קורס זה דורש השלמה ממספר כיוונים:

חומר קריאה חשוב **מהספר המשפט העברי**.

בעבר היה נהוג לבצע מבחן ביניים על מאות עמודים מספר זה. בשנה שעברה שונתה הקונספציה, וחומר הקריאה מצורף למבחן הסופי (20-30% מהציון)

החומר חשוב לא רק בשביל המבחן, אלא גם בשביל ההשכלה הכללית, היהודית והמשפט העברי. החומר לא מעט, ולכן רצוי להתחיל לקורא החל ממחר (בימים הקרובים כשנקבל את החומר)

אין להשאיר משימה זו לרגע האחרון. יש לקרוא את החומר ברצינות מספר פעמים על מנת שלא ייווצר עומס לא סביר לקראת המבחן.

הנוכחות אינה חובה בקורס זה, אך 10 נק' מהציון מגיעה מהנוכחות בשיעור. המרצה ממליץ להיות בשיעור עקב היותו חשוב.

לא בא בחשבון בשום פנים לעסוק בדבר אחר במחשב הנייד בזמן השיעור. הנוכחות היא לא רק פיזית בשיעור. אין לעסוק בנושאים אחרים. ה10 נק' מגיעות מהשתתפות בשיעור.

חלק גדול מן הנושאים בקורס זה נמצאים בספר קטן אשר נקרא **הלכה ומשפט – מהאוניברסיטה המשודרת** של גלי צה"ל. רוב הנושאים שנדבר בדיבור יהיו בספר זה, והמרצה ממליץ לרכוש את הספר – כי הוא מכיל את כל הנושאים וקל לקריאה. אחרי הנחה של המרצה זה 35 ₪ - ניתן להזמין דרכו בעוד שבועיים למי שמעוניין.

08.11.16

**מבוא למשפט עברי – שיעור 1**

**מהו משפט עברי?**

נושא הקורס שלנו הינו בעייתי במקצת.

נראה כי מקצוע זה הינו היחיד בפקולטה למשפטים ששנוי במחלוקת. התחום וגבולותיו לא מוגדרים/מוסכמים. דרכי המחקר וההוראה שנויים במחלוקת.

במידה מסוימת אנו נופלים בין הכיסאות:

אנו עוסקים בנושאים אחדים בתחום ההלכה היהודית. ההלכה ב"גדול" נלמדת ב2 מקומות שונים:

1. בלימוד המסורתי הישיבתי (הישיבות)
2. עולם המחקר

אנשי המשפט העברי נופלים בין נושאים אלו, וקשה לחלקם להתמקם בנקודה מדויקת.

אנשי הישיבות רואים את אנשי המשפט העברי בעין עקומה, ואנשי המחקר טוענים כי אינם חוקרים, אלא סתם אנשי ישיבה. במידה מסוימת יש משהו בביקורת זו. התחום של אנשי המשפט העברי לא לגמרי מוגדר, ונמצא באמצע.

מחלוקות מסוימות קיימות גם בחוקי המשפט העברי.

המונח משפט עברי הוא בעל היסטוריה, מכיוון שהוא בא לעולם בסוף המאה 19-20, כאשר ברוסיה נוסדה חברה בשם חברת המשפט העברי, שקמה עקב ההתעוררות הלאומית של יהודי רוסיה במחצית המאה ה19. בעקבות התעוררות זו באו משפטנים ששמו לה לדגל לבנות מחדש את המשפט העברי לקראת הקמת בית יהודי בארץ ישראל. משפטנים אלו ברובם היו חילוניים, ולא לחינם קראו למשפט משפט עברי על מנת לטעון כי לא מדובר בהלכה היהודית, אלא משהו חדש. המשפטנים רוצים לקחת את ההלכה היהודית וליצור ממנה יצירה חדשה אשר תתאים לתפיסות החדשות שסוררות בחברה המודרנית של אותה תקופה. המשפטנים למעשה התכוונו להתבסס על ההלכה אך לא עליה בלבד.

לאחר מכן הצטרפו לחברה אנשים בעלי השקפה דתית. והתעוררו מחלוקות בחברה. דברים אלו השפיעו על קום המדינה ואחריה. חילוקי הדעות המשיכו להתגלגל גם בשנות ה50 עד שהחקיקה בישראל קיבלה את מעמדה כפי שאנו מכירים זאת כיום.

**המונח המשפט העברי כפי שהוא מקובל היום** – מדובר על ההלכה היהודית. ההלכה נקראת על החלק הנורמטיבי של התורה (נורמה – כלל התנהגות) אותו חלק בתורה שקבע את נורמות ההתנהגות, נקרא ההלכה. תורה זו בעיקר בעל פה ולא בכתב.

**אגדה – מושג כולל לכל מה שלא מוגדר כהלכה** לא בהכרח סיפור, יכול להיות היסטוריה, פילוסופיה, מוסר וכדומה.... מושג זה ללא קונוטציה שלילית/מנמיכה.

המשפט העברי גורס בכך שניתן לחלק את ההלכה לתחומים שונים – והוא טוען כי יש חלק בהלכה אשר נקרא "משפט", אך רק חלק ממנו. חלקים אחרים מהווים נורמות אך לא משפט.

דתי

משפטי

דבר זה אינו מוסכם, ומהווה ויכוח עד היום. יש הטוענים כי חלוקה זו איננה לגיטימית, כי באה מגישות משפט זרות, משום שלדעתם ההלכה עצמה לא מכירה בחלוקה כזאת.

בראש המסתייגים עומד פרופסור יצחק אנגלהרד אשר היה עד לפני כמה שנים שופט בבית המשפט העליון. לפני כמה שנים פרסם מאמר בשם מחקר המשפט העברי, מהותו ומטרותיו. במאמר זה תוקף הפרופסור את ההבחנה בהלכה בין החלק המשפטי והדתי (הציור). הוא טוען כי ההלכה לא נותנת את האפשרות להפריד בין התחום המשפטי והדתי בהלכה.

השופט אלון ייצג את העמדה הנגדית, אך משחק לידיו של אנגלהרד.

כשאלון מסביר מהו משפטי – הוא מסביר כי המשפט של ההלכה הוא אותם הליכים משפטיים אשר קיימים בשיטות משפט אחרות. אנגלהרד טוען מנגד שאלון מבצע מבחן חיצוני, וכך אלון משחק לידיו של אנגלהרד.

**ההבחנה המוצדקת לחלוטין (לא מתוך השוואה לשיטות חיצוניות) תגיע בהשוואות בתוך ההלכה**. ההבחנה על פי המרצה נכונה והיא מבוססת על תפיסות פנימיות של ההלכה.

ההבחנה בין משפטי ללא משפטי נמצאת במקורות – ראשיתה בתלמוד והמשכה עד היום אצל רבים מן החכמים. ניתן אולי לטעון שראשיתה בתורה (לא בהכרח). התורה משתמשת בעשרות מקומות במינוח חוקים ומשפטים. חז"ל ביצעו הפרדה בין חוקים ומשפטים – דברים שאלמלא נכתבו בתורה, היינו קובעים אותם לבד – אלו הם משפטים. המשפט על פיהם הוא יצירה אנושית.

**המשפט למעשה נובע מ2 מקורות – התודעה האנושית והצורך האנושי**.

המשפט הוא למעשה פונקציה אנושית – אם לא הייתה כתובה במקורות, היינו כותבים זאת כעת.

משך חכמה – ספר שכולל הלכה ואגדה בחיבור אחד, אשר מסודר על פי סדר התורה. בספר זה בחלק ויקרא שהתורה נותנת משפטים, אומר בעל משך חכמה – **חוקים הם הדברים הדתיים,** כלומר דברים שבין אדם למקום. **משפטים הם הנימוסים והמשטר. חוקות הקבועים בשכל ובהנהגה הנכונה**. כל מה שלא נמצא תחת הגדרה זו אינו משפט.

הגדרה זו מהווה מבחן פנימי קלאסי.

[קיימים מקרי גבול בהם אינך בטוח היכן למקם את ההגדרה בין חוק למשפט (לדוגמא ריבית, כיבוד אב ואם)].

עם זאת, התמונה לא שלמה:

1. החלוקה בין המשפטי לדתי אינה דיכוטומית (ללא הפרדה גמורה). קיים קשר בין התחומים, והתחום המשפטי לא מנותק מהתחום הדתי.
2. גם החלק המשפטי של ההלכה, הוא חלק מההלכה. ההלכה היא מערכת של נורמות דתיות, יש לה השקפה דתית, תפיסה דתית ואוריינטציה דתית. עובדה זו משפיע על המשפט. זה בא לידי ביטוי שפה ושם אנו יכולים לראות ביטויים של תפיסה דתית גם בחלק המשפטי בהלכה.

לדוגמא: בהלכה קיימת במקרים מסוימים חובה להישבע – מדובר על פי התפיסה ההלכתית כאקט דתי. ההלכה מניחה כי אדם מאמין יירתע מלהשתמש בשם של ה' כאקט דתי, ועובדה זו משומשת בחלק המשפטי של ההלכה.

1. קיימת גם השפעה על הצד ההלכתי מהמשפטי. במובנים מסוימים ההלכה כולה היא משפט. גם החלק הדתי של ההלכה במובנים מסוימים הוא משפט.

כשאנו מדברים על המשפט – או כל תחומי היצירה האנושית – יש להבדיל בין ה"מה" ובין ה"איך".

ה"מה" מתייחס לתוכן היצירה, ומבחינתו יש הבדל בין המשפטי לדתי.

ה"איך" מדבר על דרכי הפעולה/יישום – הוא אינו קשור לתוכן (משפטי/דתי). הוא מתייחס לכלים. מבחינה זו, כל ההלכה היא משפט. גם החלק הדתי של ההלכה עובד כמשפט.

**נושא הקורס למעשה הוא ההלכה כמשפט**

דוגמא להבדל בין המה לאיך (אותך למכשירים):

מסופר על ביאליק שנכנס עם חבר לחנות ספרים בת"א. הוא ראה 2 ספרים אשר מונחים אחד השני עם 2 מחברים שונים. ביאליק אמר כי החיבור בין 2 הספרים מצוין. החבר לא הבין את ההקשר, וביאליק סיפר לו כי לאחד יש מה לכתוב אך אינו יודע כיצד, והשני יודע איך לכתוב אך לא יודע מה. לספרות למעשה יש טכניקה – כלומר ה"איך".

הכרת ספרות ההלכה מ2 כיוונים – הכיוון העיקרי הוא מצד התוכן – הסוגות הספרתיות.

קיימות סוגות שונות של חיבורים. במקביל קיימת חלוקה כרונולוגית (תקופתית). קיימת חשיבות בהלכה להבין לאיזו סוגה ספרותית הספר שייך, ולאיזה תקופה הוא שייך.

קיימת חשיבות לחלוקה הכרונולוגית גם על התכנים, על אופי הספר וגם חשיבות פורמאלית שההלכה מייחסת לחלוקת התקופות.

**התפתחות ההלכה – כיצד הגיעה לעולם?**

מקובל להניח שראשיתה של ההלכה הגיע מפרשנות המקרא – בדיוקים, במסקנות ובחקירות שחכמים עושים בתוך המקרא. ההלכה הראשונה למעשה הגיע מפרשנות מתוך התורה.

הלכה זו החלה לאחר תקופת בית שני – במאה השישית לפנה"ס (500 שנה לפני) – ושם מתחילה דרישת התורה, מה שנקרא מדרש.

מדרש הוא סוג של פרשנות. לא מפרשים את מה שכתוב, אלא מוציאים מסקנות מהדברים.

מדובר למעשה חקירה שמביאה מסקנות והלכות חדשות מהכתוב.

פעולה זו נקראת מדרש הלכה – וכך נוצרות הלכות. מסקנות שיוצאות מהכתוב.

דוגמא: קיימת מצווה בתורה להמליך מלך. אומר מדרש ההלכה – מלך ולא מלכה. כך דרשו את הכתוב, ולדבר זה יש משמעות מרחיקת לכת. דבר זה אינו נחשב לפירוש, אלא דרשה – משהו חדש לגמרי אשר החכמים קבעו. נקבעים בהליך זה מסקנות חדשות בזמן ניתוח הכתובים.

חלקים מסוימים בספרות ההלכה נקראים מדרשי ההלכה. באותם ספרים ההלכות צמודות לכתוב. קיימים ספרים כאלו על 4 מתוך 5 הספרים. בבראשית אין מדרשי הלכה – כי אין הלכות בספר בראשית.

רוב ההלכות אינן מדרשי הלכה – ואינן קשורות לכתוב. קיים מעבר והתרחבות ההלכה, אשר מוביל להתנתקותה מהכתובים. היא עומדת בפני עצמה ולא צמודה לכתובים.

הספר הראשון בוא ניתן לראות את המעבר הנ"ל הוא המשנה.

ספרות ההלכה בעיקרה מתחילה מן המשנה (הספר הראשון של ההלכה).

המשנה הוא יצירה שיצר רבי יהודה הנשיא אשר חיי בגליל בבית שערים וציפורי ב200 לספירה.. הוא כינס וסידר את ההלכות שנוצרו לפניו לספר המשנה. זו הייתה המהפכה הראשונה בתולדות ההלכה, עקב העובדה שעד רבי יהודה הנשיא לא היה ספר הלכתי. היו חכמים, בתי מדרש, וכל אחד לימד מה שרצה. לא היה טקסט אחיד, והלימודים היו לימודים בע"פ. הספר שלו הקיף נושאים רחבים אשר חולקו ל6 חלקים, וספר זה הופך להיות הספר המרכזי שבו כולם לומדים

10.11.16

**שיעור 2**

אנו ממשיכים בסקירה הספרותית – ספרות ההלכה לסוגיה

הספר הראשון הוא המשנה של רבי יהודה הנשיא שסידר את ההלכות שלפניו ועשה מהם חיבור אחד מרוכז. לפני רבי יהודה הנשיא לא היה ספר. כל חכם לימד מה שרצה.

רבי יהודה הנשיא לקח את כל הסיכומים הנ"ל והוציא את העיקר לפי השקפתו, וכינס את זה לספר אחד אשר מסודר לפני נושאים – 6 חלקים – 6 סדרי משנה.

זאת המפכה הראשונה בתולדות ההלכה (מתוך 2).

דבר זה חולל מהפכה מכיוון שמכאן והילך השתנה סדר הלימוד באופן דרמתי – מעכשיו כולם לומדים מספר זה, וכל בתי המדרש ילמדו על פיו. אמנם במאמר מוסגר – רבי יהודה הנשיא לא הכניס את כל הדברים, אלא רק מה שהיה נראה לו שנכון להכניס – לעולם לא נדע מה היו הקריטריונים והמטרות המדויקות שלו. קיימים חילוקי דעות בין החוקרים.

היו הלכות של חכמים מאותם תקופות אשר נקראו תנאים שלא נכנסו למשנה – אך הם עדיין משחקות בלימוד ההלכתי לדורות כי החכמים הכירו את ההלכות הללו למרות שלא נכנסו למשנה.

הלכות אלו נקראו ברייתא (משנות חוץ). הבריות נמצאות בספר שנקרא תוספתא ורובן נמצאות בחיבור שנקרא התלמוד.

המשנה זה הספר הראשי שסביבו מתקיים המחקר.

משנה (+ברייתא)

I

I

תלמוד

**יצירתו של התלמוד**

מה שקרה בהמשך הוא באמת הדבר המשמעותי ביותר בתולדות ההלכה – יצירתו של התלמוד. התוצאה הייתה דרמטית – יצירתו של חיבור חדש, הרבה יותר גדול ומקיף אשר נקרא תלמוד. הלימוד, העיון והדקדוק במשנה הוא זה שהוביל לחיבור חדש הנקרא התלמוד. התלמוד הוא חיבור שנוצר סביב המשנה, אך הוא הרבה יותר מקיף ורחב, לא בעקבות העובדה שהוא מפרש את המשנה, אלא בעיקר הדברים האחרים אותם הוא עושה.

מתוך העיון במשנה עולים דברים חדשים. מסוגיה אחת עוברים לסוגיה אחרת תוך כדי דיון. זהו דיון פתוח מאוד ודמוקרטי, שמתנהל בעצמו בבית המדרש.

לחיבור זה אין מקביל בשום יצירה אחרת בעולם.

**הגדרת התלמוד:**

מדובר בריכוז חומר מבתי מדרש רבים (לא יצירה שנוצרה במקום אחד). בנוסף לכך, ריכוז החומר משקף לימוד ועיון של 300 שנים. המשנה נחתמה בשנת 200, והתלמוד הבבלי נחתם בשנת 500. לצידו של התלמוד הבבלי, חובר תלמוד נוסף אשר נקרא התלמוד הירושלמי.

התלמוד הבבלי והירושלמי כתובים בארמית, משום שלאחר רבי יהודה הנשיא רוב בתי המדרש עברו לבבל. זהו שינוי חברתי פוליטי – אשר הוביל לכך שבבל הפכה להיות מרכז התורה העיקרי. באותם ימים בבל הייתה מקבילה לאמריקה. במקביל יש חכמים בארץ ישראל שעוסקים במשנה ונוצרים במקביל 2 תלמודים. לא רק עצם יצירתו של התלמוד מאוד מיוחדת, נוצרים שתיים (!!). התלמוד הירושלמי היה נחשב ליותר קצר. חכמי ירושלים ובבל לא היו מנותקים וניהלו שיח שוטף, ולכן בתלמוד הירושלמי מצוטטים חכמי בבל, וכך הפוך.

התלמודים כחיבור ספרותי עם זאת לא קשורים זה בזה. התלמוד הבבלי והירושלמי לא הכירו אחד את השני כספרים. התלמוד הירושלמי נסגר 100 שנים לפני התלמוד הבבלי.

הדיון בתלמוד הבבלי יותר מעמיק מאשר התלמוד הירושלמי – התלמוד הירושלמי יותר קמצן במילים, ולכן הוא יותר קשה להבנה מהתלמוד הבבלי.

כשמדברים על התלמוד ועל ההשפעה לדורות – התלמוד הבבלי הוא העיקר. הוא כבש את המקום העיקרי. אובייקטיבית התלמוד הבבלי עולה על התלמוד הירושלמי.

העובדה שהתלמודים כתובים בארמית מהווה חידה מסוימת, אך סיבה אחת היא שהשפה הארמית כובשת את רוב אסיה, והיא הופכת לשפה התרבותית כמעט בכל האזור. היא תופסת מקום מרכזי גם אצל היהודים, והם כותבים ומדברים בארמית.

גם בתקופת המשנה לעברית יש אחיות ומתחרים בחברה היהודית. ארמית כבר הייתה קיימת בתקופה זו, וגם היוונית הייתה קיימת בתקופה זו (עקב הכיבוש היווני)

לכן בתקופת הבית השני ובהמשכו בחברה היהודית מכירים 3 שפות – עברית, יוונית וארמית. לדוגמא, האגרות של בר כוכבא נכתבו בשלושת שפות אלו.

לסיכום למרות שהמשנה הייתה כתובה בעברית – הארמית משתלטת על השפה ומכתיבה את שפת התלמוד, ובעקבות זאת התלמוד הרבה יותר קשה ללמידה עקב השפה הארמית.

תופעות אשר מתרחשות בעקבות זאת:

1. התלמוד הבבלי (ובצידו הירושלמי) הופכים להיות הבסיס לכל ספרות ההלכה. למעשה כל ספרות ההלכה כיום מתבססת על תלמודים אלו.

במשך כל הדורות מה שקרה עם המשנה קרה עם התלמוד – והתלמוד הופך להיות הספר העיקרי אותו לומדים. עד היום התלמוד הבבלי הוא הספר העיקרי שבו עוסקים כל מי שעוסק בלימוד תורה.

1. בשנים מתרחשת עוד תופעה במקביל. התלמוד הבבלי אינם רק נושאי לימוד בבתי המדרש, אלא הם גם נושאים למחקר מדעי. מאז המחצית השנייה במאה ה19 ובמאה ה20, שני התלמודים מהווים נושא חשוב מאוד שנעסוק במחקר האקדמי.

ההבדל העיקרי בין מה שנעסק בישיבה ובמחקר האקדמי:

ההבדל היו דרמטי ומהותי – מחקר הוא ביקורת, אך מהי הכוונה לביקורת כשמדברים על התלמוד?

**דרך לימוד בישיבה**: תלמיד ישיבה שלומד את התלמוד בד"כ רואה את התלמוד (ואת הסוגיה התלמודית) כאילו מחבר אחד כתב אותו – וכך הוא לומד את התלמוד כטקסט אחד.

כשיש קשיים בסוגיה – מחפשים תירוץ. מחפשים ליישב את הקשיים באמצעות סברות, חילוקים והבחנות.

**דרך לימוד במחקר האקדמי**: המחקר התלמודי אומר שהתלמוד איננו טקסט אחד. הסוגיה התלמודית מורכבת מחלקים שונים שהורכבו וחולקו על ידי אדם אחד. במבט ראשון זהו ספר אחד, אך במבט הוא מורכב מחלקים רבים ושונים שהורכבו יחדיו

המחקר התלמודי מבקש לפרק את החלקים ולראות כיצד היה נראה התלמוד לפני שחיברו אותו.

בעקבות הפרדה זו המחקר טוען כי הסתירה נובעת מכך שהחלקים שונים. הסתירות לא מיושבות על ידי תירוצים וסברות, אלא בכך שהמחקר התלמודי טוען שהסתירה נובעת מכך שהחלקים עצמם נכתבו בנפרד.

הרעיון שהתלמוד מורכב מחלקים ומקורות שונים לא הגיע מהחוקרים, אלא הגיעו מחכמי ההלכה הקדומים שעומדים ומזכירים שיכול להיות שיש פה מקורות שונים שהתחברו.

החוקרים הפכו את הפרדת המקורות לשיטה מתודולוגית, אשר הפכה לשיטה הכי נחשבת.

ברוב המכריע של המקרים – הרב בישיבות לא יגיד שהסתירה נובעת מ2 מקורות שונים, ורובם לא מכירים זאת. דבר זה נוגד את הלימוד המסורתי של הישיבה, ושיטה זו לא מקובלת בעולם הישיבות.

**הסוגיה הכי בולטת במשנה התלמודית** – חילוק המאמר ל2 חלקים עיקריים

בכל סוגיה מופיע במרכז מאמר שם של חכם מסוים – לדוגמא רב יוסף. הגמרה מצוטטת אותו בשמו.

בהמשך למאמר של החכם יש המשך אנונימי, ללא שם של חכם, אלא סתמי.

דוגמא:

1. רב יוסף . . . . .. .
2. סתם (אנונימי)

הצעד הראשון שעושה חוקר הוא להבדיל בין 2 החלקים האלה – החלק הראשון הגיע מבעל השם, והחלק השני הגיע ממקור אחר. במידה ומדובר ב2 אנשים, אזי יכול להיות שהחלקים לא זהים. החלק השני אינו חלק אינטגרלי מהחלק הראשון.

חוקרי התלמוד לא יודעים בוודאות מתי נכתב החלק הסתמי עד היום – אבל אנו יודעים כי נכתב יותר מאוחר מהחלק הראשון.

**הדרך השלישית** של חוקרי המשפט העברי מבקשת להתחשב ב2 הגרומים יחד. גם בגישות הרבניות וגם בגישה המחקרית. ניתן להשתמש בכל גישה ולהביא אותם לידי ביטוי.

**הדרך השלישית היא ניתוח הסוגיה התלמודית מנקודת מבט משפטית**.

למעשה מדובר בהסתכלות מנקודת מבט של איש משפט

כל ספרות ההלכה לדורותיה מתחלקות ל3 ענפים (שכולם מתייחסים אל התלמוד)

**הפירושים** – התוצאה הספרותית הראשונה שבאה אחרי התלמוד – אשר ממשיכה עד היום. לפירוש יש 2 מובנים – מצומצם ורחב.

**במובן המצומצם** – מקביל לתפיסתנו של המונח פירוש כיום – לפרש את מה שכתוב. קיים רק פירוש אחד כזה – רש"י (קיימים עוד אבל רק חלקיים) – זהו הפירוש העיקרי לפירוש התלמוד עד היום. רש"י חיי במאה ה11 בצרפת, תרוע. אך עיקר גידולו בתורה בא לו מגרמניה מאשכנז. בתקופה הזו של המאה ה11 – מרכז התורה הינו אשכנז (בעיקר גרמניה) + מספר ארצות מסביב. לאחר מכן חזר לביתו בצרפת שם הקים בית מדרש גדול משם יצאו תלמידים רבים שהמשיכו את דרכו.

רש"י לא המציא את הפירוש – הוא העביר את המסורת מרבותיו מאשכנז, וחיבר את הפירוש הקריא והמובן.

בהמשך העסק משתנה – ספרות הפירושים אינה כמו רש"י, אלא היא אינטרפרטציה – **פירוש מרחיב.**

נכדיו ותלמידו של רש"י מרחיבים את השיטה והיא נקראת בשם **שיטת התוספות** – שיטת הפירושים המחדשים. היום בדף המסורתי של התלמוד אנו מוצאים באמצע את הטקסט של התלמוד, מצד אחד פירושו של רשי, ומצד שני פירוש בשיטת התוספות. רוב החיבורים הם על דרך החידוש

15.11.16

**שיעור 3**

ממשיכים בסקירה הספרותית.

התלמוד הבבלי הוא בעיקר הבסיס לכל ספרות ההלכה כיום.

מהתלמוד הבבלי יוצאים 3 ענפים

1. **הפירושים והחידושים** – גם מבחינת הזמן, ענף זה בא באופן טבעי. התלמוד דורש פירוש, ומתפתחת ספרות גדולה בתחום זה. רוב הפירושים אינם במובן הצר (נקודתיים) אלא מרחיבים.
2. **התוספות** - המהלך הראשון מתקיים אחרי רש"י אשר נקראת תוספות – זוהי האסכולה המרחיבה. התוספות זה ז'אנר חדש. היום בדף התלמוד נתפס באמצע טקסט התלמוד הבבלי, מצד אחד רש"י, ומצד שני התוספות. מי שיצר דף זה בצורה כזאת, היה המדפיס הראשון בוונציה שהדפיס את התלמוד בסוף המאה ה15 – צורה זו מתקיימת כמעט עד היום כולל מספור העמודים.

התופסות על הדף הם לא כל התוספות, אך העיקריות.

התוספות משפיעים גם מעבר למקור. הם נוצרו בצרפת, לאחר מכן התפשטו בארצות נוספות. הגישה הפרשנית של התוספות משפיעה גם על חכמי ספרד מהמאה ה12-13 והילך.

1. **הפוסקים** – לאחר הפירושים, הגיעה דרישה פשוטה של ספר פסיקה. – בתלמוד אין פסיקה, ואין מסקנות על פי רוב. בתלמוד – אין תשובה מה לעשות סוף, וגם במשתמע זה לא כל כך ברור. לכן נוצר הצורך בפסיקה.

הרמב"ם הינו הגדול והחשוב מבין הפוסקים, אך הוא לא היה הראשון.

הראשון מבין הפוסקים שחשיבותו רבה היה רי"ף – רבי יצחק אלפסי. אלפסי על שם העיר מרוקו. הוא נחשב מגדולי חכמי הדורות בישראל. החוקרים אומרים שהגיע מעיר אחרת, אך שם המשפחה הגיע כנראה משם. הוא חיבר ראשון ספר של פסקים, אבל חשיבותו לדור כפוסק באופן יחסי היא מוגבלת, מכיוון שהרי"ף כתב פסקים מהתלמוד – כל סוגיה מתומצתת בשורות בודדות בלשון התלמוד. לכן ספר זה לא מוגדר כמהפכה.

זה למעשה התלמוד בתמצית – הספר פחות קריא ונגיש.

הרמב"ם היה השלב העיקרי בספרות הפוסקים – אחרי הרי"ף. – **זאת מהפכה**, ולא עוד שלב. ניתן להגדיר זאת כמהפך שני בתולדות ההלכה אחרי המשנה.

הרמב"ם במכוון הולך בעקבות רבי יהודה הנשיא. התמונה שעמדה בפניו הייתי רבי יהודה הנשיא. הדוגמא של כינוס כל ההלכה בצורה מסודרת ומאורגנת.

למעשה יש 2 מרכיבים עיקריים – השני הוא עריכה מחודשת – סידור של כל ההלכות בצורה עניינית, לפי נושאים. זה דומה לספר חוקים – בפעם הראשונה בהלכה יש ספר חוקים.

ספר זה נקרא משנה תורה – בהקדמה לספר, הרמב"ם אומר כי קרא לספר משנה תורה – שני לתורה, לפי שאדם קורא בתורה תחילה, ואז קורא את הספר הזה, ולא צריך ספר אחר.

עוד 2 דברים מאפיינים את הספר:

1. הספר כתוב בעברית משנה, וניתן להבינו כיום. (לא בערבית – בהם כתב הרמב"ם) הניסוח הוא ניסוח חדש בעברית
2. אין בספר מקורות. הספר מביא את כל ההלכות לפי סידור חדש, ולא מזכיר את המקורות (מאיפה כל הלכה לקוחה). זה הופך את הספר לעצמאי.

למרות חשיבותו ומהפכנותו של הספר, ספר זה לא נקי מקשיים, וגם זכה לביקורת. הוא זכה למתנגדים.

רוב המתנגדים יוצאים מנקודת מוצא אחת: הניתוק מהתלמוד, ועצמאותו של הספר – גם מבחינת הסגנון, העריכה ואי הזכרת המקורות, זוהי הנקודה העיקרית של המתנגדים.

ראש המסתייגים היה בן דורו של הרמב"ם (מבוגר ממנו) שחי בפרובנס (איטליה) – נקרא ראב"ד – רבי אברהם בן דוד. הוא היה גדול המתנגדים והראשון בהם. הוא גם היה מגדולי התורה והפוסקים. הוא התקומם על החיבור והחדשנות של משנה תורה, במיוחד על העובדה של העדר המקורות. ז'אנר חדש זה הכעיס אותו מאוד. הוא הביע את התנגדותו על ידי שורה של מאות הסתייגויות לאורך כל הספר. בהרבה מקומות הביע הסתייגות (מה שנקרא כיום – השגות הראב"ד – הסתייגויות)

הלשון שהשתמש בה ראב"ד הייתה מאוד חריפה.

מסבירים זאת באמצעות ההנחה כי ראב"ד ביקש לערער את מעמדו של הספר, בגלל שהוא לא מביא מקורות.

הערתו הראשונה של ראב"ד היא בהקדמה – והוא כותב "האיש הזה לא הלך כדרך כל המחברים. כל המחברים הביאו ראיות לדבריהם, אבל הוא כתב את חיבורו מדעת עצמו. אין סיבה לקבל את פסיקתו"

למעשה ראב"ד טוען שהוא לא צריך להסכים עם הרמב"ם כאשר הוא לא מביא ראיות, והוא מערער למעשה על הסמכות.

קיימות הסתייגויות מסוג אחר – הרא"ש (רבינו אשר בן יחיאל) היה מחכמי ספרד במאה ה13 – 60 שנה אחרי הרמב"ם, במחצית השנייה של המאה ה13. הרא"ש הוא גם חכם אשכנזי – מקורו מאשכנז (גרמניה) – ואז עבר לספרד בטולדו. בתקופה זו לא היה ערעור על סמכותו של הרמב"ם. הרא"ש כבר עיקל את המהפכה בתקופה זאת, ולמרות זאת הוא מסתייג.

וזהו הסיפור: חכם פסק הלכה, ונימק כי טענתו מבוססת על הרמב"ם במקור בספרו.

הרא"ש אומר לו כי טעה – ולא הבין את כוונת הרמב"ם. הוא לא מתקומם על כך שפסק לפי הרמב"ם, אבל הראש טוען כי טעה בהבנת הדברים, כי לא בדק את המקור בתלמוד. הראש מוסיף ואומר כי כך טועים כל המסתמכים על הרמב"ם. הם טועים בהבנת הדברים – אם אינך יודע מהיכן המקור בתלמוד, אתה טועה בהבנת הדברים.

הרא"ש אם כך מערער על ההבנה, התפיסה והפרשנות, והופך זאת להכרזה = כי כל מי שמסתמך על הרמב"ם ולא מכיר את המקור התלמוד – טועה.

אנו יודעים, גם ממקורות אחרים, שהרמב"ם התכוון שלא צריך את התלמוד – זו הייתה כוונתו של הרמב"ם – הוא כתב ספר חדש שמקיף הכל ולא צריך את התלמוד.

עם זאת, אמירה זו במבוא לא מספיקה. אנו יודעים על כוונה זו גם מאיגרות ששלח לתלמידו הקרוב ביותר – רבי יוסף בן יהודה. בשבילו הוא כותב בהמשך את מורה נבוכים. **הרמב"ם כותב לו באגרות – אין טעם להתעסק בתלמוד. פטרתי אתכם מהתעסקות בו.** "לא תלמד ולא תלמד אלא הלכות הרב ז"ל (רי"ף) ואז משנה התורה".

הרמב"ם חשב שעיסוק בתלמוד לא הכרחי – כי לדעתו התכלית/המטרה של לימודי התלמוד הוא הסקת המסקנות ההלכתיות. הוא לא חושב שהפלפולים ומשא המתן חשובים. אם מטרת התלמוד היא להגיע למסקנות – הוא כבר עשה זאת עבורם.

במציאות, בהמשך הדורות, זה לא מה שקרה. הספר היה הכי חשוב מאז המהפכה הראשונה, אך הוא לא גרם לערעור מקומו של התלמוד. הוא משנה לתלמוד למעשה.

העיסוק בהלכה עד היום הוא בעיקר בתלמוד. אפילו בפסיקת ההלכה – הפוסקים מתבססים גם על התלמוד.

כל זה קרה כי הרבנים לדורותיהם לא הסכימו לדלג על התלמוד – והם כותבים במפורש "לא ראו חכמי הדורות לוותר על התלמוד בשום פנים". הספר הפך למספר 2 אחרי התלמוד ולא אחרי התורה.

מהיום שבו הספר נכתב, הדבר הראשון שלומדי הרמב"ם עושים הם פניה למקורות, וזה נעשה כבר מהמאה ה13. כל החכמים אחרי הרמב"ם עושים זאת, למרות שהוא בעצמו לא עשה זאת. התוצאה היא שכיום אנו יודעים כמעט מאיפה כל ההלכות נלקחו.

הספר לא דחק את התלמוד – כי צריך לבדוק בו את המקורות. למעשה הספר הגביר את לימוד התלמוד ולא החלישו – דווקא בגלל החשיבות של משנה תורה, אך לא במקום התלמוד.

שם נוסף למשנה לתורה – י"ד החזקה. הרמב"ם לא נתן שם זה לספרו. אך כאן קרה דבר מדהים – השם משנה תורה לא התקבל. לא רק שכוונתו של הרמב"ם להתנתק מהתלמוד לא התקבלה, גם שמו לא התקבל. במקומו בא לעולם שם חדש – י"ד החזקה

ביטוי זה לקוח מהפסוק האחרון בתורה – "ובכל היד החזקה אשר עשה משה" – ושם זה התקבל.

במשך השנים הספר התקבל והפך להיות הספר הראשון של פסיקת ההלכה בעיקר בארצות המזרח. בדורות הראשונים התקבל בעיקר בארצות ספרד, ורק לאחר מספר דורות התפשט בשאר המקומות.

למרות היותו של הספר מקובל ומפורסם, הוא מלא קשיים מכיוונים אחרים. הקשיים האחרים מהווים 2 סוגים עיקריים.

1. יש בספר הרבה סתירות – מהו הרקע להיווצרותן? הלכות מקבילות.

הרבה הלכות חוזרות במקומות שונים.

1. בדיקת המקורות. בשלב הראשון היה צריך לחשוף את המקור, ובשלב הבא לבחון את המקור. הרבה פעמים הפסיקה של הרמב"ם לא מסתדרת עם הסוגיה.

קיימים הבדלים מסוימים בין הלימוד המסורתי למחקר – הספר השני שנלמד במקביל (גם בישיבות וגם במחקר) זה משנה תורה (אחרי התלמוד). יש מאות מאמרי מחקר על המשנה תורה. והמחקר גם מתמודד עם קשיים אלו. הבדלים אלו פחות גדולים מאשר ההבדלים בספר התלמוד.

נקודה אחת בנושא הסתירות הפנימיות – קיימת סתירה בין הלכה אחת לאחרת.

המחקר החדש משתמש (ופחות בישיבות) בתופעה שמסבירה חלק גדול מהסתירות – ההסבר הוא טכני. כלומר, הרמב"ם חזר בו ושינה את דעתו במהלך השנים. קודם פסק א' ולאחר מכן שינה את דעתו ופסק ב'. דבר זה וודאי ויש על כך עדויות מהרמב"ם ובנו.

הוא עשה זאת כי לא הפסיק לעסוק בנושאים אלו כל הזמן, ושינה את דעתו.

זה יצר סתירות, כי הספר בהתחלה התפשט בכתבי יד, על ידי העתקה מסופר לסופר.

הרמב"ם כתב הלכה מסוימת, והיא הועתקה. לאחר מכן הוא שינה את דעתו בהלכה אחרת, וגם הנוסח החדש התפשט בכתבי יד. **המדפיסים בוונציה לא ידעו להבדיל בין כתבי היד** – הוא לקח את כל כתבי היד והדפיס את מה שהיה ברשותו – וכך נוצרה סתירה בין הלכה א' להלכה ג'.

בעולם הישיבות פחות משתמשים באפשרות זו.

בנוסף, יש ספרות עצומה סביב הרמב"ם – דבר זה מראה כי מעמדו של הספר היה רב. אחרי התלמוד, זהו הספר הנלמד ביותר והכי מיוחס בספרות ההלכתית. בנוסף, יש מאות כתבי יד לרמב"ם, בלי שום השוואה לספר אחר (כולל התלמוד).

הרשימה שמופיעה באתר היא מחייבת – המרצה יצרף שינויים קטנים מאוד בשבוע הבא (10 ימים) – להתחיל ללמוד ולקרוא את אלון כמו שהוא ביקש. החומר של אלון כלול במבחן הסופי.

להתחיל לקרוא כרגע את הספר של אלון המשפט העברי על פי ההוראות שפורסמו באתר – בתשע"ז

17.11.16

**שיעור 4**

המרצה עמד בסוף השיעור שעבר בקיצור בהבדלים בין הגישה המחקרית לישיבתית. הוא אמר שביחס לרמב"ם ההבדלים בין המתודות הרבה יותר קטנים (יותר בכמות מאשר המהות)

היחס בין משנה תורה לבין החיבור האחר של הרמב"ם – מורה נבוכים

לאחר משנה התורה הרמב"ם כתב ספר חשוב, הנקרא מורה נבוכים

הספר כתוב בערבית, השפה הפילוסופית של התקופה. אחד הקשיים הוא תרגום הטקס, בהשוואה למשנה תורה שם השפה היא חד משמעית.

מורה נבוכים חשוב בפילוסופיה כמו משנה תורה, הוא הספר החשוב ביותר בפילוסופיה היהודית לדורותיה, אך הספר קשה וחידתי, ועד היום לא נפסק הדיון סביב מורה נבוכים. הפרשנויות שונות על כל פרק, וקיימות 2 אסכולות עיקריות שונות:

1. אסכולה רדיקלית – טוענת שהרמב"ם במורה נבוכים הסתיר דעות אמתיות ומהפכניות, שלא רצה לגלות לעם, אשר יכולות להיחשב ככפירה. דעות אלו יכולות להיות גלויות רק לפילוסופים המתעמקים. – לכן יש סתירות בין משנה תורה אשר מיועד לכל העם ומורה נבוכים.

היו שני רמב"ם – הרמב"ם ההמוני – משנה לתורה, והרמב"ם האמיתי – שזה מורה נבוכים.

לדוגמא: הרמב"ם האמין כי העולם קדמון, אך הוא אומר במפורש שלא כך. יש הטוענים כי אמר זאת בהסתרת דעתו האמתית.

1. אסכולה שמרנית –האסכולה השמרנית אומרת כי אין סתירות במשנה תורה, וניתן להסדירם. לא היו 2 רמב"ם אלא רמב"ם אחד.

יש הרבה עניינים מקבילים/קשורים בין מורה נבוכים למשנה תורה. יש לא מעט עניינים בעלי קשר. במשנה תורה יש גם עניינים של פילוסופיה ואמונה, והם בוודאי נוגעים בדברים שכתב במורה נבוכים. במחקר משווים את הדברים ומזקקים את העימות ביניהם. בלימוד הרמב"ם בישיבה לא מתעסקים במורה נבוכים בכלל.

במחקר – העימות בין 2 חיבורים אלו יכול להביא למסקנות מעניינות בנושאים רבים.

אחד הדברים המעניינים הוא שדווקא במשנה תורה עצמו ישנן הלכות מאוד רדיקליות, ולא פשוטות. הן אינן מבטאות דעה מקובלת על הציבור הדתי, אך צריך לדעת לקרוא אותם. הרבה מאוד מקוראי טקסטים אלו לא מדייקים בכתוב, ולא מרגישים במהפכנות, ייחוד ויוצא דופן בדברים. זה רק מצביע על הקשר ולא הסתירה בין החיבורים.

**מה קורה לאחר הרמב"ם?**

עד כה ראינו את 2 השלבים הראשונים. עכשיו יש עוד 2 שלבים

1. רי"ף
2. רמב"ם
3. טו"ר + בית יוסף
4. שולחן ערוך + רמ"א

הטו"ר (ספר ארבעה טורים) נכתב על ידי רבי יעקב (בנו של הרא"ש) בספרד של המאה ה14 – כ130 שנים לאחר משנה תורה.

הטו"ר מחולק ל4 ספרים ולא ל14. החלק שעוסק בדיני ברכות, שבת וחיים נקרא אורך חיים.

החלק המשפטי נקרא חושן ומשפט.

כל טור מחולק לנושאים, סימני משנה וכדומה. הטו"ר שונה מהרמב"ם בכך שהוא מביא מספר מקורות – הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש (לפעמים עוד). הוא קצת מרחיב יותר בדברים, ופוסק ביניהם.

בדרך כלל הוא פוסק לפיו אביו הרא"ש מהסיבות הבאות (אם כי לא תמיד):

1. כבד את אביך ואת אמך
2. הראש היה יותר מאוחר לחכמים שנזכרו שם

חשיבותו של הטו"ר מכיוון שהוא הבסיס לשלב הבא – שולחן ערוך.

שולחן ערוך בנוי על יסודות הטור (4 חלקים, אותם נושאים)

שולחן ערוך הוא ספר ההלכה המחייב כיום. הוא נכתב על ידי רבי יוסף קרו שחי בצפת באמצע המאה ה16. (למעלה מ200 שנה בין 2 הספרים). רבי יוסף קרו מחבר בצפת את שולחן ערוך באמצע המאה ה16. צפת היא מרכז גדול של תורה בתקופה ההיא – בעיקר המרכז ידוע עקב עולם הקבלה – הספרות המיסטית הנסתרת של היהדות. רבי יוסף קרו גם הוא קצת מקובל, והוא נחשב לגדול חכמי ישראל להלכה בתקופה זו, א הוא אינו היחיד מחכמי ההלכה. הין השאר התעוררו פולמוסים חריפים בינו לבין אחרים בנושאים שלא נעסוק בהם.

