יהודה הנשיא התעמת איתו על כך משום שלפיו לא ניתן לקבל הערמה, ומכאן המחלוקת בנושא. המחלוקת היא בין גישה פורמליסטית לבין גישה ערכית:

הגישה הפורמליסטית- התורה כולה היא גזרת האל, ולכן מי שמחליט שמותר, יכול להחליט גם שמותר, הכל גזירה משמיים. אין פגיעה בהלכה, זו גישה דתית שהולכת על פי ההלכה ועל פי התורה, אך מה שאסור, ומה שמותר, מותר. לפי גישה זו, אם התורה אמרה שרק מה שנכנס דרך הדלת חייב להפריש מעשר, ומה שלא- התורה נתנה פטור.

הגישה הערכית- מבחינה דתית, אנו לא מחפשים להיות פטורים מאיסורים, כיצד ניתן לומר שאפשר לחפש מקומות להקל בהם? צריך להדר בקיום המצוות, ולא לקחת גישה מצמצמת.

סיכום- חלק מן ההערמות באו משום צורך היסטורי, וחלק מן הגישה הפורמליסטית של מהות ההלכה, שלפיה ניתן להערים כאשר אין איסור.

הרב סולובייצ'יק על הגישה הפורמליסטית (מתוך ספרו "איש ההלכה")- אובייקטיפיקציה של ההלכה. ההלכה היא מדע, נוסחאות קבועות שלתוכן מציבים משתנים. כך נוצרות הערמות, משום שמכניסים פרמטרים מסוימים שתוצאתן היא או פטור או חייב, אז הערמות הן רק פטור ולא שינוי של ההלכה.

סיכום- הערמות הדור הנוכחי הן תקנות שבאו להתמודד עם מציבם לא פשוטים, ומשמעותן צמצום של היקף המצווה/איסור/חיוב.

מכירת החמץ- אחרי תקנת הלל, המשמעותית ביותר, יש לה השפעה מכרעת על המשך הדורות. היא באה להתמודד עם איסור מפורש מן התורה הכולל שני חלקים- איסור אכילה (עיקרי), ואיסור הימצאות החמץ בפסח. למה יש מכירת חמץ? האפשרות של עקיפת האיסור מתבסס על ההלכה עצמה, שבמקרה זה כתוב שהחמץ צריך להיות שייך לאותו האדם. "לא יראה לך חמץ"- אם החמץ לא שייך לאותו האדם, הוא אינו עובר על האיסור. התפתחות התיקון- אדם מכר את החמץ שלו לשכנו הנוכרי- מותר על פי ההלכה. שלב הבא- מבחינה כלכלית, לרוב, אדם אינו יכול להיפטר מהחמץ שלו, הוא צריך אותו בחזרה לאחר חג הפסח. ומשם התפתח כי יש הסכם בעת המכירה כי החמץ יוחזר למוכר לאחר חג הפסח, והוא יחזיר לקונה את כספו. מכאן שמכירה זו היא פיקטיבית. זוהי הערמה, כי המכירה איננה אמיתית ממש. בהמשך הזמן גם זה לא נעשה אפשרי, משום שכאשר הכמות היא גדולה מדי ולא ניתנת להעברה הלוך ושוב, או שלא יימצא קונה לכמות גולה כל כך של סחורה שיתן לו סכום גבוהה כל כך של כסף עבור הסחורה. פתרון למצב הראשון- הסחורה נותרת פיזית אצל המוכר, אך הוא לא שייך לא כי הוא נמכר כבר, אז מותר לו לראות את החמץ. המצב השני- התשלום הוא סמלי/חלקי בלבד משום שהסחורה תחזור לבעלותו בסופו של החג. כל הסיפור הזה הוא במכירה פרטית של כל אדם את החמץ שלו. כיום, המכירה נעשית באופן כוללני של כל מדינת ישראל יחד. זו התקנה שיש לנו כיום, בדיוק כפי שהיה בזמנו של הלל. אין אפשרות לכל אדם פרטי ולכל חברה לייצור מזון למכור את החמץ או הסחורה באופן אישי, ועל כן תוקן תיקון שבא לסייע בביצוע מצווה זו, על ידי צמצום היקף החובה.

מכירת הקרקעות- מכירת החמץ השפיעה על תיקון זה. בניגוד למכירת החמץ, אף רב אינו מערער על לגיטימיות מכירת החמץ, אין אף מחלוקת עליה כיום, אף שבתחילתה היו. הערמה זו התתקבל על ידי כל הדעות. נושא מכירת הקרקעות בשמיטה אינו מוסכם על ידי כל הפוסקים. מה ההבדל בין התיקונים האלה? מדוע אחד התקבל והשני לא? אחת התשובות היא העניין הפוליטי- כבר מראשית התיקון של מכירת הקרקעות היה בה פן פוליטי משום שהוא בא לסייע למתיישבים החקלאיים שבאו לארץ, שברובם לא היו שומרים תורה ומצוות, ועל כן הרבנים החרדיים בירושלים התנגדו לו. אך זהו רק הסבר חלקי. בנוסף להסבר זה, יש רבנים כיום מהזרם הדתי-לאומי שאינם מקבלים עד הסוף את תיקון זה, שלא כמו בעבר, אז היה כמעט מקובל. החרדים- תמיד התנגדו, דתיים לאומיים- בעבר היה מקובל כמעט באופן מקיף, כיום ישנה הסתייגות. כמו מכירת החמץ, גם מכירת הקרקעות היא הערמה, באים לעקוף מצווה מסויימת. באה לאפשר עבודת קרקע בארץ בשנה השביעית. תיקנו היתר לעבודת הקרקע בתוך הגבלות מסויימות. למה קיימת התנגדות למכירת הקרקעות? למה זה שונה מעניין מכירת החמץ? –

הערמה במקורות לוקחת בחשבון גם את המשקל של ההערמה, יש כאלה קלות יחסית וכאלו רדיקליות יותר. פוסקים לפעמים לוקחים זאת בחשבון, עד כמה העקיפה היא מרחיקת לכת. מכירת כל הקרקעות של מדינת ישראל מכירה פיקטיבית וסמלית בלבד, אינה כמו מכירת מטלטלים של כל אדם או חברה אך באופן כולל. זה נחשב לקיצוני יותר, ועל כן קיימת מחלוקת על כך.

להבדיל ממכירת החמץ, מכירת הקרקעות מעלה שאלות הלכתיות ספציפיות-

1. יש איסור למכור קרקעות של מדינת ישראל, של יהודים לנכריים. איסור "לא תחונם"- אחד מן הפירושים הוא שאסור ליהודי למכור קרקע בישראל לגוי.
2. דרך המכירה- בישראל מכירים במכירה של מקרקעין רק ברישום פורמלי, על פי הדינים הרלוונטיים. במכירת קרקעות של השנה השביעית, עושים זאת באופן סמלי והלכתי והמדינה אינה מכירה בכך מההיבט המשפטי. כבר במאה ה-19 היה זה בעייתי, משום שדיני המקרקעין נוצרו מן הדין העותמאני.

אלו שתי הטענות העיקריות נגד מכירת הקרקעות. התשובות להן:

1. האיסור של לא תחונם חל על עובדי עבודה זרה, אך על פי הרמב"ם, מוסלמים אינם נכנסים לגדר זה ועל כן מותר.

המכירה היא לזמן מוגבל ולא לצמיתות, לשנתיים בלבד, ועל כן יש מקום לאפשר על פי ההלכה. בתום תקופה זו, או שהקרקע חוזרת באופן אוטומטי או שיש צורך לקבל אותה בחזרה באמצעות הליך משפטי.

1. (על פי המרצה, זה הקושי הגדול ביותר, בפן ההלכתי) יש מי שטוען שמספפיק שעל פי ההלכה זה תקף, ולא צריך שזה יהה תקף על פי המדינה/השלטון.

כעת שיש מדינה, ניתן לחוקק חוק בעניין שיאפשר מכירת קרקעות בשנת השמיטה, וכיום יש חוק כזה- 1979. חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), 1979. חוק זה עוקף את האמור בחוק המקרקעין הכללי. זהו תקדים מרחיק לכת, המדינה עוקפת מצווה מפורשת בתורה.

בניגוד לנושא מכירת החמץ, מאז תקופת ר' יהודה הנשיא, שמיטה אינה מצווה מדאורייתא, אלא מדרבנן בלבד, ואילו איסור חמץ נותר מן התורה, ועל כן פשוט יותר לעקוף את איסור עבודת האדמה. ולמרות זאת, יש הסכמה רחבה יותר על מכירת החמץ.

היו פוסקים יחידים בדורות האחרונים שחושבים שהשמיטה היא מהתורה, גם בזמננו. אחד הרבנים הגדולים שהתנגד להיתר המכירה היה הנצי"ב (נפתלי צבי יהודה ברלין, וולוז'ין - מאה ה-19, היה ציוני נהלב ותמך בהתיישבות הציונית – חובבי ציון) הוא התנגד משום שלפיו, עד שהגענו סוף סוף להתיישב בישראל, אנו רוצים לקיים מצוות התלויות בארץ, אז למה שנבוא ונבטל מצוות אלה, כמו השמיטה. אך הוא הבין שכל זה חסר תוקף אם המצווה היא מדרבנן בלבד, ועל כן הוא אומר שלפיו המצווה היא מדאורייתא. אם זה מדרבנן, אז כמובן שניתן להקל, אך הוא סובר שהאיסור הוא מן התורה. כיצד הוא יכול לחלוק על מרבית הפוסקים? הוא מתבסס על הרמב"ם שלפיו המצווה היא מדאורייתא. אך כיום אנו יודעים שהיו המון שיבושים בכתביו של הרמב"ם, דבר לא היה ידוע לנצי"ב בזמנו. הרמב"ם כתב הלכה אחת ארוכה על התגלגלות היובל והשמיטה. אלו שהעתיקו אותה, לא העתיקו הכל, אלא רק חלקים ממנו. לפי טקסט חלקי זה, המצווה היא מן התורה. כיום ידוע לנו שזה משובש וכי לנצי"ב לא היה את הטקסט הנכון, ולכן טענותו אינה נכונה.

לסיום- איפה נכנס נושא ההערמה לתוך נושא השמיטה?

נושא מכירת הקרקעות עלה. לדיון בסוף המאה ה-19. קרוב יותר הקמת המדינה, שתי הקבוצות בעניין זה היו הרב קוק נגד החזון איש (חרדים). הרב קוק היה בעד ההיתר משום שרצה להקל על החקלאים/מתיישבים משום שהיה ציוני נלהב. אך הוא מאוד התלבט בשאלת ההערמה והוא דן בכך באריכות.

החזון איש לעומת זאת, שהתנגד לכך, לא העלה מעולם את שאלת ההערמה. זאת משום שהוא מייצג את הגישה הפורמליסטית ולכן על פיו אין פה בעייה הלכתית ואילו הרב קוק מייצג את הגישה הערכית, ועל כן כואב לו לבטל איסור.

--

גבולות ההלכה-

שפיטות: האם יש מקומות בהם המשפט לא רשאי או לא יכול להתערב? במשפט של היום במדינת ישראל היא ביקר עניינים ציבוריים, מדיניים, כלכליים, ביטחוניים וכו'. בהקשר ההלכה, גם עניינים אישיים.

שפיטות נורמטיבית לעומת שפיטות מוסדית

נורמטיבית: האם המשפט רשאי להתערב בעניינים מסוימים.

מוסדית: האם זה רצוי, נכון, כדאי.

ברק גורס שהכל שפיט מבחינה נורמטיבית. המשפט יכול להתערב בהכל. מבחינה מוסדית, לא נכון. מוסדית- המשפט מותיר לנו חופש בשאר החיים שלנו.

רוב חכמי ההלכה גורסים כי הכל שפיט.

גישה א'- כל שאלה היא שאלה הלכתית- פוליטיקה, ענייינים אישיים, וכו'.

גישה ב'- לא הכל הלכה במובן הפוזיטיביסטי- מושג של דעת תורה- לחכמי התורה יכולת וסמכות להתערב בעניינים שלא בהלכה.

הרמב"ם- האם אמנם הכל הלכה? מתוך הקדמתו למשנה (ובהלכות יסודי התורה)- סמכותו של הנביא- מה זה נביא, איך יודעים שהוא נביא אמת ולא שקר, ובאילו נושאים מותר לו להתערב? הרמב"ם נחרץ בדעתו שלנביא אין סמכות בענייני תורה והלכה, כלומר, אסור לו לשנות מצוות (מותר לו לחזק אנשים). אם הוא רב או תלמיד חכם, אז הוא יכול לפרש, אבל לא להגיד שאלוקים התגלה אליו ואמר לו לא לקיים איזושהי מצווה, אז כמובן שאין לשמוע לו. בממה הוא כן רשאי להתערב? מותר לו לזרז ולחזק את קיום המצוות כמו שהם אמורים להיעשות, ומותר לו לעודד לקיומן ולהבטיח שכר ועונש. מותר לו גם להזהיר אזהרות ולצוות לגבי דברים שאינם מהתורה, לדוגמא לקרוא לעם לצאת למלחמה או לא לצאת, להרוג אויבים מסויימים או לא, וכו'. זהו התחום העיקרי בו הנביא רשאי להשמיע דברים בשמו של אלוקים. עניינים ציבוריים- מדיניים, ביטחוניים, הם, על פי הרמב"ם, דברים שאינם מהתורה, מחוץ לגבולות ההלכה, ועל כן, זהו תפקידו העיקרי כנביא (סמכותו העיקרית). הרמב"ם אומר שלא הכל קשור להלכה. בהלכות יסודי התורה- יש דברים שהם רשות והתורה לא מתערבת בהם, יש לנו בהם חופש- עניינים כלכליים, ביטחוניים. מכאן שלא נכון לומר שהכל מהתורה. התורה יכולה להתערב בכל תחומי החיים, אבל היא איננה רוצה. ברור שגם בעניינים אישיים התורה אינה מתערבת. מכאן שאין סמכות לחכמי ההלכה בעניינים שהם מחוץ להלכה/תורה. ישנם נושאים שניתן לחלק אותם- מלחמת עמלק- האם לצאת למלחמה זו שאלה הלכתית, כי יש ציווי מפורש בתורה, אבל מתי בדיוק זו שאלה ביטחונית שאינה קשורה לתורה, ולכן אין להלכה סמכות. **הרמב"ם- מייצג שפיטות מוסדית**

השאלה האם עניין מסויים הוא בתוך ההלכה או הרשות אינה תמיד ברורה או חד משמעית, חוץ מבמקרה אחד- כאשר יש הוראה מפורשת בחוק או בהלכה, שדן במקרה זה, על שאלה זו, בוודאי שאז פירוש הדבר הוא שעניין זה הוא שפיט. המשפט התערב ואמר את דברו בנושא זה ולכן יש לו סמכות לשפוט. כאשר אין התייחסות מפורשת, אז לא ברור. נושא מסירת שטחי ארץ ישראל- ישנה ביקורת כלפי הרבנים התערבים בנושאים אלה, כי אל להם להתערב בפוליטיקה, אך זוהי שאלה הלכתית, כי יש ציווי מפורש בתורה בעניין זה- "לא תחונם". על פי הלכה זו, אסור למכור שטחים מארץ ישראל לנוכריים. זה לא משפיע על התשובה הסופית, אלא רק שזו שאלה הלכתית גם כן, שהדבר נכלל בסמכות ההלכה. זו שאלה שפיטה בהלכה. [עדיין מדברים מבחינה מוסדית-דעת תורה]

סיכום- האם הכל הלכה? לא. דעת תורה- סמכות לחכמי ההלכה להתערב בעניינים שאינם בהלכה, זו שאלה אידיואלוגית, לא הלכתית. במקורות שלנו אין שום בסיס לזה, לסמכות של חכמים להתערבים בעניינים שהם רשות. ההתפתחות ההיסטורית של זה (לפי המחקר)- ברור שחכמי ההלכה לא היו מרוכזים רק בענייני ההלכה, הפוסקים והרבנים היו מעורבים בשאר תחומי ההלכה גם כן, דוגמא- בית שני, לכהן הגדול היתה סמכות דתית וגם מדינית, הוא שלט על העם וייצג את העם אל מול עמים אחרים. המנהיג של העם היתה לו סמכות גם בנושאים דתיים וגם בנושאים פוליטיים/ציבוריים. בימי הביניים, ועד ארבע הארצות- גוף ששלט במדינות אירופה דוגמת פולין היה גוף פוליטי בעל סמכויות רבות, פוליטיות ומנהיגותיות, אך ישבו שם גם רבנים. בעשרות השנים האחרונות, התחדש המושג של דעת תורה, קיצוניות- שלרבנים סמכות בלעדית בכל תחומי החיים. תפישה רדיקלית של הדורות האחרונים. דוגמת הרב עובדיה יוסף ואלי ישי/ש"ס, שכל משנתם הפוליטית התבססה על פסקי הלכה. מגמה זו החלה בתחילת המאה ה-20. תפישה זו נהוגה בעיקר במגזר החרדי.