הוא חיבר 2 ספרי הלכה – שולחן ערוך אינו החיבור הראשון, אלא השני. החיבור הראשון שחיבר נקרא בית יוסף – חיבור על הטו"ר.

חיבור בית יוסף מביא חומר רב מסביב לטו"ר – סוגיות הגמרא, דעות נוספות של פוסקים ופרשנים, עד שמגיע לדעות האחרונות של הפוסקים. הוא מרחיב את המקורות מסביב לטו"ר למעשה. ספר זה משומש עד היום בישיבה הגבוהה.

הוא למעשה כתב ספר אחד מסביב לטו"ר, ואז ספר הלכות בדומה לרמב"ם (ספר פסקים) על פי סדר הטו"ר, אך בשיטת הרמב"ם – סעיפי הלכות באופן תמציתי, בד"כ בלי דעות שונות (לפעמים מביא 2 – יש אומרים)

שולחן ערוך – לכאורה הרמב"ם ירד מן הפרק – וכעת אנו נמצאים בשולחן ערוך**. דבר זה אינו נכון**, כי השולחן ערוך חוזר אל הרמב"ם, ובהרבה מאוד מקרים מילה במילה בלשונו של הרמב"ם.

מדוע שולחן ערוך מחייב? מכיוון שהוא התקבל. הוא התקבל בתפוצות ישראל בעיקר בין הפוסקים וגם בין המון העם (לא בקלות. היו מסתייגים ומזלזלים, בניגוד לרמב"ם) המתנגדים אמרו שהספר מתמצת עבור למידה פשוטה, אך זה לא מה שקרה. לאט לאט הספר התקבל כספר ההלכות המחייב, וזה קיים במידה מסוימת עד היום. הראייה של המחויבות קיימת עד היום.

הספר התפשט והתקבל גם בארצות אשכנז, מכיוון שנוספה לו תוספת חשובה של חכם אשכנזי גדול – הרמ"א. רבי משה איסרליש. הרמ"א חיי בפולין.

במאה ה16 פולין הופכת למרכז ההלכה באירופה לצד צפת. עד המאה ה16 לא היה בה כלום, אך לאט לאט הפכה למרכז הישיבות של אירופה במאה ה16.

הרמ"א תכנן להוציא ספר דומה, אך שולחן ערוך יצא לפני. במקום זאת הוסיף את הערותיו על שולחן ערוך – הנקראות הגהות (השלמות). הגהות אלו הוספו לרוב בהסכמה.

הוא מביא גם הלכות של חכמים באירופה, וגם מנהגים. במקום לסתור, הוא מוסיף את מנהגי הקהילות האשכנזיות כמנהג נוסף.

הדבר הייחודי הוא שנוצר ספר אחד. המדפיסים התחילו להדפיס את השולחן ערוך עם דעות הרמ"א, וזה הפך להיות ספר אחד. זה תרם תרומה אדירה לחשיבות ולמעמד של הספר. העובדה שהרמ"א התייחס מראה את חשיבות הספר.

בנוסף, העובדה כי קיימת גם דעה ספרדית וגם אשכנזית – תרמה לעובדה שהספר הפך לספר ההלכה העיקרי המחייב.

כל זה נכון בערבון מוגבל כיום – היום מעמדו לא בלעדי. מצד אחד לא נכתב ספר אחר כזה מאז המאה ה16. מצד שני הוא אינו עומד לבד, ולא בלעדי, כיוון שסביבו ישנה מסכת גדולה של חיבורים, פירושים ותוספות שהתחבר סביב השולחן ערוך.

הרבה מאוד מקרים סוטים ממנו עקב דעות שונות שהתקבלו במשך השנים, ומנהגים שהתפתחו בקהילות השונות שלא על פי שולחן ערוך. לכן שולחן ערוך לא בלעדי ומוחלט, ויש הרבה מאוד סטיות ממנו, למרות העובדה כי הוא עדיין הספר העיקרי.

בשנים האחרונות הייתה מלחמה על מנת להחזיר את שולחן ערוך כספר מחייב – הרב עובדייה יוסף ניהל מלחמה זו – להחזיר את ההלכה לשולחן ערוך. הוא טען שצריך לבטל ולהתעלם מכל המנהגים שהתפתחו במאות שנים האחרונות, ולחזור לשולחן ערוך – להחזיר עטרה ליושנה.

הוא טען כי שולחן ערוך הוא רב המקום של ארץ ישראל – הוא המחייב. ולכן כולם מחויבים להלכה זו ואסור לסטות ממנו – הוא התכוון גם לאשכנזים, אך ידע כי המלחמה אבודה מראש. עם הספרדים ניהל מלחמה אמתית – הוא התנגש עם גדולי הפוסקים של צפון אפריקה, וניסה בכל כוחו להחזירם לשולחן ערוך, והצליח לא מעט עקב המעמד המיוחד שהוא טען לספר.

**הענף האחרון (השלישי) הוא השו"ת (שאלות ותשובות)**

יותר מאשר הספרות האחרת, ספרות השו"ת היא מאוד עתיקה. יותר מהענפים הקודמים.

ספרות השו"ת מתחילה מיד עם חתימת התלמוד וממשיכה עד היום. בצורה כרונולוגית – היא הספרות הכי ארוכה.

ספרות השו"ת נוצרת עקב שאלות של הלכה ומעשה. רב בקהילה פלונית אשר אינו מבין את התשובה למקרה מהתלמוד, והמקרה שונה במעט בעובדות ממה שהרמב"ם מציין. במקרה כזה אותו רב בקהילה יצור קשר עם רב גדול יותר – וישאל מה הוא חושב על עניין זה. מנגנון זה נקרא שאלה ותשובה.

רוב השאלות מגיעות מהרבנים. הרב הקטן שולח את השאלה לרב היותר גדול במקרים קשים שדורשים התייחסות. הרב הגדול מקבל שאלות מאנשים רבים. במשך הזמן התשובות שהוא משיב הופכות לספר.

זה חשוב כי זו תופעה שאופיינית למשפט. אם נקביל את הרמב"ם לחוק, נוכל להקביל את השו"ת לפסק דין, כי המרחק בין ספר החוקים התיאורטי למציאות הוא גדול. יישום הדין היא מלאכה חשובה. החוק הוא התיאוריה בבית המשפט – אך היישום הוא הדבר המשמעותי. זוהי מלאכת הפסיקה, והשו"ת בא לענות על צורך זה. השו"ת משקף את עולם החיים, המציאות הריאלית האנושית והמשפטית. כל פיסקה כזו היא תקדים.

בהלכה כל פסיקה בשו"ת יכולה להפוך לתקדים – כדי ששופט יוכל ליישם אותה. הרב יכול להפוך את הפסיקה לתקדים – וכך זה נמשך לאורך הדורות.

ספרות השו"ת עצומה בהיקפה. אלפים. מדובר בעשרות דורות שחכמים רבים יצרו.

בשנים האחרונות אנו עדים למהפכה טכנולוגית. פעם ספרות השו"ת הייתה ברובה חסומה – לכן היו עשרות ספרים מקובלים ונפוצים. פרויקט השו"ת בבר אילן עשה מהפכה – ובלחיצת כפתור ניתן להגיע לספרות רבה – מה שלא היה ניתן לעשות בעבר.

בנוסף, ספרות השו"ת חשובה ביותר להכרת וחשיפת ההיסטוריה היהודית. הרבה יותר מהפוסקים. תולדות קהילות ישראל נחקרים בעיקר על בסיס השו"ת. זהו מקור היסטורי ראשון במעלה להכרת ההיסטוריה היהודית בכל השנים – כך אתה יכול להכיר את המציאות בהם חיו היהודים לאורך השנים. כך למעשה ניתן להכיר בהיסטוריה היהודית לאורך הדורות.

**במקביל לחלוקה הספרותית – יש חשיבות להכרת חלוקת התקופות בהלכה.**

כשאתה נוגע בחכם מסוים – חשוב לדעת לא רק מה הוא כתב, אלא איפה הוא נמצא מבחינה כרונולוגית.

2 השלבים הראשונים של הספרות מקבילים לתקופה ההיסטורית –

הם מייצגים תקופות המשנה כספר **וכתקופת התנאים** (200 לספירה).

תקופת התלמוד נקראת **תקופת האמוראים** (500 לספירה). אמורא זה ביטוי ארמי משורש אמור – זה לא רק להגיד, אלא להסביר, לפרש וללמד.

לאחר מכן קיימת **תקופה הגאונים** המתייחסת לראשי הישיבות בבבל לאחר תקופת התלמוד. תקופה זו מתקיימת מהמאה השישית עד תחילת המאה העשירית.

המעבר פה חשוב כי גולי בבל הופכים את התלמוד הבבלי למה שהוא. גאוני בבל הסתמכו על התלמוד הבבלי – לא עניין אותם התלמוד הירושלמי. הם מפיצים את התלמוד הבבלי, מפרשים אותו, עונים תשובות על פיו.

בתקופת הגאונים אנו עדיין מחשיבים את הגאונים כסמכות מרכזית בכל תפוצות ישראל. זה המרכז שזרועותיו מתפרסות על כל חלקי ישראל והעם.

מהמאה העשירית מפסיק להתקיים מרכז הלכתי ביהדות. ההלכה מתפזרת – אין מקום מחייב אחד שמקבל פניות מכל המקומות. היא מתפרקת לחלקים על פי המקומות. כל מקום מתנהג על פי החכמים המקומיים שלו.

לאחר הגאונים הגיעו 2 תקופות – הראשונים ואחרונים.

**הראשונים** – תקופת הראשונים מהמאה ה11 עד המאה ה16 - רבי יוסף קרו – אשר חותם את תקופת הראשונים, ופותח את תקופה האחרונים.

החיבור שולחן ערוך הוא שפותח את התקופה החדשה.

**האחרונים** – נפתח על ידי רבי יוסף קרו

יש הבחנה ספרותית בין תקופות אלו – האופי הספרותי (הז'אנר) שונה. מי שמכיר מבין בקלות באיזו תקופה נכתב הספר.

ההבדל העיקרי הוא החשיבות הפורמאלית (העקרונית) בין הדורות – על פי תפיסת ההלכה הדורות המוקדמים נחשבים כמחייבים ביחס לדורות המאוחרים. כל תקופה כפופה לתקופות שלפנייה. התקופה המוקדמת מחייבת את המאוחרת. קיימות דרכי עקיפין לערער דברי דור קודם – אך מקרים אלו חריגים.

כלל זה הגיע בין השאר מתפיסה פילוסופית – הדורות המוקדמים היו יותר גדולים. למרות שיש לנו יותר ידע עקב הצטברותו במשך השנים, ואני יודעים יותר, אנו לא יותר גדולים מהדורות המוקדמים.

משל לכך הוא ננס שעומד על גב של ענק. הננס רואה יותר, אך הוא עצמו קטן בהשוואה לענק הקודם.

22.11.16

**שיעור 5**

להבדיל מהחלק הדתי של ההלכה, המשפט הוא אנושי, חברתי ורציונאלי.

החלק המשפטי הינו החלק בין אדם לחברו – חלק רציונאלי ההכרחי לקיום החברה – חוקות הקבועות בשכל ובהנהגה הנכוחה.

הבחנה זו בין 2 הקטגוריות (משפטי ודתי) קרובה (לא זהה!) לחלוקה אחרת שקיימת בהלכה.

ישנה חלוקה אחרת לסוגים בהלכה – היא קרובה לענייננו, והיא נקראת בין איסור לממון – דינים איסוריים לעומת דינים ממוניים.

**ההבחנה בין איסור לממון** - ההבחנה בין איסור לממון דומה להקבלה בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי.

ההבדל בין פלילי לאזרחי – פלילי קובע איסורים, עברות, דברים שאסור לבצעם. דברים שמהווים עברה (לא לעשות, מחדל). במשפט המודרני תמיד בעבירה יש ענישה, אך במשפט העברי לא – יכולות להיות עבירות חמורות שאין בגינם ענישה, אך בגישה המודרנית – יש ענישה.

במשפט האזרחי אין עבירות – אין פעולה המוגדרת כעבירה, ואין עונשים. המשפט האזרחי מעניק יכולת להשיג תוצאות מסוימות – זוהי המהות של המשפט האזרחי ודין ממוני.

אי ביצוע החוזה בצורה בחוק – לא תהיה בכך עבירה – תהיה בעיה ביישום החוזה, אך דבר זה לא יהווה עבירה. כנ"ל לגבי קניין.

לדוגמא: בעלות במקרקעין – לפי חוק המדינה הבעלות עוברת ברישום. כך אדם נהיה בעלים במקרקעין. במידה ואדם העביר ולא רשם -–אין בכך עבירה, כי החוק לא מחייב. תאורטית – בעבר הייתה חובה לרשום – ואי העברה הייתה מהווה עברה, אך כיום החוק לא מחייב. הוא רק מציין שאם אדם רוצה להיות בעלים, יש להעביר את הבעלות לשמם.

ההבדל זהה גם בהלכה. האיסורא הוא הדין הפלילי – שם קיימים דברים אסורים. (בהלכה לא תמיד יש עונש – והוא אינו מרכיב הכרחי)

הממונא אלו הם דיני הממונות (דומה לדין האזרחי)– אין שם עבירות או עונשים.

האיסורא והממונה לא חופפים לחלק הדתי והמשפטי.– בתחום האיסורא יש הרבה עבירות שהאיסורים בהם הוא בעניין ממון. מצד אחד הנושא הוא ממוני, אך הוא איסור. לכן הוא מוצג בתחום האיסורא, אך הוא שייך לחלק המשפטי ולא הדתי של ההלכה.

אף על פי כן, בהיבט מסוים הדברים כן חופפים, בשנים האחרונות עמדו על כך חוקרים שהחלק האיסורי הוא בעל אופי דתי, אשר יותר בולט מאשר תחום הממון. התחום הפלילי של ההלכה (שכולל גם ענייני ממון) הוא בעל אופי דתי – שם הוא יותר בולט. העבירה נתפסת לא במובן של היום, כי העבירה בוצעה מול התורה – שם נקבעו העבירות. העבירה נתפסת כפעולה כלפי שמיים – פעולה של התרסה וסטייה כלפי שמיים, במיוחד עבירת הרצח – אשר נתפסת כעבירה דתית על כל משקלה.

דיני הממונא מהווים את התחום הבולט ביותר במשפט העברי. היום בעיקר בהקשר היישומי והמעשי מתכוונים בעיקר לדיני הממונות. חלק זה הינו החלק הכי רלוונטי, מפותח ובר השוואה לשיטות משפט של היום.

**התנאה:** בהקשר להבדלים בין איסור לממון – ניתנת הסוגיה של יכולת ההתנאה (מלשון תנאי) – לא מדובר כאן בתנאי של דיני החוזים הרגילים, אלא תנאי במובן של: **הסכם בין 2 צדדים שמבטל את תחולתו של הדין.** בהסכם יקבע כי דין תורה לא יחול. ההלכה אומרת כי בדברים של ממון ההתנאה הזאת תקפה. אדם יכול לקבל על עצמו חיובים ממוניים גם כאשר הוא לא מחויב על פי ההלכה, ומצד שני הוא יכול לקבוע כי הוא פטור (למרות שבהלכה כתוב שהוא חייב. התנאה למעשה הוא הסכם שקובע הסדר אחר שאינו על פי ההלכה בין 2 צדדים, גם בניגוד לדין.

היום מונח זה נקרא חוק דיס-פוזיטיבי – לא מחייב, וכפוף להתנאה.

עם זאת, באיסורא, דברים שמהווים עבירה לא יכולים להיות תלויים בהתנאה. איסור הינו מחייב ולא ניתן להתנאה. זהו כנראה אחד ההבלים המשמעותיים ביותר בין איסורא לממונא.

השלכת הכלל הזה היא מרחיקת לכת – הוא למעשה קובע כי דיני ממונות ניתנים לשינוי, כמובן ביתר קלות בהשוואה לדינים איסוריים אשר קובעים עברות.

רבי שמעון שקופ היה אחד מגדולי הישיבות בליטה (נפטר בסמוך לשואה) ומהאחרונים.. הוא הציע גישות חדשות ומעניינות בתחום המשפט העברי. במרכז שיטתו עומדת ההבחנה בין איסור לממון. הוא מאוד העמיק את הבחנתו והרחיב אותה.

התזה שלו: עניינים של ממון שונים במהותם מעניינים איסוריים. בענייני ממון אין קטגוריות של מצווה ועבירה (אין שום עניין דתי). הוא טוען כי יסודם בדיני המשפטים – בסברה האנושית. אין להם שום קשר לדין הדתי.

לדוגמא העבירה לא תגזול אשר נמצאת בתחום האיסורא, עם זאת ר"ש שקופ קובע כי על מנת להחליט האם התקיימה עבירה – יש לשפוט זאת על פי דיני הממון. לאחר שנקבעה בעלות הפריט שנגזל – רק אז ניתן להמשיך לאיסורא.

**ההלכה כמשפט**

למרות החלוקה בין החלק המשפטי והדתי בהלכה – אנו הולכים לדון בכיוון אחר. ההבחנה הזאת קשורה לתוכן – ההוראות והנורמות.

אך מצד האיך – דרכי הפעולה, החשיבה והעקרונות הכלליים – כל ההלכה היא משפט, כולל החלק הדתי. גם החלק הדתי מיושם כמשפט. לכן מן במקרה של האיך, להבדיל מן המה, כל ההלכה היא משפט.

**מקורות ההלכה** (איך נוצרו הלכות במהלך הדורות, כיצד הן נוצרות עד היום?)-

1. סברה
2. תקנה
3. פרשנות – המקור העיקרי.

אלו הן המקורות העיקריים של ההלכה – על פי הסדר שצוין לעיל – מן הקל אל הכבד.

**סברה:** הרבה מאוד הלכות באו לעולם מכוח הסברה של החכמים – ההיגיון הפשוט וההבנה של החכמים. במיוחד בתחום הממון – האזרחי. חלק גדול מן ההלכות בתחום המשפט הגיעו מסברה.

גם בתחום הדתי, הרבה הלכות הגיעו מסברה – לדוגמא, דיני שבת.

**תקנה:** מדובר בחקיקה, ויש להבדיל ולהבחין בינה לבין סברה. מחוקקים כאשר יש צורך חברתי/כלכלי. לפעמים צריך פעולה יותר פורמלית (לא סתם סברה) של חקיקה (צורך חברתי, כלכלי, הגנה על חלקים בחברה). לכן מחוקקים תקנה חדשה.

**התנקה יכולה להיות פרי חקיקה של חכמים מוסמכים, וגם על ידי הציבור.** גם הציבור למעשה יכול להתכנס לקבוע תקנה – בתולדות הקהילות השונות נקבעו תקנות רבות – גם של חכמים וגם של הציבור/הקהילה.

**התקנות רלוונטיות בעיקר התחום הממוני, אך הן גם נוגעות במשפט הפלילי (האיסורא).**

דוגמא לכך היא שגם המשפט הפלילי בימי הביניים נקבע על פי תקנות – הקהילה הייתה קובעת תקנות – איך מענישים? מהו עונש? – בתקופות מסוימות הייתה לקהילה אוטונומיה להעניש על עבירות מסוימות בתחומים מסוימים – והקהילה הייתה קובעת את אותם תקנות. לרוב הקהילה יכלה לקבוע קנסות או הרחקות, כעונש בתחום האיסורא.

**פרשנות:** המקור העיקרי שמתוכו נוצרו ההלכות. רוב ההלכות בספרות נוצרו מכוח הפרשנות.

פרשנות פירושה הסקה (היסק) מתוך מקורות קודמים. הפרשנות הינה מקור עיקרי, כי היא מתחילה כבר מפרשנות המקרא, אך היא ממשיכה הלאה לאורך כל תקופות ההלכה. קודם בפירוש התורה, ובהמשך מפרשים את המסקנה. הפרשנות היא המרכיב המרכזי (המכשיר המרכזי) ליצירת המשפט – נורמות חדשות נוצרות מכוח פרשנות.

לדוגמא – נניח שאנו סטודנטים רעבים, ואנו לוקחים שקית מהקפיטריה של האוניברסיטה, שם לחמנייה וקופסת קוטג' מתחת למעיל, ויוצא בלי לשלם. הבחור של הקופה תופס אותך, ואתה מגיע לבית המשפט. השופט אומר לסטודנט כי הוא גנב. – אם עשה כך השופט, לא עשה פרשנות, אלא יישום מכני. מדובר בהחלה אוטומטית של החוק. לפי הפילוסופיה המודרנית של ההלכה – זוהי פרשנות, גם היא ברמה הכי מינימלית.

עם זאת, כשאנו מדברים על פרשנות – אנו מתכוונים למקרים בהם יש סימני שאלה.

מכיוון שהמקרים מתחדשים ומשתנים, המציאות יוצרת מקרים חדשים, שלא תמיד משתבצים באופן אוטומטית ללשון החוק. המציאות יוצרת מקרים חדשים בהם קיימת שאלה אמיתי האם החוק חל או לא חל.

**הגורם הראשון** **לפרשנות הוא אופי הביטוי האנושי** – כל משפט שאגיד יכול להשתמע למספר כיוונים ומשמעויות. גורם זה מוליד את הצורך בפרשנות משפטית.

פרשנות זה מקצוע. מדובר בתחום גדול בהגות ובמדע – קיימת בנושא זה ספרות רבה, מוזיקה, אומנות וכדומה. הפרשנות המשפטית היא ענף גדול בפרשנות הכללית – ויש ספרות אדירה בשפות לועזיות ובעברית.

**עקרונות הפרשנות העיקריים –**

1. לשון
2. הקשר הענייני
3. מטרה

לדעת המרצה, אלו הם העקרונות העיקריים לפרשנות. הלשון + ההקשר הענייני יחדיו מספקים את האפשרות לבצע פרשנות. אם אנו מדברים על תאונות דרכים – אין קשר לאוניות.

לכך אנו מוסיפים את הגורם השלישי – המטרה, תכלית החקיקה. לפעמים הוא מתלכד עם הגורם השני (ההקשר)

נראה כאילו חסר גורם אחד – **הכוונה** של המחוקק (מי שכתב את הנורמה) שאלת מרכיב הכוונה הינה אחת השאלות הקשות בתורת הפרשנות לסוגיה. כל ספר העוסק בתורת הפרשנות – יכלול את שאלת הכוונה כנושא מרכזי.

בתמצית – שאלת הכוונה מתחלקת ל3 גישות לאורך ההיסטוריה של מחקר הפרשנות.

1. בעבר – הייתה אסכולה מקובלת שנתנה מקום מרכזי לכוונה. לפי האסכולות בעבר – פרשנות פירושה כוונת היוצר. המשמעות של הטקסט היא מה היוצר התכוון – צריך לחשוף את כוונתו – למה התכוון המשורר.
2. הגישות המודרניות בפרשנות התנתקו מן הכוונה. הן הפרידו בין הכוונה לטקסט. לטקסט יש משמעות עצמאית בלי קשר לכוונה. אין חפיפה הכרחית בין הכוונה לטקסט – יש לטקסט כוח עצמאי, והוא עומד על רגיל. הוא נפרד, ולא תלוי בכוונה.
3. אסכולות פוסט מודרניות טוענות כי הפרשנות נמצאת אצל הקורא – לכתוב ולטקסט אין פרשנות – אלא הקורא הוא זה שיוצר את המשמעות. המשמעות זה מה שכל אחד נותן לטקסט.

במקורות שלנו (היהודיים) – אין זכר לאסכולה הפוסט מודרנית, שאין משמעות לטקסט.

עם זאת, קיימות 2 הגישות הראשונות – יש כאלה הנותנים משמעות לכוונה, ויש כאלו שמנתקים מן הטקסט את הכוונה.

בפרשנות המשפטית יש התפתחות מעניינת:

1. בעבר דיברו על כוונת המחוקק – זה היה ביטוי נפוץ בפרשנות המשפטית
2. בשנים האחרונות התנתקו מן המושג כוונת המחוקק, ובמקומו אימצו מושג אחר – מטרת החוק, תכלית החקיקה. זה יכול להיות זהה, אך לא חייב להיות, והרבה פעמים מדובר בתוצאה שונה. מה החוק רוצה להשיג? על מה הוא מגן? דבר זה בולט מאוד במשפט בארץ, וגם בספרות המחקר (למרות שיש נסיגה בנושא זה בעת האחרונה בספרות בארץ)

בבתי המשפט משתמשים בעיקר במושג של תכלית החקיקה.

אהרון ברק אמנם לא היה הראשון שהעלה גורם זה, אך קידם אותו.

\*תורת הפשרנות נקראת בהרמנויטיקה

המרצה מבקש לקרוא מאמר שכתב לפני שנים אבי שגיא – המצווה הדתית והמערכת המשפטית – פרק בהגותו ההלכתית של הרב שמעון שקופ – נמצא באתר. לקרוא סעיפים 1-5 – יהיה במבחן

24.11.16

**שיעור 6**

בשיעור הקודם דנו בפרשנות המשפט ובמשפט העברי – חזרה מהשיעור הקודם:

הפרשנות עומדת על 3 מרכיבים:

1. הלשון
2. ההקשר הענייני
3. מטרת החוק (התכלית) – לא זהה לכוונת המחוקק. תכלית החוק וכוונת המחוקק אינם זהים. לפעמים הם כן, אבל לרוב אינם. ניתן לפרש אחרת את מטרת החוק.

בתורת הפרשנות קיימות 3 גישות לגבי מקומה של הכוונה בפרשנות – בשאלה מהי המשמעות של הכתוב.

1. מה שהיוצר התכוון
2. לטקסט יש משמעות עצמית
3. המשמעות נמצאת אצלנו הקוראים, בלב ובראש.

שאלה נוספת הינה השאלה הערכית – אין ספק שפרשנותו של השופט מושפעת מעמדות ערכיות של הפרשן. הפרשן מושפע מהתפיסה הערכית שלו – וזהו אחד הגורמים להבדלים בפרשנות בין הפרשנים השונים. דבר זה נכון גם לגבי הפרשנות ההלכתית.

גם בהלכה ניתן לראות דוגמאות בהם הפרשן הושפע מתפיסות ערכיות – כלומר, התפיסות הערכיות שלו מכוונות אותו, ודוחפות אותו לכיוון מסוים בפרשנות ההלכתית. לפעמים הפרשן חותר לתוצאה שיותר צודקת בעיניו, והוא יפרש את המקורות בהתאם לכך.

ניתן לראות את הפרשנות הערכית אצל חז"ל – שם אנו מוצאים דוגמאות לפרשנות ערכית.

קיים ספר של משה אלברטל שעוסק בענייני הלכה – אשר נקרא "מהפכות פרשניות בהתהוותם" – בו הוא מביא פרשניות של חז"ל שמראות כי קיימת מגמה ערכית שמשפיעה על פרשנויות חז"ל.

**פרשת בן סורר ומורה** – מסקנת חז"ל הייתה כי דבר כזה לא יכול להיות, מה פתאום שבן לא שומע בקול אביו ואמו – אוכל בשר ושותה יין, בניגוד לרצונם. על פי חז"ל – זה משהו ערכי ופילוסופי, צריך ללמוד אותו כלקח, אך לא כמעשה. הגמרא אומרת זאת גם על פרשנויות אחרות – אשר לא התקיימו בפועל, אם מסיבות ערכיות, ואם מסיבות חברתיות.

הדוגמא העיקרית בהלכה לפרשנות ערכית שהביאה לתוצאות מרחיקות לכת –

חכמים לאחר החורבן ביטלו למעשה את עונש המוות בתורה – אין עונש מיתה בהלכה (היה בעבר, אך לא קיים יותר) עונש מוות בהלכה הוא כמו בן סורר ומורה – לא יכול להיות.

פרשנים העמידו דרישות עד שעונש המוות הפך לבלתי אפשרי. אחת הדוגמאות הבולטות היא הדרישה של התראה – חכמים העמידו את הדרישה להתרות בעבריין, ולהודיע לו שאם יבצע רצח, הוא יקבל עונש מוות. דרישה זו הפכה את הענישה לבלתי ישימה בפועל.

החכמים עשו זאת כי הם לא רצו שיהיה עונש מיתה – הם הבינו שזה אינו רצוי. לכן חכמים העלו את הדרישות מסברתם (ולא ממקורות בתורה) – וזוהי מהפכה במשפט הפלילי העברי לגבי דרכי הענישה. התוצאה גם הייתה מרחיקת לכת – הדין הפלילי העברי הפך ללא כל כך יעיל בהתמודדות עם עבריינות פלילית.

התוצאה היא שגם בקהילות ישראל שחיו באופן אוטונומי, לא פסקו על פי ההלכה בדין הפלילי, אלא על פי תקנות.

סוגיית הפרשנות אומרת למעשה, כי בהרבה מאוד נושאים, החוק יכול להתפרש ביותר ממשמעות אחת (וכך גם ההלכה). עם זאת, עובדה זו מעלה את שאלת האמת המשפטית.

העובדה שיש יותר מפרשנות משפטית אחת, מעלה את השאלה – האם באופן מושגי רק תשובה אחת נכונה ותשובה אחרת היא טעות, או שגם תשובה א' וגם ב' (ההפוכה) יכולה להיות נכונה באותה המידה – כלומר, אין עדיפות אמת בתשובתה אחת על פני חברתה.

שאלת האמת המשפטית מעסיקה את הפילוסופיה של המשפט, וחכמי ההלכה.

בהלכה שאלה זו נשאלת בחריפות, יותר מעולם המשפט.

שאלה זו שנויה במחלוקת בין חכמי המשפט

1. האסכולה הפוזיטיביסטית
2. האסכולה הנונ-פוזיטיביסטית

אלו 2 היבטים שונים לגמרי בתפיסת המשפט אשר שנויה במחלוקת בין גדולי המשפט.

בראש האסכולות עומדים 2 יהודים. וויליהם הרט (הפוזיטיביסטית) ורונאלד דוורקין (נונ-פוזיטיביסטית). הם היו חלוקים בהרבה עניינים הנוגעים בתפיסת המשפט כיום, ושאלת האמת היא המחלוקת העיקרית ביניהם.

המחלוקת ביניהם עם זאת מתחילה בשאלה מהו משפט?

**הפוזיטיביזם** מעצם טבעו רואה את המשפט בצורה יותר **מוגבלת**. היא רואה את המשפט כיצירה פורמאלית של החברה.

**התפיסה הנונ-פוזיטיביסטית** המשפט הוא לא רק מה שנקבע בכנסת ובתקדים, אלא **הרבה יותר רחב**. הוא כולל את הנורמות והעקרונות החברתיים של החברה

חילוקי דעות אלו על המשפט מביא אותם למסקנות רבות – מהי סמכותו של השופטת? מהו שיקול דעת שיפוטי? וכמובן, שאלת האמת.

**פרק א' שאלת האמת** **המשפטית (פוזיטיבית ונונ-פוזיטיבית)**

**הנונ-פוזיטיביסט** אומר כי קיימת רק תשובה אחת נכונה. אחד נכון והשני טועה. הם יודעים כי אין את הנוסחה המתמטית להוכיח מהי התשובה הנכונה, אבל יש להניח שקיימת רק תשובה אחת נכונה.

**הפוזיטיביסט** חולק עליו, וטוען כי בפרשנות המשפטית יכולה להיות יותר מתשובה אחת נכונה – אין העדפה של אמת לאף אחת מהתשובות המסתברות.

נכתבו 2 מאמרים על גישות אלו (משפטים כרך ב') – אחד של עמוס שפירא שמייצג את דוורקין, ואחד של יוסף רז שמייצג את הרט

שאלת האמת נשאלת גם בהלכה:

בהלכה השאלה יותר קשה, כי דבר השם מהווה את התפיסה הרעיונית של ההלכה (למרות שההלכה היא פירושים של חכמים). ההלכה מייצגת את התורה במציאות האנושית, ובחיים.

האם אחד מהם טועה? האם רק אחד נכון?

אם התשובה היא כן – ואנו לא יודעים מהי האמת – אנו עלולים לפספס אותה ולא לעשות את דבר השם, ואם לא – אז איך 2 דברים שונים יכולים לעמוד בדבר האל.

**תנורו של עכנאי** – סיפור מהתלמוד. על פי החוקרים, זהו הטקסט התלמודי המצוטט ביותר בספרות העולמית. מדובר באגדה, שהנושא בו הוא ההלכה. הסיפור לא מתקשר להלכה באופן ישיר, אך הוא עוסק בתופעה מסוימת בה.

מדובר על תנור (עשוי טיט מוקשה) שהיה מורכב ממספר חלקים שהודבקו יחד – הייתה שאלה לגבי טהרתו של התנור. חכמים נחלקו – האם הוא טמא או טהור?. מצד אחד אמר רבי אליעזר – התנור טהור. מולו עמדו רוב החכמים לאחר החורבן ביבנה, ואמרו כי הוא טמא. הגמרא מספרת שהחלק הראשון של הוויכוח היה בפסים הרגילים – כל אחד מביא ראיות, ומתווכחים.

לאחר מכן רבי אליעזר הביא הוכחות מהשמיים (התערבות ניסית) – על פי הם הוא יוכיח כי הוא צודק. החכמים לא התרגשו ואמרו כי הניסים שבוצעו על החרובים, לא משכנעים אותם. אליעזר המשיך לבצע ניסים – ואמת המים חזרה לחורים – החכמים לא הושפעו מנס זה.

רבי אליעזר אמר כי אם הם לא מאמינים לו – השמיים יוכיחו. אז הייתה התבטאות מפורשת על ידי ה', ואמר כי רבי אליעזר צודק. החכמים לא קיבלו זאת, וטענו כי התורה לא בשמיים, אלא בארץ – הם כפופים למה שכתוב בתורה, ולא מה שרבי אליעזר חושב.

רבי נתן פגש את אליהו הנביא, שאל אותו מה עשה ה' באותה השעה –ואליהו אמר כי ה' הרים ידיים.

המסקנה במקרה זה חד משמעית – ההחלטה האנושית בסופו של דבר קובעת.

אגדה זו זכתה לעשרות פירושים. האם האגדה הזאת נוגעת לשאלת האמת? האם לפי הסיפור יש תשובה אחת נכונה? או יותר מתשובה אחת נכונה?

הדעה המקובלת על הפרשנים היא שיש אמירה בשאלת האמת – בעצם העובדה שה' התערב ואמר כי ההלכה הנכונה נמצאת בידי אליעזר, יש גישה אחת שעדיפה על גישה שניה.

בעיני המרצה המסקנה אינה נכונה – משום שהסיפור לא נוגע בשאלת האמת. ה' אמר כי ההלכה כמותו, ולא האמת איתו. **מדובר בשאלת התוקף המשפטי** – זה שההלכה נמצאת עם אליעזר – לא אומרת שזאת האמת.

ניתן להבין גישה זו, עם המצב במערכת המשפט היום בישראל: היום לפי החוק, הפסיקה של ביהמ"ש העליון היא המחייבת. כשיש מחלוקת בין המחוזי לעליון – לא אומרת שהמחוזי תמיד טועה והעליון תמיד צודק. החוק רק קובע שהסמכות נמצאת אצל העליון, אבל לא תמיד האמת.

המאמר המפורסם ביותר בחז"ל שמדבר בנושא השאלת האמת "אלו ואלו דברי אלוקים" (עירובין י"ג)

במאמר – 3 שנים נחלקו בין בית שמאי לבית הילל – הם נחלקו בשאלה מהי ההלכה. "יצאה בת קול ואמרה – אלו ואלו דברי אלוהים חיים, אבל הלכה כבית הילל." – שאלת האמת, ושאלת התוקף המשפטי, מתחברים למשפט אחד. אין אחד אמת ואחד שקר – שניהם דברי אלוקים חיים, אבל בהכרעה, בית הילל מכריע.

ולכן, כך הבינה גם סוגיית הגמרא – אלו ואלו דברי אלוהים חיים פירושו שוויון.

סוגיית הגמרא מעלה את השאלה – מדוע בית שמאי קיבל את ההלכה כבית הילל? הרי נטען כי שניהם שווים. התשובה היא בית הילל היו יותר צנועים וענווים. הם היו נותנים כבוד לבית שמאי, וכותבים את דברי בית שמאי לפניהם.

הרבה פרשנים התלבטו – מה הקשר? מדוע ניתנה לבית הילל המתנה הזאת? והתשובה היא, כי הם היו צנועים וענווים. אין להם יתרון מבחינת פסיקת ההלכה, אך הם היו מוסריים יותר.

אם אנו מסתכלים על מאמר זה בלבד – לפי המאמר הזה אין תשובה אחת נכונה, ושניהם שווים אלו ואלו.

רשות: מאמר שכתב המרצה – מחלוקת ואמת למשמעות שאלת האמת בהלכה (שנתון המשפט העברי כרך כ"א)

29.11.16

**שיעור 7**

אנו עוסקים בשאלת האמת המשפטית מתוך שאלת הפרשנות. הפרשנות בעיקר מדברת על מקרים קשים בהם יש מקרים לכאן ולכאן. אם אדם עומד בפני מצב בו החוק/הטקסט נתון ליותר מאפשרות פרשנית אחת, והפרשנות יכולה להציע מספר אפשרויות סבירות, מתעוררת שאלת האמת.

האם רק תוצאה אחת היא נכונה? האם יש מושג "אמת" שניתן ליחסו להחלטה הפרשנית?

שאלה זו שנויה במחלוקת בין גדולי ההוגים, בפילוסופיה של המשפט המודרני – הגישה הפוזיטיביסטית והנונ-פוזיטיביסטית. כולם מודים כי אין לנו דרך להוכיח מהי התשובה הנכונה – אך בגישה הנונ-פוזיטיביסטית – טוענים כי חייבת להיות תשובה אחת. כאן השאלה העיונית יותר חשובה, כי כאן אנו עוסקים במערכת דתית האמורה לייצג את דבר השם, ולכן בהקשר ההלכה – שאלה זו משמעותית יותר.

אנו דיברנו על 2 מקורות –

1. תנורו של עכנאי – הרבה מהפרשנים אומרים כי ניתן להסיק מסקנה על שאלת האמת מסיפור זה, כי ה' אומר שההלכה קובעת מול מה שה' אומר – המרצה אומר כי הוא אינו מסכים עם גישה זו, כי אין תשובה בסיפור הזה מהי האמת – אלא תשובה בנושא התוקף. ראינו הבחנה זו במקור השני.

2. האמירה "אלו ואלו דברי אלוקים חיים" – 2 אסכולות נאבקות, ובת קול אמרה כי שתי האסכולות אמת, אך התוקף הולך לבית הילל. גם אם שני הבתים אומרים אמת – צריך לקבוע על פי מי תהיה הלכה – וזה נקבע על פי ענוותם של בית הילל. זה לא יתרון איכותי, והם זכו בלי קשר לעצם ההכרעה בשאלת האמת. בגלל שהיו צנועים – קיבלו את העדיפות לגבי פסיקת ההלכה. **אלו ואלו פירושו שוויון**

3. הפרשנות בנושא אלו ואלו מתחזק ממקום נוסף – המושג אלו ולא נזכר בסוגיה נוספת, אשר מעסיקה את הפרשנים – מדובר בגמרא במסכת גיתים, דף ו', שם מדובר על מחלוקת בקשר לסיפור מסוים בתנך –

הסיפור של פילגש בגבעה (ספר שופטים, פרק י"ט) – מדבר על מלחמת אחים קשה בין 2 שבטים בישראל, בינימין ואפריים. לאיש בשבט בנימין הייתה פילגש, היא ברחה והוא הלך להחזיר אותה. בדרכו חזרה הביתה עבר בנחלת שבט בנימין, ושם הוא ישן עם פילגשתו שחזרה אליו. פילגשתו עברה אונס קשה ורצח, הוא מתקומם על המעשה, מודיע לישראל על כך, וישראל יוצאת למלחמה מול שבט בנימין. נוצרת מלחמה בין ישראל (אפריים בראש) מול בנימין (הבעייתית) – ונוצרת מלחמת אחים קשה.

הסיפור מתחיל בכך שהפילגש בגדה באיש, והוא הלך לקחת אותה בחזרה. אם זאת, פרשנים נחלקו במילה "ותזנה" – האם מדובר במעשה זנות? או לשון מזון? הגמרא מספרת בהמשך כי רבי אביתר פגש את אליהו הנביא. הוא שאל אותו מה עושה ה' בשעה זו? ואליהו אמר שעוסק בפרשת פילגש בגבע. אליהו אמר כי ה' מצטט את דברי החכמים של רבי אביתר ורבי יהונתן. רבי אביתר אמר כי חס ושלום! האם אין אמת בשמים? הרי ה' יודע את העובדות. יש ספק כלפי שמים? אמר לו אליהו: **אלו ואלו דברי אלוקים חיים הן** – שני הדברים קור, גם מעשה של זנות, וגם בעיה במזון.

יש כאן שימוש על בביטוי אלו ואלו – אמרנו כי ביטוי זה פירושו שוויון. הסוגיה לקחה ביטוי זה והשתמשה בו במובן של שוויון – אליהו אמר כי שני הדברים היו, שניהם היו אמת. הביטוי בא כאן בהשאלה לציין את השוויון.

אם המאמרים היו נגמרים כאן – המסקנה הייתה כי אין תשובה אחת נכונה. במאמר זה נאמר כי גם בית הילל וגם בית שמאי שווים, אבל המקורות לא נגמרים ב"אלו ואלו". יש מאמרים חשובים נוספים, שלפעמים סותרים, וזה העלה מבוכה גדולה במחקר סביב שאלה זו.

**מאמר בספריי** – זהו מדרש ההלכה לספרים במדבר ודברים.

מדובר על מדרש הלכה שמתייחס לאחת הפרשיות החשובות בתורה, ספר דברים פרק י"ז, המדבר על סמכותם של חכמים. זהו המקום היחיד בו התורה מתייחסת למה שקורה לאחר התורה. – שם נאמר, כי התורה מתפרשת על ידי חכמים, והם יכולים להכריע על כל ספק שמתעורר. התורה מבינה כי יתעוררו שאלות של פרשנות, הכרעה ויישום – ואומרת כי יש לפנות לחכמים המוסמכים בכל דור ודור, ואין לסור מתשובתם לא לימין ולא לשמאל.