היחס בין הלכה לבין מוסר

האם יש עניינם שהם מחוץ להלכה משום שהם ענייני בעלי תפקיד מוסרי? לא עניינים ציבוריים או אישיים, אלא האם להלכה יש סמכות על נוררמות מוסריות? משפט ומוסר, נושא מרכזי בתורת המשפט. גבולות המשפט בעניין המוסר. היום במחקר המודרני עוסקים הרבה בהשוואה בין משפט לבין נושאים אחרים- חברה, חינוך וכו'. אך, משפט ומוסר יש בעייה אחרת ומשמעותית יותר- שתיהן מערכות נורמטיביות מחייבות לא כך בתחומים אחרים שאינם מחייבות, כמו תרבות. המשפט והמוסר שניהם מגדירים לנו כיצד נתנהג, ולכן שאלה ההשוואה ביניהם מתבקשת. כיוון שכך, חכמי המשפט שואלים מהו ההבדל בין שתי המערכות? שתיהן קובעות נורמות התנהגות. גישה אחת- הבדל טכני בדרך הפעולה, בסנקציות שהן מטילות, ולא בתוכן או במהות. כיצד אוכפים את הנורמות, וזהו ההבדל. למשפט מערכת מסודרת וממוסדת. ואילו למוסר אין גופים ממוסדים ומאורגנים האוכפים נורמו אלו, ויש שיגידו שאין אכיפה או סנקציות למוסר, בטח שלא מאורגנים כמו במערכת המשפט. גישה שנייה (עדיפה)- ברור שיש הבדל בין המערכות. נורמה מוסרית המאפיין הוא מצפן, תודעה אישית/פנימית.אדם ייקבע האם דבר הוא מוסרי על פי דעתו הפנימית. מכאן שחלק גדול מהנורמות המשפטיות הן גם מוסריות, בייחוד בדין הפלילי- לא תגנוב- גם מוסרית וגם משפטית. מוסרית- עולם הערכים שלנו לא מאפשר זאת, משפטית- החוק אוסר על זאת וקובע סנקציות. המשפט במשך השנים אימץ נורמות מוסריות והכניס אותם לתחומו. אך ברוב העניינים, ישנם שאלות משפטיות שהן מוסריות גם כן, והשאר הן רק משפטיות, ולהיפך.

מוסר אישי ומוסר חברתי

אנו בעיקר דנים במוסר חברתי, שאלות המשותפות לכלל החברה. מוסר אישי פירושו שיש נורמות מוסריות ששותפים לה רק חלקים בחברה או בודדים, ולא כולם. הרבה פעמים יש ניגודים בין הווראת המשפט לבין נורמות מוסריות, אך אלא עולות לרוב במוסר האישי, ולא בזה החברתי. לא הגיוני שהמשפט יסתור את הנורמה המוסרית ששותפות לה כל האנשים בחברה, ואם כן, נראה שהמשפט ישתנה בהתאם. הקשר בין המשפט לבין המוסר הוא לא רק במצבים החופפים ביניהם. גם בחלקים הנפרדים קיים קשר הדוק:

1. פרשנות- הביטוי החזק ביותר והנפוץ ביותר לקשר בין המשפט לבין המוסר. בפרשנות הסוביייקטיבית של האדם, הוא מונחה בשיקולים של מוסר- שופט יפסוק על פי העקרונות של הצד והמוסר אשר קיימים לו בעולם הערכים האישיים שלו או של החברה כולה. יש הרבה דוגמאות בחז"ל של פרשנות בערכים מוסריים. הדוגמא הכי משמעותית ורדיקלית בתורה היתה ביטול עונש המוות, הוא לא קיים בהלכה למעשה כיום, אפילו שזה כתוב במפורש. הם ביטלו אותו בדרך הפרשנות, משום שיקולים מוסריים. כיום שיטות משפט נוספות הגיעו לאותה מסקנה וביטלו לעונשי מוות.
2. משפט הטבע- אסכולה משפטית עתיקה שדגלה במשפט הטבעי, לפיו יש קשר הדוק של תלות בין המשפט למוסר. על פי גישה זו, יש בטבע נורמות מחייבות, שהמשפט אינו יכול להתעלם מהם, מבחינה רציונאלית, כמו לא תרצח. לפי תפישה זו, המשפט לא יכול להתנגד לחוקים הגיוניים שבטבע. אם המשפט נוגד נורמות בסיסיות אלה, הוא לא יוכל להתקיים.
3. גישהה פוזיטיביסטית- מתנגדת לגישת המשפט הטבעי- משפט לחוד ומוסר לחוד. אין תלות או קשר בין העניינים.
4. גישה נון-פוזיטיביסטית- מושפעת ממשפט הטבע, המשפט אינו רק מה שנחקק בחחוק, אלא כולל אמונות, ערכים והשפקפות עולמם של האנשים, גם מה שלא כתוב במפורש בחוק (לא פורמלית). תפיסה מודרנית יותר.

תפישת התורה והיהדות- כפי שהמשפט מתלבט מה היחס בינו לבין המוסר, גם להלכה קיימת בעיית הבחנה זו של יחס, בין האלוקי למוסרי. תפישה דתית כפופה לצו אלוקי, זוהי הנחתה היסוד שלה. בפילוסופיה יש שאלה מהו המוסר בכלל? מה הטוב? האם אלוקים ציווה על משהו ולכן זה מוסרי, טוב או אסור, ואם לא זה לא היה? או שזה קודם טוב, רע, או אסור, ולכן ציוו כך האלים? (תרנגולת וביצה). אך, לפי המרצה, השאלה העיקרית היא מדוע נורמה מסויימת היא מחייבת? האם המוסר כשלעצמו הוא גוורם מחייב, גם מבלי ציווי אלוקי? השאלה היא לא האם זה טוב או רע, או מדוע זה כך, אלא האם זה מחייב אותי או לא, מדוע זה מחייב (מתוקף דתי או מוסרי). האם המוסר הוא רק ציווי אלוקי? התשובה היא בכל הסיפורים של ספר בראשית שמדברים על תולדות האנושות. יש תשובה יהודית דתית במקרא שעולים מסיפורים אלה, בטרם היתה התגלות אלוקית בעולם. לפני מעמד הר סיני, לא היתה התגלות אלוקית לאנושות כולה ולחברה (היו ליחידים דוגמת האבות, אך זה לא כללי). הבחנה בין שתי תקופות- לפני מעמד הר סיני לבין אחרי מתן תורה. עכשיו השאלה האם המוסר תלוי בצו האלוקי, התשובה היא בספר בראשית, לפיו המוסר מחייב מעצמו. זו גם בלי שהיתה התגגלות אלוקית, אלא היו דברים שחייבים לעשות, גם מבליל שיש איסור אלוקי. דמויות המקרא לא ענו שלא צוו שלא לעשות משהו, אלא ידעו שאסור להם.

האם המוסר תלוי בדת או בציווי האלוקי או מחייב מתקופו? התשובה היא המוסר מחייב כשלעצמו. קין, דור המבול, אברהם בשיחתו עם אלוקים- בא לאלוקים בטענה מוסרית. הפרשנים עמדו על עניין זה- רב סעדיה גאון (בבל)- חידש את המושג "מצווה שכלית" מצווה המחייבת מתוך ההבנה השכלית, ולא רק משום שכתובים במפורש. מצוות שמעיות-מפורשת. בעקבותיו, הרמב"ן בפירושו לתורה בעניין דור המבול, החטא היה בן אדם לחברו, משום זה הושמדו, הם חטאו בעבירות מוסריות, דוגמת גזל. הוא נענש משום שזו מצווה מושכלת, לא צריך להורות עליה, לשלוח נביא, אלא היא הגיונית. לכן אלוקים הענש את בני האדם בגין עבירה זו. לפי תפישה זו, המוסר אינו תלוי בציווי האלוקי.

לדעת המרצה, מסקנה זו איננה נכונה, לא הפירוש הנכון לפי ר' סעדיה גאון והרמב"ן. הם מתכוונים למשהו אחר לגמרי- מה שמחייב זה רק הציווי האלוקי, שום דבר אחר. אך, החידוש הוא שלא צריך ציווי מפורש, משום שמכירים בזה לבד, אך התוקף המשפי הוא דתי, אלוקי. רק הציווי האלוקי מחייב, אך הוא לא חייב להיאמר במפורש. לפי גישה זו, המוסר אינו מחייב מכשלעצמו.

פיליוסוף גרמני עמנואל קנץ- תפישת תורת המוסר- המוסר הוא בעל תוקף מוסרי רק כשהוא נובע מן האדם עצמו, ולא מציוויים חיצוניים. כ מוסר אחר אינו נח

מוסר אוטונומי- נובע מן האדם עצמו

הטרונומי- אין לו משמעות מוסרית כי אינו נובע מבפנים

הגישה האלוקית אומרת הפוך- שום שזה בא מבחוץ הוא הוא מחייב (הטרונומי). חז"ל לא קיבלו תפישה זו. חז"ל- 7 מצוות בני נוח- איך נידונו כל אנשי התנ"ך בלי ציווי אלוקי? בני נוח זה כינוי לאנושות כולה. הציווי היה לאדם הראשון, היתה התגלות ונאמרו לו 7 מצוות אנושיות בסיסיות, בראשן לא תגזול וכו', ולכן הם נענשו. על פי חז"ל אין מצוות שכליות. הרמב"ן חוזר על רעיון המצווה המושכלת ואומר שחז"ל פירשו שהיתה התגלות, אך בפשט, זו היתה הכרה אנושית מושכלת ולא התגלות. הרמב"ם- לא מסכים עם הגדרת מצווה מושכלת, משום לפי דעתו המוסר אינו תולדהה של הכרה שכלית, אלא מבחין בין מושכלות לבין מפורסמות

מושכלות- נובעות מהכרה שכלית, ההכרה השכלית שייכות לעובדות המדעייות, ריאליות. מפורסמות- הסכמה חברתית, תרבות. לא תרצח.

אמת ושקר-מושכלות לעומת טוב ורע-מפורסמות- מתוך הרמב"ם במורה נבוכים. סיפור האדם הראשון- אחרי שאכלו את התפוח, ידעו להבדיל בין טוב לרע. מצופה שאחרי החטא האדם ירד במעלתו, וכאן הוא עלה בדרגה? הרמב"ם אומר שיש להבחין בין המושכלות למפורסמות, בהתחלה ידע רק לחיות בחלק של המושכלות, אמת ושקר, לפני החטא לא היה לו צורך בזה. לפיו, המפורסמות פחות גבוהות מהאמת ושקר. זו הסיבה שהרמב"ם לא מקבל מצווה שכלית, כי לפיו היא נכנסת תחת הגדרת טוב ורע- מפורסמות (לא מקבל דברי הרס"ג). אז מה לגבי בראשית? הרמב"ם הלך בעקבות חז"ל וקיבל את פירוש 7 מצוות בני נוח. כלומר, היה ציווי לאדם הראשון, לא שכליות אלא מפורסמות. כל זה לפני מתן תורה. לאחר מתן תורה המציאות היא שונה לגמרי- עכשיו שיש תורה והלכה, האם יש משהו מחוצה לה? משהו מחייב שלא כלול בהלכה, והאם אם זה לא נכלל בהלכה, זה מחייב בכלל? הרמב"ן-מתייחס לשאלה זו בפירושו לתורה בספר דברים- "ועשית הישר והטוב בעיני ה'...". על דרך הפשט- לעשות את ציווי האלוקים בדך הטובה, כמו שצריך. בדרש- לעשות גם מה שלא מצווה, כי כך צריך. הוראה כללית לעשות את הטוב והישר בכל דבר, גם כאשר אין ציווי מפורש, מבלי לתרץ שזה לא כתוב באף מקום. (וזאת התשובה- יש עשרות ציוויים מפורשים בתורה, אך חוץ מהן יש גם ציווי כללי לנהוג בצורה מסויימת, גם אם אין ציווי מפורש).

לפי הרמב"ן, מה שהשתנה לפני ואחרי מתן תורה הוא הציווי האלוקי- לפני, הציווי האלוקי הגיע דרך השכל, ואחרי, הגיע בציווי מפורש. הציווי האלוקי היה קיים תמיד, אך לפני מתן תורה לא היתה התגלות. אבל אפילו הרמב"ן אומר שזהו ציווי כללי ולא על כל סעיף וסעיף. מדוע אין רשימה של עניינים? משום שאי אפשר לכסות הכל בצורת החוק, זהו עניין גדול מדי לכלול את כל המצבים האנושיים בכתב. הלכה למעשה, איך על אדם לדעת מה לעשות אם אין ציווי מפורש? ההכרעה בענייני מוסר היא החלטה אישית, אך יש הכוונה מצד ההלכה, אך האדם מיישם זאת בעצמו. זה היחס בין ההלכה למוסר לאחר מתן תורה- מצד אחד יש ציווי- הטרונומי (נובע מבחוץ), מצד שני הוא כללי ולא מפורט (אוטונומי- נובע מבפנים). אבל איזה מעמד יש ל"ועשית הישר והטוב"? אין תשובה מוחלטת.

פס"ד רונן ביסודות המשפט- מעמדם המשפטי של תמרורים- (משל לדברי הרמב"ן) יש סוגים מסויימים של תקנות שחייבות להיות רשומים בספר החוקים, חייבות להיות מפורסמות בציבור, אחרת הם לא מחייבות – הבחנה בין תקנה בת פועל תחיקתי- תקנה שבא לשנות מצב קיים. תקנה שמדברת למספר בלתי מוגבל של אנשים. לבין תקנה שמדברת לקבוצות פתוחות שאינן בעלות מספר קבוע של אנשים, ציבור לא מוגדר. רונן טוען כי התמרור בא לשנות את המצב המשפטי של אותו מקום, קובע כי אסור לחנות, ומכוון למספר בלתי מוגבל של אנשים. העליון קובע כי התמרור עצמו אינו התקנה, לא יישום התקנה הכתובה בחוק. המרצה- הנורמה היא "ועשית הישר והטוב", אך אין ציווי לגבי היישום עצמו בפועל, אלא על האדם לעשות את הקונקרטיזציה ולהחיל את ההוראה באופן מעשי. זו ההבחנה בין הציווי ההלכתי לבין המוסר האישי.

הרמב"ם- יש מצוות כלליות על המוסר, לא קונקרטיות, אלא כוללת מקרים לא מפורטים. 1. "ואהבת לרעך כמוך"- 2. "והלכת בדרכיו"- ציווי מוסרי- דרכיו המוסריות. למדים מכאן שלא הכל חלק מההלכה. הם לא בהלכה כי הם לא כתובים. מושג המפתח הוא לפנים משורת הדין- להוראות שהן מחוץ לחוק/להלכה, הם לפנים משורת הדין- יש דברים.ציוויים שהם לא כלולים בדין המפורש. ובהקשר המוסרי, לא הכל נכלל בהלכה. מסכת גיטין- האמורא שמואל- "לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה"- אמירה רדיקלית, משום שהתעקשו על דין תורה. אז מה פסול בכך? העמידו דבריהם.. ולא עשו לפנים משורת הדין. הם התעקשו על הדין ולא הסכימו לנהוג בהנהגה מוסרית שהיא מחוץ לדין. מכאן שלא הכל נכלל בהלכה.

לפנים משורת הדין- האם כל מעשה מוסרי שהוא לא כתוב בדין נכלל? לא. ביטוי/נוסחה בעל גבולות ברורים. מכוון לסוג מסויים של פעולות ונסיבות. בגמרא אין הגדרה מפורשת, אלא יש סיפורים (פסיקה) על שורה של מקרים, וצריך מתוך המקרים הללו להבין את ההגדרה. מקבביל לתקדים המחייב בימינו, פרשנות הפסיקה. הפסיקה היא תמיד עובדתית וצמודה לנסיבות המסויימות של אותו המקרה. לפעמים הפסיקה מהווה תקדים מחייב למקרים הבאים. אך עובדו המקרה ישתנו בכל פעם, אז איך ניתן להחיל הלכה מתוך המקרה הראשון? התשוהבה- פרשנות. אנו מחפשים את הרציו, את ההגיון שעמד מאחורי ההכרעה, ולחלץ את ההכרעה העקרונית שתהיה נכונה גם בעניין מקרים נוספים. אוביטר- עובדות לא משנות ולא מהותיות. רציו- יוצר את ההלכה המחייבת והעקרונית.

בבא מציעא, דף כ"ד עמ' ב'- השבת אבידה, כאשר לפי הדין אין חובת השבה. מושג המפתח בהשבת אבידה הוא ייאוש, זה קובע את חובת ההשבה. בד"כ, אם יש סימנים, חזקה שהבעלים לא יתייאש, משום שהוא ניתן לזיהוי. חריגים- כאשר יש סימן בחפץ ובכל זאתץ הבעלים יתייאש- א. עיר שרובה נכריים, חזקה שיתייאש כי אין נורמה של השבת אבידה, ועל כן הוא לא מצפה לקבל את אבידתו בחזרה. ב. אבידה ששטפה נהר, תימצא במקום מרוחק יותר מאשר המקום שבו נאבד. הגמרא- סיפור על שני חכמים גדולים, אחד הלך אחרי השינ בחוק של נכרים, ושאל אותו מה הדין לגבי מציאת אבידה במקום זה, והוא ענה לו שזה שייך לו. שאל מה קורה אם הבעלים באים לדרוש את האבידה במתן סימנים? חייב להחזיר. אין פה סתירה? על פי החוק לא חייב להחזיר, אך נוהגים לפנים משורת הדין. האדם פטור מצד אחד וחייב מצד שני. שלו אך הוא חייב להחזיר, משום שזו חובה מוסרית שהיא לפנים משורת הדין. זה המקום היחיד בגמרא בו המושג נאמר מפי האמורא ("לפנים משורת הדין"). בשאר המקרים הגמרא מפרשת את המושג על פי המקרים.

[בחוק הישראלי אין חובת השבת אבידה, שלא כמו בהלכה]

**22.1**

נורמות שמחוץ לדין-

מה מעמדו של המוסר, התוקף המחייב שלו, לאחר מתן תורה. כעת שיש הלכות ודינים, האם יש מקום לדינים שמחוץ למסגרת הזאת. התשובה העקרונית היא כן, אבל... לפי הרמב"ן, יש לנו ציווי כללי על המוסר, "ועשית הישר והטוב, גם באשר לא ציווך", גם כאשר אין הוראה מפורשת. אך האם זו הלכה? לא- משום שההלכה עצמה קובעת שיש הלכות שהן לפנים משורת הדין, ולכן יש עניינים שהם לא דין. לפי תפישה זו של חז"ל, הוראה זו אינה דין במובן הרגיל. מושג המפתח הוא "לפנים משורת הדין"- יש דין ויש מחוץ לדין. ההלכה לפעמים אומרת לנו לעשות דברים שלא נכללים בה, שיש עוד דברים והיא לא תמיד מספיקה. בגלל זה נאמר שחרבה ירושלים משום שדבקו בדין תורה, ולא הסכימו לצאת ולקבל על עצמם עוד, בעת הצורך.