הביטוי לא תסור ימין ושמאל אומר, כי אפילו אם אומרים לך שמאל הוא ימין, וימין הוא שמאל, שמע לקול החכמים. הספריי מקצין מאוד את החובה לציית לפרשנות חכמים. לפי נוסח זה, יש אמת ושקר (ימין ושמאל) – יש נכון ולא נכון, וחייבים לשמוע בקול החכמים גם אם הדבר נוגד לחלוטין את האמת. אם זהו הפירוש – הוא נוגד לחלוטין את אלו ואלו. אלו ואלו אומר כי אין ימין ושמאל, והספריי אומר כי יש.

דברי הספרי כשלעצמו לא כל כך חד משמעי – מה שיותר משמעותי הוא הצורה בה דברים אלו התקבלו בהמשך הדורות. כמו כל טקסט קדום, ניתן להתווכח ולפרש בדרכים שונות. עיקר החשיבות היא בהמשך הדרך – איך הספריי התפרש אצל הראשונים

**הרמב"ן –** גדול חכמי ישראל בספרד לאחר הרמב"ם. הרמב"ם נפטר בתחילת המאה 13, והרמב"ן נפטר 70 שנה לאחריו. הוא חיי בברצלונה. יצירתו הספרותית של הרמב"ן אדירה בכל התחומים. אחד מחיבוריו המשמעותיים ביותר הוא פירושו לתורה.

בפירוש הרמב"ן לתורה על פסוק לא תסור ימין ושמאל, אומר הרמב"ן דברים עקרוניים בחשיבות עליונה – הרמב"ן מייצג עמדה רחבה ומקובלת בין חכמי ההלכה הראשונים, ומקבל את הנוסח של בספריי.

הרמב"ן מצטט בפירושו את הנוסח של רש"י – **על משמעות דעתם נתן לי התורה אפילו יטעו** – מחייבת חוכמת החכמים גם אם אנו בטוחים כי הם טועים, התורה ציוותה לעשות כמצוות הרבנים.

הוא מפנה אותנו למשנה שם הייתה מחלוקת לגבי קבלת עדות – האם מקבלים אותה או לא? הייתה מחלוקת לגבי התאריך ביום הכיפורים. רבן גמליאל הכריח את רב"י יהושוע לקבל את דעת הרוב, ולחלל את יום הכיפורים על פי החשבון האישי שלו, והוצרך במצווה הזו צורך גדול מאוד.

מדוע אם כך, יש לעשות כל מה שהחכמים אומרים? – כי התורה ניתנה לנו בכתב. פירוש הדבר שתמיד יהיה מחלוקות, וידוע כי לא ישתוו הדעות בכל הדברים הנולדים, ויווצרו מחלוקות, ויהיו מספר תורות (לא תהיה הנהגה היחידה) – ולכן יש צורך לקבל את דברי החכמים ללא סיוג, כי דעת התורה נמצאת אצל החכמים, אפילו אם אתה בטוח שהם טועים.

הרמב"ן נותן את העיקרון המנחה לכל המהות של תורה שבעל פה. – אין רלוונטיות לשאלת האמת, והיא לא צריכה לעניין אותך – אתה חייב לשמוע בקול החכמים אפילו אם הם טועים – זה לא משה את חובת הציות וההוראה. כיוון שהתורה נינתה בכתב – תמיד הא תתפרש בכל מיני כיוונים, ואז עלול להיווצר חוסר אחידות, והתורה לא מסכימה לכך.

טענת המרצה – היא שעקרון זה סותר את "אלו ואלו" - הרמב"ן אומר דברים חד משמעיים – יש אפשרות לטעות, אך אלו ואלו אמר שאין טעות אם יש מחלוקת בין החכמים. כיצד הרמב"ן מתעלם מהסתירה ב"אלו ואלו"? לטענת המרצה, לא סביר שהוא לא הכיר את אלו ואלו – הוא כנראה התעלם ממנו, וסתר אותו. הרמב"ן אומר כי **יכולה להיות טעות**.

המרצה במאמרו, הציג כיוון אחר – טענתו היא כי שני מאמרים אלו (אלו ואלו, ספריי) לא סותרים זה את זה. המרצה טוען כי מדובר על שני מישורים שונים.

קיימות גישות המדגישות את כוונת המחבר, ויש גישות המבדילות בין כוונת המחבר לפרשנות הטקסט. – הגישות המודרניות אומרות כי לטקסט יכולה ליותר משמעות משלו.

* הביטוי אלו ואלו, פירוש הדבר מצד המחוקק – זה שיצר את החוק, מבחינתו גם בית הילל וגם בית שמאי שווים. המחוקק אדיש לפרשנות. מצד המחוקק לא משנה איך תבוצע קריאת השמע.
* הביטוי ימין ושמאל מדבר על משמעות הטקסט ולא כוונת המחוקק – ולמשמעות הכתוב יכולה להיות טעות בהבנת הדברים – יש לו משמעות אחת נכונה. הרמב"ן אומר כי יכולה להיות טעות בהבנת הטקסט – פירוש נכון ולא נכון.

ההבחנה בין המחוקק לבין הטקסט רלוונטית לפעמים גם לגבי המציאות של היום:

אם נשאל את המחוקק למה התכוון, יכול להיות שהכנסת תגיד שזה לא כל כך משנה לו איזו

מהעמדות יתקבלו בפסיקה ושזה נתון לביהמ"ש. אך ביהמ"ש לא שואל על כוונת המחוקק אלא

מחפש את תכלית החוק ואת הכתוב עצמו ולפי זה אפשר להגיד שיש תשובות קרובות יותר למטרה

ורחוקות יותר מהמטרה.

השאלות הקשות מתעוררות בהמשך הדברים – משום שיש מספר מאמרים נוספים האומרים דבר הפוך לגמרי מרעיון ה"ימין ושמאל".

נושא זה עלה מאוד במחקר, וזה תמוהה – מדובר בשאלה עקרונית, ולא שאלה הלכתית רגילה. ויש מאמרים שאומרים שאין לשמוע בקול החכמים, אלא אם אומרים שימין הוא ימין, ושמאל הוא שמאל. – על החכמים לומר את הדבר הנכון. סתירה זו עוררה מבוכה גדול בעולם הספרות.

1.12.16

**שיעור 8**

בשיעור הקודם: קיימת סתירה בין אלו ואלו, לבין על ימין שהוא שמאל.

הרמב"ן במפורש – כי יש אמת וטעויות – אם לא תהיה אמת אחת, התורה תהפוך למספר תורות, לא תהיה עמדה אחידה והתורה תקרוס.

יש סתירה יותר קשה במאמרי חז"ל בשאלת האמת המשפטית – וזה מצד אחד מאמר בספריי, בו נאמר כי אפילו אומרים לך על ימין שהוא שמאל.

יש מאמרים שאומרים הפוך – לא כשאומרים לך על ימין שהוא שמאל**, אלא עד שאומרים לך**, אם אומרים לך על ימין שהוא שמאל. על אותו ביטוי, קיימים למעשה מאמרים הפוכים.

בניגוד למאמר של הספריי, אומרת ברית"א שמובאת בתלמוד הירושלמי במסכת הוריות (הוריות – מובן של הוראות), כי אין זה הגיוני ללכת על ימין שהוא שמאל, **אלא עד שיאמרו על ימין שהוא ימין.** לא ניתן להעלות על הדעת כי יגידו לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין.

מקור נוסף – המשנה במסכת הוריות – אם אחד יודע כי בית הדין טועה, אסור לו לעשות מה שהם אומרים, ואם עשה, עליו להקריב קורבן (כמי שעשה עבירה). תלמיד ראוי להוראה/חבר בית הדין, שיודע כי הם טועים, אסור לו לשמוע בקולם.

למעשה הסתירה היא בין צד אחד (הספריי), וצד שני הוא ירושלמי הוריות + משנה.

קושי זה העסיק מחברים רבים. אחד מהם הוא הרמב"ן,

יעקב בלידשטיין, חוקר הלכה, נעזר במקורות מן הרמב"ן, אך לא הגיע לתשובה הנכונה. התשובה נמצאת אצל האחרונים: **אין סתירה בין המקורות, מכיוון שהם מדברים על מצבים שונים**. הספריי מדבר על מקרה אחד, בנסיבות מסוימות, והמשנה/ברית"א מדברת על נסיבות אחרות)

הספריי והרמב"ן מדברים על מחלוקת בפרשנות, יישום והחלת הדין. על כך אמר הרמב"ן והספר"י על ימין ושמאל.

עם זאת, ברית"א והמשנה מדברים על הוראה מפורשת בהלכה, שפוספסה על ידי בית הדין. הם מדברים על כך שבית הדין טועה בפן העובדתי. המשנה מדברת על עובדות ולא סברות – האדם יודע כי מדובר בטעות עובדתית, ולכן אסור לו לשמוע בקול בית הדין. באוריות מביאים הלכות בהן התעלמו מבית הדין – כאשר בית הדין התעלם מהעובדות (נתעלמה ממנו ההלכה), וידוע לך כי הם טועים. המשנה והבריתא מדברים על הלכה מסוימת שהתעלמה מבית הדין, ולא מקום פרשני. הם מדברים על טעות כשמדובר בהלכה מפורשת.

המרצה לא מבין איך הרמב"ן לא עמד ותירץ תירוץ זה? הרמב"ן מציג סיפור על מנת ליישב את המקורות, אך האחרונים עלו על נקודה זו – מדובר בנסיבות אחרות ולא באותו סוג של טעות – מדובר ב2 סוגי טעויות.

**סמכות הלכתית**

מה שקובע את ההכרעה ההלכתית (מה מחייב) הוא לא האמת – גורם האמת לא רלוונטי.

מה שקובע את התוקף המחייב של דעה, מסקנה ופסיקה זה לא האמת, אלא הסמכות.

איך נקבעת סמכות בהלכה?

הגישה המקובלת לגבי קביעת הסמכות היא קבלה (הסכמה) – הסמכות ההלכתית נקבעת מלמטה, ולא מלמעלה. קבלה של ציבור וחכמים – **יחידו יעניקו סמכות לפוסקים.**

הגורם הקובע הוא לא הגאונות או הגדלות בתורה, אלא הקבלה (הסכמת הציבור, החברה והחכמים)

רעיון ההסכמה מופיע במקורות הבאים:

1. **התלמוד** – מתייחס לתורה שבכתב לא פחות מהתורה עצמה. במסכת שבת יש אגדה, שם נכתב: במעמד הר סיני "והתייצבו בתחתית ההר" – מדובר במטאפורה שהתורה נכפתה על עם ישראל כגיגית (כמו שהופכים קערה על פיה כדי לתפוס משהו – בכוח).

החכמים אומרים כי אם התורה ניתנה בכפייה, זה בעייתי– ניתן להגיש "מודעה" – תצהיר, בו נאמר כי ההסכמה בוצעה בכפייה, ובית הדין יכול לבטל את החוזה. עם ישראל למעשה יכול להגיש מודעה – ולטעון כי לא קיים את התורה, כי ניתנה באונס. **למעשה התורה לא מחייבת**. מדובר באמירה רדיקלית. הרעיון מאחורי הדברים חזק. אף על פי כן, אומר כי ניתן לצאת ממבוכה זה, כי בימי אחשוורוש – היהודים קיבלו על עצמם מצוות נוספות. אם מוסיפים חיובים – רטרואקטיבית זה מראה כי אתה מסכים עם הקודם. למעשה נטען כי הייתה הסכמה באגדה, והתורה לא ניתנה בכפייה. הייתה הסכמה לאחר דורות, רטרואקטיבית.

2. **התלמוד הבבלי** – הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה, בסוף סקירת הדורות, מגיע לתלמוד הבבלי. הוא אומר כי הדברים בתלמוד הבבלי – הסכימו עליהם כל ישראל (הואיל כל הדברים הסכימו עליהם ישראל), ולכן התלמוד הבבלי מחייב.

3. הרמב"ם במשנה תורה, קובע הלכה שאומרת באופן עקרוני, שבית דין מאוחר יכול לסתור דברי בית דין קודם. פסיקה הלכתית של בית דין מסוים לא מהווה תקדים הכרחי לעתיד. בית דין יותר מאוחר יכול להחליט החלטה אחרת בניגוד לפסקת בין דין קודם.

על כך שואל רב"י יוסף קרו בשולחן ערוך (כסף משנה) – אם הרמב"ם אומר כי ניתן לחלוק על פסיקה קודמת – אז למה לא ניתן לחלוק על תקופות שונות (גאונים לדוגמא?). אפשר לומר כי דורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים – מיום חתימת הגמרא, לא ניתנת הרשות לחלוק עליה – הייתה הסכמה לא לחלוק גם על חתימת התלמוד, וכך בהמשך הדורות. ניתן לומר כי ההסכמה יכולה להגיע מהערכת הרמה – אך זה לא מספיק. **הקבלה (ההסכמה) קובעת את הסמכות – וכך זה ממשיך הלאה עד היום.**

הבעיה בהלכה היום היא שאין סמכות – כי אין הסכמה. היום ההלכה מפוזרת, ואין גוף בעל סמכות. בעבר חשבו שהרבנות הראשית תיצור הסכמה, אך לא כך, ובהמשך הדרך זה לא עבד, ואין הסמכה לגבי מקום/אדם מסוים, ואין סמכות מוסכמת/מרכזית ומקובלת בהלכה.

**התאוריה המשפטית המודרנית**

כשאנו מדברים על הסכמה – זה נראה לנו מיושן. היום יש בישראל סמכות, בתי משפט וכנסת – אך כאן יש טעות. רעיון ההסכמה נמצא בתשתית התפיסה המודרנית של המשפט (התפיסה הפוזיטיביסטית כפי שבאיה לידי ביטוי בתורתו של הרט)

הרט העמיד את רעיון ההסכמה ביסוד תפיסתו – מדובר בכלי חשוב להבנת דרך תפקודה של ההלכה.

**תפיסתו של הרט**: הרט הוא פוזיטיביסט. גישה זו מעמיד את המשפט על החברה, על מרכיבים חברתיים. זוהי נקודת המוצא של הגישה הפוזיטיביסטית. לכן אומר הרט, כי בתשתית המשפט עומד המושג הנקרא כלל חברתי – המשפט על פי הרט הוא מערכת של כללים, אך הכללים המשפטיים על פי הרט הם חלק מהכללים החברתיים – לכן המושג הבסיסי על פי הרט הוא ה**כלל החברתי**.

**כלל חברתי** צריך לקיים מספר תנאים (2 ראשונים עיקריים וחשובים):

1. הכלל צריך לשקף התנהגות חברתית ראויה – מציאות התנהגותית.
2. לא מספיק כי החברה מתנהגת כך. צריכה גם להיות ביקורת – אם מישהו סוטה מן הכלל, הוא צפוי לביקורת והסתייגות. החברה לא אדישה, אלא ביקורתית.
3. ההצדקה לביקורת.

דוגמא לכלל חברתי – הוא הכניסה והיציאה מרכבות תחתיות בלונדון – למרות כמות האנשים, היציאה והכניסה המסודרת מהווה כלל חברתי.

בנוסף, הרט אומר כי הכללים המשפטיים הם חלק מהכללים החברתיים – יש כלל חברתי מיוחד, שקובע מתוך הכללים – מה מהם משפטי. הרט קרא לו **כלל הזיהוי** (rule of recognition)

כלל הזיהוי מזהה בכללים החברתיים מה נחשב למשפטי. כלל זה נקבע על ידי הסכמה/קבלה. כלל הזיהוי לא נקבע באופן רשמי, אף גוף לא החליט עליו. הוא משקף תופעה חברתית – קבלה של הציבור, ובמיוחד של אנשי המשפט.

6.12.16

**שיעור 9**

קיימים עוד 2 תתי נושאים במסגרת הפרשנות ההלכתית.

הפרשנות היא האמצעי שיוצר הלכות לכל אורך שלבי ההלכה. כל שלב משלבי ההלכה הוא בסיס לפרשנות. ההלכה מתחילה מתוך פרשנות המקרא. כל הלכה שמתקבלת היא בסיס לפרשנות הבאה.

ההלכה מתחילה מהלכות שמוסקות מתוך הכתובים.

כאשר אנו מדברים על פרשנות המקרא – מתקיימת תופעה ייחודית. פרשנות המקרא היא למעשה איננה פרשנות. הפרשנויות מקבלות את התוקף מהמקרא, אך בעצם לא מדובר במובן הרגיל של פרשנות. **מדובר על פשט מול דרש**.

**פשט –** מה שמוגדר כפרשנות, אשר עומדת על מרכיבי הלשון וההקשר הענייני (והתכלית).

**דרש –** לא ממלא את שתי דרישות אלו (או לפחות אחת מהן) – הוא אינו פירוש.

תופעת הדרש מול הפשט מאוד משמעותית בהלכה – מבחינת התוקף המשפטי, הדרש קובע את ההלכה ולא הפשט. כשיש דרש שקובע הלכה מסוימת – הוא גובר על הפשט.

\*השכלה כללית: הדיכוטומיה של פשט מול דרש אינה קיימת רק בהלכה – זה נכון ביחס לפרשנות המקרא גם בעניינים שאינם הלכה. יש פרשנים שצמודים לפשט (לשון + עניין), אך יש פרשני מקרא שמוכנים לפרש את התורה על דרך הדרש, בלי לעמוד בתנאי הפשט. מהיכן הם לוקחים פירושי דרש? מחז"ל. בהקשר האגדות, יש הרבה פירושי חז"ל שהם דרש ולא פשט.

רש"י לדוגמא, הרבה מאוד פעמים לא צמוד לפשט.

בחברה הדתית קיימת בעיה להפריד בין הפשט לדרש – מדובר בבעיה חינוכית, שלא מבוצעת החלוקה, למרות שהיא כתובה גם על ידי חז"ל.

בהלכה יש לנו כמות עצומה של הלכות מקראיות שאין על פי הפשט – כלומר דרשות.

**דוגמא:** בדברים כ"ד – אומרת התורה לא יומתו אבות על בנים, ולא יומתו בנים על אבות. איש בחטאו יומת. הפירוש הוא שלא לא מענישים את הבן בגלל האב, ואת האב בגלל הבן.

חז"ל לא הסתפקו בפשט הזה – ושאלו את השאלה, למה כתוב כי איש בחטאו יומת אם זה כבר כתוב? הם יצרו דרש, האומר כי לא יומתו אבות על בנים והפוך, זה עדות – הבנים לא יכולים להרשיע את האב בעבירה, והאב לא יכול להרשיע את הבנים בעברה – עדותם של קרובים פסולה.

חז"ל קבעו כלל גדול – "אין מקרא יוצא מידי פשוטו" גם לאחר מתן דרש, הפשט נשאר במקומו, כלומר – יש 2 רבדים: קומה אחת של הפשט, ומשמעות נוספת של הדרש.

**המשמעות המעשית של כלל זה** הוא, שאם אפשר לקיים את הפשט והדרש יחד – מקיימים את שניהם. בהקשר לדוגמא הקודמת – ניתן גם לקיים את האיסור על עדות קרובים, והאיסור על ענישה לא ישירה.

עם זאת, קיימים מקרים בהם לא ניתן לקיים גם את הדרש והפשט – ובמקרה זה הדרש הוא המחייב.

התפיסה המסורתית של ההלכה היא שפרשנות הדרש התקבלה במסורת, עוד מימי משה רבינו.

מי שעמד על אבחנה זו הוא הרמב"ם. הרמב"ם מדגיש באופן שיטתי את תופעה זו.

הרמב"ם באופן שיטתי נוהג להביא את המקורות במקרא. כשההלכה נלמדה מהפסוק – הוא מביא את הפסוק. הרמב"ם מציין באופן קבוע את הדרש – וכותב כי "מפי השמועה למדו" כאשר הדרש לא עולה מן הפסוק באופן פרשני – הרמב"ם מדגיש כי דרש הגיע מפי השמועה – במסורת.

הרמב"ם אומר עוד דבר משמעותי – בתוך האיסור של העדות (דרש), כלול ביטוי הפשט (לא מענישים אדם בגלל עבירה של מישהו אחר, כולל אבות ובנים).

לפעמים יש לנו מחלוקת בין הפרשנים, שהיא על הגבול שבין הפשט לבין הדרש.

ניתן לראות את המחלוקת שהיא בפשט – לפעמים יש פירושים שונים לפשט עצמו. הדברים משתמעים יותר מפרשנות אחת. לפעמים מחלוקות אלו מגיעות גם לדרש.

**הרמב"ם מול הראב"ד** – הראב"ד היה גדול המתנגדים של הרמב"ם, והוא הציג מאות השגות שמסתייגות מפסיקות הרמב"ם.

בפרשת משפטים, ב2 פסוקים שמדברים על מושג ידוע שנקרא "בא במחתרת"– מדובר על גנב שבא לגנוב בלילה, בעל הבית עומד מולו, והגנב נהרג במקום. לפי התורה (וכך ההלכה) – מי שבא בחשאי, יש חשש מאוד סביר שהוא מסוגל להרוג (כפי שהיה ב"דרומי") אם תגלה התנגדות. על פי התורה ניתן להרוג את הגנב ולהקדים להורגו.

פסוק א' - אם הגנב בא בחשאי – ובעל הבית הרג אותו, אין להעניש את בעל הבית.

פסוק ב' – אם הגנב בא באור היום – אסור להרוג אותו.

פסוק ב' כתוב ב"אם זרחה השמש עליו". קיימת פה אפשרות הבחנה בין ההיבט המילולי (אם היה יום), וההיבט המטאפורי – חז"ל פירשו כי בנסיבות העניין אפשר להניח, שהגנב לא התכוון להרוג, ואז אסור להרוג אותו. רש"י אומר כי מדובר במשל – זרחה השמש עליו אומרת כי הגנב לא התכוון להרוג, והרמב"ם מסכים איתו – אם ברור לך שהגנב בא בשלום (ולא כדי להרוג) – אין להרוג אותו.

הראב"ד מגיב לו – הוא אומר כי אינו נמנע מלכתוב את דעתו. הוא מתנצל כי הוא יודע שחז"ל דרשו אחרת, אך עם זאת – הוא מדגיש כי לא ניתן להימנע מלקבל את הדברים כפי שהם כתובים – ביום, אין להרוג את הגנב. הוא אומר כי יש 2 מובנים – אין להרוג אותו אם אין לו כוונה להרוג, ואין להרוג אותו ביום. מה שחז"ל הינו נכון, אבל צריך לקבל גם את הפירוש כפשוטו.

**מטרת הדין (התכלית החקיקתית) בהלכה**

היום במשפט שלנו מדברים הרבה על מטרת הדין (התכלית החקיקתית). זהו הפך להיות המוטיב המרכזי בפרשנות המשפטית כיום. בזה הפרשנות המשפטית הזיזה את המושג של כוונת המחוקק.

לא מדברים על הכוונה של המחוקק (גם בגלל שלא ידוע מה התכוון) – אלא מהי המטרה שלו.

האם גם בהלכה התכלית היא גורם מרכזי? התשובה מסובכת.

יש בלבול ומבוכה לא קטנה בין אנשי ההלכה בשאלה זו. האם התכלית רלוונטית לטובת יישום הדין?

המבוכה נגרמת בשאלה זו מכלל אחד אשר מקובל בהלכה, אשר מתייחס לפרשנות התורה. **כלל זה אומר, כי ביחס לפרשנות המקרא, אין דורשים את טעמי המקראות**. טעם הכתובים אינו רלוונטי לפרשנות. "אין דורשים טעמא דקרא". (לדרוש זה פירוש הדין על פי טעמו)

הרקע לכלל זה:בספר דברים פרק כ"ד, יש פסוק האומר "לא תחבול בגד אלמנה" – מדובר בהוראה מוסרית. הזהר כשאתה בא לשפוט יתום ועלמה, ולא תחבול בגד אלמנה. העלמנה מייצגת את האדם החלש בכתובים – יתום ועלמה הוא מושג. לא תחבול – אסור לקחת בגד למשכון.

חכמים נחלקו בהלכה המעשית של גמרא זו. רבי יוהדה ורבי שמעון הם דוגמא לכך.

**רבי יהודה:** עלמה בין היא עשירה או ענייה, אין לוקחים ממנה משכון.

**רבי שמעון:** במידה והיא עשירה, לוקחים ממנה בגד למשכון (יש לה יותר מבגד אחד), וענייה אין למשכן. רבי שמעון אומר כי יש לעבוד עם ההיגיון – יש כאן טעם מוסרי, אם היא ענייה, ואתה חייב להחזיר את הבגדים חזרה – זה יוציא לה שם רע מול שכניה, בניגוד לעשירה, שאין צורך להחזיר.

אם זה הטעם – הוא רלוונטי רק לענייה ולא לעשירה. הוא מיישם את הדין על פי טעם זה, ונותן מסקנה חדשה שמצמצמת את האיסור רק כלפי אישה ענייה.

ההלכה הסופית נפסקה ע"פ רבי יהודה ולא רבי שמעון – טעם זה לא רלוונטי, ההלכה היא על פי יהודה, כי לא מפרשים את הדין על פי הטעם. כלל זה מתגלגל לאורך הספרות, ושאלה זאת מופיע פעמים רבות בסוגיות הקשורות למקרא – אך מיד אומרים כי טעם המקראות לא רלוונטי. מכאן נובעת המבוכה – ברגע שאדם מעלה את הטעם, ישר פוסלים אותו בטענה כי הוא אינו רלוונטי.

התמונה האמתית של הפרשנות ההלכתית היא שונה לגמרי – בפרשנות ההלכתית יש מקום לא קטן לטעם. יש לשים לב לעוד 2 הבחנות יסודיות לשאלת התכלית (הטעם)

1. יש להבדיל בין טעמי מקרא לטעמי הלכה. הכלל "אין דורשים טעמא דקרא" חלק על התורה, אך לא על ההלכה. כאשר אנו מדברים על פרטי הלכות בתורה שבע"פ – לטעם יש מקום מרכזי.

**דוגמא:** הלכה ידועה בדיני שליחות. שליח הינו אדם הנשלח על ידי מישהו אחר לבצע פעולה משפטית (כמור רכש, קידוש או גירושין). ההלכה אומרת כי כאשר אני שולח אדם לבצע עבירה – העובדה שהוא שליח לא מקנה לו אפשרות לחמוק מאחריות העבירה, למרות שא' שלח אותו לבצע את אותה עבירה.

שליחות:

א' ---------> ב' -------> ג'

ב' יהיה אחראי לעבירה, ולא א', כי ב' היה זה שבסופו של דבר ביצע את העבירה.

גם כשמדובר על טעמי המקראות – צריך להבדיל בין 2 סוגי טעמים:

1. טעם פנימי – כאשר אנו מדברים על מובן ההגדרה המהותית של הדין – העיקרון/התפיסה שהדין עומד עליו. כאן אין מקום לדבר על טעם (המרצה מגדיר כטעם פנימי), אלא הגדרת הדין – על איזה בסיס עקרוני הדין עומד. יש תוצאות ומשמעות כאשר אנו מדברים על ההגדרה הפנימית של הדין – במקרה זה, ההגדרה המשפטית בעלת משמעות לפרשנות המשפטית, וגם לפרשנות ההלכתית.
2. טעם חיצוני - כאשר מדברים על התכלית (מטרת) הדין, בד"כ מדברים על מטרה חיצונית – מטרה חברתית/כלכלית שהדין רוצה להשיג.

הגדרה פנימית מול טעם חיצוני: לא תחבול בגד אלמנה הוא טעם חיצוני.

יש מצווה בתורה המפורסמת שקשורה לשחרור עבד עברי – הנקראת **מצוות הענקה** – בלשון מענק. התורה אומרת כי יש חובה לשלוח את העבד עם משהו בכיס אחרי 7 שנים שעבד עבורך.

יש מחלוקת במקורות – אם העבד לא הספיק לקבל את המענק, יצא לחופשי ונפטר. היורשים שלו תובעים את המענק – האם היורשים זכאים לקבל את מענק העבד?

התשובה לא תלויה במטרה – הטעם החיצוני של הדין ברור לגמרי (טעם סוציאלי/מוסרי), אך יש מחלוקת לגבי הקטגוריה המשפטית של הדין – ניתן להגדיר את המענק ב2 צורות שונות:

1. אפשר להגדיר את המענק כחלק ממשכורתו. – שכר עבודה אחרי 7 השנים
2. אפשר להגדיר את המענק כמצוות צדקה, ולא חלק משכר העבודה. חסד.

ב2 הגדרות אלו תהיה התשובה לגבי היורשים – אם מדובר בשכר עבודה, היורשים זכאים. במידה וזאת צדקה, היא לא מגיעה ליורשים.

8.12.16

**שיעור 10 – שאלת מקומו של הטעם/תכלית החקיקה/מטרת הדין**

שאלת מקומו של הטעם, תכלית החקיקה, מטרת הדין. אלו ביטויים חופפים בעיני המרצה.

מהו מקומו של הטעם ביישום ההלכתי?.

הסיפור מתחיל מהכלל "לא דורשים טעם המקרא" – מכאן מתחיל הבלבול. הכלל המקובל על רוב הפוסקים הוא שאין לדרוש את טעם המקרא – הם לא מתפרשים. לא מפרשים את הדין על פי טעמו.

רבי שמעון התנגד לרעיון זה, אך ההלכה לא הלכה כלפיו.

אין כללים מדויקים במקרא, והדברים לא חד משמעיים, ולכן המרצה הציע 2 כללים מנחים:

1. **טעמי מצוות לחוד וטעמי הלכות לחוד**: להבדיל בין מצוות להלכות – יש הבדל בין מצוות התורה, לבין הלכות שבע"פ. פרטי ההלכות תמיד בעלות טעם, והטעם רלוונטי ליישום, הפרשנות והחלת הדין. **דוגמא:** השבת אבדה – זוהי מצווה בתורה, אך קיימים פרטים מההלכה של מצווה זו, שיש להם טעם. הם לא שייכים לטעמי הכתובים, כי לא מדובר בכתובים. הם הלכות שבתורה שבעל פה, ולכן ניתן לפרש את פרטי הדין (פרטי ההלכות).
2. **ההבחנה בין טעם פנימי לטעם חיצוני**: יש להבדיל בין 2 סוגי הטעמים. מטרת הדין הינו טעם חיצוני – התמודדות עם בעיה/הגנה על אינטרס שהדין שואף להגן עליו.

טעם פנימי – הגדרה מהותית איך המשפט מגדיר את התפיסה הפנימית/ההלכה של הדין.

טעם פנימי הינו חלק מהדין – ויש לו השפעה על תוצאת הדין. הרבה אנשים לא מכירים זאת, ולא מבדילים בין קטגוריות אלו, מה שיוצר בלבול, מבוכה וחוסר הבנה.

**דוגמא:** כשיש מצווה להעניק לעבד מענק, הטעם החיצוני הוא לתת לאדם דרך להסתדר אחרי שהפסיק להיות עבד, אך הטעם הפנימי יכול לראות במענק כחלק מהמשכורת, או כחלק ממצווה. איך מגדירים מבחינת המהות הכספית/הטכנית של המענק? זוהי שאלת הגדרה פנימית, והגדרות כאלו קיימות במידה רבה במשפט, ללא נגיעה במטרה חיצונית שהדין רוצה להשיג.

**דוגמא:** ערבות – אדם המתחייב לשלם חוב של אדם אחר כלפי הנושה. איך מגדירים את חיובו של הערב? מבחינת הטעם החיצוני, זה קל: הערב נותן ביטחון לנושה – אם החייב לא ישלם, הערב ישלם במקומו. מבחינת הטעם הפנימי – נשאלת השאלה, איך מגדירים את חיובו של הערב? גישה אחת אומרת כי החייב והערב הופכים להיות חיוב אחד. גישה אחרת אומרת כי הערב והחייב נפרדים – והחיוב אינו חיוב אחד. לשאלה זו יש השלכות חיצוניות, ומדובר בשאלת טעם פנימי.

**דוגמא:** בתחום ההלכה, בנושא פסולי העדות. בהלכה יש שורה לא קטנה של פסולי עדות, **וההגדרה ההלכתית הפסול הוא פסול מן התורה** – במבט ראשון, אם מדובר במשהו מן התורה, אין לדרוש את טעמי המקראות. אך לא בהכרח.

ההלכה דנה בשאלה של טעם הפסול – למה פלוני/ת פסול לעדות?

קיימות 2 קטגוריות של פסולי עדות ע"פ הטעם המשפטי:

1. פסולים מן ההיבט של מהימנות – זוהי התפיסה ההגיונית, הרציונאלית והפשוטה. קיימת סבירות גבוהה כי לא ניתן לסמוך על עדותו של אדם.
2. גזירת הכתוב – אין טעם רציונאלי לפסול את האדם (של מהימנות).

**לא משנה לאילו הגדרה פלוני נכנס – אלו הן הגדרות פנימיות של הדין**, של החוק של הפסילה.

**דוגמא לגזירת הכתוב** - היא כי ההלכה פוסלת עדות של אב ובן כי כך כתוב בתורה.

**דוגמא לפסול מהימנות** - היא כאשר יש אינטרס (נוגע בעדות) והוא אינו נטרלי, כמו שהמדינה תובעת את חברת טבע לתשלום מיסים, ואדם בעל מניות בטבע יבוא להעיד – אך הוא פסול מהימנות על פי ההלכה, הוא אינו נטרלי.

מה קורא כאשר אדם מעיד בחובתו – נגד האינטרס שלו? אם העד פסול מהימנות, ובכל זאת בא להעיד נגד החברה (כי הוא חייב לומר אמת) – אז ההלכה אומרת כי למרות שהוא פסול מהימנות, הוא כשר להעיד.

עם זאת – אם הוא פסול מגזירת הכתוב – לא משנה מה יעשה, הוא יישאר פסול, גם אם יבוא להעיד לחובה.

בכל פסולי העדות יש מחלוקת בין הפוסקים.

ההלכה של היום עסקה בשאלה – מה דינו של אדם שנחשב לעבריין? ההלכה בעבר קבעה כי במקרה זה, הוא פסול להעיד (לדוגמא – כאשר לא שמר שבת). מי שאיננו שומר מצוות (גם בין אדם למקום) הוא פסול לעדות.

רבנים התלבטו בשאלה זו לפני שנים רבות – **והרב הרצוג** אמר בשנות ה50 – אדם שעבר עברות בין אדם למקום, כשר להעיד. רבי הרצוג אמר כי היום אין בעברות אלו להפוך אותו לבלתי מהימן. היום אי שמירת מצוות לא פוסלת מתן עדות.

אישה גם כשרה היום להעיד כיום. יש פוסקים שחושבים כי אישה פסולה לעדות עקב חוסר מהימנות – היא נתונה להשפעה וללחצים חיצוניים. בעבר זה היה נכון, אך כפי שהרצוג אמר – היום אין בעיה של מהימנות אצל האישה (עקב השינוי הכלכלי חברתי במעמד האישה).

ההבחנה בין טעם פנימי לחיצוני לא תמיד קלה – לא תמיד ניתן להיות בטוח באיזה טעם מדובר, ולפעמים יש מקום לספק. אך בגדול הבחנה זאת חשובה, נכונה ומשמעותית.

טעם פנימי משמש כמכשיר ראשון ליישום הדין.

**המרצה חוזר להתחלה – "לא דורשים טעם המקרא"** – מה שמיוחד הוא שגם **כלל זה לא מוחלט**, ויש לו חריגים. קיימות לא מעט דוגמאות למקרים בהם דורשים את טעם המצווה, ומשתמשים בטעם המצווה כשיקול פרשני האם ליישם את הדין או לא.

כאשר דנים בנושא של טעמי המצוות, יש 2 מצוות שמתבלטת בעיסוק בנושאים אלו:

1. **שילוח הקן** – מצווה זו אומרת שאם אדם הולך בטבע, ואתה פוגש קן של ציפורים (ציפור דוגרת על הביצים/אפרוחים) – התורה אומרת כי אסור ליטול אם על בנים. אסור לקחת את הגוזלים בפניה של האם/הציפור. אם רוצים לקחת את הגוזלים – יש להבריח את האם. רבים עוסקים לדורותיהם במצווה זו. מצווה זו קשורה לדיון במשנה – מסכת ברכות חלק ה' – נכתב כי התורה מרחמת על בעל החיים – הציפור, ולכן אין לקחת את גוזליה מולה, כדי לא לפגוע ברגשות הציפור – אמם של הגוזלים. יש כאן היבט של צער בעלי חיים. – **המשנה אומרת כי אסור להעלות בקשה מה' לרחם על המתפלל כפי שה' מרחם על הציפור.**

תפיסת צער בעלי החיים משום רחמים התקבלה, ורוב המקורות מתייחסים כך לטעם הזה.

**דוגמא בולטת הוא המכנה המשותף בין הרמב"ם והרמב"ן** – הספרות מתעסקת בנושא זה מהתלמוד עד ימנו, וידועים פירושי הרמב"ן והרמב"ם לנושא זה.

**\*** הערת שוליים – קיימת סתירה גדולה בין משנה תורה למורה נבוכים של הרמב"ם – במשנה תורה הרמב"ם אומר כי אין לבקש מה' רחמים, כי לא מדובר בתפיסה של רחמים כלפי הציפור. עם זאת, במורה נבוכים הרמב"ם אומר במפורש כי מדובר במצווה מטעם רחמים.

הרמב"ם אומר למעשה כי מדובר ברחמים ביד החזקה – אך הרמב"ן אומר כי המטרה היא האדם ולא החיה. החינוך האנושי הוא המטרה. התורה אסרה על המעשה כי היא רוצה לחנך אותנו בהתנהגות הנכונה.

רוב המקורות (למעט בודדים) קיבלו את טעם הרחמים.

יש בעיה הלכתית שמעסיקה את הפוסקים האחרונים – כשאדם קורא את הפסוקים מהתורה, מבינים כי מדובר בסיטואציה שאדם רוצה ליטול ביצים/גוזלים, מעוניין לקחת אותם, ואסור לעשות זאת בנוכחותה של האם. **אך האם יש מצווה לשלח את האם מלכתחילה?** האם כאשר איני רוצה לקחת את הגוזלים/בנים, האם אני במסגרת המצווה צריך לשלח את האם? האם יש מצווה עצמאית נפרדת, לא כדי לקחת את הגוזלים, אלא סתם לשלח את האם?

ספרות הקבלה כוללת גישה, שיש טעם פנימי/נסתר/מיסטי, לשילוח הציפור. פעולת שילוח האם יש בה כדי לעשות השפעה במקומות העליונים.

כמעט כל הפוסקים שדנו בשאלה זו דנו בה על פי מקורות ההלכה. כמעט אף אחד לא מעלה את שאלת הטעם המתבקשת. שאלת הטעם מאוד רלוונטית, משום שאם אני מניח כי מדובר בטעם של רחמים על הציפור – **אין לשלח את הציפור סתם ככה**. זוהי הדעה המקובלת. כמעט אף אחד מהפוסקים לא נזקק לשאלה זו. אך היוצא מהכלל הוא **חת"ם סופר** – הוא היה אחד מגדולי הפוסקים האחרונים. בד"כ חתם סופר משתמש בכלל שלא דורשים טעם המקראות, אך בשאלה זו הוא פוסק שאסור לשלח את הציפור, מטעם הרחמים. אם אתה משלח את הציפור – אתה נוהג באכזריות. דבר זה מדהים, כי הוא בעצמו אומר כי אין לדרוש את טעם המקרא – אך במקרה הזה זה כל כך סותר ולא הגיוני, שחת"ם סופר לא יכול היה להתעלם מכך.

הטעם של אי דרישת המקראות קיים – אך יש חריגים, כפי שניתן לראות מדוגמא זו.

13.12.16

**שיעור 11**

\*בשיעור הקודם:

תחת הכותרת של הפרשנות דיברנו על מספר נושאים: האמת ההלכתית, הסמכות, וכעת אנו מדברים על **טעמי ההלכות מול טעמי המקראות**

בפעם שעברה סיימנו בנושא שילוח הקן (האם לשלח את הציפור שמקוננת על גוזליה)

המרצה רוצה להראות כי לכל כלל יש חריגים: הכלל בהלכה הוא שלא דורשים את טעמי המקראות. ההלכה מתעלמת משאלת הטעם בכל הנוגע לטעמי המקראות.

גם כאשר מדובר בטעמי המקראות שבד"כ לא נדרשים לדין – יש חריגים. חרגי אחד שהועלה היה שילוח הקן. שם התעוררה שאלתה הלכתית האם לשלח את הציפור ללא רצון לאכול את הביצים. כמעט כל הפוסקים התעלמו משאלת הטעם חוץ מחת"ם סופר.

חת"ם סופר היה רב בראש ישיבה גדול בברשבורג (ברטיסלבה) – עיר גדולה בסלובקיה.

חת"ם סופר מתעלם מן הכלל של "לא טועמים את טעם המקרא" – ומתייחס אליו כמרכיב מרכזי. כאשר דנים בשאלה האם לגרש את הציפור "סתם" – זה לא מסתדר עם טעם המצווה. התנהגות כזאת מהווה אכזריות וחוסר התחשבות חריג כלפי הציפור. הוא קובע כי אין מצווה לשלח את האם אלא אם מעוניינים בביציה.

1. קיימת התפתחות (שינוי משמעותי) במצווה מן התורה, אשר חלה בהשפעה המציאות.

מדובר ב**מצוות כתיבת ספר תורה**. על פי מקורות חז"ל יש מצווה מן התורה לכל אדם לכתוב ספר תורה – זוהי מצווה על כל אדם (על הפרט – היחיד). מצווה זאת לא נאמרה במפורש – והיא מבוססת על פי פירושי חז"ל מכתובים ופסוקים שבסוף ספר דברים. זוהי פרשנות מקובלת על פי רוב הפוסקים.

במאמר מוסגר – המרצה חושב כי יש כאן משהו מאוד עמוק וחשוב (אך נסתר) – יש מאחורי המצווה אמירה מאוד משמעותית. האמירה שמסתתרת פה היא **שהתורה שייכת לכל אדם**. לימוד התורה, העיסוק והקריאה אינו עניין של הציבור או בית הכנסת. ובוודאי לא עניין עבור חכמים וכהנים בלבד. אמירה זו מנוגדת באופן מאוד בוטה מול תפיסות בעולם העתיק – שהידע התורני שייך למיעוט ולאוליגרכיה. להמון העם אין עסק בדבר. הביטוי הסמלי לטענה זו היא כי כתיבת ספר תורה שייכת לכל אדם.

על פי הפרשנות המקובלת על רוב הפרשנים – מצוות כתיבת ספר תורה נועדה לעודד ללמוד תורה. מטרתה להקל על לימוד התורה, משום שבעבר לפני המצאת הדפוס, היו לומדים מתוך ספר התורה (אשר שימש גם ללימוד). על רקע זה בא השינוי הגדול במצווה זו.

ספר הטור הוא הספר העיקרי אשר נכתב אחרי כתבי הרמב"ם. הרא"ש אשר כתב את הטור, בשונה מן הרמב"ם, הביא מספר דעות בכל עמוד, והוא פוסק את ההלכה ביניהם על פי הרא"ש.

המרצה מבקש שנבחן את הדף אשר חילק לנו – "יורה דעה ער הלכות ספר תורה"

בדף זה, הרא"ש כותב כי בעבר המצווה הייתה שכל אחד יכתוב ספר תורה, אך היום אומרים כי מטרת המצווה היא ללמוד (ולא לכתוב) – תלמד את בני ישראל.

הרא"ש למעשה אומר כי המצווה השתנתה. המצווה היום שונה מהמצווה בעבר. בעבר הייתה מצווה לכתוב ספר תורה – כי מכך למדו. היום עם זאת כבר לא לומדים מספר תורה, אלא מספרים מודפסים. לכן המצווה היום שונה ואחרת – יש לקנות ספרי הלכה בהם לומדים את דברי התורה. המצווה למעשה **היא כדי ללמוד – לימוד**.

ניתן לומר כי **יש כאן מהלך שמתייחס לטעם/תכלית/מטרת המצווה.** המטרה היא לימוד והמצווה השתנתה. נכון שהראש מסיק זאת מהכתוב – אך הוא מתייחס לטעם.

הרבה מאוד מהפרשנים התקשו לקבל פירוש זה. יש בין הפוסקים 2 קבוצות

1. כאלו שהתנגדו לשינוי
2. כאלו שקיבלו אותו

הראשון שהסתייג וביקש להגביל את מסקנתו של הראש היה **בית יוסף** **קרו** – הוא ניסה לצמצם את מסקנתו:

המסקנה של בית יוסף היא שהראש לא התכוון לומר שאין מצווה לכתוב ספר תורה כמו שהיה בעבר – יש גם היום מצווה, אך כיום בכלל המצווה, גם לקנות ספרים אחרים כדי ללמוד בהם – אך ברור שמלכתחילה המצווה היא לקנות וללמוד מספר תורה. (אם אינך יכול לכתוב ספר – המצווה היא לקנות את הספר וללמוד בו)

במסקנה זו – ברור לגמרי שזאת לא היית כוונת הראש. זהו לא הפירוש האמיתי של דברי הרא"ש. בית יוסף נדחק כדי להשאיר את המצווה המקומית במקומה. הוא מתקומם על השינוי, ומתקשה לעכל את השינוי הדרמטי של המצווה.

הפרשנים אשר קיבלו את המצווה אומרים כי הם הולכים על טעם המצווה – על פי טעם המצווה, היא אינה מתקיימת כפי שהיא כיום, אלא בדרך שונה על ידי קניית ספרים ללימוד

על פי הראש – **מדובר בטעם חיצוני לכאורה.** נראה כי מצוות כתיבת התורה היא כדי ללמוד בה. לכן ייתכן מאוד כי מדובר על דרישת הטעם – התייחסות למצווה והסקת מסקנה מעשית לדרך קיום המצווה, כפי שהיא מתחייבת היום. אך לדעת המרצה – **זה לא חד משמעי** – הראש לומד זאת מתוך הכתוב (למרות שזה לא נאמר במפורש). בנוסף, **עדיין ייתכן כי לא מדובר בטעם החיצוני אלא בטעם הפנימי** – כתיבת ספר תורה היא חלק ממצווה יותר רחבה של לימוד תורה. מדובר בגדר הפנימי של המצווה. מדובר בדוגמא גבולית ולא חד משמעית – ניתן לראות כי מדובר בטעם חיצוני או פנימי.

זהו סיום פרק א'. עכשיו נתחיל את פרק ב'

**פרק ב' אמת משפטית כאשר היא מנוגדת לאמת העובדתית הריאלית**

העמדנו את שאלת האמת המשפטית – ושאלנו האם יש תשובה אחת בשאלה פרשנית או יותר מתשובה אחת. כעת נעמיד את שאלת האמת המשפטית במובן שונה.

**אמת משפטית כאשר היא מנוגדת לאמת העובדתית הריאלית**

על פי רוב מתכוונים לאמת של הדין/חוק כשהיא עומדת בניגוד למושג אמת במובן הריאלי/העובדתי – **המשפט קובע עובדות**, אלו הן חלק מהביטויים שאנו מוצאים במשפט. חלק מהאמירות מתייחסות לעובדות ולמציאות, גם כאשר העובדות הריאליות הן שונות.

לאחר שאנו קובעים כי המשפט קובע עובדות משלו, אשר שונות מן המציאות הריאלית, אנו מגיעים למושג **פיקציה** – משהו שהוא פיקטיבי ולא ריאלי.

המרצה טוען כי משתמשים בהיבט זה בצורה לא נכונה במשפט הפלילי.

כאשר בגין (הליכוד) עלה לשלטון – הוא הקים וועדת חקירה ממלכתית לרצח ארלוזורוב. עו"ד בשם אלון הגיש בג"ץ – הוא טען כי אסור להקים וועדת חקירה ולחקור את הנושא מחדש על שאלה זו, כי עניין זה כבר הוכרע (בשנות ה30 – 40 שנה לפני), ולא ניתן להעלות אותו לדיון פעם נוספת.

בג"ץ הקדיש לכך עשרות עמודים, דחה את עתירתו, וציין **אמת המשפטית מול אמת עובדתית**.

בג"ץ אמר כי מעורבבים כאן דברים שונים: וועדת חקירה בודקת את האמת ההיסטורית (העובדתית) – ולמשפט יש כללים אחרים לקבוע עובדות (דיני ראיות, דרכי ההוכחה). וועדת חקירה לא כפופה תחת ביהמ"ש, והיא בודקת את העובדות בכלים אחרים. ביהמ"ש העמיד למעשה את האמת המשפטית מול האמת העובדתית.

המרצה אומר כי **שימוש זה אינו נכון**: במשפט פלילי אין אמת משפטית, אלא **רק אמת אחת** – האמת העובדתית. להעמיד את המושג "אמת משפטית" הוא אינו נכון. השאלה היחידה היא האם אדם עשה את המעשה או לא – בהימ"ש חותר לגלות את האמת ההיסטורית. נכון שביהמ"ש מוגבל בכלים לקבלת ראיות, אך זה לא אומר כי ביהמ"ש חותר לאמת אחרת. וודאי שהוא מחפש את האמת העובדתית.

הביטוי נכון בהקשרים אחרים – לא ביחס לעברות. **הביטוי נכון כאשר מתבססים על קביעת עובדות שאינן ריאליות, אך הדין יוצר אותן.**

קיים כלל שאומר שפעולת השלוח מחייבת ומזכה את השולח. המושג שהדין יוצר הוא שליח: אדם שיכול לשלוח מישהו אחר כדי לבצע פעולה משפטית. אחת התאוריות אומרת כי השלוח הוא כמו השולח. השלוח ממלא את מקום השולח, והוא למעשה השולח. **המשפט הופך למעשה את השלוח לשולח – זוהי פיקציה. מדובר באמת משפטית בלבד** – הרי ידוע כי השולח והשלוח הם לא איש אחד, אך מבחינת המשפט כך המצב.

15.12.16

**שיעור 12**

אנו מדברים על אמת משפטית כאשר אנו מעמידים אותה מול אמת עובדתית.

הדין מגיע לפעמים לתוצאה המשפטית שהוא רוצה בא דרך קביעה עובדתית (פיקציות). הדין משתמש באמצעי זה כי הוא נוח. הוא עוזר לעקוף מכשולים או גורמים אחרים שנמצאים ומעקבים את המסקנה.

הפיקציה המשפטית מצויה הרבה במשפט העברי.

**דוגמא** אחת הייתה מושג השליחות: הפעולה של השלוח (ב') מזכה את הפעולה של השולח (א'). – איך זה הגיוני?

אחת התיאוריות אומרת כי זהו רעיון של זיהוי – אנו מזהים את השלוח והשולח כאיש אחד. **תפיסת הזיהוי יוצרת פיקציה**. המשפט בלבד רואה אותם כמישהו אחד.

**דוגמא נוספת מההלכה:** קיים מושג הנקרא הודאת בעל-דין, אשר פירושה – אדם מסוים מודה בחיוב ממוני. מודה=אומר אמירה שמחייבת אותו. **ההלכה אומרת כי הודאת בעל דין – כמאה עדים.**

הרעיון הוא שהודאה כזאת בחיוב ממון גוברת במשקלה על כל ראיה אחרת. זוהי הראיה הכי טובה – אפילו אם יבואו 2 עדים ויגידו שאני פטור, ההודאה תגבור עליהם.

בהלכה יש מספר תיאוריות מאחורי מושג זה:

1. **הגישה המרווחת** אומרת כי כלל זה הוא כלל ראייתי. הודאת בעל דין יותר טובה מכל ראייה אחרת כי אנו חושבים שהיא הכי טובה – אם אדם אומר שהוא חייב, אז זה חייב להיות כך. מדובר על כלל המבוסס על תפיסה ראייתית של פעולה זו.

בהלכה התקשו לקבל כלל כזה – בדרך כלל אדם לא נאמן לעצמו. הוא פסול לעדות כלפי עצמו. היו אחרונים שהתקשו לקבל כלל זה כי הוא לא מסתדר עם מושגים אחרים בהלכה, ומכאן נולדה הגישה היצירתית

1. **הגישה יצירתית** אומרת כי הודאה זה התחייבות – זה לא מוכיח על מה שקרה בעבר, אלא האדם מתחייב מכוח ההודעה. ההודעה יוצרת את החיוב ולא מוכיחה שום דבר שקרה בעבר. ההתחייבות למעשה **יוצרת** את החוב.

לדעת המרצה מדובר בפיקציה – האדם לא מתכוון עכשיו להתחייב, אלא להתייחס למשהו שקרה בעבר – אך הדין אומר כי זה לא מעניין אותו. המשפט רואה את ביטוי ההודאה כאילו כעת הוא מתחייב. **לכן ההגדרה של גישה זו הוא פיקציה**.

**דוגמא מהמשפט הישראלי:** דיני המקרקעין נשלטו על פי הדין העותומאני – אם פלשו לך לאדמה, אין לסלקו בשום תנאי – יש לפנות לבית המשפט. זה נעשה על מנת לא להפר את תקנת הציבור, כדי שלא יפגעו אנשים אחד בשני.

בראשית שנות המדינה (כשפרצה המדינה) – בתי המשפט התלבטו בנושאים אלו. השופט אגרנט התלבט מאוד בנושא. על פי המשפט העותומני – אם אסלק מי שפרץ לביתי – המשטרה תוכל לעצור אותי. השופט אגרנט יצר מושג חדש שנקרא **פלישה טרייה**. אם הפלישה טרייה (שעתיים שלוש) – מותר לסלק את הפולש בכוח סביר. אם עבר יותר זמן (12 שעות ומעלה) אז אין לסלק את הפולש

**הוא יצר פיקציה משפטית מכוח הפרשנות**.

בנושא של סילוק פולש – יש הבחנה מוסכמת וראשונית. ברור אם אתה נמצא בבית ומשיהו תוקף אותך, ברור שמותר לך להתגונן – בשעת המעשה, ברור שמותר לך להתגונן.

פלישה טרייה היא למעשה כאילו מדובר בשעת מעשה – זה כאילו עכשיו אני מגן על ביתי בשעת מעשה. אגרנט למעשה יצר פיקציה, וכדי להגיע לתוצאה המבוקשת הוא יצר פיקציה, **כאילו אני פועל עכשיו להגן על רכושי**.

הרבה פעמים בית המשפט מתעלם מעובדות שבאות לפניו. קיימים מצבים בהם העובדות רעות, אשר לא ניתן לקבלם כי הם יביאו אותנו למצבים קשים מאוד. במצב זה, ביהמ"ש יכול להתעלם מהעובדות ולקבוע עובדות אחרות.

ביהמ"ש **ייצור פיקציה** של עובדות אחרות, כי הוא לא יוכל לקבל את העובדות האחרות אשר יובילו לתוצאה רעה. – להרחבה בנושא ניתן לקרוא את ספרו של חיים פרלמן – הלוגיקה המשפטית

לחיים פרלמן (שכתב את הלוגיקה המשפטית) יש דעה, כי לא נכון לקרוא פיקציה למה שיוצר המחוקק – כי המחוקק הוא כל יכול והוא יכול לעשות מה שהוא רוצה. עם זאת הוא מתייחס באהדה רבה לפיקציות הנכתבות על ידי בית המשפט.

"ההסתייעות בפיקציות פסיקתיות שכיחה בעיקר במשפט הפלילי. חבר המושבעים מסתייע בהן כדי להימנע מהחלתו של חוק הנחשב בעיניו בלתי צודק, לפחות בנסיבות המיוחדות של המקרה"

במאה ה19 היה עונש מוות למי שמורשע בגניבה חמורה – מ40 שילינג ומעלה. השופטים באנגליה במשך שנים נהגו לייחס לכל גניבה ערך מרבי של 39.70, כדי למנוע עונש מוות, עד לאותו יום שהייתה פסיקה קיצונית, שבהם החוק שונה. **השופטים למעשה שינו את העובדות, ויצרו פיקציה** כדי שלא יוטל עונש המוות.

בבלגיה ובצרפת חבר המושבעים נמנע מלהצהיר על אדם ההרג מישהו מתוך רחמים כרוצח – הוא התעלם מהעובדות, וטען כי הפעולה לא נעשתה. כי לא הייתה הפרדה בין רוצח והורג מרחמים – **זוהי פיקציה של בית הדין, בהן נקבעות עובדות לא אמיתיות**.

בתי דין רבניים מתעלמים לפעמים מבדיקות רפואיות חד משמעיות על קביעת אבהות – בשנות ה50 בתי הדין התלבטו אם לקבל בדיקות דם – היו כמה שאמרו שאין ברירה, אך פוסקים אחרים התעלמו מכך ואמרו כי הם לא מתחשבים, ומתבססים על פי הגמרא. במחקר תקפו את אותם רבנים – אך בתי הדין הרבנים עשו זאת כדי למנוע ממזרות, ובכך הם היו הכי מתקדמים. הם עשו כמו שבתי הדין באנגליה עשו – וזוהי **פיקציה של בית הדין**.

**על פי רוב אנו מדברים על הפיקציות החוקתיות ולא הפסיקתיות (הדוגמאות הקודמות היו פיקציות פסיקתיות)**

**הערמה:**

**נישואים פיקטיביים:** רוסי טהור בלי קשר ליהדות שמע כי כדאי לעלות לישראל – הוא מתקשר לבחורה יהודייה ומבקש ממנה להתחתן. הם עולים על המטוס, מגיעים לישראל, וכעבור שבועיים הם מתחתנים. **מדובר בנישואים פיקטיביים, אך זו לא פיקציה משפטית**. לא נקבעו דברים עובדתיים. הדין קובע עובדות, ונישואים פיקטיביים לא יוצרים עובדות חדשות – לא ריאליות ולא מציאותיות.

זה נקרא נישואים פיקטיביים כי לכל מוסד (גם נישואים) יש היבטים ריאליים מציאותיים.

**העברת בעלות פיקטיבית:** בדומה לנישואים הפיקטיביים, אנו מדברים היום במשפט על **העברת בעלות פיקטיבית**.

לפעמים אדם לא רוצה שהנכס יהיה שלו (מס על דירה שלישית) אדם אשר לא רוצה לשלם את המס – יעביר את הבעלות בצורה פיקטיבית (רישומית) לבן, אך בפועל הדירה תישאר על שם האבא. זאת **לא פיקציה משפטית**

פעולות כאלו נקראות **הערמה** – פעולה משפטית מסוימת במטרה להשיג תוצאות מסוימות

**הערמה –** פעולה משפטית על פי החוק כדי להציג מטרות מסוימות תוך עקיפת מטרת המחוקק.

הערמות מאוד שכיחות בתחום המיסים – כאשר אדם מעביר נכסים על שמות אחרים כדי להימנע מתשלום מס. בארץ זה היה נפוץ יחסית עד ביטול מס העיזבון.

חוקי המס קוראים לכך **העברה מלאכותית** – לפקיד השומה יש סמכות להתעלם מהעברות אלו.

תופעת ההערמה משמש באופן מאוד בולט במשפט העברי. יש לנו דוגמאות רבות שההלכה מדברת על אפשרות להערים על הדין. הערמה=עקיפה, והרמב"ם קורא לכך **תחבולה חוקית**.

**דוגמא: מצוות מעשר שני**: זוהי מצווה הקשורה לעבודת אדמה בארץ ישראל. יש מספר חובות כלפי חקלאי מדינת ישראל – יש להפריש לכהן, לעני ומעשר שני. מעשר שני לא ניתן למישהו זר, אלא נשאר לרשות הבעלים. לפי ההלכה חייבים לאכול את פירות אלו בירושלים בין החומות.

מדובר בהגבלה קשה, ולכן ההלכה נתנה אפשרות תחליפית – ניתן לקחת את המעשר ולהפוך אותו לכסף. את הכסף יש להעלות לירושלים ולהשתמש בו שם, אך התורה מטילה קנס – מי שעושה את פרוצדורה זו, **צריף להוסיף חומש (מבחוץ)** – אם הפירות שווים מאה, צריך לשים 125, לא מתוך המאה, אלא מחוץ (125, מחלקים לחמש 25).

ההלכה אומרת שאדם צריך להוסיף חומש זה כאשר הוא פודה את המעשר שלו. **אך אם הוא פודה מעשר של חברו – הוא אינו צריך להוסיף חומש**. כך כל אחד פודה מעשר של חברו, ומעביר את המעשר לחברו. המשנה אומרת על כך כי **מערימים על מעשר שני**. המשנה אומרת כי יש אפשרות להיות פטור, אך היא מגדירה זאת כהערמה – כי הדין לא התכוון לכך.

במשקפיים של ההלכה זה הרבה יותר חמור מהמיסים שלנו – מעשר שני זו מצווה מהתורה. **ההערמה מבוצעת על התורה** – איך אם כך היא מאפשרת לעשות כן?

20.12.16

**שיעור 13**

דיברנו על שני המושגים של הפיקציה והערמה.

מדובר במכשירים מאוד בולטים במשפט הכללי והעברי.

למה אנו נזקקים לכלי הפיקציה המשפטית והערמה? **אלו מכשירים שפותרים לנו בעיות**.

הם מביאים אותנו לתוצאות רצויות וראויות כאשר יש מכשולים בדרך – כאשר משהו מעכב אותנו מלהגיע לתוצאה מסוימת, למרות שיש להם קונוטציות בעייתיות.

לפעמים יש קושי – במקרה של השופט גרנט – הוא יצר פיקציה כדי להתגבר על הקושי של חוסר היכולת לסלק פולש לבית. הוא יצר פיקציה – שאם אתה פועל בסמוך לשעת הפריצה, זה כאילו בשעת מעשה, וזו פיקציה, שהיא סוג של פרשנות הדין.

ראינו דוגמא יותר קיצונית, כאשר ביהמ"ש יוצר עובדות, בגלל שהעובדות הריאליות לא ניתנות להשלמה.

לצד זה אנו מדברים על הערמה. **הערמה ופיקציה קשורים**.

גם כשאנו עושים פעולת הערמה (עקיפת הדין) – אנו בעצם משתמשים בפעולה פיקטיבית, כמו נישואים פיקטיביים (כאילו נישואים). או העברה פיקטיבית – הנכס נשאר שלי, ושום דבר לא השתנה במציאות, אבל אני פטור ממס.

לכן יש קשר בין הפיקציה להערמה. ההערמה הרבה פעמים משתמשת באיזשהו ביטוי של פיקציה, היא לא יוצרת עובדות חדשות, אלא מתעלמת מן העבדות הריאליות של המושג המשפטי.

לבעלות יש מציאות ריאלית, כמו נישואין, וכשאנו מתעלמים מההיבטים הריאליים הללו זהו גלגול של פיקציה. הרבה מאוד אנשים מערבבים בין פיקציה והערמה. בהגדרה המדויקת הם שונים, אך יש קשר ביניהם. גם הפיקציה וגם ההערמה בעלי הופעה דיי רחבה בהלכה.

אנו פתחנו בנושא ההערמה. הדוגמא של מעשר שני חשובה, משום שהיא מדברת על מצווה מן התורה. הפסוק אומר שכאשר אתה נותן את הפירות עבור כסף, אתה מפריש מעשר שני – צריך לאכול את הפירות בירושלים, אך ניתן להפוך אותם לכסף, ולהוסיף חמישית.

המשנה אומרת כי ניתן לוותר על תוספת זאת, ולעשות זאת בלי התוספת, באמצעות הערמה (באמצעות ניצול הדין עצמו). **יש ניצול של הדין, תוך שימוש בדין עצמו – פרדוקס.**

**הדין אומר שאם אני מעשר פירות שלא שלי – אני לא צריך להוסיף חומש.** אפשר אפילו להעביר את הפירות לבן, או לשכן. אז לא צריך להוסיף חומש – זה מה שהמשנה אומרת.

דוגמא אחרת (על אותו מישור) הוא על **בכור**

בכור בהמה טהורה צריך להימסר לכהן. חוק בהמרה טהורה נמסר לכהן.

מדובר בדרישה קשה, מפני שוולד שנולד לבהמה טהורה – עולה כסף רב, ולחוואי אין אמצעים מרובים. והמשנה אומרת כי מערימים על הבכור, כמו במעשר שני – יש דרכי הערמה איך לא לתת חומש.

כאן יש גלגול נוסף – בדין הבכור יש הבדל גדול בין תקופת הבית לבין התקופה שלאחר החורבן.

יש מאמר שנכתב על נושא זה – פרופ' שמואל שילו, אשר כתב מאמר על הנושא הנקרא "הערמה בתלמוד – שנתון המשפט העברי, כרך ח'" לקרוא את ההקדמה + עמודים 322-328. הנושא על הבכור. נמצא באתר

הרמב"ם מגדיר הערמה בביטוי תחבולה, ואנו משתמשים במונח עקיפה.

מנצלים סעיף בחוק כדי לעקוף אותו – לכן למה נקרא עקיפה/תחבולה? **כי הדין לא התכוון לכך**. המחוקק לא התכוון לניצול החוק בצורה הזאת. המחוקק רוצה לתת זכויות לעולה, אבל לא למי שנשוי על הנייר רק כדי לקבל את ההטבות. מדובר בשימוש בדין עצמו כדי לעקוף את הדין מצד מטרתו/תכליתו/כוונת המחוקק.

הערמה היא תופעה רחבה בהלכה. יש המון הערמות לאורך כל התקופות – מן המשנה ועד היום. השאלה היא למה?

1. **שאלת התוקף**: האם זה תקף? עובד? מצליח? האם ההלכה נותנת תוקף לפעולות שמוגדרות כהערמה?

התשובה היא **כן**. ההלכה בדרך כלל, על פי רוב נותנת תוקף לפעולות כאלו, גם הן נחשבות כפעולות של עקיפה. אם זאת – יש חריגים, כמו שהחוק היום יכול לקרוא למכירה, מכירה פיקטיבית. (כמו העברת הדירה הפיקטיבית של מס דירה שלישית)

המרצה חוזר ואומר שמדובר בחריגים – וההלכה מכירה בפעולה של הערמה.

1. **שאלת הלגיטימיות**: גם בהנחה שזה תקף, האם זה ראוי? נכון לעשות זאת? או שאולי מלכתחילה זה אסור? ראוי לגינוי? אולי ההלכה צריכה להתנגד לכך באופן העקרוני. מדובר בשאלה יותר מסובכת, והתשובה לא כל כך משמעית.

יש גישה מאוד מקובלת בין החוקרים – הגישה ההיסטורית. ניתן לראות בה תפיסה היסטורית של הנושא.

**הגישה ההיסטורית:** אחד המובילים של גישה זו הוא פרופסור אפריים אלימלך אורבך. הוא היה חוקר תלמוד גדול בירושלים שכתב המון בחקר ההלכה – יש לו ספר שנקרא **ההלכה, מקורותיה והתפתחותה**. הוא סוקר את ההערמות, ומציע גישה היסטורית – הוא טוען שהערמות באו לעולם כתגובה של חכמים לתופעות מסוימות. ההערמות נולדו כתגובה לתופעות ששררו בחברה היהודית. הן באו כניסיון להתמודד עם התופעה ששררה בחברה היהודית כדי לצמצם אותה, ולהתגבר עליה.

לדוגמא – במעשר שני, ניתן להניח כי התפתחה בחברה היהודית תופעה של אי קיום המצווה. היא התרופפה, ולא התקיימה במלואה – לא הקפידו על תוספת החומש, לא נשמרה באופן הרצוי, ולכן באו חכמים כדי להתמודד עם התופעה – **והם רצו להקל**. לכן קבעו כי **אין להוסיף חומש**. כך חקלאי עני יהיה מעודד לקיים את מצוות המעשר, ללא החומש, וכך לפחות החקלאי לא יתעלם מן המצווה.

לפי הגישה ההיסטורית – **הערמה היא סוג של תקנה** – תקנת חכמים. החכמים משנים את הדין כדי להקל במצווה/בחובה, כדי לעודד את הציבור לקיים את המצווה ולא להתעלם ממנה.

**תקנה** – חקיקה שבאה לפתור בעיות מסוימות, אך זה לא נעשה בדרך של חקיקה ישירה, אלא בדרך של הערמה, מכיוון שהערמה משתמשת בדין עצמו – לכן היא אפשרית. התקנה באה להקל כדי לעודד את קיום המצווה. גם במעשר שני וגם בבכור – באה תגובת חכמים בצורת הערמה, שהיא למעשה תקנה.

אנו נראה כי הגישה ההיסטורית נכונה, אבל לא בכל המקרים. גם במעשר שני – מדובר בספקולציה. זוהי השערה אפשרית בלבד, ללא בסיס במקורות. לכן לדעת המרצה, לצד אפשרות ההיבט ההיסטורי, יש כאן משהו נוסף.

בניגוד לדברי אורבך, עובדה היא **שיש מחלוקות בהלכה לגבי שאלת הלגיטימיות**. הדעות לא חד משמעיות (בניגוד לשאלת התוקף – שקובע כי הפעולה תקפה).

היו שהקלו והסכימו, והיו שהתנגדו/הסתייגו. אורבך מתעלם מן עובדה זו, אך אכן קיימות מחלוקות.

חלק מן המקורות מצביעות על התמודדות בשאלה העקרונית האם נכון לעשות פעולת הערמה ככלל, או שמא יש להתנגד לכך באופן העקרוני.

**דוגמא** בתלמוד הירושלמי – מדבר על מחלוקת בין גדולי התנאים שנחלקו בשאלת הלגיטימיות של הערמה. במסכת מעשרות, התלמוד הירושלמי מספר סיפור על מחלוקת בנוגע להערמה, על **כל מצוות המעשר בכלל**. מדובר שם על ניצול של הלכה מסוימת שנמצאת בדין.

ההלכה אומרת שאדם חייב בכל סוגי המעשרות רק אם הפירות נכנסו באופן ישיר דרך פתח הבית.

**אבל אם הכנסתי את הפירות דרך הגג/חלון – לא נכנסו מן פתח הבית, ואני פטור מהמעשר**.

כך כולם מכניסים את הפירות דרך החלון, ואז אין צורך לתת מעשרות.

**על רקע זה בא הסיפור הבא** - **מסכת מעשרות, ירושלמי, פרק 3:**

רבי יוסי בן רבי יהודה (רבי יהודה הנשיא) וחברו יוסי – בנו של רבי יהודה, היו מכניסים את הכלכלה (סל פירות) דרך הגגות – כדי להיות פטורים מחובת המעשר. הם רצו לפרסם דרך זו.

ראה אותם רבי יהודה, בנו של רבי הילאי ואמר להם: "ראו מה בינכם ובין הראשונים" – רבי עקיבה היה לוקח 3 מינים בפרוטה – עם שקל הוא היה קונה שלושה מינים בשוק, כדי להעשר מכל מין ומין, ואתם מכניסים את הכלכלה דרך הגגות. רבי עקיבה היה מקיים את המצווה כמה שיותר, ואתם מכניסים מאחורי הגגות כדי להיות פטורים מן המס.

**הערה 1**: יש כאן רקע היסטורי לסיפור – רבי יהודה הנשיא ניסה במספר דרכים להקל בחובות בארץ – להקל על החקלאי העני, שזה היה עבורו עול שקשה לעמוד בו. אין שום ספק שסיפור זה בא על רקע זה. ברור שרבי יהודה הנשיא לא בא לפטור את עצמו מחובת המעשר (הוא היה אחד מגדולי העשירים בחברה היהודית). הוא רצה להביע **עמדה עקרונית**. המעשה שלו בא להראות לאחרים כי יש דרך לקבל "פטור" מחובת המעשר.

**הערה 2**: יש כאן אמירה עקרונית: לדעת המרצה, יש כאן גם מחלוקת עקרונית על עצם השימוש בפעולה של הערמה.

רבי יהודה הנשיא אומר גם שפעולת הערמה עקרונית היא אפשרית, ראויה ולא פסולה – **עמדה פורמאליסטית**

העמדה התומכת ברבי עקיבה מביעה עמדה הפוכה – הערמה זה לא דבר נכון, זה לא ראוי, וצריך להימנע מכך. המרצה קורא לכך **עמדה ערכית**.

יש כאן עמדה פורמאליסטית מול ערכית:

**עמדה פורמאליסטית** – אני פועל על פי הדין, ולכן זה גם ראוי, נכון ולא פסול

**עמדה ערכית** – לא רצוי לבטל מצווה באופן טכני/פורמאלי, אלא צריך להשתדל לקיים את המצווה, ולא להשתמש באמצעים כאלו לביטולה.

המרצה לא חושב שביטול החומש יהפוך את המצווה ליותר קלה – לדעתו יש כאן אמירה עקרונית מתוך גישה פורמאליסטית בהלכה.

הגישה פורמליסטית במשפט בכלל, מאופיינת בדבר אחד עיקרי – אנו רואים את המשפט כמערכת של כללים שעובדת על פי תפיסות פנימיות של המערכת.

המשפט היא מערכת כללים פנימיים כמו משחק שחמט שעובד על פי כללים – ניתן לשנות אותו מבחוץ, אך עדיין יש לו חוקים פנימיים שלא משתנים. **עמדה פורמאליסטית לא מתחשבת בתוצאה**.

לא משנה אם התוצאה טובה או לא – מה שחשוב שהכללים יפעלו על פי המקובל, כמו שהם בצורה הנכונה. ההיבט הערכי של המשפט לא נלקח פה בחשבון.

יש על כך מחקרים היום – המשפט המודרני בארץ מתנהל באיזשהו מהלך של התרחקות מסוימת מהגישה הפורמאליסטית. היום הכיוון הוא יותר לצד הערכי. אך עדיין המשפט מתאפיין ברובו בפורמליזם.

לדעת המרצה, הערמה היא תוצאה של גישה פורמאליסטית. קבלת הערמה נובעת במידה רבה לא רק מתוצאות היסטוריות, אלא גם מתוך גישה פורמאליסטית, כמו של רבי יהודה הנשיא – הדין אומר שאם אכניס את הפירות דרך הגג – לא אצטרך לתת מעשר. אם התוצאה שאני פטור – אז זאת התוצאה. לא מנה אם זה נכון או לא נכון – העיקר שיישמתי את הכללים.

הגישה הזאת לא מנותקת מההלכה. דווקא לגישה הפורמאליסטית יש הצדקה דתית. הרי **כל התורה היא גזרת השם** – אני לא שואל אם זה טוב. מי שאמר לי שזה אסור, אמר לי שזה מותר. שאלת הלמה היא לא לגיטימית. מי שאמר שאני חייב אמר שאני פטור – העיקר שאני מפעיל נכון את הכללים

לכן אין כאן שאלת עקיפה – כי המחוקק אמר זאת. הכל גזירת הכתוב – לא שואלים למה, אלא איך – וזה נקבע על ידי ההלכה.

רבי עקיבה מתנגד – והוא מייצג את העמדה הערכית הדתית – אני רוצה לקיים את המצווה, ולא לבטל אותה. צריך לשאוף לקיים את המצווה ולא לבטל אותה – לא רק לא להיות פטור, אלא להרבות מצבים של קיום המצווה. עמדה זו שוללת את ההיבט הפורמליסטי – אפילו באופן מלאכותי כמו שרבי עקיבה עשה.

המחלוקות בין רבי יהודה הנשיא לרבי עקיבה מייצגות את 2 גישות אלו – עמדה פורמאליסטית מול ערכית. אנו נראה כי עד ימינו ניתן לראות מחלוקות בין הרבנים על אותו רקע – הגישות הפורמאליסטיות מול הגישות הערכיות.

הגישה הפורמליסטית משווה את ההלכה למדעי הטבע – היא רואה את ההלכה כמערכת של כללים כמו במתמטיקה ובפיזיקה, שום עובדים על הנוסחאות. מתעלמים מהתופעה כשלעצמה (כמו חום) – לא מדברים על איך אני מתרשם מהתופעה כחוויה אנושי, אלא מתייחסים לכך כנוסחאות מתמטיות.

מי שעמד על כך בצורה יפה היה אחד מגדולי התורה בזמננו – **הרב סולובצ'י.** יוסף דב סולובצ'י היה מגדולי הרבנים בארה"ב. הוא היה שייך לציבור החרדי, אך עבר לציבור הדתי הלאומי, והפך להיות מנהיג האורתודוקסיה המודרנית בארה"ב.

החיבור החשוב ביותר שלו נקראת **איש ההלכה**. מדובר בחיבור החשוב ביותר שלו – הוא נכתב בעברית. מדובר בהצגה טיפולוגית של מיהו איש ההלכה.

באיש ההלכה כתוב, כי ההלכה הופכת את הסובייקטיביות לאובייקטיביות, כמו פיסיקאי ההופך את האור והקול ליחסים כמותיים. הפיסיקאי מתעלם מהתחושות, ואצלו הכל נוסחאות מתמטיות. כך אומרת ההלכה – היא פועלת על פי כללים ונוסחאות – אתה מציב את הנתונים בנוסחה – אם אתה מציב אותם נכון, אתה מקבל את התוצאה. כך פועלת ההערמה – אני מציב את הנתונים, ויוצאת תוצאה – אם כתוב שאני פטור ממעשר שני, אני פטור. זוהי גישה מדעית/פונקציונאלית לכל מושג ההלכה. מדובר בגישה קצת קיצונית, אך מדובר בתיאור נפלא ונכון.

מנגד עומדת הגישה הערכית האומרת כי זה לא נכון, לא ראוי ולא רצוי – **רק כשיש הכרח/סיבה**. לא נכון לבטל את המצווה – צריך לשאוף לקיומה, ולא לביטולי בדרכים כאלו.

**תקנתו של הילל הזקן – תקנת הפרוזבול**

תקנת הפרוזבול של הילל היא ללא ספק אחת הפעולות הנועזות בכל תולדות ההלכה.

פעולה **ביטלה למעשה מצווה מפורשת מהתורה**. הילל ביטל את מצוות שמיטת הכספים של השנה השביעית – שנת השמיטה. בשנה השביעית יש 2 מצוות גדולות: **שמיטת קרקעות ושמיטת כספים**.

**שמיטת קרקעות -** בשנת השמיטה, אדם מצוות לשמוט את עבודה האדמה – לא לעבד את האדמה.

**שמיטת כספים -** בעבר הייתה מצוות שמיטת כספים – שהיא יותר קשה בקיומה מאשר שמיטת הקרקעות. שמיטה זו אומרת כי כל חוב שמקורו בהלוואה – נשמטת בשנה השביעית. בסוף כל שנה שביעית – החוב מתבטל/נעלם/נשמט. הלווה לא חייב להחזיר את חובו עם תום השנה השביעית.

מצווה זו חוזרת פעמיים בספר דברים פרק ט"ו- "אשר יהיה לך אחיך, תישמט ידיך" – המלווה צריך למשוך את ידיו מן החייב, ולא יכול לתבוע את החוב לאחר השנה השביעית. מצווה זו בפועל התבטלה בדורות קדומים – וזהו מהפך שהילל מחולל.

על פי המשנה - הילל הביא לביטול המצווה כי אנשים הפסיקו להלוות כשהגיעה השנה השביעית. גם העשירים לא אהבו להפסיד כסף, ולכן **נמנעו העם מלהלוות**. במושגים של התורה והמשנה – הלווה הוא העני, והמלווה הוא עשיר. כיום המצב שונה, אך פעם כך היה. על רקע זה כנראה באה המצווה של שמיטת כספים – המצווה דורשת דרישה מאוד קשה ורדיקלית – אך זה לא עבד. המצווה לא פעלה כמו שצריך משום שהטבע האנושי הכריע את הכף. לקראת השנה השביעית – העשיר ידע כי קיים סיכוי גדול שלא יקבל חזרה את כספו, והוא לא הלווה. כך לעניים לא היה ממי לקבל את הכסף, ועל רקע זה הלל תיקן את תקנת הפרוזבול, ואז המצווה התבטלה. החוב לא נשמט ולא התבטל. החייב חייב לשלם, והמלווה יקבל את כספו. במקום אחר נכתב כי **הילל תיקן תקנה זו מפני תיקון עולם** – הייתה בעיה בחברה והילל תיקן תקנה כדי לפתור אותה. זו דוגמא קלאסית לגישת אורבך. אך אם ניכנס לפרטים המעשיים (ולא ההיסטוריים) נשאלת השאלה – איך הילל יכול לבטל מצווה מן התורה? איך הוא עשה זאת? מה הוא תיקן? המקורות שלנו מתלבטים בשאלה זו, ויש גישות שונות בין המקורות השונים.

בידנו 2 מקורות תנאיים עיקריים על פעולת הילל

1. **המשנה במסכת שביעית** – עוסקת במצוות השנה השביעית. רוב פרקי המשנה מדברים על סיפור עבודת האדמה ושמיטת הקרקעות. הפרק העשירי עוסק בשמיטת הכספים. שם נזכרת תקנת הילל – תקנת פרוזבול, שתיקן את התקנה משום שנמנעו העם מלהלוות
2. **בספריי –** מדרשי הלכה, שם היא צמודה לפסוקים של התורה. בספריי פרק דברים פרק ט"ו דורש גם הוא את הפסוקים, והוא מזכיר גם את תקנתו של הילל. לפי בספריי, הילל הסתמך על הלכה מסוימת מן הכתובים.

**מה שמעניין הוא שהמקורות אינם זהים –** המשנה לא אומרת בדיוק את אותו הדבר שאומרת בספריי. הם מציגים 2 גישות שונות לשאלת האיך – מה עשה הילל? זה מתגלגל לתלמוד, ואז לראשונים. (מחולק לשלושה חלקים – מקורות תנאיים – תלמוד – ראשונים)

22.12.16

**שיעור 14**

חשיבות תופעת ההערמה:

למושג הערמה יש קונוטציה שלילית – עקיפה/עורמה. מצד שני, ההלכה משתמשת בה.

תופעת ההערמה מייצגת תפיסה עקרונית שעומדת מאחורי הדברים

הגישה המקובלת לגישת ההערמה היא גישה היסטורית

המרצה טוען כי לא תמיד ההערמה באה כתגובה היסטורית. המרצה טוען כי הערמה באה על רקע תפיסה מהותית בהלכה – התפיסה הפורמליסטית.

הפורמליזם המשפטי רואה את המשפט כמערכת כללים פנימית – כמו מדעי הטבע. ממילא התוצאה לא כל כך משנה – העיקר שאנו עובדים נכון על פי הכללים, וזה מסביר את תופעת ההערמה.

סוגיית הפרוזבול – יש לה השלכות למספר כיוונים על התפתחות ההלכה במספר הדורות. מדובר בפעולה רדיקלית – תופעה קדומה של ביטול מצוות שמיטת כספים.

מקורות ההלכה מתקופת הילל עד היום עוסקים בסוגיית הפרוזבול – בתלמוד מתייחסים אליו, אפילו בהסתייגות.

הילל תיקן תקנה (חקיקה חדשה) – שעל פיה אדם יכול לגבות את חובו גם לאחר חלוף השנה השביעית – הילל התמודד עם בעיה סוציאלית מוסרית.

בתקופת המשנה – נמנעו העם מלהלוות. כשהגיע השנה השביעית, המלווה לא היה מכניס את היד לכיס – הוא היה מפחד שההלוואה לא תחזור.

התורה צפתה התפתחות זו – אנשים ימנעו מלהלוות. התורה הזהירה את אותם אנשים מלעשות כן, אך בכל זאת אנשים נמנעו מלהלוות.

הפריע להלל הזקן כי אנשים עניים לא יכלו להלוות כספים – והוא ביצע תיקון עולם (תקנת הילל).

המקור השני הוא מדרש הלכה בספריי – המקורות דומים אך לא זהים.

"ואשר יהיה... את אחיך תישמט ידיך" – מהביטוי ניתן להסיק כי הוא בא למעט, לא כאשר מדובר במקרה כ"שיש לאחיך בידך".

מה שיש אצל אחיך – קח את ידך אחורנית, אך כאשר מדובר במצב הפוך – כאשר לי יש משהו של אחי – לא אשמיט ידי. כשיש בכיסי משכון של הלווה, חובת השמיטה לא חלה. כשיש לי משכון, זה כאשר יש לו משהו אצלי.

"את אחיך תישמט ידך, ולא המוסר שטרותיו לבין דין, מכאן אמרו התקין הלל פרוזבול" – כאן המדרש דורש את המילה ידיך (ולא "את" בפסוק הקודם) – ידיך זה הפרט, האיש. אבל כאשר מדובר בבית דין – זה לא האדם הפרטי, זה לא ידיך. האדם הפרטי בישראל חייב למשוך את ידו, אבל לא כאשר מדובר בבית הדין – אשר לא נופל תחת המושג "תשמש ידיך". הוא לא גוף פרטי, ועליו לא חלה מצוות השמיטה. מכאן הוסקה ההלכה שהדין תישמט ידיך לא חל, והפירוש הוא **אם המלווה מעביר את השטרות לבית הדין (**ממחה את החוב**)** – בית הדין יהיה זה שיגבה את החוב, ועליו לא חלה המצווה. הלל השתמש בהלכה הזאת, וביסס את הלכתו על כך. תקנת הילל מבוססת על מסירת השטרות.

בבספריי הייתה הלכה שנדרשה מהכתוב – ידיך ולא שטרותיו של בית דין.

מכאן הילל ביסס את תקנתו על התפיסה הזאת, שבית הדין ראשי לגבות את החוב, וכך הילל תיקן שהחוק עובר לבית הדין, והוא זה שגובה את החוב, כאשר אינו כפוף לאיסור של תביעת החוב בשנה השביעית.

אם כך – מה הילל תיקן? אם הוא מסתמך על הלכה כתובה, זו אינה תקנה. (תקנה – חקיקה חדשה).

במשנה ב'-ג' מוצגים הדברים כך, שתקנת הפרוזבול של הילל, והלכת מוסר שטרות ברבים – הם לא אותו הדבר (בניגוד לבספריי – שלא מחלק).

משנה ב' אומרת כי מוסר שטרותיו ברבים

משנה ג' אומרת כי פרוזבול לא משמט.