יש כמה סיפורים בתלמוד עליהם אומרת הגמרא שהם היו לפנים משורת הדין. האם כל פעולה היא לפנים משורת הדין? לא, הוא מושג מוגדר בעל נוסחה. מתוך המקרים המצויינים, אנו מנסים לחלץ את ההגדרה הקונקרטית.

1. השבת אבידה- נאמר במפורש ולא עעל ידי פירוש. מקום שהמוצא לא חייב להשיב, מותר לאדם לקחת לעצמו משום שיש חזקה של ייאוש שבעל האבידהה לא יבוא לבקש אותה. אאך, אם בא ונתן סימנים, הווא חייב להחזיר לו. אך זו סתירה, לפי הדין מותר לאדם לקחת את האבידה, אז איך ניתן להורות לו להחזירה? זה לפנים משורת הדין.
2. בבא קמא דף צ"ט עמ' ב'- שולחני- מומחה למטבעות. בעולם העתיק היה קשה מאוד לדעת מה ערכו של מטבע מסויים, כי היו הרבה סוגים שונים ממקומות שונים. ישנם סוגיות בגמרא בהן טועה השולחני במתן חוות דעתו על ערך המטבע, אז השאלה היא מה מידת אשמתו בנז שנגרם לאדם? (שאלה ידועה בנזיקין עד היום- האם חוות דעת רשלנית מחייבת מתן פיצויים בעד נזק שנגרם כתוצאה?). "מתי שולחני חייב"? – תלוי ברמת המומחיות של השולחני, אם הוא בדרגה גבוהה הוא פטור, אם לא מומחה, הוא חייב. אם הוא ממש מומחה, למה הוא טעה? לפעמים נסיבות חיצוניות משנות את ערך המטבע, לכן הטעות שלא לא נבעה מרשלנות, מניתוח מושגה של הנתונים, אלא מחוסר יכולת לדעת, ולכן חזקה עליו שלא יטעה ברשלנות. סיפור- שולחני ר' חייא שבאה אליו אישה, נתן לה חוות דעת שהמטבע שווה הרבה, והיא חזרה אליו למחרת ואמרה לו שהמטבע לא שווה הרבה והיא הפסידה בגלל זה. ר' חייא קנה ממנה את המטבע ורשם זאת בהפסדים. מדוע נהג כך אם היה פטור לכאורה כי טעה בתום לב? הגמרא מפרשת ששילם לה לפנים משורת הדין, הוא רצה למנוע ממנה את ההפסד, אפילו שלא היה חייב על פי דין.

הרמב"ם במשנה תורה- בכל המקרים של לפנים משורת הדין, מביא את הדין ומוסיף את ה"לפנים משורת הדין". כשהוא מביא את סיפור השולחני, הוא לא מביא את הלפנים משורת הדין. אז השאלה היא למה הוא לא כתב שהלפנים משורת הדין חייב לשלם, שלא כמו במקרים אחרים. התשובה היא- הלכות שכירות פרק י'- אם חוות הדעת של שולחני ניתנה תמורת תשלום, חייב לשלם, אפילו אם הוא מומחה בדרגה גבוהה, אך אם חוות הדעת הדעת ניתנה בחחינם והוא מומחה גדול, אין הוא חייב לשלם. הרמב"ם פה מפרט יותר את ההלכה בעניין. למה לא כתוב פה במפורש "לפנים משורת הדין"? – אין פה הצדקה, הרי הוא מןמחה, אז לא היתה פה רשלנות כי זה לא היה בשליטתו, אך הוא לא קיבל תשלום תמורת הייעוץ הזה, אז אין ממש הצדקה שישלם. בגמרא לא מוגדר האם השירות נעשה בתשלום או לא. הרמב"ם מבחין בין תשלום או לא, אז הוא לא כותב לפנים משורת הדין כאשר זה בחינם זה לא מוצדק. לא מוצדק לחייב כשזה חינם וכשזה ברשלנות. כשזה בשכר הוא חייב מתוקף הדין לשלם את הנזק בכל מקרה (על פי הרמב"ם, בגמרא זה לא כך).

התלמוד מגדיר מספר פעולות שהן לפנים משורת הדין, אך לא כולן מוגדרות כך. הביטויים שנכללים במקרים האחרים הם לא "לפנים משורת הדין", אלא דברים אחרים:

"מידת חסידות"-

1. משנה מסכת בבא מציעא פרק ד' משנה א'- קשור לשולחני בעקיפין- עד מתי מותר להחזיר? אדם שקיבל מטבע בכל דרך שהיא, והתברר שהיא לא שווה הרבה (או כלום). לפי ההלכה (וההיגיון), מותר לו להחזיר את זה לנותן ולומר לו שהיא לא שווה. אז הגמרא שואלת עד מתי מותר לו להחזיר? אם זה מקום בו יש הרבה שולחנים שניתן לקבל חוות דעת מהם, אז יש זמן קצר מאוד, כי יש אפשרות לבדוק זאת יחסית מהר אם לא באופן מיידי. בכפרים ועיירות בהם אין שולחני, אז יש עד ערב שבת. היו נערכיים שווקים בערב שבת, והיו מגיעים שולחנים במיוחד בימים אלה, והיו פחות נגישים בשאר הזמן. אם הנותן מכיר את המטבע, יודע לזהות אותה כאותה מטבע שנתן לאותו איש, אפשר אפילו עד שנה. יש כאן סתירה- בהתחלה קובעים שיש זמן קצר מאוד להחזיר, ואילו החריג זה זמן ארוך במיוחד, לא סביר. אז הגמרא אומרת שזה לא הדיין, אלא מידת חסידות של הנותן שמוכן יהיה לקבל בחזרה את המטבע לאחר שנה, אך לא הדין!

השאלה היא, האם במקום מידת חסידות הגמרא יכלה לומר לפנים משורת הדין? האם הביטויים האלה הם שרירותיים או שהם מדוייקים ומוגדרים?

1. משנה מסכת פאה פרק ה' מסכת חולין דף ק"ל- אדם בעל אמצעים שנמצא במקום רחוק בשביל עסקים והוא נתקקע ולא מצליח לחזור לביתו ונגמר כספו ואין לו באותו רגע כסף להתקיים ממנו. הוא נחשב באותו הזמן לעני, ועל כן מותר לו לקחת לקט שכחה ופאה ומתנות עניים וכסף מקופת צדקה. כשהוא חוזר לביתו, עליו לשלם בחזרה את הכסף שקיבל. ר' חיסדא אומר מידת חסידות- להשיב את הכסף כשהוא חוזר זה מידת חסידות, זה לא לפי הדין.

התשובה לדעת המרצה (יש מחלוקת בעניין)- ההבחנה כאן היא הבחנה מושגית, עניינית. יש הבדל בהגדרות הבייטויים, הם אינם סתמיים. החריגה מהדין בעניין מידת החסידות היא גדולה מאוד וגובלת באי סבירות ובאי צדק, ההפרש הוא לא מתקבל על הדעת. אותו האדם במידת החסידות הוא נפגע מעניין זה, וש רשלנות מהצד השני, זה לא צודק. חוסר תום לב, חוסר התחשבות. לכן לא נאמר פה לפנים משורת הדין. זו נורמה פחות מחייבת מאשר לפנים משורת הדין (המשקל המוסרי נמוך יותר). שנה לעות יום אחד זה הפרש ענק. במקרה השני הנקודה היא שהוא מחזיר במקום מגוריו, לא במקום ממנו הוא לקח. זו החזרה שמלית ולא השבה ממשית. בנוסף, כשהוא לוקח מתנות עניים, הוא אינו לוקח ממישהו ספציפי מוגדר. "ממון שאין לו תובעים"- אף אחד לא דורש ממנו את הכסף בחזרה, אז למה שיידרש להחזיר את הכסף? וזו הסיבה העיקרית בגינה מצב זה מוגדר כ"מידת חסידות"..

ההשוואה בין מקרים אלה מביאים להגדרה הבאה (מוצעת על פי המרצה): "לפנים משורת הדין" כולל שני מרכיבים/תנאים: א. תובע- צריך "יריבות", מישהו שתובע ממך משהו, נזק מסוים, מחלוקת. ב. הצדקה- ההתביעה צריכה להיות מוצדקת, בעלת משקל מוסרי, לא סתמית. יישום- השבת אבידה- עומד מולך אדם שמבקש את האבידה שלו, את ההיודע שהיא שלו, אך אתה מסתתר מאחורי החזקה של ייאוש. במקרה השני השולחני המומחה פטור, אך הדרישה ממנו היא לשלם בכל זאת. האישה שמולו תובעת את המטבע, אך ההצדקה היא שהוא גרם לה את הנזק, עובדה.