ההלכה לא מבוססת על מסירת שטרות ברבים. אם אנו הולכים בכיוון זה, נפתרת בעיה אחת (האם הילל תיקן משהו? הרי זה לא תקנה) – כי הילל אכן תיקן.

אבל אם הילל תיקן תקנה חדשה – **איך ביטל מצווה מהתורה?** אם זו תקנה עצמאית (חקיקה) – איך אפשר חקיקת חכמים לבטל את התורה? הילל לא במעמד בעל סמכות לבטל חקיקה מן התורה.

את שאלה זו שואל התלמוד (איך הילל תיקן תקנה שמבטלת דבר תורה?). הגמרא במסכת גיתים מדברת על נושא זה – "הילל תיקן פרוזבול מפני תיקון העולם". על משפט זה הסוגיה הבבלית מתלבשת ומרחיבה את הדיון – איך יכול להיות שהילל ביטל מצוות תורה?

התשובה של הגמרה – הילל תיקן את תקנה זו, מפני שבתקופתו של הילל התקבלה התפיסה שמצוות השמיטה לא מחייבת בזמן הזה מן התורה – מן התורה אין תוקף **בזמן הזה** למצוות השמיטה בשנה השביעית.

לפי ההלכה מצוות השמיטה של השנה השביעית צמודה למצוות היובל (50) – ניתן לראות שמצוות השביעית כבולה יחד עם מצוות היובל – שבוטלה בתקופת בית ראשון. לכן מצוות השמיטה לא מחייבת בזמן הזה מן התורה.

פירוש הדבר – שאם היא מחייבת, היא מחייבת רק מדברי חכמים – זאת לא מצוות תורה. לכן הילל יכול היה לבטל מצוות חכמים – הוא לא ביטל מצווה מן התורה.

מבחינה היסטורית זה לא נכון – הרעיון שהשמיטה צמודה ותלויה ביובל – מדובר בפרי חידושו של רבי יהודה הנשיא. הילל חיי הרבה לפני זמן זה, ובתקופתו היה מדובר במצווה מן התורה.

לסיכום – אמרנו שיש 2 מקורות – בספריי והמשנה.

על פי בספריי – הילל ביסס את תקנתו כי ניתן למסור את השטרות.

על פי המשנה – תקנת הילל לא קשורה לשטרות – הוא עשה תקנה, מכיוון שהשמיטה היא מדרבנן ולא מן התורה.

אחדים מן הראשונים לא עשו הבדלה זו בין בספריי למשנה.

יש מן הראשונים שפירשו את שניהם כתפיסה אחת – כלומר, לפי גישה זו שמשלבת את שני המקורות, גם המשנה מתכוונת להלכה שנזכרה בספריי. תקנת הילל קשורה למסירת השטרות לבית הדין. אם כך – הם שואלים שאלה מתבקשת על התלמוד.

סוגיית הגמרא שאלה איך הילל תיקן?

שואלים הראשונים שעל פי דברי בספריי, זה לא בניגוד לדין תורה. הילל פעל על פי סעיף מסוים בדין, ולא בניגוד אליו. הוא הסתמך על הדין כאשר נקבע כי ניתן למסור את השטרות – ולכן לשאלת הגמרא אין מקום על פי בספריי.

בתוספות במסכת גיתים שאלו שאלה זו – וענו כך אף על פי שהלל פעל על פי הדין – כי ניתן למסור את השטרות על פי הדין, מכל מקום לא היה לו לעשות תקנה. ללמד לעשות כן. כשביטל בכך השמטת כספים שציוותה התורה.

למרות שהייתה הערמה זו – אסור היה לו לעשות כן, כי כך ביטל את השמטת הכספים שנכתבה בדין התורה.

התורה לא התכוונה שיש לבטל את המצווה לחלוטין – מסירת השטרות הייתה דבר חריג – ומטרתה לא הייתה לתת כלי לעקיפת החוק, אך הילל הפך זאת לתקנה כללית, ובכך ביטל את המצווה. לזה התורה לא התכוונה.

הילל פעל על פי הדין, אך בניגוד לכוונת התורה.

כיצד הילל עשה מעשה כה דרסטי? באמצעות הערמה. הדין לא התכוון לכך.

קיימת תשובה שנייה בין הראשונים – תשובתו של אחד מגדולי הראשונים, הר"ן – רבינו ניסים בן ראובן, חיי בברצלונה בספרד במאה ה14. הוא העלה את אותה שאלה -

אם מסר שטרותיו ממש (פיזית) – מן התורה היא. אם אני מעביר העברת שטרות לבית הדין, אז זה תקף. אך בא הילל ותיקן – שאף על פי שלא מסר, כי אמר מוסרני לכם – הרי הוא כמי שמסר. נכון שכתוב שצריך להעביר את השטרות לבית הדין, אבל ברור שלהעביר את השטרות באופן האמיתי זה דבר מסובך – זה לא הכי נגיש. זו פרוצדורה משפטית מסובכת. הילל אמר כי לא צריך למסור – אם אמרתי שאני מוסר – זה כאילו מסרתי. **המסירה הופכת להיות פיקטיבית**. **זוהי הרי פיקציה**. תקנת הילל יצרה פיקציה – מסירה כאילו, בדרך של אמירה. הילל באמת השתמש בהלכת מסירת השטרות, אך הוא הפך את זה למשהו מאוד קל וזמין. מאוד מיידי, ולא בדרך מסורבלת. על ידי כך הוא הפך את מסירת השטרות לתקנה כללית (כך זה מתבצע היום) ועל ידי כך החוב נמסר לבית הדין – ואז בית הדין גובה את החוב.

תקנת הילל פעלה או בדרך של הערמה או יצירת פיקציה משפטית.

תקנת הפרוזבול של הילל היא רבת חשיבות בתולדות ההלכה – היא הייתה מאוד דרסטית ודרמטית בתוצאתה. בכל מקרה – תקנה זו מאוד רדיקלית בתוצאתה, והיא בעלת השפעה עצומה בהמשך לתולדות ההלכה. הלל תיקן תקנה מאוד דרסטית שביטלה מצווה, וזה השפיע השפעה רבה על כך השתלשלות ההלכה בהמשך הדורות. מה שקרה בהמשך הוא, שאנו מוצאים הרבה תופעות מן הסוג הזה. אנו מוצאים שינויים רבים במסגרות המצווה, היקפם, צמצומם, מתוך תקנת הפרוזבול. תקנה זו הפכה להיות דוגמא להמשך התפתחות ההלכה עד היום – זו אחת הסיבות שאנו מוצאים את מכשיר ההערמה שמשנה את מתכונת המצווה/מצמצם אותה באופן דרמטי.

בדורות האחרונים אנו מכירים ב3 הערמות גדולות

1. היתר עסקה ששינה את היקפו של איסור הריבית
2. מכירת החמץ בערב פסח – שביטלה איסור מפורש של התורה להחזיק את החמץ בפסח.
3. מכירת הקרקעות בשנה השביעית לנוכרים

**אין שום ספק שכל 3 הערמות אלו במהותן הינן תקנות של חכמים.**

בחזרה לגישה ההיסטורית – זה נכון מאוד בנוגע לכל שלושת הערמות אלו. מדובר תקנות רדיקליות ששינו באופן משמעותי איסורים של התורה. בדרך של הערמה תקנות אלו מסיגות את מטרתן – המציאות מתנגשת, החיים לא מסתדרים, ולכן צריך את התקנה. המצווה יכולה להיות בלתי אפשרית/קשה מאוד. לכן חכמים נדרשו לגשר, והשתמשו בהערמה.

27/12/16

**שיעור 15**

תקנת הילל מבטאת פעולה מאוד רדיקאלית בתולדות ההלכה, שניתן לפרק אותה לכל מני מרכיבים. ללא ספק, יש לה שפעה רבה ביותר על תולדות ההלכה בהמשך הדורות על ימינו: במפורש ובמשתמע. בתקנת הילל ראינו 2 כיוונים בפרשנות:

1. על פי הגישה העולה במקורות: הילל הסתמך והרחיב הלכה קיימת. (ניתן להעביר את השטרות לבית החוב)
2. כיוון שני, אומר כי הילל לא עשה שום שימוש בהלכות שונות, אלא יצר תקנה חדשה. גישה זו בעייתית – איך הילל יכול לבטל מצווה מן התורה?

במידה ומדובר בתקנה חדשה – זוהי פעולה מאוד דרמטית, כי הילל ביטל למעשה מצווה מפורשת מן התורה. היו אילוצים, ונוצר צורך ממשי לשינוי המצב, כיוון ש**נמנעו העם מלהלוות**.

ההשפעה מתגלגלת עד ימינו, משום שבדורות האחרונים אנו מוצאים פעולות של הערמה שמשנות את היקף הלכות משמעותיות במסגרת ההלכה. אם אנו רואים בתקנת הילל כיצירה חדשה – יש לכך תקדים לדורות הבאים.

בדורות האחרונים אנו נתקלים ב3 הערמות בעלי תפקיד גדול בעולם ההלכה עד היום. מדובר בפעולות בעלות היקף רחב, שכולן נכנסות תחת ההגדרה של הערמה. החוקרים טוענים, כי המושג הערמה בא לעולם כסוג של תקנה, כמענה עבור מצב חדש. **הערמה – חקיקה של חכמים**. יש צורך להערמה כי המציאות החברתית והכלכלית משתנה. נוצר פער גדול וקשה בין ההלכה והמציאות – ההלכה לא נוחה להתמודדות עם המציאות החדשה. אחד הדרכים לגשר על פער זה הוא **תקנה, בדרך של הערמה**. זאת, לאור העובדה **שחכמים מאוחרים לא נמצאים בסמכות לבטל מצווה מהתורה**, ולכן אנו נזקקים לתקנה בדרך של הערמה. הערמה תקינה כי היא משתמשת בהלכה עצמה – היא לא נגד ההלכה באופן טכני/פורמאלי. כל ההערמה בנויה על ניצול סעיף מסוים בהלכה – וכך גם המצב היום בדין הישראלי.

לפי הסדר הכרונולוגי, 3 ההערמות היו:

1. היתר עסקה(א) שמתייחס לאיסור הריבית
2. מכירת חמץ בערב פסח
3. מכירת קרקע בשמיטה

הערמות אלו מהוות תפקיד חשוב בתפקוד ההלכתי עד היום.

1. מדובר בהערמה הראשונה מההערמות המאוחרות. היתר העסקה נולד במאה ה17, והוא דוגמא למה שקרה בתקופת הילל. איסור הריבית הוא מהתורה. העולם העסקי השתנה, וחלק גדול מן ההלוואות הפכו להיות הלוואות עסקיות – לא לצורכי מחייה, אלא לצורכי עסקים (החל בסוף המאה ה17). ברור לגמרי שבמשקפי ההלכה והתורה, לווה הוא עני הזקוק להלוואה למחייתו, והמלווה הוא העשיר. מכאן הגיע האיסור בתורה על לקיחת ריבית, המקשה מאוד על הלווה העני, שנזקק לכסף למחייתו. זוהי מצווה סוציאלית בעלת רקע מוסרי – יש להלוות בחינם, ללא ריבית.

עם זאת, נוצר מצב חדש בו ההלוואות נלקחות על ידי אנשי עסקים שרוצים להלוות כדי להשקיע בעסקים. **למה שאתן לא את ההלוואה ללא ריבית?**. בנוסף, מדובר בהלוואה בהיקף גדול משמעותית, וכך נוצר מצב שדרש פתרון/התייחסות, שלא היה ניתן להתעלם ממנו.

על רק זה נולד המושג הנקרא **היתר עסקה**. המושג עסקה נמצא כבר בתלמוד, והוא מדבר על מצב בו א' נותן כסף לב', כדי שב' יעשה איתו עסקים. האינטרס של א' הוא בזה, שעל פי ההסכם, א' וב' יחלקו ברווחים של ב'.

מה שמבדיל בין שותפות עסקית להלוואה הוא ה**סיכון**. אם אדם מלווה לאחר, והוא עשוי להרוויח, הוא יכול גם להפסיד. שותפות עסקית פירושה אפשרות לרווח ואפשרות להפסד. זוהו טיבה של עסקה כלכלית, וזהו ההבדל בין הלוואה לשותפות עסקית. כאשר ניתנת הלוואה לא עסקית – אין חשש להפסד, ולא קיים סיכון.

העסקה בתלמוד מדברת על אפשרות של הפסד. במשך הזמן המציאות משתנה – המלווה לא מוכן לתת כסף תוך סיכון שהוא יפסיד, ולכן **נוצר צורך להבטיח את האינטרס של המלווה**. בהסכם העסקי יש תנאי, שהופך את הוכחת ההפסד לבלתי אפשרית – **מטילים עול כבד על הלווה, שלא יוכל לטעון להפסדים.** כך הטיעון לגבי הפסד כמעט בלתי אפשרי, ואז יהיה מדובר בעסקה ולא הלוואה. זו מהותו של היתר עסקה.

בכמה הזדמנויות, היו טענות מצד הלווה כי הצליח להוכיח את ההפסדים בניגוד לכל תנאי החוזה. בכל מקרים אלו – בתי המשפט דחו את טענת הלווים, וקבעו כי הלווה לא הצליח להוכיח כי נגרם לו הפסד.

הרבנים לא אוהבים תיאור זה – לדעתם לא מדובר בהערמה. מדובר בהסכם אמיתי על פי ההלכה. המרצה אומר כי הם טועים – **מדובר בתקנה בדרך של הערמה**. מטרתה היא לאפשר ליהודים לבצע פעילות כלכלית, שלא יכלו לעשות ללא התקנה. הפוסקים חיפשו פתרון על מנת שתתאפשר מחייה עבור בעלי עסקים יהודיים, שרצו לקיים פעילות עסקית.

יש אנשים שמחמירים בהלכה, שטוענים כי מותר להשתמש בהיתר עסקה רק בהלוואה עסקית. אסור לקחת הלוואה בריבית מהבנק לצורך מחייה, אלא רק לצורכי הלוואה עסקית. קניית דירה תמיד כוללת היבט השקעתי, ולכן זה בסדר לגבות עבורה ריבית, אך הלוואה כדי לקנות מקרר/מכונית/לטוס לחו"ל – אינה יכולה לכלול דרישה לריבית. היתר עסקה לא מכסה הלוואות מסוג זה על פי שיטה זו.

קיים היבט נוסף בעניין היתר העסקה. כאשר מדובר בהלוואה בנקאית (ולא הלוואה אישית) – בנק אינו מהווה אישיות אמתית. מדובר באישיות משפטית, ובתור אישיות זו, הוא אינו כפוף לאיסור על גביית ריבית. קיימת הפרדה מוחלטת בין בעלי השליטה והבנק – הוא אינו שייך לאף אחד. אחד הרבנים שהזכיר זאת, הביא דוגמא נכונה כדי להבהיר את התפיסה: האם בנק חייב במצוות צדקה?" התשובה לכך היא ברור שלא. וכך גם בנוגע לאיסור על גביית ריבית בהלוואות. לכן על פי גישה זו, אין בעיה לאפשר לבנק לגבות ריבית עבור כלל סוגי ההלוואות.

מדובר באיסור שהצטמצם, אך בהלוואת פרטיות איסור הריבית קיים, והוא בא לידי ביטוי בפסיקה עד היום. היקף האיסור צומצם על ידי תקנה, בדרך של הערמה ששינתה את היקפו של האיסור.

03.01.17

**שיעור 16**

מדוע כיום אנו לא פוסלים את מצוות איסור הריבית? התשובה היא **סמכות** – להילל הייתה הסמכות, אך כיום אין סמכות לכך. לכן הטכניקה המאוחרת שונה, והולכת בעקיפין, תוך ניצול של הדין עצמו. היא לא מבטלת/משנה מצווה באופן פורמאלי, אלא בעקיפין – כדי להשיג תוצאה אחרת, ולהחיל את החובה המקורית בצורה אחרת.

ניתן לראות זאת באיסור לקחת ריבית (**היתר עסקה**) – לעמוד באיסור זה הפך להיות בלתי אפשרי, וחכמים תיקנו תקנה זאת – ונתנו לריבית צורה פורמאלית של עסקה ולא הלוואה. הרבנים לא אוהבים לקרוא לכך הערמה, אך במקרה זה הם טועים, כי ברור שמדובר בהערמה. באופן פורמאלי, יש מקום להפסד בהלוואה של העסקה, אך באופן מעשי האפשרות לא קיימת בעקבות תנאי העסקה – הוכחת הנזק הופכת להיות בלתי אפשרית, ולכן מדובר למעשה בהלוואה.

עם זאת – איסור הריבית לא התבטל. קיימות תשובות עכשוויות של היום בענייני ריבית – כי שאלות עולות בהקשר הפרטי. מהו ערך ההחזר, תוספות שונות (כמו הצמדה) – ולכן איסור הריבית לא בטל, אך הצטמצם על רקע היתר עסקה, בעיקר בהלוואות הגדולות.

1. מכירת החמץ בספח – מדובר בהערמה שניה שהיא ברמה של תקנה, אשר נולדה בדורות האחרונים כתוצאה משינוי במציאות בנסיבות כלכליות. זוהי הערמה מוסכמת ומקובלת – היא מאוד נפוצה ושימושית בדורות האחרונים.

הבעיה שאיתה אנו מתמודדים היא בעיית הימצאות החמץ ברשותו של אדם במשך חג הפסח. לפי ההלכה גם עצם ההימצאות של החמץ בבית הינו אסור. זוהי הוראה ואמירה מפורשת מהתורה – **בל יראה בל ימצא**.

בתחילת הדרך היה ברור שאם לאדם יש חמץ בבית, ומתקרב חג הפסח – הוא היה הולך לשכנו הנוכרי ומוכר לו את הסחורה בבית, מקבל את הכסף, מעביר את סחורת החמץ (כמה חבילות וופלים או וויסקי), ושלום על ישראל. זאת הייתה כוונת ההלכה – או לאכול או למכור – אך המציאות השתנתה.

**השינוי הראשון** התחולל כאשר בעל החמץ צריך אותו לאחר בפסח, או שאין קונה. מוכרים את החמץ לשכן – אך מוסכם ביננו אפילו במשתמע שהחמץ יימכר חזרה. גם לשלב זה הפוסקים קבעו כי מדובר בהערמה – כי המכירה מוגבלת לשבוע.

**השינוי העיקרי** - ההלכה לא נעצרה כאן – כי המציאות משתנה. **אדם לא יכול טכנית להעביר את החמץ ממקום למקום** – כאשר לאדם יש מחסן מלא בחמץ – יהיה יקר מאוד למכור ולקנות חזרה את החמץ. העברת סחורת החמץ הופכת להיות בלתי אפשרית. כאן באה ההלכה לעזרה – וקבעה כי ניתן למכור את החמץ גם אם הוא נשאר במקום. ההלכה קובעת כי אין איסור לשמור חמץ בבית שאינו שלך. אם אין איסור בהימצאות אלא בבעלות – ניתן להעביר בעלות, ללא העברת מיקום.

**שלב נוסף** – הרי מי ישלם סכום זה? התשלום הופך להיות פורמלי (סמלי) – ושאר הכסף הופך להלוואה.

היום לא כל אחד מוכר לשכנו – ובמדינת ישראל הרבנות מוכרת את כל החמץ למישהו שאינו יהודי. (לפני מספר שנים נפוצה שמועה שמי שקונה את החמץ מהרבנות הוא יהודי מתחזה).

מדובר במצב אשר רחוק מהמכירה המקורית אשר התבצעה בין אדם לשכן נוכרי.

בהיתר עסקה של הריבית – החוזה נושא אופי של עסקה ולא של הלוואה. כאן מדובר על פרוצדורת של העברת בעלות – אין קושי פורמלי להעביר בעלות. הדבר הזה נולד כנראה בסוף המאה ה18, שם התחילו הדיונים ההלכתיים של מכירת חמץ.

1. מכירת הקרקעות בשנת השמיטה – מדובר בגורם הכי קשה, מאשר 2 הדוגמאות הקודמות.

בניגוד ל2 התקנות הקודמות שהתקבלו והתפשטו, ללא ערעור משמעותי. בסוף המאה ה18 היו ערעורים על נקודות אלו, אך ההיתרים בסופו של דבר התקבלו.

שונה הדבר לגמרי כאשר אנו מדברים על מכירת קרקעות בשנת השמיטה. **הוויכוח/עימות/ערעור עולה כל פעם מחדש** בשנה השביעית, סביב הנושא. ההסכם לא מקובל ולא מוסכם. הוא נתון לערעורים והסתייגות מכיוונים שונים, בעיקר מהצד החרדי, אך בשנים האחרונות גם מהכיוון הדתי לאומי. הדילמה במקרה זה ברורה.

המצווה העיקרית של שנת השמיטה היא שמיטת הקרקעות – אסור לעבד את אדמות ארץ ישראל בשנה השביעית. לא רק עבודות עיבוד של הקרקע, אלא גם **למכור את הפירות** בשנה השביעית. מדובר באיסור קשה מאוד לביצוע – ומאז ומעולם היו קשיים. החקלאי נדרש לדרישה קשה מאוד. למעשה אומרים לחקלאי בשנה השביעית שהוא לא עובד – ולא מתפרנס. החקלאי למעשה לא יכול להתקיים בשנה השביעית, והיא לא קלה עבור האדם הפרטי. הקושי ברור מעיקרו, והוא אינו מצריך שינויים כלכליים. אף על פי כן, בניגוד לשמיטת הכספים **שלא עבדה** **כבר בתקופת הבית**, שמיטת הקרקעות **התקיימה בפועל** בתקופת הבית וגם לאחר החורבן **למרות** הקשיים הכלכליים שהיו קיימים. עובדי האדמה שהיו רוב הציבור השמיטו את הקרקע. יחד עם זאת – המקורות מצביעים גם על הקשיים שהתעוררו בעקבות זאת, וחכמים חיפשו דרכים שונות להקל על עובד האדמה באמצעות תקנות ופרשנויות שונות, אך בגדול שמיטת הקרקעות התקיימה בפועל במשך תקופה אורכה.

מי שהתמודד עם נושא זה בצורה משמעותית היה רבי יהודה הנשיא – הוא ביצע פעולות להקל על עובד האדמה, ביניהן גם מצוות השביעית.

אנו מוצאים עדות כי רבי יהודה הנשיא רצה לבטל את מצוות שמיטת הקרקעות בגלל הקשיים של עובד האדמה, אך למרות מעמדו הגדול, חכמים לא הסכימו איתו לביטול המצווה, ורבי יהודה הנשיא לא הצליח לבטל את מצוות שמיטת הקרקעות.

רבי יהודה הנשיא רצה לבטל את השמיטה לא בדרך של הערמה, אלא בדרך של **תקנה ישירה כמו הילל** – בגלל שהוא זה שהמציא את החידוש, ששמיטה בזמן זה היא מדרבנן (דברי חכמים), ולא מן התורה. הוא זה שהראה מן הכתובים ששמיטה צמודה ליובל – כשאין יובל, אין חובה לבצע את השמיטה. אם זה רק מדברי חכמים – אז גם הנשיא חכם – ולכן הוא גם יכול לבטל את המצווה באופן ישיר. הוא יכול היה לעשות זאת כי הייתה לו סמכות, אך הוא לא הצליח כי הסמכות דורשת הסכמה, ועם כל מעמדו המיוחד והגדול – זה לא הספיק. הוא היה זקוק להסכמת החכמים האחרים שלא הסכימו, ולבד הוא לא היה יכול לחולל את השינוי.

לכן המצווה קיימת קיום, אך לא מן התורה, אלא מדברי חכמים.

שאלה זו העסיקה פחות ופחות את החכמים – כי המציאות הלכה ונעלמה, ויהודים פחות עסקו בעבודות אדמה. כשהיהודים חזרו לישראל והתחילו לעבוד את האדמה – השאלה חזרה וצפה.

כשיהודים בצפת במאה ה16 שמטו את הקרקע – היה מדובר בבודדים, אשר נתמכו על ידי עשירי הקהילה. אנו גם יודעים כי הייתה מכירה של הקרקע לנוכרים עוד לפני המאה ה19, **אך בסוף המאה ה19 הבעיה התעוררה בהיקף גדול**, והיא הפכה להיות לנושא חם ושנוי במחלוקת בין החכמים מאז ועד היום.

רוב עובדי האדמה נתמכו על ידי הברון רוטשילד. בשנת תרמ"ט (649 + 1240 = 1889 – מוסיפים 1240) הוויכוח הפך להיות קשה. כמעט כל העובדים החקלאיים היו שומרי מצוות. באו החברה והודיעו לברון כי בשנה הבאה אינם עובדים – אך פקידי הברון אמרו כי הוא לא יחזיק את עובדי האדמה בשנה זו – וכך נוצר וויכוח. הרבנים בארץ התנגדו לעבודת האדמה בשנת השמיטה, אך הרבנים בעולם (אירופה) הסכימו – וכך נוצר **היתר המכירה**. יהודי יכול למכור את הקרקע לנוכרי בשנת השמיטה – אם הקרקע אינה שלי, ניתן לעבדה ולמכור אותה גם בשנה השביעית ולאחריה. ההיתר התקבל בהסכמה חלקית של רבנים גדולים באירופה, ובארץ התנגדו לכך.

השאלה היא –כיצד היתר זה שונה מן ההיתרים האחרים? מדוע לא התקבל? מדוע אינו מוסכם?

1. מדובר בתקנה חדשה, ולא וותיקה כמו התקנות האחרות
2. קיים הקשר חברתי פוליטי לנושא השמיטה. הרבה מן הרבנים התנגדו להתיישבות החדשה שהזדהתה עם תפיסות אחרות מן העולם הרבני. היתר המכירה הפך להיות היתר ציוני, והרבה רבנים הסתייגו ומסתייגים עד היום מן הציוניזם.
3. ההערמה הזאת יותר רדיקלית מהקודמות – מדובר בהערמה בעלת משקל גדול יותר. מדובר באלפי דונמים של קרקעות שנמכרות לאדם – זה נראה פחות פורמלי/רציני. הסכומים הינם אדירים, וההערמה יותר כבדה מאשר הקודמות. אפשר להראות שנקודה זו בעלת משמעות הלכתית. בתלמוד נכתב כי אם ניתן לבצע את ההערמה בצורה יותר מוגבלת – עדיף לעשות כך.
4. קיימות עוד ספקות פנימיות הלכתיות מיוחדות לנושא זה, שלא היו ביחס לחמץ והיתר העסקה של הריבית.
5. לדעת המרצה הטענה העיקרית שנשמעה היא זאת: כשאנו מדברים על הערמה, אנו מדברים על פעולות שמסתמכות על הדין. אנו משתמשים בדין, עושים את פעולת האכיפה והתחבולה מפני שאנו משתמשים בדין – זהו תנאי הכרחי להערמה. המתנגדים אמרו כי מקרקעין לא ניתנים לרכישה בשטר – יש צורך למכור מקרקעין רק ברשות הטאבו (וזה היה נכון עוד בזמן הטורקים) – **אז איך אתם מוכרים על חתיכת נייר?!** מקרקעין נמכרת על פי דין המלכות. אם המלך אמר שמקרקעין צריכים רישום בטאבו – לא ניתן למכור על בסיס חתיכת נייר. הצד הפורמאלי המשפטי לא עובד, וזו טענה כבדת משקל – הרי אף אדם לא יבצע את השינוי בטאבו. מדובר במיסוי גבוהה. בישראל קרקע עוברת רק ברישום.

לבעיית הרישום ניתן פתרון על פי חוק – **חוק עסקאות המקרקעין (קיום מצוות שמיטה) תשל"ט 79** – לצורך קיום מצוות שמיטה, ניתן למכור את הקרקע ללא רישום ולא תשלום. כלומר הקושי העיקרי במכירת הקרקעות בא על פתרונו. המתנגדים לתקנה מתעלמים מחוק זה. החוק לא עוסק רק לגבי הרישום – כתוב בחוק כי חוק זה יתגבר גם על כל מגבלה אחרת בחוק, **או בכל דין אחר**.

05.01.17

**שיעור 17**

צריך להבדיל בין המה ובין האיך.

המה מדבר על התכנים, בגופם ועניינם.

האיך מתכוון לאמצעים – לדרכי הפעולה. איך העסק עובד? מהם הכללים העקרוניים הכלליים שמנחים את הנושאים השונים בכל מקרה ובכל עניין? זה האיך. עד עכשיו דברנו על האיך – הכלים, המכשירים המשפטיים, העקרונות שהמשפט העברי משתמש בהם על כל החלקים – בין החלקים המשפטיים, ובין החלקים הלא משפטיים.

תחת הכותרת של האיך, המרצה רוצה להקדיש את הפרק האחרון.

בפרק זה המרצה רוצה לעסוק **בשאלת הפורמליזם המשפטי**. מדובר בנושא גדול, שהמרצה יגע בו על קצה המזלג.

כבר אזכרנו את הפורמליזם המשפטי. המרצה הזכיר את הגישה הפורמליסטית של המשפט בהקשר להערמה – לפי דעת המרצה, התופעה של ההערמה מוסברת בין השאר כתוצאה של גישה פורמאליסטית. זה בנוסף להיבט ההיסטורי. המרצה טען בעבר כי לא כל ההערמות הן תחת ההגדרה של תקנה. יש הערמות שבאות לעולם מתוך גישה פורמאליסטית. גישה זו מאפשרת בהלכה פעולה שמוגדרת כהערמה.

הפורמליזם המשפטי מעסיק הרבה את תורת המשפט המודרנית על כל שיטותיה. המרצה מאמץ הגדרה שהתקבלה במחקר בשנים האחרונות – לדעת המרצה היא מאוד נוחה ועובדת נכון. ההגדרה קובצה על ידי פרופ' מנחם מאוטנר – הוא כתב לפני כמה שנים ספרון שעוסק במעבר מפורמליסטיקה לערכים במשפט הישראלי. מאוטנר אימץ הגדרה פשוטה, נכונה והגיונית:

**פורמליזם משפטי פירושו**: ביסוס המשפט על כללים פנימיים. המשפט הוא מערכת שעובדת על פי כללים פנימיים משלה. זהו הבסיס לכל מפורמליסטיקה – אנו מתבססים על מערכת כללים קבועים שמופעלת על ידי חוקים כלליים ופנימיים של אותה מערכת. זה דומה למשחק שחמט – שבנוי על כללים פנימיים משלו. גם המשפט הוא מערכת של כללים שעובדת על פי חוקים קבועים ומקובלים.

מטבע הדברים, גישה כזאת לא מתעניינת בתוצאה – אני עובד על פי הכללים, וזה מה שחשוב. **האם התוצאה טובה/לא טובה – לא רלוונטי.** נכונות השיטה – לא תלויה בתוצאה. היא תלויה בהפעלה נכונה של הכללים – אם הכללים עובדים נכון, זה בסדר. אם התוצאה פחות טובה – זה לא משנה על פי הגישה הפורמליסטית.

הספר של מאוטנר מראה כי בבתי המשפט בישראל יש מעבר מגישה פורמליסטית לגישות יותר ערכיות.

תופעת הפורמליסטיקה המשפטית שכיחה בהלכה.

המרצה רוצה לטעון, כי יש לא מעט מקורות בספרות ההלכה בכל תקופותיה, שם ניתן לזהות מאבק בין 2 הגישות: הפורמליסטית והערכית – כאשר הגישה הפורמאליסטית מפעילה את שיקוליה – אך התוצאה לא סבירה. אז אדם מציע מסקנה אחרת – זה אומר עימות בין 2 הגישות: הגישה הפורמליסטית והערכית.

בעלים – שוכר - שואל

**דוגמא:** במשנה בבא מציע פרק ג' משנה ב' – "הסוחר פרה מחברו והשאילה לאחר, ומתה כדרכה."

יש כאן 3 שלבים בסיפור – יש בה, שהוא אדם בעל הפרה. יום אחד הוא רצה לטייל עם אשתו לחו"ל, ולא היה מי שיטפל בפרה – אז הוא השכיר אותה לשכן שלו. **הבעלים העביר את הפרה לשכן בהשכרה**. השכן יחלוב את הפרה וישווק את החלב – הסוחר ישלם עבור השימוש בפרה. הסוחר העביר את הפרה לאדם שלישי – האדם השלישי קיבל את הפרה בהשאלה. הבעלים העביר בשכירות את הפרה לשוכר, והשוכר העביר את הפרה לחברו בהשאלה. הפרה מתה לרוע המזל אצל השואל מוות טבעי (מחלה/זקנה)

**השאלה היא מי משלם, כמה משלם ולמי משלם?**

מדובר בשאלה קלאסית של אחריות נזיקית – יש הבדל גדול במידת האחריות בין סוחר לשואל. הבעיה היא משום שיש הבדל בין אחריות שואל לאחריות סוחר. על פי ההלכה – במקרה כזה השוכר פטור מלשלם, כאשר בהמה מתה אצלו – לעומת זאת שואל חייב, כי אחריותו של שואל יותר כבדה מאשר שוכר. שוכר פטור כי הוא משלם עבור הפרה, אך שואל חייב – כי קיבל את החפץ לשימוש ללא תשלום, ולכן אחריותו יותר גבוהה.

אם כך – **למי השואל משלם**? אומר התנא הראשון במשנה: "הישווה השוכר שמתה בדרכה, והשואל ישלם לשוכר."

השוכר עומד מול הבעלים – אך הוא פטור במקרה זה. השוכר נשבע שהפרה מתה מוות טבעי, ואז הוא פטור. אך השואל ישלם לשוכר ולא לבעלים.

זוהי דוגמא קלאסית לגישה פורמליסטית – הסוחר מקבל את התשלום, כי במשך ההשכרה, לשוכר יש את הזכות הקניינית על הפרה בזמן השכירות, אף על פי שהוא לא הבעלים. בתקופת השכירות הוא "כאילו" הבעלים.

זה לא צודק, מ2 היבטים: הבעלים מפסיד, והשוכר שאינו הבעלים דווקא מרוויח. מי שמגיע לו (הבעלים) לא מקבל, ומי שלא מגיע לו מרוויח (השוכר).

התנא השני מתנגד – "כיצד הלה עושה סחורה (מרוויח) מפרתו של חברו?" (רבי יוסי). הוא מוטרד משאלת התוצאה שלא סבירה/צודקת – איך יכול להיות שמי שלא הבעלים ירוויח?

לכן אומר רבי יוסי: "אלא תחזור פרה לבעלים" – השואל משלם לבעלים ולא לסוחר.

זוהי דוגמא לעימות בין 2 הגישות. התנא הראשון מייצג את הגישה הפורמליסטית, ורבי יוסי מייצג את הטיעון הערכי – הוא אומר שהתוצאה לא סבירה, ולכן השואל משלם לא לסוחר אלא לבעלים.

נושא הפורמליזם מול הערכים הוא מהותי למשפט – האם ללכת לכיוון הפורמאלי או בכיוון הלא פורמאלי עד כמה שהדבר אפשרי.

זה בא לידי ביטוי כאשר קובעים איסורים/הגבלות בתחומים שונים. אנו מתלבטים לפעמים בין גישות אלו – גישה לא פורמאליסטית אינה רק שיקול ערכי, והיא נותנת מרחב יותר גדול ליישום החוק כדי להתאימו למקרים שונים שקשה להגדירם מראש.

העירייה יכולה להגביל את השימוש בגן כדי לשמור עליו – ויש 2 אפשרויות

1. אפשר שהחוק ינסח רשימה מדויקת של איסורים – אסור להיכנס עם אופניים, גלגליות, לשחק בכדורגל וכו'... **זוהי גישה פורמאליסטית, שקובעת** **כללים מדויקים**.

החולשה של שיטה זו – היא שעלול להימצא דבר נוסף, שלא כלול באיסורים

1. ניתן לכתוב שכל פעולה הגורמת הפרעה לשכנים/רעש/סכנה למתקני הגן – אסורים. הגדרה כזו אינה פורמאלית, היא לא קובעת נוסחאות מדויקות, היא רחבה. **זאת גישה לא פורמאליסטית**.

החולשה של שיטה זו – נתון לפרשנות, ולא מוגדר. לא מעניין אותה שהשכנים לא יכולים לישון.

**דוגמא מהחוק הישראלי**:

הגישה הפורמאליסטית הקיצונית ביותר באה לידי ביטוי בקביעות מספריות – 30 יום, 50 יום, 12 חודש. קביעה מדויקת מספרית היא הגישה הפורמאליסטית הקיצונית ביותר. יש דוגמאות בחוק בהן הוא קובע מספר ימים מדויקים לפעולה מסוימת.

**בחוק המקרקעין ס' 18** – עוסק בעשיית דין עצמית. הרחקת פולש משטח מקרקעין, גם תוך שימוש בכוח סביר – כאשר אדם השתלט על השטח, האם ניתן לפנותו לבד?

החוק כיום אומר: מותר לפנות פולש תוך 30 יום מרגע התפיסה – זוהי גישה פורמאליסטית קיצונית – יש הגבלה מידתית כמותית, וכאן ניתן לראות את הדילמה הבעייתית בגישה. למה ב29 זה בסדר וב31 זה לא בסדר? זהו מספר שרירותי/מלאכותי ללא היגיון פנימי.

בחוק המקורי היה כתוב משהו אחר לגמרי – מותר לפנות בכוח סביר, אם עשה זאת האדם בנסיבות העניין תוך זמן סביר – זהו הנוסח **הכי לא פורמאלי** שיכול להיות.

נניח שהייתי בחו"ל ואחרי שנה הבית היה תפוס – על פי החוק המקורי, בנסיבות העניין ניתן יהיה גם אחרי שנה לפנות את הפולש. אך על פי החוק החדש – התקופה הוגבלה ל30 יום. היה מעבר מהגישה הכי עניינית (בנסיבות העניין) לגישה הכי פורמאליסטית.

קביעת מידות מדויקות היא די נפוצה במשפט העברי. בהלכה אנו מוצאים דוגמאות של גישה כמותית/מספרית של תנאים מסוימים בנושאים שונים, אבל, גם כאן ניתן לראות עימות בין הגישה הפורמאליסטית הכמותית המדויקת, לבין הגישה הלא פורמאליסטית העניינית במקרה הזה.

**דוגמא:** **משנה מסכת בבא קמא פרק ו'**: המשנה שואלת "המדליק בתוך שלו, כמה תעבור הדליקה, ויהא חייב?" במידה והדלקה של ל"ג בעומר התפשטה ועברה לשדה הסמוך, מתי הוא פטור? או איזה מרחק הוא צריך לקחת מהשטח של השכן כדי להיחשב פטור מן הנזק שנגרם?

תנא אחד אומר 16 אמה. רביע עקיבה אומר 50 תנא. רבי שמעון אומר: **הכל לפי הדליקה**.

גישה אחת מדויקת/כמותית (לפי רביע עקיבה – 50 אמה). רבי שמעון אומר שהכל על פי הדליקה – **בנסיבות העניין במרחק סביר**.

גישה אחת מידתית פורמאליסטית (50 אמה), וגישה שנייה עניינית (על פי הדליקה ותנאי השטח).

**הדוגמא הכי מפורסמת נמצאת במסכת בבא בתרא – פרק ב':**

מדובר על מציאה של גוזל – באיזשהו מקום יש שובח של יונים. במרחק מסוים מן השובך של היונים, נמצא גוזל קטן שמדדה. אחד מעוברי האורח מצא את הגוזל מברח מן השובך. השאלה היא מתי אנו יכולים להניח שהגוזל שייך לשובך הסמוך, או מתי אנו יכולים להניח כי לא כך המקרה – ולכן המוצא יכול לקחת את הגוזל לעצמו?

אומרת המשנה – גוזל הנמצא במרחק של 50 אמה – הרי הוא בעל השובך. למעלה מ50 אמה, הרי הוא של מוצאו.

רבי ירמיה שואל – מה יקרה אם הגוזל נמצא בין ה50 וה51? אומרת הגמרא שעל שאלה זו סילקו את רבי ירמיה מבית המדרש, אך האמת בסיפור זה, היא שרבי ירמיה מתנגד לשיטה – הוא מתריס נגד השיטה. מה זה 50 אמה? מדובר בנתון שרירותי לגמרי שמתעלם מהמציאות. זה תלוי בפני השטח, גודל הגוזל – זה יכול להשתנות. רבי ירמיה תמיד מעלה סוגיות מתריסות, החולקות על השיטה. הוא טוען כי השיטה לא נכונה, ולכן הוא מעלה זאת בצורה כזאת.

**דוגמא אחרונה לוויכוח על אותו רקע** – **משנה, מסכת כתובות דף ק"ד:**

אלמנה תובעת את כתובתה מן היורשים (לפי ההלכה האישה לא יורשת את בעלה, אך יש לה זכויות אחרות כמו מזונות, וכתובה) השאלה היא, כאשר אלמנה לא תובעת את הכתובה מידית את הכתובה. עוברות שנים, והמשנה שואלת **כמה זמן יש לאלמנה לתבוע את הכתובה מן היורשים**?

על פי המשנה – כמות השנים הקובעת היא 25 שנה. לאחר 25 שנה היא לא יכולה לתבוע, בעקבות מחילה. אם עברה תקופה כל כך ארוכה – מעמידים את האלמנה בחזקת מחילה – אנו מניחים שהאלמנה וויתרה על הכתובה, והאלמנה לא תוכל יותר לתבוע את הכתובה.

אמר אביי לרב יוסף – מה זה הדבר הזה 25 שנה? זה אומר שאם היא באה ביום האחרון לפני שקיעת החמה, היא יכולה לגבות את תרומתה. אם תבוא שעה אחרי שירדה החשכה – הגברת וויתרה על הכתובה. בחצי שעה הזאת מתרחשת המחילה? אומר לו הרב יוסף **כן.**. זאת השיטה – כך עובדות כל ההוראות והכללים, שבהם קבעו חכמים מידה מדויקת.

הרב יוסף מביא דוגמא – יש מידה בהלכה שקובעת את השיעור של מקווה ב40 סאה (כמות המים במקווה) – אם יש פחות מזה, הטהרה לא עבדה. כך הדין. חכמים קבעו מידה אחת למקווה (40 וקצת ליטר) – פחות מזה לא מטהר אותך. לכאורה ניתן לומר כי זה לא צודק – המידה לא מבדילה בין גדול לקטן. עבור תינוק – הוא לא צריך 40 סאה כדי לכסותו. למה לא מספיק 30/20?

מצד שני, אם אדם גדול מגיע להתגייר 40 סאה לא יספיק. אז למה הקביעה של ה40 סאה?

השאלה של הרב יוסף, טוענת שהמידה לא משקפת את המציאות. היא שרירותית.