לעומת זאת, בעניין המטבע אין הצדקה, האדם גרם לעצמו נזק בזה שהשתהה במשך שנה ולא בא מיד. ובעניין העשיר אין תובע ספציפי שנפגע.

**אם אין תובע+הצדקה, זא לא לפנים משורת הדין.**

ההבחנה בין ללפנים משורת הדין לבין מידת חסידות מלמדת אותנו עוד דבר חשוב- כשאנחנו יוצאים מחוץ לדין, אנו נמצאים במצב של הדרגה- הנורמות אינן שוות בערכן. בתוך הדין הכל מחייב במידה שווה. חמחוץ לדין אאתה נמצא במצב של משקל שונה בין הנורמות- בעלות משקל כבד או נמוך יותר, לא מחייבות במידה שווה. לכן מידת חסידות אינה מכוונת לכל אדם והיא מחייבת פחות מדרישות אחרות. שלא כמו לפנים משורת הדין, שהיא מחייבת כל אדם.

כל זה ניתן לתאר בצורה גרפית את ההבדל בין המושגים- מידת המרחק מהדין:

דין---"לפנים משורת הדין"-----------------"מידת חסידות"

לפנים משורת הדין קרובה יותר לדין ולכן מחייבת יותר. המרחק נקבע על פי הימצאות התובע+הצדקה.

דין הוא אכיף, שלא כמו מחוץ לדין שלא אוכפים, אלא נסתמכים על הרצון הטוב של האדם, נורמה מוסרית.

סיפור הסבלים- הנקו שקולאי

רבה בר בר חנה, היה חברו הקרוב של רב (בבל תלמידו של ר' יהודה הנשיא), היה אדם אמיד ששכר סבלים שיעבירו לו חבית של יין. לפי הסיפור (לא כתוב בפירוש), יוצא שהסבלים התרשלו, לא עבדו כמו שצריך. לאחר כמה שעות עבודה, החבית נשמטה מידיהם ונשברה, הלך היין. ברשלנותם נגרם לרבה בר חנה נזק. הוא יודע שזה באחריותם, נאמר שהוא תפס את הבגדים היפים שלהם שהשאירו אצלו. כערובה לתביעת כספו בחזרה. הם הלכו לרב, והוא פסק שעליו להחזיר לו את הגלימות. בר חנה שואל את רב, האם זה באמת הדין? הרי הוא יודע שהנזק שנגרם לו היה באשמתם. אז רב אומר כן לפי משלי. הוא החזיר להם את הגלימות אך הם לא הסתפקו בכך. הסבלים אמרו שהם עניים והם עבדו כל היום קשים, ואין להם אוכל, אין להם כלום ושכר מהיום לקנות אוכל. אז רב אמר לו לשלם להם שכר כאילו עשו את העבודה. אז בר חנה שואל שוב, האם זה הדין? והוא ממשיך בפסוק "ואורחות צדיקים תשמור. רב מסתמך על הפסוק. החיוב להחזיר את הגלימות מובן, נתפש, משום שהוא יכול להבין שעליו להחזיר. אך מדוע עליו לשלם להם בנוסף, אפילו שלא עבדו? החוקרים נחלקים ביניהם האם זהו דדדין, אז התשובה היא לא, אין דין כזה, משום שהמקור לחיוב שהוא מביא אינו נורמה משפטית, אלא פסוק. ברור גם מעובדות המקרה. בר חנה היה גדול מאוד, והו אללא היה תופס בגלימות אם לא היה בטוח שמגיע לו את כספו בחזרה, ברור שהם גרמו לו נזק ברשלנות, וברור שאדם סביר לא היה שלם להם. המררצה: ברור שזה לא פסיקה משפטית, אלא על פסיקה שהיא מחוץ לדין. השאלה היא, אם זה מחוץ לדין, איפה זה נמצא לעומת הדין? יש יריבות אבל אין שום הצדקה לשלשם להם שכר. אפילו התוספות אומרים שזה לא לפנים משורת הדין, הם גרמו לו נזק, הם חייבים לו אם כבר, ולא הוא להם. לכן רב לא אמר לפנים משורת הדין כי אין הצדקה, אך משום שהוא חכם גדול, מצופה ממנו לנהוג מעל ומעבר. אולי אפשר לשבץ את מקרה הסבלים תחת מידת החסידות.

יש מן הפוסקים שהסיקו מהסיפור הזה של הסבלים מסקנות שונות לגמרי, במובן של פסיקה הלכתית. רב לא אמר לו כי ראוי ורצוי ונכון לשלם, אלא נתן לו פסיקה מחייבת. המסקנה הזו היא מאוד קיצונית לעומת תפיסת ההלכה.

מקרה הסבלים מעניין מצד עצמו כי הוא מעלה את השאלות הפרשניות כי הגמרא לא ציינה במפורש האם זה דין או לא. לא מדובר במקרה של לפנים משורת הדין כי לא הוא זה שגרם להם נזק, והם לא תובעים אותו, אלא בדיוק ההפך. בפסיקה ההלכתית יש פה הפיכה גדולה, בעיקר מצד חכמי אשכנז הראשונים- אין פה עצה, אלא פסיקה שניתן לאכווף אותה, כך הם מפרשים את הסיפור. לפי פירוש זה, ביה"ד יכול לחייב ולאכוף גם נורמות שאין להם מקור מן הדין, כמו לפנים משורת הדין ורחוק יותר. פוסקי ספרד חולקים על זה (עקרונית), לפנים משורת הדין הוא לא אכיף. מתי נורמה כזאת הופכת לברת אכיפה? מהו הגורם העיקרי לפיו באים המפרשים למסקנה כי זה ניתן לאכיפה?התשובה היא הפער בין הצדדים. כשהמרחחק ביניהם הוא עני והשני עשיר, ניתן לאכוף נורמה זו, צדק סובייקטיבי. (אובייקטיבית הם חייבים לו, סובייקטיבי זה לקיחה בחשבון של נסיבות המקרה.). זו מסקנה מרחיקתת לכת, שביה"ד יוכל להפעיל את שיקול דעתו כך. תשובה- "תן דעתך...ועשית הישר והטוב"- לפי שיקול דעתו של ביהמ"ש, ועשית הישר והטוב ויכול להיהפך לדין או לתת לו סמכות לפסוק על כך ולהפוך אותו להלכה מחייבת גם אם הוא לא לכשעצמו. זו גישה אנטי פורמליסטית ואנטי פוזיטיביסטית. פוזיטיביזם- משפט הוא פורמאלי ומוגדר. לא פוזיטיביסטי- המשפט הוא הרבה יותר רחב וכולל בו יותר מרק הפסיקה והחוק.הבעייה בקביעה זו היא שהיא נוגדת להלכה עצמה! ישנם פסוקים בהם כתוב במפפורש שאין להעדיף את העני על פני העשיר. התשובה הפורמאלית אומרת שהאיסור הזה של העדפת עני על פני עשיר, חל על עיוות הדין "ודל לא תהדר, לא ישא פני דל"- אסור לכתוב פסק דין פסול/שגוי. במקרה זה הם ללא משנים את הדין, אומרים שבאמת הצד הזכאי הוא זכאי והחייב חייב, אך הם מחייבים אותו בגלל הסובייקטיביות. תשובה לא פורמאלית- יש כאן שינוי גדול, בו לביה"ד יש האפשרות לשקול שיקולים נוספים על פי הנסיבות. זה לא מבטל את ההבחנה בין הדין לבין מידת החסידות, משום שהם לא קובעים תקדים בו בכל פעם שאחד הצדדים הוא עני והשני עשיר יחייבו את העני, אלא זה פותח לביהמ"ש הסמכות לקבוע בכל מקרה לגופו את האפשרות לקבוע אחרת על פי הנסיבות.

השופט אילון- קיטן נ' ווייס פ"ד לג(2)- מייש את עקרון הלפנים משורת הדין- שומר של הפעל שהיה ברשותו נשק מטעם המפעל והשתמש בנזק כדי לרצוח מישהו שלא בשעות העבודה. משפחת הנרצח נותרה ללא כל, משום שהוא היה המפרנס. אז הם תבעו את המפעל. הערכאות הנמוכות יותר פסקו כי אין למפעל אחריות לשלם פיצויי נזיקין. אך, היתה רשלנות מסויימת מצד המפעל בעניין הנשק. אילון אומר שזו דוגמא למצב עניינים שעל פי ההלכה ניתן לחייב את המפעל לשלם והמליץ כך. המפעל היה קשור לעניין, הרוצח היה עובד שלהם והיתה התרשלות מסויימת במתן הנשק. בשביל המפעל תשלום הפיצויים לא תהיה קשה מדי, לא היתה תביעה גדולה מדי. המפעל אמר שהם פטורים מצד הדין, אז הם לא חייבים לשלם. מצד הדין זה נכון. מצד ההלכה אבל, ניתן לאכוף. אילון המליץ שהמפעל ישלם והמפעל שילמו בסופו של דבר. השופט שמגר קבע שזה לא מסמכותו להמליץ אפילו, משום שלפי הדין הם פטורים, וזה כל תפקידו של שופט, לקבוע האם אסור או מותר. זה ההבדל בין גישה פוזיטיביסטית-אובייקטיבית של המשפט לבין נון-פוזיטיביסטית-סובייקטיבית של ההלכה. לא כל הפוסקים מסכימים עם כפייה של ההלכה. לא היתה מחלוקת במקרה זה שהמפעל לא הגיע לכדי אחריות משפטית.