התשובה היא שהמידה לא אמורה לשקף את המציאות – זהו מכשיר משפטי. יש כאן כלי עבודה שלא מתיימר לשקף את המציאות. זהו מכשיר שצריך לעבוד איתו – זוהי השיטה בכל המקרים. אנו מחפשים כלי שניתן לעבוד איתו, משום שאם לא נקבע מידה כזו, צריך לבדוק כל מקרה לגופו. לכן גם המחוקק הגדיר 30 יום – הרי אין לזה סוף יש כאן מכשיר משפטי שנכון לכל מקרה כי הוא יותר יעיל ומעשי. הוא פותר את בעיית ההוכחה וההכרעה. למה אמור במקרה של הגוזל 50 אמה? כי לא נצא מזה אם לא נגדיר סטנדרטים ברורים. צריך למנוע את הוויכוח/התלבטות, למרות שהקביעה שרירותית. זה לא עניין של מציאות, אלא מכשיר משפטי כדי שיהיה נכון ליישמו, אשר ימנע את הדיון המיותר ביחס לנסיבות העובדתיות.

יש ויכוח גדול בתורה המשפט למי המשפט מיועד?

**האם המשפט מכוון לאזרח/פרט/יחיד, או אולי המשפט מכוון לביהמ"ש?**

האם הנורמות אומרות לאדם מה לעשות, או לביהמ"ש מה לעשות?

למי מכוונים כללי המשפט? לפי הרט, הכללים מעורבים. לפעמים ההוראות לפרט באות לידי ביטוי במשתמע ולא בישירין. לדוגמא, על פי החוק הפלילי לא כתוב שאסור לגנוב – אלא מה יהיה דין הגונב. כך למעשה מדברים לביהמ"ש, ואומר מה דין גנב. הרט אומר שזה ממילא.

ניתן להסיק את ההוראה האישית מתוך ההוראה לביהמ"ש.

מה שברור הוא, שבמשפט העברי זה חד משמעי. בהלכה הדין מדבר אל האדם, ולא אל ביהמ"ש.

המשפט העברי אין ספק שהדין מדבר אל האדם (במשפט הכללי יש ספק).

אם אנו יוצאים מנקודת מבט זו, ברור לגמרי מדוע המשפט העברי נוקט גישה כמותית – ברור שצריכה להיות קביעה מדויקת כאשר מדובר בפרטים. חייבים לדבר אל האדם הפרטי באופן פורמליסטי. ביהמ"ש יכול לבדוק את הנסיבות, אך כשאדם צריך להחליט, אין לו את הכלים והיכולות לפרש את הגישה העניינית, ולכן ביהמ"ש מעדיף את הגישה הכמותית – הרבה יותר סביר, נכון ויעיל ללכת על גישה זאת. נדמה שבדרך כלל, גם בצורה המספרית המידתית, ההלכה מכוונת ליחיד ולא לביהמ"ש.

10.01.17

**שיעור 18 – גבולות ההלכה**

עד כה דיברנו על החלק העיקרי של הקורס, אשר מוגדר כהלכה כמשפט מצד ה**איך**, כלומר, דרכי הפעולה שהשיטה משתמשת בהם על כל חלקיה בלי הקשר למה. מצד ה**איך** (כלי העבודה) – כל ההלכה היא כמשפט. המרצה ניסה להראות זאת במספר נושאים.

כעת נעבור לנושא אחר אשר שייך לחלק הראשון באופן מובהק. פרק זה של גבולות ההלכה איננו שייך באופן ברור לכלים המשפטיים, אך הוא עדיין קשור. המרצה רוצה לתת לנו תמונה יותר רחבה מלא רק דרכי היישום של ההלכה, אלא גם מספר קווי אופי עקרוניים ביחס למהותה של ההלכה בכלל.

נושא גבולות ההלכה חשוב, כיוון שהוא מתקשר באופן חזק לשיטות משפט אחרות. השאלות שאנו עוסקים בהם בגבולות ההלכה מעסיקות גם את המשפט הכללי. מאוד מעניין נקודת המבט של המשפט, לראות את הקשר/דמיון ואת השוני/ייחוד בין המשפט הכללי לבין ההלכה שלנו.

**גבולות ההלכה** מתחלק ל2 כיוונים:

1. בעיית השפיטות. זהו החלק הראשון של גבולות ההלכה

שאלת השפיטות עולה הרבה פעמים לדיון בהקשרים של היום בבעיות שמתעוררות היום על מידת הלגיטימציה של התערבות המשפט בנושאים מסוימים. במילים אחרות, שאלת השפיטות היא עד כמה ביהמ"ש יכול ורשאי להתערב בנושאים מסוימים שלפי טיבם יש מקום לטעון שהמשפט לא מתאים שיעסוק באותם תחומים. זהו אחד הכיוונים של גבולות ההלכה במשפט.

השאלה זהה גם למשפט וגם להלכה. בהקשר למשפט של היום, השאלה מתעוררת בעיקר בקשר לסמכויות הבג"ץ. ביחס למוסדות אחרים של שיפוט, הסמכויות די ברורות – אנו יודעים מהם סמכויות ביהמ"ש השלום/המחוזי. הבג"ץ הוא בעיה מבחינת היקף הסמכות, מכיוון שלפי חוק יסוד השפיטה, לבג"ץ יש סמכויות לא מגודרות במדויק – והן רחבות. כאן בעיקר מתעוררת שאלת מידת ההתערבות של הבג"ץ – האם נכון שבגץ יתערב בכל? או שאולי יש תחומים שבג"ץ לא יכול להתערב בהם? זוהי **שאלת השפיטות**.

כאשר מדובר על הבג"ץ, מדובר בעיקר על שאלות מדיניות, כלכליות, חברתיות, תרבותיות וכדומה. בתחומים אלו מתעוררת הבעיה – האם הבג"ץ כזרוע של המשפט יכול להתערב בשאלות מדיניות? האם הוא יכול לומר כי אסור לקיים יחסים דיפלומטיים עם גרמניה? האם הוא יכול לאסור על קשרים עם משטר בדרום אפריקה (אפרטהייד)? האם הוא יכול לאסור על ייצוא נשק למשטרים רודניים?

האם ביהמ"ש יכול להתערב בשאלות כלכליות? האם ניתן לפנות לבג"ץ בנושא שכר המינימום? האם הבג"ץ יכול להתערב?

אלו הן השאלות המודרניות של היום. בהקשר ההלכה עולות שאלות דומות, אך בעלות פנים נוספות.

האם הלכה צריכה להתערב בשאלות של האדם הפרטי? של חיי הפרט? האם להלכה יש מקום להגיד איפה לגור? איפה לעבוד? לאן לשלוח את הילדים ללימודים? למי להצביע? למי להתחתן? האם להלכה יש מה להגיד, והאם היא צריכה להגיד בתחומים אלו? זוהי שאלת השפיטות. ניתן לומר כי שאלות אלו לא קשורים למערכת ההלכה, וניתן לטעון אחרת.

שאלת השפיטות במדינת ישראל שנויה במחלוקת כיום, בין השופטים ובין המשפטנים. מי שהוביל את הגישה המרחיבה היה השופט **אהרון ברק** – אהרון ברק הוביל גישה מקסימליסטית בשאלת השפיטות – **הכל שפיט**. מי שעמד מן העבר השני היה **השופט מנחם אלון**, שראה את עיקר תפקידו בהכנסה בהסתמכות על המשפט העברי, אך היה לו דברים אחרים לומר, והוא תפס את מקומו בתולדות משפטה של מדינת ישראל גם בנושא שאלת השפיטות והתערבות הבג"ץ. אלון הציג גישה יותר מוגבלת וצנועה ביחס להתערבות במשפט.

השופט ברק הוא משפטן מובהק ואנליטי מצוין. גם בנושא זה הוא שם הבחנה הכרחית מעשית, שעד ששם אותה על השולחן – היא לא הייתה שימושית, וממילא הדיון היה מבולבל ולא ברור עד אותו רגע. ברק שם הבחנה שעשתה סדר בכל שאלת השפיטות. כאן יש דוגמא איך הבחנה ששם ברק בסוגיית השפיטות – יכולה גם לעזור לפתור את הסוגיה בהלכה.

ברק הפריד בין

1. השפיטות הנורמטיבית
2. השפיטות המוסדית

ברק אמר כי מדובר ב2 מושגים שונים.

**השפיטות הנורמטיבית** – מכוונת לשאלה האם המשפט יכול להתערב. השפיטות הנורמטיבית שואלת על היכולת – האם המשפט מסוגל/יכול בעצם מהותו להתערב בנושאים שהזכרנו

**השפיטות המוסדית –** לא שואלת על היכול, אלא על הרצוי, מה שנכון ומה שמתאים. כלומר, גם אם נניח שהתשובה לשאלה הראשונה היא כן, התשובה לשאלה השנייה יכולה להיות לא – כלומר לא רצוי/כדאי שהמשפט יתערב, כי זהו לא המוסד הכי מתאים לטפל בבעיה כזו, כמו בעיה ביטחונית, או בעיית גיוס בחורי ישיבות לצבא, כי יש גופים מתאימים יותר לטפל בבעיה זו.

הבחנה זו בסיסית, חשובה ורלוונטית לדיון

בהמשך להבחנה זו, לדעתו של ברק **כל נושא שקשור להתנהגות האנושית – כפוף להתערבות המשפט**. הגישה של ברק היא **שהכל שפיט מבחינה נורמטיבית**.

אין פעולה שהמשפט לא חל עליה – אין חלל משפטי בו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט עליו עמדה. הכל תחת סמכותו של המשפט – או שהוא אוסר, או שהוא מתיר, אך הכל תחת סמכותו של המשפט, וממילא, השופט רשאי להתערב באופן עקרוני בכל פעולה. הוא יכול לומר לממשלה לא ללכת למבצע צבאי, ויכול לומר לה איזו עמדה כלכלית לנקוט.

כמובן שהמצב שונה מהבחינה המוסדית.

**מהבחינה המוסדית – לא הכל שפיט.** במובן המוסדי ברק מודה שלא רצוי שהמשפט יתערב בכל דבר, גם אם הוא רשאי מבחינה עקרונית נורמטיבית, לא תמיד זה יהיה רצוי/נכון – מבחינה פרקטית, לא רצוי שהמשפט יתערב בענייני כלכלה ומדיניות חוץ. **לא - לא יכול, אלא לא רוצה**. עדיף לתת ענייני בטחון לממשלה/רמטכ"ל. לכן רק מבחינה נורמטיבית הכל שפיט, ולא מבחינה מוסדית.

מי שהעמיד נגדו תפיסה אחרת היה השופט אלון – **לא הכל שפיט**. הבעיה היא שאלון לא אימץ את ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית והמוסדית, ולכן לא כל כך ברור מה אלון מתכוון. נדמה למרצה שאלון התכוון להיבט הנורמטיבי, ולא המוסדי. אלון חולק על ברק גם בהיבט העקרוני – לדעתו של אלון, המשפט לא רשאי להתערב בעניינים מסוימים.

אלון לא עמד על ההבחנה בין נורמטיבי ומוסדי – ולכן גבולות המחלוקת לא ברורים לחלוטין, אך הוא כנראה מתכוון לגישה הנורמטיבית. לדעת אלון יש תחומים שהם מחוץ לסמכויות בית המשפט.

**דעת המרצה** היא שהצדק עם ברק. ברק צודק קודם כל בעצם ההבחנה שהוא העמיד, וגם בעצם היישום שלה. מבחינה נורמטיבית הכל שפיט – אין דבר בו המשפט לא יכול להתערב. המשפט יכול להתערב בתנאי שהוא רוצה. אם המשפט היה רוצה – הוא היה אומר לי היכן ניתן ללמוד והיכן אסור. ניתן לומר כי זה לא סביר, אך המשפט לא מוגבל בטיעונים שהמעשה לא הגיוני – המשפט יכול לומר איפה לגור. המשפט מחר יכול לומר כי בארוחת בוקר חייבים לאכול אוכל בריא.

לכן המרצה חושב כי הצדק עם ברק – מבחינת היכולת, המשפט יכול ורשאי להתערב בכל דבר.

ברק צודק שלא הכל שפיט מבחינה מוסדית – יש תחומים שהם מחוץ למשפט במובן זה.

דבר אחד שהיה צריך לתקן – ברק מציג את הדברים בצורה קצת קיצונית. אם המשפט לא אוסר – פירוש הדבר שהמשפט מתיר. זה ניסוח צורם, ולכן המרצה מציע להשתמש במושג אחר. **המשפט לא מתיר – אלא נותן חופש לעשות כרצוננו לפי בחירתנו בתחומים מסוימים בהם הוא אינו רוצה להתערב**. הוא נותן חופש בהרבה תחומים בהם הוא לא רוצה להתערב. ביהמ"ש נותן לנו **חופש פעולה לקבל החלטות בעצמנו**. מבחינה מוסדית הוא לא מעוניין להתערב, וחופש הוא הביטוי הנכון.

בהבחנה העקרונית – הצדק עם ברק.

מה קורה במשפט העברי/בהלכה?

אותם שאלות מתעוררות כמובן גם ביחס להלכה. מתעוררות שאלות דומות לגבי גבולות ההתערבות של המשפט/ההלכה. ההלכה מייצגת את המשפט היהודי, והשאלה הנשאלת היא **האם ההלכה מוגבלת ביכולת התערבותה בתחומים מסוימים?** (מדובר בתחומים אשר דיברנו בהיבט הקודם – מדיניים, כלכליים, ביטחוניים, ו**תחומי הפרט** – איפה לגור, במה לעסוק, למי להצביע, היכן ללמוד?)

יש גם היבטים חברתיים לשאלות אלו. מה קורה אם כן בהלכה בהקשר לשאלה זו?

נושא זה מורכב, ויש עליו מחקרים/דיונים בשנים האחרונות. לדעת המרצה, בין אנשי ההלכה מקובלת הדעה **שהכל שפיט**. הרבה מאנשי ההלכה הולכים בכיוון של ברק – ההלכה מכסה על הכל. אין תחומים מחוץ להלכה – זוהי דעה מאוד מקובלת (לא בלעדית) בין אנשי ההלכה.

בתוך גישה זו, קיימים 2 ענפים (כיוונים)

1. הכל שפיט מגיוון שכל שאלה היא שאלה הלכתית. אין שאלה שההלכה לא נוגעת בה/קשורה אליה. גם שאלות מדיניות/כלכליות וגם שאלות פרטיות – במישרין ובעקיפין, להלכה יש מה לומר בכל שאלה בכל נושא.
2. לא הכל הלכה – יש נושאים שהם לא משפטיים, אך גם הם טוענים שלגדולי ההלכה יש סמכות להתערב בעניינים שאינם הלכתיים. מדובר בגישה מעניינת ורדיקלית שהתרחבה בדורות האחרונים – זהו המושג הידוע של **דעת תורה**

המושג **דעת תורה** אומר שלא הכל הלכה, ואף על פי כן יש נושאים בהם ניתן להתערב למרות שאינם קשורים להלכה.

המרצה רוצה להתייחס לעמדה הראשונה (הכל שפיט)

האם באמת הכל הלכה? האם כל שאלה היא הלכתית? האם להלכה יש מה להגיד בכל נושא?

התשובה היא **לא נכון**. לא הכל הלכה – יש נושאים שאינם הלכתיים שאינם נתונים להתערבותה של ההלכה. המרצה לוקח זאת מהדף שחולק לנו מהרמב"ם (הקדמתו של הרמב"ם למשנה – לא)

הרמב"ם נוגע במפורש בשאלה האם הכל הלכה. הוא מגיע לשאלה זו כדרך אגב, מתוך שהוא מדבר על סמכות הנביא. כידוע יש מושג של נביא ביהדות שהיה בעבר – ויש מצווה בתורה לשמוע בקול הנביא. ולכן מתעוררת השאלה באילו מצבים אני חייב לציית לאמירתו של נביא? התשובה היא שיש תחומים שהנביא יכול להתערב בהם, ויש דברים שלא יכול. יש תחומים מסוימים לכאן ולכן.

עמדתו של הרמב"ם היא **שהנביא לא רשאי להגיד בשם השם איך לקיים את ההלכה**. האיסור על הדלקת חשמל בשבת – לא יכול להיות מותר פתאום כי הנביא החליט, אלא במקרים חריגים.

החלק השני אומר כי הנביא יכול לבוא ולדברן קיום מצוות ותורה – הוא יבטיח שכר למי שמקיים, ועונש למי שלא עושה זאת. הנביא יכול לחזק את קיום התורה וההלכה, אך לא לשנות את דברי ההלכה.

עם זאת, **יש דברים שאינם מן התורה – התורה לא מתייחסת אליהם**. הנביא יכול לומר כי יש לצאת להילחם עם עיר פלונית – הנביא יכול להתערב ולומר לצאת למלחמה – כי זה לא עניין מן התורה. הוא גם יכול להזהיר מלהרוג. הנביאים התערבו בנושאים מדיניים וביטחוניים. הנביא רשאי להתערב בשאלות אלו – כי אלו לא ענייני תורה והלכה. דווקא כי זה לא חלק מן התורה – דווקא בגלל זה לנביא יש סמכות להתערב.

עקרון זה בתמצית – חוזה במשנה תורה. הרמב"ם במשנה תורה (בספר הראשון) מדבר על סמכות הנביא. הוא מקדיש מספר הלכות לנושא זה. (הלכות יסודי התורה פרק ט')

בהקדמה הוא קרא לכך דברים שאינם מן התורה, וכאן הוא קורא לכך **דברי הרשות**. יש כאן 2 ביטויים מקבילים:

"דברים שאינם מן הורה" ו"דברי הרשות" – יש דברים שההלכה לא מתערבת, והם דברי רשות. לכן לומר כי ההלכה מחליטה על הכל – אינה נכונה. מדובר בדברי הרשות – הנביא יכול להתערב, אך ההלכה לא יכולה להתערב – לא בעניינים הפרטיים, ולא בעניינים המדיניים/כלכליים.

אך למה מתכוון הרמב"ם כשאומר דברי רשות? הוא מתייחס למובן הנורמטיבי או המוסדי?

**הרמב"ם מתכוון לשפיטות המוסדית** – הוא לא רוצה לומר שההלכה לא יכולה להתערב (שפיטות נורמטיבית), אלא היא לא רוצה להתערב (שפיטות מוסדית) – היא נותנת לנו חופש

בשורה התחתונה – לא הכל הלכה. ההלכה נותנת לנו חופש במקרים שונים.

הגישה השנייה אומרת כי **לא הכל הלכתי** – אך לרבנים יש סמכות בעניינים שאינם הלכתיים מובהקים. צריך לפנות אליהם בשאלות של חיים פרטיים (עם מי להתחתן, למי להצביע, איפה ללמוד), אף שהם תחומי רשות. זוהי גישה שהתפתחה והתגברה בדורות האחרונים.

ניתן לעשות הפרדה בין השאלות ההלכתיות ללא הלכתיות – אך גם בנושאים הלא הלכתיים – יש לרבנים סמכות לקבוע.

תפיסה זו התפשטה בעיקר בחברה החרדית – כל שאלה נחשבת לשאלה הלכתית שצריך לפנות לגדולי הרבנים. חברי הכנסת החרדים לא מצטרפים לקואליציה ללא הסכמתו של הרב. אלי ישי אמר כי הרב יפסוק הלכה אם להצטרף לקואליציה או לא – אצלו זו הלכה, והרב עובדיה יפסוק אם להצטרף לקואליציה או לא. זהו המושג של **דעת תורה**.

השאלה היא כמובן האם יש בסיס הלכתי לעמדה זו? **התשובה היא חד משמעית לא**. אין בהלכה מקורות הנותנים סמכות לגדולי התורה לפסוק בעניינים שאינם קשורים להלכה. זוהי עמדה תאולוגית – חברתית, האומרת כי לרבנים יש סמכות לומר את דבריהם בכל דבר, אך אין עמדה הלכתית. הרמב"ם הפגין במפורש בין תחומי החובה לתחומי הרשות.

איך אנו מזהים מה נמצא בהלכה ומה מחוצה לה?

לפעמים הגבולות הם ברורים. אך יש כמובן תחומים אפורים.

יש מבחן אחד שהוא ברור לגמרי – האם יש התייחסות מפורשת של המשפט לשאלה הזאת?

אם החוק אומר משהו מפורש בנוגע לשאלה – אז ברור שיש שפיטות, גם במובן המוסדי, ואז ביהמ"ש רשאי לאכוף את הנורמה.

זהו גם הדין בהלכה – אם יש הלכה מפורשת שנוגעת בשאלה/בנושא – אז ברור שהוא שפיט. אז אותו נושא נמצא בתחום החובה.

המרצה מתכוון לנושא סוגיית החזרת השטחים – האם זו שאלה הלכתית? יש הרבה רבנים שאומרים שזה אסור, אז פוליטיקאים כועסים על הרבנים – שאלת מסירת השטחים היא שאלה ביטחונית מדינית, אך זוהי טענה לא נכונה. יש הלכות שעוסקות בנושא – אכן מדובר בשאלה הלכתית – יש הלכות שמתעסקות בשאלה זו. זה לא אומר שהדבר מותר או אסור – גם אם יש הלכה שאומרת שאסור למסור – זה לא אומר שאסור למסור כיום. שאלת ההחלה היא שאלת פרשנות – האם זה חל כיום? האם זה חל במצב מדינה? האם זה חל במצב מלחמה? האם יש שאלת פיקוח נפש?

במחלוקת בין הרבנים היא מחלוקת רצינית, אך אי אפשר לומר כי השאלה אינה הלכתית. עצם ההתערבות מוצדקת כי היא נמצאת בתוך מסגרת ההלכה, כיוון שיש התייחסות מפורשת בהלכה.

אם יש התייחסות מפורשת בחוק/בהלכה – הנושא נמצא במסגרת החובה, ויש סמכות מוסדית להתערבות במקרה זה.

12.01.16

**שיעור 19**

שאלת היחס שבין המשפט ובין המוסר היא הרבה יותר מרכזית, רחבה ובעלת משקל מאפשר שאלת היחס בין המשפט והספרות.

נושא זה של משפט ומוסר מעסיק את כל שיטות ותורות המשפט. הוא אחד הנושאים המרכזיים בפילוסופיה של המשפט.

מדוע עולה השאלה של גבולות המשפט בשאלת משפט ומוסר?

משפט ומוסר אלו שתי מערכות נורמטיביות. ספרות איננה מערכת נורמטיבית. לכן השאלה במשפט וספרות הולכת לכיוונים טכניים. משפט ומוסר אלו 2 מערכות נורמטיביות בעלי קשר, זיקה משמעות והשפעה. אנו חיים בתוכם.

כל אדם וחברה חי ב2 מעגלים

* המעגל המשפטי – מסגרת שקובעת לנו נורמות התנהגות. היא קובעת מה מותר ואסור
* ממעגל המוסרי – האדם והחברה חיים תחתיו. מערכת זו קובעת רשימה של הוראות התנהגות מה מותר ומה אסור. מה חובה ומה לא חובה.

לכן, שאלת היחס ב2 מערכות אלו היא חשובה – הדיון הוא הכרחי ומעסיק את המשפט.

**ההבדלים**

1. **קיימים הבדלים בתכנים** – כל אחד יכול לזהות אם דרך התנהגות שייכת לתחום המוסר או שלא כך.

למשל –

לא תרצח ולא תגנוב הם גם מוסריות וגם משפטיות.

איך עושים חוזה – זו לא שאלה מוסרית, אלא משפטית. המוסר לא מתעניין בדרך בה כורתים חוזה.

ברור לגמרי שניתן לזהות נורמה מסוג אחד ואחר

1. **דרך האכיפה (איך)** - הסנקציה – יש בתי משפט שתפקידם לאכוף נורמות משפטיות. למערכת הנורמות של המוסר אין גופים כאלו לאכיפת הנורמות – המוסר לא נאכף בצורה טובה כמו במשפט (יש הטוענים כי המוסר לא נאכף כלל – אך לפעמים נורמות חבריות נאכפות בדרך של התנהגות חברתית, ולפעמים הסנקציה החברתית מאוד קשה)

בהלכה יש הרבה נורמות שנחשבות משפטיות – אך הן לא נאכפות. ההלכה מכירה בחובות משפטיות לכל דבר, שאין סנקציה בצדם. לכן מבחינת ההלכה – מבחן הסנקציה לא מדויק, אך ביחס לרוב החובות, הבחנה זו בהקשר לסנקציה נכונה.

העובדה שנורמה מסוימת מוסרית מצד התוכן, לא אומר שהיא יכולה להיות גם משפטית. נורמה יכולה להיות שייכת ל2 התחומים – ויש הרבה דוגמאות כאשר נורמה באה מתחום המוסר והיא הפכה להיות גם משפטית – ניתן לאכוף אותה

**תחום משותף למוסר למשפט**

**המשפט הפלילי** – בנוי ברובו על המוסר. עבירת הרצח קבועה בחוק כי אנו חושבים שזוהי פעולה פסולה. ביהמ"ש הופך פעולה זו לפעולה משפטית. המשפט א יכול לסמוך עלינו שנציית לנורמה המוסרים, ולכן ביהמ"ש מחייב. החברה חוששת שהנורמה לא תשמר על ידי כולם – היא צריכה כלים יותר חזקים כדי שתתקיים/תעבוד, ולכן ביהמ"ש הופך את הנורמה למשפטית.

ציור שני מעגלים משפט + מוסר. יש תחום גדול משותף, כיוון שהנורמות הפכו למשפטיות

בשנים האחרונות המשפט מתרחב וחודר יותר לתחומו של המוסר - לשון הרע, הגנת הפרטיות.

לאט לאט המשפט מתרחב וזה מעורר ויכוחים מצדדים שונים.

בארץ היה ויכוח על הנורמה הראשונה החשובה במעלה – החובה להציל חיי אדם אחר שנמצא בסכנה. עד לפני כמה שנים לא הייתה הוראה כזו בחוק הפלילי. חובה כללית של הצלת חיי אדם (לחלץ לעזרתו של אדם) לא הייתה בחוק הפלילי עד לפני כמה שנים. התנהל על כך ויכוח במשך שנים רבות – האם ראוי להכניס הוראה שמחייבת פעול אקטיבית/חיובית להצלת חייו של אדם הנמצא בסכנה.

היו שאמרו – אנחנו מדינת ישראל, כמעט בכל המצבים האפשריים מקיימים את הנורמה הזאת כנורמה מוסרית. אם ביהמ"ש מתערב זוהי הבעת אי המון. אנו לא זקוקים לחובה המשפטית.

מצד שני – אמרו אחרים כי זוהי תעודת עניות שבחוק הישראלי אין חוק זה. היו טענו כי מדובר בנורמה לא יעילה (אין דרך להוכיח)

הפרשנות המשפטית הרבה פעמים נשענת/מובלת/מכוונת מתוך שיקולים מוסריים ערכיים.

התפיסה הערכית של השופטת משפיעה על גזר הדין של השופט.

השאלה על מקומו של המוסר במשפט קשורה לאבחנה בין האסכולה הפוזיטיביסטית והנונ-פוזיטיביסטית.

**גישה פוזיטיביסטית** רואה את המשפט כמערכת מוגבלת, יותר פורמלית, והיא רואה את הנורמה המשפטית כמה שהתקבל על ידי גופים מוסדיים – חקיקה ופסיקה.

**גישה נונ-פוזיטיביסטית** רואה את המשפט לא רק בחקיקה ובפסיקה, אלא שהמשפט כולל גם את העקרונות החברתיים של השיטה (כללי היסוד של השפיטה – הנורמות המוסריות).

נקודת המוצא היא מה הוא משפט? האם ה רק חקיקה ופסיקה? או שהוא כולל גם את הנורמות הבסיסיות של החברה?

יש אסכולה עתיקת יומין שנקראת **תורת הטבע**. אסכולה זאת מתפרטת לתפיסות רבות. תפיסת משפט הטבע טוענת כי **יש בטבע משפט**. יש נורמות מוסריות שטבועות בטבע. זה כולל את הנורמות הבסיסיות. זה אומר ששום שיטת משפט לא יכולה לסתור את המשפט הטבעי. המשפט הטבעי מחייב.

המשפט לא יכול לסתור את המשפט הטבעי – ושום שיטת משפט לא יכולה לסתור את המשפט הטבעי, כי הוא בטבע.

האסכולה המקורית של משפט הטבע היא ההנחה שמונחת באסכולה הנונ-פוזיטיביסטית. רעיון משפט הטבע בא לידי ביטוי על פי הגישה הלא פוזיטיביסטית – יש נורמות מחייבות מכוח עצמם – גם ללא גורם שעומד מאחוריו – שמצהיר ומכוון אליו.

תורת המשפט המודרנית עוסקת בשאלה של המוסר.

שאלת היחס של המוסר באה לביטוי מיוחד בקשר להלכה – ההלכה היא מערכת דתית – והשאלה שעוסקים בה לאחרונה הוגי דעות היא: **האם בהשקפת היהדות יש מעמד מחייב למוסר?**

מדוע שאלה זו נשאלת? זאת בעקבות כך, שבתפיסה דתית של המציאות – ניתן לטעון כי המוסר **אינו מחייב** – כי רק הציווי האלוקי הוא זה שמחייב. אם אין ציווי אלוקים – אז שום דבר לא מחייב.

בשאלה זו צריך לעשות הפרדה היסטורית בין מה שקדם למעמד הר סיני ומה שלאחריו.

נקודה זו כה חשובה, מפני לפי פשוטם של הביקורות – עד מעמד הר סיני לא ניתנו ציוויים מפורטים לבני האדם. בפעם הראשונה שאלוהים התגלה ונתן מערכת של צווים – היה מעמד הר סיני. לפני כן לא הייתה התגלות אלוקית – למעט מקרים נדירים (כמו שאברהם התגלה לצביון ברית המילה).

מציאות זו משתקפת בספר בראשית – ספר בראשית הוא ספר המוסר של היהדות.

על פי גישה זו – המוסר מחייב. אנו מדברים על מציאות ללא התגלות/ציווי אלוקים, וכל הסיפורים מספר בראשית מראים את העובדה כי האדם נתבע על התנהגות מוסרית. זה מתחיל מקיין והבל.

החט הראשון היה אכילת התפוח על ידי האדם בגן העדן. (חט שהוא לא חט מוסרי)

החט השני היה חט מוסרי – רצח (חט מוסרי) – אלוהים בא לקיין ואמר לו שדם אחיו צועק אליו מן האדמה. קיין היה צריך לומר לה' כי הוא לא ידע שאסור – מעכשיו הוא יודע. אך קיין לא מעלה טענה זו, וה' מעניש אותו. זה ממשיך אצל דור המבול (שנמחה מפני האדמה). דור המבול נענש עבירה חברתית על גזל – הארץ חמס מפניהם. אך ה' לא אמר זאת לפני – אז למה העניש אותם? למה העניש את סדום? זאת הרי עבירה מוסרית, ולא ציווי של ה'.

אנו רואים שלפי כל סיפורי התורה בספר בראשית – המוסר מחייב למרות שלא היה ציווי אלוקי בתקופה הזאת.

גדולי הפרשנים כבר עמדו על עובדה זו, בראשם היה **הרב סעדיה גאון** – אחד מגדולי הגאונים במאה התשיעית לספירה. הוא נולד במצריים – עבר לישראל ואז לבבל. הוא היה הראשון שקבע את המונח מצווה שכלית – יש מצוות שכליות שנובעות מהתפיסה האנושית השכלית. הוא הראשון שתבע את המושג הזה. זה אומר שמצוות כמו לא תרצח ולא תגזול הן שכליות, ולכן הם מחייבות.

בעקבותיו הלך **הרמב"ן** – אשר היה גדול חכמי ספרד אחרי הרמב"ם. בפירושו לתורה הוא עומד על נקודה זאת כנראה בעקבות סעדי גאון – הוא מתייחס לדור המבול, שלפי המסופר בתורה, דור המבול נענש על החמס/הגזל. אומר הרמב"ן שדור זה נענש על הגזל מפני שהיא מצווה מושכלת – אין צריך נביא להזהיר עליה.

מכאן הגיעו החוקרים למסקנה שלפי תפיסת היהדות המוסר מחייב גם בלי תלות בציווי האלוקי – הוא מחייב מכוח עצמו, ולא תלוי בצוו השם. בטרמינולוגיה הפילוסופית המודרנית, בעקבות **עמנואל קנט**, מבדילים בין מוסר **אוטונומי למוסר** **הטרומוני**

**מוסר אוטונומי** – החובה המוסרית נובעת מן האדם

**מוסר הטרומוני** – החובה המוסרית באה מבחוץ

לפי קנט – מעשה מוסרי הוא רק אוטונומי, כאשר הוא בא מבפנים ולא מבחוץ. לכן החוקרים שמחו כאשר גילו כי התפיסה היהודית היא מוסר אוטונומי – שלא תלוי בציווי מבחוץ אלא בציווי הפנימי.

המרצה אומר כי החוקרים האלו טעו – הם טעו בכוונת הדברים של הרב סעדיה והרמב"ן. למרות שרב סעדי דיבר על מצווה שכלית, והרמב"ן דיבר על מצווה מושכלת – הם התכוונה שהחובה המוסרית נובעת אך ורק מן הציווי האלוקי. גם הרב סעדיה והרמב"ן רואים את המוסר כפונקציה של ציווי אלוקי – אבל הם סוברים שהציווי האלוקי לא צריך להיאמר במפורש.

הציווי הוא הטרומוני – אלוהים מצווה לא לרצוח, אך הוא לא חייב לומר זאת – כי אדם מבין זאת **בכוח השכל/התודעה האנושית**.

כלומר – התפיסה היהודית היא הטרומונית. המוסר הוא פונקציה של ציווי אלוקי.

יחד עם זה יש הכרה שכלית/אנושית בחובות האלו – ולכן הציווי לא חייב להיאמר במפורש, וה' יכול לבוא אלינו בתביעות גם בלי לומר במפורש לא לעשות דברים.

תפיסה זו שהמצווה מזוהה בכוח ההכרה האנושית – היא בניגוד למה שסברו חז"ל.

חז"ל כנראה התקשו באותה קושיה – מה אתה בא בתביעות לקיין/דור המבול? הרי לא היה ציווי. איך ה' מעניש את המין האנושי כשלא אמר שזה אסור?

חז"ל אמרו כי היה ציווי אלוקי כבר לאדם הראשון – **הם המציאו את המושג "שבע מצוות בני נוח"**

ה' התגלה לאדם הראשון ונתן לו את הציוויים הראשיים העיקריים. המושג בני נוח זה ביטוי של חז"ל שמציין את המין האנושי. מדובר בביטוי למצוות כלליות כלל אנושיות.

הרב סעדיה והרמב"ן לא הלכו בכיוון זה – אלו מצוות שהאדם מכיר בשכלו. הם התעלמו מתפיסת חז"ל, והרמב"ן אומר זאת במפורש: חז"ל סברו שלאדם הראשון הייתה התגלות, אך לפי פשוטן של דברים – לא הייתה התגלות בתקופת הבראשית – אלו מצוות שכליות, וכל בני אדם המכירים את בוראם מחויב בהם מכוח הכרתו האנושית/תפיסתו השכלית.

מעניין מאוד מה הייתה תפיסתו של **הרמב"ם** בשאלה זו.

הרמב"ם דווקא הולך עם חז"ל ולא עם הרמב"ן. הרמב"ם לא קיבל את המושג **תפיסה שכלית**. מצד אחד זה נראה לנו מוזר – דווקא הרמב"ם הרציונליסט מתנגד למושג תפיסה שכלית?

הרמב"ם לא קיבל מושג זה, כי לפיו החובות המוסריות אינן שכליות/רציונליסטיות. החובות המוסריות אינן מוגדרות כשכליות – משום שהוא מבדיל בין 2 קטגוריות: **מושכלות ומפורסמות**.

**המושכלות** – לפי הרמב"ם היא קטגוריה שכוללת את ההבדל בין אמת לשקר – כוללת את האמיתות המדעיות.

**המפורסמות** – לפי הרמב"ם היא קטגוריה שכוללת את ההבדל בין טוב ורע. מדובר בהתפתחות חברתית/תרבותית.

לכן הרמב"ם דחה את המונח מצווה מושכלת. במקום זה הרמב"ם קיבל ואימץ את החידוש של חז"ל – שיש מושג של 7 מצוות בני נוח, על פיו ה' העניש את בני האדם על ההפרה של חובות אלו.

השלב הבא הוא **מה התרחש בין מתן תורה**

עכשיו ה' מתגלה במעמד הר סיני, ונותן את התורה אשר כוללת ציוויים מוסריים רבים. בעקבות התורה יש תורה שבע"פ. לכן השאלה כרגע הרבה יותר משמעותית – האם יש איזושהי חובה מחוץ להלכה? עכשיו כשיש הלכה שכוללת כמעט את כל תחומי ההתנהגות האנושית – האם יש חובה מחוץ להלכה?

ממבט ראשון נראה כי התשובה שלילית. – על פי תזה זו, כל חיוב הוא חיוב משפטי. ההלכה היא המשפט, ואם אין שום דבר מחייב מחוץ להלכה – פירוש הדבר הוא שלמוסר אין מעמד מחייב. אם זה נמצא בהלכה זה מחייב, ואם לא הוא לא מחייב.

חיוב משפטי צריך להיות חלק מההלכה – אך זה לא כך.

מצד אחד נראה כי ההלכה מחייבת בנוגע לתחום רחב, אך מצד שני נראה כי גם למוסר יש מעמד חשוב בהלכה. גם ההלכה מפרידה בין חיובים מוסריים ומשפטיים. גם לפי תפיסת ההלכה – לא כל נורמה מחייבת היא משפטית/הלכתית. היא מכירה בחיובים מחוץ להלכה (חיובים מוסריים).

אם זה כך, מה השתנה במעבר בין המצב לפני ההתגלות ואחרי?

התשובה היא, שלפי ההשקפה המקובלת ביהדות – כאשר הרמב"ן הוא המייצג העיקרי שלה, **התורה מצווה אותנו על המוסר** – אך התורה לא תמיד נותנת הגדרה מפורטת לחיוב המוסרי. זהו החידוש הגדול של הרמב"ן והוא התקבל על הוגי דעות רבים אחרים. התורה מחייבת – אבל הציווי המוסרי לפי הרמב"ן הוא כללי. לא תמיד יש ציווי מפורט/ספציפי/נקודתי על המעשה המוסרי. זהו השינוי הגדול שמשתנה לאחר מתן תורה. **יש מקום להכרה האנושית גם לאחר מתן תורה** – משום שהתורה לא כוללת את כל המצבים והאפשרויות בהן אדם נתקל מול שאלות מוסריות. **לכן הציווי המוסרי בתורה הוא כללי, והציווי הנקודתי הוא אנושי**. זהו השינוי הנפלא שמתחולל על פי התפיסה היהודית.

17.01.17

**שיעור 20**

בשיעור הקודם אמרנו כי יש להבחין הבחנה היסטורית תקופתית בין לפני מתן תורה ובין אחרי מתן תורה. לפי המסורת היהודית, התגלות אלוקית הייתה רק ממתן תורה והילך. אם אנו שואלים על מעמדו של המוסר – אנו צריכים לשאול מה לפני ומה אחרי.

שאלת זו חשובה – כי אנו מניחים שההלכה ניתנה עם התורה. האם יש משהו מחייב מחוץ להלכה? שהרי אפשר היה להניח כי רק ההלכה מחייבת – ההלכה מכסה את כל צדדי הקיום האנושי, ורק ההלכה מחייבת. מה שלא נמצא בהלכה – אין לו מעמד מחייב.

**התשובה לשאלה זו היא שלילית**.

למרות קיומה של ההלכה, והתחומים הרחבים שמכוסים על ידי ההלכה – יש מעמד משמעותי גם לחובה המוסרית ולהכרעה המוסרית. יש מעמד למוסר גם לאחר ההלכה. תשובה זו מורכבת מ2 היבטים.

1. **פרשנותו של הרמב"ן** בן נונ לפסוק בספר דברים – "ועשית הישר והטוב".

פסוק זה מתפרש על ידי הרמב"ן כציווי כללי של המוסר. כלומר – מה שהתורה רוצה לומר הוא, שמעבר לכל הציוויים המפורשים בתורה, יש גם ציווי כללי – **תן דעתך לעשות הטוב והישר גם כאשר לא ציווך – בכל דבר**. גם כאשר אין ציווי מפורש על פעולה כלשהי – יש לעשות את הטוב והישר. בפירוש זה יש ציווי כללי. הרמב"ן לא מתייחס לפעולה מסוימת או לכמה פעולות מוגדרות – אלא מדובר בהוראה כללית.

למה יש צורך בציווי כללי? **משום שאי אפשר לפרט את כל המקרים**. התורה שניתנה בכתב (כתופעה אנושית) לא יכולה לכלול את כל המקרים – אי אפשר להגיש רשימה מפורטת שתכסה את כל המצבים האפשריים.

לכן, כאשר ניתנו כמה ציוויים מפורשים – נותנת התורה ציוויים כלליים. גם אם אין הוראה מפורשת בחוק/בדין/בהלכה – אדם צריך לעשות את הטוב והישר בכל מצב.

**אך מהו הטוב והישר אם אין ציווי מפורש?** – התשובה היא שאותו אדם קובע את הטוב והישר במצב הנתון כאשר אין הוראה מפורשת. ההכרעה המוסרית היא הכרעה אנושית ואישית.

האדם הפרטי קובע את החובה המוסרית בעת ההכרעה המוסרית במקרה הנתון כאשר אין ציווי מפורש.

שמעות פרשנות זו היא גדולה: לא הכל הלכה – יש חובות מוסריות שאינן חלק מההלכה ואדם מחויב בהם.

המוסר לא נדחה מפני ההלכה מסיבה זו – ההלכה לא כוללת את הכל והתורה עצמה מצווה על המוסר.

השאלה המחייבת היא מה המעמד של הציווי ועשית הישר והטוב? למרצה אין תשובה מדויקת לשאלה זו. מצוה זו לא נמנית כאחת המצוות בתורה. לכן לא ברור כיצד יש להגדיר ציווי כללי זה.

קשה לראות בהוראה זו ציווי משפטי/הלכתי במובן הרגיל. אם היינו רואים בה ציווי משפטי, כל פעולה מוסרית הייתה צריכה להיתפס כחובה משפטית/הלכתית. העניין הוא שההלכה לא אומרת שכל פעולה מוסרית היא הלכה. ההלכה אומרת **הפוך** – יש חיובים שהן חלק מההלכה, ויש חיובים שהם מחוץ להלכה. **לא כל ציוויים הם חלק מההלכה**. יש פעולות שהן חלק מההלכה ויש פעולות שאינן.

מושג המפתח הוא **לפנים בשורת הדין** – יש פעולות שהן נכונות וראויות, אך הן מחייבות מחוץ לדין כחובה מוסרית, ולא כחלק מההלכה. הן פעולות לא משפטיות, ולא חלק מההלכה.

ההלכה עצמה מכירה במושג זה, ובחובות אלו שמצויות מחוץ לתחומו של הדין. ההלכה רואה את הפעולות הללו בחיוב – ההלכה בעצם אומרת במקרים מסוימים לעשות משהו שלא לפי ההלכה (מחוץ להלכה) – דבר שמחייב יותר ממה שהדין מחייב (**מעבר לחובה**). ההלכה עצמה מכירה במושג זה, ואומרת לנו שיותר נכון וראוי לעשות משהו שהוא מעבר להלכה, שההלכה אינה מחייבת – דבר זה נחשב לדבר מוסרי.

האם למוסר יש תוקף כשלוקחים בחשבון את קיומה של ההלכה? **התשובה חיובית**.

יותר נכון וראוי על פי ההלכה לעשות משהו מעבר שנמצא מחוץ להלכה, **לפנים בשורת הדין**.

המאמר הכי רדיקלי שמביע רעיון זה הוא מאמר מפורסם בספר בבא מציעא, רבי יוחנן – **לא חרבה ירושלים אלא עד שדנו בה דין תורה**. איזה פסול יש בזה שדנו דין תורה? עונה הגמרה – שהעמידו דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים בשורת הדין. **ירושלים חברה מפני שהתעקשו על הדין ולא הסכימו ללכת מחוץ לדין**.

לפנים בשורת הדין לא מגדיר את כל הפעולות האפשריות – הוא מדבר על סוג מסוים של פעולות. לא כל פעולה שהיא מחוץ לדין נכנסת תחת ההגדרה של לפנים בשורת הדין. אנו מוצאים בתלמוד גם ביטויים נוספים – זהו לא הביטוי היחיד שמתייחס לפעולות שנמצאות מחוץ לדין. יש ביטויים נוספים שמתייחסים לכך.

1. **מידת חסידות** – אפשר להוכיח שהביטויים הללו אינם חופפים. למרות ששני הביטויים מתייחסים לפעולות דומות – פעולות מוסריות שאינן מתחייבות על פי הדין, אף על פי יש הבדל בין המושגים.

בתלמוד אין הגדרות בד"כ – אנו צריכים לחלץ הגדרות מתוך המקרים. אנו צריכים לחלץ את ההגדרה העקרונית מתוך המקרים. זה דומה לפרשנות הפסיקה שמבוצעת כיום – כך אנו עושים בפרשנות התקדים. אם הפסיקה של ביהמ"ש היא תקדים מחייב, ליישם פסק דין תקדימי זה לא מהלך אוטומטי – הפסיקה מתייחסת למקרה מסוים ועובדות מסוימות.

אז איך נדע מה יקרה מחר במקרה אחר כאשר העובדות אינן זהות? התשובה היא: פרשנות. צריך לפרש את פסק הדין, **ולהוציא את הרציו – ההלכה העקרונית הכללית שנובעת מפסק הדין**.

כך נעשה בתלמוד – אנו מנסים להוציא את ההלכה הכללית. יש בתלמוד כמה מקרים המוגדרים תחת המושג לפנים בשורת הדין. יש מקרים אחרים בהם התלמוד משתמש במושג מידת החסידות.

לדעת המרצה, המקרה החשוב ביותר של מפנים בשורת הדין – נמצא במסכת בבא מציעא ו' כ"ד, והוא מדבר על **חובת השבת אבדה**. השבת אבדה זו מצווה בתורה – אדם לא רשאי להתעלם מאבדה שנתקל בה. אם אני רואה אבדה בחוץ/בכיתה – אני לא רשאי להתעלם מכך. אני חייב ליטול את האבדה ולמצוא את הבעלים. זה סותר את החוק החילוני (אין חובה כזאת, גם בחוק הישראלי. בחוק כתוב כי אסור לקחת את האבדה לעצמנו – וצריך להביאה למשטרה. אך מותר להשאירה במקום)

השלב הבא הוא חיפוש הבעלים כדי למצוא את האבדה. צריך להכריז (להודיע) על האבדה, והבעלים צריכים לזהות את האבדה על פי סימנים. אבל יש יוצאים מן הכלל בהלכה – יש מקרים שיש בחפץ סימן ניתן לזיהוי. אף על פי כן המוצא רשאי לקחת את החפץ לעצמו. זאת מכיוון, שמושג המפתח בהשבת אבדה הוא **ייאוש**, ולא הסימנים. אם ניתן להניח שמתוך הנסיבות שהעלים התייאשו מן החפץ, המוצא רשאי לקחת לעצמו את האבדה, גם אם באופן תאורטי ניתן לזהות את הבעלים.

**דוגמא 1:** **עיר שרובה נוכרים**. ההלכה ההלכתית היא שבמידה והבעלים מאבד חפץ בעיר נוכרית, הבעלים מתייאש ממציאת החפץ. זה קשור לעובדה שאצל הנוכרים (כולל החוק הישראלי) אין חובת השבת אבדה, ואז הבעלים מתייאשים. אם הבעלים מתייאשים – המוצא רשאי לקחת את החפץ לעצמו למרות הסימנים.

**דוגמא 2: שיטפון**. במידה ויש שיטפון ששוטף חפצים למרחק רב – ברור שאין סיכוי לקבלו למרות שבאופן תיאורטי החפץ ניתן לזיהוי.

על רקע זה מגיע הסיפור הבא:

**סיפור 1: השבת אבדה**

שמואל ורב יהודה בבבא יציעה. רבי יהודה היה מהלך בשוק גדול בבבל יחד עם שמואל. שאל אותו רבי יהודה – מה קורה אם הוא מוצא ארנק בשוק גדול זה (שאבד)? אמר לו שמואל – שייך למוצא. יש חזקה סטטיסטית שהבעלים יתייאשו – והחפץ שייך למוצא.

רבי שאל – מה יהיה, אם למרות ההלכה הזאת, בא אדם ונתן סימנים בחפץ? אמר לו שמואל: **חייב להחזיר**. רבי אמר לו ש2 אמירות אלו סותרות אחת את השנייה! איך הוא חייב להחזר?

ענה לו שמואל – הכוונה הייתה **לפנים משורת הדין** – לפי הדין החפץ שייך למוצא, אך החובה להחזיר היא החובה המוסרית.

לדעת המרצה, **מכאן נולד המושג לפנים משורת הדין**. זהו המקרה הקלאסי שעליו התקבל המושג לפנים משורת הדין, כי הוא מדגים בצורה הכי יפה את הקונפליקט בין הדין למוסר. הדין הוא נכון בהיבט הכללי – בד"כ הבעלים מתייאשים. סטטיסטית זה נכון. אבל יש מקרים חריגים – עומד לפני אדם שאני יודע בוודאות שהחפץ שלו. הדין אומר שאני יכול לומר לו כי השעון כעת שייך לי, אבל זה מאוד **לא מוסרי ולא צודק**. כאן רואים את ההתנגשות בין הדין (שהוא נכון סטטיסטי) ובין המוסר. ולכן אמר לו שמואל כי חייב האדם להחזיר – לא על פי הדין, אלא לפנים משורת הדין.

**סיפור נוסף: שולחני** – סיפור בשולחני בבא קמא פרק ח'.

שולחני זה שם שמופיע בתלמוד הוא דומה לChange Point. שולחני היה חלפן מטבעות, אך עיקר תפקידו הייתה המומחיות בערכו של מטבע. בימי קדם היו המון מטבעות (אמצעי תשלום) שהונפקו על ידי גופים שונים – מלכים, דוכסים ומעלי אחוזות. היה קושי מעשי רב לאדם הפשוט להכיר בערכו של מטבע. היום יש מעט מטבעות – ויותר קל להבחין בערך המטבע.

יש הרבה מקרים בגמרא שם טעה השולחני והעריך לא נכון את שווי המטבע. הוא נתן חוות דעת רשלנית.

מספרת הגמרה על **רבי חיה** – הוא היה שולחני מומחה. אישה נתנה לו מטבעה ושאלה מה שוויו – הוא אמר שהמטבע תקין. לאחר מכן היא חוזרת ואמרה כי המטבע לא שווה כלום – היא קיבלה מטבע שאין לו ערך. רבי חיה אמר לפקיד שישלם לה את שוויו.

שואלת הגמרא – **אבל רבי חיה פטור**. לפי ההלכה רבי חיה פטור במקרים כאלה (הוא היה מומחה גדול – ומומחה בדרגה גבוהה פטור, כי אנו מניחים שלא הייתה רשלנות)

אם כן למה לקח עליו תא הנזק? תשובת הגמרא היא **לפנים משורת הדין**, ולא לפי הדין. לפי הדין הוא היה פטור, אך הוא עשה זאת כי זה היה מוסרי.

יש גם סיפורים אחרים בגמרא, שם היא משתמשת בביטוי **מידת חסידות**

**סיפור ראשון: השבת מטבע לאחר זמן רב**

דומה ברקע לסיפור של השולחני. המשנה שואלת **עד מתי מותר להחזיר?** כלומר, אדם קיבל מטבע פגום. לפי ההלכה, אם מדובר במטבע לא ראוי, הוא רשאי להחזירו למי שנתן. המשנה שואלת כמה זמן יש לי להחזיר מטבע שהוא פגום?

אם זה בעיר – אז יש יום אחד להראות למומחה, ולמחרת להחזיר את המטבע.

בכפרים – יש עד סוף השבוע, כי אין שולחני במקום לבדוק את המטבע.

הזמן בעקרון קצר.

אם היה מכירה (זה שנתן את המטבע מזהה ומכיר את המטבע) אפילו לאחר 12 חודש – מקבלה (ניתן להחזיר את המטבע). הגמרא אומרת כי **משהו כאן לא מסתדר**. הלכות אלו לא מתיישבות.

אמרנו כי יש זמן קצוב מאוד – איך פתאום יש שנה להחזיר את המטבע? הלכות אלו אינן מתחברות. איך מיום אחד נהיה שנה?

**אמר הרב חיסדה – מדובר במידת חסידות**. זה לא לפי הדין. המשנה אומרת כי אם אותו אדם מכיר אחרי 12 חודש זה לא לפי הדין, אלא **מידת חסידות**, ולא לפנים משורת הדין.

**סיפור שני:**

אדם עמיד בעל אמצעים נסע למרחקים ועשה עסקים. כספו אזל והוא לא הצליח לחזור למקומו. הוא נשאר בלי שום אמצעי מחיה. במצבו הנוכחי הוא עני – ולכן הוא רשאי לקחת ממקורות שמיועדים לעניים – כי כרגע הוא במצב שאין לו ממה לחיות.

**אבל אומרת המשנה –** כשיחזור הביתה, הוא ישלם.

**אמר הרב חיסדה – מידת חסידות שנו כאן**. מה שרבי אליעזר אמר שהאיש ישלם כשיחזור הביתה – זה לא לפי הדין, אלא מידת חסידות. למה?

1. לפי התלמוד, הוא מחזיר במקום שהוא נמצא ולא איפה שהוא היה – זה החזרה פיקטיבית.
2. בשפת ההלכה – הנטילה הזאת מוגדרת בהלכה כממון שאין לו תובעים. הוא לא לקח ממישהו מסוים – אלא מלקט שנמצא בשדות. לכן בהגדרת ההלכה מדובר **בממון שאין לו תובעים**.

מה שהוא מחזיר זו מידת חסידות.

**האם שני המקרים של מידת החסידות, זהים למקרים של לפנים משורת הדין?**

יש חוקרים האומרים כי מדובר באותם מקרים.

המרצה אומר כי זה לא נכון, והמקרים אינם זהים.

לדעת המרצה האבחנה היא כזאת: שני המקרים שמוגדרים כלפנים משורת הדין, **המשקל המחייב יותר גדול** מאשר שני המקרים של מידת החסידות. בשני מקרים אלו – הטענה המוסרית/התביעה המוסרית יותר חזקה מהמקרים של מידת חסידות. לפנים משורת הדין **יותר מחייב** ממידת החסידות.

סיפור השבת האבדה מהווה את הדוגמא הקלאסית – שם רואים ממש חזק את ההתנגשות בין הדין והמוסר. הדין לא צודק במקרה הספציפי. כאן מדובר בחובה מוסרית **שהיא מאוד חזקה ומתבקשת**. אנו מביאים כי תוצאת הדין אינה טובה וראויה. זה מאוד בולט.

גם המקרה השני הוא כך – בסופו של דבר מדובר שהשולחני גרם לנזק, ואי אפשר להתעלם מעובדה זאת – לכן ראה הרבי לפנים משורת הדין להחזיר.

לעומת זאת, במידת החסידות המקרים הרבה יותר חלשים – זה מוצדק לדרוש מהמוכר להחזיר את הכסף אחרי שנה? אני כבר לא יכול לגלגל את זה הלאה. מי שגרם לנזק הוא מי שהביא לי את המטבע, אז למה אתה בא אליי אחרי שנה. אומרת המשנה כי **במידת חסידות מדובר כאן**.

קל וחומר במקרה האחרון – מדובר בממון ללא תובעים. אף אחד לא בא לדרוש משהו – וההחזר מבוצע במקום אחר. זה בוודאי לא לפנים משורת הדין, והמשקל המחייב הרבה יותר נמוך.

מסקנת המרצה היא כזאת:

1. כשאנחנו יוצאים מתחומו של הדין, **יש הבדלי משקל** בין הנורמות המוסריות – יש יותר מחייב ויש פחות חייב. בדין עצמו אין הפרדה כזאת – או שאני חייב או שאני פטור. כשאני יוצא מחוץ לדין – יש הבדלי משקל, פחות מחייב ויותר מחייב. **לפנים משורת הדין יותר מחייב ממידת חסידות**
2. **הגדרה**: כדי שנורמה תוגדר לפנים משורת הדין צריך 2 תנאים:
3. **יריבות** – צריך שיעמוד מישהו מולי בתביעה. זה מתקיים בשני המקרים הראשונים
4. **הצדקה** – התביעה צריכה להיות מוצדקת, בעלת משקל מוסרי. היא צריכה להיות משכנעת וסבירה.

אם חסר אחד משני אלה – אנו עוברים לקטגוריה של מידת חסידות, שם יכול להיות שאין יריב, ויש פחות הצדקה – זה דבר יפה, אבל הרבה פחות מחייב.

יש מן החוקרים שאומרים כי מידת חסידות היא לא לכל אחד – אלא רק לחסידים. לאדם הפשוט – מידת חסידות לא מחייבת.. לעומת זאת לפנים משורת הדין פונה לכל אדם. בגלל המשקל המחייב היותר גבוהה – ההיקף של לפנים משורת הדין יותר גבוהה מן מידת החסידות

3. ניתן לתאר את ההבדל בין שני המושגים בצורה גרפית באופן שמבליט את המרחק מן הדין.

לפנים משורת הדין

מידת החסידות

דין

לפנים משורת הדין נמצאת יותר קרובה לדין, ומידת החסידות נמצאת מחוץ לדין. כל מקרה ניתן

לבדיקה על פי נוסחה זו: יריבות והצדקה.

התמונה אינה שלמה – יש עוד סיפור אחד בתלמוד שמעסיק הרבה את הפרשנים והחוקרים. הוא מבטא דיון מוסרי, אך המסקנות שניתן להסיק ממנו מאוד דרמטיות כפי שהתקבלו על ידי הפוסקים. הסיפור יוצר מהפך, ושינוי דרמטי ביחס של החובות של הדין והחובות המוסריות.

19.01.17

**שיעור 21**

אנו מדברים על החלק האחרון בדיוק על ההבחנה בקטגוריות השונות של הנורמות המוסריות שמחוץ לדין. עמדנו על ההבחנה בין לפנים משורת הדין ומידת החסידות.

מדובר ב2 מצבים שונים – המבטאים נסיבות אחרות.

תופעה זו של מונחים שונים שמתייחסים למצבים שונים – מלמדת על הבדלי דרגה ומשקל.

כאשר אנו יוצאים מחוץ לדין – יש הבדלי דרגה. זהו הבדל מאוד חשוב כי בתוך הדין אין הבדלי דרגה. מחוץ לדין יש חייב מעט וחייב הרבה – כי אנו מדברים על התחום המוסרי ולא המשפטי. זהו ההבדל בין לפנים משורת הדין (יותר מחייב) ומידת החסידות (פחות מחייב).

לפנים משורת הדין עומד על יריבות והצדקה. הצירוף של שני אלה יוצר את הקטגוריה של לפנים משורת הדין.

מידת חסידות מדברת על מקרים בהם החיוב הרבה יותר חלש.

**הנהו שקולאי – סיפור הסבלים (**בבא מציעא פרק שישי פ"ג**)**

הסיפור הבא מעסיק את הפוסקים, החוקרים והפרשנים – הוא מעלה שאלות טקסטואליות וענייניות.

בסיפור שלפנינו – לא מוזכר הביטוי לפנים משורת הדין ומידת החסידות, אך מתוך הדברים ניתן להבין כי מדובר בהתנהגות מסוימת שאיננה לפי הדין. לא מדובר על ויכוח הלכתי. הסיפור מתנהל **כולו במישור המוסרי/ערכי**.

סיפור זה משמש בסיס גם לפוסקים – אשר הגיעו למסקנות מרחיקות לכת.

גיבורי הסיפור הם סבלים שנשכרו על ידי אחד החכמים שיובילו לו חבית יין ממקום למקום. כנראה הם **התרשלו בעבודה** – **פשעו**, ולא עשו את העבודה כראוי, וגרמו נזק (החבית נשברה והיין הלך לאיבוד). מי שעמד מולם (החכם ששכר אותם) על פי החוקרים הוא חכם אחר, ששמו **רבה בר בר חנה** (ולא בר חנן).

בר חנה תפס לסבלים את הבגדים כעיכבון – משום שהוא הניח שיש לו תביעה מולם. הם חייבים לו כסף לדעתו כי הם פשעו והתרשלו בעבודה. הסבלים הלכו והתלוננו לפני רב (תלמידו של רבי יהודה הנשיא – גדול הרבים בבבל). (בר חנה היה ברמה של רב וקרוב משפחה אליו). הרב אמר לבר חנה להחזיר את הגלימות. הבר חנה שאל אם זה הדין? הרב אמר שכן. מניין שאל בר חנה? והרב ענה לו כי כתוב כי בתורה כתוב כי צריך ללכת בדרך הטוב – ואז הוחזרו הגלימות. "למען תלך בדרך טובים"

הסבלים המשיכו לדבר בפני הרב – ואמרו כי הם עניים, ועבדו כל היום – והם רעבים ללא כסף. אמר הרב לבר חנה – תן להם את שכרם. שוב שואל בר חנה – האם הוא חייב להם שכר? הרי הם לא עשו את העבודה. הרב אומר כי כך הדין. בר חנה שואל היכן זה נמצא בדין? ואומר לו הרב – כי "באורכות צדיקים תשמור" – אתה צריך לשלם את שכרם. כנראה שהוא שילם.

מדובר בסיפור מדהים. האם זה היה דין? לא דין? מדובר על דיון משפטי בבית הדין או עצה טובה שהרב אומר לידידו? מה קורה כאן?

לדעת המרצה – **לא מדובר בפסיקה הלכתית משפטית, אלא בדיון שלא על פי הדין**.

1. לא יכול להיות שמדובר בדין כי הם היו בני משפחה – לא יכול להיות שהיה דיון משפטי פורמאלי מקובל. זה בטוח לא זה – משום שאם כך רב לא יכול להיות הדיין של בן דודו.
2. מצד התוכן – ברור לגמרי מתוך הדברים שרב בר בר חנה לא חייב שום דבר. אם מדובר בשאלה משפטית רגילה – לא היה כאן שום חידוש. הוא לא חייב לשלם להם – אלא הסבלים חייבים לשלם לו. מצד הסיפור ברור לגמרי שהם חייבים לו ולא בר חנה להם.
3. האינדיקציה הספרותית הברורה הם הפסוקים ממשליי. ברגע שמביאים פסוקים מסוג זה – זאת אומרת שלא מדובר בפסיקה הלכתית.

מדובר בדיון מוסרי ולא משפטי – משפטית הוא לא חייב שום דבר. הרב דיבר לבר חנה **בשפה מוסרית**. הוא צריך לשלם לסבלים אף על פי שהוא פטור.

החוקרים עמדו על כך שהתשובה כן לא נמצאת בכתבי היד – התשובה היא הפסוק. לא מדובר כאן במובן הפורמאלי של הביטוי – אלא במובן המטאפורי – ולכן זה הדין (על דרך הנמצא ולא על דרך הביטוי המשפטית).

אם אנו מסכמים עם הנחה זו (הוראה מוסרית ולא משפטית) – השאלה הבאה היא **באיזה קטגוריה זה נכלל?** לפי תוכן הדברים – האם היינו מגדירים את הסיפור כלפנים משורת הדין או מידת חסידות?

על פי המרצה – **אין הצדקה** – הם גרמו לו לנזק, ואין הצדקה לתביעה מול הבר חנה. – לכן מדובר ב**מידת חסידות**.

אצל ראשוני **פוסקי אשכנז במאה 13** מתחולל מהפך בפרשנות, במסקנה ובתוצאה של הסיפור.

חכמי אשכנז פרשו הפוך – כאן מדובר **בפסיקה משפטית מחייבת**. היה פה דין – הם מפרשים את מילותיו של הרב כפשוטו – הייתה כאן אמירה מחייבת. חייבים להחזיר את הגלימות ולהחזיר את שכרם – אם בר חנה יסרב – משכורתו תעוקל. **יש כאן פרדוקס** – בית הדין יכול בסמכותו להפוך הוראה למחייבת. הם לא חושבים שלפי הדין הוא חייב – אבל הם רוצים לומר שאף על פי שמדובר בחיוב מוסרי – **לבית הדין יש סמכות להפוך את החיוב המוסרי** **לבר אכיפה** (ואפילו מידת החסידות)

מה שעומד מאחורי עמדה זו (שלא מוסכמת על ידי כל הפוסקים) – הוא המרחק הגדול בין התובעים לנתבע. הנתבע הוא אדם עשיר – והסבלים הם עובדים עניים. **הפער עושה את ההבדל**. כשיש פער כזה – בסמכות בין הדין לאכוף נורמה מוסרית, גם כשאינה מחויבת בחוק. החובה יכולה להפוך למשפטית מחייבת. המרצה קורא לכך **הצדק/יושר הסובייקטיבי**.

**אי צדק אובייקטיבי -** יש מצב של אי צדק מבחינה אובייקטיבית (לפנים משורת הדין). ברור שבר חנה צודק – על מה ישלם להם?

**אי צדק סובייקטיבי** **–** הרב עשיר, ולסבלים אין מה לאכול בערב. במצב כזה הרבנים יכולים ומוסמכים לחייב נורמה מוסרית.

ראשוני הספרדים מתנגדים מתוקף – הרמב"ן אומר שלא ניתן לחייב אם אין חובה על פי הדין.

פוסקי אשכנז קיבלו/אימצו עמדה זו, וזה מתגלגל אצל פוסקים אחרונים.

יוסף קרו בשולחן ערוך לא מקבל, אך הרמה מביא את 2 הדעות.

עם זאת – אחדים מן הפוסקים בדורנו קיבלו את פירוש זה. בית הדין יכול לחייב גם לא לפי הדין, כאשר החיוב נובע משיקולים של מפנים משורת הדין/מידת חסידות. אין ספק שמדובר בתפיסה מהפכנית ורדיקלית. מה פתאום שיש נורמה שיכולה להפוך לדין כשהיא מחוץ לדין?

לדעת המרצה, האסמכתא/הסמכות נובעת ממקור זה. הפוסקים אומרים (במשתמע) שתמיד צריך לזכור – שמעל כל מקרים אלו עומדת הנורמה שדיברנו עליה בתורה – "**ועשית הישר והטוב"** (דברים פרק ו') – שלפי הרמב"ן פסוק זה מבטא הוראה כללית על המוסר. ציווי זה אומר שגם כאשר אין חובה מפורשת/נקודתית – תן דעתך לעשות הטוב והישר.

**הפוסקים לא רואים בה נורמה משפטית**, אבל הם אומרים כי לפי שיקול דעת הפוסקים – **הם יכולים להפוך את הנורמה למשפטית**.

**מדובר בדוגמא קלאסית לגישה** **נונ-פוזיטיביסטית**. עמדנו בעבר על ההבדלים בין התפיסה הנונ פוזיטיביסטית לפוזיטיביסטית.

**פוזיטיביסטית** – אם זה כתוב בחוק זה מחייב.

**נונ-פוזיטיביסטית** – משפטי זה גם הנורמות המקובלות בחברה. גישה נונ-פוזיטיביסטית רואה גם את הנורמות הלא כתובות כחלק מהמשפט.

אמרנו שהנקודה המכריעה פה היא ההיבט הסובייקטיבי – זה מה שהפוסקים אומרים בעצם.

לכאורה במבט ראשון – זה מנוגד להלכה מפורשת בתורה/בפסיקה. כבר בתורה חז"ל אמרו ש**אסור להעדיף בדין את העני מפני שהוא עני**.

לכאורה - זה בדיוק מה שקורה כאן – מה פתאום אז שתחייב אותי בגלל שאני עשיר?

1. **תשובה פורמאלית** – יש הבדל בין האיסור ההלכתי לבין מה שנאמר בהקשר שלנו.

באיסור ההלכתי נאמר כי אסור לכתוב פסק דין מזויף – אבל הפוסקים אומרים כי פסק הדין לא מעוות – אלא אומרים את האמת – למען תלך בדרך טובים.

1. **תשובה מהותית** – יש כאן באמת שינוי גדול בדין מבחינה עניינית. לפעמים נותנים לעני פריווילגיה מסוימת – וניתן לשנות את הדין. לכן הביטוי הצדק הסובייקטיבי יכול לעשות שינוי גדול.

ניתן לראות את אימוץ השיטה של הצדק הסובייקטיבי גם בפסיקה הישראלית

**הרב הרצוג – פסיקה משנות ה50**.

הרב הרצוג היה הרב הראשי בישראל בשנות ה50. הוא היה אחד מגדולי הפוסקים בארץ בשנים הראשונות במדינה. באחד מפסקי הדין שלו הוא מביא מקרה של תביעה חוזית – קבלן נ' רוכש דירה על הפרת חוזה.

לפי החוזה הקונה היה צריך לשלם תשלומים מסוימים – הוא לא שילם ועל ההפרה יש קנס. אבל התברר שההפרה לא גרמה נזק לקבלן – הוא הרוויח ממנה. בגלל ההפרה הוא ביטל את החוזה ומכר את הדירה למישהו אחר. הקבלן לא נפגע. הרב הרצוג פטר את הקונה מהתשלום – כי **לפנים משורת הדין** – הקונה לא חייב. התוצאה הסופית על פי החוזה לא צודקת, ולרב יש סמכות לפטור אותו לפנים משורת הדין. זו גישה מאוד נונ-פוזיטיביסטית מהפכנית – אך היא אפשרית.

**פסה"ד של השופט אלון** – **כיתן נ' ווייס לג 2**

השופט אלון ראה כנגד עיניו את המשימה הראשונה של שילוב המשפט העברי בפסיקה הישראלית.

באחד מפסקי הדין אלון מביא את הלכתו בכיתן נ' ווייס.

מדובר בתביעת נזיקין – שומר במפעל כיתן השתמש באקדח שהיה ברשותו מטעם המפעל לאחר שעות העבודה בערב ורצח את אחד ממשפחת ווייס. התברר שהייתה רשלנות מסוימת מטעם המפעל בנתינת הנשק – אבל **תביעת הנזיקין נכשלה**. משפחת הקורבן תבעה את המפעל **באחריות שילוחית**, אך התביעה נכשלה בכל הערכאות. המפעל פטור. אבל כאן עמד אלון על נקודתנו – קורה שעומדת משפחה שנשארה בחוסר כל. המפרנס נרצח. מולם עומד המפעל חזק (התביעה לא הייתה בסכום גדול) – ואומר אלון כי זאת דוגמא שבה לפי ההלכה ניתן לחייב אף על פי שהוא פטור בדין, משום שיש פער גדול בצדדים. למשפחה אין את מי לתבוע – אין לה השפעה גדולה על המפעל. יש קשר סיבתי בין המפעל למקרה – ולכן בתביעה על פי ההלכה, יש מקום לחייב את המפעל בתשלום פיצויים מסוימים **לפנים משורת הדין** – ניתן לקבוע זאת על פי סיפור הסבלים.

השופט שמגר לא הסכים להצטרף לגישתו של אלון – מבחינתו אם זה לא בדין – לא ניתן לחייב.

**רשימת קריאה למבחן**

הופנינו ל4 מאמרים (באתר יש יותר – אבל המרצה מרחם עלינו)

1. הגותו ההלכתית של הרב שמעון שקאפ, (עמ' 99-109, ס' 1-5) – ההבחנה בין חוקים למשפטים
2. דני סטטמן - תנורו של עכנאי (639-651 + סעיף ד' של המאמר בעמ' 656)
3. בלידשטיין, אפילו אומר לך על ימין (סעיף ה' עמ' 230-231)
4. שמואל שילה - הערמה בתלמוד (הקדמה + 322-328)

26.01.17

**שיעור 22 – בעיית היושר**

הנושא שלפנינו מתחבר לסוגיית השפיטות והמוסר – **בעיית היושר**. זהו הפרק האחרון בספר.

בעיית היושר היא בעיה עתיקת יומין שמעסיקה את המשפט מאריסטו ועד היום.

יושר לא במובן של להיות ישר/לא רמאי.

לאורך מאות השנים היושר במשפט האנגלי התחלק ל2 – המשפט המקובל והיושר.

בגלל בפורמליות של הדין המקובל common law נוצרה באנגליה מערכת מקבילה שנקראת דיני היושר – כדי להשלים את מה שלא נראה טוב עם המערכת הנוקשה של הדין האנגלי. לפעמים נדרש תיקון של הדין – וזה מתקשר לבעיית היושר. מכאן מושג היושר.

יושר=תיקון הדין/החוק/התוצאה המשפטית. באופן יותר ספציפי – אנו מתכוונים לבעיה שמתעוררת בעקבות תופעה מאוד הכרחית לכל מערכת משפט – **בעיית כלליות הדין**. הדין מטבעו הוא כללי – הוא חל על כולם, אך הוא כללי גם כי כאשר קובעים את הדין – קובעים על פי הכלל ועל פי מה שמקובל על הרוב.

**מכאן מתעוררת בעיית המיעוט/החריג** – לפעמים הדין מפספס את המקרה של לפניו. יישום הדין באופן אוטומטי בכל מקרה לפעמים מביא לתוצאה לא טובה/לא מתאימה.

בעיית היושר נובעת מהתופעה של כלליות הדין.

**דוגמא** – בעיה אקטואלית שעלתה לאחרונה בישראל. שר האוצר עשה חוק "מטומטם" למי שמחזיק דירה שלישית. הוא מטיל מס על מי שברשותו דירה שלישית. הרבה מתנגדים להיגיון/הצדקה/תועלת של החוק הזה. המתנגדים לחוק טוענים כי רבים מבעלי דירה שלישית הם לא אנשים עמידים. שר האוצר טוען כי מותר ומוצדק להטיל מס על אנשים עשירים – אך הרבה פעמים האנשים לא עשירים.

אנשי האוצר אומרים – **אנו הולכים על פי הרוב**. הסטטיסטיקה מראה כי רוב מוחלט של בעלי דירה שלישית מרוויחים למעלה מ25,000 ₪ בחודש. לכן האוצר אומר כי לא ניתן לבדוק כל אדם אינדיבידואלית. 80% מבעלי דירה שלישית הם אנשים אמידים – ועל פי הרוב הדין צודק. **זאת בעיית היושר**.

הדין נכון לגבי הרוב – אך הוא לא נכון לגבי מקרים חריגים שנופלים בסטנדרט המשותף.

במילים אחרות – יישום אוטומטי של החוק לעיתים בחלק מהמקרים מביא לתוצאה לא צודקת.

**השאלה האם יש פתרון לבעיה זו?** האם לתופעה הזאת יש תיקון?

הראשון שהעלה את הנושא היה **אריסטו**. אריסטו העלה את הנושא בספר האתיקה – פרק 10

לפי אריסטו – יש תיקון, צריך להיות תיקון ואי אפשר להתעלם מהמצב של החריג. צריך לתקן את המצב. אצל אריסטו זה לא כל כך חד משמעי אך הוא כנראה התכוון לכך ששופט צריך למצוא תיקון למקרים אלו כאילו הוא היה מחוקק שהמקרה בא לפניו.

כאשנו מדברים על מקרים אלו – אנו בדרך כלל מתכוונים למקרים בהם המחוקק **לא צפה** את המקרים החריגים (ולא כמו בדוגמא הקודמת – אנו מתכוונים בעיקר למצבים שהמחוק לא צפה)

מאריסטו אנו מבינים כי על השופט לשנות את התוצאה **כאילו הוא היה המחוקק**.

בעקבות אריסטו עוסק בשאלה זו גם הרמב"ם **(מורה נבוכים פרק ל"ד חלק ג')**

הרמב"ם מעלה את שאלת היושר – אך גישתו של הרמב"ם שונה מאוד מגישתו של אריסטו.

אם אריסטו אמר כי יש תיקון/פתרון שמוטל על השופט – לפי הרמב"ם **אין פתרון**. הדין הוא כללי ולא מתחשבים בחריג היוצא מן הכלל – זהו המוטו של הפרק הזה. הרמב"ם מדבר על דיני התורה. על פי הרמב"ם – איסורי ומצוות התורה נקבעים על פי רוב. כך זה צריך להיות ולא אחרת – ולכן החריג צריך לשאת במחיר הדין הכללי, אף שלגביו התוצאה לא טובה, לא צודקת ויכולה לגרום לו לנזקים.

נושא זה (של הרמב"ם מול אריסטו) עלה לדיון לפני עשרות שנים במאמר שנכתב על ידי **"אלעזר שמעון רוזנטל:** **דרך הרוב**" רוזנטל היה חוקר תלמוד בירושלים מהאסכולה הישנה (חוקר גדול). הוא כתב מאמר ארוך זה ותרגם את אריסטו בעצמו. הוא עשה השוואה בין הרמב"ם ואריסטו – והגיע למסקנה כי **יש כאן 2 גישות מנוגדות** – אריסטו כפילוסוף והרמב"ם כאיש הלכה. אריסטו אמר שצריך לתקן, והרמב"ם אומר שהדין הכללי לא יכול להשתנות.

בהמשך למאמרו של רוזנטל, התחברו שורה ארוכה של מאמרים על נושא זה מגישות שונות של החוקרים. המאמרים כולם כונסו בספר שנקרא **דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם**.

בתוך המאמרים האלה, יש מאמר אחד חשוב במיוחד – המאמר של אטינגר (המרצה מגחך)

המרצה חושב כי מאמרו נוגע בנקודה חשובה ומרכזית שהחוקרים התעלמו ממנה. המרצה מציע הבחנה שלדעתו היא חשובה, בסיסית ועושה סדר בנושא.

מורה נבוכים כמו כל ספרי הרמב"ם (חוץ ממשנה תורה) נתבו בערבית כולל מורה נבוכים. זה מעלה בעיה קשה של תרגום שמעוררת קשיים לא מעטים. קיימים 3 תרגומים עיקריים למורה נבוכים:

1. התרגום הקדום של רבי שמואל עידן טיבון – חכם בפרובנס שתרגם בחיי הרמב"ם והתייעץ איתו במהלך התרגום. הוא התחיל לתרגם את מורה נבוכים בסוף ימיו של הרמב"ם ועוד הספיק להחליף איתו מכתבים. עידן טיבון רצה להיפגש עם הרמב"ם ולדון איתו בפרשנות של מורה נבוכים, **אך הרמב"ם** **סרב**. כנראה הרמב"ם באמת לא רצה להיכנס איתו ולגלות את עומקם של הדברים. הוא רצה להשאיר את זה סגור וחתום – והפגישה לא יצאה אל הפועל. הספר הוא קשה ונתון לפרשנות קוטבית.
2. תרגום של הרב יוסף קפח – היה תלמיד חכם גדול ובקיא בערבית היהודית (דיאלקט מיוחד של הערבית – שהרב היה בקיא בו כי הוא היה תימני. הוא תרגם דברים רבים). החוקרים קצת מזלזלים כיוון שהוא לא היה איש מדע/מחקר, ולא היה בקיא בפילוסופיה. לכן החוקרים לא מחשבים את התרגום יותר מידי.
3. התרגום האחרון שיצא רק לאחרונה (לפני כמה שנים) על ידי **ישראל שוורץ** – הוא תרגם מחדש את מורה נבוכים לתרגום מעולה לשפת זמננו. גם על תרגום זה החוקרים מתווכחים ומתפלפלים. אבל יש כאן צעד מאוד משמעותי.

**צילום שהמורה חילק – מורה נבוכים פרק ל"ד**

התורה לא מתחשב בחריג ולא במיעוט, ולא מתחשבים בנזק למישהו פרטי – כי התורה היא ציווי אלוקי. הרמב"ם מפנה אותנו לתופעה דומה שמתרחשת במקום אחר. הוא מפנה אותנו **לחוקי הטבע**. הרמב"ם רוצה לטעון שתופעת הרוב קיימת גם בחוקי הטבע אשר נקבעים על פי הרוב.

בהתאם להסתכלות זאת, מטרת התורה לא מתגשמת על כל פרט ופרט – לא תמיד מטרת התורה מושגת. כל מה שנכון לגבי הכלל של המין לא תמיד נכון לגבי פרטים מסוימים אבל אפשרות אחרת היא בלתי אפשרית – כל מה שלא יכול להיות הוא גם חוק טבע.

**המצוות לא יכולות להתחשב באנשים בפרטיים ובהבדלי התקופות בדומה לטיפול הרפואי**. ראוי שהנהגת התורה תהיה מוחלטת (לכולם).

לסיכום: הרמב"ם אומר כי התורה ניתנה על פי הרוב ולא מתחשבים בחריג היוצא מן הכלל. זאת בניגוד לאריסטו. בהמשך הרמב"ם מפנמה אותנו ל2 מקומות אחרים:

1. **הפנייה לחיוב – חוקי הטבע** הרמב"ם אומר שהתורה ניתנה על פי רוב, וכך זה גם קורה בחוקי הטבע. חוקי הטבע מבטאים את מה שיש וחוקי המשפט מבטאים את מה שצריך להיות – שניהם חוקים אלוהיים. על פי הרמב"ם גם חוקי הטבע וגם חוקי התורה הם יצירתו של ה'. הוא יצר את הטבע ואת התורה, ולכן יש מקום להשוואה. השוואה זו מלמדת שזה עובד אותו הדבר – גם חוקי התורה וגם חוקי הטבע עובדים על פי עקרון הרוב. חוקי הטבע נכונים וטובים על פי הרוב, אבל **יש נזקים לפרטים**. מה שנכון לגבי הכלל – לא תמיד נכון לגבי המקרים הפרטיים.
2. **הפנייה לשלילה – טיפול רפואי** – הרמב"ם היה רופא גדול, והוא מבקש להשוות את חוקי התורה לדרכי הרפואה. ברפואה אומר הרמב"ם, כי **הרפואה עובדת על פי הפרט ולא על פי הכלל**. נדמה למרצה שכוונת הרמב"ם לומר שיש כללים ברפואה (תרופה X לY) אך הרופא לא מכיל את התרופה על הכלל – הטיפול הרפואי **מתייחס לפרט הספציפי.** אם כך ניתן לחשוב כי התורה גם יכולה להיות כך – אך הרמב"ם אומר על כך **כי זה לא יכול להיות**. אם לכל אחד יהיה דין אחר (כמו ברפואה) – אז אין תורה. הכלליות היא מטבע הדין/התורה/המשפט. כל התורה הייתה מתרסקת, לא הייתה מערכת אחידה בהתאם לאופיו, ואז לא היה דין.

על פי הרמב"ם – אנו צריכים ללכת על פי הדינים הכלליים.

בתיאור הזה של הרמב"ם מסתתרת הבחנה מאוד הכרחית.

לדעתי המרצה הרמב"ם מתייחס כאן **לשני מצבים חריגים**. המרצה טוען כי הרמב"ם מבדיל ומבחין בין חריגים. צריך להבדיל לפי זה בין המקרה החריג לבין האדם החריג. הרמב"ם מתייחס בפרק ל"ד לשניהם.

עיקר כוונתו זה לא המקרה החריג אלא **האדם החריג**.

מה ההבדל בין מקרה לאדם?

1. **מקרה חריג** פירושו כי יש נסיבות שיצרו מקרה שהמחוק לא צפה אותו – מקרה לא סטנדרטי.
2. **האדם החריג** – בא אדם ואומר כי הוא שונה מכולם. טבעו שונה, אופיו שונה, והדין לא מתאים לו. במקומות תועלת הדין מביא לו נזק – לא בגלל העובדות החיצוניות אלא בגלל התכונות האישיות. לכן התורה לא מתאימה לי. זו הטענה של האדם החריג ולטענת המרצה **זה מה שהטריד את הרמב"ם – האדם החריג**. על זה הרמב"ם אומר כי **הדין לא משתנה עבור האדם החריג**. הדין הוא כללי, נקבע על פי הרוב וחל באופן שווה גם על מישהו בעל תכונות שונות

על פי הבחנה זו– נמצא לדעת המרצה כי הרמב"ם לא חולק כל כך על אריסטו. אריסטו לא דיבר על האדם החריג. חוקי התורה מאוד רלוונטיים לטבע של האדם – ואריסטו לא היה מועסק על ידי שאלה זו. הרמב"ם לא מדבר על המשפט בכלל אלא על התורה שמתחשבת באופי של האדם – וזה מה שמטריד את הרמב"ם. הוא טרוד מכך שאדם יבוא וידרוש התחשבות של התורה במצב האישי של החריג. תשובתו היא שלילית – הדין לא משתנה בשביל האדם החריג.

לעומת זאת המרצה טוען, שבמה שקשור **למקרה החריג** – גם לפי הרמב"ם **יש פתרון** להבדיל מהאדם החריג (שהדין לא משתנה אליו) – והוא נקרא **פרשנות**.

כשמדובר במקרה חריג מצד העובדות – **ניתן לפרש את הדין** (לא תמיד) וזהו חלק ממלאכת הפרשנות. הפרשנות מחילה את הדין על מקרה א' ולא על מקרה ב' – זוהי מלאכה פרשנית מאוד מקובלת, ידועה וסטנדרטית. הרמב"ם ידע זאת יותר טוב מכולם.

מה שהטריד את הרמב"ם הוא האדם החריג – ועל זה הוא אומר באופן חד משמעי שהדין לא משתנה עבור היחיד.

(דף מודפס) **דוגמא נוספת** - **תשובה לאום צובה בעניין זמר הישמעאלים ויינם**

הרמב"ם נשאל שאלה הלכתית והוא עונה. לאחר מכן הוא מעלה את שאלת החריג – ותשובתו היא אותה תשובה כפי שראינו בפרק ל"ד. הוא משיב את אותה עמדה שנראתה בפרק ל"ד – הדין הוא כללי ולא משתנה.