השאלה האם לאכוף או לא לא משנה את ההבחנה בין לפנים משורת הדין ומידת חסידות. מה שמשנה הוא המשקל המוסרי המחייב.

סוגיית היושר

המשך של דין ולפנים משורת הדין – הלכה ומוסר, משפט ומוסר.

יושר לא במובן של להיות הגון, אלא במובן המשפטי- equity האנגלי- דיני היושר- דינים שבאים לתקן את מה שנובע מיישום אוטומטי של הדין. יושר זו תוצאה של כלליות הדין- הדין נקבע באופן כללי- הווא מחייב את כלם, וכשהוא נקבע הוא לוקח בחשבון את הרוב. לכן יש מקרים שאינם מתאימים לכלל ואשר הכלל אינו נכון לגביהם. הישור על פי חלק מהגישות בא לתקן את הפגם שיוצא מכך בנושאים החריגים. הראשון שהעלה את הנושא של דין מול יושר, כלל מול חריג, הוא אריסטו. לדעת אריסטו, השופט צריך לתקן את העיוות על ידי שיקול היושר. אצל הרמב"ם במורה נבוכים מקדיש פרק לנושא זה- חלק ג' פרק ל"ד. על פניו נראה שהרמב"ם לא קיבל את עמדתו של אריסטו אלא מציד דעה די קיצונית ומפתיעה. לפי הרמב"ם התורה ניתנה לפי הרוב, ואין התחשבות ביוצא מן הכלל, בחריג.

הראשון שהעלה נושא זה היה חוקר תלמוד בשם רוזנטל, במאמר בשם "על דרך הרוב". הוא מקביל בין אריסטו לרמב"ם. בעקבות מאמרו של רוזנטל נכתבו עוד מאמרים בנושא זה ונקבצו לספר שנקרא "דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם". נכלל בספר גם מאמר של המרצה. לפי הרמב"ם התורה ניתנה על פי הרוב ואינה מתחשבת בפרטים, ביחידים. חל על כולם באופן כללי, גם אם זה יגרום לנזק לאדם מסויים, אבל הדין לא ישתנה עבור אותו אדם ספציפי. הרמב"ם מביא שתי דוגמאות- על דרך החיוב ועל הדרך השלילה- חיוב- מקרה דומה, שלילה- מקרה הפוך. חיובית: חוקי הטבע- התורה והטבע שניהם ניתנו/נוצרו על ידי אלוקים. גם בחוקי הבריאה/הטבע פוכלים על פי הרוב. לפעמים יש נזקים שנגרמים לאנשים פרטיים, אך המצבים הטבעיים משפיעים על כולם והיקום בנוי על פי חוקי הטבע. שלילית: רפואה. בעולם הרפואה, מתאימים את התרופה לחולה הספציפי, מתאימים את הכלל לפרטי, למקרה שלפניך. לפי הרמב"ם התורה לא יכולה להיות כמו הרפואה במובן היחדיני-פרטני. מה המרצה חושב- על רוב החוקרים מקובל שהרמב"ם חולק על דברי אריסטו. המרצה טוען שצריך להבחין בין 2 מצבים של יושר, המקרה החריג לבין האדם החריג. הוא מתמודד עם יושר אחד מסויים יותר מהשני. יש מקרים חריגים שהדין לא חשב עליהם מצד הנסיבות, מציאות חדשה. הדין אנו מתאים למקרה זה. את הרמב"ם מטריד יותר האדם החריג. האדם החריג הוא אדם שהטבע שלו הוא שונה מרוב בני האדם, ולכן מה שנכון לגביו אינו נכון לגבי רוב בני האדם. אדם כזה אומר שהתורה איננה נכונה לו, הוא מבקש התחשבות באופי המיוחד שלו. לא בנסיבות המיוחדות שלו כמו מצב כספי, וכו', אלא משהו פנימי. הרמב"ם אומר לגבי אנשים אלא שהדין לא ישתנה עבור אנשים כאלה, התורה לא כמו הרפואה שיש דין אישי ופרטני. בלתי הגיוני שהתורה תשתנה לפי האנשים. אריסטו דיבר רק על המקרה החריג, לא האדם החריג, כי החוק החילוני לא רלוונטי לטבע האנושי, כל הפרטים מחוייבים בו. המקרה החריג לוקח בחשבון את הנסיבות. המרצה חושב שהרמב"ם יסכים להתחשב במקרה החריג, לפי פרשנות משפטית שתקל בפסק הדין. הרמב"ם לא מסכים עם שיטה זו כאשר מדובר באדם החריג.

צורה מעשית לדין היושר-

רוזנטל: שאלה האם ניתן לשמוע שירי זמר בכלל. הרמב"ם אומר שאסור לשמוע שירי זמר משום שהשירה משפיעה השפעה שלילית על הנפש. האיסור הזה מופיע בתלמוד בתפקופת חורבן בית המקדש כסימן של אבל, שגזרו חז"ל. אך הרמב"ם מביא נימוק אחר שהתרגשות שנובעות משמיעת זמר יכולה להשפיע על יצר המין. הרמב"ם אינו מתכוון לזמירות קודש. הוא אומר שראוי לרסן חשקים אלה. אך מה קורה כאשר מגיע אדם שאומר שכלל זה אינו תקף לגביו, שזמר משפיע עליו לטובה, הרמב"ם אומר שלא מתחשבים ביוצא מן הכלל. זהו האדם החריג, לא המקרה החריג. הרמב"ם משתמש באותו הביטוי גם בפרק ל"ד וגם פה במקרה של הזמר. האדם החריג לא מתחשבים בו ולא משנים עבורו את הדין. אך ניתן לפרש את המקרה כך שיתאים לאותו האדם, אך לא ישנו את הדין עבור אותו האדם.

29.1.15

סוגיית היושר

הנושא מעסיק את תורת המשפט עד היום. זהו דיון מתבקש והכרחי בכל שיטת משפט- אריסטו-רמב"ם-היום. לפי התפישה המקובלת, הרמב"ם חולק על אריסטו. אריסטו אומר שצריך לתקן את הדין עבור אנשים חריגים שהדין הכללי אינו מתאים להם. רמב"ם לכאורה אומר דעה הפוכה- הדין הכללי חל על כולם וזה מה שנתון ואין התחשבות באדם החריג. הרמב"ם מדבר על מצוות התורה. הרמב"ם מביא שני חיובים- אחד שלילי ואחד חיובי. בעולם הטבע אין התחשבות בחריג, אי אפשר לשנות (חיוב). לעומת זאת, עולם הרפואה מתגמש ומתאים עצמו לכל אדם ספציפי (שלילה). שני סוגי יושר- אובייקטיבי וסובייקטיבי. הבחנה בין האדם החריג למצב החריג. הרמב"ם מתמקד באדם החריג שאומר שהתורה אינה מתאימה לו, ולכן הוא אומר שהם לא חלים עליו. מקרה חריג פירושו שהמצאיות משתנה, נסיבות חדשות שמצטרפות לכדי מקרה שהמחוקק לא צפה אותו. במקרה חריג, יש דרך להתמודד עם זה, וזו הפרשנות. ניתן ל(נסות)פרש את הדין כך שיותאם למציאות החדשה. לכן הרמב"ם מדגיש כי התורה וההלכה לא יכולים להשתנות עבור אנשים פרטיים. הדוגמא עם הזמר- הרמב"ם קובע כלל כי אסור להקשיב לזמר וכי אף אם יבוא אדם ויטען כי המוזיקה מועילה לו ומשפיעה עליו לטובה, לא יהיה ניתן לקבוע לו חריג לכלל. לא ניתן לשנות את הידן החל על כולם עבור אותו אדם יוצא מן הכלל. אך, במקרים אחרים כן ניתן לפרש את הדין, כדי להימנע מתוצאות שאינן רצויות (המרצה).

תפישתו של המרצה עומדות בניגוד גמור למה שנכתב לאחרונה בידי חוקר מסויים: החוקר כותב כי כוונתו של הרמב"ם היא גם פורמאליזם של הדין- יישום כללי ואוטומטי של הדין מבלי להתחשב בטעמים ובתוצאה. לפי דעתו, הרמב"ם פשוט פועל על פי פורמאליזם משפטי שלפיו פשוט מחילים את הדין כפי שהוא. המרצה מתנגד ואומר שהפורמאליזם רואים אותו לפי הרמב"ם רק על האדם החריג.