**השאלה – האם מותר לשמוע שירי זמר**

**התשובה – אסור לשמוע שירי זמר (רמב"ם)**

יש קושי בתשובה זו – העמדה שאסור לשמוע שירי זמר נמצאת כבר בתלמוד, אך בתלמוד זה קשור לחורבן ביהמ"ש – אך הרמב"ם לא מבסס את האיסור על החורבן. הוא מבסס את האיסור על כך שהשמיעה של שירי הזמר **משפיעה לרעה על נפש האדם**. כנראה הוא מתכוון ליצר המין (האקסטזה/ההתרגשות בעקבות השירה משפיעה לרעה על היצר המיני – וזהו דבר פסול)

קרוב לוודאי שהרמב"ם לא התכוון לשירי קודש, אבל שרית חדד זו בעיה.

הרמב"ם לא מתחשב באדם היוצא מן הכלל, שאצלו הנגינה מביאה לזהירות הנפש, ולדרגה האנושית הגבוהה ביותר – כי הדינים התוריים נכתבו על פי הרוב והמצוי.

זהו מקרה קלאסי של **האדם החריג**. אדם אומר כי אצלו שירה ונגינה מביאה לטוב – הרמב"ם מסכים עם אותו אדם – **ואף על פי כן** הדין לא משתנה – כי התורה הולכת על פי הרוב. והיא לא מתחשבת היוצאים מן הכלל. כאן ניתן לראות את הדוגמא – הרמב"ם מחיל את התזה/התפיסה.

**לגבי האדם החריג הדין לא משתנה**

**המקרה החריג יכול לבוא על פתרונות על ידי פרשנות.**

היו חכמים שחלקו על הרמב"ם בתפיסתו על הרוב. הדוגמא הידועה שנעיסוקה במחקר היא על חכם ספרדי שחיי בתקופת הגירוש (סוף המאה ה15) – **רבי יצחק עראמה** – הוא היה פילוסוף חשוב שחיי בתקופת הגירוש והוא חיבר ספר שנקרא **עקדת יצחק** – זהו ספר פילוסופי שמכניס רעיונות פילוסופים לתוך הפרשנות המקראית.

בפרשת יתרו יש פרק ארוך, בו עראמה חולק על הרמב"ם. לפי בעל עקדת יצחק – יש פטורן ואסור ללכת לפי הכלל. הוא **מבדיל בין צדיק ובין ישר** – הוא מבדיל בין ישר (יושר) ובין צדיק.

**צדיק זה על פי הכלל** – זה מבטא את הדין הכללי

**יושר מדבר על המקרה הפרטי/ספציפי/חריג**.

לפי דעתו בניגוד לרמב"ם, יש למצוא פתרון גם למקרה החריג.

לפי דעת המרצה – על זה הרמב"ם לא חלק.

**בעל עקדת יצחק** מפנה למספר מקורות שתומכים בגישתו

סיפור ידוע בגמרה – ששם באמת נראה כי הדין משתנה בעקבות המקרה החריג. הסיפור הזה נמצא **בגמרא – בבא מציעא – ל"ב**

גיבור הסיפור – מרי בר איסק – אדם אשר התגורר בבל. מרי בר איסק על פי הסיפור היה כנראה בריון/מאפיונר, ותבעו אותו לדין אצל רק חיסדה (אחד מגדולי האמוראים). התביעה הייתה על ירושה – בא אדם אחר ממקום מרוחק בבבל, ותבע את איסק – הוא טען כי הוא אחיו של איסק, ומגיע לו חצי מן העיזבון. מרי בר איסק טען כי הוא לא מכיר את אותו אדם. הרב חיסדה אמר כי טענה זו סבירה - היא לא הזויה ויכולה לקרות (ששני אחים לא מכירים אחד את השני). הרב חיסדה אמר כי על האדם הזר להביא ראייה כי הוא אח. אמר התובע – יש לו עדים, אך הם חוששים לבוא כי מרי בר איסק היה בריון מפיונר והם מפחדים לבוא. הרב חיסדה אמר כי זו טענה צודקת – וביקש להביא מבר איסק עדים. איסק אמר כי "המוציא מחברו עליו הראייה" – והרב חיסדה אמר **כי כך הדין עבור איסק, וכל האלימים שכמותו**. לכן חיסדה מטיל עליו להביא את העדים.

**בעל עקדת יצחק** אומר כי כאן יש מקרה קלאסי בו הרב חיסדה משנה את הדין עבור המקרה החריג.

אבל הרמב"ם הכיר מקרה זה – והוא הובא להלכה במשנה תורה

**משנה תורה (פרשנות של הרמב"ם)** – מי שיש לו ראייה – הוא צריך פיזית לטפל בעדים ולהביאם לבית הדין. אבל אם בית הדין יודע שבעל הדין אלים והעדים חוששים – אז התובע צריך להביא את העדים.

איך ההלכה מסתדרת על פי ההלכה? על פי הרמב"ם – האם זה שינוי הדין?

על פי הרמב"ם לא מדובר בשינוי הדין **אלא פרשנות** – הרב חיסדה **פירש את הדין** – **ולא שינה את הדין**. זאת הטענה של המרצה – כאן יש פרדיגמה לכל הגישה של הרמב"ם.

**פרשנות זה לא שינוי הדין – זהו הדין עצמו**. פרשנות יכולה להביא בחשבון את המקרה החריג

לפי הרמב"ם זוהי פרשנות הדין וזהו הדין לכל מקרה מן הסוג הזה.

**לסיכום, פרשנות:**

1. **מכוונת למקרה החריג**
2. **היא לא שינוי הדין – אלא הדין בעצמו.**

31.01.17

**שיעור 23**

בשיעורים הראשונים של הקורס קיבלנו הקדמה ספרותית על ההלכה – הוא נכלל בחלק במבחן שקשור לאלון

דיברנו על היחס לסוגיות התלמוד – ואמרנו שהתלמוד הוא הבסיס להלכה, ובמקביל הוא גם נושא מרכזי במחקר מדעי היהדות. דיברנו על ההבדל בין הגישה המסורתית הרבנית הישיבתית ללימוד התלמוד לבין הגישה המחקרית באקדמיה.

יש 2 גישות:

1. הגישה הרבנית המסורתית
2. הגישה המחקרית התרבותית

בנוסף – יש **גישה שלישית**

1. חוקרי המשפט העברי

הדרך השלישית מורכבת משילוב הדרכים הראשונות (המסורתית + המחקרית/טקסטואלית) ומוסיפים לכך את המבט של חוקר המשפט.

חוקרי המשפט העברי מוסיפים את נקודת המבט המשפטית, והיום המרצה ידגים לנו זאת. זה מתחבר גם לנושאים שלמדנו בקורס.

אנו עסקנו יותר באיך – דרכי הפעולה, ולא בתכנים. כאן נבחן סוגיה על פי התוכן שלה – באמצעות השתלשלות הדברים בפסיקה תוך הדגשה על הניתוח המשפטי.

זאת לא הסוגיה הכי טובה שהמרצה יכול היה לקחת, אך בגלל שהזמן קצר, הוא בחר בה.

הנושא שהמרצה רוצה לעסוק בו קשור למשבצת מסוימת בתוך המשפט הפרטי – דיני הממונות.

המשפט הפרטי – דיני הממונות זה החלק הקלאסי של המשפט הקלאסי בכלל והמשפט העברי בכלל. כשבנו על חשיבה משפטית, הדוגמא הכי טובה זה דיני הממונות – המשפט הפרטי. דיני מיסים/פלילי זה משהו אחר.

**כשאנו מדברים על משפט עברי – החלק הכי רלוונטי/מעניין/יישומי הוא המשפט האזרחי/דיני הממונות.** (לא רק)

ענף מסוים בתוך דיני הממונות נקרא **דיני עשיית עושר שלא במשפט**

מדובר בענף מיוחד בתחום הרחב של דיני הממונות.

**דיני עשיית עושר** מטפלים בנסיבות מיוחדות בהן נוצר חיוב ממוני בין אדם לאדם אחר. בד"כ כאשר מדברים על חיובים – משהו שאדם חייב כלפי מישהו אחר**, בד"כ ההבחנה הקלאסית אומרת שחיובים באים מ2 מקומות – חוזה או נזק.** בהיסטוריה של המשפט זוהי ההבחנה המקובלת.

יש כמובן גורם שלישי שהוא **החוק** – אבל זהו מקור יחסית צדדי.

הבעיה היא שיש מצבים שלא נכנסים באופן פשוט למסגרת של דיני החוזים או הנזיקין. ואע"פ כן מתחייב ליצור חיוב/השבה

**לדוגמא:** דוגמא של ההבדל בין משפט ומוסר. מהתנגשות זו – בא לעולם הענף של עשיית עושר.

נושאים של עשיית עושר מדברים על מצבים בהם אדם קיבל משהו שלא מגיע לו – הרווחת ממשהו שלא הגיע לך – שלא כדין. אם קיבלתי משהו כדין (חוב, שכירות) – אז זה בסדר, אך יש מצבים שאדם מקבל משהו שלא מגיע לו, ומתעוררת השאלה האם שאתה מקבל דבר כזה – האם אתה חייב להשיב או לא.

**דוגמא:** סיפור אמיתי של המרצה: התעשרות שנוצרה מתוך טעות. קיבלת משהו רכושי/כספי שלא היה מגיע לך מתוך טעות. למשל- בבנק גיליתי שנכנסו 10,000 ₪. אני לא מבין מהיכן הגיע הכסף. המרצה דיבר עם הבנק ותוך שניה זה לא היה. מתוך טעות נכנס לחשבון 10,000 ₪. האם אני חייב להחזיר את זה?

כאן יש את ההבדל בין מוסר למשפט – האינטואיציה המוסרית אומר **וודאי שכן**, אבל השאלה שעולה – האם יש מקום לחיוב משפטי נגדי? עד לפני כמה דורות התשובה הייתה לא – חיובים נוצרים מחוזים ונזק, ולא היה אף אחד מהם. לכן מבחינה משפטית התשובה היא **שלילית** – לא היה חיוב משפטי הקובע כי יש לבצע **השבה**. לכן נוצר ענף עשיית עושר לא כדין.

**עשיית עושר שלא במשפט -** כאשר אתה מקבל משהו שלא מגיע לך – אתה צריך להחזיר את מה שקיבלת (התחיל במאה ה19 – התגלגל למשפט האמריקאי וגם לארץ)

לפני כן, לא היה שם אחד למושג זה, עד שבא השופט חשין (הראשון) והוא אימץ את הביטוי הזה מספר ירמיהו, ואז תחום זה אימץ את המושג עשיית עושר שלא במשפט. זה יתקבל גם בחוק הישראלי (1979). עד לחוק הזה היה בארץ המשפט האנגלי – חלק מהנושאים נשלטו על ידי הדין האנגלי – וביניהם דיני החוזים. הדין האנגלי יצר ענף שלם של סיפורים אלו – וזה נקרא באנגליה "**מעיין חוזים"** – הם החילו באופן מלאכותי את דיני החוזים למרות שאין כאן חוזה.

המרצה רוצה לדבר על סוג מסוים של מקרים. הוא מאופיין בפעולה שאדם עושה **במכוון לטובת מישהו אחר**. זהו סוג מסוים של פעולות שנכנסות תחת הקטגוריה של עשיית עושר. הדוגמה הקודמת הייתה של דבר שהגיע בטעות, עכשיו אנו מדברים על סיפור אחר – לא טעות, אלא בכוונה. מישהו בכוונה עשה לטובתך משהו – וזה הביא לי להתעשרות. השאלה היא **שאלת ההשבה**

לא מדובר על פיצויים, אלא השבה. **האם העובדה שקיבלת משהו ממישהו אחר, מחייבת אותי להשיב?**

אותו אדם שהביא את התועלת כעת מבקש את חלקו – מגיע לו חלק מההתעשרות לטענתו. זוהי קטגוריה משנית בתוך הקטגוריה הכללית של דיני עשיית עושר.

2 הדוגמאות העיקריות למצב זה:

1. אדם שנכנס לשטח שאיננו שלו – ובנה שם מבנה/נטע נטיעות. פעולה זו הביא רווח לשכן – אני בניתי לו צימר **בלי שהוא ביקש/ידע** – ואני בניתי לו צימר מתוך הנחה שזה דבר טוב. בעל הנכס חוזר ושמח על הצימר – הוא משכיר. יש דיירים ואורחים, אך עכשיו השכן שבנה דורש את הכסף – הוא לא עשה זאת בחינם. הוא עשה זאת לטובתו, ועכשיו מגיע לו חלקו.

השכן אומר לו – לא ביקשתי ממך טובות. המקסימות זה "תודה רבה". זהו העימות.

1. **פורע חוב הזולת** – חבר נאנק תחת עול הנושים. הוא מסכן, למשפחה אין מה לאכול. במכולת נותנים לו את המצרכים ברחמים, אבל אין פירעון. מגיע יום שבעל המכולת אומר לו כי הסיפור נגמר – אין יותר הקפה. יש חוב של 10,000. אם לא פורעים אותו לא משלמים את כספו. אז החבר מגיע ופורע את חובו במכולת.

אז מצבו של העני משתפר, והחבר דורש את הכסף. העני שכבר משתכר – יגיד עתה כי הוא לא ביקש טובות.

מדובר בהתעשרות שנוצרה במכוון אבל שלא **בהסכמה**. אם הייתה הסכמה אלו הם דיני החוזים, ולכן מדובר על התעשרות שלא נעשתה בהסכמה – ודיני החוזים לא מכסים זאת. בשני המקרים המתעשר מסרב לשלם, ולכן מקרים אלה נכנסים לדיני עשיית עושר.

חוק עשיית עושר לא כולל את כל המקרים מהסיבות הבאות:

1. יש חוקים אחרים שמטפלים בנושאים הללו
2. ההוראה הכללית מכסה - חוק עשיית עושר – סעיף ראשון שלו כולל הוראה כללית. ס' 1 (א) – מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס שהוא או טובת הנאה אחרת, חייב להשיב. זוהי הוראה כללית שמכסה שורה שלמה של מקרים.

הסיפור הראשון שהמרצה הזכיר מדבר על אדם שנכנס לשטח של שכנו שלא ברשות (2 שכנים במושב מלא צימרים) – השכן לא בנה עד היום ואני בניתי צימר על שטחו.

**דוגמא אחרת**: **יורד לשדה חברו**

**נטיעה** (ולא בניה) – נניח שאני זרעתי ירקות בשטחי, אך השכן לא עשה כלום. אני חושב שזה בזבוז/חבל – ושאני מעסיק את הפועל שלי, אני נכנס גם לשטח את השכן. התוצאה היא התעשרות/רווח. צריך לקחת זאת בחשבון – העובדות חד משמעיות:

1. עשיתי זאת שלא ברשות
2. התוצאה רווחית – רווח לבעל הקרקע

הבעיה היא שעכשיו השכן שהוציא הוצאות ועבד בשביל התוצר – מבקש את חלקו, ובעל הקרקע מסרב. זה מה שקרוי בהלכה: **יורד לשדה חברו**

יורד לשדה חברו ונטיעה שלא ברשות (ללא הסכמה) – ובעל הקרקע מסרב לתת רווחים עבור הנטיעה. הדין האנגלי תופס עמדה מאוד נחרצת בנושא – בכל המקרים מסוג זה, לא מגיע לך כלום. זוהי התשובה חד וחלק במשפט האנגלי. – לא מגיע לך. יש כאן תופעה שכיחה של **דיני הממונות.**

בשאלות מסוג זה באם לידי ביטוי גם **שאלות ערכיות**, וזה בא לידי ביטוי גם בדיני ממונות.

דיני הממונות מורכבים מ2 גורמים-

1. הניתוח המשפטי – ההגדרה הפורמאלית המשפטית
2. שיקולים ערכיים

קיימים שיקולים ערכיים כי אנו מדברים על התנגשות אינטרסים – שני צדדים כאשר לכל אחד יש את נקודת המבט שלו, האינטרס וההיבט שלו – והטיעונים לא תמיד שחור לבן. הם לפעמים שקולים, והכרעה ביניהם אינה קלה/אוטומטית. הכרעה מושפעת פעמים רבות גם משיקולים ערכיים.

לכן בדיני הממונות יש מקרים שכוללים שיקולים ערכיים עם ההגדרה המשפטית.

זה בא לידי ביטי בעמדה של המשפט האנגלי – לדעת המרצה במשפט האנגלי השוללת שכר למתנדב, והיא כוללת 2 צעדים:

1. טיעון ערכי – מה אתה מתערב במה שלא שלך? אתה עשית מעשה שלא מן הראוי לעשותו. בעיקרו הוא אינו חיובי – אתה נכנסת ועשית פעולה בשטח שאינו שלך. זהו טיעון ערכי
2. ההגדרה המשפטית – אם עשית פעולה כזאת, אתה מוגדר **כמתנדב**. חזקה עליך שעשית זאת בהתנדבות. כאן באה ההגדרה המשפטית של מתנדב – שעושה דברים בלא תמורה.

המשפט העברי יוצא מנקודת מוצא **הפוכה**.

הוא אומר כי בסה"כ הייתה כאן פעולה טובה – הכוונה הייתה טובה, ומטרתה הייתה לתרום לפעולת השכן. לא מדובר בפעולה שלילית/לא ראויה, ומכאן המסקנה של ההלכה – **שבוודאי למי שבנתה ונטע לזכות הזולת – מגיע לו שיפוי**. הוא זכאי להשבה.

אך השאלה הבאה מאוד משמעותית – **כמה מגיע להשיב/לשפות?**

השאלה כמה או מתי בדיוק היא שאלה מאוד משמעותית, ויש כאן חילוקי דעות. לדעת המרצה – חילוקי הדעות נובעים מעמדה עקרונית שמייצגת את שני הצדדים לעימות הזה. מדובר בדוגמא קלסית של עימות הכולל 2 צדדים עם טיעונים חזקים ושקולים: מצד אחד אומר הנוטע כי הוא הביא את הרווח ומגיע לו חלק. מצד שני אומר בעל הקרקע כי לא בוקשה רשותו – וכך נלקחת החירות/שליטה/זכות הבעלות. מדובר בעימות בין 2 צדדים שקולים.

לדעת המרצה – ההלכה אומנם אמרה שהנוטע נחשב למי שעשה פעולה חיובית, אבל עדיין ההלכה איננה מתעלמת העימות הזה שבין 2 הצדדים – בין האינטרס/טענה של הנוטע ובעל הקרקע. העימות הזה משתקף לדעת המרצה כבר במחלוקת הראשונה בתלמוד. המחלוקת בתלמוד היא לא שאלה של האם אל **כמה**

**בב"א מציע רב שמואל כ"א**

שמואל היה חבר הרב האמוראי. הוא היה במחלוקת עם הרב.

**הרב גדול האמוראים בבבל:** מעריכים את טיב הפעולה של הנוטע, אבל הוא מקבל את **המינימום**. הוא מקבל את **הכי פחות שאפשר** (ידו על התחתונה). זה בד"כ הוצאות ושכר עבודה – הוא מקבל את מה שהוא הוציא, אך שום דבר ברווחים.

**שמואל חולק** – צריך לבדוק/להעריך כמה אדם מוכן להשקיע כדי להשיג את התוצאה שהושגה. מגיע לו הרבה יותר מאשר רק הוצאות ושכר עבודה.

הרב משקף את עמדת בעל הקרקע – אין לנוטע שום חלק בהתעשרות אלא רק בהוצאות – לא הייתה הסכמה ולכן לא מגיע לנוטע רווחים.

שמואל מסתכל מכיוון הנוטע – יש רווחים שהגיעו מהנוטע, ועל פי שנואל מגיע לו יותר. צריך להעריך כמה אדם מוכן להשקיע בנסיות האלה – יותר מאשר הוצאות ושכר טרחה.

ההמשך בגמרא הוא שונה לגמרי – בסופו של דבר המחלוקת מקבלת צורה שונה לחלוטין בהמשך הסוגיה. בהמשך בא אמורא אחר שחיי כ2-3 דורות אחרי שמואל. בא חכם ידוע בשם **הרב פפא**

**הרב פפא** – אין כאן מחלוקת. הרב ושמואל **לא** חלוקים. אין מחלוקת מכיוון שהם מדברים על מצבים **שונים** ולא אותו מקרה.

על פי הרב פפא – מה שקובע לגבי חובת ההשבה זה האם השדה הייתה מיועדת לנטיעה הזאת שאני נטעתי – האם הנטיעה שאני נטעתי היה הדבר הכי נכון מבחינת התוצאה הכלכלית – האם זה היה הדבר הכי כלכלי לעשות בנסיבות הקיימות? האם השדה היה מיועד לנטיעה זו?

אם התשובה **חיובית** – אז על זה מדבר שמואל, ולכן מגיע לו יותר

אבל הרב מדבר על מקרה מסוג אחר – נוטע נטע נטיעה שאינה הכי מתאימה לקרקע – זהו לא הרווח האופטימלי, ולכן על פי הרב – מגיע לו פחות וידו על התחתונה.

אין מחלוקת – שמואל מדבר על א' ורב מדבר על ב'. לכן רב פפא מעלה את שיקול ההתאמה – **התאמה הפעולה לנסיבות/התוצאה – "שדה העשויה ליטע**" – מיועדת לנטיעה שהנוטע עשה.

דעת המרצה – כאן בא לידי ביטוי לדעתו אחת הדוגמאות **להבדלי התייחסות/הגדרה** בין הגישה הישיבתית המסורתית לגישה המחקרית. גם כאן יש הבדלי גישה עקרוניים/מתודיים בין הלומד הישיבתי לבין החוקר. הלומד הישיבתי בטוח כי הרב פפא מפרש את הרב ושמואל – הוא בטוח הרב פפא מתאר את המציאות. החוקרים מצד שני אומרים שזה לא מה שקורה כאן – רב פפא **מציג עמדה שונה לחלוטין** – היא מולבשת בצורת פרשנות, אך ברור כי הרב ושמואל לא התכוונו לזה. הרב ושמואל **בוודאי חולקים** – הם הביעו עמדה עקרונית/כללית על פעולות מסוג זה.

הרב אמר כי ידו על התחתונה כי הוא תומך בבעל הקרקע.

שמואל יוצא מנקודה עקרונית אחרת ואומר כי מגיע לנוטע יותר.

הרב פפא מציע **עמדה חדשה** – הוא אומר שזה לא תלוי בידו על התחתונה, אל בטיב הפעולה ותוצאתה. אם התוצאה הייתה מקסימלית מצד הרווח – מגיע לו יותר. אם הרווח היה פחות מהמקסימלי – מגיע לו פחות. זאת לא פרשנות אלא עמדה חדשה, וזאת הנוסחה שהתקבלה בהלכה – כי זו העמדה היותר מאוחרת בגמרא (של הרב פפא)

אם נסכם את עמדת ההלכה עד כאן –

נדמה למרצה שאפשר להעמיד את העמדה ההלכתית על **3 יסודות**:

1. התוצאה היא ברורה. יש רווח כלכלי לבעל השטח. אין ויכוח על העובדות. הייתה פעולה שלא ברשות, אך היא הייתה רווחית והביאה רווח לבעל הקרקע.
2. **ההסכמה** – ההלכה שאזכרנו בנויה על ההנחה שהייתה הסכמה לפחות **בדיעבד** מצד בעל הקרקע. נכון שהנוטע נטע שלא ברשות – אך לכאורה בעל הקרקע משתף פעולה ומקבל את תוצאות הפעולה. בדיעבד הוא אומר – אם כבר, אז כבר.
3. **הנוטע לא התכוון להיות מתנדב**. בניגוד למשפט האנגלי – ההלכה אומרת כי אין מדובר במתנדב – הוא עשה זאת כדי להרוויח משהו. הוא ידע שהצימר/החלקה שייכת לבעל הקרקע, אך הוא לא התכוון להיות מתנדב כאשר הניח מראש שמגיע לו חלק מהרווחים העתידיים. לא הייתה כאן פעולת צדקה – אלא פעולה לטובתו שלאדם אחר מתו ההנחה שמגיע לו רווח.

לא מדובר במקרה הקשה, אלא המקרה הקל. המקרה היותר קשה הוא **מקרה המבחן**

המקרה הקשה הוא **כאשר לא קיים גורם ההסכמה**. מה קורה שבעל הקרקע אומר שהוא לא רוצה את מה שעשה הנוטע/בונה הצימר? גם בדיעבד הוא מסרב לקבל את הפעולה.

בלשון ההלכה – "**תול ארצך ואבניך, ולך"** – הסתלק גורם ההסכמה. בעל הקרקע לא מסכים לקבל גם בדיעבד. הוא דורש פירוק/סילוק. מה אומרים על מקרה כזה? כשיש הסכמה החיים קלים, אבל מה קורה במקרה כזה? מצד אחד יש רווחים, אך מצד שני בעל הקרקע לא מסכים.

התשובה היא **שיש מחלוקת גדולה בהלכה** בין 2 גישות בראשונים.

בראש גישה אחת עומד ה**רמב"ן**

הרמב"ן אומר: אם מדובר בשדה המיועדת לנטיעה – כלומר, עשיתי את הפעולה הכי נכונה/רווחית – במקרה כזה תביעת בעל הקרקע **לא מתקבלת**. היא נראית לא סבירה, היא נראית נקמנית ושרירותית. יש לך רווח – אז למה קח ולך? אם זה מיועד לנטיעה – טענת קח ולך לא מתקבלת. בעל הקרקע חייב לשפות את הנוטע/בונה הצימר לפחות בעלות הבנייה/נטיעה.

בראש הגישה השנייה עומד ה**רא"ש**

על פי הרא"ש – בעל הקרקע לא חייב להסכים/לקבל – הוא רשאי להתנגד/לסרב. הוא רשאי לומר זאת גם אם השדה הייתה מיועדת לנטיעה וגם אם צפויים להיות רווחים. הוא רשאי לומר לנוטע כי הוא לא מעוניין. **זאת העמדה שהתקבלה בהלכה ובשולחן ערוך**.

הרמב"ן מייצג את האינטרס של הנוטע – יש רווחים, אז מה פתאום לא? למה למחוק את כל הרווחים האפשריים? מגיע לנוטע השתתפות/שיפוי מסוים (במידה והרווחים היו הכי אופטימליים)

הרא"ש מייצג את בעל הקרקע – ההכרעה בסופו של דבר בידי בעל הקרקע. זה לא משנה אם הרווח אופטימלי או לא – הוא רשאי להסכים או לא להסכים. המילה האחרונה היא שלו ובעל הקרקע בכל מקרה רשאי לדרוש סילוק. הוא לא חייב לקבל את תוצאות הפעולה והוא לא חייב לשלם לנוטע דבר.

העובדה שההלכה קיבלה את הרא"ש – זה אומר שהמרחק בין המשפט האנגלי לעברי הוא הרבה יותר קטן ממה שחשבנו תחילה. המשפט העברי והאנגלי יוצאים מנקודת מבט הפוכה – אבל בסופו של דבר במקרה הקשה (עמדת המבחן) עמדת הראש התקבלה – העמדת הראש כעמדת המשפט האנגלי. במקרה הקל/רגיל יש הבדלים (חייבים לשפות) אך במקרה הקשה/יותר קיצוני – התקבלה עמדת הראש, שקרובה למשפט האנגלי.

נדמה למרצה כי המחלוקת בין הרמב"ם והראש מאוד מעניינת. הרמב"ם רואה בסירוב משהו נקמני/שרירותי – למה לא לממש את הרווח? הוא רואה בכך משהו לא סביר. והרא"ש רואה בכך משהו משפטי פורמאלי – בעל הקרקע מחליט בסופו של דבר.

יש למרצה עוד שלב בנושא הזה בחוק המקרקעין – היא יותר קרובה למשפט העברי מהאנגלי, אך נראה זאת בתחילת השיעור הבא.

**התייחסות לשאלון הדוגמא**

בשאלון יש 3 שאלות. הוא משקף רק את השיעור (ללא החלק של אלון שיהיה במבחן – מדובר על שאלות על החומר בלבד – שאלות על מושגים ומחלוקות)

החלק של השיעור בעיקר/בד"כ כולל שאלות של הבנה/ניתוח/יישום ולא אינפורמטיביות (רוב השאלות)

בדוגמא – 2 השאלות הראשונות הם מחומר השיעור, והשאלה השלישית היא מחומר הקריאה. השאלה השלישית נוגעת למאמר של רבי שגיא – שקורפ. מדובר בשאלה אינפורמטיבית

2 השאלות הראשונות הם העיקריות – וצריך לקרוא אותם בעיון, אך לא להתעלף. לקחת כוס מים לפני קריאת השאלה ולא לאבד את העשתונות. לא תמיד קל למרצה להעריך את המשקל, ולכן המרצה אומר כי יכול להיות קושי מסוים במבט ראשון, אך כשקוראים בניחותא הכל פשוט.

שאלה ראשונה מתייחסת להערמה – מדובר בשאלה לא קשה

השאלה השנייה קצת יותר קשה – היא מתייחסת לפרק ברמב"ם ל"ד על כלליות הדין. זהו הנושא של השאלה השנייה. השאלה היא האם תשובה מסוימת של הרמב"ם עולה בקנה אחד עם העיקרון של כלליות הדין פרק ל"ד?

המבחן יהיה שעתיים וחצי ומחולק ל2 חלקים – חלק ראשון החומר של המצרה, וחלק שני של אלון.

02.02.17

**שיעור 24**

בשיעור הקודם הובאה לנו דוגמא של אדם יורד בשדה חברו – המבצע פעולת השבחה (בנייה או נטיעה) – קודם הנכס היה שווה X ועכשיו הוא שווה יותר. בין אם מדובר במטע או שדה ירק, ובין אם זה בנייה מסוג כלשהו. השאלה היא מהו מקומו של הפועל?

ראינו את המשפט האנגלי מול המשפט העברי. 2 שיטות משפט אלו מייצגות את 2 הצדדים. בדיני הממונות מדובר במקרה קלאסי של התנגשות של הצדק – שני הצדדים צודקים, ויש הגיון מסוים ב2 הצדדים. לכן ההכרעה היא **גם ערכית**

המשפט האנגלי רואה את הפועל במתנדב – שעשה פעולה ערכית ואין צורך להשיב לו סכום מהרווחים.

במשפט העברי הפעולה חיובית גם מצד הכוונה וגם התוצאה – לכן לא מדובר בנזיקין/השגת גבול, והנוטע/הבונה **זכאי להשבה** – אבל השאלה היא כמה?

שאלת הכמה מייצגת את הצדדים בעימות – יש כאן עימות הגיוני בין הצדדים – אחד אומר שהוא תרם לרווח, והשני אומר כי עשה זאת לא ברשות.

גם במשפט העברי זה בא לידי ביטוי. רב ושמואל דיברו התדיינו על נושא זה.

בסופו של דבר הגענו לכך שהכל טוב ויפה כל עוד יש הסכמה. המקרה הקשה הוא כאשר אין הסכמה: בעל הקרקע אומר "**קח ולך**". אין וויכוח על העובדות – יש רווח, אבל בעל הקרקע מסרב – הוא אומר שהוא לא מעוניין. "**תול עציך, אבניך ולך"**

כאן ראינו התדיינות בין ה**רמב"ן והרא"ש**.

הרמב"ן מציג עמדה מוסרית – יש כאן רווח, למה לומר לא? אם השדה עומדת מיועדת לנטעיה (היא הכי נכונה) – הנוטע זכאי לשיפוי.

הרא"ש אמר כי בעל הקרקע רשאי להחליט והוא הקובע. המילה האחרונה היא של בעל הקרקע.

רוב הפוסקים **הולכים בעמדה של הראש**. כאן אנו רואים ש2 עמדות אלו מייצגות את 2 הצדדים – הרמב"ן מייצג את עמדת הנוטע, והרא"ש נותן את ההכרעה בידי בעל הקרקע.

לפי המסקנה הזאת, אם אנו הולכים עם הראש – מצטמצם הפער בין המשפט האנגלי והעברי. אומנם במקרה הקודש שבעל הקרקע מנצל את הרווח – יש הבדל במשפט העברי והאנגלי. אך במקרה היותר קיצוני – הראש אומר כמו המשפט האנגלי. בעל הקרקע הוא המחליט. כאן יש צעד אחד מעניין נוסף.

הצעד האחרון בתפיסה ההלכתית הוא של אחד בגדולי זמננו:

**החזון אי"ש**. הוא הגיע לארץ בשנות ה30 ונפטר בתחילת הקמת המדינה. הוא הפך למנהיג המוחלט של הציבור החרדי והייתה לו השפעה עצומה על החברה החרדית. הייתה לו פגישה עם בן גוריון שהשפיע מאוד גם עליו וגם על בן גוריון. שניהם יצאו מהפגישה עם מידה של הערכה אחד כלפי השני. אנו יודעים זאת כי יצחק נבון היה בפגישה – ובעולם החרדי יש בפגישה הזו סיפורי אגדות על הפגישה, אבל הכל אגדות. העד הנכון היה יצחק נבון.

כשדיברנו על היתר המכירה בשנת השמיטה – עמדו 2 גדולי הדורות – החזון אי"ש והרב קוק.

החזון אי"ש הוסיף צעד נוסף בתפיסה ההלכתית בנושא הרמב"ן והרא"ש. החזון אי"ש בא לפרש את עמדו של הרמב"ן – הרמב"ן אמר כי אם הקרקע מיועדת לנטיעה, אז הסירוב לא מתקבל.

חזון אי"ש אומר כי צריך להבדיל במקרים שונים **לפי סוג ההנמקה**/טיב ההסבר של בעל הקרקע. הרמב"ן מסרב לקבל את הסירוב של בעל הקרקע.

אם בעל הקרקע לא נותן נימוק סביר – זה לא תקין.

אבל יכול להיות מקרה אחר, שבו בעל הקרקע מסרב מסיבה הגיונית **למרות** שמבחינה כלכלית הנטיעה הביאה רווח. יכול להיות שבעל הקרקע רצה מגרש משחקים לילדים. אם בעל הקרקע נותן נימוק מסוג זה – לא כלכלי אך הגיוני/סביר/אפשרי, אז גם הרמב"ן מסכים – שבעל הקרקע לא חייב במקרה כזה **שום דבר** עבור הנוטע. במקרה הזה זה לא בלתי סביר – ובמקרה הזה הוא לא חייב לשפות בכלום את הנוטע/הבונה.

מה יוצא לפי פרשנות זו? החזון אי"ש **מקרב את הרמב"ן לרא"ש**. גם הרמב"ן מודה כי יד בעל הקרקע על העליונה במקרה זה – הוא לא חייב לשלם דבר לנוטע/לבונה. זה מקרב את המשפט העברי לאנגלי, וזה אומר כי כניסה לשטח שלך שלא בזכות – יש בכך סיכון/אלמנט לא חיובי. הסיכון הוא שאתה יכול לצאת בלא כלום. במקרה הזה התוצאה יכולה להיות 0/הפסד/נזק לנוטע/בונה, כי הוא עשה פעולה שלא על דעת בעל השטח ללא אישורו.

יש עוד סוגיה שמעניין להשוות אליה (לא נעשה זאת) בהיבט העקרוני שלה – וזה כאשר **אדם פורע חובו של חברו**. כאשר אדם משלם חוב של מישהו אחר – יש חבר/אח שחייב כסף ואני משלם את חובו לנושה. זהו סיפור דומה בהיבט העקרוני כי יש כאן עולה מכוונת לטובתו שלאדם אחר. זו התעשרות מתוך פעולה מכוונת – הכוונה להטיב עם מישהו אחר. יש דיונים מעניינים גם בהלכה וגם במשפט על הסיפור הזזה. המשפט האנגלי עקבי בשיטתו (גם כאן לא מגיע לך כלום) ורואה אותך כמתנדב. הסיפור במשפט העברי יותר מורכב בסוגיה זו – יש הבדלים בין היורד לשדה חברו לבין פורע חובו של חברו.

**מעבר על המבחן לדוגמא**

**שאלה 1**

שאלה על הערמה (**חשוב מאוד למבחן**) צריך לקבוע על איזה נושא מדובר תחילה – לחשוב בהיגיון וקור רוח. לזהות תחילה את השאלה/הנושא.

הנושא כאן הוא הערמה (והיא חזרה כמה פעמים עם השנים – "השנה לא")

בשאלה המרצה ביקש להתייחס גם לשאלה וגם לתשובה!!

**ההתייחסות לשאלה**: על פי מה שלמדנו השאלה לא נכונה – כי דיברנו על מקרים בדאורייתה (בדברי תורה) – וזה שכתוב שאסור לעשות הערמה על פי דברי התורה – זה שטות ולא נכון.

כאשר מביאים ראיות לביסוס התשובה לשאלה– אנו צריכים ב2 שורות להסביר על המקרה

**התייחסות לתשובה** – זה גם לא נכון. השלב הראשון בהתפתחות מכירת החץ הייתה למכירת חמץ לנוכרי שאתה מכיר – מתוך ההסכמה שבשתיקה שהוא **מחזיר לך את זה**. גם על זה הפוסקים אומרים שזו הערמה

המרצה לא מצפה שנפרט עד כדי כך – אך הוא מצפה שנגיד שזה לא נכון, **מכיוון שהמכירה הזאת היא לא מכירה אמתית במובן הריאלי שלה**. אין כל מה שמתלווה למכר/העברת בעלות במקרה הרגיל. החמץ נשאר בבית – ובמוצאי פסח הוא מיד שלך – ולכן מדובר במכירה פיקטיבית (כמו נישואין פיקטיביים), לכן זה בוודאי הערמה.

נקודה שלישית – הראיות – ניתן להביא דוגמאות ממעשר שני, שם המשנה קוראת לו הערמה. גם במעשר שני אם אני מעביר את הפירות אני יודע שבאופן תיאורטי אם אני מעביר את הפירות אני יכול לקחת ולהחזיר אותם –זה פורמאלי. 99% שזה יקרה. לכן לומר שהערמה זו שונה מהערמת חמץ היא פשוט טעות.

התשובה היא קצרה – צריך לחשוב אבל לא צריך לכתוב הרבה. כל מה שהמרצה אמר נגמר ב15 שורות. **אם כותבים יותר מידי – בדרך כלל משלמים על זה**. **לא צריך יותר מ10-15 שורות**.

**שאלה 2**

דיברנו לאחרונה רק לפני שבוע – הנושא הוא **בעיית היושר (מורה נבוכים פרק ל"ד)**

המרצה יסביר את השאלות (גם אם המשפט לא ברור כרקע)

לפי ההלכה עבירה שמוגדרת עבודה זרה – תעדיף למות ולא לעבור לעבודת עבודה זרה.

אחד הרבנים כתב עליהם שהם עברו עבירה של עבודה זרה – ואומר כי הם היו צריכים למות.

הרמב"ן אומר כי **עבודה זרה זה במעשה – אך דיבור לבד לא מחייב למות**. לדעת החוקרים מדובר במקרה חריג בו הרמב"ם לא אומר למות לפי שיטתו. לפי הרמב"ם הרי אין מקרה חריג שהדין חל כלפיו.

1. **התשובה** האמתית היא שלא מדובר פה במקרה חריג – **ההלכה עצמה מדברת על המקרה**. ההלכה אומרת שאדם ימות אם עשה עבודה זרה (לא צריך להגיד)
2. גם אם מדובר במקרה חריג – צריך להבדיל בין האדם החריג למקרה החריג. המקרה החריג כפוף לפרשנות – ובמקרה הזה **הרמב"ם פירש את ההלכה**. הוא נתן פרשנות לדין והמציא פרשנות חדשה ויצירתית. הרג ואל יעבור זה **רק במעשה ולא בדיבור**. הוא עשה זאת כדי שכל היהודים האנוסים ימשיכו להיות יהודים ויחיו – כי לא מדובר במעשה של עבודה זרה, אלא אמירה בלבד – שעליה לא חל הדין. **יש להזכיר את המקרה של מרי בריסה – שם הסיפור** (סימוכין)

**שאלה 3**

המרצה לא ידבר עליה – שאלה 3 היא שאלה אינפורמטיבית. היא לקוחה מהמאמר של שמעון שקופ – שמבדיל בין תורת המשפטים לדין. צריך לציין מהו אומר ולהסביר מה הוא מפרש באגדה. לא מדובר בדבר חריג הדורש מחשבה.

**דגשים למבחן**

המבחן אורך שעתיים וחצי

מחולק ל2 חלקים:

1. כוללה 80 נקודות. כולל את השיעור + החומר מהמאמרים – חלק זה כולל 4 שאלות **ללא בחירה**. הוא מורכב מ3 שאלות של החומר מהשיעור ושאלה 4 מבוססת על אחד המאמרים שהזכרנו. השאלה המבוססת על המאמרים צריכה להיות מבוססת גם על השיעור. השאלה הרביעית היא אינפורמטיבית אך דורשת גם מחשבה – אנו נדרשים גם ליישם את דעתנו על פי המאמר ומה שנלמד בכיתה.

3 השאלות הראשונות שמבוססות על חומר השיעור דורשות חשיבה – אנו מקבלים קטע ממאמר ואנו צריכים לחוות את דעתנו. זה לא ישר מהמותן – הוא דורש חשיבה, אך **זה לא קשה**. לא מדובר בשאלות מכשילות – צריך לחשוב הרבה, קצת לכתוב ולא להיבהל. אם הרקע ההלכתי לא ברור – המרצה יסביר לנו.

1. החומר של אלון הוא **אינפורמטיבי** – המרצה שואל רק על הדברים הכי בולטים. בנוסף – בחלק זה המרצה לא מקפיד עד הסוף. גם אם מישהו לא כיסה את כל העניין (ידע 70-80%) – הו מקבל את כל הנקודות. בחלק של אלון יש 3 שאלות מתוך 4 (בחירה). לא צריך לכתוב במפורט את כל הפרטים, ומספיקה תשובה שכוללת את העניינים העיקריים. בחלק זה ההקפדה היא פחותה. החלק של אלון שווה 20 נקודות

ההוראה של המצרה לבודקת היא **לא ללכת עם מידת הדין** – כשהיא בודקת היא צריכה להיות בית הילל (ולא בית שמאי) – אך זה לא בשליטתו של המרצה. יש נרמול. אנו כפופים למסגרת הנרמול.

הבדיקה בגדול היא לא קפדנית/דורשת עד הסוף. יש גמישות מסוימת.

**דברי סיום**

הקורס שלנו היה קורס מבוא – בו דיברנו על האיך ולא על המה.

בהמשך הדרך יש לנו קורסים נוספים במשפט עברי.

המרצה מאוד מצפה וממליץ **שלא נעזוב את המשפט העברי** – ניקח אותו ברצינות, נקדיש לו זמן גם מעבר למינימום. מה שחשוב זה לא רק הלימוד אלא היחס**.** המרצה מקווה שהוא הצליח להציע את המשפט העברי, הטעם, התועלת והתרומהשל המשפט העברי.