פרשנות היא לא שינוי הדין, אלא יישומו והחלתו במקרים מסויימים, על פי הנסיבות. שינוי הדין עבור האדם החריג היה מהווה התאמת דין שונה עבור כל אדם, במקום הלכה כללית מחייבת.

הבעל עקידת יצחק בפירושו לפרשת יתרו מביא את דברי אריסטו ותומך בהם ואילו מתנגד לדברי הרמב"ם. ממזכיר 2 מקורות הלכתיים שסותרים את דעת הרמב"ם, שהדין כן משתנה מסיבות של יושר. לא ברור על מה הוא מדבר כי הוא לא מבצע הבחנה בין המקרה לאדם החריג. הוא אומר שכן צריך להתחשב בשיקול היושר. הנושא הראשון- הוראת שעה: מושג בהלכה, שעל פיו בעל העקידה מסתמך שניתן לשנות את הדין. שינוי הדין במצבים מסויימים, התחשבות בעל הסמכות (מחוקק, פוסק). יש שאמרו שטענה זו לא מערערת על עמדתו של הרמב"ם ולא תוכל לשנות אותה. הרמב"ם בעצמו מביא את הוראת שעה- בפירוש המשנה, מורה נבוכים ומשנה תורה. לפי זה מסיקים כי הרמב"ם הבין את המושג הוראת שעה כמשהו אחר שאינו קשור לשאלת שינוי הדין משיקולים של יושר. לפי הרמב"ם- הוראת שעה מובאת בהלכות "ממרים"- הוראת שעה באה משיקולים דתיים-תורניים- לבסס את ההלכה ולחזק אותה. פוסקים סייג על מנת לשמור על ככך שיהודים יוכלו לקיים מצוות. מביא דוגמה מתחום הרפואה- לפעמים כורתים איבר מסויים על מנת להציל את כל הגוף, כך ניתן לבטל מצווה אחת כדי להציל את כל התורה. במקורות האחרים, הרמב"ם מציין נסיבות נוספות- מצבי חירום, מצב מלחמה, משבר כלכלי (חריף) שמצריכים שינוי בהלכה, אך שוב, אין לזה קשר ליושר, זהו לא חריג ספציפי, אלא חל על הכלל. ובמצב כזה ניתן לשנות את הדין. לסיכום- לפי הרמב"ם הוראת שעה איננה קשורה לסוגיית היושר.

המקור השני: בבא מציעא, סיפור בגמרא- מספר על אדם ששמו מרי בר איסק (לדעת המרצה זה מבטא את דעת הרמב"ם על כל הנושא, על אף שבעל העקידה מביא אותה כראייה סותרת), שירש איזושהי ירושה מאבא שלו כשזה נפטר. כעבור כמה זמן הגיע אדם מרחוק וטען כי הוא אחיו ועל כן מגיעה לו חצי מן הירושה. מרי בר איסק אמר לו שהוא לא מכיר אותו. אז הם באו אל ר' חיסדא, והוא אמר שמרי בר איסק לא מכיר אותו. סביר שמרי בר איסק לא יזהה את אחיו אם הוא הגיע מרחוק, אז הוא אמר לאדם השני שיש לו להביא הוכחה שהוא אחיו. אז השני אמר שיש לו עדים אבל הם מפחדים לבוא קדימה ולהעיד משום שמרי בר איסק הוא בריון. אז ר' חיסדא אמר שמרי בר איסק צריך להביא עדים שהוא לא אח שלו. אז מרי בר איסק שאל האם זה הדין? שהרי זה הפוך במציאות, תובעים צריכים להביא ראיות. רב חיסדא אמר נכון, זה הדין כלפי אנשים אלימים, ולכן העדים מפחדים, אז הופכים את נטל הראייה על הנתבע. אז זו דוגמא למקרה חריג בו הדין משתנה משום שיקולים של יושר, וכך טוען בעל העקידה- כדי השתוצאה תהיה רצויה וצודקת (לפי מה שאריסטו טוען- תיקן הדין משיקולים של יושר).

הרמב"ם כמובן הכיר את המקרה הזה ומזכיר אותו בהלכות עדות סוף פרק 3- מי שיש לו עדים (תובע) צריך לטפל בעדים עד שהוא יכול להביא אותם, ואם ידעו השופטים כי בעל הדין אלים, והתובע טוען כי העדים יודעים זאת ומפחדים לבוא להעיד משום כך. ביה"ד יודע שמדובר באיש אלים, והתובע יודע כי האדם אלים וטוען כי משום כך העדים מפחדם לבוא. ולכן הרמב"ם קובע כלל לפיו בנסיבות כאלה, בהם במקרה של בעל דין אלים, כופים עליו להביא את הראיות. הרמב"ם פשוט אומר כי רב חיסדא לא משנה את הדין, אלא מפרש את הדין בצורה שונה, בשלל המקרה החריג- תופעה של אנשים אלימים, בעלי דין אלימים, ולא בשל האדם החריג- מרי בר איסק- שיצא שהוא אלים ועל כן רק במקרה שלו משנים את הדין. (זו המחלוקת בין הרמב"ם לבעל העקידה- ר' יצחק עראמה)

לפי המרצה, זו הדוגמה לכל התפישה של הרמב"ם. הוא מסכים כי ניתן לשנות את הדין על פי נסיבות המקרה, אך לא מקשר את זה לשאלת היושר.

לקרוא בפנים את הטקסטים שהוא נתן בדפים.

זה סוף החומר של הקורס!

סיכום של הקורס:

הקדמה על ספרות ההלכה

הבחנה בין האיך לבין המה- מה-תכנים, איך-דרך הפעולה/יישום, גם בקשר להלכה ולמשפט העברי. יש הבדל בין משפט ללא משפט. ה"מה" זה העיקר. אנחנו התרכזנו בעיקר ב"איך"- ההלכה היא כמו משפט- סמכות, אמת משפטית, פיקציות.

גבולות ההלכה- בעיית השפיטות, הבחנה בין ממשפט למוסר

במה לא עסקנו:

הלכה ומדינה- היחס בין המשפט העברי למשפט המדינה

[[לא למבחן]]-- העימות בין השניים נמשך במשך שנים כבר. התחיל בסוף המאה ה-19, היתה התתחלה ברוסיה של פעילות לאומית-ציונית חילונית, שהחליטו לבסס מחדש את המשפט העברי, לחדש אותו ולהחיות אותו. מאחורי זה היתה פילוסופיה לפיו המשפט מבטא את רוח האומה, הוא לא טכני, אלא רוח האומה. הם היו חילונים, לא כללו את המשפט העברי כחלק מההלכה ומהמקורות הדתיים. לשאוב את מה שנכון מתוך המשפט העברי, אלא רק לבסס עליו את שיטת המשפט הישראלית. כשהם עלו לישראל, הצטרפו גם משפטנים ורבנים דתיים והתחולל עימות שגרם לחלוקה בין שתי הקבוצות. נוצר משבר בין שניהם. עימות זה נמשך עד היום ובא לידי ביטוי ערב קום המדינה. התחילו לעסוק בצורה יותר משמעותית במשט שעשוי להתקיים עם קום המדינה. שתי הקבוצות חשבו שצריך להחיל את המשפט העברי כבסיס לשיטת המשפט, רק שנחלקו ביניהם כיצד, דתי או חילוני. במקביל, החלו הכנות מעשיות להקמת המדינה גם בין הרבנים- היו אחדים שהאמינו בתום לב כי המדינה היהודית תתבסס על המשפט העברי, ההלכה (ר' הרצוג, רב ראשי באותה תקופה, בריטי). הרב הרצוגג שהיה משכיל, בין שיש לבצע שינויים במשפט העברי על מנת שיהיה ניתן להחיל אותו. 1. מעמד האשה- בנות לא מקבלות ירושה, 2. נשים לא יכולות להעיד, ומי שלא שומר תורה ומצוות גם אינו יכול להעיד. הוא רצה לשנות אאת ההלכה בדרך של תקנות. הכיוון השני- ההלכה בלי קשר לבעיות אלה, צריכה להיות מותאמת מחדש למציאות של "היום". הספרים העתיקים אינם יכולים להוות ספרי חוק כי הם לא בנויים ומנוסחים בצורה של חוק, והוא ישן. בסוף זה לא התבצע כי ההלכה לא היתה מוכנה. במקביל לרב הרצוג, החלה פעילות של המוסדות בארץ. הוקמו ועדות שונות, בהן גם ועדת המשפט להכנתה לקראת הקמת המדינה. בועדות אלה שוב היה ויכוח לגבי היקף החלתו של המשפט העברי, אם בכלל. היו אנשים שמנעו מהמשפט העברי להתממש.

חיים כהן- היה היועמ"ש, שר המשפטים, לדעת חלק מהחוקרים ההיסטוריים, הוא הכשיל את אפשרות שילוב המשפט העברי בזה של המדינה.